

שיקול הצדק בהחלטות מנהליות

יצחק זמיר*

כל רשות מנהלית חייבת להפעיל כל סמכות על פי החוק החרות ועל פי ההלכה הפסוקה. בין היתר, ההלכה מחייבת אותה להפעיל את הסמכות באופן הוגן וסביר. האם היא חייבת להפעיל את הסמכות גם באופן צודק? השאלה נחלקת לשתיים. ראשית, האם הרשות חייבת להתחשב בשיקול הצדק כאשר היא מפרשת את החוק המקנה לה סמכות? בית המשפט פסק כי הצדק הוא אחד מערכי היסוד של מדינת ישראל, ולכן ראוי לפרש כל חוק, בין היתר, לאור הצדק. מכאן, שגם הרשות המנהלית חייבת, כשהיא מפרשת את החוק המסמיך, להתחשב גם בשיקול הצדק. שנית, האם הרשות חייבת להתחשב בשיקול הצדק כאשר היא מיישמת את החוק המסמיך במקרה מסוים? הלכה היא שהרשות חייבת להתחשב בכל השיקולים הענייניים לאותו מקרה ולתת לכל שיקול ענייני את המשקל הראוי. אולם האם הצדק הוא שיקול ענייני? בית המשפט פסק כי ערכי היסוד של המדינה מהווים תכלית כללית של כל חוק, ולכן הם שיקולים ענייניים, והרשות חייבת להתחשב בהם. הצדק, כאחד מערכי היסוד, הוא חלק מן התכלית הכללית של כל חוק, ולכן הרשות חייבת לשקול גם אותו במסגרת השיקולים הענייניים. אכן, בשנים האחרונות נתן בית המשפט העליון פסקי דין אחדים בהם נקבע כי הרשות המנהלית היתה חייבת, בהקשרים שונים, להתחשב גם בשיקול הצדק.

שופט (בדימוס) של בית המשפט העליון.

* מאמר זה מתבסס על הרצאה שניתנה בכנס על משפט, צדק, דת ומדינה שנערך במלאת שנה למותו של השופט חיים ה' כהן בימים 9-11 באפריל 2003. אני מבקש להודות לפרופ' דפנה ברק-ארוז מן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב ולמר יצחק בם, תלמיד לתואר שני בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, שקראו את טיוטת המאמר והערותיהם סייעו לשפרו. תודתי נתונה גם למערכת "משפט וממשל" על הערות מועילות לכתב היד.

- א. מברוא:** 1. על השופט חיים כהן; 2. על הצדק; 3. על הרשות המנהלית.
ב. שיקול הצדק בפירוש חוק. ג. שיקול הצדק ביישום חוק: 1. כלל חוקיות המנהל; 2. כלל השיקולים הענייניים; 3. בעד שיקול הצדק כשיקול ענייני; 4. נגד שיקול הצדק כשיקול ענייני; 5. עמדת בית המשפט כלפי שיקול הצדק. **ד. סיכום.**

א. מברוא

כל רשות מנהלית חייבת להפעיל כל סמכות שהחוק מקנה לה על פי הלשון והתכלית של החוק ועל פי הלכות שנפסקו בבית המשפט. על פי הלכות אלה, כל רשות מנהלית חייבת להפעיל את סמכותה, בין היתר, באופן הוגן וסביר. האם הרשות המנהלית חייבת להפעיל את סמכותה גם באופן צודק?

מאמר זה יבדוק את שאלת המעמד של שיקול הצדק בין השיקולים שעליהם מתבססת החלטות מנהליות.

שאלת המעמד של שיקול הצדק היא שאלה חשובה מבחינת התרבות המנהלית. רשויות מנהליות נוהגות לשקול, וחייבות לשקול, שיקולים של תכלית, יעילות, משאבים מצויים ושיקולים מעשיים אחרים. האם הרשות המנהלית צריכה לפנות מקום במסגרת שיקולים אלה גם לשיקול הצדק? שאלה זאת יורדת לשורש התפיסה של תפקיד הרשות המנהלית כלפי כל אדם בציבור. יש לה השלכה, גם מעבר לכך, על דמות החברה.

1. על השופט חיים כהן

אני מבקש לפתוח בסיפור מעשה שמדבר בשופט חיים כהן, משום שהמעשה מציג היטב את שאלת המעמד של שיקול הצדק במנהל הציבורי.

המעשה התרחש בשנות החמישים, כאשר חיים כהן שימש במשרת היועץ המשפטי לממשלה. באותן שנים עמדה בתוקף פקודת החוק הפלילי משנת 1936. הפקודה קבעה שקיום יחסים הומוסקסואליים הוא עבירה פלילית חמורה שעונשה מאסר ממושך. בהתאם לכך, אנשים שנחשדו בקיום יחסים הומוסקסואליים היו נרדפים, נסחטים, נחקרים ומורשעים כעבריינים. מצב זה לא היה מקובל על חיים כהן. הוא סבר כי יחסים הומוסקסואליים בין אנשים מבוגרים, המתקיימים בהסכמה ובצנעה, אינם פוגעים בשלום הציבור, ואילו איסור על יחסים כאלה פוגע בזכות האדם על גופו. משום כך יום הצעה לתקן את החוק הפלילי, כדי שיחסים כאלה לא ייחשבו עבירה. הוא ניסה לשכנע את הממשלה לקבל את ההצעה, אך הממשלה סירבה. היא סירבה, בין היתר, משום שבאותם ימים הייתה זאת דעה מקובלת, לא רק בקרב הממשלה אלא גם בקרב הציבור, שיחסים הומוסקסואליים מכל סוג ובכל הנסיבות פסולים ואסורים. כאשר חיים כהן נואש מן האפשרות לתקן את החוק, הוא החליט לעשות שימוש בסמכות היועץ המשפטי לממשלה, כראש התביעה הפלילית, והוציא הנחיה בעניין זה. ההנחיה הורתה למשטרה שלא לחקור חשד בדבר קיום יחסים הומוסקסואליים

בין אנשים מבוגרים בהסכמה ובצנעה, ולפרקליטות המדינה שלא להעמיד אדם לדין פלילי בגין יחסים כאלה.¹

ההנחיה של חיים כהן הייתה מהפכנית ומרעישתה. כפי שהוא עצמו אמר, היא הייתה "נודעת לשמצה".² הוא הסביר: "הציבור חשב בדיוק ההיפך ממה שאני חשבתי, אך אני הלכתי לפי מצפוני שלי והוריתי מה שהוריתי".³ אחר כך הוסיף ואמר: "היועץ המשפטי לממשלה צריך לפעול על-פי מצפונו ועל-פי שיקולי צדק והגינות, ותו לא".⁴ בפועל ההנחיה הייתה יעילה: יחסים הומוסקסואליים בין אנשים מבוגרים, שקוימו בהסכמה ובצנעה, חדלו לשמש יסוד לחקירה ולאישום, כאילו החוק תוקן; ולאחר שנים רבות אף תוקן החוק, ברוח ההנחיה של חיים כהן ובהתאם למציאות שנוצרה בעקבות הנחיה זאת, ונסתם הפער שבין ההלכה לבין המעשה.⁵

זהו מעשה עם סוף טוב. יש בו גם לקח על גיבור המעשה.⁶ אך יש בצדו גם שאלה קשה. השאלה היא, האם היועץ המשפטי לממשלה רשאי להורות שלא לאכוף חוק, אם ובמידה שקיימת, לדעתו, סתירה בין החוק לבין הצדק. חיים כהן לא התעלם משאלה זאת, ואף נתן לה תשובה ברורה, וכך אמר: "כמובן, אין זה דבר רצוי שהיועץ המשפטי יורה שלא לקיים חוק. אבל ניסיתי קודם להעביר הצעת חוק ברוח זו בממשלה ולא הצלחתי, וחשבתי שמחובתי שלא לקיים חוק שהוא לפי דעתי בלתי-מוסרי".⁷ מה פירושו? לכאורה, היועץ המשפטי לממשלה שם את שיקול הצדק שלו, שלא בהכרח הוא שיקול הצדק של אחרים, אפילו מעל שיקול הצדק של המחוקק. שהרי ברור כי המחוקק, שקבע כי קיום יחסים הומוסקסואליים (לרבות יחסים בין אנשים מבוגרים) הוא עבירה פלילית, לא ראה בכך אי-צדק. האם, אף-על-פי כן, היועץ המשפטי לממשלה היה רשאי להפעיל את סמכותו

1. הנחיה זאת קיבלה ביטוי לאחר שנים בקובץ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה כרך ה', משרד המשפטים, הנחיה מספר 50.049 מיום 1.1.1972 בדבר הגשת כתבי אישום בעניין משכב זכר.
2. חיים ה' כהן, שופט עליון, שיחות עם מיכאל ששר (כתר, 1989), 236.
3. יחיאל גוטמן, היועץ המשפטי נגד הממשלה (עידנים, תשמ"א), 118.
4. שם.
5. חוק העונשין (תיקון מס' 22) תשמ"ח-1988, ס"ח 62. ראו כיום סעיף 347 ("מעשה סדום") לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.
6. המעשה מאיר, כמו בהבזק של מצלמה, את דמותו של חיים כהן. הוא לא היה מוכן לקבל כללים או דעות, ובכלל זה מוסכמות חברתיות, בלי לחשוב עליהם באופן עצמאי, ובלי להעמיד אותם במבחן אישי, ולא רק במבחן ההיגיון אלא גם במבחן הצדק. כאשר הצדק דרש זאת, לדעתו, הוא לא נרתע מלהשמיע באופן ברור וגלוי את עמדתו, גם כאשר עמדתו הייתה בלתי-מקובלת על הממשלה, על דעת הקהל או, לאחר מכן, על חבריו השופטים בבית המשפט העליון. לא היה אכפת לו להישאר בודד בדעת יחיד, ויש אומרים שאף אהב זאת, כשהוא נאמן לאמת הפנימית ולחוש הצדק שלו. גדולתו באה לידי ביטוי, לא פעם, דווקא בדעות המיעוט שלו.
7. מיכאל ששר (לעיל, הערה 2), בעמ' 236.

על פי חוש הצדק שלו? יתרה מזאת, אם התשובה חיובית, האם אין חלה על רשויות נוספות לגבי סמכויות אחרות? היועץ המשפטי לממשלה הוא רשות מנהלית, ואם הוא, ראש וראשון לאוכפי החוק, רשאי להפעיל את סמכותו על פי חוש הצדק שלו, האם אין כל רשות מנהלית אחרת רשאית להפעיל את סמכותה על פי חוש הצדק שלה?

שאלת היחס בין סמכות מנהלית לבין חוש הצדק של הרשות המנהלית היא שאלה חשובה, מבחינה עיונית ומבחינה מעשית כאחת, לכל רשות ולגבי כל סמכות. אולם להבדיל משאלת היחס בין סמכות שיפוטית לבין חוש הצדק, שנשחנה עד דק בפסיקה ובספרות, שאלת היחס בין סמכות מנהלית לבין חוש הצדק כמעט שלא נדונה, לא בפסיקה ולא בספרות. יש רק מעט פסקי דין המדברים על מעמד הצדק במסגרת המנהל הציבורי, ובדרך כלל הם מדברים על כך באופן שולי;⁸ ובספרות על דיני המנהל הציבורי, הצדק אינו קיים כלל בתוכן העניינים או במפתח העניינים, כאילו אין לו, ולא צריך להיות לו, כל מעמד במילוי תפקיד ציבורי על ידי רשות מנהלית. לכן גם התשובה לשאלת המעמד של הצדק במנהל הציבורי אינה ברורה.

כמבוא לתשובה ראוי להקדים דברים על מושג הצדק ועל מהות הרשות המנהלית.

2. על הצדק

הצדק הוא מושג מורכב ועמום. ככל שחכמים הרבו לעסוק בו, הוא נותר ללא הגדרה מוסמכת וללא תיאור מוסכם. יש אומרים שצדק הוא מוסר. אולם, אם כך, מהו מוסר? יש אומרים שצדק הוא הגינות. אך הגינות מהי? יש טענה שצדק הוא שוויון. אבל גם שוויון הוא מושג עמום, רב-משמעי, ללא הגדרה מוסכמת. יש מדברים על צדק אנושי, שיכול להיות צדק אישי או צדק כללי, ויש מאמינים בצדק אלוהי. יש צדק מחלק וצדק מתקן; יש גם צדק דיוני וצדק מהותי; ויש סוגים נוספים של צדק. התוצאה היא, כידוע, שצדק בעיני אחד הוא לא בהכרח צדק בעיני אחר.

הבחנה רווחת בין צדק לבין משפט אומרת כי צדק הוא ביסודו עניין סובייקטיבי, המבטא רגש או ערך, שכביכול יוצאים מן הלב, שעה שהמשפט הוא ביסודו עניין אובייקטיבי, המבטא היגיון או תבונה, היוצאים כביכול מן הראש. הבחנה זאת שנויה במחלוקת, ומכל מקום אינה מדויקת. עם זאת, לדעתי, יש טעם בהבחנה זאת, אף כי אין היא מדויקת וברור כי אין היא מגדירה או מסבירה את מושג הצדק.⁹

באחד מפסקי הדין אמרתי כך: "במשפט יש לכל הפחות כללים קודמים, ואף אם לעתים הם מעורפלים וגמישים, יש בהם מידה רבה של אובייקטיביות. הצדק, לעומת זאת, הוא שדה פרוץ, שכל אחד הולך בו בכיוון שנראה לו, בעיניים סובייקטיביות, ללא סימני דרך

8. על פסקי דין אלה ראו להלן פרק ג ("שיקול הצדק ביישום חוק"), סעיף 5 ("עמדת בית המשפט כלפי שיקול הצדק").

9. על מושג הצדק, ועל ההבחנה בין צדק לבין משפט, נכתבה ספרות ענפה. ראו, בין היתר, חיים פרלמן, **על הצדק מוסות על המוסר והמשפט** (הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס האוניברסיטה העברית ירושלים, תשמ"א); חיים ה' כהן, **המשפט** (מוסד ביאליק, תשנ"ז), 83; יצחק אנגלרד, **מבוא לתורת המשפט** (יהלום, תשנ"א), 41-53.

וללא תמרורים.¹⁰ פרופ' דני סטטמן, מן החוג לפילוסופיה באוניברסיטת חיפה, יצא נגד אמירה זאת. לדבריו, "אמירות ספקניות מעין אלה לגבי טבעו של הצדק, ולגבי ההבדל בין הצדק למשפט, נשמעות גם מפי שופטים אחרים של בית המשפט העליון." הוא טוען כי בפועל המשפט אינו פרוץ פחות מן הצדק. הוא מוסיף ואומר כי בכל מקרה ראוי ואפשר לפתח טיעונים פילוסופיים-מוסריים שיראו, לגופו של העניין הנדון, מדוע הכרעה מסוימת מתקבלת על הדעת מבחינה מוסרית, ולכן אף עדיפה מהכרעה אחרת. הוא מסכם כי אמירה שהצדק הוא שדה פרוץ, או אמירה ספקנית דומה, "אינה נכונה, אינה נחוצה, והיא בעלת פוטנציאל חיובי מזיק."¹¹

גם אם הצדק אינו "שדה פרוץ", ואפשר להתווכח גם על השאלה מהו שדה פרוץ, ברור כי מושג הצדק עמום יותר ופתוח יותר ממושג המשפט, וכי לעתים מזומנות הכרעה במקרה נתון על פי הצדק היא סובייקטיבית יותר, ולכן צפויה פחות, מאשר הכרעה על פי המשפט.¹² עם זאת, אין בכך כדי להמעיט מן המעמד והחשיבות של הצדק בתחום המשפט. המשפט אינו נרתע ממושגים עמומים. לדוגמה, חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, עושה שימוש (בסעיפים 21 ו-30) במושגים כאלה: תום לב, תקנת הציבור, המוסר.¹³ גם לצדק, יהיה עמום ככל שיהיה, ותהיה המשמעות שלו אשר תהיה, יש תפקיד חשוב בתחום המשפט. עובדה היא שאפילו המחוקק משתמש בו בהקשרים שונים.¹⁴ אכן, יש בכך היסרון

10. דנ"א 2401/95 ר' נחמני נ' ד' נחמני, פ"ד (4) 661 (להלן: דנ"א נחמני), בעמ' 792. באותו פסק דין (שעסק בשאלת הזכות של כל אחד מבני זוג על ביציות שהופרו בהפריה חוץ-גופית) אמרתי זאת לאחר שראיתי כיצד חוש הצדק של השופטים מוביל אותם זה בכיוון אחד וזה בכיוון הפוך.

11. דניאל סטטמן, "הצדק כ'שדה פרוץ': מעמד המוסריות בעיני בית המשפט העליון", מחקרי משפט יט (תשס"ג) 569, בעמ' 590.

12. רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, שם התעוררה בין היתר השאלה מה המשמעות והנפקות של מושג הצדק בדיני עשיית עושר ולא במשפט. בשאלה זאת אמרתי (בעמ' 490) כך: "אך מהו צדק? על-פי מהותו של הצדק אי-אפשר, ואף אין זה ראוי, לכלוא אותו בתוך נוסחה נוקשה. בסופו של דבר, הצדק צריך לשקף את הנסיבות המיוחדות של כל מקרה, ולכן הוא עשוי להשתנות ממקרה למקרה. אחרת הוא נעשה כלל, והופך להיות משפט ולא צדק. מקובל לומר כי הצדק, כשהוא מנחה שופט, אינו צדק אישי אלא צדק כללי, כלומר לא צדק סובייקטיבי אלא צדק אובייקטיבי, המשקף עמדות רווחות בציבור. אכן, כך להלכה, אך למעשה אין הבחנה חדה בין השניים. הצדק המנחה שופט הוא, במקרה הטוב, ניסיון אישי לראות את הכללי, כלומר עמדות רווחות בציבור כפי שהן נראות בעיני השופט. אולם, לעתים מזומנות אין השופט יודע, ואף אינו יכול לברר, מה הן העמדות הרווחות בציבור במקרה הנדון. במקרה כזה הצדק הסובייקטיבי הוא בהכרח גם הצדק האובייקטיבי, והיו לאחד."

13. סעיפים 12 ו-30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.

14. ראו, לדוגמה, סעיף 132 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, ס"ח 176. (על אף קיומה של עילת פינוי רשאי בית המשפט שלא לתת צו פינוי "אם שוכנע שבנסיבות הענין לא

שהצדק הוא מושג עמום, שכן יש בכך כדי לפגוע בוודאות וביציבות, אך יש לכך גם יתרון, שכן הוא מאפשר להתאים את המשפט, במיוחד במצבים קשים ורגישים, לנסיבות ולצרכים של המקרה הנדון.¹⁵

עובדה היא שגם שופטים אינם נרתעים מפני השימוש במושג הצדק. יתרה מזאת, כל שופט שואף לעשות משפט צדק, כלומר, לעשות צדק בכל מקרה ככל שהמשפט מאפשר לו.¹⁶ הוא לא רק שואף אלא גם מחויב לעשות משפט צדק. כך הוא התחייב בשבועת השופט: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים."¹⁷ בדרך כלל השופט גם יכול, הלכה למעשה, לעשות משפט צדק.¹⁸ אכן, במקרים רבים המשפט משאיר בידי השופט מתחם של שיקול דעת, גם לצורך פירוש החוק וגם לצורך יישום החוק, ובמתחם זה השופט שואף לאזן בין האינטרס

יהיה זה צודק לתיתו"); סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16. (הנפגע מהפרת חוזה זכאי לאכיפת החוזה וזלת אם, בין היתר, אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין); סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 42. (בית המשפט רשאי לפטור מחובת השבה, בין היתר, אם ראה כי "ההשבה בלתי צודקת"). ראו גם להלן פרק ג ("שיקול הצדק ביישום חוק") סעיף 3 ("בעד שיקול הצדק כשיקול ענייני") פיסקה ב ("שיקול הצדק כתכלית מיוחדת").

15. ראו דברי השופט זמיר בע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, בעמ' 496: "לא בכדי בחר המחוקק, בענין הנדון, ביטוי עמום, שאין לו צורה ואין לו מידה, כמו 'נסיבות אחרות'. הביטוי נולד עמום על-מנת שיישאר עמום. הוא נמנה על משפחה של ביטויים עמומים, כמו צדק, מוסר, תקנת הציבור, סבירות, משמעת, קלון ועוד. יש הקוראים להם בשם מושגי סתום. העמימות של ביטויים אלה היא טעם החיים שלהם. הם אמורים לרפה, בלתי מוגדרים, מעל הכללים. אסור לקצץ את כנפיהם ולכלוא אותם בכלוב של כלל נוקשה. כלל כזה עלול להרוג אותם."

16. כך, לדוגמה, אמר השופט חיים כהן בבג"ץ 301/63 שטריוט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח (1) 598, בעמ' 612, כי "יעמיד בית משפט זה את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על-ידי מעשה חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות". ראו גם את פסק הדין המאלף ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89.

17. סעיף 6 לחוק-יסוד השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78.

18. השופט צבי ברנזון אמר בטקס הפרישה מכס השיפוט כך: "משפט הוא משפט אם הוא משפט צדק. לכן נאמר "צדק צדק תרדוף". למה כתוב תרדוף? כי הצדק בורח ואתה תרדוף ותרדוף אחריו ולא תוכל להשיגו. אני גורס אחרת, ולעולם מצאתי שהצדק הוא בהישג יד, אם אתה רק רוצה בלב שלם להשיגו, לפעמים אפילו על חשבון קדושת הפרוצדורה, שבעיני אינה אלא אמצעי להשגת משפט צדק ולא מטרה בפני עצמה." ראו "דברים שאמר השופט ברנזון ביום שנפרד מכהונת שופט", משפטים ח (תשל"ז) 3, בעמ' 5.

הציבורי לבין הצדק הפרטי.¹⁹ באחד מפסקי הדין ביקשתי לתת ביטוי לשאיפת השופט לשלב בין משפט לבין צדק בדברים אלה:

אוי לי מיוצרי, אוי לי מיצרי. יוצרי זה הדין, שבית המשפט לא נוצר, ואינו קיים, אלא מכוח הדין, ואין עליו מרות זולת מרותו של הדין. יצרי זה הצדק. שבית המשפט מבקש, בכל נפשו ובכל מאודו, לעשות צדק. אוי לשופט אם עשה דין ללא צדק, ואוי לו אם עשה צדק ללא דין. אשרי השופט שעשה דין עם צדק. אכן, בדרך כלל הדין מוביל את השופט אל הצדק, ואם הדין והצדק אינם הולכים יד ביד, עשוי השופט להטות את הדין לצד הצדק, ככל שניתן, עד שייפגשו.

אולם קורה לשופט שהדין והצדק מתרוצצים בקרבו, זה לכאן וזה לשם, והוא אינו יכול להביא אותם זה אל זה. במקרה כזה, ככל שהדבר קשה עליו, אסור לו לתת ליצרו שיגבר על יוצרו. כך הדבר משום ששבועת השופט, עד שהיא מצווה עליו לעשות משפט צדק, מחייבת אותו לשמור אמונים לחוקי המדינה. ראו חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 6. למעלה מכך: בלא משפט, בחשבון ארוך ואמיתי, אין צדק.²⁰

19. ראו, לדוגמה, רע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 637, בעמ' 650; ע"א 119/01 **אקונס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 817, בעמ' 861.
20. דנ"א **נחמני** (לעיל, הערה 10), בעמ' 772-773. לפני שנים רבות פרסמתי מאמר שדן, בין היתר, במעמד הצדק בתחום השפיטה בעניינים מנהליים: יצחק זמיר, "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", **הפרקליט** כו (תש"ל), 212. מתוך תגובות למאמר מתברר כי היו שהוציאו ממנו מסקנה שאני טוען כי בית המשפט הגבוה לצדק אינו מתחשב כלל בשיקולי צדק, או שאני מתנגד כי בית משפט זה יתחשב בשיקולים כאלה. מסקנה כזאת מוטעית, שכן כבר אז היה ברור לי, וכיום ברור לי עוד יותר, כי בית המשפט הגבוה לצדק, כמו כל בית משפט, מתחשב גם בשיקול הצדק. כל שביקשתי לומר באותו מאמר הוא, כי לעניין ההתחשבות בשיקול הצדק אין הבדל מהותי, וגם לא צריך להיות הבדל מהותי, בין בית המשפט הגבוה לצדק לבין בית משפט אחר הדין בעניינים מנהליים או בעניינים אזרחיים. מטרת המאמר הייתה לסלק דעה מוטעית של עותרים לבית המשפט הגבוה לצדק, שנבעה בין היתר משמו של בית המשפט, כאילו בית משפט זה, להבדיל מבתי משפט אחרים, מוסמך ועשוי לתת סעד מתוך שיקולי צדק גם בניגוד לדין. בלשונו של השופט אולשן, "במשטר של שלטון החוק גם בית המשפט [הגבוה לצדק] כפוף לחוק ואין הוא ראוי להתעלם ממנו אף במטרה הנעלה של עשיית צדק": ד"נ 16/61 **רשם החברות נ' ברדוש**, פ"ד טז(2) 1209, בעמ' 1221. והנה דוגמה בולטת להמחשה. אדם הופלה לרעה על ידי רשות מנהלית שהעניקה טובות הנאה לאחרים וסירבה להעניק אותה טובה לאותו אדם. הצדק דורש שבית המשפט

באופן מעשי, השאיפה של שופט לעשות משפט צדק באה לידי ביטוי, קודם כול, בפירוש שהוא נותן לחוק. כבר בראשית דרכו של בית המשפט העליון הציג זאת השופט ש' ז' חשין באופן קולע:

חוק שכוונת מחוקקו לא הובעה בו בצורה ברורה די צרכה, יש לפרשו פירוש אשר יורה על כוונה העולה בקנה אחד עם נוחות, הגיון, צדק ועקרונות חוק מקובלים.²¹

פרופ' אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון, ציין שלושה תפקידים למושג הצדק בפרשנות שיפוטית, ואלה הם:

לצדק תפקיד משולש בתהליך הפרשני: ראשית, זהו אחד הערכים, מבין מכלול הערכים, אשר אותם נועד דבר החקיקה להגשים. שנית, זהו קריטריון להערכה על-פיו נבחנת פעולתם של כללי הפרשנות. אם הפרשן מגיע, באמצעות כללי הפרשנות, לפתרון שנראה לו בלתי צודק, עליו לחזור על עקבותיו ולבדוק, שמא טעה בהפעלתם של כללי הפרשנות. שלישית, זהו "ערך שיורי", שראוי לו לפרשן להפעילו, אם לאחר הפעלת כל הכללים והעקרונות, טרם הגיע לפתרון הבעיה הפרשנית הניצבת בפניו ... כאשר התהליך הפרשני מיצה את כלליו, וכאשר עקרונות היסוד מאוזנים במשקלם, על הפרשן לבחור בפתרון הנראה לו צודק ביותר.²²

יצווה על הרשות המנהלית, בשם השוויון, שתעניק אותה טובה גם לאותו אדם. אולם, אם מתברר לבית המשפט כי על פי הדין הרשות המנהלית אינה רשאית כלל להעניק טובות הנאה כאלה, לא יצווה בית המשפט על הרשות לפעול בניגוד לדין, אף שיהיה בכך כדי להשאיר את אי-הצדק ללא תיקון. ראו בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, בעמ' 203. בקיצור, המסר הפשוט של המאמר הוא, שצדק נעשה בבית המשפט הגבוה לצדק, וצריך להיעשות, במסגרת החוק, ולא בניגוד לחוק. עם זאת, חשוב לציין כי בשנים האחרונות מסתמנת בבית המשפט הגבוה לצדק מגמה חדשה, לפיה הרשות המנהלית חייבת להתחשב בעת הפעלת סמכותה גם בשיקול הצדק (כמובן, במסגרת החוק ולא בניגוד לחוק) ובית המשפט יבדוק את החלטת הרשות גם לאור שיקול זה. ראו להלן פרק ג (שיקול הצדק ביישום החוק), סעיף 5 ("עמדת בית המשפט כלפי שיקול הצדק").

21. בג"ץ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית בא"י נ' שרת העבודה, פ"ד ו 237, בעמ' 245.
22. אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שני: פרשנות החקיקה, נבו, תשנ"ג), 709-710. ראו גם שם, בעמ' 506-508: על החוקה שתכליתה של החקיקה היא להשיג תוצאות צודקות. ראו עוד אהרן ברק, "על משפט, שיפוט וצדק", משפטים כז (תשנ"ו), 5: על ההנחה שחוק הפוגע בזכות חוקתית, והוא בלתי-צודק בעליל, הנו בלתי-חוקתי, כיוון שחוק כזה אינו מתיישב עם

כך לגבי תפקידו של השופט כפרשן. בדומה לכך גם לגבי תפקידו של השופט כיוצר הלכות ואף לגבי תפקידו כמיישם דינים. אפשר לומר, באופן כללי, כי השופט מונחה במילוי תפקידו גם על ידי שיקול הצדק.²³ לא פעם הוא אף אומר זאת במפורש.²⁴ הנה, לדוגמה, הלכה שבית המשפט פסק לפני שנים אחדות בתחום המשפט הפלילי: הלכה בדבר הגנה מן הצדק. באמצעות הלכה זאת הנהיג בית המשפט הגנה חדשה לנאשמים במשפט פלילי, נוספת על ההגנות המוקנות לכל נאשם בחוק העונשין. לפי ההלכה, בית המשפט רשאי לבטל אישום אף אם קיימות ראיות לכאורה בדבר ביצוע העבירה המיוחסת לו, אם עצם הגשת האישום וניהול המשפט גורמים לנאשם אי־צדק בולט. וכך הוצגה הלכה זאת על ידי השופט ד' לוין:

קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העיקרון הידוע של "הגנה מן הצדק" ... נשענת על סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לבית המשפט במדינת ישראל שיקול־דעת לעכב הליכים משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית המשפט רואה אותו. המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות," היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות

ערכיה של מדינת ישראל, לא נועד לתכלית ראויה, והוא אף פוגע בזכות במידה העולה על הנדרש.

23. ברוב המקרים העובדה שהצדק הוא מושג עמום אינה מציבה קושי מעשי בפני השופט, שכן הוא אינו מתקשה להחליט, באופן אינטואיטיבי, מהי מצוות הצדק. ראו: Aharon Barak, "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harvard Law Review* (2002) 16, p. 82: "Justice guides the entire interpretive process, for, indeed, justice is one of the core values of the legal system. Within the bounds of judicial discretion, justice becomes a 'residual' value which can decide hard cases. Of course, it is only natural that different judges have different conceptions of justice, for justice is a complex concept. Despite all its theoretical complexity, however, each of us has an intuitive feeling about the just solution of a dispute. This feeling must guide us at all stages of the interpretive process. It must direct our decisions in hard cases, when judicial discretion becomes our 'most essential tool'.

24. לדוגמה ראו, לאחרונה, דנ"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארצות הברית**, פ"ד (נז) 632, בעמ' 693. פסקה 10 לפסק הדין של הנשיא ברק: "נקודת המוצא שלי – כמו גם נקודת הסיום שלי – היתה השאיפה לפתרון צודק". ראו גם פסקה 2 לפסק הדין של השופט חשין, שם, בעמ' 695; פסקה 12 לפסק הדין של השופט טירקל, שם, בעמ' 711; פסקה 5 לפסק הדין של השופטת שטרסברג־כהן, שם, בעמ' 714.

בנאשם...המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו.²⁵

ההלכה החדשה בדבר הגנה מן הצדק, לא רק שהיא ממחישה את השאיפה של בית המשפט לעשות צדק, אלא היא גם מדגימה את המעמד של הצדק בביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי, שהרי באמצעות ההגנה מן הצדק בית המשפט מבטל החלטה של רשות מנהלית, היא החלטת התובע להגיש אישום, מטעם אחד ויחיד: התנהגות בלתי-נסבלת של הרשות שיש בה משום פגיעה בתחושת הצדק האוניברסלית. האם אין זה נכון לומר, כפועל יוצא מהלכה זאת, כי על הרשות המנהלית, כלומר התובע, לתת דעתה, שעה שהיא מחליטה אם להגיש אישום, גם לשיקול הצדק כשיקול ענייני, ויתרה מזאת, במקרים של אי-צדק בולט, לתת לשיקול זה משקל מכריע?

אם נאמר כי אכן שומה על התובע להתחשב בהפעלת סמכותו גם בשיקול הצדק, האם לא נאמר זאת גם לגבי רשויות מנהליות אחרות? לצורך המחשה, הנה דוגמה. חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, קובע בסעיף 197(א) כי בעל זכות במקרקעין שנפגעו על ידי תכנית (שלא בדרך הפקעה) זכאי לפיצויים מהוועדה המקומית לתכנון ולבניה. סעיף 197(ב) קובע כי התביעה לפיצויים תוגש תוך שלוש שנים מיום תחילת תוקפה של התכנית. אולם, מוסף הסעיף, "שר הפנים רשאי להאריך את התקופה האמורה, מטעמים מיוחדים שירשמו, אף אם כבר עברה התקופה."²⁶ השאלה היא, אם שיקול הצדק הוא אחד הטעמים ששר הפנים רשאי, ואולי אף חייב, להתחשב בהם. התשובה תלויה, בין היתר, בתפיסת המעמד והתפקיד של רשויות מנהליות בדרך כלל.

3. על הרשות המנהלית

לפי התפישה המקובלת, במדינה דמוקרטית רשות מנהלית היא נאמן של הציבור, ובהתאם לכך תפקיד הרשות הוא לשרת את הציבור. תפישה זאת מקובלת גם על בית המשפט.²⁷ כנאמן של הציבור, הרשות המנהלית כפופה למערכת של כללים כלפי הציבור. בין השאר

25. ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, בעמ' 370. ראו גם ע"פ 6471/00 הר" שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 756. על ההשפעה של שיקול הצדק על התוצאה בפסק הדין ראו עוד, לאחרונה, רע"א 3339/00 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' דהן, פ"ד נו(1) 503, בעמ' 514-515. ראו גם ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק (נבו, תשס"ד).

26. סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307.

27. ראו, לדוגמה, בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, בעמ' 331. ראו גם, לאחרונה, בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, (להלן: בג"ץ קונטרם), בעמ' 319, 345-347, 367. תפישה זאת חלה על כל הרשויות המנהליות: לדוגמה, עירייה (בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, בעמ' 227) והמוסד לביטוח לאומי (בג"ץ 7217/95 עמותת הברות הסיעוד בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נא(3) 561, בעמ' 568).

מוטלת עליה חובה לנהוג בהגינות.²⁸ חובה זאת חלה, לא רק כלפי הציבור, אלא גם כלפי כל אדם.²⁹ שאלה היא, אם חובת ההגינות, או מערכת הכללים הנגזרים מן המעמד של הרשות המנהלית כנאמן של הציבור, כוללת גם כלל המתיר לרשות, ואולי אף מחייב אותה, להתחשב בשיקול הצדק כאשר היא מפעילה את סמכותה. בעצם, מדוע לא? כאמור, שיקול הצדק, אף שהוא מושג עמום, משמש לא רק שיקול מוסרי, אלא גם שיקול שיפוטי המנחה את בית המשפט.³⁰ לכאורה, אם כן, אין מניעה שהוא ישמש גם כשיקול מנהלי המנחה את הרשות המנהלית. כמו כן, כאמור, הרשות המנהלית חייבת, כנאמן של הציבור, להפעיל את סמכותה "בהגינות, ביושר, מתוך שיקולים ענייניים בלבד ובסבירות."³¹ האם זה סביר או ראוי לומר כי הנאמנות הציבורית מבחינה בין הגינות ויושר, שהרשות המנהלית מחויבת בהם, ובין צדק, שהרשות פטורה ממנו?

השאלה מתייחסת לשני שלבים בהפעלת הסמכות על ידי כל רשות מנהלית. בשלב הראשון, הרשות מפרשת לעצמה את החוק המסמיך. בשלב השני היא מיישמת את החוק, על יסוד הפירוש שניתן לו, למקרה הנדון. בהתאם לכך ראוי לדון בשאלת המעמד של שיקול הצדק באופן נפרד לגבי כל אחד משני השלבים של הפעלת הסמכות.

ב. שיקול הצדק בפירוש חוק

הסמכות לפרש חוקים באופן מוסמך וסופי נתונה לבית המשפט. בהתאם לכך, כל רשות מנהלית חייבת לפעול על פי הפירוש שבית המשפט נתן, אם נתן, לחוק המקנה לה סמכות. אולם בפועל הרשויות המנהליות רבות, הסמכויות המוקנות להן רבות עוד יותר, ואילו פסקי הדין המפרשים את הסמכויות הם, באופן יחסי, מעטים. לפיכך, ברוב המקרים, כאשר רשות מנהלית באה להפעיל את החוק המסמיך, אין בפניה פירוש שניתן על ידי בית המשפט. במקרים כאלה אין לרשות המנהלית ברירה אלא לפרש את החוק בעצמה או, אם תראה לנכון, בסיוע יועץ משפטי של הרשות. הפירוש שהרשות המנהלית נותנת לחוק המסמיך קובע, קודם כול, אם המקרה שלפני הרשות נופל בגדר סמכותה, שאז היא תפעיל את הסמכות, כלומר, תטפל ותחליט באותו מקרה לגוף העניין, או שהמקרה חורג מסמכותה, ואז היא תדחה אותו מעל פניה על הסף. אם, לפי אותו פירוש, המקרה נופל בגדר הסמכות, הפירוש יקבע גם כיצד הרשות תפעיל את הסמכות.

בדרך כלל, הפירוש שהרשות המנהלית נותנת לחוק המסמיך הוא לא רק שלב ראשון בפרשנות, אלא גם, מבחינה מעשית, שלב אחרון. אמנם, מבחינה עקרונית, בכל מקרה ניתן להביא את הפירוש שניתן על ידי הרשות המנהלית לביקורת והכרעה על ידי בית

28. השופט ברק בבג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, (להלן: בג"ץ אמיתי), בעמ' 461.

29. השופט זמיר בבג"ץ קונטרס, (לעיל, הערה 27), בעמ' 319.

30. ראו לעיל סעיף 2 ("על הצדק") בפרק זה.

31. בג"ץ אמיתי, (לעיל, הערה 28).

המשפט. במקרה כזה, הפירוש שיינתן על ידי בית המשפט, גם אם הוא נוגד את הפירוש שניתן על ידי הרשות המנהלית, יחייב את הרשות. אך רק במקרים מעטים מתבקש בית המשפט לבקר החלטה של הרשות המנהלית, ובכלל זה את הפירוש שניתן לסמכות על ידי הרשות. התוצאה היא, שברוב המקרים הסמכויות המנהליות מופעלות על פי הפירוש שהרשות המנהלית נתנה לסמכות.³²

בפירוש החוק המסמיך הרשות המנהלית חייבת להתבסס בעיקר על לשון החוק ועל תכלית החוק. האם היא חייבת להתחשב, בין היתר, גם בשיקול הצדק? התשובה חיובית. מדוע? משום שהצדק הוא אחד מערכי היסוד של החברה בישראל.³³ בתור שכזה הוא תכלית נלווית לכל חוק. לפיכך החובה לפרש חוק לאור התכלית שלו כוללת התחשבות בשיקול הצדק. אכן, בית המשפט פסק הלכה שראוי לפרש חוק, בין היתר, לאור הצדק.³⁴ כיוון שבית המשפט הוא הרשות המוסמכת, לא רק לפרש חוק מסוים, אלא גם לקבוע את כללי הפרשנות של חוקים בדרך כלל, הרשות המנהלית חייבת ללכת, גם בעניין זה, בדרך שהתווה בית המשפט. נוסף על כך, כיוון שכל פירוש הניתן על ידי רשות מנהלית כפוף לביקורת בית המשפט, לא יהיה זה נכון או נבון מצד הרשות לפרש את החוק באופן שלא יתיישב עם כללי הפרשנות המקובלים על בית המשפט. המסקנה היא, שהרשות המנהלית חייבת לבחור מבין הפירושים האפשריים של הסמכות באותו פירוש אשר ישרת את הצדק במידה המרבית, תוך איזון עם שיקולי פרשנות אחרים.

עם זאת, ברור כי שיקול הצדק אינו שיקול יחיד בפירוש החוק המסמיך. הוא מתמודד על הפירוש עם שיקולים חשובים אחרים, במיוחד עם שיקול היעילות. היעילות המנהלית אף היא אינטרס (אם לא ערך) ציבורי חשוב. לכן יש לאזן בפירוש הסמכות בין שיקול הצדק לבין שיקול היעילות, ואפשר כי שיקול היעילות יגבר על שיקול הצדק.³⁵

32. מה המשקל של פירוש שניתן לסמכות על ידי הרשות המנהלית כאשר פירוש זה עומד לביקורת בפני בית המשפט? אין ספק כי בית המשפט מייחס משקל (ולעיתים משקל רב) לפירוש שניתן על ידי הרשות, בשל המומחיות של הרשות ובשל שיקולים נוספים. ראו, לדוגמה, ע"א 2512/93 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 252, בעמ' 261; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, בעמ' 742-746. ראו גם פרשנות במשפט (לעיל, הערה 22) בעמ' 791 ואילך; יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (כרך ראשון, נבו, תשנ"ו), בעמ' 142-148.

33. על הצדק כאחד מערכי היסוד של החברה בישראל ראו להלן פרק ג ("שיקול הצדק ביישום החוק"), סעיף 3 ("בעד שיקול הצדק כשיקול ענייני"), פיסקה ב ("שיקול הצדק כתכלית כללית").

34. ראו לעיל דברים צמודים להערות 21, 22.

35. יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (כרך שני, נבו, תשנ"ו), בעמ' 673, על המתח בין הגינות לבין יעילות. דברים דומים ניתן לומר על המתח בין צדק לבין יעילות. על משקל היעילות המנהלית בפירוש חוק ראו, לדוגמה, דנג"ץ 1913/97 מואסי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 49, בעמ' 78; דנ"פ 9263/99 מדינת ישראל נ' בקשי, פ"ד נד(3) 556, במיוחד בעמ' 574-576.

החובה המוטלת על הרשות המנהלית לפרש את החוק המסמיך באופן שיתיישב עם שיקול הצדק, תוך איזון עם שיקולים אחרים, די בה במקרים רבים כדי להבטיח שהרשות גם תבצע את החוק באופן שיתיישב עם שיקול הצדק.

ג. שיקול הצדק ביישום חוק

פירוש החוק המסמיך באופן שיתיישב עם שיקול הצדק עדיין אין בו כדי להבטיח את יישום החוק באופן שיתיישב עם שיקול הצדק בכל המקרים. סתירה לכאורית זאת מוסברת על ידי הפער האפשרי בין הצדק הכללי (שאפשר לקרוא לו צדק חברתי) לבין הצדק הפרטי (שאפשר לקרוא לו צדק אישי). הצדק הכללי הוא הצדק המאפיין נורמה כללית (חוק, תקנה או הנחיה מנהלית), שאינו יכול להיות אלא הצדק ברוב המקרים שעליהם חלה הנורמה. אפשר אולי לומר כי צדק כללי הוא צדק ממוצע. כנגדו, הצדק הפרטי הוא הצדק במקרה מסוים, לאור הנסיבות המיוחדות של המקרה, והוא הצדק שצריך לבוא לידי ביטוי ביישום החוק על ידי הרשות המנהלית באותו מקרה. הצדק הפרטי צריך לבוא לידי ביטוי בנורמה אישית. אכן הצדק הכללי תואם במקרים רבים את הצדק הפרטי. אך לא בכל המקרים. כשם שכל כלל יש לו יוצא מן הכלל, כך גם כל צדק כללי עשוי לגרום אי־צדק פרטי. ייתכן, אם כן, שיישום החוק על ידי הרשות המנהלית על פי פירוש המתיישב עם הצדק הכללי יגרום אי־צדק במקרה מסוים. מכאן נובעת השאלה אם רשות מנהלית רשאית להתחשב גם בשיקול הצדק הפרטי, כלומר, בשלב של יישום החוק במקרה מסוים. כדי להשיב על השאלה יש לברר תחילה אם התחשבות של רשות מנהלית בשיקול הצדק בשלב של יישום החוק מתיישבת עם הכללים החלים על הפעלת סמכויות מנהליות.

1. כלל חוקיות המנהל

הכלל הבסיסי החל על הפעלת סמכויות מנהליות הוא הכלל בדבר חוקיות המנהל. לפי כלל זה, רשות מנהלית רשאית לפעול רק מכוח סמכות שהקנה לה החוק, והיא אינה רשאית לחרוג ממסגרת הסמכות. אין כלל הגובר על כלל זה, ואין שיקול המרשה חריגה מן הסמכות, גם לא השיקול של ביטחון המדינה. שיקול הצדק אינו יוצא מן הכלל. אכן, אם שיקול הצדק יאפשר לרשות מנהלית לחרוג מן הסמכות, יהיה זה הרס מוחלט של חוקיות המנהל.

מכאן נובע, קודם כול, כי באופן עקרוני שיקול הצדק אין לו מקום בסמכות־חובה שבה, להבדיל מסמכות־רשות, החוק אומר כי במצב מסוים, שנקבע בחוק, הרשות המנהלית חייבת לפעול בדרך מסוימת.³⁶ הנה, לדוגמה, חוק ביטוח לאומי. החוק קובע כי תושב ישראל שמלאו לו ששים וחמש שנים זכאי לקבל קצבת זקנה. זאת סמכות־חובה. ברור כי

36. נכון יותר לומר כי שיקול הצדק כמעט אין לו מקום בסמכות־חובה, משום שגם בסמכות־חובה יש מרכיב, ולו מרכיב חלש, של שיקול דעת. על ההבחנה בין סמכות־חובה לבין סמכות־רשות, ועל המרכיב של שיקול דעת בסמכות־חובה, ראו: הסמכות המנהלית (לעיל, הערה 32), בעמ' 221 ואילך.

שיקול הצדק, כפי שהוא נראה לעובד המוסד לביטוח לאומי בנסיבות של מקרה מסוים, אין בכוחו למנוע קצבת זקנה מתושב ישראל שמלאו לו ששים וחמש שנים. כמו כן ברור כי שיקול הצדק אין בכוחו להתיר תשלום קצבת זקנה למי שאינו תושב ישראל, או לתושב ישראל שטרם מלאו לו ששים וחמש שנים. במקרה כזה, ובמקרים אחרים של סמכות־חובה, יש לומר כי המחוקק עצמו נתן דעתו לכל השיקולים הנוגעים לעניין, ובכלל זה שיקול הצדק, שקלל אותם, ועל יסוד האיזון ביניהם קבע את הדרך אשר בה הרשות המנהלית חייבת ללכת. לשון אחר, בסמכות־חובה שיקול הצדק כבר הובא בחשבון על ידי המחוקק, והרשות המנהלית אינה רשאית להביא אותו בחשבון פעם נוספת, באופן שיערער את האיזון שנערך על ידי המחוקק.

בדומה לכך, שיקול הצדק אין בכוחו להתגבר על הכלל בדבר חוקיות המנהל, לא רק כאשר מדובר בחריגה מסמכות במובן הצר, אלא גם כאשר מדובר בחריגה מסמכות במובן הרחב. כלומר, שיקול הצדק אין בכוחו להרשות סטייה מסדרי המנהל שנקבעו בחוק, מן הפירוש הנכון של החוק, מתנאי סף להפעלת הסמכות, וכיוצא באלה. קיצורו של דבר, רשות מנהלית אינה רשאית לסמוך על שיקול הצדק כדי לפעול שלא במסגרת החוק או בניגוד לחוק.³⁷

37. אולם ראו בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדוקיזם בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד (נז) 102. במשפט זה נדונה עתירה נגד משרד התשתיות הלאומיות וגופים ציבוריים נוספים להקמת גשרון מעל נחל מסוים בנגב, שבו זורמים שפכים, כדי לאפשר מעבר לתושבי פזורה בדואית שהתגוררה סמוך לנחל. לבית המשפט התברר כי התושבים הבדואים וילדיהם, שהיו צריכים לעבור את הנחל בדרכם לבית הספר, היו נתונים במצוקה, ואפילו בסכנת חיים, בשל היעדר הגשרון. המדינה, בתשובתה לבית המשפט, הביעה נכונות להקים גשרון כמבוקש, אך טענה שאין אפשרות משפטית לתת היתר בניה לצורך זה כל זמן שלא אושרה תכנית מתאר על פי חוק התכנון והבניה. לפיכך ביקשה המדינה לדחות את הקמת הגשרון לתקופה של חודשים אחדים עד לאישור התכנית. אף־על־פי כן הוציא בית המשפט צו ביניים המחייב את המדינה להקים את הגשרון כמבוקש בעתירה. בית המשפט הסתמך על סעיף 15(ג) לחוק־יסוד: השפיטה, המסמיך את בית המשפט הגבוה לצדק לדון "בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". כדברי בית המשפט, "יש בסמכותנו להורות על מתן צו הביניים הדחוף המבוקש אף בהנחה שדיני התכנון והבניה אינם מאפשרים זאת ... בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, כאשר המקרה 'זועק לשמיים' ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו 'סעד למען הצדק', לא מן הנמנע כי בית המשפט ייזקק לסמכות 'בלתי קונוונציונאלית' זו." אפשר לומר כי במקרה זה שיקול הצדק הניע את בית המשפט לתת צו לרשות מוסמכת לפעול בניגוד לדין. מבחינה זאת, זהו פסק דין חריג, וגם בית המשפט ציין כי הצו מוצא בשל הנסיבות החריגות של המקרה. אך לדעת, גם הנסיבות החריגות לא הצדיקו את הוצאת הצו, משום שגם בית המשפט, כמו הרשות המנהלית, אמור לעשות צדק רק במסגרת החוק. לכן ראוי היה שבית המשפט יעשה מאמץ למצוא דרך אחרת לעשות צדק, ובלבד שיהיה במסגרת החוק. על פסק דין זה ראו גם אריאל בנדור, "ארבע מהפכות חוקתיות?", *משפט וממשל* 2(1) (תשס"ג) 305; נויה רימלט "בית המשפט העליון: בין דין לצדק", *משפט וממשל* 2(1) (תשס"ג) 311.

2. כלל השיקולים הענייניים

השאלה של מעמד הצדק במנהל הציבורי מצטמצמת, אם כן, לאותם מקרים שבהם החוק מקנה לרשות המנהלית סמכות-רשות, כלומר, סמכות שיש עמה שיקול דעת. אולם, כיוון שרוב סמכויות המנהל הציבורי הן סמכויות שיש עמן שיקול דעת, השאלה משתרעת על רוב שטח הפעילות של המנהל הציבורי. בשטח זה שיקול הדעת מאפשר לרשות המנהלית, במקרים מסוימים, לקבל החלטה שעל פניה היא נראית צודקת, כשם שהוא מאפשר לה לקבל החלטה, באותו מקרה עצמו, שעל פניה היא נראית בלתי-צודקת. במקרים כאלה, שיקול הצדק, אם הרשות המנהלית תתחשב בו, עשוי לשנות את פני ההחלטה: הוא עשוי להשפיע על הרשות לבחור בין שתי החלטות אפשריות בהחלטה שתהיה צודקת יותר.³⁸ אולם האם הרשות המנהלית רשאית להתחשב בשיקול הצדק?

במקרים מעטים החוק מפרט שיקולים שעל הרשות המנהלית לשקול. אך בדרך כלל שיקולים אלה אינם כוללים את שיקול הצדק. כך, לדוגמה, חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981,³⁹ מפרט (בסעיף 71) רשימה של שמונה שיקולים שהמפקח על הביטוח והוועדה המייעצת למפקח חייבים לשקול ("יביאו בחשבון") בעת שידונו בבקשה לקבלת רשיון מבטח, ובהם המדיניות הכלכלית של הממשלה וטעמים שבטובת הציבור. שיקול הצדק אינו נמנה עם השיקולים המפורטים בחוק. אולם בדרך כלל רשימת השיקולים המפורטים בחוק אינה רשימה סגורה, ולכן היא אינה מונעת בעד הרשות לשקול גם שיקולים אחרים.⁴⁰ השאלה עומדת, אם כן, גם במקרים אלה: האם הרשות המנהלית רשאית להתחשב בשיקול הצדק?

שאלה זאת קיימת ועומדת, כמובן, גם במקרה הרגיל, שבו החוק המקנה את הסמכות לרשות המנהלית אינו מפרט כלל את רשימת השיקולים שעל הרשות המנהלית לשקול. החוק מסתפק בהסמכה כללית, כגון, שבנסיבות מסוימות הרשות המנהלית רשאית להוציא צו, לתת רשיון, להפקיע מקרקעין, וכדומה. במקרה כזה, האם היא רשאית להתחשב גם בשיקול הצדק?

התשובה טמונה בכלל השיקולים הענייניים. כלל זה מתבסס על ההנחה שכל סמכות מנהלית מוקפת במערכת של שיקולים ענייניים, כלומר, שיקולים הקשורים באופן ענייני לאותה סמכות. כך, לדוגמה, הסמכות לאשר תכנית מתאר לפי חוק התכנון והבניה מוקפת שיקולים שעניינם תנאי מגורים, איכות הסביבה, דרכי תחבורה, שמירה על אתרים בעלי

38. ראו: Kenneth C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry* (Louisiana State University Press, 1969). בספר קלסי זה מצביע המחבר על שיקול הדעת של רשויות מנהליות רבות המאפשר להן לקבל, במסגרת החוק, החלטות בלתי-צודקות, ומציע דרכים שיש בהן כדי להפחית את החשש מפני הפעלת שיקול הדעת באופן שיוביל להחלטה בלתי-צודקת.

39. סעיף 17 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981, 208.

40. ראו, לדוגמה, בג"ץ 7365/95 האחים בולום – חברה לייצור שיש וגרניט בע"מ נ' מרכז ההשקעות, פ"ד נ(2) 89, בעמ' 98. ראו גם פרשנות במשפט (לעיל, הערה 22), בעמ' 304-

חשיבות לאומית, וכיצא באלה. הרשות המנהלית חייבת להתייחס לשיקולים הענייניים בשני שלבים. בשלב הראשון עליה להפריד בין השיקולים הענייניים לבין יתר השיקולים, הנחשבים שיקולים זרים, משום שאינם קשורים באופן ענייני לאותה סמכות, כגון (בדרך כלל) שיקולים של השתייכות לדת, מין או מפלגה. השיקולים הזרים הם שיקולים פסולים, ולכן על הרשות המנהלית לסלק אותם מעל פניה. התחשבות בשיקולים כאלה עלולה לפסול את ההחלטה המנהלית. בשלב השני, כאשר הסמכות המנהלית מוקפת בשיקולים ענייניים בלבד, הרשות חייבת להתחשב בכל השיקולים האלה לצורך קבלת ההחלטה המנהלית. התעלמות משיקולים אלה אף היא עלולה לפסול את ההחלטה.⁴¹

כיצד נקבעים השיקולים הענייניים במקרה נתון? כאשר החוק המסמיך אינו קובע את השיקולים הענייניים באופן מפורש, שיקולים אלה נלמדים מתוך החוק באופן משתמע: מתוך לשון החוק, מהות הסמכות, מיהות הרשות, ועוד. לדוגמה, השיקולים הענייניים במתן רשיון עסק נלמדים, בין היתר, מסעיף 1 לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968,⁴² הקובע כי שר הפנים ראוי לקבוע בצו עסקים טעוני רישוי כדי להבטיח מטרות המפורטות בסעיף זה, והן כוללות איכות נאותה של הסביבה ומניעת מפגעים ומטרדים, מניעת סכנות לשלום הציבור ועוד.

כמו כן, השיקולים הענייניים נלמדים גם מתוך תכלית החוק. לכל חוק יש תכלית. בדרך כלל התכלית מורכבת מתכליות שונות המשלימות זו את זו או, לעתים, מתנגשות זו בזו, ובכל מקרה צריך לאזן ביניהן. מקובל לחלק את התכליות של כל חוק לשני סוגים עיקריים: הראשון – תכליות מיוחדות לחוק הנדון; השני – תכליות כלליות לשיטת המשפט. מן התכליות נובעים שיקולים ענייניים: מן התכליות המיוחדות נובעים שיקולים מיוחדים; מן התכליות הכלליות נובעים שיקולים כלליים. כך הסביר זאת המשפט:

השיקולים הענייניים בהקשר זה, כמו בהחלטות מינהליות אחרות, מורכבים משני סוגים. עם הסוג הראשון נמנים שיקולים הנובעים מן התכלית המיוחדת של החוק הנוגע לעניין. במקרה שלפנינו אלה הם שיקולים הנובעים מן התכלית המיוחדת לחוק הבזק והמייחדת אותו מחוקים אחרים. עם הסוג השני נמנים שיקולים הנובעים מן התכלית של שיטת המשפט. תכלית זאת היא לשרת את ערכי היסוד. כיום אפשר לומר, בלשונם של חוקי היסוד החדשים, כי אלה הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. הם כוללים את זכויות היסוד של האדם, כגון חופש הביטוי. משמע, רשות, המוסמכת על-פי דין

41. עם זאת, התחשבות בשיקולים זרים או התעלמות משיקולים ענייניים לא בהכרח תפסול את ההחלטה המנהלית. השאלה אם התחשבות בשיקול זר או התעלמות משיקול ענייני יש בה כדי לפסול החלטה מנהלית תלויה בנסיבות המקרה: ראו להלן הערה 92.

42. סעיף 1 לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968, 24.

לתת רישיון, חייבת לשקול, בצד שיקולים ענייניים אחרים, גם את הצורך למנוע פגיעה בזכויות היסוד או לצמצם אותה.⁴³

הנה, לדוגמה, פסק הדין הראשון שבו נעשתה באופן מפורש וברור הבחנה בין תכלית מיוחדת ובין תכלית כללית: בג"ץ פורז.⁴⁴ במשפט זה נדונה החלטה של מועצת עיריית תל-אביב-יפו לבחור גברים בלבד כנציגי העירייה באסיפה הבוחרת רב עיר. הטענה שנטענה בבית המשפט הייתה, שהחלטה לבחור גברים בלבד היא החלטה מפלה, ולכן גם בלתי-חוקית. כיוון שהחוק והתקנות המסדירים את הבחירה אינם אומרים דבר בעניין הנדון, התמקד הדיון בשיקול הדעת של המועצה. בית המשפט בדק ומצא כי השיקולים שהניעו את המועצה להגביל את הבחירה לגברים בלבד היו שיקולים ענייניים, ומשום כך העירייה הייתה רשאית להתחשב בהם. אולם בית המשפט גם מצא כי העירייה לא התחשבה כלל בשיקול של שוויון בין המינים. האם אף זה שיקול ענייני בהקשר זה? בית המשפט השיב בחיוב. השופט ברק ציין כי "בצד המטרות המיוחדות והאינדיווידואליות לכל דבר חקיקה ספציפית קיימות מטרות נוספות, המשותפות לכל דבר חקיקה. אלה הן המטרות שהמחוקק מוחזק כשואף להשיגן".⁴⁵ מטרות (כיום מקובל יותר לדבר על תכליות) אלה מכוונות "להגשים את ערכי היסוד המקובלים של השיטה המשפטית".⁴⁶ בין ערכים אלה נכלל השוויון בין המינים. ניתן ללמוד על כך מן ההכרזה על הקמת המדינה, האופי הדמוקרטי של המדינה, שורה של חוקים המחייבים שוויון ואמירות של בית המשפט המהללות את השוויון וקובעות כי הוא ערך יסודי. מכאן שהשוויון בין המינים הוא שיקול ענייני גם אצל רשויות מנהליות בדרך כלל. אולם, כפי שנתברר, "בהחלטתה זנחה מועצת העירייה את עקרון השוויון כליל".⁴⁷ משמע, העירייה התעלמה משיקול ענייני. המסקנה של בית המשפט הייתה: "הפעלת שיקול-דעת שאינה נותנת משקל ראוי לעקרון זה, נוגדת את מטרת החוק, ועל כן פסולה היא".⁴⁸

מכאן מתבקשת השאלה אם גם הצדק הוא שיקול ענייני אצל רשות מנהלית, כמו השוויון בין המינים, שאם כן, כל רשות מנהלית חייבת להתחשב, בהפעלת סמכותה, גם בשיקול הצדק.

43. השופט זמיר בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (להלן: בג"ץ יורונט), בעמ' 433. ראו אהרן ברק, פרשנות תכליתית במשפט (נבו, תשס"ג), עמ' 410 ואילך.

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

45. שם, בעמ' 329.

46. שם, בעמ' 311.

47. שם, בעמ' 312.

48. שם, בעמ' 329, 337. ראו עוד, לדוגמה, בג"ץ 244/00 עמותת שיח הרש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (להלן: בג"ץ "שיח הרש"), בעמ' 38; בג"ץ 77/02 מעדני אביב אוסובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(6) 249, בעמ' 275-276. על ערכי יסוד נוספים ראו להלן ליד הערה 52.

3. בעד שיקול הצדק בשיקול ענייני

לכאורה, התשובה הברורה היא, שהצדק הוא אחד מערכי היסוד, ואם כך, הרי הוא גם שיקול ענייני לכל הרשויות המנהליות. התשובה נראית ברורה עד כדי כך שאין כלל צורך לתמוך אותה בטענות וראיות. וכי יהיה מי שיחלוק על כך שהצדק הוא אחד מערכי היסוד של כל חברה אנושית? אולם, גם אם מוסכם על הכול שהצדק הוא אכן אחד מערכי היסוד, אין די בכך כדי לקבוע שהצדק הוא גם שיקול ענייני אצל כל רשות מנהלית. זאת בעיקר משום שיכול להיות מרחק בין ערכי יסוד בתחום החברתי, או בתחום הדתי, או בתחום המוסרי, לבין ערכי יסוד בתחום המשפטי. לא כל ערך יסוד בתחום אחד הוא בהכרח גם ערך יסוד בתחום אחר. לדוגמה, צניעות וחריצות הן ערכי יסוד בתחומים שונים, אך הם אינם בדרך כלל ערכי יסוד בתחום המשפט. יש, כמובן, ערכי יסוד בתחום החברתי או בתחום אחר שעברו את הדרך שבין התחומים ונתקבלו כערכי יסוד גם בתחום המשפט, כמו ערך השוויון וערך החירות, אך לגבי כל ערך יש לברר אם הוא נתקבל, או ראוי להתקבל, כערך יסוד גם בתחום המשפט. שאם לא כן, אין מקום לומר כי רשות מנהלית חייבת להתחשב בו כשיקול ענייני בהפעלת סמכותה. משום כך צריך גם צריך לברר בטענות וראיות את השאלה אם הצדק, שבוודאי הוא ערך יסוד, נחשב כערך יסוד גם בתחום המשפט, שאם כן הוא ראוי להיחשב שיקול ענייני אצל רשויות מנהליות.

השאלה מתפצלת לשתיים: ראשית, האם שיקול הצדק נובע מן התכליות המיוחדות של החוק המקנה את הסמכות? שנית, האם הוא נובע מן התכליות הכלליות של שיטת המשפט?

א) שיקול הצדק בתכלית מיוחדת

התשובה לשאלה אם שיקול הצדק נובע מן התכליות המיוחדות של החוק המקנה את הסמכות תלויה בתכליות של כל חוק ובהתאם לכך היא עשויה להשתנות מחוק לחוק. באופן עקרוני, ברור כי הצדק יכול להיות אחת התכליות של חוק מסוים. החוק אף יכול לומר זאת במפורש. כך, לדוגמה, סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, קובע כי "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית".⁴⁹ מכאן נובע שהצדק הוא שיקול ענייני לגבי כל הסמכויות המנהליות המוקנות לפי חוק זה, כגון, הסמכות של המוסד לביטוח לאומי (לפי סעיף 3א לחוק) להחליט כי אדם הוא תושב הזכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה. חוק נוסף הקובע במפורש את הצדק כשיקול ענייני בהפעלת סמכות הוא חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. חוק זה קובע (בסעיף 197) כי בעל מקרקעין זכאי לפיצויים מאת הוועדה המקומית לתכנון ובניה אם מקרקעין שלו נפגעו על ידי תכנית שלא בדרך הפקעה. אולם החוק מוסיף וקובע (בסעיף 200) כי במקרים מסוימים, המפורטים בחוק, לא ישולמו פיצויים, בין היתר, אם הוועדה המקומית החליטה שבנסיבות המקרה "אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים". אולם אלה הם חריגים. בדרך כלל חוקים המעניקים סמכויות מנהליות אינם אומרים במפורש שהצדק הוא תכלית של החוק או של הסמכות. אמנם, גם כאשר החוק אינו אומר

49. סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, ס"ח 156.

זאת במפורש, עדיין אפשר לומר, על דרך הפרשנות, כי החוק אומר זאת במשתמע. אולם נראה שרק לעתים רחוקות תהיה הצדקה לומר זאת.⁵⁰ בדרך כלל הכנות מחייבת לומר כי הצדק אינו אחת התכליות של החוק, במובן זה שהחוק לא נחקק במטרה לעשות צדק, אלא במטרה לתת שירות מסוים, או לקיים פיקוח על שירות, או להגן על איכות החיים וכדומה. אכן, על כל חוק אפשר לומר שהוא מבקש לעשות צדק במובן מסוים. אך אין בכך כדי לומר שהצדק הוא תכלית מיוחדת של החוק. לעניין זה ראוי לחזור אל ההבחנה בין צדק כללי ובין צדק פרטי (או אישי). בדרך כלל החוק מבקש לעשות צדק כללי במובן זה שהוא מבקש לשרת את טובת הציבור, בין היתר באמצעות חלוקה צודקת של משאבים ונטל. אך זהו מובן רחב של צדק. במובן זה אפשר לומר שגם חוק המטיל מס הכנסה וחוק המחייב שירות בצבא מבקשים לעשות צדק. אולם מובן רחב כזה, שיש לו חשיבות בפירוש החוק, אינו הולם הקשר של יישום החוק במקרה מסוים. בהקשר זה יש לדבר על צדק במובן צר יותר, כלומר צדק פרטי (או אישי). במובן זה הצדק אינו נמנה, בדרך כלל, עם התכליות המיוחדות של חוקים.

ב) שיקול הצדק בתכלית כללית

כיוון שכך, השאלה הבאה היא, אם שיקול הצדק נובע מן התכליות הכלליות של החוק. לשון אחר, האם הצדק נמנה עם ערכי היסוד של החברה (אפשר גם לומר ערכי היסוד של שיטת המשפט, אך אין הבדל מהותי בין האמירות), באופן העושה את הצדק, בדומה לשוויון, שיקול ענייני בהפעלת סמכויות מנהליות?

כדי להשיב על השאלה יש לברר תחילה מה הם ערכי היסוד של החברה בישראל. כיום אפשר לומר, בלשונם של סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, כי אלה הם ערכיה של "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁵¹ על ערכיה של מדינת ישראל אפשר ללמוד, קודם כול, מן ההכרזה על הקמת המדינה. ההכרזה מציגה שורה של ערכים, מהם ערכי יהדות, מהם ערכי דמוקרטיה ומהם ערכים משותפים ליהדות ולדמוקרטיה. השוויון הוא אחד מהם. בג"ץ פורז היה זה אחד הטעמים להכרה בשוויון כשיקול ענייני בעל תחולה כללית.⁵² גם הצדק הוא אחד מהם. וכך נאמר בהכרזה:

50. לדוגמה, בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ס"ח 205 אין סעיף הקובע, כמו סעיף 1 בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156, כי הביטוח הלאומי מושתת, בין היתר, על עקרונות של צדק. האם, אף-על-פי כן, אין להסיק מתולדות החוק ומהות החוק כי הגשמת הצדק היא אחת התכליות של חוק זה? ואתה שאלה ניתן לשאול לגבי חוק הסיוע המשפטי, תשל"ב-1972, ס"ח 95; חוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969, ס"ח 132 ועוד.

51. סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150 וסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 114, תיקון תשנ"ד, ס"ח 90.

52. בג"ץ פורז (לעיל, הערה 44), בעמ' 332. ערכים נוספים הוכרו בפסיקה כשיקולים ענייניים בעלי תחולה כללית. כך, לדוגמה, העיקרון הדמוקרטי: בג"ץ 7351/95 נבואני נ' השר לענייני דתות, פ"ד (4) 89, בעמ' 131; שלטון החוק: בג"ץ 5368/96 פנחני נ' היועץ

"מדינת ישראל ... תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל". על הכרזה זאת נאמר כי היא משקפת את חזון העם ואת עיקרי האמונה שלו. מלבד זאת, הערכים שנכללו בהכרזה קיבלו גם תוקף משפטי באמצעות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק. חוק־יסוד אלה קובעים (בסעיף 1 של כל חוק־יסוד) כי "זכויות היסוד של האדם בישראל ... יובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". משמע, כל רשויות השלטון בישראל חייבות (כאמור בסעיף 11 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 5 לחוק־יסוד: חופש העיסוק) לכבד את זכויות היסוד של האדם, בין היתר, ברוח הצדק, כפי שנקבע בהכרזה על הקמת המדינה.⁵³

גם בלי להסתמך על ההכרזה, יש מקום להסיק מעצם האופי הדמוקרטי של המדינה כי הצדק הוא אחד מערכי היסוד של המדינה. בדרך זאת הלך בית המשפט לא פעם. הוא הסתמך על האופי הדמוקרטי של המדינה כדי לקבוע, בין היתר, כי חופש הביטוי הוא ערך יסוד במדינה⁵⁴ וכי השוויון בין המינים הוא ערך יסוד במדינה.⁵⁵ בדרך זאת אפשר ללכת כדי לקבוע שגם הצדק הוא אחד מערכי היסוד של המדינה. לצורך זה ראוי להזכיר כי במדינה דמוקרטית הממשלה וכל רשות מנהלית אחרת הם נאמני הציבור. המעמד של נאמן מטיל על כל רשות מנהלית חובה לשרת את הציבור כולו ולשרת גם כל אדם כחלק מן הציבור.⁵⁶ חובה זאת דורשת כי הרשות המנהלית תנהג כלפי כל אדם בדרך ההולמת יחסים בין "ידידים".⁵⁷ הנה כך אמר השופט ברק:

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 בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר עליה לפעול בהגינות.⁵⁸

המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 364, בעמ' 378. ראו עוד בג"ץ פורז (לעיל, הערה 44), בעמ'

330.

53. ראו יזהר טל, "הכרות העצמאות – עיון היסטורי-פרשני", משפט וממשל ו (2) (תשס"ג)

551, בעמ' 570-574.

54. בג"ץ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

55. בג"ץ פורז, (לעיל, הערה 44), בעמ' 332.

56. ראו לעיל פרק א ("מבוא") סעיף 3 ("על הרשות המנהלית").

57. השוו בג"ץ קונטרם (לעיל, הערה 27), בעמ' 348-349.

58. בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, בעמ'

745-746.

נכון אמנם שבית המשפט אינו אומר כי המעמד של נאמן הציבור מטיל על המדינה ועל רשויות מנהליות חובה לפעול, בין היתר, גם בצדק. אך אפשר לומר כי החובה לפעול בצדק משתמעת מן החובה, אשר עליה חוזר בית המשפט פעם בפעם, לנהוג ביושר, בטוהר לב ובהגינות. מי שנוהג ביושר, בטוהר לב ובהגינות, בדרך כלל הוא גם פועל באופן צודק.⁵⁹ מכל מקום, אין היגיון לעשות הבחנה, לעניין חובת הנאמנות הציבורית, בין יושר והגינות ובין צדק. אפשר אף להניח כי בית המשפט לא התכוון לעשות הבחנה כזאת.⁶⁰ וכי יש היגיון לומר כי רשות מנהלית חייבת לפעול "ביושר, בטוהר לב ובתום לב", ובו בזמן היא פטורה מן החובה לפעול בצדק? התשובה היא, לדעתי, כי הצדק אף הוא, יחד עם הסבירות, היושר וההגינות, אחד מערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

הצדק הוא גם אחד מערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית. התנ"ך ומקורות אחרים במורשת ישראל מרבים לפאר את הצדק כתכונה אלוהית (צדק ומשפט מְכוֹן כסאך)⁶¹ וכמצוות אדם (ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו)⁶² – אין ספק שהצדק הוא אחד מערכי היסוד של מורשת ישראל.⁶³ חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, עשה אותו גם אחד ממקורות המשפט בישראל.⁶⁴ חוק זה קובע (בסעיף 1) כי בית המשפט יכריע בשאלה משפטית, בהיעדר מקור אחר מבין המקורות המנויים בחוק, "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

59. ההכרה שרשות מנהלית חייבת לפעול באופן צודק הניעה את בית המשפט באנגליה, ובעקבותיו את בית המשפט בישראל, להטיל על רשויות מנהליות, ראשית, איסור לקבל החלטה במצב של ניגוד עניינים, ושנית, חובה לתת לאדם שעשוי להיפגע מן ההחלטה הזדמנות להשמיע את טענותיו. שני כללים אלה נקראים, עד היום, בשם כללי "הצדק הטבעי" (natural justice). ראו, לדוגמה, בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493, בעמ' 1501-1502. ראו גם הסמכות המנהלית (לעיל, הערה 35), בעמ' 794.

60. השופט ברק בע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, בעמ' 218, בדברו על העקרונות הכלליים של שיטת המשפט, אמר: "עקרונות כלליים אלה כוללים בחובם עקרונות של שוויון, צדק, מוסר".

61. תהלים פט, טו.

62. דברים א, טו.

63. ראו מנחם אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס האוניברסיטה העברית, תשמ"ח), 125 ואילך. בעמ' 156-157 נאמר: "עקרון הצדק שימש בידי חכמים כנורמה משפטית עליונה בכל אותם מקרים שבהם מכיר המשפט העברי באפשרות של הכרעה שיפוטית שלא לפי הדין העברי המקובל ... הציווי "צדק צדק תרדוף" מכריע את מידת הדין גם כאשר ההוראה שבדין יסודה במערכת המשפט העברי..." ראו גם חיים ה' כהן (לעיל, הערה 9), בעמ' 15-25; רון ש' קליינמן, "כפיית נורמות של 'לפנים משורת הדין' על גופים ציבוריים", ספר שמגר (חלק א': מאמרים, אהרן ברק, עו"ד מיכל לוצקי, רון ורד, כפיר מורחי – עורכים, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"ג) 469.

64. חוק יסודות המשפט, תש"ם-1981, ס"ח 163.

אפשר, אם כן, לומר לסיכום כי הצדק הוא אחד מערכי היסוד של מדינת ישראל גם מן הבחינה המשפטית. בלשונו של השופט ברק, "בפסיקתו הצביע בית המשפט על שוויון, צדק ומוסר כערכי יסוד מקובלים."⁶⁵ מכאן שהצדק הוא אחת התכליות הכלליות של כל חוק. לפיכך הצדק הוא בדרך כלל גם שיקול ענייני בהפעלת סמכויות על ידי רשויות מנהליות.⁶⁶

ג) שיקול הצדק בביקורת על החלטות מנהליות

מבחינת הדין די בכך לחייב את הרשות המנהלית להתחשב גם בשיקול הצדק. נוסף על כך גם מבחינה מעשית ראוי לרשות שתתחשב בשיקול הצדק. שהרי אם הרשות מתעלמת משיקול הצדק, גוברת האפשרות כי היא תקבל החלטה שיש בה אי-צדק. החלטה כזאת עשויה להיות עילה לביקורת על הרשות, ובמקרים קיצוניים אף לביטול ההחלטה. בשלב זה ראוי להדגיש את ההבחנה בין שיקול ענייני לצורך קבלת החלטה על ידי רשות מנהלית ובין עילת ביקורת על החלטה שכבר נתקבלה על ידי הרשות. יש כמובן קשר בין השניים; אך אין בהכרח זהות ביניהם. בין היתר, ראוי להפריד ביניהם בהקשר הנדון. בהקשר הנדון אני טוען כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני, שבדרך כלל כל רשות מנהלית חייבת להתחשב בו לצורך קבלת החלטה. שיקול ענייני, ולא עילת ביקורת. אכן אפשר לטעון כי יש מקום לקבוע את הצדק גם כעילת ביקורת, חדשה ונפרדת, לביטול החלטות מנהליות. אולם כיום לא מורגש צורך מעשי ליצור עילה כזאת לביקורת החלטות מנהליות, נוסף על עילות הביקורת הקיימות, שכן בפועל אי-צדק נבלע כיום בעילת הסבירות, המאפשרת לבטל החלטה מנהלית אם יש בה אי-צדק.⁶⁷ תפסת מרובה – לא תפסת. די בכך כיום אם הצדק ייקבע כשיקול ענייני. את השאלה אם ראוי לקבוע את הצדק גם כעילת ביקורת אפשר לדחות לימים אחרים. עם זאת, העובדה שניתן לבטל החלטה מנהלית שיש בה אי-צדק בעילת הסבירות משליכה גם על השאלה אם שיקול הצדק הוא שיקול ענייני אצל רשויות מנהליות. הכיצד?

כל החלטה מנהלית צפויה לביקורת, ביקורת מנהלית וביקורת שיפוטית, מצדדים שונים ובצורות שונות. קודם כול, אפשרית תלונה מצד אזרח שנפגע מהחלטה מנהלית הגורמת, לטענתו, אי-צדק. תלונה כזאת, המופנית אל הרשות המנהלית, עשויה להוביל את הרשות,

65. בג"ץ פורז (לעיל, הערה 44), בעמ' 330. ראו עוד חיים ה' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית עיונים בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט – ספר היובל (ארנן גבריאלי, ד"ר מיגל דויטש – עורכים, הוצאה לאור של לשכת עורכי-הדין בישראל, תשנ"ד), 9.

66. כך בדרך כלל, כיוון שערכי היסוד של המדינה (או החברה, או המשפט) נעשים תכלית כללית של כל חוק, ולכן גם שיקול ענייני במסגרת החוק, מכוח חוקה (פרוזומפציה) שזאת היא כוונת החוק. אך לא תמיד כך, כיוון שחוקה זאת ניתנת לסתירה בהקשר של חוק מסוים, ולכן ייתכנו חריגים לכלל. ייתכן, למשל, כי בהקשר של חוק מסוים עקרון השוויון, שהוא אחד מערכי היסוד, לא ייחשב אחת התכליות של אותו חוק. ראו בג"ץ פורז (לעיל, הערה 44), בעמ' 329.

ראו גם פרשנות במשפט (לעיל, הערה 22), בעמ' 422-423. ראו עוד להלן ליד הערה 81.

67. ראו להלן הערה 73. וכן דברים צמודים להערות 76 ו-77.

ובעצם ראוי שתוביל את הרשות, לתת דעתה לשיקול הצדק. אולם בדרך כלל קיים קושי לשיקול כראוי את שיקול הצדק, או כל שיקול ענייני אחר, בשלב שלאחר קבלת ההחלטה, בגלל הקושי הקיים בשינוי החלטה. לכן עדיף, גם מבחינת הרשות עצמה, שהרשות תיתן דעתה לשיקול הצדק כבר בשלב של גיבוש ההחלטה.

הביקורת על החלטה מנהלית צפויה גם מצד גורמים אחרים.⁶⁸ בין היתר, היא עשויה להגיע גם מנציב תלונות הציבור במשרד מבקר המדינה. חוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב] קובע (בסעיף 73) שכל אדם רשאי להגיש תלונה לנציב על מעשה הפוגע בו במישרין,⁶⁹ וכי חבר הכנסת רשאי להגיש תלונה בגין מעשה שיש בו, בין היתר, "אי-צדק בולט".⁷⁰ וכך אמר בעניין זה מבקר המדינה:

במושג 'אי צדק בולט', ולטעמי, כאמור, די היה לומר 'אי צדק', פנה המחוקק לחוש הצדק של הנציב. ומתי ייעזר הנציב בחוש הצדק? על כורחך אתה אומר כל אימת שאין החוק, הדין או ההלכה מחייבים אותו לנהוג אחרת. או אז בסמכותו לעשות צדק לפי מיטב שיקול דעתו, ולקבוע נורמה שאינה מוסדרת.⁷¹

בנוסף, מעשה מנהלי שיש בו אי-צדק עשוי לשמש עילה להתערבות של בית המשפט, יהיה זה בית המשפט הגבוה לצדק או בית משפט אחר, לפי העניין. בית המשפט עשוי להתערב, קודם כול, במהלך הדיון בדרך של הערה, עצה או הצעה במטרה למנוע או לתקן

68. ביקורת בגין אי-צדק עשויה לבוא מצד הממונים על הרשות המנהלית, הכנסת, התקשורת, ועוד. שאלה היא אם אי-צדק הוא עילה לביקורת גם על ידי מבקר הפנים של הגוף הציבורי הנוגע בדבר. חוק הביקורת הפנימית, תשנ"ב-1992, ס"ח 198, קובע בסעיף 4 כי המבקר הפנימי "יבדוק, בין היתר, (1) אם הפעולות של הגוף הציבורי שבו הוא משמש מבקר ושל נושאי משרה וממלאי תפקידים באותו גוף תקינות, מבחינת השמירה על החוק, על הניהול התקין, על טוהר המידות ועל החסכון והיעילות, ואם הן מועילות להשגת היעדים שנקבעו להן". אי-צדק לא נקבע במפורש כעילת ביקורת. עם זאת, לדעתי, אפשר וראוי לקיים ביקורת פנימית גם בעילה של אי-צדק. ראשית, אפשר לכלול את שיקול הצדק במסגרת הניהול התקין. שנית, הסעיף אינו ממצה את עילות הביקורת, שכן הוא אומר, ברישא של הסעיף, כי המבקר יבדוק את הפעולות של הגוף המבוקר "בין היתר" בעילות המפורטות בסעיף זה. מכל מקום, אם תיקבע הלכה כי רשות מנהלית חייבת להתחשב גם בשיקול הצדק כשיקול ענייני, ברור כי אי-צדק יהווה עילה לביקורת פנימית, כאמור בסעיף זה, "מבחינת השמירה על החוק".

69. סעיף 37 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958, ס"ח 92.

70. סעיף 38 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב]. במקרה כזה הנציב רשאי להצביע "על הצורך בתיקון הליקוי שהעלה הבירור ועל הדרך והמועד לתיקונו".

71. אליעזר גולדברג, "נציבות תלונות הציבור – עקרונות ויישומם", עיונים בביקורת המדינה

59 (תשס"ג) 9, בעמ' 17.

איי-צדק; שהרי בית המשפט שוקל, בעניין מנהלי כמו בכל עניין אחר, גם את שיקול הצדק, והוא נוטה לעשות צדק בהתחשב בנסיבות המקרה, ככל שהחוק מאפשר זאת.⁷² לכן, דבר רגיל הוא שבית המשפט מציע לרשות המנהלית העומדת לפניו כמשיבה לשנות את החלטתה או לשקול מחדש את עמדתה, כדי למנוע אי-צדק, ודבר רגיל הוא שהרשות המנהלית נענית להצעת בית המשפט. גם מטעם זה ראוי שהרשות המנהלית תיתן דעתה לשיקול הצדק כבר בשלב של קבלת ההחלטה.

זאת ועוד, בית המשפט עשוי לבטל החלטה של רשות מנהלית שיש בה אי-צדק. אמנם אי-צדק, כשהוא לעצמו, אינו מוכר במשפט ישראל כעילה לביקורת החלטות מנהליות.⁷³ גם אין אני מציע כי אי-צדק, כשהוא לעצמו, ייקבע בשלב זה כעילה נפרדת לביקורת החלטות מנהליות.⁷⁴ עם זאת, בנסיבות מסוימות אפשר שאי-צדק, כשהוא לעצמו, ישמש

72. למעמד של שיקול הצדק בעניינים מנהליים, שבית המשפט הגבוה לצדק דן בהם, ראו עדי פרוש, "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק", עיוני משפט יג (תשמ"ח), 453. בית המשפט הגבוה לצדק מסתמך לצורך זה, מפעם לפעם, על סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כי בית משפט זה "ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". ראו, לדוגמה, בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453, בעמ' 458. אך בית המשפט אינו נוקק לסעיף זה כדי לפעול, כמו כל בית משפט אחר, לעשיית צדק במסגרת החוק. אכן, גם בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, לפי חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000, ס"ח 190, פועל ורשאי לפעול, לא פחות מבית המשפט הגבוה לצדק, לעשיית צדק במסגרת החוק.

73. בגרמניה החוק קובע כי מעשה מנהלי יהיה בטל מעיקרו, בין היתר, אם הוא סותר את המוסר. המוסר, בהקשר זה, קרוב מאד לצדק: לעתים קרובות לא יהיה קושי לומר כי החלטה בלתי-מוסרית היא גם החלטה בלתי-צודקת. בשעתו העליתי את השאלה אם לא יהיה זה ראוי לקבוע גם בישראל, כאחת העילות לביטול החלטות מנהליות, את הפגיעה (הבולטת) במוסר או בצדק. כאשר אדם פרטי כורת חוזה בלתי-מוסרי, החוזה בטל על פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). כאשר עובד ציבור מקבל החלטה בלתי-מוסרית, האם אין מקום לומר, קל וחומר, כי ההחלטה בטלה או ניתנת לביטול? אכן, ניתן להצביע על יתרונות של הלכה שתקבע את הפגיעה במוסר (או בצדק) כעילה לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות, וראוי לשקול אם אין זו הלכה טובה לישראל. ראו יצחק זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", *משפט וממשל* ב(1-2) (תשנ"ד) 109, בעמ' 135-139. עם זאת, יש להבחין בין הלכה הקובעת את המוסר (או הצדק) כעילה לפסילת החלטות מנהליות, אשר עליה דיברתי באותו מאמר, לבין הלכה הקובעת כי הצדק הוא שיקול ענייני אצל רשויות מנהליות, אשר עליה אני מדבר במאמר זה. הלכה הקובעת כי המוסר (או הצדק) הוא שיקול ענייני מתמקדת בהליך המנהלי ומבקשת להנחות מראש את הרשות המנהלית, בשלב שלפני קבלת ההחלטה, ואילו הלכה הקובעת את הפגיעה במוסר (או בצדק) כעילה לפסילת החלטה מנהלית, בודקת בדיעבד את תוצאת ההליך.

74. ראו לעיל דברים צמודים להערה 67.

תשתית (או עילת-משנה) לצורך ביטול החלטה באחת העילות המוכרות לביקורת החלטות מנהליות. לצורך זה אפשר להשתמש במיוחד בשלוש עילות אלה: הפליה (כלומר, פגיעה בשוויון), חוסר-סבירות ואי-מידתיות. כיצד?

ראשית, לעתים אי-צדק מתבטא באי-שוויון. אכן, קיים קשר הדוק בין מושג הצדק לבין מושג השוויון. הקשר הדוק עד כדי כך שיש אומרים כי מושג הצדק מתבטא בעיקר בדרישת השוויון. מכל מקום, לא פעם אפשר להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטה הגורמת אי-צדק בטענה שהיא פוגעת בשוויון. כך, למשל, אם רשות מנהלית מקבלת החלטה לשלול מאדם טובת הנאה (כגון מענק או רשיון) מחמת השתייכות לאומית או מפלגתית, יש בכך גם אי-צדק. אפשר לתקוף החלטה כזאת בבית המשפט, כדי למנוע או לתקן אי-צדק, באמצעות העילה של שוויון.⁷⁵

שנית, החלטה הגורמת אי-צדק עשויה להיחשב גם החלטה בלתי-סבירה. אכן, אי-צדק הוכר מאז ומתמיד כגורם אפשרי לחוסר-סבירות. הנה, לדוגמה, אחד מפסקי הדין הראשונים שבהם אימץ בית המשפט העליון את עילת הסבירות. בית המשפט נתבקש לפסול הוראה בחוק-עזר עירוני בעילה של חוסר-סבירות. השופט אגרנט ציין, כשהוא מסתמך על פסק דין ידוע מאנגליה, כי אי-צדק הוא אחד המבחנים של עילה זאת. וכך אמר:

השאלה תהא, במקרים אלה, אם יש בה, בהוראה ממין זה - וכאן נוכל לנקוט לשונו של הלורד Russell במשפט Kruse v. Johnson {3} 91,99 Q.B.D. 2 (1898) - משום אי-צדק בולט, או משום התערבות כה קשה בזכויותיהם של אלה הנתונים למרותו של חוק העזר הנדון, עד כדי שאנשים בני דעת לא היו מצדיקים אותה, ובית המשפט היה נאלץ לומר: המחוקק מעולם לא התכוון שלחוק עזר כזה יינתן תוקף למפרע; ההוראה המביאה לתוצאה זו היא בלתי הגיונית ויש לראותה כבטלה ומבוטלת.⁷⁶

75. לדוגמה, בג"ץ 2599/00 יתד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד (5) 834 (להלן: בג"ץ יתד). כאן נדונה העמדה של משרד החינוך אשר לפיה המשרד יממן חינוך של ילדים "בעלי צרכים מיוחדים" אם הם לומדים במוסדות חינוך מיוחדים, אך לא יממן את החינוך אם הם לומדים במוסדות חינוך רגילים, אף אם הם נמצאו מתאימים להשתלב בחינוך הרגיל. בנסיבות המקרה היה יסוד לומר כי עמדה זאת גורמת אי-צדק. בית המשפט פסל את העמדה של משרד החינוך בעילה של פגיעה בשוויון. השוויון שירת את הצדק.

76. בג"ץ 21/51 ביננבוים נ' עיריית תל-אביב, פ"ד ו 377, בעמ' 386. הלכה למעשה, בית המשפט אינו פוסל החלטה מנהלית בעילה של חוסר-סבירות אלא אם ההחלטה לוקה בחוסר-סבירות קיצוני. בהתאם לכך יש לומר כי בית המשפט לא יפסול החלטה מנהלית שיש בה אי-צדק אלא אם ההחלטה לוקה באי-צדק בולט או אי-צדק קיצוני. ראו להלן הערה 96 ודברים צמודים להערה זאת.

בהתאם לכך אפשר לעתים לתקוף החלטה מנהלית שיש בה אי-צדק בעילה של חוסר-סבירות.⁷⁷

שלישית, עילת המידתיות עשויה אף היא, בנסיבות מסוימות, לשמש מכשיר יעיל כדי לתקוף החלטה מנהלית שיש בה אי-צדק. עילת המידתיות, כידוע, נחלקת לשלוש עילות-משנה: (א) האמצעי שנבחר על ידי הרשות המנהלית אינו מתאים להגשמה של מטרת החוק; (ב) האמצעי שנבחר פוגע באדם מעל למידה הנדרשת כדי להגשים את מטרת החוק; (ג) האמצעי שנבחר גורם פגיעה חמורה באדם ואילו התועלת שהוא מביא לציבור היא מזערית.⁷⁸ ניתוח הנסיבות במקרה מסוים עשוי ללמד כי התוצאה של אי-צדק נובעת מעילת-משנה, זו או אחרת, של עילת המידתיות.⁷⁹

העילות של שוויון, סבירות ומידתיות הן עילות עיקריות, אך אינן כל העילות שניתן להשתמש בהן לצורך הגנה על הצדק וביטול החלטות הפוגעות בצדק. כך, לדוגמה, בנסיבות מסוימות ניתן למנוע או לתקן אי-צדק גם באמצעות עילה דיונית, כגון, זכות הטיעון לפני רשות מנהלית, או בעילה מהותית אחרת, כגון, הסתמכות על מצג מנהלי.⁸⁰ לסיכום, התעלמות של רשות מנהלית משיקול הצדק עשויה להוביל אותה להחלטה שיש בה אי-צדק, ואי-צדק עשוי לשמש בעקיפין בסיס לתקיפת ההחלטה בעילה של פגיעה

77. ראו, לדוגמה, בג"ץ **שיח חדש** (לעיל, הערה 48). כאן ביטל בית המשפט החלטות אחדות של מינהל מקרקעי ישראל, שפגעו בצדק החלוקתי, בעילה של חוסר-סבירות. על פסק דין זה ראו גם להלן ליד הערה 106. ראו עוד בג"ץ 6069/00 **העמותה להנצחת חללי אסון המסוקים בשאר ישוב נ' שר הביטחון**, פ"ד נה(4) 75, בעמ' 82: ביטול החלטה של שר הביטחון בדבר נוסח הכיתוב על מצבה צבאית של חללים באסון המסוקים בעילה של חוסר-סבירות, בין היתר, מתוך התחשבות בצערם של קרובי החללים; בג"ץ 794/98 **עובייד נ' שר הביטחון**, פ"ד נה(5) 769: ביטול החלטה המונעת ביקורים של נציגי הצלב האדום אצל עצורים מלבנון בעילה של חוסר-סבירות, וזאת בשל אי-מתן משקל מספיק לשיקול הומניטרי, שעל פי מהותו הוא קרוב לשיקול הצדק.

78. ראו, לדוגמה, בג"ץ 1715/97 **לשבת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נ"א(4) 367, בעמ' 385; בג"ץ 1030/99 **ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640, בעמ' 665.

79. ראו, לדוגמה, בג"ץ 3477/95 **בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1 (להלן: בג"ץ **בן-עטיה**). כאן עמדה לביקורת החלטה של משרד החינוך לשלול מתלמידי בית ספר מסוים זכות מסוימת הקשורה לבחינות הבגרות בשל חשש לפגיעה בטוהר המידות. בנסיבות המקרה היה מקום לומר כי ההחלטה גורמת אי-צדק לתלמידים. בית המשפט פסק כי ההחלטה פסולה בגין כל אחת מעילות-המשנה של עילת המידתיות.

80. לגבי אינטרס ההסתמכות ראו, לדוגמה, בג"ץ 3659/97 **פריץ, סגן וממלא-מקום ראש-המועצה המקומית בנתיבות נ' זוהר, ראש-המועצה המקומית בנתיבות**, פ"ד נא(3) 636 (להלן: בג"ץ **פריץ**), בעמ' 649. על פסק דין זה ראו להלן את הדברים צמודים להערה 101. ראו גם, על עקרון ההסתמכות באופן כללי, דפנה ברק-ארוז, "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי", **משפטים** כו(1) (תשנ"ו) 17.

בשוויון, חוסר־סבירות, אי־מידתיות או עילה אחרת, ואף לביטול ההחלטה על ידי בית המשפט. מוטב וראוי, אם כן, כי הרשות המנהלית תיתן דעתה לשיקול הצדק כבר בשלב של גיבוש ההחלטה.

לדעתי, מסקנה נכונה וראויה היא, על יסוד שיקולים משפטיים ומעשיים גם יחד, כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני לצורך הפעלת סמכות מנהלית. אילו אמרנו כי שיקול הצדק אינו שיקול ענייני, המסקנה הייתה, על פי כלל השיקולים הענייניים, שאסור לרשות המנהלית להתחשב בשיקול הצדק. איסור כזה, המונע התחשבות בשיקול הצדק גם כאשר הרשות המנהלית רואה צורך בכך, אינו מתקבל על הדעת.⁸¹

אם, כאמור, שיקול הצדק הוא שיקול ענייני בקבלת החלטות מנהליות, נודעת לכך גם נפקות משפטית. הנפקות, לפי כלל השיקולים הענייניים כפולה: ראשית, הרשות המנהלית רשאית להתחשב בשיקול הצדק; שנית, היא חייבת להתחשב בשיקול זה. זאת ועוד, לפי כלל הסבירות, הרשות המנהלית חייבת לתת לשיקול הצדק, כמו לכל שיקול ענייני, את המשקל הראוי לו בנסיבות המקרה, ולאזן אותו כראוי עם שיקולים ענייניים אחרים. אם הרשות המנהלית לא תתחשב כלל בשיקול הצדק, או אם היא לא תיתן לו את המשקל הראוי, יהיה זה פגם בהחלטת הרשות, והוא עשוי לפסול את ההחלטה.⁸²

4. נגד שיקול הצדק בשיקול ענייני

הטענה כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני, שהרשות המנהלית חייבת להתחשב בו ולתת לו את המשקל הראוי, גם אם היא שובה את הלב מבחינה ערכית, עשויה לעורר חשש ואף התנגדות מבחינה מעשית. מבחינה זאת ניתן להעלות נגדה שלוש טענות עיקריות: ראשית, לעניין ההתאמה של שיקול הצדק לשימוש על ידי רשויות מנהליות; שנית, לעניין הצורך בשיקול הצדק במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות; ושלישית, לעניין הנזק אשר השימוש בשיקול הצדק עשוי לגרום.

א) התאמה

לפי הטענה הראשונה, שיקול הצדק, על פי מהותו, אינו מתאים לשימוש כשיקול ענייני על ידי רשויות מנהליות. הצדק הוא מושג עמום. אין לו משמעות מוסכמת או הגדרה מוסכמת. יש בו יסוד סובייקטיבי חזק. לכן הרשות המנהלית לא תדע כיצד להשתמש בו, מה המשמעות של הצדק בדרך כלל ואיזה משקל ראוי לתת לו במקרה מסוים. אמנם

81. עם זאת, ראוי לסייג מסקנה זאת: אף כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני בקבלת החלטות מנהליות בדרך כלל, יש גם חריגים לכלל. ראשית, כיוון שהצדק הוא שיקול ענייני מכוח חוקה פרשנית, לפיה הצדק הוא אחת התכליות הכלליות של כל חוק, אפשר כי חוקה זאת נסתרת בהקשר של חוק מסוים. ראו לעיל הערה 66. שנית, אפשר כי בנסיבות המיוחדות של מקרה מסוים, שיקול הצדק ייחשב שיקול זר ולכן גם שיקול פסול. ראו, לדוגמה, בג"ץ "שיח חדש" (לעיל, הערה 48), בעמ' 73-74. על פסק דין זה ראו עוד להלן ליד הערה 106.

82. ראו רענן הרזובה, *המשפט המינהלי הישראלי* (שנהב, תשנ"ז), בעמ' 447 ואילך; *הסמכות המנהלית* (לעיל, הערה 35), בעמ' 740 ואילך ובעמ' 763 ואילך.

בדרך כלל רשות מנהלית יכולה בקלות יחסית לגבש תפיסה של צדק כללי, המתייחס לציבור מסוים בנוגע להפעלת סמכות מסוימת, באמצעות תקנות או הנחיות כלליות (כגון, קריטריונים, אמות מידה וכדומה). אך קשה מאד יהיה לרשות מנהלית הממונה על רשויות אחרות, וגם לבית המשפט יהיה קשה מאד להנחות את הרשות המנהלית כיצד לעשות צדק פרטי על פי הנסיבות המיוחדות של מקרה מסוים. במקרה כזה הרשות תצטרך לפעול בדרך כלל באורח אינטואיטיבי וסובייקטיבי. התוצאה הצפויה היא, פגיעה בוודאות ובאחידות של הפעולה המנהלית, ולכן גם בשוויון, ערעור היציבות המנהלית וגם קושי בביקורת הפנימית והחיצונית על החלטות מנהליות.

התשובה לטענה זאת היא, קודם כול, שמערכת המשפט אינה בנויה רק על כללים ברורים, המנוסחים כסעיפים בחוק, בתקנות או בהנחיות כלליות, אלא גם על ערכים ועקרונות, הבאים לידי ביטוי במושגים עמומים. מושג הצדק הוא אחד מהם. מערכת המשפט מכירה היטב את מושג הצדק, לא פחות ממושגים אחרים, כמו תום לב או תקנת הציבור, צריכה אותם, יודעת להשתמש בהם ומפיקה מהם תועלת. אכן, מושג הצדק משמש הן את המחוקק בהקשרים שונים והן את בית המשפט בדרך כלל.⁸³ מדוע, אם כן, לא יוכל לשמש גם את הרשות המנהלית?

לא זו בלבד. הרשויות המנהליות אמורות גם הן להשתמש במושגים עמומים. כך, לדוגמה, ההלכה מחייבת כל רשות מנהלית לנהוג בסבירות ובהגינות.⁸⁴ כל רשות מנהלית חייבת גם לנהוג בשוויון; אך השוויון הוא מושג עמום.⁸⁵ זאת ועוד. ההלכה הקובעת כי התכליות הכלליות של שיטת המשפט (כלומר, ערכי היסוד של החברה) הן בגדר שיקולים ענייניים, שכל רשות מנהלית חייבת להתחשב בהם בכל מקרה, מחייבת את הרשות להתחשב במושגים עמומים רבים.⁸⁶ אין טעם להוציא דווקא את הצדק (בשל היותו מושג עמום) מן הרשימה של ערכי היסוד (שאף הם מושגים עמומים) המהווים שיקולים ענייניים. והרי הצדק קשור לשיטת המשפט בקשר הדוק יותר מכל ערך אחר. אכן, הצדק מתאים לא פחות מערכי יסוד אחרים לשמש שיקול ענייני אצל רשויות מנהליות.

83. ראו לעיל פרק א ("מבוא"), סעיף 2 ("על הצדק").

84. ראו, לדוגמה, לעיל ליד הערה 28.

85. כך, לדוגמה, בבג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141, בעמ' 148, ציין השופט ש' לוין כי "מחבר אחד מצא ומנה, שקיימות 108 משמעויות שונות של השוויון,..." ראו גם יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", *משפט וממשל* (1-2) (תש"ס), 165.

86. ראו, לדוגמה, בג"ץ פורו (לעיל, הערה 44), בעמ' 330. ראו גם לעיל הערה 44. מפעם לפעם בית המשפט מוסיף עוד ערך לרשימה של ערכי היסוד המשמשים גם שיקולים ענייניים אצל רשויות מנהליות. ראו, לדוגמה, בג"ץ יתד (לעיל, הערה 75), בעמ' 846: "הזכות לחינוך מיוחד, כלומר, חינוך של ילדים בעלי צרכים מיוחדים, היא אחד מערכי היסוד של השיטה. לדעתי, ראוי לנהוג איפוק וצמצום ברשימה של ערכי היסוד המהווים שיקולים ענייניים לרשויות מנהליות, כדי לשמור על מעמד נכבד ועל משקל ראוי של ערכי היסוד. תפסת מרובה, לא תפסת."

ראוי להוסיף כי מושגים עמומים שאומצו כמושגים משפטיים נעשים בדרך כלל, תוך כדי השימוש, ברורים יותר וצפויים יותר. הפסיקה נוטה להבהיר אותם, לקבוע להם מבחנים ולעשות אותם נוחים יותר לשימוש. כך, לדוגמה, קרה למושג תום הלב במשפט הפרטי ולמושגי הסבירות והשוויון במשפט המנהלי. הדעת נותנת שכך יקרה גם למושג הצדק במהלך השימוש במושג זה כשיקול ענייני של רשויות מנהליות.

ב) הצורך

טענה שנייה היא, שלא קיים צורך לקבוע כי הצדק הוא שיקול ענייני אצל רשויות מנהליות, כיוון שממילא קיימות עילות ביקורת על החלטות מנהליות שיש בהן כדי למנוע או לתקן אי-צדק: אלה הן בעיקר עילות השוויון, הסבירות והמידתיות.⁸⁷ טענה מסוג זה היא טענה שכיחה נגד פיתוח כללים חדשים או עילות חדשות. כך, לדוגמה, נטען גם נגד הפיתוח של עילת הסבירות. עילת הסבירות במקורה שימשה בידי בית המשפט, במשך שנים רבות, עילה לבקר ולפסול החלטה מנהלית כאשר ההחלטה עצמה הייתה בלתי-סבירה (בלי שמושג עמום זה הובהר); הפיתוח של עילה זאת בידי בית המשפט, לפני שנים לא רבות, משמש כיום כדי לבקר את ההליך המנהלי, ולא רק את ההחלטה, בטענה שהרשות המנהלית לא נתנה משקל ראוי לשיקול ענייני.⁸⁸ הפיתוח של עילת הסבירות, גם אם לא הורגש בו צורך, קידם מאד, באופן עיוני ובאופן מעשי, את הביקורת השיפוטית.

טענה מסוג זה הושמעה גם נגד עילת המידתיות, כאשר אומצה על ידי בית המשפט לפני פחות מעשר שנים.⁸⁹ גם היא אומצה בלי שלכאורה הורגש צורך בכך. אכן, גם קודם לכן בית המשפט היה יכול (אם כי לא פעם באופן מאולץ) לבקר ולפסול החלטה בלתי-מידתית בתוך המסגרת של עילת הסבירות. עם זאת, החלטת בית המשפט לאמץ את עילת המידתיות (על פי הדגם של המשפט הגרמני) העלתה תרומה גדולה לביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות.

הפיתוח של עילת הסבירות והאימוץ של עילת המידתיות עשו את הביקורת השיפוטית מובנת יותר, מדויקת יותר ויעילה יותר, הן כמכשיר בידי הרשות המנהלית לצורך ביקורת עצמית, הן כמכשיר בידי האזרח לצורך הגנה על זכויות ואינטרסים פרטיים, והן בידי בית המשפט כמכשיר לצורך תיקון פגמים בהחלטות מנהליות. יש לומר, אם כן, כי הצורך המעשי, במובן הצר של הביטוי, אינו צריך להיות שיקול מכריע בפיתוח המשפט. עצם הפיתוח של המשפט, באופן שייטיב לשרת את מטרת המשפט, ובהן שקיפות, בהירות וחינוך להתנהגות ראויה, הוא צורך מעשי, במובן רחב של הביטוי, המצדיק את הפיתוח. זהו צורך במובן של תועלת. השאלה הקובעת היא, על כן, לא אם קיים צורך בפיתוח, אלא

87. ראו לעיל ליד הערות 75 ו-79.

88. ראו, לדוגמה, בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד (2) 94, בעמ' 105; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (להלן: בג"ץ גנור), בעמ' 513.

89. בג"ץ יורונט (לעיל, הערה 43); בג"ץ בן-עטיה (לעיל, הערה 79).

אם צפויה מכך תועלת. לפיכך, השאלה היא מה התועלת הצפויה מן הקביעה שהצדק הוא שיקול ענייני בקבלת החלטות מנהליות.

התועלת טמונה, ראשית, במישור העקרוני. במערכת המשפט יש תועלת גם בהצהרת עקרונות.⁹⁰ בהתאם לכך יש תועלת בהצהרה על מעמד הצדק במנהל הציבורי. הצהרה כזאת היא מסר מאת החברה המאורגנת אל כל פרט בחברה. חשוב במיוחד – היא גם מסר לכל עובדי הציבור. זהו מסר חדש. המסר הקיים הוא – היה סביר; היה צודק – זהו מסר שונה. יש צורך גם בזה וגם בזה. מערכת המשפט היא מערכת ראויה ומתקדמת יותר כאשר היא מצהירה כי עובדי ציבור צריכים להתחשב גם בשיקול הצדק. היא מציגה את עובד הציבור באור אנושי יותר ואת המנהל הציבורי באור חם יותר.

שנית, במישור המעשי יש הבדל בין עילות ביקורת לבין כללי הליך. עילות הביקורת, כגון סבירות ומידתיות, משמשות לביקורת החלטה מנהלית בדיעבד; כללי הליך, כגון כלל השימוע וכלל השיקולים הענייניים, משמשים להנחיה מראש של הרשות המנהלית.⁹¹ ההבדל בין עילות ביקורת לבין כללי הליך הוא לא רק הבדל עקרוני אלא גם הבדל מעשי. למשל, אפשר לתקוף הליך מנהלי עוד לפני שנתקבלה החלטה מנהלית (כגון, בשל סירוב לקיים שימוע או להתחשב בשיקול ענייני), וגם לאחר שנתקבלה החלטה מנהלית אפשר לתקוף אותה בטענה של הפרת כלל הליך (כגון מניעת שימוע או התעלמות משיקול ענייני) בלי לצרף לכך טענה שהחלטה עצמה פגומה בשל חוסר-סבירות או אי-מידתיות. זאת ועוד, כלל הליך יש בו בעיקר הנחיה מראש לגבי ההליך המנהלי, ואילו עילת ביקורת יש בה בעיקר ביקורת בדיעבד על ההחלטה המנהלית. ההבדל בין הנחיה מראש לבין ביקורת בדיעבד חשוב כמו ההבדל בין רפואה מונעת לבין רפואה מתקנת. הנחיה מראש עשויה ליתר ביקורת בדיעבד. יתרה מזאת, ביקורת בדיעבד מתייחסת למספר קטן באופן יחסי של מקרים, שכן במקרים רבים מחיר הביקורת מרתיע אנשים שנפגעו מהחלטות מנהליות מפני עתירה לבית המשפט. בכל מקרה, הביקורת מתמקדת בניסיונות המקרה הנדון, ולכן התועלת הצומחת מן הביקורת עשויה להיות מוגבלת, באופן ישיר, לאותו מקרה. כך, לדוגמה, לגבי ביקורת הפוסלת החלטה במקרה מסוים בעילה של חוסר סבירות, אם בשל אי-צדק ואם בשל טעם אחר. על פני הדברים הביקורת מוגבלת להחלטה מסוימת של עובד ציבור מסוים, ועובד ציבור אחר יתקשה לא פעם להקיש מאותה החלטה למקרה שונה העומד להחלטה לפניו. לעומת זאת, הנחיה מראש מתייחסת לכל המקרים, ולכן התועלת שלה עשויה להשתרע על תחום רחב. תועלת כזאת צפויה מכלל המחייב כל רשות מנהלית

90. כך, לדוגמה, סעיף 1 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 1 בחוק-יסוד: חופש העיסוק, המצהירים על "ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין".

91. בפועל, ההבדל בין עילות הביקורת לבין כללי הליך מטושטש, שכן מעילות הביקורת אפשר וראוי לגזור כללי הליך, וכללי הליך נבלעים בעילות ביקורת, ולכן הפסיקה נוטה להתעלם מן ההבדל שביניהם. כך, לדוגמה, מעילת הסבירות, המאפשרת פסילת החלטה משום שלא ניתן משקל ראוי לשיקול ענייני, נגזר כלל המחייב את הרשות, במסגרת ההליך, לתת משקל ראוי לכל שיקול ענייני. אפשר לומר כי חובת הסבירות היא, במובן אחד, כלל הליך, ובמובן שני – עילת ביקורת.

להתחשב, במסגרת ההליך המנהלי, גם בשיקול הצדק. לכן, גם מבחינה מעשית אין די בכך שבדיעבד ניתן לפסול החלטה מנהלית הגורמת אי-צדק בעילת הביקורת של חוסר-סבירות, אלא חשוב לומר מראש לכל רשות מנהלית שתכלול גם את שיקול הצדק במסגרת השיקולים הענייניים שלה.

כלל הקובע כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני, ולכן יש להתחשב בו בקבלת החלטות מנהליות, אמור ליצור או לחזק את המודעות לשיקול הצדק בהפעלת סמכויות מנהליות. שיקול הצדק, כשהוא מצטרף לשיקולים אחרים, עשוי בנסיבות מסוימות לשנות את מאזן השיקולים. הוא יכול לעשות את התפקוד המנהלי ערכי יותר. הוא יוסיף משמעות לתפישה שהרשות המנהלית היא נאמן הציבור. יהיה בכך כדי לקדם את המנהל הציבורי ולשפר את היחסים שבין המנהל הציבורי לבין הציבור הרחב. זאת היא, לדעתי, התועלת העיקרית הטמונה בכלל הקובע כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני בקבלת החלטות מנהליות.

ג) הנזק

התועלת, הטמונה בכלל הקובע כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני בקבלת החלטות מנהליות, היא צד אחד של המטבע. מן הצד השני מצוי הנזק הצפוי מכלל זה. יש לשקלל את התועלת הטמונה בכלל כנגד הנזק הצפוי ממנו. האם שכרו אינו יוצא בהפסדו? הנזק הצפוי נובע בעיקר מן הפגיעה האפשרית בתפקוד התקין של המנהל הציבורי. אפשר לטעון, ראשית, שקיים חשש כי החובה להתחשב בשיקול הצדק בקבלת החלטות מנהליות תסרבל את ההליך המנהלי, ולעתים אף תאריך ותייקר אותו, במיוחד משום שהצדק הוא מושג עמום והוא פותח שער רחב לטענות ותלונות מצד האזרח. עצם האפשרות הניתנת לאזרח להעלות טענות לפני הרשות המנהלית בשם הצדק עשויה להרבות מחלוקת, וכנראה גם התדיינות, ואף להעכיר את האווירה בין האזרח לבין הרשות. שנית, בשל העומס והלחץ המעיקים על הרשויות המנהליות, קיים חשש מפני מקרים שבהם הרשות המנהלית, אף שהיא פועלת למילוי תפקידה בתום לב, לא תיתן דעתה לשיקול הצדק, או לא תיתן לשיקול זה את המשקל הראוי. במקרים כאלה, התעלמות הרשות משיקול הצדק, או טעות הרשות בהערכת המשקל הראוי של שיקול זה, היא פגם משפטי, שיש בו כדי לפסול את ההחלטה. הרחבת הרשימה של פגמים שיש בהם כדי לפסול החלטות מנהליות עלולה להכביד על התפקוד של המנהל הציבורי, וכתוצאה עקיפה לפגוע גם באינטרס הציבורי.

אכן, החשש אינו מופרך. כלל הקובע כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני עשוי להכביד במידה מסוימת על התפקוד של המנהל הציבורי. אולם זאת היא תוצאה רגילה של כלל כלל המסדיר את ההליך המנהלי, למשל כלל המטיל חובה לנמק החלטות, כשם שהיא תוצאה גלווית לכלל המעניק זכות לאזרח, כגון הזכות לשוויון. אף-על-פי כן, אין זה טעם לוותר על קביעת כלל או הענקת זכות, אלא אם הנזק הצפוי שקול כנגד התועלת הצפויה. בכל עניין יש לערוך מאזן של התועלת כנגד הנזק. מהו, אם כן, המאזן בעניין הנדון? ראשית, לעניין החשש שאזרחים יכבידו במידה רבה על רשויות מנהליות בטענות על אי-צדק. לדעתי, אין משקל רב לחשש זה. באופן עקרוני, גם כיום רשאי כל אזרח לטעון ולהתלונן לפני כל רשות מנהלית שהחלטה מסוימת גרמה או תגרום לו אי-צדק.

באופן מעשי, הדעת נותנת שגם כיום אורחים המבקשים למנוע או לשנות החלטה מנהלית הגורמת להם אי-צדק, אינם מונעים עצמם מלהעלות טענה זאת, בין יתר הטענות, לפני הרשות המנהלית. האם צפוי שהמצב הקיים כיום ישתנה במידה רבה בעקבות כלל הקובע כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני? כל תשובה היא רק השערה. בעניינים אחרים, השערה שכלל חדש, כגון בעניין זכותו של אזרח לעיין במסמכי הרשות, יגרום להצפה של רשויות מנהליות בבקשות ובתלונות, הופרכה במציאות. גם בעניין הנדון, אני משער, המציאות תוכיח כי לא יהיה יותר מגידול מתון בכמות הטענות והתלונות על אי-צדק בהחלטות מנהליות.

גידול מתון בכמות הטענות והתלונות על אי-צדק בהחלטות מנהליות, לא יכביד במידה רבה על הפעילות המנהלית. בדרך כלל טענה או תלונה מצד אזרח נגד רשות, ובכלל זה טענה על אי-צדק, מושמעת בכתב. הרשות אמורה לתת דעתה לטענה, כפי שהיא מוצגת על ידי האזרח, ולשקול אותה כנגד טענות ושיקולים אחרים. בכך היא יוצאת ידי חובה ברוב המקרים. אין בכך כדי להכביד עליה במידה רבה. אכן, יש גם מקרים בהם הטענה מורכבת, או מתעורר חשש של ממש לאי-צדק, והם עשויים לחייב ברור מעמיק יותר. אך אלה הם מקרים מעטים באופן יחסי, ובמקרים אלה ראוי וגם דרוש לקיים ברור מעמיק. מעבר לכך, גם אם כלל הקובע כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני יכביד על הרשות המנהלית, וכאמור הדעת נותנת שהוא לא יכביד במידה רבה, עדיין חשוב לקבוע כלל זה. כלל זה, כאמור, נובע מן התפישה של רשות מנהלית כנאמן הציבור. נאמן הציבור חייב להיות פתוח לטענות מצד הציבור, בכלל זה טענות על אי-צדק, כחלק בלתי-נפרד מן השירות לציבור. ההתחשבות בטענות על אי-צדק, גם אם היא מכבידה על הרשות המנהלית, היא מרכיב חשוב של הנאמנות הציבורית. היא תובעת מחיר, אך המחיר ראוי. שנית, החשש מפני ביטול החלטות מנהליות על ידי בית המשפט בשל התעלמות משיקול הצדק, אף הוא, לדעתי, אינו רציני. נכון שכלל השיקולים הענייניים קובע כי חובה היא להתחשב בכל שיקול ענייני. אולם חובה זאת אינה דורשת מן הרשות המנהלית להתחשב בכל השיקולים הענייניים, לרבות השיקולים הכלליים המבטאים תכליות כלליות של שיטת המשפט, בכל מקרה ומקרה. רשימת השיקולים הענייניים, המיוחדים והכלליים, היא ארוכה. אין זה מעשי לצפות מן הרשות המנהלית שבכל מקרה היא תעבור באופן שיטתי ומלא על כל שיקול ושיקול ברשימה זאת ותיתן לכל אחד ואחד את המשקל הראוי. גם אין צורך בכך, שכן חלק ניכר מן השיקולים הענייניים אינם קשורים לנסיבות המקרה הנדון, ולכן גם אינם חשובים להחלטה. כך, לדוגמה, המהות הדמוקרטית של המדינה, שלטון החוק, זכויות היסוד של האדם והשוויון בפני החוק הם שיקולים ענייניים, הנובעים מן התכליות הכלליות של שיטת המשפט, לגבי כל סמכות מנהלית. אך במקרים רבים עניין המהות הדמוקרטית של המדינה, השוויון בפני החוק או, למשל, חופש הביטוי, אינם מתעוררים כלל. במקרה כזה יהיה זה מלאכותי ומיותר לחלוטין לדרוש מן הרשות המנהלית שתיתן דעתה לשיקולים אלה. אמור מעתה, הרשות המנהלית חייבת לתת דעתה, מבין כל השיקולים הענייניים, לאותם שיקולים הקשורים למקרה הנדון, כלומר, אותם שיקולים שיש להם אחיזה בנסיבות המקרה ולכן ראוי שישפיעו על ההחלטה במקרה זה. כך גם לגבי שיקול הצדק. במקרים רבים שאלת הצדק אינה מתעוררת כלל, כלומר, החלטת

הרשות, תהיה אשר תהיה, אינה עשויה להיות מושפעת באופן ממשי משיקול הצדק ואינה גורמת באופן ממשי לאי־צדק. כזאת היא, לדוגמה, החלטה להגביל את מהירות הנסיעה בדרך מסוימת לשמונים קמ"ש או לתשעים קמ"ש, או החלטה לאשר תכנית מתאר כזאת או אחרת, או החלטה לתת תמיכה בסכום מסוים לגוף ציבורי. על פי רוב, החלטות כאלה ורבות אחרות מגלמות שיקולים של צדק כללי, ובהיעדר נסיבות מיוחדות אינן גורמות אי־צדק פרטי. אמנם גם במקרים כאלה שיקול הצדק עדיין קיים באופן עקרוני כשיקול ענייני, אך באופן מעשי הוא שיקול רדום, בגדר שיקול בכוח ולא בפועל. לכן חובת הרשות להתחשב בשיקול הצדק אינה מתעוררת במקרים כאלה. היא מתעוררת רק במקרה שבו האזרח מעלה לפני הרשות טענה של אי־צדק או במקרה שבו הנסיבות מעלות באופן סביר חשש לאי־צדק. מקרים כאלה, כמדומה, אינם רבים.

גם במקרה שבו שיקול הצדק הוא שיקול ענייני בפועל, ולא רק בכוח, התעלמות הרשות משיקול זה לא בהכרח תפסול את החלטת הרשות. כיצד? לא פעם מערכת השיקולים הענייניים מורכבת משיקולים רבים, שיקולים עיקריים ושיקולים משניים, ואפילו שיקולים שוליים. בדרך כלל, התעלמות הרשות משיקול משני, אף אם היא פגם משפטי, אינה מצדיקה, כשהיא לעצמה, את פסילת ההחלטה. מה ההבחנה בין שיקול עיקרי ובין שיקול משני? ההבחנה מבטאת בעיקר את ההשפעה האפשרית של השיקול על ההחלטה. אם בנסיבות המקרה אפשר להניח באופן סביר כי התחשבות הרשות בשיקול מסוים לא הייתה עשויה לשנות את החלטת הרשות, משום שהמשקל הראוי של אותו שיקול היה מזערי, הרי התעלמות הרשות משיקול זה אינה מצדיקה את פסילת ההחלטה.⁹² בהתאם לכך, בדרך כלל התעלמות הרשות משיקול הצדק לא תגרום לפסילת ההחלטה כאשר הטענה על אי־צדק היא מפוקפקת או גבולית, או כאשר בנסיבות המקרה אין לשיקול הצדק אלא משקל מועט, ולכן אין בו כדי לשנות את התוצאה העולה מתוך מאזן השיקולים. אפשר, אם כן, לומר כי מבחינה מעשית התעלמות משיקול הצדק עשויה לפסול החלטה מנהלית רק כאשר מדובר במקרה חמור, בו שיקול הצדק היה בעל משקל רב, עד שנראה כי התחשבות בשיקול זה עשויה הייתה לשנות את ההחלטה המנהלית. כלומר, הכלל הוא שהרשות המנהלית חייבת בדרך כלל להתחשב בשיקול הצדק, אך לא כל מקרה של הפרת הכלל יצדיק מתן סעד על ידי בית המשפט. מתן סעד של ביטול ההחלטה בשל הפרת הכלל יהיה מוגבל למקרה חמור של התעלמות משיקול הצדק.

כך המצב, לא רק במקרה שבו הרשות המנהלית התעלמה משיקול הצדק, אלא גם במקרה שבו הרשות המנהלית, אף כי התחשבה בשיקול הצדק, לא נתנה לו את המשקל

92. אכן, בדרך כלל, התחשבות בשיקול זר לא תפסול החלטה מנהלית אם עוצמת השיקול חלשה, באופן שהתעלמות משיקול זה לא הייתה עשויה לשנות את ההחלטה. ראו בג"ץ 7691/95 ח"כ שניא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, בעמ' 609-610. כך עולה גם מתורת התוצאה היחסית (המוכרת יותר בשם תורת הבטלות היחסית), אשר לפיה לא כל פגם משפטי, אלא רק פגם חמור בנסיבות המקרה, עשוי לפסול את ההחלטה המנהלית. ראו, לדוגמה, רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673.

הראוי. במקרה כזה אפשר לתקוף את ההחלטה שהתקבלה בעילה של חוסר-סבירות.⁹³ אפשרות זאת מעוררת חשש הנובע מן העמימות של מושג הצדק. החשש הוא, שידו של בית המשפט תהיה קלה להתערב בהחלטה של הרשות המנהלית בעילת הסבירות כל אימת שדעתו של בית המשפט לא תהיה נוחה מן המשקל שהרשות נתנה לשיקול הצדק. אולם הפסיקה מלמדת שאין יסוד לחשש זה. על פי הפסיקה, בית המשפט לא יתערב בהחלטה מנהלית בעילת הסבירות אלא אם ההחלטה לוקה בחוסר-סבירות קיצוני.⁹⁴ מה פירושו? בית המשפט הסביר, באופן מטפורי, כי לכל שיקול ענייני יש מתחם של סבירות, כלומר, מתחם שבו הרשות המנהלית רשאית לתת משקל גדול יותר או קטן יותר לאותו שיקול, כפי שייראה לה נכון בנסיבות המקרה. מתחם זה עשוי להיות רחב, לעתים אף רחב מאד, או צר, לפי העניין: לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות וגורמים נוספים. באופן עקרוני, המתחם אמור להיות רחב במידה מספקת בכל עניין ועניין כדי שהרשות תוכל להפעיל את שיקול הדעת שלה באופן ראוי. מתחם זה הוא המגרש הביתי של הרשות. בית המשפט קבע לעצמו כלל כי הוא נשאר מחוץ לתחום של מגרש זה, כלומר כל עוד הרשות פועלת בתחום המגרש הוא לא יחליף את שיקול הדעת של הרשות בשיקול הדעת שלו. לכן, אם הרשות נתנה לשיקול ענייני משקל מסוים בתוך מתחם הסבירות, בית המשפט יכבד את שיקול הדעת של הרשות ולא יתערב בהחלטה, אפילו אם הוא היה נוטה לתת משקל אחר לאותו שיקול.⁹⁵ רק במקרה קיצוני, שבו חרגה הרשות באופן ברור מגבולות המתחם, כלפי מעלה או כלפי מטה, עשוי בית המשפט לפסול את ההחלטה בעילת הסבירות.⁹⁶

93. כידוע, כלל הסבירות קובע כי הרשות המנהלית חייבת לתת לכל שיקול ענייני את המשקל הראוי לו ולאזן כראוי בין השיקולים הענייניים. ראו, לדוגמה, בג"ץ גנור (לעיל, הערה 88), בעמ' 513-514.

94. כדי לסבר את האוזן בית המשפט אומר לעתים כי לא יפסול החלטה של רשות מנהלית בעילה של חוסר-סבירות אלא אם הרשות קיבלה החלטה ששום רשות סבירה לא הייתה עשויה לקבל. ראו, לדוגמה, ע"א 311/57 היועץ המשפטי נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג(2) 1026, בעמ' 1039.

95. הדין דומה לגבי עילת המידתיות. על פי ההלכה קיים בכל מקרה מתחם מידתיות; במסגרת מתחם זה הרשות המנהלית רשאית לבחור לעצמה את האמצעי הנראה לה מתאים למקרה; ובית המשפט לא יתערב בשיקול הדעת של הרשות אלא אם היא חרגה באופן ברור מגבולות המתחם. ראו, לדוגמה, רע"ב 6561/97 מדינת ישראל נ' מנדלסון, פ"ד נב(5) 849, בעמ' 863; בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423 (להלן: בג"ץ ערוצי זהב), בעמ' 432; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, בעמ' 280.

96. ראו, לדוגמה, בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, בעמ' 445; בג"ץ 2534/97 ח"כ יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, בעמ' 28-30. בבג"ץ 397/84 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' עיריית גבעתיים, פ"ד לט(2) 13 (להלן: בג"ץ דיסקונט), בעמ' 21, אמר הנשיא שמגר: "בית המשפט יראה מקום להתערב, אם, מבחינת המידה, מגיעה החלטה של הרשות לידי אי-סבירות קיצונית, אשר נושאת עימה תכונה של אי-צדק בולט

מקרים כאלה אינם רבים. לכן, כפי שהפסיקה מלמדת, גם בית המשפט אינו פוסל החלטות מנהליות בעילת הסבירות אלא לעתים רחוקות.⁹⁷

הדעת נותנת שבית המשפט יפעיל את עילת הסבירות לגבי שיקול הצדק כשם שהוא מפעיל אותה לגבי כל שיקול ענייני. כלומר, בית המשפט לא יפסול החלטה מנהלית בעילה זאת רק משום שדעתו אינה נוחה מן המשקל שהרשות נתנה לשיקול הצדק, אם המשקל אינו חורג ממתחם הסבירות. הוא יהיה מוכן לפסול החלטה מנהלית בעילה זאת רק אם ברור כי המשקל שניתן לשיקול הצדק חורג ממתחם הסבירות. אלה הם מקרים קיצוניים, שבהם ניתן לומר שקיים אי-צדק בולט, ומטבע הדברים אלה הם מקרים מעטים. במקרים כאלה ראוי שבית המשפט יתערב, ולא ישלים עם אי-צדק בולט. אכן, בית המשפט רואה עצמו מוסמך להתערב במקרים כאלה גם כיום, בלי לשאול את עצמו אם שיקול הצדק הוא שיקול ענייני.⁹⁸ לכן אפשר להניח כי גם אם שיקול הצדק יוכר כשיקול ענייני, לא יהיה בכך כדי להגדיל באופן משמעותי את מספר המקרים אשר בהם פוסל בית המשפט החלטות מנהליות משום שיש בהן אי-צדק.

המסקנה היא, שאין יסוד לחשש כי הלכה אשר לפיה שיקול הצדק הוא שיקול ענייני בקבלת החלטות מנהליות תפגע באופן ניכר בתפקוד המנהלי. לדעתי, הטענות בעד הלכה כזאת גוברות באופן ברור על הטענות נגד הלכה כזאת. עם זאת, הסמכות להכריע בין הטענות מסורה, כמובן, בידי בית המשפט.

5. עמדת בית המשפט כלפי שיקול הצדק

מהי עמדת בית המשפט כלפי שיקול הצדק בקבלת החלטות מנהליות? תמיהה היא שבמשך עשרות שנים השאלה לא התעוררה כלל בבית המשפט. בעצם עד היום אין פסק דין הקובע הלכה בשאלה זאת באופן מפורש וברור. המצב החל להשתנות זה מקרוב. בשנים האחרונות אמר בית המשפט, בפסקי דין אחדים, כי הרשות המנהלית הייתה צריכה להתחשב, בהקשרים שונים, בשיקול הצדק. מה בדיוק נאמר בפסקי דין אלה?

הגורם עוול בולט, או ... אם ההחלטה בלתי צודקת בצורה משוועת ובלתי נסבלת, עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו, שניתן היה לקבל החלטה כאמור". הנטל הוא על העותר להניח תשתית עובדתית המצביעה על חוסר-סבירות" (ההדגשות במקור - י"ז). ראו, לדוגמה, ע"א 565/00 עיריית קרית-אתא נ' חרם, פ"ד נו(3) 784, בעמ' 788.

97. עם זאת, צריך לציין, יש מקרים אשר בהם פוסל בית המשפט החלטות מנהליות בעילת הסבירות אף שקשה לומר כי ההחלטה בלתי-סבירה באופן קיצוני או, בלשון בית המשפט, כי היא בלתי-סבירה עד כדי כך ששום רשות סבירה לא הייתה יכולה לקבל אותה. במקרים אלה עילת הסבירות משמשת את בית המשפט כעילת שסתום (או עילת כיסוי) לפסילת החלטות אשר, לפי חוש המומחיות של המשפטן, נפל בהן פגם חמור, אף כי בית המשפט אינו מצליח לאתר או לסווג את הפגם לפי אחת מעילות הביקורת המוכרות.

98. ראו, לדוגמה, בג"ץ דיסקונט (לעיל, הערה 96).

בע"א ברעלי⁹⁹ התובע היה דייר מוגן בבית שנמצא בשמורת טבע בתחום ירושלים. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נתנה תוקף לתכנית מתאר חדשה שמכוחה נסלל כביש קרוב מאד לבית התובע. התובע טען שהוא נפגע מן התכנית ותבע מן הוועדה המקומית פיצויים על פי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. הוועדה המקומית סירבה, בין היתר, בטענה שהתובע מתגורר בשמורת טבע, ותכנית המתאר אינה מרשה מגורים בשמורה כזאת. לשון אחר, הטענה הייתה שהתובע מתגורר בביתו שלא כדין, ואין מקום לשלם פיצויים בגין מגורים שלא כדין. בית המשפט הסכים כי מי שמתגורר בבית שלא כדין אינו זכאי לפיצויים אף אם נפגע מתכנית מתאר חדשה. אולם, כפי שנתברר לבית המשפט, התובע קיבל מן הוועדה המקומית, שנים רבות לפני הגשת התביעה, היתר לשימוש חורג מכוח חוק התכנון והבניה להתגורר באותו בית ואף להרחיב את הבית למטרת מגורים. אף-על-פי כן, הוועדה המקומית לא חזרה בה מן הטענה שהתובע התגורר בבית שלא כדין. היא טענה שעל פי חוק התכנון והבניה היתר לשימוש חורג יינתן רק לאחר שפורסמה בעיתון הודעה על הבקשה לקבלת היתר כזה, נקבע מועד להגשת התנגדויות, והוועדה המקומית דנה בבקשה לאור ההתנגדויות שהוגשו. במקרה הנדון פורסמה הודעה בעיתון כנדרש. אך, לטענת הוועדה המקומית, היא לא קיימה לאחר מכן דיון כפי שנקבע בחוק. משמע, הוועדה טענה כי היא נתנה את ההיתר שלא כדין, ולכן יש לראות את ההיתר שנתנה כאילו הוא בטל. על טענה זאת של הוועדה המקומית השיב בית המשפט לאמור:

טענת המערערת [כלומר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה - י"ז] בעניין זה מעוררת תמיהה. אם היא צודקת בטענתה, אין היא אלא מאשימה את עצמה, ולא רק בסדרי מינהל גרועים, אלא גם בהתנהגות בניגוד לחוק. ולא די בכך. המערערת אינה מעלה טענה זאת כדי לומר חטאתי, אלא כיוון שהיא מבקשת לצאת נשכרת מן החטא. לטענתה, המשיב - הוא ולא היא - צריך לשלם את המחיר על חטא שלא חטא: התנהגות בלתי חוקית שלה, בעניין שהיה בשעתו כולו בידיה, אמורה לשמש אותה עכשיו כטעם לפטור אותה מתשלום פיצויים למשיב. האם אלה הם פני הצדק? והרי רשות מינהלית אמורה לפעול לאור עקרונות היסוד של שיטת המשפט, ועקרונות אלה כוללים, כמאמר בית המשפט, 'עקרונות של שוויון, צדק מוסר' ...

רשות מינהלית היא, כידוע, נאמן של הציבור. הנאמנות הציבורית, כמו הנאמנות הפרטית, היא מקור הן לכוח והן לאחריות. האחריות מחייבת איפוק והגינות בהפעלת הכוח. בין היתר, יש נסיבות שבהן טוב תעשה הרשות המינהלית אם תימנע מלהעלות לפני

99. ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463 (להלן: ע"א ברעלי).

בית המשפט טענות מסוימות, אפילו יש להן יסוד בדין, אם אין הן מתיישבות עם עקרונות יסוד של מינהל תקין או סותרות באופן ברור את מידת הצדק ...

זאת ועוד. בית-משפט זה דן, בלשונו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, 'בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ...' כך כלפי האזרח בריבו עם הרשות המינהלית: מידת הצדק גוברת לעתים על מידת הדין, כגון, כאשר עתירת האזרח לוקה בשיהוי או בחוסר נקיון-כפיים. והאם לא כך גם כלפי הרשות המינהלית? הצדק אינו חד-סטרי. כשם שהוא עשוי לחסום טענה של אזרח, כך הוא עשוי לחסום גם טענה של הרשות.¹⁰⁰

לכאורה, דברים אלה חלים רק במישור הדיוני של התדיינות בין האזרח לבין הרשות המנהלית בבית המשפט: הם חוסמים את דרכה של הרשות המנהלית, כמו על ידי השתק, להעלות לפני בית המשפט טענה שיש בה אי-צדק, אך בפועל הדברים חלים גם במישור המהותי, במסגרת היחסים שבין האזרח לבין הרשות המנהלית, בשלב המוקדם של קבלת ההחלטה המנהלית. אפשר וראוי להסיק מהם כי הרשות המנהלית אמורה להתחשב בשיקול הצדק כבר בשלב זה. במקרה הנדון, לדוגמה, סביר להניח כי הוועדה המקומית דחתה את התביעה של ברעלי לתשלום פיצויים, לפני שברעלי הגיש את התביעה לבית המשפט, בטענה שההיתר לשימוש חורג ניתן לו על ידי הוועדה שלא כדין. אך טענה זאת, כפי שבית המשפט אמר, פוגעת בחוש הצדק. הרשות המנהלית אינה צריכה להמתין עד שבית המשפט יפסול את הטענה, כפי שעשה, אלא ראוי שהיא עצמה תתחשב בשיקול הצדק כבר בשלב של קבלת ההחלטה. לו נהגה כך, היה בכך כדי לשנות את החלטתה, ואולי אף למנוע את ההתדיינות בבית המשפט.

באותה רוח דיבר בית המשפט גם בבג"ץ פריץ.¹⁰¹ כאן הוגשה עתירה על ידי סגן ראש המועצה המקומית נתיבות. בעקבות סכסוך בין ראש המועצה לבין סגנו החליט ראש המועצה לבטל סמכויות שהואצלו לסגנו, הסגן נדרש לפנות את משרדו והופסק תשלום המשכורת שהוא קיבל כסגן ראש המועצה במשך ארבע השנים הקודמות. הוא טען בבית המשפט כי ראש המועצה לא היה מוסמך להחליט, בין היתר, על הפסקת תשלום המשכורת. אכן, על פי החוק, המועצה היא המוסמכת לבחור סגן ראש מועצה לכהונה בשכר, והיא המוסמכת, ולא ראש המועצה, להחליט על הפסקת הכהונה בשכר. אם כך, ראש המועצה לא היה מוסמך להחליט על הפסקת תשלום המשכורת לעותר. אולם, כדי להגן על החלטתו, טען ראש המועצה כי המועצה לא בחרה את העותר לכהונת סגן בשכר, ומשום כך הוא לא היה זכאי לשכר מלכתחילה. אם כך, ראש המועצה היה רשאי להחליט, כפי שהחליט,

100. השופט זמיר, שם, בעמ' 471-472. בית המשפט סיכם עניין זה כך: "לדעתי, בנסיבות העניין שלפנינו, מידת הצדק דורשת לדחות טענה זאת של המערערת." ראו גם בג"ץ ערוצי זהב (לעיל, הערה 95), בעמ' 428.

101. בג"ץ פריץ (לעיל, הערה 80).

להפסיק את תשלום המשכורת. בית המשפט לא קיבל טענה זאת וכך אמר:

קשה לשמוע טענה זאת, במיוחד כשהיא מושמעת על-ידי המשיב. במשך ארבע שנים תפקד העותר, בידיעת המשיב, כסגן בשכר. עכשיו בא המשיב וטוען כי בעצם המועצה בחרה בעותר כסגן ללא שכר. אם כך, כיצד זה שילמה לו המועצה שכר, בידיעת המשיב, במשך ארבע שנים? ... אם המשיב, כראש המועצה, החליט לשלם לעותר שכר בעבור עבודתו, אף שלדבריו המועצה לא בחרה בעותר כסגן בשכר, הרי הוא משים עצמו רשע: הוא מודה כי במשך ארבע שנים היה אחראי לתשלום שכר מקופת המועצה שלא כדין. ועכשיו, לפתע, הוא דואג לקופת המועצה?

יתירה מכך: טענת המשיב, שהמועצה בחרה בעותר כסגן ללא שכר, ולכן העותר לא היה זכאי לשכר, אפילו אם מבחינה משפטית היא טענה נכונה, בנסיבות המקרה אין היא טענה צודקת. לפי טענה זאת, המשיב יכול לזכות את העותר בשכר כל זמן שהעותר נוח לו, אף בניגוד לדין. עכשיו, שהעותר אינו נוח לו, האם יורשה המשיב לבוא בפני בית המשפט בטענה שייקוב הדין את ההר? ...

בנסיבות המקרה שלפנינו דומה כי ראוי, מן הצדק, לחסום את טענת המשיב כי המועצה לא בחרה בעותר לכהן כסגן בשכר.¹⁰²

אם כן, אף כאן, כמו בע"א ברעלי¹⁰³ (לעיל), סירב בית המשפט לקבל טענה של הרשות המנהלית, שנועדה לתמוך בהחלטת הרשות, על יסוד שיקול הצדק; ואף כאן אפשר וראוי להסיק כי הרשות לא הייתה אמורה להסתמך על טענה זאת, משום שיש בה אי-צדק, כבר בשלב של קבלת ההחלטה.

שיקול הצדק שימש את בית המשפט לצורך ביקורת החלטה מנהלית גם בבג"ץ מרדי.¹⁰⁴ משרד החקלאות הכין ופרסם ברבים תכנית למתן מענקים למגדלי פרחים. לאחר מכן, במהלך אותה שנה, נקלע המשרד לקושי תקציבי. לפיכך קיבל המשרד החלטה להפסיק את מתן המענקים למגדלי פרחים שהגישו בקשה למענק לאחר מועד מסוים, אף שעמדו בכל תנאי התכנית שפורסמה. בית המשפט קבע שקושי תקציבי היה, בנסיבות המקרה, שיקול ענייני, ולפיכך רשאי היה משרד החקלאות להתחשב, בקבלת ההחלטה, גם בשיקול זה. אולם, הוסיף בית המשפט, החלטת המשרד פגומה משום שהוא התעלם משיקולים ענייניים אחרים, שאותם היה עליו להביא בחשבון, ובהם גם שיקול הצדק. וכך אמר בית המשפט:

102. שם, השופט זמיר, בעמ' 646-647.

103. ע"א ברעלי (לעיל, הערה 99).

104. בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540.

אחד השיקולים שהיה צריך להנחות את משרד החקלאות הוא שיקול הצדק. הצדק הוא שיקול ענייני בהפעלה של כל סמכות מנהלית ... ההחלטה של משרד החקלאות מיום 20.6.1996, שלא לקבל בקשות שיוגשו מאותו יום, אינה עושה צדק. מי שבמקרה הגיש את הבקשה יום או יומיים לפני יום 20.6.1996 זכה; מי שבתום-לב הגיש אותה יום או יומיים לאחר מכן, משום שסמך על המועד שנקבע בתכנית הפיתוח, הפסיד. מדוע הפסיד? המשיבים אינם טוענים כי מגדל פרחים שהגיש את הבקשה ביום 12.6.1996 נהג שלא כשורה, מבחינה כלשהי בהשוואה למגדל פרחים שהגיש את הבקשה ביום 19.6.1996. רק המקריות מבדילה בין זה לבין זה. הצדק אינו מאפשר להבחין ביניהם.¹⁰⁵

כאן, ראוי להדגיש, בית המשפט אמר בלשון מפורשת כי "הצדק הוא שיקול ענייני בהפעלה של כל סמכות מנהלית."

פסק דין חדש, שאף בו בדק בית המשפט החלטות מנהליות לאור שיקול הצדק, ניתן בבג"ץ "שיח חדש".¹⁰⁶ פסק דין זה שונה מפסקי הדין הקודמים. בפסקי הדין הקודמים שיקול הצדק עלה כשיקול של צדק פרטי (כלומר, צדק אישי) כלפי אדם מסוים בנסיבות מסוימות; ואילו בפסק דין זה שיקול הצדק עלה כשיקול של צדק כללי (צדק חברתי), כלומר צדק בחלוקת משאבים בין קבוצות שונות בחברה. בית המשפט דן בחוקיות החלטות שנתקבלו במועצת מקרקעי ישראל בנוגע למקרקעין ברחבי הארץ שהיעוד שלהם שונה מיעוד חקלאי ליעוד אחר. החלטות אלה העניקו טובות הנאה ליישובים חקלאיים החוכרים מקרקעין כאלה: אפשרות לפיתוח אזורי תעשייה, פיצויים על פי שווי המקרקעין לאחר שינוי היעוד והנחות בדמי החכירה. העותרים טענו כי החלטות אלה בלתי-חוקיות, בין היתר, משום שהן מעניקות טובות הנאה לחוכר המקרקעין על חשבון הציבור ומזניחות שיקולים של צדק חברתי ושיקולים של איכות הסביבה. בית המשפט (בהרכב של שבעה שופטים) קיבל את טענות העותרים, פה אחד, וביטל את ההחלטות בעילה של חוסר-סבירות. אחד הטעמים לביטול ההחלטות בעילה זאת היה הפגיעה בצדק החברתי. בית המשפט ציין כי מינהל מקרקעי ישראל חייב לנהל את מקרקעי המדינה כנאמן של הציבור בהתאם לתכליות המיוחדות של חוק מינהל מקרקעי ישראל ולתכליות הכלליות המשקפות את ערכי היסוד של החברה והמשפט בישראל. בהמשך אמר בית המשפט כדלקמן:

105. השופט זמיר, שם, בעמ' 559. השופטת ביניש, בדעת מיעוט, סברה אף היא כי ההחלטה של משרד החקלאות יצרה תוצאה בלתי-צודקת בחלוקת המענקים, והיא הצטרפה לדעת הרוב לגבי רוב העותרים. אך, לדעתה, לגבי מקצת העותרים, שהגישו את הבקשות לאחר המועד שנקבע, הפסול שנפל בהחלטת המשרד לא היה חמור במידה שתצדיק את פסילת ההחלטה.

106. בג"ץ "שיח חדש" (לעיל, הערה 48).

דברים אלה מעלים אל פני השטח את הערך של הגשמת צדק חלוקתי בהקצאת מקרקעין על-ידי מינהל מקרקעי ישראל. עניינו של ערך זה בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים. החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים. חובה זו קיבלה ביטוי בפסיקתו הענפה של בית-משפט זה בסוגיות ההפליה, חופש העיסוק ושוויון בהזדמנויות על גווניהן השונים, אף שלא נעשה בפסיקה המוקדמת יותר שימוש מפורש במינוח זה. לאחרונה ניתן מעמד מפורש לשיקול של צדק חלוקתי, בבחינת חוקתיותן של החלטות המינהל על חלוקת משאבים ...

במונח "צדק חלוקתי" נעשה שימוש גם בהקשר של פיצוי בגין פגיעה תכנונית במקרקעין. בגדר זה הוסברה תכליתו של סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, המעניק פיצוי בגין פגיעה כאמור, כמשקפת ערכים של צדק חלוקתי, אשר ביטוי בכך שכלל הציבור נושא בעלות הפגיעה בבעל הזכות במקום שבעל הזכות יישא בעלות או בנזק זה לבדו ... באופן דומה נפסק כי החיוב בדיון בהיטל השבחה בעקבות עליית שווי מקרקעין עקב תכנית שנתקבלה מבוסס אף הוא על שיקולים של צדק חלוקתי, ולפיהם ראוי כי בעל מקרקעין שהתעשר כתוצאה מהשבחה מקרקעיו על-ידי תכנית יישא בהוצאות הפיתוח וההשבחה ...

דברים אלה מלמדים כי הערך של "צדק חלוקתי" הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים. לדברים אלה משקל מיוחד במקרה שבפנינו. מינהל מקרקעי ישראל הינו גוף המוקד על כלל מקרקעי ישראל. לא ניתן להפריז בחשיבותו של נכס זה ובחשיבות שיש לחלוקתו ולהקצאתו באופן צודק וראוי. להחלטות נושא העתירות שבפנינו יש השלכות כבדות משקל על חלוקת משאב מוגבל ורב ערך זה. קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על-ידי המדינה, או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר... יצוין כי למשפט תפקיד חשוב בכל הנוגע לפיקוח על החלטות שעניינן חלוקת עושר בחברה, וכי תפקיד זה הוא לפתח מערכת נורמטיבית המבטיחה כי החלטות בעלות השלכות חלוקתיות יהיו תוצאה של הליך צודק ופתוח, בייחוד לנוכח הסכנה שהחלוקה תיטיב רק עם קבוצות לחץ מאורגנות היטב ... אכן, דווקא בשל העובדה שהחקיקה בתחום זה אינה מגדירה אמות-מידה מהותיות לחלוקת משאבים בחברה נדרש, עם כל הקושי שבדבר, פיקוח שיפוטי הדוק יותר על-מנת להבטיח כי חלוקת המשאבים תהא צודקת והוגנת.¹⁰⁷

107. השופט אור, שם, בעמ' 64-66. השופט אור שילב בקטע המצוטט אזכורים של פסקי דין אחדים אשר, כפי שאמר, נתנו מעמד מפורש לשיקול של צדק חלוקתי או הסתמכו בדרך אחרת על שיקול זה, ואלה הם: בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, בעמ' 666; ע"א 210/88 החברה להפצת

ראוי להדגיש כי פסק הדין אינו מגביל עצמו לנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון. הוא מתייחס אל "הצדק החלוקתי" כשיקול ענייני "כבד משקל" שכל רשות מנהלית "חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים".¹⁰⁸ לא זו בלבד. אף כי פסק דין זה עוסק ב"צדק חלוקתי", הדברים אינם מוגבלים לצדק מסוג זה בלבד. וכך אמר השופט אור:

מטבע הדברים, גדר השיקולים שניתן וצריך לשיקול במסגרת שיקול-העל של צדק חלוקתי אינו נתון לתחימה מראש. נזכיר רק, כי במסגרת זו של צדק חלוקתי ייתכנו גם מקרים שבהם יהיו מעורבים שיקולים של צדק מתקן בצד צדק מחלק.¹⁰⁹

אפשר, אם כן, לומר כי בפסק דין זה נקבע שהצדק הוא שיקול ענייני וחשוב, שבנסיבות מסוימות יש בו כדי להכריע את הכף, לגבי החלטות מנהליות בדבר חלוקת משאבים ציבוריים. ומה לגבי החלטות מנהליות אחרות? אכן, פסק הדין עסק בהחלטות מנהליות בדבר חלוקת משאבים ציבוריים. אולם, בעצם, האם יש הבדל, לעניין המעמד והמשקל של הצדק, בין החלטות כאלה לבין החלטות מנהליות אחרות? התשובה, כמדומה, שלילית. אם כן, אפשר לומר כי מה שנקבע בפסק הדין לגבי החלטות מנהליות בדבר חלוקת משאבים ציבוריים חל גם לגבי החלטות מנהליות אחרות. אכן, בבג"ץ **מועצה מקומית זמר**¹¹⁰ החיל בית המשפט את שיקול הצדק החלוקתי בהקשר שונה: בהקשר של הפקעת מקרקעין לצורך סלילת כביש חוצה ישראל. הנה כך אמר השופט חשין:

עיון מדוקדק בהמלצתה של עורכת-דין דוכן [שמונתה מטעם המועצה הארצית לתכנון ולבנייה כחוקרת לצורך בירור השגות נגד תכנית הסלילה - י"ז] תלמדנו על נאמנות לעקרונות הצדק החלוקתי והמידתיות, עקרונות המחייבים - כעקרונות-של-

פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, בעמ' 639-640; ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913; בג"ץ 4146/95 עיזבון המנוחה לילי דנקנר ז"ל נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, בעמ' 812-813; ע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל-אביב-יפו, פ"ד נב(5) 715.

108. ראו גם צדק חלוקתי בישראל, מנחם מאוטנר - עורך (רמות, תשס"א). ראו במיוחד דפנה ברק-ארוז, "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי", צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר - עורך, רמות, תשס"א), 203.

109. בג"ץ "שיח חדש" (לעיל, הערה 48), בעמ' 66. ראו גם בג"ץ קונטרם (לעיל, הערה 27), בעמ' 340-341.

110. בג"ץ 7817/98 מועצה מקומית זמר נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נה(3) 503.

בריה-תיכון - רשויות שלטון בהחלטותיהן. הסדר שעורכת-דין דוכן המליצה עליו, הסדר הוא שאיזון פגיעתו בצדדים המעורבים איזון ראוי הוא, ובה-בעת יש בו כדי להשיג את המטרה הציבורית שביסוד ההפקעה. נדע כי עקרון הצדק החלוקתי, ובצדו עקרון המידתיות, עקרונות הם מתשתיתו של שיקול-הדעת המינהלי, ואם כך במשפט המינהלי בכלל, הנה כדיני ההפקעה מקומם הוא בכותל המזרח ממש.¹¹¹

זאת ועוד, לעתים בית המשפט מחייב רשות מנהלית להתחשב בשיקול הצדק בלי שהוא נוקב בשם המפורש של הצדק, אלא הוא מדבר על שיקולים הומניטריים, על אינטרס ההסתמכות, או על מושגים ואינטרסים אחרים. הנה, לדוגמה, בג"ץ סולימאני.¹¹² כאן התעוררה השאלה מה הם השיקולים שיש לשקול לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-113.¹¹³ 9651 סעיף זה מקנה לשר הפנים (או, מכוח אצילה, למנכ"ל משרד הפנים) סמכות להאריך מועד שנקבע בחוק לצורך הגשת תביעה לפיצויים בשל פגיעה במקרקעין על ידי תכנית. השופטת ביניש אמרה:

בתגובת המשיב שלפנינו נאמר, כי במסגרת ההחלטה אם להאריך את המועד להגשת תביעה לפיצויים, שוקל מנכ"ל משרד הפנים "מהי ההצדקה לעצם האיחור בהגשת תביעת הפיצויים. האם קיימים שיקולים סוציאליים, הומניטריים, או אחרים המצדיקים היענות לבקשה, מהי מהות הפגיעה והשלכותיה, והאם קיימת סיבה סבירה לאיחור, או סיבה סבירה להיעתר לבקשת הארכת המועדים, על אף האיחור." ככלל נראה, כי במסגרת השיקולים שהרשות שוקלת בבואה להחליט אם להאריך את המועד עליה לתת דעתה על שיקולים מסוגים שונים, סובייקטיביים ואובייקטיביים, ולהכריע על-פי עוצמתם היחסית של השיקולים בכל מקרה ומקרה. במסגרת הטעמים הסובייקטיביים יש להביא בחשבון טעמים אישיים המיוחדים למבקש המצביעים על כך שמסיבות אישיות, כגון מחלה, היעדרות מן הארץ, חוסר אפשרות סבירה לדעת על התכנית הפוגעת וטעמים כיוצא באלה, נבצר מהמבקש להגיש תביעה במועד.¹¹⁴

111. שם, בעמ' 515.

112. בג"ץ 7250/97 סולימאני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3) 783.

113. סעיף 197 לחוק התכנון והבניה.

114. בג"ץ סולימאני (לעיל, הערה 112), בעמ' 792.

ברור מדברים אלה כי שיקול הצדק הוא, בהקשר זה, שיקול ענייני. הוא מסתתר מאחורי ביטויים כמו שיקולים הומניטריים או טעמים סובייקטיביים, ובא לידי פירוט בשיקולים כמו מחלה או היעדרות מן הארץ. כל אלה נבלעים, מבחינה מהותית, בשיקול הצדק.¹¹⁵ לאחר כל הדברים האלה, ועל יסוד פסקי הדין שהחילו את שיקול הצדק על רשויות מנהליות בהקשרים שונים, האם ניתן לומר שכבר קיימת הלכה פסוקה כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני בקבלת החלטות מנהליות בדרך כלל? אני נוטה לומר כי מתוך פסקי דין אלה, באופן מקובץ, אכן עולה הלכה כזאת. עם זאת אין בהם פסק דין, אף לא אחד, הקובע זאת באופן מפורש וברור, כדרכם של פסקי דין המבקשים לפסוק הלכה. לכן נותר ספק בשאלה אם אמנם פסקי דין אלה קובעים או מבטאים הלכה פסוקה. גם אם קיימת הלכה כזאת, ברור כי אין מודעות לקיומה, לא בציבור הרחב, אף לא בקרב הקהילה המשפטית, ודומה כי אפילו לא בבית המשפט עצמו. בפועל, ללא מודעות, אין הלכה. במיוחד בהקשר הנדון, המודעות להלכה חשובה לא פחות מיישום ההלכה. עיקר החשיבות של הלכה זאת הוא, שהרשויות המנהליות, והיועצים המשפטיים שלהן, יהיו מודעים לעצם החובה להתחשב גם בשיקול הצדק. התחשבות בשיקול הצדק צריכה להיעשות אחד העיקרים של התרבות המנהלית. לכן, גם אם ניתן לומר על יסוד ניתוח של פסקי הדין שכבר קיימת הלכה אשר לפיה שיקול הצדק הוא שיקול ענייני, חשוב שבית המשפט יאמר זאת, כדי להסיר ספק, באופן מפורש. גם קל לומר זאת, שהרי אין ספק כי בפסקי הדין קיימת, לכל הפחות, תשתית מוצקה להלכה כזאת. כל שצריך הוא, להקים על תשתית זאת הלכה מפורשת, ברורה וגלויה לעין כול.

ד. סיכום

צדק הוא מושג בלתי-נפרד ממשפט. המשפט שואף לצדק. כל שופט מבקש לעשות משפט צדק. לצורך זה הוא מפרש את החוק כדי שיהיה, ככל שניתן, חוק צודק. הוא גם מיישם את החוק על המקרה שלפניו כדי להגיע, ככל שניתן, לתוצאה צודקת. כך הוא עושה, לא רק במשפט פלילי ובמשפט אזרחי, אלא גם במשפט מנהלי. כלומר, הוא בודק את ההחלטה המנהלית, שהובאה לפניו לביקורת שיפוטית, גם לאור הצדק. אם תוצאת ההחלטה נראית לו בלתי-צודקת, הוא נוטה לראות בכך טעם להתערב בהחלטה. במקרה כזה הוא עשוי לפנות אל הרשות המנהלית במהלך הדיון בהצעה שתשקול את ההחלטה מחדש, כדי למנוע או לצמצם אי-צדק. הוא עשוי אף לבטל החלטה שיש בה אי-צדק בולט, כשהוא נסמך

115. דומה לכך המצב לגבי הנחיות מנהליות. ההלכה קובעת כי רשות מנהלית רשאית, ולעתים אף חייבת, לסטות מהנחיות שקבעה לעצמה אם נסיבות המקרה מצדיקות זאת. מאחורי נסיבות המקרה, שיש בהן כדי להצדיק או אף לחייב סטייה מהנחיות, יכול לעמוד שיקול הצדק. על ההלכה בדבר סטייה מהנחיות ראו, באופן כללי, יואב דותן, הנחיות מינהליות (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי על שם הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת ירושלים, תשנ"ו), 136 ואילך.

לצורך זה על אחת מעילות הביקורת, כגון, חוסר־סבירות או אי־מידתיות. האם אין להסיק מכאן כי גם הרשות המנהלית אמורה לתת את דעתה לשיקול הצדק מראש, ולא רק בדיעבד כשהיא עומדת לביקורת לפני בית המשפט?

תשובה ברורה היא, שכל רשות מנהלית חייבת לתת דעתה לשיקול הצדק כאשר היא מפרשת חוק או תקנה המקנים לה את הסמכות, כדי להחליט מה הוא גבול הסמכות ומה הוא תוכן הסמכות על פי החוק. טעמו של דבר פשוט. הלכה היא שבית המשפט הוא הגוף המוסמך לפרש חוקים ותקנות, פירוש סופי ומחייב, וכן גם לקבוע את כללי הפירוש של חוקים בדרך כלל. בית המשפט פסק כי בפירוש חוקים יש להתחשב גם בשיקול הצדק. יש בכך כדי לשרת את הצדק הכללי, כלומר, הצדק בסוג של עניינים. הרשות המנהלית חייבת לנהוג בפירוש חוקים ותקנות בדרך שבה נוהג בית המשפט. לכן גם הרשות המנהלית חייבת להתחשב בשיקול הצדק לצורך הפירוש של חוקים ותקנות. אם הרשות לא תעשה זאת, בית המשפט עשוי להתערב, אם יתבקש, ולקבוע פירוש אחר, המתבסס גם על שיקול הצדק.

שאלה קשה יותר היא, אם הרשות המנהלית חייבת להתחשב בשיקול הצדק גם כאשר היא מיישמת את החוק במקרה נתון, כגון, כאשר היא נותנת, מסרבת או שוללת רשיון. השאלה היא, אם הרשות חייבת להתחשב, לא רק בצדק הכללי, אלא גם בצדק הפרטי. יש מקרים נדירים אשר בהם החוק המקנה לרשות את הסמכות קובע במפורש שעל הרשות להתחשב ביישום החוק גם בשיקול הצדק. אך מה הדין במקרים אחרים? התשובה טמונה בכללי המשפט המנהלי הקובעים, ראשית, שכל רשות מנהלית רשאית להתחשב רק בשיקולים ענייניים; שנית, שהיא חייבת להתחשב בכל השיקולים הענייניים; ושלישית, שעליה לתת לכל שיקול ענייני משקל ראוי. לפיכך, השאלה היא, אם שיקול הצדק נחשב בדרך כלל שיקול ענייני.

הלכה היא שמערכת השיקולים הענייניים לגבי כל סמכות מורכבת משני סוגים של שיקולים: הסוג הראשון – שיקולים מיוחדים הנובעים בעיקר מן התכלית המיוחדת של החוק המסמיך; הסוג השני – שיקולים כלליים, המשותפים לכל הסמכויות לפי כל החוקים, והם נובעים מן התכליות הכלליות של שיטת המשפט. התכליות הכלליות מתבססות על הנחה שהמחוקק מבקש לשמור ולקדם את ערכי היסוד של החברה. דוגמה לשיקול כללי, שקיבל הכרה מבית המשפט, הוא השוויון בפני החוק. האם גם שיקול הצדק הוא שיקול כזה? נראה כי התשובה חיובית. ההכרזה על הקמת המדינה אומרת כי מדינת ישראל תהיה מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק אוסרים על חוק לפגוע בזכויות היסוד אלא, בין השאר, אם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אין ספק כי הצדק הוא אחד מערכיה של היהדות וגם אחד מערכיה של הדמוקרטיה. אף אין טעם לומר כי השוויון הוא אחד מערכי היסוד במדינה, ואילו הצדק אינו נמנה עם ערכים אלה. אכן, בשנים האחרונות יצאו מבית המשפט מספר פסקי דין שבהם נקבע כי נפל פגם בהחלטה של רשות מנהלית משום שהיא לא התחשבה כלל או לא נתנה משקל ראוי לשיקול הצדק. ייתכן שפסקי דין אלה כבר קובעים הלכה כי שיקול הצדק הוא שיקול ענייני לכל רשות מנהלית. עם זאת, כיוון שנותר ספק בדבר, ראוי שהלכה זאת תצא מבית המשפט באופן ברור.

על פי רוב, החשיבות העיקרית של הלכה נעוצה בסעד שאדם יכול לקבל בבית המשפט על יסוד ההלכה. כאן המצב שונה. החשיבות העיקרית של הלכה הקובעת כי הצדק הוא בדרך כלל שיקול ענייני נעוצה בהלכה עצמה, כגורם מנחה, מחנך ומעצב, הן כלפי המנהל הציבורי והן כלפי האדם הפרטי. הלכה כזאת תוסיף משמעות לעיקרון שהרשות המנהלית היא נאמן של הציבור; יהיה לה ערך בעיצוב ההתייחסות של הרשות המנהלית אל הסמכות המנהלית; היא תעלה תרומה חיובית למרקם היחסים שבין האדם הפרטי לבין המנהל הציבורי; שיקול הצדק יכול להוסיף ממד של חמלה וחום לעולם ביורוקרטי שעל פי טבעו הוא מנוכר וקר.

*

אסיים, כפי שפתחתי, בשופט חיים כהן. כאמור, בשנות החמישים של המאה הקודמת, כאשר חיים כהן שימש במשרת היועץ המשפטי לממשלה, הוא הוציא הנחיה שלא לחקור אדם ולא לתבוע אותו לדין פלילי בגין חשד לקיום יחסים הומוסקסואליים, אם מדובר בקיום יחסים כאלה בין אנשים מבוגרים בהסכמה ובצנעה. בפועל הייתה זאת הנחיה שלא לבצע את הוראת החוק הפלילי בעניין זה אלא באופן חלקי. בשעתו, כמשפטן צעיר, הייתי סבור שחיים כהן טעה. הנחיה כזאת, חשבת, אינה מתיישבת עם התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה לפעול באופן נאמן לאכיפת החוק, תהיה הדעה האישית שלו על החוק אשר תהיה, ואפילו אם חוש הצדק האישי שלו מסתייג מן החוק. כיום אני סבור אחרת. החוק נותן ליועץ המשפטי לממשלה שיקול דעת להחליט בשם האינטרס הציבורי, כפי שהוא רואה אותו, אם לחקור אדם בגין חשד שביצע עבירה ואם לתבוע אותו לדין בגין חשד כזה. דבר רגיל ומקובל הוא, מאז ומתמיד, כי שיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה (וכן גם של מפכ"ל המשטרה) מופעל, בין היתר, מתוך התחשבות באילוצים של תקציב וכוח-אדם ולאור סולם עדיפויות שנקבע על ידו. כך, למשל, מקובל בשאלות אם, מתי וכיצד לחקור תלונות בדבר משיכת צ'ק ללא כיסוי, מריבה בין שכנים, עישון במקום ציבורי, הוצאת לשון הרע, מטרדים שונים. אכן, כל מפקח כללי של המשטרה וכל יועץ משפטי לממשלה היה ויהיה נאלץ להשלים ולאשר אכיפה חלקית של הוראות חוק שונות על יסוד שיקולים מעשיים של חיסכון ויעילות. האם שיקולים מעשיים כאלה כשרים ואילו שיקול ערכי, כמו שיקול הצדק, פסול? לדעתי, כאמור, כל רשות מנהלית, והיועץ המשפטי לממשלה בכלל זה, רשאי ואף חייב להתחשב גם בשיקול הצדק. מכאן שחיים כהן צדק: ההנחיה שלו, שהקדימה את זמנו, עמדה גם במבחן הצדק וגם במבחן הדין.

*

במקרא נאמר: צדק צדק תרדוף.¹¹⁶ זהו ציווי. כלפי מי מופנה הציווי? אין זה מתקבל על הדעת שהציווי מופנה כלפי כל אדם ואדם אך לא כלפי עובדי ציבור.

116. דברים טו, כ.