דרכי הוכחה בבג"ץ

בעקבות מאמרו של פרופ' יצחק זמיר, "ראיות בבית־המשפט הגבוה לצדק"[1]

שמואל דורנר

א. הערות מקדימות. ב. חזקת החוקיות. ג. "מחסום" הצו־על־תנאי. ד. שיקולי הרשות המחליטה. ה. "התלשת" חזקת החוקיות בשלב בירור העתירה להוצאת צו־על־תנאי. ו. אמצעי בירור במהלך הדיון בהתנגדות. ז. חקירת המצהירים. ח. "תיק" הרשות. ט. בירור עובדות בבג"ץ. י. סיכום.

א. הערות מקדימות

במאמרו הנזכר עומד פרופ' זמיר על הייחודיות שבדרכי ההוכחה בבג"ץ לעומת דרכי ההוכחה הרגילות בבית־המשפט האזרחי. הוא מצביע על "חולשתו" של העותר המתדיין בבג"ץ עם הרשות המינהלית, לעומת מצבו של מתדיין "אזרחי" המתדיין בבית־משפט אחר של הדרגה הראשונה, ומציע דרכים אחדות להתגבר על ה"חולשה" הזאת.

אני מסכים עם גישתו הכללית של המחבר, שלפיה ראוי כי בית־המשפט ינהג ביתר ליברליות כלפי העותר בבג"ץ, בהתחשב בכך כי דרך ההוכחה העיקרית בבג"ץ מבוססת על תצהירי הצדדים בלבד, וכי ככלל אין נוהגים בו הליכי ביניים מקדמיים, כגון שאלונים וגילוי מסמכים. עם זאת, אני סובר כי ראוי להעיר לדשימתו שני סוגי הערות: ראשית, דומה כי ההבדל היסודי שהוא רואה בין מבנה הליכי המשפט בהתדיינות האזרחית לבין מבנה ההתדיינות בבג"ץ כלל אינו קיים. דומני כי עקרונות יסוד של מבנה ההתדיינות ועקרונות ההוכחה הם אחידים, והסטיות הפרוצדורליות הן משניות בלבד ולא־עקרוניות; עדיין יש להן משמעות מעשית מסוימת, ומטעם זה ציינתי כי ראויה כלפי העותר התייחסות של יתר ליברליות. שנית, כמה מן ההמלצות שהמחבר ממליץ עליהן בתחום הפרוצדורלי נראות לי בעייתיות או שאינן קולעות למסרה שאליה הן מכוונות. להלן אעמוד בקצרה על שני סוגי עניינים אלה, ואדון בהם על־פי סדר ההתייחסות אליהם במאמר הנדון.

---

1. משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 295; להלן, המאמר.

nevo.co.il

ב. חזקת החוקיות

הסוגיה הראשונה שבה דן פרופ' זמיר היא סוגיית חזקת החוקיות. את דיונו בסוגיה זו הוא מתחיל בקביעה[2] כי "המחסום הראשון הניצב בדרכו של מי שעותר לבג"ץ הוא חזקת החוקיות.[3] לדעתי, אין כאן כל מחסום. חזקת החוקיות היא חזקה כללית, החלה בדיני הראיות של כל סוגי ההתדיינויות. מבחינה זו אין כאן תופעה המיוחדת למשפט המינהלי ולהתדיינות לפני בג"ץ. כל אימת שבהתדיינות כלשהי – אזרחית, פלילית או מינהלית – עולה הצורך להוכיח מעשה מינהל כזה או אחר – תעלה החזקה כי המינהל פעל בדרך הראויה ונהג באופן התואם את הדין. ובעל־דין הנצרך להסתמך על עובדות שאינן מתיישבות עם החזקה הנזכרת – עליו להוכיחן.

נכון הדבר שבהתדיינות המינהלית עומדת במרכז הדיון התנהגות המינהל, וברוך הטבע עשויה החזקה הנדונה להיות מופעלת בה בתכיפות רבה יותר מאשר בהתדיינות האזרחית או בהתדיינות הפלילית, אלא שזה עניין אינצידנטלי במהותו ואין בו כל ייחוד עקרוני.

מוסיף וטוען המחבר כי חזקת החוקיות פועלת "בחומרה יתרה" בעתירות לבג"ץ, להבדיל מפעולתה "בבית־משפט אזרחי".[4] ואת משום שבעוד ש"בבית־משפט אזרחי" עשויה חזקת החוקיות להביא לידי דחיית התובענה (או זיכוי הנאשם?) בתום הדיון, עשויה היא בדיון המינהלי "למנוע את עצם הדיון לגוף העניין".[5]

כידוע, העתירה לבג"ץ נסמכת על עובדות המאומתות בתצהיר המצורף לה. כדי שיקוים דיון בעתירה (כלומר, שיוצא צו־על־תנאי, שבעקבותיו "קוים הדיון) על העותר להראות כי עתירתו לכאורה מבוססת. המחבר טוען שעצם חזקת התקינות עשויה להכשיל את העותר עוד לפני הדיון לגוף העניין, אם אין הוא מצליח, כבר בגוף העתירה, להתגבר על החזקה הנדונה, לפחות בדרך של הטלת ספק בתקינות פעילותו של המינהל. זאת בשונה מן ההתדיינות האזרחית, שבה רשאי התובע לטעון בכתב התביעה שלו ככל העולה על רוחו, ללא צירוף תצהיר, ואין הוא זקוק להיתר מטעם בית־המשפט כי תובענתו תבורר לגופה.[6]

בעניין זה אעיר שתי הערות: האחת לצד העובדתי של ההתדיינות האזרחית, והאחרת לצד העקרוני הן של ההתדיינות האזרחית והן של ההתדיינות לפני בג"ץ.

לעניין העובדתי, פתיחת ההתדיינות על־ידי כתב־טענות המאומת בתצהיר קיימת לא רק בעתירות לבג"ץ אלא גם בתובענות ובבקשות ב"בית־משפט אזרחי", וכן בהמרצות־

2. ראו המאמר, בעמ' 297, תחילת פרק ב.
3. ההדגשה שלי.
4. ראו המאמר, ראש עמ' 299; ב"בית־משפט אזרחי" מכוון המחבר, ככל הנראה, לכל בית־משפט שאינו בית־משפט מינהלי.
5. שם, שם.
6. שם, 299 ותחילת 300.

nevo.co.il

פתיחה,[7] בבקשות בדרך המרצה[8] בעניינים רבים ושונים, בתביעות למזונות,[9] בבקשות לצו־אימון,[10] בבקשות לצו־ירושה ולצו־קיום צוואה ולמינוי מנהלי עיזבון,[11] ובבקשות לקביעת גיל.[12] נכון הדבר כי אף בתובענות הנפתחות בכתב־טענות מאוטת אין התובע או המבקש נוקק להיתר מטעם בית־המשפט על מנת שיקוים בהן הדיון לגוף העניין, אולם עצם החובה לאמת כל טענת עובדה עוד בשלב הגשת כתב־הטענות, שבו נפתחת התובענה, יש בה מעין "מחסום".[13]

ובאשר לצד העקרוני, על־פי מבנה ההתדיינות האזרחית שלנו – והדבר חל גם על עתירות לבג"ץ – אין לאדם עילה לפנות לערכאות בבקשת תרופה[14] אלא אם כן יש בידיו "חומר" המבסס את תביעתו; "חומר" זה, בנוסף לדין העומד "לצדו", מורכב מעובדות שיש בידי התובע להוכיחן או שהוא מאמין – על יסוד עובדות אחרות – בקיומן, אין אדם זכאי לתרופה אלא אם כן מצויה לו זכות מהותית, וזכות זו מצויה לו – אם בכלל – רק אם התקיימו עובדות מסוימות; עובדות אלה טעונות הוכחה. מי שטוען לזכות, טוען לקיומן של עובדות המבססות את הזכות הזאת; ואין אדם יכול לטעון לקיום עובדות אלא אם כן הן ידועות לו, וידיעה זו מבוססת על דבר־מה; אותו דבר־מה שמכוחו יודע בעל־הזכות על קיום העובדות גיתן להוכחה בבית־המשפט,[14א] באופן שלא רק התובע ידע כי זכותו מבוססת על עובדות אלא אף בית־המשפט יוכל להצהיר על קיומן של עובדות אלה.

לעתים הטוען לזכות מסוימת יודע ידיעה אישית את העובדות המהוות יסוד לאותה הזכות, ולעתים יש בידיו ראיות, או מכיר הוא עדים, היכולים לבסס את קיום העובדות האלה. למשל, אדם תובע פיצוי על נזק שגרם לו פלוני. אם הוא עצמו ראה את גרימת הנזק, הרי שיש בכך ראיה רלוונטית להוכחת תביעתו של פלוני, ואם הניזוק עצמו לא ראה את פעולת הגרימה, אך אלמוני ראה – יבוא האלמוני ויעיד על פעולת הגרימה. וייתכן כי סרט צילום יהווה ראיה רלוונטית וכשרה להוכחת פעולת הגרימה. והוא הדין בבג"ץ; אזרח עותר לצוות על השלטון לתת לו היתר; עילתו היגה – בין השאר – הבטחה שנתן לו השלטון בנושא זה; על אותה הבטחה יכול להעיד (בתצהיר) העותר עצמו, שכן היא ניתנה לו ישירות; ויכול להעיד עליה (גם כאן בתצהיר) מי שהועסק על־ידי העותר וקיבלה עבורו. ניתנה ההבטחה בכתב או הוקלטה ברשמקול – הכתב והסרט יוכלו לשמש ראיות (על דרך הצירוף לתצהיר ועל דרך האזכור בתצהיר, ובמקרה הצורך – על דרך הצגתם כראיה).

---

7. תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן, התקנות האזרחיות), פרק כ, סימן ב.
8. שם, שם, סימן א.
9. שם, תקנה 263.
10. שם, תקנה 284(א).
11. שם, תקנות 300(א), 301(א), 321(א).
12. שם, תקנות 351(א), רישא, (ג),(ד).
13. ליתר הרחבה בסוגיה זו ראו את הקטע האחרון של פרק זה ושל פרק ג להלן.
14. ואף לא לתבוע ישירות מחברו להענייק לו "תרופה" זו.

14א. בכפיפות לדיני הראיות.

nevo.co.il

אמצעי־עזר בתהליך ההוכחות בבית־המשפט, בתובענה אזרחית, הם הודאה בעובדות ובמסמכים, הצגת מסמכים, גילוי ועיון במסמכים, והשבה על שאלונים.[15] בעיקרו של דבר, כאמור, אין אלה אלא אמצעי־עזר בתהליך ההוכחות, להבדיל מן הבסיס הראייתי הראשוני, שחייב להיות בידי התובע או המבקש בטרם פנייתו לערכאות.[16] במה דברים אמורים: ככלל, אין תובע או מבקש מוצדק לפתוח בהליכים נגד פלוני אלא אם יש בידו לפחות ראשית־ראיה מסוג כלשהו[17] שמכוחה מאמין הוא בקיום זכותו לקבל תרופה.[18] במלים אחרות, אין אדם מוצדק, ככלל, לפתוח בהליכים רק על יסוד ההנחה כי "אם לא יועיל – גם לא יזיק", כשאת כל יהבו הוא משליך על סיכוי כי יצליח "לדוג" ראיות לטובתו באמצעות אמצעי־העזר שבהליכי־הבירורים הנזכרים. מבחינה זו אין כל הבדל בין הליכים אזרחיים "רגילים" לבין ההליכים בעניינים מינהליים שלפני בג"ץ. נכון הדבר שבשלב הראשוני אין התובע בענין אזרחי "רגיל", הנפתח בכתב־תביעה לא־מאומת, חייב לאמת את העובדות שביסוד תובענתו, בעוד שבעתירה לבג"ץ חייב העותר לאמת את עתירתו עוד בטרם פנייתו לבית־המשפט; אלא שכאמור אף בבתי־המשפט ה"אזרחיים" רבים סוגי התובענות הדורשים את אימות העובדות שביסודן, ואילו האימות הדרוש בבג"ץ אינו אלא אימות "התחלתי". באיזה מובן הוא "התחלתי"? בשני מובנים: ראשית, די לו לעותר כי הוא מאמין[19] בקיומן של עובדות מסוימות, שיש בהן לפתוח ראיה־לכאורה לביסוס עתירתו. כי כך קובעת תקנה 4 לתקנות סדר הדין בבית־המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 (להלן, תקנות הבג"ץ):

> כל עתירה תהא נתמכת בתצהיר...; על עובדות שהן בתחום ידיעתו האישית של העותר הוא יצהיר שהן נכונות, ועל עובדות אחרות יצהיר שהן נכונות לפי מיטב ידיעתו ואמונתו.[20]

במלים אחרות, מיטב ידיעתו של אדם יכולה להתבסס אף על שמועה שהגיעה לאוזניו (ושבהיותה עדות־שמיעה אינה כשרה להיות מובאת לפני בית־המשפט כראיה לעצם נושא ההתדיינות), והוא הדין באמונה, היכולה לינוק מנתונים שונים שבשלב ניסוח העתירה אינם עדיין בגדר עובדות ישירות לביסוס העתירה.

15. התקנות האזרחיות, תקנות 103, 170, 112-114, 115-118, 105-110; ליתר הרחבה בסוגיה זו ראו בפרק ו להלן.
16. ראו, בין השאר, י' זוסמן, כדרי הדין האזרחי (עורך – ש' לוין), מהדורה שביעית (1995) (להלן, זוסמן), סעיפים 341, 343-345, 360, 363.
17. בין אם יש בה ובין אם אין בה, כשלעצמה, כדי להוכיח את תובענתו בבית־המשפט.
18. אמנם מבחינה טכנית קנויה לו הזכות לפתוח בהליכים שבהם אין נדרשים לאמת בתצהיר את הטיעון שבכתב־הטענות אף כשאין בידיו בסיס ראייתי, אלא שהעיד הבסיס לתובענתו יתברר עד מהרה במהלך הדיון.
19. ובלבד שאמונתו מבוססת על עובדות.
20. ההדגשות שלי.

ושנית, די בהוכחה-לכאורה לביסוס העתירה כדי להצדיק הוצאת צו־על־תנאי. הדבר דומה לבקשת רשות להתגונן בתביעות במדד־דין מקוצר.[21] אין הנתבע נדרש להוכיח באופן מלא את הגנתו כדי שיאופשר לו להתגונן; די לו להראות בתצהירו כי מצויה לו הגנה אפשרית. בשלב זה אין בוחנים באופן סופי אם דברי־התצהיר הם אמת; השאלה הנשאלת היא אם – בהנחה כי טיעוני־העובדה שבתצהיר הם אמת – מצויה לנתבע הגנה אפשרית בפני התביעה;[22] והוא הדין בעתירה בבג"ץ. השאלה הנשאלת עם הגשת העתירה הינה אם הראה העותר, לפחות לכאורה ובראשית־דאיה, כי מצויה בידו עילה אפשרית לקבלת התרופה המבוקשת. אין העותר מתויב, בשלב זה, להוכיח את העילה; ואם – בהנחה כי דברי תצהירו הם אמת – מתגלה מתוכם כי עומדת לו לכאורה עילה הראויה לבירור – יינתן צו־על־תנאי כדי לאפשר בירור זה.

בעניין זה אין נפקא מינה אם כנגד תצהיר העותר ניצבת חזקת החוקיות או שאין בנמצא חזקה כזו. בין כך ובין כך על העותר להראות (או היה להראות) כי לפחות לכאורה עומדת לצדו עילה המזכה אותו בתרופה המבוקשת. חזקת החוקיות אינה בבחינת קביעה פוזיטיווית כי המינהל פעל כדין. משמעותה רק זאת, שבאין הוכחה לסתור מניחים כי המינהל פעל כדין. לדוגמה, אם אחד מיסודות התובענה של תובע הוא כי עובד־הציבור שחתם על מסמך היה מוסמך לכך, ולא הובאה לכך כל ראיה – יצא התובע בנקודה זו ידי חובת ההוכחה, שכן החזקה מביאה לידי כך שיראו את טענת קיום הסמכות כמוכחת.

בצדק כותב המחבר[23] כי על העותר מוטל הנטל לעורר, בגוף העתירה עצמה, ספק מהותי בחוקיות ההחלטה המינהלית. כלומר, על העותר להראות בעתירתו, הנתמכת בתצהיר, מה הביאו לידי סברה כי החלטת המינהל היא לא־חוקית, או כי לפחות מוטל ספק־של־ממש בחוקיותה, ובלבד שסברתו אינה סברת כרס אלא סברה הנסמכת על נתונים שאדם מן היישוב היה רואה בהם, לכאורה, תמיכה מספקת לאותה סברה. ואם חובת ההוכחה הלכאורית מוטלת בין כך ובין כך על העותר – חזקת החוקיות אינה ממלאה כאן תפקיד מהותי. משקלה של חזקה זו מועט,[24] ודי, כאמור, לעורר "ספק מהותי" בעניין החוקיות כדי להתגבר עליה, לפחות לגבי הוצאת צו־על־תנאי. ומדוע על הספק להיות

21. לפי פרק טז לתקנות האזרחיות.

22. ראו זוסמן (לעיל, הערה 16) סעיף 534, הקטע הראשון בעמ' 676:

"בדונו בבקשה למתן רשות להתגונן, אין השופט, או הרשם, רשאי לקבוע עובדות, כדרך שעובדות נקבעות בתצהיר לצורך הליכי ביניים. לא זו מטרתו של סדר הדין המקוצר. אין השופט רשאי, בשלב זה, לשקול את מהימנות העדות ולסרב לנתבע רשות להתגונן מפני שאינו נותן בו אמון. החובה המוטלת על נתבע בסדר דין מקוצר, לאשר את טענתו בתצהיר, מספקת לכאורה כדי למנוע מלהעלות טענה שאין בה ממש, אבל טענה עליה בא תצהירו של הנתבע, על השופט להניח שאמת היא, ולכן אם מגלה התצהיר הגנה אפשרית, תינתן לנתבע רשות להתגונן".

23. ראו המאמר, בעמ' 299.

24. וראוי שכך יהיה, במיוחד לאור ניסיון־החיים.

nevo.co.il

"מהותי"? שכן סברות כרס, כאמור, אינן עניין להשתית עליו תובענה (ועתירה לבג"ץ בכלל זה), ודרוש כי טיעוני־העובדה יסתמכו על נתונים שלכאורה יש בהם ממש.

לסיכום נקודה זו, נכון הדבר שבעתירה לבג"ץ על העותר להביא "ראשית־ראיה" כבר בשלב הגשת העתירה, וכשאין לאל ידו להביא "ראשית־ראיה" כבר בשלב זה תידחה עתירתו בלי שתינתן לו הזדמנות לטעון את טענותיו ולהביא את ראיותיו בדיון לגופה של העתירה, וזאת בשונה מן המצב בתובענות "אזרחיות"; אלא שבפועל אין הבדל מהותי בין דחייתה של תובענה בשל אי־הבאת ראיות מספיקות להוכחת עילתה לבין דחייתה של עתירה שאין בה אפילו "ראשית־ראיה" לאישוש עילתה. למה הדבר דומה, למבחנים ולמבחני־ביניים. יש נושאים שבהם אדם ניגש ישירות למבחן הקובע, ועל־פי תוצאותיו נקבע אם עמד בו (למשל – לצורך כניסה לתפקיד, או קבלת תואר), אך יש נושאים, שבהם ההכשרה או המבחן אינם בני שלב אחד אלא בני שלבים מספר (ולפחות שניים), כאשר כל כניסה לשלב הבא מותנית בעמידה בדרישות השלב הקודם. ואם המועמד לא עמד בשלב הקודם או בשלב המקדמי – נחסכת ממנו הטרחה (ונחסכת הטרחה מן הצד שבעבורו נקבעת ההכשרה או המבחן) לגשת לשלב הבא או לשלבים הבאים. בנסיבות כאלה, כלל, אין לומר שמי שנכשל בשלב המקדמי (והקל) נפגע לעומת מי שניגש ישר לשלב המכריע (והקשה) ונכשל או הצליח בו על־פי יכולתו לגבי אותו השלב. במלים אחרות, מי שהפסיד במשחק "רבע הגמר" אין צדק בטענתו כי נפגעו סיכוייו לזכות במשחק הגמר.

כשלעצמי, אני סובר כי ההיגיון מחייב כי כל תובענה אזרחית תיפתח בהגשת כתב־טענות המאומת בתצהיר, שלא להפעיל את מערכת השפיטה אלא על יסוד טיעונים שהטוען אותם מוכן לעמוד מאחוריהם. דומני כי זהו תנאי יסודי לקראת עיצוב רציונלי של ההתדיינות האזרחית. אך זהו נושא נכבד לעצמו, הראוי להתייחסות נפרדת ומפורטת.

ג. "מחסום" הצו־על־תנאי

עוד טוען המחבר[25] כי בעוד שתובע בבית־משפט "אזרחי" עומדים לרשותו הליכי־הביניים של הצגת שאלונים וגילוי מסמכים, ואף הזכות להעיד את הנתבע – לא כן בבג"ץ. וכל כך למה? זאת משום:

> עותר שנזקק למידע או מכמכים הכצויים בידי הרשות המינהלית בדי לבסס את עתירתו, עומד 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, שכבר יהיה בידו צו־על־תנאי. התוצאה היא שהעותר עלול למצוא עצמו קרח מכאן ומכאן.[26]

25. המאמר, בעמ' 300.

26. שם, שם.

nevo.co.il

אני סובר כי מן הבחינה העקרונית יש פרכה בהלוך־מחשבה זה. אמנם נכון הדבר שבדרך כלל קל יותר לאזרח לרכז ראיות (בין השאר – באמצעות הליכי־הביניים הנזכרים) נגד בעל דבריו בהתדיינות אזרחית, ובמיוחד כשהיו יחסים קודמים קרובים בין הצדדים, כמו קשרי־משפחה או קשרים עסקיים, מאשר כשבעל דבריו הוא השלטון, אלא שעניין זה הוא בעיקרו במישור הטקטי ואילו המבנה הבסיסי של ההליך ודרכי ההוכחה שווים הם בשני סוגי ההתדיינויות.

כאמור, אין אדם פונה לערכאות (בין אם זה בית־משפט "אזרחי" ובין אם זה בית־משפט מינהלי, כמו בג"ץ) אלא אם יש בידו – לסברתו – ראיות להוכחת זכותו, ולפחות ראשית־ראיה. וראשית־ראיה, בייחוד כשמדובר בעתירה נגד הרשות, כוללת לא רק ראשית־ראיה ישירה, המוכיחה בעצמה את עילת העתירה, אלא אף ראיות נסיבתיות, שהן בבחינת "יש רגליים לדבר". אטול כדוגמה את האסמכתה שהביא המחבר לטענתו כי "עותרים רבים נדחים מעל פני בית־המשפט (הגבוה לצדק) על הסף בגלל חזקת החוקיות".[27] המדובר "במעצר באזור יהודה ושומרון מכוח צו שהוצא לפי הדין החל ביהודה ושומרון, אף שהיה בידי הרשות שעצרה (את העותרים) גם צו מעצר שניתן על־ידי בית־משפט השלום בירושלים. העותרים טענו כי הרשות שעצרה אותם עשתה שימוש בצו לפי הדין החל ביהודה ושומרון, כדי למנוע פגישה בין העותרים לבין בא־כוחם".[28]

אמנם אמר שם[29] בית־המשפט, לגבי טענה זו, כי

> לטענה מעין זו – והטענה היא טענה – חייב עותר להניח תשתית עובדתית מתאימה, עליה יבסס את טיעונו. בעניינו, לא הניחו העותרים תשתית ראויה לטיעונם.

אלא שסובר אני כי העתירה להוצאת הצו־על־תנאי נדחתה במקרה זה מטעמים אחרים, כמצוין בהמשך פסק־הדין, והתוצאה לא היתה משתנה[30] גם אם הוכחה הטענה בדבר המניע של הרשות העוצרת. אך עדיין נשאלת השאלה אם מוצדקת הסברה כי בנסיבות האמורות[31] "חייב עותר להניח תשתית עובדתית מתאימה" (מעבר למה שהוכח שם), בהנחה כי יש בהוכחת הטענה הנזכרות בלבד כדי להצדיק הוצאת צו־על־תנאי. כזכור, הרשות העוצרת החזיקה שם בשני צווי מעצר שונים, שזכויות הנעצר שונות בכל אחד מהם. הנעצרים טענו כי מעצרם לפי הדין של יהודה ושומרון נעשה "כדי למנוע פגישה (ביניהם) לבין בא־כוחם". לדעתי, עצם הבחירה בצו מעצר שעל־פיו קיימת הגבלה על זכות הפגישה עם עורך דין, בשונה מן המצב במעצר לפי הצו האחר, מצביעה – באין הסבר משכנע אחר – על אפשרות ש"יש רגליים לדבר" כי הרשות העוצרת הונעה

27. שם, שם, הנוסח המפנה להערה 15.
28. שם, שם, הערה 15.
29. בג"צ 472/92 אבו ערפה נ' משטרת ישראל, פ"ד מו (1) 639, 640 מול האות ו.
30. על כל פנים, בתום הדיון לגוף העניין.
31. מבחינת קיומם של שני צווי־המעצר הנזכרים.

nevo.co.il

בבהירתה זו על־ידי רצונה למנוע מפגש כאמור (או להשיג כל תוצאה אחרת הנגררת אחר השימוש בצו שנבחר), ואם היה בהוכחת מניע זה כשלעצמו כדי לפסול את המעצר בפי שבוצע – אני סובר כי די ב"יש רגליים לדבר", המתבקש מעצם עובדת הבחירה כאמור, כדי להצדיק הוצאת צו־על־תנאי. מובן שבמצב דברים כזה רצוי כי העותר אף יטען וינמק מדוע יש בו כדי להצדיק את הוצאת הצו־על־תנאי, ולא יסתפק אך בהצגת העובדות שמהן ניתן להסיק את קיום העילה להוצאת הצו. בפועל, כאמור לעיל, נמצאו במקרה הנדון נסיבות נוספות כבדות־משקל שהצדיקו את השימוש בצו שהוצא ביהודה ושומרון, ולפיכך דחיית העתירה היתה אמנם מוצדקת.

הערת אגב באותו עניין: הואיל ופרופ' ומיר רואה את "מוסד" הצו־על־תנאי כמפלה לרעה את העותר המינהלי, ומציב לפניו "משוכה" שאין לה מקום ואין לה הצדקה – מציע הוא לשקול את ביטולו, ובדבריו:

> יש מקום, לדעתי, לשקול... אם יש כיום טעם טוב לקיים את המוסד של צו־על־תנאי.[32]

מאחר שלדעתי צו ההיגיון והאדגון הרציונלי הזא כי כל תובענה אזרחית תיפתח בכתב־טענות מאומת, וכי אין זה כלל ראוי להיכנס לדיון שיפוטי בעקבות טענות־עובדה שאינן מאומתות – ממילא אף סובר אני כי בלתי־ראוי יהיה לקיים דיון מלא בעתירה (על כל השקעת הזמן והממון הכרוכה בכך) רק משום שעותר טען בעתירתו טענות מטענות שונות, מבלי שטרח לאששן אפילו אישוש ראשוני. אמנם ביטול "מוסד" הצו־על־תנאי אינו מחייב אף ביטול אימות העתירה בתצהיר, אלא שמדברי המחבר עולה כי הדוגמה הרצויה שהוא מציב היא זו של ההתדיינות ה"רגילה" בבית־משפט "אזרחי", וזו כידוע מנוהלת כרגיל על־פי כתבי־טענות לא־מאומתים.[33]

אך גם אם נגרום את האפשרות של ביטול "מוסד" הצו־על־תנאי מבלי להפוך את העתירה לכתב־תביעה רגיל אלא נשאיר אותה מאומתת בתצהיר, כדוגמת המרצת הפתיחה – דומני כי לא יושג בכך שינוי מהותי או עקרוני בדרך ההתייחסות והטיפול בעניין. הלא גם בהתדיינות אזרחית "רגילה" נוהג השופט – על כל פנים ראוי הוא כי כך ינהג – לעיין בכתב־התביעה בטרם נקבע העניין לדיון, ואם על פני הדברים מתעוררות שאלות הדורשות ליבון – מזומנים הצדדים לקדם־משפט, או לבירור לא־פורמלי המיועד להבהיר "במה דברים אמורים", שתוצאתו לעתים לא נדירות היא סיום ההתדיינות, אם במתן החלטה מוסכמת ואם בדרך אחרת. מבחינה זו דומה "ישיבת־הפתיחה", או "ישיבת־הבירור" (בין שהמדובר בקדם־משפט מלא ובין שהמדובר בבירור מסוג אחר), מן הבחינה

32. המאמר, עמ' 302, סוף הקטע השני.

33. שם, הקטע האחרון בעמ' 301 והתחלת עמ' 302. עם זאת, המחבר מציין בהערת אגב (שם, הערה 19 בעמ' 302), כי הצהרה בדבר בטלות החלטה מינהלית ניתן לקבל בבית־משפט "אזרחי", לרוב, בדרך של המרצת־פתיחה. מכאן עולה כי אין הוא מייחס משמעות עקרונית לשאלת חובת האימות של כתב־הטענות הפותח תובענה.

nevo.co.il

הפונקציונלית, לשלב בירור העתירה להוצאת צו־על־תנאי בדיון בנושא מינהלי לפני בג"ץ. נכון הדבר כי בדיון מן הסוג האחרון ניתן לקטוע את העתירה עוד באיבה, על־ידי התלטה לדחותה מבלי להוציא צו־על־תנאי, אולי אין בכך רבותא, שכן סמכות דומה קנויה לבית־המשפט אף בדיון "אורחי", שבו הוא מוסמך למחוק או לדחות על הסף תובענה שאינה מגלה עילה, או שהיא קנטרנית, או מכל טעם אחר הנראה לבית־המשפט כמצדיק סילוק על הסף, והסמכות לכך נתונה לבית־המשפט לא רק במהלך הדיון בקדם־משפט אלא אף "בכל עת".[34] ואם ינהגו על־פי הצעתי, וכל כתב־תביעה (ואף כל כתב־הגנה על העובדות הנטענות בו) יתויב באימות בתצהיר, כסימן לכך כי התביעה היא תביעת־אמת ובוונות התובע כנות, כי אז סילוק על הסף בשל העדר עילה יוצדק גם במקרים שבהם טענת־עובדה מהותית נותרה נעדרת־אימות, כשם שטענה מסוג זה מצדיקה דחיית עתירה ללא הוצאת צו־על־תנאי, אלא אם כן ניתנה רשות לתיקון שהשלים את החסר.

ד. שיקולי הרשות המחליטה

מוסיף ומדגיש המחבר כי קושי מיוחד ניצב לפני העותר לבג"ץ כבר בשלב הפתיחה, כלומר, שלב העתירה להוצאת צו־על־תנאי. כאילו מבקש הוא להראות כי הרשות המינהלית הפעילה את שיקול־דעתה שלא כדין, ולצורך כך עליו להתגבר על חזקת החוקיות. שכן חזקה זו מניחה כי שיקול־הדעת של הרשות הופעל כדין ובדרך ראויה. לדעתי, עצם ניסוח הבעיה על־ידי המחבר מצביע על מקור־הפרכה שבטיעון זה; אומר המחבר:

> במצב הקיים, נודעת חשיבות יתירה לשלב הפתיחה של ההתדיינות בבג"צ, בו העתירה חייבת לגבור על חזקת התוקיות 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. חזקת החוקיות מניחה כי הרשות המינהלית שקלה רק שיקולים ענייניים ונתנה את המשקל הראוי לכל שיקול ושיקול. איך יסתור העותר הנחה זאת?[35]

הדגשתי את מילות המפתח המבליטות את הפרכה הנדונה: "המידע", "לברר", ובמיוחד ראויה להדגשה המילה "לברר" (בהקשר של "לברר אם שיקול הדעת... הופעל... כדין"). באשר למידע, אמנם לעתים תובע או עותר וקוק למידע נוסף לזה המצוי בידיו עם תחילת ההתדיינות ושמניעו לפתוח בה, מידע נוסף שהוא יכול להשיגו במהלך ההתדיינות ה"אורחית" באמצעות הליכי־ביניים של הצגת שאלונים, עיון במסמכים וכדומה. אך כאמור, מידע משלים זה אינו תנאי להוצאת צו־על־תנאי, ודי לו לעותר

34. התקנות האורחיות, תקנות 143(8), 100-101.

35. המאמר, עמ' 302, הקטע השלישי (ההדגשות שלי).

nevo.co.il

לאמת את טיעוניו העובדתיים "לפי מיטב ידיעתו" או "לפי מיטב אמונתו", ובלבד שאמונתו בקיום עובדות המקימות את העילה תהיה מנומקת.[36] אך אם לא מצוי בידיעתו, ואף אין בידו נימוק לאמונתו, כי הרשות פעלה שלא כדין, ולענייננו – כי הפרת הדין נבעה מהפעלה פגומה של שיקול־דעת – מה לו כי יפנה לערכאות בבקשת תרופה? והלא "ראשית־ראיה" לכך כי מצויה בידו הזכות לקבלת התרופה המבוקשת חייבת להיות בידו לפני הפנייה לערכאות, ומבחינה זו, עקרונית, אין הבדל, כאמור, בין הפנייה לבג"ץ לבין פתיחת הליכים אזרחיים "רגילים". וכי בית־המשפט הוא ערכאה לבדר באמצעותה אם פעל המינהל שלא כדין? וכפי שציינתי כבר לעיל, ההנחה העקרונית היא כי גם תובע בבית־משפט "אזרחי" ובנושא אזרחי "רגיל", כמו על הפרת־חוזה או מעשה־נויקין, אינו מפעיל את מערכת־השפיטה על מנת "לדוג" מידע שממנו יוכל לברר אם קנויה לו עילה עובדתית לבסס עליה תובענה. רק אם מידע כזה מצוי לו לפני הפנייה לערכאות, או אם באותה שעה מצויה לו לפתוח "ראשית־ראיה", אם ישירה ואם כזו המביאה אותו לידי "מיטב ידיעה ואמונה" – רק אז מוצדק הוא, מבחינה עקרונית, לפנות בתובענה לערכאות.

והוא הדין באשר לשאלה כיצד יכול העותר "לברר אם שיקול הדעת המינהלי הופעל בענייננו כדין". העמדת השאלה באופן כזה מניחה מצב שלפיו אין העותר, בשעת פנייתו לבית־המשפט, מצויד בבר במידע המצביע על כך כי שיקול־הדעת המינהלי הופעל שלא כדין. או שהוא מצויד לפחות ב"ראשית־ראיה" להוכחת דבר זה, שיש בה כדי להביאו לאישור הדבר "לפי מיטב ידיעה ואמונה", אלא שבאותה שעה הוא מעוניין "לברר אם שיקול־הדעת המינהלי הופעל, בענייננו, כדין". במקום אחר[37] המתבר אף מרחיק לכת ואומר כי מקום ש"פגם בשיקול דעת מינהלי אינו ניתן להוכחה אלא באמצעות עיון בתיק הרשות, שאלות בכתב המופנות אל הרשות או חקירה של הרשות בפני בית־המשפט" –

36. סופס 2 לתוספת לתקנות סדר הדין בבית־המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 (להלן, תקנות הבג"ץ) אמנם מסתפק בציון כי מותר להצהיר לפי מיטב הידיעה והאמונה, אך לדעתי מחייב השכל הישר והמבנה של ההליכים כי יחול על עניין זה הקבוע בתקנה 521 לתקנות האזרחיות, לאמור כי "בבקשות ביניים רשאי (המצהיר) להצהיר גם לפי מיטב אמונתו ובלבד שיציין את הנימוקים לכך" (ההדגשה שלי), בין אם נראה – טכנית – בעתירה לצו־על־תנאי משום בקשת־ביניים ובין אם לאו, שהלא העיקר כאן הוא שאמירה סתמית "לפי מיטב האמונה" (או הידיעה), ללא הצבעה על העובדות שבתשתית האמונה (או "מיטב הידיעה"), אינה כלל בגדר אימות, מן הסוג שהמערכת השיפוטית אמורה לפעול על־פיו. מבחינה זו לוקה הטופס הנזכר בחטר, שכן טכנית אין הוראת תקנה 521 הנדונה חלה על הליכי הבג"ץ, הן משום שהתקנות האזרחיות אינן חלות (תקנה 2 לתקנות האזרחיות), אלא על־פי החלה פרטנית וקונקרטית של הבג"ץ (תקנה 20(ב) לתקנות הבג"ץ), והן משום שלעניין הליכי הבג"ץ הותקנו תקנות מיוחדות, ואף נקבעה מתכונתו של התצהיר האמור לאמת את העתירה.

37. המאמר, הקטע השני בעמ' 322.

nevo.co.il

"אפשר שההליך השיפוטי יהיה הדרך היחידה לבירור העובדות הדרושות להחלטה בשאלה אם אכן נפל פגם בשיקול־הדעת המינהלי".

בהקשר האמור – וללא קשר ענייני ישיר לנושא הנדון ושלא על־פי הדין המצוי אלא כחומר־למחשבה באשר לדין הרצוי – ייתכן כי ראוי הוא שההליכים לאיסוף מידע, כגון הצגת שאלונים ועיון במסמכים, לא יהוו רק הליכי־ביניים הנקטים במהלכה של התדיינות משפטית, אלא יהיו הליך עצמאי ונפרד שיכול לנקוט כל "טוען" לזכות, ושבאמצעותו יוכל לברר האם יש בנמצא ראיות מספיקות המקימות לו זכות, בין זכות שיוכל למשה באורח ישיר, מבלי להיזקק לערכאות, ובין זכות שמימושה ידרוש פנייה לערכאות.

במה דברים אמורים? לפי המצב המשפטי הקיים, אדם ה"חושד" שמא קנויה לו זכות משפטית כלשהי אך אין בידו ראיות של ממש לביסוסה, ואפילו לא ראשית־ראיה מן הסוג המאפשר לו להצהיר "לפי מיטב ידיעה ואמונה", נזקק לפנות לערכאות בכתב־תביעה המכיל טענות־עובדה משוערות, הנטענות לעתים קרובות להלופין, על מנת לוודא את המצב לאמיתו באמצעות הליכי הביניים הנדונים. מובן שאין זה ראוי והגיוני לפתוח בתובענה על־ידי טיעוני עובדה לא־מבוססים רק כדי לזכות להגיע במהלכה להליכי־הביניים הנזכרים במגמה להשיג מידע שבלעדיו צפויה התובענה, מלכתחילה, לכישלון. להבדיל מן המגמה שנועדה להליכים אלה, לסייע בידי בעלי־הדין לערוך ולהשלים את ראיותיהם במסגרת בירור התובענה. מובן שקביעת הסדר כאמור של הליכי בירור עצמאיים ונפרדים, כלומר שלא במסגרת של תובענה קיימת – אם יימצא שראוי להנהיגו – יחייב לכלול בו הוראה מתאימה בדבר תשלום הוצאות לצדדים שנגרמו להם טרחה והוצאות עקב הפעלת ההליך.

ה. "החלשת" חזקת התוקיות בשלב בירור העתירה להוצאת צו־על־תנאי

בסיכום דיונו בנושא חזקת התוקיות, אומר המחבר[38] כי

> באופן כללי יש טעם להנמיך את המחסום של חזקת התוקיות בשלב הראשון של ההתדיינות, כלומר, לצורך מתן צו־על־תנאי המזמין את הרשות להציג את עמדתה בפני בית־המשפט.

אני מסכים עם המחבר כי אין להקשות יתר על המידה עם העותר בשלב הבחינה אם יש הצדקה להוציא צו־על־תנאי. אולם, לדעתי, זה המתחייב מן הדין הקיים, והוא מתבקש מן המבנה של ההליך ומאופיו. במלים אחרות, לא רק הצהרה על קיום עובדות המצביעות על פגם בפעולת הרשות או במחדלה, והמקימות את עילת העתירה, מצדיקה את הוצאת הצו־על־תנאי, כי אם גם הצבעה על "יש רגליים לדבר", כלומר על אמונה שאינה קלוטה כולה מן האוויר אלא היא נסמכת על נסיבות מחשידות, מצדיקה הוצאה של צו־על־תנאי.

38. המאמר, עמ' 307, הקטע השני.

nevo.co.il

מובן שההחלטה צריכה להיות פועל־יוצא של שקלול הנסיבות: בה בעת שקיומו של חשד קל להפרה של הוראה בתחום סדר הדין בעניין מינהלי שלא גרמה לעיוות דין לא תצדיק הוצאת צו־על־תנאי – אותו חשד קל, בהיותו מתייחס למעשה־שחיתות תמור, עשוי להצדיק הוצאת צו כאמור. בפועל, תקנות הבג"ץ מאפשרות בעניין זה גמישות, אם על דרך הזמנת המשיב לדיון עוד בשלב בירור העתירה להוצאת צו־על־תנאי, ואם על דרך הדיון בעתירה תוך "דילוג" על הוצאת צו־על־תנאי.[39]

בצדק מציין המחבר כי שיקולי הרשות הם לעתים קרובות סתומים, וכיצד ידע הנפגע אם ההחלטה בענייננו התקבלה בתום־לב או מתוך שיקולים פסולים? על כך ניסיתי להשיב כי באין לו כל יסוד להניח כי ההחלטה היתה פסולה – ממילא אינו יכול לטעון כי זכותו נפגעה, ואינו יכול לעתור לקבלת תרופה. אלא שכאמור נוצרת לפעמים מראית־עין שיש בה כדי להחשיד. טלו, למשל, מקרה של מינוי שלטוני או מינוי סטטוטורי כלשהו, כשהממנה או המשפיע על המינוי מקורב לממונה, אם קרבת משפחה ואם קרבה תנועתית, או קרבת ידידות, או קרבה הנובעת מאינטרס משותף מכל סוג. במקרים מסוימים מסוג זה – אך בהחלט לא תמיד – מושפע המינוי מן הקרבה, וככך הוא פסול. העותר – הרואה את עצמו מועמד עדיף על פני זה שנתמנה, או שהינו "עותר ציבורי", אינו יכול להוכיח כי בפועל הושפע המינוי משיקולים זרים. אך אם הנסיבות "מדברות" על אפשרות סבירה לכך כי במינוי עורבבה "מנה ממשית" של שיקול לא־ענייני, או "מנה מופרזת" של שיקול שמותר להביאו בחשבון אך אינו צריך לשקול יתר על המידה – די בכך כדי להצדיק דרישה מן המשיב להראות כי פעל כדין. דרישה זו "להראות" משמעה הוצאת צו־על־תנאי, ולא זו בלבד שאין הכרח להוכיח מניעים פסולים להחלטה, ודי בחשד סביר על מנת להצדיק הוצאת צו־על־תנאי, אלא שבמצבים מסוימים נסיבות אובייקטיוויות תמוהות ולא־מוסברות כהלכה דיין אף להצדיק מתן צו החלטי. כך היה בעניין **מוסקוביץ נ' מועצת השמאים**,[40] שבו נפסלה התלטת מועצת השמאים שהכשילה את העותר בכמה בחינות, שהתצלחה בהן היא תנאי להירשם בפנקס שמאי המקרקעין. המניע הפסול להגביל את מספר הנכנסים למקצוע הוסק מכמה וכמה נתונים אובייקטיוויים, ובמיוחד מן השיעור הנמוך מאוד של אלה שעמדו בבחינות.

למניעת מה שמכונה "מינויים פוליטיים", ומינויים פגומים אחרים, הוציא היועץ המשפטי לממשלה הנחיות בעניין מינוי בעלי תפקידים מסוימים בחברות ממשלתיות ובתאגידים סטטוטוריים.[41] עיקרן של הנחיות אלה בכך שכל מינוי שיש בו משום קרבה – תנועתית, אישית או אחרת – בין הממנה למועמד למינוי מצריך בחינה מיוחדת של מעלותיו הענייניות של המועמד. ואת כדי למנוע מצב שבו המינוי נגרם – בלעדית או חלקית – משום אותה קרבה, ובנסיבות פסולות. פעולה על־פי הנחיות אלה מיועדת למנוע התהוותם של מצבים "חשודים" כאמור, שמעצם מהותם מטפקים "הזדמנויות"

39. על־פי האמור בתקנה 7 לתקנות הבג"ץ.

40. בג"צ 571/89, פ"ד מד (2) 236.

41. הנחיה מס' 28.016 מיום 2 בינואר 1991, הנחיה מס' 28.017 מיום 26 בספטמבר 1991, והתוספת להנחיות אלה מיום 11 באוקטובר 1992.

nevo.co.il

לפעילות פסולה, והמעוררים משום כך חשש וחשד – בלב הציבור בכלל ובלב העותרים בפרט – כי החלטות מינהליות שהתקבלו באותן נסיבות התקבלו מטעמים או ממניעים פסולים. וכשם שמצבים "חשודים" כאמור הצדיקו קביעת הנחיה מינהלית מראש למניעת התנהגות פסולה בגדרם, כך אף פעולה בגדרם (שלא על־פי הנחיה "מונעת") מצדיקה דרישה שיפוטית למתן הסבר בדיעבד, כלומר מתן צו־על־תנאי.[42]

ו. אמצעי בירור במהלך הדיון בהתנגדות

בהמשך מאמרו,[43] דן הפרופ' זמיר באמצעים נוספים שבהם אמור העותר בבג"ץ להסתייע בהוכחת העובדות שבעילת עתירתו, לאחר קבלת התשובה ובעת הדיון בהתנגדות, דהיינו דרישת פרטים נוספים, הצגת שאלונים וגילוי מסמכים.

באשר לדרישת פרטים נוספים, המחבר מדגיש, כי דרישת העותר לפרטים כאלה יכולה להיות מופנית רק כלפי המשיבים ולכן רצוי הדבר – ככל שהעותר זקוק להשלמת התשתית העובדתית – כי יעצב בהתאם לכך את רשימת המשיבים לעתירתו, ובלבד שעשויה להיות להם נגיעה לעניין במהלך הדיון. ושוב, מן הבחינה הטקטית הליכה בדרך זו עשויה לעתים לסייע בידי העותר, אך מן הבחינה העקרונית אין זה כמובן הגיוני וראוי לעשות בני אדם למשיבים מתוך מגמה לקבל מהם ראיות, ולעתים יהיה ככך אף כדי להכשיל. ממה בנפשך: אם מדובר בבני־אדם או בגופים המעורבים בדרך זו או אחרת במושא ההתדיינות בבג"ץ, או שהם עלולים להיפגע מדיון זה או מתוצאותיו – כי אז צירופם כמשיבים מתחייב ממילא מכוח הדין, ודרוש לעצם הבירור שהועמד על הפרק; והיכולת לקבל מהם פרטים נוספים תיגזר מן הנסיבות ומן הצרכים המשתיים כפי שימצאו את ביטוים במהלך ההתדיינות, ובלבד שהגישו תצהיר־תשובה לטענות אשר בעתירה.[44] ואם צירופם של בני אדם או גופים פלוניים כמשיבים אינו מתחייב מעצם הנסיבות – ממילא לא יהיה ניתן לדרוש מהם פרטים נוספים, שכן לא דק שבמקרה כזה לא יימצא לפני הבג"ץ תצהיר־תשובה שניתן לדרוש לגביו "פרטים נוספים ומפורטים יותר", אלא שאף לא יהיה מקום לצרף משיב שיוכל להגיש תצהיר־תשובה.

ובאשר ל"סיכון" האפשרי הנובע מהרחבת הדיעה מתוך רצון "להשלים את התשתית העובדתית" – "סיכון" אפשרי כזה לעותר נובע מכך שככל שהפרטים הנוספים שיידרשו אינם מצויים כבר בידיעת העותר – גילוים עלול אף להכשילו, משום שתוכנם סותר את עמדת העותר בעתירתו ותומך בהצדקת התנהגות המשיב שכנגדה הוגשה העתירה. אם

42. ברוח ההנחיות הנזכרות לעיל הוספו אחר־כך הוראות לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, בחוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג-1993.

43. בפרק ג, החל בעמ' 308.

44. שכן אין "פרטים נוספים ומפורטים יותר" אלא לעניין "נימוקים שבעובדה או שבחוק שפורשו בעתירה או בתצהיר התשובה, הכל לפי העניין", כאמור בתקנה 11 לתקנות הבג"ץ, ואילו רשות או אדם שאין נטענים כנגדם או בעניינם טענות המצריכות את תשובתם – ממילא לא יהיה ניתן לדרוש מהם פרטים נוספים.

דרישת הפרטים הנוספים מתייחסת לעובדות הידועות כבר לעותר "לפי מיטב הידיעה והאמונה", וכל כוונתו בדרישתם היא לחזק את החומר הראייתי שלפני בית־המשפט – תהיה הדרישה מוצדקת, אלא שהכתובת להפנייתה לא תוכל להיות ממילא אלא המשיבים שצירופם לעתירה מתחייב בלאו הכי על־פי תוכן העתירה, כאמור לעיל. במלים אחרות, עצם הדרישה לפרטים נוספים אינה יכולה לבוא אלא מקום שקיים תצהיר־תשובה הדורש השלמה, ותצהיר־תשובה אינו מוגש אלא בידי אדם המוצא להתנגד לעשיית הצו־על־תנאי להחלטי.[45] כלומר, שצירופו כמשיב מתחייב מן הנסיבות, להבדיל ממי שמצורף כ"סָפָק" מידע" אפשרי.

ועוד נקודה, שבה אולי העיקר. פרטים נוספים ומפורטים יותר כשמם כן הם: פירוט והשלמה של מה שמצוי כבר ולא חומר נוסף שעדיין אינו מצוי, וכיצד ידע העותר בשעת הגשת עתירתו מה יהיו נימוקי המשיבים בתשובותיהם, כך שמראש יוכל לבקש להם פרטים נוספים? שהלא, כאמור, פרטים נוספים אינם אלא השלמה ופירוט לנימוקים שהומצאו, ונראה הדבר מלאכותי מאוד ודחוק לצרף אדם כמשיב שמא יהיו בתשובתו נימוקים הדורשים השלמה ופירוט, שיסייעו לעותר.

ועוד אומר המחבר בעניין דרישת הפרטים הנוספים. הואיל ואין ניתן לדרוש פרטים נוספים אלא לנימוקים הכלולים בעתירה או בתשובה, הרי ש"אם העותר מתכוון לבקש פרטים נוספים, לאחר שקיבל צו־על־תנאי, כדאי לחשוב על כך כבר בזמן הניסוח של ה"נימוקים" לעתירה".[46]

עניין זה אינו מובן. כאמור, לא ניתן כלל לומר כי יש עותרים ה"מתכוונים", לפני שכתבו את נימוקיהם לעתירה, לבקש פרטים נוספים "לאחר שיקבל(ו) צו־על־תנאי". אין עותר יכול "להתכוון" לבקש פרטים נוספים על פרטים בטרם קיבלם ויודע מהם. שמא הפרטים לא ידרשו פירוט נוסף? כיצד ניתן להחליט מראש לדרוש "השלמות" בטרם יודעים מה התקבל?

באשר להצגת שאלונים ולגילוי מסמכים – מכשירים אלה כלל אינם מוזכרים בתקנות הבג"ץ, אלא ש"ייבואם" מן התקנות האזרחיות אפשרי באמצעות הוראת תקנה 20(ב) לתקנות הבג"ץ, שלשונה היא:

> 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.

בעניין זה אני מסכים לגמרי עם גישת המחבר, שלפיה:

כיוון שהטעמים נגד בקשות להצגת שאלונים או גילוי מסמכים

45. כאמור בתקנה 9 לתקנות הבג"ץ.

46. המאמר, בעמ' 308, סוף הקטע השני.

nevo.co.il

> בבג"ץ רופפים, מידת הצדק מחייבת מידה של גמישות כלפי בקשות אלה.[47]

הטעמים המובאים כרגיל נגד קיום האמצעים של הצגת שאלונים וגילוי מסמכים בבג"ץ הם טעמי יעילות. על כך יש להשיב, כפי שמשיב המחבר, מה לי טעמי יעילות אם יש בהם לסכל את עצם הטעם שבזכות להתדיין. שכן הזכות להתדיין מבלי היכולת לעשות שימוש בכלי־התדיינות ראויים מרוקנת במידה רבה את הזכות מתוכנה. ובאין יכולת לעשות שימוש שגרתי בכלי ההתדיינות העיקרי – העדת עדים, עולים בחשיבותם כלי־המשנה השונים.

מובן שאם יורחב ויגובש הדין המהותי בדבר זכות העיון של האורת במידע האצור בידי הרשות – יפותח הצורך לעשות שימוש בהצגת שאלונים ובגילוי ועיון במסמכים במהלך ההתדיינות בבג"ץ, יתר על כן – ובבך העיקר – זכות מהותית לעיון במידע שבידי הרשות תָמנע מעיקרא עתירות שאינן מבוססות דיין ו"תחזק" עתירות מוצדקות, ואולי אף תרתיע את הרשות מלהתדיין בעתירות שאינן מבוססות דיין. כיום זכות העיון במידע שבידי הרשות – שלא בזיקה להליכי־משפט – אינה כללית ומוגדרת במידה מספקת; היא כתובה עלי ספר לגבי "מי שזכאי להגיש ערר על החלטתה של רשות מינהלית", כאמור בסעיף 30 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, וזכרה אף בא בפסיקה, למשל בבג"צ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי־הדין, ירושלים.[48] מובן שבנוסף על כך קיימת זכות העיון, אם מלאה ואם חלקית, במרשמים שונים בעלי אופי שלטוני והמנוהלים על־פי דין, כגון מרשם האוכלוסין, מרשם המקרקעין, רשם החברות, ועוד ועוד.

ז. חקירת המצהירים

סוג נוסף של אמצעי הוכחה שעליו עומד הפרופ' זמיר, הוא החקירה של המצהירים על תצהיריהם. גם כאן – כמו בשימוש בסדר־דין הקבוע לעניינים אזרחיים – אין קנויה לצד בבג"ץ זכות־חקירה של המצהירים,[49] אלא הדבר נתון לשיקול־דעתו של בית־המשפט, כאמור בתקנה 18(א) לתקנות הבג"ץ. אני מסכים עם המחבר כי חקירת המצהיר על תצהירו, בהליכי בג"ץ, הינה בעלת חשיבות מיוחדת במינה, וזאת מפאת אי־השמעת עדים. הבדל גדול קיים בין טיעון כפי שהוא מופיע בתצהיר, שלעתים קרובות הוא מעוצב על־פי צורכי עמדתו של בעל הדין במשפט (גם אם אינו שקרי), ו"מדלג" ו"מחליק" על נקודות העשויות להיות מהותיות, לבין דברים העולים וצפים במהלך חקירת שתי וערב. וכפי שמעיר המחבר בצדק, עצם הידיעה כי התצהיר אינו "סוף פסוק" והמצהיר עשוי להיחקר עליו בחקירת שתי וערב יש בה כדי לדרבן את הרשות לדקדק עם מה שמצהירים מטעמה, ואת המצהיר – להקפיד על מה שהוא חותם. אך העיקר: עצם התובה להצהיר

47. המאמר, עמ' 311 למטה.
48. פ"ד כה (1) 325, 330 ז.
49. כאמור בסעיף 17 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

nevo.co.il

ו"לעמוד מאחורי" ההצהרות לפני תחילת ההתדיינות היא עצמה יש בה לייתר התדיינויות שאינן מבוססות דיין; וזהו אחד הנימוקים העיקריים להצעה שחובת האימות בתצהיר תונהג בכל הליך אזרחי.

ח. "תיק" הרשות

בהמשך דן פרופ' זמיר באפשרות שהרשות תחויב, אם שלא בהקשר של דיון שיפוטי ואם במהלך הדיון לפני בג"ץ, לאפשר לאזרח (או לעותר) לעיין בתיק הנוגע לענין או שהתיק יועבר לעיונו של בית־המשפט. בנושא זה דנתי לעיל,[50] ועקרונית נראית לי הצעתו של המחבר המחייב עניין זה. ראוי כי הדבר (באשר לחובות הרשות במהלך ההתדיינות) יוסדר בתקנות.

בהקשר זה יכולה להישאל השאלה: מדוע "יחטט" בית־המשפט בתיקי בעל־דין שהוא רשות שלטונית, בעוד שנהוגה אצלנו השיטה האדוורסרית, ובעל דין "אזרחי" אינו חייב לגלות מידע אלא על־פי כללים מסוימים, השווים לכל המתדיינים? התשובה על כך היא – והמתבר אף מזכירה – שרשות שלטונית אינה אלא נאמן הציבור, ולכן ראוי כי לענייננו יוסה במידת־מה האיזון שבין "זכויות" הצדדים ויוטל על הרשות מה שאינו מוטל על מתדיין "פרטי".

עד כאן הצד העקרוני, אלא שבפועל הדברים אינם כה "חלקים". המתבר מדבר ותוהד ומדבר על "תיק" הנוגע לעניין. אולם תיק מסודר – אם בכלל – קיים רק בהליך מוגדר, בעל מבנה פורמלי קבוע, ואילו בענייניים רבים ושונים קיימת רק "תפוורת" של מכתבים, המתויקים – אם בכלל – בתיקים שונים, שיחות טלפון, סיכומים בעל־פה, חילופי־דברים אקראיים, וכיוצא באלה. ואף אם נאמר כי הרשות השלטונית מסוגלת[51] לרכז את כל הפריטים היחידים האלה ממקורותיהם השונים ולעשות מהם אגודה ("תיק") אחת – הכיצד נדע כי לפנינו אכן נמצא "תיק" ממצה?

אם נצא מן ההנחה כי "חומר פנימי" או כזה שגילויו עלול לפגוע באינטרס של צד שלישי אינו ניתן לעיון, כפי שנקבע בסעיף 30(ב)(5) ו־(6) לחוק בתי־דין מינהליים, התשנ"ב-1992, ובהוראות דומות – יצא כי כמעט לא נותר בתיק אלא מה שידוע ממילא לעותר או שיכול הוא לבדר בהליך של דרישת פרטים נוספים,[52] "פתיחת" תיק הרשות לפני כל אורח מעוניין תקבל את מלוא ערכה רק אם ייפתח לעיון, ככלל (עם חריגים מבוררים וצרים), גם החלק ה"פנימי" של התיק, כלומר חילופי־דברים פנימיים ברשות בקשר לעניין הנדון. נראה לי כי אין לפסול אפשרות כזו על הסף, והיא ראויה לבדיקה ממצה.

50. הקטע האחרון של פרק ו לעיל.
51. דבר המוטל לעתים בספק רב מאוד.
52. שכהתחשב באי־אפשרות עקרונית לנקוט בבג"ץ אמצעים של שאלונים וגילוי ועיון במסמכים – ראוי כי יאפשרוה על דרך ההרחבה.

nevo.co.il

לאמיתו של דבר, האמצעי של "עיון בתיק הרשות" אינו אלא הכנסה "בדלת האחורית" של הליך ה"עיון במסמכים". הליך זה קיים לגבי הליכים "אזרחיים" ואינו נוהג – ככלל – בדיון הבג"ץ, שבו יש לו אולי יתר הצדקה. על כל פנים, דומה, כאמור, כי באופן עקרוני הדבר רצוי, כשהנקודה הבעייתית היא שאלת האפשרות לעיין אף ב"תומר פנימי". באשר לדרך הפעולה הרצויה במצב המשפטי הקיים, נראה לי כי אין כל סיבה שלא לאפשר בדיון בבג"ץ שימוש נרחב יותר לא רק בדרישת פרטים נוספים ומלאים יותר על אלה הכלולים בתצהירי הצדדים, אלא אף בשאלונים ובעיון במסמכים. כל זה אינו צריך לגזול זמן רב, וניתן לסכם את השימוש בהם בישיבה הראשונה שבה מופיעים שני הצדדים לפני בית־המשפט או השופט או הרשם; נראה כי לשם כך ראויה התאמה מסוימת של התקנות.

ט. בירור עובדות בבג"ץ

נותר הקושי העקרוני שעל בית־המשפט העליון לברר עובדות, ועל כך עומד המחבר בסיכום דבריו.[53] ההיגיון מחייב כי רוב הסכסוכים המינהליים יידונו בפני כתי־משפט שלום ובתי־המשפט המחוזיים (לפי מבנה המערכת בשעה זו). אבל כל עוד נידונים סכסוכים אלה, ככלל, ללא שמיעת עדים, ראוי להרחיב את היקף המקרים שבהם נחקרים מצהירים, הגם שכל חקירה ראוי לצמצמה למינימום הכרחי, וכן לאפשר במקרים המתאימים לנקוט הליכי־ביניים־לליבון־עובדות הנהוגים בבית־משפט אזרחי. דומה כי בסך הכול לא יגרום הדבר להרחבה ממשית של פרקי־הזמן הקצובים לדיונים אלה, ובלבד שתיקבע לכך מסגרת ארגונית רציונלית בתקנות.

י. סיכום

מאמרו של פרופ' זמיר בנושא הנידון הוא מאלף, וראוי כי בית־המשפט הגבוה לצדק, והמתדיינים, יתנו את דעתם על הנקודות הנדונות בו. כל מה שביקשתי להראות בהערותי אלה הוא כי דרכי ההתדיינות לפני בג"ץ במחלוקות שבין הפרט לבין הרשות או השלטון, אינן ייתודיות ושונות ונפרדות באופן עקרוני מדרכי ההתדיינות האדוורסריים הכלליים הנוהגים בארץ בכל עניין אזרחי, כפי שיכול להתקבל הרושם מעיון בפרטי ההתייחסות של המחבר אל כל סוגיה וסוגיה, אלא הן וריאציה מסוימת בתוך המסגרת הכללית של עקרונות סדר־הדין ודיני הראיות, כשוודיאציות בדומה לה – לפחות בעניינים אחדים – נוהגות אף בבתי־המשפט ה"רגילים".

בסיכום דבריו המחבר ממליץ לעשות שימוש, במקרים המתאימים, באמצעים או בהליכי־ביניים הנוהגים בהתדיינות אזרחית רגילה. הוא מוצא לנכון להפנות לאמצעים אלה מחמת הקושי שנוצר בסדר הדין המיוחד הנוהג בבג"ץ, להוכיח את העובדות הדחופות הוכחה, ובמיוחד פגמים בשיקול־הדעת המינהלי. לדעתי, אין זה ראוי לראות באמצעים

53. המאמר, עמ' 322, פרק ח.

nevo.co.il

אלה אמצעים מיוחדים הבאים להתגבר על קשיים מיוחדים האופייניים לבג"ץ ולהתדיינות בנושאים מינהליים, אלא יש לראות בהם, מעיקרא, חלק "תקני" ושגרתי במהלך ההתדיינות לפני בג"ץ. את התקנה 20(ב) לתקנות הבג"ץ, הקובעת כי "בכל עניין שלא נקבע בתקנות אלה רשאי בית־המשפט, לפי שיקול דעתו, אם ראה צורך בכך לעשיית צדק, לנהוג כדרך שנוהגים במשפט לפני בית־משפט מתחי", ראוי לראות בהוראה מובנית של סדד הדין בבג"ץ, שיש לעשות בה שימוש כל אימת שהנסיבות מחייבות, כלומר אם הדבר מתבקש לעשיית משפט צדק, כפי שנקבע בתקנה עצמה.

נכון שברוב המקרים, ככל הנראה, ההחלטה בעתירות בבג"ץ אינה נובעת, כולה או בעיקרה או אפילו במידה ניכרת, מן ההכרעה שבין גרסת העותר לגרסת המשיב כפי שהן מגולמות בתצהיר העתירה מצד אחד ובתצהיר התשובה מצד אחר, אך ברור הדבר שלעתים לא ניתן לפסוק באורח צודק בעתירה אלא לאחר הכרעה בעובדות הנתונות במחלוקת וליבון מלוא הרקע של המחלוקת, וכואת לא ניתן לעשות בדרך של עיון גרידא בתצהירי הצדדים. נראה כי במקרים כאלה לא רק שחקירת המצהירים היא חיונית, אלא שלעתים רצוי וראוי לחקור עדים נוספים. כאשר העותר והמשיב מצהירים "לפי מיטב הידיעה והאמונה", הרי שלעתים קרובות מיטב הידיעה והאמונה נובעות מדברי אחרים, כלומר בני אדם שאינם הצדדים עצמם או שלוחיהם, ואז ייתכן שליבון ראוי יימצא לא בחקירת הצד אלא בחקירת מי שיכול למסור את העובדות מידיעה אישית.

לכאורה מדובר כאן על הרחבה ניכרת של יריעת הדיון, אלא שהדבר מתחייב מעצם מטרת ההתדיינות, וחקירה בנושאים מינהליים יכולה וצריכה להיות קצרה. דומה כי חקירת הצדדים יכולה ברוב המקרים לייתר הצגת שאלונים. באשר לעיון במסמכי הרשות, שלא במסגרת של התדיינות תלויה ועומדת, ראוי, כאמור, כי הדין המהותי בעניין זה יגובש בדבר תקיקה. ובאשר לעיון במסמכים במהלך ההתדיינות – ראוי כי יותקנו בעניין זה תקנות מיוחדות במסגרת תקנות הבג"ץ, באופן שוכות העיון (בהגבלות הנדרשות) תהיה נתונה משעת הגשת העתירה, או על־פי צו שיינתן בחלק המקדמי של הדיון.

nevo.co.il