המשפט המינהלי כתורת מינהל

אריאל בנדור*

א. הצגת הנושא. ב. פוליטיקה ומינהל בתורת המינהל ובמשפט המינהלי: 1. הבדלי גישות; 2. הסברים להבדלים; 3. סיכום. ג. מינהל שלטוני ומינהל פרטי. ד. קבלת החלטות: 1. כללי; 2. קבלת החלטות וזכויות הפרט; 3. כללים אחרים. ה. סיכום.

א. הצגת הנושא

1. קרבה רבה קיימת בין תחומי העיסוק של תורת המינהל הציבורי שבתחום מדעי המדינה (להלן: תורת המינהל) ובין אלה של דיני המינהל הציבורי שבתחום המשפט (להלן: המשפט המינהלי). הן תורת המינהל והן המשפט המינהלי עוסקים בהיבטים נורמטיביים של קבלת החלטות ושל ארגון במסגרת המינהל הציבורי. תורת המינהל, בהיבטה הנורמטיבי, עוסקת בדרכים ובהליכים הראויים לניהול, לארגון ולקבלת החלטות. המשפט המינהלי עוסק, בעיקרו, בקביעתם של דרכים והליכים מחייבים לקבלת החלטות.

ואת ועוד: בשנים האחרונות ניכרת בישראל מגמה של התקרבות מיוחדת בין עולם המשפט לבין עולם המינהל.

המשפט המינהלי בישראל הרחיב את אופקיו. תחומי עיסוקו, שבעבר התמקדו בעיקרם בהחלטות הנוגעות לזכויות הפרט או לפגיעה בטוהר המידות, מתפשטים כיום אל מכלול הפעילות של רשויות המדינה.[1] כך, מרבית התחיקה הקיימת, ובכלל זה חוקי הכנסת ותחיקת-המשנה, היא תחיקה "מינהלית", המעניקה תפקידים וסמכויות למינהל הציבורי ומסדירה את הפעלתם. אף להנחיות המינהליות ה"פנימיות" ניתן, מכוח פסיקת

---

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לד"ר דוד דרי מן החוג למדע המדינה באוניברסיטה העברית בירושלים ולאילן סבן מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה על הערותיהם לטיוטת הרשימה.

1. ראו ד' קרצמר, "ארבעים שנה למשפט הציבורי", משפטים יט (תשמ"ט-תש"ן) 551; י' זמיר, "המשפט הציבורי - מהפכה או התפתחות?", משפטים יט (תשמ"ט-תש"ן) 563.

nevo.co.il

בתי-המשפט, מעמד משפטי. נקבע, כי לעתים רשויות המינהל חייבות לקבוע לעצמן הנחיות באלה,[2] וכי להנחיות כוח מחייב.[3] התקבלה ההלכה לפיה על רשות מינהלית אשר בידיה הופקדה סמכות, לבדוק אם קיים צורך להפעילה, ואסור לה להותירה "כאבן שאין לה הופכין". חובה זאת היא עצמאית, ואין היא נולדת עקב פניותיהם של אזרחים או של בעלי-עניין אחרים דווקא.[4] בפסיקה מתגברת תפיסה "גלובלית". לפי תפיסה זאת, אין פעולה שהמשפט לא חל עליה[5] (או, על-כל-פנים, הנורמות המשפטיות משתרעות על מרבית הפעילות המינהלית),[6] זאת ועוד: על בית-המשפט מוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק - דהיינו, להשליט את הדין ברשויות המינהל ולהבטיח כי המינהל פועל כדין - כתפקיד עצמאי, שאינו תלוי בשאלה, האם רשויות המינהל פגעו בפעולתן בפרט או בטוהר המידות.[7]

רשויות המינהל, מצדן, מרחיבות את היזקקותן לייעוץ משפטי בהפעלת סמכויותיהן, ובכלל זה גם בהכרעות שבמדיניות.[8]

2. על רקע זה, מפתיעה העובדה כי שתי הדיסציפלינות, העוסקות במאטריה כה דומה, כמעט שאינן מושפעות ישירות זו מזו. יוצרי המשפט המינהלי בישראל והוקריו אינם נוקקים לספרות העשירה הקיימת בתחום תורת המינהל הנורמטיבית. עולם המושגים, ההשקפות והמודלים שנמדע המדינה זר להם, ואין הם מסתייעים בהם לקידומו של המשפט המינהלי. הרושם הוא, כי גם רבים מאנשי מדע המדינה העוסקים בחקר המינהל הציבורי

---

2. ראו בג"צ 556/83 בסט נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לח(1) 177, 183 מול האות ד; בג"צ 59/88 צבן נ' שר האוצר ואח', פ"ד מב(4) 705.

3. ראו י' זמיר, "הנחיות מינהליות", הפרקליט לח (תשמ"ח) 18; והשוו בג"צ 785/87, 845, 27/88 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2) 4, 78 מול האות א.

4. ראו בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (להלן: בג"צ ברגר), 46-47.

5. ראו בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (להלן: בג"צ רסלר), 477-478; א' בנדור, "השפיטות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפטים יז (תשמ"ז-תשט"ח) 592, 621-623.

6. גם לדעתו של הנשיא שמגר בבג"צ רסלר, שם, 518, השולל נקיטת עמדה שיפוטית בנושאים מסוימים בעלי מהות פוליטית מובהקת, "כל נושא יכול להיבחן לפי מבחני התוקיות", זרק לעתים רחוקות בית-המשפט יימנע מלהתערב מטעמים של "חוסר-שפיטות". לביקורת על התפיסה ה"גלובלית" ראו גם ד' קרצמר (לעיל, הערה 1).

7. ראו בג"צ רסלר (לעיל, הערה 5), 462-465.

8. ייתכן כי תופעה זו הגיעה לשיאה עם הפניית בעיית המבנה הרצוי של מערכת הבריאות - בעיה אשר דומה כי אין לה דבר עם שאלות שלמשפטן מומחיות בהן - דווקא לוועדת חקירה בראשות שופטת בית-המשפט העליון. ראו דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תיפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל (ירושלים, התש"ן).

אינם בקיאים במשפט המינהלי המודרני, ובאפשרויות שהוא מציע למתן תוקף מחייב לתורות הנורמטיביות שהם מפתחים וליישומן. בספרות מתחום תורת המינהל מיוחסים למשפט המינהלי בעיקר תפקידים של הסכמה פורמלית לפעולות המינהל, מחד גיסא, ושל פיקוח עליהן, מאידך גיסא. בדרך כלל, המשפט המינהלי אינו נתפס בספרות זאת כמקור של הנחיות שיטתיות לגבי אופן פעילות המינהל, ארגונו וקבלת ההחלטות בו.[9]

עם זאת, למרות מיעוטה של השפעה הדדית ישירה, ניכרת קרבת מה בין עקרונות שונים בתורת המינהל ובמשפט המינהלי. מבחינה מהותית - אף אם לא מושגית - יש לשני התחומים מכנים משותפים לא מבוטלים.

3. ברשימה זאת אעמוד תחילה על שני הבדלים עיקריים בין שתי הדיסציפלינות - בעניין ההבחנה בין מינהל לבין פוליטיקה, ובעניין ההבחנה בין מינהל שלטוני למינהל שאינו שלטוני. לאחר מכן, בעזרת דוגמאות אחדות מתחום הנורמות המשפטיות הנוגעות לקבלת החלטות במינהל,[10] אנסה להראות כי יש טעם לשיתוף פעולה הדדי בין הדיסציפלינות. שיתוף פעולה כזה עשוי לתרום הן לשיפור ההליכים לקבלת החלטות והן לשיפור הארגון במינהל הציבורי, ואת, עקב הכוח המשפטי להפוך מודלים נורמטיביים לנורמות משפטיות מחייבות.

ב. פוליטיקה ומינהל בתורת המינהל ובמשפט המינהלי

1. הבדלי הגישות

4. בתורת המינהל כיום כבר אינה מקובלת האבחנה הדיכוטומית בין פוליטיקה למינהל.[11] הגישה השכיחה היא, שכמעט כל עניין ניתן ל"גיוס"[12] למעלה או למטה: החלטות פוליטיות עשויות להתקבל על-ידי רשויות מינהליות, והחלטות מינהליות

9. השוו י' דרור, המשפט מבחינת המינהל הציבורי (ירושלים, תשי"ט); D. Oliver, "The Courts and the Policy Making Process", in: J.L. Jowell and D. Oliver (eds.), New Directions in Judicial Review (Stevens & Sons, 1988) 73, 88.

10. למהותו של החלק הכללי של המשפט המינהלי ולהבחנה ביגו לבין הדינים הספציפיים, ראו ב' ברכה, משפט מינהלי (כרך א, שוקן, תשמ"ז) 27; א' בנדור, "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המינהלי", מחקרי משפט ט (תשנ"ב) 155, 157-161.

11. החיבורים הקלאסיים שבהם הוצגה ההשקפה הדיכוטומית הם מאמרו של Wilson, "The Study of Administration", שפורסם בשנת 1887 ב-Political Science Quarterly, וספרו של Goodnow, Politics and Administration שפורסם בשנת 1900. ההשקפה מתוארת בספרי מבוא רבים לתורת המינהל: ראו, לדוגמא, כ' אקצין, עיקרי המינהל הציבורי (דביר, תשי"ז) 17.

12. ראו P.H. Appleby, Public Administration for a Welfare State (Asia Publishing House, 1961) 22.

עשויות להתקבל על-ידי רשויות פוליטיות.[13] לפי גישה זו, קיימות אף החלטות אשר קשה לסווגן כפוליטיות או כמינהליות בלבד.

עם זאת, תורת המינהל - להבדיל מענפים אחרים של מדע המדינה - מתמקדת בעיקרה בפעולתן של רשויות המינהל (להבדיל מן הרשויות הפוליטיות) ובביצוע ההכרעות הפוליטיות (להבדיל מתוכנן של הכרעות אלה ודרכי קבלתן על-ידי רשויות פוליטיות).

נראה אפוא, כי תורת המינהל, למרות ההתפתחות שחלה בעניין זה, מניחה הבחנה עקרונית בין הרשויות הפוליטיות לבין רשויות המינהל הציבורי, ובין קביעת היעדים לבין הגשמתם. אכן, תורת המינהל מכירה בקיומו של "תחום אפור" - הן מן הבחינה האורגנית והן מן הבחינה המטריאלית - בין מינהל לפוליטיקה (או בין אמצעים למטרות). היא אף מכירה בזיקה ובהשפעה ההדדית שבין החלטות "פוליטיות" ובין החלטות "מינהליות". למרות אלה, דומה כי ההבחנה הבסיסית בין שתי הקטגוריות עוברת כחוט השני באסכולות ובמודלים נורמטיביים שונים שפותחו בתחום תורת המינהל. כך, למשל, סיימון (Simon) מגדיר החלטה כמסקנה מהנחות יסוד ערכיות ומהנחות יסוד עובדתיות.[14] בעקבות הגדרה זו, המודל הרציונלי הטהור והלק מן המודלים האחרים לקבלת החלטות מבחינים בין היעדים והאילוצים הערכיים לבין החלופות הביצועיות, שהן האמצעים שעשויים לשרת את הגשמת היעדים.

5. לעומת זאת, המשפט המינהלי, למרות שמו, ביסודו אינו מוגבל כלל להסדרת הפעילות של רשויות המינהל (כמובנן בתורת המינהל, דהיינו: להבדיל מן הרשויות הפוליטיות) או של ההלטות בעלות אופי מינהלי (להבדיל מהחלטות פוליטיות או מדיניות). עניינו של המשפט המינהלי הוא במכלול הרשויות הציבוריות - וביניהן הממשלה, שריה, ראשי רשויות מקומיות ואף הכנסת[15] - ובמכלול ההחלטות שהן מקבלות

13. ראו P. Self, Administrative Theories and Politics (Allen & Unwin, 1972) 149.

14. ראו H.A. Simon, Administrative Behavior (3rd ed., The Free Press) 45.

15. ראו בג"צ 620/86 מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מא(4) 169 (להלן: בג"צ מיעארי); ב' ברכה (לעיל, הערה 10), 13.

nevo.co.il

והפעולות שהן מבצעות.[17,16] כך, בטרמינולוגיה המקובלת בעולם המשפט, שר הוא רשות מינהלית מובהקת. עיון בקבצים של פסקי-הדין של בית-המשפט העליון מלמד, כי בחלק ניכר מן ההתדיינויות בבית-המשפט הגבוה לצדק (להלן: בג"צ) - שהוא בית-המשפט המינהלי המרכזי בישראל - הרשות המשיבה, שכנגד החלטתה הוגשה העתירה, היא שר בממשלה.

אמנם, קיימות אמרות של בג"צ שלפיהן גבולות ההתערבות של בית-המשפט במדיניות הם צרים. לפי אמרות אלו, בית-המשפט לא יתערב, בדרך כלל, במדיניות. התערבות של בית-המשפט תהיה רק בביצוע בלתי חוקי או מפלה של המדיניות;[18] אך ספק אם המובן שניתן באמרות אלה למושג "מדיניות" תופף את מובנו בתורת המינהל.[19] על-כל-פנים, דומה כי גם החלטה "עדכית" כפופה ביסודה לכללי המשפט המינהלי. אכן, במקרים מסוימים עשויה להיות זיקה בין זהות הרשות או סוג ההחלטה שבהם מדובר לבין תוכנה של הנורמה המשפטית הרלוונטית.[20] עם זאת, כרגיל, לא יהיה בכך כדי להוציא את השאלה מתחומי המשפט בכלל, ומתחומי המשפט המינהלי בפרט.[22,21] אף הכנסת וועדותיה - שלא בהקשר של תוכן החוקים - כפופות בעיקרו של דבר לנורמות משפטיות דומות לאלה שלהן כפופים עובדי המינהל.[23]

---

16. כידוע, לפי ההלכה המקובלת כיום, רק תחיקה ראשית עשויה להיות פטורה מביקורת שיפוטית. להרחבה אפשרית של הביקורת השיפוטית גם על חוקי הכנסת ראו בג"צ 142/89 **תנועת לאו"ד - לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח'**, פ"ד מד(3) 529 (להלן: בג"צ לאו"ד), 551-556.

17. עם זאת, על פעולות של רשויות ציבוריות שבתחום המשפט הפרטי (כגון התקשרות בחוזים) עשויות לחול, לצד נורמות שמקורן במשפט המינהלי, אף נורמות המשפט הפרטי. ראו ג' שלו, **תחזי רשות בישראל** (אבישר, תשמ"ה); ד' ברק, **האחריות החוזית של רשויות המינהל** (בורסי, תשנ"א); ג' טדסקי, "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט", **משפטים יב** (תשמ"ב-תשמ"ג) 227; ד' פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי", **משפטים ה** (תשל"ד) 598; א' בנדור, "חוזי המדינה וחוק התקציב", **משפטים יט** (תשמ"ט-תש"ן) 185.

18. ראו, למשל, בג"צ 49/83 **המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב ואח'**, פ"ד לז(4) 517, 523 בין האותיות ד-ו.

19. בתחום המשפט, דומה כי כל החלטה מינהלית בעלת אופי כללי (דהיינו, לא אינדיבידואלי), ולאו דווקא החלטה בעלת אופי פוליטי או אידיאולוגי, עשויה להיחשב כהחלטה שבמדיניות. ראו G. Marshal, "Justiciability", **Oxford Essays in Jurisprudence** (Oxford; 1961) 279-280 א' בנדור (לעיל, הערה 5), 598.

20. ראו שם, 629; בג"צ 428/86 **ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד מ(3) 505.

21. אך ראו המחלוקת בין השופטים אלון וברק בבג"צ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח'**, פ"ד מה(1) 749 (להלן: בג"צ ז'רז'בסקי).

22. אך ראו לעיל, הערה 17.

23. ראו בג"צ מיצארי (לעיל, הערה 15).

nevo.co.il

2. הסברים להבדלים

6. כיצד ניתן להסביר את ההבדלים שבין תפישות היסוד בתורת המינהל לאלו שבמשפט המינהלי? להלן - לאו דווקא לפי סדר החשיבות - ארבעה הסברים, אשר אפשר כי הצירוף שלהם עומד מאחורי ההבדלים האמורים.

7. בישראל, הסמכויות לקבלת החלטות, ובכלל זה החלטות "מינהליות" ו"ביצועיות" מובהקות, נתונות לעתים קרובות, לפחות מן הבחינה הפורמלית, בידי הדרג הפוליטי - הממשלה, שריה וראשי הרשויות המקומיות.

כך, למשל, סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע, כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". סעיף 40 לחוק זה (שהוא סעיף 29 לנוסחו הקודם) קובע, כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוסלת בדין על רשות אחרת". למען הסר ספק, יודגש כי "הממשלה" בחוק זה אינה כוללת את כל עובדי המדינה, אלא "מורכבת מראש הממשלה ומשרים".[24] כל הסמכויות לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, נתונות בידי שרי הממשלה.[25] הסמכויות לפי חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968, ובכללן הסמכויות למתן רשיונות לעסקים טעוני רישוי, נתונות ביסודן לשר-הפנים ולראשי הרשויות המקומיות. האחריות של אנשי הדרג הפוליטי לפי סעיפים אלו, אינה אחריות "מיניסטריאלית" גרידא, שהיא אחריות המוטלת על שר לגבי הנעשה בתחומי משרדו אף אם הסמכות הישירה אינה בידיו, המדובר באחריות משפטית, ישירה ואישית.

נראה כי המודל המשפטי בישראל מזהה כדרג ה"פוליטי" העיקרי את הכנסת, בפועלה כרשות המחוקקת - וככזו, חוקיה אף הסינים כמעט לחלוטין ממגבלות משפטיות.[26] הממשלה ושריה נתפשים בטקרים רבים כמבצעים של המדיניות שנקבעה בחוק. סטיות מעיקרון זה - למשל, כאשר חוק מסמיך שר לקבל נורמות מסוג "contra legem"[27] - לעתים קרובות נתשבות כבלתי רצויות[28] וכמנוגדות לעקרון "שלטון החוק" במובנו

24. חוק-יסוד: הממשלה, סעיף 3(א) (סעיף 5(א) לנוסח הקודם).

25. חוק זה כולל סמכויות מרחיקות לכת, כלליות ואינדיבידואליות, לפיקוח על המשק במדינה. בין הסמכויות שהוא מעניק ישנן סמכויות מובהקות של מדיניות, אך גם סמכויות "ביצועיות".

26. להוציא כפיפותם לסעיפים משורייגים בחוקי-יסוד. ראו בג"צ לאריך (לעיל, הערה 16).

27. דהיינו: נורמות שתוכנן מנוגד לחוק (שאינו החוק המסמיך). ראו י' ה' קלינגהופר, "שלטון החוק ותקיקת משנה", הד המשפט 11 (תשי"ז) 202; 12-13 (תשי"ז) 222; 14 (תשי"ז) 254; א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, שוקן, תשנ"א) 612 ואילך.

28. ראו י' ה' קלינגהופר, "על תקנות-שעת-חירום בישראל", ספר יובל לפנחס רוזן (ח' כהן עורך, מפעל השכפול, תשכ"ב) 86.

nevo.co.il

המהותי.[29] דומה כי בכך שונה המודל המשפטי הפורמלי מן התפיסה של מדע המדינה, אשר יש לה יסוד בחיי המעשה. לפי תפיסה זאת, הממשלה ושריה הם, ביסודם, רשויות פוליטיות, שתפקידן הראשוני הוא קביעת המדיניות, ולאו דווקא ביצועה במובן המינהלי. הביצוע בעיקרו מוטל, לפי תפיסת מדע המדינה, על עובדי המינהל, שאינם פוליטיקאים. יחד עם זאת, אפשר שהמודל המשפטי תרם לגישה - המקובלת, כאמור, במדע המדינה - השוללת אבחנה דיכוטומית בין פוליטיקה לבין מינהל.

מהם, מן הבחינה המשפטית הפורמלית, תפקידיהם של עובדי הציבור מן השורה, שסמכויותיהם לא הוענקו להם ישירות בחוק?[30] (1) אמנם, בהעדר הוראה בחוק אסור לבעל-סמכות לאצול את סמכותו לאחר.[31] עם זאת, סמכויות רבות נכנסות לגדר הוראה בחוק, המאפשרת לבעל הסמכות המקורי - שכאמור, לעתים קרובות הוא איש פוליטי - לאצול את סמכותו, להוציא סמכות חקיקה, לעובדי ציבור,[32] שברגיל אינם פוליטיקאים. יצוין, כי ספק ער כמה האיסור לאצול סמכויות חקיקה בא לייחד את קביעת המדיניות לאנשי הדרג הפוליטי, שכן במקרים רבים תחיקת-המשנה אינה קובעת "מדיניות", אלא רק פרטים "טכניים" לביצוע העקרונות והקווים המנחים שנקבעו על-ידי הכנסת בחוק.[33] (2) בעל הסמכות, אף אם לא אצל את סמכותו, רשאי להשתמש בשירותיהם של אחרים לצורך "עבודות-עזר" ו"עבודות הכנה".[34] מובן שהוא רשאי להשתמש בשירותים כאלה לצורך הביצוע הפיסי של ההחלטה.[35]

כאמור, לעתים החוק מקנה סמכות ישירות לעובד ציבור שאינו משתייך לדרג

---

29. למובניו השונים של עקרון שלטון החוק ראו א' ברק, "שלטון החוק", קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו (ש' שטרית עורך, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים והנהלת בתי המשפט, תשל"ז) 15; י' זמיר, "שלטון החוק במדינת ישראל", הפרקליט (גליון מיוחד לכבוד 25 שנה ללשכת עורכי הדין, תשמ"ז) 61; א' רובינשטיין (לעיל, הערה 27), 262 ואילך.

30. דוגמאות לחוקים המקנים סמכויות ישירות לעובדי ציבור שאינם נבחרי ציבור הן: פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], המקנה סמכויות לפקידי השומה, ופקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, המקנה סמכויות מעצר לשוטרים ולקציני משטרה.

31. ראו בג"צ 347/84 עידית פתח-תקוה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לט(1) 813.

32. ראו חוק-יסוד: הממשלה, סעיף 41 (סעיף 31 לחוק הקודם).

33. ראו י' ה' קלינגהופר (לעיל, הערה 27). עם זאת, המצב הרצוי אינו המצב הקיים, וקיימים חוקים לא מעטים המסמיכים את מחוקקי המשנה (בדרך כלל שרים) לקבוע בתקנות הסדרי מדיניות ראשוניים (praeter legem).

34. ראו בג"צ 224/62 לוקוב נ' שר האוצר, פ"ד טו 1932; ב' ברכה (לעיל, הערה 10), 154 ואילך.

35. למרות שגוברת הנטייה במינהל המודרני להעביר את ביצוע המטלות הפיסיות לגופים שמחוץ למנגנון הממשלתי, במובנו הצר, כגון לתאגידים ציבוריים, לחברות ממשלתיות ולחברות עירוניות, ובמקרים רבים אף לחברות פרטיות. ראו ג' שלו (לעיל, הערה 16), 1.

nevo.co.il

הפוליטי.[36] אפשר, כי הימנעות המשפט מלהכיר בהבחנה העקרונית בין תפקידי הרשויות הפוליטיות לבין תפקידי רשויות המינהל, היא שהובילה, בין השאר, להלכה האוסרת על עובד ציבור כזה להפעיל את הסמכות לפי הוראות וקווי מדיניות שנקבעו על-ידי השר, שהסמכות היא בתחום משרדו.[37] הלכה זו מעוררת קשיים מסוימים, שעליהם עמד פרופ' זמיר.[38] בין השאר, היא לוקה בכך שאין היא נותנת משקל ראוי לתפקידן של הרשויות הפוליטיות, לפי תורת המינהל, בהנחיית רשויות המינהל ובפיקוח עליהן.

כאמור, דומה כי לא תמיד התפישה האמורה של המשפט המינהלי מתיישבת עם ההליכים הפוליטיים והמינהליים כפי שהם מתקיימים למעשה, ואולי אף כפי שראוי שיתקיימו: יחד עם זאת, היא מאפשרת להבין מדוע מבחינת התפישה המשפטית אין בהכרח פגם בכך ש"חלוקת העבודה" בין הדרג הפוליטי ברשות המבצעת לבין הדרג המינהלי בה, במקרים רבים, אינה מקבילה לזו המעוגנת במודלים המקובלים בתורת המינהל.

8. הפקדת הסמכות לביצוע המדיניות, ולא רק לקביעתה, בידיהם של אנשי הדרג הפוליטי - שהם, במישרין או בעקיפין, נבחרי הציבור - נועדה להטיל עליהם את האחריות לביצוע, ולא רק למדיניות. בכך מתוסף מנגנון של ביקורת על פעולות המינהל - הביקורת הציבורית-פוליטית - מנגנון התולם פחות את פעולתם של עובדי ציבור שאינם נבחרים. יצוין, כי בתחומים מסוימים שבהם חשיפה לביקורת ציבורית-פוליטית נראתה בעייתית, כגון תחום התביעה הפלילית, הסמכות הופקדה ישירות בידי עובדי ציבור שאינם נמנים עם הדרג הפוליטי.

9. לעתים קרובות, קביעתם של היעדים והאילוצים הערכיים אינה נתונה, מבחינה משפטית, לשיקול-הדעת של הדרג הפוליטי, אלא היא "מוכתבת" לו על-ידי הדין. כל רשות, ובכלל זה רשות פוליטית, חייבת לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים,[39] ואסור לה לשקול שיקולים שאינם רלוונטיים.[40] הרלוונטיות נקבעת כרגיל על-ידי הדין, כפי שהוא מפורש או נקבע על-ידי בתי-המשפט. יודגש, כי במשפט המינהלי חלק נכבד מהיבטיו הערכיים והעקרוניים של הדין מקורו ב"משפט המקובל", דהיינו: בפסיקתם של

36. ראו לעיל, הערה 30.

37. בג"צ 70/50 מיכלין ואח' נ' שר-הבריאות ואח', פ"ד ד 319, 323-324.

38. י' זמיר, "הסמכות המינהלית" (לעיל, עמ' 81). ראו גם I. Zamir, "Administrative Control of Adminstrative Action", 57 California L. Rev. (1969) 866; I. Zamir, "Administrative Control of Adminstrative Action: The Exceptions", 51 New York U.L. Rev. (1976) 587.

39. ראו בג"צ 192/56 שלום נ' המועצה המקומית בת ים, פ"ד יא 717.

40. ראו ד"נ 16/61 דשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, 1221-1214.

בתי-המשפט, ובמיוחד בפסיקתו של בג"צ,[41] ולא בחוקי הכנסת, ובוודאי שלא במדיניות הממשלה.

בין דיני-יסוד ערכיים אלו, שמקורם בפסיקה, ניתן למנות את זכויות היסוד של האדם, את "כללי הצדק הטבעי" (שעיקרם החובה לשמוע אזרח לפני קבלת החלטה העשויה לפגוע בעניינו, ואיסור הפעולה במצב של אפשרות למשוא-פנים או לניגוד עניינים),[42] ואת החובה לקבל החלטות שוויוניות וללא אפליה.[43]

הרשויות הפוליטיות - להוציא הכנסת בפועלה כרשות המחוקקת, שכאמור, לפי שיטתנו היא ריבונית[44] - כפופות אפוא במקרים רבים ליעדים ולאילוצים ערכיים שאינם פרי הכרעתן הן. מן הבחינה המשפטית, תפקידן של הרשויות הפוליטיות מתמקד בהוצאה אל הפועל של יעדים ובכניעה לאילוצים ערכיים שלא נקבעו על-ידיהן. גם במקרים, השכיחים למדי, שבהם קיימת התנגשות בין הערכים לאילוצים הערכיים הרלוונטיים השונים, ונדרשת הפעלתו של שיקול-דעת ערכי באיזון ובהכרעה בין הערכים המתחרים, שיקול-הדעת אינו מוחלט. שיקול-הדעת כפוף, גם במקרים כאלה, לדרישת הסבירות.[45] דרישה זו חלה על כל החלטה שקבלתה כרוכה בהפעלתו של שיקול-דעת, ובכלל זה - לפחות לפי דעה אחת - אף על ההחלטות ה"פוליטיות" ביותר, כגון בתחומי מדיניות החוץ והבטחון.[46]

זאת ועוד: קיימות אף סמכויות-חובה. סמכויות אלו מבתיבות לבעל הסמכות - ובכלל זה גם אישיות פוליטית - את ההחלטה, ושוללות ממנו אף את שיקול-הדעת ה"ביצועי".[47]

41. ראו ב' ברכה (לעיל, הערה 10) 28.

42. ראו ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה", הפרקליט לא (תשמ"א) 42.

43. ראו בג"צ 953/87 פורז ואח' נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב(2) 309 (להלן: בג"צ פורז).

44. ראו הערות 16 ו-26 והטקסטים שליהן בגוף הרשימה.

45. ראו להלן, סעיף 19.

46. ראו השקפתו של השופט ברק בבג"צ רסלר (לעיל, הערה 5) ובבג"צ ז'רז'בסקי (לעיל, הערה 21); א' בנדור (לעיל, הערה 5).

47. ראו בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429; ב' ברכה (לעיל, הערה 10), 129 ואילך.

הן מבטאות, למעשה, גרסה של מודל קיברנטי לקבלת החלטות.[48] פעמים רבות ייעודן הוא לקדם את הבטחון המשפטי ואת אינטרס ההסתמכות של הפרט והציבור, גם על חשבון מניעת שיקול-דעת מן הרשויות המוסמכות. במקרים מסוימים בית-המשפט פירש כסמכויות-חובה גם הוראות שנקטו בלשון רשות (כגון "השר רשאי..."), פירוש כזה ניתן על-ידי בית-המשפט כאשר הוא סבר שהדבר דרוש לשם הגשמת מטרת החוק.[49]

10. העובדה שעיקר חלקו הערכי והעקרוני של המשפט המינהלי אינו חקוק,[50] ועדש לירתו בפסקי-הדין של בתי-המשפט, הביאה אף לכך שיצירתן של הנורמות המשפטיות הכלליות קשורה וכרוכה, כמעט בכל המקרים, בדיון בפרשות ובמסכות עובדתיות ספציפיות. בפני בית-המשפט עומדות החלטות "מוגמרות", המשלבות ו"בולעות" שיקולים פוליטיים ומינהליים. יצירת הנורמות נעשית אגב דיון בהחלטות קיימות. בטכניקה קזואיסטית זו של יצירת המשפט יש כדי לגרוע מן האנליטיות שלו - ואכן, דומה כי מידת השכלול והשלמות האנליטית של המשפט המינהלי נופלת מזו של ענפים משפטיים אחרים.

ייתכן כי העובדה שבפועל עמדו בפני בתי-המשפט החלטות מוגמרות, כאמור, תרמה אף היא למיעוט ההבחנה המשפטית בין אורגנים פוליטיים לבין אורגנים מינהליים, ובין קביעת המדיניות לבין ביצועה.

3. סיכום

11. תורת המינהל, הגם שאין היא דוגלת באבחנה דיכוטומית בין פוליטיקה לבין מינהל, אינה מתעלמת מן האבחנה כליל. לפחות חלק מן האסכולות המקובלות בתורת

---

48. מודלים קיברנטיים לקבלת החלטות מציבים בפני בעל הסמכות מספר מצומצם של החלטות נתונות, שמתוכן עליו לבחור על-סמך מספר מצומצם של משתנים, המכונים משתנים קריטיים, ללא צורך במידע רב וכמעט ללא שיקול-דעת. דוגמא לסמכות כזאת היא סמכותו של פקיד הרישום לפי חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, לרשום גיור של עולה. בבג"צ 264/87, 723/88, 382-385, 238, 224, 200, 136, 95, 78, 272/89 **התאחדות הספרדים שומרי תורה - תנועת ש"ס ואח' נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים ואח'**, פ"ד מג(2) 723, 731 מתחת לאות ז, נקבע, כי "הודעה בלוויית מסמך המעיד על גיור בקהילה יהודית כלשהי בחוץ לארץ, די בהם כדי לחייב רישומו של אדם כיהודי", וכי "מהוראותיו של החוק הנ"ל נובע, כי פקיד הרישום אינו בודק את תוקפו או את חוסר תוקפו של טקס גיור, שנערך בקהילה יהודית בחוץ לארץ, ושעליו מעיד המסמך שהוגש לו. לדידו, משקפת תעודה, המעידה על פניה על כך שנערך טקס גיור בקהילה יהודית כנ"ל, כי אכן קוים טקס כאמור המחייב רישום" (שם, 732 מול האות ג). למודלים קיברנטיים לקבלת החלטות, ראו J. D. Steinbruner, **The Cybernetic Theory of Decision** (Princeton, 1974) 47.

49. ראו בג"צ 150/69 **רייך נ' מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים**, פ"ד כר(1) 204, 208.

50. ראו לעיל, המקורות המאוזכרים בהערה 10.

המינהל מייחסות משקל לסיווג הרשויות לרשויות פוליטיות לעומת רשויות מינהליות, ולסיווג התפקידים לתפקידים של קביעת מדיניות לעומת תפקידים של הוצאה לפועל. בסיווג זה, אף שאינו דיכוטומי, יש כדי לשקף היבטים מסוימים, מציאותיים ואף נורמטיביים, של קבלת ההחלטות ושל ארגון במסגרת המינהל הציבורי.

המשפט המינהלי, לעומת זאת, כמעט שאינו מבחין בין רשויות פוליטיות ותפקידים פוליטיים לבין רשויות מינהליות ותפקידים מינהליים. לגישה זו השלכות חיוביות בלתי מבוטלות. כך, למשל, נגזרות ממנה הכפיפות של כל הרשויות ושל כל הסמכויות לעקרון שלטון החוק, והאחריות הישירה של אנשי הדרג הפוליטי לביצוע המדיניות, ולא רק לקביעתה. יחד עם זאת, לגישה ואמורה יש היבטים פיקטיביים, שבחלקם אינם רצויים. למשל, מחד גיסא, הכול יודעים כי ראש-הממשלה והשרים אינם מבצעים באופן אישי אף לא מקצת מן הסמכויות שהופקדו בידיהם; מאידך גיסא, אף ידוע כי אותם אנשי הדרג המינהלי שבידיהם הפקיד החוק סמכויות באופן ישיר, אינם מתעלמים מן המדיניות, ההנחיות, ואף ההחלטות הקונקרטיות של השרים המופקדים על התחומים שבהם הסמכויות. נסיון לאכוף קביעות נוגדות של המשפט המינהלי עלול להביא לשיבוש המבנה הארגוני והליכי קבלת ההחלטות במינהל.

ראוי אפוא, כי המשפט המינהלי, בעקבות תורת המינהל, יעניק יתר נפקות להבחנה בין תפקידיהם של פוליטיקאים לבין תפקידיהם של מיגהלנים בארגון ובתהליכי קבלת ההחלטות. כשם שאבחנה דיכוטומית ביניהם אינה אפשרית ואינה רצויה, כך גם הימנעות מכל הבחנה.

ג. מינהל שלטוני ומינהל פרטי

12. הבדל חשוב נוסף בין תורת המינהל לבין המשפט המינהלי נוגע למהות הארגונים (במינוח המשפטי - תאגידים) שבהם הם עוסקים.

דומה, כי בתורת המינהל המודלים הנורמטיביים היסודיים, הן בתחום קבלת ההחלטות והן בתחום הארגון, רלוונטיים לסוגים שונים של ארגונים: לארגונים שלטוניים, כגון המדינה והרשויות המקומיות; לארגונים ציבוריים שאינם שלטוניים במובן הצר של המושג, כגון ההסתדרות הכללית של העובדים; ובמידה רבה, אף לארגונים פרטיים, כגון חברות, אגודות שיתופיות ועמותות פרטיות. המודלים השונים לקבלת ההחלטות ולארגון הולמים אפוא, בעיקרון, ארגונים בעלי מטרות ואפיונים שונים. בעיקרם הם ניתנים להחלה בארגונים מסוגים שונים, בין אם המדובר במדינה או במשרד ממשלתי ובין אם המדובר בהסתדרות הכללית או באגודה למען החייל, ואף בחברה פרטית. היעדים, החלופות והתחזיות משתנים בהתאם לנושא ההחלטה, אך המודל המינהלי עצמו הוא אחד.[51]

51. ראו מ' שוביק, "מחקרים ותיאוריות על קבלת החלטות", מדיניות ומינהל (ר' אלבוים-דדור עורכת, מאגנס, תשמ"ז) 238; H.A. Simon, D.W. Smithburg, V.A. Thompson, **Public Administration** (knope, 1950) 8.

במשפט, לעומת זאת, קיימת הבחנה יסודית ועקרונית בין הדינים החלים על תאגידים הפועלים על-פי דין לבין הדינים החלים על תאגידים העולים מכוח הרצון וההסכמה של חבריהם.[52]

ההבדל היסודי בין המשפט המינהלי, המסדיר את פעולות השלטון, לבין המשפט הפרטי, המסדיר את פעולותיהם של תאגידים פרטיים, הוא במידת הקוגנטיות. בסיס הפעולה של תאגידים פרטיים הוא הסכמי. המשפט מאפשר לפרטים לפעול במסגרת תאגידים, ומציע להם - באמצעות דינים דיספוזיטיביים - כללים לקבלת החלטות ולארגון. בדרך כלל, הוא אינו כופה עליהם כללים כאלה, והם חופשיים לקבוע לעצמם כללים, ערכיים ומינהליים, כראות עיניהם (בסייגים מסוימים, שביסודם הבטחת הגינות היחסים בין חברי התאגיד ומניעת פגיעה בתקנתו של כלל הציבור).[53] לעומת זאת, המשפט המינהלי הוא בעיקרו קוגנטי. הוא כופה על המינהל הציבורי ערכים וסדרים מסוימים לפעילות ולקבלת החלטות. הדבר נובע מכך שהתאגיד הציבורי, להבדיל מן התאגיד הפרטי, לא נועד לקדם את עניניהם של חבריו אלא את האינטרס הציבורי. לשם כך, ולשם כך בלבד, ניתנו בידיו כוחות כפייה ומשאבים שלטוניים. בכוחות ובמשאבים אלו אין המינהל רשאי לעשות כראות עיניו, אלא הוא כפוף לחוק.

13. נראה לי, כי ההסבר העיקרי להבדל זה שבין המשפט לבין יתר מדעי התברה הוא בכך, שבעוד שלמשפט יש כוח כופה, הרי למדעי החברה, ובכלל זה חלקיהם הנורמטיביים, אין כוח כזה. לכן, השאלה המיוחדת המעסיקה משפטנים - האם רצוי והאם ניתן, במסגרת

52. במשפט המודרני הנטייה היא לבסס את ההבחנה על מבחן פונקציונלי ולא על מבחן ארגוני, כך שרינים שונים עשויים לחול על אותו תאגיד כשהוא מבצע פעולות מסוגים שונים. למשל, על חברת החשמל עשויים לחול דינים שמתחום המשפט המינהלי במלאה סמכויות שלטוניות שהופקדו בידיה בחוק, ודיני החוזים והחברות הפרטיים בבצעה פעולות שלא מכוח סמכויות כאלה (ראו בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מא(2) 449). עם זאת, על תאגידים שלטוניים מובהקים, כמדינה וכרשויות המקומיות, יחולו נורמות מסוימות שמתחום המשפט המינהלי גם בבצעם פעולות בתחום המשפט הפרטי (ראו ד' פרידמן, לעיל, הערה 16). ההבחנה האמורה אינה מבוססת על האופי הציבורי של התאגידים כשלעצמו. למשל, על ההסתדרות הכללית - למרות אופיה, שביסודו הוא ציבורי - כמעט שלא חלים דינים מתחום המשפט המינהלי, וזאת משום שהיא כמעט אינה מחזיקה בסמכויות שלטוניות לפי חוק.

53. ראו א' פרוקצ'יה, "זה חוזה? זה הפץ? זה חוק? תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט", משפטים יח (תשמ"ח-תשמ"ט) 395, 400-412.

המשפט הקיים, לכפות נורמה ראויה,[54] אינה רלוונטית לחוקרי המינהל. מלאכתם של האחרונים מתמצית בהצגת הדרך הראויה לקבלת החלטות או לארגון, על המשפטן להוסיף ולהבריע, האם דרך הנראית ראויה היא אף מחייבת.

דומה אפוא, כי מודעות של חוקרים בתורת המינהל לאפשרויות שהמשפט מציע להפיכת נורמות ראויות לנורמות בעלות תוקף מחייב (וזאת לעתים קרובות באמצעות פסיקת בתי-המשפט, וללא צורך בחקיקה) עשויה לקדם את השימוש במחקריהם בתחום המשפט המינהלי.

ד. קבלת החלטות

1. כללי

14. המשפט המינהלי אינו מסתפק בקביעת הסמכויות לקבלת החלטות במינהל הציבורי, אשר, כאמור, במסגרתו הוא כולל אף את הרשויות הפוליטיות. המשפט המינהלי, בדומה לתורת המינהל, כולל אף נורמות באשר לקבלת ההחלטות במינהל. נורמות אלה כוללות נורמות פרוצדורליות - הנוגעות להליכי קבלת ההחלטה, ונורמות מהותיות - הנוגעות לתוכן ההחלטה ולשיקולים שביסודה.

המשפט המינהלי המסורתי התמקד במצבים של התנגשות בין רצון המינהל לבין האינטרסים של הפרט וזכויותיו. ניתן לומר, כי מרכזיותו של מעמד הפרט עומדת מאחורי עקרון היסוד של המשפט המינהלי: עקרון חוקיות המינהל. עיקרון זה מהווה - בקליפת אגוז - את עיקרו של המשפט המינהלי.[55] העיקרון קובע, כי להבדיל מן הפרט, החופשי לעשות ככל שתאבה נפשו כל עוד ידיו לא נכבלו על-ידי הדין, רשויות המינהל אינן רשאיות לעשות דבר ללא הסמכה בחוק.[56] המשפט המינהלי המודרני הרחיב, כאמור, את אופקיו, והוא מתעניין גם בתקינותן של פעולות המינהל כשלעצמן, ללא תלות בשאלה אם היה בהן כדי לפגוע בעניינו האישי של פרט מסוים זה או אחר.

לשם הדגמה, אתאר בקצרה נורמות משפטיות אחדות העוסקות בקבלת החלטות במינהל, באספקלריה של מודלים לקבלת החלטות מתחום תורת המינהל. בעזרת דוגמאות אלה אנסה לעמוד על קרבתה של הדיסציפלינה המשפטית לדיסציפלינה של תורת

---

54. בסוגיה זו, שלה מספר היבטים, קיימת ספרות עשירה. ראו, למשל, ג' שדמי, "על הדין הדיספוזיטיבי", עיוני משפט טו (תש"ן) 5; א' פרוקצ'יה, "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופ' גד מדמי", עיוני משפט טו (תש"ן) 385; ה' ל' א' האדם, חוק, חירות ומוסר (י' כהן מתרגמת, דביר, תשמ"א), P. Devlin, The Enforcement of Morality (Oxford 1965).

55. ראו ב' ברכה (לעיל, הערה 10), 35.

56. ראו בג"צ 1/49 בדרנו ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד ב 80.

המינהל, ולהראות כי יש טעם לשיתוף פעולה ביניהן. תחילה אדון בנורמות המתמקדות במעמדו של הפרט בפני המינהל, ולאחר מכן בנורמות המתמקדות בקבלת החלטות מינהליות באופן כללי, ולאו דווקא בזיקה לזכויות הפרט.

2. קבלת החלטות וזכויות הפרט

15. עקרון יסוד במשפט המינהלי הוא האיזון בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי. המשפט המינהלי נותן משקל מיוחד לזכויות הפרט. זכויות אלה חייבות לעמוד לנגד עיניהן של רשויות המינהל גם כאשר הן סבורות כי מימושן עלול לפגוע ביעילות פעולות המינהל או באינטרס הציבורי הכללי. גישה זאת מתבטאת בשני סוגי הנורמות שנזכרו לעיל: נורמות פרוצדורליות ונורמות מהותיות.

16. המרכזית מבין הנורמות הפרוצדורליות, שביסודן עומדת ההגנה על מעמד הפרט, היא חובת השמיעה (או זכות הטיעון). הדין בישראל הוא, כי אסור לרשות מינהלית לקבל החלטה - להוציא החלטה בעלת פועל תחיקתי, כגון: תקנה או חוק-עזר[57] - העשויה לפגוע בענייניו של אדם, מבלי לאפשר לו לטעון בפניה את טענותיו, העובדתיות והמשפטיות, לעניין אותה החלטה.[58] החלטה שהתקבלה מבלי שניתנה לנפגע זכות הטיעון תהיה, בדרך כלל, בטלה.[59]

לחובת השמיעה מעמד ומשמעות החורגים מעצם הערך שבמידע אשר השמיעה עשויה לספק לרשות המינהלית. אמנם, טעם מרכזי לחובה זו הוא תרומתה לשיפור האיכות של ההחלטה המינהלית. יחד עם זאת, מול החובה עומדת גם זכות עצמאית של האזרח. לכן, הרשות כפופה לחובת השמיעה, בדרך כלל,[60] אף כאשר היא סבורה שמימושה יפגע ביעילות פעולתה, דהיינו: שעלות השגת האינפורמציה תעלה על התועלת הצפויה מן האינפורמציה.

עם זאת, קיימים מקרים שבהם, כדי שלא לפגוע בפעולת המינהל, חובת השמיעה אינה חלה. בישראל, הדוגמא המובהקת - אם כי לא הדוגמא היחידה - לכך, היא באי-תחולת חובת השמיעה על הליכים של חקיקה מינהלית, דהיינו: קבלת החלטות נורמטיביות

---

57. ראו להלן, הערות 61-62 והטקסט שליהן בגוף הרשימה.

58. ראו ש' שטרית (לעיל, הערה 42).

59. ראו ע"א 183/69 עיריית פתח-תקווה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398; ע"פ 768/80 ש' שפירא רשות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337; ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645.

60. לעתים, כאשר מימוש מלא של זכות הטיעון אינו הולם את המאטריה שבה מדובר או עשוי להכשיל את קבלת ההחלטה המינהלית, קיימת אפשרות שלא להחילה. ראו, למשל, בג"צ 405/74 בר-עד נ' מרן מדר ואח', פ"ד כט(1) 54.

nevo.co.il

כלליות, הנוגעות לציבור רחב או בלתי-מסוים.[61] ההנחה היא, כי חיוב הרשות המינהלית לאפשר לכל אחד מאלפי האזרחים העלולים להיפגע מן התחיקה המינהלית להישמע לפני קבלתה, יסכל את עצם אפשרות החקיקה. זוהי דוגמא לאחת הבעיות שמעוררת הגישה הרציונלית לקבלת החלטות - הקושי והעלות שבאיסוף מידע רב ובעיבודו.[62] לעתים, כאשר הרשות, מכוח הוראת חוק ספציפי, מחויבת בשמיעת מספר רב של מעוניינים בקשר להחלטה אחת - כגון בהליכים לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 - היא רשאית לקיים את השמיעה בדרכים מיוחדות: לערוך "סלקציה", ולשמוע מעוניין רק אם יש בפיו מידע או טענות חדשים המוסיפים על אלו שהשמיעו מעוניינים אחרים; לקיים את השמיעה בכתב, או לנקוט בדרכים אחרות שיקלו עליה את מילוי החובה.[63] בארצות-הברית, בחוק הפרוצדורה המינהלית הפדרלי משנת 1946, נקבע בסעיף 553 הסדר כללי של שמיעת מעוניינים גם בהליכים חקיקתיים,[64] אך החובה אינה זהה לזו הקיימת בקשר לקבלת החלטות אינדיבידואליות, וזכות השיעון שם ניתנת למימוש באמצעות נציגים, ולאו דווקא אישית על-ידי כל בעל-עניין.

נראה לי, כי בתחום זה המשפט הישראלי יוכל להסתייע במחקרים, אמפיריים ונורמטיביים, של מומחים בתורת המינהל, ולא להסתפק בפתרונות אינטואיטיביים, שאינם בדוקים כל צורכם, המקובלים כיום לעתים.[65]

17. מבחינה מהותית, במשפט המינהלי נתון משקל מיוחד לזכויות היסוד של האדם, וביניהן - חופש הביטוי וההפגנה, חופש הדת והמצפון, חופש ההתאגדות, חופש הגוף

---

61. ראו בג"צ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר ועדת החקירה למתן שירותי גז, פ"ד כג(1) 324, 334-335.

62. ראו צ' א' לינדבלום, "המדע של 'לפתור איכשהו'", מדיניות ומינהל (ר' אלבוים-דרור עורכת, מאגנס, תשמ"ז) 217, 218.

63. ראו בג"צ 701/81 מלאך ואח' נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ולבניה ואח', פ"ד לו(3) 1.

64. לביקורת על גישת הפסיקה בישראל, השוללת את חובת השמיעה בהליכים של חקיקת-משנה, ראו ב' ברכה (לעיל, הערה 10), 223-225. להיוועצות עם גופים מעוניינים במסגרת הליכים מינהליים חקיקתיים, ראו גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (י' זמיר) - "חקיקת-משנה: נוהל והנחיות" (הנחיה מס' 60.012 מנובמבר 1985), עיוני משפט יא (תשמ"ו-תשמ"ז) 339, 362-363.

65. למשל, דעתו של השופט ויתקון בבג"צ 35/78 י.ש.י.-פ.א.ב. חברה קבלנית לעבודות בנין בע"מ נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד לב(2) 581, 584, כי אין דרך מעשית להסיל על ועדת מכרזים המורכבת מאנשי ציבור לשמוע את תגובותיהם של משתתפים במכרז על טענות שהועלו נגדם, לא בוססה על כל מחקר אמפירי, וכך גם דעתו החולקת של הנשיא זוסמן, שם, 587-588. השווה לתקנה 22 (ה) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987, שהותקנה שנים אחדות לאחר שניתן פסק-דין זה. בתקנה זו הוטלה על ועדת מכרזים של מועצת עירייה החובה לשמוע את בעל ההצעה הזולה ביותר במכרז, אם אין בדעת הוועדה להמליץ על קבלת הצעתו.

והתנועה והזכות לפרטיות. לזכויות אלו נתון, בדרך כלל, מעמד של אילוצים ערכיים, במובן זה שהרשות המינהלית חייבת להתחשב בהן בקבלת ההחלטותיה אף כאשר הן מתנגשות עם הערכים או עם המטרות הפרטיקולריות אשר היא מתכוונת להגשים. למשל, הערך המנחה את הצנזורה הצבאית הוא שמירה על בטחון המדינה. למרות זאת, הצנזורה אינה רשאית לפסול כל פרסום אשר לדעתה יש בו כדי לפגוע בערך זה. היא רשאית לפסול פרסום רק כשקיימת רמת הסתברות גבוהה ("ודאות קרובה") שהפרסום יביא לפגיעה חמורה בבטחון המדינה.[66] זכויות האדם אינן מוחלטות, ובתנאים מסוימים מותר לרשות להעדיף על פניהן ערכים אחרים. לעתים, על הרשות אף להכריע בין זכויות היסוד בינן לבין עצמן - כגון, בין חופש הביטוי לבין הזכות לפרטיות. שמירה על זכויות היסוד אינה עולה תמיד בקנה אחד עם יעילות (במיוחד במובן efficiency). על כן, יקשה עליה גם לעלות בקנה אחד עם כמה מן הגישות שפותחו בתורת המינהל לקבלת החלטות, גישות שהיעילות עומדת במרכזן. בין גישות אלו ניתן למנות את גישת העקרונות[67] ואת גישת הניהול המדעי.[68] לעומת זאת, דומה שההתחשבות בזכויות היסוד עשויה להשתלב היטב עם אסכולת קבלת ההחלטות,[69] המכירה גם באילוצים ערכיים. אילוצים ערכיים הם יעדים בעלי משקל בהליך קבלת החלטה, הגם שהשגתם עלולה לפגוע בהגשמתה היעילה של המטרה הפרטיקולרית של ההחלטה. על כן, דומה שהסברה המושמעת לעתים מפי משפטנים,[70] כי מטרתה של תורת המינהל היא להשיג יעילות - וזאת להבדיל מן המשפט, המדגיש היבטים ערכיים בקבלת החלטות - אינה מדויקת.

מדוע מייחס המשפט המינהלי, מבין מיגוון הערכים העשויים לעמוד לנגד עיניהן של רשויות המינהל, מעמד מיוחד דווקא לזכויות האדם? המשפט מניח כי רשויות המינהל מומחיות בתחומי עיסוקיהן, ובדרך כלל יש לסמוך על שיקול-דעתן בקביעת הנחות היסוד הערכיות המהותיות לתחום עיסוקן והנחות היסוד העובדתיות, ובשקלולן. לא כן כאשר המדובר בשיקולים ערכיים, המהווים אילוצים שהם חיצוניים לתחום שהופקד בידי הרשות המינהלית. כך, דווקא בשל העובדה שהצנזור הצבאי נועד לקדם את בסתון המדינה, ומומחיותו ועניינו הם בתחום זה ולא בתחום חופש הביטוי, קיים חשש להטיה בשיקוליו. חזקת המומחיות אינה עומדת לזכותו אלא בהקשר הבטחוני בטהרתו, ולא באיזון בינו לבין עקרון חופש הביטוי. יצוין, כי בהקשר האמור קיים פתרון חלקי (אשר תוקפו המשפטי שנוי במחלוקת), לפיו חילוקי דעות בין הצנזור הצבאי לבין עיתונים המיוצגים בוועדת העורכים נדונים בהליך פריטטי.[71] הסדר זה, כמובן, אינו ניתן להעתקה בהקשרים של

66. ראו בג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (להלן: בג"צ שניצר).

67. לגישה זו ראו ל' אורוויק, יסודות המינהל (המדפים הממשלתי, תשט"ז).

68. לגישה זו ראו F.W. Taylor, Scientific Managment (Harper, 1911).

69. לגישה זאת ראה סיימון (לעיל, הערה 14).

70. ראו בג"צ פורז (לעיל, הערה 43), 338.

71. ראו, ברוח ביקורתית, מ' נגבי, נמר של נייר - המאבק על חופש העיתונות בישראל (פועלים, תשמ"ח), 83 ואילך.

חילוקי דעות בין אדם "פרטי" לבין רשות מינהלית. למרות הרטוריקה השיפוטית, שלפיה הן זכויות היסוד של האדם והן הסדר הציבורי (ובכלל זה, כמובן, בטחון המדינה ושלום הציבור) הם ערכי יסוד במשפט הישראלי,[72] קשה להעלות על הדעת מקרה שבו יפסול בג"צ התלטה של רשות בטחונית המאפשרת חופש לביטוי או להפגנה, מן הטעם שלא ניתן בה משקל הולם לשיקולי בטחון.[73]

נראה לי, כי בתחום תורת המינהל יש מקום לחקור את מקורותיה של ההטיה הקיימת ברשויות מינהליות (אולי במיוחד בישראל) לטובת אינטרסים "ציבוריים", על חשבון אינטרסים "פרטיים". יש לנסות ולפתח מודלים לארגון ולקבלת החלטות, אשר - במידת האפשר - ינטרלו מראש הטיה זאת, ויפותיו את הצורך בהתערבות משפטית לתיקונה.[74]

3. כללים אחרים

> 18. תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות ... מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, ... ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך זה מבטיח, כי כל השיקולים העניינים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת ... . לשם הסרתו של כל ספק - לא ניתן לקבוע מתכונת שלמה ובלתי משתנה לבדיקתו של כל נושא, הבא לפני רשות ... . הקווים הכלליים, שהותוו לעיל, אמנם ישימים לכל מקרה, אך מידתם של ההעמקה והפירוט משתנים לפי אופיו של העניין ולאור מכלול הנתונים שלו.

דברים אלה, המציגים גרסה מרוככת של מודל רציונלי לקבלת החלטות, אינם לקוחים מתוך מאמר מאת חוקר בתורת המינהל, אלא מתוך פסק-דין, פרי עטו של נשיא בית-המשפט העליון.[75] בפסק-דין זה פסק הנשיא שמגר (אמנם בדעת מיעוט, אך ההבדל בתוצאה בינו לבין שופטי הרוב לא נבע ממחלוקת עקרונית אלא מחילוקי דעות

---

72. ראו בג"צ שניצר (לעיל, הערה 66), 629 בין האותיות ו-ז.

73. ראו, למשל, בג"צ 2308/90 ראש עיריית ראשון-לציון נ' כהנא ואח', פ"ד מד(2) 752.

74. בספרו האינטרדיסציפלינרי של מ' הופנונג, ישראל - בטחון המדינה מול שלטון החוק (נבו, תשמ"א), נדונות בפירוט רב הסיבות להטיה האמורה לטובת שיקולי בטחון. עם זאת, דומה כי המחבר אינו מציע פתרונות מינהליים לניטרולה של ההטיה.

75. בג"צ ברגר (לעיל, הערה 4), 49 בין האותיות ג-ו.

"עובדתיים"), כי הליקויים שנמצאו בהליכי קבלת ההחלטה שכנגדה הוגשה העתירה - שלא התקבלה בהתאם למתכונת האמורה - מצדיקים את פסילתה ואת החזרת העניין לרשות המינהלית, כדי שזו תקיים בו הליך החלטה תקין. באותו עניין, עמדה על הפרק שאלת קביעתו של "שעון קיץ". בשאלה זו לא מעורבים זכויות או אינטרסים של פרט ספציפי, אלא זוהי שאלה ציבורית כללית. הנשיא שמגר אף עמד על כך (וגם כאן דעתו עולה בקנה אחד עם השקפת הרוב), שהתועבה לשקול את הפעלת הסמכות

> אינה נולדת דווקא עקב פגיעותיהם של אחרים, אלא, ... המדובר במטלה, המתלווית ipso facto להענקת הסמכות. העדרה של מערכת בקרה יעילה, שעניינה דרך הפעלת הסמכויות על-ידי נושאי התפקידים ברשות המבצעת, יכול, כמובן, לא אחת להביא לידי כך, שאי-קיומה של החובה הנ"ל לא יתגלה, ושאי-בדיקתו של הצורך בהפעלת הסמכות יישאר בגדר נתון סמוי מן העין, שיצוף ויעלה רק בעקבות פגייתו של אזרח, בת מתבקשת הפעלתה של הסמכות. אולם, החובה לשקול את הפעלת הסמכות שרירה וקיימת כמבואר, כשלעצמה וכפועל יוצא מעצם הענקתה.[76]

יש אפוא תימוכין רבי-משקל לעמדה כי קבלתן של החלטות מינהליות בדרך שיטתית ורציונלית היא חובה משפטית כללית בישראל. החלטות שלא התקבלו בדרך כזאת עשויות להיפסל. עם זאת, הדברים המצוטטים לעיל, ודברים דומים שנאמרו בפסקי-דין אחרים,[77] ככל הנראה, אינם מבוססים על עיון בספרות תורת המינהל. בתחום זה יש אפוא מקום רב לשיתוף פעולה בין אנשי תורת המינהל לבין יוצרי המשפט המינהלי. כאמור, מוזר למדי שכללים עקרוניים בתחום קבלת החלטות במינהל ייקבעו באופן אינטואיטיבי, מבלי להסתייע במחקרים הרבים הקיימים בנושא. לשם הסתייעות כזאת יש כמובן צורך במודעות הדדית של אנשי תודת המינהל ושל אנשי המשפט המינהלי למכנים המשותפים שבין מקצועותיהם, מודעות אשר דומה כי כיום אינה רבה.

יחד עם זאת, יש לזכור כי כוחה של "החקיקה השיפוטית" מוגבל. ספק אם בתי-המשפט רשאים, אגב דיון בסכסוכים ספציפיים, לקבוע למינהל הליכים מפורטים לקבלת החלטות.[78] קביעתם של הסדרים כאלה היא בתחומם של המחוקק הראשי ומחוקקי המשנה,

---

76. שם, 46 בין האותיות ד-ו.

77. ראו ע"ב 3/84, 2 ניימן ואח' נ' יו"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11, פ"ד לט(2) 225, 248-258; בג"צ 174/88 אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, המרכז ואח', פ"ד מב(4) 89.

78. ראו א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (ספירוס, תשמ"ז), 246-256; א' בנדור (לעיל, הערה 10).

nevo.co.il

אשר להם במיוחד ראוי כי יסתייעו בתורת המינהל בקובעם בחוקים ובתקנות את סדרי המינהל.[79]

19. דברים דומים ניתן לומר לגבי הלכת הסבירות, אשר בשנים האחרונות זכתה למקום מרכזי במשפט המינהלי בישראל.[80]

תמציתה של הלכה זו, במינוח "סיימוני", היא כי על רשות המפעילה סמכות שבשיקול-דעת לתת משקל יחסי סביר לכל אחת מהנחות היסוד. הלכת הסבירות אינה מניחה כי שני עובדי מינהל המתזיקים באותן הנחות יסוד יגיעו בהכרח לאותה החלטה. כאשר השיקולים אינם שזלים בקנה אחד, על מקבל ההחלטה להעניק לכל אחד מהם משקל יחסי; תורת הסבירות במשפט המינהלי, להבדיל מגישתו של סיימון,[81] מבחינה בין הנחות היסוד - או, במינוח המקובל במשפט: שיקולים - לבין שקלולם היחסי. לפי תורת הסבירות, אין בהכרת שקלול יחסי חוקי יחיד. עם זאת, קיים "מתחם של סבירות", המוגדר על-ידי בית-המשפט לאור מטרת החוק שמכוחו התקבלה ההחלטה. ממתחם זה אסור לרשות לחרוג. חרגה הרשות במידה קיצונית ממתחם הסבירות, וקיבלה החלטה שרשות סבירה לא עשויה לקבל - ההחלטה תיפסל.

דוגמא לפסילת החלטה, מפאת היותה בלתי-סבירה במובן המשפטי, מצויה בפרשת התכנית להקמת איצטדיון כדורגל בירושלים, באתר מנחת.[82] מנכ"ל משרד הפנים סירב לאשר את התכנית מן הטעם שראוי להקדים הכנת תכנית כוללת לאתר האמור. בג"צ פסק כי אמנם טעם זה הוא לגיטימי, אך ניתן לו משקל יחסי בלתי-סביר לעומת השיקולים שכנגד - הצורך בבניית איצטדיון בירושלים, הטיפול והתכנון הממושכים בתכנית הנדונה, והעובדה שהשלמת תכנית כוללת לא צפויה בעתיד הקרוב. לכן, פסל בג"צ את החלטת המנכ"ל וחייב אותו לאשר את תכנית האיצטדיון.

למרות מקומה המרכזי במשפט המינהלי המודרני, הלכת הסבירות אינה בהירה ביותר. היא זכתה לניסוחים שונים בפסקי-דין שונים. אין היא מבחינה בין הנחות יסוד ערכיות לבין הנחות יסוד עובדתיות. לא ברור היחס בינה לבין עילות אחרות לפסילת החלטות מינהליות, כגון פגיעה בזכויות יסוד. אין היא מבחינה בין החלטה לבין תוצאת ההחלטה. אין היא מבהירה באיזה אופן נקבע מתחם הסבירות. דומה, שגם בתחום זה אפשר להפיק תועלת רבה מעבודתם של הוקרים בתורת המינהל. תנאי לכך הוא, כאמור, מודעות וקשר הדדיים בין שתי הדיסציפלינות.

---

79. ייתכן כי עצם האפשרות המיוחדת של המחוקק להסתייע בתורת המינהל עשויה להוות שיקול לטובת קביעתם של סדרי המינהל בחוק, לשיקולים אחרים בסוגיית הקודיפיקציה של סדרי המינהל ראו א' בנדור, שם.

80. ליסודותיה של הלכת הסבירות ראו בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד להן) 421; בג"צ 943/89, 940, 935 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד(2) 485.

81. ראו סיימון (לעיל, הערה 14) 46.

82. בג"צ 581/87 צוקר ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מב(4) 529.

ה. סיכום

20. ברשימה זאת ביקשתי להפנות את תשומת-לבם של מינהלנים ושל משפטנים לקרבה שבין תחומי העיסוק של תורת המינהל הנורמטיבית ובין אלה של המשפט המינהלי. עניינו של המשפט המינהלי המודרני - בדומה לתורת המינהל - הוא במינהל הציבורי בכללותו, ולאו דווקא בהקשרים של זכויות הפרט או שמירת טוהר המידות. על כן, יש ערך רב למודעות ולפתיחות הדדיות בין שתי הדיסציפלינות והעוסקים בהן.

מבחינתה של תורת המינהל הנורמטיבית יש לשיתוף פעולה עם המשפט המינהלי שני היבטים עיקריים: ראשית, בעיצוב תורת המינהל יש מקום לבחון גם את השאלה, באיזו מידה התודה המינהלית מתאימה להפוך לנורמה משפטית מחייבת. יש מקום להתייחס גם לדרכים אשר יסייעו באכיפתה של התורה הלכה למעשה. שנית, יש טעם מיוחד לחקור את "הקלקולים" המינהליים הטיפוסיים, אשר תיקונם מצריך כיום התערבות שיפוטית, ולחפש דרכים למניעתם מראש.

מבחינת המשפט המינהלי, שיתוף פעולה עם תורת המינהל הנורמטיבית יתבטא בבחינת האפשרות להקניית תוקף משפטי מחייב לממצאיה של זו האחרונה. הקניית תוקף כזה יכולה להיעשות הן במסגרת מתן תוכן לנורמות משפטיות קיימות - כגון דרישת הסבירות - ופיתוחן, והן על-ידי אימוץ נורמות משפטיות חדשות שמקורן בתורת המינהל.

מודעות ופתיחות בין הדיסציפלינות עשויות אפוא לתרום לכל אחת מן הדיסציפלינות כשלעצמה, ובעקבות זאת, לקידומו של המינהל הציבורי בכללותו.

nevo.co.il