

הסמכות המינהלית של יצחק זמיר

יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (נבו, תשנ"ו)

אריאל בנדור*

1. ספרו של יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, יצא לאור לפני כארבע שנים. הספר, המשתרע על-פני שני כרכים, מכיל למעלה מ-1,000 עמודים. בספר נידונות באופן שיטתי רוב סוגיות המשפט המינהלי (להוציא דיני שיקול-הדעת המינהלי והביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי) ואף סוגיות רבות מתחום המשפט החוקתי. בספר חמישה שערים. השער הראשון דן בעקרונות-היסוד של המשפט הציבורי בישראל. השער השני דן בסמכות המינהלית, לרבות מקורות הסמכות, סוגי הסמכויות השונים ורכיבי הסמכות. השער השלישי דן במינהל הציבורי, ובכלל זה המהות הכללית של הרשויות המינהליות והאורגנים שלהן וברשויות המרכזיות – המדינה, הממשלה, השרים, הרשויות המקומיות, תאגידים ציבוריים ועוד; וכן בעובדי-הציבור. השער הרביעי דן במינהל פנימי, ובין השאר באצילה ובנטילה של סמכויות ובהוראות פנימיות. השער החמישי דן בהליך המינהלי, ובתוך זה בחובות ההגנות והיעילות, בחובה לפעול, בתשתית העובדות, בהנהיות מינהליות, בזכות הטיעון (חובת השימוע), בחובת ההיוועצות, בזכות העיון במסמכי הרשות, בחובת ההנמקה, בחובת הפרסום, בתחילת התוקף של נורמות מינהליות ובשינוי החלטות וביטולן.

הספר הוא פסגה של מפעל-החיים של פרופסור זמיר בחקר המשפט המינהלי. על מפעל זה בראש-זבראשונה הוענק לזמיר, כשנה לאחר הופעת הספר, פרס ישראל לחקר המשפט.

2. יצחק זמיר הוא, לטעמי, גדול הכותבים בעברית בתחום המשפט. זמיר יצר סגנון – כמעט שפה – משלו. לשונו של יצחק זמיר, הגם, אולי מפני, שאינה מציינת באופן נוקשה לכללי התחביר השגורתיים,¹ היא זורמת, גמישה וסקופה. כמוה כפיגום סמוי מן

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי לשולמית אלמוג ולעלי זלצברגר על הערותיהם והצעותיהם.

1. למשל: זמיר פותח משפטים לא פעם ב' החיבור. וכך, לדוגמה, כתב: "כך וכך, כדי שהמינהל הציבורי ישרת את טובת הציבור, כפי שמעמדו כנאמן מחייב, הוא מוכרח במקרים רבים לפגוע בטובת הפרט. וההכרח לא יגונה". ובסמוך: "העיונות בין הפרט לבין הציבור קיים ועומד מימי בראשית. מעולם לא היתה לו תשובה ברורה שתתאים לכל הנסיבות. והמדינה המינהלית אך החריפה את העיונות". ראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (נבו, תשנ"ו), 37, 38. כך עולה בידי זמיר להימנע כמעט לחלוטין ממשפטים ארוכים או מורכבים, ובעת ובעונה אחת להטעים את הזיקה בין המשפטים העוקבים ולשמר את זרימת הרעיונות.

העין לבניין הרעיונות, זו שפה המעלימה את עצמה ומבליטה את עצם הדברים. "העלמה עצמית" זאת מתבטאת, מצד אחד, בכך שאין בנכתב כל טרבוול, שלא־פעם נובע בכתיבה אקדמית עיונית משאיפה לדיוק בתוכן. בהירות סגנונו של יצחק זמיר אינה גורעת מדיוק דבריו או מעמקותם. מצד אחר, בשפתו של זמיר אין פרכוס או הידור לשם הידור. יופי הלשון הוא בתכליתיותה. שכן, בתחום המשפט – להבדילו מתחומי עיון אחרים, כגון מדעים מדויקים ורבים ממדעי החברה והרוח, וכמו ביצירות ספרות – ישנה זיקה הדוקה בין לשון ובין מהות. סרבול הניסוח שקול לעתים קרובות לסרבול התוכן, וגם ההיפך נכון. צלילות השפה של יצחק זמיר היא צלילות רעיונותיו. כתיבת הסמכות המינהלית – ולאמיתו של דבר כתיבתו של זמיר בכללותה – "בלשון פשוטה"² הופכת אותה לנגישה במידה רבה גם לאנשי המינהל הציבורי שאינם משפטנים. דווקא פשטות זו היא הישג לשוני־רטורי מתוחכם.

3. איזה חותם הטביע הספר הסמכות המינהלית על המשפט הישראלי? מה ידוע לציבור המשפטנים, בכלל, ולעוסקים במשפט המינהלי, בפרט, באקדמיה ובפרקטיקה, על תורתו של יצחק זמיר הגלומה בספרו הגדול? התשובה המצערת היא: לא הרבה. על זמיר ידוע, שהוא פרופסור "חשוב" ו"מכובד", שפרסם ספרים ומאמרים רבים, בעיקר בתחומי המשפט הציבורי. ידוע שזמיר כיהן כדיקן של שתי פקולטות למשפטים וכיועץ המשפטי לממשלה, עמד בראש מועצת העיתונות, ומשמש כיום שופט בית־המשפט העליון. לציבור הרחב הוא זכור מן הנחישות שגילה ב"פרשת השב"כ". הקרובים במיוחד אצל המשפט המינהלי יזהו אולי את זמיר גם עם דעתו, שספרו השפיטה בעניינים מינהליים שפורסם לראשונה ב-1975 נכתב כדי להציג ולקדם, כי "ניתן ואף ראוי להעביר עניינים מינהליים רבים מבית המשפט העליון אל בית המשפט המחוזי"³. זאת ותו לא. אכן, הספר הסמכות המינהלית מאוזכר רבות בפסיקה⁴ וגם בספרות על משפט מינהלי. עם זאת, רבים מן האזכורים נעשו בבחינת מצוות אנשים מלומדה, ואילו הרעיונות המובעים בספר לא זכו לליבון מעמיק.

מצב זה – שבו אפילו מלומדים אקדמיים, ועל־כל־פנים מלומדים בתחום המשפט, אינם בקיאים אלה בעבודת האחרים, ולא־כל־שכן אינם מתייחסים אליה בפירוט, מתוך תמיכה או בביקורת, בעבודתם־שלחם – אינו ייחודי כמובן באשר ליצחק זמיר. האקדמיה המשפטית בישראל מתאפיינת במיעוט השיח בין החוקרים לבין עצמם.⁵ על כך יש להצטער.

2. דבריו של זמיר, שם, 28.

3. יצחק זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ב), i (מתוך ההקדמה להדפסה השנייה). ראו גם יצחק זמיר, "מכרזים ציבוריים בבית־משפט אורח", משפט וממשל א (תשנ"ב) 197.

4. בדיקה בתוכנת "תקדין" העלתה, כי עד עתה הספר אוזכר בקרוב ל-60 פסקי־דין של בית־המשפט העליון.

5. להוציא הפנומן, שספק אם יש לו מקביל בעולם, של התעסקות חלק ניכר מן הכתיבה האקדמית ואף השיח הציבורי בתחום המשפט בכתביו – פסקי־דין, ספרים ומאמרים – של

4. ברשימה זאת אני מבקש להסב תשומת-לב לקו מאפיין מרכזי אחד – מתוך רבים, שבשל קוצר היריעה לא אדון בהם ברשימה זאת – של השית של יצחק זמיר. זמיר כותב על משפט מינהלי כעל ענף של דיני תאגידים. הוא מסעים את ההבחנה בין רשויות מוסמכות ובין אורגנים של רשויות כאלה. לשיטתו, בני-אדם בשר-ודם אינם עשויים להיות רשויות מוסמכות. שכן, רשות מוסמכת היא, תמיד, תאגיד מופשט. בני-אדם עשויים להיות רק אורגנים של רשות מוסמכת. כותב זמיר, בדונו באצילה של סמכות מינהלית:

האצילה... רק מוסיפה אורגן לרשות המוסמכת. אם ראובן, המכהן כמנהל המכס, אוצל סמכות לסגנו שמעון, פירוש הדבר שמנהל המכס, כרשות מינהלית, יכול מעתה לפעול באמצעות שני אורגנים: ראובן ושמעון... גם לאחר האצילה, עדיין הסמכות מופעלת על-ידי אותה רשות שנקבעה בחוק. למשל, במקרה שסגן המנהל שמעון מפעיל את הסמכות, כמו במקרה שהמנהל ראובן מפעיל את הסמכות, הסמכות מופעלת על-ידי התאגיד המינהלי המכונה מנהל המכס באמצעות אורגן של התאגיד.⁶

משיטתו של זמיר משתמע, למשל, כי אהוד ברק אינו שר-הביטחון. אהוד ברק הוא כיום אורגן של התאגיד הקרוי שר-הביטחון. על-כן אצילת סמכות כלשהי של שר-הביטחון על-ידי אהוד ברק לאחר – למשל: לחבר-הכנסת אפרים סנה, שנתמנה לכהן בתפקיד סגן שר-הביטחון – אינה מעבירה את הסמכות מידי הרשות המוסמכת. הסמכות היתה ונשארה בידי שר-הביטחון. אלא שנוסף על הפעלתה בידי אהוד ברק הסמכות ניתנת להפעלה, עקב האצילה, גם על-ידי אפרים סנה.

זאת ועוד: זמיר סובר, כי "השרים ויתר הרשויות במסגרת המינהל המרכזי פועלים כאורגנים של המדינה, בתחום הציבורי כמו בתחום הפרטי".⁷ כלומר: רוב הסמכויות המינהליות הן של המדינה. מכאן משתמע, אם כי זמיר אינו כותב זאת מפורשות, כי "אצילה" של סמכות אינה אפילו הוספת אורגן מדרג ראשון, אלא היא בדרך-כלל רק הוספה של אורגן משני – אורגן נוסף על אורגן. באקט מעין זה, לפחות לכאורה, אין חשיבות רבה. לא מפתיע אפוא, כי זמיר שולל את החזקה, שנקבעה בפסיקה,⁸ כי בהיעדר סמכות אצילה מפורשת, האצילה אסורה. שכן, לנוכח דעתו של זמיר, שאין באצילה דבר

נשיא בית-המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק, תופעה זו ראויה להתייחסות נפרדת. השוו רועי עמית, "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הכרקי כקאנון בהתהוות", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 81.

6. זמיר (לעיל, הערה 1), 520-521.

7. שם, 317.

8. ראו בג"ץ 2303/90 ואח' פיליפוביץ ואח' נ' רשם החברות ואח', פ"ד מו (1) 410.

הנוגד את החוק, שבו נידונים התאגידים המוסמכים ולא בני-האדם המשימים המשמשים אורגנים שלהם – אין כל סיבה לחזקה נגד האצילה, הפוגעת במינהל התקין.⁹ גישתו של זמיר תובעת ממנו לתת את דעתו לשאלה, אם רשויות מינהליות – בהיותן תאגידים מופשטים – עשויות לשמש אורגנים של רשויות אחרות. זאת במיוחד לנוכח דעתו האמורה, כי המדינה היא אישיות משפטית, וזאת לא במשפט הפרטי בלבד, כמקובל, אלא גם במשפט הציבורי. אך "לכאורה נוצר כאן קושי מבחינה עיונית, שכן 'השר' איננו אדם בשר ודם, כמו אורגן רגיל, אלא הוא עצמו תאגיד או, ליתר דיוק, תאגיד מינהלי. כיוון שכך, אף השר אינו יכול לפעול אלא באמצעות אורגן".¹⁰ זמיר פותר קושי לכאורי זה בקובעו, כי מתאגיד, שהוא אורגן, אין מניעה לפעול באמצעות אורגן משלו. כלומר: האורגנים של המדינה, שהיא תאגיד, הם רשויות מוסמכות, כגון שרים, שאף הן תאגידים. ואילו רשויות מוסמכות אלה, מצדן, פועלות באמצעות אורגנים משלהן, שהם בני-האדם המכהנים בהן.¹¹

גישה זו של זמיר אינה שכיתה. ויהיו בין רשויות מוסמכות ובין בני-האדם המכהנים בהן מקובל לא רק בשיח הציבורי הכללי, אלא גם בפסיקה ובספרות בתחום המשפט המינהלי, ומשתמע גם מחוקים רבים הקובעים סמכויות של רשויות ציבוריות ואף מחוקי-יסוד. כך, למשל, בחוקי-יסוד: הממשלה,¹² נקבע בסעיף 7, כי "כהונתם של ראש הממשלה ושל השרים תהיה לתקופת כהונתה של הכנסת שעמה נבחרו"; בסעיף 19(א), כי "הכנסת רשאית, ברוב של חבריה, להביע אי-אמון בראש הממשלה"; בסעיף 23(א), כי "ראש הממשלה רשאי... להתפטר"; ובסעיף 25(א), כי "לא תיפתח חקירה פלילית נגד ראש הממשלה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, ולא יוגש כתב אישום נגד ראש הממשלה אלא בידי היועץ המשפטי לממשלה". הוראות אלה כולן, הגם שהן דנות – לפי לשונן – בראש-הממשלה, עניינן בני-האדם המשמשים אורגנים של ראש-הממשלה. ראש-הממשלה כתאגיד הוא בעל רציפות.¹³ כהונתו אינה מוגבלת בזמן, אי-אפשר להביע בו אי-אמון, הוא לא עשוי להתפטר, וכמובן אי-אפשר לפתוח נגדו חקירה פלילית או להעמידו לדין. ההוראות האמורות בחוקי-יסוד: הממשלה עוסקות – כך נראה – בבני-האדם המשמשים אורגנים של ראש-הממשלה ולא בראש-הממשלה. ההלכה הפסוקה, שכאמור קובעת חזקה כנגד אצילה של סמכות, מבוססת במידה רבה על תפיסת האצילה כהעברת הסמכות לידי

9. ראו זמיר (לעיל, הערה 1), 570-564.

10. שם, 325, הערה 30.

11. ראו שם, שם.

12. ס"ח תשנ"ב 214.

13. לעמדה בדבר רציפות הכנסת ולשלילת ההבחנה בין "הכנסת הראשונה", "הכנסת השנייה" וכו' השוו ע"א 6821/93, רע"א 1908/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221, דברי הנשיא כרק, עמ' 393. ל"חיות התמידית" של תברות (אך לא של שותפויות) דאו יוסף גרוס, חוק החברות החדש (תאגידים, תש"ס), 38.

רשויות נוספות, שלא נקבעו בחוק המסמך.¹⁴ גם פרופ' ברוך ברכה, להבדילו מזמיר, אינו נוטה להבחין בחדות בין רשויות מינהליות ובין האורגנים שלהן. כך, למשל, בדונו בסוגיית האצילה, נזקק ברכה לעיקרון כי "אין שלוח עושה שלוח".¹⁵ משמעות עיקרון זה בהקשר שנידון היא, כי "הרשות המינהלית היא שלוחתו של המחוקק שהעניק לה את הסמכות; אין בכוחה לאצול סמכותה ולהכניס לזירה שלוח חדש (שלוח-משנה) שלא מכוח דבר שולחה, קרי: המחוקק".¹⁶ כלומר: אצילה אינה הוספת אורגן בלבד לרשות המוסמכת – השלוחה המקורית, אלא הוספת שלוח חדש, בלא הסמכת הרשות המחוקקת, שהיא השולחת.

למרות החידוש שבגישתו התאגידית, זמיר אינו דן באופן ממצה בטעמיה המהותיים, ואת גישתו הוא מציג כעובדה קיימת. טעמים להכרה באישיות משפטית נפרדת של תאגידים ולהצבת מסך בין תאגידים ובין האורגנים שלהם נידונים בספרות העוסקת בתאגידים מתחום המשפט הפרטי, ובמיוחד בחברות.¹⁷ במרכז טעמים אלה עומד רצון לאפשר לציבור להשקיע מכספו בעסקים, בלא חשש לאחריות אישית במקרים של כישלון עסקי. הדבר מעודד גידול וצמיחה וממעיט צריכה בבוזנית.¹⁸ רק מקצת מן השיקולים מתחום המשפט הפרטי הם רלבנטיים לשאלת האישיות המשפטית הנפרדת של רשויות מוסמכות. אכן, כמו במשפט הפרטי, ההפרדה בין רשות ובין האורגנים שלה מאפשרת להטיל במקרים מסוימים אחריות משפטית על הרשות בגין מעשי האורגן, ובכך למנוע זהירות יתר של האורגנים או רתיעה מלשמש בתפקידים ציבוריים. עם זאת, הדעת נותנת כי הפרדה בין רשויות מוסמכות ובין האורגנים שלהן משרתת גם מטרות נוספות על מטרות ההקניה של אישיות משפטית נפרדת לתאגידים פרטיים, ואולי גם הסותרות אותן.¹⁹ ואלה שתי תוצאות חשובות הנובעות – לדעתי – מגישתו של זמיר, המטעימה את ההבחנה בין רשויות ובין האורגנים שלהן.

ראשית, גישה זאת שומרת על רציפות הממשל והמינהל הציבורי. ממשלת ישראל היא אותה ממשלה גם אם האורגנים שלה (בני-האדם המכהנים כראש-הממשלה והשרים) התחלפו עקב בחירות, וכמוה הרשויות המקומיות וכל שאר הרשויות. החלפת אורגן אינה

14. יצחק זמיר מתנגד, כאמור, להלכה זו על-יסוד גישתו התאגידית, שלפיה אצילה אינה מוסיפה רשויות מוסמכות אלא אורגנים בלבד.

15. ראו ברוך ברכה, משפט מינהלי (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 152-171.

16. שם, 153.

17. לדיון מפורט ראו אירית חביבי-סגל, דיני חברות (כרך א, אליטק, תשנ"ט), 79 ואילך.

18. ראו אוריאל פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים לישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשמ"ט), 46.

19. כך, למשל, מטרתה המקורית של התורה האורגנית דיני חברות, המזהה בעלי תפקידים בתאגיד עם התאגיד עצמו, היתה להתגבר על שלילת אחריות שילוחית בכמה מגזרים של המשפט, ובמיוחד דיני העונשין. ראו פרוקצ'יה, שם, 76. לעומת זאת, ההפרדה שמטעים זמיר בין רשויות ציבוריות מוסמכות ובין האורגנים שלהן, מיועדת כנראה, בין השאר, לצמצם את הויקה בין הרשות ובין האורגנים.

שקולה לשינוי הרשות המוסמכת.²⁰ החלטות של רשות מוסמכת עומדות בתוקפן גם אם האורגנים שלה התחלפו. אורגן של רשות מוסמכת, שיבקש לשנות או לבטל החלטה שהתקבלה עליידי אורגן שקדם לו, עשוי להיתבע לעמוד בדרישות - שלא פעם הן מכבידות למדי²¹ - לשינוי החלטה מינהלית עליידי הרשות שקיבלה אותה. שנית, מגישת זמיר נובעת - כך נראה לי - הדגשה של התכנים שהפעולות וההחלטות השלטוניות מגשימות הלכה למעשה, להכדילם מן השיקולים שהיו, או לא היו, לנגד עיניהם של עובדי הציבור שפעלו כאורגנים של הרשויות המוסמכות. אין די בכך שהאורגן של הרשות המוסמכת היה מודע לשיקולים הרלבנטיים ולתכליות הראויות. המחשבות של האורגנים - אף אם מצליחים להוכיחן - אינן מטרה בפני עצמה, ולדין אין בהן עניין כשהן לעצמן. הדין מבקש להגשים תכליות פוליטיות מהותיות אלה ואחרות. הגשמתן של תכליות אלה צריכה לבוא לידי ביטוי ככל האפשר בתוכן הפעולות וההחלטות. "התחשבות" בשיקולים שנקבעו בדין משמעותה מתן ביטוי לאותם שיקולים, ולא רק מחשבה עליהם. החלטה שהתקבלה מתוך מודעות למכלול השיקולים הרלבנטיים, אך אינה מבטאת אותם בתוכנה, עשויה להיפסל.²² כלל זה יהיה אפשר להנחיל ביתר הצלחה, אם תופנם המהות התאגידית המופשטת של רשויות השלטון. אלה - בשל אופיין המופשט - ייבחנו במעשיהן, בעוד שלמחשבות האורגנים שלהן תינתן מידה משנית בלבד של חשיבות.

5. הבחנתו של יצחק זמיר בין רשויות המינהל ובין האורגנים שלהן היא רק אחד הקווים המאפיינים את ספרו. הסמכות המינהלית רצוף, לצד היותו ספר-יסוד (textbook) וספר-לימוד מצוין,²³ בחידושים, ברעיונות ובהצעות מעוררי מחשבה ובעלי ערך רב. הסמכות של יצחק זמיר בתחום המשפט המינהלי נובעת לא רק ממעמדו הבכיר באקדמיה, אלא גם מניסונו העשיר בעולם המעשה, בין השאר כיועץ המשפטי לממשלה וכשופט בית המשפט העליון. ראוי כי הסמכות המינהלית של יצחק זמיר תהפוך את הסמכות המינהלית לא רק למקור לאזכור ריטואלי בפסיקה ובספרות, אלא גם למקור מהותי של השיח והפרקטיקה של המשפט המינהלי בישראל.

20. והשוו לעמדת השופט זמיר, בדעת יחיד, כי רשויות מוסמכות הן התגלמות של הציבור. ראו בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ ואח', פ"ד נב (1) 289, עמ' 314.

21. ראו זמיר (לעיל, הערה 1), 1001-1002.

22. ראו דנג"ץ 3299/93 ש' ויכסלכאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (2) 195, דברי השופט דורנר, עמ' 209-210.

23. מן ההקדמה לספר מסתבר, כי כוונתו המקורית של המחבר אכן היתה לכתוב ספר-לימוד לסטודנטים למשפטים. ראו זמיר (לעיל, הערה 1), 27-28.