ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק

יצחק זמיר*

א. מבוא. ב. חזקת החוקיות. ג. פרטים נוספים, שאלונים וגילוי מסמכים. ד. הקירה של מצהירים. ה. עיון בתיק הרשות. ו. ראיות נסיבתיות. ז. ראיות אחרות. ח. סיכום.

א. מבוא

כיצד יוכיח עותר לבית-המשפט הגבוה לצדק את העובדות המבססות את עילת העתירה? השאלה קשה כאשר העובדות, כגון מסמכים, מצויות בתיקיה או בידיעתה של הרשות המינהלית בלבד. השאלה קשה במיוחד כאשר העובדות אינן חיצוניות, ולפיכך אין הן באות לידי ביטוי במעשים או במסמכים, אלא הן פנימיות, כלומר, מצויות רק בתחום שיקול-הדעת של הרשות המינהלית. כיצד יברר עותר-מה השיקולים אשר הרשות שקלה בעניין מסוים? מה המטרה שעמדה לנגד עיניה ומה המשקל שנתנה לכל שיקול ושיקול? אלה הם דברים שבלב. ואם יביא העותר את השאלה אל בית-המשפט, האם יידע בית-המשפט לבחון כליות ולב?

השאלה אינה רק קשה במיוחד, אלא גם חשובה במיוחד. כמעט כל הסמכויות של המינהל הציבורי הן סמכויות שבשיקול-דעת. שיקול-הדעת מנוסח, בדרך כלל, בלשון רחבה וסתמית, בלי שהמחוקק יצביע בלשון מפורשת על מטרת החוק, יכוון את הרשות המינהלית אל השיקולים העניינים או יסמן לה את המשקל הראוי של כל שיקול. לכן צפויה הרשות להיכשל בתחום זה, מבלי משים, יותר מאשר בכל תחום אחר, כגון בחריגה מן הסמכות. יתירה מזאת, הרשות יכולה גם, בקלות יחסית, לעשות שימוש לרעה בשיקול-הדעת שלה, ביודעין, כדי לשרת מטרה זרה, בהנחה שלא תשאיר עקבות בשטח. ואפילו אם הרשות מפעילה את שיקול-הדעת על הצד הטוב ביותר, ללא פגם, עדיין עשוי אדם שנפגע מהחלטתה לחשוד בה שהפעילה את שיקול-הדעת שלא כדין. לכן הרבה עתירות לבג"ץ, אולי אף רוב העתירות, אינן מעלות עילות של חריגה מסמכות, טעות

---

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

אני מבקש להודות לפרופ' אליהו הרנון, מן הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, על שקרא את טיוטת המאמר והעיר הערות מועילות.

nevo.co.il

בדין או פגם בסדרי ההליך, שבאופן יחסי קל להוכיח אותן באמצעות עובדות חיצוניות, אלא עילה של שיקול-דעת פסול. אולם שיקול-דעת פסול, כגון שיקול-דעת המתבסס על שיקולים זרים, גם הוא עניין שבעובדה. כיצד, אם כן, יוכיח העותר עובדה זאת?

בירור עובדות איננו הצד החזק של בית-המשפט הגבוה לצדק.[1] מבחינה זאת, בית-משפט שלום או בית-משפט מחוזי עדיף על בג"ץ. בג"ץ עצמו הודה בכך, פעם אחר פעם, לאחרונה. כך, לדוגמא, במשפט אחד אמר השופט ברק כי "לבית המשפט והאזרחי הכלים והנסיון לבירור מעמיק של העובדות", וכי הנסיה להעביר את ענייני המכרזים מבג"ץ אל בית-המשפט האזרחי "מתחזקת לאור הכלים הדיוניים המצויים בידי בית-המשפט האזרחי, המאפשרים לו, בעיקר באמצעות החקירה הנגדית, בידור של טענות עובדתיות סותרות המתעוררות תדיר בענייני מכרזים."[2] במשפט אחר, שעסק בשאלה אם חוקיות ההחלטה להפסיק כהונה של חבר במועצה דתית צריכה להיות נדונה בבג"ץ או בבית-המשפט המחוזי, אמר השופט שלמה לוין כי במקרים המחייבים בריקת עובדתית מובהקת "בודאי יש לבית המשפט המחוזי כלים טובים יותר לטפל בנושא מאשר לבית-המשפט הגבוה לצדק."[3]

הגה, לדוגמא, משפט **דקל נ' שר האוצר ואח'**.[4] במשפט זה נתבקש בג"ץ לפסול מינוי של פלוני לתפקיד יושב-ראש הדירקטוריון של חברת החשמל בטענה שהמינוי נעשה על יסוד שיקולים פוליטיים. המשנה לנשיא אלון קבע, בהלכה המובנת מאליה, כי מינוי פוליטי "פסול הוא, ויש בו משום מעילה באמון של הציבור שהסמיך את הרשות הממנה." אולם, הוסיף המשנה לנשיא אלון, "לפתחה של טענה בדבר מינוי שהוא פסול בעטיים של שיקולים פוליטיים שביסודו של המינוי רובץ בדרך כלל קושי ניכר, והוא - דרך הוכחת השפעתם של שיקולים פוליטיים כאלה; חזקה על הרשות שהיא פועלת כדין, והסוען שפעולה מסוימת נעשתה שלא כדין, עליו הראיה. לשם הרמת נטל ראייתי זה לא די בקיומה של תחושה בעלמא, המבוססת על השערות והנחות בלבד."[5]

ביצד יוכיח העותר לבית-המשפט כי הרשות הממנה הושפעה משיקול פוליטי? אי-אפשר לסמוך על הרשות המינהלית שבכל מקרה ומקרה תגלה לבית-המשפט את התמונה המלאה והאמיתית של השיקולים מהם הושפעה. אפילו פעלה הרשות בתום לב, כדי למלא את תפקידה כראוי, עדיין היא עשויה לחשוש שמא שיקולים מסוימים יימצאו על-ידי בית-המשפט בלתי-ראויים או בלתי-חוקיים. קל-וחומר במקרים החמורים, כאשר

1. ראה י' זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** (הדפסה שלישית, תשמ"ח) 92-98.
2. בג"צ 991/91 **פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מה (5) 50, 61, 63.
3. רע"א 1287/92 **בוסקילה נ' צמח**, פיסקה 5 לפסק-הדין (טרם פורסם). ראה גם בג"צ 4225/91 **גדוביץ נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד מה (5) 781, 785, מפי השופטת נתניהו: "אנו לא נוכל לרדת לדיוקן של העובדות השנויות במחלוקת. במסגרת הדיון בבית המשפט הגבוה לצדק לא ניתן לפרוש את כל יריעת העובדות לרוחבה ולעומקה, כפי שהדבר נעשה בערכאה ראשונה בבית-משפט רגיל."
4. בג"צ 4566/90, פ"ד מה (1) 28.
5. שם, 35, 36.

הרשות התבססה על שיקולים פסולים ביודעין, ויש לה מניע חזק להסתיר את חרפתה. כבר היו דברים מעולם, ופסקי-הדין יוכיחו.[6]

אין הוכחה טובה יותר מאשר המינויים הפוליטיים. כל מי שיושב בתוך עמו יודע, כי היו מקרים בהם נעשו מינויים למשרות ציבוריות על יסוד שיקולים פוליטיים. אולם מעולם לא היה מקדה בו רשות ממנה הודתה בכך בפני בית-משפט: העמדה הרשמית היתה תמיד כי המינוי נעשה על יסוד כישורים ולא על יסוד קשרים. כתוצאה, האיסור על מינויים פוליטיים עלול להיות בבחינת הלכה ואין מורין כן.

בית-המשפט הצליח לסייג ולכוון את שיקול-הדעת המינהלי בהלכות שונות לתפארת שלטון החוק. אולם המציאות הקימה מחסום בין ההלכה לבין העובדות. הקושי להוכיח את העובדות עלול לסכל את החלת ההלכה. מכאן עולה השאלה האם ניתן להנמיך את המחסום ולהקל על בירור העובדות בפני בית-המשפט.[7]

העותר לבית-המשפט הגבוה לצדק מכיר על-פי רוב רק את דרך המלך לבירור עובדות. אולם בשטח קיימות גם הסתעפויות מדרך המלך אל דרכים צדדיות, שאין בהן תמרורים, ולכן העותר עשוי לחלוף על פניהן בלי להבחין בהן. הדרכים הצדדיות הן לעתים הדרכים היחידות שיש בהן כדי להוביל את העותר אל בירור העובדות. ברשימה זאת אני מבקש, ראשית, למפות את השטח ולהצביע על הדרכים הצדדיות שהעותר יכול ללכת בהן כדי לברר עובדות נסתרות, ושנית, להעלות הצעות אחדות לשיפור הדרכים האלה.

ב. חזקת החוקיות

המחסום הראשון הניצב בדרכו של מי שעותר לבג"ץ הוא חזקת החוקיות. חזקה זאת (המכונה לעתים גם בשם חזקת התקינות או חזקת הכשרות) מניחה כי הרשות המינהלית פעלה כדין. מי שטוען אחרת - עליו הראיה. כך נפסק, לדוגמא, במשפט **מחמוד ואח' נ'**

---

6. הנה לאחרונה, בבג"צ 4995/90 **חוות הגליל בע"מ נ' ראש עיריית טבריה ואח'**, פ"ד מה (4) 58, 67, סתר בית-המשפט את ידיו על הטענה כי "עולה בבירור, כי לא זו בלבד שהמשיבים אכן שקלו שיקולים זרים ופסולים, אלא עשו כל שלאל ידם לטייח ולהסתיר את שיקוליהם האמיתיים מעיני כבוד בית המשפט, ולו גם תוך שימוש באמצעים כגון הכחשת קיומם של מסמכים שאינם נוחים לעמדתם, הסתרת מסמכים אחרים ועוד כהנה וכהנה."

7. קושי כפול ומכופל לברר את העובדות קיים, כאשר הרשות המינהלית מסרבת להציג את מלוא העובדות בתשובתה לבית-המשפט בטענה כי גילוי העובדות עלול לפגוע בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בעניין ציבורי חשוב, והיא מסתמכת על התועדה חתומה בידי שר, לפי סעיפים 44 או 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. מאמר זה אינו עוסק בראיות מסויות. על ראיות מסויות ראה א' הרנון, **דיני ראיות**, חלק שני, (1977), 71 ואילך; ר' הר-זהב **סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק** (1991), 48-52; י' זמיר, "זכויות האדם ובטחון המדינה", **משפטים** יט (תשמ"ט) 17, 33-36.

הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי.[8] במשפט זה נדונה התוקפות של צו הריסה מינהלי. לפי החוק רשאי יושב ראש של ועדה מקומית לתכנון ובנייה, בהתייעצות עם ראש הרשות המקומית, להוציא צו להריסת מבנה שהוקם שלא כחוק. מי שנפגע על-ידי הצו רשאי לבקש מבית-משפט השלום את ביטולו. מה יפסוק בית-המשפט כאשר לא הובאה בפניו הוכחה, כי הצו ניתן לאחר התייעצות עם ראש הרשות המקומית? בית-המשפט השיב ואמר:

> פועלת כאן חזקת התקינות, דהיינו חזקה שכל פעולה מינהלית נעשתה כדין. זוהי כמובן הנחה הניתנת לסתירה (rebuttable presumption), אך על מי שמבקש לסתור מוסל הנטל לטעון ולהוכיח, כי במקרה הנדון החזקה נסתרת על-ידי עובדות. לא נטענה הטענה או נטענה ולא הוכחה - נשארת חזקת התקינות בעינה.[9]

לעניין זה אחת היא אם המידע הנדרש להוכחת אי-החוקיות מצוי אצל מי שנפגע מן ההחלטה המינהלית, או בהישג ידו, ואם הוא נמצא אך ורק אצל הרשות המינהלית שקיבלה אותה החלטה. מבחינתו של בית-המשפט, אם לא הובא בפניו מידע שיש בו כדי לעורר ספק בחוקיות ההחלטה המינהלית, די בחזקת החוקיות כדי להשאיר את ההחלטה על בנה.[10]

לכאורה, חזקת החוקיות מהווה מחסום בדרכו של כל תובע בכל עניין, שכבר נאמר בגמרא כי המוציא מחברו עליו הראיה. היא תופסת בעניין אזרחי כמו בעניין מינהלי, ובעניין מינהלי היא תופסת לא רק בפני בג"ץ אלא גם בפני בית-משפט אזרחי, כפי שניתן לראות במשפט **מחמוד ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי**.[11]

---

8. רע"פ 1088/86, פ"ד מד (2) 417.
9. שם, 419, מפי השופט מלץ. ראה גם בג"צ 2314/91 **נתן נ' רשות השידור**, פ"ד מה (3) 436, 439; בג"צ 4821/90 **לב נ' רשם האגודות השיתופיות ואח'**, פ"ד מה (4) 39, 44.
10. חזקת החוקיות, שהיא הלכה פסוקה, אינה החזקה היחידה המגינה על החלטות מינהליות. לדוגמא, סעיף 434 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, קובע כי "דבר שפורסם ב'רשומות' חוקה שנעשה כראוי, והוא הדין בכל דבר שפרסם המדפיס הממשלתי אף שלא ברשומות." ראה גם סעיף 268 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. על סעיפים אלה ראה רע"פ 603/92 **ברוך נ' מרינת ישראל**, פ"ד מו (2) 114. ראה עוד פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, סעיפים 31, 33, 34. על החזקות למיניהן, ראה א' הרנון, (לעיל הערה 7), חלק ראשון, 193 ואילך.
11. לעיל הערה 8. השווה, לעומת זאת, לעניין תחולת החוקה במשפט פלילי כנגד תחולת החזקה במשפט מינהלי, בשג"צ 497/88 (בג"צ 765/88) **שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מג (1) 529. בלשונו של השופט בך (בעמ' 536): "כאשר מוגש כתב-אישום נגד אדם בגין עבירה פלילית, הרי נמצא הנאשם בחזקת זכאי, כל עוד לא

nevo.co.il

אולם בעתירות לבג"ץ, להבדיל מתביעות בבית-משפט אזרחי, פועלת חזקת החוקיות בחומרה יתירה. בתביעות המוגשות לבית-משפט אזרחי עשויה חזקת החוקיות להכשיל את התביעה לגוף העניין. לעומת זאת, בעתירות המוגשות לבג"ץ עשויה חזקת החוקיות למנוע את עצם הדיון לגוף העניין. בתביעה אזרחית די בכך שהתובע הגיש כתב תביעה, כדי שהנתבע יחוייב להגיש כתב הגנה, אם אין הוא רוצה שיינתן נגדו פסק-דין בהעדר הגנה, ובית-המשפט ידון בעניין ויכריע בו על-פי טענות הצדדים. לא כך בעתירה מינהלית.

עתירה המוגשת לבג"ץ, להבדיל מתביעה המוגשת לבית-משפט אזרחי, צריכה להיות נתמכת בתצהיר המציג את העובדות השייכות לעניין.[12] חזקת החוקיות נכנסת לפעולה כבר בשלב זה. העתירה אינה נשלחת אל הרשות המינהלית, כדי לקבל את תשובתה, אלא היא נבדקת בידי בית-המשפט כדי לברר אם, לכאורה, היא גוברת על חזקת החוקיות. על העותר מוטל הנטל לעורר, בגוף העתירה עצמה, ספק מהותי בחוקיות ההחלטה המינהלית. אם אין הוא מרים את הנטל, תידחה עתירתו על הסף, אפשר אפילו ללא שיוזמן לטעון בפני בית-המשפט.[13] רק אם העתירה מעוררת ספק כזה, יוציא בג"ץ צו-על-תנאי. צו-על-תנאי מרים כביכול, את המחסום של חזקת החוקיות, ומעביר את נטל הבאת

הוכיחה התביעה את אשמתו מעל לכל ספק סביר. לעומת זאת אינה קיימת חזקה מקבילה ביחס לאדם שהוצא נגדו צו גירוש שהצו הוצא נגדו ללא סיבה מספקת." שאלה היא אם יש הצדקה מלאה להבדל חד כל-כך בין מקרה בו אדם צפוי לקבל מידי המדינה עונש פלילי, כגון קנס כספי, לבין מקרה בו הוא צפוי לסנקציה מינהלית מידי המדינה, כגון צו גירוש מן הארץ. למשל, האם מוצדק שאדם העומד לדין פלילי על מעשה שעשה ייהנה מחזקת הזכאות, ונטל ההוכחה יהיה מוטל על המדינה, ואילו אם יוחלט לגרשו מן הארץ בגין אותו מעשה עצמו תיהנה המדינה מחזקת התוקיות, והנטל לסתור חזקה זאת יהיה מוטל על אותו אדם? יש מקום לשקול אם אין זה ראוי ואפשרי לגשר, ולו רק באופן חלקי, על פער זה. בהקשר זה ראה סוגים של מקרים בהם חזקת החוקיות מתבטלת או נחלשת, להלן סעיף כ, פסקה א' ואילך (בעמ' 303).

12. תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, תקנה 4. ככלל, עובדות שאינן נתמכות בתצהיר לא יתקבלו כראיה. ראה ד' הר-זהב, לעיל הערה 7, בעמ' 38. ראה, לדוגמא, בג"צ 325/86 **אמויאל נ' הממקח הארצי על התעבורה**, פ"ד מג (2) 297, 302.

13. שם, תקנה 5. בבג"צ 39/64 **חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון, נצרת**, פ"ד יח (2) 340, 343, אמר הנשיא אולשן: "אין זה מספיק לזרוק סתם את המלה 'זדון' לחלל בית-המשפט או בבקשתו, כדי שבית-משפט זה יצא מתוך הנחה שקיים זדון כדי להיענות לבקשה להוציא צו-על-חנאי ... אין לצאת מתוך הנחה בזאת, כל עוד העותר לא הצביע מבחינה עובדתית על מעשה זדון, ואי-אפשר להרשות את השימוש בטענה סתמית של 'זדון' כדי לאפשר על-ידי כך הוצאת צו-על-תנאי ולהכריח את המשיב לגלות את נימוקיו תוך טענת העותר שאמנם אין לו ראיות להוכיח זדון, אבל אם יכריחו את המשיב לגלות את נימוקיו, הרי תקוותו מזקת שתוך כדי הגילויים האלה יתגלה הזדון."

nevo.co.il

הראיות אל הרשות המינהלית. למעשה אין הוא אלא היתר מטעם בית-המשפט לקיים התדיינות לגוף העניין.[14]

הווה אומר, מה שניתן לתובע בעניין אזרחי כזכות, אינו ניתן לעותר בעניין מינהלי אלא בהיתר. אם העותר לא הצליח להשיג ראיות הגוברות על חוקת החוקיות, לא יינתן לו ההיתר להתדיין עם הרשות, והוא לא יעבור את סף בית-המשפט. אכן, בפועל, עותרים רבים נדחים מעל פני בית-המשפט על הסף בגלל חזקת החוקיות.[15]

העותר לבג"ץ מצוי בעמדה של נחיתות, באופן מהותי, בהשוואה לתובע בבית-המשפט האזרחי. התובע בבית-המשפט האזרחי רשאי, לאחר הגשת התביעה, לבקש מן הנתבע שישיב על שאלונים או יגלה מסמכים ואף להזמין אותו לחקירה בבית-המשפט. העובדה שמידע או מסמכים הנדרשים לביסוס התביעה נמצאים בידי הנתבע לא בהכרח תכריע את גורל התביעה. עדיין עומדת האפשרות שהתובע יצליח, במהלך ההתדיינות, להביא בפני בית-המשפט מידע ומסמכים שלא היו בהישג ידו לפני תחילת ההתדיינות. לכאורה, הזדמנות זאת, הניתנת לתובע כלפי הנתבע לגבי מידע ומסמכים שהם רכוש פרטי, קל-וחומר שהיא צריכה להינתן גם לעותר כלפי הרשות המינהלית, לגבי מידע ומסמכים שהם רכוש ציבורי. אולם עותר שנזקק למידע או מסמכים המצויים בידי הרשות המינהלית, כדי לבסס את עתירתו, עומר בפני בעיה: כדי לקבל צו-על-תנאי הוא צריך מידע המצוי בידי הרשות. כדי לקבל את המידע המצוי בידי הרשות צריך, לפי תקנות סדר הדין בבג"צ,[16] שכבר יהיה בידו צו-על-תנאי. התוצאה היא שהעותר עלול לטצוא עצמו קרוז מכאן ומכאן.

מה ההסבר להבדל זה בין התובע בבית-משפט אזרחי לבין העותר בבג"ץ? ההסבר הוא שכך היו הדברים מעולם. סדר הדין הנוהג בבג"ץ נוצר באנגליה עם הצווים הפרוגסיביים, שלא היו ניתנים אלא אם בית-המשפט ראה לנכון להוציא צו-על-תנאי; משם נקלט בארץ-ישראל, כאשר דבר המלך במועצה משנת 1922 הקים את בית-המשפט

14. בפועל, לעתים קרובות בג"ץ מזמין את המשיב לדיון בעתירה, לפני שהוא מחליט אם להוציא צו-על-תנאי, "אם הוא סבור כי יהיה בכך כדי לסייע לבירורה היעיל והנכון." שם, תקנה 7. ראה גם, על ההליך בפני בג"ץ, ר' הר-זהב, לעיל הערה 7, בעמ' 15 ואילך.

15. ראה, לדוגמא, בג"צ 472/92 **אבו ערפה ואח' נ' משטרת ישראל**, פ"ד מו (1) 639. זו היתה עתירה מסוג הביאס קורפוס לשחרורם של העותרים שהיו נתונים במעצר באזור יהודה ושומרון מכוח צו שהוצא לפי הדין החל ביהודה ושומרון, אף שהיה בידי הרשות שעצרה אותם גם צו מעצר שניתן על-ידי בית-משפט השלום בירושלים. העותרים טענו כי הרשות שעצרה אותם עשתה שימוש כצו לפי הדין החל ביהודה ושומרון "כדי למנוע פגישה בין העותרים לבין בא-כוחם". על כך השיב השופט חשין (בעמ' 640): "לטענת מעין זו - והטענה היא טענה - חייב עותר להניח תשתית עובדתית מתאימה, עליה יבסס את טיעונו. בענייננו, לא הניחו העותרים תשתית עובדתית דאויה לטיעונם." לפיכך נדחתה הבקשה להוצאת צו-על-תנאי.

16. ראה להלן סעיף ב, פסקה ג'.

nevo.co.il

הגבוה לצדק והסמיך אותו לתת צווים פרוגטיביים במתכונת המקובלת באנגליה; ומתכונת זאת נקלטה ללא שינוי מהותי במשפט ישראל.

ומה הטעם להבדל? נראה כי אין טעם אחר אלא הרצון להגן על המינהל הציבורי מפני טרדנים. ידו הארוכה של המינהל הציבורי מגיעה אל כל אדם ואדם, לטוב או לרע. אם כל מי שיש לו טרוניה כלפי המינהל הציבורי יוכל לנהל משפט נגד הרשות המינהלית, אפילו אם אין למשפט יסוד או סיכוי, יוצף המינהל הציבורי בתביעות. ומי ישלם את המחיר של התדיינות מיותרת כזאת? בסופו של חשבון המחיר ייגבה מן הציבור הרחב: הוא שיישא בהוצאה הכספית והוא שיסבול מן העומס הנוסף שיוטל על השירותים הציבוריים. לפיכך, המידה שבית-המשפט העליון מקבל על עצמו כאשר הוא מסנן את העתירות, ומחליט כבר בשלב הראשון מי לשבט ומי לחסד, מיטיבה בסופו של חשבון עם הציבור הרחב.[17]

ספק אם טעם זה עומד בביקורת. ראשית, הצורך בקבלת היתר כדי לתבוע לדין את הרשות המינהלית, להבדיל מכל נתבע אחר, אינו מתיישב עם העיקרון של שוויון בפני החוק. שנית, אין כמעט מדינות בעולם, נוסף לאנגליה וישראל, בהן צריך לקבל היתר כדי לתבוע לדין רשות מינהלית. אפילו במדינה בעלת מסורת אנגלית כמו ארה"ב לא קיים נוהג כזה. ודאי שאין לו קיום בבתי-המשפט המינהליים של מדינות אירופה, כמו צרפת. ושלישית, אפילו בישראל טופחת המציאות על פניו של טעם זה. עובדה היא כי אין צורך בהיתר כדי לתבוע רשות מינהלית בבית-משפט אזרחי לפיצויים בגין הפרת חוזה או עוולת נזיקין, כמו כן עובדה היא כי בעניינים מינהליים רבים הפקיד המתוקף את הסמכות בידי בית-המשפט המחוזי, בהליך של תביעה רגילה או ערעור רגיל, ואף לא נמנע מלהעביר עניינים שונים מבג"ץ אל בית-המשפט המחוזי, על-מנת שיידונו בהליך של תביעה או ערעור, להבדיל מעתירה לצו-על-תנאי.[18] אפילו בית-המשפט העליון, כאשר

17. ראה כתב סניגוריה על ההליך הדו-שלבי, המחנה התדיינות עם הרשות המינהלית בקבלת היתר מאת בית-המשפט, H. Woolf, The Hamlyn Protection of the Public - A New Challenge (Lectures, London 1990), 19 ET SEQ השופט וולף טוען כי יתרון נוסף יש להליך הדו-שלבי בעניינים מינהליים: לעתים הוא מיטיב עם העותר, שכן הוא מאפשר לו לדעת, בהליך מהיר וזול, אם יש סיכוי לעתירה שלו, ובכך גם למנוע ממנו הסתבכות בהליך ארוך, יקר ומיותר. שם, 21. אכן, אפשר כי ההליך הדו-שלבי טומן בקרבו במקרים מסוימים גם טובה לעותר. אולם, ישאל השואל, מדוע להרעיף טובה זאת דווקא על מי שתובע רשות מינהלית, ולא להציע אותה גם למי שתובע אדם פרטי? ומה אם העותר מוותר על הטובה, בבחינת לא מדובשך ולא מעוקצך? והאם אין הליך זה, כיוון שהוא פשוט, מהיר וזול כל כך, מעודד אנשים לעשות שימוש לרעה בהליך השיפוטי ולהגיש עתירה, אף שברור כי לא יינתן בה צו-על-תנאי, רק כדי להשיג תהודה ציבורית?

18. לדוגמא, עתירות אסירים (לפי החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר) (מס' 5), תש"ם-1980 ורשיונות למוניות (לפי החוק לתיקון פקודת התעבורה) (מס' 15), תש"ם-1979, סעיף 5. בדומה לכך, עניינים מינהליים שונים הועברו מכות חוק מבג"ץ אל בית-הדין לעבודה, והם נדונים בבית-הדין לעבודה לפי כללי המשפט המינהלי, אך בדרך של תביעה רגילה,

החליט זה מקרוב להעביר את ענייני המברזים מבג"ץ אל בית-המשפט האזרחי, תוך שהוא שוקל אחר לאחר את הטעמים בעד ונגד, לא ציין כלל את ההבדל בהליכים בין שני בתי-המשפט כטעם לשלילה.[19]

נראה, אם כן, כי הטעם העיקרי התומך במוסד של צו-על-תנאי, ומקנה לתוקת החוקיות מעמד של שומר סף בעניינים מינהליים, הוא טעם היסטורי, זר ורחוק, הנעוץ במעמד המועדף של הכתר האנגלי. כיום, במדינת ישראל, המוסר של צו-על-תנאי יכול לשמש דוגמא נוספת לחולשה של הזכות המינהלית. השופט ברק כבר הצביע על חולשת הזכות המינהלית, כשהוא מכוון דבריו אל שיקול הדעת המוקנה לבג"ץ ומאפשר לו לדחות עתירות שלא לגוף העניין, כגון בשל חוסר נקיון-כפיים או בשל שיהוי. "נראה לי" אמר השופט ברק, "כי חולשה זו של הזכות המינהלית אינה רצויה כלל. ניתן להסביר תופעה זו בהסברים היסטוריים שונים, אך דומה שכיום יש לשאוף לכך שהזכות המהותית במשפט המינהלי תעמוד איתן על רגליה היא."[20] ברוח ואת יש מקום, לדעתי, לשקול גם אם יש כיום טעם טוב לקיים את המוסד של צו-על-תנאי.[21]

מכל מקום, במצב הקיים, נודעת חשיבות יתירה לשלב הפתיחה של ההתדיינות בבג"ץ, בו העתירה חייבת לגבור על חוקת החוקיות כדי לזכות את העותר בצו-על-תנאי. כיצד ישיג העותר את המידע הנדרש לצורך זה? קושי מיוחד ניצב בפני העותר המבקש לברר אם שיקול-הדעת המינהלי הופעל, בעניינו, כדין. חוקת החוקיות מניחה כי הרשות המינהלית שקלה רק שיקולים ענייניים ובתנה את המשקל הראוי לכל שיקול ושיקול. איך יסתור העותר הנחה זאת? אכן, יש מקרים בהם משתק מולו של העותר והרשות המינהלית מגלה, לא פעם בלא משים, את השיקולים והמטרות שעמדו לנגד עיניה, כגון במכתב אל העותר, בפרוטוקול של דיונים או בראיון עתונאי.[22] אלה המקרים הקלים. אולם במקרים רבים פי הרשות נשאר חתום ולכן גם שיקול-הדעת שלה נותר כספר החתום. אלה המקרים הקשים.

עם זאת, גם במקרים הקשים, בהם אין בידי העותר ראיה ישירה באשר לדרך בה

ולא בדרך של עתירה לצו-על-תנאי. ראה, לדוגמא, בבג"ץ 785/86 בשג"צ 230/87 **מצגר נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'**, פ"ד מא (3) 352. ואין פרץ ואין צווחה.

19. בג"צ 991/91 **פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מה (5) 50. השווה רע"א 92/89 **טלרד תעשיות טלקומוניקציה ואלקטרוניקה בע"מ ואח' נ' עיריית לוד ואח'**, פ"ד מג (1) 643, 645; בדרך כלל ניתן לדון בתובענה שהוגשה בבית-משפט אזרחי לקבלת הצהרה בדבר בטלותה של החלטה מינהלית בשל חוסר סבירות קיצוני בדרך של המרצת פתיחה.

20. בג"צ 170/87 **אסולין ואח' נ' ראש עיריית קרית גת ואח'**, פ"ד מב (1) 678, 692.

21. שאלה היא אם בהקשר זה, וכן בהקשרים אחרים כמו בעניין הצגת שאלונים וגילוי מסמכים (להלן עמ' 309 בסמוך לה"ש 45) יש טעם להבחין בין מי שפונה לבג"ץ בעתירה אישית, כלומר בגין פגיעה בזכות אישית או אינטרס אישי, לבין מי שפונה לבג"ץ בעתירה ציבורית, כלומר כדי להגן על שלטון החוק.

22. ראה, לדוגמא, בג"צ 392/72 **אמה ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז חיפה** פ"ד כז (2) 764; ע"ב 1/88 **ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה**, פ"ד מב (4) 177, 192-193.

הפעילה הרשות את שיקול-הדעת שלה, אפשר שיעמדו לו רווח והצלה בדרך עקיפה, כלומר, מנתונים חיצוניים לשיקול-הדעת, שיהיה בהם כדי לגבור על חזקת החוקיות.[23] להלן סוגים של מקרים כאלה:

א. **העברת נטל הראיה אל הרשות מכוח החוק.** אפשר שהחוק יאמר כי בנסיבות מסוימות נטל הראיה בשאלת החוקיות המינהלית מוטל מלכתחילה על הרשות המינהלית ולא על העותר לבג"ץ. החוק עשוי לומר זאת במפורש. כך, לדוגמא, החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, מטיל על עובד ציבור שנתבקש בכתב להשתמש בסמכותו חובה כפולה: ראשית, להשיב למבקש לא יאוחר משלושה חודשים מיום קבלת הבקשה; ושנית, לנמק (בהריגים מסוימים) את הסירוב לבקשה. החוק מוסיף וקובע (בסעיף 6) כי אם הפר עובד הציבור את חובתו לפי החוק, "בכל הליך לפני ועדת-ערר או ועדת-ערעור או לפני בית-המשפט, על עובד הציבור הראיה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור, נעשו כדין."

החוק עשוי להטיל את נטל הראיה על הרשות המינהלית לא רק במפורש אלא גם במשתמע. לדעתי, כך ראוי יהיה ללמוד מן החוק במקרים מסוימים בהם החוק קובע כלל ולצידו יוצא מן הכלל. אם הרשות המינהלית נוקטת צעד היוצא מן הכלל, סביר יהיה, בדרך כלל, לפטור את העותר מן הנטל של חזקת החוקיות, ולהעביר אל הרשות, באמצעות צו-על-תנאי, את נטל הראיה להצדיק את הצעד היוצא מן הכלל. לדוגמא, פקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981, קובעת בסעיף 20 כי "לא ייפתח בית מרקחת אלא במרחק של חמש מאות מטרים לפחות מבית מרקחת קיים, אולם רשאי המנהל [הכללי של משרד הבריאות] להרשות פתיחת בית מרקחת בתוך המרחק האמור, אם נראה לו שהדבר חיוני להבטחת הספקה סדירה של תרופות". לדעתי, אם המנהל מרשה פתיחת בית מרקחת בתוך המרחק של חמש מאות מטרים, די בכך כדי להוציא צו-על-תנאי לבקשת בעל בית מרקחת שנפגע מהחלטת המנהל. צו זה ידרוש מן המנהל להראות לבית-המשפט כי יש יסוד לדעתו שהדבר חיוני להבטחת הספקה סדירה של תרופות.[24]

---

23. כדברי השופט ברק בבג"צ 2314/91 נתן נ' רשות השידור, פ"ד מה (3) 436, 439: "טענה זו, המייחסת לרשות שלטונית שיקול פסול, לא די לטעון. טענה זו צריך גם להוכיח. הוכחה זו יכול שתהא ישירה ויכול שתהא עקיפה."

24. השווה B. Schwartz, **Administrative Law** (3rd Ed. Boston and Toronto, 199), 147-148. האם כך גם לגבי חריג שנקבע בהלכה להבדיל מחריג שנקבע בחוק? הנה, לדוגמא, לגבי צווי גירוש פסק בג"ץ כי בדרך כלל אין לבצע גירוש לפני שניתנה למועמד לגירוש זכות השימוע, ורק במקרים חריגים ניתן, על יסוד צורכי הביטחון, להקדים את הגירוש לשימוע. ראה בג"צ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון** (טרם פורסם), שעניינו חוקיות הגירוש של כ-400 פעילי החמאס. בהקשר זה מתעוררת השאלה, על מי נטל הראיה: האם המועמד לגירוש חייב להביא ראיות לכך שאין הוא מקרה חריג, ולפיכך הוא זכאי לשימוע לפני הגירוש, או שעל המפקד הצבאי להביא ראיות לכך שהמקרה חריג ומצדיק גירוש לפני שימוע? נניח כי אדם גורש לפני שניתנה לו זכות השימוע, והוא עותר לבג"ץ ממקום שהותו מחוץ לישראל; נוסיף ונניח כי המפקד הצבאי שהורה על הגירוש לא הביא ראיות לכך שמדובר במקרה חריג: האם מן הדין הוא

ב. סטייה מהנחיות מינהליות. מקום שקיימות הנחיות מינהליות, הסטייה מן ההנחיות מותרת, אם היא נובעת משיקולים ענייניים, ולעתים היא אף מחוייבת. עם זאת, עובדת הסטייה, כשהיא לעצמה, ללא ידיעת השיקולים שהניעו את הרשות, מעוררת חשש שנפל פגם בשיקול-הדעת. בית-המשפט עשוי להסתפק בעובדת זאת כדי לגבור על חוקת התוקיות ולהוציא צו-על-תנאי, שידרוש מן הרשות לבוא בפני בית-המשפט ולהצדיק את הסטייה.[25]

ג. הפליה. הפליה היא, כהגדרתה בהלכה, התנהגות שונה כלפי אנשים שווים. אך לעתים מה שנראה כהפליה בין אנשים שווים מתגלה, לאחר בירור השיקולים הנוגעים לעניין, כהבחנה בין אנשים שונים. עם זאת, די בכך שההחלטה במקרה של העותר שונה מן ההחלטה במקרים אחרים, שלכאורה הם שווים, כדי לעורר חשש של הפליה. חשש זה עשוי להתגבר על חוקת החוקיות ולשכנע את בית-המשפט לצוות על הרשות שתסביר לבית-המשפט את השוני בין המקרים.

ד. חוסר סבירות. ניתן לפסול החלטה מינהלית אם היא בלתי-סבירה באופן מהותי או, לשון אחר, בלתי-סבירה עד כדי כך ששום רשות סבירה לא היתה מקבלת אותה. בדרך כלל חוסר הסבירות של ההחלטה מלמד על פגם בשיקול-הדעת המינהלי: הוא נובע מהתחשבות במטרה זרה או בשיקול זר, או שהוא נגרם על-ידי מתן משקל בלתי-ראוי לשיקולים ענייניים. אם אין בידי העותר להוכיח מה המטרה, השיקולים או משקל השיקולים אשר בפועל הובילו את הרשות אל ההחלטה, יספיק אם ישכנע את בית-המשפט כי בנסיבות העניין ההחלטה, על פניה, נראית בלתי-סבירה באופן מהותי. חוסר סבירות לכאורי יכול להספיק כדי שבית-המשפט יוציא צו-על-תנאי ויעביר אל הרשות את נטל הראיה כי לא נפל פגם בשיקול-הדעת שלה וכי בנסיבות העניין ההחלטה נמצאת בתוך מתחם הסבירות. לא הרימה הרשות נטל זה, די בכך כדי שבית-המשפט יהפוך את הצו-על-תנאי לצו מוחלט.[26]

ה. נימוקים פסולים. אפשר שהרשות תיתן לעותר נימוק אחד להחלטה, ולאחר מכן תשנה את טעמה ותיתן לו נימוק שונה לאותה החלטה. השינוי בהנמקה, כשהוא לעצמו, אינו פוסל את ההחלטה, ובית-המשפט ידון בחוקיות ההחלטה לפי הנימוקים שהוצגו בפניו. עם זאת, העובדה שהנימוק הראשון אשר ניתן על-ידי הרשות נמצא, על-ידי הרשות עצמה, בלתי-נכון או בלתי-ראוי, יש בה כדי לעורר חשד בכנות הנימוק השני.[27]

לפסוק כי צו הגירוש חוקי, אלא אם המגורש יביא ראיות לכך שאין הוא מקרה חריג?

25. ראה י' זמיר, "הנחיות מינהליות", **המרקליט** לח (תשמ"ח) 18, 40-41.

26. ראה, לדוגמא, בג"צ 792/88 **מטור ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מג (3) 542, 548, השופט בך: "העותר יכול להצליח בעתירתו באחד מהמצבים הבאים: ... כאשר עולה מנוסח צו הגירוש או מתוית-דעתו של הוועד המייעץ, שהמשיב או חברי הוועד הגיעו למסקנות בלתי סבירות באופן קיצוני ..."

27. ראה בג"צ 75/76 "הילרוך" בע"מ נ' **מועצה לייצור פירות ושיווקם (מועצת הפירות)**, פ"ד ל (3) 645, 649; בג"צ 509/88 **אחים מכלוף, שותפות שאינה רשומה ואח' נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל ואח'**, פ"ד מד (4) 617, 624.

בלשונו של השופט אור:[28] "...העובדה שרשות משיבה לפניות המופנות אליה בתשובות שאינן זהות ושאינן עולות תמיד בקנה אחד זו עם זו, יכולה לעתים ללמד על העדר מדיניות ברורה או קבועה. עובדה זו יכולה גם להביא לעתים לכך, שבית-המשפט יהסס לקבל את דברי התשובה של הרשות כלשונם. יש לזכור שהאזרח הפונה לרשות אינו יודע על עמדת הרשות אלא מתוך מה שזו מביאה לידיעתו. שיקולי הרשות נסתרים מפניו, ואין לו אלא מה שעיניו רואות בתשובה בכתב של הרשות על פנייתו אליה. מסבע הדברים, כשהתשובות אינן מעור אחד, יכול להתעורר הספק לגבי עמדת הרשות לאמיתה, ומתגנב ללבו של האזרח החשד, שאין האמור בתשובה משקף את מצב הדברים לאשורו." חשד כזה עשוי להספיק גם לצורך מתן צו-על-תנאי.

ו. **חשיבות העניין.** חשיבות העניין כשהיא לעצמה עשויה לשכנע את בית-המשפט להרים את המחסום של חוקת התוקיות ולבקש מן הרשות, באמצעות צו-על-תנאי, שתציג בפני בית-המשפט את העובדות והטעמים התומכים בהחלטתה. כך, למשל, אם יש במקרה הנדון עניין ציבורי מיוחד או אם יש בהחלטה המינהלית פגיעה קשה באחת מזכויות היסוד של האדם. כאשר נתבקש בית-המשפט לבדוק את חוקיות ההחלטה של הצנזור הצבאי לפסול מאמר ביקורת על המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, אמר השופט ברק:[29] "יש לאפשר לעיתונות למלא את תפקידה, ורק במקרים חריגים ומיוחדים, בהם קיימת ודאות קרובה כי ייגרם נזק של ממש לביטחון המדינה, יש מקום לאסור פרסום ידיעות בעיתונות. בעיקרון, קשה להלום מקרה בו דברי ביקורת - להבדיל מגילוין של עובדות - עשויים לשמש בסיס לקומה של ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה. הנטל בעניין זה צריך שיעבור על שכם הצנזור הצבאי."

אפשר גם, לחלופין, שחשיבות העניין, כגון פגיעה קשה בזכות מזכויות היסוד של האדם, אף שלא תספיק לסילוק המחסום של חוקת התוקיות, תספיק כדי להנמיך את המחסום, כך שבית-המשפט יטפק בראיות קלות-משקל כדי להתגבר על חוקת התוקיות. וכך אמר בעניין זה השופט בך:[30]

> לטענתו [של בא-כוח העותרים], אין עתירה המופנית כנגד שלילת אחת מזכויות האדם הבסיסיות, כגון חירותו הפיסית וחופש תנועתו, דומה לעתירה רגילה המוגשת לבית-משפט זה. בו בזמן שלגבי עתירה רגילה מחובתו של העותר להוכיח קיומה של אחת העילות המקובלות, כגון אי-חוקיות פעולתה של הרשות המשיבה או העדר תום-לב מצדה או אפליה, שרירות לב, או לפחות אי-סבירות קיצונית שבהתנהגותה, הרי כאשר בשלילת זכות יסוד עסקינן מתהפך נטל ההוכחה. כאן חייב המשיב להראות לבית-המשפט, באמצעות ראיות קבילות, שאכן פעל כדין ובאופן

28. בג"צ 678/88, 803 כפר ורדים ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מג (2) 501, 506.

29. בג"צ 680/88, שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 617, 643.

30. בג"צ 792/88 מטור ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג (3) 542, 546-547.

nevo.co.il

סביר, ועל סמך הוכחות מספיקות ומשכנעות. ואם זהו המצב המשפטי, הרי מתבקשת מכך המסקנה, שאם בגלל תעודת החיסיון של השר נמנע מבית-המשפט לעיין בחומר הסודי החסוי, ואם אין בחומר הגלוי כדי להצדיק את גירושו של העותר, אזי חובה על בית-המשפט לפסוק לטובת העותר, לעשות את הצו-על-תנאי להחלטי ולבטל את צו הגירוש.

. . .

סעגה זו, עם כל חריפותה, אין באפשרותי לקבלה. אמנם שותף אני לדעה, כי בית-משפט זה מצווה להתייחס בזהירות יתרה ובהקפדה מיוחדת לכל עתירה אשר נושאה פגיעה באחת מזכויות האדם הבסיסיות או הגבלתה, ואין ספק כי גירוש אדם ממקום מגוריו נמנה עם זכויות יסוד אלה. אולם חרף הנחת יסוד מוסכמת זאת, עלינו לזכור, כי אין אנו יושבים בדין בתור ערכאה ראשונה כערכאת ערעור במשפט פלילי או אזרחי רגיל, בו לא נוכל לקבוע מימצאים לטובת התובע מבלי להכיר ולבחון בעצמנו כל ראיה וכל עובדה המהווה מרכיב של כתב האישום או של כתב התביעה. בדוננו בעתירה בתוקף סמכותנו כבית-משפט גבוה לצרק, מוטלת החובה על העותר להצביע על עילה כלשהי, אשר בעטיה מן הראוי לפסול את פעולת הרשות אשר נגדה מכוונת העתירה, ולדאוג להמצאת ראיה אשר לכאורה מבססת עילה זאת. עמדתי כבר על ההבדל לעניין זה בין עתירה לבג"צ ובין ניהול משפט פלילי בבשג"צ 497/88 (בג"צ 765/88).[31]

אכן, אין עלינו להחמיר יתר על המידה עם העותר, הטוען כנגד פגיעה באחת מחירויות היסוד של אורח, בעניין הרמת הנטל האמור, ואין צורך בהמצאת ראיות לכאורה בעלות משקל כבד במיוחד כדי להעביר אל הרשות את הנטל להגיש ראיה בדבר חוקיות הפעולה והצדקתה. אולם בהעדר ראיה כלשהי בדבר קיומה של אחת העילות המוכרות, שבעטיין מוסמך בג"צ לפסול החלטה של הרשות או להתערב בשיקול-דעתה, אין העותר יכול לזכות בהשגת צו החלטי.

לדעתי, עצם השלילה של זכות מזכויות היסוד של האדם, גם אם אין בה כדי לבטל את חוקת החוקיות ולהעביר את נטל השכנוע אל הרשות המינהלית, צריכה להספיק כדי הוצאת צו-על-תנאי, כלומר, כדי העברת נטל הבאת הראיות בשלב הראשון של ההתדיינות אל הרשות המינהלית.

31. ראה לעיל הערה 11.

ז. נסיבות מיוחדות במקרה הנדון. הנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון עשויות לעורר אצל בית-המשפט ספק בתוקיות ההחלטה המינהלית לשכנע אותו להוציא צו-על-תנאי כדי לברר את הספק. כך, לדוגמא, עשוי הספק להתעורר, כאשר קיימת מחלוקת בין המשיבים לבין עצמם או בין מומחים לדבר. במשפט "אלון מורה", בו נתגלתה מחלוקת בין שר הביטחון לבין הרמטכ"ל, אמר השופט ויתקון:[32] "במצב כזה של תיקו, כשאין מקום להעמיד את המצהיר מטעם המשיבים בחזקתו כי דעתו עדיפה מדעתם של מומחים אחרים, עלינו לשאול את עצמנו, על מי מוטל נטל הראיה? ... סבורני שהנטל מוטל על המשיבים."[33]

סוף דבר, לדעתי, באופן כללי יש טעם להגמיך את המחסום של חזקת התוקיות בשלב הראשון של ההתדיינות, כלומר, לצורך מתן צו-על-תנאי המזמין את הרשות להציג את עמדתה בפני בית-המשפט. במיוחד כך במקרה בו העותר מבקש לבקר את שיקול-הדעת המינהלי. במקרה כזה, העותר נמצא באופן בולט בעמדה של נחיתות, בה קשה להשיג אפילו ראיות לכאורה בדבר פגם בשיקול-הדעת. בדומה לכך גם בטקרים אחרים בהם הראיות מצויות בשליטתה הבלעדית או בידיעתה המיוחדת של הרשות.[34] במקרים מעין אלה, אם בית-המשפט יקל על העותר, יפתח בפניו את השער ויזמין את הרשות להציג את טעמי החלטתה, אפשר שהעותר יוכל, תוך כדי ההתדיינות, לחזק את הראיות שבידו או לבסס את החשש שבליבו (ועל כך להלן).[35] מכל מקום, הצגת הטעמים על-ידי הרשות ובדיקת הטעמים על-ידי בית-המשפט, הם כשלעצמם יכולים לרכך את התחושה של שרירות מינהלית, שהביאה את העותר אל בית-המשפט, אפילו אם, בסופו של דיון תידחה העתירה.[36]

---

32. בג"צ 390/79 **דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד לד (1) 1, 25.

33. ראה גם בג"צ 606/86 **עבדל-חי נ' מנב"ל משרד החינוך והתרבות ואח'**, פ"ד מא (1) 795, 801; ע"א 457/89, 255/89 **ואח'כהן נ' שפילברג ואח'**, פ"ד מה (2) 177, 185.

34. בדרך כלל, במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי, אם עובדה מצויה בידיעתו המיוחדת של אחד הצדדים, יש בכך כדי להקל את הנטל להבאת ראיות המוטל על הצד השני. ראה א' הרנון (לעיל, הערה 7), חלק א', עמ' 203.

35. בבג"צ 987/89, 988 **קהווגי'י נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה ואח'**, פ"ד מד (2) 227, 232, אמר השופט בייסקי כי "הסענה, כי לאתר הוצאת צו-על-תנאי אולי ייתוספו נתונים שיהיה בהם כדי לבסס את העתירה, אין בה כדי להצביע על זכות שנפגעה בעת הגשת הבקשה, שרק את זו בוחן בית המשפט באותו שלב." ראה גם לעיל הערה 13. אכן, עצם האפשרות שלאחר הוצאת צו-על-תנאי "אולי" ייתוספו נתונים שיכלו לבסס את העתירה, לא בהכרח תספיק להוצאת הצו. אולם, מן הצד השני, צריך להישמר מן האפשרות שהדרשות תנצור בליבה שיקולים פסולים, ותסמוך על חזקת החוקיות שתמנע הוצאת צו-על-תנאי, אשר יחייב אותה לגלות את השיקולים ויותר המעמים להחלטה.

36. בהקשר זה ראוי לציין כי באנגליה, סירוב של בית-המשפט הגבוה לצדק (High Court of Justice) לתת היתר לתבוע את הרשות המינהלית, כפוף לוכות ערעור אל בית-המשפט

nevo.co.il

ג. פרטים נוספים, שאלונים וגילוי מסמכים

משקיבל העותר צו-על-תנאי, נפתחת בפניו הדרך להרחיב ולבסס את התשתית העובדתית של העתירה. הוא רשאי, קודם כל, לפנות אל המשיב ולבקש ממנו פרטים נוספים. עניין זה מוסדר בפירוט בתקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984. תקנה 11 קובעת כי "העותר והמשיב רשאים לדרוש מבעל דינם, בכתב בדואר רשום, פרטים נוספים ומפורטים יותר לנימוקים, שבעובדה או שבחוק, שפורשו בעתירה או בתצהיר התשובה, הכל לפי העניין."[37]

יש לשים לב למגבלות הטמונות בתקנה זאת. ראשית, הבקשה לפרטים נוספים לפי תקנה זאת יכולה להיות מופנית רק כלפי המשיב. לעתים כדאי שהעותר יקח עובדה זאת בחשבון שעה שהוא נוקב בשמות המשיבים. אכן, המשיב חייב להיות נוגע לעניין שבעתירה. אך בעניין זה קיימת לא פעם גמישות, שכן רשויות שונות עשויות להיות מעורבות בעניין, בדרכים ובשלבים שונים. אם התשתית העובדתית של העתירה צריכה השלמה, ויש יסוד לחשוב כי העותר יוכל להשלים אותה באמצעות פרטים נוספים המצויים בידי רשות מסוימת הנוגעת לעניין, או בידי אנשים פרטיים הנוגעים לעניין, ייתכן שכדאי, ולו רק מטעם זה, לצרף אותם כמשיבים לעתירה.[38] שנית, לפי התקנה, ניתן לבקש פרטים נוספים רק לגבי "נימוקים" שבעובדה או שבחוק, "שפורשו בעתירה או בתצהיר התשובה." אם העותר מתכוון לבקש פרטים נוספים, לאחר שיקבל צו-על-תנאי, כדאי לחשוב על כך כבר בזמן הניסוח של "הנימוקים" לעתירה.[39]

תקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק מסדירות את ההליך של בקשת פרטים נוספים גם בשלב שלאחר הגשת הבקשה. אם העותר לא קיבל (תוך שבעה ימים) את הפרטים שביקש, או אם הפרטים שביקש נראים לו בלתי מספיקים, רשאי הוא (תוך ארבעה עשר יום מיום המצאת עותק מתצהיר התשובה) לבקש שבית-המשפט או הרשם יצווה על מתן הפרטים.[40] לאחר שנתקבלו הפרטים המבוקשים, רשאי העותר להגיש (תוך שבעה ימים מיום שהגיעו אליו הפרטים) "תצהיר נוסף לעניין העובדות הנובעות מאותם פרטים."[41]

הבקשה לפרטים נוספים עשויה לסייע בידי העותר לברר עובדות המצויות בידיעת הרשות המינהלית בלבד, ובכך לבסס את העילה לפסילת ההחלטה המינהלית.[42]

לערעורים (Court of Appeal). לעומת זאת בישראל, סירוב של בג"ץ להוציא צו-על-תנאי, לעתים אף בלי לבקש תשובה מאת המשיב, הינו טופי.

37. ראה על פרטים נוספים, באופן כללי, ר' הר-זהב, לעיל הערה 7, עמ' 67-76. נראה כי אין העותר זכאי לבקש פרטים נוספים לפני שהוצא צו-על-תנאי. ראה שם, 73-74.

38. השווה המ' 201/73 (נג"צ 31/73) **בלאו נ' פינק, ראש אגף השיקום**, פ"ד כז (1) 726, 728.

39. ראה המ' 829/70 **בוקסר נ' שר האוצר**, פ"ד כד (2) 760, 759.

40. תקנה 12 לתקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984.

41. שם, תקנה 13.

42. ראה, לדוגמא, בג"צ 678/88, 803 **כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר**, פ"ד מג (2) 501, 508.

בית-המשפט נוטה לראות "במכשיר של פרטים נוספים, העומד לרשותו של בעל הדין בבג"צ, אמצעי מושלם להשגת כל מטכת העובדות הנוגעות לעניין, בשהן שלמות ומפורטות."[43] יש במכשיר זה כדי לתקן במידה מסוימת את חוסר האיזון בעמדות הפתיחה של העותר מזה ושל המשיב מזה, ולתת ביטוי לעיקרון כי הרשות אינה אלא נאמן, וכל אשר לה מוחזק בנאמנות מטעם הציבור.[44] לכן ניתן לצפות מבית-המשפט כי יגלה מידה של נדיבות (אולי יותר מכפי שמקובל כיום) כלפי עותר המבקש לעשות שימוש במכשיר זה כדי להגיע אל חקר האמת. במיוחד כך משום שבדרך כלל אין בידי העותר שום מכשיר אחר, מן המכשירים הניתנים בידי התובע בבית-משפט אזרחי, ובכלל זה הצגת שאלונים וגילוי מסמכים.

תקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק אינן מאוכרות כלל הצגת שאלונים וגילוי מסמכים, שהם מכשירים מקובלים בדין האזרחי. בית-המשפט פירש ואמר כי "שאלונים אינם קיימים בסדר הדין של בית-המשפט הגבוה לצדק."[45] כך גם לגבי גילוי מסמכים.[46] בנדון זה נגרע חלקו של העותר לבג"צ מחלקו של התובע בבית-משפט אחר. התובע בבית-משפט אזרחי רשאי, לפי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לדרוש הן הצגת שאלונים והן גילוי מסמכים. לא זו בלבד: הרשות נתונה לתובע בבית-משפט אזרחי אפילו בעניין מינהלי, כגון בתביעה נגד המדינה או נגד עידיה לפיצויים בגין הפרת חוזה או עוולה אזרחית, בתביעה לצו עשה או לצו לא-תעשה בעקבות מכרז ציבורי, ואפילו בעניין מינהלי טהור, כמו תביעה לפסק הצהרתי בדבר בטלות החלטה מינהלית.[47]

אם כי "מכשיר הפרטים הנוספים - אף אם הוא מופעל בצורה ליברלית - אינו יכול, בשום אופן, להוות תחליף לשאלונים, גילוי מסמכים או לכל מכשיר אחר": מפי הרשם צור, בשג"צ 107/87 **לוז. עסקים ונכסים בע"מ נ' שר החקלאות**, פורסם בנספח לספרו של ר' הר-זהב, לעיל הערה 7, בעמ' 225. לעניין הגישה של בית-המשפט לבקשת פרטים נוספים, ראה פסקי-דין נוספים, שם בעמ' 212 ואילך.

43. ב"ש 139/82 **לוי נ' מלאך ואח'**, פ"ד לו (1) 642, 643-644, מפי הרשם ברטוב.

44. בהקשר זה יש טעם לתזור ולהביא דברים שאמר השופט חיים כהן בבג"צ 142/70 **שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים**, פ"ד כה (1) 325, 331, וכך אמר: "לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן."

45. המ' 829/70 **בוקסר ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד כד (2) 759, 760. ראה גם בשג"צ 58/86 (בג"צ 18/86) **א' מורגנשטרן ואח' נ' י' מורגנשטרן**, פ"ד מ (2) 246, 248.

46. בשג"צ 20/87 **אזוב נ' שופט בית-משפט השלום בירושלים**, פורסם בנספח לספרו של ר' הר-זהב, לעיל הערה 7, בעמ' 258, 263.

47. על הצגת שאלונים וגילוי מסמכים בבית-משפט אזרחי, ראה י' זוסמן **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה שישית, 1991), עמ' 401 ואילך. בית-הדין לעבודה אף הוא נוהג לאפשר גילוי מסמכים בהתדיינות בין אזרח לבין גוף ממלכתי. ראה לא/8-0 **פרלה - המומד לביטוח לאומי**, פד"ע ב 93. בית-הדין אמר (שם, 98.) כי "לעובדה שמדובר הוא בהתדיינות בין

אמנם הדרך להצגת שאלונים וגילוי מסמכים בבג"ץ אינה חסומה לחלוטין. הפתח המוביל לדרך זאת נקבע בתקנה 20 (ב) לתקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984. וכך היא אומרת: "בכל עניין שלא נקבע בתקנות אלה רשאי בית-המשפט, לפי שיקול-דעתו, אם ראה צורך בכך לעשיית צדק, לנהוג בדרך שנוהגים במשפט לפני בית-משפט מחוזי." הווה אומר, בג"ץ רשאי, אם יראה צורך בכך לעשיית צדק, להתיר לכל צר הצגת שאלונים וגילוי מסמכים.

אולם בפועל אין בג"ץ עושה שימוש ברשות זאת אלא במקרים נדירים. כפי שאמר הנשיא זוסמן,[48] "מקרים אלה יהיו נדירים ביותר ועד כמה שידיעתי מגעת, אין מקום בו נהגנו כך. הטעם הוא כי אותת המטרות של התקנות המיוחדות הנוהגות בבית-המשפט הגבוה לצדק היא לראוג למהירות הדיון, שלא יהא אורח מקופח על ידי השיהוי שהוא מנת חלקם של מתדיינים בסדרי דין רגילים."

הטעם של דאגה לעותר מעורר תמיהה. מצד אחד, מבחינתו של העותר אין להכליל ולומר כי מבחינתו של האורח העניינים הנדונים בבג"ץ, לפי מהותם, דחופים יותר מן העניינים הנדונים בבית-המשפט המחוזי. יש עניינים דחופים בבית-המשפט המחוזי כשם שיש עניינים דחופים בבג"ץ. מן הצד השני, מדוע לכפות על האורח המתדיין בבג"ץ דיון מהיר, שסופו דחיית העתירה, אם הוא מעדיף דיון איטי יותר, המאפשר לו לבסס את העתירה באמצעות שאלונים ומסמכים, ומשפר את הסיכוי לזכות בעתירה? הטעם של דאגה לעותר איננו אפילו נחמה פורתא לעותר שיוצא מבית-המשפט וידיו על ראשו.

לכאורה קיים טעם אחר לשלילת האפשרות להציג שאלונים ולגלות מסמכים בבג"ץ והוא - הדאגה לבג"ץ עצמו. אכן, בית-משפט עליון, במיוחד בית-משפט עמוס כמו בית-המשפט העליון בישראל, איננו ערכאה מתאימה לבירור עובדות באמצעות שאלונים ומסמכים. טעם זה כוחו יפה כדי להעביר עניינים שונים הכרוכים בבירור עובדות מבג"ץ

אחד ובין גוף ממלכתי, חשיבות לענין תופש הגישה לחומר הראיות, ולמניעת משחק במחבואים." ראה גם דיון מס' לה/24-0 **המוסד לביטוח לאומי - קלפהולץ**, פד"ע ו 356.

48. בג"צ 542/76, 103 **קונסורטיום אינטרנשיונל בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד התקשורת**, פורסם כנספח לספרו של ר' הר-זהב, לעיל הערה 7, בעמ' 255. ראה גם ב"ש 139/82 **לוי נ' מלאך**, פ"ד לו (1) 642, 643. באנגליה, תקנות סדר הדין לעניין הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות הנהיגו בשנת 1977 חידוש, בקובען כי לעניין גילוי מסמכים, הצגת שאלונים וחקירה-נגדית של מצהירים יחולו תקנות סדר הדין האזרחי. ראה Order 53 R. 8 Rules of the Supreme Court, 1977. מבחינה זאת יש שוני בין התקנות באנגליה לבין תקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984. אולם בפועל השימוש בדרכים אלה באנגליה מועט. ראה H.W.R. Wade, **Administrative Law** (6 Ed. 1988, Oxford) 672; D.L. Foulkes **Administrative Law** (7 Ed. 1990, London) 344. ראה ביקורת על המצב הקיים והמלצה להקל במתן היתרים לגילוי מסמכים וחקירה-נגדית של מצהירים, Justice **Administrative Justice Some Necessary Reforms** (Report of the Committee of the Justice - All Souls Review of Administrative Law in the United Kingdom) M. (Oxford 1988), 157.

אל בית-משפט נמוך יותר. אולם, לדעתי, אין כוחו של טעם זה יפה כלפי עותר שאין לו ברירה אלא להתדיין בבג"ץ, ואין הוא מבקש לעצמו כריכו עם השלטון, אלא מה שניתן לכל תובע בריב אזרחי.

כך או כך, התוצאה של שלילת האפשרות להציג שאלונים או לגלות מסמכים בבג"ץ מחלישה עוד יותר את האזרח המתדיין עם השלטון, בהשוואה לאדם התובע את חברו בבית-משפט אזרחי, על חשבון העיקרון של שוויון בפני החוק.[49] הנשיא זוסמן, בדחותו בקשה להצגת שאלון ולגילוי מסמכים בבג"ץ, ראה צורך להוסיף ולהעיר זאת: "אני מרשה לעצמי להביע את המשאלה לגבי היועץ המשפטי לממשלת ישראל ועושי דברי כי ינהגו בעניין זה גמישות ... מצבו של האזרח שהוצרך להתדיין עם הרשות אינו קל, ולא נאה לעובד ציבור להתבצר אחר תומה המונעת מן האזרח להוציא אמת לאור. רשות ציבורית תצא נשכרת אם תגלה תיקיה בפני האזרח 'במידה' ואינם חסויים' ותשכנע אותו בדרך זו שבתום לב פעלה."[50]

הלוואי והערה זו תתקבל ברוח טובה הלכה למעשה. במקרים בהם הרשות תנהג כך, לא יתעורר צורך לבקש מבית-המשפט היתר להציג שאלונים או לגלות מסמכים. ובמקרים אחרים? כאמור, באופן עקרוני האפשרות קיימת ועומדת שבג"ץ יתיר הצגת שאלונים וגילוי מסמכים, וכבר היו דברים מעולם.[51] אמנם אין לצפות כי בג"ץ יתיר זאת מעשה שגרה. בכל מקרה ומקרה ההיתר מותנה בכך שבג"צ יראה צורך בדבר לשם עשיית צדק.[52] לדעתי, כיוון שהטעמים נגד בקשות להצגת שאלונים או גילוי מסמכים בבג"ץ רופפים, מידת הצדק מחייבת מידה של גמישות כלפי בקשות אלה.[53]

---

49. על חולשת הזכות המינהלית, ראה לעיל הערה 20. לכאורה השוויון בין השלטון לבין האזרח נשמר במקרה זה, שכן האפשרות להציג שאלונים או לגלות מסמכים נשללת גם מן הרשות המינהלית כשהיא צד להתדיינות בבג"ץ. אולם, כמו במקרה של איסור לישון מתחת לגשרי הסיינה, שהוא חל על העשירים ועל העניים גם יחד, ברור כי באופן מעשי הפגיעה באזרח קשה הרבה יותר מאשר הפגיעה ברשות המינהלית. כך הדבר משום שחוקת התוקיות קובעת את נטל הראיה על האזרח, ואילו המידע הנדרש כדי להרים את הנטל מצוי בידי הרשות המינהלית. ויש לזכור כי הבקשה של האזרח להצגת שאלונים או לגילוי מסמכים נובעת מכך שהרשות המינהלית, אף שהיא מחזיקה במידע כנאמן של הציבור, מסרבת לחשוף אותו בפני האזרח.

50. בג"צ 542/76 **קונסורטיום אינטרנשיונל בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד התקשורת**, פורסם בנספח לספרו של ר' הר-זהב, לעיל הערה 7, בעמ' 255.

51. המ' 1010/72 (בג"צ 463/72) **חיר אללה (נאבר) נ' שר הפנים ואח'**, פ"ד כז (1) 399. כמו כן, במקרים מסוימים קיימת זכות לאדם לעיין בתיק הרשות המינהלית. זכות כזאת ניתנת לאכיפה באמצעות עתירה לבג"ץ. על זכות העיון בתיק הרשות ראה להלן סעיף ה. במקרים כאלה ודאי שאין טעם ענייני לדחות בקשה לגילוי מסמכים.

52. ראה, לדוגמא, בג"צ 814/88 **נטראללה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מג (2) 265, 271.

53. ממילא, לפי תקנה 120(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, בשום מקרה

ד. חקירה של מצהירים

החקירה של עדים, ובכלל זה החקירה של מצהירים, מקובלת במכשיר חשוב לבירור העובדות, הן בהליכים אזרחיים והן בהליכים פליליים. זהו, בלשונו של השופט זוסמן, "האמצעי היעיל ביותר של גילוי האמת לאמיתה."[54] משום כך היה מקובל בשעתו להרשות לעותר, כדבר שבשיגרה, לחקור בפני בג"צ את המצהיר מטעם הרשות המינהלית בתשובה לצו-על-תנאי.[55] אולם, משגדל העומס המוטל על בג"ץ, והעותרים היו מאריכים בחקירה מעבר לראוי ולמועיל, החליט בית-המשפט לקפוץ את ידו, ולמנוע במידת האפשר חקירות של מצהירים.[56] אמנם תקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, אינן שוללות את האפשרות של חקירת המצהיר. וכך אומרת תקנה 18 (א): "בעל-דין הרוצה לחקור את מי שהצהיר מטעם בעל הדין שכנגד, רשאי בית-המשפט להתיר לו לעשות כן, אם ראה צורך בכך לשם עשיית צדק." אולם למעשה במשך שנים רבות סירב בית-המשפט להתיר חקירה של מצהירים. עד כדי כך שכיום רווחת הדעה שאין טעם לבקש מבית-המשפט רשות לחקור את המצהיר, כיוון שאין סיכוי לקבל מבית המשפט רשות כזאת.[57]

סירוב לאפשר חקירה של המצהיר מטעם הרשות המינהלית עלול לעתים להכריע את גורל העתירה לשבט. כך הדבר במיוחד כאשר העתירה טוענת לפגם בשיקול-הדעת המינהלי. פגם כזה קשה להוכחה בראיות תיצוניות. הרשות המינהלית יכולה לשמור

בית-המשפט לא יתן צו למסירת שאלון או לגילוי מסמכים, "אלא אם כן היה סבור שיש צורך בכך כדי לאפשר דיון הוגן או כדי לחסוך הוצאות."

54. בג"צ 174/65 **דיאמנטמן נ' ועדת העררים לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים ואח'**, פ"ד יט (4) 161, 167. סעיף 17 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, קובע כי "בית המשפט ייעתר לבקשתו של בעל דין לצוות [כי המצהיר יחקר בבית המשפט]." ראה גם סעיף 26 לפקודה זאת לגבי חקירתו של עובד ציבור. בדיון אורתי, מי שנתן תצהיר ולא התייצב לחקירה נגדית, בדרך כלל לא ישמש התצהיר ראיה. ראה י' זוסמן **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה שישית, 1991) 678. וראה ע"א 642/87 **הסתדרות אגודת ישראל העולמית נ' חברת חזקיהו בע"מ**, פ"ד מד (1) 686; ע"א 397/87 **גיל נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פ"ד מד (2) 397.

55. ראה א' סלנט **בית-המשפט הגבוה לצדק** (ירושלים, תשט"ו), 103, 104.

56. ראה בג"צ 135/60 **גליקסמן נ' ראש המועצה המקומית רעננה ואח'**, פ"ד יד 1085, 1088.

57. על חקירת מצהירים בבג"ץ, ראה ר' זר-זהב, לעיל הערה 7, 83-91. בבג"צ 221/77 **פליציה לנגר, עו"ד נ' הוועדה לאישור סניגורים בבתי-הדין הצבאיים**, פ"ד לב (1) 182, 185, אמר השופט חיים כהן: "כשנשמעת בבית-משפט זה טענה נגד איש הרשות שהוא פעל שלא בתום-לב, כלל גדול נהוג בידינו שאין אנו מרשים חקירתו בבית-המשפט לשם הוכחת טענה זו, אלא מסיקים אנחנו את העוברות לאמיתן מכל הנסיבות המסובבות את מתן החלטתו ואת ביצועה."

nevo.co.il

לעצמה את שיקוליה, ובמקרה של שיקולים פסולים היא עלולה להסתיר אותם ביודעין, אפילו מן הפרקליט המייצג אותה ומבין את התיק לעיון בבית-המשפט.

החקירה של המצהיר מטעם הרשות בבית-המשפט עשויה להיות מכשיר חשוב לגילוי האמת, ובמקרה של עתירה הסוענת לפגם בשיקול-הדעת המינהלי היא עשויה להיות המכשיר היעיל ביותר, ואולי אף המכשיר היחיד לצורך זה.[58] יתירה מזאת, עצם הידיעה של הרשות כי בית-המשפט עשוי להתיר חקירה שלה, קבל עם ועדה, יכולה להרתיע את הרשות. יודעי דבר אומרים כי בשעתו, כאשר מצהירים היו נחקרים בפני בג"ץ באופן שגרתי על תצהיריהם, עצם האפשרות של חקירה כואת היו בה תשעה קבין של הרתעה מפני שיקולים פסולים. אם בפועל נשקלו שיקולים פסולים, החשש מפני חקירה בבית-המשפט, היה מרתיע את המצהיר מפני גירסה שיקרית. ואם ניתנה גירסה שיקרית, חקירת המצהיר בבית-המשפט היתה מסייעת לגלות את האמת.

אם כך, מדוע הופסקו החקירות בבג"ץ? השופט ווסמן השיב ואמר: "כמעט שאין לך שמיעת תשובה לצו-על-תנאי שבית-המשפט אינו נדרש להקשיב לחקירות ממושכות של מצהירים, כשאין בהן כל תועלת מעשית ... בית-משפט זה מצווה להקפיד על כך שזמנו לא יבוזבז והליכיו לא ינוצלו לרעה."[59] אכן, החקירה גוזלת זמן, אך עדיין אין בכך כדי למנוע בעד בתי המשפט האורחיים לבזבז זמן על חקירות, במגמה להגיע אל חקר האמת. רק בג"ץ מונע את השימוש במכשיר חשוב זה.[60] העותר נאלץ לשלם מחיר גבוה עבור הזכות לקיים את ההתדיינות בפני בית-המשפט העליון, שזמנו יקר במיוחד, ולהשלים עם חולשה נוספת של הזכות המינהלית. יחד עמו משלם את המחיר, גם בהקשר זה, העיקרון של שוויון בפני החוק.[61]

אכן, דומה כי בית-המשפט עצמו נעשה מודע, במיוחד בתקופה האחרונה, לבעיות הנובעות משלילת האפשרות לקיים חקירות בפני בג"ץ, והוא מוכן להתיר במידת-מה את הרסן. בהתאם לכך, היו לאחרונה מקרים אחדים בהם בג"ץ התיר לעותר לחקור מצהירים, ואף ציין זאת בפסק-הדין.[62] בג"ץ עשוי גם להציע לרשות המינהלית כי היא או נציג מטעמה ישמיעו דברים בפני בית-המשפט, לא בהכרח כעד שהעותר רשאי לתקור אותו.[63]

---

58. ראה לעניין חקירת המצהיר בעתירה נגד מינוי פוליטי, י' זמיר, "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית", **משפטים** כא (תשנ"א) 145, 156-158.

59. בג"צ 135/60, לעיל הערה 56, שם.

60. בעניינים מינהליים הנדונים בבית-המשפט המחוזי, אם מכוח תוראת חוק מפורשת ואם מכוח הסמכות הכללית של בית-המשפט, קיימת אפשרות של חקירת עדים, ובכלל זה מצהירים, כמו בעניינים אזרחיים.

61. על חולשת הזכות המינהלית, ראה לעיל הערה 20 והערה 49.

62. בג"צ 606/86 **עבדל-חי נ' מנכ"ל משרד החינוך והתרבות**, פ"ד מא (1) 795, 799; בג"צ 754/88 ואח' **חשין ואח' נ' הוכברג ואח'**, פ"ד מב (4) 285, 288.

63. לדוגמא, במסגרת הדיון על צווי ביניים שבג"ץ הוציא נגד גירוש של פעילי חמאס, בדצמבר 1992, הזמין בג"ץ את הרמטכ"ל לבוא ולהסביר לבית-המשפט את המצב מבחינת הביטחון.

לעתים, כאשר מתעוררת במהלך הדיון שאלה שבעובדה, בג"ץ נוטל יוזמה ומציע לנציג הרשות, אם הוא נוכח באולם, להשיב לשאלות השופטים על-מנת להבהיר את העובדה.[64] במקרה נדיר ביותר קיימת אף אפשרות שבג"ץ יתיר לעותר להזמין כעד אדם שלא הגיש תצהיר לבית-המשפט.[65]

באחד מפסקי-הדין תיאר השופט ברק את ההליך המתנהל בפני בג"ץ כך: "הפרוצדורה פשוטה, מבוססת בעיקרה על תצהירים, תוך השארת פתח צר לחקירות מצהירים."[66] השאלה היא, אם בג"ץ יהיה מוכן להרחיב מעט פתח זה, ולתת לכך פומבי, כדי שעותרים לא יניחו בטעות שאין אפילו טעם לבקש חקירה של המצהיר. ממילא לא יהיה צורך אמיתי לקיים חקירה אלא במקרים מעטים, בעיקר מקרים הכרוכים בביקורת שיקול-הדעת המינהלי. מצד אחד, מתן היתר לחקירה במקרים אלה לא יכביד ביותר על בית-המשפט, במיוחד משום שכוחו של בית-המשפט עומד לו להגביל את החקירה לפי המידה הנדרשת לבירור העניין. מצד שני מתן ההיתר עשוי להעלות תרומה חשובה לעשיית הצדק במקרים כאלה ולשלטון החוק באופן כללי.

ה. עיון בתיק הרשות

כאשר הרשות המינהלית מכינה תשובה לצו-על-תנאי, באמצעות הפרקליט שייצג אותה בפני בג"ץ, היא פורשת בפני בית-המשפט את תמונת העובדות הנוגעות לעניין הנדון. התמונה עשויה להיות חלקית, במיוחד במקרה בו העניין מורכב ומסובך. במקרה כזה עשויים הרשות והפרקליט גם יחד להיות בדעה, כי ינהגו כראוי אם יבררו את הבר מן התבן, ויציגו בפני בית-המשפט את עיקר הדברים, מנופים וערוכים כדבעי. אלא שתמונה כזאת עלולה גם להטעות את העותר ואת בית-המשפט. עובדה מסוימת, שנשמטה מן התשובה, בשוגג או במכוון, עשויה להיות חשובה לענייננו של העותר ולביקורת על-ידי בית-המשפט.

לא פעם העותר אינו מודע למלוא המידע המצוי אצל הרשות. לדוגמא, אפשר שאין הוא מודע להנחיות שהרשות קבעה לעצמה, או להחלטות של הרשות במקרים דומים למקרה

64. האפשרות שבג"ץ יציג לרשות, בעת הדיון, שאלות בעניינים שבעובדה, מצדיקה שימוש בתקנה 18(ב) לתקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984. תקנה זאת אומרת כי בעל-דין הרוצה לחקור את המצהיר מטעם בעל-דינו שכנגד, חייב להמציא לו הודעה על כך במועד שנקבע בתקנה, ואם המצהיר לא בא לבית-המשפט בהתאם להודעה, לא ישמש התצהיר שלו ראיה אלא ברשות בית-המשפט. שימוש בתקנה זאת מבטיח כי המצהיר יהיה נוכח באולם בית-המשפט, וגם אם בית-המשפט לא יתיר חקירתו בידי העותר, עדיין אפשר שבית-המשפט עצמו יציג לו שאלות שבעובדה.

65. המ' 49/57 (בג"צ 148/56) **"דגון" בתי ממגורות לישראל בע"מ נ' מנהל נמל חיפה**, פ"ד יא 421. ראה גם ע"א 353/71 **סבאג' נ' קטיס**, פ"ד כו (1) 155, 160; בג"צ 411/89 **תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים**, פ"ד מג (2) 17, 20.

66. בג"צ 991/91 **פסטרנק בע"מ נ' שר הביטוי והשיכון**, פ"ד מה (5) 50, 61.

שלו, או לצעדים מסוימים שהרשות נקטה בעניינו, או לחוות דעת מקצועיות שנתקבלו אצל הרשות באותו עניין. אם העתירה אינה מתייחסת למידע כזה, עשויה גם הרשות שלא להתייחס אליו כלל בתשובה שהיא מכינה לבית-המשפט. הרשות עשויה להניח כי המידע אינו דרוש להכרעה בעתירה כפי שנוסחה, ואף אינו מועיל. קל-וחומר כך אם המידע עלול אפילו להזיק, כגון שהוא עלול לעורר ספק בגירסת הרשות. האם ראוי שמידע כזה יישאר כמוס בתיק הרשות? והרי כל המידע שבידי הרשות מוחזק על-ידה כנאמן של הציבור, ואין הוא נכס פרטי השמור לבעליו לטובתו.

במדינות שונות נתקבלו בתקופה האחרונה חוקים (שמקובל לכנות אותם בשם חוקים בדבר חופש המידע), המקנים לאזרח זכות עיון בתיקי הרשות, כפוף לסייגים מסוימים. זכות זאת עומדת, בדרך כלל, לכל אזרח, ולא רק לגבי תיקים הנוגעים לעניין אישי שלו. ביסוד הזכות מצוי העיקרון כי תיקי הרשות מוחזקים על-ידה כנאמן של הציבור, וכי הציבור זכאי לדעת מה וכיצד עושה הרשות מטעמו ולמענו.[67]

בישראל אין עדיין חוק בדבר חופש המידע.[68] בית-המשפט העליון רק החל, זה מקרוב, לפתח הלכה בעניין זכותו של אדם מן הציבור לקבל מן הרשות מידע בעניין ציבורי, ונראה כי עמדתו בעניין זה טרם גובשה.[69] לעומת זאת, פסק בית-המשפט הלכה, מזה שנים רבות, בדבר זכותו של אדם לעיין בתיק הרשות במקרים מסוימים, בהם יש לו עניין אישי במידע שבתיק.[70] למרבה הפליאה, הלכה זאת לא זכתה לפיתוח, וכאילו נשכחה.

---

67. ראה, לדוגמא, לגבי החוק שנתקבל בעניין זה בארה"ב בשנת 1966, B. Schwartz, **Administrative Law** (3rd ed., Boston and Toronto 1991), 146; P. L. Strauss, **An Introcution to Administrative Justice in the United States** (1989), 195.

68. בכנסת העשירית הניח ח"כ משה שחל על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית בשם הצעת חוק חופש המידע, התשמ"ב-1982. ההצעה עברה קריאה טרומית והועברה אל ועדת החוקה, חוק ומשפט. ראה ד"ב (התשמ"ב) 1478-1482, 1507-1508. בוועדה זאת היא נקברה בעודה באיבה, ללא סקס, בקבר האתים של הצעות החוק הפרטיות. עם זאת, בחוקים שונים קיימים הסדרים לגבי זכות עיון במידע המוחזק בידי רשויות מינהליות בנושאים ספציפיים. ראה, לדוגמא, לעניין זכותו של אדם לעיין במידע שעליו, המוחזק במאגר מידע, סעיף 13 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ולעניין זכותו של אדם לעיין במסמכים שהוגשו לרשם החברות, סעיף 388 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983. ראה גם ז' סגל, "זכות האזרח לקבל מידע בעניינים ציבוריים", **עיוני משפט** י (תשמ"ד) 625.

69. ראה, מצד אחד, בג"צ 1601/90 ואח' **שליט ואח' נ' פרס ואח'**, פ"ד מד (3) 353 (חובת הגילוי של הסכמים קואליציוניים); בג"צ 1635/90 **ז'רז'בסקי ג' ראש הממשלה**, פ"ד מה (1) 749, 787 (חובת הגילוי של הסכמים פוליטיים); וראה, מן הצד השני, בג"צ 414/89 **אלוף בן ואח' נ' שר המשפטים ואח'**, פ"ד מג (4) 327 (סירוב למסור לעתונאי מידע על ההיקף והאופן בו בוצעו האזנות סתר בישראל במשך תקופה מסוימת); והשווה בג"צ 987/89, 988 **קהווג'י נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה**, פ"ד מד (2) 227, 231-232.

70. ראה בג"צ 337/66 **פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון ואח'**, פ"ד כא (1) 69;

לדעתי היא חיה וקיימת.[71] עם זאת, דומה כי למעשה כמעט אין עושים בה שימוש: בדרך כלל, הרשות המינהלית אינה נוטה לפתוח את תיקה בפני האזרח, גם לא לצורך הכנת עתירה לבג"ץ, והאזרח אף אינו מודע לאפשרות לדרוש מן הרשות עיון בתיק.

זכותו של אדם לעיין בתיק הרשות, כאשר יש לו עניין אישי בכך, קיבלה לאחרונה הכרה וחיזוק בחוק בתי-דין מינהליים, התשנ"ב-1992. סעיף 30 (א) לחוק זה קובע כי "מי שוכאי להגיש ערר על החלטתה סל רשות מינהלית, זכאי לעיין במסמכים שבידי הרשות הנוגעים להחלטה (להלן – התיק), ולהעתיק מסמכים מן התיק."[72] זאת ועוד. סעיף 30 (ג) לחוק מוסיף כי "בית דין רשאי להחליט, ביוזמתו או לפי בקשת העורר, כי התיק יימסר לבית הדין", למעט מסמכים מסוימים, ובמקרה כזה רשאי בית-הדין, בדרך כלל, "לאפשר לעורר לעיין במסמכים, כפי שייקבע, אם לדעתו הצורך בעיון לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון." הווה אומר, מכאן ולהבא, כאשר מדובר ברשות מינהלית שהחלטתה נתונה לערר בפני בית-דין שחוק בתי-דין מינהליים, התשנ"ב-1992, חל עליו, קיימת אפשרות כי אדם שנפגע מהחלטתה יוכל לעיין בתיק, וכך גם בית-הדין שידון בערר על החלטתה.

ההסדר שנקבע בחוק בתי-דין מינהליים, התשנ"ב-1992, לעניין זכות העיון בתיק הרשות, אינו חל, כמובן, על הליכים בפני בג"ץ. עם זאת, דומה כי מן הראוי שהסדר דומה יחול גם על הליכים כאלה. אמנם במקרה הרגיל אין צורך להסריח את הרשות המינהלית או את בג"ץ לצורך עיון בתיק הרשות, כשם שבמקרה הרגיל לא יהיה צורך להסריח את בית-הדין המינהלי, משום שעל-פי רוב העובדות גלויות וברורות. אולם במקרים מיוחדים – שאני, ראשית, כאשר נוצר רושם כי התמונה שהוצגה בפני בג"ץ אינה שלמה או אינה אמינה, או כאשר נודעת חשיבות מיוחדת לרקע שמאחורי ההחלטה המינהלית, עשויה לצמוח תועלת מן העיון בתיק הרשות, נוסף לחומר שהוגש לבית-המשפט על-ידי

בג"צ 142/70 **שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין**, ירושלים, פ"ד כה (1) 325. פסק-הדין בפרשת **שפירא** מבחיר כי זכות זאת כפופה לתריגים.

71. ראה גם בג"צ 855 ,708/88 **דרון ואחי נ' מדינת ישראל, רשות הרישוי**, פ"ד מד (2) 224. והשווה ע"א 86/89 **מדינת ישראל נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד מד (2) 726. אולם השווה בשג"צ 497/88 (בג"צ 765/88) **שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מג (1) 529, 536, השופט בך: "על משפט פלילי חל הסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, בו נקבע כי אם 'הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו ... לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה שבידי התובע ולהעתיקו.' ... אין קיימת ביהמ"ש לצווי גירוש מינהליים הוראת חוק מקבילה להוראות סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]." האם יש הצדקה להבדיל זה בין הליך פלילי להליך מינהלי? השווה לעיל הערה 11. והאם אין ההלכה ממלאת בעניין זה את אשר המחוקק התסיר?

72. סעיף 30(ב) לחוק זה מפרט סוגים של מסמכים או חלקי מסמכים שזכות העיון לא חלה לגביהם, כגון, מסמכים שאין להם נגיעה להחלטה שעליה עוררים, או שיש בהם סודיות, ועוד.

הרשות.[73] שנית, עצם הידיעה שבג"ץ עשוי לבקש את תיק הרשות לעיון, ולו רק במקרים מיוחדים, עשויה לחזק את תחושת הרשות כי החלטותיה אכן נתונות לביקורת מקיפה ויעילה. תחושה כזאת תורמת למינהל תקין. במשפט **טרודלר** אמר השופט ברנזון כך:

> בסופו של דבר הואיל [ב"כ היועץ המשפטי לממשלה] לעשות צעד קדימה והסכים כי מן הראוי שבית-המשפט יבדוק את ההחלטה של פקיד הבחירות 'לאור כל החומר שהיה בפניו'. אני רואה בכך צעד בכיוון הנכון ומקבל אותו. אינני רואה כל טעם והגיון בכך שלא יינתן לבית-המשפט בכל מקרה לעיין בכל החומר הנוגע לעניין, שהיה בפני הגוף שהחלטתו עומדת לביקורת. רגש הצדק מתקומם בי לתת גושפנקה חוקית לסדר כזה בענינים שבין הרשות והאזרח. לפי 'סדר' זה יכולה הרשות במחי קולמוס, המשאיר הכל כמוס וסתום, להכשיל את תובתו של בית-המשפט לפקח על חוקיות מעשיה.[74]

עד היום סרם פסק בג"ץ הלכה מפורשת המסמיכה אותו לבקש מן הרשות המינהלית, שתעביר לעיונו את התיק הנוגע לעניין הנדון. אולם דומה כי הקרקע בשלה לצמיחת הלכה כזאת. לעניין זה אפשר להתבסס על משפט **טרודלר** (לעיל), ללמוד היקש מן ההסדר שנקבע לעניין זה בחוק בתי-דין מינהליים, התשנ"ב-1992 (לעיל), וללכת בדרך בה הלך בית-המשפט במשפט **פיטל**.[75] במשפט **פיטל** הגיע בית-המשפט למסקנה שהרשות חייבת לאפשר לאדם המעוניין לעיין בתיק הרשות "מכיוון שהשכל הישר וההגינות האלמנטרית ביחסי-ציבור בין שלטון ואזרח מחייבים מסקנה זו."[76] אם זו המסקנה המתחייבת ביחסים שבין שלטון ואזרח, קל-וחומר שוו צריכה להיות המסקנה ביחסים שבין השלטון ובין בית-המשפט, שתפקידו לבקר את חוקיות ההחלטות של השלטון. אכן, מסתבר כי כבר היו מקרים בהם בג"ץ הציע לרשות המינהלית, בלי לפסוק הלכה בדבר חובת הרשות, להעביר לעיונו של בית-המשפט את התיק הנוגע לעניין הנדון. אם הרשות לא תיענה להצעה כזאת (דבר שאינו מתקבל על הדעת בנסיבות רגילות) יוכל בית-המשפט להסיק מכך מסקנה, לפחות לעניין חוקת החוקיות של ההחלטה המינהלית.[77]

---

73. כך הדבר במיוחד משום שכיום אין הלכה המטילה חובה על הרשות המינהלית להציג בפני בג"ץ, בתשובה לצו-על-תנאי, את כל המידע הנוגע לעניין. ראה ר' הר-זהב, לעיל הערה 7, 53-58.

74. בג"צ 79/63, 77, 76 **טרודלר נ' מקידי הבחירות לוועדות החקלאיות ואח'**, פ"ד יז 2503, 2516. בצרפת רשאי בית-המשפט המינהלי לבקש מן הרשות המינהלית כי תעביר אליו את תיק הרשות בשלמותו, אף כי במועל אין בית-המשפט רואה צורך לנהוג כך אלא לעתים רחוקות.

75. לעיל הערה 70.

76. שם, 72, מפי השופט ויתקון.

77. על חוקת החוקיות ראה לעיל סעיף ב. אם התיק המינהלי יועבר לעיונו של בית-המשפט,

ו. ראיות נסיבתיות

אם בכלות הכל אין בידי העותר ראיות ישירות, שיש בהן כדי להוכיח שיקולים פסולים או פגם אחר כיוצא בזה, יכול העותר, לעתים, להסתייע בראיות נסיבתיות. אכן אפשר שראיות נסיבתיות במקרה מסוים לא יספיקו כדי להוכיח שהרשות המינהלית קיבלה החלטה שלא כדין, כגון שהרשות שקלה שיקולים פסולים. עם זאת, עדיין אפשר שהראיות הנסיבתיות יספיקו כדי להתגבר על חזקת החוקיות ולהעביר אל הרשות את נטל הבאת הראיות שפעלה כדין. במקרה כזה, אם הרשות אינה עומדת בנטל, עשוי בית-המשפט לפסול את החלטתה.[78]

סוג אחד של ראיות, שעשוי להיתשב כראיות נסיבתיות, הן חזקות שבעובדה. אם ההחלטה של הרשות אינה מתיישבת עם חזקה שבעובדה, עשוי להתעורר ספק שמא הרשות פעלה על יסוד שיקולים פסולים או שהחלטתה לוקה בפגם אחר. החלטה שאינה מתיישבת עם חזקה שבעובדה עשויה להיות דומה, מבחינת התוצאה, להחלטה הסותה מהנחיות מינהליות או החלטה שלבאורה יש בה הפליה.[79] כל אחד מאלה די בו כדי לחייב את הרשות לפרוש בפני בית-המשפט את כל הטעמים להחלטתה, כדי שבית-המשפט יעביר אותם תחת שבט הביקורת, ויחליט אם לא נפל בהם פגם.

פסק-הדין המציג אפשרות זאת בבהירות ובאופן חדשני הוא **מוסקוביץ נ' מועצת השמאים**.[80] העותר במשפט זה נכשל פעמים אחדות בבחינות שנערכו מטעם מועצת השמאים. הוא טען כי הוכשל בבחינות בשל שיקול פסול מצד המועצה, כלומר, בשל מדיניות המועצה להגביל את מספר השמאים. אולם, בהעדר החלטה מפורשת של המועצה או ראיה ישירה אחרת, כיצד יוכיח העותר כי זאת המדיניות של המועצה ובי הבוחנים מטעם המועצה מונחים על-ידי מדיניות זאת? השופט אור היה מוכן להסיק שקיימת מדיניות כזאת על יסוד ראיות שונות, בהן ראיות שאינן מתייחסות כלל לבחינות שכתב העותר. בין ראיות אלה ציין השופט אור ממצאי בדיקה שערך מבקר המדינה, לפיהם שיעור הנכשלים בבחינות של מועצת השמאים היה יותר מ-90%, וכן התרשמות של ועדת

מן הראוי יהיה, בדרך כלל, לפתוח את התיק גם לעיונו של העותר. עם זאת, ברור כי זכות העיון של העותר תהיה כפופה לסייגים, כגון לעניין הסודיות של מסמכים הנמצאים בתיק, בדומה לסייגים שצוינו על-ידי בית-המשפט במשפט **שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים** (לעיל, הערה 70).

78. לדוגמא, בבג"צ 4870/90 **הסתדרות הרוקחים בישראל - ענף בתי המרקחת ואח' נ' שר הבריאות ואח'**, פ"ד מה (4) 717, 722, טענו העותרים כי ההחלטה של הרשות המוסמכת הוכתבה על-ידי "לחץ" של השר הממונה עליה. בהעדר ראיות ישירות, ניסו העותרים להוכיח את טענתם באמצעות ראיות נסיבתיות. בית-המשפט בדק את "האינדיקאציות", אך החליט לבסוף, לגוף העניין, שאין בהן כדי להוכיח את הטענה.

79. ראה לעיל סעיף ב פסקה ג'.

80. בג"צ 571/89, פ"ד מד (2) 236.

הכנסת לביקורת המדינה, שמועצת השמאים נוקטת מדיניות של הכשלה מכוונת בבחינות.[81] השופט ברק הלך באותה דרך וכך אמר:[82]

> נטל קשה מוטל על עותר, החייב להוכיח שיקול סובייקטיבי פסול של רשות מוסמכת. מחשבות קשות הן להוכחה, ומחשבות שלא כדין על אחת כמה וכמה. מכאן המגמה המודרנית במשפט המינהלי לעבור ממבחנים סובייקטיביים באשר לפסלות שיקול-הדעת (כגון שיקולים זרים) לעבר מבחנים אובייקטיביים (כגון סבירות). במסגרת המבחנים הסובייקטיביים, ניתן להיעזר בחזקות שונות המבוססות עצמן על ניסיון החיים. אחת מאותן חזקות עניינן המשקל המצטבר הנובע ממערכת נתונים סטטיסטיים. נתונים סטטיסטיים אלה מעניקים אמת מידה אובייקטיבית, ממנה ניתן להסיק מסקנות שבהגיון על שיקול-דעת סובייקטיבי פסול ... נתונים סטטיסטיים עשויים, במקרים ראויים, ליצור חזקה שבעובדה, המעבירה את נטל הבאת הראיות על שכם הרשות השלטונית, הצריכה ליתן הסבר המניח את הדעת לפעולתה. במקרה שלפנינו, אחוז ההצלחה הנמוך במספר ניכר של בחינות, המשתרעות על תקופה ארוכה, יש בו כדי להצביע, לכאורה, על שיקול פסול, שכן נסיון החיים גורס, כי אחוז ההצלחה בבחינות מקצועיות אינו כה נמוך. זוהי, כמובן, רק ראיה לכאורה, אשר ניתן לסותרה. במקרה שלפנינו – כפי שהראה חברי – הראיה לא נסתרה. נהפוך הוא: הראיות הנוספות עליהן עמד חברי, אך מחזקות מסקנה זו.

השימוש בראיות נסיבתיות, ובמיוחד בחזקות עובדתיות, כמכשיר לביקורת שיקול-הדעת המינהלי, עשוי להיות חשוב ומועיל במצבים מסוימים. לדוגמא, הוא עשוי היה לשנות את התוצאה במשפט דקל נ' שר האוצר בו, כזכור, נדונה השאלה אם המינוי של יושב-ראש הדירקטוריון של חברת החשמל היה מינוי פוליטי.[83] באותו משפט ניתן היה להסתמך על הרוחו"ת של מבקר המדינה בעניין מינויים פוליטיים בחברות ממשלתיות וכן על הדרך בה נבחר המועמד.[84] בהקשר זה ראויים להישמע דברים שאמר השופט ברק בפסק-דין מאוחר יותר:

---

81. שם, בעמ' 242-243.
82. שם, בעמ' 246.
83. (לעיל, הערה 4).
84. ראה י' זמיר, "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" (לעיל, הערה 58), בעמ' 149-156.

> מודעים אנו לכך כי השפעות פוליטיות פסולות וקשות להוכחה. הן נעשות במסתורים, ולרוב לא נערכות תרשומות שיש בהן כדי להוות ראיה להוכחת ההשפעה הפסולה. שיקול סוביקטיבי קשה הוא להוכחה. על כן מקובל עלינו, כי לעתים ניתן להתגבר על חזקת החוקיות - ממנה נהנית פעולת הרשות ושמכוחה מוטל הנטל על העותר להוכיח טענתו בדבר שיקולים פוליטיים פסולים - על ידי נתונים אוביקטיביים שיש בהם להצביע לכאורה על שיקול פוליטי פסול (ראה בג"צ 571/89 **צבי מוסקוביץ נ' מועצת השמאים**, פ"ד מה (2) 236.) כך, למשל, החלטת חפוזה ללא התייעצות מוקדמת, ללא בחינת החלופות, ללא בדיקה ומחקר, ללא נתונים אוביקטיביים המעידים על כשרות, עשויה לאשש הקשר נסיבתי שיש בו במקרים מתאימים, כדי להצביע על שיקול פסול, ויש בה על כן להעביר את נטל הבאת הראיות על שכם הרשות השלטונית.[85]

ז. ראיות אחרות

בדרך כלל בג"ץ מגלה גמישות רבה בקבלת ראיות בכתב, אולי משום שהוא אינו נוטה לקבל ראיות בעל-פה. הוא מוכן לקבל העתקים או צילומים של מסמכים, שלא בהתאם לכלל הראיה הטובה ביותר. לא פעם הוא מוכן להסתמך גם על דברים שפורסמו בעתונות, אף אם המדקדק יאמר שאין הם אלא עדות שמיעה. כך, לדוגמא, הסתמך בג"ץ על דברים שצוטטו בעתונות כדי ללמוד מהם על שיקולים זרים שביסוד החלטה מינהלית,[86] או כדי להסיק מהם שהרשות המינהלית לא ניגשה לדון בעניין בדעה פתוחה ובנפש קולטת.[87]

כמו כן, אם מתעורר הצורך, בג"ץ מוכן לבחון ראיות בעין. הוא מוכן, לדוגמא, לצפות בסרט קולנע, כדי להחליט אם יש טעם מספיק להחלטת הצנזור לפסול את הסרט

85. בג"צ 1745/91 **אי. סי. אס. מערכות כבלים ישראל בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים** (טרם פורסם).

86. לדוגמא, בג"צ 392/72 **אמה ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה ואח'**, פ"ד כו (2) 764.

87. לדוגמא, בג"צ 701/81 **מלאך ואח' נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה**, פ"ד לו (3) 1. ראה גם בג"צ 366/81 **לשבת מפעילי אוטובוסים לתיור ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד לז (2) 117, 115.

להקרנה,[88] להאזין לקלטת,[89] לראות מוצגים[90] או לצאת מהיכל המשפט ולבקר במקום מסוים, כדי להיווכח במו-עיניו מה המצב בשטח.[91]

אם בית-המשפט יראה צורך בכך, הוא עשוי, לבקשת בעל-דין או ביוזמתו, לנקוט צעדים בלתי-שגרתיים לבירור העוברות. הוא עשוי, בין היתר, לקבל חוות-דעת של מומחים,[92] לנסח שאלון כדי שבעל-דין או אדם מטעמו ישיב עליו,[93] או "להורות על עריכת חקירה, להורות לשם כך הוראות ולמנות אנשים לעריכת החקירה, ככל שייראה לו".[94]

---

88. לדוגמא, בג"צ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד טז 2409; בג"צ 383/73 **אבידן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד כח (2) 766, 769.

89. בג"צ 195/70 **כנוביץ ואח' נ' מנהל התעופה האזרחית**, פ"ד כו (1) 589, 593 (רעש מטוסים באחר מסוים).

90. לדוגמא, בג"צ 189/66 **אלינגר נ' מנהל בית הסוהר שטה**. פ"ד כ (3) 94, 95 (ספר שהוכנסה פצירה בין דפיו); בג"צ 9/63 **קורנסקו נ' עיריית רמת-גן ואח'**, פ"ד יז 866, 868 (תמונות של מבנה).

91. לדוגמא, בג"צ 540/84 ואח' **יוסף ואח' נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון**, פ"ד מ (1) 567, 573; בג"צ 72/86 (בשג"צ 454/86) **זלום ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון ואח'**, פ"ד מא (1) 528, 531; בג"צ 253/88, 323 **סג'דיה נ' שר הבטחון**, פ"ד מב (3) 801, 821. אולם, כמובן, לא כל ראיה תיראה כשרה בעיני בג"ץ. לדוגמא, בבג"צ 703/87 **קראון (קרן) נ' נציב שירות המדינה ואח'**, פ"ד מה (2) 512, 518, סירב בג"ץ לקבל תמליל של קלטת שהוקלטה על-ידי העותר, כשהופיע בפני ועדת בוחנים כדי להוכיח את טענתו כי המכרז פסול. בית-המשפט אמר כי ההקלטה אינה עולה בקנה אחד עם תובת ההגינות ותום הלב.

92. לדוגמא, בג"צ 351/72 **קינן נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות**, פ"ד כו (2) 811, 813; בג"צ 390/79 **דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד (1) 1, 7.

93. שם, 8.

94. בג"צ 884/86 **הוועד המקומי נווה זוהר נ' שר הפנים** (טרם פורסם) פיסקה 10 לפסק הדין של השופט גולדברג (טרם פורסם). לפי פסק-הדין, רשאי בג"ץ להורות על עריכת החקירה בהתאם לתקנה 123(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. ראה גם בג"צ 195/70 **כנוביץ ואח' נ' מנהל התעופה האזרחית**, פ"ד כו (1) 589, 595. בית-המשפט יכול גם לבקש באופן בלתי-פורמלי כי תיערך חקירה כדי לברר עובדות מסוימות. בבג"צ 628/82 **דוידוביץ נ' שר העבודה והרווחה** (טרם פורסם), בו ביקש העותר הלוואה כמקובל לצורך רכישת רכב לנכה, נאמר בפסק-הדין: "קיימנו בתיק זה דיונים לא מעטים ובשלב מסויים של הדיון גם ביקשנו מן היועץ המשפטי לממשלה שיחיצב בפנינו ושיערוך בדיקה מקיפה מטעמו בקשר למערכת הנתונים העובדתיים אשר שימשה תשתית לטעונו של העותר."

nevo.co.il

ח. סיכום

דרכו של עולם היא שבית-משפט עליון אינו עוסק בבירור עובדות. גם בישראל בית-המשפט העליון אינו עוסק בבירור עובדות בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים או פליליים. רק כבית-משפט גבוה לצדק הוא יושב, בשל עיוות היסטורי, כבית-משפט של ערכאה ראשונה ועליונה גם יחד. שילוב זה יש בו משום אנומליה, וכמו כל אנומליה יש לו מחיר. המחיר מתבטא, בין היתר, בקושי לברר עובדות. המעמד הרם והעומס הכבד המאפיינים את בית-המשפט הגבוה לצדק מקשים עליו לברר עובדות בדרך בה עושה זאת, בדרך כלל, בית-משפט של ערכאה ראשונה. בשל כך בג"ץ ראה עצמו נאלץ, לפני כשלושים שנה, להפסיק כמעט לחלוטין את השיגרה של חקירת מצהירים, שהיתה מקובלת בו עד אותו זמן.

ברוב העתירות הבאות בפני בג"ץ העובדות אינן שנויות במחלוקת, ובית-המשפט אינו נדרש להכריע אלא בשאלות של חוק. לפיכך הקושי הכרוך בבירור עובדות בפני בג"ץ אינו מהווה חיסרון אלא במעט עתירות. באופן מיוחד עלול קושי זה להכביד בעתירות התוקפות את שיקול-הדעת המינהלי. לעתים מזומנות, פגם בשיקול-הדעת המינהלי אינו ניתן להוכחה אלא באמצעות עיון בתיק הרשות, שאלות בכתב המופנות אל הרשות או חקירה של הרשות בפני בית-המשפט. במקרים מעין אלה אפשר שההליך השיפוטי יהיה הדרך היחידה לבירור העובדות הדרושות להחלטה בשאלה אם אכן נפל פגם בשיקול-הדעת המינהלי.

בג"ץ יכול להפעיל מכשירים שונים כדי לאפשר בירור עובדתי במקרים מעין אלה. תקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, קובעות את הדרך של בקשת פרטים נוספים. נוסף לכך, הן מאפשרות לבג"ץ לנהוג, אם יראה צורך בכך לעשיית צדק, כדרך שנוהגים במשפט לפני בית-משפט מחוזי. דרך זאת כוללת הצגת שאלונים, גילוי מסמכים, חקירת מצהירים ועוד.

יישום ההלכות שנקבעו על-ידי בג"ץ לצורך הביקורת על שיקול-הדעת המינהלי מחייב הליכה בדרכים אלה מפעם לפעם. הדבר נדרש גם כדי להרתיע את הרשות המינהלית, שלא תוכל להיות סמוכה ובטוחה ששיקול-הדעת שלה יישאר סתום וכמוס, וכן כדי לתקן שימוש לרעה, אם היה, בשיקול-הדעת המינהלי. אכן, נראה כי לאחרונה חל שינוי מתון בעמדתו של בג"ץ בכיוון זה. ראשית, הקושי הכרוך בבירור עובדות משמש בעיני בג"ץ שיקול להעברת עניינים מסוימים מבג"ץ אל בית-המשפט האזרחי, כדי שניתן יהיה לקיים בהם בירור עובדתי יסודי. שנית, בעניינים אחרים, הנדונים בפני בג"ץ, ובהם ניכר צורך לברר את השיקולים שביסוד ההחלטה המינהלית, מגלה בג"ץ נכונות רבה יותר ללכת בדרכים בלתי-שגרתיות כדי להגיע אל חקר האמת. כראי שהעותרים לבג"ץ יהיו מודעים לכך ויבקשו מבית-המשפט, במקרים המתאימים ובזהירות הראויה, שירשה להם ללכת בדרך מדרכים אלה.

nevo.co.il