

בג"צ 910/86 - רס"ן (מיל.) יהודה רסלר נ' שר הבטחון

בג"צ 910/86

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

נגד

שר הבטחון

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[13.1.88, 12.6.88]

הנשיא מ' שמגר
המשנה לנשיא לשעבר מ' בן-פורת
השופט א' ברק

בקשה למתן צו-על-תנאי

י. רסלר, עו"ד - בשם העותרים
גב' נ. ארד, עו"ד - בשם המשיב

פ ס ק - ד י ן

השופט א' ברק

האם דחיית שירות הבטחון של תלמידי ישיבות היא כדין? שאלה זו - שהועמדה כבר בעבר לדיון בפני בית משפט זה - עומדת מחדש לדיון בפנינו. הנדון בשאלה לגופה, או שמא דין העתירה להדחות בשל העדר מעמד לעותרים או בשל אי שפיטותה? ואם נדון בה לגופה - האם דחיית השירות היא כדין?

1. שאלת דחיית שירות הבטחון של תלמידי ישיבות ימיה כימי המדינה. עוד ב-9.3.1948 נתנה 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 הבטחון, 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 חששם שרוב בחורי הישיבה יפסיקו משנתם. שר הבטחון הסכים לבקשת הדחיה, וסבר שהדבר צריך להעשות מכוח שחרור הניתן על ידי שר הבטחון ולא מכוח חקיקה של הכנסת. בהתאם לגישה זו, הודיע מר בן-גוריון - במכתב לרמטכ"ל מיום 2.1.51 - כי "על יסוד סעיף 12 בחוק שירות הבטחון שחורתי 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".

2. נסיון לשינוי נעשה ב-1954 על ידי שר הבטחון, מר פנחס לבון. מר לבון נתן הוראה, לפיה יש לגייס תלמידי ישיבות שבילו כבר ארבע שנים בין כתלי הישיבה. הוראה זו עוררה סערת רוחות, וראש הממשלה, מר משה שרת, ביקש לדחות את ביצועה עד לבירור הענין. נראה שההוראה בוטלה, תוך שהוקמה (ביום 15.3.1955) ועדת שרים אשר מתפקדה היה לברר "את הבעיות הקשורות במעמד של יוצאי צבא הלומדים בישיבות לגבי התגייסותם לצבא". איננו יודעים מה החליטה ועדת השרים. היא ענין זה כאשר יאה, ב-1958 "סיכם" סגן שר הבטחון, מר שמעון פרס, על דעת שר הבטחון, מר בן-גוריון, מדיניות בענין 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, אם לא - יגויס.

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

4. בשנת 1975 נבחנה שאלת היקף הנושא מחדש על ידי שר הבטחון, מר שמעון פרס. עד אז נקבע ההיקף על פי שני קריטריונים: מספר קבוע של ישיבות קיימות ומכסה שנתית של דחויי גיוס מקרב בני הישיבות בשעור של עד 800 איש לשנה. שר הבטחון אישר, לאחר בדיקה של אגף כח אדם בצה"ל, שלא להיצמד למספר ישיבות קיימות מוקפא, שכן מספרן גדל. עם זאת הוחלט להשאיר הקריטריון של המיכסה המקסימלית לשנה של בני ישיבות ש"תורתם אומנותם", שגיוסם יידחה על פי הקריטריונים שבעבר. ב-1977 נקבע על ידי שר הבטחון, מר עזר וייצמן - בעקבות הסכם קואליציוני - כי "יאופשר לתלמידי ישיבות תיכוניות ומקצועיות להתקבל בישיבות וכמו כן לבעלי תשובה", וכי ההסדר בענין דחיית שירותם של בחורי ישיבה אשר "תורתם אומנותם" יחול גם על אלה. על עקרון זה חזר בשנת 1981 שר הבטחון, מר אריאל שרון, תוך שנקבעו נוהלים לישום הכללים לענין זה, על פי המלצה של ועדה מיוחדת שמינה שר הבטחון. שר הבטחון מר יצחק רבין - המשיב בעתירה שלפנינו - מצא לנכון להמשיך ביישום המדיניות שהותוותה על ידי שרי הבטחון הקודמים לו. לדעתו, אין הנסיבות מצדיקות שינוי המדיניות שנקבעה על ידי ממשלת ישראל ועל ידי שרי הבטחון שקדמו לו. לאחר הגשת העתירה הביא שר הבטחון 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 הבטחון.

5. שאלת דחיית שירות הבטחון של בחורי ישיבה נדונה פעמים רבות בכנסת. לפחות 30 שאלות הופנו בנושא זה על ידי חברי הכנסת אל ראשי הממשלות ושרי הבטחון. השאלות מתפרשות על פני כל השנים (דברי הכנסת כרך 30, עמ' 66; כרך 41, עמ' 490; כרך 51, עמ' 1027, 1111, 1315, 1318, 1820; כרך 53, עמ' 484; כרך 56, עמ' 1022; כרך 58, עמ' 2162; כרך 63, עמ' 1506; כרך 65, עמ' 241, 769, 773; כרך 69, עמ' 1005; כרך 70, עמ' 1268, 1271; כרך 72, עמ' 3738; כרך 90, עמ' 1443, 1649, ומן הכנסת העשירית - מושב שני, חוב' טז' עמ' 1436, ומן הכנסת האחת-

עשרה - מושב שני, חוב' יא' עמ' 989, וחוב' כח', עמ' 2458). שאלת דחיית שירות הבטחון של בחורי ישיבה נדונה גם בועדת החוץ והבטחון של הכנסת. ביום 23.12.86 הקימה הועדה 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 בענין גיוס בני ישיבות. כל ההצעות הועברו לוועדת החוץ והבטחון, ועדת המשנה דנה אף בהצעות אלה. דיוניה של הועדה טרם סוכמו.

6. על פי מצב הדברים כיום, תלמיד ישיבה אשר "תורתו אומנותו", והעוסק אך ורק בלימוד תורה, גיוסו לשירות בטחון נדחה. על תלמיד הישיבה ללמוד באופן רצוף מגיל 16 בישיבה מוכרת תורנית, תיכונית או מקצועית. דחיית שירות הבטחון ניתנת לאחר שבחור הישיבה התייצב לרשום, עבר בדיקות לקביעת כושרו, ונמצא כשר לשירות. דחיית השירות היא לשנה אחת בלבד. מידי 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 תלמיד הישיבה בשעה שעזב את הסדר דחיית הגיוס, כושרו הגופני ומצבו המשפחתי. על פי הנתונים שבידי הצבא לשנת העבודה 1986-1987, מספר בחורי הישיבות הנמצאים בהסדר דחיית גיוס לתלמידי ישיבות הוא 17,017. מתוך מחזור המתגייס לצה"ל בשנת 1987 ביקשו וקיבלו דחיית גיוס 1674 תלמידי ישיבות.

המסגרת המשפטית

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

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

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

חוק שירות בטחון (תיקון), תשי"ט-1959 הכניס שינוי בטכניקת החקיקה. עילות השחרור והדחיה הפכו לעילות פטור או הפחתה, וההוראה בענין דחיית השירות הפנתה לעילות אלה גם לצורך דחיית השירות. סעיף 12 הוחלף, ובמקומו באה ההוראה הבאה:

"שר הבטחון 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 השירות; הדחיה יכולה להיות בתנאים או ללא תנאים, ושר הבטחון רשאי לבטל את הדחייה, אם שוכנע שלא קויים תנאי מהתנאים שנקבע לדחייה".

המושג "טעמים מיוחדים" הוגדר בסעיף 11(א ב) לחוק - שהוחל, כאמור, על פטור או הפחתה - באופן הבא:

"(אב) שר הבטחון 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 מסויימת 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, תשי"ט-1959 (נוסח משולב).

8. חוק שירות בטחון, תשי"ט-1959 (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 הוחל הן על פטור משירות בטחון, הן על הפחתה משרות בטחון והן על דחיית שירות בטחון. עילות לפטור, הפחתה ודחיה הועברו כולן להוראה זו. עד כאן השינוי הוא טכני במהותו. במקביל נערך גם שינוי מהותי. בביטוי "או טעמים אחרים" כיוצא באלה" נחקקו המלים "כיוצא באלה". לשון הוראת סעיף היא איפוא זו:

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

(1) לפטור יוצאי 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 בצו, לתקופה שיקבע בו, את מועד ההתייצבות שנקבע לאותו אדם לפי חוק זה או התקנות על פיו, לרישום, לבדיקה רפואית או לשירות ביטחון או להמשך שירות זה אם כבר החל בשירות".

מכוח חוק שירות בטחון (נוסח משולב) התשמ"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 בפני בית משפט זה בענין דחית שירות הבטחון של בחורי ישיבה. העתירה הראשונה נדונה לפני כשמונה עשרה שנה: בג"צ 40/70 בקר נגד שר הבטחון, (פ"ד כד(1) 238 (להלן - "פרשת בקר")). העתירה נדחתה, בלא להזמין את בא-כח היועץ המשפטי לממשלה. השופט ויתקון, בסס את פסק-דינו על העדר מעמד בדין לעותר. הוא קבע כי "ככל שיש לנשוא הקובלנה אופי ציבורי יותר, והוא מן הענינים 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", (עמ' 24). 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 להזקק. השופט יצחק כהן הסכים לדעת השופט ויתקון, והוסיף שיש לדחות העתירה גם בשל הכלליות והסתמיות שבה, שכן יש בה "הבאת אשמות ללא ביסוס עובדתי מספיק" (עמ' 249).

10. למעלה מעשר שנים עברו מאז נדחתה עתירתו של בקר, ובתחילת שנות השמונים הובאה בפני בית זה עתירה שניה, שבה עתר מר רסלר - הוא העותר שלפנינו - בדבר דחית שירותם של בחורי ישיבה (בג"צ 448/81 רסלר נגד שר הבטחון, פ"ד לו(1) 81). 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 השופט יצחק כהן, והשופטים ד' לוי ויהודה כהן) דחה את העתירה וסרב להוציא צו-על-תנאי, תוך הסתמכות על "פרשת בקר". מ"מ הנשיא, ציין כי לדעתו "לא הצליחו העותרים לבסס זכות עמידה, אשר מצדיקה דיון בבית משפט זה בנושא שעל פניו נראה כבלתי-שפיט" (עמ' 86). בית המשפט ציין כי המסקנה בדבר הפחתת נטל שירות המילואים היא מסקנה שאינה מבוססת על נתונים משמעותיים. יתכן ואמונתו של העותר בעניין זה כנה היא, אך אין בכך כדי להראות שנפגע אינטרס ממשי שלו. לדעת השופט יצחק כהן, "המשימה שנטלו על עצמם העותרים, להראות, שגיוס תלמידי ישיבות יביא להקלה

משמעותית בנטל שירות הביטחון, המוטל כעת על המשרתים בצבא, היא משימה בלתי אפשרית" (עמ' 86). מ"מ הנשיא היה מוכן לבדוק את שאלת מעמד העותר על פי הגישה השיפוטית הנוחה להם ביותר. לדעתו, גם על פי גישה זו, אין לעותר מעמד, 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 המשפט קני-מידה משפטיים, שניתן לבסס עליהם הכרעה בבית משפט" (שם). לדעת מ"מ הנשיא, "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, שמתפקידם להכריע בענין זה" (שם). בהגיע למסקנתו זו, סמך מ"מ הנשיא על הוראת סעיף 28 לחוק שירות בטחון (נוסח חדש), כפי שתוקן. בית המשפט מציין 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 יצחק כהן, 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 שפיט, ובין משום שהם לא גילו עילה להתערבות בית המשפט בשימוש בשיקול הדעת שניתן למשיב על ידי המחוקק" (עמ' 89).

11. על החלטת בית המשפט העליון בבג"צ 448/81 הוגשה בקשה לקיום דיון נוסף (ד.נ. 2/82) לסלר נגד שר הביטחון, פ"ד לו' (1) 708). הנשיא לנדוי קבע כי לדעתו "הוכחה הפעם זכות העמידה כדבעי" (709), 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 נדחתה גם משום שלדעת בית המשפט "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 ש'תורתו אומנותו'", הנשיא לנדוי ציין 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, כי לנושא "חשיבות ציבורית אידיאולוגית רבה מאד וכי בית המשפט לא נועד לשמש זירה למאבקים ציבוריים-אידיאולוגיים". עם זאת, הטענה כי שאלת דחית גיוסם של בחורי הישיבה צריכה להיות מוכרעת בחוק ולא בהחלטה מינהלית של שר הביטחון, היא "טענה, שלדעתי ראויה היתה להישמע" (עמ' 718). הנשיא ציין, כי טענה זו לא נכללה בעתירה לדיון נוסף, ועל כן אין עליו להזקק לה.

12. לא עברו חודשים רבים, והעותר הגיש עתירה חדשה, תוך שהוא מבסס עצמו על דברי הנשיא בפסק-דינו בד"נ 2/82. בית המשפט דחה את העתירה, בשל העדר מעמד לעותר. השופטת בן-פורת (עמה הסכימו השופטים ד' לוין וג' בך) ציינה כי "הכל תמימי דעים, שאין להניח לפרט לתבוע עלבוננו או לריב את ריבו של הכלל בתביעה ציבורית (ACTIO POPULARIS)". הכל מודים כי העותר מומרך על ידי האספקט הציבורי ולא הפגיעה האישית. טעם זה שעמד ביסוד דחית עתירתו בבג"צ 448/81 - 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. העתירה וטענותיה

13. העתירה שלפנינו, כקודמותיה, ענינה דחיית שירות הביטחון של בחורי הישיבה. למוד נסיון העבר, בקש העותר לכלול בעתירתו כל אותם תחומים שבתי המשפט העירו לגביהם בעבר. לטענת העותר, יש לו מעמד בדיון. הוא צרף לעתירתו תצהיר של דר' עמנואל ולד, אלוף משנה במילואים, אשר שרת 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 ישירות 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, טוען העותר כי הצליח לבסס את מעמדו בדיון. אמת, אינטרס זה שיש לו לעותר אינו מיוחד לו בלבד, אך על פי ההלכה הפסוקה, אין בכך ולא כלום, שכן לדעת העותר אין לשלול את מעמדו שלו בשל כך שהוא מגן על אינטרס המשותף לו ולרבים אחרים. אך אם אין די בכל אלה, הרי לדעת העותר יש לו מעמד כדין להניע את בית המשפט לפסוק בפגיעה

חמורה בשלטון החוק ובשוויון הכל בפני החוק. לדעת העותר, עתירתו היא "שפיטה", חרף אופיה הציבורי. לגוף הענין טוען העותר שלש טענות: ראשית, כי דחיית גיוסם של בחורי ישיבה אינה יכולה להעשות על ידי מעשה-מינהל של הרשות המבצעת, אלא צריכה היא להעשות - לאור מהותו העקרונית של הענין - על ידי מעשה חקיקה של הכנסת. במתן דחייה לבחורי הישיבה חרג, איפוא, שר הבטחון מסמכותו; שנית, שיקוליו של שר הבטחון הם זרים, מפלים ובלתי סבירים. חוק שירות בטחון אינו מאפשר לשר לדחות שירותם הצבאי של בחורי ישיבות. מטרת החוק היא קידום הבטחון ולא קידום הלימוד בישיבות. השיקול "הדתי" הוא שיקול זר, מפלה ובלתי סביר; שלישית, מהתבטאויות של המשיב, ושל שרי בטחון שקדמו לו, למד העותר, כי שרי הבטחון שרון, ארנס ורבין סבורים כי אין לדחות את שירותם הצבאי של בחורי הישיבה, אך הם סבורים כי אין בכוחם לשנות מצב זה שנכפה עליה. גישתם זו של שרי הבטחון בטעות יסודה, שכן הם בעלי הסמכות.

14. עם הגשת העתירה היא הועברה להרכב של שלושה שופטים, ובא כח היועץ המשפטי לממשלה הוזמן לדיון. עמדתו בדיון זה היתה כי אין לעותר מעמד. לדעת בא כח היועץ המשפטי, "שאלת השפעתו של ביטול ההסדר של דחיית הגיוס לתלמידי הישיבות על המשך שירותם של אנשי מילואים בכלל ושל העותרים בפרט, היתה ונשארה איפוא שאלה סבוכה ביותר, שמרכיביה רבים ומפותלים. לפיכך עומד ענין המעמד למכשול בפני העותרים גם בעתירה זו, כמו בעתירות הקודמות". כן סבר בא כח היועץ המשפטי כי דין העתירה להדחות בשל חוסר שפיטותה. "נשוא 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 כח היועץ המשפטי לממשלה - כי שיקוליו של שר הבטחון אינם מונחים בפני בית המשפט. לאור הערותינו בענין זה, בקשה באת-כח המדינה שהות כדי להגיש לבית המשפט סקירה על מערכת השיקולים המנחים את שר הבטחון בהפעלת שיקול דעתו בענין דחית שירותם של בחורי הישיבה, לרבות סקירה על התפתחות של הנושא בעבר, היקף הנושא, הנוהלים, והשיקולים הענייניים לאורם גובשה המדיניות בנושא המונח בפני בית המשפט. החלטנו כי הסקירה תוגש בצורת תצהיר או תצהירים. סקירה כזו, כשהיא מעוגנת בשני תצהירים, אכן הוגשה לנו, וממנה למדנו על השתלשלות הטיפול בסוגיה שלפנינו מאז קודם המדינה. כמו כן הוצגו בפנינו שיקוליו הענייניים של שר הבטחון, והם:

"(1) כיבוד מחויבותם הרוחנית וההסטורית של לומדים ומלמדים ש'תורתם-אומנותם' להמשיך ברציפות את קיום הערך של לימוד התורה;

(2) הרצון שלא לפגוע בעקרון האמור שהוא נעלה ומקודש לחלק מהאוכלוסיה בישראל ובתפוצות;

(3) העובדה שאורח החיים של תלמידי הישיבות הינו דתי קיצוני ביותר ועקב כך ההליכה לצבא גורמת להם בעיות חמורות בהסתגלות לחברה ולתרבות זרה 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 כח היועץ המשפטי לממשלה, שיקולים אלה הם כדין, אין בהם כל יסוד זר והריהם סבירים ובלתי מפלים. שר הבטחון לא התעלם מן ההשלכות של דחיית השירות לתלמידי ישיבות על היקף הכוחות הסדירים וכוחות המילואים של צה"ל, ועל ההערכות לצרכי הבטחון של מדינת ישראל, אך הגיע למסקנה שלא לגייס לצה"ל סוג מועמדי שירות אלה. באיזון שבין כל השיקולים השונים, גוברים אצל שר הבטחון השיקולים המצדיקים אי-שילוב תלמידי ישיבות.

לדעת באת-כח היועץ המשפטי לממשלה, אל לו לבית המשפט לשים את שיקול דעתו שלו תחת שיקול דעתו של שר הבטחון.

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

מעמד בדין

א. נקודת המוצא

17. כפי שראינו, בעבר נדחו העתירות בענין דחיית שירות הבטחון של בני הישיבות, בשל דיני המעמד. האם דינה של העתירה שלפנינו להדחות 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 שתבחן לגופה. לשם ביסוסה של מסקנתי זו, מן הראוי הוא לעמד על מעמדם של דיני המעמד אצלנו. נקודת המוצא לבחינה זו הינה בהוראת סעיף 15(ג) ו-(ד) לחוק יסוד: השפיטה. סעיף זה מעניק סמכות לבית המשפט הגבוה לצדק לדון בענינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט אחר (ס"ק ג). כמו כן מסמך סעיף זה את בית המשפט הגבוה לצדק לתת צוים כנגד רשויות השלטון "לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין" (ס"ק 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 בענין פלוני יש משום אצילת סמכות ליצור הלכות שיפוטיות בענין נשוא הסמכות. על קשר זה בין דיין עמדתי באחת הפרשות, באומרי:

"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-לואי של סמכות השיפוט של בית המשפט הגבוה לצדק" (בג"צ 731/86 מיקרו דף נגד חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2)458, 449).

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 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, בה 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 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, BLECKMANN, "THE AIM OF JUDICIAL PROTECTION: PROTECTION OF THE INDIVIDUAL OR OBJECTIVE CONTROL OF THE EXECUTIVE POWER? THE ROLE OF LOCUS STANDI", JUDICIAL PROTECTION VOL. 3, 19 (1971), AGAINST THE EXECUTIVE HARDING, "LOCUS STANDI IN FRENCH", (ראה, PUBLIC LAW 144 1978 (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 מעמדו כדין של העותר.

ב. יסודות הבעיה

18. דיני המעמד בישראל מצויים בתנועה. תחילתה של תנועה זו בעבר. עוד בבג"צ 287/81 מירון נגד שר העבודה (פ"ד

כד' (1) 343,337 - להלן "פרשת מירון"), ציין הנשיא אגרנט כי "העיון בפסיקה המקומית מעלה כי במרוצת הזמן חלה בגישת בית משפט זה, לענין שאלת המעמד, התפתחות, בכיוון הליברלי".

התפתחות זו נמשכת מאז ועד היום (ראה בג"צ 217/80 סגל נגד שר הפנים, פ"ד לד(4) 429 - להלן, "פרשת סגל"). היא אינה מיוחדת למשפט הישראלי. היא קיימת גם בארצות מערביות מודרניות אחרות (ראה, WADE, ADMINISTRATIVE, ED. 5TH. (1982), P. 578 LAW ניכרת בעולם הנטיה לפתוח את שערי בית המשפט לכל דורש". (בג"צ 563/75 רסלר נגד שר האוצר, פ"ד ל(337) 346, 2)). נטיה זו בעולם המודרני מוצאת את ביטוייה הן בפסיקתם של בתי משפט, הן בחיבוריהם של מלומדים והן ברפורמה מוצעת בדרך החקיקה (ראה, TOKAR, "ADMINISTRATIVE LAW: LOCUS 209 STANDI IN JUDICIAL REVIEW, PROCEEDINGS", 14 MANITOBA L.J. ((1984)).

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 208 (2ND. ED. VOL. 4, DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 1983)). 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 הצבורי. לשם גיבוש תפיסה באשר למהותם ותפקידם של דיני המעמד יש לנקוט עמדה באשר לתפקידה של הביקורת השיפוטית בתחום המשפט הצבורי. "קביעתה של המדיניות בנושא המעמד מושפעת מתפיסות יסוד ערכית ומהותית בדבר תפקידה של הביקורת השיפוטית במערך רשויות המדינה" (סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק, 5 (1986)).

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 השיפוט בחברה ובאשר למעמד השפיטה ברשויות השלטון (ראה 27,165 (1986) CANE, AN INTRODUCTION TO ADMINISTRATIVE LAW). לא הרי שופט, אשר הפילוסופיה 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 (ב"פרשת בקר" 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 בר-שלום נגד מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לא(1) 802,796 להלן - "פרשת בר-שלום") לפיה, "ככל שחשיבותו של הענין 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 ב"פרשת בקר" 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 בטאו את השוני שבגישתם לתפקיד הביקורת השיפוטית במשפט הצבורי ולתפקיד השופט בחברה דמוקרטית. ג. "הגישא 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 משלו שהופרה. עמד על כך הנשיא אגרנט באומרו: "האזרח הבא לקבול על החלטה או פעולה של רשות ציבורית אינו חייב עוד להראות, לענין זה, כי אותה החלטה או פעולה פוגעת בזכות שלו" ("פרשת מירון", עמ' 343). אכן, עותר אינו חייב להיות "עותר הוהפלדיאני" כדי לזכות במעמד ("פרשת סגל" עמ' 440). די לו לעותר כי הוא מצביע על אינטרס שלו שנפגע. זאת ועוד: אינטרס זה

אינו חייב להיות מיוחד לעותר ויוכר מעמדו כדין של עותר שאינטרס שלו נפגע, גם אם אינטרס זה משותף הוא לו ולרבים אחרים (ראה "פרשת סגל"). עמדה על כך השופטת בן פורת, באומרה:

"אין כל הכרח, להקמת זכות עמידה, שהפגיעה הנטענת תהיה מוגבלת לעותר בלבד ולא לקבוצת אנשים עמה הוא נמנה". (בג"צ 1/81, שירן נגד רשות השידור, פד' לה (3) 388, 365).

לבסוף, לשם הנחת תשתית ראייתית בענין 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 דיין נגד שר הדתות, פ"ד ט' 997, 1000) או שפעולת השלטון "עשויה לפגוע" (הנשיא אגרנט ב"פרשת מירון" עמ' 343) או שהעותר "עלול להיפגע" (השופט ויתקון ב"פרשת בר-שלום", עמ' 806).

הפרופוזיציה השניה, המשותפת למרבית השופטים שעסקו בדיני המעמד הינה, כי המשפט הישראלי אינו מכיר במעמדו של כל אזרח, אך משום שהוא טוען כי השלטון הפר את החוק. התביעה הציבורית (ה-ACTIO POPULARIS), בתור שכזו, אינה מוכרת אצלנו (השופט אגרנט ב"פרשת מירון" עמ' 350; "פרשת סגל", בעמ' 443:

הנשיא שמגר בבג"צ 428/86 ברזילי נגד ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, ("אין בכך משום הכרה כללית בקיומה של העתירה הציבורית"); השופט ד' לוין בבג"צ 609/85 צוקר נגד ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מ(1) 775, 783). עמדה על כך השופטת בן פורת בבג"צ 179/82 הנ"ל, בציננה: "הכל תמימי דעים, שאין להניח לפרט לתבוע עלבוננו או לריב את ריגו של הכלל בתביעה ציבורית (ACTIO POPULARIS)" (עמ' 426).
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 בענין זה קיימת הסכמה בין מרבית השופטים בתחומים מספר:

ראשית, יוכר מעמדו של עותר, מקום שהטענה שהוא מעלה לגוף הענין מצביעה על שחיתות של הרשות השלטונית. עמד על כך השופט לנדוי באומרו:

"יכול איפוא 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 ויאזן להיכנס לדיון לגופה של קובלנה המובאת לפניו על ידי משלם מסים בתור שכזה".

(בג"צ 348/70 כפיר נגד המועצה הדתית של אשקלון, פ"ד כה (1) 684, 692).

על כן, אם רשות ציבורית פעלה מתוך משוא פנים או ניגוד ענינים יוכר מעמדו של עותר חסר אינטרס. עמד על כך השופט אלון בציננו, 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 852/86 אלוני נגד שר המשפטים, פ"ד מא (2) 66 - להלן "פרשת אלוני"); שנית, בית משפט זה יכיר במעמדו של עותר, המעלה בפניו בעיה בעלת "אופי חוקתי מובהק" (השופט אלון ב"פרשת אלוני", שם). במסגרת זו נכללו שאלות הקשורות לבחירות ולמימון מפלגות (בג"צ 98/69 ברגמן נגד שר האוצר, פ"ד כז (2) 785; בג"צ 148/73 קניאל נגד שר המשפטים, פ"ד כד (1) 794); להקמתן של ועדות חקירה על פי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968 (בג"צ 152/82 אלון נגד ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449); לסמכות החנינה של נשיא המדינה (בג"צ 428/86 הנ"ל); לחובתה של רשות השידור לקיים את עקרונות חופש הביטוי (בג"צ 243/82 זכרוני נגד הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז (1) 757), וכן בעיות אחרות אשר נוגעות "לציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי או של המבנה החוקתי של חברתנו" (השופט אלון ב"פרשת אלוני" עמ' 68).

ה. ליברליזציה "בחריגים"

22. אכן, גדר המחלוקת העיקרי נעוץ באיפיונם של "החריגים", בהם יזכר מעמדו של "העותר הציבורי". בהקשר זה, מתעוררות שלוש שאלות: האחת, האם החריג בענין "שחיתות" מוגבל הוא לטענת שחיתות, או שמא יש מקום להרחיבו לכל טענה המצביע על פגם חמור בפעולות המינהל; השנייה, האם החריג בענין "תחוקתי מובהק" מוגבל הוא אך לענינים חוקתיים, או שמא יש מקום להרחיבה לכל ענין בעל אופי ציבורי שיש לו נגיעה ישירה לשלטון החוק; השלישית, האם יש מקום להכיר בחריגים נוספים, או שמא מוגבלים החריגים לשנים בלבד. בכל אחת מהשאלות הללו מתגלים חלוקי 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 לענין חוקתי בלבד, אלא חל הוא, כדברי חברי, הנשיא שמגר, בכל מקום אשר בו "הענין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק, ולהתווית הקווים, המבטיחים קיומו הלכה למעשה" ("פרשת שירן", בעמ' 374), ובכל אותן "סוגיות בעלות מהות משפטית יוצאת דופן, הנוגעות לעקרונותיו של שלטון החוק" ("פרשת אלוני", בעמ' 23). לבסוף, דעתי היא כי החריגים לכלל שאינו מכיר "בתביעה הציבורית" בתור שכזו, אינם מצומצמים לשני החריגים שצינתי. אל לנו ליצור קטגוריות נוקשות של חריגים. יש להשאיר את הסוגיה בגמישותה, תוך השארת הדלת פתוחה בפני הכרה במצבים נוספים בהם יזכר 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" ("פרשת סגל" בעמ' 443; "פרשת אלוני", בעמ' 28). ברוח זו נפסקה פסיקה עקבית בקנדה (ראה 43 (1974) (NO. 2) V. ATTORNEY GENERAL OF CANADA THORSON 55 D.L.R. 1; NOVA SCOTIA BOARD OF CENSORS V. MCNAIL D.L.R.(3D) 3D) 632)). כך, למשל, נפסק כי יש להכיר בעותר ציבורי לענין הטענה כי פטורים מסויימים מאחריות פלילית בגין הפלה הניתנים לאשה ההרה ולרופא, עומדים בניגוד לחוקה. הטעם לכך הינו, בין השאר, כי אין עותר בעל אינטרס שיוכל להעלות טענה זו בפני בית המשפט (CANADA V. (MINISTER OF JUSTICE OF (1982), 130 D.L.R. (3D) 588). BOROWSKI

אכן, קוי הגבול בין החריגים לבין עצמם ממילא מטושטשים. לעיתים קרובות מתקיימים כמה מהם גם יחד, כפי שהיה הדבר בבג"צ 511/80 גליא נגד הוועדה המקומית לתכנון ובניה מחוז חיפה, (פ"ד לה (4) 477, 481), בו ציין השופט הנשיא מ' שמגר

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

על כן מקובלת עלי גישתו של דר' סגל, הגורס כי יש להכיר "בעותר 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, שם, עמ' 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 - עליה עמד השופט ברנזון לפני כעשרים שנה - כי "בית משפט זה הוא המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון" (בג"צ 287/69 הנ"ל, בעמ' 362), וכי תפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק הוא לדאוג להגשמתו של עקרון שלטון החוק. נעילת דלתותיו של בית משפט זה בפני עותר חסר-אינטרס המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין פוגעת בהשלטת החוק, שכן באין דיין אין דין. יכולת הפניה לבית המשפט היא אבן-פינה של שלטון החוק (ראה THE DOCTRINE OF LOCUS PIERIS, 1983 PUBLIC LAW (52,89 STANDI IN COMMONWEALTH ADMINISTRATIVE LAW)). עמד על כך השופט דיפלוק (LORD DIPLOCK) בפרשת (FEDERATION OF IRC V. NATIONAL (1982), A.C. 617, SELF-EMPLOYED AND SMALL BUSINESSES LTD):

"IT WOULD, IN MY VIEW, BE A GRAVE LACUNA IN OUR SYSTEM OF PUBLIC LAW IF A PRESSURE GROUP, LIKE THE FEDERATION, OR EVEN A SINGLE PUBLIC-SPIRITED TAXPAYER, WERE PREVENTED BY OUTDATED TECHNICAL RULES OF LOCUS STANDI

FROM BRINGING THE MATTER TO THE ATTENTION OF THE COURT TO VINDICATE
THE RULE OF LAW AND GET THE UNLAWFUL".INDUCT 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 של עקרון זה. נהפוך הוא: גישה זו יונקת כוחה מעקרון הפרדת הרשויות ומכלליו. עקרון זה, משמעותו המודנית הינה, איזון ופיקוח (CHECKS AND BALANCES) בין הרשויות השונות (ראה דברי הנשיא שמגר בבג"צ 306/81 שרון נגד ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118, 141, וכן ויתקון, פוליטיקה ומשפט 71 (תשכ"ה). 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 סיעת "כך" נגד יו"ר הכנסת, פ"ד לט' (158) 141, - להלן "סיעת 'כך'").

2S+איזון ופיקוח אלה משמעותם, בין השאר, כי במסגרת סכסוך המתעורר בפני 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, 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 'בעלי דין' שהאחד קופח, לטענתו, על ידי האחר". (בג"צ 852/86 הנ"ל, עמ' 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 V. NATIONAL FEDERATION OF SELF-EMPLOYED AND SMALL IRC BUSINESSES LTD באומר:

"IT IS NOT, IN MY VIEW, A SUFFICIENT ANSWER TO SAY THAT JUDICIAL REVIEW
OF THE ACTIONS OF OFFICERS OR DEPARTMENTS OF CENTRAL GOVERNMENT
IS UNNECESSARY BECAUSE THEY ARE ACCOUNTABLE TO PARLIAMENT FOR
THE WAY IN WHICH THEY CARRY OUT THEIR FUNCTIONS. THEY ARE

ACCOUNTABLE TO PARLIAMENT FOR WHAT THEY DO SO FAR AS REGARDS
EFFICIENCY AND POLICY, AND OF THAT PARLIAMENT IS THE ONLY JUDGE;
THEY ARE RESPONSIBLE TO A COURT OF JUSTICE FOR THE LAWFULNESS OF
WHAT THEY DO, AND OF THAT THE COURT IS THE ONLY JUDGE." (P. 644)

אכן, 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 יעודה במערך הפרדת הרשויות. בהקשר זה, אינה מקובלת עלי הגישה - אשר אף עליה עמד השופט אלון - כי יעודה העיקרי והיסודי של הרשות השופטת הוא להכריע בריב שבמרכז טענת קיפוח שהאחד קופח על ידי האחר. המקור לתפיסה זו היא 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 הכל אינם מבוססים על טענת קיפוח. עמד על כך פרופסור וייד (WADE), בציינו כי הגישה לפיה 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 PUBLIC INTEREST. WHERE SOME PARTICULAR PERSON IS THE OBJECT OF ADMINISTRATIVE ACTION, THAT PERSON IS NATURALLY ENTITLED TO DISPUTE ITS LEGALITY AND OTHER PERSONS ARE NOT. BUT PUBLIC AUTHORITIES HAVE MANY POWERS AND DUTIES WHICH EFFECT THE PUBLIC GENERALLY RATHER THAN PARTICULAR INDIVIDUALS. IF A LOCAL AUTHORITY GRANTS PLANNING PERMISSION IMPROPERLY, OR LICENSES INDECENT FILMS FOR EXHIBITION, IT DOES A WRONG TO THE PUBLIC INTEREST BUT NO WRONG TO ANY ONE IN PARTICULAR. IF NO ONE HAS STANDING TO CALL IT TO ACCOUNT, IT CAN DISREGARD THE LAW WITH IMPUNITY. AN EFFICIENT SYSTEM OF ADMINISTRATIVE LAW MUST FIND SOME ANSWER TO THIS PROBLEM, OTHERWISE THE RULE OF LAW BREAKS DOWN. ... THE LAW MUST SOMEHOW FIND A PLACE FOR THE DISINTERESTED CITIZEN IN ORDER TO PREVENT ILLEGALITIES IN GOVERNMENT WHICH OTHERWISE NO ONE WOULD BE COMPETENT TO CHALLENGE." WADE, 5TH ED. 577 (1982) ADMINISTRATIVE LAW

אך מעבר לכך, איני רואה כל דבר במהות התפקיד השיפוטי, המחייב קביעה כי רק מי שזכותו קופחה רשאי לריב את ריבו שלו. קיומה של זכות בטרם פניה 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 בהם 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 השני. 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 בפני בית המשפט, אין כל יסוד לצמצם את התפקיד השיפוטי, אך לאותם סכסוכים שבהם טענת הצד היא לקיפוח שקופח על ידי הצד השני. אמת, באין סכסוך אין מקום להכרעה שיפוטית. "ברור שאין לך הליך שיפוטי אלא מקום שקיים 'ריב' (LIS)" (השופט ויתקון ב"פרשת בקר" בעמ' 246). אך מכאן לא נובע כי "צריך שיבוא פלוני ויתבע את זכותו או עלבוננו. בזה משתנה הדיון בבית המשפט מהדיון בפני הרשות המחוקקת או המבצעת. באין נרגן ישקוט מדון, ואילו די היה בנרגן שאינו אלא דוברו ושופרו של הציבור בכללותו, היה הדיון לפני הרשות השופטת עלול לטשטש את התחומים ולהתפרש כהפרת העקרון של הפרדת רשויות". גישה זו אינה מקובלת עלי. אמת, באין סכסוך אין שפיטה. אך דרישה זו אינה נוקטת כל עמדה באשר לאופיו של הסכסוך, והאם ענינו זכויות של הפרט, אינטרסים של קבוצה או חובות כלליות של המינהל. עמד על כך פרופסור קלינגהופר באומרו:

"מהותה של השפיטה היא הסמכות לדון בסכסוך ולהחליט בו. לפיה, כל הנורמות האינדידואליות 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 להוות 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" (קלינגהופר, משפט מינהלי, 8(1957)).

אכן, המאפיין את השפיטה הוא בהכרעה בין תביעות (CLAIMS), יהא תוכנן אשר יהא (ראה CE 564 (1953) PATTERSON, JURISPRUDEN). לא פעם, לא הזכות היא היוצרת את הסכסוך, אלא הסכסוך הוא היוצר את הזכות. אם זכות היא רצון או אינטרס המוגן על ידי המשפט, הרי בהכרעה השיפוטית, הנותנת את הגנת המשפט, נוצרת הזכות עצמה. הנה כי כן, האופי השיפוטי של הפונקציה לא נקבע 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 העקרון של הפרדת הרשויות" (השופט ויתקון ב"פרשת בקר" בעמ' 246). עמד על כך השופט ויתקון עצמו, באומרו: "גם מי שרואה בהתערבות הרשות השופטת בהכרעות פוליטיות משום אוזרפציה של סמכויות החקיקה והשלטון, צריך לזכור, שהפונקציה השיפוטית שונה, מטבעה ובטיבה, מאלה המסורות לרשות המחוקקת והרשות המבצעת. היא פועלת במישור אחר - במישור הפיקוח והביקורת - ולא מן ההכרח הוא לומר, שיש כאן משום עירוב התחומין" (ויתקון, פוליטיקה ומשפט, 70 (תשכ"ה)). 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 הטעון העקרוני, שיסודו בתורת משפט, ובתורת הפרדת רשויות, המצדיק הבחנה זו? לדעתי, אין לה יסוד. אכן, גישתי הנה כי הדרישה לקיום זכות או אינטרס כתנאי למעמד בדיון, הינה דרישה מחוסרת יסוד פילוסופי, אינה מעוגנת בהפרדת רשויות, אינה נשענת על בסיס מוסרי, ופוגעת בשלטון החוק.

1. הפתרון: איזון פרגמטי

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 SCOTT "STANDING IN THE SUPREME COURT - A FUNCTIONAL ANALYSIS", 86 HARV. L. REV 645 1973). קיים חשש בפני 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 4 TH. ED. 410 (1980) JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION 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 לפיה 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 ("פרשת בר-שלום", 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 ה"תובע 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 ב"פרשת שירן" עמ' 373). כשלעצמי, איני משוכנע אם חוסר ודאות זה גדול הוא מחוסר הודאות הטמון בהגדרת מושג "האינטרס". אך יהא ענין זה כאשר יהא, יש להניח כי חוסר ודאות זה יפחת בודאי במשך השנים, כאשר הגבול בין בעלי המעמד לבין חסרי המעמד יוגדר בצורה ברורה יותר. זאת ועוד: אין אני רואה כל פגם בחוסר בהירות זו. בעיני, כללי המעמד הם כללים מעשיים, הבאים להגן על יעילות פעילותו של בית המשפט, ולא כללים הבאים ליצור "תחומים מתים" שבשל העדר מעמד יכל השלטון מראש לפעול בהם שלא כדין. רשויות השלטון צריכות להניח כי לכל עותר מעמד, ועליהן לכלכל צעדיהם 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 ובדיקתם של העתירות, והוא שיחליט במקרה ראוי, לאור מהותו של הענין וזיקתו של העותר אליו, אם להוציא צו-על-תנאי (הנשיא שמגר ב"פרשת אלוני", (עמ' 28). שנית, מבין אני כי קיים קושי מעשי להבחין בין אותם "עותרים ציבוריים" הפונים לבית משפט לצרכי 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 ענין שאינו ענינו הפרטי כי אם בעל אופי ציבורי-כללי" (כדברי השופט ברנזון, בבג"צ 26/76 הנ"ל, עמ' 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 פרופסור סקוט בציינו:

"THE IDLE AND WHIMSICAL PLAINTIFF, A DILETTANTE WHO LITIGATES FOR A LARK, IS A SPECTER WHICH HAUNTS THE LEGAL LITERATURE, NOT THE COURTROOM."

(סקוט, שם, עמ' 674). גם ענין ההצפה - הן בסוגיה שלפנינו והן בסוגיות אחרות בהן הוא מועלה (ראה MAHER 8 (1985) (U. TAS. L. REV 96), "HARD' CASES, FLOODGATES AND THE NEW RETORIC", (AND EVANS, - נראה לי כשולי, ולו מהטעם שאין כל הוכחה אמפירית כי יש בטיעון זה ממש. הנסיון בארצות אחרות, שהיו מוכנות להכיר בעותר הציבורי בגבולות ידועים, לא הראה על הצפה באותם גבולות (ראה סגל, שם, עמ' 170). עמד על כך פרופ' דיוויס (DAVIS) באומרו:

"A REASON SOMETIMES ASSERTED AGAINST THE CENTRAL PRINCIPLE IS THAT IT OPENS THE GATES TO FLOODS OF LITIGATION. THE FEAR HAS NO FOUNDATION. NEW YORK AND MASSACHUSETTS HAVE OFTEN ALLOWED 'ANY CITIZEN' OR 'ANY RESIDENT' TO CHALLENGE LEGALITY OF GOVERNMENTAL ACTION ... AND TRICKLES, THE RESULT NOT FLOODS. THE D.C. HAS BEEN CIRCUIT HAS POINTED OUT THAT 'THE DOCKETS ... HAVE NOT INCREASED APPRECIABLY AS A RESULT OF NEW CASES IN WHICH STANDING WOULD PREVIOUSLY HAVE THE VARIOUS BEEN DENIED' ... THAT STATUTES OF THE 1970 ALLOW STANDING TO 'ANY INTERESTED PERSON' OR 'ANY PERSON' HAVE

נראה לי כי זהו גם נסיונו 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 אני בטוח "שעם אנשים כאלה" נשרה ונוכל. אנשים כאלה ישנם בכל מקום ובכל זמן, והם ישנם גם כיום אצלנו, ואנו מתמודדים אתם לעתים קרובות ומנערים את חוצננו מהם ("פרשת מירון", עמ' 362). בתי המשפט התמחו לא פעם בבחינה אם בעל דין פונה לבית המשפט באופן כן. בדיקה דומה ניתן לעשות גם לענין העותר הציבורי. הוצאות משפט מהוות אמצעי הרתעה ראוי. אכן, יש ליתן הדעת לבעיה מעשית זו, המטרידה רבים והמונעת מהם מלנקוט בגישה 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 משפט בפני עותרים המלינים על הפרה חמורה של החוק בענין בעל אופי ציבורי. בצדק ציין השופט ברנזון כי: "אין לדעתי 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 העמידה בו לאזרחים" ("פרשת בר-שלום" עמ' 803); שלישית, מקובל עלי כי קיים קושי בקביעת קריטריונים, מתי הענין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי ומתי לא, מתי הפגם בפעולות המנהל הוא חמור ומתי הוא אינו חמור. קושי זה יוצר אף הוא חוסר ודאות, אשר תתבהר בודאי במשך השנים. פשיטא, כי שלילת רשיון מתוך משוא פנים (כגון שוחד או ניגוד ענינים) היא פעולה שלטונית המעלה בעיה ציבורית והמצביעה על פגם חמור בפעולות השלטון, ויש להכיר בגינה בעותר הציבורי (CRAIG, ADMINISTRATIVE (1983) LAW 459) אך מה הדין אם שלילת הרשיון נעשתה שלא מתוך משוא פנים, אלא מתוך פגיעה בזכות השמיעה של בעל הרשיון? האם אף כאן מתעוררת בעיה ציבורית המצביעה על פגם חמור? היש חשיבות לעובדה כי העותר מצביע על כך שהפגיעה בזכות השמיעה אינו 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, הענין 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" ("פרשת אלוני", עמ' 66). אכן, בנוסף לפגיעה בשלטון החוק, יש להצביע - על פי אמות מידה אובייקטיביות - על נתונים נוספים, כגון פגיעה חמורה בפעולות המינהל, או ענין בעל אופי ציבורי, או ענין הנוגע לעקרונות שלטון החוק שאין בו עותר בעל אינטרס. כפי שראינו רשימה זו עצמה אינה סגורה, וממילא נוצרת חוסר ודאות הן באשר לתכנה של הרשימה והן באשר לגבולותיה. עם זאת, גישה זאת נראית בעיני 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 לענין עתירה המעלה ענין בעל אופי "חוקתי מובהק" או עתירה הנוגעת "לציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי או של המבנה החוקתי" (השופט אלון ב"פרשת אלוני" עמ' 66, 68), כלום חריגים אלה יוצרים ודאות? מהו ענין "חוקתי מובהק", ומה בינו לבין ענין חוקתי לא מובהק? וכיצד נקבע "ציפור הנפש" של המשטר? אכן, בעיני מבחנים אלה אינם ודאיים יותר מהמבחנים "הליברליים" יותר בהם אני דוגל, ואיני מוכן לראות בחוסר הודאות הטמון בשני סוגי המבחנים עילה לגישה "מחמירה".

ז. מן הכלל אל הפרט

26. על רקע מערכת דינים זו בעיני המעמד יש לבחון את העתירה שלפנינו. לדעתי, יש להכיר במעמדו של העותר, 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" בה יש לנקוט בסוגית המעמד. אבחן כל אחת מהאפשרויות הללו בנפרד.

27. היש לעותר מעמד על פי הגישה "הקלאסית"? האם הצליח העותר להצביע על אינטרס שלו שנפגע בשל דחית שירותם של בחורי הישיבה? בענין זה ייצא לדעתי העותר ידי חובתו, אם יצליח להראות כי אילו גוייסו בחורי הישיבה, היה הדבר מקל על שירות המלואים שהוא משרת בצבא. אמת, הקלה זו לא תהא מיוחדת לעותר בלבד, אך כבר ראינו כי ייחוד האינטרס אינו חיוני לרכישת מעמד בדין. אכן, עוד ב"פרשת בקר" 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". (עמ' 246). נמצא, כי השאלה הינה מהי התשתית העובדתית שהעלה העותר בעתירתו. בענין זה צרף העותר לעתירה, בין השאר, תצהירים של אל"מ ע. ולד, ואל"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 1500 תלמידי ישיבה משמעותה מניעת הקמתם של חמשה גדודי שריון או שני גדודי חי"ר כל שנה. לענייננו מציין המצהיר כי דחיית גיוסם של תלמידי הישיבות מביאה להארכת שרות המילואים השנתי של חיילי המילואים. הוא מציין כי "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 אכא - ציין בתצהירו בבג"צ 448/81 - תצהיר שצורף כנספח לעתירה שלפנינו - כי "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 יגוייסו וישוּבצו לשירות ביחידות צה"ל עפ"י אותם הקריטריונים בדומה לשאר יוצאי הצבא המתגייסים יביא הדבר להפחתה משמעותית של נטל שירות המלואים של כלל חיילי המלואים ושל העותרים כפרטים, ואין בהכרח חשיבות לתפקיד שמבצע בפועל איש המלואים". המצהיר מוסיף ומציין כי "נטל שירות המלואים של החייל הבודד היא תוצאה משוכללת של צרכי הבטחון השוטף, גודל הצבא הסדיר, גודל צבא המלואים והתקציב השנתי וככל שמספר חיילי הסדיר ו/או המלואים יגדל (בתקציב נתון) יפחת הנטל על משרת המלואים הבודד. אין ספק שאי דחיית השרות של תלמידי הישיבות כפי שהוסבר לעיל יגדיל את מצבת כח האדם של צה"ל בשרות הסדיר ובשרות המילואים". נראה לי כי באמצעות תצהירים אלה הניח העותר תשתית עובדתית ממנה ניתן להסיק, כי אם הוא יזכה בעתירה וגיוסם של בחורי הישיבה לא יידחה, יוקל במידת מה על שירות המילואים שלו. בכך הוא רכש לעצמו מעמד בדין על פי הגישה הקלאסית (ראה נבי, "זכות העמידה בענין גיוס בחורי ישיבה", משפטים ב 640 (1970)).

זו היתה עמדתו של הנשיא לנדוי בד"נ 2/82 הנ"ל. בעתירה זו (ראה פסקה 11 לעיל) נדונה, בין השאר, חוות הדעת של אל"מ בהט, אשר על פרטיה העיקריים עמדת. על יסוד זאת קבע הנשיא לנדוי כי העותר באותה פרשה הקים לכאורה את זכות עמידתו בדין. אומר הנשיא לנדוי:

"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, יתכן ובסופו של חשבון יתברר כי אפילו גוייסו בחורי הישיבות, לא יהא בכך כדי להקל על העותרים. בצדק ציין מ"מ הנשיא השופט י. כהן בבג"צ 448/81 הנ"ל כי המציאות היא סבוכה, וקשה להתנבא בענין זה. "אין אני 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". (שם, עמ' 86). עם זאת, די להם לעותרים שהניחו מסד עובדתי ממנו 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

באומרו:

"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". (סגל שם, 28).

לדעתי, הראה העותר בעתירה שלפנינו כי דחיית גיוסם של בחורי הישיבה יוצרת סיכוי סביר של פגיעה באינטרס שלו, וכי ביטול הדחייה וגיוסם של בחורי הישיבה, יוצר סיכוי סביר של הטבה עמו. די בכך במסגרת הגישה "הקלאסית" לדיני המעמד.

(2). לעותר מעמד בגדר "החריגים" המקובלים

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

(3) לעותר מעמד במסגרת "הליברליזציה" לחריגים

29. לדעתי, יש לו לעותר בעתירה שלפנינו מעמד, גם אם נאמר שאין לו כל אינטרס, וגם אם נאמר שעתירתו אינה נופלת לאותם מקרים בהם 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 לענינה במעמד העותר, לא ניתן יהא לבחון חוקיותה בבית המשפט, שכן לאיש אין מעמד טוב ממנו. הרחבה בסוג מקרים זה נדונה בבית משפט זה מספר פעמים (ראה בג"צ 243/82 הנ"ל; "פרשת שירן").

עמד על כך הנשיא שמגר (בבג"צ 428/86 ברזילי נ. ממשלת ישראל, פד מ(3) 505, 558) באומרו:

"אף אם נכונה הטענה, כי אין למי מן העותרים אינטרס אישי ממשי וישיר בביטול החנינות אין מקום לדחיית העתירה על הסף; שכן צויין 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 ולהתווית הקווים, המבטיחים קיומו הלכה למעשה'... מן הראוי לנקוט גישה ליבראלית יותר ולפתוח שערי של בית-משפט זה לפני עותר המצביע על בעיה כאמור".

ועל גישה זו חזר הנשיא שמגר ב"פרשת אלוני" (בעמ' 23) באומרו:

"בית המשפט היה נכון להכיר, בין במפורש ובין מכללא, בהרחבה של זכות העמידה לגבי סוגיות בעלות מהות משפטית יוצאת דופן, הנוגעת 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 בנמצא עותר אחד, אשר לו אינטרס ישיר וממשי".

עקרונות אלה חלים גם בעניננו. ענין לנו בבעיה חוקתית, בעלת אופי ציבורי, שיש לה נגיעה ישירה לשלטון החוק, ושבה אין לאדם אחר מעמד טוב ממעמדו של העותר. הצטברותן של נסיבות אלה מצדיקה הכרה בזכות העמידה של העותר. משהוכר מעמדו של העותר, קמה ועומדת שאלת שפיטותה של עתירתו. לשאלה זו נפנה עתה.

שפיטות

א. טענות הצדדים

30. טענתה השניה של באת-כח המשיב הינה, כי נשוא 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 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 שיפוטית. התערבותו של בית המשפט בשאלה זו תלבה את הסערה הציבורית, ולפיכך זוהי שאלה שבה ראוייה התאפקות שיפוטית. לדעת באת כח 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 הענין נשוא 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 שיפוט זה אינו פוגע בהפרדת הרשויות. נהפוך הוא: הוא מנשמת אפו של כל משטר דמוקרטי. ב. מובנים שונים למושג השפיטות

31. 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 היוסדו. היא התעוררה בפסיקתם של בתי משפט מחוץ לישראל, ואף בהם נתגלתה כשאלה שאינה ניתנת ל"אימות מדעי" (VERIFICATION "SCIENTIFIC"): דברי השופט פרנקפורטר בפרשת (1961) 367 U.S. 497, POE V. ULLMAN. שצוטטו בהסכמה ב"פרשת 'כך' עמ' 161). השופט ויתקון הקדיש לשאלת השפיטות בכלל, והשפיטות בענינים פוליטיים בפרט, מחקר מעמיק - פוליטיקה ומשפט (תשכ"ה); משפט ושיפוט, 55 (1988) - אשר בסופו הודה, בגילוי לב ראוי לשבח, כי "יצאנו לחפש מורה נבוכים, וחוששני, שעדיין נמצאים אנו תוהים ובוהים" פוליטיקה ומשפט, עמ' 69). הודגש בפסיקה - בישראל ומחוצה לה - כי דוקטרינת השפיטות הינה בלתי ברורה, "שאינן להגדיר יסודותיה בצורה מדויקת" ("פרשת 'כך' עמ' 181); וכן, "A CONCEPT OF UNCERTAIN MEANING AND SCOPE" (1968) 85 U.S. 392, FLAST U. COHEN.

יש אף שהרחיקו לכת ותיארו אותה כ"עובר מונסטרוזי" שאת טיבו "לא תפסתי מעולם" (השופט זילברג בבג"צ 295/65 אופנהיימר נגד שר הפנים והבריאות, פ"ד כ' (1) 328, 309 - להלן "פרשת אופנהיימר"), תוך שהביעו ספק "אם ימצא אי-פעם חכם בעולם, שיוכל להגדיר בדיוק את משמעותו של ביטוי זה" (שם, עמ' 328). אכן, מגדולי המומחים בתחום זה ציינו כי לדעתם השפיטות "פנים לה לכאן ולכאן, ומן השאלות היא שאין לה הכרע" (ויתקון, שם, עמ' 69), ושכנראה נגזר על הויכוח סביבה להיות "ויכוח נצחי" (השופט ויתקון בבג"צ 606/78 סולימאן תופיק אויב נגד שר הבטחון, פ"ד לג' (2) 113, 124).

33. את ספיקותיו של השופט זילברג - "אם ימצא אי-פעם חכם בעולם, שיוכל להגדיר בדיוק את משמעותו של ביטוי זה" ("פרשת אופנהיימר", עמ' 328) - לא באתי להתיר, ובעיות "שאין לה הכרע" (ויתקון, שם, עמ' 69), לא באתי לפתור.

עם זאת נראה לי כי רבים מהקשיים בהבנת מושג השפיטות מקורם בעובדה שמושג השפיטות הוא מושג רב-משמעי (ראה MARSHALL, "JUSTICIABILITY" IN (FIRST SERIES), 265 (1961) OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE. ((GUEST(ED),

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 בו יופעל שיקול הדעת של שופטיו. בענין זה נקט בית משפט זה בתחילת דרכו בגישה לפיה חוסר שפיטות גורר עמו חוסר סמכות: בג"צ 65/51 זבוטינסקי נגד וייצמן, פ"ד ה' 801 - להלן "פרשת זבוטינסקי") לימים נתבהרה הטעות, תוך שהודגש כי "יש הבדל

בין סמכות ושפיטות" (השופט ויתקון בבג"צ 222/68 חוגים לאומיים נגד שר המשטרה, פ"ד כד' (2) 141, 164), וכי ענין השפיטות עומד על רגליו הוא באופן "שאינן לערבו עם ענין הסמכות" (מ"מ הנשיא, יצחק כהן בבג"צ 306/81 פלאטו שרון נגד ועדת הכנסת, פ"ד לה, (4) 118, 125). בדומה, אין לערבו בין מעמד לבין שפיטות. אמת הדבר, פסיקתו של בית משפט זה הצביעה לא פעם על הקשר בין שתי סוגיות אלה ("פרשת בקר", בג"צ 448/81 הנ"ל), אך קשר זה אסור לו שיביא לטשטוש ההבחנה בין שתי הסוגיות. אכן "זכות העמידה ושפיטות הן שני ענינים נפרדים" (מ"מ הנשיא, השופט יצחק כהן בבג"צ 448/81 הנ"ל, בעמ' 85). זכות העמידה ענינה כוחו של העותר להניע את בית המשפט לדון בעתירתו; השפיטות ענינה התאמתה של העתירה לדיון שיפוטי. "עלינו לאבחן בין שתי סוגיות נפרדות: מחד גיסא, שאלת זכות העמידה של העותר, על פיה יוכרע אם בית המשפט יטה אופן קשבת לדברים המובאים מפיו של 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 הענין בסוגיה המועלית בפניו" (השופט שמגר בבג"צ 561/75 אשכנזי נגד שר הבטחון, פ"ד (3), 315, 309 - להלן "פרשת אשכנזי").

34. עקרונית, יש מקום להבחין בין שני מובנים שונים של מושג השפיטות.

(ראה בג"צ 802/79 סמרה נגד מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(4)1)). את האחד ניתן לכנות כשפיטות נורמטיבית. את האחר ניתן לכנות כשפיטות מוסדית.

(השווה מאמרו המצויין של בנדור, "השפיטות בבית-המשפט הגבוה לצדק", משפטים יז' 592 (1987), המבחין בין "שפיטות מאטריאלית" לבין "שפיטות אורגנית": ראה גם, (1986) 241. GALLIGAN, DISCRETIONARY POWERS).

השפיטות הנורמטיבית באה להשיב על השאלה, אם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד בפני 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 מרשל באומרו:

"UNFORTUNATELY, ASSERTIONS THAT RULES ARE NOT JUSTICIABLE ARE AS A MATTER OF USAGE EMPLOYED AMBIGUOUSLY BOTH TO INDICATE OF A FIXED PROCEDURE THE ABSENCE IN FACT OF A AND TO PROCLAIM THE UNSUITABILITY RULE FOR APPLICATION BY THAT PROCEDURE." . P. 266) (MARSHALL, OP.CIT

לעמדה עתה על כל אחד משני הסוגים של אי השפיטות, ועל מקומו בשיקוליו של בית המשפט הגבוה לצדק. למותר לציין, כי הבחנה זו רלבנטית היא בכל הנוגע לשימוש במושג השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק לענין הדיון בעתירות המובאות בפניו. הבחנה זו עשויה שלא להיות רלבנטית - ויהא מקום לבחון הרלבנטיות של הבחנות אחרות - לענין השימוש במושג השפיטות בהקשרים אחרים. אכן, מושג השפיטות הוא מושג נרחב, שיש לו השלכות להקשרים שונים (SUMMERS, "JUSTICIABILITY", 26 MOD. L. REV. 530 (1963)). אני עוסק במושג השפיטות אך בהקשר של משפט מינהלי ובהקשר של שיקול דעת בית המשפט המינהלי.

ג. שפיטות (או חוסר שפיטות) נורמטיבית

35. סכסוך הוא שפיט במובנו הנורמטיבי, אם קיימות אמות מידה משפטיות לפתורנו. סכסוך אינו שפיט במובנו נורמטיבי, אם אין קיימים קני-מידה משפטיים להכרעה בו. השפיטות הנורמטיבית עוסקת, איפוא, ביכולתו של המשפט ושל בית המשפט להכריע בסכסוך. השאלה אינה אם ראוי לו לסכסוך להיות מוכרע בדיון ובבית הדיון, אלא אם ניתן להכריע בסכסוך בדיון ובבית הדיון. השפיטות הנורמטיבית אינה עוסקת, איפוא, במה שרצוי, אלא במה שאפשר. על היבט זה של השפיטות עמד השופט ברנן (BRENNAN) בפרשת (1962) 186. 5 U. 369 BAKER. V. CARR בציינו 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

מובן זה למושג השפיטות ניתן גם על ידי השופט זוסמן, הן בפסיקה והן מחוצה לה. בבג"צ 186/65 ריינר נגד שר המשפטים (פ"ד יט' (2) 485 להלן - "פרשת ריינר") ביקש העותר כי תמנע 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 כי "הענין לא היה ענין משפטי אלא ענין פוליטי מובהק: אין הוא ניתן להיבדק על פי קנה מידה משפטי" (עמ' 487) אשר לאישורו או פסילתו של שגריר זה או אחר, הריהו, לדעת השופט זוסמן, ענין מדיני. "אין זה ענין משפטי אשר לפי טבעו ניתן להביאו לבירור בבית משפט. השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ ושל התאמת המועמד לתפקיד, שלא בית משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם" (שם). על המשמעות הנורמטיבית של מושג השפיטות חזר השופט זוסמן מחוץ לכתלי בית המשפט, בציינו:

"אומרים על ענין שהוא אינו שפיט, כאשר בית המשפט מושך ידו ממנו מאין אפשרות לפסוק בו על פי קנה-מידה משפטי". (זוסמן, 'בתי המשפט והרשות המחוקקת', משפטים ג' 213, 216 (1971)).

על היבט זה של מושג השפיטות עמד השופט לנדוי בבג"צ 58/68 שליט נגד שר הפנים (פ"ד כג' (2) 477 - להלן "פרשת שליט"). כאן התעוררה, בין השאר, השאלה מה משמעותו של לאום יהודי לענין חוק מרשם האוכלוסין בהתייחסו לשאלה זו ציין השופט לנדוי, כי לדעתו שאלה זו היא שפיטה. אומר השופט לנדוי:

"הנושא של מהות הלאום היהודי אינו בלתי שפיט מטבעו, והחלטת בית משפט זה בענין '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" (עמ' 530).

על הגישה הנורמטיבית למושג השפיטות חזר השופט זילברג "בפרשת חוגים לאומיים". אומר השופט זילברג, ביחס לטענת "אי-השפיטות":

"בפסק-דין 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 איפוא 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 ענין 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 בלתי-שפיט אינו יכול להיות ענין אשר הוא, כשהוא לעצמו, הינו ענין משפטי, אלא שבתנאים מסויימים מוטב שתטפל בו רשות לא שיפוטית. המקרה שלנו הוא מן הסוג האחרון, ולכן דוחה אני את הטענה".

(עמ' 158). על אותה גישה חזר מ"מ הנשיא, השופט יצחק כהן בבג"צ 448/81 רסלר נגד שר הביטחון (פ"ד לו' 88) (1, 81), באומרו, כי שאלה היא בלתי שפיטה, אם זו:

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

לעומת זאת, נפסק כי השאלה היא שפיטה, אם היא מעוררת "ענין משפטי ברור" (השופט גולדברג בבג"צ 89/83 לוי נגד יושב ראש ועדת הכספים של הכנסת, פ"ד לח' (2) 488, 496), שניתן לפתור אותו "לפי אמות המידה המשפטיות הרגילות, לפיהן נבחנת הפעלת סמכויות של רשות סטטוטורית" (הנשיא שמגר ב"פרשת אלוני", עמ' 37). לעתים מבטאים שופטים את רעיון אי השפיטות הנורמטיבית לא במונחים של "המשפט", אלא במונחים של "בית המשפט". הם מציינים כי "אין לפנינו ענין הניתן להכרעה ולהחלטה שיפוטית" (הנשיא זמורה ב"פרשת ז'בוטינסקי", עמ' 874), וכי אלה הם "מן הדברים שמפאת טיבם ואופיים בית המשפט אינו רואה עצמו מסוגל להכריע בהם" (השופט ברנזון בבג"צ 762, 591/73), או שאלה הם נושאים "אשר אינם הולמים, לפי טיבם וטבעם החלטה והכרעה שיפוטית" (השופט

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 בפרשת חוגים לאומיים, המכיר בקיומן של פעולות שאינן ניתנות "להיכלא" במסגרת משפטית. כל פעולה ניתנת "להיכלא" במסגרת המשפט. הדוגמאות שהשופט זילברג מזכיר - הכלל האמריקאי בענין "הגנה שווה" ו"דיו-פרוסס" - הן דוגמאות יפות לפעולות שבית המשפט העליון האמריקאי "כלא" אותן במסגרות משפטיות והוא עושה בהן שימוש יומיומי בבדיקת ביקורתית של הפעולה החקיקתית והביצועית. אכן, כל פעולה ניתנת "להיכלא" בנורמה משפטית, ואין פעולה שאין לגבי נורמה משפטית "הכוללת אותה". אין "חלל משפטי" שבו פעולות מתבצעות מבלי שהמשפט נוקט כלפיהם 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 יתכן כלל מצב שבו אין נורמה משפטית החלה על פעולה. לענין זה, אין נפקא מינה מהי אותה פעולה, אם פוליטית היא אם לא, אם ענין היא למדיניות אם לא. כל פעולה - ותהא פוליטית או ענין למדיניות ככל שתהא - נתפסת בעולם המשפט, וקיימת נורמה משפטית הנוקטת עמדה כלפיה, אם מותרת היא או אסורה. הטעון "הענין לא היה ענין משפטי אלא ענין פוליטי מובהק", מעררב מין בשאינו מינו. היותו של הענין "פוליטי מובהק" אינו יכול להסיר מאותו ענין את היותו גם "ענין משפטי". כל דבר הוא "ענין משפטי", במובן זה שהמשפט קובע לגביו עמדה אם מותר הוא או אסור. טול למשל את החלטת הממשלה, אשר נדונה "בפרשת ריינר" לקיים יחסים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית. זוהי בודאי 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 ענין פוליטי ולא משפטי. שאלת הסמכות הוא ענין משפטי שיש לו השלכות פוליטיות. כשם שהוא ענין פוליטי שיש לו השלכות משפטיות. בדומה, אם אורגן זה נוטל שוחד, לא יעלה על הדעת לטעון כי הענין 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 מיתרים 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 "הפוליטיות" 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](#) מיעארי נגד יושב ראש הכנסת (טרם פורסם) וכן בנדור, "השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק" שם, עמ' 629). על כן נקבע כי אין לפסול, בשל ניגוד ענינים, השתתפות של מפלגה פלוגית בועדת הכנסת שעה שזו דנה בערעור בחירות העשויים להשפיע על מספר המנדטים לאותה מפלגה. בית המשפט התחשב באופיה הפוליטי של הכנסת, ועיצב על פי אופי זה את הדינים המכוונים את פעולותיה ([בבג"צ 731/84](#) קריב נ. ועדת הכנסת של הכנסת, פ"ד לט (3) 331). בדומה, אפיו הפוליטי של הגוף עשוי להשפיע על היקף השיקול שמותר לו לקחת בחשבון ועל האופציות העומדות לרשותו. "מתחם הסבירות הוא מיתחם שמידותיו נקבעות בהתחשב עם מעמדה של הרשות השלטונית ואופי סמכויותיה" (הנשיא שמגר [בבג"צ 428/86](#) ברזילי נ. ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505, 507) אך מכאן ועד לגישה כי הפוליטיות מביאה לחוסר שפיטות - הדרך ארוכה. אכן, המטריה הפוליטית עשויה להשפיע על עיצוב תוכנה של המטריה המשפטית. זאת ועוד: המטריה הפוליטית עשויה לעתים להביא לידי כך, כי כלל מסויים של המשפט הציבורי לא יחול על פעולות מסוימות בעלות השלכה פוליטית בכל המצבים הללו, אין לנו ענין במצב שבו אינה קיימת נורמה משפטית. נהפוך הוא: בכל המצבים הללו, ענין לנו במצב שבו קיימת נורמה משפטית, אשר בתוכנה אינה אוסרת אלא מתירה אותה פעולה פוליטית. העתירה תדחה במקרים אלה לא בשל טענת סף של חוסר-שפיטות נורמטיבית, אלא לגוף הענין ובשל העדר עילה. ודוק: אין אני גורס כי האופי הפוליטי של הפעולה משפיע תמיד על תכנם 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 לכללים הסבירות וההגיונות שעה שהיא באה להסיר את חסינותו של חבר כנסת (ראה

בג"צ 620/85 מיעארי נגד יושב ראש הכנסת (טרם פורסם). אך יתכנו מקרים חריגים. כך למשל, יתכן כי על ההחלטה לעשות שלום או לצאת למלחמה, אין מקום להפעיל את הכללים הרגילים של תורת שיקול הדעת המינהלי. במקרים חריגים אלה תדחה העתירה, לא בשל העדרה של נורמה משפטית, אלא משום העדרה של נורמה אוסרת, וקיומה של נורמה מתירה, כלומר בשל העדר עילה. הפעולה אינה בלתי-שפית. הפעולה היא שפית וחוקית.

37. על רקע הערה עיונית זו, בדבר "גלובליות" החשיבה המשפטית, יש לחזור ולעיין בפסיקה העוסקת בשפיתות (או אי-השפיתות) הנורמטיבית. עיון זה מלמד, כי פסקי-הדין שבחנו סוג זה של שפיתות (או חוסר שפיתות) לא עמדו על העדרה של הנורמה המשפטית, אלא הדגישו את העדרן של אמות מידה משפטיות, ושל קנה-מידה משפטיים להכרעת הסכסוך. עמדה זו מעוררת, איפוא, את השאלה הבאה:

מה משמעותה של הגישה כי קיימת נורמה משפטית החלה בענין, אך אין קני-מידה משפטיים במסגרתה של אותה נורמה לקביעת האיסור או ההיתר שבה? האם יתכן כי קיימת נורמה משפטית מבלי 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 המשפטי, נראה לי כי לא ניתן כלל לדבר על קיומה של נורמה משפטית אך 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 קיומה של נורמה משפטית אך על העדרן של נסיבות ותנאים לתחולתה. כמובן, תכנה 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" ("פרשת ריינר"). דומה כי איש לא היה טוען טענה זו - והיא אף לא נתעוררה ב"פרשת ריינר" - לענין השאלה מיהו האורגן אשר על פי המשפט החוקתי הישראלי מוסמך לקבל החלטה בענין קשירת יחסים דיפלומטיים. כמו כן מניח אני כי לא היתה נטענת טענה של "אי-שפיתות" אם השאלה היתה חוקית נטילת השוחד בקשירת הקשרים הדיפלומטיים על פי הדוגמא 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 בענין. הטיעון הפוליטי "לא ראוי" אינו חייב להתרגם לנורמה משפטית שתוכנה הוא "לא ראוי". כפי שראינו, המישור הפוליטי והמישור המשפטי הם מישורים שונים. עיון בדוגמא 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 לטעון 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 לענין ההחלטה לקשור קשרים דיפלומטיים היתכן 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 יתכן כי קיימת נורמה האוסרת פעולה לא סבירה, אך אינן קיימות אמות מידה לקביעת השאלה אם פעולה אינה סבירה. ענין לנו בפעולה פרשנית, המחייבת מתן תוכן נורמטיבי לעקרון הסבירות, וקביעת אמות מידה להתגשמותו. הטענה, כי לאחר מעשה הפרשנות, אין קני-מידה לקביעת סבירותה או חוסר סבירותה של פעולה פלונית, כמוה כטענה כי לענין פעולה פלונית, אין נורמת הסבירות חלה. במקרה זה תדחה 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 ב"פרשת אשכנזי". כאן טען העותר כי הצבא אינו נוקט בשיטה נכונה של ביצוע תחקירים והפקת לקחים בעקבות מלחמת יום הכיפורים. בית המשפט פסק כי "נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והערכותו, הצטיידותו ומבצעו - אינם שפיטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה על 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". (עמ' 319). כשלעצמי, הייתי מגיע לאותה מסקנה, בדרך שונה, והיא זו: השאלה הראשונה שהייתי מעלה הינה, מהי הנורמה המשפטית הרלבנטית להכרעה בטענת העותר. למיטב ידיעתי, אין נורמה הקובעת כי פעולה שלטונית בלתי יעילה היא בלתי חוקית (ראה [בג"צ 311/60 מילר נגד שר התחבורה](#), פד"י טו' 1989). על כן, אם הטיעון היחיד הוא חוסר היעילות, בתור שכזה, דין העתירה להדחות 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, איפוא, כי צבא שאינו מבצע תחקירים ואינו מפיק לקחים כנטען על ידו, 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 בפעולות שהצבא נקט או בפעולות 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 להדחות לגופה. אם, לעומת זאת, העותר מצליח להראות כי פעולת הצבא אינה סבירה, דין עתירתו להתקבל. שאלת המפתח הינה, איפוא זו: האם קיימות אמות מידה משפטיות, וקני-מידה משפטיים, על פיהם ניתן להכריע בשאלה אם פעולות התחקיר והפקת הלקחים בהן נוקט הצבא, הינם סבירים, 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 היתה נדחית אך משום שהיא "בלתי שפית" לדעתי, היה על בית המשפט לבחון טענה זו לגופה, באמצעות אמות המידה של סבירות ורשלנות וסיבתיות. לא פעם נבחנות במשפטי נזיקין תכניות אופרטיביות 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 הוא כדין. שאלה זו תבחן במסגרת השפיטות (או אי השפיטות) המוסדית. עתה אני בוחן את השפיטות (או אי השפיטות) הנורטיבית. השאלה שאני מבקש להתמודד עמה היא השאלה כי 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 שנורמות הסבירות אינה חלה על התנהגות פלונית, או שהטוען לא הרים את הנטל המוטל עליו להראות כי ההתנהגות אינה סבירה.

40. מכיון שרוב טענות אי-השפיטות הנורמטיביות חייבות להתמודד לדעתי עם הנורמה המשפטית המטילה את חובת הסבירות על השלטון, מן הראוי לבחון ענין זה מקרוב. מקובל כיום על הכל, כי השלטון חייב לפעול בסבירות (ראה [בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נגד רשות השידור](#), פ"ד לה(1) 421 - להלן, "פרשת דפי זהב"). משמעות הדבר, כי על הרשות השלטונית לבחור אותה דרך פעולה שרשות שלטונית סבירה היתה בוחרת בנסיבות הענין. לעתים קיימות מספר דרכי פעולה סבירות, ואז על הרשות לבחור באותה דרך פעולה, מבין דרכי הפעולות הסבירות ("מתחם הסבירות") שנראית לה כטובה ביותר. גבולותיו של מתחם 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 הרלבנטיים נקבעים על פי המטריה הרלבנטית שבמסגרתה, נבחנת הפעולה ועל רקע עקרונות היסוד של השיטה, "האני מאמין" שלה ותפיסתו של הציבור הנאור שבה. תוך שהמתחם נקבע על פי המשקל והאיזון בין

אינטרסים אלה. ההכרעה בסבירות הפעולה אינה, איפוא, טכנית אלא מהותית; השאלה אינה רק ענין להגיון ולרציונליות. השאלה היא ענין למדיניות משפטית, ולאיון בין ערכים מתחרים. עמד על כך פרופסור מקרקורמק, בציינו כי:

"WHAT JUSTIFIES RESORT TO THE REQUIREMENT OF REASONABLENESS IS THE EXISTENCE OF A OF FACTORS REQUIRING TO BE PLURALITY OR EVALUATED IN RESPECT OF THEIR RELEVENCE... COMMON FOCUS OF CONCERN UNREASONABLENESS CONSISTS IN IGNORING SOME RELEVANT FACTOR OR FACTORS, IN TREATING AS RELEVANT WHAT OUGHT TO BE IGNORED. ALTERNATIVELY, IT MAY INVOLVE DISTORTION OF THE RELATIVE SOME GROSS VALUES OF DIFFERENT FACTORS, EVEN THOUGH DIFFERENT PEOPLE CAN COME TO DIFFERENT EVALUATIONS EACH OF WHICH FALLS WITHIN THE RANGE OF REASONABLE OPINIONS IN THE (MACCORMICK, "ON REASONABLENESS", IN MATTER IN HAND." PERELMAN AND VANDER ELST (ED), LES 131 NOTIONS A CONTENU VARIABLE EN DROIT 136 (1984))

נראה לי כי קביעת האינטרסים והערכים השונים הנאבקים על הבכורה, הינה פעולה שיש קני-מידה משפטית לעריכתה. הדבר מחייב פרשנותה של הנורמה הרלבנטית, וקביעת האינטרסים והערכים הנופלים לדלת 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 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" (ד"נ 9/77 חברת החשמל בע"מ נגד הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 377, 361). האם ניתן לומר כי עשויים להיות מצבים בהם אין קני-מידה משפטי ואמות מידה משפטיות, למתן "משקל" ולעריכת "האיון"? ודוק: "ביטויים אלה - איון, 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 האיון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית, באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים" (בג"צ 14/86 לאור נגד המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 434, 421). האם בית המשפט עשוי למצוא עצמו במצב שבו - בהעדר הכוונה תחקיקתית - הוא יהא נעדר אמות מידה משפטיות לעריכתו של "האיון" ולמתן "המשקלות"? ודוק: השאלה אינה, אם אין זה רצוי כי בית המשפט יבצע את פעולות השקילה והאיון. שאלה זו תידון בהמשך במסגרת טענת השפיטות (או חוסר-שפיטות) המוסדית. השאלה הינה, אם יתכן כי הלכה למעשה, בית המשפט לא יוכל לבצע את פעולת השקילה והאיון. לדעתי, התשובה על כך היא בשלילה. בהעדר הכוונה תחקיקתית, על בית המשפט לפנות לערכי היסוד של האומה, ל"אני מאמין" שלה (כפי שכונתה הכרזת העצמאות בבג"צ 10/48 זיו נגד גוברניק פ(ט) א 33, 36, על ידי הנשיא זמורה) או אל "מערכת החיים הלאומיים שלו" (השופט אגרנט בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נגד שר הפנים, פ"ד ז' 871, 884), ואל "מקורות התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השופטים" (לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א' 292, 306 (תשכ"ה). בעשותו כן, יתחשב בית המשפט עם ההשקפות "המקובלות על הציבור הנאור" (השופט לנדוי בע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נגד מזיאר, פ"ד יז' 1319, 1335; בג"צ 112/77 פוגל נגד רשות השידור, פ"ד לא(3) 664, 657). לעיתים ימצא השופט, כי מטעם זה או אחר, אין במקורות אלה הכוונה מספקת. במצב דברים זה יהא על השופט להפעיל את שיקול דעתו (ראה 128 (HART, THE CONCEPT OF LAW(1961)). משימה זו היא לעתים קשה. עמד על כך השופט פרנקפורטר, בציינו:

"THE CORE OF THE DIFFICULTY IS THAT THERE IS HARDLY A QUESTION OF ANY REAL DIFFICULTY BEFORE THE COURT THAT DOES NOT ENTAIL MORE THAN ONE SO-CALLED PRINCIPLE ... JUDGES CANNOT LEAVE SUCH CONTRADICTION BETWEEN TWO CONFLICTING 'TRUTH' AS 'PART OF THE MYSTERY OF THINGS' THEY HAVE TO

ADJUDICATE. IF THE CONFLICT CANNOT BE RESOLVED, THE TASK OF THE COURT IS TO ARRIVE AT AN ACCOMMODATION OF THE CONTENDING CLAIMS. THIS IS THE CORE OF THE DIFFICULTIES AND MISUNDERSTANDINGS ABOUT THE JUDICIAL PROCESS. THIS, FOR ANY CONSCIENTIOUS JUDGE, IS THE AGONY OF HIS DUTY.' 31, 43)). (FRANKFURTER, OF LAW AND MEN

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 כצרכי החברה בה הוא חי ופועל. עליו להפעיל את שיקול דעתו, על פי מה שנראה לו, לפי מיטב הכרתו האובייקטיבית, כמשקף את צרכי החברה, השאלה אינה, מה השופט רוצה, אלא מה החברה צריכה".

(ע"א 243/83 עיריית ירושלים נגד גורדון, פ"ד לט (1) 113, 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", וה"אני מאמין" הלאומי, עשוי להשפיע על תכן 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 ב"פרשת שליט" באומרו:

"ברצוני להבהיר שלא העמדתי את דעתי על חוסר 'השפיטות' של הבעיה שלפנינו, בעיני זהו במידה רבה ענין שבהגדרה סמנטית בלבד. אך למען הדיוק ייאמר שהנושא של מהות הלאום היהודי אינו בלתי שפיט מטבעו, והחלטת בית המשפט הזה בענין רופאיין תוכיח. ההימנעות מלפסוק, בה אנו מצויים 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. 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 הכיב 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" (עמ' 530). 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 בפניו. היא השפיעה על פתרונה של השאלה לגופה, אך לא מנע את עצם ההתמודדות עמה. דבר זה חשוב הוא במיוחד מקום שנורמה המשפטית 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 לה טוען העותר אינה חלה בענין וכי חלה בו נורמה אחרת. מכאן, שהטענה כי הענין אינו שפיט מטריאלית אינה אלא טענה כי העותר לא הצביע על נורמה משפטית העושה את הפעולה השלטונית לאסורה. הנה כי כן, הטיעון בדבר אי-שפיטות מטריאלית אינו אלא טיעון בדבר העדר עילה. בקבלו טענת אי-שפיטות-מטריאלית אין בית המשפט נמנע מלדון בחוקיות הפעולה. נהפוך הוא: הוא נוקט עמדה באשר לחוקיותה וקובע כי היא חוקית. בהתייחסו לאפשרות זו, ציין השופט ויתקון, כי "חוסר שפיטות" כזה, שאינו חוסך דיון בשאלה ושרק תוך כדי הדיון עשוי להתגלות, אין, בעצם, הבדל בינו ובין הנימוק השגור בהרבה פסקי-דין שהענין מסור לשיקול דעת הרשות המינהלית ושזו פעלה באופן חוקי וסביר" ("פרשת חוגים לאומיים", עמ' 166). לדעתי, חוסר שפיטות נורמטיבית אינו אלא העדר עילה על פי הדין.

"TO SAY THAT A 'CASE' BEFORE THE COURT IS NONJUSTICIABLE IS TO SAY THAT THE PLAINTIFF HAS NO JUDICIALLY ENFORCEABLE RIGHT. TO SAY THAT THE PLAINTIFF HAS NO JUDICIAL RIGHT IS TO MAKE A CONCLUSIVE STATEMENT ABOUT THE NATURE OF THE 'LAW' ON WHICH THE PLAINTIFF IS RELYING; IT IS NECESSARILY AN EXERCISE IN INTERPRETATION AND APPLICATION OF THAT LAW TO SAY THAT THE LAW APPLIED BY THE COURT DOES NOT PROTECT THE PLAINTIFF. MASKING THE HOLDING IN LANGUAGE THAT PURPORTS TO DECIDE ONLY A 'PRELIMINARY' OR 'THRESHOLD' ISSUE HIDES A DECISION ON THE MERITS WITHOUT ELABORATING THE REASONS BEHIND THE DECISION. JUSTICIABILITY, LIKE ANY OTHER DECISION FOR OR AGAINST A CLAIMED 'RIGHT', IS A LABEL THAT EXPRESSES A DECISION ON THE CANFLICTING INTERESTS OF THE PARTIES AND THE CONSTRAINTS THAT OPERATE ON EACH." (MCCORMICK, "THE JUSTICIABILITY MYTHE AND THE CONCEPT OF LAW", 14 HAST. CON. 595 (1987)).L.Q

42. לדעתי, באותם מקרים בהן דחה בית משפט זה עתירות בשל אי שפיטות מטריאלית, היה מקום לדחות לגוף הענין, בשל העדר עילה. טול, למשל, את "פרשת זבוטינסקי". כאן נדחתה העתירה שכן לדעת בית המשפט פעולת נשיא המדינה במסגרת סעיף 9 לחוק המעבר, תש"ט-1949 אינה שפיטה. היא "מחוץ לתחום השיפוט", שכן "אין לפנינו ענין הניתן להכרעה ולהחלטה שיפוטית". לדעתי, פעולת הנשיא במסגרת סעיף 9 לחוק המעבר אינה "מחוץ לתחום השיפוט" אלא בתוך התחום השיפוט. עמד על כך השופט ויתקון בהציגו את השאלה הבאה:

"מה, למשל, היה המצב אילו היה בידי חבר כנסת פלוני הכוח להרכיב ממשלה שתיהנה מאמון רוב הכנסת, אך הנשיא הקשיח לבו ולא היה מוכן להטיל עליו את התפקיד? האם גם אז היה בית המשפט מסרב להתערב בענין, אפילו היה אותו חבר כנסת פונה אליו ותובע את זכותו הקונסטיטוציונית?" (ויתקון, פוליטיקה ומשפט 8 (תשכ"ה)).

תשובתי לשאלה זו הינה, כי על פי המצב המשפטי לפי חוק המעבר, בית המשפט לא היה מסרב להתערב בענין. 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 ב"פרשת זבוטינסקי", שכן העותר לא הצביע על כל אי חוקיות בפעולת הנשיא. עמד על כך השופט ויתקון, בהציגו את השאלה:

"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 מהתיעצויותיו עם נציגי הסיעות, שפעולה זו תהיה חסרת משמעות וטעם. ממצב של קפאון כזה אין מוצא אלא פיזור הכנסת ועריכת בחירות חדשות" (שם, עמ' 8).

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

43. למסקנה דומה, ובדרך חשיבה דומה, אני מגיע ב"פרשת ריינר". כזכור, ענינה של פרשה זו היה בקיום קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית וקבלתו של שגרירה, שלפי הטענה, נטל חלק במלחמת העולם השנייה. בית המשפט דחה את העתירה בקבעו כי "אין זה ענין משפטי אשר לפי טיבו 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, עמ' 487). לשיטתי, היה על בית המשפט לבחון, בראש ובראשונה, את הנורמה המשפטית החלה על הענין. למיטב הבנתי, הנורמה הרלבנטית היא זו המטילה על השלטון את החובה לפעול בסבירות. משאותרה הנורמה הרלבנטית, היה על בית המשפט לבחון, אם טענותיו של העותר מצביעות, ולו לכאורה, על התנהגות בלתי סבירה. על שאלה זו הייתי משיב בשלילה, ודוחה העתירה מטעם זה. גישתו של בית המשפט, לפיה "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 חילו נגד ממשלת ישראל (פ"ד כז(2) 169) נבחנה חוקיות פינויים של העותרים ממקום מגוריהם ברצועת עזה. העתירה נדחתה. השופט לנדוי 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:

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

(שם, עמ' 1982). דומה שבקטע זה מצויה סתירה פנימית. אם "כל הויכוח הזה לא יכירנו מקומו במסגרת הכרעה שיפוטית", כיצד זה נבחן הענין "לפי המבחנים המקובלים"? אכן, הדין עם השופט ויתקון, בסברו כי ניתן לבחון את התנהגות הצבא, "על פי 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 היתה רשאית לקבל החלטה מסוג ההחלטה המשתקפת בעתירה. (ראה, ZEMACH 128 NON-JUSTICIABILITY OF MILITARY, THE 1974 ("MEASURES", 9 ISR. L. REV.) עם זאת, רשאי לחייב בית המשפט לבחון אם הפעולה הצבאית אינה בלתי סבירה. הצביע על כך שופט המיעוט (MURPHY J) בפרשת KOREMATSU U.S. 214, 233 (1944) V. UNITED STATES, 323 בצינו כי:

"IT IS ESSENTIAL THAT THERE BE DEFINITE LIMITS TO MILITARY DISCRETION ... THE MILITARY CLAIM MUST SUBJECT ITSELF TO THE JUDICIAL PROCESS OF HAVING ITS REASONABLENESS DETERMINED AND ITS CONFLICTS WITH OTHER INTERESTS RECONCILED. WHAT ARE THE ALLOWABLE LIMITS OF MILITARY DISCRETION, AND WHETHER OR NOT THEY HAVE BEEN OVERSTEPS IN A PARTICULAR CASE, ARE JUDICIAL QUESTIONS."

אכן, פסיקתו של בית המשפט העליון קבעה לא פעם, כי השיקולים הבטחוניים של הצבא, בין בתחומי ישראל ובין ביהודה, שומרון ועזה, נתונים לביקורת שיפוטית, וכי ביקורת זו אינה משתרעת אך על שאלת הסמכות הפונקציונלית ועצם קיומו של השיקול הבטחוני, אלא משתרעת היא על כל העילות כולן, לרבות שאלת הסבירות של השיקול הבטחוני (ראה בג"צ 69/81 אבו עיטה נגד מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197; בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נגד מפקד כוחות צה"ל פ"ד לז(4) 785). על כן בחן בית משפט זה את סבירות החלטתו של המושל הצבאי שלא לאפשר איחוד משפחות, למרות שההחלטה בדבר איחוד משפחות היא החלטה בטחונית-מדינית. משנטענה,

בענין זה, טענה בדבר חוסר שפיטות מטריאלית, דחה אותה בית המשפט (ראה בג"צ 802/79 סמרה נגד מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לד (4)(1), תוך שהפעיל על החלטה זו את אמות המידה הרגילות לביקורת שיפוטית (ראה בג"צ 263/85 עוואד נגד מפקד המינהל האזרחי, פ"ד מ(2) 281, 284; בג"צ 629/82 מוסטפא נגד המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(1) 158). הנה כי כן, את "פרשת חילוי" הייתי בודק, כפי שעשה זאת השופט לנדוי, לגוף הענין, וללא כל הזדקקות לטענה בדבר חוסר שפיטות.

45. ב"פרשת אשכנזי" - עליה עמדתי (פסקה 37 לעיל) - הייתי מגיע למסקנתו של בית המשפט שדחה את העתירה, בלא להיזקק לנימוק בדבר חוסר שפיטות. כמו בית המשפט ב"פרשת אשכנזי", אף אני סבור כי "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". (השופט שמגר, שם, עמ' 319). הביטוי המשפטי לגישה זו אינו צריך להיות בסיווג של הטענה כבלתי שפיטה. הביטוי הראוי הינו, לדעתי, בעקרון כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתן של הרשויות השלטוניות מקום שהן פעולות בתחום סמכותן, ואינן מפעילות את שיקול דעתן שלא כדין. בעתירה לא הצביע העותר על חוסר סבירות בפעולות השלטון, ועל כן דין עתירתו להדחות לגופה. השופט שמגר עצמו עמד על כך, באומרו:

"יש לאבחן בין מקרה בו נמנעת רשות צבאית לפעול בהתאם לחובתה לפי דין או לפי צוויה של רשות מוסמכת או ממאנת בשירות לקבל המלצתה של רשות שנתמנתה לכך כדין, לבין מקרה בו פעלו הרשויות הצבאיות בתחומי סמכותן, אך דרך הפעולה ושיטת הפעולה אינה נראית לעותר פלוני" (שם, עמ' 318).

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 בו הרשויות הצבאיות פועלות בתחומי סמכותן, "אך דרך הפעולה ושיטת הפעולה אינה נראית לעותר פלוני". במקרה אחרון זה, אין לנו ענין 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 הרלבנטיים, והאיזון שנעשה ביניהם, אינו ראוי. בכך לא עמד העותר ב"פרשת אשכנזי" ומטעם זה הייתי אף אני דוחה את עתירתו. כמו חברי, הנשיא שמגר, אף אני סבור כי אין לדגול "בערוב תחומים בין השיקול הצבאי-המבצעי לבין השיקול השיפוטי" (שם, עמ' 319), אך נראה לי כי מקום שבית המשפט בוחן את סבירות השיקול הצבאי-מבצעי אין הוא מעררב בין השיקול הצבאי לבין השיקול השיפוטי. השופט ויתקון נימק באופן הבא את גישתו, כי ענין 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 צרכי הצבא. אם התאמה זו תעשה, 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 העתירה בשל אי-שפיטותה. ממשיך השופט ויתקון וקובע:

"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 שבצד 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 הענין. 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 לפסוק במחלוקת", ולדעתי יש לו לבית המשפט הכלים לכך. בית המשפט ישמע על הפעולות שהצבא עשה לענין התחקירים, כפי שאכן קרה ב"פרשת אשכנזי" - ויביע את דעתו אם בפעולות אלה עמד הצבא בחובת הסבירות. לשם כך יהא על בית המשפט לקבוע את השיקולים הרלבנטיים שיש לקחתם בחשבון, יהא עליו ליתן לשיקולים אלה משקל, ולאזן ביניהם. איני רואה כל העדר כלים לענין ביצוע משימה זו. היא אינה שונה מכל הכרעה סבוכה אחרת בעניני 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 "להכלא" לנורמה משפטית ולדין שיפוטי? תשובתי הינה בחיוב. גם לענין מלחמה ושלום יש לקבוע מהו האורגן המוסמך לקבל ההחלטה, ומהם 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, תדחה העתירה לא בשל אי שפיטותה, אלא בשל חוקיותה. סיכומי של דבר, הדוקטרינה של שפיטות (או חוסר שפיטות) נורמטיבית נראית בעיני כדוקטרינה שאין לה קיום משל עצמה. הטענה כי הענין 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 הנורמה. כך הוא בודאי לענין נורמות הקובעות סמכות ונורמות הקובעות את השיקולים הראויים בהפעלת הסמכות. כך הוא גם הענין 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 תבחן פעולת הרשות לגופה, בלא להזקק כלל לטעון 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 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 נורמטיבית - על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט. על היבט זה של השפיטות - כמו גם על השפיטות הנורמטיבית - עמד השופט ברנן בפרשת *BAKER V. CARR* בציינו, בין השאר, כי סכסוך הוא בלתי שפיט, אם ביחס אליו קיים:

"...A TEXTUALLY DEMONSTRABLE CONSTITUTIONAL COMMITMENT OF THE ISSUE TO A COORDINATE POLITICAL DEPARTMENT; ... THE IMPOSIBILITY OF A COURT'S UNDERTAKING INDEPENDENT RESOLUTION WITHOUT EXPRESSING LACK OF THE PECT DUE GOVERNMENT; OR RESCOORDINATE BRANCHES OF AN UNUSUAL NEED FOR UNQUESTIONING ADHERENCE TO A POLITICAL DECISION ALREADY MADE; OR THE POTENTIALITY OF EMBARRASSMENT ERON MULTIFARIOUS PRONOUNCEMENTS BY VARIOUS DEPARTMENTS ON ONE QUESTION." 369 U.S. 186, 217.

דברים אלה של השופט ברנן צוטטו מספר פעמים בבית המשפט העליון (ראה "פרשת חוגים לאומיים", עמ' 165; "פרשת חילו", עמ' 182; בג"צ 306/81 פלאטו שרון נגד ועדת הכנסת, פ"ד לה(1) 133, 118; בג"צ 448/81 רסלר נגד שר הבטחון, פ"ד לו(1) 81, 88; "פרשת שריד", בעמ' 203; "פרשת סיעת 'כך'", 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 שבפניו. בכל המקרים הללו, בית המשפט שואל את עצמו, אם לא מן הראוי הוא "שיקפוץ את ידו מלמלא את תפקידו השיפוטי הרגיל" (השופט אגרנט "בפרשת חוגים לאומיים", בעמ' 215) והאם "הדברים ראויים להכרעה שיפוטית" (השופט ויתקון ב"פרשת חילו", עמ' 182). כך, למשל, נפסק כי בית המשפט לא יבחן עתירה שענינה טענה

לפעולה בלתי חוקית בניהול ענייניה הפנימיים של הכנסת, אלא אם כן יש בה, באותה החלטה, משום פגיעה מהותית במירקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של המשטר החוקתי ("פרשת שריד"; "פרשת סיעת 'כך'"; [בג"צ 742/84](#) כהנא נגד יו"ר הכנסת, פ"ד לט (4) 85; [בג"צ 669/85](#) כהנא נגד יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393; [בג"צ 620/85](#) מיעארי נ. ~~נשיא ראש הכנסת~~ ^(טוב פורסם) ~~עניין בעניינים השונים הנזכרים על ידי השופט ברנן בפרשת V.CARR, BAKER והמדגימים את עקרון אי השפיטות המוסדית, מצביע כי הם אינם פשוטים כלל ועיקר. טול למשל את הענין הבלתי שפיט הראשון, כלומר, שהכרעת ההשאלה מסורה לרשות פוליטית. בענין 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 "פרשת סיעת 'כך'", עמ' 162). משמעניקה הוראה פלונית סמכות לרשות שלטונית, הריהי מעניקה בכך סמכות לבית המשפט לפרשה, לקבוע את תחומי התפרסותה, ולהחליט האם הופעלה כדין. מכאן, שמסירת הכרעתה של פעולה פלונית לרשות שלטונית, אין משמעותה ששאלת חוקיותה של פעולה זו נמסרה גם היא לרשות השלטונית. נהפוך הוא: "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](#) פלאטו שרון נגד ועדת הכנסת, פ"ד לה(4), 141). מכאן שאין לראות כבלתי שפיטה הכרעה משפטית בחוקיותה של פעולה שביצועה נמסר לרשות השלטונית.~~

49. הענין השני הנזכר על ידי השופט ברנן, הוא בחוסר-השפיטות של סכסוך משום שאי-אפשר להחליט בו בדרך שיפוטית מבלי להביע חוסר התחשבות עם ענפי מימשל שווי-דרגה. אף ענין זה קשה הוא, שכן מקום שבית המשפט בוחן אם הרשות השלטונית פועלת כדין אם לא, אין הוא מביע בכך כל חוסר התחשבות עם אותה 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 הפרוש של האורגן האחר (בין ביצועי ובין תחיקתי) יש משום חוסר כבוד לאותו אורגן. כיצד נוכל להתערב במעשיה של הרשות המבצעת, אם ננקוט עמדה, כי פוגעים אנו בכבודה בשעה 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." ("פרשת סיעת 'כך'", 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 BAKER V. CARR אינם אלא דוגמאות לגישה כללית, לפיה ראויה אי-שפיטות מוסדית להתקיים בסכסוכים בעלי אופי "פוליטי" (ראה ZEMACH, POLITICAL QUESTIONS IN THE COURTS (1976)). הטענה הינה כי הכרעה בסכסוכים בעלי אופי פוליטי צריכה להעשות על ידי האורגנים הפוליטיים, ולא על ידי הרשות השופטת. ערובו של הרשות השופטת בסכסוכים אלה פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, פוגעת במשטר הדמוקרטי - שבו הכרעות פוליטיות מתקבלות על ידי רשויות פוליטיות - ופוגעת 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". (ויתקון, פוליטיקה ומשפט, עמ' 70). נעמוד בקצרה על יסודותיו של טעון זה. הוא כולל בחובו שלשה היבטים: היבט של הפרדת רשויות, היבט של דמוקרטיה, והיבט של אמון הציבור במערכת בתי המשפט. נפתח בהיבט הראשון.

51. האין לומר, כי מכוח עקרון הפרדת הרשויות, בעיה בעלת אופי פוליטי צריכה להחתך על ידי אורגן פוליטי ועל כן היא לא-שפיטה מוסדית? לדעתי, טעון 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 במבנה הפונקציונלי תזדהה עם החקיקה במובנה האירגוני, כי השפיטה לפי מובנה הפונקציונלי מזדהה עם השפיטה לפי

מבחנה הארגוני וכי המינהל במשמעותו הפונקציונלית מזדהה עם המינהל במשמעותו הארגונית". (קלינגהופר, משפט מינהלי 23 (1957)). 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 כדין. על התפיסה המודרנית לעקרון הפרדת הרשויות עמד השופט שמגר, 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" ("פרשת פלאטו שרון", עמ' 141).

על עקרון זה עמד השופט שמגר גם "בפרשת אשכנזי" באומרו:

"קיומה של ביקורת 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 בממשל דמוקרטי" (עמ' 319).

וגישה דומה הובעה על ידי הנשיא שמגר "בפרשת אלוני":

"הכל חייבים בכיבוד 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" (עמ' 38).

הנה כי כן, אין דבר בעקרון הפרדת הרשויות שיש בו כדי להצדיק שלילת ביקורת שיפוטית על פעולות שלטון יהא אופיין אשר יהא, ויהא תכנן 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 ובין זכויות היחיד. העקרון 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. העקרון 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 אינו נוגד 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, צוים) ולא תחרוג ממסגרות אלה וכי הפעולה השלטונית תעשה במסגרת החוקית שנקבע 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 הדמוקרטי הגורס כי הרוב רשאי לפעול בניגוד לחוק שהוא עצמו הביא לחקיקתו, וכי הכרעות פוליטיות יכולות להפר את החוק. גם הפוליטית 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 הטעון, כי אי השפיטות המוסדית בענינים פוליטיים מוצדקת היא, שכן היא באה להגן על בית המשפט מפני "פוליטיזציה של השפיטה", ומפני הפגיעה באמון הצבור באוביקטיביות השיפוטית. כשלעצמי, טעון זה נראה בעיני פרובלמטי ביותר. גם כאשר בית המשפט עוסק בענינים פוליטיים, אין הוא בוחן אותם באמות מידה פוליטיות. בית המשפט בודק את החוקיות של ההכרעה הפוליטית. כפי שראינו (ראה פסקה 34 לעיל) המישור הפוליטי והמישור המשפטי הם משורים 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 להמנע ממנה. עמד על כך השופט לנדוי, באומרו:

"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 בפני בית המשפט. עם זאת ברור שבית המשפט יתערב רק כאשר יש אחיזה משפטית לכך" ("פרשת אופנהיימר", עמ' 333).

ועל רעיון דומה חזר השופט ויתקון:

"טעון זה (שהשאלה היא פוליטית ואינה ראויה להכרעה שיפוטית) מתעלם מתפקידה המיוחד של הרשות השופטת, שלעולם לא באה במקום הרשות המינהלית אלא רק מעבירה את החלטתה של זו תחת שבט ביקורתה". ("פרשת חוגים לאומיים", עמ' 165).

אכן, אפילו כאשר נשוא ההכרעה היא בעיה פוליטית-אודיאולוגית, הביקורת 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, באומרו:

"לפעמים חייב בית-משפט לנקוט עמדה בשאלה אידיאולוגית, 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" ("פרשת שליט", עמ' 532).

בהקשר זה יש להביא את דברי הנשיא אגרנט 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 והפרדיקציות האישיות שלנו עצמנו. הלוא העקרון של שלטון המשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות על שקובע הצדק בנוגע לפתרון הסכסוך הבא לפניו, שאם לא כן, עלול להתעורר החשד, כי במקום להיות פרשן של החוק, הוא שפט על פי שרירות לבו... אם מתעוררת בפניו 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 מוצא שיפוטי, שאינו מצריכו לעשות כן" ("פרשת שליט", עמ' 600).

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 "לעתים חייב בית משפט לנקוט עמדה בשאלה אידיאולוגית", לבין גישתו של הנשיא אגרנט, כי "מוטב שהשופט ירסן את עצמו מלהביע את דעתו הפרטית על אותה בעיה". אכן, "פרשת שליט" נחתכה לגופה, ואף המיעוט, שביקש לדחות העתירה, לא בסס גישתו על טענה של חוסר שפיטות. אכן, יותר משאני חושש כי עיסוק משפטי "בענינים פוליטיים" יביא ל"פוליטיזציה של השפיטה", חושש אני כי משיכת ידו של בית המשפט "מענינים פוליטיים" תביא לפגיעה בשלטון החוק, ולערעור אמונו של הציבור בחוק. יפים לעניננו דבריו הבאים של השופט לנדוי:

"בענין 'השפיטות' דעתי כדעת חברי הנכבד, מ"מ הנשיא. הענין בו נתבקשנו לפסוק, נופל בגדר סעיף 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 חשובות למבצעת, תישמר סמכות הפיקוח על חקיקת המשנה בידי הרשות השופטת" ("פרשת אופנהיימר", עמ' 334).

דברים אלה יפים הם לא רק לענין פיקוח בית המשפט על חקיקת המשנה של המינהל. דברים אלה, יפים הם לענין הפיקוח על כל פעולה שלטונית של המינהל. השתחררות בית המשפט מסמכות הפיקוח שלו, רק משום שהסכסוך נשוא 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 - הוא 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, בדחותו 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 המוטראן הקופטי האורתודוכסי בירושלים נגד שר המשטרה, פ"ד כה (1) 225, 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 321/6- לחם חי בע"מ נגד שר המסחר והתעשייה, פ"ד ט"ו 197, 208). רעיון דומה הובע עוד ב-1821 על ידי השופט מרשל C. J. MARSHAL (בפרשת COHENS V. VIRGINIA (6 WHENT 269 (1821) באמרו:

"WE HAVE NO MORE RIGHT TO DECLINE THE EXERCISE OF JURISDICTION WHICH IS GIVEN, THAN TO USURP THAT WHICH IS NOT GIVEN. THE ONE OR THE OTHER WOULD BE TREASON TO THE CONSTITUTION. QUESTIONS MAY OCCUR, WHICH WE WOULD GLADLY AVOID; BUT WE CANNOT AVOID THEM. ALL WE CAN DO IS, TO EXERCISE OUR BEST JUDGMENT AND CONSCIENTIOUSLY TO PERFORM OUR DUTY."

חושש אני, שהכרה באי השפיטות המוסדית עוברת על "שני לאווין" אלה, ויש בה פגיעה בחוקה הבלתי כתובה שלנו.

54. בחינת השיקולים העומדים ביסוד עקרון השפיטות (או אי השפיטות) המוסדית, מצביע על חולשתם הפנימית. אכן, בארצות הברית, הוגבלה תורת אי-השפיטות המוסדית לביקורת השיפוטית על חוקיות החוק. לא ניתן למצוא בארצות הברית שימוש בעקרון אי-השפיטות המוסדית לענין חוקיות פעולות המינהל במסגרת חוק תקף. דומה שהטעם לכך הוא, 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 בסוגיה "הבעיה הפוליטית" מהפסיקה האמריקאית, 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 קנין שלו שנפגעה (בג"צ 606/78 סלימן תופיק איוב נגד שר הבטחון, פ"ד לג (2) 113, 124; בג"צ 390/79 דויקאט נגד ממשלת ישראל, פ"ד ל"ד (1) 1, 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 היתה גישתם של בתי המשפט. הם סברו, כי תפקידו של בית המשפט הוא בראש ובראשונה להגן על זכות הפרט שקופחה, והשיקולים הנוגדים, אינם שקולים 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 ברובם של המקרים בהם 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" ("פרשת סיעת 'כך', בעמ' 162).

55. והנה, חרף ביקורת זו על דוקטרינת "אי השיפוט המוסדית", קשה להתעלם מהעובדה, שהציבור עשוי שלא להבחין בין ביקורת שיפוטית לבין ביקורת פוליטית, ועשוי לזהות את הביקורת השיפוטית של ענין פוליטי עם הענין 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 השיפוט אל הפעולה עצמה, היא עשויה 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, "פרשת שליט", עמ' 523, השופט לנדוי). כפי שציין השופט לנדוי:

"הפעם יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה. אבל עדין רב החשש שבית המשפט נראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על פי הדין בכל ענין המובא לפני בית משפט כדין, היא דוקא 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" (בג"צ 390/79 דויקא נגד ממשלת ישראל, פ"ד 41(1)).

ועל רעיון דומה עמדת, באומרי:

"הסוגיה כולה חשובה ועומדת במרכז חיינו הקונסטיטוציוניים. השתזרו בה שאלות של שלטון החוק והשלטת החוק בשאלות של סמכות החנינה של הנשיא והפעלתה. בכל אלה נעסוק מזוית 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 ה'אני מאמין' של חיינו הממלכתיים. 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 מצירים, אך את תפקידנו השיפוטי עלינו לבצע" (בג"צ 328/86, ברזילי נגד ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 585).

שאלת המפתח הינה, מה משקל יש ליתן לחשש זה? ברשימתו על "פוליטיקה ומשפט", ציין השופט ויתקון כי:

"נראה לי כי הסלידה מן הדיון השיפוטי בשאלות פוליטיות מקורה, במידה רבה, בטעמים אי רציונליים. מבחינת ההגיון הצרופ, קשה להצדיקה" (שם, עמ' 69).

אך כידוע, "חיי המשפט לא היו הגיון; הם היו נסיון" (LAW (1881), THE COMMON, 1). חיי המשפט הם הגיון ונסיון גם יחד. מכאן נכונותו של בית המשפט, במקרים מיוחדים להמנע מהפעלת סמכותו, תוך הפרת אחד "משני הלאוים" עליהם עמד השופט ויתקון, וזאת במקום שקיים חשש ל"פוליטיזציה של השיפוט", לערבוב תחומים בין פוליטיקה לבין משפט ולפגיעה במעמדו של בית המשפט. כאמור, בית משפט זה עשה כן בכל הנוגע לביקורת 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, ואיזן בין השיקול "הפוליטי" לבין השיקולים האחרים, הנוגעים לשלטון החוק במחוקק. בודאי שזה איננו סוג המקרים היחיד בהם ידחה בית המשפט עתירה בשל העדר שפיטות מוסדית. רשימתם של מקרים אלה אינה סגורה. נסיון החיים השיפוטי וחוש המומחיות ידריכו את בית המשפט בגיבוש אמות מידה לעיצובם של אלה.

56. מהי המסקנה העולה מניתוחנו לענין השפיטות (או אי-השפיטות) המוסדית? לדעתי, המסקנה העולה היא, כי דוקטרינה זו פרובלמטית היא ביותר; כי יסודותיה המשפטיים רעועים, וכי מבוססת היא במידה רבה על "טעמים

אירציונליים"; כי יש לגשת אליה גישה זהירה כי רק במקרים מיוחדים, בהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט, יהא מקום לשקול השימוש בה; כי רשימתם של מקרים אלה אינה סגורה, וכי היא נקבעת, בסופו של דבר, על פי נסיון החיים השיפוטי, וחוש המומחיות של השופט.

ה. מן הכלל אל הפרט

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 - מהן נגזרות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך. שאלת הסמכות ליתן דחייה לשירות בטחון קשורה בפירושו של סעיף 36 לחוק שירות בטחון. ענין לנו בבעיה פרשנית רגילה, הנחתכת על פי אמות המידה הפרשניות המקובלות. (השווה דברי השופט ברנן בפרשת U.S. 996, (1979) GOLDWATER V. CARTER 444 לפיהם גם השאלה אם הנשיא מוסמך להכריז על מלחמה היא שאלה שפיטה שכן OF DECISIONMAKING AUTHORITY MUST BE RESOLVED AS A DISCRETION. (THE ISSUE MATTER OF CONSTITUTIONAL LAW, NOT POLITICAL) לא יעלה על הדעת כי השאלה אם רשות שלטונית מוסמכת פונקציונלית 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 שירות בטחון לא היה קיים כלל, באופן שכל דחיית שירות צריכה היתה להעשות על ידי פעולת חקיקה של הכנסת. כלום היה עולה על דעתו של מאן-דהוא, כי עתירה הגורסת כי דחיית שירותם של בחורי ישיבה אינה כדין, היא "בלתי שפיטה"? שאלת שיקול הדעת בדחיית שירות הבטחון נקבעת על פי המבחנים המקובלים על תורת שיקול הדעת המינהלי. כפי שנראה בהמשך, יהא עלינו לבחון, אם שיקוליו של שר הבטחון 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, המעמידה את השאלה, אם שר בטחון סביר היה רשאי לקבל את ההחלטה בדבר דחיית השירות. לענין 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 הבטחון, ליתן דחיית שירות בטחון וכי הפטורים שניתנו עד כה חרגו מהסמכות, וכי יש לפנות בענין זה למחוקק? לדעתי, התשובה הינה כי האמון בבתי המשפט ייפגם דוקא אם אלה ימנעו מלפסוק כי קיימת חריגה מסמכות במקום שיש טענה ראוי בענין זה, וכי האמון בבתי המשפט רק ייגבר אם אלה יעמדו על שלטון החוק. ואם כך הוא הדבר לענין הקביעה שהסמכות חסרה, הרי דין דומה יחול לענין הקביעה שהסמכות קיימת. בשני המקרים מפרש בית המשפט את החוק, ואין בכך כל פגיעה במעמדו. הוא הדין בכל הנוגע לבחינת שיקול הדעת של שר הבטחון. בחינה זו נעשית באופן אובייקטיבי, על פי אמות המידה המשפטיות המקובלות מימים ימימה. הקביעה כי שר הבטחון 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 אין לגייס בחורי ישיבות. כל שבית המשפט בוחן הוא, אם שר בטחון סביר רשאי 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 להשאירה בידי הגורמים הפוליטיים, שמתפקידם להכריע בענין זה".

(מ"מ הנשיא, השופט יצחק כהן, בבג"צ 448/81 הנ"ל, עמ' 88), אך השאלה אם חוקי הוא או לא חוקי, ליתן דחיה לבחורי ישיבה היא שאלה משפטית, שיש להשאירה בידי הגורמים המשפטיים, שמתפקידם להכריע בענין 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 מאד". כמו כן מקובל עלי כי, בית המשפט "לא נועד לשמש זירה למאבקים ציבוריים-אידיאולוגיים" (הנשיא לנדוי בד"נ 2/82 רסלר נגד שר הבטחון, פ"ד לו(מ) 708, 711). 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 הבטחון,

סמכות לדחות שירותם של בחורי הישיבה, אם הוא שקל בענין 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 הבטחון פעל כפי ששר בטחון סביר רשאי היה לפעול בענין דחיית השירות, אין משמעותה כי ראוי הוא לדחות את שירותם של בחורי הישיבה. משמעותה היחידה הינה כי זהו שיקול ששר הבטחון רשאי היה לשקלו, וכי המשקל שניתן לו, הוא משקל ששר הבטחון רשאי היה לתיתו. אמת, יתכן והציבור הרחב יתקשה בהבחנות אלה. אינני סבור כי קושי זה מצדיק המנעותנו 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 דחיה אידיאולוגית. אכן, בין אם נדון בעתירה ובין אם נמנע מכך, קיים חשש כי נובן שלא כראוי, אך, כפי שאמר הנשיא לנדוי, "זה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (בג"צ 390/78 הנ"ל, עמ' 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 ומוסרית).

סמכות שר הבטחון

59. משעברנו את הפרוזדור והגענו לטרקלין, עלינו לבחון את השאלה העניינית הראשונה, הסובבת סביב סמכותו של שר הבטחון ליתן דחיה משרות בטחון לבחורי ישיבה. טענת העותר הינה כי דחית שירות בטחון לבחורי ישיבה הינה ענין לחקיקה ראשית, ולא להחלטה מינהלית. טענה זו "ראויה היתה להישמע" (כדברי הנשיא לנדוי בד"נ 2/82 הנ"ל, עמ' 712), ומן הראוי הוא על כן, לבחון אותה לגופה.

60. המסגרת החוקית לסמכותו של שר הבטחון קבועה בסעיף 36 לחוק שירות הבטחון. על פי הוראה זו רשאי שר הבטחון בצו לדחות את שירות הביטחון של יוצא צבא, "אם ראה לעשות כן מטעמים 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 בטחון של יוצא צבא, נתונה לשר הבטחון. עם זאת, סמכות זו אינה כללית, אלא מוגבלת היא "לעילות דחיה" מסויימות. דחית שירות מעילה שאינה מנויה בין העילות הנזכרות תגרור דחית שירות ללא סמכות לכך בדין. מכאן, שעלינו לבחון אם דחית שירותם של בחורי הישיבה נכנסת לאחת העילות הקבועות בחוק שירות הבטחון. לדעתי התשובה על כך היא בחיוב. ענין דחיית שירותם של בחורי ישיבה נכנס חלקית "לעילת הדחייה" שענינה "היקף הכוחות הסדירים" ולעילת הדחייה שענינה "צרכי החינוך". ענין דחיית השירות של בחורי הישיבה נכנס באופן מלא "לעילת הדחייה" בענין "טעמים אחרים".

61. שר הבטחון מוסמך לדחות שירות בטחון של יוצא צבא "מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים" של הצבא. עד כמה שהנימוק לדחייה קשור בהיקף הכוחות הסדירים, נופלת דחיה זו לסמכותו של שר הבטחון. ענין לנו כאן בקשר בין הטעמים לדחיה (כענין שבשיקול דעת) לבין עילת הדחיה (כענין שבסמכות). בענין זה עלינו לפנות לתצהירו של שר הבטחון, המצביע על שיקוליו בענין זה. כפי שראינו (ראה פסקה 15 לעיל), בין שאר שיקוליו, מונה שר הבטחון שיקולים אלה:

"(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 מתלמוד תורה ועקב חינוכם ואורח חייהם המיוחד".

שני שיקולים אלה, ענינם הוא "טעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים". משמעותם של שיקולים אלה הוא, כי מבחינת צרכי הצבא ודרישותיו, שירותם של בחורי הישיבות הוא בעייתי. על בעייתיות זו עמד מ"מ הנשיא, יצחק כהן,

"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 לענין שלילת זכות העמידה של העותרים, אך משקפים הם את שיקוליו של שר הבטחון לגופו של ענין. נמצא כי שר הבטחון מוסמך לדחות את גיוסם של בחורי הישיבה, עד כמה ששיקוליו נוגעים לטיב שירותם של אלה. עם זאת, דומה ששיקול זה לא היה דומיננטי במגוון שיקוליו של שר הבטחון ועל כן לא הייתי מבסס אך עליו את סמכותו של שר הבטחון ליתן דחית שירות לבחורי הישיבה.

62. "עילת דחיה" 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 הבטחון, שכן בין שאר שיקוליו (ראה פסקה 15 לעיל), מופיעים גם השיקולים הבאים: (1) כבוד מחויבותם הרוחנית וההיסטורית של לומדים ומלמדים ש'תורתם-אמנותם' 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 אמנם ומוסיקאים בישראל. קיימת "עתודה אקדמאית", הדוחה שירותם הצבאי של סטודנטים באוניברסיטאות. איני רואה במה שונים צרכי החינוך של בחורי הישיבות מצרכי החינוך של אמנם ומוסיקאים. כמובן, השוני עשוי שיתקיים לענין שיקול הדעת גופו של השר והמשקל שהוא נותן לגורמים השונים, אך איני סבור שיש הבדל בין השניים לענין עצם סמכותו של שר הבטחון. עם זאת, דומה שהשיקול הדומיננטי לענין דחית שירות הבטחון של בחורי הישיבה הוא השיקול הדתי, כאשר הפן החינוכי שבו הוא אך משלים ומסביר, ועל כן לא הייתי מבסס את סמכותו של שר הבטחון אך על טעם זה בלבד.

63. עילת הדחייה השלישית הנוגעת לעניננו היא זו המאפשרת דחית שירות בטחון "מטעמים אחרים". כפי שראינו (ראה פסקאות 7 ו-8 לעיל), חוק שירות בטחון המקורי הסמיך את שר הבטחון ליתן דחית שירות בטחון "אם היה סבור שמחייבים זאת טעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא הגנה לישראל, או טעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות או המשק הלאומי, או טעמי משפחה, או טעמים אחרים כיוצא באלה". בחוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תשל"א-1971 תוקנה הוראה זו, במובן זה שהמלים "כיוצא באלה" נמחקו. הטעם שניתן לכך בדבר ההסבר להצעת החוק היה "כדי לסלק כל פרשנות על דרך הצמצום" (הצעת חוק שירות בטחון (תיקון מס' 7), תשל"ל-1970 (ה"ח 900, תשל"ל, עמ' 276, 282)). התיקון האמור נערך לאחר פסק-הדין של בית המשפט העליון "בפרשת בקר", ועל רקע קיומו של ההסדר בדבר דחית השירות של תלמידי הישיבות. בבג"צ 448/81 רסלר נגד שר הבטחון (פ"ד לו' (1) 81, 85) הדגיש מ"מ הנשיא, השופט יצחק כהן מצב דברים זה, תוך שציין כי "נעשה התיקון אחרי שנכשל הנסיון להביא נושא זה לדיון בבית-משפט זה" (עמ' 85). 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 תיקון מס' 7 ציין שר הבטחון כי זו אינה הזדמנות נאותה לעסוק בשאלת דחית שירותם של בחורי ישיבה, שכן אין לסווגיה זו כל שייכות להצעת החוק (ראה דברי הכנסת, כך, 59, עמ' 98-99).

64. שר הבטחון הוסמך, אם כן, לדחית שירות בטחון "מטעמים אחרים". הסמכה זו אינה פותחת פתח לשר הבטחון לשקול כל שיקול הנראה לו, סובייקטיבית, כראוי. אני מניח - על פי הדוגמא הקלאסית - כי אילו החליט שר הבטחון לדחות את שירות הבטחון, של כל "הגינים", או כל המשתייכים למפלגה פלונית, לא היה הדבר נופל לגדר "הטעמים האחרים". המבחן לענינם של אלה הוא אובייקטיבי, והוא נקבע על פי מטרת החוק ותכליתו. לדעתי, עשויים "טעמים אחרים" אלה לכלול בחובם טעמים דתיים. סמכותו של שר הבטחון אינה מוגבלת אך לשיקולים שענינם היקף הכוחות

הסדירים עצמם. כפי שראינו, סמכותו של שר הבטחון משתרעת גם על טעמים הקשורים בצרכי החינוך, המשק הלאומי או בטעמי משפחה. כל אלה ענינם שיקולים שאינם קשורים בהכרח להיקף הכוחות עצמם, אלא כוללים הם גם שיקולים לבר-בטחוניים שמן הראוי להתחשב בהם. אין כל טעם, איפוא, לצמצם את "הטעמים האחרים" לטעמים בטחוניים דווקא. אכן, ההסטוריה החקיקתית והגיונית של דברים, מצביעים 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 דחית שירות, מטעמים דתיים, של בחורי ישיבה. אמת הדבר, פטור משירות בטחון של אשה בשל "טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי" ניתן מכוח הוראת סעיף 39(ג) לחוק שירות בטחון (נוסח משולב), התשמ"ו-1986, אך בכך אין כדי ללמד שדחית שירות מטעמים דתיים אינה כלולה בסמכות הדחיה "מטעמים אחרים". יש לזכור, כי בעוד שדחיית שירותם של בחורי הישיבה הוא ענין שבשיקול דעתו של שר הבטחון, הרי פטור משירות בטחון של אשה מטעמי מצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי הוא פטור מכוח הדין. שיקול דעתם של רשויות הצבא הוא אך לענין הוכחת קיומם של טעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתי, ומשאלה הוכרו אין רשויות הצבא מוסמכות שלא לפטור אשה, שכן הפטור ניתן לה כענין 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 לענין קביעת שעון קיץ (ראה "פרשת סגל"); המפקח על התעבורה רשאי להתחשב בשיקול דתי לענין סגירתם של רחובות לתנועה בשבת (ראה בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נגד מועצת עיריית ירושלים והמפקח על התעבורה, פ"ד טז' 2665); המפקח על המזון רשאי להתחשב בשיקול דתי בדאגתו לאספקת מזון לפסח (בג"צ 98/54 לזרוביץ נגד המפקח על המזונות, פ"ד די' 40, 55). בדומה, איני רואה כל חריגה מסמכות, אם בהפעילו את סמכותו ליתן דחית שירות בטחון, לוקח שר הבטחון 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 הבטחון, ניתן ליתן משקל גם לו.

65. טענתו הכללית של העותר בסוגיה זו הינה, כי דחית גיוסם של בחורי הישיבה הינו ענין 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 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 דחיה לשירות בטחון חייב למצוא עגונו בחקיקה הראשית. כפי שראינו, לדעתי מצוי עיגון כזה בהוראת סעיף 36 לחוק. אשר להיבט השני, אין אני סבור - במישור הפורמלי - כי הסמכה כללית ("מטעמים אחרים") אינה מספקת, וכי יש לפרט במפורש כל עילה ועילה לדחית שירות. עם זאת מקבל אני - במישור המהותי - כי מצב דברים זה אינו רצוי. אכן, מכוח עקרון שלטון החוק ראוי הוא כי "הסדרים ראשוניים" יקבעו בחקיקה הראשית ובמפורש, ושלא תוענק הסמכה כללית למחוקק המשנה לקבוע בעצמו את ההסדרים הראשוניים. (קלינהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה", הד המשפט כרך 11 עמ' 202; כרך 12 עמ' 222; כרך 14, עמ' 254). בצדק ציין פרופסור ברכה כי:

"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". (ברכה, משפט מינהלי, 85 (1986)).

עמדו על כך השופטים זוסמן וויתקון בקובעם כי "חקיקת משנה בענין עקרוני ורב חשיבות, מכוח חוק הסמכה, עלולה להביא עלינו משטר דמוקרטי-פורמלי גרידא. משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי מחייב שחקיקה תיעשה בבית המחוקקים" (בג"צ 266/68 עיריית פתח תקוה נגד שר החקלאות, פ"ד כב' (2) 824, 831). 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 תקפם של הסדרים אלה מותנה באישור הכנסת (במליאתה או בועדותיה). 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 הבטחון ליתן דחית שירות "מטעמים אחרים". אם מטעם זה או אחר, הכנסת סבורה כי יעיל הוא יותר להגשמת צרכי הבטחון, כי ההסדרים הראשונים בענין זה ייקבעו על ידי שר הבטחון, מן הראוי היה כי ההוראות הנורמטיביות הכלליות תוקפן יהא מותנה באישור הכנסת או אחת מועדותיה. בסוגיה שלפנינו לא נקט המחוקק בדרכים אלה, והשאיר את ההסדרים הראשונים ("טעמים אחרים") בידי שר הבטחון בלבד. עם זאת, אין אני סבור כי ניתן לומר, שהמנעותה של הכנסת מלקבוע ההסדרים הראשונים, והמנעותה מהטלת פיקוח על הסדריו של שר הבטחון, משמעותם שלילתה של אותה הסמכה כללית. הכנסת מצאה לנכון להעניק לשר הבטחון סמכות רחבה של קביעת עילות פטור ודחיה "מטעמים אחרים", בלא שהותירה בידה סמכות אישור בענין 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 לדחית שירות בטחון, ממילא הסמך בכך את שר הבטחון לקבוע מהם טעמים אחרים אלה. לאור מבנה ההוראה וההסטוריה החקיקתית שלה, ברור כי "הטעמים האחרים" אינם קשורים בטעמי בטחון דוקא, והם משתרעים גם על טעם לא בטחוני. בין אלה נכללים לדעתי גם טעמים שבדת. נמצא, כי המחוקק הסמך במפורש את הרשות המבצעת להחליט, על פי שיקול דעתה שלה, מהם "הטעמים האחרים" המצדיקים דחית שירות בטחון.

66. ראינו, כי שיקול דתי נופל למסגרת אחד הטעמים האחרים, אותם רשאי שר הבטחון לשקול. על כן נראה לי כי השיקול הבא, אותו שקל שר הבטחון, 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 הבטחון, ויוצר מכלול של שיקולים, אשר כשלעצמם מוסמך היה שר הבטחון לשקלם. השאלה היא, עם זאת, אם שיקולים אלה סבירים הם בנסיבות הענין. לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

מס' 381: **מפקד השיקולים לאישור המשקל** – הבטחון נופלות למסגרת השיקולים הענייניים אותם רשאי היה שר הבטחון לקחת בחשבון. אך האם נתן שר הבטחון את המשקל הראוי לשיקולים אלה? שאלה זו מעבירה את מרכז הכובד של הדיון המשפטי משאלת הסמכות לשאלת הסבירות. **חוק שירות בטחון** העניק לשר הבטחון שיקול דעת באשר לדחיית שירות מטעמי בטחון. 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 דפי זהב בע"מ נ. רשות השידור, פ"ד לה (1) 445,421). עמד על כך השופט שמגר (**בג"צ 156/75 דקה נ. שר התחבורה, פד"י לו (2) 105,94**) באומרו:

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

אכן, דבר אחד הוא לדחות את שירותי הבטחון של סוג פלוני של יוצאי צבא לשנה או לתקופת לימודים קצובה שסופה שירות בטחון הלכה למעשה (כפי שהדבר נעשה, למשל, עם המשתייכים לעתודה האקדמית); דבר אחר הוא לדחות את שירות הבטחון 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 הבטחון של 800 תלמידי ישיבה (כפי שהדבר היה ב-1975); דבר אחר הוא לדחות גיוסם של 1674 תלמידי ישיבה (כפי שהדבר הוא ב-1987). הנה כי כן, השאלה הינה, אם שיקול דעתו של שר הבטחון הופעל בנסיבות הענין, באופן סביר? טענת העותר הינה האם שיקול דעתו של שר הבטחון הופעל באופן "בלתי סביר באופן קיצוני". לעומתו טוענת ב"כ המשיב, כי בשקלו את השיקולים השונים "לא התעלם שר הבטחון מן ההשלכות של דחיית שירות תלמידי הישיבות (כולל לומדים ומלמדים וחוזרים בתשובה) על היקף הכוחות הסדירים וכוחות המילואים של צה"ל ועל ההיערכות לצרכי הבטחון 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".

ב"כ המשיב מוסיפה ומציינת, כי "בית המשפט הנכבד לא ישים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתו של שר הבטחון. שר הבטחון שקל את כל האפשרויות הסבירות במשקלן הראוי, ובחר מביניהן 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 ענין השנוי במחלוקת בישראל. קיימים בו "חלוקי דעות רציניים ואמיתיים" (כדברי השופט אלון בע"פ 54/81 רזון נ. מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 332,821 לענין גיוסן של בנות דתיות). יש הסבורים כי "אין משמעות לארץ ישראל ולמדינת ישראל בלי בנינים לומדי תורה, הדבקים בכל לבם ובכל נפשם במשימתם בכל אורח חיים... 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" - מאמר שציטוטים ממנו צורפו לתצהיר התשובה). לעומתם, יש הסבורים כי "זו שותפות מוזרה, אני שולח את בן הישיבה ללמוד במקומי, והוא שולח אותי להרג במקומו. זה מקומם" (תת אלוף נחמיה דגן, קצין חינוך ראשי בצה"ל, בכתבה שצורפה לעתירה). בתוך המחנה הדתי עצמו, קיימות בענין זה דעות שונות ומגוונות (ראה, למשל, הרב צבי יהודה קוק, "למצות הארץ" נתיבות ישראל; הרב שלמה יוסף זיו, "לשאלת הגיוס של בני הישיבות"; למרנן ורבנן וראשי הישיבות (תש"ח) - השוללים את דחית שירותם של בחורי הישיבה; לעומת זאת, ראה הרב י.מ. טיקוצינסקי; "שחרור בני הישיבות מגיוס", התורה והמדינה, קובץ ה-ו (תשי"ג-תשי"ד) הנותן את הביסוס ההלכתי לשחרורם של בני הישיבה). מן המפורסמות הוא שבחורים דתיים שרתו בכל מלחמות ישראל, נתנו את נפשם עליה, והרי הם ממשיכים לשרת בכל חילות צה"ל (אם בישיבות הסדר ואם מחוצה להן). הנה כי כן, ענין לנו בסוגיה אשר אין בה הסכמה לאומית, והנתונה למחלוקת חריפה. נראה לי כי במדינת ישראל, בה משתזרים הזרמים השונים של היהדות והיהודים, בה נבנית חברה מודרנית על גבי הסטוריה ארוכת שנים, כל אחד מהשיקולים הנוגדים הינו לגיטימי, באופן ששר בטחון סביר רשאי לקחת בחשבון. החברה הישראלית היא חברה פלורליסטית, 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 תכון בלעדי דחיית גיוסם, ויש הגורסים כי המדינה לא תכון בלעדי גיוסם. יש הרואים בדחיית גיוסם מעשה אציל, ויש הרואים בכך מעשה שפל. אין בסוגיה קונסנסוס חברתי. בנסיבות אלה - ועל רקע עמדותי כי השיקול הדתי עצמו שיקול רלבנטי הוא - איני סבור כי ניתן לומר שעמדתו של שר הבטחון היא כה בלתי סבירה עד כי שום שר בטחון סביר בישראל אינו רשאי לקבלה. משטר דמוקרטי מבוסס על סובלנות לדעות הזולת. זו לעתים אף סובלן ותלדעה לא סובלנית. בחברה פלורליסטית, הסובלנות הינה גורם מאחד המאפשר חיים משותפים. על כן, הנכונות להתחשב בעמדות השונות, תוך מאמץ להכחות את חודם של החיכוכים, אינו נראה לי בלתי סביר בנסיבות הענין. 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. בלקחו כל אלה בחשבון, על רקע צרכי הבטחון של המדינה, רשאי היה שר הבטחון להגיע להחלטה אליה הגיע. היא נופלת למסגרת "מתחם הסבירות" של שיקול דעתו. ודוק: שר הבטחון רשאי היה גם לקבל החלטה שונה. הוא היה רשאי לסבור כי רבים מדי דחויי הגיוס, ומן הראוי הוא לשנות המדיניות בענין זה. אכן, ההחלטה אליה הגיע שר הבטחון 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 הבטחון על פי סעיף 36 לחוק שירות בטחון, השיקול המכריע חייב להיות השיקול הבטחוני. לשם כך בא שירות הבטחון עצמו, וברוח זו נוסחו גם חלק מהפטרות משירות הבטחון. אך טבעי הוא, כי משקלם של השיקולים הלב-בטחוניים, כגון שיקולי החנוך, המשפחה והטעמים האחרים, הוא קל יחסית, ורק אם פגיעתם בבטחון היא קלה, יש מקום לקחתם בחשבון. על כן יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול אותו אין שר בטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות. בענין זה לא הרימו העותרים את הנטל המוטל עליהם להראות כי הפגיעה בבטחון אינה קלה.

70. עד כה בחנתי את סבירות החלטתו של שר הבטחון. משקבעתי כי לדעתי ההחלטה סבירה היא, תמה ביקורתנו השיפוטית. כידוע, על פי ההלכה המקובלת, איננו מחליפים, בסוג זה של ענינים, את שיקול דעתו של השלטון בשיקול דעתנו שלנו. "השאלה אינה מה היינו אנו, כשופטי בית המשפט העליון, מחליטים, אילו הסמכות היתה בידינו. השאלה

שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 43). אכן, איננו מתבקשים לחוות דעתנו, כאזרחים, בשאלה אם ראוי הוא לדחות את שירות הבטחון של בחורי ישיבות. שאלה זו נצורה היא בלבנו, ואין לנו ליתן לה כל ביטוי בהכרעתנו השיפוטית. ביקורתנו השיפוטית מתרכזת בשאלה, אם שר בטחון רשאי להתחשב בשיקול הדתי, ואם המשקל שניתן לשיקול זה על ידי שר הבטחון הוא סביר בנסיבות הענין. השאלה אינה, כוחו של איזה שיקול משכנע אותנו יותר. השאלה היא, אם השיקול הוא לגיטימי באופן ששר בטחון סביר היה רשאי להתחשב בו וליתן לו המשקל שניתן לו למעשה. על שאלות אלה, תשובתי היא בחיוב. תהא דעתי שלי בסוגיית דחיית גיוס בחורי הישיבה אשר תהא - ודעה זו אינה כלל לענין - מקובל עלי, כי שר בטחון סבור רשאי לקחת שיקול זה בחשבון, ליתן לו המשקל שנתן לו המשיב, ולהגיע להסדר אליו הגיע המשיב. גישתי זו, תואמת היטב את עקרון הפרדת הרשויות, עליו עמדתי (ראה פסקה 49 לעיל). בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית - שהיא מתפקידיו המרכזיים - ביקורת שאין בה ביטוי להשקפה פוליטית, אלא עמידה על חוקיות האיזון שעשתה הרשות הפוליטית. בכך בא לידי ביטוי העקרון הדמוקרטי (פסקה 50 לעיל). אין בגישתי זו כל "פוליטיזציה של השפיטה". אין בה ירידה אל זירת הויכוח 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 לענין 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, שענינה סבירות החלטתו של שר הבטחון. במישור המשפטי השאלה הינה, אם האיזון ששר הבטחון עשה בין השיקולים התומכים בדחיית שירות הבטחון של בחורי הישיבה לבין השיקולים התומכים באי דחיית הגיוס, הוא סביר. איזון זה נקבע כפי שראינו על פי מטרת החוק ותכליתו, כפי שאלה מתפרשים על רקע עקרונות היסוד של השיטה, ותפיסתו 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 בטחון לקחת בחשבון שיקוליו את השיקול הדתי (בצד השיקול החינוכי והצבאי). מטרת חוק שירות בטחון ותכליתו מונעת משר הבטחון ליתן לשיקול זה, משקל שסופו פגיעה של ממש בבטחון המדינה. אך כל עוד הפגיעה אינה פגיעה של ממש, אני סבור כי שר בטחון ישראלי רשאי להתחשב בשיקול זה. זאת ועוד: דווקא העדרו של קונסנסוס לאומי, והמחלוקת בתוככי "הציבור הנאור", מחזקת את ההכרה כי בחברה דמוקרטית, הבנויה על פלורליזם וסובלנות, רשאי שר בטחון להתחשב בשיקול זה, כל עוד הבטחון אינו נפגע. על כל פנים, אין כל יסוד להתערבותנו שלנו בהחלטתו של שר הבטחון, הנופלת "למתחם הסבירות". ניתן להציג תוצאה זו גם במונחים של נטל הוכחה. ניתן לומר כי זה שהנטל מוטל עליו להראות כי החלטת המשיב היא בלתי סבירה, נכשל במשימתו זו, וחזקת הסבירות ממנה נהנית פעולת השלטון לא נסתרה. דחיית העתירה במצב דברים זה אינה נובעת בשל אי-שפיטותו המטריאלית של הענין, אלא בשל אי יכולתו של העותר להראות כי השלטון פעל שלא כדין. שני אלה אינם היינו הך. כך, למשל, אם מספרם של אלה ששרותם נדחה בשל לימודי תורה ילך ויגדל, עד שהוא יקיף מספר רב ביותר של יוצאי צבא, באופן שהבטחון נפגע, יגיע בודאי רגע שבו נאמר כי ההחלטה לדחות הגיוס הינה בלתי סבירה, ודינה להפסל. 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 ידו, כי דחיית גיוסם של בחורי הישיבה פסולה היא, שכן היא נעשתה מכוח הסכם קואליציוני אליו 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](#) רובין נ. ברגר, פ"ד מא(1) 73). על כן, כדי לזכות בטענתו, על העותר להוכיח כי שר הבטחון פעל כפי שפעל אך בשל ההסכם הקואליציוני, ולולא אותו הסכם היה פועל בצורה שונה. בנטל זה לא עמד העותר.

73. העותר צרף לתצהירו מספר מכתבים שכתבו שרי בטחון, לרבות המשיב, לאזרח משה שפירא, ובהם הביעו את עמדתם שלהם בענין דחיית גיוסם של בחורי ישיבה. כך, למשל, כתב שר הבטחון אריאל שרון ב-1982 כי "כשר בטחון אינני שש לעובדה שגיוסם של תלמידי ישיבות תורניות בניגוד לשיבות הסדר נדחה... אולם ישנה מציאות מסויימת שנקבעה עם קום המדינה ואין בכוחי לשנותה". בדומה, כתב שר הבטחון משה ארנס ב-1983 כי "ההחלטה לדחות גיוסם של אלה ש"תורתם אמנותם" מעוגנת בהחלטות הממשלה ואין בכוחי או בסמכותי לשנותה". אין ספק כי בכל הנוגע להיבט המשפטי טעו השרים. הסמכות ליתן דחיית שירות בטחון היא סמכותו של שר הבטחון, שלו ולא של זולתו. אין זו סמכותה של הממשלה, אם כי זו יכולה - בהסכמת הכנסת - להעביר את סמכותו של שר הבטחון לשר אחר (סעיף 30 [לחוק יסוד: הממשלה](#)). בכוחו של שר הבטחון לשנות את ההחלטה. שר הבטחון יצחק רבין - המשיב בעתירה שלפנינו - כתב ב-1985 למר משה שפירא כי "קודמי בתפקיד ציין לא רק את העובדה הפורמלית שאין בסמכותו לשנות את ההחלטה אלא הוסיף שאין גם בכוחו לשנותה. כשר בטחון 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 לענין גיוסם של תלמידי הישיבות "מחייבת את מערכת הבטחון". כאמור, שר הבטחון, הוא המוסמך להחליט בענין דחיית גיוסם של בחורי הישיבה. בתצהיר התשובה שניתן מטעם המשיב לא חזר שר הבטחון על הטעון כי אין הוא מוסמך להחליט בענין, אלא הסביר את המניעים שהביאו אותו לקבלת החלטתו זו. בהתייחסו למכתבים הנזכרים, חזר והסביר המשיב - באמצעות עוזרו מר חיים ישראלי - כי "שר הבטחון מר יצחק רבין, לאחר ששקל את כל השיקולים הרלבנטיים 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 הבטחון שקדמו לו. כמו גם שהוא ממשיך בפעולתו, כיום, על פי מדיניות הממשלה. הציטוטים שמביא העותר ממכתביהם של שלושה שרי בטחון שונים, שכתבו בתקופות שונות, ושהיו בעלי השקפות פוליטיות שונות, אך מחזקים את הטענה כי שרי הבטחון הפעילו שיקול דעתם, כל אחד בזמנו, תוך התחשבות בשיקולים ממלכתיים כלליים, שהינם, כאמור, שיקולים סבירים, רלבנטיים ולגיטימיים". נמצא, כי שר הבטחון מודע לכך שהסמכות היא שלו, והוא סבור כי מן הראוי, במציאות הקיימת, לעשות בה שימוש כפי שהוא עושה הלכה למעשה. העובדה ששר הבטחון אינו "מאושר" מהחלטתו זו אינה פוגעת בחוקיותה.

סוף דבר

74. הגעתי, איפוא, למסקנה כי לעותר מעמד בדין, כי הענין שהוא מעלה הוא שפיט (מטריאלית ומוסדית), אך דין העתירה להדחות לגופה, שכן לשר הבטחון סמכות ליתן דחיית שירות בטחון לבחורי ישיבה, ולא הוכח כי השימוש בשיקול הדעת הינו, בנסיבות הענין בלתי סבור. ודוק: לא הבעתי כלל דעתי, אם דחיית שירותם של בחורי ישיבה הוא ענין ראוי. כל שקבעתי הוא, כי שר בטחון סביר רשאי לשקול ענין זה. ישאל השואל: האם לא נכון יותר היה לנקוט בגישה שנקטה בעבר, לפיה נדחו העתירות על הסף, בלא לדון בהן לגופן, מאשר לדחות העתירה לגופה. דעתי הינה, מטבע הדברים, כי התשובה על שאלה זו היא בשלילה.

וזאת משני טעמים: ראשית, משום שבמרביתן של העתירות, בצד הדחיה על הסף, היה גם דיון לגופו של ענין; שנית - וזה העיקר בעיני - שלטון החוק מתחזק אם בית המשפט בוחן חוקיות פעולה שלטונית לגופה ומגיע למסקנה כי היא כדיון. שלטון החוק נפגם אם בית המשפט מסרב לבחון לגופה חוקיות הפעולה שיתכן והיא בלתי חוקית ומשאירה תלויה "על הסף". המנעות מביטולה של פעולה כזו פוגעת בשלטון החוק. טול את הנושא שלפנינו. הכרה במעמד העותר, ובשפיטות העתירה, אפשרה דיון לגופו של הנושא. בנסיבות הקיימות החלטנו כי שיקול דעתו של המשיב הוא כדיון. בנסיבות אלה עשוי לחול שינוי. החלטה שהיא סבירה במערכת מסויימת של נסיבות, עשויה להפך לבלתי סבירה במערכת משתנה של נסיבות. דחיית שירות הבטחון של בחורי הישיבה הינה החלטה שיש לחזור ולבחון אותה מדי פעם, על רקע צרכי הבטחון המשתנים, ומתוך גישה פתוחה ועניינית (ראה [בג"צ 297/82](#) ברגר נ. שר הפנים, פ"ד

לז(3), 29). שיקול הדעת של שר הבטחון הוא שיקול דעת נמשך. עם דחיית הטענות בדבר חוסר מעמד וחוסר שפיטות, חשוף שיקול הדעת של שר הבטחון לבחינה מחודשת, אם הנסיבות יצדיקו זאת. חוקיות השלטון טובטח. בית המשפט ימלא את יעודו כשומר על שלטון החוק, על הפרדת הרשויות, ועל ערכי הדמוקרטיה. וכי תתכן תוצאה טובה מזו?

התוצאה היא שהעתירה נדחית. אין צו להוצאות.

המשנה לנשיא (לשעבר):

עיינתי עיין היטב בחוות דעתו המעמיקה של חברי הנכבד השופט ברק ואוכל לומר כבר בפתח הדברים שלעיצומו של ענין (החל בסעיף 59) עמדתו מקובלת עלי ללא סייג וכך גם התוצאה לפיה דין העתירה להידחות. לענין הסבירות אוסיף שבבואי לבדוק אם ההחלטה של שר הבטחון לוקה באי-סבירות קיצונית, התעלמתי מעמדת 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 שפיטותם של נושאים למיניהם. בצדק מציין חברי הנכבד כי הכלל לפיו אין מעניקים זכות עמידה ל"תובע ציבורי" מן הדין שישמר, ואילו המקרים בהם יפתחו שערו של בית משפט זה בפני תובע כזה מן הראוי שיהיו בגדר חריגים. כמוהו סבורה גם אני שאין 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 מתישבים היטב וכי הביקורת שומרת על עקרון ההפרדה כהילכתו. 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, הכל מסכימים שאין בית משפט פועל בכגון דא מיוזמתו, אלא חייבת להיות בפניו 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 הנילון חמור - כאחד מכלל הציבור. בנושא החריגים הגבולות מטושטשים למדי והשיקולים עשויים להשתנות ממקרה למקרה. לדידי כל עוד קיים נפגע ספציפי העשוי, היכול ואף וצריך לפי תכתיב השכל הישר להיות מעונין 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 אבאר בהמשך, אפילו של עותר שעשה כן אך לצרכי 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; 369/54](#) נחום מן נגד משה אין פ"ד י"א-1616 1612, 1615 והאסמכתאות המובאות שם. ואם בענין פרטי כך, בענין ציבורי הנוגע לפעילותה של רשות לא כל שכן! ברם, כאן כמו שם חייבת לבוא פניה (תובענה או עתירה, לפי הענין) שבמסגרתה מתאפשרת יוזמה כזאת.

בקיום 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 מעונין 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](#) ועוד, פ"ד מ"א (2) ע' 1).

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 בפני "עותר" או "תובע" ציבורי לא היתה ההחלטה מגיעה לכלל דיון. הוא, כמובן, הדין במקרים בהם זוכה אזרח פלוני לטובת הנאה כתוצאה מאפליה או תמורת שוחד וכיוצא באלה מקרים בהם אין בנמצא נפגע שירצה להלין על המעשה החמור פרט לאזרח שטוהר המדות של השלטונות יקר לו. שקול זה, המובן לדעתי מאליו, מצא ביטוי קולע בדברי פרופסור (ADMINISTRATIVE) WADE

"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 PUBLIC INTEREST. WHERE SOME PARTICULAR PERSON IS THE OBJECT OF ADMINISTRATIVE ACTION, THAT PERSON IS NATURALLY ENTITLED TO DISPUTE ITS LEGALITY AND OTHER PERSONS ARE NOT. BUT PUBLIC AUTHORITIES HAVE MANY POWERS AND DUTIES WHICH EFFECT THE PUBLIC GENERALLY RATHER THAN PARTICULAR INDIVIDUALS. IF A LOCAL AUTHORITY GRANTS PLANNING PERMISSION IMPROPERLY, OR LICENSES INDECENT FILMS FOR EXHIBITION, IT DOES A WRONG TO THE PUBLIC INTEREST BUT NO WRONG TO ANY ONE IN PARTICULAR. IF NO ONE HAS STANDING TO CALL IT TO ACCOUNT, IT CAN DISREGARD THE LAW WITH IMPUNITY. AN EFFICIENT SYSTEM OF ADMINISTRATIVE LAW MUST FIND SOME ANSWER TO THIS PROBLEM, OTHERWISE THE RULE OF LAW BREAKS DOWN..."

אגב, גם כאשר יש מקום לפתוח את השערים לרווחה, יש להימנע עד קצה האפשר מריבוי עותרים, נושא שעמד עליו כבוד הנשיא שמגר בפס"ד נקש 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 פניה בכל מקרה בו 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 דיניו, 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 פס"ד בר-שלום בעמ' 802). ברם, מהשיטין, או לפחות מבין השיטין, של חוות דעת חברי הנכבד השופט ברק עולה נטיה להרחבת יתר של תחום החריגים. למשל, אומר חברי (בע' 26):

"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 הטעון העקרוני, שיסודו בתורת משפט, ובתורת הפרדת רשויות, המצדיק הבחנה זו? לדעתי, אין לה יסוד. אכן, גישתי הנה 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."

חוששת אני שגישה זו היא גורפת מדי. לא הרי אדם הטוען שנפגע אישית - כגון, ע"י אי-מתן פטור ממס - ולו גם כדי סכום צנוע כהרי אדם הטוען שפלוני קבל 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...". 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 הצבור כ"נפגע" הזקוק וראוי לסעד. לשון אחרת, 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 התיחס בנפרד לצד המוסרי-פילוסופי מזה ולצד המעשי-פרגמטי מזה, כשהאחרון צריך

להתבסס על איזון הולם של שיקולים למיניהם, אלא שהאיזון אליו אני חותרת הוא יותר לכיוון הידוק החגורה בפתיחת השערים, כמבואר.

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

מכאן לענינו. 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 שבפנינו (היינו פגיעה באינטרס אישי).

את תיחום גבולות השפיטות הייתי משאירה בצריך עיון, אם כי כללית נוטה דעתי לדעת חברי הנכבד הנשיא שמגר. אחרי ככלות הכל רואה אני בשאלה זו בעיקר ריסון עצמי של בית המשפט במקרה מתאים. שקילת הצורך בריסון מן הראוי איפוא שתתבסס על נתוניה ונסיבותיה של העתירה העומדת לדיון, לעתים (כגון, מחמת דחיפותו וחיוניותו של הענין) בפתח הדיון ולעתים בסופו. מכל מקום, דייני אם אומר שאיני רואה הצדקה להימנעות מלדון בעתירה המונחת בפנינו. אם, חלילה, לוקה החלטת הדחיה של שירות צבאי לקבוצת אנשים בשירות, או באפליה בין שווים, בשקול שאינו סביר במדה 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 ענין, כפי שכבר הבהרתי בפתח דברי, שלמה אני עם נימוקיו של חברי השופט ברק החל בסעיף 59 לחוות דעתו, ואיני רואה כל צורך לחזור על נימוקיו בשנית. אוסיף אך זאת שנקודת השקפה לפיה יש לאנשים שתורתם-אומנותם מעמד ייחודי במובנים מסויימים נמצאה לא-בלתי-סבירה גם בהקשר אחר: בג"צ 200/83 וותאד ואח' נ. שר האוצר ואח' פ"ד ל"ח (3) 113. כפי שהודגש שם על ידי, תהא עמדתי האישית אשר תהיה, המבחן הקובע הוא אם החלטתו של האדם או הגוף המוסמך לוקה באחד הפגמים שבעטים מן הראוי 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 היתה זו לכאורה אפליה אילולא הוענקה גם להם דחיה דומה כמו לבחורי-הישיבה (השווה עם הילכת וותאד הנ"ל). כמו-כן יתכן שבעתיד יגיעו מימדי הדחיות לכדי שיקול רציני באשר לסבירות גישתו של שר הבטחון, עד כדי הצדקה להתערבותו של בית משפט זה. איני סבורה שזה המצב עד כה.

אשר על כן גם דעתי היא שדין העתירה להידחות.

המשנה לנשיא (לשעבר)

הנשיא מ' שמגר

פתח דבר

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

2. (א) השאלות המרכזיות אליהן ראיתי להתייחס כאן בפרוטרוט היו שתיים: ראשית, השאלה המשפטית של השפיטות; שנית, המענה לשאלה לגופה, היינו האם דחיית השירות מבוססת כדבעי בהוראותיו של הדין.

(ב) מסקנתי היא כי הנושא שבפנינו הוא שפיט וכי אין מקום למסקנה כי הסמכויות הופעלו שלא כדין.

עם זאת אוסיף ואבהיר בהמשך הדברים, כי גישתי לענין התווית תחומיה של השפיטות, 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 (בנימין שליט נ. שר הפנים, פד"י כ"ג(2), 477, 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 וההתייחסות לבעיות לגופן נכפית על בית המשפט בשל מהותו של הנושא המובא בפניו (השווה בבג"צ 72/62, רופאיין נ. שר הפנים, פד"י ט"ז, 2418). הנסיבות המשפטיות מטילות אזי על השופט את ההכרח להתייחס לבעיות שאין הוא נוהג בדרך כלל להביע דעתו לגביהן. זאת ועוד, יש ובעיה ניצבת על גבול מתחם 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 מתחם 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 עימו. הוא מעורר שאלות נכבדות בתחום המוסר הציבורי והאיש, גם יחד, אשר נותרות ללא פתרון. דברים אלו נאמרים כאן גם כדי שהתוצאה המשפטית לא תשטט את השיפוט הערכי, הלאומי והאנושי, המקנן בענין זה, לפי הערכתי, בליבו 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 שבפנינו. שיטת הניתוח של הבעיה

4. מקובל עלי כי שלוש הן השאלות בהן יש לדון בדרך כלל בסוגיה שהועלתה בפני בית המשפט בעתירה זו.

(א) זכות העמידה של העותר.

(ב) השפיטות של הנושא, היינו באיזה מידה המדובר בענין 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, לפיו נדחה שירותם הסדיר של חלק מבין בחורי-הישיבה בשל היות תורתם אומנותם, כך שהם, למעשה, פטורים משירות סדיר ומשירות מילואים.

שלושת הנושאים הנ"ל אינם מוצגים כאן על פי סדר קדימה מחייב בו יש לדון בהם בכל הנסיבות, כי ענין סדר ההתייחסות לנושאים אלה, לגבי סוגיה קונקרטית, 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 הרלבנטיות של חוק שירות בטחון, התשי"ט-1949, על תיקוניו ונוסחיו המשולבים.
(ב) על השאלה אם יש לעותרים שבפנינו זכות עמידה, השיב חברי הנכבד השופט ברק בחיוב.

אף לדידי, העותרים הם בעלי זכות עמידה. לא אוסיף לענין זה על דבריו הממצים של חברי הנכבד, כי דעתי במישור זה תואמת את המגמה העולה מדבריו, והוצגה כבר בעבר פעמים אחדות, ובין היתר, בבג"צ 852/86, אלוני ואח' נ. שר המשפטים ואח', פד"י מ"א(2), 1, 22; בג"צ 1/81, שירן נ. רשות השידור, פד"י ל"ה(3), 365, 372; בג"צ 511/80, גליא נ. הועדה המקומית לתכנון ובניה, מחוז חיפה, פד"י ל"ה(4), 477, 481; בג"צ 428/86, ברזילי ואח' נ.

(ג) בשאלת השפיטות, אזכיר כאן, בקליפת אגוז, כי חברי הנכבד מתווה קווים מאבחנים בין תחום השפיטות הנורמאטיבית לבין השפיטות המוסדית. הוא סובר כי הנושא שבפנינו שפיט משתי הבחינות הנ"ל גם יחד. באשר לגוף המחלוקת הגיע לכלל מסקנה כי הכרעתו של שר הבטחון בנושא שבפנינו היא חוקית וכי איננה חורגת ממתחם הסבירות, היינו ההחלטה היא בגדר אלה אותה שר בטחון סביר היה יכול לקבל בנסיבות הענין, ועל כן, אין עילה להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק, כפי שנתבקש בעתירה זו.

השלב הדיוני בו 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 (מיעארי נ. יושב ראש הכנסת, פד"י מ"א (4), 169, 191), שמקום בו מצא בית המשפט הגבוה לצדק כי יש לו סמכות לדון בענין, וכי להכרעה בדיון מצויות אמות מידה משפטיות, רשאי הוא, למרות זאת, לשקול אם מן הראוי להתערב בסכסוך המובא בפניו, 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 פלונית יכול ויהיו מרכיבים או יסודות היונקים מתחומים השונים 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 בהן מעורב היסוד הפוליטי באותם יסודות המאפשרים שיקול דעת ואבחנות אשר אופיים משפטי. על כך הערתי בבג"צ 869,852/86, אלוני ואח' נ. שר המשפטים ואח', פד"י מ"א (2), 1, 29:

"... 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 במובני השונים של מושג זה, והשאלה היא, בדרך כלל, מהו אופיה הדומיננטי של הפלוגתא. לא ניתן, על כן, לקבל את הצעה, שבית המשפט יסגור עצמו מפני הדיון בנושאים אלה בשל כל תכונת לוואי פוליטית כאמור.

נהפוך הוא, בחינתו של עניין על בסיס משפטי-נורמאטיבי יכולה לשחרר את הבעיה, לא אחת, מן התלות בגישות מדיניות נילוות, 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 - כדי להחליט אם לפתוח שעריו בפני מי שעותר אליו, ולאור אמת מידה זו אין מעמדו האישי של פלוני כחבר כנסת צריך להוסיף או לגרוע, ואין צורך 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 והאופי הפוליטי יהיה דומיננטי עד כדי כך שהמשמעויות המשפטיות של הבעיה ייבלעו בו או יידחקו לקרן זוית. היסודות בעלי המשמעות המשפטית (כגון שאלת הסמכות) מסורים, כמובן, לעולם לביקורתו של בית-המשפט; אך אם המכלול מצביע באופן ברור וגלוי על מחלוקת בעלת אופי פוליטי דומיננטי, לא יטה בית המשפט לעסוק בה (בג"צ 58/68 הנ"ל, עמ' 600).

(ב) ציינתי כי ההכרעה בענין השפיטות יכולה ליפול בכל שלב של הדיון. אין להבין מכך כי הנושא לא יכול להיות מוכרע בתחילתו של הדיון. ההחלטה בענין השפיטות אחרי בירורו וליבון של הנושא הנתון במחלוקת, היא בגדר

אפשרות פתוחה ולא חובה. יש נסיבות בהן תידרש או תתבקש החלטה בענין 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 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 להצמצם 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 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 ענין נבחן מבחינת שפיטותו אחרי הדיון המפורט בו לגופו, ניתנת הדעת, כמובן, בעיקר לנסיבות הענין הספציפי העומד בפני בית המשפט ולא רק לשיוך ולסיווג הכלליים של נושא פלוני. כמסוכם שם:

"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 ולא טרם עריכתו. סוגיה זו כבר הוסברה בבג"צ 306/81 הנ"ל (פלאטו שרון נ. ועדת הכנסת, פד"י ל"ה(4), 118, שם 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 המשפט 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 (בבג"צ 65/51, ז'בוטינסקי נ. ויצמן, פד"י ה', 801; בבג"צ 186/65, ריינר נ. ראש הממשלה, פד"י י"ט(2), 485; בבג"צ 561/75, אשכנזי נ. שר הבטחון, פד"י ל"ג(3), 309, 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 הנורמאטיבית, ושנית השפיטות המוסדית.

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

השפיטות המוסדית 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 שלוחותיהם.

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

בע"ב 3,2/84, נימן נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פד"י ל"ט(2), 225, 251, נאמר בקשר

"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 (18); בג"צ 554/81 (19), 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, שההחלטה 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 ושההחלטה לא לקתה במירמה או לא הושפעה ממנה, שההחלטה 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 היתה יכולה להגיע אליה או כי הפעלת הסמכות היתה מעשה שרירות גרידא".

בבריטניה אף הוצע הוצע לסכם ולרכז את המבחנים תחת שלושה ראשים עיקריים והם: אי-החוקיות, היעדר הסבירות וליקויים שבאורח הפעלת הסמכות (השווה לענין זה CIVIL COUNCIL OF CIVIL SERVICE UNIONS (V. MINISTER FOR SERVICE (1985) A.C. 374 (1984), ID. AT 410). 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 ד' האמות של הגדרתה ומבחנים כיוצא באלה.

חברי הנכבד מציין, בצדק, כי, כפי שהוזכר כבר לעיל, בהתאם לתפיסות שהתפתחו בבית-משפט זה (בין היתר בעקבות בג"צ 156/75, פאוזי דקה, פד"י ל"ב (2), 94, 105, מול ה'; וראה גם ע"ב 3,2/84 הנ"ל), גם הסבירות של הפעולה או של ההימנעות ממנה הם בגדר מבחני החוקיות. אם המעשה או המחלל לוקים בחוסר סבירות קיצוני, משמע, אם הם חורגים ממתחם 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 מתחם הסבירות וגם אין בו סטיה מכללי הסמכות הפורמאלית, הרי המעשה חוקי ובית המשפט לא יתערב בו.

8. כפי שעולה מדברי חברי הנכבד השופט ברק, הרי אין לך נושא בעולמנו לגביו 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 מתחם סבירות; בין אם המדובר בפיתוח מטוס קרב ובין אם המדובר בייסוד פקולטה נוספת למשפטים או לרפואה, ואף אם המדובר בשאלות גורליות של יחסי חוץ ובטחון, יכול לעולם להתבקש המענה לשאלה אם הוכרע בנושא פלוני על ידי מי שהוסמך לכך כדיון, ואם הפעולה בוצעה בתוך ד' האמות של הסמכויות שהוגדרו בחוק. דא עקא, לעתים קרובות מאוד השאלה איננה רק זו הסבה על דבר קיומו או היעדרו 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 (פלאטו שרון נ. ועדת הכנסת, פד"י ל"ה (4), 118) אינני גורס כי הפרדת הרשויות מתבטאת בקביעת חיץ החלטי בין כל אחת משלוש הרשויות. כנאמר שם:

"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. מכאן כי גם מתחייבת זיקה מעשית מסוימת, אף אם היא מוגבלת ביותר, ככל שהיא נוגעת להפעלת סמכויות בתחומים עליהם מופקדת מערכת המשפט".

(שם, עמ' 141). 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 חרותם 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, הוא שיוצר את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החרות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו.

אם התיאוריה המאפשרת דיון בערכאות השיפוט בכל ענין תתממש באופן תדיר, היינו אם כל נושא - החל מן התקציב לפריטיו וכלה בביטוי שיכונים, מטוסים וטנקים, יוכרע בפירוש השיפוט 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 בה 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 והאופי הדומיננטי מוליך למסקנה לפיה מן הראוי שהנושא יוכרע על ידי הרשות השיפוטית, ויש והאופי של הנושא מצביע על כך כי מן הראוי שימסר לידי הרשות המחוקקת דווקא, ויש וניתן ללמוד ממכלול הנסיבות כי בהתאם לתפיסותינו, מן הנכון להותיר את הענין בידיה של הרשות המבצעת הפוליטית. כמובן יש ומקצתו 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 בפניו 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 בפניה על ידי בעלי דין.

הפיקוח השיפוטי קיים לעולם, כי הוא נובע ממהותה, תפקידה ואורח פעולתה של הרשות השופטת ומן התרופות שהן בגדר סמכותה. כדברי (H. WADE (ADMINISTRATIVE LAW, 5 TH ED., 1982, P. 605), אותם אני נכון לאמץ:

"JUDICIAL CONTROL IS A CONSTITUTIONAL FUNDAMENTAL WHICH EVEN THE SOVEREIGN PARLIAMENT CANNOT 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 V. CARR (82 S.C.T. 691):

"THE MERE FACT THAT THE SUIT SEEKS PROTECTION OF A POLITICAL RIGHT DOES NOT MEAN IT PRESENTS A POLITICAL QUESTION".

יישומו של מבחן השפיטות, הלכה למעשה

10. יש והדיון בסוגיה פלונית לפי אמות מידה משפטיות בלבד יחטיא את המטרה, כי עלולה להטשטש 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 ההחלטה שהועברה בשבט הביקורת השיפוטית התקבלה על ידי מי שמוסמך לכך, בתום לב וללא אפליה והיא נמצאת במתחם הסבירות, עלולה להתגבש המסקנה כי הכל שפיר למרות שההחלטה 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 QUESTION BEGGING, 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 השני 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 בפני מי שצריך ומסוגל לדון בה. משמע, למרות שניתן ליישם מבחינה 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 ענין 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, המאפשר מסירתה של בעיה פוליטית להכרעתם של גורמים פוליטיים. הוזכר כבר בג"צ 186/65 הנ"ל, בו נדונה כניסתו לארץ של השגריר הראשון של גרמניה. אומר שם השופט זוסמן (כתוארו אז):

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

(ההדגשה 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 היתה 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 בענין הסמכות הפורמאלית, לו היתה נופלת בבית המשפט, לא היה בה, כפשוטה, אלא משום עקיפת הנושא; הדיון בשאלת הסבירות היה אוכף על הפורום השיפוטני נושא אשר אינו מתאים לדיון בו מכל וכל. השאלה שתוארה לעיל ראויה לדיון פוליטי, הסטורי, פילוסופי או אף רגשי, אך המבחנים שבאמתחתו של בית המשפט אין בהם מאומה כדי לחבוק היבטים מגוונים אלה וכדי להיות מעורב בהם.

יש ומציעים להמיר את מבחני השפיטות באמות המידה הנוהגות בבית המשפט בכל הנוגע לבחינת הפעלתה של סמכות שהופקדה על פי הדין המהותי בידי רשות ססטוטורית: כך ניתן לטעון, לפי תיזה זו, כי מקום בו הוקנה שיקול דעת לרשות פלונית, יבדוק בית המשפט אם שיקול הדעת הופעל לפי אמות המידה שהותוו בדיון ותו לאו, אך לא ימיר 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 לכוון, 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-ההתערבות.

הוא הדין לגבי דוגמאות אחרות שעלו בפסק הדין של חברי הנכבד, ובראשן השאלה אם להכריז מלחמה או לכרות שלום. ודוק, הבעיה איננה תמיד היעדרן 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 לפיה בית המשפט נדרש לכל ענין - פוליטי או אחר - ושם עצמו כמי שפוסק בו. מכאן, כאמור, לידתו של מבחן השפיטות המוסדי, שהרי המבחן הנורמאטיבי היה חובק הכל בלי לפתור מאומה, ואין צריך לומר שהיה גורר את בית המשפט להכרעות פוליטיות מובהקות. חוש המומחיות של המשפטן (בג"צ 65/51 הנ"ל, עמ' 813) צריך להגן על בית המשפט - ועל יתר רשויות השלטון - מפני תוצאה מעין זו.

בשולי הדברים אוסיף, כי לא הדגמתי הערותי על ידי ההפנייה לעובדותיו של בג"צ 65/51 (ז'בוטינסקי נ. וייצמן) הנ"ל, כי לדידי נתקיים בנושא החוקתי-המשפטי שנדון בעתירה הנ"ל היפוכו של מה שתואר לעיל בכל הנוגע לכינון יחסים דיפלומטיים. משמע, ספק אם אכן נתקיים בנסיבות דהתם ענין פוליטי בלתי-שפיט, שהרי המדובר בהליך חוקתי שמקורו ודרך הפעלתו מותווים בחוק החרות; יתכן והיה מקום לדחות שם את העתירה בשל כך שהיא לא היתה לאמיתו של דבר אלא בקשה לפסילת שיקול דעת של רשות שהוסמכה לכך כדיון, בקשה שבית המשפט לא ראה להתערב בה בנסיבות הענין שנוצרו אז. כך גם דעתו של השופט א. ויתקון (במאמרו פוליטיקה ומשפט, קובץ המאמרים משפט ושיפוט, הוצאת שוקן, התשמ"ח, עמ' 57).

11. מה שהודגם לעיל תוך התייחסות לבג"צ 186/65 (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 הנ"ל (פרשת אשכנזי). כפי שאמרתי שם:

"נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והערכותו, הצטיידותו ומבצעיו - אינם שפיטים באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאת שיפוט... אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית תישקול 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".

(שם, עמ' 319). גירסתו של חברי הנכבד היא כי במקום לשלול את שפיטותו של הנושא מעיקרו, צריך היה לנקוט שם באחת מן הדרכים הבאות:

(א) ראשית, זיהוי הנורמה המשפטית הרלבנטית. מאחר ואין נורמה הקובעת כי פעולה שלטונית בלתי יעילה היא בלתי חוקית, הרי היה דין העתירה להידחות; לחילופין -

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

שתי הדרכים המותוות לעיל אינן מקובלות עלי, לצערי.

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

המבחן הציבורי "אם צבא סביר היה נוקט בפעולות שהצבא נקט או בפעולות שהעותר מבקש מהצבא לנקוט", הוא, עם כל הכבוד, להלכה ולמעשה, מחוץ לתחומו של בית המשפט. הטענה לפיה דן בית המשפט ממילא בסבירותן של

פעולות הצבא כאשר הוא נזקק לדיון בתביעות נזיקין שיסודן בפעולות צבאיות, איננה בגדר מענה לשאלה. הבעיה שבפנינו 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 קונקרטית 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 להבחן שם לפי אמות מידה משפטיות.

אכן מקובל עלי, כי מקום בו יש נורמה משפטית ישנן גם אמות מידה משפטיות המפעילות אותה נורמה; אך השאלה אותה יש להציג על הסף היא, אם הנורמה המשפטית היא הרלבנטית והישימה לגבי בעיה פלונית, ואם אין ללמוד מן ההקשר, מאופי הענין, ממהות הנושא וממכלול הכללים לפיהם מותוות 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 השפיטות המוסדי.

12. ההכרה בקיומו של סייג השפיטות היכול להביא, בנסיבות ראויות, להימנעותו של בית המשפט מן הנכונות לדון בבעיה פוליטית, כלכלית או ציבורית אחרת, איננה מחלישה את עיקרון 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 להפכו לבלתי שפיט וסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה הוא הקובע בכגון דא. מי שאיננו מקבל את התיזה לפיה כל נושא בעולם הוא שפיט, איננו מאמץ בכך את המסקנה ההפוכה לפיה בית המשפט צריך, כביכול, לצמצם את תחומי הפיקוח. כל נושא בו ניתן ליישם נורמות משפטיות, יכול לשמש עילה לבקשה להפעלת סמכות על ידי בית המשפט. אך אם הנושא הנורמאטיבי המשפטי הוא משני, יכול בית המשפט להתייחס לחלק המשפטי של אותו נושא, אך להותיר את הסוגיה הפוליטית להכרעתה של רשות אחרת. אם האופי הפוליטי של בעיה הוא דומיננטי (כגון שאלה של כינון יחסים דיפלומטיים או ענייני שלום ומלחמה), יכול בית המשפט להעביר את הנושא כולו להכרעת הגורם הפוליטי, בלי לפנות לשוליים המשפטיים מקום שאלה אינם רלבנטיים לצורך ההחלטה לגופה. כאמור, ראוי לתחום את התחומים כדי שבית המשפט לא ימצא 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, ברגר נ. שר הפנים, פד"י ל"ז(3), 29, וע"ב 3,2/84 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 תמסר לידיה של רשות אחרת, הרי אותו חלק שהוא בעל אופי כאמור (ואם ההיבט המשפטי הוא בלתי משמעותי, הנושא כולו), מן הראוי שיזפנה 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 הדיפלומטיים בין ישראל לבין מדינה פלונית.

הלכה למעשה, לא צריך להיות קושי בזיהוי של נושא פלוני לפי מהותו ותוכנו, וחזקה על בית המשפט כי יידע להתייחס לנושאים שיובאו בפניו לפי איפיון, 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 חברי הנכבדים כי הנושא שבפנינו 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 בטחון הפועל כיום, תוך המשכיות ורציפות, על פי שיטה שעברה משר לשר וממשלה לממשלה במשך תקופה רבת-שנים כאמור, פועל בחוסר סבירות קיצוני החורג ממתחם 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. פרושם של דברים הוא, כי מה שאנו קובעים עתה לגבי תוקפו המשפטי של ההסדר, כאשר הוא מועבר לראשונה בשבט הביקורת השיפוטי הענייני, איננו בא לפטור את הרשות המבצעת מן החובה להוסיף ולבחון ולשוב 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 שבפנינו ילך ויגדל מספר זה בשנים הקרובות מדי שנה. אין המדובר, איפוא, בנתונים יציבים אלא בעובדות המשתנות והמתחדשות מדי שנה. משמע, על הרשות המוסמכת מוטלת החובה לבחון את הנתונים מדי שנה ולתת את הדעת על שאלת זיקתם אל נתוני הרקע האחרים. בהקשר זה אני שב ומביא דברים שסוכמו בשעתו בבג"צ 297/82 (ברגר נ. שר הפנים, פד"י ל"ז(3), 29):

"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".

(ההדגשות במקור - מ.ש.) ובבג"צ 852/86, אלוני ואח' נ. שר המשפטים, פד"י מ"א(2), 1, 49, 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 במחיד 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 שבפנינו שכל הנתונים נאספו, נבחנו ונשקלו לפי ערכם ושיקלולם הראוי, בלי שההחלטה הושפעה מראש על ידי ההסדר הפוליטי המוסכם רב השנים? חוששני שאין וודאות בדבר, וכי ההנחות המקדמיות הפכו את ההחלטה למובנת מאליה, בלי שנבחנו ושבו ונבחנו הנתונים באופן שיטתי וללא נטיה מראש לפתרון מוסכם. כן איננו עולה מתשובת פרקליטות המדינה כי ניתנה הדעת, בין היתר, לשאלות הבאות:

(א) מהי המכסה השנתית הסבירה של דחויי גיוס, המתיישבת עם שמירת האינטרס הבטחוני של הכשרה צבאית ליוצאי הצבא הכשירים לכך מבחינה בריאותית.

(ב) מהי ההשלכה המספרית על מחזורי הגיוס ועל אורך השירות הצבאי בסדיר ובמילואים.

בהקשר זה מוצע לבחון משמעותו של הגידול בהיקף הפטור בעשרה אחוזים לשנה (1,674 בשנה שחלפה מול 17,000 דחויי גיוס בסך הכל), 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 הם דרכי הפיקוח על אופן הפעלת ההסדר.

אך מובן כי האמור לעיל איננו בא למצות את הנושאים הראויים לבחינה ושיקול אלא להדגים 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, לועדה המתאימה של הכנסת.

בכפיפות להערות אלו, החלטתי להצטרף לתוצאה אשר אליה הגיעו חברי הנכבדים.

הוחלט כאמור בפסק דינו של של השופט ברק.

ניתן היום, כ"ז בסיוון תשמ"ח (12.6.88). הנשיא המשנה לנשיא (לשעבר) שופט

910/8 1. רס"ן (מיל.) יהודה רסלר, עו"ד 2. סרן (מיל.) זאב קוסין 3. סמ"ר (מיל.) רמי דקל נגד שר הבטחון
910/8 1. רס"ן (מיל.) יהודה רסלר, עו"ד 2. סרן (מיל.) זאב קוסין 3. סמ"ר (מיל.) רמי דקל נגד שר הבטחון
פסקדין פורסם עליון