המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה

יצחק זמיר*

א. מבוא. ב. סדרי המינהל: 1. עיון בתיק הרשות; 2. תחולה למפרע; 3. השגה מינהלית. **ג. הביקורת השיפוטית.** 1. המידתיות; 2. הוודאות; 3. המוסר. **ד. שופטים מינהליים. ה. חוזים מינהליים. ו. סיכום.**

א. מבוא

נזדמן לי לאחרונה לעשות היכרות קרובה, אם כי שטחית, עם המשפט המינהלי של גרמניה, ותוך כדי כך להרהר בשאלה אם אפשר וראוי ללמוד ממנו דבר מועיל למשפט המינהלי של ישראל.[1]

---

* פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

אני מבקש להודות לקרן Alexander von Humboldt- Stiftung, שאפשרה לי לשהות בגרמניה לצורכי מחקר משפטי ולימוד המשפט החוקתי והמינהלי של גרמניה, ולמכון Max-Planck-Institut fur Auslandisches Offentlichesrecht und Volkerrecht בהיידלברג, שהעמיד לרשותי תנאי עבודה נוחים; וכן למנהלי המכון ולחוקרים במכון, ובמיוחד ל-Dr. Georg Nolte, שהקדישו לי מזמנם כדי לסייע בידי להכיר ולהבין מקצת מנבכי המשפט החוקתי והמינהלי של גרמניה.

כמו כן אני מודה לד"ר אייל בנבנשתי, מן הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, שקרא את כתב-היד של מאמר זה והעיר הערות מועילות.

1. בראש ובראשונה עולה במחשבה השאלה, אם פשעי העבר של העם הגרמני כלפי העם היהודי אינם פוסלים, באופן עקרוני, אפשרות לקשר עכשווי בין שיטת המשפט של ישראל לבין שיטת המשפט של גרמניה. השאלה מורכבת והתשובה תלויה במידה רבה בהשקפה מוסרית ובתחושה אישית. אפשר להבין וצריך לכבד כל מי שמתנגד לקשר כזה. עם זאת, לדעתי, על רקע הקשרים הקיימים זה שנים בין שתי המדינות, ובכלל זה שיתוף הפעולה ההדוק בתחומים שונים של המדע, אין זה סביר או רצוי לומר כי דווקא תחום המשפט יוצא מן הכלל. במיוחד משום שבתחום המשפט, אולי אף יותר מאשר בתחומים אחרים, נעשה ניסיון ממשי ללמוד את לקחי העבר, ולקבוע כללים ומוסדות שיגנו כראוי

nevo.co.il

המשפט המינהלי של גרמניה, כמו המשפט הגרמני כולו, משתייך למשפחת המשפט האזרחי (civil law), ששורשיו נעוצים במשפט הרומי. לעומת זאת, המשפט המינהלי של ישראל משתייך למשפחת המשפט המקובל (common law), ששורשיו נעוצים במשפט האנגלי. שתי המשפחות היו מנוכרות זו לזו במשך תקופה ממושכת, וכל אחת חיה בתחושת עליונות שנבעה, במידה רבה, מחוסר ידע וחוסר דעת.[2] מכל מקום, התעלה האנגלית הצליחה לבודד את המשפט של אנגליה, לרבות המשפט המינהלי, ולחסן אותו מפני הרוחות שנשבו מיבשת אירופה. עקב כך, גם המשפט המינהלי של ארץ-ישראל, שנוצר על-ידי השלטון האנגלי בתקופת המנדט בצלמו של המשפט האנגלי, היה נקי מכל השפעה של יבשת אירופה.

מצב זה השתנה לאחר שהוקמה מדינת ישראל. רוב המשפטנים הישראלים שתפסו עם הקמת המדינה את הגה שיטת המשפט – במשרד המשפטים, בבית-המשפט העליון ובפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים – קיבלו את הכשרתם במדינות של יבשת אירופה. ואמנם, בתחום המשפט הפרטי החל המשפט הישראלי נוטה אל עבר המשפט האירופי; נטייה הניכרת היטב בצורה ובתוכן. מבחינת הצורה חל שינוי בנוסח החוקים: בניגוד לפקודות המנדטוריות, שהיו מנוסחות בלשון פרטנית ומסורבלת, נוסחו החוקים החדשים במתכונת אירופית, תמציתית ומופשטת. מבחינת התוכן, מושגים וכללים שונים נקלטו בהדרגה מן המשפט האירופי והשתלבו בכללים של המשפט המקובל. בדיני החוזים, לדוגמה, נתבטלה תורת התמורה ונקלט העיקרון של תום-לב. התהליך היה משמעותי עד כדי כך, שלאחר זמן ניתן היה לתאר את המשפט הפרטי של ישראל כמין תערובת מקורית של משפט מקובל ומשפט אירופי.[3]

שונה בתכלית היה התהליך בתחום המשפט הציבורי, לרבות המשפט המינהלי, וככל הנראה לא בגלל התנגדות עקרונית. היו שופטים בין השופטים הראשונים, בעיקר אלה שהכירו מקרוב אחת משיטות המשפט של אירופה, שהסתמכו מפעם לפעם על הניסיון

על הדמוקרטיה, שלטון החוק וכבוד האדם. למעשה כבר קיימת בתחום המשפט מערכת של קשרים מוסדיים ואחרים בין שתי המדינות.

2. בהקשר זה ראוי להזכיר את A.V. Dicey, אבי המשפט החוקתי של אנגליה. מלומד גדול זה התפאר בשיטת המשפט האנגלי המגלמת את העיקרון של שלטון החוק (Rule of Law). בספרו הנודע **Introduction to the Study of the Law of the Constitution** (10 ed., 1959), הוא ערך השוואה, בהקשר זה, בין המשפט האנגלי לבין המשפט הצרפתי. לדבריו, עצם העובדה שבצרפת קיים משפט מינהלי, כלומר, מערכת מיוחדת של דינים המסדירה את היחסים בין השלטון לבין הפרט, ובית-משפט מיוחד להכרעה בסכסוכים הנובעים מיחסים כאלה, מלמדת כי בצרפת לא קיים העיקרון של שלטון החוק. כיום ברור לכל כי דייסי טעה בהבנת המשפט המינהלי שמעבר לתעלה. הוא עצמו הודה בכך בערוב ימיו. אך בינתיים נפגעה שיטת המשפט האנגלי: מקובל לחשוב כי תורתו עיכבה את התפתחות המשפט המינהלי של אנגליה במשך שנים רבות. ראו H.W.R. Wade, **Administrative Law** (6 ed., 1988) 26.

3. ראו א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ראשון, 179 ואילך.

nevo.co.il

וההלכות של שיטות אלה.[4] כמו כן, ראשוני המורים של המשפט המינהלי, שרכשו את תלמודם במרכז אירופה, ניסו להרכיב תיאוריות של המשפט האירופי על יסודות המשפט האנגלי.[5] אולם ההצלחה היתה מזערית. כאשר המשפט המינהלי של ישראל קלט כמעט כל מה שהמשפט המינהלי של אנגליה היה יכול להציע לו, הוא פנה, באופן טבעי, אל המשפט של ארצות-הברית, ולא אל שיטות המשפט של אירופה. עוד יותר מזה התפתח המשפט המינהלי של ישראל מתוך עצמו, כמו בור המתמלא מחולייתו. חידושים רבים בהלכה, לעתים חידושים נועזים, התבססו רק על חוש המומחיות ותחושת הצדק של השופטים. מכל מקום, ותהא הסיבה אשר תהא, עובדה היא כי ההתפתחות של המשפט המינהלי בישראל לא הושפעה כמעט מן המשפט האירופי.

וכי יש טעם טוב לאטום את המשפט המינהלי של ישראל מפני השפעה של המשפט האירופי? אין ספק שקיימים קשיים מעשיים על הדרך המובילה מן המשפט האירופי אל המשפט הישראלי. להבדיל מן המשפט המקובל, המוכר לרוב המשפטנים בישראל עוד מתקופת לימודיהם, שיטות המשפט של אירופה נראות זרות ומוזרות, עד כדי לרפות ידיים. לכך יש להוסיף את קשיי השפה: רק מעטים מבין המשפטנים בישראל מסוגלים לקרוא חומר משפטי בצרפתית, בגרמנית, באיטלקית או בספרדית. כל אלה הם מכשולים ממשיים על דרך ההיכרות בין המשפט הישראלי למשפט האירופי. אולם, כפי שהניסיון בתחום המשפט הפרטי מלמד, אין בכך כדי להסום את הדרך באופן מוחלט. נראה כי גם קבוצה קטנה של משפטנים התופסים עמדות מתאימות, בעיקר בבית-המשפט העליון, במשרד המשפטים ובפקולטות למשפטים, מסוגלת לפרוץ את הדרך. אם אלה יראו לנכון ללמוד ולהציג את שיטות המשפט של אירופה, ייתכן שיהיה בידם להחדיר באופן מבוקר רעיונות חדשים משיטות אלה למשפט המינהלי של ישראל. לגבי אלה השאלה העיקרית היא, אם ראוי הדבר להיעשות: האם אין ההבדלים בין המשפט המינהלי של מדינות

---

4. ראו, לדוגמה, בג"צ 311/60 **י מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה**, פ"ד טו 1989, 2007 (השופט זוסמן); ע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט (3) 365, 383-384 (השופט חיים כהן), 389-390 (השופט זוסמן); בג"צ 295/65 **אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות**, פ"ד כ (1) 330, 309 (השופט זילברג); בג"צ 101/74 **בינרי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון**, פ"ד כח (2) 449, 457 (השופט ברנזון). ראו גם C. Klein, "French Administrative Law as a Paradigm: Some Remarks concerning its use by the Supreme Court of Israel", 11 Tel Aviv University Studies in Law (1992) 111.

5. ביטוי בולט במיוחד ניתן לכך בספר הראשון, שנכתב על המשפט המינהלי בישראל, הלא הוא ספרו של פרופ' ה' קלינגהופר, **משפט מינהלי** (1957). בספר זה ביקש פרופ' קלינגהופר לשלב בין התפיסה הפרגמטית של המשפט המקובל לבין הגישה האנליטית של המשפט האירופי. הדבר ניכר במבנה הספר, במושגים המרכזיים וגם במקורות שהסתמך עליהם. למרבית הצער, ספר זה אינו אלא חלק ראשון, הנותן מבוא למשפט המינהלי, ולא זכינו לחלק שני, שיציג את גוף המשפט המינהלי עצמו.

nevo.co.il

אירופה לבין המשפט המינהלי של ישראל גדולים ויסודיים במידה העושה את ההשוואה והקליטה בלתי ראויות או בלתי מעשיות?

תורת המשפט ההשוואתי מלמדת כי שיטת משפט יכולה להפיק תועלת מהשוואה עם שיטת משפט רחוקה ושונה, אם היא נעשית בצורה מבוקרת, ותוך מודעות להבדלים בתפיסות ובתנאים הרווחים בשתי השיטות. כך הדבר בעיקר בחברות דומות זו לזו באורח-החיים ובתרבות המשפט. במדינות המפותחות של המערב, לדוגמה, יצר הדמיון הרב באורח-החיים בעיות דומות, שהזמינו פתרונות דומים. ההבדלים בין הכללים והמוסדות המשפטיים הם, לעתים קרובות, הבדלים של צורה או טכניקה בעיקר, ולא הבדלים של עיקרון או מהות. במצב כזה יכול רעיון או מוסד משפטי שנוצר במדינה אחת להיקלט בהצלחה, אם הוכיח עצמו במציאות בתוך המרקם המשפטי של מדינה אחרת.

דומה כי קליטת העיקרון של תום-לב מן המשפט הפרטי של גרמניה אל המשפט הפרטי של ישראל יכולה לשמש דוגמה לקליטה מוצלחת, שתרמה תרומה חשובה להתפתחות המשפט הישראלי.[6]

המצב במשפט הציבורי אינו בהכרח שונה. במשפט הציבורי, כמו במשפט הפרטי, נתרופפו מאוד הגבולות בין מדינות אירופה. בכלל זה נפרצו גם הגבולות בין המשפט המקובל של אנגליה לבין המשפט האזרחי של יבשת אירופה. תנופה רבה ניתנה לתהליך זה עם הקמת הקהילה האירופית. האמנות שנכרתו בין מדינות הקהילה, ואמנת רומא משנת 1950 להגנה על זכויות האדם, מחייבות מידה רבה של תיאום ושיתוף פעולה גם בתחום המשפט. בתי-המשפט לביצוע האמנות – בית-המשפט של הקהיליה האירופית בלוכסמבורג בתחום הכלכלי, ובית-המשפט של מועצת אירופה בשטרסבורג בתחום זכויות האדם – פועלים במידה רבה במתכונת בתי-המשפט של יבשת אירופה, ובמיוחד בית-המשפט המינהלי של צרפת, ומפעילים תפיסות ועקרונות הרווחים ביבשת אירופה. תפיסות ועקרונות אלה משמשים אותם כדי לבקר חוקים, תקנות והחלטות אחרות של המדינות השותפות לאמנות האירופיות, לרבות אנגליה. בדרך זאת מחלחל המשפט האירופי אל המשפט האנגלי.

אנגליה מודעת לתהליך זה, ונערכת להשתלב באירופה גם בתחום המשפט. הזרות והחשדנות, שאפיינו את יחסו של המשפט האנגלי אל המשפט האירופי, פינו את מקומם לסקרנות והתקרבות. בין השאר, נפתחו שערי הפקולטות למשפטים באנגליה בפני המשפט האירופי. כיום מקובל ללמד בפקולטות אלה את המשפט האירופי ושיטות משפט של מדינות שונות באירופה, וכן לקיים מפגשים משותפים ולפעול בדרכים נוספות כדי להקטין את המרחק בין שיטות המשפט.

מסתבר שתהליך ההתקרבות אינו קשה כל כך. ההבדלים הקיימים בין המשפט המקובל לבין המשפט האירופי אינם גדולים כפי שהיה נדמה. כך הדבר בתחום המשפט בכלל, וכך גם בתחום המשפט המינהלי.[7] קיים בסיס רחב למבנה משותף בתחום זה. בסיס זה מאפשר

6. ראו סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ראו גם ג' שלו **דיני חוזים** 39 (1990).

7. ראו J.F. Garner, "Administrative Law: Civil and Common Law Systems Compared", 25 The

nevo.co.il

לא רק התקרבות בין השיטות הלאומיות של המשפט המינהלי, אלא גם יצירת שיטה חדשה של משפט מינהלי, המיוחדת ומשותפת לקהילה האירופית.[8]

מדינת ישראל, העושה מאמצים להשתלב בפעילות של הקהילה האירופית, חייבת להתקרב גם אל המשפט שלה. משרד המשפטים, בתי-המשפט וציבור עורכי הדין צריכים להיות פתוחים לקלוט רעיונות וחידושים מן המשפט של יבשת אירופה, כשם שהם פתוחים לקלוט רעיונות וחידושים מן המשפט של ארצות-הברית. הפקולטות למשפטים חייבות לפתח את ההוראה והמחקר בתחום המשפט של הקהילה האירופית וכן גם בשיטות המשפט של מדינות שונות באירופה.

במסגרת זאת יש מקום להכיר גם את שיטת המשפט של גרמניה. גרמניה היא מדינה מפותחת וחזקה, לא רק במישור הכלכלי והמדיני, אלא גם במישור המשפטי. המשפט הגרמני, לרבות המשפט המינהלי, ידוע כבעל רמה גבוהה של חשיבה אנליטית.

בדיקת המשפט המינהלי של גרמניה, ולו גם בדיקה שטחית, עשויה להפתיע את מי שמכיר את המשפט המינהלי של ישראל.[9]

.Review, International Commission of Jurists (1980) 39
המחבר סוקר את הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי במדינות שונות של יבשת אירופה – צרפת, גרמניה, איטליה, בלגיה והולנד – ומשווה אותה לזו הנוהגת באנגליה. הוא מגיע למסקנה (בעמ' 49) כי בפועל עילות הביקורת בכל המדינות האלה דומות.

8. ראו J. Schwarze, **European Administrative Law** (1992).

9. הספרות על המשפט המינהלי של גרמניה בשפה האנגלית מעטה. קיים רק ספר אחד באנגלית, הנותן תמונה כללית של המשפט המינהלי של גרמניה: M.P. Singh, **German Administrative Law (In Common Law Perspective)** (1985). בנוסף לכך, קיימים גם מאמרים אחדים על נושאים שונים של המשפט המינהלי של גרמניה. ראו:

D. Lorenz, "The Constitutional Supervision of the Administrative Agencies in the Federal Republic of Germany", 53 **Southern California L. Rev.** (1979-1980) 543.

R.W. Evans, "French and German Administrative Law", 14 **International and Comparative Law Quarterly** (1965) 1104.

H.G. Crossland, "Rights of the Individual to Challenge Administrative Action before Administrative Courts in France and Germany", 24 **International and Comparative Law Quarterly** (1975) 707.

E.J. Eberle, "The West German Administrative Procedure Act: A Study In Administrative Decision Making", 3 **Dickinson Journal of International Law** (1984) 67.

V. Götz, "Legislative and Executive Power under the Constitutional Requirements entailed in the Principle of the Rule of Law", in **New Challenges to the German Basic Law**, C. Starck, ed. (1991) 141.

nevo.co.il

קיים דמיון ניכר בין הכללים המהותיים המנחים את הרשויות המינהליות של גרמניה וישראל בפעולותיהן, ואת בתי-המשפט בביקורתם. כללים אלה פותחו בעיקרם, הן בישראל והן בגרמניה, על-ידי בתי-המשפט.[10] מסתבר שבתי-משפט במדינות שונות, אם הם מונחים על-ידי עקרונות של דמוקרסיה, שלטון החוק ומינהל הוגן, נוטים להגיע לכללים דומים. עם זאת, קיימים גם הבדלים ממשיים בין המשפט המינהלי של גרמניה לזה של ישראל, במיוחד במנגנון ובטכניקה, אך גם במהות. הבדלים אלה הם שמעוררים עניין מיוחד.

במאמרי אציג כמה עניינים בתחומים אחדים, שבהם קיימים הבדלים בולטים בין המשפט המינהלי של גרמניה לבין המשפט המינהלי של ישראל: בתחום סדרי המינהל הציבורי, העילות לביקורת שיפוטית, השיפוט המינהלי והחוזים המינהליים. אין המאמר מתכוון לומר כי בעניינים אלה המשפט המינהלי של גרמניה עדיף על המשפט המינהלי של ישראל, או כי ראוי לאמץ בישראל את הכללים והמוסדות הקיימים במשפט המינהלי של גרמניה. מטרתו של מאמר זה הוא להשתמש במשפט המינהלי של גרמניה לצורך בדיקה ביקורתית של תחומים אחדים במשפט המינהלי של ישראל. לפי המסורת הטובה של המשפט ההשוואתי, אפשר שבדיקה כזאת תסייע לחשוף חסרונות ולהעלות רעיונות לקידום המשפט המינהלי בישראל.

ב. סדרי המינהל

ההליך המינהלי בגרמניה מוסדר בעיקרו על-ידי חוק סדרי המינהל (קרי, חוק הפרוצדורה המינהלית) משנת 1976. זהו חוק ארוך ומפורט, הקובע את העקרונות החלים בדרך כלל על ההליך המינהלי, ומסדיר קבלת החלטות מינהליות שלב אחר שלב: הצדדים להליך, פתיחת ההליך, איסוף הנתונים, שמיעת הצדדים, וכן הלאה עד לחיוב בתשלום ההוצאות הכרוכות בהליך המינהלי.

אף שהחוק מפורט, ההליך המינהלי לפי החוק אמור להיות, בדרך כלל, לפי לשון החוק, לא-פורמלי ופשוט (סעיף 10). ואמנם, הוראות אחדות של החוק עשויות לשרת תכלית זאת. ראשית, החוק הוא בעל אופי שיורי, כלומר, הוא חל על הליך מינהלי מסוים

E.K. Pakuscher, "Administrative Law in Germany – Citizen v. State", 16 American Journal of Comparative Law (1968) 309.

G. Nolte, "German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective", Modern Law Review (forthcoming).

בשל מגבלת השפה, נמנעתי מלהסתמך במישרין על מקורות של המשפט הגרמני שלא תורגמו לאנגלית.

10. תופעה מעניינת היא שגם בגרמניה, כמו בצרפת, הכללים המהותיים, המסדירים את הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי, פותחו בעיקר באמצעות בתי-המשפט ולא בדרך של חקיקה, אף שהמשפט בשתי מדינות אלה, להבדיל מן המשפט באנגליה, נוצר בענפי המשפט השונים בעיקר באמצעות חקיקה.

nevo.co.il

רק אם אין בחוק אחר הוראות דומות או נוגדות (סעיף 1). בהתאם לכך, חוק אחר יכול לסטות מהוראות חוק סדרי המינהל משנת 1976 לגבי הליך מסוים, לחומרה או לקולה, לפי המהות והצרכים המיוחדים של אותו הליך. שנית, החוק מפרט סוגים של פגמים בהליך המינהלי אשר, בדרך כלל, אין להם נפקות משפטית. כך, לדוגמה, בדרך כלל העובדה שהשימוע לאזרח או הנימוקים להחלטה ניתנו לאחר קבלת ההחלטה המינהלית, אין בהם כדי לבטל את תוקף ההחלטה. ושלישית, החוק כולל פרק מיוחד (סעיפים 63 ואילך) המסדיר הליכים מיוחדים בצורה נוקשה יותר, כגון על-ידי חיוב בשימוע מוקדם של הצדדים, שיערך בעל-פה, תוך מתן הזדמנות לצדדים לחקור עדים ומומחים. ההוראות של פרק זה אינן חלות על הליך מסוים, אלא אם הדבר נקבע במפורש בחוק.[11]

החוק הגרמני בדבר סדרי המינהל אינו יחיד בסוגו. ראשון החוקים מסוג זה נחקק באוסטריה בשנת 1925. מאז, ובמיוחד לאחר מלחמת העולם השנייה, נחקקו חוקים הקובעים את סדרי ההליך המינהלי במספר ניכר של מדינות, ובהן שוודיה, נורבגיה, שוויץ ועוד.[12]

בישראל, כידוע, אין חוק המסדיר באופן מקיף ושיטתי את כלל ההליכים המינהליים. סדרי המינהל בישראל עשויים להיות מוסדרים לגבי כל הליך מינהלי על-ידי החוק החל על אותו הליך. לדוגמה, חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965, קובע בפירוט ניכר את סדרי ההליכים של מוסדות התכנון כאשר הם באים להחליט אם לאשר תוכנית מתאר או לתת היתר בנייה. אולם, על-פי רוב, החוק החל על הליך מינהלי מסוים אינו קובע את סדרי ההליך אלא באופן חלקי, אם בכלל. חוקים רבים מעניקים סמכויות לרשויות מינהליות, כגון סמכות לתת רשיון, לשנותו או לבטלו, בלי להתייחס כלל ועיקר לדרך שבה תופעל הסמכות. חסר זה בחוק המסמיך מתמלא בדרך כלל על-ידי הסדרים כלליים, החלים על רשויות מינהליות בדרך כלל, אם מכוח חוק חרות, אם מכוח הלכות פסוקות ואם מכוח הוראות מינהליות.[13] בספר החוקים מרוכזים ההסדרים הכלליים בעיקר בשני חוקים: חוק הפרשנות, תשמ"א-1981, והחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. הפסיקה משלימה את החסר במידה רבה, בקובעה הסדרים בעניינים שלא הוסדרו על-ידי החוק, כגון ההלכה בדבר משוא פנים (או ניגוד עניינים) של הרשות המינהלית וההלכה בדבר זכות הטיעון של האזרח הנפגע. בנוסף לכך, הוראות פנימיות של המינהל הציבורי, בעיקר הוראות של נציבות שירות המדינה, קובעות הסדרים בעניינים משניים של נוהל, לרבות ביחסים בין הרשות לבין האזרח.

---

11. על חוק זה ראו Singh (לעיל, הערה 9) 32 ואילך. תרגום לאנגלית של החוק מופיע שם, 164 ואילך. לתרגום נוסף של חוק זה ראו W. Dale, **Legislative Drafting: A New Approach** (1977). על חוק זה ראו גם Eberle (לעיל, הערה 9).

12. ראו י' זמיר "לקראת חוק סדרי המינהל – הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות", **משפטים** יב (תשמ"ב) 334.

13. ראו שם, 344-346. ראו גם י' זמיר, **סדרי המינהל בישראל וסימן 46 לדבר המלך** (1974).

nevo.co.il

המצב הקיים בישראל באשר לסדרי המינהל לקוי מבחינות אחדות. ראשית, פיזורם של ההסדרים הכלליים בחוקים אחדים ובפסקי-דין מורכבים גורמת לכך שלעתים קרובות אין הם ידועים, לא לרשויות המינהליות ולא לציבור הרחב, אלא ליודעי ח"ן בלבד. חוסר ידיעה גורר, באופן טבעי, חוסר מימוש: נראה כי רמת המימוש של הסדרים שונים, כגון החובה להחליט במועד נקוב והחובה לנמק סירוב, אינה גבוהה. סביר להניח כי המודעות להסדרים המחייבים תגדל באופן ניכר, ועמה תגדל גם רמת המימוש, אם הסדרים אלה ייכללו בחוק אחד, תחת הכותרת של סדרי המינהל. כשם שעובד הציבור מיטיב להכיר ולקיים, בדרך כלל, את החוק שהוא מבצע – עובדי המכס את פקודת המכס, וכיוצא בזה – כך ניתן להניח כי הוא יכיר, ובדרך כלל גם יקיים, את חוק סדרי המינהל, אם יהיה חוק כזה. שנית, ההסדרים הכלליים העולים מן הפסיקה הם לעתים קרובות מורכבים עד כדי כך שקשה, למי שאין מקצועו בכך, לדעת ולהבין את הדין. אכן, ביסודו של דבר, זוהי תכלית הקודיפיקציה בכל ענף של המשפט – לקבוע את עיקר הכללים בהוראות חוק פשוטות וברורות ככל שניתן. הוראות החוק נותנות תשובה ברורה במצבים הרגילים, והן עשויות להתוות כיוון גם במצבים מיוחדים. כיוון שהכללים בדבר סדרי המינהל מכוונים, בראש ובראשונה, לעובדי ציבור רבים החסרים השכלה משפטית, נודעת חשיבות מעשית רבה לפישוט הכללים, באופן שיהיו מובנים להם. ושלישית, ההסדרים הקיימים בחוק ובפסיקה, כיוון שלא נוצרו באופן מתוכנן ושיטתי, משאירים במערכת של סדרי המינהל פרצות ללא הסדר. יתירה מזאת, חלק מן ההסדרים הקיימים, כיוון שנוצרו ללא ראייה כוללת, ומהם שנוצרו לפני זמן רב, אינם הולמים את התפיסה העכשווית של מינהל תקין. משום כך, חוק מתוכנן כראוי, שיקבע את סדרי המינהל באופן כולל ושיטתי, עשוי למלא את החסר ולתקן ליקויים בדין הקיים.[14]

דוגמה טובה לכך הוא עניין הזכות שיש לאזרח לעיין בתיק המצוי אצל הרשות המינהלית.

1. עיון בתיק הרשות

סעיף 28 לחוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976 מטיל חובה על הרשות המינהלית לשמוע את האדם שזכויותיו עלולות להיפגע על-ידי החלטתה, לפני קבלת ההחלטה ובכפוף לחריגים מסוימים. סעיף 29 לאותו חוק מוסיף וקובע, כהשלמה לחובת השימוע, את חובת הרשות לאפשר לאותו אדם לעיין בתיקי הרשות הנוגעים לעניין "במידה שידיעתם נדרשת לשם מימוש או הגנה על האינטרסים המשפטיים שלו." עם זאת,

14. לפני כעשר שנים הכין פרופ' י"ה קלינגהופר הצעה לחוק סדרי המינהל בישראל, לפי הזמנת משרד המשפטים. ההצעה פורסמה ב**משפטים** יב (תשמ"ב) 348. היא הושפעה בעליל מן החוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976. בשעתו החלה במשרד המשפטים עבודה להכנת נוסח של חוק בעניין זה, אך העבודה לא הושלמה. על הצעה זאת ראו ש' שטרית, "על הצעת חוק סדרי המינהל", **משפטים** יד (תשמ"ד-תשמ"ה) 367. ראו גם א' בנדור, "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המינהלי", **מחקרי משפט** ט (תשנ"ב) 155.

nevo.co.il

לפי אותו סעיף, חובה זאת כפופה לסייגים. הסעיף פוטר את הרשות מן החובה, כאשר העיון בתיקי הרשות עלול לשבש את המילוי התקין של תפקידי הרשות או לפגוע בטובת המדינה, או אם המסמכים שבתיק הם סודיים על-פי דין או על-פי טבעם.[15]

בישראל אין חוק או הלכה המעניקים זכות כללית כזאת כחלק מן השימוע או בקשר לשימוע, בשלב שלפני קבלת ההחלטה המינהלית. לאחרונה נקבעה זכות זאת, בהיקף מוגבל, בחוק בתי-דין מינהליים, התשנ"ב-1992. סעיף 30 לחוק זה קובע כי מי שיש לו זכות לערור אל בית-דין מינהלי, שהחוק חל עליו (כלומר, בית-דין המנוי בתוספת לחוק), זכאי גם לעיין בתיק הרשות שקיבלה את ההחלטה נשוא הערר. זכות זאת כפופה, כמובן, לחריגים, שנקבעו בפירוש בחוק. לדוגמה, הזכות אינה חלה כאשר ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או עניין ציבורי חשוב אחר מחייבים שלא להרשות עיון במסמכים, או כאשר יש בהם סוד מקצועי או מסחרי, או כאשר הם מכילים חומר פנימי של הרשות ועוד.

זהו, לכאורה, חידוש עקרוני ומעשי חשוב. אולם, למעשה, אין הוא אלא אימוץ של הלכה שנפסקה על-ידי בית-המשפט העליון לפני שלושים שנה בערך. במשפט **פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון**[16] ביקש העותר לאפשר לו לעיין בפרוטוקולים של ועדת שומה, שקבעה לו שומה על ארנונת רכוש, לצורך הכנת ערר אל ועדת ערר. בית-המשפט נענה לבקשתו. הוא פסק כי זכות העיון אינה מותנית בהוראת חוק, שתקנה זכות זאת במפורש, אלא היא נובעת מן היחסים הראויים בין השלטון לבין האזרח. כדברי השופט ויתקון, "כל הסודיות הזו, המקימה מחיצה ופורשת מסך בין השלטון והאזרח, לא יכירנה מקומה במינהל תקין במשטר חופשי."[17] למרבה הפליאה, הלכה זאת, שהיתה יכולה לשמש

15. ראו Singh (לעיל הערה 9) 39-40. על חובה דומה, וכנראה רחבה יותר, במשפט הצרפתי, ראו N. Brown and J. S. Bell, **French Administrative Law** (4 ed., 1993) 88. בהקשר זה יש להבדיל בין שני סוגים של זכות לעיין בתיקים של המינהל הציבורי. הזכות מן הסוג הראשון מאפשרת לאדם לעיין בתיק מסוים של רשות מסוימת, אם הדבר נדרש כדי להגן על זכות אישית או על אינטרס אישי שלו. הזכות מן הסוג השני, הקרויה לעתים בשם "חופש המידע", מאפשרת לכל אדם לעיין בכל תיק של כל רשות, אף אם אין הדבר נדרש כדי להגן על אינטרס אישי שלו. החוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976 מעניק את הזכות מן הסוג הראשון, כאמור לעיל. הזכות מן הסוג השני אינה מוכרת במשפט הגרמני, אך היא מוענקת על-ידי חוק במדינות אחרות, שמספרן גדל והולך בתקופה האחרונה, ובהן ארה"ב. על זכות זאת בארה"ב, ראו B. Schwartz, **Administrative Law**, (3 ed., 1991) 146. בישראל, אין המשפט מכיר בזכות מן הסוג השני, כלומר, בחופש המידע. ראו בג"צ 414/89 **בן נ' שר המשפטים**, פ"ד מג (4) 327. ראו גם ז' סגל, "זכות האזרח לקבל מידע בעניינים ציבוריים", **עיוני משפט י** (תשמ"ה) 625; ז' סגל, "על הזכות המוגנת בבג"ץ, הזכות לדעת והאזנת סתר", **משפטים כא** (תשנ"ב) 559. אולם רשימה זאת עוסקת רק בזכות מן הסוג הראשון, כלומר, בזכותו של אדם לעיין בתיק הרשות כדי להגן על זכות או אינטרס אישיים.

16. בג"צ 337/66, פ"ד כא (1) 69.

17. שם, 71.

nevo.co.il

ראש גשר לביסוס זכותו של האזרח לעיון בתיקי המינהל, כמעט לא התפתחה במשך השנים. היא נותרה מוצנעת בקובץ הפסיקה, כמעט לא-מוכרת, ונראה כי לא נעשה בה שימוש רב. אף-על-פי כן, אין יסוד לומר כי גם ליחה. להיפך, היא עומדת בתוקפה וחלה אף במקום שסעיף 30 לחוק בתי -דין מינהליים אינו חל, כלומר, בקשר לערר על בתי-דין מינהליים שחוק זה אינו חל עליהם.

עם זאת, יש יסוד לטעון על סמך פסק-הדין במשפט פיטל, כי ההלכה שנפסקה במשפט זה מוגבלת לעיון בקשר לערר אל בית-דין מינהלי. האם ניתן להחיל אותה גם בנסיבות אחרות? במשפט **שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים**,[18] הורחב היקף ההלכה. לשכת עורכי הדין דנה בתלונה של העותר נגד עורך דין מסוים, ביקשה את תשובתו של עורך הדין, ועל יסוד התשובה דחתה את התלונה. משנודע לעותר על דחיית תלונתו, ביקש מן הלשכה לקבל את העתק התשובה של עורך הדין. הלשכה סירבה, והעותר תקף את הסירוב בבית-המשפט. בית-המשפט פסק כי הלשכה חייבת להמציא לעותר את העתק התשובה. ומה הבסיס לחובה זאת? השופט חיים כהן אמר: "הכלל הוא שמסמכים שנתקבלו בידי הרשות תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה על-פי דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר; ואין הרשות נשמעת לאמור שמשנכנס המסמך לתיקיה, שוב אין הצד הנוגע בדבר רשאי עוד לראותו."[19]

במשפט פיטל נועדה הבקשה לעיין בתיק הרשות לצורך ביקורת שיפוטית על ההחלטה המינהלית. לעומת זאת, במשפט **שפירא** לא נועדה הבקשה לצורך ביקורת שיפוטית על ההחלטה, ואף פסק-הדין לא קשר עצמו לצורך זה אלא, כאמור, התבסס על כלל רחב בדבר חובת הגילוי של מסמכי הרשות. אולם, כעניין שבעובדה, הן במשפט פיטל והן במשפט שפירא ציווה בית-המשפט על זכות העיון במסמכי הרשות בשלב שלאחר קבלת ההחלטה המינהלית. במשפט **שפירא** בית-המשפט אף הדגיש כי למעשה הסתיימה כבר מלאכת הרשות.[20] מכאן נובעת השאלה, אם זכות העיון חלה גם בשלב שלפני קבלת ההחלטה המינהלית. בעצם השאלה היא: האם זכות העיון חלה כחלק מחובת השימוע או כנספח לחובת השימוע, המוטלת על הרשות?

במשפט **פיטל** ובמשפט **שפירא** השמיע בית-המשפט הצהרות כלליות בדבר זכותו של האזרח לעיין בתיק הרשות.[21] על יסוד הצהרות אלה אפשר להתפתות למחשבה כי זכות העיון אינה יודעת גבולות של זמן. אולם אין זה ראוי לנתק את ההצהרות מן העובדות. בפועל, כאמור, ההצהרות הושמעו בקשר לזכות העיון בשלב שלאחר מתן ההחלטה. נראה כי אין פסק-דין, שבו הוענקה זכות העיון בשלב שלפני מתן ההחלטה, וכי אין גם פסק-דין הקובע כי חובת השימוע כוללת חובה לאפשר עיון במסמכי הרשות. לפיכך נראה, כי אין

18. בג"צ 142/70, פ"ד כה (1) 325.

19. שם, 330. ראו גם ע"א 3786/90 **ברון נ' שר הבריאות**, פ"ד מו (1) 661, 673: זכות העיון במסגרת הליך משמעתי מעין-שיפוטי.

20. שם, 333.

21. ראו לעיל, הערות 16, 18.

nevo.co.il

יסוד לומר שההלכה מקנה כיום את זכות העיון כחלק מחובת השימוע או כנספח לחובת השימוע. מכאן עולה השאלה, אם ראוי שההלכה תקנה זכות כזאת.

כשם שזכות העיון בתיק הרשות חשובה לצורך ביקורת שיפוטית על ההחלטה המינהלית, כך היא חשובה, ואולי אף חשובה יותר, לצורך השימוע לפני קבלת ההחלטה. המידע הנמסר על-ידי הרשות לאזרח לקראת השימוע עשוי להיות תמציתי, או חלקי, או אפילו מגמתי. אפשר שבתיק הרשות יהיה מידע נוסף, שלא ימסר לאזרח, אם משום שהרשות אינה מחשיבה אותו ואם מטעם אחר, ומבחינת האזרח תהיה לו חשיבות רבה. מידע כזה או פרטים משלימים למידע, שמסרה הרשות לאזרח לקראת השימוע, עשויים להשפיע על השימוע, ואולי אף לשנות את ההחלטה הצפויה.

מבחינה עיונית, המסמכים המוחזקים בתיק הרשות אינם רכוש הרשות, אלא מוחזקים על-ידה בתוקף היותה נאמן של הציבור.[22] כשם שחובת הנאמנות מחייבת את הרשות להציג את המסמכים לפני האזרח הנוגע בדבר לאחר קבלת ההחלטה, כך היא צריכה לחייבה להציג את המסמכים לקראת קבלת ההחלטה, בשלב של שימוע. מבחינה מעשית נראה כי הצגת המסמכים לעיון האזרח לקראת קבלת ההחלטה על-ידי הרשות המינהלית חשובה יותר מהצגת המסמכים לאחר קבלת ההחלטה, ואפילו אם היא אמורה לשמש את צורכי הביקורת השיפוטית. כך הדבר הן משום שהחלטות מינהליות מעטות בלבד מגיעות לשלב של ביקורת שיפוטית, והן משום שהביקורת השיפוטית מוגבלת לשאלות משפטיות, ואילו השימוע משתרע על כל ההיבטים של ההחלטה, לרבות שאלות של עובדה ומדיניות. לפיכך נודעת תועלת מרובה מבחינת האזרח לזכות העיון בשלב השימוע, שיש בה גם כדי לשפר את איכות ההחלטה המינהלית. ולבסוף, היא עשויה להקטין את מספר המקרים, שבהם מתעורר צורך לבקש ביקורת שיפוטית של בית-המשפט, ובכך גם להקל עליו.

אולם קיימים גם שיקולים נגד הענקת זכות עיון בתיק הרשות המינהלית לפני קבלת ההחלטה, בקשר לשימוע, בדומה לשיקולים הקיימים נגד הענקת הזכות לאחר קבלת ההחלטה, לקראת הביקורת השיפוטית. האיזון הראוי בין השיקולים בער הענקת הזכות לבין השיקולים נגד הענקת הזכות מצריך להציב סייגים לזכות העיון. צורך זה בא לידי ביטוי, כאמרת אגב על זכות העיון לאחר קבלת ההחלטה, כבר במשפט שפירא. בית-המשפט אמר כי הזכות אינה עומדת אלא לאדם הנוגע בדבר, ולא לאדם זר; כי אין היא חלה על מסמכים סודיים; וכי שיקולים נוספים, ובהם אף שיקולי יעילות, עשויים לשלול או להגביל זכות זאת.[23] אין ספק כי צורך זה חייב למצוא ביטוי נאות גם בסייגים שיוטלו על זכות העיון בתיק הרשות, כאשר זכות זאת תוענק בישראל, בקשר לחובת השימוע המוטלת על הרשות. הסייגים צריכים לאזן בין האינטרס של האדם הנוגע בדבר לעיין בתיק הרשות בשלב שלפני קבלת ההחלטה המינהלית, לבין אינטרסים של טובת המדינה ותקנת הציבור, אינטרסים של צד שלישי, וכן גם אינטרסים של יעילות המינהל.

יעילות המינהל היא שיקול חשוב המבדיל בין זכות העיון בשלב שלפני קבלת ההחלטה המינהלית בקשר לשימוע, לבין זכות העיון בשלב שלאחר קבלת ההחלטה.

22. ראו, לדוגמה, משפט שפירא (לעיל, הערה 18) 331.

23. שם, 331-333, מפי השופט חיים כהן.

nevo.co.il

ההבדל מתבטא בעומס. בדרך כלל זכות העיון בשלב שלאחר קבלת ההחלטה תתבקש, כדי לשקול או להכין ביקורת שיפוטית או אחרת על ההחלטה. המקרים שבהם נשקלת האפשרות לבקש ביקורת שיפוטית או אחרת על ההחלטה, המעוררת אף את הרצון לעיין בתיק הרשות, הם מעטים באופן יחסי. המקרים שבהם מופעלת חובת השימוע, ויש טעם לעיין בתיק הרשות לפני קבלת ההחלטה, רבים הרבה יותר. מכאן החשש שהענקת הזכות לעיין בתיק הרשות בשלב שלפני קבלת ההחלטה, על כל הסידורים המינהליים הכרוכים בכך ובצורך למנוע שימוש לרעה בזכות זאת, עלולים לשבש בצורה חמורה את הפעילות המינהלית השוטפת.

החשש מפני שיבוש הפעילות המינהלית השוטפת מועלה באופן שגרתי, כאשר נשקלת האפשרות להטיל על הרשות חובות דיוניות כלפי האזרח, כגון, כאשר נשקלה החובה להחליט במועד מסוים או לנמק את ההחלטה. החשש אינו מופרך. היעילות המינהלית היא אינטרס חשוב, לא רק של הרשות, אלא אף של הציבור הנזקק לשירותיה. עם זאת, חשש זה, כשהוא לעצמו, אינו יכול לעמוד בפני דרישות בסיסיות של מינהל הוגן. לכן צריך לחפש את האיזון הראוי בין האינטרס של היעילות המינהלית לבין הזכות לעיין בתיק הרשות. האיזון יכול לבוא לידי ביטוי בסייגים שיוטלו על זכות העיון. כאמור, גם החוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976, שהעניק את זכות העיון, קבע לה סייגים, ובין השאר קבע שהרשות פטורה מן החובה לאפשר עיון אם יהיה בכך כדי לשבש את המילוי התקין של תפקידי הרשות.[24]

2. תחולה למפרע

החוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976 קובע, בסעיף 43, כי החלטה מינהלית מקבלת תוקף כלפי האדם הנוגע בדבר מיום שההחלטה הודעה לו. אולם עדיין אין בכך כדי לקבוע את מועד התחולה של ההחלטה. ההחלטה, אף שהיא מקבלת תוקף במועד מסוים, עשויה לומר כי היא (כלומר, הנורמה שנקבעה בהחלטה) תחול ממועד אחר, מאוחר יותר או מוקדם יותר מן המועד שבו קיבלה תוקף. לדוגמה, אפשר כי רשיון (למשל, רשיון יבוא), שקיבל תוקף ביום שבו נמסר על-ידי הרשות המוסמכת לבעל הרשיון, יקבע בגוף הרשיון מועד תחולה אחר, למשל, חודש לפני אותו יום או חודש לאחר אותו יום. במקרה כזה, בעל הרשיון רשאי לפעול על-פי הרשיון (למשל, לייבא טובין) רק ממועד התחולה שנקבע בו. מכאן השאלה אם אמנם מותר לרשות המינהלית לקבוע לרשיון, או לכל החלטה מינהלית אחרת, מועד תחולה למפרע (רטרואקטיבי או רטרוספקטיבי).

החוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976 אינו משיב לשאלה זאת. התשובה עולה מן הפסיקה והספרות, המסתמכת בעניין זה על העיקרון של שלטון החוק, כפי שנקבע

24. ראו לעיל, הערה 15. בהצעה שהוכנה על-ידי פרופ' י"ה קלינגהופר לחוק סדרי המינהל בישראל (לעיל, הערה 14) נכלל סעיף (סעיף 28) הנותן לאדם הנוגע בעניין זכות, כפופה לסייגים, לעיין בתיק הרשות, בדומה לזכות המוענקת בחוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976. ראו גם י' זמיר, "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 295, 314-317.

nevo.co.il

בחוקה (סעיף 20). לפי הספרות ניתן להבחין בשני סוגים של החלטות. בסוג הראשון נכללים מקרים, שבהם התחולה למפרע אסורה. אלה הם מקרים שבהם ההחלטה המינהלית קובעת עבירה ומטילה עונש, או מקרים שבהם ההחלטה מצווה או אוסרת על נקיטת פעולה מסוימת במועד שלפני מתן תוקף להחלטה, או מקרים שבהם ניתן להחלטה תוקף למפרע המתייחס לתקופה שלפני המועד שבו נתקבל החוק המסמיך. דין זה חל כאחת על החלטות בנות פועל תחיקתי (כלומר, תקנות) ועל החלטות בנות תוקף אינדיבידואלי.

בסוג השני נכללים מקרים, שבהם אין איסור מוחלט על תחולה למפרע. במקרים אלה, לפחות בהחלטות בנות פועל תחיקתי, קיימת חזקה (פרזומפציה) נגד התחולה למפרע. כדי שהחלטות כאלה תוכלנה לחול למפרע צריך, קודם כול, שהתחולה למפרע תיקבע בהחלטה עצמה במפורש. כאשר התחולה למפרע נקבעת בהחלטה במפורש, עדיין שאלה היא אם התחולה למפרע חוקית, והתשובה תלויה בנסיבות המקרה. לעניין זה יש הבדל חשוב בין החלטות מיטיבות לבין החלטות פוגעות. החלטות המיטיבות עם האזרח, כגון החלטות המעניקות לו רשיון או הטבה כספית, יכולות בדרך כלל לחול למפרע. כמו כן, החלטות יכולות להיות בעלות תחולה למפרע אם נתקבלו לפי בקשה או בהסכמת האדם הנוגע בדבר. שונה הדין לגבי החלטות פוגעות, כגון החלטה השוללת גמלה כספית או המשנה לרעה מעמד משפטי. להחלטות כאלה אסור בדרך כלל לחול למפרע, אם כי יש חריגים לכלל. לדוגמה, אם רשות מינהלית קיבלה החלטה לא-חוקית, מותר לה לפי סעיף 48 לחוק בדבר סדרי המינהל משנת 1976 לבטל אותה למפרע, אם נתקיימו תנאים שהסעיף מפרט, לעתים תוך חובה לשלם פיצוי לאדם שנפגע מן הביטול.[25]

בישראל הדין לעניין התחולה למפרע שונה. להבדיל מגרמניה, בית-המשפט בישראל אינו רשאי, בהעדר חוקה, לבטל חוק בשל תחולה למפרע.[26] עם זאת, כעניין שבמדיניות, בית-המשפט מסתייג מן התחולה למפרע. לפיכך הוא נוטה לפרש חוקים, שאינם קובעים תחולה למפרע בלשון ברורה, באופן שלא תהיה להם תחולה כזאת.[27]

אפשר היה להניח כי המדיניות של בית-המשפט בישראל, המסתייגת מן התחולה למפרע של חוקים, תבוא לידי ביטוי, בבחינת קל וחומר, גם לגבי תקנות והחלטות מינהליות אחרות; ולא היא. אמנם בית-המשפט הצהיר שאין הדעת נוחה מתחולה למפרע של תקנות,[28] אך בפועל הוא התייחס, מאז ומתמיד, בהבנה ובסלחנות כלפי התחולה למפרע של החלטות מינהליות, לרבות תקנות. זמן קצר לאחר הקמת המדינה נקבעה הלכה, שלפיה רשות שהוסמכה להתקין תקנות רשאית לתת להן תוקף למפרע, אפילו

25. ראו Singh (לעיל, הערה 9) 41.

26. כיום אפשר שבית-המשפט יהיה רשאי לבטל חוק בשל תחולה למפרע, אם היא פוגעת בזכות מן הזכויות שנקבעו בחוק-יסוד: חופש העיסוק או בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בניגוד להוראות של חוקי-יסוד אלה, כגון, במידה העולה על הנדרש.

27. ראו, לדוגמה, ע"א 10/55 **"אל על" בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד י 1586, 1589. ראו גם ע"א 1613/91 **ארביב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו (2) 765. בית-המשפט גם מסביר בפסק-דין זה את מהות המושג של תחולה למפרע.

28. ראו, לדוגמה, ע"א 10/55 **"אל על" בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד י 1586, 1589.

nevo.co.il

שיש בכך פגיעה באזרח, כגון תקנות המטילות מס לגבי תקופה שחלפה. הסמכות הרחבה לתת לתקנות תחולה למפרע כפופה לסייג אחד בלבד: ההחלטה להעניק לתקנות תוקף למפרע, כמו כל החלטה מינהלית, צריכה לעמוד במבחן הסבירות.[29] חוסר סבירות קיצוני (או מהותי) עלול לפסול תחולה למפרע של התקנות.[30] אולם בית-המשפט היה מוכן ליישם את מבחן הסבירות בעניין התחולה למפרע של תקנות מתוך גמישות. הוא אישר אפילו חוק עזר שהטיל מס עם תחולה למפרע, לא רק לתקופה קודמת למועד שבו נעשה חוק העזר, אלא אף לתקופה קודמת למועד שבו נחקק החוק שמכוחו נעשה חוק העזר.[31]

ומה הדין לגבי התחולה למפרע של הוראות מינהל, כלומר, החלטות מינהליות שאינן בנות פועל תחיקתי? בית-המשפט לא ניסה לתאם בין תקנות לבין החלטות מינהליות אחרות, לקבוע דין אחד לשניהם או לאבחן ביניהם, וליצור באופן מודע דין שונה להחלטות מינהליות. בפועל נוצר דין דומה, אך לא זהה, לגבי תחולה למפרע של החלטות מינהליות. בית-המשפט לא קבע לגבי החלטות מינהליות, כפי שקבע לגבי תקנות, שמותר לתת להן תחולה למפרע, ובלבד שיעמדו במבחן הסבירות. מן הפסיקה עולה ההלכה כי השאלה אם מותר לתת להחלטות מינהליות תוקף למפרע תלויה בכל מקרה בפירוש החוק המסמיך ובנסיבות המקרה.[32]

המכנה המשותף בפסיקה של בית-המשפט לגבי תחולה למפרע של תקנות והחלטות מינהליות הוא זה: לא זו בלבד שאין כלל האוסר תחולה למפרע של תקנות או החלטות מינהליות, אלא אין אפילו חוקה פרשנית נגד אפשרות של תחולה למפרע. כיצד ניתן להסביר את ההבדל בין מדיניות בית-המשפט בעניין תחולה למפרע כלפי חוקים מצד אחד וכלפי תקנות והחלטות מינהליות מצד אחר? בית-המשפט מעולם לא התייחס לשאלה זאת. הוא לא ביקש לקבוע מדיניות רחבה בעניין התחולה למפרע של תקנות והחלטות מינהליות, שתהיה תואמת את מושגי היסוד של שיטת המשפט, לרבות ההגנה על זכויות האדם. התוצאה היא שההלכה המצויה נראית לא-עקבית ואף לא-רצויה.

כאמור, בית-המשפט קבע, כחוקה פרשנית, שהמחוקק אינו מתכוון לתת לחוקים תוקף למפרע. לכאורה, מן הראוי היה שחזקה פרשנית זאת תחול לא רק על מועד התחולה של החוקים עצמם, אלא גם, בבחינת קל וחומר, על מועד התחולה של תקנות והחלטות

29. ראו בג"צ 21/51, **בינגברים נ' עיריית תל-אביב**, פ"ד ו 375.

30. ראו ע"א 311/57, **היועץ המשפטי נ' דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ**, פ"ד יג 1026. ראו גם בג"צ 1827/92 **התאחדות התעשיינים בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד מו (4) 368, 385.

31. ראו לעיל, הערה 28. ראו גם בג"צ 338/81 **אלוף (מיל') בוצר נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לו(1) 185; בג"צ 356/83 **לידור האגודה להגנת בעלי בתים, דירות ורכוש פרטי בישראל נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד לח (1) 602; בג"צ 334/85 **גל נ' מנהל בתי-המשפט**, פ"ד מ (3) 729.

32. ראו, לדוגמה, ע"א 201/62 **כהן נ' דרז'בסקי**, פ"ד טז 2753; ע"א 27/64 **ד"ר בדר נ' לשכת עורכי הדין בישראל**, פ"ד יח (1) 295.

nevo.co.il

מינהליות אחרות. לשון אחרת, מן הראוי היה לקבוע, כחזקה פרשנית, שהמחוקק לא התכוון להסמיך את מתקין התקנות להקנות לתקנות תוקף למפרע, והוא הדין לגבי החלטות מינהליות אחרות. אכן, חזקה פרשנית כזאת תהיה ניתנת לסתירה, לפי לשון החוק או כוונת החוק בכל מקרה. אולם, לכל הפחות, החזקה קובעת כי בהעדר נסיבות מיוחדות או טעמים מיוחדים, לא תהיה תחולה למפרע לתקנות והחלטות מינהליות. זהו, לדעתי, המוצר הנדרש על-ידי העיקרון של שלטון החוק וההגנה הראויה על זכויות האדם. על הבסיס של חזקה כזאת ניתן לקבוע הבחנות בין סוגי מקרים, שבהם החזקה מקבלת יתר תוקף או, להיפך, שבהם יש נטייה לראותה כאילו נסתרה. כך, למשל, נראה כי יש מקום להבחין לעניין התחולה למפרע, כמו במשפט המינהלי של גרמניה, בין החלטה המיטיבה עם האזרח לבין החלטה הפוגעת בו, כשם שיש מקום להבחין בין החלטה שנתקבלה לפי בקשה או הסכמה של האזרח לבין החלטה שנכפתה עליו.

3. השגה מינהלית

המשפט הגרמני, כמו שיטות משפט אחרות של יבשת אירופה, רואה את המינהל הציבורי כמערכת היררכית, כלומר, מערכת המוסדרת על-ידי העיקרון של כפיפות מינהלית. לפי עיקרון זה, עובד הציבור כפוף בדרך כלל לממונה עליו במערכת המינהלית, ובהתאם לכך מוטלת עליו חובה לפעול על-פי ההוראות של הממונה.

העיקרון ההיררכי נובע מן התפיסה שהסמכות המוענקת למינהל המרכזי היא בעצם סמכות של המדינה, ולא של עובד ציבור מסוים או נושא משרה מסוים. בהתאם לכך החוק מעניק את הסמכות על-פי רוב לשר, שאינו אלא אורגן של המדינה, ובתור שכזה הוא ממונה על המשרד הממשלתי. ההחלטה מי יפעיל את הסמכות למעשה, במקום מסוים או בעניין מסוים, היא בדרך כלל החלטה פנימית של המשרד הממשלתי, הנקבעת במידה רבה לפי הצרכים והמשאבים של המשרד, מתוך מגמה לפעול ביעילות. מבחינה זאת אפשר להשוות את היחידה המינהלית – יהא זה משרד ממשלתי, רשות מקומית או יחידה מינהלית אחרת – לחברה עסקית. לחברה יש זכויות שונות, כאישיות משפטית נפרדת, מכוח מסמכי היסוד שלה ומכוח חוזים שערכה. מי פועל בשם החברה? בדרך כלל זוהי החלטה פנימית של החברה, ואין זה משנה הרבה, ומכל מקום אין זה משנה מבחינה משפטית, מי הורשה על-ידי החברה לפעול מטעמה. כך גם, בדרך כלל, לגבי המינהל הציבורי.

תפיסה זאת שונה מאוד מן התפיסה הרווחת במשפט המקובל, לרבות בישראל. במשפט המקובל המחוקק נוהג להקנות את הסמכות לנושא משרה מסוים, כגון: שר האוצר, נציב מס הכנסה, פקיד השומה, וכיוצא בזה. בית-המשפט מצידו נוהג לראות בכך כוונה של המחוקק, שלפיה הסמכות תופעל על-ידי נושא המשרה שצוין בחוק, ולא על-ידי נושא משרה אחרת. תפיסה זאת הובילה לעיקרון בדבר עצמאותה של הרשות המוסמכת. בהתאם לעיקרון זה, הרשות המוסמכת, כגון פקיד השומה או גובה המכס, דומה לאי מבודד או לממלכה עצמאית בתוך עולם המינהל. ההלכה מחייבת את הרשות המוסמכת להפעיל את שיקול דעתה בעצמה, ואוסרת עליה לפעול לפי הוראות של הממונה עליה במשרד

nevo.co.il

הממשלתי[33] או (בדרך כלל) לאצול את סמכותה לעובדים אחרים, הכפופים לה במערכת המינהלית.[34]

הלכה זאת מנוגדת לטבע המינהלי: בפועל המערכת המינהלית היא מערכת היררכית, ובדרך כלל היא פועלת על-פי העיקרון של כפיפות היררכית. ההלכה המשפטית בדבר עצמאות הרשות המוסמכת מנותקת מן המציאות המינהלית: קיים מתח בינה לבין צורכי המינהל. מתח זה יוצר בעיות משפטיות רבות ומיותרות, ומחייב את המשפט להתפתל ולהתכופף בפני צורכי המינהל בדרך שאינה מעוררת כבוד.

כך הדבר, לדוגמה, בהלכה בדבר מתן הוראות לרשות המוסמכת. כאמור, לפי הלכה זאת חייבת הרשות שנקבעה לכך בחוק לפעול על-פי שיקול הדעת שלה, ואסור לה לפעול על-פי ההוראות של הממונה עליה, ויהיה זה אפילו השר העומד בראש המשרד. אולם, כיוון שהמציאות המינהלית בנויה על העיקרון ההיררכי, ביקש בית-המשפט לגשר על הפער שבין ההלכה לבין המציאות באמצעות סייגים להלכה. הוא פסק כי הרשות המוסמכת רשאית להתחשב בעצות ובהנחיות של הממונים עליה, לאמץ אותן ולפעול בהתאם להן, ובלבד שהיא עושה זאת על-פי שיקול הדעת שלה. לשון אחרת, מותר לרשות המוסמכת לפעול לפי עצה או הנחייה של הממונה עליה, אם השתכנעה כי העצה או ההנחייה טובה וראויה. בית-המשפט אף הרחיק לכת והרשה לרשות המוסמכת לפעול על-פי הוראה של הממונה, שלא נתכוונה להיות עצה אלא צו, ובלבד שהרשות המוסמכת לא ויתרה והפעילה את שיקול הדעת שלה. מאי משמע? הרשות המוסמכת, שקיבלה הוראה מן הממונה עליה, חייבת לומר לעצמה כי אין היא חייבת לפעול על-פי ההוראה, אך היא רשאית, לפי שיקול דעתה, לראות את ההוראה כעצה, לאמץ אותה ולפעול על-פיה.[35]

אולם, בדרך כלל, אין זה אלא מס שפתיים לעיקרון. הכול יודעים, ובראש ובראשונה הרשות המוסמכת עצמה, כי התלות האישית שלה בממונה, ואף עקרונות המינהל התקין, מחייבים אותה לקיים את הוראות הממונה משום שהוא הממונה. במצב זה, ההלכה בדבר עצמאות הרשות המוסמכת היא פיקציה מיותרת ואפילו מבזה. אם ההחלטה המינהלית מגיעה לביקורת שיפוטית, ומתעוררת השאלה אם הרשות הפעילה את שיקול דעתה או פעלה על-פי הוראה של הממונה עליה, עשויה הרשות לעמוד בפני דילמה: להצהיר בפני בית-המשפט כי פעלה על-פי שיקול הדעת שלה, וכך להציל את ההחלטה, או לומר דברים כהווייתם. מצב זה אינו רצוי ואינו הכרחי. שיטות המשפט של אירופה, להבדיל מן המשפט האנגלי ובעקבותיו גם המשפט הישראלי, השכילו שלא להיקלע למצב זה. ההכרה בעיקרון ההיררכי יוצרת תיאום בין ההלכה לבין המציאות, ומונעת את הבעיות שהמשפט הישראלי מתלבט בהן בהקשר זה.

---

33. ראו בג"צ 70/50 **מיכלין נ' שר הבריאות**, פ"ד ד 319, 323; בג"צ 193/58 **חברת אורטופדיה רוזנברג בע"מ נ' הרופא הראשי המוסמך**, פ"ד יג 1654, 1658.

34. ראו, לדוגמה, בג"צ 2303/90 **סיליפוביץ נ' משרד המשפטים – רשם החברות**, פ"ד מו (1) 410.

35. ראו בג"צ 74/51 **המרכז של ארגוני הקבלנים נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד ה 1544, 1550; בג"צ 213/52 **שטיין נ' שר הפנים**, פ"ד ו 867, 870.

nevo.co.il

העיקרון ההירכי שימש את המשפט המינהלי של גרמניה מעבר לכך: לא רק כדי להתיר לרשות לפעול על-פי הוראות של הממונה עליה, אלא גם כדי לאפשר ביקורת יעילה מצד הממונה על הרשות. הביקורת מופעלת, בין השאר, באמצעות המוסד של השגה מינהלית (Widerspruch). מה טיבו של מוסר זה? אדם הרואה עצמו נפגע מהחלטה מינהלית, לרבות סירוב לקבל החלטה לגופו של עניין, רשאי לפנות בהשגה על ההחלטה. ההשגה מוגשת בכתב לרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה, בתוך חודש מיום קבלת ההחלטה. הרשות שבה ושוקלת את החלטתה, אם על-ידי העובד שקיבל את ההחלטה המקורית ואם – לפי שיקולים של מינהל פנימי – על-ידי עובד אחר באותה רשות, כגון הממונה על העובד שקיבל את ההחלטה המקורית. אם רשות זו משתכנעת שההחלטה המקורית היתה לא-חוקית או לא-ראויה מבחינה אחרת, היא רשאית (בעצם, מבחינה רשמית, היא חייבת) לשנות או לבטל את ההחלטה. אם היא מסרבת לשנות את ההחלטה, היא מעבירה אותה, בדרך כלל, אל רשות גבוהה יותר: למשל, ממשרד הממונה על המחוז אל משרד הממונה על האיזור. הרשות הדנה בהשגה רשאית לבדוק את ההחלטה מכל בחינה, משפטית ואחרת, ולשנותה או לבטלה לפי שיקול דעתה. אם לדעתה ההחלטה לא-חוקית או לא-ראויה, חובה עליה לשנותה או לבטלה. כך או כך, עליה לנמק את החלטתה.

הגשת ההשגה המינהלית היא תנאי לביקורת שיפוטית. החוק הגרמני בדבר בתי-המשפט המינהליים, משנת 1960, קובע (בסעיף 68) כי אין אדם רשאי להגיש לבית-המשפט תביעה לביטול החלטה מינהלית או לקבלת צו עשה נגד החלטת סירוב, אלא אם הקדים והגיש השגה על ההחלטה. בדרך כלל, הגשת ההשגה מעכבת את ביצוע ההחלטה, אלא אם קיים טעם מיוחד המצדיק ביצוע מיידי של ההחלטה. רק אם ההשגה נדחתה או לא הוכרעה תוך זמן סביר, נפתחת הדרך אל בית-המשפט.[36]

ההשגה המינהלית נועדה לשרת מטרות אחדות. ראשית, ההשגה נותנת למינהל הציבורי, באמצעות הממונה המינהלי, הזדמנות לתקן טעויות, גם טעויות במישור המשפטי וגם טעויות במישורים אחרים, כגון טעות בהערכת הנתונים או סטייה לא מוצדקת מן המדיניות הרשמית. שנית, מבחינת האזרח ההשגה עדיפה על פני תביעה לבית-המשפט, לא רק משום שהיא זולה ומהירה יותר, אלא גם משום שבתהליך ההשגה הממונה בודק, בנוסף להיבט המשפטי של ההחלטה, גם את כל ההיבטים האחרים, כגון היעילות והצדק, שאינם ניתנים לבדיקה על-ידי בית-המשפט. ושלישית, ההשגה משמשת לבית-המשפט מסננת הפותרת מקצת הסכסוכים שבין האזרח לבין המינהל, ובדרך זאת גם מקילה את העומס המוטל על בית-המשפט. מכל זאת משתמע, שתועלת רבה טמונה בהשגה המינהלית.

התועלת הטמונה בהשגה המינהלית הביאה אותה גם לישראל. בישראל קיימת ההשגה המינהלית בשני סוגים של מקרים. ראשית, יש מקרים, בעיקר בתחום המסים, שבהם החוק קובע במפורש אפשרות של השגה מינהלית. החוק יכול ללכת בדרכים אחדות לצורך זה: הוא יכול לקבוע כי ההשגה תוגש להכרעה על-ידי הרשות שקיבלה את ההחלטה

36. ראו Singh (לעיל, הערה 9) 123-124.

nevo.co.il

המקורית;[37] ולחלופין, הוא יכול לקבוע כי ההשגה תוגש להכרעה על-ידי הממונה על אותה רשות;[38] והוא יכול גם לשלב את שתי הדרכים. כך, לדוגמה, בחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975. החוק מעניק למנהל, המתמנה לפי החוק, סמכות לעשות שומה לפי מיטב שפיטתו. לפי החוק המנהל רשאי לאצול סמכות זאת, ובפועל רוב השומות אכן מוצאות מכות אצילה על-ידי עוברים של מס ערך מוסף. סעיף 82 לחוק קובע כי "החולק על שומה רשאי להשיג עליה בכתב לפני המנהל, תוך שלושים יום לאחר שהומצאה לו הודעת השומה." ההשגה יכולה להתברר על-ידי המנהל עצמו, בין אם השומה נעשתה על-ידו ובין אם נעשתה על-ידי אחר, או על-ידי עובד אחר שהמנהל אצל לו סמכות זאת.

השגה בזאת דומה מבחינות אחדות להשגה המוכרת במשפט הגרמני. ראשית, כיוון שהיא מתבררת במסגרת המינהל הציבורי, היא רחבה ויסודית יותר מן הביקורת שמפעיל בית-המשפט. בית-המשפט מגביל עצמו לביקורת שיפוטית, כלומר, לבריקה אם נפל פגם משפטי בהחלטה; ואילו בהשגה ניתן לבחון את כל ההיבטים של ההחלטה, לרבות עובדות, מדיניות ושיקול דעת. לא רק הבדיקה רחבה יותר, אלא גם הסעד בהשגה מיגהלית רחב יותר ויכול להיות יעיל יותר מן הסעד בביקורת השיפוטית. בית-המשפט, המפעיל ביקורת שיפוטית בעניין מסוים, אינו אמור לשים את שיקול הדעת שלו במקום שיקול הדעת של הרשות המוסמכת, אלא להחזיר את ההחלטה שנפסלה אל הרשות, כדי שתשקול את העניין ותחליט בו מחדש. בהשגה מינהלית, לעומת זאת, ניתן לקבל החלטה חדשה לגופו של עניין, כפי שיראה למחליט בהשגה. סעיף 18 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע בעניין זה כך: "הסמכה לדון ולהכריע בערר או בהשגה אחרת על החלטה של רשות – משמעה גם הסמכה לאשר את ההחלטה בשינויים או בלא שינוי, לבטלה ולהחליט החלטה אחרת במקומה או להחזיר את העניין עם הוראות לרשות שהחליטה." שנית, מקובל כי החוק הקובע את ההשגה, מוסיף וקובע כי ההשגה היא תנאי לביקורת שיפוטית. לדוגמה, סעיף 83 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975, קובע כי "הרואה עצמו מקופח בהחלטת המנהל בהשגה רשאי לערער עליה לפני בית-המשפט המחוזי."

סוג שני של מקרים, שבהם קיימת השגה מינהלית, אינו מוסדר בחוק אך קיים למעשה בשוליו. במקרים אלה החוק מעניק סמכות לא לנושא משרה מסוים, אלא לגוף ציבורי, ולא פעם אין זו סמכות פרטנית, מוגדרת ומפורטת, אלא סמכות גורפת. כך, לדוגמה, קובע חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, בסעיף 2(א), כי "הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל (להלן המינהל) שינהל את מקרקעי ישראל"; וחוק-יסוד: הממשלה קובע, בסעיף 29, כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת."[39]

במקרים אלה אין אחיזה להלכה בדבר עצמאות הרשות המוסמכת: הסמכות הוענקה לגוף באופן סתמי, ואי אפשר כלל לטעון שהמחוקק הביע כוונה כי הסמכות תופעל על-

37. לדוגמה, חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב-1992, סעיף 12.

38. לדוגמה, חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, סעיף 161.

39. על הסמכות הגורפת ראו, באופן כללי, י' זמיר "הסמכות המינהלית", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 81, 102 ואילך.

nevo.co.il

ידי נושא משרה מסוים דווקא. לפיכך השאלה מי יפעיל את הסמכות בגוף כזה היא שאלה פנימית, המוכרעת על-ידי הנהלת הגוף. אם, לדוגמה, המשרד לקליטת עלייה נותן מענקי כסף לעולים חדשים, מכוח סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה, הדבר מסור להנהלת המשרד לקבוע מי מעובדי המשרד יהיה מוסמך להחליט בדבר מתן המענקים. כמו כן, יכולה הנהלת המשרד לקבוע כי החלטה של אותו עובד שלא לתת מענק תהיה נתונה להשגה או לערר, אם בפני הממונה על העובד ואם בפני ועדת ערר שתוקם לצורך זה על-ידי הנהלת המשרד. אכן, למעשה, במקרים מסוג זה מוענקת לא פעם הזכות לתקוף החלטה מינהלית בדרך של השגה או ערר.[40]

אולם שני סוגים אלה של מקרים, שבהם המשפט המינהלי של ישראל מכיר במוסד של השגה מינהלית, אינם אלא חריגים. בדרך כלל הסמכות מוענקת על-ידי החוק לנושא משרה מסוים, הלוא היא הרשות המוסמכת, בלי לקבוע אפשרות של השגה. לא זו בלבד: במקרים אלה ההלכה בדבר עצמאות הרשות המוסמכת, האוסרת ציות לממונה, מונעת השגה בפני הממונה. כך, לדוגמה, על החלטה של רשם החברות לפי פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, אין אפשרות משפטית להגיש השגה אל המנהל הכללי של משרד המשפטים.

אפשר להביא טעמים לתמיכה במצב הקיים, אם טעמים של פרשנות משפטית, המתבססת על הכוונה המשוערת של המחוקק, ואם טעמים אחרים. עם זאת, במאזן של היתרונות והחסרונות, נראה לי כי הדין המצוי בישראל, השולל את ההשגה המינהלית, אינו דין רצוי. קודם לכול, הוא מונע, כאמור, את התועלת המעשית הטמונה בהשגה המינהלית.[41] בנוסף לכך, לדעתי, הוא אינו עומד בביקורת מטעמים שבעיקרון.

טעמים שבעיקרון אומרים, בראש ובראשונה, כי מן הראוי שהממונה המינהלי הנושא באחריות המינהלית יהיה גם מוסמך, להלכה ולמעשה, לשלוט בגוף שהוא ממונה עליו, לרבות ברשויות המוסמכות הפועלות במסגרת אותו גוף. אין אחריות ללא סמכות. הממונה אף הוא צריך להיות כפוף לממונה עליו, וכך הלאה בסולם ההיררכי עד לממונה הראשי – השר האחראי על המשרד. האחריות דורשת שהממונה יהיה מוסמך לכוון, לתאם, לבקר ולתקן טעויות, במסגרת היחידה שהוא ממונה עליה, בדרך של הנחייה, הוראה או השגה. סמכות כזאת נובעת ממהות הדמוקרטיה, שהרי שר אינו יכול לשאת באחריות מלאה לנעשה במשרדו, אם אין בסמכותו למנוע או לתקן החלטות של הרשויות המוסמכות הפועלות במסגרת המשרד. סמכות כזאת נובעת גם ממהות המינהל הציבורי. המינהל הציבורי אינו יכול לפעול באופן תקין ויעיל לטובת הציבור, אלא בהתאם לעיקרון

40. השווה בג"צ 415/89 **אלון נ' השירות למען הילד, משרד העבודה והרווחה**, פ"ד מג (2) 786. שם הפעיל השירות למען הילד מנגנון של בדיקות ואישורים לצורך אימוץ ילדים, לרבות ועדת ערר לדיון בהחלטה שלא לכלול אדם ברשימה של המועמדים לאימוץ, וכל זאת ללא הסדר בחוק. בית-המשפט לא ראה לנכון לפסול את ועדת הערר. סביר להניח כי, ברומה לכך, לא היה בית-המשפט פוסל, בנסיבות העניין, הסדר של השגה מינהלית.

41. על כך ראו לעיל בעמ' 125.

nevo.co.il

ההיררכי. מכאן שגם טובת הציבור דורשת כי הרשות המוסמכת תהיה כפופה, בדרך כלל, לממונים עליה.

כנגד טעם זה עומדת בעיקר הטענה שהמחוקק, בהעניקו סמכות לרשות מסוימת, כלומר, לנושא משרה מסוים, הביע כוונה כי הסמכות תופעל על-ידי רשות זו באופן עצמאי. אולם, לדעתי, זו טענה חלשה. בדרך כלל אין לה בסיס, לא בלשון החוק ואף לא בהיסטוריה של החוק. וכי מדוע יש להניח כי הממשלה, שניסחה את הצעת החוק, התכוונה לשלול מן השרים את הסמכות לשלוט במשרד כראוי וכנדרש על-פי מושגי היסוד של הדמוקרטיה ושל המינהל הציבורי? והאם יש יסוד של ממש להניח כי זו היתה כוונת המחוקק אף שאין בכך כדי לשרת את טובת הציבור? לדעתי, ראוי להניח את ההיפך. בית-המשפט הבהיר בפסקי-דין רבים כי פירוש החוק חייב להביא בחשבון גם תכליות כלליות של שיטת המשפט, ובמסגרת זאת גם ערכי יסוד של השיטה, כמו שוויון וחירות. ברוח זאת ניתן לומר כי הפירוש של חוק המעניק סמכות לרשות מוסמכת, צריך להביא בחשבון גם את הערכים של הדמוקרטיה ושל טובת הציבור. כאמור, ערכים אלה מובילים למסקנה כי הרשות המוסמכת חייבת לפעול כחוליה בשרשרת ההיררכית של המינהל, ומתוך כפיפות לממונים עליה. בהתאם לכך ניתן לקבוע, כהנחה פרשנית, כי המחוקק העניק את הסמכות לרשות מוסמכת מתוך ידיעה שהיא פועלת במערכת היררכית, ובהתאם לכך מתוך כוונה שתפעל בהתאם לעיקרון ההיררכי.

ניתן להביא תימוכים לדעה, שהמחוקק לא התכוון לבודד את שיקול הדעת של הרשות המוסמכת ולהגן עליו מפני מעורבות חיצונית, אפילו מתוך ספר החוקים עצמו. לדוגמה, המחוקק הקנה סמכות כללית לשר, המכונה על ביצועו של חוק, ליטול לעצמו כל סמכות (למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי) הנתונה על-פי אותו חוק לעובד המדינה (כלומר, לרשות מוסמכת), אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק.[42] כמו כן, המחוקק הקנה לנציב תלונות הציבור במשרד מבקר המדינה סמכות לבדוק, על יסוד תלונה, את ההחלטה של הרשות המוסמכת לגופו של עניין, ולהצביע על הצורך בתיקון ליקוי.[43] אמנם החוק אינו מעניק לנציב סמכות להורות על תיקון הליקוי, אך אין ספק כי המחוקק הניח שבדרך כלל הרשות המוסמכת תפעל לפי המלצת הנציב ותתקן את הליקוי, אף אם יש בכך כדי לבטל את שיקול דעתה בפני שיקול דעתו של הנציב. כיוון שכך, האם אין זה עדיף שהביקורת על החלטות הרשות המוסמכת, ותיקון ליקויים, יוכלו להיעשות בדרך של השגה מינהלית על-ידי הממונה על הרשות המוסמכת, שיש לו יותר בקיאות והבנה באותו עניין, והמכיר את הצרכים ואת המדיניות, ואף נושא באחריות להחלטה?

ולבסוף, ההלכה בדבר עצמאות הרשות המוסמכת, אף שהיא שוללת השגה מינהלית, למעשה אינה מונעת את ההשגה. אדם שנפגע מהחלטה של רשות מוסמכת אינו מנוע מלפנות אל הממונה על אותה רשות ולבקש כי ההחלטה תיבדק ותשונה, כדי לתקן טעות או עוול. הממונה מצידו אינו מנוע מלהיענות לבקשה, ולחוות בפני הרשות המוסמכת את דעתו בדבר הצורך בשינוי ההחלטה. ולפי ההלכה הרשות המוסמכת עצמה אינה מנועה

42. חוק-יסוד: הממשלה, סעיף 32.

43. חוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב], סעיף 48.

nevo.co.il

מלשמוע את דעתו של הממונה עליה, להשתכנע ולפעול בהתאם. אכן, לו היתה המערכת המשפטית מתייחסת במלוא הרצינות להלכה בדבר עצמאות הרשות המוסמכת, ומבטיחה את הרשות מפני תלות בממונים עליה, כפי שנעשה לגבי השופטים, אולי היה אפשר לדרוש כי הרשות המוסמכת לא תראה עצמה מחויבת לפעול לפי דעת הממונה. במצב הקיים, ההנחה כי הרשות המוסמכת מסוגלת ומוכנה לעמוד על דעתה כנגד דעתו של הממונה היא, בדרך כלל, העמדת פנים. מוטב למשפט שיתאים עצמו למציאות של היררכיה מינהלית.[44]

יש שתי דרכים שהמשפט בישראל יכול ללכת בהן, כדי להרחיב ולשכלל את הביקורת המינהלית על ההחלטות המינהליות. ראשית, אפשר שהמחוקק, אם יהיה מודע יותר לתועלת הטמונה במוסד ההשגה המינהלית, יקבע זכות להשגה במקרים נוספים. שנית, אפשר שבית-המשפט יתנער מן ההלכה הנושנה בדבר עצמאות הרשות המוסמכת, ולא יראה עוד פסול בכך שרשות מוסמכת פועלת על-פי הוראות של הממונים עליה.[45] די יהיה בכך כדי לאפשר, אם כי לא לחייב, השגה מינהלית.[46] לדעתי, מן הראוי ללכת, בו בזמן, בשתי הדרכים האלו גם יחד.

ג. הביקורת השיפוטית

הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי הקיימת במדינות של יבשת אירופה, ובהן גרמניה, דומה לזו הנוהגת במדינות של המשפט המקובל, ובהן ישראל. מסתבר שזהו פועל יוצא מן העקרונות הבסיסיים של מדינה דמוקרטית, ובמיוחד העיקרון של שלטון החוק, המשותפים לשתי שיטות המשפט. מכל מקום, גם בית-המשפט בגרמניה, כמו בית-המשפט בישראל, מצהיר כי אין הוא מבקר אלא את חוקיות ההחלטה המינהלית, ואין הוא בודק את התבונה או היעילות של ההחלטה. ביקורת החוקיות משתרעת, בשתי המדינות, על הדין, העובדות, סדרי ההליך ושיקול הדעת המינהלי. שיקול הדעת המינהלי, לעולם הוא מוגבל, וחובה על הרשות המינהלית להפעיל אותו כדי לשרת את מטרת החוק, על יסוד שיקולים ענייניים ובמידת הסבירות.[47]

---

44. לביקורת על ההלכה בדבר עצמאות הרשות המוסמכת, ראו גם א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה רביעית, 1991) 564-569.

45. עם זאת, ברור כי גם את תבוטל ההלכה עדיין יהיו עניינים או סוגים של עניינים בעלי אופי חריג, שבהם יהיה ראוי לשמור על העיקרון של עצמאות הרשות המוסמכת, כגון, עניינים מעין שיפוטיים.

46. כך הוא המצב במשפט המינהלי של צרפת: אדם שנפגע מהחלטה מינהלית רשאי להגיש השגה אל הרשות שקיבלה את ההחלטה (recours gracieux) או אל הממונה המינהלי על הרשות (recours hierarchique) או לוותר על ההשגה ולפנות מיד בתביעה נגד ההחלטה אל בית-המשפט המינהלי. ראו **Encyclopedie Dalloz**, Contentieux administratif, T. 2, Recours administratifs.

47. ראו Singh (לעיל הערה 9) 72 ואילך, 85 ואילך.

nevo.co.il

עם זאת, קיימים גם הבדלים מהותיים בין גרמניה לבין ישראל באשר להיקף הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי. ראשית, קיים הבדל בתפיסה הבסיסית של תפקיד הביקורת השיפוטית או, אולי יש לומר, גבול הביקורת השיפוטית. בישראל, כמו במדינות אחרות של המשפט המקובל, בית-המשפט נוקט מידה של גמישות כלפי הרשות המינהלית: הוא נוטה להשאיר לה מתחם, שגבולותיו נקבעים על-ידי בית-המשפט, שבו היא רשאית לבחור מבין אפשרויות אחדות לפי שיקול דעתה. ההנחה של בית-המשפט היא שלעתים קרובות יש בביצוע החוק יותר מתשובה נכונה אחת או, לשון אחרת, יותר מתשובה אפשרית אחת. כך הדבר, כמובן, במקום שהחוק מקנה לרשות שיקול דעת, אך כך גם לגבי קביעת העובדות ואפילו לגבי פירוש החוק. כיוון שכך, וכיוון שבית-המשפט מבקש להישאר בתחום ביקורת החוקיות, ולא להיעשות שותף ואחראי לניהול, הוא מניח לרשות המינהלית לבחור בין האפשרויות המצויות במתחם החוקיות. משמעות הדבר היא שבית-המשפט אינו מתערב בהחלטה המינהלית, אם היא מצויה במתחם זה, אפילו אם הוא עצמו, לו היה בנעלי הרשות, היה מעדיף אפשרות אחרת.

לעומת זאת, בית-המשפט בגרמניה מניח כי בכל מקרה החוק קובע תשובה חוקית אחת בלבד, וכי העיקרון של חוקיות המינהל מחייב את הרשות המינהלית לבחור בתשובה זאת. כך הדבר בכל עניין ועניין, בשאלה של עובדה כמו בשאלה של חוק, ולא פחות מכך בשאלה של שיקול דעת. גם כאשר המחוקק משתמש בביטויים ערכיים, כמו טובת הציבור, צורך חיוני, סדר ציבורי, סכנה לציבור, וכיוצא באלה, יש בנסיבות נתונות רק דרך אחת ללכת בה. תפקידו של בית-המשפט הוא לבדוק אם הרשות פירשה נכון ויישמה נכון את החוק, ובהתאם לכך אם הלכה בדרך הנכונה, שאם לא כן הוא עלול לבטל את החלטתה.[48] מכאן, שבאופן עקרוני, בגרמניה הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי הדוקה יותר מן הביקורת השיפוטית בישראל ובמדינות אחרות של המשפט המקובל.

כמו כן, במשפט המינהלי של גרמניה קיימות עילות ביקורת אחדות, שאינן מוכרות או אינן מפותחות, במשפט המינהלי של ישראל. מה טיבן של עילות אלו?

1. המידתיות

עילת המידתיות (באנגלית - proportionality) דורשת כי הסמכות המינהלית תופעל במידה הראויה, לפי הנסיבות של כל מקרה, ולא מעבר לנדרש בנסיבות המקרה. זוהי עילה מפותחת וחשובה במשפט הגרמני, כמו גם בשיטות אחרות של המשפט האירופי, לרבות משפט הקהילה האירופית.[49]

---

48. שם, 96-98. ראו גם P. Radler, "Judicial Protection against the Executive by German Administrative Courts", 33 **Admin Review** (1992) 78.

49. על המידתיות במשפט המינהלי של צרפת, ראו N. Brown and J. S. Bell, **French Administrative Law**, (4 ed., 1993) 218-220. על המידתיות בשיטות משפט אחרות ביבשת אירופה ובמשפט האירופי, ראו J. Schwarze, **European Admunustrative Law** (1992) 677 et seq.

nevo.co.il

לפי המשפט הגרמני עילת המידתיות מורכבת משלושה יסודות. הראשון הוא **יסוד ההתאמה**, הדורש כי הרשות המינהלית תבחר באמצעי מתאים להשגת המטרה של החוק. אמצעי יחשב לא-מתאים אם הוא לא-חוקי או אם אין הוא מסוגל להשיג את מטרת החוק מבחינה מעשית. נניח, למשל, כי רשות מינהלית מוסמכת מכוח חוק לנקוט צעדים, הנדרשים כדי לסלק סכנה לציבור, הנגרמת על-ידי מכונית החונה במקום אסור לחנייה. אם רשות זאת תיתן לאדם פרטי הוראה לפרוץ את דלת המכונית ולהרחיקה מן המקום שבו היא חונה, יהיה זה אמצעי לא-מתאים, כיוון שהוא לא-חוקי; ואם היא תחליט לבטל את רשיון הנהיגה של בעל המכונית, יהיה אף זה אמצעי לא-מתאים, כיוון שאין בו כדי לסלק את הסכנה הנגרמת על-ידי המכונית החונה.

היסוד השני של עילת המידתיות הוא **יסוד הצורך**. אם מוענקות לרשות מינהלית סמכויות אחדות, שכל אחת מהן היא אמצעי מתאים בנסיבות של מקרה מסוים, חובה על הרשות לבחור מביניהן באמצעי שישיג את מטרת החוק ויגרום את מזער הנזק לאזרח. למשל, נניח שתזמורת מנגנת בבית-קפה בקול רם עד שעה מאוחרת ומסרידה את מנוחת השכנים. רשות מינהלית, שנתנה את הרשיון לבית-הקפה, מוסמכת במקרה כזה גם לנקוט צעדים כדי לסלק את מטרד הרעש. לצורך זה היא רשאית לבטל את הרשיון של בית-הקפה, כדי שייסגר לגמרי, או לשנות תנאים ברשיונו. במצב זה אין צורך לבטל את הרשיון של בית-הקפה, אף שזה אמצעי מתאים, שכן יהיה בכך כדי לגרום לבעלים נזק רב יותר מן הנדרש, ולכן הרשות חייבת להסתפק בשינוי תנאים ברשיון. בידי הרשות להתנות תנאים שונים ברשיון: לאסור על נגינה של תזמורת בבית-הקפה, או לקבוע שהתזמורת לא תהיה רשאית לנגן לאחר שעה מסוימת בערב, או לדרוש איטום של בית-הקפה באופן שימנע את מטרד הרעש. כל אחד מאמצעים אלה הוא אמצעי מתאים, אך הרשות חייבת לבחור מביניהם את התנאי המתון אשר, מצד אחד, יש בו כדי להשיג את המטרה, ועם זאת, מן הצד האחר, יש בו כדי לגרום פחות נזק לבעל הרשיון מאשר ביתר התנאים. אולם, אם בנסיבות העניין התנאי המתון, הגורם פחות נזק, אינו מספיק כדי להשיג את המטרה, תוכל הרשות לקבוע תנאי מכביד יותר, ככל הנדרש להשגת המטרה.

היסוד השלישי הוא **המידתיות עצמה**. לפי יסוד זה, אין די בכך שהרשות המינהלית בחרה באמצעי המתאים והמתון להשגת המטרה, אלא עליה להוסיף ולשקול את התועלת שתצמח לציבור כנגד הנזק שייגרם לאזרח עם הפעלת האמצעי הזה בנסיבות העניין. עליה לשאול את עצמה אם בנסיבות אלה קיים יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לאזרח. היחס בין התועלת לבין הנזק, ואפשר לומר גם היחס בין האמצעי לבין המטרה, צריך להיות מידתי (פרופורציונלי), כלומר, יחס שאינו חורג מן המידה הראויה. אם בנסיבות של עניין מסוים, יגרום השימוש באמצעי מסוים, שהוא מתאים ומתון, נזק כבד לאזרח, ואילו התועלת הצפויה לציבור אינה אלא מזערית, המסקנה עשויה להיות שאסור לרשות להשתמש בנסיבות אלה אפילו באמצעי זה. כך, לדוגמה, כאשר רשות מינהלית, המוסמכת מכוח חוק לגרש מן המדינה זרים שעברו עבירות פליליות, מבקשת לגרש זר שעבר עבירה בעלת חומרה מעטה, השוהה במדינה תקופה ממושכת, הקים בה משפחה, השתלב בחברה ובסך הכול הוכיח עצמו כתושב הגון. העובדה שהזר עבר עבירה, ובכך קמה סמכות הגירוש, אינה מספקת. חובת המידתיות דורשת מן הרשות שתאזן בין האינטרסים השונים

nevo.co.il

הכרוכים בעניין: מצד אחד האינטרס של הזר הנוגע בדבר ומצד אחר האינטרס של הציבור הרחב. בנסיבות של מקרה מסוים, האיזון עשוי להוביל למסקנה כי המידתיות אוסרת לגרש זר, אף שעבר עבירה פלילית. המידתיות, אף שהיא בראש ובראשונה עניין לרשות המינהלית לענות בו, היא בסופו של דבר עניין אובייקטיבי, ולפיכך ניתן לבדיקה ולהחלטה של בית-משפט, אם יובא העניין בפניו.[50]

ומה קובע הדין בישראל בעניין המידתיות? עיקרון המידתיות בא לידי ביטוי בענפים שונים של המשפט בישראל. אכן, זהו עיקרון בעל תחולה כללית, המשקף תפיסת יסוד באשר להתנהגות ראויה, ובכלל זה דרישה להגינות מינהלית. לאחרונה אף ניתן לעיקרון זה מעמד על-חוקי. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע (בסעיף 8) כי אין לפגוע בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא, בין השאר, "במידה שאינה עולה על הנדרש".

ובמשפט המינהלי? משום מה הזניח בית-המשפט עד לאחרונה את המידתיות, כעילת ביקורת על המינהל הציבורי.[51] אמנם, מי שקרא את פסקי-הדין של בית-המשפט הגבוה לצדק גם בין השורות, יכול היה להיווכח כי, בפועל, אימץ בית-המשפט מאז ומתמיד את עיקרון המידתיות.[52] אולם בכל פסקי-הדין הסתתרה המידתיות מאחורי עילה אחרת, כגון חוסר סבירות או איזון אינטרסים, ומכל מקום - נותרה בת בלי שם. לכאורה, מה רע בכך, אם בסופו של דבר מוביל הפגם, בשם זה או בשם אחר, לביטול ההחלטה? התשובה היא, ראשית, כי עילת המידתיות, כפי שהיא מוכרת ומופעלת במדינות אחרות, חשובה מכדי שתיבלע בעילות אחרות. היא ראויה להכרה כעילה עצמאית. שנית, המידתיות שונה באופן מהותי מעילות אחרות.[53]

---

50. ראו Singh (לעיל, הערה 9) 88-92. ראו גם Götz (לעיל, הערה 9) 152.

51. ייתכן כי ההסבר לכך הוא, שעד היום לא ניתנה הכרה מלאה לעיקרון זה במשפט המינהלי של אנגליה. רק לאחרונה הועלתה הטענה כי המידתיות צריכה לשמש עילת ביקורת במשפט האנגלי. עד כה לא היה בית-המשפט באנגליה מוכן לפסול החלטה מינהלית שפגעה בעיקרון המידתיות על יסוד עילה זאת, אלא רק אם הפגיעה במידתיות הגיעה כדי חוסר סבירות, ואפשרה לפסול את ההחלטה בעילת הסבירות. עם זאת, הכפיפות של המשפט האנגלי לאמנות האירופיות ולבתי-המשפט האירופיים, מחדירה למשפט האנגלי את המידתיות כעילה להגנה על זכויות המוקנות לתושבי בריטניה באמנות אלה. ראו, J. Jowell and A. Lester, "Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous", in **New Directions In Judicial Review**, J.L. Jowell and D. Oliver, eds. (1988) 51; P. Walker, "Irrationality and Proportionality, in **Judicial Review**", M. Supperstone and J. Gondie, eds. (1992) 119.

52. ראו, לדוגמה, בג"צ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871, 892; בג"צ 75/57 **קלמס נ' הועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים תל-אביב-יפו**, פ"ד יא 1601, 1608; בג"צ 233/86 **בן יצחק נ' שר הפנים**, פ"ד מ (4) 505, 511; בג"צ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא (1) 421, 438.

53. ראו I. Zamir, Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality, 11 **Tel Aviv University Studies in Law** (1992) 131.

nevo.co.il

רק לפני זמן קצר גילה בית-המשפט את המידתיות, כאותו אדם שגילה בגיל מבוגר שכל ימיו דיבר פרוזה, ונתן לה הכרה רשמית כעילת ביקורת בפני עצמה.[54] במשפט **תורקמאן נ' שר הביטחון**[55] נדונה שאלת החוקיות של הריסת בית באיזור יהודה, מכוח צו של המפקד הצבאי, משום שבבית זה התגורר אדם שהורשע בפיגוע טרוריסטי אשר גרם למותו של אדם. אולם באותו מבנה התגוררה גם משפחת האח הבכור, שלא היה לה כל קשר עם אותו פיגוע. על רקע עובדות אלה, פסק השופט ברק ואמר:

> נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא יחסי" – ועל כן גם לא סביר – בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה הייתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כפי שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלה, יש לנקוט את האמצעי הדרסטי פחות – שאף הוא חמור ביותר – של אטימה חלקית.[56]

כאמור, פסק דין זה לא היה הראשון שהפעיל את המידתיות כעילה לביקורת החלטות מינהליות, אך הוא הראשון אשר, כביכול, קרא לילד בשמו. עכשיו ניתן לצפות כי עילה זאת תצא לדרכה, כעילה בפני עצמה, ותוכה להתפתח בצד העילות האחרות. בתהליך זה ניתן ללמוד מן הדין ומן הניסיון של שיטות המשפט באירופה, ובהן גם המשפט המינהלי של גרמניה.

2. ודאות

שלטון החוק דורש, בין השאר, שכל אדם יציית לחוק. אולם אי אפשר לדרוש ציות לחוק, אלא אם מתקיימים שני תנאים יסודיים. ראשית, צריך שהחוק יהיה פומבי, כלומר, שיינתן לו פרסום כדי שכל אדם יוכל לקרוא אותו. שנית, צריך שהחוק יהיה ודאי, כלומר, שהחוק יהיה ברור במידה סבירה, כדי שכל אדם שיקרא את החוק יוכל לדעת כיצד עליו לנהוג.[57] עד כדי כך חשוב עיקרון הוודאות, שיש מדינות שבהן בית-המשפט רואה עצמו מוסמך לפסול חוק בשל חוסר ודאות. כך המצב, לדוגמה, בגרמניה. חוקת

---

54. הראשון שהסב את תשומת הלב למידתיות כעילת ביקורת על המינהל הציבורי בישראל, תחת הכותרת של העדר-יחסיות, היה ד"ר זאב סגל. ראו ז' סגל, "עילת העדר היחסיות (Disprportionality) במשפט המינהלי", **הפרקליט** לט (תשנ"א) 507.

55. בג"צ 5510/92 (טרם פורסם).

56. על פסק-דין זה ראו ז' סגל, "סמכות ביטחונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 477.

57. על הפומביות ועל הוודאות כמרכיבים של שלטון החוק, ראו א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה רביעית, 1991) 272-275. ראו גם ח"ה כהן, **המשפט** (תשנ"ב) 166.

nevo.co.il

גרמניה משנת 1949 קובעת (בסעיף 80) כי חוק המעניק סמכות להתקין תקנות חייב לקבוע את התוכן, המטרה וההיקף של הסמכות. בהתאם לכך פסל בית-המשפט לחוקה חוקים, שהעניקו סמכות להתקין תקנות בלשון שלא אפשרה לצפות מראש את הכיוון והתוכן של התקנות.[58]

אם זה הדין לגבי חוק, קל וחומר שזה הדין הראוי גם לגבי החלטות מינהליות. חוק מנוסח מתוך הכרח בלשון כללית, כדי לתפוס מרובה, לרבות מקרים שאינם חזויים, ולפיכך הוא חייב לא פעם להיות מנוסח בלשון רחבה ועמומה. לעומת זאת, החלטה מינהלית מכוונת על-פי רוב לאדם מסוים בנסיבות ידועות, ולפיכך קל יותר להיות ברור ומדויק בניסוח ההחלטה. אכן, ברוח זאת קובע החוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976 (בסעיף 37) כי "תוכנו של מעשה מינהלי חייב להיות ודאי במידה מספקת". פירושו של דבר, שההחלטה המינהלית חייבת להיות ברורה (ולא מעורפלת או דו-משמעית) במידה שתאפשר לאדם הנוגע בדבר לדעת כיצד עליו לנהוג. בין השאר, חייבת ההחלטה להבהיר אל מי היא מופנית, מה היא דורשת ובאילו נסיבות. אם ההחלטה נגועה בחוסר ודאות, לפי מבחן אובייקטיבי, עשוי בית-המשפט לקבוע שהיא בטלה. כך, לדוגמה, ביטל בית-המשפט החלטה מינהלית שלא זיהתה במידת ודאות מספקת את האזרח שאליו הופנתה; החלטה שציוותה להרוס חלק של מבנה בלי שהבהירה כראוי איזה חלק יש להרוס; החלטה שיש לנטוע מחדש שטח קרקע בלי לציין מה סוג הנטיעות, הצפיפות, וכיוצא בזה.[59]

עילת אי הוודאות (uncertainty) החלה לקבל הכרה כעילה בפני עצמה גם במשפט המקובל. למעשה ניתן למצוא באנגליה פסקי-דין ישנים, שפסלו חוקי-עזר של רשויות מקומיות וכן החלטות מינהליות בשל אי ודאות. לאחרונה אף אפשר למצוא את אי הוודאות בספרות המשפטית, כעילה ברשימת העילות לביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי.[60] אכן, ייתכן כי במקרים מסוימים ניתן לומר כי החלטה הלוקה באי ודאות ראויה להיפסל בעילה של חוסר סבירות. אולם לא תמיד כך, ומכל מקום יש בכך מידה רבה של מלאכותיות. חוסר הסבירות, כפי שבית-המשפט הגדיר עילה זאת, משמעו בעיקר מתן משקל לא-ראוי, מחוץ למתחם הסבירות, לשיקול ענייני מסוים.[61] לעומת זאת, אי הוודאות עשוי לבנוע מניסוח לא בהיר בלבד ולא משיקול פסול, או מערפול מחשבתי שלא בהכרח נובע משיקולים זרים. לפיכך נראה כי אי הוודאות זכאי להיות מוכר כעילת ביקורת עצמאית.

---

58. ראו Götz (לעיל, הערה 9) 161.

59. ראו Singh (לעיל, הערה 9) 78-79.

60. ראו Foulkes Administrative Law, (7 ed., 1990) 252-253; Garner's Administrative Law, (7 ed., 1989) 77.

בישראל, לעומת זאת, חוסר הוודאות טרם זכה להכרה רשמית כעילת ביקורת, לא בפסיקה ולא בספרות. השוו ה' קלינגהופר, **משפט מינהלי** (1957) 109.

61. ראו, לדוגמה, בג"צ 935/85 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד (2) 485.

nevo.co.il

הנפקות של אי ודאות עשויה להיות, בדרך כלל, אחת משתיים. ראשית, בנסיבות מסוימות ניתן לגבור על אי הוודאות באמצעות פרשנות. אם החלטה מינהלית ניתנת להתפרש, לפי לשונה, בשתי דרכים, יכול בית-המשפט לבחור באחת הדרכים כפירוש הנכון והמוסמך של ההחלטה. במקרה כזה מידת ההגינות מחייבת, בדרך כלל, כי תינתן עדיפות לפירוש המקל או המיטיב עם האזרח. כך הדבר במיוחד אם ההחלטה המינהלית דורשת מאדם מסוים התנהגות מסוימת, והחוק קובע כי התנהגות בניגוד להחלטה תהווה עבירה פלילית. במקרה כזה, אם ניתן לפרש את ההחלטה בשתי דרכים באופן סביר, ואותו אדם בחר באחת מדרכים אלה, לא יהיה זה ראוי, בדרך כלל, לפרש את ההחלטה נגדו ולהעניש אותו בפלילים. גישה כזאת תואמת את המדיניות של בית-המשפט לפרש חוק, ובוודאי גם תקנות, באופן המונע או מצמצם את הפגיעה בזכויות האדם.[62]

אולם, בנסיבות קיצוניות, שבהן ההחלטה המינהלית נגועה באי ודאות במידה המונעת פירוש סביר להחלטה, או בנסיבות מיוחדות שבהן כל פירוש סביר יגרור תוצאה לא-רצויה, אפשר שלא יהיה מנוס אלא לפסול את ההחלטה מכול וכול.

3. המוסר

החוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976 מפרט (בסעיף 44(2)) נסיבות, שבהן מעשה מינהלי בטל מעיקרו. בין השאר, מעשה מינהלי בטל מעיקרו אם הוא סותר את המוסר. מהו המוסר לצורך זה? החוק אינו מגדיר או מדגים. אולם הפסיקה הבהירה כי הכוונה למבחן אובייקטיבי, המשקף את ערכי המוסר המקובלים בחברה. כך, למשל, החלטה מינהלית הדורשת מאדם להינשא, לקבל על עצמו דת מסוימת או לנקוט עמדה אנטישמית, או היתר לקיים הצגות מציצנות של יחסי מין, הן דוגמות להחלטות הסותרות את המוסר.[63]

דין זה יכול לעורר את שאלת המעמד, המצוי והרצוי, של המוסר כעילה לביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי בישראל. בנשימה אחת אפשר לעורר גם את שאלת המעמד של ערכים קרובים, בעיקר הצדק ותקנת הציבור, כעילות חלופיות או משלימות.

האם המוסר או הצדק משמשים את בית-המשפט הגבוה לצדק כעילה לביקורת החלטות מינהליות? בית-המשפט הגבוה לצדק לא הוקם, כפי שניתן היה להסיק משמו, כמוסד לעשיית צדק, להבדיל ממשפט. הוא הוקם על-ידי השלטון האנגלי בארץ-ישראל כבית-משפט לעניינים מינהליים. כפי שמקובל באנגליה לגבי השפיטה בעניינים מינהליים, הוקנה אז גם לבית-המשפט הגבוה לצדק שיקול דעת רחב בשאלה אם ראוי להעניק סעד לעותר. בית-המשפט הפעיל את שיקול הדעת, כמו בית-המשפט המקביל לו באנגליה, בשתי דרכים עיקריות.

ראשית, בית-המשפט הגבוה לצדק פיתח הלכות מהותיות שהסדירו את הפעילות המינהלית, בדרך כלל על-ידי הטלת מגבלות וחובות על הרשות המינהלית. כאלה הן, למשל, ההלכות בדבר זכות הטיעון, הסבירות והמידתיות. בדרך זאת הביקורת על המינהל הציבורי התהדקה והתייעלה, ובעקבותיה העמיקה והשתפרה ההגנה השיפוטית על

62. ראו, לדוגמה, בג"צ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז (3) 337.

63. ראו Singh (לעיל, הערה 9) 77-78.

nevo.co.il

זכויות האדם. תהליך זה התרחש באופן מוצהר בשם המשפט ולא בשם הצדק: בית-המשפט קבע הלכות אלה כחלק מן הדין המחייב על יסוד כוונת המחוקק וערכי המשפט.

שנית, בית-המשפט הגבוה לצדק הפעיל את שיקול הדעת שלו כדי להגן על המינהל הציבורי, ובעקיפין על הציבור, מפני עתירות לא ראויות. לצורך זה הוא קבע הלכות דיוניות אשר חסמו, במקרים מסוימים, את דרכו של האזרח לקבלת סעד נגד המינהל הציבורי. הלכות אלה קבעו כי במקרים מסוימים לא ידון בית-המשפט כלל בעתירה, ומכל מקום לא יתן סעד לעותר, אפילו אם הרשות המינהלית פגעה בו שלא כדין. כאלה הן, לדוגמה, ההלכות בדבר זכות עמידה, שיהוי, סעד חלופי וניקיון כפיים. הלכות אלה התבססו על מידת הצדק: במקרים אלה בית-המשפט אינו רואה צורך, כלשונו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, "לתת סעד למען הצדק".

מבחינה זאת הצדק בבית-המשפט הגבוה לצדק נראה כצדק חד-סטרי. בשם הצדק מוכן בית-המשפט, בנסיבות מסוימות, למנוע סעד מן האזרח, אף אם זכותו נפגעה שלא כדין. לעומת זאת, בית-המשפט אינו מוכן לתת לאזרח סעד נגד רשות מינהלית, אם החלטת הרשות נתקבלה כדין, אפילו אם ההחלטה נראית בלתי מוצדקת בנסיבות המקרה. לשון אחר, הרשות המינהלית חייבת לעמוד במבחן הדין, והדין בלבד, ואילו האזרח חייב לעמוד גם במבחן הצדק. לדוגמה, אם הרשות המינהלית סירבה לתת רשיון או החליטה לשלול רשיון, והחלטתה עומדת במבחן הדין, לא יחייב אותה בית-המשפט לתת רשיון רק משום שנהגה בנוקשות, בחוסר הגינות או בלא ניקיון כפיים.[64]

לכאורה, במצב זה הדין אינו משרת את הצדק. מטבע הדברים קיים חוסר שוויון בין האזרח לבין המינהל הציבורי. הכוחות והמשאבים המוקנים למינהל הציבורי מעניקים לו עדיפות על פני האזרח, ועדיפות זאת באה לידי ביטוי גם בהתדיינות בפני בית-המשפט. השימוש שבית-המשפט עושה במושג הצדק, נגד האזרח ולא נגד המינהל, מוסיף ומטה את הכף עוד יותר נגד האזרח. אולם למעשה המצב שונה. בית-המשפט פיתח הלכות המאפשרות לו, בדרך כלל, לעשות צדק עם האזרח במסגרת הדין. כאלה הן, לדוגמה, ההלכות בדבר שוויון, חוסר סבירות ואיזון אינטרסים. בית-המשפט יכול בדרך כלל לקבוע, אם לדעתו הצדק דורש זאת, כי החלטה מינהלית שאינה מתיישבת עם מידת הצדק פסולה, משום שהיא סותרת את עיקרון השוויון או את דרישת הסבירות. מבחינה זאת נודעת חשיבות מיוחדת לפיתוח הלכות בדבר המידתיות והוודאות. עילת המידתיות, לדוגמה, מסמיכה את בית-המשפט לפסול החלטה מינהלית משום שפגעה באזרח מעבר למידה הראויה בנסיבות המקרה.[65]

עם זאת, עדיין שאלה היא, אם אין מקום להוסיף לסל העילות, המשמשות את בית-המשפט לצורך הביקורת על המינהל, גם עילה ערכית, כגון עילת הצדק, המוסר או תקנת הציבור.

---

64. ראו, לדוגמה, **משפט איתורית**. ראו גם י' זמיר, "על הצדק בבית-המשפט הגבוה לצדק", **הפרקליט** כו (תש"ל) 212; ע' פרוש, "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק", **עיוני משפט** יג (תשמ"ט) 453.

65. ראו לעיל, עמ' 152 ואילך ועמ' 155 ואילך.

nevo.co.il

אפשר להעלות טענות אחדות בזכות עילה כזאת. ראשית, יש מקרים שבהם ראוי לפסול החלטה מינהלית, אך קשה לעשות זאת באופן הגיוני במסגרת העילות הקיימות. הנה, למשל, פסק-הדין במשפט **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה.**[66] במשפט זה פסק בית-המשפט כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה, שלא להגיש כתב אישום נגד בנקאים הנושאים באחריות לוויסות מניות הבנקים, פסולה. הבסיס המשפטי לפסילת ההחלטה היה חוסר סבירות: בית-המשפט קבע כי היועץ המשפטי לממשלה לא נתן משקל ראוי לשיקולים ענייניים מסוימים, כגון: השיקול שוועדת חקירה המליצה על נקיטת הליכים פליליים, והשיקול שמדובר בעבירה חמורה. בתגובה לפסק-הדין נשמעה דעה, גם בקרב משפטנים שהסכימו לתוצאה, כי קשה לומר שהחלטת היועץ המשפטי לממשלה היתה בלתי סבירה באופן קיצוני או כי חרגה ממתחם הסבירות, כפי שדורש המבחן המקובל של עילת הסבירות. אלא מאי? נכון יותר היה לומר, על יסוד הטעמים שהעלה בית-המשפט, כי ההחלטה אינה מתיישבת עם תקנת הציבור.

דומה לכך, מבחינה זאת, פסק-הדין במשפט **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון.**[67] כאן פסל בית-המשפט את החלטת הממשלה למנות את יוסי גינוסר כמנהל כללי של משרד הבינוי והשיכון, בשל עבירות פליליות שעבר לפני שנים אחדות בפרשת אוטובוס קו 300 ובפרשת נאפסו. גם כאן התבססה הפסילה על עילת הסבירות. אולם אין להתעלם מן הבעייתיות הכרוכה בפסק-דין הקובע, אם בנסיבות של עניין זה ואם בנסיבות של עניין אחר, כי הממשלה, אף שדנה בעניין ביסודיות, פעלה בחוסר סבירות קיצוני. האם לא היה מתאים יותר לומר, בנסיבות של עניין זה, כי החלטת הממשלה פסולה משום שהיא סותרת את דרישת המוסר הציבורי או את תקנת הציבור?

חוק החוזים (חלק כללי), התשל"א-1971, קובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל." אם החוק מציג לכל אדם את הדרישה לנהוג בהתאם למוסר ולתקנת הציבור, האם אין זה נכון וראוי להציג דרישה זאת, בבחינת קל וחומר, גם לרשות מינהלית הפועלת מטעם הציבור? אכן, חוזה של רשות מינהלית הסותר את תקנת הציבור, יהיה אף הוא בטל. כך יהיה, לדוגמה, דינו של חוזה, שבו תתחייב הממשלה בשם המדינה לחון עבריין או לעשות מלחמה תמורת תשלום.[68] ומה יהיה דינה של החלטה כזאת אם נתקבלה שלא במסגרת של חוזה? ודאי שגם היא בטלה. האם, במקרה כזה, צריך יהיה לחפש ולהתאים למקרה עילה מבין העילות הקיימות לביטול החלטות מינהליות, כגון שיקולים זרים או חוסר סבירות? ייתכן שנכון וראוי יותר להשתמש בדיוק באותה עילה, הנוהגת במקרה מעין זה במשפט הפרטי, כלומר, לפסול את ההחלטה המינהלית משום שהיא סותרת את תקנת הציבור.

בעת האחרונה בית-המשפט מרבה להתבסס במפורש על ערכי היסוד של שיטת המשפט, כגון: החירות, השוויון, הסבירות וההגינות. אלה הן, בלשונו של בית-המשפט,

---

66. בג"צ 935/89, פ"ד מד (2) 485.

67. בג"צ 6163/92 (טרם פורסם).

68. ראו בג"צ 311/60 **י' מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה**, פ"ד טו 1989, 2004.

nevo.co.il

תכליות כלליות של שיטת המשפט, שכל רשות מינהלית חייבת לשוות לנגד עיניה בכל מקרה ולכבד במידה הראויה לפי הנסיבות. כדבריו של בית-המשפט, "לעתים קרובות אנו גוזרים דינים מיוחדים מעקרונות היסוד... [מעקרונות היסוד של השיטה] אנו גוזרים זכויות וחובות חדשות."[69]

כך, לדוגמה, הפך בית-המשפט את הערך של שוויון בפני החוק לכלל האוסר על הרשות לנהוג אפליה, למשל, על יסוד מין.[70] כך גם נהפכה הסבירות מערך לכלל. בית-המשפט מחייב את הרשות המינהלית להפעיל את סמכותה במידת הסבירות. הוא מבסס את חובת הסבירות על ההנחה שהמחוקק, בהעניקו סמכות לרשות המינהלית, לא התכוון לאפשר לה להפעיל את הסמכות באופן לא-סביר.[71] האם אין מקום לומר, באופן דומה, כי המחוקק לא התכוון לאפשר לרשות המינהלית לנהוג באופן שאינו מתיישב עם הצדק, המוסר או תקנת הציבור? אכן כן. בית-המשפט עצמו אמר זאת: "ערכים כלליים אלה כוללים בחובם עקרונות של שוויון, צדק, מוסר."[72] אלא מאי? בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק הועלה השוויון למעמד של כלל משפטי. כך גם הסבירות. ובדומה לכך ערכים נוספים. אך עדיין נפקד ביניהם מקומם של הצדק והמוסר.

סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה מסמיך את בית-המשפט הגבוה לצדק לדון "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". בית-המשפט יכול להסתמך על פסקה זאת, אם יראה צורך בכך, כדי לקבוע באופן מפורש את הצדק כאחד הערכים, בצד השוויון והסבירות, המחייבים את הרשות המינהלית. ואולי, במקום להתבסס על הצדק, עדיף ללכת בדרך של היקש לסעיף 30 בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"א-1971, ולהתבסס על המוסר או על תקנת הציבור כעילה נוספת לעילות המסורתיות לצורך ביקורת המינהל.

אכן, תוספת של עילה כזאת לא תשנה באופן בולט את מצב הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי. כאמור, גם כיום, בהעדר עילה כזאת, חזקה על בית-המשפט שימצא את הדרך לעשות צדק ולהגן על תקנת הציבור בעזרת העילות המסורתיות. עם זאת, אין להקל ראש בתועלת הטמונה בתוספת עילה כזאת, הן מבחינה עיונית והן מבחינה מעשית. ראשית, תורת המשפט מבקשת לקבוע כללים ברורים ומדויקים ככל שניתן, כדי להנחות את העושים במלאכה וכדי להסביר את הפסיקה של בית-המשפט. משום כך, לדוגמה, אין תורת המשפט מסתפקת בכלל הקובע כי רשות מינהלית חייבת להפעיל את שיקול הדעת שלה בהתאם לכוונת החוק, או באופן ראוי, או במידת הסבירות. היא טורחת לפרק כלל רחב ומעורפל מעין זה למרכיביו: מטרה זרה, שיקולים עניינים, חוסר סבירות, איזון אינטרסים, מידתיות. ברוח זאת יש מקום לומר כי תחת קורת הגג של עילת הסבירות מסתתרת, גם כיום, עילה נוספת, שניתן לקרוא לה בשם צדק או מוסר או תקנת הציבור.

69. בג"צ 1601/90 **שליט נ' פרס**, פ"ד מד (3) 353, 366, 367.

70. בג"צ 953/87 **פורז נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב (2) 309.

71. ראו, לדוגמה, ע"א 311/57 **היועץ המשפטי נ' מ' דיזנגוף ושותפיו (שיט) בע"מ**, פ"ד יג 1026, 1039.

72. ע"פ 677/83 **בורוכוב נ' יפת**, פ"ד לט (3) 205, 218, השופט ברק.

nevo.co.il

שנית, מבחינה מעשית, עילה כזאת עשויה להקל על בית-המשפט את הביקורת השיפוטית במקרים מסוימים, שבהם השימוש בעילת הסבירות נראה מאולץ, ואף מזמין ביקורת. ושלישית, יש טעם להנחות את הרשויות המינהליות ולומר להן כי הן מחויבות לשים לנגד עיניהן לא רק את העילה ההגיונית של סבירות, אלא גם את העילה הערכית של צדק, מוסר או תקנת הציבור. עילה כזאת עשויה להוסיף ממד חיובי, מבחינה עקרונית והסברתית, למערכת היחסים שבין המינהל הציבורי לבין האזרח.

באופן מעשי, כיוון שמדובר במושג מעורפל, בין אם מדובר בצדק, במוסר או בתקנת הציבור, יש להניח כי עילה כזאת, אם תקבל הכרה, לא תשמש את בית-המשפט אלא לעתים נדירות. גם עילת הסבירות, שלאחר שנים רבות של שימוש עדיין נותרה מעורפלת, אינה משמשת את בית-המשפט כדי לפסול החלטות מינהליות אלא לעתים רחוקות.[73] אולם, כשם שיש תועלת בעילת הסבירות, גם כהנחייה למינהל הציבורי וגם כמכשיר בידי בית-המשפט במקרים מיוחדים, כך עשויה להיות תועלת גם בעילה של צדק, מוסר או תקנת הציבור.

אולם צריכה אמת להיאמר שהמערכת החברתית, ויותר מכך המערכת המדינית, עדיין לא עיכלה כראוי את עילת הסבירות. לכן יכול להיות, בחשבון כולל, כי עדיין לא בשלה השעה להוסיף כעילה את הצדק, המוסר או תקנת הציבור. כך או כך, לכל הפחות ראוי להרהר בשאלת המעמד של הצדק, המוסר ותקנת הציבור במסגרת המינהל הציבורי. האם אין להם מקום בצד ערכים אחרים, שנעשו כללים משפטיים, כמו החירות והשוויון?

ד. שופטים מינהליים

המשפט הגרמני מעניק את הסמכות לדון בעניינים מינהליים למערכת נפרדת של בתי-משפט מינהליים, כלומר, בתי-משפט הדנים אך ורק בעניינים מינהליים. המערכת של בתי-המשפט המינהליים, ובראשה בית-המשפט המינהלי הפדרלי, נהנית מעצמאות מוחלטת, הן כלפי המינהל הציבורי והן כלפי המערכת של בתי-המשפט הכלליים. בעצם, בתי-המשפט המינהליים נמצאים במעמד שווה לזה של בתי-המשפט הכלליים. מבחינה זאת המשפט הגרמני דומה לשיטות משפט אחרות ביבשת אירופה, שבהן קיימת מערכת נפרדת של בתי-משפט מינהליים,[74] ושונה משיטות המשפט המקובל, לרבות ישראל, שבהן בתי-המשפט הכלליים מוסמכים לדון גם בעניינים מינהליים.

חוק מיוחד משנת 1960, שיש לו יותר מ-100 סעיפים, מסדיר את הסמכות, ההרכב והפעילות של בתי-המשפט המינהליים. בית-המשפט המינהלי מורכב בערכאה הראשונה משופטים מקצועיים, המתמנים כדרך שמתמנים השופטים של בתי-המשפט הכלליים, והם המנהלים את המשפט וכותבים את פסק-הדין, ואולם לצידם יושבים גם נציגי ציבור,

73. גם בגרמניה אין עילת המוסר הציבורי משמשת את בית-המשפט כדי לפסול החלטה מינהלית, אלא לעתים רחוקות.

74. ראו, לדוגמה, על בתי-המשפט המינהליים של צרפת, N. Brown and J. S. Bell, French Administrative Law, (4 ed., 1993), 41 et seq.

nevo.co.il

האמורים לסייע בקביעת העובדות.[75] הטעם העיקרי לקיומה של מערכת נפרדת של בתי-משפט מינהליים היא ההתמחות של השופטים בעניינים מינהליים. לכאורה, מה צורך יש להתמחות דווקא בעניינים מינהליים? והרי ההנחה היא שהשופטים יודעים די הצורך בכל תחום ותחום או, לפחות, מסוגלים ללמוד את הנדרש לצורך הכרעה בכל תחום ותחום, לרבות רפואה, הנדסה ותחומים מורכבים אחרים. האם, ישאל השואל, העניינים המינהליים מורכבים וקשים יותר מאשר, למשל, עניינים רפואיים? התשובה היא שהעניינים המינהליים אינם מורכבים יותר מעניינים רפואיים, מדעיים או הנדסיים, אך הם שונים ומיוחדים מבחינות אחדות, המצדיקות התמחות של השופטים יותר מאשר בתחומים אחרים.

בעניינים מינהליים, להבדיל מעניינים אזרחיים, בית-המשפט נדרש להכריע בין שני צדדים שאינם שקולים. כנגד הפרט, העותר לבית-המשפט, ניצבת הרשות המינהלית הטוענת בשם הציבור. אם, לפי הטענה, יפסוק בית-המשפט נגד הרשות המינהלית, עלול הציבור להיפגע. לפיכך טבעי הדבר בהתדיינות כזאת, שהכף נוטה לטובת הרשות המינהלית. שופט שאינו מכיר היטב את המינהל הציבורי, יתקשה להעריך באופן עצמאי את מידת הפגיעה הצפויה לאינטרס הציבורי, ולאזן כראוי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי. לעומת זאת, היכרות קרובה עם המינהל הציבורי, הנובעת מהכשרה מיוחדת או מניסיון נרכש של השופט, עשויה להקנות לו ידע וביטחון הנדרשים לצורך ביקורת יעילה של המינהל הציבורי. וכמובן, אין לשכוח כי הביקורת נדרשת בעניינים רבים וחיוניים, בגלל המעורבות הרבה של המינהל הציבורי בחיי הפרט ובגלל החשש לפגיעה בזכויות היסוד של האדם. משום כך מקובל ברוב המדינות לקיים מערכת נפרדת של בתי-משפט, לא לעניינים רפואיים או לעניינים מקצועיים אחרים, אלא דווקא לעניינים מינהליים.[76]

---

75. על בתי-המשפט המינהליים בגרמניה, ראו Singh (לעיל, הערה 9) 102-116.

76. הכרת הצורך בהתמחות מיוחדת של שופטים הדנים בעניינים מינהליים חדרה לאחרונה גם למדינות שונות של המשפט המקובל. באנגליה נדונה זה שנים הצעה להקים בבית-המשפט הכללי (High Court of Justice) מחלקה מיוחדת (Division) לעניינים מינהליים. בסופו של דבר נתקבל לפני שנים אחדות פתרון אנגלי טיפוסי, המכוון להבטיח את ההתמחות הנדרשת בלי לפגוע במבנה המסורתי של בית-המשפט. לפי פתרון זה הוקצו שופטים מקרב השופטים של בית-משפט זה לעניינים מינהליים, והעניינים המינהליים המוגשים לבית-המשפט נרשמים ברשימה מיוחדת (Crown Office List), ומועברים אל שופטים אלה. בעצם, שופטים אלה מהווים מחלקה לא-רשמית לעניינים מינהליים. ראו Foulkes, **Administrative Law**, (7 ed., 1990), 348; G. Drewry "Judicial Review: The Historical Background", in **Judicial Review**, M. Supperstone and J. Goudie, eds (1992) 1 at 14. בארה"ב, לעומת זאת, התפתח בתקופה האחרונה מעמד מיוחד של שופטים מינהליים (Administrative Law Judges), המשתייכים לרשות המבצעת ולא לרשות השופטת, וסמכותו של כל אחד מהם מוגבלת לחוק מסוים או לתחום מסוים, כמו מענקי סעד, תעופה אזרחית, תקשורת אלקטרונית ועוד. מבחינה זאת דומים שופטים אלה

nevo.co.il

החשיבות המיוחסת בגרמניה להתמחות השופטים בעניינים מינהליים רבה עד כדי כך, שבבית-המשפט המינהלי קיימת בדרך כלל התמחות של הרכבים שונים בעניינים מסוימים, כגון, בענייני תכנון ובנייה, מסחר ותעשייה, שירותים ציבוריים ועוד.

ההתמחות של בתי-המשפט המינהליים מצד אחד, והניתוק שלהם מבתי-המשפט הכלליים מצד אחר, הובילו באופן טבעי ליצירת הסדרים מיוחדים בבתי-המשפט המינהליים. הסדרים אלה קיימים בשני מישורים: ראשית, במישור הדיוני; ושנית, במישור המהותי. במישור הדיוני נוצרו בבית-המשפט המינהלי סדרי דין ודיני ראיות התואמים את הצרכים המיוחדים של עניינים מינהליים, להבדיל מסדרי הדין ודיני הראיות הנוהגים בעניינים אזרחיים בבתי-המשפט הכלליים. במישור זה נודעת חשיבות מיוחדת לבירור העובדות.

על-פי השיטה האינקוויזיטורית, הנוהגת בגרמניה, בית-המשפט אינו מוגבל לראיות שהובאו בידי הצדדים, אלא הוא רואה עצמו אחראי לבירור העובדות לאמיתן, אפילו אם התובע אינו חולק על העובדות. טעמו של דבר הוא, בעיקר, שבעניין מינהלי אין מדובר רק באינטרס של הצדדים בהתדיינות, אלא גם באינטרס הציבור. לכן מקובל בבית-המשפט המינהלי, לאחר שהצדדים הגישו את כתבי הטענות שלהם, להטיל על אחד משופטי בית-המשפט לברר ולהשלים את הראיות, עד שתנוח דעתו כי כל העובדות האמיתיות, הדרושות להכרעה, מצויות בפני בית-המשפט לקראת הדיון בעל-פה. לצורך זה הוא מוסמך לזמן עדים או מומחים לחקירה, או לנקוט כל דרך אחרת שתיראה לו מועילה לבירור העובדות, ובכלל זה (כפוף לחריגים המתייחסים למסמכים סודיים) לדרוש מן הרשות המינהלית שתעביר אל בית-המשפט את התיק הנוגע לעניין הנדון.[77] על יסוד כל החומר שנאסף בבית-המשפט, לרבות העדויות שנשמעו בעת הדיון עצמו, קובע בית-המשפט את העובדות, ועליהן הוא מיישם לאחר מכן את הדין. אפשר, אם כן, לומר כי הביקורת השיפוטית על העובדות שקבעה הרשות המינהלית היא יסודית, מלאה ולא-מוגבלת. בעצם, נכון יותר לומר, כי אין זו ביקורת שיפוטית על העובדות שקבעה הרשות המינהלית, אלא קביעת העובדות מחדש (de novo), באופן עצמאי, על-ידי בית-המשפט.[78]

מבחינה זאת קיים הבדל מהותי בין הדין בגרמניה לבין הדין במדינות המשפט המקובל, לרבות ישראל. ראשית, כידוע, השיטה האדברסרית הנהוגה בישראל בעניינים מינהליים כמו בעניינים אזרחיים, מגבילה מאוד את תפקידו של בית-המשפט בבירור העובדות. בית-המשפט, להבדיל מבית-המשפט המינהלי בגרמניה, אינו אמור לנקוט יוזמה ולחפש ראיות נוספות לאלה שהצדדים מביאים, כדי לברר את העובדות. שנית,

---

לבתי-הדין המינהליים בישראל, אלא שהם שופטים מקצועיים שכל עיסוקם שפיטה בעניינים מינהליים, ומבחינה זאת הם דומים לבית-משפט מינהלי ביבשת אירופה. ראו B. Schwartz, **Administrative Law**, (3 ed., 1991) 283, 433

77. אכן, דבר שגרתי הוא שהרשות המינהלית נדרשת על-ידי בית-המשפט להעביר אליו את התיק הנוגע לעניין. משהגיע התיק אל בית-המשפט, הוא פתוח לעיון התובע.

78. המצב דומה בבית-המשפט המינהלי בצרפת. ראו, N. Brown and J. S. Bell, **French Administrative Law**, (4 ed., 1993) 86 et seq.

nevo.co.il

בית-המשפט הגבוה לצדק, כפי שהודה במפורש לא פעם, איננו ערכאה מתאימה לבירור העובדות, אפילו בהשוואה לבית-משפט אזרחי בישראל. בין השאר, הוא אינו מאפשר, בדרך כלל, חקירת עדים, הגשת שאלונים או גילוי מסמכים.[79] ככלל, בית-המשפט הגבוה לצדק מניח את קביעת העובדות לרשות המינהלית, שהחלטתה עומדת לביקורת, ואינו נוטה להתערב בקביעת העובדות על-ידי הרשות, אלא אם הוכח בפניו כי אין להן בסיס סביר בחומר הראיות.[80] אפשר לומר כי הביקורת של בית-המשפט הגבוה לצדק על נכונות העובדות, שעליהן מתבססת ההחלטה המינהלית, היא ביקורת רופפת.

זה אחד החסרונות העיקריים של בית-המשפט הגבוה לצדק כבית-משפט מינהלי. החיסרון נובע במידה רבה מן העובדה שמדובר בבית-המשפט העליון, שעיקר תפקידו, בישראל כמו במדינות אחרות, להכריע בשאלות של דין, ולא לברר שאלות של עובדה. אך, בנוסף לכך, סביר להניח כי הדבר נובע גם מכך שמדובר בבית-משפט בעל סמכות כללית, המתקשה לנתק את דרך הטיפול בעניינים מינהליים מדרך הטיפול בעניינים אזרחיים. הדעת נותנת כי לו הופקדה השפיטה בעניינים מינהליים בידי שופטים מיוחדים לעניין זה, בערכאה נמוכה יותר, היה חל שינוי של ממש גם בתחום הביקורת השיפוטית על העובדות.

בישראל לא הועלתה מעולם הצעה להקים מערכת מיוחדת של בתי-משפט מינהליים, שתהיה נפרדת מן המערכת של בתי-המשפט הכלליים, לפי המתכונת הנוהגת, לדוגמה, בגרמניה או בצרפת. גם אין הכרח בכך כדי לזכות ביתרונות הנלווים לבית-משפט מינהלי. יתרונות אלה נובעים לא כל כך מן המסגרת הארגונית הנפרדת, אלא מן העובדה שהעניינים המינהליים מופקדים בידיהם של שופטים מינהליים שהתמחו בעניינים כאלה. ניתן לכן לזכות ביתרונות אלה, גם ללא הקמת בתי-משפט מינהליים נפרדים, אם העניינים המינהליים יופקדו בידי שופטים מיוחדים בבית-המשפט האזרחי. בהתאם לכך הועלתה הצעה להקים בבית-המשפט האזרחי מחלקה לעניינים מינהליים, שתאוייש על-ידי שופטים רגילים אשר יתמחו בעניינים מינהליים.[81]

את ההצעה הזאת אימצה באופן רשמי הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי-המשפט, בראשותו של השופט משה לנדוי, בשנת 1980.[82] אולם המלצה זאת, כמו יתר ההמלצות של ועדת לנדוי, לא מומשה.

עם זאת, נעשה בעת האחרונה צעד חשוב בכיוון של העברת עניינים מינהליים אל שופטים בערכאה נמוכה יותר, שיעסקו בעניינים אלה לפי סדר דין מיוחד. זה לא מכבר החליט בית-המשפט הגבוה לצדק כי עתירות בעניין מכרזים ציבוריים, שהיו במשך שנים רבות לחם חוקו, לא יידונו יותר בפניו אלא בפני בית-משפט אזרחי.[83] היתה זאת, כמדומה, הפעם הראשונה שבית-המשפט הגבוה לצדק החליט להעביר סוג של עניינים

79. ראו י' זמיר, "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג), 295.

80. ראו, לדוגמה, בג"צ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז (3) 29, 37.

81. ראו י' זמיר, **השפיטה בעניינים מינהליים** (הדפסה שלישית, 1987) 180 ואילך.

82. ראו **דו"ח הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי-המשפט** (1980), 16, 29.

83. בג"צ 991/99 **פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מה (5) 50.

nevo.co.il

המצויים בסמכותו, להבדיל מעניין מסוים בנסיבות מיוחדות, אל בית-המשפט האזרחי. אחד הטעמים העיקריים להחלטה זאת היה, שעניינים מסוג זה כרוכים לעתים קרובות בבירור עובדתי, ובית-המשפט האזרחי מתאים יותר מבית-המשפט הגבוה לצדק לעריכת בירור כזה. טעם זה נכון גם לגבי סוגים נוספים של עניינים מינהליים. לפיכך ניתן לצפות כי בית-המשפט העליון, הכורע תחת עומס עניינים, יעביר עניינים נוספים המצויים בסמכותו אל בית-המשפט האזרחי.[84]

הלכה למעשה, ענייני מכרזים ציבוריים נדונים עכשיו בבית-המשפט האזרחי. רבים מהם מגיעים אל בית-המשפט המחוזי בתל-אביב. בדרך כלל הם מוגשים בדרך של המרצת פתיחה, המאפשרת דיון מהיר, ולפיכך מתנקזים אל שופט אחד, המופקד על המרצות הפתיחה. לריכוז של העניינים האלה אצל שופט אחד יש יתרון גדול מבחינת ההתמחות והניסיון, כמו גם מבחינת האחידות והשוויון. בסך הכול, המעבר מבית-המשפט הגבוה לצדק אל בית-המשפט האזרחי התבצע, ככל הנראה, בהצלחה, ומכל מקום ללא זעזועים. לדעתי, ראוי כי המתכונת שאומצה לגבי מכרזים ציבוריים תשמש דגם גם לעניינים אחרים שניתן להעבירם, ויש סיכוי שיועברו מבית-המשפט הגבוה לצדק אל בית-המשפט האזרחי.

מעבר העניינים המינהליים מבית-המשפט הגבוה לצדק אל בית-המשפט האזרחי מעורר מחדש, ביתר שאת, את בעיית הביקורת השיפוטית על עובדות הנקבעות על-ידי הרשות המינהלית. כיום, רפיון הביקורת על העובדות הנעשות בידי בית-המשפט הגבוה לצדק, מתאזן במידת-מה על-ידי הביקורת הנעשית על-ידי הפרקליטים במחלקת בג"ץ שבפרקליטות המדינה, בשלב של הכנת התיק להתדיינות בבית-המשפט. יש להם, לפרקליטים אלה, ניסיון עשיר והתמחות מיוחדת בתחום זה, והם מפעילים ביקורת עצמאית ואחראית על עובדות המקרה לפני שהם מציגים אותן בפני בית-המשפט. אולם, עניינים מינהליים שיועברו אל בתי-המשפט האזרחיים ברחבי הארץ יהיו מטופלים, בדרך כלל, בידי פרקליטים אחרים, על-פי רוב מקרב פרקליטות המחוז. עצם הביזור מעורר את השאלות אם ביקורת העובדות על-ידי פרקליטות המחוז תהיה יסודית ואחראית כמו הביקורת הנעשית כיום בפרקליטות המדינה בירושלים; ואם בית-המשפט האזרחי יהיה מוכן לסמוך על ביקורת זאת ולהסתפק בה.

כיצד, אם כן, תיערך הביקורת על העובדות בבית-המשפט האזרחי? עניינים מינהליים, המועברים מבית-המשפט הגבוה לצדק אל בית-המשפט האזרחי, נדונים בהכרח לפי סדר הדין האזרחי, כלומר, לפי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. סדר דין זה עדיף, מבחינת האפשרות לברר עובדות, על סדר הדין הנוהג בבית-המשפט הגבוה לצדק. אם העובדות הדרושות להכרעה שנויות במחלוקת, פתוחה בפני הצדדים האפשרות להגיש שאלונים, לבקש גילוי מסמכים ולזמן עדים ומומחים לחקירה בבית-המשפט.

---

84. ראו, לדוגמה, רע"א 1287/92 **בוסקילה נ' צמח** פ"ד מו (5) 159. ראו גם י' זמיר, "מכרזים ציבוריים בבתי-משפט אזרחיים", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 197, 203; י' זמיר, "ענייני תכנון ובנייה – לבית-המשפט האזרחי", להלן 257.

nevo.co.il

עם זאת, כאמור, על-פי סדר הדין הנוהג בבית-המשפט האזרחי, בהתאם לשיטה האדברסרית, אין זה מקובל שבית-המשפט ייזום בירור עובדות. נראה כי בית-המשפט אינו מוסמך להורות לרשות המינהלית, אפילו אם לדעתו המקרה מצדיק זאת, להציג בפני בית-המשפט את התיק הנוגע לעניין או מסמכים מסוימים מתוך תיק זה. זהו חיסרון גדול הקיים בביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי.[85]

בעניין זה חלה לאחרונה התפתחות חשובה. חוק בתי-דין מינהליים, התשנ"ב-1992, קובע (בסעיף 30) כי מי שזכאי להגיש ערר על החלטה של רשות מינהלית בפני בית-דין שחוק זה חל עליו, זכאי לעיין בתיק הרשות, בכפוף לחריגים מסוימים. בנוסף לכך קובע הסעיף כי בית-הדין המינהלי עצמו רשאי להחליט, ביוזמתו או לפי בקשת העורר, כי התיק יימסר לבית-הדין, בכפוף לחריגים מסוימים. אכן, סמכות זאת מוקנית לפי חוק זה רק לבתי-דין מינהליים, שהחוק חל עליהם. עם זאת, אם ראה המחוקק לנכון להקנות סמכות זאת לבתי-דין מינהליים, האם יש טעם למנוע את הסמכות מבית-המשפט?

דומה כי בעניין זה יש מקום ללמוד מן הדין בגרמניה, המסמיך את בית-המשפט המינהלי לערוך ביוזמתו בירור של העובדות במידה הנדרשת לצורך הכרעת הדין, ותוך כדי כך גם לעיין בתיק הרשות המינהלית. לשם כך אין צורך להקים מערכת נפרדת של בתי-משפט מינהליים, ואף אין צורך להעתיק את השיטה האינקוויזיטורית כולה, על קרבה וכרעיה. די יהיה, ולדעתי רצוי יהיה בשלב זה, להעניק סמכות לבית-המשפט האזרחי בשעה שהוא דן בעניין מינהלי (שיהיה צריך להגדירו לצורך זה), להורות לרשות המינהלית כי תעביר אליו את תיק הרשות או מסמכים הנוגעים לעניין מתוך תיק הרשות.

אכן, הסדר המסמיך את בית-המשפט לנקוט יוזמה כזאת, ובדרך זאת להיעשות שותף פעיל במאמץ לברר את העובדות, מקרב את בית-המשפט אל השיטה האינקוויזיטורית. אולם השיטה האינקוויזיטורית, המקובלת במדינות רבות כל כך, אינה מלה גסה. מעבר לכך, בתחום הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי יש לה צידוק יותר מאשר בתחומים אחרים. ראשית, בתחום זה ההתדיינות אינה מתנהלת בין צדדים שווים, בין השאר משום שלעתים קרובות מידע חשוב לעניין מצוי רק בידי הרשות המינהלית. ושנית, לעתים קרובות תוצאות ההתדיינות עשויות להשפיע באופן ישיר וממשי על טובת הציבור. השיטה האינקוויזיטורית הנוהגת בבתי-המשפט המינהליים, כמו אלה שבגרמניה, נועדה לשפר את ההגנה על זכות האזרח תוך התחשבות בטובת הציבור.

כאמור, הקניית הסמכות לדון בעניינים מינהליים לשופטים מינהליים עשויה לחולל שינוי לא רק במישור הדיוני אלא גם במישור המהותי, כלומר, להוביל ליצירת הלכות מהותיות שתהלומנה במיוחד את טיבם של העניינים המינהליים. הדבר בא לידי ביטוי במשפט המינהלי של גרמניה, בין השאר, בתחום של דיני חוזים מינהליים.

85. לעומת זאת, נראה כי בדרך כלל האזרח הנוגע בדבר זכאי לפנות אל הרשות המינהלית, שעמה הוא מתדיין, ולבקש ממנה לאפשר לו עיון במסמכים המצויים בתיקיה במידה הנדרשת לצורך הכנת תביעה לבית-המשפט. ראו לעיל עמ' 138 ואילך.

nevo.co.il

ה. חוזים מינהליים

בישראל, כמו במדינות אחרות שבהן אין מערכת נפרדת של בתי-משפט מינהליים, בית-המשפט האזרחי, המוסמך לדון בחוזים בדרך כלל, מוסמך לדון גם בחוזים של רשויות מינהליות. הוא מוסמך לדון, בין השאר, בחוזים שרשויות מינהליות עורכות בקשר להפעלת סמכות מסמכויותיהן, כגון חוזה שבו הרשות מתחייבת לתת רשיון. בית-המשפט האזרחי נוטה, בדרך הטבע, להחיל על חוזים כאלה את הדין החל על חוזים בדרך כלל. הוא יהיה מוכן לסטות מדיני החוזים הכלליים, ולקבוע הלכה מיוחדת לחוזים מינהליים רק כחריג, כאשר ברור כי דיני החוזים הכלליים אינם מתיישבים עם האופי המיוחד של החוזה המינהלי.

הלכה כזאת נוצרה על-ידי בית-המשפט בישראל בנוגע לאפשרות של רשות מינהלית להשתחרר מן החוזה בנסיבות מסוימות. לפי הלכה זאת, אם צורכי ציבור חיוניים מצדיקים זאת, רשאית הרשות המינהלית להשתחרר מן החוזה, בלי שהדבר יחשב להפרת החוזה, תוך חיוב לשלם פיצויים בשיעור שעדיין אינו ברור.[86] הלכה זאת, בנוסף להלכות המכרזים הציבוריים ועוד הוראות חוק אחדות,[87] מהוות את התחום הצר של דיני חוזים מינהליים, שכל כולו אינו אלא דין מיוחד, בבחינת חריג, לדיני החוזים הכלליים.

לא כך הוא הדין בגרמניה. הדין בגרמניה מבחין בין שני סוגים של חוזים הנערכים על-ידי רשויות מינהליות: חוזים פרטיים וחוזים ציבוריים. החוזים הפרטיים הם חוזים, שבהם הרשות מתקשרת ככל האדם ולא כשלטון, כגון חוזה לרכישת ציוד משרדי לשימוש הרשות. החוזים הפרטיים נשלטים על-ידי דיני החוזים הכלליים, ומצויים בסמכותם של בתי-המשפט הכלליים. לעומת זאת, בחוזים ציבוריים הרשות המינהלית מתקשרת כשלטון, והחוזה מסדיר יחסים משפטיים בתחום המשפט הציבורי. לדוגמה, חוזה שיש בו התחייבות להפעיל סמכות מסוימת או להימנע מלהפעיל סמכות מסוימת, כגון סמכות לתת או לשלול רשיון. חוזים כאלה מוסדרים על-ידי המשפט המינהלי, בראש ובראשונה על-ידי החוק בדבר סדרי המינהל משנת 1976 (סעיפים 54-62), ובאופן משלים על-ידי דיני החוזים הכלליים, והם מצויים בסמכותו של בית-המשפט המינהלי.

מבין הדינים המיוחדים לחוזים מינהליים ראוי לציין במיוחד את האפשרות של שינוי החוזה. לפי החוק, האפשרות של שינוי החוזה חלה אם הנסיבות שעליהן נתבססו תנאי החוזה נשתנו מאז עריכת החוזה, ראשית, באופן מהותי, ושנית – באופן לא צפוי. לצורך זה אחת היא אם הנסיבות נשתנו מבחינת העובדות או מבחינת הדין. אולם השינוי צריך להיות כזה, שאין זה סביר לצפות מאחד הצדדים בחוזה כי עדיין יקיים את החוזה בנוסח המקורי. במקרה כזה, אותו צד בחוזה רשאי לבקש שתנאי החוזה יותאמו לנסיבות

86. ראו בג"צ 311/60 **מילר נ' שר התחבורה**, פ"ד טו 1989; ע"א 250/88 **קופת חולים של ההסתדרות נ' עיריית באר שבע**, פ"ד מג (4) 488.

87. בעיקר ההוראות של החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, ובהן ההוראה המונעת מתן צו מניעה או ביצוע בעין נגד המדינה (סעיף 5) וההוראה הקובעת הסדר מיוחד לביצוע פסקי-דין נגד המדינה (סעיף 7).

nevo.co.il

שנשתנו. אם הצד השני בחוזה מסרב להתאים את תנאי החוזה לנסיבות שנשתנו, ניתן להביא את המחלוקת בין הצדדים להכרעת בית-המשפט המינהלי. ואם ההתאמה של תנאי החוזה לנסיבות שנשתנו אינה אפשרית, או אם אין זה סביר לצפות שהצד השני יסכים להתאמה כזאת, או אז ניתן להביא את החוזה לידי סיום. ושוב, בהעדר הסכמה בין הצדדים, מוסמך בית-המשפט המינהלי להכריע אם יש מקום לסיים את החוזה. כמו כן, הרשות המינהלית רשאית לסיים את החוזה, תוך מתן נימוקים, אם הדבר נדרש כדי למנוע נזק חמור מן הציבור. במקרה כזה, זכאי הצד השני לפיצויים על הנזק שנגרם לו.[88]

כמובן, ההסדר החל על חוזים מינהליים לפי הדין הגרמני, אף שהוא מבקש להשיג איזון נאות בין צורכי הכלל לבין זכויות הפרט, איננו ההסדר היחיד הבא בחשבון לצורך זה. לדוגמה, הדין הצרפתי, שאף הוא מבקש להשיג איזון כזה, פיתח הסדר שונה לחוזים מינהליים.[89] המכנה המשותף של הדין הגרמני והדין הצרפתי בהקשר זה הוא, שגם זה וגם זה פותחו על-ידי שופטים מינהליים אשר, מצד אחד, לא ראו עצמם כבולים על-ידי הדין החל על חוזים רגילים, ומצד אחר ראו עצמם מחויבים לפתח דין הולם לחוזים מינהליים.

לעומת שיטות אלה, הדין החל על חוזים מינהליים בישראל נמצא עדיין בראשית דרכו, ויש צורך שבית-המשפט (או, אולי, המחוקק?) יקדם אותו, כדי שיענה על הבעיות והצרכים בתחום זה, כשם שנעשה לגבי חוזים מיוחדים בתחומים אחרים, למשל, בתחום הביטוח.

ו. סיכום

הנטייה של שופטים ומשפטנים אחרים בישראל לפנות לצורך הנחייה או השראה אל שיטות המשפט של אנגליה, ארצות-הברית או מדינות אחרות של המשפט המקובל היא, כמובן, טבעית וחיובית. הקרבה הרבה בין שיטות משפט אלה משפרת את הסיכוי לקליטה טובה של רעיונות, מוסדות או כללים המיובאים לישראל משיטה אחרת של המשפט המקובל. עם זאת, הפנייה אל שיטות המשפט המקובל יש לה גם, בדרך כלל, מגבלה טבעית. פנייה כזאת טובה כדי להוסיף ולפתח מוסד או כלל מקומי על הבסיס הקיים ובאותו כיוון. אולם על-פי רוב אין היא טובה כדי לבנות בסיס אחר, לשנות כיוון של כלל או מוסד, או להכניס רוח חדשה למשפט. לכן, אם יש מקום לרפורמה בתחום כלשהו של המשפט, יש גם טעם לפנות אל שיטת משפט שונה ביסודה, אם יש לה, בכל זאת, מכנה משותף עם שיטת המשפט של ישראל. לשון אחר, במקרה כזה יש טעם לפנות אל שיטת משפט של חברה מערבית, בעלת משטר דמוקרטי ומפותחת מבחינה כלכלית. כאלה הן שיטות המשפט של יבשת אירופה, ובהן גם שיטת המשפט של גרמניה.

88. ראו התוק הגרמני בדבר סדרי המינהל משנת 1976, סעיף 60. ראו גם Singh (לעיל, הערה 9) 53-54.

89. על הדין הצרפתי, ראו N. Brown and J. S. Bell, **French Administrative Law**, (4 ed., 1993) 192 **et seq**.

nevo.co.il

לגרמניה שיטת משפט מפותחת מבחינה עיונית. בתחום המשפט הציבורי נבנתה השיטה מחדש לאחר מלחמת העולם השנייה, עקב הלקחים של המשטר הטוטליטרי בתקופה הנאצית. כיום, הערכים הבסיסיים שלה אינם שונים באופן מהותי מן הערכים הבסיסיים של מדינות דמוקרטיות אחרות, ובהן ישראל. משפטן ישראלי, שאינו דוחה על הסף את האפשרות לקבל מגרמניה תרומה בדרך של רעיונות משפטיים, בגלל משקעי העבר שעדיין חיים בקרבנו, יוכל למצוא במשפט הגרמני שפע של רעיונות. אכן, המשפט הפרטי של מדינת ישראל הלך בדרך זאת וקלט, לדוגמה, את העיקרון של תום-לב בחוזים. לדעתי, אין טעם טוב לכך שרך זאת תיחסם דווקא בפני המשפט הציבורי של מדינת ישראל.

ברשימה זאת הצגתי באופן כללי ושטחי כללים ומוסדות אחדים מן המשפט המינהלי של גרמניה, השונים באופן מהותי מן הכללים והמוסדות המקבילים בישראל, להבדיל מכללים ומוסדות שבהם קיים דמיון בין שתי שיטות המשפט. כזה הוא חוק סדרי המינהל משנת 1976. בתחום סדרי המינהל צוינו הכלל בדבר זכות העיון של האזרח בתיק הרשות המינהלית, ההסדר בדבר תחולה למפרע של החלטות מינהליות והמוסד של השגה מינהלית, כלומר, דיון חוזר במסגרת המינהל הציבורי. בתחום העילות לביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי, הוצגו עילות אחדות שאינן מוכרות או אינן מפותחות במשפט המינהלי של ישראל, והן המידתיות, הוודאות והמוסר.

הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי מתבצעת בגרמניה באמצעות מערכת נפרדת של בתי-משפט מינהליים. בתי-משפט אלה פיתחו לעצמם סדרי דין מיוחדים. במיוחד בולטים ההסדרים שנועדו לאפשר לבתי-משפט אלה לברר ולקבוע באופן עצמאי, בכל דרך שתיראה לבית-המשפט, את העובדות שעליהן מתבססת ההחלטה המינהלית. בתי-המשפט המינהליים מוסמכים לדון גם בחוזים מינהליים. חוזים אלה מוסדרים במידה רבה על-ידי מערכת דינים מיוחדת. בין השאר, חוזה מינהלי כפוף לכלל המאפשר שינוי החוזה לפי בקשת אחד הצדדים, אם הנסיבות שבהן נערך החוזה נשתנו באופן לא צפוי ובמידה מהותית, כדי להתאים את תנאי החוזה לנסיבות שנשתנו.

כללים ומוסדות אלה לא הובאו כדי לומר שראוי לקלוט אותם, כדמותם או בעיקרם, במשפט המינהלי של ישראל. בדרך כלל, קליטה של כללים ומוסדות משיטת משפט אחת לאחרת, גם אם היא רצויה בעניין מסוים, מחייבת זהירות והתאמה לתנאים המיוחדים של השיטה הקולטת. כך הדבר במיוחד כאשר מדובר בשתי שיטות השייכות למשפחות שונות: המשפט האזרחי מזה והמשפט המקובל מזה. עם זאת, הכללים והמוסדות של המשפט המינהלי של גרמניה, שהוצגו ברשימה זאת, יכולים וצריכים, לכל הפחות, לעורר מחשבה ביקורתית לגבי הכללים והמוסדות המקבילים במשפט המינהלי של ישראל.

nevo.co.il

nevo.co.il