

דו"ח המועצה המשפטית של אנגליה על הביקורת השיפוטית

יצחק זמיר*

א. מבוא. ב. המועד להגשת עתירות. ג. שילוב סעד כספי בעתירה.
ד. מתן סעד בעניינים תיאורטיים. ה. סיכום.

א. מבוא

המועצה המשפטית של אנגליה (The Law Commission) הוקמה מכוח חוק בשנת 1965 כדי לקדם רפורמות במשפט.¹ בחודש אוקטובר 1994 פרסמה המועצה המשפטית דין וחשבון בדבר הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי (להלן, הדו"ח).² אין זה הדו"ח הראשון של המועצה המשפטית של אנגליה העוסק בביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי. בשנת 1976 פרסמה המועצה דו"ח על הסעדים במשפט המינהלי.³ בעקבות דו"ח זה נערכה רפורמה של סדר הדין בעניינים מינהליים בבית המשפט הגבוה לצדק של אנגליה. הצווים הפררוגטיביים המיושנים, כמו צרטיוררי (צו בירור) ומנדמוס (צו עשה), הכבידו על ההתדיינות בשל מורכבותם וההבדלים ביניהם. לפיכך הוחלפו צווים אלה, לפי המלצת המועצה המשפטית, בסדר דין אחיד לכל העניינים המינהליים, הלא היא העתירה לביקורת שיפוטית.⁴

* שופט בית המשפט העליון.

1. על המועצה המשפטית באנגליה ראו מאמר מאת פרופ' ג' ביטסון, לעיל עמ' 47.
2. Report on Administrative Law: Judicial Review and Statutory Appeals (1994) Law Com. No. 226. על הדו"ח חתומים תמשת חברי המועצה המשפטית, ובהם פרופ' ג' ביטסון, שחיבר את המאמר המתפרסם בחוברת זו (לעיל, הערה 1). על דו"ח זה ראו, R. Gordon, "The Law Commission and Judicial Review", (1995) Public Law II.
3. Report on Remedies in Administrative Law (1976) Law Com. No. 73.
4. Application for judicial review, בישראל התרחשה רפורמה דומה כמו מאליה, ללא חקיקה.

מאז חלה התפתחות רבת, והתגלו הסרונות של ממש בביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי באנגליה, מצדדים שונים נשמעה קריאה לערוך רפורמה נוספת במשפט המינהלי. המועצה המשפטית נענתה לקריאה. לאחר מחקר ממושך ויסודי פרסמה המועצה המשפטית בשנת 1993 נייר עמדה (מס' 126). היא החליטה שלא לעסוק בנייר עמדה זה בעילות הביקורת, אלא להניח נושא זה לבית המשפט, שיפתח אותו באמצעות הפסיקה, והגבילה עצמה לסדר הדין. מטרתה היתה בעיקר לעצב סדר דין, שיאפשר ביקורת שיפוטית מהירה וסעד יעיל לאזרח שנפגע מהחלטה מינהלית.

נייר העמדה הופץ ברבים כדי לקבל הערות והצעות. התקבלו 147 תשובות מאת שופטים, עובדי ציבור, עורכי דין, אקדמאים ואחרים. כמו כן גערכו כנסים מקצועיים לדיון בהמלצות שפורטו בנייר העמדה. פורסמו מאמרים על היבטים שונים בדו"ח המועצה בכתבי-עת משפטיים ואחרים. בסופו של תהליך זה התפרסם לאחרונה הדו"ח הסופי והונח לפני הממשלה יחד עם טיוטה של חוק, שהכינה המועצה המשפטית, על מנת לממש את המלצות המועצה.

רבות מהמלצות הדו"ח אין בהן רבותא מבחינת המשפט בישראל. מקצתן מצאו את דרכן אל המשפט בישראל זה מכבר, אם מכוח ההלכה ואם מכוח הנוהג. כך, למשל, ממליץ הדו"ח שבית המשפט המבקד החלטה של בית דין מינהלי יהיה מוסמך לא רק לבטל את ההחלטה ולהחזיר את העניין לדיון נוסף בפני בית הדין, אלא גם לתת את ההחלטה אשר, לדעתו, ראוי לתת לגוף העניין הנדון, ובכך לסיים את ההתדיינות באותו עניין (פסקה 8.16 לדו"ח). והרי כך בית המשפט שלנו נוהג זה זמן רב מעשה שגרה. כך גם ממליץ הדו"ח כי בית המשפט יהיה מוסמך לתת פסק הצהרתי זמני (פסקה 6.21). עד כה סירב בית המשפט של אנגליה לתת פסק הצהרתי זמני, בטענה שסעד כזה יש בו סתירה פנימית. אך הדו"ח מציין שיש יתרון לסעד זה, ומצביע על כך שאומץ, בין השאר, גם בישראל.⁵ ויש בדו"ח גם המלצות המתייחסות לסדרי דין שאין להם מקבילה בישראל, ולכן גם אין בהן עניין מבחינת המשפט הישראלי. אולם יש בדו"ח המלצות אחרות שיש בהן כדי לעורר מחשבה מנקודת המבט של המשפט בישראל.

אני מבקש להציג שלוש המלצות כאלה: לעניין המועד להגשת עתירות לבית המשפט; לעניין הסמכות של בית המשפט לשלב סעד כספי בעתירה לביקורת החוקיות של החלטה מינהלית; ולעניין האפשרות לתת סעד בעניינים תיאורטיים.

או החלטה רשמית, זמן קצר לאחר הקמת המדינה: העותרים לבג"ץ חדלו באופן הדרגתי לציין איזה צו פררוגטיבי הם מבקשים (הביאס קורפוס, מנדמוס, צרסורדי וכו'), ומתוך הסכמה שבשתיקה מצד בית המשפט, החלו מסתפקים בתיאור הסעד שהם מבקשים, כגון עשיית מעשה מסוים או ביטול החלטה מסוימת.

5. הדו"ח מפנה (בפסקה 6.21) אל פסק הדין שנתן בעניין זה בית המשפט העליון בישראל עוד לפני 15 שנה: ע"א 144/79 יוטבין מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 344. פסק הדין זה הובא כלשונו, בתרגום לאנגלית, במגמה לשכנע את הקהילה המשפטית באנגליה, כנספח לספר Zamir and Woolf, *The Declaratory Judgment* (2 ed., 1993) 301.

ב. המועד להגשת עתירות

כאשר הדין מעניק לאדם זכות לערור או לערער על החלטה מינהלית בפני בית-דין מינהלי או בפני בית-משפט, הוא קובע גם מועד לערר או לערעור, כגון בתוך 30 ימים או 45 ימים מיום שהגיעה החלטה לידיעתו. כאשר הדין אינו מעניק זכות ערר או ערעור, והביקורת השיפוטית מופעלת בדרך של עתירה אל בית-המשפט הגבוה לצדק, אין בדין מועד להגשת העתירה. במקרה זה חל הכלל בדבר שיהוי. לפי כלל זה אין מועד קבוע להגשת עתירה, אך בית-המשפט עשוי לדחות עתירה בשל שיהוי בהגשתה – בין שיהוי סובייקטיבי ובין שיהוי אובייקטיבי – אם השיהוי גרם לשינוי המצב לרעה והוא עלול, לכן, לגרום נזק לרשות המינהלית, לצד שלישי או לציבור רחב.⁶

השיהוי תלוי בנסיבות, ואלו נתונות להערכת בית-המשפט. מכאן שבית-המשפט אמור לנהוג בעניין זה בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, כדי לעשות צדק כפי שנראה לו ראוי באותן נסיבות. גמישות זאת יש בה ברכה, שכן היא מאפשרת להתאים את התוצאה לנסיבות, אך לא ברכה בלבד. יש בה, כתוצר לוואי, גם מידה רבה של אי-בהירות ואי-ודאות. בשל כך נוטים המשיבים לעתירות להעלות בפני בית-המשפט את טענת השיהוי לעתים קרובות, שאם לא יועיל גם לא יזיק. לא פעם הטענה מתקבלת או נדחית להפתעתו ולאכזבתו של צד זה או אחר שלא העריך נכונה את משקל השיהוי. יש בכך כדי להחליש את הזכות המינהלית, שהרי עותר עשוי לאבד את זכותו, אף שהוכיח כי זו נפגעה עליידי רשות מינהלית רק משום שלא הודרו לעתור לבית-המשפט מבעוד זמן.⁷

מכאן השאלה, אם ראוי לקבוע בחקיקה מועד להגשת עתירות בדומה למועד שנקבע בחקיקה להגשת ערעורים. יש פנים לכאן ולכאן. באנגליה נטתה הכף פעם לכאן ופעם לכאן. בתקנות סדר הדין משנת 1980 נקבע כי יש להגיש עתירה לביקורת שיפוטית במהירות הראויה, ולא יאוחר משלושה חודשים מאז שנוצרה עילת העתירה, אלא אם יש טעם טוב להארכת המועד. אך חוק משנת 1981 נמנע מלקבוע מועד להגשת העתירה, והסתפק בהוראה המסמיכה את בית-המשפט לדחות עתירה בשל שיהוי העלול לגרום פגיעה ממשית לאדם אחר או למינהל התקין. מכיוון שחוק זה לא ביטל את התקנה שקדמה לו, הדין החל באנגליה בעניין זה אינו בהיר ומעורר ביקורת.⁸

עכשיו המועצה המשפטית של אנגליה באה וממליצה בדו"ח שלה (פסקות 5.23-5.30) לקבוע מועד להגשת עתירות, כדי לקדם את הודאות, שיש לה חשיבות מיוחדת בעניינים מינהליים. בהתאם לכך ממליצה המועצה לקבוע בתקנות סדר דין כי עתירה תוגש בדרך כלל בתוך שלושה חודשים מן היום שבו נוצרה עילת העתירה. עם זאת, היא ממליצה כי

6. על השיהוי, ועל ההבחנה בין שיהוי סובייקטיבי לאובייקטיבי, ראו לאחרונה בג"צ 2285/93 נחום נ' ראש העיר פתח-תקוה (טרם פורסם).

7. ראו בג"צ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית-גת, פ"ד מב (1) 678, 692, השופט ברק.

8. ראו לדוגמה, Wade and Forsyth, *Administrative Law* (7 ed., 1994) 678-680; *Administrative Justice – Some Necessary Reforms* (Report of Justice) (1988) 155-157.

מועד זה יסויג לחומרה ולקולה. מצד אחד, ייקבע בתקנות אלה כי בית המשפט יהיה רשאי לרדות עתירה, אף אם הוגשה בתוך שלושה חודשים כאמור, אם לא הוגשה במהירות הראויה בנסיבות המקרה, ומתן הסעד המבוקש עלול בשל כך לגרום פגיעה ממשית באדם כלשהו או במינהל התקין. מן הצד האחר, יהיה רשאי בית המשפט להאריך את המועד אם נחה דעתו שקיימת סיבה טובה לשיהוי, ומתן הסעד המבוקש אינו עלול לגרום פגיעה ממשית באדם כלשהו או במינהל התקין.

יש מקום לשקול גם אצלנו את היתרונות כנגד החסרונות של ההסדר שהציעה בעניין זה המועצה המשפטית של אנגליה.

ג. שילוב סעד כספי בעתירה

הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות מכוונת, בראש ובראשונה, לברר את חוקיות ההחלטה. אם מתברר כי ההחלטה אינה חוקית, בית המשפט יכול לתת לעותר סעד בדרך של צו עשה, צו לא תעשה, צו ביטול או צו הצהרתי, לפי נסיבות המקרה. אולם לא פעם, כאשר החלטה לא חוקית גרמה נזק כספי, לא יהיה סעד כזה מלא, אלא אם יוכל העותר לקבל גם פיצויי כסף. האם בית המשפט, המופקד על הביקורת השיפוטית, מוסמך להורות גם על מתן סעד כספי?

שני ראשים לשאלה. ראשית מתעוררת השאלה אם מעשה מינהלי לא־חוקי הוא כשלעצמו עשוי להוות עילה לתשלום פיצויים. לדוגמה, נניח כי רשות מינהלית סירבה לתת רשיון או החליטה לבטל רשיון, ולאחר זמן התברר כי החלטתה לוקה בטעות של דין או בשיקולים זרים. האם במקרה כזה יש לעותר עילה לפיצויים במסגרת המשפט המינהלי, אף אם אין לו עילה לפיצויים במסגרת המשפט הפרטי, כגון לפי דיני החוזים או דיני הנזיקין? המשפט המינהלי של צרפת נותן לכך תשובה חיובית.⁹ ואכן, אין זה סביר או רצוי שהמשפט המינהלי יפגר בעניין זה אחרי המשפט הפרטי. המשפט הפרטי מסוגל לתת לאדם פיצוי מלא על נזק שנגרם לו על־ידי מעשה לא־חוקי של אדם אחר. וכי אין הרעת מחייבת שהמשפט המינהלי יהיה מסוגל אף הוא לתת פיצוי מלא לאדם שנפגע על־ידי מעשה לא־חוקי של רשות מינהלית? אפשר לומר שקל וחומר הוא, שאם אדם נפגע על־ידי רשות מינהלית, הפועלת בשם הציבור ולמען הציבור, מן הראוי הוא שהציבור כולו יפצה אותו אדם על הפגיעה.

כך אמנם פסק בג"ץ עוד לפני עשרים שנה, בהשראת המשפט הצרפתי.¹⁰ הלכה זאת עומדת בעינה עד היום. לאחרונה בית המשפט שב ואישר הלכה זאת.¹¹ אך זוהי, במידה רבה, בגדר הלכה ואין מורין כן. למעשה בג"ץ אינו נוהג לתת פיצויי כסף בגין החלטה מינהלית שאינה חוקית. החריגים המעטים מאוד רק מלמדים על הכלל. בדרך כלל אין

9. Brown and Bell, *French Administrative Law* (4 ed., 1993) 173 et seq.

10. בג"צ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כח (2) 449.

11. בג"צ 2167/90 מיקרונט בע"מ נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה (1) 45, 55; ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז (1) 667, 686-687.

העותרים מבקשים שבג"ץ יפסוק להם פיצויים, ובמקרים המעטים שבהם הם מבקשים, על-פי רוב אין הם נענים.¹² ואין זה ברור מהי הסיבה האמיתית או העיקרית לכך. האם לבו של בית-המשפט אינו שלם עם ההלכה היוצרת עילה חדשה לפיצויים, עילה מינהלית, לצד העילות הנוהגות במשפט הפרטי? אני סבור כי הסיבה העיקרית היא אחרת, כלומר, שבית-המשפט העליון אינו מתאים לדון כערכאה ראשונה בתביעות לפיצויים, ובמיוחד בשיעור הפיצויים, וכן שסדר הדין הנוהג בבג"ץ אינו מתאים כדי לקיים דיון ראוי בתביעות כאלה. אם אמנם כך, מעבר העניינים המינהליים מבג"ץ אל בית-המשפט האזרחי עשוי לשנות את המצב. אכן, זו היתה אחת הסיבות שהניעו את בג"ץ להחליט כי ענייני מכרזים ציבוריים יידונו בבית-המשפט האזרחי.¹³ הלכה למעשה, נראה כי כך אירע: בית-המשפט האזרחי, להבדיל מבג"ץ, אינו נרתע מלהעניק פיצויי כסף על הפרת דיני המכרזים הציבוריים.¹⁴ עם זאת, אפשר לטעון כי תחום המכרזים הציבוריים יחיד ומיוחד הוא, שכן בתחום זה הפיצויים מוענקים גם לפי עילה מוכרת במשפט הפרטי, כלומר, בגין הפרת החובה לנהוג בתום-לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, כנדרש בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. מכיוון שכך, לא נותר אלא לראות אם בתחומים אחרים, כגון בענייני תכנון ובנייה, שאף הם הועברו לאחרונה מבג"ץ אל בית-המשפט האזרחי, יהיה בית-משפט זה מוכן לתת סעד של פיצויים בעילה מינהלית, כלומר, בגין החלטה מינהלית לא-חוקית (כגון, סירוב לתת היתר בנייה על יסוד שיקולים פסולים), אף ללא עילה בחוזים או בנוזקין.

במשפט האנגלי, הדין בשאלה אם בית-המשפט רשאי לפסוק פיצויים בגין מעשה מינהלי לא-חוקי, באשר הוא נוגד את הלכות המשפט המינהלי, אינו פשוט ואינו ברור. במקרה של נזק הנובע ממעשה מינהלי לא-חוקי, שנגרם על-ידי הרשות בודון (ואולי די בכך שנגרם ביודעין), יש מקום לחייב את הרשות בפיצויים על יסוד עילה מיוחדת בנוזקין (Misfeasance in public office). עם זאת, עצם העובדה שמעשה מינהלי לא-חוקי גרם נזק כספי, אין בה (אם אי-אפשר להכניס את המעשה למסגרת של עוולה בנוזקין) כדי ליצור עילה לפיצויים.¹⁵ ואף שהדין בשאלה זאת מעורר בעיה, החליטה המועצה המשפטית שלא לדון בה, והסתפקה בהערה שההלכה הקיימת בשאלה זאת נתונה לביקורת, והגיע הזמן לבדוק אותה באופן יסודי (פסקה 2.32).

אולם המועצה המשפטית מתייחסת לראש השני של שאלת הסעד הכספי בגין מעשה מינהלי לא-חוקי: שאלת האפשרות לשלב בביקורת השיפוטית על חוקיות המעשה המינהלי תביעה לסעד כספי, כאשר ניתן לתבוע סעד כזה לפי אחת העילות המוכרות

12. ראו צ' ברנזון, "בית-המשפט הגבוה לצדק כפוסק פיצויי נזקים", ספר יצחק כהן (1989) 280; ד' ברק-ארז, "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 35.

13. בג"צ 991/91 פטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה (5) 50, 61.

14. ראו, לדוגמה, ע"א 700/89 (לעיל, הערה 11).

15. Administrative Justice – Some Necessary Reforms (לעיל, הערה 8) 334-348; ד' ברק-ארז (לעיל, הערה 12) 50-53.

במשפט הפרטי. הדין הקיים מאפשר כבר עתה לשלב במסגרת עתירה לביקורת שיפוטית גם תביעה לפיצויים, אם קיימת עילה לתשלום פיצויים במשפט הפרטי. אולם הדין הקיים אינו מאפשר לשלב במסגרת עתירה לביקורת שיפוטית גם תביעה להשבת כסף ששולם לרשות מינהלית שלא כדין או לתשלום סכום קצוב, אף אם קיימת עילה במשפט הפרטי לחייב בתשלום כזה. המועצה המליצה לשנות את הדין בעניין זה, ולאפשר שילוב תביעות כאלה במסגרת הביקורת השיפוטית (פסקות 8.5-8.8).

ביצוע המלצה זו אינו כרוך בקושי. כך הדבר משום שבאנגליה מופעלת הביקורת השיפוטית על-ידי בית-משפט של ערכאה ראשונה, ה-High Court of Justice. כידוע, בית-משפט זה דן גם בתביעות אזרחיות רגילות, לרבות תביעות לפיצויים ולהשבה. לכן לא היה קושי לקבוע בשעתו כי הוא יכול לשלב עתירה לביקורת שיפוטית עם תביעה לפיצויי כסף (כגון בנוזיקין). ולכן גם לא צפוי קושי בביצוע ההמלצה לאפשר שילוב של תביעות אחרות לסעד כספי בעתירה לביקורת שיפוטית.

אך לא כך בישראל. העתירה הרגילה לביקורת שיפוטית נדונה בישראל על-ידי הערכאה השיפוטית העליונה, כלומר, בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק. על-פי מהותו, סדרי הדין שלו והעומס המוטל עליו אין בית-משפט זה מתאים לדון, כערכאה ראשונה, בתביעות לפיצויים או בתביעות כספיות אחרות. לפיכך אין הוא מוכן לאפשר שילוב של סעד כספי בעתירות לביקורת שיפוטית. כאשר הוא פוסק כי מעשה מינהלי אינו חוקי, אין הוא מוכן להמשיך ולדון בטענה כי המעשה מהווה עוולה בנוזיקין המזכה את העותר לקבל פיצויי כסף מן הרשות המינהלית, או כי קיימת עילה אחרת במשפט הפרטי המזכה את העותר בהשבה של כסף אשר שולם שלא כדין לרשות המינהלית, או בתשלום כסף המגיע באופן אחר מן הרשות המינהלית, כגון תשלום סכום מסוים כקצבה או מענק על-פי דין. בדרך כלל יהיה על העותר שזכה בדינו בכג"ץ והמבקש גם סעד כספי, ואין בידו לקבל סעד זה ללא התדיינות, להגיש תביעה נפרדת בבית-המשפט האזרחי.¹⁶ ואם העותר פונה לבג"ץ כשהוא מבקש מלכתחילה סעד כספי נגר הרשות המינהלית, כגון השבת כסף ששולם לרשות שלא כדין או תשלום סכום קצוב מכוח דין, בג"ץ נוהג להפנותו, בהתאם לעיקרון בדבר סעד חלופי, לדרך של תביעה כספית בבית-המשפט האזרחי.¹⁷

במקרה כזה יהיה עליו להגיש תביעה אזרחית להשבת הסכום בבית-משפט השלום. התוצאה היא, שהעניין המינהלי יידון בבית-משפט השלום לא כעניין ראשי, אלא כעניין נגרר, מכוח "הסמכות הנגררת" של בית-המשפט (לפי סעיף 76 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984), לדון "דרך אגב" בשאלה "שהכרעתה דרושה לבירור העניין". וכך נהפכת הקערה על-פיה: עניין מינהלי הופך את עורו ונעשה עניין פרטי. ולא משום שכך ראוי לגופו של עניין, אלא משום שהביקורת השיפוטית על עניינים מינהליים מופקדת בידי בית-המשפט העליון כערכאה ראשונה.

16. ראו י' זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (הדפסה שלישית, 1987) 104-112.

17. ראו, לדוגמה, בג"צ 61/64 מיכאלי נ' מנהל מחלקת מס עזבון, פ"ד יח (2) 492; בג"צ 2926/90 בן חיים נ' שר החקלאות, פ"ד מו (4) 622.

יש בכך שיבוש מבחינה עקרונית. ואין לזלזל בכך, מה גם שהזקה היא כי שיבוש מבחינה עקרונית יגרור גם שיבוש מבחינה מעשית. כך, לדוגמה, אם בית-המשפט האזרחי הכריע בעניין מינהלי "דרך אגב", מכוח הסמכות הנגזרת, אין כוחה של ההכרעה יפה (לפי סעיף 76 לחוק בתי-המשפט) אלא "לצורך אותו עניין" בלבד. זאת ועוד. בבית-המשפט האזרחי נדונה שאלת החוקיות של המעשה המינהלי בתקיפה עקיפה, להבדיל מתקיפה ישירה כמקובל בג"ץ. ומן המפורסמות הוא שתקיפה עקיפה משופעת בחסרונות ממשיים.¹⁸ ולא זו בלבד. כיום, כפי שהתפרסם ברבים, שוקד משרד המשפטים על הצעת חוק שתעשה את בית-המשפט המחוזי גם בית-משפט לעניינים מינהליים. מן הראוי יהיה שעניין מינהלי, אפילו הוא כרוך בסעד כספי, יידון בבית-המשפט המחוזי בשבתו כבית-משפט לעניינים מינהליים, בפני שופטים מיוחדים וסדרי דין מיוחדים, ולא ייבלע בין יתר העניינים האזרחיים הנדונים בבית-המשפט המחוזי.

השיטה הנוהגת בנושא זה באנגליה נכונה וטובה יותר. היא הולכת לפי מהות העניין ולא לפי סוג הסעד. לכן היא מאפשרת לשלב סעד כספי בביקורת השיפוטית. בישראל אין סיכוי שבג"ץ ישנה את דרכו בנושא זה. בשל אילוצים מעשיים הוא ימשיך להפנות עניינים מינהליים, שבהם מתבקש גם סעד כספי, לבית-המשפט האזרחי. יתירה מכך, גם אין זה רצוי שבית-המשפט העליון ידון בעניינים מינהליים כאלה כערכאה ראשונה. טוב ונכון הדבר שעניינים כאלה יהיו נדונים, כמו היום, בפני בית-משפט שלום או בית-משפט מחוזי. ובכל זאת, נראה כי ראוי לשנות את המצב הקיים ברוח השיטה האנגלית, באופן שעניינים כאלה יהיו נדונים בבית-המשפט האזרחי כעניינים מינהליים, ולא כעניינים אזרחיים. באופן מעשי פירוש הדבר הוא שהעניין יובא אל בית-המשפט האזרחי בתקיפה ישירה נגד המעשה המינהלי, אך יהיה ניתן לשלב בה גם בקשה לסעד כספי. למשל, אדם יוכל להגיש בבית-המשפט האזרחי תביעה שבה הוא טוען, כעילת התביעה, שתקנות מסוימות לפי חוק רשות השידור חורגות מן הסמכות, ולבקש בהתאם סעד של הצהרה בדבר אי-חוקיות התקנות, ובנוסף לכך לבקש צו להשבת הסכום ששולם כאגרה לפי תקנות אלה. תביעה כזאת היא עניין מינהלי וראוי שתבוא בפני בית-המשפט המחוזי בשבתו כבית-משפט לעניינים מינהליים.

ד. מתן סעד בעניינים תיאורטיים

לפי הגישה המקובלת, תפקידו של בית-המשפט הוא להכריע בסכסוך קיים על יסוד עובדות ממשיות, בהנחה שההכרעה תסיים את הסכסוך. הסכסוך צריך להיות אקטואלי ולא תיאורטי. טעמים שונים, היסטוריים ועכשוויים, מסבירים גישה זאת.¹⁹ ברוח גישה זאת נוטה בג"ץ לדחות מעל פניו כל עניין תיאורטי: "אין בית-משפט זה נוהג לפסוק בשאלות תיאורטיות שאולי יתעוררו ואולי לא יתעוררו".²⁰

18. ראו י' זמיר (לעיל, הערה 16) 19 ואילך.

19. Zamir and Woolf (לעיל, הערה 5) 117 ואילך.

20. בג"צ 93/64 גלרנטר נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד יח (2) 405, 406.

באותה רוח נהג בית המשפט גם לגבי דיון נוסף בעתירות. לפני שנים רבות אמר ממלא מקום הנשיא חשין:

בין בעלי הדין שלפנינו אין כל אדמת מריבה כיום, והדיון הנוסף יתנהל למעשה בחלל ריק... וכבר נפסק פעמים אין ספור כי בית המשפט זה לא ידון בכל ענין אם הצו העתיד להינתן בו לא יהיה אפקטיבי, וחשיבותו תהא אקדמית בלבד.²¹

זה מקרוב התבקש בית המשפט לקיים דיון נוסף בפסק-דין של בג"ץ ובו סירב, ברוב דעות, לפסול את ההסכם הקואליציוני שנכרת בין מפלגת העבודה לבין תנועת ש"ס.²² בית המשפט דחה את הבקשה משום שתנועת ש"ס הודיעה בפומבי כי אינה רואה עוד את עצמה קשורה באותו הסכם. מכאן, כדברי השופט מצא, "שעניינה של העתירה שוב אינו אקטואלי".²³

אכן, במרוצת השנים נבעו פרצות בגישה זאת. לפני כעשר שנים סירב יושב ראש הכנסת לאפשר לסייעת "כך" להעלות בכנסת הצעה להביע אי אמון בממשלה, בטענה שסייעת יחיד אינה זכאית להעלות הצעה כזאת. משהותקף הסירוב בבג"ץ, נטען בשם יושב ראש הכנסת כי המועד לדיון בהצעה עבר, ולפיכך הסעד שהתבקש מבית המשפט "שוב אינו אקטואלי". אך בית המשפט דחה טענה זאת. השופט ברק אמר:

אמת הדבר, בית המשפט זה אינו דן בשאלות שאינן אקטואליות, ואין הוא נותן חוות-דעת אקדמית גרידא בשאלות בעלות עניין תיאורטי, אך כלל זה אינו חל במקום שטבעו של האירוע, שעליו סבה העתירה, הוא כזה, שהכרעה שיפוטית בו עשויה לבוא לאחר שהאירוע התרחש, אך תוך קיום הסתברות סבירה, שאירועים דומים יתרחשו בעתיד... אל לו לבית המשפט לנעול דלתותיו בפני מקרים כאלה בטענה של חוסר אקטואליות, שאם ינהג כן, יהא תחום שלם של עניינים קונסטיטוציוניים חשובים חסין בפני ביקורת שיפוטית.²⁴

נהגה כי כן, הכלל נגד עתירות תיאורטיות אינו אטום. יש לו חריג, כמו לכלל כלל. אך האם זה החריג היחיד והאם ראוי שיהיו חריגים נוספים? התשובה אינה ברורה. תעיד על

21. ד"נ 3/58 שר האוצר נ' אניות מיכל ומשא בע"מ, פ"ד יב 1849, 1854.

22. בג"צ 5364/94 ואח' ולנר ואח' נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית ואח' (טרם פורסם).

23. דנג"צ 808/95 אמיתי, אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם).

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

כך ההתדיינות בשאלת החוקיות של הוראות הפתיחה באש החלות בצבא. כאשר באה השאלה בפני בג"ץ, דחה בית המשפט את העתירה, ברוב דעות של השופטים ש' לוי וד' לוי, מן הטעם שאין היא נובעת מסכסוך המתכסס על תשתית קונקרטית של עובדות. לעומתם סבר השופט גולדברג, בדעת מיעוט, כך:

יש והקונקרטיזציה גלומה בהוראה עצמה, אותה מבקשים לבטל, ובידי בית המשפט להכריע בסכסוך, אף אם לא ארע מעשה בפועל. יש שההכרעה נדרשת כדי להקדים רפואה למכה, במיוחד באותם מקרים בהם לא ניתן יהא להתזרזז הגלגל האחורנית, או כשראוי הוא כי העותר והציבור ידעו לכלכל צעדיהם מראש, או שלא יהא סיפק בידי העותר לעתור כשתתבררנה העובדות הספציפיות. במקרים אלה אין בית המשפט נותן חוות דעת משפטית בעלמא, אלא קובע את המותר והאסור, החוקי והבלתי חוקי, כשלעותר עניין ישיר וממשי בקביעה שכזאת.²⁵

בדיון הנוסף על עתירה זאת נתחלפו היוצרות. הפעם החליט בית המשפט ברוב של שלושה (הנשיא שמגר והשופטים גולדברג ומצא) נגד שניים (השופטים ש' לוי וד' לוי) כי הסוגיה של חוקיות ההוראות לפתיחה באש ראויה לבחינה משפטית, ואין מקום "להתנות כתנאי לדיון בעניין שיתהוו נסיבות קונקרטיות של גרם מוות או הפרת הוראה כדי להטות און לקושיה המועלית בפנינו".²⁶

הנה כי כן, תמונת המצב בעניין זה אינה ברורה. מצד אחד, שוררת הסכמה כי בדרך כלל ימנע בג"ץ מלדון בעניינים תיאורטיים, ומוסכם גם כי קיימים חריגים לכלל זה. מצד אחר, קיימים הבדלים בגישה כלפי החריגים מן הכלל. אין בכך כדי להפתיע או להדאיג, שכן טיבם של חריגים שהם מתגבשים בהדרגה ובאטיות, ממקרה למקרה. מה שחשוב יותר הוא, שהתייחסות בית המשפט לכלל מזה ולחריגים מזה נראית בלתי מאוזנת: נראה שקיימת עוינות כלפי עניינים תיאורטיים. לפיכך קשה מאוד לעותר להתגבר על נטיית

25. בג"צ 873/89 הס' נ' שר הביטחון (טרם פורסם). בעצם, גם השופט ש' לוי, בדעת הרוב, אמר שאינו דוגל "בקביעה הרמטית" של הכלל בדבר עניינים תיאורטיים: "במקרה קיצוני לא מן הנמנע הוא שבית המשפט זה יטה להתערב אף ללא קיומו של סיכסוך קונקרטי". וראו ביקורת על פסקדין זה, א' כנדור, "החוקיות של הוראות פתיחה באש - האם שאלה תיאורטיות?", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 525.

26. דנג"צ 4110/92 הס' נ' שר הביטחון (טרם פורסם). בעקבות פסקדין זה חזר העניין אל בית המשפט בהרכב שדן בעתירה לראשונה (השופטים ש' לוי, ד' לוי וגולדברג), לדיון בגוף העניין, ובית המשפט החליט, פה אחד, כי אין לומר שההוראות לפתיחה באש אינן חוקיות, ולפיכך דחה את העתירה לגופה: בג"צ 873/89 שם, מיום 6.11.1994.

בית־המשפט לדחות מעל פניו כל עניין תיאורטי. הריגי הכלל נגד העניינים התיאורטיים צרים למעשה יותר מאשר להלכה.

המצב דומה באנגליה. לכן החליטה המועצה המשפטית להיזקק לנושא זה. היא אומרת בדו"ח שלה (פסקות 8.9-8.14) כי בפסיקה קיימות החלטות לכאן ולכאן בשאלה אם אפשר וראוי שבית־המשפט יכריע בשאלות תיאורטיות. לדעת המועצה, חשוב להבהיר את המצב המשפטי בנושא זה. לגוף העניין, היא סבורה כי הכרעה שיפוטית בשאלות תיאורטיות עשויה להביא תועלת ממשית גם לרשויות מינהליות וגם לאנשים פרטיים, הניצבים בפני הצורך לפרש חקיקה מורכבת המנוסחת במונחים כלליים. לפיכך היא ממליצה כי ייקבע בחוק, שבית־המשפט רשאי לדון ולהכריע גם בעניינים תיאורטיים. הנוסח שמציעה המועצה אומר כי בית־המשפט רשאי בבקורת השיפוטית שלו לתת:

an advisory declaration (that is, a declaration as to an issue of law which is made in circumstances where the applicant is not seeking the review of an existing decision).

עם זאת, המועצה מודעת לבעייתיות הכרוכה במתן הצהרות על־ידי בית־המשפט בעניינים תיאורטיים, בין השאר בשל החשש להגברת העומס המוטל על בית־המשפט. לפיכך היא רואה צורך לסייג את הסמכות לתת הצהרות כאלה. היא ממליצה כי בית־המשפט לא יתן הצהרות כאלה, אלא אם שוכנע כי "בנסיבות המקרה ההצהרה המבוקשת היא בעלת חשיבות ציבורית כללית".

לדעתי, החשיבות העיקרית של המלצה זאת נעוצה לא בכלל עצמו אלא בגישה לבעיה. הכלל המוצע אינו חדשני: אפשר למצוא לו סימוכין בפסיקה. החידוש מתבטא במיוחד בגישה: המועצה מחווה דעתה, על יסוד בדיקה יסודית, כי הצהרות בעניינים תיאורטיים אינן מוקצות מחמת מיאוס. יש להן צד חיובי. ובנסיבות מסוימות החיוב גובר על השלילה. לפיכך מן הראוי שבית־המשפט יתגבר על העויינות המסורתית להצהרות כאלה, וישקלל בכל מקרה את השיקולים בעד והשיקולים נגד, כדי לברר אם מאזן השיקולים מצדיק הצהרה בעניין תיאורטי. אפשר לומר כי בכך פרצה המועצה המשפטית את מחסום העויינות כלפי עניינים תיאורטיים.

כפי שהמועצה המשפטית אומרת, ייתכן שבנסיבות של מקרה מסוים תהיה הצדקה להצהרה תיאורטית בשל חשיבותו הציבורית הכללית. לדוגמה, אפשר שנציבות מס הכנסה תבקש מבית־המשפט שיצהיר שיש לה סמכות לגבות מס בסוג מסוים של מקרים, לפי הפירוש הנכון של החוק, לפני שהיא מפעילה סמכות זו בהיקף רחב. והנה, לדוגמה, ההתדיינות בשאלה אם רשות השידור רשאית להעלות את אגרת הטלוויזיה מכוח חוק רשות השידור, על־פי חוק יציבות מחירים במצרכים ובשירותים (הוראת שעה), התשמ"ו-1985, שהקפיא את מחירי השירותים כפי שהיו ביום מסוים. רשות השידור העלתה את שיעור האגרה לאחר אותו יום, ונדרשה התדיינות שהתחילה בבית־משפט השלום ונמשכה במשך שנים אחדות עד שבית־המשפט העליון הכריע בשנת 1992 וקבע

כי רשות השידור לא היתה מוסמכת לעלות את שיעור האגרה.²⁷ האם אין זה ראוי בנסיבות של מקרה כזה או דומה לזה לאפשר לרשות הנוגעת בדבר לפנות אל בג"ץ ולבקש הצהרה שתהיה פרשנות מוסמכת של החוק מראש, לפני שהיא מעלה את האגרה, ולא בדיעבד? אכן, הסמכות להכריע בעניין תיאורטי כפופה בכל מקרה לשיקול הדעת של בית המשפט בהתחשב בנסיבות המקרה. אין די בכך שהעניין נשוא העתירה הינו בעל חשיבות ציבורית כללית כדי להצדיק ולחייב דיון והכרעה על-ידי בית המשפט לגוף העניין. אפשר אולי לומר, כי החשיבות הציבורית הכללית של העניין די בה כדי לפתוח את השער אל בית המשפט, אף שמדובר בעניין תיאורטי, אך משנכנס העניין לאולם המשפט יש עדיין לבדוק את השיקולים השונים בעד ונגד מעורבותו של בית המשפט באותו שלב. וייתכן כי השיקולים נגד מעורבות בית המשפט באותו שלב יגברו, אף שהעניין נשוא העתירה הינו בעל חשיבות ציבורית כללית, כגון שהעניין אינו בשל די צורכו להכרעה שיפוטית או שחסר משיב אשר יציג כראוי את הצד האחר של העתירה. אין מנוס מלהשאיר בידי בית המשפט את שיקול הדעת כדי שיחליט בכל מקרה לפי נסיבותיו אם ראוי להכריע בו אף שהוא עניין תיאורטי.

אולם, שאלה היא אם ראוי להגביל את סמכות בית המשפט, כפי שממליצה המועצה המשפטית של אנגליה, למקרים שבהם קיימת חשיבות ציבורית כללית. ברור כי אין מקום שבית המשפט ידון ויכריע בעניין תיאורטי אם אין חשיבות לעניין ואין תועלת בהכרעה. אולם, האם בכל מקרה תידרש חשיבות ציבורית ובשום מקרה לא יהיה די בחשיבות פרטית? כאמור, בית המשפט כבר פסק שיש הצדקה לדון בעניין תיאורטי "במקום שטבעו של האירוע, שעליו סבה העתירה, הוא כזה, שהכרעה שיפוטית בו עשויה לבוא לאחר שהאירוע התרחש, אך תוך קיום הסתברות סבירה שאירועים דומים יתרחשו בעתיד".²⁸ דברים אלה הולמים, לכאורה, גם מקרה שאין בו חשיבות ציבורית כללית, אך יש בו חשיבות לעותר. נגיה, לדוגמה, כי המשטרה מתנכלת לאדם מסוים מטעמים פסולים ועוצרת אותו מפעם לפעם לחקירה בתואנה שהוא חשוד בפעילות לא-חוקית. עד שהוא בא בפני שופט, שיבדוק אם להאריך את המעצר, המשטרה משחררת אותו. אך לאחר זמן היא שבה ועוצרת אותו על יסוד אותה תואנה, וחוזר תלילה. האם לא יוכל אותו אדם להביא את שאלת החוקיות של מעצרו לביקורת בית המשפט אף לאחר ששחרר מן המעצר, נוכח אפשרות סבירה שיעצר פעם נוספת באותה תואנה? התשובה תלויה, כמדומה, במאזן השיקולים בעד ונגד המעורבות של בית המשפט, במקרה שהוא תיאורטי, על-פי הנסיבות המיוחדות של המקרה.²⁹

27. ע"א 474/89 קריב נ' רשות השידור, פ"ד מו (3) 374. בעקבות פסק-הדין, ומתוך התחשבות בגובה הסכומים שנגבו במשך השנים שלא כדין, ראתה הכנסת צורך לתקן את החוק ולהכשיר למפרע את העלאת האגרה. ראו חוק יציבות מחירים במצרכים ובשירותים (הוראת שעה), התשמ"ו-1985, ס"ח 2. וכן הצעת חוק יציבות מחירים במצרכים ובשירותים (הוראת שעה), התשמ"ה-1985, ה"ח 296.

28. בג"צ 73/85 (לעיל, הערה 24).

29. השווה דין החל בנושא זה בארצות הברית. לפי הדין, בדרך כלל אין לקיים ביקורת שיפוטית

עם זאת, ייתכן כי ניתן לומר, באופן כללי, שהכף נוטה לצד מעורבות בית-המשפט בעניין תיאורטי בתנאים הבאים: ראשית, צריך שתהיה תועלת ממשית בהכרעה של בית-המשפט עוד במועד הגשת העתירה, שכן אם תידחה ההכרעה בעניין התיאורטי עד שייעשה קונקרטי, צפוי נזק ממשי לעותר. אמנם, בדרך כלל, אדם או גוף פרטי או ציבורי צריך להסתפק ביעוץ משפטי, אם של עורך דין פרטי ואם של יועץ משפטי בשירות הציבורי, לרבות היועץ המשפטי לממשלה. אין בית-המשפט אמור לבוא במקומו של יועץ משפטי רק משום שההכרעה שלו מחייבת ומוסיפה ודאות. אך יש נסיבות, שבהן קיים צורך מיוחד ונודעת חשיבות מיוחדת להכרעה מחייבת להבדיל מעצה משפטית. וראוי שבית-המשפט יתחשב בנסיבות כאלה.

גם בנסיבות כאלה עדיין יש לברר אם לא צפוי נזק מעצם המעורבות של בית-המשפט בשלב שבו העניין עדיין תיאורטי, אם נזק לרשות המינהלית ואם נזק לאינטרס הציבורי. אם יש חשש ממשי לנזק כזה, יש לשקלל אותו כנגד התועלת שתצמח מהכרעה בעניין התיאורטי, כדי להחליט אם בנסיבות המקרה התועלת גוברת על הנזק.

שנית, צריך שתהיה מונחת לפני בית-המשפט תשתית של נתונים המספיקה להכרעה במקרה הנדון. אמנם, במקרה הרגיל נדרשת לצורך הכרעה שיפוטית תשתית של עובדות קונקרטיות הנובעות ממקרה מסוים, אך לא תמיד כך. למשל, אפשר שמדובר בשאלה טהורה של פרשנות חוק, שכדי להכריע בה אין כלל צורך בתשתית של עובדות. אפשר שיהיה די בעובדות כלליות, ולא תהיה תועלת בעובדות של מקרה מסוים לצורך הפרשנות. ואפשר גם שבנסיבות מיוחדות ניתן להכריע בשאלה תיאורטית מסוימת אפילו על יסוד עובדות היפותטיות.³⁰

ה. סיכום

דו"ח המועצה המשפטית של אנגליה בעניין הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי יש בו לקח כפול למערכת המשפט בישראל.

הלקח הראשון עולה מהמלצות מסוימות של המועצה, שאף כי הן מתייחסות לביקורת השיפוטית באנגליה, יש בהן כדי לעורר מחשבה ואולי גם לקדם את הביקורת השיפוטית בישראל. שלוש המלצות כאלה נדונו ברשימה זאת: א. קביעת מועד להגשת עתירות

אלא אם קיימת החלטה מינהלית והיא "בשלה" (ripe) לביקורת, במובן זה שהיא משפיעה באופן מיידי וממשי על אינטרס של העותר. אולם בפועל אין בית-המשפט נמנע מביקורת של פעילות מינהלית שלא התגבשה כדי החלטה פורמלית, כגון ביקורת של חוות דעת או הצהרת מדיניות, אם יש לה כבר בשלב זה השפעה ממשית על אינטרס של העותר. ונראה כי במקרה כזה אין בית-המשפט דורש כתנאי למעורבות שהמקרה יהיה בעל חשיבות ציבורית כללית. ראו B. Schwartz, *Administrative Law* (3 ed., 1991) 561 et seq.

30. על השיקולים הנוגעים למעורבות של בית-המשפט בעניינים תיאורטיים, ראו א' בנדור (לעיל, הערה 25) 529-530.

דו"ח המועצה המשפטית של אנגליה על הביקורת השיפוטית משפט וממשל ג' תשנ"ה

לביקורת שיפוטית; ב. שילוב סעד כספי בעתירות כאלה; ג. מתן סעד בעניינים תיאורטיים.

לקח שני נובע מעצם פעילותה של המועצה השיפוטית כגוף המופקד על הרפורמה במשפט. המועצה נתנה דעתה להשיבות המעשית של סדר הדין בביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי. סדר הדין משפיע על יעילות ההתדיינות ובכלל זה גם על משך ההתדיינות. משך ההתדיינות הוא בעיה מרכזית של הביקורת השיפוטית באנגליה. בשנת 1992 היה משך ההמתנה של עתירה, מאז שהוגשה תשובה לעתירה ועד שהעתירה הגיעה לדיון בפני שופט, יותר משנתיים. משך ההמתנה התקצר מאז עד שנה אחת בשנת 1994. אך עדיין ההמתנה ממושכת יתר על המידה ופוגעת בשלטון החוק ובעשיית הצדק. לאור מצב זה יש להעריך את הצורך בבדיקה שערכה המועצה המשפטית ואת חשיבות ההמלצות בדו"ח המסכם את הבדיקה. יש בדו"ח זה כדי להדגים את התועלת הטמונה בגוף המופקד על הרפורמה במשפט, כמו המועצה המשפטית באנגליה.
