

צו על-תנאי

אריאל בנדור* ושמעון נטף**

המבקשים לעתור לבית-המשפט הגבוה לצדק אינם זכאים להגיש עתירה, ומוטל עליהם לבקש צו על-תנאי – אישור של בית-המשפט לעתור. בית-המשפט העליון פיתח במהלך השנים הליך שאינו מעוגן בתקנות ואשר לפיו מתן צו על-תנאי הוא חריג. הליך ההחלטה אם להוציא צו על-תנאי נהפך למוקד הדיונים בבג"ץ. צו על-תנאי ניתן כיום בדרך-כלל לא לצורך קביעה כי העתירה ראויה לדיון, אלא כדי לאותת על סיכוייה הגבוהים להתקבל. בית-המשפט העליון אף פסק כי הוצאת צו על-תנאי מעבירה אל הרשות השלטונית המשיבה את נטל השכנוע כי לא נפל פגם במעשיה. הליך הצו על-תנאי בבית-המשפט הגבוה לצדק מעורר קשיים שונים, הנוגעים הן בחוקיותה של הפרקטיקה הנוהגת והן ברציות ההליך. הדרישה הארכאית לקבלת אישור של בית-המשפט לעתור נגד המדינה ורשויות אחרות בנושאים הקשורים לסמכויותיהן השלטוניות מעוררת קושי עקרוני. ההליך המקדמי שפיתח בית-המשפט העליון לא רק מרחיב במידה ניכרת את הבעיות הנורמטיביות שדרישת האישור להגשת עתירה מעוררת, אלא גם מאריך את ההתדיינות ומסרביל אותה. המשמעות המשפטית המהותית שבית-המשפט העליון מייחס להוצאת צו על-תנאי – העברה לרשות השלטונית המשיבה של הנטל לשכנע כי הטענות שהעתירה מבוססת עליהן הן שגויות – אינה מבוססת בדין ומעוררת קשיים נורמטיביים. גם הנוהג לא לנמק הוצאת צו על-תנאי חלקי – שמשמעותו דחיית ראשי העתירה שלגביהם לא הוצא צו על-תנאי – מעורר קשיים נורמטיביים ומעשיים.

המאמר מציג את החקיקה ותולדותיה; את הפרקטיקה, ובכלל זה נתונים כמותיים המבוססים על מחקר אמפירי; ואת הפסיקה שהפרקטיקה

* פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ' וסגן הדקנית למחקר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** בוגר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ומוסמך ותלמיד לתואר דוקטור, בית-הספר למשפטים, אוניברסיטת קולומביה.

אנו מודים לשופטת או לשופט החיצוניים, לעורך **משפט וממשל** אילן סבן ולחברי המערכת ג'ואנה חאזן ורועי כרסנטי על הערותיהם החשובות, שתרמו רבות לגרסתו הסופית של המאמר; לצילי אליצור נאה על תרומה נדיבה של ממצאים, שלא פורסמו עד עתה, מתוך מחקר הדוקטורט שלה; לאהרן ברק, ליואב דותן, לקרן וינשל, ליצחק זמיר ולעוזי פוגלמן על סיועם רב הערך; לדור אשכנזי, לשלו וייסבך ולשיר עמליה טרי על עזרתם המעולה במחקר; ולגיא פרמינגר על הרבה יותר מעריכת לשון.

הולידה בדבר המשמעות המשפטית של צו על-תנאי. במאמר נטען כי ההליך הנוהג, כמו-גם המשמעויות הרחבות שניתנו לעצם הוצאתו של צו על-תנאי, אינם ראויים, ומוצג מתווה של הדין הרצוי, שעיקרו ביטול של הליך הצו על-תנאי, של ההליך המקדמי שבית-המשפט העליון פיתח ושל השלכותיו. מוצע שככלל יבקש בית-המשפט תצהיר תשובה לכל עתירה המצריכה תגובה. עם זאת, לבית-המשפט יהיה שיקול-דעת לבקש תגובה מקדמית של המשיבים בנושאים קונקרטיים בעלי אופי מקדמי מובהק. חלק ניכר של השינויים המוצעים ניתנים ליישום גם ללא חקיקה, בדרך של שינויים בהלכה ובפרקטיקה.

פתיחה. א. הליך הצו על-תנאי. ב. הפרקטיקה הדיונית של צו על-תנאי. ג. ההשלכות של פרקטיקת הצו על-תנאי – קשיים נורמטיביים: 1. המשמעות של הוצאת צו על-תנאי – ההיבט הראייתי; 2. הוצאת צו על-תנאי חלקי ללא נימוקים. ד. מתווה לרפורמה. ה. סיום.

פתיחה

1. המבקשים לעתור לבית-המשפט הגבוה לצדק¹ אינם זכאים להגיש עתירה. מוטל עליהם לבקש את אישורו של בית-המשפט לעתור. האישור מכונה "צו על-תנאי". לפי תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984 (להלן: תקנות בית המשפט הגבוה לצדק או תקנות בג"ץ), צו על-תנאי מחייב את המשיבים להשיב על העתירה בצירוף תצהיר.² הליך הצו על-תנאי מעוגן בעיקרו בתקנות בית המשפט הגבוה לצדק. ההליך אינו קבוע באופן ישיר בחוק, אף שהוא מוזכר בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984.³

1 להסדר החל בבתי-משפט לעניינים מנהליים, אשר לכאורה "נפטרו מן המוסד של צו על תנאי" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד: סדרי הביקורת המשפטית 2865 (2017) (להלן: זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**)), ראו תק' 7 (א) לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א–2000. עם זאת, אף שהצירוף "צו על-תנאי" אינו מופיע בתקנות אלו, ההסדר שנקבע בהן – המבחין בין הוראה של בית-המשפט למשיב להגיש "תגובה מקדמית" (תק' 7(א)(1)) לבין הוראה להגיש "כתב תשובה" (תק' 7(א)(6)) – דומה במהותו להליך הצו על-תנאי בבג"ץ, לרבות סמכות בית-המשפט "**בהסכמת המשיב**", לדון ולהכריע בעתירה כאילו הוגש בה כתב תשובה" (תק' 8(2); ההדגשה הוספה). לדבריו של זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**, שם, בעמ' 2755, "...תקנות סדר הדין בבית המשפט לעניינים מנהליים ביקשו להיות נאמנות לפרקטיקה הנוהגת בבג"ץ, יותר מאשר לתקנות סדר הדין בבג"ץ...".

2 ראו תק' 9(א) לתקנות בית המשפט הגבוה לצדק: "רצה המשיב להתנגד לעשיית הצו-על-תנאי לצו מוחלט, יגיש לבית המשפט... תצהיר תשובה לצו-על-תנאי...".

3 ראו ס' 26(3) לחוק בתי המשפט: "בבקשות לצווי ביניים, לצווי זמניים ולהחלטות ביניים אחרות, וכן בבקשות לצווי על תנאי, מוסמך לדון שופט אחד [של בית-המשפט העליון], אך שופט אחד לא יהיה מוסמך לסרב למתן צו על תנאי או לתתו על מקצת עילותיו בלבד".

2. לפי תקנות בית המשפט הגבוה לצדק, בררת-המחדל היא מתן צו על-תנאי על-ידי שופט יחיד – ללא שמיעת העותרים או לאחר שמיעתם.⁴ אף-על-פי-כן, בסמכותו זו של שופט יחיד להוציא צו על-תנאי לא נעשה בדרך-כלל שימוש.⁵

בפועל, בית-המשפט העליון פיתח במהלך השנים הליך שאינו מעוגן בתקנות בג"ץ,⁶ שלפיו ככל שעתירה אינה מופרכת על פני הדברים ואינה נדחית על-ידי הרכב מבלי לבקש תגובה, השופט המקבל את העתירה לטיפולו מבקש מהמשיבים תגובה בכתב, המלווה במקרים רבים בתצהיר. לאור תגובת המשיבים השופט מחליט אם לקיים דיון בבקשה לצו על-תנאי, אשר נערך ככלל לפני הרכב. הן ההליך לפני השופט היחיד והן ההליך לפני ההרכב לצורך החלטה אם להוציא צו על-תנאי כוללים לעיתים גם תשובה של העותרים לתגובת המשיבים והודעות נוספות של הצדדים.⁷ יש גם מקרים שבהם השופט המטפל תחילה בעתירה מקיים בירור בעל-פה – מבלי להוציא צו על-תנאי – בנסיבות שבהן הוא סובר כי בירור כזה "יוביל למציאת פתרון מעשי שייתר הכרעה פורמלית בעתירה".⁸ לא פעם הדיון בשאלה אם להוציא צו על-תנאי אינו מתמצה בישיבה אחת של בית-המשפט, אלא מתפרש על-פני כמה ישיבות. לניהול הליך זה, אשר קודם להחלטה אם להוציא צו על-תנאי (ובכלל זה ההחלטה בדבר היקף הצו וניסוחו) או לדחות את העתירה "על הסף", מוקדש חלק נכבד מזמנו של בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק.

3. הליך הצו על-תנאי נהפך לרכיב מרכזי, בעל משמעות מהותית, בהתדיינות בבית-המשפט הגבוה לצדק. המשמעות המהותית של הליך הצו על-תנאי מתבטאת בכמה היבטים. ראשית, צו על-תנאי ניתן בדרך-כלל לא לצורך קביעה כי העתירה ראויה לדיון, אלא, כלשונה של דפנה ברק-ארז, "על בסיס התרשמותו [של בית-המשפט] כי האמור בעתירה מצדיק לכאורה את קבלתה, אם לא יינתנו לה תשובות טובות".⁹ שנית, מתן צו על-תנאי משמש איתות של בית-המשפט למשיבים כי העתירה חזקה,¹⁰ במטרה לעודד אותם "בחיי המעשה... לחדד ולערוך שינויים בעמדתם, ובמקרים מתאימים לשנותה".¹¹ במקרים חריגים, שבהם צו על-תנאי ניתן רק בשל הצורך להכריע בעתירה תוך

4 ראו תק' 5 לתקנות בית המשפט הגבוה לצדק: "העתירה תובא לפני שופט של בית המשפט העליון והוא רשאי ליתן את הצו או להורות על הזמנת העותר לפניו או להעביר את העתירה להרכב של שלושה...".

5 ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ד: משפט מינהלי דיוני 438 (2017) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**): "...הפרקטיקה שונה במעט מן המתואר בתקנות, אם כי בהחלט מתיישבת עם האמור בהן. הנוהג שהשתרש בבית המשפט העליון הוא שהשופט התורן אינו מקבל החלטה להוציא צו על-תנאי בעצמו, הגם שהדבר אפשרי".

6 ראו זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2864–2865.

7 לתיאור ההליך ראו ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 437–440.

8 שם, בעמ' 439.

9 שם, בעמ' 440.

10 ראו, למשל, דוד זכריה **קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור** 33–34 (2012); גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות, על ביקורת שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסדיות" **ספר אליהו מצא** 219, 247 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעד עורכים) (2015).

11 בג"ץ 3279/22 **משרד הבריאות ומשרד הרווחה נ' זר**, פס' 5 לפסק-הדין של ממלא-מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן (נבו) (6.11.2024).

זמן קצר במיוחד, ולא על-מנת לאותת על עוצמת העתירה, בית-המשפט מציין בדרך-כלל כי הצו ניתן "מטעמים של יעילות הטיפול בעתירה – ומטעמים אלה בלבד – בלא שיהיה בכך משום הבעת עמדה לגופם של דברים"¹² או נוקט ניסוח דומה.¹³ שלישית, בית-המשפט העליון פסק כי הוצאת צו על-תנאי מעבירה אל הרשות השלטונית המשיבה את נטל השכנוע כי הטענות שהעתירה מבוססת עליהן שגויות.¹⁴ רביעית, בית-המשפט אינו כבול לנוסח הצווים על-תנאי כפי שהתבקשו בעתירה.¹⁵ לא פעם הוא מעניק צו על-תנאי רק בקשר לחלק מעילות העתירה או לחלק מהסעדים שהתבקשו בה,¹⁶ או מנסח את הצו על-תנאי באופן שונה מכפי שביקשו העותרים.¹⁷ משמעותה של

- 12 בג"ץ 1711/24 התנועה למען איכות השלטון נ' שר המשפטים, פס' 1 (נבו 13.6.2024) (החלטה).
- 13 לדוגמאות נוספות ראו בג"ץ 3401/24 כהנא דרור נ' שר החינוך (נבו 30.4.2024) (החלטה); בג"ץ 1651/24 בן מאיר נ' שר החינוך (נבו 14.3.2024) (החלטה); בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (נבו 20.7.2023) (החלטה).
- 14 ראו בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט, פס' 85 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 13.5.2020); בג"ץ 3148/18 פלוגי נ' שר הפנים, פס' 14 (נבו 5.5.2021); בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מדינת ישראל, פס' 107 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (נבו 12.7.2021); בג"ץ 2858/24 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי, פסק-הדין של השופט גרוסקופף (נבו 7.9.2025). עם זאת, לצד מעמד נכבד זה של צו על-תנאי, נפסק כי הוצאת צו על-תנאי אינה מונעת את בית-המשפט מלדחות את העתירה מבלי להכריע בה לגופה, וזאת על-פי "טענות-סף" דוגמת שיהוי או אי-נקיין-כפיים. ראו, למשל, בג"ץ 413/13 אבו עראם נ' שר הבטחון, פס' 27 לפסק-הדין של השופט מינץ (נבו 4.5.2022); דנג"ץ 4144/22 אבו עראם נ' שר הביטחון, פס' 20–21 (נבו 2.10.2022). ראו גם יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק" (נבו 2022.10.2).
משפט כ 93, ה"ש 2 (1996): "לעיתים, בית-המשפט מחליט בדבר הוצאת צו על-תנאי ומורה למשיבים להשיב לטענות העותר לגופן, אך לבסוף דוחה את העתירה תוך שימוש בטענות-סף וללא דיון בטענות העותר לגוף העניין". אך ראו בג"ץ 5404/22 הצלחה – לקידום חברה הוגנת נ' שר התקשורת, פס' 63 לפסק-הדין של השופט גרוסקופף (נבו 12.5.2026): "מאחר שבארבע מהעתירות שלפנינו... ניתן צו על תנאי, במסגרתו נדרש שר התקשורת לתת מענה לגופן של הטענות שהועלו על ידי העותרת, לא ראיתי מקום לעסוק בטענות סף בשלב הנוכחי של הדיון...".
- 15 בעניין זה בית-המשפט מסתמך, בין היתר, על תק' 14 לתקנות בית המשפט הגבוה לצדק, הקובעת כי "ראה בית המשפט או הרשם שאין הפלוגתה ברורה די הצורך כדי שיוכל בית המשפט לדון בה בנוחות, רשאי הוא להורות על ניסוח הפלוגתה, או כל הוראה אחרת שתיראה לו נחוצה לבירור העניין...". ראו בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 65 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (נבו 12.7.2021): "...בית המשפט יכול, מכוח התקנה הנ"ל [תק' 14 לתקנות בג"ץ], לתחום ולהגדיר את המחלוקות המשפטיות העומדות על הפרק, ובכך להניח את המתווה הדיוני שישמש את הדרך להכרעה השיפוטית. הדבר נעשה, לעיתים, בדרך של הוצאת צו על-תנאי אחד, או כמה מבין הצווים על-תנאי שהתבקשו בעתירה, או באמצעות כך שבית המשפט מנסח בעצמו את הצווים על-תנאי שבהם הוא חפץ שהעתירה תמשיך לעסוק, ובכך מתחדדות הסוגיות שבלב המחלוקת".
- 16 לדוגמאות להוצאת צו על-תנאי חלקי ראו בג"ץ 4156/23 סיעת העבודה ברשות מרב מיכאלי נ' ממשלת ישראל (נבו 31.7.2025) (החלטה); בג"ץ 9669/10 אל רחמן נ' שר הביטחון (אר"ש 24.1.2011) (החלטה). האפשרות לתת צו על-תנאי חלקי משתמעת מהקביעה בס' 26 (3) לחוק בתי המשפט כי "...שופט אחד לא יהיה מוסמך לסרב למתן צו על תנאי או לתתו על מקצת עילותיו בלבד" (ההדגשה הוספה).
- 17 ראו אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך ה: סדרי הדין והראיות בבג"צ 148–149 (2010); רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 80 (1991).

החלטה להוציא צו על-תנאי חלקי בלבד היא שהעתירה ביחס לראשי העתירה שלגביהם לא ניתן צו על-תנאי¹⁸ נדחית.¹⁹ למרות זאת, מתן צו על-תנאי חלקי בלבד אינו מנומק. זהו ככל הנראה הסוג היחיד של פסק-דין סופי שניתן על-ידי ערכאה דיונית, ולא בהליך ערעורי, אשר בית-המשפט נותן ללא הנמקה.²⁰ לנוכח ההשלכות המהותיות של צו על-תנאי, הוצאת צו על-תנאי שאינו תואם במלואו את המבוקש על-ידי העותרים עשויה לעורר מחלוקות בין השופטים באשר לפירוש הצו שניתן, ואלה יכולות להשליך על תוצאות ההתדיינות.

4. הליך הצו על-תנאי בבית-המשפט הגבוה לצדק מעורר קשיים שונים. במישור העקרוני יש קושי בעצם הדרישה לקבלת אישור של בית-המשפט לעתור נגד המדינה ורשויות אחרות בנושאים הקשורים לסמכויותיהן השלטוניות, שכן מבחינה מסוימת דרישה זו פוגעת בזכות הגישה לערכאות. בעיה שנייה היא שהמשמעות המשפטית המהותית שבית-המשפט העליון מייחס להוצאת צו על-תנאי – העברת נטל השכנוע אל הרשות השלטונית המשיבה²¹ – אינה מבוססת בדין, ואף מעוררת קשיים נורמטיביים. קושי נוסף הוא שההליך המקדמי שיצר בית-המשפט העליון לא רק מרחיב במידה ניכרת את הבעיות הנורמטיביות שדרישת האישור להגשת עתירה מעוררת, אלא גם מאריך את ההתדיינות ומסרביל אותה ללא תכלית ברורה. המשמעות הקריטית של ניסוח צו על-תנאי, בעיקר אם הצו על-תנאי שהוצא אינו חופף במלואו את המבוקש בעתירה, גורמת לא פעם קשיים ואף מעוררת חילוקי-דעות בין השופטים. לבסוף, השילוב של משמעות הוצאתו של צו על-תנאי רק לגבי חלק מעתירה – שהיא דחיית חלק העתירה שלגבי לא הוצא צו על-תנאי – עם הפרקטיקה של הימנעות מהנמקה של דחיית עתירות באופן זה מעורר קשיים משפטיים ונורמטיביים.

5. וזה מהלך המאמר: **פרק א** מציג את הליך הצו על-תנאי, כפי שנקבע בתקנות בג"ץ, ואת מקורותיו. **פרק ב** מתאר את הפרקטיקה הנוהגת בהליך הצו על-תנאי, אשר שונה במידה ניכרת ממה שנקבע בתקנות בג"ץ. בכלל זה מוצגים נתונים כמותיים, המבוססים על מחקר אמפירי. **פרק ג** מתאר את ההשלכות המהותיות של פרקטיקת הצו על-תנאי, ובכלל זה את התפתחות ההלכה שלפיה מתן צו על-תנאי מעביר אל המשיבים את נטל השכנוע, ודן בקשיים משפטיים ונורמטיביים שהפרקטיקה מעוררת. **פרק ד** מציג מתווה של המשפט הרצוי, שעיקרו ביטול

18 לפי ס' 26(3) לחוק בתי המשפט, "...שופט אחד לא יהיה מוסמך לסרב למתן צו על תנאי או לתתו על מקצת עילותיו בלבד". מבחינה זו נראה כי בדבריו של ממלא-מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן בפסק-דין זר, לעיל ה"ש 11, בפס' 9, כי "צו על תנאי שניתן (בין אם על ידי דן יחיד ובין אם על ידי הרכב) – תוחם את הדיון בעתירה אך במובן זה שיתר הסעדים, שלגביהם לא ניתן צו על תנאי, נדחו", נפל אי-דיוק.

19 ראו, למשל, בג"ץ 2335/19 **עמותת הקנאביס הרפואי נ' שר הבריאות**, פס' 18 (נבו 16.11.2021): "משנמנע בית המשפט מלהוציא צו על-תנאי הנוגע ליתר רכיבי העתירה, משמעות הדבר שהעתירה ביחס לראשים אלה נדחתה, והדיון בעתירה המשיך להתנהל אך ורק בגבולות הצו שניתן... מתן צו מוחלט בעניין שלא ניתן לגביו צו על-תנאי, מהווה חריגה ממתכונת הדיון הדו-שלבי בבג"ץ, תוך קיפוח זכויותיהם הדיוניות של המשיבים". ראו גם בג"ץ 4406/16 **איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל**, פס' 64 לפסק-הדין של הנשיאה נאור ופס' 9 לפסק-הדין של השופט מלצר (נבו 29.9.2016).

20 ראו ברק מדינה "הגיעה העת לנמק החלטות בבג"ץ בבקשות לצווי ביניים ולצווים על-תנאי" <https://did.li/cmUgT> (26.5.2024) **ICON-S-II**.

21 ראו פסק-דין **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט**, לעיל ה"ש 14.

של הליך הצו על-תנאי ושל הפרקטיקות וההלכות שבית-המשפט העליון פיתח בקשר אליו. אנו מציעים שככלל יבקש בית-המשפט תצהיר תשובה לכל עתירה המצריכה תגובה. עם זאת, לבית-המשפט יהיה שיקול-דעת לבקש תגובה מקדמית של המשיבים בנושאים קונקרטיים בעלי אופי מקדמי מובהק. חלק מההצעות ניתנות ליישום גם ללא ביטול של הליך הצו על-תנאי.

א. הליך הצו על-תנאי

6. מקורותיו של הליך הצו על-תנאי הם בסדרי הדין שנהגו בבתי-המשפט של הכתר האנגלי במאות החמש-עשרה והשש-עשרה.²² מנגנוני הביקורת השיפוטית באותם ימים התבטאו בצווים הפררוגטיביים (היתרוניים),²³ ביניהם הביאס קורפוס (habeas corpus – צו שחרור), מנדמוס (mandamus – צו עשה), פרוהיבישן (prohibition – צו איסור), צרטיוררי (certiorari – צו בירור) וקוורונטו (quo warranto – צו "מי שמך").²⁴ צווים אלו נועדו למנוע רשות מנהלית מלעשות מעשה לא כדין, לכפות אותה לעשות מעשה שהיא חייבת לעשותו לפי חוק או לבטל החלטה לא-חוקית.²⁵ המעוניינים בקבלת צו פררוגטיבי נדרשו לבקש רשות מבית-המשפט של המלך להתדיין עם הרשות המנהלית.²⁶ בקשה כזו כונתה בקשה לקבלת order nisi,²⁷ שתרגומו המילולי מלטינית הוא "צו אלא אם כן", אשר תורגם למטבע-הלשון "צו על-תנאי".

התפיסה שעמדה בבסיס הדרישה לבקשת צו על-תנאי הייתה של כבוד למעמדם של הכתר ושל הפקידים הפועלים בשמו, כך שלא כל עתירה שתופנה כלפיהם תאלץ אותם להתגונן מפניה.²⁸ לפי תפיסה זו, הליך הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל היה מעין מחווה של הכתר. מכאן ההתייחסות לעתירות נגד המדינה לא כזכות, אלא כחסד.²⁹ בבריטניה הוסדר הצו על-תנאי כבר אינו נוהג כיום, אך חל הסדר המכונה "בקשת רשות".³⁰ כך מתואר ההליך במדריך לביקורת שיפוטית בבתי-המשפט המנהליים בבריטניה:

Judicial review is a two-stage process. The first stage is that the claimant must obtain permission (formerly referred to as "leave") to apply for

22 ראו, למשל, JOHN BAKER, THE OXFORD HISTORY OF THE LAWS OF ENGLAND: 1483–1558, 169 (2003).

23 ראו יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** 60–61 (1975).

24 ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג: הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1636 (2014) (להלן: **זמיר כללי הסף**). לפירוט נוסף ראו ברק-ארוז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 50 ה"ש 2.

25 ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א: המינהל הציבורי 112 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

26 ראו PAUL D. HALLIDAY, HABEAS CORPUS: FROM ENGLAND TO EMPIRE 48 (2010).

27 שם.

28 ראו Sarah Nason, *The Administrative Court, the Upper Tribunal and Permission to Seek Judicial Review*, 21 NOTTINGHAM L.J. 1, 5 (2012).

29 ראו S.A. de Smith, *The Prerogative Writs*, 11 CAMBRIDGE L.J. 40, 55–56 (1951).

30 ראו Nason, לעיל ה"ש 28, בעמ' 5.

judicial review from the Court. If permission is granted, the second stage is the substantive determination of the claim.³¹

"[ה]מעמד המועדף של הכתר האנגלי"³² הוא גם המקור להסדר הצו על-תנאי בישראל של ימינו. תפיסה זו בדבר מעמדן של רשויות המדינה פסה מן העולם, אולם הסדר הצו על-תנאי עומד על כנו.

7. מוסד בית-המשפט הגבוה לצדק התקבל אל תוך שיטת המשפט הישראלית בירושה מהמשפט המנדטורי. תקנות סדרי הדין בבג"ץ שהיו בתוקף בקום המדינה הועתקו מתקנות סדרי הדין שהותקנו בשנת 1937 על-ידי משטר המנדט הבריטי.³³ במהלך השנים עודכנו תקנות אלו מפעם לפעם – בתחילה בשנת 1963³⁴ ולאחר-מכן בשנת 1984.³⁵ אולם השינויים שנעשו בסדרי הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק היו ברובם מינוריים. סדרי הדין הקיימים כיום בבג"ץ דומים מאוד לאלה שנהגו בו עוד לפני התקנת התקנות בשנת 1937.³⁶

8. אחד ההסדרים המרכזיים המאפיינים את סדרי הדין בבג"ץ מאז הוקם הוא אופיו הדו-שלבי של ההליך. בתקנה 1 לתקנות בית המשפט הגבוה לצדק נקבע כי "בקשה לצו על תנאי תוגש... בדרך עתירה". עתירה לבג"ץ היא אפוא בקשה למתן צו על-תנאי, ולא למתן צו מוחלט. צו מוחלט – כלומר, קבלה פורמלית של העתירה, במלואה או בחלקה – יכול להינתן רק אם ניתן צו על-תנאי או אם הדיון התקיים, בהסכמת המשיבים, כאילו ניתן צו על-תנאי.³⁷ בכך ההליך המנהלי שונה מהליך אזרחי או פלילי רגיל, אשר נפתח בהגשת כתב תביעה או כתב אישום, שהם בקשה ישירה לקבלת הכרעה שיפוטית. עצם הגשתם של כתב תביעה או כתב אישום ופתיחת ההליך בעניינם מטילות על הנתבע או הנאשם נטל דיוני להתגונן.³⁸ במילים אחרות, בכוחו של תובע בהליך אזרחי או פלילי להכריח נתבע או נאשם להתדיין עימו.

לעומת זאת, בהליך המנהלי אין בכוחו של עותר להכריח את הרשות המנהלית להתדיין עימו ללא רשות מבית-המשפט, אשר ניתנת באמצעות צו על-תנאי. עם הגשת עתירה, על

31 The Administrative Court Judicial Review Guide 2025, 41 (2025).
 32 יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" **משפט וממשל** א 295, 302 (1993).
 33 ראו זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2742.
 34 ראו תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשכ"ג–1963, ק"ת 1942.
 35 תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984, ק"ת 2321.
 36 זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2864.
 37 ראו תק' 7(ג) לתקנות בית המשפט הגבוה לצדק: "הזמן המשיב [לדיון בעתירה למתן צו על-תנאי]... רשאי בית המשפט, בהסכמת המשיב, לדון ולהחליט בעתירה כאילו כבר ניתן הצו על תנאי".
 38 ראו תק' 9(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018: "הליך בבית משפט יפתח בהגשת כתב תביעה, שבמענה לו יוגש כתב הגנה"; ס' 95(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982: "משהוגש כתב אישום יקבע בית המשפט מועד למשפט...".

העותרים לתמוך בתצהיר את העובדות הנטענות בה.³⁹ דרישה זו מבטאת את הנטל שמוטל על העותרים לבסס את טענותיהם כבר בשלב הראשוני של פתיחת ההליך.

9. כיצד שרד הסדר הצו על-תנאי – אשר אינו מקנה לפרטים זכות לזמן את הרשות לדיון – חרף השינויים והתמורות שחלו בתפיסת המדינה וזכויות האזרח מולה במאות השנים שחלפו? הסבר אחד הוא שמרנות לשמה, העשויה להנהיר בישראל גם את עצם המעמד החרגי שנשמר לבית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, כערכאה הראשונה (והאחרונה) השיורית בתחום המשפט המנהלי והחוקתי. הסבר אפשרי נוסף לדרישת הצו על-תנאי הוא חזקת התקינות המנהלית (חזקת החוקיות). לפי חזקה זו, נקודת המוצא של כל דיון משפטי שבו עולה טענה נגד חוקיות פעילותה של רשות מנהלית היא כי הרשות פעלה כדיון.⁴⁰ על הקשר בין הליך הצו על-תנאי לחזקת התקינות עמד יצחק זמיר:

חזקת החוקיות נכנסת לפעולה כבר בשלב זה [של הגשת עתירה לבג"ץ]. 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... צו-על-תנאי מרים כביכול, את המחסום של חזקת החוקיות, ומעביר את נטל הבאת הראיות אל הרשות המינהלית.⁴¹

לנוכח זאת אפשר להנהיר את הסדר הצו על-תנאי כמנגנון סינון, אשר מעניק לבית-המשפט סמכות לקבוע אם יש בטענות בסיס ראשוני לדיון.

ב. הפרקטיקה הדיונית של צו על-תנאי

10. משמעותו הדיונית של צו על-תנאי אינה נובעת רק מההסדר שנקבע בחקיקה. במהלך השנים פיתח בית-המשפט העליון פרקטיקה אשר ייתכן שאינה סותרת באופן חזיתי את תקנות בית המשפט הגבוה לצדק, אך בוודאי חורגת מההסדרים הבסיסיים שנקבעו בהן.⁴²

39 ראו תק' 4 לתקנות בית המשפט הגבוה לצדק: "כל עתירה תהא נתמכת בתצהיר... על עובדות שהן בתחום ידיעתו האישית של העותר יצהיר שהן נכונות, ועל עובדות אחרות יצהיר שהן נכונות לפי מיטב ידיעתו ואמונתו".

40 ראו, למשל, ע"א 3290/23 עובדון מנסור נ' משרד הביטחון, פס' 25 (נבו 30.7.2025); בג"ץ 6951/17 אפיקי מים אגודה שיתופית חקלאית נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פס' 50 (נבו 3.4.2019); ברק-ארז משפט מינהלי דיוני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25.

41 זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 32, בעמ' 299–300. לצד חזקת התקינות, ואולי כדי לאזנה, דיני הראיות המנהליים מקילים גם על עותרים, אשר כמו הרשות אינם כפופים לכללי הקבילות של דיני הראיות הרגילים. ראו, למשל, יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך א 163 (2022).

42 ראו זמיר סדרי הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2747: "...בג"ץ עצמו אינו מקפיד לקיים תקנות אלה [תקנות בג"ץ]. לדוגמה הוא נוהג, שלא על פי התקנות, לבקש תגובה מן המשיב

לפי פרקטיקה זו, צו על-תנאי ניתן, ככלל, רק על-ידי הרכב, ולא על-ידי שופט יחיד, לאחר הליך הכולל תגובה של המשיבים ודיון בעל-פה, ורק במקרים שבהם סיכויי העתירה להתקבל גבוהים. פרקטיקה זו אינה מורשת של המשפט המנדטורי. היא התפתחה בהדרגה, בעיקר החל בשנות התשעים של המאה העשרים.

על-אף ההשפעה המכריעה של הפרקטיקה שפיתח בית-המשפט העליון על השלכותיו של צו על-תנאי ומעמדו, בית-המשפט מעולם לא הסביר את הפרקטיקה. אף הספרות המשפטית לא ניסתה עד עתה להנהירה.

11. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה פרסמה לגבי רוב השנים שבין 1963 ל-1996⁴³ נתונים באשר למספר העתירות שהוגשו לבג"ץ מדי שנה, מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ומספר העתירות שהתקבלו.⁴⁴ אף שפרסומם של נתונים אלו הופסק משום-מה, הם מעידים על תחילת התפתחותה של הפרקטיקה:

לפני שנקבע מועד לדיון ואף לפני שהוחלט אם לקיים דיון; הוא ממעט להוציא צו על תנאי...".
ראו גם ברק-ארוז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 438.

43 למעט השנים 1967, 1969, 1971, 1974, 1976, 1981 ו-1986–1992.

44 להלן הנתונים המלאים:

טבלה 1: עתירות לבג"ץ – נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (1963–1996)

שנה	עתירות שהוגשו	צו על-תנאי		עתירות שהתקבלו	
		מספר	% מכלל העתירות	מספר	% מכלל העתירות
1963	330	189	57.3	45	23.8
1964	333	183	55.0	36	19.7
1965	374	203	54.3	64	31.5
1966	409	216	52.8	62	28.7
1968	345	181	51.1	40	22.1
1970	330	156	47.3	28	17.9
1972	491	221	45.0	43	19.5
1973	457	164	35.9	28	17.1
1975	612	154	25.2	25	16.2
1977	648	205	31.6	30	14.6
1978	590	129	21.9	16	12.4
1979	760	201	26.4	34	16.9
1980	694	129	18.6	40	31.0
1982	667	226	33.9	44	19.5
1983	741	292	39.4	116	39.7
1984	826	163	19.7	41	25.2
1985	715	307	42.9	50	16.3
1993	1,171	190	16.2	68	35.8
1994	1,246	172	13.8	85	49.4
1995	966	137	14.2	25	18.2
1996	1,330	344	25.9	25	7.3

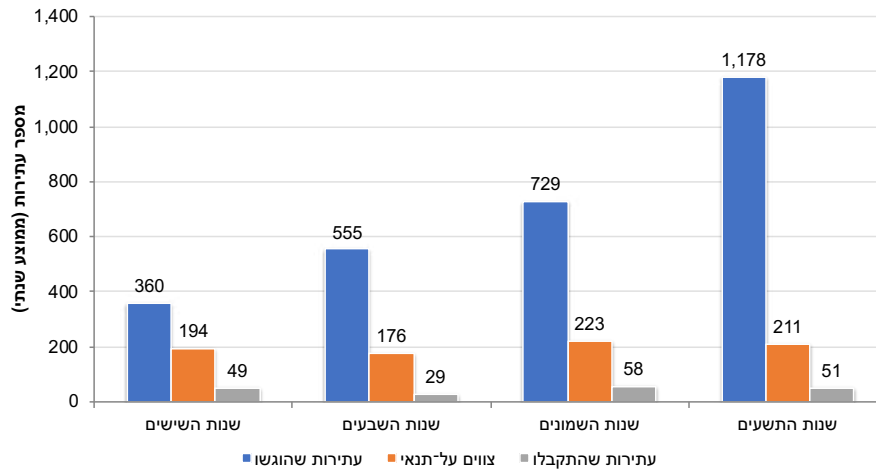
הנתונים מבוססים על דוחות הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה כלהלן: **סטטיסטיקה משפטית 1963** 34–35 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 182, 1965); **סטטיסטיקה משפטית 1964** 38–39 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 189, 1965); **סטטיסטיקה משפטית 1965** 34–35 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 213, 1967); **סטטיסטיקה משפטית 1966** 27 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 236, 1968); **סטטיסטיקה משפטית 1968** 29 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 288, 1969); **סטטיסטיקה משפטית 1970** 32 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 353, 1971); **סטטיסטיקה משפטית 1972** 38 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 353, 1971).

- **שנות השישים** – מדי שנה ניתן צו על-תנאי בממוצע ב-54.1% מכלל העתירות, והתקבלו בממוצע 25.2% מהעתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ו-13.6% מכלל העתירות.
- **שנות השבעים** – מדי שנה ניתן צו על-תנאי בממוצע ב-33.3% מכלל העתירות, והתקבלו בממוצע 16.4% מהעתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ו-5.6% מכלל העתירות.
- **שנות השמונים** – מדי שנה ניתן צו על-תנאי בממוצע ב-30.9% מכלל העתירות, והתקבלו בממוצע 26.3% מהעתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ו-8% מכלל העתירות.
- **שנות התשעים (עד 1996)** – מדי שנה ניתן צו על-תנאי בממוצע ב-17.5% מכלל העתירות, והתקבלו בממוצע 27.7% מהעתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ו-4.3% מכלל העתירות.

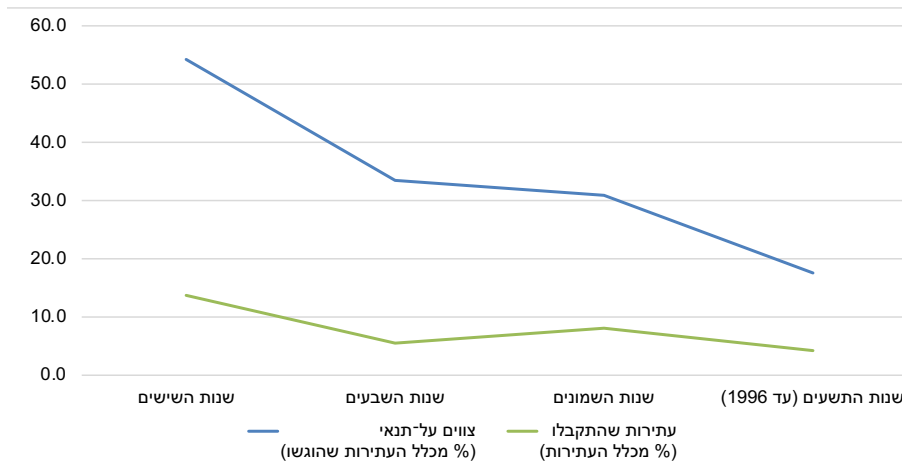
מנתונים אלו – בהנחה שהם מדויקים בעיקרם – עולה כי בעוד ששיעור העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ירד (מ-54.1% בשנות השישים ל-17.5% בשנות התשעים), שיעור העתירות שהתקבלו מבין העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי עלה (מ-25.2% בשנות השישים ל-27.6% בשנות התשעים).

437, 1974); **סטטיסטיקה משפטית 1973** 32 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 475, 1975); **סטטיסטיקה משפטית 1975** 30 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 520, 1976); **סטטיסטיקה משפטית 1977** 45 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 589, 1978); **סטטיסטיקה משפטית 1978** 47 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 617, 1980); **סטטיסטיקה משפטית 1979** 29 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 647, 1981); **סטטיסטיקה משפטית 1980** 29 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 677, 1982); **סטטיסטיקה משפטית 1982** 29 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 728, 1984); **סטטיסטיקה משפטית 1983** 29 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 748, 1985); **סטטיסטיקה משפטית 1984** 30 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 769, 1986); **סטטיסטיקה משפטית 1985** 29 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 792, 1987); **סטטיסטיקה משפטית 1993** 78 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, פרסום מס' 1031, 1996); **סטטיסטיקה משפטית – בית המשפט העליון 1994–1996** 9 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לקט ממצאים סטטיסטיים מסקרים שהושלמו לאחרונה מס' 43, 1997). ראו גם זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 121.

תרשים 1: הליכי בג"ץ – שנות השישים עד שנות התשעים (מספרים)



תרשים 2: הליכי בג"ץ – שנות השישים עד שנות התשעים (אחוזים)



12. בבדיקה שערכו עוזרי-המחקר דור אשכנזי ושיר עמליה טרי באתר הרשות השופטת הם איתרו את כלל העתירות שהוגשו לבג"ץ בשנים 2011 ו-2015 (ובכלל זה עתירות שלגביהן ניתנו פסק-דין והחלטות אחרות בשנים מאוחרות יותר).⁴⁵ לצד בדיקה לגבי כל עתירה אם

45 כדי לבחון גם את השתלשלות הטיפול בעתירות שנדחו – אם הן נדחו ללא בקשת תגובה מהמשיבים, לאחר קבלת תגובה מהמשיבים או לאחר מתן צו על-תנאי – ערכנו את הבדיקה לפי שנת ההגשה של העתירות. נבדקו עתירות שהוגשו לאחרונה בשנת 2015, כדי להבטיח כמידת האפשר קיום פסק-דין לגבי מרב העתירות שנבדקו. הבדיקה נערכה במחצית הראשונה של שנת 2023.

ניתן בה צו על-תנאי (או לחלופין אם התקיים בה דיון כאילו ניתן צו על-תנאי)⁴⁶ ואם עתירה שניתן בה צו על-תנאי נדחתה או התקבלה, נבחנו גם פרמטרים נוספים, ביניהם שיעור העתירות שנדחו ללא בקשת תגובה מהמשיבים ושיעור העתירות שנדחו לאחר תגובת המשיבים (מבלי שניתן בהן צו על-תנאי).

בידינו נתונים המתייחסים גם לעתירות נגד החלטות של בתי-משפט ובתי-דין. עם זאת, הנתונים המפורטים להלן אינם כוללים נתונים באשר לעתירות לבית-המשפט הגבוה לצדק שהופנו נגד פסקי-דין של בתי-משפט או בתי-דין, דוגמת בתי-דין לעבודה, בתי-דין דתיים ובתי-משפט צבאיים.⁴⁷ עתירות אלו, בדרך-כלל, אינן בתחומי המשפט החוקתי והמנהלי, ובג"ץ דן בהן בעיקר מכוח סמכויותיו הקבועות בסעיפים 15(ד) ו-15(ד) (4) לחוק-יסוד: השיטה. סמכות הביקורת השיפוטית של בג"ץ על החלטות של בתי-משפט ובתי-דין, עילות הביקורת על החלטות אלו ונושאי הביקורת הם שונים במהותם מאלה הנוגעים בהחלטות של רשויות אחרות, ברובן רשויות מנהליות, אשר דיון בעתירות נגדן הוא במוקד סמכותו של בג"ץ. אמות-המידה להתערבות של בג"ץ בהחלטות שיפוטיות הן מצומצמות במיוחד, וככלל בית-המשפט יתערב בהן רק במקרים של פגם מהותי, דוגמת חריגה מסמכות, סטייה מהוראות הדין או פגיעה בכללי הצדק הטבעי.⁴⁸ מוטב אפוא לא לערבב תפוחים עם אגסים. להלן הנתונים לגבי כל אחת מהשנים.

13. עתירות שהוגשו בשנת 2011

- מספר פסקי-הדין: 1,359
- מספר העתירות אשר נדחו או נמחקו ללא בקשת תגובה מהמשיבים: 191 (14.1% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות אשר נדחו או נמחקו לאחר קבלת תגובה מהמשיבים, מבלי שניתן צו על-תנאי: 1,111 (81.8% מכלל פסקי-הדין)
- סך העתירות אשר נדחו או נמחקו: 1,302 (95.8% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי (לרבות עתירות שנדונו כאילו ניתן צו על-תנאי):⁴⁹ 43 (3.2% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ואשר נדחו: 22 (1.6% מכלל פסקי-הדין; 51.2% מכלל העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי או התבקשה תגובת המשיבים מבלי שניתן צו על-תנאי ואשר נדחו: 1,133 (83.4% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ואשר התקבלו: 21 (1.5% מכלל פסקי-הדין; 48.8% מכלל העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי)

46 ראו לעיל ה"ש 37 והטקסט המפנה אליה.

47 לדיון מפורט בסמכויות אלו של בג"ץ ובאמות-המידה להפעלתן ראו ברוק-ארוז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 79–115.

48 יש הבדלים מסוימים בין היקפי הביקורת של בג"ץ על פסיקות של ערכאות שיפוטיות שונות. לפירוט ראו שם. מכל מקום, ביקורת בג"ץ על החלטות של בתי-משפט ובתי-דין בכללותם שונה במהותה – ומצומצמת – מביקורתו על החלטות של רשויות אחרות.

49 בידינו נתונים המבחינים – לרבות באשר לקבלת עתירות ולדחייתן – בין עתירות שבהן ניתן צו על-תנאי לבין עתירות שבהן התקיים הדיון כאילו ניתן צו על-תנאי.

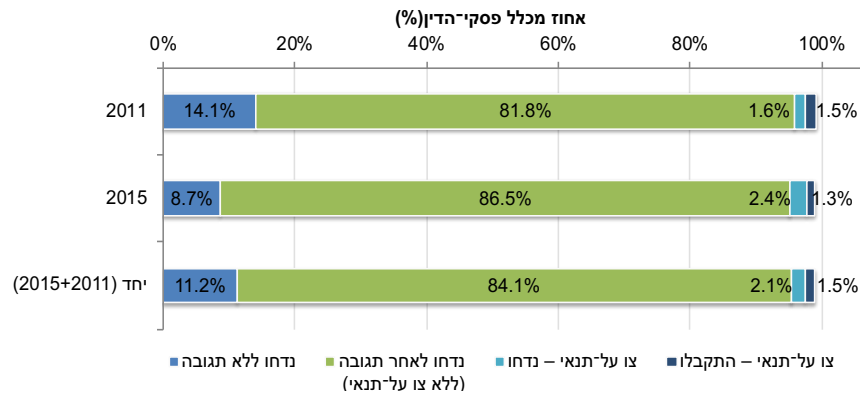
14. עתירות שהוגשו בשנת 2015

- מספר פסקי-הדין: 1,558
- מספר העתירות אשר נדחו או נמחקו ללא בקשת תגובה מהמשיבים: 135 (8.7% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות אשר נדחו או נמחקו לאחר קבלת תגובה מהמשיבים, מבלי שניתן צו על-תנאי: 1,348 (86.5% מכלל פסקי-הדין)
- סך העתירות אשר נדחו או נמחקו: 1,483 (95.2% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי (לרבות עתירות שנדונו כאילו ניתן צו על-תנאי): 59 (3.8% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ואשר נדחו: 38 (2.4% מכלל פסקי-הדין; 64.4% מכלל העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי או התבקשה תגובת המשיבים מבלי שניתן צו על-תנאי ואשר נדחו: 1,386 (89% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ואשר התקבלו: 21 (1.3% מכלל פסקי-הדין; 35.6% מכלל העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי)

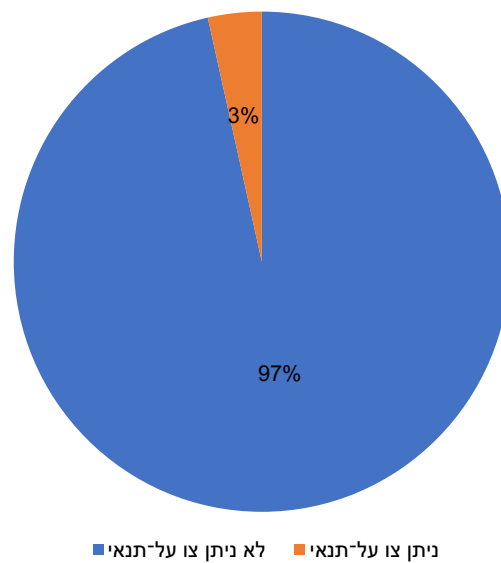
15. עתירות שהוגשו בשנים 2011 ו-2015 (יחד)

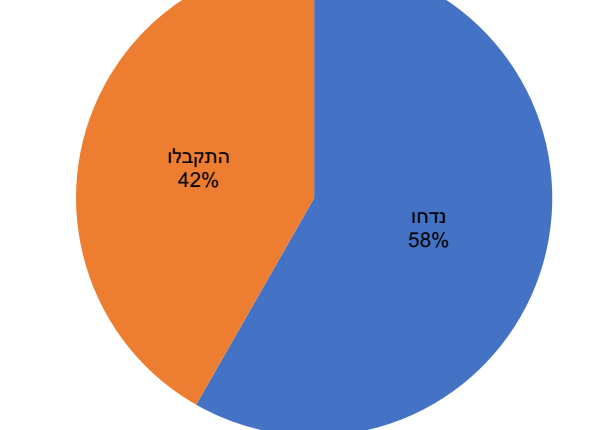
- מספר פסקי-הדין: 2,917
- מספר העתירות אשר נדחו או נמחקו ללא בקשת תגובה מהמשיבים: 326 (11.2% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות אשר נדחו או נמחקו לאחר קבלת תגובה מהמשיבים, מבלי שניתן צו על-תנאי: 2,454 (84.1% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי (לרבות עתירות שנדונו כאילו ניתן צו על-תנאי): 102 (3.5% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ואשר נדחו: 60 (2.1% מכלל פסקי-הדין; 58.8% מכלל העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי או התבקשה תגובת המשיבים מבלי שניתן צו על-תנאי ואשר נדחו: 2,504 (85.8% מכלל פסקי-הדין)
- מספר העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי ואשר התקבלו: 43 (1.5% מכלל פסקי-הדין; 42.2% מכלל העתירות שבהן ניתן צו על-תנאי)

תרשים 3: התפלגות תוצאות העתירות – 2011, 2015 וכן 2011 ו-2015 יחד



תרשים 4: התפלגות העתירות שהוגשו לפי תוצאת-הביניים שלהן (צו על-תנאי) מספר העתירות: 2,917 (2011 ו-2015 יחד)





Category	Percentage
נדחו (Rejected)	58%
התקבלו (Received)	42%

קטגוריה	2011 (יחד)	2015 (יחד)
צוים על-תנאי (מכלל העתירות)	~34.0	~3.0
עתירות שהתקבלו (מזוים על-תנאי)	~24.0	~42.0
עתירות שהתקבלו (מכלל העתירות)	~8.0	~1.0

16. נתונים נוספים הזורעים אור על הפרקטיקה בהליכי בג"ץ מתפרסמים בסיכומים השנתיים של פרקליטות המדינה.⁵⁰

מסיכום שנת 2022 (להלן: סיכום פרקליטות המדינה 2022)⁵¹ – שהוא האחרון שפורסם בעת כתיבתן של שורות אלו, ואשר הנתונים המופיעים בו מתייחסים לעתירות לבג"ץ שהטיפול בהן הסתיים (כלומר, ניתן בהן פסק-דין) בשנת 2022, לרבות עתירות שהוגשו בשנים קודמות – עולה כי כ-60% מהעתירות לא התקיים דיון (בעל-פה) כלל.⁵² עתירות אלו כוללות הן עתירות ש"הסתיימו" בפסק-דין מבלי לבקש תגובה, והן עתירות שהסתיימו לאחר קבלת תגובות המשיבים ללא קיום דיון. הדעת נותנת כי עתירות אלו נדחו כולן. כך בוודאי לגבי עתירות שהטיפול בהן הסתיים ללא בקשת תגובה, וכך ככל הנראה גם לגבי עתירות שהתבקשה תגובה עליהן.

מסיכום מפורט יותר, לשנת 2016 (המתייחס לשנה סמוכה לזו שבדקנו (2015), אך להליכי בג"ץ שהסתיימו באותה שנה, ולא להליכי בג"ץ שהחלו בה) (להלן: סיכום פרקליטות המדינה 2016),⁵³ עולה כי כ-56% מהעתירות לא התקיים דיון בעל-פה: כ-38% הסתיים הטיפול ללא בקשת תגובה מהמדינה, וכ-18% הסתיים הטיפול לאחר קבלת תגובה.⁵⁴ עוד עולה מסיכום פרקליטות המדינה 2016 כי 40% מהעתירות נדחו, ללא מתן צו על-תנאי, לאחר קיום דיונים בעל-פה.⁵⁵

17. ממצאים דומים עולים ממחקרו של יואב דותן, אשר התבסס על נתונים מדגמיים שצוות המחקר שלו אסף מתקופות המחקר – שנות השבעים ושנות התשעים.⁵⁶ גם מהנתונים במחקרו של דותן עולה כי בחלק ניכר מהעתירות שבהן הצליחו העותרים בעתירה, באופן מלא או חלקי, לא ניתן צו על-תנאי, לא כל שכן צו מוחלט.⁵⁷

50 אף שהמדינה וגופים אחרים המיוצגים על-ידי פרקליטות המדינה אינם משיבים בכל העתירות המוגשות לבית-המשפט הגבוה לצדק, הפרקליטות מייצגת את המשיבים או את חלקם בחלק ניכר מהעתירות, ובמיוחד בעתירות שאינן מופנות נגד החלטות של בתי-דין ובתי-משפט בתחומים החורגים ממשפט מנהלי וחוקתי. השוו לעיל הטקסט המפנה לה"ש 47.

51 פרקליטות המדינה **סיכום שנה 2022** (2023) (להלן: סיכום פרקליטות המדינה 2022).

52 ראו שם, בעמ' 60.

53 פרקליטות המדינה **סיכום שנה 2016** (2017) (להלן: סיכום פרקליטות המדינה 2016).

54 ראו שם, בעמ' 66. בדברי ההסבר לנתון זה, שם, נכתב: "כ-38% מהעתירות לבג"ץ מתיירות עוד בטרם הגשת תגובת המדינה לבית המשפט. מרבית המקרים מסוג זה מתרחשים בעקבות בחינת התיקים על ידי המחלקה אל מול גורמי המדינה הרלוונטיים, גיבוש עמדת המדינה ביחס לעתירה ולאחר מכן הצגת עמדת המדינה לעותר. במקרים אלה העתירה מתייתרת בין אם בשל הגעה להסכמה בין המדינה לבין העותר ובין אם בשל החלטת העותר לחזור בו מן העתירה לאור עמדת המדינה ולא להביאה להכרעה שיפוטית". עם זאת, חלק מהעתירות נדחות על-ידי בית-המשפט מבלי לבקש את תגובת המדינה.

55 ראו שם. סיכום פרקליטות המדינה 2016, שם, מבחין בין עתירות שהטיפול בהן הסתיים (ללא מתן צו על-תנאי) "במהלך הדיונים הראשוניים" לבין עתירות שהטיפול בהן הסתיים "לאחר הדיונים הראשוניים ולפני מתן צו על תנאי". ייתכן שהבחנה זו היא בין עתירות שבהן בית-המשפט נתן פסק-דין בתום הדיון באולם לבין עתירות שפסק-הדין ניתן בהן לאחר עיון.

56 ראו Yoav Dotan, *Lawyer for the Rule of Law: Government Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel* 87–118 (2013).

57 ראו שם, בעמ' 91. לפי ממצאיו של דותן, בעוד שבשנות השבעים הוציא בית-המשפט צו על-תנאי כ-37.1% מן העתירות, בשנות התשעים ירד השיעור ל-1.2%.

בדומה לכך, במחקרה של צילי אליצור נאה⁵⁸ נמצא כי מבין 422 עתירות לבג"ץ שנכללו במדגם של עתירות מהשנים 2012, 2013, 2015 ו-2017 – רק ב-26 עתירות (6.2% בלבד) ניתן צו על-תנאי.⁵⁹

18. נתון נוסף, משמעותי אף יותר, נוגע בתוצאת ההליך. כאמור, צו על-תנאי – ובכלל זה קיום הדיון כאילו ניתן צו על-תנאי, שהוא הכרחי לקבלה פורמלית של העתירה (הפיכת הצו על-תנאי ל"מוחלט") – ניתן רק באחוז קטן מאוד של העתירות (לפי סיכום פרקליטות המדינה 2016 – 4%).⁶⁰ לעומת זאת, מסיכומי פרקליטות המדינה עולה כי בשיעור עתירות העולה במידה ניכרת על אחוז הצווים על-תנאי התוצאה האופרטיבית היא לזכות העותרים, במלואה או בחלקה. כך, בסיכום פרקליטות המדינה 2016 מצוין כי העותרים זכו בסעד ב-40% מהעתירות: ב-11% מהעתירות "ניתן כל הסעד שהתבקש", וב-29% מהן "הסעד שהתבקש ניתן באופן חלקי או שניתן סעד אחר".⁶¹ ואילו בסיכום פרקליטות המדינה 2022 נכתב כי העותרים זכו בסעד ב-27% מהעתירות: ב-8% – במלוא הסעד שהתבקש; וב-19% – בסעד חלקי או בסעד שונה מהסעד שהתבקש (לרבות החזרת העניין לרשות לצורך קבלת החלטה חדשה).⁶² נראה כי אין מדובר רק ב"סעד" במובן הטכני – אשר בדרך-כלל ניתן רק אם העתירה מתקבלת ומוענק צו מוחלט, שתנאי להענקתו הוא מתן צו על-תנאי (או דיון בעתירה בהסכמת המשיבים כאילו ניתן צו על-תנאי) – אלא גם במקרים שבהם העתירה נדחתה או נמחקה לאחר שהרשות שינתה בעקבותיה את החלטתה.

19. נתון דומה נמסר לנו על-ידי אליצור נאה: מתוך 396 עתירות לבג"ץ שנכללו במדגם של עתירות מהשנים 2012, 2013, 2015 ו-2017 שבהן לא ניתן צו על-תנאי (כ-94% מכלל העתירות במדגם), 168 עתירות הסתיימו בהסדר מוסכם, שבמסגרתו שינו המשיבים את החלטתם בנושא העתירה (כ-42%); ואילו מתוך 26 עתירות שבהן ניתן צו על-תנאי, 8 עתירות הסתיימו בהסדר מוסכם (כ-31%).

58 צילי אליצור נאה "וגשר הסדק שנפער": תרבות הסדרית בבג"ץ וקריאה למיסוד מנגנון גישור בג"צי ייעודי "משפטים נה (צפוי להתפרסם).

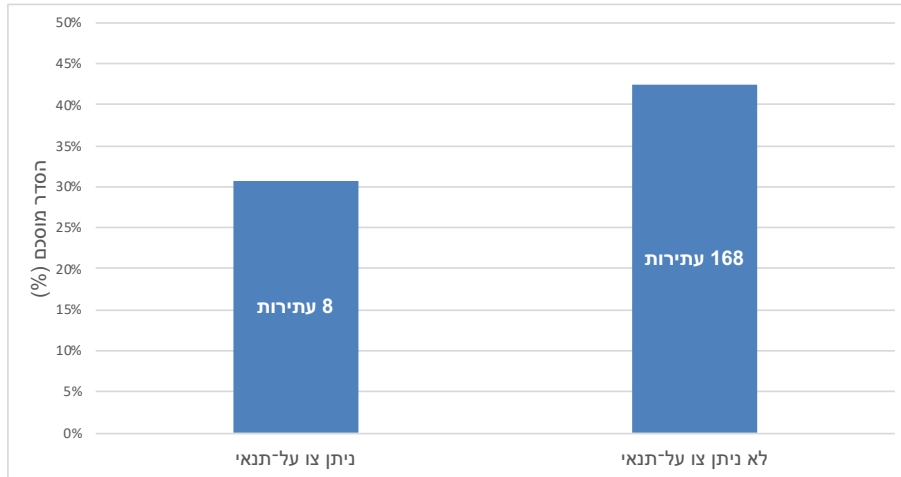
59 ראו שם, בה"ש 147.

60 ראו סיכום פרקליטות המדינה 2016, לעיל ה"ש 53, בעמ' 66. נתון זה דומה לממצא של המחקר שערכנו למאמר זה, שלפיו צו על-תנאי ניתן ב-3.5% מהעתירות שהוגשו בשנים 2011 ו-2015.

61 ראו שם.

62 ראו סיכום פרקליטות המדינה 2022, לעיל ה"ש 51, בעמ' 60.

תרשים 7: התפלגות העתירות שהסתיימו בהסדר מוסכם לפי מתן צו על-תנאי – על-פי מחקרה של צילי אליצור נאה



הדעת נותנת שברוב המוחלט של המקרים האלה – אשר כוללים את "כל ההליכים שבהם הסכימו הצדדים על סיום ההליך בשל נכונות הרשות להעניק לעותר את הסעד המבוקש או את חלקו, וכן הליכים שהסתיימו בשל נכונות הרשות להעניק לעותר את עיקר הסעד, ללא צו שיפוטי כופה"⁶³ – הסכמת הרשות לקבל את דרישות העותרים או את חלקן ניתנה לאחר שהשופט התורן קבע כי על המשיבים להגיב על העתירה, שהיא החלטה הניתנת בדרך-כלל בתוך ימים מעטים מיום הגשת העתירה.

20. מהשילוב של כלל הנתונים – נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, הנתונים שבסיכומי פרקליטות המדינה, ממצאי מחקריהם של דותן ואליצור נאה והנתונים שנאספו לצורך מאמר זה – עולים באופן מובהק כמה ממצאים.

ראשית, שיעור העתירות לבג"ץ שבהן ניתן צו על-תנאי ירד במהלך השנים באופן דרמטי: בשנות השישים השיעור היה כ-54%; בשנות השבעים והשמונים הוא היה כ-32%; בשנות התשעים הוא ירד לכ-28%; והעיקר לענייננו – שיעור העתירות שניתן בהן צו על-תנאי מבין אלה שהוגשו בשנים 2011 ו-2015 היה 3.5% בלבד,⁶⁴ ושיעורן מבין אלה שהטיפול בהן הסתיים בשנת 2016 היה 4%. כלומר, צו על-תנאי ניתן כיום בחלק מזערי מהעתירות.

⁶³ אליצור נאה, לעיל ה"ש 58, ליד ה"ש 120–121.

⁶⁴ כאמור, נתון זה אינו כולל עתירות שהופנו נגד החלטות של בתי-משפט ובתי-דין, שהביקורת השיפוטית עליהן צרה במיוחד, ואילו הנתונים משנות השישים עד שנות התשעים כוללים גם עתירות כאלה. מאידך גיסא, שיעור זה אינו כולל את רוב העתירות שהוגשו נגד החלטות של רשויות מקומיות, אשר עד לחקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000, היו בסמכות בג"ץ. דותן מראה בספרו, שם, כי שיעור הצווים על-תנאי שניתנו בעתירות נגד רשויות מקומיות בתקופות המחקר – אשר קדמו לחקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים – עולה במידה ניכרת על שיעור הצווים על-תנאי שניתנו בעתירות נגד רשויות המדינה. הנתונים שאספנו לגבי עתירות שהוגשו לבג"ץ בשנים 2011 ו-2015 והנתונים בסיכומי פרקליטות המדינה לגבי

שנית, במקביל לירידה הדרמטית במתן צו על-תנאי, שהפכה צו על-תנאי לנדיר, עלה במידה ניכרת שיעור העתירות שהסתיימו במתן צו מוחלט מבין אלה שבהן ניתן צו על-תנאי – מכ-25% בשנות השישים לכ-42% ב-2011 וב-2015. כלומר, כיום סיכוייה של עתירה שניתן בה צו על-תנאי להתקבל, כך שבית-המשפט יוציא בה צו מוחלט, הם גבוהים. שלישית, שיעור העתירות שבהן העותרים מצליחים לקבל את מבוקשם, באופן מלא או חלקי, עולה במידה דרמטית על שיעור העתירות שבהן בית-המשפט מוציא צו על-תנאי.⁶⁵ לפי סיכום פרקליטות המדינה 2016, אף שרק כ-4% מהעתירות ניתן צו על-תנאי, כ-40% מהעתירות קיבלו העותרים את מבוקשם או את מקצתו. נתונים דומים הציגו דותן⁶⁶ ואליצור נאה.⁶⁷

אפשר להניח כי חלק מעתירות אלו מנוהלות על-ידי בית-המשפט בדרך המכונה "שמרניות", שבה בית-המשפט – במקרים רבים מבלי שניתן צו על-תנאי – מעיר לרשות המשיבה על פגמים שנפלו בהחלטה נושא העתירה ודוחק בה לתקן פגמים אלו.⁶⁸ רבים מההליכים האלה מסתיימים בדחיית העתירה או במחיקתה, מכיוון שזו "מיצתה את עצמה" בשל השינויים שנעשו בזמן שהתנהל ההליך.⁶⁹ עם זאת, ממחקרה של אליצור נאה עולה כי מתוך העתירות לבג"ץ שנכללו במדגם ואשר הסתיימו בהסכמה, במובן של הטבת מצב העותרים,⁷⁰ שהן 41.9% מכלל העתירות לבג"ץ,⁷¹

-
- עתירות שהטיפול בהן הסתיים בשנים 2016 ו-2022 אינם מתייחסים אפוא לסוגי הליכים זהים לאלה שנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ונתוניו של דותן מתייחסים אליהם.
- 65 ללקט – לא ממצה – של דוגמאות, כולן מחודש אוגוסט 2025, אשר בחלקן אף פסק בית-המשפט הוצאות לטובת העותרים, ראו בג"ץ 15450-02-25 עאיש נ' ראש המינהל האזרחי בגדה המערבית (נבו 18.8.2025); בג"ץ 8931-08-25 אחמד נ' צבא ההגנה לישראל (נבו 14.8.2025); בג"ץ 54974-01-25 בית ספר מסדר נזירות המושיע נ' ממשלת ישראל (נבו 12.8.2025) (נפסקו הוצאות לטובת העותר); בג"ץ 3340-08-25 אלהדלין נ' משטרת ישראל (נבו 10.8.2025) (נפסקו הוצאות לטובת העותר); בג"ץ 36721-03-25 גורנלר נ' לשכת הגיוס ירושלים – יחידת מיטב (נבו 10.8.2025) (נפסקו הוצאות לטובת העותרת); בג"ץ 62926-10-24 מועצה אזורית שדות נגב נ' משרד הביטחון (נבו 7.8.2025) (החלטה) (נפסקו הוצאות לטובת העותרת). לדוגמאות נוספות לעתירות שנמחקו לאחר שהרשות נענתה לדרישות העותרים לאחר הגשת העתירה ואשר נפסקו בהן הוצאות לטובת העותרים ראו ברק-ארוז משפט מינהלי דיוני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 464–467, במיוחד ה"ש 199.
- 66 ראו DOTAN, לעיל ה"ש 56, בעמ' 109.
- 67 ראו אליצור נאה, לעיל ה"ש 58, בה"ש 138.
- 68 ראו, למשל, בג"ץ 71/11 אקים ישראל – אגודה לאומית לקימום אנשים עם פיגור שכלי נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (נבו 2.4.2012) (החלטה): "...נראה לנו יעיל יותר לעת הזו לקיים פיקוח שיפוטי הדוק ולא להוציא צו על תנאי. המדינה תגיש הודעת עדכון... ותיתן דעתה להערות שנשמעו בדיון. ייקבע דיון נוסף לפני ההרכב או רובו...".
- 69 ראו, למשל, אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" משפטים 605, 639–641 (2017).
- 70 ראו אליצור נאה, לעיל ה"ש 58, בה"ש 119–121 ובטקסט המפנה אליהן.
- 71 אליצור נאה, שם, בה"ש 138, מעירה כי "פילוח אופן סיומם של כלל תיקי המדגם, בניכוי הליכים מן הסוג שהועבר [בתקופה שלאחר השנים שבהן נדונו העתירות שנכללו במדגם] לסמכות בית המשפט המנהלי בירושלים, הצביע על שיעור נמוך יותר של הליכים שהסתיימו בהסכמה, הקרוב ל-30%...".

44% הסתיימו בשלב שלפני הגשת תגובה,⁷² שבו בית-המשפט, בדרך-כלל, אינו נוהג להציע לרשות המשיבה לשנות את החלטתה מושא העתירה.

21. היה אפשר לסבור כי הנוהג של השופטים התורנים המקבלים לידיהם את הטיפול בעתירות עם הגשתן לבקש את תגובות המשיבים ולא להוציא צו על-תנאי – אלא אם כן השופטים סוברים כי על פני הדברים העתירה אינה מצריכה תגובה ודינה להידחות – נובע מהרצון לחסוך דיון בעל-פה לפני הרכב. אולם הפרקטיקה היא ששופט יחיד אינו מוציא צו על-תנאי גם בנסיבות שבהן תגובות המשיבים מצריכות דיון לפני הרכב. כפי שמתארת ברק-ארז:

הנוהג שהשתרש בבית המשפט העליון הוא שהשופט התורן אינו מקבל החלטה להוציא צו על-תנאי בעצמו, הגם שהדבר אפשרי. בפועל השופט התורן בוחר – על בסיס מכלול החומר שלפניו – בין העברת העתירה לדיון בעל-פה בפני הרכב לבין העברתה להרכב עם המלצה לדחייה על הסף (בשל כך שאינה בסמכות בג"ץ או בשל פגם בולט אחר כגון אי-מיצוי הליכים, סעד חלופי או היעדר עילה משפטית).⁷³

מכאן שבררת-המחדל היא שבהעדר "פגם בולט" בעתירה – המצדיק את דחייתה על הסף ללא דיון בעל-פה לפני הרכב – עתירות מועברות לדיון לפני הרכב מבלי להוציא צו על-תנאי, וזאת גם אם בתגובת המשיבים אין כדי להצדיק את דחיית העתירה או את מחיקתה.⁷⁴ ההרכב מקיים דיונים (לא פעם יותר מדיון אחד) בשאלה אם להוציא צו על-תנאי. דיונים אלו מתווספים על העתירה ותגובות המשיבים (ולעיתים גם על תשובת העותרים לתגובות). צו על-תנאי ניתן רק במיעוט מובהק של המקרים.⁷⁵ כאמור, במקרים רבים בהרבה מאלה שבהם ניתן צו על-תנאי העותרים מצליחים לקבל בהסכמה – לעיתים בעקבות הערות השופטים –

72 שם, בה"ש 139.

73 ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 438–439 (ההדגשה הוספה).

74 מספרן הממוצע של העתירות שהוגשו לבג"ץ בשנים 2016 עד 2024 – כעולה מהדוחות השנתיים של הנהלת בתי-המשפט לשנים אלו (הדוח לשנת 2025 טרם פורסם בעת כתיבתן של שורות אלו) – הוא כ-1,700. בחיפוש במאגר נבו נמצא כי מבין כלל ההחלטות בהליכי בג"ץ המתועדות במאגר שניתנו בעשר השנים שמיום 1.1.2016 עד יום 31.12.2025 ואשר אורכן עד שלושה עמודים, צירופים המאפיינים החלטה של בית-המשפט לבקש תגובה על העתירה מבלי להוציא צו על-תנאי (אם כי נעשה בהם שימוש גם בהחלטות, לא-רבות יחסית, שעניינן תגובה על בקשה לצו-ביניים בלבד או על בקשה להוצאות המשפט), מופיעים ב-7,345 החלטות (כ-43% מכלל העתירות). צירופים אלו הם "המשיבים יגיבו", "המשיב יגיב", "המשיבה תגיב", "המשיבות יגיבו", "המשיבות תגבנה", "המשיבים יגישו תגובה", "המשיב יגיש תגובה", "המשיבה תגיש תגובה", "תגובה מקדמית תוגש", "תגובה מקדמית לעתירה תוגש" ו"העתירה מצריכה תגובה". הצירופים "לתגובת המשיבים", "לתגובת המשיבות", "לתגובת המשיב" ו"לתגובת המשיבה", המופיעים ב-2,848 החלטות (כ-17% מכלל העתירות), משקפים לעיתים בקשת תגובה מקדמית על העתירה, אך לא רק החלטות כאלה. יוער עוד כי מאגר נבו אינו כולל את כלל ההחלטות.

75 ראו גם זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2745: "כיום אין בג"ץ נוהג להוציא צו על תנאי אלא לעתים רחוקות, על פי רוב רק לאחר שנתקיים דיון בעתירה, בעיקר כאשר בג"ץ סבור כי ראוי להמשיך בדיון, וכי צו כזה יבהיר למשיב שקיים סיכוי ממשי שבית המשפט יענה לעתירה אלא אם יושג הסדר מוסכם בין העותר לבין המשיב".

לפחות חלק ממבוקשם. במקרים רבים אלו בוודאי היה בעתירה ממש, ולכאורה היה מקום למתן צו על-תנאי.

22. פרקטיקה שגם לה אין בסיס בחקיקה – בדומה לפרקטיקות שתוארו בסעיפים הקודמים – היא מתן צו על-תנאי גם אם רק אחד משופטי ההרכב ביקש לעשות כן.⁷⁶ בפועל השופטים אינם נוהגים לציין בהחלטה להוציא צו על-תנאי שהצו לא ניתן פה אחד, לא כל שכן שהוא ניתן רק בשל עמדתו של אחד השופטים בהרכב. עם זאת, יש מקרים, אשר נראה כי אינם נדירים, שבהם עתירה נדחית על הסף – כלומר מבלי להוציא צו על-תנאי – ברוב דעות, לעיתים אף בהרכב מורחב.⁷⁷ יש גם מקרים נדירים שבהם צו על-תנאי ניתן על-ידי בית המשפט ברוב דעות.⁷⁸

23. פרקטיקה נוספת של בית-המשפט הגבוה לצדק, שאף היא אינה מעוגנת בחקיקה, היא לא לנמק – גם לא בפסק-הדין הסופי – החלטה להוציא צו על-תנאי חלקי בלבד.⁷⁹ כאמור, משמעותה של החלטה כזאת היא דחיית ראשי העתירה, ובכלל זה הבקשות לסעדים, שלגביהם לא ניתן צו על-תנאי. זהו ככל הנראה הסוג היחיד של החלטה מהותית – כל-שכן פסק-דין סופי – של ערכאה דיונית (ולא ערעורית) שניתן ללא כל הנמקה.

ג. ההשלכות של פרקטיקת הצו על-תנאי – קשיים נורמטיביים

24. כפי שפירטנו בפרק ב, הוצאת צו על-תנאי בבית-המשפט הגבוה לצדק היא חריגה. בדרך-כלל היא אינה משמשת לצורך בירור עמדתם של המשיבים באשר לעתירה שאינה נדחית על הסף, שכן עמדה זו נמסרת במלואה במסגרת תגובה מקדמית. מהן אפוא ההשלכות

76 ראו ברק-ארוז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 440.

77 למקרים של דחיית עתירה ברוב דעות מבלי שהוצא בה צו על-תנאי ראו, לדוגמה, בג"ץ 3591/94 **האשול נ' פרקליטת מחוז צפון** (נבו 23.8.1994); בג"ץ 2534/97 **יהב נ' פרקליטת המדינה**, פ"ד נא(3) 1 (1997) (הרכב מורחב); בג"ץ 2453/06 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 21.3.2006); בג"ץ 9634/08 **מועצה אזורית חוף השרון נ' שר הפנים** (נבו 5.10.2009); בג"ץ 4252/17 **ג'בארין נ' הכנסת** (נבו 14.7.2020); בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (נבו 8.7.2021) (הרכב מורחב); בג"ץ 144/22 **אבו שחידס נ' מפקד פיקוד העורף** (נבו 19.1.2022); בג"ץ 2627/22 **אלו"ט – אגודה לאומית לילדים ובוגרים עם אוטיזם נ' משרד הבריאות** (נבו 5.12.2024); בג"ץ 8452/19 **עיריית חברון נ' מדינת ישראל** (נבו 28.2.2022); בג"ץ 6596/23 **החברה להגנת הטבע נ' שר הפנים** (נבו 17.2.2025).

78 ראו, לדוגמה, בג"ץ 5069/94 **בוטבול נ' ראש הממשלה** (נבו 28.9.1994) (החלטה).

79 ראו מדינה, לעיל ה"ש 20. לפסק-דין יוצא-דופן שבמסגרתו הוצא צו על-תנאי חלקי ולחלק העתירה שנדחה – שלגביו לא הוצא צו על-תנאי – ניתנו נימוקים מפורטים, המשתרעים על 116 עמודים (קרוב ל-38,000 מילים), ראו בג"ץ 3964/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 31.7.2025). למקרה שבו נימק בית-המשפט החלטת-ביניים שמשמעותה הייתה דחיית הסעד המרכזי שהתבקש בעתירה ראו בג"ץ 65630-03-25 **שמחוני נ' היועצת המשפטית לממשלה**, פס' 7 (נבו 12.9.2025) (החלטה): "[העותרים טענו כי] קבלת המתווה המוצע, ולו לתקופת ביניים, שקולה לדחיית עתירת המוזהרים – טענה זו נכונה, ככל שמדובר בסעד העיקרי שביקשו המוזהרים בעתירתם. אלא שסעד זה דינו להידחות, ועל מנת שלא נימצא עושים כן ללא כל הנמקה, נבהיר עניין זה בקצרה כבר בשלב זה" (ההדגשה במקור).

המהותיות של הפרקטיקה הקיימת? להלן נדון בשתי שאלות: (1) מהן המשמעויות, ובכלל זה ההשלכות הראייתיות, של הוצאת צו על-תנאי? (2) מהן ההשלכות של אי-מתן נימוקים להוצאת צו על-תנאי חלקי, שמשמעותו היא דחיית חלק מהעתירה.

1. המשמעות של הוצאת צו על-תנאי – ההיבט הראייתי

25. על משמעויותיה המשפטיות – הדיוניות והסמליות – של הוצאת צו על-תנאי עמדה ברק-ארז:

במישור הדיוני – [הענקת צו על-תנאי]... מחייבת את המשיב להגיש תצהיר תשובה, ומעניקה זכויות נוספות לעותר, למשל לקבל פרטים נוספים. במישור הסימבולי – זהו "איתות" לכך שיש לכאורה ממש בעתירה. לכן מתן צו על-תנאי עשוי להוביל אף לתהליך נוסף של חשיבה מצד הרשויות על האפשרות לשנות את עמדתן המקורית. סדרי הדין בבג"ץ מכירים גם באפשרות לקיים דיון בעתירה "כאילו כבר ניתן הצו על תנאי", אם הסכים לכך המשיב. שימוש באמצעי זה יכול, במקרים מתאימים, לייעל את הדיון בעתירה... דיון בה כאילו... הוצא [צו על-תנאי] מאפשר אפוא לזרז את ההכרעה (מאחר שכך אין צורך להמתין להגשת תצהיר תשובה ולטיעון נוסף בהמשך לו). זאת ועוד, הצעה לקיים את הדיון במתכונת כזו מעבירה גם היא, במידה רבה, מסר עקיף שהתרשמותו הראשונית של בית המשפט היא שיש בעתירה ממש.⁸⁰

מלבד חיוב המשיבים להגיש תצהיר, שהם ממילא מגישים לא פעם במסגרת התגובה המקדמית על העתירה, ומלבד מתן האפשרות לצדדים לבקש פרטים נוספים,⁸¹ מתן צו על-תנאי הוא תנאי לתחולתה של תקנה 18(א) לתקנות בית המשפט הגבוה לצדק, הקובעת כי "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 חקירת מצהירים בבג"ץ היא נדירה ביותר כיום.⁸²

26. אולי בגלל הצירוף של המשאבים המושקעים בשלב הדיון בהוצאת צו על-תנאי, החריגות של מתן צו על-תנאי כיום (שמקנה משמעות ציבורית לעצם הוצאתו) והשלכותיו הדיוניות הדלות בפרקטיקה, חידש בית-המשפט הלכות בדבר המשמעות של מתן צו על-תנאי בהיבט של נטל השכנוע.

27. בעבר, כאשר הוצאת צו על-תנאי שימשה למטרתה המקורית – קביעה כי העתירה שהוגשה לבג"ץ ראויה למענה של המשיבים – התפיסה המקובלת, שהתבססה על חזקת

80 ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 437.

81 ראו תק' 11 לתקנות בית המשפט הגבוה לצדק.

82 ראו ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 444; זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 32, בעמ' 312; זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2745–2746.

התקינות המנהלית, הייתה כי מתן צו על-תנאי אינו משליך על נטל השכנוע.⁸³ התפיסה שנהגה סוכמה על-ידי זמיר:

נטל השכנוע דורש מן העותר להוכיח את טענתו שהחלטה המנהלית לוקה בפגם משפטי. נטל זה רובץ על העותר בהתדיינות מנהלית עד גמר ההתדיינות. אם לא הרים את נטל השכנוע, ההחלטה המנהלית עומדת בחזקת החוקיות, והעתירה תידחה. זהו נטל הגיוני וחיוני.⁸⁴

כך, למשל, בפסק-דין אדרי, משנת 1963,⁸⁵ הוציא בית-המשפט הגבוה לצדק צו על-תנאי בעתירה שבה נטען כי המשיב פסול מלכהן כראש מועצה מקומית בשל כך שעבד בה בעבר במשכורת. בית-המשפט בחן את השאלה אם עבודתו של המשיב הייתה "במשכורת" או שמא "בשכר", שכן החוק אסר כהונה כראש מועצה רק על אדם שעבד בה במשכורת. בית-המשפט דחה את העתירה, בקובעו כי "...המבקש לא יצא ידי חובת ההוכחה והשכנוע המוטלת עליו שאומנם שכר ההוראה אשר המשיב קיבל בתקופה הנדונה היתה משכורת דוקא ולא שכר".⁸⁶ חרף הוצאת הצו על-תנאי הוסיף אפוא נטל הראיה והשכנוע לרובץ על כתפי העותר, ומאחר שנטל זה לא הורם, נדחתה העתירה.

בפסק-דין מוניץ, משנת 1982,⁸⁷ הוציא בג"ץ צו על-תנאי בעתירתו של יהלומן נגד מדיניות בנק ישראל להפחית את היקף הסובסידיה למטבע חוץ שהוענקה ליהלומנים. בית-המשפט ביטל את הצו ודחה את העתירה, בציינו כי "העותר לא הרים את הנטל המוטל עליו, ולא הראה כלל, כי בהחלטת בנק ישראל נפל פגם, שיש בו כדי לפסול את ההחלטה".⁸⁸

83 לפי דעה אחרת, שהתפרסמה בספר שיצא בשנת 1991, בהוצאת צו על-תנאי "מקבל בית המשפט לכאורה את טענות העותר ולכן עובר נטל השכנוע וחובת הראייה אל הרשות הציבורית". ראו הר-זהב, לעיל ה"ש 17, בעמ' 22 (ההדגשה הוספה). אולם שני המקורות שהכותב מסתמך עליהם אינם מבססים טענה זו: באשר לבג"ץ 95/51 נפד נ' מנהל אגף המזון, משרד החקלאות, ירושלים, פ"ד ו 132 (1952), האמירה בדעת המיעוט כי "...הכלל הקיים בבית משפט זה [הוא] שעל הרשות הציבורית להראות כי מעשיה בדין יסודם ואין על הפרט להראות כי מעשי הרשות הם בלי יסוד חוקי" (דברי השופט שרשבסקי, שם בעמ' 140) הייתה בהקשר של עקרון החוקיות, ולא נגעה בנטל שצו על-תנאי מעביר; ובאשר להוראה בנוהלי העבודה של בג"ץ הקובעת – כמצוטט אצל הר-זהב, שם – כי "אם לא הוגשה תשובה לעתירה יקבע התיק להוצאת צו מוחלט" (בעת כתיבת שורות אלו אין נוהל כתוב שכך נקבע בו), גם בהליכים אזרחיים תביעה שלא הוגשה לה תשובה מתקבלת ככלל (ראו תק' 30 לתקנות סדר הדין האזרחי), וזאת לא מטעמים הנוגעים בנטל השכנוע.

84 יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המנהלי" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 741, 742 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013) (להלן: זמיר "חזקת החוקיות") (ההדגשה הוספה). ראו גם ברק-ארז משפט מינהלי דיוני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 26 ה"ש 73.

85 בג"ץ 85/63 אדרי נ' ראש המועצה המקומית קרית-שמונה, פ"ד יז 1600 (1963).

86 שם, בעמ' 1604 (דברי השופט כהן).

87 בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466 (1982).

88 שם, בפס' 12.

28. בהקשר זה נהג בית-המשפט להבחין בין נטל הבאת הראיות, שהוצאת צו על-תנאי אכן מטילה על המשיבים, לבין נטל השכנוע, המוטל על העותרים גם לאחר הוצאת צו על-תנאי. כך, בפסק-דין מלבסקי, משנת 1998,⁸⁹ ציין השופט יצחק זמיר:

...נטל הראיה עבר ממילא אל המשיב. המשיב הודיע לבית-המשפט... כי הדיון בעתירה יתנהל כאילו הוצא צו על-תנאי. משמע, המשיב קיבל על עצמו את נטל התשובה לעתירה, ובכלל זה את הנטל של הצגת הראיות התומכות בהחלטתו.⁹⁰

אך לא כן נטל השכנוע. כך, לדוגמה, בפסק-דין קומפיוטסט, משנת 1995,⁹¹ נדחתה העתירה – שבה הוצא צו על-תנאי – תוך שבית-המשפט מציין כי "נטל השכנוע בשלב הזה מוטל על העותר, הטוען כי זכותו היסודית נפגעה".⁹²

29. מסורת פסיקה זו נקטעה בשנת 2020 בפסק-דין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט.⁹³

בשנת 2016 פרסם משרד התרבות והספורט תיקונים למבחני החלוקה של כספי תמיכות. שניים מהתיקונים נועדו לעודד "הרצות" של אירועי תרבות ביישובים ישראליים ביהודה והשומרון. התיקון הראשון קבע מכפיל ניקוד גבוה יותר למוסד שהופיע ביהודה והשומרון ("סעיף הבונוס"). התיקון השני גרע ניקוד ממוסדות שסירבו להופיע ביהודה והשומרון ("סעיף ההפחתה"). העותרת טענה כי התיקונים פוגעים בחופש הביטוי של מוסדות התרבות שאינם חפצים לקיים הרצות ביהודה והשומרון מטעמים ערכיים. לאחר חילופי תגובות בין הצדדים ואף דיון שהתקיים בעתירה, הוציא בית-המשפט צו על-תנאי.⁹⁴ המשנה לנשיאה חנן מלצר, שאליו הצטרפה הנשיאה אסתר חיות, קיבל את העתירה באשר לסעיף הבונוס. השופט דוד מינץ, בדעת מיעוט, סבר כי יש לדחות את העתירה. המחלוקת העיקרית בין השופטים הייתה בעניין הטענה לפגיעה בשוויון. המשיבה טענה כי סעיף הבונוס אינו פוגע בשוויון המנהלי – הכולל חובה להתייחס באופן שווה למקרים שנסיבותיהם הרלוונטיות שוות⁹⁵ – משום שמטרת הסעיף היא להנגיש אירועי תרבות לתושבי הפריפריה. להוכחת טענתה הפנתה המשיבה לנתוני ההרצות שנערכו באזורים השונים בישראל בשנת 2015.

89 בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690 (1998).

90 שם, בפס' 24.

91 בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ 1986 בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808 (1995).

92 שם, בפס' 9 (ההדגשה הוספה). ראו גם בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004), שם דחה בית-המשפט את העתירה בנימוק שהעותרים "לא הרימו... את הנטל המוטל עליהם ולא שכנעו" את בית-המשפט בצדקתם (שם, בפס' 31), וזאת חרף הוצאתו של צו על-תנאי. עוד ראו בג"ץ 8150/98 תאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 433, 449 (2000): "...העותרת לא הרימה את הנטל המוטל עליה להראות" כי היא נפגעה לא כדין מהתקנות שנגדן עתרה. גם במקרה זה ניתן צו על-תנאי.

93 לעיל ה"ש 14.

94 בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט (נבו 19.4.2017) (החלטה).

95 ראו אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר חלק א: מאמרים 306–302, 287 (אהרן ברק עורך 2003).

אולם דעת הרוב הייתה כי לא הוצגו "סימוכין שבעובדה" לטענה כי יישובי יהודה והשומרון הם "פריפריה תרבותית".⁹⁶ משכך, "לא ניתן לקבוע כי **סעיף הבנוס** שמעניק העדפה רק למי שמבצע הרצות ביהודה ושומרון מחיל קריטריונים שוויוניים".⁹⁷ המשנה לנשיאה מלצר הטיל על המשיבה את הנטל להוכיח כי היישובים הישראליים ביהודה והשומרון הם "פריפריה תרבותית", ומשלא עמדה בנטל, הכריע נגדה. לעומתו, השופט מינץ, בדעת המיעוט, יצא מנקודת ההנחה שנטל הראיה ואף "נטל הוכחה נכבד" מוטלים על העותרת.⁹⁸ השופט מינץ גם קשר בין חזקת התקינות המנהלית לבין נטל הראיה, וזאת אף שהוצא בעתירה צו על-תנאי. הוא הצביע על כך שהעותרת לא הציגה נתונים לביסוס טענתה, ומשהנטל לא הורם, דחה את העתירה. על טענה זו של השופט מינץ השיב המשנה לנשיאה מלצר כי הוצאת הצו על-תנאי העבירה אל כתפי הרשות את נטל השכנוע. מאחר שהרשות לא הביאה די ראיות להוכיח כי אזור יהודה והשומרון הוא "פריפריה תרבותית", הפך בית-המשפט את הצו על-תנאי לצו מוחלט. וכך כתב המשנה לנשיאה מלצר:

...עמדתו [של השופט מינץ] שהעותרת לא עמדה בנטל הבאת הראיות והשכנוע – מתעלמת ממשמעות העובדה **שהוצא** בעתירה צו על-תנאי. נפקותו של נתון חשוב זה הוא שהנטל עבר אל המשיבה להראות כי לא נפל פגם במעשיה, או בהחלטותיה (והעותרת מוחזקת כמי שהרימה את הנטל שרביץ עליה בהקשר האמור, כבר בשלב הצו על-תנאי).⁹⁹ הנה כי כן, ככל שהמשיבה לא הצליחה לעמוד במסגרת ההתנגדות בנטל שהועבר אליה – דין הצו על-תנאי להפוך למוחלט.⁹⁹

על ההלכה החדשה הסתמכו שופטי בית-המשפט העליון בכמה פסקי-דין. השופט מלצר ציין, כאחד הטעמים לדחיית טענה עובדתית של המדינה, כי המשיבים "לא עמדו בנטל המוטל עליהם לאור הוצאתו של צו-על-תנאי בסוגיה".¹⁰⁰ בפסק-דין נוסף כתב השופט עופר גרוסקופף:

...[מתן צו על-תנאי] מלמד כי באותן סוגיות שנכללו בצו על תנאי העותרים צלחו את הנטל הראייתי הראשוני שהיה מוטל עליהם להצביע על פגם לכאורי בהתנהלות הרשות, ומטיל על הרשות את הנטל להניח בסיס ראייתי מספק המלמד שלא נפל פגם בהתנהלותה. כנגזר מכך, משניתן צו על תנאי, הרשות מחויבת בהגשת תשובה מגובה בתצהירים הממוקדת בסוגיות שהוגדרו בו – ככל שהתשובה מספקת תידחה העתירה, ואם לאו העתירה תתקבל והצו על תנאי יהפוך למוחלט... בנתונים [שהמדינה הציגה בתשובתה לצו על-תנאי]... לא היה כדי ללמד את שנודרשה המדינה לשכנע... נדרש להשתכנע כי ננקטים

96 פסק-דין **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט**, לעיל ה"ש 14, בפס' 63 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

97 שם, בפס' 65 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה מלצר (ההדגשה במקור).

98 ראו שם, בפס' 18 לפסק-הדין של השופט מינץ.

99 שם, בפס' 85 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה מלצר (ההדגשה במקור).

100 פסק-דין **ברזון**, לעיל ה"ש 14, פס' 107 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

הצעדים הדרושים להבטיח שדרישות החוק מקוימות... הנתונים שהוצגו לפנינו אינם מאפשרים להשתכנע בכך.¹⁰¹

עם זאת, השופט דפנה ברק-ארז, אשר יחד עם השופט גרוסקופף תמכה (בדעת רוב) בקבלת העתירה, לא הסתמכה על עצם הוצאתו של צו על-תנאי ולא התייחסה לנימוק זה של השופט גרוסקופף.

פסק-דין אחר – פסק-דין פלוגי¹⁰² – מעורר אי-בהירות אם הכלל חל גם בשאלות משפטיות, ולא רק במחלוקות עובדתיות. באותו מקרה קבעה הנשיאה חיות כי "...העובדה שהמשיבים לא הציגו הצדקה מהותית לסירובם להפוך את הצו על תנאי למוחלט, אף שנטל השכנוע רובין לפתחם, מצדיקה כשלעצמה את קבלת העתירה".¹⁰³ אולם, כידוע, נטל ההוכחה – ובמסגרתו נטל השכנוע – חל רק בשאלות עובדתיות, ואינו רלוונטי בשאלות משפטיות.¹⁰⁴ לנוכח זאת אנו מסופקים אם ההלכה החדשה מבקשת לחול גם בשאלות משפטיות.

30. ההלכה החדשה מעוררת לדעתנו קושי. אכן, הוצאת צו על-תנאי מעבירה אל המשיבים את נטל הבאת הראיות, אך דומה כי כך הדבר גם כאשר בית-המשפט מורה על הגשתה של תגובה מקדמית.¹⁰⁵ לעומת זאת, העברה של נטל השכנוע רק משום שבעתירה הוצא צו על-תנאי אינה מתיישבת עם מהותה המקורית של הוצאת צו על-תנאי, שהייתה קביעה כי העתירה ראויה לתשובה; וגם לא עם תפקידה הסמלי, שהתפתח במהלך השנים, שהוא איתות של בית-המשפט כי יש לכאורה ממש בעתירה ועידוד המשיבים לתקן את ההחלטה נושא העתירה. נטל השכנוע הוא הנטל המוטל על צד להתדיינות בבית-משפט לשכנוע את בית-המשפט כי העובדות המונחות לפניו מבססות את זכותו כלפי יריבו; אם כפות המאזניים באשר לעובדות הן מעוינות, המשפט יוכרע לרעת הצד שנטל השכנוע מוטל עליו.¹⁰⁶ ככלל, נטל

101 פסק-דין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי, לעיל ה"ש 14, בפס' 1, 4 ו-5 לפסק-הדין של השופט גרוסקופף.

102 לעיל ה"ש 14.

103 שם, בפס' 14.

104 ראו, למשל, אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 53, 55 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים 2009): "נטל ההוכחה רלוונטי לעניין ממצא עובדתי; אין לו רלוונטיות לעניין הדין. הכלל הינו כי את הדין יודע בית המשפט (iura novit curia). על כן ניתן לומר כי 'נטל ההוכחה' בעניין הדין רובין על בית המשפט...".

105 ראו, למשל, זמיר "חזקת החוקיות", לעיל ה"ש 84, בעמ' 759–760: "...סתם טענה בדבר פגם משפטי לא יהיה בה כדי להניע את בית-המשפט להוציא צו על-תנאי או – לפי נהל מקובל יותר כיום – לבקש תגובה מן הרשות המנהלית... אם מתעורר אצל בית-המשפט ספק ממשי בשאלת חוקיותה של ההחלטה המנהלית מושא העתירה, די יהיה בכך להתגבר על חזקת החוקיות ולשכנע את בית-המשפט לבקש מן הרשות המנהלית תגובה על העתירה או להוציא צו על-תנאי נגד הרשות".

106 ראו, למשל, רע"א 5438/09 גרוסמן נ' אסלן (נבו 19.11.2009); ד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד (2) 229, 291 (1970).

השכנוע מוטל על התובע:¹⁰⁷ "המוציא מחבירו עליו הראיה".¹⁰⁸ להבדיל מנטל הבאת הראיות, נטל השכנוע נותר ככלל קבוע במהלך המשפט, ואינו עובר מצד לצד.¹⁰⁹ השאלה אם צד עמד בנטל השכנוע נבחנת בתום ההליך השיפוטי.¹¹⁰

31. זה הדין גם בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, שבה מוטל ככלל על המבקש לשכנע את בית-המשפט – כבר בשלב הבקשה¹¹¹ – כי "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה".¹¹² כדבריה של השופטת ברק-ארז:

...[בתובענה ייצוגית] טמונה... סכנה של הגשת תובענות סרק שמטרתן היא הפעלת לחץ על הנתבע להגיע לפשרה. זאת ועוד: אישור התובענה כייצוגית, כשלעצמו, חושף, במקרים רבים, את הגוף הנתבע לנזק כלכלי ולפגיעה במוניטין. הוא מחייב את הנתבע לפתוח במערכה משפטית, מקצועית ותדמיתית כדי להתגונן מפני התובענה. יש לו השפעה (לעתים ניכרת) על הדו"חות הכספיים של הנתבע. אישור התובענה עלול לדחוק את הנתבע להגיע לפשרה, ובלבד שלא יצטרך לשאת בעלויות ניהולו של ההליך... [לכן] בשונה מן התובע בתביעה רגילה, המבקש לאשר תובענה כייצוגית אינו רשאי להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה, אלא מוטלת עליו החובה להוכיחן באופן לכאורי. במקרה הצורך, על המבקש לתמוך את טענותיו בתצהירים ובמסמכים הרלוונטיים. בית המשפט שדן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה ולבחון היטב – בחינה משפטית ובחינה עובדתית – אם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית.¹¹³

והינה, בעצם אישורה של בקשה להגשת תובענה ייצוגית אין כדי להפוך את נטל השכנוע בתום המשפט, והוא נותר על התובעים הייצוגיים. אכן, כדבריו של אלון קלמנט:

...אין להפוך את שלב האישור, שהנו שלב מקדמי, לדיון מלא בתובענה גופה. לפיכך סיכויי ההצלחה, שאותם יש להוכיח, אינם ברמה של מאזן ההסתברויות כפי שנדרש התובע להוכיח בתובענה גופה, אלא ברמה נמוכה יותר של "אפשרות סבירה להצלחה".¹¹⁴

107 ראו, למשל, ע"א 2076/09 ח.י בלאושטיין בניין והשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פס' 11 (נבו 2.9.2010).

108 בבלי, בבא קמא מו, ע"ב.

109 ראו, למשל, ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ, פ"ד סא(3) 18, פס' 11 (2006); יניב ואקדמי דין ראיות כרך ד 1922 (2021).

110 ראו אורנה אליגון דר יסודות בדיני ראיות 223 (2024).

111 ראו, למשל, אביאל פלינט וחגי ריניצקי תובענות ייצוגיות 162–172 (2017).

112 ס' 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006.

113 רע"א 3489/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פ"ד סו(1) 633, פס' 39 ו-41 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז (2013) (להלן: פסק-דין הפניקס).

114 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006" הפרקליט מט 131, 142 (2006). ראו גם פסק-דין הפניקס, לעיל ה"ש 113, בפס' 14 לפסק-הדין של השופט

השיקולים המיוחדים שבגללם הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור, המחייב דיון מעמיק, אינם חלים על הגשת עתירה לבג"ץ.¹¹⁵ ואם אישור תובענה ייצוגית אינו מעביר את נטל השכנוע לנתבעים, על אחת כמה וכמה אין הצדקה לכך שהוצאת צו על-תנאי תעביר נטל זה אל המשיבים, שבדרך-כלל אף עומדת להם חזקת התקינות.

32. הוצאת צו על-תנאי בבית-המשפט הגבוה לצדק אמורה אפוא, ככלל, לבטא הכרעה שיפוטית כי הורם נטל הראיה הראשוני שמוטל על עותרים לסתור את חזקת התקינות המנהלית. הוצאת צו על-תנאי משמעותה השוואת מצבם של עותרים לבג"ץ למצבם של תובעים אזרחיים בהגשת כתב תביעה, ועל הרשות הנטל להגיש "כתב הגנה" בדמות התנגדות לעשיית הצו על-תנאי למוחלט ותמיכת טענותיה בתצהיר. אולם, כשם שנטל השכנוע בהליך אזרחי, ובכלל זה בתובענה ייצוגית שהגשתה אושרה, מוסיף לחול על הנתבעים אף לאחר הגשת כתב התביעה, כך גם בהליך בבג"ץ נטל השכנוע מוסיף לרבוץ על כתפי העותרים אף לאחר הוצאת צו על-תנאי. במילים אחרות, הוצאת צו על-תנאי אינה אמורה להעביר אל כתפי הרשות את נטל השכנוע, אלא רק את נטל הבאת הראיות.

33. יתר על כן, בכתיבה אקדמית הציע זמיר "להנמיך את המחסום של חזקת החוקיות בשלב הראשון של ההתדיינות, כלומר, לצורך מתן צו-על-תנאי המזמין את הרשות להציג את עמדתה בפני בית-המשפט".¹¹⁶ ברק-ארו, התומכת בגישה זו, ציינה כי "...גם ערעור מסוים של חזקת התקינות (באופן שאולי לא יצדיק בסופו של דבר את קבלת העתירה) יכול לשמש בסיס מספיק להוצאת צו על-תנאי, דהיינו לחיובה של הרשות לפחות להשיב לעתירה ולהצדיק את עמדתה באופן מחייב. בעמדה זו יש היגיון רב, שהרי השלב של הוצאת צו על-תנאי הוא שלב שבו הטענות נבחנות על-ידי בית המשפט לכאורה בלבד".¹¹⁷ הצעה זו אומצה באחד מפסקי-הדין על-ידי השופטת עדנה ארבל.¹¹⁸ נראה כי מכאן נובע כי הנטל שעל העותרים לעמוד בו לצורך הוצאת צו על-תנאי קל מהנטל הנדרש לצורך קבלת העתירה, ועל-כן אין מקום שהוצאת צו על-תנאי תעביר את נטל השכנוע אל הרשות המשיבה.

פוגלמן (2013): "החלטה לאשר ניהול תובענה ייצוגית משקפת... קביעה לכאורה בלבד בדבר סיכויי התובענה להתקבל... אישור לניהול הליך כייצוגי משמעו הוא אך שהבקשה עמדה ברף הלכאורי הנדרש לניהול הליך כאמור. על כן, ככל שלאחר שלב האישור נותרה בין הצדדים מחלוקת עובדתית, זכאים בעלי הדין לבררה ככלל תביעה רגילה, ובית המשפט יכריע בתובענה הייצוגית על סמך התמונה הראייתית המלאה – הן זו שהובאה בשלב של בקשת האישור, הן זו שהובאה בשלב הדיון בתובענה גופה. בתיתו פסק דין בתובענה הייצוגית, אין בית המשפט ככול בקביעות הלכאוריות שנדרש אליהן בשלב של בקשת האישור". אומנם, בפסק-דין זה היה השופט פוגלמן בדעת המיעוט, אך הדברים המצוטטים משקפים את התפיסה המקובלת.

115 להצעה לקבוע כללים מיוחדים לאישור עתירה ציבורית לבג"ץ, שלגביה קיימים שיקולים מיוחדים הדומים לשיקולים החלים בהליכי תובענות ייצוגיות, השוו אורי אהרונסון ושי נ' לביא "עתירות ייצוגיות" בחוברת זו.

116 זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 32, בעמ' 307.

117 ברק-ארו **משפט מינהלי דינוי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 30.

118 ראו בג"ץ 9462/09 **פלונית נ' צה"ל**, פס' 14 (נבו 27.5.2010). השופט דניציגר הצטרף לפסק-דינה של השופטת ארבל, ואילו השופט פוגלמן ציין כי אינו נדרש לשאלה (מאחר שבנסיבות המקרה לא עמדה העותרת אף בנטל הראשוני הנדרש – גם לפי גישה זו – להוצאת צו על-תנאי).

34. ככל שבית-המשפט מציין בהחלטתו להוציא צו על-תנאי כי הצו מוצא רק מטעמים של יעילות הטיפול בעתירה (דוגמת עתירה שהכרעה בה דחופה),¹¹⁹ נראה כי הצו אינו מעביר אל המשיבים שום נטל ראיתי – לא את נטל הבאת הראיות, ובוודאי לא את נטל השכנוע.¹²⁰

35. שאלה אחרת מתעוררת בנסיבות נדירות שבהן המשיבים לא הגישו תצהיר תשובה מפורט או לא התייצבו לדיון אף שהוצא צו על-תנאי,¹²¹ או במקרים – שכיחים מעט יותר – שבהם העמדה המוצגת לפני בית-המשפט מטעם הרשות המשיבה אינה עמדתם של נושאי המשרה ברשות, אשר לא ניתן לה ייצוג נפרד, אלא עמדת היועץ המשפטי לממשלה, התומך בשמה של הרשות בקבלת העתירה.¹²² ספק רב אם במקרים כאלה חלה ההלכה בדבר העברת נטל השכנוע מהעותרים אל המשיבים.

36. יש להבחין בין ההשלכות על נטל ההוכחה של מתן צו על-תנאי בבג"ץ לבין ההשפעה של דינים אחרים על נטל ההוכחה במשפט הציבורי, שכן יש מקרים שבהם הנטל עובר אל הרשות ללא קשר להליך הצו על-תנאי.

דוגמה מובהקת לכך היא חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 (להלן: חוק ההנמקות), אשר קובע, בין היתר, כי אם עובד ציבור מתבקש להפעיל סמכות הנתונה לו לפי דין ומסרב לבקשה, עליו להודיע למבקש בכתב את נימוקי סירובו,¹²³ וכן לפנות בכתב לאדם הזכאי להגיש ערר או ערעור על החלטתו ולהודיע לו על זכותו ועל דרכי

119 ראו המקורות המצוינים לעיל בה"ש 12 ו-13.

120 יש פנים לכאן ולכאן בשאלת הנטל הראיתי המועבר אל המשיבים, אם בכלל, במקרה שבו צו על-תנאי הוצא משום שהמשיבים לא הגיבו על העתירה תגובה מהותית. למקרה כזה ראו בג"ץ 9037-08-24 **הכהן נ' ראש הממשלה** (נבו 4.2.2026). בהחלטתו להוציא צו על-תנאי כתב בית-המשפט: "...לאחר שעיינו בכתבי הטענות מטעם הצדדים, בשל היעדר התייחסות לגופו של עניין מטעם [ראש הממשלה]... שהחלטתו היא שעומדת במוקד העתירות... מצאנו להורות על מתן צו על-תנאי..." (שם, בפס' 1).

121 ראו בג"ץ 18225-06-25 **גילון נ' ממשלת ישראל** (נבו 14.12.2025). בפסק-דין זה, שניתן פה אחד על-ידי הרכב מורחב שבו השתתף השופט מינץ, בעל דעת המיעוט בפסק-דין **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט**, לעיל ה"ש 14, נכתב בפס' 41 כי "מושכלות יסוד הן כי מתן צו על-תנאי משמעו כי עלה בידי העותרים לעמוד בנטל הראיתי הראשוני להצביע כי מתקיימים אי-חוקיות או פגמים לכאוריים בהחלטות הרשות המינהלית". הנשיא עמית, שכתב את פסק-דין **גילון**, הפנה כבסיס לאמירה זו, בין היתר, לפסק-דין **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט**. לא נראה לנו שמשמעות הצטרפותו של השופט מינץ לדברים אלו היא השלמה עם הלכת פסק-דין **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט**, שכן הנשיא עמית התייחס רק ל"נטל הראיתי הראשוני", ולא לנטל השכנוע. גם אין לראות במשפט יחיד זה ביטול או שינוי משמעותיים של ההלכה.

122 מקרים כאלה הם מקרים שבהם לא התבקש ייצוג נפרד (ראו, לדוגמה, בג"ץ 6075/24 **לביא זכויות האזרח מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' נציב שירות המדינה**, פס' 9 לפסק-הדין של השופט כבוב (נבו 28.7.2025)) (להלן: פסק-דין **לביא**); בג"ץ 5769/18 **אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה**, פס' 6 לפסק-הדין של השופט הנדל (נבו 4.3.2019)) וכן מקרים שבהם התבקש ייצוג נפרד אך היועץ המשפטי לממשלה סירב לבקשה (ראו, לדוגמה, בג"ץ 34680-08-24 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר התקשורת**, פס' 13 לפסק-הדין של השופט סולברג (נבו 14.10.2024)).

123 ראו ס' 2א לחוק ההנמקות.

מימושה.¹²⁴ בסעיף 6(א) לחוק ההנמקות נקבע כי "...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".¹²⁵ נראה כי הנטל שסעיף זה מטיל על הרשות הוא נטל השכנוע.¹²⁶ אף שנטען כי במקרים כאלה מן הדין שבית-המשפט יוציא צו על-תנאי,¹²⁷ לעיתים בית-המשפט מסתפק בבקשת תגובה מהמשיבים.¹²⁸

דוגמה נוספת היא הגישה שלפיה על הטוענים כי חוק מפר את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מוטל נטל השכנוע כי החוק פוגע בזכות חוקתית, אך אם עמדו בנטל זה, אזי אל הרשות המבקשת לתמוך בחוקתיות החוק עובר נטל השכנוע כי מתקיימים תנאיה של פסקת ההגבלה.¹²⁹ קיימת מחלוקת אם גישה זו – להבדיל מהגישה המטילה את נטל השכנוע על הטוענים לאי-חוקתיות בשני השלבים, כלומר, גם בשלב הבחינה לפי פסקת ההגבלה – משקפת את ההלכה הנוהגת.¹³⁰ בפסיקה הוצגו גם גישות-ביניים שונות בדבר חלוקת נטל ההוכחה בין הצדדים לעניין קיומם של רכיבים אלו ואחרים של פסקת ההגבלה.¹³¹ מכל מקום, בפועל בית-המשפט הגבוה לצדק אינו מוציא בהכרח צו על-תנאי בכל מקרה שבו נפגעת זכות חוקתית. עתירה נגד חוק או החלטה מנהלית הפוגעים בזכות עשויה להידחות

124 ראו ס' 5 לחוק ההנמקות.

125 לדיון בס' 6(א) לחוק ההנמקות ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב: ההליך המינהלי (מהדורה שנייה מורחבת 2011) (להלן: זמיר **ההליך המינהלי**); יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" **מחקרי משפט** יט 5, 39–41 (2002) (להלן: דותן "חובת ההנמקה"). לדוגמאות נוספות להטלת נטל הראיה – למצער נטל ראשוני – על רשות מנהלית ראו זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2796–2800.

126 ראו דותן "חובת ההנמקה", לעיל ה"ש 125, בעמ' 40: "...העברת נטל הראיה – על פי סעיף 6 לחוק [ההנמקות] – אין פירושה רק העברת 'נטל הבאת הראיות' לרשות המינהלית אלא גם העברת 'נטל השכנוע'. דהיינו, אם לאחר שהרשות והעותר הציגו את ראיותיהם קיים מצב של 'תיקן' ראיתי, משמעות הדבר כי העתירה צריכה להתקבל". ראו גם עב"ל (ארצי) 48950-01-20 **אלומן לאב בע"מ – המוסד לביטוח לאומי**, פס' 28 לפסק-הדין של השופט אופק גנדלר (נבו) 18.4.2021.

127 ראו, למשל, זמיר **ההליך המינהלי**, לעיל ה"ש 125, בעמ' 1097: "...מי שמגיש עתירה לבית המשפט נגד סירוב שאינו מנומק, אינו צריך להוכיח דבר בעתירה והוא יכול לקבל צו על תנאי שידרוש מן הרשות המינהלית להוכיח כי הסירוב נעשה כדין".

128 ראו, למשל, בג"ץ 1359/12 **הר שמש נ' סבג**, פס' 5 (נבו) 27.6.2012 (החלטה); בג"ץ 8624/18 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שרת המשפטים** (נבו) 24.3.2019. ייתכן שאת ההימנעות ממתן צו על-תנאי גם במקרים שבהם נטל ההוכחה מוטל לפי חוק ההנמקות על המשיבים אפשר להסביר ברצונו של בית-המשפט לקבל את תגובת המשיבים גם על עצם הטענה כי מתקיימים התנאים שבהתקיימם חל עליהם נטל הראיה לפי חוק ההנמקות.

129 ראו, למשל, ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פס' 84 לפסק-הדין של הנשיא ברק (1995); ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529, פס' 24 לפסק-הדין של הנשיא ברק (2002); בג"ץ 1107/21 **שמש נ' ראש הממשלה**, פס' 3 לפסק-הדין של השופט הנדל (נבו) 17.3.2021.

130 ראו בג"ץ 6942/19 **צ'באנו נ' שר הפנים**, פס' 19–20 לפסק-הדין של השופט סולברג וההפניות שם (נבו) 12.7.2023.

131 לסקירה של גישות שונות ולדיון בהן ראו בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, פס' 34 לפסק-הדין של השופט זמיר (1999); ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** 250–255 (2016).

ללא מתן צו על-תנאי אם בית-המשפט מוצא – גם בלא מתן צו על-תנאי וקבלת תצהירי תשובה – כי הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.¹³² יש גם להבחין בין ההשלכות של צו על-תנאי לבין כלל הראיה המנהלית. כלל זה – אשר חל ללא קשר להוצאתו של צו על-תנאי – קובע כי "...הרשות המינהלית רשאית להסתמך לצורך קבלת החלטה מסוימת על כל נתון שאדם סביר היה מסתמך עליו לצורך קבלת אותה החלטה".¹³³ מכאן ש"נתון שאדם סביר לא היה מייחס לו שום משקל – לשון אחרת, נתון שמשקלו אפס – אף הרשות המינהלית חייבת להתעלם ממנו".¹³⁴ אולם הרשות אינה צריכה להוכיח, למשל, כי עמדות המומחים מטעמה ומסקנותיה עדיפות על אלה של העותרים.¹³⁵ והעיקר לענייננו: בשל הפטור של רשויות מנהליות מדיני קבילות הראיות הנוהגים בבתי-המשפט וההכרה בכך שלרשות המנהלית יש ידע מקצועי, מומחיות וכלים מוסדיים להערכת מידע אשר עדיפים על אלה העומדים לרשותו של בית-המשפט – על העותרים מוטל נטל השכנוע בכל הנוגע בהפרכת התשתית העובדתית שהרשות מציגה בבית-המשפט.¹³⁶

37. יש גם להבחין בין שאלות הנוגעות בנטלי הראיה לבין כללים מהותיים של משפט מנהלי ומשפט חוקתי, המחייבים לעיתים הצדקה מיוחדת לסוגים מסוימים של החלטות שלטוניות. דוגמאות ממשפט מנהלי הן שינוי החלטה או ביטולה¹³⁷ וחריגה מהנחיות מנהליות.¹³⁸ דוגמה מובהקת ממשפט חוקתי היא התניית פגיעה בזכויות חוקתיות בעמידה בתנאיה של פסקת ההגבלה, לרבות תכלית ראויה ומידתיות.¹³⁹ הצורך בהצדקה אובייקטיבית מיוחדת להחלטות שלטוניות מסוימות, אשר הדין המהותי קובע, אינו משפיע בהכרח על נטל הראיה, ואף אינו מוליך כשלעצמו להוצאת צו על-תנאי.¹⁴⁰

132 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451 (2000); בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 11.9.2016).

133 זמיר ההליך המינהלי, לעיל ה"ש 125, בעמ' 1133.

134 שם.

135 ראו, למשל, בג"ץ 13/80 "נון" תעשית שמורים בע"מ נ' משרד הבריאות, פ"ד לד(2) 693, 696 (1980).

136 ראו יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך ב 839 (2023).

137 ראו, למשל, בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי היריה, תש"ט-1949, פ"ד לו(1) 317, פס' 1-4 ו-8-9 לפסק-הדין של השופט ברק (1981). עם זאת, במקרים מסוימים נראה כי על רשות המבקשת לשנות את החלטתה או לבטלה מטעמים עובדתיים מוטל נטל השכנוע בדבר קיום העובדות שהשינוי מבוסס עליהן. ראו, למשל, בהקשר של ביטול הכרה בהיותו של אדם יהודי לצורך חוק השבות, התש"י-1950, בג"ץ 4504/05 סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים, פס' 16 (נבו 4.11.2009); בג"ץ 5342/12 רמירס לוי נ' משרד הפנים, פס' 15 ו-16 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז וההפניות שם (נבו 6.12.2015).

138 ראו, למשל, ע"פ 1094/17 מסיקה נ' מדינת ישראל, פס' 49 לפסק-הדין של השופטת וילנר וההפניות שם (נבו 30.1.2018).

139 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

140 עשויים להיות מקרים של אי-בהירות בפסיקה: האם הכוונה להצדקה אובייקטיבית, להטלת נטל שכנוע על הרשות, להטלת נטל הבאת ראיות בלבד או לשילוב של השלוש? ראו, למשל, בג"ץ 18225-06-25 גילון נ' ממשלת ישראל, פס' 2 (נבו 1.9.2025) – החלטה שניתנה בעקבות הימנעות המשיבה מלהגיב על העתירות, ואשר נוסחה עשוי לאפשר כל אחד מהפירושים שלעיל: "החלטת ממשלה 2274... אשר התקבלה בעקבות דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה... הסדירה את הרכב הוועדה הציבורית שבה

2. הוצאת צו על-תנאי חלקי ללא נימוקים

38. הצורך לנמק פסקי-דין והחלטות שיפוטיות נובע משורה של טעמים, ביניהם מניעת שרירות-לב ושרירותיות, אפשרות ביקורת של ערכאות ערעור וכן ביקורת ציבורית ומקצועית על הפסיקה, אפשרות יצירתם של תקדימים, קידום ודאות משפטית והגברת האמון של בעלי-הדין והציבור במערכת השפטה.¹⁴¹ חובת ההנמקה היא אף רכיב של הזכות להליך הוגן,¹⁴² אשר בית-המשפט העליון הכיר בה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם.¹⁴³ טעם מרכזי נוסף לצורך בכך שבית-המשפט ינמק פסקי-דין והחלטות הוא מניעת החלטות שגויות המבוססות על אינטואיציות ותחושות-בטן.¹⁴⁴ כדבריו של אהרן ברק:

דבר אחד הוא רעיון המשתלט על המחשבה. דבר אחר הוא העברתו של הרעיון בכור ההיתוך של ההתמודדות האינטלקטואלית המבקשת לתמוך בו, תוך מודעות לתוצאותיו. רבים הם הרעיונות אשר הצורך לנמקם הביא לחדלונם, שכן היה בהם אך הדר חיצוני שלא ניתן היה לבססו.¹⁴⁵

אכן, מהנימוקים המפורטים של פסקי-דין סופיים, המוגבלים לצו על-תנאי כפי שניתן, מתעורר לעיתים הרושם כי אלמלא הגבלת הצו על-תנאי הייתה העתירה בכללותה עשויה להתקבל.¹⁴⁶

על הממשלה להיוועץ בקשר מינוי יועץ משפטי לממשלה, וקבעה את החובה להיוועץ בוועדה הציבורית האמורה הן בעת מינוי יועץ משפטי לממשלה והן ביחס לפיטוריו. לא הוצגו לפנינו בשלב זה טעמים המצדיקים סטייה מהחלטה 2274."

141 ראו יששכר רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** 630–631 (מהדורה שלישית דיגיטלית 7.2025); דפנה ברק-ארוז "ההנמקה השיפוטית: דילמות ישנות וחדשות" **משפטים** נב 5, 6 (2022); מיכל אגמון-גונן "אי-תלות שיפוטית? האיום מבפנים?" **המשפט** י 213, 240–241 (2005); רות גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" **משפטים** ב 89, 91–93 (1970); משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" **משפטים** א 292, 303 (1969).

142 ראו, למשל, ע"פ 1965/14 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 37 (נבו 17.8.2016): "...ההצדקות המקובלות לחובת ההנמקה השיפוטית... מעוגנות, בין היתר... [ב]זכות החוקתית להליך הוגן"; אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** כרך ב: הזכות לכבוד האדם 1156 (פירוש לחוק-היסוד, יצחק זמיר עורך 2023) (להלן: **ברק הזכות לכבוד האדם**).

143 ראו, למשל, בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 500, פס' 17 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (2010); **ברק הזכות לכבוד האדם**, לעיל ה"ש 142, בעמ' 1149–1153 וההפניות הרבות שם.

144 ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 141, בעמ' 631.

145 אהרן ברק **שיקול דעת שיפוט** 46 (1987). ראו גם ע"פ 7915/15 **גרבאן נ' מדינת ישראל**, פס' 19 לפסק-הדין של השופט הנדל (נבו 9.7.2017): "...חובת ההנמקה מבטיחה כי בית המשפט יתחבט ויכנס לעובי הקורה ולעומק המחלוקת בין הצדדים".

146 ראו, לדוגמה, פסק-דין **לביא**, לעיל ה"ש 122: הצו המוחלט, שניתן בדעת רוב, חל רק על אחת משלוש העילות לסיום הכהונה של הממונה על התחרות הכלכלית, אשר לגביה בלבד ניתן צו על-תנאי. השופט שטיין פסק כי לנציב שירות המדינה אין כלל סמכות למנוע את פתיחתו של הליך הפיטורים, ואילו השופט אלרון פסק כי ככלל סמכות זו קיימת רק במקרים שבהם הבקשה לסיום הכהונה היא "פניית סרק או בקשה מופרכת על פניה" (שם, בפס' 50 לפסק-הדין של השופט אלרון), אך לא קבע כי שתי העילות הנוספות שעליהן התבססה הבקשה הן מופרכות על פני הדברים; בג"ץ 4767/22 **אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל**, פס' 46 (נבו 24.3.2024): אחד הנימוקים להחלת דוקטרינת התוצאה היחסית, ולהימנעות מביטול הליך איתור אשר בפסק-הדין נקבע כי התקיים על-ידי ועדת איתור שפעלה

39. דחייה חלקית של עתירות ללא נימוקים – הנוהגת כאמור כאשר בית-המשפט מוציא צו על-תנאי חלקי – פוגעת בכל תכליתיה של חובת ההנמקה (להוציא התכלית הנוגעת בזכות הערעור, אם כי גם היא נפגעת במידת-מה, משום שהעותרים אינם רשאים להגיש בקשה לדיון נוסף על מתן צו על-תנאי חלקי בלי נימוקים, שכן בהחלטה כזו אי-אפשר לזהות, כנדרש בחוק בתי המשפט,¹⁴⁷ "פסיקה" של "הלכה").¹⁴⁸ יתר על כן, חלק מההחלטות שבהן ניתן צו על-תנאי חלקי מנוסחות מבלי לציין מהו בדיוק חלק העתירה שנדחה. כאשר נוסף על כך אין הנמקה לדחייה החלקית של העתירה, הדבר מוביל לעיתים למחלוקות – ובכלל זה לחילוקי-דעות בין השופטים – בשאלה איזה היבט של העתירה נדחה על-ידי בית-המשפט שהוציא את הצו על-תנאי החלקי.¹⁴⁹ הנוהג של בית-המשפט להוציא צו על-תנאי רק במקרים חריגים, ובכלל זה להוציא צו על-תנאי חלקי בלבד מקום שרק חלק מהעתירה נראה לכאורה חזק, מעצים את הקושי הגלום בהימנעות מלנמק דחייה חלקית של עתירה, שמשמעותה עשויה להיות דחייה של הסעד המרכזי שהתבקש בעתירה.

ד. מתווה לרפורמה

40. הדרישה הגורפת למתן צו על-תנאי (או להסכמת המשיבים לדיון בעתירה כאילו ניתן צו על-תנאי) על-מנת שעתירה לבג"ץ תתקבל באופן פורמלי והצו על-תנאי ייעשה ל"מוחלט" מעוררת שורה של קשיים – קשיים עקרוניים וקשיים מעשיים. ראשית, ההצדקה המקורית להליך הצו על-תנאי – מורשת מהמשפט האנגלי ממאות קודמות¹⁵⁰ – כבר אינה ראויה. כפי שכתב זמיר:

ללא סמכות, היה כי "הצו על תנאי שניתן בעתירה לא מתייחס לביטול המינוי... אלא לקיום דיון לפני ועדת האיתור".

147 ראו ס' 30(ב) לחוק בתי המשפט: "...נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה [לדיון נוסף] אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף".

148 ראו יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש 213–212, 181 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים) (2018).

149 למחלוקות שופטים באשר לפירושו של צו על-תנאי חלקי – שמשמעותן היא מחלוקת איזה חלק מהעתירה נדחה ובית-המשפט כבר אינו מוסמך לקבלו בפסק-הדין הסופי – ראו, לדוגמה, פסק-דין לביא, לעיל ה"ש 122, בפס' 74–78 לפסק-הדין של השופט אלרון, בפס' 19 לפסק-הדין של השופט שטיין ובפס' 16–26 לפסק-הדין של השופט כבוב; פסק-דין זר, לעיל ה"ש 11, בפס' 53 לפסק-הדין של השופט ברק-ארז, בפס' 5–8 לפסק-הדין של השופט סולברג ובפסק-הדין של ממלא-מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן.

150 ראו זמיר סדרי הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2750: "...ישראל הדינמית מפגרת אחרי אנגליה השמרנית. ישראל מקיימת עדיין את המתכונת של סדר הדין הארכאי, שמקורו באנגליה, אף שאנגליה עצמה עדכנה אותו כבר לפני עשרות שנים. האם אין זה מגוחך למשל שבית המשפט בישראל עדיין מוציא צו על תנאי (order nisi), שכבר אין לו זכר בבית המשפט באנגליה?" עם זאת, גם ההליך הקיים באנגליה, הקבוע בחלק 54 לתקנות סדר הדין האזרחי באנגליה ובוויילס (CPR), הוא דו-שלבי, וכולל בקשת רשות לביקורת שיפוטית. ראו גם לעיל ליד ה"ש 30–31.

...הטעם העיקרי התומך במוסד של צו-על-תנאי... הוא טעם היסטורי, זר ורחוק, הנעוץ במעמד המועדף של הכתר האנגלי. כיום, במדינת ישראל, המוסד של צו-על-תנאי יכול לשמש דוגמא נוספת לחולשה של הזכות המינהלית.¹⁵¹

על ההיבט העקרוני והסמלי הבעייתי – צורך בקבלת היתר לעתור נגד רשויות המדינה – מתווספת התנייתם של כלים דיוניים מסוימים (חובת המשיבים להגיש תצהיר וזכות העותרים לבקש פרטים נוספים ולבקש לחקור את המצהיר מטעם המשיבים) בהוצאת צו על-תנאי.¹⁵² שנית, עניינים רבים של משפט מנהלי, ואף של משפט חוקתי, נדונים כיום לא לפני בית-המשפט הגבוה לצדק, אלא בבתי-משפט לעניינים מנהליים, בבתי-דין לעבודה, בבתי-דין מנהליים שונים ועוד,¹⁵³ שבהם המוסד של צו על-תנאי אינו קיים, לפחות לא במתכונת הנוהגת בבג"ץ.

שלישית, ההליך המתקיים בבג"ץ, למרות המטרה המוצהרת להקנות לו אופי יעיל במיוחד,¹⁵⁴ הוא מסורבל שלא לצורך באותם מקרים שבהם בעקבות קבלתן של תגובות המשיבים וקיום דיונים בעל-פה ניתן צו על-תנאי. לאחר קבלת תגובות ותצהירים ודיונים בעל-פה בהשתתפות כל הצדדים, בית-המשפט אינו מוסמך לקבל את העתירה, אלא רק להוציא בה צו על-תנאי. אם מוצא צו על-תנאי, מוגשים תגובות ותצהירים נוספים, ונערכים דיונים נוספים בעל-פה, ללא הצדקה מהותית, ובמקרים רבים מבלי שנוסף דבר על העובדות והטיעונים שכבר הוצגו לפני בית-המשפט. כאמור, בית-המשפט מוציא לעיתים צו על-תנאי כדי ליעל את הדיון.¹⁵⁵ ברק-ארו ציינה כי קיום דיון כאילו ניתן צו על-תנאי עשוי ליעל את הטיפול בעתירה.¹⁵⁶ כדבריה, "אין לקבל את העתירה ללא השלב של הוצאת צו על-תנאי, ודיון בה כאילו הוא הוצא מאפשר אפוא לזרז את ההכרעה (מאחר שכך אין צורך להמתין להגשת תצהיר תשובה ולטיעון נוסף בהמשך לו)".¹⁵⁷ הדרישה להוצאת צו על-תנאי – ככל שלא ניתנה הסכמה לקיום דיון כאילו ניתן צו על-תנאי – מתקשה אפוא לעלות בקנה אחד עם יעילות הדיון. אומנם, זכות הצדדים לבקש אלה מאלה פרטים נוספים – הליך העשוי, לכאורה, לסרב את הדיון בעתירה – קמה רק אם ניתן צו על-תנאי.¹⁵⁸ אולם, כאמור, בית-המשפט מוציא לעיתים צו על-תנאי דווקא מטעמים של יעילות הדיון. יתר על כן, בקשות לפרטים נוספים בבג"ץ, שבו אין מקיימים הליכים של גילוי מסמכים ושאלונים, הן כלי

151 זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 32, בעמ' 302.

152 ראו לעיל ס' 25 למאמר.

153 ראו ברק-ארו **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 14–15.

154 ראו, למשל, שם, בעמ' 445: "ההליך בבג"ץ עוצב כהליך מהיר".

155 ראו לעיל ליד ה"ש 12 ו-13.

156 ראו ברק-ארו **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 437.

157 שם.

158 ראו תק' 11–13 לתקנות בית המשפט הגבוה לצדק. עם זאת, הועלתה, מבלי להכריע, אפשרות כי "...משיב בעתירה יכול לבקש פרטים נוספים, וצו למתן פרטים אלו, מרגע הגשת העתירה ואף אם לא הוצא צו על תנאי ולא הוגש תצהיר תשובה". בג"ץ 4443/06 **המועצה המקומית שלומי נ' משרד ראש הממשלה**, פס' 3 (נבו 16.10.2006) (ההדגשה הוספה).

מוגבל,¹⁵⁹ שהשימוש בו אינו רב, ובוודאי אינו פרקטיקה נפוצה. לבסוף, ספק אם הליך ש"מטרתו היא לסייע בהגדרת המחלוקת בין הצדדים"¹⁶⁰ פוגע ביעילות הדין.¹⁶¹ רביעית, השתרשה פרקטיקה של ריסון רב במתן צווים על-תנאי. פרקטיקה זו לא רק מגבירה את הקושי העקרוני שבעצם דרישת האישור לעתור, אלא גם מקנה משמעות ציבורית לעצם הוצאתו של צו על-תנאי ולניסוחו. התוצאה היא כפולה: מצד אחד, בית-המשפט העליון קבע, ללא הצדקה, כי מתן צו על-תנאי מעביר אל המשיבים את נטל השכנוע; מצד אחר, נראה כי המסלול הפורמלי המסורבל הכרוך בקבלת עתירה תורם לכך שעתירות רבות מתקבלות בפועל במסלולים עוקפי צו על-תנאי, דוגמת הליכי שמרטפות¹⁶² ופשרות,¹⁶³ וללא הנמקה של ממש.

חמישית, פרקטיקת הצו על-תנאי מאפשרת גם מתן צו על-תנאי חלקי, אשר משמעותו היא דחיית העתירה בחלקה. דחייה זו נעשית ללא נימוקים, באופן הפוגע בשורה של תכליות העומדות ביסודה של חובת ההנמקה.

41. ארכאיותו של הסדר הצו על-תנאי וחסרונותיו, ואף קשיים מהותיים אחרים שתקנות בית המשפט הגבוה לצדק מעוררות, הניעו את הנשיא ברק, כפי שמתאר זמיר,¹⁶⁴ למנות ועדה מקרב שופטי בית-המשפט העליון¹⁶⁵ כדי לנסח תקנות חדשות לסדר הדין בבג"ץ.¹⁶⁶ הטיטה הראשונה שהכינה הוועדה, בשנת 1998, לא כללה את הסדר הצו על-תנאי.¹⁶⁷ טיטה נוספת, שאושרה על-ידי חבר שופטי בית-המשפט העליון בשנת 2000, הייתה שמרנית יותר, ובשל דרישתו של אחד מחברי הוועדה, שהסתייג מביטול המסורת עתקת-היומין, חזרה לטיטה הדרישה להוצאת צו על-תנאי (או לדיון בהסכמת המשיבים כאילו ניתן צו על-תנאי) כתנאי לחיוב המשיבים להשיב על העתירה בתצהיר ולקבלת העתירה.¹⁶⁸

159 ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה: עלילות הביקורת המשפטית 4184 (2020) (להלן: **זמיר עלילות הביקורת המשפטית**); ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 447–449.

160 ברק-ארז, שם, בעמ' 448.

161 ראו בג"ץ 75847/10 **המועצה המקומית בנימינה גבעת עדה נ' שר הפנים**, פס' 3 (נבו 2010.10.20): "...ההליך של מתן פרטים נוספים נועד לשתי תכליות עיקריות: ראשית, להביא לידי צמצום המחלוקת על ידי הגדרה מדויקת של טענה כללית או סתמית; והאחרת, להביא להבהרת עמדתו של בעל-דין על-מנת לאפשר לצד שכנגד לכלכל את צעדיו ולהציג את עמדתו... **המטרה היא לייעל את הדין ולתחום את המחלוקת...**" (ההדגשה הוספה).

162 ראו לעיל ליד ה"ש 68.

163 ראו לעיל סעיף 19 למאמר.

164 ראו זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2750 ו-2865.

165 חברי הוועדה היו שופטי בית-המשפט העליון שלמה לוין, מישאל חשין, יצחק זמיר ודורית ביניש.

166 לפי ס' 108(א) ו-109 לחוק בתי המשפט, הסמכות להתקין תקנות סדרי דין – ובכלל זה בבג"ץ – נתונה לשר המשפטים. גם אם ייתכן שהקמת הוועדה הייתה על דעתו של שר המשפטים (אשר בעת הקמת הוועדה היה צחי הנגבי, ובהמשך – יוסי ביילין), לא נראה שהשר יזם את הקמתה, קבע את הרכבה או היה מעורב בדיוניה.

167 אנו מודים ליצחק זמיר, אשר מסר לעיוננו תיק עב-כרס הכולל טיוטות שונות של התקנות שגובשו על-ידי הוועדה וכן התכתבויות בקשר אליהן.

168 טיטה זו, שכללה את הסדר הצו על-תנאי, נדונה על-ידי משרד המשפטים ונציגים של לשכת עורכי-הדין, שהעירו עליה הערות מפורטות, אך "הדין גווע לאיטו ונסתיים ללא תוצאות" (זמיר **סדרי הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2750).

עם זאת, גם הטיוטה משנת 1998 – אף שבוטל בה הממד הסמלי הבעייתי של צו על-תנאי כאישור לעתור – מסמיכה את בית-המשפט לבקש מהמשיבים להגיש "תגובה מקדמית" על העתירה (להבדיל מתצהיר תשובה), אך מתנה קבלת עתירה בהגשת תצהיר תשובה. נראה כי תיקון כזה, אילו התקבל, היה עשוי לקבע את הפרקטיקה הדו-שלבית הקיימת, שבה חיוב להשיב על עתירה לבג"ץ באמצעות תצהיר (שהוא תנאי לקבלה פורמלית של העתירה) הוא חריג, ואת התוצאות הבעייתיות השונות של פרקטיקה זו.

42. אנו מציעים לבטל את הליך הצו על-תנאי, אשר למעט שמירה על המסורת אין לו לדעתנו כל יתרון, וחסרונותיו העקרוניים והמעשיים רבים. לצד זאת מן הראוי לקבוע הסדר שיבטיח את ביטולן של הלכות ופרקטיקות בעייתיות שכבר קיבלו חיים משל עצמן. ככלל, מן הראוי לקבוע כי עתירה שהוגשה לבית-המשפט הגבוה לצדק – ככל שעל פני הדברים אין מדובר בעתירה שאינה בסמכות בג"ץ, שמתקיימת בה "עילת-סף" דוגמת העדר מעמד או שיהוי, או שאינה מגלה כל עילה לביקורת שיפוטית¹⁶⁹ – תצריך תשובה שתלווה בתצהיר. תשובה כזאת גם תאפשר, במקרים המתאימים, בקשת פרטים נוספים, ואולי, במקרים חריגים, גם בקשה לחקירת המצהיר. מכאן שבמקרים שבהם השופט הנזקק לראשונה לעתירה מפנה כיום את העתירה בכללותה לתגובה מקדמית של המשיבים – ואלה הם רוב המקרים¹⁷⁰ – מן הראוי שהמשיבים יגישו תצהיר תשובה ושהעתירה תידון על-ידי הרכב. לשופטים הדנים בעתירות לבג"ץ, בדומה לשופטים הדנים בהליכים אחרים בבית-המשפט העליון ובבית-משפט אחרים, יש יכולת "לאותת" לצדדים על סיכויי העתירה גם מבלי להשתמש באמצעי של מתן צו על-תנאי. מתווה מוצע זה לא רק יתגבר על הקושי העקרוני שבדרישת הצו על-תנאי, אלא גם יבטל את ההלכות והפרקטיקות הבעייתיות שהשתרשו, ביניהן התפיסה של הוצאת צו על-תנאי כבעלת משמעות מהותית, לרבות בהיבט של העברת נטל השכנוע אל המשיבים, וקבלת החלטות בלתי-מנומקות להוצאת צו על-תנאי חלקי, השקולות לדחיית העתירה בחלקה. צפוי להצטמצם גם מספר המקרים שבהם עתירות מתקבלות בפועל ללא הנמקה של ממש. עם זאת, אנו מציעים שלבית-המשפט תישמר הסמכות לבקש מהמשיבים תגובה מקדמית חלקית, וזאת בנושאים בעלי אופי מקדמי מובהק, בעיקר בהיבטים של סמכות בית-המשפט הגבוה לצדק לדון בעתירה, התקיימות עילות-סף (ובכלל זה "אי-מיצוי הליכים")¹⁷¹ והיבטים

169 אפשר להטיל ספק בנאותות של דחיית עתירות לבית-המשפט הגבוה לצדק – הדן בהן כערכאה ראשונה – מבלי שלעותרים ניתנה הזדמנות להציג את טענותיהם בעל-פה לפני בית-המשפט, אפילו לא לפני שופט יחיד. אולם היבט זה חורג מהנושא של מאמר זה, אשר מתמקד בהליך הצו על-תנאי ואינו דן בכלל סדרי הדין בבג"ץ. להצעות שונות לרפורמה בסדרי הדין ובדיני הראיות בבג"ץ ראו שם, בעמ' 2749–2751 ו-2864–2867; זמיר **עילות הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 159, בעמ' 4179; זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 32. ראו גם – בהיבט של הנמקת החלטות למתן צו על-תנאי חלקי ולדחיית בקשה לצו זמני – מדינה, לעיל ה"ש 20.

170 ראו לעיל סעיפים 12–21 למאמר.

171 למעט במקרים חריגים, אין הצדקה לכך שרשות תידרש להשיב על עתירה לגופה אם העותרים לא פנו אליה זמן סביר לפני שעתרו לבית-המשפט ופרשו לפניה את טענותיהם. לכלל מיצוי ההליכים בבג"ץ ראו זמיר **כללי הסף**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1873–1883; גל רוזיליו "מיצוי הליכים במקרים 'דחופים ומיוחדים' רשות הרבים א 121 (2024).

עובדתיים קונקרטיים. תגובה מקדמית ממוקדת כזאת עשויה לייתר את הצורך בתשובה מלאה.

במקרים שבהם על פני הדברים חלק מהעתירה ראוי לדחייה אף ללא קבלת תשובה ואילו חלק אחר מחייב תשובה, יוכל בית-המשפט לדחות חלק מהעתירה, גם ללא תשובה, בפסק-דין חלקי **מנומק**, ולהגביל את התשובה ואת הדיון לפני הרכב לחלק העתירה המחייב תשובה. הדעת נותנת שמקרים כאלה יהיו חריגים. הסדר זה אף יסיר את הקשיים הנוצרים לעיתים בעקבות מתן צו על-תנאי שאינו תואם את הצו שהתבקש בעתירה.¹⁷²

43. רוב השינויים שאנו מציעים – הן בהלכה והן בפרקטיקה – אינם מחייבים את ביטולו של הליך הצו על-תנאי, ואף לא שינויים אחרים הטעונים חקיקה ראשית או חקיקת-משנה. כפי שתיארנו, רבות מההלכות ומהפרקטיקות הבעייתיות התפתחו במהלך השנים אף שבתקנות בג"ץ לא חלו כמעט שינויים מהותיים, ובמידה רבה התפתחויות שונות אף אינן תואמות את התקנות¹⁷³ ואף לא עקרונות מקובלים של המשפט המנהלי, ובכלל זה בדבר נטלי ההוכחה וחובת ההנמקה.¹⁷⁴

מכאן שגם אם לעת הזאת עשוי להתעורר קושי בעריכת רפורמה חקוקה בסדר הדין ובדיני הראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק, אפשר לאמץ את רוב הצעותינו גם ללא שינוי בחקיקה. אכן, כדבריו של זמיר, "...גם השינוי... בפרקטיקה יכול להיעשות על ידי בית המשפט, ללא מעורבות של גורם חיצוני".¹⁷⁵ כך, בין היתר, בית-המשפט העליון יכול לנקוט מדיניות מרחיבה יותר בהוצאת צווים על-תנאי, כפי שהיה נהוג בעבר, וככלל להוציא צו על-תנאי בעתירות שבהן מתבקשת כיום תגובה מקדמית מלאה של המשיבים; לצמצם מתן צווים על-תנאי חלקיים, ומכל מקום לנמק החלטות להוציא צווים על-תנאי כאלה, שמשמעותם היא דחייה חלקית של העתירה; ולקבוע כי הוצאת צו על-תנאי אינה משנה את נטל השכנוע.

ה. סיום

44. הליך הצו על-תנאי – שריד מימים רחוקים – מעורר קשיים רבים, ואין לו בימינו כל יתרון. הקשיים נובעים מעצם הצורך בקבלת רשות לעתור לבית-המשפט הגבוה לצדק, כלומר, ככלל, בקבלת רשות לעתור נגד המדינה ורשויותיה; ולא פחות מכך – מהלכות ומפרקטיקות שונות שבית-המשפט העליון פיתח במהלך השנים, חלקן באופן כמעט מעריכי (אקספוננציאלי), דוגמת ההמעטה בהוצאת צווים על-תנאי, ללא עיגון בחקיקה ולעיתים אף תוך חריגה ממנה, אשר מעצמות את הקשיים העקרוניים שההליך מעורר. לנוכח כל אלה אנו מציעים לבטל את הליך הצו על-תנאי. עם זאת, מצד אחד, בביטול ההליך כשלעצמו לא יהיה בהכרח כדי להביא לידי ביטול ההלכות והפרקטיקות הבעייתיות שהתפתחו. הסדר חלופי צריך להבטיח כי עם ביטול הליך הצו על-תנאי ישונו גם ההלכות והפרקטיקות הנלוות. מצד אחר, שינוי של הלכות ופרקטיקות בעייתיות, אשר אינן מעוגנות

¹⁷² ראו לעיל ליד ה"ש 15–20 וסעיף 39 למאמר.

¹⁷³ ראו לעיל סעיף 10 למאמר.

¹⁷⁴ ראו לעיל פרק ג.

¹⁷⁵ זמיר **עילות הביקורת המשפטית**, לעיל ה"ש 159, בעמ' 4188.

אריאל בנדור ושמעון נטף

משפט וממשל כט תשפ"ה

בחקיקה, אינו מחייב את ביטול הליך הצו על־תנאי. כשם שבית־המשפט פיתח הלכות ופרקטיקות אלו, ביכולתו גם לשנותן.