

# ועדות ערר אינן מוסמכות לזמן עדים ולגבות עדויות באזהרה

עו"ד משה י' קמר

ועדות ערר מחוזיות לתכנון ולבנייה, הפועלות על יסוד חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, אינן מוסמכות לזמן עדים להתייצב בפניהן ואינן מוסמכות לגבות עדויות באזהרה.

אין חולק, כי בהפעלת סמכויותיהן - הן בעררים על דחיית תביעות לפיצויים בעד פגיעה במקרקעין עקב מתן התוקף לתוכניות בנין עיר, לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, והן בעררים בנושא היתרי בנייה, והן בעררים בעניינים אחרים לפי חוק התכנון והבניה - פועלות ועדות הערר כגוף שיפוטי. אולם, לגופים בעלי סמכויות שיפוטיות, דוגמת ועדות ערר וטריבונלים אחרים, שאינם חלק ממערכת בתי המשפט, אין סמכות טבעית לזמן עדים לחקירה ולנהל את חקירתם תחת אזהרה. על-מנת שגופים אלה יוכלו לזמן עדים ולגבות את עדותם באזהרה צריכה להיות הוראה מפורשת בחוק (בג"ץ 21/48; בג"ץ 197/51; בג"ץ 299/62). אכן, ברור, כי הסמכות לכפות הופעה של עד, והסמכות לחייב עד המופיע בפני הגוף השיפוטי לתת את עדותו בשבועה, יש בה כדי לייעל את הדיון. אולם, סמכות זו, המטילה על אדם חובה הגוררת סנקציה, פוגעת בחירותו של אותו אדם, המופיע כעד בפני הגוף השיפוטי. המאזן בין התועלת להליך השיפוטי מצד אחד, לבין הפגיעה באדם מצד שני, מוביל למסקנה, שהסמכות להטיל חובה כזאת, אף אם היא דרושה, אינה דרושה במידה המתקבלת על הדעת לביצוע תפקידו של הגוף השיפוטי, ועל כן ההסמכה לכך חייבת למצוא ביטוי מפורש בדבר חקיקה של הכנסת (בחקיקה ראשית).

לעניין זה נפסק ב-בג"ץ 21/48<sup>1</sup> מפי השופט אולשן (בעמ' 375):

"לפי החוק והנוהג האנגלי בענין הנדון אשר עליו מתבסס החוק העומד בתקפו במדינת ישראל, קיימים שלושה סוגים של ועדות חקירה: ועדה מלכותית, ועדה סטטוטורית ועדה המוקמת על-ידי מחלקה ממשלתית. ועדה מלכותית מתמנית מטעם הכתר ואין לה כוח להשביע עדים, להכריח עדים שיופיעו לפניו ולצוות על מסירת מסמכים לידיה. לשם יעילות עבודתה היא יכולה רק להיעזר ברצון הטוב והחוש האזרחי של האנשים אליהם היא פונה. כדי להוסיף משקל וערך ציבורי למסקנותיה נעשית עבודת החקירה שלה באופן פומבי. ועדה מהסוג השני - שואבת את כוחה מחוק המוצא לתכלית מסויימת, על-ידי בית-המחוקקים, המגדיר את סמכותה ונותן בידיה את כל הכוחות הדרושים, למען תוכל לבצע את תפקידה. ועדה מן הסוג השלישי, היא יצור מחלקה ממשלתית המוקמת לשם חקירת עניינים פנימיים הנוגעים לאותה מחלקה; אין היא רשמית, ואין לה כל כוח לגבי שמיעת עדים והשבעתם. הקמתה ועבודתה הן עניין פנימי של המחלקה, ורק באופן דיסציפלינרי, כמובן, יכול ראש המחלקה לצוות על פקידי המחלקה להושיט לה את כל העזרה הדרושה. אין נוהגים לפרסם את דבר הקמתה, ועבודתה אינה נעשית בפומבי. הכלל הוא שאיש אינו מוסמך להעניק לוועדת חקירה כוחות שיש בהם משום הטלת חובות כפיה על אזרחי המדינה, אלא אם כן הוסמך לכך על-ידי המחוקק".

<sup>1</sup>. בג"ץ 21/48 סופר ואח' נ. שר המשטרה ואח', פ"ד ב' 365.

ב-בג"ץ 197/51<sup>2</sup> נפסק לעניין זה מפי השופט לנדוי (בעמ' 776-777):

"באי-כוח הצדדים עמדו בטענותיהם על בעיה הנוגעת לסדרי הדיון בפי הרשם: הרשם לא הרשה לד"ר זליגסון בא-כוח המתנגדת (המעוררת בפנינו) לחקור חקירת שתי וערב את מר פלוטקין, אחד משותפי השותפות-המשיבה, שהצהרתו בשבועה הוגשה לרשם. ד"ר זליגסון התקיף החלטה זו של הרשם, אם כי הודה שגם לגבי דידו העניין אינו נעלה מספק. הנני סבור שהרשם צדק בסירובו. **סמכות לחקור בשבועה צריכה להינתן על-ידי הוראה מפורשת בחוק, והוראה כזאת אינה קיימת לגבי רשם סימני המסחר...**"

ב-בג"ץ 299/62<sup>3</sup> נפסק לעניין זה מפי השופט ברנזון (בעמ' 2143-2144):

"לדעתי, צודקים באי-כוח המעבידים בטענה זו. באי-כוח בעלי הדין לא יכלו להצביע על חוק כללי הקובע את סמכותם של בתי-המשפט של גופים שיפוטיים אחרים למיניהם בנדון ומעניק להם כוח לצוות על כל אדם לבוא לפנייהם ולתת עדות או לדרוש מכל אדם הבא לתת עדות שיתן אותה בשבועה ולהשביעו. ישנם חוקים ספציפיים רבים המעניקים כוח כזה וכוחות עזר אחרים לגופים מסויימים המשמשים נושא לטיפולם של אותם חוקים. צוטטו לפנינו פקודות וחוקים רבים מסוג זה, ואני מסתפק בהזכרת אחדים מהם כדוגמאות סתם. פקודת ועדות החקירה, סעיף 5; חוק שירות המדינה (גימלאות), תשט"ו-1955, סעיף 8 - סמכויות עזר של הממונה על תשלום גימלאות לעובדי המדינה וועדת ערעור; חוק ישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז-1957, סעיף 8(א) - סמכויות מתווך בסכסוכי עבודה וסעיף 23 - סמכויות ועדת בוררים; וכו' וכו'. בתי-המשפט הרגילים לא קיבלו ולא נזקקו להענקת סמכויות עזר כאלו על-פי פקודה או חוק, באשר לפי החוק המקובל נתונה סמכות טבעית לכל בית-משפט להשתמש בכל כוחות העזר הדרושים לו כדי שיוכל למלא את תפקידו בצורה יעילה. ב-ע"פ 153/60 קובע מ"מ הנשיא השופט אגרנט, על דעת ויגמור (כרך 9, מהדורה 3, עמ' 267, סעיף 2484) ועל דעת בית-משפט זה ב-ע"א 207/51 כי 'הכוח לשפוט ולהחליט טומן בחובו גם את הכוח לחקור, וכוח אחרון זה משמעותו הכוח להזמין עדים ולהציג להם שאלות'. במקום אחר דן ויגמור (כרך 8, מהדורה 3, ע' 73-81, סעיף 2195) בשאלה הספציפית של הכוח לכפות הופעת עדים ולהציג להם שאלות ואומר:

'החובה לתת עדות היא חסרת תוקף אלא אם ישנו הכוח לכופ את מילויה. כוח זה הוא כוח יסודי הכולל את הכוח לאסור על אי-ציות; לכן זהו כוחה של המדינה בלבד'.

לשאלה בידי איזה גוף של המדינה נתון הכוח הזה, הוא משיב:

'מטבע הדברים ובדרגה ראשונה שייך הכוח לבתי-המשפט, משום שהתאמת החוק לעובדות בהתדיינות משפטית דורשת קביעת העובדות, ובלי חקירה אי-

<sup>2</sup> בג"ץ 197/51 קוקה קולה נ. השותפות ויטה ואח', פ"ד ח' 772.

<sup>3</sup> בג"ץ 299/62 יהודה נ. הממונה על גביית השכר ואח', פ"ד י"ז 2131.

אפשר לקבוע את העובדות, והצורך בחקירה טומן בחובו את הכוח לחייב מתן תשובות וגילויים מכל מין שהוא.

והוא ממשיך לאמור :

'לגבי בתי-המשפט המיוצגים על-ידי בית-המשפט העליון ובתי-המשפט הגבוהים לא יכולה כרגיל להתעורר שאלה בדבר כוחם הטבעי ...'.

**אולם כוחות אלה אינם בסמכותם הטבעית של גופים שיפוטיים שאינם בתי-משפט או גופים מעין-שיפוטיים ואדמיניסטרטיביים גרידא. כדי שהם יוכלו להשתמש בהם הם זקוקים להסמכה חוקית מפורשת ואין ללמוד על סמכות זו מכללא אף לגבי טריבונל בעל תפקידים שיפוטיים, כמו הממונה. ראה ויגמור בהמשך סעיף 2195 הנ"ל ו-American Jurisprudence, כרך 58, ע' 28, סעיף 9, וכרך 42, עמ' 326, סעיף 33. כדוגמה מאנגליה יכול לשמש חוק טריבונלי חקירה (עדות) משנת 1921, אשר בדומה לפקודת ועדות החקירה שלנו מעניק סמכויות-עזר בקשר לעדות לטריבונלים שהוקמו על-פי החלטה של שני בתי הפרלמנט לחקור בענין בעל חשיבות ציבורית דחופה.**

**אשר לכוח להשביע עדים אין אצלנו חוק כללי הקובע מי מוסמך להשביע בהליך שיפוטי או מעין-שיפוטי. לפי המשפט המקובל, אין כנראה כוח להשביע עדים אלא לבית-משפט או למי שהוסמך לכך על-פי חוק ..."**

השופט דב לוין בספרו **טריבונלים שיפוטיים במדינת ישראל** אומר לעניין זה (סעיף 58, בעמ' 60) :

**"כבר ציינו לעיל, שעה שסקרנו את הטריבונלים המיוחדים, כי יעילותם של בתי-דין אלה תיפגם משלא יהיו בידיהם סמכויות-עזר נאותות לניהול תקין של הדיון. לכן דאג המחוקק להעניק להם סמכות להזמין עדים, להשביעם, לכפות הופעתם, וכיוצא באלה. ללא הענקת סמכות מפורשת בחיקוק, אין הסמכות נתונה לבתי-הדין ..."**

השופט יצחק זמיר בספרו **הסמכות המינהלית**, כרך א', אומר לעניין זה (בעמ' 253-254) :

**"בהתאם לכך יש לומר כי בית דין מינהלי, אף שנתונה לו סמכות-עזר לקבוע לעצמו את סדרי הדיון במידה שלא נקבעו בחיקוק, אין לו סמכות לחייב אדם להופיע בפניו כעד או לחייב עד להישבע. אכן, ברור כי הסמכות לכפות הופעה של עד, או לחייב אותו לתת עדותו בשבועה, יש בה כדי לייעל את הדיון. אולם סמכות זאת, המטילה על אדם חובה הגוררת סנקציה, פוגעת בחרותו של אותו אדם המוזמן להופיע כעד בפני בית דין מינהלי. המאזן בין התועלת לבית הדין מצד אחד, לבין הפגיעה באדם מצד שני, מוביל למסקנה כי הסמכות להטיל חובה כזאת אף אם היא דרושה, אינה דרושה 'במידה המתקבלת על הדעת' לביצוע תפקידו של בית הדין."**

ופרופ' ברוך ברכה בספרו **משפט מינהלי** (כרך א') אומר לעניין זה (סעיף 67, בעמ' 160-161) :

**"אך הסייג הנדון שבסעיף 17(ב) לחוק הפרשנות אינו מצמצם את עניינו אך ליחסי התלות שבין הסמכות העיקרית למקבילתה הנגררת. מבחן הסבירות המאומץ בו פותח פתח לשיקולי מדיניות, שיש בהם כדי למנוע את ההכרה בקיומה של הסמכות האחרונה, גם כאשר היא חיונית להפעלתה של הראשונה.**

אחד השיקולים החשובים לעניין זה הוא, שאין לפגוע בזכויות הפרט ללא הסמכה ברורה של המחוקק. לכן, הגם שבכוחה של רשות מינהלית להיזקק להליכי חקירה כסמכות עזר, 'הכלל הוא שאיש אינו מוסמך להעניק לוועדת חקירה כוחות שיש בהם משום הטלת חובות או כפיה על אזרחי המדינה, אלא אם כן הוסמך לכך על-ידי המחוקק. באותה מידה, למרות החיוניות הרבה שבקיום הסמכות לכפות את הופעתם של עדים וחקירתם לצורך מילוייה של סמכות שיפוטית, 'סמכות לחקור בשבועה צריכה להינתן על-ידי הוראה מפורשת בחוק. 'על-כן, פרט לבתי משפט הנהנים מסמכות טבעית להשתמש בכל אמצעי העזר הדרושים כדי למלא את תפקידם השיפוטי ובכללם להזמין עדים ולכפות את הופעתם ולדרוש מהם להעיד בשבועה ולהשביעם, אין בכוחם של גופים או אנשים אחרים הממלאים תפקידים שיפוטיים, מעין-שיפוטיים או אדמיניסטרטיביים להשתמש בכוחות כאלה, אלא אם הם ניתנו להם על-פי החוק' ...".

ואכן, מקום שהמחוקק חפץ להקנות סמכות לגוף שיפוטי לזמן עדים לחקירה, הוא קובע הוראה מפורשת בעניין זה; לדוגמה:

- (א) סעיף 106 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982;
- (ב) תקנה 178 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984;
- (ג) סעיף 28 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992;
- (ד) סעיפים 298, 440 ו-537 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955;
- (ה) תקנה 53 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991;
- (ו) סעיף 3 לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז-1956;
- (ז) סעיף 13 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968;
- (ח) סעיף 37 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988;
- (ט) סעיף 9 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982;
- (י) סעיף 25 לחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958;
- (יא) כלל 20 לכללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים), התשכ"ב-1962;
- (יב) כלל 9 לכללי השפיטה (סדרי העבודה בענין סיום כהונת שופט לפי החלטה של הועדה לבחירת שופטים), התשמ"ז-1986;
- (יג) תקנה 4 לתקנות האגודות השיתופיות (בוררות בסכסוכים), התשל"ב-1972;
- (יד) תקנה 25 לתקנות האגודות השיתופיות (פירוק), התשמ"ד-1984;
- (טו) תקנה 9(ד) לתקנות ההתגוננות האזרחית (ערכות מגן), התשנ"א-1990.

מכל המקובץ לעיל ברור, איפוא, כי על-מנת שתהיה סמכות לוועדות הערר להזמין עד למתן עדות ולגבות את עדותו באזהרה צריכה להיות הסמכה מפורשת לכך בחוק. בחוק התכנון והבניה אין כל הוראה מפורשת בעניין זה. גם בתקנות התכנון והבניה (סדרי הדין בוועדות ערר), התשנ"ו-1996, ובתקנות התכנון והבניה (סדרי הדין בוועדות ערר בעררים לפי סעיף 198 לחוק), התשנ"ח-1997, אין כל הוראה בנדון. בהעדר הוראה בחוק, אין לוועדות הערר כל סמכות לזמן עדים.

יצויין, כי אפילו היו נקבעות בתקנות התכנון והבניה הוראות מפורשות, המקנות סמכות לוועדות הערר להזמין עדים, גם אז היו הוראות אלה חסרות כל נפקות משפטית והן היו בגדר של חריגה מסמכות. הסמכות להזמין עדים ולהזהירם צריכה להיות מוענקת בדבר חקיקה ראשי, בחוק של הכנסת, ולא בחקיקת-משנה. בהעדר הסמכה בידי המחוקק הראשי, אין מחוקק-המשנה מוסמך לקבוע הוראה בנדון, ואם קבע כן תהיה קביעתו בגדר של חריגה מסמכות. הסמכה בחוק לקבוע בתקנות "סדרי דין" אינה מקנה למחוקק-המשנה סמכות לקבוע בתקנות הוראות בדבר הזמנת עדים ואזהרתם. לעניין זה נפסק ב-בג"ץ 299/62<sup>4</sup> מפי השופט ברנזון (בעמ' 2145-2146):

**"שנית, אילו נתכוונה התקנה, כפי שנטען, להסמיך את הממונה לגבות ראיות בכל דרך הנראית לו במובן זה שגם מותר לו לגבות ראיות בשבועה ולהשביע את העדים, הרי שהיתה חורגת מסמכותו של השר שהתקין אותה. קבלת עדות בשבועה והשבעת עד הם דברים יסודיים וראשוניים אשר שום גוף ושום אדם אינו יכול לקחת אותם לעצמו, ושום אדם אינו מוסמך להעניקים, בלי הוראת חוק ברורה בנדון זה. אפילו נראה בדבר ענין שבסדר-דין, כפי שטענו באי-כוח המשיבים, גם אז לא הוסמך לכך השר. חוק הגנת השכר, סעיף 31, קובע ששר העבודה ממונה על ביצוע החוק והוא רשאי להתקין תקנות בכל ענין הנוגע לביצועו. אין זכר להתקנת תקנות סדר-דין. תקנות ביצוע ותקנות סדר-דין אינן היינו הך. לא-כל-שכן 'סדרי-דין' המוסיפים כוחות לממונה שלא ניתנו לו בחוק גופא ובענין כה חשוב כמו גביית עדות בשבועה העשויה להפוך את מתן העדות, אך בשקר יסודה, מעוון לפשע (השווה סעיפים 117 ו-120 לפקודת החוק הפלילי).**

ספר החוקים שלנו מתקופת המנדט ומתקופת המדינה גם יחד מלא דוגמאות של חוקים אשר, או שהם גופם העניקו לרשויות שנוצרו על-ידיהם כוחות עזר שונים בנוגע לעדות, או שניתנה בהם סמכות מפורשת לכוון רשויות ביצוע ולקבוע את כוחותיהן לרבות סדרי-הדין בפניהן. בדקנו מספר רב של פקודות וחוקים כאלה, שהוזכרו על-ידי באי-כוח בעלי-הדין ושחלק מהם קובץ במיוחד למעננו על-ידי מר וולף, ונוכחנו לדעת כי המחוקק המנדטורי והישראלי כאחד נהגו באופן עקבי באחת משתי דרכים: או שכוחות העזר ניתנו במפורש בגופי החוקים עצמם או שהחוקים מכילים הסמכה להקים רשות זו או אחרת ולקבוע את סמכויותיה. לא מצאנו בתחיקה שלנו אף מקרה שבו יישאר ענין סדרי-הדין בפני רשות כזאת, בין שהרשות הוקמה בחוק עצמו ובין שניתנה סמכות בחוק להקימה, ללא הסדר כאמור או ללא הסכמה מפורשת ומיוחדת בחוק גם מאותם המקרים שבחוק כבר ישנה הוראה כללית בדבר התקנת תקנות ביצוע. אביא כעת כמה פקודות מנדטוריות וחוקי הכנסת להדגמת האמור לעיל: "...".

ובהמשך נפסק (בעמ' 2148):

**"המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא, כי תקנה 15 לתקנות הגנת השכר (הנוהל בפני הממונה על גביית השכר), תשי"ט-1959, במידה שהיא מתכוונת להסמיך את הממונה להזמין עדים, להשביעם ולגבות ראיות באמצעי כפיה וענישה, חורגת מסמכותו של שר-העבודה והיא בטלה..."**

<sup>4</sup> . הערה 3 לעיל.

דברים אלה ישימים בעניין הנוכחי. בחוק התכנון והבניה הוקנו למחוקק-המשנה סמכויות לקבוע את "סדרי הדין" בוועדות הערר. סעיף 12ד לחוק קובע:

"שר המשפטים, בהסכמת שר הפנים, יקבע את סדרי הדין בוועדות הערר".

הסמכות שהוקנתה בחוק למחוקק-המשנה מוגבלת לקביעת "סדרי הדין". סמכות זו אינה כוללת סמכות להזמין עדים ולחוקרם באזהרה. אילו חפץ המחוקק להקנות למחוקק-המשנה סמכות להתקין הוראות בדבר הזמנת עדים ואזהרתם, שומה היה עליו לקבוע בחוק הוראות הסמכה מפורשות. בהעדר הוראות שכאלה בחוק התכנון והבניה, לא היה מוסמך מחוקק-המשנה לקבוע הוראות שכאלה בתקנות. ואכן, מחוקק-המשנה לא קבע כל הוראות שכאלה בתקנות.

לא למותר לציין, כי אין למצוא הסמכה לזמן עדים ולחוקרם באזהרה בהוראות תקנה 15 לתקנות הנ"ל. תקנה זו קובעת:

"כל עניין הנוגע לסדרי הדין בערר שלגביו לא נקבעה הוראה מפורשת בחוק או בתקנות אלה, רשאי יושב ראש ועדת הערר לתת הוראות לגביו".

תקנה 15 לתקנות הנ"ל אינה מקנה סמכות ליו"ר הוועדה לזמן עדים ולחוקרם באזהרה, מהנימוקים הבאים:

(א) הסמכות המוקנית בתקנה זו מתייחסת ל"עניין הנוגע לסדרי דין". סמכות לזימון עדים אינה נכנסת לקטיגוריה של "סדרי דין", אלא היא עניין מהותי;

(ב) אין זה סביר, כי הסמכות לגבי עניין בעל חשיבות מופחתת, דהיינו, הסמכות לפי תקנה 14(א) לתקנות לדרוש מעורר או ממשיב להמציא לוועדה מסמכים או ידיעות ולקבל חוות-דעת מומחה מוקנית ל"ועדת הערר", ואילו הסמכות בעניין בעל משמעות כבדה ורחבה יותר לזימון עדים ולחקירתם באזהרה תוקנה ל"יושב ראש הוועדה" ולא לוועדה עצמה;

(ג) נושא זימון עדים חייב להיקבע במפורש בחוק, ולא במובלע במסגרת הסמכות לקבוע עניינים הנוגעים לסדרי דין.

המסקנה המתבקשת היא, כי בהעדר הסמכה מפורשת בחוק או בתקנות, אין ועדות הערר המחוזיות הדנות בעררים לפי חוק התכנון והבניה מוסמכות לזמן עדים ולחוקרם באזהרה.