

## תוצאות ההפרה

אם נקבע כי נפל פגם בפעולת הרשות, לא תמיד יורה בית המשפט על ביטול ההחלטה. יש להתחשב, בין השאר, במידת הפגם ובנזק שייגרם כתוצאה מן הביטול.

המערערת היתה מעורבת בתאונת דרכים, בה נפצע אדם. רשיון הנהיגה שלה ניטל ממנה באופן מיידי על ידי שוטרת, והיא זומנה להופיע בתחנת משטרה למחרת היום. לפני שהגיעה נערך דיון בנסיבות התאונה בין קציני משטרה באותה תחנה, ובסיומו הוחלט לפסול את רשיונה לתקופה של 60 יום. לפני שחלפה תקופה זו נמצאה המערערת נוהגת במכונית, והורשעה בבית המשפט לתעבורה.

שוטר הנוטל את רשיון הנהיגה חייב לזמן את הנהג להופיע בפני קצין משטרה לצורך החלטה בדבר פסילת הרשיון, לשם שמיעת טיעונו. קצין המשטרה, אשר פסל את רשיון הנהיגה של המערערת, הפר את זכות הטעון שלה; אך יש להפריד, במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטה מינהלית, בין שני מישורים: במישור הראשון על בית המשפט לבדוק ולקבוע אם נפל פגם בהחלטה. אם קבע שנפל פגם, עליו לשקול, במישור השני, את הסעד הראוי.

בנסיבות המקרה, גם אם הופרה זכות הטעון של המערערת, לא היה בכך כדי לעשות את צו הפסילה בטל מעיקרו. פקודת התעבורה, המקנה לקצין משטרה את הסמכות להוציא צו פסילה לרשיון נהיגה, מוסיפה ומקנה לו סמכות לבטל את הצו; רשות מינהלית רשאית, בדרך כלל, לבטל החלטה שקיבלה, אם יש טעם טוב לביטול, בין על פי יוזמה שלה ובין על פי השגה של מי שנפגע מן ההחלטה. המחוקק התכוון כי זו תהא הדרך הרגילה בה ילך בעל רשיון הטוען כי אין הצדקה לפסילת הרשיון. המערערת נמנעה ביוזמתה מלתקוף את צו הפסילה של רשיון הנהיגה לפי פקודת התעבורה; נסיבות המקרה גם מלמדות על זלזול בוטה של המערערת בחוק.

במקרים כאלה יש מקום מה הנזק שעלול להיגרם לאינטרס הציבורי אם בית המשפט יפסוק כי ההחלטה המינהלית בטלה מעיקרה. נהג שרשיונו נפסל בנסיבות שנקבעו בפקודת התעבורה, חזקה שהוא מסכן את שלום הציבור, ולכן קובעת הפקודה כי בית המשפט רשאי לבטל את הפסילה רק "אם שוכנע שביטול הפסילה לא יפגע בבטחון הציבור". בשל כך אין זה רצוי כי נהג שרשיונו נפסל, יעשה חשבון לעצמו שכדאי לו לנהוג בתקופת הפסילה, במחשבה שגם אם ייתפס ויועמד לדין פלילי יהיה בידו להעלות את טענת הפגם לאחר מכן; חזקת החוקיות, שהיא הגיונית והכרחית מבחינת האינטרס הציבורי, אומרת כי חזקה שצו פסילת רשיון נהיגה הוא צו חוקי. אין זה ראוי, מבחינת הסדר הציבורי, שנהג הטוען כי צו הפסילה נגוע בפגם, יחליט בינו לבין עצמו כי הפגם עושה את הצו בטל מעיקרו, וכי לכן הוא רשאי להתעלם מן הצו ולנהוג כאילו הצו לא בא לעולם.

במקרה הנדון, לא היתה הצדקה לכך שהמערערת נהגה במכונית בתקופת הפסילה; גם הפגם שנפל בצו הפסילה איננו, בנסיבות המקרה, פגם חמור. הגירסה שלה לגבי נסיבות התאונה, כפי שנרשמה על ידי שוטרת מיד לאחר התאונה, היתה בפני קצין המשטרה שהוציא את צו הפסילה. לאור הנסיבות, ספק רב אם טענות אלה היו עשויות לשנות את החלטת הפסילה. הערעור נדחה.

**הערת העורך:** מאדם העותר לבג"ץ דורשים אמנם שיבוא בידיים נקיות (במידה סבירה), אבל לא דורשים זאת ממי שמגיש ערעור, ובמיוחד לא ערעור פלילי. הנסיבות במקרה זה גם מראות על זלזול בוטה בחוק, לא רק של המערערת אלא גם של אנשי המשטרה, ועוד בחוק שעצם תוקפו מוטל בספק, בהיותו שולל מאזרחים את חופש התנועה ללא הליך שיפוטי. נראה שעדיף היה להחזיר את התיק לערכאה הדיונית.

חוק ערי ואזורי פיתוח קבע הטבות שונות לערי הפיתוח. על מנת לבצעו מינתה הממשלה ועדת מנכ"לים לסיווגם של ערי ואזורי הפיתוח. ועדה זו המליצה לממשלה, על אזורי עדיפות לאומית א' ו-ב', ותחמה את גבולותיהם. הממשלה החליטה לאשר את ההמלצות בתיקונים מסויימים. לפי הצעת חוק ההסדרים, תיכנסנה ההטבות לתוקף בשנת 1997. לטענת העותרים, ההחלטה צריכה להתקבל על ידי הממשלה כולה.

חוק יסוד הממשלה מקנה לממשלה סמכות רחבה מאוד. במקרה זה מדובר בביצוע חוק ערי הפיתוח שלא יושם, ותחתיו הפעילה הממשלה את הסמכות שבסעיף 29 לחוק היסוד, וקבעה הסדר חלופי. השוואת החוק להחלטת הממשלה מגלה כי שניהם עוסקים באותה מאטריה גופה: פיזור אוכלוסין, וקידוםם ופיתוחם של ישובים שישווו כערי ואזורי פיתוח, בדרך של מתן הטבות ותמריצים. החלטת הממשלה לא נועדה אלא ליצור "מסלול מקביל" להשגת אותו יעד בקונספציה וקריטריונים שונים מאלה שקבע החוק.

הדואליות האמורה של חוק והחלטת ממשלה, אינה יכולה להתיישב עם לשונו ומטרתו התחקיתית של סעיף 29. הרחבת סמכותה של הממשלה שתאפשר מצב כזה, מטשטשת את הגבולות בין הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. הסייג שבסעיף 29 כי הממשלה מוסמכת לפעול "בכפוף לכל דין", אינו מורה רק כי אסור למעשי הממשלה כי יסתרו או יפרו כל דין, אלא גם זאת כי משקיים דין אשר יוצר הסדר, נסוגה מפניו סמכות הממשלה, ואין בידה ליצור הסדר אלטרנטיבי.

אם היה חלל ריק משפטי, הרי שהוא היה קיים עד לחקיקת החוק שיצר את ההסדר. מכאן ואילך התמלא החלל בחוק ולא נותרה עוד סמכות שיורית לממשלה באותו עניין עצמו. האפשרות כי הממשלה בת חורין לפעול ב"מסלול מקביל" לחיקוק שהסדיר את הנושא, בודאי שאינה מתיישבת עם המדיניות המשפטית הרצויה לצמצם ככל האפשר את היקפו של סעיף 29 כמקור סמכות עצמאי. החלטת הממשלה גם אינה מתיישבת עם הסייג של "בכפוף לכל דין" שבסעיף 29, במובן זה שהסמכות לסווגם של ערי ואזורי פיתוח הוקנתה בחוק לועדת השרים שהוקמה על פי החוק. משהוקנתה סמכות זו בחוק לרשות אחרת, ניטלה הסמכות מן הממשלה לעשות כן. החלטת הממשלה אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם החוק, כל עוד לא יבוטל או יתוקן, ודין הוא כי נעשה צו מוחלט.

הישובים הנכללים בהחלטת הממשלה לא צורפו כמשיבים בעתירות שלפנינו, וטכנית גם לא ניתן היה לצרפם, בהתחשב במספרם הרב. אולם לא יכול להיות ספק כי הם סמכו על ההטבות שיקבלו על פי החלטה זו, והפסקתן המידית עלולה לפגוע בהם. החלטת הממשלה נסמכה על סמכותה השיורית שבסעיף 29, וסמכות זו אכן היתה קיימת, אלמלא נסוגה, כפי שקבענו, מפני קיומו של החוק. מקרה זה אינו דומה למקרה בו לא היתה לממשלה סמכות מדעיקרא. לפיכך לא נבצר מאתנו לעכב את תחילת תוקפו של הצו המוחלט. נימוק ההסתמכות במקרה זה מחייב כי נקבע שהצו המוחלט לא ייכנס מיד לתוקפו אלא כעבור ארבעה חודשים מהיום.

היו שני פרקי זמן, אשר במהלכם לא חלה הוראת שימור הדינים בחוק יסוד: חופש העיסוק, והוראה זו הוחלה רק במועדים מאוחרים יותר באופן רטרואקטיבי. לעתים אי החוקיות היא כה יסודית, עד כי ניתן לומר כי החוק אינו יותר מ"פיסת נייר", והוא יהא בטל ומבוטל גם ללא כל צורך בהכרזה שיפוטית. במקרים אחרים, בהם עשויה הבטלות להיות שנויה במחלוקת (וכך הוא במרבית המקרים), נדרשת פעולת ביטול כדי לסיים את תוקפו הנורמטיבי של החוק. ההחלטה תיעשה תוך התחשבות בהסתמכות על דבר החקיקה הלא חוקתי ובהיקף הציפיות הסבירות שהוא יצר.

היתה רשלנות בפעולת המחוקק, ומשך שני פרקי זמן עמדו החיקוקים הנבחנים בסתירה לחוק היסוד; אך עדיין מוטל על בית המשפט לבחון את המקרה לגופו ולבחור בסעד הראוי. מכאן, שאף אם היה מקום למסקנה כי הייתה פגיעה חוקתית, הרי שהיה מקום לבחור סעד אשר יביא לכך, שהחקיקה הנדונה תפעל באופן חוקתי; אלא שבמקרה דנן גם סעד זה מיותר, כשאין מקום להחיל סעד זה אשר כבר ניתן על-ידי המחוקק. הצהרת תוקף אשר תינתן, אינה עדיפה על-פני הצהרת תוקף מפורשת מטעם המחוקק, בתקנו את חוק היסוד. הנחת העבודה בבחינת הסוגייה האמורה הייתה, כי החקיקה הנבחנת אמנם פוגעת בחופש העיסוק, אולם לאור התוצאה כי דין החקיקה הנדונה להישאר בתוקפה, אין צורך לבחון את החקיקה לגופה, ואם אכן היא פוגעת בזכות לחופש העיסוק.

אם העותרים צודקים בטענתם, לא רק פקודת העיתונות ותקנה 94 לתקנות ההגנה בטלות בשל פגיעה בחופש העיסוק, אלא גם מספר עצום ורב של חוקים, תקנות וצווים למיניהם. אילו צווים בטלים, משום שהם פוגעים בחופש העיסוק, ואילו עדיין תקפים, אם משום שאינם פוגעים בחופש העיסוק ואם משום שהם עומדים בתנאים של פסקת ההגבלה? איש אינו יכול להשיב על כך, ועלול להיווצר מצב שבמסגרתו איש לא ידע איך לנהוג בעסקו, ואילו הברור של שאלה זאת יספיק כדי להעסיק את בית המשפט עד שיבוא אליהו. מצב כזה הוא, בבירור, גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה.

בדרך כלל, החוק יהיה תקף ומחייב עד שבית המשפט יפסוק אחרת: שום אדם אינו רשאי לעשות דין לעצמו, ולפטור עצמו מעולו של חוק, רק משום שלדעתו החוק נוגד חוק-יסוד. אם וכאשר בית המשפט יפסוק שחוק נוגד חוק-יסוד, הוא יהיה רשאי להצהיר כי החוק בטל, ולקבוע אם הבטלות תהיה מיום חקיקת החוק, או ממועד אחר שייקבע, הכל לפי נסיבות המקרה. בית המשפט יהיה רשאי אף לפסוק כי בנסיבות המקרה החוק, אף שהוא נוגד חוק-יסוד, יעמוד בתוקפו, בתנאים שייקבעו או ללא תנאים.

יש להבחין, לצורך החלטה בשאלת התוקף של תקנות והחלטות מינהליות, בין הפגם לבין הסעד. פגם של חוסר סמכות יכול להוביל לסעד של בטלות, אך לא בהכרח כך; הכל תלוי בנסיבות המקרה. העתירה נדחית.

ימק"א היא ארגון שבבעלותו מתחם מקרקעין בירושלים, ומנהלת בו פעולות שונות. בעקבות פינוי חלק מהמתחם, נחתם הסכם בין ימק"א לבין העירייה בו נקבע, בין היתר, כי ככל שתכנונו המחודש של המתחם יביא לחיובה של ימק"א בהיטל השבחה, יומר תשלום ההיטל בשירותים שונים שתעניק ימק"א לעירייה. דו"ח מבקר המדינה מתח ביקורת על ההסכם, שכנגד ביצועו הוגשה העתירה.

תשלום היטל השבחה בדרך של מתן שירותים כמוסדר בהסכם נגוע בפגמים שונים, אך במקרה הנדון אין לבטל את ההסכם וזאת חרף הפגמים בהם הוא לוקה. העתירה הוגשה כשנתיים לאחר חתימת ההסכמים. במשך הזמן, נעשו פעולות רבות הן על ידי העירייה וימק"א למימוש ההסכם, שהיו כרוכות בתשלומים בסכומים גבוהים ביותר וכן בפעולות רבות בשטח על ידי רסקו הכרוכות בהוצאת ממון רב. ביטול הסכם גם עלול לגרור את כל הצדדים המעורבים להסתבכות בהליכים משפטיים. על אף שההסכם לוקה בפגמים מהותיים, הרי שהרצון להתקשר בו נבע מרצון כן ואמיתי לפעול לרווחת העיר ותושביה.

ההסכם קובע כי אם מסיבה כלשהי לא ניתן יהיה לקזז מתשלום היטל השבחה את התועלות הכלכליות שסוכמו בין הצדדים. ביטול ההסכם יחזיר את הצדדים למצב שהיה טרום כריתתו מבחינת תשלום היטל השבחה. ימק"א הבהירה שאין היא מעוניינת בבניית הפרויקט אם תחויב לשלם במזומן חלק גדול יותר מסכום ההיטל מזה שהוטל עליה לפי ההסכם. בנסיבות אלה, קיים חשש שימק"א תעצור את בניית הפרויקט עקב ביטול ההסכם.

לכך עלולות להיות השלכות קשות על העירייה. ראשית, העירייה תאלץ להשיב לימק"א את אותו חלק מהיטל השבחה אשר סוכם בין הצדדים כי ישולם במזומן (3 מליון דולר). כמו כן, ביטול ההסכם יחייב את העירייה לבנות חניות ציבוריות חילופיות באזור המתחם. זאת ועוד: ביטול ההסכם יגרור אחריו גם את ביטול התחייבותה של ימק"א לספק לעירייה את התועלות הכלכליות, ויחשוף אותה לתביעה מצד ימק"א בגין נזקים שייגרמו לה עקב כך. מעבר לכך, ביטול ההסכם עלול לסכל את האינטרס של העירייה לפתח את אזור המתחם.

אף ימק"א עלולה להינזק קשות עקב הביטול. בהסתמך על ההסכם התקשרה ימק"א בהסכם עם רסקו למכירת חלק מהמתחם ובכספי התמורה אף החלה לשפץ את המבנה הקיים. בתנאים אלה, אם יבוטל ההסכם הרי שהמשך בניית הפרויקט אינו כדאי עבורה. אם תבחר, על רקע זה, לבטל את הפרויקט, היא חשופה לתביעה מטעם רסקו, וימק"א מצידה תאלץ לתבוע את העירייה. גם עצם העיכוב בהקמת הפרויקט, העלול להיגרם בעטיו של ביטול החוזה, יכול לגרור מערכת תביעות הדדית בין הצדדים המעורבים. יודגש כי רסקו התקשרה בהסכם והשקיעה בו רק לאחר שהעירייה אישרה כי היטל השבחה שולם על ידי ימק"א.

ביטול ההסכם עלול להביא להפסקת הפרויקט ואולי אף ביטולו, דבר שיפגע קשות בטובת תושבי ירושלים. תושבי לא ייהנו ממערך השירותים אותו אמורה ימק"א לספק להם על פי ההסכם ומעצם הקמת הפרויקט והתועלת שבו לעיר כולה, ולול להיגרם להם נזק כתוצאה מחשיפת העירייה לתביעות משפטיות עקב ביטול הפרויקט.

לאור השלב בו הוגשה העתירה והשלב בו נמצאת הקמת הפרויקט, ובהתחשב בכספים שהושקעו בו על ידי רסקו בתום לב, נוטה הכף לתוצאה של אי ביטול ההסכם. העתירה נדחית.

המשיבה החליטה על העלאת שיעור הארנונה לשנת 1986 ביום 22.2.86. כעבור כחודשיים נכנס לתוקף חוק ההסדרים, לפיו אין להעלות את שיעור הארנונה לאותה שנה בותר מ%170 אלא באישור שרי הפנים והאוצר. המשיבה לא דנה מחדש בשאלת היטל הארנונה לאחר קבלת החוק. כל שעשתה היה לפנות אל השרים, שנתנו לה אישור חלקי להעלאה, אך זן לא אושרה בישיבת מועצה המקומית. כנגד מהלכים אלה הוגשה העתירה.

דרך פעולתם של המשיבים אינה עולה בקנה אחד עם מנהל תקין ומבחינה זו מוצדקת הביקורת עליה. יצויין כי העתירה הוגשה רק בשנת 1987, לאחר שהכסף נגבה והוצא ע"י המשיבה, אולם משך הזמן מאז נולדה העילה המשמשת יסוד לעתירה ועד להגשתה אין בו כשלעצמו כדי להוות שהוי.

כשמדובר בתקיפת פעולת הרשות בנושא שיש לו השלכות על התקציב שלה (וכזו היא הטלת ארנונה וגביתה), עבור הזמן עלול לפגוע באינטרסים של הרשות ושל הכלל. המסים הנגבים על ידי הארנונה מהווים חלק נכבד מהתקציב של הרשות. בטול החלטת הרשות המטילה את הארנונה לקראת סוף שנת הכספים, או אף באמצעותה, לאחר שסכומי הארנונה נגבו והוצאו למימון השרותים העירוניים במסגרת התקציב של אותה שנה, תפגע באינטרסים הן של הרשות והן של כלל תושבי העיר.

העתירה הוגשה סמוך לתם שנת הכספים 1986 וזמן נכר לאחר שהמשיבה כבר ישבה על מדוכת התקציב של שנת 1987. באיזון שבין האינטרסים של המשיבה ושל תושבי העיר לבין האינטרסים של העותרים, גוברים האינטרסים של התושבים. כך הדבר בעצם בין אם העותרים השתהו משום שלא הגישו את עתירתם בזריזות, בידעתם את העובדות הרלבנטיות, ובין אם אחרו בהגשת עתירתם מפני שלא ידעו או לא יכלו לדעת את העובדות לאשורן, ובאיחורם אין אז משום שהוי. הנזק לצבור והפגיעה באינטרס של התושבים יהיו אותם בשני המקרים, ובמאזן האינטרסים נזקם של התושבים, שנגרם להם ללא עול בכפם, יהיה בעל המשקל שיכריע את הכף. אך כשמדובר בהחלטה ובפעולה שהן בלתי חוקיות בעליל קיים אינטרס נוסף שיש לשקול אף אותו על כפות המאזניים, האינטרס של כלל הצבור בשמירה על שלטון החוק. שהוי בהגשת עתירה אינו חייב להכשיל עתירה שעילתה אי חוקיות ברורה של פעולת הרשות. אפילו השתהה הצד לטעון טענת חסר סמכות ואפילו לא העלה אותה הצד כלל, יעורר אותה בית המשפט מיזמתו.

חשיבותה של העתירה אינה מסתכמת בכך שהעותרים יבואו על סיפוקם הם בפיצוי או בהחלטה שהם פטורים מלשלם. חשיבותה דווקא בשמירה על הסדר הציבורי, על המנהל התקין ועל שמירת שלטון החוק. לרשויות הציבוריות אין סמכות אלא על בסיס ההוראה הקובעת את סמכותן ובתחום גבולותיה. משם ואילך הן חדלות לפעול מכח הסמכות הציבורית. לפיכך כללי הסמכות הם ענין של הסדר הציבורי. חסר סמכות צריך להיות מבוטל על ידי השופט גם כאשר בעל הדין לא חשב לטעון זאת לחזוק תביעתו.

אמנם, העותרים השתהו בהגשת העתירה; העותר הראשון מסביר את האחור בכך שרק ביום 4.1.87 נודע לו כי נתן למשיבה אשור להעלאת הארנונה לדירות מגורים עד ל%250 בלבד. לכאורה הסבר זה מפוקפק כשהוא בא מפיו של עותר זה שהוא חבר ועדת הכספים של המשיבה. אך באופן

ובנסבות שהתפתחו העניינים, זהו שיהוי סביר. באותה עת, עדיין לא היה ידוע אם השרים יאשרו את ההעלאה.

נראה שלמשיב היה חלק באי ידיעה ובטעות של העותר הראשון שנמשכו עד סמוך להגשת העתירה. העותר והמשיב פנו לבקש פרשנות לאשור השרים בינואר 1987. תשובה ברורה נתנה לעותר ב-17.2.87. בסמוך לאחר מכן הוגשה העתירה. לעותרים האחרים לא היו לא מעורבות בתהליך קבלת ההחלטות ולא מידע פנימי. אם המשיב הראשון עמד על טעותו רק בפברואר 1987, מדוע יש ליחס לעותר ידיעה.

הזמן שעבר מאז ועד הגשת העתירה אף הוא עלול בנסבות מסוימות להגיע כדי שהוי. בענייני מיסוי יש משמעות רבה לעבור זמן, אף קצר יחסית. לשיהוי דרוש קשר סבתי בין עבור הזמן לבין הפגיעה. המשיבים פעלו בגבית הארנונה והשמוש בהכנסותיה לא מפני שלא ידעו את מגבלות החוק ואשור השרים. אלה היו ידועים להם במלואם כבר בסוף יוני 1986. ואם חיו בטעות לגבי פרשנותו של האשור לא העותרים הם שגרמו לכך באי הגשת העתירה במועד מקדם יותר. אפילו השתהו העותרים דעתי היא שהשהוי אינו צריך להיות שקול לדחית העתירה כנגד פעולתה הבלתי חוקית בעליל של הרשות. העתירה מתקבלת ברובה הגדול.

המערער הורשע בבית דין צבאי בכך שנעדר מן השירות ללא רשות, ונידון למאסר של חודשיים, ומאסר על-תנאי של 6 חודשים למשך שלוש שנים. מספר חודשים לאחר ששוחרר ממאסרו, נעדר מן השירות ללא רשות פעם נוספת, למשך 63 ימים; זמן קצר לאחר שחזר לשירות נשפט והורשע פעם נוספת. לכאורה היה מקום להפעיל נגדו את המאסר על-תנאי שנקבע בתיק הראשון. אולם החוק קובע כי בית דין צבאי רשאי לגזור עונש של מאסר על-תנאי בגין עבירה צבאית למשך תקופה של שנתיים בלבד, ולכן לא הופעל. בית הדין הצבאי לערעורים קיבל את ערעור התביעה, ומכאן בקשת רשות הערעור.

בדרך כלל, טעות שנפלה בפסק דין, ובכלל זה גזר דין, ניתנת לתיקון בדרך של תקיפה ישירה, במקרה זה הגשת ערעור לבית דין צבאי לערעורים. אילו הוגש ערעור במקרה זה, היה בית הדין לערעורים מקצר את משך התקופה לשנתיים. אולם לא הוגש ערעור והמועד שנקבע לכך בחוק חלף.

לעתים ניתן גם לתקוף פסק דין סופי שניתן במשפט אחד בדרך של תקיפה עקיפה כשאלת אגב במשפט שני. אולם דרך זו פוגעת בעקרון הסופיות של פסק דין ובעקרון הוודאות המשפטית, ולכן לא ניתן ללכת בה אלא במקרים מיוחדים; בדרך כלל היא פתוחה רק בפני טענה כי פסק הדין, אותו תוקפים, בטל מעיקרו בשל חריגה מסמכות או בשל פגם חמור אחר. במקרה הנדון, המערער תקף את פסק הדין בפני בית הדין הצבאי המחוזי בתיק השני בדרך של תקיפה עקיפה: הוא טען כי המאסר על-תנאי שהוטל עליו בתיק הראשון בטל מעיקרו, בשל חריגה מסמכות, ולכן אין להפעילו בתיק השני.

בית הדין סבר בטעות כי הוא רשאי, על פי החוק, לגזור מאסר על-תנאי למשך תקופה של שלוש שנים. כתוצאה מטעות זאת בית הדין קיבל החלטה שהוא לא היה רשאי לקבל, אך עדיין אין בכך כדי לומר שהחלטה זאת חורגת מסמכותו. פסק דין שנפלה בו טעות בדין, שלא גרמה חריגה מן הסמכות, אינו בהכרח בטל מעיקרו.

גם אם נניח שבית הדין הצבאי המחוזי חרג מן הסמכות בתיק הראשון, יש לשאול כיצד צריך להתייחס אל המאסר על-תנאי, במסגרת התיק השני. לעניין זה, יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאות הפגם. שיקולים שונים, ובכלל זה שיקולים של צדק אישי ואינטרס ציבורי, עשויים להשפיע על התוצאה, ואף למנוע ביטול החלטה פגומה. אמנם חריגה מסמכות היא פגם חמור במיוחד, אך יש סוגים וגוונים של חריגה מסמכות.

במקרה זה, הפגם שנפל בגזר הדין הוא טעות בדין, שלא גרמה חריגה מסמכות. הפגם אינו חמור, שכן בית הדין דן את המערער במסגרת סמכותו, והעונש שהטיל עליו היה מסוג העונשים שבסמכות בית הדין. הטעות של בית הדין נפלה בחלק קטן, ולא מרכזי, של העונש: לא במאסר בפועל, וגם לא באורך המאסר על-תנאי, אלא רק במשך התנאי.

אמנם מבחינה פורמלית ניתן לומר כי אין הבדל בין שני המקרים, שכן בשניהם מדובר בחריגה מסמכות. אולם המבחן הנכון צריך להיות מהותי ולא פורמלי. צריך טעם מיוחד כדי לקבוע שפגם בחלק קטן של פסק הדין גורם לבטלות של פסק הדין כולו. טעם כזה הוא עוול או עיוות דין שנגרם בשל הפגם, ואין דרך לתקן את הפגם ולמנוע את העוול, אלא באמצעות הביטול של פסק הדין כולו.



אילו הוגש ערעור על פסק הדין בתיק הראשון, היה הערעור תקבל, והעונש המותנה היה נקבע לתקופה של שנתיים. חשוב מכך: אילו ביצע המערער את העבירה בתיק השני לאחר שחלפו שנתיים מאז גזר הדין בתיק הראשון, היה מקום לומר כי הטעות של בית הדין גורמת לו עוול או עיוות דין, שכן לולא הטעות לא היה תלוי מעליו עונש מאסר על-תנאי בזמן ביצוע העבירה. אולם המערער ביצע את העבירה זמן קצר ביותר לאחר שנגזר עליו מאסר על-תנאי. במצב זה, אין ספק כי הכוונה של בית הדין שנתן את גזר הדין, היתה שאם המערער ישוב ויבצע עבירה מאותו סוג בתקופה הקבועה בחוק, המאסר על-תנאי יהיה בר-הפעלה.

אין מקום לומר כי הטעות גרמה למערער עוול או עיוות דין. טעות שאינה גורמת לעיוות דין היא פגם קל. אפשר להתעלם מטעות כזאת, לפי חוק סדר הדין הפלילי, אפילו בתקיפה ישירה בדרך של ערעור. קל וחומר שאפשר להתעלם ממנה בתקיפה עקיפה, כמו במקרה הנדון. יתירה מזאת: אם הטעות של בית הדין הצבאי המחוזי בתיק הראשון יתחשב חריגה מסמכות הגוררת תוצאה של בטלות מוחלטת, יהיה בכך כדי לגרום עיוות דין או, למצער, פגיעה באינטרס הציבורי. המסר הנלווה לתוצאה כזאת הוא, שעדיף מבחינת הנאשם שלא לערער על פסק דין שנפלה בו טעות כזאת, ואז יוסר ממנו המורא של מאסר על-תנאי, שכן אם לאחר מכן הוא יועמד לדין ויורשע על ביצוע עבירה נוספת, הוא יעלה אז את הטענה כי גזר הדין שהטיל עליו מאסר על-תנאי הינו בטל ומבוטל בשל חריגה מסמכות. מכאן שראוי להסתפק בביטול אותו חלק מתקופת התנאי החורג מהוראות החוק, כלומר, ביטול השנה השלישית של התקופה שנקבעה על ידי בית הדין הצבאי המחוזי.

תוצאה כזאת מאזנת כראוי שיקולים של צדק למערער מצד אחד ושיקולים של טובת הציבור מצד שני. מצד הצדק למערער, היא מונעת גרימת עוול, שכן המערער יימצא במצב בו היה נמצא אילו לא נפל הפגם בגזר הדין. מצד טובת הציבור, היא עולה בקנה אחד עם המדיניות השיפוטית לפיה ראוי לתת תוקף לפסק דין אם לא נפל בו פגם חמור, וכפועל יוצא במקרה הנדון גם לשמר את גורם ההרתעה שבענישה פלילית. תוצאה זו מסלקת את הפגם, על ידי ביטול חלקי של גזר הדין, כך שיהיה תואם את הוראת החוק.

העונש המותנה של ששה חודשים, שנגזר על המערער, מצוי בתחום הסמכות של בית הדין הצבאי. המערער ביצע עבירה כזאת תוך פחות משלושה חודשים מיום שעונש זה נגזר עליו. לעניין העובדה כי עבירה בוצעה קרוב לשנתיים לאחר שניתן גזר הדין, ניתן להניח כי בית הדין הצבאי המחוזי התכוון להטיל את המאסר על-תנאי למשך התקופה המירבית. ואם כך, באיזון השיקולים בנסיבות המקרה, ראוי לקבוע כך גם מבחינה משפטית.

בית הדין הצבאי לערעורים צדק כאשר פסק כי המאסר על-תנאי שהוטל על המערער אינו בטל מעיקרו, אלא שתקופת התנאי תהיה רק שנתיים ולא שלוש שנים. פועל יוצא הוא, שעל המערער לרצות, נוסף למאסר שהוטל עליו בתיק השני לתקופה של ארבעה חודשים, גם את המאסר על-תנאי שהוטל עליו בתיק הראשון לתקופה של שישה חודשים. המערער ירצה את שני העונשים באופן חופף. הערעור נדחה ברובו.