

מאמרים

שיערוך כספים המוחזרים על-ידי רשויות ציבוריות באזור יהודה והשומרון

אמיתי אבירם*

“I can get no remedy against this consumption of the purse...
the disease is incurable”¹.

“בזמנים ההם, כשלא היו תנודות גדולות במחירים, כשערך הכסף היה יציב והלירה שטרלינג היתה איתנה כסלע מוצק בים סוער ולא ידעה פחותים או ירדת ערך בשוק הכספים העולמי, לא היה כמעט הבדל בחישוב הנזק בזמנים שונים... כיום, הכל שונה. הדינמיות היא המאפיינת את התקופה. מחירי הטובין משתנים והולכים בקצב מהיר, לרוב כלפי מעלה, לעיתים יותר רחוקות כלפי מטה. האינפלציה דוהרת, פעמים לזמן מה נעצרת, והינה חוזרת היא ומתגברת. ערך הכסף יורד בדרך-כלל והלירה הישראלית מעולם לא ידעה יציבות מהי. השינויים בערכה הרשמי כלפי מטבעות אחרים, שהיו תכופים למדי בעבר, הם כעת כמעט ודאיים כהופעתו של הירח מחדש מדי חודש בחודשו. זו איננה תופעה מקומית בלבד, כי אם תופעה כלל-עולמית, בקצב ובממדים שונים מארץ לארץ. אין מנוס איפוא מהתאמת המשפט למציאות שחלה בה תמורה כה מעמיקה וחסרת תקדים. אף המג'לה הכירה בכך בקבעה ש'עם שינוי העתים, משתנים הדינים עמהם'. בכוחנו לעשות זאת”².

* בעת כתיבת חיבור זה היה המחבר עוזר היועץ המשפטי לאיו"ש בפרקליטות הצבאית. כיום משמש המחבר כעורך דין ברשות ההגבלים העסקיים.

¹ W. Shakespeare, *Henry IV*, Act I, 2

² השופט ברנזון בע"א 606/73 **ירדניה חברה לביטוח בע"מ נ' אחים עופר (הולדינגס) בע"מ**, פ"ד ל(1) 29, 39 (להלן - עניין **ירדניה**).

א. פתח דבר **ב. ברירת הדין בסוגיית השיערוך** 1. כללי ברירת הדין בסוגייה 2. שיערוך חיובים בדיני אזור יהודה והשומרון **ג. חובת השיערוך בראי המשפט המינהלי** 1. תחולת המשפט המינהלי הישראלי על שיערוך פיקדונות 2. חובת שיערוך חיוב סטטוטורי 3. יניקת דיני המשפט הפרטי אל המשפט המינהלי (א) ייבוא חיקוקים ספציפיים מן המשפט הישראלי (ב) קונקרטיזציה של חובת ההגינות בדרך של היקש מן המשפט הפרטי (ג) דואליות נורמטיבית (ד) החלת דיני החוזים על חיובים מן המשפט המינהלי מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים **ד. חובת השיערוך בראי דיני החוזים** 1. שיערוך מכוח אומד דעת הצדדים לחוזה 2. שיערוך מכוח עקרון תום הלב 3. שיערוך מכוח שיקולי צדק 4. שיערוך מכוח תפיסה ואלוריסטית של קיום חיובים **ה. כללים לשיערוך** 1. חובת השיערוך: סיכום 2. אימתי מתייחר הדיון? - הוראות שיערוך בדין באיו"ש 3. מטרת השיערוך 4. שיערוך לפי זהות הצד הזכאי להשבה 5. שיערוך לפי סוג המטבע המשווער 6. אופן השיערוך: סיכום ויישום **ו. סיכום**

א. פתח דבר

לו שאלנו בכמה השתנה אורכו של מטר בשנה האחרונה, או בכמה התקצרה השעה בעשור האחרון, היינו מעוררים מבטי תמיהה. לא כך באם נשאל בכמה השתנה ערכו של שקל חדש בתקופה כלשהי. שכן, אפילו אם לעיתים נדמה שהשעה דוחקת, עדיין משמשות מידות הזמן, האורך, המשקל ומידות נוספות כמדד קבוע, 'כסלע מוצק' בים סוער³. לא כך לגבי יחידות המודדות שווי, כלומר - יחידות כסף. שוויין של יחידות מדידה אלו נע ונד, כמשתקף הן מן השינוי ביחס ליחידות מדידה אחרות של שווי (כלומר - מטבעות זרים), והן מן השינוי ביחס למוצרים השונים אשר את שוויים הם מודדים.

אף שערכו של הכסף יכול לעלות (תופעה הידועה כדפלציה), נפוצה בהרבה תופעה של ירידת ערכו של הכסף, הידועה כאינפלציה. האינפלציה, אשר ביטוייה העיקרי הינו בהאמרת מחיריים, גורמת לשחיקת ערכו של הכסף המזומן, ומתמרצת את הציבור לשמור על ערך הכסף בדרכים שונות, ובעיקר בדרך של רכישת נכסים (לרבות מטבעות זרים, יציבים יותר) או העברת הכסף לאדם שיעשה בו שימוש מידי, וישלם על כך ריבית או דיבידנד (העברה זו יכולה להיות הלוואה ממש, הפקדת כסף בפיקדון בבנק, השקעה

³ כלשונו של השופט ברנזון בעניין ירדניה, לעיל הערה 2.

בניירות ערך של חברה, ועוד). אולם, לעיתים הפרט אינו יכול, אף אם חפץ הוא בכך, לשמור על ערך כספו.

קיימים מצבים בהם מחזיקה רשות ציבורית⁴ בכספים, לצרכים מצרכים שונים, ומשיבה אותם כעבור זמן מה. הסיבות להחזקת הכספים רבות ושונות, כגון פיקדונות המשמשים כערוכה בהליכים משפטיים, או קנסות אשר שולמו בגין הרשעה בהליך פלילי, והוחזרו לאחר שזוכה אותו אדם מן העבירה בהליך מאוחר יותר. לשם הנוחות, נקרא בחיבור זה לכל הכספים הללו, יהא מקורם ומקור החיוב להשיבם אשר יהא - פיקדונות.

החזקת הפיקדונות על ידי הרשות מונעת מן האנשים אשר מסרו את הפיקדונות את היכולת להתגונן כנגד האינפלציה. אם יושב הפיקדון בערכו הנומינאלי, עלול מפקיד הפיקדון למצוא עצמו מאבד חלק משווי הפיקדון שהפקיד. כלום חייבת הרשות לפצותו על כך? ואם כן, באיזו מידה?

בשאלה זו עוסקת סוגיית שיערוך החיובים הסטטוטוריים. סוגייה זו הוסדרה, לגבי עניינים מסויימים, בחיקוקים אשר יוצגו בהמשך. אנו נבחן את הדין מקום שהסוגייה לא הוסדרה במפורש בחיקוק. חיבור זה יבחן את הסוגייה מנקודת המבט של המינהל האזרחי לאזור יהודה והשומרון, ולפיכך תהיה נקודת המוצא בדין הירדני, ובמשפט הבינלאומי הרלוונטי. אולם, מסיבות שיפורטו בהמשך, לא נצא פטורים מבחינת הסוגייה בטרם נדון באופן מעמיק ומלא בהתייחסות הדין הישראלי לסוגייה, ונאמץ את פתרוננו בשינויים המחוייבים.

יודגש כי לא נעסוק במקרה בו עיכבה הרשות את הכספים שלא כדין, אלא במקרה בו שיחררה את הכספים מייד עם קבלת ההוראה לעשות כן, אך מאז הפקדת הכספים ועד מתן ההוראה להשיבם חלף פרק זמן משמעותי במהלכו נשחק ערך הפיקדון.

בחרנו לנתח את הסוגייה באופן תלת-שלבי. תחילה נחקור איזהו הדין החל על הסוגייה, בשים לב לכך שהרשות בה אנו מתמקדים פועלת באזור יהודה והשומרון. לאחר מכן נבחן את קיומה של חובת שיערוך, על-ידי בחינת המקורות השונים היכולים להטיל על הרשות חובת שיערוך, ועמידה על היכולת ליישם בענייננו. לבסוף נסקור את הכללים לפיהם נשערך, במידה שנגלה כי קיימת חובת שיערוך.

⁴ להלן – "הרשות".

ב. ברירת הדין בסוגיית השיערוך

“When I use a word,” Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean - neither more nor less.”

“The question is,” said Alice, “whether you can make words mean so many different things.”
 “The question is,” said Humpty Dumpty, “which is to be master - that’s all”⁵.

יבוא השואל ויבקש לדעת מה פשר מוצא הדין למונח “החזרת הפיקדון”.
 “ישיב את סכום הכסף שהופקד”, יבוא הדין ויאמר.
 “ישיב את ערך מה שהופקד”, יאמר דין אחר.

ימיה של סוגיית שיערוך כספים כימי האינפלציה, ומרבית שיטות המשפט מצאו עצמן נאלצות להתמודד עם הסוגיה. ואולם, כפי שהתקשתה עליסה, מתקשים אף אנו למצוא פתרון בסבך הדינים השונים, הנותנים למונח אחד ולסוגייה אחת פרשנויות שונות כל-כך.

לכן, בטרם נבחן מה פתרון מציע הדין לסוגיית שיערוך הפיקדונות, מוטב נמצא תשובה לקשייתו של האמפטי דאמפטי: Which is to be master? - איזה דין יהא אדון?

1. כללי ברירת הדין בסוגייה:

ענף המשפט הבינלאומי הפרטי עוסק בעיקר בהפניה של בעיות המערבות זיקות אל מספר מערכות משפט, למערכת המשפט אשר לאורה תידון הבעיה. המשפט הבינלאומי הפרטי כולל הן כללים לסיווג הענף המשפטי המטפל בבעיה, והן כללים (השונים מענף משפטי אחד לאחר) להפניה אל מערכת המשפט אשר הדין שלה יחול על הבעיה.

במקרה שלפנינו, קיימים כללי ברירת דין ספציפיים לגבי “ענף” שיערוך החובות. ניתן לסכם את אותם כללים כדלהלן:

“In whatever currency a debt is expressed, it is [to] the law governing the transaction from which the debt arises,... to determine whether and to what

L. Carroll, *Through the Looking-Glass*⁵

extent the debtor is liable, in the event of a depreciation of the currency, to make an additional payment to the creditor by way of revalorization"⁶.

כלומר, כללי ברירת הדין בתחום שיערוך חובות מפנים אל הדין החל על ההתחייבות בשלה נוצר החוב אותו מבקשים לשערך.

בענייננו, שאלת קיומה או העדרה של חובה על המינהל להשיב את הפיקדונות שבידיו נחתכת לפי הוראת הדין שקבע את גביית הפיקדון, או על פי דין כזה (כגון בהוראת שופט, על פי סמכותו בדין). כלומר, כאשר חייב המינהל בהשבת כספי הפיקדון, מקור החיוב (ובעקבותיו החוב) הינו דיני איו"ש (ובעיקר תחיקת הביטחון), המסדירים את גביית הפיקדון.

לפיכך, כללי ברירת הדין בענייננו מפנים אל דיני שיערוך חיובים באזור יהודה והשומרון.

2. שיערוך חיובים בדיני אזור יהודה והשומרון:

כעת עלינו אך לבחון את דיני שיערוך חיובים באזור יהודה והשומרון, וליישם בענייננו. סוגיית שיערוך חיובים זכתה לתשובה חד-משמעית במשפט המקובל האנגלי, שחל באזור עד לשנת 1948.

"It has been a principle of English law since the seventeenth century that a debt payable at a future time involves an obligation to pay the nominal amount of debt at the date of payment in whatever is the legal tender for that currency at that date, irrespective of any fluctuations in the currency in which the debt is expressed between the date of the contract and the date of payment"⁷.

ככל שמחקרנו העלה, לא סטה הדין הירדני, שנקלט באזור עד לשנת 1967, מהלכה זו. אין תימה בכך: האינפלציה באותה תקופה היתה זניחה (לפחות ביחס לשיעורה כיום).

תחיקת הביטחון שיצאה מתחת ידי המפקד הצבאי לאחר שנת 1967 התייחסה לסוגיית ההצמדה באופן פרטני (אנו נביא בהמשך חיבור זה סקירה של התחיקה בנושא), אך לא

⁶ Dacey & Morris *The Conflict of Laws* (London, 1993, Vol. 2) 1556.
⁷ Chitty *On Contracts* (27th ed., 1994, Vol. 1) 21-055.

שינתה את הכלל. לפיכך, בכל מקום בו לא קיים הסדר שיערוך ספציפי, יחול הכלל עתיק היומין מן המשפט האנגלי, והחייב לא ישוערך. נציין כי בסוגיית הפיקדונות, לא מצאנו כל הסדר ספציפי, ולפיכך נימצא מגיעים למסקנה, כי הדין באיו"ש אינו משערך פיקדונות המוחזרים על-ידי הרשות.

ג. סוגיית השיערוך בראי המשפט המינהלי

האם צדק פולסטאף כאשר טען, בציטוט שהבאנו לעיל ממחזהו של שייקספיר, שאין תרופה להידלדלות הכיס? לכאורה, נותן הדין באיו"ש תשובה חד משמעית וסופית לעניין. אולם, בכך לא באה הסוגייה על פתרונה, שכן אנו סבורים שיש להחיל על המינהל חובת שיערוך מכוח כללי המשפט המינהלי הישראלי, וזאת ללא תלות בפתרון שנותן לסוגייה הדין המקומי באיו"ש. כל זאת מדוע?

1. תחולת המשפט המינהלי הישראלי על שיערוך פיקדונות:

רשות ישראלית, אף בפועלה בכובעה כזרוע של הריבון באיו"ש, עדיין רשות ישראלית הינה, ועל כן כפופה היא לכללי המשפט המינהלי הישראלי.

"כללי המשפט הישראלי אומנם לא הוחלו על האזור, אך נושא תפקיד ישראלי בשטח נושא עמו אל תפקידו את החובה לנהוג לפי אמות המידה הנוספות המתחייבות מעובדת היותו רשות ישראלית, יהיה מקום פעולתו אשר יהיה... אין נושא התפקיד יוצא, בדרך כלל, ידי חובתו אם קיים אך ורק את אשר מתחייב מנורמות המשפט הבינלאומי, כי ממנו, כרשות ישראלית, נדרש יותר והוא כי ינהג גם בשטח מימשל צבאי לפי הכללים המתווים דרכי מינהל תקינים והוגנים"⁸.

לפיכך, על מנת ליתן פתרון מלא לסוגייה, אין די בבחינת הדין המקומי באיו"ש, אלא עלינו לחקור רובד משפטי נוסף, העוטה כשלג את הדין המקומי באיו"ש, והחל על פעולות הריבון באיו"ש - המשפט המינהלי הישראלי.

2. חובת שיערוך חיוב סטטוטורי:

⁸ בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2)197, 231 (להלן - עניין אבו עיטה).

בעבר נהגו בתי המשפט שלא לשערך חיובים סטטוטוריים, מקום שלא נקבעה בדין המסדיר הוראה מפורשת בדבר שיערוך החיוב. כך, בעניין בנינסון⁹, נקבע כי שיעור הפיצוי על הפקעת קרקע נקבע במועד פרסום ההודעה בדבר כוונת ההפקעה, "ואילו ירידת ערך הכסף שבין אותו תאריך ובין תשלום הפיצוי אינה מן השיקולים שחוק זה מביא בחשבון, ואף אנו אין אנו רשאים להתחשב בה"¹⁰.

בעניין אלימן¹¹, נדונו פיצויי פיטורין אשר שולמו למפוטרים חודש לאחר סיום יחסי העבודה. בית המשפט פסק כי לאור הוראותיו של הסכם שנערך בין העובדים למעביד, נעשה התשלום במועדו. תוך שהוא מעתיק את התמקדותו מן החיוב הסטטוטורי אל ניתוח ההסכם, דחה בית המשפט את דרישת אחד העובדים לשערך את פיצויי הפיטורין:

"סבורני, כי אין לקרוא לתוך ההסכם שלפנינו הוראה בדבר שיערוך שאינה קיימת בו. לו חפצו הצדדים לעשות כן, היו קובעים זאת במפורש, ואין לפרש את שתיקתם בהקשר זה כלאקונה, אלא כהסדר שלילי... כך גם אין לומר, בנסיבות העניין שלפנינו ולאור נוסחו של ההסכם, כי יש לשערך את הסכום החוזי מכוח הוראותיו של סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973"¹².

זמן קצר לאחר שנקבעה הלכת אלימן, נהפכה (ושמא אובחנה?) הלכה זו בעניין פינקלשטיין¹³. בעניין פינקלשטיין, המהווה את ההלכה המנחה כיום בכל הנוגע לשיערוך חיובים סטטוטוריים, פוטר עובד, שעבד בשירות מדינת ישראל, בנסיבות אשר זיכוהו בקצבת פרישה ובמענק פרישה. המענק שולם לעובד עם הקצבה, אך בין מועד פרישתו של העובד לבין מועד תשלום המענק חל שינוי ניכר במדד המחירים לצרכן. העובד דרש את הצמדת המענק למדד המחירים לצרכן. בתי הדין האזורי והארצי לעבודה דחו את דרישתו זו, בין השאר משום שבית הדין פסק שהמענק שולם בתוך זמן סביר, ועל כן אין לשערכו. על כך השיב השופט (כתוארו אז) ברק:

"שיערוכו של תשלום שנעשה כדין ובמועדו מתבסס על שיקולים השונים מאלה הקיימים מקום שהתשלום נעשה שלא כדין ומתוך איחור (ראה ע"א 554/83). במקרה הראשון (תשלום במועד כדין)

⁹ ע"א 226/62 בנינסון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2355 (להלן - עניין בנינסון).

¹⁰ עניין בנינסון, לעיל הערה 9, בעמ' 2358.

¹¹ ע"א 540/85 אלימן נ' הכונס הרשמי והמפרק הזמני של חברת אל-על, פ"ד מב(2) 147 (להלן - עניין אלימן).

¹² עניין אלימן, לעיל הערה 11, בעמ' 151.

¹³ בג"צ 608/88 פינקלשטיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מג(2) 395 (להלן - עניין פינקלשטיין).

¹⁴ "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זלוטולוב ז"ל, פ"ד מא(1) 282 (להלן - עניין אתא).

נתקלת טענת השיערוך בטיעונים המעוגנים במהותו הפנימית של התשלום... בתשלום כדין של סכום שנקבע בחיקוק, הטענה הינה, כי יש לכבד את דבר המחוקק, ושיערוך יהא בו כדי לפגוע במעמד המחוקק ובתפקידו בחברה דמוקרטית. זאת ועוד: השיערוך בתשלום כדין עשוי להתנגש עם התפיסה הנומינאליסטית של המטבע. שונה הדבר בתשלום שלא כדין. כאן נתמכת טענת השיערוך בטיעונים "חיצוניים". החייב בתשלום הפר את חובתו. הזכאי לתשלום זכאי לפיצוי על נזקו, ונזק זה כולל גם את ירידת ערך הכסף. במתן פיצוי זה אין משום התנגשות עם התפיסה הנומינאליסטית של המטבע... איחור בתשלום של סכום שנקבע בחיקוק עשוי להצדיק את השיערוך מכוח הלכות חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א - 1961 (ראה ד"ר 15/79; ע"א 789/82¹⁵).

מכאן גם, כי האמצעים המשפטיים הננקטים כדי לבסס את טענת השיערוך שונים הם בשני המקרים. בתשלום כדין מתבסס השיערוך, בדרך כלל - ובהעדר טענת חוסר תום-לב או סיכול - על אמצעים 'פנימיים' למהות התשלום, כגון הוראת החוזה או החוק כפי שהם מתפרשים על רקע תכליתם. בתשלום שלא כדין מתבסס השיערוך, בדרך כלל, על שיקולים 'חיצוניים' למהות התשלום, כגון הוראת חוק הקובעת דין שיערוך בשל איחור בתשלום (ראה חוק פסיקת ריבית והצמדה וחוק הקיצבאות (פיצוי בעד איחור בתשלום), תשמ"ד - 1984)¹⁷.

הנחת יסוד בחיבור זה הינה כי הפיקדון המוחזר הושב במועדו, כלומר, מיד עם ההוראה להחזירו. כלום פטורה הרשות מחובת שיערוך הפיקדון המוחזר?

"עלינו להבחין בין המועד שבו יש לבצע תשלום כדין לבין המועד שבו נקבע ערכו הריאלי של התשלום (ראו ע"א 741/79¹⁸). אכן, כשם שלא כל איחור בתשלום מחייב באופן אוטומטי שיערוך, כך לא כל תשלום במועד מונע באופן אוטומטי שיערוך. הכל תלוי בקביעותו של הדין הרלוונטי החל על העניין... הינה כי כן, עצם העובדה שתשלום נעשה במועדו, אין בה, כשלעצמה, כדי לחסן את

¹⁵ ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז - 1957, פ"ד לה (3) 29 (להלן: עניין ליבל).

¹⁶ עזרא נ' מוגרבי, פ"ד לה (4) 565.

¹⁷ עניין פינקלשטיין, לעיל הערה 13, בעמ' 400.

¹⁸ כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורוביץ, פ"ד לה (3) 533 (להלן - עניין כלנית השרון).

הסכום ששולם מפני שיערוך. הכל תלוי בפירוש 'הראוי של הנורמה המשפטית הספציפית החלה בעניין' (ע"א 554/83, בעמ' 296)... מקום שמקורו של החיוב הוא בחוק, עלינו לבחון, אם מפרשנותו הראויה של החוק מתבקשת המסקנה, כי התשלום הסטטוטורי שנעשה במועד ישוערך, או שמא מתבקשת מפרשנות החוק עמדה שלילית לגבי השיערוך. אין לצאת מתוך ההנחה הא-פריורית, שכל תשלום סטטוטורי שנעשה במועדו חסין מפני שיערוך. הכול תלוי בחוק היוצר את החיוב... חוק זה קבע את החיוב ואת שיעורו. חוק זה צריך גם לקבוע, אם סכום החיוב ישוערך, שעה שבין מועד יצירת החיוב לבין מועד תשלומו כדין חלה ירידה בערך הכסף²⁰.

מהי, אם כן, כוונת החוק בענייננו? במידה שנקבעה הוראה הנוגעת לשיערוך, בחוק המסמך לגבות את הפיקדון ולהחזירו, פשיטא שיש לפעול בהתאם לאותה הוראה. כמו כן, במידה שההוראה להשיב את הפיקדון ניתנה בצו בית-המשפט, ובאותו צו נקבעה הוראה הנוגעת לשיערוך, יש לפעול בהתאם לאותה הוראה.

אך מה נעשה כאשר אין כל הוראה מפורשת הנוגעת לסוגיית השיערוך, לא בחוק המסמך ולא בצו בית-המשפט? כיצד נפרש אז את החוק הרלוונטי? נבחן, לשם כך, פרשנות דומה שנעשתה בפסיקה לגבי חוקים שונים.

בעניין פינקלשטיין נפסק כי יש לשיערוך את מענק הפרישה:

"לעניין הקיצבה דאג המחוקק, כי זו תשולם בערכים 'ריאליים'... מגמה 'ריאלית' זו של המחוקק בכל הנוגע לקיצבה משליכה במישורין על הצורך להשקיף גם על שוויו של המענק במונחים 'ריאליים'. המענק בא למלא, ככל האפשר, את החלל הכספי שהפרישה המוקדמת הותירה. תשלום המענק בערכים נומינאליים 'יחטיא את המטרה' שאליה שואף חוק הגימלאות, שכן הוא יעמיד לרשות העובד שפרש סכום כסף שאינו 'שווה' לסכום שהיה מקבל לולא הוונה קיצבתו. אכן, כשם שהקיצבה התקופתית שומרת על ערכה הריאלי באמצעות מנגנוני הצמדה הבנויים בתוכה, כך יש לדאוג שהמענק החד-פעמי ישמור אף הוא על ערכו הריאלי"²¹.

¹⁹ עניין **אתא**, לעיל הערה 14.

²⁰ עניין **פינקלשטיין**, לעיל הערה 13, בעמ' 403-404.

²¹ עניין **פינקלשטיין**, לעיל הערה 13, בעמ' 406.

בעניין אפשטיין²², נקבע כי שיעורו של קנס שנקבע בחוק והושת על נאשם שהורשע, לא ישוערך:

“מסקנה זו מתבקשת מעקרון היסוד של דיני העונשין, לפיו העונש הצפוי לנאשם מתגבש ביום ביצוע העבירה. על הנאשם לדעת ביום ביצוע העבירה מהו שיעור הקנס המקסימלי לו הוא צפוי, ואין לתלות שיעור מקסימלי זה במועד שמיעת המשפט ותאריך פסק-הדין”²³.

המקרים דלעיל אינם מסייעים בדינו. במובחן מעניין פינקלשטיין, אין מדובר כאן בתשלום סוציאלי באופיו, ולא בתשלום אשר נעשה בשתי 'זרועות', אשר האחת משוערכת ואילו שיערוך האחרת מוטל בספק. שלא כבעניין אפשטיין, אין להשבת קנס בלתי-משוערך משום פגיעה בעקרון וודאות העונש, וקל וחומר שאין להשבת פיקדון דבר וחצי דבר עם הלכה זו.

לפיכך, לא מצאנו אסמכתא לפרשנות סוגיית השיערוך בפסיקה הנוגעת לחובת השיערוך במשפט המינהלי. אך למבוי סתום לא הגענו, שכן המחוקק הסדיר את סוגיית שיערוך הפיקדונות בתקנות בתי משפט והוצאה לפועל (החזרת פקדונות וקנסות), התשמ"א - 1981 (להלן - תקנות השיערוך). תקנות אלו, שהוצאו מכוח חוק בתי המשפט, התשי"ז - 1957²⁴, חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז - 1967, חוק העונשין, התשל"ז - 1977, חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה - 1965²⁵ וחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך - 1960, מסדירות את סוגיית השיערוך בכל הנוגע לפיקדונות, קנסות, ערבונות וערובות לפי אותם חוקים והתקנות לפיהם.

בהתאם לתקנות, מוצמד הפיקדון המוחזר למדד המחירים לצרכן (מיום ההפקדה עד ליום התשלום בפועל), באם הוגשה בקשה להשיב את הפיקדון, מאת הזכאי לו, בתוך 30 יום מיום קום הזכות. אם לא הוגשה הבקשה בתוך 30 יום, מוצמד הפיקדון המוחזר למדד המחירים לצרכן למשך התקופה שמיום ההפקדה ועד ליום קום זכות ההשבה, ומאז ועד ליום התשלום בפועל מוצמד הסכום בשיעור 50% ממדד המחירים לצרכן. אולם, אם עיכבה המדינה את השבת הכספים למעלה מ- 60 ימים מיום הגשת הבקשה, ישוב ויוצמד הסכום למלוא שיעור מדד המחירים לצרכן החל מיום הגשת הבקשה ועד ליום התשלום בפועל. אותן הוראות חלות, בשינויים המחויבים, על השבת קנסות.

אומנם, בישראל זכתה סוגייתנו להתייחסות ממצה למדי, בתקנות השיערוך. לא כך באיו"ש, שם אין תחולה לדברי חקיקה ישראלים (ולכל הפחות, אין תחולה ישירה, ועל

²² ע"פ 867/79 אפשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 631 (להלן - עניין אפשטיין).

²³ עניין אפשטיין, לעיל הערה 22, בעמ' 632.

²⁴ חוק זה הוחלף בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד - 1984.

²⁵ חוק זה הוחלף בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982.

כך נרחיב להלן בפרק ג(3)(א)). אך בכך לא יבשו המקורות המשפטיים המזינים את הפתרון המבוקש. המשפט המינהלי מכיל בתוכו "צינורות" דרכם יונקות סוגיות במשפט המינהלי את פתרונן מתוך המשפט הפרטי ומתוך המשפט המינהלי החקוק. להלן נצביע על "צינורות" אלה, ובהמשך נבחן הלכות שיערוך מן המשפט הפרטי, אותן ניתן לינוק אל המשפט המינהלי, ולפיהן ניתן להכריע בסוגיית השיערוך של החיובים הסטטוטוריים נשוא חיבור זה.

3. יניקת דיני הצמדה מן המשפט הפרטי הישראלי אל המשפט המינהלי:

(א) ייבוא חיקוקים ספציפיים מן המשפט הישראלי: לאחר שעניין אבו עיטה פרץ פרצה, דרכה הוחלו עקרונות כלליים של הדין המינהלי הישראלי, הרחיב בית המשפט העליון את ההלכה לכדי צוהר, דרכו הוחדרו אל הדין באיו"ש חוקים ישראליים בעלי אופי מינהלי. כך היה בעניין אל מצרי²⁶, שם נדונה תחולתו של חוק האזנת סתר, תשל"ט - 1979, על האזנת סתר לשיחות שנערכו מחוץ לתחומי ישראל. השופט דורנר פסקה כי אף שאין החוק חל בבחינת דין האזור, עדיין הוא מייצג את האיזון הראוי שעורך המשפט המינהלי בין עקרונותיו וערכיו השונים, ועל כן ראוי כי המשטרה, בפעולתה באזור כזרוע של הריבון באיו"ש ובאזח"ע, תהיה מודרכת על פי אותו חוק. ואלה דבריה של השופטת דורנר:

"גישת בית-המשפט המחוזי - שעל פיה האזור מבחינת האזנת סתר הוא שטח הפקר, שבו המשטרה משוחררת מהגבלה כלשהי - אינה יכולה להתקבל. ככל רשות מינהלית, המשטרה מוגבלת בהפעלת שיקול-דעתה על-ידי ההלכות הכלליות של המשפט המינהלי. עליה לפעול במסגרת סמכותה החוקית. עליה לשקול את כל השיקולים הרלוואנטיים להשגת תכלית החוק שמכוחו היא פועלת ולהימנע מלשקול שיקולים זרים. עליה להפעיל את שיקול דעתה בשוויוניות ולהימנע מאפליה. עליה לנהוג בהגינות וביושר. עליה לפעול על-פי סטנדרט התנהגות המצוי במתחם הסבירות. סטנדרט זה משקף את האיזון הראוי בין השיקולים הרלוואנטיים השונים. כללים אלה חלים גם כאשר המשטרה פועלת מחוץ לתחומי מדינת ישראל... המסקנה היא כי אף שחוק האזנת סתר אינו חל על השטחים, הרי שהמשטרה - כרשות מינהלית ישראלית - חייבת להיות מודרכת בפעולתה מחוץ לגבולות ישראל על-פי אמות-המידה העקרוניות שנקבעו בחוק, המגלמות איזון בין הזכות לפרטיות לבין השמירה על שלום הציבור".

²⁶ ע"פ 4211/91 מדינת ישראל נ' אל מצרי, פ"ד מז(5) 624 (להלן - עניין אל מצרי).

מעניין אל מצרי עולה כי על זרועותיו של הריבון באיו"ש (לרבות המינהל האזרחי) להיות מונחים על-ידי דברי חקיקה ישראלים אשר מהווים קונקרטיזציה של עקרונות מן המשפט המינהלי. לגישתנו, האופן הראוי ליישום הלכה זו הינו אימוץ אותם דברי חקיקה כהנחיות מינהליות של הריבון באיו"ש. רשות מינהלית שהוציאה הנחיות מינהליות חייבת, ככלל, לפעול על-פי הנחיותיה ולא לסטות מהן. סטייה שלא כדין מהנחיות מינהליות הינה, בדרך כלל, עילה לפסילת החלטה מינהלית. עם זאת, ההנחיה המינהלית היא גמישה, ושמור לרשות שיקול הדעת לסטות ממנה במקרים המתאימים, בהימצא הצדקה עניינית וסבירה לסטייה.²⁷

דברי חקיקה ועקרונות מן המשפט הפרטי, ככל שהללו נוגעים לחובה לשערך כספים מופקדים, הנם, לגישתנו, קונקרטיזציה של חובת ההגינות המוגברת החלה על הרשות בעת שהיא מנהלת את נכסיהם של אחרים.²⁸ לפיכך, לגישתנו, ניתן להחיל באופן ישיר הוראות מדברי חקיקה ועקרונות כלליים, מן המשפט הפרטי הישראלי, ולאורם עלינו לבחון קיומה של חובת שיערוך ותוכנה של אותה חובה.

(ב) קונקרטיזציה של חובת ההגינות בדרך של היקש מן המשפט הפרטי: כבר מצאנו לעיל כי המשפט המינהלי הישראלי חל על פעולות המינהל האזרחי. אילו חובות מטילים דינים אלה על הרשות? תשובה לכך נותן כבוד השופט אהרון ברק, בדבריו בעניין מרכז הקבלנים:²⁹

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות".

מה תוכנה של חובת ההגינות? גם לכך משיב פרופ' אהרון ברק:

"הרשות הציבורית היא נאמנו של הציבור. אין לה, לרשות הציבורית, משלה ולא כלום, וכל שיש לה, למען הציבור יש לה. על כן חייבת הרשות הציבורית לנהוג בהגינות. אין זו הגינות של יריבים, אלא

²⁷ ראו בג"צ 4422/92 עפרון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853 (להלן - עניין עפרון).

²⁸ ראו, למשל, י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך ב') 673.

²⁹ בבג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745-746 (להלן - עניין מרכז הקבלנים).

הגינות של מי שמצויים באותו צד של המתרס. מאמת מידה זו נגזרו בעבר כללי שיקול הדעת המינהלי (תום לב, מטרה זרה, הפליה), שאינם אלא כללי הגינות מינהלית עניינית. אמת מידה זו אינה מוגבלת אך לאלה. היא עוצרת בחובה כוחות נוספים, אשר טרם נוצלו, ואשר מהם ניתן לגזור הלכות חדשות, שיש בהן כדי ליתן תשובה לבעיות המתעוררות³⁰.

מדברים אלה לא ניתן ללמוד מה נפקות לה, לחובת ההגינות, לגבי קיומה או העדרה של חובת שיערוך פיקדונות, ואין להשתומם על כך. חובת ההגינות הינה עיקרון, אשר מטבעו אינו קונקרטי אלא עמום. כדבריו של פרופ' ברק, משמשת חובת ההגינות כמקור ממנו "ניתן לגזור הלכות חדשות, שיש בהן לתת תשובה לבעיות המתעוררות." איזו תשובה תיתן חובת ההגינות לבעיה המתעוררת בעניין שיערוך הפיקדונות?

לאור הוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם - 1980, יש להכריע בסוגייה משפטית באמצעות היקש, מקום שלא נמצא לסוגייה תשובה בדבר חקיקה או בהלכה פסוקה. אין זה מן הנמנע כי התוכן אותו ניצוק יהיה שאל מתחום המשפט הפרטי, ויובא אל חיק המשפט הציבורי בדרך של היקש. המשפט הפרטי הינו "למוד קרבות" בתחום השיערוך של כספים, ומציע פתרונות אשר ניתן לאמצם, מקל וחומר, כקונקרטיזציה של חובת ההגינות.

מקל וחומר מדוע?

שיערוך במסגרת המשפט הפרטי מבוסס על החובות הקיימות ביחסים בין איש לרעהו, יחסים המבוססים על שוויון והדדיות, אך אינם דורשים רמת הגינות והתחשבות גבוהים ("אדם לאדם אדם", ולא "אדם לאדם מלאך"). מאידך, המשפט הציבורי מבוסס על אי-השוויון בין הרשות לבין הפרט מחד, ועל היות הרשות נאמנה של הפרטים וקיימת לטובתם. לפיכך, מערכת היחסים בין הרשות לבין הפרט, כמוסדר במשפט הציבורי, דורשת רמת הגינות והתחשבות גבוהים ביותר מצד הרשות וכלפי הפרט. המחשה לכך נמצא בהבדל שבין חובת תום הלב (שהינה חובה מן המשפט הפרטי) לבין חובת ההגינות (שהינה יציר המשפט הציבורי):

"חובת ההגינות המינהלית - שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור - מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המחמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי ובין אם פועלת היא בתחום המשפט הציבורי"³¹.

³⁰ א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 480.

³¹ השופטת ד' דורנר בעניין עפרון, לעיל הערה 27, בעמ' 860.

בית המשפט כבר הביע בעבר דעתו כי ידו תהא קלה יותר להתערב בהסדר המבוסס על הדין מאשר בהסדר המבוסס על רצונם החופשי של אנשים פרטיים:

"לא ניתן אלא להוסיף, שאם אפשרית התערבות כאשר המדובר בחוזה שנכתב על-ידי הצדדים עצמם, על אחת כמה וכמה הוא כשהמדובר בחוזה שתוכנו קבוע בחוק, ואשר לגביו יש להניח שעקרונות של הגינות הם יסודות מרכזיים בשיטה המשפטית שהביאה לחקיקתו"³².

השופט (כתוארו אז) ברק אף התייחס להיקש כמקור משפטי להטלת חובת שיערוך בגין אי-מילוי חיוב סטטוטורי במועדו:

"כעיקרון, איני רואה במה נשתנה חיוב סטטוטורי מחיוב חוזי. בזה כמו בזה יש צידוק בתשלום ריבית בגין איחור. אמת הדבר, חוק התרופות חל רק באשר להפרת חיוב חוזי, אך נראה לי שיש צידוק להפעילו, בדרך של היקש, למצבים דומים"³³.

לפיכך, דרך נוספת בה יחולו הסדרים מן המשפט הפרטי על סוגיית השיערוך הינה על-ידי שימוש בהם, בדרך של היקש, למילוי חובת ההגינות בתוכן. (ג) **דואליות נורמטיבית**: ידוע לנו זה מכבר עקרון הדואליות הנורמטיבית, המחיל הן את המשפט הפרטי והן את המשפט הציבורי, על גופים ציבוריים באופיים אשר פועלים בתחום המשפט הפרטי. כדבריו של השופט זמיר בעניין **און**³⁴:

"אכן, ההבחנה בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי, בתחום הקניין כמו בתחומים אחרים, אינה חדה. המשפט הציבורי מחלחל אל המשפט הפרטי... בגבול שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי קיים אזור דמדומים, שבו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה, לעיתים זה לצד זה ולעיתים זה בתוך זה. באזור זה קיימת דואליות נורמטיבית, כלומר דו-קיום של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי"³⁵.

³² ע"א 3912/90, Eximin S.A., תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראורי בע"מ, פ"ד מז(4) 64.

³³ עניין ליבל, לעיל הערה 15, בעמ' 53.

³⁴ ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (להלן - עניין און).

³⁵ עניין און, לעיל הערה 34, בע' 204-205.

אומנם, יישום מסורתי של עיקרון הדואליות הנורמטיבית מחדיר את המשפט הציבורי אל עניין המצוי בגזרתו של המשפט הפרטי. ואולם, מרגע שנפרץ החייץ שהפריד בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, מחלחלים שני התחומים זה לתוך זה. לפיכך, אין מניעה ליישום עקרונות מן המשפט הפרטי, מקום שרשות ציבורית פועלת בתחום שחל בו המשפט הציבורי, אך נושא הוא ניחוח של משפט פרטי. על נקודה זו עמדה ד"ר דפנה ברק-ארז:

"הכרה בחבות כספית בגין הפרה של זכויות חוקתיות מתיישבת גם עם רעיון הדואליות הנורמטיבית, שעניינו התחולה המשולבת של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי. המשמעות הראשונה של עקרון הדואליות הנורמטיבית היא, שהחובות המוטלות על הרשות המינהלית מכוח המשפט הציבורי חלות גם על פעולותיה בתחום המשפט הפרטי. משמעות נוספת, שמתפתחת מן השילוב בין ענפי המשפט, עניינה מתן תרופות 'אזרחיות' בגין הפרה של נורמות מתחום המשפט הציבורי. בהקשר זה, ניתן ללמוד מן התחום הקרוב של אחריות חוזית של רשויות מינהליות. בית המשפט העליון הכפיף את הזכויות החוזיות של הרשות למיגבלות שמטיל המשפט הציבורי על הפעלתה של הסמכות המינהלית. משמעות הדברים היא, שהפרה של החובה המינהלית לנהוג בהגינות ובסבירות עשויה להיחשב להפרה חוזית, אשר ביחס אליה יעמדו לנפגע סעדים אזרחיים, ובכללם סעד הפיצויים. בדרך זו, הדואליות הנורמטיבית משמשת בסיס לתביעה אזרחית, בגין הפרת נורמות מתחום המשפט הציבורי. יישום עיקבי של ההלכה יוביל להכרה בתביעה אזרחית גם כאשר הרשות מפרה חובות שלטוניות, שלא בזיקה למערכת חוזית"³⁶.

(ד) החלת דיני החוזים על חיובים מן המשפט המינהלי מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים:

"הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה"³⁷.

הוראה זו מתעלת את דיני החוזים אל שדות משפטיים אחרים, הצמאים למקורות משפטיים שיסדירו לאקוונות בהם. ישימות סעיף 61(ב) האמור על ייבוא דינים העוסקים

³⁶ ד' ברק-ארז, עולות חוקתיות (תשנ"ד) 162.
³⁷ סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973.

בסוגיית שיערוך חיובים סטטוטוריים, תלויה בשני מונחים שבאותו סעיף: "הוראות חוק זה" ו"ככל שהדבר מתאים לעניין".

חוק החוזים אינו כולל סעיף מפורש המתייחס לחובת שיערוך של חוזה שלא הופר (זאת להבדיל מסעיפים 3(4) ו-11(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), המשמשים כלים לשיערוך של חוזה שהופר). חובת השיערוך בדיני החוזים נובעת מדינים שבהלכה הפסוקה. כלום אותם דינים הנם בגדר "הוראות חוק זה"?

הפסיקה יישמה את סעיף 61(ב) לא רק על הסדרים הקבועים מפורשות בסעיפי חוק החוזים,³⁸ אלא גם על עקרונות הלכה פסוקה המתייחסת אל ומפרשת את סעיפי חוק החוזים.³⁹ לפיכך, אין מניעה לכלול הלכות מדיני החוזים שבפסיקה לגבי תום לב (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים) או אומד דעת הצדדים (סעיף 25(א) לחוק החוזים). האם יישאבו דרך 'צינור סעיף 61(ב) גם הלכות פסוקות שאין להם עיגון בסעיפי חוק החוזים? כאן אין הסוגיה ברורה די צרכה, ואין חיבור זה האכסניה המתאימה לדון בה.

נציין, לעניין זה, רק שניים: ראשית, ניתן להבחין בפסיקה במגמת פרשנות מרחיבה לגבי המונח 'הוראות חוק זה'. כך, למשל, נתפס סעיף 61(ב) כאמצעי לגיטימי (ביחד עם היקש) לייבוא הוראה מחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), אף שפרשנות מילולית דוקנית תמצא כי סעיף 61(ב) מתייחס להוראות חוק החוזים (חלק כללי) בלבד:

"אמת הדבר, חוק התרופות חל רק באשר להפרת חיוב חוזי, אך נראה לי, שיש צידוק להפעילו, בדרך של היקש, למצבים דומים. צידוק זה יונק כוחו אף מכך שחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973 משתרע לא רק על החוזה, אלא גם על חיוב, שמקורו אינו בחוזה (סעיף 61(ב) לחוק). חוק התרופות בא לתת את הכיסוי התרופתי להפרת החוזה. משהרחיב חוק החוזים את גבולו זה לעבר החיוב הסטטוטורי, מדוע לא נוכל, במקרים מתאימים, להרחיב גם את גבולו של חוק התרופות לעבר החיוב הסטטוטורי?"⁴⁰

האם ייבוא הלכות מדיני החוזים אל סוגיית שיערוך חיובים סטטוטוריים הינו 'מתאים לעניין'?

³⁸ כגון יישום הוראות החוק לעניין טעות בכריתת חוזה, לגבי תשלומים לפי חוק הביטוח הלאומי - בג"צ 221/86 כנפי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469 (להלן - עניין כנפי).

³⁹ כגון יישום הפסיקה בנושא תום הלב, המעוגנת בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי) - ע"א 402/76 אזרניקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 270 (להלן - עניין אזרניקוב).
⁴⁰ עניין ליבל, לעיל הערה 15, בעמ' 53.

"חוק החוזים והפסיקה לא קבעו רשימה סגורה או אף מנחה של מקרים ה'מתאימים לעניין' כלשון סעיף 61(ב) לחוק החוזים. ניתן לומר, שהסעיף מכיל מבחן גמיש, המאפשר החלתם של עקרונות החוק בכל מקרה בו החלתם מתאימה ורצויה היא... בע"א 407/76⁴¹, בעמ' 274, הוחלה חובת תום הלב, דרך סעיף 61(ב) הנ"ל, אף על דרישה להציג ראיות כתנאי לקבלת רשיון נהיגה. דרך סעיף 61(ב) לחוק החוזים הוחלו דיני החוזים (בכל הנוגע לזקיפת תשלומים) בע"א 75/78⁴², בעמ' 821, בשאלת שיעורי הצמדה להחזר תשלומי מס, ובבג"צ 376/81⁴³ - על מדיניות שר התקשורת בחלוקת מרכזיות טלפון; בד"נ 15/79⁴⁴, בעמ' 53 - על חיוב בתשלום ריבית בגין אי מילוי חיוב סטטוטורי במועדו; בע"א 700/81⁴⁵, בעמ' 740, על סוגית הכריכה בדיני גירושין לפי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג - 1953 (וכן מצינו הלכות דומות בפסקי דין נוספים).

עולה מכאן, שאין מניעה עקרונית להחיל את חוק החוזים גם על יחסי ביטוח סטטוטוריים, אם לגופו של עניין המקרה מתאים להחלה מעין זו⁴⁶.

ואכן, באותו עניין הוחלו הוראות חוק החוזים לעניין טעות בכריתת חוזה, לגבי תשלומים לפי חוק הביטוח הלאומי.

צינור זה של סעיף 61(ב) אינו פתוח לכל. מחלוקת נתגלעה בשאלת ייבוא עקרון תום הלב לפעולות בתחום המינהלי. כך, בעניין **לוגסי**, נתקפה מדיניות הממשלה בכל הנוגע ליישום תוכנית הפיתוח של רשת הטלפונים, כאשר להשלכותיה על סדרי העדיפויות בהתקנת מכשירי טלפון. אליבא דשופט (כתוארו אז) אלון:

"לפי פשוטו של סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), מוחלות ההוראות בדבר משא ומתן וקיום בתום-לב שבסעיפים 12 ו-39 לחוק זה גם על חיובים שבתחום המשפט המינהלי, גם כאשר אלה אינם נובעים מחוזה, וכך עולה גם מפסיקתו של בית משפט זה (ע"א

⁴¹ עניין **אזרניקוב**, לעיל הערה 40.

⁴² **החברה הישראלית המרכזית למסחר ולהשקעות בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים**, פ"ד לג(1) 813.

⁴³ **לוגסי נ' שר התקשורת**, פ"ד לו(2) 449 (להלן - עניין **לוגסי**).

⁴⁴ עניין **ליבל**, לעיל הערה 15.

⁴⁵ **פז נ' פז**, פ"ד לח(2) 736.

⁴⁶ עניין **כנפי**, לעיל הערה 38, בעמ' 447.

⁴⁷402/76; בג"צ 321,135/75⁴⁸; בג"צ 294/75⁴⁹. אומנם כן, כדברי חברי הנכבד, השופט שמגר, חובתה של רשות ציבורית לנהוג בתום-לב קדמה להוראותיו של החוק הנ"ל; אך כל אותה שעה הורתה ולידתה של חובה זו בחקיקה שיפוטית היתה, ועם חקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי) חזרה חובה זו ובאה לעולם כדבר חקיקתה של הרשות המחוקקת, ומכאן ואילך מהווה זה האחרון מקור תוקפה⁵⁰.

אך דעת הרוב בעניין לוגסי היתה דעתו של השופט (כתוארו אז) שמגר, אליו הצטרפה השופטת (כתוארה אז) בן פורת:

"עיקרו של דבר, כפי שהוזכר כבר בע"א 402/76⁵¹ הנ"ל וכן על-ידי חברי הנכבד השופט אלון בע"א 148/77⁵², בעמ' 631, תום הלב הוא בגדר כלל, המקובל כעקרון אוניברסאלי, ובתור שכזה קדם לחקיקתם של סעיפים 12 ו-39, כפי שגם קדמו להם הוראות נוספות בחוק החרות שלנו, שהן בעלות משמעות דומה. מן ההשקפה, לפיה מדובר בכלל אוניברסאלי, שהוא חלק מהותי מן המשפט שלנו, נגזר גם היפוך היוצרות מבחינת סדר הדברים, היינו, מבחינת הזיהוי של העיקרון המשפטי מחד גיסא, וביטוי בתחומי המשפט השונים, מאידך גיסא: סעיף 39 אינו מולידו של הכלל אלא ביטוי, והכלל גם הקרין, בין היתר, על המשפט המינהלי הבלתי חרות שלנו, בו מהווה תום הלב בשיקוליה של הרשות הציבורית, כאמור לעיל, כבר עת רבה מרכיב מהותי (בג"צ 5/48⁵³, בעמ' 75)⁵⁴.

אף פרופסור שלו מצטרפת לדעת הרוב בעניין לוגסי, ומצמצמת את תחולת סעיף 61(ב) לחוק החוזים על פעולות הרשות הציבורית:

"אשר על כן, כל פסקי הדין שהחילו את הוראת סעיף 12 לחוק החוזים הכללי על הליכי מכרז, לא נזקקו - מבחינה אנליטית - לצינון של סעיף 61(ב). תחולת סעיף 12 על מכרזים ודמוייהם נובעת מן התפישה הכללית של מכרז כחלק מן המשא-ומתן לקראת כריתתו

⁴⁷ עניין אזרניקוב, לעיל הערה 39.

⁴⁸ סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673.

⁴⁹ בן חיים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד ל(1) 412.

⁵⁰ עניין לוגסי, לעיל הערה 43, בעמ' 465.

⁵¹ עניין אזרניקוב, לעיל הערה 39.

⁵² רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617.

⁵³ ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 58.

⁵⁴ עניין לוגסי, לעיל הערה 43, בעמ' 457.

של חוזה-רשות. לדעתי אין גם טעם או צורך לעשות שימוש בצינור של סעיף 61(ב) לחוק החוזים הכללי ולהחיל את עקרון תום-הלב, על מקורו החוזי, בתחום פעולותיה של הרשות... לדעתי, יש להגביל את תחולתו החיצונית של עקרון תום-הלב למעגל השני - מעגל המשפט האזרחי, ולהפעיל בתחום המשפט הציבורי נורמות וכללים שהתפתחו במסגרתו. סעיף 61(ב) נועד, לדעתי, לשמש צינור להחלתו של עקרון תום הלב רק כשמדובר ב'פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה' וב'חיוכים שאינם נובעים מחוזה' בתחום דיני-הממונות והמשפט האזרחי בדרך-כלל⁵⁵.

אף שבמבט ראשון דומה שדעת הרוב בעניין לוגסי ודעתה של פרופסור שלו חד הן, הרי שמבט נוסף חושף את ההבדל ביניהן. השופט (כתוארו אז) שמגר אינו מתייחס להחלת תום הלב בכל עניין מינהלי, אלא רק בא לתחום את תחולתו של סעיף 61(ב) אל אותם עניינים הקרובים במהותם למוצאם של דיני החוזים: תחום ההתקשרויות. אליבא דשופט שמגר, מאחר שעקרון תום הלב מתפרס על תחומים הרבה ואילו דיני החוזים עוסקים רק בתחום ההתקשרויות, תחול חובת תום הלב מכוח סעיף 61(ב) כל עוד בתחום ההתקשרויות עסקינן, ומחוץ לתחום זה - תחול החובה מכוח עקרון תום-הלב הכללי. עמדה זו אף תואמת את הפסיקה הרבה בתחום, אשר החילה פעם אחר פעם עקרונות מדיני החוזים, בהתקשרויות שעל בסיס סטטוטורי. לפי גישה זו, יוכל סעיף 61(ב) לשמש אותנו בסוגיית שיערוך פיקדונות שהוחזרו, שכן מדובר בהתקשרות שבין הרשות לאדם פרטי, התקשרות שפרטיה מוסדרים בדין.

לעומת דעת הרוב בעניין לוגסי, גורסת פרופסור שלו כי סעיף 61(ב) אינו יכול לשמש להחרת חובת תום הלב לתחום המשפט המינהלי, שכן אינו מתאים ליישום בעניינים שאינם בתחום ההתקשרויות, ואינו נחוץ בתחום ההתקשרויות (מכיוון ששם חלה חובת תום-לב מכוח דיני המכרזים). אולם, לא כל פעולה משפטית בתחום המינהלי הקשורה להתקשרויות (ולפיכך מתאימה ליישום הוראות סעיף 61(ב)) קשורה לדיני המכרזים. כך, לדוגמה, אין בין שיערוכו של חיוב סטטוטורי לבין דיני המכרזים ולא כלום, אף שהעניין מצוי בגדר תחום ההתקשרויות ומתאים להחלת סעיף 61(ב). לפיכך, מתקשים אנו להבין את ההצדקה שמאחורי עמדתה הגורפת של פרופסור שלו.

לאור האמור לעיל, אנו סבורים כי ניתן להחיל את סעיף 61(ב) ו'לייבא' דרכו הלכות מתחום דיני החוזים על מנת ליישמן בסוגיית שיערוכו של חיוב סטטוטורי. לגישתנו, תואמת הלכה זו את הפסיקה, לרבות דעת הרוב בעניין לוגסי.

⁵⁵ ג' שלו דיני חוזים (תש"ן) 41-42.

ד. חובת השיערוך בראי דיני החוזים

משעמדנו על הצינורות המנקזים דינים מן המשפט הפרטי אל המשפט המינהלי, נוכל לבחון את התייחסות המשפט הפרטי לסוגיית חובת השיערוך. כמו אובייקט אשר מראיתו תלויה בזוית ממנה צופים עליו, כך סוגיית חובת השיערוך זוכה להתייחסות שונה בהתאם לענף המשפט הפרטי הבוחר את הסוגייה. לא דומה סוגיית השיערוך בעיני דיני הנאמנות לסוגייה זו בעיני דיני הנזיקין, ושונות השתיים מסוגיית השיערוך בעיני דיני עשיית העושר ולא במשפט. אך ראש וראשון, בהתייחסותו לסוגיית השיערוך, הוא ענף דיני החוזים. הלכות השיערוך בדיני החוזים חודדו ופותחו יותר מאשר בכל ענף משפטי אחר. לא אחת יצר בית המשפט הקבלה בין חובת השיערוך חיוב חוזי לבין חובת השיערוך חיוב סטטוטורי⁵⁶. משום קוצר יריעת חיבור זה ודיותם של דיני החוזים לענייננו, נבחר את סוגיית חובת השיערוך בדיני החוזים בלבד, ולא נתפשט אל תחומים נוספים של המשפט הפרטי.

קיומה של חובת השיערוך כספים שנמצאו בידי צד אחד להתקשרות והושבו, כעבור זמן, לצד אחר, נבחנה היטב בתחום דיני החוזים. דמיונה של סוגייה זו לעניין אותו אנו בוחנים בולט לעין. על כן נסקור להלן את ההלכות לגבי קיומה של חובת השיערוך. אך כשם שניכר הדמיון בין סוגיה זו לבין ענייננו, לא נחבא מאתנו השוני: שהרי אין המשפט הפרטי והמשפט הציבורי מקשה אחת, ואין דין התקשרות רצונית בין פרטים כדין הקשר הנוצר בין הרשות לפרט כתוצאה מהפעלת הרשות סמכות שניתנה לה כדין. עלינו להכיר בשוני זה ולהיות ערים לנפקותיו, בעת שאנו מייבאים את הלכות דיני החוזים אל חיק המשפט המינהלי.

מאחר שהנחת היסוד שלנו היא כי הפיקדונות הושבו במועד, אין טעם בסקירת הלכות דיני הנזיקין המקבילות להלכות השיערוך חיוביים סטטוטוריים שלא שולמו במועד. לכן תוזכרה הלכות הנוגעות לשיערוך חוזה שהופר, רק בדרך אגב או בהקשר אחר הנחוץ למחקרנו. בכך נמנע מאתנו דיון בשיערוך מכוח שיקולי צדק לפי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ובשיערוך תמורה בחוזה שהופר לפי סעיף 11(ב) לאותו חוק.

1. שיערוך מכוח אומד דעת הצדדים לחוזה:

בעניין אתא נדונה סוגיה כדלקמן:

"על פי הוראות החוזה, מקבל צד אחד סכום כסף כפיקדון, ועם סיום החוזה עליו להחזיר הפיקדון. אין בחוזה כל הוראה בדבר הצמדה.

⁵⁶ ראו, למשל, את עניין פינקלשטיין, לעיל הערה 13.

לאחר שנים בא החוזה לסיומו. היש להחזיר את הפיקדון בערכו הריאלי או בערכו הנומינאלי? זו השאלה הניצבת לפנינו בערעור זה"⁵⁷.

המסקנה אליה הגיע בית המשפט, מפי השופט (כתוארו אז) ברק, הינה:

"כפי שראינו, הגישה המקובלת היא, כי העיקרון הנומינאליסטי אינו עיקרון קוגנטי, המוטל על הצדדים לחוזה בלא להתחשב באומד דעתם. אכן, ביסודה של גישה זו עומדת הגישה, כי נומינאליזם או ואלוריזם הם עניין של כוונת הצדדים..."⁵⁸.

בעניין **אתא** קבע בית המשפט מספר הנחות לגבי אומד דעתם של הצדדים בנסיבות מסויימות:

"נניח כי החוזה נעשה בתקופה שבה אין כל אינפלציה במשק, ואף לא היתה כל צפייה כי האינפלציה תפתח בעתיד... באופן בלתי צפוי חלה ירידה בערך הכסף. כיצד תפורש חובת ההשבה? בנסיבות אלה, סביר להניח כי הצדדים לא היו מודעים כלל לאפשרות של ירידה בערך הכסף. אין איפוא יסוד להניח כי "אומד דעתם" הוא שהנושה יישא בהפסדי האינפלציה. נהפוך הוא: יש יסוד להניח, כי הנושה לא יישא בהפסד זה"⁵⁹.

לעומת זאת, מדגים בית-המשפט אימתי יישא הנושה בעלויות האינפלציה:

"אך נניח עתה, כי החוזה נעשה שעה שבמשק קיימת אינפלציה, וקיימת אף תחזית בדבר התגברותה. בנסיבות אלה סביר להניח, כי הצדדים היו מודעים לאפשרות של שינוי בערך הכסף. העדר הוראה בעניין שיערוך מצביע על ההנחה הסבירה, כי הם ביקשו להטיל את הסיכון שבירידת ערך הכסף על הנושה. בנסיבות אלה יש מקום לפרש את הוראת ההשבה במונחים נומינאליים"⁶⁰.

אף במשפט האמריקאי נמצא תימוכין לגישה השיערוך לפי אומד דעת הצדדים. מקורה ההיסטורי של תפיסת השיערוך בדין האמריקאי מצוי, כפי הנראה, בפסק הדין בעניין

⁵⁷ עניין **אתא**, לעיל הערה 14, בעמ' 288.

⁵⁸ עניין **אתא**, לעיל הערה 14, בעמ' 307.

⁵⁹ עניין **אתא**, לעיל הערה 14, בעמ' 306.

⁶⁰ עניין **אתא**, לעיל הערה 14, בעמ' 306.

⁶¹**Willard v. Tayloe**: בשנת 1854 הוענקה אופציה למשך עשר שנים לקניית נכס תמורת סכום נקוב של דולרים. בשנים 1862-1864, על מנת לממן את מלחמת האזרחים, העניק הקונגרס לשטרות הממשלה מעמד של הילך חוקי, שהיה שמור קודם לכן למטבעות זהב וכסף בלבד. אולם, ערכם של השטרות הגיע רק לכמחצית ערכם של מטבעות הזהב והכסף. לקראת פקיעת האופציה ביקש הקונה לממשה על-ידי תשלום המחיר בשטרות. בית המשפט העליון האמריקאי פסק כי:

“The parties, at the time of the proposition to sell, embodied in the covenant of the lease, was made, had reference to the currency then recognized by law as a legal tender, which consisted only of gold and silver coin. It was for a specific number of dollars of that character that the offer to sell was made, and it strikes one at once as inequitable to compel a transfer of the property for notes, worth when tendered in the market only a little more than one half of the stipulated price. Such a substitution of notes for coin could not have been in the possible expectation of the parties. Nor is it reasonable to suppose, if it had been, that the covenant would ever have been inserted in the lease without some provision against the substitution. The complaint must, therefore, be reversed, and the cause remanded with ulated [sic-A.A.] price in gold and silver coin.

“⁶²Whilst he seeks equity he must do equity”.

יוצא מזה שכאשר עסקינן בפיקדון הנובע מחוזה, קיומה של חובת הצמדה תלוי באומד דעתם של הצדדים לחוזה. ככלל, תקום חובת הצמדה מקום שנמנעה מן הצד המפקיד את הפיקדון האפשרות להגן על ערך הכסף בתניה מפורשת בחוזה, מכיוון שקיום אינפלציה או שיעורה היה בלתי צפוי.

כאן המקום לציין, שנתקשה ליישם הלכה זו יישום מלא כאשר נובע הפיקדון מהוראות הדין (או מהוראות בית-המשפט), שכן במצב זה אין נפקות לאומד דעת הצדדים, וממילא אין לצד המפקיד את הפיקדון היכולת להגן על ערך כספו. לעניין זה נתייחס בהמשך, כאשר נבחן את היכולת להחיל את דיני החוזים על הפעלת סמכות על-פי דין.

⁶¹ 8 Wall. 557 (1869)

⁶² ibid., p. 506

2. שיערוך מכוח עקרון תום-הלב:

במקביל להטלת חובת שיערוך מכוח אומד דעתם של הצדדים, פיתח בית המשפט דוקטרינה של שיערוך מכוח עקרון תום הלב. יישום עקרון תום הלב נעשה בשני רבדים: האחד - תחולה עקיפה של העיקרון מכוח פרשנות אומד דעת הצדדים בהתאם לעקרון תום-הלב, והאחר - תחולה ישירה של העיקרון.

"כאן מקובל להבחין בין שיערוך המבוסס על פירושו של החוזה - או על השלמת חסר (לאקונה) שבהוראותיו - לבין שיערוך חיוב כזה מכוח החלתה של נורמה כללית, כחובת הקיום בדרך מקובלת ובתום-לב, לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)... אך, לדעתי, ייתכנו מקרים, בהם הגבול שבין שיערוך על יסוד אומד דעתם של המתקשרים לבין שיערוך בהסתמך על עקרון תום הלב לא יהיה כה חד וברור. במה דברים אמורים? כשבמסגרת פירושו של החוזה יש יסוד להסתמך על עקרון תום הלב כעל נורמה משלימה למילוי חסר שבו. אף שגם בכך יש מידה מסוימת של התערבות שיפוטית ביחס החוזי, איש לא יאמר, שמבחינת דיני החוזים מהלך פרשני כזה איננו לגיטימי..."

היזקקות לעקרון תום הלב כאל נורמה משלימה מותרת אף לעניין ייחוס כוונת שיערוך. ברי, שבדרך זו לא ניתן להתערב בתנאי החוזה, אם פירושו לפי אומד דעתם של הצדדים מעיד על כוונה שהחיובים לא ישוערכו. אך אם פירוש החוזה, מתוכו ולפי נסיבות כריתתו, איננו מצביע על כוונה מסתברת כזאת, ובהצמדות לערכים נומינאליסטיים יש משום הפרה בולטת של איזון האינטרסים ההדדיים, שמצא את ביטויו בתנאי החוזה או הנלמד מן הנסיבות שהתקיימו בזמן הכריתה, עשוי עקרון תום הלב למלא את החסר בהתנאה החוזית"⁶³.

"...קביעת השיערוך מתבקשת על יסוד סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, הקובע את עקרון תום הלב, שהוא יסוד מוסד בדיני החוזים, במשפט הפרטי בדרך כלל ובדין המינהלי"⁶⁴.

⁶³ השופט א' מצא בע"א 479/89 המוטראן הקופטי נ' חלמיש - חברה ממשלתית עירונית לשיקום הדיור בתל-אביב-יפו בע"מ, פ"ד מו(3) 837, 845-846 (להלן - עניין המוטראן הקופטי).

⁶⁴ השופט ד' לוי בע"א 627/84 נודל נ' עיזבון צבי שינטו ז"ל, פ"ד מ(4) 477, 484 (להלן - עניין נודל).

"מקובל עלינו, כי המסקנה העולה בעקבות הפרשנות הפנימית של נוסחו של הסדר חוזי איננה משמשת בהכרח סוף פסוק בעניין חובת השיערוך של התחייבות הכספיות. אם יסבור בית המשפט, כי ההיצמדות לאמת המידה הוולוריסטית יהיה בה משום קיום החוזה שלא בדרך המקובלת ובתום-לב, יכול שיראה מקום להתערב בשאלת השיערוך על יסוד שיקולים לבר-חוזיים (ע"א 554/83⁶⁵, וראו גם ד"נ 15/79⁶⁶)".⁶⁷

על הבעייתיות בהחלה ישירה של עקרון תום הלב עומד השופט מצא:

"הגישה שנשתרשה היא, כי מקום שמתעורר צורך לתקן את עיוותי האינפלציה, על-ידי שיערוך חיוב בחוזה מקוים, ראוי לעשות כן, ככל האפשר, על דרך פירוש הוראת החוזה... שיערוך המבוסס על פירוש החוזה "נעשה על-פיו"..."

בעייתית יותר, לעניין השיערוך, היא ההסתמכות על עקרון הקיום בתום-לב, לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי). ברוב המקרים, בהם עלתה שאלת החלטה של נורמה "חיצונית" זו, בחר בית-משפט זה להניחה בצריך עיון (ראו ע"א 554/83⁶⁸ וע"א 439/85⁶⁹ הנ"ל); זאת לאו דווקא בשל ספק בשאלה - מעוררת המחלוקת - אם בכוחו של עקרון תום הלב להקים חיוב חדש ועצמאי "שזכרו לא בא בחוזה, ושלא עלה על דעת הצדדים לקבלו עליהם" (כלשון השופט אלון בע"א 391/80⁷⁰, בעמ' 263), אלא משיקולים של מדיניות שיפוטית. התפיסה הרווחת היא, כי בשיערוך הנסמך על עקרון תום הלב בלבד יש משום שינוי תנאי החוזה שכרתו הצדדים, ו"שרק בתנאים מיוחדים ויוצאי דופן יהא מקום לפעולה חריגה זו של התערבות שיפוטית" (השופט ברק בע"א 554/83⁷¹, בעמ' 300). אכן היו מקרים, בהם סמכו שופטים את שיערוכו של חיוב בחוזה מקוים גם על עקרון תום הלב - אם כאחד הטעמים לפירוש תנאי החוזה (ע"א 118/83⁷², הנשיא שמגר בעמ' 699), ואם כנימוק נוסף לחיזוק

⁶⁵ עניין **אתא**, לעיל הערה 14.

⁶⁶ עניין **ליבל**, לעיל הערה 15.

⁶⁷ ע"א 303,334/87 **בנדרלי נ' קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ**, פ"ד מה(2) 207, 213.

⁶⁸ עניין **אתא**, לעיל הערה 14.

⁶⁹ **חברת הרשפינקל ובנו בע"מ נ' גולדשטיין**, פ"ד מב(1) 286 (להלן - עניין **הרשפינקל**).

⁷⁰ **לסרסון נ' שכונ עובדים בע"מ**, פ"ד לח(2) 237.

⁷¹ עניין **אתא**, לעיל הערה 14.

⁷² **עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד לט(1) 693.

המסקנה העולה מפירוש הוראות החוזה (ע"א 627/84)⁷³, השופט ד' לוי (בעמ' 484-487)⁷⁴.

ואכן, בית המשפט לא מיהר לשערך חיובים חוזיים באמצעות החלת עיקרון תום-הלב.

"מכאן לטענתו של בא-כוח המשיב, כי מן הראוי שנתערב ביחסים החוזיים על סמך עקרון תום-הלב. בע"א 228,281/85⁷⁵ ציינתי, כי בכל הנוגע לשינוי הוראותיו של החוזה המקום, לא ראינו עד כה בחובת תום הלב עילה להתערבות... בע"א 439/85⁷⁶, העיר השופט ברק, בעמ' 292, בהערת אגב שלא היתה דרושה להכרעה, כי השאלה, אם יש צידוק להתערב בהסדר החוזי מכוח עקרון תום הלב, טרם הוכרעה, וניטיב לעשות אם נשאירה פתוחה. בגרמניה נעשה שימוש בעיקרון תום הלב לאימוץ השיטה הואלוריסטית בתקופה שלאחר מלחמת העולם הראשונה, כשבשלהי 1923 הגיעה האינפלציה למימדים קטסטרופליים, עד להתמוטטות גמורה של המטבע... משנמנענו אנו ביודעין מלאמץ פתרון זה בתקופה שבמשק שלנו שררה אינפלציה של שלוש ספרות, אינני רואה טעם שנאמץ אותה דווקא עכשיו, כאשר התוכנית הכלכלית מ-1985 הצליחה להביא לריסון האינפלציה למימדים סבירים"⁷⁷.

סקירת הפסיקה הנוגעת לעניין מעידה כי השימוש בעקרון תום הלב לשם שיערוך חיובים לא נדחה חד-משמעית. עם זאת, רבים המקרים בהם מצאו השופטים כי במקום בו אומד דעת הצדדים לא העיד על כוונתם לשערך חיוב, אין הנסיבות מתאימות לשימוש בעקרון תום הלב לעשיית השיערוך⁷⁸. מנגד, לא מעטים המקרים בהם מצאו השופטים כי ראוי לשערך את החיוב מכוח עקרון תום הלב, ובד בבד מצאו כי בנסיבות המקרה מצביע אומד דעת הצדדים על כוונתם לשערך את החיוב⁷⁹. ניתן ללמוד מכך על מתאם גבוה בין שיערוך מכוח עקרון תום הלב לבין שיערוך מכוח אומד דעת הצדדים. מתאם זה מצביע על כך ששתי העילות לשיערוך אינן עצמאיות זו מזו. בכך ניתן למצוא תמיכה לא

⁷³ עניין נודל, לעיל הערה 65.

⁷⁴ עניין המוטראן הקופטי, לעיל הערה 63, בעמ' 845.

⁷⁵ ע"א 228,281/85 "דן" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' בן שלמה, פ"ד מא(3) 34 (להלן - עניין בן שלמה).

⁷⁶ עניין הרשפינקל, לעיל הערה 69.

⁷⁷ השופטת נתניהו בע"א 319/89 "דן" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' צורני, פ"ד מו(3) 729, 725 (להלן - עניין צורני).

⁷⁸ ראו עניין אלימן, לעיל הערה 11, בעמ' 151; עניין צורני, לעיל הערה 77; עמדת השופט ש' לוי בע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 830 (להלן - עניין סקלי).

⁷⁹ ע"א 275/83 עיריית נתניה נ' "סחף" חברה ישראלית לעבודות פיתוח בע"מ, פ"ד מ(3) 235 (להלן - עניין עיריית נתניה); עניין נודל, לעיל הערה 64; ע"א 73/88 עיזבון המנוחה לוטי גרינברג-רוזן ז"ל נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"ד מו(5) 114 (להלן - עניין גרינברג-רוזן); עמדת השופט בד עניין סקלי, לעיל הערה 78, בעמ' 832.

מבוטלת לגישתו של השופט מצא בעניין המוטראן הקופטי, גישה לפיה מקום שאין אומד דעת הצדדים מצביע על כוונתם להימנע משיערוך, ניתן להחיל את עקרון תום הלב באופן עקיף, על-ידי שימוש בעיקרון תום הלב בפרשנות החוזה שהוליד את החיוב או בדרך של השלמת פרטי החוזה שהוליד את החיוב.

לבסוף, נזכיר שבית המשפט מצא כי קיימת אפשרות להשתמש בעילת תום-הלב אף במקום בו אין כל משמעות לאומד דעת הצדדים, כגון בשיערוך בגין אי-מילוי חיוב סטוטורי במועדו:

“עשויות להיות נסיבות, בהן תשלום כספים ללא שיערוך יהיה מעשה, שעקרון תום הלב אינו עולה עמו בקנה אחד”⁸⁰.

באותו מקרה נותר השיערוך מכוח עיקרון תום הלב בצריך עיון, שכן נמצא מקור אחר לקיומה של חובת שיערוך.

3. שיערוך מכוח שיקולי צדק:

במקביל לשיערוך מכוח עקרון תום הלב התפתחה גישה של שיערוך מכוח שיקולי צדק. המקור הנורמטיבי לגישה זו הינו סעיפים 3(4) ו-4 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התש"ל - 1970. סעיף 3 קובע כי, ככלל, יש לנפגע מהפרת חוזה את הזכות לתבוע את אכיפת החוזה, אך בית המשפט רשאי שלא לאכוף את החוזה, בין השאר, אם ראה שיש להימנע מאכיפה משיקולי צדק. במידה שבית המשפט החליט לאכוף את החוזה, מתיר לו סעיף 4 האמור להתנות תנאים לאכיפה. שיטה זו שימשה בעיקר לבדיקת קיומה של חובת שיערוך בחוזים שהופרו:

“שיערוך של חיוב כתוצאה מהפרש בשוויו, מאז שנקבע בין הצדדים ועד ליום ביצועו, מקורו בדיני היושר. עצם השיערוך ושיעורו הם בשיקול הדעת של בית המשפט... כל עניין נדון לפי נסיבותיו... הצדק, שעלינו לעשות כאן עם הצדדים, צריך להימדד על-פי מעשיהם, התנהגותם ואחריותם למצב שנוצר... שיערוך של סכום כסף כדי התאמתו לערך הריאלי, שעליו חשבו בעלי הדין, הפך למעין זכות. אחת הסיבות לכך היא, כי מותר לצפות, שהצד, החייב בתשלום סכום פלוני ונמנע ממנו לפרעו מסיבה כלשהי, שאינה חסרון כיס, ישקיע את הסכום בו מדובר בהשקעה צמודה, שהרי זאת היא ההתנהגות הסבירה בימינו שלנו. אמרנו “מעין זכות” ולא

⁸⁰ עניין ליבל, לעיל הערה 15, בעמ' 53.

"זכות" ממש, כי במהלך השיערוך יש מקום לשיקולים, המחוייבים מהנסיבות והבאים להשפיע על החישוב המתמטי..."⁸¹.

לפיכך, באותו מקרה שוערך (באופן חלקי) חיוב, אשר נדרש לשלם הצד שהפר את החוזה. אולם, אותם שיקולי צדק הובילו את בית המשפט לתוצאה הפוכה, כאשר הקונה הפר את החוזה:

"עינינו הרואות, כי למרות שהכסף נותר בידי הצד הנפגע, אין הוא מוחזק כמי שאינו ניזוק כלל מהסיכון האינפלציוני בתקופת החוזה המופר, ומתבצע כנגדו שיערוך חלקי בלבד. המפר אינו רשאי לצפות לכך שהנפגע יישא בכל תוצאות האינפלציה"⁸².

אך מנגד, נוכחים אנו לא אחת כי בית המשפט שולל את יישומם של שיקולי הצדק בקביעת קיומה של חובת שיערוך. עמדה זו, ככל שהיא נוגעת לשיערוך חיובים שלא הופרו (ואשר אין לגביהם הוראה מקבילה לזו שבסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תואמת את הגישה הנומינאליסטית, לפיה הכלל הינו כי אין לשערך חיובים, ואילו השיערוך הינו חריג פרי הוראה חקוקה (לגישה זו ויריבתה - הגישה האלוריסטית, נתייחס בהמשך). וכך דוחה בית המשפט את יישומם של שיקולי צדק בבחינת קיומה של חובת שיערוך:

"השאלה, אם השיטה הנומינאליסטית או השיטה הוולוריסטית היא הקובעת במקרה זה או אחר, אינה עניין לתחושת הצדק של השופט... כדי להורות על שיערוכו של תשלום חייב להימצא לשיערוך בסיס בדין... יש שהבסיס המשפטי לשיערוך יימצא בחקיקה. כך הבסיס לשיערוך חוב פסוק נמצא בחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א - 1961 (לעניין חיוב סטוטורי בשיערוך ראו גם בג"צ 608/88⁸³). הבסיס המשפטי לשיערוך בפסיקת נזק בעולות נזיקין נמצא בעקרון החזרת המצב לקדמותו (ע"א 467/77⁸⁴); בפסיקת פיצויים על הפרת חוזה - בצפיית הנזק, כשהשפעת האינפלציה היא בגדר צפייתו של המפר (ע"א 222/81 (ב"ש 746/83)⁸⁵, בעמ' 475); בהשבה כתוצאה מביטול חוזה - במניעת התעשרות שלא כדין (ע"א 741/79⁸⁶); בתביעה לאכיפת חוזה - בסמכותו של בית המשפט להתנות תנאים לאכיפה (ע"א 158/77⁸⁷)".⁸⁸

⁸¹ ללוש נ' מלמוד, פ"ד לו(4) 387, 390-392 (להלן - עניין ללוש).

⁸² ע"א 48/89 בויס נ' וילאר אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד מו(3) 473, 482-483.

⁸³ עניין פינקלשטיין, לעיל הערה 13.

⁸⁴ הורוביץ נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד לג(2) 256 (להלן - עניין הורוביץ).

⁸⁵ אברהם חננאל חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' סוסנובסקי, פ"ד לו(4) 471.

⁸⁶ עניין כלנית השרון, לעיל הערה 18.

⁸⁷ רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281 (להלן - עניין רבינאי).

"תחושת הצדק הכללית וההתקוממות הפנימית של שופט נגד פסיקת סכום נומינאלי בתקופת אינפלציה אין די בו כדי לחייב בשיערוך, כאשר הצדדים עצמם לא קבעו כך בחוזה ביניהם, במפורש או במשתמע, כעולה מאומד דעתם בנסיבות המקרה"⁸⁹.

4. שיערוך מכוח תפיסה ואלוריסטית של קיום חיובים:

הניתוח הכלכלי של המשפט הוא אביו-מולידו של מקור נוסף לחובת שיערוך - תפיסה ואלוריסטית של קיום חיובים. תפיסה זו מודדת חוב כספי בהתאם לערכו, ולא לסכומו. לפיכך, המרכיב את משקפי התפיסה הוא אלוריסטית יראה את השיערוך כמובן מאליו, שכן אין בשיערוך (אליבא דגישה האלוריסטית) כדי לשנות את החיוב כהוא זה. נהפוך הוא - קיום החיוב באופן נומינאלי, מקום שחל פיתוח בערך המטבע בו קיים החיוב, יראה למרכיב המשקפיים האלוריסטיות כקיום בחסר, שכן לא שולם מלוא ערכו על החוב.

"כאן ראוי להדגיש ולומר, שקביעת השיערוך אינה באה להיטיב עם מקבל התשלום, שהרי הוא לא יוצא נשכר מכך. כל שנעשה במקרה כזה הוא העמדת החיוב על הערך הריאלי, לבל ייצא נפסד, זאת ותו לא"⁹⁰.

"אכן, במצב של ירידה מתמדת בערך הכסף וההתייקרות המתמדת של מצרכים ושירותים, הצודק ביותר הוא שתשלום דמי הנזק עבור נזק שנגרם לנכס או עקב הפרת חוזה יהיה לפי שווי הנזק ביום התשלום"⁹¹.

בינקותו שאב הדין הישראלי את גישתו של הדין האנגלי, והשקיף על קיומם של חיובים במשקפיים נומינאליסטיות. אלא שכחלוף השנים, עם העלייה בשיעור האינפלציה, החל בית המשפט לסגת מן העמדה הנומינאליסטית הנוקשה שעוצבה באנגליה של המאה השבע עשרה.

⁸⁸ דברי השופטת שי נתניהו בעניין צורני, לעיל הערה 77, בעמ' 727.

⁸⁹ דברי השופטת שי נתניהו בעניין בן שלמה, לעיל הערה 75, בעמ' 39, עליהם חזר השופט א' מצא בעניין גרינברג-רוזן, להלן הערה 88, בעמ' 123.

⁹⁰ דברי השופט ד' לוין בעניין נודל, לעיל הערה 64, בעמ' 485.

⁹¹ עניין ירדניה, לעיל הערה 3, בעמ' 37.

תחילה נתחם גדרה של התפיסה הנומינאליסטית, אשר לא באה בתחומם של החובות הלא קצובים:

"כפי שהדגישו חכמי המשפט לא פעם, העיקרון הנומינאליסטי חל רק לעניין חובות קצובים (liquidated sums). הוא אינו חל במקום שמדובר הוא בחוב לא קצוב (unliquidated sums) - המכונה גם adaptable debt (או Wertschulden) ... לעניין החובות הלא-קצובים - וחובות הנובעים ממעשה נזיקין הם דוגמה מובהקת לכך - אין לעיקרון הנומינאליסטי כל מקום... למיותר לציין כי אי החלתו של העיקרון הנומינאליסטי לחובות לא קצובים, לא רק שהיא מתבקשת מעקרונות הדין, אלא שהיא אף מביאה לתוצאה צודקת, עליה עמד הנשיא (זוסמן) בע"א 151/76⁹², בע' 389⁹³."

הלכה זו הורחבה כך שחלה גם על חיובים שמקורם נזיקי, אך כבר נישומו, אלא שנעשה תיקון בשומה בשלב מאוחר יותר:

"איני רואה מקום לסמוך את החיוב בהצמדה על סעיף 39 לחוק החוזים [סעיף המורה כי חוזה יקויים בתום לב ובדרך מקובלת - א.א.א.]... אשר לאפשרות להפעיל את סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) [סעיף המורה כי הנפגע מהפרת חוזה זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו - א.א.א.]... הרי שנקודת המוצא בענייננו היא, כי המערערת לא הפרה את החוזה וכי שילמה את תגמולי הביטוח (בערכם הנומינאלי) בזמן סביר... ואף-על-פי-כן סבורני, כי דין הערעור להידחות, כשלדעתי אין חובת ההצמדה במקרה זה מהווה תוספת לתנאי החוזה אלא כלולה בו.

ההתחייבות, שנטלה המערערת על עצמה בפוליסה, היא, כי תשלם למשיבה 'דמי נזק או תתקן כל הפסד או היזק כזה' (בשיעורים ובגבולות המפורטים בפוליסה). מכאן, שלא בחוב קצוב שנקבע בחוזה אנו עוסקים, אלא בשיעורם של דמי נזק בלתי קצובים, בשל אובדן רכושה של המשיבה בשריפה. משהסכימו הצדדים, כי דמי הנזק שישולמו ישקפו את הנזק (כולו או חלקו), אין לראות בתגמולי הביטוח בערכם הנומינאלי, שהיו יפים לשעתם, כמבטאים (עקב האינפלציה) את דמי הנזק האמיתיים, שאותם התחייבה המערערת לשלם. הסכום המתקבל מן ההצמדה אינו כולל, על כן, תוספת לדמי

⁹² החברה המאוחדת לתיירות בע"מ נ' טיל טורס בע"מ, פ"ד לב (1) 387.
⁹³ עניין הורוביץ, לעיל הערה 84, בעמ' 266.

הנזק שחבה בהם המערערת, אלא הוא 'דמי הנזק' גופם... [גם] אם צודק בא כוח המערערת, כי האיחור בתשלום נבע מטעמה של המשיבה, וכי התשלום נעשה תוך זמן סביר, אין בכך כדי לשנות את המסקנה, כי עליה לשלם על-פי החוזה את תגמולי הביטוח האמיתיים"⁹⁴.

אף בתחום דיני ההשבה קנה לו העיקרון הוואלוריסטי אחיזה:

"במסגרת דיני ההשבה אין מקום לעיקרון הנומינאליסטי, שכן הוא עשוי להביא להתעשרות שלא כדין של אחד הצדדים, דהיינו, המחזיק בכסף בתנאים של ירידת ערך ומקבל ההשבה בתנאים של עליית ערך הכסף... בתנאים של אינפלציה, כסף ששולם, והשבתו מתבקשת במסגרת חוזה, שבוטל בשל הפרתו, יש להשיבו בערכים ריאליים, דהיינו, על-פי ערכו של הכסף, שעה שנתקבל על-ידי המשיב"⁹⁵.

עם התגברות האינפלציה בארץ, גדלה הציפיה למעבר מתפיסה 'נומינאליסטית' לתפיסה 'וואלוריסטית':

"הצמדת חובות למדד ראויה להיעשות הכלל השגרתי הנהוג בבתי המשפט, וזאת תוך מתן פירוש מרחיב לחוק פסיקת ריבית והצמדה... שיטתנו המשפטית עוברת מטמורפוזה מהירה מנומינאליזם לוולריזם. תהליך זה טרם הושלם. יש לצפות, כי תנאי המשק יחייבו את השלמתו בעתיד. לצורך הפעלתה התקינה של השיטה הוואלוריסטית יהיה צורך בהתערבות המחוקק, במיוחד כדי לתקן נורמות סטטוטוריות שנמצאו בלתי מספקות. גם בתי המשפט ייקראו ליתר עירנות ולהחלה מחושבת יותר וסימטרית יותר של דיני ההצמדה, השערוך והריבית"⁹⁶.

אך ציפיה לחוד והתגשמותה לחוד. העיקרון הוואלוריסטי לא כבש לו נחלות חדשות. כך, למשל, בעניין סוסנובסקי⁹⁷, אמר השופט ש' לוי:

⁹⁴ ע"א 17/82 מגדל בנין, חברה לביטוח בע"מ נ' יקב הגליל, יוסף גולד ובניו בע"מ, פ"ד מ(1) 428, 437-436.

⁹⁵ עניין כלנית השרון, לעיל הערה 18, בעמ' 544; ראו גם ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ(3) 169 (להלן - עניין טייק).

⁹⁶ א' פרוקציה "הצמדה, שערוך וריבית: עבר, הווה ועתיד", משפטים י (תש"ס) 262.

⁹⁷ ע"א 222/81 חננאל חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' סוסנובסקי, פ"ד לז(4) 471 (להלן - עניין סוסנובסקי).

"כבר אמרנו לא פעם, שטרם הגיעה השעה להחיל בישראל דוקטרינה ואלוריסטית טהורה, המוכנה לשערך חיובים חוזיים אף באין הפרה. כך, למשל, אם ראובן הלווה 100 ל"י לשמעון, ובהגיע מועד הפרעון משלם שמעון לראובן 100 ל"י, איני רואה כל אפשרות... לחייב את שמעון להשיב בלירות 'ריאליות' ולא 'נומינאליות' (מדברי השופט ברק בע"א 265,260/80,⁹⁸ בעמ' 550, והשווה: ע"א 713,708/78,⁹⁹ בעמ' 801). מה שאין כן, כאשר החוזה הופר או כאשר מדובר באכיפתו"¹⁰⁰.

אף קיצונית יותר עמדתה של השופטת נתניהו באותו פסק דין:

"הרשות השופטת, המבקשת לתת ביטוי להשפעת האינפלציה, חייבת לבסס את עצמה על הוראת דין ולפעול במסגרת הדין. באין הוראה בדין אין בית המשפט יכול לפעול בנדון זה. פתרון במסגרת הדין נמצא בסוגיית הפיצויים בגין הפרת חוזה, שיסודה בצפיית הנזק, כשהשפעת האינפלציה היא בגדר צפייתו של המפר. כך גם נמצא פתרון בסוגיית אכיפת חוזה שהופר, כי האכיפה נתונה לשיקולי הצדק שמפעיל בית המשפט, ובכללם שיקול תוצאות האינפלציה. כך גם הפתרון בסוגיית ההשבה עקב ביטול חוזה, שיסודה במניעת התעשרות שלא כדין, כשהשבה ללא שיערוך מהווה התעשרות כזו.

אך בדרך כלל בעקרונות היסוד של דיני חוזים נתקלים אנו בקושי, הנובע מכך כי הצדדים עצמם הם הקובעים את תוכן החוזה ותנאיו, ואם, חרף עשותם את החוזה בתקופת אינפלציה, הם נמנעו מלהכיל בו הוראת הצמדה, אל לו לבית המשפט לבוא ולשנות מהסכם ביניהם, ובוודאי לא בתוך מועד הביצוע החוזי. 'השיערוך עניינו תקופת ההפרה, שלגביה אין הוראה הסכמית של הצדדים, ועל-כן לא תהא בפעולת השיערוך משום פגיעה בעקרון ההסכמיות'^{101,102}.

ההימנעות מאימוץ הגישה הוואלוריסטית הולידה שתי גישות לסוגיה: האחת הינה אימוץ הגישה הנומינאליסטית, והאחרת הינה הימנעות מאימוץ גישה עקרונית כלשהי, ובמקום זאת אימוץ גישה כזו או אחרת לגבי כל מקרה לגופו (ולמעשה, דחיית שתי הגישות):

⁹⁸ **נוביץ נ' ליבוביץ**, פ"ד לו(1) 537 (להלן - עניין **נוביץ**).

⁹⁹ **יוסף נ' קניאל**, פ"ד לה(4) 769.

¹⁰⁰ עניין **סוסנובסקי**, לעיל הערה 98, בעמ' 474.

¹⁰¹ עניין **נוביץ**, לעיל הערה 98, בעמ' 550.

¹⁰² עניין **סוסנובסקי**, לעיל הערה 97, בעמ' 475.

"אכן, הגישה השיפוטית נמנעת מהכללות. אין היא נוקטת עמדה נומינאליסטית כוללת, ואין היא נוקטת עמדה ולוריסטית כוללת. היא בוחנת כל סוגיה על-פי מסגרתה הנורמטיבית שלה. גישה שיפוטית זו מבוססת על תפיסה משפטית עקרונית, לפיה המשפט הישראלי אינו מכיר לא בגישה ולוריסטית כללית ולא בעיקרון נומינאליסטי כללי, החלים בו כעניין של משפט ציבורי מחייב (ius cogens). על-פי תפיסה זו, הדין הנומינאליסטי או הדין הוולוריסטי, עד כמה שהם חלים בישראל, הם פרי הפירוש הראוי של הנורמה המשפטית הספציפית החלה בעניין, והם חייבים 'להתבסס על דין קיים או פרשנות יוצרת מתאימה' (ע"א 423/80 הנ"ל, בעמ' 705 - השופט בייסקי). אכן, השאלה בדבר 'ערך הכסף' אינה נקבעת על-פי 'דיני כסף' - נומינאליסטיים או ולוריסטיים - אלא על פי הפירוש הראוי של הדין הרלוואנטי החל בסוגיה נתונה"¹⁰⁴.

ה. כללים לשיערוך

1. חובת השיערוך - סיכום:

שאלת קיומה של חובת שיערוך לגבי פיקדונות אשר הרשות נדרשת להשיב, תיחתך בהתאם ליישום עקרונות המשפט המינהלי על הסוגייה, ובהתאם ליישום אותן הלכות מדיני החוזים, הנקראות אל חיק המשפט המינהלי.

עמדת המשפט המינהלי לגבי הסוגייה, נדונה בפסק הדין בעניין **פינקלשטיין**, שם נקבע כי בהעדר הוראה מפורשת (הנוגעת לשיערוך) בחיקוק היוצר את החיוב, תלויה שאלת שיערוך חיוב סטטוטורי שקויים במועדו בפרשנות החיקוק, ואין בקיום החיוב במועדו כדי למנוע א-פריורית את שיערוך החיוב. עם זאת, לא מצאנו בפסיקה מקרה דומה לזה שלנו, ממנו נוכל ללמוד מהי הפרשנות הנאותה של החיקוקים הקובעים חובת הפקדת פיקדון.

לפיכך פנינו לדיני החוזים. תחילה בדקנו את ה"צינורות" דרכם ניתן לינוק את הלכות דיני החוזים אל המשפט המינהלי. צינורות אלו הינם: ייבוא חיקוקים ספציפיים מן המשפט הישראלי, קונקרטיזציה של חובת ההגינות בדרך של היקש מן המשפט הפרטי, דואליות נורמטיבית, והחלת דיני החוזים על חיובים מן המשפט המינהלי מכוח סעיף 61(ב) לחוק

¹⁰³ **אבדני נ' קסוטו**, פ"ד לז(1) 701.
¹⁰⁴ עניין **אתא**, לעיל הערה 14, בעמ' 295-296.

החוזים. כל אחת מחלופות אלו יכולה, במגבלות שנדונו לעיל, להחיל על הסוגייה את הלכות השיערוך הנהוגות בדיני החוזים. הצעד הבא, אפוא, הוא בחינת הלכות השיערוך בדיני החוזים.

המקור הראשון לחובת שיערוך בדיני החוזים הוא אומד דעת הצדדים. מקור זה, המשמש כטיעון מרכזי בפסק הדין בעניין **אתא**, מתנה את קיומה של חובת הצמדה באומד דעתם של הצדדים לחוזה. ככלל, תקום חובת הצמדה מקום שנמנעה מן הצד המפקיד את הפיקדון היכולת להגן על ערך הכסף בתניה מפורשת בחוזה, מכיוון שקיום אינפלציה או שיעורה היה בלתי צפוי. מטבע הדברים, אין למונח 'אומד דעת הצדדים' נפקות רבה כאשר בחיובים סטטוטוריים עסקינן. ניתן להמיר את מובנו של מונח זה, ולהתייחס אליו כאילו נאמר 'רוח החיקוק'. כך נגיע למסקנה דומה לזו שנקבעה בעניין **פינקלשטיין**.

נוכל גם להיעזר בחזקה, השלובה בהלכות המטילות חובת שיערוך מכוח אומד דעת הצדדים, לפיה צופים הצדדים לחוזה כי שיעור האינפלציה הקיים בעת כריתת החוזה יישאר כמות שהוא במהלך קיום החוזה. לכן (בשינויים הנדרשים להתאים הלכה זו אל נושא החיובים הסטטוטוריים), אם היה שיעור האינפלציה בעת כניסת החיקוק לתוקף דומה לזה שהיה בעת היווצרות החיוב הספציפי מכוח אותו חיקוק, הרי שחזקה על המחוקק שצפה שחיקה כזו בערך הכסף, ואם לא קבע הוראה בדבר שיערוך החיוב - חזקה שיש בכך הסדר שלילי. לעומת זאת, אם העפיל שיעור האינפלציה מאז כניסת החיקוק לתוקף ועד להיווצרות החיוב, ובהעדר נסיבות המעידות כי כוונת המחוקק היתה לשמור על ערכו הנומינאלי של החיוב הסטטוטורי - ישוערך אותו חיוב בשיעור ההפרש בין שיעור האינפלציה בפועל לבין שיעור האינפלציה שצפה המחוקק.

מקור שני לקיומה של חובת שיערוך הינו עקרון תום הלב. בסקירה שבפרק ד(2) דלעיל, הצבענו על סברתנו כי עילת השיערוך מכוח עקרון תום הלב ועילת השיערוך מכוח אומד דעת הצדדים אינן עצמאיות זו מזו. באם נכונה סברה זו, הרי שהשיערוך נעשה במבחן דו-שלבי, בו נבחן תחילה אומד דעת הצדדים, ואם אין בו כדי לשלול את שיערוך החיוב, נבדק האם יש בעקרון תום הלב כדי להצדיק את שיערוך החיוב.

יצוין כי בעניין **ליבל** נקבע כי עקרון תום הלב יכול לשמש כמקור לחובת שיערוך חיוב סטטוטורי. עם זאת, קיימת מחלוקת לגבי שורשיו המשפטיים של תום הלב בעניין זה: האם מדובר בקונקרטיזציה של חובת ההגינות שבמשפט המינהלי, או שמא ב"יבוא" של תום הלב מדיני החוזים, יציר סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), אשר ניצוק אל מסגרת החיובים הסטטוטוריים מכוח סעיף 61(ב) לאותו חוק. מחלוקת זו, שעלתה בדברי השופטים (כתוארם אז) שמגר ואלון בעניין **לוגסי**, נדונה בהרחבה לעיל, בפרק ג(3)(ד). אך בין כך ובין כך, נראה כי יש רגליים לטענה בדבר קיום חובת שיערוך מכוח עקרון תום-הלב, לכל הפחות כשלב אחד במבחן דו-שלבי (הבוחר גם את כוונת המחוקק - מקבילתו המינהלית של 'אומד דעת הצדדים' החוזי).

מקור שלישי לקיומה של חובת שיערוך בדיני החוזים הוא שיקולי צדק. גישה עמומה זו נתקבלה ונדחתה לסירוגין בפסיקה, ואין זה מן הנמנע כי לא יהיה בכוחה כיום לבסס, לכשעצמה, חובת שיערוך.

מקור רביעי לקיומה של חובת שיערוך בדיני החוזים הינו מכוח תפיסה ואלוריסטית של קיום חיובים. תפיסה זו מודדת חוב כספי בהתאם לערכו, ולא לסכמו. אין חולק כי תפיסה זו קיימת בכל הנוגע לסכומים בלתי-קצובים, כגון כאלה שמקורם נזיקי. אך בכל הנוגע לסכומים קצובים, דחה בדרך כלל בית המשפט את הגישה הוואלוריסטית, ונקט באחת משתי גישות: אימוץ הגישה הנומינאליסטית או הימנעות מאימוץ גישה עקרונית כלשהי, ובמקום זאת אימוץ גישה כזו או אחרת לגבי כל מקרה לגופו. למעשה, איבד מקור זה את כוחו, ולא נראה כי יוכל לשמש כיום כדי לבסס חובת שיערוך.

לפיכך, נראה כי המבחן הנכון לבחינת קיומה של חובת שיערוך הוא המבחן הדו-שלבי, הבוחר תחילה את כוונת המחוקק (ולשם כך נעזר בשאלת שיעור האינפלציה בעת כניסת החוק לתוקף) ובאם אין בה כדי לשלול את שיערוך החיוב, בוחן האם עקרון תום-הלב מצדיק את שיערוך החיוב.

חיבור זה עוסק בפיקדונות ובחובות ממקורות שונים, לרבות פיקדונות עתידיים, אשר טרם נקבעו בחיקוק. לפיכך, לא ניתן לבחון כל חיקוק וחיקוק בנפרד. ככלל, נראה כי מקום בו מוחזר פיקדון, תהיה כוונת המחוקק כי הכסף יוחזר לפי שוויו בעת גבייתו, כלומר - ישוערך. זאת מכיוון שבמרבית המקרים מוחזר הפיקדון בשל העלמות הסיבה שהצדיקה את החזקתו¹⁰⁵, או בשל ההכרה בכך שמעולם לא היתה הצדקה להחזקתו¹⁰⁶.

אף עקרון תום הלב נדרש לבחינה פרטנית, אך ככלל ניתן לומר שעקרון תום-הלב יצדיק את השיערוך של הפיקדונות המוחזרים. עם זאת, יש להקפיד שלא להגיע למסקנה הגורפת כי חלה חובת שיערוך על כל פיקדון המוחזר על-ידי המינהל האזרחי. הדבר אינו עולה עם הלכת פינקלשטיין, הקובעת:

“אכן, כשם שלא כל איחור בתשלום מחייב באופן אוטומטי שיערוך, כך לא כל תשלום במועד מונע באופן אוטומטי שיערוך. הכל תלוי בקביעותיו של הדין הרלוונטי החל על העניין... מקום שמקורו של החיוב הוא בחוק, עלינו לבחון, אם מפרשנותו הראויה של החוק מתבקשת המסקנה, כי התשלום הסטטוטורי שנעשה במועד ישוערך,

¹⁰⁵ כגון במקרה של ערובה במסגרת הגשת ערעור בהליך אזרחי.
¹⁰⁶ כגון במקרה של קנס ששולם בגין הרשעה בעבירה, והוחזר לאחר שאותו אדם זוכה מן העבירה בערעור.

או שמא מתבקשת מפרשנות החוק עמדה שלילית לגבי השיערוך"¹⁰⁷.

ובכן, אם לא כל איחור בתשלום מחייב באופן אוטומטי שיערוך, קל וחומר שלא כל תשלום במועד חייב בשיערוך. יתכנו מקרים בהם כוונת המחוקק הינה ליצור הסדר שלילי לגבי שיערוך הפיקדון המוחזר. כאמור לעיל, מקרים אלה יהיו בבחינת חריג. לפיכך, מכל הניתוח דלעיל עולה כי ככלל, חלה חובת שיערוך על פיקדונות המוחזרים על ידי הרשות. איתור אותם מקרים חריגים בהם לא חלה חובת שיערוך הינו משימה החורגת מיריעת חיבור זה, אך על היועץ המשפטי והחשב של הרשות להיות ערניים למקרים הנופלים לחריגים אלה, שכן, כשם שהשבה בחסר של הפיקדון יוצרת עוול למפקיד, כך השבה ביתר פוגעת בציבור, אשר כספו - כספי הרשות - מועבר לכיס פרטי בלא הצדקה.

ובכן, ככלל קיימת חובת שיערוך - מאי נפקותא?

בהמשך פרק זה נבחן את הכללים לפיהם נשערך את הפיקדונות המוחזרים, ונכריע מהו אופן השיערוך המגן על המטרה לשמה אנו משערכים.

2. אימתי מתייחר הדיון? - הוראות שיערוך בדין באיו"ש

כאמור לעיל, כאשר מתייחס במפורש החיקוק היוצר את החיוב הסטטוטורי, אל סוגיית השיערוך, הרי שיש לפעול בהתאם להוראת החיקוק. לפיכך, בטרם נדון באופן השיערוך כאשר לא נמצאת הוראה מפורשת בחיקוק, נפתח בסקירת אותם חיקוקים היוצרים חיובים סטטוטוריים ומתייחסים לשאלת שיערוכם במידה שנדרשת השבתם. בעניין עבירות מינהליות קובע הצו בדבר עבירות מינהליות (יהודה והשומרון) (מס' 1263), התשמ"ט - 1988, בסעיף 16א(ב) כי מקום ששילם אדם סכום כסף בשל קנס מינהלי שהוטל בטעות, יוחזר לו הסכום ששילם בתוספת הפרשי הצמדה וריבית (כמשמעותם בצו בדבר פסיקת ריבית והצמדה (יהודה והשומרון) (מס' 980), התשמ"ב - 1982) מיום תשלומו.

הצו בדבר פסיקת ריבית והצמדה (יהודה והשומרון) (מס' 980), תשמ"ב - 1982, מגדיר "מדד" כ- "מדד המחירים לצרכן כפי שמתפרסם מפעם לפעם מטעם קצין המטה לענייני סטטיסטיקה במינהל האזרחי לאזור", ואילו "הפרשי הצמדה" מוגדרים כ- "תוספת לסכום שנפסק לפי שיעור העלייה של המדד מן המדד שפורסם סמוך לפני תשלום הסכום ואם הסכום שולם בשיעורים - לפני תשלום כל שיעור ושיעור". "הפרשי הצמדה וריבית" מוגדרים כ- "הפרשי הצמדה בצירוף ריבית לא צמודה" (זאת להבדיל מישראל, שם מגדיר חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א - 1961 את "הפרשי הצמדה וריבית" כ-

¹⁰⁷ עניין פינקלשטיין, להלן הערה 13, בעמ' 403-404.

"הפרשי הצמדה בצירוף ריבית צמודה..." ("ריבית צמודה" הינה "ריבית על הסכום שמדובר בו לאחר שנוספו עליו הפרשי הצמדה").
 פקודה מס' 707 לקובץ פקודות הקבע של המינהל האזרחי לאזור יהודה והשומרון, המתייחסת ל"טיפול בילדים וקטינים המעורבים בעבירות ביטחוניות - הטלת ערובה", קובעת בין השאר את אופן השבת הערובה, ולעניין השיערוך מתייחסת כך:

"... 17.

(ד) הוגשה בקשת ההורה תוך 30 ימים מיום תקופת הערובה, תוחזר הערובה בתוספת הפרשי הצמדה למדד המחירים באזור לפי ה"מדד הידוע" ביום ההפקדה לעומת ה"מדד הידוע" ביום ביצוע ההחזרה.

(ה) הוגשה הבקשה להחזרה לאחר שלושים יום מיום תום תקופת הערובה, יחושבו הפרשי הצמדה כדלקמן:
 הפרשי הצמדה מלאים ביחס לתקופה שמיום ההפקדה ועד ליום תום תקופת הערובה. הפרשי הצמדה בשיעור 50% ביחס לתקופה שמיום תום תקופת הערובה ועד ליום התשלום בפועל.

(ו) קמ"ט אוצר רשאי לקבוע כי במקרים מיוחדים יתוספו לסכומים המשולמים הפרשי הצמדה בשיעור ועל-פי דרך החישוב שייקבעו על-ידו."

הסדר זה דומה להסדר החל בישראל על שיערוך פיקדונות וקנסות, מכוח תקנות בתי משפט והוצאה לפועל (החזרת פיקדונות וקנסות), התשמ"א - 1981, אשר חלות בישראל, ואשר אליהן התייחסנו לעיל בפרק ג(2).

לבד מאלו, ראוי לציין מספר צווים אחרים המתייחסים לסוגיית השיערוך בעת שהרשות נדרשת להחזיר כספים שגבתה: צו בדבר תיקון חוק מס הכנסה (יהודה והשומרון) (מס' 543), התשל"ד - 1974; צו בדבר מיסים עקיפים (מס ששולם ביתר או בחסר) (יהודה והשומרון) (מס' 350), תשל"ל - 1969; צו בדבר פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (שיעור דמי ביטוח) (יהודה והשומרון), התשמ"ח - 1988. מאחר שהללו אינם מתייחסים לפיקדונות מעין אלו בהם עסקינן, לא נבחן את ההסדרים הקבועים בהם.

3. מטרת השיערוך

"משהגענו למסקנה, כי יש לשערך את המענק ליום התשלום, קמה השאלה, כיצד יבוצע השיערוך? אכן, מן הראוי הוא להבחין בין השאלה העקרונית, אם יש לבצע את התשלום בערכים ריאליים או נומינאליים, לבין השאלה המעשית, כיצד יש לקבוע את הערך הריאלי של התשלום (ראו ע"א 265,260/80 הנ"ל, בעמ' 551). השאלה הראשונה מתמודדת עם הניגוד בין תשלום ריאלי לבין תשלום נומינאלי היא מבקשת להשיב על השאלה, אם יש מקום לשערך, אם לאו. השאלה השנייה מניחה תשלום ריאלי ומבקשת לקבוע את הדרכים להביא להגשמתו של תשלום זה, כלומר, כיצד יבוצע השיערוך. אכן, הנני משתמש במונח 'שיערוך' כמונח כללי המבטא תפיסה 'ריאלית' ולא כדרך מיוחדת, הנבדלת מדרכים אחרות, להשגתה של המטרה הריאלית..."¹⁰⁸

פסק הדין בעניין **פינקלשטיין** הינו פסק הדין המנחה בענייננו. הינה נמצא הוא באותה צומת דרכים בו אנו משרכים רגלינו כעת, לאחר שנדונה סוגיית חובת השיערוך, ופנינו אל סוגיית אופן השיערוך. כלום נוכל לעקוב אחרי הלכת **פינקלשטיין**, וליישם את ההכרעות שניתנו שם לגבי אופן השיערוך, אף על ענייננו?

לשאלה זו נאלץ להשיב בשלילה. בעניין **פינקלשטיין** לא העלו הצדדים טענות לגבי אופן השיערוך, ולפיכך החליט בית-המשפט שלא לדון בסוגיה, ואימץ את פסיקת הערכאה דלמטה, אשר שיערכה בדרך של הצמדה למדד המחירים לצרכן, וללא ריבית. על כן, לא מהלכת **פינקלשטיין** תבוא לנו הישועה. הפתרון מצוי בגילוי מטרת אופני השיערוך השונים, והתאמת אופן השיערוך הראוי בנסיבות ענייננו.

"שיערוך הוא פעולה של שמירה על כושר הקנייה של הכסף לאורך תקופה נתונה, לפי מדד אובייקטיבי מסויים. פירוש הדבר, אם בשעה שנוצר החוב יש בסכום החוב כדי לקנות סל מוצרים מסויים, אני דואג שהנושה יוכל לקנות סל מצרכים דומה לכשיקבל את חובו"¹¹⁰.

שיערוך אינו נעשה באופן אחד ואחיד, אלא קיימים מגוון אופני שיערוך:

"כבר נפסק לא אחת, שכל שיערוך אינו אלא מתן ביטוי לערכו הריאלי של הסכום הנתון, תוך ביטול שחיקת ערכו במשך הזמן, הרלוואנטי. אמת המידה של שיערוך לפי מדד המחירים לצרכן,

¹⁰⁸ עניין **נוביץ**, לעיל הערה 98.

¹⁰⁹ עניין **פינקלשטיין**, לחלן הערה 13, בעמ' 407.

¹¹⁰ ע"א 5248/94 **מדינת ישראל נ' קיבוץ עין גב**, פ"ד נ(1) 284, 292 (להלן - עניין **עין גב**).

כקבוע בחוק פסיקת ריבית, נהוגה בפסיקת בתי המשפט ובהסכמים מסחריים ואחרים. אבל אם רשות שיפוטית, ובורר בכלל זה, מוצאת שהנושא המתברר לפנייה מצדיק שיערוך לפי אמת מידה אחרת, מתאימה יותר, הרשות בידה לקבוע כך (ראו: ע"א 3439/90 ד.ד.ד. בנייה עבודות עפר והשקעות בע"מ נ' המועצה האזורית מטה יהודה¹¹¹; ע"א 525,501/84 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' ד' מירון ואח'; ד' מירון ואח' נ' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ¹¹²; ע"א 453/87 קרנית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' עיזבון המנוחה איווי רובנס ז"ל ואח' וערעור שכנגד¹¹³)¹¹⁴.

מה בין ריבית לשיערוך?

"ריבית שתי פנים לה, כדברי פרופ' א' פרוקצ'יה במאמרו "הצמדה, שיערוך וריבית: עבר, הווה ועתיד" משפטים י (תש"ס) 262, 274-5, היא מבטאת פיצוי על ירידת ערך הכסף, ומבחינה זו שיעורה כשיעור האינפלציה; מן הצד האחר היא גם התמורה שמקבל הנושה על עיכוב כספו והחזקתו בידי החייב. מבחינה זו הריבית היא מעין דמי שימוש על השימוש בכספי הנושה (ע"א 126/80¹¹⁵, בעמ' 301)¹¹⁶."

אך ריבית משמשת בתפקיד כפול (גם לשמירת הערך הריאלי של הכסף וגם כדמי שימוש בכסף) רק כאשר לא נוסף לריבית אמצעי שיערוך אחר (כגון הצמדה). אם נוסף אמצעי אחר, נדחת הריבית לתפקיד אחד בלבד: דמי שימוש בכסף.

"השיערוך בא לבטל את שחיקת הקרן ולשמור על כוח הקנייה הריאלי שלה. הריבית, לעומת זאת, היא פיצוי על עיכוב התשלום ועל השימוש בכסף שנמנע מן הזוכה (בלשון חכמינו, "שכר המתנת מעות")."

פיצוי זה יכול שיהא מוסכם (ואז הוא מוגבל בתקרה על-פי חוק הריבית כדי למנוע עושה). פיצוי זה יכול שיהא נתבע ומוכח כראש נזק בפני עצמו (כפי שהדבר יכול היה להיעשות - אך לא נעשה -

¹¹¹ פ"ד מה(3) 337.

¹¹² פ"ד מב(2) 89.

¹¹³ פ"ד מג(3) 397.

¹¹⁴ עניין עין גב, לעיל הערה 110, בעמ' 292.

¹¹⁵ Guardian Eastern Insurance Company Ltd. נ' א' רוסמן ושות' בע"מ, פ"ד

לו(3) 295.

¹¹⁶ עניין עיריית נתניה, לעיל הערה 79, בעמ' 243-244.

במקרה דנן). אך פיצוי זה על המתנת המעות, ככל שאינו מוסכם ואינו מוכח כראש נזק עצמאי, מוסמכת רשות שיפוטית לפסוק אותו כסעד נלווה, גם אם לא נתבע במפורש, וזאת על פי חוק פסיקת ריבית. לא מצאנו כל מקור אחר לסמכותה של רשות שיפוטית לפסוק, כסעד נלווה, פיצוי על המתנת מעות"¹¹⁷.

תמיכה לגישה זו, לפיה משמשת הריבית בדרך כלל כדמי שימוש בכסף, ואילו לשם שמירת ערך הכסף נעשה שימוש באמצעי שיערוך אחרים, מצויה בחיקוקים רבים בישראל. כך, למשל, מוחזרים מסים ששולמו ביתר (אשר חזקה כי המדינה עשתה בהם שימוש, ככל מס אחר), בתוספת הפרשי הצמדה וריבית.¹¹⁸ לעומת זאת, כספים המשמשים כפיקדונות או השמורים בקרנות מסוימות (כגון ביטוח לאומי), מוחזרים בתוספת הפרשי הצמדה, אך ללא ריבית, שכן הממשלה לא עשתה שימוש בכסף.¹¹⁹ בענייננו, משיבה הרשות את הפיקדונות מיד עם קבלת ההוראה לכך, וכן אינה משקיעה את הכספים או עושה בהם שימוש¹²⁰. לפיכך, אף שמוטלת עליו, בדרך כלל, חובת שיערוך הכספים, אין הרשות נדרשת לשלם דמי שימוש על הכספים. לכן, ככלל תהא הרשות פטורה מלשלם ריבית על הפיקדונות המוחזרים.

מן האמור לעיל עולה כי האינטרס עליו עלינו להגן, מקום שבו הגענו למסקנה כי קיימת חובת שיערוך, הינו שמירת כוח הקנייה של הפיקדונות המוחזרים. אולם האופן בו יבוצע השיערוך, על מנת להגשים את מטרתו, נדרש לבחינה מדוקדקת.

"כפי שנאמר בע"א 206/79¹²¹ הנ"ל, בעמ' 331, צורתו והיקפו של הפיצוי ההולם בעקבות ירידת ערך המטבע נתונים לשיקול-דעת בית המשפט, לפי נסיבותיו של כל עניין ועניין. יש שהפיצוי ההולם ימצא ביטויו במתן סכום קבוע בנוסף לסכום, שעליו הסכימו הצדדים

¹¹⁷ עניין עין גב, לעיל הערה 110, בעמ' 294.

¹¹⁸ ראו ס' 105 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו - 1976; תקנות קיזוז מיסים, התשמ"א - 1980; תקנות מס הכנסה (החזר מס יתר), התשמ"ד - 1983; סעיף 103 לחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג - 1963; סעיף 56 לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א - 1961.

¹¹⁹ ראו תקנות בתי משפט והוצאה לפועל (החזרת פקדונות וקנסות), התשמ"א - 1981, המתייחסות באותו אופן אף לקנסות; סעיף 362 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה - 1995; סעיף 8 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד - 1964, הקובע כי פיצויים אשר בעל זכויות מופקעות במקרקעין מסרב לקבל, יישמרו בפיקדון, ויתווספו אליהם הפרשי הצמדה (אך לא ריבית).

¹²⁰ בהתאם להוראות החשב הכללי, אין כספי הפיקדונות והקנסות מופקדים בבנקים מסחריים, אלא בבנק הדואר, בחשבון שאינו נושא כל ריבית או הצמדה, אלא נשאר בערכו הנומינאלי. נראה שאין זה ראוי להצמיד את סוגיית השמירה על ערך הכסף להוראות פנימיות של הרשות הנוגעות לאופן השימוש בכסף ושימור ערכו. עם זאת, יש לשאלת השימוש בכסף נפקות בכל הנוגע לחובת תשלום ריבית עליו.

¹²¹ ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314.

לחווה (ראו ע"א 279/76¹²²), ויכול שיקבל צורה של הוספת אחוז ריבית קבוע לסכומים הנקובים בחווה, אשר טרם שולמו (ראו ע"א 602/77¹²³). יכול שיהיה צמוד לערך המטבע, לנת"ד, למדד יוקר הבנייה (ראו ע"א 43/80¹²⁴) או למדד המחירים לצרכן (ראו ע"א 298/76¹²⁵ וע"א 158/77¹²⁶ הנ"ל)... רק באין ראיה על צורך ההשקעה, ייעשה השיערוך על-פי מדד המחירים לצרכן.¹²⁷

אך מכלל לאו למדו הן, והצמדה למדד המחירים לצרכן נעשתה לברירת המחדל בסוגיית אופן השיערוך:

"העיקרון המנחה באשר למטבע ישראלי הוא שיערוך הקרן (היינו, הצמדתה למדד יוקר המחיה, כאמור בחוק פסיקת ריבית והצמדה) ומתן ריבית על שוויה הריאלי"¹²⁸.

לאור כלל זה, נבחן שתי גישות אחרות לפיהן ניתן לשערך את הפיקדונות המוחזרים: שיערוך לפי זהות הצד הזכאי להשבה ושיערוך לפי סוג המטבע המשוער. באם אחת משיטות אלה תמצא מתאימה יותר ליישום מאשר שיערוך למדד המחירים לצרכן, יפעל המינהל האזרחי בדרך זו; ולא - ישערך את הכספים בדרך של הצמדה למדד המחירים לצרכן.

4. שיערוך לפי זהות הצד הזכאי להשבה

"...אסור לשכוח כי לכסף אין ערך מוחלט. אם מקבלים את הגישה שניתן למדוד את ערכו של הכסף עצמו¹²⁹, צריך למצוא קנה-מידה אחר למדידה כזו; כך מקובל למדוד את ערך הכסף על-פי זהב, מטבעות זרים או מצרכים. מכאן ברור למשל, שאם קצב עליית מחירי הלחם קטן יותר מקצב עליית מחירי הדירות, הרי במהלך מספר שנים אותו סכום התחלתי יהיה "שווה יותר" אצל אדם שקונה רק לחם מאשר אצל אדם שקונה רק דירות. אצלנו מקובל מאוד למדוד את

¹²² לא פורסם.

¹²³ לא פורסם.

¹²⁴ עניין **לוש**, לעיל הערה 81.

¹²⁵ לא פורסם.

¹²⁶ עניין **רבינאי**, לעיל הערה 87.

¹²⁷ ע"א 176/82 **הררי נ' ורטהיימר**, פ"ד לט(3) 660, 669-670.

¹²⁸ עניין **עיריית נתניה**, לעיל הערה 79, בעמ' 244; ראו גם עניין **טייק**, לעיל הערה 96, בעמ' 222; ע"א 4161/91 **עטיה נ' אור**, פ"ד מז(3) 366, 374; עניין **עין גב**, לעיל הערה 111, בעמ' 292.

¹²⁹ גישה זו היא מעמודי התווך של התפיסה הוואלוריסטית.

ערך הכסף בהשוואה לסל מצרכים "ממוצע" - זהו מדד המחירים לצרכן. אך תמיד צריך לזכור כי גם מדד זה יחסי לאותו סל המצרכים, ואין הוא מהווה מדד מוחלט, כי מדד כזה אין בנמצא: **השינויים בערך כספו של אדם תלויים בסל הצריכה של אותו אדם**¹³⁰.

לאור האמור לעיל ניתן להציע כי אופן השיערוך ייקבע אד-הוק לכל עניין, בהתאם לסל הצריכה של הזכאי לשיערוך, או לשימוש שעמד לעשות בכסף המשוערך. אך גישה זו אינה ישימה:

"אם נאפשר למוכר לטעון, כי לו היה מקבל את כספי המוכר נכך במקור! - א.א.] בזמן היה רוכש דירה אלטרנטיבית, ובהתאם לכך נשערך את מחיר החוזה לפי קצב עליית מחירי הדירות, מדוע לא נאפשר לו גם לטעון כי היה רוכש זהב, מטבע זר, או כל דבר אחר שמחירו הריאלי עלה בקצב מהיר יותר מן המדד הכללי? אם נלך בעקבות בגישה זו, הרי אם יטען המוכר כי בכספי התמורה היה רוכש כרטיס-פיס זוכה - לא יהיה מנוס מלשערך את מחירו של החוזה לפי היחס בין מחירו של כרטיס-פיס רגיל למחירו של כרטיס-פיס לאחר עלייתו בגורל, זאת אפילו אם החוזה עצמו מתייחס למכר נכס אחר לחלוטין. לכן הדרך ההגיונית ביותר היא להניח כי המוכר, משהיה מקבל את כספו בזמן, היה רוכש בו כל אותם מוצרים שדרכם של אנשים לרכוש, דהיינו אותו סל ממוצע על-פיו מחשבים את מדד המחירים לצרכן"¹³¹.

אנו חולקים על דבריו של מר הורק בכל הנוגע לכרטיס הפיס (שכן לא ניתן להוכיח כי הכרטיס שהיה נקנה היה הכרטיס הזוכה, ולפיכך, אם יוכיח אדם כי עמד לרכוש כרטיס פיס בכסף, כל שיוכל לדרוש הוא תוחלת ההשקעה בכרטיס, דהיינו מכפלת סיכוייו לזכות בפרס, בערך הפרס שיקבל לו יזכה). יתר על כן, אין די בכך שאדם יטען כי עמד להשקיע את הכסף בהשקעה כלשהי, אלא עליו להביא ראיות המוכיחות זאת באופן מספק.

אך למרות ביקורתנו זו על דבריו של מר הורק, ברור כי לא ניתן לקבוע את אופן השיערוך בהתייחס לכל מקרה ומקרה בנפרד. דרך הביניים, הקובעת קבוצות אשר אורח חייהן שונה משמעותית זו מזו, וקובעת אופן שיערוך שונה לכל קבוצה, נראה לנו כמאזנת בין הצרכים והקשיים שתוארו לעיל.

¹³⁰ מ' הורק "שיערוך המחיר בחוזה" עיוני משפט ח (תשמ"א) 88, 116; ההדגשה שלי - א.א.
¹³¹ שם, בעמ' 117.

בענייננו, ניתן להפריד בין שתי קבוצות, אשר אורח חייהן, סל המצרכים שהן רוכשות ועלויות אותם מצרכים, הנם דומים בין חברי הקבוצה ושונים מן הקבוצה האחרת. הקבוצה הראשונה הינה תושבי איו"ש הפלסטינים. הקבוצה השנייה הינה אזרחי ישראל, לרבות אזרחי ישראל שהם תושבי איו"ש. מדד המחירים לצרכן המתפרסם על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה משקף באופן נאות את התייקרות סל המוצרים אשר רוכשת משפחה ישראלית ממוצעת (ההבדלים בין תושבי מדינת ישראל לבין תושבי איו"ש הישראלים הנם זניחים). מדד המחירים אשר פורסם בעבר על-ידי קמ"ט סטטיסטיקה, שיקף באופן נאות, כפי הנראה, את התייקרות סל המוצרים של משפחה פלסטינית תושבת איו"ש.

אם כך, כלום אין זה ראוי לקבוע כי פיקדונות המוחזרים לפלסטינים תושבי איו"ש ישוערכו באופן של הצמדתם למדד המחירים שפרסם קמ"ט סטטיסטיקה, ואילו פיקדונות המוחזרים לישראלים (יהיו הם תושבי איו"ש או תושבי מדינת ישראל) ישוערכו בדרך של הצמדתם למדד המחירים לצרכן שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה?

שיערוך מעין זה יהיה הגיוני ויעיל מן הבחינה הכלכלית, אך מהווה עקוב במישור הפוליטי. מנתונים היסטוריים עולה, כי מדד המחירים לצרכן בישראל הינו בעל מתאם גבוה עם מקבילו באיו"ש, אך גבוה הוא באופן עקבי במספר אחוזים לשנה משכנו שממזרח. באופן מצטבר על פני מספר שנים נוצר הפרש ניכר בין המדדים. כך, השינוי המצטבר במדד המחירים באיו"ש בין השנים 1990-1994 היה פי 1.47, בעוד שהשינוי במדד המחירים לצרכן בישראל באותה תקופה היה 1.66. הווה אומר, שיעור השיערוך לפי המדד הישראלי היה גבוה בכ- 40% משיעור השיערוך לפי המדד באיו"ש.

לשם המחשת הקושי בשיטה דלעיל, נניח כי ביום 1.1.90 הפקידו שני אנשים תושבי איו"ש, האחד ישראלי והאחר פלסטיני, סכום של 10,000 ש"ח בקופת המינהל האזרחי. ביום 31.12.94 ניתנה הוראה כדין להשיב לכל אחד מן השניים את פיקדונם. המינהל האזרחי השיב לישראלי סך של 16,600 ש"ח, בעוד הפלסטיני קיבל סכום של 14,700 ש"ח. בעיני ההדיוט יהיה בהפרש זה, של 1,900 ש"ח, טעם לפגם. אומנם, עלות המחיייה של הישראלי התייקרה יותר מעלות המחיייה של הפלסטיני, והתשלומים דלעיל אכן מייצגים כוח קנייה זהה. אך כשם שלא נקבעו, בדרך כלל, שיעורי פיקדונות שונים לפלסטינים ולישראלים, כך צורם השיערוך השונה.

אומנם, שוויון מהותי, הגובר על שוויון פורמלי, הוא שוויון בין שווים ויחס שונה לשונים, בהתאם לאופי השוני. אך בל ייקוב הדין את ההר. שיערוך מעין זה עלול ליצור רגשות טינה וקיפוח, אשר אפילו תהיינה בלתי-מוצדקות, עדיין תהיינה כנות.

יתר על כן, מאז העברת הסמכויות בתחום הסטטיסטיקה לידי הרשות הפלסטינית, בהתאם להסכם הביניים, נקבע מדד המחירים לצרכן באיר"ש על-ידי הרשות הפלסטינית. קיימים קשיים בקבלת המידע באופן שוטף מידי הרשות, וכן קיים חשש לגבי אמינות אותם נתונים, בפרט אם יתאפשר לרשות הפלסטינית להטות נתונים אלו כלפי מעלה על מנת להגדיל את שיעור השיערוך לתושבים מקומיים. לפיכך, שיערוך לפי זהות הצד הזכאי להשבה, אף שיש בידינו ליתן לו בסיס משפטי, נראה לנו בלתי מתאים ליישום בנסיבות הקיימות.

5. שיערוך לפי סוג המטבע המשווער

מישור אחר לפיו ניתן לקבוע את אופן השיערוך הינו סוג המטבע בו שולם הפיקדון, אשר לימים הוחזר. סוג המטבע בו משתלם פיקדון יכול ליצור חזקה לגבי אופן שיערוכו הראוי של הפיקדון, הווה אומר - כיצד היה מושקע על מנת לשמר את ערכו הריאלי. לדוגמה, פיקדון שהיה נקוב בדולר ארה"ב, סביר שהיה שומר על ערכו הריאלי על-ידי הצמדתו לשיעור האינפלציה בארה"ב, כשם שפיקדון ישראלי היה שומר על ערכו באמצעות הצמדתו למדד המחירים לצרכן.

"עקרון הפעולה המנחה באשר למטבע הישראלי הוא שיערוך הקרן (היינו הצמדתה למדד יוקר המחיה כאמור בחוק פסיקת ריבית והצמדה) ומתן ריבית על שוויה הריאלי... אותו הגיון, שהביא לגיבושו של הכלל לפיו הקרן משוערכת לערכה הריאלי ועליה באה ריבית כדמי שימוש, יכול למצוא ביטוי גם ככל שהדבר מתייחס לחוב הנקוב במטבע חוץ... בעקבות המגמה ליישם את העקרונות המנחים שהוזכרו לעיל... יכולה לעלות השאלה, אם אכן ניתן לפרש את סעיף 4(ג) לחוק [פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א - 1961 - א.א.], כאילו עניינו הענקת ריבית ריאלית על הסכום הנומינאלי במטבע חוץ, או באופן שיעניק ריבית נומינאלית על קרן המשוערכת לערכה הריאלי במדינה בה המטבע משמש הילך חוקי... שתי האפשרויות ליישום העקרונות המנחים שהותוו לעיל מפנות לירידה בכוח הקנייה של מטבע החוץ במדינה בה הוא משמש הילך חוקי כאל מסגרת ההתייחסות הנאותה לקביעת השחיקה בערכה הריאלי של הקרן... אינני רואה מקום לבחון את ירידת ערכו של מטבע החוץ יחסית למטבע הישראלי, כאשר לזה האחרון לא היתה כל חשיבות כלכלית בעיסקה"¹³².

¹³² עניין טייק, לעיל הערה 95, בעמ' 222-226.

נמסר לנו כי המינהל האזרחי משיב את כל הפיקדונות בתשלום בשקלים ישראלים. לפיכך, פיקדון המופקד בשקלים עשוי להיות מחושב בערכים שקליים כשהוא צמוד למדד, בעוד שפיקדון שהופקד בדולרים עשוי להיות מחושב בערכים שקליים, בהתאם לשער ההמרה של הדולר ביום ההשבה, ובתוספת הפרשי הצמדה לפי שיעור האינפלציה בארצות הברית באותה תקופה.

המינהל האזרחי אינו מחזיק פיקדונות רבים הנקובים בדולרים. לעומת זאת, מחזיק הוא בסכום בלתי מבוטל של פיקדונות הנקובים בדינרים ירדניים. הדינר הירדני הינו הילך חוקי הן בירדן והן באזור יהודה והשומרון, ולפיכך יכול להיות משוערך בהתאם לשיעור האינפלציה באזור יהודה והשומרון או בהתאם לזה בירדן. אמינות מדדי המחירים לצרכן בירדן אינה ברורה לנו, וזמינותם לרשות הינה נמוכה. כל עוד לא נפתרו בעיות אלה, על ידי אספקת מידע שוטף ואמין אודות שיעור האינפלציה בירדן, לא יוכל המינהל האזרחי לשערך את הפיקדון בהתאם לאינפלציה בירדן.

שיערוך הפיקדון בהתאם למדד באזור יהודה והשומרון מעורר קשיים כפולים. ראשית, כאמור לעיל, מדד המחירים לצרכן באזור יהודה והשומרון עלול לסבול מבעיות זמינות ואמינות. שנית, שיערוך בדרך של מתן הפרשי הצמדה למדד באזור יהודה והשומרון והפרשי שער לדינר גם יחד גורמת לשיערוך יתר. לדוגמה, בין ה- 1.1.90 ל- 31.12.94 עלה מדד המחירים באי"ש פי 1.47, בעוד שהדינר עלה ביחס לשקל הישראלי פי 1.53. שיערוך כפול (לדינר ולמדד באזור יהודה והשומרון) יביא להשבת סכום בשקלים הגבוה נומינאלית פי 2.25 מסכום הפיקדון המקורי. לשם השוואה, שיעור עליית המדד בישראל באותה תקופה היה פי 1.66. נראה כי המדד באזור יהודה והשומרון גבוה מזה בירדן, אך נמוך מזה בישראל. אינטואיטיבית נראה כי הסיבה לכך נעוצה בהיות הכלכלה באזור יהודה והשומרון מבוססת על תמהיל של שימוש במטבע הירדני (אשר אינו ממהר לאבד מערכו) ובמטבע ישראלי (הפגיע יותר להשפעות האינפלציה). אולי בכך ניתן להסביר את המצאות שיעור האינפלציה באזור יהודה והשומרון בתווך בין שיעור האינפלציה בירדן לבין שיעור האינפלציה בישראל.

בין אם יש ממש בהסבר זה ובין אם לאו, שיערוך פיקדונות הנקובים בדינרים והמשתלמים בשקלים, הן לפי שיעור התחזקות המטבע הירדני והן לפי שיעור האינפלציה בירדן, יוצר שיערוך יתר של אותם כספים. שיערוך על ידי הצמדה לשיעור האינפלציה באזור יהודה והשומרון ללא התחשבות בשינויי השער של הדינר תהיה בדרך כלל שיערוך חסר (בהנחה שהתייקרות המחייה של כל מפקידי הפיקדונות שווה; ככלל, אין זה המצב, אך לכך כבר התייחסנו בפרק ה(4) לעיל). טול, לדוגמה, שיערוך של פיקדון בסך \$100, אשר היה שווה באותו זמן 150 ש"ח. נניח כי כחלוף תקופה מסוימת פוחת השקל עד לשער של שלושה ש"ח לדולר, ובאותו זמן היה שיעור האינפלציה המצטבר באר"ב כ- 20%. שיערוך לפי שיעור האינפלציה בלבד יגרום להשבת 180

ש"ח, אשר יהיו שווים באותה תקופה כ- \$60. כלומר, שיערוך לפי שיעור האינפלציה בלבד, כאשר הפיקדון היה נקוב במטבע זר השייך למדינה בה שיעור האינפלציה נמוך, והשבת הפיקדון נעשית בשקלים, יגרום להפסד נומינאלי במונחי המטבע הזר.

האם ניתן לשיערוך אך ורק לשינויי השער במטבע הזר, ללא שיערוך נוסף לאינפלציה במדינה הזרה? לכאורה צריכה התשובה להיות שלילית, שכן בכך מאבד הפיקדון הנקוב במטבע זר שיעור מסויים משווי, בהתאם לשיעור האינפלציה במדינה הזרה. אומנם, במדינות רבות, וירדן בהן, שיעור האינפלציה הינו נמוך, אך האם לא דין פרוטה כדין מאה?

ואכן, אפשרות זו לא נפסלה בדברי ההסבר להצעת חוק פסיקת ריבית והצמדה (תיקון מס' 4):

"עם זאת, קיימת ירידה מסויימת גם בערכם של מטבעות זרים, אם כי במידה פחותה מזו של המטבע הישראלי. יתכן, על כן, כי אין תשלום החוב במטבע חוץ בלבד עשוי לשמור על ערכו של החוב באותה מידה שבה נשמר הערך כאשר החוב משולם במטבע ישראלי בתוספת הצמדה"¹³³.

אף בעניין טייק עלו טיעונים כנגד שיערוך בדרך של הצמדה למטבע זר ותו לא:

"לאורך השנים עלול גם חוב במטבע חוץ לאבד חלק ניכר מערכו הריאלי; ואפשר שהריבית הנקובה בסעיף 4(ג) לחוק [פסיקת ריבית והצמדה - א.א.] לא יהא בה כדי לפצות על ירידת ערך כזאת... דומה כי המציעים התעלמו כאן, לכאורה, מן העובדה, ש'מטבע חוץ' אינו מושג פשוטני וחד-גוני, וכי אפשר שבתקופות שונות יהיו שינויים אף בערכם של מטבעות חוץ הנחשבים ליציבים, וכי תהליך האינפלציה הוא תהליך עולמי. המציאות המסחרית מלמדת, כי בדרך כלל דואגים אלו שהם צדדים לעיסקת הלוואה להצמדה למטבע חוץ יציב; אולם קל להעלות על הדעת מקרים, בהם מדובר במטבע שבערכו חל פחות משמעותי, ובעצם ההצמדה אליו אין כדי להועיל"¹³⁴.

מנגד, קבעה הפסיקה לא אחת כי חוב ישוערך בדרך של הצמדתו לשינויי השער של מטבע זר ביחס למטבע הישראלי. הדבר נעשה בדרך כלל כאשר המטבע אליו נבדקה

¹³³ דברי ההסבר להצעת חוק פסיקת ריבית והצמדה (תיקון מס' 4), בעמ' 447.
¹³⁴ עניין טייק, לעיל הערה 95, בעמ' 220-221.

אפשרות השיערוך היה מטבע יציב (דולר ארה"ב או שווה ערך לו) וכאשר החוזה בין הצדדים קבע מנגנון הצמדה למטבע זר במפורש¹³⁵, או שהמחירים בחוזה והחשבוניות שנשלחו בין הצדדים נקבו במטבע זר¹³⁶. שיערוך למטבע זר יציב יכול לדור בכפיפה אחת עם הגישה הנומינאליסטית בה נוקטות שיטות משפט רבות (ובהן האמריקאית והאנגלית), שכן כאשר המטבעות הנם יציבים יחסית, מהווה השחיקה הנובעת משיעור האינפלציה הקיים מעין *de minimis*, אשר אין מקום לפצות עליו.

בעניין טייק נתן בית המשפט העליון (מפי הנשיא שמגר) הנחיות לבחירת הגישה הנכונה מבין שתי אלו:

"לצורך העניין שלפנינו, מן הנכון להבחין באופן ממשי בין המצב שבו החוב הוא במטבע חוץ, לבין המצב שבו מטבע החוץ משמש כצורה של הצמדת המטבע המקומי לשם שמירה על ערכו. בין שני מצבים אלה יש הבדל משמעותי: כדי לבחון, אם חוב איבד מערכו הריאלי, יש להגדיר תחילה את המסגרת אליה אותו החוב מתייחס. כאשר מדובר, למשל, בשני תושבים מקומיים, אשר העיסקה ביניהם נעשתה במטבע מקומי ומטבע החוץ הוא אך אמצעי הצמדה, נראה לכאורה, כי מן הנכון לבחון את שחיקת החוב לאו דווקא לפי שיעור הפיחות במטבע החוץ במדינתו שלו אלא בעיקר לפי שיעור התנודות במטבע החוץ בארץ, יחסית לשינויים בערכו של המטבע המקומי; אך גם כאן ייתכנו נסיבות מיוחדות המוליכות למסקנה שונה. מאידך גיסא, כאשר מדובר בעיסקה שכולה במטבע חוץ, אשר עשייתה במטבע חוץ מותרת לפי החוק, וכאשר למטבע הישראלי אין כל חשיבות לגבי הצדדים, יש לבחון את הירידה בערכו הריאלי של החוב לפי הירידה בערכו של מטבע החוץ במדינתו שלו, וככל שמשכי הזמן בהם מדובר הולכים ומתארכים, הופך ההגיון כפשוטו להכרח או לתנאי לשמירת עקרון הסבירות."¹³⁷

מאחר שהדינר הירדני, כמוהו כשקל הישראלי, מהווה הילך חוקי באיו"ש (כקבוע בצו בדבר קביעת המטבע הישראלי כהילך חוקי (יהודה והשומרון) (מס' 76), התשכ"ז - (1967), הרי שנקיבת חוב בדינרים ירדניים אינה משמשת לקביעת מדד להצמדת החוב (בעוד שהחוב הינו, למעשה, בשקלים), אלא מציינת את המטבע האמיתי בו קיים החוב, ולפיכך דומה יותר למקרה השני מבין אלו שהוצגו בציטוט דלעיל מעניין טייק¹³⁸, לפיו

¹³⁵ עניין רבינאי, לעיל הערה 87, בעמ' 294-295.

¹³⁶ ע"א 55/89 קופל (נהיגה עצמית) בע"מ נ' טלקאר חברה בע"מ, פ"ד מד(4) 595, 605.

¹³⁷ עניין טייק, לעיל הערה 95, בעמ' 222.

¹³⁸ לעיל הערה 95.

מדובר בעסקה שכולה במטבע חוץ. לפי דברי השופט שמגר בעניין טייק¹³⁹, אופן השיערוך במקרים מעין אלו הינו בדרך של הצמדה לשיעור האינפלציה במדינה הזרה, ואין די בהצמדה לשינוי בשער המטבע הזר ביחס למטבע הישראלי). לפיכך, נראה שבנסיבותינו לא ניתן לשערך פיקדונות הנקובים במטבע זר, אך ורק על-ידי הצמדתם לשינויי השער של המטבע הזר ביחס למטבע הישראלי.

מנגד, הצמדה לשיעור האינפלציה באיו"ש ולשינויי שער הדינר מהווה שיערוך יתר, ואילו הצמדה לשיעור האינפלציה בירדן ולשינויי שער הדינר אינה ישימה, לאור אי הזמינות והספקות לגבי אמינות נתונים אלה. לכן, כל עוד לא נמצא כי נתוני שיעור האינפלציה בירדן הנם זמינים ואמינים על הרשות, לא יהיה זה ראוי לשערך לפי סוג המטבע המשוערך.

6. אופן השיערוך: סיכום ויישום

השיערוך למדד המחירים לצרכן הינו ברירת המחדל, בהעדר אופן שיערוך אחר המתאים יותר לעניין. לעיל בדקנו שני אופני שיערוך חלופיים: שיערוך לפי זהות הצד הזכאי להשבה ושיערוך לפי סוג המטבע המשוערך.

שיערוך לפי זהות הצד הזכאי להשבה יתבצע בדרך של שיערוך לפי שיעור עליית יוקר המחיה לכל קבוצת אוכלוסייה. לאור הפער בין אורח החיים של פלסטינים וישראלים, נכונה האבחנה בין שתי קבוצות אלה, ולפיכך ישוערך פיקדון המושב לפלסטיני לפי עליית המדד באיו"ש, ואילו פיקדון המושב הישראלי ישוערך לפי עליית המדד בישראל. מאחר ששיעור עליית המדד בישראל גבוהה באופן עקבי משיעור עליית המדד באיו"ש, יזכה הישראלי בשיערוך גבוה יותר. לכן אנו סבורים, כי אפילו ניתן להגן על אופן שיערוך זה מן הבחינה המשפטית והכלכלית, עדיין קיימים קשיים פרקטיים בשיערוך באופן זה.

שיערוך לפי סוג המטבע המשוערך יכול להיעשות בדרך של הצמדה לשיעור האינפלציה במדינה בה משמש המטבע הילך חוקי. אם מוחזר הפיקדון במטבע ישראלי (כפי שנעשה בפועל על-ידי הרשות), הרי שיש להוסיף לסכום זה אף את הפרשי השער, בהתאם לשינוי בערכו של המטבע ביחס למטבע הישראלי. בנסיבות בהן אנו עוסקים, לא ניתן לשערך בדרך של הצמדה לשינוי ערך המטבע ביחס למטבע הישראלי ותו לא. המטבעות הזרים העיקריים בהם מחזיקה הרשות פיקדונות הנם דולר ארה"ב ודינר ירדני. אף שניתן ליישם שיטה זו בפיקדונות הנקובים בדולר ארה"ב, אין השיטה ישימה לגבי פיקדונות הנקובים בדינר ירדני, שכן מדדי המחירים לצרכן באזור יהודה והשומרון (מאז העברת הסמכויות

¹³⁹ לעיל הערה 95.

בתחום הסטטיסטיקה לידי הרשות הפלסטינית) ובירדן אינם זמינים לרשות, ואמינותם מוטלת בספק. יתר על כן, הצמדת פיקדון בדינרים למדד המחירים באיו"ש יגרום לשיערוך יתר, שכן שיעור האינפלציה באזור יהודה והשומרון הינו, כפי הנראה, גבוה משיעור האינפלציה בירדן, אולי בשל השימוש הרב במטבע הישראלי, היציב פחות מזה הירדני.

לאחר ששתי החלופות אשר הצענו נמצאו בלתי-ישימות, וחלופות סבירות אחרות לא נמצאו, נפנה אל ברירת המחדל: שיערוך כל הפיקדונות לפי שיעור עליית מדד המחירים לצרכן בישראל. פיקדון אשר שולם במטבע זר יומר ביום הפקדתו לש"ח, ויוצמד מאותו מועד, ככל פיקדון אחר, למדד המחירים לצרכן בישראל. אולם, מכיוון שהרשות מחזיקה בפיקדונות במטבע זר (בעיקר דינרים ירדניים ודולרים ארה"ב), וחוש הצדק אינו יכול לתמוך בשיערוך אשר יגרום להפסד נומינאלי במונחי המטבע הזר, יש לקבוע רצפה, לפיה אם עלו הפרשי השער (הנובעים מפיחות בערך השקל מול המטבע הזר) על הפרשי ההצמדה, יושב הפיקדון בתוספת הפרשי השער (כלומר, צמוד לשער המטבע הזר). יצוין כי נדירים המקרים בהם מתחזקים הדולר או הדינר בשיעור רב מעליית המדד, ולכן נפקותו המעשית של חריג זה מועטה, והוא נועד אך לתת מענה למקרים חריגים.

סוגיית אופן השיערוך אינה באה על פתרונה בקביעת דרך חישוב השיערוך. ראוי כי אופן השיערוך יכלול מנגנונים להבטחת ההשבה המהירה של הפיקדון המוחזר על-ידי הרשות הציבורית, ומנגד יכלול מנגנון לתמרץ את האדם הזכאי להשבה לגבות את כספו, על מנת שלא יהפוך השיערוך למעין "תוכנית חיסכון", במידה שהאדם הזכאי לכספים סבור שלא יוכל להשיג על כספו תשואה גבוהה משיעור השיערוך.

תקנות השיערוך, החלות בישראל, מכילות בתוכן מנגנונים כאמור, ואנו סבורים שראוי לאמצם באזור יהודה והשומרון. כאמור לעיל¹⁴⁰, ניתן לראות תקנות אלה כאילו הן חלות על הרשות בבחינת הנחיות מינהליות¹⁴¹. עם זאת, לאור ההשלכות הברורות של הסוגייה על זכויות הקניין של הפרט, נראה כי ראוי, כפתרון לטווח הארוך, לעגן את ההוראות המתייחסות לסוגיית שיערוך חיובים סטטוטוריים בצו (המהווה, למעשה, חקיקה ראשית).

ו. סיכום

¹⁴⁰ פרק ג(3)(א).

¹⁴¹ במידה שהדרך המוצעת מהווה סטייה מן האופן בו שוערכו כספים על ידי הרשות בעבר, עלול ההסדר המוצע להידחות מפני הנוהג הקיים, אלא אם יאומץ על ידי הרשות באופן מפורש, כהנחיה מינהלית.

בחיבור זה נבחנה שאלת קיומה של חובת שיערוך של פיקדונות אשר נגבו על-ידי הרשות (המינהל האזרחי), ואשר הוחזרו למשלמם. אף שהדיון התייחס לפיקדונות, נכונות מסקנותיו לגבי מרבית הכספים הנגבים על-ידי הרשות והמוחזרים לאחר מכן על ידה. כמו כן, אף שהדיון התייחס למינהל האזרחי לאזור יהודה והשומרון, נעשה מרביתו של הניתוח המשפטי על בסיס הדין הישראלי הרלוונטי.

על מנת למצוא את הדין החל על הסוגייה, פנינו לכללי ברירת הדין שלפי המשפט הבינלאומי הפרטי, ומצאנו כי הללו מפנים את הסוגייה אל דיני שיערוך חיובים באזור. למיטב בדיקתנו, הדין המקומי באזור אינו מטיל חובת שיערוך על פיקדונות המוחזרים על-ידי הרשות. אולם, במקביל לדין המקומי, חלות על הריבון באזור יהודה והשומרון הנורמות של המשפט המנהלי הישראלי, בשינויים המחויבים.

סוגיית שיערוך פיקדונות שהוחזרו, הוסדרה בישראל בתקנות בתי משפט והוצאה לפועל (החזרת פיקדונות וקנסות), התשמ"א - 1981. עם זאת, דברי חקיקה ישראלים אינם חלים על אזור יהודה והשומרון (לכל הפחות, לא באופן ישיר). לפיכך פנינו להלכה הפסוקה. לאחר מספר תהפוכות, נקבעה ההלכה התקפה כיום בסוגיית שיערוך חיובים סטטוטוריים, בפסק הדין בעניין פינקלשטיין¹⁴², שם נקבע כי המבחן לשאלת חובת השיערוך אינו האם שולם התשלום במועד, אלא מהי כוונת החוק היוצר את החיוב הסטטוטורי. לא מצאנו פסיקה אשר תסייע לנו לעמוד על כוונת דברי החקיקה היוצרים את החיוב בתשלום הפיקדונות בענייננו. על כן, פנינו לבחון "צינורות", דרכם נוכל לינוק הלכות מן המשפט הפרטי והמשפט המינהלי החקוק, אל המשפט המינהלי הפסוק, החל על ענייננו.

עמדנו על ארבעה "צינורות" כאמור: ייבוא חיקוקים ספציפיים מן המשפט הישראלי (בהתאם לפיתוח הלכת אל מצר¹⁴³), קונקרטיזציה של חובת ההגינות בדרך של היקש מן המשפט הפרטי, דואליות נורמטיבית, והחלת דיני החוזים על חיובים מן המשפט המינהלי מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים.

המשכנו וסקרנו את הלכות דיני החוזים, המתייחסות לסוגיית חובת השיערוך. חילקנו הלכות אלו לארבע קבוצות: שיערוך מכוח אומד דעת הצדדים לחוזה, שיערוך מכוח עקרון תום-הלב, שיערוך מכוח שיקולי צדק ושיערוך מכוח תפיסה ואלוריסטית של קיום חיובים. בסיום ניתוח זה הגענו למסקנה כי המבחן הנכון לקיומה של חובת שיערוך הוא המבחן הדו-שלבי, הבוחן תחילה את כוונת המחוקק (ולשם כך נעזר בשאלת שיעור האינפלציה בעת כניסת החוק לתוקף), ובאם אין בה כדי לשלול את שיערוך החיוב, בוחן האם עקרון תום הלב מצדיק את שיערוך החיוב.

¹⁴² לעיל הערה 13.
¹⁴³ לעיל הערה 26.

מאחר שחיבור זה עוסק במגוון רחב של פיקדונות, אשר מבוססים על מקורות נורמטיביים שונים, לא ניתן לקבוע באופן גורף האם חייבת הרשות לשערך את כל הפיקדונות שהיא מחזירה. עם זאת, מצאנו כי ככלל, קיימת חובת שיערוך על פיקדונות שמחזירה הרשות. על היעף המשפטי והחשב של הרשות להיות ערניים לחריגים בהם הנסיבות מערערות את היסודות לחובת השיערוך, עליהם הצבענו לעיל, ולפיכך מצדיקות שלא לשערך. כמובן, מקום שנקבע בחיקוק או בהוראת בית משפט קיומה או העדרה של חובת שיערוך, או (במידה שקיימת חובת שיערוך) אופן השיערוך, תפעל הרשות בהתאם להוראות אלו. סקרנו בקצרה את דברי החקיקה החלים באזור יהודה והשומרון, והקובעים הוראות בנוגע לשיערוך כספים המוחזרים על-ידי הרשות.

על מנת לקבוע מהו אופן השיערוך הראוי, עלינו לעמוד תחילה על מטרת השיערוך. לאחר שבחנו סוגייה זו, הגענו למסקנה כי מטרת השיערוך הינה שמירת כוח הקנייה של הכספים המוחזרים. זאת, להבדיל מריבית, שהינה דמי שימוש בכסף. מאחר שהרשות אינה עושה שימוש בפיקדונות, אין מקום לחייבה בריבית. לעומת זאת, בכל הנוגע לשמירה על ערך הכסף, עלינו למצוא את אופן השיערוך המתאים.

בסוגיית אופן השיערוך, מהווה שיערוך למדד המחירים לצרכן את ברירת המחדל. אנו הצענו שתי חלופות לאופן השיערוך הזה: שיערוך לפי זהות הצד הזכאי להשבה ושיערוך לפי סוג המטבע המשוער. בפרק הסיכום לסוגיית אופן השיערוך¹⁴⁴ הסברנו בקצרה מדוע אין חלופות אלה מתאימות ליישום. לפיכך, מצאנו כי ברירת המחדל - שיערוך למדד המחירים לצרכן בישראל - הינה הדרך לפיה על הרשות לשערך את הפיקדונות אשר היא מחזירה. אולם, מכיוון שהרשות מחזיקה בפיקדונות במטבע זר (בעיקר דינרים ירדניים ודולרים ארה"ב), וחוש הצדק אינו יכול לתמוך בשיערוך אשר יגרום להפסד נומינאלי במונחי המטבע הזר, יש לקבוע רצפה, לפיה אם עלו הפרשי השער (הנובעים מפחות בערך השקל מול המטבע הזר) על הפרשי ההצמדה, יושב הפיקדון בתוספת הפרשי השער (כלומר, צמוד לשער המטבע הזר).

סוגיית אופן השיערוך אינה באה על פתרונה בקביעת דרך חישוב השיערוך. ראוי כי אופן השיערוך יכלול מנגנונים להבטחת ההשבה המהירה של הפיקדון המוחזר על-ידי הרשות, ומנגד יכלול מנגנון לתמרץ את האדם הזכאי להשבה לגבות את כספו, על מנת שלא יהפוך השיערוך למעין "תוכנית חיסכון", במידה שהאדם הזכאי לכספים סבור שלא יוכל להשיג על כספו תשואה גבוהה משיעור השיערוך. מנגנונים כאלה מצויים בתקנות השיערוך בישראל, ואנו סבורים כי ראוי לאמץם.

נראה כי תקנות השיערוך יכולות לחול על הסוגייה שלפנינו בבחינת הנחיות מינהליות¹⁴⁵. עם זאת, לאור ההשלכות הברורות של הסוגייה על זכויות הקניין של הפרט, נראה כי

¹⁴⁴ לעיל, פרק ה(6).

¹⁴⁵ ראו פרק ג(3)(א).

ראוי, כפתרון לטווח הארוך, לעגן את ההוראות המתייחסות לסוגיית שיערוך חיובים סטטוטוריים בצו (המהווה, למעשה, חקיקה ראשית).

סמכות בתי-המשפט האזרחיים בישראל לדון בעניינים מינהליים הנוגעים לרשויות צה"ל באזורי יהודה, שומרון וחבל-עזה

רן טל*

א. פתח דבר ב. סמכות בתי-המשפט הישראליים לדון בעניינים הנוגעים לאזורים – כללי ג. סמכות הביקורת השיפוטית על החלטות הרשויות במדינת ישראל ד. הערכאה המוסמכת לדון בתקיפה ישירה: חלוקת סמכויות, רציונלים ומודלים אפשריים לפתרון ה. פרק י' לחוק התכנון והבנייה, הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים ואלמנט "החשיבות הציבורית" ו. היחס בין העברת סמכויות הביקורת השיפוטית בישראל והביקורת השיפוטית ביחס לפעולות רשויות האזורים - מודל "צינורות הביקורת השיפוטית" ז. חוקים ספציפיים המעבירים "חטיבות" נושאים מבית המשפט העליון לבתי המשפט האזרחיים ח. האם העברות של נושאים מכוחה של הפסיקה מתייחסת אף לאזורים? ט. מעבר להלכות פסטרנק וסוקר - האם קיימות "חטיבות" נושאים נוספות של האזורים ה"בשלות" לדיון בבתי המשפט האזרחיים בישראל? י. תקיפה עקיפה של החלטות מינהליות של רשויות האזורים - האם אפשרית? יא. סיכום

א. פתח דבר

כניסת כוחות צה"ל לאזורי יהודה, שומרון וחבל-עזה (להלן - "האזורים") בשנת 1967 והתארכות השליטה באזורים אלה, הולידה בעטיה שורה של סוגיות ובעיות משפטיות כבודות-משקל. בין היתר, התעוררו קושיות מורכבות ביותר בתחום הנורמות החלות על רשויות השלטון הישראליות באזורים (במיוחד שאלת תחולת הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי והוראות המשפט המינהלי הישראלי), סוגיית הדין החל על ישראלים באזורים, הדין החל בהתיישבות הישראלית ועוד.

סוגיות אלה ואחרות זכו במהלך השנים להתייחסות מקיפה בפסיקתו של בית המשפט

* סרן; עוזר היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון.

העליון הישראלי, בספרות ובמאמרים רבים.

ברם, במקביל ובמובחן מסוגיות אלו, נותרה שאלת סמכות הביקורת השיפוטית על פעולות הרשויות הישראליות באזורים ללא התייחסות מקיפה. במהלך השנים הלכה ונתקבעה התפיסה לפיה בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, הוא הערכאה המשפטית הראויה להעביר תחת שבט ביקורתה את החלטות הרשויות הישראליות באזורים. הרחבה זו של סמכות השיפוט הישראלית בוצעה בדרך של הלכה פסוקה - הססנית בתחילה, ומוחלטת בשלבים מאוחרים יותר - ללא התייחסות כלשהי של המחוקק הישראלי. במקביל למגמה זו, חלו בדין הישראלי התפתחויות מרחיקות-לכת בסוגיית סמכות הביקורת השיפוטית במדינת ישראל גופא. "גבולות" תחומי האחריות - שהיו ברורים ביותר עד לפני מספר שנים, הלכו וניטשטשו, תוך שתחומים שונים הועברו מ"חצרו" של בית המשפט העליון אל "חצרותיהם" של בתי המשפט האזרחיים בישראל (בתי המשפט השלום והמחוזי). השפעת התפתחויות אלה על הביקורת השיפוטית ביחס לפעולות רשויות האזורים טרם נבדקה ונבחנה כדבעי.

במסגרתה של רשימה זו נבקש איפוא לבחון את סמכותם של בתי המשפט האזרחיים הישראליים לדון בעתירות (או תביעות) נגד החלטותיהן של הרשויות המינהליות הישראליות הפועלות באזורים. הרקע הענייני לנושא זה נעוץ בשורה ארוכה של תביעות, אשר מתנהלות בבתי המשפט האזרחיים בישראל ואשר בהן נתקפו החלטות שונות של רשויות מינהליות ישראליות הפועלות באזורים. בין יתר התביעות שהתנהלו והמתנהלות כעת באופן זה, ניתן למנות את התביעות הבאות: תקיפת אקט מינהלי של רישום קרקע על שמו של פלוני בעקבות החלטה של ועדה לרישום ראשון באיו"ש¹; תקיפת אקט של ביטול רשיון לכרייה²; תקיפת הליך של תפיסת ציוד שנעברה בו עבירה בהתאם להוראת ס' 80 לצו בדבר הוראות ביטחון (מס' 378) (אזור יהודה והשומרון), תש"ל - 1970³; תקיפת החלטה להרוס מבנה שהוקם באזור איסור בנייה ללא היתר מאת המפקד הצבאי⁴; תקיפת החלטות של רשויות תכנון שונות בבתי המשפט הישראליים האזרחיים⁵ ועוד.

המשותף לכלל התיקים האמורים הינו פן חדש ובלתי-מוכר ביחס שבין פעולות רשויות צה"ל באזורים ומערכת המשפט הישראלית. פן זה סובב סביב הגשתן של תביעות, התוקפות ישירות אקטים מינהליים של רשויות השלטון באזורים בבתי המשפט

¹ ת"א (י-ם) 143/94 חסיד נ' חברת מורשת בנימין.

² ה"פ (י-ם) 415/97 מחצבות כפר גלעדי נ' המנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון.

³ ב"ש (י-ם) 1469/97 עווד נ' מדינת ישראל.

⁴ ת"א (י-ם) 6542/97 לאלא נ' המנהל האזרחי.

⁵ המ' 528/96 ועד מקומי חשמונאים נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה מטה בנימין, תקדין-מחוזי, כרך 1510 (3)96 (להלן - פרשת חשמונאים); ה"פ (י-ם) 684/96 וייסמרק נ' שרביט לבנין והשקעות בע"מ (טרם פורסם) (להלן - פרשת וייסמרק). ולאחרונה: בש"א 1007/98 עיזבון אברהם בראשי נ' המנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון (טרם פורסם).

האזרחיים בישראל, חלף פנייה לבית המשפט הגבוה לצדק. למען הסדר הטוב נציין כי התיקים המנויים לעיל מערבים, דרך כלל, סעדים וטענות אשר אינם קשורים בהכרח לתקיפה הישירה של החלטות מינהליות. ברם, לאור הצטברותן של הטענות המהוות תקיפה ישירה של החלטות של רשויות השלטון הישראליות באזורים, מן הראוי, בעינינו, להקדיש לנושא זה סקירה מקיפה.

מטרתו של חיבור זה לסקור את הדין החל בנושא, ההתפתחויות שחלו באחרונה בישראל בשאלות אלה, והיחס שבין התפתחויות אלה לבין סוגיית הביקורת על פעולותיהן של הרשויות הישראליות באזורים. דגש מיוחד יושם על הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התשנ"ז - 1997⁶ ותחולתו העתידית ביחס לפעולות שלטוניות של הרשויות באזורים.

ב. סמכות בתי-המשפט הישראליים לדון בעניינים הנוגעים לאזורים – כללי

החל משנת 1967 קיבלה על עצמה פרקליטות המדינה - כעניין שבמדיניות - לא למנוע דיונים בשאלת תקפותן של החלטות של הרשויות המינהליות הישראליות באזורים בג"ץ, לא לעורר את שאלת סמכותו של בית משפט זה לדון בכגון דא⁷. כידוע, הגורם האחראי יותר מכל להימנעות זו היה מאיר שמגר, אז היועץ המשפטי לממשלה. הרציונל העיקרי שעמד ביסוד תפיסה זו היה הרצון לחזק ולהדק את הפיקוח המשפטי על פעולות רשויות צה"ל באזורים, תוך עמידה על זכויות האדם ושלטון החוק:

“Shamgar’s main considerations were the safeguarding of

⁶ ה"ח 2570, 102 (להלן - הצעת החוק).

⁷ נראה כי "מדיניות" זו איננה חריגה. על מגמה דומה ניתן להצביע בכל הנוגע לסמכותו של בית המשפט להכריע בתקפותם של חוקים אשר נתקבלו בכנסת ברוב הנופל מזה הנדרש בחוק (טרם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים, המאפשרים בחינה מהותית של היקף הפגיעה בעקרונות יסוד המשוריינים בחוקי היסוד). כך, למשל, בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 נמנעה פרקליטות המדינה מלעורר את שאלת סמכותו של בית המשפט לדון בכגון דא. ככל שרבו ההתדיינות בנושאים אלה ופרקליטות המדינה המשיכה בהימנעות זו, העיר בית המשפט כי באם תימשך מגמה זו, יקשה על בית המשפט למשוך ידו מטיפול בעניינים אלה בעתיד; וראו: בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לז(3) 141, בעמ' 147, ובג"ץ 142/82 **תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529, בעמ' 556. לבסוף, החלטות אלה שימשו (למצער) חלק מן הרציונל שעמד ביסוד החלטתו של בית המשפט לבחון את חוקתיותה של חקיקה ראשית: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 469 (מפי השופט זמיר). ראו עוד בהקשר זה א' רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה רביעית, תשנ"א), בעמ' 93 - 94.

human rights and the rule of law in the occupied territories. In his opinion, not only was it necessary to have military appeals and advisory committees, it was imperative that there be an extra-military instance of appeal against the actions of the military authorities"⁸.

העיגון החוקי לסמכותו של בית המשפט העליון לבחון פעולות אלה נותר לוט בערפל עד עצם היום הזה.⁹ רוב המלומדים מסכימים כי המשפט הבינלאומי איננו אוסר על הרחבת סמכותו של בית משפט במדינה הכובשת לבחון את פעילות הרשויות המינהליות (והשיפוטיות) בשטח הנכבש¹⁰, אם כי נשמעו בהקשר זה אף דעות שונות. המלומד פון-גלהן והמדריך הבריטי למשפט צבאי, לדוגמא, סוברים כי סעיף 66 לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר על הרחבת סמכותם של בתי המשפט הכלליים של המדינה הכובשת על פעילות הצבא בשטח הנכבש¹¹. בין כך ובין כך, הימנעות זו של פרקליטות המדינה

⁸ E. R. Cohen "Justice for Occupied Territory? The Israeli High Court of Justice Paradigm" 24 *Columbia J. of Transnational L.* 471, at p. 473 (Cohen); M. Hofnung *Democracy, Law and National Security In Israel* (Aldershot, 1996), at pp. 270 – 271;

E. Nathan, "The Power of Supervision of the High Court - באופן כללי - of Justice over Military Government", *Military Government in the Territories Administered by Israel* (M. Shamgar ed., 1982) 109 (להלן - Nathan).

⁹ ל' שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" **עיוני משפט** יז(2) 757, בעמ' 759 (להלן - שלף).

¹⁰ Cohen, *supra* note 8, at p. 474.

ראו עוד: י' א' צור "סמכות הפיקוח של בג"ץ לגבי הצווים והמנשרים של המפקד הצבאי בשטחים המוחזקים" **הפרקליט** ל 47, בעמ' 48 - 50 (להלן - צור).

¹¹ Nathan, *supra* note 8, at p. 113 - 114; F. Morgenstern "Validity of the Acts of the Belligerent Occupant" 28 *Br. Y. B. Int'l L.* (1951) 291, at p. 291, n. 1. אמ כי נראה שלפי התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות להסכם האג הרביעי משנת 1907 לא קיימת מניעה להרחבת סמכותם של בתי המשפט של המדינה הכובשת באופן האמור: Nathan, *supra* note 8, at p. 113. צור במאמרו הני"ל מביע את העמדה לפיה סעיף 66 לאמנת ג'נבה הרביעית איננה אוסרת על הרחבת סמכותו של בית המשפט העליון לבחון את פעולות רשויות האזורים, משום שהסעיף דן אך ורק בשיפוט פלילי ואיננו עוסק במצבים שהפניה לבית המשפט נובעת מרצונו של הפונה. תנא דמסייע לעמדתו זו לומד המלומד צור מחובתו המוגברת של הכובש ליתן הגנה מירבית לזכויותיהם של בשטח הנכבש (צור, לעיל הערה 01, בעמ' 48 - 50).

מכל מקום נראה כי פעילותו של בית המשפט העליון הישראלי בהקשרים אלה הינה בגדר "תקדים" שאין לו אח ורע בעולם, וראו בהקשר זה את במאמרו של שלף, לעיל הערה 9, בעמ' 763. E. Benvenisti *The International Law of Occupation*: בנקודה זו ראו עוד: (Princeton, 1993), at p. 119.

אומצה על-ידי בית המשפט העליון - בתחילה באופן בלתי-מחייב ומבלי להכריע בדבר¹² - ואחר-כך באופן מוחלט. כיום אין עוד עוררין בשאלת סמכות בג"ץ לדון ולהכריע בתקפות החלטותיהן של הרשויות הישראליות הפועלות באזורים:

"דומה, כי כיום שוב אין להרהר אחר ההלכה, כי בית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הצבאי ביהודה, שומרון וחבל עזה. אמת, תחילה הושארה סוגיה זו בצריך עיון... במשך השנים נתבהר מעמדו של הממשל הצבאי, ועתה אין ספק, כי על-פי הוראות סעיף 7 לחוק בתי המשפט... נתונה זכות הביקורת לבית-משפט זה"¹³.

כל שציינ בית המשפט בשאלת המקור החוקי לדון בנושאים הנוגעים לאזורים היה העובדה שהחלטות נשוא העתירות נתקבלו על-ידי נושאי משרה שלטונית השייכים לרשות המבצעת של המדינה, והממלאים תפקיד על-פי דין. לפיכך, נכנסים עניינים אלה לגדר הקבוע בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה (בעבר - סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט, תשי"ז - 1957):

"רשויות המדינה' לעניין זה - גם נציגויות ישראל בחוץ-לארץ וצבא הגנה לישראל הפועל בחוץ-לארץ... בעיקר אמורים הדברים לגבי השטחים המוחזקים בידי צבא הגנה לישראל. שטחים אלה - אם משפט מדינת ישראל לא הוחל עליהם... אינם בתחום שיפוטם של בתי-המשפט הישראליים, ומן הבחינה המשפטית דינם כדין חוץ-לארץ. אבל הצבא נשלח לשם וממלא שם את תפקידיו מטעם מדינת ישראל - והוא 'רשויות מדינה' מובהקות. הוא ממלא את תפקידיו 'על-פי דין' - הלוא הוא פקודות הצבא והממשל הצבאי החלות שם, וכן אולי גם המשפט הבינלאומי; ובית-המשפט הגבוה לצדק יפקח על כך שימלא את תפקידיו אלה 'כדין' וימנע בעדו מלעשות מעשה שלא

¹² בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, בעמ' 176 (להלן - פרשת אבו חילו).

¹³ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, בעמ' 809, וראו עוד את סקירתו של השופט שטרזמן ביחס להתפתחות הטיפול בעתירות הנוגעות לאזורים בת"פ (ת"א) 157/87 מדינת ישראל נ' כהן, פ"מ תשמ"ח(2) 330, בעמ' 338 - 339.

כדין"14.

הרחבת סמכותו של בית המשפט לדון בנושאים אלה, לא נתפסה כניסיון "לסיפוח" האזורים או כניסיון להחלת המשפט הישראלי באופן אקסטררה-טריטוריאלי על האזורים באופן עקיף, אלא כהרחבה על בסיס פרסונאלי של סמכות השיפוט ביחס לנושאים מינהליים. במקביל לתופעה זו, חל "כרסום" משמעותי נוסף באבחנות הטריטוריאליות לעניין סמכות השיפוט בין ישראל והאזורים. הכוונה הינה, בעיקר, לדיונים הנערכים בבתי המשפט האזרחיים בישראל במסגרת תביעות חפצא בעניינים הנוגעים למקרקעין הנמצאים בתחומי האזורים. פסיקה זו של בתי המשפט המחוזיים בישראל חזרה על עצמה במספר רב של מקרים¹⁵. מכאן שבתי המשפט האזרחיים הישראליים "עטו" על עצמם סמכות לדון בנושאי מקרקעין באזורים, על-אף שנושא זה עומד, לכאורה, בניגוד להלכת המשפט המקובל האנגלי והישראלי, כפי שזו עולה מפרשת *ambique v. Mo*¹⁶ הידועה. במקביל, נקבע בשורה ארוכה של החלטות כי מקום שבו מעורב גורם ישראלי משמעותי בתביעת נזיקין בגין מעשה שאירע באזור, הרי שהפורם הנאות לדון בתביעה

¹⁴ ח' ה' כהן, המשפט (תשנ"ב) 403 - 404 (להלן - "כהן") וכן ראו פרשת **אבו חילו הנ"ל**, לעיל הערה 21, בעמ' 176. לעניין החלתן של נורמות מתחום המשפט המינהלי הישראלי על פעולותיהן של רשויות האזורים ראו, לדוגמא: בג"ץ 96/81 **אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(2) 197, בעמ' 231 וכן בג"ץ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מג(2) 536. באופן דומה עוגנה סמכותו של בית המשפט העליון לדון אף בעתירות הנוגעות לשטחים שהוחזקו על-ידי צה"ל בלבנון, וראו: בג"ץ 574/82 **אל נאוואר נ' שר הביטחון**, פ"ד לט(3) 449, בעמ' 461.

¹⁵ לדוגמא: ת"א (י-ם) 1074/82 **לוי נ' ברוך**, פ"מ תשמ"ד(3) 45 (להלן - פרשת **לוי**); ה"פ (ת"א) 1047/85 **אגודת מדרשת א"י (קדומים) נ' עקאווי** (לא פורסם); ה"פ (ת"א) 1048/85 **אגודת מדרשת א"י (קדומים) נ' מלחם** (לא פורסם), המ"י (י-ם) 2967/87 **עבדלראזק נ' יו"ש השקעות במקרקעין ופיתוח בע"מ (בפירוק)** (לא פורסם). במאמר מוסגר נוסף כי בית המשפט העליון אומנם לא נזקק לשאלה זו באופן ישיר, אם כי בהזדמנות היחידה (למיטב ידיעתנו) שבו אוזכרה אגב-אורחא פרשת **לוי** (יחד עם הלכות דומות שיצאו מבתי המשפט המחוזיים בעניין זה), ביכר בית המשפט העליון לא לאמץ או לדחות את קביעת בית המשפט המחוזי בפרשת **לוי**, וראו: ע"א 490/88 **המוטראן הקופטי של הכסא הקדוש של ירושלים והמזרח הקרוב נ' עדילה**, פ"ד מד(4) 397, בעמ' 403. והשוו עוד: א' רובינשטיין "ישראל והשטחים: סמכויות השיפוט", **עיוני משפט** יד (התשמ"ט) 415, בעמ' 454 - 456.

¹⁶ *ambique v. British South Africa Co.* [1892] 2 QB 358, *çCompanhia de Mo*.CA

הוא בית המשפט בישראל¹⁷.

סיכום ביניים של הסקירה עד כה מצביע על-כך שבתי המשפט בישראל נדרשו לתביעות ועתירות הנוגעות לאזורי יהודה, שומרון וחבל עזה בשני אופנים: ראשית, עתירות הנושאות אופי מינהלי, בדומה לעתירות המוגשות נגד החלטות רשויות שלטוניות ומינהליות בישראל בפני בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ושנית, תביעות בעלות אופי קנייני וחפצי, ותביעות נזיקין בגין פגיעות שנגרמו באזורים, אשר נשמעו בבתי המשפט האזרחיים בישראל.

להלן נעבור לניתוח השאלה האם בתי המשפט האזרחיים בישראל מוסמכים להעביר תחת שבט ביקורתם החלטות מינהליות של רשויות האזורים. הניתוח יחל בנקודת המוצא של הדין הישראלי "המקביל", על ההתפתחויות המשמעותיות שחלו בנושא זה בשנים האחרונות. נבחן את הטעמים המשפטיים והפרקטיים שהניעו את בית המשפט העליון ואת המחוקק הישראלי להעביר הדיונים ב"חטיבות" של עניינים מינהליים שונים מבית המשפט העליון לבתי המשפט האזרחיים בישראל.

בהמשך, נבקש לבחון האם השיקולים הללו יפים אף לגבי עתירות שעניינן החלטות מינהליות של הרשויות השלטוניות הישראליות באזורים. בחינה זו תיעשה על-פי הקווים המשפטיים המנחים בסוגיה זו והן לאור המאפיינים הפרקטיים המיוחדים לנושא זה. בסיום סקירתנו נצביע על כיווני פעולה אפשריים לגבי התדיינות עתידיות בשאלות מינהליות הנוגעות לאזורים.

ג. סמכות הביקורת השיפוטית על החלטות הרשויות במדינת ישראל

המשפט המינהלי הישראלי מכיר בשני אופנים שבהם ניתן לתקוף החלטות המתקבלות

¹⁷ ראו, לדוגמה, ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט(1) 365, ע"א 2705/91 אבו-ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מח(1) 554, רע"א 4716/93 החברה הערבית לביטוח שכס נ' זריקאת, פ"ד מח(3) 265, ולאחרונה - ע"א 5118/92 חברת אלטריפי לתעודות אלעמה בע"מ נ' סלאיימה, פ"ד נ(5) 407, בעמ' 412 - 413. וראו עוד בהקשר זה את סעיף 2ב(א) לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשל"ח - 1977 הקובע כי בית משפט ישראלי לא ימנע מלדון בתובענה שעילתה מעשה או מחדל שאירעו בשטחי המועצה הפלסטינית, אך מן הטעם שתושב שטחי המועצה הפלסטינית הוא צד לתובענה. ניתן לראות בכך הכרה עקיפה במדיניותו של בית המשפט בישראל להיזקק לתובענות בהם מעורב גורם ישראלי משמעותי. לעומת זאת, לפי סעיף 2ב(ב) לחוק הנ"ל רשאי בית המשפט בישראל להימנע מלדון בתובענות בנושאי מקרקעין המצויים בשטחי המועצה הפלסטינית.

על-ידי רשויות מינהליות: "התקיפה הישירה" ו"התקיפה העקיפה". על האבחנה בין שני סוגי "תקיפות" אלה עמד הפרופ' זמיר:

"מאז ומתמיד היו בתי-משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים בישראל, בעקבות בתי המשפט באנגליה, נוהגים לבקר את חוקיות ההחלטות של רשויות מינהליות כאשר שאלת החוקיות התעוררה אגב הדיון בעניין המצוי בסמכותו של בית המשפט, כלומר, כשאלה אינצידנטלית. ביקורת כזאת קרויה בשם ביקורת עקיפה או תקיפה עקיפה (collateral attack) להבדילה מתקיפה ישירה (direct attack), שהיא ביקורת בדרך של ערעור לבית-דין או לבית-משפט, מקום שהחוק העניק זכות ערעור, או בדרך של עתירה לבג"ץ. כיום ניתן לעגן את התקיפה העקיפה בסעיף 35 של חוק בתי המשפט, תשי"ז - 1957 [כיום - סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד - 1984 - ר.ט.].¹⁸

ההבדלים בין תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה של החלטות מינהליות סובבים סביב מספר צירים, עליהם נעמוד להלן בקצרה:

1. **מישור הסמכות** - סמכות הדיון בתקיפה העקיפה קנויה בידי כל בית משפט בישראל מכוחו של סעיף 76 לחוק בתי המשפט. בהקשרו של סעיף זה נאמר כי:

"חוק בתי המשפט בחר בשביל ביניים. הוא לא נטל מבית המשפט את הסמכות הנגזרת, שאילו עשה כן, היו המשפטים מתפצלים ומתרבים. אך בסעיף 76 לחוק הנ"ל נקבע, כי הכרעתו של בית המשפט בשאלה שנתעוררה לפניו דרך אגב בלבד ועניינה מסור לשיפוטו הייחודי של בית משפט אחר או של בית דין, כוחה יפה לצורך אותו עניין' העומד לפניו בלבד. ודוקו, הכתוב מדבר בצמצום מעשה בית דין לגבי השאלה הנגזרת, אם היתה זו בגדר שיפוטו הייחודי של בית משפט אחר. משמע, ההוראה המצמצמת שבסעיף 76 אינה תופסת על שום כך בלבד, שבית משפט אחר מוסמך לפסוק בשאלה הנגזרת, אילו הועמדה היא במישורין לדיון. צריך ששיפוטו של בית המשפט האחר לגבי אותה שאלה יהא ייחודי, ובית המשפט פירש, כי לעניין הייחוד

¹⁸ י' זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** (תשמ"ח), 19 (להלן - זמיר).

המבחן הוא המהות ולא סכום התביעה"¹⁹.

מאידך - הסמכות לדון בתקיפה ישירה של החלטות מינהליות מוקנית לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מכוח הסמכות הקבועה בסעיפים 15(ג), (ד) לחוק-יסוד: השפיטה (אם כי באחרונה חלו בנושא זה שינויים מרחיקי-לכת שעל-טיבם עוד נעמוד להלן).

2. **מישור הדיון** - הדיון בתקיפה עקיפה הינו בגררא, ועל-כן איננו מהווה מעשה בית-דין (שכן הנושא מצוי, לכאורה, בסמכותו הייחודית של בג"ץ). בית המשפט הדן בתקיפה העקיפה יכול להצהיר כי לצורכי ההתדיינות, ולצורך זה בלבד, ההחלטה המינהלית הינה בטלה. בג"ץ, לעומתו, יכול להכריז על בטלות ההחלטה, כאשר החלטה זו מהווה מעשה-בית-דין, המחייבת את הצדדים²⁰.

3. **מישור ההחלטות אותן ניתן לתקוף בתקיפה עקיפה** - באופן עקרוני, ניתן לתקוף בתקיפה עקיפה אך ורק החלטות "הנושאות בחובן" פגם מהותי המביא לבטלותן, במובחן מהחלטות שבהן הפגם גורם ל"סיווג" הפעולה כניתנת לביטול בלבד:

"לפי ההלכה הקיימת, התקיפה העקיפה אפשרית רק כאשר המעשה המינהלי בטל מעיקרו (void), ואין היא אפשרית כאשר המעשה המינהלי פגום אך קיים ותקף, כלומר, כאשר הוא ניתן לביטול (voidable). התוצאה המצטברת היא ריבוי הפגמים אשר גורמים לבטלות-מוחלטת של המעשה המינהלי"²¹.

כאמור, רוב הפגמים הנטענים כיום כנגד החלטות מינהליות (קרי, העדר סבירות, חוסר מידתיות, אפליה פסולה, שיקולים זרים וכיו"ב טענות) יביאו לבטלות ההליך (ולא יהפכו אותו לניתן לביטול). מטעם זה נראה כי אבחנה זו איננה עקרונית. יתר על כן, כיום אף נשמעות דעות הקוראות לבטל אבחנה זו:

"אין, לדעתי, יסוד מוצק להבחנה, לעניין סמכות השיפוט שבגררא, בין מעשה מינהל בטל (void), שניתן להצהיר עליו בגררא, לבין מעשה מינהל ניתן לביטול (voidable), שלא ניתן להצהיר עליו בגררא

¹⁹ י' זוסמן **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה שביעית, תשנ"ו), בעמ' 60. סעיף 76 לחוק בתי המשפט קובע כהאי לישנא: "הובא עניין כדן לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לביורר העניין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו עניין אף אם העניין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר".

²⁰ י' זמיר, לעיל הערה 18, בעמ' 47.

²¹ **שם**, בעמ' 49.

והמחייב תקיפה ישירה. לאור הגישה, כי ההחלטה בגררא היא אך 'לאותו עניין', איני רואה כל סיבה להבחין בין סוגי מעשה המינהל. אכן, עצם ההבחנה הזו תלויה על בלימה, ולעיתים קרובות אין כלל לדעת, אם המעשה בטל או ניתן לביטול²²

4. **מישור הסעד** - בעבר, שלטה בכיפה האבחנה בין בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, אשר יכול היה ליתן סעד כנגד המדינה בדרך של ציווי ובדרך של צווי ביניים (המקבילים לצווי מניעה), לבין בתי המשפט האזרחיים, אשר היו מנועים מלעשות כן. מניעה זו נבעה מהוראות סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל-דין), תשי"ח - 1958: "לא ייתן בית המשפט סעד נגד המדינה בדרך של צו-מניעה או ביצוע-בעין; והוא כשאין בחוק הוראה אחרת". על טעמו של כלל זה והרציונל ההיסטורי העומד בבסיסו לא נעמוד בסקירה זו. די שנאמר כי הוא נובע מן התפיסה האנגלו-סקסית הישנה, לפיה אין זה ראוי שבתי המשפט יורו למלך לבצע או להימנע מביצוע של פעולה פלונית²³. כאמור, הרציונל ההיסטורי כבודו במקומו מונח, אולם ספק אם יש לו מקום והצדקה בימינו אנו. לפיכך, סיגלו לעצמם בתי המשפט האזרחיים במהלך השניים "דרך עוקפת" לאיסור זה. הכוונה הינה להוראות סעיף 75 לחוק בתי המשפט, המאפשר לבתי המשפט ליתן כל סעד הנדרש בנסיבות העניין, לרבות סעד הצהרתי. מכיוון שהסעד הצהרתי איננו בגדר צו מניעה, אין הוא עומד בניגוד להוראות סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי. מאידך, חזקה על המדינה שתכבד ותקיים את פסק-הדין הצהרתי (אף אם בפסק-דין הצהרתי זמני עסקינן)²⁴. באופן זה נקבע כי הנושאים שהועברו מכוחה של החלטת בית המשפט העליון לבתי המשפט האזרחיים יידונו בבתי משפט אלה במסגרת המרצת פתיחה אשר בסיומה יתבקש פסק דין²⁵. עם זאת, יצויין כי לאחרונה נתקבל החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) (תיקון), התשנ"ט - 1998, אשר מבטל את סעיף 5 הנ"ל, ומשווה לעניין זה את מעמדם של בתי המשפט האזרחיים לזה של בג"ץ בכל הנוגע לצווי מניעה וצוויים אחרים נגד המדינה.

²² בג"ץ 727/85 נוצר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 589, בעמ' 597 וראו עוד את רע"א 483/99 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 812, בעמ' 819 וכן בספרה של ד' ברק-ארוז עוולות חוקתיות (תשנ"ד), בעמ' 30 - 31.

²³ כהן, לעיל הערה 14, בעמ' 145.

²⁴ וראו, לדוגמא, את בג"ץ 995/89 העדה המרונית בחיפה נ' שר האוצר, פ"ד מד(2) 148, בעמ' 152. ודוקו, הדעה המקובלת היא לראות ברשויות הישראליות באזורים (צה"ל והמנהל האזרחי) כגוף מגופיה של מדינת ישראל. וראו: ה"פ 277/85 דפי זהב הוצאה לאור בע"מ נ' המנהל האזרחי יהודה ושומרון, פ"מ תשמ"ז(1) 38, בעמ' 41 (להלן - פרשת דפי זהב).

²⁵ בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, בעמ' 249 (להלן - פרשת סוקר).

פרק י' לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה - 1965, אשר הוסף בעטייה של החלטת בית המשפט בפרשת סוקר, נוקט בגישה "ישירה" יותר: בהתאם לסעיף 255ג' לחוק, הדין בבית המשפט לעניינים מינהליים יתנהל בהתאם ל"עילות, הסמכויות והסעדים" לפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ²⁶. לפיכך, בית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, רשאי ליתן צו מניעה (או צו ביניים) כנגד המדינה. הוראה מקבילה נמצאת אף במסגרת הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים²⁷ (ראו להלן דיון מפורט ביחס למהות הוראות פרק י' לחוק התכנון והבנייה והוראות הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים).

מן המקובץ עולה כי בתי המשפט האזרחיים היו - ועדיין הינם - מוסמכים לדון בתביעות שבהן מתעוררת אגב-אורחא שאלת תקפותה של החלטה מינהלית. כך, בשורה ארוכה של פסקי-דין, הן בעניינים פליליים והן בעניינים אזרחיים²⁸. עם זאת, ברי כי אופיו של הדין ומהותה של ההחלטה שונים כולם בתכלית השוני מאלו הנהוגים בבית המשפט העליון.

ד. הערכאה המוסמכת לדון בתקיפה ישירה: חלוקת סמכויות, רציונלים ומודלים אפשריים לפתרון

עמדנו על הדרכים בהן ניתן לבחון החלטות של רשויות מינהליות בישראל. ראינו כי קיימים שני "אפיקים" לביצועה של בחינה זו: התקיפה הישירה - המבקשת להתחקות ישירות אחר חוקיותה של הפעולה "המותקפת" והתקיפה העקיפה, הבוחנת את הפעולה אגב הליך עיקרי אחר. מצאנו עוד כי "האפיק" העיקרי לבחינת תוקפן של פעולות מינהליות הינו התקיפה הישירה. ההיסטוריה המשפטית של מדינת ישראל מראה כי במשך רוב שנות קיומה ההלכה המושרשת היתה שהסמכות לדון בתקיפה ישירה

²⁶ סעיף 255ג' לחוק התכנון והבניה קובע: "בית המשפט לעניינים מינהליים ידון בעתירות בענייני תכנון ובניה כאמור, בהתאם לעילות, הסמכויות והסעדים לפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בעניינים כאמור, בשינויים המחוייבים".
²⁷ ראו סעיף 6 להצעת החוק. אם כי סעיף 7 להצעת החוק מסייג סמכות זו וקובע כי צו מניעה או צו עשה לא יוצא נגד המדינה או רשות מינהלית אחרת, אלא לאחר שניתנה למדינה או לרשות הזדמנות להשמיע טענותיה (למעט במקרים דחופים ביותר).
²⁸ ראו, לדוגמה, את ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343 - המערערת הועמדה לדין בגין פתיחת בית עסק בשבת בניגוד לחוק עזר עירוני. במהלך ההליך הפלילי טענה המערערת כי החוק בטל. בית המשפט קיבל את טענת המערערת וזיכה אותה מכל אשמה. בע"א 183/69 עיריית פתח-תקוה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398 - נדונה תביעת עובד עירייה שפוטר שלא כדין ממשרתו לתשלום משכורתיו לאחר "פיטוריו". בית המשפט קבע שמכיוון שהליך הפיטורין - כהליך מינהלי - היה פגום מיסודו, הרי שהתובע זכאי לתשלום משכורתיו. ראו עוד בהקשר זה ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645.

בתקפותן של החלטות מינהליות הינה נחלתו הבלעדית של בית המשפט הגבוה לצדק.

"פעמים רבות נאמר בפסיקה כי סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק הינה ייחודית או, בלשון אחרת, כי בית-משפט מחוזי ובית-משפט שלום אינם מוסמכים לבקר חוקיותם של מעשים מינהליים בתקיפה ישירה במסגרת הסמכות הכללית שלהם, שכן זהו תפקידו של בג"ץ"²⁹.

ובמקום אחר נאמר:

"במשך תקופה ארוכה, החל בתקופת המנדט ועד לפני זמן לא רב, היה המשפט המינהלי נחלתו של בית המשפט הגבוה לצדק. הסיבה לכך נעוצה בטעם היסטורי - מסירת הסמכות לדון בעניינים מינהליים עוד בתקופת המנדט לבית המשפט הגבוה לצדק. לאחר קום המדינה נשמרה מתכונת זו ללא שינוי ממשי עד לזמן האחרון..."³⁰.

ואולם, בשנים האחרונות נפערו סדקים ב"חומה בצורה" זו. עקב בצד אגודל החל בג"ץ "להשיל" מעליו עניינים שונים, תוך שהוא מעבירם לבית המשפט המחוזי, בשבתו של האחרון כבית משפט מינהלי. כך, החל בית המשפט העליון להעביר טיפין טיפין מספר "חטיבות" של נושאים לטיפול בתי המשפט האזרחיים:

בפרשת **בוסקילה**³¹ נקבע כי בית המשפט המוסמך לפסוק בשאלת כשרותם של חברי מועצה לכהן במועצה מקומית הינו בית המשפט האזרחי.

בפרשת **פסטרנק**³² הועברו הדיונים בנושאי המכרזים - למעט מקרים חריגים ויוצאים דופן - לבתי המשפט האזרחיים.

בפרשת **סוקר**³³ העביר בית המשפט העליון את הדיון ברוב ענייני התכנון והבנייה לבית המשפט המחוזי. כאמור, בשלב מאוחר יותר תוקן חוק התכנון והבנייה כך שהסמכות לדון ברובן של העתירות בענייני תכנון ובניה עברה ex lege לבית המשפט המחוזי³⁴. יודגש כי הן בפרשת **פסטרנק** והן בפרשת **סוקר** הדגיש בית המשפט את העובדה כי

²⁹ י' זמיר, לעיל הערה 18, בעמ' 58.

³⁰ ר' הר-זהב **המשפט המינהלי הישראלי** (תשנ"ז) 545.

³¹ רע"א 1287/92 **בוסקילה נ' צמח**, פ"ד מו(5) 159 (להלן - פרשת **בוסקילה**).

³² בג"ץ 991/91 **דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מה(5) 50 (להלן - פרשת **פסטרנק**).

³³ פרשת **סוקר**, לעיל הערה 25.

³⁴ ראו להלן דיון במהותו ובמשמעותו של תיקון זה, בפרק ה' להלן.

באותם נושאים בעלי רגישות או המעוררים שאלות חדשניות, תיוותר הסמכות המקורית בידי בית המשפט העליון.³⁵

נושאים הקשורים במינוי, קבלה לעבודה ופיטורין של עובדי ציבור ברשויות שלטוניות ומינהליות הועברו, ברובם, לבתי-הדין לעבודה.³⁶

ביני וביני נזקק אף המחוקק הישראלי לסוגיה זו, תוך שהוא מעביר נושאים מינהליים שונים לדיון בבתי המשפט האזרחיים. כך, למשל, הועבר הטיפול בעתירות אסירים לבית המשפט המחוזי³⁷; עתירות בעניין ביטול או הוספת תנאי לרישיון לפי חוק רישוי עסקים³⁸ הנדונות כיום בבית משפט שלום או בית משפט לעניינים מקומיים; ערעורים על החלטות של בתי-הדין המינהליים השונים מופנים לבית המשפט המחוזי³⁹; ערעורים על החלטות בעניין מתן רישיון להפעלת מוניית או היתר להעברתו מופנים לבית המשפט המחוזי בירושלים⁴⁰; ערעורים על החלטות בנושאים משפטיים של הועדה הרפואית העליונה לפי חוק הנכים מופנים לבית המשפט המחוזי⁴¹ ועוד כהנה וכהנה נושאים.

מספר טעמים משפטיים ואחרים עומדים ביסוד העברות אלה של עניינים מבית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, לבתי המשפט האזרחיים:

ראשית, העומס המוטל על בית המשפט העליון, מקשה עליו לטפל כדבעי ביתר העניינים עליהם הוא מופקד. אשר על כן, באותם תחומים או "חטיבות" של נושאים שבהם כבר גובשו ההלכות המרכזיות על-ידי בית המשפט העליון, מועברים הנושאים לטיפולו של בית המשפט המחוזי, תוך הורדת "הנטל" מבית המשפט העליון.

שנית, היכולת של בתי המשפט האזרחיים לטפל באופן ממצה יותר בשאלות שבעובדה (שאלות אשר אינן מתבררות לרוב בבג"ץ, שבו ההליכים ממוצים, על-פי רוב, בהגשת תצהירים).

שלישית, הלכות המשפט המינהלי מחייבות את כלל בתי המשפט בארץ, כפי שנאמר

³⁵ ראו בהקשר זה את פרשת **סוקר**, לעיל הערה 25, בעמ' 248 - 249.
³⁶ בג"ץ 2513/95 **חדד נ' המועצה המקומית רמת השרון**, פ"ד מז(2) 293 וניתוחו של הנשיא ברק בבג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229, בעמ' 238 (להלן - פרשת **אייזנברג**).

³⁷ סעיפים 62 א - 62 ב לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב - 1971.

³⁸ סעיף 7א לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח - 1968.

³⁹ ראו סעיף 45 לחוק בתי הדין המינהליים, התשנ"ב - 1992.

⁴⁰ על-פי סעיף 14 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א - 1961.

⁴¹ ס' 12 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט - 1959.

"בתי המשפט הם רבים, המשפט המינהלי הוא אחד"⁴². אשר על כן, באותם התחומים שבהם התווה כבר בג"ץ את הכללים היסודיים החלים ביחס לתחום פלוני, יכולים בתי המשפט האזרחיים להפעיל כללים אלה וליישמם על מקרים המובאים בפניהם, באותה היעילות שבה בג"ץ יכול לעשות כן. בסוגיות המכרזים, תכנון ובניה, כשירות כהונה של חברי מועצות מקומיות הגיע בית המשפט העליון למסקנה כי ההלכות שנקבעו על-ידו בעבר בהירות ומגובשות דיין כדי להעביר הנושא לטיפולם של בתי המשפט האזרחיים.

רביעית, על-פי ההלכה הנוהגת כיום, מוסמך כל בית משפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקתיותה של החקיקה הראשית⁴³. על כן ניתן לומר, כי אם בנושא תקפותם של חוקי הכנסת יכולים בתי המשפט האזרחיים להכריע, אזי קל וחומר שניתן "להטיל" עליהם להכריע בתקפותן של החלטות מינהליות שונות.

מאידך, קיימים טעמים המצדיקים הותרתם של הדיונים בנושאים מינהליים בידיו של בג"ץ. טעמים אלה סובבים סביבן של הנקודות הבאות: החל ביכולתה של הערכאה הגבוהה בארץ ליתן פסק-דין באופן מהיר וממצה (לרוב ללא יכולת ערעור) עובר ביכולתו של בג"ץ ליתן סעד אפקטיבי⁴⁴, תוך יצירת תהודה ציבורית ותקשורתית גדולה, וכלה בבקיאותו הרבה של בג"ץ בסוגיות המשפט המינהלי, תוך יכולת להפעיל הלכות אלה על המקרה הנדון (ולעיתים אף תוך סטייה מתקדימו-הוא). טעמים אלה מאפשרים לאזרחים המלינים על פגיעה בהם לכוף את הרשויות המינהליות הישראליות לשנות את דרכיהן ולשמור על זכויות האזרחים באופן האפקטיבי ביותר.

בין שני "קטבים" אלה החליט בית המשפט העליון כי נושאי תכנון ובניה, מכרזים וכשרות כהונה ברשויות מקומיות, דינם לעבור לבתי המשפט המחוזיים. יקל לראות כי בית המשפט העליון טרם גיבש לעצמו כהלכה מחייבת עמדה כוללת לפיה נושאים בעלי מאפיינים מסוג מסויים, יועברו בהמשך הדרך לבתי המשפט האזרחיים. ייתכן כי בית המשפט העליון ממתין בנושא זה לטיפולו של המחוקק, אולם ביני וביני ממשיכה להתנהל העברת העניינים המינהליים מבית המשפט העליון לבתי המשפט האזרחיים בצורה בלתי-סדורה, או בלשונו הציורית של השופט חשין בפרשת סוקר:

"היום חנה, מחר פנינה, היום ענייני תכנון ובניה, מחר ענייני רישוי עסקים ומחרתיים נושאי יבוא ויצוא. אנו לא ידענו מדוע כך ומדוע רק כך. אכן, מקובל עליי, כפי שאראה עוד להלן, כי קנינו סמכות - כבית משפט גבוה לצדק - לשנות שיווי משקל שנתקבל בהלכה עד כה.

⁴² בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, בעמ' 747.

⁴³ א' ברק פרשנות במשפט (כרך ג' - פרשנות חוקתית, תשנ"ה), בעמ' 733.

⁴⁴ פרשת פסטורנק, לעיל הערה 32, בעמ' 61.

ואולם לא אקבל כי קנינו סמכות על-פי המחוקק לשנות סדרי בראשית בסמכות. לא אגזול פתו של מחוקק מפיו: הוא בשלו ואני אעשה בשלי⁴⁵.

"פסיפס" מקוטע זה של החלטות יוצר אי-ודאות רבה בשאלה הקרדינלית של סמכויות בתי המשפט לדון בעתירות מינהליות. בעבר הוצעו מספר מודלים אפשריים לפיהם יוכל בית המשפט לברור לעצמו אלו נושאים יש להעביר לבתי המשפט האזרחיים ואלו נושאים יותרו נחלתו הבלעדית של בית המשפט העליון:

"המודל הטוטאלי" (או המודל התיאורטי): הפרופ' זמיר הביע דעתו לפני שנים רבות כי לבתי המשפט המחוזיים ולבג"ץ ישנה סמכות מקבילה לדון בעניינים מינהליים. על-פי מודל זה, אין מניעה חוקית לדון בנושאים מינהליים בבתי המשפט המחוזיים, כל אימת שיוחלט על דיון כאמור.

"...לדעתי, יש טעם לחדש בעניין זה ולהרחיק לכת עד כדי קביעה ברורה כי כל עניין המצוי בסמכות בג"ץ (כפוף לחריגים מעטים) מצוי גם בסמכות מקבילה של בית-המשפט המחוזי. ומה הטעם? ראשית, כאמור, הפסיקה כבר הכירה בכך שלפחות בעניינים מסוימים קיימת סמכות מקבילה לבג"ץ ולבית-המשפט המחוזי. סמכות מקבילה כזאת, יהיה היקפה אשר יהיה, מתבססת בהכרח על סעיף 18 לחוק בתי-המשפט [כיום סעיף 40 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] - ר.ט.]. והנה, סעיף זה, המנוסח בצורה כללית וגורפת, אינו עושה הבחנה בין עניינים מינהליים מסויימים הנמצאים בסמכותו של בית-המשפט המחוזי לבין עניינים מינהליים אחרים שאינם בסמכותו של בית-משפט זה. לפי לשונו של הסעיף, אם עניין מינהלי כלשהו נתפס בו, אין מניעה לומר כי נתפסים בו גם כל יתר העניינים המינהליים. שנית, חפיפה חלקית בלבד בין סמכותו של בג"ץ לסמכותו של בית-המשפט המחוזי תחייב קביעת התחום לאותם עניינים המצויים בסמכות מקבילה, ויש מקום לחשוש שבית-המשפט לא יצליח להתוות את התחום בבהירות... ושלישית, וזה העיקר, לדעתי ראוי לקבוע הלכה המקנה לבית-המשפט המחוזי, ואף לבית-המשפט שלום, סמכות כללית בעניינים מינהליים, החופפת (כפוף לחריגים מעטים) את סמכותו של בג"ץ, משום שהלכה כזאת תהיה טובה ורצויה משיקולים

⁴⁵ פרשת סוקר, לעיל הערה 25, בעמ' 255.

מעשיים⁴⁶

ה"מודל הפרגמטי": מודל זה מניח כי סמכותו של בג"ץ איננה ייחודית. יש לבחון בהקשרו של כל נושא ונושא את מידת היותו בגדר סכסוך הנוצר בעטייה של פעולה שלטונית "טהורה" או בגדר פעולה שלטונית במישור המשפט הפרטי⁴⁷.

החסרון ברור של מודל זה טמון באי-בהירותו - בכך שהוא יוצר "אזור דמדומים" נרחב. יוצא, אם כן, כי שימוש במודל זה איננו מוביל לעולם להכרעה ברורה בשאלת סמכות הדין.

בהשתמשו במודל זה, הכריע השופט ברק כי נושאי תכנון ובנייה משתייכים לקבוצת הנושאים, אשר בהם קיימת סמכות מקבילה לבית המשפט העליון ולבית המשפט המחוזי. מובן שקביעה זו לא תחמה את "אזור הדמדומים" ולא הכריעה בו לגופו.

מודל נוסף הינו "מודל שיקול הדעת" - מודל זה, אשר קרוב מבחינה רעיונית למודל הפרגמטי ואף על פיתוחו עמל השופט ברק בפרשת **סוקר** ובפרשת **בוסקילה**⁴⁸, מבקש להתחקות אחר שלושה סממנים "תומכי החלטה" בשאלת העברתו של נושא פלוני: סממן אחד סובב סביב קיומן של קושיות עובדתיות הדורשות שימוש בפרוצדורה שהינה נחלתם של בתי המשפט האזרחיים (במיוחד חקירת עדים). סממן שני עוסק בקיומה או העדרה של מחלוקת אזרחית גלויה או סמויה בין הצדדים (כפי שקיימת בחלק נכבד מן המקרים בסוגיות תכנון ובנייה, לדוגמא) וסממן אחרון בוחן את מידת פיתוחו של הדין החל בעניין. הנשיא (בדימוס) שמגר הוסיף מודל נוסף, הוא "מודל המיגון הנורמאטיבי": על-פי מודל זה, עניינים המכילים "אחוז גבוה" של שאלות בעלות אופי "אזרחי" (כגון נושאים בהם שזורות סוגיות העוסקות במטרדים, הפרת חובה חקוקה, רשלנות ועשיית עושר שלא במשפט) - במובחן משאלות בעלות אופי מינהלי - יועברו לטיפולם של בתי המשפט האזרחיים⁴⁹.

"המודל הדיפרנציאלי" - מודל זה, אשר אביו מולידו הינו השופט חשין, מניח כי יש להבחין בין נושאים שבהם מתערב בג"ץ בשיקול-הדעת של הרשות, לבין אותם נושאים, אשר בהם החלטתה של הרשות הינה מינהלית ואזרחית בה בעת. אם יכול העותר להוכיח

⁴⁶ יי זמיר, לעיל הערה 18, בעמ' 78 - 79, וכן ראו בהקשר זה את דברי השופט ברק בפרשת **סוקר**, לעיל הערה 25, בעמ' 245.

⁴⁷ פרשת **סוקר**, לעיל הערה 25, עמ' 245 וכן ראו את דברי השופט ברנזון בע"א 436/62 **עיריית רמת-גן נ' תיק**, פ"ד יז 1262, בעמ' 1266.

⁴⁸ פרשת **בוסקילה**, לעיל הערה 31, בעמ' 174, ופרשת **סוקר**, לעיל הערה 26, בעמ' 247 - 248.

⁴⁹ בג"ץ 4306/93 **חלפון נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה תל-אביב**, פ"ד מז(4) 37, בעמ' 40.

כי קיימת לו זכות לסעד הנובעת מן המשפט הפרטי, אזי ניתן להפנות את תביעתו לידי בית המשפט האזרחי.

"בית המשפט לא ישמע לעתירה 'מינהלית' אלא אם פניה ניבטים אלינו כפני יאנוס - שגם עתירה מינהלית היא אך גם עתירה פרטית. במקרים מעין אלה יתלה בית המשפט האזרחי את סמכותו על יתד המשפט הפרטי שבעתירה, וכך יקנה סמכות לדון בנושא הבא לפניו"⁵⁰

על-אף הניתוח המעמיק של סוגייה זו בפסק הדין סוקר, לא ניתן לדלות מפרשה זו הלכה ברורה לגבי השאלה הבאה: אלו תחומים נתונים לאחריותו הבלעדית של בג"ץ ואלו נתונים בסמכותו המקבילה של בית המשפט המחוזי. במיוחד אין בפרשה זו הכרעה חדה בשאלה מהי ה"נוסחה" הכללית להעברתם של עניינים מבג"ץ לבתי המשפט האזרחיים. קל וחומר שאין במסגרתם של "המודלים" האמורים התייחסות כלשהי לסוגיית הערכאה הראויה לדון בעתירות הנוגעות להחלטותיהן של הרשויות הישראליות באזורים.

ה. פרק י' לחוק התכנון והבנייה, הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים ואלמנט "החשיבות הציבורית"

ראינו כי בתי המשפט נמנעו מלהכריע בשאלת המודל הראוי להעברת עניינים מבית המשפט העליון לבתי המשפט האזרחיים. כל שופט ושופט בתורו הציע מודל, אשר משקף בתוכו - כאיזון פנימי - את מגוון השיקולים שהצגנו לעיל בדבר היתרונות והחסרונות בהעברת דיונים לבתי המשפט האזרחיים. לצורך חידודה של הסוגיה נבקש ללמוד לענייננו מהוראות פרק י' לחוק התכנון והבנייה ומהצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, תוך בחינת השאלה כיצד התייחס המחוקק הישראלי לסוגיית העברת הסמכויות.

פרק י' לחוק התכנון והבנייה הינו דוגמא בולטת לדיאלקטיקה המתמשכת שבין הרשות השופטת והמחוקקת. המחוקק היה ער לצורך בהסדרת הסוגיה של העברת העתירות התכנוניות מבית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי, והוספתו של הפרק האמור הינו תוצאה ישירה של צורך זה.

⁵⁰ פרשת סוקר, לעיל הערה 25, בעמ' 259, אך ראו את הביקורת שנמתחה על מודל זה: א' גורן, ד' בירנהק "בית-המשפט לעניינים מינהליים" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 243, בעמ' 259.

בכך אין חידוש רב; עם זאת, המחוקק הישראלי לא הסתפק בהעברה פשטנית של סמכויות הדיון, ובמסגרתו של התיקון כלולה אף הכרעה ערכית, על-פיה הופרדו העתירות הנוגעות להחלטותיו של שר הפנים וכן עתירות הנוגעות לתוכניות מתאר מחוזיות וארציות מיתר התוכניות וההחלטות. בעוד שהחלטות מן הסוג השני יועברו לדיון בבית המשפט המחוזי, הרי שהדיון בראשונות יוותר נחלתו של בג"ץ.

דומה כי ההפרדה בין תוכניות מסוגים שונים וההבחנה בין זהות גוף האחראי להחלטה נשוא העתירה טומנות בחובן הכרה משתמעת בעקרונות העומדים בבסיס המודלים עליהם עמדנו לעיל. התיקון לחוק ביקש להבחין בין עתירות הנוגעות לתוכניות ולהחלטות בעלות השלכות רחבות-היקף (בהן מצוי לרוב סכסוך בעל אופי "ציבורי"-מינהלי), לבין עתירות העוסקות בהחלטות בעלות השפעה מצומצמת אשר משקפות, דרך כלל, סכסוך ציבורי פחות ופרטי יותר. נראה כי נקודת האיזון שנבחרה על ידי המחוקק מערבת את המודל הפרגמטי במודל שיקול הדעת, ומוסיפה לו את אלמנט "החשיבות הציבורית" הכרוכה בעתירה. דומה כי המחוקק אימץ במשתמע את השיקול לפיו הערכאה הגבוהה במדינה, אשר זוכה להערכה רבה, היא אשר צריכה להכריע בעתירות בעלות השלכות ציבוריות נרחבות. שיקול זה הוא משפטי ולבר-משפטי: **משפטי**, בכך שלבית המשפט העליון היכולת לקבוע תקדימים מחייבים (ולסטות מתקדימיו שלו עצמו) תוך קביעת הלכות חדשות ומפורטות, **ולבר-משפטי** בכך שערכאה זו נתפסת כיחידה בעלת היכולת הציבורית לדון בעניינים בעלי מטען "פוליטי" גבוה.⁵¹

בחינה של הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים מעלה אף היא תוצאה דומה. על-פי ההצעה, הנושאים שיועברו מבית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, יקבעו בתוספת לחוק:

"על פי החוק המוצע מופיעים בתוספת הראשונה סוגי עניינים שבית המשפט המינהלי ידון בהם כערכאה ראשונה ובתוספת השניה סוגי עניינים שבית המשפט המינהלי ידון בהם כערכאת ערעור על החלטות של בתי דין מינהליים או ועדות ערר אחרות"⁵².

מובן כי החוק איננו מגדיר שיקולים אשר על שר המשפטים לשקול עובר להחלטתו

⁵¹ הבחנה דומה נערכה בפרשות **פסטרנק וסוקר**, לעיל בעמ' 142. לעניין זה ראו עוד במאמרם של גורן ובירנהק, לעיל הערה 50, בעמ' 273.

⁵² ר' הר-זהב, לעיל הערה 30, בעמ' 561 וראו בנוסף את סעיף 3 להצעת החוק. הצעת החוק קובעת בנוסף כי החלטות של בית המשפט לעניינים מינהליים בעתירה (בהתאם לסמכויות המנויות בתוספת הראשונה לחוק) ניתנת לערעור **בזכות** בבית המשפט העליון, בעוד שהחלטות בערעור של בית המשפט לעניינים מינהליים (בהתאם לסמכויות המנויות בתוספת השנייה), ניתנות לערעור **ברשות** בבית המשפט העליון.

להוסיף נושאים לתוספת לחוק⁵³, והחוק מנסה אך ליתן להחלטתו מסגרת פרוצדוראלית ואדמיניסטרטיבית ראויה. עם זאת, ההנחה הגלומה בהצעת החוק שוללת, מניה וביה, את המודל הטוטאלי המוצע על-ידי הפרופ' זמיר⁵⁴. נראה כי הצעת החוק מניחה שהסמכות המקורית והבלעדית לדון בנושאים מינהליים היתה ונותרה בידי בית המשפט העליון, בכפוף למספר חריגים שיקבעו בחוק ואשר יורו על העברתן של חטיבות נושאים לדיון בבית המשפט לעניינים מינהליים. "אזור הדמדומים" עליו הלין הנשיא ברק נעלם, ובמקומו מבקש המחוקק להתוות באופן ברור את הגבולות שבין הדיון בבית המשפט העליון ובין הדיון בבתי המשפט האזרחיים. ניתן לשער, עם זאת, ש"התייחס" המדויק של הנושאים המועברים יהא בעצמו מושא להתדיינות רבה בערכאות שונות⁵⁵. כן נראה שהצעת החוק מאמצת את מבחן "החשיבות הציבורית", תוך שהיא קובעת לגבי מספר נושאים כי רק חלקם יועבר לדיון בבית המשפט המחוזי, בעוד שהחלק הנותר ימשיך להידון בבג"ץ⁵⁶.

העולה מן המקובץ הוא כי המחוקק הישראלי היה ער לצורך בהעברת חלקם של העניינים הנדונים בבג"ץ לבתי המשפט האזרחיים. כאשר התעורר הצורך בהסדרת סוגיית סמכות הטיפול ביחס לענייני התכנון והבנייה, המחוקק הישראלי אכן פנה להסדיר הסוגיה. על-רקע מציאות זו ניתן אף להבין את המניעים העומדים ברקע הצעת החוק. דא עקא, לא ניתן לדלות ממקורות אלה בסיס ברור או מודל מפורש על-פיו יועברו עניינים מבית המשפט העליון לבתי המשפט האחרים. ניתן אך לומר כי המחוקק הישראלי שואף להפריד בין נושאים "רגישים" יותר ו"רגישים" פחות, ולהותיר את הראשונים בידי של בית המשפט העליון. כן משתמע כי המחוקק הישראלי דוחה במשתמע את התיאוריה, לפיה קיימת כבר כיום הסמכה גורפת של בית המשפט המחוזי לדון בנושאים מינהליים.

⁵³ המלומד הר-זהב מתאר מסגרת זו כ"מסגרת גמישה" - וראו בהקשר זה ר' הר זהב, לעיל הערה 30, בעמ' 561.

⁵⁴ אך במקביל מאמצת ההצעה את גישת הפרופ' זמיר, לפיה בית המשפט המחוזי הוא הערכאה הראויה לדון בנושאים מינהליים. בכך סוטה ההצעה מההלכה החלה, לדוגמא, בענייני מכרזים שבו הערכאה הדנה במכרז נקבעת בהתאם לשווי הכספי של התביעה.

⁵⁵ כך, למשל, מוצע להעביר לבתי המשפט לעניינים מינהליים את הטיפול בענייני חינוך המוגדרים כ"ענייני רישוי מוסדות חינוך, תשלומי הורים, וכן רישום והעברה של תלמידים, למעט קביעת אזורי רישום". האם המונח "רישווי" כולל אף החלטות הנוגעות למתכונת בחינות הבגרות הנערכת בבתי ספר ספציפיים, דוגמת ההתדיינות בבג"ץ 3477/95 **בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1? ברי כי "סכנות" אלה מחייבות את מנסחי התוספת לנקוט בלשון מדויקת ככל שניתן, ולהימנע מהגדרות כוללניות. בנקודה זו השוו: גורן ובירנהק, לעיל הערה 50, בעמ' 259 - 260, ה"ש 84.

⁵⁶ ענייני תכנון ובניה נתחלקו בהצעת החוק לשתי קטיגוריות: עתירות התוקפות החלטות שר הפנים ועתירות הנוגעות לתוכניות מחוזיות וארציות - שימשיכו להידון בבג"ץ, ועניינים אחרים - בהם הדיון הועבר לבתי המשפט המחוזיים. באופן דומה, ענייני חינוך שאינם מנויים בתוספת להצעת החוק, יוותרו נחלתו של בג"ץ.

ו. היחס בין העברת סמכויות הביקורת השיפוטית בישראל והביקורת השיפוטית ביחס לפעולות רשויות האזורים - מודל "צינורות הביקורת השיפוטית"

לצורך הדיון בעניינינו נבקש להציג מודל חדש, אשר להלן נכנהו בשם "מודל צינורות הביקורת השיפוטית". המודל מניח קיומם של "צינורות" אשר דרכם מנותבת סמכות הביקורת השיפוטית בעניינים מינהליים לערכאות שונות. מאז קום המדינה ועד לשנים האחרונות "הונח" צינור ביקורת אחד ויחיד בין החלטות מינהליות לבין בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. כפי שראינו לעיל, בשנים האחרונות הונחו, באופן ספורדי למדי, "צינורות משניים" המובילים עניינים שונים מבית המשפט העליון אל עבר ערכאות מינהליות אחרות, במיוחד בית המשפט המחוזי.

כן ראינו כי החל משנת 1967 הונח צינור ביקורת שיפוטית, אשר "תיעל" את הביקורת השיפוטית על חוקיות החלטות הרשויות הישראליות באזורים אל עבר בית המשפט העליון. השאלה העומדת לדיון בפנינו הינה, לפיכך, האם "צינורות הקליטה המשניים" שהונחו בשנים האחרונות "חוברו" לצינור הביקורת השיפוטית המוביל מן האזורים אל בג"ץ?

התשובה לשאלה זו איננה ברורה כלל ועיקר; לצורך מתן מענה לשאלה נכבדה זו, נדרשים אנו להתחקות אחר כוונת המחוקק ובית המשפט. באופן כללי, התייחסותו של המחוקק הישראלי (במובחן מזו של המפקד הצבאי הישראלי באזורים) לנעשה באזורים אינה ענפה. מרביתן של הסוגיות המהותיות הוסדרו במסגרתו של החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשל"ח - 1977. בין היתר, מרחיבות התקנות את סמכות השיפוט הפלילית של בתי המשפט בישראל מי שנמצא בישראל ועבר באזורים עבירה, אשר אילו נעשתה בישראל היתה מהווה עבירה לפי חוקי המדינה⁵⁷. תקנות אחרות עוסקות בהרחבת סמכויות שוטרים באזורים, ביצועם של צווים שיפוטיים⁵⁸, הוצאה לפועל, אכיפת דיני המסים הישראליים ועוד. ברם, סוגיית הסמכות לביקורת שיפוטית בענייני האזורים איננה מוסדרת בחקיקה ישראלית. כפי שראינו, הסוגיה הוסדרה באופן חלקי בהלכה פסוקה של בית המשפט העליון (בעקבות הסכמות שונות של פרקליטות המדינה).

⁵⁷ ראו תקנה 2(א) לתקנות; וכן ראו: רובינשטיין, במאמרו הנ"ל, לעיל הערה 15, בעמ' 419 - 422.

⁵⁸ וראו ביחס להמצאת כתבי בי-דין לאזורים בתקנות סדרי הדין (המצאת מסמכים לשטחים המוחזקים), תש"ל - 1969 ובתקנות בית הדין לעבודה (המצאת מסמך בשטחים המוחזקים), תש"ל - 1969.

לשם השלמת התמונה נבקש לעמוד בקצרה להלן על הוראות הצו בדבר ועדות עררים.⁵⁹ סמכותה של ערכאה זו הוגדרה במסגרת התוספת לצו (אשר שונתה מעת לעת), ועיקר תפקידה התמצה בבחינת החלטות מינהליות שונות של רשויות צה"ל באזורים. מבין הנושאים העקרוניים שוועדת העררים הוסמכה לדון בהם ניתן למנות את סוגיית בחינת תוקפן של הכרזות על אדמות מדינה⁶⁰, תקיפת החלטות הקשורות לניהול רכוש נפקדים⁶¹, החלטות הנוגעות לרישום ראשון של קרקע⁶² ועוד. ברי כי המחוקק הצבאי כיוון להקמתה של ערכאה מעין-שיפוטית שתוכל לדון ולהכריע בתקפותן של החלטות שונות של רשויות הצבא והמינהל האזרחי באזורים, חלף קיומן של בתי המשפט המקומיים. הפרופ' א' זמיר העיר בהקשר זה:

"...הוועדה [ועדת ערר - ר.ט.] כוננה כתחליף לסמכותם של בתי- המשפט המקומיים, שכן על-פי המשפט הבינלאומי (ועל-פי ההגיון), אין רשויות צה"ל כפופות לסמכותם של בתי המשפט המקומיים. מבחינה פורמלית, מעמדה של ועדת העררים הוא מעמד של גוף ממליץ בלבד, שהמלצותיו טעונות אישור ראש המינהל האזרחי. אולם למעשה פועלת הוועדה כבית-משפט לכל דבר, והמלצותיה מאושרות כדבר שבשיגרה. פעילותה של ועדת הערר בנושא קרקעות עומדת באמות-המידה המקובלת של כל הליך שיפוטי, מבחינה פרוצדורלית ומבחינת תוכן החלטותיה כאחד... בית-המשפט דחה את העתירות שכוונו לתקוף את חוקיות ההליך של הכרזה ואת חוקיות פעילותה של ועדת העררים, וקבע שהם תואמים את המשפט הבינלאומי, את המשפט המינהלי והישראלי ואת תחיקת הביטחון"⁶³.

מהיבט זה, אכן הצליחה ועדת הערר להוות תחליף ראוי לבית משפט, תוך שהיא דנה במגוון רחב של החלטות באופן ראוי ומתוך היכרות נאותה עם הדין המקומי ועם תחיקת הביטחון. הצלחתה העיקרית של הוועדה היתה בכך שהיא שימשה "קולטן" למספר רב של סכסוכים בין תושבי האזורים ורשויות האזור. בנוסף, במספר רב של עתירות בעניינים הנופלים במסגרת סמכותה של ועדת הערר, הפנה בית המשפט העליון את העתירה לדיון

⁵⁹ ביהודה ושומרון: הצו בדבר ועדות עררים (אזור יהודה ושומרון) (מס' 172), תשכ"ח - 1967, בחבל עזה: צו בדבר ועדות עררים (אזור חבל עזה) (מס' 409), תשל"ב - 1971 (להלן - הצו בדבר ועדות עררים).

⁶⁰ ראו ביהודה ושומרון, הצו בדבר רכוש ממשלתי (אזור יהודה ושומרון) (מס' 59), תשכ"ז - 1968 וסעיף 2 לתוספת לצו.

⁶¹ ביהודה ושומרון: הצו בדבר נכסים נטושים (אזור יהודה ושומרון) (רכוש הפרט) (מס' 58), תשכ"ז - 1968, וסעיף 1 לתוספת לצו בדבר ועדות עררים.

⁶² ביהודה ושומרון: חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו, מס' 6 לשנת 1964 והצו בדבר תיקון חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (אזור יהודה ושומרון) (מס' 418), תשל"ב - 1971 וסעיף 11 לתוספת לצו בדבר ועדות עררים.

⁶³ א' זמיר **אדמות מדינה ביהודה ושומרון - סקירה משפטית** (תשמ"ה) 33 - 34.

מפורט בוועדת העררים⁶⁴ (אם כי לעיתים הוגשו עתירות חוזרות נגד החלטות הוועדה⁶⁵).

עם זאת, ועדת העררים סובלת מאז הקמתה ממספר כשלים כרוניים, אשר מקשים על ביסוסה כ"תחליף" נאות לדיון בבית המשפט העליון⁶⁶: ראשית, כפי שראינו, בצד ניסיונותיו של המחוקק הצבאי להקנות לחברי הוועדה מידת אי-תלות שיפוטית נאותה⁶⁷, קבע המחוקק הצבאי כי החלטותיה של ועדת העררים הינן בגדר "המלצה" אשר צריכה להתאשר בידי המפקד הצבאי (סמכות האישור הועברה אחר-כך לידי ראש המינהל האזרחי). לרוב, המפקד הצבאי אכן מאמץ המלצות אלה, אולם בעבר נרשמו מספר מקרים שבהם ראש המינהל דחה את המלצות הוועדה וביטל את החלטתה⁶⁸. כמו-כן, הצו איננו מחייב כי חברי הוועדה יהיו בעלי השכלה משפטית (אם כי אחד מחברי המותב מחויב להיות בעל השכלה משפטית). שנית, סמכותה של הוועדה מצטמצמת אך ורק לאותם הנושאים המנויים בתוספת. על יתר הפעולות המינהליות של רשויות האזור, בעיקר החלטות בעלות אופי ביטחוני וצבאי, אין מקנה הצו זכות ערר. כך, למשל, אין לוועדת ערר הסמכות לדון בתוקפן של החלטות בעניין חרמה, אטימה והריסה של בתים, גירוש, תפיסת קרקע לצרכים צבאיים, הליכי תכנון ובנייה, הליכי הפקעת קרקע (מלבד סוגיות הפיצויים), מגיעת כניסה לישראל ועוד. שלישית, החלטותיה של הוועדה אינן בגדר סוף פסוק, שכן ככל טריבונל מעין-שיפוטי, נתונות החלטותיה לביקורת של בג"ץ. על כן, במספר מקרים נאלץ בג"ץ לפסוק בשאלת תקפות הפעולה המינהלית והחלטותיה של ועדת הערר⁶⁹.

בנוסף, הוועדה סבלה וסובלת מהעדר היוקרה והאמון להן זוכה בית המשפט העליון, ומכאן אף נובעת הנטייה הטבעית של המתדיינים להפנות את הסכסוכים לערכאה אשר נתפסת (למצער בעיניהם) כיחידה המסוגלת להכריע כדבעי בעניינים מינהליים סבוכים. זאת ועוד, הפסיקה הישראלית היתה בלתי-עקבית בשאלת היחס אל ועדת הערר כ"ערכאה משפטית". שאלה זו חשובה במיוחד בהקשרן של טענות מסוג "פורום לא נאות", אותן העלתה המדינה בחלקן של ההתדיינות בבתי המשפט בישראל. כך, למשל,

⁶⁴ ראו, לדוגמא, בג"ץ 321/78 חמימי נ' שר הביטחון, בג"ץ 467/80 בינוי ופיתוח בנגב נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש (לא פורסם).

⁶⁵ וראו, לדוגמא, את בג"ץ 277/84 א'ערייב נ' ועדת העררים לפי הצו בדבר רכוש ממשלתי, אזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 57.

⁶⁶ Hofnung, *supra* note 8, at p. 250.

⁶⁷ ראו סעיף 7 לצו בדבר ועדות עררים.

⁶⁸ החלטותיו של ראש המינהל האזרחי לדחות את המלצות הוועדה מהוות כשלעצמן בסיס לעתירות לבית המשפט העליון, וראו, לדוגמא, בג"ץ 1285/93 עזבון שכטר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם).

⁶⁹ אם כי בית המשפט צימצם את נכונותו להתערבות בהחלטות ועדת הערר למצבים "קיצוניים" בלבד, בהם נחזתה חריגה מסמכות או טעות, וראו: בג"ץ 3270/92 הקרן למדרשת ארץ ישראל בע"מ נ' המושל הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מז(4) 666, בעמ' 670.

קבע בית המשפט המחוזי בפרשת **סלאמה**⁷⁰ כי ועדת הערר הינה הערכאה היחידה המוסכמת לדון בשאלת הפיצויים הראויים בגין הפקעת קרקע באזור, ובית משפט ישראלי לא יזקק לשאלות אלו⁷¹. בין היתר, הביע בית המשפט את הדעה כי ועדת הערר הינה הפורום הנאות לדיון בעניינים המסורים לסמכותה (ובכלל זאת ענייני פיצויים בגין הפקעה). לעומת זאת, מאוחר יותר סבר בית הדין הארצי לעבודה כי ועדת העררים איננה בגדר "פורום שיפוטי", אשר יכול לשמש בסיס ראוי להעלאת טענת "פורום לא נאות"⁷².

על-רקע המציאות האמורה, שבה אין בנמצא ערכאה יעילה היכולה להכריע בסכסוכים שבין רשויות האזור והתושבים, ניתן להבין את התרבות העתירות לבג"ץ⁷³ בעניינים הקשורים לפעילות הרשויות הישראליות באזורים. מגמות אלה הלכו ונתרחבו ככל שהחברה הישראלית, והחברה הפלסטינית בעקבותיה, קיבלה מאפיינים ליטיגטיביים חזקים (במיוחד בשאלות תקפות פעולות מינהליות שונות).

להלן נבחן את השאלה האם החוקים ופסקי הדין המעבירים עניינים שונים מבג"ץ לבתי המשפט האזרחיים, כוללים בתוכם אף את העברת העניינים המינהליים "המקבילים" הקשורים לאזורים. או, בלשון ציורית יותר: האם צינור ההעברה הישראלי, אשר מוליך עניינים מינהליים שונים מבג"ץ אל בתי המשפט האזרחיים, מחובר אף בקצהו האחד אל אותו צינור המוליך את הביקורת על החלטותיהן של רשויות המינהל הישראליות באזורים אל עבר בג"ץ.

ז. חוקים ספציפיים המעבירים "חטיבות" נושאים מבית המשפט העליון לבתי המשפט האזרחיים

⁷⁰ ה"פ (י-ם) 1537/85 **סלאמה נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשמ"ז(2) 253 (להלן - פרשת **סלאמה**).

⁷¹ **שם**, בעמ' 256 - 257. נראה כי גישה זו היתה מקובלת על בית המשפט העליון, וראו בהקשר זה ר"ע 617/86 **סלאמה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם).

⁷² דב"ע נ/ 3-51 **סאבא נ' המינהל האזרחי** (לא פורסם). פרשה זו עסקה בתביעה שהוגשה על-ידי עובדת המינהל האזרחי אשר פוטרה מעבודתה. על-אף שבית הדין לא היה מוכן להכיר בוועדת הערר כ"פורום שיפוטי", חייב בית הדין את התובעת לפנות לוועדה, שכן החובה לפנות לוועדה זו מעוגנת בתחיקת הביטחון החלה באזור.

⁷³ בשנת 1997 לבדה הוגשו כ - 170 עתירות כנגד פעילות רשויות הישראליות באזור יהודה ושומרון בלבד. וראו עוד בנושא זה במאמרו של שלף, לעיל הערה 10, בעמ' 764. וכן Hofnung, *supra* note 8, at p. 271.

אף כאן נקודת המוצא לבחינת הסוגיה הינה ברורה על-פניה. ההנחה הינה כי "חוק מקומי יפורש ע"י בית-המשפט המקומי לפי העיקרון של ריבונות טריטוריאלית, אשר משמעותו היא, שהמחוקק התכוון לטפל בבני-אדם או בנכסים הנמצאים בתוך התחום הטריטוריאל של המדינה ולא מחוצה לו"⁷⁴. כידוע, המחוקק רשאי לסטות מעיקרון זה ולקבוע לחוקיו תחולה אקסטרה-טריטוריאלית, אך עליו להבליט כוונה זו⁷⁵. הלכה זו נכונה אף בהקשרם של היחסים בין החקיקה הישראלית-פנימית והאזורים:

"... על רקע מציאות נורמטיבית זו מתבקשת המסקנה, כי תכליתו של דבר חקיקה ישראלי היא לחול על יחסים משפטיים בישראל ולא לחול בים של יהודה, שומרון וחבל עזה. אם תכלית חקיקה מסוימת של הכנסת היא לחול על יחסים משפטיים בים אלה, עליה לקבוע זאת בלשון ראויה. דבר זה אכן נעשה בכמה מקרים... בהעדר לשון ראויה, ההנחה הינה כי תכליתה של נורמה חקיקה ישראלית הינה להסדיר יחסים משפטיים בישראל אך לא בים יהודה, שומרון וחבל עזה"⁷⁶.

לרוב, החלת חוקים ישראליים על האזורים מוגבלת אך לרשומים במרשם האוכלוסין הישראלי⁷⁷. דהיינו, החלת החוק הישראלי באזורים התבססה בעיקר על זיקה פרסונלית, ולא דרכה של תחולה טריטוריאלית. לאחרונה נרשמו מספר מקרים של החלת סעיפי חוק ישראליים ישירות על הרשויות המקומיות הישראליות באזורים⁷⁸. כמו-כן, המחוקק הישראלי נקט אף ב"מסלול" שונה להחלת הוראות חוק ישראלי על האזור: בחוק איסור

⁷⁴ בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, בעמ' 971.

⁷⁵ שם, שם. וראו לדוגמא בשאלת פרשנות תחולתו האקסטרה-טריטוריאלית של חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב - 1992 ("חוק גל") בה"פ (ת"א) 679/94 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' גן-אור מושב עובדים של הפועל המזרחי אגודה רשומה חקלאית שיתופית בע"מ** (טרם פורסם). בפרשה זו נקבע כי לשון החוק ברורה דיה כדי להוכיח כוונה להחיל את הוראות החוק אף על האזורים.

⁷⁶ א' ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ב' - פרשנות חקיקה, תשנ"ד) 580.

⁷⁷ שם, שם, בהערת שוליים 68.

⁷⁸ וראו בהקשר זה: סעיף 7 לחוק המועצות האזוריות (מועד בחירות כלליות) (תיקון), התשנ"ז - 1997 המחיל מספר סעיפים מחוק המועצות האזוריות (מועד בחירות כלליות), התשנ"ד - 1994 על הבחירות המתקיימות ברשויות המקומיות הישראליות באזורים, וכן את סעיף 2 לחוק לתיקון פקודת המועצות המקומיות (מס' 21), התשנ"ז - 1997 המחיל את סעיף 23 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש] על הרשויות המקומיות הישראליות באזורים. לאחרונה אף הועברה לקריאה ראשונה הצעת חוק להחלת המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים על הרשויות הישראליות באזורים (וראו: הצעת חוק לתיקון פקודת סדרי שלטון והמשפט (תיקון - תחולת המשפט במועצות האזוריות והמקומיות), התשנ"ז - 1997. לעניין זה ראו גם: Benvenisti, *supra note* 11, at pp. 136-137.

הקמת מצבות זכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח - 1998, נקבע כי שר הביטחון יורה למפקד האזור להסיר מצבות שהוקמו באזור בניגוד להוראות החוק הישראלי⁷⁹. בכך הרחיב המחוקק בצורה עקיפה את תחולת האיסור הקבוע בחוק על האזורים. זאת ועוד, בעבר הוחלו הוראות חוק ישראליות שונות, דרכה של תחיקת הביטחון החלה באזורים, בשטחן של הרשויות המקומיות הישראליות באזורים (החלה זו יצרה את התופעה המכונה "משפט המובלעות"). יודגש כי החוקים הישראליים שהוחלו בדרך זו הינם בעלי צביון פרסונלי מובהק (דוגמת נושאי חינוך, רווחה, בריאות, עבודה, מעמד אישי וכיו"ב עניינים) ולא בעלי צביון טריטוריאלי-קרקעי.

על רקע האמור לעיל ניתן להבין את שורת ההחלטות של בתי המשפט המחוזיים בישראל בעניינין של עתירות, שהוגשו נגד החלטות בנושאי תכנון ובנייה, בהתאם למסגרת הקבועה בפרק' י"א לחוק התכנון והבנייה הישראלי. בפרשת וייסמרק הועלתה שאלת כשירותו של בית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, לדון בעתירות הנוגעות לאזורים. המבקשים בתיק זה פנו לבית המשפט המחוזי בירושלים בבקשה למנוע פיצולה של חלקה מסויימת ביישוב אורנית, המצוי ביהודה ושומרון. בין יתר הטענות שהועלו על ידי המבקשים, נכללו אף טענות כנגד תוקפם של היתרי בנייה שהוצאו על-ידי רשויות התכנון באזור. לנוכח העובדה כי החוק המסמך במקרה דנן (חוק התכנון והבניה הישראלי) איננו מתייחס לפעולותיהן של רשויות התכנון באזורים, הרי שמנייה וביה נשללת סמכותו של בית המשפט המחוזי (כבית משפט לעניינים מינהליים) לדון בכגון דא:

"סמכותו של בית המשפט המחוזי לדון בעתירות בענייני תכנון ובנייה הוגבלה לעניינים שנקבעו בפרק' י"א לחוק התכנון והבנייה... אף אין בכך כדי להעניק לבית המשפט המחוזי סמכות החורגת מהתחום הטריטוריאלי עליו חל חוק התכנון... בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק היה ונותר הגוף המוסמך לדון בעתירות הנוגעות לתכנון ובניה באזור יהודה ושומרון"⁸⁰.

בפרשת **חשמונאים** נימק השופט קמא את מסקנתו הדומה באופן שונה במקצת. אליבא דשופט קמא, העברת הסמכויות מבג"ץ לבית המשפט לעניינים מינהליים האמורה להתבצע ב"שינויים המחוייבים" (כקבוע בסיפא של סעיף 255 לחוק התכנון והבניה) מחייבת את המסקנה כי אין לבית המשפט לעניינים מינהליים סמכות לדון בעתירות כנגד

⁷⁹ ראו סעיף 6 לחוק, וכן ראו בשאלת כפיפותם של הדרגים הצבאיים באזור להוראות שר הביטחון בבג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1, בעמ' 10.
⁸⁰ פרשת **וייסמרק**, לעיל הערה 5, בעמ' 5 - 6 לפסק הדין, וראו עוד בהקשר זה את ההחלטות בתיקים הבאים: עת"מ 2/97 (י-ם) **אלעיבאת נ' המנהל האזרחי** (לא פורסם) וה"פ 586/97 **דווקא נ' בן עמי** (לא פורסם).

רשויות התכנון באזורים:

"דא עקא, שהעברת נושאי התכנון והבניה לבית המשפט המחוזי, בעקבות פסק דין סוקר... והעברת הסמכות, צריכה להיעשות 'בשינויים המחוייבים', כלשון סעיף 255 ג' לחוק. בעניין זה דעתי... כי מקורות הסמכות שלפיהם פעל בית המשפט העליון, בשבתו כבית דין גבוה לצדק, שונים, מטבע הדברים, מהמקור שלפיו הוסמך בית המשפט המחוזי לפעול. סמכותו של בית המשפט המחוזי, שלא כסמכות בג"ץ, אינה 'חובקת עולם' והיא מוגבלת ומתוחמת. החוק הינו חוק טריטוריאלי ותחולתו מצומצמת לשטח מדינת ישראל. למרות הלשון הרחבה והגורפת שבה השתמש המחוקק בסעיף 255 ג' לחוק, אין זה סביר או הגיוני לקבוע כי מעתה, יכול בית המשפט המינהלי לדון בכל העניינים שבהם דן בג"ץ, בתחום התכנון והבניה, ועוד פחות סביר יהיה לקבוע כי בית המשפט המנהלי, שסמכותו מעוגנת בסעיף 255 ג' האמור, ידון בהיתרי בינוי ותוכניות בניה על פי הדין המקומי כפי שעשה בג"ץ. חזקה על המחוקק, שהקים את בית המשפט לעניינים מינהליים בחוק התכנון והבניה והעניק לבית המשפט האמור את סמכויותיו בתחום חוק התכנון והבניה - כי סבר שהדין המהותי לפיו ידון בית משפט זה יהיה אף הוא חוק זה ולא חוקים 'מקומיים' אלה ואחרים"⁸¹.

המסקנה העולה מהסקירה לעיל הינה כי מקום שחוק ישראלי מקנה לבית המשפט המחוזי סמכות לדון בעתירות מינהליות במישור הישראלי-פנימי (כגון בנושאי תכנון ובניה), הרי שאין הסמכה זו מתרחבת מניה וביה גם לגבי פעולות "מקבילות" של הרשויות הישראליות באזורים⁸². ואכן, דברים ברוח זו נאמרו אגב-אורחא בפרשת **סלאמה**:

"תקפותם של אותם צווים וכן דרך עבודתה של ועדת העררים, יכול

⁸¹ פרשת **חשמונאים**, לעיל הערה 5, בעמ' 3 לפסק הדין; גורן ובירנהק, לעיל הערה 50, בעמ' 274.

⁸² מסקנה זו מתיישבת עם ההלכה לפיה פגיעה בסמכותו של בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, תוך העברת ההכרעה בעניינים שונים לגוף או ערכאה אחרת אפשרית אך ורק מקום שבו המחוקק הביע דעתו בעניין זה באופן ברור ביותר, וראו: בג"ץ 246/77 **משה נ' המוסד לביטוח לאומי**, פ"ד לב(1) 678, בעמ' 687 ובג"ץ 294/89 **המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל - 1970**, פ"ד מה(5) 445, בעמ' 450 - 452 וכן פרשת **אייזנברג**, לעיל הערה 37, בעמ' 238 - 239. לפיכך, משלא התגלתה לשון מפורשת של המחוקק במסגרתו של פרק י"1 לחוק התכנון והבניה ביחס לאזורים, נראה כי מן הדין להניח שהמחוקק לא כיוון להעברה כאמור.

שיבחנו בחינה ישירה ויכול גם שיבחנו באופן עקיף, תוך כדי בירור נושא אחר הצריך להכרעה. בית-משפט זה [מחוזי - ר.ט.]. אינו מוסמך לבחון בחינה ישירה את תקפותם וכן את דרך עבודתן של אותן ועדות [ערר - ר.ט.]. ביקורת שיפוטית שכזו נתונה היום לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק"⁸³.

ת. האם העברות של נושאים מכוחה של הפסיקה מתייחסת אף לאזורים?

ראינו כי החוקים הישראליים המקנים סמכויות לדון בעתירות מינהליות לבית המשפט המחוזי אינם חלים כפשוטם באזורים. מסקנה זו הינה נגזרת ישירה של עקרון הריבונות הטריטוריאלית. עם זאת, נשאלת השאלה האם עקרון זה פועל באותו האופן גם בכל הנוגע להעברות ex cathedra מבית המשפט העליון לבתי המשפט האזוריים? בלשון ציורית יותר ניתן לנסח השאלה: האם "הצינור" שנוצר בעטיין של החלטות בית המשפט בפרשות סוקר ופסטרנק קשור לאותו "צינור" של ביקורת שיפוטית ה"מתוח" בין האזורים לבית המשפט העליון?

לדעתנו, קיים שוני מהותי בין שתי הפרשות האמורות; בעוד שסוגיית העברת ענייני התכנון והבנייה הוסדרה מאוחר יותר במסגרת חוק ישראלי, הרי שסוגיית הדיון בנושאי מכרזים לא עוגנה מעולם בחקיקה מתאימה. זאת ועוד, בעוד שביחס לענייני התכנון והבנייה קיימים הבדלים מהותיים בין הדין החל באזור לבין זה החל בישראל, הרי שביחס לסוגיית המכרזים שנערכים על-ידי רשויות האזור נראה כי הדין החל על הללו הוא הדין הישראלי (שכן המדובר בגוף שהוא חלק ממדינת ישראל).

האם עתירות תכנוניות הנוגעות לפעולות הרשויות הישראליות באזורים הועברו לבתי המשפט המחוזיים מכוח הלכת סוקר? ראשית, נבקש להבהיר כי פסקי הדין שאוזכרו לעיל (במיוחד פרשות וייסמרק ואלעביאת) אינם מתייחסים לסוגיה זו, ולמיטב ידיעתנו היא לא נדונה באופן "חזיתי" בבתי המשפט. בשל כך, רואים אנו לנכון להידרש לסוגיה זו באופן מפורט.

שנית, ראינו כי החקיקה הישראלית שהסדירה את סוגיית הדיון בעתירות תכנוניות לא כללה התייחסות לעתירות התכנוניות של האזורים. השאלה הנותרת היא האם "הצינור" הפסיקטי של פסק הדין סוקר רחב יותר מן "הצינור" החקיקתי של פרק 1' לחוק התכנון

⁸³ פרשת סלאמה, לעיל הערה 70, בעמ' 259.

והבניה, כך שהוא כולל אף את ענייני התכנון של האזורים? על תשובה זו אנו נוטים להשיב בשלילה; מספר טעמים עומדים ביסוד גישתנו זו:

1. כנגד החלת "הדין" הישראלי בסוגיה זו עומדת חזקת הטריטוריאליזם, ובהקשר זה - חזקת הטריטוריאליזם של הלכות בית המשפט בסוגיית סמכות בתי המשפט. אין בנמצא טעמים המצביעים על-כך שבית המשפט העליון חפץ ב"העברתו" של נושא התכנון והבנייה של האזורים אל בתי המשפט המחוזיים בישראל. ודוק, בבית המשפט העליון תלויות ועומדות כיום מעל למאה עתירות בעלות אופי תכנוני הנוגעות לאזורים, ועד ליום זה טרם הכריע בית המשפט לגבי אף לא אחת כי דינה להידון בבית המשפט המחוזי.⁸⁴

2. קיים שוני עמוק ומהותי בין דיני התכנון הישראליים ואלה החלים באזורים. כך, למשל, באזור יהודה ושומרון חל חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס' 79) לשנת 1966 הירדני (להלן - חוק התכנון הירדני)⁸⁵. חוק זה אומנם הקים מסגרת תכנונית-אדמיניסטרטיבית דומה לזו הישראלית, אולם נבדלת ממנה בהרכב ובסמכויות. יתר על כן, באזורים חלות תוכניות מתאר, אשר קיבלו תוקף עוד בתקופת המנדט הבריטי⁸⁶. תוכניות אלה שונות באופן מהותי מאלו החלות בישראל, וניסיון להקיש מהניסיון הישראלי בהקשר זה, נדון לרוב לכישלון.

3. ענייני תכנון ובנייה באזורים, בשונה מהמצב בישראל, חופפים בחלק מהמקרים אינטרסים ביטחוניים רגישים⁸⁷. דומה כי בכל הנוגע לעניינים רגישים מעין אלו, יבכר בית המשפט העליון להותיר את הנושא בידיו שלו (במסגרת חריג לפיו בית המשפט העליון ימשיך לדון באותם עניינים חריגים או חדשניים⁸⁸).

לבסוף, נבקש להתייחס בקצרה להערתו של השופט קמא בפרשת **חשמונאים הנ"ל**, לפיה

⁸⁴ לעניין היקף העתירות שהוגשו לבית המשפט העליון והעוסקות בנושאים הקשורים לאזורים ראו: Hofnung, *supra* note 8, at p. 271.

⁸⁵ חוק התכנון הירדני תוקן באופן נרחב בתחיקת הביטחון, וראו את הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס' 418) (אזור יהודה ושומרון), תשל"א - 1971 (להלן - "הצו בדבר חוק התכנון").

⁸⁶ ביהודה ושומרון מדובר בעיקר על התוכנית 5 - RJ (החלה ביהודה) ותוכנית 15 - S (החלה בשומרון). עם זאת, ביישובים הישראליים באזורים חלות תוכניות המבוססות על אותם קריטריונים מקצועיים המקובלים בישראל בכל הנוגע לצפיפות הבנייה, ייעודי קרקע, שטחים ציבוריים וכו'. יתר על כן, סמכויות התכנון והבנייה ביחס לרוב שטחי הערים והכפרים הפלסטיניים באזורים הועברו לידי הרשות הפלסטינית, ומכאן שהתוכניות המנדטוריות האמורות חלות בעיקר לגבי שטחים פתוחים.

⁸⁷ במיוחד בכל הנוגע לאיסורי בנייה המוטלים מטעמים צבאיים וסלילתם של כבישים מנימוקים ביטחוניים.

⁸⁸ ראו במיוחד בהקשר זה את פרשת **פסטרנק**, לעיל הערה 32, בעמ' 63.

הערכאה המינהלית הראויה לדון בעתירות הנוגעות לענייני תכנון ובניה בתוך ההתיישבות הישראלית באזור יהודה ושומרון הינה בית המשפט לעניינים מקומיים.⁸⁹ בטרם נדון במשמעותה של אמירה זו, מן הדין להבהיר תחילה מספר מושגי יסוד: באזור יהודה ושומרון חל, כאמור, חוק התכנון הירדני. חוק זה הקים מערכת תכנונית-אדמיניסטרטיבית המורכבת ממספר גופים: מועצת התכנון העליונה, ועדת תכנון מחוזית ועדת תכנון מקומית. חלקן של הועדות האמורות בוטלו במהלך השנים, תוך שמכוויתיהן של הועדות הועברו לוועדות-משנה של מועצת התכנון העליונה. ביישובים הישראליים באזור הוסמכו המועצות האזוריות והמקומיות, בהתאם לתחיקת הביטחון, כועדות תכנון מיוחדות, להן מוקנות סמכויות של ועדת מקומית.⁹⁰

חוק התכנון הירדני איננו קובע פרוצדורה לפיה רשאי אדם הרואה עצמו נפגע מהחלטה תכנונית לפנות לבית משפט. החוק הירדני מסתפק בקביעה לפיה אדם החפץ לערור על ההחלטה של ועדה פלוגנית, רשאי לפנות לוועדה "גבוהה" ממנה בהירארכיה התכנונית.⁹¹

בתי המשפט לעניינים מקומיים מוסמכים לדון ביחס לחוק התכנון הירדני, עד כמה שאלה נוגעים להתיישבות הישראלית. יודגש כי אין לבית המשפט לעניינים מקומיים הסמכה לדון בעתירות בעלות אופי מינהלי (בניגוד להסמכה המפורשת הקיימת בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה או בסעיף 255ג' לחוק התכנון והבניה), בין בנושאי התכנון והבניה ובין ביתר הנושאים שבהם דנה ערכאה זו.

לפיכך, נראה כי סמכותו של בית המשפט לעניינים מקומיים מצטמצמת אך ורק לאותם התחומים שבהם חוק התכנון הירדני והצו בדבר חוק התכנון מסמיכים מפורשות את בתי המשפט לדון בהם. לענייננו, נראה כי סמכות זו מתייחסת בעיקר להיבטים הפליליים של

⁸⁹ בתי המשפט לעניינים מקומיים הוקמו ביישובים הישראליים באזור יהודה ושומרון מכוחם של הצווים העוסקים בהקמת הרשויות המקומיות והאזוריות באזור זה. וראו בהקשר זה: סעיף 2(ב) לצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (מס' 783) (אזור יהודה ושומרון), תשל"ט - 1979 (להלן - צו המועצות האזוריות), הקובע: "לצורך ניהולן התקין של המועצות האזוריות ולצורך הסדרת ענייני תושביהן רשאי מפקד האזור לכוון בית משפט לעניינים מקומיים; סמכות בית המשפט, הדין שעל פיו ידון, הרכבו וכן כל הוראה אחרת הדרושה לפעולתו התקינה של בית המשפט יקבעו בתקנון", וכן ראו סעיף 2(2) לצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (מס' 892) (אזור יהודה ושומרון), תשמ"א - 1981 (להלן - "צו המועצות המקומיות") הקובע הוראות דומות לעניין בתי המשפט לעניינים מקומיים במועצות המקומיות (והעיריות) באזור יהודה ושומרון. פרק ט"ז לתקנון המצורף לצו המועצות המקומיות מתווה את סמכויותיו של בית המשפט לעניינים מקומיים ואת סדרי עבודתה של ערכאה זו (וראו בהקשר זה את סעיף 121א לתקנון המצורף לצו המועצות האזוריות המאמץ הוראות אלה לעניין המועצות האזוריות).

⁹⁰ ראו בהקשר זה את סעיף 2א לצו בדבר חוק התכנון.
⁹¹ ראו בהקשר זה את סעיף 36 לחוק התכנון הירדני. כיום, עררים מופנים אך ורק לוועדת המשנה להתנגדויות של מועצת התכנון העליונה.

תכנון ובנייה (דוגמת בנייה ללא היתר כדין, תוך הפרת צו הפסקת עבודה⁹²), ואיננה מתרחבת לעתירות המכוונות נגד החלטות מינהליות של רשויות התכנון והבנייה (הפקדת תוכניות, מתן או סירוב ליתן היתר בנייה וכד'). במאמר מוסגר נוסף כי אף אם צדק השופט קמא בהתייחסו לבית המשפט לעניינים מקומיים כערכאה מינהלית ראויה, הרי שסמכותה מתייחסת אך ורק לנושאי תכנון ובנייה בתוך ההתיישבות הישראלית, ואיננו משתרע לענייני תכנון ובניה מחוץ לתחומי היישובים הישראליים באזורים (המהווים את רוב העתירות לבית המשפט העליון).

ראינו, אם כן, כי בית המשפט המוסמך לדון כיום בעתירות בנושאי תכנון ובניה של האזורים היה ונותר בג"ץ. ניתוחנו דלהלן יראה כי הדין החל בעניין עתירות שהוגשו לבתי המשפט האזרחיים בישראל בכל הנוגע למכרזים שנערכו על-ידי רשויות האזורים הינו שונה. בפרשה אחת, שעסקה בקיומו של מכרז באזורים, נאמר כי:

"העובדה, שעל תושבי האזורים חלות הוראות חוק אחרות, אינה מלמדת על הינתקותו של המינהל באזורים מהוראות החוק בישראל ומתלותו בגוף שהוא שליחו, דהיינו מדינת ישראל המיוצגת על-ידי ממשלת ישראל. חיפשתי ולא מצאתי במכרזים שפורסמו על ידי המינהל האזרחי, הוראה כלשהי המחילה על מכרזים אלה או על ההסכמים שיחתמו בעקבותיהם, את החוק המקומי או מוציאה את תחולת החוק הישראלי"⁹³.

אף בפרשות אחרות שנדונו בבתי המשפט האזרחיים בישראל לא התעוררה סמכות בתי המשפט בעתירות הנוגעות למכרז שנערך באזור⁹⁴, ובתי המשפט דנו ב"עתירות" ללא היזקקות לשאלה זו.

נראה, לפיכך, כי בכל הנוגע לסוגיית המכרזים לא מצאו לנכון בתי המשפט לערור את שאלת סמכותם לדון בתוקפם של מכרזים שנערכו באזורים. נראה כי מסקנה זו ראויה היא, יען כי בכל הנוגע לסוגיות המכרזים לא נחזית הבעייתיות הרבה עליה עמדנו בסוגיית התכנון והבנייה - הן מפאת העובדה שהדין החל על המכרזים באזורים ובישראל חד הוא, והן משום שהמכרזים שנערכים באזורים קובעים מפורשות כי סמכות השיפוט

⁹² באזור יהודה ושומרון בנייה ללא היתר איננה מהווה עבירה בפני עצמה. העבירה מתגבשת אך ורק מקום שבו מופר צו הפסקת עבודה (אם צו כאמור אכן הוצא נגדה של הבנייה ללא ההיתר), וראו בהקשר זה בג"ץ 4204/91 מקמילן נ' המועצה המקומית לתכנון ולבנייה של המועצה המקומית גבעת זאב, פ"ד מו(4) 597.

⁹³ פרשת דפי זהב, לעיל הערה 24, בעמ' 43.

⁹⁴ ה"פ (י-ם) 232/91 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' מדינת ישראל - המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, פ"מ תשנ"ב(1) 309, ה"פ (י-ם) 976/97 שרגרף בע"מ נ' המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון (טרם פורסם).

בסכסוכים שיתעוררו תהא נתונה לבתי המשפט בישראל.

לבסוף נציין כי לא נראה שעתירות בענייני מכרזים עשויות לעורר שאלות בעלות אופי ביטחוני או בעלות מטען "רגיש" אחר. לפיכך, לא נראה כי עתירות אלו יוגדרו כעתירות "חריגות", אשר רגישותן מחייבת השארת הדיון בבית המשפט העליון. יוצא, אם כן, כי לא נחזית מניעה לדון בשאלות הנוגעות למכרזים שנערכים על-ידי רשויות האזורים בבתי המשפט האזרחיים בישראל.

ט. מעבר להלכות פסטרנק וסוקר - האם קיימות "חטיבות" נוספות של נושאי הנוגעים לאזורים ה"בשלות" לדיון בבתי המשפט האזרחיים בישראל?

התשובה לשאלה זו קשה היא. הנושא מעולם לא נדון באופן ישיר בבתי המשפט, וההתייחסויות אליו הן מעטות, עקיפות ובלתי-ממצות. דומה שהקריטריונים הראויים להנחת "צינור ביקורת שיפוטי" הנוגע לרשויות האזורים ו"המוביל" אל עבר בתי המשפט האזרחיים בישראל, סובבים בעיקר סביב הנקודות הבאות: ראשית, כי החטיבה הישראלית "המקבילה" נמצאה ראויה להעברה מבית המשפט העליון לבתי המשפט האזרחיים, וזאת לצורך בירור השאלה של מידת פיתוח הדין והתאמת הנושא להעברה בהתאם למודלים האמורים. שנית, כי קיים דמיון ברמה גבוהה בין הדינים המועברים. שהרי אם קיים הבדל מהותי בדינים, יקשה על בתי המשפט האזרחיים לטפל בסוגיות אלו. שלישית, כי הנושאים עצמם אינם נושאים מטען בעל רגישות מדינית או צבאית⁹⁵ המחייב התייחסות חריגה (בין מבחינת הדין ובין מבחינת מהירות הטיפול)⁹⁶ מידי של בית המשפט העליון דווקא. לנוכח זאת, מתקשים אנו לאתר "חטיבות" נושאים של האזורים הראויות להעברה כיום מבית המשפט העליון אל בתי המשפט המחוזיים.

י. תקיפה עקיפה של החלטות מינהליות של רשויות האזורים - האם אפשרית?

⁹⁵ ראו, לדוגמא, בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, בעמ' 92, פרשת אבו חילו הנ"ל, לעיל הערה 13, בעמ' 184; וכן – Benvenisti, *supra note* 11, at pp. 120-121.

⁹⁶ ראו, למשל, בג"ץ 6170/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267; ולדעה שונה בעניין מהירות טיפולו של בג"ץ ראו בספרו של זמיר, לעיל הערה 18, בעמ' 141 - 143.

עמדנו לעיל על משמעותה של התקיפה העקיפה, במובחן מזו הישירה. ראינו את הטעמים המונעים הכרה רחבה ביכולת התקיפה הישירה של החלטות מינהליות של רשויות האזור בבתי המשפט האזרחיים בישראל. נותרת השאלה כלום טעמים אלה יפים אף ביחס לתקיפה העקיפה?

לדעתנו, אין הטעמים האמורים מונעים דיון במסגרתה של תקיפה עקיפה של החלטות מינהליות הנוגעות לרשויות האזורים. במיוחד יש לייחס חשיבות רבה לעובדה כי ההכרעות המתקבלות בגדרן של תקיפות עקיפות אינן מהוות מעשה בית דין ואינן מונעות דיון מחדש בשאלות שנדונו. נשוב וניזקק בעניין זה לדבריו של השופט פינקלמן בפרשת סלאמה:

"בית-משפט זה אינו מוסמך לבחון בחינה ישירה את תקפותם של אותם צווים וכן את דרך עבודתן של אותן ועדות [ערר - ר.ט.]. ביקורת שיפוטית שכזו נתונה היום לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק. יכול אולי, שבית-משפט זה יוכל לבחון את כל אלה רק אם יזקק לכך באופן עקיף, תוך כדי בירורו של נושא אחר הצריך להכרעה בפניו"⁹⁷.

ובמקום אחר נאמר:

"ברם, ביקורת שיפוטית על החקיקה של השטח המוחזק יכולה להתעורר גם בדרך של 'תקיפה עקיפה', תוך כדי דיון בבית-משפט אזרחי, שאינו בגוף"⁹⁸.

המסקנה המתבקשת הינה כי תקיפה עקיפה של החלטות מינהליות של רשויות האזורים, המתבצעות אגב הליך אחר - אפשרית היא.

יא. סיכום

סקירה זו נועדה לבחון את שאלת חלוקת סמכות הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות של רשויות צה"ל באזורי יהודה, שומרון וחבל-עזה. זאת - על-רקע מציאות

⁹⁷ פרשת סלאמה, לעיל הערה 70, בעמ' 259.
⁹⁸ מ' דרורי החקיקה באזור יהודה והשומרון (תשל"ה) 57.

שבה מוגשות תדיר עתירות כנגד החלטות שונות של רשויות צה"ל באזורים בבתי המשפט האזרחיים בישראל חלף הגשת עתירות לבית המשפט העליון.

נקודת המוצא לבחינתה של סוגיה זו היא המדיניות המשפטית המוכרת לפיה בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, הוא בעל הסמכות הבלעדית לדון בעתירות ממין זה. ראינו במקביל כי במהלך השנים האחרונות חלו שינויים מרחיקי-לכת בחלוקת הסמכויות בין בית המשפט העליון ובתי המשפט האזרחיים בישראל בכל הנוגע לעתירות הנוגעות להחלטות מינהליות של הרשויות הפועלות במדינת ישראל. שינויים אלה אירעו הן בעטיין של החלטות שונות של בית המשפט העליון עצמו והן בעקבות תיקונים שבוצעו בחוקים ישראלים.

נסיוננו להתחקות אחר האפשרות להחיל את השינויים בחלוקת הסמכויות על העתירות המינהליות הנוגעות לאזורים הובילנו למודל "צינורות הביקורת השיפוטית". לפי מודל זה יש לבחון ככל "חטיבת" נושאים את השאלה האם העברת הנושא בישראל (במסגרת "צינור" העברה מכוח החוק או מכוחה של הפסיקה) חלה אף על העברת הנושא המקביל לו באזורים.

ראינו כי, באופן עקרוני, קיימת חזקה נגד החלת הוראות חקיקה ישראלית פנימית על הנעשה באזורים. חזקה זו יפה אף לעניין העברות של "חטיבות" נושאים מינהליים מכוחה של פסיקת בית המשפט העליון. לאורן של חזקות אלה מצאנו כי התיקון לחוק התכנון והבנייה הישראלי, המעביר את סמכות הדיון בעתירות בענייני תכנון ובנייה לבית המשפט המחוזי בישראל, איננו חל על האזורים. נראה כי מסקנה דומה במהותה נכונה לעניין הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, והעברת הנושאים שתבוצע מכוחו (אם וכאשר הצעת החוק תתקבל).

בהמשך, נשאלה השאלה כלום ייתכן שהלכת סוקר "רחבה" יותר מן "הצינור" החקיקתי שהונח בעקבותיה. נפקותה של שאלה זו רבה, שכן ייתכן ומכוח ההלכה עצמה (במובחן מהוראות חוק התכנון והבנייה) הועברה הסמכות לדון בענייני תכנון ובנייה של האזורים לבתי המשפט המחוזיים. ראינו, עם זאת, כי בשלב זה אין תימוכין לכך ש"העברה" כאמור אכן בוצעה.

בחנו אף את שאלת חלוקתה של הלכת פסטרנק ביחס למכרזים שנערכו באזורים. מצאנו כי בפועל מתבררות עתירות כאמור בבתי המשפט האזרחיים בישראל וכן ראינו כי, ככל הנראה, אין טעמים עניינים המונעים דיונים באופן זה.

לבסוף, נבחנה שאלת האפשרות לתקוף אקטים מינהליים של רשויות האזורים אגב הליך אחר בבתי המשפט בישראל. נמצא כי ככל הנראה אין מניעה לעריכתם של הליכים אלה.

המסקנה המתבקשת מן הסקירה דלעיל הינה כי רובם המוחלט של העניינים המינהליים הנוגעים לרשויות האזורים ימשיך להידון בבית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. עם זאת, לאור התרבות העתירות (הן בבית המשפט העליון והן בבתי המשפט האזרחיים) הנוגעות לרשויות האזורים ולנוכח המבוכה הרבה השוררת בסוגיה זו, קיים צורך אקוטי בהסדרתה של הסוגיה. ראוי היה שחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים יסדיר סוגיה זו, תוך שהוא מתווה חלוקה ברורה בסמכות הביקורת השיפוטית ביחס לאזורים.

הפעלת סמכויות הצנזור על רקע עקרון עצמאות שיקול- הדעת של רשות מוסמכת

ליאב ישראל**

א. הקדמה ב. עצמאות הרשות המוסמכת 1. עקרון עצמאות שיקול-הדעת 2. ריכוך הלכת עצמאות הרשות המוסמכת 3. ביקורת ההלכה 4. הדין הראוי 5. עצמאות הרשות המוסמכת - משפט משווה ג. עצמאותו של הצנזור 1. הצנזור הראשי – כללי 2. עצמאות שיקול-הדעת של הצנזור 3. אפיקי ההשפעה של גורמי הביטחון על הצנזור ד. סיכום

א. הקדמה

הרשימה תדון בשאלה באיזו מידה ניתן להתערב בשיקול-דעתה של רשות מוסמכת ולחייב אותה לאמץ גישות שונות הנוגעות להפעלת סמכותה, וביתר פירוט - בשאלה האם שר הביטחון או הרמטכ"ל רשאי להנחות את הצנזור הצבאי הראשי בדבר מדיניות ראויה לפסילת ידיעות? שאלה זו תיבחן על רקע העקרון במשפט המינהלי הקובע את עצמאות שיקול-הדעת של רשות מוסמכת.

ב. עצמאות הרשות המוסמכת

1. עקרון עצמאות שיקול-הדעת

עקרון חוקיות המינהל מתנה את פעילותה של הרשות בקיום דין המסמיכה לפעול. הדין מקים את הרשות והופך אותה לרשות מוסמכת. גבולות הסמכות קבועים אך ורק בו.

¹ הרשימה נכתבה במקור כחוות-דעת, וככזו נסמכת בעיקרה על הספרות המשפטית הקיימת.

² סגן ; קצין נהלים באכ"א – ארגון ובקרה. אני מודה לרס"ן לירון ליבמן, יועמ"ש חמ"ן, על הערותיו

החובה היא להפעיל את אותה הסמכות אך ורק בהתאם להוראותיו. מכאן ברור שהרשות המוסמכת - ורק היא - רשאית להפעיל את הסמכות. במילים אחרות, הסמכות אמורה להיות מופעלת על-ידי אותה רשות שלה היא הוענקה. כל גוף אחר, שאין לו מעמד בדין באשר לאותה סמכות, אין בכוחו ליטול חלק בהפעלתה. בהתאם, כשצמוד שיקול-דעת לסמכות, הרי הוא טעון הפעלה בהתאם לקריטריונים ולשיקולים שלהבנת הרשות המוסמכת המחוקק צפה לעברם, והרשות היא הקובעת את האיזונים הראויים ביניהם. במסגרת זו עליה, ועליה בלבד, לבור את הפתרון הנראה לה. זהו עקרון עצמאות שיקול-הדעת.

כך, בית-המשפט העליון הבהיר כבר באחד מפקי-הדין הראשונים שלו, כי:

“רשות, המוסמכת לפעול בעניין מסויים לפי שיקול-דעתה אינה רשאית להעביר את העניין, ולהחליט בו על-פי שיקול-דעתם של אחרים”¹.

ברוח דומה חזר בית-המשפט העליון על אותו עקרון בפסיקתו המאוחרת יותר, לרבות בפקי-דין מהעת האחרונה². ההלכה העקרונית בסוגיה זו היא ברורה:

“כשפועלת רשות מינהלית בתחום סמכותה, ועליה להפעיל את שיקול-דעתה, עליה להפעיל שיקול-דעת עצמאי משלה...”³.

מבחינת ההלכה המוצהרת החילו בתי-המשפט את עקרון עצמאות שיקול-הדעת גם על רשות מוסמכת, הנמצאת במערכת הירארכית, כך שלעניין עצם תחולת העקרון מבחינת עצם החובה להפעיל שיקול-דעת עצמאי, אין שוני בין תכתיב של ממונה לתכתיב של גורם אחר. זה כמו זה נעשה מתוך חוסר סמכות. זה כמו זה, אסור לו שיעוות את שיקול-דעתה של הרשות, כך שתפעל לפיו בניגוד לדעתה שלה או בלי שתגיע לשלב של גיבוש דעה משלה.

ביטוי לכך ניתן בפק-דין ישן של בית-המשפט העליון, בפרשת מיכלין:

“לדעתי, אם חוק מעניק כוח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול-דעתו, הרי על המוסד או

¹ בג"ץ 21/48 סופר נ' שר המשטרה, פ"ד ב 365, 375.

² ראו בג"ץ 193/58 חברת אורתופדיה רוזנברג בע"מ נ' הרופא הראשי המוסמך, פ"ד יג 1654, 1658; בג"ץ 292/80 לוי נ' שר התחבורה, פ"ד לה (1) 57, 64; ע"א 225, 217, 196/90 ירמיהו עיני, חברה לבנין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריות, פ"ד מז (2) 133-132, 111.

³ בג"ץ 803, 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג (2) 501, 507.

על הפקיד לפעול בהתאם לזה, ועל כל פנים אינו מחוייב להישמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו - ולא לאחרים - את הכוח לפעול לפי שיקול-הדעת. להיפך, יש אסמכתא לדעה, כי אם פקיד כזה יפעל על-פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה"⁴.

מפסק הדין עולה, שלא רק שאין מוטלת על הרשות חובה לציית, אלא אף מוטל עליה איסור לפעול מתוך ציות כתכתיב שאין בו משום הפעלה של שיקול-דעת עצמאי. פסק-דין זה נתקבל כהלכה (להלן: הלכת מיכלין), צוטט בהסכמה פעם אחר פעם, ולא בוטל עד עצם היום הזה.⁵

לכאורה, ניצבת ההלכה הנדונה על בסיס איתן. גם אם הרשות מונתה על-ידי הממונה עליה בהירארכיה, הרי מרגע המינוי מקור סמכותה הוא בדין, ועליה לפעול לפיו. הרשות הממונה מצידה, עם כל מעמדה הרם באותה הירארכיה, לא זכתה לברכתו של המחוקק באשר לסמכות (זו הנחת המוצא של הדיון. המצב המשפטי שונה, כמובן, כאשר הכפיפות המינהלית מתבטאת גם בכפיפות סטוטורית באשר להפעלת הסמכות). עקרון חוקיות המינהל מונע בעדה מלפעול בין במישרין - על-ידי התיימרות להפעיל סמכות לא לה, ובין בעקיפין - באמצעות הרשות המוסמכת שאותה היא מנסה להכפיף להוראותיה. מכאן גם הדעה הרואה בהלכה הנדונה ביטוי לעקרון שלטון החוק.⁶

זאת ועוד, הבנה כזו של הסמכות הסטוטורית היא תולדה של "שיטת הרשויות המוסמכות" (לפיה המחוקק פונה אל ממלא תפקיד מסויים במשרד ממשלתי ומדבר ישירות אליו, מבלי שייזקק להירארכיה המשרדית הרגילה, קרי, פנייה אל אנשים - ולא אל משרדים. פנייה כזו אופיינית לשיטה האנגלית), תוך תרגום ההגיון שביסודה לשפת הכללים המשפטיים הקונקרטיים. על רקע שיטה זו מקבלת משנה תוקף הטענה, לפיה משהעניק המחוקק סמכות לבעל תפקיד בתוך המינהל הציבורי, הוא התכוון לכך שרק

⁴ בג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד 319, 323.

⁵ ראו, למשל, בג"ץ 74/51 המרכז של ארגוני הקבלנים נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ה 1544, 1550; בג"ץ 224/60 ברון נ' שר הפנים, פ"ד יד 2383, 2387-2388; בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 507. ראו גם נ' גרבולסקי "מתן הוראות לרשות מוסמכת" עיוני משפט א (תשל"א-תשל"ב) 181, 185. לדעת פרופ' קלינגהופר, הלכת מיכלין חלה רק מקום שמדובר בסמכות רשות, כלומר, בסמכות שיש עמה שיקול-דעת. לדעתו, אין לה משמעות, ולפיכך גם אין לה תחולה, לגבי סמכות חובה, שאין עמה שיקול-דעת. ראו ה' קלינגהופר "הוראות פנימיות לרשות מוסמכת - מה תוקפן" **הד המשפט** 3 (תשי"ז) 38.

⁶ ראו בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399, 407.

הוא יפעיל אותה. חזקה על המחוקק שסמך על מוסמכו, ולכן הסמיך אותו, לא גורם אחר במערכת המינהלית ואף לא את הממונה על בעל הסמכות במסגרתה.⁷ לבסוף, נשמעה הטענה, כי ההלכה הנדונה נתמכת בשיקולים של מדיניות משפטית רצויה במובן זה שהיא מביאה להפעלת הסמכות בהתבסס על שיקולים מקצועיים תוך הרחקת מהזירה הפוליטית, כך ששיקול-הדעת שבצידה יהיה ענייני ומוגן מלחצים. הלכת עצמאות שיקול-הדעת מבטיחה אי-תלות עניינית של רשות מינהלית בדומה למקובל לגבי רשות שיפוטית. בזאת היא תורמת לכך שהכוח יופעל למטרות שלשמן הוענק ושלא ינוצל לרעה. וכך נטען בדו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962):⁸

"...הקניית סמכות דיסקרציונית בידי פקיד הציבור משמעותה למעשה כי הוא הופך להיות, לעתים, 'פוסק' בין הציבור לבין האזרח ועניין זה מחייב שיגיע להחלטתו ה'מינהלית' בתוך נקיטת גישה 'שיפוטית' ('judicial mind')... ההלכה בדבר אי-תלות בעל הסמכות האמורה בממונים עליו מטרתה להבטיח שהאזרח לא ייפגע בשל מדיניות המושפעת על-ידי גורמים הזרים למטרת החוק וכן, שהלה יביא בחשבון שיקוליו את כל יתר הדברים השייכים לעניין הקונקרטי, שבו נדרש לפעול. מכאן, העקרון המחייב שינהג באורח עצמאי בהחלטותיו"⁹.

2. ריכוך הלכת עצמאות הרשות המוסמכת

בצד ההצהרה על תחולת עקרון עצמאות שיקול-הדעת בתחום ההירארכיה המינהלית ניצב היישום שריכך את נוקשותו ופישר בינו לבין המציאות המינהלית. ניתן לומר, כי יישום ההלכה רוקן, במידה רבה, את העקרון מתוכנו.

אומנם, באותם מקרים בודדים בהם ברור מנסיבות הפעלתה של הסמכות, שהמלאכה לא נעשתה בידי הרשות, אלא שהרשות אך הטביעה את חותמה הפורמלי על החלטה שנתגבשה אצל הממונים עליה, מקבלת ההלכה המוצהרת יישום מעשי מלא, והחלטת הרשות תיפסל. ברם, ההלכה רוככה כאשר הוחלט שהפקיד המוסמך רשאי להיעזר בעצתם של אחרים - בין בתוך המינהל ובין מחוצה לו - ולכן בסמכותו לאמץ גם את

⁷ ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996, כרך ב) 752.

⁸ הוועדה ידועה בשם ועדת אגרנט. הדו"ח פורסם בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, 1993) 421.

⁹ שם, בעמ' ו.

המדיניות שהותוותה על-ידי השר או הרשות הממונים עליו, ובלבד שהחלטה הסופית בעניין הקונקרטי, שבו הוא מצווה להשתמש בסמכותו, היא החלטתו שלו. כך, ציין בית-המשפט העליון בפרשת שייב:

"...שלטון מסועף ומסונף למשרדים ולתאים שונים מצריך לעתים קרובות התיעצויות בין-משרדיות, לשם יעילות העבודה ותיאום הפעולה. מבחינה זו אין, כמובן, מניעה, כי... ככל פקיד ציבור אחר במדינה, יבקש עצה בשאלות הנוגעות למשרדו מפייהם של שרים ופקידי משרד אחרים, שכן התחומים יונקים זה מזה; אך אין הוא מצווה, ואף אין הוא רשאי, לעשות שליחותם של אחרים בעניינים הבאים - בתחומי סמכותו של משרדו הוא. בעניינים אלה הוא הפוסק האחרון ובקבלו החלטה חייבת זו להיות החלטתו שלו, ולא תולדת מצוותו של מישהוא אחר"¹⁰.

ובמקום אחר הוסיף:

"...הוסבר על-ידי בית-משפט זה שפקיד, המוסמך על-פי החוק להחליט, מותר לו להיוועץ באחרים, בתנאי שהחלטה הסופית היא שלו. אולי טבעי הוא שהפקיד, הסר למשמעתו המינהלית של השר, ירצה להביא אליו 'כל דבר הגדול' להכרעתו, אך מקום שהחוק קבע לפקיד סמכות עצמאית, יש לשמור היטב על ההבחנה בין סמכות משפטית לבין זיקה מינהלית, ואין לערבב בין השניים"¹¹.

אם כן, אם תאמץ הרשות המוסמכת את עמדתם של הממונים עליה מתוך שיקול-דעת ולא כתכתיב, האימוץ הינו כשר ובית-המשפט לא יתערב בפעולת הרשות¹². יש לזכור, כי כאשר מדובר במערכת הירארכית, שעל המתרחש בה נושא שר באחריות מיניסטריאלית, זכאי הוא לדיווח מהרשות על מדיניותה באשר להפעלת סמכויותיה, ואף מעבר לכך, על האחרונה מוטלת החובה להיוועץ בו ולקחת את עמדתו במניין שיקוליה עובר לקבלת החלטתה בכוח שיקול-דעתה העצמאי. כך, אך טבעי הוא, אם בעקבות ההיוועצות אכן משתכנעת הרשות לפעול ברוח המדיניות של הממונים עליה. וכדי להכיר באותה תוצאה

¹⁰ בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399, 406.

¹¹ בג"ץ 224/60 ברון נ' שר הפנים, פ"ד יד 2383, 2388.

¹² ראו גם, בין השאר, בג"ץ 74/51 המרכז של ארגוני הקבלנים נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ה 1544, 1550; בג"ץ 193/58 חברת אורתופדיה רוזנברג בע"מ נ' הרופא הראשי המוסמך, פ"ד יג 1654, 1658; בג"ץ 943,940,936/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 512; דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 8, בעמ' ד.

טבעית על רקע עקרון עצמאות שיקול-הדעת, עשוי זה האחרון לקבל ממדים שוליים עד כדי איונו לכאורה.

השאלה אם אימוץ דעת הממונה נעשה מתוך שיקול-דעת עצמאי או מתוך כניעה לפקודתו היא שאלה עובדתית, שההכרעה בה יכולה להתבסס גם על שיקולי מהימנות. בהקשר זה ראוי לציין את חזקת התקינות, הקובעת כי חזקה על רשות מינהלית שהיא פועלת כדין - ובענייננו, מתוך שיקול-דעת עצמאי - ועל הטוען את ההיפך מוטל הנטל למוטט חזקה זו, תוך התבססות על מטען עובדתי הולם. טענות בעלמא בנדון, ללא ביסוסן הראייתי, אין די בהן כדי לייחס לרשות פעולה שלא כדין, קרי, מתוך תכתיב.

3. ביקורת ההלכה

חרף ריבוכה, עדיין ניצבת ההלכה המחילה את עקרון עצמאות שיקול-הדעת של רשות מוסמכת במערכת הירארכית בפני קשיים עיוניים ומעשיים. מערכת יחסים זו היא לב ליבו של המינהל הציבורי, ובלעדיה לא יוכל לעמוד במשימותיו. טיבה של הירארכיה הוא שיש בה קודקוד האחראי על השליטה במערכת: הוא קובע את המדיניות, מעבירה באמצעות הוראות המופנות אל הכפופים לו ומוודא את אכיפתן. בידודה של הרשות המוסמכת באמצעות חומת המגן של עצמאות שיקול-הדעת מחדירתן של אותן הוראות יש בו כדי למוטט את המבנה הירארכי בנטרלו את מרכיבו העיקרי - מרכיב השליטה. קיימים מספר טיעונים, עקרוניים ופרקטיים, כנגד ההלכה המחילה את עקרון עצמאות הרשות המוסמכת בהירארכיה המינהלית.

ראשית, נטען, כי עקרון האחריות המיניסטריאלית, לפיו אחראי שר לפני הכנסת ולפני ראש הממשלה על הנעשה במשרדו¹³, סותר מניה וביה את ההלכה הנדונה. השר אחראי גם על בעלי תפקידים הכפופים לו הירארכית, שהחוק העניק להם מעמד של רשות מוסמכת. כיצד יידרש השר לתת את הדין על הפעלת הסמכויות על-ידי אותם בעלי תפקידים, אם אין בכוחו להכפיף אותם להוראותיו? והרי האחריות היא תולדה של קיום כוח שליטה על הנעשה באותו תחום שהשר אחראי עליו.

שנית, ההלכה הנדונה אינה מתיישבת עם הוראת דין המופיעה כמעט כעניין שבשיגרה בחוק, ולפיה שר פלוני (או גורם שלטוני אחר) ממונה על ביצועו¹⁴. הוראה זאת מקנה

¹³ האחריות הפרלמנטרית מעוגנת במוסכמה קונסטיטוציונית והוכרה בפסיקה. ראו ע"א 65/57 העצני נ' בן-גוריון, פ"ד יא 403, 411. האחריות כלפי ראש הממשלה מעוגנת בסעיף 33(ו) לחוק-יסוד: הממשלה.

¹⁴ ראו, למשל, סעיף 57 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו - 1986, הקובע ששר הביטחון ממונה על ביצוע החוק.

לשר את הסמכות הנדרשת כדי להבטיח ביצוע תקין ויעיל של החוק. הסמכות של השר מורכבת מאין-ספור סמכויות משנה של ציווי, תיאום ופיקוח, המשתנות לפי העניין והנסיבות. ישאל השואל, כלום הסמכות הגורפת לביצוע אינה כוללת בחובה את הסמכות להורות לרשויות מוסמכות על-פי אותו חוק כיצד להפעילן? לכאורה, נראה שהרשויות המוסמכות משתלבות במנגנון הביצוע הכולל של החוק, שהרי על-ידי הפעלת הסמכות נוטלות אותן רשויות חלק בביצוע החוק, ולכן עליהן לפעול בהתאם להוראות השר הממונה עליו. דעה זו נשמעה גם בספרות המשפטית¹⁵. אולם, בניגוד לצורכי המעשה וההגיון, שוללת הלכת מיכלין מהשר את הסמכות לתת הוראות לרשות המוסמכת לפי אותו חוק, חרף היותו ממונה על ביצוע אותו חוק.

שלישית, ההלכה אינה מתיישבת גם עם הוראת החוק הקובעת כי שר רשאי, בדרך כלל, ליטול לעצמו את הסמכות של רשות מוסמכת על-פי חוק שעל ביצועו הוא ממונה, ולהפעילה כל אימת שיראה לנכון¹⁶. אם השר רשאי ליטול לעצמו את הסמכות, מה הטעם בהלכה הנדונה? הרי הרשות המוסמכת יודעת שאם תגלה עצמאות יתר, ינטרל אותה השר על-ידי נטילת סמכותה. כך גם בנוגע לתוצאה הסופית: אם השר יוכל להשליט את רצונו לגבי הפתרון הנראה לו תוך שימוש בכוח הנטילה, מדוע לסרב את ההליך ולהיזקק לאקט הנטילה מלכתחילה? האם מעצם "חימושו" של השר בסמכות הנטילה הגורפת לא נובע שיש בכוחו לתת הוראות לרשות המוסמכת?

ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה התמודדה עם שאלה זו וקבעה, כי מדובר בשתי סוגיות נפרדות, קרי, אין ללמוד מעצם אפשרות הנטילה על האפשרות ליתן הוראות. כל עוד לא ניטלה הסמכות, מסורה היא אך לרשות המוסמכת, לשר אין סמכות מקבילה ואין בכוחו להתערב באשר להפעלתה בדרך של מתן הוראות. משניטלה הסמכות, יוצאת הרשות מהתמונה, השר תופס את מקומה והוא עתה הרשות המוסמכת¹⁷. אין להקיש איפוא מנטילה להכתבה. למעשה, הצורך בסמכות הנטילה הוא תולדת קיומה של ההלכה הנדונה. סמכות הנטילה היא אחת התשובות לקשיים הנובעים מאותה הלכה, במובן זה שהיא מקנה לשר יכולת להשליט את מרותו בתחום הנתון לאחריותו. עם זאת, הקושי העיוני בעצם קיומן של סמכות הנטילה וההלכה השוללת משר את הסמכות לתת הוראות לרשות מוסמכת עליה הוא ממונה בקשר לביצועו של חוק שעליו הוא מופקד, זו בצד זו, עומד בעינו.

לבסוף, ההלכה הנדונה נתקלת בקשיים מעשיים שעה שמבקשים ליישמה בפועל, במערכת ההירארכיה המינהלית. כאמור, בין שאר הנימוקים להלכת עצמאות הרשות

¹⁵ ראו י' זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 81, 108-109.

¹⁶ סעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה.

¹⁷ דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 8, בעמ' יט-כא.

המוסמכת, מדומה איש המינהל, המפעיל סמכות שבשיקול-דעת, לשופט, שהרי הוא נוקט "גישה שיפוטית" בהפעלת הסמכות. שניהם נהנים מעצמאות, קרי, מאי-תלות בגורם חיצוני, ומבחינת איש המינהל - בממונים עליו ברשות המבצעת. הקושי ביישום רעיון זה טמון בכך שהדין אינו עוטף את איש המינהל באותו מעטה מגן של אי-תלות אישית המשלימה את אי-התלות העניינית של השופט. העצמאות המשפטית מקנה עוצמה תיאורטית בלבד לרשות בעלת חולשה "אישית" מכרעת. חולשה זו נובעת מתלותה של הרשות המוסמכת בממונים עליה על כל צעד ושעל: הם הממנים אותה, בהם היא תלויה ארגונית - מבחינת תקציב, כוח-אדם, מעמד, קידום ומכל בחינה אחרת - ובמידה רבה להם גם הכוח להביא להפסקת כהונתה כרשות מוסמכת. דומה, אם כן, שנטל עצמאות שיקול-הדעת כבד מכדי להעמיסו על כתפיה.

זאת ועוד, הגמשתה של ההלכה, היינו העובדה שהרשות המוסמכת רשאית לאמץ את עמדת הממונים עליה מתוך שיקול-דעתה, מרוקנת אותה, למעשה, מתוכנה. משלא מצא בית-המשפט עילת פסול בעצם מתן ההוראה, חשף את פקיד המינהל למערכת היחסים העדינה, והשברירית מבחינתו, בינו לבין השר. זה האחרון מבהיר, על-ידי עצם מתן ההוראה, שציפיותו היא שהכפוף לו בדרג המינהלי ימצא דרך לציית לו. השר יודע, לאור הפסיקה, שאין מניעה לכך שפקיד המינהל יפעל לפי ההוראה ובלבד שיפעיל שיקול-דעת עצמאי באשר לאימוצה. השר מצפה כעת, שהפקיד ימצא דרך "לציית" לו מתוך "שיקול-דעת". על רקע זה קשה במיוחד לצפות מהרשות המוסמכת לפעול בניגוד להוראה מפורשת, כאשר עמדת השר אינה מקובלת עליו. יתר על כן, אם תציית הרשות המוסמכת גם במקרה כזה, כלומר מתוך כניעה לתכתיב, לא יהיה ניתן להוכיח זאת, שהרי אם תודה בכך, תצהיר שפעלה שלא כדין והחלטתה תיפסל.

לו נהגו לפי הדין הקיים הלכה למעשה, היה נוצר, בצד הרשות המבצעת, אוסף של רשויות שהן, כביכול, חלק ממנה, אך שאינן נתונות לשליטתה ושהפעלת הסמכות על-ידן היתה רחוקה מיכולת הפיקוח של הכנסת. נוסף לכך, היו רשויות שונות הפועלות באותו תחום מגיעות להחלטות שונות - בהעדר כפיפות להוראות של גורם מרכזי, אפילו "מקצועי", הממונה עליהן בהירארכיה המינהלית - שכל אחת מהן יכולה להיות תקפה נוכח מירווח שיקול-הדעת שהדין מעניק לרשות.

ראוי להדגיש, כי אמצעי הריפוי שבידי השרים - פיטורין, נטילת סמכויות וכדומה - אינם בגדר תשובה לקשיים הנזכרים, שהרי אין לקבל את ההגיון, לפיו יש לאפשר הידבקות במחלה, כיוון שקיימים אמצעי ריפוי הולמים להקטין את פגיעתה הרעה. לאור הקשיים הנזכרים, אין פלא שהיה מי שהסיק שההנחה הסמויה ביסוד הדין הקיים היא, שאין הוא מקויים¹⁸. על רקע זה, ניתן גם להבין את הביקורת החריפה הנמתחת על ההלכה בספרות המשפטית, אליה נלווית הקריאה להחלפתה. כך, מתריע פרופ' רובינשטיין בספרו:

¹⁸ ב' ברכה משפט מינהלי (תשנ"ו, כרך ב) 97.

"המצב בתחום זה של קיום הדרישה בדבר עצמאות שיקול הדעת של הפקיד המוסמך אינו משביע רצון. העובדה כי קיים פער כה נרחב בין ההלכה לבין המעשה, יש בה אלמנט חינוכי שלילי... הלכת שיקול הדעת העצמאי דורשת את הבלתי-אפשרי וגורמת לכך, שדברי בית-המשפט העליון הפכו לריקים מתוכן; בכך בלבד יש פסול"¹⁹.

ופרופ' זמיר מסכם:

"הלכת מיכלין, ככל שהיא אוסרת על רשות מוסמכת לפעול על-פי הוראות של הממונים עליה, לרבות השר, אינה הלכה ראויה... עצם העובדה שהיא קיימת גורמת נזק: מן הצד העקרוני, היא פוגעת בעקרון ההיררכי ובעקרון הדמוקרטי; מן הצד המעשי, היא עשויה לגרור עובדי ציבור לעשות שקר בנפשם, ואולי אף בבית המשפט. לכן, לאחר שבית המשפט עקף את הלכת מיכלין במשך שנים רבות, נראה כי הגיעה השעה שישתחרר ממנה באופן רשמי"²⁰.

ואכן, הביקורת הרבה לא נעלמה מעיני בית-המשפט העליון. כך, ציין השופט מצא בפסק-דין שניתן לאחרונה, כי "לפנים נפסק, כי אין שר רשאי לתת הוראות לרשות מוסמכת ביחס לביצוע תפקידה, אף שהתפקיד מצוי בתחום אחריותו... ואולם הלכה זו, במתכונתה המקורית והגורפת, אינה מקובלת על הכל"²¹. למרבה הצער, סבר השופט, כי "לא כאן המקום לעסוק בשאלה עקרונית זו, בהיבטה הרחב", וכך הוחמצה הזדמנות לדיון מעמיק בהלכה שעשוי היה להביא לשינויה.

4. הדין הראוי

שיקולים חוקתיים וצרכיו של מינהל מודרני, שהוא בהכרח הירארכי ומסועף, חייבים היו להוביל להנחת מוצא הפוכה מזו של הדין הקיים. ההנחה היא, כי שמהקנה המחוקק סמכות לרשות במסגרת הירארכית שהעומדים בראשה אחראים חוקתית על כל הנעשה במסגרתה, כורכת עמה הכפיפות המינהלית של הרשות המוסמכת גם כפיפות משפטית

¹⁹ רובינשטיין, מדינה, לעיל הערה 7, בע' 757.

²⁰ י' זמיר **הסמכות המינהלית** (תשנ"ו, כרך ב) 616; ראו גם זמיר, לעיל הערה 15; ברכה, לעיל הערה 18, בע' 94-99.

²¹ בג"ץ 4746/92, 3385/93, 4534 G.P.S. Argo Exports Ltd. נ' שר החקלאות, פ"ד מח(5) 243, 256.

למדיניותם - ומכאן להוראותיהם - של הממונים עליה. הרשות המוסמכת תיהנה מעצמאות בכפוף לאותה מדיניות.²²

עם זאת, מן הראוי לסייג את הגישה המוצעת כהלכה ולקבוע כי הרשות המוסמכת לא תפעיל את סמכותה על-פי הוראות הממונים, אלא בסייגים אחדים.²³ ראשית, הרשות המוסמכת אינה רשאית להפעיל את סמכותה על-פי הוראות שהן באופן ברור בלתי-חוקיות. פרט להוראה לבצע עבירה פלילית, הוראה עשויה להיחשב בלתי-חוקית לעניין זה גם אם היא סותרת, באופן ברור, הלכות המחייבות את הרשויות המינהליות לגבי הפעלת הסמכות, כגון הוראה לפעול על יסוד שיקולים זרים או בדרך של הפליה. שנית, סייג נוסף מתייחס להוראה כללית, היינו הוראה לגבי אופן הפעלת הסמכות בסוג של מקרים. הרשות המוסמכת רשאית לראות עצמה חייבת לפעול בדרך כלל לפי הוראות כאלו, ועם זאת עדיין היא חייבת לבדוק כל מקרה לגופו, לפי נסיבותיו. אם נסיבות המקרה מצדיקות החלטה שלא לפי ההוראה הכללית, חובה עליה לקבל החלטה כזאת. שלישית, ישנם מקרים חריגים בהם קיימת הצדקה עניינית לחייב את הרשות המוסמכת להפעיל את שיקול-דעתה באופן עצמאי ולאסור עליה לפעול על-פי הוראות הממונה. זהו המצב במקרה של רשות מינהלית שיש לה סמכות שיפוטית או במקרה בו מהות הסמכות, כפי שנקבעה בחוק, או מהות היחסים שבין הרשות המוסמכת לבין הרשות שמעליה, כפי שהיא משתמעת מן החוק, מחייבים חריגה מן העקרון ההירארכי. כך, למשל, יהיה באשר ליועץ המשפטי לממשלה או לגורמים המופקדים על חקירה סטטוטורית (כמו המשטרה), ביקורת פנים וביורור תלונות הציבור בתוך מערכות המינהל.

5. עצמאות הרשות המוסמכת - משפט משווה

עקרון עצמאות שיקול-הדעת מיושם במערכת יחסים הירארכית בדיניהן של אותן מדינות אשר המשפט המינהלי שלהן בנוי על "שיטת הרשויות המוסמכות", כמו אנגליה, ארצות-הברית, קנדה ואוסטרליה.²⁴

²² ברכה, **לעיל** הערה 18, בע' 99; פרופ' זמיר טוען, כי די בכך שההלכה תקבע כי הרשות המוסמכת רשאית להפעיל את סמכותה על-פי הוראות הממונה. לשיטתו, הפער בין הרשות לחובה ייסגר אז מאליו על-ידי המציאות המינהלית. ראו זמיר, **לעיל** הערה 20, בע' 617-618.

²³ זמיר, **לעיל** הערה 20, בע' 618-620. ראו גם רובינשטיין, מדינה, **לעיל** הערה 7, בע' 758.

²⁴ ראו: S.A. de Smith, H. Woolf and J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (London, 1995) 373; I. Zamir "Administrative Control of Administrative Action: the Exceptions" 51 N. Y. U. L. Rev (1976) 587-588; D. P. Jones & S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (Toronto, 1985) 141; S.D. Hotop, *Principles of Australian Administrative Law* (Sydney, 6th ed., 1985) 237-238 באוסטרליה אף זכה העקרון הנדון לעיגון סטטוטורי,

אולם, גם במדינות אלה לא קפאה ההלכה על שמריה. בפסיקה האוסטרלית ניתן למצוא סימנים ראשוניים לקביעה שעצמאות שיקול-הדעת אינה חלה במקרים בהם משיקה סמכות הרשות למדיניות ממשלתית בתחום הנראה לממשלה רב-חשיבות. במקרה כזה הובעה הדעה, כי הרשות המוסמכת לא רק רשאית להתחשב באותה מדיניות ולאמצה מתוך שיקול-דעת, אלא היא אף חייבת לעשות כן.²⁵ גם בקנדה הכירו בתי-המשפט ב"ויתור" מרחיק לכת על שיקול הדעת של הרשות לטובת מדיניות ממשלתית שבאה לידי ביטוי בהנחיותיו של שר²⁶. באנגליה נטען, בהתייחס לדין הקיים, כי הרשות רשאית, ולפעמים אף חייבת, לקחת בחשבון את עמדת הממשלה או את עמדת השר, אך זאת במסגרת הפעלת שיקול-דעתה שלה, אלא אם כן הוראה חוקית מפורשת קובעת כי הוראות הממונה יהיו מחייבות או, כפי הנראה, מתקיים מצב בו האפקט המצטבר של חשיבות הנושא בו עוסקת הרשות והכפיפות ההירארכית מבהיר כי ציות להוראות הממונה נעשה כדין.²⁷

במדינות יבשת אירופה ש"שיטת הרשויות המוסמכות" זרה להן, אין מחילים כלל את עקרון עצמאות שיקול-הדעת במערכת יחסים הירארכית. לעומת זאת, נוהגים להסיק מעצם הכפיפות ההירארכית במבנה הארגוני של המינהל הציבורי את דבר קיומו של כוח כללי המסור בידי כל רשות גבוהה, כוח המכונה בצרפתית *pouvoir hierarchique* ובמדינות הדוברות גרמנית *Dienstgewalt*. כוח זה פירושו, בין היתר, היכולת להורות לרשויות מדרגה הירארכית נמוכה מזו של בעל הכוח הוראות בדבר הפעלת סמכויותיהן.

ראו: M. Allars, *Introduction to Australian Administrative Law* (Sydney, 1990) 203.

²⁵ תחילה היתה זו דעת יחיד. ראו דעת השופט Windeyer בפסק-דין *The Queen v. Anderson; Ex parte Ipec-Air Pty. Ltd.* (1965) 113 C.L.R. 177, 204-206 מאוחר יותר היא אומצה בדעת רוב, אם כי אגב אורחא. ראו *Ansett Transport Industries (Operations) Pty. Ltd. v. Commonwealth* (1977-1978) 139 C.L.R. 54, 61-62 (Barwick C. J.: "...I do not regard the observance of government policy by the Comptroller-General of Customs as any breach of his duty. Indeed, he would be bound, in my opinion, to carry out the communicated policy of government in deciding whether or not to grant his consent to importation. The vesting of a discretion in an official in an area such as the control of entry into Australia of depart from government policy in the exercise of the discretion in relation to such entry".)

²⁶ ראו: R. A. Macdonald & R. Janda, "Recent Developments in Canadian Law: Administrative Law I" 16 *Ottawa L. Rev.* (1984) 597, 605 ("...unless they find that the administrative body mechanically adopted the view of the Minister, such that the only consideration before it was that it was being dictated to, the courts will accept the Minister's opinion as a relevant consideration in the decision-making process".)

²⁷ ראו: S.A. de Smith, *Woolf & Jowell, supra* note 24, at p. 374.

כשחיקוק מקנה סמכות לרשות נמוכה ולא לרשות הממונה עליה, הרי לפי התפיסה הקונטיננטלית רשאית הרשות הגבוהה להורות לרשות הנמוכה, היינו לרשות המוסמכת, שתשתמש בסמכותה זו באופן מסויים הנראה לרשות הגבוהה. היא רשאית להוציא צווים פנימיים כאלה המחייבים את הרשויות הנמוכות ממנה להפעיל את סמכויותיהן באופן מסויים, גם כשאין בחוק שום הוראה מפורשת בדבר הכוח להוציא אותם צווים; לא קיומו, כי אם אי-קיומו, של כוח זה טעון קביעה מפורשת בחוק²⁸.

ג. עצמאותו של הצנזור

1. הצנזור הראשי - כללי²⁹

סמכויותיו של הצנזור הראשי לעיתונות ולתקשורת מעוגנות בחלק ח' של תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן - תקנות ההגנה), שהותקנו על-ידי משטר המנדט הקולוניאלי-אוטוקרטי. את הסמכויות המוקנות לו מפעיל הצנזור במסגרת צבאית. תקנה 86 מאפשרת, אומנם, לשר הביטחון למנות כצנזור "כל אדם", אך הנוהג הוא שמתמנה לתפקיד קצין צבא בכיר. המינוי נעשה כמינוי משותף על-ידי שר הביטחון והרמטכ"ל. שר הביטחון ממנה את הקצין לתפקידו המקצועי כצנזור מכוח תקנות ההגנה. הרמטכ"ל ממנה אותו למפקד יחידת הצנזורה, שהיא יחידה צבאית. על-כן, נקרא הצנזור "הצנזור הצבאי הראשי".

הצנזור יכול להפעיל את סמכויותיו, כהגדרתן בתקנות ההגנה, כנגד כל "פרסום", שפירושו, לפי תקנה 86, כל עיתון, כתב-עת, קובץ או ספר או כל תעודה המכוונת לפרסום. באשר לספרים, הוציא הצנזור הראשי, מכוח סמכותו פי תקנות 87 ו-97 לתקנות ההגנה, צווים המחייבים הגשת ספרים לביקורת מוקדמת³⁰. באשר לפרסומים בעיתונים, הסתפק הצנזור במשך שנים רבות במסירת צו אישי למפרסמיהם של עיתונים, שבועונים

²⁸ זמיר, לעיל הערה 20, בע' 604-605, והאסמכתא הנזכרת שם. להרחבה בסוגיה זו, ראו גם: I. Zamir, "Administrative Control of Administrative Action" 57 California L. Rev. (1969) 866, 868; זמיר, בתי הדין המינהליים בישראל (1971), חלק א' 48; זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 109, 123.

²⁹ ז' סגל "הצנזורה הצבאית: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חלופי" עיוני משפט טו (התש"ן) 311, 315-316; רובינשטיין, מדינה, לעיל הערה 7, בע' 1022-1023.

³⁰ ראו צו ההגנה (שעת חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת ואיסור פרסום), תשל"ב - 1972, ק"ת 1972, 576; צו ההגנה (שעת חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת) (תיקון), תשל"ז - 1977, ק"ת תשל"ז, 1035.

וכתבי-עת אחרים. רק ב- 1988 החליט הצנזור הראשי להוציא צו כללי, ופרסם צו המתייחס לכל פרסום והחל על כל מי שלא נמסר לידי צו אישי³¹. בפועל, סמכויות הצנזור הראשי אינן מופעלות כלפי עיתונים וכלי תקשורת, שהם צד להסכם שבין ועדת העורכים לבין שר הביטחון. על-פי הסכם זה, שנוסחו האחרון הוא מחדש מאי 1996, קיבלו על עצמם כלי התקשורת השותפים להסכם צנזורה מרצון לגבי עניינים צבאיים העלולים לפגוע בביטחון המדינה. בסעיף 1 להסכם נקבע, כי "מטרת הצנזורה היא למנוע פרסום מידע בטחוני, שיש בו ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון מדינת ישראל". נוסח זה מעתיק את לשון פסיקת בית-המשפט העליון בעניין שניצר, אשר הגבילה את היקף השימוש בסמכותו של הצנזור³². כמו כן נקבע, בסעיף 2 להסכם, כי "אין הצנזורה חלה על עניינים פוליטיים, או על דעות, פרשנות, הערכות, או על כל עניין שהוא, אלא אם יש בהם, או ניתן להסיק מהם מידע בטחוני כאמור". מכוח ההסכם נתונות החלטותיו של הצנזור לביקורת של ועדה מיוחדת, המורכבת מנציג הצבא, נציג כלי התקשורת ומשפטן, נציג הציבור. הוועדה מוסמכת לדון בהשגות על חומר שנפסל על-ידי הצנזורה וקובלנות של הצנזור נגד כלי תקשורת, שהוא צד להסכם. הוועדה תאשר את הפסילה או תבטלה, כולה או חלקה, ותחליט על העונש שיוטל על כלי תקשורת, שהקובלנה נגדו נמצאת מבוססת. ההסכם הנוכחי, בניגוד להסכם אותו החליף, קובע זכות ערעור על החלטות הוועדה. הזכות לערעור - בדרך של עתירה לבג"ץ - מוקנית לעיתונאים בלבד, ולא לצנזור.

2. עצמאות שיקול-הדעת של הצנזור

הצנזור הצבאי הראשי הוא רשות מוסמכת. פרק ח' לתקנות ההגנה מקנה לו במישרין את סמכויותיו. כאמור, ההלכה קובעת שרשות מוסמכת חייבת להפעיל שיקול-דעת עצמאי משלה בהפעילה את הסמכות המוקנית לה בחוק. הרשות אינה חייבת לציית להוראות של הממונים עליה במסגרת המינהלית, אם כי היא רשאית לאמץ את עמדתם או את המדיניות שהיתוו. חרף הביקורת החריפה שנמתחה עליה, עומדת הלכה זו על מכונה ויש לראותה כמחייבת. בהתאם, על הצנזור הראשי להפעיל שיקול-דעת עצמאי שעה שהוא מפעיל את סמכויותיו מכוח תקנות ההגנה, ומכריע, בין היתר, בשאלת מניעתו או התרתו של פרסום ידיעות כלשהן. גורמי הביטחון, ובכללם שר הביטחון והרמטכ"ל, אינם יכולים להורות

³¹ צו שעת חירום (הגשת דברי דפוס ופרסומים לביקורת מוקדמת ואיסור דפוס ופרסום), תשמ"ט - 1988, ק"ת תשמ"ט, 31. הצו קובע, כי "כל אדם המדפיס או המפרסם דבר דפוס או פרסום הנוגע לביטחון המדינה, בין שהוא מיועד לפרסום בארץ ובין שהוא מיועד לפרסום בחול ארץ, חייב להגישו לצנזור לפני הדפסתו או פרסומו". המונח "פרסום הנוגע לביטחון המדינה" מוגדר בצו כ"כל פרסום או דפוס של חומר הנוגע לביטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי בישראל או באזור יהודה, שומרון וחבל עזה, או ליחסי ישראל ערב, אף אם המידע שבפרסום כאמור כבר פורסם".

³² ראו בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(2) 617.

לצנזור כיצד לנהוג, והוא, מצידו, אינו רשאי לקבל מהם תכתיבים לפעולה בתחום סמכותו³³. כך נראה, שסמכותו של הצנזור, לפי תקנה 87(1), לאסור פרסום העלול לפגוע, "לדעתו", בביטחון המדינה, מקבלת משמעות בהדגשת עצמאות שיקול-דעתו של הצנזור כלפי הממונים עליו במערכת הביטחונית-צבאית.

שאלת עצמאותו של הצנזור הצבאי בהפעלת שיקול-דעתו כלפי הממונים עליו במערכת הצבאית התעוררה כבר בעבר. בינואר 1966 נתן הפרקליט הצבאי הראשי דאז, מאיר שמגר, את חוות-דעתו בעניין זה, בה נקבע כי:

"ככל רשות גם הצנזור רשאי להתייעץ, ללמוד בעיות ולבקש עצה והדרכה מן הממונים עליו, ואם שוכנע - גם לאמץ לעצמו דעתם. אולם ההחלטה הסופית חייבת להיות דעתו הוא... התוצאה החוקית אליה רשאי לחתור גורם ממונה, מבחינת ההיררכיה המינהלית, על הצנזור, היא שהצנזור יאמץ לעצמו, לפני מתן החלטתו, את הגישה והדעה של הממונה עליו. אם יסתבר כי הצנזור פעל לפי הוראה בלבד, ובניגוד לשיקול-דעתו או ללא שיקול-דעת עצמי, הרי פסולה הפעולה מבחינה משפטית"³⁴.

כוחם של הדברים יפה גם היום.

3. אפיקי ההשפעה של גורמי הביטחון על הצנזור

חובתה של הרשות המוסמכת להפעיל את סמכותה לפי שיקול-דעתה העצמאי, ולא לפי הוראות הממונה, אין פירושה חובה להתעלם מהוראות הממונה. ההפך הוא הנכון. הודגש כבר, כי רשות מוסמכת רשאית, ולעתים אף חייבת, להתייעץ גם עם השר או עם אחר הממונה עליה, והיא אף רשאית לאמץ לעצמה דעה של הממונים עליה, אם בעניין מסויים ואם כמדיניות כללית. לדברים אלה ניתן משנה תוקף בהקשר הנדון, שהרי הצנזור נדרש בהכרח לחוות-דעתה המקצועית של מערכת הביטחון לצורך הפעלת סמכותו. אם לא יעשה זאת, ימעל בתפקידו. במקרים מסויימים עשויה לעלות הטענה כי ראוי לפסול את החלטת הצנזור משום שהתבססה על תשתית שחסרה בה חוות-דעת כזו. ניתן לבסס פסילה כזאת בנימוק, שהתייעצות הצנזור עם גורמי הביטחון נדרשת כדי לספק לצנזור שיקול ענייני, שבלעדיו ההחלטה המינהלית תהיה פגומה³⁵. במובן זה, הצנזור משול

³³ סגל, לעיל הערה 29, בע' 327; מ' נגבי חופש העיתונות בישראל - ערכים בראי המשפט (1995) 40-41.

³⁴ חוות-דעת זו מובאת בספרו של הצנזור הראשי לשעבר. ראו א' ו' בר-און הסיפורים שלא סופרו - יומנו של הצנזור הראשי (תשמ"א) 19.

³⁵ ראו בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29.

לאיש משטרת הגבולות, שאינו יודע את יציאתו של מי מהמבקשים לעזוב את הארץ יש להגביל (או להתיר), ונדרש לשם כך למידע מגורמי הביטחון.³⁶ כך, בהתאמה, שואב הצנזור מידע מגורמי הביטחון בדבר נושאים וידיעות, שהצינעה יפה להם, וטורח לאכוף את איסור פרסומם.³⁷

אכן, הצנזור ניזון מפיה של מערכת הביטחון. אך טבעי הוא שאת עמדת מערכת הביטחון ייצגו העומדים בראשה, היינו שר הביטחון והרמטכ"ל, שעל בקיאותם בנושאים הנוגעים לביטחון המדינה אין חולק. גם אם לא יוכלו אלה לחייב את הצנזור לנהוג באופן מסוים בכל מקרה ומקרה³⁸ - אם כי גם אז יוכל זה לאמץ את עמדתם אגב הפעלת שיקול-דעתו העצמאי - עדיין רשאים הם להנחות את הצנזור בדבר מדיניות ראויה לפסילת ידיעות מסוג מסויים.

לשר הביטחון אפיק השפעה נוסף על הצנזור. כאמור, סעיף 86 לתקנות ההגנה קובע, כי הצנזור הוא "כל אדם שמינה אותו שר הביטחון לכך בכתב". כך, אם יסרב הצנזור להפעיל את סמכותו בהתאם למדיניות בה הינחה אותו שר הביטחון, יוכל הלה להעבירו מתפקידו ולמנות אחר תחתיו.^{39,40} אולם נראה ששר הביטחון לא יידרש לצעד דרסטי זה. די באיום המרחף מעל לראשו של הצנזור כדי להמריצו לשקול בכובד-ראש את עמדתו של השר בנושא השנוי במחלוקת ביניהם.

³⁶ להסתייעות של רשות מוסמכת במידע ובחוות-דעת של צה"ל בנושאי ביטחון, מתוקף היותו מומחה בדבר, ראו, למשל: בג"ץ 678/88, 803 **כפר ורדים נ' שר האוצר**, פ"ד מג(2) 501.

³⁷ מנגד, על גורמי הביטחון מוטלת האחריות להזרים לצנזור את המידע הדרוש לו להפעלת סמכויותיו. נראו כי זהו תפקידו של אגף המודיעין בצה"ל. כך, סעיף 3(י) להפ"ע 2.0104 - "אגף המודיעין (אמ"ן)" קובע כי אחד מתפקידי אמ"ן הוא "לקבוע הנחיות לפעילות הצנזורה הצבאית".

³⁸ במקרים מסויימים בעבר נטען, כי הצנזור התעלם מפניות של שר הביטחון והחליט להתיר פרסום בניגוד לדעתו. ראו ג' קיסרי "הצנזורה חסרת אונים נוכח ההדלפות של כתבי החוץ" **מעריב** 25.12.86, שם נכתב, כי הצנזור התעלם לא פעם מבקשות של גורמים בכירים, הממונים עליו, ובכללם שר הביטחון, להימנע מפרסום. כך היה בעת שאשר הצנזור הצבאי לפרסם את סיפור שריפת גופותיהם של מחבלים שחדרו בשעתו לבית-שאן, וזאת בניגוד לבקשתו של שר הביטחון.

³⁹ לפי סעיף 14 לחוק הפרשנות, תשמ"א - 1981, "הסמכה לעשות מינוי - משמעה גם הסמכה להתלות את תקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו".

⁴⁰ מבחינה עקרונית ניתן לומר, כי שר הביטחון יכול למנות גם את עצמו לתפקיד הצנזור (הלשון בה נוקטת התקנה היא "**כל אדם**"). ברם, אפשר שמינוי זה אינו מתיישב עם תכלית תקנות ההגנה, הואיל והן עוסקות בצנזורה שמטרתה מניעת פגיעה בביטחון המדינה, בעוד שמינוי דמות פוליטית, כמו שר הביטחון, לתפקיד הצנזור מעלה חשש, שמה ייעשה שימוש בצנזורה שלא למטרות שלמען היא קיימת, קרי, לצורך איסור פרסומו של מידע שעיקרו בעל משמעות פוליטית-מדינית. נראו, כי זה הטעם העומד ביסוד המסורת הממושכת של מינוי קצין צבא בכיר לתפקיד הצנזור הראשי.

באשר לשר הביטחון, שאלה היא, האם בכוחו ליטול את סמכויותיו של הצנזור, ובכללן הסמכות לאסור פרסומים. לכאורה, יש להשיב על שאלה זו בחיוב, מאחר שעניינן של סמכויות הצנזור, הקבועות בתקנות ההגנה, הוא שמירה על ביטחון המדינה. אולם, תנאי לנטילת סמכות על-ידי שר, בין היתר, הוא שהשר ממונה על ביצועו של חוק שעל-פיו נתונה הסמכות, אותה מבקשים ליטול⁴¹. לכן, כוח הנטילה אינו קיים בנוגע לסמכות של עובד מדינה על-פי חוק שאינו נתון לביצועו של שר כלשהו⁴². הסמכויות על-פי תקנות ההגנה, וביניהן הסמכויות המוענקות לצנזור הראשי, אינן "על-פי חוק" שכן התקנות הותקנו מכוח סימן 6 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הגנה), 1937. דבר המלך אינו חוק כמשמעותו בפקודת הפרשנות [נוסח חדש]⁴³, ואין גם שר הממונה על ביצועו⁴⁴. נראה, אם כן, ששר הביטחון חסר אמצעי שליטה אפקטיבי, כוח הנטילה, שיש בו לצקת תוכן ממשי ביכולתו להנחות את הצנזור בדבר הפעלת סמכותו.

ד. סיכום

הלכת עצמאות הרשות המוסמכת מדגישה את עצמאות שיקול-הדעת של הרשות, ולפיה הפקיד שהוסמך על-ידי המחוקק לצורך עניין מסויים חייב להפעיל את שיקול-הדעת שהוענק לו בעצמו, וההחלטה מוטלת עליו בלבד. אין הוא חייב להישמע לממונים עליו, ובכלל זה לשר הממונה על משרדו. נהפוך הוא: הסתמכות על הוראות הממונים, יש בה כדי לפסול את החלטתו של הפקיד המוסמך, כאשר הוכח שלא הופעל על-ידו שיקול-דעת עצמאי.

הלכת עצמאות הרשות המוסמכת רוככה במשך השנים בפסיקת בית-המשפט העליון. כך נקבע, כי הרשות המוסמכת רשאית להתייעץ עם גורמים שונים, בהם הממונים עליה, עובר לקבלת ההחלטה. הרשות רשאית אף לאמץ לעצמה את המדיניות שהותוותה על-ידי הממונים עליה, כל זמן שההכרעה הסופית נותרת בידה.

⁴¹ סעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה מורה כי "שר, לרבות ראש הממשלה, הממונה על ביצועו של חוק, רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד מדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסויים או לתקופה מסויימת".

⁴² ראו דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 8, בעמ' טז-יז.

⁴³ סעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] קובע, כי חוק הוא "דבר חקיקה של הכנסת ולרבות כל פקודה".

⁴⁴ כך, למשל, חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט - 1977, שערך את הרפורמה בנושא המעצר המינהלי, העביר את הסמכות בתחום המעצר מידי המפקד הצבאי (קרי, קצין צבא שנתמנה לשמש כמפקד צבאי על-ידי הרמטכ"ל בהסכמת שר הביטחון - תקנה (1)6), כפי שהיה הדין לפי תקנה 111, אל שר הביטחון. ראו סעיף 2 לחוק.

על ההלכה המחילה את עקרון עצמאות שיקול-הדעת של רשות מוסמכת בתחום ההירארכיה המינהלית נמתחה ביקורת חריפה, ורבים הקולות הקוראים להחליפה. כך נטען, כי היא אינה מתיישבת עם עקרון האחיות המיניסטריאלית של שר, עם היותו ממונה על ביצוע חוק ועם כוחו ליטול, בדרך כלל, את סמכותה של רשות מוסמכת על-פי חוק שעל ביצועו הוא ממונה. כמו כן, ההלכה מתעלמת מצרכיו של מינהל מודרני. יתרה מזאת, בשל גמישותה של ההלכה נראה כי היא התרוקנה מתוכנה ואינה מקיימת בפועל, וגם המבקשים לקיימה נתקלים בקשיים רבים.

הלכת עצמאות הרשות המוסמכת חלה גם על הצנזור הצבאי הראשי, דהיינו, עליו להפעיל שיקול-דעת עצמאי שעה שהוא מפעיל את סמכויותיו מכוח תקנות ההגנה, ומכריע, בין היתר, בשאלת מניעתו או התרתו של פרסום ידיעות כלשהן. בהתאם, הצנזור אינו רשאי לקבל תכתיבים מצד גורמים חיצוניים ורשויות מינהליות אחרות, ובכלל זה גורמי הביטחון השונים, באשר לאופן בו יפעיל את סמכותו. יחד עם זאת, תפקיד הצנזור כרוך בקשר הדוק ובהיוועצות תכופה עם גורמי הביטחון. אלה, ובראשם שר הביטחון והרמטכ"ל, רשאים להנחות את הצנזור בדבר מהות שיקולי הביטחון ובדבר מדיניות ראויה לפסילת ידיעות.

המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל*

אייל נון**

א. מבוא ב. חוק ג. חוקי היסוד ושאלת השריון ד. החקיקה המסדירה את פעילות הצבא ה. סמכויות הצבא ומטרות שירות הביטחון ו. המעמד החוקתי של סמכויות הצבא ז. המדרג רמטכ"ל - שר ביטחון - ממשלה ח. ראש הממשלה והרמטכ"ל ט. מועצה לביטחון לאומי י. היקף כפיפות הרמטכ"ל לשר הביטחון יא. כפיפות מוחלטת יב. כפיפות יחסית יג. כפיפות אסטרטגית יד. הפרשנות הראויה טו. כפיפות הרמטכ"ל לסגן שר הביטחון טז. מינוי הרמטכ"ל יז. סמכויות מלחמה (War Powers) יח. כוחות מזוינים מחוץ לצה"ל יט. סיכום

א. מבוא

צה"ל היה מאז ומתמיד אחד מהארגונים רבי העוצמה, אם לא בעל העוצמה הרבה מכולם, במדינת ישראל. על רקע זה, המבקש לבחון את המגבלות המוטלות על הצבא - על מנת לרסן כוח זה, במיוחד במשטר דמוקרטי, שהוא פגיע ושברירי אל מול שימוש לרעה בכוח צבאי - ימצא עצמו מופתע משהו מהדלות הבלתי נסבלת של הדיון בכל הנוגע להיבטים המשפטיים של יחסי הדרג המדיני עם הדרג הביטחוני ובראשו הדרג הצבאי.

* זכות ראשונים בנינוח סדור, ולו חלקי, של חוק-יסוד: הצבא, שמורה לעו"ד חנן מלצר, בשירותו הסדיר ובשירותו במילואים במסגרת ענף יעוץ וחקיקה בפרקליטות הצבאית (בראשותו של סא"ל (כדרגתו אז) אהרון לוי), אשר גיבש בשנים שלאחר חקיקת החוק סקירה משפטית אודותיו. הסקירה פורסמה בקובץ חוות הדעת המנחות שהופק באותה העת על ידי ענף יעוץ וחקיקה. אומנם, נתפרסמו באותן שנים גם מספר מאמרים אשר עסקו בפניו השונים של חוק היסוד, אך הסקירה האמורה שימשה ומשמשת גם כיום, על אף שלא נתפרסמה במסגרת אקדמית כלשהי, אבן טרפו בכל עיסוק משפטי בנושא. מאז נכתבה הסקירה, חלו שינויים במצב המשפטי וכמובן בפסיקת בית המשפט העליון, אך בסוגיית יחסי שר ביטחון - רמטכ"ל, והגישות השונות לפירושו של סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא, נותרו הדברים דאז יפים גם היום, והפרק העוסק בסוגיה זו במאמר נשען עליהם.

** LL.B., LL.M. הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. מרצה, המכללה לפיקוד ומטה, צה"ל. מרצה מן החוץ, המכללה למשפטים רמת גן. לשעבר מפקד המגמה האזרחית, בית הספר למשפט צבאי, צה"ל, והיועץ המשפטי לאגף הטכנולוגיה והלוגיסטיקה, צה"ל.

דלות זו עומדת בניגוד להיקף העיסוק הרחב יחסית בסוגיות של ביטחון לאומי ובסוגיות כלכליות וחברתיות המשיקות להן, הן בבית המדרש הממלכתי האמור לעסוק בסוגיות אלה, המכללה לביטחון לאומי של צה"ל¹, והן במסגרות אחרות, חלקן אקדמיות, כמו מרכז יפה למחקרים אסטרטגיים באוניברסיטת תל אביב ומרכז בגין סאדאת למחקרים אסטרטגיים באוניברסיטת בר אילן, וחלקן לא אקדמיות. מצב הדיון הציבורי והאקדמי בסוגיה הוא דל במיוחד כשהדברים אמורים במדינה הנתונה - עדיין ויתכן שלעוד עשרות שנים רבות - תחת איום מוחשי על שרידותה ועל עצם קיומה, וגם הקמתו של הגוף הממלכתי האמור לעסוק בקביעת מדיניות בסוגיות של ביטחון לאומי ובין היתר, כך יש להניח, גם בהיבטיהן המשפטיים - צוות היעוץ המקצועי הקבוע בתחומי הביטחון הלאומי, המחויבת על פי סעיף 39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה², טרם קרמה עור וגידים, ככל הנראה בשל מחלוקת בין ראש הממשלה לבין שר הביטחון.

העדרו של דיון ממצה בסוגיה הוא מטריד, לנוכח הצורך המובהק והמובן (כמעט Ex Definitio) בהטלת מגבלות - משפטיות ואחרות - על הצבא, אשר יצמצמו למזער הבלתי נמנע את סכנת השימוש לרעה בכוח הצבאי, שעוצמתו - הנובעת מן השילוב של ארגון בעל משמעת נוקשה ויכולת ביצוע יחד עם אמצעי לחימה הרסניים - איננה עומדת בכל יחס לעוצמתם של ארגונים אחרים במדינה, ביטחוניים ושאינם ביטחוניים, צורך אשר דומה כי מדינת ישראל טרם השכילה להתמודד עמו באורח סדור.

דלותו היחסית של הדיון בהיבטיהן המשפטיים של סוגיות ביטחון לאומי ובמיוחד בסוגיות הנוגעות ליחסי הממסד הביטחוני עם הדרג המדיני³ היא, בין היתר, תוצר של העובדה כי חלק ניכר מן ההתדינות המעטה שכבר התקיימה בנושאים אלה, נותרה בתוך מערכת הביטחון פנימה, לכל היותר תוך שיתוף של גורמי משרד המשפטים באותם מקרים שנגעו ליוזמות חקיקה או באותם מקרים שנגעו לדיונים משפטיים, לרוב בבג"ץ⁴.

¹ ראו, לאחרונה, מערכות, **כ"ה שנים למכללה לביטחון לאומי**, גליון מיוחד (1998).

² ס"ח התשנ"ב, עמ' 214.

³ קשה להצביע על טעמים משכנעים לדלותו של הדיון בהיבטים המשפטיים הנוגעים ליחסי דרג מדיני - דרג ביטחוני. יתכן שמקורם של הדברים הוא בסברה כי על מדינת ישראל אין רובץ עוד איום קיומי, ולפחות אין רובץ איום קיומי מידי; יתכן שהתשתית האקדמית איננה מפותחת דיה בתחומים אלה; ויתכן כי חוסר עניין מספיק מצד האליטות השלטוניות והאקדמיות מוביל להעדרו של דיון אנליטי כולל בסוגיית יחסי דרג מדיני - דרג ביטחוני.

⁴ חיפוש בסיסי מעלה פסקי דין ספורים ביותר בהם אוזכר בכלל חוק-יסוד: הצבא, ואלה הם: בג"ץ 4723/96 עטיה נ' היועץ המשפטי לממשלה, טרם פורסם; בג"ץ 651/86 מלכה נ' שר המשטרה, פ"ד מ(4) 645; בג"ץ 734/83 שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 393; בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365; בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595; בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (פרשת אלון מורה); בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90; בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(1) 83, פ"ד לג(3) 480; בג"ץ 663/78 מנהלת קרית ארבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לג(2) 398; בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (פרשת בית אל); בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון, פ"ד ל(3) 309; בג"ץ

קיימת כתיבה בנושא, בהיקף מסויים, שנתפרסמה בחו"ל אודות ישראל, אך היא איננה עוסקת, על פי רוב, בהיבטים המשפטיים של יחסי צבא - דרג אזרחי בישראל⁵, אלא בהיבטיהם בתחום מדע המדינה ומדעי החברה⁶, וזאת בהשוואה לעיסוק הבלתי נדלה בנושאים אלה, על היבטיהם המשפטיים והאחרים, בשיטות משפט אחרות⁷.

- 626/82 **ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד לו(4) 105 (פרשת **עדנה פאר**); בג"ץ 4537/96 **שושן נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נ(4) 416 (פרשת **מוני חורב**). מכל פסקי הדין האמורים, רק משנים ניתן לדלות התייחסות ממשית כלשהי לסוגיות המשפטיות הקשות שמעלה חוק-יסוד: הצבא - עניין **העצני** ועניין **דויקא**.
- ⁵ למען הסר הספק, המאמר לא יעסוק בסוגיית הפיקוח על הדרג המשפטי הצבאי, הראויה כמובן לעיון בפני עצמה, אשר דווקא לגביה דומה כי המצב המשפטי הינו פחות מעורפל, הן מבחינת פיקוח בג"ץ על הרשויות הצבא המשפטיות (ראו, למשל, בג"ץ 6009/94 **שפרן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד מח(5) 573; בג"ץ 425/89 **צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד מג(4) 718; בג"ץ 5106/96, 5319, 5707 **קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, טרם פורסם), והן מבחינת פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על רשויות אלה (עניין **עטיה**; השוו תיק צפ55/95/265 **התובע הצבאי נ' שדיאל**, לא פורסם).
- ⁶ ראו, למשל: Y. Ben Meir, **Civil - Military Relations in Israel**, Columbia University Press (New York, 1995); R. Gal, S. A. Cohen, "Israel: Still Waiting under the Wings", in C. Moskos, J. A. Williams, D. R. Segal E. Etzioni (Eds.), **The Postmodern Military** (Forthcoming, 1999); Halevy, "Civil - Military Relations and Democracy: The Case of the Military - Political Elites' Connections in Israel", 22 *Armed Forces and Society* 401 (1996); D. Horowitz, "Strategic Limitations of 'A Nation in Arms'", 13 *Armed Forces and Society* 277 (1987); R. L. Schiff, "Civil Military Relations Israel as an 'Uncivil' State", 1 *Security Studies* 4 (1992); R. L. Schiff, "Civil - Military Relations: A Theory of Concordance", 22 *Armed Forces and Society* 7 (1995). כתב העת *Armed Forces and Society* הוא כתב העת של מוסד המחקר הבינאוניברסיטאי IUS - Inter University Seminar on Armed Forces and Society, הפועל מאוניברסיטת Northwestern בשיקגו. ה-IUS הוקם על ידי פרופ' מוריס ג'נוביץ ז"ל בשנת 1960, במגמה ליצור מרכז בין תחומי למחקר ולדיון בסוגיות צבא וחברה. כתובת עמוד הבית של ה-IUS ברשת היא www.nwu.edu/ius.
- ⁷ ראו, כדוגמה וכמקור לאסמכתאות נוספות: S. Huntington, **The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil Military Relations**, Belknap Press (Cambridge, 1958); P. D. Feaver, "The Civil - Military Problematic: Huntington, Janowitz and the Question of Civilian Control", 23 *Armed Forces and Society* 149 (1996); P. D. Feaver, "Modeling Civil - Military Relations: A Reply to Burk and Becavich", 24 *Armed Forces and Society* 595 (1998); **A Symposium on Civil - Military Relations**, 24 *Armed Forces and Society* 375 - 462 (1998); C. Dandeker, "National Security and Democracy: The United Kingdom Experience", 20 *Armed Forces and Society* 353 (1994); M. L. Martin, "National Security and Democracy: The Dilemma from a French Perspective", 20 *Armed Forces and Society* 395 (1994); P. W. Zagorski, "Civil - Military Relations and Democracy: The Armed Forces under the Menem Government", 20 *Armed Forces and Society* 395 (1994).

במשפט האמריקאי סוגיות של יחסי הדרג הצבאי עם הדרג המדיני - ובראשו הנשיא, המפקד העליון של הכוחות המזוינים - ובמיוחד סוגיות הנוגעות לסמכויות שעת חרום וסמכויות מלחמה (ראו להלן), הינן סוגיות חוקתיות מרכזיות, השכיחות הן בכתיבה האקדמית⁸ והן בפסיקת בתי המשפט הפדרליים, אשר עסקו כבר יותר מפעם אחת בלגיטימיות המשפטית של יציאה למלחמה או למבצע צבאי⁹.

- W. C. Banks, A. D. Carrio, "Presidential ; Forces and Society 423 (1994) Systems in Stress: Emergency Powers in Argentina and the United States", 15 T. Kuzio, "Civil Military ; Michigan Journal of International Law 1 (1993) Relations in Ukraine 1989 - 1991", 22 Armed Forces and Society 25 D. L. Norden, "Redefining Political - Military Relations in Latin ; (1995) America: Issues of the New Democratic Era", 22 Armed Forces and Society M. C. Needler, "El Salvador: The Military and Politics", 17 ; 419 (1996) P. C. Sondrol, "The Paraguayan ; Armed Forces and Society 569 (1991) Military in Transition and Evolution of Civil Military Relations", 19 Armed A. Kohli, "State - Society Relations in ; Forces and Society 105 (1992) India's Changing Democracy", in A. Kohli (Ed.), **India's Democracy**, Princeton University Press (New Jersey, 1990) גם לסוגיות רחבות יותר, כמו שאלת מעמדו של המקצוע הצבאי בחברה בכלל ותופעת אובדן האוטונומיה של הארגון הצבאי: ראו, למשל, C. J. Downes, "To Be or not to Be a Profession: The Military Case", 1 Defense Analysis 141 (1985).
- ⁸ ראו, על קצה המזלג בלבד: D. R. Segal, "National Security and Democracy in ; the United States", 20 Armed Forces and Society 375 (1994) K. W. Kemp, ; C. Huldin, "Civil Supremacy over the Military: Its Nature and Limits", 19 G. C. Edwards, W. E. Walker, "The ; Armed Forces and Society 7 (1992) U.S. Constitution and National Defense: A Bicentennial Reappraisal", 13 A. A. Clark, R. M. Pious, "Waging ; Armed Forces and Society", 9 (1987) War: Structural vs. Political Efficacy", 14 Armed Forces and Society 129 J. A. Nathan, "Revising the War Powers Act", 17 Armed Forces ; (1987) L. Smith, **American Democracy and Military ; and Society 513 (1991) G. S. Buchanan, "In ; Power**, University of Chicago Press (Chicago, 1951) Defense of the War Powers Resolution: Chadha does not Apply", 22 C. H. Pritchett, **The American ; Houston Law Review 1180 (1985) E. S. ; Constitution**, 2nd Edition, McGraw - Hill (New York, 1968) L. H. ; Corwin, **Total War and the Constitution**, Knopf (New York, 1947) Tribe, **American Constitutional Law**, 2nd Edition, Foundation Press (New C. L. Cochran (Ed.), **Civil - Military ; York, 1988), 231 - 238 A. R. Millet, The American ; Relations**, Free Press (New York, 1974) **Political System and Civil Control of the Military: A Historical Perspective**, Ohio University Press (Columbus, 1979) וכמוכר, ספרו של אחד המשפטנים המשפיעים ביותר על החשיבה החוקתית האמריקאית בשני העשורים האחרונים: J. H. Ely, **War and Responsibility: The Constitutional Lesson of Vietnam and its Aftermath**, Princeton University Press (Princeton, P. Bobbit, "War Powers: An Essay on ; Ely של זה של 1993). להערות לספרו זה של Ely ראו

על צה"ל ועל פעולותיו חלה חקיקה רבה ומגוונת, המסדירה את סמכויותיו במישורים רבים - החל ביציאה למלחמה וכלה בגיוס לשירות ביטחון (סדיר ומילואים) ובזכויות החיילים. חרף האמור, היו - ובמידה לא מעטה עודם - היחסים בין הצבא לדרג המדיני בישראל מעורפלים, ועקרון המרות האזרחית על הצבא לא חודר ולא עוגן כהלכתו, גם אם נשמר בפועל¹⁰, וזאת, בין היתר, בשל מיעוט החקיקה העוסקת במעמדו החוקתי של הצבא.

למעשה, החקיקה העוסקת במעמדו החוקתי של הצבא מורכבת משלושה דברי חקיקה בלבד: סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה, סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח - 1948¹¹, וחוק-יסוד: הצבא¹². בדברים הבאים אבקש לעמוד על פרטיה ועל פרשנותה של חקיקת היסוד המסדירה את פעולות צה"ל במישור החוקתי ואת היחסים בין הצבא לדרג המדיני, הוא הדרג הדמוקרטי הנבחר במדינת ישראל, ובראשם, כמובן, חוק-יסוד: הצבא¹³.

כרקע לניתוח מעמדו החוקתי של הצבא על פי חוק-יסוד: הצבא, אבקש, ראשית חכמה, להזכיר, לנוחות הקורא, בתמצית שבתמצית, מספר מושכלות ראשונים בכל הנוגע

John Hart Ely's War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and its Aftermath", 92 Michigan Law Review 1364 (1994).

⁹ ראו, למשל, *Mitchell v. Laird*, 488 F. 2nd 611 (1973), וראו לאחרונה, במלחמת

המפרץ, *Dellums v. Bush*, 752 F. Supp. 1141 (1990).
¹⁰ ראו ש' שטרית "דמוקרטיה במצבי מלחמה בישראל - המסגרת המשפטית באספקלריה פרקטית", ש' סטמפלר (עורך), **אנשים ומדינה - חברה ישראלית**, הוצאת משרד הביטחון (תל אביב, 1989), 158.

¹¹ ע"ר התש"ח, תוספת א', עמ' 1.

¹² ס"ח התשל"ו, עמ' 154.

¹³ שלושת המרכיבים המקובלים כחיוניים להטלת מגבלות על הצבא הם, כמובן, כפיפות הצבא למרות אזרחית, הפרדה מרבית בין הצבא לבין נושאים פוליטיים וציבוריים פולמוסיים, ואיסור על קיומם של כוחות צבאיים נוספים. כיום, המרכיב הראשון והאחרון מוסדרים בחקיקת יסוד, ואילו המרכיב הנוגע להפרדת הצבא מנושאים פוליטיים וציבוריים פולמוסיים מוסדר רק בפקודות הצבא: פקודת המטה הכללי (פקודת מטכ"ל) 33.0116 פעילות ציבורית וקשר עם עתונאים, למעט סוגיית הזכות לבחור ולהבחר, המוסדרת בחקיקת הבחירות הנוגעת לעניין (ראו, למשל, חוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה [נוסח משולב], התשכ"ט - 1969 (ס"ח התשכ"ט, עמ' 103). מעניין לציין, כי בהצעת החוקה של אוניברסיטת תל אביב, נקבע עקרון זה במפורש (ראו סעיף 183(ג) להצעת החוקה: **הצעת חוקה למדינת ישראל**, אוניברסיטת תל אביב (תל אביב, 1987)). את החשיבות הבסיסית של עקרון ההפרדה בין הצבא לבין נושאים פוליטיים וציבוריים פולמוסיים כבר בימיה הראשונים של המדינה ראו ד' בן גוריון, **יומן המלחמה**, משרד הביטחון - הוצאה לאור (תל אביב, 1982), 534 - 537. יודגש, עם זאת, כי אין בדברים שלהלן כדי להציג פתרונות חד משמעיים לקשיים המשפטיים הלא פשוטים הנוגעים למעמדו החוקתי של הצבא בישראל, וגם ההפניות ההשוואתיות מיועדות כדי להציג אך מעט מזעיר של מורכבות הדברים; מטרתן היא בראש ובראשונה להציב על שולחן הדיונים המשפטי בישראל את הסוגיות הנדונות במאמר זה, ממנו הן נעדרות מאז נחקק חוק-יסוד: הצבא כמעט לחלוטין, והדבר בולט במיוחד בדיון בנושא סמכויות הצבא ובנושא סמכויות המלחמה, שאינני מציג אלא את היבטיהם הגלויים והברורים, שכן אלה גם אלה טרם נדונו כדבעי עד כה במשפט הישראלי, ואין ספק כי כל אחד מהם ראוי למחקר נפרד בפני עצמו.

למשפט החוקתי במדינת ישראל ולמעמדם של חוקי היסוד כפרקים בדרך לכינונה של חוקה, וזאת למען שלמות הניתוח והצגת מעמדו הסטוטורי (העגום למדי, יש להודות) ההיום של חוק-יסוד: הצבא.

ב. חוקה

טעמים שונים, ובראשם מחלוקות הנוגעות לענייני דת ומדינה, מנעו, כידוע, עוד בתקופה הפורמטיווית, כינונה של חוקה פורמלית שלמה למדינת ישראל, וזאת על אף שבהכרזת העצמאות נקבע כי למדינה החדשה שהוקמה תהא אסיפה מכוונת, וזו תכונן חוקה פורמלית למדינה¹⁴. האסיפה המכוונת הפכה להיות הכנסת הראשונה, ועל אף שנעשו נסיונות לעצב חוקה שלמה לישראל בשנים 1948 - 1950, נתברר לבסוף כי יקשה לכוון חוקה מלאה. אשר על כן נתקבלה בועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ביום 13.6.1950, החלטת הררי, על פיה תיבנה החוקה פרקים פרקים, שכל אחד מהם יהווה חוק יסוד בפני עצמו. הציפיה לכינונה של חוקה היתה, ככל הנראה, בין הגורמים שהביאו את בית המשפט העליון בשנותיו הראשונות לנהוג ריסון מסויים בפסיקתו, לפחות עד לשנת 1953 (פרשת **קול העם**¹⁵), ולדעת רבים גם לאחר מכן, אם כי ראוי לציין, כי בשני העשורים האחרונים - ואולי אף מעט יותר מכך - השתנתה מגמת פסיקת בית המשפט העליון¹⁶ לכיוון ההפוך, וכיום הפסיקה מפגינה נכונות רחבה הרבה יותר להתערבות¹⁷.

¹⁴ ראו י' ה' קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית - חוקתית", י' זמיר (עורך) **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם סאקר, האוניברסיטה העברית בירושלים (ירושלים, 1993), 35. כן ראו א' י' לוי "הסדר ענייני החוקה במדינת ישראל", **מסות על חוק ומשפט**, מגנס (ירושלים, 1969), 186 (המאמר נכתב במקור בשנת 1950). להתפתחות החוקתית בישראל ראו ר' גביזון, **המהפכה החוקתית: תאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה**, המכון הישראלי לדמוקרטיה (ירושלים, 1998), 57 - 92.

¹⁵ בג"ץ 87/53, **קול העם נ' שר הפנים** פ"ד ז' 871. פסקי דין שניתנו בתקופה זו (1953 - 1948) בכל זאת כנגד הרשויות נותחו באופן שאינו מיחס להם חשיבות אקטיוויסטית (ראו פ' להב "יד הרוקס: יריעת חריות הפרט על פי השופט אגרנט", **עיוני משפט טז** (תשנ"א) 475, 486 - 490). תוצאותיה של מגמת הצמצום האמורה ניכרו במשפט ובשיטת המשטר בישראל במשך עשרות שנים (ראו א' רובינשטיין, **שופטי ארץ**, שוקן הוצאה לאור (תל אביב, 1981), 194 - 200; מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", **עיוני משפט יד'** (תשמ"ט), 5; ח' מלצר "אפיונים תקופתיים בפיקוח בג"ץ של רשויות הצבא הפיקודיות והמנהליות", **משפט וצבא** (1991), 11-12, 36; מ' מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועלית הערכים במשפט הישראלי**, מעגלי דעת הוצאה לאור (תל אביב, 1993).

¹⁶ יש הגורסים כי דווקא לנוכח העדרה של חוקה יכול היה בית המשפט העליון לעשות גדולות ונצורות, שהיו אולי נמנעות ממנו בהתקיים חוקה פורמלית (ראו ג' ברזילי, א' יער - יוכטמן, ז' סגל, **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית**, פפירוס (תל אביב, 1994), 22).

¹⁷ S. Shetreet, **Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary**, Martinus Nijhoff Publishers (Dordrecht, 1994).

דוגמה אופיינית ובעייתית למדי מבחינת תוצאותיה המשפטיות, למגמת הריסון האמורה, היתה סירובו העקבי של בית המשפט העליון, עם קום המדינה, לפסוק כי תקנות ההגנה (שעת חרום),¹⁸ 1945, סותרות את השינויים "הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה" (סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט), על אף הדרקוניות הרבה הגלומה בהן.¹⁹ מן הראוי להדגיש, כי בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט טמונה היתה סמכות חוקתית או מעין חוקתית, רחבה לאין שעור, בכל הנוגע לשיטת המשפט שקיבלה על עצמה מדינת ישראל הצעירה מן השלטונות הבריטיים שקדמו לה, ואולם בית המשפט העליון סרב, באורח עקבי, ליצוק תוכן שיפוטי אל תוך סמכות זו.²⁰

בהיבטים בהם עוסק מאמר זה, המשמעות המשפטית המצטברת של העדר חוקה איננה ניתנת לכימות או להערכה רק במנסרת ההגנה על זכויות האדם והאזרח, בה עשה בית המשפט העליון רבות²¹ גם בלא חוקה פורמלית, בשני העשורים האחרונים בפחות ופחות רתיעה גם בתחומי הביטחון,²² והוא ממשיך לעשות בשנים האחרונות בסיועם של חוקי היסוד הראשונים בעלי המעמד החוקתי העל חוקי שנחקקו בישראל - חוק-יסוד: חופש

¹⁸ ע"ר 1945, תוספת ב', עמ' 855.

¹⁹ דומה כי ריסון זה נבע מן ההבנה, כי קרוב כינונה של חוקה שתסדיר באופן שקול יותר, בין השאר, את הסוגיות השונות הנוגעות לשמירה על זכויות האדם והאזרח, בשעת רגיעה ובשעת חרום כאחד.

²⁰ כך, למשל, בבג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק (פ"ד א' 58) פסק בית המשפט העליון כי הכוונה בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט היא רק לשינויים טכניים "שאינם מצריכים שיקול דעת מיוחד הדרוש לשאלה האם להשמיט חוק מתוך מערכת החוקים הקיימת" (שם, 69). קביעה זו סויגה מאוחר יותר בכך שסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט חל גם על שינויים שאינם טכניים, ובלבד שנשמר התנאי כי לא ידרש שיקול דעת מיוחד לשם הביטול (בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141). רק לגבי הפסיקה המנדטורית היו מוכנים בתי המשפט בישראל לתת פירוש מרחיב מעט יותר לתיבה "בשינויים הנובעים", ולקבוע כי פסיקה מסוימת איננה עומדת במבחן זה, ולפיכך, לא נקלטה אל המשפט הישראלי (ראו למשל המ' 46/57, 51 העצני נ' בן גוריון, פ"ד יא' 397; ע"א 65/57 העצני נ' בן גוריון, פ"ד יא' 403).

²¹ גם אם לדעת אחדים לא מספיק: מ' קרמניצר, ר' שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות הביטחון הכללי - הרע במיעוטו?", *משפט וממשל* ד (1989) 667, 669 - 671.

²² ראו ש' שטרית "ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחויות בדיני חוקה - סוגיות נבחרות", *משפטים* יט (1989) 573, 607; ר' גביוון "ארבעים שנה למשפט החוקתי", *משפטים* יט 617, 627; י' זמיר "זכויות האדם וביטחון המדינה", *משפטים* יט (1989) 17 (1989); A. Maoz, "Defending Civil Liberties without a Constitution: The Israeli Experience", 16 *Melbourn Law Review* 815 (1988); "Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts", R. Shamir, 28 *Stanford Journal of International Law* 39 (1991); "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice", 24 *Law and Society Review* 781 (1990); מ' כהן "מעשי טלאים" בדיני החרום", *משפטים* כט (1998) 623, 669, 671. לפער בין רטוריקה למעשים בסוגיית הפיקוח השיפוטי על החלטות מנהליות מטעמי ביטחון, ועל המתרחש בפער זה, ראו א' נון "מעצר מנהלי בישראל", *פלילים* ג (1991) 168, 185 - 187.

העיסוק²³ וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁴, וזאת משני טעמים. ראשית, באשר לסוגיות הנוגעות למעמדו החוקתי של הצבא וליחסי דרג צבאי - דרג מדיני לא כל הקשיים המשפטיים קשורים בהכרח לפגיעה בזכויות האדם והאזרח. ושנית, באשר לריסון השיפוטי שהפגין בית המשפט העליון ולריסון החקיקתי שהפגינה הכנסת בהעדר חוקה בתקופה הפורמטיבית, אלה הביאו, בין היתר, לכך, שבסוגיות רבות הנוגעות ליחסי הצבא והדרג המדיני ולמעמדו החוקתי של הצבא לא נעשה כמעט דבר, וכשכבר נחקק חוק-יסוד: הצבא, לא עמדה מאחוריו מסורת פרשנית וממשלית של כללים מובנים לשימוש בצבא ובכוח הצבאי, כפי שהיה במדינות רבות אחרות. יש לזכור כי כינונה של חוקה מלאה למדינת ישראל היה מחייב התמודדות עם השאלות הנוגעות למעמדו החוקתי של הצבא, ויש להניח כי אלה היו זוכות, בהתאמה, לדין ולהכרעה לאורך השנים.

אין כוונתי לומר, כי לא היתה מסורת, כמעט מנהגית, לעניין הפעלת הצבא בכפופות להוראות הדרג המדיני, ולעניין יעדי הפעלתו של הצבא. ואולם, מסורת זו של חיי המעשה לא גובתה במגבלות משפטיות מתאימות, המהוות חלק חיוני מריסון הכוח הצבאי.

דוגמה בולטת לעניין זה, לגישתי, היא העדרו הכמעט מוחלט של דיון בשאלת סמכויות הצבא, עליה אעמוד להלן, וזאת על אף שבחיי המעשה, כבר מימיה הראשונים של המדינה, נעשה שימוש אינטנסיווי בצבא ליעדים שקשה למצוא קשר בינם ובין הגנת המדינה. העדרו של דיון זה הביא לכך שכאשר הוחלט לעגן בחקיקה את הפעלתו של הצבא למטרות שאינן ביטחוניות, לא נעשתה ההבחנה, אשר כפי שאבקש לטעון להלן היא מתבקשת מאליה, בין סמכויות הצבא - כארגון - לבין מטרות שירות הביטחון מבחינתם של הנושאים בנטל השירות, והחקיקה הקיימת בעניין זה יוצרת תוצאות שככל הנראה לא אליהן כיוונו מנסחיה, גם אם אין הן בלתי רצויות בהכרח.

ג. חוקי היסוד וסוגיית השריון

כאמור, רקע חשוב למעמדו החוקתי של הצבא בישראל, המעוגן בעיקרו בחוק-יסוד: הצבא ובחוק-יסוד: הממשלה, הינו סקירה של מעמדם של חוקי היסוד בישראל בכלל ותפקידם החוקתי בפרט.

עד היום, חוקקה הכנסת שלושה עשר חוקי יסוד, ואלה הם (במספר זה מגויים שני חוקי יסוד שהוחלפו מתחילתם ועד סופם): חוק-יסוד: הכנסת²⁵; חוק-יסוד: הממשלה²⁶; חוק-

²³ ס"ח התשנ"ד, עמ' 90.

²⁴ ס"ח התשנ"ב, עמ' 150.

²⁵ ס"ח התשי"ח, עמ' 69.

יסוד: מבקר המדינה²⁷; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל²⁸; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל²⁹; חוק-יסוד: נשיא המדינה³⁰; חוק-יסוד: השפיטה³¹; חוק-יסוד: הצבא; חוק-יסוד: משק המדינה³²; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק³³. חוק-יסוד: הממשלה³⁴ הוחלף לאחר הבחירות לכנסת הארבע עשרה בשנת 1996, בחוק-יסוד: הממשלה³⁵ החדש (שנחקק בשנת 1992 והמתין במשך ארבע שנים לכניסתו לתוקף, ואשר קבע שינויים מרחיקי לכת בשיטת הממשל (מעבר להסדר הבחירה הישירה לתפקיד ראש הממשלה), במעמדן של תקנות שעת חרום, ועוד), וחוק-יסוד: חופש העיסוק הוחלף כולו בשנת 1994³⁶, בעקבות פרשת **חוק הבשר**³⁷. הצעות לחקיקת חוקי יסוד נוספים טרם קרמו עור וגידים³⁸.

כידוע, בעוד שבעבר שררה התפיסה, כי אין צורך בשריונם של חוקי היסוד, וכי השריון יעשה עם השלמת כינונה של החוקה, כמקשה אחת³⁹, השתנתה גישת הכנסת, ובשנים האחרונות המגמה היא לשריין את חוקי היסוד במלואם עם חקיקתם⁴⁰.

²⁶ ס"ח התשכ"ח, עמ' 226.

²⁷ ס"ח התשמ"ח, עמ' 30.

²⁸ ס"ח התש"ד, עמ' 56.

²⁹ ס"ח התש"ס, עמ' 186.

³⁰ ס"ח התשכ"ד, עמ' 118.

³¹ ס"ח התשמ"ד, 78.

³² ס"ח התשל"ה, עמ' 206.

³³ ס"ח התשנ"ב, עמ' 114.

³⁴ ראו א' רובינשטיין "חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית - הלכה למעשה", **משפט וממשל** ג (1996) 571.

³⁵ לעיל הערה 2.

³⁶ לעיל הערה 23.

³⁷ בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה**, פ"ד מו(5) 485. בפסק הדין בפרשת **חוק הבשר** נפסלה לראשונה החלטת ממשלה מטעמים חוקתיים לפי חוקי היסוד בעלי המעמד החוקתי העל חוקי (באותו עניין - חוק-יסוד: חופש העיסוק). הפעם הראשונה בה נפסלה - חלקית - חקיקה של הכנסת מטעמים חוקתיים לפי חוקי היסוד בעלי המעמד החוקתי העל חוקי היתה בבג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' כנסת ישראל**, טרם פורסם (גם שם - חוק-יסוד: חופש העיסוק).

³⁸ כדי להשלים את מלאכת כינונה של חוקה פורמלית נדרשת השלמת חקיקתם של שני חוקי יסוד נוספים: חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, אשר חקיקתו, על אף מספר הצעות בעבר, מתעכבת בשל מחלוקות פוליטיות ואידיאולוגיות שהן מן המפורסמות; וחוק-יסוד: החקיקה (שגם בענינו כבר עמדה על שולחן הכנסת יותר מהצעה מגובשת ומפורטת אחת בעבר), אשר יסדיר, בין היתר, את מעמד הנורמטיבי העליון של חוקי היסוד, ויקנה להם מעמד ראוי של חוקה פורמלית. כידוע, בראשית שנות התשעים השתנתה המגמה בכל הקשור לחוק-יסוד: זכויות האדם ואזרח, ובמקום לחוקק את החוק כולו, כמקשה אחת, חולק החוק למספר פרקים, ואלה מהם אשר הושגה הסכמה לגביהם הובאו לאישור הכנסת כחוקי יסוד נפרדים. עד כה נחקקו בדרך זו, כאמור, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, ומספר הצעות חוק נוספות הועלו בפני הכנסת (ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, הצ"ח התשנ"ד, עמ' 337).

³⁹ עד לשנות התשעים, פרט להוראות מסוימות בחוקי היסוד האמורים, אלה אשר שוריינו מפני שינוי בחקיקה מאוחרת יותר (כמו סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת) או מפני שינוי בתקנות שעת חרום לפי פקודת סדרי השלטון והמשפט וכיום לפי סעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה (כמו בסעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה הישן), לא היה לחוקי היסוד מעמד

למען שלמות הדברים, להלן פירוט מידת ותחומי שריונם של חוקי היסוד הקיימים: חוק-יסוד: הכנסת (1958) - משוריין חלקית⁴¹, מוגן מתקנות שעת חרום⁴²; חוק-יסוד: הממשלה (1992) - משוריין⁴³ (ולעניין העברת ראש הממשלה מתפקידו שלא עקב עבירה - אף בשריון של 80 חברי כנסת), מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: השפיטה (1984) - לא משוריין, מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: מבקר המדינה (1988) - לא משוריין, לא מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: נשיא המדינה (1964) - לא משוריין, מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: משק המדינה (1975) - משוריין חלקית, לא מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: הצבא (1976) - לא משוריין, לא מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (1980) - לא משוריין, לא מוגן מתקנות שעת חרום; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל (1960) - לא משוריין, לא מוגן מתקנות שעת חרום. לעומת כל חוקי היסוד האמורים, המצב לעניין שני חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם הוא כדלקמן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992) - לא משוריין, מוגן מתקנות שעת חרום, בעל מעמד חוקתי⁴⁴ אך כולל גם הוראת תשריר⁴⁵, ואילו חוק-יסוד: חופש העיסוק (1994) - משוריין, מוגן מתקנות שעת חרום, בעל מעמד חוקתי אך כולל גם הוראת תשריר ופסקת התגברות (Override)⁴⁶.

נורמטיווי מיוחד. במגמה זו ניכר לאחרונה שינוי, כשלחוקי היסוד החדשים אשר נחקקו - חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק - ניתן מעמד חוקתי על חוקי, וחוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: הממשלה החדש אף שוריינו שריון כולל.

⁴⁰ מגמה זו היא תוצאה של ההכרה כי חקיקתם של כל חוקי היסוד וצירופם יחד לכינונה של חוקה למדינת ישראל הם עדיין בגדר חלום רחוק, ובעוד שמשנות החמישים ועד לשנות השמונים משלה בכיפה הגישה כי מוטב יהיה להשהות את שריונם של חוקי היסוד למועד בו תושלם חקיקתם של כל חוקי היסוד וניתן יהיה לכוון חוקה לישראל כמקשה אחת, נושאים חוקי היסוד שנחקקו בראשית שנות התשעים בחיקם התפכחות מסוימת בהקשר זה, לפיה בהעדר אפשרות מעשית לכוון חוקה מלאה בעתיד הנראה לעין, מוטב לשריין כל חוק יסוד מיד עם חקיקתו, וזאת כדי להבטיח את עליונותו ולמנוע את שינויו בכל פעם שיעמוד רוב חולף זעום שיאפשר לעשות כן.

⁴¹ משוריין חלקית - רק חלק מסעיפי חוק היסוד משורינים. ראו סעיפים 4, 44 - 46 לחוק-יסוד: הכנסת.

⁴² מוגן מתקנות שעת חרום - איסור על שינוי חוק היסוד ועל התנאה עליו בתקנות שעת חרום. ראו סעיף 44 לחוק-יסוד: הכנסת.

⁴³ משוריין - כל סעיפי חוק היסוד משורינים. ראו סעיף 56 לחוק-יסוד: הממשלה.

⁴⁴ בעל מעמד חוקתי - חוק היסוד כולל איסור על פגיעה בזכויות המפורטות בו, אלא בהתאם לפסקת ההגבלה ובכפוף לתנאיה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

⁴⁵ הוראת תשריר - הוראה המגינה על חקיקה קודמת מפני התערבות על יסוד חוק היסוד. הוראת תשריר קיימת בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. הוראת התשריר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא קבועה, ואילו הוראת התשריר בחוק-יסוד: חופש העיסוק היא זמנית, אך היא בתוקף מאז נחקק החוק בשנת 1992, ועתידיה להיות בתוקף עד לשנת 2002, אם לא תוארך.

⁴⁶ היקף הכתיבה בכל הנוגע למעמדם החוקתי של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא מרשים. הקוראים מופנים, על כן, כראשית ראייה בלבד, לאסמכתאות אלה: א' ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** ב (1994) 195; א' ברק "בית המשפט העליון וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **המשפט** ב (1994) 15; א' ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה, עתיד" **הפרקליט** מג (1996) 5;

על אף טענות שונות, לפיהן לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי העולה על זה של חוק רגיל⁴⁷, נותר הכלל במשך זמן רב כי הוראה רגילה של חוק יסוד איננה עדיפה במאום על הוראת חוק רגיל⁴⁸. עם זאת, הוראה כובלת כגון זו שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובעת, בין השאר, כי הבחירות לכנסת יהיו שוות, והמשורית כנגד שינוי עתידי אלא ברוב של חברי הכנסת, היא, גם אליבא דגישה החוקתית המסורתית, הוראה משורית שיש לה מעמד מעין חוקתי. מעמד זה מגן מפני הפגיעה בנורמה הקבועה בסעיף המשוריין, גם בדרך עקיפה על ידי חקיקת חוק אחר שבו נורמה הסותרת את הנורמה המשורית⁴⁹.

א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט** יג (1996) 5; ק' קלין "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - הערכה נורמטיבית ראשונה", **המשפט** א (1993) 123; ק' קלין "בעקבות פסק דין בנק המזרחי - הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" **משפטים** כח (1997) 341; א' בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד", **משפט וממשל** ב (1994) 443; א' גזל "פגיעה בזכויות יסוד "בחוק" או "לפי חוק", **משפט וממשל** ד (1998) 381; ע' גרוס "תרופות חוקתיות", **משפט וממשל** ד (1998) 433; ע' זלצברגר, א' קדר "המהפכה השקטה - עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים", **משפט וממשל** ד (1998) 489; י' קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א (1993) 323; מ' אלון "חוקי היסוד - עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", **מחקרי משפט** יג (1996) 27; מ' אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם - מאין ולאן?", **מחקרי משפט** יב (1995) 253; ע' זלצברגר, להלן הערה 52; מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** יז (1993) 659; א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א (1993) 9; י' אליאסוף "חוק-יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** ב (1994) 173; א' ברק "על התיקונים לחוק-יסוד: חופש העיסוק", **משפט וממשל** ב (1994) 545; א' מעוז "ריבונות הכנסת וביקורת שיפוטית", **הפרקליט** מג (1997) 25; י' מ' אדרעי "מהפכה חוקתית - האומנם?", **משפט וממשל** ג (1996) 453; מ' לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט", **משפט וממשל** ג (1996) 697; א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", **משפט וממשל** ג (1996) 403; ר' גביוון, להלן הערה 52 (המאמר פורסם במתכונת מעובדת גם מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה - לעיל הערה 14); י' דותן "חוקה למדינת ישראל? - הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר "המהפכה החוקתית", **משפטים** כח (1997) 149; ד' קרצמר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות האדם", **משפטים** כח (1997) 359.

C. Klein, "A New Era in Israel's Constitutional Law", 6 Israel L. R. 453⁴⁷ (1971); י' טל "מחוקק כל יכול - האומנם? ביקורת על ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת", **עיוני משפט** י"ז 261 (1985).

⁴⁸ ראו, למשל, בג"ץ 60/77 **רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, פ"ד לא (2) 556. ⁴⁹ זה היה המצב בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג (1) 693; ראו, בנוסף, בג"ץ 246, 260/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (4) 1; בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז (3) 141; בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד (3) 529.

בפסק הדין בפרשת **חוק גל**⁵⁰ החלה מסתמנת, לראשונה מזה שנים רבות, גישה חדשה בקרב שופטי בית המשפט העליון באשר למעמדם החוקתי של כלל חוקי היסוד "הרגילים" (דהיינו אלה שלא שוריינו בשריון מיוחד). בפסק הדין, אחד הארוכים והממצים שנכתבו במשפט הישראלי מעולם, הביעו רובם של השופטים את הדעה כי תיקונו של חוק יסוד - במישרין או בעקיפין - יכול שיעשה רק בחוק יסוד, ולא בכל חוק רגיל כפי שגרסה התפיסה החוקתית שמשלה בכיפה במשפט הישראלי עד אז, אם כי בהעדר שריון לחוק היסוד, יכול התיקון להעשות בכל רוב חולף בכנסת⁵¹. יש להניח כי משמעויותיו של פסק דין רחב יריעה זה, על הדעות השונות שנשמעו בו והמשך התפתחותה של מגמה זו במשפט החוקתי של מדינת ישראל, יבואו לידי ביטוי בעלילות המשפטיות שעוד נכוננו לחוקי היסוד החדשים⁵².

⁵⁰ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221. פסק הדין דן בערעורים על פסקי דין של בית המשפט המחוזי בחיפה ושל בית המשפט המחוזי בתל אביב, אשר נגעו לתוקפו של תיקון לחוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב - 1992 (חוק גל; ס"ח התשנ"ב, עמ' 118), שקבע הסדרי פרישה, תשלומים ומחיקת חובות במגזר החקלאי המשפחתי, ובמיוחד התיקון לחוק זה משנת 1993, אשר הרחיב בארבע שנים נוספות את התקופה אשר חובות שנוצרו בה יהיו כפופים להליכי שיקום ואפשר מחיקה מוחלטת של החוב. במסגרת ההליכים נטען על ידי באי כוח הבנק, כי פרישה ומחיקה כאמור, הם בטלים ככל שהם פוגעים, בפרישת החובות ובמיוחד במחיקת חלקם, בזכויותיהם של נושי החקלאים, תוך סתירה להוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (בפועל, נדון רק מעמדו של התיקון המרחיב לחוק גל ולא החוק המקורי, שכן זה נחקק מספר ימים לפני חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן היה מוגן מפגיעתו של חוק היסוד, בהתאם להוראת התשריר המגינה על תוקפה של חקיקה קודמת, אשר נקבעה בסעיף 10 לחוק היסוד). לגופו של חוק ולגופם של הסדרים פסק בית המשפט העליון, לבסוף (בשבתו בהרכב מורחב של תשעה שופטים), כי על אף הפגיעה בזכות הקניין (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), אין פסול בחוק גל (על תיקונו השנוי במחלוקת) וזאת מאחר שההסדרים שנקבעו בו עומדים במבחניה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, דהיינו כי חוק גל הוא חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה (הצלת ושיקום המגזר החקלאי המשפחתי), והוא קובע הסדרים שנועדו להשיג את אותה תכלית ראויה תוך פגיעה בזכות הקניין המוגנת במידה שאינה עולה על הנדרש.

⁵¹ שופטי בית המשפט העליון דנו ארוכות בשאלת הסמכות המכוננת בישראל, והאם זו נתונה בידי הכנסת או שמא בידי גוף או גורם אחר במרקם המשטר בישראל. רוב השופטים סברו כי הסמכות המכוננת עברה מן האסיפה המכוננת לכנסת הראשונה (עם חקיקתו של חוק המעבר, התשי"ט - 1949 (ס"ח התשי"ט, עמ' 1)), וממנה, אחת לאחת, לכל הכנסות שבאו אחריה. מכאן, לדעת הרוב, כי הסמכות המכוננת מצויה גם כיום בידי הכנסת, ותמשיך להיות בידה עד שתכונן חוקה מלאה למדינת ישראל, אזי תעבור הסמכות המכוננת לגוף שיקבע לעניין זה בחוקה עצמה. השופט חשין, לעומת זאת, בדת מיעוט, סבר כי הכנסת איננה רשות מכוננת, וכי למעשה אין כיום כל גוף בישראל האוחז בסמכות המכוננת. עם זאת, גם השופט חשין הסכים כי בסמכותה של הכנסת ליצור חוקים משוריינים, אך בהעדר סמכות מכוננת מוגבל השריון לרוב הדמוקרטי המזערי - שהוא לגישתו של השופט חשין גם המרבי - רוב של 61 חברי כנסת.

⁵² לדיון בפרשת **חוק גל** ובמשמעויותיה ראו, בין היתר: ע' זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב לאמרת אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש", **משפט וממשל** ג (1996) 679; א' יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית", **משפטים** כח (1997) 443; י' מ' אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית - מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם", **משפטים**

בנוסף על העיסוק המשפטי הישיר בחוק שעמד על המדוכה, ובנוסף לדיון בסוגיית הסמכות המכוננת, עסק בית המשפט העליון בהרחבה גם במעמדם של חוקי היסוד, ובין היתר נדון מעמדם של חוקי היסוד שאינם משוריינים, ונקבע, בהיבט זה, ברוב דעות, כי חוקי יסוד - גם כאלה שאינם משוריינים - ניתן יהיה לתקן מעתה ואילך רק בחוקי יסוד אחרים, אם כי חוק יסוד שאין לו מעמד חוקתי והוא אינו משוריין, ניתן יהיה לתקנו בחוק יסוד שיועבר בכל רוב שהוא.⁵³

התוצאה המתחייבת מפסק הדין בפרשת **חוק גל** בסוגיית מעמדם החוקתי של חוקי היסוד בישראל היא כי חוקי יסוד שאינם משוריינים מפני שינוי בדרישת רוב כזו או אחרת, ניתן לשנותם, לתקנם ואפילו לבטלם, בכל רוב שהוא, ובלבד שהשינוי ייעשה בחוק יסוד. חוקי יסוד משוריינים, לעומת זאת, ניתן לשנותם, לבטלם או לתקנם רק ברוב המשוריין הקבוע בהם, וגם זאת, כחבריהם הלא משוריינים, בחוק יסוד בלבד.

מכאן, כי בישראל קיימות כיום שתי קבוצות עיקריות של חוקי יסוד: חוקי היסוד שאינם משוריינים, למעט סעיפים בודדים, הם חוקי היסוד מן הדור הראשון, הכוללים את מרבית חוקי היסוד, לרבות חוק-יסוד: הצבא, וחוקי היסוד המשוריינים או בעלי המעמד החוקתי העל חוקי הפורמלי (או שניהם גם יחד - חוק-יסוד: חופש העיסוק), הם חוקי היסוד מן הדור השני, המתקדם יותר.

מצבו החוקתי של חוק-יסוד: הצבא הוא עגום ביותר, שכן חוק יסוד זה נמנה עם אותם חוקי יסוד מן הדור הראשון, אשר הכנסת לא מצאה לנכון להגן עליהם כלל: אין הוא משוריין ואין הוא מוגן מפני שינוי בתקנות שעת חרום, ולמעשה, כל עוד הדבר נעשה בחוק יסוד (עניין שבחיי המעשה של הליכי החקיקה בכנסת הוא טכני לחלוטין), ניתן לתקנו ואף לבטלו בכל רוב שהוא. מצב חוקתי זה הינו כמובן בעייתי ביותר וטעון תיקון בהקדם האפשרי, שכן הדעת נותנת כי יש למנוע אפשרות שינוי כה פשוטה של אחד מן ההסדרים החוקתיים הבסיסיים והחיוניים ביותר בכל משטר דמוקרטי.

כח (1997) 461; ר' גביון "המהפכה החוקתית: תאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה", **משפטים** כח (1997) 21; י' דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין", **משפטים** כח (1997) 535; א' פוזנר "חוק גל כמשל - ההגנה על זכות הקניין", **משפטים** כח (1997) 581; א' פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית", **משפטים** כח (1997) 621 (למעשה, מרביתו המכריעה של כרך כח של כתב העת משפטים, 600 עמודים ויותר, עוסקת בהיבטים השונים של פסק הדין בפרשת **חוק גל**); י' בהט "ההגנה החוקתית על הקניין - הלכה למעשה", **שערי משפט** א (1997) 15; בג"ץ 5263/94 **הירשזון נ' שר האוצר**, פ"ד מט(5) 837. לעיון בפרשת **חוק גל**, ולמשמעויותיהם הרחבות יותר של שני חוקי היסוד החדשים שנחקקו בשנת 1992 למשפט החוקתי של מדינת ישראל, ראו מ' שמגר, "גורם מלבד, מפשר ומרגיע", **הארץ**, **ספרים**, 1.5.97, 3. לדיון ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה חמישית, שוקן (תל אביב, 1996), 388 - 408.

עם זאת, לעניות דעתי, לפחות בסוגיית שינוי חוק-יסוד: הצבא באמצעות תקנות שעת חרום, מחייב ההסדר שנכנס לתוקף בשנת 1996 לעניין התקנת תקנות שעת חרום בסעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה, יחד עם פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת חוק גל, את המסקנה כי תקנות שעת חרום אינן יכולות לשנות חוק יסוד, ולמצער אינן יכולות לבוא לשנות את ההסדרים הקבועים בחוק-יסוד: הצבא.

הורתן של ההוראות בחלק מחוקי היסוד המגנות מפני שינויים בתקנות שעת חרום בהסדר שהיה קבוע לעניין תקנות שעת חרום בסעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הסדר אשר בוטל עם כניסתו לתוקף של ההסדר הקבוע בסעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה). כיום, ובמיוחד לנוכח ההבחנה הברורה שקבע בית המשפט העליון בין חוק לבין חוק יסוד, נראה כי סעיף 50(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, לפיו "תקנות שעת חרום כוחן יפה לשנות כל חוק", יש לפרשו כך שאיננו מתייחס לחוקי יסוד, ותקנות שעת חרום אינן יכולות לשנות או לתקן חוק יסוד, בין אם קבועה בו הגנה מפורשת מפני תיקון בתקנות שעת חרום ובין אם לאו. מן הראוי להעיר, כי ניתן להשתית פרשנות זו, בכל הנוגע לחוק-יסוד: הצבא, גם על הוראתו של סעיף 50(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, על פיה לא יותקנו תקנות שעת חרום אלא במידה שמצב החרום מחייב זאת, וקשה לדמיין מצב חרום, חמור ככל שיהיה, אשר יחייב את שינוי ההסדר החוקתי הקובע את מעמדו של הצבא לפי חוק-יסוד: הצבא. משמעותה של גישתי זו היא, כי לא ניתן לתקן או לשנות את חוק-יסוד: הצבא בתקנות שעת חרום.

ד. החקיקה המסדירה את פעילות הצבא

צה"ל הוקם, כידוע, על בסיס הציוד וכוח האדם של שלוש המחזרות, אשר פעלו כנגד השלטונות הבריטיים ערב קום המדינה, ובמיוחד על יסוד המבנה והארגון של "ההגנה". פקודת צבא הגנה לישראל, התש"ח - 1948⁵⁴, אשר הוצאה מכוחו של סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, עליו עוד יורחבו דברים להלן, הכריזה על הקמת צה"ל, וקבעה כי בשעת חרום יונהג גיוס חובה אליו (סעיף 2 לפקודה). לאור הוראה זו חוקק חוק שירות ביטחון, התש"ט - 1949⁵⁵, ובגרסתו דהיום - חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו - 1986⁵⁶.

⁵⁴ ע"ר התש"ח, תוספת א', עמ' 9. חבלי הלידה של שיטת המשפט הישראלית הובילו לתקלה בחקיקתה של פקודת צבא הגנה לישראל, כאשר הפקודה הוצאה על ידי הממשלה הזמנית (הרשות המבצעת) ולא על ידי מועצת המדינה הזמנית (הרשות המחוקקת). רק מספר שבועות מאוחר יותר, ביום 7.7.48, תוקנה הטעות: סעיף 4 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הוראות נוספות), התש"ח - 1948, ע"ר התש"ח, תוספת א', עמ' 21.

⁵⁵ ס"ח התש"ט, עמ' 271. עד לחקיקתו של חוק שירות ביטחון, התש"ט - 1949, נשענה חובת הגיוס על סעיף 2 לפקודת צבא הגנה לישראל לבדו.

⁵⁶ ס"ח התשמ"ו, עמ' 105.

פקודת צבא הגנה לישראל קבעה, בנוסף, חובת שבועת אמונים למדינת ישראל, לחוקתה ולשלטונותיה המוסמכים (עוד שריד - עד עצם היום הזה - של ההבטחה לחוקה שנכזבה). כן אסרה הפקודה, לאור הפילוג שהיה ביישוב היהודי בעניין זה עם קום המדינה וניסיון הסירוב של הפלמ"ח להתפרק ולהטמע ביחידות צה"ל השונות⁵⁷, על הקמת או קיום כל כוח מזוין אחר פרט לצה"ל.

סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט קבע בעבר, כי "הממשלה הזמנית תהיה רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מוסמכים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה"⁵⁸.

עד לחקיקתו של חוק-יסוד: הצבא בשנת 1976, היוו סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ופקודת צבא הגנה לישראל את המקור הנורמטיבי היחיד לפעילותו של צה"ל (להבדיל מגיוס כוח אדם וציוד לשירות הצבא, בו עסק חוק שירות ביטחון בגרסאותיו השונות, לעניין גיוס כוח אדם, ותקנות שעת חרום, שהיו בתוקף מאז שנות החמישים⁵⁹, לעניין גיוס ציוד (תקנות אשר הוחלפו לבסוף בחוק רישום ציוד וגיוסו לצבא הגנה לישראל, התשמ"ז - 1987)⁶⁰, ואלה לא עסקו כלל באחריות הדרג המדיני לפעולות הצבא, במעמד החוקתי של הצבא ובכפיפותו לדרג האזרחי הנבחר.

ועדת אגרנט, אשר חקרה את מחדלי גיוס המילואים ותנועת הכוחות אל החזיתות עובר לפריצתה של מלחמת יום הכיפורים, התריעה עוד בדו"ח הביניים שלה על כך שאין מערכת היחסים ממשלה - שר ביטחון - רמטכ"ל מוסדרת בחקיקה, וחסר זה מביא לאי בהירות בחלוקת הסמכויות בנושאים רגישים כגון גיוס כללי, יציאה למלחמה, וכיוצא באלה. בעקבות כך המליצה הועדה כי עניינים אלה יוסדרו במפורש בחוק⁶¹, ואכן,

⁵⁷ ראו י' גלבר, **למה פרקו את הפלמ"ח - הכוח הצבאי במעבר מיישוב למדינה**, שוקן (ירושלים ותל אביב, 1986); כן ראו ג' היכל, **בעין פקוחה וזרוע נטויה: הפיקוח האזרחי על הצבא 1945 - 1957**, הוצאת ספרים אריאל (ירושלים, 1998), 65 - 96.

⁵⁸ בשנת 1995 תוקן הסעיף, יחד עם חוק שירות ביטחון [נוסח משולב] (תיקון מס' 7 והוראת שעה) (שירות במשטרה ושירות מוכר), התשנ"ה - 1995 (ס"ח התשנ"ה, עמ' 440), ונוסחו דהיום הינו כדלקמן:

"הממשלה הזמנית תהיה רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מוסמכים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הביטחוניים - לאומיים."

⁵⁹ ראו, למשל, חוק הארכת תוקף של תקנות שעת חרום (הוראות בדבר רישום ציוד וגיוסו), התשי"ב - 1951, ס"ח התשי"ב עמ' 4. חוקי הארכה מעין זה חוקקו מדי שנה בשנה, עד לחקיקתו של חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא הגנה לישראל בשנת 1987.

⁶⁰ ס"ח התשמ"ז, עמ' 56.

⁶¹ **ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים**, עם עובד (תל אביב, 1975), 25 - 26, 96 - 99. דו"ח ועדת אגרנט בהיקפו המלא, על שלושת חלקיו (דין וחשבון חלקי (1.4.74), דין וחשבון חלקי נוסף (10.7.74), ודין וחשבון שלישי ואחרון (30.1.75)) הוא כבן 2,700 עמודים לערך, אשר מאז שנת 1994, בהתאם להחלטת הממשלה בעניין זה, רובם המכריע גלוי לציבור וניתן לעיון לכל דכפין בארכיון צה"ל בגבעתיים. היקף הכתיבה על דו"ח ועדת אגרנט אינו מאפשר אלא להצביע על מאמרים ספורים, מהם מוזמן הקורא המתעניין להמשיך בכוחות עצמו: ש' שטרית "ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים:

בשנת 1976 נחקק חוק-יסוד: הצבא⁶², שהוא כאמור חוק יסוד שאינו משוריין ואינו בעל מעמד חוקתי פורמלי.

למרבית הצער, חוק היסוד לא פתר את כל הסוגיות הנוגעות לחלוקת הסמכויות הנוגעות לצבא, כגון יחסי ראש הממשלה - רמטכ"ל, יחסי שר הביטחון - רמטכ"ל, ועוד, אך ללא ספק יש בו משום פתרון לבעיה הכללית של היקף אחריות הדרג המדיני (הדרג האזרחי הנבחר) ומיהות האחראים בדרג זה לפעולות הצבא ולהפעלתו, עליה הצביעה ועדת אגרנט. יוזכר, עם זאת, כי ועדת אגרנט הבחינה בין האחריות הישירה לבין האחריות המיניסטריאלית, וקבעה כי בהעדר אשם מבחינת האחריות הישירה של הדרג המדיני (קביעה הראויה לביקורת בפני עצמה, בכל הנוגע לשר הביטחון מ' דיין), הרי שבשאלת מימוש האחריות המיניסטריאלית - התפטרות השר הנוגע בדבר - לא תעסוק, בהיותה שאלה פוליטית. קשה להמנע מן הרושם, שהגדרה חדה יותר של אחריות הדרג המדיני לפעולות הצבא ולהפעלתו והצבעה מדויקת על האחראים (שאינם בהכרח האשמים, כמובן) בחקיקה, היתה מובילה למסקנות אחרות לעניין האשמה, במסגרת הדין בסוגיית האחריות הישירה גם בדו"ח ועדת אגרנט⁶³.

המאזן הכולל - לכף זכות, "משפטים ח (1977) 74; ד' אבן "מעמדו של המנהג בתחום המשפט בציבורי בעקבות דו"ח ועדת אגרנט", **משפטים** ז (1976) 201; ר' גביון "על פירושו הנכון של סעיף 15 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט - 1968, ועל התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק", **משפטים** ו (1976) 548; א' קלגסבלד "צמצום זכות הטיועון בפני ועדת חקירה", **משפט וממשל** ד (1998) 751, 753. למאמר מעניין, שלא מנקודת מבט אקדמית, ראו א' שמחוני "לבטל את מסקנות ועדת אגרנט", **מעריב, אנשי המלחמה - 25 שנים למלחמת יום הכיפורים**, 29.9.98, 4.

⁶² על הקשר בין דו"ח ועדת אגרנט לבין חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא ראו הצגת הצעת החוק בקריאה הראשונה על ידי שר המשפטים ח' צדוק: דברי הכנסת 74, 4002 - 4004 (1975). ראוי לציין, כי בין הגשת החלק השלישי והאחרון של דו"ח ועדת אגרנט (30.1.75) לבין הגשת הצעת החוק לכנסת לקריאה ראשונה (30.7.75) עברו ששה חודשים (הצעת החוק פורסמה ביום 9.7.75: הצ"ח התשלי"ח, עמ' 418), אך המלצתה של ועדת אגרנט להסדרת יחסי הצבא עם הדרג המדיני הובאה כבר בדו"ח הביניים שלה, אשר הוגש ביום 1.4.74, שנה וארבעה חודשים לפני כן. חוק היסוד עבר בקריאה שניה ושלישית שמונה חודשים לאחר שעבר בקריאה ראשונה, ביום 31.3.76. עיון בהיסטוריה החקיקתית מלמד כי לא חלו שינויים מהותיים בנוסח החוק שנתקבל לעומת נוסח הצעת החוק. הנסח הראשי של הצעת החוק היה היועץ המשפטי לממשלה באותה תקופה (ולאחר מכן שופט בית המשפט העליון ונשיאו), מאיר שמגר.

⁶³ ואכן, בפעם הראשונה לאחר פרסומו של דו"ח ועדת אגרנט בה עלתה שאלת אחריותו של הדרג המדיני למחדל ביטחוני, לא עלתה כלל לדיון ממשי טענה בדבר העדר אחריות של הדרג המדיני: ראו **דין וחשבון הוועדה לחקירת הארועים במחנות הפליטים בביירות** (1983) (ועדת כהן; הדין וחשבון פורסם גם בספר יצחק כהן: **ועדת החקירה לחקירת הארועים במחנות הפליטים בביירות - דין וחשבון**, מ' אלון, מ' בן זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ, מ' לנדוי (עורכים), **ספר יצחק כהן**, פפירוס (תל אביב, 1989), 119). בדיונה של ועדת כהן עצם קיומה של אחריותו הישירה של הדרג המדיני הובהרה היטב על ידי הוועדה (ראו דו"ח הוועדה, שם, 156 - 158), וזאת על אף שגם ועדת כהן חזרה, מצוות חכמים מלומדה, על הבחנת ועדת אגרנט בין אחריות ישירה לבין אחריות פרלמנטרית או מיניסטריאלית, אלא שלהבדיל מועדת אגרנט, ניגשה מיד ועדת כהן, יש להניח כי בין היתר לאור הוראותיו המפורשות והברורות של חוק-יסוד: הצבא, לברר את מידת אשמתם של בכירי הדרג המדיני - ראש הממשלה מ' בגין ושר הביטחון א' שרון, וקבעה לבסוף את שקבעה. מעניין לציין, כי לעומת זאת, בפרשת **משעל** בחרה

כאמור, למעט פסק הדין בפרשת **דויקאח**⁶⁴, טרם פורש החוק פרשנות של ממש בפסיקה, ועד כה הוצעו רק מספר גישות חלופיות אפשריות בכל הנוגע לפירושו, הן באשר ליחסי הכפופות והמרות המוסדרים בו באופן מפורש, והן באשר לאלה שזכרם לא בא - או נותר מעורפל - בחוק היסוד⁶⁵.

ה. סמכויות הצבא ומטרות שירות הביטחון⁶⁶

סמכויות הצבא קבועות בראש ובראשונה בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ומאז שנת 1996, על דרך השלילה, גם בסעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה⁶⁷. דא עקא, שהפרשנות שנתנה על ידי הצבא ומערכת הביטחון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לאורך השנים היתה רחבה למדי, ולגישתי - רחבה מדי.

הצבא פעל לאורך השנים במסגרות רבות ובמשימות רבות, שרק בדוחק רב ניתן להכלילן במסגרת התכלית הכללית של פעולות הדרושות להגנה על המדינה, כמו הקצאת כוח אדם מקצועי ומנהלי למטרות שונות בקרב גופי מערכת הביטחון, העברת מורות חיילות לשירות בתפקידי הוראה במסגרת משרד החינוך, העברת כוח אדם לשירות בבתי חולים, ועוד. גם כיום, קובעת פקודת מטכ"ל 33.0136, שכותרתה פעולות סיוע למגזר האזרחי בשעת רגיעה, את האפשרות להקצאת כוח אדם ואמצעים למשימות אזרחיות, וזאת על אף שניתן לטעון כי ההסדרים דהיום בחוק שירות הביטחון (ראו להלן), על פיהם, למעשה, מותרת הפעלת חיילים למטרות שאינן ביטחוניות מובהקות רק מחוץ לצבא,

ועדת הבירור שלא לעסוק לעומק באחריות הדרג המדיני לכשלון פעולת המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים: **דין וחשבון לבחינת פעולת המוסד כנגד האלד משעל בירדן** (16.2.98); כן ראו ז' סגל "הדרג המדיני - מחוץ לתחום", **הארץ**, 17.2.98, א 8. מבחינות רבות היתה פרשת **אלון מורה** קו פרשת מים במשפט הישראלי. לפירוט נרחב של השתלשלות הפרשה ראו מ' נגבי, **כבלים של צדק**, כנה (ירושלים, 1982), 28 - 77. בפרשת **העצני** (לעיל, הערה 4) נמנע בית המשפט מלקבוע הלכה באשר ליחס ומידת המעורבות מצד הדרג המדיני בפעולות הדרג הצבאי (שם - מפקד אזור יהודה ושומרון), שאלה המעוררת קשיים במיוחד בסוגיית יחסי שר הביטחון והרמטכ"ל, כפי שעוד יפורט להלן.

⁶⁵ לפרשנותו של חוק-יסוד: הצבא בסמוך לאחר חקיקתו ראו P. Elman, "Basic Law: The Army", 2 Israel Law Review 232 (1977).

⁶⁶ התפיסות המוצגות בפרק זה גובשו, בין היתר, בסדרת דיונים עם עו"ד תומר גוטהלף. תודתי נתונה לו על כך ועל התהיות מאירות העיניים שהציג בסוגיות יעדי השירות הצבאי ומטרות שירות הביטחון.

⁶⁷ לכאורה, ניתן לטעון כי סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה קובע, כי הפעלת הצבא מותרת רק למטרות של הגנת המדינה וביטחון הציבור, ועל כן הפעלת צה"ל למשימות אחרות (סיוע למגזר החקלאי, משלחות הצלה בינלאומיות, ועוד), איננה מותרת. סוגיה חוקתית זו, אשר נודעת לה חשיבות רבה, שלא ניתן להקל בה ראש, טרם באה על פתרונה (והשוו, לעניין משטרת ישראל, את פרשת משלחת השוטרים להאיטי: בג"ץ 5128/94 **פדרמן נ' שר המשטרה**, פ"ד מח(5) 647).

יוצרים הסדר ממצה בכל הנוגע להפעלת חיילים המשרתים בצבא בכפיה למטרות שאינן ביטחוניות מובהקות.

האם המצב המשפטי הקיים מאפשר להפעיל את הצבא למשימות כמו קטיף תפוזים, כאשר קיים מחסור בידיים עובדות במגזר החקלאי? האם המצב המשפטי הקיים מאפשר להפעיל את הצבא למשימות סיוע והצלה בחו"ל? האם המצב המשפטי הקיים מאפשר להפעיל את הצבא למשימה של שבירת שביתה?⁶⁸ האם המצב המשפטי הקיים מאפשר להפעיל את הצבא למטרת שמירה על הסדר הציבורי בערים,⁶⁹ באופן כללי או בשל מחסור בכוח אדם במשטרה, זמני או קבוע?⁷⁰

⁶⁸ י' אליאסוף "שאלות משפטיות הקשורות במעורבותו של צה"ל בסכסוכי עבודה אזרחיים", **משפט וצבא** 9 (1998) 195. בארצות הברית, קובע החוק (Posse Comitatus Act) מאז שנת 1878 (ראו 18 U.S.C. 1385 : ההסדר הוא בדמותה של עבירה פלילית, אשר דין הפרתה עד שנתיים מאסר), בעקבות לקחי פעולות צבא הצפון בדרום לאחר מלחמת האזרחים, איסור על הפעלת זרוע היבשה (Army) וזרוע האוויר (Air Force) למטרות אכיפת החוק האזרחי (האיסור אינו חל על זרוע הים (Navy)), אלא אם הדבר הותר מפורשות בחוקה או בחקיקה פדרלית. ראו H. W. C. Furman, "Restrictions upon Use of the Army Imposed by the Posse Comitatus Act", 27 Military R. B. Hohnsbeen (Note), "Forth Amendment ;Law Review 85 (1960) and Posse Comitatus Act Restrictions on Military Involvement in Civil Law Enforcement", 54 The George Washington Law Review 404 (1986) לעניין הפרות סדר פנימיות או אזרחיות השו, בנוסף, גם S. C. Greer, "Military Intervention in Civil Disturbances: The Legal Basis Reconsidered", [1983] Public Law 573 (1983). בשנים האחרונות, ובמיוחד מאז שנת 1986, ניכר כרסום בשמירה על עקרון זה, כאשר הקונגרס הרחיב ושב והרחיב את התחומים והנושאים בהם מותרת הפעלת הצבא לאכיפת החוק האזרחי (למצב דהיום ראו, בין היתר, 10 M. C. 371 - 381 U.S.C. 401; מגמה שכבר זכתה לביקורת: M. C. Hammond, "The Posse Comitatus Act: A Principle in Need of Renewal", 75 Washington University Law Quarterly 953 (1997).

⁶⁹ כיום, אין הקצאת כוח אדם צבאי למשימות אזרחיות נשענת על מקור משפטי ברור; אך גם אם יעוגן ויגובה ההסדר הקבוע בפקודת מטכ"ל 33.0136 בהחלטת ממשלה, עדיין תהיה הפעלתו כפופה לשתי המגבלות המהותיות המוטלות על סמכותה השירית של הממשלה לפי סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה, דהיינו ליכולתה לפעול על פי אותו סעיף רק בכפוף להוראות כל דין, ורק בעניין שאינו מוטל בדין על רשות אחרת.

⁷⁰ לתהיות אלה ואחרות ראו י' זמיר, **הסמכות המנהלית**, נבו הוצאה לאור (ירושלים, 1996), 235 - 236. העובדה כי הדבר נעשה בעבר מעשה שגרה אין משמעותה כי הוא נעשה כדיון, גם כאשר הפסיקה התייחסה לעניין זה כמובן מאליו: בג"ץ 83/50 **פיכמן נ' שר הביטחון** (פ"ד ד' 724); ע"א 190/81 **פלג נ' מדינת ישראל** (פ"ד לח(2) 57). מעניין לציין, כי על פי החוקה הגרמנית (סעיף 87א(2) לחוקה או לחוק היסוד (Grundgesetz)), יעדו העיקרי של הצבא הוא הגנת המדינה, והפעלתו למטרות אחרות מותרת רק אם נקבעה בחוק. על פי סעיף 87א(3) לחוק היסוד של גרמניה מותרת הפעלת הצבא למטרות נוספות בשעת חרום, ועל פי סעיף 87א(4) לחוק היסוד, מותרת הפעלת הצבא כתמיכה למשטרה רק למטרות של שמירה על רכוש אזרחי ולחימה בהתקוממות מאורגנת מזוינת, וגם זאת במקרים חריגים. במקרה כזה, כל אחד משני בתי הרשות המחוקקת (Bundestag, Bundesrat) רשאי להורות על הפסקת הפעלת הצבא כאמור.

לא אעסוק בהרחבה במסגרת זו בשאלת הפעלתו של הצבא מחוץ למדינה, הראויה לדיון נפרד, במיוחד לנוכח תחולתו האישית (הפרסונלית) של חוק השיפוט הצבאי. מן המפורסמות הוא, כי צה"ל ביצע ומבצע משימות הצלה וסיוע רבות בחו"ל, הן כאלה שלמדינת ישראל היה עניין חיוני וברור בביצוען (למשל - שגרירות ישראל בבואנוס איירס 1994), הן כאלה שלמדינת ישראל היה עניין עקיף, שביחסי חוץ, בביצוען (למשל - שגרירות ארצות הברית בניירובי 1998), והן כאלה שהיו משימות הומניטריות מובהקות, ללא עניין הנוגע למדינת ישראל מעבר להיבט ההומניטרי הכללי (למשל - רואנדה 1995).

בקליפת האגוז יצוין, עם זאת, כי המסקנה העולה, לכאורה, מפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **פדרמן**⁷¹, היא כי משימת סיוע הנחוצה או הנובעת מטעמים הנוגעים ליחסי החוץ של מדינת ישראל תהיה משימת סיוע אשר הממשלה רשאית בהחלטה להטילה על הצבא, וזאת בהתאם לסמכותה השיורית לפי סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה. הנמקתה של ההלכה האמורה נעוצה בכך שמשימות סיוע והצלה הנובעות מצרכי יחסי החוץ של הממשלה הינן פעולות שאינן מוטלות בדין על רשות כלשהי, ומכאן סמכותה של הממשלה להורות על ביצוען. מסקנת הלאו הנגזרת המשתמעת של הדברים, לפיה לא תותר הפעלת הצבא מחוץ למדינה למשימות שאינן משימות סיוע והצלה או למשימות שאינן נובעות מצרכי יחסי החוץ של המדינה⁷² (על אף שפורמלית גם במקרה כזה תעמוד לממשלה סמכותה השיורית - שהרי הסמכת הממשלה לעשות מעשה עדיין אין משמעותה הסמכה לעשותו באמצעות הצבא), לעומת זאת, טרם עלתה על הפרק, ועל כן טרם הוכרעה.

עד לשנת 1995 היתה מותרת הפעלת הצבא למטרת הגנה על המדינה בלבד, וזאת כפי שקבע עד אז סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. באותה שנה, תוקן הסעיף, ונקבע בו כי הפעלת הצבא (בלשון הסעיף - "הכוחות המזוינים") מותרת גם להשגת יעדי הביטחוניים הלאומיים של המדינה. הרחבה זו, שלא לוותה בדיון ממשי בדבר משמעויותיה, נעדרת מנגנונים ראויים של פיקוח מטעם הדרג האזרחי על הצבא, ובמיוחד מנגנונים של פיקוח הכנסת על הפעלת הצבא בידי הממשלה למטרות ביטחוניות לאומיות, והיא נותנת, למעשה, בסיס משפטי להפעלת הצבא בישראל למטרות רחבות ביותר, אשר אין להן כמעט אח ורע במדינות דמוקרטיות אחרות, בודאי שלא בהעדר תנאים מגבילים ופיקוח הדוק. תיקון זה לפקודת סדרי השלטון והמשפט, על אף שכפי

⁷¹ יצוין, כי הצעה לתיקון חוק-יסוד: הצבא לסיוג פעילות הצבא מחוץ לישראל, בעקבות פרשת משלחת השוטרים להאיטי (הצעת חוק של ח"כ ר' זאבי מנובמבר 1994) נדחתה, בהתנגדות הממשלה. להלן יתרכז הדיון ביעדי הפעלת הצבא בלא התייחסות פרטנית לשאלת הפעלת הצבא מחוץ למדינה, הראויה, כאמור, לדיון נפרד. לסמכויות הצבא לפעול במשימות הומניטריות בארצות הברית ראו 10 U.S.C. 402.

⁷² אם כי ניתן לטעון, כמובן, כי כל משימה של הצבא מחוץ למדינה, למעט, כמובן, פעולות לחימה באויב או פעולות הנוגעות לפעולות כאלה, היא משימה הנוגעת ליחסי החוץ שלה.

שיאמר מיד הוצג כקשור קשר הדוק להרחבת מטרות שירות הביטחון, יוצר הסדר חוקתי בעייתי, פרוץ ורחב מדי⁷³.

בשנת 1995 תוקן גם חוק שירות ביטחון ונוסף לו סעיף 26א, הקובע כי בהסכמתו של יוצא צבא (גבר או אשה), ניתן להעבירו לשרת את שירותו הסדיר במסגרת של "שירות מוכר"⁷⁴. מסגרת זו, אשר בחוק נקבע כי היא מיועדת להשגת יעדים ביטחוניים לאומיים, כוללת שירות למטרות ובמסגרות בהן מופעל כיום גם השירות הלאומי, ובניהן, על פי צו שפורסם על ידי שר הביטחון להפעלת השירות המוכר (צו שירות ביטחון (קביעת שירות מוכר לפי סעיף 26א לחוק), התשנ"ו - 1996⁷⁵), משימות בתחום החינוך, בתחום קליטת העליה ובתחום הבריאות⁷⁶.

הסדר זה הינו הסדר בעייתי, המעורר קשיים לא מעטים⁷⁷, והוא אף ראוי לביקורת חוקתית כשלעצמו, ממספר טעמים⁷⁸. ההסדר ראוי גם לביקורת לבר משפטית, לאור האפשרות,

⁷³ הדבר מודגם היטב אם נשקול את התרחיש על פיו יוחלט על העברת הצבא - כולו או חלקו - למתכונת של שירות צבאי מקצועי, בהתנדבות ולא בכפייה, או אז העדרה של בקרה על יעדי הפעלתו של הצבא עשויה להוליך לתוצאות קשות, וזאת לנוכח גישתי, כפי שתפורט להלן, בדבר ההבחנה בין סמכויות הצבא למטרות שירות ביטחון, אשר בין היתר משמעותה כי גם לצורך הרחבת מטרות שירות הביטחון ותיקונו של סעיף 26א לחוק שירות ביטחון לא היה כלל צורך בתיקונו של סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. קבלת גישתי האמורה משמעותה, כי בעוד שכיום יהיו, כך יש להניח, מקרים בהם תימנע הפעלת הצבא למטרות שאינן ביטחוניות בשל חוסר היכולת להפעיל את מסד כוח האדם המרכזי של הצבא - המשרתים שירות צבאי בכפייה (בשל מגבלות הנובעות מזכויות היסוד המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק), הרי שבצבא המבוסס על כוח התנדבותי בלבד יעלם מעצור מעשי זה, והתיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט עלול להתברר כבלתי נשלט. דומה כי פסק הדין בבג"ץ 715/98, 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון** (טרם פורסם) נותן משנה תוקף למסקנה זו.

⁷⁴ להיסטוריה החקיקתית של תיקון זה לחוק שירות ביטחון ולטיעון בדבר עמידותו החוקתית ראו א' רובינשטיין "על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", **עיוני משפט** כא (1997) 21, 40 - 46. אציין, בכל הכבוד, כי אינני מסכים עם גישתו של רובינשטיין, לפיה, למעשה, המנגנונים המורכבים בדרך לאישור שירות מחוץ לסדר הכוחות של צה"ל, יחד עם העובדה כי התיקון היה בעיקרו צילום של המצב שהיה קיים עובר לתחילתו והדרישה להסכמה לעניין חלק מיעדי השירות המוכר, עושים את ההסדר שנקבע בסעיף 26א לחוק שירות ביטחון עמיד במבחן החוקתי. לגישתי, מה שהיה בלתי חוקי ובלתי חוקתי בעבר - בלא כל עיגון בחוק - איננו הופך חוקתי עם הסדרתו בחוק החרות. באשר למנגנונים, הרי אלה ראויים כשלעצמם, אולם מנגנונים דיוניים אינם יכולים לבוא במקום הדרישות המהותיות שבפסקאות ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, ובהקשר זה כל כמות של מנגנוני אבטחה ובקרה דיוניים אינה יכולה לעשות איכות חוקתית.

⁷⁵ צו שירות ביטחון (קביעת שירות מוכר לפי סעיף 26א לחוק), התשנ"ו - 1996, ק"ת התשנ"ו, עמ' 988.

⁷⁶ להרחבה ראו א' נון "השירות הלאומי בישראל: בדרך לא דרך לשירות לאומי מלא", **מבט לעמי** 11 (1998) 16.

⁷⁷ כך, למשל, דומה כי עם יצירתו של הסדר זה ניטל חלק ניכר מטעמה של ההצדקה לאי גיוסם של ערביי ישראל לשירות חובה על פי חוק שירות ביטחון.

⁷⁸ למען הסר הספק אבהיר, כי לטעמי הבעייתיות החוקתית נוגעת לא רק לפגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בצבא, אלא גם לפגיעה בזכויות היסוד של אזרחים, כתוצאה

אשר ניצניה נראים כבר כיום, כי מסגרת שירות זו תשמש צינור מפלט לשירותם הצבאי של חייבי שירות חובה לפי חוק שירות ביטחון, אשר בצה"ל לא יהיה להם מקום, כמו בעלי נתוני איכות נמוכים, בעלי מגבלות שיבוץ בשירות חובה, ואף נשים, תוך בלימת מגמת השוויון בשירות הצבאי לנשים.⁷⁹

תיקון זה מעורר גם תמיהות לא מעטות בדבר הפעלת המשרתים שירות חובה למטרות שאינן ביטחוניות במובהק עד לשנת 1995, כמו למשל שירות חיילות בבתי חולים, שירות חיילות בהדרכה בחברה להגנת הטבע, וכיוצא באלה, כאשר למעשה ההסדר היחיד של שירות ליעד שאינו ביטחוני במובהק (קרי, הגנת המדינה), אשר עוגן בחוק שירות ביטחון מפורשות, היה, מאז שנת 1963,⁸⁰ ההסדר הנוגע למשמר הגבול (כיום - סעיפים 24, 25 - 26 לחוק שירות ביטחון).

יתרה מזו, שני יעדים לא ביטחוניים ידועים של השירות הצבאי - הנח"ל ושיבובת ההסדר⁸¹ - לא הוסדרו גם בתיקון לחוק שירות ביטחון משנת 1995, ולמעשה נותרו, לכאורה, בלא בסיס משפטי נאות לפעולתם.⁸²

מהפעלת הסדר השירות המוכר. כך, למשל, נראה כי תעמוד שאלה חוקתית קשה של פגיעה בזכויות יסוד (ובראשן הזכות לחופש העיסוק וזכות הקניין) בפני פיטוריו של עובד גוף ציבורי הנעשים כדי לאפשר קליטה של חיילים בשירות סדיר במסגרת שירות מוכר באותו גוף.⁷⁹

יצוין, כי לא רק באלה טמון הקושי בתיקונו האמור של חוק שירות ביטחון לעניין השירות השירות המוכר. הקושי נוגע גם לשירות הלאומי במבנהו הנוכחי. הבעייתיות טמונה בהיווצרותה הצפויה של תחרות בין השירות הלאומי לבין השירות המוכר לפי חוק שירות ביטחון, תחרות שבה מחד יתרון לצה"ל במישור הכלכלי (עלותו של יוצא צבא המשרת במסגרת השירות המוכר לגורם אליו מופנה יוצא הצבא נמוכה יותר כיום מעלותו של משרת שירות לאומי לאותו גורם בתקופת זמן נתונה), אך מאידך לפחות בשלב זה נראה כי למפעילי השירות הלאומי יתרון ברמת האיכות של כוח האדם המופנה באמצעותם. קיים חשש, כי עם היווצרות יתרונות חד משמעיים לאחד מן הגורמים, יביא הדבר לפגיעה קשה באחת מן המסגרות - השירות הלאומי או השירות המוכר - פגיעה אשר אין ספק כי מן הראוי למנוע אותה מראש תוך יצירת תאום והסדרים ממלכתיים ראויים. יש לזכור, כי היקף הקליטה של המשרתים במשמיות בהן עסקינן ברמה המקרו כלכלית הינו מוגבל, וברור כי בנקודת זמן כזו או אחרת תגיע רמת השימוש בכוח אדם זול זה למצב בו הגופים הנהנים משירותיהם של יוצאי צבא במסגרת השירות המוכר ומשרתי השירות הלאומי יוכלו - ואף יאולצו מבחינה כלכלית - לבחור ביניהם. קושי זה איננו קושי חוקתי, אך הוא מדגים היטב את העדר הבחינה המעשית הכוללת של משמעויות חקיקתו של הסדר השירות המוכר (להבדיל מהבחינה המשפטית, שעל חלק ממסקנותיה אני אומנם חולק במאמר זה, אך היתה ללא ספק מעמיקה ויסודית).

⁸⁰ חוק שירות ביטחון [נוסח משולב] (תיקון מס' 2), התשכ"ג - 1963, ס"ח התשכ"ג, עמ' 128.

⁸¹ כידוע, המשרתים במסלול ישיבות ההסדר משרתים שירות חובה - אם כי ללא תשלום - בתקופות בהן הם שוהים בישיבות לצורך לימודים תורניים, ואילו המשרתים בנח"ל משרתים שירות ללא תשלום בתקופת הכשרתם החקלאית, וזאת בהתאם להוראת הפיקוד העליון 3.0108 שירות ללא תשלום. כמובן שהסדרת הנושא בהוראות הפיקוד העליון, אשר מלכתחילה ספק אם נעשתה בסמכות, איננה יכולה לספק הסדר נאות מבחינה משפטית.

⁸² בכל הנוגע לפעילות הנח"ל, הרי אותם חיילי נח"ל מעטים המוצבים עדיין, מעת לעת,

הטעם לדברים נעוץ בכך, שאם עד לתיקון דנן לחוק שירות ביטחון ניתן היה לטעון לתקפותם של היעדים האמורים מכוח פרשנות כזו או אחרת לחוק שירות ביטחון ומכוח סמכויותיה השיוריות של הממשלה, הרי נראה כי כיום יש לראות בהסדר הקבוע בסעיפים 24א - 26 לחוק שירות ביטחון הסדר ממצה בכל הנוגע לשירות חיילים בשירות חובה במשימות שאינן ביטחוניות במובהק⁸³.

אך מעבר לספקות המשפטיים האמורים, נראה לי כי העושים במלאכה לא דקן פורתא בהבחנה חשובה הנוגעת לפעולות הצבא ולמשרתים שירות צבאי שלא בהסכמה (או, במלים אחרות, בכפיה): ההבחנה בין סמכויות הצבא לבין מטרות שירות הביטחון, וזאת כפי שיובהר מיד.

כפי שהוזכר לעיל, כדי ליתן תוקף להסדר השירות המוכר, כפי שהדברים הוצגו עובר לחקיקתו⁸⁴, תוקן במקביל גם סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ונקבע בו כי הצבא יהיה מוסמך לעשות גם כל פעולה הדרושה להשגת יעדיה הביטחוניים הלאומיים

בהאחזיות באזורי גבול בחלק משירותם הצבאי, ניתן לטעון להצדקת ההסדר כהסדר הקבוע מסגרת שירות המיועדת למטרות ביטחוניות מובהקות של הגנת המדינה (שהרי החיילים משתלבים, ברגיל, במערך ההגנה המרחבית באזור ההאחזות). ואולם, מזה מספר שנים שחלק ניכר מחיילי הנח"ל משרתים שירות סדיר ביעדים שונים לחלוטין, כגון סיוע קהילתי בעיירות פיתוח, קליטת עליה, וכיוצא באלה, וזאת שלא במסגרת ההסדרים והמגבלות שקובע סעיף 26 לחוק שירות ביטחון, דהיינו במונחי חוק שירות ביטחון, שירותם הוא שירות סדיר רגיל ולא שירות מוכר. למען שלמות הדברים אציין, כי אינני מתעלם מהוראותיהם של סעיפים 21 - 22 לחוק שירות ביטחון, הקובעים הוראות בדבר הכשרה חקלאית ובדבר שמירת שלמותם של גרעינים התיישבותיים, ואולם מעבר לכך שחלק ניכר מחיילי הנח"ל דהיום אינם עוסקים בהכשרה חקלאית ואינם חברים בגרעינים התיישבותיים, ספק רב אם יהיה בסעיפים אלה כדי להועיל, במיוחד לאחר התיקון לחוק שירות ביטחון משנת 1995. תודתי לעו"ד כפיר אברהם על העיון שקיימנו בסוגיית הבסיס החוקי להפעלת הנח"ל, ושבעקבותיו נוספה למאמר הערה זו.

⁸³ למעשה, המסקנה הרחבה העולה מן התיקון היא, לכאורה, כי לא ניתן עוד להפעיל חיילים המשרתים לפי חוק שירות ביטחון למטרות שאינן ביטחוניות מובהקות אלא אם הן מפורטות מפורשות בחוק שירות ביטחון, ובתנאים הקבועים בו, וכי למעשה משמעות התיקון היא, כי ניתן להפעיל חיילים ליעדי השירות המוכר רק מחוץ למסגרת הצבא (השירות "ביחידות צבאיות" הנוכר בסעיפים 26א(א)1 - 26א(א)2)) נועד רק ליצור מסגרת רישומית וארגונית לתחלת חוק השיפוט הצבאי על המשרתים שירות מוכר), וההסדר הקבוע (למשל) בפקודת מטכ"ל 33.0136 איבד את חוקיותו, ככל שהיה חוקי קודם לכן, והוא מהווה כיום חריגה מסמכות, ככל שהדברים נוגעים לחיילים המשרתים בצבא לפי חוק שירות ביטחון (ודומה כי פסק הדין בפרשת **רובינשטיין**, לעיל הערה 73, מחזק מאוד מסקנה זו, גם אם מתוך תפיסת יסוד שונה). אני ער לכך, כי משמעותה של מסקנה זו היא כי המטרות לשמן מותר להפעיל את המשרתים בכפיה במסגרת הצבא הינן צרות יותר מן המטרות לשמן מותר להפעיל את המשרתים בכפיה מחוץ למסגרת הצבא, אולם אני סבור כי מסקנה זו, לא זו בלבד שהיא מתחייבת מן ההסדרים המשפטיים הקיימים, אלא שהיא אף חיובית ורצויה מבחינת ההפרדה בין פעולות הצבא לפעולות "אזרחיות" של הרשות המבצעת, וההסדר הנוכחי של הפעלת חיילים במסגרת השירות המוכר הוא אף מאוזן יותר, מבחינת הפיקוח עליו מצד הרשות המחוקקת.

⁸⁴ ראו א' רובינשטיין, לעיל הערה 74, 40 - 46.

של המדינה, ולא - כפי שהיה עד לאותו מועד - להגנתה בלבד. ואולם, למעשה, מכיון שהמשרתים שירות מוכר לפי סעיף 26 לחוק שירות ביטחון אינם משרתים כלל בצבא - כארגון - בעת שהם משרתים למטרות שאינן ביטחוניות אלא ביטחוניות לאומיות, לא היה צורך בתיקונו של סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט כדי להכשיר את הסדר השירות המוכר, ומסקנה דומה יפה גם לעניין שירות ביחידות משטרת ישראל שאינן יחידות משמר הגבול לפי סעיף 24 לחוק. התיקון נדרש רק כדי להכשיר את אותן פעולות המבוצעות על ידי הצבא כארגון, באמצעות הנמנים עם שורותיו (במונחי חוק שירות ביטחון וחוק השיפוט הצבאי - נמנים עם הכוחות הסדירים), שאינן פעולות להגנת המדינה אלא פעולות להשגת יעדים ביטחוניים לאומיים, כמו האחזות חקלאית באזורי ספר (עיקר פעילותו של הנח"ל בעבר).

הטיעון המוצג על ידי בעניין זה הוא, כי גם כאשר הצבא כארגון מוסמך לבצע פעולה במישור החוקתי, עדיין אין משמעות הדברים כי הצבא מוסמך לעשות שימוש לצורך אותה פעולה בחיילים המשרתים בצבא בכפיה לפי חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו - 1986,⁸⁵ שכן הצבא יכול לעשות שימוש לביצוע אותן פעולות גם בחיילים ובאחרים הנמנים עם שורותיו המסכימים לכך (למשל - במשרתי קבע ובאזרחים עובדי צה"ל), אשר עבודתם או שירותם בצבא הם מכוח הסכמתם, ועל כן, למעט מקרים חריגים וקיצוניים במיוחד, הם מחויבים בביצוע המשימות המוטלות עליהם ללא סייג. המשרתים שירות צבאי בכפיה, לעומת זאת, כך המשכו של הטיעון, הלא הם המשרתים שירות סדיר (שירות חובה) ושירות מילואים לפי חוק שירות ביטחון. אין חולק כי שירותם הצבאי פוגע בזכויותיהם החוקתיות המוגנות על פי חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובראשן הזכות לחירות, ועל כן על הפעילות המתבצעת על ידי הצבא באמצעותם לעמוד במבחני פסקאות ההגבלה בשני חוקי יסוד אלה, דהיינו עליה להיות לתכלית ראויה, ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

טיעון זה יפה, כמובן, מכוח קל וחומר, גם במקרים בהם המשרתים שירות צבאי מופעלים, לפי הפניית הצבא, על ידי ארגונים אחרים, כמו משרד החינוך והתרבות, משרד הבריאות, וכיוצא באלה, במסגרת השירות המוכר. גם כאן, העובדה כי למשרדי ממשלה אלה סמכות לבצע את משימותיהם אין משמעותה כי במישור החוקתי הפעלתם של המשרתים שירות צבאי בכפיה עומדת בתנאיהן המהותיים של פסקאות ההגבלה.

⁸⁵ וכבר הוער, כי גם סוגיית הגיוס לשירות צבאי דינה הסדרה ברמה החוקתית ולא רק בחוק רגיל: P. Elman, supra note 65, 236. הצעות של חברי הכנסת שי' אלוני ומי פעיל בהקשר זה במהלך הדיון בכנסת בקריאה השנייה והשלישית של חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא נדחו: דברי הכנסת 76, 2398 - 2400, 2403 (1976). בקריאה הראשונה הציע חבר הכנסת א' יריב לקבוע בחוק היסוד הסדר בדבר גיוס חרום, אך הצעה זו לא זכתה, ככל הנראה, לאוון קשבת: דברי הכנסת 74, 4025 (1976). לצורך בפקוח פרלמנטרי על גיוס בשעת חרום ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, לעיל הערה 53, 825 - 833.

את מתכונת ומשמעות הטיעון ניתן להבהיר בדוגמה של משימת סיוע הומניטרי מחוץ לישראל: לגישתי, גם משימת סיוע הומניטרי כאמור אשר ימצא כי מותר להפעיל את הצבא לשם ביצועה, עדיין לא ברור כי תותר הפעלת של המשרתים בצבא בכפיה לשם מילוייה והשלמתה.

על פני הדברים, נראה כי כל המטרות לשמן מופעלים המשרתים שירות צבאי שלא בהסכמה, בתוך הארגון הצבאי ומחוצה לו, עומדות במבחני פסקאות ההגבלה למהדרין. ואולם, כדי לעמוד על משמעות הטענה כפי שהוצגה לעיל, יש לקלף מעל הפעלת הארגון הצבאי למטרות שהן לכאורה מטרות "ביטחוניות - לאומיות" לעילא ולעילא, את הכסות הביטחונית הלאומית, ולרדת אל לב לבם של הטעמים המביאים להפעלת הצבא להשגת אותן מטרות או אותם יעדים, לפחות בחלק ניכר של המקרים: טעמים תקציביים גרידא⁸⁶. וטעמים תקציביים גרידא, כבר נאמר במקום אחר, ספק אם יוכלו לעמוד להצדקת פגיעה בזכויות יסוד מוגנות⁸⁷, קרי הפעלת חיילים המשרתים בצבא שירות חובה, ללא הסכמתם, למען אותם יעדים או מטרות, באשר הפגיעה בזכויות היסוד של אותם חיילים לא תהיה "לתכלית ראויה", ובודאי שלא תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש".

כמובן שלא כל היעדים הם כאלה אשר העילה היחידה להפעלת חיילים בשירות חובה להשגתם היא העילה התקציבית, שכן ישנם יעדים אשר בלא הפעלת חיילים להשגתם לא יושגו כלל, אחת היא כמה תקציב (בגבולות ההגיון והסבירות) יוצא לשם השגתם. בנוסף, ישנם יעדים אשר לשם הפעלת חיילים המשרתים שירות חובה להשגתם נדרשת הסכמתם של אותם חיילים (ראו סעיף 26א(ג) לחוק שירות ביטחון). אומנם, באותם מקרים בהם הסכמה זו היא הסכמה חופשית ומרצון, הנשענת על גילוי נאות ונתונים מלאים (Informed Consent⁸⁸), הטענה בדבר מניעה חוקתית להפעלת החיילים להשגת היעד העומד על המדוכה היא חלשה יותר (אם כי גם במצב דברים זה היא עדיין בעלת משקל ממשי, שהרי ההסכמה היא ליעד השירות ("שירות מוכר"), ולא לעצם השירות⁸⁹),

⁸⁶ עלות החזקתו הכוללת של חייל בשירות חובה מוערכת בעשרים אלף שקלים חדשים לערך לשנה (חמשת אלפים דולר ארצות הברית – לערך לשנה, בערכי 1999). עלות העסקתו של העובד השכיר הזוטר ביותר במערכת הציבורית עומדת על כפליים לפחות. להיסטוריה של שיקולים תקציביים בקביעת יעדי השירות הסדיר ובמיוחד אורכו ראו י' גרינברג, **חשבון ועוצמה: תקציב הביטחון ממלחמה למלחמה 1957 - 1967**, משרד הביטחון - ההוצאה לאור (תל אביב, 1997), 70 - 77.

⁸⁷ א' ברק, **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית**, נבו הוצאה לאור (ירושלים, 1994), 526 - 528. כמו כן, ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94.

⁸⁸ וניתן לטעון, כי על הסכמה זו יחולו דיני ההסכמה הכלליים הקבועים בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 (סי"ח התשל"ג, עמ' 118), כגון טעות, הטעיה, עושק וכיוצא באלה, וזאת באמצעות הצינור שבסעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי). לעניין הסדרי ההסכמה בחוק הקיים, ראו והשוו סעיף 24 לחוק שירות ביטחון לעומת סעיף 26 לחוק שירות ביטחון.

⁸⁹ ניתן להמשיל מצב זה, על דרך ההיפוך, לדוקטרינת הפעולה החופשית במקור במשפט הפילי: לא ניתן לטעון להסכמתם הרצונית של המשרתים שירות צבאי בכפיה לשירות

אך עדיין ישנם מקרים לא מעטים, בהם ספק אם הפעלתם של חיילים בשירות צבאי בכפיה לשם השגתם תעמוד במבחן החוקתי של חוק-יסוד: חופש העיסוק ושל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ואולם, כאמור, וזו עיקר טענתי, מכל אלה אין נובע כי נאסר להפעיל את הצבא - כארגון - להשגת אותם יעדים. כוח האדם העומד לרשות הצבא איננו רק כוח אדם המשרת בצבא בלא הסכמתו. יש לזכור, כי בצבא משרתים גם אנשי קבע, אשר עצם שירותם נסמך על הסכמתם⁹⁰, והצבא רשאי להפעיל גם אזרחים עובדי צה"ל, בכפוף להסכם העבודה הקיבוצי החל על עבודתם.

באותם מקרים בהם הפעלת הצבא כארגון להשגת יעד מסויים באמצעות חיילי חובה⁹¹ ומילואים תהיה בלתי חוקתית, עדיין ניתן יהיה לבחון את הפעלת הצבא להשגת אותם יעדים באמצעות כוח אדם המשרת בצבא בהסכמה⁹². או אז, תעלה שאלת הסמכות החוקתית להפעלת הצבא להשגת אותו יעד, והתשובה לשאלה זו, בהעדר הסדר מפורט ראוי בחוק-יסוד: הצבא, תימצא בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ובסעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה. הפעלתם של חיילי חובה המשרתים בכפיה מחוץ לצבא תיבחן לא במנסרת יעדי הצבא כארגון (סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט וסעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה), שכן לא הצבא הוא הפועל להשגת היעדים אלא במנסרת הפגיעה בזכויות היסוד בלבד.

במסגרת השירות המוכר, כאשר מלכתחילה לא הגיעו מרצונם למצב בו מתבקשת הסכמתם כאמור.

⁹⁰ ראו סעיף 17(ח) לחוק שירות ביטחון, והוראת הפיקוד העליון 3.0501 שירות הקבע בצה"ל. אינני דן לשאלה המעניינת של מעמדם של המשרתים בהתנדבות לפי סעיף 17 לחוק שירות ביטחון בהקשר זה. לכאורה מצויה התשובה בסעיף 17(ד) לחוק שירות ביטחון, אולם דומני כי הדברים עדיין צריכים עיון. אותיר בצריך עיון גם את השאלה התאורטית האם יתכן מצב הפוך, דהיינו מצב בו מותרת הפעלתם של חיילים המשרתים שירות חובה במסגרת הצבא להשגת יעד מסויים מבחינת הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות הטמונה בשירות הצבאי, אך אותו יעד איננו יעד חוקי להפעלת הצבא כארגון.

⁹¹ בפקודות הצבא וגם בציבור קיים לעתים בלבול מסויים בשימוש במונח שירות סדיר, כאשר לעתים מתייחסים במונח זה לשירות סדיר לפי חוק שירות ביטחון ולעתים מתייחסים במונח זה לשירות סדיר לפי חוק שירות ביטחון ולשירות קבע כאחד (שירות הקבע אינו מוסדר בחקיקה: ראו א' רז, ג' זיידמן "מעמדו של משרת הקבע בצה"ל כעובד", עיוני משפט כב (עתיד להתפרסם - 1999)), כל זאת להבדיל, כמובן, מן המונח "נמנה עם הכוחות הסדירים", המתייחס גם למשרתי קבע (הגדרת חייל בסעיף 1 לחוק השיפוט הצבאי, סעיף 43 לחוק שירות ביטחון). לעניין זה ראו, למשל, פקודת מטכ"ל 32.0102 חוות דעת תקופתית - קצינים בשירות סדיר ופקודת מטכ"ל 31.0708 יציאה לחוץ לארץ בשעת חרום - חיילים בשירות סדיר ובשירות מילואים. המינוח המשפטי הנכון הוא, כמובן, כי שירות סדיר הוא אך ורק שירות סדיר לפי חוק שירות ביטחון. עם זאת, כדי למנוע אי הבנות, אני משתמש לאורך המאמר במונח שירות חובה, אשר אין חולק כי הוא מתייחס לשירות סדיר לפי חוק שירות ביטחון לבדו.

⁹² וגם אם קיים קושי מעשי בהפרדה בין משרתי חובה לבין משרתי קבע ואזרחים עובדי צה"ל, לא נראה כי תהיה בכך הצדקה לפגיעה בלתי חוקתית בזכויותיהם של משרתי החובה.

סיכומם של דברים הוא כדלקמן: חייל המשרת שירות צבאי בכפיה במסגרת הצבא, התנאים להפעלתו למשימות כלשהן הם, במצטבר, כי יעדי ההפעלה חוקתיים מבחינת יעדי הצבא כארגון, וחוקתיים מבחינת הפגיעה בזכויות היסוד של החייל הטמונה בשירות הצבאי (ולכאורה, לא ניתן להפעיל חייל המשרת בכפיה במסגרת הצבא למטרות שאינן צבאיות מובהקות, אלא באותם מקרים בהם הדבר מעוגן במפורש בחוק שירות ביטחון); חייל המשרת שירות צבאי בכפיה שלא במסגרת הצבא (כמו השירות המוכר), התנאי היחיד להפעלתו למשימות שאינן צבאיות מובהקות - ומטבע הדברים כולן יהיו כאלה - הוא כי יעדי ההפעלה יהיו חוקתיים מבחינת הפגיעה בזכויות היסוד של החייל הטמונה בשירות הצבאי. הפעלת הצבא כארגון ליעד המותר בהפעלה מבחינה זו, אך כזה שאיננו עומד במבחן החוקתי להפעלתם של חיילים המשרתים שירות צבאי בכפיה, עדיין תהיה מותרת, והצבא יהיה רשאי לפעול להשגתו של אותו יעד באמצעות המשרתים בצבא שלא בכפיה (כמו משרתי הקבע), וזאת הן באשר להפעלת חיילים המשרתים בכפיה למשימות שאינן ביטחוניות מובהקות מותרת לכאורה רק מחוץ למסגרת הצבאית, והן באשר למשרתים בצבא שלא בכפיה נתנו את הסכמתם לפגיעה בזכויות היסוד שלהם מכוח הסכמתם לשירותם הצבאי.

ו. המעמד החוקתי של סמכויות הצבא

סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט בנוסחו המקורי נחקק בשנת 1948, ומבחינת תוכנו המהותי בנוסחו דאז, אין הסעיף מעורר כל קושי. ואולם, נשאלת השאלה, האם התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט משנת 1995 אשר הוסיף לסעיף את ההסמכה לצבא לפעול להשגת היעדים הביטחוניים הלאומיים של המדינה⁹³, הוא תיקון העומד איתן במישור החוקתי.

לכאורה, בכפוף לניתוח הפגיעה בזכויות יסוד של המשרתים בכפיה, אם למען יעד מסויים ואם באופן כללי, אין דרך חוקתית לתקוף את התיקון האמור לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. אך אני מבקש להעלות לדיון את הטיעון על פיו התיקון לסעיף

⁹³ התיקון יצר, על דרך החיוב ועל דרך השלילה, מיון של סמכויות הצבא לשלוש רמות: יעד ביטחוני (מלחמה בסעיף 51א) לחוק-יסוד: הממשלה, והגנת המדינה בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ובסעיף 51ב) לחוק-יסוד: הממשלה, יעד ביטחוני לאומי (סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, וביטחון הציבור בסעיף 51ב) לחוק-יסוד: הממשלה) ויעד לאומי (שנאסר להפעיל את הצבא להשגתו). שילובו של סעיף 51ב) לחוק-יסוד: הממשלה הוא, לגישתי, ברמת הביניים, של יעדים ביטחוניים לאומיים, אך זהו רק יעד אפשרי אחד מבין היעדים הביטחוניים הלאומיים האפשריים באופן כללי, ואם מקבלים את טענתי בדבר הסתירה בין התיקון בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לבין סעיף 51ב) לחוק-יסוד: הממשלה (להלן), זהו היעד הביטחוני הלאומי היחיד שמותר להפעיל לשמו את הצבא.

18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט הוא פסול, באשר הוא סותר חוק יסוד, ומכיוון שלא נעשה בחוק יסוד - אין לו תוקף⁹⁴.

לגישתי, ניתן לטעון לסתירה בין התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לבין סעיפים 2 - 3 לחוק-יסוד: הצבא. הסתירה עיקרה בכך, שהתיקון מפר את האיזון החוקתי בין הממשלה מחד לבין שר הביטחון והצבא מנגד. עד לתיקון, היה מוסמך שר הביטחון להפעיל את הצבא, כל עוד לא הורתה הממשלה אחרת, לכל מטרה המיועדת להגנת המדינה⁹⁵, ואילו לאחר התיקון הורחב היקף סמכותו כמעט עד בלי גבול, והוא רשאי, לכאורה, כל עוד לא תורה הממשלה לצבא אחרת, להפעיל את הצבא לכל מטרה המגלמת יעד ביטחוני - לאומי.

תיקון זה מנוגד לתכליתו החוקתית של חוק-יסוד: הצבא ולאיוון העדין שנקבע בו בין שתי הרשויות הממונות של הפעלת הצבא - הממשלה ושר הביטחון - לבין הצבא, וכמובן גם בינן לבין עצמן. אפשרותה הידועה של הממשלה להורות לצבא לפעול בניגוד לעמדת שר הביטחון אין בה כדי להועיל כנגד מצב בו הצבא כבר פעל בהוראת שר הביטחון בנושא שעד לתיקון לפקודת סדרי השלטון והמשפט הצבא לא היה מוסמך לעסוק בו כלל, ובודאי שאין בה כדי להועיל כשהתיקון לפקודת סדרי השלטון והמשפט יוצר למעשה מעין "מרוץ סמכויות" בין הממשלה לבין שר הביטחון, בעניינים שהם במקרים רבים אורחיים מובהקים⁹⁶.

משכך, התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט צריך היה להיעשות בחוק יסוד, אם בחוק יסוד עצמאי, חדש, ואם בחוק יסוד המתקן את חוק-יסוד: הצבא. משלא נעשה כן, אין עוד לתיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט זכות עמידה.

⁹⁴ אני מודע לכך שטיעון זה מהווה הרחבה מסויימת של ההלכה שנפסקה בפרשת **חוק גל**. לגישתי, הרחבה זו הינה מחויבת המציאות, שאחרת ניתן יהיה לקבוע הסדרים הסותרים חוקי יסוד שאינם משוריינים בחוקים רגילים כמעט ללא מגבלה, וההלכה האמורה תאבד חלק ניכר ממשמעותה. דרך אחרת להסתכל על הטיעון המוצג על ידי היא, כי הסדרת סמכויות הצבא הינה עניין שהיה צורך ואולי אף חובה להסדירו במעמד של חוק יסוד (והשוו עניין **רובינשטיין**, לעיל הערה 74), וליתר דיוק בחוק-יסוד: הצבא או בחוק-יסוד: הממשלה, ומשלא נעשה כן, התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט פתוח לתקיפה חוקתית או מעין חוקתית. יצויין, כי לבטלות הסתירה החוקתית העקיפה יסודות איתנים בשיטת המשפט הישראלית: בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693; בג"ץ 246/81, 260 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1; בג"ץ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים**, פ"ד כז(1) 764; בג"ץ 142/89, 172 **תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529.

⁹⁵ דהיינו מכללא כללו סמכויות שר הביטחון והממשלה ליתן הוראות לצבא את ההגבלה כפי שהיתה אז בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט להפעלת הצבא להגנת המדינה בלבד, בכפוף לסמכותה השיורית של הממשלה.

⁹⁶ וההסדר הפשטני והקל (לגישתי - קל מדי) להפעלה, ללא מחסומים מהותיים של ממש, הקבוע בפקודת מטכ"ל 33.0136 - יוכיח.

סתירה נוספת, גלויה ומובהקת יותר, קיימת, לכאורה, בין התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לבין סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, אולם כאן מתעורר קושי משפטי מעניין ביותר: בעת שנחקק התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט היה כבר עמנו סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, אלא שהוא לא נכנס לתוקף אלא לאחר שנה לערך מהמועד בו נחקק התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. סוגיית הסתירה בין השניים במקרה זה היא יחודית: האם יכולה להיות סתירה כאשר הסעיף העליון חוקתית - סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה - לא היה כלל בתוקף במועד הנוגע לעניין? ואם כן, האם הסתירה היא מיידית, כבר בעת שנחקק סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, או שמא רק לאחר שנכנס סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, לתוקפו, ביוני 1996? אני נוטה לדעה, כי חוק היסוד המאוחר לא יוכל להחיל דרישת תיקון באמצעות חוק יסוד בדיעבד על חוק רגיל (ולפקודת סדרי השלטון והמשפט, חרף ההסדרים החוקתיים הבסיסיים שהיא קובעת במספר תחומים, מעמד של חוק רגיל בלבד), שאחרת מכוח הלכת בית המשפט העליון בפרשת חוק גל נמצא עצמנו מחטטים בקרביהם של מחצית מדברי החקיקה במשפט הישראלי, שמא יש בהם סתירה כלשהי לחוקי יסוד שנחקקו לאחר תחילתם. עם זאת, ההכרעה בהקשר זה היא מוקשה, שכן, כאמור, בעת שנחקק התיקון לפקודת סדרי השלטון והמשפט כבר הונח חוק יסוד הממשלה על ספר החוקים, ורק מועד תחילתו נתעכב עד לבחירות לכנסת הארבע עשרה.

ראוי לזכור, עם זאת, כי גם אם תתקבל הטענה בדבר בטלותו של התיקון לסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, לפי אחד משני קרי הטיעון שהוצעו לעיל, הרי עדיין סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי אין בהוראה המחייבת כי הכרזת מלחמה תעשה על ידי הממשלה בלבד כדי למנוע עשיית פעולות הדרושות להגנה על המדינה ועל ביטחון הציבור. משמעותו של הסעיף האמור היא, כי הוא קובע, על דרך השלילה, מעגל של סמכויות להפעלת הצבא - למען הגנה על ביטחון המדינה ולמען ביטחון הציבור - שהוא רחב ממעגל הסמכויות לפעול להגנת המדינה כפי שהיה בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לפני תיקונו, ומותר יהיה להפעיל את הצבא לפחות למטרות הקבועות בסעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

ז. המדרג רמטכ"ל - שר ביטחון - ממשלה

סמכות הממשלה כלפי הרמטכ"ל היא מוחלטת. משמעות הדברים היא כי ביחסים בין הממשלה והצבא, התפיסה היא כי הממשלה רשאית להורות לצבא, באמצעות הרמטכ"ל, כיצד לפעול בכל תחום ובכל עומק ורובד של קבלת ההחלטות ושל ביצוען וזאת ללא סייג⁹⁷, לעומת ההגבלות להן ניתן לטעון ביחסים שבין שר הביטחון לרמטכ"ל, כפי

⁹⁷ ראו, למשל, ב' ברכה, משפט מנהלי, כרך שני, נבו הוצאה לאור (ירושלים, 1996), 88. יצויין, עם זאת, כי יש הסבורים כי סמכות הממשלה להורות הוראות לרמטכ"ל היא

שיפורט להלן. הטעם לדבר נעוץ בעובדה כי הן הצבא והן הרמטכ"ל נתונים למרות הממשלה (סעיף 2(א) וסעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא) וכן בעובדה שלממשלה קנויה סמכות המיניו והפטורים של הרמטכ"ל (סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא וסעיף 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981⁹⁸).

הפתרון האפשרי האחר, לפיו אין לממשלה אפשרות להורות הוראה ישירה לרמטכ"ל, ולכן אם מסרב הרמטכ"ל לפעול על פי הנחיותיה היא יכולה רק להעבירו מתפקידו, איננו מעשי וגם אינו רצוי, שכן הוא עשוי להוליך לבחירת רמטכ"ל משיקולים שאינם לעניין והנוגעים למידת צייתנותו המובטחת מראש למהלכיה הביטחוניים של הממשלה.

הפירוש המקובל לסעיף 2 לחוק-יסוד: הצבא הוא, כידוע (וכפי שנקבע גם בפרשת אלון מורה), כי סמכותו של שר הביטחון להורות הוראות ולהנחות את הצבא היא כל עוד לא עסקה הממשלה באותו עניין ולא קיבלה הכרעה, אך מרגע שקיבלה החלטה בעניין מסויים, על הצבא לפעול בהתאם להחלטת הממשלה, והוראה או הנחיה אחרת של שר הביטחון - כל שישנה - אין לה תוקף, במובן זה שעל הצבא להמנע מלפעול על פיה. לעומת זאת, בנושא בו לא עסקה הממשלה, רשאי שר הביטחון - ואף חייב בנסיבות המתאימות, מכוח אחריותו המיניסטריאלית בהתאם לסעיף 2(ב) לחוק היסוד - להורות לצבא כיצד לפעול.

בהערת ביניים יצוין, כי לעניין פתיחה במלחמה אין כלל זה חל, וזאת לנוכח הוראתו המפורשת של סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה, כי הכרזת מלחמה תיעשה על ידי הממשלה בלבד, אשר משמעותה היא כי בנושא זה ניטלה סמכותו של שר הביטחון לפעול על דעת עצמו - להבדיל מפעולות שר הביטחון לאחר שהאויב כפה מלחמה או לאחר שהממשלה החליטה כבר על פתיחת מלחמה וקבעה את מטרותיה.

נראה כי סמכותו של שר הביטחון ליתן הוראות לצבא קמה בה במידה במקרה בו קיבלה הממשלה החלטה כיצד לפעול, ולאחר מכן נשתנו הנסיבות באופן המחייב הנחיה נוספת או מחודשת לצבא; במקרה כזה, כך נראה, שבה ועומדת סמכותו של שר הביטחון להורות לצבא כיצד לפעול באותה סוגיה, וגם כאן, כמובן - כל עוד לא מקבלת הממשלה החלטה אחרת (והחלטה אחרת יכולה להינתן גם מראש, כגון החלטה שכל שינוי בהחלטת הממשלה המקורית בעקבות שינוי של הנסיבות יובא מיד להחלטת הממשלה). נראה, כי חלק ממכלול השיקולים בבחינת מידת השינוי בנסיבות כמקנה סמכות מחודשת לשר הביטחון בסוגיה נעוץ גם בלוח הזמנים: אם ישנו זמן מספיק לשוב ולהביא את

⁹⁸ ס"ח התשמ"א, עמ' 302. כסמכות שר הביטחון להורות הוראות לרמטכ"ל, וכי כל הגבלה החלה ביחסי שר הביטחון - רמטכ"ל (ראו הדיון להלן) חלה גם ביחסי ממשלה - רמטכ"ל.

העניין להכרעת הממשלה, תהיה הנטיה לראות בשינוי הנסיבות שינוי המקנה לשר הביטחון סמכות מחדשת נמוכה יותר, ולהפך.

יצוין, כי לשר הביטחון גם שתי מערכות סמכויות פרטניות חשובות ביותר הנוגעות לצבא, מכוח שני דברי חקיקה שהוא ממונה על ביצועם: חוק שירות ביטחון וחוק השיפוט הצבאי. בנושאים בהם מוסמך שר הביטחון לפעול על פי החוקים האמורים (ובהקשר זה ראוייה לדגש מיוחד סמכות גיוס החירום לפי סעיף 34 לחוק שירות ביטחון⁹⁹), הרי אם קיבלה הממשלה החלטה כיצד לפעול, שר הביטחון מחוייב לפעול על פיה, גם אם נתקבלה בניגוד לדעתו¹⁰⁰, ואם הוא מסרב לעשות כן, הרי שראש הממשלה רשאי להעביר את סמכויותיו לשר אחר (סעיף 39(ב) לחוק-יסוד: הממשלה¹⁰¹).

העולה מן המקובץ הוא, כי כל עוד לא הורתה הממשלה אחרת, שר הביטחון רשאי להורות לצבא כיצד לפעול, ובמקרים המצדיקים זאת - הוא אף חייב להורות לצבא כיצד לפעול, כל זאת בסייג של הכללי של החלטה על פתיחה במלחמה (שהיא בסמכות הממשלה, וכמובן כל עוד לא נשתנו הנסיבות, כאמור לעיל); ואולם, במקרה בו הורתה הממשלה לצבא כיצד לפעול, אין עוד מעמד להנחיות שר הביטחון באותו נושא, ועל הצבא לפעול בהתאם להוראת הממשלה, גם בנושא בו החוק מסמיך את שר הביטחון.

ח. ראש הממשלה והרמטכ"ל

לראש הממשלה אין סמכות המעוגנת בדין ליתן הוראות לרמטכ"ל. עניין זה מובן מאליו לאור הוראת סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא הקובעת את היותו של הרמטכ"ל נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון והדבר בולט עוד יותר בסוגיית מינוי הרמטכ"ל (בהמלצת שר הביטחון בלבד, על פי סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא, ובאישור הממשלה¹⁰²). בחיי המעשה, עם זאת, אין לכחד כי לראש הממשלה יכולת מעשית להביא את הרמטכ"ל לעשות את רצונו. לעניין זה יש ליתן את הדעת לכך כי על פי סעיפים 39(א) ו-39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, ראש הממשלה הוא יושב הראש הקבוע של ועדת השרים

⁹⁹ ולעניין זה ראו המחלוקת החריפה שהתעוררה בסוגיית הטלת האחריות למחדלי הגיוס ותנועת הכוחות אל החזיתות עובר למלחמת יום הכיפורים על שר הביטחון: א' רובינשטיין, ב' מדינה, לעיל הערה 53, 540 - 545.

¹⁰⁰ ראו צ' טרלו, **הרשות המבצעת בישראל**, אקדמון (ירושלים, 1976), 43ט. תוצאה זו היא מחויבת גם בלא הוראותיו של חוק-יסוד: הצבא - הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.484 מעמד החלטת הממשלה בעניין מסויים כלפי השר המוסמך באותו עניין. כן ראו י' זמיר, **הסמכות המנהלית**, לעיל הערה 70, 333.

¹⁰¹ ראו, לאחרונה, בג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה**, טרם פורסם.
¹⁰² בקריאה הראשונה הועלה עניין זה על ידי חבר הכנסת א' אולמרט, אך הדבר לא הוביל לכל שינוי במבנה החוק: דברי הכנסת 74, 4018 (1975).

לביטחון לאומי, וכן הממנה והמפעיל של צוות הערוץ הקבוע בתחומי הביטחון הלאומי¹⁰³. כמו כן מוסמך ראש הממשלה לכנס את הממשלה לדיונים במליאתה וכן בכהונתו בתפקיד יושב ראש ועדת השרים לעניני ביטחון, בהתאם לסעיף 39(א)(6) לחוק-יסוד: הממשלה, אשר פיה כפי הממשלה.

סמכויותיו ומעמדו של ראש הממשלה בקרב השרים מעלים את הטענה כי ברבות השנים התגבש הנוהג ואולי אף המנהג החוקתי (Constitutional Custom¹⁰⁴), המכפיף את הרמטכ"ל גם לראש הממשלה, אף כי בחוק-יסוד: הצבא אין לכך כל אזכור, כאמור.

תנא דמסיע למנהג חוקתי כאמור ניתן למצוא בהוראת סעיף 33(ו) לחוק-יסוד: הממשלה, על פיו "שר אחראי בפני ראש הממשלה לתפקידים שעליהם הוא ממונה", הוראה שלא היתה קיימת בחוק-יסוד: הממשלה הישן, על פיו נהג עקרון האחרייות המשותפת. השאלה הועמדה במחלוקת ישירה פעם אחת, בויכוח בין ראש הממשלה מ' בגין לבין שר הביטחון ע' ויצמן בשאלת ההתישבות בשטחים המוחזקים בשנת 1979 (פרשת אלון מורה)¹⁰⁵, אולם מאז לא הועמד נוהג זה למבחן, וגם באותו מקרה, הביא ראש הממשלה את עמדתו לאישור הממשלה, ושר הביטחון פעל בסופו של דבר להעביר את החלטת הממשלה, על אף שהיתה מנוגדת לדעתו, לביצועו של הצבא¹⁰⁶.

¹⁰³ שאלת סמכויותיו של ראש הממשלה היא בעייתית במיוחד לנוכח העובדה כי מחד ההסדר השלילי שיוצר חוק-יסוד: הצבא בהקשר זה, על פיו לכאורה אין לראש הממשלה כל סמכות בכל הנוגע לפעולות הצבא, הוא בולט למדי, ואילו מאידך בירורים באשר להיקף האשם מצד ראש הממשלה במקרים של תקלות ביטחוניות נערכו בלא ששיקול זה בא לידי ביטוי מפורשות (ראו דו"ח ועדת כהן, מ' אלון, מ' בן זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ, מ' לנדוי (עורכים), **ספר יצחק כהן**, לעיל הערה 63, 158 - 160 180. עד לחקיקתו של חוק-יסוד: הצבא, הכפיף המנהג את שר הביטחון לראש הממשלה בנושאים מסוימים (פתיחה במלחמה, הפצצת ערים מרכזיות בשטחי האויב, פעולות תגמול, ועוד). מנהג זה עטה לבוש של מסמך מסודר אשר נוסח בעקבות המחלוקת בנושאים אלה במלחמת ששת הימים, ובמיוחד בכל הנוגע להוראתו הישירה של שר הביטחון מ' דיין לאלוף פיקוד הצפון, ד' אלעזר, בלא אישור ראש הממשלה או הממשלה, לפתוח במהלך לכיבוש רמת הגולן. לאחר שהושלם ניסוח המסמך, הוא אושר גם בהחלטת ממשלה, וכונה מאז "הקונסטיטוציה": י' פרי "הקונסטיטוציה", **דבר**, 12.11.82, עמ' 17; מ' דיין, **אבני דרך**, עידנים (תל אביב, 1976), 422.

¹⁰⁴ למנהג בכלל ולמנהג במשפט הציבורי בפרט ראו, ש' שטרית "המנהג במשפט הציבורי", י' זמיר (עורך), **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם סאקר, האוניברסיטה העברית בירושלים (ירושלים, 1993), 375; ד' אבן, לעיל הערה 61; ר' גביזון "ביטול המגילה: המנהג ועקרונות הפיקה", **משפטים** יד (1984) 325; ג' טדסקי "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", **משפטים** ה (1973) 9; א' פרוקציה "חוק יסודות המשפט, התש"ס - 1980", **עיוני משפט** י (1984) 145; ד' אבן - להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק: הרהורים וערעורים", **משפט וממשל** ב (1994) 477, 21 Israel L. R., S. Shetreet, "Custom in Public Law", (1986) 450.

¹⁰⁵ למחלוקת שהתעוררה בפרשת **אלון מורה** בין שר הביטחון ע' ויצמן לבין ראש הממשלה מ' בגין ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, לעיל הערה 53, 734.

¹⁰⁶ עניין **דויקאט**, 8.

יצוין, כי ידועים מקרים, לאורך השנים, לפני חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא ולאחריה, בהם נהג בפועל מצב בו ראש הממשלה שימש סמכות מכריעה במחלוקות שנתגלו בין שר הביטחון לרמטכ"ל. הדבר בלט במיוחד במהלך מלחמת יום הכיפורים, כאשר מחלוקות, אופרטיוויות ואסטרטגיות, בין שר הביטחון מ' דיין לבין הרמטכ"ל ד' אלעזר, הובאו שוב ושוב להכרעתה של ראש הממשלה ג' מאיר, ולאחר שנתקבלה הכרעה פעלו כל הנוגעים בדבר על פיה ללא עוררין¹⁰⁷. עם זאת, ספק אם ניתן לטעון, עדיין, לביסוסו של מנהג חוקתי בנושא זה, במיוחד לנוכח התקופות הארוכות בהן שימש ראש הממשלה גם בתפקיד שר הביטחון בדברי הימים של מדינת ישראל.

עם זאת, גם בהנחה שלראש הממשלה עומדת סמכות, מכוחו של מנהג חוקתי, להכריע במחלוקות בין הרמטכ"ל לבין שר הביטחון, הרי שספק אם זו משתרעת מעבר לתחום הטקטי. גם במהלך מלחמת יום הכיפורים, הכרעות במחלוקות בין הרמטכ"ל לבין שר הביטחון שקיבלה ראש הממשלה בעניינים מדיניים אסטרטגיים (היקף הגיוס המוקדם של כוחות המילואים, הנחתת מהלומה אווירית מקדימה על סוריה), היו מכוח הסמכות שניתנה לה, במפורש או לפחות במשתמע, בהחלטת צוות שרים מצומצם בדיון שנערך ערב יום הכיפורים (הדיון זומן כשיבת ממשלה, אך עקב הצום המתקרב זומנו לשיבה רק שרי הממשלה ששהו בתל אביב), שגובתה לאחר מכן על ידי הממשלה¹⁰⁸. ספק אם ניתן לטעון, לפיכך, כי נוצר מנהג חוקתי המסמך את ראש הממשלה להחליט לבדו בסוגיות מדיניות ואסטרטגיות, אם לאור מחלוקת בין שר הביטחון ובין הרמטכ"ל ואם באורח כללי, שכן לכך אין בסיס עובדתי ממשי אפילו בארועי מלחמת יום הכיפורים.

משמעותם של הדברים היא, כי לכל היותר ניתן לומר כי לראש הממשלה סמכות להכריע במחלוקות טקטיות, או במחלוקות שאינן מדיניות אסטרטגיות, בין שר הביטחון לבין הרמטכ"ל, וגם זאת רק במקרים בהם משמעות ההכרעה איננה יוצרת מציאות של מלחמה, המחייבת את אישור הממשלה במליאתה (סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה). אם לא תתקבל הטענה בדבר מנהג חוקתי בדבר סמכותו של ראש הממשלה להכריע במחלוקות כאמור, הרי שהגורם המכריע במחלוקות בין שר הביטחון לרמטכ"ל תהיה הממשלה בלבד, בין במליאתה ובין באמצעות ועדת השרים לענייני ביטחון.

ט. מועצה לביטחון לאומי

¹⁰⁷ ראו, למשל, ח' הרצוג, **מלחמת יום הדין**, מהדורה מעודכנת ומחודשת, ידיעות אחרונות וספרי חמד (תל אביב, 1998), 73 - 74.

¹⁰⁸ ראו, למשל, ח' ברטוב, **דדו: ארבעים ושמונה שנה ועוד 20 יום**, ספרית מעריב (תל אביב, 1978), כרך ראשון, 317 - 320.

כפי שכבר הוזכר, חרף דיון ציבורי עתיר מחלוקות בסוגיית הקמתה של מועצה לביטחון לאומי בישראל, לא הוקם עד היום גוף כזה¹⁰⁹, וגם כינונו של צוות ליעוץ מקצועי קבוע בתחום הביטחון הלאומי, מעין גרסה מצומצמת ולא ביצועית של גוף כאמור, שיהיה כפוף לראש הממשלה ויפועל על ידו (סעיף 39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה) אינו ממומש, ככל הנראה, כאמור, עקב מחלוקת בעניין זה בין שר הביטחון לראש הממשלה¹¹⁰. יצויין, כי מרבית החלטות הממשלה בנושאי ביטחון מתגבשות ומתקבלות בועדת השרים לביטחון לאומי, תוך שהשרים שאינם חברים בועדה אינם מעודכנים בפרטי החלטותיה אלא אם הם פועלים לקבלת מידע עליהן ביוזמתם, וזאת על אף שהם מוחזקים אחראים מיניסטריאלית גם להחלטות אלה¹¹¹. זאת ועוד, על אף סמכויותיהם הרחבות לכאורה של שר הביטחון (לעיל) והרמטכ"ל (להלן) להורות לצבא בדבר פעולותיו גם בלא אישור הממשלה, הנוהג הקיים הוא כי גם פעולות בהיקף נמוך יחסית, בחלקן פעולות שאין כל ספק כי הן פעולות טקטיות ומיקרו טקטיות, מובאות לאישור הממשלה (באמצעות ועדת השרים לביטחון לאומי) מעשה שגרה, חלקן הקטן באורח פרטני, תוך הצגה מפורטת של הפעולה, וחלקן האחר במתכונת עתית, תוך הצגת מתווה הפעולות הכולל המתוכנן לתקופה הסמוכה, בלא פירוט מדויק¹¹².

י. היקף כפיפות הרמטכ"ל לשר הביטחון¹¹³

לכאורה, סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא מהווה את הסיכום הלוגי המתבקש מאלי של סעיפים 2(א), 2(ב) ו-3(א) לחוק-יסוד: הצבא, ויתכן שכך אכן סברו מנסחיו¹¹⁴, אך ספק אם היו מודעים לבעיות שהסעיף מקים. מידת הכפיפות של הרמטכ"ל לשר הביטחון, ופרשנותה של המילה "כפוף" בסעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, מעוררות קשיים משפטיים ניכרים, אשר עד היום טרם נמצא להם מענה מוסכם, והם מחייבים ללא ספק את תיקונו ואת הבהרתו של חוק-יסוד: הצבא.

¹⁰⁹ הצעתו של חבר הכנסת מ' פעיל לקבוע את הקמתה של מועצה לביטחון לאומי במסגרת חוק-יסוד: הצבא נדחתה: דברי הכנסת 76, 2397 - 2398, 2403 (1976).

¹¹⁰ לגוליו העגומים של ההסדר לפעילותו של צוות מקצועי בתחום הביטחון הלאומי ראו א' רובינשטיין, לעיל הערה 34, 611 - 617.

¹¹¹ א' רובינשטיין, לעיל, 609 - 610.

¹¹² ראו ר' בן ישי "ההחלטה הבלעדית של ראש הממשלה", **ידיעות אחרונות, המוסף לשבת**, 23.1.98, 13 - 14. P. Elman, supra note 65, 240.

¹¹³ להיסטוריה של יחסי הדרג הצבאי והדרג המדיני בתקופה הפורמטיבית, ובמיוחד בתקופת מלחמת הקוממיות ומרד האלופים עם פיטוריו של גלילי, ראו ג' היכל, לעיל הערה 57, 53 - 60; לשאלה זו בהיבטים אחרים ראו שם, 202. כן ראו א' שפירא, **מפיטורי הרמ"א ועד פירוק הפלמ"ח**, הוצאת הקיבוץ המאוחד (תל אביב, 1985), 77 - 84.

¹¹⁴ פרשנות שניתנה לסעיף זה מיד לאחר חקיקתו גרסה כפיפות מוחלטת של הרמטכ"ל לשר הביטחון, ולא ראתה כל קושי פרשני בלשון הסעיף: צ' טרלו, **הרשות המבצעת בישראל**, לעיל הערה 100, n43.

כך, למשל, עולות השאלות האם שר הביטחון רשאי להתערב במינוים של קצינים לתפקידים בכירים ובכירים פחות, האם הוא רשאי להתערב במתכונת ניהולה של פעילות מבצעית ("היכן תוצב המרגמה"), האם הוא רשאי להתערב בדרכי ניהולו השוטף של הצבא (משמעת, נהלי עבודה, וכיוצא באלה), ועוד. בסוגיה בעיתית זו הוצעו בעבר שלוש גישות, אשר יוצגו להלן אחת לאחת, תוך עמידה על הקשיים שבכל אחת מהן - וכאמור עד היום לא ניתנה הכרעה מוסמכת (של המחוקק או של בית המשפט העליון) בסוגיה זו, אשר לא ניתן להמעיט בחשיבותה¹¹⁵.

יא. כפיפות מוחלטת¹¹⁶

בהתאם לגישה זו, כל עוד לא החליטה הממשלה, במליאתה או באמצעות ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי אחרת, סמכותו של שר הביטחון היא כסמכותה של הממשלה. לפיכך, מוסמך שר הביטחון להורות לרמטכ"ל בכל נושא ובכל רמת פירוט. מקור סמכותו הוא בהיותו ממונה מטעם הממשלה על הצבא (סעיף 2(ב) לחוק-יסוד: הצבא) ולנוכח כפיפותו של הרמטכ"ל אליו (סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא)¹¹⁷.

הטעם לכפיפות המוחלטת, בהתאם לדעה זו, נובע מהאחריות המיניסטריאלית המפורשת שהוטלה בחוק-יסוד: הצבא על שר הביטחון. חסרונה של תפיסה פרשנית זו הוא שעל פיה הופך בהכרח שר הביטחון "לרמטכ"ל על" - בניגוד לגישה שהשתמעה מדו"ח ועדת אגרנט, אשר הערותיה עמדו בבסיס הצעת החוק, כאמור לעיל¹¹⁸. יצוין, כי גם אליבא דגישה זו אין חולק כי לנוכח העובדה שהרמטכ"ל הוא "הדרג הפיקודי העליון בצבא" (סעיף 3(א) לחוק-יסוד: הצבא), שר הביטחון אינו מוסמך ליתן

¹¹⁵ גישות אלה הוצעו לראשונה בעקבות דיונים שנערכו בנושא זה בפרקליטות הצבאית, בחוות דעת מנחה שנכתבה, כאמור, על ידי עו"ד חנן מלצר, ואשר פורסמה בקובץ חוות דעת מנחות של ענף יעוץ וחקיקה במפקדת פרקליט צבאי ראשי בשנת 1977 (חוות דעת מנחה 10.0101 מיום 4.11.1977). כמוכך, שיחסי שר הביטחון והרמטכ"ל תלויים בראש ובראשונה באישים המכהנים בתפקידים אלה, אך בהיסטוריה הביטחונית של מדינת ישראל ארע לא אחת שנתגלעו מחלוקות וסכסוכים קשים בין הדרג המדיני לבין ראשי הצבא ובראשם הרמטכ"ל: ראו, למשל, י' מלמן "נהל קרב ראש בראש", **הארץ**, 18.12.96, ב3; א' אורן "לא, המפקד", **הארץ**, 13.9.96, ב5.

¹¹⁶ הצגת שלוש הגישות נשענת על הצגתן בחוות דעת מנחה 10.0101 (לעיל), ובמובן זה הדברים מובאים בשם אומרים.

¹¹⁷ ההיסטוריה החקיקתית תומכת בפרשנות זו: ראו הצגת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית על ידי חבר הכנסת י' ארידור, יו"ר ועדת המשנה לחוקי יסוד של ועדת החוקה, חוק ומשפט: דברי הכנסת 76, 2396 (1976). בנוסף, ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, לעיל הערה 53, 757. הטוען המובהק של גישת הכפיפות המוחלטת הוא ד"ר צ' הדר, מי שכהן בתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי בראשית שנות השבעים: צ' הדר, "סמכותם הפיקודית של הרמטכ"ל ושר הביטחון כלפי צה"ל", **הפרקליט** לא (1977) 219.

¹¹⁸ דברים ברוח זו הושמעו גם על ידי מי שהיה נשיא בית המשפט העליון, השופט מ' לנדוי, אשר נמנה עם חבריה של ועדת אגרנט, בישיבת ועדת החוקה חוק ומשפט אשר עסקה בחוק-יסוד: הצבא: פרוטוקול ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט, 24.11.75, 10 - 11.

פקודות לחיילים (כמשמעותם בחוק השיפוט הצבאי) ישירות, שלא באמצעות הרמטכ"ל. אלא שבכך אין כדי להסיר את הקושי. פרשנות, על פיה הרמטכ"ל משמש אך אמצעי או צינור להעברת הוראות משר הביטחון בשם הממשלה לחיילים, כמשמעותם בחוק השיפוט הצבאי, מרוקנת כמעט לחלוטין את קביעת סעיף 3(א) לחוק-יסוד: הצבא, על פיה הרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא, ממשמעותה המהותית¹¹⁹.

יב. כפיפות יחסית

על פי גישה זו, הרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון בצורה מוחלטת במכלול הנושאים המדיניים אסטרטגיים (כניסה לשטח אויב בהיקף כזה או אחר, בניין הכוח, סדרי עדיפויות אסטרטגיים) ואילו בנושאים האחרים (הטקטיים, הפיקודיים, התפעוליים, המנהלתיים, וכיוצא באלה) הוא חייב להביא את פעולותיו המתוכננות אך לאישור שר הביטחון, לפי דרישתו, אם בנושא מסויים ואם באופן כללי.

לפי גישה זו, שר הביטחון רשאי להורות לרמטכ"ל להביא לאישורו כל פעולה שהיא, לפי רצונו, או רק פעולות מסוימות או מסוגים מסוימים. בכל נושא שהובא לאישורו על פי דרישתו, אין שר הביטחון מוסמך להורות לרמטכ"ל כיצד לפעול, אך הוא מוסמך להורות לו שלא לפעול כפי שתוכנן על ידו ולהגיש לו תוכניות חלופיות בעניין שעל המדוכה.

במובן מסויים, תואמת גישה זו את תיקון מספר 12 לחוק השיפוט הצבאי¹²⁰, אשר בו הוסף לחוק השיפוט הצבאי סעיף 2א(א), הקובע כי הוראות הפיקוד העליון הן הוראות כלליות שיוציא הרמטכ"ל באישור שר הביטחון. עם זאת, ספק אם ראוי הוא מבחינה חוקתית לפרש חוק יסוד על יסוד תיקון מאוחר לחוק רגיל¹²¹, מה גם שניתן לטעון כי מן החריג המפורש - הצורך באישור שר הביטחון להוצאת הוראות פיקוד עליון - נובע הכלל, לפיו בדרך כלל רשאי הרמטכ"ל לפעול על דעת עצמו בעניינים שאינם מדיניים אסטרטגיים.

הליקוי המהותי הבולט בגישת הכפיפות היחסית הוא בכך שלמעשה בהתמדה מספקת, יוכל שר הביטחון להפוך אותה לכפיפות מוחלטת: בכמות מספקת ועקבית של סירובים לאשר את הצעות הרמטכ"ל, עד כדי התשתו, בין בעניין העומד על הפרק ובין בעניינים

¹¹⁹ מעניין לציין, כי בגרמניה מבנה הכפיפות של הצבא מוביל למידת מעורבות גבוהה של הדרג האזרחי בפעולות הדרג הצבאי, במיוחד בתחום כוח האדם ומינויי הקצינים (סוגיה בעייתית במבנה הקיים בצה"ל, כפי שעוד יפורט להלן), כפי שהדבר משתקף בסמכויות הרשות הפדרלית של הכוחות המזוינים (סעיף 1) לחוק היסוד הגרמני).

¹²⁰ חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 12), התשל"ט - 1979, ס"ח התשל"ט, עמ' 108.

¹²¹ לפרשנות חוקתית ולפרשנות חוקי יסוד ראו בג"ץ 1255/94 **בזק נ' שרת התקשורת**, פ"ד מט(3) 661; כן ראו עניין **אבני**.

אחרים, יוכל שר הביטחון להביא להשלטת רצונו גם בעניינים טקטיים ופיקודיים, ובכך תושם לאל כמעט כל הבחנה בין גישת הכפיפות המוחלטת לגישת הכפיפות היחסית¹²².

יג. כפיפות אסטרטגית

אליבא דגישה פרשנית זו, כפיפותו הפיקודית של הרמטכ"ל לשר הביטחון היא מלאה במישור המדיני והאסטרטגי אך לא במישור הטקטי, המבצעי, הפיקודי והמנהלי, ומשמעותה היא כי הדרך היחידה העומדת בפני שר הביטחון להכפפת הרמטכ"ל לרצונו בעניינים טקטיים, פיקודיים, תפעוליים, מנהלתיים, וכיוצא באלה, פרט להחלטתו (באישור הממשלה, מטבע הדברים - וראו להלן לעניין סדרי מינוי הרמטכ"ל) ברמטכ"ל אחר, הנוטה יותר לרצונו, היא להביא את העניין להכרעת הממשלה.

גישה זו נותנת משמעות פרשנית מובחנת ונפרדת לביטויים השונים המופיעים בחוק-יסוד: הצבא, כמו "מרות" (סעיף 2(א) וסעיף 3(ב) לחוק היסוד) וכמו "כפוף" (סעיף 3(ב) לחוק היסוד), והיא לכאורה היחידה היוצקת תוכן מלא לקביעה שהרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא (סעיף 3(א) לחוק היסוד).

מנגד, ניתן לטעון שאין ליצור הבחנה בין סמכויות הממשלה לבין סמכויות שר הביטחון, שכן הבחנה כזו מתעלמת מהוראת סעיף 2(ב) לחוק, הקובעת מפורשות ששר הביטחון הוא השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא, ואם שר הביטחון הוא שלוחה של הממשלה, הרי שכל עוד לא קבעה הממשלה אחרת, כל סמכויותיה של הממשלה מוקנות גם לו. ניתן לטעון עוד, כי פרשנות זו אינה תואמת את המדיניות המשפטית לפיה שר הביטחון יהיה אחראי לפעולותיו המבצעיות הפיקודיות של הרמטכ"ל אם לא יוכל להשפיע עליהן¹²³ (למעט האפשרות להמליץ בפני הממשלה על פיטוריו של הרמטכ"ל¹²⁴).

¹²² עם זאת, שוני בין הגישות קיים כמובן במקרים בהם אין המדובר בפעולה אותה מבקש הרמטכ"ל לנקוט, אלא בהימנעות מפעולה, כאשר שר הביטחון דווקא מעוניין בפעולה. במקרה כזה לא יוכל שר הביטחון לכפות על הרמטכ"ל את רצונו, אם כי גם כאן נראה כי ביצירתיות מספקת (למשל - דרישת פעולה מן הרמטכ"ל בעניין אחד "בתמורה" לויתור של שר הביטחון בעניין אחר), יוכל שר הביטחון בסופם של דברים להביא להכפפת הרמטכ"ל לרצונו.

¹²³ להרחבה ראו חוות דעת מנחה 10.0101, לעיל הערה 115.
¹²⁴ מעניין לציין, כי טיעון דומה שהועלה בעניין סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה נדחה: **דין וחשבון ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה** (ירושלים, 1962), עמ' כב' - כה'. ביוזמת פרופ' י' זמיר, פורסם לפני מספר שנים הדו"ח באורח מסודר: **דין וחשבון ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה**, י' זמיר (עורך), **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים (ירושלים, 1993), 421. הדברים זכו לאחרונה לעדכון ולחיזוק: **דין וחשבון**

דוגמה חביבה, המדגימה היטב את השוני בין הגישות, היא הוראה של שר הביטחון לרמטכ"ל כי חיילי צה"ל ינועו כשכומתה לראשם, כאשר הרמטכ"ל אינו מעוניין בכך. לפי גישת הכפיפות האסטרטגית, אין לשר הביטחון סמכות לחייב את הרמטכ"ל להורות הוראה כאמור לחיילי הצבא, בעוד שלפי הגישות האחרות הדבר אפשרי גם אפשרי¹²⁵, אם במישרין ואם בעקיפין.

יד. הפרשנות הראויה

לטעמי, הגישה הראויה ביותר, הנגזרת גם מן האחריות המוטלת על המעורבים ומן המבנה החוקתי היחודי שיוצר חוק-יסוד: הצבא, היא גישת הכפיפות האסטרטגית. גישה זו, כאשר היא מועמדת אל מול גישת הכפיפות המוחלטת (וכפי שכבר הוסבר, הלכה למעשה גם גישת הכפיפות היחסית מביאה לתוצאות של גישת הכפיפות המוחלטת), היא בעלת יתרונות ברורים, ומקנה לרמטכ"ל גמישות בניהול הצבא כראוי לכובד האחריות המוטלת עליו. שר הביטחון יכול תמיד, בנושאים חשובים דיים לשיטתו, לאכוף את רצונו על הרמטכ"ל, באמצעות הבאת הנושא להכרעת הממשלה, וככל שיוכר מנהג חוקתי המאפשר הבאת מחלוקות טקטיות ופיקודיות שוטפות אל ראש הממשלה, גם להכרעת ראש הממשלה¹²⁶.

כל פרשנות אחרת תיתן בידי שר הביטחון, בסופו של חשבון, סמכויות של "רמטכ"ל על", ואת זאת אין כל ספק כי לשונו של חוק-יסוד: הצבא, בהתאם לכוונת מנסחיו וההיסטוריה, תרתי משמע, העומדת מאחוריו, נועדה למנוע, במיוחד לנוכח המצב - הראוי כשלעצמו - על פיו שר הביטחון, הנמנה עם הדרג האזרחי, אינו בהכרח יוצא המערכת הצבאית¹²⁷, והינו בהכרח חלק נפרד ממנה. כמוכך, שגישת הכפיפות

הועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (ירושלים, 1998), 42 - 50.

¹²⁵ כמוכך, שאין זה המקרה המדגים בעיות ביטחון שברומו של עולם, אשר לשמן נתכן חוק-יסוד: הצבא, אך מן הראוי לציין כי ידועים מקרים לא מעטים בהם שרי ביטחון ביקשו להתערב בעניינים אזוטריים אף יותר בדרכי ניהולו של הצבא, ומשמעותה של גישת הכפיפות האסטרטגית היא בדיוק המשמעות לפיה שר הביטחון לא יוכל להתערב בנושאים מסוג זה, בעוד בנושאי מדיניות וביטחון לאומי סמכויותיו ישמרו, ולא רק שהרמטכ"ל יהיה חייב לציית להוראותיו, אלא גם שהרמטכ"ל יהיה מחויב לקבל את אישורו למהלכים בעלי משמעות מדינית ואסטרטגית.

¹²⁶ לגישה דומה, הרואה בניהולו הפנימי של הצבא עניין שלרמטכ"ל הסמכות לעסוק בו, ראו י' זמיר, **הסמכות המנהלית**, לעיל הערה 70, 538 (הערה 37).

¹²⁷ וההיסטוריה של מדינת ישראל כוללת שרי ביטחון משני הסוגים: הן כאלה שהיו בעלי ניסיון צבאי עשיר ובכיר, והן כאלה שלא שירתו כלל בצבא (וכמוכך שאין בכך כדי לגרוע מסמכותם או מתוקף תפקידם). ניתן להציג פרשנות זו, באורח ציורי, מנקודת המבט כי קיים שוני מהותי, ולא רק שוני משפטי הבא לידי ביטוי בחוק-יסוד: הצבא ובחיקוקים נוספים, בין הצבא לבין ארגונים ציבוריים אחרים, שוני שמשמעותו היא כי הרמטכ"ל אינו המנהל הכללי של הצבא, אלא מפקדו, ובהתאם לכך גם מידת המעורבות של השר הממונה בתוך הארגון צריכה להיות נמוכה יותר. תודתי לעו"ד אהרון לוי על הערה זו.

האסטרטגיה מצביחה קושי פרשני אחר, והוא הקושי הנוגע להבחנה בין עניינים מדיניים ואסטרטגיים לבין עניינים טקטיים¹²⁸, מבצעיים, פיקודיים וטכניים. אין להקל ראש בקושי זה. אולם, אני סבור כי חרף שטח אפור מסויים בו יתכן ויתעוררו מחלוקות מסדר שני באשר לעצם סיווג רמת המחלוקת - אסטרטגית או טקטית - יתרונותיה של גישה פרשנית זו עולים על חסרונותיה¹²⁹.

למען שלמות הצגת הטיעון, אבקש לעמוד על מחלוקת ידועה, המבהירה הן את ההבחנה בין הגישות הפרשניות לעניין סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא והן את הצורך החיוני בהבהרת המצב המשפטי באמצעות תיקון חוק היסוד: המחלוקת בסוגיית אישור מינויים של קצינים בכירים. על פי הוראות הפיקוד העליון, נדרש אישורו של שר הביטחון למינוי קצין לתפקיד לפי תקן אל"ם ומעלה¹³⁰ (כלומר, לא רק לקידום לדרגה האמורה, אלא גם למינוי לתפקיד אחר באותה דרגה¹³¹). ההסדר במתכונתו הקיימת, המעוגן בהוראות הפיקוד העליון, אינו נתון עוד לשליטת הרמטכ"ל ורשויות הצבא, שכן לצורך שינויו יש צורך בתיקון הוראת הפיקוד העליון הנוגעת לעניין, ותיקון כאמור טעון אישור שר הביטחון (סעיף 2א(א) לחוק השיפוט הצבאי).

אין ספק כי הסדר זה יכול לדור בכפיפה אחת עם גישת הכפיפות המוחלטת ביחסי שר ביטחון - רמטכ"ל, ולמעשה הוא נבנה באורח התואם את גישת הכפיפות היחסית¹³².

¹²⁸ אין הכוונה למקרה בו לפעולה טקטית נודעות השלכות או משמעויות אסטרטגיות. במקרה כזה בודאי שלעמדת שר הביטחון הבכורה.

¹²⁹ בארצות הברית מאפיינת את יחסי הדרג האזרחי עם הדרג הצבאי מעורבות גבוהה הרבה יותר מצד הדרג האזרחי (לסמכויותיו הכלליות הרחבות מאוד של שר ההגנה האמריקאי, מטעם הנשיא, ראו 10 U.S.C. 125; המעורבות קיימת גם בחיי המעשה), לה נלווית גם מעורבות גבוהה של המחוקק, ואפילו סוגיה כמו מיקומם של בסיסי צבא בארצות הברית היתה נושא לחקיקה הקונגרס (בעיקר בשל המשמעות התעסוקתית הנובעת לסגירתו של בסיס במדינה אחת או לפתיחתו של בסיס במדינה אחרת): Defense Base Closure and Realignment Act, 1990.

¹³⁰ הוראת הפיקוד העליון 3.0228 הקצונה בצה"ל - עקרונות קידום - שירות סדיר. ההוראה דן בנוסחה הנוכחי היא מסוף שנת 1992, אך גם לפני כן, במשך עשרות שנים, היה קבוע הסדר דומה בהוראות הפיקוד העליון. יודגש, כי ההסדר נוגע למאות רבות של קצינים בצה"ל. ההסדר הקיים בהוראת הפיקוד העליון דן יוצר מצב מתמיה משהו, על פיו הרמטכ"ל הינו בעל הסמכות האישית הישירה לאישור מינויים של קצינים מעטים מאוד: קצינים המתמנים לתפקיד מפקדי גדוד ביחידות השדה הסדירות (ראו סעיף 14 להוראת הפיקוד העליון 3.0228). יצוין, כי סמכות מינויים של מספר קצינים בכירים הוצאה מסמכותן הבלעדית של רשויות הצבא בחקיקה ראשית, ומצב זה היה נותר בעינו גם לולא הוראותיה של הוראת הפיקוד העליון 3.0228: הפרקליט הצבאי הראשי, שופטים צבאיים משפטים וראש הג"א (אלוף פיקוד העורף).

¹³¹ בארצות הברית מינוי לתפקיד קצונה טעון אישור הנשיא בהתייעצות עם הסנאט ובהסכמתו, אלא אם כן נקבע פטור מפורש מחובת ההסכמה או ההיוועצות בסנאט בחקיקה. הדרג האזרחי אף מעורב באישור קידומם של קצינים מדרגת סג"ם ומעלה לתפקיד ולדרגה גבוהים יותר (ראו - 10 U.S.C. 571 - 533; 10 U.S.C. 531 - 603).⁵⁸³

¹³² אומנם, שר הביטחון אינו יכול לחייב את הרמטכ"ל להביא לאישורו מועמד שהוא מעוניין במינויו, אך למעשה יכול שר הביטחון לאכוף את רצונו על הרמטכ"ל במינוי

ואולם, הסדר זה למינוי קצינים בכירים אינו יכול לעמוד בהתאם לגישת הכפיפות האסטרטגית. אין ספק, כי ישנם תפקידי קצונה בצה"ל אשר למינוי קצינים לכהונה בהם נודעת חשיבות מדינית או אסטרטגית. כך הוא לגבי תפקידים מסוימים באגף התכנון, ביחידת מתאם הפעולות בשטחים, באגף המודיעין, באגף המטה הכללי ואפילו ביחידות אחרות, כמו ביחידת מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי. ואולם, אין ספק כי ישנם תפקידים רבים אחרים, שמשמעותם איננה מדינית או אסטרטגית, ובכל הנוגע לתפקידים אלה, אם מקבלים את גישת הכפיפות האסטרטגית ביחסי שר הביטחון עם הרמטכ"ל, אין מקום למעורבות של שר הביטחון במינוי קצינים לכהונה בהם.

כאמור, כיום המצב הוא כי דרוש אישור פוזיטיווי של שר הביטחון למינוי קצינים לתפקיד בתקן אל"ם ומעלה, והסדר זה אינו נתון לשינוי אלא בהסכמת שר הביטחון, לנוכח עיגונו בהוראות הפיקוד העליון; אך לגישתי, ניתן בהחלט להעלות לדיון את מידת התאמתו של הסדר זה לפרשנותו הראויה של חוק-יסוד: הצבא.

בטרם סיום חלק זה, מן הראוי לציין, כי לפי כל אחת מן הגישות הפרשניות, ישנן מספר מסקנות משפטיות מתחייבות, אשר לגביהן אין מחלוקת בהיותן תואמות את כל אחת משלוש הגישות¹³³.

ראשית, הרמטכ"ל רשאי להביא חילוקי דעות בינו לבין שר הביטחון להכרעת הממשלה, אך זאת רק באמצעות שר הביטחון, שכן האחרון פועל מטעמה ורק הוא המוסמך להחליט בכל עניין בהעדר הוראה אחרת מטעמה, וגם זאת בכפוף לסוגיה שטרם הוכרעה בדבר המנהג החוקתי של הבאת מחלוקות בין שר הביטחון והרמטכ"ל להכרעת ראש הממשלה¹³⁴, לפחות בנושאים טקטיים ואופרטיביים.

שנית, חייל חייב לציית אך ורק להוראות הרמטכ"ל, שכן שר הביטחון, גם אם הוא איש צבא בכיר בדימוס (כפי שארע כבר מספר פעמים בהיסטוריה הביטחונית של מדינת

קצין מסויים לתפקיד מסויים באמצעות פסילת כל המועמדים האחרים, וכבר היו דברים מעולם.

¹³³ ראו חוות דעת מנחה 10.0101, לעיל הערה 115.

¹³⁴ יש לזכור, כי ניתן לטעון כי המנהג האמור, ככל שיש לו תוקף, הוא מנהג הסותר את חוק-יסוד: הצבא, אשר מנסחיו התכוונו פוזיטיווי להוציא את ראש הממשלה ממעגל בעלי הסמכויות בנושאי ביטחון. אני סבור, כי גם אם בעבר היה תוקף כלשהו לטיעון זה, הרי שעם חקיקתו של חוק-יסוד: הממשלה החדש והחיזוק המסיווי במעמדו של ראש הממשלה, לא ניתן לומר כי מנהג חוקתי - אשר תוקפו וקיומו יוכרעו, כמובן, בהתאם למבחנים המקובלים לקיומו של מנהג - על פיו לראש הממשלה סמכות להכריע במחלוקות טקטיות בין הרמטכ"ל לבין שר הביטחון, סותר את חקיקת היסוד הקיימת.

ישראל) איננו "מפקד" כהגדרתו באותו חוק. זוהי לכאורה המשמעות המרכזית והחשובה ביותר של קביעת חוק-יסוד: הצבא כי הרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא.¹³⁵

לבסוף, משמעות שלישית הנגזרת מחלוקת הסמכויות בין הרמטכ"ל לבין שר הביטחון, לפי כל אחת משלוש הגישות, היא כי קיים קושי משפטי ממשי בכפיפותם הכפולה של קציני צה"ל בגופים המשותפים למשרד הביטחון ולצבא (נספחי צה"ל בשגרירויות ישראל בעולם, היועץ הכספי לרמטכ"ל, המנהל לפיתוח אמצעי לחימה ותשתית ליצור (מפא"ת), ועוד). כפיפותם של אלה לנושאי משרות במערכת האזרחית (המנהל הכללי של משרד הביטחון ושר הביטחון) מנוגדת להוראת סעיף 3(א) לחוק-יסוד: הצבא על פיה הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי. על אף שנעשה ניסיון להסדיר קושי זה באמצעות הוראות הפיקוד העליון¹³⁶, הסדרה בחקיקת משנה (הוראות הפיקוד העליון) ודאי איננה יכולה לגבור על הוראתו של חוק-יסוד: הצבא ועל כן נותר הקושי בעינו.

טו. כפיפות הרמטכ"ל לסגן שר הביטחון

בסוגיה זו עולה השאלה האם במסגרת העניינים שמוסר שר הביטחון לסגנו, מועברים לסגן שר הביטחון גם מעמדו של שר הביטחון כלפי הרמטכ"ל לפי חוק-יסוד: הצבא.

שתי תשובות יתכנו לקושיה זו, אשר הבסיס לפתרונה מצוי בסעיף 37(ב) לחוק-יסוד: הממשלה החדש, הקובע כי סגן שר¹³⁷ יפעל, בכנסת ובמשרד שנתמנה לו, בשם השר שמינה אותו ובמסגרת העניינים שמסר לו השר¹³⁸.

לפי גישה אחת, ניתן לקרוא את הסעיף כפשוטו, ואם מסר שר הביטחון לסגנו, למשל, את הטיפול בתכנון ארוך טווח של בניין הכוח, בנושאים אלה רשאי סגן שר הביטחון להורות לרמטכ"ל כיצד לפעול באותו היקף בו מוסמך שר הביטחון להורות לרמטכ"ל כיצד

¹³⁵ צ' הדר, לעיל הערה 117, כפי שמצין ד"ר הדר, החובה לציית לרמטכ"ל תעמוד, מכוחו של סעיף 3(א) לחוק-יסוד: הצבא, גם אם לא יהיה הרמטכ"ל בעל הדרגה הגבוהה ביותר בצבא (שם, 221).

¹³⁶ הוראת הפיקוד העליון 1.0106 תחולת הוראות משרד הביטחון על חיילים בצה"ל. הורתו של תפקיד סגן השר בחוק המעבר (תיקון), התשי"א - 1951 (ס"ח התשי"א, עמ' 55). התפקיד נתכן על מנת שסגן השר יוכל לסייע לשר בתפקידיו הפרלמנטריים ובניהול משרדו (ראו הדיון בהצעת החוק בקריאה הראשונה (דברי הכנסת 5, 829 - 838) ובקריאה השניה והשלישית (דברי הכנסת 5, 1016 - 1021). למעמדו של סגן שר ראו בג"ץ 9/82 וירשובסקי נ' שר המשפטים (פ"ד לו(1) 645) ובג"ץ 171/78 אשכנז בע"מ נ' שר העבודה והרווחה (פ"ד לו(3) 141). למעמדו של סגן שר ראו גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.451 סגן שר - דרכי מינויו ותחומי פעילותו.

¹³⁸ יצויין כי בחיי המעשה מיעטו מאוד אותם שרי ביטחון, שכהנו סגני שר תחתם, למסור נושאים לטיפולם של סגניהם.

לפעול (בכפוף למחלוקת הפרשנית בדבר היקף כפיפות הרמטכ"ל לשר הביטחון, כפי שהובאה לעיל). כנגד זאת, ניתן בהחלט להעלות את הטענה שחוק-יסוד: הצבא הוא בבחינת דין מיוחד, והוראתו המפורשת, על פיה הרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון בלבד, דינה לגבור.

יש לזכור, בנוסף, כי סמכותו של סגן שר הינה רק בתוך המסגרת הארגונית של המשרד בו הוא מכהן (והצבא הוא גוף שאיננו חלק ישיר מן המסגרת הארגונית של משרד הביטחון), ואין לו כל סמכות בממשלה.¹³⁹

נראה, כי מהותם של ההסדרים בחוק-יסוד: הצבא, גם אם הם מאפשרים לשר הביטחון למסור עניינים הנוגעים לצבא לטיפול סגנו, היא כי עם המסירה לסגן השר אין מוענקים לו כוחותיו של השר כלפי הרמטכ"ל. בנוסף, מהותן של הסמכויות בהן עסקינן מחייב, כי את סמכויותיו לפי חוק-יסוד: הצבא לא יוכל שר הביטחון למסור לאחרים, לרבות לסגן שר הביטחון.¹⁴⁰

תכליתו של חוק-יסוד: הצבא ומשמעות הסמכויות בהן עסקינן מחייבים, כי האוחז בהן והמפעיל אותן יהיה מי שגם נושא באחריות המשותפת יחד עם שאר חברי הממשלה לשמירה על ביטחון המדינה, ולא מי מטעמו. יתרה מזו, סגן שר חייב, כידוע, להיות חבר כנסת, ונראה כי קיים טעם לפגם בהקניית סמכות חוקתית מרכזית - הפעלת הצבא - המסורה על פי חוק היסוד לרשות המבצעת (הממשלה) ומטעמה לאחד מחבריה הבכירים (שר הביטחון) לידי מי שעל פי חוק חייב להיות חבר הרשות המחוקקת.

¹³⁹ סגן שר אינו יכול להתמנות לחבר ועדת שרים: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.462 חברות בוועדת השרים לעניני כלכלה.

¹⁴⁰ ונראה לי כי סמכויותיו של שר הביטחון לפי חוק-יסוד: הצבא גם אינן ניתנות להעברה לשר אחר לפי סעיף 39(ב) לחוק יסוד: הממשלה, אף אם הכנסת מאשרת את העברתן, וזאת לנוכח מהות הסמכויות בהן עסקינן והעובדה כי סעיף 39(ב) לחוק-יסוד: הממשלה דן בסמכות שר הנתונה לו על פי חוק, ואילו ענינו בסמכות הנתונה לשר על פי חוק יסוד: זאת ועוד: אני סבור, מטעמים דומים, כי שר הביטחון איננו רשאי לאצול את סמכויותיו לפי חוק-יסוד: הצבא (והשוו סעיף 41(ה) לחוק-יסוד: הממשלה), וכי אין הוא רשאי גם ליטול את סמכויותיו של הרמטכ"ל, מכוח סעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה, מאותם טעמים, למעט, והדבר טעון בחינה בכל מקרה לגופו, סמכויות פרטניות הקבועות בדברי חקיקה מסוימים. במובן זה אינני מסכים עם גישתו של ד"ר צ' הדר (לעיל, הערה 117, 222 - 224), הסבור כי אין מניעה לנטילת סמכויות הרמטכ"ל על ידי שר הביטחון, וכי אין מניעה כי שר הביטחון יוציא בעצמו פקודות לצבא (ראוי עם זאת לציין, כי דבריו של ד"ר הדר בהקשר אחרון זה נכתבו בשנת 1977, בטרם נחקק תיקון מספר 12 לחוק השיפוט הצבאי).

טז. מינוי הרמטכ"ל¹⁴¹

שאלת מינוי הרמטכ"ל שבה ועולה אחת למספר שנים, בעת שרמטכ"ל מכהן מסיים את כהונתו. התפיסה המופגנת על ידי הממשלה ואשר קנתה לה, ככל הנראה, גם שביתה בציבור, היא כי מינוי הרמטכ"ל נעשה בידי שר הביטחון ואילו הממשלה רק מאשרת את המינוי, דהיינו כי עיקר משקלו של המינוי הוא בידי שר הביטחון. מצב זה משקף, אומנם, את המציאות ההיסטורית של מינוי הרמטכ"לים לצה"ל כמעט מאז קום המדינה, מציאות בה שר הביטחון הוא שהצביע על המועמד לתפקיד הרמטכ"ל והממשלה נתנה לו את אישורה הפורמלי¹⁴², אולם הוא איננו תואם את ההסדר המשפטי הקבוע בחוק-יסוד: הצבא, וזאת הן לנוכח לשונו והן לנוכח תכליתו החוקתית.

סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא קובע, כי "ראש המטה הכללי יתמנה בידי הממשלה לפי המלצת שר הביטחון", וזאת להבדיל ממינויים ממלכתיים רבים אחרים, המצויים בסמכות השר הנוגע בדבר ורק מובאים לאישור הממשלה¹⁴³. לשונו של הסעיף ותכליתו הם ברורים: על הממשלה, שהיא הממונה על הצבא לפי סעיף 2(א) לחוק היסוד, להיות גורם פעיל, מעורב ובעל משקל ממשי במינוי הרמטכ"ל. ניסוחו של הסעיף משמעותו כי מינוי הרמטכ"ל איננו מינוי המצוי בסמכותו הבלעדית של שר הביטחון, אך מנגד גם אינו מינוי המצוי בידי הממשלה לבדה: זהו מינוי אשר לעשייתו נדרש כי כל אחד מן השותפים להליך - שר הביטחון והממשלה - יתן לו את אישורו.

מינוי הרמטכ"ל, לפיכך, איננו מופע יחיד של שר הביטחון אלא טנגו של שניים: בלא המלצת שר הביטחון על המועמד לא יקום המינוי, אך גם בלא מינויו של המועמד בידי הממשלה לא יהיה המינוי בר תוקף¹⁴⁴.

¹⁴¹ חלק זה של המאמר מבוסס על מאמר שפרסמתי בעתון הארץ: א' נון "טנגו של שניים", הארץ, 1.4.98, ב2.

¹⁴² להסדר שנהג לעניין מינוי הרמטכ"ל לפני חקיקתו של חוק-יסוד: הצבא ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.526 מינוי הרמטכ"ל - סמכות.

¹⁴³ יושם אל לב, כי לראש הממשלה אין כל מעמד בהליכי מינוי הרמטכ"ל על פי חוק היסוד, על אף שבחיי המעשה עד כה היתה לראשי הממשלה מעורבות נכבדה ולעתים מכרעת במינויים אלה. הצעת חוק פרטית שהוגשה בשנת 1970, על פיה ימונה הרמטכ"ל על ידי נשיא המדינה, על פי החלטת הממשלה "שתובא בפניו על ידי שר הביטחון", נדחתה (ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.525 מינוי הרמטכ"ל). יצויין, כי במהלך הדיונים בכנסת עלתה ההצעה לשלב בסעיף 3(ג) לחוק היסוד דרישה להסכמת ראש הממשלה למינוי הרמטכ"ל, אך זו נדחתה: ראו דברי הכנסת 76, 2400 - 2403 (1976); כן ראו דברי הכנסת 74, 4017 (1975). בסעיף 185 להצעת החוקה של אוניברסיטת תל אביב (לעיל הערה 12) נקבע כי הרמטכ"ל ימונה על ידי הממשלה לפי המלצת שר הביטחון שתוגש על דעת ראש הממשלה, הסדר התואם את הליכי מינוי הרמטכ"ל בחיי המעשה מאז קום המדינה ועד היום.

¹⁴⁴ לדיון בפרשנות הסעיף ראו 237 - 236, P. Elman, supra note 65. והשוו לדרך מינויו של מנהל כללי במשרד ממשלתי, הקבועה בסעיף 12 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט - 1959 (ס"ח התשי"ט, עמ' 86).

כאמור, לא ברור אם בעבר היתה הקפדה ראויה על הליך המינוי כלשונו וקרוחו של חוק-יסוד: הצבא (מאז חקיקת חוק היסוד מונו ששה רמטכ"לים: איתן, לוי, שומרון, ברק, שחק ומופז), ואין הדברים אמורים בעצם אישורה הפורמלי של הממשלה, שכן זה ניתן כמובן למינויו של כל רמטכ"ל ורמטכ"ל. הכוונה היא לפן המהותי של הדברים, אשר מחייב כי הממשלה, בטרם תאשר את מינויו של המועמד המומלץ על ידי שר הביטחון, תקיים דיון בכישרונו ובתכונותיו של המועמד, על בסיס מידע שיוצג בפניה, ולגישי (אם כי הדבר איננו מתחייב מלשונו של חוק-יסוד: הצבא) תקיים דיון גם בכישרוניהם ובתכונותיהם של המועמדים האחרים, אשר אינם מומלצים על ידי שר הביטחון למינוי¹⁴⁵. דיון מהותי כזה מחייב את שר הביטחון להביא בפני הממשלה נתונים ופרטים אודות המועמדים בטרם ההחלטה על המינוי. אישור של הממשלה למינוי הרמטכ"ל המומלץ על ידי שר הביטחון בלא דיון במועמדים כולם ולפחות בלא דיון ממשי במועמד המומלץ על ידי שר הביטחון איננו יכול לעמוד מבחינה חוקתית, לנוכח תכליתו של סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא.

גם אם לעניין מינויים ממלכתיים אחרים הדין הוא אחר, הרי בסוגיה הפרטנית של מינוי הרמטכ"ל, קל וחומר לנוכח רגישות המשרה והיקף האחריות והסמכות הנלוות לה, נראה כי החוק מחייב בחינה מהותית ומקיפה של המועמדים על ידי הממשלה, ולא רק אישור שיהווה חותמת גומי להמלצתו של שר הביטחון, שהיא כמובן בעלת משקל נכבד בפני עצמה - שהרי בלעדיה לא יקום המינוי¹⁴⁶.

יז. סמכויות מלחמה (War Powers)

עד לכניסתו לתוקף של חוק-יסוד: הממשלה בשנת 1996, היה אחד הליקויים החוקתיים החמורים בחוק-יסוד: הצבא העדרו של הסדר הנוגע להכרזת מלחמה או לפתיחה במלחמה. חסר משפטי זה בוקר קשות, ואף הוצעו הצעות שונות למילוי, לרבות חקיקת חוק מיוחד לעניין הפעלת הצבא¹⁴⁷.

¹⁴⁵ שאלה היא, אם קיימת מניעה בסעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא כי שר הביטחון ימליץ על שני מועמדים או יותר, והממשלה תמנה את מי מהם שתמצא לנכון, גם אם שר הביטחון יתנגד בהצבעה בממשלה למינויו. אני מודה לעו"ד עופר חנוך על הערה זו.

¹⁴⁶ כפי שכבר הוזכר, התוצאה המצטברת של הסדר מינוי הרמטכ"ל ושל סעיף 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, היא כי לממשלה עומדת גם הסמכות לפטר את הרמטכ"ל, לפי המלצת שר הביטחון; מטבע הדברים, מאחר שקשה להניח כי יפוטרו רמטכ"ל בלא שימונה אחר תחתיו, יהיו טעונים הפיטורים והמינוי, כך או כך, הסכמה של שר הביטחון ושל הממשלה כאחד.

¹⁴⁷ ראו S. Shetreet, "The Grey Area of War Powers: The Case of Israel", 45 Jerusalem Quarterly Review 27, 43 (1988).

עם כניסתו של חוק-יסוד: הממשלה החדש לתוקפו, נכנס לתוקפו גם סעיף 51 לחוק היסוד, הקובע הסדר לעניין פתיחה במלחמה¹⁴⁸. אם עד לחקיקתו של סעיף זה נשלטה סוגיית סמכויות המלחמה, בהיבט המשפטי, על ידי סמכויותיה השיווריות של הממשלה (סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה החדש) ומנהגים חוקתיים כאלה ואחרים¹⁴⁹, הרי שההסדר שקבע הסעיף אינו מאפשר עוד פתיחה במלחמה¹⁵⁰ בלא קבלת החלטת ממשלה (אם במליאתה ואם באמצעות ועדת השרים לעניני ביטחון לאומי).

עם זאת, גם ההסדר שקבע סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה לוקה בפגמים חמורים, וזאת מעבר לפגם הבסיסי שבהעדר הגדרה ברורה למונח מלחמה, להבדיל מסכסוכים מזוינים אחרים¹⁵¹. החוק עוסק רק בפתיחה במלחמה ביוזמת המדינה, ומטרתו למנוע מצב בו תיפתח מלחמה יזומה בלא אישורה של הממשלה (עד כה יזמה ישראל את הפתיחה בשלוש מתוך חמש המלחמות עם מדינות ערב: מבצע קדש (1956), מלחמת ששת הימים (1967) ומלחמת שלום הגליל (1982)), כפי שהיה למשל במבצע קדש, כאשר לחלק משרי הממשלה נודע על יוזמת המלחמה ועל פתיחתה רק יום אחד לפני פרוץ הקרבות¹⁵².

¹⁴⁸ למען נוחות הקריאה, להלן נוסח הסעיף בשלמותו:

- (א) המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת הממשלה.
 (ב) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור.
 (ג) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה לפי סעיף קטן (א) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי; ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת; הודעה על פעולות צבאיות כאמור בסעיף קטן (ב) תמסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי."

¹⁴⁹ ראו ד' אבן, לעיל הערה 61.
¹⁵⁰ ההסדר, כמובן, איננו מגדיר מלחמה מהי, ועיון בחקיקה מבהיר כי בפני בית המשפט יעמוד אתגר משפטי של ממש בבואו לדון בשאלה זו, שכן המונח "מלחמה" ומונחים דומים לו מוזכרים בלמעלה מחמישים דברי חקיקה ראשית וחקיקת משנה. המתח הפרשני בין מלחמה, פעולות אויב, פיגועים חבלניים, פעולות איבה, התקפת אויב, התקפה מדומה (!) של האויב, מלחמה ממשית, מלחמה העומדת לפרוץ, ועוד, הינו רחב ביותר, ומשתרע ממלחמה כוללת בכל החזיתות ועד למבצע מוגבל כנגד יעד אויב מסוים. כך או כך, נראה שפרשנותו הראויה של הסעיף היא כמתייחס למלחמה לא מבחינת היוזמה המעשית מצד הצבא, אלא גם כפי שהאויב עשוי לראותה, דהיינו פעולה שהאויב עשוי לראותה כפתיחה במלחמה מן הראוי שיחולו עליה הכללים הקבועים בסעיף 51(א) לחוק-יסוד: הממשלה לעניין פתיחה במלחמה. במובן זה פרשנותו של הסעיף היא אובייקטיבית, דהיינו לפי ראית הצד השני הסביר את המהלך הצבאי, ולא לפי כוונתו הסובייקטיבית של שר ביטחון. לעניין פרשנות המונח "מלחמה" כשלעצמו, נראה לי כי ראשית פתרון עשוי להמצא בהבחנה בין מלחמה, מערכה וקרב, הקבועה בסעיף 7 לחוק העיטורים בצבא הגנה לישראל, התש"ל - 1970 (ס"ח התש"ל, עמ' 18), והמעין יעין שם.

¹⁵¹ ראו S. Shetreet, supra note 147, 41.

¹⁵² ראו ג' היכל, בעין פקוחה וזרוע נטויה: הפיקוח האזרחי על הצבא 1945 - 1957, לעיל הערה 57, 181.

לעומת זאת, לאחר שנפתחה מלחמה על ידי האויב, אין הסעיף מחייב, לכאורה, קבלת אישור הממשלה להמשך מהלכיה, ושר הביטחון רשאי להמשיך ולפעול (כל עוד אין מורה הממשלה אחרת) להרחבת יעדיה והיקפיה או לצמצומם, בלא אישור מיוחד ובלא פיקוח פרלמנטרי ממשי¹⁵³, ולמעשה ניתן אף לטעון כי אין הוא מגיב בהוראות מתאימות לצבא בהתאם להתפתחות מהלכי המלחמה, הוא מועל באחריותו הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק-יסוד: הצבא. בנוסף, אין ההסדר מבחין בין מלחמה יזומה לבין מלחמת מנע ובין מהלך מלחמתי התקפי למהלך מלחמתי הגנתי¹⁵⁴.

¹⁵³ הצעת חוק פרטית של חבר הכנסת מי שחל לחייב דיווח מפורט יותר על פעילות צבאית נדחתה בשנת 1997: הצעת חוק-יסוד: הצבא (תיקון - דיווח לועדת החוץ והביטחון על פעילות צבאית), התשנ"ז - 1997.

¹⁵⁴ בארצות הברית, סוגיית סמכויות המלחמה היא אחת מהסוגיות המרכזיות ביחסי צבא - דרג מדיני. ראו A. K. Schiff, "The War Powers Resolution: From the Halls of Congress to the Hills of Bosnia, Inertia Should Give Way to Post Cold War Reality", 11 The American Journal of International Law and F. A. Christopher, "War Powers as We Live Them: Policy 877 (1996) Congressional - Executive Bargaining under the Shadow of the War Powers A. D. Resolution", 11 The Journal of Law and Politics 609 (1995) Sofaer, "The Power over War", 50 University of Miami Law Review 81 J. Lobel, "Little Wars" and the Constitution", 50 University of Miami Law Review 61 (1995) W. Dellinger, "After the Cold War: Presidential Power and the Use of Military Force", 50 University of Miami D. Fascell, "War Powers and the Congress", 50 University of Miami Law Review 107 (1995) L. F. Damrosch, "Constitutional Control Over War Powers: A Common Core of Accountability in Democratic Societies?", 50 University of Miami Law L. F. Damrosch, "The Constitutional Responsibility of the Congress for Military Engagements", 89 American Journal of P. D. Coffman, "The Language of the War", 89 American Journal of P. R. Trimble, "The President's Constitutional Authority to Use Limited Military Force", 89 Cornell Law Review 1236 (1995) E. Burgin, "Rethinking the Role of the War Powers Resolution: Congress and the Persian Gulf K. M. Theurer, "Low Level War", 21 Journal of Legislation 23 (1995) Conflicts and the Reserves: Presidential Authority", 62 University of P. J. Spiro, "War Powers and the Sirens of Formalism", 68 New York University Law Review 1338 (1993) M. P. Kelly, "Fixing the War Powers", 141 Military Law Review 83 J. W. Rolph, "The Decline and Fall of the War Powers Resolution: Waging War under the Constitution after Desert Storm", 43 G. J. Sidak, "To Declare War", 41 Mercer Law Review 645 (1992) R. J. Spitzer, "Separation of Powers and the War Powers", 16 Oklahoma City University Law Review 279 (1991). ראו גם פסק הדין המעניין, עובר לפתיחת מלחמת המפרץ, שכבר הוזכר לעיל:

יודגש, כי בחיי המעשה מעורבותה של הממשלה בניהול מהלכיהן של מלחמות ישראל היה רחב כמובן הרבה יותר, אך העדרו של פיקוח פרלמנטרי¹⁵⁵ בהיקף ראוי על פעולות מלחמה הפך, כך דומה, כמעט למנהג, אשר ההזדמנות לתקנו עם חקיקתו של סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה הוחמצה. ניתן היה לצפות, בנוסף, לנוכח המחלוקות הציבוריות שעוררה מלחמת שלום הגליל בהקשר זה, כי סעיף 51 יגדיר ביתר פירוט את ההגבלות על מהלכיו של שר הביטחון בלא אישור הממשלה¹⁵⁶, אך לא כך נעשה¹⁵⁷.

כאמור, סעיף 51(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, העוסק בפעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור - שאינן, כך ניתן להבין, בגדר מלחמה - לא פתר את הקושי המשפטי שבתחמת המטרות הלגיטימיות של הפעלת הצבא למשימות שאינן ביטחוניות, במיוחד בכל הנוגע לנמנים עם כוחות הביטחון שלא מרצונם (המשרתים שירות סדיר ושירות מילואים לפי חוק שירות ביטחון), שהרי, כאמור, גם אם מותרת הפעלת הצבא כארגון להשגת אותם יעדים, אין משמעות הדבר מבחינה משפטית כי מותרת הפעלתם של המשרתים בצבא שלא בהסכמתם להשגת אותם יעדים.

Dellums v. Bush, 752 F. Supp. 1141 (1990). להיסטוריה של יחסי צבא - דרג מדיני בארצות הברית ראו *To Chain the Dog of War*, Southern Methodist University Press (Dallas, 1986). בנוסף, ראו הדיון המעניין בדבר התיקון השלישי לחוקה האמריקאית, בעניין שיכון וחנית חיילים בחצרים פרטיים בשעת רגיעה: W. S. Fields, "The Third Amendment: Constitutional Protection from Involuntary Quartering of Soldiers", 124 *Military Law Review* 195 (1989).

¹⁵⁵ מעניין לציין, כי עד לשנת 1955, היה תוקפו של חוק השיפוט הצבאי הבריטי (Army Act, 1881) טעון אישור או מתן תוקף בחוק מיוחד של הפרלמנט, אחת לשנה. ראו *Manual of Military Law*, His Majesty's Stationery Office (London, 1929), 14. גם כיום טעונה חלק מן החקיקה הצבאית אישור מתחדש של הפרלמנט.

¹⁵⁶ כך, למשל, פגם חמור טמון בכך, שאין במבנה הקיים של סמכויות המלחמה בסעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה הסדר המגביל את סמכויותיו של שר ביטחון, אשר בודעו כי אין רוב בממשלה לפתיחה במלחמה מורה לצבא לבצע פעולות שאינן עולות כדי מלחמה, בכונה לדרדרן למלחמה. העובדה כי מציאות הפעלתו של הצבא לפעולות מלחמתיות כיום היא שונה באורח קוטבי מתסריט זה איננה שוללת את האפשרות כי המצב ישתנה בעתיד לכיוון ההפוך, ומצב כזה יש למנוע מראש, בהסדר חוקתי נאות; במשימה זו אין סעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה עומד. עם זאת, אני סבור, כאמור (ראו הערה 150), כי יש ליתן לסעיף 51 לחוק-יסוד: הממשלה פרשנות מרחיבה אשר תצמצם את סכנת השימוש לרעה על ידי שר הביטחון, במובן זה כי גם פעולה - אפילו טקטית ומיקרו טקטית - אשר סביר כי צד שכנגד יראה בה פתיחה במלחמה (אם לנוכח הודעה מראש של אותו צד בדבר עילות הפתיחה במלחמה מבחינתו ואם לנוכח הערכה מסתברת של כוונותיו ומגמותיו של אותו צד) תחייב את אישור הממשלה ולא תוכל להתבצע בהוראת שר הביטחון לבדו. פרשנות זו מתיישבת עם תכליתו של הסעיף לפיה פעולה צבאית המעמידה את ישראל בסכנת מלחמה לא תבוצע בלא אישור הממשלה.

¹⁵⁷ למנגנוני הבקרה המורכבים המיושמים בשיטת המשפט האמריקאית על הפעלתן של סמכויות מלחמה, ועל מעמדו של הנשיא כמפקד העליון של הכוחות המזוינים (Commander in Chief) ראו 238 - 235, 231, *supra* note 7, L. H. Tribe.

יח. כוחות מזוינים מחוץ לצה"ל¹⁵⁸

סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא קובע כי "אין להקים או לקיים כוח מזויין מחוץ לצבא הגנה לישראל אלא על פי חוק". דומה כי לא יהיה חולק כי הכוונה בסעיף זה היא לכוח מזויין כארגון ולא לפרטים המרכיבים אותו, דהיינו מספר רב של מחזיקים בנשק כדין, כל עוד לא התאגדו לארגון המהווה כוח מזויין, לא יהיה בפעילותם כדי להפר את הוראת הסעיף.

ואולם, מעבר לכך, השאלה המרכזית המתעוררת מקביעתו האמורה של סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא היא, כמובן, האם הכוחות המזוינים הפועלים בישראל פרט לצה"ל עושים כן על פי חוק, כנדרש בחוק היסוד¹⁵⁹.

חלק מן הכוחות המזוינים בישראל הוקמו בחוק ופועלים במסגרת הוראות החוק. בין אלה ניתן למנות את משטרת ישראל (פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א - 1971¹⁶⁰, ובמיוחד סעיפים 5, 1); המשמר האזרחי (סעיפים 49 א, 49 ח לפקודת המשטרה); שירות בתי הסוהר (סעיף 76 ואילך לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב - 1971¹⁶¹); משמר הכנסת (סעיפים 8, 22, לחוק משכן הכנסת ורחבתו, התשכ"ח - 1968); והג"א (שירות ההתגוננות האזרחית - חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א - 1951¹⁶²). משמר הגבול הינו חלק אורגני ממשטרת ישראל, ועל כן הבסיס לפעילותו הוא פקודת המשטרה. יחד עם זאת, חלק משורות המשרתים במשמר הגבול מתמלאות ביוצאי צבא במהלך שירותם הסדיר, והבסיס לכך מצוי בהוראות סעיפים 24 - 26 לחוק שירות ביטחון.

פעילותם של שירות הביטחון הכללי והמוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים אינה מוסדרת במפורש בדבר חקיקה; שני הגופים מוזכרים אומנם במספר דברי חקיקה (ראו, לדוגמה: חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג - 1963¹⁶³ (סעיף 75א); חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981¹⁶⁴ (סעיפים 19(ג)3 - 19(ג)4)), וחוק האזנת סתר, התשל"ט - 1979¹⁶⁵ (סעיף 1)), אולם אין אלה חוקים המסדירים את הקמתם או את קיומם. עם זאת, אין משמעות הדברים כי שירות הביטחון הכללי והמוסד למודיעין

¹⁵⁸ חלק זה של המאמר הורתו בהערתו של עו"ד רונן פרי, בעקבותיה סייע לי בעיבוד הרקע למעמדם של כוחות מזוינים פרט לצבא במשפט הישראלי. תודתי נתונה לו על הערתו ועל סיועו האמור.

¹⁵⁹ להערה בדבר הצורך בהסדרת מעמדם החוקתי של כל הכוחות המזוינים הפועלים בישראל ראו P. Elman, supra note 65, 232 - 233.

¹⁶⁰ דיני מדינת ישראל, נ"ח, התשל"א עמ' 390.

¹⁶¹ דיני מדינת ישראל, נ"ח, התשל"ב, עמ' 459.

¹⁶² ס"ח התשי"א, עמ' 78.

¹⁶³ ס"ח התשכ"ג, עמ' 50.

¹⁶⁴ ס"ח התשמ"א, עמ' 128.

¹⁶⁵ ס"ח התשל"ט, עמ' 118.

ולתפקידים מיוחדים אינם פועלים על פי חוק¹⁶⁶. המקור המשפטי לפעילותם הוא החלטות הממשלה המסדירות את פעילותם, וזאת מכוח סמכותה השיורית של הממשלה, הקבועה בסעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה ואולם, אין ספק כי הסדר זה, גם אם נניח כי הוא עומד פורמלית במגבלות החוקתיות של סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא, איננו ראוי.

צבא דרום לבנון (צד"ל) לא הוקם על ידי מדינת ישראל, אך בחיי המעשה המרבית המכריעה של קיומו נשענת על מדינת ישראל, ואין, כידוע, חוק המסדיר את קיומו. כל עוד צד"ל אינו פועל בתחומי ישראל אין לכאורה קושי משפטי בהסדר הקיים, מכיוון שחוק-יסוד: הצבא הוא (ככל חוק אחר אלא אם נאמר בו אחרת) בעל תחולה טריטוריאלית. קושי מסויים קיים, לעומת זאת, במקרים בהם מתאמנים כוחות צד"ל בשטחי ישראל, ולקושי זה אין, לכאורה, פתרון בחוק¹⁶⁷.

גם גופים העוסקים במתן שירותי שמירה ושירותי חקירה עושים שימוש בנשק לצרכי פעילותם השוטפת. פעילותם של גופים אלה מותנית ברשיון לפי סעיפים 18 - 19 לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב - 1972¹⁶⁸. ישנם שני מקורות משפטיים אפשריים לשימוש בנשק במסגרות אלה. ראשית, חברת שמירה יכולה להעסיק עובדים בעלי רשיון אישי רגיל לשאת נשק (מכוח סעיף 5 לחוק כלי היריה, התש"ט - 1949¹⁶⁹). שנית, חברה לשירותי שמירה יכולה לקבל רשיון מיוחד להחזקת כלי יריה בתנאים שיקבעו ברשיון המיוחד, לשימוש המועסקים בשירותי השמירה שלה במסגרת עיסוקם (וזאת בהתאם לסעיף 10ג לחוק כלי היריה), בעוד חוקרים פרטיים הנושאים נשק עושים כן בהתאם לרשיון אישי. משמעות הדברים היא, כי חברות שמירה וחברות חקירות אינן בגדר כוחות מזוינים, אלא אוסף של בעלי תעודות הרשאה או בעלי רשיונות אישיים לנשיאת כלי יריה, ועל כן פעילותם של אלה כמו גם אלה איננה מעוררת קושי אל מול הוראת סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא¹⁷⁰.

י. ט. סיכום

¹⁶⁶ לאחרונה הוצע להסדיר את מעמדו ואת פעילותו של שירות הביטחון הכללי בחוק: הצעת חוק שירות הביטחון הכללי, התשנ"ח - 1998, הצ"ח התשנ"ח, עמ' 244.
¹⁶⁷ טענה חלשה יותר, שאני סבור כי אין לקבלה, היא כי מאחר ותקציב צד"ל נכלל, במידה כזו או אחרת, בתקציב הביטחון, המעוגן מדי שנה בחוק של הכנסת, יש בכך בסיס לקיומו של צד"ל על פי חוק.

¹⁶⁸ ס"ח התשל"ב, עמ' 90.

¹⁶⁹ ס"ח התש"ט, עמ' 143.

¹⁷⁰ דיון זה יוצא מנקודת ההנחה כי על אף שאין נפקות פלילית, לכאורה, להוראותיו של סעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא, נודעת לו נפקות אזרחית, המאפשרת להפעילו, ולו במסגרת נזיקית או מעין נזיקית, למניעת הקמתו או קיומו של כוח מזויין אשר אין בו כל הפרה של דבר חקיקה פרט לסעיף 6 לחוק היסוד. השוו, בהקשר זה, ד' ברק, **עוולות חוקתיות**, פפירוס (תל אביב, 1994). תודתי לעו"ד עופר חנוך על הערה זו.

פעילות צה"ל ומעמדו מוסדרים כיום במישור החוקתי בעיקר בחוק-יסוד: הצבא. חוק היסוד טעון עדיין השלמות והבהרות לא מעטות, כפי שפורט לעיל, הכל במטרה לעגן ולהבטיח את עקרון המרות האזרחית על הצבא¹⁷¹. ביחסים בין הממשלה, ראש הממשלה ושר הביטחון לבין הרמטכ"ל והצבא, ובאורח פרטני ביחסי שר הביטחון - רמטכ"ל, באות לידי ביטוי חולשותיו של חוק-יסוד: הצבא, להן נודעת משמעות מעשית ממשית בעיקר בסוגיית פרשנותו הראויה של סעיף 3(ב) לחוק היסוד והיקף כפיפותו של הרמטכ"ל לשר הביטחון.

גם בסוגיית סמכויות הצבא והיעדים החוקיים להפעלת הצבא רב הנסתר על הנגלה, והמצב המשפטי בהיבט זה איננו משביע רצון, הן בהיבט המהותי, בכל הנוגע לחוסר ההבחנה בין יעדי הצבא כארגון לבין המטרות הלגיטימיות של השירות הצבאי, והן בהיבט החוקתי המבני, שכן סוגיה זו טעונה הסדרה ברמה החוקתית, ובמשפט הישראלי - בחוק-יסוד: הצבא, פרק מפרקי חוקתה העתידית של מדינת ישראל¹⁷².

¹⁷¹ אינני נמנה עם הסבורים כי הערפול הקיים איננו שלילי בהכרח, שכן הוא יוצר דינמיקה של מאבקים על סמכויות בתחום הביטחון ובכך מבטיח הסדר בריא של איזונים ובלמים (Checks and Balances) בכל הנוגע למעמד הצבא בישראל ולהפעלתו. סמכויות מעורפלות בתחום כה רגיש ומרכזי טיבן שהן מובילות לנטילת אחריות יתר במקום שהדבר עלול להזיק ולבריחה מאחריות במקום שהנוק כבר נגרם, ואיזונים ובלמים ראוי שיקבעו במפורש בחוק או בחוקה, ולא יהיו תוצר של מבנה משפטי סטטוטורי לקוי.

¹⁷² להיבטים המבניים הראויים של הפיקוח האזרחי על הצבא ראו ג' היכל, לעיל הערה 57, 13 - 32, והאסמכתאות שם. כן ראו 7 supra note; Huntington, B. Diamond, M. Plattner (Eds.), **Civil Military Relations and Democracy**, Johns Hopkins University Press (Baltimore, 1996); E. P. Coughlan, "Democratizing Civilian Control: The Polish Case", 24 *Armed Forces and Society* 519, 521 - 525 (1998).

^{***} הורתו של מאמר זה בסקירה שכתבתי בשנת 1992 בתקופת שירותי בתפקיד היועץ המשפטי למתקני אגף כוח אדם, צה"ל, במסגרת משרדי עוזר הפרקליט הצבאי הראשי ליעוץ ולחקיקה. תודתי נתונה למי שמילא תפקיד זה אז (וכיום סגן הפרקליט הצבאי הראשי), אל"ם יוסף תלרז, על סיועו ועל הכוונתו. במשך השנים שחלפו, המשכתי לעדכן ולעבד את הדברים, ואני חב תודות לכמה משפטנים ואנשי תחומים אחרים על הערותיהם והארותיהם שהביאו אותי לבחון מחדש, לתקן ולעבד חלקים מן המאמר, הן בעבר והן לאחרונה, כשקראו את המאמר בנוסחו המתפרסם עתה, ובהם פרופ' שמעון שטרית, פרופ' סטיוארט כהן, ד"ר מנחם הופנונג, ד"ר גבי היכל, ד"ר עומר דקל, ד"ר ראובן גל, עו"ד כפיר אברהם, עו"ד עופר חנוך, עו"ד ליאור איזנפלד, עו"ד רונן פרי, עו"ד אדוה גל, חגיית רוס, תא"ל שמעון חפץ, ובמיוחד עו"ד אהרון לוי ועו"ד תומר גוטהלף, אשר הערותיהם מאירות העיניים הביאוני לשכתב חלקים לא מעטים מן המאמר. אני מודה לד"ר ראובן גל, לשעבר ראש מחלקת מדעי ההתנהגות בצה"ל וכיום מנהל המכון הישראלי למחקרים צבאיים, על עצתו הטובה, על שאפשר לי להשתמש בספריות העשירה של המכון בזכרון-יעקב, ועל שסייע לי בקשר עם גוף אקדמי בארצות הברית העוסק במחקר ובשיח בין תחומי בחלק מן הנושאים הנוגעים לנושא: IUS - Inter University Seminar on Armed Forces and Society. אני מודה לאל"ם (מיל') מאיר נצר, לשעבר מדריך במכללה לביטחון לאומי של צה"ל, על הערותיו בתחומי מומחיותו.

כמובן שאין אפשרות, והדבר גם אינו רצוי, לפרט יתר על המידה את חלוקת הסמכויות והכפיפויות ביחס לצה"ל, שכן חלק מכוחה של נורמת יסוד הוא בכלליותה ובהתוותה עקרון על מנחה ולא דווקא (בהקשר בו עסקינן) בהקנתה זכויות ספציפיות לפרט. אם וכאשר יוקנה לחוק-יסוד: הצבא מעמד נורמטיבי הולם והוא ישוריין, תוך תיקונו להבהרה ולהכרעה במספר סוגיות, כפי שהוצגו לעיל, יוכלו נושאים אלה לבוא לכלל הכרעה פרטנית במסגרת תקדימי הפסיקה.

תודתי נתונה, בנוסף, לתלמידי בקורס "דיני צבא", הניתן על ידי במכללה לפיקוד ומטה של צה"ל מזה מספר שנים, ולתלמידי בקורסים "דיני צבא" ו"השירות הצבאי בישראל", הניתנים על ידי במכללה למשפטים רמת גן, אשר הביאו אותי גם הם, בשאלותיהם ובהערותיהם, לערוך שינויים בדברים. על סיועם במחקר, באיסוף החומר ובעיבודו אני מבקש להודות לד"ר גיא זיידמן, לעו"ד יפעת פוגל ולעו"ד ליאור איזנפלד. כמו כן, אני מבקש להודות לאל"ם עודד פסנזון, מפקד בית הספר למשפט צבאי, על שהמריץ ושב והמריץ אותי לעבד את הסקירה למאמר ואשר לולא סיועו לא היו הדברים רואים אור. ואחרון אחרון חביב, אני חב תודה ליהושע אמיתי, משפטאי מובהק על אף שאיננו בעל השכלה משפטית, על הערותיו המועילות והחדות לדברים. לאחר רשימה ארוכה אך חשובה זו של דברי תודה, לא נותר לי אלא לציין את המובן מאליו, והוא כי האחריות לדברים כפי שהם מתפרסמים במאמר זה היא עלי בלבד.

דרכי התקיפה של החלטות בתי-הדין הצבאיים בבית-המשפט העליון

אסף פורת*

א. מבוא ב. תיקון מספר 17 לחוק השיפוט הצבאי – רשות
ערעור לבית-המשפט העליון ג. שאלת היחס בין ביקורתו
השיפוטית של בג"ץ לביקורתו הערעורית של בית-המשפט העליון
ד. מסגרת השיקולים המצדיקים מתן רשות ערעור על פי סעיף
444ט לחוק השיפוט הצבאי ה. רשות ערעור לאור חוק-יסוד:
כבוד האדם וחירותו – דין רצוי ו. סיכום

א. מבוא

זכות הערעור הינה זכות חיונית במשפטנו, אשר קיומה מחזק את יסודות ההגיונות שבהליך השיפוט¹. עם זאת, על מנת להקים זכות ערעור דרושה הוראה של החוק החרות² וכן דרושה ערכאה נוספת לערעור. נוכח חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מתעוררת השאלה אם הפכה זכות הערעור לזכות חוקתית³.

הסוגיה שתיסקר במסגרת רשימה זו עוסקת באותם המקרים שבהם נתונה הזכות לערער, אך מימושה מותנה במתן רשות לכך בפסק הדין או מאת נשיא בית-המשפט העליון או מאת משנהו. עסקינן בערעור ברשות לבית-המשפט העליון על פסק-דין של בית-הדין הצבאי לערעורים שניתן בערעור על פסק-דין של בית-דין צבאי מחוזי. המדובר ביוצא מן הכלל, שכן הכלל מקדמת דנא הוא כי "שני בתי משפט – אחד הדין בעניין מראשיתו, ואחד היושב לערעור על פסק דינו של הראשון – יש ויש בהם כדי להוציא לאור משפטו

סטודנט לתואר שני, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודתי לעו"ד אהרון לוי, לד"ר עודד מודריק ולאל"ם עודד פסנזון.

¹ ראו בג"ץ 1520/94 יהושע שלם נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח' פ"ד מח(3) 227, 232.
² ראו ע"פ 522/69 שלום אוחנה נ' מ"י פ"ד כד(1) 400, 401; ע"פ 426/87 זכריה שוקרי נ' מ"י פ"ד מב(1) 732, 735.

³ ראו ש' לוי "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב חוברת ג (תשנ"ו) 451, 462; וכן י' רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (הוצאת בורסי 1998), 26.

של נאשם"⁴. אולם, למרות שמדובר ביוצא מן הכלל, מוגשות לבית-המשפט העליון בקשות רבות למתן רשות ערעור על פסק דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים, אשר רובן נדחות בפסקי-דין קצרים⁵ ומתי-מעט מתקבלות, לרוב מבלי שהשיקולים לקבלתן יפורטו⁶. ברשימה זו תוצג סוגיית הרשות לערער לאור חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 17), התשמ"ו - 1985 ותוצע דרך לחדשה ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ב. תיקון מספר 17 לחוק השיפוט הצבאי – רשות ערעור לבית-המשפט העליון

בתשמ"ו - 1986 תיקנה הכנסת את תיקון מספר 17 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955 (להלן – חש"ץ) אשר קבע בסעיף 440ט, כי ניתן - על פי רשות מאת בית-הדין הצבאי לערעורים בפסק דינו, מאת נשיא בית-המשפט העליון או מאת משנהו - לערער על פסיקת בית-הדין הצבאי לערעורים בפני בית-המשפט העליון. עד לתיקון הנזכר קיים בית-המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, פיקוח וביקורת מסויימים על הפסיקה הצבאית במסגרת הסמכות שהוקנתה לו בחוק-יסוד: השפיטה⁷ בדומה לביקורתו על פסיקת בתי-הדין לעבודה⁸. בנושא זה נדון בהמשך.

סעיף 440ט(א) לחש"ץ יצר את האפשרות המשפטית לבקש רשות ערעור על פסק-דין של בית-הדין הצבאי לערעורים בקובעו כי פסק-דין של בית-הדין הצבאי לערעורים שניתן בערעור על פסק-דין של בית-דין צבאי, ניתן לערעור בפני בית-המשפט העליון, אם נתקבלה הרשות לכך, כאמור.

סעיף 440ט(ב) לחש"ץ תוחם את גבולות שיקול הדעת של הרשות השיפוטית שהוסמכה ליתן רשות ערעור בקובעו, כי לא תינתן רשות לערער, אלא בשאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש.

סעיף 440ט(ג) לחש"ץ קובע את המועדים להגשת הבקשה וסעיף 440ט(ד) לחש"ץ מאפשר לנשיא בית-המשפט העליון או למשנהו, לדון בבקשה שהוגשה לאחר המועד

⁴ ראו ע"פ 71/51 משה שבתאי בראשי נ' הי"מ פ"ד ו 286, 290, מפי השופט חשין שהיה, אומנם, במיעוט לעניין התוצאה; וכן המ' 573/74 דשנים אורגניים חברה בע"מ נ' מ"י פ"ד 97.

⁵ לדוגמא: רע"פ 2105/92 רב"ט מתי קרמר נ' התצ"ר פ"ד מו(3) 383; רע"פ 2723/96 רס"ן יצחק פיליפ נ' התצ"ר (טרם פורסם), דינים עליון, כרך מג, 498; רע"פ 2083/94 סגן (מיל') אסף בית אריה נ' התצ"ר (טרם פורסם), דינים עליון, כרך לה, 421.

⁶ לדוגמא: ע"פ 349/88 דוד כהן נ' התצ"ר, צה"ל פ"ד מד(1) 317.

⁷ סעיפים 15(ג) ו(ד) לחוק-יסוד: השפיטה. לדוגמא: בג"ץ 1/50 גרוסמן נ' הפרקליט הצבאי הראשי פ"ד ד 63; בג"ץ 144/86 סא"ל זיו הלוי ואח' נ' בית-הדין הצבאי לערעורים ואח' פ"ד מ(2) 309.

⁸ לדוגמא: בג"ץ 525/84 נביל חטיב נ' בית-הדין הארצי לעבודה פ"ד מ(1) 673; בג"ץ 239/83 יהושע מילפלדר נ' בית-הדין הארצי לעבודה פ"ד מא(2) 210.

האמור בס"ק (ג), אם הראה המבקש טעם מיוחד לכך. סעיף 440ט(ה) לחש"ץ מחיל על ההליך לפי סעיף 440ט את סדרי הדין הפליליים החלים על ערעורים פליליים בבית המשפט העליון ובכך מדגיש את הזיקה של הליך זה לפי החש"ץ לסדרי הדין הפליליים. כמו כן מחייב ס"ק (ה), כי מבקש/מערער/משיב בהליך שכזה ייצגו על ידי עו"ד. סעיף 440ט(ו) מאפשר למי שנתן את הרשות לערער, ובמקרה שהרשות טרם הוענקה, לנשיא בית-המשפט העליון, להורות על דחיית ביצוע גזר הדין, וסעיף 440ט(ז) לחש"ץ מחייב הופעה במדים ובגלימה.

נוסחו האמור של תיקון מספר 17 מעורר שתי שאלות הראויות לדיון: הראשונה – עניינה בהשפעתו של תיקון מספר 17 על היקף התערבותו של בג"ץ בפסיקת הערכאות הצבאיות, השנייה – עניינה במסגרת השיקולים המצדיקים מתן רשות ערעור בהתאם לתיקון האמור. במסגרת רשימה זו נדון בשתי השאלות שלעיל.

ג. שאלת היחס בין ביקורתו השיפוטית של בג"ץ לביקורתו הערעורית בית- המשפט העליון

ככלל, אין בג"ץ משמש כערכאת ערעור, אך בפרקטיקה, לא אחת, סוטה בג"ץ מהכלל האמור.⁹

לעתים, כפי שלמדים מבש"פ 3513/95 רב"ט אלון שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האויר¹⁰ אף מבלי להכריע בשאלת ההליך הראוי, קרי, בקשת רשות ערעור לפי סעיף 440ט לחש"ץ, או עתירה לבג"ץ. עם זאת, בבג"ץ 460/86 מטר נ' בית-המשפט הצבאי בשכס¹¹, הבחין הנשיא שמגר בין תפקידה של ערכאת ערעור לבין הפיקוח השיפוטי המקויים בידי בג"ץ באומרו, כי:

"הערעור עניינו תוכן ההחלטה וההצדק הענייני שלה, אשר אליה מתייחסת הפניה אשר באה להעביר את ההחלטה דרך הבחינה הערעורית. הפיקוח של בג"ץ אין עניינו, בדרך כלל, בטעמיה הענייניים של ההחלטה, בצדקתה או בקיום הצדק לנתינתה. בג"ץ בוחן בעיקרו את חוקיותה של ההחלטה" (ההדגשות אינן במקור – א.פ.פ.¹²).

⁹ראו שי' לוינ' "עתירה לבג"ץ כהליך תקיפה ערעורי" משפטים ג (תשל"ג) 16; יי קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני (ספר שני) הדין בראי הפסיקה (תשנ"ח – 1998 הוצאת

דיונון), 1110 – 1112.

¹⁰ פ"ד נא(2) 686.

¹¹ פ"ד מ(3) 817.

¹² שם, בעמ' 819.

באשר לטיבה של בדיקת חוקיות ההחלטה הסביר הנשיא שמגר בע"ב 3,2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה¹³, כי:

"דין חוקי משמעו, בדרך כלל, שלא הופרו כללי הצדק הטבעי, שנשמרו סדרי הדין שנקבעו בחיקוק החל על הרשות... שההחלטה ניתנה על ידי מי שמוסמך לכך ושהיא תאמה את סמכותו העניינית של הגורם המחליט, וכי הרשות שהחליטה הפעילה סמכותה תוך שימוש בה למטרתה, שלא נפלה טעות שבחוק ושההחלטה לא לקתה במרמה או לא הושפעה ממנה, שההחלטה ניתנה על יסוד ראיות שתמכו בה, ולבסוף שלא נגדה את החוק מטעם אחר כלשהו"¹⁴.

יוצא, כפי שמציין ד"ר עודד מודריק בספרו שפיטה צבאית¹⁵, כי ביקורת בג"ץ מתרכזת, בעיקר, במעטה החיצוני של ההחלטה ובנסיבות נתינתה, בעוד הביקורת על דרך הערעור חודרת לעומק ההחלטה על מנת לבחון את צדקתה העניינית.

עד לחקיקת תיקון מספר 17 לחש"ץ, בהעדר דרך ערעור, סלל בית-המשפט העליון, כפי שכבר הוזכר, מסלול פיקוח על הערכאות הצבאיות באמצעות בג"ץ¹⁶.

תחומי הפיקוח התרכזו בשלושה ראשים¹⁷:

1. חריגה או חוסר כל סמכות שיפוט¹⁸.
 2. פגיעה בכללי הצדק הטבעי¹⁹.
 3. טעות גלויה על פני פסק הדין אשר אינה מצריכה חקירה ודרישה²⁰.
- כפי שמציין ד"ר מודריק²¹, הפיקוח בשני התחומים הראשונים מושרש היטב, אך אין הוא מעיין ערעורית, אשר נועדה למלא את החלל שהיה קיים בהעדר זיקת ערעור בין מערכת השפיטה הצבאית לבין בית-המשפט העליון.

¹³ פ"ד לט(2) 225.

¹⁴ שם, בעמ' 251 – 252.

¹⁵ ע' מודריק שפיטה צבאית (תשנ"ג – 1993, משרד הבטחון – ההוצאה לאור), 153 – 154.

¹⁶ ראו צ' הדר "התערבות בית-המשפט העליון בפסקי-דין ובהחלטות אחרות של הערכאות הצבאיות בעקבות חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955 (תיקון מס' 17) התשמ"ו – 1986 "משפט וצבא 1 (התשמ"ח) 17, 19.

¹⁷ בג"ץ 86/58 מאיר בוגנים נ' ראש המטה הכללי, צה"ל פ"ד יב(2) 1653.

¹⁸ ראו בג"ץ 27/48 להיס נ' שר הבטחון פ"ד ב 153; ובג"ץ 69/85 סא"ל יעקב פרומר נ' בית-הדין הצבאי לערעורים פ"ד מ(2) 617.

¹⁹ השוו בג"ץ 83/70 אוחנה נ' בית-הדין הצבאי לערעורים פ"ד כד(1) 771.

²⁰ ראו בג"ץ 144/86 סא"ל זיו הלוי ואח' נ' בית-הדין הצבאי לערעורים פ"ד מ(2) 309.

²¹ לעיל מודריק הערה 15 בעמ' 154.

תיקון מספר 17 לחש"ץ, אשר שינה את אופני תקיפת הפסיקה הצבאית, עורר את שאלת היחס בין הביקורת הערעורית לבין הביקורת הבג"צית בהתייחס לפסיקה האמורה. בשאלה זו חלוקים המלומדים **ד"ר הדר**²² בדעה, שאין לתיקון האמור כל השפעה על היקף הביקורת של בג"ץ בהתייחס לערכאות הצבאיות לגישתו, מבחינה פורמלית לא ביטל התיקון את הוראות חוק-יסוד: השפיטה הנוגעות לסמכות בג"ץ כלפי בתי-הדין הצבאיים ואף מבחינה מהותית, לדידו, אין מקום לביטול שכזה. השקפה שונה בה מחזיק **בנימין רוטנברג**²³ הינה, כי אמנם נותרה על כנה יכולת ההתערבות של בג"ץ בהחלטות חסרות סמכות של בתי-הדין הצבאיים או בהחלטות שנפגמו מחמת שהן סותרות את כללי הצדק הטבעי. אולם, בטל כוח ההתערבות של בג"ץ בטעויות משפטיות של אותן ערכאות, שהרי, לגישתו, אלמלא יתפרש החוק כשולל סמכות בג"ץ בתחום זה, כי אז היה התיקון מושם לאל ובעצם ניתן היה לעקוף את התנאים שהוצבו בחוק על ידי פניה לבג"ץ.

הפרקטיקה השיפוטית של בג"ץ בשנים שלאחר תיקון מספר 17 לחש"ץ מלמדת, כי סמכותו להתערב בנעשה בערכאות הצבאיות לא נתבטלה. נהפוך הוא- מספר רב של פסקי-דין ניתנו על ידי בג"ץ שלאחר התיקון. עם זאת, מעיון בפסיקה האמורה למדים על השינוי שחל בנושא התקיפה הערעורית. עם לפני התיקון רוב החלטות הבג"ץ נגעו לפסקי-דין של הערכאה הצבאית העליונה²⁴, הרי שלאחרי התיקון חלק ניכר מהחלטות הבג"ץ עוסקות בפגמים לכאורה שעולים בשלב הדיון בערכאה הראשונה, קרי, בבית-הדין הצבאי, בעיקר בעת פתיחת המשפט. כך בבג"ץ 5000/95 **טורי גדעון ברטלה ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח'**²⁵ נסבה העתירה על סבירותן ותוקפן של הנחיות שהוציא הפרקליט הצבאי הראשי, שלפיהן מוגשים כתבי אישום לבתי-הדין הצבאיים נגד חיילים בגין עבירות על פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ג – 1973 ובבג"ץ 4723/96 **עטייה אביבית נ' הי"מ (טרם פורסם)**, דינים עליון, כרך נב, 167, נסבה העתירה על סמכות עיכוב הליכים בבית-דין צבאי ובבג"ץ 5319/97 **רומן קוגן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח'**²⁶ וזרה פורחח, דיווח עליון, כרך נג, 66 (הידוע כפרשת כלא 6), נסבה העתירה על עצם ההחלטה להעמיד את העותרים לדין חרף התחייבות המדינה, לפיה

²² לעיל הדר הערה 16 בעמ' 26 – 31.

²³ ב' רוטנברג "על סעיף 440ט לחוק השיפוט הצבאי וביקורת בג"ץ על החלטות בית-הדין הצבאי לערעורים" **משפטים** י"ט (תש"ן) 441, 450 – 451.

²⁴ לדוגמא: בג"ץ 692/85 **מרדכי אש נ' בית-הדין הצבאי לערעורים ואח' (טרם פורסם)**, דינים עליון, כרך ב, 189; בג"ץ 69/85 **סא"ל יעקב פרומר נ' בית-הדין הצבאי לערעורים ואח' פ"ד מ(2) 617**.

²⁵ פ"ד מט(5) 64 וכן ראו בג"ץ 7442/96 **אורנשטיין-זהבי ורד רס"ן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם)**.

²⁶ יצויין, כי בעניין קוגן מעיר בית-המשפט, כי מקומה של טענה של ביטול כתב אישום בגין הגנה מן הצדק הינו בד"כ בערכאה הדיונית ולא בבג"ץ. שם, בפסקה 18 לפסק דינו של השופט ת. אור ואכן בבג"ץ 1607/97 **ברטוב מאיר רב"ט נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' (טרם פורסם)**, דינים עליון, כרך נג, 40 נדחת העתירה לביטול כתב האישום מן הטעם האמור.

הכלואים לא יישפטו בגין האירוע. המשותף לפסיקה שהוזכרה לעיל הינו נסיון העותרים לתקוף את עצם ההחלטה להעמידם לדין וכפועל יוצא – את כתב האישום שהוגש כנגדם.

יוצא, כי הדרך שנקבעה בתיקון מספר 17 לחש"ץ לא באה לבטל את קודמתה, אלא רק להוסיף עליה. עם זאת, עסקינן בשתי דרכים נפרדות לפיקוח ולהתערבות בהליכים המתנהלים בבתי-הדין הצבאיים, דרכים אשר יש לצעוד בכל אחת מהן רק בנסיבות המיוחדות המתאימות לצעידה באותה הדרך.

ד. מסגרת השיקולים המצדיקים מתן רשות ערעור על פי סעיף 440ט לחוק השיפוט הצבאי

תיקון מספר 17 לחש"ץ שינה את מעמדם של פסקי הדין של בית-הדין הצבאי לערעורים בהכפפתם לביקורתה הערעורית של ערכאה נוספת – היא בית-המשפט העליון. על מטרות השינוי למדים מדברי ההסבר שפורסמו בהצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון 17), התשמ"ו - 1985²⁷ לפיהם:

“אחת ההמלצות החשובות של ועדת שמגר היתה לאפשר ערעור ברשות מבית-הדין הצבאי לערעורים לבית-המשפט העליון, כדי לאפשר דיון ופיקוח שיפוטי עליון על ידי הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה בשאלות משפטיות המתעוררות במערכת השיפוט הצבאית, שיש בהן חשיבות או חידוש. כן ראתה הוועדה חשיבות רבה באפשרות הערעור למען אחידות ההלכה”. (ההדגשות אינן במקור – א.פ.).

כפי שמציין ד"ר הדר²⁸, הדברים האמורים אינם מסבירים מדוע נולד הצורך לאפשר פיקוח שיפוטי – ערעורי של בית-המשפט העליון על מערכת השיפוט הצבאי. כמו כן, אין בדברים כדי להבהיר ולהאיר את הסיפא לסעיף 440ט(ב) לחש"ץ “שאלה משפטית שיש אנו נאלצים לפנות לפסיקה בעניין זה. ייאמר מיד, כי בית-המשפט העליון ממעט, כאמור, לפרט את מסגרת שיקוליו לעניין ס"ק (ב)²⁹ ולמעשה הנשיא שמגר נדרש לסוגיה באופן מפורט רק פעם אחת ברע"פ 25/87 שמעון הבר נ' התובע הצבאי הראשי, צה"ל³⁰, בקובעו, כי ס"ק (ב) תוחם את גבולות שיקול הדעת של הרשות השיפוטית שהוסמכה להעניק את רשות הערעור³¹, כי העניין דומה,

²⁷ הצעות חוק 1756, כ"ב בחשוון, התשמ"ו, 18, 28.

²⁸ לעיל הדר הערה 16 בעמ' 21.

²⁹ השוו לעיל מודריק הערה 15 בעמ' 158.

³⁰ פ"ד מ"ב(1) 45.

³¹ שם בעמ' 46.

במידה רבה, לשיקולים המנחים את בית-המשפט העליון בבואו לדון בבקשות רשות ערעור במסגרת הוראותיו של חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ו - 1984 וכי ס"ק (ב) מבטא את שנתגבש בפסיקת בית-המשפט העליון³², ולעניין זה מפנה הנשיא שמגר לפסק הדין המרכזי והעיקרי בתחום מתן הרשות לערער על פי חוק בתי המשפט ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר דפנה) בע"מ³³. הנשיא מסכם, כי:

"ההפניה אל חשיבותה, קשיותה וחדושה של השאלה המשפטית היא ביטוי לאמות המידה העיקריות, שנתגבשו ממילא בפסיקתו של בית-משפט זה בכל הנוגע לרשות הערעור"³⁴.

יצוין, כי בעניין הבר³⁵ ביקש המשיב לצמצם עד מאוד את מסגרת מתן הרשות לערעור ולהשוותה למסגרת מתן הרשות לקיומו של דיון נוסף. המשיב ביסס את בקשתו זו על הזהות החלקית שבין סעיף 440ט(ב) לחש"ץ לבין סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]. הנשיא שמגר לא קיבל את התיזה הזו בקובעו, כי למרות הקירבה הלשונית הרבה בין הסעיפים, ההקשר המשפטי הבסיסי הוא שונה. הדיון הנוסף נועד לשוב ולבחון הלכה שנתגבשה במושב תלתא בבית-המשפט העליון בעוד שהרשות לערער אינה מתמקדת במה שנפסק כבר, אלא בשאלה עתידית שמבקשים להעלות בפני בית-המשפט העליון³⁶. כפי שמדגיש ד"ר מודריק³⁷ מטבע הדברים היקף הרשות לבחינה נוספת של הלכת בית-המשפט העליון לפי סעיף 30 לחוק בתי המשפט מצומצם יותר מהיקף הרשות לבחינה נוספת של הלכת בית-הדין הצבאי לפי סעיף 440ט לחש"ץ.

ברע"פ 2302/91 התובע הצבאי הראשי נ' תא"ל שמעון נוה³⁸ חזר הנשיא שמגר על הדברים באומרו, כי על פי חוק השיפוט הצבאי לא תינתן רשות לערער לבית-המשפט לערעורים, אלא בשאלות משפטיות שיש בהן חשיבות, קשיות או חידוש³⁹ ובהמשך קבע הנשיא, כי עם אלו יכולה להימנות קביעת המדיניות השיפוטית, לרבות זו הנוגעת לדרכי ענישה, שהרי הכוונה היא למקרים בהם יש מקום להעביר את הגישה העקרונית שבט הביקורת, כדי לסייע בגיבושה של מדיניות ראויה⁴⁰. בית-המשפט העליון המשיך וחזר על הלכת הבר במספר רב של פסקי-דין,

³² שם בעמ' 47.

³³ פ"ד לו(3) 123.

³⁴ לעיל הערה 30 בעמ' 47.

³⁵ לעיל הערה 30.

³⁶ שם, בעמ' 46-47.

³⁷ לעיל מודריק הערה 15, בעמ' 159.

³⁸ פ"ד מה(5) 479.

³⁹ שם בעמ' 479.

⁴⁰ שם בעמ' 482.

בכולם נדחתה הבקשה משום שהעניין הנדון בהם לא עמד באמת המידה הנדרשת למתן רשות ערעור.⁴¹

הפעם הראשונה, דווקא בה נתבקשה רשות ערעור על פסק-דין של בית-הדין הצבאי לערעורים היתה קשורה לפרשה שלימים עוררה סערה ציבורית גדולה ונודעה כ"פרשת נאפסו". עסקינן בע"פ 124/87 סגן עיזאת נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי⁴² ואכן, רשות הערעור ניתנה, אולם ללא כל הנמקה והדבר עורר ביקורת.⁴³ בשנה שלאחר מכן חזר בית-המשפט העליון ונתן רשות לערער בשני מקרים נוספים, גם הפעם, מבלי לפרט את שיקוליו: בע"פ 349/88 דוד כהן נ' התובע הצבאי הראשי, צה"ל⁴⁴ ניתנה הרשות לאור הסוגיה של היקף סמכויות מעצר חיילים לפי חוק השיפוט הצבאי שעלתה באותו העניין ובע"פ 468/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי⁴⁵ שוב ניתנה הרשות, כאמור, הפעם לאור סוגיה אחרת והיא סמכות השימוש בכוח בר קטילה בידי איש הרשות, כנגד מי שמסרב לציית לצו שניתן על ידו.

בשלושה מאמרים שפורסמו לאחר תיקון מס' 17 לחש"ץ הביעו הכותבים המלומדים את דעתם בשאלת השיקולים למתן רשות ערעור על פי סעיף 440ט לחש"ץ. כמו כן, התייחס לנושא ד"ר מודריק בספרו⁴⁶. פרופ' פלר⁴⁷ בעל הגישה המצמצמת בוחן בחינה מילולית את לשון סעיף 440ט ורואה בהליך המוצע בו משום "ערעור נוסף ומיוחד". לגישתו, מטרתו של הליך זה היא לאפשר פיקוח מן הבחינה ההלכתית על בתי-הדין הצבאיים לשם הבטחת אחדות ההלכה המשפטית. מכאן גישתו לפיה אין ליתן רשות ערעור אלא בשאלות משפטיות כבדות משקל בלבד. מנגד ד"ר הדר⁴⁸ בעל הגישה המרחיבה למד החוקר הביע דעה לטובת הרחבת השימוש עליון, כי המחוקק לא התכוון, אלא לפתיחת שער רחב לכל המבקש לערער על פסק-דין של בית-הדין הצבאי לערעורים. לדידו, הכוונה היתה ליצור זיקת ערעור בכל אותם עניינים שבהם מצא עצמו בג"ץ מוגבל בלא יכולת לדון או בלא יכולת לשים עצמו ושיקול דעתו תחת שיקול הדעת של השופטים הצבאיים. לפיכך, אין ערך לרצון המחוקק בשעה שפתח את נתיב ההתערבות הערעורית - אם יוגבל על ידי מכשולים דיוניים ואמות מידה מצמצמות.

⁴¹ לדוגמא: רע"פ 27/88 יהודה יפרח נ' התובע הצבאי הראשי, צה"ל (טרם פורסם), דינים עליון, כרך ז, 851; רע"פ 1115/91 עמאר עאדל נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם), דינים עליון, כרך יט, 928; רע"פ 2103/92 ליאור ברקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי, צה"ל (טרם פורסם), דינים עליון, כרך כה, 754; רע"פ 121/88 טור' פליקס שמעוני נ' התובע הצבאי הראשי, צה"ל (טרם פורסם), דינים עליון, כרך ט, 238.

⁴² פ"ד מא(2) 631.

⁴³ ראו לעיל מודריק הערה 15, בעמ' 158.

⁴⁴ פ"ד מד(1) 317.

⁴⁵ פ"ד מד(2) 353.

⁴⁶ לעיל מודריק הערה 15 בעמ' 157-161.

⁴⁷ ש"ז פלר "פיקוח בית-המשפט העליון על הלכות מערכת השיפוט הצבאיים" משפטים י"ז (התשמ"ז) 53, 54.

⁴⁸ לעיל הדר הערה 16 בעמ' 34-37.

ד"ר מודריק⁴⁹ נוקט בגישת ביניים. המחבר בדעה, כי היקף הביקורת של בית-המשפט העליון על הפסיקה הצבאית צריך להיות מצומצם ולהתמקד באותם העניינים שבהם פסיקת בתי-הדין הצבאיים מפרה את עקרון הכלים השלובים ואת האיזון הנחוץ בינה לבין המערכת האזרחית. לגישתו, מקום שביט-הדין הצבאי לערעורים גיבש הלכה שאינה מתיישבת עם פרשנותה הכללית של הנורמה הפלילית – ואין לדבר הצדקה מבחינת יחודיות המערכת הצבאית – צריך בית-המשפט העליון להעמיד הלכה על מכונה. אך ד"ר מודריק מוסיף כי ייתכנו גם נסיבות נוספות שבהן ראוי שביט-המשפט העליון יתן דעתו לפסיקה שיצאה מלפני הערכאה הצבאית הגבוהה, כגון קשיות מיוחדת של הלכה או עניין שיש בו חידוש, אף שהחידוש מכוון כלפי המערכת הצבאית בעיקרו, ואין לו השלכה ישירה אל המערכת האזרחית.

הוא הדין, לדידו, בעניין בעל חשיבות ציבורית ממדרגה ראשונה. המחבר מסכם, כי אפשר להתוות את מסגרת השיקולים למתן רשות ערעור בתוך שבין מתן רשות ערעור "רגילה" לפי חוק בתי המשפט על פרשנותה וכלליה שנתגבשו בהלכה הפסוקה, לבין דיון נוסף במשמעותו באותו החוק.

בנימין רוטנברג⁵⁰ מביא גישה ביקורתית. רוטנברג נסמך על בחינה מילולית של הוראת הדין שמכוחה אמנם נלמד שסעיף 440ט מצמצם את היקף הביקורת של בתי-הדין הצבאיים, אולם תוצאה זו נראית לו תמוהה ובלתי רצויה, שכן, לגישתו, נדרש דווקא להדק ולהרחיב את הפיקוח על המערכת השיפוטית הצבאית העוסקת בדיני נפשות. לדידו, נסיון לפרש את סעיף 440ט על רקע ההיסטוריה החקיקתית ונקיטת דרך פרשנות מרחיבה (גישת ד"ר הדר) – לא יצלחו גם הם ואין מנוס, אלא להשיג את תיקון החוק.

לגישתו, לאורם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חשיבותה של זכות הערעור וסעיף 34כב לחוק העונשין תשל"ז – 1977, יש לשנות את ההלכה הפסוקה בהקשר של הביקורת הערעורית על הפסיקה הצבאית או לתקן את סעיף 440ט לחש"ץ. בכך נדון להלן.

כבוד האדם וחירותו – דין רצוי

דיו רב נשפך על הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי בכלל ושל המשפט הפלילי בפרט, שהביא עימו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁵¹. מבש"פ 3513/95 רב"ט אלון

⁴⁹ לעיל מודריק הערה 15.

⁵⁰ לעיל רוטנברג הערה 23 בעמ' 451-454.

⁵¹ ראו א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (התשנ"ו – 1996) עמ' 5; ב' אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים" המשפט כרך ג (התשנ"ו – 1996) עמ' 265; בש"פ 537/95 עימאד גנימאת נ' מ"י פ"ד מט(3) 355.

שורגאי נ' התובע הצבאי הראשי, פרקליטות ח"א⁵² למדים, כי הקונסטיטוציונליזציה שהביא עימו חוק היסוד לא פסחה על הדין הצבאי בפרט ועל מערכת השיפוט הצבאית בכלל⁵³. לגישתי, השפעתו של חוק היסוד אינה פוסחת על הסוגיה בה עסקינן – הרשות לערער על פסק-דין של בית-הדין הצבאי לערעורים. לאור חוק היסוד יש מקום לחדש ולשנות הלכות ואולי אף לתקן את החוק ככל שהדבר נוגע למקרים בהם בית-הדין הצבאי לערעורים מרשיע, ברוב דעות, נאשם שזוכה בבית-הדין הצבאי המחוזי⁵⁴. יותר מכך, כאשר החלטתו של בית-הדין הצבאי לערעורים הינה החלטה ברוב דעות יוצא, לכאורה, כי ארבעה שופטים בדעה, כי הנאשם זכאי בעוד רק שני שופטים בדעה כי הוא אשם⁵⁵. הדברים זוכים למשנה תוקף לאור סעיף 34 לחוק העונשין תשל"ז – 1977 לפיו "לא ישא אדם באחריות פלילית לעבירה, אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר". טענתי היא, כי מקום שביית-משפט מרשיע ברוב דעות, תמיד יתעורר ספק בדמותו של שופט המיעוט, כל שכן בדמותם של שופטי המיעוט⁵⁶. לדידי, במקרה שכזה על בית-המשפט העליון להיות הפוסק האחרון בין שתי הערכאות ולהכריע ביניהן להסרת הספק ולמימוש זכות הערעור של הנאשם לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

למען הסר ספק יודגש, כי אין עסקינן בסוגיה דמיונית, שכן, ברע"פ 2103/92 ליאור ברקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי, צה"ל (טרם פורסם), דינים עליון, כרך כה, 754, מציין הנשיא שמגר כי:

"הנושא אשר מועלה בפנינו, למעשה, הוא בגדר ערעור על חומרת העונש שהוטל על המבקש בבית-הדין הצבאי לערעורים, מקום בו נתקבל ערעור של התובע הצבאי הראשי נגד קולת העונש (פסק הדין ... וזרים ניתן ברוב דעות)" (ההדגשות אינן במקור – א.פ.).

נציין, כי הבקשה נדחתה משום שביית-המשפט לא מצא בטענות שאלה משפטית כלשהי, ובוודאי לא שאלה שיש בה "חשיבות, קשיות או חידוש".

⁵² פ"ד נא(2)686.

⁵³ ראו בג"ץ 5000/95 טור' גדעון ברטלה ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי פ"ד מט(5) 64; ע"מ 14/97 רב"ט שרית סטמקר נ' התובע הצבאי הראשי פ"ד צבאיים תשנ"ח – 1998 עמ' 182.

⁵⁴ היענות לבקשת רשות הערעור תביא למימושה של זכות הערעור של הנאשם, זכות, שייתכן שהינה זכות בעלת אופי חוקתי לאור חוק היסוד, כאמור במבוא לרשימה זו.

⁵⁵ יובהר, כי עסקינן בטענה גסה שנשמכת על משמעות מספרית בלבד.

⁵⁶ השוו רע"פ 933/95, קאשי מאירוביץ, עבודות עפר ואח' נ' מ"י (טרם פורסם), דינים עליון, כרך נב, 167.

ו. סיכום

ברשימה קצרה זו ניסיתי לחדש ולהאיר את שכבר נכתב בסוגיית תקיפת החלטות בתי-הדין הצבאיים בבית-המשפט העליון, בספרו של ד"ר מודריק⁵⁷ וברשימתו של ד"ר הדר⁵⁸ תוך הוספת הערות משלי.

יש להדגיש, כי בעקבות המלצות דו"ח הועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל ירושלים, אב התשנ"ז – 1997 (ועדת אור)⁵⁹ נראה, כי צפויים שינויים בחקיקה ובהלכות המשפטיות בכל הנוגע לתקיפת פסקי הדין של הערכאות הצבאיות. זאת, לאור המגמה הכללית של ועדת אור לצמצם את המקרים בהם יושב בית-המשפט העליון כערכאה ראשונה (קרי, כבג"ץ), וכן לאור הנחת היסוד של הועדה, לפיה, אין מקום שבית-המשפט העליון ישמע ערעורים על עניינים אשר אינם מעוררים בעיה משפטית של ממש.

⁵⁷ לעיל מודריק הערה 15.

⁵⁸ לעיל הדר הערה 16.

⁵⁹ שם בעמ' 85-86, 139.

דבר המערכת,

הנה כי כן, מתחדשים גיליונותיו של "משפט וצבא", ביטאון המערכת המשפטית בצה"ל, לאחר הפסקה ממושכת.

התחדשות זו מעידה על הצורך הממשי שאנו רואים בקיומו של מחקר מעמיק בתחום המשפט הצבאי ובפיתוח ההתדיינות בו. נודה על האמת, תחום זה הינו, עדיין – במידת מה – בוסרי למדי, מוזנח משהו, מונח, לכאורה, בקרן-הזווית של ההתעסקות המשפטית של ימינו. זאת, על-אף שכל אחד ואחת מאיתנו משרתים בצבא ומצויים בו משך תקופה ניכרת בחיינו, ועל-אף שהצבא כגוף, כמוסד, הוא בעל השפעה של ממש על החברה הישראלית בכללותה. עם כל זאת, כאמור, תחום המשפט הצבאי אינו מעובד דיו, אינו מטופח דיו. אני רואה צורך אמיתי בהרחבת ההתדיינות והמחקר בסוגיות של המשפט הצבאי, סוגיות אשר צצות ועולות תדיר וטורדות הן את אנשי הצבא והן את החברה כולה.

קוויו ומסגרותיו של "משפט וצבא" מותווים, אך לא גדרנו מראש גדרות להיקפו ולתוכנו. מיקוד העיסוק הוא, אומנם, בעניינים ה"קלאסיים" של משפט וצבא, ברם לא נתגדר בדל"ת אמות אלו בלבד. לא נקבע עצמנו ב"תחומי מושב" מעיקים. יש ב"משפט וצבא" גם רשימות מן התחומים המשיקים למשפט והמשיקים לצבא. יש בו רשימות גם מן האינטרדיסציפלינה.

ומה בגיליון זה?

• הכרזת העצמאות כמסמך יסוד של מדינת ישראל – המחלוקות באשר לניסוח, מה תכלול ההכרזה ומה לא תכלול. הכרזת העצמאות אינה חוקה. אם כן, מה היא? ההכרזה כפי שמשקפת בפסיקת בית-המשפט העליון. מה מעמד ההכרזה משעה שכוונן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובמיוחד לאור פסקת ההגבלה שבו? שלושה מודלים, כאשר כאן ננקטת גישת ביניים – 'מודל פרשני מרחיב'. בסוף הדברים, התייחסות לפן היהודי-ציוני שבהכרזה.

• "שערוך כספים המוחזרים ע"י רשויות ציבוריות באזור יהודה והשומרון" – קיימים מצבים בהם מחזיקה רשות ציבורית בכספים, לצרכים שונים, ומשיבה אותם כעבור זמן מה (סיבה לדוגמא: פיקדונות כערוכה בהליכים משפטיים).

החזקת פיקדונות זו מונעת מן האנשים שמסרו אותם את היכולת להתגונן בפני האינפלציה. המאמר עוסק בשיערוך חיובים סטטוטוריים. ההתמקדות היא בדיני השיערוך באיו"ש. יש סקירה נרחבת לגבי החובה הכללית לשיערוך במשפט המינהלי ובדיני החוזים, והכללים מוחלים, תוך הבחנה, באיו"ש. מובאים קריטריונים לשיערוך ומובאות שתי חלופות לשיערוך לפי מדד המחירים לצרכן הנוהג בישראל.

• "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל" – ניתוח מעמדי של הצבא לפי חקיקת היסוד. לפני כן, סקירת מושכלות-יסוד בנוגע למשפט חוקתי (חוקה, חוקי יסוד ושיריון..). בחינת סמכויות הצבא ומטרות שירות ביטחון. המאמר סוקר את המדרג: רמטכ"ל - שר בטחון - ממשלה - ראש ממשלה, וכולל התייחסות למועצה לבטחון לאומי, שהוקמה לאחרונה. בסוף המאמר בחינת סמכויות בקשר להכרזה/פתיחה במלחמה וקיומם של כוחות מזוינים מחוץ לצה"ל.

• "סמכות הביקורת השיפוטית של בתי-המשפט האזרחיים בישראל בעניינים מינהליים הנוגעים לרשויות צה"ל באזורי יהודה, שומרון וחבל-עזה" - בחינת סמכות בתי המשפט הישראליים לדון בעניינים הנוגעים לאזורים באופן כללי. ישנם חוקים ספציפיים המעבירים חטיבות נושאים מבית-המשפט העליון לבתי-המשפט האזרחיים (מחוזיים), והפסיקה הוסיפה תחומים נוספים. נשאלת השאלה: האם העברות אלו (בפסיקה) מתייחסות גם לאזורים?

• "דרכי התקיפה של החלטות בתי הדין הצבאיים בבית המשפט העליון" – זכות הערעור היא זכות יסוד במשפט. מ-1986 – תיקון 17 לחש"ץ – ניתן עפ"י רשות מאת בית-הדין הצבאי לערעורים בפסק דינו או מאת נשיא בית-המשפט העליון לערער לבית-המשפט העליון. נבדקות גישות הבוחנות את היחס בין ביקורתו השיפוטית של בג"ץ לביקורתו העירעורית של בית המשפט העליון. בנוסף, נבחנת שאלת רשות הערעור לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

• "חקיקת מחשבים ויישומה" – ניתוח וסקירת חוק המחשבים, עבירות הנעשות במחשבים ובאמצעות מחשבים. מובאות מן הפסיקה הישראלית והזרה. התייחסות לפסיקה החדשה ביותר, גם זו שמצוייה בשלבי ערעור.

• "הפעלת סמכויות הצנזור על רקע עקרון עצמאות שיקול הדעת של רשות מוסמכת" – באיזו מידה ניתן להתערב בשיקול-דעתה של רשות מוסמכת ולחייב אותה לאמץ גישות שונות הנוגעות להפעלת סמכותה? המאמר בוחן, באופן כללי, את העיקרון המינהלי של "עצמאות שיקול הדעת". ישנה ביקורת על

העיקרון (הדין הראוי) ומובאת סקירה של המשפט המשווה. לאחר מכן, בדיקת מידת עצמאותו של הצנזור הראשי לעיתונות ולתקשורת.

• "מעצר מינהלי: גבולות הסמכות והיקף הביקורת" – ביקורת על בג"ץ אלמעמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש. העותר נעצר במעצר מינהלי. שופט החליט בערר לקצר את המעצר המינהלי, אך מפקד כוחות צה"ל באיו"ש החליט לשוב ולהאריך את הצו. הוגשה עתירה לפיה לא היה למפקד האזור לשוב ולהאריך את הצו. ביקורת המאמר על כך שבית המשפט שם את שיקול דעתו במקום שיקול הדעת של שר הביטחון.

כולי תקווה כי חידוש הוצאת "משפט וצבא" יתרום הן לפיתוחו של התחום, שחלקו עדיין בבחינת terra incognita, והן ליצירת במה להתפלמסות אקדמית יוצרת, בחינת "קנאת סופרים תרבה חכמה" (בבא בתרא, כא, עא).

קריאה מהנה.

עודד פסנון, אל"ם
מפקד ביה"ס למשפט צבאי

דבר הפצ"ר,

לפני כשמונה שנים, וליתר דיוק, בחודש דצמבר 1991, ראה אור הגיליון השנים-עשר של ביטאון המערכת המשפטית בצה"ל, "משפט וצבא". מאז הופעת הגיליון האחרון פסקה, לצערנו, מסיבות שונות, הוצאתו לאור. שנים רבות חלפו מאז, והיום הננו מחדשים את המסורת בהוצאת הגיליון השלושה-עשר, בתקווה כי זה יבשר על הופעתו הסדירה של הביטאון כפי שהיה בעבר.

"משפט וצבא" הוא ביטאון המשמש אכסניה למאמרים משפטיים ברמה אקדמית, הן בתחומי פעילותה ועיסוקה של המערכת הצבאית, והן בתחומים אחרים בעלי עניין לציבור המשפטנים בצה"ל ובמדינת ישראל.

בחרנו לחדש את הופעת הביטאון במאמרים מפרי-עטם של משפטני הפרקליטות הצבאית בעבר ובהווה ושל אנשי משפט "מן החוץ" בנושאים בעלי משמעות וחשיבות אקטואלית. אין צריך לומר, כי האכסניה פתוחה לפני ציבור המשפטנים ולפני כותבים אחרים, מתוך המערכת הצבאית ומחוצה לה, אשר ירצו ליטול חלק בעשייה – ובלבד שיהיה בדבריהם משום עניין ותרומה לחשיבה ולמחקר המשפטיים.

נשמח לקבל הערות והארות לגבי תוכנו, מתכונתו ותצורתו החיצונית של הביטאון, כדי לשפר את הגיליונות הבאים ולהעשירם ככל הניתן.

קריאה מהנה

אורי שהם, תא"ל
הפרקליט הצבאי הראשי

על הפסיקה

מעצר מינהלי: גבולות הסמכות והיקף הביקורת
בעקבות בג"ץ 2320/98 אלמעמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח'

אבינעם שרון*

א. מבוא ב. הרקע העובדתי ג. פסק הדין ד. הבסיס התיאורטי
ה. גישת קלינגהופר והלכת אלמעמלה ו. סיכום

א. מבוא

"האם מפקד צבאי ביהודה ושומרון רשאי להאריך מעצר מינהלי של אדם לאחר ששופט החליט, בערעור על צו המעצר, לקצר את המעצר של אותו אדם?" כך ניסח בית המשפט העליון את השאלה שהובאה בפניו בבג"ץ 2320/98 אלמעמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש. על-מנת להכריע בשאלה, בחרו השופטים (אור, זמיר וטירקל) להשיב לשאלה רחבה יותר, ולהכריע בסוגיה עקרונית בה נחלקו דעות השופטים בעבר, והיא: מהו היקף הביקורת השיפוטית על צו מעצר מינהלי? ברשימה זו אבקש לדון בסוגיה זו, ובתשובה שניתנה לה על-ידי שופטי בג"ץ בעתירה בעניין אלמעמלה (צ"ל: אלעמלה). תחילה, אפרט את הרקע העובדתי לעתירה. לאחר מכן, אציג את תשובת בית המשפט. בחלק השלישי אנתח את הבסיס העיוני לפסק הדין, ובחלק האחרון אבקש לדון בשאלה האם, לאור הבסיס העיוני, תאמה תשובת בג"ץ את עובדות המקרה הספציפי שעמד לפניו.

ב. הרקע העובדתי

ביום 1 באוקטובר 1997, נעצר העותר במעצר מינהלי לתקופה בת שישה חודשים, עד ליום 31 במרץ 1998. מעצר זה נעשה בהתאם לסמכות המפקד הצבאי על-פי סעיף 1(א) לצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה)¹, (להלן: "הוראת השעה"). לקראת סיום

* סא"ל; הממונה על התביעה באיו"ש.
¹ צו בדבר מעצרים מנהליים (הוראת שעה) (יהודה ושומרון) (מס' 1226), התשמ"ח - 1988.

תקופת מעצרו, הגיש העותר ערעור על מעצרו וביום 9 במרץ 1998, התקיים דיון בערעור. במסגרת הערעור, הוצג בפני השופט (נשיא ביהמ"ש הצבאי לערעורים, אל"ם משה שפי) החומר ששימש בסיס למעצרו של העותר, וכן מידע חדש שהצטבר מאז הוצאת הצו. בהחלטתו ציין השופט כי "עיינתי בחומר החסוי והבנתי מדוע ראה המפקד בעורר סיכון לביטחון האזור", אך, יחד עם זאת, מצא השופט כי "מידה של חומרה מסוימת היתה דגן בהערכת הגורמים הביטחוניים ומן הראוי שיהיה בסיס רחב יותר לאותה הערכה". על כן החליט השופט לקצר את צו המעצר נגד העותר בשבועיים, כך שמועד שחרורו נקבע ליום 16 במרץ 1998.

לאחר מתן ההחלטה, בחנו גורמי הביטחון את עניינו של העותר בשנית, ומשכרו כי חיוני להאריך את מעצרו של העותר, הביאו את עניינו בפני מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, אשר החליט להאריך את מעצרו המינהלי של העותר בארבעה חודשים נוספים.

על החלטה זו הוגש ערעור שנדון בפני המשנה לנשיא ביהמ"ש הצבאי לערעורים (אל"ם אילן כץ). אשר החליט כי, על-אף ההחלטה לקצר את צו המעצר, החלטת מפקד האזור ניתנה בסמכות, ודחה את הערעור, תוך שהוא קובע כי העניין יובא בפניו לעיון חוזר עד ליום 29 במאי 1998.

על החלטה זו הוגשה העתירה שבנדון, כאשר עיקר טענתו של העותר היתה כי משחלית השופט בעררו הראשון לקצר את מעצרו המינהלי, לא היתה בידי מפקד כוחות צה"ל באיו"ש סמכות לשוב ולהאריך את הצו.

ג. פסק הדין

בבואו להשיב לשאלת הסמכות של המפקד הצבאי, בחן ביהמ"ש את הסוגיה משלושה הבטים, אותם אכנה **הדין המצוי, הדין הרצוי, והדין הראוי**. מבחינת **הדין המצוי**, נראה, לכאורה, כי המפקד הצבאי אכן רשאי להאריך צו מעצר מינהלי לאחר שקוצר על-ידי שופט. סעיף 1(ב) להוראת השעה קובע כי מפקד צבאי רשאי "להורות מפעם לפעם על הארכת תוקפו של צו המעצר המקורי לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים". מכאן הסיק בית המשפט כי "לפי פשוטו של מקרא, מפקד צבאי אינו מנוע מלהאריך מעצר גם לאחר שהמעצר קוצר על ידי שופט". מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם גישת מ"מ נשיא ביהמ"ש הצבאי לערעורים בערעור השני, ועם החלטתו של השופט מצא בעמ"מ 7/97 **פלוני נ' שר הביטחון** (לא פורסם), עליו הסתמכו המשיבים. בהחלטה זו קבע השופט כי בהחלטתו לקצר צו מעצר מינהלי בשלושה חודשים, "ביקש נשיא בית המשפט המחוזי להטיל על שר הביטחון חובה לחזור ולבחון,

מקץ שלושת חודשי ההארכה הראשוניים, אם המשך המעצר אכן עודנו דרוש". גישה זו לא היתה מקובלת על בג"ץ, בסברו כי:
 "פשוטו של מקרא אינו בהכרח משמעו של מקרא. המקרא צריך פירוש. הפירוש ניתן לאור התכלית. לפיכך השאלה היא, מה התכלית של צו המעצרים".

התשובה לשאלה זו היא כי התכלית "היא, בראש ובראשונה, השמירה על ביטחון האזור וביטחון הציבור. אך תכלית זאת משתלבת בתכלית נוספת: ההגנה על חירות האדם. צו המעצרים קובע שכל צו מעצר ניתן לערעור בפני שופט, והשופט מוסמך לבטל את הצו או לקצר את המעצר. ברור מכאן שצו המעצרים מפקיד בידי השופט את הסמכות לאזן בין צורכי הביטחון לבין חירות האדם. איזון זה הוא התכלית המיוחדת של צו המעצרים".

בית המשפט ממשיך ומוסיף כי "נוסף לתכלית המיוחדת, יש להתחשב, לצורך פירוש הצו, בתכלית הכללית. התכלית של הצו, כמו של דברי חקיקה אחרים, היא לשמור ולקדם את ערכי היסוד של שיטת המשפט, כמו זכויות האדם, השוויון בפני החוק, וכיצא באלה, בכל מקרה לפי ההקשר של המקרה. במקרה שלפנינו יש להתחשב, לפי ההקשר, במעמד הראוי לביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי. ביקורת שיפוטית, הוגנת ויעילה, היא לא רק אחד מערכי היסוד של שיטת המשפט, אלא היא גם תנאי להגנה על ערכי יסוד אחרים כמו, במקרה שלפנינו, חירות האדם". קשה לחלוק על דבריו של בית המשפט עד כה, כי הרי עד כה לא חידש, לא קבע ולא פירש דבר והדברים הם רק בבחינת מבוא המביא אותנו לשאלה המרכזית אותה הציב בית המשפט, היא השאלה מהו היקף הביקורת השיפוטית על מנת שתהא הוגנת ויעילה?

לכאורה, התשובה צריכה להיות כי כבואו לבחון את חוקיותו של צו מעצר מינהלי, יבחן בית המשפט את הצו על-פי אותן אמות מידה בג"ציות בהן בוחן הוא כל מעשה מינהלי. הוא יבדוק את הסמכות המוסדית ויבחן האם לא פעלה הרשות המוסמכת מתוך שיקולים זרים או בחוסר סבירות קיצונית. אם ימצא כי הכל כשורה, יאשר בית המשפט את המעשה המינהלי גם אם לדעתו אין המעשה נכון, וגם אם לטעמו אין המעשה רצוי, כי מאז ומתמיד נזהר בית המשפט מלשים את שיקוליו הוא תחת שיקוליה של הרשות. אך הפעם החליט בית המשפט לחרוג ממנהגו זה, ולחדש הלכה. באמצעו את גישתו של פרופ' יצחק קלינגהופר², קבע בית המשפט "כי הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי לפי חוק המעצרים מסמיכה את השופט, לא רק לבטל מעצר בלתי-חוקי, אלא גם לשקול את עצם הצורך במעצר על יסוד החומר המצוי, ולשים את שיקול הדעת שלו במקום שיקול הדעת של שר הביטחון" [הדגשה שלי - א.ש.]. גישה זו נכונה, לדעת בית המשפט, גם לעניין הוראת השעה.

² י קלינגהופר "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון" משפטים י"א (תשמ"א) 286.

מסקנה תכליתית זו, אותה כיניתי **הדין הרצוי**, מהווה חריגה עקרונית מהגישה המסורתית של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ומשנה מן הקצה אל הקצה את סמכותו של השופט היושב בערעור על מעצר מינהלי. על-פי הגישה המסורתית והצרה, לא היה שופט מוסמך להתערב בשיקולי המפקד הצבאי אם לא נפל פגם היורד לשורשו של עניין בצו ואם לא פעל המפקד בחוסר סבירות קיצוני. לכאורה, אם כן, כמעט שלא היה מקום כלל להתערב בשיקול הדעת של הרשות המינהלית. כל עוד מפקד מוסמך כדין הוציא צו בהסתמכו על חוות דעתו המקצועית של שרות הביטחון הכללי, לא ניתן היה לקבוע כי פעל מתוך שיקולים זרים או בחוסר סבירות קיצוני, ועל-כן לא היה מקום לבטל את צו המעצר המינהלי. כן, גם אם סבר השופט כי ניתן היה להסתפק בתקופת מעצר קצרה יותר מאשר נקבעה בצו, לא היה מקום כי ישים שיקוליו במקום שיקולי המפקד ולקצר את הצו. בסמכות זו יכול היה שופט לעשות שימוש רק במקום בו פעל המפקד בחוסר סבירות קיצוני. דוגמא לחוסר סבירות כזאת, היינו מוצאים, למשל, אילו היה המפקד הצבאי מוציא צו מעצר לתקופה בת שישה חודשים נגד אדם החשוד בכך כי מתכנן לפגוע באישיות ממדינה זרה העומד לבקר באזור למחרת היום ולעזוב. במקרה כזה, נהיר כי לשלילת חירותו של החשוד לתקופה החורגת ממספר ימים אין כל יסוד סביר³. מעתה, לאור פסק הדין בפרשת **אלמעמלה**, רשאי השופט לשים עצמו בנעלי המפקד הצבאי, לבחון את הבסיס להחלטת המפקד הצבאי, להעריך את הסכנה הצפויה, לחלוק על מסקנת המפקד ולשנות את החלטת המפקד הצבאי בהתאם להבנתו ולהערכתו - כפי שאף עשה נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים בערעורו הראשון של העותר.

כפי שציינתי לעיל, בנוסף לבחינת הדין המצוי וקביעת הדין הרצוי, גם בחן בית המשפט את העתירה מנקודת הראות של **הדין הראוי**. בהקשר זה, קבע בית המשפט כי עמדת המשיבים "אינה מתיישבת עם המעמד הראוי לביקורת שיפוטית". עמדה זו של בית המשפט איננה תלויה בהיקף הביקורת השיפוטית, אלא במעמדה ובמהותה, ואין לעניין זה כל נפקא מינה אם המדובר בביקורת בג"צית קלאסית וצרה, או בביקורת רחבה, אחרת "יתהפכו היוצרות: המפקד הצבאי, שלפי צו המעצרים הוא כפוף לביקורת של השופט, יהיה בעמדת ביקורת על השופט. ההחלטה של השופט תרד למדרגה של חוות דעת, שהמפקד יוכל לקבל או לדחות, ואילו ההחלטה תהיה, לא בידי השופט, אלא בידי המפקד. מצב כזה נוגד את המהות של הביקורת השיפוטית. כך בדרך כלל, לגבי הביקורת השיפוטית על כל החלטה מינהלית, אך במיוחד כך לגבי הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי".

³ עמדה עקרונית זו אינה משקפת את הפרקטיקה המקובלת מאז ומתמיד בבתי המשפט הצבאיים באיו"ש ובאזח"ע. כך, למשל, עיון בהחלטות השופטים המשפטיים בעררי מעצר מנהלי מגלה כי, כמעט כדבר שבשגרה, מקצרים השופטים את תקופת המעצר בתקופה בה שהה העציר בחקירה טרם הוצאת הצו, הגם שלא אחת מציינים הם כי אין מחובתם לעשות כן בהתחשב בהבדל שבתכלית החקירה והמעצר המנהלי. והנה, על-פי הגישה הבג"צית המסורתית, לא הייתה כל סמכות להורות על קיצור שכזה.

ד. הבסיס התיאורטי

את פסק דינו בעניין אלמעמלה משתית בית המשפט על גישתו של פרופ' קלינגהופר, כפי שהוצגה במאמרו "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון"⁴. במאמרו זה, תקף פרופ' קלינגהופר את החלטת בית המשפט העליון בנקטו גישה בג"צית קלאסית וצרה בעניין מעצרים המינהלי של הרב מאיר כהנא וברוך בר-יוסף⁵. לדעת פרופ' קלינגהופר, גישתו זו של בית המשפט, עד כמה שהיתה היא נכונה לעניין הביקורת על מעצר מינהלי מכוח תקנה 111 לתקנות ההגנה, איננה יכולה להיות נכונה לביקורת של צו מעצר מינהלי שהוצא מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט - 1979, ואין ביקורת כזו נותנת ביטוי להסדר החדש שבחוק. לדעת פרופ' קלינגהופר, משכנס החוק החדש לתקפו, לא ניתן עוד לומר כדברי השופט י" כהן כי "המעצר, אף אם הוא נתון לביקורת שיפוטית, הוא עדיין מעצר מינהלי"⁶. אלא אמור מעתה כי "איבדה שלילת החופש האישי, שהיא פועל-יוצא ממתן צו המעצר, ממהותה המינהלית הטהורה וניתן סיפוק מסוים לכלל הגדול של שלטון החוק, המורה כי לא תילקח מאדם חירותו האישית אלא אם שופט החליט על כך"⁷.

לדעת פרופ' קלינגהופר, משהחליט המחוקק לדרוש כי צו מעצר מינהלי טעון אישורו של נשיא בית משפט מחוזי, שינה הוא את מהותו הבסיסית של המעצר המניעתי מפעולה מינהלית לפעולה מורכבת של אורגן המורכב משני אורגנים חלקיים "שהאחד מהם - שר הביטחון - נמנה עם המנהל, והשני - הוא נשיא בית המשפט המחוזי - נמנה עם הרשות השופטת"⁸. למעשה, דרישת המחוקק לביקורת שיפוטית חובה, שוללת משר הביטחון את סמכותו המינהלית להורות על מעצר, ואף שוללת מהמעצר את אופיו המינהלי, כי הרי ללא אישורו של נשיא בית משפט מחוזי, אין לצו המעצר זכות קיום. אישורו של נשיא בית המשפט המחוזי, אם כן, איננו רק אישור דיוני-פורמלי, אלא פעולה מהותית, שוות ערך, המשלימה את פעולת השר. לדעת פרופ' קלינגהופר, בכך הוא לבחון את צו המעצר המינהלי, על נשיא בית המשפט המחוזי להפעיל שיקול דעת עצמאי, ורשאי הוא להתערב בשיקולי השר. אם לא כן, ואם נכונה הגישה "לפיה לא ימיר נשיא בית המשפט המחוזי את שיקולי שר הביטחון בשיקוליו הוא, הרי עם כל התמורות שחלו, התכונה המינהלית הטהורה של צו המעצר, שהיתה עיקרו של ההסדר הקודם, נשארה על כנה"⁹ ואופיו של המעצר כפעולה מורכבת מתרוקן מתוכן.

⁴ הי"ש 2, לעיל.⁵ עמ"מ 1/80 הרב מאיר כהנא וברוך בן יוסף (גרין) נ' שר הביטחון, פ"ד ל"ה (2) 253.⁶ ש"ס, ע' 257 - 258.⁷ קלינגהופר, לעיל הי"ש 2, ע' 286.⁸ ש"ס, ע' 287.⁹ ש"ס, ע' 293.

מסקנתו של פרופ' קלינגהופר לעניין היקף הביקורת השיפוטית מבוססת לא רק על אופיו של המעצר המניעתי כפעולה מורכבת, אלא גם על שתי טענות נוספות. הטענה האחת היא כי, בדרך כלל, כאשר מופיעות המילים "רשאי" ו-"לאשר" בדבר חקיקה, יש לפרש אותן כמעניקות שיקול דעת לרשות. על-כן, משקבע המחוקק כי נשיא בית המשפט המחוזי "רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצר את תקופת המעצר שבו", יש להבין את המילים כמעניקות שיקול דעת עצמאי. אמנם, עד כה נראה כי בית המשפט העליון סבר אחרת, ולא כך פירש את המילים, אך מוסיף פרופ' קלינגהופר כי המלה **רשאי** "אינה יכולה שלא לציין הענקת סמכות מובהקת של שיקול דעת לנשיא" מקום שמדובר בסמכות לקצר את תקופת המעצר.

טענתו השנייה – והמשלימה – היא כי "קשה ליישב את הפירוש המצמצם" עם חובת נשיא בית המשפט המחוזי לקיים עיון תקופתי מחדש¹⁰. אם סמכותו של הנשיא מוגבלת לביקורת בג"צית, ולבחירת חוקיות הוצאת הצו, מה הטעם בעיון התקופתי? הרי את חוקיות הצו כבר בחן הנשיא באשרו את המעצר, ואם היה השר מוסמך אז, ואם שיקוליו היו כשרים אז, הרי לא יהיה לו לנשיא במה לדון אם אין תפקידו של הנשיא להפעיל שיקול דעת עצמאי. אלא, "כאן ישקול הנשיא באופן עצמאי, אם הנסיבות הקיימות כעת, בזמן העיון המחודש, אמנם מחייבות או אינן מחייבות את המשך החזקת האדם במעצר. שיקול מעריך זה יהיה כולו של הנשיא. יוצא, כי את סמכותו של הנשיא על-פי סעיף 5 אי אפשר לראות כמוגבלת לביקורת של חוקיות בלבד. אם כן הדבר, אזי מה הטעם לגירסה, כי סמכותו על-פי סעיף 4 נועדת לביקורת כזאת בלבד?"¹¹.

את גישתו של פרופ' קלינגהופר יש להבין, בראש ובראשונה, לאור תפיסתו היסודית כי החלפת הוועדה המייעצת הקבועה בתקנה 111 בביקורת שיפוטית חובה הפכה את המעצר המינהלי מפעולה מינהלית לפעולה מינהלית-שיפוטית משולבת. על-פי תפיסה זו קובע פרופ' קלינגהופר, כי במסגרת הביקורת השיפוטית מפעיל השופט שיקול דעת עצמאי ונכנס הוא לנעלי הרשות המינהלית. לדעת פרופ' קלינגהופר, גישה צרה יותר היתה מרוקנת את ההסדר המשפטי החדש מכל תוכן. את הטעמים הנוספים שמביא פרופ' קלינגהופר יש לראות כתימוכין בלבד, ולדעתי, בהעדר הסכמה לטיעון הבסיסי בדבר הפעולה המשולבת, הופכים טעמים אלה לפחות משכנעים.

הטענה הלשונית כי המילים "רשאי לאשר" מצביעות על הענקת שיקול דעת עצמאי איננה נקיה מספקות. מתן רשות יכולה גם להתפרש כהטלת חובה, ואין היא תמיד משקפת שיקול דעת בלתי מוגבל. העובדה כי החוק אף מעניק לנשיא שלוש חלופות יכולה להתפרש כמעניקה שיקול דעת לבחור בין שלוש החלופות, ותו לא. גם פרופ' קלינגהופר היה מודע לכך כי הטיעון אינו חד-משמעי, ונראה כי על-כן בחר לסייג את דבריו באומרו

¹⁰ ש.ם.
¹¹ ש.ם.

"וספק אם לא ייתכן פירוש אחר"¹². טענת פרופ' קלינגהופר באשר לסמכות לקצר את תקופת המעצר, הגם שהיא מחזקת את טיעונו, אף היא איננה מחייבת את מסקנתו. לעיל נתתי דוגמא בה הוציאה הרשות המוסמכת צו מעצר לתקופה בת שישה חודשים כדי לקדם פני סכנה מיידית של פגיעה באורח האמור להגיע למדינה ולעזבה תוך יום. כמדומני כי במקרה כזה, אין צורך בהפעלת שיקול דעת עצמאי, אלא ברור כי התקופה חורגת באופן קיצוני מהמחויב וכי ההחלטה היא בלתי סבירה על פניה. במקרה כזה, די בביקורת בג"צית קלאסית וצרה כדי להגיע למסקנה כי אין לאשר את הצו ככתבו וכי חובה לבטלו. במקרה זה, הרשות לאשר, לבטל או לקצר מאפשר לשופט לקצר את תקופת הצו במקום לבטלו כליל בשל חוסר הסבירות הקיצונית, ואין צורך להרחיק לכת ולומר כי הסמכות לקצר גם מעניקה סמכות לשקול את שיקולי הביטחון באופן עצמאי.

גם חובת העיון מחדש מחזקת את גישת פרופ' קלינגהופר בכליותה, אך אין היא עומדת כטענה עצמאית ומספקת בפני עצמה. גם אם הביקורת השיפוטית מוגבלת לביקורת בג"צית צרה של חוקיות המעצר, אין חובת האישור מרוקנת את העיון מחדש מתוכן. גילוי ראיות המפלילות את העציר או ביטול הצורך בחיסיון ראיות קיימות יכולים להפוך את המשך המעצר לבלתי חוקי, ושינוי בנסיבות או במצב הביטחוני עשויים להפוך מעצר הכרחי למעצר בלתי חוקי או לבלתי סביר בעליל, בדיוק כפי שהתפתחויות בחקירה עשויות להצדיק שחרורו של חשוד בערכאת הערעור מקום שביטחון בערכאה קמא הורה בצדק על מעצרו, וההפך. אם יתברר כי חלפה הסכנה אותה נועד המעצר למנוע, או כי לא היה מקום לתת אמון במקורות המידע המודיעיניים, לא יהיה צורך כי בעיון מחדש יכנס השופט לנעלי השר על מנת להחליט כי נשמט הבסיס למעצר, ואם יתגלו ראיות המפלילות לכאורה את העציר בביצוע עבירה פלילית, המשך המעצר יהפוך לבלתי מוצדק וניתן יהיה להפסיקו גם על-פי סמכות הביקורת הצרה¹³.

לסיכום, נראה כי התיזה המרכזית המבססת את גישתו של פרופ' קלינגהופר היא היותו של המעצר המינהלי פעולה מינהלית-שיפוטית מורכבת. אופיו של המעצר כתוצר של שילוב בין שתי רשויות שוות ומאזנות, הוא המחייב כי הביקורת השיפוטית תהיה רחבה. יתר טענותיו של פרופ' קלינגהופר, הגם שיכולות לתמוך בגישתו, אינן יכולות לשמש בסיס עצמאי לה.

ה. גישת קלינגהופר והלכת אלמעמלה

¹² שם, ע' 290.

¹³ ראו, למשל: עמ"מ 2/82 לרנר נ' שר הביטחון, פ"ד מ"ב (3) 529, 531; עמ"מ 1-2/88 אגבריה ואח' נ' מ"י, פ"ד מ"ב (1) 840, 846 - 847.

כפי שציינתי בהצגת עיקרי פסק הדין, בית המשפט בחן את הסוגייה על-פי המצוי, הרצוי והראוי. על-פי הדין המצוי, מצא בית המשפט כי המפקד הצבאי פעל בסמכות בהתאם לפשוטו של מקרא. על-כן, אילו הסתפק בית המשפט במצוי, היה עליו לאשר את צו המעצר המינהלי אשר האריך את מעצרו של העותר.

על-פי הדין הראוי, קבע בית המשפט כי לא יעלה על הדעת, מבחינת מעמדה של הרשות השופטת, כי המפקד הצבאי יאריך צו מעצר שקוצר, אחרת "יתהפכו היוצרות: המפקד הצבאי, שלפי צו המעצרים הוא כפוף לביקורת של השופט, יהיה בעמדת ביקורת על השופט. ההחלטה של השופט תרד למדרגה של חוות דעת, שהמפקד יוכל לקבל או לדחות, ואילו ההחלטה תהיה, לא בידי השופט, אלא בידי המפקד. מצב כזה נוגד את המהות של הביקורת השיפוטית. כך בדרך כלל, לגבי הביקורת השיפוטית על כל החלטה מינהלית, אך במיוחד כך לגבי הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי". אילו בחר בית המשפט לפסוק על-פי גישה זו, כי אז יכול היה בית המשפט להורות על ביטול צו המעצר באומרו כי משלא בחרה המדינה לעתור לבג"ץ נגד החלטת השופט, אסור היה להאריך את מעצרו המינהלי של העותר.

אך בית המשפט בחר ללכת בדרך שלישית, ולפסוק לפי הדין הרצוי, תוך פירוש הוראת השעה על-פי תכליתה. את תכלית הוראת השעה קבע בית המשפט תוך השוואתה לחוק הישראלי ובהתאם לגישתו של פרופ' קלינגהופר לאותו חוק. דא עקא, כל היסודות החיוניים לאותה השוואה ולא־ימוץ אותה גישה חסרים. אמנם מודע בית המשפט העליון לכך שקיימים אי אלה הבדלים בין החוק הישראלי לבין הוראת השעה, אך הוא קובע:

"נראה כי על אף ההבדלים בין חוק המעצרים החל בישראל לבין צו המעצרים החל ביהודה ושומרון, אין מקום להבחין לעניין זה בין ביקורת שיפוטית על צו מעצר לפי חוק המעצרים לבין ביקורת שיפוטית על צו מעצר לפי צו המעצרים".

האומנם? האם באמירה ערטילאית זו, וללא כל הנמקה נוספת, ניתן לחפות על העדרה של כל תשתית עיונית ולקבוע הלכה עקרונית? במה דברים אמורים?

הוראת השעה אינה קובעת כל חובה להבאת צו מעצר בפני שופט, לא לאישורו, לא לביטולו ולא לקיצורו. על-פי סעיף 4 להוראת השעה, "נעצר אדם... רשאי הוא לערער על מעצרו בפני שופט משפטאי...." אם לא החליט העציר לערער, כי אז מעצרו לא יועבר תחת שבט ביקורתו של בית המשפט, ואף על פי כן יעמוד הצו בתקפו. גם לא קיים בהוראת השעה כל חובה להביא את עניינו של עציר בפני שופט לעיון תקופתי מחדש, והנושא אף אינו מוזכר בגדר רשות. כל שמשותף להוראת השעה ולחוק המעצרים הוא כי

בשניהם נקבע כי השופט "רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו, או לקצר את תקופת המעצר שבו". בכך אין די כדי לבסס את גישת פרופ' קלינגהופר, ועל-כן גם אין בו די כדי לאמץ גישה זו תוך ביטול ההבדלים בין ההסדרים המשפטיים. ההבדלים הם עקרוניים, ולאורם אין בסיס להשוואה.

צו המעצר המוצא על-ידי מפקד צבאי מכוח סמכותו על-פי סעיף 1 להוראת השעה הינו **פעולה מינהלית מובהקת**. במקרה של צו שכזה, עדיין נכונים דבריו של השופט י' כהן כי "המעצר, אף אם הוא נתון לביקורת שיפוטית, הוא עדיין מעצר מינהלי"¹⁴ ואין המדובר כלל בפעולה מורכבת. משכך הדבר, נשמט היסוד התיאורטי להחלת גישת פרופ' קלינגהופר לביקורת שיפוטית על צו מעצר המוצא מכוח הוראת השעה. בהתאם לגישת פרופ' קלינגהופר, בהעדר חובת ביקורת שיפוטית, דומה המצב המשפטי על-פי הוראת השעה למצב ששרר על-פי תקנה 111¹⁵. במצב משפטי כזה, אל לו לבית המשפט לשים את שיקוליו במקום שיקולי המפקד הצבאי.

כאמור, בית המשפט לא התעלם מההבדלים בין דברי החקיקה, אלא נפטר מהם באמירה סתמית שאין בה כדי למלא את החלל העיוני. באמרי כך, אין אני אומר כי חובה היתה על בית המשפט לאשר את הצו, שהרי בסיס לביטולו נמצא במה שכיניתי הדין הראוי. לא זו אף זו: בהעדר חובה לביקורת שיפוטית, יכול היה בית המשפט להרחיק לכת ולמצוא כי הוראת השעה חורגת מ"התכלית המיוחדת" של איזון בין צרכי הביטחון לבין חירות האדם, ואף מ"התכלית הכללית" לשמור ולקדם את ערכי היסוד של שיטת המשפט. אילו קבע בית המשפט כך, כי אז פתוחה היתה בפניו הדרך לקבוע כי הוראת השעה עצמה בטלה. אך לא כך עשה בית המשפט. למעשה, בית המשפט אישר את חוקיותה של הוראת השעה תוך כדי יציקה לתוכה תוכן חדש שאין היא יכולה לשאת. מכל האפשרויות שעמדו בפני בית המשפט, בחר הוא, מסיבות של השקפת עולם כללית ופרשנות תכליתית, לאמץ את המסקנה האחת שלה אין יסוד בהסדר המשפטי אותו בחן.

ו. סיכום

לסיכום, אין ספק כי באמצעו את גישתו של פרופ' קלינגהופר להלכה מחייבת הוסיף בית המשפט נדבך משמעותי לשמירה על זכויות האזרח. יחד עם זאת, מקנן בלבי החשש כי ככל שפסק הדין מתיימר לקבוע הלכה באשר לדין החל על-פי תחיקת הביטחון, עלולה חשיבותו העיקרית של פסק הדין בפרשת **אלמעמלה** להיות בהדגמת הסכנה הגלומה בפרשנות תכליתית. שיטת פרשנות זו אשר ננקטה על-ידי בית המשפט, אפשרה לו ליצור

¹⁴ לעיל, ה"ש 5, בע' 257 - 258.
¹⁵ ראו קלינגהופר, בע' 292 - 293.

חקיקה שיפוטית יש מאין. היא אפשרה דחיית פשוטו של מקרא ואף דחיית הדרש, תוך הפיכת אמרת אגב מלומדה להלכה פסוקה. חוששני כי יישומה של גישה פרשנית זו עלול לחתור תחת עקרונות החוקיות, ולערער את יסודותיה של הפרדת הרשויות.