

חקירה נגדית בבג"ץ ובבית-המשפט לעניינים מנהליים

מאת
עומר דקל*

תקציר

מדיניותו העקבית של בית-המשפט היא שככל שמדובר בהליך שיפוטי המתנהל לפני בג"ץ או בית-המשפט לעניינים מנהליים, רק במקרים נדירים ויוצאי-דופן יותר לעותר להעיד עד או לחקור את המצהיר מטעם המדינה. זאת, להבדיל מההליכים השיפויים האזרחי או הפלילי, שבהם הזכות להעדת עדים והזכות לעריכת חקירה נגדית אינן מוטלות בספק. המאמר מראה כי ראוי לשנות מדיניות זו, ולהכיר, בכפוף להגבלות מועטות, בזכותו של עותר לחקור את המצהיר מטעם בעל-הדין שכנגד.

מבוא

- א. מעמדה של הזכות לחקירה נגדית בהליך השיפוטי האדוורסרי
 1. רקע
 2. ההסדר החקיקתי בסוגיית החקירה הנגדית בהליך השיפוטי המנהלי
 3. מעמדה של הזכות לחקירה נגדית בהליך השיפוטי המנהלי
- ב. טעמים המצדיקים את הגבלתה של הזכות לחקירה נגדית בהליך השיפוטי המנהלי
 1. יעילות הדיון
 2. חשש לשיבוש פעולתה של הרשות המנהלית
 3. רמת אמון גבוהה ברשות המנהלית בכלל ובפרקליטות המדינה בפרט
- ג. טעמים המצדיקים הכרה בזכותו של בעל-דין בהליך השיפוטי המנהלי לערוך חקירה נגדית
 1. נחיתותו של העותר אל מול הרשות המנהלית
 2. חולשתה של הזכות המנהלית

* מרצה בכיר במרכז האקדמי למשפט ועסקים. ברצוני להודות לכל מי שסייע לי בגיבוש המאמר: פרופ' יואב דותן, עו"ד ארז טיקולסקר, עו"ד נורית ענבל, עו"ד ברק ליזר, יונתן ברוורמן ומעיין מנשה. תודה מיוחדת לפרקליטים מפרקליטות המדינה ששיתפו אותי בלבטיהם ותרמו לי נתונים ומידע בלב פתוח ובנפש חפצה. כן מסורה תודתי לחברי מערכת עיוני משפט, אשר הערותיהם והארותיהם תרמו רבות לשיפור המאמר.

3. הדמיון בין ההליך השיפוטי הפלילי לבין ההליך השיפוטי המנהלי
 4. הדין מכיר בזכות לעריכת חקירה נגדית
 5. חיזוק מעמדו של בית-המשפט
 6. קבלת התצהיר כפשוטו מעבירה מסר בעייתי לרשות המנהלית
- סיכום ומסקנות

מבוא

עניינו של המאמר בשאלה אם ראוי להכיר בזכותו של עותר לבית-המשפט הגבוה לצדק או לבית-המשפט לעניינים מנהליים (להלן: ההליך השיפוטי המנהלי) להעיד עד או לחקור מצהיר מטעם המשיב.¹ שאלה זו מתעוררת לנוכח המדיניות השיפוטית שלפיה ברוב המקרים בית-המשפט אינו מאפשר זאת. כפי שיוסבר בהמשך, אני סבור כי ככלל ראוי להכיר בזכותו של עותר להעיד עד או לחקור מצהיר מטעם המשיב, בכפוף לכמה סייגים. ההסדר המוצע שונה באופן משמעותי מן הקיים, שכן הוא הופך את החזקה הקיימת, שלפיה עריכת חקירה אינה אפשרית אלא במקרים חריגים ביותר, ומציע להכיר בזכותו של עותר להעיד עד או לחקור מצהיר, בכפוף להגבלות מסוימות.

עד להקמתו של בית-המשפט לעניינים מנהליים, וכל עוד עתירות מנהליות נידונו לפני בג"ץ בלבד, ייתכן שהיה אפשר להצדיק את המדיניות הקיימת, בהתחשב בשיקולי עומס ובשיקולים אחרים שיפורטו בהמשך. אולם עם כינונו של בית-המשפט לעניינים מנהליים, נחלשו הצדקות אלה מאוד, ונראה כי במלאת עשר שנים לפעילותו בשלה העת לשינוי.² פרק א של המאמר מתאר את המצב הקיים בסוגיית החקירה הנגדית. זאת, הן במישור החקיקתי והן במישור ההלכתי, הן במישורים האזרחי והפלילי והן במישור המנהלי. כמו-כן הוא מציג את השוני בין סוגי ההליכים השונים מבחינת יחסו של בית-המשפט אל הזכות לחקירה נגדית במסגרתם, תוך התייחסות למצב הנוהג בשיטות משפט שונות. פרק ב מציג טעמים ושיקולי מדיניות התומכים במצב המשפטי הקיים, שעיקרם שיקולי יעילות מסוגים שונים. פרק ג מציג שורה של טעמים ושיקולי מדיניות השוללים את המצב המשפטי הקיים ומצדיקים את שינויו. הפרק האחרון מסכם את המאמר ומציג המלצה שעיקרה הכרה בזכותו

1 בדרך-כלל הצורך הוא בחקירת המצהיר מטעם המדינה. אולם ייתכנו מצבים שבהם הצורך יהיה בחקירת עד שאינו המצהיר (לדוגמה, כאשר העובדות הרלוונטיות מצויות בידיעתו של גורם מטעם המדינה שאינו המצהיר), ולעיתים הצורך הוא בחקירת מצהיר מטעם משיב שאינו המדינה (לדוגמה, מצהיר מטעם מציע שזכה במכרז, כאשר הטענה היא שהוא מסר לוועדת המכרזים מידע לא-נכון).

2 בבג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50, 61 (1991) (להלן: בג"ץ פסטרנק), נימק השופט ברק את קביעתו בדבר העברת הדיון בענייני מכרזים לבית-המשפט האזרחי, בין היתר, בקביעה כי "...לבית המשפט האזרחי הכלים והניסיון לביורר מעמיק של העובדות. ענייני מכרזים מעוררים לעתים קרובות מחלוקות קשות בעניינים שבעובדה, המצדיקות הכרעת הסכסוך בערכאה האזרחית הרגילה. החקירה הנגדית – המהווה את הכלי המרכזי בגילוי האמת – מהווה אמצעי מרכזי שעומד לרשות בית המשפט האזרחי". רצינול זה שריר וקיים, כמובן, גם כאשר הדיון נערך לפני בית-המשפט לעניינים מנהליים.

של העותר לחקור את המצהיר מטעם הרשות, ואף לזמן עדים מטעמו, אך תוך הענקת שיקול-דעת לבית-המשפט לתחום את העדות או את החקירה בזמן, ובמקרים מוגדרים אף למנוע את החקירה כליל. זאת, בעיקר בנסיבות של העדר מחלוקת עובדתית מהותית בין הצדדים.

א. מעמדה של הזכות לחקירה נגדית בהליך השיפוטי האדוורסרי

1. רקע

מוסכם על הכל כי אחת ממטרותיו העיקריות של ההליך השיפוטי – האזרחי, הפלילי או המנהלי – היא חשיפת האמת.³ כן מוסכם כי אחד הכלים המרכזיים הנתונים בידי הצדדים לצורך בירור האמת הוא החקירה הנגדית של הצד שכנגד,⁴ לכל-הפחות במסגרת ההליך האדוורסרי.⁵ שיטת המשפט האדוורסרית רואה את מתן ההזדמנות לצדדים לחקור את

- 3 ראו, לדוגמה, רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הרסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522 (1995), והפניות המפורטות בו. ראו גם: Marvin E. Frankel, *The Search for Truth: An Umpireal View*, 123 U. PA. L. REV. 1031, 1033 (1975); W. Bradley Wendel, *Rediscovering Discovery Ethics*, 79 MARQ. L. REV. 895, 931, 943 (1996); Robert S. Summers, *Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases*, 18 LAW & PHIL. 497, 497–511 (1999) כן ראו: Tehan v. Shott, 382 U.S. 406, 416 (1966); Martel v. Cnty. of L. A., 56 F.3d 993 (9th Cir. 1995); Malautea v. Suzuki Motor Co., 987 F.2d 1536, 1546 (11th Cir. 1993).
- 4 נהוג לצטט בהקשר זה את דבריו של המלומד ויגמור, שלפיהם מכשיר החקירה הנגדית הוא "beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth" 5 JOHN HENRY WIGMORE, WIGMORE ON EVIDENCE 32 (James H. Chadbourne ed., rev. ed. 1974). בבג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד יג 5, 23 (1959), קבע השופט אגרנט: "החקירה שכנגד רואים אותה כמכשיר היעיל ביותר שהומצא עד היום והמשמש בידי בעל-דין לשם גילוי האמת במשפט, ולדעת ויגמור מהווה אמצעי זה – ולא המוסד של חבר המושבעים – התרומה העולה בחשיבותה ובערכה על כל תרומה אחרת שהרימה היוריספרודנציה האנגלו-אמריקנית לשיפור סדרי הדין...". כן ראו רע"א 5281/06 צ'מפיון מוטורס (ישראל) בע"מ נ' עוז, תק-על 2006(4) 358, 362 (2006); ישעיהו לויט החקירה שכנגד 161(מהדורה שלישית מורחבת, 2011). לסקירת ההתפתחות ההיסטורית של הזכות לחקירה נגדית במשפט האנגלו-אמריקני ראו: Jules Epstein, *Cross-Examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and "At Risk"*, 14 WIDENER L. REV. 427, 431–437 (2009).
- 5 בהליך שיפוטי אינקוויזיטורי, מטבע הדברים, אין למנגנון החקירה הנגדית חשיבות רבה, שכן השופט עצמו הוא הגורם המרכזי בהליך בירורן של העובדות, ובכלל זה בחקירת העדים המופיעים לפניו. לסקירה של ההליך השיפוטי האינקוויזיטורי ראו: JOHN HENRY MERRYMAN & ROGELIO PÉREZ-PERDOMO, *THE CIVIL LAW TRADITION: AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEM OF WESTERN EUROPE AND LATIN AMERICA* 112–133 (3rd ed. 2007); ARTHUR ENGELMANN, *A HISTORY OF CONTINENTAL CIVIL PROCEDURE* 3–81 (Robert Wyness Millar ed., 1928).

עדיו של הצד שכנגד כחינוי לעצם קיומו של משפט הוגן.⁶ במדינות אחדות הזכות לחקירה נגדית אף מהווה זכות יסוד חוקתית, לפחות במישור הפלילי, והיא מוכרת ככזו גם באמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד.⁷ בישראל הכיר בית המשפט העליון בזכות לחקירה נגדית כ"זכות דיונית מן המעלה הראשונה", אם כי לא כזכות יסוד.⁸ ככל שמדובר בהליך השיפוטי הפלילי או האזרחי, בית המשפט רואה בזכות לחקירה נגדית זכות המעוגנת בחוק, שאין לפגוע בה. מקור הזכות בסעיפים 17(א) ו-26 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, אשר מחייבים את בית המשפט להיעתר לבקשתו של בעל־דין לחקור את הצד שכנגד או מומחה, רופא או עובד ציבור.⁹ אכן, כל אימת שעלתה טענה בדבר פגיעה בזכות לחקירה נגדית הדגיש בית המשפט את החשיבות שראוי לייחס

6 John Nivala, *Fair Process and Fair Play: Professionally Responsible Cross-Examination*, 14 WIDENER L. REV. 453, 456 (2009)

7 בתיקון השישי לחוקה האמריקנית (U.S. CONST. amend. VI) נקבע: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to... be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense". עם זאת, קיימת מחלוקת אם הזכות המעוגנת בחוקה הינה אכן זכות לחקירה נגדית. ראו Nivala, לעיל ה"ש 6, בעמ' 454. למעמדה החוקתי של הזכות לחקירה נגדית ראו: Aislee V. Smith, *Scope of Cross-Examination*, 32 How. L.J. 377 (1989); John Apol & Paul J. Komives, *Criminal Procedure*, 1995 DETROIT C. L. REV. 475, 570-571 (1995); Carol A. Chase, *The Five Faces of the Confrontation Clause*, 40 Hous. L. REV. 1003, 1024 (2003)

8 בס' 6(d)(3) לאמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד נקבע: "Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:... (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him". ראו: The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 6(3)(d), *opened for signature* Nov. 4, 1950, C.E.T.S. No. 005 conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG

9 ע"פ 10736/04 כהן נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3) 4693, 4703 (2006); ע"פ 5329/98 דג'אני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 280, 273 (2003); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית הפרקליט מא 271, 285 (1994). לעמדה נוגדת ראו עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155, 172 (1996). ס' 17(א) לפקודת הראיות קובע:

17" (א) הוראות סעיף 15 אינן גורעות מכוחו של בית המשפט לצוות כי המצהיר יחקר בבית המשפט, ובית המשפט ייעתר לבקשתו של בעל דין לצוות על כך; לא התייצב המצהיר, רשאי בית המשפט לפסול תצהירו מלמש ראייה.
(ב) נתברר לבית המשפט, שבקשתו של בעל דין לחקור מצהיר בבית המשפט באה לשם קנטור או מתוך קלות דעת, רשאי הוא להטיל על המבקש את הוצאות החקירה."

ראו גם ס' 26 לפקודת הראיות, המסדיר חקירה של מומחה, רופא או עובד ציבור.

לה.¹⁰ כך, למשל, כאשר סירב בית-המשפט המחוזי לבקשתו של בעל-דין לחקור את הצד שכנגד – וזאת מכוח שיקול-הדעת שתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, מעניקות לבית-המשפט – הפך בית-המשפט העליון את ההחלטה.¹¹ אחד הטעמים שעמדו בבסיסו של פסק-דין זה היה שאין בכוחן של תקנות לצמצם זכות המוקנית לבעל-דין בחקיקה ראשית.¹²

2. ההסדר החקיקתי בסוגיית החקירה הנגדית בהליך השיפוטי המנהלי

ההסדרה החקיקתית של סוגיית החקירה הנגדית בהליך השיפוטי המנהלי מעוגנת בכמה מקורות חקיקתיים. המקור הראשון הוא כאמור סעיף 17(א) לפקודת הראיות, המכיר בזכותו של בעל-דין לחקור בעל-דין שכנגד על תצהירו,¹³ ולבית-המשפט אין שיקול-דעת למנוע זאת ממנו.¹⁴ הסדר זה חל על כל הליך שיפוטי, ללא כל הבחנה, ומכאן שלפחות על פני הדברים ניתן להסיק כי גם ההליך השיפוטי המנהלי כפוף לו, וכי פקודת הראיות אינה מהווה הסדר שלילי המדיר מתחולתו את ההליך השיפוטי המנהלי או כל הליך שיפוטי אחר.¹⁵ מקור חקיקתי נוסף אשר רלוונטי לענייננו הוא חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים). החוק אומנם אינו מתייחס ישירות לסוגיית החקירה הנגדית, אך קובע בסעיף 13(2) כי שר המשפטים יתקין תקנות לביצוע החוק, ובכלל זה תקנות בדבר סדרי דין, שלפיהן "...סדרי הדין בעתירה מינהלית יהיו במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק,

-
- 10 ע"א 157/66 אפיריון נ' כהן, פ"ד כ(3) 628, 630 (1966); ע"א 521/77 ברור נ' רשות הנמלים, פ"ד לב(1) 416, 419 (1978); ע"א 707/79 וינר את טיקו נ' אמסלם, פ"ד לה(2) 213, 209 (1980); ע"א 228/81 יובל חברה לבטוח בע"מ נ' פומס, פ"ד לה(4) 640, 642-641 (1981); ע"א 654/83 מוסקוביץ נ' אברבנאל, פ"ד לה(4) 131, 134 (1984).
- 11 רע"א 2508/98 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, פ"ד נג(3) 26 (1998) (להלן: עניין מתן).
- 12 שם, בעמ' 35-36. ראו גם עניין צ'מפיון מוטורס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 362. יצוין כבר עתה כי נימוק זה ישמש בהמשך המאמר אחד הטעמים התומכים בטענה כי אי-אפשר לכרסם באמצעות תקנה בזכות שפקודת הראיות מעניקה לבעל-דין (ראו להלן תת-פרק ג4).
- 13 זכות דומה מעוגנת גם בס' 26(א) לפקודת הראיות, ככל שמדובר בעדות של מומחה, רופא או עובד ציבור. ראו לעיל ה"ש 9 והטקסט שלידה.
- 14 ע"א 217/63 רביאון נ' הולצמן, פ"ד יז 2717, 2727 (1963); עניין אפיריון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 630; עניין מתן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 34.
- 15 הסייגים לזכות החקירה הנגדית מוגדרים בחקיקה ספציפית, ואינם נוגעים בענייננו. כך, לדוגמה, ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, מסייג את הזכות לחקירה נגדית בנסיבות שבהן החקירה אינה לעניין הנידון; החקירה אינה הוגנת; יש בחקירה משום עלבון, הפחדה או ביוש; וכדומה. נוסף על כך, ס' 17(ב) לפקודת הראיות מסמיך את בית-המשפט להטיל על המבקש את הוצאות החקירה בנסיבות של חקירה קנטרנית או חקירה שנבעה מקלות-דעת. ראו, לדוגמה, עניין מתן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 33-34.

בשינויים שיקבע שר המשפטים, באופן שיבטיחו סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום בירור עובדתי ככל שהדבר דרוש".¹⁶

התייחסות חקיקתית מפורשת לסוגיית החקירה הנגדית בהליך השיפוטי המנהלי ניתן למצוא רק בתקנות. כך, תקנה 18(א) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין בבג"ץ),¹⁷ קובעת כי "בעל דין הרוצה לחקור את מי שהצהיר מטעם בעל הדין שכנגד, רשאי בית המשפט להתיר לו לעשות כן, אם ראה צורך בכך לשם עשיית צדק";¹⁸ ותקנה 15(א) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 (להלן: תקנות בתי משפט לעניינים מנהליים), קובעת כי "בית המשפט ידון בעתירה על פי ראיות שיוכאו בתצהירים, ואולם רשאי הוא, לבקשת בעל דין, להתיר חקירת מצהיר של בעל הדין שכנגד, אם ראה כי הדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה".¹⁹

התמונה העולה ממארג חקיקתי זה כוללת, אם כן, שני הסדרים הנמצאים במתח זה עם זה: הסדר אחד, המעוגן בפקודת הראיות, מעניק לבעל-דין זכות לחקור את המצהיר מטעם הצד שכנגד; והסדר אחר, המעוגן בתקנות סדר הדין בבג"ץ ובתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים, מקנה לבית המשפט שיקול-דעת לאפשר חקירה נגדית, כאשר לדעתו הדבר דרוש "לשם עשיית צדק" (בג"ץ) או "לשם הכרעה בעתירה" (בית המשפט לעניינים מנהליים).²⁰ כפי שנראה מיד, המדיניות השיפוטית בסוגיית החקירה הנגדית בהליך השיפוטי המנהלי גובשה ללא כל התייחסות למתח זה, תוך שבית המשפט גוזר את מדיניותו מן ההסדר המעוגן בתקנות בלבד.²¹

16 הנוסח המלא של ס' 13(2) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים הוא: "13. שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות ככל הנוגע לביצועו, ובכלל זה תקנות בדבר... (2) סדרי הדין בעתירה מינהלית, בערעור מינהלי ובתובענה מינהלית, לרבות לענין המועד להגשת עתירה, מועדים אחרים, צו ביניים וקביעת ערובה למתן צו ביניים; סדרי הדין בעתירה מינהלית יהיו במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים שיקבע שר המשפטים, באופן שיבטיחו סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום בירור עובדתי ככל שהדבר דרוש...".

17 המקור הנורמטיבי להתקנת תקנות סדר הדין בבג"ץ הוא ס' 46 ו-47 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ס"ח 148, 151, אשר נהפכו, בהתאמה, לס' 108 ו-109 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). סעיפים אלה מהווים גם את המקור הנורמטיבי להתקנת תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

18 תקנה זו הותקנה מכוח ס' 108 ו-109 לחוק בתי המשפט.

19 תקנה זו הותקנה מכוח ס' 13(2) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

20 דיון מפורט במשמעויות הנורמטיביות הנובעות ממתח זה ייערך להלן בתת-פרק 4.

21 יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 98-92 (1975); רענן הרזוהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 84-85 (1991). מסקירה שנערכה לצורך כתיבת המאמר בשני מאגרי מידע משפטיים (נבו ותקדין) עולה כי בג"ץ ובית המשפט לעניינים מנהליים לא דנו כלל בס' 17(א) לפקודת הראיות.

3. מעמדה של הזכות לחקירה נגדית בהליך השיפוטי המנהלי

על-אף העובדה שהן פקודת הראיות והן קביעותיו של בית-המשפט העליון בפסק-דין מתן לא סויגו להליכים פליליים או אזרחיים בלבד, ההכרה השיפוטית בזכות לחקירה נגדית בהליך השיפוטי המנהלי מצומצמת ביותר.²² זאת, הן בישראל והן במדינות אחרות שהשיטה הנוהגת בהן היא שיטת המשפט המקובל.

כך, בארצות-הברית בירור של העובדות השנויות במחלוקת בין הפרט לבין הרשות ניתן לבירור ממצה, הכולל גם זכות לחקירה נגדית, רק במסגרת עתירה המוגשת לבית-דין מנהלי, פדרלי או מדינתי בהתאם לעניין, וזאת בנסיבות שבהן קיים בית-דין מנהלי המוסמך לרונן בעניין. בית-הדין המנהלי דומה באופיו ובמעמדו לבית-הדין המנהלי הפועל אצלנו מכוח חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק בתי-דין מנהליים), והוא אינו נחשב "בית-משפט". להבדיל מבית-משפט, בית-דין מנהלי ממונה על-ידי הרשות המנהלית הנוגעת בדבר, ומהווה חלק ממנה; סמכותו ומעמדו נובעים מהחוק המסדיר את פעילותה של אותה רשות; סדר הדין בו משתנה בהתאם להוראות החוק המסמך; והליך הבירור של המחלוקת מתנהל לפני "שופט מנהלי" (Administrative Law Judge – ALJ),²³ שאינו נכלל ברשות השופטת, אלא ממונה על-ידי אותה רשות מנהלית שבית-הדין פועל במסגרתה. עצמאותו השיפוטית של ה-ALJ הפדרלי מובטחת באמצעות חוק סדרי המנהל הפדרלי.²⁴ אי-אפשר לפטרו, להשעותו או להפחית את שכרו, אלא בכפוף לשימוע לפני גוף נפרד;²⁵ והוא נהנה מחסינות מוחלטת מפני תביעות בכל הנוגע במילוי תפקידו.²⁶ ההליך המתקיים לפני ה-ALJ נועד במוצהר לבירור העובדות השנויות במחלוקת בין הצדדים, ככל שקיימת מחלוקת כאמור, ובמסגרת זו עומדת לצדדים הזכות להביא כל ראיה, להעיד עדים ואף לחקור את העדים מטעם הצד שכנגד.²⁷ יתרה מזו, לעיתים קרובות השופט המנהלי עצמו נוקט גישה אקטיבית, נוטל חלק פעיל בהליך הבירור העובדתי, ואף חוקר את הצדדים.²⁸ על החלטת בית-הדין המנהלי ניתן לערער לפני בית-משפט פדרלי או מדינתי, לפי העניין.²⁹

22 עניין מתן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 35. כזכור, פסק-הדין קובע כי אין בכוחן של תקנות לצמצם את הזכות לחקירה נגדית המעוגנת בחקיקה ראשית.

23 לסקירה היסטורית של התפתחות בתי-הדין המנהליים בארצות-הברית, למאפייניהם ולביקורת עליהם, ראו: David E. Guinn, *Tracing the Unique Contours of Administrative Justice: Reconceptualizing the Judicial Model for Administrative Law* (working draft, Sept. 26, 2007), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017306.

24 Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 554(d)(2) (2011). באשר לשופטים המנהליים המדינתיים, אלה כפופים לחקיקה המדינתית, המעניקה להם מידה משתנה של עצמאות שיפוטית – כל מדינה ומערכת החוקים שלה.

25 Decisions of the United States Merit Systems Protection Board (M.S.P.B.), 5 C.F.R. § 1201 (1989).

26 Butz v. Economou, 438 U.S. 478, 514 (1978).

27 Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 556(d) (2011).

28 Guinn, לעיל ה"ש 23, בעמ' 13.

29 ראו, לדוגמה: Schaffer v. Weast, Superintendent, Montgomery Cnty. Pub. Sch., 546 U.S. 49 (2005). עניינה של פרשה זו בערר שהגישו הוריו של ילד נכה על התוכנית החינוכית

על-פי-רוב זוהי הערכאה היחידה שלפניה הצדדים לסכסוך המנהלי יכולים להציג ראיות ולחקור עדים.³⁰ באשר לאפשרות להעיד את הגורם המנהלי שקיבל את ההחלטה העומדת לביקורת בבית-משפט "רגיל" – אף שהחוק אינו מונע זאת במפורש, ככלל בית-המשפט אינו מאפשר זאת. הטעם העומד בבסיסה של מדיניות שיפוטית זו הוא שהביקורת השיפוטית על ההליך המנהלי מבוססת אך ורק על המסמכים הכתובים שגובשו במסגרת ההחלטה המנהלית העומדת לביקורת.³¹ על-כן בית-המשפט אינו רואה צורך לעמוד על מצבו המנטלי של מקבל ההחלטה בעת קבלתה.³² כתוצאה מכך ניתן להצביע על מקרים ספורים בלבד שבהם הורה בית-המשפט לנציג הרשות להעיד על השיקולים שעמדו בבסיס ההחלטה שקיבל.³³

שנקבעה לו על-ידי רשות החינוך המקומית. הערר הוגש, בהתאם לקבוע בחוק (Individuals with Disabilities Education Act, 1400 et Seq. (2004)), ל-ALJ. משנדחה הערר, ערערו ההורים על החלטת ה-ALJ לבית-המשפט המחוזי במרילנד, שהפך את החלטת ה-ALJ. על פסק-דין זה הגישה הרשות ערעור, שהתקבל, לבית-המשפט הפדרלי לערעורים. בסופו של דבר פסק בעניין בית-המשפט העליון של ארצות-הברית. הגם שלעובדות המקרה אין חשיבות לענייננו, מדובר בהשתלשלות עניינים שכיחה.

ראוי לציין כי איני רואה אפשרות או הצדקה ליישום מודל מעין זה בשיטתנו המשפטית. זאת, מכיוון שהדבר יחייב שינוי מהותי ומקיף ביותר בסדרי הדין של המשפט המנהלי בכללותו, במובן זה שכל עתירה נגד החלטה או פעולה מנהלית תובא קודם כל לפני בית-דין מנהלי, ותגיע לדיון לפני מערכת בתי-המשפט הרגילה רק בנסיבות של ערעור. יתרה מזו, תידרש רפורמה משמעותית גם במערכת בתי-הדין המנהליים עצמה, שכן הדבר יחייב תוספת של בתי-דין מנהליים ודיינים מנהליים רבים, הקפדה יתרה על כללי המינוי של אותם דיינים, גיבוש כללים שיאפשרו את עצמאותם השיפוטית, הקפדה רבה יותר למניעת כל חשש לניגוד עניינים ועוד. מדובר, אם כן, ברפורמה רחבה ושפתנית, שתחייב השקעה רבה של משאבים, אשר ספק אם יש לה הצדקה לנוכח הפתרון הפשוט המוצע על-ידי במסגרת מאמר זה. מכל מקום, בחינה מעמיקה ויסודית של כיוון מחשבה זה מחייבת התייחסות נפרדת, החורגת מתחומו של מאמר זה.

WILLIAM F. FUNK, SIDNEY A. SHAPIRO & RUSSELL L. WEAVER, PROCEDURE AND PRACTICE: PROBLEMS AND CASES 267 (1997); PETER L. STRAUSS, ADMINISTRATIVE JUSTICE IN THE UNITED STATES 345 (2nd ed. 2002) 30

פסק-הדין המנחה בעניין זה הוא: Sec. & Exch. Comm. v. Chenery Corp., 332 U.S. 194 (1947). 31

פסק-הדין המנחה בעניין זה הוא: United States v. Morgan, 313 U.S. 409, 422 (1941). המינוח בפסק-הדין הוא: "the mental processes of the secretary". הרציונל שעמד בבסיס החלטתו של השופט פרנקפורטר לא לאפשר חקירה נגדית של פקיד ממשל במסגרת ההליך השיפוטי היה שהליך קבלת ההחלטה על-ידי פקיד הממשל דומה במידה רבה להליך קבלת ההחלטה על-ידי שופט, וכשם שאין לחקור שופט בנוגע לאופן קבלת החלטתו, כך גם לגבי פקיד הממשל. פסק-הדין צוטט מאז בהסכמה בפסק-דין רבים נוספים. ראו, לדוגמה: Keith v. Barnhart, 473 F.3d 782, 788 (7th cir. 2007); United States v. Sensient Colors, Inc., 649 F. Supp. 2d 309, 316 (D.N.J. 2009) 32

פסק-הדין המנחה בעניין זה הוא: Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402, 420 (1971). מאז ניתנו עוד כמה החלטות שיפוטיות בכיוון זה. החלטות אלה 33

המצב באנגליה דומה במידה רבה למצב הנוהג אצלנו. הליכים של חקירה נגדית ושל גילוי מסמכים במסגרת עתירה מנהלית נתונים לשיקול-דעתו של בית-המשפט, אולם רק במקרים נדירים ביותר בית-המשפט מאפשר חקירה נגדית של המצהיר מטעם המדינה.³⁴ בקנדה, לעומת זאת, שמורה לאזרח הזכות לחקירה נגדית ברוב ההליכים המנהליים. בית-המשפט העליון של קנדה פסק שכאשר זכויותיו של האזרח עומדות לדיון, והחוק מעניק לו זכות טיעון, יש להכיר בזכותו לערוך חקירה נגדית.³⁵ יתרה מזו, במדינות אונטריו

התקבלו מן הטעם שהחלטה המנהלית, על נימוקיה, לא תועדה במועד קבלתה, ועל-כן לא היה בית-המשפט יכול לדעת אילו שיקולים הנחו בפועל את הפקיד בעת קבלת ההחלטה; או בניסיונות שבהן בית-המשפט לא האמין לגרסה שהציגה המדינה בתצהיר התשובה שלה. אולם בפסיקה מאוחרת יותר צומצמה ההלכה למקרים נדירים ביותר. ראו, לדוגמה: Pension Benefit Guar. Corp. v. LTV Corp., 496 U.S. 633, 653–654 (1990).

לסקירה של סוגיית החקירה הנגדית בהליך השיפוטי המנהלי בארצות-הברית ראו: Robert B. Owen, *Placing the Facts of Administrative Decisionmaking Before Reviewing Courts: English and American Techniques*, 27 Wm. & Mary L. Rev. 741, 746–750 (1986); Christopher Maska, *Discovery and Administrative Decisionmakers: The Morgan Doctrine Under Federal and Texas Law*, 3 Tex. Tech J. Tex. Admin. L. 61 (2002). Nathaniel L. Nathanson, *Probing the Mind of the Administrator: Hearing: כן ראו: Variations and Standards of Judicial Review Under the Administrative Procedure Act and Other Federal Statutes*, 75 Colum. L. Rev. 721 (1975).

O'Reilly v. Mackman, [1983] 2 AC 237 "...it will only be upon rare occasions that the interests of justice will require that leave be given for cross-examination of deponents on their affidavits in applications for judicial review" כן ראו: DIANE LONGLEY & RHODA JAMES, *ADMINISTRATIVE JUSTICE: CENTRAL ISSUES IN UK AND EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW* 107–108 (1999).

Innisfil Township v. Vespra Township, [1981] 2 S.C.R. 145, 166–167 (Can.): "It is within the context of a statutory process that it must be noted that cross-examination is a vital element of the adversarial system applied and followed in our legal system, including, in many instances, before administrative tribunals since the earliest times. Indeed the adversarial system, founded on cross-examination and the right to meet the case being made against the litigant, civil or criminal, is the procedural substructure upon which the common law itself has been built. That is not to say that because our court system is founded upon these institutions and procedures that administrative tribunals must apply the same techniques. Indeed, there are many tribunals in the modern community which do not follow the traditional adversarial road. On the other hand, where the rights of the citizen are involved and the statute affords him the right to a full hearing, including a hearing of his demonstration of his rights, one would expect to find the clearest statutory curtailment of the citizen's right to meet the case made against him by cross-examination"

ואלברטה הזכות לחקירה נגדית מעוגנת בחוק.³⁶ עם זאת, בסוגים מסוימים של הליכים מנהליים, שבהם אין חשש ממשי למהימנות העדים, בית המשפט מוכן לקבל אמצעים חלופיים לגילוי האמת במקום עריכת חקירה נגדית.³⁷

באשר לשיטתנו המשפטית, בשנותיה הראשונות של המדינה אפשר בית המשפט הגבוה לצדק חקירה של המצהיר מטעם המדינה כדבר שבשגרה,³⁸ וזאת מכוחה של תקנה 8 לתקנות בית המשפט הגבוה, 1937.³⁹ אולם לנוכח התחושה כי הזכות לחקירה נגדית מנוצלת לרעה על-ידי מתדיינים, שינה בית המשפט העליון בשנת 1960 את מדיניותו, וקבע כי אין לאפשר לעותר לחקור את המצהיר מטעם בעל-הדין שכנגד אלא במקרים חריגים ומיוחדים בלבד.⁴⁰ מדיניות שיפוטית זו עומדת בעינה עד היום, ואף התחזקה ככל שגבר העומס בבית המשפט העליון.⁴¹ התגברות העומס בבית המשפט אף הובילה למדיניות של הפניית עניינים מבג"ץ לבית המשפט האזרחי.⁴² אחד הטעמים שעמדו בבסיסן של החלטות שיפוטיות אלה היה התפיסה כי בבית המשפט האזרחי ניתן לערוך בירור מעמיק יותר של העובדות, ובין היתר לאפשר לבעל-הדין להעיד עדים ולחקור את המצהיר מטעם בעל-הדין שכנגד.⁴³ נראה כי בדברים אלה ניתן לראות הכרה עקיפה בכך שהעדר האפשרות לערוך חקירה נגדית בהליך השיפוטי המנהלי הינו בעייתי ובלתי-רצוי. אכן, בשנים שבהן נידונו עניינים מנהליים בבית המשפט האזרחי⁴⁴ ניתנה לצדדים האפשרות לחקור את המצהיר מטעם בעל-הדין שכנגד כדבר שבשגרה.⁴⁵

- Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22, § 10.1(a) (Can.); Administrative Procedure and Jurisdiction Act, Part 1 – Administrative Procedures, R.S.A. 2000, c. A-3, § 5 (Can.) 36
- .DAVID J. MULLAN, ADMINISTRATIVE LAW 287–288 (2001) 37
- ראו, לדוגמה, בג"ץ 202/56 דרעי נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר ירושלים, פ"ד יא 529, 530–531 (1957); אפרים סלנט בית המשפט הגבוה לצדק 103–102 (1955). 38
- תקנות בית המשפט הגבוה, 1937, ע"ר 678. 39
- כך, לדוגמה, בבג"ץ 135/60 גליקסמן נ' ראש המועצה המקומית רעננה, פ"ד יד 1085, 1088 (1960), ביקר השופט חיים כהן את הנורמה שהשתרשה בקרב עותרים לחקור חקירות ממושכות את המצהירים, ללא כל תועלת ממשית, באופן שגורם לבזבוז זמן שיפוטי יקר ומהווה ניצול לרעה של ההליך השיפוטי. להתפתחות ההלכה בנושא בבית המשפט הגבוה לצדק ראו הריזהב, לעיל ה"ש 21, בעמ' 83–85. 40
- שם, בעמ' 84–85. 41
- ראו, לדוגמה, בג"ץ פסטרנק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 62; בג"ץ 4306/93 חלפון נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה תל-אביב, פ"ד מז(4) 37, 41 (1993); בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, 247–248 (1994). 42
- ראו בג"ץ פסטרנק, לעיל ה"ש 2. 43
- משנת 1991 בענייני מכרזים ומשנת 1994 בענייני תכנון ובנייה ועד לשנת 2000, שבה כונן בית המשפט לעניינים מנהליים. 44
- ראו, לדוגמה, ה"פ (מחוזי ת"א) 11281/99 עורקים נדל"ן והשקעות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, דינים מחוזי 1999 (1) 18, פס' 8 לפסק-הדין (1999); ה"פ (מחוזי י-ם) 599/99 א.ג.י. בניה ופיתוח בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון, דינים מחוזי 2000 (2) 1236, פס' 45 לפסק- 45

מצב זה השתנה עם כינונו של בית-המשפט לעניינים מנהליים בשנת 2000, מכוח חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, אשר הסמיך את בית-המשפט המחוזי לדון בעתירות מנהליות.⁴⁶ עם כינונו של בית-המשפט לעניינים מנהליים התעוררה דילמה בדבר הזכות לקיים חקירה של עדים ומצהירים במסגרת הליך של עתירה מנהלית.

מצד אחד, היו סימנים לכך שכוונת המחוקק הייתה ליצור הליך מקביל להליך השיפוט ב"בג"ץ, ומכיוון שבבג"ץ לא נהוגה חקירה של עדים ומצהירים, כך צריך להיות גם בבית-המשפט לעניינים מנהליים. עמדה זו נסמכה על סעיף 8 לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, הקובע כי "בית משפט לעניינים מנהליים ידון בעתירה מינהלית ובערעור מינהלי בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים המחויבים לגבי עתירה מינהלית ולגבי ערעור מינהלי".⁴⁷

מצד אחר, היה אפשר להצביע גם על סימנים הפוכים. כך, בסיפא לסעיף 13(2) לחוק נקבע כי "סדרי הדין בעתירה מינהלית יהיו במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים שיקבע שר המשפטים, באופן שיבטיחו סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום כירור עובדתי ככל שהדבר דרוש" (ההדגשה הוספה). עוד יש לזכור כי אחד הטעמים שעמדו בבסיסן של החלטות השיפוטיות שהעבירו עניינים מבג"ץ לבית-המשפט האזרחי היה האפשרות לקיים כירור עובדתי ממצה ומעמיק יותר.⁴⁸

הזדמנות לתת מענה מוסמך לדילמה זו ניתנה לבית-המשפט העליון בשנת 2005 בפרשת סורחי, שעסקה במחלוקת עובדתית בין המערערים לבין משרד הפנים בדבר מקום מושבם בשנת 1967.⁴⁹ אולם קביעותיו של בית-המשפט העליון בפרשה זו אינן מגבשות הנחה

הדין (2000); ה"פ (מחוזי ב"ש) 8080/99 ניצנים חברה ארצית לשירותי כוח אדם ואבטחה נ' מנהלת הממשל התאום והקישור וועדת המכרזים אזור חבל עזה, פס' 6 לפסק-הדין (1999).
46 על תכלית הקמתו של בית-המשפט לעניינים מנהליים ראו מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000" משפט וממשל ו 233 (2001).

47 כן ראו, לדוגמה, עת"מ (מנהליים נצ') 144/02 א. בטחון אזרחי בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"מ, מינהליים (תשס"ב) 370, 383-384 (2002), שבו קבע בית-המשפט לעניינים מנהליים כי יש להתיר חקירה של מצהירים במקרים חריגים בלבד, כאשר הרבר דרוש לשם הכרעה בעתירה. את קביעתו זו ביסס בית-המשפט על תק' 15(א) לתקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים, ועל כך שזהו גם המצב הראוי, שאם לא כן קיים חשש שבית-המשפט ימצא עצמו מקבל החלטות במקום הרשות המוסמכת.

48 ראו בג"ץ פסטרנק, לעיל ה"ש 2. כן ראו, לדוגמה, עת"מ (מנהליים י-ם) 447/02 קורנפלד נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה – ירושלים, דינים מחוזי 2004(10) 1431, פס' 38, 113 לפסק-הדין (2004), שבו קבע בית-המשפט לעניינים מנהליים כי הכרה שיפוטית בזכות לחקור עדים משקפת את תכלית החקיקה שהסמיכה את בית-המשפט המחוזי כבית-משפט לעניינים מנהליים, וכי הרבר מתיישב עם היות בית-המשפט המחוזי ערכאה דיונית המורגלת בניהול חקירות.

49 עע"מ 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים, פ"ד נט(6) 411 (2005). המערערים טענו כי במועד הקובע הם התגוררו בירושלים, ועל-כן הם זכאים למעמד של תושבי-קבע, ואילו משרד הפנים

ברורה לשופט היושב בדין. מצד אחד פסק־הדין קביעות שלפיהן בית־המשפט לעניינים מנהליים אמור להתנהל בדומה לבג"ץ, ובכלל זה להימנע מברור עובדתי מקיף וממתן אפשרות לחקור עדים ומצהירים. מצד אחר פסק־הדין קביעות שלפיהן יש לאפשר חקירת עדים ומצהירים כאשר הנסיבות מצדיקות זאת.⁵⁰

אף שפסק־הדין אינו מכיל מסר ברור וחד־משמעי, הוא נתפס הן על־ידי בית־המשפט לעניינים מנהליים⁵¹ והן על־ידי בית־המשפט העליון⁵² כמכתיב מדיניות שיפוטית אשר שוללת ככלל הליכי חקירה בהליך השיפוטי המנהלי. בפועל, מאז ניתן פסק־הדין נרשמו מקרים מעטים בלבד שבהם אישרו בית־המשפט לעניינים מנהליים או בג"ץ חקירה של עדים או של מצהירים.⁵³ מקרים אלה אכן התאפיינו במחלוקת עובדתית שבית־המשפט קבע כי

טען כי מקום מושבם במועד הקובע היה בית־לחם, ועל־כן הם אינם זכאים למעמד כאמור. כך, למשל, קבע הנשיא ברק כי "תכליתו של בית המשפט לעניינים מינהליים לא הייתה הקמה של ערכאה דיונית שתפקידה לקבוע ממצאים עובדתיים בסכסוכים בין הפרט לרשות המינהלית"; ובהמשך – "...סדרי הדיון והראיות שבפני בית המשפט המינהלי הינם דומים לאלה הנהוגים בבג"ץ... וברגיל יתמצו ההליכים בהגשת תצהירים בלי לשמוע עדים ולנהל הליכי חקירה שכנגד" (שם, בעמ' 417-418).

אולם בהמשך קבע הנשיא ברק: "עם זאת רשאי בית המשפט, לבקשת בעל־דין, או מיוזמתו שלו, להתיר חקירת מצהיר של בעל־הדין שכנגד אם ראה כי הדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה, ואף להרשות השמעת עד שאינו מצהיר (תקנות 15(א) ו־15(ה) לתקנות); ובהמשך – "לא מן הנמנע כי ייתכנו מקרים שבהם יידרש בית־המשפט המינהלי הדין בעתירה מינהלית לבחון באופן עצמאי את הראיות שעמדו בפני הרשות המינהלית, לשמוע עדויות ולקבוע מימצאים לגביהן. כך למשל בדונו בענייני מכרזים לפי סעיף 5 לתוספת הראשונה בחוק, נדרש בית־המשפט לא אחת לשמיעת ראיות ועדויות ולקביעת מימצאים עובדתיים בעניינים הנוגעים לתוקף המכרז ולהערכת ההצעות המוגשות" (שם, בעמ' 418) (ההדגשות הוספו). לכאורה ניתן לטעון כי מדובר בכלל שלצידו יוצאים־מ־הכלל. אולם עיון בנסיבות שבהן יבוא היוצא־מ־הכלל לידי ביטוי מגלה כי הן מנוסחות באופן עמום ורחב, שאין בו כדי להעניק לשופט המכהן בדין הנחיה ממשית.

ראו, לדוגמה, עת"מ (מנהליים י-ם) 631/04 אלג'עברי נ' מינהל מקרעי ישראל, דינים מינהלי 32006 (3) 763, פס' 34-35 לפסק־הדין (2006); עת"מ (ירושלים) 473/07 ש.י. דייטש בע"מ נ' מדינת ישראל, דינים מינהלי 2007 (48) 778, פס' 47 לפסק־הדין (2007).

ראו, לדוגמה, עע"מ 3493/06 אלראי נ' קרן הגימלאות של חברה אגד, דינים עליון 2007 (25) 645, פס' 16 לפסק־הדין (2007); עע"מ 6733/07 פסגת השינה בע"מ נ' משרד האוצר, דינים עליון 2008 (85) 471, פס' 9 לפסק־הדין (2008); בר"מ 7363/09 מרכז משען בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו, דינים עליון 2010 (37) 50, פס' 9 לפסק־הדין (2010).

כדוגמות למקרים יוצא־הרופן שבהם התיר בית־המשפט לעניינים מנהליים חקירה של מצהירים ראו עת"מ (מנהליים ת"א) 1638/03 עזבון סולימן נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה – מחוז תל־אביב, דינים מינהלי 2006 (56) 139 (2006); עת"מ (מנהליים י-ם) 834/04 מעוזה נ' משרד הפנים, דינים מינהלי 2005 (34) 1234 (2005); בש"א (מחוזי חי') 30701/05 מירון נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה, דינים מחוזי 2005 (72) 675 (2005); עת"מ (מנהליים ת"א) 2733/09 די. אנד די. בטיחות בע"מ נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, דינים מינהלי 2010 (23)

קיימת הצדקה לבררה, אך אין כל דרך לדעת אם במקרים אחרים, שבהם לא הותרה חקירה נגדית, לא הייתה הצדקה לאפשר אותה לצורך בירור האמת. להלן נציג את מכלול הטעמים אשר תומכים במדיניות השיפוטית הנוהגת או שוללים אותה.

ב. טעמים המצדיקים את הגבלתה של הזכות לחקירה נגדית בהליך השיפוטי המנהלי

ניתן להצביע על שלושה טעמים עיקריים העומדים בבסיסה של המדיניות השיפוטית המגבילה מאוד את האפשרות העומדת לבעל-דין בהליך השיפוטי המנהלי להעיד עדים או לערוך חקירה נגדית למצהיר מטעם הצד שכנגד. הגם שלכאורה מדובר בשלושה שיקולים המובחנים זה מזה, למעשה מדובר בצדדים שונים של שיקולי יעילות.

1. יעילות הדיון

דומה כי הטעם המרכזי העומד בבסיסה המדינית השיפוטית הגורסת כי ככלל אין לאפשר עריכת חקירה נגדית למצהיר מטעם הצד שכנגד בהליך השיפוטי המנהלי הוא יעילות הדיון. טעם זה עמד במפורש בבסיסה החלטתה השיפוטית לצמצם את אפשרות החקירה הנגדית בפרשת גליקסמן,⁵⁴ וניתן להבינו גם מעיון בפסק-הדין שניתן בפרשת פסטרנק,⁵⁵ שבמסגרתו "העביר" בית-המשפט העליון את הדיון בתיקי מכרזים לבית-המשפט האזרחי. עומס העבודה על בג"ץ היה גדול מאז ומעולם, והוא התגבר באופן ניכר כתוצאה מפתחת שערי בג"ץ לפני עותרים ציבוריים,⁵⁶ מה"משפטיזציה" של החברה בישראל, מהגידול הכללי שחל באוכלוסייה ובהיקף ההתדיינות השיפוטית, ואולי גם מטעמים נוספים.⁵⁷ עומס מכביד זה יצר תמריץ משמעותי לאתר דרכים לצמצומו, ומטבע הדברים, מניעת עדויות בעל-פה וחקירה של מצהירים היא אחת מהן.

על כך יש להוסיף כי מאז ומעולם ראה בית-המשפט את ההליך השיפוטי המנהלי כהליך המחייב הכרעה מהירה,⁵⁸ לנוכח העובדה שבדרך-כלל מדובר בהליך שבמסגרתו בית-המשפט

1087 (2010); עת"מ (מנהליים ת"א) 29131-12/09 חברת נטו אינווסטמנט 1998 בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל, דינים מינהלי 2010 (71) 1193 (2010).

54 בג"ץ גליקסמן, לעיל ה"ש 40.

55 בג"ץ פסטרנק, לעיל ה"ש 2.

56 שינוי פסק-הדין המסמל אותו הוא בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

57 באתר של הנהלת בתי-המשפט ניתן למצוא מחקר השוואתי משנת 2007 הבוחן את העומס בבתי-המשפט בעולם. על-פי ממצאי המחקר, ישראל מדורגת במקום השני, מתוך 17 המדינות שנכללו במחקר, בדירוג העומס השיפוטי. ראו רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות העומס על מערכות המשפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו"ח מסכם (2007) elyon1.court.gov.il/heb/haba/Courts_burden_Final_report_5.07.pdf.

58 ראו, לדוגמה, ע"א 6365/00 בר אור נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז הצפון, פ"ד (נו) 38, 44 (2002); בג"ץ 6437/05 ג'בארה נ' שר הפנים, דינים עליון 2005 (52) 1184,

מבקר את פעילותה של הרשות המנהלית בזמן-אמת. על-כן, בניגוד להליכים אזרחיים (ולהליכים פליימים שבהם הנאשם אינו מוחזק במעצר), התמשכות הדיון בהליך השיפוטי המנהלי עלולה לשתק פעילות חיונית של הרשות המבצעת, ובכך לפגוע בטובת הכלל.⁵⁹ היבט נוסף המייחד את ההליך השיפוטי המנהלי נעוץ במדיניות השיפוטית החותרת להנגשתו של ההליך השיפוטי המנהלי לציבור הרחב, ולמתן אפשרות לכלל שדרות הציבור להסתייע בהגנה שביית-המשפט מספק מפני כוחה של הרשות המבצעת.⁶⁰ מדיניות זו באה לידי ביטוי במגוון היבטים. כך, אגרת המשפט בהליך השיפוטי המנהלי נמוכה באופן משמעותי מהאגרה בהליך האזרחי.⁶¹ כמו-כן, סדר הדין בהליך השיפוטי המנהלי פשוט לאין ערוך מסדרי הדין האזרחי והפלילי, ומותר גמישות רבה ושיקול-דעת רחב לבית-המשפט.⁶² נוסף על כך, בית-המשפט נוטה להימנע מלהטיל הוצאות מכבידות על עותרים גם כאשר עתירתם נדחת.⁶³ בהקשר זה ניתן לטעון כי המדיניות השיפוטית המצמצמת בסוגיית החקירה הנגדית מהווה המשך ישיר למדיניות הכללית של הנגשת ההליך השיפוטי המנהלי ל"אזרח הקטן". זאת, בהנחה שהכרה בזכותו של העותר להעיד עדים ולחקור מצהירים תאריך את משך ההתדיינות השיפוטית ותפגע ביעילותה, וכן תחייב את העותר בשכירת שירותיו של עורך-דין אף באותם מקרים (גם אם מעטים יחסית) שבהם המחלוקת

פס' 6 לפסק-הדין (2005); בש"א (מחוזי ת"א) 30116/08 (במסגרת עת"מ (מנהליים ת"א) 2536/07 עיריית רמת השרון נ' כהן בנימין תאורה בע"מ, דינים מינהלי 2008 (8) 1023, 1028-1027 (2008).

59 מזוז, לעיל ה"ש 46, בעמ' 243.

60 על מעמדה של זכות הגישה לערכאות כזכות-יסוד ראו שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 7, 30-35 (מהדורה שנייה מורחבת מעודכנת ומתוקנת, 2008); יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית 139-173 (1998); ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2) 855, פס' 16 לפסק-הדין (2006).
עוד לעניין חשיבותה של זכות הגישה לערכאות ראו: Lua Kamal Yuille, *No One's Perfect (Not Even Close): Reevaluating Access to Justice in the United States and Western Europe*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 863, 866 (2004); Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991, 997-999 (2006); Douglas E. Edlin, *A Constitutional Right to Judicial Review: Access to Courts and Ouster Clauses in England and the United States*, 57 AM. J. COMP. L. 67 (2009).

61 בעוד בתביעה אזרחית לסכום כסף קצוב יש לשלם אגרה בגובה 2.5% מן הסכום הנתבע ו-1% מהסכום הנתבע בעבור כל סכום שמעל 23,374,240 ש"ח, האגרה בעתירה לבג"ץ עומדת, נכון ליום כתיבת הדברים, על סך של 1,754 ש"ח, ובעתירה מנהלית – על סך של 1,905 ש"ח. כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 215 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 3-4 (11.12.2000), שממנו עולה כי פשטותו של ההליך ונגישותו היו אחד השיקולים בקביעת שיעור האגרה.

62 יואב דותן "קדם בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ "משפט וממשל ז' 159, 162-164 (2004). כהמחשה להבדלים אלה משווה דותן בין תקנות סדר הדין בבג"ץ, הקצרות והפשוטות, לבין תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, הארוכות והמסובכות.

63 שם, בעמ' 164.

בין הצדדים הינה עובדתית בלבד. מדובר בפגיעה בציבור העותרים הפוטנציאליים, ברשות המנהלית ובאינטרס הציבורי בכללותו.

על כך יש להוסיף כי ההליך השיפוטי המנהלי מתאפיין בכך שככלל, לפחות על פני הדברים, הרשות מחויבת למדיניות של גילוי מלא מכוח היותה נאמן של הציבור, והיא אינה מסתירה את העובדות שבידיה. המשמעות המעשית הנובעת מכך היא שהמחלוקת בין הצדדים מתמקדת בדרך-כלל בשאלות של משפט, ולא בשאלות של עובדה. על-כן ברוב המקרים אכן אין צורך בהעדת עדים ובחקירת מצהירים כדי לגבש את הבסיס העובדתי הנחוץ להכרעה השיפוטית, ובדרך-כלל לא צפוי שהעדר בירור עובדתי באולם בית-המשפט עצמו יוביל לעיוות הדין ולפגיעה בענייניו של העותר. לפיכך ניתן לטעון כי הסדר הקובע כי לעותר בהליך השיפוטי המנהלי אין זכות לחקירה נגדית הינו יעיל, במובן זה שיתרונותיו עולים באופן משמעותי על חסרונותיו.

במישור הרטורי ניתן אומנם למצוא התבטאויות לא-מעטות של בית-המשפט שלפיהן יעילות הדין לברכה אינה מהווה אמתלה מספקת לפגיעה בעיקרי הצדק, בזכויות הדיניות של בעל-דין ובערך החשוב של חשיפת האמת.⁶⁴ אולם בפועל נראה כי לשיקול של יעילות הדין יש משקל רב בגיבוש המדיניות השיפוטית המונעת ככלל חקירה נגדית בהליך השיפוטי המנהלי.

לדעתי, ככל שמדובר בהליך השיפוטי המנהלי, אין בטיעון בדבר הפגיעה ביעילות הדין כוח שכנוע רב, וזאת מכמה טעמים.⁶⁵ טעם אחד לכך קשור לשוני הקיים בין ההליך השיפוטי המנהלי לבין ההליך השיפוטי הפלילי או האזרחי. כך, בהליכים הפלילי והאזרחי רק לעיתים נדירות אין בין בעל-הדין מחלוקת עובדתית, ובמקרים של ריבוי עדים וריבוי סוגיות השנויות במחלוקת אף צפוי שהליך חקירתם של העדים והמצהירים מטעם הצדדים יארוך זמן ממושך. לא זו אף זו, בהליכים הפלילי והאזרחי יש לעיתים לנאשם או לנתבע אינטרס בהתמשכות ההליך, וזאת מטעמים טקטיים של התשת הצד שכנגד. במצבים מעין אלה אף נוצר תמריץ להאריך בחקירות, לעיתים אף מעבר לנדרש מהבחינה העניינית. שונה הדבר בהליך השיפוטי המנהלי. בהליך זה מצופה, כאמור, שהרשות המנהלית תנקוט גילוי מלא, כך שהמחלוקת בין הצדדים תתמקד בשאלות של משפט, ולא בשאלות של עובדה. על-כן ברוב המקרים, וכל עוד הרשות אכן פועלת כנדרש ממנה, אכן אין צורך בהעדת עדים ובחקירת מצהירים כדי לגבש את הבסיס העובדתי הנחוץ להכרעה השיפוטית. חקירה תידרש בעיקר במצבים שבהם יעלה חשש שהרשות הפרה את חובת הגילוי החלה עליה. המסקנה הנובעת מכך היא שבהליך השיפוטי המנהלי, להבדיל מזה הפלילי ומזה האזרחי, רק במקרים מעטים יהיה צורך בהעדת עד או בחקירת מצהיר לצורך ההכרעה השיפוטית, ועל-כן לא צפויה כתוצאה מכך פגיעה ממשית ביעילותו של ההליך השיפוטי.

כמו-כן, בבסיסה של העתירה המנהלית עומדת בדרך-כלל החלטה מנהלית יחידה, שאותה העותר מבקש להעמיד למבחן שיפוטי, ועל-כן מיצוי הבירור העובדתי לא יחייב על-פירוב הליך הוכחות מורכב, אלא די יהיה בחקירתו של הגורם המצוי בעובדות המקרה,

64 ראו, לדוגמה, עניין מתן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 35-36.

65 זאת, מבלי להיכנס לשאלה הנכבדה אם ראוי להעדיף את יעילות הדין על הערך של בירור האמת.

אשר ממילא אמור גם להיות המצהיר מטעם המשיב. גם עובדה זו מפגינה את החשש לפגיעה משמעותית ביעילות הדיון.

על כך יש להוסיף כי בעוד שבעבר נטל הבירור וההכרעה בעתירות מנהליות רבץ כל-כולו על כתפי בג"ץ, כיום קיימים לצורך בירורן של עתירות מנהליות שישה בתי-משפט לעניינים מנהליים, וזאת נוסף על בג"ץ. גם בעובדה זו יש כדי להחליש את עוצמת הטיעון בדבר הפגיעה ביעילות הדיון.⁶⁶

עוד ראוי לזכור כי ללא קשר לסוג ההליך השיפוטי, בית-המשפט רואה את עצמו מוסמך להגביל את משך החקירה בזמן,⁶⁷ ואף להפסיקה, אם הוא סבור כי היא אינה משרתת את תכליתו של ההליך השיפוטי. כמו-כן, בית-המשפט יכול לייעל את ההליך על-ידי כך שיוורה למשיב לציין כבר בתגובתו על העתירה אם הוא חולק על טענותיו העובדתיות של העותר, ואם כן – מהו גדר המחלוקת, מהן הראיות התומכות בגרסתו העובדתית של המשיב (ככל שקיימות), ומה עמדתו לגבי חקירת המצהיר או העדת עד מטעמו של העותר. לאחר שהעותר יגיב על כך, יהיה בידי השופט היושב בדיון די מידע להחליט אם מדובר במחלוקת מהותית שיש בה כדי להשפיע על תוצאת ההליך, ואם כך הדבר – לגדר את הנושאים שלגביהם יותרו החקירה או העדות.

הנה כי כן, בהנחה שאכן מדובר בהליך שניתן לקצוב אותו בזמן, שיתנהל במיעוט של עתירות ואשר השופט יהיה רשאי לתחם את תכניו, יקשה לטעון כי הליך החקירה הנגדית במסגרת ההליך השיפוטי המנהלי צפוי לפגוע באופן ממשי ביעילות הדיון.

חיווק נוסף למסקנה זו ניתן למצוא על-ידי התבוננות על השנים שבהן נידונו ענייני מכרזים וענייני תכנון ובנייה בבית-המשפט האזרחי⁶⁸ על-פי סדר הדיון האזרחי. במהלך תקופה זו, שנמשכה כעשור, עמדה לצדדים זכות בלתי-מעורערת לעריכת חקירה נגדית ולהעדת עדים.⁶⁹ למרות זאת לא עלתה במהלך עשור זה הטענה כי ראוי לסייג או לצמצם זכות זו בשם השמירה על יעילות הדיון. דומה כי המסקנה המתבקשת מכך היא שקיומה של הזכות לחקירה נגדית לא פגעה ביעילות הדיון באופן ממשי.

לסיכום נקודה זו, מאפייניו של ההליך השיפוטי המנהלי, בתוספת הסמכות העומדת לבית-המשפט להגביל את משכה של חקירה, לגדר את תוכנה ולעיתים אף למנוע אותה כליל, מובילים למסקנה כי ככל שהכרה בזכות להעדת עד או לחקירת מצהיר תוביל לפגיעה ביעילות הדיון, אין מדובר בפגיעה משמעותית. נוסף על כך, כפי שיפורט בהמשך, כנגד

66 מנתונים שהתקבלו מהנהלת בתי-המשפט עולה כי בשנים-עשר החודשים שבין 1.11.2009 לבין 1.11.2010 הוגשו 19,682 עתירות מנהליות בששת בתי-המשפט לעניינים מנהליים ברחבי הארץ. במהלך תקופה זו הוגשו לבג"ץ 1,573 עתירות בלבד. (הנתונים הועברו לידי מערכת כתב-העת).

67 ראו, לדוגמה, ע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 721, 829-830 (2000); עניין דג'אני, לעיל ה"ש 8, בעמ' 280-281; רע"א 1531/03 פינטו נ' אשטון, דינים עליון 2003(25) 1382, פ"ס 5 לפסק-הדין (2003).

68 ראו ה"ש 44 לעיל.

69 מכוח ס' 17(א) לפקודת הראיות. לפרשנות הפקודה ראו עניין מתן, לעיל ה"ש 11, פ"ס 8 לפסק-דינו של המשנה לנשיא לוי.

הפגיעה האפשרית ביעילות הדיון עומדים שיקולים אחרים המצדיקים העדפה של הסדר המכיר בזכותו של בעל-דין לערוך חקירה נגדית.

2. חשש לשיבוש פעולתה של הרשות המנהלית

טעם נוסף שעשוי להצדיק הימנעות מהכרה בזכותו של העותר לחקור את המצהיר מטעם המשיב או להעיד עדים מטעמו הוא החשש שהדבר ישבש את פעולתה של הרשות המנהלית, במיוחד בנסיבות שבהן מקבל ההחלטה הינו גורם רם-דרג ותצהיר התשובה נחתם על-ידיו. טיעון זה מתחלק למעשה לשניים. ראשית, עצם העובדה שביורר ההליך השיפוטי המנהלי יחייב הזמנה תדירה של פקידי ממשל עלולה להטיל נטל כבד על הרשות המבצעת, שעלותו גדולה מתועלתו. שנית, בחלק מהמקרים מקבל ההחלטה העומדת לביקורת שיפוטית הינו גורם ממשלי רם-דרג, כגון שר, מנכ"ל משרד ממשלתי, הרמטכ"ל, היועץ המשפטי לממשלה, ראש עירייה או אף ראש הממשלה עצמו. הזמנת גורם בכיר מעין זה להיחקר בבית-המשפט כל אימת שמוגשת עתירה המעמידה במבחן החלטה מנהלית שלו עלולה לשבש את פעולתו, לעלות בממון רב, ולעיתים אף לשמש כלי לניגוח פוליטי.

בהנחה שטיעון זה אכן תקף, הוא יוצר שני סוגים של חששות: החשש האחד הוא שהרשות תיטה להתפשר או אף לחזור בה מהחלטות ראויות, רק כדי להימנע מהטרדה ומהטרחה הכרוכות בזימון של מצהירים בכלל, ושל מצהירים רמי-דרג בפרט, כדי להעיד ולהיחקר בבית-המשפט. החשש השני הוא, כאמור, שהכרה בזכותו של העותר להעיד עדים ולחקור את המצהיר מטעם המשיב תטיל על הרשות נטל ביורוקרטי וכלכלי רב, שזקוק עולה על תועלתו. לדעתי, אין לייחס משקל ממשי לטיעון זה. באשר לחשש שהזמנת פקידי ממשל להיחקר על תצהיריהם תשבש את פעולתה של הרשות המנהלית – ככל שהטיעון נכון, הוא נכון באותה מידה גם לגבי הליכים אזרחיים הננקטים כלפי המדינה וגם לגבי הליכים פליליים שהמדינה עצמה נוקטת. יתרה מזו, שיעורם של ההליכים האזרחיים שהמדינה הינה צד להם עולה באופן משמעותי על שיעורם של ההליכים המנהליים הננקטים נגד המדינה,⁷⁰ וכאמור, שכיחותן של מחלוקות עובדתיות בהליכים אזרחיים עולה באופן משמעותי על שכיחותן של מחלוקות עובדתיות בהליכים מנהליים. לנוכח העובדה שהרשות המנהלית עומדת בנטל הביורוקרטי הכרוך בניהול הליכים אזרחיים ופליליים, ולא נשמעת הטענה כי ראוי לצמצם את הזכות לחקירה נגדית עקב נטל זה, אין מקום לטענה כי דווקא בהליכים מנהליים יש בנטל הכרוך בניהול ההליך כדי להצדיק פגיעה בזכותו של העותר לחקור את המצהיר מטעם המדינה.

חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא, כפי שכבר צוין, גם באותן שנים במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת שבהן נוהלו הליכים מנהליים מובהקים (בתחום המכרזים ובתחום

70 כך, ממידע שנמסר ממשרד המשפטים עולה כי בשנת 2008 הוגשו נגד המדינה 18,422 תביעות אזרחיות ו-3,706 עתירות וערעורים מנהליים; בשנת 2009 הוגשו נגד המדינה 17,613 תביעות אזרחיות ו-3,589 עתירות וערעורים מנהליים; ובשנת 2010 הוגשו נגד המדינה 17,462 תביעות אזרחיות ו-3,706 עתירות וערעורים מנהליים. הליכים אלה אינם כוללים בקשות לפטור מתשלום אגרת בית-משפט, שבהן המדינה משיבה על בקשה המתייחסת להליך שהמדינה אינה צד לו. (הנתונים הועברו לידי מערכת כתב-העת).

התכנון והבנייה) בבית־המשפט האזרחי, באופן שאפשר לתובע לחקור את המצהיר מטעם המשיב. בתקופה זו לא נשמעה ביקורת בדבר פגיעה ביעילות פעולתה של הרשות המנהלית בתחומים אלה כתוצאה מכך.

גם החשש שהזמנת מצהירים להיחקר על תצהירם תשמש כלי לניגוח פוליטי של גורמים רמי־דרג, כגון שרים, או תשבש את פעילותם של בעלי תפקידים בכירים, עד כדי נכונות לחזור בהם מהחלטות ראויות שקיבלו, אינה ממשית בעיניי, וזאת משלושה טעמים נפרדים. ראשית, ברוב־רובם של המקרים ההחלטה מי יחתום על תצהיר התשובה נתונה בידי המשיב, ודי בכך שהמצהיר מטעם המשיב יהיה גורם המכיר היטב וממקור ראשון את עובדות המקרה, ולא בהכרח הגורם הבכיר ביותר שקיבל את ההחלטה. כך, לדוגמה, עתירה כלפי החלטת ממשלה יכולה בהחלט להיענות באמצעות הגורם המקצועי הנוגע בדבר, ולא על־ידי ראש הממשלה; עתירה נגד ראש עירייה יכולה להיענות באמצעות תצהיר שייחתם על־ידי מנכ"ל העירייה או הפקיד המופקד על התחום הנידון בעתירה; ועתירה התוקפת החלטה של הרמטכ"ל יכולה להיענות באמצעות תצהיר החתום על־ידי קצין בכיר אשר מעורה בנסיבות העניין ומכיר את עובדות המקרה. בפועל המקרים שבהם גורם רם־דרג חותם על התצהיר מטעם המשיב הינם נדירים ויוצאי־דופן. בדרך־כלל שר יחתום על תצהיר התשובה בעצמו רק כאשר נטענות טענות אישיות כלפיו, כגון במקרה של מינוי לא־ראוי או כאשר מדובר בהחלטה בעלת משמעות מיוחדת. במקרים מעין אלה אכן ראוי שהשר עצמו יחתום על תצהיר התשובה, ובמקרה הצורך אף יוזמן להיחקר על תצהירו. אולם בדרך־כלל חותם על התצהיר גורם בדרג בינוני־גבוה (שאינו נחשב "רם־דרג") המכיר את עובדות המקרה.⁷¹ לנוכח העובדה שההחלטה מי יחתום על התצהיר נתונה ל־כולה בידי המשיב, איני רואה קושי ממשי בכך שהחותם על התצהיר ידע כי חתימתו על התצהיר עשויה לחייב אותו להעיד בבית־המשפט.

שנית, עתירות המכוונות כלפי החלטות ישירות של שרים או של גורמים בכירים מאוד ברשות המבצעת הינן מיעוט שבמיעוט, ובדרך־כלל הן נידונות בבג"ץ, ולא בבית־המשפט לעניינים מנהליים.⁷² אשר על־כן, לכל־היותר יש בחשש האמור כדי להצדיק מדיניות מצמצמת לגבי חקירה של המצהיר בבג"ץ, ואין בה כדי להצדיק צמצום או שלילה דה־פקטו של הזכות לחקירה נגדית בבית־המשפט לעניינים מנהליים. שלישית, יש לזכור כי במקרים שבהם בית־המשפט מתרשם כי הבקשה לחקור את המצהיר מטעם המשיב נועדה למטרה

71 ראינות עם גורם בכיר בפרקליטות המדינה (2010). (פרטי הגורם הועברו למערכת כתב־העת).

72 חוק בית־משפט לעניינים מנהליים מסייג במפורש את סמכותו של בית־המשפט לעניינים מנהליים לגבי החלטות ממשלה והחלטות של שרים, כך שהסמכות לגבי החלטות אלה נותרה בבג"ץ. ראו, לדוגמה, ס' 15(1) לחוק, המסייג את סמכותו של בית־המשפט לגבי כל עתירה שעניינה התקנה או ביטול של תקנות; ס' 1, 3, 4(א), 8(א), 10(א), 11, 14(א), 21(5) ו־36 לתוספת הראשונה לחוק, המסייגים את סמכותו של בית־המשפט לגבי החלטות של שר; וס' 3, 4(א), 11, 12 ו־36 לתוספת הראשונה לחוק, המסייגים את סמכותו של בית־המשפט לגבי החלטות ממשלה.

זרה, ואין בה כדי לשרת את תכליתו של ההליך השיפוטי, יש ביכולתו לרשות את הבקשה או לפחות לצמצמה.⁷³ גם בכך יש כדי לצמצם את החשש כי הזכות לחקירה נגדית תנוצל לרעה. נוסף על כל אלה, ניתן לפתור חלק מהקושי הנובע מהזמנתם של פקידים ואנשי ציבור רמי-דרג להעיד בבית-המשפט (ככל שהתצהיר נחתם על-ידי גורם מעין זה) באמצעות גיבושו של כלל שיאפשר לרשות המנהלית להחליף את המצהיר מטעמה במצהיר אחר המכיר את נסיבות העניין, בכפוף לאישורו של בית-המשפט.⁷⁴ כלל מעין זה יאפשר לרשות להימנע מזימונם של פקידים ואנשי ציבור רמי-דרג להיחקר בבית-המשפט באופן תדיר, אך זאת מבלי לפגוע באופן מהותי בזכותו של העותר להעדת עדים ולחקירת המצהיר מטעם המשיב. יתרה מזו, סביר להניח כי ידיעתו של העותר כי הרשות רשאית להחליף את המצהיר מטעמה בנסיבות מעין אלה תניעו להימנע מראש מלבקש חקירה של המצהיר אם כל תכליתה של החקירה היא להביך איש ציבור או פקיד רם-דרג, ובאמצעות זאת להפעיל על הרשות לחץ לחזור בה מהחלטתה.

לנוכח כלל האמור לעיל, איני סבור כי החשש שהכרה בזכותו של העותר להעיד עד לחקור את המצהיר מטעם המשיב תשבש את פעילותה של הרשות יכול להצדיק את המדיניות השיפוטית הנוהגת, אשר אינה מעניקה זכות לחקירה נגדית ולהעדת עדים. זאת, לפחות ככל שמדובר בבית-המשפט לעניינים מנהליים.

3. רמת אמון גבוהה ברשות המנהלית בכלל ובפרקליטות המדינה בפרט

שיקול נוסף העומד בבסיס המדיניות השיפוטית של מניעת חקירה נגדית בהליך השיפוטי המנהלי מבוסס, ככל הנראה, על מידת האמון הגבוהה שבית-המשפט רוחש כלפי נציגי הרשות המנהלית וכלפי הגרסה העובדתית שהם מציגים לפני בית-המשפט. בית-המשפט אומנם אינו נותן ביטוי מפורש לעמדתו זו, אך אופן התנהלותו מעיד, ברמה גבוהה של ודאות, כי זה אכן המצב. בהקשר זה ניתן אף לטעון כי ספק אם בית-המשפט לעניינים מנהליים או בג"ץ היו נוקטים מדיניות הנמנעת מבירור עובדתי של עמדות הצדדים אילו סברו שאי-אפשר לייחס מידה רבה של יושרה לנציג הרשות או שאין מקום להניח כי תצהירו מדויק ומשקף נאמנה את המציאות.

נראה כי התפיסה השיפוטית בדבר מידת יושרה גבוהה של נציגי הציבור מבוססת על כמה טעמים. ראשית, ייתכן שבכך בית-המשפט מבטא את חזקת התקינות העומדת לרשות

73 כזכור, תק' 15 (א) לתקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים ותק' 18 (א) לתקנות סדר הדין בבג"ץ מקנות לבית-המשפט שיקול-דעת לאפשר את החקירה אם "ראה כי הדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה" או "ראה צורך בכך לשם עשיית צדק", בהתאמה.

74 בהקשר זה ראוי לציין כי התצהיר בהליך המנהלי הינו טכני לחלוטין, ומורכב מהצהרה לקונית כי העובדות המפורטות בסעיפים הרלוונטיים בתשובה לעתירה הן בידעתו האישית של המצהיר (טופס 2 לתוספת לתקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים; טופס 3 לתוספת לתקנות סדר הדין בבג"ץ). זאת, להבדיל מהתצהיר בהליך האזרחי, שבו המצהיר מפרט בתצהירו את העובדות ואת נסיבות העניין כפי שהן ידועות לו.

המנהלית בכל פעולותיה.⁷⁵ שנית, בית-המשפט מניח כי לנציג הרשות אין תמריץ לשקר או להציג תמונה מעוותת של המציאות, שכן אין מדובר בסכסוך הנוגע בו ישירות, אלא בסכסוך שהוא בעיקרו בין הפרט לבין המדינה. בנסיבות מעין אלה התמריץ של עובד הציבור לבצע עברה פלילית של תצהיר-שקר⁷⁶ אכן אינו גבוה. שלישית, יש לזכור כי רבים מהשופטים המנהליים מילאו בעצמם תפקידים במנהל הציבורי לפני מינוים לשופטים, ונראה שלכל-הפחות במישור היושרה המקצועית הם נוטים לייחס מידה רבה של אמון לדבריהם של נציגי הרשות.⁷⁷

מעבר לאמון שבית-המשפט רוחש כלפי נציגי הרשות עצמם, קיימת מידה רבה של הסתמכות על הברור העובדתי שבא-כוח המדינה אמור לערוך במסגרת הכנת התשובה לעתירה.⁷⁸ כידוע, משרדי הממשלה מיוצגים בהליך השיפוטי המנהלי על-ידי פרקליטות המדינה, אשר מהווה חלק ממשרד המשפטים, ואינה כפופה למשרד שאותו היא מייצגת, אלא ליועץ המשפטי לממשלה בלבד. במסגרת הכנת התשובה לעתירה, על הפרקליט המטפל בתיק לערוך בירור עובדתי מול המשרד הממשלתי הנוגע בדבר, וכן לבחון אם קיים בסיס משפטי להחלטה המנהלית העומדת לביקורת שיפוטי. במסגרת ההליך השיפוטי בית-המשפט נסמך על ההנחה כי הפרקליט המייצג את המדינה ערך בירור עובדתי מקיף וממצה בטרם גיבש את תשובת המדינה לעתירה, וכי בתוך כך דאג לכך שגרסת המדינה לפני בית-המשפט תשקף נאמנה את המציאות ותהיה מדויקת.⁷⁹ בהתחשב בהנחות אלה, בתי-המשפט מייחסים בהליך השיפוטי המנהלי רמה גבוהה של אמינות לתצהיר המוגש מטעם המדינה,⁸⁰ ועוברת זו מיתרת לכאורה בירור נוסף של העובדות השנויות במחלוקת, תוך "בזבז" זמן שיפוטי יקר, ועל-כן מאיינת את הצורך בהעדת עדים או בחקירה נגדית של המצהיר מטעם המדינה.

לדעתי, גם טעם זה, ככל שהוא אכן עומד בבסיס המדיניות השיפוטית של מניעת חקירה נגדית, מעורר שורה של קשיים. ראשית, לנציג הרשות אין אומנם תמריץ "חזק" להציג לפני בית-המשפט תמונה מעוותת או שקרית של המציאות, אולם בהחלט עלולה להיות לו

75 ראו, לדוגמה, בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 307 (1999); בג"ץ 9569/05 קלוש נ' שר הביטחון, דינים עליון 2009(38) 503, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2009); עת"מ (מנהליים ת"א) 1791/08 מאיר נ' עיריית נס ציונה, דינים מינהלי 2008(60) 1119, פס' 2 לפסק-הדין (2008); עת"מ (מנהליים ת"א) 2129/04 רובינסון נ' משרד הפנים – הממונה על ביקורת הגבולות, דינים מינהלי 2004(41) 277 (2004); עת"מ (מנהליים נצ') 99/08 עאקלה נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה – מחוז צפון, דינים מינהלי 2009(54) 195, פס' 24 לפסק-הדין (2009). לדיון רחב בחזקת התקינות ראו רענן הר-זהב **המשפט המינהלי הישראלי** 443 (1996).

76 ס' 237 ו-239 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

77 כנגד טיעון זה ניתן לטעון כי דווקא משום שרוב השופטים המנהליים מילאו בעצמם תפקידים במנהל הציבורי, הם מודעים יותר לחולשותיו.

78 דותן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 169-171.

79 עוזי פוגלמן "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה" **משפט וממשל** ו 173, 174 (2003).

80 דותן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 170. חיזוק למסקנה זו ניתן גם בראיונות שקוימו לצורך כתיבת המאמר עם גורם בכיר בפרקליטות המדינה, לעיל ה"ש 71.

נטייה להציג את המציאות באור נוח יותר מבחינת הרשות המנהלית. זאת, בעיקר בניסיון שבהן הוא חש צורך לחפות על התנהלות לא-ראויה של הרשות בכללותה או שלו באופן אישי. הידיעה שגרסתו העובדתית ממילא לא תועמד למבחן בבית-המשפט עלולה, מטבע הדברים, אף להחריף נטייה זו. הנטייה להציג לפני בית-המשפט תמונה לא-מלאה או לא-מדויקת של העובדות אף גוברת מקום שהפקיד סבור כי הצדק עימו, גם אם הדין אינו עימו. דוגמה היפותטית לכך ניתן למצוא במקרה שבו פקיד מקבל הצעה במסגרת מכרז אף שהיא הוגשה באיחור, מכיוון שהוא סבור כי הדבר משרת את האינטרס הציבורי לרכוש מוצר או שירות מסוים במחיר זול יותר; או במקרה שבו פקיד מסתיר מידע מפני גורם המבקש לעיין בו, מכיוון שהוא סבור כי חשיפת המידע תחשוף את הרשות לתביעה כספית.

שנית, לפרקליט, מטבע הדברים, יש נטייה להזדהות עם "לקוחו", הלא הוא המשרד הממשלתי, ולהעדיף את גרסתו על גרסת העותר. אין לצפות שפרקליט יפעל באי-תלות מוחלטת ויבחן את הגרסות הסותרות במידת האובייקטיביות המצופה מבית-המשפט, ללא כל הזדהות מוסדית. עוד יש לזכור בהקשר זה כי הפרקליט המטפל יכול אומנם להודיע למשרד הממשלתי הנוגע בדבר כי עמדתו אינה קבילה, וכי הוא מסרב להגן על התיק בבית-המשפט, אולם זוהי עמדה קיצונית, שפרקליט אינו יכול לנקוט אותה כדבר שבשגרה. במצבים שאינם קיצוניים סביר להניח כי נטיית הפרקליטות תהיה להגן על עמדת המדינה בבית-המשפט, גם אם הפרקליט המטפל אינו שלם עימה לחלוטין, ובלבד שאין מדובר בהחלטה או בפעולה מנהלית שהיא בבירור בלתי-חוקית.

שלישית, יכולתו של הפרקליט המטפל בתיק לערוך בירור עובדתי מקיף וממצה הינה מוגבלת, מטבע הדברים. הפרקליט אינו עורך חקירה עצמאית, אלא נסמך על דברים הנאמרים לו ועל מסמכים המוצגים לפניו. על-כן אין מקום לציפיה שהפרקליט המטפל "יעשה את העבודה" בעבור בית-המשפט, לא כל שכן בעבור העותר. יש לזכור כי כשם שבית-המשפט סובל מעומסייתו, כך גם מוסד הפרקליטות. גם עובדה זו משפיעה, מטבע הדברים, על מידת יכולתו של הפרקליט המטפל בתיק להתעמק בעובדות, ועל מידת מוכנותו לקבל ללא ביקורת ממשית את גרסת המשרד הנוגע בדבר.

רביעית, לידיעה שבבית-המשפט לא ייערך כל בירור עובדתי יש "השפעה מצננת" על התמריץ של הפרקליט המטפל בתיק לערוך בירור עובדתי מעמיק ונוקב. סביר להניח כי אילו ידע הפרקליט שבבית-המשפט עלול להתברר כי תשובת המדינה אינה מלאה או אינה מדויקת, הדבר היה מתמרץ אותו לערוך בירור עובדתי ממצה יותר.⁸¹ יתרה מזו, העובדה שבבית-המשפט לא ייערך כל בירור עובדתי מחלישה את הפרקליט המטפל בתיק גם בשיח שהוא מנהל מול נציג הרשות, כאשר הוא דורש כי התצהיר שהנציג חתום עליו אכן ישקף את העובדות בצורה נאמנה, מדויקת ומלאה.⁸²

81 לדיון רחב יותר במשמעותו של "האפקט המצנן", הן באשר לרשות המנהלית עצמה והן באשר לפרקליט המייצג, ראו להלן תת-פרק 6.1.

82 בעבר היה חותם התצהיר מנסח את תצהירו וחותם עליו לפני הפרקליט מפרקליטות המדינה. כיום, עקב העומס הרב והשתכללות האמצעים הטכנולוגיים, פעמים רבות הפרקליט המטפל בתיק אינו פוגש כלל את המצהיר, והתצהיר אף נחתם לפני נציג הלשכה המשפטית של המשרד הנוגע בדבר. נראה כי גם בכך יש כדי למעט מכוחו של הפרקליט לרדת לחקר

חמישית, אם אכן ניתן "לסמוך" על המדינה שתערוך בירור עובדתי מקיף אשר ייתר עריכת בירור כזה במסגרת ההליך השיפוטי המנהלי, אזי מדוע לא תינתן להנחה זו תחולה גם בהליך הפלילי או בהליך האזרחי, באותם מקרים שבהם המדינה היא צד להליך? הטעמים העומדים בבסיס הנחת התקינות של הבירור העובדתי הנערך לצורך ההליך השיפוטי המנהלי חלים לכאורה באותה מידה גם בהליך הפלילי, שהרי כתב האישום מבוסס על בירור עובדתי שערכה רשות מנהלית אחת (המשטרה), ועל הערכה של ממצאי החקירה שביצעה רשות מנהלית נוספת (הפרקליטות). ובכל־זאת, אין מי שיטען כי ניתן להסתפק בהליך הבירור המשטרתי והפרקליטותי בלבד כבסיס להרשעה, ללא צורך בבירור העובדות במסגרת ההליך השיפוטי עצמו. יתרה מזו, לנאשם ולבא־כוחו עומדת הזכות לחקור אף את נציגי הרשות – השוטרים – לגבי אופן גבייתן של עדויות ואופן גיבושן של ראיות, אפילו ראיות מדעיות, ולא תישמע הטענה כי הגשתו של תצהיר מטעם נציג המשטרה מאיינת את זכותו של הנאשם לחקור את המצהיר על פרטי הצהרתו. גם בהליכים אזרחיים שהמדינה צד להם לא תישמע הטענה כי לתובע או לנתבע בהליך אזרחי שהמדינה צד לו אין זכות מלאה להעיד כל עד שהוא חפץ בו או לחקור את המצהיר מטעם המדינה על האמור בתצהירו.⁸³

שישית, גם בהנחה שניתן "לסמוך" על יושרתה ועל מקצועיותה של פרקליטות המדינה, שאכן תעשה את מלאכתה נאמנה ותציג לפני בית־המשפט גרסה עובדתית אמינה ומלאה, האם די בכך להצדיק את נטישת השיטה האדוורסרית, שעליה מושתת הליך הבירור השיפוטי בשיטתנו המשפטית, וכל זאת ללא כל עיגון בחוק? המענה השלילי לשאלה זו אינו מצריך הסבר.

שביעית, אפילו נניח כי פרקליטות המדינה אכן עושה את עבודתה כהלכה, ואינה נופלת קורבן לכשלים שצוינו לעיל, ההנחה כי המדינה מיוצגת ככלל על־ידי פרקליטות המדינה אינה תואמת את המציאות. קיימות רשויות מנהליות רבות המהוות צד להליכים שיפוטיים מנהליים אשר אינן מיוצגות על־ידי פרקליטות המדינה, אלא על־ידי המחלקה המשפטית שלהן או על־ידי עורך־דין חיצוני. כאלה הם, לדוגמה, כלל הרשויות המקומיות, הוועדות המקומיות והמחוזיות לתכנון ולבנייה, תאגידים סטוטוריים (דוגמת המוסד לביטוח לאומי או רשות שדות־התעופה) וחברות ממשלתיות.⁸⁴ הפרקליטים המייצגים משיבים אלה אינם נהנים מאי־התלות שפרקליטות המדינה נהנית ממנה.⁸⁵ נוסף על כך, גופים אלה חשופים לא פעם לכשלים חריפים מאלה שנציגי הממשל המרכזי חשופים אליהם. כך, לדוגמה, חברי

האמת. מידע זה מבוסס על ראיונות שקוימו לצורך כתיבת המאמר עם גורם בכיר בפרקליטות המדינה, לעיל ה"ש 71.

83 ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958.

84 המהוות צד להליכים שיפוטיים מנהליים שונים – לדוגמה, בתחום המכרזים או בתחום התכנון והבנייה. במדינת־ישראל יש 251 רשויות מקומיות (מתוך אתר משרד הפנים – www.gov.il/FirstGov/TopNav/OfficesAndAuthorities/OALocalAuthorities), וכמספר הזה, בערך, ועדות מקומיות לתכנון ולבנייה; מספר החברות הממשלתיות הוא 107. אי־אפשר להעריך בכמה עורכי־דין חיצוניים גופים אלה מסתייעים בענייניהם האזרחיים והמנהליים, אך אין ספק שמדובר במספר משמעותי.

85 חיווק לטיעון זה ניתן במסגרת ראיונות שקוימו לצורך כתיבת המאמר עם גורם בכיר בפרקליטות המדינה, לעיל ה"ש 71.

ועדת המכרזים במשרדי הממשלה הם פקידים ממשלתיים, וביניהם חשב המשרד או נציגו והיועץ המשפטי של המשרד או נציגו.⁸⁶ ככלל, לנציגים אלה אכן ניתן לייחס מידה רבה של יושרה, וניתן לראות בהם "שומרי-סף" יעילים. לעומת זאת, חברי ועדת המכרזים ברשויות המקומיות הם חברי מועצת הרשות,⁸⁷ אשר מעצם היותם פוליטיקאים יש להם מחויבות לציבור מסוים, ולעיתים גם רצון להיבחר לכהונה נוספת. כמו-כן, הם אינם נדרשים לניסיון או להשכלה בתחום המכרזים כדי לשאת בתפקידם. על כך יש להוסיף שהיועץ המשפטי של הרשות (פנימי או חיצוני) אינו חבר כלל בוועדת המכרזים. ספק אם ראוי לייחס מידה יוצאת-דופן של אמון לגוף מנהלי מעין זה.

לסיכום נקודה זו, בהנחה שאחד הרציונלים העומדים בבסיס המדיניות השיפוטית של מניעת חקירה נגדית בהליך השיפוטי המנהלי הוא אכן מידת האמון הגבוהה שניתן לייחס לגרסת המדינה המוצגת לפני בית-המשפט המנהלי, מדובר, כפי שהוסבר לעיל, בהנחה המעוררת שורה של קשיים; ובכל מקרה, אפילו נקבל את העמדה שניתן לייחס מידה רבה יותר של אמון לגרסה העובדתית שהמדינה מציגה מאשר לגרסה המוצגת על-ידי בעל-דין "רגיל", מכאן ועד שלילה דה-פקטו של הזכות להעדת עדים ולעריכת חקירה נגדית הדרך רחוקה.

לסיכום פרק ב כולו, אני סבור כי הטעמים העומדים, באופן גלוי או סמוי, בבסיס המדיניות השיפוטית המונעת מעותר את האפשרות להעיד עדים או לחקור את המצהיר מטעם המשיב אינם משכנעים. אני סבור כי מתן אפשרות לעותר, במקרה המתאים, להעיד עד או לערוך חקירה קצרה וממוקדת של המצהיר מטעם המשיב משרתת את תכלית ההליך השיפוטי בדבר גילוי האמת, וזאת מבלי לפגוע יתר על המידה בערכים חשובים אחרים, כגון יעילות ההליך השיפוטי.

ג. טעמים המצדיקים הכרה בזכותו של בעל-דין בהליך השיפוטי המנהלי לערוך חקירה נגדית

מעבר לכך שמידת השכנוע הגלומה בטעמים שבבסיס המדיניות השיפוטית של מניעת חקירה נגדית אינה רבה (כפי שהראינו בפרק הקודם), ניתן להצביע על שישה טעמים נפרדים המצדיקים מדיניות הפוכה. להלן נפרטם.

1. נחיתותו של העותר אל מול הרשות המנהלית

העותר בהליך השיפוטי המנהלי נמצא בנחיתות לעומת המשיבה – הרשות המנהלית. נחיתות זו נובעת משני טעמים עיקריים. ראשית, פעמים רבות העותר תוקף החלטה או פעולה מנהלית בעודו שרוי בערפל לגבי נסיבות קבלתה או נקיטתה, לגבי הרקע לה, לגבי הנימוקים העומדים בבסיסה ולגבי התשתית העובדתית שהיותה בסיס לה. מידע זה, המצוי בידי הרשות, הינו בבחינת נעלם מנקודת-מבטו של העותר. הרשות המנהלית חבה אומנם בחובת גילוי כלפי העותר, אך בנסיבות שבהן נפלו כשלים באופן פעולתה, היא עלולה

86 תק' 8(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

87 ס' 148 לפקודת העיריות [נוסח חדש].

לנסות לטשטש כשלים אלה או להצניעם, במטרה להימנע מביקורת על פעולותיה. לעיתים גם הפרקליט המייצג את הרשות לא יהיה חשוף למלוא העובדות הנוגעות בעניין, קל וחומר העותר. לכן, אם הרשות תנקוט מדיניות גילוי בקירנית, בניגוד לחובתה, לעיתים קרובות העותר לא ידע זאת כלל, ועל-כן גם לא יוכל להעמיד זאת במבחן שיפוטי. עובדה זו מציבה את העותר בנחיתות, ומהווה טעם המצדיק כשלעצמו מתן אפשרות לעותר להעמיד את המצהיר מטעם הרשות לחקירה נגדית.

טעם שני לנחיתותו של העותר נובע מחזקת התקינות שהרשות המנהלית נהנית ממנה, ומנטל הראיה הקל יחסית שבו היא נדרשת לעמוד כדי להצדיק את החלטותיה. משמעותה המעשית של חזקת התקינות המנהלית היא שנקודת המוצא השיפוטית היא שהרשות פעלה כדין וקיבלה החלטה חוקית, והנטל לשכנע את בית-המשפט כי הרשות פעלה לא כדין רובץ על כתפיו של העותר.⁸⁸ כמו-כן, החלטות מנהליות נדרשות לעמוד ב"מבחן הראיה המנהלית", שלפיו אם ההחלטה המנהלית נסמכת על תשתית ראייתית שפקיד סביר היה רשאי להשתית עליה החלטה, די בכך להוביל למסקנה שההחלטה מבוססת על תשתית ראייתית מספקת.⁸⁹ בהתאם לכך, רשות מנהלית רשאית לבסס את החלטתה גם על ראיות שלא היו עומדות באמות-המידה של דיני הראיות הרגילים, כגון מידע שהתקבל מצד ג.⁹⁰ זאת, לעומת המישור הפלילי, שבו על הרשות רובץ נטל ראייתי כבד בכואה לבסס את טענותיה; והמישור האזרחי, שבו שני הצדדים להליך כפופים לדיני הראיות באופן מלא. על כך יש להוסיף את פערי הכוחות המובנים שבין הפרט לבין הרשות. בעוד הפרט מוגבל בדרך-כלל ביכולותיו הכלכליות ובאמצעים העומדים לרשותו, לרשותה של הרשות המנהלית עומדים אמצעים בלתי-מוגבלים כמעט – הן במישור הכלכלי והן במישורים אחרים. המסקנה הנובעת מן האמור לעיל היא שהעותר מצוי בנחיתות משמעותית לעומת הרשות המנהלית העומדת מולו. את הנחיתות הזו ניתן לאזן, ולו במעט, ככל שתוכר זכותו של העותר לחקור את המצהיר מטעם הרשות ולהעיד עדים מטעמו.

-
- 88 ראו, לדוגמה, בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים, דינים עליון 2008(33) 1, פס' 43 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008); רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, דינים עליון 2010(72) 865, פס' 20 לפסק-הדין (2010); בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 36 (1990). במאמר מוסגר יצוין כי כלל זה תואם את הכלל הנהוג בשיטתנו המשפטית שלפיו "המוציא מחברו עליו הראיה" (ראו יעקב גביון דיני ראיות כרך ב 311 (1957)), ואינו שונה באופן מהותי מן האופן שבו מתנהל כל הליך שיפוטי, שבו נטל הראיה חל על התובע, ובכלל זה ההליך הפלילי, שבו הנאשם נהנה מ"חזקת החפות".
- 89 ראו, לדוגמה, בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 424-425 (1994), והאסמכתות המפורטות שם. כן ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 447-446 (2010).
- 90 ראו, לדוגמה, בג"ץ 7664/06 ע.נ. אתמר נ' משרד החקלאות, דינים עליון 2006(56) 574 (2006).

2. חולשתה של הזכות המנהלית

במובנים רבים הזכות המנהלית – כלומר, זכותו של הפרט כלפי הרשות – חלשה ונחותה מהזכות במשפט האזרחי.⁹¹ חולשה זו באה לידי ביטוי בכמה מישורים: ראשית, הסעד המבוקש מבית-המשפט בהליך השיפוטי המנהלי הוא סעד מן הצדק, כלומר, סעד שלבית-המשפט יש שיקול-דעת אם לתיתו.⁹² כך, לדוגמה, בעוד בהליך אזרחי הנפגע רשאי לתבוע את הצד הפוגע כל עוד לא חלפה תקופת ההתיישנות, כאשר הפוגעת היא רשות מנהלית, על האזרח לפנות לבית-המשפט במהירות, שאם לא כן הוא מסתכן בכך שהעתירה תידחה על הסף מחמת שיהוי.⁹³ כמו-כן, בית-משפט אזרחי אינו רשאי לדחות תובענה על הסף מחמת העובדה שהיא הוגשה בחוסר נקיין-כפיים, בעוד בית-המשפט בהליך השיפוטי המנהלי רשאי לעשות כן.⁹⁴ נוסף על כך, בית-המשפט בהליך השיפוטי המנהלי רשאי לא לתת סעד

91 בבג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988), פסק השופט ברק כי "הזכות המהותית במשפט המינהלי... נחותה היא ביחס לזכות המהותית במשפט הפרטי. מקורה של נחיתות זו בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, אשר נתפסת כ'שיקול-דעתי'..." ראו גם דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (1994).

92 מקורה ההיסטורי של גישה זו נעוץ בהיות בג"ץ בית-משפט של יושר, היונק את מאפייניו מדיני היושר האנגליים. ראו לעניין זה חיים הרמן כהן המשפט 399 (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, 1996).

93 לגבי היבט זה פסק השופט ברק בעניין אסולין, לעיל ה"ש 91, בעמ' 692-693: "כשלעצמי, נראה לי כי חולשה זו של הזכות המינהלית אינה רצויה כלל. ניתן להסביר תופעה זו בהסברים היסטוריים שונים, אך דומה שכיום יש לשאוף לכך שהזכות המהותית במשפט המינהלי תעמוד איתן על רגליה היא... על רקע זה נקבעת גישתי לדיני השיהוי. כשלעצמי, הייתי מבטל אותם כליל, תוך קביעת תקופת התיישנות בחוק ההתיישנות, ההולמת את אופיה של הזכות המינהלית..." ראו גם את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פ"ת, פ"ד מח(5) 630, 640-642 (1994). דוגמות בולטות למקרים שבהם נדחתה העתירה על הסף מחמת שיהוי ראו בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 193 (1999); עע"מ 8723/03 עיריית הרצליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חוף השרון, פ"ד נח(6) 728 (2004).

94 ראו, לדוגמה, בג"ץ 212/56 סולומינסקי נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר, פתח-תקוה, פ"ד יא 446, 448 (1957); בג"ץ 8898/04 ג'קסון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, דינים עליון 2004(50) 312 (2004); בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, דינים עליון 2007(46) 171 (2007).

לעותר או להשהות את מתן הסעד, גם אם טענותיו צודקות והרשות פעלה לא כדין, וזאת מכוח דוקטרינת הבטלות היחסית.⁹⁵ שיקול־דעת דומה אינו נתון לבית־המשפט האזרחי.⁹⁶ המדיניות השיפוטית המונעת מהעותר את הזכות להעיד עדים או לחקור את המצהיר מטעם הרשות המנהלית מהווה נדבך נוסף בהחלשת הזכות המנהלית.⁹⁷ העובדה שבהליך האזרחי או הפלילי זכותו של בעל־דין להעיד עדים ולחקור את המצהיר מטעם בעל־הדין שכנגד אינה נתונה בספק רק מחלישה עוד יותר את מעמדו – החלש ממילא, כאמור – של העותר אל מול הרשות המנהלית. בהזדמנויות אחדות ביטא בית־המשפט העליון מורת־רוח מחולשתה של הזכות המנהלית, והביע את כוונתו לעשות לתיקון המצב,⁹⁸ אולם ככל שמדובר בנושא הנידון כאן – לא נעשה דבר.

3. הדמיון בין ההליך השיפוטי הפלילי לבין ההליך השיפוטי המנהלי

ככל שמדובר בהליך השיפוטי האזרחי, ניתן לטעון כי מכיוון שיש לברר במסגרתו את המסכת העובדתית מתחילתה, אי־אפשר לוותר על הליך החקירה נגדית. זאת, לעומת ההליכים השיפוטיים הפלילי והמנהלי, המתאפיינים בכך שלפני ההגעה לבית־המשפט הרשות המנהלית עורכת הליך של בירור עובדתי, בין במסגרת החקירה המשטרתית (בהליך השיפוטי הפלילי) ובין במסגרת הכנת התשובה לעתירה (בהליך השיפוטי המנהלי). היה אפשר אם כן לטעון שבשני ההליכים הליך הבירור המוקדם מספק. ובכל־זאת, איש אינו חולק על זכותו של הנאשם לחקור את עדיה של המדינה או להעיד עדים מטעמו. ככל שמידת הפגיעה הפוטנציאלית בפרט המתדיין גדולה יותר כן חשוב יותר להגן על זכויותו הדיוניות ולהעמיד לרשותו כלים יעילים להוכחת צדקתו.⁹⁹ זהו גם אחד הרציונלים

95 ראו, לדוגמה, בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 305-306 (1994); רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000); רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 684 (2001); דפנה ברק־ארוז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 283, 312 (אריאל בנדור ויואב דותן עורכים, 2005).

96 יש מקרה אחד במשפט הפרטי שבו קיים הסדר הדומה במהותו לבטלות היחסית, וזאת כחלק מסמכות שיקול־הדעת שיש לבית־המשפט בכל הנוגע בחוזה פסול, באמצעות ס' 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לעניין זה ראו ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, דינים עליון 2009(9) 138, פס' 31-34 לפסק־דינה של השופטת נאור (2009). כאשר להליך הפלילי, ניתן למצוא הכרה מוגבלת בעקרון הבטלות היחסית, וזאת בהקשר של החלטה שיפוטית שגויה שלא גרמה לנאשם עיוות דין או עוול. לעניין זה ראו ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793, 816 (1996); עניין גיספן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 689. כן ראו דפנה ברק־ארוז משפט מינהלי כרך ב 832 (2010).

97 ברק־ארוז, לעיל ה"ש 95, בעמ' 313.

98 ראו, לדוגמה, את הציטוט לעיל בה"ש 93 מתוך דבריו של השופט ברק בעניין אסולין, לעיל ה"ש 91, בעמ' 692. ראו עוד את דבריו של השופט זמיר בעניין נחום, לעיל ה"ש 93, בעמ' 641.

99 בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 540 (1989); בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267,

העומדים בבסיס התפיסה הרואה בזכות החקירה שכנגד בהליך הפלילי זכות הראויה להגנה, ואולי אף זכות-יסוד.¹⁰⁰ אולם בחינתו של ההליך השיפוטי המנהלי תגלה כי במקרים רבים מידת הפגיעה ומידת הסיכון הגלומים בו מבחינתו של הפרט המתדיין אינן נופלות ממידת הסיכון או הנזק הגלומה בהליך הפלילי. כך, פגיעתם של עיצומים מנהליים – כגון מעצר מנהלי, צו גירוש, צו הסגרה, צו הריסה, שלילת רשיון עסק או שלילת רשיון עיסוק – קשה במקרים רבים לא פחות מהסנקציה הפלילית של קנס או מאסר. באופן דומה, מנקודת-מבטו של הפרט, הטלת עיצום כספי על-ידי הרשות המנהלית אינה שונה בהרבה מהטלת קנס על-ידי בית-המשפט במסגרת הליך פלילי. על-כן, ככל שראוי לאפשר לנאשם לערוך חקירה נגדית של העדים מטעם המאשימה בהליך השיפוטי הפלילי, כך ראוי הדבר גם בהליך השיפוטי המנהלי, וזאת בעיקר בנסיבות שבהן מדובר בהחלטה מנהלית הטומנת בחובה פוטנציאל של פגיעה ממשית בפרט המתדיין.

4. הדין מכיר בזכות לעריכת חקירה נגדית

כפי שצוין לעיל, סוגיית החקירה הנגדית בהליך השיפוטי המנהלי מוסדרת בכמה דברי חקיקה, הנמצאים במתח זה עם זה: מחד גיסא, סעיף 17(א) לפקודת הראיות מעניק לבעל-דין זכות מפורשת וברורה לחקור את המצהיר מטעם בעל-הדין שכנגד. לעומת זאת, חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים וכן חוק בתי-המשפט אינם מתייחסים ישירות לסוגיית החקירה הנגדית. כך, סעיף 13 לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים מעניק לשר המשפטים סמכות להתקין תקנות לביצוע החוק "...במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים שיקבע שר המשפטים, באופן שיבטיחו סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום בירור עובדתי ככל שהדבר דרוש"; וסעיפים 108 ו-109 לחוק בתי-המשפט מעניקים לשר המשפטים סמכות כללית להתקין תקנות לביצוע החוק. אכן, שר המשפטים יישם סמכויות אלה כאשר התקין את תקנה 15(א) לתקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים ואת תקנה 18(א) לתקנות סדר הדין בבג"ץ, אשר מקנות לבית-המשפט בהליך השיפוטי המנהלי שיקול-דעת להחליט אם לאפשר לבעל-דין לחקור את המצהיר מטעם בעל-הדין שכנגד. לנוכח האמור לעיל מתעוררת השאלה: איזה הסדר גובר בנסיבות העניין – זה המעניק לכל בעל-דין זכות לחקירה נגדית (פקודת הראיות) או זה המכפיף את הזכות לחקירה נגדית לשיקול-דעת שיפוטי (תקנות סדר הדין בבג"ץ ותקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים)?

נראה כי בנסיבות העניין מדובר במתח כפול. ראשית, מדובר במתח שבין הסדר חקיקתי המעניק לבעל-דין זכות מפורשת לערוך חקירה נגדית (פקודת הראיות) לבין הסדר בעל אותו מעמד נורמטיבי המסמך את שר המשפטים לקבוע סדרי דין (חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים וחוק בתי-המשפט), בהינתן שהסמכה אחרונה זו אכן יושמה (באמצעות תקנות) באופן שהחליש את הזכות המוענקת על-ידי פקודת הראיות. השאלה המתבקשת בהקשר זה

285-286 (1993); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 793 (2011).

100 גרוס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 172: "...לחקירה הנגדית תפקיד מרכזי בהבטחת משפט הוגן לנאשם, ומאחר שזכותו של נאשם למשפט הוגן הנה חלק מכבוד האדם, הרי שיש להכיר אף בזכות לחקירה נגדית כזכות יסוד, בהיותה חלק מכבוד האדם."

היא אם ניתן לגרוע מזכות ספציפית, המוענקת לבעל-דין באופן מפורש בחקיקה ראשית, באמצעות חקיקת-משנה השואבת את כוחה מהסמכה כללית המעוגנת בחוק אחר. ודוק: בנסיבות העניין אין מדובר במתח שבין חוק מאוחר וספציפי לבין חוק קודם לו (עניין שיידון מיידי), אלא במתח שבין חוק המעניק לפרט זכות דיונית ספציפית, מיוחדת וברורה, לבין חוק מאוחר לו המעניק הסמכה כללית לשר לקבוע סדרי דין, שבעקבותיו אכן החליש השר את הזכות הדיונית שהעניק לפרט החוק המוקדם יותר. לדעתי, לנוכח העובדה שפקודת הראיות מעניקה זכות דיונית ברורה ומפורשת, אי-אפשר לגרוע מזכות זו או לפגוע בה מכוח ההסמכה הכללית המעוגנת בחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים או בחוק בתי-המשפט.¹⁰¹ כדי שיהיה אפשר לצמצם באמצעות חקיקת-משנה את הזכות הדיונית המוענקת על-ידי פקודת הראיות, נדרש מקור הסמכה מפורש בחקיקה ראשית, וכזה אין בנמצא.

שנית, מדובר במתח שבין הסדרים נורמטיביים שווי-מעמד (חוקים), שהאחד מאוחר לאחר. השאלה המתבקשת בהקשר זה היא אם ניתן לראות בחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים הסדר ספציפי – ועל-כן בעל מעמד עדיף מבחינה נורמטיבית – ביחס לפקודת הראיות.¹⁰² ההכרעה בשאלה זו תלויה במישור הייחוס ההולם את נסיבות העניין. ככל שמישור הייחוס הוא הסדרת פעולתו של בית-המשפט, ניתן להסכים כי חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים מהווה הסדר ספציפי ביחס לפקודת הראיות. אולם ככל שמישור הייחוס הוא הסדרת אופן קביעתם של ממצאים עובדתיים הנחוצים להכרעת הדין, נראה כי פקודת הראיות היא המהווה הסדר ספציפי ביחס לחוקים המסדירים את אופן פעולתם של בתי-המשפט השונים. כך, בעוד סעיף 17(א) לפקודת הראיות קובע הסדר ברור, חד-משמעי וספציפי בסוגיה של חקירת מצהירים, סעיף 13(2) לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים מעניק לשר המשפטים הסמכה כללית בלבד לקבוע סדרי דין, וזאת ללא כל התייחסות לסוגיה המיוחדת של החקירה הנגדית. לפיכך, ככל שמדובר בסוגיה הנידונה כאן – הזכות לחקירה נגדית – נראה כי סעיף 17(א) לפקודת הראיות מהווה הסדר מיוחד וספציפי ביחס לסעיף 13(2) לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, ומכאן שהוא עדיף מבחינה נורמטיבית. חיזוק למסקנה פרשנית זו ניתן לשאוב גם מפסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת מתן,¹⁰³ שבו נדרש בית-המשפט להתייחס למתח שבין הזכות לחקירה נגדית המעוגנת בסעיף 17(א) לפקודת הראיות לבין תקנה 241(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי, המכפיפה את הזכות לחקירה נגדית בהליכי-ביניים לשיקול-דעת שיפוטי. בית-המשפט פסק כי ההסדר המעוגן בפקודת הראיות גובר על ההסדר הקבוע בתקנה, וזאת, בין היתר, לנוכח מעמדו הנורמטיבי

101 ניתן להקיש בהקשר זה מההלכה השיפוטית שלפיה רשות מנהלית אינה רשאית לפגוע בזכות-יסוד (אף אם זו אינה מעוגנת בחוק) מכוח הסמכה כללית בחוק, וכי לשם כך נדרשת הסמכה מפורשת בחוק המסמך. ראו, לדוגמה, בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 303 (1980); ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 560 (1991); בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 832 (1999).

102 לגבי חוק בתי-המשפט, אשר מעניק לשר המשפטים סמכות כללית להתקין תקנות לביצוע החוק ואינו מתייחס לבית-משפט מסוים, התשובה השלילית לשאלה זו מובנת מאליה.

103 עניין מתן, לעיל ה"ש 11.

העדיף.¹⁰⁴ בית-המשפט העליון לא שאל את עצמו כלל אם ניתן לראות בהסמכתו של שר המשפטים להתקין תקנות בעניין סדרי דין, המעוגנת בחוק בתי-המשפט, משום הסדר מאוחר וספציפי ביחס להסדר הקבוע בפקודת הראיות. תקנה 241(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי ותקנה 18(א) לתקנות סדר הדין בבג"ץ שואבות את כוחן מאותו מקור נורמטיבי (סעיפים 108 ו-109 לחוק בתי-המשפט). לפיכך יקשה לערער על תקפות הרציונל העומד בבסיס פסק-הדין שניתן בפרשת מתן, לפחות ככל שמדובר ביחס שבין סעיף 17(א) לפקודת הראיות לבין תקנה 18(א) לתקנות סדר הדין בבג"ץ.

המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא שאי-אפשר לכרסם בזכות לעריכת חקירה נגדית שסעיף 17(א) לפקודת הראיות מעניק לבעל-דין באמצעות חקיקת-משנה השואבת את כוחה מסעיף 13(2) לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים או מסעיפים 108 ו-109 לחוק בתי-המשפט; וכי במתקל הדינים שבין פקודת הראיות לבין תקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים ותקנות סדר הדין בבג"ץ – גוברת הראשונה.

5. חיזוק מעמדו של בית-המשפט

אחת מעילות הביקורת המסורתיות והחשובות על תקינותו של שיקול-הדעת המנהלי היא זו האוסרת על הרשות לשקול שיקולים זרים במסגרת קבלת החלטתה.¹⁰⁵ אין חולק כי מדובר בעילת ביקורת בעלת משקל, שכן מקום שרשות מנהלית קיבלה החלטה על-סמך שיקולים זרים, מדובר בפגם ברמת חומרה גבוהה, אשר יוביל בדרך-כלל לבטלות ההחלטה.¹⁰⁶ אולם, הגם שמדובר בעילת ביקורת בעלת משקל, חשיבותה המעשית אינה רבה, וזאת בשל הקושי הרב הכרוך בהוכחתה. על עותר המבקש להוכיח כי הרשות שקלה שיקולים זרים לאתר את השיקולים האמיתיים שהניעו את הרשות בקבלת החלטתה, ומטבע הדברים, השיקולים שאותם תציג הרשות בבית-המשפט לא ישקפו תמיד את השיקולים שעמדו בפועל בבסיס החלטתה.¹⁰⁷ לנוכח הקושי הכללי להוכיח מניעים, כוונות וצפונות-לב, אשר לעיתים קרובות

104 שם, בעמ' 33 ו-36, ופסקי-הדין המוזכרים שם.

105 ראו, לדוגמה, בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40 (1956); ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209 (1962); בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455, 477-478 (2001); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 840 (2003).

106 בג"ץ 324/71 הוועד המקומי סביון נ' הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית, פ"ד כז(1) 85, 91 (1972); בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764, 773 (1973); בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 742 (1989).

107 ראו, לדוגמה, בג"ץ 3944/92 מרבק – בית מטבחים בע"מ נ' הרבנות הראשית נתניה, פ"ד מט(1) 278 (1995), שבו נדחתה העתירה לאחר שלא עלה בידי העותרת לשכנע את בית-המשפט העליון כי השיקול שעמד בבסיס החלטתה של הרבנות הראשית בנתניה היה שיקול כלכלי, ולא שיקול הלכתי, וזאת אף שהיה לכך ביטוי מסוים בתצהיר התשובה של הרבנות. דוגמה קיצונית למצב שבו השיקולים שהוצגו לפני בית-המשפט היו שונים מהשיקולים שנשקלו בפועל ניתן למצוא בבג"ץ 4995/90 חוויית הגליל בע"מ נ' ראש עיריית טבריה, פ"ד מה(4) 58, 66 (1991), שבו ביקר בית-המשפט באופן מפורש את התנהלותה של העירייה בגין מה שהגדיר כניסיון להסתיר באופן אקטיבי את השיקולים האמיתיים שעמדו בבסיס

אינם מקבלים ביטוי חיצוני, הנטל הרובץ על עותר הטוען כי החלטה מנהלית התקבלה ממניעים זרים הינו כבד ביותר.¹⁰⁸ נטל זה נהפך לכבד מנשוא מקום שאין לעותר אפשרות להעיד עדים ולערוך חקירה נגדית של המצהיר מטעם המשיב. התוצאה הנובעת מקשיים ראייתיים אלה היא שלעילת הביקורת בדבר שיקולים זרים יש אומנם חשיבות עיונית, אך חשיבותה המעשית מועטה ביותר. על-כן, לא זו בלבד שעתירות המוגשות על-סמך עילת ביקורת זו אינן מתקבלות כמעט,¹⁰⁹ להערכת עתירות פוטנציאליות רבות כלל לא הוגשו בשל אותו קושי להוכיח שיקולים זרים, וזאת גם במקרים שבהם דובר בהחלטות מנהליות פגומות שגרמו עוול.

ייתכן בהחלט שהקושי הרב להוכיח שקילתם של שיקולים זרים על-ידי הרשות המנהלית היה אחד התמריצים שהניעו את בית-המשפט העליון לאתר עילת ביקורת חלופית, יעילה יותר וקלה יותר להפעלה – עילה המתמקדת בתוצאתה של ההחלטה המנהלית, ופחות בשיקולים שעמדו בבסיסה. לשון אחר, החוסר בעילת ביקורת אפקטיבית מצא בסופו של דבר את פתרונו בגיבושה של עילת הסבירות, שהיא כידוע בעלת אופי תוצאתי.¹¹⁰ אלא שכוחה הרב של עילת הסבירות, והעובדה שהיא מהווה כלי ביקורת רב עוצמה בידי בית-המשפט, הם

ההחלטה. כן ראו את הערת השופט חשין בע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 678 (1993). כן ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 96, בעמ' 669-671, ופסקי-הדין המוזכרים שם.

108 בג"ץ 4500/07 יחימוביץ' נ' מועצת הרשות השניה לרדיו ולטלוויזיה, דינים עליון 2007(58) 1443, פס' 12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2007).

109 מסקירה שנעשתה לצורך כתיבת המאמר בשני מאגרי מידע משפטיים (נבו ותקדין), שבמסגרתה נבדקו אלפי פסקי-הדין שניתנו בשנים 2007-2009 (שלוש שנים מלאות) על-ידי בג"ץ ועל-ידי בית-המשפט לעניינים מנהליים, עולה כי בשנים אלה קיבל בג"ץ 39 עתירות, ו-192 עתירות התקבלו על-ידי בתי-המשפט לעניינים מנהליים. מבין 39 העתירות שקיבל בג"ץ, אף לא אחת התקבלה על בסיס הטענה שהרשות שקלה שיקולים זרים. אומנם, בבג"ץ 8735/06 קומפורטי נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, דינים עליון 2009(61) 1322 (2009), התקבלה טענת העותרת כי היותה יהודייה משיחית אינו שיקול רלוונטי לשאלת זכותה לקבל תעודת כשרות; אלא שבין הצדדים לא הייתה מחלוקת עובדתית בעניין, כי אם רק מחלוקת משפטית לגבי מידת הרלוונטיות של עובדה זו לצורך הענקת תעודת כשרות. מבין 192 העתירות שקיבלו בתי-המשפט לעניינים מנהליים, רק בעתירה אחת היותה שקילת שיקולים זרים (שאינם לעניין) אחד הטעמים לקבלת העתירה (עע"א (מחוזי ת"א) 2701/07 אבו גאנם נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי 2007(1) 176 (2007)). תוצאות אלה מדברות בעד עצמן.

עם זאת, יש להיזהר מהסקת מסקנות נחרצות מבדיקה זו, שכן ייתכן שהממצאים אינם משקפים בצורה מדויקת מספיק את המציאות. כך, לדוגמה, ייתכן שקיימים מקרים שבהם חזרה בה הרשות מהתנגדותה לקבלת העתירה לאחר שהעותר הצליח להוכיח קיומם של שיקולים זרים, ובעקבות זאת נמחקה העתירה מבלי שניתן בה פסק-דין.

110 ראו בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729 (1980); בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980); בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993), פסק-דינו של הנשיא ברק – רעה אשר התקבלה ברעת רוב בדנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

באופן מפתיע־משהו גם מקור חולשתה. בשל העוצמה הרבה שעילת הסבירות מעניקה לבית-המשפט, עוררה עילה זו, הן בעבר והן בהווה, ביקורת חריפה כלפי בית-המשפט העליון, ויש הרואים בה את אחת הסיבות המרכזיות להתגברות המתח בין בית-המשפט העליון לבין הכנסת והמשלה, ולפגיעה באמון של חלק מהציבור בבית-המשפט העליון.¹¹¹ אילו הכיר בית-המשפט בזכותו של העותר לחקור את המצהיר מטעם המשיב על תצהירו, לפחות ככל שהטענה העולה מהעתירה היא שקילת שיקולים זרים, היה הדבר מאפשר שימוש יעיל יותר בעילה זו, ובעקבות זאת ממתן את הצורך לפתח את עילת הסבירות, השנויה במחלוקת.¹¹²

6. קבלת התצהיר כפשוטו מעבירה מסר בעייתי לרשות המנהלית

כפי שצוין לעיל, בית-המשפט סומך את הכרעתו השיפוטית על העובדות כפי שהן מפורטות בתצהיר המוגש מטעם הרשות המנהלית. בהתחשב בכך שהמידע הרלוונטי להכרעה בעתירה מצוי בידי הרשות המנהלית, לאופן הצגת העובדות יש חשיבות מכרעת לגבי תוצאת ההליך השיפוטי. אם הפקיד המצהיר מטעם הרשות המנהלית ידע כי הוא עשוי להיחקר על האמור בתצהירו, וכי אי־דיוקים, השמטת פרטים או "עייגול פינות" עלולים להתגלות במהלך החקירה הנגדית, יש סיכוי רב יותר שהוא יקפיד לדייק בתיאור העובדתי המפורט בתצהיר.¹¹³ מדיניות שיפוטית המאפשרת חקירה נגדית עשויה אף לסייע לפרקליט המייצג את הרשות "ללחוץ" על הפקיד הנוגע בדבר לדייק בעובדות, להקפיד עם המצהיר בניסוח התצהיר, ולהימנע מניסוחים עמומים, שלעיתים מגלים טפח אך מסתירים טפחיים. כפי שהוסבר לעיל, ראוי להטיל ספק בהנחה שהרשות המנהלית נוקטת תמיד מדיניות של גילוי מלא, כמצופה

כן ראו לאחרונה בג"ץ 4284/08 קלפנר נ' חברת דואר ישראל בע"מ, דינים עליון 2010(72) 867, פס' לו לפסק־דינו של השופט רובינשטיין (2010).

111 עניין דפי זהב, שם, דעת השופט לנדוי; איל זמיר "עילת אי־הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 291 (1982); מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102 (1982); רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 69 (התש"ס); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993); רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994); Richard Posner, *Enlightened Despot*, (1994) 25, 55-55 2008 [available at www.tnr.com/article/enlightened-despot?page=0,0](http://www.tnr.com/article/enlightened-despot?page=0,0); המכון הישראלי לדמוקרטיה מדד הדמוקרטיה הישראלית 2008 56-55 (2008). כן ראו ברק־ארז, לעיל ה"ש 96, בעמ' 767.

112 ראו, לדוגמה, בג"ץ 606/86 עברליחי נ' מנכ"ל משרד החינוך והתרבות, פ"ד מא(1) 795, 799-800 (1987); בג"ץ 754/88 חשין נ' מנהלת חטיבת הביניים "דקל וינלאי", פ"ד מב(4) 285, 288-289 (1988). בפסקי־דין אלה חרג בית-המשפט העליון באופן יוצא־דופן מנהגו, וזימן לעדות אחדים מן המצהירים מטעם המשיב. בעניין חשין לעיל אף ציין בית-המשפט כי ההחלטה להעיד את המצהיר אינה מעידה על שינוי במדיניותו בכל הנוגע בחקירתם של מצהירים, קרי, זו תיוותר נדידה, אם כי אפשרית במקרים יוצא־דופן.

113 יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 313 (1993); שלמה דורנר "דרכי הוכחה בבג"ץ" משפט וממשל ג 101, 115 (1995).

ממנה, וראוי להציב סימן שאלה בעניין יכולתה של פרקליטות המדינה לערוך תחקיר יסודי בדבר העובדות העומדות ברקע העתירה. אילו נקט בית המשפט מדיניות המאפשרת חקירה נגדית, לפחות בחלק מהמקרים, היה בכך כדי להעביר מסר מרתיע לנציגי הרשות המנהלית, וסביר להניח כי נטייתם לדייק בעובדות הייתה גוברת. כל עוד המדיניות השיפוטית הפוכה, אמינותם של פקידי הרשות אינה נבחנת, והמסר הנובע מכך הוא שאי־דיוק בפרטים או "עיגול פינות" לא ייבחנו, ועל־כן גם לא יתגלו.

דומה כי אין צורך להסביר את הבעייתיות במסר מעין זה, ומדוע הוא פוגע באמון שהציבור רוחש כלפי הרשות המנהלית והרשות השופטת גם־יחד, ועלול להרתיע עותרים מלפנות לבית המשפט, בהעריכם כי ממילא לא תינתן להם האפשרות להזם את גרסתה העובדתית של הרשות המנהלית.

סיכום ומסקנות

זה כחמישים שנה בית המשפט מונע מעותרים בהליך השיפוטי המנהלי את האפשרות להעיד עדים ולערוך חקירה נגדית של מצהירים מטעם המשיבים. דומה כי מדיניות זו מושגת על שלושה טעמים מרכזיים – טעם אחד גלוי ושני טעמים סמויים: הטעם הגלוי הוא שמתן היתר לעריכת חקירה נגדית יפגע באופן משמעותי ביעילות ההליך השיפוטי המנהלי; ואילו הטעמים הסמויים הם שהכרה בזכות לחקירה נגדית עלולה לשבש את פעולתה של הרשות המנהלית, ואולי אף להוות כלי לניגוח פוליטי של נבחרי ציבור, וכן שחקירה נגדית אינה נחוצה לנוכח האמינות שניתן לייחס לגרסה העובדתית המוצגת על־ידי הרשות. כפי שהוסבר לעיל, מידת השכנוע הגלומה בטעמים אלה אינה רבה.

לעומת זאת, קיימים שישה טעמים נפרדים התומכים באימוץ מדיניות שיפוטית שונה. כך, הנחיתות הראייתית שבה מצוי העותר, לנוכח פערי המידע שבינו לבין המשיב, מצדיקה מדיניות שיפוטית שתאפשר לו לגשר, ולו במעט, על פערי מידע אלה, וזאת על־ידי הכרה בזכותו להעיד עדים או לחקור את המצהיר מטעם בעל־הדין שכנגד. במבט לאחור, ייתכן אף שהקושי הראייתי הכרוך בהוכחת שיקולים זרים אצל הרשות המנהלית היה אחד התמריצים לגיבושה של עילת הסבירות כעילת ביקורת מרכזית במשפט המנהלי, וזאת אף שמדובר בעילה שנויה במחלוקת המעוררת שורה של קשיים. נוסף על כך, ראוי לתת משקל לכך שהמדיניות השיפוטית שאינה מאפשרת לעותר לחקור את המצהיר מטעם המשיב מעבירה לפקידי הרשות מסר בעייתי, שאינו מעודד אותם לדייק בתצהיריהם. על כך יש להוסיף את העובדה שביחס לזכות במשפט הפרטי והפלילי, הזכות המנהלית סובלת מחולשה, המעוררת אי־נחת. על רקע עובדה זו מתבקשת מדיניות שיפוטית אשר מחזקת את הזכות, ולא מחלישה אותה. מסקנה זו מתחזקת עוד לנוכח העובדה שפעמים רבות הסיכון הגלום ביחסי הפרט עם הרשות במישור המנהלי אינו נופל מהסיכון שהפרט נחשף אליו במסגרת ההליך הפלילי, שבו הזכות לחקירה נגדית אינה שנויה במחלוקת. נוסף על כל אלה, אין להתעלם מכך שהמחוקק העניק לפרט זכות מפורשת לחקירת המצהיר מטעם בעל־הדין שכנגד, וספק אם שר המשפטים רשאי לכרסם בזכות זו באמצעות תקנות שמקורן בסעיף הסמכה כללי.

במלאת עשר שנים לכינונו של בית-המשפט לעניינים מנהליים דומה כי הגיעה העת לבחון מחדש את ההצדקה למדיניות השיפוטית הנוהגת, ולשקול את שינויה כך שתכיר בזכותו של עותר להעיד עדים ולחקור את המצהירים מטעם המשיבים. לבית-המשפט יש די כלים למנוע את ניצולה לרעה של זכות זו – למשל, באמצעות הגבלת החקירה בזמן, הטלת חובה על העותר להגדיר מראש את הנושאים השנויים במחלוקת עובדתית בינו לבין המשיבים, או הגבלת החקירה לנושאים הרלוונטיים להכרעה בעתירה – ובמקרים המתאימים הוא יוכל אף למנוע את החקירה בשל העדר מחלוקת עובדתית בין הצדדים או בשל ניצול לרעה של הזכות על-ידי העותר. כמו-כן, בית-המשפט יהיה רשאי להטיל על העותר הוצאות בגין חקירה שאינה נחוצה או שמהווה ניצול לרעה של ההליך השיפוטי. זאת, כדי לאזן בין זכותו הדיונית של העותר לבין האינטרס הציבורי בעילות ההליך השיפוטי.

דומה כי יקשה לגבש כבר בשלב זה רשימה סגורה של מצבים ונסיבות שבהן ראוי לא להכיר בזכותו של העותר להעיד עד או לחקור את המצהיר מטעם המשיב. רשימה מעין זו תתגבש מטבע הדברים במהלך הזמן ולאחר שיצטבר ניסיון בנושא. עם זאת, ניתן להציע כבר עתה כמה קווים מנחים להגבלת הזכות לחקירה נגדית. ראשית, מקום שביט-המשפט מתרשם כי אין בין הצדדים להליך מחלוקת עובדתית מהותית, והמחלוקת נסבה על שאלות משפטיות בלבד, מובן שאין צורך בהליך של בירור עובדתי, ובכלל זה בחקירה של המצהיר.¹¹⁴ שנית, גם במקרים שבהם קיימת מחלוקת עובדתית, אם הן על-פי גרסתו העובדתית של העותר והן על-פי גרסתה העובדתית של הרשות התוצאה המשפטית היא אחת, אזי נראה כי חקירה נגדית תהיה מיותרת, ואין מקום לאפשרה. כדי לייעל את ההליך, ניתן לדרוש מהמשיב לציין כבר בתגובתו על העתירה אם קיימת מחלוקת עובדתית בינו לבין העותר, ואם כך הדבר – לחייבו לציין מהן העובדות השנויות במחלוקת, אם קיימות ראיות התומכות בגרסתו, ומהי עמדתו לגבי האפשרות של עריכת בירור עובדתי במסגרת ההליך השיפוטי. מידע זה יאפשר לבית-המשפט לגבש במהירות וביעילות יחסית את החלטתו בקשר לצורך בעריכת בירור עובדתי במסגרת ההליך.

נוסף על אלה, מקום שהמשיב מעוניין בכך, ראוי לאפשר לו, לפני עריכת החקירה, להחליף את המצהיר מטעמו במצהיר אחר, ובלבד שהגורם החדש בקי אף הוא בנסיבות העניין, ושביט-המשפט השתכנע כי אין בכך כדי לפגוע בזכויותיו של העותר. זאת, כדי להקל על הרשות במישור הביורוקרטי, כדי למנוע שיבוש מיותר בהתנהלותה של הרשות, וכדי למנוע ניצול לרעה של ההליך השיפוטי לצורך הטרדתם של אנשי ציבור ופקידים רמי-דרג. אני סבור כי תחילה ראוי לאמץ את השינוי המוצע בבית-המשפט לעניינים מנהליים. התכלית העיקרית שעמדה בבסיס הקמתה של ערכאת שיפוט זו הייתה להקל את העומס שהיה מוטל על בג"ץ, ובין היתר לתת מענה לקושי של בג"ץ להכריע במחלוקות עובדתיות בין הפרט לבין הרשות. כמו-כן, העתירות המוגשות לבית-המשפט לעניינים מנהליים מתאפיינות בכך שככלל המשיב בהן אינו אישיות פוליטית רמת-דרג, ועובדה זו מפגינה במידה רבה את החשש שהזכות לחקירה נגדית תנוצל לצורך הטרדה גרידא או ניגוח פוליטי. נוסף על כך,

114 ראו גם את רשימתו הקצרה של רועי שחר "העתירה המינהלית והחקירה הנגדית" ProGuides (2010) www.martindale.co.il/Article.aspx?ArticleID=162&Text. כן ראו אליעד שרגא

ורועי שחר המשפט המנהלי כרך חמישי 204-205 (2008).

בית־המשפט לעניינים מנהליים מורגל בהליכים של חקירת מצהירים והעדת עדים, וחזקה עליו שידע לנווט את המשפט ביעילות מרבית.

באשר לבג"ץ, ככל שההכרה בזכות לחקירה נגדית בבית־המשפט לעניינים מנהליים תתברר כמוצדקת וכיעילה, וככל שתתגבש הסכמה כי תועלתו של השינוי המוצע עולה על עלותו, יהיה בכך כדי להצדיק אימוצו של הֶסדר דומה גם בבג"ץ, אף אם בשינויים מסוימים או במתכונת מצומצמת יותר.