

בית המשפט לעניינים מינהליים

אגב פרק י' לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965, ותקנות התכנון והבנייה (סדרי דין בעתירות לבית-משפט לעניינים מינהליים), תשנ"ו-1996

אורי גורן ומיכאל דן בירנהק*

מבוא. חלק ראשון: השיפוט בעניינים מינהליים: מבג"ץ לבתי-המשפט האזרחיים. א. עידן הבג"ץ. ב. העברת השיפוט בעניינים מינהליים לבתי-המשפט האזרחיים: הצעות החקיקה: 1. הצעת ועדת לנרוי; ניתוב עלידי בג"ץ; 2. הצעות חלופיות: מסגרת קבועה להעברה. ג. העברת עניינים מינהליים לבתי-המשפט האזרחיים בדרך הפסיקה: 1. העברת ענייני המכרזים; 2. העברת ענייני חברות ברשויות המקומיות; 3. העברת ענייני התכנון והבנייה. ד. העברת עניינים מינהליים לבתי-המשפט האזרחיים בדרך החקיקה. חלק שני: בית-המשפט לעניינים מינהליים: הדין וסדרי-הדין. א. הדין המהותי, טענות סף וסעדים: 1. טענות הסף; 2. הסעדים. ב. סמכות בית-המשפט לעניינים מינהליים: 1. בית-המשפט לעניינים מינהליים - מול בג"ץ ומול בית-המשפט האזרחי; 2. היקף הסמכות של בית-המשפט לעניינים מינהליים; 3. המבחן לקביעת הסמכות; 4. ומה נותר לבג"ץ; 5. ועדות הערר. ג. סדרי-דין: 1. יתרוגם של סדרי-הדין האזרחיים; 2. יתרוגם של סדרי-הדין הבג"ציים; 3. סדרי-הדין שהותקנו: פשרה בין סדרי-הדין הבג"ציים לסדרי-הדין האזרחיים. ד. מסקנות ראשונות. סוף דבר.

* אורי גורן - סגן נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב; שופט בית-המשפט לעניינים מינהליים וחבר הוועדה לעניין סדרי-הדין בבית-המשפט לעניינים מינהליים. מיכאל דן בירנהק - עוזר הוראה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתנו נתונה לשופט בית-המשפט העליון, פרופ' יצחק זמיר, על הערותיו מאירות העיניים. האחריות לטעויות ושאר שגגות, כולה שלנו. כן מבקשים אנו להודות לפרקליטים שנטלו על עצמם להיות גשמים ראשונים בבית-המשפט לעניינים מינהליים, בהעלותם שאלות יסוד. גישושים אלו הם שהביאונו לחבר חיבור זה.

מבוא

בניין חדש הוקם לאחרונה בנוף המשפט הישראלי, הוא בית המשפט לעניינים מינהליים.¹ אם נרצה לדייק נאמר ששלד הבניין עצמו אינו חדש. יסודותיו אותם יסודות, קירותיו אותם קירות, וקורתו אותה קורה. שנים היה נטוע הבניין בחלקתו של בית המשפט הגבוה לצדק, אך כעת נעקר ממקומו והונח אחר כבוד בחלקתו של בית המשפט המחוזי. תחמו של בית המשפט לעניינים מינהליים גודר, לעת עתה, בשדה דיני התכנון והבנייה. אין זה המבנה הראשון המוצא את דרכו מחלקת בית המשפט הגבוה לצדק לחלקת בתי המשפט האזרחיים. קדמו לו תחומים רחבים אחרים שהועברו במצוות בית המשפט הגבוה לצדק עצמו,² וקדמו לו תחומים מצומצמים שהועברו לחלקה זו במצוות המחוקק.³ אלא שהמבנה שאנו דגים בו כאן נתייחד הן ברוחב תחומי, הן בדרך העברתו מהחלקת האחת לחלקת האחרת, ובעיקר בכך שהוא משמש מבחן לתחומים אחרים, המתנדנדים על ספו של בית המשפט הגבוה לצדק, והנה הנה קרובים גם הם לחלקת בתי המשפט האזרחיים.⁴

בחיבור זה נבקש לבדוק את הבניין שהועבר זה מקרוב, ולבחון כמה גשתנה שעה שניטע במקומו החדש. שהרי העברת ענייני התכנון והבנייה לבתי המשפט האזרחיים (שנכנה אותה כאן, לעתים, "אזרחות") אינה עומרת בפני עצמה, אלא היא חלק ממגמה נמשכת ומתחזקת לאזרחות עניינים מינהליים, כפי שמעיד גם שמו של בית המשפט שהוקם: בית המשפט לעניינים מינהליים נאמר, ולא בית המשפט לענייני תכנון ובנייה. בחלק הראשון של החיבור נעמוד על המגמה להעביר את השיפוט בעניינים מינהליים לבתי המשפט האזרחיים: תחילה בדרך החקיקה, ומשכשלו ניסיונות אלו – בדרך הפסיקה. ננסה ללמוד על ענייני התכנון והבנייה מתוך הדיון באזרחות תחומים אחרים: מהו הבסיס העיוני לאזרחות, מהם השיקולים שהביאו לכך כעניין מצוי, וגם מעט מסדרי הדין

1. פרק י"א לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבנייה), שהוסף בחוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 43), תשנ"ה-1995 (להלן: תיקון 43).
2. כך ענייני המכרזים, שהועברו לשיפוטם של בתי המשפט האזרחיים לפי בג"צ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מה (5) 50 (להלן: בג"צ פסטרנק); כך סוגיית פסילתם מכהונה של חברים ברשויות המקומיות, שהועברו לפי רע"א 1287/92 בוסקילה, ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח, פ"ד מו (5) 159 (להלן: רע"א בוסקילה).
3. עתירות אסירים שנדונו לפנים בבג"ץ הועברו לבתי המשפט המחוזיים לפי סעיף 3 לחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 5), תש"ם-1980, שהוסיף לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, את סימן ח' שבפרק ב'; ערעור על ביטול רשיון או תנאי שהוסף במיוחד כרשיון, עניין שנדון לפנים כעתירה לבג"ץ, נדון כעת לפני בית המשפט השלום או בית המשפט לעניינים מקומיים, לפי סעיף זאנה) לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968.
4. הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, תשנ"ז-1997, ת"ח 102. לפי ההצעה תכונן מסגרת להעברת סמכויות הורגתיות ומבוקרת מבג"ץ לבתי המשפט המחוזיים. ההסדר המוצע וזה בעיקרו להסדר הנדון כאן, בחוק התכנון והבנייה (ראו דברי ההסבר להצעה).

שיועדו לעניינים המינהליים במתכונתם החדשה. אחר כך נמקד את מבטנו בענייני התכנון והבנייה: תחילה אזורתם בדרך הפסיקה, ובהמשך פעולת המחוקק – שמעט חיוק ומעט שינה. בחלק השני נבחן שאלות מרכזיות המתעוררות עם הקמת בית המשפט לעניינים מינהליים: הדין שיופעל בו, טענות הסף שיופעלו עליהן – אם יופעלו, הסעדים שבכוחו להעניק, ושאלות בדבר היקף סמכותו וסדר ההדין הנקוטים בו. בחלק זה נשלב את הערותינו והצעותינו לעתיד לבוא, שעה שהבניין החדש ייעקר ממקומו הנוכחי, בחלקת התכנון והבנייה, ויהיה משכן לקשת חדשה של עניינים מינהליים, רחבים מענייני התכנון והבנייה.

חלק ראשון

השיפוט בעניינים מינהליים: מבג"ץ לבתי המשפט האזרחיים

א. עידן הבג"ץ

למעלה מארבעים שנה גדונו ענייני התכנון והבנייה בבית המשפט הגבוה לצדק. הטעם לכך הוא קליטת המשפט המנדטורי לפי המודל האנגלי: שם מרוכזות העתירות בעניינים מינהליים לפני ערכאה אחת, היא ה-High Court of Justice. מודל זה אמנם הועתק לארץ ישראל, אלא שהשלטון הבריטי ביקש להבטיח את שליטתו בעתירות כאלה, ומשום כך נקבע בית המשפט הגבוה לצדק, בית המשפט שרוב שופטיו היו בריטים, כערכאה המתאימה.⁵

באומרו "ענייני תכנון ובנייה" מן הראוי להבהיר מיד כי כוונתנו היא לתקיפה ישירה של החלטות בעניינים אלו, דהיינו, כאשר בית המשפט מתבקש לבטל את מעשה הרשות או לקבוע את בטלותו, שהרי מאז ומעולם היתה לבתי המשפט האזרחיים סמכות לדון בתקיפה עקיפה של מעשה הרשות.⁶ אורה שביקש לתקוף במישרין את חוקיותו של

5. ראו שם, דברי הסבר להצעת החוק.

6. ההבחנה הקלסית בין תקיפה עקיפה לתקיפה ישירה מושתתת על ההבחנה בין בשלות מדעיקרא (כאשר המעשה המינהלי הוא void) לבין מעשה מינהלי הניתן לביטול (voidable). העמדה המסורתית היתה שתקיפה ישירה אפשרית רק בבית המשפט הגבוה לצדק (ותקיפה כזאת כונתה בין היתר "התקפת מצח" והתקפה חזיתית". ראו ע"א 256/70 פרידמן ואח' נ' עיריית חיפה, פ"ד כד (2) 577, עמ' 585), ואילו התקיפה העקיפה היא בגדר סמכותו של כל בית המשפט. הבסיס שבדין לתקיפה העקיפה מצוי בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). לביטוי בהיר של הגישה הזאת ראו למשל כ"מ 1/81 י' נגר נ' א' נגר, פ"ד לח (1) 365, עמ' 382. גבולותיה של ההבחנה בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה מיסוטטשים כיום משום העברת השיפוט בעניינים מינהליים מבג"ץ לבתי המשפט האזרחיים, אך גם משום שינוי אחד שחל במשפט המינהלי, והוא טשטוש הגבולות שבין "בטל" ל"ניתן לביטול", ולהופעתה של "הבטלות היחסית". למושג הבטלות

המעשה המינהלי, למשל את חוקיות היתר הבנייה, חיפש אוון קשבת בבית המשפט הגבוה לצדק,⁷ עם זאת, כאשר התברר שאופיו האמיתי של הסכסוך הוא פרטי, הופנה האזרח לבית המשפט האזרחי, כהוראתו של בג"צ איגרא-רמא.⁸

שערי בג"ץ הלכו ונפתחו עם השנים, עם צמצומם של תנאי הסף: הרחבת זכות העמידה,⁹ הרחבת מושג השפיטות,¹⁰ שימוש זהיר בטענת הסף של שיהוי,¹¹ השערים נפתחו גם משום הרחבתן של העילות לביקורת שיפוטית: נוספה עילת חוסר הסבירות¹² שהלכה וקנתה לה מקום מרכזי במשפט המינהלי, ולאחרונה צוברת עילת היחסיות, או המידתיות, משקל של ממש.¹³ מובן שפתיחת השערים אינה חלה על ענייני התכנון

היחסית ראו ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חכרה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 337; ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חכרה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 645. להצעה לשינוי במושג הבטלות היחסית ראו יואב דותן, "במקום בטלות יחסית", משפטים כב (תשנ"ד) 387. לביקורת על הצעה זו ועל פן שיקול-הדעת של המושג ראו דפנה ברק-ארוי, "בטלות יחסית ושיקול-דעת שיפוטי", משפטים כד (תשנ"ה) 519. גם הבסיס להבחנה שבין תקיפה עקיפה לתקיפה ישירה, היא הבחנה בין "בטל" ל"ניתן לביטול", הולכת ומייטשטשת. לביקורת ההבחנה ראו רע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו, פ"ד מד (3) 812 (להלן: רע"א מפעלים פטרוכימיים) 812, עמ' 817-819 (עמדת השופט ש' לוי); עמ' 819-820 (הערות השופטים ברק וגולדברג).

7. ראו אורי גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה רביעית, 1997) (להלן: גורן), 13-16.
8. מהסעם ש"לא רשיון הבנין אלא הבנין גופו הוא הוא בעוכריו [של העותר]". ראו בג"צ 16/50 איגרא-רמא בע"מ נ' ועדת בניין ערים ת"א ואח', פ"ד ה (1) 229 (להלן: בג"צ איגרא-רמא), עמ' 235. לדיון בשאלת מעמדה של הלכת איגרא-רמא כיום, לאור הקמת בתי המשפט לעניינים מינהליים, ראו להלן, חלק שני, סעיף ב.
9. ראו זאב סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה), פפירוס, תשנ"ד.
10. בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, עמ' 473; בג"צ 1635/90 דרזיבסקי נ' ראש הממשלה, ואח', פ"ד מה (1) 749, עמ' 765 (עמדת המשנה-לנשיא אלון), עמ' 855 (עמדת השופט ברק).
11. בג"צ 2285/93 בשג"צ 5138/93 נחום נ' ראש עיריית פתח תקווה ואח', פ"ד מת (5) 630 (להלן: בג"צ נחום), עמ' 640.
12. בג"צ 389/90 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (1) 421.
13. הכוונה ליחסיות שצריכה להישמר בין המטרה שמבקשת הרשות להשיג לבין האמצעי שנגקט על-ידיה להשגת המטרה, תחילה קנתה עילת המידתיות אחיזה במשפט התוקני, משום הרכיב של "במידה שאינה עולה על הנדרש" שבפסקות ההגבלה שבתוקייסוד: חופש העיסוק (סעיף 4) ובחוקייסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8); ומשדה המשפט החוקתי קצרה היתה דרכה לשדה המשפט המינהלי, ראו בג"צ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה השומרון, פ"ד מו (1) 858; בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח',

הבנייה לבדם. בית המשפט העליון מצא עצמו מוצף תחת זרם הולך וגובר של עתירות, וזאת לבד מהגידול הטבעי של מספר העניינים שהובאו לפניו, וכמובן לא רק בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, אלא גם כתפקידו השיפוטיים האחרים.¹⁴ העומס הוה הוא אחר הגורמים המרכזיים שהניעו - ועדיין מניעים - את הקהילה המשפטית כולה, ובעיקר את המערכת השיפוטית ובראשה את בית המשפט העליון, לחפש ללא הרף דרכים חדשות להתמודד עם העומס.¹⁵ אלא שמרבית ההצעות והרעיונות שהועלו במשך השנים לא באו לידי מימוש.¹⁶ חלקם נגנזו בוועדות אחרות, חלקם נבלמו בגלגלי החקיקה, ומעט ההצעות שזכו למימוש היו חלקיות ונקודתיות. ובינתיים הלך וגבר העומס במערכת המשפט בכלל ובבית המשפט העליון בפרט.¹⁷ האור מאחורי ערמות התיקים הנערמים כל העת על שולחנם של השיפטים עודנו חיוור, אם כי נראה שהוא מתגבר לאטו. ההתמודדות עם העומס באה בדרכים מגוונות: הגדלה משמעותית של מספר השיפטים,¹⁸ מבצעי שיפוט מיוחדים שנועדו "לנער את האבק" מעל תיקים ישנים, ואמצעים של "רפורמה וחתלת", כלומר שינויים המתבצעים מעת לעת בתחומים מצומצמים.¹⁹

- פ"ד מח (1) 217, 219; בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' ג' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח (5) 412, עמ' 435; בג"צ 3477/95 כרעטייה ואח' ג' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1, עמ' 9.
14. בשנת 1950 נפתחו בבית המשפט העליון 422 תיקים. ארבעים ושתים שנים מאוחר יותר, בשנת 1992, 5,445 תיקים, דהיינו פי 12.9. בתקופה זו גדל מספר העתירות לבג"ץ פי 17.9, ואילו בכל שאר תחומי הפעילות של בית המשפט העליון נרשם גידול מתון יותר: מספר הערעורים האזרחיים גדל פי 4.9 בלבד, מספר העניינים האזרחיים האחרים גדל פי 17.2, ומספר העניינים הפליליים גדל פי 16.9. הנתונים חושבו על פי הנתונים המופיעים בשנתון הסטטיסטי לישראל 1993 (מס' 44), 607.
15. תקצר היריעה מלפרט את הוועדות הרבות שישבו על המדוכה. ההצעה שזכתה למירב תשומת-הלב, הקשורה בהעברת עניינים מבג"ץ לבתי המשפט האזרחיים - אם כי לא מומשה בסופו של דבר - היא הצעת הוועדה לבדיקת הטבנה והסמכויות של בתי המשפט (1980) שבראשה עמד הנשיא לנדוי (להלן: דוח ועדת לנדוי). הדוח פורסם בספר לנדוי, כרך א' (אהרן בריק ואליגנדר מוזו - עורכים, בורסי, תשנ"ה), 205.
16. למשל, הצעת הרפורמה למערכת בתי המשפט של שר המשפטים משנת 1988. לאסופת תגובות ומאמרים בקשר להצעה זו ראו דברים שנאמרו בסימפוזיון באוניברסיטת בריאלין, שקובצו במחקרי משפט ח (תש"ן).
17. הגורמים לעומס שנמנו בדוח ועדת לנדוי הם: גידול האוכלוסייה, עלייה בעבריינות, תיעוש ותחכום כלכלי, רפורמות תחיקתיות, הסדרת תחומים חדשים בחוק (רגולציה), הגברת הנגישות לבתי המשפט, שיעור גבוה של התדייניות בחברה. ראו גם אצל שמעון שטרית, "קווי יסוד לרפורמה", מחקרי משפט ח (תש"ן) 59.
18. ראו השנתון הסטטיסטי לישראל (לעיל, הערה 14).
19. לסקירת מבצעי השיפוט האחרונים והוועדות היושבות על המדוכה, ראו דבריו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון, שלמה לוי, בריאיון שפורסם בהמשפט, גליון מס' 7 (1997).

ב. העברת השיפוט בעניינים מינהליים לבתי-המשפט האזרחיים: הצעות החקיקה

1. הצעת ועדת לנדוי: ניתוב על-ידי בג"ץ

בין יתר הצעות הרפורמה שעלו במשך השנים, לא נפקד גם מקומם של העניינים המינהליים. היעד העיקרי להצעות אלו היה בית-המשפט העליון, ומרביתן כוונו להקל עליו את העומס. הצעתה של ועדת לנדוי ניסתה, במידה מסוימת, לאחוז במקל משני קצותיו. לפי הצעה זו, כל העתירות יוסיפו להיות מוגשות לבית-המשפט העליון, אולם זה יפעל כ"מסגנת": שופט דן יחיד יורה, לאחר עיון, אם תידון העתירה לפני בג"ץ או לפני בית-משפט אזרחי.²⁰

הצעה זו זכתה לביקורת,²¹ אשר בחלקה ביטאה השקפות רחבות יותר על תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה ובמשפט. למשל, דובר שהיוקרה הרבה שצבר בג"ץ²² מסייעת לייעל את הדיונים לפניו, אך עיקר כוחה במורא המוטל על עובדי הציבור, שהפנימו בשיקוליהם ובדרכי עבודתם את כללי המשפט המינהלי. נזכרו גם גורם הסופיות, שיאבד כאשר יידונו העניינים המינהליים בערכאות נמוכות יותר;²³ גורם היעילות, אשר ייפגע משום שהאפשרות לחקור עדים בבתי-המשפט האזרחיים²⁴ תאריך את הדיון; וחשש מאי-ודאות בשאלת הערכאה הדנה בעניין. נראה כי בשיקול אחרון זה אין ממש, שכן גם במצב ערב ההצעה היתה מידה לא מועטה של אי-ודאות, משום הסמכות המקבילה של בתי-המשפט: זו נובעת מהגדרת סמכויות בג"ץ בסעיף 15(ג) לחוקייסוד: השפיטה כסמכות

4. העומס אינו תופעה ייחודית למערכת המשפט הישראלית. מערכות רבות עמלות על פתרונות כאלה ואחרים. ראו למשל את הדוח המקיף שפורסם לאחרונה באנגליה: Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, by Lord Woolf, Master of Rolls (July 1996).

20. דוח ועדת לנדוי (לעיל, הערה 15), סעיפים 26-28, עמ' 15-17.

21. ראו למשל הערותיו של שלמה תוסיה-זכהן, "העברת סמכויות לבתי-המשפט המחוזיים: בג"צים ומחלקת ערעורים", משפטים יב (תשמ"ב) 191.

22. בית-המשפט העליון נהנה מיוקרה רבה בציבור הישראלי, למרות ההתקפות התקופתיות מצד מגורים שונים בחברה. ראו מחקרו המקיף של גד ברזילי, אפרים יערי-יוחסמן, זאב סגל, בית-המשפט העליון - בעין החברה הישראלית (פפירוס, תשנ"ד).

23. לאפשרויות הערעור על החלטות בית-המשפט לעניינים מינהליים ראו להלן, חלק שני, פרק ג.

24. לסוגיה זו ולהתלבטות הכרוכה בה ראו להלן, חלק שני, פרק ג.

שיורית,²⁴ ולצדה הגדרת סמכות בית המשפט המחוזי גם כן כסמכות שיורית, לפי סעיף 40(2) לחוק בתי המשפט,²⁵ וכן מהסרבול שבדרך עקלקלה זו.²⁶

2. הצעות חלופיות: מסגרת קבועה להעברה

הצעת ועדת לנדוי נגנוה, בסופו של דבר, בעקבות הביקורת. אולם הרעיון לאזרות עניינים מינהליים לא נגנו. נשמעו נימוקים ישנים וחדשים בעד הוצאת העניינים המינהליים מתחומי של בג"ץ. נזכר נימוק העומס; וכן נזכרו מגבלות ההתדיינות בבג"ץ, שהן חלק ממהותו: אי-הצגת תיק הרשות המינהלית לפני בית המשפט; האפשרות המצומצמת מאוד לחקור מצהירים; אי-הענקת סעד כספי לזוכים.²⁷

במקום הצעתה של ועדת לנדוי גובשה אסטרטגיה אחרת, כפי שתיאר פרופ' זמיר,²⁸ להעברה מבוקרת של העניינים המינהליים לבתי המשפט האזוריים, ברומה להצעת החוק הנוכחית.²⁹ האסטרטגיה החלופית באה לביטוי בשתי הצעות חוק, פרי עמלו של משרד המשפטים.³⁰ למעשה, זה ביטוי של "הרפורמה הוותלת" בתחום הנדון כאן. הוצע להעביר עניינים בדרך החקיקה, בדרך של יצירת מסגרת קבועה להעברה. המסגרת שהוצעה בשעתה, ומוצעת גם כעת, היא ליצור חוק כללי שיקים ויגדיר את בתי המשפט לעניינים מינהליים, שידון בעניינים שיוגדרו בתוספת לחוק המוצע. תוספת זו לא תהיה רשימה סגורה, וניתן יהיה להוסיף לה או לגרוע ממנה עניינים, ובדרך זו להעביר תחומי דיון שלמים לשיפוט בית המשפט המוצע.

אין בכונתנו להעמיק במסגרת חיבור זה בהצעות אלו, שלא הגיעו עדיין למימוש,

25. כך לשון הסעיף: "בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר".

26. כך לשון הסעיף: "בית משפט מחוזי ידון כאלה... (2) כל עניין שאיננו בסמכותו של בית דין אחר; בעניין הנתון לסמכותו המקבילה של בית דין אחר, יהיה בית המשפט מוסמך לדון כל עוד אין אותו בית דין דן בו; ואם העניין אינו נתון בסמכותו של בית משפט שלום". ניסוחם של שני סעיפים אלו הוא הבסיס ל"מודל התיאורטי", דהיינו לקיומה של סמכות מקבילה של בג"ץ ובית המשפט המחוזי. ראו להלן, סקסט להערה 68. המתנגד התקף ביותר לגישה זו הוא השופט תשין. ראו להלן, סקסט סמוך להערה 72. תחום אחר של סמכות מקבילה הוא בין בג"ץ לבית הדין לעבודה. ראו רמי כהן, "סמכות מקבילה של בית המשפט הגבוה לצדק, בעניינים שבסמכות ייחודית של בתי הדין לעבודה", המשפט גליון מס' 7 (1997) 56.

27. יצחק זמיר, "רפורמה בשפיטה בעניינים מינהליים", משפטים יז (תשמ"ז) 187, עמ' 193.

28. הסרונות אלו פורסו עליידי זמיר, שם, 189.

29. שם, 191.

30. לעיל, הערה 4.

31. הצעות אלו מצויות בנספח למאמרו הנ"ל של פרופ' זמיר, שם, עמ' 195 ועמ' 199.

ונסתפק בהערות כלליות, שיעורו בבירור היקף תחומו של בית-המשפט לעניינים מינהליים, ועשויות לסייע בגיבוש הצעת החוק הנוכחית.

ההצעה הראשונה קבעה סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית בדרך של תקיפה ישירה של המעשה המינהלי, תוך פירוט צילות הביקורת. פירוט זה הושמט בהצעה השנייה, שבה נכתב כך: "בית-המשפט הדן בעניין מינהלי נתונה לו הסמכות הנתונה לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק". ההתייחסות הישירה לבג"ץ, דהיינו הענקת סמכויות בג"ץ לבית-המשפט המוצע, נותרה בעינה גם בהצעה הנוכחית, השלישית, בדומה לניסוחו של סעיף 255 לחוק התכנון והבנייה, סעיף שהוסף בתיקון 43.

באשר לסעדים שמוסמך בית-המשפט לעניינים מינהליים ליתן: שלוש ההצעות מבקשות, למעשה, להפקיד בידי בית-המשפט המוצע סמכות ליתן סעדים הנקוטים והמקובלים בבג"ץ, דהיינו, בין היתר, צווי אכיפה וצווי מניעה גם כנגד המדינה. הסמכה זו באה לשלול את תחולת סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי-הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 (להלן: החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי).³² האוסר מתן צווי מניעה או צווי ביצוע בעין כנגד המדינה. הוראת חוק זו נותרה על מקומה למרות ביקורת חוזרות ונשנות וקריאה ברורה לבטלה.³³ כיום מונחת על שולחן הכנסת הצעת חוק לשינוי ההסדר שבסעיף 5, אך לפי שעה הוא נותר ללא שינוי. התיקון המוצע מבטל את האיסור הכללי של הוצאת הצווים מהסוגים האלה כנגד המדינה, אך מבקש להותיר בידי המדינה אמצעי הגנה מסוים, באשר לסעדים זמניים: קביעת כלל שלפיו לא יינתן סעד זמני כזה כנגד המדינה במעמד צד אחד. ההריג לכלל מאפשר מתן אותו סעד זמני, כאשר שהיה עשויה לגרום נזק בלתי הפיך או נזק חמור.³⁴ אולם במקרה כזה ייקבע דיון במעמד שני הצדדים בתוך שבוע ימים. לפי הצעת החוק, יחול ההסדר החדש גם על בג"ץ.

אולם בתי-המשפט לא המתינו לביטולו של ההסדר הקיים, ופיתחו כלים משלהם

32. זה נוסח סעיף 5: "לא יתן בית משפט סעד כנגד המדינה בדרך צו מניעה או צו ביצוע בעין; והוא כשאין בחוק הוראה אחרת". סעיף 10 לחוק זה שולל את תחולתו של החוק על בג"ץ. בכמה חוקים הוחלה ההוראה על גופים נוספים, דוגמת רשות השידור ורשות הנמלים.
33. ראו למשל בג"צ פסטרנק (לעיל), הערה 2, 65-66. הצידוק העיקרי שנשמע להגנת המשך קיומו של הסעיף נעוץ בעקרון הפרדת הרשויות. הביקורת כוונה נגד הפעלתו הסלקטיבית של הסעיף רק בבתי-משפט מסוימים, ובעיקר נגד העדפתה של המדינה על-פני הצד המתדיין כנגדה: "יש לראות בה [בחסינות המדינה] אנכרוניזם שאין מאחוריו הצדקה מבהינת האינטרס הציבורי, הווי אומר - אין היא עומדת במבחנים המהותיים של שלטון החוק". ראו יורם גליון, "סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי-הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 ושלטון החוק", הפרקליט לב (תשל"ט-תשמ"ם) 399, עמ' 428.
34. ראו הי"ח תשנ"ו 245. מתכונת דומה לזו המפורטת בהצעה נהוגה בסדרי-הדין האזרחי, באשר לסעדים זמניים (להוציא עיקול זמני): כלל לפיו תדיון הוא במעמד שני הצדדים, ואם יש טעם של דחיפות, יכול שהצו יינתן במעמד צד אחד, ודיון במעמד שני הצדדים ייערך בתוך ימים ספורים. ראו למשל בהקשר של עיכוב יציאה מן הארץ, לפי תקנה 378(ב) לתקנות סדר

לעקוף את המגבלה. בעיקר אמורים הדברים בסעד ההצהרתי³⁵ ובסעד ההצהרתי הזמני.³⁶ בהצעה לשלול את תחולת הסעיף אין אפוא חידוש מהותי לעומת המצב הנוהג. ובחזרה לשיפוט בעניינים מינהליים: שתי ההצעות הראשונות שללו במפורש את תחולת סעיף 5 הנ"ל, ואילו ההצעה הנוכחית מסתפקת בהחלה הכללית של "העילות, הסמכויות והסעדים" הנתונים לבג"ץ על בית המשפט המוצע. לאור שינוי הצפוי של סעיף 5, אין עוד צורך בשלילתו המפורשת. עם זאת, נסת ההצעה ביקש לגונן על המדינה מפני האפשרות שיוצאו נגדה צווי מניעה או צווי עשה זמניים והציע לקבוע הסדר הדומה לנוסח המוצע באשר לסעיף 5 הנ"ל.³⁷

באשר לסדרי הדין: שלוש ההצעות מותירות את קביעת סדרי הדין למחוקק המשנה, קרי, לשר המשפטים. ההצעה הראשונה מפורטת מן השתיים שבאו אחריה. שינויים נוספים הראויים לציון הם קביעת זכות העמידה בהצעה הראשונה, זניחתה בשנייה, החייאתה בתזכיר שהפיץ משרד המשפטים לקראת הצעת החוק הנוכחית, וזניחתה בהצעה הנוכחית.³⁸ שינוי נוסף הוא ההבחנה בין עתירה מינהלית לבין עדעורים מינהליים.

ג. העברת עניינים מינהליים לבתי המשפט האזרחיים בדרך הפסיקה

השתוות הליכי החקיקה וגניזתן של ההצעות פעם אחר פעם, כמו גם העומס שהלך וגבר, הביאו את בית המשפט העליון לעשות מעשה, ולהשיג את היעד המבוקש של הקלת העומס מעליו בכוח הפסיקה. תחום ראשון שהועבר בדרך זו הוא תחום המכרזים שרשות עורכת. העיון בבסיס העיוני להעברה, בשיקוליה ובתיקפה יועיל לבירור התחום השני שהועבר כגוף אחד, הוא ענייני התכנון והבנייה.

הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי). ראו יואל זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, בעריכת שלמה לוי, 1995), 731; גורן (לעיל, הערה 7), 476.

35. ראו למשל בג"צ 995/89 העדה המרונית בחיפה ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מד (2) 147 (להלן: בג"צ העדה המרונית), עמ' 152; ע"א 23/85 גולדשטיק נ' א' כהן ואח', פ"ד מ (4) 583 (להלן: ע"א גולדשטיק), עמ' 586-587. לדיון כללי בסעד ההצהרתי ראו גורן, שם, 401 ואילך.

36. ראו למשל ע"א 144/79 יוטבין, מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לד (2) 344; גורן, שם, 408-410.

37. לעיל, הערה 34, וטקסט להערה.

38. זכות העמידה שהוצעה בתזכיר הוגבלה למעמד הקלטי, דהיינו קיומו של אינטרס אישי, ממש וישיר בעניין נושא העתירה. זכות העמידה הנהוגה כיום בבג"ץ רחבה בהרבה. ראו סגל (לעיל, הערה 9). אנו סבורים שזניחתה של הגבלה זו בהצעת החוק ראויה. ענייני תכנון ובנייה הם פעמים רבות מענייניו של הציבור כולו, ואין לחסום עותרים שאין להם אינטרס ממש, אישי וישיר. כך, למשל, ארגונים הפועלים למען איכות הסביבה היו עלולים להיחסם לפי ההצעה שבתזכיר, חסימה שאינה ראויה.

1. העברת ענייני המכרזים

בית-המשפט ניצל מקרה אחד, בג"צ פסטרנק, שבו הותקף מכרז שהוציא משרד הבינוי והשיכון, והבהיר כי ענייני המכרזים, כגוף אחד, לא ימצאו עוד את מקומם בבג"ץ, אף כי השאיר פתח לדיון בענייני מכרזים, כאשר מדובר בעניינים מיוחדים ויוצאי דופן.³⁹ פסקי-דין זה בא בעקבות פסיקה מוקדמת בגרונ.⁴⁰

הבסיס העיוני ששימש את השופט ברק לאזרוח ענייני המכרזים היה מורכב משני נדבכים: (א) הסמכות המקבילה של בג"ץ ושל בית-המשפט המחוזי;⁴¹ (ב) שיקול-דעתו של בג"ץ שלא להפעיל את סמכותו השיפוטית - אחד העקרונות המנחים לעניין הפעלת שיקול-הדעת השיפוטי הוא קיומו של סעד חלופי.⁴²

שלושה שיקולים קונקרטיים הביאו להפעלת שיקול-הדעת האמור בדרך המעבירה את התחום כולו לבתי-המשפט האזרחיים: ראשית, שיקול מוסדי, והוא העומס הגובר על בג"ץ. עומס זה פוגם ביתרון המהירות שהיה לפניו לבג"ץ;⁴³ שנית, הפעלת הסעדים ההצהרתיים בבית-המשפט האזרחי, המשמשים תחליף לצו האכיפה;⁴⁴ שלישית, רמת הפיתוח הגבוהה שאליה הגיעו דיני המכרזים, והשלמת מלאכתו של בית-המשפט העליון בעיצוב דין זה. תיזוק לטעמים אלו נמצא בכלים הדינוניים המצויים בידי בית-המשפט האזרחי, ובמיוחד נזכרה וכות החקירה הנגדית.⁴⁵

העברה זו נתקלה, מטבע הדברים, בחבלי קליטה ראשוניים. הקשיים הרלוונטיים לענייננו הם השאלות הנוגעות לקנקן, ולא לייץ שבתוכו, על דרך לשונו של השופט חשין בע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ ואח'.⁴⁶ השופט חשין הבהין שם בין "שיקול-דעת-של-מהות" ל"שיקול-דעת-של-דיון".⁴⁷ הוא ניאות להסכים "כי בראשית יעבור הכל: מהות וסעד ושיקול דעת", אולם על בית-המשפט האזרחי מוטלת המלאכה לבחון אילו מהכללים הם "בשר מבשרו של המשפט המינהלי המהותי". לטעמו, ככל הקשור לדיני מכרזים, על בית-המשפט האזרחי "להפריד בין הדברים", ככל שהדבר

39. בג"צ פסטרנק (לעיל, הערה 2), 63.

40. בג"צ העדה המרונית (לעיל, הערה 35); בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 מיקרו דף נ' הברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מא (2) 449 (להלן: בג"צ מיקרו דף).

41. כאמור, מקורה של הסמכות המקבילה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, ובסעיף 40(2) לחוק בתי-המשפט. ראו לעיל, הערות 25 ו-26. ראו בג"צ פסטרנק (לעיל, הערה 2), 57-58.

42. שם, 58-59. לצניין הסעד החלופי ראו למשל רע"א מפעלים פטרוכימיים (לעיל, הערה 6).

43. שם, 62.

44. ראו לעיל, הערות 35 ו-36 וסקסט להערות.

45. בג"צ פסטרנק (לעיל, הערה 2), 63.

46. ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מח (3) 749 (להלן: ע"א מספנות ישראל), עמ' 784.

47. שם, 787.

אפשרי. במיוחד אמורים הדברים בטענות-סף של העדר ניקיון כפיים וקיומו של סעד חלופי, טענות ששימשו את בית-המשפט המחוזי בפסק-הדין נשוא הערעור.⁴⁸ נראה ששתי "תרכובות" הנהו את השופט חשין בדחתו את החלת טענות הסף האלה על דיני המכרזים שעה שהם נדונים בבית-משפט אזרחי. האחת היא שהמכרז המסחרי (הציבורי) "נושא בפיצול אישיות, אם תרצה, בכפל אישיות: הוא בן נורמאטיביות כפולה, ונושא בליבו נאמנות כפולה: גם למשפט הציבורי וגם למשפט הפרטי",⁴⁹ והמשכם של הדברים: "וגם אם אמרנו, על דרך הכלל, כי לעניינם של נושאים מינהליים 'נקיים' הנדונים בבית-המשפט האזרחי, ראוי שבית-המשפט יקנה את שיקול-דעתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, עדיין לא אמרנו כי כך יהיה גם בנושא המכרזים".⁵⁰ המכרז הציבורי, שעה שהוא נדון בבית-המשפט האזרחי, כך סבור השופט חשין, הוא בעיקרו תביעה "אזרחית", ומשום כך אין להחיל עליו כלים מן המשפט הציבורי, והתרכובת האחרת היא "באותם מקרים שבהם נתערבבו מהות ושיקול-דעת עד כי היו לאחדים, תעבור התרכובת כמות שהיא, והרי מניחים אנו כאן כי בתרכובת נעסוק ולא בתערובת הניתנת להפרדה. ואולם דעתנו היא שבית המשפט האזרחי חייב להיות ער להבחנה שבין שיקול-דעת-של-מהות לבין שיקול-דעת-של-דיון, ובמקום שיוכל להפריד בין הדברים - יפריד ביניהם".⁵¹

השופט גולדברג הגיע לתוצאה דומה, אולם הטעם שהנחה אותו היה שונה. נראה כי הוא ניאות לקבל, כעיקרון, את גישתו של פרופ' זמיר, וגישת בית-המשפט המחוזי בע"א מספנות ישראל, כי בית-משפט אזרחי מוסמך להימנע מ"תביעות מכרז" מטעמי הסף

48. פסק-הדין נושא הערעור בע"א מספנות ישראל הושתת על שני טעמים, האחד הוא דחייה לגופו של עניין, והאחר הוא אי ניקיון כפיים מצד המבקשת שם. בטעם זה, הושתת פסק-הדין המחוזי על שני אדג'ים. הראשון, הוא אימוץ עמדתו של פרופ' יצחק זמיר, כי "מן הראוי כי שיקול-הדעת המצוי בידי בית-המשפט הגבוה לצדק יהא מצוי גם בידי של בית-המשפט האזרחי כאשר הוא דן בעניין מינהלי. טעמו של דבר הוא, בעיקר, כי קיים קשר הדוק בין ההלכות הקובעות אם נפל פגם במעשה המינהלי לבין ההלכות הקובעות אם ראוי שבית-המשפט יתערב, על יסוד הפגם, ויתן סעד נגד המעשה. הסעד ושיקול-הדעת של בית-המשפט, בשאלה אם בנסיבות העניין ראוי לתת סעד, אינם עניין שולי או נפרד מן הדין המהותי, הקובע אם נוצרה צילה למתן סעד. אפשר לומר, כי במשפט המינהלי הדין המהותי מורכב מן העילות ומן הסעד גם יחד". ראו הי"פ (ח"א) 1404/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ ואח' (לא פורסם); יצחק זמיר, "מכרזים ציבוריים בבית-משפט אזרחי", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג), 197, 208. האדן השני שעליו הושתת פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי הוא שנתבקש סעד הצהרתי, ובהיותו של זה סעד מן היושר, נתון לבית-המשפט שיקול-דעת אם לתיתו. אדן שני זה נדחה בהערה קצרה עליידי השופט גולדברג, בע"א מספנות ישראל, שם, 807.

49. שם, 786.

50. שם, שם.

51. שם, 787.

שפיתח בג"ץ (העדר מעמד, חוסר שפיטות, שיהוי, אי-ניקיון כפיים, קיומו של סעד חלופי), שכן "המשפט המינהלי אחד". אולם לדידו, הטעם המכריע לשלילת התלה מלאה כאמור, ולהבחנה בין טענות הסף השונות הוא "האינטרס של שלטון החוק בשלטון, המחייב צמצום העילות שעל פיהן לא תזכה לדיון זכות מינהלית", כשהיא מועלית כבית-משפט 'אזרחי', והמצדיק כי יינתן לתובענה אשר כזאת מעמד דינוני שדומה בעיקרו למעמדה של כל תובענה אחרת שבה נתבעת זכות מהותית".⁵² לפיכך הבחין השופט גולדברג בין עילת אי-ניקיון כפיים ועילת קיומו של סעד חלופי, לבין שאר העילות. הראשונות רק לבג"ץ, האחרות, ובהן שיהוי, גם לבית-המשפט האזרחי.

ועוד מחבלי הקליטה של ענייני המכרזים בבתי-המשפט האזרחיים. בית-המשפט העליון בהיר כי בית-המשפט רשאי, וצריך לשקול בכובד ראש להשתמש בהליכי גילוי מסמכים.⁵³ השופט חשין שב והזכיר כי קיומם של הכלים הראייתיים שבידי בתי-המשפט האזרחיים הוא אחד הטעמים העיקריים שהביאו לאזרות תחום זה.⁵⁴

2. העברת ענייני חברות ברשויות המקומיות

בעקבות העברת דיני המכרזים, מצא עצמו תחום משפטי נוסף נודד להלקת בתי-המשפט האזרחיים. ברע"א בוסקילה נהפכה הלכה קודמת, ומשכנן של עתירות כנגד תקפות חברותם של חברים במוסדות הרשויות המקומיות (והמועצה הדתית בכלל זה) הועתק לבתי-המשפט האזרחיים. מדובר בעיקר בתקיפת תוקפה של כהונת חבר במוסדות רשות המקומית משום ניגוד עניינים. אמנם אין מדובר בתחום הגורר התדיינות מרובות, ומצויה בו הוראת חוק הקובעת את סמכות השיפוט, שהיה צורך לפרשה. עיקרה של המחלוקת בין חמשת שופטי ההרכב נסכה על ההצדקה לסטות מהתקדים שהיה נוהג ערב פסקי-הדין,⁵⁵ אולם התחדרו שם מקצת השיקולים שנידונו כבג"צ פסטרנק.

השיקולים שהגתו את בעלי דעת הרוב היו קיומה של סמכות מקבילה לבג"ץ ולבית-המשפט האזרחי (אף כי השופט שלמה לוין, שכתב את דעת הרוב העיקרית, נמנע מלקבוע קיומה של סמכות מקבילה כללית, והגביל אותה לפרשנות של דבר-חקיקה פלוגי);⁵⁶

⁵² שם, 806-807.

⁵³ וזאת נוכח העמדה שהובעה בפסקי-הדין בבית-המשפט המחוזי, שהדגיש כי הדיון מתנהל במסגרת של המרצת-פתיחה, הליך שמטיבו נועד ליתן פתרון מהיר לעניינים דחופים ובלתי מסובכים מן הבחינה העובדתית (פיסקה 13 לפסקי-הדין הנ"ל). הוסבר שגילוי מסמכים במסגרת הליך כזה הוא בבחינת תרתי דסתרי. כן הוסבר כי בית-המשפט אינו צריך לאפשר "מסע דיג" אחרי ראיות לפגמים שנפלו, אולי, כמכרו. לכך יש להעיר שתי הערות: בית-המשפט לא שלל חקירה של המצהירים, וחקירות כאלה אכן קיימו; מכות הדין המתותי בענייני המכרזים קמה זכות עיון במסמכים מסוימים.

⁵⁴ ע"א מספנות ישראל (לעיל, הערה 46), 791.

⁵⁵ הכוונה לע"א 463/85 רביבו נ' בנטוב ואח', פ"ד לט (4) 494. לסקירת גלגוליה של החלכה ראו בפסקי-דינו של השופט (כתוארו אז) ש' לוין ברע"א בוסקילה (לעיל, הערה 2), 164-165.

⁵⁶ שם, 166.

קיומן של נורמות מגובשות בתחום הנדון; קיומן של שאלות עובדתיות שבכירורן יש לבית המשפט האזרחי יתרון; העומס המוטל על בג"ץ, עומס הצפוי לגדול עוד משום החקיקה הקונסטיטוציונית החדשה.⁵⁷

ואילו שופטי המיעוט, הנשיא שמגר והשופט גולדברג, סברו כי מוטב להותיר את הסוגיה לשיפוטו של בג"ץ, בעיקר משום הרצון שלא לסטות מההלכה הקיימת. אך בפסק-דינם נזכר שיקול נוסף, והוא שמדובר בתחום מן המשפט הציבורי. לשיקול זה שני פנים: האחד, שאין כאן מרכיב מן המשפט הפרטי;⁵⁸ והשני, השוור בקודמו, הוא השיבות המאטריות, ומכאן, ההשיבות שבג"ץ הוא שיתווה את הנורמות בתחום זה.⁵⁹

3. העברת ענייני התכנון והבנייה

דיני המכרזים היו מעין מידגם ניסוי, שנספה אליהם תחום החברות ברשויות המקומיות. משהתברר שמידגם הניסוי משגר אותות חיוביים, העביר בית המשפט הגבוה לצדק תחום נוסף לבתי המשפט האזרחיים, הוא ענייני התכנון והבנייה. גם העברה זו באה מכוח הפסקה - בג"צ 1921/94 סוקר ואח' נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים ואח'.⁶⁰

פסק-הדין בבג"צ סוקר לא בא בהפתעה. מספר מלומדים צפו את התחזקות המגמה של העברת עניינים לבתי המשפט האזרחיים וציפו לה.⁶¹ בית המשפט הצהיר במפורש, מפי הנשיא שמגר, על הכוונה להעביר את ענייני התכנון והבנייה לשיפוטם של בתי המשפט האזרחיים. "הצהרת הכוונות" ניתנה בבג"צ 4306/93 חלפון ואח' נ' הוועדה המחוזית

57. שם, 166-167.

58. שם, 168 (השופט גולדברג); 169-170 (הנשיא שמגר). השוו להנמקתו של השופט השין בבג"צ פסטרנק (לעיל, הערה 49).

59. שם, עמ' 170 (הנשיא שמגר). לשיקול זה ראו גם זאב סגל, "משפט מינהלי", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (אריאל רוזן-צבי - עורך), הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב בשיתוף עם לשכת עורכי הדין - ועד מחוז תל-אביב, תשנ"ב) 109, עמ' 140.

60. בג"צ 1921/94 סוקר ואח' נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח (4) 237 (להלן: בג"צ סוקר). קדמו לפסק-דין זה פסק-דין שנקבע בהם לאקוגנית כי העתירות ראויות להתברר לפני בית המשפט אזרחי: בג"צ 991/94 גיל ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, ירושלים, (לא פורסם). בג"צ 2328/94 פז חברת נפט בע"מ נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה (לא פורסם).

61. ראו סגל (לעיל, הערה 59). סגל חומך בהעברה כל עוד אין בה פגיעה ביסודות העקרוניים של זכויות האזרח, אך הושש מאי-הוודאות הגוברת בתחום השיפוט בעניינים מינהליים; דפנה ברק-ארוז, "משפט מינהלי", ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (אריאל רוזן-צבי - עורך, פפירוס, 1994) 197, עמ' 211; וכן מאמריו של פרופ' זמיר, טרם מינויו לכהונת שופט בית המשפט העליון; יצחק זמיר, "הסמכות המינהלית", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 81, עמ' 140-141; זמיר, "מכרזים ציבוריים בבית המשפט האזרחי" (לעיל, הערה 48), 203-206, שם הוא דן בעיקר בסוגיית רישוי העסקים.

לתכנון ולבנייה, תל-אביב ואח',⁶² אף כי זו ניתנה כהערת אגב, שכן העותרים שם ויתרו על טענותיהם כנגד תוקפה של תכנית בניין העיר שנדונה שם, ואף כי שופטי ההרכב האחרים, השופטים אור ודורנר, ביקשו להשאיר את השאלה לעיון אחר (השופט אור התבטא כך במפורש, ונראה שהשופטת דורנר נטתה לקבל את עמדת הנשיא שמגר).

(א) ניצנים ראשונים להעברה

הבסיס העיוני להעברה נמצא, בדומה לבסיס שבבג"צ פסטרנק, בשני נדבכים: הראשון, הוא קיומה של סמכות מקבילה לבג"ץ ולבתי-המשפט האזרחיים, וזאת משום שבנושאי התכנון והבנייה יש פעמים רבות מרכיב אזרחי. הנשיא שמגר תהיר כי "כדי שנושאי תכנון ובנייה ייתשבו כבעלי מרכיב אזרחי, אין צורך שכל מקרה פרטני יהיה בעל תכונות דו-כיווניות כראשו של יאנוס. לצורך סיווג הכללי של הנושא, די במסקנה, שיש מצבים ויש נסיבות, שבהן יכול שיתגלה השילוב המתואר שתוצאתו מגוון נורמטיבי".⁶³ הנמקה זו עולה בקנה אחד עם הנמקת המיעוט ברע"א בוסקילה,⁶⁴ אם כי נראה שיש בה הגמשה מסוימת. הנדבך השני, הוא שיקול-הדעת המסור לבג"ץ שלא לדון בעתירה המובאת לפניו כאשר יש לעותר אפיק תלופי לבירור טענותיו ("סעד תלופי").

שיקול אחד בלבד נזכר אצל הנשיא שמגר כטעם לאזרוח ענייני התכנון והבנייה, והוא אופיו ותוכנו של הדיון האמור, דהיינו, יתרונם של בתי-המשפט האזרחיים על פני בג"ץ בשל תכלים העומדים לרשותם לבירור עובדתי: "הבחירה בהפנייה של דיונים בנושאי התכנון הנ"ל לבית-המשפט האזרחי רגיל דווקא, כפי השקפתי, נובעת מאופיו ומתוכנו של הדיון כאמור: ענייני התכנון והבנייה כוללים, בדרך כלל, מערך רחב ומסועף של נתונים עובדתיים, ביניהם התלטות של ועדות ודיונים בין רשויות התכנון לבין יוזמי תכנית, היינו מתלוקות שהן עובדתיות בעיקרן ומתייבות ברוב המקרים תקירת עדים כפשוטה".⁶⁵

המתכונת המדויקת לדיון לפני בית-המשפט האזרחי הושארה גמישה: בדרך כלל יהיה זה במסגרת בקשה לסעד הצהרתי, בתובענה על דרך של המרצת-פתיחה,⁶⁶ ולפי שיקול-דעתו של בית-המשפט האזרחי, בתובענה רגילה.

בפסקי דין מאוחרים יותר נמצאו הערות ברוח דומה מפי השופט ומיר.⁶⁷ ההעברה לא

62. פ"ד מז (4) 37 (להלן: בג"צ תלפון). כן ראו, בעקבות פסקי-הדין, יצחק ומיר, "ענייני תכנון ובנייה – לבית-המשפט האזרחי", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 257.

63. בג"צ תלפון, שם, עמ' 40.

64. לעיל, הערה 2.

65. בג"צ תלפון, שם, עמ' 41.

66. ראו תקנות 248-258 לתקנות סדר הדין האזרחי: גודן (לעיל, הערה 7), 375-400, ובמיוחד עמ' 395-397.

67. בג"צ 1135/93, 465 טריידט ס.א., חכרה זרה ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה ואח'; פ"ד מח (2) 622, עמ' 636; בג"צ 3756/93 גואטה נ' המועצה האזורית גולן ואח' (לא פורסם).

מומשה באותם מקרים משום שהעתירות כבר נדונו לגופן לפני בג"ץ. אולם השיקול שהצדיק, במישור העקרוני, את ההעברה היה היתרון הדיוני של בית המשפט האזרחי, דהיינו, יכולתו להפעיל כלים לבירור העובדות, ויכולתו לדון בסכסוך במהירות יחסית בדרך של המרצת-פתיחת.

(ב) בג"צ סוקר: דעת הרוב

בבג"צ סוקר הועלתה השאלה באופן ישיר, והשופטים ראו לפרוש את היריעה כולה ולבחון את הבסיס העיוני להעברה. המשנה-לגשיא ברק הציג שני מודלים אפשריים: תיאורטי ופרגמטי. לפי המודל התיאורטי, "כל עניין הנדון על-ידי בית המשפט הגבוה לצדק נתון לסמכות השיפוט המקבילה של בית המשפט 'האזרחי'".⁶⁸ זהו המודל המקובל על פרופ' זמיר,⁶⁹ ואין הוא מבחין בין עניינים שיש בהם היבט מן המשפט הפרטי לבין עניינים שהיבט כזה נעדר בהם. נראה שמודל זה אינו מקובל על כמה משופטיו האחרים של בית המשפט העליון,⁷⁰ וביניהם גיצב השופט חשין, המגדיר את המודל "טוטאלי". המשנה לגשיא ברק נמנע מלהכריע בין מודל זה לבין המודל הפרגמטי⁷¹ (שאותו כינה השופט חשין "מודל שיקול-הדעת"), הוא המודל המתיר את כניסתם של השיקולים מעולם המעשה לבסיס העיוני: שיקול העומס, ושיקול קיומם של הכלים לחקר האמת המצויים אצל בתי המשפט האזרחיים ושאינם אצל בג"ץ.

(ג) בג"צ סוקר: דעת היחיד

השופט חשין ביקר את שני המודלים האלה מטעמים של היסטוריה חקיקתית, דהיינו, מהיעוד המקורי שיועד לבתי המשפט השונים,⁷² מהטעם ששינוי "סדרי בראשית" הוא עניין למחוקק לענות בו, ומהטעם של פגיעה בוודאות, ביציבות, וביכולת לצפות מראש.⁷³ עוד הוא הצביע על "מודל המגוון הנורמטיבי". במודל זה כיוון השופט חשין לעמדתו של הגשיא שמגר בבג"צ חלפון, בדברים שהובאו לעיל.⁷⁴ לפי עמדה זו, אין הכרת שבכל עניין ועניין ימצא היבט מן המשפט הפרטי, ורי שבחינת תחום הדיון כולו מעלה שברר-כלל יש בו היבט מן המשפט הפרטי. השופט חשין עצמו מעדיף את המודל

68. בג"צ סוקר (לעיל, הערה 60), 244-245.

69. זמיר (לעיל, הערה 62), 261-262.

70. ראו עמדת השופט חשין בבג"צ פסטרנק (לעיל, הערה 49); עמדת הגשיא שמגר והשופט גולדברג ברע"א בוסקילה (לעיל, הערה 58); עמדת הגשיא שמגר בבג"צ חלפון (לעיל, הערה 63).

71. בג"צ סוקר (לעיל, הערה 60), 245.

72. שם, 252.

73. שם, 255.

74. לעיל, הערה 63.

הדיפרנציאלי, המושתת על ההבחנה בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי. בענייני התכנון והבנייה מצוי פעמים רבות יסוד מן המשפט הפרטי, וזאת לפי בג"צ איגרא-רמא.⁷⁵ השופט חשין מוכן אף "להרחיב את הלכת איגרא-רמא עד לקצה, ובלבד שנעמוד על קיומו של אינטרס פרטי לגיטימי בידיו של התובע".⁷⁶ לפי שיטתו זו, הסכים לתוצאה בבג"צ סוקר.

(ד) ובכל זאת: סמכות מקבילה

על עמדתו זו של השופט חשין נמתחה ביקורת.⁷⁷ הפסיקה הכירה גם הכירה בקיומה של הסמכות המקבילה של בג"ץ ובתי המשפט האזרחיים (ובמיוחד בית המשפט המחוזי), וזאת לאור הוראות החוק הקובעות את סמכותם של בתי המשפט;⁷⁸ בתי המשפט האזרחיים נדרשו לשאלות מינהליות מובהקות, אשר היסוד הפרטי שבהן צנוע, אם בכלל ניתן לזהות יסוד כזה.⁷⁹

נראה לנו כי הבסיס העיוני המשקף בצורה הנכונה ביותר את עמדת הפסיקה הוא "המודל התיאורטי", או כפי שכינה אותו השופט חשין, "המודל הטוטאלי". בדרך זו הצגנו את הבסיס העיוני של הפסיקה בענייני המכרזים ובענייני החברות במוסדות הרשויות המקומיות. במילים אחרות: הסמכות המקבילה קיימת בכל עניין מינהלי, הן לבג"ץ והן לבית המשפט האזרחי. על-יסוד נדבך זה בא נדבך שיקול-הדעת. נדבך שני זה אינו מתייחס לעצם קיומה של הסמכות המקבילה אלא לשאלה נפרדת, והיא שאלת הנסיבות שבהן תמומש הסמכות המקבילה. משום כך אין מדובר ב"מודל הפרגמטי", אם כי השיקולים הנשקלים בשלב מימוש "המודל התיאורטי/הטוטאלי" הם ברובם שיקולים מעולם המעשה: היכן מקום השיפוט המתאים; העומס בבתי המשפט; הצורך בכירור עובדתי וקיומם של בלים לחקר האמת המצויים בידי בית המשפט האזרחי; מידת פיתוחו המשפטי המהותי של התחום הנדון.

נראה כי הבחינה בין ההנמקות השונות שעלו בפסיקה היא בתוכן שיקול-הדעת שהופעל בשלב השני, הוא השלב של מימוש הסמכות המקבילה הקיימת בכל עת. בבג"צ פסטורנק נראה שהשיקול המוסדי (העומס בבג"ץ) הוא שהכריע את הכף, ו"סייעה" לשיקול זה השלמת גיבוש הנורמות העיקריות בתחום זה. העובדה שניתן להלביש את הסכסוך שבענייני מכרזים גם בלבוש מן המשפט הפרטי (לבוש שאינו רק אדרת חיצונית, אלא

75. לעיל, הערה 8.

76. בג"צ סוקר ולעיל, הערה 160, 262.

77. הפנה ברק-ארו, "משפט מינהלי", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ז (אריאל רוזן-צבי - עורך, פפירוס, 1997), 307, עמ' 316.

78. לעיל, הערות 25, 26. וראו למשל ע"א גולדשטיק (לעיל, הערה 35).

79. ראו למשל ת"פ (ת"א) 1221/89 בן יעקב נ' עיריית תל-אביב (לא פורסם), שם נתבקש בית המשפט המחוזי להצהיר כי החלטת העירייה בדבר סיווגה לצורכי ארנונה של שכונת מגוריהם של המבקשים בטלה מחמת חיסר סבירות קיצונית. דהיינו, דובר בתקיפה ישירה של המעשה המינהלי.

הוא משקף יסוד מרכזי מיסודותיו של המכרז הציבורי) אינה מעלה ואינה מורידה. נראה שהיא באה להקל ולרכך את קליטתם של דיני המכרזים בבתי המשפט האזרחיים, אך לא יותר מכך. ההצבעה על היסוד הפרטי שבסכסוך, בצד היסוד הציבורי, מחזקת את הגיון קיומה של הסמכות המקבילה, אך אין היא תנאי שבלעדיו אין.

ברע"א בוסקילה לא נתקשו שופטי הרוכ לקבוע את סמכות בית המשפט האזרחי. על אף העדר ההיבט הפרטי, גם הנשיא שמגר, שנותר שם בדעת מיעוט משום קיומו של היבט ציבורי ואי קיומו של היבט פרטי באותה מאטריה, הגמיש בהמשך את דרכו. בבג"צ חלפון הוא לא עמד עוד על קיום היבט פרטי בכל עניין ועניין, ודי היה לו בהימצאותו הכללית של היבט זה בתחום הדיון. בכל הכבוד, סבורים אנו שגם עמדתו של השופט חשין, "המרהיבה את הלכת איגרא-רמא עד לקצה", משקפת אי-נוחות באשר להבחנה בין היסוד הפרטי לציבורי.

ואכן, הבחנה זו שבין פרטי לציבורי הולכת ומיסשששת.⁸⁰ לתהליך זה מספר ביטויים: מוצאים אנו כי נורמות מן המשפט הציבורי מחלחלות אל תוך המשפט הפרטי;⁸¹ מוצאים אנו גופים מן המשפט הפרטי כפופים למשפט הציבורי.⁸² זאת ועוד: בתחומים רבים אין אנו מוצאים יסוד אחד בלבד. לתחומים רבים מן המשפט המינהלי יש יסוד מעורב, הן של הפרטי והן של הציבורי. כך ראינו בדיני המכרזים. כך ראינו בדיני התכנון והבנייה. ונראה שכך בכל מקום בו יש הסתמכות (כלכלית) מצד הפרט על פעולת הרשות: למשל, ארנונה ברשויות המקומיות⁸³ וענייני חינוך.⁸⁴

הטשטוש הקיים ממילא, והמתגבר בעתו שלו (וקשה לומר עליו לאטו), אינו תורם לוודאות וליציבות, ובכך נשמת הבסיס לטיעון כי המודל הדיפרנציאלי מקדם, למצער יותר מעמיתיו, את היציבות ואת הציפיות. משמועבר תחום משפטי שלם מבית המשפט אחד לאחר, צפויה תקופת התאקלמות, ולוו מתלווה מטבע הדברים אי-בהירות. אולם כך הוא בכל חידוש משפטי, בין שמקורו בפסיקה ובין שמקורו בתקיקה, ולא יהלוף זמן רב עד שבית המשפט העליון יאמר את דברו בשאלות המתעוררות, וקשיי הקליטה יימוגו.

80. ראו זמיר (לעיל, הערה 62), 262: ברקארז ולעיל, הערה 77, 316-317.

81. ראו אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות במשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר - עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג), 163; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464 (להלן: ע"א חברה קדישא) עמ' 530.

82. ראו למשל בג"צ מיקרו דף ולעיל, הערה 40; ע"א חברה קדישא, שם; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט (3) 196.

83. ראו למשל רע"א 92/89 טלרד תעשיות טלקומוניקציה ואלקטרוניקה בע"מ ואח' נ' עיריית לוד ואח', פ"ד מג (1) 643 (להלן: רע"א טלרד).

84. שהרי יש להניח שמוסדות היגוך יסווגו, כשמדובר בבתי-ספר שאינם עירוניים אלא מאוגדים במתכונת פרטית כלשהי, כ"גופים דומהותיים", דהיינו ככאלה שחלות עליהם נורמות מן המשפט הפרטי ומן המשפט הציבורי גם יחד. כיצד אפוא תסווג החלטה של בית-הספר (ככל שהיא שפיטה, במגבלות סעיף 33 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, וסעיף 15 לחוק

ד. העברת עניינים מינהליים לבתי-המשפט האזרחיים בדרך החקיקה

האיתותים ששיגר בית-המשפט העליון בפסיקתו,⁸⁵ הרמזים שנורצו באקדמיה בדבר השינוי הממשמש ובא והאזהרות החוזרות ונשנות בדבר העומס שבג"ץ כורע תחתיו, לא הניעו את גלגלי החקיקה. אולם ההעברה בדרך הפסיקה הביאה לתגובה מהירה. כשלושה חודשים לאחר שניתן פסק-הדין בג"צ סוקר, פורסמה הצעת חוק התכנון והבנייה (ייעול וקיצור הליכים) (תיקון מס' 40), תשנ"ה-1995.⁸⁶ הצעה זו כללה שינויים משמעותיים בחוק התכנון והבנייה כולו, ונתגלגלה לתיקון 43 של החוק.⁸⁷

ההצעה שהתקבלה בסופו של דבר רחבה מוּו שהוצעה, בכמה עניינים. נסתפק לעת עתה בהצבעה על נקודות השוני. במשמעותן של נקודות אלה גדון בחלקו השני של חיבור זה.

כך לשון ההצעה, בנושא הסמכות:

255א. (א) עתירות נגד מוסדות התכנון בכל עניין הנוגע לתכניות או היתרים יהיו בשיפוטו של בית המשפט המחוזי בירושלים (להלן – בית המשפט המחוזי).

המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958, כאשר מדובר במוסד להשכלה גבוהה). נראה שהטשטוש במקרה כזה בין ה"פרטי" ל"ציבורי" חל הן משום מהות הגוף שמדובר בו והן משום מהות הפעולה שמדובר בה. ראו למשל ה"פ (ת"א) 178/95 תבור ואח' נ' האוניברסיטה העברית בירושלים, בית החולים הווטרנרי בבית דגן (לא פורסם), שם הותקפה בתקיפה ישירה מדיניות בית-הספר הווטרנרי שלא לשלם לסטורנטים שכר בשנת לימודיהם הרביעית, עכור עבודתם (שבפסק-הדין נמצא כי אינה אלא לימודים מעשיים). עתירה של המבקשים לבג"ץ נדחתה, מחמת חוסר סמכותו. ראו בג"צ 4126/94 כהן ואח' נ' המועצה להשכלה גבוהה ואח' (לא פורסם). הקושי שהתעורר בבית-המשפט המחוזי בהקשר זה היה דווקא באשר לסמכות בית-הדין לעבודה. ענייני החינוך נזכרים בתוספת להצעת חוק בתי-המשפט המינהליים (לעיל, הערה 4). נסח התזכיר ביקש להוציא את המילים "ענייני ההשכלה הגבוהה". לא נתמווד לנו טעמה של הבחנה זו שבין ענייני חינוך בכללותם לבין ענייני ההשכלה הגבוהה. בהצעה שפורסמה הוגדרו ענייני החינוך בדרך שונה: "ענייני רישוי מוסדות חינוך, תשלומי תורים, וכן רישום והעברה של תלמידים למעט קבוצות אוודי רישום".

85. לעיל, הערה 67; וכן בג"צ חלפון ולעיל, הערה 62) והניסיון בתמומים האחרים: בג"צ פטרנק ורע"א בוסקילה (שניהם בהערה 2).

86. ה"ח 15, מיום 4.10.94.

87. לעיל, הערה 1. לסקירת היבטים שונים של תיקון זה ראו שמואל רויטל, "תיקון 43 לחוק התכנון והבנייה – האם מהפך בדיני התכנון?", משפטים כז (תשנ"ז) 383.

ולשון הנוסח שנתקבל:

255א. (א) עתירות נגד מוסדות תכנון, בכל עניין הנוגע לתכנון ובניה, למעט עניינים המפורטים בסעיף קטן (ב), יהיו בשיפוטם של בתי המשפט המחוזיים, אשר ידונו בעתירות בשבתם כבית משפט לענייני מינהליים (להלן - בית המשפט לעניינים מינהליים).

(ב) עתירות שעניינן תכנית מתאר ארצית או מחוזית, ועתירות נגד החלטת שר הפנים לפי תוק זה - יידונו בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

(ג) שופטי בית המשפט לעניינים מינהליים יהיו גשיא בית המשפט המחוזי ושופטים אחרים של בית המשפט שימנה שר המשפטים בהסכמת גשיא בית המשפט העליון.

השינויים הכוללים, לפי סדרם ולא דווקא לפי סדר חשיבותם, הם אלה: ראשית, ההצעה ביקשה לקבוע כי העתירות יהיו "בכל עניין הנוגע לתכנון ובניה". שנית, ההצעה ביקשה לייחד את הסמכות לבית-המשפט המחוזי בירושלים, מבלי לייחדה לשופטים מסוימים. הייחוד שניתן לבית-המשפט המחוזי בירושלים בעלם מתנוסח הסופי, אולם נוסף ייחוד לשופטים מסוימים, לפי מינוי (סעיף 255א(ג)). שלישית, ההצעה לא כללה הקמה של בית-משפט לעניינים מינהליים, אלא ביקשה להעניק את הסמכויות לבית-המשפט המחוזי, ככה. החוק שנתקבל מקים במפורש בית-משפט לעניינים מינהליים.

בשלושה עניינים אלו החוק שנתקבל מרחיב מעבר להצעה המקורית, אך יש גם צמצום, וזו נקודת השוני הרביעית: ההצעה דיברה ב"תכניות", מבלי להגדיר אילו תוכניות, ואילו הנוסח הסופי מסייג, ומוציא מכלל סמכות בית-המשפט לעניינים מינהליים את תוכניות המתאר המתוזזות והארציות (סעיף 255א(ב)).

נוסף לכך נמצאים שינויים אחרים, באשר לאמצעי להשגת המטרות. הדברים אמורים בסמכות למתן סעדים כנגד המדינה, ובסדר-הדין: ההצעה מדברת במפורש בהסמכת בית-המשפט ליתן צווי עשה או צווי מניעה כנגד המדינה, רשויותיה ומטלאי תפקידים על-פי דין. הנוסח שנתקבל נוקט דרך שונה, והיא "שאיבת" סמכויות בג"ץ לעניין הסעדים. הדבר נעשה בסעיף 255ג, שזו לשונו:

בית המשפט לעניינים מינהליים ידון בעתירות בענייני תכנון ובניה כאמור, בהתאם לעילות, הסמכויות והסעדים לפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בעניינים כאמור, בשינויים המתוייבים.

ואילו בקשר לסדר-הדין - ההצעה ביקשה להחיל במפורש את סדר-הדין הנקוטים

בבג"ץ (סעיף 255אג) להצעה, ואילו הנוסח שנתקבל מדבר בסדר-הדין מיוחדים, כשסמכות התקנתם היא בידי שר המשפטים (סעיפים 255ד, 255). ההצעה לא היתה מפורטת דיה בשאלת ההרכב הדין בעתירות ובשאלת הערעור. היא ביקשה לקבוע הסדר כללי, שלפיו ערעור לבית-המשפט העליון יהיה ברשות בלבד, ובשאלות משפטיות בלבד (סעיף 255אוד) להצעה. הנוסח הסופי מפרט הן באשר להרכב השופטים (סעיף 255ב), והן באשר לזכויות ערעור (סעיף 255ה). בכל אלה נדון עתה.

חלק שני

בית-המשפט לעניינים מינהליים: הדין – וסדר-הדין

בחלקו הראשון של חיבור זה סקרנו את קורותיו של השיפוט בעניינים מינהליים, בכל הקשור לנסיונות השונים להוציא את עיקר השיפוט בתחומים מסוימים מידי בג"ץ ולהפקידו בידי בתי-משפט אזרחיים. כל אלה הם נחלת העבר, וכיום מונח לפנינו חוק. בית-המשפט לעניינים מינהליים הועמד על מכונן.

לכאורה, אין אנו זקוקים עוד למודל כזה או אחר להצדקת סמכות בית-משפט זה ואחר, או לדיון בשיקולים המצדיקים את עצם העברת השיפוט לבתי-המשפט האזרחיים. אולם מסקנה כזאת תהיה נחפזת. כל שנאמר אינו רק לשם תיעוד ההיסטוריה המשפטית, אלא לשאלות שבמעשה. והמעשה הוא בשלושה: (1) עיצוב ההסדרים המשפטיים הקשורים בבית-המשפט, וראשון להסדרים אלו הוא קביעת סדר-הדין הנהוגים בו; (2) פרשנות ההסדר שבחוק ובתקנות שלפיו. פרשנות זו מתעוררת וצפויה להתעורר במהלך עבודתו היומיומית של בית-המשפט החדש: סמכותו, כוחו, יישום סדר-הדין שנקבעו לו; (3) השלכותיו של ההסדר לעתיד, שהרי ההסדר שכאן הוא דגם להסדר המוצע לשיפוט בעניינים מינהליים נוספים.

משום כך רואים אנו לנכון לבחון את שנכרך בבית-המשפט החדש. בעיקר אמורים הדברים בשאלות באשר לדין המהותי, הסמכות וסדר-הדין. שאלות אחרות אינן מתעוררות במישור, ואזרח ענייני התכנון והבנייה אינו אמור להשפיע עליהן.

א. הדין המהותי, טענות סף וסעדים

הדין המינהלי הוא אחד: הדין המינהלי שלפיו מבקר בג"ץ את פעולת המינהל הוא אותו דין שלפיו דן בית-המשפט האזרחי בעת שהוא מבקר את פעולת המינהל, בין בתקיפה ישירה ובין בתקיפה עקיפה. בית-המשפט העליון חזר ותבהיר את דבר אחדותו של המשפט המינהלי:

שינוי הגוף השיפוטי המפעיל את הביקורת השיפוטית, אין בו כדי להביא לשינוי בעילות הביקורת השיפוטית. המשפט המינהלי הוא אחד, יהא בית המשפט המפעילו אשר יהיה. המשפט המינהלי אינו משפטו של בית המשפט הגבוה לצדק. המשפט המינהלי הוא

המשפט החל על המינהל, ועליכן הוא המשפט החל על כל סכסוך מינהלי, יתא בית המשפט, אשר בו יתברר הסכסוך, אשר יהיה.⁸⁸

העברת התהום לשיפוטם של בתי המשפט האזרחיים אינה אמורה אפוא לשנות את הדין המהותי.⁸⁹ אחרותו של הדין המינהלי מוכתרת בכמה: יש לזכור שנקודת המוצא היא שהתחומים המועברים לבית המשפט לעניינים מינהליים הם כאלה שהעקרונות המשפטיים כבר גובשו בהם;⁹⁰ שנית, בידי בית המשפט העליון נותר שריט ההכרעה, בשתי דרכים: הן באמצעות ביקורתו כבית משפט לערעורים על בית המשפט לעניינים מינהליים והן באמצעות תקדימיו. הצעת החוק המונחת כעת על שולחן הכנסת מבהירה כי קליטת "הדין הבג"צי" אינה חד-פעמית אלא מדובר ב"הזנה" נמשכת.⁹¹ שלישית, הסמכות לכהן כשופט בית המשפט המינהלי הוגבלה בתוק לשופטים מסוימים ומוגדרים בלבד, לפי מינוי מיוחד (סעיף 255אג) שהובא לעיל). הסבר אפשרי להגבלה זו, ולטעמנו זה הצידוק האפשרי היחיד, הוא הרצון לספק התמחות של שופטים בתחום המינהלי, ובדרך זו לשמור על אחדות יחסית של התחום המשפטי.⁹²

עם זאת, אמצעי הבקרה האלה להבטחת אחדותו ואחידותו של המשפט המינהלי אינם מוחלטים. יש להניח שהאכסניה החדשה תשרה מרוחה גם על הדין המהותי: יהיו מצבים שבהם מירוחיה של האכסניה החדשה יהיו צרות מאלה של המשפט המינהלי, והדין המהותי עלול להידחק מעט ולהתאים עצמו לאכסנייתו, ויהיו מצבים שבהם ימצאו לדין המהותי מרחבים חדשים להתפרס בהם.

שני עניינים ניתן להזכיר בהקשר זה: טענות הסף הנהוגות בבג"ץ, והסעדים הנהוגים בו.

88. ע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיא, פ"ד לז (2) 688, עמ' 696. וכן ראו בשורת פסקי דין: בג"צ 840/79, המ' 860/79, מרכז הקבלנים והכונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (3) 729, עמ' 747; ע"א 1760/91, 1326 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' בן ואח', פ"ד מו (2) 441, עמ' 449; ע"א חברה קדישא (לעיל, הערה 81), 485; בג"צ העדה המרונית (לעיל, הערה 35), 151.
89. וראו למשל בהקשר של עתירות האסירים שהועברו לבתי המשפט האזרחיים (לעיל, הערה 3); ע"א 1/88 מדינת ישראל ואח' נ' דגני, פ"ד מב (2) 719.
90. בהקשר לדיני המכרזים ראו לעיל הטקסט הסמוך להערה 45; בהקשר לתברות ברשויות המקומיות ראו לעיל, הטקסט הסמוך להערה 57.
91. דברי ההסבר לסעיף 6 להצעת החוק (לעיל, הערה 4), 107.
92. לשיקול זה ראו למשל סטיבן גולדשטיין, "הערות על הדו"ח של הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט ובעיית הפרדה בסמכות בערכאה הראשונה", משפטים יב (תשמ"ב) 160, עמ' 161; ישראל קנטור, "המערכת הכלכלית כצורך של מערכת בתי המשפט", מחקרי משפט ת (תשי"ן) 101, עמ' 111. לפי הצעת החוק הנוכחית יוגבל המינוי לתקופה שתיקבע, וזאת כדי להשיג את "המטרה של לימוד המשפט המינהלי ופיתוח מומחיות ומיומנות בתחום זה, החדש לרוב השופטים בבתי המשפט המחוזיים ובעל

1. טענות הסף

הזכרנו את ההבחנה שהבחין השופט השני בין שיקול-דעת-שלי-דיון לשיקול-דעת-של-מהות.⁹³ גישתו זו מעלה שטענות הסף הנהוגות בבג"ץ אינן חלק מהדין המינהלי המהותי, אלא חיצוניות לו.⁹⁴ לפיכך, כאשר דובר בענייני המכרזים, סבר השופט השני ששיקול-הדעת-שלי-דיון לא עבר עם שיקול-הדעת-של-מהות. פרופ' זמיר סבור אחרת. לדידו, "הדבקים" אינם ניתנים להפרדה: "הדין המהותי מורכב מן העילות ומן הסעד גם יחד".⁹⁵ השופט גולדברג נקט גישה שלישית. לשיטתו, יש להבחין בין טענות הסף השונות,⁹⁶ עילות של אי-ניקיון-כפיים וקיומו של סעד חלופי לא יבוא למשכנו של בית-המשפט לעניינים מינהליים, ועילות אחרות יבואו בפתחו. הטעם שעמו הוא הרצון להבטיח את שלטון החוק בשלטון. רוצה לומר, בית-המשפט האזרחי אינו צריך לחסום את האזרח העותר שבה לפניו לבקש סעד כנגד (או מפני) מעשה הרשות רק משום שידיו אינן נקיות או משום שעומד לרשותו סעד חלופי, וזאת כדי להבטיח שהרשות לא תסטה מדרך הישר ומהדרך שמורה אותה הדין.

בכל הכבוד, דעתנו כדעת פרופ' זמיר.

ראשית, התפתחותו של המשפט המינהלי מעלה שהדין המינהלי המהותי התפתח מתוך הסעדים, ומדובר בסעדים הכרוכים מטיבם וטבעם בשיקול-דעת.⁹⁷ משום כך אין לנתק את שיקול-הדעת "הדיוני" מזה "המהותי".

שנית, טעם הנובע מאופיה של האכסניה ההדשה. דווקא שיטתו של השופט זשין מדגישה כי ההעברה לבתי-המשפט האזרחיים מושתתת על המודל הדיפרנציאלי, דהיינו על קיומו של מרכיב מן המשפט הפרטי בסכסוך.⁹⁸ המתכונת העדיפה לדיון, שנוכרה ב"פסקי-הדין המעבירים", היתה מתכונת של המרצת-פתיחה:⁹⁹ ואכן למתכונת זו נקלטו ענייני המכרזים ומעט ענייני התכנון והבנייה שהועברו טרם חקיקתו של תיקון 43. בהליך של המרצת-פתיחה, הסעד הנפוץ הוא סעד הצהרתי.¹⁰⁰ משום מקורו ההיסטורי של סעד זה, כסעד מן הישר, נתון לבית-המשפט האזרחי שיקול-דעת, אם לתיתו אם לאו, ורשאי

מאפיינים ייחודיים משלו... המודל המוצע בחוק זה לייחוד שופטים לעניינים מינהליים היוני גם לשם שמירה על אופי השיפוט בעניינים הנידונים עליפי כללי המשפט המינהלי. לאופי זה יש השלכה גם על מהותה והיקפה של הביקורת השיפוטית" (סעיף 2ב), 2ג) להצעת (לעיל, הערה 4), 106-107).

93. ראו לעיל, הערה 51.

94. ראו ברק-ארז (לעיל, הערה 77), 321-323.

95. זמיר (לעיל, הערה 48), 208-209.

96. ראו לעיל, הערה 52 והטקסט להערה.

97. ראו זמיר (לעיל, הערה 48), 208-209.

98. ראו לעיל, הטקסט להערה 73.

99. לעיל, הערה 66.

100. ראו תקנה 253 לתקנות סדר הדין האזרחי; גורן (לעיל, הערה 7), 407.

הוא לדרוש מן המבקש שיבוא בידיים נקיות לבית המשפט,¹⁰¹ ושלא יהיה שיהוי בפנייתו לבית המשפט.¹⁰² במילים אחרות, מקצת מטענות הסף קיימות ממילא בבית המשפט האזרחי, גם אם מקורן שונה.

שלישית, במעמדן של טענות הסף עצמן חל פיתוח ניכר, וגם בג"ץ אינו נוהג להערים מכשולים רבים לפני הבאים לפניו.¹⁰³ אין להניח שבית המשפט האזרחי יכביר ידו מקום שבג"ץ מקל.

רביעית, ובהמשך לטעם הקודם, גם כאשר סבור בג"ץ שנתקיימו התנאים להסמכת דרכו של העותר, הוא מהסס בהפעלת המחסום, ושוקל גם שיקולים נוספים, ובהם שלטון החוק, כך נאמר בבג"צ 170/87 אסולין ואח' נ' ראש עיריית קרית גת ואח':

בהכריעו בטענת שיהוי, על בית המשפט הגבוה לצדק לקחת בחשבון שלושה שיקולים: האינטרס של העותר בביטול הפעולה, האינטרס של המשיב בקיומה והאינטרס של הציבור בשלטון החוק. על בית המשפט לאזן בין אינטרסים אלה, תוך מתן משקל ראוי לכל אחד מהם. מטבע הדברים, שאיזון זה מותנה מעניין לעניין. יש לקוות, כי במשך הזמן יהא ניתן לקבוע אמות מידה עקרוניות לאיזון זה. עם זאת, יש לציין כבר עתה, כי האינטרס בדבר שלטון החוק אינו גובר תמיד על שאר האינטרסים. הוא מהווה את אחד הגורמים שיש לקחת בחשבון.¹⁰⁴

שני הטעמים הראשונים מחלישים לכאורה את גישתו של השופט חשין. שני הטעמים האחרים יש בהם כדי להפיג את הששו של השופט גולדברג.

אולם גראה שבענייני תכנון ובנייה פטורים אנו מהמחלוקת, לאור ההענקה המפורשת של "היעילות, הסמכויות והמעדים" שבידי בג"ץ לבית המשפט החדש. לטעמנו, בכך הוסרו הספקות, וכעת ברור כי בית המשפט לעניינים מינהליים רשאי להפעיל את מכתבי הסף, ככל שאלה נשתמרו וככל שתוכנם מוכתב על-ידי בג"ץ, ותוך שימת לב לשיקול של שלטון החוק, כמו גם לשיקולים האחרים הרלוונטיים (לטשל, מידת ההסתמכות של צד שלישי תם-לב על פעולת הרשות).

101. ראן למשל ע"א 350/73 "גד" חברה להפצה בע"מ נ' כהן, פ"ד כח (2) 413.

102. ראו למשל ע"א 656/79 גרינפלד נ' קירשן ואח', פ"ד לו (2) 309, עמ' 316; ע"א 132/81 גי. בי. טורס בע"מ נ' תאייק ואח', פ"ד לח (2) 425, עמ' 430.

103. ראו לעיל, הערות 9-11 והסקסט להערות אלו.

104. פ"ד מב (1) 678, עמ' 694. וכן ראו עניין נחום (לעיל, הערה 11), 642; ובהקשר לאי-יעילות שערים מחמת העדר זכות עמידה, מהטעם של הצורך בכירור טענות חמורות בעניין ציבורי, ראו בג"צ 511/80 גליא נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה מתרו חיפה ואח', פ"ד לה (4) 477, עמ' 481.

(א) סער חלופי ואי-מיצוי הליכים

אומנם, המחוקק סייג: "בשינויים המתחייבים". נראה לנו שהשינוי הממשי היחיד שמתחייב הוא לעניין סענת הסף של קיום סער חלופי. שכן, מבחן זה הוא אחד הנדבכים שעליו הושתתה ההעברה של העניינים המינהליים לבתי-המשפט האזרחיים, ונראה שאין זה ראוי שבית-המשפט המוקדם יגלגל מעליו את המטלה שהוטלה עליו באותו נימוק ממש. עם זאת, יש להבחין ולדייק, עדיין צריך שיהיה לבית-המשפט שיקול-דעת אם לסרב לדון בעתירה מחמת אי-מיצוי הליכים אפשריים, דהיינו, מחמת היותה של העתירה מוקדמת. למשל, נראה שמתנגדים לתוכניות מטעמים לנצל את האפיק של בקשת רשות ערר לפני המועצה הארצית לתכנון ובנייה,¹⁰⁵ וממהרים לפנות לבית-המשפט בטרם עת. לכאורה, ניתן לפנות לבית-המשפט בכל אחד משלבי התכנון. במצב הרגיל, פנייה כזאת אין בה טעם, ויש בה רק סרבול והארכת יתר של הליכי התכנון, שהם ממושכים ורביי-תחנות גם כן. אימתי ראוי שבית-המשפט ידון בעתירה לגופה גם כאשר טרם מוצו ההליכים התכנוניים? נראה שמוקדם לקבוע כללים ברורים, אך ניתן להצביע על מצבים שבהם יאות בית-המשפט לדון בעתירה, גם כאשר טרם מוצו ההליכים התכנוניים: כאשר החלטת שקיבל מוסד התכנון אינה הפיכה; כאשר היא עלולה לגרום נזק תמור; כאשר היא לוקה בפגמים מהותיים; כאשר אין בסמכותה של הערכאה התכנונית המוסמכת הגבוהה יותר לשנות את החלטת הערכאה הנמוכה ממנה; ועוד מצבים דומים. במקרים אחרים, ראוי שבית-המשפט לא יפתח את שערו אלא לאחר מיצוי ההליכים האפשריים.¹⁰⁶

105. סעיף 110 לחוק התכנון והבנייה; תקנות התכנון והבנייה (ערר בפני המועצה הארצית), תשל"ב-1972; וכן ראו את הערתו של הנשיא שמגר בבג"צ חלפון (לעיל, הערה 62), 40. הנשיא שמגר הוסיף והעיר כי בית-המשפט אינו מהווה ערכאת ערעור נוספת על מוסדות התכנון, ואכן, מהותה של הביקורת השיפוטית, בכל עניין מינהלי כמעט, היא שאין בית-המשפט ממיר את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו שלו, ואין הוא בא בנעליה. הבדיקה מתמקרת בעילות שפותרו במשפט המינהלי, ובאלה בלבד. דהיינו בדיקת תקינותו של ההליך המינהלי (למשל, קיומה של תובת היוועצות, שמירה על כללי הצדק הטבעי ועמידה בחובת ההנמקה), בדיקת הפעלת שיקול-הדעת (שקילת שיקולים ענייניים בלבד, תוך התבססות על תשתית ראייתית מתאימה) ובדיקת שיקול-הדעת עצמו, בעילות אי-הסבירות והמירדותיות. ראו גם לעיל, הערות 12 ו-13. לשאלת תחום הביקורת השיפוטית בענייני תכנון ובנייה ראו בג"צ 102/52 ארגון בעלי המגרשים מעבר לירקון ואח' נ' שר-הפנים, פ"ד ז 827; בג"צ 595/75 סלמאן ואח' נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה י-ם ואח', פ"ד ל (3) 337, עמ' 345; בג"צ 179/79 סלימאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד לד (4) 567, עמ' 572.

106. ראו למשל החלטת השופט מודריק למחוק על הסף עתירה מינהלית שכוונה כנגד תוכנית מיתאר שמוסדות התכנון טרם השלימו את מלאכתם לגביה. אחד הנימוקים למחיקה היה אי-מיצוי ההליכים: עתירה מינהלית (ת"א) 1547/96 גינזברג נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז המרכז ואח' (טרם פורסם); והחלטת השופט קמא בעתירה מינהלית (י-ם)

(ב) שיהוי

הערה נוספת יש לייחד לטענת השיהוי. מחוקק המשנה בחר לתחום את המועד להגשת העתירה. תקנה 3 לתקנות התכנון והבנייה (סדרי-דין בעתירות לבית-המשפט לעניינים מינהליים), תשנ"ו-1996¹⁰⁷ מגדירה אותה כך:

עתירה תוגש בהקדם האפשרי, בנסיבות העניין, ולא יאוחר מתום ארבעים וחמישה ימים מהיום שבו קיבל עותר הודעה על החלטה נשוא העתירה או מיום שנעשה לה פרסום כדן, או מיום היווצר העילה, לפי המוקדם.

נראה לנו שתקנה זו אינה מחסום קשיח, אלא אמת-מידה בלבד לשאלת השיהוי. אמת-מידה זו אין להופכה לגבול שכל החוצה אותו יושבו פניו ריקם, אך גם אין למעט ממנה. כאשר העתירה מוגשת לאחר פרק-הזמן הנה, מחייבת אמת-המידה שנקבעה בתקנה משנה-זהירות בהפעלת שיקול-הרעת אם להיזקק לעתירה.

ניתן לומר שהתקופה שנקצבה לארבעים וחמישה יום מגלמת בעיני מחוקק המשנה את התקופה שעדיין לא התגבשה בה הסתמכותם של צדדים שלישיים על החלטת מוסד התכנון, או שגם אם התגבשה, הרי איזון האינטרסים נוטה לטובת העותר. ככל שמתארכת התקופה, יש להניח שהסתמכותם של צדדים שלישיים הולכת וגוברת. התקנה מאותתת, במקרה כזה, כי יש כאן שיהוי מצד העותר, וכי בבוא בית-המשפט לבחון אם יש מקום להידרש לעתירה בכל זאת, עליו לתת משקל יתר לחלוף הזמן, ולהסתמכות צדדים שלישיים.

ביטוי לאיי-קשיחותה של התקנה בדבר השיהוי מצוי בהוראות הכלליות שבתקנה 19 לתקנות אלו: הן בסמכות בית-המשפט להאריך כל מועד הקבוע בתקנות, אם הראת המבקש "סיבה סבירה" (תקנה 19(ב)), והן בהוראה המתירה לבית-המשפט לנהוג לפי תקנות סדר הדין האזרחי, בשינויים המתחייבים, "או בדרך אחרת הנראית לו, בנסיבות העניין, מועילה להכרעה צודקת ומהירה" (תקנה 19(ה)).¹⁰⁸

232/96, 230, 215 מקור הנפקות וזכויות בע"מ ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה למחוז ירושלים ואח' (טרם פורסם). בית-המשפט העליון נדרש לעניין במסגרת ערעור, ואישר את פסק-הדין. ראו ע"א 4840/96 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז ירושלים ואח' (טרם פורסם) (להלן: ע"א מקור הנפקות).

107. להלן: תקנות התכנון והבנייה (סדרי-הדין בעתירות לבית-המשפט לעניינים מינהליים).

108. מובן גם שייתכנו מצבים שבהם השיהוי יהיה לתקופה קצרה מארבעים וחמישה יום, ועדיין, בנסיבות המקרה, יסרב בית-המשפט להידרש לעתירה מהסעם של שיהוי. ראו למשל את פסק-דינה של השופטת צור בעתירה מינהלית (י"ם) 352/96 בשארה נ' ראש עיריית ירושלים ור"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים (טרם פורסם).

2. הסעדים

שאלת הסעדים עלתה כאן פעמים אחדות,¹⁰⁹ ונראה שברור הוא כי לבית-המשפט לעניינים מינהליים סמכות ליתן צווי אכיפה וצווי מגיעה כנגד מוסדות התכנון. סמכות זו נובעת מהוראת סעיף 255 לחוק התכנון והבנייה. ספק – אם היה קיים למאן שהוא – ייעלם, עם שינויו של סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי-הדין האזרחי (המדינה כבעל דין).¹¹⁰ נראה שהסמכות שעברה מבג"ץ לבית-המשפט לעניינים מינהליים כוללת בתוכה גם סמכות ליתן פיצויים. מדובר בפיצויים בגין מעשה מינהלי שגרם לנזק, ולא פיצוי המושגת על עילה מן המשפט הפרטי.¹¹¹ פיצויים הניתנים על-ידי בג"ץ אינם עוד אפשרות עיונית בלבד.¹¹² משהובהר שבג"ץ מוסמך להעניק פיצויים כאלה, עברה הסמכות הזאת גם לבית-המשפט לעניינים מינהליים, מכוח הוראת סעיף 255 הנ"ל. שאלה אחרת עשויה להתעורר, והיא האם מוסמך בית-המשפט לעניינים מינהליים להעניק סעדים שבת-המשפט האזרחיים רגילים לתת, דהיינו, פיצויים המושגתים על עילה מן המשפט הפרטי. שאלה זו מעוררת את נושא היחס שבין בג"ץ לבית-המשפט לעניינים מינהליים ובין שני אלה לבית-המשפט האזרחי. כל עוד עברה הפעלת סמכות השיפוט בעניינים המינהליים מבג"ץ לבית-המשפט האזרחי בדרך הפסיקה, לא התעורר קושי מיוחד. ברור הוא שבית-המשפט האזרחי פועל בשני כובעיו גם יחד, והוא מוסמך להפעיל הן סעדים "מינהליים" (במגבלות חסינותה של המדינה), והן סעדים "אזרחיים". והרי התרכובת של "הפרטי" ו"הציבורי", ככל שניתן במציאות המשפטית הנוכחית להפריד בין הפרטי לציבורי, היא מהשיקולים להעברה לבית-המשפט האזרחיים (ולדעת מקצת הגישות, אין זה רק שיקול להעברה, אלא תנאי הכרחי לה).

אולם משעה שהוקם בית-המשפט לעניינים מינהליים, והוא בא תחת בג"ץ ככל הנוגע לענייני התכנון והבנייה, האם אבד היסוד האזרחי שבו? נראה לנו שאין לקבל השקפה שלפיה אבד היסוד האזרחי. סבורנו שבית-המשפט לעניינים מינהליים צריך ליתנות

109. ראו לעיל, הערות 32-36, וטקסט להערות.

110. ראו שם.

111. לשוני בין הפיצויים במשפט הפרטי לפיצויים במשפט הציבורי ראו זמיר (לעיל, הערה 48), 210.

112. הדרך נפרצה בבג"צ 102/74, 101 כינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, ואח', פ"ד כח (2) 449. כן ראו בג"צ 2167/90 מיקרונט בע"מ נ' משרד החינוך והתרבות ואח', פ"ד מה (1) 45, עמ' 55; ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ ואח', פ"ד מז (1) 667, עמ' 687; בג"צ פסטרנק (לעיל, הערה 2), 61. בשני המקרים הראשונים הובהר כי לבג"ץ סמכות לפסוק פיצוי במסגרת המשפט המינהלי, ובמקרה השלישי הובהר שכך גם לבית-המשפט האזרחי בזונו בענייני מכרזים. עם זאת, לא התעורר צורך בכך במקרים אלו. כן ראו יצחק זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים, (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תש"ל) 193; צבי ברנזון, "בג"ץ כפוסק פיצויי נזקים", ספר יצחק כהן (מנחם אלון, משה בן זאב, אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ ומשה לנדוי – עורכים, פפירוס, תשמ"ט), 280.

מיכולתו ליתן סעדים "מינהליים" כמו גם סעדים "אזרחיים" במהותם. שאלה דומה מתעוררת גם באשר לסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים, ובמסגרתה נסביר את הלך מחשבתנו זה.

ב. סמכות בית המשפט לעניינים מינהליים

סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים קבועה בסעיף 255 לחוק התכנון והבנייה, שנוסחו הובא לעיל. סוגיות אחדות מתעוררות בהקשרה של סמכותו ובאשר לגבולותיה. העיקרית שבהן היא מהן אבני הבוחן לתחומת הסמכות בין בג"ץ לבית המשפט זה. מלשון הסעיף ניתן לזהות מספר תנאים להקמתה של הסמכות: העתירה צריכה להיות מכוונת כנגד מוסד תכנון, וזו היא צריכה להתייחס לתכניות מסוג מסוים בלבד (ראו הסייג שבסעיף 255א(ב)). אולם תחילה ננסה להתוות את הגבולות שבין בית המשפט לעניינים מינהליים לבין בג"ץ ולבין בית המשפט האזרחי.

1. בית המשפט לעניינים מינהליים – מול בג"ץ ומול בית המשפט האזרחי
באחת העתירות הראשונות שהובאו לפני בית המשפט שהוקם זה מקרוב, עתירה טינהלית (ת"א) 644/96 ביל זהר בע"מ נ' דיור מעולה (ע.א.ק) בע"מ ואח',¹¹⁴ עלתה שאלה זו באופן ישיר. בית המשפט נתבקש להצהיר על בטלותו של היתר בנייה שהוצא למשיבה, שהיא שכנתה של העותרת, ולמנוע הוצאת היתר בנייה נוסף. לפי אותם היתרים, הותר למשיבה להקים על חלקתה בניין מגורים גבוה, ולעותרת בניין קטן ממנו. טעות שנפלה בתוכנית תוקנה על ידי מוסד התכנון המתאים, והעתירה העיקרית שגותרתה לדיון היתה לקבוע את בטלות ההיתר משום הליכים פגומים.

המשיבה העלתה טענה בדבר העדר סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים. זו תמצית הטיעון שנשמע: אילו התעורר הסכסוך לפני שבא לעולם תיקון 43, והעתירה היתה מוגשת לבג"ץ, היה זה מנער ידיו ממנה ומפנה את העותרת לבית המשפט האזרחי, וזאת משום האופי הפרטי של הסכסוך. טענה זו כוונה לבג"צ איגרא-רמא. משום כך, נמשך הטיעון, כיום, לאתר שתוקן תיקון 43 והוקם בית המשפט לעניינים מינהליים, אין הסכסוך מצוי בסמכותו של בית המשפט החדש. בית המשפט שהוקם בא, לפי הטענה, בנעלי בג"ץ, ומה שלא היה לבג"ץ – אין לבית המשפט החדש.

2. היקף הסמכות של בית המשפט לעניינים מינהליים
מכאן שמתעוררת השאלה שנזכרה קודם לכן, בהקשר לסעדים, והיא האם אבד היסוד האזרחי של בית המשפט לעניינים מינהליים. בעניין ביל זהר הועלתה השאלה, אך לא הוכרעה. באותו עניין הגיע בית המשפט למסקנה שגם אילו הובא העניין לפני בג"ץ

113. המוגדר בסעיף 1 לחוק התכנון והבנייה כלהלן: "כל רשות שיש לה סמכות בעניין תכניות או היתרים".

114. טרם פורסם, ניתן ביום 6.11.96 (להלן: עניין ביל זהר).

בשעתו, לפני תיקון 43, היתה בידיו סמכות לדון בעתירה. ולפיכך, אף לשיטת המשיבה, מצוי העניין (גם) בסמכות בית המשפט לעניינים מינהליים.

כעת אפשר להשלים את אותו עיון. סבורנו שהיסוד האזרחי הוא חלק בלתי נפרד מבית המשפט לעניינים מינהליים, והסמכות אכן מצויה בידיו. במילים אחרות, אין להגביל את בית המשפט לעניינים מינהליים לסמכויות שהיו לפניו לבג"ץ, ויש לקרוא לתוך סמכותו גם את הסמכות האזרחית. לכך טעמים אחרים.

ראשית, יש לתת את הדעת לכך שגם כאשר סירב בג"ץ לדון בסכסוך תכנוני, לאחד שמצא כי למעשה מדובר בסכסוך פרטי, לא נעשה הדבר משום חוסר סמכותו שלו, אלא משום סמכותם המקבילה של בתי המשפט האזרחיים. ההפניה לבית המשפט האזרחי באה משיקולים שונים, הקשורים בטיבו האמיתי של הסכסוך, אולם תוך שימוש בשיקול-הדעת של בג"ץ שלא להיוקק לעתירה.

שנית, בין הגימוקים שנוכרו בפסיקה, בבג"צ חלפון ובבג"צ סוקר (ובדומה גם בבג"צ פסטרנק וברע"א בוסקילה) היה יתרונו של בית המשפט האזרחי על-פני בג"ץ בברור העובדתי.¹¹⁵ אם נאמר שהסמכת בית המשפט המחוזי לכהן כבית-משפט לעניינים מינהליים, שלתוכו נוצקו סמכויותיו של בג"ץ, רוקנה באותה הזדמנות את סמכויותיו כבית המשפט האזרחי, יימצא השיקול בדבר יתרונו של בית המשפט האזרחי מאבד את תוקפו. ואם אין לנו שיקול זה, מה טעם יש בהעברת השיפוט בענייני התכנון והבנייה לבתי המשפט האזרחיים?

יטען הטוען: שיקול הקלת העומס מעל בג"ץ מצדיק את ההעברה, גם אם הוא שיקול יחיד. אלא שיש להניח שלאורך זמן תיחלש הצדקה זו: הנגישות לבית המשפט לעניינים מינהליים גבוהה מהנגישות לבג"ץ. משום כך יש להניח שמספר העתירות שיוגשו לבית המשפט לעניינים מינהליים יהיה גדול בהרבה ממספר העתירות שהוגשו לבג"ץ בענייני תכנון ובנייה.¹¹⁶ דיבוי העתירות מגדיל כמובן את הסיכוי שיוגש עליהן ערעור לבית המשפט העליון, ומשום כך ייתכן שלאורך זמן שכרו של שיקול הקלת העומס עשוי להימצא בהפסדו.

שלישית, טיעונה של המשיבה יוצר אי-בהירות ומבוכה רבות, שלא לצורך: עד עתה הורגלנו באי-בהירות מסוימת משום קיומם של שני בתי-משפט. אם תיענה הטענה, יימצא המתוקק מוסיף לאי-הוודאות, תחת כוונתו לגרוע ממנה. יימצאו לציבור העותרים הפוטנציאליים שלושה בתי-משפט אפשריים: לא רק בג"ץ ובית-משפט אזרחי, אלא גם בית-משפט לעניינים מינהליים. נראה כי אין מנוס משימורה של הפרדה מסוימת בין בג"ץ למערכת האזרחית, אך ראוי שתיחום הסמכויות יהיה ברור ככל האפשר.

115. ראו בג"צ סוקר (לעיל, הערה 60), 247-248; בג"צ חלפון (לעיל, הערה 65); בג"צ פסטרנק

(לעיל, הערה 45); רע"א בוסקילה (לעיל, הערה 57).

116. חשש כזה נשמע עליידי משרד הפנים, בהקשר של ענייני התבנון והבנייה, ובהסתמך על הניסיון שנצבר בענייני המכרזים. ראו להלן, הטקסט להערה 149.

3. המבחן לקביעת הסמכות

בעבר הורחבה הלכת איגרא-רמא, והשופט חשין נכון להרחיבה עוד, "עד לקצה"¹¹⁷ משמעותה המעשית של הרחבה שכזאת היא הדגשת הפן האזרחי-פרטי שבסכסוך, תוך טשטוש ואף מזעור הפן התכנוני שבו. נראה לנו כי יש לנקוט גישה שונה, שהרי בעת נמצאים ענייני התכנון והבנייה מחוץ לבג"ץ. נראה שלעותר אפשרות הבחירה: ירצה, יפנה לבית המשפט האזרחי; ירצה, יפנה לבית המשפט המינהלי. אך אפשרות הבחירה היא נקודת המוצא, לא סוף פסוק.

לפיכך, כאשר עיקרו של הסכסוך הוא פרטי, אך עדיין יש בו פן תכנוני, יכול שיתברר בבית המשפט לעניינים מינהליים, ואימתי נאמר שקיים פן תכנוני? יש לאמץ לשם כך אמת-מידה עניינית. מקום שסכסוך פרטי יולבש באופן מלאכותי בלבוש תכנוני, רק כדי לבוא בשערי בית המשפט לעניינים מינהליים, לא ייפתח השער לפניו. לשם ההבחנה אם לפנינו סכסוך שראוי לבררו על דרך של עתירה מינהלית או על דרך של תובענה (בין כהמרצת-פתיחה ובין כתביעה אזרחית רגילה), ניתן לאמץ את המבחן הנקוט בסדר-הדין האזרחי באשר לצירוף בעלי דין.¹¹⁸ משום ניסוחו של סעיף 255א, המחייב שהעתירה תופנה כנגד מוסד תכנון, יש למקד את המבחן בהתייחס למוסד התכנון: מקום שנוכחותו של מוסד התכנון דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בעתירה, הרי עתירה מינהלית לפני בית המשפט לעניינים מינהליים היא ההליך הראוי. מקום שניתן לברר את הסכסוך גם בלי מוסד התכנון, בין משום שאין הוא צד אמיתי לסכסוך, ובין משום שהוא אדיש לסכסוך ולהכרעה בו, נאמר שאין כאו פן תכנוני של ממש, ותובענה אזרחית היא הדרך הראויה לביורר הסכסוך הפרטי, ולא עתירה מינהלית. למשל, כאשר יתברר שעיקרה של התביעה נועד למנוע מטרה, פגיעה קניינית או נזק, הרי ברור שהסכסוך מצוי בשדה המשפט הפרטי, וההליך הראוי הוא לפני בית המשפט האזרחי המוסמך.¹¹⁹

בהפעלת המבחן המוצע יש לזכור פן נוסף, המייחד את דיני התכנון והבנייה: סכסוך המוצג עליידי בעל-דין אחד כסכסוך פרטי, עשוי להימצא בו עניין לציבור כולו. דיני התכנון והבנייה נועדו להשיג מטרות המשותפות לכלל, סלו, למשל, מקרה שבו מבקש

117. ראו לעיל, הערה 76.

118. תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי. לסוגיית צירוף בעלי דין ראו גורן (לעיל, הערה 7), 51-52.

119. כך נהג בית המשפט המהווי בחיפה בשבתו כבית המשפט לעניינים מינהליים, בשני מקרים. השופטת וסרקרוג מצאה כי עיקרו של הסכסוך שהובא לפניו נמסגרת עתירה מינהלית הוא למעשה תביעה למניעת מטרה ונזק, ומשום כך מדובר בסכסוך פרטי אשר ראוי שיתברר לפני בית המשפט השלום. ראו ת"ה (חי') 33010/96 עיני נ' הברת משכנות בע"מ ואח' (טרם פורסם). במקרה אחר מצאה השופטת וסרקרוג כי עילת התובענה היתה מניעת שימוש בדרך, ואין בעתירה עילה מינהלית. צירוף מוסדות התכנון היה מלאכותי, ולפיכך מחקה את העתירה ראו: עתירה מינהלית (חי') 230/96 סעאדיה נ' המועצה המקומית פרדיס ואח' (טרם פורסם).

בעל מקרקעין לבנות את ביתו, ומבקש שזה יתנשא לגובה רב. שכנו מתנגד, מחשש שייפגע בדרך זו או אחרת. מוסד התכנון מסרב ליתן את ההיתר המבוקש, ובעל המקרקעין עותר כנגד הסירוב. אין ספק שבסכסוך כזה יש מרכיב "פלטי" שמשקלו ניכר. אם יתברר הסכסוך כתובענה אזרחית, ללא צירופו של מוסד התכנון, עשויים הצדדים להגיע לפשרה זו או אחרת, מבלי שהציבור – באמצעות מוסד התכנון – יישמע. בנסיבות הדוגמה, יש להניח שנוקו של הציבור קטן, אם בכלל הוא קיים, אולם אין לסכל מראש את אפשרות שמיעתו של הציבור באמצעות מוסד התכנון. ייתכן, למשל, שהמבנה המבוקש פוגע במראה הכללי של שכונת המגורים. במקרה כזה, ברור כי על אף המרכיב הפרטי הרומינגטי שבסכסוך, ההליך הראוי הוא בדרך של עתירה מינהלית.

בעתירה כזאת תותקף, בתקיפה ישירה, החלטת מוסד התכנון שלא ליתן את ההיתר המבוקש. אין זו "הלבשה" מלאכותית של הסכסוך הפרטי בלבוש תכנוני. האופי התכנוני אמיתי, ומצדיק (ומחייב) את הדיון במתכונת עתירה מינהלית. יצוין שהלכת איגרא-רמא נכונה היתה לימים שבהם התאפשרה תקיפת היתר בנייה, בבית-משפט אזרחי, רק בתקיפה עקיפה. ייתכן שבמהלך הדיון יודיע מוסד התכנון שכל סירובו ליתן את ההיתר נובע מרצונו להגן על השכן, וכי למעשה הוא אדיש לתוצאה. במקרה כזה אובד היסוד התכנוני, והמרכיב הפרטי משתלט על הסכסוך כולו. או אז יש מקום להעברת העתירה לבידור בדרך של תובענה אזרחית, באחת הדרכים האפשריות לפי הדין המהותי ולפי תקנות סדר הדין האזרחי.

מוכן שמקום שבעל-דין יבחר לברר את הסכסוך במסגרת אזרחית רגילה, ללא מוסד התכנון, אין מוסד התכנון כפוף לתוצאתה של ההתדיינות ביניהם, גם אם מלכתחילה ברור שיש כאן פן תכנוני של ממש. במסגרת האזרחית הרגילה ניתן יהיה לקבוע, במסגרת הכרעה בשאלה שבגררא, שההיתר בטל. זו תקיפה עקיפה, שנותרת על מכונה, אף כי אין עוד מניעה מתקיפה ישירה – בדרך של עתירה מינהלית. בהכרעה בשאלה שבגררא אין כדי לתייב את מוסד התכנון, שכן הכרעה כזאת היא רק "לצורך אותו עניין", כהוראת סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב].

4. ומה נותר לבג"ץ?

נקודת החיתוך המבחינה בין סמכות בג"ץ לסמכות בית-המשפט לעניינים מינהליים מוגדרת בחוק באופן חד וברור. אבן הבוחן היא מהות העניין, דהיינו סוג התוכנית הנדונה, ולא מיחות הגוף המחליט. כאשר מדובר בעתירות בקשר להיתרי בנייה, הן יישמעו בבית-המשפט לעניינים מינהליים, ואילו כאשר מדובר בתוכניות, יש להבחין: עתירות כנגד תוכנית מיתאר מחוזית או תוכנית מיתאר ארצית יידונו בבג"ץ, ומכאן שעתירות כנגד תוכניות מתאר מקומיות או מפורטות יידונו לפני בית-המשפט לעניינים מינהליים.

חלוקה זו מצמצמת את הלכת סוקר, ומשנה אותה בשני פנים. לפי פסק-דין זה הועברו כל ענייני התכנון והבנייה לבתי-המשפט האזרחיים, אגב שמירת שיקול דעתו של בג"ץ לדון בעניינים "מיוחדים ויוצאים דופן"¹²⁰ לפי "נימוקים מיוחדים"¹²¹ וכעת, לפי

120. ראו בקשר לענייני המכרזים – לעיל, הערה 39.

121. בג"צ סוקר (לעיל, הערה 60), 249-248.

התיקון לחוק, עוגנה ההעברה רק בחלקה. זהו פן אחד של השינוי שבחוק. נראה שהמחוקק העדיף שלא להסתפק בשיקול-דעתו של בג"ץ בשאלה מה יידון לפניו בגדר "עניינים מיוחדים ויוצאי דופן", וביקש להבטיח שסוגי עניינים החשובים בעיניו יידונו בערכאה העליונה. טעמים של סופיות הדיון בבג"ץ והחשיבות המיוחדת הנלווית בדרך כלל לתוכניות מיתאר ארציות עשויים להצדיק גלגול זה של הכדור בחזרה למגרשו של בג"ץ, בכל הנוגע לתוכניות המיתאר הארציות ובקשר להחלטות שר הפנים.

אולם נראה כי בעוד שהמחוקק ביקש להבטיח שבג"ץ ידון בעניינים בעלי חשיבות, המק תחת ידיו הפן השני של השינוי שבחוק: מלשון החוק עולה כי שיקול-הדעת שבג"ץ ביקש לשמר בידיו, לדון בעניינים מיוחדים ויוצאי-דופן, אבד. טלו למשל תוכנית מקומית שעשויה להיות יוצאת-דופן, מיוחדת ובעלת עניין ציבורי ניכר. לפי בג"צ סוקר, היה בית-המשפט העליון, בשנתו כבית-משפט גבוה לצדק, מחליט לדון בעתירה על אף הגישה הכללית שמקום הדיון הוא בבתי-המשפט האזרחיים. אולם כעת, משחוקק החוק, נקודת החיתוך תדמשמעית וברורה, ובית-המשפט העליון יוכל לומר את דברו רק במסגרת ערעור. ספק אם התכוון המחוקק לתוצאה זו.¹²²

ההבחנה שהבחין המחוקק בין סוגי התוכניות אינה נקיה מקשיים. לדיון בעתירות כנגד תוכניות המיתאר הארציות וכנגד החלטות שר הפנים בבג"ץ דווקא יכול להימצא צידוק, כאמור לעיל. אולם לא ראינו מה טעם להחזיר את הדיון בעניין תוכניות מתאר מחוזיות לבג"ץ. העניין הציבורי לא היה נפגע אם בית-המשפט לעניינים מינהליים היה דן גם בעתירות שעניינן תוכנית מיתאר מחוזית. ביטוי לחשיבות שמייחס המחוקק לתוכניות אלו יכול להימצא בדרך אחרת: למשל, קביעת הרכב של שלושה שופטים לדיון בהן. סעיף 255 לחוק מאפשר קביעת עתירה מסוימת או סוג מסוים של עניינים לדיון לפני שלושה שופטים (לפי קביעת נשיא בית-המשפט).

וקושי נוסף. החוק קובע כי מהות התוכנית היא נקודת החיתוך לקביעת הסמכות, ולא מיהות מוסד התכנון. חיתוך כזה אינו מבטיח בהכרח שעניינים "חשובים" יובאו לפני בג"ץ. למיהות מוסד התכנון עשויה להיות חשיבות בנסיבות מסוימות. בדרך זו עשוי בית-המשפט לעניינים מינהליים למצוא עצמו דן בעתירה כנגד המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, בקשר להחלטה שקיבלה (או לא קיבלה, לפי העניין) הנוגעת ביסודה לתוכנית מיתאר מקומית.¹²³ אין אנו רואים בכך כל פסול, אולם הבחנה המתעלמת ממהות מוסד התכנון אינה קוהרנטית עם הגישה העולה מהתיקון, שבג"ץ הוא הכתובת להחלטות "החשובות".

122. במקרים אחרים שבהם הועברו עניינים מינהליים לבתי-המשפט האזרחיים בדרך חוק נשמרה במפורש אפשרות הפנייה הישירה לבג"ץ. למשל, סעיף 62 לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש) הקובע כי "אין האמור בסעיף זה גורע מסמכותו של בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק". ראו לעיל, הערה 3.

123. ראו למשל עתירה מינהלית (ת"א) 622/96 דוברצקי ואח' נ' יושב ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז המרכז ואח' (טרם פורסם).

לכג"ץ נותרה הסמכות לדון בעתירות התוקפות את החלטות שר הפנים. שאלת מיב ההחלטות שניתן לתקוף בכג"ץ התעוררה במקרים אחדים, ונראה כי המגמה המסתמנת היא להרחיב את תחומי סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים, ולצמצם את תחום החלטות השר הניתנות לתקיפה בכג"ץ. למשל, נפסק כי רק החלטות של השר העומדות בפני עצמן – ראוי שיתבררו לפני בג"ץ, ואילו כאשר תוכנית מיתאר מקומית נוקקת לאישור השר בלבד, הרי אין לומר שאישור זה (בין אם ניתן וכין אם לאו) מוציא את סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים.¹²⁴ מגמה זו נראית לנו נכונה וראויה. שאלה נוספת שהתעוררה בקשר לסמכות בית המשפט לעניינים מינהליים היתה באשר לעתירות נגד מוסדות תכנון ב"אזור", קרי ביהודה ושומרון. נפסק כי בג"ץ הוא המוסמך לדון בכך.¹²⁵

5. ועדות הערר

עלתה גם שאלה של זיהום בין סמכויות בג"ץ לסמכויות ועדות הערר,¹²⁶ שהוקמו גם הן לפי תיקון 127.43 איננו רואים כאן קושי של ממש. לוועדת הערר אין סמכות ייחודית המוציאה את סמכות בית המשפט לעניינים מינהליים, והיא עצמה באה בגדר "מוסד תכנון", שהרי יש לה "סמכות בעניין תכניות".¹²⁸ עם זאת, לבית המשפט לעניינים מינהליים שיקול-דעת שלא לדון בעתירה מתמת אי-מיצוי הליכים קודמים. לפיכך, נראה שעותר הזכאי לפנות לוועדת ערר, אך תחת זאת פנה בעתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, יופנה לוועדת הערר. הטעם לכך אינו משום חוסר סמכותו של בית המשפט, אלא משום שהעותר לא מיצה את ההליכים.¹²⁹ עותר הממצה את הליכי התכנון והערר במסגרת דיני התכנון והכנייה יוכל לעתור, כך יש להניח, לבית המשפט לעניינים מינהליים בעתירה גם כנגד מוסד תכנון זה.

החלטות של ועדת הערר יהיו נתונות לביקורתו השיפוטית של בית המשפט, אך לא כערכאת ערעור, אלא כבית משפט הבוחן החלטה מינהלית, לפי כללי המשפט המינהלי ועילות ההתערבות המוכרות בו.¹³⁰

124. כך פסק השופט קמא בפסק-הדין שהיה נושא לערעור בע"א מקור הנפקות (לעיל), הערה 106). בית המשפט העליון אישר את פסק-הדין מבלי להידרש לשאלת הסמכות (שם).

125. עתירה מינהלית (י"ם) 528/96 ועד מקומי תשמ"ג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה מטה בנימין ואח' (טרם פורסם).

126. סעיפים 12-101 לחוק התכנון והכנייה.

127. ראו רויטל (לעיל, הערה 187), 409-410.

128. כהגדרת "מוסד תכנון" בסעיף 1 לחוק; ראו לעיל, הערה 113. סמכויות ועדת הערר מוגדרות בסעיף 12 לחוק, וכן בסעיף 152 לחוק.

129. ראו לעיל, הערה 105 והטקסט הסמוך להערה. במצבים מסוימים ראוי שלא לדחות את העתירה, אלא להשהות את הדיון בה עד להחלטת מוסד התכנון המוסמך, תוך אפשרות לתיקון העתירה לאחר שתתקבל ההחלטה אצל אותו מוסד, אם לא יבוא העותר על סיפוקו בינתיים.

130. ראו לעיל, הערה 106. הגבלתה של הביקורת השיפוטית נובעת גם מהוראת סעיף 12(ב)ד

ג. סדר ידיו

השאלה שהתעוררה בקשר לסעדים ולסמכות עשויה היתה להתעורר גם באשר לסדרי הדיון: האם המתכונת הבג"צית שנוצקה לתוך בית המשפט לעניינים מינהליים חלה גם על סדרי הדיון, או שמא יחיל בית המשפט את סדרי הדיון האזרחיים הרגילים. המחוקק הותיר את מלאכת קביעת סדרי הדיון בידי מחוקק המשנה (סעיף 1255 לחוק). ומחוקק המשנה, הוא שר המשפטים, הוציא את תקנות התכנון והבנייה (סדרי הדיון בעתירות לבית משפט לעניינים מינהליים), תשנ"ו-1996.¹³¹ בדיון זה, בדבר סדרי הדיון הרצויים, יש לתת את הדעת על כך שלפי שעה מופקד בית המשפט לעניינים מינהליים על ענייני התכנון והבנייה. אולם בעתיד הוא צפוי לקלוט לתוכו עניינים מינהליים נוספים.

1. יתרונם של סדרי הדיון האזרחיים

מלכתחילה, נראה היה שהתשובה לשאלה שהוצגה בראש תת-פרק זה ברורה. הרי ברור יתרונו של בית המשפט אזרחי בכירור העובדתי על-פני בג"ץ, אשר הכלים שלרשותו מצומצמים יותר. למשל, סדרי הדיון ברבן שאלונים וגילוי מסמכים,¹³² וכך גם ההיעזרות במוסחים,¹³³ סדרי הדיון המצויים רק בידי בית המשפט האזרחי. ההליך בבג"ץ מתנהל בדרך של תצהירים וטיעון משפטי,¹³⁴ ובדרך של הוצאת צו-על-תנאי. מקורה של פרוצדורה זו בצווים הפררוגטיביים הנקטים בדיון האנגלי משום מעמדו של הכתר, וכהגדרתו של פרופ' זמיר אין זה אלא "טעם היסטורי, זר ורחוק".¹³⁵ פרוצדורה זו היא ביטוי לחוקת הכשרות של הרשות המינהלית, אשר כל עוד אין האורח מבקיע בה סדקים, לא נסללת דרכו לבידור מהותי ומלא של עתירתו.¹³⁶ הכלים לחקר האמת העומדים לרשות העותר בבג"ץ, ומשום כך הכלים שבידי בית המשפט עצמו, מצומצמים: דרישת בעלי הדיון, איש

לחוק, הקובע את סופיותן של החלטות ועדת הערר בעניינים מסוימים, ואת היותן נתונות לערעור לפני הוועדה המחוזית בעניינים אחרים.

131. להלן: תקנות סדר הדיון בבית המשפט לעניינים מינהליים.

132. תקנות 105-111; תקנות 112-118, בהתאמה, לתקנות סדר הדיון האזרחי.

133. פרק יא לתקנות סדר הדיון האזרחי, ובעיקר תקנה 130, המאפשרת לבית המשפט למנות מומחה לעניין שבמחלוקת. למשל, בית המשפט המחוזי בתל-אביב הפעיל את סמכותו זו בדונו במכרז שהוציא משרד הביטחון, כדי לסייע לו בהבנת מהותו המורכבת של המכרז.

134. ראו תקנות סדר הדיון בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדיון בבג"ץ).

135. יצחק זמיר, "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק", משפט וממשל א' (תשנ"ג) 295, עמ' 300-302.

136. מעשה הרשות מוחזק ככשר כל עוד לא הוכח אחרת. ראו רע"פ 1088/86 מחמד ואד' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי, פ"ד מד (2) 417, עמ' 419.

מרעהו, למסור פרטים נוספים,¹³⁷ ואפשרות לחקור את המצהיר.¹³⁸ התרת החקירה נתונה לשיקול־דעתו של בית־המשפט "אם ראה צורך בכך לשם עשיית הצדק". באפשרות אחרונה זו נעשה שימוש נדיר.¹³⁹ שאלונים וגילוי מסמכים אינם מוכרים בבג"ץ.¹⁴⁰ יתרונו של בית־המשפט האזרחי בחקר האמת לא היה בגדר סוד כמוס. נימוק זה שב ונוכר בדיונים סביב ההצעות השונות שנשמעו במהלך השנים;¹⁴¹ נימוק זה שב ונוכר בפסקי הדין שהורו על העברת העניינים לבית־המשפט האזרחיים.¹⁴² נימוק זה עולה בקנה אחד עם גישתם של אלה המצדדים במודל הדיפרנציאלי, דהיינו קיומו של מרכיב אזרחי בסכסוך המינהלי כבסיס להעברת העניינים.¹⁴³ נראה היה שהמסגרת המתאימה ביותר לדיון בעניינים מינהליים היא המרצת־פתיחה, או הליך מינהלי חדש שידמה לה. הליך זה של המרצת־פתיחה מתנהל בעיקרו על־פי תצהירים, ובדרך כלל נחקרים בו המצהירים בלבד. ההליך מהיר ומשום כך יעיל, ובדרך־כלל עיקר השאלות המתעוררות בו הן שאלות משפטיות.¹⁴⁴ עם זאת, לרשות בית־המשפט עומדים כלים דיוניים נוספים, וכך, כאשר מתברר לבית־המשפט שבירור המחלוקת זההכרעה בו מצריכים הפעלת כלים מורכבים יותר, יש ביכולתו לעשות כן. במקרים המתאימים יכול בית־המשפט להורות על העברת הדיון לפסים של תובענה רגילה.¹⁴⁵

137. תקנות 11-13 לתקנות סדר־הדין בבג"ץ. ראו את החלטתו של סגן רשם בית־המשפט העליון, השופט גילון, בבשג"צ 58/86 (בג"צ 18/86) א' מורגנשטרן ואח' נ' ג' מורגנשטרן, פ"ד מ (2) 246.

138. תקנה 18 לתקנות סדר־הדין בבג"ץ.

139. בראשית ימיו של בג"ץ היה נוהג חקירת העדים נפרד למדי, אך ברבות הימים הכביד בית־המשפט את ידו, וכיום מותרת חקירת מצהירים רק במקרים יוצאים דופן. לתיאור גלגוליה של חקירת המצהירים בבג"ץ, ולביקורת עליה, ראו רענן הר־זהב, סדר הדין בבית־המשפט הגבוה לצדק (בודסי, תשנ"ה), 83-91. הר־זהב מציע לאפשר חקירת מצהירים בשלושה סוגי מקרים: כאשר העובדות שנויות במחלוקת, כעתירות בעלות חשיבות ציבורית מיוחדת, וכאשר המשיבים חלוקים בינם לבין עצמם בעניין עובדתי או בעניין שבשיקול־דעת. ראו שם, 89-90.

140. ראו זמיר (לעיל, הערה 135), 309.

141. ראו לעיל, חלק ראשון, סעיף ב.

142. ראו למשל בג"צ פסטרנק (לעיל, הערה 45); ע"א מספנות ישראל, שם סבר בית־המשפט העליון, בניגוד לעמדת בית־המשפט המחוזי, כי היה מקום לעשות שימוש בהליך של גילוי מסמכים גם במסגרת המרצת־פתיחה. ראו לעיל, הערות 53-54; רע"א בוסקילה (לעיל, הערה 57); בג"צ חלפון (לעיל, הערה 65).

143. לעיל, הערה 49.

144. ראו למשל ע"א 701/76 עפרון ואח' נ' חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ ואח', פ"ד לא (3) 79; ובאשר להתאמתו של הליך זה לכירור עניינים מינהליים, ראו רע"א טלרד (לעיל, הערה 83), 645.

145. ראו תקנה 258 לתקנות סדר הדין האזרחי. ליישומה, ולקשיים שהעברה לפסים רגילים

בדיוני הוועדה לענייני בתי המשפט המינהליים, שנועדה לסייע בגיבוש התקנות בעניין סדריהדין,¹⁴⁶ נזכרו הטעמים שמנינו כאן, שלפיהם סדריהדין האזרחיים מתאימים יותר, נזכר בהקשר זה גם שיקול של נוחות, והוא היכרותם של השופטים בבתי המשפט האזרחיים את סדריהדין האזרחיים. טעם נוסף שהועלה הוא הצורך בהרתעת מצהירים. קיומה של תקירת המצהיר מקטינה את החשש להצהרות שקריות.

2. יתרונו של סדריהדין הבג"ציים

אף על פי כן, עמדתו הראשונה של נסח התקנות במשרד המשפטים היתה שונה.¹⁴⁷ משרד המשפטים סבר שסדריהדין בבית המשפט לעניינים מינהליים צריכים להיות דומים לאלה הנקוטים בבג"ץ. נימוק זה נזכר גם בהצעת החוק הנוכחית, המכוונת את מחוקק המשנה לקבוע בחוק הכללי סדריהדין מיוחדים, "כפי שמלמד הנסיון בבג"ץ".¹⁴⁸

הטעם לכך היה כפול: עקרוני ופרקטי.

הטעם העקרוני נעוץ בראייתו הכוללת של בית המשפט החדש כבית משפט במתכונת בג"ץ. זו גם העמדה שבאה לביטוי בחוק העיקרי, בסעיף 255ג. ההליך של המרצת-פתיחה נתפס כגמיש מדי, משום האפשרות לייבא את תקנות סדריהדין האזרחי. עם זאת, גם המתכונת שהוצעה ביקשה לשמור על גמישות מסוימת, והוצעו בה שיפורים מסוימים של סדריהדין הנקוטים בבג"ץ.

נוסף על כך, הצעת משרד המשפטים כוונה לענייני התכנון והבנייה בלבד, עניינים שאינם מעוררים בדרך כלל שאלות עובדתיות סבוכות.

לטעם עקרוני זה נוסף חשש פרקטי,¹⁴⁹ והוא כי העברת העניינים מבג"ץ לבית המשפט המחוזי תביא להצפתו, ומשום כך להאטת ההליכים. גם השינויים האחרים שהיו בשנים האחרונות בדיוני התכנון והבנייה הגבירו מאוד את מספר התוכניות הצריכות אישור. כדי שבית המשפט לא יכרע תחת העומס, ויהווה גורם מעכב להליכי התכנון, הוצע להעדיף את סדריהדין הבג"ציים, המאפשרים דיון מהיר מסדריהדין האזרחיים.

3. סדריהדין שהותקנו: פשרה בין סדריהדין הבג"ציים לסדריהדין האזרחיים מחוקק המשנה בחר בסופו של דבר בדרך ביניים, אם כי זו קרובה יותר לסדריהדין הבג"ציים. סדריהדין שנקבעו נטלו את סדריהדין הבג"ציים והכניסו בהם שינויים משני סוגים: שיפור הדגם הבג"צי, שינוי היכול להועיל גם לסדריהדין הנקוטים בבג"ץ עצמו; הוספת כלים דיוניים מסוימים, ברוב סדריהדין האזרחיים.

עלולה לעורר ראו ע"א 639/89 עיובון המנחם צבי דגני ז"ל ואח' נ' ז' חן ואח', פ"ד מד (4) 744.

146. בראשות המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט שלמה לוי.

147. כפי שהוצגו על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני ייעוץ, עורך-הדין מנחם מוזו, לפני הוועדה הנ"ל.

148. דברי ההסבר לסעיף 5 להצעת החוק (לעיל, הערה 4), 107.

149. טעם זה נשמע מפי נציג משרד הפנים בוועדה.

(א) הגשת העתירה

את העתירה המינהלית יש ללוות בתצהיר המאמת את האמור בה. דרך הגשת העתירה הזאת דומה לדרך הגשתה של עתירה בבג"ץ ולדרך הגשתה של המרצת-פתיחה,¹⁵⁰ אם כי דרך ניסוחו של התצהיר שונה בכל אחד מההליכים האלה.

(ב) הדין בעתירה

גם דרך הטיפול והדין דומים לאלה הקבועים בבג"ץ; העתירה המינהלית מוגשת תחילה לעיונו של שופט דן יחיד. זה רשאי לדחות את העתירה על הסף או למוחק לפי כתב העתירה בלבד (תקנה 15), לזמן את הצדדים לדיון מוקדם (תקנה 25), אשר לקראתו על המשיב להגיש תגובה בכתב (תקנה 16א), תגובה זו אינה צריכה לכלול עדיין תצהיר המאמת את העובדות הנזכרות בה, או להורות למשיב להגיש כתב תשובה (תקנה 35), תקנה 9, את כתב התשובה יש לתמוך בתצהיר. בית-המשפט יכול לדון בעתירה לגופה ולהכריע בה כבר בשלב הדין המוקדם (תקנה 6ג), דהיינו עלי-סוד העתירה, כתב התגובה וטיעוני הצדדים, ויכול להכריע בה לאתר שהתנהל דיון מלא (הכולל הגשת כתב תשובה, הגשת עיקרי טיעון לקראת הדין, לפי תקנה 13, ושמיעת טיעוני הצדדים, לפי תקנה 16).

הליך זה הוא דגם משופר של ההליך המתנהל בבג"ץ; השינוי העיקרי הוא השמטתו של המושג "צו-על-תנאי", וזאת ברוח הביקורת שנשמעה על פרוצדורה מיושנת זו.¹⁵¹

(ג) הראיות

השוני העיקרי שבסדר-הדין בבית-המשפט לעניינים מינהליים לעומת סדר-הדין האזרחיים הוא בראיות שלפיהן הוא דן. בבג"ץ מוגבלות הראיות, כאמור, לעולה מהתצהירים, מהפרטים הנוספים, אם נתבקשו, ומהטיעון המשפטי, כמו גם מהאפשרות הנדירה לחקור מצהירים. סדר-הדין שאומצו בבית-המשפט לעניינים מינהליים מאמצים דגם זה, תוך עידונו; הכלל, בדומה לבג"ץ, הוא כי בית-המשפט ידון בעתירה לפי הראיות העולות מהתצהירים, וכן תריג המאפשר את הקירת המצהירים (תקנה 15). הנוסח הראשוני שהוצע במשרד המשפטים עצר בנקודה זו, אולם בנוסח שנקבע בסופו של דבר נוסף העידון, בסיפת תקנה 7, ולפיו רשאי בית-המשפט להרשות השמעת עדים, מסעמים מיוחדים שירשמו. יש לשים לב, כי סיפת תקנה 7 אינה חופפת את הרשות לחקור לפי תקנה 15. שכן תקנה 15 מוגבלת לחקירת מצהירים, ואילו תקנה 7 מדברת בעדים, מושג רחב ממצהירים.

שוני נוסף שבין סדר-הדין שכאן לסדר-הדין הנקוטים בבג"ץ הוא בהנחיית מחוקק המשנה באשר לנסיבות שתותר בהן הקירת מצהירים. הנחיית מחוקק המשנה לבג"ץ היא כי טרם מתן היתר לחקור מצהירים, עליו לשקול אם יש צורך בכך לשם עשיית הצדק

150. תקנות 4(ב), 4(ג) לתקנות סדר-הדין בבית-המשפט לעניינים מינהליים; תקנה 4 לתקנות סדר-הדין בבג"ץ; תקנה 255 בצירוף תקנה 241(ב) לתקנות סדר-הדין האזרחי.
151. ראו זמיר (לעיל, הערה 135), 299-302.

(תקנה 18 לתקנות סדר הדין בבג"ץ). משרד המשפטים ביקש תחילה לאמץ נוסח זהה גם כאן, אולם בסופו של דבר שינה את ההנחיה לבית-המשפט, בדרך המצמצמת מעט את שיקול-הדעת שלו, ועל-ידי כך מרחיבה את האפשרות לחקירת המצהירים: תקנה 15 מנחה את בית-המשפט להרשות חקירת מצהירים "אם ראה צורך בכך לשם בירור הפלוגתות שבעתירה". אומנם, עדיין, שיקול-הדעת רחב מאוד, אך אמת-המידה להפעלתו היא עניינית, לפי מידת המחלוקת העובדתית והיקפה, ואילו בבג"ץ ההנחיה כללית יותר. מחוקק המשנה לא אימץ את סדרי-הדין האזרחיים בכל הנוגע לגילוי מסמכים ולשאלונים, ובחר את הכלי הבג"צי של פרטים נוספים (תקנה 10, הדומה לתקנות 11-13 לתקנות סדר הדין בבג"ץ). עם זאת, נראה שאין מניעה במקרים המצדיקים זאת כי בית-המשפט יורה לרשות להעמיד את מסמכי לעיון העותר, וזאת מכוון זכותו המהותית.

(ד) פנייה לסדרי-הדין האזרחיים

לגירסה הסופית של התקנות הנוגעות כאן צורפה תוספת המאפשרת לבית-המשפט לעניינים מינהליים לפנות לתקנות סדר הדין האזרחי, "בכל עניין של סדר הדין שלא נקבע בתקנות אלה", וזאת כמובן בשינויים המתחייבים (תקנה 19(ה)). כן הוסמך שם בית-המשפט לעניינים מינהליים לנהוג "בדרך אחרת הנראית לו, בנסיבות העניין, מועילה להכרעה צודקת ומהירה". מהתקנה עולה כי הפנייה לסדרי-הדין האזרחיים ולדרכי דיון אחרות היא פנייה שיווית, והיינו רק כאשר אין פתרון מתאים בסדרי-הדין המיוחדים עצמם. אפשרות דומה קיימת גם בבג"ץ (תקנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבג"ץ), גם שם הפנייה לסדרי-הדין האזרחיים היא שיווית, וההנחיה להפעלת שיקול-הדעת של בג"ץ היא "אם ראה בכך צורך לעשיית צדק".¹⁵²

במתכונת הבג"צית המרוככת של סדרי-הדין שנקבעו לבית-המשפט לעניינים מינהליים יש כדי לתנחול את בית-המשפט לעניינים מינהליים לנהוג גמישות רבה מוז שנוקט בג"ץ, והיינו, לאפשר חקירת מצהירים ועדים, ולא להסס לפנות לסדרי-הדין האזרחיים. מובן שהשימוש בכלים אלו אינו צריך להיות עניין שבשיגרה, שאז תיפגע היעילות. יחד עם זאת, אנו סבורים שאין לקמוץ את היד באשר להם. מידת הפנייה לכלים אלה תהיה כמידת המחלוקת העובדתית, וכמידת התרומה שכלים אלו עשויים לתרום להתרת הסבך העובדתי ולחקר האמת. מידת הפנייה מושפעת מדתיפות המקרה המובא להכרעה, כמו גם מסוג העניין הנדון. בקשר לכך יש להעיר כי העניינים המינהליים אינם דומים זה לזה. ענייני תכנון ובנייה אינם מחייבים בדרך כלל השמעת עדים וחקירת מצהירים, ואילו ענייני המכרזים דווקא מעוררים לא אחת שאלות עובדתיות. משום כך אנו סבורים כי כאשר תורחב המסגרת של העברת עניינים מינהליים נוספים לשיפוטו של בית-המשפט לעניינים מינהליים, יהיה מקום לשקול מחדש את מתכונתם של סדרי-הדין

152. לדוגמת הפעלת סדרי-הדין האזרחיים בבג"ץ ראו הר"חב (לעיל, הערה 139), 99-101. הר"חב מציין את הקושי לקבוע כללים ברורים לעניין הפנייה לסדרי-הדין האזרחיים, וזאת משום שלשון ההפנייה (השיווית) שבסדרי-הדין המיוחדים בבג"ץ עשויה ללמד על הסדר שלילי.

ולחסיים מעט יותר לכיוון סדר־הדין האזרחיים. דרך זו תאפשר גמישות רבה יותר של בית־המשפט, והתאמת אופי ההליך לעניין הנדון.

(ה) ערעור

החוק קובע שתי הבחנות בקשר לשאלת הערעור על החלטת בית־המשפט לעניינים מינהליים. הבחנה אחת, בדומה לסדר־הדין האזרחיים, היא בין "פסק־דין" ל"החלטה אחרת" (סיפת סעיף 255 לחוק התכנון והבנייה). "החלטה אחרת" ניתנת לערעור לפני בית־המשפט העליון רק אם ניתנה לכך רשות.¹⁵³ ההבחנה השנייה היא לפי ההרכב הן בעתירה: כאשר דן בה שופט יחיד, וזהו המקרה הרגיל (לפי סעיף 255 לחוק), הערעור לבית־המשפט העליון הוא ערעור בזכות. לעומת זאת, כאשר דן בעתירה הרכב מיוחד, של שלושה שופטים (הוא המקרה החריג, לפי סיפת סעיף 255ב), הערעור לבית־המשפט העליון הוא ברשות.

לא מצאנו טעם להבחנה זו. לעומת זאת, ההסדר שבהצעת החוק¹⁵⁴ נראה לנו ראוי יותר: כאשר ידון בית־המשפט לעניינים מינהליים בעניין מסוים כערכאה ראשונה, דהיינו, בהפעילו ביקורת שיפוטית "רגילה", יהיה הערעור לבית־המשפט העליון בזכות, ואילו כאשר ישמש כבית־משפט לערעורים מינהליים, בעניינים המנויים בתוספת השנייה לחוק המוצע,¹⁵⁵ יהיה הערעור ברשות. אנו סבורים כי ניתן להרחיב עוד את התוספת ולכלול בה ערעורים המוגשים גם כיום לבית־המשפט המחוזי, לפי חוקים ספציפיים, ולמעשה אין הם אלא ערעור על החלטה מינהלית.¹⁵⁶

ד. מסקנות ראשוניות

במלאת שנה לכינונו של בית־המשפט לעניינים מינהליים ניתן להצביע על תחילת התגבשותה של פרקטיקה מינהלית מסודרת בבית־המשפט האזרחיים. העתירות המינהליות

153. בדומה להודאת סעיף 41 לחוק בתי־המשפט (נוסח משולב).

154. סעיף 8 להצעה (לעיל, הערה 4), 108.

155. בין היתר מנויים שם ערעורים לפי סעיף 45 לחוק בתי־דין מינהליים, תשנ"ב-1992; סעיף 16 לפקודת המועצות המקומיות (נוסח חדש); סעיף 6 לחוק הרשויות המקומיות (ערר על קביעת ארנונה כללית), תשל"ז-1976, ועוד.

156. מדובר בתוקים "מקצועיים" שונים, בדרך כלל בשאלות משמעת ורישוי. מדובר גם בעניינים שבהם בתונה זכות ערעור ישירות לבית־המשפט העליון. ראו למשל סעיף 144 לפקודת הרופאים (נוסח חדש), תשל"ז-1976; וסעיף 51 לפקודת רופאי השיניים (נוסח חדש), תשל"ט-1979; סעיף 18 לחוק הפסיכולוגים, תשל"ז-1977. כן ניתן להוסיף ערעורים שונים אחרים: סעיף 32(ד) לחוק פיקוח על בתי ספר, תשכ"ט-1969. עניינים אחרים המתבררים כ"ערעורים שונים" הם פשטים ופעוטים בדרך כלל, ואינם ראויים להתברר כעתירה מינהלית. למשל, סעיף 54 לפקודת התעבורה (נוסח חדש), תשכ"א-1961; סעיף 5 לחוק הסיוע המשפטי, תשל"ב-1972.

סוגו תחילה, לצורכי מזכירות, כחלק מהמרצות הפתיחה, אולם במהרה בא השוני המהותי לביטוי גם בסדרי המזכירות.

המעבר מחלקת בג"ץ לחלקת בתי המשפט האזרחיים הביא להרחבה ניכרת של מעגל הפונים בעתירות מינהליות. הפנייה לבית המשפט האזרחי נוחה יותר, מהירה יותר וייתכן שגם זולה יותר. מעגל הפרקליטים הבא במגע עם העניינים המינהליים הולך ומתרחב. בין הפרקליטים המופיעים בעניינים אלו ניתן לזהות פנים חדשות רבות, ולא רק "לוחמי בג"ץ" ותיקים. גם טיבם של העניינים המובאים מתרחב. לא רק גורלן של תוכניות בנייה שתהומן רחב והשפעתן ניכרת, אלא גם עתירות לא מעטות בעניינים שבימוים: פה עתירה בעניין סככה שלא הותר להקימה, שם עתירה בעניין היתר בנייה שהוצא לשכון, ובצד עניינים של יומיום, גם עתירות בנושאים בעלי עניין ציבורי מובהק, למשל, עותרים ציבוריים שמעייניהם נתונים לשמירת איכות הסביבה.¹⁵⁷ הרחבת מעגלים אלו גותנת את אותותיה גם במוסדות התכנון, ויש לקוות כי אלה מתאימים את עצמם לשינויים, וכי הם ערים לכך שהרחבת המעגלים תגביר את חשיפתם לביקורת שיפוטית.

האכסניה החדשה, הרחבת מעגל הפרקליטים והרחבת קהל העותרים מעוררות מטבע הדברים קשיים מקשיים שונים, אולם אלה הולכים ונעלמים עם התפתחות הפסיקה. קנשי אחד הוא בשאלת הסמכות. נדרשו מספר הבהרות בפסיקה באשר לתיחום הסמכויות שבין בית המשפט לעניינים מינהליים לבית המשפט האזרחיים. פעמים רבות מתעורר ספק אצל מתדיינים בהליכים אחרים, שמא ראוי שההתדיינות ביניהם תתברר בדרך של עתירה מינהלית. בדרך כלל מתעורר הספק במסגרת דיון בהמרצות פתיחה. ניתן היה לצמצם את הספקות בדרך פשוטה: להרחיב את מעגל השופטים המוסמכים לדון בענייני תכנון ובנייה, וליתן הסמכה כזאת גם לשופטים העוסקים בהמרצות הפתיחה. בדרך זו ניתן יהיה להוסיף ולברר את התובענה בצורה בה הוגשה. אם במהלך הדיון תתברר התמונה כך שברור כי הדרך הראויה לבידור היא בעתירה מינהלית, יוכל ההרכב הדין בתובענה להעביר את הדיון לבית המשפט לעניינים מינהליים, אך כעניין מצוי יוסיף אותו הרכב לדון בעתירה.

מן הבחינה הדיונית, מתברר השלב הדיוני של "דיון מוקדם" (על פי תקנה 6 לתקנות הנ"ל) כשלב הכרחי ויעיל. פעמים רבות מצוי האזרה העותר כנגד הרשות ב"חשכה" מסוימת. פעמים מגעת ידיעתו רק כדי החלטתו הסופית של מוסד התכנון, ואין הוא יודע את טעמיה במלואם.¹⁵⁸ התגובה המוגשת לקראת הדיון המוקדם מאירה את הדברים, ממקדת את המחלוקת ומסייעת בתיחום הפלוגתאות. הדיון המוקדם מהווה זירת מפגש גוהה לצדדים.

157. ראו למשל עתירה מינהלית (חי') 524/96 מ' 1724/96 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז חיפה ואח' (טרם פורסם).
158. מצב זה מעורר גם שאלה נכבדה של זכות העותר לעיין במסמכים פנימיים של מוסדות התכנון. ראו למשל החלטתו של השופט ביין בעתירה מינהלית (חי') 96/303 אגודת המים השיתופית בכפר ברנדייס בע"מ ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז חיפה ואח' (טרם פורסם), שם הורה בית המשפט להעמיד לרשות העותרים את "התומר הפנימי", למעט תכתובת משפטית.

למוסדות התכנון ניתנת הזדמנות לכלכל את צעדיהם, ובכלל זה לתקן טעויות שונות שנפלו בהליכי התכנון או להבהיר את המניעים למהלכיהם. זו גם זירה נוחה לבית המשפט, המאפשרת לו לתרום את חלקו בקידום פתרון שיניח את דעת כל הצדדים. גם כאשר הדיון המוקדם אינו מסתיים בפשרה, הרי מיקוד הסכסוך מאפשר לבית המשפט להכריע בעתירה לגופה, מבלי להעמיק עוד את היריעה הראייתית. בהגשת כתבי תגובה בהירים מצד המשיבים לעתירות יש כדי לקדם אפשרות זו, מבלי שיהיה צורך בשלב נוסף של סיכומים. עתירות העוברות את ספו של הדיון המוקדם, בשלות לדיון. בכלים הראייתיים שבידי בית המשפט לעניינים מינהליים נעשה שימוש מבוקר. במיוחד אמור הדבר בחקירת המצהירים. בית המשפט נוטה לאפשר חקירה כזאת, בשום לב למהות העניין ולמהות הטענות הנטענות. לחקירה זו ערך רב במיוחד כאשר נטענות טענות מובהקות מעולם המשפט המינהלי: למשל, טענה בדבר שיקולים זרים. הרי ברור שאם נשקלו שיקולים כאלה, אין הרשות חושפת אותם, וגטייתה היא להסתתר מאזורי שיקולים תמימים למראה. חקירה נגדית היא הכלי העיקרי שבידי העותר לחשוף את השיקולים הנסתרים. האופי הבג"צי של הדיון בעתירות המינהליות חובב על הפרקליטים את טענות הסף, ונראה כי הם נוטים להעלותן כמעט בכל עתירה. במיוחד אמור הדבר בטענת השיהוי, שמעלים המשיבים, וזאת משום התקופה שנגקבה בתקנות – ארבעים וחמישה יום. לעניין זה אין לנו אלא לחזור על דברים שאמרנו לעיל: ראוי שמועד זה ישמש אמת-מידה בלבד, ולא מחסום קשיח. על העותרים להקפיד ולמצות את ההליכים התכנוניים בסרם שימו פעמיהם לבית המשפט.

סוף דבר

הבחנות מסורתיות של המשפט המינהלי הולכות ומאכזרות מחשיבותן. כך ההבחנה שבין "בטל" ל"ניתן לביטול", כך ההבחנה שבין הציבורי לבין הפרטי. מגמות אלו משתלבות במגמה המוסדית – העתקת מרכז הכובד השיפוטי בעניינים המינהליים השוטפים מבג"ץ לבתי המשפט האזרחיים. במקום שהתעכב המחוקק והתקשה, נטל בית המשפט עצמו את המשימה, ותורה להעביר את עיקר השיפוט לבתי המשפט האזרחיים. כך בענייני המכרזים, כך בשאלות הקשורות בחברות במוסדות של רשויות מקומיות, וכך בסופו של דבר בסוגיה שעסקנו בה כאן – ענייני תכנון ובנייה.

בחנו את הטעמים שהניעו את בית המשפט להורות על ההעברה, ומצאנו כי קשיים שהיו בעבר נעלמו: תחומי הדיון שהועברו הגיעו לרמת פיתוח גבוהה, נמצאה הדרך להתגבר על מגבלותיו של בית המשפט האזרחי במתן סעדים כנגד המדינה. נותרה מחלוקת באשר לכסיס העיוני להעברה, ובעיקר סביב השאלה אם נדרשת נוכחותו של מרכיב אזרחי-פרטי כדי לקבוע שמקום הדיון הראוי הוא בבית המשפט האזרחי, ומה מירתו של מרכיב זה. כאן נמנים אנו עם המחנה הגורס שלבג"ץ ולבתי המשפט האזרחיים סמכות מקבילה ואין היא מותנית בקיומו של מרכיב כזה. הטעמים שהניעו את בית המשפט בסופו של דבר להורות על ההעברה היו שניים, והם שיקולים מוסדיים: העומט התולך וגובר בבית המשפט העליון, ויתרונם של בתי המשפט האזרחיים בבירור עובדתי.

אולם שלא כבענייני מכרזים, הפעם מיהר המתוקק להתערב, והקים את בית־המשפט לעניינים מינהליים. גופו של בית־המשפט שהוקם מצוי בשדה בתי־המשפט האזרחיים, אך נשמתו נותרה כשל בית־המשפט הגבוה לצדק. לכאורה, נראה שנשמרה ההפרדה בין המערכת המינהלית לבין אחותה האזרחית. מתכונת זו מעוררת קשיים בשאלות של סמכות, סעדים וסררי־הדין. ביקשנו להיעזר במסקנות שהנבנו מהדיון הראשון, כדי להשיב לשאלות אלו, ולהציע מבחנים ענייניים להבהרתן, כמו גם הצעות אחדות לשיפור הפרקטיקה המתגבשת.

נראה שימיו של חוק מסגרת מסודר לבתי־המשפט לעניינים מינהליים הולכים ובאים. ההסדר יבוסס על ההסדר שנוקט בתחום דיני התכנון והבנייה, ירחיב אותו לעניינים נוספים, ויכניס בו שינויים ושיפורים אחדים. הניסיון שנצבר לפי שעה מכשיר את הקרקע להרחבה זו, ויקל על קליטתה בבתי־המשפט האזרחיים, ובקרב קהל הפרקליטים וקהל העותרים כולו.

ניתן לומר כי הדין המינהלי הגדון בבית־המשפט לעניינים מינהליים הריהו כדין המינהלי הגדון בבית־המשפט הגבוה לצדק. הגישה ראוי שתהיה אותה גישה של התחשבות בעניין הציבורי, זהירות וריסון בביקורת השיפוטית, ענייניות ויעילות דיونית. דרכי הדיון יונקות מבג"ץ, אך דרכי הדיון האזרחיות אינן חסומות. נותר לנו לקוות שהתוכן הממשי של הפסק לא ישתנה.
