

“חוקה למדינת ישראל”

נגד

1. שר האוצר
2. נציב מס הכנסה

בבית המשפט העליון בשבתו ככית"מ שפט גבוה לצדק

[17.12.91]

לפני השופטים א' ברק, ד' לוי, ג' בך

פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], נ"ח 120, סעיפים 29(2), 46(א) – חוק לתיקון פקודת מס הכנסה, תשכ"א-1961, ס"ח 36, סעיף 5.

העותרת היא עמותה, אשר הציבה כאחת ממטרותיה את כינונה של חוקה כתובה בישראל. מכיוון שפעולותיה של העותרת למען הגשמת מטרה זו ממומנות רובן ככולן מכספי תרומות, פנתה העותרת אל המשיבים בבקשה להכיר בה כב"מוסד ציבורי" לצורך האמור בסעיפים 29(2) ו-46(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. הכרה שכזו לעניין סעיף 29(2) לפקודה הייתה מקנה לעותרת פטור מתשלום מס הכנסה. הכרה זו, לעניין סעיף 46(א) לפקודה, הייתה מקנה זיכוי מס לגופים ולאנשים התורמים כספים לעותרת. פניית העותרים נדחתה על ידי המשיבים, מן הטעם שמטרות העותרת אינן נכנסות בגדר סעיף 29(2) לפקודה, היינו, אינן מטרות חינוך, ואין להרחיב את רשימת המטרות הקיימת. כן סברו המשיבים, כי לפעולות העותרת גוון פוליטי, ואין להכיר בפעילות פוליטית כפעילות הזכאית לפטור. מכאן העתירה. בין היתר, טענה העותרת, כי כינון חוקה הוא משימה חינוכית ותרבותית, ופעולותיה בהקניית ערכי החוקה הן פעולות חינוך ותרבות. עוד טענה העותרת, כי המשיבים מפלים אותה לרעה לעומת גופים אחרים, שזכו להכרה המבוקשת חרף פעילותם הפוליטית.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

א. (1) סעיף 29(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] מגדיר "מטרה ציבורית" על-פי שני חלקים תלופיים: בחלק הראשון מגויות שבע מטרות כמטרות ציבוריות: בחלק השני נקבע, כי "מטרה ציבורית" היא "מטרה אחרת שאושרה על ידי שר האוצר כמטרה ציבורית". בין שני חלקי ההגדרה קיים שוני מהותי (197 ב-ג).

(2) חלקה הראשון של ההגדרה קובע נורמה משפטית אובייקטיבית, אשר בית המשפט צריך לפרשה. פירושה של המשיבים לנורמה זו אינו מכריע. האחריות הסופית לפעילות הפרשנית היא אחריות שיפוטית, ובמסגרתה יינתן משקל לפירושה של המשיבים, כמי שמתמחים בחוק ומפעילים אותו, אך הבחירה הסופית בין האפשרויות היא בחירה שיפוטית (197 ג-ד).

- (3) חלקה השני של ההגדרה קובע נורמה משפטית "סובייקטיבית", והאחריות לקביעה זו מוטלת על המשיב 1, אשר בידו הסמכות לכך. התפקיד השיפוטי בעניין מסוג זה הוא בעיקרו תפקיד של בחינה ובדיקה, אם המשיב 1 עשה שימוש כדין בסמכות הנתונה לו (197 ד-ה).
- א. (1) אין לראות בעותרת מוסד ציבורי במובן של חבר בני אדם הפועלים למטרות חינוך ותרבות "ונכסיהם והכנסותיהם משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד" (198 א).
- (2) מטרתה של העותרת - להמריץ את הכנסת לקבל שינוי חוקתי - אינה נבלעת במטרות התרבות והחינוך של העותרת. זוהי מטרה העומדת על רגליה שלה והקיימת בצד מטרות החינוך והתרבות של העותרת. נמצא, כי יש לה לעותרת בצד המטרות של חינוך ותרבות גם מטרה נוספת, שאינה מנויה ברישא של הגדרת "מטרה ציבורית" (198 א-ג).
- (3) אין כל אפשרות, אפילו חינוך ותרבות הן ממטרותיה של העותרת, להכיר בה כמוסד ציבורי אך בגין מטרות אלה. מטרותיה האחרות של העותרת - כל עוד אינן מטרות ציבוריות - מונעות הכרה זו (198 ה).
- (4) בנסיבות דנו, כל עוד לא תוכר המטרה הנוספת של כינון החוקה הכתובה כמטרה ציבורית, מכוח הסיפא של סעיף 9(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], באופן שניתן יהיה לקבוע שכל הכנסותיה ונכסיה משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד, לא ניתן לראות במטרות החינוך והתרבות כמספיקות להכרה בעותרת כמוסד ציבורי (198 ד).
- ג. (1) אף שהוראת סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] מעניקה שיקול-דעת למשיב 1 לקבוע כ"מטרה ציבורית" מטרה אחרת שאושרה על-ידיו כמטרה ציבורית, אין המשיב 1 רשאי לקבוע כל מטרה כמטרה ציבורית. צריך שבאותה מטרה יהא היבט ציבורי, שאם לא כן יחרוג המשיב 1 מסמכותו (199 ב).
- (2) "מטרה ציבורית" היא כל אשר לציבור - כולו או מקצתו - עניין בה. זו צריכה להיות מטרה שאינה פרטית ושאינה באה לקדם את עניינם של פרטים מסוימים (199 ד).
- (3) בנסיבות דנו, מטרתה של העותרת, לכוון חוקה כתובה בישראל בדרך של שינוי החקיקה, נופלת לגדר מטרה ציבורית, אשר המשיב 1 מוסמך להכיר בה כ"מטרה ציבורית" על-פי הסמכות הנתונה לו בסעיף 29(2) לפקודה (199 ד-ה).
- ד. (1) ההכרה ב"מוסד ציבורי" וההכרה ב"מטרה ציבורית" צריכות להיעשות באופן סביר וענייני, תוך הקפדה על שוויון. על-ימנת שעקרונות מהותיים אלה יקוימו, ועל-ימנת שהדברים יהיו ידועים וגלויים לפני הציבור, שומה על המשיבים להתוות קריטריונים ברורים וליתן להם פומבי. רק כך תובטח תקינות פעולותיהם של המשיבים, ורק כך יובטח אמון הציבור בשליחיו ובנאמניו (200 א-ב).
- (2) מדיניותם של המשיבים שלא לתת תמיכה כלכלית לפעילות, שעיקרה התערבות בהליכי החקיקה, או לפעילות, שמעצם טבעה עוסקת בנושא שנוי במחלוקת ציבורית או פוליטית, או לפעילות, הכרוכה במאבק פוליטי לשם הגשמתה, אינה בלתי סבירה (200 ו).
- (3) בנסיבות דנו, קיים "מיתחם של סבירות", המשתרע על מספר אפשרויות - לרבות האפשרות בה דוגלת העותרת - אשר כולן כדין, ואשר הבחירה ביניהן נתונה למשיב 1, כמי שממונה על המדיניות הפיסקאלית של הממשלה. משעשה המשיב 1 בחירה כדיון בין אפשרויות אלה, שוב אין מקום להתערבות בג"צ (200 ו-201 א).
- (4) במסגרתו של עקרון הפרדת הרשויות, מפרשת הרשות השופטת את החוק וּבכך קובעת את היקפו של מיתחם האפשרויות האחרות, ואילו הבחירה בין האפשרויות כדין - בחירה שהיא פעולת ביצוע או פעולת חקיקה - נעשית על-ידי הרשויות האחרות, ולא על-ידי הרשות השופטת. בנסיבות דנו, בחר המשיב 1 באמת מידה הקובעת מכחן צר למדיי כאשר למטרות שהוא רואה אותן כציבוריות. מכחן זה

- נופל למיתחם הקריטריונים הסבירים, ולפיכך יש לדחות את טענת העותרת כאשר לשימוש פסול בשיקול הדעת הנתון למשיבים (201 א-ג).
- ה. (1) עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של משפט הארץ. אף שאינו כתוב על ספר – כלומר, אינו מהווה חלק מחוקה כתובה ונוקשה – הרי הוא מנשמת אפר של המשטר החוקתי (201 ו).
- (2) כל דבר חקיקה מתפרש באופן שתכליתו הינה להגשים שוויון בין אדם לבין חברו ולא להפלות ביניהם, וכל סמכות שלטונית, הפועלת מכוח הוראת חוק, חייבת לפעול מתוך שוויון, שאם לא כן, תחרוג מסמכותה (201 ו-ז).
- (3) כל אדם זכאי לכך כי ההחלטה בעניינו תתקבל מתוך יחס של שוויון כלפיו. החלטה מפלה היא החלטה פסולה, אך אין נובע מכך, כי בכל מקרה של הפליה זכאי המופלה לכך שיוענקו לו אותן טובת הנאה או זכות המוענקות לאחרים שאינם שונים ממנו (202 א).
- ו. (1) במצב הדברים הראשון, מכין שלושה מצבים עקרוניים שבהם טוען פלוני להפליה, לפלוני ולאחרים שכמותו אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי, ללא כל צורך בהפעלת שיקול-דעת מינהלי, בדין. הרשות השלטונית מפלה את פלוני, שכן היא מכירה בזכותם של האחרים, אך אינה מכירה בזכותו של פלוני, השווה להם (202 ג).
- (2) במצב דברים זה התמוגה ההפליה הפסולה עם השיקול הזר והבלתי סביר; מכיוון שלאחרים מגיעה זכות מסוימת, ומכיוון שגם לפלוני מגיעה אותה הזכות עצמה, הרי הבטלות של השיקול הפסול והמפלה תוצאתה הענקת זכות לפלוני (202 ד-ה).
- ז. (1) במצב הדברים השני, מבין המצבים העקרוניים הנ"ל, אין לפלוני ולאחרים זכות המוגנת בדין, ואין גם לרשות הציבורית שיקול-דעת מינהלי להעניק אותה זכות. חרף זאת, מעניקה הרשות אותה טובת הנאה לאחרים ואינה מעניקה אותה לפלוני. בכך היא מפלה את פלוני ביחס לאחרים (202 ז).
- (2) במצב דברים זה פלוני אינו יכול להביא לידי כך שהרשות השלטונית תעניק לו טובת הנאה או אינטרס, שכן ביטול ההחלטה המפלה אינו מציב זכות לפלוני שזכותו אינה מוכרת בדין. כל שביכולתו של פלוני לעשות הוא להביא לידי כך שהרשות המינהלית תחדל ממנהגה המפלה ותפסיק להעניק לאחרים טובות הנאה שאינן מגיעות להם כדין. תרופתו של פלוני הינה אפוא בעלת היבט "שליילי": מניעת טובת הנאה שניתנה שלא כדין לאחרים (203 ה-204 א).
- (3) זכותו של האדם, כי השלטון יפעל כלפיו בשוויון, חזקה דיה כדי להעניק לאדם את המעמד בדין לדרוש את ביטול ההפליה. כאשר עקרון השוויון בא להגשים את עקרון שלטון החוק, הוא מקבל עוצמה וזכות כפולים ומכופלים (204 ג).
- (4) כאשר הרשות השלטונית מחליטה, אם מיוזמתה שלה ואם בשל פנייתו של פלוני, להפסיק מהתנהגותה המפלה, אין בהפליה שנעשתה בעבר כדי להעניק לפלוני זכות כלשהי; מותר לה לרשות השלטונית, בין אם מדיניותה בעבר הייתה כדין ובין ובעיקר אם מדיניותה בעבר אינה כדין, לבוא ולומר: "עד כאן ולא יותר. מלאה הסאה ואין להוסיף עליה" (204 ג-ו).
- ח. (1) מצב הדברים השלישי בו קיימת הפליה הוא זה: החוק אינו מעניק לפלוני ולאחרים זכות; עם זאת, החוק מעניק לרשות המוסמכת שיקול-דעת להעניק את הזכות האמורה על-פי שיקול-דעתה. שיקול-דעת זה יוצר מיתחם של אפשרויות סבירות, במסגרתן קובעת הרשות השלטונית מדיניות, לפיה היא מעניקה טובת הנאה לאחרים ונמנעת מלהעניק טובת הנאה זו, מטעמים מפלים, לפלוני (205 ד).
- (2) במצב דברים זה, כאשר החליטה הרשות השלטונית לקבוע מדיניות לפיה אחרים זכאים לטובת הנאה מסוימת, הרי מחויבת היא, מכוח עקרון השוויון, להעניק טובת הנאה זו גם לפלוני. ההחלטה המפלה דינה

- להתבטל, ותחתיה תייבת לבוא החלטה המשווה את פלוני ואת האחרים (205 ה-ו).
- א (3) כאשר הרשות השלטונית מחליטה לאמץ מדיניות חדשה ולהפעילה באופן שוויוני בעתיד, הרי אם חדלה הרשות השלטונית ממדיניותה המפלה, באופן החלטי ומלא, לעבר ולעתיד, ונקטה מדיניות חדשה, לפיה איש אינו מקבל טובת הנאה, אין לו לפלוני כל זכות לקבלת טובת הנאה (206 ו-207 א).
- ב (4) כאשר נוקטת הרשות השלטונית מדיניות חדשה, שאינה מעניקה טובות הנאה חדשות, אך היא ממשיכה להעניק בעתיד טובות הנאה למי שקיבלו אותן באופן מפלה בעבר, ואת חרף העובדה, כי ניתן כדון להימנע ממתן טובות הנאה מפלות בעתיד, הרי מדיניותה החדשה של הרשות השלטונית אינה כפי שהיא נחזית להיות; במצב דברים זה ממשיכה ההפליה להתקיים, אם כי גבולותיה אינם מתרחבים לגופים חדשים. שיקוליה של הרשות פסולים הם, וזכותו של פלוני, השווה לאחרים, לקבל טובת הנאה כמוהם (207 ב-ה).
- ט. (1) בנסיבות דנן, אפילו קיימת הפליה כנגד העותרת, אין בה כדי להעניק לעותרת זכות להכרה בה כ"מוסד ציבורי": אשר להכרה לפי הרישא של סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] – ומקבילתו בסעיף 46(א) לפקודה – אין העותרת זכאית להכרה זו, שכן אין היא מקיימת את התנאים הנדרשים בפקודה. אפילו מופלית העותרת, אין בכך כדי להעניק לה זכות, ובית המשפט לא יצווה על המשיבים לפעול שלא כדון (208 א).
- ג (2) אשר להכרה לפי הסיפא של סעיף 9(2) לפקודה – ומקבילתו בסעיף 46(א) – אין העותרת זכאית להכרה, לאור מדיניותם של המשיבים "עד כאן ולא יותר". עם זאת, אם יוכח תוך זמן סביר בעתיד, כי ההפליה נמשכת, תוכל העותרת לעמוד על זכותה לקבל הכרה לפי המדיניות למעשה הנקטת על-ידי המשיבים (208 א).
- ד

#### ה פסקי־דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- א [1] בג"צ 306/81 פלאשו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118.
- [2] בג"צ 59/88, בשג"צ 418/88 צבן נ' שר האוצר ואח', פ"ד מב (4) 705.
- ב [3] בג"צ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל־אביב־יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל־אביב־יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל־אביב־יפו ואח', פ"ד מב (2) 309.
- [4] בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693.
- [5] בג"צ 507/81 ח"כ אבו חצירא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לה (4) 561.
- [6] בג"צ 262/62 פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר־שמריהו, פ"ד טז 2101.
- [7] ע"א 6/66 קלו נ' עיריית בת־ים, פ"ד כ (2) 327.
- ז [8] בג"צ 301/69 שמילביץ ואח' נ' עיריית תל־אביב־יפו ואח', פ"ד כד (1) 302.
- [9] בג"צ 640/78 בודיס קצאן את יוסף הרשטיג, חברה לבנין ולהנדסה בע"מ נ' יושב־ראש הוועדה המקומית לתכנון עיר נתניה ואח', פ"ד לד (2) 1.
- [10] בג"צ 178/74 ז' וד' בר־חודין, קבלני בנין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון, נהריה, פ"ד כח (2) 757.

השופט א' ברק

- [11] בג"צ 111/89 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל-אביב, ואח', פ"ד מה (2) 133.
- [12] המ' 460/63 לנר נ' ועדת השומה שליד עיריית נהריה ואח', פ"ד יח (1) 318.
- [13] בג"צ 172, 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529.
- [14] בג"צ 146/66 הרשקוביץ נ' הוועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר, מחוז הצפון, פ"ד כ (2) 518.
- [15] בג"צ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר-המסחר והתעשייה ואח', פ"ד טו 197.
- [16] בג"צ 118/62 לנדאו נ' שר-החקלאות ואח', פ"ד טז 2540.
- [17] בג"צ 131/65 סביצקי ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד יט (3) 370.
- [18] בג"צ 78/68 קראוס נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כב (2) 463.
- [19] בג"צ 366/81 לשכת מפטילי אוטובוסים לתיוור ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לז (2) 115.
- [20] בג"צ 803, 678/88 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח'; אליהו נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מג 501 (2).
- [21] בג"צ 696/89 ד.מ.י. – מרכז רפואי ירושלים בע"מ נ' שר הבריאות ואח', פ"ד מד (3) 113.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

[22] *Slee v. Commissioner of Internal Revenue* 42 F. 2d 184 (1930).

[23] *Regan v. Taxation with Representation of Wash.* 461 U.S. 540 (1983).

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

[24] *Commissioners of Inland Revenue v. Temperance Council, & Co., of England and Wales* (1926) 136 L.T. 27 (K.B.).

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 1.8.89. העתירה נדחתה. הצו-על-תנאי בוטל.

א' קלגסבלד – בשם העותרת:

נ' ארד, מנהלת מחלקת הכג"צים בפרקליטות המדינה – בשם המשיבים.

## פסק-דין

השופט א' ברק: האם עמותה, אשר הציבה כאחת ממטרותיה את כינונה של חוקה כתובה בישראל, היא "מוסד ציבורי", כמשמעות ביטוי זה בחקיקת מס המעניקה פטור ממס הכנסה לעמותה ויכוי ממס לתורמים לה?

הרקע העובדתי

א 1. העותרת, "חוקה למדינת ישראל", היא עמותה הרשומה בישראל, ששמה לה למטרה לפעול למען כינון חוקה כתובה בישראל. פעולותיה של העותרת למען הגשמת מטרה זו ממומנות, רובן ככולן, מכספי תרומות. במהלך השנים 1987-1989 התנהלו מגעים בין העותרת לבין המשיבים - שר האוצר ונציב מס הכנסה - בקשר לבקשת העותרת להכיר בה כ"מוסד ציבורי" לעניין סעיף 9(2) ו-46(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן - הפקודה). הכרה שכזו לעניין סעיף 9(2) לפקודה הייתה מקנה לעותרת פטור מתשלום מס הכנסה. הכרה שכזו לעניין סעיף 46(א) לפקודה, בכפוף לאישור ועדת הכספים של הכנסת, הייתה מקנה זיכוי מס לגופים ולאנשים התורמים כספים לעותרת. בקשתה הראשונה של העותרת נדחתה על-ידי סגן נציב מס הכנסה. פנייה אל סגן נציב מס הכנסה לעיון מחודש בבקשה נדחתה גם היא. בקשה נוספת, שהופנתה הפעם אל שר האוצר, נענתה אף היא בשלילה. ההחלטה האחרונה נומקה על-ידי היועצת המשפטית של משרד האוצר כלהלן:

ג "עמדתנו היא שאין להכיר בעמותה לצורך ס' 9(2) משתי סיבות עיקריות: האחת, כי מטרות העמותה אינן נכנסות בגדר הסעיף היינו, אינן מטרות חינוך, ואין מקום להרחיב את רשימת המטרות הקיימת; השנייה כי לפעולות העמותה גוון פוליטי, ואין להכיר בפעילות פוליטית כפעילות הזכאית לפטור לפי סעיף זה".

כנגד החלטות אלה של המשיבים מכוונת העתירה שלפנינו.

ד

המסגרת הנורמטיבית

2. סעיף 9 לפקודה קובע:

"פטורים ממס:

ה

.....

(2) הכנסתם של רשות מקומית, מפעל הפיס, קופת גמל ומוסד ציבורי, במידה שלא הושגה מעסק שהם עוסקים בו, או מדיבידנד או מריבית או מהפרשי הצמדה ששולמו על ידי חבר בני-אדם שבשליטתם העוסק בעסק...

ו

כפיסקה זו -

.....

ז

'מוסד ציבורי' - חבר בני-אדם של שבעה לפחות שרוכב חבריו אינם קרובים זה לזה... הקיימים ופועלים למטרה ציבורית ונכסיהם והכנסותיהם משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד.

.....

'מטרה ציבורית' - מטרה שענינה דת, תרבות, חינוך, מדע, בריאות, סעד או ספורט וכן מטרה אחרת שאושרה על ידי שר האוצר כמטרה ציבורית".

השופט א' ברק

סעיף 46(א) לפקודה קובע:

"אדם שתרים בשנת מס פלוגית סכום העולה על 90 שקלים חדשים... למוסד ציבורי כמשמעותו בסעיף 29(2) שקבע לענין זה שר האוצר באישור ועדת הכספים של הכנסת, 35% מסכום התרומה יזוכה מהמס..."

עניינה של עתירה זו מתמקד בהגדרת "מוסד ציבורי" שבסעיף 29(2) לפקודה. הגדרה זו תופסת הן לעניין הפטור שבסעיף 29(2) לפקודה והן לעניין הזיכוי שבסעיף 46(א) לפקודה.

3. סעיף 29(2) לפקודה פוטר מתשלום מס הכנסה את הכנסותיהם של ארבעה סוגי גופים – רשויות מקומיות, מפעל הפיס, קופות גמל ומוסדות ציבוריים – כל עוד אין המדובר בהכנסה מעסק או ברווחים הוניים מסוימים, המצוינים שם. "מוסד ציבורי" מוגדר בסיפא של הסעיף כחבר של לפחות שבעה בני אדם, העומדים בקריטריונים המצוינים שם. עניינו כאן בדרישה שאותו חבר בני אדם יהא פועל ל"מטרה ציבורית", וכי נכסיהם והכנסותיהם משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד. הסעיף מגדיר "מטרה ציבורית", על-פי שני חלקים חלופיים: בחלק הראשון מנויות שבע מטרות כמטרות ציבוריות, והן: דת, תרבות, חינוך, מדע, בריאות, סעד או ספורט. בחלק השני נקבע, כי "מטרה ציבורית" היא "מטרה אחרת שאושרה על ידי שר האוצר כמטרה ציבורית". כן נקבע, כי נכסיו והכנסותיו של המוסד הציבורי משמשים את המטרה הציבורית – על שני חלקיה – ואותה בלבד. בין שני חלקי ההגדרה קיים שוני מהותי. חלקה הראשון של ההגדרה קובע נורמה משפטית "אובייקטיבית", אשר בית המשפט צריך לפרשה. אמת, למשיבים פירוש משלהם לנורמה זו, אך פירושם שלהם אינו מכריע. האחריות הסופית לפעילות הפרשנית היא אחריות שיפוטית (ראה בג"צ 306/81 [1] בעמ' 141). במסגרתה של זו יינתן משקל לפירושם של המשיבים, כמי שמתמחים בחוק ומפעילים אותו, אך הבחירה הסופית בין האפשרויות הפרשניות היא בחירה שיפוטית. חלקה השני של ההגדרה קובע נורמה משפטית "סובייקטיבית". שר האוצר הוסמך לאשר מטרה כמטרה ציבורית, והאחריות לקביעה זו מוטלת על שר האוצר, אשר בידו הסמכות לכך. התפקיד השיפוטי בעניין מסוג זה הוא בעיקרו תפקיד של בחינה ובדיקה, אם שר האוצר עשה שימוש כדין בסמכות הנתונה לו. עם זאת, אפילו מטרותיו של מוסד הן מטרות ציבוריות – אם לפי הרישאה ואם לפי הסיפא – אין אותו מוסד מהווה "מוסד ציבורי", אלא אם כן נכסיו והכנסותיו "משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד".

מוסד ציבורי: הרישאה של ההגדרה

4. חלק ניכר מהטענות לפנינו הוקדשו לשאלה, אם מטרותיה של העותרת נופלות לגדר מטרות תרבות וחינוך. לטענת העותרת, חוקה היא משימה חינוכית ותרבותית, ופעולותיה בהקניית ערכי החוקה – בדרך של סדנאות, סימפוזיונים, פירומונים, הוצאת כתבי-עת וחברות – הן פעולות תרבות וחינוך. לעומתה גורסים המשיבים, כי אין העותרת פועלת להשגתה של מטרה כתחום החינוך והתרבות. לשיטת המשיבים, מטרה שעניינה "חינוך" היא מטרה של מוסד העוסק בפעילות חינוכית במסגרות קבועות כלשהן, כגון בית-ספר, גן ילדים, מכון, מדרשה, שיעורים קבועים. פעילות הסברתית, המתבטאת בהפצת עלונים, בפירסום מודעות בעיתונות, בהפגנות ובסימפוזיונים ספוראדיים, אינה פעילות "חינוך".

השופט א' ברק

5. לדעתי, אין לראות בעותרת מוסד ציבורי כמוכן של חבר בני אדם הפועלים למטרות חינוך ותרבות "ונכסיהם והכנסותיהם משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד". נוכל להשאיר בצריך עיון את השאלה, אם מטרת העותרת הן חינוך ותרבות. שאלה זו סבוכה היא, ואין היא דורשת הכרעה בעתירה שלפנינו. אפילו נראה במטרותיה חינוך ותרבות, אין אלה מטרותיה היחידות. בצד חינוך ותרבות עומדת מטרתה המרכזית והעיקרית של העותרת, שעניינה כינונה של חוקה כתובה לישראל, וזאת בדרך של פעולת חקיקה אשר צריכה להתבצע בהקדם האפשרי. מטרה זו – המרצת הכנסת לקבלת שינוי חוקתי – אינה נבלעת במטרות התרבות והחינוך של העותרת. זוהי מטרה העומדת על רגליה שלה והקיימת בצד מטרת החינוך והתרבות של העותרת. אכן, כאשר המשיבים הציעו לעותרת לוותר על מטרה זו ולהסתפק בפעילות תרבות וחינוך, סירבה העותרת לכך. נמצא, כי בצד מטרות החינוך והתרבות יש לה לעותרת מטרה נוספת, שעניינה עצם השינוי החוקתי. מטרה זו אינה מטרה עקיפה ורחוקה שבוא תבוא, כאילו מאליה, כתוצאה מפעולות החינוך והתרבות. זוהי מטרה עצמאית ועיקרית, אשר פעולות החינוך והתרבות באות להגשימה, ובמובן מסוים משמשות כאמצעי להשגתה. נמצא, כי יש לה לעותרת בצד המטרות של חינוך ותרבות גם מטרה נוספת, שאינה מנויה ברישא של הגדרת מטרה ציבורית. מכיוון שכך, אין לומר, כי נכסיה והכנסותיה של העותרת משמשים אך להשגת מטרת החינוך והתרבות בלבד. נכסי העותרת והכנסותיה משמשים הן להשגת מטרת חינוך ותרבות והן להשגת מטרה אחרת, שאינה מטרת חינוך ותרבות – ואף אינה מטרה אחרת הנזכרת ברישא של הגדרת "מטרה ציבורית" – אלא מטרה של כינון חוקה כתובה, הלכה למעשה, לישראל. על-כן, כל עוד לא תוכר מטרה נוספת זו של כינון החוקה הכתובה כמטרה ציבורית, מכוח הסיפא של סעיף 9(2) לפקודה, באופן שניתן יהא לקבוע שכל הכנסותיה ונכסיה משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד, לא ניתן לראות במטרות החינוך והתרבות כמספיקות להכרה בעותרת כמוסד ציבורי. אכן, לשם הכרה בעותרת כמוסד ציבורי מכוח מטרות החינוך והתרבות שהציבה לעצמה יש לדרוש, כי נכסי העותרת והכנסותיה ישמשו להשגת מטרת חינוך ותרבות זו בלבד. ברור שהעותרת אינה מצמצמת את פעולותיה אך למסגרות אלה. מכיוון שכך, אין כל אפשרות, אפילו נראה בחינוך ובתרבות כמטרות של העותרת, להכיר בה כמוסד ציבורי אך בגין מטרות אלה. מטרותיה האחרות של העותרת – כל עוד אינן מטרות ציבוריות – מונעות הכרה זו.

מוסד ציבורי: הסיפא של ההגדרה

6. כאמור, טוענת העותרת כי היה על שר האוצר להכיר במטרתה להביא לכינון חוקה כתובה לישראל בדרך של שינוי במבנה המשפטי כ"מטרה ציבורית" מכוח האמור בסיפא של ההגדרה. אכן, סעיף 9(2) לפקודה, מעבר לרשימת המטרות אותן הוא מגדיר כ"מטרה ציבורית", מסמיך את שר האוצר להכיר גם במטרות אחרות כ"מטרה ציבורית". אם שר האוצר יכיר במטרה של כינון חוקה כתובה לישראל בדרך של שינוי במערך המשפטי כמטרה ציבורית, כי אז כל מטרותיה של העותרת יהיו מטרות ציבוריות, ומכיוון שכל נכסיה והכנסותיה משמשים מטרות אלה, יתקיים בעותרת המעמד של "מוסד ציבורי". דא עקא, ששר האוצר מסרב להכיר במטרת העותרת להביא לכינון חוקה כתובה בישראל בדרך של שינוי חקיקתי כמטרה ציבורית. המחלוקת בעניין זה, בין המשיבים לבין העותרת, מתייבת כחינה בשני מישורים. המישור האזוד



השופט א' ברק

הוא מישור הסמכות. במסגרת זו עלינו לבחון, מה משמעות יש ליתן למונח "מטרה ציבורית", ומהו היקף העניינים שניתן לראותם כנופלים למסגרת המטרות בהן מוסמך שר האוצר להכיר מכוח סעיף 29(2) סיפא לפקודה. המישור השני הוא מישור שיקול הדעת. סעיף 29(2) סיפא לפקודה אינו מחייב את שר האוצר להכיר כ"מטרה ציבורית" בכל מטרה ש"אובייקטיבית" מהווה מטרה ציבורית. מתן ההכרה נתון לשיקול-דעתו של שר האוצר, והפעלתו של שיקול-דעת זה כפופה לכללים הרגילים של המשפט המינהלי. יהא עלינו לבחון, אם הפעיל שר האוצר את שיקול-דעתו כדין. נפתח בשאלת הסמכות, ונעבור לאחר מכן לשאלת שיקול הדעת המינהלי.

## סמכות שר האוצר

7. סעיף 29(2) לפקודה מסמיך את שר האוצר לקבוע כ"מטרה ציבורית" מטרה אחרת שאושרה על ידי שר האוצר כמטרה ציבורית". אף שההוראה מעניקה שיקול-דעת לשר האוצר, אין הוא רשאי לקבוע כל מטרה כמטרה ציבורית. צריך שבאותה מטרה יהא היבט ציבורי, שאם לא כן יחרוג שר האוצר מסמכותו. הפקודה עצמה אינה מבחירה, מהו אותו היבט ציבורי שצריך שיהא במטרה, כדי ששר האוצר יוכל לקבוע אותה כמטרה ציבורית, מחוץ לקביעה, כי "מטרה אחרת" היא מטרה ציבורית שמעבר לדת, תרבות, חינוך, מדע, בריאות, סעד או ספורט. באנגליה ניתן להוראה מקבילה פירוש מצמצם, אך הסיבות לכך הן היסטוריות גרידא (ראה, 306-308). הטקסט הנוכחי של הפקודה מקורו בחקיקה ישראלית מקורית משנת 1961 (ראה חוק לתיקון פקודת מס הכנסה, חשכ"א-1961, סעיף 5), ועלינו ליתן להוראה זו פירוש משלנו. נראה לי, כי לעניין זה "מטרה ציבורית" היא כל אשר לציבור – כולו או מקצתו – עניין בה. זו צריכה להיות מטרה שאינה פרטית, כלומר שאינה באה לקדם את ענייניהם של פרטים מסוימים. מנקודת מבט זו נראה לי, כי מטרתה של העותרת, לכונן חוקה כתובה בישראל בדרך של שינוי החקיקה, נופלת לגדר מטרה ציבורית אשר שר האוצר מוסמך להכיר בה כ"מטרה אחרת" עליפי הסמכות הנתונה לו בסעיף 29(2) לפקודה.

## שיקול-דעת שר האוצר

8. בהתייחסנו לעניין חלוקתם של כספים מתקציב המדינה למוסדות שונים אמרנו, כי:

"אכן, כספי התקציב הם כספי מדינה. רשויות השלטון המוסמכות לפעול בהם אינן רשאיות לעשות בהם כטוב בעיניהן. רשויות השלטון הן נאמני הציבור, והוצאתם של כספים אלה וחלוקתם צריכות להיעשות בדרך העולה בקנה אחד עם נאמנות זו. מבחינת המהות, מחייבת דרך זו שכנוע, כי המטרה שלשמה נועדו הכספים היא מטרה שיש למדינה עניין לתמוך בה. התמיכה צריכה להיעשות על-פי עקרונות של סבירות ושוויון (ראה בג"צ 175/71, בעמ' 831), ומתוך שיקולים ענייניים. עמדנו על כך בבג"צ 780/83, בו ציינו, כי התמיכה הכספית צריכה להיעשות 'על פי קריטריונים ברורים, ענייניים ושווים'. מבחינת הצורה, חייבים להיקבע קריטריונים ברורים וגלויים, שעל פיהם תיעשה החלטה באשר לתמיכה הכספית, תוך קביעת מנגנוני בקרה, כי הכספים משמשים את תעודתם. רק בדרך זו תיעשה

השופט א' ברק

התמיכה באופן המתיישב עם חובת הנאמנות של השלטון. רק בדרך זו מובטח אמון הציבור, כי תמיכת המדינה נעשית לפי משקל העניין ולא לפי משקל המעוניין" (בג"צ 59/88, בשג"צ 418/88 [2], בעמ' 706-707).

א

דברים אלו, שנאמרו ביחס למתן סיוע ישיר למוסדות, יפים גם לענייננו, בו המדובר בסיוע עקיף על דרך של מתן פטור ממס. ההכרה בגוף כ"מוסד ציבורי" מקטינה את הכנסות המדינה ממסים, ושקול הדבר להגדלת הוצאות המדינה בדרך של חלוקת כספים. ההכרה ב"מוסד ציבורי" ומכאן שגם ההכרה ב"מטרה ציבורית" צריכות להיעשות באופן סביר וענייני, תוך הקפדה על שוויון. על-מנת שעקרונות מהותיים אלו יקוימו, ועל-מנת שהדברים יהיו ידועים וגלויים לפני הציבור, שומה על המשיבים להתוות קריטריונים ברורים וליתן להם פומבי. רק כך תובטח תקינות פעולותיהם של המשיבים, ורק כך יובטח אמון הציבור בשליחיו ובנאמניו.

ב

9. המשיבים אכן הציגו לפנינו אמות מידה המנחות אותם בהחלטותיהם. לפי אמות מידה אלו, לא תינתן הכרה למטרות "המכוונות בעיקר לשינויי חקיקה בנושאים מהותיים, כגון אלו הנוגעים לסדרי השלטון והמשפט בישראל; מטרה אשר מעצם טיבה ומהותה עוסקת בנושא השנוי במחלוקת ציבורית, או פוליטית, או הכרוכה במאבק פוליטי לשם הגשמתה". השאלה הניצבת לפנינו הינה, אם קריטריונים אלה סבירים הם. כתמיכה לעמדתם, שאין לפטור ממס מוסדות שפעילותם מכוונת בעיקר למען שינוי החקיקה בנושאים מהותיים או שעניינם שנוי במחלוקת ציבורית או פוליטית, מביאים המשיבים את המדיניות הנהוגה באנגליה ובארצות-הברית. באנגליה אכן קיימת פסיקה, הקובעת כי מטרות פוליטיות – ולעניין זה כל ניסיון להשפיע על החקיקה מהווה מטרה פוליטית – אינן בגדר "charitable purposes" (ראה *Halsbury, supra, at 354* וכן *J.A. Simon, Income Tax Corporation Tax Capital* 1324-1325 (London, 3rd. ed., 1988). *Gains Tax* (London, 3rd. ed., 1988) 1324-1325). ראה גם *Commissioners of Inland Revenue v. Temperance Council, & Co., of England and Wales* (1926) [24]. ברוח דומה נפסק בארצות-הברית, כי אין להעניק פטור ממס למוסד אם חלק מהותי מפעילותו קשור לפעילות פוליטית שנועדה להביא שינוי בחקיקה (ראה, *B.I. Bittker, Federal Taxation of Income, Estates and Gifts* (Boston, 1981) 100; *Slee v. Commissioner of Internal Revenue* (1930) [22]; *Regan v. Taxation with Representation of Wash.* (1983) [23]). לדעתי, אין בפסיקה זו כדי להכריע. היא נפסקה על רקע חקיקתי וחברתי שונה. עלינו לקבוע את היקף שיקול-דעתו של שר האוצר על-פי המציאות בישראל.

ג

ד

ה

ו

10. לדעתי, מדיניותם של המשיבים, שלא לתת תמיכה כלכלית לפעילות, שעיקרה התערבות בהליכי החקיקה, או לפעילות, שמעצם טבעה עוסקת בנושא שנוי במחלוקת ציבורית או פוליטית, או לפעילות, הכרוכה במאבק פוליטי לשם הגשמתה, אינה בלתי סבירה. אכן, מקובל עלי כי עמדתם של המשיבים אינה העמדה האפשרית היחידה. תיתכנה גם גישות אחרות, מהן מרחיבות ומהן מצרות. קיים "מיתחם של סבירות", המשתרע על מספר אפשרויות – לרבות האפשרות בה דוגל בא-כוח העותרת – אשר כולן כדין, ואשר הבחירה ביניהן נתונה לשר האוצר כמי שממונה על המדיניות הפיסקאלית של הממשלה (ולעניין סעיף 46(א) לפקודה באישור ועדת

ז

השופט א' ברק

הכספים של הכנסת). משעשה שר האוצר בחירה כדין בין אפשרויות אלה, שוב אין מקום להתערבותנו. כוחנו עמנו, בדרך הפרשנות של דבר החקיקה הרלוואנטי, לקבוע את היקפו של המיתחם ואת גבולותיו. כוחנו עמנו לבטל בחירה של אפשרות המצויה מחוץ למיתחם. אין כוחנו לבחור בין האפשרויות כדין המצויות בתוך המיתחם פנימה. תפקיד זה הינו תפקידה של הרשות המבצעת – ולעניין סעיף 46(א) לפקודה משתתפת בכך גם הרשות המחוקקת – ולא של הרשות השופטת. אכן, זה משמעותו של עקרון הפרדת הרשויות, אשר במסגרתו מפרשת הרשות השופטת את החוק (ובכך קובעת את היקפו של מיתחם האפשרויות האחרות), ואילו הבחירה בין האפשרויות כדין – בחירה שהיא פעולת ביצוע או פעולת חקיקה – נעשית על-ידי הרשויות האחרות, ולא על-ידי הרשות השופטת. בענייננו, כחר שר האוצר באמת מידה אשר קובעת מבחן צר למדיי באשר למטרות אשר הוא רואה אותן כציבוריות. מבחן זה נופל למסגרת מיתחם הקריטריונים הסבירים. אכן, איני רואה כל חוסר סבירות בגישה כי משאכיה של המדינה לא יחולקו, במסגרת דיני המס, לקידום מטרות הקשורות בהליכי חקיקה או השוורות בנושאים ציבוריים שנויים במחלוקת ציבורית או פוליטית. אמת, מטרות אלה ציבוריות הן. שר האוצר רשאי להכיר בהן כמטרות ציבוריות לעניין סעיף 9(2) לפקודה, אך אין הוא חייב לעשות כן. אכן, סבירה היא מדיניות פיסקאלית, לפיה יש לצמצם הכרה בגופים כמגשימים מטרות ציבוריות, ויש למנוע הכרה באותם גופים אשר עוסקים בעניינים בעלי אופי פוליטי שנויים במחלוקת ציבורית. מכאן, שדין טענת העותרים באשר לשימוש פסול כשיקול הדעת הנתון למשיבים על-פי הסיפא של סעיף 9(2) לפקודה להידחות.

הפליה

11. טענתה האחרונה של העותרת הינה טענת הפליה. הופנינו למספר מקרים, בהם גופים שפעילותם דומה לפעילות העותרת הוכרו כגופים הפועלים למטרה ציבורית. בתשובתם הכתובה צוין מטעם המשיבים, כי לטענת ההפליה אין כל יסוד. בטיעונה בעל-פה הייתה מוכנה גב' ארד, באת-כוח המשיבים, להכיר בכך כי ייתכן שבעבר נעשו טעויות, וניתנו פטורים וזיכויים לגופים שאין להעניק להם פטור או זיכוי. נמסר לנו, כי בימים אלה יושבת על המדוכה ועדה המטפלת בהסדרת הנושא כולו. לטענת באת-כוח המשיבים, אין בטעויות העבר כדי להצדיק טעויות נוספות בעתיד. מה דינה של טענת ההפליה בענייננו?

12. נקודת המוצא לבחינת הטענה הינה, כי עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של משפטנו (ראה בג"צ 953/87, 1/88 [3]). אף שאינו כתוב על ספר – כלומר, אינו מהווה חלק מחוקה כתובה ונוקשה – הרי "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט לנדוי בבג"צ 98/69, [4], בעמ' 698). כל דבר חקיקה מתפרש באופן שתכליתו הינה להגשים שוויון בין אדם לבין חברו ולא להפלות ביניהם (ראה, בג"צ 507/81 [5], בעמ' 585). מכאן, שכל סמכות שלטונית, הפועלת מכוח הוראת חוק, חייבת לפעול מתוך שוויון, שאם לא כן, תחרוג מסמכותה. זאת ועוד: כאשר השלטון – המהווה נאמן של הציבור – פועל בתחומי המשפט הפרטי – כגון משכיר או נמנע מלהשכיר נכסים – הוא חייב לפעול מתוך שוויון (ראה בג"צ 262/62 [6]). פעולה מפלה של השלטון בתחומי המשפט הפרטי תפר את חובת הנאמנות שהשלטון חב לאזרחיו. מכאן, שרשות שלטונית חייבת לפעול בכל פעולותיה – הציבוריות והפרטיות – מתוך שוויון.

השופט א' ברק

13. כל אדם זכאי לכך כי ההחלטה בעניינו תתקבל מתוך יחס של שוויון כלפיו. החלטה מפלה היא החלטה פסולה. האם נובע מכך, כי בכל מקרה של הפליה זכאי המופלה לכך שיוענקו לו אותן טובת הנאה או זכות המוענקות לאחרים שאינם שונים ממנו? התשובה על שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר ואינה חיובית בכל המקרים. מן הראוי הוא להבחין, לעניין זה, בין שלושה מצבים עקרוניים שבהם פלוני טוען להפליה. במצב הראשון, לפלוני ולאחרים שכמותו אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי – ללא היוזקות לשיקול-דעת הרשות השלטונית – בדין. הרשות השלטונית מכירה באינטרסים של האחרים, אך בדרך מפלה שוללת זאת מפלוני. במצב השני, לפלוני ולאחרים שכמותו אין אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי בהוראת הדין, ואף לא ניתנה הסמכה לרשות השלטונית להעניק אינטרס זה על-פי שיקול-דעתה, לא לפלוני ולא לאחרים שכמותו. חרף זאת, מעניקה הרשות השלטונית את האינטרס לאחרים ובדרך מפלה אינה מעניקה אותו לפלוני. במצב השלישי, לפלוני ולאחרים שכמותו אין אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי בדין. עם זאת, הדין הסמיך את הרשות השלטונית, על-פי שיקול-דעתה, להעניק אינטרס זה לפלוני ולאחרים. הרשות השלטונית עושה שימוש בשיקול-דעתה, מעניקה את האינטרס לאחרים אך בדרך מפלה שוללת זאת מפלוני.

14. במצב הדברים הראשון לפלוני ולאחרים שכמותו אינטרס המוגן באופן אובייקטיבי (וללא כל צורך בהפעלת שיקול-דעת מינהלי) בדין. הרשות השלטונית מפלה את פלוני, שכן היא מכירה בזכותם של האחרים, אך אינה מכירה בזכותו של פלוני, השווה להם. במצב דברים זה ההפליה הפסולה מביאה לביטול ההחלטה של הרשות המינהלית. משמעות הדבר הינה ההכרה בזכותו של פלוני. אכן, במצב דברים זה ההפליה הפסולה התמוגה עם השיקול הזר והבלתי סביר (ראה ע"א 6/66 [7], בעמ' 333). אילו שקלה הרשות שיקולים ענייניים וסבירים, הייתה מעניקה לפלוני אותה הכרה בזכותו כפי שהיא מעניקה לאחרים. ההפליה בין פלוני לבין האחרים מבוססת על שיקולים פסולים (בין שיקולים זרים, בין שיקולים בלתי סבירים ובין שיקולים אחרים שלא כדיון). מכיוון שלאחרים מגיעה זכות מסוימת, ומכיוון שגם לפלוני מגיעה אותה הזכות עצמה, הרי הבטלות של השיקול הפסול והמפלה תוצאתה הענקת זכות לפלוני. עמד על כך השופט ברנזון בבג"צ 301/69 [8], בעמ' 305:

"אין צורך לחזור על האמת הידועה, כי בית-משפט זה יחוש תמיד לעזרת האזרח המופלה לרעה ללא צידוק חוקי על-ידי רשות ציבורית, כשהיא נוהגת איפה ואיפה כלפי אותו סוג של אנשים הראויים ליחס שווה מצדה. במה דברים אמורים? כאשר נשללת מן האזרח זכות חוקית, או כאשר אינטרסו שלו נפגע מתוך שרירות או רשעות."

הפליה מבססת שיקולים פסולים. הפסול בשיקולים מביא לבטלות ההחלטה המפלה. עם ביטול ההחלטה המפלה מזדקרת זכותו "האובייקטיבית" של פלוני.

15. במצב הדברים השני אין לפלוני ולאחרים זכות המוגנת בדין. אין גם לרשות הציבורית שיקול-דעת מינהלי להעניק אותה זכות. חרף זאת, מעניקה הרשות אותה טובת הנאה לאחרים ואינה מעניקה אותה לפלוני. בכך היא מפלה את פלוני ביחס לאחרים. ההחלטה המפלה, בשל

השופט א' ברק

אופייה זה, בטלה היא ומבוטלת. עם זאת, אין בכוח ביטולה של ההפליה כדי להעניק לפלוני זכות שהדין אינו מאפשר להעניק לו. בית המשפט לא יצווה על הרשות המינהלית לעשות מעשה – להעניק לפלוני זכות – אשר עומד בניגוד לחוק (ראה בג"צ 640/78 [9]). עמד על כך השופט ברנזון (ראה בבג"צ 301/69 [8] לעיל). השופט משווה את מצב הדברים הראשון, בו מוכרת זכות לפלוני וההפליה של הרשות השלטונית שוללת ממנו שלא כדין את זכותו, למצב הדברים השני, בו אין לפלוני זכות והרשות השלטונית אינה מוסמכת להעניק לו כל זכות. ביחס למצב הדברים השני אומר השופט ברנזון, שם, בעמ' 305:

"לא כן הדבר כאשר מה שהאזרח מבקש להשיג איננו מגיע לו בזכות, או שאיננו צודק לגופו, או שעשוי להזיק לזולת. במקרה כזה לא תעמוד לאזרח טענה של אפליה אך ורק משום שמה שהוא מבקש כעת, או משהו דומה לו, הותר לפנים לאזרח אחר. שגגה שיצאה מלפני הרשות, אין היא חייבת לחזור עליה עוד ועוד אך ורק כדי לתת סיפוק לעקרון של אי-אפליה".

טול רשות מינהלית הנותנת רישיונות בנייה בניגוד לחוק. הרשות מפלה לרעה את פלוני. אין בהפליה הפסולה כדי לחייב את הרשות השלטונית להעניק רישיון בנייה גם לפלוני, שכן חייב זה עומד בניגוד לחוק. "אין לחייב רשות ציבורית לעבור על החוק" (השופט אשר בבג"צ 178/74 [10], בעמ' 761). כשם שהבטחה שלטונית אינה יכולה לחייב רשות מינהלית לפעול בניגוד לחוק, כן אין הפליה יכולה לחייבה לפעול בניגוד לחוק (ראה בג"צ 111/89 [11], בעמ' 139). בכך מתבלט השוני בין מצב הדברים הראשון לבין מצב הדברים השני. במצב הדברים הראשון מעניק הדין זכות ("אובייקטיבית") לפלוני, אך הרשות השלטונית מונעת אותה זכות ממנו מתוך הפליה. ההפליה שהרשות נוהגת אינה יכולה לשנות את הדין, ועל-כן יש להכיר בזכות שהדין מעניק לפלוני. ביטול ההחלטה המפלה גורר אחריו מאליו הכרה בזכותו של פלוני ללא כל צורך בשיקול-דעת מינהלי נוסף. לא כן במצב הדברים השני. כאן הרשות השלטונית אינה מוסמכת על-פי דין להכיר באינטרס מסוים. ההפליה שהרשות נוהגת בה אינה יכולה לשנות את הדין ואינה יכולה להעניק לפלוני זכות שהדין אינו מעניק לו. ביטול ההחלטה המפלה אינו מציב זכות לפלוני, שכן זכותו אינה מוכרת בדין. כפי שציין השופט זוטמן, בהמ' 460/63 [12], בעמ' 324:

"... הפסול אינו נעוץ בכך שנכס המבקשת נישום ביתר, אלא שנכסים אחרים נישומו בחסר. המבקשת לא הופלחה לרעה, אלא ממנה גובים לפי מידת הדין ואחרים מופלים לטובה ונהנים מיחס של עדיפות שאינו מוצדק... אם אין צידוק אחר להפליה מאשר הנימוק האמור, לא ייפלא הדבר שיש תרעומת בלב האזרח על דרכי פעולתה של עירייה, ואין צורך לומר שהדבר מחייב תיקון. אך אין המבקשת יכולה ליהנות מזה שהרי היא רק משלמת את המגיע ממנה כדין".

16. מהי תרופתו של פלוני במצב הדברים השני? אין פלוני יכול להביא לידי כך שהרשות השלטונית תעניק לו טובת הנאה או אינטרס. כל שביכולתו של פלוני לעשות הוא להביא לידי כך שהרשות המינהלית תחדל ממנהגה המפלה ותפסיק להעניק לאחרים טובות הנאה שאינן מגיעות

השופט א' ברק

א

להם כדין. תרופתו של פלוני הינה אפוא בעלת היבט "שלילי" (מניעת טובת הנאה שניתנה שלא כדין לאחרים) ולא בעלת היבט "חיובי" (הענקת טובת הנאה לעצמו). תרופה "שלילית" זו עשויה להיות חשובה לפלוני, שכן ייתכן שהוא מצוי במצב תחרותי עם אותם אחרים או שהמשך ההפליה מזיק לו בדרך אחרת. אך מעבר לכך, תרופה זו חשובה היא, שכן היא מגבירה את שלטון החוק ומונעת מהרשות השלטונית להמשיך בהפרת החוק. על-כן יש להכיר במעמד של פלוני בפני בית המשפט הגבוה לצדק, המלין על הפליה כנגדו, גם אם תוצאתה של עתירתו לא תהא בהענקת טובת הנאה "חיובית" לו, אלא "שלילית" טובת הנאה שניתנה שלא כדין לאחרים. תהא זו נחמתו של פלוני, שאף כי לא זכה לעצמו, זיכה את המדינה ברשות שלטונית המקיימת את החוק. אכן, עקרון השוויון בסיסי הוא בשיטתנו, ומאבני היסוד של המבנה החוקתי שלנו הוא. לכל אדם הזכות שהשלטון יפעל בשוויון. עם זאת, זכות זו אינה חזקה דיה כדי לחייב את השלטון לפעול בניגוד לחוק. בהתנגשות בין עקרון השוויון לבין עקרון שלטון החוק – יד עקרון שלטון החוק על העליונה. רק העמדתו של עקרון השוויון ברמה חוקתית גבוהה יותר מעקרון שלטון החוק – מצב דברים שעדיין אינו קיים אצלנו (ראה בג"צ 142/89, 172 [13] – תוכל לשנות איון זה. לעומת זאת, זכות זו של האדם, כי השלטון יפעל כלפיו בשוויון, חזקה דיה כדי להעניק לאדם את המעמד בדין לדרוש את ביטול ההפליה. כאשר עקרון השוויון בא להגשים את עקרון שלטון החוק, הוא מקבל עוצמה וכוח כפולים ומכופלים.

ב

ג

17. כמצב הדברים השני – בו אינה מוכרת זכותם של פלוני ושל האחרים – יש שהרשות השלטונית מחליטה – אם מיוזמתה שלה ואם בשל פנייתו של פלוני – להפסיק מהתנהגותה המפלה. היש בהפליה שנעשתה בעבר כדי להעניק לפלוני זכות כלשהי? התשובה הינה בשלילה. אין לפלוני כל זכות כלפי הרשות השלטונית אם זו ממשיכה בהתנהגותה המפלה; על אחת כמה וכמה שאין לפלוני כל זכות כלפי הרשות השלטונית, אם היא חדלה מהתנהגותה המפלה. עמד על כך השופט ברנזון בבג"צ 146/66 [14], בעמ' 519:

ד

"אין לראות כל הפליה בכך שהמשיבה החליטה סוף סוף לעמוד על מילוי הוראות תכנית המיתאר ולא להרשות סטיה מהן. העובדה שבעבר ניתנו הקלות והורשו חריגות מהתכנית אינה מחייבת את המשיבה להמשיך באותה דרך לעולם ועד ואין לבוא בטרוניה עמה על אשר בחרה כעת לשים קץ למצב זה.

ה

... מה שהיה היה, אבל המשיבה אינה מחוייבת להמשיך וללכת באותה דרך גם להבא."

ו

אכן, מותר לה לרשות השלטונית – בין אם מדיניותה בעבר הייתה כדין ובין ובעיקר אם מדיניותה בעבר אינה כדין – לבוא ולומר, בלשונו של השופט ברנזון, "עד כאן ולא יותר. מלאה הסאה ואין להוסיף עליה" (בג"צ 301/69 [8] הנ"ל, בעמ' 305). ההתלטה "עד כאן ולא יותר" מבטלת את ההפליה (ההיבט "השלילי"). אין בכוחה להעניק לפלוני זכות שהדין אינו מכיר בה (ההיבט "החיובי").

ז

18. מן הכלל אל הפרט. כפי שראינו (פיסקה 3 לעיל), סעיף 9(2) לפקודה – ובעקבותיו סעיף 46(א) לפקודה – מגדיר מוסד ציבורי על-פי שני ראשים. הראש הראשון קובע בעיקרו כי מוסד

השופט א' ברק

ציבורי הוא חבר בני אדם הקיימים ופועלים למטרה ציבורית שעניינה דת, תרבות, חינוך, מדע, בריאות, סעד או ספורט ושנכסיהם והכנסותיהם משמשים להשגת המטרה הציבורית בלבד. זהו קנה מידה נורמטיבי "אובייקטיבי", המקנה זכות לפטור או זיכוי מכוח החוק, וזאת מבלי להיזקק כלל לשיקול-דעתו של שר האוצר (לעניין סעיף 46(א) לפקודה, של ועדת הכספים של הכנסת). שיקול-דעת זה רלוואנטי הוא לראש השני, בו נדון בנפרד. לעניין הראש הראשון, אין בטענת ההפליה של העותרת כדי להעניק לה את הסעד המבוקש על-ידיה. אפילו הופלתה העותרת ביחס לגופים אחרים במסגרת הראש הראשון, הרי אין בהפליה זו כדי להעניק לה פטור או זיכוי שהדין אינו מעניק לה. כל שבכוחה של העותרת להשיג הינו, שההפליה כלפיה תיפסק, וכי גם הגופים האחרים, שבעבר נהנו מההפליה, לא ייהנו עוד מפטור ממס או מזיכוי. אך אפילו ממשויכים גופים אלה ליהנות מההפליה של המשיבים כלפיה, אין בכך כדי להצדיק מתן פטור או זיכוי שלא כדין לעותרת. נמצא, כי במסגרת הראש הראשון של הוראות סעיף 9(2) לפקודה אין טענת ההפליה יכולה להועיל לעותרת (אין היבט "חיובי"). על אחת כמה וכמה שטענה זו אינה עומדת לה, עד כמה שהמשיבים עצמם אומרים "עד כאן ולא יותר". כל שהעותרת יכולה לעשות, במצב דברים אחרון זה, הינו לעמוד על כך, שלא רק שלא ייווצרו הפליות חדשות נגדה (כלומר, שגופים חדשים יופלו כנגדה), אלא שגם יבוטלו כדין ההפלות הישנות, באופן שגופים אשר הוכרו בעבר שלא כדין כמוסד ציבורי לא יוכרו עוד בעתיד (יש היבט "שלילי").

19. מצב הדברים השלישי בו קיימת הפליה הוא זה: החוק אינו מעניק לפלוני ולאחרים זכות. עם זאת, החוק מעניק לרשות המוסמכת שיקול-דעת להעניק את הזכות האמורה על-פי שיקול דעתה. שיקול-דעת זה יוצר מיתחם של אפשרויות סבירות. במסגרתן של אלה קובעת הרשות השלטונית מדיניות, לפיה היא מעניקה טובת הנאה לאחרים ונמנעת מלהעניק טובת הנאה זו, מטעמים מפלים, לפלוני. מה כוחה של ההפליה הפסולה במצב דברים זה? התשובה מתבקשת מאליה: פלוני זכאי ליחס שוויוני מטעם הרשות השלטונית. אם הרשות השלטונית קבעה מדיניות, לפיה זכאים לאחרים לטובת הנאה, הרי לאור הדמיון בין פלוני לבין אותם אחרים, גם פלוני זכאי להיכלל במסגרת מדיניות זו. מובן, שאם הרשות השלטונית הייתה נמנעת מראש מלהעניק לאיש טובת הנאה – ובהנחה שהחלטה זו כשלעצמה היא כדין – לא ניתן היה לבוא בטרזניה אליה. אך משהחליטה הרשות השלטונית לקבוע מדיניות, לפיה האחרים זכאים לטובת הנאה מסוימת, הרי מחויבת היא, מכוח עקרון השוויון, להעניק טובת הנאה זו גם לפלוני. ההחלטה המפלה דינה להתבטל, ותחתיה חייבת לבוא החלטה המשווה את פלוני ואת האחרים. טול רשות שלטונית המחליטה להעניק סובסידיות לגופים שונים. אם הרשות השלטונית הייתה מחליטה שלא להעניק סובסידיה לאיש, הייתה פועלת במסגרת סמכותה. משהחליטה להעניק סובסידיה לאחרים ולמנוע את הסובסידיה מפלוני, השווה בתכונותיו לאותם אחרים, הריהו יוצרת בכך הפליה כנגד פלוני, וזכותו לקבל סובסידיה ככל האחרים. אם הרשות השלטונית מסרבת לפעול מתוך שוויון ולהעניק סובסידיה גם לפלוני, יבוא בית המשפט ויחייב את הרשות השלטונית לעשות כן. אכן, חוסר השוויון הביא לשיקול פסול, ודינו של זה להטיל פגם בהחלטת הרשות השלטונית. בית-משפט זה יצווה על הרשות השלטונית להפעיל את שיקול-דעתה מחדש ולהעניק לפלוני את טובת הנאה המוענקת לאחרים שכמותו (ראה: בג"צ 321/60 [15]; בג"צ

השופט א' ברק

118/62 [16]; בג"צ 131/65 [17]; בג"צ 78/68 [18]. עמד על כך הנשיא שמגר בבג"צ 366/81 [19], בעמ' 117:

- א "השאלה שלפנינו היא שאלה מובהקת של מדיניות כלכלית, אשר במסגרתה מחליטים הגורמים שהופקדו על כך, אילו ענפים במשק יזכו בסיבסוד פלוני, ואילו לא ייהנו ממנו, או מה שיעורו של הסיבסוד במקרה זה או אחר. לו היה לפנינו מקרה, בו ראתה הרשות לאבחן ללא טעם סביר בין שווים, היינו בין העוסקים באותו תחום מקצועי, הרי היה בית המשפט נוטה להתערב כדי למנוע מעשה של איפה ואיפה; אך בית המשפט איננו נוטה להתערב, כאשר המדובר בענפים שונים, אשר צירופם או אי-צירופם להסדר הוא כגדר הבחנה בין שונים ולא בין שווים."
- ב

על-כן ציווה בית-משפט זה על שר האוצר לצרף יישוב פלוני לרשימת יישובים הנהנים מהנחות ממס אך מהטעם שיישובים אחרים, השווים לאותו יישוב, נכללים באותה רשימה (בג"צ 803, 678/88 [20]). בדומה, משנתן שר הבריאות, על-פי שיקול-דעתו, היתר לפתיחת בית-חולים פלוני, ציווה עליו בית-משפט זה ליתן גם היתר לפתיחת בית-חולים אלמוני השווה לו (בג"צ 696/89 [21]).

20. קיים שוני מהותי בין מצב הדברים השני (שנדון בפסקה 15 לעיל) לבין מצב הדברים השלישי. במצב הדברים השני אין לרשות השלטונית שיקול-דעת, ואין היא מוסמכת להעניק טובת הנאה לפלוני. ההפליה שבה נוהגת הרשות המוסמכת כלפי פלוני אין בכוחה להעניק לו את שהדין לא העניק לו. לעומת זאת, במצב הדברים השלישי יש לרשות השלטונית שיקול-דעת מינהלי, אם להעניק טובת הנאה אם לאו. משהחליטה להעניקו לאחרים, עליה להעניקו גם לפלוני השווה להם. מתן צו לרשות השלטונית להעניק את טובת ההנאה לפלוני אין בו מתן צו לרשות השלטונית לפעול בניגוד לחוק. מתן צו זה יש בו כדי לחייב את הרשות השלטונית לפעול בהתאם לחוק. מבחינה זו דומה מצב הדברים השלישי למצב הדברים הראשון (שנדון בפסקה 14 לעיל). השוני ביניהם הוא אך זה: במצב הדברים הראשון הדין מעניק במישורין זכות לפלוני, ואילו במצב הדברים השלישי הדין מעניק סמכות לרשות השלטונית, החייבת להפעיל את הסמכות על-פי השיקול הראוי. עם זאת, זהו שוני בדרגה בלבד, שכן זכותו של פלוני היא כי שיקול הדעת של הרשות השלטונית יופעל כלפיו כדין.

21. מה הדין, אם הרשות השלטונית מחליטה – במצב הדברים השלישי – לאמץ מדיניות חדשה ולהפעילה באופן שוויוני בעתיד? האם בנסיבות אלה זכאי פלוני שהופלה לרעה בעבר לסעד? בעניין זה יש להבחין בין שני מצבים אפשריים: על-פי הראשון, נוקטת הרשות השלטונית מדיניות חדשה, לפיה איש אינו מקבל טובת הנאה. מכוח מדיניות זו אין נותנים הטבות לפונים חדשים, ומקבלי הטבות בעבר – שקיבלו הטבה על-פי המדיניות הישנה – חדלים גם הם מלקבלה. בנסיבות אלה – ובהנחה שהמדיניות החדשה היא כדין – לא יזכה פלוני לכל טובת הנאה. מכוח הכלל בדבר "עד כאן ולא יותר" בוטלה ההפליה שהתקיימה בעבר. הפליה חדשה אינה קיימת. מתן טובת ההנאה נתון לשיקול-דעת הרשות השלטונית. זו החליטה כדין שלא להעניקה. בנסיבות אלה אין לו לפלוני כל זכות לקבלת טובת הנאה. אכן, להבדיל ממצב הדברים



השופט א' ברק

הראשון, אין לו לפלוני זכות מכוח החוק לקבלת טובת הנאה. כל שהדין מעניק לו הינה זכות לשימוש כדין בשיקול הדעת המינהלי. זכות זו מוצתה וקוימה, שכן לאור הנחותינו, ההחלטה שלא להעניק טובת הנאה לאיש היא החלטה שוויונית שנתקבלה כדין והיא מופעלת באופן שוויוני. נמצא, כי משחלטה הרשות השלטונית ממדיניותה המפלה, באופן החלטי ומלא, לעבר ולעתיד, ונקטה מדיניות חדשה, לפיה איש אינו מקבל טובת הנאה, אין לו לפלוני כל זכות לקבלת טובת הנאה. נהפוך הוא: מתן טובת הנאה לפלוני היה יוצר הפליה חדשה.

22. במצב אפשרי שני נוקטת הרשות השלטונית מדיניות חדשה, ואינה מעניקה טובות הנאה חדשות. עם זאת, טובות ההנאה שניתנו בעבר באופן מפלה ממשיכות להינתן. אם המדיניות הישנה נמשכת בעניין מקבלי טובות ההנאה הקודמים משום שאין כל אפשרות כדין לחזור ממנה לגביהם בשל אינטרס ההסתמכות של מקבלי ההטבות או מטעם אחר כלשהו, הרי אין לו לפלוני על מה להלין. הוא אינו נמנה עם מי שקיבל טובת הנאה בעבר, והמדיניות החדשה שוללת כל טובת הנאה, פרט לאלה שקיבלו בעבר טובות הנאה, ואין אפשרות חוקית לשלול טובת הנאה זו מהם. בנסיבות אלה, מוצתה זכותו של פלוני לשיקול כדין מטעם הרשות השלטונית, ועתירתו לקבלת טובת הנאה נופלת. אך לעתים ממשיכה הרשות השלטונית להעניק גם בעתיד טובות הנאה למי שקיבלו אותן באופן מפלה בעבר, וזאת חרף העובדה, כי ניתן כדין להימנע ממתן טובות הנאה מפלות בעתיד שכן לא קיים אינטרס הסתמכות ולא קיימת מניעה אחרת לביטול מתן ההטבות בעתיד לאלה שקיבלו אותן בעבר. במצב דברים זה מדיניותה החדשה של הרשות השלטונית אינה כפי שהיא נחזית להיות. אם המדיניות החדשה היא כי איש אינו מקבל עוד טובות הנאה, מדוע מקבלים אלה שהופלו לטובה בעבר – ושניתן כדין לשלול מהם את טובות ההנאה – טובות הנאה אלה גם בעתיד? יש בכך כדי להצביע על כך כי המדיניות של "עד כאן ולא יותר" אינה מדיניותה האמיתית או היחידה של הרשות. במצב דברים זה ממשיכה ההפליה להתקיים, אם כי גבולותיה אינם מתרחבים לגופים חדשים. שיקוליה של הרשות השלטונית פסולים הם, וזכותו של פלוני, השווה לאחרים, לקבל טובת הנאה כמוהם.

23. ומן הכלל אל הפרט. סעיף 9(2) לפקודה, כפי שראינו (פיסקה 3 לעיל), כולל שני ראשים. הראש הראשון מעניק, מכוח הדין, מעמד של מוסד ציבורי למי שנתקיימו בו תנאים מסוימים. בראש זה דנו עד כה. הראש השני מעניק שיקול-דעת לשר האוצר לקבוע מוסדות כמוסדות ציבוריים, וזאת מכוח הסמכות שהוענקה לו לאשר "מטרה אחרת... כמטרה ציבורית". במסגרת סמכותו זו הפעיל שר האוצר את שיקול-דעתו והעניק מעמד של "מוסד ציבורי" לגופים מסוימים. עד כמה שיש בהענקה זו הפליה לעומת העותרת, מן הראוי להימנע ממנה לעתיד, בחינת "עד כאן ולא יותר". הימנעות זו צריך שתחול לגבי מוסדות חדשים, שבהענקת טובת הנאה להם יש משום הפליה כלפי העותרת. הימנעות זו צריכה לחול גם לגבי מוסדות שהוכרו בעבר כ"מוסד ציבורי" ושניתן כדין לבטל את ההכרה בהם לגבי העתיד. אם אמנם כך ינהגו המשיבים, שוב אין לה לעותרת על מה להלין. לעומת זאת, אם המשיבים יתמידו במתן הכרה במוסד ציבורי על בסיס מפלה גם כלפי מוסדות שניתן כדין לבטל את ההכרה בהם, כי או תעמוד זכותה של העותרת להכיר גם בה.

השופט א' ברק

24. סיכומו של דבר: אפילו קיימת הפליה כנגד העותרת, אין בה כדי להעניק כיום לעותרת זכות להכרה בה כמוסד ציבורי. אשר להכרה לפי הרישא של סעיף 9(2) לפקודה – ומקבילתו בסעיף 46(א) לפקודה – אין העותרת זכאית להכרה זו, שכן היא אינה מקיימת את התנאים הנדרשים בפקודה. אפילו מופלית העותרת, אין בכך כדי להעניק לה זכות. בית המשפט לא יצווה על המשיבים לפעול שלא כדין. אשר להכרה לפי הסיפא של סעיף 9(2) לפקודה – ומקבילתו בסעיף 46(א) לפקודה – אין העותרת זכאית כיום להכרה, לאור מדיניותם של המשיבים "עד כאן ולא יותר". עם זאת, אם יוכח תוך זמן סביר בעתיד, כי ההפליה נמשכת, תוכל העותרת לעמוד על זכותה לקבל הכרה לפי המדיניות למעשה הננקטת על-ידי המשיבים. רשמנו לפנינו, כי בעניין זה פועלת ועדה, אשר עתידה להגיש דין-וחשבון לשר האוצר. עד כמה שעבודתה תתמשך מעבר לסביר, או עד כמה שמימציאה ינציחו, לדעת העותרת, את ההפליה, פתוחה הדרך בפני העותרת לבית-משפט זה. למותר לציין, כי באשר לטענה האפשרית בדבר הימשכות מצב ההפליה איננו מביעים כל עמדה, לא לעניין עצם קיומה של ההפליה ולא לעניין האמצעים אשר המשיבים רשאים לנקוט. למותר לציין, כי איננו מביעים כל עמדה באשר לזכותם של גופים שקיבלו בעבר הכרה כמוסד ציבורי להמשיך ולקבל הכרה זו גם בעתיד. עניינם של אלה לא נדון לפנינו, וטעוניהם לא נשמעו. כל שקבענו הוא מסגרת נורמטיבית לבחינת עתירתה של העותרת. על-פי מסגרת זו, דין טענת ההפליה להידחות.

העתירה נדחית. העותרת תישא בהוצאות המשיבים בסכום כולל של 3,000 ש"ח.

השופט ד' לדין: אני מסכים.

השופט ג' בן: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ברק.

ניתן היום, י' בטבת תשנ"ב (17.12.91).