

1. רס"ן (מיל.) יהודה רסלר, עו"ד
2. סרן (מיל.) זאב קוסיץ
3. סמ"ר (מיל.) רמי דקל

נגד

שר הביטחון

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[13.1.88, 12.6.88]

לפני הנשיא מ' שמגר, המשנה לנשיא לשעבר מ' בן-פורת והשופט א' ברק

חוק שירות בטחון, תש"ט-1949, ס"ח 271, סעיפים 11, 11(אב), 12 - חוק שירות בטחון (תיקון), תשי"ט-1959, ס"ח 46 - חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשי"ט-1959, ס"ח 286, סעיפים 28, 29 - חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תשל"א-1971, ס"ח 148 - חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, ס"ח 107, סעיפים 36, 39(ג) - חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד-78, סעיפים 15, 15(ג), 15(ד) - חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, ס"ח 28 - חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, ס"ח 270 - חוק המעבר, תש"ט-1949, ס"ח 1, סעיף 9 - הצעת חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תשל"ל-1970, ה"ח 276 - חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח תשכ"ח 226, סעיף 30.

מיני-רציו:

- \* משפט חוקתי - שלטון החוק - ביקורת שיפוטית
- \* משפט מינהלי - בגץ - זכות עמידה
- \* משפט מינהלי - בגץ - שפיטות
- \* משפט מינהלי - פגמים בשיקול-הדעת - אי-סבירות
- \* משפט מינהלי - רשות מוסמכת - שר הביטחון
- \* משפט עברי - צבא - בני הישיבות
- \* צבא - שירות ביטחון - גיוס תלמידי ישיבות

העתירה נסבה על החלטתו של המשיב - מכוח הסכמות הנתונה לו בסעיף 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 - לדחות את שירותם הצבאי הסדיר של תלמידי הישיבות התורניות, כל עוד עוסקים הם בלימוד תורה. החלטת המשיב - כמו החלטותיהם של קודמיו בתפקיד - מקורה בהסדר היסטורי, שהושג בין ראש הממשלה בעבר לבין ראשי הישיבות, לפיו ישוחררו תלמידי הישיבות משירות ביטחון סדיר, כל עוד תורחם - אומנותם. את החלטתו, נושא העתירה, סמך המשיב על שיקולים שענינם ההתחשבות בצורכי החינוך של תלמידי הישיבות מחד גיסא, ובצורכי הצבא מאידך גיסא, כאשר השיקול הדומיננטי היה השיקול הדתי. העותרים, החייבים בשירות מילואים בצה"ל, רואים פסול בשחרור תלמידי הישיבות משירות ביטחון סדיר. לטענתם, פסילת החלטתו של המשיב וגיוס תלמידי הישיבות לשירות פעיל בצה"ל יביאו להקלה משמעותית בנטל שירות הביטחון המוטל על המשרתים בצה"ל ולקיצור פרק הזמן שמשרתים העותרים כבא מדי שנה. בכך קמה לעותרים, לטענתם, זכות עמידה בדיון, ועתירתם - חרף אופיה הציבורי היא "שפיטה" וראויה להישמע. עוד טענו העותרים, כי דחיית שירות ביטחון מטעמים דתיים היא החלטה הטעונה חקיקה של הכנסת, והחלטת המשיב בעניין זה חורגת מסמכותו. לענין שיקוליו של המשיב, טענו העותרים, כי הם שיקולים זרים, מפלים ולוקים באי-סבירות קיצונית.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) לשונו של חוק-יסוד: השפיטה היא רחבה, והיא מסמיכה את בית המשפט הגבוה לצדק לדון, בין השאר, בכל הפרת חוק על-ידי רשות שלטונית, יהא מעמדו של העותר אשר יהא. דיני המעמד הם דינים הלכתיים (457 ו-ז).
- (2) לשם רכישת מעמד בדיון, אין העותר חייב להצביע על זכות משפטית משלו שהופרה. די לו שהוא מצביע על אינטרס שלו שנפגע, ואינטרס זה אינו חייב להיות מיוחד לעותר; יוכר מעמדו בדיון של עותר שאינטרסו נפגע, גם אם אינטרס זה משותף הוא לו ולרבים אחרים (459 ה-ו).
- (3) לשם הנחת תשתית ראייתית בעניין הפגיעה באינטרס, העותר אינו חייב להראות בוודאות, כי אינטרסו נפגע, ודי לו שיצביע על סיכוי סביר, כי אינטרסו יפגע (459 ז).

פ"ד מב(2) 441

(4) אין להכיר במעמדו של כל אזרח, אך משום שהוא טוען, כי השלטון הפר את החוק. התביעה הציבורית actio popularis בתור שכזו, אינה מוכרת במשפט הארץ (460 א).  
 ב. (1) יש להכיר ב"עותר הציבורי", בשעה שהוא מצביע על עניין בעל חשיבות ציבורית, מיוחדת, או על פגם לכאורי חמור במיוחד בפעולתה של הרשות, או על כך שהפעולה המותקפת היא בעלת חשיבות מיוחדת. עם זאת, אין לראות באלה רשימה סגורה של "חריגים" אלא אך ציוני דרך, המשקפים את הגבול הראוי שבין הביקורת השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק לבין הימנעות מהפעלתה (461 ז).  
 (2) נעילת דלתותיו של בית המשפט הגבוה לצדק בפני עותר חסר אינטרס, המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין, פוגעת בהשלטת החוק, שכן בחינת חוקיותה של כל פעולה - בין אם היא בעלת אופי ציבורי ובין אם היא אינה בעלת אופי ציבורי - הינה תפקידה של הרשות השופטת, ויש בה משום הגשמת ייעודה במערך הפרדת הרשויות (462 א, 463 ז).  
 (3) עקרון הפרדת הרשויות משמעותו, כי הרשות המחוקקת רשאית-

בהעדר מגבלות חוקיות - לקבוע את המסגרת המשפטית שבה תוסדר

בעיה בעלת אופי ציבורי, וכי הרשות המבצעת פותרת בעיה ציבורית בתוך המסגרת המשפטית שנקבעה לה. משנקבעה מסגרת זו, על בית המשפט לקבוע - וזה תפקידו במערך הרשויות - אם

המסגרת המשפטית שנקבעה נשמרת הלכה למעשה (463 ד).

ג. (1) מבחינת תורת המשפט ותורת הפרדת הרשויות, אין כל מניעה לכך, כי בית המשפט הציבורי יפתח דלתותיו לעותר הציבורי. המניעה כנגד "פתיחת דלתות כללית" אינה מעוגנת בתורת המשפט ובהפרדת הרשויות, אלא היא מבוססת בעיקר על שיקולים של מדיניות שיפוטית (466 א-ב).  
 (2) ככל שהפגם הנטען בפעולת הרשות הוא חמור יותר, וככל שהסכסוך נושא אופי ציבורי יותר, וכל שבעלי הזכות והאינטרס הם מעטים יותר, שכן הבעיה היא בעלת אופי ציבורי כללי, כך השיקולים לטובת ה"עותר הציבורי" גוברים (466 ד).

(3) בנסיבות דנן, יש להכיר במעמדם של העותרים, וזאת הן על-פי דיני המעמד "הקלאסיים", הדורשים כי העותר יצביע על אינטרס, הן על-פי הגישה המכירה ב"חריגים" מקובלים לכלל האינטרס, והן על-פי הגישה "הליברלית" (469 ו).

(4) בנסיבות דנן, הניחו העותרים תשתית עובדתית, שממנה ניתן להסיק, כי אם הם יזכו בעתירה וגיוסם של בחורי הישיבה לא יידחה, יוקל במידת מה על שירות המילואים שלהם. בכך רכשו העותרים לעצמם מעמד בדין, על-פי הגישה הקלאסית (470 ז).

(5) שאלת השירות בצבא הינה שאלת יסוד במבנה המשטר. חוקיות דחיית השירות למגזר שלם של האוכלוסיה היא שאלה בעלת אופי חוקתי מספיק על-מנת שתיכלל בחריגים המקובלים לכלל האינטרס (471 ז).

פ"ד מב(2) 441

- (6) בנסיבות דנן, מדובר על בעיה חוקתית בעלת אופי ציבורי, שיש לה נגיעה ישירה לשלטון החוק, ושבה אין לאדם אחר מעמד טוב ממעמדם של העותרים. הצטברותן של נסיבות אלה מצדיקה הכרה בזכות העמידה של העותרים לפי הגישה המכירה ב"ליברליזציה" לחריגים לכלל האינטרס (471 ז, 472).
- ד. (אליבא דמשנה לנשיא לשעבר מ' בן-פורת): (1) כל עוד קיים נפגע ספציפי העשוי, היכול ואף צריך - לפי תכתיב השכל הישר - להיות מעוניין לתקוף את החלטתה או פעולתה של הרשות, אין להכיר בזכות העמידה של כל אדם אחר, שאינו זרועו הארוכה (509 ד-ה).
- (2) אין לאפשר פנייה לבג"צ, בכל מקרה שבו קובל עותר שהרשות עשתה מעשה שלא כדין. טענת אי-חוקיות בלבד אין די בה לשם הכרה ב"תובע הציבורי", ויש לגרוס צמצום של תחום החריגים לכלל האינטרס (510 ז).
- (3) אם המעשה השלטוני הוא חמור, או שהבעיה הציבורית היא רבת חשיבות, כי אז ורק אז יש מקום לראות כל אדם מן הציבור כנפגע הזקוק וראוי לסעד, כלשון סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה; מחמת חומרת המעשה או כובד הבעיה הציבורית קיים אינטרס בר-הגנה גם לעותר שבנסיבות רגילות היה נדחה על הסף כ"תובע ציבורי" (511 ד).
- ה. (1) מושג השפיטות אינו נוגע לסמכותו של בית-המשפט אלא לאופן שבו יופעל שיקול הדעת של שופטיו (474 א-ב).
- (2) אין לערבב בין מעמד לבין שפיטות. זכות העמידה עניינה כוחו של העותר להניע את בית המשפט לדון בעתירתו; השפיטות עניינה התאמתה של העתירה לדיון שיפוטי (474 ב, ג).
- (3) יש להבחין בין שני מובנים שונים של מושג השפיטות. שפיטות הנורמטיבית ושפיטות מוסדית. סכסוך הוא שפיט במובנו הנורמטיבי, אם קיימות אמות מידה משפטיות לפתרונן. השפיטות הנורמטיבית עוסקת ביכולתו של המשפט ושל בית המשפט להכריע בסכסוך. סכסוך הוא שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שיוכרע על-פי המשפט בבית המשפט. השפיטות המוסדית עוסקת בשאלה, אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך (474 ה, ו-ז, 475 ב).
- ו. (1) משמעותו של הדיבור "קני מידה משפטיים" או "אמות מידה משפטיות" היא הנסיבות והתנאים לתחולתה של נורמה משפטית (478 ז). (2) לא ייתכן כלל מצב, שבו אין נורמה משפטית החלה על פעולה.
- לעניין זה אין נפקא מינה מהי אותה פעולה, וכל פעולה - תהא פוליטית או עניין למדיניות ככל שתהא - נתפסת בעולם המשפט (477 ג-ד).
- (3) לא ניתן כלל לדבר על קיומה של נורמה משפטית ובאותה עת על העדרם של קני מידה משפטיים (478 ז).
- (4) הגישה, לפיה סוגיה נעדרת אמות מידה משפטיות להכרעה בה, משמעותה, שהנורמה המשפטית שהעותר טוען לה אינה חלה בעניין וכי חלה בו נורמה אחרת. מכאן שהטענה, כי עניין אינו שפיט מאטריאלית אינה אלא טענה, כי העותר לא הצביע על נורמה משפטית, העושה את הפעולה השלטונית לאסורה (483 ז).
- (5) חוסר שפיטות נורמטיבית אינו אלא העדר עילה על-פי הדין (483 ז). (6) רוב טענות אי השפיטות הנורמטיבית חייבות להתמודד עם הנורמה המשפטית הכללית, המטילה את חובת הסבירות על השלטון (480 ז).
- (7) משנקבע, כי נורמת הסבירות חלה על התנהגות פלונית, ממילא נקבע, כי יש אמות מידה משפטיות לבחינת סבירותה של אותה התנהגות פלונית (480 ו-ז).
- ז. (אליבא דשופט א' ברק): (1) הטיעון, כי מכוח הפרדת הרשויות, בעיה בעלת אופי פוליטי צריכה להיחתך על-ידי אורגן פוליטי ועל-כן היא בלתי שפיטה מוסדית, בטעות יסודו (491 א).

פ"ד מב(2) 441

- (2) עקרון הפרדת הרשויות הוא המצדיק ביקורת שיפוטית על פעולות השלטון, גם אם הן בעלות אופי פוליטי, שכן הוא מבטיח, כי כל רשות תפעל כדין ברשותה שלה, ובכך תובטח הפרדת הרשויות (491 ז-492 א).
- (3) כאשר נושא ההכרעה הוא בעיה פוליטית-אידיאולוגית, הביקורת השיפוטית היא לעולם משפטית. לעולם על השופט לרסן עצמו מלהביע את דעתו הפרטית, אך דבר זה אין משמעותו, כי מחלוקת אידיאולוגית, שיש לה היבט משפטי, אינה שפיטה (493 ב, 1).
- (4) השתחררות בית-משפט מסמכות הפיקוח שלו, רק משום שהסכסוך נושא הפיקוח - אף שניתן לפתור אותו על-פי אמות מידה משפטיות - יש בו היבט "פוליטי", עשויה לפגוע בהשלטת החוק ובאמון הציבור בשלטון החוק (494 ג).
- (5) יש לגשת אל דוקטרינת אי השפיטות המוסדית גישה זהירה. רק במקרים מיוחדים, שבהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט, יהא מקום לשקול את השימוש בה. רשימתם של מקרים אלה אינה סגורה, והיא נקבעת, בסופו של דבר, על-פי ניסיון החיים השיפוטי ועל-פי חוש המומחיות של השופט (1496).
- ח. (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) אם התיאוריה, המאפשרת דיון בערכאות השיפוט בכל עניין, תתממש באופן תדיר, היינו: אם כל נושא יוכרע בפורום השיפוטי לפי מבחני החוקיות הפורמאלית או לפי מבחני הסבירות שבית המשפט חורץ את הדין לגביהם, יהיה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התיפקוד של הרשויות האחרות (519 א).
- (2) אין לגרוס, כי הפרדת הרשויות מתבטאת בקביעת חיץ החלטי בין כל אחת משלוש הרשויות: הפרדת הרשויות נוצרה כדי לאזן בין הרשויות, שכן רק בדרך זו מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. תיחום הגבולות בין הרשויות ויצירת האיזון יכולים להיעשות על-פי המבחן של האופי הדומיננטי של הנושא (518 ה, ז, 519 ב).
- (3) נושא השפיטות לעולם נבחן לפי המבחן הכפול, היינו: שאלת השפיטות המוסדית מצטרפת ומצטברת לשפיטות הנורמטיבית. לפי המבחן הראשון נקרא בית המשפט, להלכה ולמעשה, לשוב, לעצור ולשקול, אם הדיון בנושא על-ידי דווקא הוא אכן מעשה ראוי ורצוי, ואם הוא בגדר הצבת הפלוגתא בפני מי שצריך ומסוגל לדון בה (520 ג).
- (4) כאשר חוש המומחיות של המשפטן מלמד, כי הנושא, כולו או מקצתו, הוא באופן ברור וגלוי בעל אופי פוליטי או בעל איפיון אחר, המכוון לכך כי ההכרעה בו תימסר לידיה של רשות אחרת, הרי אותו חלק שהוא בעל אופי כאמור (ואם ההיבט המשפטי הוא בלתי משמעותי, אזי הנושא כולו) מן הראוי שיופנה אל מי שמופקד עליו לפי חלוקת התחומים בין הרשויות (524 ב-ג).
- ט. (אליבא דמשנה לנשיא לשעבר מ' בן-פורת): את תיחום גבולות השפיטות יש להשאיר בצריך עיון. בדרך כלל, שקילת הצורך בריסון עצמי של בית המשפט מן הראוי שתתבסס על נתוניה ועל נסיבותיה של העתירה העומדת לדיון, לעתים (כגון, מחמת דחיפותו וחיוניותו של העניין) בפתח הדיון ולעתים בסופו (511 ז).
- י. (1) השאלה, אם רשות שלטונית מוסמכת פונקציונאלית לבצע פעולה שלטונית אם לאו, היא שפיטה נורמטיבית. בנסיבות דנן, שאלת הסמכות ליתן דחייה לשירות ביטחון קשורה בפירושו של סעיף 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב] (497 א, ב).
- (2) בנסיבות דנן, אין תחולה לתורת אי השפיטות המוסדית. השאלה, אם יש או אין לגייס תלמידי ישיבות, היא ביסודה בעיה ציבורית, שיש להשאיר את פתרונה בידי הגורמים הפוליטיים, שמתפקידם להכריע בעניין זה. אך השאלה, אם חוקי הוא או לא חוקי ליתן דחייה לבחורי ישיבה, היא שאלה משפטית, שיש

פ"ד מב(2) 441

- להשאירה בידי הגורמים המשפטיים, שמתפקידם להכריע בעניין זה (497 ה, 498א).
- יא. (1) הסמכות לדחות שירות ביטחון של יוצא צבא הנתונה למשיב אינה סמכות כללית, אלא מוגבלת היא ל"עילות דחייה" מסוימות. דחיית שירות מעילה שאינה מנויה בין העילות הנזכרות בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב] תגרוור דחיית שירות ללא סמכות לכך בדיון (499 א).
- (2) סמכותו של המשיב אינה מוגבלת אך לשיקולים שעניינם היקף הכוחות הסדירים של הצבא, והיא משתרעת גם על טעמים הקשורים בצורכי החינוך, המשק הלאומי, או בטעמי משפחה. כל אלה עניינם שיקולים, שאינם קשורים בהכרח להיקף הכוחות עצמם, אלא כוללים הם גם שיקולים לבר-ביטחוניים, שמן הראוי להתחשב בהם (501 ב-ג).
- (3) משקבע המחוקק, כי "טעמים אחרים" עשויים לשמש עילה לדחיית שירות ביטחון, ממילא הסמיך בכך את המשיב לקבוע, מה הם "טעמים אחרים" אלה (502 ז).
- (4) לאור מבנה ההוראה בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב] וההיסטוריה החקיקתית שלה ברור, כי "טעמים אחרים" אינם קשורים בטעמי ביטחון דווקא, והם משתרעים גם על טעם לא ביטחוני. בין אלה נכללים גם טעמים שבדת (502-503 א).
- יב. (1) חוק שירות ביטחון [נוסח משולב] העניק למשיב שיקול-דעת באשר לדחיית שירות צבאי מטעמי ביטחון. שיקול-דעת זה צריך שיהא מופעל בצורה סבירה: הפעלה סבירה של שיקול הדעת משמעותה, בין השאר, מתן משקל ראוי לשיקולים השונים (503 ד).
- (2) בית המשפט לא יחליף את שיקול-דעתו של השלטון בשיקול-דעתו שלו. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית, שאין בה ביטוי להשקפה פוליטית, אלא עמידה על חוקיות האיזון שעשתה הרשות הפוליטית. בנסיבות דנן, הביקורת השיפוטית מתרכזת בשאלה, אם שר ביטחון רשאי להתחשב בשיקול דתי, ואם המשקל שניתן לשיקול זה הוא סביר, בנסיבות העניין (505, 506 א, ב-ג).
- (3) בנסיבות שבהן קיימת מחלוקת עמוקה בציבור הישראלי בשאלת גיוסם של בחורי הישיבה, רשאי שר ביטחון לקחת בחשבון שיקוליו את השיקול הדתי, בצד השיקול החינוכי והצבאי (506 ה).
- (4) מטרת חוק שירות ביטחון [נוסח משולב] ותכליתו מונעות מהמשיב ליתן לשיקול הדתי משקל, שסופו פגיעה של ממש בביטחון המדינה, אך כל עוד הפגיעה אינה פגיעה של ממש, רשאי שר ביטחון ישראלי להתחשב בשיקול זה (506 ה-ו).
- (5) אליבא דמשנה לנשיא לשעבר מ' בן-פורת): נקודת ההשקפה, לפיה יש לאנשים שתורתם אומנותם מעמד ייחודי במובנים מסוימים, אינה בלתי סבירה (512 ב).
- יג. (1) בנסיבות דנן, אין כל יסוד להתערבות בג"צ בהחלטתו של המשיב, הנופלת ל"מיתחם הסבירות" (506 ו).
- (2) העותרים, שעליהם מוטל הנטל להראות, כי החלטת המשיב היא בלתי סבירה, נכשלו במשימתם, וחזקת הסבירות, שממנה נהנית פעולת השלטון, לא נסתרה (506 ז).
- (3) החלטה, שהיא סברה במערכת מסוימת של נסיבות, עשויה ליהפך לבלתי סבירה במערכת משתנה של נסיבות. דחיית שירות הביטחון של בחורי הישיבה היא החלטה, שיש לחזור ולבחון אותה מדי פעם, על רקע צורכי הביטחון המשתנים ומתוך גישה פתוחה ועניינית (508 ז).
- יד. (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) אין מקום למסקנה, כי המשיב, הפועל כיום, תוך המשכיות ורציפות, על-פי שיטה שעברה משר לשר וממשלה לממשלה במשך תקופת רבת שנים, פועל בחוסר סבירות קיצוני החורג ממיתחם הסבירות (524 ז).
- (2) הנושא דנן צריך להיבדק לא רק על-פי מראיתו, על רקע התפתחותו מאז קום המדינה ועד עתה, אלא גם לפי מהותו המתמשכת ועל-פי המשמעויות והשלכות הדבקות בו משנה לשנה, לעתיד לבוא. משמע,

פ"ד מב(2) 441

שעל הרשות המוסמכת מוטלת החובה לבחון את הנתונים מדי שנה ולתת את הדעת על שאלת זיקתם אל נתוני הרקע האחרים (524 ז-).

.א525.

פסקי הדין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 40/70 בקר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כד (1) 238.
- [2] בג"צ 448/81 רסלר ואח' נ' שר הביטחון. מר אריאל שרון, פ"ד לו(1) 81.
- [3] ד"נ 2/82 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, מר אריאל שרון, פ"ד לו(1) 708.
- [4] בג"צ 179/82 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4) 421.
- [5] בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מא(2) 449.
- [6] בג"צ 287/69 מירון נ' שר העבודה ואח', פ"ד כד (1) 337.
- [7] בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429.
- [8] בג"צ 566, 563/75 רסלר נ' שר האוצר ואח'; צבעוני נ' יושב-ראש ועדת הכספים של הכנסת ואח', פ"ד ל(2) 337.
- [9] בג"צ 26/76 בר-שלום נ' מאיר זורע, מנהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד לא(1) 796.
- [10] בג"צ 1/81 שירן ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(3) 365.
- [11] בג"צ 29/55 דייך נ' שר הדתות, פ"ד ט 997.
- [12] בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 463, בשג"צ 32/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505.
- [13] בג"צ 609/85 צוקר נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מ (1) 775.
- [14] בג"צ 348/70 כפיר נ' המועצה הדתית של אשקלון ואח', פ"ד כה (1) 685.
- [15] בג"צ 852/85, 869, בשג"צ 43/83, 486, 487, 502, 512-515, 518, 1/87, 521, 523, 543, 33, אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא(2) 1.
- [16] בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693.
- [17] בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים ואח', פ"ד כז (1) 794.
- [18] בג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449.
- [19] בג"צ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד לז (1) 757.
- [20] בג"צ 511/80 גליא נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה ואח', פ"ד לה(4) 477.
- [21] בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת פ"ד לה(4) 118.
- [22] בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141.
- [23] בג"צ 295/65 אופנהימר ואח' נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309.
- [24] בג"צ 610, 606/78 אויב ואח' נ' שר הביטחון ואח'; מסאוע ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לג(2) 113.
- [25] בג"צ 65/51 ז'בוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801.
- [26] בג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141.

- [27] בג"צ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון ואח', פ"ד ל(3) 309.
- [28] בג"צ 802/79 סמרה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(4) 1.
- [29] בג"צ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד יט(2) 485.
- [30] בג"צ 58/68 שליט ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד כג(2) 477.
- [31] בג"צ 89/83 לוי נ' יושב-ראש ועדת הכספים של הכנסת ואח', פ"ד לח(2) 488.
- [32] ע"א 591/73 בשיסט נ' אגודת הכורמים של יקבי ראשון לציון וזכרון-יעקב בע"מ, פ"ד כח(1) 759.
- [33] בג"צ 620/85 מיעארי ואח' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מא(4) 169.
- [34] בג"צ 731/84 קריב נ' ועדת הכנסת של הכנסת ואח', פ"ד לט(3) 337.
- [35] בג"צ 311/60 י' מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר-התחבורה, ואח', פ"ד טו 1.989.
- [36] בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(1) 421.
- [37] ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337.
- [38] בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא(1) 421.
- [39] בג"צ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני ת"א ואח', פ"ד א 85.
- [40] בג"צ 87, 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871.
- [41] ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ, ואח' נ' מזיאר, פ"ד יז 1319.
- [42] בג"צ 112/77 פוגל ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לא(3) 657.
- [43] ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.
- [44] בג"צ 306, 302/72 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'; אל סלאימה ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כז(2) 169.
- [45] בג"צ 493, 69/81 אבו עיטא ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח'; קנזיל נ' הממונה על המכס, מפקדת אזור חבל עזה, ואח' פ"ד לז(2) 197.
- [46] בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאוניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודת שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה ושומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד לז(4) 785.
- [47] בג"צ 397, 263/85 (בשג"צ 222/85, 267) עוואד ואח' נ' מפקד המינהל האזרחי, נפת רמאללה ואח', פ"ד מ(2) 281.
- [48] בג"צ 629/82 ו' מוסטפא ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(1) 158.
- [49] בג"צ 652/81 ח"כ שריד נ' יושב-ראש הכנסת מנחם סבידור, פ"ד לו(2) 197.
- [50] בג"צ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד לט(4) 85.
- [51] בג"צ 131, 24/86, 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מ(4) 393.
- [52] בג"צ 109/70 המוטראן הקופטי האורתודוכסי בירושלים נ' שר המשטרה ואח', פ"ד כה(1) 225.
- [53] בג"צ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר-המסחר-והתעשייה ואח', פ"ד טו 19.
- [54] בג"צ 390/79 דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד(1) 1.
- [55] בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפיה דתית ואח' נ' מועצת עיריית ירושלים ואח', פ"ד טז 2.665.

- [56] בג"צ 98/54, 105 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים; סעד נ' המפקח על המזונות, ירושלים פ"ד י 40.
- [57] בג"צ 266/68 עיריית פתח תקוה, ואח' נ' שר החקלאות, פ"ד כב (2) 824.
- [58] בג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94.
- [59] ע"פ 54/81 א' רוזן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 821.
- [60] בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים. פ"ד לז(3) 29.
- [61] בג"צ 669/86, בשג"צ 456, 451/86 רובין נ' ברגר ואח', פ"ד מא(1) 73.
- [62] ע"א 369, 365/54 מן נ' איון וערעור שכנגד, פ"ד יא 1612.
- [63] בג"צ 200/83 וותאד ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לח(3) 113.
- [64] בג"צ 72/62 רופאיזן נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428.
- [65] ע"ב 3, 2/84 בנימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יור ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225.

פסקי-דין אמריקנים שאוזכרו:

367poe v. Ulman . 497U.s (1961).

Flast v . . 85U.s 392cohen (1968). [66]

Baker v . . U.s 369carr 186(1961). [67]

323korematsu v. United states . 214U.s (1944) [68]

19cohens v. Virginia . 120U.s (1821) [69]

444goldwater v. Carter . 996U.s (1979) [70]

[71] פסקי דין אנגליים שאוזכרו:

[1982]. A.c .617[72]Inland revenue commissioners v. National federation of self employed and small businesses ltd

[73]. Council of civil service unions v Minister for civil service[1985]374a.c .

פסקי דין קנדיים שאוזכרו:

. D.l.r43(D3) . 1[74] . Thorson v. Attorney general of canada et al(. 2no) (1974)

[75]nova scotia board of censors v. Mcneil (1975). D.l.r 55

(D3). 632

.d.l.r(D3) . 588[76]minister of justice of canada et al. V. Borowski (1982)130



פ"ד מב(2) 441

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] הרב מ' צ' נריה, בני הישיבות וגיוסם (גוילין, תשכ"ח).
- [ב] הרב צ' י' קוק, לנתיבות ישראל (קבוצת מאמרים, מנורה, תשכ"ז) 114-123.
- [ג] הרב ש' י' זוין, "הגיוס של בני הישיבות" (קבוצת מאמרים, מנורה, תשכ"ז) 114-123.
- [ד] הרב י' מ' טיקוצינסקי, "שחרור בני הישיבות מגיוס", התורה והמדינה, קובץ ה-ו (תשי"ג-י"ד) מה-נד. עתירה למתן צו-על-תנאי. הדיון - כאילו ניתן צו-על-תנאי. העתירה נדחתה.

י' רסלר - בשם העותרים;

נ' ארד - סגן בכיר א לפרקליט המדינה - בשם המשיב.

## פסק-דין

השופט א' ברק: האם דחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות היא כדין? שאלה זו - שהועמדה כבר בעבר לדיון לפני בית-משפט זה - עומדת מחדש לדיון לפנינו. הנדון בשאלה לגופה, או שמא דין העתירה להידחות בשל העדר מעמד לעותרים או בשל אי-שפיותה? ואם נדון בה לגופה - האם דחיית השירות היא כדין? העובדות 1. שאלת דחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות ימיה כימי המדינה. עוד ב-9.3.48 ניתנה הוראה על-ידי ראש המטה הארצי של ההגנה (הרמ"א), לפיה "נתקבלה החלטה כי בני הישיבות, לפי רשימות מאושרות, פטורים משירות בצבא. לתלמידים המסוגלים ינתן אימון להגנה עצמית במקום תלמודם". נקבע, כי "החלטה זו כחה יפה למשך שנת תש"ח ובסוף השנה תבחן הבעיה מחדש". ב-1949 הודיע שר הביטחון, מר דוד בן-גוריון, לשר הדתות, כי הוא מסכים לדחות גיוסם של בחורי ישיבות, אשר "תורתם אומנותם", לצורך לימודים תורניים. ביומנו מתאר מר בן-גוריון פגישה שקיים (ביום 9.1.50) עם משלחת של ראשי ישיבות, אשר הסבירו לו את חששם שרוב בחורי הישיבה יפסיקו משנתם. שר הביטחון הסכים לבקשת הדחייה, וסבר, שהדבר צריך להיעשות מכוח שחרור הניתן על-ידי שר הביטחון ולא מכוח חקיקה של הכנסת. בהתאם לגישה זו הודיעה מר בן-גוריון - במכתב לרמטכ"ל מיום -2.1.51 כי "על יסוד סעיף 12 בחוק שירות הביטחון שחררתי בחורי הישיבה מחובת השירות הסדיר, שחרור זה חל אך ורק על בחורי הישיבה העוסקים בפועל בלימוד תורה בישיבות, וכל עוד הם עוסקים בלימוד תורה בישיבות."

פ"ד מב(2) 441

2. ניסיון לשינוי נעשה ב-1954 על-ידי שר הביטחון, מר פנחס לבון. מר לבון נתן הוראה, שלפיה יש לגייס תלמידי ישיבות שבילו כבר ארבע שנים בין כותלי הישיבה. הוראה זו עוררה סערת רוחות, וראש הממשלה, מר משה שרת, ביקש לדחות את ביצועה עד לבירור העניין. נראה שההוראה בוטלה, תוך שהוקמה (ביום 15.3.55) ועדת שרים, אשר מתפקידה היה לברר "את הבעיות הקשורות במעמד של יוצאי צבא הלומדים בישיבות לגבי התגייסותם לצבא". איננו יודעים מה החליטה ועדת השרים. היא עניין זה כאשר יהא, ב-1958 "סיכס" סגן שר הביטחון, מר שמעון פרס, על דעת שר הביטחון, מר בן-גוריון, מדיניות בעניין זה, וזאת בעקבות פגישה עם ראשי ישיבות. הסיכום קבע, כי תלמיד ישיבה, אשר תגיע שעתו להתייצב לרישום ולבדיקות רפואיות, יקבל דחייה, אם יביע רצונו להמשיך ללמוד בישיבה, ואם לאו - יגויס.

3. בשנת 1968, לאחר מינויו של מר משה דיין כשר הביטחון, נבחן הנושא מחדש. השר סבר, כי בהפעילו את שיקול-דעתו בנושא זה, מן הראוי שמדיניותו תהא מקובלת על הממשלה. בוועדת שרים בת חמישה חברים שמונתה לשם כך (ביום 13.10.68) נתקבלה החלטה "לקבל הצעת המטה הכללי של צה"ל לעניין שירות תלמידי ישיבות בצה"ל, מבלי לחולל בשעה זו שינויים מרחיקי לכת". על-כן הוחלט, בין השאר, כי "ישאר בתוקפו ההסדר לפיו תלמיד ישיבה הלומד תורה ברציפות מגיל 16, יידחה גיוסו כל עוד תורתו אומנותו".

4. בשנת 1975 נבחנה שאלת היקף הנושא מחדש על-ידי שר הביטחון, מר שמעון פרס. עד אז נקבע ההיקף על-פי שני קריטריונים: מספר קבוע של ישיבות קיימות ומכסה שנתית של דחויי גיוס מקרב בני הישיבות בשיעור של עד 800 איש לשנה. שר הביטחון אישר, לאחר בדיקה של אגף כוח אדם בצה"ל, שלא להיצמד למספר ישיבות קיימות מוקפא, שכן מספרן גדל. עם זאת הוחלט להשאיר את הקריטריון של המיכסה המקסימלית לשנה של בני ישיבות ש"תורתם אומנותם", שגיוסם יידחה על-פי הקריטריונים שבעבר. ב-1977 נקבע על-ידי שר הביטחון, מר עזר וייצמן - בעקבות הסכם קואליציוני - כי "אופשר לתלמידי ישיבות תיכוניות ומקצועיות להתקבל בישיבות וכמו כן לבעלי תשובה", וכי ההסדר בעניין דחיית שירותם של בחורי ישיבה אשר "תורתם אומנותם" יחול גם על אלה. על עיקרון זה חזר בשנת 1981 שר הביטחון, מר אריאל שרון, תוך שנקבעו נהלים ליישום הכללים לעניין זה, על-פי המלצה של ועדה מיוחדת שמינה שר הביטחון. שר הביטחון, מר יצחק רבין - המשיב בעתירה שלפנינו - מצא לנכון להמשיך ביישום המדיניות שהותוותה על-ידי שרי הביטחון הקודמים לו. לדעתו, אין הנסיבות מצדיקות שינוי המדיניות שנקבעה על-ידי ממשלת ישראל ועל-ידי שרי הביטחון שקדמו לו. לאחר הגשת העתירה הביא שר הביטחון את דבר העתירה לידיעת הממשלה, תוך שהודיע לממשלה, כי הוא "פועל מטעמה בקיום המצב הקיים כיום על אף השתנות הנתונים המספריים". ראש הממשלה, מר יצחק שמיר, ציין, כי הממשלה שמעה את הודעת שר הביטחון.

5. שאלת דחיית שירות הביטחון של בחורי ישיבה נדונה פעמים רבות בכנסת. לפחות 30 שאילתות הופנו בנושא זה על-ידי חברי הכנסת אל ראשי הממשלות ושרי הביטחון. השאילתות מתפרשות על פני כל השנים (ד"כ 30 (תשכ"א) 66; ד"כ 41 (תשכ"ה) 490; ד"כ 51 (תשכ"ח) 1027, 1111, 1315, 1318, 1820; ד"כ 53 (תשכ"ט) 484; ד"כ 56 (תש"ל) 1022; ד"כ 58 (תש"ל)

פ"ד מב(2) 441

2162; ד"כ 63 (תשל"ב) 1506; ד"כ 65 (תשל"ג) 773, 769, 241; ד"כ 69 (תשל"ד) 1005; ד"כ 70 (תשל"ד) 1271, 1268; ד"כ 72 (תשל"ה) 3738; ד"כ 90 (תשמ"א) 1443, ומן הכנסת העשירית - מושב שני, חוברת טז (תשמ"ב) 1436, ומן הכנסת האחת-עשרה - מושב שני (ישיבות קכ"ג-קס"ז) חוברת יא (תשמ"ו) 989 וחוברת כה (תשמ"ו) 2451. שאלת דחיית שירות הביטחון של בחורי ישיבה נדונה גם בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת. ביום 23.12.86 הקימה הוועדה ועדת משנה לבחינה מחדש של הפטור מגיוס שניתן לבחורי ישיבות. ועדת המשנה קיימה מספר ישיבות. ביום 9.7.86 דנה הכנסת השמינית בהצעות לסדר היום בעניין גיוס בני ישיבות. כל ההצעות הועברו לוועדת החוץ והביטחון, ועדת המשנה דנה אף בהצעות אלה. דיוניה של הוועדה טרם סוכמו.

6. על-פי מצב הדברים כיום, תלמיד ישיבה, אשר "תורתו אומנותו" והעוסק אך ורק בלימוד תורה, גיוסו לשירות ביטחון נדחה. על תלמיד הישיבה ללמוד באופן רצוף מגיל 16 בישיבה מוכרת תורנית, תיכונית או מקצועית. דחיית שירות הביטחון ניתנת לאחר שבחור הישיבה התייצב לרישום, עבר בדיקות לקביעת כושרו ונמצא כשר לשירות. דחיית השירות היא לשנה אחת בלבד. מדי שנה על תלמיד הישיבה להתייצב מחדש. תלמיד ישיבה, המבקש להפסיק לימודיו או שאין עוד "תורתו אומנותו", מגויס לשירות בצה"ל. משך השירות נקבע על-פי גילו של תמיד הישיבה בשעה שעזב את הסדר דחיית הגיוס, על-פי כושרו הגופני ועל-פי מצבו המשפחתי. לפי הנתונים שבידי הצבא לשנת העבודה 1986-1987, מספר בחורי הישיבות הנמצאים בהסדר דחיית גיוס לתלמידי ישיבות הוא 17,017. מתוך מחזור המגייס לצה"ל בשנת 1987 ביקשו וקיבלו דחיית גיוס 1674 תלמידי ישיבות.

#### המסגרת המשפטית

7. דחיית גיוסם של בני ישיבות לשירות ביטחון נעשתה, עם קום המדינה, מכוח חוק שירות בטחון, תש"ט-1949. סעיף 11 לחוק הסמיך את שר הביטחון להעניק פטור משירות ביטחון, ואילו סעיף 12 לחוק שירות בטחון העניק סמכות לשר הביטחון ליתן שחרור ודחייה משירות ביטחון, בזו הלשון:

"שר הבטחון רשאי, אם היה סבור שמחייבים זאת טעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או טעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתישבות או המשק הלאומי, או טעמי משפחה, או טעמים אחרים כיוצא באלה, להורות, בצו, את ההוראות המפורשות להלן: (א) לשחרר יצא-צבא מחובת השירות הסדיר..."

(ב) לדחות את שירותו הסדיר של יוצא-צבא לתקופה מסוימת, לפי בקשתו...

(ג) לשחרר לתקופה מסוימת או לחלוטין, מחובת שירות מילואים..."

חוק שירות בטחון (תיקון), תשי"ט-1959, הכניס שינוי בטכניקת החקיקה. עלילת השחרור והדחייה הפכו לעילות פטור או הפחתה, וההוראה בעניין דחיית השירות הפנתה לעילות אלה גם

לצורך דחיית השירות. סעיף 12 הוחלף, ובמקומו באה ההוראה הבאה:

"שר הביטחון רשאי, אם ראה לעשות כן מטעמים מיוחדים, לדחות בצו, לפי בקשתו של יוצא-צבא, לתקופה שיקבע, את התייצבותו של יוצא-צבא לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות סדיר או לשירות מילואים או את המשך שירות זה אם כבר החל בשירות; הדחיה יכולה להיות בתנאים או ללא תנאים, ושר הביטחון רשאי לבטל את הדחיה, אם שוכנע שלא קויים תנאי מהתנאים שנקבע לדחיה".

המושג "טעמים מיוחדים" הוגדר בסעיף 11(אב) לחוק - שהוחל, כאמור, על פטור או הפחתה - אופן הבא: "שר הביטחון רשאי, בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה, או מטעמים אחרים כיוצא באלה (להלן - טעמים מיוחדים) -

(1) לפטור יוצא צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת השירות הסדיר של יוצא צבא; (2) לפטור, לתקופה מסוימת או לחלוטין, מחובת שירות מילואים..."

בתשי"ט נערך נוסח משולב של חוק שירות בטחון. סעיף 11 הפך להיות סעיף 28 וסעיף 12 הפך להיות סעיף 29 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשי"ט-1959.

8. חוק שירות בטחון [נוסח משולב] תוקן ב-1971 על-ידי חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תשל"א-1971. סעיפים 28 ו-29 לחוק הוחלפו בסעיפים חדשים. סעיף 28 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], לאחר תיקונו, הוחלף על פטור משירות ביטחון, הן על הפחתה משירות ביטחון והן על דחיית שירות ביטחון. עילות לפטור, הפחתה ודחייה הועברו כולן להוראה זו. עד כאן השינוי הוא טכני במהותו. במקביל נערך גם שינוי מהותי.

בביטוי "או טעמים אחרים כיוצא באלה" נמחקו המלים "כיוצא באלה". לשון הוראת סעיף 28 היא איפוא זו:

"שר הביטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים -

(1) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו; (2) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות מילואים...

(3) לפי בקשת יוצא-צבא או מיועד לשירות בטחון שאינו יוצא-צבא - לדחות

פ"ד מב(2) 441

בצו, לתקופה שיקבע בו, את מועד ההתייצבות שנקבע לאותו אדם לפי חוק זה או התקנות על-פיו, לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות בטחון או להמשך שירות זה אם כבר החל בשירות."

מכוח חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 (להלן - החוק), הפכה הוראה זו לסעיף 36. הוראה זו היא המשמשת בסיס לבחינת חוקיות פעולות המשיב בעתירה שלפנינו.

#### עתירות בעבר

9. העתירה שלפנינו אינה הראשונה המובאת לפני בית-משפט זה בעניין דחיית שירות הביטחון של בחורי ישיבה. העתירה הראשונה נדונה לפני כשמונה-עשרה שנה: בג"צ 40/70 [1], העתירה נדחתה בלא להזמין את בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה. השופט ויתקון ביסס את פסק-דינו על העדר מעמד בדין לעותר, הוא קבע, בעמ' 247, כי "ככל שיש לנושא הקובלנה אופי ציבורי יותר, והוא מן העניינים המנסרים בזירה הפוליטית ומשמשים נושא לדיונים בפני הממשלה והכנסת, כך יש להחמיר בדרישה שהקובל יהא נפגע פגיעה ממשית בתוך רשות היחיד שלו, כדי להקנות לו זכות עמידה לפני הרשות השופטת". בעתירה שלפנינו, לא הצליח העותר להצביע על פגיעה אישית וממשית. תרעומתו של העותר הינה "תרעומת ציבורית קיבוצית (קולקטיבית) והעותר אינו שונה מכל איש אחר מאותו ציבור הרואה פסול בשחרורם של אנשים שבעיניו אינם אלא משתמטים". לתרעומת כזו אין בית המשפט צריך להיזקק. השופט י' כהן בעמ' 249, הסכים לדעת השופט ויתקון והוסיף, שיש לדחות את העתירה גם בשל הכלליות והסתמיות שבה, שכן יש בה "הפרחת האשמות ללא ביסוס עובדתי מספיק".

10. למעלה מעשר שנים עברו מאז נדחתה עתירתו של בקר (בג"צ 40/70 [1]), ובתחילת שנות השמונים הובאה לפני בית זה עתירה שנייה, שבה עתר מר רסלר, הוא העותר 1 שלפנינו, בדבר דחיית שירותם של בחורי ישיבה (בג"צ 448/81 [2]). לעתירה צורפו תצהירים של שני קצינים בכירים, לפיהם, אילו גויסו כל תלמידי הישיבות לצה"ל, היה מקור זה של כוח מוסף אוגדה סדירה לצה"ל. הדבר היה מביא גם להפחתה משמעותית של נטל שירות המילואים של כלל חיילי המילואים ושל העותר כפרט. בית המשפט העליון (מ"מ הנשיא י' כהן והשופטים ד' לויין ויהודה כהן) דחה את העתירה וסירב להוציא צו-על-תנאי, תוך הסתמכות על בג"צ 40/70 [1], מ"מ הנשיא, בעמ' 86, ציין, כי לדעתו "לא הצליחו העותרים לבסס זכות עמידה, אשר מצדיקה דיון בבית-משפט זה בנושא שעל-פניו נראה כבלתי-שפיט". בית המשפט ציין, כי המסקנה בדבר הפחתת נטל שירות המילואים היא מסקנה שאינה מבוססת על נתונים משמעותיים. ייתכן שאמונתו של העותר בעניין זה כנה היא, אך אין בכך כדי להראות שנפגע אינטרס ממשי שלו. לדעת השופט י' כהן, שם, "המשימה, שנטלו על עצמם העותרים, להראות, שגיוס תלמידי ישיבות יביא להקלה משמעותית בנטל שירות הביטחון, המוטל כעת על המשרתים בצבא, היא משימה בלתי אפשרית". מ"מ הנשיא היה מוכן לבדוק את שאלת מעמד העותר על-פי הגישה השיפוטית הנוחה לעותר ביותר. לדעתו בעמ' 88, גם על-פי גישה זו אין לעותר מעמד לגבי העתירה, שכן "הנושא שלה אינו מן העניינים שיכולים להיות נדונים בבית המשפט. השאלה, אם יש או אין לגייס תלמידי ישיבות, היא שאלה, שלגביה אין בידי בית

פ"ד מב(2) 441

המשפט קני מידה משפטיים, שניתן לבסס עליהם הכרעה בבית-משפט". לדעת מ"מ הנשיא, שם, "אף לו היו העותרים מוכיחים באותות ובמופתים...ששירותם במילואים היה מתקצר עקב גיוס תלמידי ישיבות, לא הייתי רואה בכך כל עילה למתן צו-על-תנאי, מכיוון שהשאלה, אם יש או אין לגייס תלמידי ישיבות, היא ביסודה בעיה ציבורית, שיש להשאיר את פתרונה בידי הגורמים הפוליטיים, שמתפקדים להכריע בעניין זה". בהגיעו למסקנתו זו סמך מ"מ הנשיא על הוראת סעיף 28 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשי"ט-1959, כפי שתוקן. בית המשפט מציין שם [2], בעמ' 85, כי התיקון נועד 'לסלק כל פרשנות על דרך הצמצום', ומכוחו הסמכות של שר הביטחון היא רחבה ביותר. סעיף זה מעניק לשר הביטחון שיקול-דעת רחב ביותר. בסכמו את גישתו, ציין השופט י' כהן, שם, בעמ' 89, כי "בולטת בעתירה המגמה לגרור בית-משפט זה לוויכוח ציבורי-פוליטי בנושא רגיש ומסעיר, שבו קיימים חילוקי דעות חריפים בציבור. בכך אין העותרים יכולים להצליח, בין משום שאין להם זכות עמידה ובין משום שהנושא אינו שפטי, ובין משום שהם לא גילו עילה להתערבות בית המשפט בשימוש בשיקול הדעת שניתן למשיב על-ידי המחוקק."

11. על החלטת בית המשפט העליון בבג"צ 448/81 [2] הוגשה בקשה לקיום דיון נוסף (ד"נ 2/82 [3]). הנשיא לנדוי, בעמ' 709-708, קבע, כי לדעתו, הוכחה הפעם זכות העמידה כדבעי, שכן העותר הוכיח לכאורה, כי גיוס תלמידי הישיבות היה מקל במידה ממשית על נטל שירות המילואים המוטל עליו, ובכך הוכיח לכאורה פגיעה באינטרס אישי, שדי בו כדי להקנות לו זכות עמידה בבית המשפט הגבוה לצדק. חרף גישתו זו, דחה הנשיא לנדוי את הבקשה לקיום דיון נוסף. הטעם לכך הוא, שהעתירה בבג"צ 448/81 [2] נדחתה, גם משום שלדעת בית המשפט בעמ' 710, "טעמים דתיים, הנעוצים בעיסוקם של תלמידי ישיבות ושל מוריהם בלימודי קודש, יכולים להוות טעם, שיסמך את שר הביטחון לשחרר, על-פי שיקול דעתו, את מי שתורתו אומנותו". הנשיא לנדוי ציין, בעמ' 710-711, כי "יהיה מי שיחלוק על פרשנות מרחיבה זו. אבל משלא מצאתי כל בקשה של העותרים להעמיד את הנימוק הזה לדיון נוסף, אין עלי לחרוג ממסגרת עתירה זו, כפי שהוגשה לי". בסיום פסק-דינו, ציין הנשיא לנדוי, בעמ' 711, כי לנושא "חשיבות ציבורית-אידיאולוגית רבה מאוד, וכי בית המשפט "לא נועד לשמש זירה למאבקים ציבוריים-אידיאולוגיים". עם זאת, הטענה, כי שאלת דחיית גיוסם של בחורי הישיבה צריכה להיות מוכרעת בחוק ולא בהחלטה מינהלית של שר הביטחון, היא "טענה, שלדעתי ראויה הייתה להישמע" (שם, בעמ' 712). הנשיא ציין, כי טענה זו לא נכללה בעתירה לדיון נוסף, ועלכן אין עליו להיזקק לה.

12. לא עברו חודשים רבים, והעותר הגיש עתירה חדשה (בג"צ 179/82 [4]), תוך שהוא מבסס עצמו על דברי הנשיא בפסק-דינו בד"נ 2/82

[3]. בית המשפט דחה את העתירה בשל העדר מעמד לעותר. השופטת בן-פורת (עמה הסכימו השופטים ד' לויין ו-ג' בך) ציינה, בעמ' 424, כי "הכל תמימי דעים, שאין להניח לפרט לתבוע עלבוננו או לריב את ריבו של הכלל בתביעה ציבורית (actio popularis)". "הכול מודים, כי העותר מומרץ על-

ידי האספקט הציבורי ולא על-ידי הפגיעה האישית. טעם זה שעמד ביסוד דחיית עתירתו בבג"צ 448/81 [2] - עומד בעינו. על-כן - "מבלי להביע דעתנו בשאלות, בהן היו השופטים הנכבדים חלוקים בגישתם (בבג"צ

448/81 מזה ובהחלטת ד"נ 2/82 מזה) - "הוחלט לדחות את העתירה בלא הוצאת צו-על-תנאי (שם, בעמ' 425).

#### העתירה וטענותיה

13. העתירה שלפנינו, כקודמותיה, עניינה דחיית שירות הביטחון של בחורי הישיבה. למוד ניסיון העבר, ביקש העותר 1- יחד עם העותרים האחרים - לכלול בעתירה כל אותם תחומים, שבתי המשפט העירו לגביהם בעבר. לטענת העותרים, יש להם מעמד בדין. הם צירפו לעתירתם תצהיר של ד"ר עמנואל ולד, אלוף משנה במילואים, אשר שירת כראש ענף תכנון כוח אדם רב שנתי במחלקת התכנון, אגף כוח אדם במטה הכללי. המצהיר קובע, כי-

"יש קשר ישיר בין גיוסם של תלמידי הישיבות לשירות סדיר ולאחר מכן לשירות מילואים לבין משך הזמן בו ישרתו העותרים במילואים איש איש בתפקידו. במידה ולא נדחה גיוס תלמידי הישיבות כמבוקש בעתירה יתקצר פרק הזמן בו משרתים העותרים מדי שנה."

על רקע תשתית עובדתית זו, טוענים העותרים, כי הצליחו לבסס את מעמדם בדין. אמת, אינטרס זה שיש להם לעותרים אינו מיוחד להם בלבד, אך על-פי ההלכה הפסוקה, אין בכך ולא כלום, שכן לדעת העותרים אין לשלול את מעמדם שלהם בשל כך שהם מגינים על אינטרס המשותף להם ולרבים אחרים. אך אם אין די בכל אלה, הרי לדעת העותרים יש להם מעמד כדין להניע את בית המשפט לפסוק בפגיעה חמורה בשלטון החוק ובשוויון הכול לפני החוק. לדעת העותרים, עתירתם היא "שפיטה", חרף אופיה הציבורי. לגוף העניין טוענים העותרים שלוש טענות: ראשית, כי דחיית גיוסם של בחורי ישיבה אינה יכולה להיעשות על-ידי מעשה מינהל של הרשות המבצעת, אלא צריכה היא להיעשות - לאור מהותו העקרונית של העניין - על-ידי מעשה חקיקה של הכנסת; במתן דחייה לבחורי הישיבה חרג איפוא שר הביטחון מסמכותו. שנית, שיקוליו של שר הביטחון הם זרים, מפלים ובלתי סבירים. החוק אינו מאפשר לשר לדחות שירותם הצבאי של בחורי ישיבות. מטרת החוק היא קידום הביטחון ולא קידום הלימוד בישיבות. השיקול "הדתי" הוא שיקול זר, מפלה ובלתי סביר. שלישית, מהתבטאויות של המשיב ושל שרי בטחון שקדמו לו למדו העותרים, כי שרי הביטחון שרון, ארנס ורביץ סבורים, כי אין לדחות את שירותם הצבאי של בחורי הישיבה, אך הם סבורים, כי אין בכוחם לשנות מצב זה שנכפה עליהם. גישתם זו של שרי הביטחון בטעות יסודה, שכן הם בעלי הסמכות.

14. עם הגשת העתירה היא הועברה להרכב של שלושה שופטים, ובא-כוח היועץ המשפטי לממשלה הוזמן לדיון. עמדתו בדיון זה הייתה, כי אין לעותרים מעמד. לדעת בא-כוח היועץ המשפטי -

"שאלת השפעתו של ביטול ההסדר של דחיית הגיוס לתלמידי הישיבות על המשך שירותם של אנשי מילואים בכלל ושל העותרים בפרט, הייתה ונשארה איפוא שאלה סבוכה ביותר, שמרכיביה רבים ומפותלים. לפיכך עומד ענין המעמד למכשול לפני העותרים גם בעתירה זו, כמו בעתירות הקודמות".

כן סבר בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, כי דין העתירה להידחות בשל חוסר שפיטותה.

"נושא העתירה שנוי במחלוקת ציבורית, וראוי לו לבית המשפט למשוך ידו מסוגיה שהרשויות הפוליטיות צריכות להכריע בה."

15. עם תחילת הדיון התברר - לאור עמדתו של בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה - כי שיקוליו של שר הביטחון אינם מונחים לפני בית המשפט. לאור הערותינו בעניין זה, ביקשה באת-כוח המדינה שהות כדי להגיש לבית המשפט סקירה על מערכת השיקולים המנחים את שר הביטחון בהפעלת שיקול-דעתו בעניין דחיית שירותם של בחורי הישיבה, לרבות סקירה על התפתחות הנושא בעבר, על היקף הנושא, הנהלים והשיקולים הענייניים, שלאורם גובשה המדיניות בנושא המונח לפני בית המשפט. החלטנו, כי הסקירה תוגש בצורת תצהיר או תצהירים. סקירה כזו, כשהיא מעוגנת בשני תצהירים, אךן הוגשה לנו, וממנה למדנו על השתלשלות הטיפול בסוגיה שלפנינו מאז קום המדינה. כמו כן הוצגו לפנינו שיקוליו הענייניים של שר הביטחון, והם:

"(1) כיבוד מחויבותם הרוחנית וההסטורית של לומדים ומלמדים ש'תורתם-אומנותם' להמשיך ברציפות את קיום הערך של לימוד התורה; (2) הרצון שלא לפגוע בעיקרון האמור שהוא נעלה ומקודש לחלק מאוכלוסייה בישראל ובתפוצות; (3) העובדה שאורח החיים של תלמידי הישיבות הינו דתי קיצוני ביותר ועקב כך ההליכה לצבא גורמת להם בעיות חמורות בהסתגלות לחברה ולתרבות זרות להם, וקשיים בשמירה קפדנית על מצוות הדת. כך, למשל, אין הם מכירים בהכשר של הרבנות הראשית לישראל, כשהם עצמם מתפצלים להכרה במספר הכשרים מיוחדים של רבנים שונים, ונוהגי יום יום אחרים שלהם עלולים להערים קשיים רבים בהערכות צה"ל לשילובם במסגרותיו; (4) העובדה שיעילות שירותם מוטלת כל כולה בספק עקב הקושי הנפשי שלהם להתבטל מלימוד תורה ועקב חינוכם ואורח חייהם המיוחד; (5) הכרה ברגישות הציבורית העמוקה של נושא השנוי במחלוקת אידיאולוגית בקרב הצבור בישראל, ובצורך באיזון ממלכתי עדין של מחלוקת מסוג זה."

לדעת בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, שיקולים אלה הם כדין, אין בהם כל יסוד זר והריהם סבירים ובלתי מפלים. שר הביטחון לא התעלם מן ההשלכות של דחיית השירות לתלמידי ישיבות על היקף הכוחות הסדירים וכוחות המילואים של צה"ל ועל ההיערכות לצורכי הביטחון של מדינת ישראל, אך הגיע למסקנה שלא לגייס לצה"ל סוג מועמדי שירות אלה. באיזון שבין כל השיקולים השונים גוברים אצל שר הביטחון השיקולים, המצדיקים אי-שילוב תלמידי ישיבות. לדעת באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה, אל לו לבית המשפט לשים את שיקול-דעתו שלו תחת שיקול-דעתו של שר הביטחון.



פ"ד מב(2) 441

16. על רקע העתירה והתשובה לה, עומדות להכרעתנו שלוש שאלות: האחת, האם יש להם לעותרים מעמד בדין להניע אותנו לדון בעתירה; השנייה, האם נושא העתירה הוא שפיט; השלישית, האם החלטת שר הביטחון היא כדין, כלומר, האם יש לו, לשר הביטחון, סמכות לדחות את שירות הביטחון של בחורי ישיבה, ואם כן - האם נעשה על-ידי שר הביטחון שימוש כדין בסמכותו. נבחן כל אחת משאלות אלה בנפרד, ונפתח בשאלת המעמד.

## מעמד בדין

## א. נקודת המוצא

17. כפי שראינו, בעבר נדחו העתירות בעניין דחיית שירות הביטחון של בני הישיבות בשל דיני המעמד. האם דינה של העתירה שלפנינו להידחות אף היא בשל דינים אלה? לדעתי, התשובה על כך היא בשלילה. על-פי גישתי, יש להם לעותרים מעמד בדין, ואם טרונייתם היא שפיטה, מן הראוי הוא שתיבחן לגופה.

לשם ביסוסה של מסקנתי זו מן הראוי הוא לעמוד על מעמדם של דיני המעמד אצלנו. נקודת המוצא לבחינה זו הינה בהוראת סעיף 15(ג) ו-1(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, סעיף זה מעניק סמכות לבית המשפט הגבוה לצדק לדון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית-משפט אחר (סעיף-קטן (ג)). כמו כן מסמיך סעיף זה את בית המשפט הגבוה לצדק לתת צווים כנגד רשויות השלטון "לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין" (סעיף-קטן (ד)). בשתי הוראות אלה אין כל התייחסות לשאלת "הזכות המינהלית" או "החובה המינהלית", וממילא אין בהן גם התייחסות לשאלת המעמד בדין של המבקש לטעון להפרת זכות או חובה. המחוקק יצר בית-משפט בעל סמכות, תוך שהניח - על-פי המקובל במסורת האנגלית - כי בהענקת סמכות לדון בעניין פלוני יש משום אצילת סמכות ליצור הלכות שיפוטיות בעניין נושא הסמכות. על קשר זה בין דיין עמדה באחת הפרשות, באומרי: (בבג"צ 731/86), בשג"צ 91/87 [5], בעמ' 458):

"קשר זה בין דין לדיין, בין משפט לבית-משפט, מאפיין גם את המשפט הישראלי בכלל ואת המשפט המינהלי בישראל בפרט. עיקר פיתוחו של המשפט המינהלי בא לו כתוצר לוואי של סמכות השיפוט של בית המשפט הגבוה לצדק".

במסגרת כוחו זה יצר בית המשפט הגבוה לצדק מערכות של הלכות, הנוגעות לאופן הפעלת שיקול-דעתו. אחת מאותן מערכות הם דיני המעמד.

הנה כי כן, דיני המעמד הם דינים הלכתיים. אין כל דבר בחוק-יסוד: השפיטה, המחייב אימוצה של הלכה זו או אחרת, או של גישה זו או אחרת בדיני המעמד. הן אלה הגורסים גישה "מחמירה", והן אלה הגורסים גישה "מרחיבה", אינם מבססים עצמם על לשונו של חוק-יסוד: השפיטה. שלא כמו בארצות-הברית, שבה דיני המעמד צמחו מפרשנותה של הוראה בחוקה, דיני המעמד אצלנו התפתחו ללא כל עיגון סטטוטורי. נהפוך הוא: על פניה, לשון החוק היא רחבה, והיא מסמיכה את בית המשפט הגבוה לצדק לדון, בין השאר, בכל הפרת חוק על-ידי רשות שלטונית, יהא מעמד העותר אשר יהא. אכן, פיתוחם של

פ"ד מב(2) 441

דיני המעמד בא להטיל מגבלות עצמיות על הפעלת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. מגבלות דומות הטילו על עצמם בתי-משפט מודרניים בעולם המערבי (ראה : a. "the aim of judicial protection", Bleckmann, Judicial protection protection of the individual or objective control of (1971,york, vol. Iii- new- heidelberg)the" the role of locus standi? Executive power19 (against the executive "locus standi [1978]. 144Pub. L ,harding, ראה), וגם באלה האחרונות מקובלים דיני מעמד (ראה, h.w. ראה) , (in french administrative law" ברוח זו פיתח גם בית המשפט הגבוה לצדק דיני מעמד, הבאים להטיל מגבלות עצמיות על שיקול-דעתו - אך לא על סמכותו - במתן סעד לעותר שאין לו מעמד בדין. במסגרת זו יש לבחון את מעמדם כדין של העותרים.

## ב. יסודות הבעיה

18. דיני המעמד בישראל מצויים בתנועה. תחילתה של תנועה זו בעבר. עוד בכג"צ 287/81 [6], בעמ' 343 ציין הנשיא אגרנט, כי "העיון בפסיקה המקומית מעלה כי במרוצת הזמן חלה בגישת בית-משפט זה, לעניין שאלת המעמד, התפתחות, בכיוון ליברלי", התפתחות זו נמשכת מאז ועד היום (ראה בג"צ 217/80 [7]). היא אינה מיוחדת למשפט הישראלי. היא קיימת גם בארצות מערביות מודרניות אחרות (ראה h.w. , administrative 578 wade, (oxford. 1982th ed5) law) עמד על כך השופט ויתקון בציניו, כי "בשנים האחרונות ניכרת בעולם, הנטייה לפתוח את שערי בית-המשפט לכל דורש" (בג"צ 563/75, 566[8], בעמ' 346). נטייה זו בעולם המודרני מוצאת את ביטוייה הן בפסיקתם של בתי-משפט, הן בחיבוריהם של מלומדים והן ברפורמה מוצעת בדרך החקיקה (ראה j.j. tokar, Locus standi in judicial proceedings(1984)209 review:administrative law" Man l.j 14 ( . 18 מה עומד ביסודה של תנועה זו, ומדוע לא באו דיני המעמד אל המנוחה ואל הנחלה? התשובה לשאלה אינה נעוצה בחוסר יכולתם של שופטים ואנשי מדע המשפט לנסח לעצמם כללים ברורים של מעמד. אפשרות זו קיימת, והיא הוצעה לא פעם בספרות (ראה: administrative law 208 k.c. davis, (san diego)208 k.c. davis, administrative law (1983,nd. Ed., vol. Iv 2, treatise) התשובה לשאלה זו נעוצה, לדעתי, בחוסר הכרעה באשר למהותם של דיני המעמד עצמם. אין אתה יכול לגבש את דיני המעמד אם אינך מגבש לעצמך תפיסה באשר לתפקידם של דינים אלה במשפט הציבורי. לשם גיבוש תפיסה באשר למהותם ולתפקידם של דיני המעמד יש לנקוט עמדה באשר לתפקידה של הביקורת השיפוטית בתחום המשפט הציבורי. "קביעתה של המדיניות בנושא המעמד מושפעת מתפיסת יסוד ערכית ומהותית בדבר תפקידה של הביקורת השיפוטית במערך רשויות המדינה" (ז' סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (פפירוס, תשמ"ו) 5). אכן, לא הרי דין המעמד, אם המודל הראוי לביקורת השיפוטית הוא בהגנה על זכויות הפרט, כהרי דיני המעמד, אם המודל הראוי לביקורת השיפוטית הוא בשמירה על שלטון החוק ועל חוקיות השלטון. והנה, לשם גיבוש תפיסה באשר לתפקידה של הביקורת השיפוטית, יש לנקוט עמדה באשר לתפקיד השיפוטי בחברה ובאשר למעמד השפיטה ברשויות השלטון (ראה 165, 27 p. Cane, an (1986) introduction to administrative law הרי שופט, אשר הפילוסופיה

פ"ד מב(2) 441

השיפוטית שלו מבוססת אך על התפיסה כי תפקיד השופט להכריע בסכסוך בין בעלי זכויות קיימות, כהרי שופט, אשר הפילוסופיה השיפוטית שלו מעוגנת בהכרה, כי תפקיד השופט ליצור זכויות ולקיים את שלטון החוק. על רקע זה ניתן להסביר את העימות שבין עמדתו של השופט ויתקון (בבג"צ 40/70 [1], בעמ' 247), לפיה "ככל שיש לנושא הקובלנה אופי ציבורי יותר... כך יש להחמיר בדרישה שהקובל יהא נפגע פגיעה ממשית בתוך רשות היחיד שלו", לבין עמדתו של השופט ברנזון (בבג"צ 26/76 [9], בעמ' 802), לפיה, "ככל שחשיבותו של העניין מבחינה ציבורית גדולה יותר, כן תגדל נטייתו של בית-המשפט להכיר בזכותו של העותר אף שהוא אזרח מן השורה, להביאו לפניו". אמת, תורת המעמד התפתחה "באופן אמפירי" (השופט ויתקון בבג"צ 40/70 [1], בעמ' 245), אך מאחורי המעשה עומדת ההלכה, ומאחורי ההלכה עומדת תפיסת עולם באשר לתפקיד השפיטה בחברה. אין להתפלא איפוא, כי שופטים שונים נקטו עמדות שונות באשר לדיני המעמד. בעמדות אלו הם ביטאו את השוני שבגישתם לתפקיד הביקורת השיפוטית במשפט הציבורי ולתפקיד השופט בחברה דמוקרטית.

## ג. "הגישה הקלאסית"

20. עמדתי על הליברליזציה בדיני המעמד בעשרות השנים האחרונות. ליברליזציה זו לא הביאה להחרפת הניגודים השיפוטיים אלא דווקא לצימצומם. נראה לי, כי קיימת הסכמה בין השופטים באשר לגבולות החיצוניים של בעיית המעמד, והמחלוקת מתרכזת בעיקר בתחומים הקרובים לגבולות אלה. נראה לי, כי שתי הפרופוזיציות הבאות מקובלות על דעת מרבית השופטים שנתנו דעתם בבית-משפט זה לשאלת המעמד, והיא משקפת עמדה שיפוטית "קלאסית": האחת, כי לשם רכישת מעמד בדין אין העותר חייב להצביע על זכות משפטית משו שהופרה. עמד על כך הנשיא אגרנט בבג"צ 287/69 [6], בעמ' 343, באומרו: "האזרח הבא לקבול על החלטה או פעולה של רשות ציבורית אינו חייב עוד להראות, לעניין זה, כי אותה החלטה או פעולה פוגעת בזכות שלו". אכן, עותר אינו חייב להיות "עותר הוהפלדיאני" כדי לזכות במעמד (בג"צ 217/80 [7], בעמ' 440). די לו לעותר כי הוא מצביע על אינטרס שלו שנפגע. זאת ועוד: אינטרס זה אינו חייב להיות מיוחד לעותר, ויזכר מעמדו כדין של עותר שאינטרס שלו נפגע, גם אם אינטרס זה משותף הוא לו ולרבים אחרים (ראה בג"צ 217/80 [7]).

עמדה על כך השופטת בן פורת, בבג"צ 1/81 [10], בעמ' 388, באומרה:

"אין כל הכרח, להקמת זכות עמידה, שהפגיעה הנטענת תהיה מוגבלת לעותר בלבד ולא לקבוצת אנשים עמה הוא נמנה."

לבסוף, לשם הנחת תשתית ראייתית בעניין הפגיעה באינטרס, העותר אינו חייב להראות בוודאות, כי אינטרס שלו נפגע, ודי לו כי יצביע על סיכוי סביר, כי אינטרס שלו ייפגע. אין אנו עוסקים בנבואה אלא בהערכת סיכויים בלבד. על-כן הודגש בפסיקתו של בית-משפט זה, כי די לו לעותר שיוכיח "חשש" של פגיעה באינטרס שלו (השופט זילברג בבג"צ 29/55 [11], בעמ' 1000) או שפעולת השלטון "עשויה לפגוע" (הנשיא אגרנט בבג"צ 287/69 [6], בעמ' 343) או שהעותר "עלול להיפגע" (השופט ויתקון בבג"צ 26/76 [9], בעמ' 806). הפרופוזיציה השנייה, המשותפת למרבית השופטים שעסקו בדיני המעמד, הינה, כי המשפט הישראלי אינו מכיר

פ"ד מב(2) 441

במעמדו של כל אזרח, אך משום שהוא טוען, כי השלטון הפר את החוק. התביעה הציבורית (ה- actio popularis), בתור שכזו, אינה מוכרת אצלנו (השופט אגרונט בבג"צ 287/69 [6], בעמ' 350; בג"צ 217/80 [7], בעמ' 443; הנשיא שמגר בבג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463 בשג"צ 320/86 [12], בעמ' 559). ("אין בכך משום הכרה כללית בקיומה של העתירה הציבורית"); השופט ד' לויין בבג"צ 609/85 [13], בעמ' 783). עמדה על כך השופטת בן-פורת בבג"צ 179/82 [4] הנ"ל, בעמ' 424, בציינה: "הכל תמימי דעים, שאין להניח לפרט לתבוע עלבונו או לריב את ריבו של הכלל בתביעה ציבורית (actio popularis)".

## ד. "החריגים" המקובלים

21. לאור הפרמטרים המוסכמים, מתמקדת המחלוקת באיתורם של אותם מצבים מיוחדים ("חריגים"), שבהם יוכר מעמדו של עותר שאין בידו להצביע על אינטרס משלו שנפגע. אף בעניין זה קיימת הסכמה בין מרבית השופטים בתחומים מספר: ראשית, יוכר מעמדו של עותר, מקום שהטענה שהוא מעלה לגוף העניין מצביעה על שחיתות של הרשות השלטונית. עמד על כך השופט לנדוי בבג"צ 348/70 [14], בעמ' 692, באומרו:

"יכול אפוא להיות שבמקרה חמור, בו האינטרס הציבורי נראה מכריע, למשל כאשר קיים חשש שהממונים על הוצאת כספים ברשות מקומית פועלים בשחיתות ממש, יתגבר בית-המשפט על רתיעתו ויאותר לדין לגופה של קובלנה המובאה לפניו על-ידי משלם מסים בתור שכזה."

על-כן, אם רשות ציבורית פעלה מתוך משוא פנים או ניגוד עניינים, יוכר מעמדו של עותר חסר אינטרס. עמד על כך השופט אלון בציניו, כי יוכר מעמדו של עותר, הטוען "מעשה שחיתות מטעם הרשות השלטונית, כגון החלטה הנגועה באינטרסים אישיים של בעל הרשות, במקרי שוחד וכיוצא באלה" (בג"צ 869, 852/86, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 1/87, 543, 523, 521, 518, 512/515 [15]33, בעמ' 66); שנית, בית-משפט זה יכיר במעמדו של עותר, המעלה לפניו בעיה בעלת "אופי חוקתי מובהק" (השופט אלון, שם). במסגרת זו נכללו שאלות הקשורות לבחירות ולמימון מפלגות (בג"צ 98/69 [16], בעמ' 148/73 [17]); להקמתן של ועדות חקירה על-פי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968 (בג"צ 152/82 [18]); לסמכות החנינה של נשיא המדינה (בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463 בשג"צ 320/86 [12] הנ"ל); לחובתה של רשות השידור לקיים את עקרונות חופש הביטוי (בג"צ 243/82 [19]), וכן בעיות אחרות, אשר נוגעות "לציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי או של המבנה החוקתי של חברתנו" (השופט אלון בבג"צ 869, 852/86, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 512, -512, 515, 1/87, 518, 521, 523, 543, 1/87, 515, 512/515 [15]33, בעמ' 68).

## ה. ליברליזציה "בחריגים"

22. אכן, גדר המחלוקת העיקרי נעוץ באיפיונם של "החריגים", שבהם יוכר מעמדו של "העותר הציבורי". בהקשר זה, מתעוררות שלוש שאלות: האחת, האם החריג בעניין "שחיתות"

פ"ד מב(2) 441

מוגבל הוא לטענת שחיתות, או שמא יש מקום להרחיבו לכל טענה המצביעה על פגם חמור בפעולות המינהל; השנייה, האם החריג בעניין "חוקתי מובהק" מוגבל הוא אך לעניינים חוקתיים, או שמא יש מקום להרחיבו לכל עניין בעל אופי ציבורי שיש לו נגיעה ישירה לשלטון החוק; השלישית, האם יש מקום להכיר בחריגים נוספים, או שמא מוגבלים החריגים לשניים בלבד. בכל אחת מהשאלות הללו מתגלעים חילוקי דעות בין שופטים. כשלעצמי, מקובלת עלי, בכל אחת מהשאלות הללו, גישה "ליברלית". על-כן דעתי היא, כי החריג הראשון אינו מוגבל לשחיתות שלטונית בלבד, ויש מקום להרחיבו לכל מקרה שבו מצביע העותר על פגם חמור בפעולת המינהל. בדומה, החריג השני אינו מוגבל לדעתי לעניין חוקתי בלבד, אלא חל הוא, כדברי חברי, הנשיא שמגר, בבג"ץ 1/81 [10], בעמ' 374, בכל מקום אשר בו "העניין הועלה בעתירה נושא אופי ציבורי שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק, ולהתווית הקווים, המבטיחים קיומו הלכה למעשה", ובכל אותן "סוגיות בעלות מהות משפטית יוצאת דופן, הנוגעות לעקרונותיו של שלטון החוק" (בג"ץ 852/86, 869 בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543, 1/87 [15]33, בעמ' 23). לבסוף, דעתי היא, כי החריגים לכלל, שאינו מכיר "בתביעה הציבורית" בתור שכזו, אינם מצומצמים לשני החריגים שציינתי. אל לנו ליצור קטיגוריות נוקשות של חריגים. יש להשאיר את הסוגיה בגמישותה, תוך השארת הדלת פתוחה לפני הכרה במצבים נוספים, שבהם יוכר מעמדו של עותר שאין לו אינטרס. כך, למשל, קיימים מקרים, שעל-פי עצם מהותם אין בהם לאיש אינטרס על-פי המבחנים המקובלים. במצבים אלה יש להכיר לעתים במעמד של "העותר הציבורי" (בג"ץ 217/80 [7], בעמ' 443, בג"ץ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543, 1/87 [15]33, בעמ' 28).

[15], בעמ' 28). ברוח זו נפסקה פסיקה עקבית בנדה (ראה: no. (1974) (2) thorson v. Attorney general of canada et al nova scotia board of censors v. Mcneil; (1975)75]74 כן, למשל, נפסק, כי יש להכיר בעותר ציבורי לעניין הטענה, כי פטורים מסוימים מאחריות פלילית בגין הפלה, הניתנים לאישה ההרה ולרופא, עומדים בניגוד לחוקה. הטעם לכך הינו, בין השאר, כי אין עותר בעל אינטרס, שיוכל להעלות טענה זו לפני בית המשפט (justice of canada et minister of al. V. (1982) [76] Borowski). אכן, קווי הגבול בין החריגים לבין עצמם ממילא מטושטשים. לעתים קרובות מתקיימים כמה מהם גם יחד, כפי שהיה הדבר בבג"ץ 511/80 [20], בו ציין השופט שמגר, בעמ' 481:

"הטענות החמורות בדבר אי-חוקיותה המפליגה של הפעולה, המתייחסת כאן לנושא ציבורי מובהק, מצדיקות אי-נעילתו של השער בפני העותר ובחינה לגופן של טענותיו, היורדות, מבחינות רבות, לשורשו של עניין".

על-כן מקובלת עלי גישתו של ד"ר סגל, הגורס, כי יש להכיר ב"עותר הציבורי", בשעה שהוא מצביע על עניין בעל חשיבות ציבורית מיוחדת, או על פגם לכאורי חמור במיוחד בפעולתה של הרשות, או על כך שהפעולה המותקפת היא בעלת חשיבות מיוחדת ("סגל, בספרו הנ"ל, בעמ' 235). עם זאת, אין לראות באלה רשימה סגורה של "חריגים" אלא אך ציוני דרך, המשקפים את הגבול הראוי שבין הביקורת השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק לבין הימנעות מהפעלתה. אכן, נקודת המוצא המדריכה אותי מקורה בתפיסה העקרונית - שעליה עמד השופט ברנזון לפני

פ"ד מב(2) 441

כעשרים שנה - כי "בית-משפט זה הוא המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון" (בג"צ 287/69 [6] הנ"ל, בעמ' 362), וכי תפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק הוא לדאוג להגשמתו של עקרון שלטון החוק. נעילת דלתותיו של בית-משפט זה לפני עותר חסר אינטרס, המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין. פוגעת בהשלטת החוק, שכן באין דיין אין דין. יכולת הפנייה לבית המשפט היא אבן הפינה של שלטון החוק (ראה .52Pub.l, g.l. peiris89, [198]the doctrine of locus standi in " , commonwealth administrative law"). עמד על כך השופט דיפלוק (lord diplock) בפרשת .employed and small businesses ltd-national federation of revenue commissioners v (1982)[72]644, at self.

It would, in my view, be a grave lacuna in our system of public spirited taxpayer, were prevented by outdated technical law if a pressure group, like the federation, or Of the court to vindicate the rule of law and get the unlawful even a single-public rules of locus standi from bringing the matter to the attention . "conduct stopped 23. אכן, על-פי תפיסתי שלי, על בית-משפט בחברה דמוקרטית מוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק; תפיסה זו של התפקיד השיפוטי אינה עומדת בסתירה לעקרון הפרדת הרשויות ולתפקידו של בית המשפט במסגרתו שלעיקרון זה. נהפוך הוא: גישה זו יונקת כוחה מעקרון הפרדת הרשויות ומכלליו. עיקרון זה משמעותו המודרנית הינה איזון ופיקוח (checks and balances) בין הרשויות השונות (ראה דברי הנשיא שמגר בבג"צ 306/81 [21], בעמ' 141, וכן א' ויתקון, פוליטיקה ומשפט (האוניברסיטה העברית בירושלים, תשכ"ה) 71. עמדתי על כך בפרשה אחת בציני:

"משטר דמוקרטי נאור הוא משטר של הפרדת רשויות. הפרדה זו אין משמעותה שכל רשות היא לעצמה, בלא כל התחשבות ברשות האחרת. תפיסה כזו תפגע עמוקות ביסודות הדמוקרטיה עצמה, שכן משמעותה דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה. נהפוך הוא: הפרדת רשויות משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים" (בג"צ 73/85 [22], בעמ' 158).

איזון ופיקוח אלה משמעותם, בין השאר, כי במסגרת סכסוך המתעורר לפני בית המשפט, על בית המשפט להבטיח, כי כל הרשויות השלטוניות המחוקקת, המבצעת והשופטת - יפעלו במסגרת החוק. בעשותו כן, אין בית המשפט פוגע בעקרון הפרדת הרשויות אלא מגשים אותו. על-כן, אינם מקובלים עלי דבריו הבאים של השופט אלון, המנמק את גישתו, כי בדרך כלל, באין אינטרס אין מעמד:

"פתיחת שערי בית-משפט זה ל'תיקון עולם' כגון זה, שכרו יוצא בהפסדו,

פ"ד מב(2) 441

והדברים חזרו ונשנו לא אחת בפסקי-דין שיצאו מלפני בית-משפט זה ובדבריהם של חוקרים ומלומדים: א. בית המשפט יוצף בבירורים עקרוניים, ולא יעלה בידו להתפנות לתפקידו העיקרי, והוא עשיית דין וצדק בין בעלי דין הטוענים לפגיעה בזכויותיהם; ב. עלולה לצאת מכך תקלה של פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות על-ידי גרירת בית המשפט לעסוק בשאלות בעלות אופי ציבורי, שמקום בירורן הנכון הוא בבית הנבחרים וברשות המבצעת; ג. ואחרון אחרון - יהא בכך משום סטייה מתפקידה העיקרי והיסודי של הרשות השופטת, והוא לדון ולהכריע בדברים 'על ריב', שבין שני אזרחים או בין האזרח והשלטון, כששניהם הם 'בעל דין', שהאחד קופח, לטענתו, על-ידי האחר". (בג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 512, 515, 518, 521, 523, 543, 1/87, [15]33, בעמ' 66).

לדעתי, עקרון הפרדת הרשויות אין משמעותו, כי בעיה בעלת אופי ציבורי מוכרעת ברשות המחוקקת והמבצעת ולא ברשות השופטת. עקרון הפרדת הרשויות משמעותו, כי הרשות המחוקקת רשאית - בהעדר מגבלות חוקתיות לקבוע את המסגרת המשפטית שבה תוסדר בעיה בעלת אופי ציבורי, וכי הרשות המבצעת פותרת בעיה ציבורית בתוך המסגרת המשפטית שנקבעה לה. אך משנקבעה מסגרת זו, על בית המשפט לקבוע - וזהו תפקידו במערך הרשויות במדינה - אם המסגרת המשפטית שנקבעה נשמרת הלכה למעשה. אין כל דבר בעקרון הפרדת הרשויות, שיהא בו כדי להתיר לאחת הרשויות לפעול בניגוד לחוק. אין גם כל דבר בעקרון הפרדת הרשויות, המחייב הימנעות של הרשות השופטת מהעיסוק בפעולות בעלות אופי ציבורי, עד כמה שעיסוק זה מתרכז בחוקיותה של הפעולה. עמד על כך השופט דיפלוק בפרשת [72]inand revenue 644, at judicial review of It is not, in my view, a sufficient answer to say that "commissions the actions of officers or departments of Central government is unnecessary because Out their functions. They are accountable to parliament for accountable to they are parliament for the way in which they carry .what they do so far as regards efficiency They are; of justice for the lawfulness of and of that parliament is the only and policy judge- responsible to a court ."what they do. And of that the court is the only judge אכן, בחינת חוקיותה של כל פעולה - בין אם היא בעלת אופי ציבורי ובין אם היא אינה בעלת אופי ציבורי - אינה תפקידה של הרשות השופטת, ויש בה משום הגשמת ייעודה במערך הפרדת הרשויות. בהקשר זה, אינה מקובלת עלי הגישה - אשר אף עליה עמד השופט אלון - כי ייעודה העיקרי והיסודי של הרשות השופטת הוא להכריע בריב שבמרכזו טענת קיפוח שהאחד קופח על-ידי האחר. המקור לתפיסה זו הוא במשפט הפרטי, שבו בעל דין הוא מי שזכותו קופחה.

במשפט הפרטי עצמו ישנם לגישה זו חריגים (כגון, מעמדו של בעל מניה לריב את ריבה של החברה כלפי צד שלישי, באמצעות התביעה הנגזרת). גישה זו אינה מקובלת כלל במשפט הציבורי. דיני המעמד "הקלאסיים", המבוססים על אינטרס של הנפגע, אינם דורשים כי בעל האינטרס יוכל להצביע בטרם התערבותו של בית המשפט על זכותו שקופחה. החריגים המוכרים על-ידי הכול אינם מבוססים על טענת קיפוח. עמד על כך 578-577, wade, supra, at 577, כי הגישה, שלפיה רק מי שזכותו קופחה רשאי להניע את בית המשפט, אינה גישה ראויה במשפט הציבורי: "In private law that principle can be applied with some strictness. But in public law it is inadequate, for it ignores the dimension of the ,that person is naturally entitled to dispute its legality particular interest. Where some Powers and duties which affect the public person is the object of administrative acton Planning generally rather and other persons are not. But public authorities have many permission imporoperly, or licenses indecent than particular individuals. If a local authority grants Films for exhibition, it does a wrong to the public Law must find some answer to this problem, otherwise the law with impunity. An efficient system of administrative has standing to call it to account, it can disregard the interest but no wrong to any one in particular. If no one For the disinterested citizen, in order to prevent rule of law breaks down...the law must somehow find a place . Illegality in government wick otherwise no one would"be competent to challenge רואה במהות התפקיד השיפוטי כל דבר, המחייב קביעה כי רק מי שזכותו קופחה רשאי לריב את ריבו שלו. קיומה של זכות בטרם פנייה לבית-משפט אינה תנאי יסודי לפעולה שיפוטית. לא פעם יוצר בית המשפט, בעצם פסיקתו, את הזכות עצמה. שפיטה אינה אך הצהרה, יש בה יצירה. זאת ועוד: אין כל צידוק פילוסופי בצמצום התפקיד השיפוטי למקרים שבהם טוען בעל דין לקיפוח על-ידי אחר. תפקידו של בית המשפט הוא להכריע בסכסוך - כלומר, להכריע במחלוקת - ואין כל צידוק להגביל את מושג הסכסוך אך לאותם סכסוכים שבהם טוען צד לקיפוח על-ידי הצד האחר. אמת, מקובל הוא וידוע, כי בית המשפט הוא מוסד המכריע בסכסוכים, ואין הוא פועל ללא קיומו של סכסוך, ואין הוא רשאי ליצור, ביוזמתו שלו, סכסוך. אך כאשר נוצר סכסוך לפני בית המשפט, אין כל יסוד לצמצם את התפקיד השיפוטי אך לאותם סכסוכים שבהם טענת הצד היא לקיפוח שקופח על-ידי הצד האחר. אמת, באין סכסוך אין מקום להכרעה שיפוטית. "ברור שאין לך הליך שיפוטי אלא מקום שקיים 'ריב' (lis)" (השופט ויתקון בבג"צ 40/70 [1], בעמ' 246). אך מכאן אין נובע, כי -

"צריך שיבוא פלוני ויתבע את זכותו או עלבוננו. בזה משתנה הדיון בבית המשפט מהדיון לפני הרשות המחוקקת או המבצעת. באין נרגן ישקוט מדון, ואילו די היה בנרגן שאינו אלא דוברו ושופרו של הציבור בכללותו, היה הדיון לפני הרשות



פ"ד מב(2) 441

השופטת עלול לטשטש את התחומים ולהתפרש כהפרת העיקרון של הפרדת רשויות" (שם).

גישה זו אינה מקובלת עלי. אמת, באין סכסוך אין שפיטה. אך דרישה זו אינה נוקטת כל עמדה באשר לאופיו של הסכסוך, בין אם עניינו זכויות של הפרט, אינטרסים של קבוצה או חובות כלליות של המינהל. עמד על כך פרופסור ה' קלינגהופר, משפט מינהלי (מפעל השכפול, תשי"ז) 8-9:

"מהותה של השפיטה היא הסמכות לדון בסכסוך ולהחליט בו. לפיה, כל הנורמות האינדיוידואליות המהוות הכרעה בסכסוך הן שפיטה במובן הפונקציונלי. ומהו סכסוך? יספיק אם נאמר כאן, כי למושג סכסוך בין צדדים *lis inter partes* אין כל מבחן אפריורי באשר לתוכן הסכסוך. אין ההגיון המשפטי מחייב לראות בעניינים מסויימים עניינים העשויים לשמש נושא לסכסוך, ומאידך להוציא עניינים מסויימים אחרים מגדר האפשרות להיות נושאי סכסוך. הדבר תלוי לחלוטין בהסדר המשפט הפוזיטיבי... לשפיטה במובן הפונקציונלי אין אפריורי שום מבחן ענייני. שפיטה מתקיימת לגבי אותם עניינים אשר בנוגע אליהם המשפט הפוזיטיבי מקנה לפרוצדורה צורה של סכסוך" אכן, המאפיין את השפיטה הוא בהכרעה בין תביעות (*claims*). יהא תוכנן אשר יהא (ראה צורה של סכסוך, *e.w. patterson, jurisprudence 564 (1953, brooklyn)*). לא פעם, לא הזכות היא היוצרת את הסכסוך, אלא הסכסוך הוא היוצר את הזכות. אם זכות היא רצון או אינטרס המוגנים על-ידי המשפט, הרי בהכרעה השיפוטית, הנותנת את הגנת המשפט, נוצרת הזכות עצמה. הנה כי כן, האופי השיפוטי של הפונקציה לא קבע על-פי תוכנו של הסכסוך אלא על-פי עצם קיומו. עיסוק שיפוטי בבעיות בעלות אופי ציבורי, ואף בעלות אופי פוליטי, אין בו כדי "לטשטש את התחומים ולהתפרש כהפרת העיקרון של הפרדת הרשויות" (השופט ויתקון בבג"צ 40/70 [1], בעמ' 246). עמד על כך השופט ויתקון עצמו, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 70:

"גם מי שרואה בהתערבות הרשות השופטת בהכרעות פוליטיות משום אוזורפציה של סמכויות החקיקה והשלטון, צריך לזכור, שהפונקציה השיפוטית שונה, בטבעה ובטיבה, מאלה המסורות לרשות המחוקקת והרשות המבצעת. היא פועלת במישור אחר - במישור הפיקוח והביקורת - ולא מן ההכרח הוא לומר, שיש כאן משום עירוב התחומין."

אמת, "באין נרגן ישקוט מדון", אך מדוע צריך הנרגן לטעון אך לזכותו שהופרה או לאינטרס שלו שנפגע, ומדוע לא יוכל לטעון לחוק שהופר? מהו היסוד המוסרי לגישה, כי מי שטוען כי כספו נגזל שלא כדין יוכל לפנות לבית המשפט, אך מי שטוען שכספו של הציבור נגזל שלא כדין לא יוכל לפנות לבית המשפט? מהו הטיעון העקרוני, שיסודו בתורת משפט ובתורת הפרדת הרשויות, המצדיק הבחנה זו? לדעתי, אין לה יסוד. אכן, גישתי הינה כי הדרישה לקיום זכות או אינטרס כתנאי למעמד בדין הינה דרישה מחוסרת יסוד פילוסופי, אינה מעוגנת בהפרדת רשויות, אינה נשענת על בסיס מוסרי ופוגעת בשלטון החוק.

24. עמידה על תפיסה זו של תפקיד בית המשפט צריכה, עקרונית, להוביל להכרה בתביעה הציבורית לאורך החזית כולה, ולא רק במקרים חריגים. עם זאת ציינתי, כי גישה זו אינה מקובלת עלי. האין גישתי נתונה במצוקה שאינה שונה ממצוקתם של הגורסים, כי אין להכיר בתביעה ציבורית, אך מוכנים לעשות כן במקרים חריגים? אכן, מבחינת תורת המשפט ותורת הפרדת הרשויות, אין כל מניעה לכך, כי "בית המשפט הציבורי" יפתח דלתיו לעותר הציבורי. המניעה כנגד "פתיחת דלתות כללית" זו אינה מעוגנת בתורת המשפט ובהפרדת הרשויות, אלא היא מבוססת בעיקר על שיקולים של מדיניות שיפוטית (ראה - "Harv. (1973) k.e. scott standing in the" a functional analysis - supreme court 645 L. Rev 86). קיים חשש מפני הצפת בית המשפט "בעתירות ציבוריות"; הזמן השיפוטי היקר לא יוקצה, כתוצאה מכך, בצורה ראויה, והטיפול בבעלי דין הטוענים לפגיעה בזכויותיהם יידחה; לעתים, התשתית העובדתית הדרושה לא תובא על-ידי צד שאין לו אינטרס בתוצאת ההתדיינות (ראה Th 4, London S.A. De Smith, Judicial Review of Administrative Action (1980, Evans) 410, ed. by J.M.). טיעונים אלה ואחרים אינם בעלי מימד עקרוני אלא בעלי מימד מעשי, המשתנה מעתירה לעתירה. חלקם מבוססים יותר, חלקם מבוססים פחות. בהצטברותם הם יוצרים לעתים בעיה מעשית. פתרון לבעיה זו הוא באיזון הראוי שבין התפיסה העקרונית לבין הבעיות המעשיות. "החריגים", שבהם הוכר מעמדו של "עותר ציבורי", והגישה השיפוטית, שלפיה הגישה צריכה להיות אמפירית ולא נוקשה, הם ביטוי לאיזון זה. על-כן, ככל שהפגם הנטען בפעולת הרשות הוא חמור יותר, וככל שהסכסוך נושא אופי ציבורי יותר, וככל שבעלי הזכות והאינטרס הם מעטים יותר, שכן הבעיה היא בעלת אופי ציבורי כללי, כך השיקולים לטובת הכרה "בעותר הציבורי" גוברים.

כפי שציין השופט ברנזון בבג"צ 26/76 [9], בעמ': 802

"לא כללים נוקשים כי אם גישה אמפירית, אבל גמישה ולא קפדנית ומחמירה. לא עוד בהכרח מבחן של ענין מובהק או נגיעה אישית ישירה או עקיפה, כי אם כנות הפניה ורצינותה, וחשיבותה הציבורית וצדקתה העניינית; וככל שחשיבותו של הענין מבחינה ציבורית גדולה יותר, כן תגדל נטייתו של בית-המשפט להכיר בזכותו של העותר, אף שהוא אזרח מן השורה, להביאו לפניו".

על-כן דעתי היא, כי יש להמשיך בגישה שאינה מכירה במעמד "התובע הציבורי", בתור שכזה, ואינה מסתפקת בטענה בלבד בדבר הפרת החוק. טענה זו היא תנאי הכרחי ולא מספיק. על העותר להראות "דבר מה" נוסף, כאמור בגישה "הליברלית" לחריגים.

25. מודע אני לכך, כי גישה "ליברלית" גמישה זו יוצרת קשיים מספר: ראשית, קיים על פיה חוסר ודאות, שמקורו בצורך של בית המשפט ליישם את "חוש המומחיות של המשפטן" בהכרעה בשאלת המעמד (ראה דברי השופט שמגר בבג"צ 1/81 [10], בעמ' 373). כשלעצמי, איני משוכנע אם חוסר ודאות זה גדול הוא מחוסר הודאות הטמון בהגדרת מושג "האינטרס".

אך יהא עניין זה כאשר יהא, יש להניח, כי חוסר ודאות זה יפחת בוודאי במשך השנים, כאשר הגבול בין בעלי המעמד לבין חסרי המעמד יוגדר בצורה ברורה יותר. זאת ועוד: אין אני רואה כל פגם בחוסר בהירות זו. בעיניי, כללי המעמד הם כללים מעשיים, הבאים להגן על יעילות פעילותו של בית המשפט, ולא כללים הבאים ליצור "תחומים מתיים", שבשל העדר מעמד יכול השלטון מראש לפעול בהם שלא כדין. רשויות השלטון צריכות להניח, כי לכל עותר מעמד, ועליהן לכלכל צעדיהן כדין. בית המשפט הוא שצריך לעורר, באותם מקרים שהדבר נראה לו כראוי, את כללי המעמד כאמצעי של "הגנה עצמית" לשם יעילות פעילותו. "בית המשפט הוא שמופקד על סינון ובדיקתן של העתירות, והוא שיחליט במקרה ראוי, לאור מהותו של העניין וזיקתו של העותר אליו, אם להוציא צו-על-תנאי" (הנשיא שמגר בבג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543, 1/87 [15]33, בעמ' 28). שנית, מבין אני כי קיים קושי מעשי להבחין בין אותם "עותרים ציבוריים", הפונים לבית-משפט לצורכי פרסומת גרידא (שאת עתירתם יש לדחות), לבין אותם עותרים, הפונים מתוך רצון אמיתי להבטיח את שלטון החוק (שאת עתירתם יש לעתים לשמוע). קיים איפוא חשש, כי עותרים בלתי ראויים יישמעו, ובכך יושחת לשוא זמנו של בית המשפט. זאת ועוד: מתוך רצונו למנוע "חומה בצורה ואטומה החוסמת כליל את הכניסה לבית-המשפט בפני כל אדם רק מפני שהוא נושא באמתחתו עניין שאינו ענינו הפרטי כי אם בעל אופי ציבורי-כללי" (כדברי השופט ברנזון בבג"צ 26/76 [9] הנ"ל, בעמ' 803), עשוי בית המשפט למצוא עצמו מוצף בעתירות סרק. אכן, הבעיה היא אמיתית, ויש למצוא דרכים להתמודד עמה. כשלעצמי, נראה לי כי בעיית העותר-הטרדן אינה בעיה חמורה. עמד על כך, 674scott Litigates for a lark, is a specter which haunts the legal the idle and supra, at whimsical paintiff, a dilettante who "literature. Not the courtroom - הן בסוגיה שלפנינו והן בסוגיות אחרות שבהן הוא מועלה (ראה f.k.h. maher and r.c. "hard' cases", U. Tasmania 1 8, "floodgates and the new rhetoric 96 .rev evans (1985). - נראה לי כשולי, ולו מהטעם שאין כל הוכחה אמפירית, כי יש בטיעון זה ממש. הניסיון בארצות אחרות, שהיו מוכנות להכיר בעותר הציבורי בגבולות ידועים, לא הראה על הצפה באותם גבולות (ראה סגל, בספרו הנ"ל בעמ' 170). עמד על כך, 228-227: davis. Supra, at is that it opens the gates to floods of litigation. The fear Allowed 'any principle' citizen' or 'any resident' to challenge has no foundation. New york and massachusetts Trickles, not floods. The d.c.circuit has pointed out that legality of have often governmental action...and the result has been New cases in which standing would 'S that previously have been 'the dockets...have not increased appreciably as a result of 1970standing for 'any interested preson' or 'any person' have denied'...the allow various statutes of the ."not resulted in an unusual amount of litigation

נראה לי כי זהו גם ניסיונו של בית המשפט הגבוה לצדק בישראל. "הליברליזציה" בדיני המעמד שהתרחשה בשנים האחרונות לא הביאה להצפתו של בית המשפט העליון בתביעות של "עותרים ציבוריים". "עתירות ציבוריות" ממשיכות להיות ספורות, ורק מתי מעט מהן הן של עותרים טורדניים. עם זאת, מן הראוי הוא למנוע - אפילו באותם מקרים מעטים שעותרים ציבוריים פונים לבית המשפט - פניות סרק של עותרים טורדניים. כמו השופט ברנזון, אף אניבטוח, "שעם אנשים כאלה נשרה ונוכל. אנשים כאלה ישנם בכל מקום ובכל זמן, והם ישנם גם כיום אצלנו, ואנו מתמודדים אתם לעתים קרובות ומנערים את חצננו מהם" (בג"צ 287/69 [6], בעמ' 362). בתי המשפט התמחו לא פעם בבחינה, אם בעל דין פונה לבית המשפט באופן כן. בדיקה דומה ניתן לעשות גם לעניין העותר הציבורי. הוצאות משפט מהוות אמצעי הרתעה ראוי. אכן, יש ליתן הדעת לבעיה מעשית זו, המטרידה רבים והמונעת מהם מלנקוט גישה ליברלית לשאלת המעמד של העותר הציבורי. עם זאת, אין בשיקול מעשי זה כדי להכריע את הכף. עומס עבודה של בית-משפט אסור לו שינעל את דלתות בית המשפט לפני עותרים, המלינים על הפרה חמורה של החוק בעניין בעל אופי ציבורי. בצדק ציין השופט ברנזון בבג"צ 26/76 [9], בעמ' 803. כי "אין... לעשות את קיום שלטון החוק והממשל התקין במדינה אסקופה נדרסת או שעיר לעזאזל בשל העול הרובץ על בית-המשפט והחשש שמא יכבד עוד יותר אם נרחיב את פתח הכניסה אליו ואת בסיס העמידה בו לאזרחים". שלישית, מקובל עלי, כי קיים קושי בקביעת קריטריונים, מתי העניין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי ומתי לא, מתי הפגם בפעולות המינהל הוא חמור ומתי הוא אינו חמור. קושי זה יוצר אף הוא חוסר ודאות, אשר תיתבהר בודאי במשך השנים. פשיטא, כי שלילת רישיון מתוך משוא פנים (כגון שוחד או ניגוד עניינים) היא פעולה שלטונית, המעלה בעיה ציבורית והמצביעה על פגם חמור בפעולות השלטון, ויש להכיר בגינה בעותר הציבורי (p.p. craig, administrative law (1983, london) 459) אך מה הדין, אם שלילת הרישיון נעשתה שלא מתוך משוא פנים אלא מתוך פגיעה בזכות השמיעה של בעל הרישיון? האם אף כאן מתעוררת בעיה ציבורית המצביעה על פגם חמור? היש חשיבות לעובדה, כי העותר מצביע על כך שהפגיעה בזכות השמיעה אינה מאורע בודד אלא מדיניות כוללת? אכן, מבחן האופי הציבורי ומבחן הפגם החמור אינם פשוטים ואינם קלים. מקובל עלי, כי עצם הטענה, כי החוק הופר, ושלטון החוק נפגע, אינה מספיקה להעניק מעמד בדין. הטענה בדבר פגיעה בשלטון החוק הינה תנאי הכרחי אך לא מספיק לביסוס מעמד של העותר הציבורי. גם הטענה, כי בעיני העותר העניין נראה כבעל אופי ציבורי, אינה מספקת. בצדק ציין השופט אלון, כי "לא די בכך שבעתירתו מבקש העותר לעמוד על שלטון החוק, אף אם הנושא הוא, בעיניו, מהותי ומרכזי" (בג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543, 1/87, [15]33, בעמ' 66). אכן, בנוסף לפגיעה בשלטון החוק, יש להצביע על-פי אמות מידה אובייקטיביות - על נתונים נוספים, כגון פגיעה חמורה בפעולות המינהל או עניין בעל אופי ציבורי או עניין הנוגע לעקרונות שלטון החוק, שאין בו עותר בעל אינטרס. כפי שראינו רשימה זו עצמה אינה סגורה, וממילא נוצר חוסר ודאות הן באשר לתוכנה של הרשימה והן באשר לגבולותיה. עם זאת, גישה זאת נראית בעיניי כעדיפה על פני גישה הנועלת את דלתות בית המשפט במקרים אלה. זאת ועוד, גם הגישה "המחמירה" מכירה במספר "חריגים", ואיני רואה כל הבדל, מבחינת חוסר הוודאות, בין אלה לבין אלה. טול, למשל, את הגישה המחמירה, המוכנה להכיר בחריג לעניין עתירה המעלה עניין בעל אופי "חוקתי מובהק" או

פ"ד מב(2) 441

השנים. פשיטא, כי שלילת רישיון מתוך משוא פנים (כגון שוחד או ניגוד עניינים) היא פעולה שלטונית, המעלה בעיה ציבורית והמצביעה על פגם חמור בפעולות השלטון, ויש להכיר בגינה בעותר הציבורי (p.p. carig), 459 (1983 London Administrative Law), אך מהו הדין, אם שלילת הרישיון נעשתה שלא מתוך משוא פנים אלא מתוך פגיעה בזכות השמיעה של בעל הרישיון? האם אף כאן מתעוררת בעיה ציבורית המצביעה על פגם חמור? היש חשיבות לעובדה, כי העותר מצביע על כך שהפגיעה בזכות השמיעה אינה מאורע בודד אלא מדיניות כוללת? אכן, מבחן האופי הציבורי ומבחן הפגם החמור אינם פשוטים ואינם קלים. מקובל עלי, כי עצם הטענה, כי החוק הופר, ושלטון החוק נפגע, אינה מספיקה להעניק מעמד בדין. הטענה בדבר פגיעה בשלטון החוק הינה תנאי הכרחי אך לא מספיק לביסוס מעמדו של העותר הציבורי. גם הטענה, כי בעיני העותר העניין נראה כבעל אופי ציבורי, אינה מספקת. בצדק ציין השופט אלון, כי "לא די בכך שבעתירתו מבקש העותר לעמוד על שלטון החוק, אף אם הנושא הוא, בעיניו, מהותי ומרכזי" (בג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 502, 507, 512, 515, 518, 523, 543, 1/87 [15]33, בעמ' 66). אכן, בנוסף לפגיעה בשלטון החוק, יש להצביע - על-פי אמות מידה אובייקטיביות - על נתונים נוספים, כגון פגיעה חמורה בפעולות המינהל או עניין בעל אופי ציבורי או עניין הנוגע לעקרונות שלטון החוק, שאין בו עותר בעל אינטרס. כפי שראינו רשימה זו עצמה אינה סגורה, וממילא נוצר חוסר ודאות הן באשר לתוכנה של הרשימה והן באשר לגבולותיה. עם זאת, גישה זאת נראית בעיניי כעדיפה על פני גישה הנועלת את דלתות בית המשפט במקרים אלה. זאת ועוד, גם הגישה "המחמירה" מכירה במספר "חריגים", ואיני רואה כל הברזל, מבחינת חוסר הוודאות, בין אלה לבין אלה. טול, למשל, את הגישה "המחמירה", המוכנה להכיר בחריג לעניין עתירה המעלה עניין בעל אופי "חוקתי מובהק" או עתירה הנוגעת "לציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי או של המבנה החוקתי" (השופט אלון שם, בעמ' 6, 68); כלום חריגים אלה יוצרים ודאות? מהו עניין "חוקתי מובהק", ומה בינו לבין עניין חוקתי לא מובהק? וכיצד נקבע "ציפור הנפש" של המשטר? אכן, בעיניי מבחנים אלה אינם ודאיים יותר מהמבחנים "הליברליים" יותר שבהם אני דוגל, ואיני מוכן לראות בחוסר הוודאות הטמון בשני סוגי המבחנים עילה לגישה "מחמירה".

ז. מן הכלל אל הפרט

26. על רקע מערכת דינים זו בענייני המעמד יש לבחון את העתירה שלפנינו. לדעתי, יש להכיר במעמד של העותרים, וזאת הן על-פי דיני המעמד "הקלאסיים", הדורשים כי העותר יצביע על אינטרס, הן על-פי "החריגים", המקובלים על דעתם של מרבית שופטי בית-משפט זה, והן על-פי הגישה "הליברלית" שיש לנקוט בסוגיית המעמד. אבחן כל אחת מהאפשרויות הללו בנפרד.

(1) לעותרים מעמד על-פי הגישה הקלאסית

27. היש לעותרים מעמד על-פי הגישה "הקלאסית"? האם הצליחו העותרים להצביע על אינטרס שלהם שנפגע בשל דחיית שירותם של בחורי הישיבה? בעניין זה ייצאו לדעתי העותרים ידי חבתם, אם יצליחו להראות, כי אילו גויסו בחורי הישיבה, היה הדבר מקל על שירות

פ"ד מב(2) 441

המילואים שהם משרתים בצבא. אמת, הקלה זו לא תהא מיוחדת לעותרים בלבד, אך כבר ראינו כי ייחוד האינטרס אינו חיוני לרכישת מעמד בדין. אכן, עוד בבג"צ 40/70 [1], בעמ' 247, ציין השופט ויתקון, כי "אילו הייתי סבור שאפשר לזקוף מקצת משירותו על חשבון הוויתור על שירות תלמידי הישיבות, הייתי אומר שהוא נפגע פגיעה אישית ממשית". נמצא, כי השאלה הינה מהי התשתית העובדתית שהעלו העותרים בעתירתם. בעניין זה צירפו העותרים לעתירה, בין השאר, תצהירים של אל"מ ע' ולד, ושל אל"מ מ' בהט. אל"מ ולד - אשר שימש, בין השאר, ראש ענף תכנון כוח-אדם רב-שנתי במחלקה לתכנון, עוזר לראש אגף התכנון, ועוזר סגן הרמטכ"ל וראש אג"מ ניתח בתצהירו את דרישות כוח האדם של הצבא. לדעתו, דחיית גיוסם של 1,500 תלמידי ישיבה משמעותה מניעת הקמתם של חמישה גדודי שריון או שני גדודי חי"ר כל שנה. לענייננו, מציין המצהיר, כי דחיית גיוסם של תלמידי הישיבות מביא להארכת שירות המילואים השנתי של חיילי המילואים. הוא מציין:

"הנני משוכנע שיש קשר ישיר בין גיוסם של תלמידי הישיבות לשירות סדיר ולאחר מכן לשירות מילואים לבין משך הזמן בו ישרתו העותרים במילואים איש איש בתפקידו. במידה ולא ידחה גיוס תלמידי הישיבות כמבוקש בעתירה יתקצר פרק הזמן בו משרתים העותרים במילואים מדי שנה".

אל"מ בהט - אשר כיהן, בין השאר, כראש מחלקת תכנון כוח-אדם במטכ"ל אכ"א - ציין בתצהירו בבג"צ 448/81 [2], תצהיר שצורף כנספח לעתירה שלפנינו:

"מתוך הכרות אישית ועסוק ישיר במערכת הקובעת את היקף תעסוקת חיילי המילואים בשנת עבודה, וקביעת נטל המילואים על החייל הבודד אין לי צל של ספק שאם כל תלמידי הישיבות יוצאי הצבא יגויסו וישוּבְּצוּ לשירות ביחידות צה"ל עפ"י אותם הקריטריונים בדומה לשאר יוצאי הצבא המתגייסים יביא הדבר להפחתה משמעותית של נטל שרות המילואים של כלל חיילי המילואים ושל העותרים כפרטים, ואין בהכרח חשיבות לתפקיד שמבצע בפועל איש המילואים".

המצהיר מוסיף ומציין:

"נטל שרות המילואים של החייל הבודד היא תוצאה משוכללת של צרכי הבטחון השוטף, גודל הצבא הסדיר, גודל צבא המילואים והתקציב השנתי וככל שמספר חיילי הסדיר ו/או המילואים יגדל (בתקציב נתון) יפחת הנטל על משרת המילואים הבודד. אין ספק שאי דחיית השרות של תלמידי הישיבות כפי שהוסבר לעיל יגדיל את מצבת כוח האדם של צה"ל בשרות הסדיר ובשרות המילואים".

נראה לי, כי באמצעות תצהירים אלה הניחו העותרים תשתית עובדתית, שממנה ניתן להסיק, כי אם הם יזכו בעתירה וגיוסם של בחורי הישיבה לא יידחה, יוקל במידת מה על שירות המילואים שלהם. בכך הם רכשו לעצמם מעמד בדין על-פי הגישה הקלאסית (ראה מ' נגבי, "זכות העמידה בעניין גיוס בחורי ישיבה" משפטים ב (תש"ל) 640). זו הייתה עמדתו של הנשיא לנדוי

פ"ד מב(2) 441

בד"נ 2/82 [3] הנ"ל. בעתירה זו (ראה פסקה 11 לעיל) נדונה, בין השאר, חוות הדעת של אל"מ בהט, אשר על פרטיה העיקריים עמדתי. על יסוד זאת קבע הנשיא לנדוי, כי העותר באותה פרשה הקים לכאורה את זכות עמידתו בדין. אומר הנשיא לנדוי שם. בעמ' 710-709.

"כשלעצמי הייתי אומר, שלהבדיל מבג"צ 40/70 הוכחה הפעם זכות העמידה כדבעי, בתצהירים של מר ברוך בהט... לדעתי, הוכיחו בזה ארבעת העותרים, המשרתים כולם בשירות מילואים, שלכאורה גיוס תלמידי הישיבות, כולל הסוגים הנוספים של יוצאי צבא שזכו לאחרונה לפטור מן השירות, היה מקל במידה ממשית על נטל שירות המילואים המוטל עליהם, ובזה הוכיחו לכאורה פגיעה באינטרס אישי שלהם, שדי בו כדי להקנות להם זכות עמידה בבית המשפט הגבוה לצדק".

לגישה זו אני מסכים. אמת הדבר, ייתכן שבסופו של חשבון יתברר, כי אפילו יגויסו בחורי הישיבות, לא יהא בכך כדי להקל על העותרים. בצדק ציין מ"מ הנשיא השופט י' כהן. בבג"צ 448/81 [2] הנ"ל בעמ' 86, כי המציאות היא סבוכה, וקשה להתנבא בעניין זה. איש אינו יכול להתנבא, אם גיוס אלפים רבים של תלמידי ישיבות, אשר יראו בגיוסם לצבא פגיעה ביסוד אמונתם, לפיה לימוד תורה קודם לחובה לשרת בצבא, יוסיף לכוח הלחימה של צה"ל, או, חלילה, יפגע בכוח זה. עם זאת, די להם לעותרים שהניחו מסד עובדתי, שממנו ניתן להסיק כי קיים לכאורה סיכוי סביר לפגיעה באינטרס שלהם. לצרכי רכישת מעמד על-פי הגישה "הקלאסית", אין העותר חייב להראות ודאות של פגיעה באינטרס שלו. די לו שיראה, כי לכאורה קיים סיכוי סביר לפגיעה שכזו. עמד על כך ד"ר סגל בספרו הנ"ל, בעמ' 98:

"יסוד הפגיעה הכרחי להכרה במעמד, אך אין הכרח שהפגיעה כבר אירעה במציאות. די שהעותר יראה עובדות המגלות שהחלטה או פעולה של רשות עלולה לפגוע באינטרס שלו. די שיראו העובדות על חשש לפגיעה לצורך הכרה במעמד, ... די לשם הכרה במעמד שהעותר יראה אפשרות סבירה, אם כי לא מתחייבת, שמעשה הרשות עשוי לפגוע בו, או להשפיע על מצבו".

לדעתי, הראו העותרים בעתירה שלפנינו, כי דחיית גיוסם של בחורי הישיבה יוצרת סיכוי סביר של פגיעה באינטרסים שלהם, וכי ביטול הדחייה וגיוסם של בחורי הישיבה יוצר סיכוי סביר של הטבה עם העותרים. די בכך במסגרת הגישה "הקלאסית" לדיני המעמד.

(2) לעותרים מעמד בגדר "החריגים" המקובלים

28. חריג לכלל האינטרס מוכר, מקום שהעותר מעלה בעיה בעלת אופי חוקתי מובהק (ראה פסקה 21 לעיל), כגון חוקיות הבחירות ומימונן, סמכות חנינה של הנשיא וכיוצא בהן בעיות יסוד. לדעתי, שאלת חוקיות השחרור מגיוס לצבא של חטיבה שלמה מהאוכלוסיה נופלת למסגרת זו. הצבא הינו אחד מעמודי התווך של הקיום הלאומי. הגיוס לצבא הינו תופעה כוללת. כל אזרח וכל תושב קבוע זכאים וחייבים לשרת בצבא. שאלת השירות בצבא הינה איפוא שאלת יסוד במבנה משטרנו. חוקיות דחיית השירות למגזר שלם של האוכלוסיה נראית בעיניי שאלה בעלת אופי חוקתי מספיק על-מנת שתיכלל בחריגים המקובלים לכלל האינטרס.

פ"ד מב(2) 441

(3) לעותרים מעמד במסגרת "הליברליזציה" לחריגים 29. לדעתי, יש להם לעותרים בעתירה שלפנינו מעמד, גם אם נאמר שאין להם כל אינטס, וגם אם נאמר שעותרם אינה נופלת לאותם מקרים שבהם הוכר כבר בעבר, על-ידי מרבית שופטי בית-משפט זה, מעמדו של העותר. הטעם לגישתי זו נעוץ בעובדה, כי העתירה שלפנינו מעוררת בעיה בעלת אופי ציבורי, שיש לה נגיעה ישירה לשלטון החוק, שאם לא יוכר לעניינה במעמד העותרים, לא ניתן יהא לבחון את חוקיותה בבית המשפט, שכן לאיש אין מעמד טוב מהם. הרחבה בסוג מקרים זה נדונה בבית-משפט זה מספר פעמים (ראה: בג"צ 243/82 [19]; בג"צ 1/81 [10]). עמד על כך הנשיא שמגר בבג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86 [12], בעמ' 558-559:

"אף אם נכונה הטענה, כי אין למי מן העותרים אינטרס אישי ממשי וישיר בביטול החנינות אין מקום לדחיית העתירה על הסף; שכן צוין כבר על-ידי בית-משפט זה בעבר, כי במקרים מסוימים, 'כאשר הבעיה המתעוררת היא בעלת אופי קונסטיטוציוני' וכן כאשר 'העניין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי, שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק ולהתוויית הקווים, המבטיחים קיומו הלכה למעשה'...מן הראוי לנקוט גישה ליברלית יותר ולפחות שעריו של בית-משפט זה לפני עותר, המצביע על בעיה כאמור".

ועל גישה זו חזר הנשיא שמגר בבג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 512-1/87, 515, 518, 521, 523, [15]33, בעמ' 23:

"בית המשפט היה נכון להכיר, בין במפורש ובין מכללא, בהרחבה של זכות העמידה לגבי סוגיות בעלות מהות משפטית יוצאת דופן, הנוגעות לעקרונותיו של שלטון החוק, ובכלל זה לבעיות, אשר להן נגיעה לערכים חוקתיים. תשומת לב מיוחדת מוקדשת במקרים כגון אלה לשאלה, מה ההשלכה של הסירוב לדון בעתירה, היינו, כאמור לעיל, יש משקל לעובדה, שאין הנמצא עותר אחר, אשר לו אינטרס ישיר וממשי."

עקרונות אלה חלים גם בענייננו. עניין לנו בבעיה חוקתית, בעלת אופי ציבורי, שיש לה נגיעה ישירה לשלטון החוק, ושבה אין לאדם אחר מעמד טוב ממעמדם של העותרים. הצטברותן של נסיבות אלה מצדיקה הכרה בזכות העמידה של העותרים. משהוכר מעמדם של העותרים. קמה ועומדת שאלת שפיטותה של עתירתם. לשאלה זו נפנה עתה.

#### שפיטות

#### א. טענות הצדדים

30. טענתה השנייה של באת-כוח המשיב הינה, כי נושא העתירה אינו שפיט, ועל-כן אל לו לבית המשפט לעסוק בעתירה. לטענתה, עניין דחיית גיוסם של תלמידי הישיבות הינו בגדר הנושאים, שבית המשפט יעדיף שלא להיכנס ולהכריע בו. זוהי שאלה השנויה במחלוקת



פ"ד מב(2) 441

ציבורית, ומן הראוי הוא, לדעתה, שתוכרע על-ידי רשויות אחרות בדרך המקובלת בחברה דמוקרטית. שאלת גיוסם של בני הישיבות היא שאלה פוליטית, ועל-כן שינוי במצב המושרש בצורה כה עמוקה מחייב הכרעה מדינית, ואין הוא הולם החלטה והכרעה שיפוטיות. התערבותו של בית המשפט בשאלה זו תלבה את הסערה הציבורית, ולפיכך זוהי שאלה, שבה ראויה התאפקות שיפוטית. לדעת באת-כוח המשיב, יחסי הגומלין והכבוד ההדדי בין רשויות השלטון מצביעים על הצורך, כי בית המשפט ישאיר את ההכרעה בשאלה זו בידי הרשויות האחרות - הממשלה והכנסת.

31. בתשובתם טוענים העותרים כי העניין נושא העתירה הינו שפיט. אמת, יש בה בעתירה היבטים ציבוריים-פוליטיים, אך אין בכך כדי למנוע דיון בעתירה בבית המשפט הגבוה לצדק. גם נושא בעל אופי ציבורי מובהק, שריח הפוליטיקה נודף ממנו ואשר עלול לעורר סערה ציבורית, הינו שפיט. רק בדרך זו ניתן לשמור על קיום החוק על-ידי הרשות המבצעת. פיקוח שיפוטי זה אינו פוגע בהפרדת הרשויות. נהפוך הוא: הוא מנשמת אפו של כל משטר דמוקרטי.

#### ב. מובנים שונים למושג השפיטות

32. הטיעונים הנוגדים בדבר השפיטות או חוסר השפיטות של נושא העתירה מעלים מחדש את שאלת השפיטות. אכן, בעיית השפיטות קשה היא. היא מעסיקה בית-משפט זה מאז היווסדו. היא התעוררה בפסיקתם של בתי-משפט מחוץ לישראל, ואף בהם נתגלתה כשאלה שאינה ניתנת ל"אימות מדעי" ("scientific verification"), כדברי השופט פרנקפורטר (frankfurter) בפרשת [66]508at, (1961) v. poe, Ulman שצוטטו בהסכמה בבג"צ [22] 73/85, (בעמ' 161). השופט ויתקון הקדיש לשאלת השפיטות בכלל, ולשפיטות בעניינים פוליטיים בפרט, מחקר מעמיק בחיבורו הנ"ל וכן ראה א' ויתקון, משפט ושיפוט - קובץ מאמרים ורשימות (שוקן, תשמ"ח) 55. בסוף מחקרו הודה, בגילוי לב ראוי לשבח, כי "יצאנו לחפש מורה נבוכים, וחוששני, שעדיין נמצאים אנו תוהים ובוהים" (פוליטיקה ומשפט, בעמ' 69). הודגש בפסיקה - בישראל ומחוצה לה - כי דוקטרינת השפיטות הינה בלתי ברורה, "שאינן להגדיר יסודותיה בצורה מדויקת" (בג"צ [22] 73/85, בעמ' 181); וכן שהיא (flast v. a concept of uncertain meaning and scope) [67] 95, (1968) at cohen. יש אף שהרחיקו לכת ותיארו אותה כ"עובר מונסטרוואזי", שאת טיבו "לא תפסתי מעולם" (השופט זילברג בבג"צ [23] 295/65, בעמ' 328), תוך שהביעו ספק, "אם ימצא אי-פעם חכם בעולם, שיוכל להגדיר בדיוק את משמעותו של ביטוי זה" (שם). אכן, מגדולי המומחים בתחום זה ציינו, כי לדעתם השפיטות "פנים לה לכאן ולכאן, ומן השאלות היא שאין להן הכרע" (ויתקון, פוליטיקה ומשפט, בעמ' 69), ושכנראה נגזר על הוויכוח סביבה להיות "ויכוח נצחי (השופט ויתקון בבג"צ, [24]610 606/78, בעמ' 124).

33. את ספקותיו של השופט זילברג - אם ימצא אי-פעם חכם בעולם, שיוכל להגדיר בדיוק את משמעותו של ביטוי זה" (בג"צ [23] 295/65, בעמ' 328) - לא באתי להתיר, ובעיות "שאינן להן הכרע" (ויתקון, פוליטיקה ומשפט, בעמ' 69) לא באתי לפתור. עם זאת נראה לי, כי

רבים מהקשיים בהבנת מושג השפיטות מקורם בעובדה, שמושג השפיטות הוא מושג רב-משמעי (ראה in essays in (1961,oxford, ed., by a.g. guest)oxford"justiciability", g. Marshall265 jurisprudence) נראה לי איפוא, כי המשימה הראשונה שיש לבצעה היא להפריד בין משמעויותיו השונות של מושג זה, ככל שהן נוגעות לענייננו. לאחר מכן יהא צורך לבחון כל משמעות של מושג השפיטות בנפרד, וזאת על רקע ההתפתחויות המודרניות בתחום המשפט הציבורי. יצוין כבר עתה, כי בדיקה זו של מושג השפיטות מבוססת על התפיסה, כי יהא תוכנו של מושג השפיטות אשר יהיה, אין הוא מושג הנוגע לסמכותו של בית המשפט אלא לאופן שבו יופעל שיקול הדעת של שופטי. בעניין זה נקט בית-משפט זה בתחילת דרכו גישה, לפיה חוסר שפיטות גורר עמו חוסר סמכות: בג"צ 65/51 [25]. לימים נתבהרה הטעות, תוך שהודגש כי "יש הבדל בין סמכות ושפיטות" (השופט ויתקון בבג"צ 222/68, המ' 15/69 [26], בעמ' 164) וכי עניין השפיטות עומד על רגליו הוא באופן "שאינן לערבו עם עניין הסמכות" (מ"מ הנשיא י' כהן בבג"צ 306/81 [21], בעמ' 125. בדומה, אין לערבב בין מעמד לבין שפיטות, אמת הדבר, פסיקתו של בית-משפט זה הצביעה לא פעם על הקשר בין שתי סוגיות אלה (בג"צ 140/70 [1]; בג"צ 448/81 [2]), אך קשר זה אסור לו שיביא לטשטוש ההבחנה בין שתי הסוגיות. אכן, "זכות העמידה ושפיטות הן שני עניינים נפרדים" (מ"מ הנשיא, י' כהן בבג"צ 448/81 [2], בעמ' 85). זכות העמידה עניינה כוחו של העותר להניע את בית המשפט לדון בעתירתו; השפיטות עניינה התאמתה של העתירה לדיון שיפוטי:

"עלינו לאבחן בין שתי סוגיות נפרדות: מחד גיסא, שאלת זכות העמידה של עותר, על-פיה יוכרע אם בית- המשפט יטה אוזן קשבת לדברים המובאים מפיו של עותר זה דוקא, כמי שרוב ריב שהוא ריבו הוא. מאידך גיסא, בעיה נפרדת ונבדלת היא שאלת השפיטות, היינו השאלה אם עשוי בית-המשפט לדון לגופו של העניין בסוגיה המועלית לפניו" (השופט שמגר בבג"צ 561/75 [27], בעמ' 315).

34. עקרונית, יש מקום להבחין בין שני מובנים שונים של מושג השפיטות (ראה בג"צ 802/79 [28]). את האחד ניתן לכנות כשפיטות נורמטיבית; את האחר ניתן לכנות כשפיטות מוסדית. (השווה מאמרו המצוין של א' בנדור, "השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפטים יז (תשמ"ז-מ"ח) 592, המבחין בין "שפיטות מאטריאלית" לבין "שפיטות אורגנית"; ראה גם d.j. galligan, discretionary (1986,oxford)241 (powers) השפיטות הנורמטיבית באה להשיב על השאלה, אם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד לפני בית המשפט. השפיטות המוסדית באה להשיב על השאלה, אם בית המשפט הוא המוסד הראוי להכרעה בסכסוך, או שמא ראוי לו לסכסוך שיוכרע בידי מוסד אחר, כגון הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת. שני מובנים אלה של השפיטות שונים הם, ומן הראוי שלא לערב ביניהם. עמד על כך Unfortunately, assertions that rules are not justiciable are as" :266marshall, supra, at matter of usage employed ambiguously both to indicate the Absence in fact of a fixed procedure and to proclaim the

"unsuitability of a rule for application by that procedure

פ"ד מב(2) 441

אעמוד עתה על כל אחד משני הסוגים של אי השפיטות ועל מקומם בשיקוליו של בית המשפט הגבוה לצדק. למותר לציין, כי הבחנה זו רלוואנטית היא בכל הנוגע לשימוש במושג השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק לעניין הדיון בעתירות המובאות לפניו. הבחנה זו עשויה שלא להיות רלוואנטית - ויהא מקום לבחון את הרלוואנטיות של הבחנות אחרות לעניין השימוש במושג השפיטות בהקשרים אחרים, אכן, מושג השפיטות הוא מושג נרחב, שיש לו השלכות להקשרים שונים, (r.s. summers, 530 (1963) Modern l. Rev. "judiciability" 26) אני עוסק במושג השפיטות אך בהקשר של משפט מינהלי ובהקשר של שיקול-דעת בית המשפט המינהלי.

## ג. שפיטות (או חוסר שפיטות) נורמאטיבית

35. סכסוך הוא שפיט במובנו הנורמאטיבי, אם קיימות אמות מידה משפטיות לפתרונן. סכסוך אינו שפיט במובנו הנורמאטיבי, אם אין קיימים קני מידה משפטיים להכרעה בו. השפיטות הנורמאטיבית עוסקת איפוא ביכולתו של המשפט ושל בית המשפט להכריע בסכסוך. השאלה אינה, אם ראוי לו לסכסוך להיות מוכרע בדין ובבית הדין, אלא אם ניתן להכריע בסכסוך בדין ובבית הדין. השפיטות הנורמאטיבית אינה עוסקת איפוא במה שרצוי אלא במה שאפשר. על היבט זה של השפיטות עמד השופט ברנן (brennan) בפרשת [29] 186/65, at 217 [68] (1961) baker v. Carr, כי סכסוך הוא בלתי שפיט - נכון יותר, מעורר "בעיה פוליטית" (political question) אם ביחס אליו קיים-

A lack of judicially discoverable and manageable standards for

"solving it

מובן זה למושג השפיטות ניתן גם על-ידי השופט זוסמן, הן בפסיקה והן מחוצה לה. בבג"צ 186/65 [29] ביקש העותר, כי תימנע כניסתו של שגריר גרמניה לישראל בשל שירותו בצבא הגרמני בתקופת מלחמת העולם השנייה. בית המשפט הגבוה לצדק דחה את העתירה. בהתייחסו לעצם שאלת היחסים הדיפלומטיים עם גרמניה, ציין השופט זוסמן בעמ' 487, כי "העניין לא היה עניין משפטי אלא עניין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה מידה משפטי". אשר לאישורו או לפסילתו של שגריר זה או אחר, הריהו, לדעת השופט זוסמן, עניין מדיני:

"אין זה עניין משפטי אשר לפי טבעו ניתן להביאו לבירור בבית המשפט. השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ ושל התאמת המועמד לתפקיד, שלא בית משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם" (שם).

על המשמעות הנורמאטיבית של מושג השפיטות חזר השופט זוסמן מחוץ לכותלי בית המשפט, בציינו:

"אומרים על עניין שהוא אינו שפיט, כאשר בית המשפט מושך ידו ממנו מאין אפשרות לפסוק בו על-פי קנה-מידה משפטי" (י' זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (תשל"א) 213, 216ה"ש 5).

פ"ד מב(2) 441

על היבט זה של מושג השפיטות עמד השופט לנדוי בבג"צ 58/68 [30]. כאן התעוררה, בין השאר, השאלה, מה משמעותו של לאום יהודי לעניין חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965. בהתייחסו לשאלה זו ציין השופט לנדוי, כי לדעתו שאלה זו היא שפיטה. אומר השופט לנדוי, בעמ' 530:

"הנושא של מהות הלאום היהודי אינו בלתי-שפיט מטבעו, והחלטת ביתהמשפט הזה בעניין 'רופאיזן', תוכיח. ההימנעות מלפסוק, בה אנו מצווים לנהוג בעתירה זו, אינה נובעת מחוסר השפיטות של הנושא, אלא מחוסר יכלתנו לשאוב תשובה משפטית לבעיה מאחד ממקורות המשפט, שמהם אנו נוהגים לקבל את השראתנו."

על הגישה הנורמטיבית למושג השפיטות חזר השופט זילברג בבג"צ 222/86, המ' 15/69 [26], בעמ' 158 אומר השופט זילברג, ביחס לטענת "אי השפיטות":

"בפסק-דיני במשפט אופנהיימר (בג"צ 295/65 הנ"ל) שפכתי את מרי שיחי על כל המושג, ואמרתי כי 'איני יודע מה טיבו של עובר מונסטרוואזי זה'. מאז חלפו חמש שנים, והספקתי להרהר על 'טיבו' של העובר. כאן אפוא לא אתנגד פרינציפיונית לעצם המושג, אלא אסתפק באמרי, כי על-כל-פנים אין לו מקום תפיסה במקרה שלפנינו. בלתי-שפיט יכול להיות רק משהו אשר, בגלל היותו עניין שפועלים בו שיקולים לבר-משפטיים, כגון שיקולים פוליטיים, קונסטיטוציוניים, יחסי חוץ וכדומה, אינו ניתן 'להיכלא' במסגרת משפטית, כמו, למשל, הכלל המשפטי האמריקני של 'הגנה שווה' או 'דיו-פרוסס'. אך בלתישפיט אינו יכול להיות עניין אשר הוא, כשהוא לעצמו, הינו עניין משפטי, אלא שבתנאים מסויימים מוטב שתטפל בו רשות לא שיפוטית. המקרה שלנו הוא מן הסוג האחרון, ולכן דוחה אני את הטענה."

על אותה גישה חזר מ"מ הנשיא י' כהן בבג"צ 448/81 [2], בעמ' 88, באומרו, כי שאלה היא בלתי שפיטה, אם זו -

"שאלה, שלגביה אין בידי בי המשפט קני מידה משפטיים, שניתן לבסס עליהם הכרעה בבית-משפט."

לעומת זאת נפסק, כי השאלה היא שפיטה, אם היא מעוררת "עניין משפטי ברור" (השופט גולדברג בבג"צ 89/83 [31], בעמ' 496), שניתן לפתור אותו "לפי אמות המידה המשפטיות הרגילות, לפיהן נבחנת הפעלת סמכויות של רשות סטטוטורית" (הנשיא שמגר בבג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 512-518, 523, 543, 1/87, 33

[15], בעמ' 37). לעתים מבטאים שופטים את רעיון אי השפיטות הנורמטיבית לא במונחים של "המשפט", אלא במונחים של "בית המשפט". הם מציינים, כי "אין לפנינו עניין הניתן להכרעה ולהחלטה שיפוטית" (הנשיא זמורה בבג"צ 65/51 [25], בעמ' 874), וכי אלה הם "מן הדברים שמפאת טיבם ואפיים בית-המשפט אינו רואה עצמו מסוגל להכריע בהם" (השופט ברנזון בע"א 591/73 [32]).

פ"ד מב(2) 441

בעמ' 762), או שאלה הם נושאים "אשר אינם הולמים, לפי טיבם וטבעם, החלטה והכרעה שיפוטיות" (השופט שמגר בבג"צ 561/75 [27], בעמ' 315).

36. נקודת המוצא העיונית לבחינתה של השפיטות (או אי השפיטות) הנורמטיבית הינה התפיסה, כי המשפט הוא מערכת של איסורים והיתרים. כל פעולה הינה מותרת או אסורה בעולם המשפט. אין פעולה, שהמשפט לא חל עליה. כל פעולה נתפסת בעולם המשפט. על-כן, אינה מקובלת עלי גישתו של השופט זילברג בבג"צ 222/68, המ' 15/69 [26], המכירה בקיומן של פעולות שאינן ניתנות "להיכלא" במסגרת משפטית. כל פעולה ניתנת "להיכלא" במסגרת המשפט. הדוגמאות שהשופט דילברג מזכירן - הכלל האמריקני בעניין "הגנה שווה" ו"דיו-פרוסס" - הן דוגמאות יפות לפעולות, שבית המשפט העליון האמריקני "כלא" אותן במסגרות משפטיות, והוא עושה בהן שימוש יומיומי בבדיקה ביקורתית של הפעולה החקיקתית והביצועית. אכן, כל פעולה ניתנת "להיכלא" בנורמה משפטית, ואין פעולה שאין לגביה נורמה משפטית "הכולאת אותה". אין "חלל משפטי", שבו פעולות מתבצעות בלי שהמשפט נוקט כלפיהן כל עמדה. המשפט משתרע על כל הפעולות. לעתים הוא אוסר, לעתים הוא מתיר, תוך שהוא יוצר לעתים הנחה של היתר (הכל מותר לפרט, אלא אם כן נאסר) או של איסור ("הכל אסור לשלטון אלא אם כן הותר"). אף במקום שבו קיימת "לאקונה" במשפט, קובע המשפט דרכים למילוייה של הלאקונה. על-פי גישה זו לא ייתכן כלל מצב, שבו אין נורמה משפטית החלה על פעולה. לעניין זה אין נפקא מינה מהי אותה פעולה, אם פוליטית היא או לא, אם עניין היא למדיניות או לא. כל פעולה - ותהא פוליטית או עניין למדיניות ככל שתהא - נתפסת בעולם המשפט, וקיימת נורמה משפטית הנוקטת עמדה כלפיה, אם מותרת היא או אסורה. הטיעון, "העניין לא היה עניין משפטי אלא עניין פוליטי מובהק", מערוב מין בשאינו מינו. היותו של העניין "פוליטי מובהק" אינו יכול להסיר מאותו עניין את היותו גם "עניין משפטי". כל דבר הוא "עניין משפטי", במובן זה שהמשפט קובע לגביי עמדה, אם מותר הוא או אסור. טול למשל את החלטת הממשלה, אשר נדונה בבג"צ 186/65 [29], לקיים יחסים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית. זוהי בוודאי החלטה "פוליטית" מובהקת. עם זאת המשפט אף הוא נוקט כלפיה עמדה. אין זו פעולה מחוץ לעולם המשפט. כך, למשל, המשפט נוקט עמדה באשר לשאלה, מיהו האורגן המוסמך להחליט, מטעם המדינה, על כינון קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית. לא יעלה על הדעת לטעון, כי זהו עניין פוליטי ולא משפטי. שאלת הסמכות היא עניין משפטי, שיש לו השלכות פוליטיות, כשם שהוא עניין פוליטי שיש לו השלכות משפטיות. בדומה, אם אורגן זה נוטל שוחד, לא יעלה על הדעת לטעון, כי העניין הוא פוליטי ולא משפטי. המשפט נוקט עמדה לגבי פעולה של נטילת השוחד בלא כל קשר לפוליטיות הפעולה. הנה כי כן, המישור הפוליטי והמישור המשפטי הם שני מישורים שונים. אין הם מוציאים זה את זה ואין הם מיייתרים זה את זה. הם פועלים בתחומים שונים. אותה פעולה עצמה, הנתפסת על-ידי האחד, נתפסת גם על-ידי האחר. "הפוליטיות" של הפעולה לא שוללת את "המשפטיות" שלה, ו"המשפטיות" של הפעולה לא שוללת את ה"פוליטיות" שלה. כמובן, לעתים יש לאופי הפוליטי של הגוף הפועל ושל הפעולה המבוצעת השפעה על תוכנם של הכללים המשפטיים המסדירים אותה פעולה (ראה פסק-דינו של השופט אלון בבג"צ 620/85 [33]) וכן בנדור, במאמרו הנ"ל. בעמ' 629). על-כן נקבע, כי אין לפסול, בשל ניגוד עניינים, השתתפות של מפלגה פלוגית בוועדת הכנסת, שעה שזו

פ"ד מב(2) 441

דנה בערעור בחירות העשוי להשפיע על מספר המנדטים לאותה מפלגה. בית המשפט התחשב באופיה הפוליטי של הכנסת ועיצב על-פי אופי זה את הדינים המכוונים את פעולותיה (בג"צ 731/84 [34]). בדומה, אופיו הפוליטי של הגוף עשוי להשפיע על היקף השיקול שמוותר לו לקחת בחשבון ועל האופציות העומדות לרשותו. "מיתחם הסבירות... הוא מיתחם שמידותיו נקבעות בהתחשב עם מעמדה של הרשות השלטונית ועם אופי סמכויותיה" (הנשיא שמגר בבג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86 [12]), בעמ' 557. אך מכאן ועד לגישה, כי הפוליטיות מביאה לחוסר שפיטות - הדרך ארוכה. אכן, המאטריה הפוליטית עשויה להשפיע על עיצוב תוכנה של המאטריה המשפטית.

זאת ועוד: המאטריה הפוליטית עשויה לעתים להביא לידי כך, כי כלל מסוים של המשפט הציבורי לא יחול על פעולות מסוימות בעלות השלכה פוליטית. בכל המצבים הללו, אין לנו עניין במצב, שבו אינה קיימת נורמה משפטית. נהפוך הוא: בכל המצבים הללו עניין לנו במצב שבו קיימת נורמה משפטית, אשר בתוכנה אינה אוסרת אלא מתירה אותה פעולה פוליטית. העתירה תידחה במקרים אלה לא בשל טענת סף של חוסר שפיטות נורמטיבית, אלא לגוף העניין ובשל העדר עילה. ודוק: אין אני גורס, כי האופי הפוליטי של הפעולה משפיע תמיד על תוכנם של כללי המשפט המסדירים אותה. נהפוך הוא: לדעתי, ברוב רובם של המקרים אין הפוליטיות של הפעולה משפיעה על הערכתה הנורמטיבית. על-כן סברנו, למשל, כי גם הכנסת כפופה לכללי הסבירות וההגינות, שעה שהיא באה להסיר את חסינותו של חבר-כנסת (ראה בג"צ 620/85 [33]). אך ייתכנו מקרים חריגים. כך, למשל, ייתכן כי על ההחלטה לעשות שלום או לצאת למלחמה אין מקום להפעיל את הכללים הרגילים של תורת שיקול הדעת המינהלי. במקרים חריגים אלה תידחה העתירה, לא בשל העדרה של נורמה משפטית, אלא משום העדרה של נורמה אוסרת וקיומה של נורמה מתירה, כלומר בשל העדר עילה. הפעולה אינה בלתי שפיטה. הפעולה היא שפיטה וחוקית.

37. על רקע הערה עיונית זו, בדבר "גלובאליות" החשיבה המשפטית, יש לחזור ולעיין בפסיקה העוסקת בשפיטות (או אי השפיטות) הנורמטיבית. עיון זה מלמד, כי פסקי הדין שבחנו סוג זה של שפיטות (או חוסר שפיטות) לא עמדו על העדרה של הנורמה המשפטית, אלא הדגישו את העדרן של אמות מידה משפטיות ושל קני מידה משפטיים להכרעת הסכסוך. עמדה זו מעוררת איפוא את השאלה הבאה: מה משמעותה של הגישה, כי קיימת נורמה משפטית החלה בעניין, אך אין קני מידה משפטיים במסגרתה של אותה נורמה לקביעת האיסור או ההיתר שבה? האם ייתכן כי קיימת נורמה משפטית בלי שיהיו קיימות אמות מידה משפטיות? לשם מתן תשובה על שאלה זו יש לבחון את משמעותו של הדיבור "קני מידה משפטיים" או "אמות מידה משפטיות". דומה שביטוי זה משמעותו הנסיבות והתנאים לתחולתה של הנורמה. כאשר הנורמה היא נורמה של סמכות, קני המידה קובעים מתי מתקיימת סמכות ומתי היא נשללת. כאשר הנורמה היא נורמה של נטילת שוחד. קני המידה קובעים מתי יש נטילת שוחד ומתי אין נטילת שוחד. כאשר הנורמה היא נורמה של סבירות, קני המידה קובעים מתי פעולה היא סבירה ומתי פעולה אינה סבירה. על-פי תפיסה זו של מושג הנורמה המשפטית ומושג קני המידה המשפטיים, נראה לי, כי לא ניתן כלל לדבר על קיומה של נורמה משפטית ובאותה עת על העדרם של קני מידה משפטיים. אם הנורמה קיימת, משמע קיימים גם קני מידה משפטיים. אם אינם קיימים קני-מידה משפטיים, משמע שאותה הנורמה אינה קיימת, ויש תחולה לנורמה אחרת. איני רואה כיצד ניתן לדבר על

פ"ד מב(2) 441

קיומה של נורמה משפטית אך על העדרם של נסיבות ותנאים לתחולתה. כמובן, תוכנה של הנורמה והנסיבות והתנאים לתחולתה עשויים להיות קשים לתפיסה. כל נורמה משפטית מחייבת פרשנות. אין נורמה שאין לפרשה. הפרשנות עשויה להיות סבוכה וקשה. אך בסופו של המהלך הפרשני מתייצבת לפנינו הנורמה המשפטית, כאשר מעצם מהותה היא כוללת את אמות המידה לתחולתה. נורמה משפטית ללא אמות מידה לתחולתה היא כאדם ללא צל או כצורה ללא תוכן, וכדבר הזה אין בעולם המשפט, שכל כולו גופים וצללים, וצורות העוטפות תכנים.

38. טול, למשל, את שאלת קשירתם של יחסים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית. נפסק, כי שאלה זו אינה ניתנת "להיבדק על-פי קנה מידה משפטי" (בג"צ 186/65 [29], בעמ' 487). דומה, כי איש לא היה טוען טענה זו והיא אף לא נתעוררה בבג"צ 186/65 [29] - לעניין השאלה מיהו האורגן, אשר על-פי המשפט החוקתי הישראלי מוסמך לקבל החלטה בעניין קשירת יחסים דיפלומטיים. כמו כן מניח אני, כי לא הייתה נטענת טענה של "אישפיטות", אם השאלה הייתה חוקיות נטילת השוחד בקשירת הקשרים הדיפלומטיים על-פי הדוגמה שהבאתי. אך מה הדין, אם הטענה הינה כי לא ראוי הוא לכרות יחסים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית. האם טענה זו יש לה "בית קיבול" משפטי ואמות מידה משפטיות? לשם מתן תשובה על שאלה זו יש לבחון, בראש ובראשונה, את מהותה של הנורמה המשפטית החלה בעניין. הטיעון הפוליטי "לא ראוי" אינו חייב להיתרגם לנורמה משפטית, שתוכנה הוא "לא ראוי". כפי שראינו, המישור הפוליטי והמישור המשפטי הם מישורים שונים. עיון בדוגמה שהבאתי מלמד, כי הנורמה המשפטית הקרובה ביותר היא זו הקובעת, כי כל החלטה שלטונית - לרבות זו הנוגעת ליחסים הדיפלומטיים עם גרמניה המערבית - חייבת להיות סבירה. הטיעון הפוליטי "אין זה ראוי לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית" מתורגם לטיעון המשפטי "אין זה סביר לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית". השאלה הינה איפוא זו: אם אכן קיימת נורמה כללית, המטילה על השלטון את חובת הסבירות, ואם אכן נורמה כללית זו חלה אף לעניין ההחלטה לקשור קשרים דיפלומטיים - הייתכן כי לא יתקיימו אמות מידה וקני מידה לבחינת השאלה, אם התנהגות שלטונית פלונית היא סבירה או בלתי סבירה? לדעתי, קיומה של נורמת הסבירות משמעותו קיומן של אמות מידה להערכת סבירותה של פעולה. לא ייתכן, כי קיימת נורמה האוסרת פעולה לא סבירה, אך אינן קיימות אמות מידה לקביעת השאלה אם פעולה אינה סבירה. עניין לנו בפעולה פרשנית, המחייבת מתן תוכן נורמטיבי לעקרונות הסבירות וקביעת אמות מידה להתגשמותו. הטענה, כי לאחר מעשה הפרשנות אין קני מידה לקביעת סבירותה או חוסר סבירותה של פעולה פלונית, כמוה כטענה, כי לעניין פעולה פלונית אין נורמת הסבירות חלה. במקרה זה תידחה הטענה, כי הפעולה אינה חוקית, לא בשל העדר אמות מידה משפטיות אלא משום העדרה של נורמה אוסרת, כלומר, משום שהפעולה היא חוקית.

39. על רקע תפיסתי זו ניתן לבחון את טענת "אי השפיטות" שהועלתה ונתקבלה בבג"צ 561/75 [27]. כאן טען העותר, כי הצבא אינו נוקט שיטה נכונה של ביצוע תחקירים והפקת לקחים בעקבות מלחמת יום הכיפורים. בית המשפט פסק, בעמ' 319, כי "נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והערכותו, הצטיידותו ומבצעו - אינם שפיטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט... אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית תשקול

ותכריע מהי השיטה היעילה ביותר, מבחינה צבאית-מקצועית, להפקת לקחים מפעולות מבצעיות ותמיר שיקול-דעתן של רשויות צבאיות, שהוכשרו לכך והופקדו על כך, בשיקול דעתה היא". כשלעצמי, הייתי מגיע לאותה מסקנה, בדרך שונה, והיא זו: השאלה הראשונה שהייתי מעלה הינה, מהי הנורמה המשפטית הרלוואנטית להכרעה בטענת העותר. למיטב ידיעתי, אין נורמה הקובעת, כי פעולה שלטונית בלתי יעילה היא בלתי חוקית (ראה בג"צ 311/60 [35]), על-כן, אם הטיעון היחיד הוא חוסר היעילות, בתור שכזה, דין העתירה להידחות בשל העדר עילה, שכן העותר לא הצביע על כל נורמה, לפיה פעולת הצבא הבלתי יעילה היא גם בלתי חוקית. אך דומה, כי המסגרת המשפטית הנכונה, שבה יש "לכלוא" את טיעונו של העותר, הינה, כי הצבא פועל שלא בסבירות. טענתו המשפטית הינה אפוא, כי צבא שאינו מבצע תחקירים ואינו מפיך לקחים כנטען על-ידיו, הוא צבא הפועל שלא בסבירות, מבחן הסבירות הוא מבחן ידוע ומוכר. על-פיו אין בית המשפט ממיר את שיקול-דעתן של רשויות הצבא בשיקול-דעתו שלו. על-פיו שואל בית המשפט, אם צבא סביר היה נוקט פעולות שהצבא נקט או פעולות שהעותר מבקש מהצבא לנקוט. הנטל מוטל על העותר - לאור חזקת החוקיות - להראות, כי הפעולה של הצבא היא בלתי סבירה. משלא עמד בנטל זה, דין עתירתו להידחות לגופה. אם, לעומת זאת, העותר מצליח להראות, כי פעולת הצבא אינה סבירה, דין עתירתו להתקבל. שאלת המפתח הינה אפוא זו: האם קיימים אמות מידה משפטיות וקני מידה משפטיים, שעל-פיהם ניתן להכריע בשאלה, אם פעולות התחקיר והפקת הלקחים שנוקט הצבא הינן סבירות, אם לא? לדעתי, התשובה על שאלה זו היא בחיוב. אינני רואה כל הבדל בין שאלה זו לבין כל שאלה אחרת הנוגעת לסבירות התנהגותו של השלטון (במשפט הציבורי) או של כל אדם (במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי). נניח כי העותר היה נפגע פגיעת גוף, והיה מגיש תביעת נזיקין כנגד המדינה, בטענה כי זו התרשלה בכך שלא ביצעה תחקירים ולא הפיקה לקחים, וכי בשל כך נגרם לו נזק הגוף. כלום יעלה על הדעת, כי הטענה הייתה נדחית אך משום שהיא "בלתי שפיטה"? לדעתי, היה על בית המשפט לבחון טענה זו לגופה, באמצעות אמות המידה של סבירות ורשלנות וסיבתיות. לא פעם נבחנות במשפטי נזיקין תכניות אופראטיביות של מבנה אמצעי לחימה צבאיים. אם קיימות אמות מידה משפטיות במסגרת משפט הנזיקין, מדוע אין קיימות אמות מידה משפטיות במשפט המינהלי, המבקש להקדים תרופה למכה? ודוק, אין אני בוחן עתה את השאלה, אם ראוי לו לבית המשפט לבחון את השאלה, אם הפקת הלקחים וביצוע התחקירים הם כדין. שאלה זו תיבחן במסגרת השפיטות (או אי השפיטות) המוסדית. עתה אני בוחן את השפיטות (או אי השפיטות) הנורמאטיבית. השאלה שאני מבקש להתמודד עמה היא השאלה, אם אין כל אפשרות לבחינה משפטית של הסוגיה, שכן אין אמות משפטיות לבדיקתה. לדעתי, משנקבע, כי נורמת הסבירות חלה על התנהגות פלונית, ממילא נקבע, כי יש אמות מידה משפטיות לבחינת סבירותה של אותה התנהגות פלונית. הטיעון כי אין אמות מידה משפטיות לבחינת סבירות התנהגות פלונית, כמוהו כטיעון, שנורמת הסבירות אינה חלה על התנהגות פלונית, או שהטוען לא הרים את הנטל המוטל עליו להראות כי ההתנהגות אינה סבירה.

40. מכיוון שרוב טענות אי השפיטות הנורמאטיבית חייבות להתמודד לדעתי עם הנורמה המשפטית המטילה את חובת הסבירות על השלטון, מן הראוי לבחון עניין זה מקרוב. מקובל כיום



על הכול, כי השלטון חייב לפעול בסבירות (ראה בג"צ 389/80 [36]).

משמעות הדבר, כי על הרשות השלטונית לבחור אותה דרך פעולה שרשות שלטונית סבירה הייתה בוחרת בנסיבות העניין. לעתים קיימות מספר דרכי פעולה סבירות, ואז על הרשות לבחור מבין דרכי הפעולות הסבירות ("מיתחם הסבירות"), באותה דרך פעולה הנראית לה כטובה ביותר. גבולותיו של מיתחם הסבירות נקבעים על-פי האיזון הראוי שבין האינטרסים והערכים השונים הנאבקים על הבכורה, ובעיקר האינטרס והערכים של הפרט מזה והאינטרס והערכים של הציבור מזה. האינטרסים והערכים הרלוואנטיים נקבעים על-פי המאטריה הרלוואנטית, שבמסגרתה נבחנת הפעולה, ועל רקע עקרונות היסוד של השיטה, "האני מאמין" שלה ותפיסתו של הציבור הנאור שבה תוך שהמיתחם נקבע על-פי המשקל והאיזון בין אינטרסים אלה. ההכרעה בסבירות הפעולה אינה אפוא טכנית אלא מהותית; השאלה אינה רק עניין להיגיון ולרציונאליות. השאלה היא עניין למדיניות משפטית ולאזון בין ערכים מתחרים. עמד על כך פרופ' מק-קורמיק בציינו, כי: "What justifies the existence of a plurality of factors resort to the requirement of reasonableness is" requiring to be evaluated ...in respect of their relevance or common focus of concern Factors, in treating as relevant what ought to be ignored. Unreasonableness consists in Relative values of different factors, even though ignoring some relevant factor or . People can come different alternatively, it may involve some gross distortion of the to different evaluations each of which falls"within the range of reasonable opinions in (, In perelman and vander elst"on reasonableness", maccormick the matter in hand (1984). les notions a contenu variable en droitb 136, 131(ed). נראה לי, כי קביעת האינטרסים והערכים השונים הנאבקים על הבכורה הינה פעולה, שיש קני מידה משפטיים לעריכתה. הדבר מחייב פרשנותה של הנורמה הרלוואנטית, וקביעת האינטרסים והערכים הנופלים לדל"ת אמותיה. דבר זה נעשה כמעשה יום יום, כאשר בית המשפט מאתר את האינטרסים והערכים - כגון שלום הציבור מזה וחופש הביטוי מזה - הנאבקים על הבכורה. אכן, הקושי העיקרי נעוץ, לדעתי, בצורך ליתן לערכים ולאינטרסים אלה "משקל", ו"לאזן" אותם בנקודת ההכרעה. בצדק ציין השופט שמגר בד"נ 9/77 [37], בעמ' 361, כי "התהליך של העמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים מתאר את קו ההתחלה הפרשני, אך אין בו כדי לגבש קנה מידה או משקלות ערכיים בעזרתם תיעשה מלאכת הפרשנות". האם ניתן לומר, כי עשויים להיות מצבים שבהם אין קני מידה משפטיים ואמות מידה משפטיות למתן "משקל" ולעריכת "האיזון"? ודוק:

"ביטויים אלה - איזון, משקל - אינם אלא מטאפורות. מאחריהם עומדת התפיסה, כי לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים" (בג"צ 14/86 [38], במע' 434).

האם בית המשפט עשוי למצוא עצמו במצב, שבו - בהעדר הכוונה תחיקתית - הוא יהא נעדר אמות מידה משפטיות לעריכתו של "האיזון" ולמתן "המשקלות"? ודוק: השאלה אינה, אם אין זה רצוי כי בית המשפט יבצע את פעולות השקילה והאיזון. שאלה זו תידון בהמשך במסגרת טענת השפיטות (או חוסר השפיטות) המוסדית. השאלה הינה, אם ייתכן, כי הלכה למעשה, בית המשפט לא יוכל לבצע את פעולת השקילה והאיזון. לדעתי, התשובה על כך היא בשלילה. בהעדר הכוונה תחיקתית, על בית המשפט לפנות לערכי היסוד של האומה, ל"אני מאמין" שלה (כפי שכונתה הכרזת העצמאות בבג"צ 10/48 [39], בעמ' 89, על-ידי הנשיא זמורה) או אל "מערכת החיים הלאומיים שלו" (השופט אגרנט בבג"צ 73/53, 87 [40], בעמ' 884), ואל "מקורות התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השוטים" (מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ט) 292, 306. בעשותו כן, יתחשב בית המשפט בהשקפות "המקובלות על הציבור הנאור" (השופט לנדוי בע"מ 461/62 [41], בעמ' 1335; בג"צ 112/77 [42]). לעתים ימצא השופט, כי מטעם זה או אחר, אין במקורות אלה הכוונה מספקת. במצב דברים זה יהא על השופט להפעיל את שיקול-דעתו (ראה (law( 1961,oxford)128 h.l.a. hart, the concept of (judicial process and the supreme", f. Frankfurter (1956,ed. By p. Elman) 43, 31). The core of the difficulties"for any conscientious judge, is the agony of his duty , of ( 1956,ed. By p. Elman) 43, 31). The core of the difficulty is that there is hardly a " Called principle. ...judges question of any real difficulty before the court that does-not leave such contradiction between two conflicting not entail more than one so Adjudicate. If the conflict cannot be resolved, the task 'truths' as 'part of the mystery of things'. They have to Of he court is to arrive at an accommodation of the . And misunderstandings about the judicial process. This, contending claims. This is the The core of the difficulties"for any conscientious judge, is the agony of his duty , of ( 1956,ed. By p. Elman) 43, 31). law and men"court בחירתו של השופט, במצב דברים זה, אינה שרירותית:

"לא את ערכיו הסובייקטיביים מטיל השופט על החברה בה הוא פועל. עליו לאזן בין האינטרסים השונים, על-פי מה שנראה לו כצורכי החברה בה הוא חי. עליו להפעיל את שיקול דעתו, על-פי מה שנראה לו, לפי מיטב הכרתו האובייקטיבית, כמשקף את צורכי החברה. השאלה אינה, מה השופט רוצה, אלא מה החברה צריכה" (ע"א 243/83 [43], בעמ' 131).

אמת, הפעלת שיקול הדעת השיפוטי במצב דברים זה קשה היא, אך חרף הקושי על השופט להפעילו. העדרה של הכוונה מספקת ב"עקרונות היסוד של השיטה" וב"אני ממין" הלאומי עשוי להשפיע על תוכן הבחירה, אך אין בו כדי לעשות את הבחירה לבלתי אפשרית. במצב דברים זה על השופט להתחשב בכל הערכים והאינטרסים, ועליו ליתן להם אותו משקל, אשר הוא סבור שהינו המשקף בצורה הראויה ביותר את מהותם בחברתו. עמד על כך השופט לנדוי בבג"צ 58/68 [30], בעמ' 530, באומר:

פ"ד מב(2) 441

"ברצוני להבהיר שלא העמדתי את דעתי על חוסר 'השפיטות' של הבעיה שלפנינו. בעיני זהו במידה רבה עניין שבהגדרה סמנטית בלבד. אך למען הדיוק ייאמר שהנושא של מהות הלאום היהודי אינו בלתי-שפיט מטבעו, והחלטת בית-המשפט הזה בעניין רופאיזן תוכיח. ההימנעות מלפסוק, בה אנו מצווים לנהוג בעתירה זו, אינה נובעת מחוסר השפיטות של הנושא, אלא מחוסר יכולתנו לשאוב תשובה משפטית לבעיה מאחד ממקורות המשפט, שמהם אנו נוהגים לקבל את השראתנו. כפי שהסברתי, גם ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור הן מקור כשר לפסיקתנו, כאשר אין לנו מקור אחר. לא פעם שאב בית המשפט ממקור זה בהחלטות שנעשו ציוני דרך בהתפתחות פסיקתו, ובוודאי עוד יזדמן לו לעשות כן בעתיד. אך הפעם הכזיב גם מקור זה, בגלל חילוקי הדעות הכנים השוררים בציבור. עם זאת יתכנו מקרים בהם יראה עצמו השופט כמי שכפו עליו הר כגיגית, להשיב את תשובתו האישית על שאלה שבהשקפת עולם, אף שהיא שנויה במחלוקת. אך לא כזה הוא המקרה שלפנינו, כי כאן אנו נדרשים לתת את דעתנו על הנחיות שר הפנים כעל מעשה מינהלי מוסמך, וכל המבקש לסתור הנחיות אלה, עליו החובה לשכנע את בית-המשפט שיש בהן פסול. בחובה זו לא עמד העותר."

הנה כי כן, העובדה, "שמקור היניקה" בדבר השקפות הציבור הנאור היה, לדעת השופט, מקור אכזב, לא הביאה אותו לגישה, כי הוא נעדר אמות מידה משפטיות להכרעה בשאלה העומדת לפניו. היא השפיעה על פתרונה של השאלה לגופה, אך לא מנעה את עצם בהתמודדות עמה. דבר זה חשוב הוא במיוחד, מקום שנורמה משפטית על פיה מוכרע הסכסוך היא זו של הסבירות. "יובש" מקור היניקה של "השקפות הציבור הנאור" עשוי להוביל למסקנה, כי העותר לא הרים את הנטל, המוטל עליו, להראות, כי ההחלטה השלטונית אינה סבירה, אך יובש זה לעולם לא יביא לידי שלילתה של הנורמה עצמה.

41. אכן, גישתי הינה, כי מקום שיש נורמה משפטית, ישנן גם אמות מידה משפטיות המפעילות אותה נורמה. הגישה, לפיה סוגיה נעדרת אמות מידה משפטיות להכרעה בה. משמעותה אינה אלא זו, שהנורמה המשפטית שהעותר טוען לה אינה חלה בעניין וכי חלה בו נורמה אחרת. מכאן שהטענה, כי העניין אינו שפיט מאטריאלית, אינה אלא טענה, כי העותר לא הצביע על נורמה משפטית, העושה את הפעולה השלטונית לאסורה. הנה כי כן, הטענה בדבר אי שפיטות מאטריאלית אינו אלא טענה בדבר העדר עילה. בקבלו טענת אי-שפיטות מאטריאלית אין בית המשפט נמנע מלדון בחוקיות הפעולה. נהפוך הוא: הוא נוקט עמדה באשר לחוקיותה וקובע כי היא חוקית. בהתייחסו לאפשרות זו ציין השופט ויתקון בבג"צ 222/68, המע' 15/69 [26], בעמ' 166, כי "חוסר שפיטות" כזה, שאינו חוסך דיון בשאלה ושרק תוך כדי הדיון עשוי להתגלות, אין, בעצם, הבדל בינו ובין הנימוק השגור בהרבה פסקי-דין שהעניין מסור לשיקול-דעת הרשות המינהלית ושזו פעלה באופן חוקי וסביר". לדעתי, חוסר שפיטות נורמטיבית אינו אלא העדר עילה עלפי הדין. עמד על כך פרופסור מק-קורמיק, באומרו :

פ"ד מב(2) 441

To say that 'case' before the court is nonjusticiable is to say" that the plaintiff has no Statement about the nature of the 'law' on which judicially enforceable right. To say It is the plaintiff is that the plaintiff has no judicial right is to make a conclusive necessarily an exercise in interpretation and;application of that law to say that the law applied by the relying 'Threshold' issue hides a decision on the merits without language that purports to decide only a 'preliminary' or court does not protect the Any other decision for or against a claimed 'right', is plaintiff. Masking the holding in a label elaborating the reasons behind the decision. Justiciability, like McCormick, that " hastings parties and the (expresses a decision on the conflicting interests of the ). constraints that operate on each 14,"the justiciability myth and the concept of law" const. L.q(1987)595.42. לדעתי, באותם מקרים בהם דחה בית-משפט זה עתירות בשל אישפיטות מאטריאלית, היה מקום לדחותן לגוף העניין, בשל העדר עילה. טול, למשל, את בג"צ 65/51 [25]. כאן נדחתה העתירה, שכן לדעת בית המשפט פעולת נשיא המדינה במסגרת סעיף 9 לחוק המעבר, תש"ט-1949, אינה שפיטה. היא "מחוץ לתחום השיפוטי", שכן "אין לפנינו ענין הניתן להכרעה ולהחלטה שיפוטית" (שם, בעמ' 814). לדעתי, פעולת הנשיא במסגרת סעיף 9

לחוק המעבר אינה "מחוץ לתחום השיפוטי" אלא בתוך התחום השיפוטי. עמד על כך השופט ויתקון פוליטיקה ומשפט, בעמ' 8, בהציגו את השאלה הבאה:

"מה, למשל, היה המצב אילו היה בידי חבר כנסת פלוני הכח להרכיב ממשלה שתיהנה מאימון רוב הכנסת, אך הנשיא הקשיח לבו ולא היה מוכן להטיל עליו את התפקיד? האם גם אז היה בית המשפט מסרב להתערב בעניין, אפילו היה אותו חבר כנסת פונה אליו ותובע את זכותו הקונסטיטוציונית?"

תשובתי לשאלה זו הינה, כי על-פי המצב המשפטי לפי חוק המעבר, בית המשפט לא היה מסרב להתערב בעניין. לדעתי, סעיף 9 לחוק המעבר יוצר "תחום משפטי" הקובע את המותר או האסור על-פיו. ממנו נגזרות אמות מידה משפטיות לפעולת הנשיא. אם הנשיא מסרב להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת היחיד שיש לו רוב לכך, הנשיא מפר את הוראות החוק. פעולתו היא "שפיטה". על-פי גישה זו עצמה, היה מקום לדחות את העתירה בבג"צ 65/51

[25], שכן העותר לא הצביע על כל אי-חוקיות בפעולת הנשיא. עמד על כך השופט ויתקון, בהציגו את השאלה (פוליטיקה ומשפט, בעמ' 7):

"אם לא מוטב היה להיכנס בעבי הקורה ולדחות את הבקשה להיותה מופרכת מעיקרה. נדמה לי שקל היה לעשות כן, ולא היה בכך, בהכרח, משום יצירת תקדים. ברור שלא היה כל טעם לחייב את נשיא המדינה להטיל את התפקיד להרכיב ממשלה, בזה אחר זה, על כל אחד מיתר 119 חברי הכנסת, מאחר שהוא

נוכח לדעת, כתוצאה מהתייעצויותיו עם נציגי הסיעות, שפעולה זו תהיה חסרת משמעות וטעם. ממצב של קפאון כזה אין מוצא אלא פיזור הכנסת ועריכת בחירות חדשות."

אם "קל" הוא לדחות את העתירה לגופה, כיצד זה ניתן לומר שהיא מחוץ לתחום השיפוט, וכי "אין לפנינו עניין הניתן להכרעה ולהחלטה שיפוטית". אכן, דעתי הינה כדעת השופט ויתקון, כי ניתן היה לדחות את העתירה לגופה, וכי גופה של העתירה הוא, על-כן, שפיט.

43. למסקנה דומה, ובדרך חשיבה דומה, אני מגיע בבג"צ 186/65 [29], כזכור, עניינה של פרשה זו היה בקיום קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית וקבלתו של שגרירה, שלפי הטענה נטל חלק במלחמת העולם השנייה. בית המשפט, בעמ' 487, דחה את העתירה בקובעו, כי -

"אין זה עיין משפטי אשר לפי טבעו ניתן להביאו לבירור בבית המשפט. השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ ושל התאמת המועמד לתפקיד, שלא בית-משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם."

לשיטתי, היה על בית המשפט לבחון, בראש ובראשונה, את הנורמה המשפטית החלה על העניין. למיטב הבנתי, הנורמה הרלוואנטית היא זו המטילה על השלטון את החובה לפעול בסבירות. משאותרה הנורמה הרלוואנטית, היה על בית המשפט לבחון, אם טענותיו של העותר מצביעות, ולו לכאורה, על התנהגות בלתי סבירה. על שאלה זו הייתי משיב בשלילה ודוחה את העתירה מטעם זה. גישתו של בית המשפט, שלפיה "השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ", אינה מתמודדת עם הבעיה. אמת, שיקולי השלטון הם שיקולים פוליטיים, אך אין בכך כדי לשלול את הצורך לבחון, אם השיקול הפוליטי הוא חוקי מבחינה משפטית. השיקול הפוליטי לחוד והשיקול המשפטי לחוד, פוליטיות השיקול אינה שוללת את הצורך לבחון את חוקיותו. בית המשפט "מוסמך ומסוגל" לבחון את חוקיות ההחלטה, יהא אופיה הפוליטי אשר יהא.

44. בבג"צ 302/72, [44]306, נבחנה חוקיות פינויים של העותרים ממקום מגוריהם ברצועת עזה. העתירה נדחתה. השופט נדודי בחן, בין השאר, את פעולות הצבא לגופן, ומצא שאין יסוד להתערב בשיקול-דעת שלטונות הצבא. השופט ויתקון סבר, בין השאר, כי העתירה אינה שפיטה. אומר השופט ויתקון, בעמ' 182:

"במקרה דנן סברתי עוד בטרם נכנסנו בעבי הקורה כי חוסר השפיטות גלוי על פניו, ועל-כן לא ראיתי טעם להרשות לבא-כוח העותרים לחקור את המצהירים מטעם המשיבים על תצהיריהם בשבועה. כל הויכוח הזה על מימדי הפורענות והסכנה שבשטח הנדון ועל דרכי המניעה האפשריות והרצויות, לא יכירנו מקומו במסגרת הכרעה שיפוטית, אך, כאמור, קראנו את התצהירים ושמענו טיעונים ואולי רצוי היה לעשות כן, לו אך כדי להפיס את דעת העותרים ולמנוע את הרושם

שכאילו אין לנו הבנה למצבם... ומשעשינו זאת, אפשר גם הפעם להתעלם מחוסר שפיטות ולהכריע בעניין לפי המבחנים המקובלים במקרים כאלה. אכן, כפי שהסביר חברי הנכבד השופט לנדוי ביתר פרוטרוט, חריגה מן הסמכות המוקנית למשיבים לפי צווי המפקדים לא הייתה כאן, והשיקולים היו בטחוניים כנים... כל יתר הדברים, כגון העדפת שיטה או תכנית אחת על פני אחרת נתונים לשיקול-דעתם של המשיבים הבקיאים בסוגיה זו ואין להתערב בהחלטתם".

דומה, שבקטע זה מצויה סתירה פנימית. אם "כל הוויכוח הזה.. לא יכירונו מקומו במסגרת הכרעה שיפוטית", כיצד זה נבחן העניין "לפי המבחנים המקובלים"? אכן, הדין עם השופט ויתקון בסוברו כי ניתן לבחון את התנהגות הצבא "לפי המבחנים המקובלים". מבחנים אלה כוללים לא רק שאלות של סמכות, אלא גם שאלות של סבירות, לרבות אי-התערבות בשיקול הדעת הצבאי מקום שרשות צבאית סבירה הייתה רשאית לקבל החלטה מסוג ההחלטה המשתקפת בעתירה (ראה y.s. zemach, "justiciability-the non", 128 (1974) of military measures (9" of isr. L. Rev. עם זאת, רשאי וחיוב בית משפט לבחון אם הפעולה הצבאית אינה בלתי סבירה. הצביע על כך שופט המיעוט Murphy . . בפרשת (1944) v. korematsu, at United states [69] : It is essential that there be definite limits to military discretion...the military claim must subject itself to the Judicial process of having its The allowable limits of military discretion, and whether reasonableness determined and its conflicts with other interests reconciled. "What are . . Or not they have been overstressed in a particular case"are judicial questions קבעה לא פעם, כי השיקולים הביטחוניים של הצבא, בין בתחומי ישראל ובין ביהודה, שומרון ועזה, נתונים לביקורת שיפוטית, וכי ביקורת זו אינה משתרעת אך על שאלת הסמכות הפונקציונלית ועל עצם קיומו של השיקול הביטחוני, אלא משתרעת היא על כל העילות כול, לרבות שאלת הסבירות של השיקול הביטחוני (ראה: בג"צ 69/81, 493, [45]; בג"צ 393/82 [46]). על-כן בחן בית-משפט זה את סבירות החלטתו של המושל הצבאי שלא לאפשר איחוד משפחות, למרות שהחלטה בדבר איחוד משפחות היא החלטה ביטחונית-מדינית. משנטענה, בעניין זה, טענה בדבר חוסר שפיטות מאטריאלית, דחה אותה בית המשפט (ראה בג"צ 802/79 [28]), תוך שהפעיל על החלטה זו את אמות המידה הרגילות לביקורת שיפוטית (ראה: בג"צ 263/85, 397 (בשג"צ 222/85, 267) [47], בעמ' 284; בג"צ 629/82 [48]). הנה כי כן, את בג"צ 302/72, 306 [44] הייתי בודק, כפי שעשה זאת השופט לנדוי, לגוף העניין, וללא כל הזדקקות לטענה בדבר חוסר שפיטות.

45. בבג"צ 561/75 [27] - פרשה שעליה עמדתי (פיסקה 39 לעיל) הייתי מגיע למסקנתו של בית המשפט שדחה את העתירה, בלא להיזקק לנימוק בדבר חוסר שפיטות. כמו בית המשפט

פ"ד מב(2) 441

בבג"צ 561/75 [27], אף אני סבור, כי "אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית תשקול ותכריע מהי השיטה היעילה ביותר, מבחנה צבאית-מקצועית, להפקת לקחים מפעולות מבצעיות ותמיר שיקול-דעתן של רשויות צבאיות, שהוכשרו לכך והופקדו על כך, בשיקול-דעתה היא" (השופט שמגר, בעמ' 319). הביטוי המשפטי לגישה זו אינו צריך להיות בסיווגה של הטענה כבלתי שפיטה. הביטוי הראוי הינו, לדעתי, בעיקרון, כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתן של הרשויות השלטוניות, מקום שהן פועלות בתחום סמכותן ואינן מפעילות את שיקול-דעתן שלא כדין. בעתירה לא הצביע העותר על חוסר סבירות בפעולות השלטון, ועל-כן דין עתירתו להידחות לגופה. השופט שמגר עצמו עמד על כך, באומרו, בעמ' 318:

"יש לאבחן בין מקרה בו נמנעת רשות צבאית לפעול בהתאם לחובתה לפי דין או לפי צויה של רשות מוסמכת או ממאנת בשרירות לקבל המלצתה של רשות שנתמנתה לכך כדין, לבין מקרה בו פעלו הרשויות הצבאיות בתחומי סמכותן, אך דרך הפעולה ושיטת הפעולה אינה נראית לעותר פלוני".

אכן, כמוהו אף אני סובר, כי אם רשות צבאית נמנעת מלפעול בהתאם לחובתה, פעולתה היא "שפיטה". בדומה, מבחין אף אני בין מקרה זה לבין המקרה שבו הרשויות הצבאיות פועלות בתחומי סמכותן, "אך דרך הפעולה ושיטת הפעולה אינה נראית לעותר פלוני". במקרה אחרון זה אין לנו עניין בחוסר שפיטות, אלא בחוסר עילה. עצם העובדה, שעותר פלוני אינו מרוצה מפעולות הצבא, אינה אומרת שהפעולה בלתי חוקית. לא די לו לעותר שיצביע על כך שפעולת השלטון אינה לרוחו, או שהיא בלתי יעילה. עליו להצביע על כך שהיא בלתי סבירה, כלומר, שהמשקל שהשלטון נתן לשיקולים הרלוואנטיים והאיזון שנעשה ביניהם אינם ראויים. בכך לא עמד העותר בבג"צ 561/75 [27], ומטעם זה הייתי אף אני דוחה את עתירתו. כמו חברי, הנשיא שמגר, שם, בעמ' 319, אף אני סבור, כי אין לדגול "בערבוב תחומים בין השיקול הצבאי-המבצעי לבין השיקול השיפוטי", אך נראה לי, כי מקום שבית המשפט בוחן את סבירות השיקול הצבאי-מבצעי, אין הוא מערבב בין השיקול הצבאי לבין השיקול השיפוטי. השופט ויתקון, בעמ' 321-322, נימק באופן הבא את גישתו, כי עניין עריכת התחקירים אינו שפיט:

"אי-התערבות הרשות השופטת נעוצה בכך שקני-המידות, סדר העדיפויות ומערכת הערכים המקובלים עלינו והמאפשרים לנו להעביר את מעשי השלטון האזרחי תחת שבט בקורתנו, לא בהכרח הולמים הם את צרכי הצבא הדורשים, בראש ובראשונה, מרות והחלטיות".

נראה לי, כי אם גישה זו נכונה היא, יש להתאים את הדין החל על הצבא, באופן שיהלום את צורכי הצבא. אם התאמה זו תיעשה, תהא פעולת הצבא חוקית, העתירה תהא שפיטה, ויהא מקום לדחותה בשל העדר עילה. אם התאמה כזו אינה נעשית, ופעולות הצבא אינן תואמות את הדין, יש לשנות את פעולות הצבא. אין מקום לדחות את העתירה בשל אי-שפיטותה. ממשיך השופט ויתקון, בעמ' 322, וקובע:

פ"ד מב(2) 441

"כפי ששמענו, מקובל על צה"ל לערוך תחקירים, להסיק מסקנות וליישם את הלקחים לקראת העתיד לבוא, הן מבחינה אישית והן מבחינה עניינית. זהו חלק מתפקידו של צבא. העותר סבור שבמקרה דנן לא מילא הצבא את התפקיד הזה או שלא מילא אותו כראוי, לא ערך את התחקירים הנכונים ולא הסיק מהם את המסקנות המתחייבות. עם כל היומרה שבעצם הטענה... זכותו לחלוק על שלטונות הצבא זכות היא, אך לא מתפקיד הרשות השופטת הוא לפסוק במחלוקת זו. אין לנו הכלים לכך, ונטילת סמכות שכזאת לידינו אינה לתועלת העניין. הוא שאמרנו: הנושא אינו שפיט".

לדעתי, זכותו של העותר לחלוק על שלטונות הצבא "זכות היא", רק במקום שיש לצבא "חובה". חובה כזו קיימת, לענייננו, במסגרת חובת הסבירות המוטלת על הצבא. במסגרת זו, סבור אני, "מתפקיד הרשות השופטת הוא לפסוק במחלוקת", ולדעתי יש לו לבית המשפט הכלים לכך. בית המשפט ישמע על הפעולות שהצבא עשה לעניין התחקירים, כפי שאכן קרה בבג"צ 561/75 [27], ויביע את דעתו, אם בפעולות אלה עמד הצבא בחובת הסבירות.

לשם כך יהא על בית המשפט לקבוע את השיקולים הרלוואנטיים שיש לקחתם בחשבון, יהא עליו ליתן לשיקולים אלה משקל ולאזן ביניהם. איני רואה כל העדר כלים לעניין ביצוע משימה זו. היא אינה שונה מכל הכרעה סבוכה אחרת בענייני סבירות או חוסר סבירות (רשלנות).

46. ישאל השואל: האם בכל מקרה ומקרה החלטה של רשות שלטונית שפיטה היא? האם, למשל, לצאת למלחמה או לעשות שלום אף הן החלטות "שפיטות" ועשויות "להיכלא" לנורמה משפטית ולדין שיפוטי? תשובתי הינה בחיוב. גם לעניין מלחמה ושלום יש לקבוע, מהו האורגן המוסמך לקבל החלטה, ומהו טיב שיקוליו (למשל, איסור שחיתות אישית). ניתן כמובן לקבוע - ושאלה זו פתוחה היא וקשה - כי שאר הלכות שיקול הדעת המינהלי אינן חלות. במקרה אחרון זה תידחה העתירה לא בשל אי-שפיטותה, אלא בשל חוקיותה. סיכומו של דבר, הדוקטרינה של שפיטות (או חוסר שפיטות) נורמטיבית נראית בעיניי כדוקטרינה שאין לה קיום משל עצמה. הטענה, כי העניין אינו שפיט נורמטיבית, אינה אלא טענה, כי על הפעולה לא חלה נורמה אוסרת, ועל-כן הפעולה מותרת. גישתי זו מבוססת על התפיסה, כי על כל פעולה שלטונית חלה נורמה משפטית, וכי במסגרת הנורמה החלה ניתן תמיד לגבש אמות מידה וקני מידה לקביעת התנאים והנסיבות לפעולה במסגרת נורמה. כך הוא בוודאי לעניין נורמות הקובעות סמכות ונורמות הקובעות את השיקולים הראויים בהפעלת הסמכות. כך הוא גם העניין במקום שהנורמה המופעלת היא זו הדורשת התנהגות סבירה של השלטון. במסגרת נורמה זו ניתן תמיד לגבש אמות מידה עקרוניות לבחינת סבירות ההתנהגות, ועל-פי אמות מידה אלה תיבחן פעולת הרשות לגופה, בלא להיזקק כלל לטיעון בדבר שפיטות (או אי-שפיטות) נורמטיבית.

ד. שפיטות (או חוסר שפיטות) מוסדית

47. סכסוך הוא שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שיוכרע על-פי המשפט בבית המשפט. סכסוך אינו שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שלא יוכרע על-פי אמות מידה משפטיות בבית



פ"ד מב(2) 441

המשפט. השפיטות המוסדית עוסקת איפוא בשאלה, אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על-פי המשפט ובבית המשפט; התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכסוך - שהוא שפיט נורמאטיבית - על-פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט. על היבט זה של השפיטות - כמו גם על השפיטות הנורמאטיבית - עמד השופט ברנן (brennan) בפרשת baker [68]217, at 217, בציינו, בין השאר, כי סכסוך הוא בלתי שפיט, אם ביחס אליו קיים: "...A textually demonstrable constitutional commitment of" ...the;the issue to a coordinate political department Without expressing lack of the respect due coordinate Or an unusual need for impossibility of a court's undertaking independent resolution unquestioning; or the branches of government; adherence to a political decision ".pronouncements by already made Potentiality of embarrassment from multifarious various departments on one question

העליון (ראה: בג"צ 222/68, המ' 15/69 [26], בעמ' 165; בג"צ 302/72, 306 [44], בעמ' 182; בג"צ 306/81 [21], בעמ' 133; בג"צ 448/81 [2], בעמ' 88; בג"צ 65/813, [49], בעמ' 203; בג"צ 73/85 [22], בעמ' 162), ויש בהם כדי להצביע על רשימה לא סגורה של שיקולים, שבית המשפט מתחשב בהם, שעה שהוא נוקט עמדה בשאלה, אם ראוי לו להכריע בסכסוך שלפניו. בכל המקרים הללו בית המשפט שואל את עצמו, אם לא מן הראוי הוא "שיקפוץ את ידו מלמלא את תפקידו השיפוטי הרגיל" (השופט אגרונט בבג"צ 222/68, המ' 15/69,

[26], בעמ' 215) והאם "הדברים ראויים להכרעה שיפוטית" (השופט ויתקון בבג"צ 306 [44], בעמ' 182). כך, למשל, נפסק, כי בית המשפט לא יבחן עתירה, שעניינה טענה לפעולה בלתי חוקית בנייהול ענייניה הפנימיים של הכנסת, אלא אם כן יש בה, באותה החלטה, משום פגיעה מהותית במירקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של המשטר החוקתי (בג"צ 73/85 [22]; בג"צ 742/84 [50]; בג"צ 669/85, 24/86, 131 [51]; בג"צ 620/85 [33]).

48. עיון בעניינים השונים, הנזכרים על-ידי השופט ברנן בפרשת baker [68] והמדגימים את עקרון אי השפיטות המוסדית, מצביע, כי הם אינם פשוטים כלל ועיקר. טול למשל את העניין הבלתי שפיט הראשון, כלומר, שהכרעת השאלה מסורה לרשות פוליטית. בעניין זה יש להבחין בין הכרעה בשאלה המשפטית, מהי סמכותה של הרשות הפוליטית והאם סמכותה הופעלה כדין, לבין הכרעה בשאלה, אם הרשות הפוליטית בחרה בפתרון הראוי מבין מספר פתרונות חוקיים. ההכרעה בשאלה הראשונה מסורה, בדרך כלל, לבית המשפט, במסגרת סמכותו וחובתו לקבוע מהו החוק (ראה בג"צ 73/85 [22], בעמ' 162). משמעניקה הוראה פלונית סמכות לרשות שלטונית, הריהי מעניקה בכך סמכות לבית המשפט לפרשה, לקבוע את תחומי התפרסותה ולהחליט, אם הופעלה כדין. מכאן, שמסירת הכרעתה של פעולה פלונית לרשות שלטונית אין משמעותה, ששאלת חוקיותה של פעולה זו נמסרה גם היא לרשות השלטונית. נהפוך הוא:

פ"ד מב(2) 441

"ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט, ולגבי סוגיות, המובאות לבחינה בתוך מערכת המשפט, היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה" (השופט שמגר בבג"צ 306/81 [21], בעמ' 141). מכאן שאין לראות כבלתי שפטה הכרעה משפטית בחוקיותה של פעולה שביצועה נמסר לרשות השלטונית.

49. העניין השני, הנזכר על-ידי השופט ברנן. הוא חוסר השפיטות של סכסוך משום שאי-אפשר להחליט בו בדרך שיפוטית בלי להביע חוסר התחשבות עם ענפי מימשל שווי דרגה. אף עניין זה קשה הוא, שכן מקום שבת המשפט בוחן, אם הרשות השלטונית פועלת כדין אם לא, אין הוא מביע בכך כל חוסר התחשבות באותה רשות שלטונית:

"תפקידו של בית המשפט הוא לפרש את החוק, ולא פעם יקרה, כי פירושו שלו שונה הוא מפירושו של אורגן ממלכתי אחר. לא יעלה על הדעת, כי בהעדפת הפירוש השיפוטי על פני הפירוש של האורגן האחר (בין ביצועי ובין חקיקתי) יש משום חוסר כבוד לאותו אורגן. כיצד נוכל להתערב במעשיה של הרשות המבצעת, אם ננקוט עמדה, כי פוגעים אנו בכבודה שעה שמפרשים אנו את הדין שלא כדעתה? ... אין כל חוסר כבוד לרשויות האחרות, כאשר הרשות ממלאת את תפקידה הקונסטיטוציוני ועושה את שהדין הטיל עליה. כאשר בית המשפט מפרש את החוק, הוא מבצע את תפקידו שלו, ואם פירושו שלו שונה מזה המקובל על הרשויות האחרות, הוא מעמידן על טעותן, ובכך אין הוא מביע כל חוסר כבוד כלפיהן" (בג"צ 73/85 [22], בעמ' 163).

השאלה החשובה אינה כבודה של רשות זו או כבודה של רשות אחרת. השאלה החשובה היא כיבודו של החוק. כשלעצמי, איני יכול לראות כיצד העמדת רשות שלטונית על כיבוד החוק יש בה כדי לפגוע ברשות זו או לשבש את היחסים בינה לבין הרשויות האחרות.

50. מקובל להניח, כי העניינים המוזכרים בפרשת [68] baker אלא דוגמאות לגישה כללית, לפיה ראויה אי-שפיטות מוסדית להתקיים בסכסוכים בעלי אופי "פוליטי" (ראה y.s. zemach, political ) questions in the courts (1976, detroit). הטענה הינה, כי הכרעה בסכסוכים בעלי אופי פוליטי צריכה להיעשות על-ידי האורגנים הפוליטיים, ולא על-ידי הרשות השופטת. ערבובה של הרשות השופטת בסכסוכים אלה פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, פוגע במשטר הדמוקרטי - שבו הכרעות פוליטיות מתקבלות על-ידי רשויות פוליטיות - ופוגע בבית המשפט עצמו. טענות אלה כבדות משקל הן. תגובה טבעית של שופט הינה להתרחק מהכרעות שיש בהן היבט פוליטי. בצדק ציין השופט ויתקון, כי "אותה רתיעה מהתעסקות השופטים בעניינים פוליטיים רגישים, מצאה לה מהלכים בתודעה המשפטית וגם בדעת הקהל" (א' ויתקון, פוליטיקה ומשפט, בעמ' 70). נעמוד בקצרה על יסודותיו של טיעון זה. הוא כולל בחובו שלושה היבטים: היבט של הפרדת רשויות, היבט של דמוקרטיה והיבט של אמון הציבור במערכת בתי המשפט. נפתח בהיבט הראשון.

פ"ד מב(2) 441

51. האין לומר, כי, מכוח עקרון הפרדת הרשויות, בעיה בעלת אופי פוליטי צריכה להיחתך על-ידי אורגן פוליטי ועל-כן היא לא-שפיטה מוסדית? לדעתי, טיעון זה בטעות יסודו, וזאת הן על-פי התפיסה הקלאסית של הפרדת רשויות, והן על-פי התפיסה המודרנית של הפרדת רשויות. על-פי התפיסה הקלאסית, הפרדת רשויות משמעותה, "כי החקיקה במובן הפונקציונלי תזדהה עם החקיקה במובן האורגני, כי השפיטה לפי מבחנה הפונקציונלי תזדהה עם השפיטה לפי מבחנה האורגני וכי המינהל במשמעותו הפונקציונלי יזדהה עם המינהל במשמעותו האורגני" (קלינגהופר, בספרו הנ"ל, בעמ' 23). מכאן, שעקרון הפרדת הרשויות במובנו הקלאסי מקוים, הלכה למעשה, אם הרשות השופטת עוסקת בפונקציה השיפוטית, היא תוכן ההכרעה השיפוטית אשר יהיה. הוא הדין בתפיסה המודרנית של הפרדת הרשויות. על-פי תפיסה זו, כפי שראינו (ראה פסקה 23 לעיל), קיימים יחסי גומלין בין הרשויות השלטוניות, ובמסגרת יחסי גומלין אלה לגיטימי הוא, כי החלטה פוליטית של הגורם השלטוני הפוליטי (כנסת, ממשלה) נתונה לביקורת שיפוטית. אכן, התפיסה המודרנית אינה מפרידה בין רשויות. באופן שכל רשות עומדת לעצמה. הגישה המודרנית יוצרת קשר ואיזון בין הרשויות, באופן שהרשות השופטת מפקחת שיפוטית ומשפטית על הרשויות האחרות. אך טבעי הוא, שהרשות הפוליטית תשקול שיקול פוליטי, ואך טבעי הוא, שהרשות השופטת תבחן אם שיקול פוליטי זה הוא כדיון. על התפיסה המודרנית לעקרון הפרדת הרשויות עמד השופט שמגר, בבג"צ 306/81 [21], בעמ' 141, באומרו:

"ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ המונע החלטות כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטוייה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר".

על עיקרון זה עמד השופט שמגר גם בבג"צ 561/75 [27], בעמ' 319, באומרו:

"קיומה של בקורת יעילה על כל אחת מן הזרועות היא יסוד מוסד בכל שיטת מימשל, אשר הפרדת הרשויות היא אחת מאשיותיה, והיא גם שמבטיחה, בין היתר, את האיזון בין הרשויות, שהוא מרכיב חיוני במימשל הדמוקרטי".

וגישה דומה הובעה על-ידי הנשיא שמגר בבג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 1/87, [15]33, בעמ' 38:

"הכל חייבים בכיבודו של החוק, והביקורת השיפוטית משתרעת על

חוקיות פעולתה של כל רשות. הפרדת הרשויות בונה את עצמאותן של הרשויות, אך אין בה כשלעצמה כדי לחסום דרכה של הביקורת השיפוטית. זוהי תפיסת היסוד של המשפט הישראלי, וממנה יונק שלטון החוק, אשר נשען, בין היתר, על הפעלת סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה לגבי הפעולות של זרועותיה השונות של הרשות המבצעת".

הנה כי כן, אין דבר בעקרון הפרדת הרשויות שיש בו כדי להצדיק שלילת ביקורת שיפוטית על פעולות שלטון, יהא אופיין אשר יהא, ויהא תוכנו אשר יהא. נהפוך הוא: עקרון הפרדת

הרשויות הוא המצדיק ביקורת שיפוטית על פעולות השלטון, גם אם הן בעלות אופי פוליטי, שכן הוא מבטיח, כי כל רשות תפעל כדין ברשותה שלה, ובכך תובטח הפרדת הרשויות.

52. משטר דמוקרטי הוא משטר המאזן בצורה ראויה בין שלטון הרוב לבין זכויות היחיד. העיקרון הראשון (שלטון הרוב) בא להבטיח, כי השלטון יפעל על-פי דעת הרוב, ומשמעו, בין השאר, כי ההכרעות הפוליטיות ייעשו על-ידי האורגנים הפוליטיים הנבחרים, במישרין, או, בעקיפין, על ידי העם. העיקרון השני (זכות היחיד) בא להבטיח, כי הרוב באמצעות האורגנים הפוליטיים לא יפגע בזכויות יסוד של היחיד. ביקורת שיפוטית, הבאה להבטיח כי האורגנים הפוליטיים פועלים במסגרת הסמכויות שהמשטר הדמוקרטי מעניק להם, אינה נוגדת תפיסה דמוקרטית זו. נהפוך הוא: ביקורת שיפוטית זו שומרת על פעולתה הראויה של הנוסחה הדמוקרטית. היא באה להבטיח, מחד גיסא, כי דעת הרוב תמצא את ביטויה הראוי במסגרות המשפטיות, שנקבעו לשם כך במשטר (חוקה, חוק, חקיקת משנה, צווים), ולא תחרוג ממסגרות אלה, וכי הפעולה השלטונית תיעשה במסגרת החוקית שנקבעה על-ידי הרוב בהצבעתו בגוף המחוקק; היא באה להבטיח, מאידך גיסא, כי הרוב לא יפגע בזכויות היחיד, אלא אם כן יש לו הסמכה כדין לכך. אין איפוא כל דבר הפוגע במשטר הדמוקרטי, כאשר הביקורת השיפוטית שוללת את החוקיות של פעולות הגופים השלטוניים, השוקלים שיקולים פוליטיים, אם גופים אלה פועלים שלא כדין. ודוק: בית המשפט אינו מבקר את הגיונו הפנימי ויעילותו המעשית של השיקול הפוליטי. בית המשפט בוחן את חוקיותו של שיקול זה. בדיקה זאת אין בה כל פגיעה במשטר הדמוקרטי. אין כל דבר במשטר דמוקרטי הגורס, כי הרוב רשאי לפעול בניגוד לחוק, שהוא עצמו הביא לחקיקתו, וכי הכרעות פוליטיות יכולות להפר את החוק. גם הפוליטיות שבהכרעות צריכה לעגן עצמה בהחלטה כדין. במשטר דמוקרטי אין פוליטיקה ללא משפט. אין איפוא כל דבר בעקרונות של דמוקרטיה כדי להצדיק אי-שפיטות מוסדית.

53. לא נותר לנו אלא הטיעון, כי אי השפיטות המוסדית בעניינים פוליטיים מוצדקת היא, שכן היא באה להגן על בית המשפט מפני "פוליטיזציה של השפיטה" ומפני הפגיעה באמון הציבור באובייקטיביות השיפוטית. כשלעצמי, טיעון זה נראה בעיניי פרובלמטי ביותר. גם כאשר בית המשפט עוסק בעניינים פוליטיים, אין הוא בוחן אותם באמות מידה פוליטיות. בית המשפט בודק את החוקיות של ההכרעה הפוליטית. כפי שראינו (ראה פסקה 36 לעיל), המישור הפוליטי והמישור המשפטי הם מישורים שונים. השפיטה בוחנת את "המשפטיות" של הפוליטיקה ולא את התבונה שלה. על-כן, כאשר שופט בוחן את חוקיותה של הכרעה פוליטית, אין הוא נותן ידו - לא לחיוב ולא לשלילה - לגופה של אותה הכרעה. אין הוא עושה עצמו חלק ממנה. אין הוא בוחן את הגיונה הפנימי. הוא בודק אך את חוקיותה על-פי אמות מידה משפטיות. בכך הוא ממלא את תפקידו הקלאסי. קשה לי לראות בכך פעולה שמן הראוי להימנע ממנה. עמד על כך השופט לנדוי, באומרו בבג"צ 295/65 [23], בעמ' 334:

"הפיקוח הפרלמנטרי על מעשיה ומחדליה של הרשות המבצעת לחוד, והפיקוח המשפטי של בית-משפט זה לחוד. כאשר הקובלנה נושאת אופי משפטי מובהק, ראויה היא להתברר לפני בית המשפט. עם זאת ברור שבית-המשפט יתערב רק כאשר יש אחיזה משפטית לכך".

ועל רעיון דומה חזר השופט ויתקון 222/68, המ' 15/69 [26], בעמ': 165:

"טיעון זה (שהשאלה היא פוליטית ואינה ראויה להכרעה שיפוטית - א' ב') מתעלם מתפקידה המיוחד של הרשות השופטת, שלעולם לא באה במקום הרשות המינהלית, אלא רק מעבירה את החלטתה של זו תחת שבט בקורתה."

אכן, אפילו כאשר נושא ההכרעה הוא בעיה פוליטית-אידיאולוגית, הבקורת השיפוטית היא לעולם משפטית. לא את האידיאולוגיה שלו מביע השופט, אלא את תפיסתו המשפטית באשר לחוקיותה של האידיאולוגיה. עיסוק כזה באידיאולוגיה לגיטימי הוא לרשות השופטת. עמד על כך השופט ויתקון בבג"צ 58/68 [30], בעמ' 532, באומרו: לפעמים חייב בית-משפט לנקוט עמדה בשאלות אידיאולוגיות, ואל יחשוד שאינו מסוגל לכך או שהדבר יפגע ביוקרתו.... הן מבחינת המצוי והן מבחינת הרצוי כמעט שאין עוד ממש בטענה השגורה, כי שאלות אלו חורגות מן התחום השיפוטי."

בהקשר זה יש להביא את דברי הנשיא אגרנט, שם, בעמ' בעמ' 600, האומר:

"שורת הצדק אינה מחייבת, שננקוט עמדה לגבי הבעיה האידיאולוגית הנדונה, כאשר ברור לנו שלא קיים לגביה קונסנסוס אצל החלק הנאור של הציבור וכי עמדתנו תהא מבוססת אך ורק על הדעה הפרטית והפרדילקציות האישיות שלנו עצמנו. הלוא העקרון של שלטון המשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות על מה שתובע הצדק בנוגע לפתרון הסכסוך בא לפניו, שאם לא כן, עלול להתעורר החשד, כי במקום להיות פרשן של החוק, הוא שפט על-פי שרירות לכו... אם מתעוררת לפניו בעיה של השקפת עולם, אשר לגביה הדעות של בני הציבור הנאור הן חלוקות עד היסוד ורובצת ביניהן תהום עמוקה - כל שכן, אם המחלוקת הזאת מסעירה את הרוחות - כי אז מוטב שהשופט ירסן את עצמו מלהביע את דעתו הפרטית על אותה בעיה, ובלבד שקיים בפניו מוצא שיפוטי, שאינו מצריכו לעשות כן."

לדברים אלה אני מסכים. לעולם על השופט לרסן עצמו מלהביע את דעתו הפרטית, אך דבר זה אין משמעותו, כי מחלוקת אידיאולוגית, שיש לה היבט משפטי, אינה שפיטה. כשלעצמי, אינני רואה ניגוד בין גישתו של השופט ויתקון, הגורס כי "לפעמים חייב בית-משפט לנקוט עמדה בשאלות אידיאולוגיות" (בג"צ 58/68 [30], בעמ' 532), לבין גישתו של הנשיא אגרנט, כי "מוטב שהשופט ירסן את עצמו מלהביע את דעתו הפרטית על אותה בעיה" (שם, בעמ' 600). אכן, העתירה בבג"צ 58/68 [30] נחתכה לגופה, ואף המיעוט, שביקש לדחות את העתירה, לא ביסס את גישתו על טענה של חוסר שפיטות. אכן, יותר משאני חושש כי עיסוק משפטי "בעניינים פוליטיים" יביא ל"פוליטיזציה של השפיטה", חושש אני, כי משיכת ידו של בית המשפט "מעניינים פוליטיים" תביא לפגיעה בשלטון החוק, ולערעור אמונו של הציבור בחוק. יפים לענייננו דבריו הבאים של השופט לנדוי, בבג"צ 295/65 [23], בעמ' 334:

פ"ד מב(2) 441

"בעניין 'השפיטות' דעתי כדעת חברי הנכבד, מ"מ הנשיא. העניין, בו נתבקשנו לפסוק, נופל בגדר הסעיף 7(ב) של חוק-בתי-המשפט, תשי"ז-1957. פרקליט המדינה הציע לנו לנהוג במידת 'ההבלגה השיפוטית'. אכן זו מידה נאה, אך לא שוכנעתי שהיא צריכה לעמוד הפעם בין מצוות החוק לבין הפעלתו הלכה למעשה. אינני סבור שקיימת כאן סכנה של שיבוש היחסים בין זרועות השלטון, כדברי מר בר-ניב; אך קיימת סכנה של שיבוש אמון האזרח בשלטון החוק, אם נתפרק מן הסמכות הנתונה לנו. איזון נכון של סמכויות השלטון על רשויותיו השונות דורש שכאשר הכנסת מעבירה סמכויות חקיקה שובות לרשות המבצעת, תישמר סמכות הפיקוח על חקיקת המשנה בידי הרשות השופטת".

דברים אלה יפים הם לא רק לעניין פיקוח בית המשפט על חקיקת המשנה של המינהל. דברים אלה יפים הם לעניין הפיקוח על כל פעולה שלטונית של המינהל. השתחררות בית המשפט מסמכות הפיקוח שלו, רק משום שהסכסוך נושא הפיקוח - אף שניתן לפתור אותו על-פי אמות מידה משפטיות - יש בו היבט "פוליטי", עשויה לפגוע בהשלטת החוק ובאמון הציבור בשלטון החוק. תוצאתה של אי השפיטות המוסרית - בדומה לתוצאתו של העדר מעמד בדין היא ביצירת תחום שבו יש דין אך אין דיין. משמעותה האמיתית של תוצאה זו הינה, כי לית דין ולית דיין. תוצאה זו קשה היא להפרדת הרשויות, למשטר הדמוקרטי ולשלטון החוק. אך טבעי הוא, על-כן, ברחותו את טענת "חוסר השפיטות" מקום שהתרחשה פלישה טרייה במקום קדוש, ציין הנשיא אגרנט: "עקרון היסוד של שלטון החוק מחייב, שלא לכבול את ידי בית המשפט, בשל תורת השפיטות בלבד, מלהתערב לשם קיום הסדר הציבורי" (בג"צ 109/70 [52], בעמ' 249). אכן, "השמירה על הסמכויות שני לאווין בה, שעלינו להיזהר מהם: אחד שלא נחרוג מגדר סמכותנו ואחד שלא נהסס למצות אותה עד תומה" (השופט ויתקון בבג"צ 321/60 [53], בעמ' 208). רעיון דומה הובע עוד ב-1821 על-ידי השופט מרשל (marshal) בפרשת *We have no more to decline the exercise of v. Virginia:(1821) [70]181, at cohens jurisdiction* "One or the other would be treason to the constitution. Which is given But we; cannot avoid them. All we can do than to usurp that which is not given. The is, to exercise our best questions may occur, which we would gladly avoid judgment, and conscientiously to perform our duty המוסדית עוברת על "שני לאווין" אלה, ויש בה פגיעה בחוקה הבלתי כתובה שלנו.

54. בחינת השיקולים, העומדים ביסוד עקרון השפיטות (או אי השפיטות) המוסדית, מצביעה על חולשתם הפנימית. אכן, בארצות הברית הוגבלה תורת אי השפיטות המוסדית לביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. לא ניתן למצוא בארצות הברית שימוש בעקרון אי השפיטות המוסדית לעניין חוקיות פעולות המינהל במסגרת חוק תקף. דומה שהטעם לכך הוא,

פ"ד מב(2) 441

שאם הרשויות הפוליטיות אינן מרוצות מההכרעה השיפוטית, הכוח בידן לשנות את החוק, ובכך להביא להסדר הפוליטי הנראה להן כראוי. זהו המצב בישראל כיום, ועל-כן ספק הוא, אם יש מקום ללמוד בסוגית "הבעיה הפוליטית" מהפסיקה האמריקנית, המבססת עצמה על רקע חוקתי שונה. אכן, בתי המשפט בישראל הרגישו בחולשתה של דוקטרינת אי השפיטות המוסדית. מכאן הגישה, כי דוקטרינה זו לא חלה מקום שהעותר מלין על פגיעה בזכותו, כגון זכות קניין שלו שנפגעה (בג"צ 606/78, 610[24], בעמ' 124; בג"צ 390/79 [54], בעמ' 14). לכאורה תמוה "חריג" זה, שכן מה לי פגיעה בתחום הפרט, אם ההכרעה השיפוטית פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, במשטר הדמוקרטי ובאמון הציבור בשפיטה? אך לא זו הייתה גישתם של בתי המשפט. הם סברו, כי תפקידו של בית המשפט הוא בראש ובראשונה, להגן על זכות הפרט שקופחה, וכי השיקולים הנוגדים אינם שיקולים כנגד ביצועו של תפקיד זה. גישה זו ראויה היא וטובה. אך, באותה מידה, תפקידו של בית המשפט המינהלי הוא להגן על שלטון החוק ועל אמון הציבור בהשלטת החוק (ראה פסקה 21 לעיל). אכן, בחינת פסיקתו של בית המשפט העליון מצביעה על כך, כי רק במקרים מועטים נתקבל הטיעון בדבר אי השפיטות המוסדית, וכי ברוב המקרים שבהם הסתמך בית המשפט על טיעון זה, הוא התבסס בעיקר על אי השפיטות הנורמטיבית או שלא הבחין בין שני סוגי השפיטות. דומה, שהמקרים הבולטים לאי-שפיטות מוסדית הם אלה הקשורים בביקורת השיפוטית על חוקיות החלטות מינהליות של הכנסת והאורגנים שלה, תוך שהודגש, כי דוקטרינה זו "אינה בהכרח דוקטרינה של חוסר שפיטות" (בג"צ 73/85 [22], בעמ' 162).

55. והנה, חרף ביקורת זו על דוקטרינת "אי השפיטות המוסדית", קשה להתעלם מהעובדה, שהציבור עשוי שלא להבחין בין ביקורת שיפוטית לבין ביקורת פוליטית, ועשוי לזהות את הביקורת השיפוטית של עניין פוליטי עם העניין עצמו; הוא עשוי לזהות קביעה שיפוטית, כי פעולה שלטונית היא חוקית, עם עמדה שיפוטית, כי פעולה שלטונית היא ראויה; הוא עשוי לגרוס, כי הכרעה שיפוטית שפעולה שלטונית אינה חוקית שקולה כנגד עמדה שלילית של השפיטה אל הפעולה עצמה; הוא עשוי לגרוס, כי קביעה שיפוטית, שפעולת שלטון היא סבירה, שקולה כנגד קביעה שיפוטית, שאותה עמדה היא ראויה; הוא עשוי לזהות את ההכרעה המשפטית עם העמדה הפוליטית. על חשש זה עמדו שופטים לא פעם (ראה, למשל, בג"צ 58/68

[30], בעמ' 523, מפי השופט לנדוי). כפי שציין השופט לנדוי בבג"צ 390/79 [54], בעמ' 4:

"הפעם יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה.

אבל עדיין רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגש.

במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל עניין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים."

פ"ד מב(2) 441

ועל רעיון דומה עמדתי, באומרי בבג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86 [12], בעמ' 585:

"הסוגיה כולה היא חשובה ועומדת במרכז חיינו הקונסטיטוציוניים. השתזרו בה שאלות של שלטון החוק והשלטת החוק בשאלות של סמכות החנינה של הנשיא והפעלתה. בכל אלה נעסוק מתוך זווית ראייה משפטית. הסוגיה כולה מסעירה את הציבור, אך לא סערה זו היא המכוונת את דרכנו. אנו פועלים על-פי אמות מידה קונסטיטוציוניות, ועל-פי עקרונות יסוד משפטיים, המשקפים את האני מאמין של חיינו הממלכיים. לא הלכי רוח חולפים מכוונים את גישתנו אלא תפיסות יסוד ממלכתיות של קיומנו כמדינה דמוקרטית... ידוע לנו כי הסוגיה כולה נתונה במחלוקת ציבורית, וכי מבחינת הדינאמיקה הפוליטית פסק-דיננו שלנו עשוי לשמש כלי במאבקי הכוחות הפוליטיים. על כך אנו מצרים, אך את תפקידנו השיפוטי עלינו לבצע..."

שאלה המפתח הינה, מה משקל יש ליתן לחשש זה? בחיבורו פוליטיקה ומשפט, אמר השופט ויתקון, בעמ' 69:

"נראה לי כי הסלידה מן הדיון השיפוטי בשאלות פוליטיות מקורה, במידה רבה, בטעמים אירציונליים. מבחינת ההגיון הצרוף, קשה להצדיקה".

אך כידוע, "חיי המשפט לא היו הגיון; הם היו ניסיון" (holmes, the (1881, boston) 1 .o.w). חיי המשפט הם היגיון וניסיון גם יחד. מכאן נכונותו של בית המשפט, במקרים מיוחדים, להימנע מהפעלת סמכותו, תוך הפרת אחד מ"שני הלאוין", שעליהם עמד השופט ויתקון, וזאת במקום שקיים חשש ל"פוליטיזציה של השפיטה", לערבוב תחומים בין פוליטיקה לבין משפט ולפגיעה במעמדו של בית המשפט. כאמור, בית-משפט זה עשה כן בכל הנוגע לביקורתו של פעולות מינהל של הכנסת. אף כאן, לא היה די בטיעון של "הסכסוך הפוליטי" כדי למנוע מבית המשפט מלהפעיל סמכותו. בית המשפט התחשב במעמדה המיוחד של הכנסת ואיזון בין השיקול "הפוליטי" לבין השיקולים האחרים, הנוגעים לשלטון החוק במחוקק. ודאי שזה איננו סוג המקרים היחיד שבהם ידחה בית המשפט עתירה בשל העדר שפיטות מוסדית. רשימתם של מקרים אלה אינה סגורה. ניסיון החיים השיפוטי וחוש המומחיות ידריכו את בית המשפט בגיבוש אמות מידה לעיצובם של אלה.

56. מהי המסקנה העולה מניתוחנו לעניין השפיטות (או אי השפיטות) המוסדית? לדעתי, המסקנה העולה היא, כי דוקטרינה זו פרובלמאטית היא ביותר; כי יסודותיה המשפטיים רעועים, וכי מבוססת היא במידה רבה על "טעמים אירציונליים"; כי יש לגשת אליה גישה זהירה; כי רק במקרים מיוחדים, שבהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון ציבור במשפט, יהא מקום לשקול את השימוש בה; כי רשימתם של מקרים אלה אינה סגורה, וכי היא נקבעת, בסופו של דבר, על-פי ניסיון החיים השיפוטי ועל-פי חוש המומחיות של השופט.



57. כפי שציינתי, אין לדוקטרינה של חוסר שפיטות (או אי-שפיטות) מעמד עצמאי משלה. בכל מקום יש דין, ובכל מקום יש אמת מידה שבדין. אכן, על הסכסוך שלפנינו חלות מספר הוראות דין - מהן חקוקות ומהן הלכתיות - שמהן נגזרות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך. שאלת הסמכות ליתן דחייה לשירות ביטחון קשורה בפירושו של סעיף 36 לחוק. עניין לנו בבעיה פרשנית רגילה, הנחתכת על-פי אמות המידה הפרשניות המקובלות. (השווה דברי השופט ברנן (brennan) בפרשת (1979) goldwater v. Carter 1007, at [71] לפיהם גם השאלה אם הנשיא מוסמך להכריז על מלחמה היא שאלה שפיטה שכן discretion resolved as a matter of constitutional law, not political the issue of decisionmaking authority must be). לא יעלה על הדעת, כי השאלה אם רשות שלטונית מוסמכת פונקציונאלית לבצע פעולה שלטונית אם לא, תהא בלתי-שפיטה נורמטיבית. זו שאלה, שתמיד יש נורמה משפטית ואמות מידה משפטיות להכרעה בה. נניח כי סעיף 36 לחוק לא היה קיים כלל, באופן שכל דחיית שירות צריכה הייתה להיעשות על-ידי פעולת חקיקה של הכנסת. כלום היה עולה על דעתו של מאןדהוא, כי עתירה, הגורסת כי דחיית שירותם של בחורי ישיבה אינה כדין, היא "בלתי שפיטה"? שאלת שיקול הדעת בדחיית שירות הביטחון נקבעת על-פי המבחנים המקובלים על תורת שיקול הדעת המינהלי. כפי שנראה בהמשך, יהא עלינו לבחון, אם שיקוליו של שר הביטחון הם ענייניים או זרים, ואם החלטתו עומדת במבחן הסבירות. בחינה זו נעשית כל כולה על-פי אמות המידה המשפטיות הרגילות, ואינה מתעוררת כל שאלה של העדר כלים משפטיים לעריכתה. כך, למשל, שאלת הסבירות נקבעת על-פי אמות המידה המקובלות, המעמידות את השאלה, אם שר הביטחון סביר היה רשאי לקבל את ההחלטה בדבר דחיית השירות. לעניין זה יהא מקום לבחון את המשקל שיש ליתן לשיקולים השונים, ואף בחינה זו נעשית על-פי אמות המידה המקובלות בביקורת השיפוטית של המעשה המינהלי.

#### 58. לדעתי, אין תחולה בעתירה שלפנינו לתורת אי השפיטות

המוסדית. כפי שנראה, ההכרעה בעתירה נעשית כל כולה על-פי אמות מידה משפטיות. כלום יעלה על הדעת לטעון, כי אמון הציבור במערכת בתי המשפט ייפגם אם אלה יפסקו, למשל, כי אין לו סמכות, לשר הביטחון, ליתן דחיית שירות ביטחון, וכי הפטורים שניתנו עד כה חרגו מהסמכות, וכי יש לפנות בעניין זה למחוקק? לדעתי, התשובה הינה, כי האמון בבתי המשפט ייפגם, דווקא אם אלה יימנעו מלפסוק כי קיימת חריגה מסמכות במקום שיש טענה ראויה בעניין זה, וכי האמון בבתי המשפט רק יגבר, אם אלה יעמדו על שלטון החוק. ואם כך הוא הדבר לעניין הקביעה שהסמכות חסרה, הרי דין דומה יחול לעניין הקביעה שהסמכות קיימת. בשני המקרים מפרש בית המשפט את החוק, ואין בכך כל פגיעה במעמדו. הוא הדין בכל הנוגע לבחינת שיקול הדעת של שר הביטחון. בחינה זו נעשית באופן אובייקטיבי, על-פי אמות המידה המשפטיות המקובלות מימים ימימה. הקביעה כי שר הביטחון פעל בסבירות - כמו גם הקביעה כי הוא פעל שלא בסבירות - נעשית על-פי המבחנים המשפטיים הרגילים. בית המשפט אינו מביע כל עמדה אידיאולוגית אישית. אין הוא נוקט כל עמדה במחלוקת הציבורית. הוא אינו מביע כל עמדה בשאלה, אם יש לגייס בחורי ישיבות או אם אין לגייס בחורי ישיבות. כל שבית המשפט בוחר, הוא, אם שר הביטחון סביר רשאי

פ"ד מב(2) 441

היה להחליט, כי ראוי הוא לדחות את גיוסם של בחורי הישיבות. אמת הדבר, "השאלה, אם יש או אין לגייס תלמידי ישיבות, היא ביסודה בעיה ציבורית, שיש להשאיר את פתרונה בידי הגורמים הפוליטיים, שמתפקידם להכריע בעניין זה" (מ"מ הנשיא י' כהן, בבג"צ 448/81 [2], בעמ' 88), אך השאלה, אם חוקי הוא או לא חוקי ליתן דחייה לבחורי ישיבה, היא שאלה משפטית, שיש להשאיר בידי הגורמים המשפטיים, שמתפקידם להכריע בעניין זה. הפוליטיקאים יכריעו בשאלה הפוליטית. השופטים יכריעו בשאלה המשפטית. הפוליטיקאים ישקלו שיקולים פוליטיים, השופטים ישקלו שיקולים משפטיים. אמת, לדחיית השירות של בחורי הישיבה יש "חשיבות ציבורית אידיאולוגית רבה מאוד" (הנשיא לנדוי בד"נ 2/82 [3], בעמ' 711). כמו כן מקובל עלי, כי בית המשפט "לא נועד לשמש זירה למאבקים ציבוריים-אידיאולוגיים" (שם). אך ההכרעה השיפוטית בעתירה שלפנינו אינה עוסקת בהיבט האידיאולוגי, והשופט אינו יורד לזירת המאבק האידיאולוגית.

איננו מכריעים בשאלה, אם ראוי לדחות שירות לבחורי ישיבה, אם לאו.

איננו נוקטים כל עמדה בשאלה זו. אנו מכריעים אך בשאלה, אם יש לו, לשר הביטחון, סמכות לדחות שירותם של בחורי הישיבה, אם הוא שקל בעניין זה שיקולים ענייניים, ואם החלטתו הינה החלטה סבירה. בכל אלה אין כל נקיטת עמדה אידיאולוגית בשאלה הציבורית. יש בה אך נקיטת עמדה משפטית בשאלה המשפטית. הנה כי כן, הקביעה, כי שר הביטחון פעל כפי ששר ביטחון סביר רשאי היה לפעול בעניין דחיית השירות, אין משמעותה, כי ראוי הוא לדחות את שירותם של בחורי הישיבה. משמעותה היחידה הינה, כי זהו שיקול ששר הביטחון רשאי היה לשקול, וכן המשקל שניתן לו הוא משקל, ששר הביטחון רשאי היה לתת. אמת, ייתכן שהציבור הרחב יתקשה בהבחנות אלה. אינני סבור, כי קושי זה מצדיק הימנעותנו מהכרעה שיפוטית. ציבור המתקשה להבין, כי דחיית העתירה אין בה הסכמה אידיאולוגית עם הבעיה הציבורית, הוא גם ציבור שיתקשה להבין, כי קבלת העתירה אין בה דחייה אידיאולוגית. אכן, בין אם נדון בעתירה ובין אם נימנע מכך, קיים חשש כי נובן שלא כראוי, אך, כפי שאמר הנשיא לנדוי, "זה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (בג"צ 390/79 [54], בעמ' 4). לדעתי, השיקול המרכזי שצריך להדריכנו הינו השיקול המשפטי. הוא משתלב יפה עם שיקולים של הפרדת רשויות ודמוקרטיה, המחייבים ביקורת שיפוטית על חוקיות המינהל; הוא יונק מהתפיסה, כי בית המשפט חייב לעמוד על משמר שלטון החוק בשלטון. מטעמים אלה נראה לי, כי העתירה שלפנינו שפיטה היא (נורמטיבית ומוסדית).

#### סמכות שר הביטחון

59. משעברנו את הפרוזדור והגענו לטרקלין, עלינו לבחון את השאלה העניינית הראשונה, הסובבת סביב סמכותו של שר הביטחון ליתן דחייה משירות ביטחון לבחורי ישיבה. טענת העותר הינה, כי דחיית שירות ביטחון לבחורי ישיבה הינה עניין לחקיקה ראשית, ולא להחלטה מינהלית. טענה זו "ראויה הייתה להישמע" (כדברי הנשיא לנדוי בד"נ 2/82 [3] הנ"ל, בעמ' 712), ומן הראוי הוא, על-כן, לבחון אותה לגופה.

60. המסגרת החוקית לסמכותו של שר הביטחון קבועה בסעיף 36 לחוק. על-פי הוראה זו רשאי שר הביטחון לדחות בצו את שירות הביטחון של יוצא צבא, "אם ראה לעשות כן מטעמים

פ"ד מב(2) 441

הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-ההגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים". נמצא, כי הסמכות לדחות שירות ביטחון של יוצא צבא נתונה לשר הביטחון. עם זאת, סמכות זו אינה כללית, אלא מוגבלת היא "לעילות דחייה" מסוימות. דחיית שירות מעילה, שאינה מנויה בין העילות הנזכרות, תגרוור דחיית שירות ללא סמכות לכך בדין. מכאן, שעלינו לבחון אם דחיית שירותם של בחורי הישיבה נכנסת לאחת העילות הקבועות בחוק. לדעתי, התשובה על כך היא בחיוב. עניין דחיית שירותם של בחורי הישיבה נכנס חלקית ל"עילת הדחייה" שעניינה "היקף הכוחות הסדירים" ול"עילת הדחייה" שעניינה "צרכי החינוך". עניין דחיית השירות של בחורי הישיבה נכנס באופן מלא ל"עילת הדחייה" בעניין "טעמים אחרים".

61. שר הביטחון מוסמך לדחות שירות ביטחון של יוצא צבא "מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים" של הצבא. עד כמה שהנימוק לדחייה קשור בהיקף הכוחות הסדירים, נופלת דחייה זו לסמכותו של שר הביטחון. עניין לנו כאן בקשר בין הטעמים לדחייה (כעניין שבשיקול-דעת) לבין עילת הדחייה (כעניין שבסמכות). בעניין זה עלינו לפנות לתצהירו של שר הביטחון, המצביע על שיקוליו בעניין זה. כפי שראינו (ראה פסקה 15 לעיל), בין שאר שיקוליו מונה שר הביטחון שיקולים אלה:

"(3) העובדה שאורח החיים של תלמידי הישיבות הינו דתי קיצוני ביותר ועקב כך ההליכה לצבא גורמת להם בעיות חמורות בהסתגלות לחברה לתרבות זרות להם, וקשיים בשמירה קפדנית על מצוות הדת.

כך, למשל, אין הם מכירים בהכשר של הרבנות הראשית לישראל, כשהם עצמם מתפצלים להכרה במספר הכשרים מיוחדים של רבנים שונים, ונוהגי יום יום אחרים שלהם עלולים להערים קשיים רבים בהערכות צה"ל לשילובם במסגרותיו; (4) העובדה שיעילות שירותם מוטלת כל כולה בספק עקב הקושי הנפשי שלהם להתבטל מתלמוד תורה ועקב חינוכם ואורח חייהם המיוחד".

שני שיקולים אלה עניינם הוא "טעמים הקשורים בהיקף הכוחות

הסדירים". משמעותם של שיקולים אלה היא, כי מבחינת צורכי הצבא ודרישותיו, שירותם של בחורי הישיבות הוא בעייתי. על בעייתיות זו עמד מ"מ הנשיא י' כהן, בבג"צ 448/81 [2] הנ"ל, בעמ' 86-87, באומרו:

"איש אינו יכול להתנבא, אם גיוס אלפים רבים של תלמידי ישיבות, אשר יראו בגיוסם לצבא פגיעה ביסוד אמונתם, לפיה לימוד תורה קודם לחובה לשרת בצבא, יוסיף לכוח הלחימה של צה"ל, או חלילה, יפגע בכוח זה. אין כל ביטחון שגיוס כזה, גם אם יגדיל מבחינה מספרית את כוחו של הצבא, לא יהיו לו השלכות שליליות מרחיקות לכת על חוסנה הפנימי והחיצוני של המדינה."

דברים אלה נאמרו לעניין שלילת זכות העמידה של העותרים, אך משקפים הם את שיקוליו של שר הביטחון לגופו של עניין. נמצא, כי שר הביטחון מוסמך לדחות את גיוסם של בחורי

פ"ד מב(2) 441

הישיבה, עד כמה ששיקוליו נוגעים לטיב שירותם של אלה. עם זאת, דומה ששיקול זה לא היה דומיננטי במיגוון שיקוליו של שר הביטחון, ועל-כן לא הייתי מבסס אך עליו את סמכותו של שר הביטחון ליתן דחיית שירות לבחורי הישיבה.

"62. עילת דחייה" אחרת הינה "טעמים הקשורים בצרכי החינוך". עילה זו - כמו גם העילות בדבר המשק הלאומי וטעמי המשפחה - אינה מוגבלת אך לחינוכו של האדם כחייל טוב יותר. היא משתרעת על "צרכי החינוך" של המדינה. במסגרתם של אלה ניתן להתחשב גם "בצרכי החינוך" של אחד הזרמים במדינה. שיקול "חינוכי" זה עמד לנגד עיני שר הביטחון, שכן בין שאר שיקוליו (ראה פסקה 15 לעיל), מופיעים גם השיקולים הבאים:

"(1) כבוד מחויבותם הרוחנית וההיסטורית של לומדים ומלמדים ש'תורתם-אמונתם' להמשיך ברציפות את קיום הערך של לימוד התורה; (2) הרצון שלא לפגוע בעקרון האמור שהוא נעלה ומקודש לחלק מהאוכלוסיה בישראל ובתפוצות."

לדעתי, נופלים שיקולים אלה בגדר "צרכי החינוך". נאמר לנו, כי במסגרת זו נדחה שירותם של אמנים ומוסיקאים בישראל. קיימת "עתודה אקדמאית", הדוחה שירותם הצבאי של סטודנטים באוניברסיטאות. איני רואה, במה שונים צורכי החינוך של בחורי הישיבות מצורכי החינוך של אמנים ומוסיקאים. כמובן, השוני עשוי שיתקיים לעניין שיקול הדעת גופו של השר ולעניין המשקל שהוא נותן לגורמים השונים, אך איני סבור, שיש הבדל בין השניים לעניין עצם סמכותו של שר הביטחון. עם זאת, דומה שהשיקול הדומיננטי לעניין דחיית שירות הביטחון של בחורי הישיבה הוא השיקול הדתי, כאשר הפן החינוכי שבו הוא אך משלים ומסביר, ועל-כן לא הייתי מבסס את סמכותו של שר הביטחון אך על עם זה בלבד.

63. עילת הדחייה השלישית הנוגעת לענייננו היא זו המאפשרת דחיית שירות ביטחון "מטעמים אחרים". כפי שראינו (ראה פסקאות 7-8 לעיל), חוק שירות בטחון המקורי הסמיך את שר הביטחון ליתן דחיית שירות ביטחון "אם היה סבור שמחייבים זאת טעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או טעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתישבות או המשק הלאומי, או טעמי משפחה, או טעמים אחרים כיוצא באלה" (סעיף 12). בחוק שירות בטחון (תיקון מס' 7) תוקנה הוראה זו, במובן זה שהמלים "כיוצא באלה" נמחקו. הטעם שניתן לכך בדברי ההסבר להצעת החוק היה "כדי לסלק כל פרשנות על דרך הצמצום" (הצעת חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תש"ל-1970, בעמ' 282). התיקון האמור נערך לאחר פסק הדין הדין של בית המשפט העליון בבג"צ 40/70 [1], ועל רקע קיומו של ההסדר בדבר דחיית השירות של תלמידי הישיבות. בבג"צ 448/81 [2], בעמ' 85, הדגיש מ"מ הנשיא, י' כהן, מצב דברים זה, תוך שציין, כי "נעשה התיקון אחרי נכשל הניסיון להביא נושא זה לדיון בבית-משפט זה". עם זאת, הן בדברי ההסבר להצעת החוק והן בדברי הכנסת, אין כל רמז לכך, כי התיקון המוצע קשור לשאלת דחיית שירותם של בחורי הישיבה. נהפוך הוא: בדיון שהתנהל בכנסת על חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), ציין שר הביטחון, כי זו אינה הזדמנות נאותה לעסוק

בשאלת דחיית שירותם של בחורי ישיבה, שכן אין לסוגיה זו כל שייכות להצעת החוק (ראה ד"כ 59(תשל"א) 98-99).

64. שר הביטחון הוסמך, אם כן, לדחות שירות ביטחון "מטעמים אחרים". הסמכה זו אינה פותחת פתח לשר הביטחון לשקול כל שיקול הנראה לו, סובייקטיבית, כראוי. אני מניח - על-פי הדוגמה הקלאסית - כי אילו החליט שר הביטחון לדחות את שירות הביטחון של כל "הגיינים" או כל המשתייכים למפלגה פלוגית, לא היה הדבר נופל לגדר "הטעמים האחרים". המבחן לעניינם של אלה הוא אובייקטיבי, והוא נקבע על-פי מטרת החוק ותכליתו. לדעתי, עשויים "טעמים אחרים" אלה לכלול בחובם טעמים דתיים. סמכותו של שר הביטחון אינה מוגבלת אך לשיקולים שעניינם היקף הכוחות הסדירים עצמם. כפי שראינו, סמכותו של שר הביטחון משתרעת גם על טעמים הקשורים בצורכי החינוך, המשק הלאומי או בטעמי משפחה. כל אלה עניינם שיקולים, שאינם קשורים בהכרח להיקף הכוחות עצמם, אלא כוללים גם שיקולים לבר-ביטחוניים, שמן הראוי להתחשב בהם. אין כל טעם איפוא לצמצם את "הטעמים האחרים" לטעמים ביטחוניים דווקא. אכן, ההיסטוריה החקיקתית וההגיונית של דברים מצביעה על מגמה הפוכה. הנה כי כן, מכוח "טעמים אחרים" ניתן לדחות שירותם של עולים חדשים או בני מיעוטים. כך, למשל, נדחה גיוסם של דרוזים דתיים, המצהירים על דתיותם מכוח הוראה זו. איני רואה כל סיבה, על שום מה לא ניתן יהא לכלול במסגרת זו גם דחיית שירות, מטעמים דתיים, של בחורי ישיבה. אמת הדבר, פטור משירות ביטחון של אישה בשל "טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי" ניתן מכוח הוראת סעיף 39(ג) לחוק, אך בכך אין כדי ללמד, שדחיית שירות מטעמים דתיים אינה כלולה בסמכות הדחייה "מטעמים אחרים". יש לזכור, כי בעוד שדחיית שירותם של בחורי הישיבה היא עניין שבשיקול-דעת של שר הביטחון, הרי פטור משירות ביטחון של אישה מטעמי מצפון או מטעמים שבהווי משפחתי דתי הוא פטור מכוח הדין. שיקול-דעתן של רשויות הצבא הוא אך לעניין הוכחת קיומם של טעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתי, ומשאלה הוכרו, אין רשויות הצבא מוסמכות שלא לפטור אישה, שכן הפטור ניתן לה כעניין שבזכות על-ידי החוק עצמו. אכן, אין כל חריגה מסמכות בכך שרשות מינהלית לוקחת בחשבון, שעה שהיא מפעילה את סמכויותיה הסטטוטוריות, שיקולים דתיים, ובלבד ששיקולים אלה נופלים למסגרתו של החוק המסמיך. כך, למשל, רשאי שר הפנים להתחשב בשיקול דתי לעניין קביעת שיעור קיץ (ראה בג"צ 217/80 [7]); המפקח על התעבורה רשאי להתחשב בשיקול דתי לעניין סגירתם של רחובות לתנועה בשבת (ראה בג"צ 174/62 [55]); המפקח על המזונות רשאי להתחשב בשיקול דתי בדאגתו לאספקת מזון לפסח (בג"צ 98/54, 105 [56]). בדומה, איני רואה כל חריגה מסמכות, אם בהפעילו את סמכותו ליתן דחיית שירות ביטחון, לוקח שר הביטחון בחשבון שיקוליו שיקולים בעלי אופי דתי. הצורך להבטיח חופש דת ומניעתה של כפייה דתית אין משמעותו איסור התחשבות בצרכיה של אוכלוסייה דתית. צורך זה קיים מאז קום המדינה, וטבעי הוא להניח, כי במסגרת הסמכות הרחבה, הנתונה לשר הביטחון, אפשר ליתן משקל גם לו.

65. טענתו הכללית של העותר בסוגיה זו הינה, כי דחיית גיוסם של בחורי הישיבה הינה עניין בעל חשיבות ציבורית מהותית, החל על כל תושבי המדינה, ועל-כן מן הראוי הוא שהכנסת תדון בו ותחוקק לגביו במפורש. טענה זו שני היבטים לה: האחד, שהסדרי הפטור מטעמים שבדת

פ"ד מב(2) 441

צריך שייקבעו על-ידי המחוקק הראשי ולא על-ידי מחוקק המשנה; השני, שהסדר בחקיקה הראשית מן הראוי לו שיהא מפורש ולא משתמע. אשר להיבט הראשון, מקובל עלי, כי עצם הענקת הסמכות ליתן דחייה לשירות ביטחון חייב למצוא עיגונו בחקיקה הראשית. כפי שראינו, לדעתי מצוי עיגון כזה בהוראת סעיף 36 לחוק. אשר להיבט השני, אין אני סבור - במישור הפורמאלי - כי הסמכה כללית ("מטעמים אחרים") אינה מספקת, וכי יש לפרט במפורש כל עילה ועילה לדחיית שירות. עם זאת מקבל אני - במישור המהותי - כי מצב דברים זה אינו רצוי. אכן, מכוח עקרון שלטון החוק ראוי הוא, כי "הסדרים ראשוניים" ייקבעו בחקיקה הראשית ובמפורש, ושלא תוענק הסמכה כללית למחוקק המשנה לקבוע בעצמו את ההסדרים הראשוניים (י' ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" הד המשפט 11(תשי"ז) 202-12-13 (תשי"ז) 14-222 (תשי"ז) 254). בצדק ציין פרופ' ב' ברכה, משפט מינהלי (שוקן, תשמ"ז) 95:

"הצטברות עוצמה חקיקתית כה רבה בידיהן של רשויות המינהל פוגעת בעקרון שלטון החוק ויש בה סטייה חמורה מהרעיון החוקתי, הישים לימינו, של תורת הפרדת הרשויות".

עמדו על כך השופטים זוסמן ו-ויתקון בבג"צ 266/68 [57], בעמ': 831

"חקיקת משנה בעניין עקרוני ורב חשיבות, מכוח חוק הסמכה, עלולה להביא עלינו משטר דמוקרטי-פורמאלי גרידא, משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי מחייב שחקיקה תיעשה בבית המחוקקים".

אני עצמי הייתי מוסיף, כי מקום שהכנסת סבורה, שיש להעניק למחוקק משנה סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים - ודבר זה עשוי הוא להיות מוצדק לעתים במדינה המודרנית - מן הראוי הוא להמשיך ולקבוע, כי תוקפם של הסדרים אלה מותנה באישור הכנסת (במליאתה או בוועדותיה). על-כן נראה לי, כי הצדק עם העותר, כי רצוי היה הדבר, מכוח עקרונותיו של "משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי", כי הכנסת תנקוט עמדה מפורשת בשאלת דחיית גיוסם של בחורי ישיבות, ולא תסתפק בהסמכה כללית וגורפת של שר הביטחון ליתן דחיית שירות "מטעמים אחרים". אם מטעם זה או אחר הכנסת סבורה, כי יעיל הוא יותר להגשמת צורכי הביטחון, כי ההסדרים הראשוניים בעניין זה ייקבעו על-ידי שר הביטחון, מן הראוי היה, כי ההוראות הנורמטיביות הכלליות תוקפן יהא מותנה באישור הכנסת או אחת מוועדותיה. בסוגיה שלפנינו לא נקט המחוקק דרכים אלה, והשאיר את ההסדרים הראשוניים ("טעמים אחרים") בידי שר הביטחון בלבד. עם זאת, אין אני סבור, כי ניתן לומר, שהימנעותה של הכנסת מלקבוע ההסדרים הראשוניים והימנעותה מהטלת פיקוח על הסדריו של שר הביטחון, משמעותן שלילתה של אותה הסמכה כללית. הכנסת מצאה לנכון להעניק לשר הביטחון סמכות רחבה של קביעת עילות פטור ודחייה "מטעמים אחרים", בלא שהותירה בידה סמכות אישור בעניין זה. את רצונה זה של הכנסת עלינו לכבד. שלטון החוק אינו רק שלטון החוק בשלטון, אלא גם שלטון החוק בשופט. משקבע המחוקק, כי "טעמים אחרים" עשויים לשמש עילה לדחיית שירות ביטחון, ממילא הסמיך בכך את שר הביטחון לקבוע, מה הם טעמים אחרים אלה. לאור מבנה ההוראה וההיסטוריה החקיקתית שלה ברור, כי "הטעמים האחרים" אינם קשורים בטעמי ביטחון דווקא, והם

פ"ד מב(2) 441

משתרעים גם על טעם לא ביטחוני. בין אלה נכללים, לדעתי, גם טעמים שבדת. נמצא, כי המחוקק הסמיך במפורש את הרשות המבצעת להחליט, על-פי שיקול-דעתה שלה, מה הם "הטעמים האחרים", המצדיקים דחיית שירות ביטחון.

66. ראינו, כי שיקול דתי נופל למסגרת אחד הטעמים האחרים, שאותם רשאי שר הביטחון לשקול. על-כן נראה לי כי השיקול הבא, ששקל שר הביטחון, הינו שיקול לגיטימי:

"(5) הכרה ברגישות הציבורית העמוקה של נושא השנוי במחלוקת

אידיאולוגית בקרב הציבור בישראל, ובצורך באיזון ממלכתי עדין של מחלוקת מסוג זה."

שיקול זה מצטרף לארבעת השיקולים האחרים, ששקל שר הביטחון, ויוצר מכלול של שיקולים, אשר כשלעצמם מוסמך היה שר הביטחון לשוקלם. השאלה היא, עם זאת, אם שיקולים אלה סבירים הם בנסיבות העניין. לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

סבירות שיקול-דעתו של שר הביטחון

67. מערכת השיקולים, שאותם שקל שר הביטחון, נופלת למסגרת

השיקולים הענייניים שאותם רשאי היה שר הביטחון לקחת בחשבון. אך האם נתן שר הביטחון את המשקל הראוי לשיקולים אלה? שאלה זו מעבירה את מרכז הכובד של הדיון המשפטי משאלת הסמכות לשאלת הסבירות. החוק העניק לשר הביטחון שיקול-דעת באשר לדחיית שירות מטעמי ביטחון. שיקול-דעת זה צריך שיהא מופעל בצורה סבירה. הפעלה סבירה של שיקול הדעת משמעותה, בין השאר, מתן משקל ראוי לשיקולים השונים (בג"צ 389/83 [36], בעמ' 445). עמד על כך השופט שמגר בבג"צ 156/75 [58], בעמ' 105, באומר:

"יכול שייווצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זה, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לעניין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך בבלתי-סבירה לחלוטין".

אכן, דבר אחד הוא לדחות את שירותי הביטחון של סוג פלוני של יוצאי צבא לשנה או לתקופת לימודים קצובה, שסופה שירות ביטחון הלכה למעשה (כפי שהדבר נעשה, למשל, עם המשתייכים לעתודה האקדמית); דבר אחר הוא לדחות את שירות הביטחון לתקופת לימודים בלתי קצובה, העשויה להביא, במהלכה הטבעי, לפטור משירות הלכה למעשה (כפי שהדבר קורה לרוב עם בחורי הישיבה). בדומה, דבר אחד הוא לדחות את שירות הביטחון של 800 תלמידי ישיבה (כפי שהדבר היה ב-1975); דבר אחר הוא לדחות גיוסם של 674, 1 תלמידי ישיבה (כפי שהדבר הוא ב-1987). הנה כי כן, השאלה הינה, אם שיקול-דעתו של שר הביטחון הופעל, בנסיבות העניין, באופן סביר: טענת העותר הינה, כי שיקול-דעתו של שר הביטחון הופעל באופן "בלתי סביר באופן קצוני". לעומתו טוענת באת-כוח המשיב, כי בשוקלו את השיקולים השונים

פ"ד מב(2) 441

"לא התעלם שר הביטחון מן ההשלכות של דחיית שירות תלמידי הישיבות (כולל לומדים ומלמדים וחוזרים בתשובה) על היקף הכוחות הסדירים וכוחות המילואים של צה"ל ועל ההיערכות לצרכי הביטחון של מדינת ישראל, אך הגיע למסקנה שלא לגייס לצה"ל סוג מועמדי שירות אלה. באיזון שבין כל השיקולים השונים גוברים בסופו של דבר השיקולים המצדיקים אי-שילוב תלמידי הישיבות מהסוג האמור בשירות צה"ל, כפי שהיה נהוג מזה שנים".

באת-כוח המשיב מוסיפה ומציינת, כי-

"בית המשפט הנכבד לא ישים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתו של שר הביטחון. שר הביטחון שקל את כל האפשרויות הסבירות במשקלן הראוי, ובחר מביניה בדרך הסבירה והנאותה ביותר לדעתו. העובדות לא הראו עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בשיקול דעת זה".

68. שאלת משקלם של השיקולים, העומדים ביסוד דחיית שירותם של בחורי הישיבה, הינה שאלה קשה. עצם דחיית השירות של בחורי הישיבה הינו עניין השנוי במחלוקת בישראל. קיימים בו "חילוקי דעות רציניים ואמיתיים" (כדברי השופט אלון בע"פ 54/81 [59], בעמ' 832, לעניין גיוסן של בנות דתיות). יש הסבורים, כי

"אין משמעות לארץ ישראל ולמדינת ישראל בלי בנים לומדי תורה, הדבקים בכל לבם ובכל נפשם במשימתם בכל אורח חייהם... צה"ל שומר על הגוף והישיבות על הנפש. צה"ל מגן על היהודים והישיבות על היהדות... תלמידי הישיבות הם בגדר חלוצים מתנדבים המוותרים על יתרונות חומריים פרטיים ומקדישים את עצמם לערכים רוחניים שנשמת האומה תלויה בהם" (הרב מ' צ' נריה, בני הישיבות וגיוסם (גוילין, תשכ"ח) [א] - מאמר שציטוטים ממנו צורפו לתצהיר התשובה).

לעומת יש הסבורים אחרת:

"זו שותפות מוזהר, אני שולח את בן הישיבה ללמוד במקומי, והוא שולח אותי לההרג במקומו. זה מקומם" (תת אלוף נחמיה דגן, קצין חינוך ראשי בצה"ל, בכתבה שצורפה לעתירה).

בתוך המחנה הדתי עצמו קיימות בעניין זה דעות שונות ומגוונות (ראה, למשל, הרב צ' י' קוק, "למצות הארץ" לנתיבות ישראל (קבוצת מאמרים, מנורה, תשכ"ז) 114-123 [ב]; הרב ש' י' זוין, "הגיוס של בני הישיבות" (למרגן ורבנן וראשי הישיבות, תש"ח) [ג] - השוללים את דחיית שירותם של בחורי הישיבה; לעומת זאת, ראה הרב י' מ' טיקוצינסקי, שחרור בני הישיבות מגיוס התורה והמדינה קובץ ה-ו (תשי"ג-י"ד) מה-נד ד] - הנותן את הביסוס ההלכתי לשחרורם של בני הישיבה). מן המפורסמות הוא, שבחורים דתיים שירתו בכל מלחמות ישראל, נתנו את נפשם עליה, והרי הם ממשיכים לשרת בכל חילות צה"ל (אם בישיבות הסדר ואם מחוצה



פ"ד מב(2) 441

להן). הנה כי כן, עניין לנו בסוגיה, אשר אין בה הסכמה לאומית והנתונה למחלוקת חריפה. נראה לי, כי במדינת ישראל, שבה משתזרים הזרמים השונים של היהדות והיהודים, ושבה נבנית חברה מודרנית על גבי היסטוריה ארוכת שנים, כל אחד מהשיקולים הנוגדים הינו לגיטימי, באופן ששר ביטחון סביר רשאי לקחת בחשבון. החברה הישראלית היא חברה פלוראליסטית, שיש בה דעות רבות ומגוונות באשר לנושאים ציבוריים וחברתיים שונים. שאלת דחיית שירותם של בחורי הישיבה היא אחת מאותן שאלות. יש הגורסים, כי המדינה לא תיכון בלעדי דחיית גיוסם, ויש הגורסים, כי המדינה לא תיכון בלעדי גיוסם. יש הרואים בדחיית גיוסם מעשה אציל, ויש הרואים בכך מעשה שפל. אין בסוגיה קונסנסוס חברתי. בנסיבות אלה - ועל רקע עמדתו כי השיקול הדתי עצמו שיקול רלוואנטי הוא - איני סבור, כי ניתן לומר שעמדתו של שר הביטחון היא כה בלתי סבירה, עד כי שום שר ביטחון סביר בישראל אינו רשאי לקבלה. משטר דמוקרטי מבוסס על סובלנות לדעות הזולת. זו לעתים אף סובלנות לדעה לא סובלנית. בחברה פלוראליסטית הסובלנות הינה גורם מאחד, המאפשר חיים משותפים. על-כן, הנכונות להתחשב בעמדת השונות, תוך מאמץ להכחות את חודם של החיכוכים, אינו נראה לי בלתי סביר בנסיבות העניין. התחשבות בו מתבקשת מעמדתו של "הציבור הנאור". אין גם לשכוח, כי בצד השיקול הדתי-חינוכי קיים גם שיקול צבאי, לפיו שירותם של בחורי הישיבות עשוי להזיק יותר משהוא עשוי להועיל. בלוקחו כל אלה בחשבון, על רקע צורכי הביטחון של המדינה, רשאי היה שר הביטחון להגיע להחלטה שאלה הגיע. היא נופלת למסגרת "מיתחם הסבירות" של שיקול-דעתו. ודוק: שר הביטחון רשאי היה גם לקבל החלטה שונה. הוא היה רשאי לסבור, כי רבים מדי דחויי הגיוס, ומן הראוי הוא לשנות את המדיניות בעניין זה. אכן, ההחלטה שאלה הגיע שר הביטחון אינה ההחלטה היחידה אליה ניתן להגיע בבעיה שלפנינו. זו אחת מההחלטות החוקיות שהמשיב רשאי היה לקבל.

69. באיזון בין השיקולים השונים העומדים ביסוד שיקול-דעתו של שר הביטחון על-פי סעיף 36 לחוק השיקול המכריע חייב להיות השיקול הביטחוני. לשם כך בא שירות הביטחון עצמו, וברוח זו נוסחו גם חלק מהפטורים משירות הבטחון. אך טבעי הוא, כי משקלם של השיקולים הליברליטחוניים, כגון שיקולי החינוך, המשפחה והטעמים האחרים, הוא קל יחסית, ורק אם פגיעתם בביטחון היא קלה, יש מקום לקחתם בחשבון. על-כן יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול, שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות. בעניין זה לא הרימו העותרים את הנטל המוטל עליהם להראות כי הפגיעה בביטחון אינה קלה.

70. עד כה בחנתי את סבירות החלטתו של שר הביטחון. משקבעתי, כי לדעתי ההחלטה סבירה היא, תמה ביקורתנו השיפוטית. כידוע, על-פי ההלכה המקובלת, איננו מחליפים, בסוג זה של עניינים, את שיקול-דעתו של השלטון בשיקול-דעתנו שלנו:

"השאלה אינה מה היינו אנו, כשופטי בית המשפט העליון, מחליטים, אילו הסמכות הייתה בידינו. השאלה שעלינו להכריע בה היא, אם שר... סביר, במקומו של המשיב, רשאי היה להגיע למסקנה, אליה הגיע המשיב" (בג"צ 297/82 [60], בעמ' 42-43).

פ"ד מב(2) 441

אכן, אינו מתבקשים לחוות-דעתנו, כאזרחים, בשאלה, אם ראוי הוא לדחות את שירות הביטחון של בחורי ישיבות. שאלה זו נצורה היא בלבנו, ואין לנו ליתן לה כל ביטוי בהכרעתנו השיפוטית. ביקורתנו השיפוטית מתרכזת בשאלה, אם שר ביטחון רשאי להתחשב בשיקול הדתי, ואם המשקל שניתן לשיקול זה על-ידי שר הביטחון הוא סביר, בנסיבות העניין. השאלה אינה, כוחו של איזה שיקול משכנע אותנו יותר. השאלה היא, אם השיקול הוא לגיטימי, באופן ששר ביטחון סביר היה רשאי להתחשב בו וליתן לו את המשקל שניתן לו למעשה. על שאלות אלה תשובתי היא בחיוב. תהא דעתי שלי בסוגיית דחיית גיוס בחורי הישיבה אשר תהא - ודעה זו אינה כלל לעניין - מקובל עלי, כי שר ביטחון סביר רשאי לקחת שיקול זה בחשבון, ליתן לו את המשקל שניתן לו המשיב ולהגיע להסדר שאליו הגיע המשיב. גישתי זו תואמת היטב את עקרון הפרדת הרשויות, שעליו עמדתי (ראה פסקה 51 לעיל). בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית - שהיא מתפקידיו המרכזיים ביקורת שאין בה ביטוי להשקפה פוליטית, אלא עמידה על חוקיות איזון שעשתה הרשות הפוליטית. בכך בא לידי ביטוי העיקרון הדמוקרטי (פסקה 52 לעיל). אין בגישתי זו כל "פוליטיזציה של השפיטה". אין בה ירידה אל זירת הוויכוח הציבורי. אין בה סובייקטיביזציה של שיקול הדעת השיפוטי. יש בה פעילות שיפוטית רגילה, כמקובל עלינו מימים ימימה, בביקורת השיפוטית שאנו מפעילים על החלטות הרשות המבצעת.

71. בסוגיית השפיטות ציינתי, כי במישור הנורמטיבי כל פעולה היא "שפיטה", שכן לעניין כל פעולה, המשפט נוקט עמדה אם חוקית היא אם לאו. הדגשתי, כי לכל בעיה משפטית יש, מטבע הדברים, כלים משפטיים לפתרונה. טול את השאלה שלפנינו, שעניינה סבירות החלטתו של שר הביטחון. במישור המשפטי השאלה הינה, אם האיזון ששר הביטחון עשה בין השיקולים התומכים בדחיית שירות הביטחון של בחורי הישיבה לבין השיקולים התומכים באי-דחיית הגיוס, הוא סביר. איזון זה נקבע, כפי שראינו, על-פי מטרת החוק ותכליתו, כפי שאלה מתפרשות על רקע עקרונות היסוד של השיטה ועל רקע תפיסתו של הציבור הנאור בישראל. כפי שצינתי, בשאלת גיוסם של בחורי הישיבה קיימת מחלוקת עמוקה בציבור הישראלי, ודעתו של הציבור הנאור עצמו חלוקה עליו. בנסיבות אלה דעתי היא, כי רשאי שר ביטחון לקחת בחשבון שיקוליו את השיקול הדתי (בצד השיקול החינוכי והצבאי). מטרת החוק ותכליתו מונעות משר הביטחון ליתן לשיקול זה משקל, שסופו פגיעה של ממש בביטחון המדינה. אך כל עוד הפגיעה אינה פגיעה של ממש, אני סבור, כי שר ביטחון ישראלי רשאי להתחשב בשיקול זה. זאת ועוד: דווקא העדרו של קונסנסוס לאומי והמחלוקת בתוככי "הציבור הנאור" מחזקים את ההכרה, כי בחברה דמוקרטית, הבנויה על פלוראליזם וסובלנות, רשאי שר ביטחון להתחשב בשיקול זה, כל עוד הביטחון אינו נפגע. על כל פנים, אין כל יסוד להתערבותנו שלנו בהחלטתו של שר הביטחון, הנופלת "למיתחם הסבירות". ניתן להציג תוצאה זו גם במונחים של נטל הוכחה. ניתן לומר, כי זה שעליו מוטל להראות, כי החלטת המשיב היא בלתי סבירה, נכשל במשימתו זו, וחזקת הסבירות, שממנה נהנית פעולת השלטון, לא נסתרה, דחיית העתירה במצב דברים זה אינה נובעת מאישפיטותו המאטריאלית של העניין, אלא מאי-יכולתו של העותר להראות, כי השלטון פעל שלא כדין. שני אלה אינם היינו הך. כך, למשל, אם מספרם של אלה ששירותם נדחה בשל לימודי תורה יילך ויגדל, עד שהוא יקיף מספר רב ביותר של יוצאי צבא, באופן שהביטחון נפגע, יגיע בוודאי רגע שבו נאמר, כי החלטה לדחות את הגיוס הינה

בלתי סבירה ודינה להיפסל. דבר זה לא יוכל לקרות, אם ההשקפה הינה כי הסוגיה היא בלתי שפיטה.

#### טענות נוספות

72. במהלך העתירה העלה העותר טענות נוספות, שברצוני להתייחס אליהן בקצרה. נטען על-ידיו, כי דחיית גיוסם של בחורי הישיבה פסולה היא, שכן היא נעשתה מכוח הסכם קואליציוני שאליו הגיעו המפלגות המרכיבות את הממשלה. טענה זו לא נוכל לקבל. ההסכם הקואליציוני הינו מכשיר מקובל בישראל. הוא מהווה מסגרת להסכמה פוליטית בין המפלגות. אין הוא יכול, כשלעצמו, להפוך לחוקית פעולה שבלעדיו אינה חוקית. אין להסכים בהסכם קואליציוני לבצע פעולות, שעל-פי הדין אסור לבצען, בדומה, אין בעצם העובדה שפעולה מסוימת נכללת בהסכם קואליציוני כדי להפוך אותה פעולה לבלתי חוקית, אם לולא אותו הסכם הפעולה הינה חוקית. זאת ועוד: הסכם קואליציוני עשוי להטיל חובה, מתחום המשפט הציבורי, לפעול לביצועו. ההלכה היא, שאין בהסכם קואליציוני כדי להגביל שיקול דעת סטטוטורי (ראה בג"צ 669/86, בשג"צ 451/86, 456[61]). על-כן, כדי לזכות בטענתו, על העותר להוכיח, כי שר הביטחון פעל כפי שפעל אך בשל ההסכם הקואליציוני, ולולא אותו הסכם היה פועל בצורה שונה. בנטל זה לא עמד העותר.

73. העותר צירף לתצהירו מספר מכתבים שכתבו שרי ביטחון, לרבות המשיב, לאזרח משה שפירא, ובהם הביעו את עמדתם שלהם בעניין דחיית גיוסם של בחורי ישיבה. כך, למשל, כתב שר הביטחון אריאל שרון ב-1982: "כשר ביטחון אינני שש לעובדה שגיוסם של תלמידי ישיבות תורניות בניגוד לישיבות הסדר נדחה... אולם ישנה מציאות מסוימת שנקבעה עם קום המדינה ואין בכוחי לשנותה". בדומה, כתב שר הביטחון משה ארנס ב-193: "ההחלטה לדחות גיוסם של אלה שתורתם אמנותם מעוגנת בהחלטות הממשלה ואין בכוחי או בסמכותי לשנותה".

אין ספק, כי בכל הנוגע להיבט המשפטי טעו השרים. הסמכות ליתן דחיית שירות ביטחון היא סמכותו של שר הביטחון, שלו ולא של זולתו. אין זו סמכותה של הממשלה, אם כי זו יכולה - בהסכמת הכנסת - להעביר את סמכותו של שר הביטחון לשר אחר (סעיף 30 לחוק יסוד: הממשלה). בכוחו של שר הביטחון לשנות את ההחלטה. שר הביטחון יצחק רבין - המשיב בעתירה שלפנינו - כתב ב-1985 למר משה שפירא כך:

"קודמי בתפקיד ציין לא רק את העובדה הפורמאלית שאין בסמכותו

לשנות את ההחלטה אלא הוסיף שאין גם בכוחו לשנותה. כשר ביטחון הייתי מאושר לו כל אזרחי המדינה הכשירים היו נוטלים חלק בהגנה על המולדת. אולם יש מציאות, שבתנאים הקיימים, לא ניתן לשנותה".

שנה לאחר מכן כתב מר רבין, כי החלטת ועדת השרים לעניין גיוסם של תלמידי הישיבות "מחייבת את מערכת הביטחון". כאמור, שר הביטחון הוא המוסמך להחליט בעניין דחיית גיוסם

פ"ד מב(2) 441

של בחורי הישיבה. בתצהיר התשובה שניתן מטעם המשיב לא חזר שר הביטחון על הטיעון, כי אין הוא מוסמך להחליט בעניין, אלא הסביר את המניעים שהביאו אותו לקבלת החלטתו זו. בהתייחסו למכתבים הנזכרים חזר והסביר המשיב - באמצעות עוזרו מר חיים ישראלי - :

"שר הביטחון מר יצחק רבין, לאחר ששקל את כל השיקולים הרלוואנטיים בנושא דחיית גיוסם של בני הישיבות... הגיע לכלל מסקנה שאין הנסיבות מצדיקות שינוי המדיניות שנקבעה בנושא הנדון על-ידי ממשלות ישראל, ובהתאם על ידי שרי הביטחון שקדמו לו. כמו גם שהוא ממשיך בפעולתו, כיום, על-פי מדיניות הממשלה. הציטוטים שמביא העותר ממכתביהם של שלושה שרי ביטחון שונים, שכיהנו בתקופות שונות, ושהיו בעלי השקפות פוליטיות שונות, אך מחזקים את הטענה כי שרי הביטחון הפעילו שיקול דעתם, כל אחד בזמנו, תוך התחשבות בשיקולים ממלכתיים כלליים, שהינם, כאמור, שיקולים סבירים, רלוואנטיים ולגיטימיים".

נמצא, כי שר הביטחון מודע לכך שהסמכות היא שלו, והוא סבור, כי מן הראוי, במציאות הקיימת, לעשות בה שימוש, כפי שהוא עושה הלכה למעשה. העובדה, ששר הביטחון אינו "מאושר" מהחלטתו זו, אינה פוגעת בחוקיותה.

#### סוף דבר

74. הגעתי אפוא למסקנה, כי לעותר מעמד בדין, כי העניין שהוא מעלה הוא שפיט (מאטריאלית ומוסדית), אך דין העתירה להידחות לגופה, שכן לשר הביטחון סמכות ליתן דחיית שירות ביטחון לבחורי ישיבה, ולא הוכח, כי השימוש בשיקול הדעת הינו, בנסיבות העניין בלתי סביר. ודוק: לא הבעתי כלל דעתי, אם דחיית שירותם של בחורי ישיבה היא עניין ראוי. כל שקבעתי הוא, כי שר הביטחון סביר רשאי לשקול עניין זה. ישאל השואל: האם לא נכון יותר היה לנקוט את הגישה שנקטה בעבר, לפיה נדחו העתירות על הסף, בלא לדון בהן לגופן, מאשר לדחות את העתירה לגופה. דעתי הינה, מטבע הדברים, כי התשובה על שאלה זו היא בשלילה, וזאת משני טעמים: ראשית, משום שבמרבית העתירות, בצד הדחייה על הסף, היה גם דיון לגופו של עניין; שנית - וזה העיקר בעיניי - שלטון החוק מתחזק, אם בית המשפט בוחן חוקיות פעולה שלטונית לגופה ומגיע למסקנה כי היא כדין. שלטון החוק נפגם, אם בית המשפט מסרב לבחון לגופה את חוקיות הפעולה, שייחכן שהיא בלתי חוקית, ומשאירה תלויה "על הסף". הימנעות מביטולה של פעולה כזו פוגעת בשלטון החוק. טול את הנושא שלפנינו. הכרה במעמד העותר, ובשפיטות העתירה, איפשרה דיון לגופו של הנושא. בנסיבות הקיימות החלטנו, כי שיקול-דעתו של המשיב הוא כדין. בנסיבות אלה עשוי לחול שינוי. החלטה שהיא סבירה במערכת מסוימת של נסיבות, עשויה ליהפך לבלתי סבירה במערכת משתנה של נסיבות. דחיית שירות הביטחון של בחורי הישיבה הינה החלטה שיש לחזור ולבחון אותה מדי פעם, על רקע צורכי הביטחון המשתנים ומתוך גישה פתוחה ועניינית (ראה בג"צ 297/82 [60]). שיקול הדעת של שר הביטחון הוא שיקול-דעת נמשך. עם דחיית הטענות בדבר חוסר מעמד וחוסר שפיטות חשוף שיקול הדעת של שר הביטחון לבחינה מחודשת, אם הנסיבות יצדיקו זאת. חוקיות השלטון תובטח. בית

פ"ד מב(2) 441

המשפט ימלא את ייעודו כשומר על שלטון החוק, על הפרדת הרשויות, ועל ערכי הדמוקרטיה. וכי תיתכן תוצאה טובה מזו? התוצאה היא שהעתירה נדחת. אין צו להוצאות.

המשנה לנשיא לשעבר מ' בן-פורת: עיינתי עיין היטב בחוות-דעתו המעמיקה של חברי הנכבד, השופט ברק, ואוכל לומר כבר בפתח הדברים, שלעיצומו של עניין (החל בסעיף 61) עמדתו מקובלת עלי ללא סייג וכך גם התוצאה, שלפיה דין העתירה להידחות. לעניין הסבירות אוסיף, שבכואי לבדוק אם ההחלטה של שר הביטחון לוקה באי-סבירות קיצונית, התעלמתי מעמדתי האישית, שכן (כמוסבר בהמשך) לא זה המבחן הקובע.

יותר מורכבת ומסובכת היא שאלת היקפה של זכות העמידה, שרצוי להעניק לפונים אל בית-משפט זה, וכן שאלת שפיותם של נושאים למיניהם. בצדק מציינ חברי הנכבד, כי הכלל, לפיו אין מעניקים זכות עמידה ל"תובע ציבורי", מן הדין שיישמר, ואילו המקרים, שבהם יפתחו שעריו של בית-משפט זה לפני תובע כזה, מן הראוי שיהיו בגדר חריגים, כמוהו סבורה גם אני, אין שום סתירה בין קיום ההפרדה של שלוש הרשויות לבין קיומה של ביקורת מצד הרשות השופטת שכל רשות תפעל כהלכה וכחוק. אדרבה, ניתן אף לומר, שהדברים מתיישבים היטב, וכי הביקורת שומרת על עקרון ההפרדה כהלכתו. אם רשות פועלת מתוך משוא פנים, חריגה מסמכות, אפליה, שרירות או אי-סבירות קיצונית, מן הדין שתדע, כי עינו של בית המשפט פקוחה, וכי כוחו עמו למנוע פעולות מעין אלה. ברם, הכול מסכימים, שאין בית-משפט פועל בכגון דא מיוזמתו, אלא חייבת להיות לפניו עתירה של מאן דהוא. כרגיל חייב העותר להיות הנפגע (או העלול להיפגע) מהחלטתה או מפעולתה של הרשות, אך במקרים חריגים תידון גם עתירה שהוגשה על-ידי מי שלא נפגע (או עלול להיפגע) אישית. כפי שציין חברי - ולא אחזור על האסמכתאות שהביא - די בכך שהעותר נפגע כך לא במישרין אלא כחלק מקבוצת אנשים ולעתים - בהיות המעשה הנידון חמור - כאחד מכלל הציבור. בנושא החריגים הגבולות מטושטשים למדי, והשיקולים עשויים להשתנות ממקרה למקרה. לדידי, כל עוד קיים נפגע ספציפי, העשוי, יכול ואף צריך לפי תכתיב השכל הישר - להיות מעוניין לתקוף את החלטתה או פעולתה של הרשות, הייתי מהססת מאוד להכיר בזכות העמידה של כל אדם אחר (שאינו זרועו הארוכה). יחד עם זאת, אם (למשל) מדובר במעשה שחיתות מצד הרשות או בפעולה העשויה לפגוע קשות בתדמיתה של המדינה או באינטרס של הציבור, הייתי נוטה להכיר בזכות העמידה, מטעם שאבאר בהמשך, אפילו של עותר שעשה כן אך לצורכי פרסומת. חרף כל ההבדלים בין משפט רגיל בבתי המשפט האחרים לבין טיבה של עתירה לבג"צ, רצוי לזכור, שאפילו אין נתבע מסתמך על טענת אי חוקיות, יוזם בית המשפט את הדיון בשאלה זו, בתנאי שברור בעליל או הוכח מעל לכל ספק, שהפעולה העומדת במרכז הדיון (כגון, חוזה שנכרת) אכן לוקה באי חוקיות (ראה: ע"א 365/54, 369[62], בעמ' 1615-1616 והאסמכתאות המובאות שם). ואם בעניין פרטי כך, בעניין ציבורי הנוגע לפעילותה של רשות לא כל שכן! ברם, כאן כמו שם חייבת לבוא פנייה (תובענה או עתירה, לפי העניין), שבמסגרתה מתאפשרת יוזמה כזאת.

בקווים כלליים הייתי איפוא אומרת, שבעיקר יש מקום לחרוג מן

הכלל, כאשר הנושא הוא בעל ערך ציבורי רב, ואין בנמצא "נפגע" ספציפי (או אדם ספציפי העלול להיפגע), הצריך להיות

פ"ד מב(2) 441

מעוניין והיכול הוא עצמו לתקוף את המעשה של הרשות. כך, למשל, היה המצב בעתירות שהוגשו בשעתן על-ידי עותרים רבים בנושא אי-הסגרתו של ויליאם נקש (בג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543, 1/87, [15]33). אדם, שהוחלט לא להסגירו, פשיטא שלא יעלה על דעתו לתקוף את ההחלטה (שאם רצונו לעמוד לדין במדינה הזרה, אין דבר שימנע בעדו מלעשות כן). משמע, שללא פתיחת השערים לפני

"עותר" או "תובע" ציבורי לא הייתה ההחלטה מגיעה לכלל דיון. הוא, כמוכבן, הדין במקרים, שבהם זוכה אזרח פלוני לטובת הנאה כתוצאה מאפליה או תמורת שוחד וכיוצא באלה מקרים, שבהם אין בנמצא נפגע שירצה להלין על המעשה החמור, פרט לאזרח שטוהר המידות של השלטונות יקר לו. שיקול זה, המוכבן, לדעתי מאליו, מצא ביטוי קולע בדברי פרופסור -,578, upra, wade, at 577, המוכבאים על-ידי חברי, ואחזור עליהם מצדי: "In private law that principle can be applied with some" strictness. But in public law it is inadequate, for it ignores the dimension of the interest. Where some particular persons are not. But public authorities have many powers Permission improperly, or licenses indecent films for particular individuals. If a local authority grants planning Wrong to any one in particular. If no one has standing to exhibition, it does a wrong to Find some the public interest but no Call it to account, it can disregard the law with answer to this problem, otherwise the rule of law impunity. An efficient system of administratve law must." breaks down גם כאשר יש מקום לפתוח את השערים לרווחה, יש להימנע עד קצה האפשר מריבוי עותרים, נושא שעמד עליו כבוד הנשיא שמגר בבג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543, 1/87, [15]33, ולא נותר לי אלא לסמוך ידי על עמדתו.

יחד עם זאת, אין זה רצוי שהכלל יהפוך לחריג והחריגים לכלל.

הייתי גם מהססת להפיל את כל המחיצות כדי לאפשר פנייה בכל מקרה שבו קובל עותר, שהרשות עשתה מעשה שלא כדין. גם השופט ברק מסכים, שבטענה של אי-חוקיות בלבד אין די לשם הכרה ב"תובע הציבורי". ברם, אני בעד צמצום רב יותר של תחום החריגים. כללית נראית גם לי גישתו של השופט ברנזון, שמצאה ביטוי בכמה מפסקי-דין, לפיהם רצוי לרחוק מכללים נוקשים ולהעדיף על פניהם גמישות, תוך שקילת רצינותה וחשיבותה הציבורית של הבעיה, "וככל שחשיבותו של העניין מבחינה ציבורית גדולה יותר, כן תגדל נטייתו של בית המשפט להכיר בזכותו של העותר אף שהוא אזרח מן השורה, להביאו לפניו" (מתוך בג"צ 26/76 [9], בעמ' 802). ברם, מהשיטין, או לפחות מבין השיטין, של חוות-דעת חברי הנכבד, השופט ברק, עולה נטייה להרחבת יתר של תחום החריגים. למשל, אומר חברי בפיסקה 23:

פ"ד מב(2) 441

"אמת, 'באין נרגן ישקוט מדון', אך מדוע צריך הנרגן לטעון אך לזכותו שהופרה או לאינטרס שלו שנפגע, ומדוע לא יוכל לטעון לחוק שהופר? מהו היסוד המוסרי לגישה, כי מי שטוען כי כספו נגזל שלא כדין יוכל לפנות לבית המשפט, אך מי שטוען שכספו של הציבור נגזל שלא כדין לא יוכל לפנות לבית המשפט? מהו הטיעון העקרוני, שיסודו בתורת משפט ובתורת הפרדת רשויות, המצדיק הבחנה זו? לדעתי, אין לה יסוד. אכן, גישתי הינה כי הדרישה לקיום זכות או אינטרס כתנאי למעמד כדין הינה דרישה מחוסרת יסוד פילוסופי, אינה מעוגנת בהפרדת רשויות, אינה נשענת על בסיס מוסרי ופוגעת בשלטון החוק".

חוששת אני שגישה זו היא גורפת מדי. לא הרי אדם הטוען שנפגע אישית - כגון על-ידי אי-מתן פטור ממס - ולו גם כדי סכום צנוע, כהרי אדם הטוען שפולני קיבל פטור שלא כדין ובכך נגזל כספו של הציבור. השיקולים, מבחינה פילוסופית ואפילו מוסרית (ולא רק פרגמטית), שונים הם בשני המקרים.

הטעם המנחה אותי הוא, כי לא בכדי קובע סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שבית-משפט זה מוסמך לדון "בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק"... (ההדגשה שלי - מ' ב"פ). סעד נותנים לאדם שנפגע (או עלול להיפגע), אך אם המעשה השלטוני הוא חמור, או שהבעיה הציבורית היא רבת חשיבות, כי אז ורק אז יש מקום לראות כל אדם מן הציבור כ"נפגע" הזקוק וראוי לסעד. לשון אחר, מחמת חומרת המעשה או כובד הבעיה הציבורית קיים אינטרס בר-הגנה גם לעותר, שבנסיבות רגילות היה נדחה על הסף כ"תובע ציבורי".

ערה אני לכך, שחברי הנכבד התייחסו בנפרד לצד המוסרי-פילוסופי מזה ולצד המעשי-פרגמטי מזה, כשהאחרון צריך להתבסס על איזון הולם של שיקולים למיניהם, אלא שהאיזון שאליו אני חותרת הוא יותר לכיוון הידוק החגורה בפתחת השערים, כמבואר.

כשלעצמי אני חוששת, יותר מחברי הנכבד, גם מיצר ההתדיינות העלול לגרור הצפת בית המשפט בתביעות ציבוריות, אשר הטיפול בהן עלול לגזול זמן יקר שיירד לטמיון.

מכאן לענייננו. לאור התצהיר שצורף לעתירה לשם ביסוס הטענה, שעלולה להיות השפעה לדחיית שירותם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם" על אורך התקופה של השירות הצבאי של כל יחיד, מוכנה אני להצטרף למסקנה, ש"זכות עמידה" במובנה הצר הוכחה בעתירה שלפנינו (היינו פגיעה באינטרס אישי).

את תיחום גבולות השפיטות הייתי משאירה בצריך עיון, אם כי כללית נוטה דעתי לדעת חברי הנכבד, הנשיא שמגר. אחרי ככלות הכול רואה אני בשאלה זו בעיקר ריסון עצמי של בית המשפט במקרה מתאים. שקילת הצורך בריסון מן הראוי איפוא שתתבסס על נתונים ונסיבותיה של העתירה העומדת לדיון, לעתים (כגון, מחמת דחיפותו וחוניותו של העניין) בפתח הדיון ולעתים בסופו. מכל מקום, דייני אם אומר, שאיני רואה הצדקה להימנעות מלדון בעתירה

פ"ד מב(2) 441

המונחת לפנינו. אם, חלילה, לוקה החלטת הדחייה של שירות צבאי לקבוצת אנשים בשירות או באפליה בין שווים, בשיקול שאינו סביר במידה קיצונית או במשוא פנים, על שום מה לא תיבדק השאלה על היבטיה אלה בבית-משפט זה? הנושא גופו של דחיית המועד לשירות צבאי אינו בעל אופי המצדיק לראותו כבלתי-שפיט, בין מהבחינה הנורמטיבית ובין מהבחינה המוסדית.

לעיצומו של עניין, כפי שכבר הבהרתי בפתח דבריי, שלמה אני עם נימוקיו של חברי, השופט ברק, החל בסעיף 61 לחוות-דעתו, ואיני רואה כל צורך לחזור על נימוקיו בשנית. אוסיף אך זאת, שנקודת השקפה, לפיה יש לאנשים שתורתם אומנותם מעמד ייחודי במובנים מסוימים, נמצאה לא-בלתי סבירה גם בהקשר אחר (בג"צ 200/83 [63]). כפי שהודגש שם על-ידיי, תהא עמדת האישית אשר תהיה, המבחן הקובע הוא, אם החלטתם של האדם או של הגוף המוסמך לוקה באחד הפגמים, שבעטיים מן הראי שנתערב בה. זו שאלה שונה בתכלית משאלת השקפתו של השופט היושב על מדין. אכן, אילו נמצאה קבוצת אנשים בני דת אחרת, אשר עוסקים גם הם אך ורק בלימודי קודש, כי אז הייתה זו לכאורה אפליה אילולא הוענקה גם להם דחייה דומה כמו לבחורי הישיבה (השווה עם הלכת בג"צ 200/83 הנ"ל [63]). כמו כן ייתכן, שבעתיד יגיעו מימדי הדחיות לכדי שיקול רציני באשר לסבירות גישתו של שר הביטחון, עד כדי הצדקה להתערבותו של בית-משפט זה. אינני סבורה שזה המצב עד כה.

אשר-על-כן גם דעתי היא, שדין העתירה להידחות.

הנשיא מ' שמגר: פתח דבר

1. המשמעויות המשפטיות של דחיית הגיוס של חלק מתלמידי הישיבות שבו ועלו עתה מחדש לפני בית-משפט זה ונבחנו הפעם לגופן.

2. (א) השאלות המרכזיות, שאליהן ראיתי להתייחס כאן בפרוטרוט, היו שתיים: ראשית, השאלה המשפטית של השפיות; שנית, המענה לשאלה לגופה, היינו: האם דחיית השירות מבוססת כדבעי בהוראותיו של הדין? (ב) מסקנתי היא, כי הנושא שלפנינו הוא שפט, וכי אין מקום למסקנה כי הסמכויות הופעלו שלא כדין.

עם זאת אוסיף ואבהיר בהמשך הדברים, כי גישתי לעניין התוויית תחומיה של השפיות היא שונה במידת מה מזו המוצגת בדברי חברי הנכבד, השופט ברק.

3. זאת ועוד, אין להבין את הסכמתי לתוצאה המשפטית, כאילו אני שלם עם ההסדר בדבר אי-גיוסם של חלק מבחורי הישיבה, כפי שהוא נוהג כיום. במה דברים אמורים? אמנם חזקה עלינו, כי הפתרון המשפטי של בעיה פלונית מעוגן בנורמות של הדין ולא "בדעה הפרטית והפרדילקציות האישיות" של השופט, כדבריו של הנשיא אגרנט בבג"צ 58/68 [30],



פ"ד מב(2) 441

בעמ' 600). בשל טעם זה נמנע בית המשפט, בדרך כלל, מהבעת דעה לגבי תופעות, אשר אין הוא מוצא מקום לדון בהן מן הבחינה המשפטית לגופה; אולם יש שההתייחסות לבעיות לגופן נכפית על בית המשפט בשל מהותו של הנושא המובא לפניו (השווה בג"צ 72/62 [64]). הנסיבות המשפטיות מטילות אזי על השופט את ההכרח להתייחס לבעיות, שאין הוא נוהג בדרך כלל להביע דעתו לגביהן. זאת ועוד, יש שבעיה ניצבת על גבול מיתחם הסבירות, והיא מעוררת ספקות קשים. בנסיבות כאלה אין זה הכרחי - ולעתים אף אין זה מוצדק - שהשופט יסתפק בהצהרה על התוצאה המשפטית הפורמאלית, תוך הכרה בסבירותה של התוצאה לפי המבחנים המשפטיים המיושמים על-ידי בית המשפט, בלי לבטא אותה עת גם את הערכתו באשר למיקומו של הפתרון הקיים בתוך מיתחם הסבירות.

לדידי, הוא אשר קורה כאן: ההסדר הקיים בדבר שחרורם משירות צבאי של חלק מבחורי הישיבה (לעומת בחורי ישיבה אחרים אשר משרתים ושירתו בכל מערכות ישראל יחד עם כל יוצאי הצבא) אמנם איננו בלתי חוקי, אך מן הבחינה העניינית הוא, לדעתי, בלתי מניח את הדעת, וקשה להשלים עמו. הוא מעורר שאלות נכבדות בתחום המוסר הציבורי והאישי גם יחד, שאלות הנותרות ללא פתרון. דברים אלו נאמרים כאן גם כדי שהתוצאה המשפטית לא תטשטש את השיפוט הערכי, הלאומי והאנושי, המקנן בעניין זה, לפי הערכתי, בלבו של חלק נכבד מן הציבור.

סיכומה של נקודה זו: אם כי מן הבחינה המשפטית אינני רואה מקום להתערבותו של בית-משפט זה כמבוקש בעתירה, אינני נכון לסמוך את ידי על ההסדר, מן הבחינה העניינית.

מכאן אעבור לניתוח המשפטי של הבעיה שלפנינו.

שיטת הניתוח של הבעיה

4. מקובל עלי, כי שלוש הן השאלות שבהן יש לדון, בדרך כלל, בסוגיה שהעולתה לפני בית המשפט בעתירה זו.

(א) זכות העמידה של העותר;

(ב) השפיטות של הנושא, היינו: באיזו מידה המדובר בעניין אשר לפי מהותו נתון להכרעה שיפוטית, והאם אין סוגיה זו נמנית עם הנושאים שההכרעה בהם מן הראוי שתהיה מסורה להחלטתן של רשויות אחרות, והן הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת; (ג) ההסדר החוקי, שלפיו נדחה שירותם הסדיר של חלק מבין בחורי הישיבה בשל היות תורתם אומנותם, כך שהם, למעשה, פטורים משירות סדיר ומשירות מילואים.

פ"ד מב(2) 441

שלושת הנושאים הנ"ל אינם מוצגים כאן על-פי סדר קדימה מחייב, שבו יש לדון בהם בכל הנסיבות, כי עניין סדר ההתייחסות לנושאים אלה, לגבי סוגיה קונקרטיה, נשלט כמובן, על-ידי מהותה ופרטיה.

5. (א) חברי הנכבד, השופט ברק, סיכם בפסק-דינו את עיקרי העובדות המונחות ביסודה של עתירה זו, ואינני רואה להוסיף על כך דבר.

כן מקובל עלי התיאור בדבר מהותה של המסגרת המשפטית הפורמאלית, היינו סיכום ההוראות הרלוואנטיות של חוק שירות בטחון, על תיקוניו ונוסחיו המשולבים.

(ב) על השאלה, אם יש לעותרים שלפנינו זכות עמידה, השיב חברי הנכבד השופט ברק בחיוב.

אף לדידי העותרים הם בעלי זכות עמידה. לא אוסיף לעניין זה על דבריו הממציים של חברי הנכבד, כי דעתי במישור זה תואמת את המגמה העולה מדבריו, ואשר הוצגה כבר בעבר פעמים אחדות, ובין היתר בבג"צ 869, 852/86, 483/86, 486, 487, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543, 1/87, 543, 15]33, בעמ' 22; בג"צ 1/81 [10], בעמ' 372; בג"צ 511/80 [20]; בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בג"צ 320/86 [12].

(ג) בשאלת השפיטות, אזכיר כאן, בקליפת אגוז, כי חברי הנכבד מתווה קווים מבחינם בין תחום השפיטות הנורמטיבית לבין השפיטות המוסדית. הוא סובר, כי הנושא שלפנינו שפיט משתי הבחינות הנ"ל גם יחד. אשר לגוף המחלוקת הגיע לכלל מסקנה, כי הכרעתו של שר הביטחון בנושא שלפנינו היא חוקית וכי איננה חורגת ממיתחם הסבירות, היינו: ההחלטה היא בגדר אלה שאותן שר ביטחון סביר היה יכול לקבל בנסיבות העניין, ועל-כן, אין עילה להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק, כפי שנתבקש בעתירה זו.

השלב הדיוני שבו עולה שאלת השפיטות

6. (א) שאלת זכות העמידה היא בגדר נושא, אשר ההחלטה לגביו נופלת, בדרך כלל, בשלב הטרומי של הדיון; שאלת - השפיטות יכולה, לעומת זאת, להיות מוכרעת על-ידי בית המשפט בכל שלב של המשפט, היינו גם לאחר ליבון הבעיה ובעקבות הדיון בה לגופה ולפרטיה. בהקשר זה ציינתי בבג"צ 620/85 [33], בעמ' 191, שמקום בו מצא בית המשפט הגבוה לצדק, כי יש לו סמכות לדון בעניין, וכי להכרעה בדין מצויות אמות מידה משפטיות, רשאי הוא, למרות זאת, לשקול, אם מן הראוי להתערב בסכסוך המובא לפניו אם לאו, ואף להימנע כתוצאה מכך מן ההתערבות השיפוטית. שיקול הדעת המסור לבית המשפט הוא, בין היתר, ביטוי לקיומו של הצורך ליצור איזון בין האינטרסים השונים של רשויות השלטון ושל הפונקציות שלהן, ובכלל זה האינטרס לקיים הפרדה, הבאה לאפשר לרשות אחרת מרשויות השלטון המופקדת על כך להחליט בנושא שהאופי הדומיננטי שלו הוא פוליטי. כפי שהוזכר, יש בהקשר זה לתת את הדעת לכך, כי במסגרתה של בעיה פלוגית יכול שיהיו מרכיבים או יסודות, היונקים מתחומים השונים

פ"ד מב(2) 441

זה מזה, היינו מקצתם בעלי אופי משפטי או בעלי תכונות המאפשרות הכרעה שיפוטית ומקצתם פוליטיים מובהקים. הוזכר שם, כי יש לא מעט סוגיות הנושאות סממנים שבהם מעורב היסוד הפוליטי באותם יסודות המאפשרים שיקול-דעת ואבחנות אשר אופיים משפטי. על כך הערתי בבג"צ 852/86, 869 בשג"צ 483/86, 487, 486, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543, 1/87, 15]33, בעמ' 29-30:

"...כשלעצמי איני סבור, שניתן ליצור, הלכה למעשה, סגירה הרמטית או סינון, המונעים מעיקרם גלישתן של מחלוקות בעלות סממנים מדיניים לתוך תחומי ההתדיינות לפני בית המשפט הגבוה לצדק. אמת המידה המיושמת על-ידי בית המשפט היא משפטית, אך רוב הנושאים החוקתיים טומנים בחובם גם יסודות מדיניים במובניו השונים של מושג זה, והשאלה היא, בדרך כלל, מהו אופיה הדומיננטי של הפלוגתא. לא ניתן, על-כן, לקבל את ההצעה, שבית המשפט יסגור עצמו מפני הדיון בנושאים אלה בשל כל תכונת לוואי פוליטית כאמור. נהפוך הוא, בחינתו של עניין על בסיס משפטי-נורמטיבי יכולה לשחרר את הבעיה, לא אחת, מן התלות בגישות מדיניות נלוות, העלולות לערפל את מהותה האמיתית של הבעיה.

עיקרו של דבר, גם אם יש לבעיה פלונית היבטים פוליטיים, הרי אמת המידה המיושמת על-ידי בית המשפט היא משפטית, ורק על-פיה נבחן אם הנושא ראוי לדיון בערכאותינו. משמע, בית משפט זה בוחן אם יש עילה משפטית - מבין אלו שסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה דן בהן כד להחליט אם לפתוח שערו לפני מי שעותר אליו, ולאור אמת מידה זו אין מעמדו האישי של פלוני כחבר-כנסת צריך להוסיף או לגרוע, ואין ולא צריך להיות בתכונות לוואי פוליטיות של מחלוקת פלונית כדי לשנות מאומה מן השפיטות של הבעיה, אם היא אכן, מבחינה דומיננטית, בעיה משפטית" (ההדגשות שלי - מ' ש').

אולם, גם היפוכו של הדבר הוא נכון, היינו יכול שהאופי הפוליטי יהיה דומיננטי עד כדי כך, שהמשמעויות המשפטיות של הבעיה ייבלעו בו או יידחקו לקרן זווית. היסודות בעלי המשמעויות המשפטיות (כגון שאלת הסמכות) מסורים, כמובן, לעולם לביקורתו של בית המשפט; אך אם המכלול מצביע באופן ברור וגלוי על מחלוקת בעלת אופי פוליטי דומיננטי, לא ייטה בית המשפט לעסוק בה (בג"צ 58/68 [30] הנ"ל, בעמ' 600).

(ב) ציינתי, כי ההכרעה בעניין השפיטות יכולה ליפול בכל שלב של הדיון. אין להבין מכך, כי הנושא לא יכול להיות מוכרע בתחילתו של הדיון. ההחלטה בעניין השפיטות, אחרי בירורו וליבונו של הנושא הנתון במחלוקת, היא בגדר אפשרות פתוחה ולא חובה. יש נסיבות, שבהן תידרש או תתבקש החלטה בעניין השפיטות עם תחילת הדיון, והדבר הוא אפשרי ונתון לשיקול-דעתו של בית המשפט.

(ג) סיכומה של נקודה זו: כאשר בעיה משלבת בתוכה יסודות משפטיים ופוליטיים, לא

פ"ד מב(2) 441

יימנע בית המשפט מלדון בה, לפי מבחניו המשפטיים, רק בשל כך ששזורים בבעיה רכיבים פוליטיים. אך מובן שהוא לא ידון באלה האחרונים.

אם הבעיה היא באופן מכריע פוליטית ואך באופן משני בעלת סממנים משפטיים, יכול בית המשפט לעשות אחת מאלה: לקבוע שהתכונות המשפטיות הן חסרות משמעות לצורך ההכרעה בבעיה לגופה ולדחות את העתירה על כל היבטיה, או להצטמצם לדיון בהיבטים המשפטיים ולהותיר את ההכרעה בנושאים הדומיננטיים למי שמופקד על כך לפי חלוקת תחומי האחריות החוקתיים.

(ד) מכאן גם, מדוע נאמר בבג"צ 620/85 [33] הנ"ל, כי לא בכל עתירה, המעלה נושא המסור לסמכותו, יהיה בית המשפט הגבוה לצדק נכון להפעיל את כוחותיו, אף אם מתקיימים תנאי השפיטות. זוהי גם המשמעות של קביעת העיתוי להפעלת מבחני השפיטות: כאשר עניין נבחן מבחינת שפיטותו אחרי הדיון המפורט בו לגופו, ניתנת הדעת, כמובן, בעיקר לנסיבות העניין הספציפי, העומד לפני בית המשפט, ולא רק לשיוך ולסיווג הכלליים של נושא פלוני. כמוסכם שם בעמ' 191-192:

"היתרון של התיזה - לפיה נושא חוקתי חשוב הוא גם נושא שפיט, אולם יש להוסיף ולבחון אם להתערב בו לפי מבחני שיקול הדעת השיפוטי - הוא בגמישותה ובמיקומה של הבחינה לאחר הדיון בנושא ולא טרם עריכתו. סוגיה זו כבר הוסברה בבג"צ 306/81 הנ"ל, בעמ' 141-142 מקום שם נאמר בעמ' 141: 'בשאלה חוקתית חשובה... מוטב שיווצרו נסיבות דיוניות המאפשרות את הכניסה לטרקלין, והוא כל עוד לא ברור וגלוי, כי הנושא אינו נתון לשיפוטו של בית המשפט'.

ההנחה העומדת מאחורי דברים אלה היא, כי כאשר השאלה חשובה, וכל עוד לא ברור כי הנושא אינו מתאים להכרעה שיפוטית, בודק בית משפט את נושא העתירה לגופו; יש מקרים, שבהם רק בחינה מדוקדקת תביא למסקנה בדבר קיומה של סמכות או בדבר תקינותו של ההליך הנדון; אולם, עיקרו של דבר, חלק מן המבחנים, שנקבעו כאמת מידה להתערבותו של בית משפט זה בהחלטות הכנסת, מחייבים ידיעה בדבר טיבה ומידתה של הפגיעה הנטענת. לית מאן דפליג, שידיעה כזאת אינה אפשרית בטרם נערך דיון לגופו של עניין".

#### השפיטות

7. (א) בכל הנוגע לתורת השפיטות (בג"צ 65/51 [25]; בג"צ 186/65

[29]; בג"צ 561/75 [27], בעמ' 315), מקובלת עלי המתודיקה של ההפרדה, שהובהרה הבהר היטב בדברי חברי הנכבד, השופט ברק, ואשר לפיה נערכת הבחינה של הפלוגתא בשני מישורים נפרדים, והם ראשית, השפיטות הנורמטיבית, ושנית, השפיטות המוסדית.

פ"ד מב(2) 441

השפיטות הנורמאטיבית באה להשיב על השאלה, אם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד לפני בית המשפט.

השפיטות המסודית באה להשיב על השאלה, אם בית המשפט הוא המוסד המתאים לשם הכרעה בסכסוך, או שמא ראוי לו לסכסוך שיוכרע בידי מוסד אחר, היינו הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת או שלוחותיהן.

אמת המידה המשפטית להכרעה משמעותה, במלים אחרות, כי הפעולה, המועברת תחת שבט הביקורת השיפוטית של בית המשפט, נבחנת מבחינת חוקיותה.

בע"ב 2/84, 3, [65], בעמ' 251-252, נאמר בקשר לאמות המידה המיושמות לצורך בדיקת שיקול-דעתה של רשות סטטוטורית:

"ככל שהדבר נוגע לבית-משפט זה, המקובל עלינו הוא, כי בעת העברת פעולתה של רשות סטטוטורית תחת שבט הביקורת אנו בודקים, בדרך כלל, אם דרכי הדיון היו חוקיות, ואם היה לפני הרשות חומר, שיכול היה לבסס החלטתה (בג"צ 288/51, 33/52; בג"צ 554/81, בעמ' 251).

האמירה הכללית הזו יכולה להיות מפורקת לגורמים. דיון חוקי

משמעו, בדרך כלל, שלא הופרו כללי הצדק הטבעי, שנשמרו סדרי הדין שנקבעו בחיקוק החל על הרשות או שהותו בתקנון לפיו היא פעלה, שהחלטה ניתנה על-ידי מי שמוסמך לכך ושהיא תאמה את סמכותו העניינית של הגורם המחליט, וכי הרשות שהחליטה הפעילה סמכותה תוך שימוש בה למטרתה, שלא נפלה טעות שבחוק ושהחלטה לא לקתה במירמה או לא הושפעה ממנה, שהחלטה ניתנה על יסוד ראיות שתמכו בה, ולבסוף, שלא נגדה את החוק מטעם אחר כלשהו. שימוש בסמכות למטרתו משמעו, בדרך כלל, שלא הובאו בחשבון שיקולים זרים, ושלא נעלם מתשומת הלב של הרשות נתון רלוואנטי, שהסמכות הופעלה למטרה אשר למענה הוענקה, ששיקול הדעת הופעל על-ידי מי שהוסמך לכך, וכי אין מקום למסקנה, כי נפלה בהחלטה אי-סבירות כה קיצונית, שאף רשות סבירה לא הייתה יכולה להגיע אליה או כי הפעלת הסמכות הייתה מעשה שרירות גרידא".

בבריטניה אף הוצע לסכם ולרכז את המבחנים תחת שלושה ראשים

עיקריים והם: אי החוקיות, העדר הסבירות וליקויים שבאורח הפעלת הסמכות (השווה לעניין זה council of civil service unions v. Minister for civil service [1985] 73). דא עקא, יש מקום לסברה, כי כל רשימה סגורה אין בה כדי לשקף את הדינמיות שבהתפתחותו של המשפט המינהלי; זאת ועוד, לדידנו מהווה חוסר הסבירות אחד מן ההיבטים של מבחן החוקיות.

(ב) מכל מקום, החוקיות נבחנת לא רק לפי פשוטם של דברים, היינו על-פי המענה לשאלה אם הדין הקנה סמכות לרשות המחליטה, ואם הפעלת הסמכות היא במסגרת דל"ת האמות של הגדרתה ומבחנים כיוצא באלה.

פ"ד מב(2) 441

חברי הנכבד מציין, בצדק, כי, כפי שהוזכר כבר לעיל, בהתאם לתפיסות שהתפתחו בבית-משפט זה (בין היתר בעקבות בג"צ 156/75 [58], בעמ' 105, מול אות השוליים ה; וראה גם ע"ב 2/84, 3 [65] הנ"ל), גם הסבירות של הפעולה או של ההימנעות ממנה היא בגדר מבחני החוקיות. אם המעשה או המחלל לוקים בחוסר סבירות קיצוני, משמע, אם הם חורגים ממיתחם הסבירות ואין לסווגם בין אף אחת מדרכי הפעולה הסבירות, הרי אף אז המדובר בפעולה שאינה חוקית, והוא הדין בהיפוכו של דבר, היינו: אם המעשה מצוי לפי קביעתו של בית המשפט בתוך מיתחם הסבירות, וגם אין בו סטייה מכללי הסמכות הפורמאלית, הרי המעשה חוקי, ובית המשפט א יתערב בו.

8. כפי שעולה מדברי חברי הנכבד, השופט ברק, הרי אין לך נושא בעולמנו, שלגביו לא ניתן להעלות את שאלת החוקיות הפורמאלית ואת שאלת הסבירות; משמע, אין לך נושא שאינו שפיט, וכל נושא יכול להיות נדון בבית-משפט. בנקודה זו הנני מבקש להוסיף סייגים והבהרות.

#### הפרדת הרשויות

9. אינני חולק על התיזה התיאורטית האמורה: אכן, כל נושא יכול להיבחן לפי מבחני החוקיות הנ"ל, ובין היתר, גם בכל הנוגע לשאלת מיקומו בתוך מיתחם סבירות; בין אם המדובר בפיתוח מטוס קרב ובין אם המדובר בייסוד פקולטה נוספת למשפטים או לרפואה, ואף אם המדובר בשאלות גורליות של יחסי חוץ וביטחון, יכול לעולם להתבקש המענה לשאלה, אם הוכרע בנושא פלוני על-ידי מי שהוסמך לכך כדין, ואם הפעולה בוצעה בתוך דל"ת האמות של הסמכויות שהוגדרו בחוק. דא עקא, לעתים קרובות מאוד השאלה איננה רק זו, הסבה על דבר קיומו או העדרו של מבחן משפטי במובן שתואר לעיל, אלא מתעוררת שאלה המתייחסת במהותה לנקיטת עמדה בנושאים הטעונים הכרעה עניינית על-ידי מי שעיסוקו בדבר. יחד עם הצגת השאלה עולה, על-כן, כשאלה נגזרת, הבעיה העקרונית של חלוקת תחומי הפעולה בין הרשויות. כפי שצינתי בבג"צ 306/81 [21], אינני גורס, כי הפרדת הרשויות מתבטאת בקביעת חיץ החלטי בין כל אחת משלוש הרשויות. כנאמר שם, בעמ' 141:

"ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר. מכאן כי גם מתחייבת זיקה מעשית מסוימת, אף אם היא מוגבלת ביותר, ככל שהיא נוגעת להפעלת סמכויות בתחומים עליהם מופקדת מערכת המשפט."

הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, היינו על-ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. לשון אחר, הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו.

פ"ד מב(2) 441

אם התיאוריה, המאפשרת דיון בערכאות השיפוט בכל עניין, תתממש באופן תדיר, היינו: אם כל נושא - החל מן התקציב לפריטיו וכלה בבניית שיכונים, מטוסים וטנקים - יוכרע בפורום השיפוטי לפי מבחני החוקיות הפורמאלית או לפי מבחני סבירות שבית המשפט חורץ את הדין לגביהם, יהיה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התיפקוד של הרשויות האחרות.

כיצד תוחמים את הגבולות, ומה הדרך שבה יוצרים את האיזון? אין לכך נוסחה מתמטית, ואין אפשרות להציב סימני דרך חד-משמעיים. אולם, כפי שכבר ציינתי לעיל, המבחן היכול לשמש לכך הוא המבחן של האופי הדומיננטי של הנושא. יש שהאופי הדומיננטי מוליך למסקנה, שלפיה מן הראוי שהנושא יוכרע על-ידי הרשות השיפוטית, ויש שהאופי של הנושא מצביע על כך, כי מן הראוי שיימסר לידי הרשות המחוקקת דווקא, ויש שניתן ללמוד ממכלול הנסיבות, כי בהתאם לתפיסותינו, מן הנכון להותיר את העניין בידיה של הרשות המבצעת הפוליטית. כמובן, יש שמקצתו של הנושא יידון על-ידי רשות אחת ויתרתו על-ידי אחרת, כאשר כל רשות דנה באותו תחום המסור בידיה.

כל הרשויות פועלות, כמובן, תוך איזון ופיקוח הדדיים, ולכן נותרת בידי בית המשפט לעולם הסמכות להפעיל כוחו, אם הבעיה המובאת לפניו כוללת סממנים משפטיים. למותר להדגיש, כי אחת מנקודות השוני בין רשות לרשות היא בכך, שהרשות המחוקקת או המבצעת יכולות ליטול לעצמן נושא לפי בחירתן, בו בזמן שהרשות השופטת דנה רק במה שמובא לפניה על-ידי בעלי דין.

הפיקוח השיפוטי קיים לעולם, כי הוא נובע ממהותה, מתפקידה ומאורח פעולתה של הרשות השופטת ומן התרופות שהן בגדר סמכותה. כדברי, *supra. wade 605at*, שאותם אני נכון לאמץ: *Judicial control ... "the sovereign parliament cannot is a constitutional fundamental which even" abolish הביטוי שלי להשקפה זו הוא, כי הפיקוח השיפוטי לעולם עומד.*

מכאן גם, כי בעיית השפיטות איננה צריכה להתעורר כלל, לגבי דידי, כל מקום בו הבעיה שבמחלוקת נוגעת להבטחת זכויות, בין פוליטיות ובין אחרות. כדברי השופט *brennan* בפרשת *baker: The [68]. 209At*. "right does not mean it presents a political question". "mere fact that the suit seeks protection of a political"

פ"ד מב(2) 441

יישומו של מבחן השפיטות, הלכה למעשה 10. יש שהדיון בסוגיה פלוניא לפי אמות מידה משפטיות בלבד יחטיא את המטרה, כי עלולה להיטשטש המהות האמיתית הטמונה בבעיה הנדונה. לא אחת, אין זו הנורמה המשפטית המעוררת את הבעיה, ואין בה חשיבות מכרעת להחלטה לגופה, אך משנפלה ההכרעה השיפוטית, וכאשר עולה ממנה כי החלטה, שהועברה בשבט הביקורת השיפוטית, התקבלה על-ידי מי שמוסמך כך בתום-לב וללא אפליה והיא נמצאת במיתחם הסבירות, עלולה להתגבש המסקנה, כי הכול שפיר, למרות שהחלטה לגופה רחוקה מכך: האם החלטה בדבר ייצור מטוס או בשאלות של יחסי חוץ מגיעה לסוף הפסוק על-פי המענה לשאלות הנבחנות על-ידי ערכאה שיפוטית בדרך ולפי המבחנים הנ"ל? התשובה לכך היא שלילית. אולם, דא עקא, זוהי המסקנה המטעה, אשר אותה עלול ליצור הדיון המשפטי בבעיה, שיסודותיה זרים, למעשה, למבחנים המשפטיים; בנסיבות כאלה עלולה התשובה להיות, לא אחת, מה שקרוי בלע"ז begging question, קרי: היא תאפשר, למי שרוצה בכך, לחמוק ולהתחמק מן הדיון הענייני בנושא שהוא העילה לעתירה. על-כן, נבחן נושא השפיטות לעולם לפי המבחן הכפול היינו: שאלת השפיטות המוסדית מצטרפת ומצטברת לשפיטות הנורמטיבית, ולפי המבחן הראשון האמור נקרא בית המשפט, להלכה ולמעשה, לשוב, לעצור ולשקול, אם הדיון בנושא על-ידי דווקא הוא אכן מעשה ראוי ורצוי, ואם הוא בגדר הצבת הפלוגתא לפני מי שצריך ומסוגל לדון בה. משמע, למרות שניתן ליישם מבחנה פורמאלית אמות מידה משפטיות, אין לראות בהן, בתחומים רבים, מענה לקושיה, כי לפי מהותה, איפיונה ותכונותיה נדרשות תשובות נוספות בתחומים, שבית המשפט איננו נפנה אליהם.

האמור כאן חל ביתר שאת לגבי הבחינה של השפיטות הנורמטיבית לפי מבחני הסבירות. אין לך נושא שאין אפשרות לבחון סבירותו. אולם, בחינת הסבירות במסגרת השפיטות הנורמטיבית מדגישה, כאמור, ביתר שאת את חשיבות קיומו של מבחן השפיטות המצטבר הנוסף, הוא מבחן השפיטות המוסדית, היכול להביא למסקנה, כי אין זה נכון שבית המשפט ידון בסבירותו של עניין פלוני, למרות שניתן לסווגו בין העניינים היכולים להיבחן לפי מבחני השפיטות הנורמטיבית. מבחן השפיטות המוסדית נותן מקום להפעלתו של הריסון ביחסים בין רשויות השלטון לבין עצמן, ריסון המאפשר מסירתה של בעיה פוליטית להכרעתם של גורמים פוליטיים. הוזכר כבר בג"צ 186/65 [29] הנ"ל, שבו נדונה כניסתו לארץ של השגריר הראשון של גרמניה. אומר שם השופט זוסמן (כתוארו אז), בעמ' 487:

"מן המפורסמות הוא שהדעות בציבור נחלקו בשאלה, אם מן הרצוי להיעתר לבקשת ממשלת מערב גרמניה ולקיים עמה יחסים דיפלומטיים או לא. הממשלה החליטה מה שהחליטה ולא עוד אלא שהביאה את העניין לפני הכנסת, והכנסת תמכה בהחלטת הממשלה. העניין לא היה עניין משפטי אלא עניין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה מידה משפטי. ואף עניין אישורו או פסילתו של שגריר של מדינה זרה הוא עניין מדיני אשר שרת החוץ או אולי הממשלה כולה צריכים לענות בו. אין זה עניין משפטי אשר לפי טבעו ניתן להביאו לבירור



פ"ד מב(2) 441

בבית-המשפט. השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ ושל התאמת המועמד לתפקיד, שלא בית-משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם" (ההדגשות שלי - מ' ש').

לפי מבחן השפיטות הנורמטיבית, ניתן היה לקבוע בבית-משפט, אם כינון היחסים הוא פרי החלטה של מי שמוסמך לכך. ניתן היה אף להוסיף ולהתדיין בשאלה, אם כינון היחסים הוא בגדר מעשה סביר או, כלשון אמת המידה המשפטית, אם ממשלה סבירה הייתה מכוננת יחסים כאמור. אולם לא יכול להיות ספק בכך, כי לא לשאלה הפורמאלית הראשונה הנ"ל כוונה העתירה, וכי המבחן השני - שעניינו הסבירות של כינון יחסים דיפלומטיים עם מדינה כלשהי - אינו מן הסוג שבית-משפט צריך ויכול לדון בו. החלטה בעניין הסמכות הפורמאלית, לו הייתה נופלת בבית המשפט, לא היה בה, כפשוטה, אלא משום עקיפת הנושא; הדיון בשאלת הסבירות היה אוכף על הפורום השיפוטי נושא, אשר הוא אינו מתאים לדיון בו מכול וכול. השאלה שתוארה לעיל ראויה לדיון פוליטי, היסטורי, פילוסופי או אף רגשי, אך המבחנים שבאמתחתו של בית המשפט אין בהם מאומה כדי לחבוק היבטים מגוונים אלה וכדי להיות מעורב בהם.

יש המציעים להמיר את מבחני השפיטות באמות המידה הנוהגות בבית המשפט בכל הנוגע לבחינת הפעלתה של סמכות שהופקדה על-פי הדין המהותי בידי רשות סטטוטורית: כך ניתן לטעון, לפי תיזה זו, כי מקום שבו הוקנה שיקול-דעת לרשות פלונית, יבדוק בית המשפט, אם שיקול הדעת הופעל לפי אמות המידה שהותו בדיון, ותו לאו, אך לא ימיר את שיקול-דעת הרשות בשיקול-דעתו; מכאן, כי לא יהיה מקום להתערבותו של בית המשפט, ובכך יוסר, כביכול, הסיכון של הטיפול על-ידי בית המשפט בנושאים שאינם לו. דא עקא, פתרון זה איננו כולל את מערכת הנסיבות המתוארת לעיל לפי מהותה: שיקול הדעת, אם לכונן, למשל, יחסים דיפלומטיים עם מדינה פלונית, איננו צריך, מעיקרו, להיבחן בבית המשפט, קרי הוא איננו שפיט, כי, כדברי הנשיא זוסמן, הוא נושא פוליטי מובהק, ולא המגבלות על התערבות בית המשפט בשיקול-דעתה של רשות צריכות להיות הגורם המכריע לאי התערבות.

הוא הדין לגבי דוגמאות אחרות, שעלו בפסק הדין של חברי הנכבד, ובראשן השאלה, אם להכריז מלחמה או לכרות שלום. ודוק, הבעיה איננה תמיד העדרן של נורמות או חוסר יכולתו האישית של שופט להיזקק לבחינתן של הנורמות; זוהי התוויית גבולות, העולה מחלוקת התחומים בין רשויות שלטון שהיא מיסודותיו של ממשל תקין ומתוקן. חלוקה זו סולדת מן הריכוזיות הטוטאלית, אשר לפי הבית המשפט נדרש לכל עניין - פוליטי או אחר - ושם עצמו כמי שפוסק בו.

מכאן, כאמור, לידתו של מבחן השפיטות המוסדית, שהרי המבחן הנורמטיבי היה חובק הכול בלי לפתור מאומה, ואין צריך לומר, שהיה גורר את בית המשפט להכרעות פוליטיות מובהקות. חוש המומחיות של המשפטן (בג"צ 65/51 [25] הנ"ל, בעמ' 813) צריך להגן על בית המשפט - ועל יתר רשויות השלטון - מפני תוצאה מעין זו.

פ"ד מב(2) 441

בשולי הדברים אוסיף, כי לא הדגמתי הערותי על-ידי ההפניה לעובדותיו של בג"צ 65/51 [25] הנ"ל, כי לדידי נתקיים בנושא החוקתיהמשפטי שנדון בעתירה הנ"ל היפוכו של מה שתואר לעיל בכל הנוגע לכינון יחסים דיפלומטיים. משמע, ספק אם אכן נתקיים בנסיבות דהתם עניין פוליטי בלתי שפוט, שהרי המדובר בהליך חוקתי שמקורו ודרך הפעלתו מותווים בחוק החרות; ייתכן שהיה מקום לדחות שם את העתירה בשל כך שהיא לא הייתה, לאמיתו של דבר, אלא בקשה לפסילת שיקול-דעת של רשות שהוסמכה לכך כדין, בקשה שבית המשפט לא ראה להתערב בה בנסיבות העניין שנצרו אז. כך גם דעתו של השופט ויתקון, פוליטיקה ומשפט, וכן משפט ושיפוט, בעמ' 57.

11. מה שהודגם לעיל תוך התייחסות לבג"צ 186/65 [29] (כינון יחסים דיפלומטיים) נכון באותה מידה לגבי שאלות בדבר שלום או מלחמה, רכישת אמצעי לחימה, דרכי טיפול בקשיי תעסוקה או במפעלים במצוקה או קביעת דרכי גבייה מאוחדות או נפרדות של מס הכנסה והמוסד לביטוח לאומי, והרשימה ארוכה.

חברי הנכבד נזקק בהקשר זה גם לדברים שנאמרו בבג"צ 561/75 [27] הנ"ל. כפי שאמרתי שם, בעמ' 319:

"נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו - אינם שפיטים באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט... אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית תשקול ותכריע מהי השיטה היעילה ביותר, מבחינה צבאית-מקצועית, להפקת לקחים מפעולות מבצעיות ותמיר שיקול-דעתן של רשויות צבאיות, שהוכשרו לכך והופקדו על כך, בשיקול-דעתה היא".

גירסתו של חברי הנכבד, היא כי במקום לשלול את שפיטותו של הנושא מעיקרו, צריך היה לנקוט שם אחת מן הדרכים הבאות: (א) ראשית, זיהוי הנורמה המשפטית הרלוואנטית. מאחר שאין נורמה הקובעת, כי פעולה שלטונית בלתי יעילה היא בלתי חוקית, הרי היה דין העתירה להידחות; לחלופין-

(ב) לדחות את הטענה, כי הצבא פעל בחוסר סבירות. בית המשפט אמנם אינו ממיר את שיקול-דעת הרשות בשיקול-דעתו, אך הוא בודק, אם צבא סביר היה נוקט פעולות שצה"ל נקט בעת ההיא. אם העותר מצליח להראות, כי פעולת הצבא בלתי סבירה, דין עתירתו להתקבל. לשון אחר, לדעתו, יש אמות מידה משפטיות, שלפיהן ניתן להכריע אם פעולות הצבא לגבי תחקירים והפקת לקחים בעקבות מלחמה הן סבירות.

שתי הדרכים המותוות לעיל אינן מקובלות עלי, לצערי.

פ"ד מב(2) 441

דחייתה של העתירה על יסוד המסקנה, כי אין נורמה משפטית הפוסלת פעולה שלטונית בלתי יעילה, מבליטה, לדעתי, את חוסר הרלוואנטיות של קיום השפיות בסוגיה צבאית מבצעית מובהקת.

המבחן הציבורי, "אם צבא סביר היה נוקט פעולות שהצבא נקט או פעולות שהעותר מבקש מהצבא לנקוט", הוא, עם כל הכבוד, להלכה ולמעשה, מחוץ לתחומי של בית המשפט. הטענה, שלפיה דן בית המשפט ממילא בסבירות של פעולות הצבא כאשר הוא נזקק לדיון בתביעות נזיקין שיסודן בפעולות צבאיות, איננה בגדר מענה לשאלה. הבעיה שלפנינו נטועה בתחומי המשפט הציבורי, ועניינה היקף הסמכויות, אשר על בית המשפט הגבוה לצדק ליטול לעצמו, וההשלכות שיהיו לכך על הדמוקרטיה בפעולתה. הבדיקה של טענת רשלנות בתחום דיני הנזיקין בהקשרה הקונקרטי, שהוא בדרך כלל ספציפי וצר בתחומיו, אינה הופכת את בית המשפט למכריע בשאלות של מדיניות, כפי שדיון בשאלה של רשלנות רפואית קונקרטי אינו הופך את בית המשפט לגורם הדן והמכריע בנושא הכללי והרחב כיצד לארגן את המערך הרפואי של המדינה.

חוששני, שלא ניתן יהיה לקיים מערכות שלטון תקינות - ובתוך זה בית-משפט הפועל כנדרש - אם כל הבעיות הפוליטיות יחלו לעשות דרכן לבית המשפט כדי להיבחן שם לפי אמות מידה משפטיות.

אכן מקובל עלי, כי מקום שבו יש נורמה משפטית ישנן גם אמות מידה משפטיות, המפעילות אותה נורמה; אך השאלה, שאותה יש להציג על הסף, היא, אם הנורמה המשפטית היא הרלוואנטית והישימה לגבי בעיה פלוגית, ואם אין ללמוד מן ההקשר, מאופי העניין, מממות הנושא וממכלול הכללים, שלפיהם מותווית מערכת היחסים הנכונה בין רשויות השלטון השונות, כי נושא פלוני מן הראוי שבית המשפט ימשוך ידו מן הטיפול בו, כולו או מקצתו (היינו למעט אותם חלקים מן הנושא שניתן להכריע בהם לפי מבחנים משפטיים), כדי שיימסר לטיפולו ולהכרעתו של מוסד שלטוני אחר. מכאן, כפי שהוזכר כבר, חשיבותו של מבחן השפיות המוסדית.

## 12. ההכרה בקיומו של סייג השפיות היכול להביא, בנסיבות

ראויות. להימנעותו של בית המשפט מן הנכונות לדון בבעייה פוליטית, כלכלית או ציבורית אחרת, איננה מחלישה את עקרון הפיקוח והביקורת השיפוטיים אלא מחזקת אותו, כי היא קובעת לו גבולות סבירים. פקידי ציבור ורשויות ציבור נתונים לפיקוח שיפוטי, ואין צריך לומר, שעצם שיוכו של נושא פלוני לתחום הציבורי אין בו, כשלעצמו, כדי להופכו לבלתי שפיט; וסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה הוא הקובע בכגון דא. מי שאיננו מקבל את התיזה, שלפיה כל נושא בעולם הוא שפיט, איננו מאמץ בכך את המסקנה ההפוכה, שלפיה בית המשפט צריך, כביכול, לצמצם את תחומי הפיקוח. כל נושא, שבו ניתן ליישם נורמות משפטיות, יכול לשמש עילה לבקשה להפעלת סמכות על-ידי בית המשפט. אך אם הנושא הנורמטיבי המשפטי הוא משני, יכול בית המשפט להתייחס לחלק המשפטי של אותו נושא ולהותיר את הסוגיה הפוליטית להכרעתה של רשות אחרת. אם האופי

פ"ד מב(2) 441

הפוליטי של בעיה הוא דומינאנטי (כגון שאלה של כינון יחסים דיפלומאטיים או ענייני שלום ומלחמה), יכול בית המשפט להעביר את הנושא כולו להכרעת הגורם הפוליטי, בלי לפנות לשוליים המשפטיים, מקום שאלה אינם רלוונטיים לצורך ההחלטה לגופה. כאמור, ראוי לתחום את התחומים, כדי שבית המשפט לא יימצא מעניק, שלא מדעת, הכשר כוללני לפעולה פוליטית, עקב זאת שהוא נדרש לבחינת ההיבטים המשפטיים שלה בלבד.

בית המשפט בוחן אם העובדות נאספו ונבדקו, אם כולן הובאו בחשבון, אם ההחלטה נפלה על יסוד התייחסות לעובדות, אם לא הובאו בחשבון שיקולים זרים וכיוצא באלה (ראה בג"צ 297/82 [60] וע"ב 2/84, 3[65] הנ"ל). אולם, כאשר חוש המומחיות של המשפטן מלמד, כי הנושא, כולו או מקצתו, הוא באופן ברור וגלוי בעל אופי פוליטי או בעל איפיון אחר, המכוון לכך כי ההכרעה בו תימסר לידיה של רשות אחרת, הרי אותו חלק שהוא בעל אופי כאמור (ואם ההיבט המשפטי הוא בלתי משמעותי, הנושא כולו) מן הראוי שיופנה אל מי שמופקד עליו לפי חלוקת התחומים בין הרשויות.

לא ייגרע מאומה מכוח הפיקוח של בית המשפט בעניינים אשר בהם מצפים לביקורתו, אם לא יחליט, למשל, על הסבירות של קשירת הקשרים הדיפלומאטיים בין ישראל לבין מדינה פלוגית.

הלכה למעשה, לא צריך להיות קושי בזיהויו של נושא פלוגי לפי מהותו ותוכנו, וחזקה על בית המשפט, כי יידע להתייחס לנושאים שיובאו לפניו לפי איפיונם, כדי לבחור את מה שראוי להכרעה שיפוטית וכדי לא להיתפס להכרעות משפטיות, המכסות על בעיה שאופיה האמיתי והמכריע הוא פוליטי.

#### דחיית השירות

13. מסכים אני לדעת חבריי הנכבדים, כי הנושא שלפנינו הוא שפיט, וכי למרות האלמנטים הפוליטיים הנלווים אליו, המדובר בנושא, אשר לגביו ניתן להפעיל מבחנים משפטיים. כן מקובל עלי, כי בנסיבות הקיימות אין לפסול את הסדר הדחייה של השירות הצבאי, הנוהג כבר כארבעים שנה. אולם, באמירה זו לא סגי, כי פטור של אלפי צעירים משירות צבאי איננו נושא שיכול לרדת מסדר היום. במה דברים אמורים.

כאמור, אין מקום למסקנה, כי שר ביטחון, הפועל כיום, תוך המשכיות ורציפות, על-פי שיטה שעברה משר לשר וממשלה לממשלה במשך תקופה רבת שנים כאמור, פועל בחוסר סבירות קיצוני החורג ממיתחם הסבירות. דא עקא, הנושא צריך להיבדק לא רק על-פי מראיתו, על רקע התפתחותו מעת קום המדינה ועד עתה, אלא גם לפי מהותו המתמשכת ועל-פי המשמעויות וההשלכות הדבקות בו משנה לשנה, לעתיד לבוא. פירושם של דברים הוא, כי מה שאנו קובעים עתה לגבי תוקפו המשפטי של ההסדר, כאשר הוא מועבר לראשונה בשבט הביקורת השיפוטי

פ"ד מב(2) 441

הענייני, איננו בא לפטור את הרשות המבצעת מן החובה להוסיף ולבחון ולשוב ולבחון מעת לעת את המשמעויות של הענקת פטור למספרים הולכים וגדלים של יוצאי צבא. כבר עתה המדובר בפטור לשבעה-עשר אלף איש לערך, אם כוללים בנתון סטטיסטי זה את כל קבוצת הגיל של יוצאי הצבא, היינו גברים מגיל שמונה-עשרה ועד גיל חמישים וארבע. בשנה שחלפה נוספו על כך כ-1,600 יוצאי צבא, ועל-פי הנתונים שלפנינו יילך ויגדל מספר זה בשנים הקרובות מדי שנה. אין המדובר איפוא בנתונים יציבים אלא בעובדות, המשתנות והמתחדשות מדי שנה. משמע, על הרשות המוסמכות מוטלת החובה לבחון את הנתונים מדי שנה ולתת את הדעת על שאלת זיקתם של נתוני הרקע האחרים.

בהקשר זה אני שב ומביא דברים, שסוכמו בשעתו בבג"צ 297/82 [60], בעמ' 49:

"תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית."

ובבג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 543, 523, 521, 518, 512515, 1/87 [15]33, בעמ' 50, הוספנו ואמרנו:

"החלטה חייבת להיות, בכל מקרה, תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית; ואם, לאור אופיו של העניין, נדרשות בדיקה ומחשבה חוזרות ונשנות, אין לדחות את הפנייה החדשה במחי יד ובלי עיון הולם, תוך הסתמכות בלעדית על העובדה, כי לבעל הסמכות הוענק שיקול הדעת להחליט בעניין, או תוך דבקות בהחלטה הקודמת, אשר ייתכן שהיא טעונה שינוי."

האם עולה מן החומר שלפנינו, שכל הנתונים נאספו, נבחנו ונשקלו לפי ערכם ושיקולם הראוי, בלי שההחלטה הושפעה מראש על-ידי ההסדר הפוליטי המוסכם רב השנים? חוששני, שאין ודאות בדבר, וכי ההנחות המקדמיות הפכו את ההחלטה למובנת מאליה, בלי שנבחנו ושבו ונבחנו הנתונים באופן שיטתי וללא נטייה מראש לפתרון מוסכם.

כך אין עולה מתשובת פרקליטות המדינה, כי ניתנה הדעת, בין היתר, לשאלות הבאות: (א) מהי המיכסה השנתית הסבירה של דחויי גיוס, המתיישבת עם שמירת האינטרס הביטחוני של הכשרה צבאית ליוצאי הצבא, הכשירים לכך מבחינה בריאותית?

פ"ד מב(2) 441

(ב) מהי ההשלכה המספרית על מחזורי הגיוס ועל אורך השירות הצבאי בסדיר ובמילואים? בהקשר זה מוצע לבחון את משמעותו של הגידול בהיקף הפטור בעשרה אחוזים לשנה (1,674 בשנה שחלפה מול 1,000, 17 דחויי גיוס בסך הכול ולשקול, האם אין צורך לקבוע מכסות מספריות מירביות.

(ג) האם יש אמת מידה לבחירת המועמדים לדחייה, מבחינת הכשירות; הווה אומר, האם קבלת הדחייה היא כל כולה בשיקול-דעת יוצא הצבא, המחליט לבכר לימוד תורה על שירות צבאי? (ד) מה הן דרכי הפיקוח על אופן הפעלת ההסדר? אך מובן, כי האמור לעיל איננו בא למצות את הנושאים הראויים לבחינה ולשיקול אלא להדגימם בלבד; עיקרו של האמור כאן הוא, כי תופעה כגון זו אשר בה דנו כאן טעונה בדיקה עניינית ושיטתית תקופתית, וכי על הרשות המוסמכת לעקוב באופן מתמיד אחר ההתפתחויות, זיקתן לתופעות אחרות ומשמעויותיהן הנלוות, ולדווח על כך, כמובן, לוועדה המתאימה של הכנסת.  
בכפיפות להערות אלו החלטתי להצטרף לתוצאה, אשר אליה הגיעו חבריי הנכבדים.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ברק.

ניתן היום, כ"ז בסיוון תשמ"ח (12.6.88).