ספרות

Judicial Review of Administrative Action

S.A. de Smith, M. Woolf and J.L. Jowell
(5th ed., Sweet and Maxwell, London, 1995)

יצחק זמיר*

זה מקרוב יצאה לאור באנגליה המהדורה החמישית של הספר הביקורת השיפוטית על המעשה המינהלי מאת דה סמית. המהדורה הראשונה של הספר, שהופיעה בשנת 1959, חוללה מהפכה (במובן הרווח כיום, כלומר, שינוי מהותי) במשפט המינהלי של אנגליה. המהדורה החמישית אף בה יש מן הרוח של מהפכה.

בשנת 1956 יצאתי ללונדון, מטעם האוניברסיטה העברית בירושלים, כדי לכתוב עבודת דוקטור בתחום המשפט המינהלי. אותם ימים, אבן השתית של המשפט הישראלי עדיין היתה מוצבת באנגליה, ולא בארצות־הברית. אך אנגליה, שהיתה לה מסורת משפטית וספרות משפטית ראויות לכבוד בתחומים שונים של המשפט, היתה אז עלובת נפש בתחום המשפט המינהלי. המשפט המינהלי של אנגליה עדיין לא השתחרר, במחצית המאה הזאת, מעניבת החנק שנכרכה סביבו על ידי דייסי, הקיסר של המשפט החוקתי באנגליה, בסוף המאה הקודמת. דייסי הצהיר כי באנגליה אין משפט מינהלי, ולא צריך להיות משפט מינהלי, ועל כך גאוותה של אנגליה. ומדועז משום שבאנגליה, להבדיל מצרפת, שורר שלטון החוק במובן האמיתי של המושג. שלטון החוק במובן זה, לשיטתו של דייסי, מחייב שדין אחד יהיה לשלטון ולאזרח: דין אחד בחוזים, בנזיקין ובכל תחום אחר. כיוון שכך, אין מקום למערכת נפרדת של דינים, ובוודאי שאין צורך במערכת נפרדת של בתי־משפט, כמו בית־המשפט המינהלי בצרפת, להסדרת היחסים שבין השלטון לבין האזרח.

המשפט המינהלי של אנגליה באותם ימים, שלא הצליח להשתחרר מן הקונספציה של דייסי, התעלם מן המציאות, שיצרה בקצב נמרץ חוקים ותקנות שהעניקו סמכויות רבות לרשויות מינהליות בכל תחום ועניין, ואפילו מפסקי־הדין שהסדירו את הפעלת הסמכויות

---

* שופט בית־המשפט העליון.

nevo.co.il

המינהליות. אין תימה שהספרות על המשפט המינהלי היתה עלובה מאד.[1] רק בראשית שנות החמישים יצא לאור באנגליה הספר המודרני הראשון שנתן סקירה כללית על המשפט המינהלי: עקרונות המשפט המינהלי מאת גריפית וסטריט.[2] קיבלנו את הספר בישראל וכך שמענו לראשונה על פרופ' גריפית. הוא היה המומחה האחד והיחיד במשפט המינהלי של אנגליה עליו ידענו. וכך, בדרך הטבע, ובעצם בלית ברירה, נסעתי לכתוב את עבודת הדוקטור בהדרכתו.

זמן קצר לאחר שהגעתי ללונדון שמעתי על סטנלי דה סמית. דה סמית היה אז, כמו גריפית, מרצה צעיר בתחום המשפט הציבורי בבית הספר לכלכלה של לונדון (London School of Economics). הוא היה שקוע אותו זמן בכתיבה של עבודת הדוקטור שלו. אחד הפרקים בעבודתו עסק בפסק־הדין ההצהרתי. זה היה הנושא של עבודת הדוקטור שלי. וכך נפגשו דרכינו. הוא הצטרף כמדריך נוסף לעבודת הדוקטור, והזדמן לי לעמוד לצדו במהלך כתיבת עבודת הדוקטור שלו, עד שסיים אותה ופרסם אותה כספר, הלא הוא הביקורת השיפוטית על המעשה המינהלי.

ספר זה ציין את תחילת המעבר של המשפט המינהלי באנגליה ממעמד של בן חורג, כמעט בן בלתי־תוקי, למעמד של ילד פלא. ראשית, הוא חשף בפני הקהילה המשפטית עושר גדול של פסיקה שהסדירה נושאים רבים של הפעילות המינהלית. שנית, הוא הכניס מידה רבה של סדר בתוהו־ובוהו של הפסיקה, ולא הסתפק בארגון הפסיקה לפי ענייניים, באופן פרגמטי ופרקטי, אלא טרח בכל עניין לסחוט מפסקי־הדין כללים ולהראות גם את ההיגיון שמאחורי הכללים. שלישית, אף כי לכאורה הספר עסק רק בביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי, בפועל הוא הציג תמונה רחבה (אם כי לא שלמה) של המשפט המינהלי. כך קרה כמעט באופן טבעי, שכן באנגליה המשפט המהותי התפתח מן הסעד המשפטי, במיוחד במשפט המינהלי. אדם היה מבקש מבית־המשפט, לדוגמה, סעד של צרטיוררי (בתרגום מקובל לעברית: צו בירור). אולם מתי זכאי אדם לצרטיוררי? התשובה הובילה ליצירת כללים מהותיים. למשל, אם הרשות מילאה תפקיד מעין שיפוטי, אך לא נתנה לאדם הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפניה, הרי זו עילה למתן צרטיוררי. וכך נוצר הכלל בדבר זכות הטיעון, באמצעות הסעדים המשפטיים, אחד לאחד, הציג דה סמית את מערכת הכללים של המשפט המינהלי.

בזכות ספר זה, במידה רבה, המשפט המינהלי של אנגליה זקף את גבו. דה סמית נעשה אורים ותומים של המשפט המינהלי, לא רק באנגליה אלא בכל מדינות המשפט המקובל, ואף בישראל. יעידו על כך אזכורים רבים של ספרו לאורך שנים בפסקי־הדין של בית־המשפט העליון בישראל.[3]

דה סמית הספיק לערוך עוד שתי מהדורות של ספרו (השלישית בשנת 1973) עד שנפטר בחטף, בדמי ימיו, ממחלת הסרטן. המהדורה הרביעית יצאה לאור בשנת 1980

1. ראו ה' קלינגהופר, משפט מינהלי (1957), עמ' 47-53.
2. J.A.G. Griffith and H. Street, **Principles of Administrative Law**, London (1951).
3. ראו ביקורת על המהדורה השנייה של ספר זה: I. Zamir, "Judicial Review of Administrative Action", Second ed., by S.A. de Smith, 4 **Israel L. Rev.** 294 (1969).

בעריכתו של פרופ' אוואנס מן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת יורק, בטורונטו שבקנדה. במשך כל השנים האלה שמר הספר על מעמד של בר־סמכא ראשון במעלה. אך בשנים האחרונות הלך הספר והתיישן ובמקביל הלך ואיבד מערכו.

עכשיו, חמש עשרה שנים לאחר שהופיעה המהדורה הרביעית של הספר, באה לו עדנה. המהדורה החדשה זכתה, לא לעורך חדש, אלא למחברים חדשים. היא נושאת את שמותיהם של מחברים אלה: דה סמית, וולף וג'ואל. מי הם שני המחברים שהצטרפו לדה סמית? הרי וולף הוא השופט וולף. כשופט עשה קריירה מהירה ומזהירה מבית־המשפט של ערכאה ראשונה ער שהתמנה, לפני שנים אחדות, שופט של בית הלורדים. הוא רכש לעצמו שם של מומחה מספר אחד למשפט המינהלי בקרב השופטים. לאחרונה הלו חילופי גברי חשובים במערכת השיפוט של אנגליה. השופט פטר טיילור התפטר מתפקידו כוקן השופטים, עקב מחלה, והתפטרותו גררה שינויים אחרים בצמרת המשפט האנגלי. בין היתר, לורד וולף ירד מבית הלורדים לכהן בבית־המשפט לערעורים בתפקיד של Master of the Rolls, זו היתה גם, לפני שנים, דרכו של לורד דנינג. אכן, רק באנגליה יתכן עדיין אבסורד כזה: שירידה לערכאה נמוכה יותר תיחשב להעלאה בדרגה מקצועית. המחבר השני, ג'פרי ג'ואל, הוא פרופסור למשפט מינהלי (וסגן הרקטור) ב־University College של לונדון. הוא ביסס לעצמו מעמד של אחד מגדולי המומחים במשפט המינהלי של אנגליה.

הצירוף של שני אלה כמחברים, לצידו של דה סמית, העניק לספר מימד חדש. הוא מוסיף לספר יוקרה גדולה ומשקל רב. מה שנאמר בו משקף עמדה של גדולי המומחים במשפט האנגלי, במחקר ובשיפוט. עמדה כזאת יש לה סיכוי של ממש להשפיע הלכה למעשה. מעבר לכך, וולף וג'ואל לא הוציאו מתחת ידם רק מהדורה מעודכנת של דה סמית, אלא הרבה יותר מכך: הם הוציאו, על בסיס ספרו של דה סמית, יצירה חדשה. המהדורה החמישית של הספר שונה מן המהדורות הקודמות מבחינות אחדות. ראשית, המבנה שונה במידה רבה, פרקים חדשים הוספו ופרקים ישנים שוכתבו. שנית, הרבה מאד חומר נתווסף: הספר הוכפל באורכו (הוא כולל כיום למעלה מאלף עמודים). שלישית, ובעיקר, הספר מבטא את ההתפתחות המהירה מאד של המשפט המינהלי באנגליה בשנים האחרונות. וולף וג'ואל מציינים בהקדמה כי המשפט המינהלי התפתח מאד באנגליה מאז הופיעה המהדורה הראשונה ועד שהופיעה המהדורה הרביעית, אך הוא התפתח עוד יותר מאז הופיעה המהדורה הרביעית ועד היום. אכן, בר־סמכא באנגליה אומרים כי אין במשפט האנגלי תחום שהתפתח כל כך בתקופה האחרונה כמו המשפט המינהלי.

וולף וג'ואל אינם מסתפקים בהצגה של ההתפתחות המרשימה. הם מבקשים לדחוף את המשפט המינהלי קדימה, לעבר רעיונות וכללים חדשים, בשהם עוקבים אחר ההתפתחויות במדינות אחרות, ובמיוחד בקהילה האירופית. הם מגלים פתיחות ונועזות שאינן אופייניות למשפט האנגלי. כך, למשל, הם מתייחסים אל עילת המידתיות (הפרופורציונליות), שזה מקרוב הוכרה באופן רשמי על ידי בית־המשפט העליון בישראל כעילה בפני עצמה לביקורת החלטות מינהליות: הם סבורים שהגיעה השעה לאמץ את המידתיות כעילת ביקורת נפרדת באנגליה.

מעניינת השיטה שהמחברים מאמצים לעצמם לצורך המיון של עילות הביקורת על

המינהל הציבורי. בעקבות פסק־דין מפורסם של לורד דיפלוק,[4] הם מחלקים את כל עילות הביקורת לשלוש קטגוריות (שהן, כביכול, עילות־על). הקטגוריה הראשונה היא: אי־חוקיות (illegality). היא כוללת את העילה של חוסר סמכות (במובן של חריגה מגבולות הסמכות כפי שהותוו על ידי לשון החוק) ואת העילה של מטרה זרה. הקטגוריה השניה היא: הגינות ההליך המינהלי (procedural fairness). היא כוללת פגמים בסדרי ההליך, כלומר בפרוצדורה המינהלית, ובעיקר פגם של ניגוד עניינים ופגיעה בזכות הטיעון. הקטגוריה השלישית מתבססת על הסבירות (rationality). נכללים בה תום הלב מזה והשרירות מזה, איזון האינטרסים, הוודאות והציפיה הלגיטימית, השוויון ואולי גם המידתיות.

המהדורה החמישית כוללת מספר נושאים חשובים שלא נדונו כלל במהדורות הקודמות. ראוי לציון מיוחד הפרק (מס' 21) הדן בהשפעה החשובה של משפט הקהילה האירופית על המשפט המינהלי של אנגליה. למעשה, משפט הקהילה האירופית הנחית מכת מוות על תורת הריבונות המוחלטת של הפרלמנט באנגליה, שהיתה הבסיס לכל שיטת המשפט האנגלי. הוא הכפיף את חוקי הפרלמנט לאמנות הקהילה. מי שמדבר עדיין על ריבונות המחוקק האנגלי, כאילו אין לה גבולות, חי את האתמול, לא את היום. ויש חשיבות לציין זאת, כיוון שבישראל יש עדיין כאלה הדוגלים בריבונות מוחלטת של המחוקק, כשהם מסתמכים על הריבונות של המחוקק באנגליה, שבפועל היתה ואיננה עוד. המשפט של אנגליה כפוף כיום לנורמות חיצוניות, כלומר, נורמות של הקהילה האירופית, ויש לכך נפקות גם בתחום המשפט המינהלי. לדוגמא, בית־המשפט האנגלי מוסמך לבטל תקנות והחלטות מינהליות בשל פגיעה בעקרון השוויון, לא רק אם הן חורגות מן החוק האנגלי, אלא גם אם הן סותרות אמנה או הנחיה של הקהילה האירופית. התוצאה היא, שהמינהל הציבורי של אנגליה מונחה עכשיו על־ידי תחליף חוקה: מערכת של זכויות וערכים המעוגנים במשפט הקהילה האירופית.

ראוי גם לציין כי פרקים אחדים בסוף הספר עוסקים במשפט מינהלי מיוחד: הם מציגים ענפים שונים של המינהל הציבורי, ובכלל זה תכנון ובניה, מיסוי, הגירה, ביטחון סוציאלי, ועוד.

ומה ערכו של הספר למשפטן בישראל? כידוע, המשפט המינהלי של אנגליה דומה בעיקרו למשפט המינהלי של ישראל. מבחינה זאת הוא שונה מן המשפט המינהלי של מדינות יבשת אירופה. השוני בין המשפט הישראלי לבין המשפט האירופאי, כגון הצרפתי או הגרמני, הוא כשלעצמו מגרה ומפרה: הוא חושף אפשרויות אחרות ופותח דרכים חדשות. לא כך המשפט המינהלי של אנגליה. אכן, גם בו יש, מבחינת המשפט הישראלי, שוני וחידוש בעניינים מסויימים, ולעתים שוני חשוב, שראוי ללמוד ממנו. כזאת היא, לדוגמא, האפשרות (הנדונה בפרק 19 של הספר) לתבוע בהליך אחד סעד מינהלי (כגון, ביטול ההחלטה המינהלית) וסעד כספי (כגון, פיצויים בחוזים או בנזיקין). אולם בסך הכל, המשפט המינהלי של אנגליה, ככל שההתפתחות שלו בתקופה האחרונה גדולה ומרשימה, אינו פותח אופקים חדשים בפני המשפט המינהלי של ישראל. עם זאת, ודווקא בשל כך,

4. Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] A.C. 374.

nevo.co.il

הוא מסמס, וראוי לשמש, מושא להתייחסות שוטפת: ביוון שהמוסדות והכללים המשפטיים דומים כל כך בישראל ובאנגליה, אשר ובדאי להסתייע בעושר הרב של הפסיקה והספרות באנגליה כדי למצוא תשובות לשאלות שעדיין נותרו פתוחות במשפט ישראל. מבחינה זאת, המהדורה החמישית של דה סמית, וולף וג'ואל היא נכס שלא יסולא בפז לחוקר, ליועץ המשפטי ולעורך הדין.

nevo.co.il