

## הזכות המינהלית

### יצחק זמיר\*

ספר החוקים מלא וגדוש בסמכויות המוקנות לרשויות מינהליות בכל תחומי החיים. הסמכות המינהלית מקנה לרשות כוח לשנות את המצב המשפטי של אדם באופן חד-צדדי. ואולם, המשפט מטיל על הרשות חובות המגבילות את הסמכות. כאלה הן, לדוגמה, החובה להפעיל את הסמכות במהירות ראויה, לתת הזדמנות להשמעת טענות, לשקול רק שיקולים ענייניים, לנמק את ההחלטה. כנגד החובה המוטלת על הרשות קמה זכות לאדם, למשל זכות שהרשות תיתן הזדמנות להשמעת טענות. לזכות כזאת אפשר לקרוא זכות מינהלית. הזכויות המינהליות רבות מספור: לצד כל סמכות מינהלית קיימות זכויות מינהליות מיוחדות לאותה סמכות, כגון זכות לשימוע לפני הפקעת מקרקעין. אפשר להכליל את כל הזכויות המינהליות תחת קורת גג של זכות-אם: זכותו של כל אדם שלא להיפגע על ידי החלטה מינהלית שהתקבלה שלא כדין.

הזכות המינהלית שונה מאוד מן הזכות האזרחית, המוקנית לאדם ביחסיו עם אדם אחר, שכן היא מוסדרת על ידי מערכת נפרדת של כללים, הלוא הם כללי המשפט המינהלי, ועל פי רוב היא נדונה לפי סדרי דין ודיני ראיות שונים בפני ערכאות מיוחדות: בג"ץ, בית המשפט לעניינים מינהליים ובתי דין מינהליים.

המשפט המינהלי ממוקד מאז ומתמיד בסמכות המינהלית, כלומר בכוח המוקנה לרשות ובחובות המגבילות את הכוח. בהתאם לכך, השיח המשפטי, בפסיקה ובספרות, הוא שיח של סמכות ולא שיח של זכויות. בשל כך הוזנחה מאוד הזכות המינהלית, והיא סובלת מחולשה רבה בהשוואה לזכות האזרחית.

---

\* שופט (בדימוס), בית המשפט העליון; פרופסור (אמריטוס), האוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה מבוסס על פרק מתוך ספרי יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף (2014). אני מבקש להודות לפרופ' אהרן ברק, נשיא (בדימוס) בית המשפט העליון, ולד"ר אלעד אורג, מרצה בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אוננו, על הערותיהם לטיוטת המאמר. תודתי נתונה גם לחברי מערכת **משפט וממשל** על הערות טובות שסייעו לשפר את המאמר.

חולשת הזכות המינהלית באה לידי ביטוי בהקשרים שונים. אדם שנפגע בזכות אזרחית רשאי להגיש "תביעה", ואילו אדם שנפגע בזכות מינהלית רשאי להגיש "עתירה". העתירה, לעומת תביעה, צריכה לפרט את הנימוקים שבעובדה ובחוק ולהיות נתמכת בתצהיר בדבר נכונות העובדות. בית המשפט רשאי לדחות את העתירה על יסוד אחד משורה ארוכה של כללי סף: משום שהעניין אינו שפיט או שהוא תאורטי, שהעתירה מוקדמת או מאוחרת, שקיים סעד חלופי, שהעותר אינו נקי כפיים ועוד. אמנם גם בית משפט אזרחי רשאי לדחות תביעה על יסוד כללי סף, אך המערכת של כללי הסף בעניין אזרחי מצומצמת הרבה יותר, להלכה ולמעשה. בדרך כלל העותר המינהלי, בניגוד לתובע אזרחי, אינו רשאי להגיש שאלונים, לבקש גילוי מסמכים או לחקור מצהירים. כמו כן, גם אם הוכיח העותר המינהלי את עילת העתירה, אין הוא זכאי לקבל סעד אלא, לפי תורת התוצאה (הבטלות) היחסית, אם ובצורה שבית המשפט יראה לנכון בנסיבות המקרה.

אכן, יש הצדקה להבדלים מסוימים בין הזכות המינהלית לבין הזכות האזרחית בנוגע לאפשרות ההגנה על הזכות. אך האם יש הצדקה לכל ההבדלים הקיימים? השאלה מעולם לא נבחנה באופן רציני. הגיע הזמן לבחון שאלה זאת. לדעתי יש צורך ברפורמה שתחזק את הזכות המינהלית.

הקדמה. א. מהי זכות מינהלית. ב. תולדות הזכות המינהלית. ג. הזכות המינהלית בישראל. ד. מעמד הזכות המינהלית. ה. היקף הזכות המינהלית. ו. סיכום.

## הקדמה

היחסים שבין אדם לשלטון שונים מבחינה משפטית מן היחסים שבין אדם לאדם. היחסים המשפטיים שבין אדם לאדם בנויים על בסיס של שוויון, ואילו היחסים שבין אדם לשלטון בנויים על בסיס של כפיפות מצד אחד ומרות מצד אחר. בהתאם לכך, המושג המרכזי ביחסים שבין אדם לאדם הוא הזכות, שאפשר לקרוא לה זכות אזרחית, שעה שהמושג המרכזי ביחסים שבין אדם לשלטון הוא הסמכות. החוק מקנה לרשויות השלטון סמכויות רבות, ומכוח סמכויות אלה הרשות רשאית לשנות את המצב המשפטי של אדם באופן חד-צדדי, אם להיטיב עמו ואם לפגוע בו.

ואולם, סמכות אינה רק כוח אלא גם חובה. החוק מטיל על הרשות חובה להפעיל את הסמכות ומכפיף אותה לכללים בהפעלת הסמכות, כגון חובה להפעיל את הסמכות על יסוד תשתית סבירה של נתונים, לפעול במהירות הראויה, לשמוע טענות לפני הפעלת הסמכות, להתחשב רק בשיקולים ענייניים, לנהוג באופן מידתי, לנמק את החלטה ועוד. כנגד כל חובה כזאת המוטלת על הרשות קמה, בדרך כלל באופן משתמע, זכות לאדם, למשל הזכות להשמיע טענות בפני הרשות לפני שמתקבלת החלטה שעלולה לפגוע בו. זכות כזאת היא זכות מינהלית. קיימות זכויות מינהליות רבות ומגוונות. המכנה המשותף לכל הזכויות המינהליות היא הזכות, הנתונה לכל אדם, שלא להיפגע על ידי החלטה מינהלית בלתי חוקית.

הזכות המינהלית שונה באופן מהותי מן הזכות האזרחית. היא מוסדרת על ידי מערכת שונה של כללים, הלוא הם כללי המשפט המינהלי; היא מוגנת בדרך כלל על ידי מערכת נפרדת של ערכאות: בתי דין מינהליים, בית המשפט לעניינים מינהליים ובג"ץ; ערכאות אלה פועלות על פי סדרי דין ודיני ראיות מיוחדים, ויש להן שיקול דעת רחב מאוד בשאלה מהו הסעד הראוי בכל מקרה.

אף כי הזכות המינהלית היא מושג מרכזי וחשוב ביחסים שבין אדם לשלטון, היא לא זכתה עד כה למעמד מוכר. הסיבה העיקרית לכך היא שהן החוק החרות והן ההלכה הפסוקה מדברים על פי רוב בלשון של סמכות המוקנית לרשות המינהלית, ולצדה חובות המוטלות על הרשות, ולא בלשון של זכות המוקנית לאדם. לכן, השיח המשפטי בתחום המשפט המינהלי היה מלכתחילה, ונותר עד היום, בעיקר שיח של סמכויות ולא שיח של זכויות.

הזנחת הזכות המינהלית בשיח המשפטי יכולה להסביר, במידה רבה, את החולשה של זכות זאת בהשוואה לזכות האזרחית. חולשת הזכות המינהלית באה לידי ביטוי, למשל, בכללי הסף הרבים המאפשרים לדחות עתירה מינהלית ללא דיון לגוף העניין, בסדרי דין מיוחדים, כגון היעדר אפשרות לבקש גילוי מסמכים או לחקור מצהירים, המקשים על אדם את ההגנה על הזכות המינהלית ועוד. יש הבדל מהותי בין הזכות המינהלית לבין הזכות האזרחית, והבדל זה אכן מצדיק שוני בכללים המסדירים את ההגנה על הזכות. עם זאת, חולשת הזכות המינהלית, כפי שהיא קיימת כיום, אינה מוצדקת.

מן הראוי אפוא להעלות את הזכות המינהלית על סדר היום של המערכת המשפטית, להקנות לה את ההכרה והמעמד שהיא ראויה להם ולשקול את הצורך ברפורמה שתחזק אותה ככל שנדרש לאור השיקולים הנוגעים לעניין.

## א. מהי זכות מינהלית

הזכות המינהלית קיימת בישראל מאז ומתמיד, אך היא נחבאת אל הכלים ולכן כמעט אינה מוכרת, אפילו בקרב משפטנים. אין תמה שהיא לא זכתה להכרה רשמית ולמעמד ראוי במשפט ישראל.<sup>1</sup> מכאן השאלות: מהי זכות מינהלית? במה היא שונה מזכויות אחרות? האם היא ראויה להכרה כסוג מיוחד של זכות? מהו המעמד שלה ומה היקפה? זכות היא מושג מורכב. אין לה הגדרה אחת שתהיה הולמת את כל סוגי הזכויות. גם כאשר מדובר בזכות משפטית, קיימים סוגים שונים של זכויות, ובהתאם לכך קיימות גם הגדרות

1 נראה כי הזכות המינהלית, כסוג מיוחד של זכות, אינה נזכרת כלל בספר החוקים או בספרות המשפטית. היא נזכרת בפסיקה לראשונה בדברי השופט ברק בבג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988). לאחר מכן היא נזכרה בפסיקה כבדרך אגב במקרים מעטים בלבד. ראו להלן ה"ש 86.

שונות (ובדרך כלל, שנויות במחלוקת) של זכות.<sup>2</sup> לפי ההגדרה הרווחת, זכות משפטית היא אינטרס המוגן על ידי המשפט.<sup>3</sup> קיימות הבחנות מוכרות בין סוגים של זכויות משפטיות: למשל, בין זכויות חוקתיות לבין זכויות אחרות. קיימת גם, אך מוכרת פחות, הבחנה בין זכויות אזרחיות לבין זכויות מינהליות. מהי הבחנה זאת?

#### הזכות האזרחית<sup>4</sup>

הזכות האזרחית קיימת בתחום המשפט האזרחי או, כפי שמקובל לקרוא לו, המשפט הפרטי. היא מכנה משותף לאגד של זכויות המסדירות יחסים בין אדם לאדם. בהתאם לכך ניתן לומר כי זכות אזרחית היא אינטרס מוגן על ידי המשפט של אדם אחד כלפי אדם אחר. ואלה הן, לדוגמה, זכויות אזרחיות: הזכות החוזית, הצומחת מתוך הסכם בין אדם לאדם; זכות הקניין, המקנה הגנה לרכושו של אדם מפני פגיעה בידי אדם אחר; זכות הגוף, האוסרת על אדם אחד לפגוע בגוף של אדם אחר. זכויות אלה ודומות לאלה הן, כפי שמקובל לקרוא להן, זכויות מהותיות.

לצד הזכות המהותית עומדת הזכות הדיונית. הזכות הדיונית נועדה לאפשר הגנה על הזכות המהותית. כזאת היא, בראש ובראשונה, זכות הגישה לבית המשפט, כלומר הזכות להגיש תביעה לבית המשפט, כגון תביעה לביצוע חוזה או לפיצויים על הפרת חוזה, ולקבל את הכרעת בית המשפט בתביעה.

לכאורה הזכות הדיונית משנית בחשיבותה, ולכן גם נמוכה במעמדה, בהשוואה לזכות המהותית. ולא היא. זכות הגישה לבית המשפט היא זכות יסוד בעלת חשיבות מדרגה ראשונה, שכן היא חיונית לצורך הגנה על כל זכות מהותית, ובעצם גם על יסודות הדמוקרטיה. אכן, "זכות הגישה לערכאות מהווה, אפוא, תנאי בלעדיו אין להגשמת הזכויות המהותיות הנתונות

2 על המהות של זכות משפטית ראו, בין השאר, חיים ה' כהן המשפט 520 (מהדורה שנייה, JOHN W. SALMOND, JURISPRUDENCE 217 (12<sup>th</sup> ed. 1966); BRIAN H. BIX, (1996 JURISPRUDENCE: THEORY AND CONTEXT 131 (6<sup>th</sup> ed. 2012).

3 כהן, לעיל ה"ש 2: "זכות" הוגדרה כאינטרס אשר המשפט מכיר בו ומגן עליו (איהרינג), ו'אינטרס' – כל טובת-הנאה אפשרית במשמע [...] לכל זכות יש מושא: הזכות היא לחיים, לקניין, למוניטין או לכל אינטרס מוגן אחר, ואין אדם 'זכאי' על דרך סתם"; בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 745, 729 (1980), השופט ברק: "זכות אינה אלא אינטרס המוגן על-ידי המשפט".

4 הביטוי זכויות אזרחיות משמש לעתים כשם נרדף לזכויות אזרח או זכויות האדם, כגון חופש הביטוי, חופש ההתאגדות וחופש התנועה. הוא מופיע במשמעות זאת באמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966. ואולם, בהקשר הנדון כאן, הביטוי זכויות אזרחיות משמש כשם נרדף לזכויות פרטיות או זכויות מתחום המשפט הפרטי, כמו זכות הקניין, הזכות לשלמות הגוף והזכות לשם טוב, המסדירות יחסים בין אדם לאדם. הוא נועד להבדיל בין הזכות האזרחית, במשמעות זאת, לבין הזכות המינהלית, המסדירה יחסים בין אדם לרשות מינהלית. בהקשר זה ההבחנה בין הזכות האזרחית לבין הזכות המינהלית דומה להבחנה בס' 40 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, בין עניין אזרחי לבין עניין מינהלי.

לאדם, אשר נותרות, בהעדרה, חסרות ערך ממשי".<sup>5</sup> משום כך קובעת החוקה במדינות רבות כי זכות הגישה היא זכות חוקתית. גם בישראל, אף כי זכות הגישה אינה נזכרת במפורש בחוקי היסוד, דעה רווחת היא שזכות הגישה היא בעלת מעמד חוקתי, כלומר על-חוקי.<sup>6</sup> זכות הגישה לבית המשפט היא רק אחת הזכויות הדיוניות שנועדו לתת בידי התובע כלים שיש בהם צורך כדי להוכיח את התביעה ולהגן על הזכות המהותית. בין השאר, הזכויות הדיוניות מקנות לתובע את האפשרות להביא עדים, לבקש מן הנתבע להשיב על שאלונים ולגלות מסמכים, וכן גם לחקור את עדי הנתבע. אפשר לומר כי זכויות דיוניות אלה הן חלק מזכות הגישה לבית המשפט במונח הרחב של מושג זה. אם כך, ייתכן שאף לזכויות דיוניות אלה יש מעמד של זכות חוקתית.<sup>7</sup> הזכות האזרחית נתמכת באופן ראוי על ידי זכות הגישה לבית המשפט במובנה הרחב. כיוון שכך, הזכות האזרחית היא זכות חזקה.

- 5 רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ה (פורסם בנבו, 18.7.2011); ראו גם בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג (1) 352, 401 (2008).
- 6 ראו לדוגמה ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית להכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז (5) 460, 433 (2003), הנשיא ברק: "הזכות לפנות לבית-המשפט היא זכות חוקתית. בעבר היא הייתה חלק מהזכויות ההלכתיות. כיום היא נגזרת מחוקי היסוד עצמם. יש לה מעמד חוקתי-על-חוקי"; רע"א 9572/01 דדון נ' וייסברג, פ"ד נו (6) 918, 921 (2002), השופטת דורנר: "זכות הגישה של אדם לערכאות משפטיות היא אחת מזכויות היסוד החשובות של משפטנו, אשר יש אף הסוברים כי היא זכות חוקתית המוגנת על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"; רע"א 993/06, לעיל ה"ש 5, פס' 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ה: "הדעה הרווחת היא כי זכות הגישה לערכאות היא בעלת מעמד חוקתי". ראו גם רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר, פ"ד סא (1) 301, 319 (2006); בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל – מחוז ירושלים, פ"ד סב (1) 106, 160 (2006); בג"ץ 9198/02, לעיל ה"ש 5, בעמ' 414. ראו עוד יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (1998); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה' 217 (2001); שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד חלק שלישי: זכות הגישה למערכת השיפוטית 21 (מהדורה שנייה, 2008); אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לויין 31 (2013). פרופ' ברק אומר שם בעמ' 34: "מה טעם בזכויות אם אין זכות גישה בגין פגיעה בהן? בלי זכות הגישה אין טעם לזכויות האדם"; ולאחר מכן, בעמ' 46: "מסקנתי מכל אלה היא כי זכות הגישה היא זכות חוקתית-על-חוקית"; וכן, בעמ' 50: "נראה לי כי ניתן להכיר בזכות הגישה כזכות חוקתית משתמעת".
- 7 רע"א 993/06, לעיל ה"ש 5, פס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ה: "זכות הגישה לערכאות אינה מצטמצמת לעצם הזכות לזיום הליך שיפוטי בפני בית המשפט; מקופלת בה הזכות המהותית לאכוף את הזכויות המשפטיות הנתונות לאדם, ובתוך כך הזכות ליחס ראוי ושווה כלפי בעלי-הדין, לבירור הולם והוגן של טענות הצדדים, ולמתן הזדמנות נאותה להפעיל זכויות דיוניות שונות, הנתונות לבעלי הדין, לצורך בירור האמת". ראו גם רע"א 3454/04 ורקר נ' הראל, פס' 4 להחלטה (פורסם בנבו, 5.6.2005); בג"ץ 9198/02, לעיל ה"ש 5, פס' 36 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו עוד רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 25; משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי הלכה למעשה כרך ב' 1371 (מהדורה חמש עשרה, 2007); ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית", לעיל ה"ש 6, בעמ' 33. ראו גם להלן ה"ש 88.

### הזכות המינהלית

הזכות המינהלית קיימת בתחום המשפט המינהלי. היא מהווה מכנה משותף לאגד של זכויות המסדירות יחסים בין אדם לשלטון. בהתאם לכך ניתן לומר כי זכות מינהלית היא אינטרס, המוגן על ידי המשפט, של אדם (לרבות חבר בני אדם, וכולל, כמובן, תאגיד) כלפי השלטון. אפשר להבחין בין זכות מינהלית חיובית לבין זכות מינהלית שלילית. הזכות החיובית היא זכות של אדם לקבל דבר מרשות מינהלית, תהיה זאת טובת הנאה חומרית או אחרת. הנה, לדוגמה, זכויות אחדות: הזכות של אדם לקבל ממשרד החינוך שירותי חינוך לילדי; משרד הפנים – אזרחות ודרכון; מרשות הרישוי במשרד התחבורה – רישיון רכב ורישיון נהיגה; מן העירייה – רישיון לניהול עסק או היתר להקמת מבנה; מן המוסד לביטוח לאומי – קצבת זקנה או קצבה אחרת; מכל רשות ציבורית – מידע שמצוי אצלה, ועוד ועוד.<sup>8</sup>

אמנם זכויות אלה מותנות בתנאים, בין שאלה תנאים שהחוק קובע ובין שאלה תנאים שהשלטון קובע, כל זכות והתנאים המיוחדים לה. כך, למשל, הזכות של אדם לקבל קצבת זקנה או רישיון נהיגה מותנית בתנאים מסוימים. אך אין בכך ייחוד: אין זכות מוחלטת, ודבר רגיל הוא שזכות, גם זכות אזרחית, מותנית בתנאים.

נוסף על הזכות המינהלית החיובית קיימת גם זכות מינהלית שלילית: הזכות של כל אדם שלא להיפגע על ידי השלטון שלא כדין. הכלל בדבר זכות זאת קובע, ראשית, כי השלטון לא יפגע באדם אם אין לו סמכות לכך על פי דין; ושנית, גם כאשר קיימת סמכות על פי דין, השלטון לא יפגע באדם אלא בהתאם לכללי המשפט המסדירים את הפעלת הסמכות. כללים אלה קבועים חלקם בחוק החרות וחלקם בהלכה הפסוקה. כך, למשל, זכותו של כל אדם היא שהשלטון לא יפגע בו אלא על יסוד תשתית ראויה של נתונים, שייתן לו הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפני השלטון, שהשלטון לא ישקול שיקולים זרים לעניין הנדון, שיפעל רק בתוך מתחם הסבירות וכיוצא באלה. כל אלה אף הן זכויות מינהליות.<sup>9</sup>

8 את הזכויות המינהליות החיוביות ניתן למיין לשני סוגים. סוג אחד כולל את הזכויות (ככל הנראה, אלה הן רוב הזכויות החיוביות) אשר "אינן מתממשות מאליהן". על סוג זה של זכויות ראו בג"ץ 688/08 אברג'ל נ' משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 21.9.2010), שדן בזכות לקבל מענק כספי שהקנה החוק לאדם שקנה דירה בירושלים. השופט מלצר אמר בפסקה 19 לפסק הדין: "זכויות מסוג זה מוכרות אמנם וקיימות, אך הן זקוקות לפעולה חיובית מצד השלטון כדי לקבל תוקף מוחשי. הזכות לדרוש פעולה מינהלית כזאת היא נפרדת מן הזכות עצמה ואינה מתלווית אליה כדבר מובן מאליה [...] יש לבקש בצורה פוזיטיבית את הפעלת הזכות". הסוג האחר כולל זכויות שאינן תלויות בבקשה, אלא ניתנות למימוש מאליהן. זכות כזאת היא, לדוגמה, הזכות להצביע בבחירות לכנסת.

9 בג"ץ 840/79, לעיל ה"ש 3, בעמ' 75: "זכותו המהותית של אדם בישראל היא כי הרשות השלטונית תפעיל את שיקול דעתה כדין שעה שהיא פוגעת באינטרס לגיטימי שלו". ראוי להדגיש: הזכות המינהלית מגנה על אדם מפני פגיעה שלא כדין על ידי השלטון, ולא רק מפני פגיעה בזכות מוכרת, אלא גם מפני פגיעה באינטרס שאינו מגיע כדי זכות, אם בית המשפט רואה בו "אינטרס לגיטימי". כך, למשל, כאשר השלטון מקנה, ללא סמכות, טובת הנאה למתחרה עסקי. עם זאת, כאשר בית המשפט מקנה הגנה לאינטרס שקודם לכן לא הוכר כזכות, באמצעות זכות עמידה לפני בית המשפט, האינטרס הופך להיות זכות. ראו גם להלן ה"ש 37 ו-99.

הכלל בדבר הזכות המינהלית והכלל בדבר חוקיות המינהל הם בעצם שני צדדים של אותו מטבע.<sup>10</sup> אפשר לנסח את הכלל בדבר חוקיות המינהל בלשון שלילית, כלומר איסור המוטל על השלטון לפעול שלא כדין. אפשר לנסח כלל זה גם בלשון חיובית, כלומר חובה על השלטון לפעול על פי הדין. כנגד חובה מינהלית זאת עומדת הזכות המינהלית.

גם בנוגע לזכות המינהלית, כמו בנוגע לזכות האזרחית, ניתן להבחין בין הזכות המהותית לבין הזכות הדיונית שנועדה לאפשר הגנה על הזכות המהותית. הזכות הדיונית היא בראש ובראשונה, כמו בעניין הזכות האזרחית, זכות הגישה לבית המשפט, שבמשפט המינהלי מקובל לכנותה "זכות עמידה". זכויות דיוניות נוספות הן, למשל, הזכות לקבל מן הרשות המינהלית תשובה לבקשה במהירות הראויה והנמקה לסירוב והזכות לעיין במסמכים של הרשות. מבחינה עקרונית מופנית הזכות המינהלית כלפי השלטון, אך השלטון הוא מושג ערטילאי. לאמתו של דבר, ככל שמדובר ביחסים משפטיים, השלטון פועל באמצעות מספר רב של גופים משפטיים: המדינה, הממשלה, שר, רשות מקומית, תאגיד ציבורי או רשות מינהלית אחרת, כגון רשות הרישוי או הממונה על הגבלים עסקיים. כל אחד מאלה הוא גוף ציבורי שהוקם על ידי המשפט וקיבל סמכויות לפי חוק. גוף כזה הוא תאגיד מינהלי. מקובל לקרוא לו בשם רשות. לעתים קוראים לו רשות שלטונית; עדיף לקרוא לו רשות מינהלית.<sup>11</sup>

מבחינה משפטית הזכות המינהלית אינה מופנית אפוא כלפי השלטון אלא כלפי רשות מינהלית. למשל, לכל אדם המבוטח לפי חוק הביטוח הלאומי מוקנית זכות מינהלית לקבל, אם נתקיימו תנאי החוק, קצבת זקנה מן המוסד לביטוח לאומי. בדומה לכך, אדם שמקרקעין שלו הופקעו על ידי שר האוצר, ללא שימוע או על יסוד שיקולים זרים, רשאי להגיש עתירה לבית המשפט, בגין פגיעה בזכות המינהלית שלו, נגד שר האוצר.<sup>12</sup>

כנגד זכות עומדת חובה.<sup>13</sup> בהתאם לכך, כנגד זכות מינהלית עומדת חובה מינהלית. לעתים זכות מולידה חובה, אך לא פעם חובה מולידה זכות.<sup>14</sup> בפועל זה המצב השכיח: המחוקק נוטה

10 על הכלל בדבר חוקיות המינהל ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 73 (מהדורה שנייה, 2010).

11 על הרשות המינהלית ראו שם, בעמ' 361.

12 מבחינה מעשית בג"ץ אינו נוהג להקפיד עם העותר בעניין זה. כך, למשל, בג"ץ עשוי לדרון בעתירה נגד החלטה של שר האוצר גם כאשר העתירה מופנית, בכותרת העתירה, נגד משרד האוצר, נגד ממשלת ישראל או אפילו נגד מדינת ישראל. העיקר הוא שמגוף העתירה יהיה ברור כי היא מופנית נגד החלטה מסוימת של רשות מסוימת.

13 כיצד משתבצת הזכות המינהלית בטבלת הזכויות של הופלד (Hohfeld)? לדעתי אפשר לשבח את הזכות המינהלית בקטגוריה הבסיסית של זכות (right) כנגד חובה (duty). עם זאת, ראוי לציין כי "ניתוחו של הופלד מתייחס בעיקר אל יחסים שבתחום המשפט האזרחי, ולא קל להחיל את מושגיו על המשפט הציבורי והפלילי": אלפרד ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5, 22 (1983). ראו גם בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 440 (1980), השופט ברק: "פגיעה בזכות מקנה תמיד מעמד. לענין זה אין נפקא מינה אם הזכות היא מיוחדת לעותר, או שזו זכות הנתונה לעותר ואף לאחרים, לרבות זכות המשותפת לעותר ולבני הציבור כולו. זאת ועוד: 'זכות' בהקשר זה משמעותה רחבה ביותר, והיא כוללת בחובה, בנוסף לזכות שכנגדה עומדת חובה, אף את החירות, הכוח והחסינות [...] הכל כאמור ב'טבלת הזכויות של הופלד'".

להקנות לרשות מינהלית סמכות, כגון סמכות לתת רישיון, שממנה נובעות חובות, למשל חובה להפעיל את הסמכות במהירות הראויה, או להטיל על הרשות המינהלית חובה, כגון חובה לתת קצבה, על פי רוב בלי לציין את הזכות העומדת מול החובה. ואולם, עצם הנכונות של בית המשפט לכפות את מילוי החובה לבקשתו של אדם מעוניין היא היוצרת זכות לאותו אדם. כך, למשל, חובת המוסד לביטוח לאומי לשלם קצבה למבוטח יוצרת זכות למבוטח לקבל את הקצבה.<sup>15</sup>

לכאורה, ההבדל העיקרי בין הזכות האזרחית לבין הזכות המינהלית מתבטא בזוהר החייב: בזכות האזרחית החייב הוא אדם אחר;<sup>16</sup> בזכות המינהלית החייב הוא רשות מינהלית.<sup>17</sup> האם הבדל זה, כשהוא לעצמו, די בו כדי לקבוע את הזכות המינהלית כסוג נפרד של זכות? התשובה חיובית. העובדה שהצד השני ליחסים היא רשות מינהלית יוצרת, כשהיא לעצמה, הבדל מהותי ביחסים בין שני הצדדים. ההבדל נובע מן המעמד של הרשות. הרשות, בניגוד לאדם שאינו רשות, פועלת מכוח חוק מטעם הציבור ולמען הציבור. החוק מקנה לרשות סמכות, בין השאר סמכות לפגוע באדם כדי לשרת אינטרס ציבורי, והוא מחייב את האדם לציית לרשות. לכן, בעוד בני אדם המתמודדים זה עם זה על זכויות נמצאים מבחינה משפטית במצב של שוויון, כאילו הם ניצבים על אותו מישור, האדם מתמודד עם הרשות מעמדה של כפיפות, ואילו הרשות נמצאת במעמד של מרות, כאילו ניצבת על מישור גבוה יותר. זהו הבדל מהותי עד כדי כך שהוא הוביל, בישראל כמו במדינות אחרות, ליצירת מערכת נפרדת של כללי משפט המסדירים את היחסים שבין אדם לבין הרשות, הלוא הם כללי המשפט המינהלי. לא זו בלבד, אלא שכללים אלה שונים מכללי המשפט האזרחי עד כדי כך שהם הובילו, בישראל כמו במדינות אחרות, ליצירת מערכת נפרדת של ערכאות שיפוטיות: בתי דין מינהליים, בית המשפט לעניינים מינהליים ובג"ץ.

הנה דוגמה לצורך הבהרה. כאשר אדם תופס חזקה במקרקעין השייכים לי בטענה שרכש ממני את המקרקעין, ואני מבקש לסלק אותו בטענה שהוא לא רכש ממני את המקרקעין, אני מגיש תביעה לבית משפט השלום, והיא תתברר על פי כללי המשפט האזרחי. כנגד זה, אם שר האוצר תופס חזקה במקרקעין השייכים לי, בטענה שהם הופקעו ממני מכוח צו שניתן על ידיו

14 כהן, לעיל ה"ש 2: "חובה" היא לקיים זכות ושלא לסכלה. וכשם שהזכות יוצרת חובה, כן החובה יוצרת זכות – היא זכותו של בעל הזכות ('הזכאי') שזכותו תקוים. כל זכות יש לה בעלים, וכל חובה חבים למישהו".

15 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 465 (1988), השופט ברק: "אם זכות היא רצון או אינטרס המוגנים על-ידי המשפט, הרי בהכרעה השיפוטית, הנותנת את הגנת המשפט, נוצרת הזכות עצמה".

16 בהקשר זה, כמו בהקשרים אחרים, אדם כולל תאגיד, לרבות תאגיד מינהלי, כמו רשות מקומית או המוסד לביטוח לאומי, כאשר הוא פועל כאדם (ולא כרשות) בתחום המשפט הפרטי.

17 כהקשר זה מדובר ברשות מינהלית במקרה שבו היא פועלת כרשות בתחום המשפט המינהלי, כלומר מפעילה סמכות מינהלית, לעומת מקרה שבו היא פועלת בתחום המשפט הפרטי, למשל מתקשרת בחוזה מסחרי רגיל. עם זאת, גם במקרה שבו הרשות פועלת בתחום המשפט הפרטי אין היא משתחררת לגמרי מן המהות שלה כרשות מינהלית, אלא היא כפופה, על פי הכלל בדבר דואליות נורמטיבית, גם לכללים מסוימים מתחום המשפט המינהלי. אך זהו נושא בפני עצמו, ואין טעם להרחיב עליו את הדיבור בהקשר זה.



לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, ואני מבקש לסלק אותו, עליו להגיש עתירה לבג"ץ, והיא תתברר על פי כללי המשפט המינהלי.

מצד אחד, בשני המקרים נפגעה אותה זכות: זכות הקניין במקרקעין, שנפגעה במקרה הראשון על ידי אדם אחר ובמקרה השני על ידי רשות מינהלית; מצד אחר, הזכות שעליה אני מתבסס בתביעה לבית משפט השלום לסילוק אדם שתפס חזקה במקרקעין שלי שונה מן הזכות שעליה אני מתבסס בעתירה לבג"ץ לסילוק שר האוצר שתפס חזקה במקרקעין. בתביעה לבית משפט השלום אני מתבסס רק על הזכות האזרחית, היא זכות הקניין שלי, השנויה במחלוקת ביני לבין אדם שתפס חזקה במקרקעין. כנגד זאת, בעתירה לבג"ץ, אף שגם היא נובעת מזכות הקניין שלי, אני מתבסס בראש ובראשונה על זכות מינהלית, היא הזכות שרשות מינהלית לא תפגע בי שלא כדין. בתביעה האזרחית יתמקד בית משפט השלום בזכות האזרחית: למשל, אם אכן קיים חוזה שהעביר את זכות הקניין על המקרקעין ממני לאותו אדם שתפס חזקה במקרקעין. בעתירה המינהלית יתמקד בג"ץ בסמכות המינהלית: למשל, מה הפירוש הנכון של סמכות ההפקעה שהחוק הקנה לשר האוצר, אם השר קיים את התנאים המוקדמים שנקבעו בחוק, אם הוא נתן לי הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיי נגד ההפקעה, אם הוא שקל רק שיקולים ענייניים וכדומה.

ההבחנה בין הזכות האזרחית לבין הזכות המינהלית חשובה מבחינה מעשית לא פחות מאשר מבחינה עיונית. החשיבות המעשית של הזכות המינהלית נובעת מן התפקיד של המדינה המודרנית, היא המדינה המינהלית, שקיבלה על עצמה לספק שירותים רבים ולקדם את הרווחה לכלל האזרחים. כדי שהמדינה תוכל למלא תפקיד זה כראוי הוקנו לרשויות המינהליות סמכויות רבות. הסמכויות כרוכות בחובות: חובה להפעיל את הסמכות; חובה למלא את התנאים שנקבעו בחוק; חובה לפעול על פי תכלית החוק; חובה לקיים את כל המגבלות המוטלות על הפעלת כל סמכות, למשל, לשקול את כל השיקולים הענייניים. החובה המינהלית הולידה את הזכות המינהלית: הזכות לתבוע מן הרשות שתקיים את החובה.

הזכות המינהלית חשובה במדינה המודרנית לא פחות מן הסמכות המינהלית. היא אמורה להבטיח שכל אדם יקבל באופן ראוי את השירותים שהרשות חייבת לספק לו, וכן גם להגן עליו מפני שימוש בלתי חוקי בסמכות שהוקנתה לרשות. במובן מסוים הזכות המינהלית היא תמצית הרעיון הדמוקרטי: המדינה בשירות האזרח.<sup>18</sup>

18 הצ'רטור של האיחוד האירופי בדבר זכויות היסוד (שעדיין לא קיבל תוקף מחייב) כולל בפרק החמישי (על "זכויות האזרח") את סעיף 41, המקנה זכות למינהל תקין (good administration), וקובע כי לכל אדם מוקנית זכות שעניינו יטופל על ידי רשויות האיחוד באופן בלתי מוטה, הוגן ובזמן סביר. הוא אף מוסיף כי זכות זאת כוללת, בין השאר, את הזכות לשימוע, עיון בתיק האישי והנמקת ההחלטה המינהלית. על סעיף זה ראו P. CRAIG, EU ADMINISTRATIVE LAW 385 (2006).

אכן, ההגנה על כל אדם מפני פגיעה על ידי רשות מינהלית שלא כדין היא בעלת חשיבות ממדרגה ראשונה, הן מבחינה עקרונית והן מבחינה מעשית, עד כדי כך שניתן לטעון כי הזכות המינהלית ראויה למעמד של זכות חוקתית.<sup>19</sup> אולם בפועל, למרות חשיבותה, הזכות המינהלית היא זכות חלשה, חלשה יותר מן הזכות האזרחית. מדוע? התשובה נעוצה בתולדות הזכות המינהלית: חולשת הזכות המינהלית כיום משקפת את הדרך שבה היא נוצרה.

## ב. תולדות הזכות המינהלית

הזכות האזרחית, למשל זכות הקניין והזכות החוזית, היא זכות עתיקת יומין. היא קיימת מראשית ימיה של חברה מאורגנת. כנגד זאת הזכות המינהלית היא זכות חדשה באופן יחסי. הזכות המינהלית נקלטה במשפט של ארץ ישראל, לפני 90 שנה לערך, מן המשפט של אנגליה. לכן, כדי להכיר את הזכות המינהלית בישראל, כפי שהיא כיום, יש להכיר את הזכות המינהלית כפי שהתפתחה באנגליה. הזכות המינהלית התפתחה באנגליה בדרך נפרדת, ובמתכונת שונה, מן הזכות האזרחית. השוואה בין הדרך שבה התפתחה הזכות המינהלית לבין הדרך שבה התפתחה הזכות האזרחית חשובה כדי להבין את המעמד של הזכות המינהלית. הזכויות התפתחו באנגליה, בתהליך ממושך, בדרך מיוחדת למשפט האנגלי: לא על ידי חוק אלא על ידי בית המשפט, מפסק דין לפסק דין. הן לא נוצרו באמצעות הצהרה הנותנת הכרה בזכות, המובילה גם לסעד על הפרת הזכות, אלא להפך, על ידי מתן סעד שממנו משתמע גם קיומה של זכות. בדרך זאת נוצרו תחילה הזכויות האזרחיות. כיצד? לרשותו של כל אדם עמדה מערכת של כתבי בית דין (writs), שכל אחד מהם מותאם לקבלת סעד מסוים. למשל, כתב אחד היה מיועד לסילוק מסיג גבול ממקרקעין, וכתב אחר היה מיועד לקבלת פיצויים על הפרת חוזה. אדם שראה את עצמו נפגע על ידי אדם אחר יכול היה לרכוש את אחד הכתבים, כאילו היה זה תשלום אגרת משפט, כגון כתב לסילוק מסיג גבול או כתב לתשלום פיצויים. הכתב היה פותח את שערי בית המשפט לדיון בתביעה לקבלת הסעד המבוקש. אם זכה התובע בדין וקיבל את הסעד, הייתה בכך, במשתמע, גם הכרה בזכותו, למשל בזכות הקניין או בזכות החוזית. וכך, בתהליך אטי, מתוך הסעד, נוצרו והתפתחו הזכויות האזרחיות.

19 הזכות המינהלית קיבלה מעמד של זכות חוקתית בחוקת דרום אפריקה משנת 1996. סעיף 33(1) לחוקה זאת קובע כי "כל אדם זכאי לפעולה מינהלית שהינה חוקית, סבירה והוגנת". בישראל, בהיעדר הוראה מעין זאת, המצב שונה. אמנם ברור כי פעולה מינהלית הפוגעת שלא כדין, למשל, בזכות הקניין או בחופש העיסוק פוגעת בזכות חוקתית, כיוון שהיא פוגעת בזכות הנכללת באחד מחוקי היסוד בדבר זכויות האדם משנת 1992: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. אך זכות זאת שונה ונבדלת מן הזכות המינהלית. האם גם פעולה מינהלית הפוגעת שלא כדין בזכות שאינה נכללת באחד מחוקי יסוד אלה, למשל זכות ההתאגדות, תיחשב אף היא כפוגעת בזכות חוקתית, לא בשל הפגיעה בחופש ההתאגדות אלא בשל הפגיעה בזכות המינהלית? נראה כי שאלה זאת עדיין לא נדונה, ומכל מקום אין לה תשובה מוסמכת. ראו בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח"ץ (3) 503, 519, פסק דינו של הנשיא ברק (2004).

אולם דרך זאת, שהייתה פתוחה בפני כל אדם כדי לתבוע זכות אזרחית מאדם אחר, לא הייתה פתוחה בפני אף אדם כדי לתבוע את השלטון, כלומר את המלך ועושי דברו או, כפי שמקובל לומר, את הכתר. הכתר היה מקור החוק; הוא עצמו עמד מעל החוק; בתי המשפט נחשבו בתי משפט של הכתר; ולא היה בנמצא כתב בית דין (writ) שאפשר לנתין של הכתר לתבוע בבית המשפט סעד נגד הכתר. מצב זה לא יכול היה להצמיח זכויות מינהליות.<sup>20</sup> זכויות מינהליות נוצרו באנגליה זמן רב לאחר שנוצרו הזכויות האזרחיות וללא קשר לזכויות האזרחיות. אפשר לחלק אותן לשתי קבוצות שנוצרו משני מקורות: ראשית – זכויות שנוצרו על ידי בית המשפט, והן קיימות עד היום כזכויות לפי ההלכה; שנית – זכויות שנוצרו על ידי חוקים.

### זכויות לפי ההלכה

הזכויות המינהליות צמחו, באורח מפתיע, מן הצווים הפררוגטיביים (שנקראו תחילה prerogative writs ולאחר מכן prerogative orders). צווים אלה נועדו לסייע בידי הכתר לשמור על החוק והסדר ולנהל את הממלכה באופן ראוי. הם היו יוצאים מטעם הכתר אל משרתי הכתר וגופים שלטוניים אחרים ומצווים עליהם, בין השאר, להעביר אל הכתר מידע מסוים, לעשות מעשה מסוים, להימנע מעשיית מעשה מסוים או לבטל החלטה מסוימת. היו להם, כמנהג הימים ההם, שמות לטיניים, כל צו על פי מטרות: הביאס קורפוס (habeas corpus, שהתרגום המקובל שלו לעברית הוא צו שחרור), מנדמוס (mandamus – צו עשה), פרוהיבישן (prohibition – צו איסור), צרטיוררי (certiorari – צו בירור), קו וורנטו (quo warranto – צו מִי־שֶׁמֶךְ).

לאחר זמן, ובעיקר מן המאה השבע עשרה, חל שינוי בשימוש שנעשה בצווים הפררוגטיביים. הם נפתחו לשימוש של נתיני הכתר שטענו כי משרתי הכתר פגעו בהם שלא כדין. השינוי בשימוש לא נבע, בשלב הראשון, משינוי במטרה: הצווים עדיין יצאו מטעם הכתר, אם כי על פי בקשה של נתין, כדי לסייע בשמירת החוק והסדר ובניהול הממלכה באופן ראוי. עם זאת, עצם האפשרות שניתנה לכל אדם לברר בבית המשפט טענה נגד החוקיות של החלטה שלטונית התחילה תהליך שהביא ליצירת הזכות המינהלית: אם בית המשפט מצא כי הטענה מוצדקת, ולפיכך נתן את הסעד המבוקש, הייתה טמונה בכך, במשתמע, הכרה בזכות הנתין גם נגד הכתר.

20 מצב זה לא היה מיוחד לזכות המינהלית. המעמד המיוחד של הכתר כלפי נתני הכתר בא לידי ביטוי באותה תקופה גם בתחום דיני הנוזיקין. אמירה מקובלת קבעה: The King can do no wrong. בהתאם לכך, לא היה אפשר אז להגיש בבית משפט תביעת נוזיקין נגד הכתר. מצב זה השתנה על ידי חוק רק באמצע המאה הקודמת: Crown Proceedings Act 1947. מצב זה לא היה מיוחד לאנגליה, אלא היה מקובל גם במדינות אחרות. אכן, במשך אלפי שנים, עד העת החדשה, לא הייתה ברחבי תבל אפשרות שאדם יתבע את השלטון, כלומר את המלך, בבית המשפט. במושגים של היום אפשר לומר כי עוולה שלטונית, בניגוד לעוולה אזרחית, לא הייתה אז עניין שפיט.

הנה, לדוגמה, צו הביאס קורפוס. צו זה היה יוצא מטעם הכתר, בתקופה קדומה, כדי לחייב את הבאתו של בעל דין למשפט שנפתח נגדו. לאחר זמן, בעיקר מן המאה השש עשרה ואילך, החל הצו יוצא כדי להביא בפני בית המשפט אדם שנמצא במעצר, על מנת לברר אם המעצר חוקי. הוא היה מופנה אל מי שהחזיק בעציר והיה מנוסח בערך כך: אתה מוזמן לבוא אל בית המשפט ולתת טעם מדוע לא נצווה על שחרור העציר. אם נתברר לבית המשפט, לאחר שהוצג בפניו הטעם למעצר, כי המעצר בלתי חוקי, הוא היה מצווה על שחרור מן המעצר. בדרך זאת התבססה, באמצעות צו זה, הזכות לחירות מפני מעצר בלתי חוקי בידי השלטון. דוגמה נוספת: אם הוציא בית המשפט צו מנדמוס, שחייב רשות שלטונית שתפסה חזקה במקרקעין של המבקש להסתלק מן המקרקעין, הייתה בכך גם הכרה, ולו רק במשתמע, בזכות הקניין של כל אדם גם נגד השלטון.<sup>21</sup>

הצווים הפררוגטיביים היו אפוא צורות של סעד, כמו כתבי בית הדין בתביעות אזרחיות. לכן אפשר לומר כי הזכויות המינהליות נוצרו באנגליה, כמו זכויות אזרחיות, מן הסעד: הסעד שניתן באמצעות הצווים הפררוגטיביים הוא שהעניק הכרה לזכות אדם כלפי הרשות השלטונית.<sup>22</sup>

הזכויות המינהליות, שנוצרו בדרך זאת על ידי בית המשפט, היו משני סוגים: זכויות מוכרות וזכויות חדשות.

#### זכויות מוכרות

הצווים הפררוגטיביים העניקו הכרה, קודם כול, לזכויות שגובשו והוכרו כבר קודם לכן, כגון הזכות לחירות וזכות הקניין. אפשר לומר כי הצווים הפררוגטיביים שימשו את בית המשפט כדי להרחיב את ההגנה שהייתה מוענקת לזכויות מוכרות. כך, למשל, העניק בית המשפט הגנה לזכות הקניין, באמצעות הצווים הפררוגטיביים, לא רק כלפי אדם אחר אלא גם כלפי השלטון. אפשר גם לומר, ולדעתי נכון יותר לומר, כי בית המשפט לא זו בלבד שהרחיב את ההגנה שהייתה מוענקת לזכויות מוכרות, אלא העניק הכרה, ובעצם יצר, זכות חדשה: זכות מינהלית שהגנה על הקניין מפני הכתר. מה ההבדל? הזכות האזרחית התמקדה בזכות הקניין, כלומר בשאלה אם התובע הוא הבעלים של הקניין ומה נגזר מבעלות זאת; כנגד זאת, הזכות המינהלית התמקדה בסמכות השלטונית, כלומר בשאלה מהי הסמכות שהוקנתה לרשות השלטונית ואם הרשות פגעה בקניין של העותר במסגרת סמכות זאת. השאלות השונות נדונו בדרכים שונות: הזכות האזרחית נדונה באמצעות כתבי בית דין רגילים, על פי סדר דין מיוחד

21 על ההיסטוריה של הצווים הפררוגטיביים באנגליה ראו STANLEY A. DE SMITH, HARRY WOOLF & JEFFREY L. JOWELL, JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION 855 (7<sup>th</sup> ed. 2013);

H.W.R. WADE & C.F. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 500 (10<sup>th</sup> ed. 2009)

22 בג"ץ 5131/03 ח"כ יעקב ליצמן נ' יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 17.8.2004), הנשיא ברק בפס' 9: "שיטות המשפט המקובל נוקטות לרוב בנקודת המבט של היקף הביקורת השיפוטית. הן קובעות באלו מצבים תוכר התערבות שיפוטית בהליך החקיקה, ובאלו מצבים בית המשפט לא יתערב בהליך זה. מהיקף ההתערבות נגזרת מהותה של הפרה ותוצאותיה. קיום הסעד מביא להכרה בזכות (ubi remedium ibi ius)".

לכתבי בית דין אלה; הזכות המינהלית, לעומת זאת, נדונה באמצעות הצווים הפררוגטיביים ועל פי סדר דין שונה לגמרי. כמו כן, הסמכות של בית המשפט בדיון על הזכות המינהלית (ובכלל זה שיקול הדעת של בית המשפט) הייתה שונה באופן מהותי מן הסמכות של בית המשפט בדיון על זכות אזרחית. מכל אלה נובע כי הזכויות שצמחו באמצעות הצווים הפררוגטיביים, אף שהיו קרובות לזכויות אזרחיות, כמו זכות הקניין והזכות לחירות, היו הלכה למעשה זכויות מינהליות, שונות מן הזכויות האזרחיות.

### זכויות חדשות

השימוש בצווים הפררוגטיביים כאמצעי לביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות הוביל את בית המשפט גם ליצירת כללים חדשים, שהסדירו את הפעלת הסמכויות בידי רשויות השלטון ובעקבות זאת נוצרו גם זכויות מינהליות נוספות.

כללים אלה נועדו למלא חסר בספר החוקים. החוקים הקנו לרשויות השלטון סמכויות רבות, שבמשך הזמן נתרכו והלכו ואף נעשו רחבות ופוגעניות יותר ויותר, אך הם לא הסדירו את הדרך שבה יופעלו הסמכויות. לא היה בנמצא, ואין עד היום, לא באנגליה ואף לא בישראל, חוק סדרי המינהל, שיקבע באופן כללי את הדרך שבה יופעלו סמכויות שלטוניות, כמו שתקנות סדר דין קובעות את הדרך שבה יתנהל הליך שיפוטי. על פי רוב, גם חוק שהקנה לרשות שלטונית סמכות מסוימת, כגון סמכות לתת רישיון מסוג מסוים או לשלול אותו, לא קבע את הדרך להפעלת הסמכות. שיקול הדעת של הרשות השלטונית בנוגע להפעלת הסמכות היה בדרך כלל, ככל שמדובר בלשון החוק, בלתי מוגבל. אי לכך, כדי למנוע ככל שניתן את הפעלת הסמכות באופן בלתי ראוי, קבע בית המשפט, בשיטה הרגילה של המשפט המקובל, כללים שהסדירו את ההליך המינהלי, כלומר את הדרך שבה יופעלו סמכויות שלטוניות, לרבות שיקול הדעת המינהלי.<sup>23</sup>

הנה, לדוגמה, חוק המקנה סמכות לרשות שלטונית להרוס מבנה שלדעתה הוא מבנה מסוכן. בית המשפט קבע, בשורה של הלכות, שלפני שהרשות הורסת מבנה מכוח חוק כזה, חובה עליה לתת הזדמנות נאותה לבעלים להשמיע בפניה את טענותיו נגד ההריסה; שאם הרשות נמצאת במקרה מסוים במצב של ניגוד עניינים, היא חייבת להימנע מהחלטה באותו מקרה; שחובה על הרשות לשקול את כל השיקולים הנוגעים לעניין ולא להתחשב באף שיקול שאינו נוגע לעניין; שהיא חייבת גם לפעול באופן סביר.

כללים אלה התמקדו בסמכות השלטונית והטילו חובות על הרשות, בדרך כלל באמצעות פרשנות הסמכות. הם לא קבעו בלשון מפורשת כי לאזרח מוקנית זכות וכי חובת הרשות צומחת מזכות האזרח. אפשר לומר שהם קבעו באופן משתמע את ההפך, כלומר שזכות האזרח צומחת מתוך חובת הרשות.

למשל, ההלכה הטילה על הרשות חובה לתת לכל אדם שעומד להיפגע מהפעלת הסמכות הזדמנות נאותה להשמיע בפניה את טענותיו. זאת היא חובת השימוע. אך מכאן משתמע גם

23 על סוגי הסמכויות המינהליות ראו זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 237; ועל הכללים המסדירים את ההליך המינהלי ראו שם, בעמ' 991.

הזכות של אותו אדם להשמיע את טענותיו בפני הרשות. זאת היא זכות הטיעון. אדם שנשללה ממנו זכות הטיעון רשאי להגיש עתירה ולבקש מבית המשפט שיחייב את הרשות לקיים זכות זאת לפני שתקבל החלטה בעניינו, ואם הרשות קיבלה החלטה בלי לקיים זכות זאת, לבקש שבית המשפט יבטל את החלטה. זאת היא אפוא זכות מינהלית.

כך יש לומר גם בנוגע להלכות אחרות שהסדירו את הדרך להפעלת הסמכות השלטונית. לדוגמה, כנגד החובה המוטלת על הרשות לשקול בהפעלת הסמכות אך ורק שיקולים ענייניים עומדת הזכות של אדם, שעשוי להיפגע מהפעלת הסמכות, שהרשות תפעיל את סמכותה על יסוד שיקולים ענייניים בלבד. גם זאת היא זכות מינהלית, ואדם רשאי להגן עליה בבית המשפט.

לכאורה לא היה בכך כדי לשנות מבחינה מהותית אם החובה הולידה זכות או אם הזכות הולידה חובה: העיקר הוא שבפועל קיימות הזכות והחובה זאת כנגד זאת. ואולם, הייתה השלכה מעשית לעובדה שההלכה התמקדה בחובה ואילו הזכות צמחה מן החובה, כאילו הייתה רק תוצר לוואי. עובדה זאת גרמה לכך שהשיח המשפטי בהקשר זה היה שיח של חובות ולא שיח של זכויות. יש בכך כדי להסביר מדוע הזכות המינהלית נשארה במשך דורות חבויה מתחת לפני השטח, וכן גם להסביר, ולו רק באופן חלקי, את המעמד הנחות של הזכות המינהלית עד היום.<sup>24</sup>

### זכויות מכוח חוק

נוסף על הזכויות המינהליות שנוצרו בפסקי הדין, על ידי הצווים הפררוגטיביים, נוצרו זכויות מינהליות רבות גם באמצעות חוקים. יצירת זכויות מינהליות באמצעות חוקים צברה תנופה רק במועד מאוחר, בעיקר במאה העשרים, עם הקמת המדינה המינהלית, שלאחר מלחמת העולם השנייה הכריזה על עצמה כמדינת רווחה. המדינה המינהלית הציבה לעצמה, כמטרה מרכזית, הספקת שירותים שישפרו את איכות החיים של כל אדם. היא עשתה זאת בעיקר באמצעות חוקים שהטילו חובות על משרדי ממשלה ועל גופים ציבוריים אחרים לספק שירותים מסוימים לציבור, והקנו להם את הסמכויות הנדרשות לצורך זה. כך, למשל, הטילו החוקים חובה על מוסדות ממלכתיים להעניק קצבאות של ביטוח לאומי, חינוך חינם ושירותי בריאות. החובה והסמכות יצאו מאת המחוקק כשהן כרוכות זו בזו.

באנגליה נחקקו במהלך המאה העשרים חוקים רבים כאלה. על פי רוב הם נוסחו בלשון של חובה או בלשון של סמכות ולא בלשון של זכות. במילים אחרות, החוק הטיל חובה על רשות מסוימת, או העניק לה סמכות, לספק לכל אדם או לקבוצה מסוימת שירות מסוים. ואולם, כאשר החוק מטיל חובה על רשות מסוימת להעניק, למשל, קצבת זקנה לכל אדם שהגיע לגיל מסוים, ברור שכנגד חובה זאת צומחת, באופן משתמע, גם זכות לאותו אדם לקבל מאותה רשות קצבה כזאת. הוא הדין כאשר החוק מקנה לרשות סמכות, כגון סמכות לתת רישיון.

24 על כך ראו להלן, פרק ד: מעמד הזכות המינהלית.

הסמכות מצמיחה באופן משתמע גם זכויות, למשל, הזכות של אדם לדרוש מן הרשות שתפעיל את הסמכות ותעשה זאת ללא הפליה. זכות כזאת ניתנת להגנה על פי כללים מיוחדים, במסגרת המשפט המינהלי, על פי רוב בבית דין מינהלי שהוקם במיוחד לצורך זה או בבית משפט לעניינים מינהליים, ולפי סדר דין מיוחד. ברור אפוא שזכות כזאת היא זכות מינהלית, שונה באופן מהותי מזכות אזרחית. הנטייה של המחוקק להעדיף לשון של חובה המוטלת על רשות מינהלית מלשון של זכות המוענקת לאדם השתלבה במגמה שהייתה קיימת כבר קודם לכן, בשל נטייה דומה של בית המשפט, לקיים בהקשר זה שיח של חובות ולא שיח של זכויות. הזכות המינהלית, אף שנעשתה נפוצה וחשובה, לא זכתה עקב כך למודעות ציבורית, להכרה הנדרשת ולמעמד הראוי. היא נותרה, קיימת אך לא נוכחת. מצב זה בא לידי ביטוי גם בכך שהזכות המינהלית אינה מופיעה בספרי משפט כמושג, בנושא לדיון או כפרט במפתח העניינים.<sup>25</sup>

### שיקול דעת שיפוטי

הדרך הראשית לצורך הגנה על זכויות מינהליות, לרבות זכויות מכוח חוק, הייתה הדרך של הצווים הפררוגטיביים. כאמור, היא הייתה שונה ונפרדת מן הדרך של כתבי בית דין רגילים לצורך הגנה על זכויות אזרחיות. כתבי בית דין לצורך הגנה על זכויות אזרחיות נוצרו כדי לשמש כל אדם. בהתאם לכך, כל אדם היה רשאי לרכוש כתב בית דין לפי העניין הנדון, ובאמצעותו יכול היה לפתוח הליך שיפוטי נגד אדם אחר. כתב זה, שלמעשה היה כרטיס כניסה לבית המשפט, אפשר מימוש ראוי של זכות הגישה לבית המשפט. לא זה היה המצב בנוגע לצווים הפררוגטיביים. צווים אלה נוצרו, כאמור, כדי לשמש את הכתר. בהתאם לכך, כאשר החליט הכתר לאפשר גם לנתינים שימוש בצווים אלה נגד משרתי הכתר, היה זה מעשה חסד מצד הכתר. יש להדגיש: חסד ולא זכות, כלומר איש לא היה זכאי לקבל צו פררוגטיבי. השאלה אם לתת צו כזה לאדם מסוים במקרה מסוים הייתה תלויה בשיקול דעת: באופן עקרוני בשיקול הדעת של הכתר; באופן מעשי – בשיקול הדעת של בית המשפט שהיה מופקד על הוצאת הצווים. בית המשפט היה שוקל בכל מקרה אם ראוי, בנסיבות של אותו מקרה, להוציא צו פררוגטיבי. לכן, בניגוד לסעדים שנתן בית המשפט על יסוד כתבי בית דין רגילים, הסעדים שניתנו על יסוד הצווים הפררוגטיביים נחשבו סעדים מיוחדים או סעדים יוצאי דופן (extraordinary remedies).

כיוון שפתיחת הליך שיפוטי נגד הכתר באמצעות צו פררוגטיבי הייתה מותנית בשיקול הדעת של בית המשפט, אדם לא יכול היה להגיש נגד הכתר "תביעה" (claim), אלא רק להגיש "תחינה" (petition), או בלשון עכשווית "עתירה" (application), לקבלת צו פררוגטיבי. בית המשפט היה רשאי לדחות את העתירה על הסף, אפילו כאשר נראה שהעותר נפגע על ידי החלטה שלטונית שלא כדין, אם סבר, על יסוד שיקולים של צדק או שיקולים של אינטרס ציבורי, כי אין זה ראוי שבית המשפט ידון בעתירה לגוף העניין. במשך הזמן התגבש שיקול הדעת של בית המשפט בשורה של כללי סף. על יסוד כללים אלה היה בית המשפט רשאי

לדחות עתירה על הסף, בין השאר, משום שהיא עתירה מוקדמת או לחלופין מאוחרת, כאשר העתירה תאורטית, אם קיים סעד חלופי וכאשר העותר אינו נקי כפיים.<sup>26</sup> שיקול הדעת של בית המשפט, המובנה בצווים הפרוגטיביים, נשמר בידי בית המשפט, גם כאשר החליט לדון בעתירה לגוף העניין, לאורך כל הדין. הוא אפשר לבית המשפט לקבוע סדר דין מיוחד לצווים הפרוגטיביים, שונה מסדר הדין בהליך אזרחי, וכן גם להחליט, כפי שנראה לו, אם לתת סעד לעותר ומהו הסעד הראוי בנסיבות המקרה. העובדה שההתדיינות באמצעות הצווים הפרוגטיביים ספוגה בשיקול דעת של בית המשפט נעשתה מאפיין מרכזי של הזכות המינהלית וגורם ראשי לחולשת הזכות המינהלית עד היום.

### ג. הזכות המינהלית בישראל

הזכות המינהלית נקלטה בארץ ישראל רק עם תחילת השלטון הבריטי, לאחר מלחמת העולם הראשונה, כאשר סימן 43 לדבר המלך במועצה משנת 1922 הסמיך את בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות באמצעות הצווים הפרוגטיביים.<sup>27</sup> דרך הביקורת השיפוטית הסתננה לארץ, כמו נוסע סמוי, גם הזכות המינהלית, במתכונת שבה הייתה קיימת באנגליה.<sup>28</sup> להלכה, שנים אחדות לאחר הקמת המדינה השתחרר בג"ץ מן הצווים הפרוגטיביים. ואולם, המאפיינים העיקריים של צווים אלה, ולפיכך גם המאפיינים העיקריים של הזכות המינהלית, נשמרו על ידיו עד היום. אפשר לומר כי הזכות המינהלית בישראל עוצבה בצלמה ובדמותה של הזכות המינהלית באנגליה.<sup>29</sup>

26 כללים דומים לכללי הסף בעתירות לקבלת צווים פרוגטיביים נוצרו במשפט האנגלי גם בתביעות לקבלת סעד מן היושר (equity), כגון צו מניעה ופסק הצהרתי, לעומת סעד לפי המשפט המקובל (common law), שכן גם סעד מן היושר נחשב סעד מיוחד המותנה בשיקול הדעת של בית המשפט. מכל מקום, ככל שסעדים אלה, כלומר צו המניעה והפסק ההצהרתי, אומצו על ידי בית המשפט באנגליה, ולאחר מכן על ידי בית המשפט בישראל, כסעדים רגילים במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות, הם הוכפפו לאותם כללים שחלו על הצווים הפרוגטיביים. כיום אין הבדל מבחינת כללים אלה בין סוגי הסעדים הניתנים על ידי בג"ץ או על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים. על כללי הסף ראו אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – עילות הסף (2008).

27 עד אז, במשך כל תקופת השלטון העותמני, לא הייתה אפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות באמצעות בתי המשפט הרגילים. ראו יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כח 225, 237–238 (2004).

28 על הצווים הפרוגטיביים, כפי שהיו בשימוש בג"ץ לפני הקמת המדינה ובשנים הראשונות שלאחר הקמתה, ראו אפרים סלנט בית המשפט הגבוה לצדק (1955). ראו גם על סמכות בג"ץ להוציא צווים פרוגטיביים, יצחק זמיר "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 225 (התשכ"ד).

29 לפני שנים רבות, לאחר שאנגליה הנהיגה רפורמה בסדרי הדין, לרבות במתכונת של כתבי בית דין (writs-ה), אמר מלומד אנגלי כי אמנם כתבי בית הדין הישנים נקברו, אך הם עדיין שולטים בנו



בין השאר, הזכות המינהלית התבססה בארץ, כמו באנגליה, באמצעות הסעד השיפוטי. חוק יסוד: השפיטה קובע את סמכות בג"ץ, בנוסח דומה לנוסח של דבר המלך במועצה משנת 1922, לא על פי הזכות אלא על פי הסעד. סעיף 15(ג) לחוק היסוד קובע כי בג"ץ יידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק, וסעיף 15(ד)(2) מסמיך את בג"ץ "לתת צווים" לכל מי שממלא תפקיד ציבורי על פי דין "לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין". בהתאם לכך, כאשר בג"ץ נותן לעותר סעד, כגון צו המחייב רשות מינהלית לעשות מעשה מסוים כפי שביקש העותר, או לבטל החלטה מסוימת שפגעה בעותר, מתוך הסעד משתמעת גם הכרה בזכות העותר.<sup>30</sup>

### סוגי הזכות המינהלית

הזכות המינהלית בישראל כוללת, כמו הזכות המינהלית באנגליה, סוגים אחדים של זכויות. סוג אחד מתייחס לזכויות היסוד של האדם כלפי הרשויות המינהליות. בג"ץ השתמש בצווים הפרורוגטיביים כדי להקנות, כבר בשנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה, הכרה ומעמד לזכויות אלה. כך, לדוגמה, זמן קצר לאחר הקמת המדינה, כאשר החלטה ממשלתית פגעה בחופש העיסוק של קבוצת בני אדם, פסק בג"ץ כי "כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק".<sup>31</sup> חופש העיסוק הוא זכות יסוד, ומאז חוק יסוד: חופש העיסוק אף יש לו מעמד של זכות חוקתית, אך במקורו הוא זכות מינהלית. כך גם זכויות יסוד אחרות.

כמו כן, בג"ץ קלט באמצעות הצווים הפרורוגטיביים, כעסקת חבילה, גם את ההלכות של המשפט האנגלי המסדירות את הפעלת הסמכויות של הרשויות המינהליות, למשל חובת השימוע, החובה לשקול רק שיקולים ענייניים והחובה לפעול באופן סביר. עם החובות נקלטו גם, כאילו מבלי משים, הזכויות הנובעות מהן. כך, לדוגמה, כיום מקובל על בית המשפט, וגם בספרות המשפטית, לדבר על חובת השימוע ועל זכות הטיעון כאילו הן שני צדדים של אותו מטבע.<sup>32</sup> אמנם אין זה מקובל לדבר על זכות אדם לשיקולים ענייניים במקביל לחובת הרשות

מקברם. הדברים נכונים, בישראל אף יותר מאשר באנגליה, בנוגע לסדר הדין הנהוגים לצורך הגנה על הזכות המינהלית עד עצם היום הזה.

30 ראו לדוגמה בג"ץ 840/79, לעיל ה"ש 3, בעמ' 745: "הסעד שבית-משפט זה מושיט לעותר שהאינטרס שלו נפגע, הוא המוליד את הזכות".

31 בג"ץ 1/49 בד'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82, פסק דינו של השופט חשין (1949).

32 הלכה זאת החלה את דרכה בישראל כחובה המוטלת על הרשות, אך כיום מקובל יותר לדבר עליה כזכות המוקנית לאדם. השוו בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508 (1958), השופט זילברג: "לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין-שיפוטי) – לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם-כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתיקה"; בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 654 (1979) השופט ברק: "זכות יסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו".

לשקול שיקולים כאלה, או על זכות אדם לסבירות מינהלית במקביל לחובת הרשות לפעול בסבירות, אך ברור שגם בהקשרים אלה הצמיחה החובה המינהלית זכות מינהלית. זאת ועוד. כפי שבית המשפט באנגליה יצר זכויות מינהליות במסגרת המשפט המקובל, כך עשה גם בית המשפט בישראל, במסגרת המשפט המקובל של ישראל, וזאת אפילו במוצהר. כפי שאמר השופט ויתקון:

אין אני גורס כי הזכות צריכה להיות זכות סטטוטורית, הכתובה בחוק. לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקא שיפוטי, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין. דברים שבנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול שלשום היו עוד חסרי דמות ובלתי גדורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וזוכים לדרגה של זכות. זוהי ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצדה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה.<sup>33</sup>

בדרך זאת אפשר ש"אינטרס" מסוים של האזרח כלפי הרשות, שבשלב מוקדם סירב בית המשפט להכיר בו כ"זכות", יקבל מבית המשפט בשלב מאוחר יותר הכרה כ"זכות", שיש בה כדי לפתוח בפני האזרח את שערי בית המשפט ולזפות אותו בסעד. כך היה, לדוגמה, בנוגע להפליה. לפני שנים רבות אמר השופט ויתקון: "תנאי ראשון להתערבותנו הוא, במקרה זה כבכל המקרים, שהמבקש יכול להצביע על 'זכות' שנפגעה. בהפליה גרידא לא סגיי".<sup>34</sup> עם זאת, לאחר זמן פסק בית המשפט הלכה המטילה על הרשות המינהלית חובה להימנע מהפליה, ובד בבד מקנה לאזרח זכות שלא יופלה, ודי בכך כדי שבית המשפט יענה לעתירתו ויושיט לו סעד כדי למנוע את ההפליה. הנה כך אמר מ"מ הנשיא לנדוי: "כאשר השלטון מפלה בין אזרח לאזרח, כי אז יכולה לקום לאזרח זכות מהותית בשל עצם ההפליה. למשל, בחלוקת מענקים לאזרח אף שלא על בסיס של חוק מחייב, ישמור בית-משפט זה על כך שהשלטון לא ינהג איפה ואיפה".<sup>35</sup> הזכות נגד הפליה שלטונית היא זכות מינהלית. דוגמה נוספת: בשנת 1966 קבע בג"ץ לראשונה את זכותו של אדם לעיין במסמכים של רשות מינהלית הנוגעים לעניינו.<sup>36</sup> בכך יצר בית המשפט זכות מינהלית חדשה.<sup>37</sup>

33 בג"ץ 29/62 שלום כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז 1023, 1027 (1962). ראו גם בג"ץ 840/79, לעיל ה"ש 3, השופט ברק בעמ' 745: "רשימת הזכויות המהותיות אינה רשימה סגורה, אלא היא 'פרי ההלכה הפסוקה שלעולם אינה קופאת על שמריה'".

34 בג"ץ 29/62, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1027.

35 בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 666, 657 (1977). ראו גם בג"ץ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה(3) 589, 592 (1981). ראו עוד יצחק זמיר ומשה טובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 205 (1999).

36 בג"ץ 337/66 פיטל נ' ועדת השומה שלידי עיריית חולון, פ"ד כא(1) 69, 71–72 (1967). השופט ויתקון: "לדעתי כל שאלתו של יושב ראש ועדת השומה: היכן האסמכתא בחוק המקנה לאזרח זכות לעיין בחומר שבידו? אינה במקומה. נהפוך הוא: מן הדין לשאול, היכן האסמכתא בחוק השוללת מהאזרח את הזכות לעיין בחומר, שבידיעתו יש לו עניין לגיטימי [...] העותר צדק בדרישתו לא רק מכיוון שזכותו לעיין במסמכים נובעת מהוראות החוק, אלא – ובעיקר – מכיוון שהשכל הישר וההגינות האלמנטארית ביחסי ציבור בין השלטון ואזרח מחייבים מסקנה זו".

37 והנה דוגמה נוספת. בבג"ץ 100/64 מטעי עמק הארזים נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד יח(2) 278 (1964) סירב בית המשפט להכיר בזכותו של בעל עסק למנוע מרשות מינהלית לתת בניגוד

לצד הזכויות המינהליות שצמחו בפסיקה נוצרו בישראל, כמו באנגליה, זכויות מינהליות רבות מכוח חוק. החוק עשוי להקנות לאדם זכות מינהלית בלשון מפורשת. הנה דוגמה. חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, קובע בסעיף 1: "לכל אזרח ישראלי או תושב הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית בהתאם להוראות חוק זה". זאת היא זכות מינהלית מובהקת, שאין לה מקבילה בקרב הזכויות האזרחיות. בתקופה האחרונה מתגברת הנכונות להקנות בחוק זכויות מינהליות בלשון מפורשת, אך לאורך שנים רבות הנטייה הייתה להטיל על הרשות המינהלית חובה או להקנות לה סמכות שממנה צמחה, באופן משתמע, גם זכות. לדוגמה, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, קובע בסעיף 244(א) כי "מבוטח שהגיע לגיל קצבת זקנה, ישלם לו המוסד [...] קצבה חודשית". אף כי החוק לא אמר כי המבוטח "זכאי" לקצבה, אלא כי המוסד "ישלם" קצבה, ברור כי הוראת חוק זאת מקנה למבוטח זכות מינהלית.<sup>38</sup> בדומה לכך, החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, קובע בסעיף 2א כי עובד ציבור שנתבקש בכתב להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין וסירב לבקשה, "יודיע למבקש בכתב את נימוקי סירובו". ברור, אף כי הדבר לא נאמר במפורש, כי מתוך חובת ההנמקה צומחת גם זכות הנמקה. והנה דוגמה נוספת. חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, קובע כי שר העבודה, שהוסמך להתקין תקנות לביצוע חוק זה, לא יתקין תקנות בנוגע לצו הרחבה של הסכם קיבוצי "אלא לאחר התייעצות בארגון העובדים המייצג את המספר הגדול ביותר של עובדים במדינה". ברור כי החוק מקנה, אם כי במשתמע, זכות היועצות לארגון עובדים זה. הבעלים של הזכות המינהלית רשאי לתבוע את הזכות בבית המשפט לפי הכללים של המשפט המינהלי, ובהם גם הכללים בדבר סדר הדין המינהלי.

### סדר הדין המינהלי

הצווים הפררוגטיביים יובאו לארץ ישראל על ידי השלטון הבריטי כעסקת חבילה: הסעד עם סדר הדין. בג"ץ נהג לפי סדר דין זה במתכונת שהייתה מקובלת אז באנגליה, ואף שבמשך השנים חלו בו שינויים, בעיקרו של דבר נותר סדר הדין כפי שהיה, עד עצם היום הזה.<sup>39</sup>

לדין רישיון עסק למתחרה; אך בבג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852 (1992), שינה בית המשפט את עמדתו והכיר בזכות זאת.

38 בנוסח המקורי של חוק הביטוח הלאומי, התשי"ד-1953, כל הקצבאות נוסחו בלשון של סמכות המוסד (למשל, סעיף 28: "מבוטחת שהיא עובדת או עובדת עצמאית ישלם לה המוסד [...]"), וכדומה; אך בנוסח העכשווי של חוק זה, חלק מסוגי הקצבאות, שנוספו בתקופה מאוחרת, מנוסחים כבר בלשון של זכות למבוטח (למשל, סעיף 196: "נכה זכאי לגימלה לפי פרק זה [...]"), וכדומה. ראו גם חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (למשל, סעיף 3(א): "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה [...]").

39 ראו תקנות בית המשפט הגבוה, 1937, ע"ר 678 שפורסמו גם כנספח בספרו של סלנט, לעיל ה"ש 28, בעמ' 107. השוו לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984. על סדר הדין בבג"ץ ראו, באופן כללי, רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק (1991); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי – סדרי הדין והראיות בבג"צ (2010). על דיני הראיות בבג"ץ ראו יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (1993). סדר הדין הנוהג בבג"ץ הועתק בעיקרו, אף כי בשינויים מסוימים, לבית המשפט לעניינים מינהליים. חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, קובע בסעיף 13 כי שר המשפטים רשאי להתקין,

סדר הדין משקף את שיקול הדעת הרחב של בג"ץ. שיקול הדעת בא לידי ביטוי כבר בצעד הראשון: הפנייה לבג"ץ אינה נקראת "תביעה", כמו בהליך אזרחי, אלא "עתירה", כלומר בקשה. לכאורה, העותר אינו תובע זכות אלא מבקש חסד, כזכר לימים רחוקים של שלטון מלכותי. לבית המשפט מוקנה שיקול דעת בשאלה אם להיענות לעתירה, ולאפשר דיון בטענות העותר, או לדחות את העתירה על הסף, ללא דיון בעניין לגופו. בית המשפט רשאי לדחות כל עתירה על הסף לפי אחד מכללי הסף.<sup>40</sup> כמו כן, גם כאשר העתירה אינה נתפסת על ידי אחד הכללים האלה, עדיין רשאי בית המשפט לדחות אותה על הסף אם אין זה ראוי, לפי שיקול דעתו, לתת סעד באותה עתירה.<sup>41</sup>

גם אם התגבר העותר על כללי הסף, עדיין עליו להתגבר על חזקת החוקיות. חזקת החוקיות קובעת הנחה שהרשות המינהלית פעלה כדין, ולפיכך הנחה היא שהחלטת הרשות, גם אם פגעה בעותר, היא החלטה חוקית. העותר אמור לסתור את חזקת החוקיות, ולו רק לכאורה, כבר בעתירה עצמה, לפני תחילת ההתדיינות. לצורך זה אין די בטענה שהחלטת הרשות אינה חוקית, אלא העותר חייב להציג בעתירה גם את העובדות המבססות טענה זאת ולתמוך אותן בתצהיר. אם אין בידו לתמוך את העתירה בתצהיר כזה, בית המשפט רשאי לדחות את העתירה על הסף.<sup>42</sup>

אם לא נדחתה העתירה על הסף, בית המשפט יכול, לפי תקנות סדר הדין בבג"ץ, לתת לעותר צו על תנאי. מהו צו על תנאי? התשובה טמונה בנבכי ההיסטוריה של הצווים הפרורוגטיביים: זהו צו פרורוגטיבי שעשוי להינתן לעותר אם הרשות לא תצליח, בתשובתה לבית המשפט, להפריך את טענת העותר. למעשה, צו על תנאי אינו אלא רשות הניתנת על ידי

בין השאר, תקנות סדר דין בעתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, ובלבד ש"סדרי הדין בעתירה מינהלית יהיו במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים שיקבע שר המשפטים", ראו תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000. על סדר הדין בבית המשפט לעניינים מינהליים ראו, באופן כללי, אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי – סדרי הדין והראיות בבתי המשפט לעניינים מינהליים (2011).

40 כללי הסף העיקריים קובעים כי יש מקום לדחות עתירה על הסף, בכפוף לנסיבות המצדיקות חריגה מן הכלל, כאשר העתירה מעלה עניין בלתי שפיט; כאשר העניין הנדון הוא תאורטי; כאשר העתירה מנוסחת באופן כוללני; כאשר היא מוקדמת מדי; כאשר היא הוגשה מאוחר מדי; כאשר לעותר אין זכות עמידה; כאשר קיים סעד חלופי; כאשר העותר אינו נקי כפיים ועוד. על כללי הסף ראו שרגא ושחר עילות הסף, לעיל ה"ש 26; וכן אלעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי – סעדים 97 (2012).

41 כללי הסף, כפי שגובשו על ידי בית המשפט, אינם יכולים להגביל את סמכות בג"ץ, כפי שנקבעה בס' 15 (ג) לחוק-יסוד: השפיטה, לדון רק "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". ראו לדוגמה בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393, 402 (1986), השופט דב לויין קבע שבג"ץ רשאי שלא להעניק סעד לעותר "אם משום שקיים סעד חלופי, אם משום שהעותר לא בא לפניו בכפיים נקיות, אם משום שהסעד המבוקש נראה בלתי מתאים ובלתי יעיל, ואם משום טעם אחר, ובכלל זה משום שחוש הצדק של בית המשפט הגבוה לצדק אומר לו כי המקרה שלפניו אינו ראוי לסעד".

42 על חזקת החוקיות ראו יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המנהלי" ספר אור 741 (2013).

בית המשפט להתחיל בהתדיינות, כלומר להעביר את העתירה אל הרשות המינהלית ולהזמין אותה לתת תשובה לטענות שבעתירה.<sup>43</sup>

ההתדיינות לגוף העניין, לאחר שהעותר עבר את המחסומים בכניסה לבית המשפט, מתבססת על תצהירים (ולא על עדים, כפי שמקובל בהליך אזרחי) מצד העותר ומצד הרשות. בניגוד לסדר הדין האזרחי, העותר אינו רשאי לבקש מן הרשות המינהלית להשיב על שאלונים או לגלות מסמכים הקשורים לעניין הנדון.<sup>44</sup> עליו להסתפק בבקשה למתן פרטים נוספים לנימוקים שבעובדה או בחוק שצוינו בתשובת הרשות, וגם זאת רק אם בית המשפט הוציא כבר צו על תנאי. זאת ועוד. אף כי בית המשפט רשאי, לפי תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, לתת היתר לעותר לחקור את המצהיר מטעם הרשות, בפועל זה שנים רבות בג"ץ אינו מתיר חקירה של מצהירים. מדוע? בג"ץ החליט, בתוקף שיקול הדעת המוקנה לו, כי חקירות של מצהירים גוזלות זמן רב מדי וכי ניתן להסתפק בתצהירים עצמם.

באופן כללי, אלה הם המאפיינים של התדיינות בעניינים מינהליים בישראל, שאומצו לפני שנים רבות מן המשפט המינהלי של אנגליה ונותרו על כנם עד היום. הם חלים, בשינויים שאינם מהותיים, גם על סדר הדין בבית המשפט לעניינים מינהליים.<sup>45</sup> בית משפט זה עושה שימוש בכללי הסף המקובלים בבג"ץ;<sup>46</sup> מפעיל את חזקת החוקיות;<sup>47</sup> מאפשר, לפי תקנות

- 43 תק' 5 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984. בפועל, כיום בג"ץ סוטה על פי רוב מן הדרך שנקבעה בתקנות אלה: אם הוא רואה יסוד לעתירה וטעם טוב לדון בה לגוף העניין, הוא שולח את העתירה אל הרשות, בלי להוציא צו על תנאי, ומבקש לקבל ממנה תגובה לעתירה. עם זאת, במקרים מיוחדים עדיין בג"ץ נוהג להוציא צו על תנאי, אם בתחילת ההתדיינות ואם במהלכה, לפי נסיבות המקרה. מכל מקום, כך או כך, העיקר הוא שלבג"ץ נתון שיקול דעת להחליט כיצד לטפל בעתירה.
- 44 אמנם כל אדם זכאי לקבל מידע מרשות ציבורית לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, אולם זכות זאת מסויגת ומורכבת, ובסך הכול היא נוחה ויעילה פחות מאשר הזכות לגילוי מסמכים ותשובה לשאלונים. ראו להלן ה"ש 73.
- 45 עע"מ 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים, פ"ד נט(6) 411, 417 (2005), הנשיא ברק: "סדרי הדין והראיות שבפני בית-המשפט המינהלי הינם דומים לאלה הנהוגים בבג"ץ [...] וברגיל יתמצו ההליכים בהגשת תצהירים בלי לשמוע עדים ולנהל הליכי חקירה שכנגד". ראו גם עע"מ 7186/10 זילבר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים, פס' 20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.4.2013).
- 46 ראו לדוגמה עת"מ (ת"א) 2541/09 כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה שרונים (פורסם בנבו, 20.8.2011); עת"מ (ת"א) 36546-01-10 זר נ' לשכת עורכי הדין (פורסם בנבו, 2010). אמנם תק' 3 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, קובעת מועד להגשת עתירה, אך לפי תק' 4 אין בכך כדי למנוע את בית המשפט מלדחות על הסף עתירה, אף שהוגשה במועד שנקבע, מחמת שיהוי. ראו לדוגמה עת"מ (חי') 10903-02-12 עמותת שחר במסילה נ' עיריית חיפה (פורסם בנבו, 14.6.2012).
- 47 ראו לדוגמה עע"מ 6200/07 פ. פ. ס ריהאב בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2008); עת"מ (י-ם) 1151/07 נרקיס גל הסעות בע"מ נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 22.5.2008).

סדר הדין, לבקש פרטים נוספים, אך לא גילוי מסמכים או תשובה לשאלונים;<sup>48</sup> ובדרך כלל גם הוא אינו מרשה לחקור מצהירים.<sup>49</sup>

המאפיין העיקרי הוא שיקול הדעת של בית המשפט. אכן, שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט בסדר הדין המינהלי רחב הרבה יותר מאשר בסדר הדין האזרחי. הוא מאפשר לבית המשפט להתאים את המהלכים, במסגרת ההתדיינות, לנסיבות של כל מקרה. זהו יתרון, אך בצדו בולט גם חיסרון. הכללים בדבר סדר הדין בעניינים מינהליים, במיוחד כללי הסף, ולצדם גם חזקת החוקיות וכללי הדיון והראיות, שאין להם מקבילה בעניינים אזרחיים, פוגעים בזכות הגישה לבית המשפט הן במובן הצר והן במובן הרחב של מושג זה. זאת היא פגיעה קשה בהגנה על הזכות המינהלית.<sup>50</sup>

### הסעד בעניינים מינהליים

שיקול הדעת של בג"ץ, בעקבות שיקול הדעת של בית המשפט באנגליה, משתרע גם על שאלת הסעד הראוי. בית המשפט הסתמך על שיקול הדעת, גם במקרה שבו הוכיח העותר כי רשות מינהלית פגעה בו שלא כדין, כדי לעצב את הסעד באופן שיהלום את כל נסיבות המקרה, בין השאר, מתוך התחשבות באינטרס הציבורי. בהתאם לכך, אפשר שעותר כזה יצא מבית המשפט ללא כל סעד, למשל כדי למנוע פגיעה קשה בתפקוד של הרשות המינהלית.

לצורך זה פיתח בית המשפט הלכות שונות, ולא פעם גם משונות, שהחלישו עוד יותר את ההגנה על הזכות המינהלית. כך, לדוגמה, אימץ בית המשפט הבחנה בין שני סוגים של הוראות חוק שהטילו מגבלות או חובות על הרשות המינהלית. סוג אחד – הוראות חוק "מחייבות". הפרה של הוראה כזאת עשויה לבטל החלטה מינהלית. סוג אחר – הוראות חוק "מנחות". הפרה של הוראה כזאת עשויה להשאיר את החלטה המינהלית בתוקף, כאילו החלטה מינהלית יכולה לגבור על הוראת חוק ולהשאיר את העותר, שנפגע בזכות המינהלית שלו, ללא כל סעד.<sup>51</sup>

בית המשפט אימץ גם הבחנה בין שני סוגים של פגמים משפטיים בהחלטות מינהליות. סוג ראשון – פגמים של חוסר סמכות או פגמים השקולים לחוסר סמכות. פגם כזה מבטל את

48 תק' 11 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א–2000. ראו לדוגמה עת"מ (ת"א) 1588/09 שיכון ופיתוח לי נ' עיריית קריית אונו (פורסם בנבו, 26.1.2010).

49 ראו לדוגמה עת"מ (מרכז) 27539-05-12 מכון וייצמן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה מרכז (פורסם בנבו, 11.3.2013). ראו גם פסקי הדין המובאים לעיל בה"ש 45.

50 על זכות הגישה לבית המשפט, במובן הצר ובמובן הרחב של המושג, ראו לעיל ה"ש 6 ו-7. אם אמנם זכות הגישה היא זכות חוקתית, ועל כך ראו שם, מתעוררת השאלה אם כללי הסף וסדרי דין אחרים בעניינים מינהליים, הפוגעים בזכות הגישה, עומדים במבחן החוקתיות. על כך ראו להלן בעמ' 174–175.

51 ראו לדוגמה ע"א 314/79 מירסקי נ' מנהל מס העיזבון, פ"ד לר' (1) 795, 799–801 (1979); עמ"מ 1386/04 המועצה הארצית לתכנון ובניה נ' עמותת נאות ראש העין, פס' 32 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.5.2008). על ההבחנה בין הוראות חוק "מחייבות" לבין הוראות חוק "מנחות" ראו זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1114. ראו גם דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי 802 (2010).

ההחלטה המינהלית מיסודה, כאילו לא ניתנה כלל. סוג שני כולל את כל יתר הפגמים, כגון טעות בפירושו החוק, טעות בקביעת עובדה או טעות בשיקול הדעת שלא הגיעו כדי חריגה מן הסמכות. פגם כזה עושה את ההחלטה המינהלית נפסדת בלבד, כלומר ההחלטה תקפה ועומדת, כאילו לא נפל בה פגם, עד אשר בית המשפט יבטל אותה, והוא לא יבטל אותה אלא בביקורת ישירה של ההחלטה, בניגוד לביקורת עקיפה.<sup>52</sup> עקב כך אפשר שזכות מינהלית של אדם תיפגע שלא כדין על ידי החלטה מינהלית נפסדת, ואם ייתבע אותו אדם לדין אזרחי או פלילי, למשל בשל אי-ציות לאותה החלטה, הוא לא יוכל לקבל סעד אם יטען, בביקורת עקיפה, כי ההחלטה בלתי חוקית.

לאחרונה נשמטה הקרקע מתחת להבחנות אלה, כאשר בג"ץ אימץ את הכלל בדבר התוצאה (הבטלות) היחסית, הקובע כי בית המשפט ייתן את הסעד הראוי בכל מקרה, על פי שיקול דעתו, לפי נסיבות המקרה.<sup>53</sup> עם זאת, עצם האימוץ של כלל זה מלמד אף הוא על שיקול הדעת הרחב של בית המשפט בכל הנוגע לסעד השיפוטי בעניינים מינהליים. שיקול הדעת הרחב של בית המשפט בעניינים מינהליים, בכל השלבים של התדיינות בעניינים אלה, הוא גם המקור הישיר לחולשת המעמד של הזכות המינהלית.

#### ד. מעמד הזכות המינהלית

המעמד המשפטי של זכות נקבע לא רק על פי חשיבות הזכות אלא גם, ואולי בעיקר, על פי עוצמת ההגנה המשפטית עליה. עוצמת ההגנה, ובהתאם לכך גם המעמד, משתנים מזכות לזכות. לדוגמה, ההגנה המשפטית על זכות חוקתית, כמו הזכות לחירות או זכות הקניין, חזקה מעוצמת ההגנה על זכות אחרת, למשל זכות חוזית; וההגנה המשפטית על חופש הביטוי הפוליטי חזקה מן ההגנה על חופש הביטוי המסחרי. מהו אפוא המעמד של הזכות המינהלית, לאור ההגנה המשפטית על זכות זאת?

#### המעמד הראוי

מבחינה עקרונית, הזכות המינהלית מבוססת וחשובה לא פחות מן הזכות האזרחית, ולכן היא גם ראויה למעמד והגנה לא פחות מן הזכות האזרחית. אולי אפילו יותר. מדוע? בעיקר משום שהיחסים בין אדם לרשות שונים מאלה שבין אדם לאדם ומחייבים יותר מהם. היחסים בין אדם לאדם הם בדרך כלל יחסים של זרות. כל צד ליחסים רשאי לדאוג לאינטרס של עצמו ואינו חייב לפעול למען האינטרס של הצד השני. החובה האזרחית של אדם כלפי אדם, כפי שהיא

52 ראו לדוגמה ע"א 183/69 עיריית פתח-תקוה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398, 404 (1969). ראו גם ברק-ארוז, לעיל ה"ש 51, בעמ' 796. על ביקורת עקיפה ראו יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים פרק רביעי ("תקיפה עקיפה בבתי המשפט") (1975).

53 ראו לדוגמה בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291 (1994). על הכלל בדבר התוצאה (הבטלות) היחסית ראו גם ברק-ארוז, לעיל ה"ש 51, בעמ' 795; שרגא ושחר סעדים, לעיל ה"ש 40, בעמ' 71.

מתחייבת מעצם החיים בצוותא, היא אפוא מוגבלת: חובה של תום לב או חובה של התנהגות סבירה. כנגד זאת, היחסים בין אדם לבין רשות, בחברה דמוקרטית, הם יחסים של קרבה. הקרבה נובעת מן המעמד של הרשות כנאמן של הציבור, שממנו הרשות מקבלת את סמכותה ולמענו היא חייבת להפעיל את הסמכות. מעמד של נאמן מטיל חובת נאמנות. חובת הנאמנות דורשת שהרשות, בניגוד לאדם פרטי, לא תדאג במילוי תפקידה לאינטרס שלה אלא לאינטרס של הציבור. בין השאר, היא חייבת, בהפעילה את סמכותה, לנהוג בהגינות. חובת ההגינות מצמיחה כללי התנהגות שאין להם מקבילה ביחסים בין אדם לאדם, והם מחייבים את הרשות, למשל, לשמוע טענות של אדם שעלול להיפגע מהחלטתה, לחשוף בפניו מידע ולנמק את ההחלטה בכתב.

כיוון שה"ציבור" הוא מושג ערטילאי, חובת הנאמנות של הרשות כלפי הציבור באה לידי ביטוי גם בחובת נאמנות של הרשות כלפי כל אדם בציבור. מכאן צומחת גם זכות של כל אדם כלפי הרשות. זכות זאת דומה לזכות המוקנית במשפט האזרחי לנהנה כלפי הנאמן או לשולח כלפי השלוח.<sup>54</sup> זכות כזאת שונה מזכות אזרחית רגילה, כגון זכות חוזית בין שני אנשי עסקים או זכות של אדם אחד כלפי אדם אחר שפגע בו בתאונת דרכים. היא מטילה חובה כבדה יותר על הנאמן כלפי הנהנה. אם כן, יוצא שהזכות של כל אדם כלפי כל רשות – שזו תימנע מלפגוע בו שלא כדין בגוף, ברכוש או בחירויות, כמו חופש הביטוי וחופש העיסוק, ואף תקיים את החובות המוטלות עליה כלפיו, כמו חובת השימוע וחובת ההנמקה – צריכה להיות חזקה יותר מאשר הזכות הרגילה של אדם כלפי אדם.<sup>55</sup>

54 בג"ץ 840/79, לעיל ה"ש 3, בעמ' 745–746: "המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל [...] מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה [...] לפעול בהגינות"; בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 319 (1998), השופט זמיר: "חובת ההגינות חלה על הרשות, בראש ובראשונה, כלפי הציבור. זוהי חובה של נאמן כלפי הנהנה. אך בפועל, כיוון שהציבור מורכב מבני אדם, החובה אינה חלה רק כלפי הציבור, כגוף ערטילאי, אלא היא חלה גם כלפי כל אדם". על הנאמנות הציבורית ראו גם זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 36.

55 העוצמה היחסית של הזכות המינהלית, בהשוואה לזכות האזרחית, מקבילה לעוצמה היחסית של החובה המינהלית, המבוססת על דרישת הגינות, בהשוואה לחובה האזרחית המבוססת על תום לב. וכך אמר השופט ברק בבג"ץ 164/97, לעיל ה"ש 54, בעמ' 348: "חובת תום-הלב המוטלת על הפרטים ביחסיהם ההדדיים היא 'קלה' יותר מחובת ההגינות המוטלת ביחסים שבין השלטון לפרט [...] תום-הלב מניח, כנקודת מוצא, שהפרט דואג לאינטרס שלו עצמו. תום-הלב מבקש להבטיח כי דאגה זו תיעשה באופן ראוי ותוך התחשבות בציפיות המוצדקות של הצד השני [...] הוא מבקש להבטיח כי דאגה זו תיעשה ביושר, תוך הבטחת המשימה המשותפת של הצדדים כיאה לחברה תרבותית [...] תום-הלב קובע אפוא כללים של משחק הוגן בין 'יריבים'. לעומת זאת, חובת ההגינות קובעת כללים של משחק הוגן בין 'ידידים'. חובת ההגינות אינה משקיפה על השלטון ועל הפרט כעל 'יריבים'. השלטון צריך לדאוג לכלל שאליו משתייך הפרט. חובת ההגינות של שלטון – בדומה, במובן מסוים, לחובת ההגינות של שלוח כלפי שולח, דירקטור כלפי החברה, אפטרופוס כלפי הנתון לפיקוחו – היא אפוא חובה 'כבדה' יותר מחובת תום-הלב". על חובת ההגינות המוטלת על רשות מינהלית ראו גם זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 997.



בהתאם לכך אפשר היה לצפות כי מערכת המשפט תעניק הגנה טובה לזכות המינהלית, שתהא טובה לא פחות מן ההגנה המוענקת לזכות האזרחית. כך, קודם כול, בגלל העוצמה של הזכות המינהלית כזכות הנתמכת על ידי חובת הנאמנות של הרשות המינהלית; כך גם בגלל טעמים נוספים. טעם אחד הוא שהגנה על הזכות המינהלית היא גם הגנה על העיקרון של שלטון החוק, שהוא אבן יסוד לחברה דמוקרטית: שהרי הבסיס של עיקרון זה הוא שכל רשות תפעל אך ורק על פי דין, וזה גם הבסיס של הזכות המינהלית. לכן, ככל שמערכת המשפט מחזקת את הזכות המינהלית, כך היא מחזקת גם את שלטון החוק. מכאן שההגנה על הזכות המינהלית משרתת את החברה אף יותר מאשר ההגנה על הזכות האזרחית. טעם נוסף נובע מן הפער הקיים במעמד ובכוח בין הצדדים להתדיינות בעניינים מינהליים: הרשות, שנמצאת בעמדה של מרות ונסמכת על עוצמת השלטון, כנגד העותר. נוכח הפער הקיים, ההגינות מחייבת כי הזכות המינהלית, שביסוד ההתדיינות, תקבל הגנה טובה במיוחד, שתאזן במידת מה את חוסר השוויון שבין הצדדים להתדיינות.

אף על פי כן, הזכות המינהלית, שנולדה באנגליה כזכות חלשה, נותרה זכות חלשה גם לאחר שנקלטה במשפט הישראלי, ואף שחלו שינויים מסוימים בהגנה על הזכות, היא נשארה חלשה מאז ועד היום.<sup>56</sup> נראה כי סיבת הדבר היא, במידה רבה, שהזכות המינהלית הוזנחה בשיח המשפטי: היא הייתה נסתרת מן העין, כאילו חבויה מאחורי הסמכות המינהלית, ולכן גם לא הייתה התייחסות אליה, לא בפסיקה ולא בספרות. אילולא כן ייתכן שחשיפת הזכות המינהלית, כסוג מיוחד של זכות, והדיון במעמדה היו מובילים לשינוי המצב.<sup>57</sup>

56 אכן, במשך השנים חלו בפרקטיקה של בית המשפט שינויים מסוימים בהגנה על הזכות המינהלית, מהם שהחלישו את הזכות ומהם שחזקו אותה. כך לדוגמה, מצד אחד, כאשר בג"ץ החליט, בשנות השישים, למנוע כמעט באופן מוחלט חקירה של מצהירים, בעיקר כדי לחסוך בזמן שיפוטי, הוא החליש את ההגנה על הזכות המינהלית. מצד אחר, כאשר בג"ץ קבע והרחיב חריגים לכללי הסף, למשל כאשר הביע נכונות לדון גם בעתירה שהוגשה בשיהוי אם הדבר נדרש לצורך הגנה על שלטון החוק, וכאשר אפשר הגשת עתירות ציבוריות, הוא חיזק את ההגנה על הזכות המינהלית. עם זאת, באופן כללי הזכות המינהלית נותרה חלשה, כשהיא לעצמה ובמיוחד בהשוואה לזכות האזרחית.

57 העובדה שהזכות המינהלית, אף שבפועל מילאה תפקיד מרכזי בהתדיינות היומיומית בעניינים מינהליים, לא נחשפה במשך עשרות שנים, ולכן גם לא הייתה נוכחת בשיח המשפטי, אינה צריכה להתמיה. אכן, תופעה מוכרת היא בעולם המשפט שכללים ומושגים, שיש להם קיום וחשיבות מבחינה מעשית, הוזנחו מבחינה עיונית לאורך זמן רב, וניתן היה להתרשם שאינם קיימים כלל, עד שנחשפו, לעתים באורח מקרי, ורק אז זכו להכרה ולמעמד הראויים. הנה שתי דוגמאות מן העת האחרונה: כלל המידתיות וכלל התוצאה (הבטלות) היחסית. בית המשפט יישם כל אחד משני כללים אלה במשך תקופה ממושכת ללא מודעות לקיומו ככלל, ומכל מקום ללא מתן הכרה לכלל, עד שהכלל נחשף זה לא מכבר וקיבל מבית המשפט מעמד של כלל. ראו יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 225, 236, 252 (2012).

## שיח של סמכות

את העובדה שהזכות המינהלית הוזנחה עד כה בשיח המשפטי אפשר לייחס לנטייה של המחוקק ושל בית המשפט לעסוק בסמכות המינהלית ולקבוע כללים שיסדירו את הפעלת הסמכות, ולא להתמקד בזכות המינהלית. המחוקק היה נוטה לקבוע, למשל, כי הרשות המינהלית רשאית לתת תמיכה או שירות בתנאים מסוימים, ולא לומר כי האזרח זכאי לקבל תמיכה או שירות בתנאים מסוימים; ובית המשפט היה נוטה לפסוק כי הרשות המינהלית חייבת לפעול בדרך מסוימת, למשל, לתת לאדם שעלול להיפגע מהפעלת הסמכות הזדמנות להשמיע את טענותיו, ולא לומר כי לאותו אדם נתונה זכות לטעון בפני הרשות, או לפסוק כי הרשות חייבת לשקול אך ורק שיקולים ענייניים, ולא לומר כי לאדם נתונה זכות שלא להיפגע מהחלטה המבוססת על שיקולים זרים.<sup>58</sup>

כתוצאה של כל אלה, השיח המשפטי בתחום המשפט המינהלי היה ועודנו בעיקר שיח של סמכות. במרכז השיח עומדים הרשות המינהלית והסמכות המינהלית, ובעיקר הכללים המסדירים את הפעלת הסמכות, ולא האדם שמול הרשות או הזכות המינהלית שלו.<sup>59</sup> נקודת המוצא של הכללים המסדירים את הפעלת הסמכות היא העיקרון של חוקיות המינהל, המתבסס על האיסור לחרוג מן הסמכות, מאיסור זה, המכונה לעתים "תורת האולטרה וירס", צמחו הכללים האוסרים שיקולים זרים, ניגוד עניינים, חוסר סבירות ועוד. אם כן, הנושא המרכזי במשפט המינהלי היה תמיד, ונותר עד היום, הסמכות המינהלית.<sup>60</sup>

אמנם בעת האחרונה, ובעיקר לאחר שנחקקו שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם בשנת 1992, מתחולל שינוי בשיח המשפטי. זכויות האדם מתחילות לתפוס בשיח המשפטי מקום בולט ומכובד יותר ויותר, והסמכות המינהלית נבחנת תדיר, לא רק לאור הוראות החוק המקנה את הסמכות המינהלית, אלא גם תוך התייחסות לזכויות האדם. שיח הסמכות מתחיל לפנות מקום ראוי גם לשיח זכויות.

ואולם, לא זו בלבד שהשיח הדומיננטי בתחום המשפט המינהלי הוא עדיין שיח סמכות, אלא ששיח הזכויות, כפי שהוא מתפתח, מתמקד בזכויות אדם קלסיות, כמו זכויות החירות, הקניין והביטוי, ולא בזכות המינהלית, זו שנועדה להגן על כל אדם מפני כל פגיעה שלא כדין על ידי כל רשות, אף אם אין זו פגיעה בזכות אדם קלסית, כמו החלטה מינהלית למנוע תמיכה

58 יש משמעות לכך, למשל, שגם כיום מדובר על פי רוב על "שימוע", שמתייחס בעיקר אל חובת ה"שמיעה" על ידי הרשות, ולא על זכות ה"טיעון", המתמקדת באדם שעלול להיפגע מהחלטת הרשות.

59 גם ההגדרה של סמכות בג"ץ בס' 15(ד)2 לחוק-יסוד: השפיטה מתמקדת, ברוח זאת, ברשות המינהלית ובסמכות המינהלית ולא באדם שמול הרשות ובזכות המינהלית שלו: "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקדיהן ולגופים ולאנשים אחרים המלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות במילוי תפקידיהם כדין".

60 לכן, כאשר היה עליי לתת שם לספר שכתבתי על המשפט המינהלי, וחיפשתי את הנושא המרכזי המחבר כחוט השני את כללי המשפט המינהלי, בחרתי בסמכות המינהלית ולא בזכות המינהלית: זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 10.

כספית או החלטה לאשר תכנית מתאר על יסוד שיקולים זרים. הזכות המינהלית במובן זה נותרה מוזנחת, כאילו אינה קיימת, ומכל מקום עדיין אין לה ביטוי ראוי בשיח המשפטי. הזנחת הזכות המינהלית מנציחה את חולשת הזכות. החולשה, בעיקר בהשוואה לזכות האזרחית, ניכרת בכל השלבים של ההתדיינות בעניינים מינהליים: ראשית בכללי הסף, שיש בהם כדי לחסום את הדרך לדיון בבית המשפט בעתירה המבקשת להגן על הזכות המינהלית; שנית, בסדר הדין ובדיני הראיות הנוהגים בבית המשפט, שעשויים להכביד על הוכחת הפגיעה בזכות המינהלית; ושלישית, בתורת התוצאה (הבטלות) היחסית, שמקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב בשאלת הסעד הראוי לעותר שהצליח להוכיח את הפגיעה בזכות המינהלית.

### כללי הסף<sup>61</sup>

דרך המלך להגנה על הזכות המינהלית היא הדרך של ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות בבג"ץ ובבית המשפט לעניינים מינהליים. זכות הגישה מחייבת שהדרך תהיה פתוחה.<sup>62</sup> ואולם, למן הימים הראשונים של הביקורת השיפוטית באנגליה ועד לימים אלה בישראל הדרך לביקורת השיפוטית רצופה משוכות: אלה הם כללי הסף, שכל אחד מהם עשוי לחסום את הדרך בפני העותר.<sup>63</sup> כך להלכה וכך גם למעשה: עתירות רבות נדחות על ידי בית המשפט, מעשה שגרה, על הסף. ככל שמדובר בבג"ץ, הפגיעה בזכות המינהלית קשה במיוחד, משום שההחלטה לדחות את העתירה, ללא דיון בשאלה אם הרשות המינהלית פעלה שלא כדין, היא החלטה ראשונה ואחרונה גם יחד, ללא ערעור.

כללי הסף הם כללים בעייתיים. בעיה ראשונה מתייחסת לחוסר הוודאות המכביד על כל הצדדים להתדיינות. חוסר ודאות קיים, קודם כול, בנוגע לכל אחד מכללי הסף בנפרד, שכן עדיין נותר בכל אחד מכללים אלה מרכיב חזק של שיקול דעת שיפוטי. למשל, מתי עתירה תיחשב מוקדמת ומתי היא תיחשב מאוחרת? הפסיקה אינה קוצבת מועד או תקופה, כגון שלושה חודשים או שנה אחת מן המועד שבו נוצרה עילת העתירה, ואפילו אינה מסמנת דרך

61 על כללי הסף בעניינים מינהליים ראו גם לעיל ה"ש 40 ו-41.

62 על זכות הגישה לבית המשפט ראו לעיל ה"ש 5-7.

63 ראו תק' 5 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984. אמנם תקנה זאת מסמיכה את בג"ץ לדחות עתירה על הסף רק אם בית המשפט "היה סבור שהעתירה אינה מראה על פניה עילה", אך בית המשפט נותן לביטוי "עילה" פירוש רחב ביותר, הכולל כל מקרה שבו, לפי שיקול דעתו של בית המשפט, כבר בפתח ההתדיינות ברור כי לא יהיה זה ראוי לתת סעד לעותר. ראו לדוגמה בג"ץ 6104/94 עמותת אמיתי אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 6.11.1994). שיקול הדעת של בית המשפט התגבש בשורה של כללי סף המאפשרים דחיית עתירה, למשל, משום שהעתירה הוגשה באיחור או משום שהעותר אינו נקי כפיים, אפילו אם לכאורה יש לו עילה במובן זה שיש בידו להוכיח כי נפגע על ידי מעשה בלתי חוקי של רשות מינהלית. ראו לדוגמה דנג"ץ 4894/96 פרבר נ' משטרת ישראל, פ"ד נ(4) 21, 25 (1996). מכל מקום, תקנות סדר הדין אינן יכולות לצמצם את סמכות בג"ץ כפי שנקבעה בס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, היא הסמכות "לדון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". ראו גם תק' 7 ו-8 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000.

לחשוב הזמן. התשובה תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ובשיקול הדעת של בית המשפט היושב לדין, ואלה מזמנים לא פעם הפתעות. כמו כן, כללי הסף המוכרים אינם בגדר רשימה סגורה, אלא רק רשימה של מצבים נפוצים. הכלל הקובע הוא הכלל הרחב שנקבע בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, כלומר, שבג"ץ ידון "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". מכאן שגם אם עתירה מסוימת אינה נתפסת על ידי אחד מכללי הסף המוכרים, עדיין יכול בג"ץ לדחות אותה על הסף על יסוד שיקולי צדק במובן הרחב של המושג, כגון שהעוול אשר נגרם לעותר קטן מכדי להצדיק התערבות של בית המשפט או כי נשוא העתירה אינו נראה ראוי לסעד על ידי בית המשפט.<sup>64</sup> בעיה שנייה מתייחסת לעצם הצורך בכללי הסף והצדקתם. הבעיה כפולה: ראשית, האם יש צורך או טעם, לאור שיקולים של צדק, יעילות ותועלת, לקיים כל אחד מכללי הסף כפי שהוא? שנית, האם יש הצדקה להבחנה הקיימת בהקשר זה בין הדין המינהלי (בעצם – הזכות המינהלית) לבין הדין האזרחי (כלומר – הזכות האזרחית)? הנה, לצורך המחשה, שתי דוגמאות לבעיה זאת.

דוגמה אחת מתייחסת לכלל הסף בדבר שיהוי: מתי יש להגיש עתירה לבג"ץ? חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, קובע בסעיף 5 כי תביעה אזרחית חייבת להיות מוגשת לבית המשפט תוך שבע שנים (ובמקרקעין תוך 15 שנים) מיום שנולדה עילת התביעה. כנגד זאת, עתירה מינהלית חייבת להיות מוגשת לבג"ץ, לפי הכלל בדבר שיהוי, ללא שיהוי. מהו שיהוי? הכלל אינו קובע תקופה קצובה ואף לא דרך לחישובה. התשובה תלויה בכל מקרה בנסיבות המיוחדות של המקרה ובשיקול הדעת של בית המשפט. לעתים תקופה קצרה של שבועות אחדים מספיקה כדי ליצור שיהוי, ולעתים תקופה ארוכה של שנים אחדות עדיין אינה יוצרת שיהוי. במקרים רבים חוסר הוודאות מכביד, ולעתים הוא גורר תוצאות קשות, לא רק לעותר אלא גם לרשות המינהלית ואפשר שאף לציבור הרחב. מכאן השאלה: האם יש הצדקה עניינית לכלל זה ולהבדל הקיצוני בעניין זה בין תביעה אזרחית לבין עתירה מינהלית?<sup>65</sup> דוגמה נוספת עניינה הכלל בדבר ניקיון כפיים. כלל זה קובע כי אם עותר לא גילה בעתירה עובדות חשובות, או אם התנהג באופן בלתי ראוי בקשר לעתירה, בג"ץ עשוי לדחות את העתירה על הסף מחמת חוסר ניקיון כפיים של העותר אף אם העתירה מבוססת וצודקת לגוף העניין. לעומת זאת, בתביעה אזרחית רגילה, כגון תביעה לפיצויים בגין הפרת חוזה או בגין

64 בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617, 620 (1985), השופט ברק: "מקובל עלינו מימים ימימה, כי הסמכות הנתונה לבית המשפט הגבוה לצדק על-פי סעיף 15(ג) ו-ד) לחוק-יסוד: השפיטה – ולפניו על-פי ס' 7 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957 – סמכות שבשיקול-דעת היא. לשיקול-דעת זה נקבעו כללים. רשימתם של כללים אלה אינה סגורה, והריהי ניתנת לשינוי ולמילוי תוכן חדש על-פי צורכי הזמן והמקום". בג"ץ 36/68 בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617 (1968) הוא דוגמה (קיצונית) לדחיית עתירה על הסף בלי להסתמך על אחד מכללי הסף, אלא על הצדק באופן סתמי. פסק הדין הקצרצר בעתירה זאת אמר כך: "קטילת בעלי-חיים לצורך ספורט אינה מן הדברים שבית-משפט זה רואה עצמו חייב, מטעמי צדק, להגן עליהם. הצו-על-תנאי מתבטל והעתירה נדחית". על פסק דין זה ראו יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 3 (1970).

65 על הכלל בדבר שיהוי ראו שרגא ושחר עילות הסף, לעיל ה"ש 26, בעמ' 193.

עוולה בניזיקין, אין כלל מקביל: גם אם התובע הוא בן בליעל, עדיין ידון בית המשפט בתביעה לגוף העניין ויכריע בה על פי הדין. ההשוואה מעוררת את השאלה: האם יש הצדקה לכלל בדבר חוסר ניקיון כפיים?<sup>66</sup>

נוסף על כך גם חזקת החוקיות, שאינה נחשבת אחד מכללי הסף, מתפקדת למעשה כעילת סף הנוגסת אף היא בזכות הגישה לבית המשפט: אם העותר אינו מוכיח לכאורה את העילה כבר בעתירה עצמה, באמצעות עובדות הנתמכות בתצהיר, די בכך כדי שבג"ץ ידחה את העתירה על הסף. גם לכלל זה אין מקבילה בהליך אזרחי. בהליך אזרחי די בדרך כלל שכתב התביעה יפרט טענות ועובדות, גם כאלה שהתובע עדיין אינו מסוגל לתמוך בראיות, כדי לפתוח את הדיון, בהנחה שבמהלך ההתדיינות עשוי התובע להשיג ראיות התומכות בתביעה ולהציגן, למשל באמצעות גילוי מסמכים או תשובות לשאלון. מכאן השאלה: האם יש הצדקה לכלל בדבר חזקת החוקיות? השאלה מתחדדת לאור הקושי השכיח של עותר לברר ולהוכיח עובדות שנתגבשו באופן חד-צדדי אצל הרשות המינהלית, ובמיוחד כאשר מדובר בעובדות שאינן גלויות לעין והן ידועות רק לרשות עצמה, כגון מערכת השיקולים של הרשות. כיצד יוכל עותר, במקרה הרגיל, לברר כבר לפני הגשת העתירה אם הרשות שקלה שיקולים זרים, כפי שהוא סבור, ולאמת זאת בתצהיר? קושי זה מעורר אי-נוחות, שכן מבחינה עקרונית המידע שבידי הרשות אינו רכוש פרטי שלה, אלא הוא נכס שהרשות מחזיקה אצלה בנאמנות עבור הציבור.<sup>67</sup> מדוע, אם כן, להניח על דרכו של העותר את המחסום הנוסף של חזקת החוקיות, שהתובע בהליך אזרחי פטור ממנו?<sup>68</sup>

השוואה בין עתירה מינהלית לבין תביעה אזרחית בנוגע לסדרי הדין ודיני הראיות מעוררת שאלות נוספות באותו כיוון.

### סדר הדין ודיני הראיות<sup>69</sup>

כאשר משווים את סדר הדין בעתירה מינהלית לסדר הדין בתביעה אזרחית קשה להבין מדוע שפר חלקו של התובע האזרחי מחלקו של העותר המינהלי. סדר הדין האזרחי בתביעה אזרחית נותן לתובע כלים טובים לבירור העובדות השייכות לעניין הנדון. כזאת היא, בראש ובראשונה,

66 על הכלל בדבר ניקיון כפיים ראו שם, בעמ' 129.

67 ראו להלן ה"ש 72 ו-73.

68 אמנם גם בהליך אזרחי קיימים כללי סף: תק' 100 ו-101 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, קובעות כי בית המשפט רשאי למחוק או לדחות על הסף תביעה אזרחית על יסוד אחת העילות המנויות בתקנות אלה: בין השאר, כאשר התביעה לוקה בחוסר סמכות, כאשר קיים מעשה בית דין או כאשר נראה לבית המשפט כי התביעה טרדנית או קנטרנית. ואולם, העילות למחיקה או דחייה על הסף של תביעה אזרחית מצומצמות הרבה יותר מאשר העילות לדחייה על הסף של עתירה מינהלית. כפי שנאמר אצל יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 409 (מהדורה שביעית, 1995): "לשתי התקנות, 100 ו-101 מטרה אחת, והיא לעקור על הסף תובענה, אשר אפילו תתברר עד תומה, לא תוכל להביא לתובע את הסעד המבוקש". כללי הסף, רובם אם לא כולם, חורגים ממטרה זאת. הם מביאים לדחייה על הסף של עתירות שאלמלא כללי הסף היו בהחלט עשויות להוביל לפסק דין לטובת העותר.

69 על סדר הדין ודיני הראיות בעתירה מינהלית ראו גם לעיל בעמ' 153-156.

האפשרות של גילוי מסמכים המצויים ברשות הנתבע, או גילוי מסמך מסוים, או עיון והעתקה של מסמכים.<sup>70</sup> מדוע אין סדר הדין בעתירה מינהלית מקנה אפשרות זאת גם לעותר? זאת ועוד. תובע אזרחי רשאי לבקש שהנתבע ישיב על שאלון הכולל שאלות בעניין הנדון, ובכלל זה שאלות המתייחסות לעובדות ולמסמכים.<sup>71</sup> אפשרות זאת אינה עומדת לרשותו של עותר מינהלי.<sup>72</sup>

תמיהה היא: לכאורה ראוי שהדין יקל עם עותר מינהלי יותר מאשר עם תובע אזרחי בביורר העובדות הצריכות לעניין הנדון תוך כדי התדיינות. כך הדבר, ראשית, משום שתובע אזרחי מעורב לעתים קרובות באירוע נשוא ההתדיינות, כגון הפרת חוזה או מעשה נזיקין, ולכן הוא גם מודע באופן אישי לחלק מן העובדות הקשורות באירוע; ואילו עותר מינהלי מוצא את עצמו לא פעם נפגע על ידי החלטה של רשות, כגון הפקעת מקרקעין או הטלת מס, שנתקבלה בהליכים פנימיים ללא שיתופו ואף ללא ידיעתו. לכן במקרים רבים אין בידי העותר אפילו קצה חוט לביורר החוקיות של ההחלטה המינהלית. אך גם במקרה כזה חזקת החוקיות מטילה על העותר את החובה לסתור את ההנחה שהחלטה המינהלית חוקית. זאת משימה קשה במיוחד כאשר הדין אינו מספק לעותר כלים שיוכלו לסייע בחשיפת העובדות. שנית, בניגוד לתביעה אזרחית, בעתירה מינהלית המידע המבוקש על ידי העותר מן הרשות (מסמכים, עובדות ושקולים הנוגעים לעניין הנדון) אינו מידע פרטי של הרשות, אלא הוא מידע ציבורי: הרשות מחזיקה במידע כנאמן מטעם הציבור ועבור הציבור. לכן, לכאורה, אין סיבה טובה שלא לחשוף אותו בפני העותר, ולא רק כדי לעשות דין וצדק עם העותר עצמו, אלא גם משום שחשיפת המידע במהלך ההתדיינות עשויה למנוע או לבטל החלטה בלתי חוקית, ובכך גם לשרת את שלטון החוק.<sup>73</sup>

- 70 תק' 112–118 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984. על תקנות אלה ראו זוסמן, לעיל ה"ש 65, בעמ' 425.
- 71 תק' 105–111 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984. על תקנות אלה ראו שם, בעמ' 444.
- 72 אמנם בעתירה מינהלית אפשר לבקש "פרטים נוספים". ראו תק' 11–13 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984. על תקנות אלה ראו שרגא ושחר סדרי הדין והראיות בבג"צ, לעיל ה"ש 39, בעמ' 165. ראו גם תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א–2000, תק' 11. על תקנה זאת ראו שרגא ושחר סדרי הדין והראיות בבתי המשפט לעניינים מינהליים, לעיל ה"ש 39, בעמ' 238. אך התועלת הטמונה באפשרות זאת לצורך גילוי עובדות מוגבלת הרבה יותר מאשר התועלת הטמונה באפשרות להציג שאלונים.
- 73 עע"מ 8282/02 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד מבקר המדינה, פ"ד נח(1) 465, 471 (2003), השופט חשין: "מידע שהרשות מחזיקה בו אין הוא קניינה של הרשות. קניינו של הציבור הוא. הרשות מחזיקה בו אך בנאמנות עבור הציבור – עבור הציבור ולמען הציבור – וממילא אסורה היא לנהוג בו דרך בעלים משל ירשה אותו מאבותיה". אמנם כיום פתוחה הדרך בפני העותר, כמו בפני כל אזרח ותושב, לקבל מידע מרשות ציבורית מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998. על חוק זה ראו זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1248. ואולם, ראשית, הזכות לקבל מידע לפי חוק זה כפופה לחריגים לא מעטים, ושנית, הדרך לקבלת המידע היא לא פעם ארוכה, קשה ואף כרוכה בהתדיינות נפרדת עם הרשות הציבורית. כאשר עותר מבקש מידע לפי חוק חופש המידע תוך כדי התדיינות בשאלת החוקיות של החלטה מינהלית, בבג"ץ או בבית המשפט לעניינים מינהליים, בית המשפט נוהג להפנות את העותר לדרך שנקבעה בחוק זה

קושי נוסף ניצב בפני עותר שמבקש לרדת לחקר האמת בעניין הנדון. בדרך כלל עותר מינהלי, שלא כמו תובע אזרחי, אינו רשאי לחקור את המצהיר מטעם המשיב בחקירה נגדית.<sup>74</sup> ברור שיש בכך כדי לפגוע באפשרות לעשות צדק עם העותר או, לשון אחר, להגן כראוי על הזכות המינהלית. בית המשפט נאלץ לסמוך על התצהירים המוגשים מטעם רשויות מינהליות מתוך הנחה (או אולי תקווה) שהפרקליטים המנסחים את התצהירים חקרו ובדקו ואימתו כנדרש, וככל שניתן, את העובדות המוצגות בתצהיר. אלא שהנחה כזאת אינה נקייה מספק, קודם כול משום שהפרקליט תלוי במצהיר מטעם הרשות, ולא תמיד הפרקליט מסוגל לרדת לחקר האמת או לנהל באופן אישי בדיקה ראויה כדי לאמת את העובדות. זאת ועוד. כל עוד רוכזה ההתדיינות המינהלית בעיקר בג"ץ, וניהול ההתדיינות היה מופקד בעיקר בידי מחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה, על פי המסורת שגובשה במחלקה זאת, היה בסיס איתן להנחה שהתצהיר המוגש מטעם הרשות משקף באופן מלא ואמין את העובדות הנוגעות לעניין הנדון. אך המצב השתנה. כיום רוב ההתדיינות המינהלית עבר לבתי המשפט לעניינים מינהליים, וניהול ההתדיינות מתפזר בין פרקליטים רבים בפרקליטויות המחוזות, שאולי לא כולם מודעים כנדרש לדפוסי העבודה שנתגבשו במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה. כמו כן, רשויות מינהליות רבות, בהן רשויות מקומיות, מיוצגות בבית המשפט לעתים קרובות על ידי עורכי דין פרטיים, שאולי אינם מודעים, ואף אינם מחויבים, לכללי ההתנהלות החלים על המשפטן בשירות הציבורי. במצב זה, האם אפשר לסמוך באותה מידה על כך שהתצהירים מטעם הרשויות מציגים תמונה עובדתית מלאה ואמינה? מכל מקום, היעדר אפשרות של העותר לחקור מצהירים מטעם הרשויות המינהליות, על פי המדיניות הנקוטה בידי בג"ץ, מחליש אף הוא את הזכות המינהלית.

#### הסעד<sup>75</sup>

שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט בשאלת הסעד הראוי רחב בעתירה מינהלית הרבה יותר מאשר בתביעה אזרחית. ההבדל הקיים בעניין זה בין עתירה מינהלית לבין תביעה אזרחית נובע מן המיוחדות של הסעד השיפוטי בעניינים מינהליים. בעניינים אזרחיים הסעד השיפוטי משפיע בעיקר על אינטרסים פרטיים של שני הצדדים להתדיינות, ורק באופן עקיף, ועל פי רוב

לצורך קבלת המידע. ראו לדוגמה עת"מ (י-ם) 11-11-18053 פרופ' גוטווין נ' טנה שפניץ יו"ר הוועדה לבדיקת מינויים (פורסם בנבו, 2011).

74 אמנם תק' 18 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 קובעת כי בית המשפט רשאי להרשות לעותר לחקור מצהיר מטעם המשיב "אם ראה צורך בכך לשם עשיית צדק", אך למעשה בג"ץ הפסיק כבר לפני עשרות שנים להרשות קיום חקירות כאלה. ראו גם שרגא ושחר המשפט המינהלי – סדרי הדין והראיות, לעיל ה"ש 39, בעמ' 200. תק' 15 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, קובעת אף היא כי בית המשפט רשאי להתיר חקירת מצהירים "אם ראה כי הדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה". בפועל, שופטים רבים בבתי משפט אלה נוהגים כבג"ץ ומונעים חקירות של מצהירים; אך יש גם שופטים שנוהגים גמישות ומאפשרים חקירות כאלה כאשר הדבר נראה להם דרוש או מועיל. ראו עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית-המשפט לעניינים מינהליים" עיוני משפט לה' 151 (2012).

75 על הסעד בעניינים מינהליים ראו גם לעיל בעמ' 156-157.

רק באופן שולי, הוא משפיע על אינטרסים במעגל רחב יותר. כנגד זאת, בעניינים מינהליים הסעד השיפוטי, גם כאשר לכאורה הוא משפיע רק על האינטרסים של הרשות המינהלית, למעשה ההשפעה שלו רחבה יותר, שכן הרשות המינהלית היא גוף ציבורי, ופגיעה בנכסים או בתפקוד של הרשות היא גם פגיעה באינטרס הציבורי. מעבר לכך, סעד שיפוטי נגד רשות מינהלית פוגע לעתים קרובות במישרין גם באינטרסים של צדדים שלישיים ואף באינטרסים של הציבור הרחב. כך, למשל, כאשר בית המשפט מבטל תכנית מתאר לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, או תקנות לביצוע חוק שהותקנו על ידי שר, או מכרז שהוצא על ידי גוף ציבורי. אי לכך, כאשר בית המשפט נותן סעד בעניינים מינהליים, הוא אמור לאזן בין האינטרס הפרטי של העותר לבין אינטרסים ציבוריים ואינטרסים פרטיים אחרים שעשויים להיות מושפעים מן הסעד. בהתאם לכך בית המשפט כאילו תופר את הסעד בכל מקרה באופן פרטני לפי המידות של אותו מקרה.

בית המשפט נהג כך מאז ומתמיד, גם כאשר לא אמר זאת במפורש. ואולם, בשנות התשעים אימץ בית המשפט במפורש את הכלל בדבר התוצאה (הבטלות) היחסית, הקובע כי בעניינים מינהליים בית המשפט מתאים את הסעד, לפי שיקול דעתו, לנסיבות המקרה. בהתאם לכך, גם במקרה שבו הוכיח העותר את עילת העתירה, כלומר הזכות המינהלית שלו נפגעה על ידי רשות מינהלית שלא כדין, עדיין יכול בית המשפט להעניק לו סעד שונה לגמרי מן הסעד המבוקש. יתרה מזאת, גם במקרה כזה בית המשפט יכול לשלח את העותר מעל פניו ללא כל סעד, כאילו לא הוכיח את עילת העתירה, אם לדעתו לא נגרם לעותר עוול ממשי או אם לדעתו כך דורש האינטרס הציבורי. הוא יכול לעשות זאת גם במקרה של פגיעה חמורה בזכות המינהלית, כגון פגיעה באחת מזכויות היסוד תוך חריגה מסמכות.<sup>76</sup>

השאלה אם הכלל בדבר התוצאה היחסית הוא כלל טוב שנויה במחלוקת. לדעתי, הכלל טוב, שכן הוא מוביל לתוצאה הראויה לאור נסיבות המקרה. עם זאת, גם בהנחה שהכלל טוב, מסתבר שהוא מחליש את הזכות המינהלית בהשוואה לזכות האזרחית, לפחות בחלק מן המקרים, כיוון שהוא מתנה את הסעד בעניינים מינהליים בשיקול דעת רחב מאוד של בית המשפט בכל מקרה ומקרה.

לפיכך מתעוררת שאלה: אם, מצד אחד, הכלל בדבר התוצאה היחסית הוא כלל טוב, אך מצד אחר הוא מוביל לתוצאה שלילית של החלשת הזכות המינהלית, האם ראוי לבטל את הכלל או שמא ראוי להשלים עם התוצאה השלילית? שאלה זאת מתעוררת גם בקשר לכללי סף נוספים, למשל הכלל בדבר שיהוי: ברור כי בעניינים מינהליים אי אפשר לאמץ את הכלל בדבר

76 ראו לדוגמה רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 685 (2001), השופט זמיר: "המשמעות העיקרית של תורת הבטלות היחסית היא שבכל מקרה שבו נפל פגם משפטי, אם בפסק-דין של בית-משפט ואם בהחלטה של רשות מינהלית, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יש לבדוק את נסיבות המקרה, בראש ובראשונה את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן על-ידי בית-המשפט לכל הנסיבות. אשר-על-כן אפשר כי בנסיבות מסוימות פגם מסוים, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יצדיק מתן סעד מסוים, כגון הצהרה על הבטלות של פסק-הדין או ההחלטה, ואילו בנסיבות אחרות אותו פגם יצדיק מתן סעד אחר". על הכלל בדבר התוצאה (הבטלות) היחסית ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 46, בעמ' 795; שרגא ושחר עילות הסף, לעיל ה"ש 26, בעמ' 71.



התיישנות, כפי שהוא חל בעניינים אזרחיים; עם זאת גם ברור שהכלל בדבר שיהוי, כפי שהוא קיים כיום, לוקה בחיסרון כבד של פגיעה בוודאות המשפטית. כיוון שכך, האם ראוי לבטל את הכלל בדבר שיהוי או שמא ראוי להשלים עם החיסרון שלו? התשובה תלויה באיזון בין השיקולים לחיוב לבין השיקולים לשלילה. כפי שקורה לא אחת בעריכת איזון כזה, הפתרון אינו צבוע בשחור ולבן אלא באפור, כלומר במציאת הסדרים חדשים, שאפשר לקרוא להם פשרה בין השיקולים הנוגדים, באופן שיוביל לאיזון המיטבי.

בעריכת איזון כזה יש להתחשב בתמונה המלאה, כלומר לא בכלל אחד בלבד, כגון הכלל בדבר התוצאה היחסית או כלל סף זה או אחר, אלא בכל הכללים המתייחסים לזכות המינהלית, כאילו הם חבילה אחת. יש בהם כללים נוספים המחלישים עוד יותר את הזכות המינהלית,<sup>77</sup> אך יש גם כללים המחזקים את הזכות המינהלית, אפילו בהשוואה לזכות האזרחית. הנה לדוגמה כמה כללים ופרקטיקות המיטיבים עם הזכות המינהלית בהשוואה לזכות האזרחית: אגרת בית המשפט בעתירה מינהלית היא בדרך כלל נמוכה מאגרה בתביעה אזרחית; משך ההתדיינות בעתירה מינהלית הוא על פי רוב קצר מאשר בתביעה אזרחית; זכות העמידה בעתירה מינהלית רחבה מאשר בתביעה אזרחית; דיני הראיות בעתירה מינהלית, המבוססים על כלל הראיה המינהלית, מאפשרים קבלת ראיות שאינן קבילות בתביעה אזרחית, לא רק מצד הרשות אלא גם מצד העותר.

עם זאת, בסך הכול ברור כי הזכות המינהלית סובלת מהגנה חלשה באופן יחסי, בגלל חולשת הזכויות הדיוניות התומכות בזכות, ובייחוד בגלל כללי הסף ודיני הראיות. על כן השאלה חוזרת ועולה: האם יש הצדקה למצב המשפטי הקיים, ובמסגרת זאת גם הצדקה לחולשת הזכות המינהלית כפי שהיא כיום, או שמא יש לערוך, לצורך איזון ראוי יותר בין השיקולים הנוגדים, רפורמה בזכויות הדיוניות, כדי לחזק את הזכות המינהלית?

### רפורמה בזכויות הדיוניות

השאלה אם ראוי לשנות את הזכויות הדיוניות כדי לחזק את הזכות המינהלית היא שאלה מורכבת. התשובה תלויה באיזון בין השיקולים הנוגעים לעניין. השיקולים המרכזיים הם אלה: מידת הפגיעה בזכות המינהלית, או שיעור הנזק שנגרם לה, במצב הקיים; הטעם ההיסטורי

<sup>77</sup> הנה לדוגמה הכלל המונע צירוף תביעה כספית לעתירה מינהלית המבקשת למנוע, לשנות או לבטל החלטה מינהלית. לכן, אדם שעותר נגד החלטה מינהלית ומבקש גם פיצוי כספי על הנזק שהחלטה גרמה לו, כגון פיצוי בגין עוולה בנוזקין, חייב בדרך כלל להגיש בנפרד תביעה אזרחית, על פי רוב בערכאה אחרת. אפילו בבית המשפט לעניינים מינהליים, המוסמך על פי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, לדון גם בתובענה לפיצויי כסף שעילתה במכרז, אדם אינו יכול לתבוע פיצויים כאלה, לפי התוספת השלישית לחוק, יחד עם עתירה לביטול מכרז לפי התוספת הראשונה לחוק. ומכל מקום, האפשרות להגיש תובענה כספית בבית המשפט לעניינים מינהליים מוגבלת לפי שעה למכרזים ולתביעות ייצוגיות בלבד. כנגד זאת, כידוע, תובע אזרחי יכול לשלב בתביעה אחת גם בקשה לקבלת צו מניעה או פסק הצהרתי וגם בקשה לקבלת פיצויי כסף. אמנם גם עותר מינהלי יכול לבקש, במסגרת עתירה מינהלית, פיצויים מינהליים, אך פיצויים אלה שונים, ובדרך כלל נמוכים הרבה יותר, מפיצויי נזיקין, ובפועל בית המשפט אינו נותן פיצויים מינהליים אלא באופן נדיר. על פיצויים מינהליים ראו שרגא ושחר סעדים, לעיל ה"ש 40, בעמ' 49. ראו גם זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 643 ו-1112.

שביסוד הכללים הקיימים; האינטרס הציבורי הכרוך כיום בכללים אלה; התוקף המשפטי שלהם.

#### מידת הפגיעה בזכות המינהלית

הפגיעה הנגרמת לזכות המינהלית על ידי כללי הסף, חזקת החוקיות וסדר הדין והראיות, אינה קשה כפי שהיא נראית במבט שטחי. כך הדבר בעיקר משום שבית המשפט, שבתוקף שיקול דעתו קבע כללים אלה, השכיל לקבוע גם חריגים חשובים לכללים, והם מאפשרים לבית המשפט במקרים רבים למנוע עוול לעותר, פגיעה קשה בערכי היסוד או נזק חמור לאינטרס הציבורי.

כך, לדוגמה, חריג מקובל לכללי הסף קובע כי בית המשפט ידון בעתירה, אף שניתן היה לדחותה על הסף, למשל משום שהיא לוקה בשיהוי, אם קיים אינטרס ציבורי, ובמיוחד אינטרס של הגנה על שלטון החוק, שבית המשפט ידון ויכריע בה לגוף העניין.<sup>78</sup> והנה דוגמאות נוספות: חריג לכלל בדבר עניינים תאורטיים קובע כי בית המשפט לא ידחה עתירה תאורטית על הסף אם העניין הנדון הוא על פי טיבו "קצר מועד", כגון מעצר לימים ספורים, שיחדל להיות אקטואלי עד שיגיע לדיון בבית המשפט;<sup>79</sup> חריג לכלל בדבר סעד חלופי קובע כי בית המשפט ידון בעתירה לגוף העניין אם נראה כי הסעד החלופי לא יהיה יעיל בנסיבות המקרה;<sup>80</sup> וחריג לכלל בדבר ניקיון כפיים קובע שגם אם העותר התנהג באופן בלתי ראוי בקשר לעניין הנדון, בית המשפט ידון בעתירה אם התנהגות זאת נובעת או מוסברת על ידי התנהגות בלתי ראויה של הרשות המינהלית.<sup>81</sup> כמו כן, סייגים שבית המשפט קבע לכלל בדבר חזקת החוקיות מאפשרים לעקוף כלל זה בנסיבות מסוימות, למשל כאשר הנסיבות מעוררות ספק ממשי בשאלת חוקיותה של החלטה מינהלית.<sup>82</sup> אם כן, אפשר לומר כי שיקולים של צדק, יעילות או אינטרס ציבורי עשויים לגבור על הכללים הדיוניים המחלישים את הזכות המינהלית ולמנוע תוצאות בלתי ראויות.

אכן, יש בכך כדי למתן את תמונת החולשה של הזכות המינהלית, אך עדיין אין בכך כדי להצדיק את חולשת הזכות המינהלית מבחינה עקרונית. חשוב אף יותר, עדיין אין בכך כדי להצדיק, מבחינה מעשית, את המקרים הרבים שבהם לא קיבלה הזכות המינהלית הגנה ראויה למרות החריגים לכללים הדיוניים. בסיכום, המצב הקיים עדיין אינו מניח את הדעת: לדוגמה, הכלל בדבר שיהוי עודנו פוגע קשות בוודאות המשפטית; חזקת החוקיות, בצירוף הכללים

78 ראו לדוגמה, בנוגע לכלל השיהוי, בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678 (1988). ראו עוד שרגא ושחר עילות הסף, לעיל ה"ש 26, בעמ' 212.  
79 ראו לדוגמה בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1985). ראו עוד שרגא ושחר עילות הסף, לעיל ה"ש 26, בעמ' 247.  
80 ראו לדוגמה בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 581–582 (2005). ראו עוד שרגא ושחר עילות הסף, לעיל ה"ש 26, בעמ' 233.  
81 ראו לדוגמה 809/86 ינוביץ נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא(4) 309 (1987). ראו עוד שרגא ושחר עילות הסף, לעיל ה"ש 26, בעמ' 152.  
82 ראו זמיר "חזקת החוקיות במשפט המנהלי", לעיל ה"ש 42, בעמ' 757.

המונעים גילוי מסמכים והגשת שאלונים, עדיין מכבידים על העותר; הדרישה לניקיון כפיים של העותר עדיין עשויה לסכל את ההגנה על הזכות המינהלית ללא הצדקה. אי לכך צריך לשאול אם, בכל זאת, יש טעם טוב המצדיק את המשך המצב הקיים.

#### טעם היסטורי

כאמור, המצב הקיים בישראל הוא המשך למצב שהיה קיים לפני מאות שנים באנגליה, כאשר הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות נתאפשרה לראשונה באמצעות הצווים הפרווגטיביים. הביקורת השיפוטית הולידה את הזכות המינהלית, אולם בגלל המעמד המיוחד שהיה אז לכתר, הביקורת השיפוטית נולדה כחסד ולא כזכות ולכן הייתה מותנית בכל מקרה בקבלת אישור מוקדם מאת בית המשפט. הצורך באישור מוקדם מאת בית המשפט, והדומיננטיות של שיקול הדעת השיפוטי במהלך הביקורת השיפוטית, עיצבו את הזכויות הדיוניות התומכות בזכות המינהלית, והם גם הגורמים העיקריים לחולשת הזכות המינהלית עד היום.<sup>83</sup>

צריך אפוא לציין בצער כי המעמד הקיים של הזכות המינהלית בישראל הוא במידה רבה תוצאה של שמרנות משפטית. מעולם לא נערכה בישראל בדיקה רצינית של השאלה אם זהו המעמד הראוי לזכות המינהלית. ועדות ציבוריות הוקמו כדי לדון בשאלת הערכאה המוסמכת לדון בעניינים מינהליים, אך לא הייתה כל ועדה ציבורית שדנה בשאלה אם ראוי לשנות את הכללים שנקלטו מן המשפט האנגלי, ובהם כללי הסף וסדר הדין והראיות בעניינים מינהליים. השגרה שלטה.

עם זאת, ברור לחלוטין כי המעמד המיוחד שהיה לכתר באנגליה לפני שנים כה רבות אינו עוד מטעם היסטורי, והוא אינו יכול להיחשב טעם המצדיק כיום את חולשת הזכות המינהלית: עבר זמנו, בעיקר לאור האופי הדמוקרטי של החברה בישראל, ופג טעמו. לכן, השאלה הקובעת היא, האם קיים כיום אינטרס ציבורי – הכולל גם שיקולים ערכיים, כמו העיקרון של שלטון החוק, שיקולים מעשיים, כמו יעילות המינהל הציבורי, ושיקולים של צדק לכל אדם – שיש בו כדי להצדיק את המשך המצב הקיים?

#### האינטרס הציבורי

הזכות המינהלית, כיוון שהיא מופנית כלפי רשות מינהלית, כרוכה בדרך כלל באופן ישיר וממשי באינטרס הציבורי, לעומת הזכות האזרחית שעל פי רוב משפיעה באופן ישיר וממשי רק על האינטרסים הפרטיים של הצדדים להתדיינות. האינטרס הציבורי הוא שיקול חשוב, שיש בו כדי להשפיע על כל שלב משלבי ההתדיינות בעניינים מינהליים. הנה דוגמאות אחדות. הכלל בדבר שיהוי הוא דוגמה מובהקת לנחיתות של הזכות המינהלית בהשוואה לזכות האזרחית, אך יש לו טעם. הטעם הוא שתקופת התיישנות של תביעה אזרחית, כלומר 15 שנים

83 על תולדות הזכות המינהלית באנגליה ראו לעיל בעמ' 144–150, ועל תולדות הזכות המינהלית בישראל ראו לעיל בעמ' 150–153.

בתביעת מקרקעין ושבע שנים בתביעה אחרת, אם תחול גם על עתירה מינהלית, עלולה לפגוע קשות גם באינטרס של הציבור הרחב וגם באינטרסים פרטיים של צדדים שלישיים, לעתים צדדים רבים מאוד. החלטות מינהליות לא מעטות הן בגדר חקיקת משנה שיש לה תוקף של דין והשפעה על הזכויות של בני אדם רבים, וגם החלטות פרטניות הן החלטות מחייבות, שאי-ציות להן עשוי להיחשב עבירה פלילית. בשל כך נודעת חשיבות רבה לוודאות המשפטית בשאלת תוקפן של החלטות מינהליות. חוסר ודאות בשאלה זאת במשך תקופת התיישנות של שנים, הנובע מחשש שעתירה נגד החוקיות של החלטה מינהלית תוגש ותתקבל שנים אחדות לאחר מתן ההחלטה, עלול לגרום שיבוש חמור בתפקוד של המינהל הציבורי, בין היתר בגלל הצורך לפעול על פי תקציב שנתי ולפגוע פגיעה קשה גם באינטרסים פרטיים וגם באינטרס הציבורי. די לדמיין, למשל, את המשמעות המעשית של חוסר ודאות בן שבע שנים בשאלת התוקף של תקנות המשנות את המס על הכנסה או את המס על מוצר מסוים או של החלטה המפקיעה מקרקעין פרטיים לצורך הקמת בית חולים או שכונת מגורים. לכן, כפי שקורה גם בהקשרים אחרים של התנגשות חזיתית בין אינטרס פרטי לבין אינטרס ציבורי, יש צורך להגביל את האפשרות לעתור לבית המשפט נגד החלטה מינהלית לתקופה קצרה יותר. כך הוא אכן הדין במדינות אחרות. כורח המציאות הוא שבהקשר זה תהיה הזכות המינהלית נחותה מן הזכות האזרחית.

דוגמה אחרת עניינה הכלל בדבר סעד חלופי. גם כלל זה נתמך על ידי שיקולים מעשיים. כאשר חוק קובע דרך מסוימת ליישוב סכסוכים בעניין מינהלי מסוים, למשל השגה לרשות מינהלית הממונה על הרשות המוסמכת או לבית דין מינהלי שהוקם במיוחד לצורך זה, בדרך כלל אין זה סביר, לא מבחינה עקרונית ולא מבחינה מעשית, שבג"ץ ידון בעניין כזה כערכאה ראשונה. אין זה סביר מבחינה עקרונית משום שהחוק קבע את דרך המלך ליישוב סכסוכים כאלה, ובית המשפט אינו צריך לעקוף דרך זאת. הדבר גם אינו סביר מבחינה מעשית, משום שאפשר להניח כי הדרך שקבע החוק היא גם הדרך שהולמת יישוב סכסוכים כאלה: מבחינת המומחיות הנדרשת, מבחינת הזמן להגשת השגה, ערר או עתירה, מבחינת סדרי הדין ומהיבטים נוספים. ולבסוף, אין זה מתיישב עם האינטרס הציבורי שבית המשפט העליון ידון כערכאה ראשונה בהרכב של שלושה שופטים בעניין שיכול להיות מוכרע על ידי רשות מינהלית או בית דין מינהלי. מכל הבחינות האלה די בכך שבית המשפט ידון בעניין כזה, לאחר שהעניין נדון בדרך שהחוק קבע, רק כערכאת ביקורת. אמור מעתה, הכלל בדבר סעד חלופי הוא כלל ראוי מבחינה עניינית.

אפשר להוסיף דוגמאות של כללי סף שיש בהם היגיון ותועלת, אם כפי שהם כיום ואם בשינויים מסוימים שיעשו אותם מאוזנים וטובים יותר.

המסקנה היא שגם אם הטעם ההיסטורי לחולשת הזכות המינהלית איבד כל משקל, אין בכך כדי לבטל את כל כללי הסף, או כללים אחרים המטילים מגבלות על הגנת הזכות המינהלית, או לשלול באופן גורף את שיקול הדעת של בית המשפט בקשר להגנה על הזכות. ואולם, גם אם בין כללי הסף יש כללים ראויים, עדיין אין בכך כדי להכשיר את כל הכללים המטילים מגבלות על הגנת הזכות המינהלית כפי שהם כיום. עם זאת, ייתכן שבין כללים אלה יש גם כללים מיותרים, ומכל מקום יש כללים שזקוקים לשינוי כדי להגיע לאיזון ראוי בין הצורך להגן על הזכות המינהלית לבין הצורך להתחשב באינטרס הציבורי.

הנה, לדוגמה, הכלל בדבר שיהוי. אף כי באופן עקרוני יש הצדקה להבדל בעניין זה בין הזכות המינהלית לבין הזכות האזרחית, נראה כי אין הצדקה להבדל כפי שהוא קיים כיום. מדוע? בעיקר משום שהכלל כפי שהוא קיים כיום כרוך באי־ודאות רבה עבור כל הנוגעים בדבר, והנוק שהוא עלול לגרום, הן מראש בגלל אי־ידיעה מתי נוצר שיהוי והן בדיעבד בגלל התוצאות של שיהוי שכבר התרחש, יכול להיות כבד. נראה אפוא כי הכלל בדבר שיהוי צריך רפורמה. אכן, כאשר הוקם בית המשפט לעניינים מינהליים, בשנת 2000, נקבע בתקנות סדר הדין הסדר שונה לעניין השיהוי. תקנה 3 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א–2000, קובעת כי במקרים שבהם לא נקבע בדין מועד מיוחד להגשת עתירה בעניין מסוים, עתירה תוגש "בלא שיהוי, לפי נסיבות העניין, ולא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום שהחלטה פורסמה כדין, או מיום שהעותר קיבל הודעה עליה או מיום שנודע לעותר עליה לפי המוקדם". התקנה מוסיפה כי בית המשפט רשאי להאריך מועד זה "אם ראה הצדקה לכך". הסדר דומה, הקובע תקופה קצרה להגשת עתירות מינהליות, בכפוף לאפשרות להאריך את התקופה במקרים מיוחדים, קיים גם במדינות אחרות. האם אין זה הסדר עדיף? השאלה מסקרנת, שכן רבים מן העניינים הנדונים כיום בבית המשפט לעניינים מינהליים, על פי הסדר של תקופת התיישנות קצרה וגמישה, היו נדונים קודם לכן בבג"ץ על פי הכלל בדבר שיהוי. מכאן השאלה: האם, לאור הניסיון שנצבר, ההסדר הנוהג בבית המשפט לעניינים מינהליים אינו עדיף על ההסדר הנוהג בבג"ץ? ואולי, לאור הניסיון, גם ההסדר הנוהג בבית המשפט לעניינים מינהליים מצדיק שינוי מסוים, כגון שינוי התקופה שנקבעה לצורך הגשת עתירה? השאלה מצדיקה בדיקה. מכל מקום, האומנם יש הצדקה להמשך המצב הקיים בנוגע לשיהוי, שבו ההסדר בבג"ץ שונה כל כך מן ההסדר בבית המשפט לעניינים מינהליים?

דוגמה נוספת: הכלל בדבר ניקיון כפיים. בתביעה אזרחית, למשל תביעה חוזית או תביעת נזיקין, הכלל הוא שגם אדם רע, ואפילו פושע נתעב, זכאי למשפט צדק. לכל היותר, התנהגות בלתי ראויה של התובע היא גורם המובא בחשבון לעניין הסעד. כך, למשל, בתביעת נזיקין, כאשר קיים אשם תורם של התובע, יש בכך כדי להפחית את שיעור הפיצויים שיקבל; גם בתביעה חוזית, כאשר תובע יכול היה להקטין את הנזק שנגרם לו ולא עשה כן, יש בכך כדי להפחית את שיעור הפיצויים. עם זאת, התנהגות כזאת אינה חוסמת את דרכו של התובע לבית המשפט ואת זכותו לקבל פיצויים לפי נסיבות המקרה. בדומה לכך, ניקיון כפיים של משתתף במכרז, ובכלל זה עבר פלילי שלו או חקירה פלילית המתנהלת נגדו, הוא שיקול ענייני שבעל המכרז רשאי להתחשב בו ולייחס לו את המשקל הראוי לאור נסיבות המקרה, עד כדי פסילת הצעתו, אך עדיין אין בכך כדי לחסום את דרכו לבית המשפט לצורך דיון בזכותו לגוף העניין.<sup>84</sup> אם כן, מדוע ישמש חוסר ניקיון כפיים טעם לחסום את דרכו של אדם לבית המשפט דווקא כאשר הוא מבקש לממש את זכותו המינהלית?

שאלה דומה מתעוררת בנוגע לכלל בדבר חזקת החוקיות. כלל זה מחייב את העותר להציג ראיות לכאורה המבססות את עילת העתירה, כבר בכתב העתירה, כתנאי לפתיחת ההתדיינות. כלל זה, שבדרך כלל אין לו מקבילה בהתדיינות אזרחית, אף הוא שריד מימים רחוקים. הוא

84 ראו ע"א 8189/11 ד"ר נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 21.2.2013).

אינו קיים בבתי משפט מינהליים של המדינות ביבשת אירופה. האם גם בעניין זה מוצדקת ההבחנה הקיימת בין עתירה מינהלית לבין תביעה אזרחית? שאלה זאת גוררת שאלה אחרת: האם יש הצדקה לקיים את תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק כפי שהן כיום? תקנות אלה, יש לזכור, ממשיכות בשינויים קלים את סדר הדין שהיה קיים באנגליה לפני זמן רב לצורך דיון בצווים הפררוגטיביים. הן משמשות את בג"ץ ללא שינוי מהותי כבר 90 שנה. האם לא הגיע הזמן לבדוק אם אין צורך לתקן אותן או להחליפן? בפועל, בג"ץ עצמו כבר אינו מקפיד לקיים את התקנות אלא מאלתר דרכים לשיפור המצב. אפילו באנגליה (ובמדינות נוספות של המשפט המקובל) נבדק סדר הדין בעתירות מינהליות באופן רציני, ועל יסוד הבדיקה עבר רפורמה משמעותית, אם כי לא מהפכה ממש, כבר בשנות השבעים. כיום, באנגליה, עדיין נדרש היתר של בית המשפט להגשת עתירה מינהלית, שהתקנות קוראות לה עכשיו תביעה (claim) לביקורת שיפוטית, אולם המוסד הארכאי של צו על תנאי נעלם ואינו עוד; החלטת בית המשפט אם לתת היתר להגשת התביעה אינה נסמכת רק על העתירה, כפי שהיה בשעתו, אלא העתירה נמסרת למשיב, ובפני בית המשפט מונחת גם תגובת המשיב; ההיתר יינתן אם כתב העתירה מראה כי העניין אינו מופרך (שקיים arguable case), כלומר קיים סיכוי סביר שהתביעה תתקבל, ללא צורך בהוכחה לכאורה של עילת העתירה בשלב זה; ההחלטה אם לתת היתר ניתנת על ידי שופט אחד על יסוד כתבי הטענות, אך אם הוא מסרב לתת את ההיתר, אפשר לחזור אל בית המשפט ולבקש דיון בעל פה, ועל סירוב סופי ניתן לבקש רשות לערער לבית המשפט לערעורים; בדרך כלל בית המשפט מסרב לתת היתר רק כאשר העתירה טרדנית, קטנונית או ללא יסוד משפטי וסיכוי להתקבל, ורק לעתים רחוקות בית המשפט מבסס סירוב לתת היתר על כללי הסף, בעיקר כאשר העתירה מוקדמת או מאוחרת או כאשר קיים סעד חלופי; העותר יכול לבקש גילוי מסמכים, תשובה לשאלונים וחקירת מצהירים, בכפוף לאישור של בית המשפט, שבפועל אינו ניתן אלא אם נסיבות המקרה מצריכות זאת; נוסף על כך, ניתן לצרף לעתירה, המתמקדת בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית, גם תביעה (המבוססת על דיני החוזים או על דיני הנזיקין) לפיצוי כספי.<sup>85</sup>

כאשר הוקם בית המשפט לעניינים מינהליים, נקבע בסעיף 13 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000, כי סדרי הדין בעתירה מינהלית "יהיו במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים שיקבע שר המשפטים, באופן שיבטיחו סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום בירור עובדתי ככל שהדבר דרוש". אכן, תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס"א–2000, מאמצות מתכונת דומה לזאת הנוהגת בבג"ץ. עם זאת, הוכנסו בהן שינויים של ממש, למשל בנוגע לשיהוי, ואין בהן זכר למוסד הארכאי של צו על תנאי. ושוב, האם ראוי הדבר שעניינים מינהליים יהיו נדונים כיום לפי סדר דין אחד בבג"ץ ולפי סדר דין אחר בבית המשפט לעניינים מינהליים? אכן, בשנות התשעים הגיעו שופטים אחדים בבית המשפט העליון למסקנה שצריך להחליף את תקנות סדר הדין בבג"ץ, שכבר אינן משקפות אפילו את הפרקטיקה הנוהגת בבית משפט

85. WADE & FORSYTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 552.

זה, בתקנות חדשות. לצורך זה אף הוכנה טיוטה של תקנות סדר דין חדשות, אך דבר לא נעשה מעבר לכך, ובג"ץ כמנהגו נוהג.

המסקנה המתבקשת היא שהגיע הזמן לבדוק בצורה רשמית ויסודית, אולי באמצעות ועדה ציבורית, את כללי הסף ואת יתר הכללים הדיוניים החלים בעתירות מינהליות. אלה הם כללים ארכאיים. גם בדיקה שטחית מראה שיש בהם כללים שעבר זמנם ויש כאלה שצריכים תיקון. המצב הקיים דורש רפורמה.

אפשר לסכם עניין זה בדברים שאמר השופט ברק כבר בשנות השמונים:

"הזכות המינהלית במשפט המינהלי" [...] כלומר, זכותו של הפרט כלפי השלטון, נחותה היא ביחס לזכות המהותית במשפט הפרטי. מקורה של נחיתות זו בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, אשר נתפסת כ"שיקול-דעתית" [...] מכוח שיקול-דעת זה עשוי בית המשפט הגבוה לצדק להימנע מדיון בעתירה, אם הוא אינו סבור שיש ליתן בה סעד למען הצדק (סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה). בנסיבות מקבילות, לא היה רשאי בית המשפט "האזרחי" להימנע מדיון בתביעה "אזרחית". כך הוא הדין, למשל, לעניין "ניקיון-כפיים"; עותר שאינו נקי-כפיים, עתירתו נדחית. "זכותו המינהלית" נותרת ללא בית-משפט. תובע שאינו נקי-כפיים, תביעתו נשמעת, וחוסר ניקיון הכפיים עשוי להילקח בחשבון במהלך התביעה (טענת "אי-חוקיות") או בסופה (הוצאות). ביטוי נוסף לחולשתה של הזכות המינהלית הינו בדיני השיהוי. תביעה אזרחית מתיישנת על-פי האמור בחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958. שיהוי בהגשתה אין בו כדי להכשילה. לעומת זאת, "תביעה מינהלית" מתיישנת על-פי האמור בחוק ההתיישנות, אך בנוסף לכך, היא עשויה "להשתהות", על-פי דיני השיהוי. היא דומה, מבחינה זו, לזכות האקוויטבילית, למרות ש"הזכויות המינהליות" אינן כלל אקוויטביליות. כשלעצמי, נראה לי כי חולשה זו של הזכות המינהלית אינה רצויה כלל. ניתן להסביר תופעה זו בהסברים היסטוריים שונים, אך דומה שכיום יש לשאוף לכך שהזכות המהותית במשפט המינהלי תעמוד איתן על רגליה היא. בית המשפט המינהלי – בין אם זהו בית המשפט הגבוה לצדק ובין אם זהו בית משפט אחר הדין בעניין מינהלי – צריך לקחת את הזכות המינהלית "ברצינות" [...] זו יצאה כבר מתקופת "הילדות", והריהי זכאית למעמד שווה ערך כמו כל זכות משפטית אחרת.<sup>86</sup>

86 בג"ץ 170/87, לעיל ה"ש 1, בעמ' 692. בע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 787 (1994) התייחס השופט חשין לכללי הסף, "כגון ניקיון-כפיים, סעד חלופי וכיוצא באלה", וציין באמרת אגב כי "לגבי חלקם ניתן גם בתחומו [של המשפט הציבורי] לפקפק בצידוק קיומם כיום". ראו גם דברי השופט גולדברג, שם, בעמ' 806–807. ראו גם רע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו, פ"ד מד(3) 812, 818 (1990); בג"ץ 2148/94 גלברט נ' יושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע

צריך היה להתייחס לדברים אלה ברצינות. ואולם מאז, במשך שנות דור, דבר לא נעשה בכיוון זה. הגיע הזמן לעשות.

### התוקף המשפטי של הכללים הדיוניים

לא יהיה זה נכון לסיים את הדיון בצורך להנהיג רפורמה בכללים הדיוניים המתייחסים לזכות המינהלית בלי לברר גם את שאלת התוקף המשפטי של הכללים הקיימים. לכאורה השאלה תמוהה, שהרי מדובר בכללים העומדים בתוקף, ללא שינוי מהותי, ומופעלים מעשה שגרה על ידי בית המשפט העליון כל ימי המדינה ללא עוררין על תוקפם. אכן, לא היה יסוד לעורר את שאלת תוקפם של כללים אלה עד לאחרונה. ואולם, לאחרונה התגבשה הדעה כי זכות הגישה לבית המשפט היא זכות חוקתית, הצומחת מחוקי היסוד בדבר זכויות האדם משנת 1992, והיא עשויה להוביל את בית המשפט לפסול כל נורמה, אפילו חוק, בגין פגיעה ללא הצדקה בזכות זאת. אמנם עדיין אין זו הלכה פסוקה, אך זאת דעה רווחת, גם בקרב שופטים של בית המשפט העליון, ולכן סביר הדבר שהיא תיקבע על ידי בית משפט זה כהלכה.<sup>87</sup> כיוון שכך, יש טעם בשאלה מה יעלה אז בגורלם של הכללים הדיוניים המתייחסים לזכות המינהלית.

התשובה מורכבת, ולא ניתן לברר אותה בהקשר זה אלא בקיצור, על יסוד ההנחה שזכות הגישה לבית המשפט היא אכן זכות חוקתית.

לדעתי, ברור כי כל כללי הסף, כגון הכללים המאפשרים לדחות עתירה על הסף משום שהיא בלתי שפיטה או משום שהיא תאורטית, פוגעים בזכות הגישה, שכן יש בהם כדי לחסום את דרכו של אדם המבקש לקבל הכרעה של בית המשפט בשאלה משפטית. כך גם הכלל בדבר חזקת החוקיות. זאת ועוד. זכות הגישה, במובן רחב, כוללת גם את הזכות לביורר הוגן של טענות העותר, לאחר שניתנה לו גישה לבית המשפט.<sup>88</sup> לפיכך ייתכן שכללים דיוניים נוספים פוגעים בזכות הגישה, בהם הכללים המונעים גילוי מסמכים והצגת שאלונים, ואפילו הפרקטיקה המונעת חקירת מצהירים, בייחוד משום שכללים אלה חלים רק על עתירות מינהליות.

האם די בכך כדי לומר כי כללים אלה אינם עומדים במבחן החוקתיות ולכן הם בלתי חוקיים? בדרך כלל מבחן החוקתיות מתייחס לכללים והתנהלות של הרשות המחוקקת (כלומר, חוקים והחלטות של הכנסת) או של הרשות המבצעת (כלומר תקנות והחלטות מינהליות),

הטבח בחרבון, פ"ד מח(3) 604, 573 (1994); בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח-תקוה, פ"ד מח(5) 641-640, 630 (1994).

87 לעיל ה"ש 6.

88 ראו לעיל ה"ש 7. בע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 559 (1997) אמר השופט אור כי זכות הגישה כוללת "גם את זכותו של כל אדם שלא יועמדו בדרכו מכשולים, אשר ימנעו ממנו את מימושה המעשי של זכותו לפנות לבתי המשפט או אשר יכבידו על זכות זו באופן בלתי סביר". כך לדוגמה ברע"א 7802/10 עמירם גרופ יזום והשקעות בע"מ נ' קרל אופנת גברים איכותית בע"מ (פורסם בנבו, 15.8.2012) אמרה המשנה לנשיא נאור, בפס' 21 לפסק הדין, כי זכות העיון במסמכים הנוגעים לעניין הנדון בבית המשפט "נגזרת מזכות היסוד של הגישה למערכת השיפוטית, הכוללת בחובה גם את הזכות להליך ראוי".



ואילו כאן מדובר בכללים והתנהלות של הרשות השופטת, שכן כללי הסף וכללים דיוניים נוספים נקבעו כהלכות על ידי שופטים בפסקי דין. ואולם, ראשית, אין זה מתקבל על הדעת שחובה על הרשויות לכבד את הזכויות החוקתיות, ובית המשפט אף יאכוף אותן, ואילו בית המשפט עצמו יהיה פטור מחובה זאת. שנית, חוקי היסוד בדבר זכויות האדם קובעים כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"<sup>89</sup>, ובית המשפט אף הוא רשות מרשויות השלטון.<sup>90</sup>

עם זאת, גם הזכויות החוקתיות אינן זכויות מוחלטות, וניתן לפגוע בהן אם הפגיעה עומדת במבחן של פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי היסוד. לפי פסקת ההגבלה, הפגיעה חייבת להיות "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".<sup>91</sup> כך, כמובן, גם זכות הגישה.<sup>92</sup> אי לכך מתעוררת השאלה אם כללי הסף ויתר הכללים הדיוניים המתייחסים לזכות המינהלית, ככל שהם פוגעים בזכות הגישה, עומדים במבחן של פסקת ההגבלה.<sup>93</sup> השאלה מחייבת בדיקה יסודית של כל אחד מכללים אלה באופן נפרד. עם זאת, במבט שטחי נראה כי יש לומר שכללים אלה, אף שנקבעו על ידי בית המשפט, נקבעו "בחוק" או "לפי חוק",<sup>94</sup> שהם הולמים את ערכיה של מדינת ישראל וכן שהם נועדו לתכלית ראויה. אם כך, השאלה שנותרה היא אם הם פוגעים בזכות הגישה "במידה שאינה עולה על הנדרש". התשובה אינה פשוטה, ובוודאי אינה כללית, אלא נדרשת בדיקה של כל כלל לעצמו, כדי לברר אם הוא עומד במבחן המשולש של המידתיות: מבחן האמצעי המתאים (הרציונלי), מבחן האמצעי שפגיעתו קלה יותר ומבחן האמצעי המידתי (או היחסי) שהוא המבחן המידתי במונח הצר.<sup>95</sup> לדעתי, אפשר שבדיקה כזאת תלמד כי חלק מן הכללים, לדוגמה הכלל בדבר ניקיון כפיים, אינם עומדים במבחן המידתיות. למשל, אם המטרה של הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות היא להגן על זכותו של אדם ועל העיקרון של חוקיות המינהל, נראה כי הימנעות מביקורת משום שהעותר התנהג באופן בלתי ראוי אינה עומדת במבחן האמצעי המתאים (הרציונלי), כיוון שהיא אינה משרתת כלל את

- 89 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.  
 90 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 157 (2010).  
 91 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.  
 92 רע"א 993/06, לעיל ה"ש 5, פס' 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ה: "בדומה ליתר הזכויות החוקתיות, כך גם זכות הגישה לערכאות אינה זכות מוחלטת. ככל זכות בעלת אופי חוקתי, גם היא עשויה להתנגש בזכויות אדם אחרות או בערכים ואינטרסים ציבוריים שונים המחייבים איזון ראוי ביניהם".  
 93 על התחולה של פסקת ההגבלה על כללים של המשפט המקובל, כמו כללי הסף, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 90, בעמ' 161. ראו גם ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית", לעיל ה"ש 6, בעמ' 52: "אף שזכות הגישה היא יחסית וניתן להגבילה, הגבלות אלה אינן חסרות גבולות. במשטר חוקתי-דמוקרטי יש גבול להגבלות. הגבלות אלה וגבולותיהן מעוגנות בפסקת ההגבלה [...] אם נראה בזכות הגישה זכות המשתמעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי אז תחול לעניין הגבלתה פסקת ההגבלה המפורשת הקבועה בחוק יסוד זה".  
 94 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 90, בעמ' 159.  
 95 על שלושת מבחני-המשנה של מבחן המידתיות ראו שם, בעמ' 373; אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי – עילות ההתערבות 263 (2008); ברק-ארז, לעיל ה"ש 51, בעמ' 771.

מטרת הביקורת. אי לכך, במסגרת הבדיקה של כללי הסף, כדי לברר אם נדרשת רפורמה בכללים אלה, יש לתת את הדעת גם למבחן החוקתיות.<sup>96</sup>

## ה. היקף הזכות המינהלית

### אינטרס אישי

ברור כי לכל אדם מוקנית זכות שרשות מינהלית, תהיה אשר תהיה, לא תפגע באינטרס אישי שלו אלא על פי דין, כלומר במסגרת הסמכות שהוקנתה לה לפי חוק ובהתאם לכללים המסדירים את הפעלת הסמכות.<sup>97</sup> כך, למשל, לכל אדם מוקנית הזכות שרשות כלשהי לא תעצור אותו, לא תפגע ברכושו, לא תטיל עליו מס ולא תגביל את חופש הביטוי שלו אלא על פי דין. זכות זאת עומדת לכל אדם בנוגע לכל החלטה פרטנית של רשות הפוגעת בזכות מן הזכויות שהמשפט הפרטי מקנה לאדם, למשל, החלטה של רשות להפקיע מקרקעין של פלוני. אלא שהיקפה של הזכות המינהלית רחב יותר. היא אינה כוללת רק החלטה הפוגעת בזכות מן הזכויות של המשפט הפרטי, אלא גם החלטה הפוגעת בזכות מן הזכויות של המשפט הציבורי. כך, למשל, כאשר חוק קובע כי שר מסוים יתקין תקנות להסדרת מקצוע מסוים לאחר התייעצות עם ארגון המייצג את בעלי מקצוע זה, ברור כי לאותו ארגון מוקנית זכות להיוועצות על ידי השר. כך גם כאשר חוק קובע כי עובד ציבור חייב לנמק סירוב לבקשה שהגיש לו אדם: למבקש מוקנית זכות לקבל מאת עובד הציבור הנמקה.

זאת ועוד. הזכות אינה משתרעת רק על החלטה פרטנית של רשות מינהלית, אלא גם על נורמה כללית, כגון חוק או תקנה, המתייחסת לסוג או קבוצה של בני אדם, למשל, חוק הקובע כי המוסד לביטוח לאומי ייתן קצבת זקנה למבוטח שהגיע לגיל קצבת זקנה או תקנה המטילה תשלום חובה על קבוצה של בני אדם, כגון תושבי עיר מסוימת. במקרה כזה, לכל אחד מבני הקבוצה יש אינטרס אישי, אף שהוא גם אינטרס אישי של בני אדם נוספים. אינטרס זה מוכר על ידי המשפט, ולכן הוא גם מוגן על ידי המשפט: המשפט מקנה לכל אדם המשתייך לקבוצה כזאת זכות עמידה בבית המשפט. זכות זאת מאפשרת לו להגיש עתירה בשאלת החוקיות של החלטה כזאת, ובית המשפט עשוי להושיט לו סעד אם יתברר כי נפגע על ידי החלטה בלתי חוקית.<sup>98</sup> כיוון שזכות היא אינטרס מוגן על ידי המשפט, עצם העובדה שהמשפט מקנה זכות

96 נוסף על כך יש לתת כמובן את הדעת גם לשאלה אם היישום של כלל הסף במקרה מסוים, בשונה מתוקף הכלל, עומד במבחן המידתיות. בפועל בית המשפט אינו נוהג לברר שאלה זאת, ומכל מקום אינו נוהג לבררה באופן מפורש.

97 בג"ץ 840/79, לעיל ה"ש 3, בעמ' 745: "ניתן לקבוע, על-פי תורת הזכות המהותית, כי זכותו המהותית של אדם בישראל היא כי הרשות השלטונית תפעיל את שיקול דעתה כדין שעה שהיא פוגעת באינטרס לגיטימי שלו".

98 בג"ץ 910/86, לעיל ה"ש 15, בעמ' 459: "הגישה הקלאסית" בדבר זכות עמידה בבית המשפט קובעת כי "די לו לעותר כי הוא מצביע על אינטרס שלו שנפגע. זאת ועוד: אינטרס זה אינו חייב להיות מיוחד לעותר, ויוכר מעמדו כדין של עותר שאינטרס שלו נפגע, גם אם אינטרס זה משותף הוא לו ולרבים אחרים".

עמידה מלמדת כי הוא מכיר בכך שהאינטרס האישי של כל אדם, שלא להיפגע על ידי החלטה מינהלית בלתי חוקית, הוא זכות משפטית.<sup>99</sup> זאת היא זכות מינהלית שנועדה להגן על אינטרס אישי.

### אינטרס ציבורי

האם הזכות המינהלית מוגבלת להגנה על אינטרס אישי? בשעתו הייתה מקובלת תשובה חיובית. בהתאם לכך, מקום שהחוק הקנה לרשות מינהלית סמכות בעלת אופי כללי, או הטיל עליה חובה כזאת, כגון חובה של שר להתקין תקנות לביצועו של חוק, לא היה בכך כדי להקנות זכות מהותית (וכפועל יוצא גם לא זכות עמידה) לאדם שלא נפגע באינטרס אישי שלו: הוא לא היה רשאי להגיש עתירה נגד שר שלא התקין תקנות, אף שהשר חייב לעשות זאת, או התקין תקנות תוך חריגה מסמכות.<sup>100</sup>

יש בכך כדי להתמיה: אם מוטלת על שר חובה להתקין תקנות, מהי הזכות העומדת כנגד חובה זאת? התשובה יכולה להיות כדלקמן: החובה מוטלת על השר כלפי הציבור הרחב, ולכן גם הזכות שכנגדה מוקנית לציבור הרחב. ואולם, כידוע, הציבור הרחב אינו גוף מוחשי אלא מושג ערטילאי. אם כך, מי יתבע את השר לדין בשם הציבור הרחב? לכאורה התשובה היא: היועץ המשפטי לממשלה.<sup>101</sup> אכן כן, אך זאת תשובה נכונה מבחינה פורמלית, ואילו מבחינה מעשית רק לעתים נדירות מגיש היועץ המשפטי לממשלה עתירה לבית המשפט מטעם הציבור הרחב נגד רשות מינהלית (ובמיוחד נגד רשות ממלכתית) שלא קיימה את חובתה כלפי הציבור. תשובה זאת משאירה אפוא בדרך כלל סמכות מינהלית או חובה מינהלית בעלות אופי כללי, ויש רבות כאלה, ללא מכשיר יעיל למימוש הזכות שכנגד החובה. מצב זה יוצר, כביכול, חורים

99 בבג"ץ 217/80, לעיל ה"ש 13, בעמ' 440 אמר השופט ברק כי "פגיעה בזכות מקנה תמיד מעמד". נראה כי ניתן לומר גם ההפך, כלומר כי בדרך כלל זכות עמידה מקנה גם זכות מהותית. מה פירוש הדבר? עצם הנכונות של בית המשפט לדון בטענה בדבר פגיעה באינטרס מסוים, כפי שנטען בעתירה, מלמדת בדרך כלל שבית המשפט מכיר בכך שהאינטרס של העותר הוא בגדר זכות ראויה להגנה שיפוטית. כך בדרך כלל, אך לא תמיד. היוצא מן הכלל הוא מקרה שבו בית המשפט מניח, אך עדיין אינו מחליט, כי האינטרס הנדון ראוי להכרה או לשדרוג בתור זכות, ולכן הוא מקנה לעותר זכות עמידה; אך בסוף הדיון הוא מגיע למסקנה שהאינטרס אינו מגיע למעמד של זכות, ולכן אין הוא ראוי להגנת בית המשפט.

100 ראו לדוגמה בבג"ץ 217/80, לעיל ה"ש 13, בעמ' 440: "בצד הכוח (power) שהפקודה מעניקה לשר הפנים, הדין מטיל עליו 'חובה' להפעיל כוח זה כדין, והפעלת כוח שלא כדין עשויה לפסול ההחלטה. אך כנגד 'חובה' אחרונה זו אינה עומדת זכות של בני הציבור, זכות המקימה מעמד". ראו גם, ברוח זאת, ויתקון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 22: "כאשר החוק מקנה לשר כוח על-מנת שישתמש בו לפי שיקול דעתו, והשלכותיו של השימוש באותו כוח הן במישור הציבורי, השאלה המכרעת היא: מי הוא ה'מוטב' (beneficiary) שלטובתו ניתן הכוח: הציבור בכללותו או כל פרט ופרט שבכלל הפרטים שהציבור מורכב מהם? אם הציבור בכללותו הוא המוטב, אין לפרט זכות מהותית, שבידו לתבע בבית-המשפט, ואילו על השאלה, מי הוא המוטב, ניתן להשיב רק מתוך בדיקת טיב הכוח, מטרותיו, תכונותיו ודרכי השימוש בו, הכל כמפורט בחוק או כמשתמע ממנו. בבדיקה זו ולא בעצם הפגיעה – תלויה זכותו של הפרט".

101 ראו לדוגמה בבג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485, 495 (1995).

שחורים במערכת של שלטון החוק, שבהם רשויות מינהליות פטורות למעשה מביקורת שיפוטית.

מצב מטריד זה השתנה באופן רשמי בשנת 1988, במשפט רסלר נ' שר הביטחון.<sup>102</sup> במשפט זה נפסקה הלכה, שהיום אין חולק עליה, שזכות עמידה מוקנית לכל אדם, בסייגים מסוימים, גם לצורך הגנה על אינטרס ציבורי, ובמיוחד לצורך הגנה על שלטון החוק.<sup>103</sup> בהתאם לכך, כל אדם רשאי כיום להגיש, לא רק עתירה אישית, אלא גם עתירה ציבורית. בין השאר, כל אדם רשאי להגיש עתירה ציבורית כדי לכפות מילוי חובה כללית, כמו חובה המוטלת על שר להתקין תקנות לביצוע חוק מסוים, אם יש בכך אינטרס ציבורי.<sup>104</sup> דעה רווחת היא שעתירה ציבורית לא נועדה להגן על אינטרס אישי אלא על אינטרס ציבורי. אך, לדעתי, עתירה ציבורית מגנה גם על אינטרס אישי או, ליתר דיוק, על זכות אישית. כיצד? כיום מוסכם, ובית המשפט חזר על כך פעם אחר פעם, שכל רשות מינהלית מקבלת סמכות, שהוקנתה לה לפי חוק, ומחזיקה בה בנאמנות כלפי הציבור. נאמנות זאת, ככל נאמנות, מחייבת את הרשות להפעיל את סמכותה לטובת הנהנה. הנהנה בנאמנות זאת הוא הציבור הרחב. ואולם, הציבור הרחב הוא גוף ערטילאי, אפשר אפילו לומר שהוא מושג בלבד, ובאופן מוחשי אין הוא אלא מספר גדול ורב של בני אדם. מכאן שהרשות המינהלית חייבת נאמנות כלפי כל אדם בציבור. נאמנות זאת מחייבת את הרשות, בראש ובראשונה, להפעיל את הסמכות כפי שהוקנתה לה, כלומר על פי הדין. כרגיל, לנהנה נתונה זכות אישית כלפי הנאמן, ומכוח זכות זאת הוא רשאי לתבוע את הנאמן לדין אם הלה פועל בניגוד לנאמנות. בהתאם לכך, לכל אדם בציבור נתונה זכות אישית לתבוע כל רשות מינהלית לדין כאשר, על פי הטענה, היא הפרה את חובת הנאמנות כלפיו, כאחד המרכיבים של הציבור, כלומר כאשר היא פעלה שלא כדין.<sup>105</sup> אפשר להגיע למסקנה זאת גם בדרך אחרת: באמצעות ההגדרה של זכות. זכות היא, כאמור, אינטרס מוגן על ידי המשפט. מכאן נובע כי עצם העובדה שבית המשפט מקנה לאדם זכות עמידה בעתירה ציבורית, אף שאין לו אינטרס אחר בעתירה אלא האינטרס של אזרח המבקש להגן על שלטון החוק, ואף מוכן לתת לו סעד בגין פגיעה באינטרס זה, היא הנותנת שבית המשפט מכיר באינטרס זה כזכות אישית.

עם זאת, הנכונות של בית המשפט לאפשר הגשת עתירה ציבורית אינה גורפת: הוא אינו מוכן לאפשר זאת בכל מקרה שבו נטען כי רשות מינהלית נהגה שלא כדין, אלא רק במקרה שבו, נוסף על כך, קיים אינטרס ציבורי שבית המשפט ידון ויכריע באותו מקרה. מה הם מקרים

102 בג"ץ 910/86, לעיל ה"ש 15.

103 שם, בעמ' 465: "מהו היסוד המוסרי לגישה, כי מי שטוען כי כספו נגזל שלא כדין יוכל לפנות לבית המשפט, אך מי שטוען שכספו של הציבור נגזל שלא כדין לא יוכל לפנות לבית המשפט? מהו הטיעון העקרוני, שיסודו בתורת המשפט ובתורת הפרדת הרשויות, המצדיק הבחנה זו? לדעתי, אין לה יסוד. אכן, גישתי הינה כי הדרישה לקיום זכות או אינטרס כתנאי למעמד בדין הינה דרישה מחוסרת יסוד פילוסופי, אינה מעוגנת בהפרדת רשויות, אינה נשענת על בסיס מוסרי ופוגעת בשלטון החוק".

104 על העתירה הציבורית ראו שרגא ושחר עילות הסף, לעיל ה"ש 26, בעמ' 116.

105 ראו בג"ץ 164/97, לעיל ה"ש 54, בעמ' 319. על חובת הנאמנות הציבורית של כל רשות מינהלית ראו זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 36.

אלה? אין תשובה חדה או רשימה ממצה. באופן כללי יש לומר כי אלה הם מקרים שבהם, לפי שיקול דעתו של בית המשפט, קיים אינטרס ציבורי מספיק שיצדיק דיון והכרעה לגוף העניין. לדוגמה, כזה הוא המקרה שבו קיימת פגיעה חמורה בעיקרון של שלטון החוק.<sup>106</sup> בהתאם לכך ניתן לומר כי הזכות המינהלית מורכבת משתיים: זכות אישית וזכות ציבורית. היא משתרעת, ראשית, על מקרה שבו אדם מבקש למנוע מרשות מינהלית פגיעה שלא כדין באינטרס אישי שלו, ושנית, על מקרה שבו אדם מבקש למנוע החלטה שלא כדין על ידי רשות מינהלית, גם אם אין בו פגיעה באינטרס אישי שלו, ובלבד שקיים בו אינטרס ציבורי המצדיק מעורבות של בית המשפט.

### האינטרס של חוקיות המינהל

כאן מתבקשת שאלה: אם אמנם נתונה לאדם זכות לעתור נגד כל רשות מינהלית כדי למנוע פעולה שלא כדין, גם בהיעדר אינטרס אישי של אותו אדם, מדוע להגביל זכות זאת רק למקרה שבו קיים גם אינטרס ציבורי שבית המשפט ידון ויכריע בשאלת החוקיות של פעולה זאת? שהרי אם העתירה הציבורית נובעת מחובת הנאמנות של כל רשות מינהלית כלפי כל אדם לפעול רק על פי הדין, אין זה סביר מבחינה עיונית לומר כי חובה זאת חלה רק על חלק מפעולות הרשות, כלומר, רק על פעולות שכרוך בהן אינטרס ציבורי, ואילו בנוגע לפעולות אחרות חובת הנאמנות מתפוגגת ואיננה עוד. כיוון שההיגיון הפשוט והאינטרס הציבורי מחייבים להחיל את חובת הנאמנות על כל פעולות הרשות, מדוע לא לאפשר לכל אדם להגיש עתירה נגד כל רשות בכל מקרה שבו היא פועלת שלא כדין?

שאלה זאת התעוררה גם במשפט רסלר.<sup>107</sup> השופט ברק אמר כי "מבחינת תורת המשפט ותורת הפרדת הרשויות" אין מניעה כנגד "פתיחת דלתות כללית", שתאפשר לעותר הציבורי להגיש עתירה בכל מקרה שבו רשות מינהלית פועלת שלא כדין. המניעה, לדבריו,

אינה מעוגנת בתורת המשפט ובהפרדת הרשויות, אלא היא מבוססת בעיקר על שיקולים של מדיניות שיפוטית [...] קיים חשש מפני הצפת בית המשפט "בעתירות ציבוריות"; הזמן השיפוטי היקר לא יוקצה, כתוצאה מכך, בצורה ראויה, והטיפול בבעלי דין הטוענים לפגיעה בזכויותיהם יידחה; [...] טיעונים אלה ואחרים אינם בעלי מימד עקרוני אלא בעלי מימד מעשי.

106 בג"ץ 910/86, לעיל ה"ש 15, בעמ' 468: "עצם הטענה כי החוק הופר, ושלטון החוק נפגע, אינה מספיקה להעניק מעמד כדין. הטענה בדבר פגיעה בשלטון החוק הינה תנאי הכרחי אך לא מספיק לביסוס מעמדו של העותר הציבורי [...] בנוסף לפגיעה בשלטון החוק, יש להצביע – על-פי אמות מידה אובייקטיביות – על נתונים נוספים, כגון פגיעה חמורה בפעולות המינהל או עניין בעל אופי ציבורי או עניין הנוגע לעקרונות שלטון החוק, שאין בו עותר בעל אינטרס. כפי שראינו רשימה זו עצמה אינה סגורה, וממילא נוצר חוסר ודאות הן באשר לתוכנה של הרשימה והן באשר לגבולותיה".

107 לעיל ה"ש 15.

עם זאת, די היה בטיעונים אלה כדי לשכנע אותו,

כי יש להמשיך בגישה שאינה מכירה במעמד ה"תובע הציבורי", בתור שכזה, ואינה מסתפקת בטענה בלבד בדבר הפרת החוק. טענה זו היא תנאי הכרחי ולא מספיק. על העותר להראות "דבר מה" נוסף.<sup>108</sup>

השאלה היא אם טיעונים אלה, "בעלי מימד מעשי", שכמובן יש להם מקום ומשקל, צריכים לגבור על הטיעונים שהם "בעלי מעמד עקרוני". כאן צריך לזכור כי אותם טיעונים מעשיים, ובעיקר החשש מפני הצפת בית המשפט בעתירות בלתי ראויות, ובד בבד גם החשש מפני הכבדת העומס על המינהל הציבורי שיצטרך להתגונן מפני עתירות כאלה, הועלו במשך עשרות שנים כנגד עצם הרעיון של עתירה ציבורית. ואולם, בסופו של דבר החליט בית המשפט, ראשית, כי החשש מוגזם מאוד, ושנית, כי אין בו כדי לגבור על העיקרון, ולכן פתח את שערי בית המשפט בפני עתירות ציבוריות.<sup>109</sup> אכן, הניסיון המצטבר מאז ועד היום, במשך שנות דור, הוכיח כי החשש היה בלתי מבוסס, כי בפועל לא התרחשה הצפה של בית המשפט בעתירות בלתי ראויות וכי במאזן כולל הביאו העתירות הציבוריות תועלת רבה.<sup>110</sup>

כמו אז כן גם כיום, החשש מפני הצפת בית המשפט בעתירות רבות, אם יוחלט על הרחבה נוספת של זכות העמידה, אינו אלא השערה. ובכל זאת, האם הוא חשש מבוסס? לדעתי, הניסיון שנצבר בנוגע לעתירות ציבוריות זה שנות דור מאפשר להפיק לקחים חשובים גם באשר לחשש מפני הרחבה נוספת של זכות העמידה. ראשית, חלק ניכר מן העתירות הציבוריות (כנראה רוב גדול שלהן) מוגשות על ידי ארגונים אזרחיים, כמו האגודה לזכויות האזרח, התנועה למען איכות השלטון, קו לעובד, עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי, הפורום המשפטי למען ארץ ישראל, התנועה לחופש המידע וכיוצא באלה. ארגונים אלה ממילא אינם מגישים עתירות אלא במקרים שבהם קיים אינטרס ציבורי מובהק. לכן ברור שגם אם תורחב זכות העמידה, הם לא יגישו עתירות נוספות, שאין בהן אינטרס ציבורי.

108 שם, בעמ' 466.

109 השופט ברק ציין במשפט רסלר, שם בעמ' 467–468, כי החשש מפני הצפת בית המשפט בעתירות בלתי ראויות "נראה לי כשולי, ולו מהטעם שאין כל הוכחה אמפירית, כי יש בטיעון זה ממש. הניסיון בארצות אחרות, שהיו מוכנות להכיר בעותר הציבורי בגבולות ידועים, לא הראה על הצפה באותם גבולות [...] נראה לי כי זהו גם ניסיונו של בית המשפט הגבוה לצדק בישראל".

110 ראו לדוגמה אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 286 (2004): "החששות להצפת בית המשפט בתביעות סרק התברו. הלכה למעשה מנצלות מצב זה בעיקר אגודות ציבוריות לטוהר המידות בשלטון ולזכויות אדם. לדעתי הניסיון שלנו, בהסתכלות כוללת, הוא חיובי". ראו גם יהושע שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח 449, 506–508 (2006). אמנם עדיין מושמעת ביקורת נגד עתירות ציבוריות בטענה שהן מכבידות באופן ממשי על בית המשפט העליון, אולם מי שמכיר מקרוב את המצב בבית המשפט העליון יודע היטב כי העומס הכבד על בית המשפט נובע בעיקר מעניינים אזרחיים ועניינים פליליים, שמבחינה מהותית אינם צריכים להגיע אל בית משפט עליון. מקורו אינו בעתירות ציבוריות, שמספרן קטן באופן יחסי, ורבות מהן היו יכולות להגיע לבג"ץ, וסביר שהיו מגיעות, על ידי צירוף עותר בעל עניין אישי, אילו נדרש הדבר.

שנית, בני אדם פרטיים אינם נוטים להגיש עתירות ציבוריות, אם משום שהם סומכים בעניין זה על הארגונים האזרחיים ואם משום שהם נרתעים מן הטרחה הרבה וההוצאות הכספיות הכרוכות בהכנה עתירה ובניהולה בבית המשפט. החשש שבני אדם פרטיים ירבו להגיש עתירות ציבוריות בעניינים שבהם אין לעותר אינטרס אישי, ואפילו אין בהם אינטרס ציבורי, נראה אפוא חשש שווא.

שלישית, בית המשפט הוכיח שהוא יודע להתמודד היטב עם עתירות שאין להן יסוד ואין בהן צורך. קודם כול, לרשותו עומדים כללי הסף המאפשרים לדחות עתירה על הסף, אפילו בלי להעביר אותה לעיון ולתגובה על ידי הרשות המינהלית, אם היא טרדנית או תאורתית, כאשר היא מוקדמת או מאוחרת, אם קיים סעד חלופי, כאשר העותר אינו נקי כפיים ועוד. גם כאשר עתירה מסוימת אינה "נתפסת" על ידי אחד מכללי הסף, שיקול הדעת הרחב של בית המשפט עדיין מאפשר לו לדחותה על הסף משום שלדעתו, כלשונו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, אין הוא רואה צורך לתת בה סעד למען הצדק. נוסף על כך, בית המשפט גם יכול להשתמש בחרב המתהפכת של חיוב בתשלום הוצאות המשפט כדי להרתיע מפני הגשת עתירות ציבוריות שאין בהן טעם או צורך.

לדעתי, כל אלה יחד מובילים למסקנה שהחשש מפני הצפת בתי המשפט בעתירות, אם אכן תורחב זכות העמידה, יתברר כחשש שווא. מכל מקום, אפשר גם, כמובן, להרחיב את זכות העמידה בהדרגה, או בכפוף לסייגים, ככל שיתברר צורך בכך לאור הניסיון.

ישאל השואל, אם אמנם הרחבת זכות העמידה לא תגדיל באופן ניכר את מספר העתירות, מה טעם להרחיב את זכות העמידה? לדעתי יש לדבר טעם טוב. קודם כול, יש לכך חשיבות מבחינת העיקרון. הרחבת זכות העמידה תיתן ביטוי ראוי לעיקרון שחובת הנאמנות המוטלת על כל רשות מינהלית, לפעול אך ורק על פי הדין, מוטלת עליה בכל מקרה וכלפי כל אדם. אם כך, ההיגיון מחייב כי לכל אדם נתונה גם זכות לתבוע את הרשות לדין, כדי שלא תפר את חובת הנאמנות שלה. זכות זאת גם תומכת בעיקרון של שלטון החוק, השולל כל פעולה מינהלית בניגוד לדין, אף אם אין בה אינטרס ציבורי מעבר לעיקרון של חוקיות המינהל. אכן, בגלל העיקרון של שלטון החוק אפשר לומר שכל עתירה של כל אדם נגד פעולה מינהלית בניגוד לדין אינה נובעת רק מזכות אישית של העותר כלפי הרשות, אלא גם משרתת אינטרס ציבורי. נוסף על כך, הרחבת זכות העמידה תשדר גם מסר ראוי לכל עובדי הציבור בדבר החובה לפעול אך ורק על פי הדין, ואולי אף תוסיף גורם מרתיע נגד פעולה שלא כדין.

לדעתי, אם כן, ראוי יהיה להרחיב את זכות העמידה בעתירות ציבוריות, כלומר לאפשר הגשת עתירה ציבורית בכל מקרה שבו נטען כי רשות מינהלית פעלה שלא כדין. הרחבה כזאת של זכות העמידה תגרור הרחבה מקבילה של הזכות המינהלית. בעקבות ההרחבה ניתן יהיה לומר כי לכל אדם נתונה זכות מינהלית שכל רשות תפעל בכל מקרה אך ורק על פי הדין.<sup>111</sup>

111 זאת היא כיום גם דעתו של פרופ' אהרן ברק. וכך אמר בספרו שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 110, בעמ' 288, בסיכום הפרק על "מעמד בדין": "לגישתי, הכרה במעמדו של עותר ציבורי סוגרת את 'מעגל המעמד'. תחילתו של מעגל זה בדרישה שהעותר יהא בעל זכות כלפי השלטון. לאחר מכן הוכר מעמדו של עותר בעל אינטרס הנעדר זכות. בהמשך הוכר מעמדו של עותר הנעדר אינטרס, אך המליץ על פגיעה מהותית בשלטון החוק. סופו של התהליך בגיבוש זכותו של העותר

עם זאת, אפשר להעריך שדעה זאת עדיין תיחשב בקרב הקהילה המשפטית, ובכלל זה גם בית המשפט העליון, כמרחיקת לכת, ולכן הסיכויים שתקבל כיום תוקף של הלכה נראים קלושים. ואולם אפשר, ולדעתי אף ראוי, שבית המשפט העליון יתחיל להתקדם בכיוון זה, באופן הדרגתי ומבוקר, אף בלי לשנות את ההלכה הקיימת. כיצד? ההלכה הקיימת מאפשרת הגשת עתירה ציבורית אם הדבר ראוי כדי להגן על שלטון החוק או, באופן כללי, כדי לשרת את האינטרס הציבורי. עם זאת, ההלכה אינה מגדירה באופן ברור ונוקשה את שלטון החוק או את האינטרס הציבורי. טבעי ורצוי הדבר שהתפיסה של שלטון החוק או האינטרס הציבורי תשתנה עם הזמן כדי שתהלוך את תנאי הזמן. בהתאם לכך אפשר שבית המשפט ירחיב את התפיסה של שלטון החוק והאינטרס הציבורי. התפתחות כזאת נראית פשוטה ואפילו מתבקשת, להלכה ולמעשה, כיוון שבאמת קיים אינטרס ציבורי, הנובע מן העיקרון של שלטון החוק, שכל רשות מינהלית תפעל בכל מקרה אך ורק על פי הדין.

## ו. סיכום

זכות מינהלית היא זכות של אדם כלפי רשות מינהלית שתפעיל את סמכותה על פי הדין. זכות זאת לא קיבלה עד כה מעמד מוכר כסוג מיוחד של זכות, נפרד ושונה מן הזכות האזרחית, כגון זכות חוזית או זכות בנויקין. אך היא ראויה למעמד כזה: ראשית, משום שבפועל היא זכות שכחה וחשובה, ושנית, משום שהיא מוסדרת על ידי מערכת נפרדת של כללים, שונה מן המערכת של כללי המשפט האזרחי, הלוא הם כללי המשפט המינהלי. ולא זו בלבד: על פי רוב היא גם נדונה בבתי משפט מיוחדים לעניינים מינהליים ועל פי סדרי דין מיוחדים לעניינים כאלה.

הזכות המינהלית כוללת שתי קבוצות של זכויות: זכויות לפי חוק וזכויות לפי ההלכה. זכויות לפי חוק נוצרו מכוח הוראות מיוחדות של חוקים. יש בהן הוראות המעניקות זכות לאדם כלפי רשות מינהלית בלשון מפורשת, כגון סעיף 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994, הקובע כי "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה", או סעיף 1 לחוק חופש המידע, התשנ"ח–1998, הקובע כי "לכל אזרח ישראלי או תושב הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית בהתאם להוראות חוק זה". יש בהן גם הוראות המטילות על רשות מינהלית חובה או מקנות לה

---

— בהיותו חלק מהחברה — כלפי הרשות השלטונית שזו תנהג על פי החוק ובמעמדו הנגזר מזכותו זו. 'מעגל מעמד' זה אינו בעל אופי סמנטי גרדא; מאחוריו עומדת ההכרה כי לכל פרט זכות שהשלטון ינהג על פי החוק. אכן, על פי תפיסתי לכל אדם זכות לכך שהמינהל הציבורי יפעל על פי החוק. הפרתה של זכות אדם זו מעניקה לכל אדם שזכותו זו נפגעה מעמד בדין". בשעתו אכן צידד השופט ברק בזכות עמידה מצומצמת יותר. גם במשפט רסלר, לעיל ה"ש 15, הייתה דעתו שבגלל טיעונים "בעלי מימד מעשי" ראוי להגביל עתירות ציבוריות למקרים שבהם קיים אינטרס ציבורי שבית המשפט ידון בעתירה. באותו זמן התקבלה דעה זאת כחידוש מרחיק לכת, ואכן ספק אם דעה מרחיקת לכת עוד יותר הייתה עשויה להתקבל אז על ידי בית המשפט העליון. מכל מקום, ההתפתחות בעמדתו של פרופ' ברק בעניין זה אופיינית להתפתחות הרגילה של המשפט המקובל, הנוטה להתפתח בתהליך הדרגתי, ולא בקפיצות חדות, ועמדתו כיום מבטאת את התפיסה שבינתיים בשלה השעה להרחבה נוספת של זכות העמידה.



סמכות, ומתוך החובה או הסמכות של הרשות צומחת במשתמע גם זכות לאדם, למשל, הזכות לדרוש מן הרשות שתפעיל את סמכותה והזכות לדרוש שהרשות תעשה זאת במהירות הראויה. כך, לדוגמה, סעיף 2א בחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט–1958, הקובע כי עובד הציבור שסירב לבקשה בכתב להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין "יודיע למבקש בכתב את נימוקי סירובו", או סעיף 9 לחוק האזרחות, התשי"ב–1952, הקובע כי "שר הפנים רשאי להעניק אזרחות ישראלית" לבני אדם מסוימים. מכוח סעיפים אלה נתונה לאדם זכות לתבוע את הרשות שתודיע לו את נימוקי סירובה לתת לו אזרחות או שתחליט בבקשתו לקבל אזרחות.

זכויות מינהליות לפי ההלכה הן זכויות שנוצרו על ידי בית המשפט במהלך הפסיקה, והן מסדירות את הדרך שבה רשות מינהלית מקיימת חובה או מפעילה סמכות. לצורך זה נקבעו בהלכה כללים, כגון הכללים המחייבים את הרשות לפעול רק במסגרת הסמכות שנקבעה בחוק, להשתית כל החלטה על מערכת של נתונים שנאספו בשקידה ראויה, לתת לאדם שעלול להיפגע מהפעלת הסמכות הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו, לשקול את כל השיקולים הנוגעים לעניין ורק שיקולים כאלה, לקבל החלטה בתוך מתחם הסבירות ועוד. מתוך חובה כזאת צומחת גם זכות: למשל, זכות של אדם שהרשות לא תפגע בו על יסוד שיקולים זרים.

הזכויות המינהליות, הן זכויות לפי חוק והן זכויות לפי ההלכה, נקלטו לראשונה בארץ ישראל מן המשפט האנגלי עם הפעלת הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות על ידי בג"ץ. התכונות העיקריות של הזכות המינהלית, כפי שנקלטה אז מן המשפט האנגלי, נותרו בעינן עד היום. ראשית, עתירות להגנה על הזכות המינהלית מוגשות בדרך כלל לערכאות מיוחדות לעניינים מינהליים – בתי דין מינהליים, בית המשפט לעניינים מינהליים ובג"ץ – ונדונות לפי סדר דין מיוחד לעניינים אלה. שנית, ובעיקר, ההגנה השיפוטית על הזכות המינהלית כפופה לשיקול דעת של בית המשפט, שהוא רחב הרבה יותר משיקול הדעת המוקנה לבית המשפט בקשר להגנה השיפוטית על הזכות האזרחית. שיקול דעת זה הוקנה במקורו לבית המשפט באנגליה כבר לפני מאות שנים, כיוון שבאותו זמן לא הייתה לאדם זכות לתקוף בבית המשפט החלטה שנתקבלה מטעם הכתר, כלומר השלטון, בטענה שהיא בלתי חוקית. עצם הנכונות של בית המשפט לדון בטענה כזאת נחשב אז מעשה של חסד מטעם הכתר, ולכן היה מותנה בקבלת אישור מוקדם, ומתן האישור היה מותנה בשיקול הדעת של בית המשפט.

שיקול הדעת של בית המשפט מרשה לו, מאז ועד היום, לדחות כל עתירה מינהלית על הסף, בלי לדון כלל בשאלה אם הדין עם העותר, על יסוד כללי סף שבדרך כלל אינם חלים על הזכות האזרחית. כללים אלה מאפשרים לדחות עתירה, בין השאר, משום שהיא בלתי שפיטה, תאורטית או כוללנית, משום שהוגשה מוקדם מדי או מאוחר מדי, משום שלעותר אין זכות עמידה, משום שלעתירה קיים סעד חלופי, משום שהעותר אינו נקי כפיים. הלכה למעשה, עתירות רבות נדחות על הסף על יסוד כללים אלה. זאת ועוד. שיקול הדעת של בית המשפט קיים גם בהמשך, לאורך כל ההתדיינות, למשל, בסירוב להתיר חקירה של עדים שהגישו תצהיר, ואף בסוף ההתדיינות, לפי תורת התוצאה (הבטלות) היחסית, המאפשרת לבית המשפט לעצב את הסעד או אף למנוע כל סעד, לפי ראות עיניו, בהתאם לנסיבות המקרה.

מבחינת היקף הזכות המינהלית, יש להבחין בין זכות אישית לבין זכות ציבורית. הזכות האישית אומרת כי לכל אדם נתונה זכות שרשות מינהלית לא תפגע באינטרס אישי שלו אלא על פי הדין. הזכות הציבורית אומרת שלכל אדם נתונה גם זכות שרשות מינהלית לא תפעל

בניגוד לדין בעניין שקיים בו אינטרס ציבורי, ובעיקר אינטרס של הגנה על שלטון החוק, אף אם לאותו אדם אין נוסף לכך גם אינטרס אישי. הזכות הציבורית ניתנת למימוש באמצעות עתירה ציבורית.

שאלה היא אם אין זה ראוי להרחיב את היקף הזכות הציבורית כך שלכל אדם תהיה זכות לתבוע בבית המשפט כל רשות בכל מקרה שבו היא פועלת שלא כדין, אף אם המקרה אינו כרוך באינטרס ציבורי מעבר לאינטרס של חוקיות המינהל. לדעתי, יש טיעון רציני התומך בהרחבה כזאת של הזכות המינהלית.

הזכות המינהלית הוזנחה עד כה בשיח המשפטי כיוון שעל פי רוב היא לא הוענקה במפורש, אלא נגזרה באופן משתמע מחובה שהוטלה על הרשות המינהלית או סמכות שהוקנתה לה, ולכן הייתה נסתרת מן העין. כך בנוגע לזכויות לפי החוק, שכן על פי רוב המחוקק מעדיף להסדיר תחום התנהגות, ובכלל זה מתן שירות על ידי רשות מינהלית, בדרך של הטלת חובה או הקניית סמכות לרשות, ולא בלשון של הענקת זכות לאזרח. כך, לדוגמה, חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968, אינו קובע שכל אדם זכאי לנהל עסק בתנאים מסוימים שצוינו בחוק, אלא הוא קובע שלא יעסוק אדם בעסק טעון רישוי אלא אם יש בידו רישיון, ומסדיר את סמכות הרשות לתת את הרישיון. בדומה לכך בנוגע לזכויות שגובשו בהלכה. הכללים שגובשו בהלכה הטילו על הרשות חובות ואיסורים, כגון איסור לקבל החלטה במצב של ניגוד עניינים, איסור לאצול סמכות וחובה לשקול אך ורק שיקולים ענייניים, ואת זכותו של אדם צריך היה להסיק מתוך החובה או האיסור.

בעקבות כל אלה, השיח המשפטי בתחום המשפט המינהלי נוצר והתפתח כשיח של חובות או שיח של סמכויות, כלומר שיח המתמקד ברשות המינהלית, ולא שיח של זכויות המתמקד באדם העומד מול הרשות. מצב זה החל להשתנות בעת האחרונה, שכן גם המחוקק וגם בית המשפט התחילו להבליט את זכות האדם הניצבת מול סמכות הרשות, כך במיוחד לאחר שנחקקו, בשנת 1992, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. עם זאת, בעקבות מורשת ארוכה ועמוקה, השיח שעדיין שולט במשפט המינהלי הוא בעיקרו שיח של סמכות וחובה ולא שיח של זכויות.

יש בכך כדי להסביר את הזנחת הזכות המינהלית. מן הראוי, לכן, לשנות את השיח המשפטי. ראשית, יש להקנות לזכות המינהלית את ההכרה והמעמד שהיא ראויה להם. שנית, ראוי לפתח את השיח המשפטי באופן שידגיש יותר את זכויות היסוד של האדם, כמו חופש הביטוי וזכות הקניין, וייתן מקום ראוי גם לזכות המינהלית נגד פגיעה שלא כדין על ידי רשות מינהלית.

הזנחת הזכות המינהלית גם יכולה להסביר, במידה מסוימת, את חולשת ההגנה על הזכות המינהלית בהשוואה להגנה על הזכות האזרחית. שורש החולשה נעוץ בשיקול הדעת שהוקנה לבית המשפט באנגליה, כבר לפני מאות שנים, עקב המעמד המיוחד של הכתר. בגלל מעמד זה צמחו, מתוך שיקול הדעת של בית המשפט, כללי הסף, המאפשרים להימנע מדיון בעתירה לגוף העניין, וכללים נוספים בדבר סדר הדין וסוג הסעד בעתירות מינהליות. כללים אלה, שביסודם לא השתנו מאז ועד היום, פוגעים פגיעה ממשית בהגנה על הזכות המינהלית.

השוני המהותי בין הזכות המינהלית לבין הזכות האזרחית אכן מצדיק גם שוני בכללים המאפשרים הגנה על הזכות. השוני נובע בעיקר מכך שהזכות המינהלית מופנית כלפי רשות מינהלית, הפועלת מטעם הציבור ולמען הציבור, ולכן בהתמודדות בין אדם לבין הרשות יש

לתת משקל נכבד גם לאינטרס הציבורי, ולמצוא את האיזון הראוי בינו לבין האינטרס הפרטי. שוני זה עשוי להצדיק כללי סף מסוימים, סדרי דין שונים וגישה מיוחדת לסעד שיפוטי בעניינים מינהליים. לא יהיה זה נכון אפוא לדרוש השוואה מלאה בין הזכות המינהלית לבין הזכות האזרחית. יחד עם זאת, שאלה היא אם השוני בין הזכות המינהלית לבין הזכות האזרחית מצדיק את השוני הגדול הקיים בין הכללים המגנים על הזכות האזרחית לבין הכללים המגנים על הזכות המינהלית. שאלה זאת מעולם לא נבדקה ברצינות.

נראה כי הכללים המיוחדים החלים על הזכות המינהלית, כפי שהם כיום, נשארו בתוקפם זמן רב כל כך במידה רבה מתוך הרגל ושמרנות. לפיכך, ולאור חולשת ההגנה על הזכות המינהלית, ראוי לערוך עכשיו בדיקה יסודית של כללים אלה, כדי לברר עד כמה הם עומדים בפני ביקורת ערכית, מעשית ומשפטית, מתוך נכונות לחולל רפורמה שתוביל לאיזון ראוי יותר בין האינטרס הפרטי לבין האינטרס הציבורי.