

לקט פסקי-דין - סקירה וביקורת

(חלק שני)

אריאל בנדור*

א. אישום פלילי בעבירות מינהליות: סמכויות מקבילות, רישום טעמים ופרסום הנחיות; 1. הקדמה; 2. המשפט המינהלי בבית-משפט פלילי; 3. החובה לרשום טעמים להחלטה; 4. פרסום הנחיות. ב. הטבות למתחרים עסקיים - זכות-העמידה לעתור נגדן וסבירותן; 1. הקדמה; 2. זכות-העמידה של מתחרה עסקי; 3. חוסר-סבירות לעומת התעלמות משיקולים ענייניים. ג. החוקיות של הוראות פתיחה כאש - האם שאלה תיאורטית?

א. אישום פלילי בעבירות מינהליות: סמכויות מקבילות, רישום טעמים ופרסום הנחיות

בג"צ 5537/91 אפרתי נ' ער"ד אוסטפלד ואח'¹

1. הקדמה

1. נגד העותר הוגש בבית-משפט השלום כתב-אישום בשל עבירות לפי סעיפים אחדים לפקודת מס הכנסה ולתקנות שעל-פיה. כתב-האישום הוגש ביום 30 באוגוסט 1990. בדיון שהיה בבית-משפט השלום תבע בא-כוחו של העותר לזכות את העותר מאשמה, משום שההליך הפלילי פגום מעיקרו. טענתו היתה, כי העבירות שבהן העותר הואשם הן "עבירות מינהליות", כמשמעותן בחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 (להלן: החוק) והתקנות שעל-פיו, ואין להגיש בגינן כתב-אישום אלא "מטעמים שיירשמו".²

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. טרם פורסם (להלן: בג"צ אפרתי).

2. כפי שנקבע בסעיף 15 לחוק, אשר כותרתו היא "סמכות תובע" ושבו נאמר:

קביעת עבירה כעבירה מינהלית אין בה כדי לגרוע מסמכותו של תובע להגיש בשלה כתב אישום, כאשר הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שיירשמו, ובלבד שטרם שולם קנס מינהלי בשל אותה עבירה.

בכתב-האישום לא נרשמו כל טעמים להגשתו, ועל-כן, כך נטען, הוא בטל ומבוטל. בית-משפט השלום דחה את הטענה. נימוקו היה, שהטעמים נרשמו בתרשומת פנימית ולעותר היתה אפשרות לדעת אותם אילו ביקש זאת. משלא פנה העותר לפרקליטות ולא ביקש להיוודע מה הם הטעמים, אין לו להלין אלא על עצמו בלבד.

לאחר שנתן בית-משפט השלום את החלטתו, פנה העותר לפרקליטות וביקש כי יימסר לו צילום של הטעמים וההחלטה שבתיק. המשיבה מס' 1, שהיא סגן בכיר א' וממונה על המיסוי בפרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה), השיבה לו כי הטעם להגשתו של כתב-האישום היה, שהעותר טרם שילם את חובו לרשויות המס. העותר חזר ופנה אל הפרקליטות, ודרש כי יימסר לו צילום של הטעמים וההחלטה שבתיק, או לפחות, שיינתן לו לעיין בטעמים ובהחלטה הרשומים בתיק. המשיבה מס' 1 השיבה לעותר כי הטעמים להגשת כתב-האישום נרשמו בתיק ביום 6 בנובמבר 1990 (כולומר, לאחר שכתב-האישום הוגש) וכן כי אין חובה להראות לו תרשומות פנימיות מתיקי הפרקליטות או להמציא את צילומיהן.

בעקבות כל אלה הוגשה העתירה, ובה נתבקש כי כתב-האישום יבוטל, ויינתן לעותר לעיין בכל תרשומת שנעשתה בתיקים – עובר להגשת כתב-האישום – באשר לטעמים שהניעו את הפרקליטות להגישו.

בתשובתם לעתירה, הוסיפו המשיבים וציינו, כי כתב-האישום הוגש בהתאם להנחיות שנקבעו לעניין הגשתם של כתבי-אישום על עבירות מינהליות לפי החוק, וכי הוא הוגש על-יסוד העובדה שהעותר טרם שילם את חובו, אך גם בהתחשב במשך הזמן שבו בוצעו העבירות.

2. העתירה נדחתה. בפסק-הדין שכתב השופט חשין, ואשר לו הסכימו הנשיא שמגר והשופט דב לוין, נדונו מספר סוגיות חשובות מתחום המשפט המינהלי, בין כטעם-הפסק ובין כאמרות-אגב.

היסוד לרחיית העתירה היה, שהמחלוקת בדבר ההגשה של כתב-האישום והטעמים להגשתו כבר הועלתה בבית-משפט השלום, אשר הכריע בה. העותר יהיה רשאי להעלות את טענותיו כנגד החלטתו של בית-משפט השלום במטגרת ערעור לבית-המשפט המחוזי, ואין לעקוף את הליכי הערעור שנקבעו בחוק באמצעות עתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק.

כאמור, השופט חשין לא הסתפק ברחיית העתירה מן הטעם האמור, אלא הוסיף לפסק-דינו אמרות-אגב אחרות. לנוכח חשיבות הנושאים שאליהם אמרות-אגב אלה התייחסו, ולנוכח הסכמתם הבלתי-מסוייגת של שאר חברי המותב לחוות-הדעת של השופט חשין, המקנה לרברים משקל נכבד, לא אסתפק כאן בדיון בטעם-הפסק, אלא אוסיף ואתיחס גם לאחדות מאמרות-האגב.

2. המשפט המינהלי בבית-משפט פלילי

3. דחיית העתירה נתבססה על שורה ארוכה של פסקי-דין, שבהם נקבע כי אל לבג"צ לסכל את הכלל, האוסר על בעלי-הדין במשפטים פליליים לערער על החלטות-ביניים. השופט חשין עמד על כך שישנם עניינים מסוימים, ואפשר שענייניו של העותר כלול בהם, שניתן להעלותם הן בבית-המשפט הדין במשפט הפלילי והן בבג"צ. השופט חשין הוסיף וציין:

... ואפשר אף זאת, שבעתירה זו (לבג"צ) – לו נקט בהליך של עתירה – יכול היה העותר להעלות טענות אלו ואחרות אשר נמנע ממנו להעלות בבית משפט השלום; למשל: טענה שעניינה שיקולים זרים בהגשתו של כתב אישום, יפה היא לבית המשפט הגבוה לצדק ואין היא יפה לבית משפט השלום ...³

ואולם, משהעלה בעל-דין עניין כזה בבית-המשפט הדין במשפט הפלילי ובית-המשפט פסק בו, הוא לא יורשה לשוב ולהעלות את אותו העניין בעתירה לבג"צ, אף על-יסוד טענות אחרות מאלה שהועלו בבית-המשפט שדין בעניין הפלילי, והוא יוכל להעלותו רק במסגרת ערעור על פסק-הדין.

4. סברתו של השופט חשין, כי ישנן טענות מסוימות שאין להעלותן בבית-משפט פלילי אלא בבג"צ בלבד, מעוררת קשיים מסוימים.

למשל: מה דינו של נאשם שתקף בבית-משפט שלום או בבית-משפט מחוזי כתב-אישום אך ורק על-יסוד הטענה שכתב-האישום הוגש עקב שיקולים זרים? בהנחה שטענה זאת תידחה, ועמה הבקשה לביטול כתב-האישום, מן הטעם שאין להעלות את הטענה אלא בבג"צ, האם הנאשם יהיה מנוע מלהגיש עתירה לבג"צ? מאחד מפסקי-הדין שהשופט חשין הזכיר כאסמכתא לדבריו, שעל-פיהם יש טענות כנגד כתב-אישום היפות לבג"צ בלבד, משתמע רווקא כי במקרה שבו בית-המשפט שדין במשפט הפלילי דחה בקשה לביטול כתב-אישום מן הטעם שאין הוא מוסמך לעשות כן על-יסוד הנימוקים שהובאו, בג"צ לא ידחה את העתירה על הסף אלא ידון בה לגופה.⁴ האם הדין שונה, כאשר הבקשה בבית-המשפט הדין במשפט הפלילי מבוססת על מספר נימוקים, שאחדים מהם ניתן להעלות בבית-משפט זה ובבג"צ כאחד ואחרים בבג"צ בלבד? והאם ראוי כי הדין יהיה

3. בג"צ אפרתי, 7. התוספת בסוגריים היא שלי.

4. בג"צ 340/72 ניניו נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד כז (1) 325. בפרשה זו דן בג"צ לגופה בטענה, כי שווי נושאי העבירות שבהן העותר הואשם הוגדל באופן שרירותי ומתוך מטרה זרה, וזאת לאתר שבית-המשפט המחוזי, שבפניו הוגש כתב-האישום כנגד העותר, דחה את הטענה, בפסקו שאין בסמכותו למנוע את תיקון כתב-האישום שבו הוגדל השווי של נושאי העבירות.

שונה, כאשר הבקשה בבית-המשפט הרוני במשפט הפלילי נתבססה אך ורק על נימוקים שניתן להעלות בו ואילו שאר הטעמים נכללו בעתירה לבג"צ? זאת ועוד: נראה, כי מדבריו של השופט חשין משתמע, כי לא רק בעל-הדין שיזם את ההליך שהוביל להחלטת-הביניים במשפט הפלילי לא יורשה לעתור לבג"צ בקשר לעניין שעלה בהליך זה, אלא גם בעל-הדין שכנגד לא יורשה לעשות כן. בעלי-הדין כולם יופנו לדרך הערעור על פסק-הדין, שאחרת, כמובן, תיפגע המגמה השוללת ערעורים על החלטות-ביניים. עשויים אפוא להיות מקרים, שבהם בעל-הדין שכנגד לא יוכל להסתמך בבית-המשפט הרוני במשפט הפלילי על טענות שהיו פתוחות בפניו אילו היתה מוגשת עתירה לבג"צ, כגון שיהוי או אי-נקיון-כפיים. צד שירצה למנוע מיריבו להתבסס על טענות מסוימות עשוי, אפוא, מטעם זה, לבחור, במקום בהגשת עתירה לבג"צ, בנקיטה בהליך ביניים בבית-המשפט הרוני במשפט הפלילי, וזאת אף במחיר של מניעתו להתבסס בבית-משפט זה על טענות מסוימות משלו.

5. אני סבור, כי קשיים אלה וקשיים דומים אחרים הם אינהרגטיים למצב, שבו בתי-משפט אחרים מחזיקים בסמכויות מקבילות, ויחד עם זאת אין זהות בין העילות והטעמים המשפטיים, שניתן להתבסס עליהם בכל אחד מבתי-משפט אלה. הפתרון לקשיים האמורים יכול להיות רק אחד מן השלושה: או להתיר התדיינות באותה מחלוקת עצמה בבתי-משפט שונים, כלומר, בלשונו של השופט חשין, "שהעותר יוכל ... לדגל מבית משפט לבית משפט";⁵ או לבטל כליל את הסמכות המקבילה ולהפקיד את הסמכות בידי בית-משפט אחד בלבד; או להשוות את העילות והטעמים המשפטיים שעליהם ניתן להתבסס בכל בתי-המשפט המוסמכים.

כאמור, האפשרות הראשונה נדחתה, ובצדק, באשר לאפשרויות האחרות, נטייתה של הפסיקה הערכנית בישראל בעניין היחס בין בית-המשפט הגבוה לצדק לבין בתי-המשפט האחרים היא ברורה (ומבחינה זאת האמור בבג"צ אפרתי הוא חריג): להכיר בקיום סמכות מקבילה לבג"צ ולבתי-משפט אחרים, ויחד עם זאת להשוות את הדיינים המהותיים שעל-פיהם פוסק כל אחד מבתי-המשפט.⁶ נראה, כי קיום סמכויות מקבילות לבג"צ ולבתי-משפט אחרים מתיישב עם החוק הקיים.⁷ בהנחה שכך הוא הדבר, ובתי-משפט אלה

5. בג"צ אפרתי, 8.

6. ראו, למשל, בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מא (2) 449; בג"צ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מה (5) 50 (להלן: בג"צ פסטרנק). ראו גם רע"א 1287/92 ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח (טרם פורסם). פרופ' זמיר עמד על כך, שעל הדין המינהלי המוחל בבתי-משפט "אזרחיים" (דהיינו: בתי-משפט שאינם בג"צ) לכלול גם שיקול-דעת, בדומה לשיקול-הדעת הנתון לבג"צ, לדחות מכקשים מטעמים של "צדק", כגון העדר מעמד, שיהוי, אי-נקיון-כפיים וכיוצא באלה. ראו י" זמיר, "מכרזים ציבוריים בבית-משפט אזרחי", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 197, 208.

7. ראו בג"צ פסטרנק (ולעיל, הערה 6), 59; י" זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (תשל"ה).

מחוקקים בסמכויות מקבילות שהבחירה ביניהן בכל מקרה נתון היא בידי בית-המשפט⁸ או בידי אחד מבעלי-הדין,⁹ אכן מן הראוי להשוות את הדינים המשמשים יסוד לפסיקה בבתי-המשפט השונים. המשפט המינהלי הוא אחד, ותוכנו אינו תלוי בזהותו של בית-המשפט. גישה אחרת עלולה לגרור מניפולציות בלתי-רצויות, הפליה ואפשר שאף מידה של שרירות.

כך, קשה למצוא שוני עקרוני בין טענת השיקולים הזרים בהגשת כתב-אישום, שהוזכרה על-ידי השופט חשין, לבין טענה לפגם ברישום הטעמים להגשתו. בוודאי אין לומר, כי בכל המקרים שקילתם של שיקולים זרים, שבדרך-כלל פוסלת את ההחלטה כליל וגוררת את בטלותה, היא פגם קל יותר מפגם ברישום הטעמים לקבלתה, וזאת אף אם הרישום נדרש במפורש בחוק המסמך. זו כמו זו – טענות אשר מן הראוי לאפשר את העלאתן כתמיכה בבקשה לפסילת כתב-האישום הן בבג"צ והן בבית-משפט הן במשפט פלילי.

3. החובה לרשום טעמים להחלטה

6. כאמור, בית-המשפט העליון הוסיף לנימוקיו לדחיית העתירה אמרות-אגב אחרות. בין השאר דן בית-המשפט בפירושה של הוראת סעיף 15 לחוק, שבה נקבע, בין השאר, כי תובע מוסמך להגיש כתב-אישום בשל עבירה מינהלית "מטעמים שיירשמו". חשיבותו של דיון זה אינה נובעת רק מן החידוש שבחוק העבירות המינהליות עצמו, שעד כה הפסיקה לא הרבתה לעסוק בו, אלא גם מהיותו של הדיון רלוואנטי לפרשנותם של חיקוקים אחרים, שבהם נדרשות רשויות מינהליות להעלות על הכתב החלטות אלו ואחרות.¹⁰

בעומדו על משמעותה של דרישת הרישום קבע השופט חשין:

החוק כמו מטיל על תובע נטל של הסבר על שום מה ולמה אומר
הוא לנקוט בהליך פלילי תחת הליך מינהלי: מוסמך הוא לעשות כן

58 ואילך.

8. כך, נפסק כי ענייני מכרזים ציבוריים יידונו בדרך-כלל בבתי-משפט אורחיים, זולת במקרים חריגים, כפי שפורטו בבג"צ פטרנק (לעיל, הערה 6), 64. ההכרעה האם התקיימו הנסיבות החריגות היא בידי בית-המשפט.

9. כך, בבג"צ אפרתי עצמו נאמר, בעמוד 7, כי בקשה לפסילת כתב-אישום עשויה להיות מוגשת, לפי בחירת הנאשם, לבית-המשפט הן במשפט הפלילי או לבג"צ.

10. ראו, למשל, חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, סעיפים 4 ו-5 (היתר להאזנת סתר למטרת בסחון המדינה); חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיפים 231 ו-232 (עיכוב הליכים פליליים וחידושם). ראו ר' גביון, שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א), 296.

רק אם הוא סבור שהגסיבות מצדיקות זאת "מטעמים שיירשמו". ומתוך שמדובר ביוצא לכלל, ממילא חייב להימצא בצידו הצדק ראוי. יתירה מזאת: החובה להעלות על הכתב נימוקים להגשתו של אישום פלילי ("מטעמים שיירשמו") מלמדת מעצמה על החשיבות שהמחוקק מבקש ליתן לאותם נימוקים שחובה לרושםם. לא עוד, אלא שעצם יצירתה של החובה לרישוםם של נימוקים יש בו כדי ללמד על אפשרות ביקורת חיצונית על מעשה הפרקליטות...¹¹

7. בפרשה נושא פסק-הדין טען העותר לפגמים אחרים ברישום. ואלה הפגמים שמצא העותר: ראשית, הטעמים להגשת כתב-האישום לא נרשמו בכתב-האישום עצמו, כי אם בתרשומת פנימית של הפרקליטות; שנית, הרישום נעשה לאחר הגשתו של כתב-האישום; ושלישית, לעותר לא ניתן צילום של התרשומת ואף לא אופשר לו לעיין בה. לעניין הטענה הראשונה נפסק, כי אין חובה לרשום את הטעמים בכתב-האישום, ומותר לרשוםם בתיקו של הנאשם בפרקליטות. הנימוק שניתן לכך הוא, שהטעמים עשויים לכלול פרטים אשר אין זה ראוי כי השופט יהיה שותף להם, כגון העבר הפלילי של הנאשם.¹² יחד עם זאת צויין, כי מן הראוי, שבכתב-האישום ייכתב כי הוא הוגש לאור סברתו של תובע שהגסיבות מצדיקות זאת ומטעמים שנרשמו. השופט חשין ציין, כי אי-רישום הערה כזו בכתב-האישום לא יפגום בו, אך הוא נדרש מצד הסדר והמינהל התקינים. לעניין הטענה השנייה נפסק, כי את הטעמים יש לרשום עובר להגשתו של כתב-האישום, שכן רישוםם הוא חלק בלתי-נפרד מהגשת כתב-האישום.¹³ ולעניין הטענה השלישית נפסק, כי רישום הטעמים הוא מעשה משפטי פורמלי, ברומה לפרוטוקול של בית-משפט, ועל-כן הנאשם זכאי לעיין בו – במקורו או בצילומו, ואין הוא חייב להסתפק בהודעתה של הפרקליטות. השופט חשין הוסיף והזכיר, כי שלא כמו בכתב-התשובה לבית-המשפט, שבו צויינו שני טעמים להחלטה בעניינו של העותר, הרי שבמכתב לעותר הוזכר טעם אחד בלבד. "ואם נדרשנו לטעם נוסף על שום מה ומדוע זכאי גאשם לעיין בתרשומת המקורית שבתיקי הפרקליטות – הנה הינו הטעם לדבר."¹⁴

11. בג"צ אפרתי, 10.

12. לדעתי, יש להודיע לאזרח את הטעמים שבגינם עשוי להיות מוגש כתב-אישום נגדו עוד לפני קבלת ההחלטה בעניין. ראו להלן, בסעיף 8.

13. עם זאת, קבע בית-המשפט העליון כי העותר, שלא טען בבית-משפט השלום כי כתב-האישום פגום עקב האיחור ברישום הטעמים, התמיץ את השעה להעלות טענה זאת. עם זאת, יצויין, כי בשעת הדיון בבית-משפט השלום העותר לא ידע על האיחור (או, על-כל-פנים, לא היתה לו ראייה לכך), ולכן ייתכן כי הוא עדיין יוכל לטעון זאת, בבית-משפט השלום או בבית-המשפט המחוזי.

14. בג"צ אפרתי, 16.

8. דברים אלה של בית-המשפט העליון מבטאים בעיקרם את משמעותה של הדרישה לרישום הטעמים, שהיא - היותה של הגשת כתב-אישום בשל עבירות מינהליות חריג, הטעון הצדקה ושיקול-דעת מיוחדים. אני סבור, שממהות זו של הגשת כתב-אישום בשל עבירות מינהליות כיוצא-מן-הכלל, אפשר להסיק מסקנות נוספות על אלה שצויינו בפסק-הדין, שהתמקד, כמקובל, בנסיבות המקרה הנדון ובטיעוני הצדדים. לרעתי, מהיותה של הגשת כתב-האישום חריג מן הכלל, הקובע שעל אזרח שביצע עבירה מינהלית יוטל קנס מינהלי ולא יוגש נגדו כתב-אישום, עולה כי יש להעניק לאזרח את זכות הטיעון לפני שיוגש נגדו כתב-אישום. ואכן, בהמשך פסק-הדין הכיר השופט חשין בקיומה של זכות זו בכותבו, לעניין החובה לפרסם הנחיות פנימיות,¹⁵ דברים אלה:

כדי שרשות תוכל למלא חובתה זו (לשקול את עניינו של כל נאשם-בכוח לגופו, ולא לפעול על-יסוד הנחיותיה הפנימיות בלבד) כראוי, חייבת היא לאפשר לנאשם-בכוח להעלות עניינו לפניו (כפי שעשה העותר שלפנינו במגע והמשא שהיה לו עם פקיד השומה), ופירוש הדברים הוא, שזכאי נאשם-בכוח לנסות ולהסביר מדוע לא יהיה זה ראוי כי יוגש כתב אישום נגדו. ואולם אם לא יידע את תוכן ההנחיות הפנימיות, כיצד יוכל להסביר עניינו כראוי? נמצא לנו, איפוא, שהסתרת ההנחיות פוגעת אף בזכות השמיעה, אם תרצה בזכות ההשמעה.¹⁶

אני סבור, כי מדברים אלה עולה, שעל הפרקליטות להודיע מיוזמתה לאזרח על האפשרות כי יוגש נגדו כתב-אישום בשל עבירה מינהלית ועל הטעמים העשויים לתמוך בהגשתו, כדי לאפשר לאזרח לנסות ולשכנע את הפרקליטות שלא להגיש את כתב-האישום.

אכן, כפי שמסתבר מן העובדות שפורטו בפסק-הדין, העותר ובא-כוחו ניהלו לפני קבלת ההחלטה להגיש כתב-אישום ואף לאהריה משא ומתן עם הרשויות. נראה - בכפיפות לכך שהפרקליטות סירבה בתחילה לגלות לעותר את ההנחיות שעל-פיהן היא פועלת - כי העותר מימש את זכות הטיעון שלו. ואולם, כללית, נראה לי כי מהיותה של הגשת כתב-אישום בעבירות מינהליות יוצא-מן-הכלל וחריגה-מדרך-המלך, משתמע שזכותו של נאשם-בכוח להסביר מדוע לא ייעשה שימוש באפשרות חריגה זו, צריכה לכלול גם הפניה של תשומת-לבו לכך שהפרקליטות שוקלת להגיש נגדו כתב-אישום בצירוף פירוט של הטעמים המניעים אותה לכך. על-כן, בדרך-כלל, לא האזרח צריך

15. לסוגייה זו ראו להלן, בפסקה 4.

16. בג"צ אפרתי, 20-21. התוספת בסוגריים הראשונים היא שלי. הסוגריים השניים הם במקור.

לפנות אל הפרקליטות ולברר את כוונותיה, אלא הפרקליטות היא שצריכה לפנות אל האזרח, כאשר היא שוקלת להגיש נגדו כתב-אישום, ולאפשר לו להגיב על כך.

4. פרסום הנחיות

9. הדברים החשובים ביותר שנכתבו בפסק-הדין, אמנם במסגרת אמרת-אגב, נוגעים לחובה לפרסם הנחיות מינהליות פנימיות. כאמור, לפרקליטות נתון שיקול-דעת להגיש כתב-אישום בשל עבירות מינהליות. לעניין השימוש בשיקול-דעת זה נקבעו הנחיות פנימיות על-ידי פרקליט מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה). שופטי בית-המשפט העליון שישבו בדין בענייננו, ככל הנראה מיוזמתם, שאלו את באת-כוח המדינה אם הנחיות אלה הובאו לידיעת הרבים או לידיעתו של העותר. היא השיבה כי ההנחיות לא פורסמו, והן אף לא נמסרו לעותר המסוים. היא נימקה זאת בכך, שפרסום ההנחיות יביא לידי כך, שחייבים יילכו עד קצה גבול ההנחיות, ולא יתאמצו לקיים את החוק במלואו. השופט חשין הביע את תמיהתו הרבה על עמדה זו של נציגת המדינה ועל נימוקה, שלדבריו אינם עולים בקנה אחד עם "מושכלות ראשונים" ועם "תורת-ינקות שנשכחה ככל הנראה מאיתנו"¹⁷. וכך הוא כתב בין השאר:

תנאי מוקדם והכרחי לקביעתן ולהחלתן של הנחיות פנימיות הוא בהבאתן של אותן הנחיות לידיעת המעוניינים, בין בפירסומן לרבים ובין אחרת. מדברים אנו, כמובן, בהנחיות שיש בהן כדי לאצול על זכויות הפרט ... הנחיות הפרקליטות חייבות להתפרסם לרבים, כדי שהרבים יכלכלו מעשיהם על פיהן וידעו גבולותיה של עבירה מינהלית; וגמישותו של שיקול הדעת המוקנה לרשות יוכל לעמוד לה כדי שלא יעדימו עליה. הסתרת ההנחיות מהאזרח, לבד מכך שהיא נוגדת מושכלות ראשונים במשטר דימוקרטי – ומוסיפה היא ומאפשרת שרירות בעשיה – אין בה לא סבירות ולא הגיון: אליבא דכולי עלמא זכאי נאשם לרעת אותם טעמים שהביאו להגשת כתב אישום נגדו, ומשיידע את אלה תתגלה לו ממילא מדיניות הרשות, במישרין או בעקיפין. מה היה לה, איפוא, לפרקליטות כי ראתה להסתיר את מדיניותה מראש?¹⁸

10. בהסלת חובה לפרסם הנחיות מינהליות פנימיות, שיש בהן כדי לאצול על זכויות הפרט, יש חידוש של ממש במשפט הישראלי.¹⁹

17. שם, 17.

18. שם, 17-16, 19. ההדגשות הן שלי.

19. השוו' י' זמיר, "הנחיות מינהליות", הפרקליט לח (תשמ"ח-תשמ"ט) 5, 44-45.

אמנם, השופט חשין סמך את דבריו על פסקי-דין קודמים אחדים, ואולם אף אחד מפסקי-דין אלה²⁰ אינו מהווה אסמכתא לקיום חובה כללית לפרסם הנחיות מינהליות פנימיות. חלק מפסקי-הדין שאווכרו על-ידי השופט חשין - ובראשם חוות-דעתו המפורסמת של השופט חיים כהן בפרשת האז, ²¹ שממנה השופט חשין אף ציטט - עניינם בחובה לפרסם תקנות בנות-פועל-תחיקתי, שהחוק פטר מפרסומן ברשומות. השופט חשין אכן עמד על הבחנה זאת, אך ציין כי לעניין חובת הפרסום היא אינה מהותית, שכן "מדברים אנו עתה בחובת פירסום הנדרשת מתוך מהותה של המאטריה וכנגזרת מעקרין שלטון החוק, ולא כחובה קבועה החרותה בדין והכופה עצמה עלינו בין אם נרצה בין אם לאו".²² מפסקי-הדין האחרים שאווכרו²³ אפשר ללמוד, לכל היותר, כי פרסום הנחיות מינהליות פנימיות הוא מידה רצויה, להבדיל ממחייבת.

11. האם הלכה זו - שאמנם, נכתבה כאמרת-אגב - היא הלכה רצויה?

כללית, פרסומן של הנחיות הנוגעות לזכויות ולאינטרסים פרטיים או המסדירות בדרך אחרת את היחסים בין רשויות מינהליות לבין בני-הציבור הוא חשוב וראוי.²⁴ למרות האפשרות ולעתים גם החובה לסטות מן האמור בהנחיות, הרשויות פועלות במרבית המקרים על-פי הנחיותיהן הפנימיות. לכן, ההבדל המעשי בין הנחיות לבין תקנות, החייבות בפרסום, אינו רב.

עם זאת, דומה כי ההלכה בעניין חובת הפרסום, כפי שנוסחה על-ידי השופט חשין, היא גורפת קמעא. ראשית, אין זה ברור מה הן אותן הנחיות שיש בהן כדי לאצול על זכויות הפרט, שעליהן חלה חובת הפרסום. לכאורה, ניתן לטעון כי ההנחיות שנדרשו בפסק-דין זה לא נגעו לזכות, אלא, לכל היותר, לאינטרס. שנית, לא כל ההנחיות הפנימיות הן במתכונת המתאימה לפרסום לרבים, ולעתים אף לא למסירה ליחידים המושפעים מהן. הנחיות המתאימות לפרסום הן בעיקר הנחיות מרוכזות ומנוסחות בכתב, במתכונת של תקנות, כגון הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. המצב עשוי להיות שונה כאשר מדובר, למשל, בפרקטיקה מקובלת אשר לא לבשה כל צורה פורמלית. שלישית, פרסום הנחיות אינו רצוי אם קיים חשש ממשי לפגיעה באינטרס ציבורי חשוב, כגון בטחון המדינה או יחסי החוץ שלה או כאשר הפרסום עשוי להביא לגילוי ידיעות סודיות על-פי דין. רביעית, אינו סבור כי יש לדחות על הסף את טענת המדינה בענייננו, כי קיימות הנחיות מסוימות, שאין זה רצוי כי בני-הציבור יוכלו לתכנן את התנהגותם על-פיהן. דוגמא אפשרית אחת להנחיות אלה הן הנחיות מסוימות לתובעים במשפטים פליליים (לאו-דווקא ההנחיות שנדרשו בענייננו), כגון בעניין העמדה לדין, טיעון לעונש וכיוצא באלה. דוגמא

20. ולמיטב ידיעתי, אף פסק-דין אחר של בית-המשפט העליון בישראל.

21. ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2200 ואילך.

22. בג"צ אפרתי, 20.

23. ראו רשימת פסקי-הדין שם, שם, וכן בג"צ 80/54 נוחימובסקי נ' שר-המשפטים ואח', פ"ד ח 1491, שקטע ממנו צוטט בעמוד 18 לפסק-הדין.

24. ראו י' זמיר (לעיל, הערה 19), 45.

אחרת נוגעת למדיניות הנוגעת למשא-ומתן, עסקי או אחר, הנערך על-ידי רשויות ציבוריות. אמנם, במקרים מסוימים עשוי תוכן ההנחיות להתגלות מבדיקה בדיעבד של ההחלטות או נימוקיהן, אך אין ללמוד מכך כי בכל המקרים יש לפרסם את ההנחיות מראש. וחמישית, במקרים שבהם החוק פוטר רשות מהגמקת החלטה, אין לכאורה מקום להטיל עליה חובה לפרסם את ההנחיות עליהן מתבססות החלטותיה. ההלכה שקבע השופט חשין בעניין החובה לפרסם הנחיות מינהליות פנימיות היא אפוא הלכה ראויה ביסודה, אך אפשר להניח כי אין היא המילה האחרונה, והיא תוסיף ותתעצב בכור-ההיתוך הפסיקתי עד שתלבש את מתכונתה הסופית.

ב. הטבות למתחרים עסקיים – זכות-העמידה לעתור נגדן וסבירותן בג"צ 287/91 קרגל בע"מ ואח' נ' מינהלת מרכז ההשקעות ואח'¹

1. הקדמה

1. העותרות והמשיבה מס' 4 מקיימות מפעלים גדולים לייצור קרטון גלי. העתירה הוגשה כנגד אישור תוכנית שהגישה משיבה זו להרחבת מפעלה לפי החוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט-1959, אישור הגורר אחריו מתן הטבות שונות. העותרות, שראו עצמן נפגעות מן האישור האמור שניתן למתחרתן העסקית, טענו כנגד חוקיותו. בית-המשפט העליון, מפיו של השופט גולברג אשר לפסק-דינו הסכימו השופטים דב לוין ושלמה לוין (שהוסיף הסתייגויות אחדות בקשר להנמקה), דחה את העתירה.

2. ברשימה זו אדון בשתיים מבין הסענות שאליהן נוקק בית-המשפט: (א) טענתם של המשיבים, כי לעותרות, שלא תבעו דבר לעצמן אלא עתרו אך לשלילת הטבות שניתנו למשיבה מס' 4, אין זכות-עמידה. (ב) טענתן של העותרות, כי לא היה מקום לעודד הרחבה של מפעל לייצור קרטון גלי, שכן השוק לקרטון גלי מצוי ברווייה, ואף כושר הייצור הקיים אינו מנוצל במלואו.

2. זכות-העמידה של מתחרה עסקי

3. שאלת המעמד בבג"צ של מתחרה עסקי, המבקש לבטל החלטה המיטיבה עם מתחרהו, התעוררה לא אחת, והובעו בה דעות שונות. בפסק-הדין המפורסם בפרשת מטעי עמק הארזים² ובפסקי-דין אחרים שהלכו בעקבותיו, נקבע כי עצם קיומה של תחרות עסקית בין עותרים לבין משיבים אינו מקנה לראשונים מעמד לתקוף בבג"צ החלטה המיטיבה עם האחרונים. ואולם, לאחר מכן השתנתה המגמה, והתגברה הנטייה של בג"צ לכיוון של הכרה במעמדם של עותרים שכל חפצם הוא שלילת הטבות מן הזולת, ובלבד שההטבות פוגעות בתחרות העסקית ביניהם.³ מגמה זו התבטאה במקרים רבים בקביעת "חריגים" רחבים לכלל שנקבע בעניין מטעי עמק הארזים.⁴

1. פ"ד מו (2) 852 (להלן: בג"צ קרגל).

2. בג"צ 100/64 מטעי עמק הארזים בע"מ נ' הממונה על מחוז ירושלים ואח', פ"ד יח (2) 278.

3. ראו ז' סגל, זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק (פפירוס, תשמ"ו), 95.

4. ראו, למשל, עמדתו של ממלא מקום הנשיא (כתוארו אז) לנדוי בבג"צ 292/78 אולטני הרצליה בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד לג (2) 739, 747; והשוו לעמדתה של השופטת (כתוארה אז) בן-פורת, שם, 751.

4. בבג"צ קרגל הכיר בית-המשפט הגבוה לצדק במעמדן של העותרות לתקוף את ההסבות שניתנו למתחרתן העסקית. חשיבותו המיוחדת לעניין זה של פסק-הדין היא בכלליות, בעוצמה ובחד-משמעיות של ההכרה בזכות-העמידה בבג"צ של מתחרים עסקיים.

5. אמנם, השופט שלמה לוי, ברעת-יחיד, הסתייג מכך, באומרו:

מקובל גם עלי שבנסיבות מסוימות מן הראוי שתינתן "זכות עמידה" גם לעותר שכל מעייניו מכוונים לשלול זכות שניתנה לזולת; אך המקרה הנוכחי אינו מתאים לקביעת הלכות בענין זה. דין העתירה להידחות מן הטעמים המהותיים הנוכחים בפסק-דינו של חברי הנכבד, השופט גולדברג. לפיכך אמנע מלהביע כל דעה בסוגיה הגדונה.⁵

ואולם, אף מדבריו של השופט לוי אפשר ללמוד, כי הוא ראה את דבריו של השופט גולדברג כקביעת הלכה, ולא כאמרת-אגב גרידא. ואכן, אני סבור כי פסק-הדין של השופט גולדברג בבג"צ קרגל מהווה הלכה לעניין זכות-העמידה של מתחרים עסקיים. זאת, לא רק לאור הרחבת היריעה בנושא,⁶ אלא גם, ובעיקר, משום שהענקת המעמד הייתה דרושה להיזקקותו של בית-המשפט לטענות המהותיות של העותרות. עניינה של זכות-העמידה הוא בנכונות בית-המשפט לרוץ בטענות המהותיות של העותרים.⁷ משקבע בית-המשפט כי לעותרות נתון מעמד ודן בטענותיהן המהותיות, יש לראות את דבריו בעניין המעמד כחלק מטעם-הפסק, וזאת אף אם הטענות המהותיות גרחו, ועימן העתירה.

6. השופט גולדברג עמד על כך, שמתחרה עסקי, העותר לביטול החלטה המיטיבה עם מתחרהו ובכך פוגעת בו עצמו, הוא עותר "פרטי".⁸ עותר "פרטי" הוא עותר, שהחלטה המינהלית הנתקפת בעתירה פוגעת בו עצמו – בזכותו או באינטרס שלו – פגיעה ממשית, או שקיימת סכנה מוחשית לפגיעה כזאת. יסורה של הגישה, השוללת מעמד ממתחרים עסקיים, הוא בהשקפה, כי האינטרס של מתחרה עסקי, הסוען כנגד הסבות שניתנו למתחרהו, הוא אינטרס עקיף בלבד, שאינו מעניק מעמד בבג"צ. השאלה, אם אכן מן הראוי לצמצם את זכות-העמידה בבג"צ של עותרים "פרטיים" רק למקרים של פגיעה באינטרס "ישיר", היא בוודאי שאלה נכבדה, אך השופט גולדברג לא

5. בג"צ קרגל, 867 בין האותיות ב-ג.

6. מתוך שלושה-עשר עמודים שעליהם משתרע פסק-הדין של השופט גולדברג, הדיון בסוגיית המעמד תופס שבעה עמודים.

7. ראו ד' סגל (לעיל, הערה 13), 3.

8. בג"צ קרגל, 856 מתחת לאות ו.

היה צריך להיזקק לה. סיבת הדבר היא, שבכך שמתחרים עסקיים מבקשים ביטול הטבות המוענקות לזולתם אין כדי לגרוע מן הישירות של האינטרס שלהם בבקשתם.⁹ אין זיקה הכרחית בין "ישירותו" של אינטרס לבין הסעד המתבקש כדי להגן עליו. כך, למשל, קשה להלום, כי אינטרס של דייר בהפסקת פעילות של בית-עסק, הממוקם בבית שבו הוא גר והמטריד את שלוותו, לא ייחשב כאינטרס ישיר, אם הדייר ינקוט בהליכים משפטיים לשלילת הרישיון שניתן לאותו בית-עסק.

יחד עם זאת, העמדה שהובעה בבג"צ קרגל אינה חלה בהכרח על זכות-העמידה של כל עותר המבקש כי יישללו הטבות שהוענקו לזולתו. כאמור, לא הסעד המבוקש מכריע האם יינתן מעמד, אלא – בכל הנוגע לעותרים "פרטיים" – טיבו של האינטרס הנפגע.

7. השופט גולדברג הביא שני נימוקים לחיזוק העמדה המעניקה מעמד בבג"צ למתחרים עסקיים: ראשית, כי הענקת מעמד בבג"צ לעותרים כאלה עולה בקנה אחד עם ההכרה בזכות-העמידה של עותר שהוא אחד מני רבים שנפגעו מפעולה מינהלית;¹⁰ ושנית, כי הענקת הטבות למתחרה עסקי עלולה לפגוע בחופש העיסוק של העותר,¹¹ חופש שאף עוגן לא מכבר בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

8. נראה כי הנימוק הראשון מבוסס על כך, שההסתייגויות שהיו ממתן זכות-עמידה בבג"צ הן לבעל "אינטרס משותף" והן למתחרים עסקיים היו מיוסדות על טעות דומה, והיא הבנה שגויה של המהות של אינטרס ישיר. הישירות של אינטרס אינה נגרעת מפאת היותו אינטרס של מתחרה עסקי לבטל הטבה שניתנה למתחרה או היותו אינטרס המשותף לעותר ולרבים אחרים.

ואולם, לדעתי, ספק אם בעצם הדמיון האמור יש כדי לחזק את ההכרה בזכות-העמידה בענייננו.

9. משמעותו של הנימוק השני היא, שהענקת הטבות למתחרה עסקי פוגעת למעשה לא באינטרס גרידא של העותר, אלא הפגיעה היא בזכות חוקתית, שאף עוגנה בחוק-יסוד משוריין. דומה, כי על-פי נימוק זה, השאלה אם האינטרס של העותר הוא ישיר או עקיף, היא בלתי-רלוואנטית, וזאת משום שנובע ממנו שמדובר בזכות. המדובר בזכות, הנתונה לכל אדם, שרשות ציבורית לא תפגע בחופש העיסוק שלו על-ידי הענקת הטבות בלתי-חוקיות למתחרה העסקי. הסעד הנתון על הפרת הזכות יהיה, במקרה זה, שלילת ההטבה מן המתחרה.

9. ראו ד' סגל (לעיל, הערה 3), 95.

10. ראו, למשל, בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 429, 443.

11. ראו א' רובינשטיין, "מעמד העותר בבג"צ התובע שלילת זכות של הזולת", הפרקליט כו (תשל"א) 499, 506.

10. בדומה, גם כאשר מתן ההטבה למתחרה העסקי מביאה להפלייה בינו לבין העותר, הפגיעה אינה באינטרס גרידא, אלא בזכותו של העותר לשוויון. אם הענקת ההטבה היתה שלא כדין, ולכן העותר אינו יכול לדרוש כי תינתן לו הטבה דומה, הסעד המתבקש לריפוי ההפרה של הזכות הוא שלילת ההטבה הבלתי-חוקית. ממילא, לעותר שזכותו נפגעה נתונה זכות-העמידה לתבוע סעד זה.¹²

3. חוסר-סבירות לעומת התעלמות משיקולים ענייניים

11. כאמור, בין טענותיהן של העותרות כנגד ההחלטה לעודד את הרחבת מפעלה של המשיבה מס' 4 היתה הטענה, כי הרחבה זו מיותרת לאור מצב הרווייה שבו שרוי שוק הקרטון הגלי. בית-המשפט קבע, כי אכן יש יסוד לטענה כי הענף רווי, ואף אין פוטנציאל לייצוא. הוא הוסיף וציין:

עוד מטרידה העובדה, כי במענה לטענות אלה נאמר באותה ישיבה (שבה אושרה התוכנית נושא העתירה), כי "לא דנים עתה בבעיה אם השוק רווי או לא. ההחלטה להעביר את המפעל קיימת... הברירה היא סגירת המפעל ופיסורי עובדים ולכן יש לאשר העברתו לברקן". השאלה אם השוק רווי אכן רלוואנטית, ולא ניתן להתעלם מגורם זה בין כל הגורמים הרלוואנטיים האחרים, תוך מתן משקל ראוי לכל אחד מהם.¹³

מדברים אלה מתקבל הרושם, כי בית-המשפט סבר שהמשיבים או אחרים מהם התעלמו משיקול הרווייה ולא נתנו לו כל משקל במניין שיקוליהם. אם כך הדבר, דומה כי היה על בית-המשפט לבטל את ההחלטה, וזאת לנוכח הכלל, הפוסל החלטה מינהלית שהתקבלה מבלי שהרשות שקיבלה אותה התחשבה בכל השיקולים הענייניים.¹⁴

ואולם, בית-המשפט לא החיל על המקרה את הכלל הפוסל החלטה שהתקבלה תוך התעלמות משיקולים רלוואנטיים, אלא את הכלל הפוסל החלטה בלתי-סבירה. וכך כתב השופט גולדברג:

ואף-על-פי-כן (שהיתה התעלמות משיקול רלוואנטי) אין לומר, שהפעלת שיקול הדעת על-ידי הרשות המוסמכת הייתה בלתי

12. השוו בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו (1) 191, 201 ואילך. פסק-הדין נדון ברשימתו של י' דותן, "הפלייה לסובת אחר", משפט וממשל א' (תשנ"ב-תשנ"ג) 489.

13. בג"צ קרגל, 866, בין האותיות ה-ו. התוספת בסוגריים היא שלי.

14. ראו, למשל, בג"צ 192/56 שלום נ' המועצה המקומית בת-ים, פ"ד יא 717.

סבירה במידה המהותית המצדיקה את התערבותנו. החשש מסגירת המפעל הוא, כאמור, שיקול משמעותי ביותר וכך גם הכוונה לחסוך לאוצר המדינה את דמי השכירות הגבוהים המשולמים עבור המבנה. נוכח משקלם המכריע של שני שיקולים אלה לא ניתן לומר, כי החלטה הינה כה בלתי סבירה עד שהיא חורגת "ממתחם הסבירות" של החלטה מינהלית בנדרון זה.¹⁵

מדבריו של השופט גולדברג משתמע, אפוא, כי החלטה מינהלית הנכנסת לגדר מתחם הסבירות היא החלטה חוקית, אף אם היא התקבלה תוך התעלמות משיקול ענייני.

12. לדעתי, יש להבחין בין הכללים הנוגעים למהות השיקולים בקבלת החלטה מינהלית שבשיקול-דעת – החובה לשיקול את כל השיקולים הענייניים והאיסור לשיקול שיקולים זרים – לבין הכללים הנוגעים למהות ההחלטה ולאיוון בין השיקולים העומדים ביסודה – במיוחד תורת הסבירות.¹⁶

העיקרון הוא, כי שקלול השיקולים הענייניים בקבלת החלטה ועריכת האיוון ביניהם אינם נתונים לבית-המשפט, אלא לרשות המינהלית המוסמכת, אשר לה העניק המחוקק את שיקול-הדעת. על-כן, ההחלטה תבטל, רק אם היא חרגה ממתחם הסבירות. מתחם זה כולל, בסיטואציה האופיינית, החלטות אחרות, שביסודן כל אחת מהן עומדים שקלולים שונים של השיקולים הענייניים. בידי הרשות נתון הכוח לבחור בין השקלולים השונים. החלטה תיחשב כחורגת ממתחם הסבירות ולכן כפסולה, כאשר איוון השיקולים אשר עמד ביסודה היה בלתי-סביר במידה קיצונית.

יחד עם זאת, דווקא מהפקדת שיקול-הדעת בידי הרשות המינהלית ולא בידי בית-המשפט מתבקש, כי בדיקת ההחלטה מבחינת "סבירותה" תיערך רק אם מדובר בהחלטה שהתקבלה על-ידי הרשות המוסמכת, לאחר שזו שקלה את כל השיקולים הנוגעים לעניין ולא שקלה שיקולים זרים. משום שהכוח לשקלל בין השיקולים השונים נתון לרשות המינהלית ולא לבית-המשפט, בית-המשפט אינו צריך "להוסיף" למניין השיקולים שהרשות שקלה בפועל שיקולים (ענייניים) שהיא לא שקלה או "להחסיר" שיקולים (זרים) שהיא שקלה, ואזי לפסוק האם החלטתה נכנסת למתחם הסבירות אם לאו. הלא ייתכן, כי אם הרשות עצמה היתה שוקלת שיקול שהיא נמנעה מלשקול או נמנעת מלשקול שיקול שהיא שקלה, היא היתה מקבלת החלטה שונה, המצויה אף היא בגבולות מתחם הסבירות.

על-כן, החלטה מינהלית הלוקה באי-שקילה של שיקולים ענייניים או בשקילת שיקולים זרים היא החלטה פסולה, אף אם לכאורה היא נכנסת לגדר מתחם הסבירות.

15. בג"צ קרגל, 866 בין האותיות ו-1. התוספת בסוגריים היא שלי.

16. ראו גם ז' סגל, "עילת העדר היחסיות (Disproportionality) במשפט המינהלי", הפרקליט לט (תש"ן) 507.

הבחירה של ההחלטה המחייבת מתוך ההחלטות השונות המצויות במסגרת מתחם הסבירות נתונה בידי הרשות המוסמכת ולא בידי בית-המשפט, והאחרון אינו רשאי לקבוע כי החלטה התקבלה כדין, אם הסתבר כי לנגד עיניה של הרשות המוסמכת שקיבלה את ההחלטה לא עמדו כל השיקולים הענייניים ושיקולים אלה בלבד. במקרה כזה יהיה מן הראוי, במידת האפשר, להחזיר את העניין לרשות המוסמכת, על-מנת שהיא תקבל החלטה כדין.

חריגים לכך עשויים להיות במקרים הבאים: (א) כאשר נראה, כי גם אם הרשות, מלכתחילה, היתה שוקלת את כל השיקולים הענייניים ואותם בלבד, היא לא היתה מקבלת החלטה אחרת. במקרה כזה יאשר בית-המשפט את ההחלטה שהתקבלה, ובלבד שהיא מצויה במתחם הסבירות. (ב) כאשר נראה כי אם הרשות, מלכתחילה, היתה שוקלת את כל השיקולים הענייניים ואותם בלבד, היא היתה מקבלת החלטה מסוימת אחרת. במקרה כזה יפסול בית-המשפט את ההחלטה שהתקבלה ויאשר את קבלתה של ההחלטה המסוימת האחרת. (ג) כאשר מתחם הסבירות כולל החלטה אחת בלבד, יאשר בית-המשפט את אותה החלטה. (ד) כאשר אין אפשרות ריאלית שהרשות המוסמכת תקבל החלטה כדין, יאמץ בית-המשפט החלטה כפי שייראה לו הולם בנסיבות העניין.

13. אפשר, כי בפרשה שנדונה בבג"צ קרגל היה בהימנעות משקילת השיקול הענייני כדי להשפיע על ההחלטה. מתיאור העובדות בפסק-הדין עולה, כי אחד המשתתפים בישיבה שבה ההחלטה התקבלה העלה את שיקול הרווייה, ונענה כי אין להתחשב בשיקול זה (ולכן אף לא דנו "בבעיה אם השוק רווי או לא"¹⁷). ייתכן, כי במענה זה היה כדי להשפיע גם על שיקול-הדעת של משתתפים אחרים.

על-כל-פנים, אף אם בפסק-הדין אין נתונים המאפשרים לקבוע עמדה בשאלה האם בפועל היה בהימנעות משקילת השיקול הרווייה כדי להשפיע על ההחלטה שהתקבלה, ביקשתי לעמוד כאן על הבעיה הנוגעת ליחס שבין חוסר-סבירות של החלטה מינהלית לבין קבלתה מתוך התעלמות משיקולים ענייניים.

17. בג"צ קרגל, 866 מול האות ה.

ג. החוקיות של הוראות פתיחה באש - האם שאלה תיאורטית? בג"צ 873/89 הס נ' שר הביטחון ואח'י¹

1. העתירה הוגשה על-ידי חייל מילואים. העותר שירת בעבר בשטחים המוחזקים, ולדבריו הוא צפוי לשרת שם גם בעתיד. העתירה הוגשה גם בשמה של "יש גבול", שהיא תנועה ששמה לה למטרה, בין השאר, להימנע מביצוע פקודות בלתי-חוקיות בעליל. העתירה הופנתה כנגד הוראות פתיחה באש של צה"ל. העותר טען כי ההוראות הקיימות בצה"ל בדבר פתיחה באש חושפות אותו, כמו את החיילים האחרים, לאפשרויות של ביצוע עבירות פליליות חמורות. במקורה התפרשה העתירה על תחום רחב. לבסוף, לאחר התפתחויות שונות, גותרו במחלוקת שני עניינים שלגביהם ניתן צו-על-תנאי: היבט מסוים של הירי בכדורי פלסטיק ונוהל הירי בעוטי מסכות.²

בתחילת הדיון בתשובה לצו-על-תנאי עורר בית-המשפט את השאלה, אם יש "מקום להיזקק לעתירה, שאיננה מתייחסת לנסיבות של זמן ומקום או אולי מוטב להניח את הענין, לכשיתעורר (אם בכלל), בגדר אישום פרטיקולרי שיוגש נגד מי שיפר את הנוהלים בנסיבות קונקרטיות".³

בתום הדיון החליט בית-המשפט - ברוב דעות של השופטים שלמה לויזן ודב לויזן, כנגד דעתו החולקת של השופט גולדברג - לדחות את העתירה מבלי לדון בה לגופה.

2. וכך, בין השאר, כתב השופט שלמה לויזן, שלדבריו הסכים השופט דב לויזן:

(נושא העתירה) ... צריך להתברר לעת מצוא בגדר הליך שיפוטי המבוסס על תשתית עובדתית קונקרטית. ... נושא העתירה מתייחס לכמה פרטי הנחיות והוראות שניתנו לאנשי הצבא. הנחיות והוראות אלו נבחנו בעבר והן חוזרות ונבחנות מפעם לפעם ומגיעות למבחן ההלכה הפסוקה, אגב הדיון בהתדרינות ממשית ואקטואלית ותחולתן עשויה לקבל משמעויות שונות לפי הנסיבות הקונקרטיות של הזמן והמקום והתנאים המבצעיים והבטיחותיים אין מקום לבחון את נושא העתירה במנותק מקיומן של עובדות ספציפיות.⁴

1. סרם פורסם (להלן: בג"צ הס). לאחר מסירת רשימה זו לדפוס, הורה נשיא בית-המשפט העליון על קיום דיון נוסף בפסק-הדין.
2. עקב נושא העתירה, הורה בית-המשפט כי בפרסום לציבור לא ייכלל הנוסח המלא של הצו-על-תנאי, אשר בו פורטו ההוראות לפתיחה באש שכנגדן העתירה כוונה.
3. בג"צ הס, 3-4. דומה, כי העלאה של טענת-סף ביוזמת בית-המשפט, וזאת לאחר שכבר ניתן בעתירה צו-על-תנאי, אינה צעד שגרתי.
4. שם, 5, 6.

השופט שלמה לוין הטעים:

במקרה קיצוני לא מן הנמנע הוא שבית משפט זה יטה להתערב אף ללא קיומו של סכסוך קונקרטי והוא, בעיקר, באותם מקרים, נדירים לדעתי, שבהם ניתן לעותר "מעמד" להגיש עתירה דמויית "עתירה ציבורית", אם כי גם במקרים אלה יהיה זה שיקול כנגד מתן הצו שמבקשים לתקוף גורמה פלונית ללא קיומה של תשתית עובדתית קונקרטית; אך במקרה שלפנינו איני מבסס את חוות דעתי על העדר מעמד.⁵

3. דעתו של השופט גולדברג, אשר לא פקפק במעמדו של העותר, היתה, כאמור, שונה. לדבריו, עניינה של העתירה לא היה תיאורטי, אלא היא היתה קונקרטית די הצורך והיא גילתה סכסוך המתאים להכרעה שיפוטית. וכך, בין השאר, כתב השופט גולדברג:

יש והקונקרטיזציה גלומה בהוראה עצמה, אותה מבקשים לבטל, וכידי בית המשפט להכריע בסכסוך, אף אם לא ארע מעשה בפועל. יש שההכרעה נדרשת כרי להקדים רפואה למכה, במיוחד באותם מקרים בהם לא ניתן יהא להחזיר הגלגל אחורנית, או כשראווי הוא כי העותר והציבור יידעו לכלכל צעדיהם מראש, או שלא יהא סיפק בידי העותר לעתור כשתתבררנה העובדות הספציפיות. במקרים אלה אין בית המשפט נותן חוות דעת משפטית בעלמא, אלא קובע את המותר והאסור, החוקי והבלתי חוקי, כשלעותר עניין ישיר וממשי בקביעה שכזאת. ... כזה הוא המקרה שלפנינו. אין לדרוש מהעותר, נוכח הנושא העומד לדיון, כי ייקלע למציאות בה יישם, או לא יישם, את ההוראות נשוא עתירה זו, טרם שנחליט אם הוראות אלה חוקיות הן, אם לאו.⁶

4. הפסיקה בסוגיית האקטואליות אינה רבה, ובדרך-כלל אין היא כוללת דיון תיאורטי מקיף או הלכות כלליות. על-כן, לפני כניסה לגוף פסק-הדין בבג"צ הס, לא יהיה זה למותר להוסיף מלים כלליות אחדות בסוגיית האקטואליות בבג"צ.

מקובל כי תפקידם של בתי-המשפט הוא להכריע בסכסוכים. אין הם מופקדים על מתן חוות-דעת משפטיות בעלמא. לכן, בדרך-כלל, עצם טענתו של עותר בבג"צ, כי החלטה או פעולה של המשיבים אינן כדין, אינה מקנה לו זכות שביתת-המשפט ידון בענייניו.

5. שם, 5-6.

6. שם, 9-10.

7. חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 15(ג).

כרגיל, כדי שבג"צ ייאות לתת בעניין "סער למען הצדק"⁷ על העותר, בין השאר, להראות כי בינו לבין המשיבים קיים סכסוך קונקרטי ואקטואלי, ושעתירתו אינה תיאורטית או אקדמית גרידא.

מה הם הטעמים של עיקרון זה? ראשית, זמנם ומשאביהם של בתי-המשפט בכלל ושל בג"צ במיוחד הם יקרים ומוגבלים. מן הראוי לייחדם להתדיינות שבהן הכרעה שיפוטית היא חיונית, דהיינו: לסכסוכים קונקרטיים ואקטואליים. ושנית, "רצינות" הפסיקה והצלחתם של השופטים לדייק בהלכות היוצאות תחת ידיהם מובטחות כאשר בית-המשפט נדרש להכריע בסכסוך ממשי, שביסודו מערכת עובדות קונקרטיים ואקטואליים, ולא נורמות ערטילאיות גרידא.

טעם נוסף, שלכאורה הוא רלוואנטי, הוא, שבהעדר סכסוך, החלטת בית-המשפט עשויה להיות "אמרת-אגב", שספק אם יש בכוחה ליצור מעשה-בית-דין⁸ או תקדים מחייב. אך נראה לי, כי כאשר השאלה התיאורטית אינה אגבית, אלא היא השאלה העיקרית המובאת בפני בית-המשפט, אין מניעה לכך שפסק-הדין יהווה מעשה-בית-דין ואף תקדים מחייב. מה הופך חילוקי-דעות בין צדדים לסכסוך קונקרטי ואקטואלי, להבדיל מעניין תיאורטי או אקדמי? במחלוקת המובאת להכרעה של בית-המשפט צריכים להתקיים שלושה יסודות מצטברים: ראשית, על המחלוקת להתייחס להווה. בג"צ אינו דן בסוגיות שעבר זמנן, שבהכרעתן אין כדי להשפיע על זכויות או על חובות קיימות או עתידיות של הצדדים. למשל, בג"צ אינו בודק אם החלטה שכבר בוצעה היתה חוקית, אם העותרים אינם מבקשים סעד אופרטיבי; הוא אף אינו בודק טענה כי חוזה אינו חוקי, אם בינתיים פג תוקף החוזה.⁹ שנית, על הסעד המבוקש להביא תועלת מעשית. כך, נמנע בג"צ מלצוות להעניק לעותר תעודה שנשללה ממנו שלא כדין, משום שבעת מתן פסק-הדין כבר לא היתה צפויה לעותר כל תועלת מעשית מן התעודה.¹⁰ ושלישית, על חילוקי-הדעות להיות קשורים למסכת עובדתית ספציפית. כאמור, תפקידם של בתי-המשפט אינו להצהיר על תוכן הדין או לפרשו בעלמא, אלא ליישמו על נסיבות עובדתיות, ולקבוע מה הן הזכויות והחובות של הצדדים בנסיבות הנדונות.

5. המחלוקת בבג"צ הס' בין שופטי הרוב לבין שופט המיעוט נסבה סביב יסוד שלישי זה, של סכסוך הקשור למסכת עובדתית קונקרטיה. השופטים לא נחלקו ביניהם בדבר עצם היותו של סכסוך כזה תנאי לנכונות בג"צ לדון בעתירות, אלא בדבר קיומו בנסיבותיה של העתירה הגדונה. שופטי הרוב סברו, כי סכסוך קונקרטי לא ייווצר,

8. ראו ג' ולצמן, מעשה-בית-דין בהליך אזרחי (תשנ"א), 164-165.

9. השוו לדעתו של פרופ' יצחק זמיר, הממייץ עניינים תיאורטיים לעניינים שבהם אין סכסוך בין הצדדים, עניינים שבהם קיים בין הצדדים סכסוך ערטילאי, עניינים שבהם עובדותיו של הסכסוך הן היפותטיות ועניינים שבהם ההכרעה בסכסוך אינה אפקטיבית.

ראו I. Zamir, *The Declaratory Judgment* (1965), 43-69.

10. ראו ד"ר 3/58 שר-האוצר ואח' ג' אניות מיכל ומשא בע"מ ואח', פ"ד יב 1849.

11. בג"צ 521/76 אוגרינובסקי ג' שר הקליטה ואח', פ"ד לא (2) 813.

אלא-אם-כן חייל, בנסיבות ספציפיות, יקיים את הוראות הפתיחה באש או יסרב לקיימן, והחוקיות של התנהגותו זאת תהיה נושא למחלוקת במשפט פלילי. לעומתם, סבר שופט המיעוט, כי הסכסוך הקונקרטי גלום בעצם ההוראות שתופנו לעותר ולשאר חיילי צה"ל, ושהעותר טוען כי הן אינן חוקיות.

יצוין כי עמדתם של שופטי הרוב לא התבססה על כך שבעת הגשת העתירה והדיון בה העותר לא שירת בשירות מילואים פעיל. דומה, כי העתירה היתה נרחבת, אף אם העותר היה חייל בשירות סדיר, אשר היה עותר כנגד החוקיות של הוראות הפתיחה באש שנמסרו לו על-ידי מפקדיו.

השאלה שהתעוררה בבג"צ הס היתה, אפוא, מה הן "עובדות קונקרטיות", אשר לרעת הכול קיומן הוא, כרגיל, תנאי לנכונות של בג"צ להיוקק לעתירה. הן שופטי הרוב והן שופט המיעוט לא סיפקו הגדרה ממצה לקטיגוריה זאת. השופט שלמה לויין אף ציין, כי אין הוא "דוגל בקביעה הרמטית של כללים בנושא האמור", וכי "במקרה קיצוני לא מן הנמנע הוא שבית-משפט זה יטה להתערב אף ללא קיומו של סכסוך קונקרטי".¹² מדברי השופט גולדברג עולה, כי הוא סבור שבמקרים שבהם נדרשת הקדמת תרופה למכה – דהיינו: כאשר הימנעות מדיון בעתירה בעת הגשתה עלולה לפגוע בעותרים באופן בלתי-הפיך – ניתן לראות תשתית עובדתית נאותה בעצם הנורמה, הכללית או המיוחדת, העומדת לדיון.

6. למרות ששופטי הרוב, כאמור, לא הגדירו במפורש אימתי עתירה שבה נתקף תוקפה של נורמה תיחשב כקונקרטית, אני סבור כי ניתן לבסס את עמדתם על ההגדרה הבאה: עתירה, שבה נטען כי נורמה מסוימת אינה תקפה, נחשבת כעתירה קונקרטית, רק אם בשעת הדיון בעתירה מתקיימים היסודות העובדתיים שבהתקיימם הנורמה חלה, והדיון בתוקף הנורמה נערך על בסיס יסודות אלה.

כאשר הנורמה הרלוואנטית היא נורמה אינדיבידואלית – כגון החלטה לסרב להעניק רישיון למבקש מסוים – בדרך-כלל יסודות אלה כבר מתקיימים בשעת קביעת הנורמה, ולכן לא יתעורר ספק בדבר האקטואליות של העתירה.

לעומת זאת, כאשר הנורמה היא כללית – דהיינו: היא "בת-פועל-תחיקתי" – לעתים קרובות היסודות העובדתיים, אשר "מפעילים" את הנורמה, אינם מתקיימים בעת קביעתה. לכן, עתירה נגד הנורמה בשלב זה עשויה להיחשב לפי ההגדרה האמורה כעתירה תיאורטית. כך הוא הדבר כשהנורמה קובעת סנקציה עונשית (וזולת אם המדובר בנורמה רטרואקטיבית, דבר העשוי כשלעצמו להוות יסוד לתקיפתה). ואולם, יש גם נורמות כלליות רבות שאינן עונשיות בעיקרן,¹³ אשר "יופעלו" בהתקיים יסודות עובדתיים עתידיים. דוגמאות לנורמות כאלה הן נורמות הקובעות שיעורים של מסיים או

12. בג"צ הס, 5.

13. הגם שלעתים הן כוללות סעיפי עונשין.

של אגרות, ¹⁴ המופעלות בהתקיים בסיסי המס, ונורמות של תכנון הבנייה, המופעלות, לכל המוקדם, עם הגשת בקשה להיתר-בנייה.

7. עמידה דווקנית על הגדרה זו עלולה לגרור, לעתים, תוצאות בלתי-צודקות. המשותף לכולן הוא, שהתקיימות היסודות העובדתיים המפעילים את הנורמה המותקפת כרוכה באפשרות של שינוי מצב העותרים לרעה והעמדתם בדילמה. למשל, יבואן החולק על שיעור המס המוטל על ייבוא מוצר מסוים, יאלץ לייבא תחילה את אותו מוצר, ולהסתכן בהפסדים כלכליים ניכרים, ורק אז הוא יהיה רשאי לתקוף את שיעור המסים; יצרן החולק על תקן בטיחות מסוים, יאלץ תחילה להפר את התקן - ולהסתכן, בין השאר, בסנקציות פליליות המוטלות על ההפרה - ורק אז הוא יהיה רשאי לתקוף את התקן. במקרה האחרון הפגיעה הפוטנציאלית אינה ביצרן בלבד. הציבור בכללותו עשוי להיפגע ממוצר שאינו תואם את התקן, שהיצרן נאלץ להפיצו כדי שיתאפשר לו לתקוף את התקן.

לדעתי, כזה, ואף חמור יותר, הוא סוג המקרה שנדון בבג"צ הס. הן קיום הפקודות והן הפרתן עלולים לסכן חייל באפשרות של הרשעה וענישה במשפט פלילי (במקרה של הפרת הפקודות - במשפט פלילי בגין הפרתן; במקרה של קיום הפקודות - במשפט פלילי בגין המתה או פגיעה על-יסוד פקודות בלתי-חוקיות בעליל). זו דילמה שאין ממנה מוצא, זולת, כמובן, ניסיון להתחמק ממצבים שלגביהם הפקודות חלות, שהוא אפשרות בלתי-רצויה כשלעצמה. הפגיעה הפוטנציאלית הנגרמת כאן אינה בחיילים בלבד. הן הציבור העשוי להיפגע מירי בלתי-חוקי, והן העניין הציבורי הכללי במניעת שימוש בלתי-חוקי בנשק, שימוש העלול לגרור תוצאות פטאליות, עלולים להימצא נפגעים.

8. השופט גולדברג ניסה להתגבר על תוצאות בעייתיות אלה, הנובעות מגישת הרוב, באומרו, כי "יש והקונקרטיזציה גלומה בהוראה עצמה, אותה מבקשים לבטל, ובידי בית-המשפט להכריע בסכסוך, אף אם לא ארע מעשה בפועל".¹⁵ דומה, כי משמעות דברים אלה היא, כי לעניין דרישת הקונקרטיזציה יש שני סוגי מקרים: מחד-גיסא, מקרים שבהם בעת הדיון בעתירה נדרש קיום הנסיבות העובדתיות שאליהן הנורמה מתייחסת, ומאידך-גיסא, מקרים שבהם קיומו של "מעשה בפועל" כזה אינו נדרש. מקרים מהסוג האחרון מאופיינים בכך, "שההכרעה נדרשת כדי להקדים רפואה למכה",¹⁶ דהיינו: כאשר המתנה לקיום נסיבות עובדתיות עלולה להביא לשינוי לרעה של מצב העותר או לפגוע באינטרס הציבורי.

נראה לי, כי הגם שהשיקולים שעליהם הצביע השופט גולדברג הם שיקולים ראויים לעניין הפעלת שיקול-הדעת של בג"צ בשאלה האם להיוקק לעתירה שהובאה בפניו, הרי

14. ראו בג"צ 76/61 מוסקוביץ נ' מנהל אגף היבוא ואח', פ"ד טז 119.

15. בג"צ הס, 9.

16. שם, שם.

ספק אם ניתן לומר שבמקרים שעליהם הוא הצביע אכן "הקונקרטיזציה גלומה בהוראה עצמה". בעובדה, שהמתנה ל"מעשה בפועל" עשויה לגרום נזקים, ואולי אף נזקים בלתי-הפיכים, אין כדי להפוך עתירה שאינה מלווה במעשה כזה לעתירה קונקרטית.

9. עם זאת, דומה, כי אין חולק על כך, שהדרישה לקונקרטיזציה אינה דרישה מוחלטת, שקיומה מהווה תנאי-בל-יעבור. הדברים נתונים לשיקול-הרעת של בית-המשפט הגבוה לצדק.¹⁷ כאמור, בבג"צ הס' עצמו, ציין השופט שלמה לוין, כי "במקרה קיצוני לא מן הנמנע הוא שבית-משפט זה יטה להתערב אף ללא קיומו של סכסוך קונקרטי".¹⁸ לדעתי, השאלה המתעוררת היא, מה הם אותם מקרים (בין אם "קיצוניים" ובין אם לאו), שבהם ייאות בית-המשפט לדון גם בעתירות שאינן קונקרטיות.

נראה לי, כי בהפעלת שיקול-הרעתו, על בית-המשפט לערוך בחינה כפולה: ראשית, האם בעתירה, שעל-פניה היא עתירה תיאורטית, מתקיימים הרציונלים שביסוד המדיניות, הדורשת כי בית-המשפט ידון רק בעתירות קונקרטיות. אם רציונלים אלה, כולם או חלקם, אינם מתקיימים, פוחתת המניעה מלדון בעתירה. שנית, אף אם במקרה הנדון מתקיימים רציונלים אלה, האם מתקיימים שיקולים אחרים, מבחינת העניין הציבורי או האינטרס של העותר, המצדיקים דיון בעתירה, על-אף העובדה שהיא אינה קונקרטית. רציונל אחד הוא, שעל בית-המשפט להקדיש את זמנו להתדיינות שבהן הכרעתו היא חיונית, ואל לו לדון בעניינים תיאורטיים, אשר ספק אם אי-פעם יהפכו למעשיים. אך יש עניינים תיאורטיים, שרציונל זה לא חל לגביהם, או שהוא חל לגביהם במידה מופחתת. מצבים אלה מתעוררים כאשר הימנעות מהכרעה בעתירה תיאורטית עשויה להביא לנזקים חמורים ובלתי-הפיכים. גם כאשר אין ספק, שסוגייה מסוימת תתעורר בעתיד בהקשר ספציפי, אין לראות בהכרעה מוקדמת בה בזבוז משאבים שיפוטיים, וזאת במיוחד כשהסוגייה היא כזאת, שאם בית-המשפט לא ידון בה במסגרת עתירה תיאורטית, הוא לא ידון בה לעולם, שכן, מעצם מהותה, העתירות בסוגייה יהיו או מוקדמות מדי או תיאורטיות.¹⁹

רציונל שני הוא, שיכולתו של בית-המשפט להגיע לתוצאה נכונה קשורה בכך שהוא נדרש להכריע בסכסוך שביסודו מערכת עובדות קיימת, להבדיל מנורמות ערטילאיות. משקלו של טעם זה – שלא פעם נראה קל למדי – פוחת במיוחד, כאשר הביטוי האפשרי של מערכת היסודות העובדתיים שקיומם מהווה תנאי להחלת הנורמה הוא צפוי, פשוט וברור. דוגמה לעתירה תיאורטית כזאת, שבה בית-המשפט אכן דן לגופה, היא בקשה של חבר הכנסת שהיווה "סיעת יחיד" לקבוע כי סיעה כזאת רשאית להציע אי-אמון

17. ראו בג"צ 19/64 התאחדות סוכני ביטוח בישראל ואח' נ' המפקח על הביטוח, משרד האוצר, פ"ד יח (3) 506; והשוו ע"א 23/85 ג' גולדשטיק ואח' נ' א' כהן ואח', פ"ד מ (4) 583.

18. בג"צ הס', 9.

19. ראו בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 145-146.

בממשלה.²⁰ בשעת הדיון בבית-המשפט, הכנסת כבר קיימה את הדיון שבקשר אליו העתירה הוגשה. במקרה כזה, הסיטואציה העובדתית – הגשה של הצעת אי-אמון על-ידי "סיעת-יחיד" היא ברורה ופשוטה, וקיומן של עובדות קונקרטיות בעת הדיון בוודאי אינו רלוואנטי מבחינת יכולתו של בית-המשפט לפסוק הלכה באופן מבוסס ואחראי.

10. בבג"צ הס', ייתכן, כי שופטי הרוב חשו קושי להכריע בהעדר מסכת עובדות קונקרטיות. ואולם לדעתי, לנוכח האינטרס הרציני של העותר והעניין הציבורי הכללי לדון בעניין במסגרת עתירה תיאורטית, היה מקום לדון בעתירה לגופה. ההימנעות מדיון בשלב זה עלולה להביא לפגיעה בלתי-הפיכה באינטרסים אלה, ואין היא מתחייבת בהכרח מתוך הרציונלים העומדים ביסוד העיקרון, השולל דיון בעתירות תיאורטיות. מובן כי בית-המשפט, בדונו בעתירה תיאורטית, אינו נדרש, ואינו מסוגל, לדון באופן היפותטי בחוקיות של דרכים אפשריות לביצוע ההוראות הנדרשות.²¹ השאלה בדיון כזה נוגעת אך ורק לחוקיות הנורמות הנדרשות, על-יסוד פרשנותן הנכונה, כפי שהיא נקבעת על-ידי בית-המשפט. אין בכך כדי לשלול את האפשרות או את הצורך לדון בעתירה, על-יסוד עובדות קונקרטיות, בשאלה אם הוראות הפתיחה באש בוצעו באופן חוקי במקרה מסוים.

11. התוצאה בבג"צ הס', היא בעיני תוצאה קשה. האם מתקבל על הדעת, אם יורשה לי לתת דוגמה קיצונית, שאילו בפרשת כסר קאסם או בפרשה דומה היתה מוגשת עתירה לבג"צ כנגד פקודה לירות על מי שיימצא מחוץ לביתו בשעת עוצר – מבלי להתחשב בנסיבות הימצאו – העתירה היתה נדחית על-יסוד היותה עתירה תיאורטית? אפשר, כי לגופו של עניין העתירה בבג"צ הס' היתה מופרכת. ואולם אני סבור, כי על בג"צ היה לדון ולהכריע לגופה בטענה שהוראות הפתיחה באש הנמסרות לחיילי צה"ל מהוות פקודות בלתי-חוקיות בעליל. במצב הקיים, השאלה אם אכן הוראות אלה מהוות פקודות בלתי-חוקיות בעליל, עדיין נותרה (כשלוש שנים לאחר הגשת העתירה, כשנתיים מיום ההחלטה לדחות את העתירה, וכחצי שנה מיום פרסום הנימוקים להחלטה) ללא תשובה מוסמכת. המחשבה – ואפילו היא רק חשש קלוש – שמא חיילי צה"ל נדרשים לבצע באופן שגרתי פקודות בלתי-חוקיות בעליל, שתוצאותיהן עלולות להיות חמורות, היא מטרידה מאוד.

20. ראו שם.

21. ראו בג"צ 66/89 הליגה לזכויות האדם והאזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מר (2) 221.
