# המשפט המינהלי הישראלי מנקודת־מבט אמריקנית

קולין ס' דייבר*

א. מבוא. ב. דוקטרינות: 1. הגישה לבית־המשפט; 2. היקף הביקורת השיפוטית; 3. הליכי המינהל. ג. רטוריקה. ד. הסברים מוצעים: 1. מבנה הממשל; 2. שיקולי ביטחון; 3. משפט תוקני.

## א. מבוא

במבט ראשון ייראה המשפט המינהלי הישראלי מוכר למשקיף אמריקני. למקרא פסקי־הדין של בית־המשפט העליון הישראלי בעניינים של משפט מינהלי, יחוש קורא אמריקני כשרוי במחיצת חברים ותיקים – סוגיות משפטיות מוכרות, קטגוריות דוקטרינליות, טיעונים מוכרים של מדיניות ושל תורת המשפט, ואפילו מושגים משפטיים ורשויות משפטיות דומים. בכך אין כדי להפתיע. בשתי הארצות ממלא המשפט המינהלי תפקידים של תיחום כוחותיו של משטר דמוקרטי, מודרני ויצרני, ובמיוחד הקצאת שיקול־הדעת בין הרשויות הציבוריות לבין רשויות המדינה – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת

* דיקן ופרופסור למשפטים בקתדרת ברנרד ג' סגל באוניברסיטת פנסילבניה. מאמר זה צמח מסמינר על משפט מינהלי השוואתי שלימדתי יחד עם פרופ' ברוך ברכה, דיקן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, בנובמבר 1995. אני אסיר תודה לפרופ' ברכה, לחבריו לסגל ולסטודנטים שלנו, אשר הציגו לפני את המשפט המינהלי הישראלי (והרבה יותר מכך). מטבע הדברים, בהתבוננותי במשפט הישראלי אני תלוי בהכרח בתרגומיהם המעטים יחסית לאנגלית של מקורות ראשוניים, ואף בפרשנות וסיכומים באנגלית שנכתבו בעניין המקורות הללו. אני מתנצל מראש על כל אי־דיוק או החמצה של דקויות הנובעים מאילוצים אלו. נוסחו המקורי של המאמר, באנגלית, מובא כנספח לחוברת זו. ראו להלן עמ' I.



nevo.co.il

והרשות השופטת.[1] נוסף לכך, תורת המשפט המינהלי בישראל יונקת בבירור מהמשפט האנגלי ושואלת באופן סלקטיבי גם ממקורות אמריקניים.

עם זאת, מבט מעמיק יותר חושף הבדלים מפתיעים למדי בין שתי השיטות. הבדלים אלו בולטים במיוחד במישור התורתי, כלומר, בשיח שנעשה בו שימוש לצורך מתן ביטוי לכללים או לעקרונות. הבדלים ניכרים גם במישור הרטורי, כלומר, בדרך הטיעון, ובמשקל היחסי הניתן לשיקולים אלה ואחרים בהצדקתן של תורות משפטיות ובפתרונן של מחלוקות.

להלן – במידה רבה של פישוט הדברים שאין מגוס ממנו – ההבדלים העיקריים שבין שתי שיטות המשפט המינהלי.

ראשית, הדוקטרינות הישראליות בדבר זכות־העמידה והשפיטות מאופיינות בסובלנות רבה יותר כלפי עתירות ציבוריות המוגשות כנגד השלטון בהשוואה למקובל בארצות הברית.

שנית, בישראל הביקורת השיפוטית מתייחסת לתוכן המהותי של הפעולות הנתקפות, ואילו המשפט המינהלי האמריקני מתמקד בהבטחת תקינות ההליכים כאמצעי להסדרת שיקול־הדעת המינהלי.

שלישית, מבחינת הרטוריקה, בתי־המשפט בישראל נוטים להדגיש את תפקיד המשפט הציבורי בהגנה על שלטון החוק, באמצעות בחינת החוקיות של פעולות הרשויות. לעומת זאת, פסקי־הדין של בתי־המשפט האמריקנים נוטים להתבסס על תפקיד המשפט הציבורי בהגנה על פרטים מפני פגיעה באינטרסים מוכרים שלהם.

מטרתו של חיבור זה היא לתאר הבדלים אלו, ולהציע הסברים לקיומם.

## ב. דוקטרינות

### 1. הגישה לבית־המשפט

ההבדלים בין המשפט המינהלי הישראלי לבין זה האמריקני בולטים במיוחד בדוקטרינות המסדירות את הגישה לבתי־המשפט – זכות־העמידה והשפיטות.

**(א) זכות־עמידה**

הדין האמריקני בעניין זכות־העמידה עבר לראשונה ליברליזציה בתחילת שנות השבעים. ליברליזציה זו באה לידי ביטוי, בפסקי־הדין **Data Processing**[2] ו־**SCARP** למשל.[3] בפסיקה זו הוחלף המבחן המסורתי של "אינטרס חוקי" (legal interest) בדרישה הגמישה

1. חיבור זה מתמקד במשפט האמריקני המינהלי ברמה הפדרלית. קיימים אמנם הבדלים משמעותיים בין המדינות השונות, אולם בדרך כלל הוולכות המדינות בעקבות הנורמות הפדרליות, האחידות יותר.
2. ראו **Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp** 397 U. S. 150 (1970). ראו גם **Barlow v. Collins** 397 U.S. 159 (1970).
3. ראו **United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCARP)** 412 U.S. 669 (1973).

יותר של "פגיעה בפועל" ("injury in fact"). עם זאת, במהלך שני העשורים האחרונים העלה בית־המשפט העליון האמריקני בהדרגה את גובהו האפקטיבי של מחסום זכות־העמידה באמצעות שיטוש אגרסיבי יותר בדוקטרינות של "קשר" ("nexus"), "התאמה לביקורת שיפוטית" ("redressability"), ו"כוללנות" ("generalized grievance").[4] לדוגמה, בעניין **Simon** הנ"ל הכיר בית־המשפט בזכות־העמידה של קבוצת מעוטי הכנסה שביקשו לתקוף החלטה של נציב מס הכנסה, שהתירה לבתי־חולים פטורים ממס לסרב להעניק טיפול רפואי ללא תמורה לחולים עניים.

בעניין **Allen** הנ"ל סירב בית־המשפט להעניק זכות־עמידה לקבוצה של הורים שחורים שביקשו לתקוף הליכים שבאמצעותם ביקשו רשויות המס ליישם את מדיניותם המוצהרת בדבר סירוב להעניק פטור ממס לבתי־ספר פרטיים המפלים על רקע גזעי. לאחרונה, בעניין **Lujan** הנ"ל, סירב בית־המשפט להעניק זכות־עמידה לחברים בארגון להגנה על בעלי־חיים החיים בטבע, שביקשו לתקוף תקנה שהוצאה על־ידי משרד הפנים, אשר משמעותה המעשית היתה הימנעות מיישום אקסטרטריטוריאלי של חוק להגנת בעלי חיים המצויים בסכנת הכחדה (Species Endangred Act).

דומה כי בית־המשפט העליון הישראלי מגלה אהדה רבה יותר ליוזמות אזרחיות הקוראות תיגר על חוקיותן של פעולות מינהליות. ברמה הדוקטרינלית, הרחיב בית־המשפט הישראלי בהתמדה את הנגישות לסעד השיפוטי באמצעות הנמכתם של מחסומי זכות־העמידה. בית־המשפט הישראלי, בדומה למקבילו האמריקני, דרש שתהיה "אפשרות סבירה" שהפעולה הנתקפת תפגע בענייניו של העותר. אולם במהלך השנים פיתח בית־המשפט בישראל הריגים לאיסור כללי זה על עתירה ציבורית – טענות בדבר שחיתות של רשויות השלטון ועניינים בעלי אופי חוקתי מובהק. בשנת 1987, בבג"צ אלוני,[5] הרחיק בית־המשפט לכת אף יותר והרחיב את שני ההריגים הללו, הגמישים למדי כשלעצמם. באותו עניין הוגשה עתירה כנגד החלטת שר המשפטים שלא לצוות על הסגרתו של אזרח צרפתי, שהסגרתו נתבקשה על־ידי צרפת בגין עבירת רצח. בית־המשפט העניק זכות־עמידה לעותרים, אף־על־פי שלא היה להם כל אינטרס ישיר או אישי בעניין, משום שהעתירה עסקה בבעיות משפטיות רציניות הנוגעות לשלטון החוק בישראל.

צעד רב־חשיבות בהתפתחות המובילה לקראת ההכרה באפשרות העתירה הציבורית היה פסק־הדין בבג"צ רסלר,[6] בשנת 1988. בית־המשפט, בהופכו פסיקה מוקדמת שעסקה באותו נושא ממש, החליט כי לאזרח מן השורה יש זכות־עמידה לעניין בחינת חוקיות צו של שר הביטחון, שפטר תלמידי ישיבות משירות צבאי. פסק־הדין של השופט ברק הרחיב

4. ראו למשל: **Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Org.**, 426 U.S. 26 (1976); **Allen v. Wright** 468 U.S. 737 (1984); **Lujan v. Defenders of Wildlife** 504 U.S. 555 (1992).

5. בג"צ 869/86, 852, בשג"צ 483/86 ואח' אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא (2) 1 (להלן: בג"צ אלוני).

6. בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (להלן: בג"צ רסלר).



nevo.co.il

את החריגים הקודמים (שחיתות ובעיה חוקתית מובהקת) וקבע כי כל טענה בדבר "פגם חמור בפעילות השלטון" או "עניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים ישירות לקידומו של שלטון החוק" מאפשרים עתירה לבג"ץ. לאחר פסק־דין זה ניתן בהחלט לתהות אם נותר תוכן ממשי כלשהו לדרישה המקורית שעל־פיה חייב עותר להוכיח עניין אישי כדי לבסס זכות־עמידה.

**(ב) שפיטות**

בשימושו השכיח מציין המונח "שפיטות" אוסף של דוקטרינות ועקרונות שבתי־המשפט עושים בהם שימוש כדי להצביע על סוגים מסוימים של סכסוכים כבלתי־הולמים הכרעה שיפוטית. בית־המשפט העליון בארצות הברית הכיר בשורה ארוכה של דוקטרינות לעניין זה. לדוגמה, במסגרת התורה הכללית בדבר "השאלה הפוליטית", פסק בית־המשפט כי עניינים שבגדר ההוראה בחוקה, שבה מובטחת לכל מדינה בארצות הברית צורת שלטון רפובליקנית (Guarantee Clause), אינם שפיטים, וכך גם עניינים הנוגעים ליחסי חוץ, מלחמה, לאימון וניהול הצבא, ולהליכי הקיקה.[7]

דוקטרינה שנייה שבמסורתה סירבו בתי־משפט אמריקניים בפסקנות לדון בטענות הנוגעות לאי־חוקיותן של פעולות מינהליות מעוגנת בחריג להוראות בדבר הביקורת השיפוטית בחוק הפדרלי בדבר הליכי המינהל (Federal Administration Procedure Act)[8] המכונה "כפיפות לשיקול־דעת" ("committed to discretion").

מכוח חריג מעורפל למדי זה נמנע בית־המשפט העליון מלבחון עתירה כנגד התלטה שלא לפתוח בהליכים בשל הפרה נטענת של חוק,[9] שעניינה אופן חלוקתם של כספי ציבור בין תוכניות ציבוריות שהתחרו ביניהן על הקצבות,[10] ועתירה כנגד פיטוריו של קצין מודיעין בידי מנהל סוכנות המודיעין המרכזית.[11] מקרים אלה מבטאים הבחנה בין טענות בדבר אי־חוקיות הנובעת מהפרת חוק לבין טענות בדבר הפרת החוקה. רק טענות מן הסוג הראשון אינן שפיטות. בית־המשפט העלה סברה – אם כי מעולם לא פסק חד־משמעית בעניין זה – כי הקונגרס אינו יכול, באמצעות חוק, לאסור על בתי־המשפט לדון בטענות חוקתיות, אך יכול לתוקק חוק האוסר על בתי־המשפט לעסוק בביקורת חוקים.

---

7. לדיון במקרים אלו ראו **Baker v. Carr** 369 U.S. 186 (1962). וראו גם **Powell v. McCormack** 395 U.S. 486 (1969); **Gilligan v. Morgan** 413 U.S. 1 (1973).

8. 5 U.S.C. סעיף 701(a) (2), מאפשר ביקורת שיפוטית על פעולה מינהלית, פרט למקרים שבהם פעולת הרשות מסורה לשיקול־דעתה של הרשות על־פי דין ("agency action is committed to agency discretion by law").

9. **Heckler v. Chaney** 470 U.S. 821 (1985). אך ראו גם **Dunlop v. Bachowski** 421 U.S. 560 (1975).

10. ראו **Lincoln v. Vigil** 113 S. Ct. 2024 (1993).

11. ראו **Webster v. Doe** 486 U.S. 592 (1988) (להלן: **Webster**).



nevo.co.il

מטעם זה פירש בית־המשפט באופן עקבי את חוקי "מניעת הביקורת" ("preclusion of review") כחלים רק על טענות הקשורות לחוקים.[12]

נכונות זו של בתי־המשפט האמריקנים להוציא מתחום הביקורת השיפוטית קטגוריות שלמות של טיעונים משפטיים עומדת בניגוד חד למדי לעמדתו של בית־המשפט בישראל. בשנים האחרונות הלך והגביר בית־המשפט העליון הישראלי את הביקורת השיפוטית על החלטות בענייני צבאיים וביטחוניים, כגון דחיית שירות צבאי,[13] התיישבות בגדה המערבית בשל סיבות צבאיות,[14] או החלטתו של מפקד צבאי למנוע התאגדות של עורכי־דין בגדה המערבית.[15] כמו כן היה בית־המשפט היה נכון לקבל החלטות שלא להעמיד לדין או לפתוח בהליכים פליליים,[16] ועתירות כנגד החלטות פרלמנטריות פנימיות, כגון החלטה של יושב־ראש הכנסת שלא להעלות על שולחן הכנסת הצעת אי־אמון שהוגשה על־ידי סיעה שכללה חבר כנסת אחד בלבד,[17] או להימנע מאישור של הצעת חוק עקב היותה, לפי הנטען, גזענית.[18] בית־המשפט העליון אף גילה נכונות לבחון את הוקיותם של הסכמים פוליטיים שנחתמו בין מפלגות החברות בקואליציה.[19]

### 2. היקף הביקורת השיפוטית

לא זו בלבד שמחסומי הסף שנדרש עותר לעבור כתנאי לביקורת שיפוטית הם נמוכים יותר בישראל מאלה שבארצות הברית, אלא שלאחר צליחתם של המחסומים הללו דומה שהיקפה של הביקורת השיפוטית גם הוא רחב יותר. טלו, לדוגמה, את אמת־המידה לביקורת שיפוטית על פרשנות שניתנה לחוק על־ידי רשות מינהלית. בפסק־דינו המפורסם בעניין **Chevron**,[20] קבע בית־המשפט העליון האמריקני אמת־מידה דיפרנציאלית במידה רבה לביקורת שיפוטית על פרשנותן של רשויות מינהליות לחוקים שמכוחם הן פועלות.

---

12. ראו Webster (לעיל, הערה 11); **Johnson v. Robison** 415 U.S. 361 (1974); **McNary v. Haitian Refugee Center,** 498 U.S. 479 (1991).
13. בג"צ **רסלר** (לעיל, הערה 6).
14. בג"צ 390/79 **דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח',** פ"ד לד (1) 1.
15. בג"צ 507/85 **תמימי ואח' נ' שר הביטחון ואח',** פ"ד מא (4) 57 (להלן: בג"צ תמימי).
16. בג"צ אלוני (לעיל, הערה 5); בג"צ 935/89 **גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח',** פ"ד מד (2) 485; בג"צ 223/88 **שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח',** פ"ד מג (4) 356; בג"צ 425/89 **צופאן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח',** פ"ד מג (4) 718.
17. בג"צ 73/85 **סיעת "כך" נ' יושב־ראש הכנסת,** פ"ד לט (3) 141.
18. בג"צ 742/84 **כהנא נ' יושב־ראש הכנסת ואח',** פ"ד לט (4) 85.
19. בג"צ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח',** פ"ד מה (1) 749; בג"צ 1523/90 **לוי נ' ראש ממשלת ישראל ואח',** פ"ד מד (2) 213; בג"צ 1601/90-1604, בשג"צ 1890/90 **שליט ואח' נ' פרס ואח',** פ"ד מד (3) 353.
20. **Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council,** 467 U.S. 837 (1984) (להלן: Chevron).



nevo.co.il

נקבע כי אף־על־פי שבית־המשפט המפעיל את הביקורת השיפוטית חייב להעניק משקל "לכוונה החד־משמעית שהביע הקונגרס", הרי ש"אם החוק שותק או אינו חד־משמעי בנוגע לסוגיה המיוחדת, השאלה העומדת בפני בית־המשפט היא אם פרשנותה של הרשות מבוססת על קונסטרוקציה מותרת של החוק". יצוין אמנם כי בפסיקה מאוחרת לא דבק בית־המשפט העליון בנאמנות גמורה בדוקטרינה האמורה,[21] אולם מרבות מהחלטותיו האחרונות ומהחלטותיהם של בתי־משפט פורליים נמוכים יותר עולה גישה אוהדת למדי לפרשנות שהעניקו רשויות הממשל לדברי־חקיקה שונים.

לעומת זאת, בישראל לא התקבלה גישת פסק־הדין בעניין **Chevron**, עמדתו של בית־המשפט העליון בישראל דומה לעמדה שהיתה מקובלת בעבר בארצות הברית, שעל פיה מוסמכת הרשות השופטת ללא סייג להפוך פרשנות חוקים שנעשתה על־ידי רשות מינהלית. על כן, השאלה בה דן בית־משפט ישראלי המפעיל ביקורת שיפוטית אינה האם פרשנות מסוימת שניתנה על־ידי הרשות היא "סבירה", אלא האם היא נכונה.[22]

דומה כי קיימים הבדלים בין ארצות הברית לישראל גם באשר לאמות־המידה לביקורת שיפוטית על הפעלת שיקול־דעת מינהלי. שתי השיטות דורשות כי הפעולות המינהליות יושתתו על בסיס ראייתי מספק,[23] אך אמות־המידה לצורך הערכת שיקול־הדעת או הכרעות של "מדיניות" שונות במידת־מה. הנוסחה המילולית העיקרית שבה נעשה שימוש בהקשר זה במשפט המינהלי האמריקני היא אמת־המידה של "שרירותי־גחמני" ("arbitrary capricious").[24] בית־המשפט העליון איפיין אמת־מידה זו לביקורת שיפוטית כ"צרה",[25] במובן זה שבית־המשפט אינו רשאי להמיר את שיפוטו שלו בזה של הרשות, אלא אם מדובר במקרים של "טעות ברורה בשיפוט" ("a clear error of judgment"), התחשבות בשיקולים זרים או התעלמות משיקולים ענייניים. הסיבה השכיחה ביותר

---

21. ראו, בין היתר **Young v. Community Nutrition Institute** 476 U.S. 974 (1986); **Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca** 480 U.S. 421 (1987).

22. בחיפושו אחר הפרשנות המשפטית "הנכונה" יתחשב בית־המשפט כמובן גם בעמדתה של הרשות אשר יישמה את החוק. ואולם, פרשנות הרשות היא רק אחד מתוך גורמים אחדים אשר יילקחו בחשבון לעניין זה, ולעולם אין לה מעמד מכריע.

23. לאמת־המידה האמריקנית ניתן ביטוי במונח "ראיה מוצקה" ("substantial evidence") (5 U.S.C. סעיף 706 (2) (E)). מונח זה הוגדר באופן היסודי והמוסמך ביותר בעניין **Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board** 340 U.S. 474 (1951). בית־המשפט בישראל רחה את הנוסחה האמריקנית ואימץ את זו הבריטית: "ערך הוכחתי" ("probative value"). ראו בג"צ 442/71 **לנסקי נ' שר הפנים**, פ"ד כו (2) 337. אולם ההבדל בין שתי הנוסחות הוא בעיקרו לשוני ואינו בעל חשיבות רבה.

24. החוק הפדרלי בדבר הליכי המינהל, סעיף 706 (2) (A).

25. ראו **Citizens to Preserve Overton Park Inc. v. Volpe** 401 U.S. 402 (1971) (להלן: **Overton**).



nevo.co.il

שאותה מביאים בתי־המשפט להפיכת שיקול־דעתן של רשויות מינהליות היא אי־הנמקה מספקת של ההחלטה.[26]

אמת־המידה הנהוגה בישראל לצורך הפעלת ביקורת שיפוטית על פעולות המינהל היא "סבירות". אמת־מידה זו כוללת את כל העילות לפסילת החלטות ברומה לדין האמריקני, ומוסיפה עליהן עוד עילות, למשל, "איזון אינטרסים". כלומר, הרשות חייבת לא רק להתחשב בכל השיקולים העניינים מבחינה משפטית אלא גם להקצות לכל אחד מהם משקל יחסי הולם. אמנם, בעיקרון זה נעשה שימוש נמרץ ביותר במקרים שנגעו להגבלה על־ידי רשויות מינהליות של חופש הביטוי,[27] אולם הוא יושם אף בהקשרים אחרים, למשל בעניין החלטתו של תאגיד ציבורי שלא להביא התקשרות חוזית לידי סיום.[28]

דוקטרינה מובחנת שנייה לבחינה שיפוטית של שיקול־דעת מינהלי היא המידתיות, הדומה לעיקרון שפותח היטב במשפט המינהלי הקונטיננטלי, שעל־פיו הנטל עקב הגבלה מינהלית נדרש להיות פרופורציוני לנזק או לסכנה שהטלתו מונעת. יצוין שוב כי בתי־המשפט בישראל יישמו עיקרון זה בעוצמה הרבה ביותר במקרים של פגיעה של הממשל בזכויות הנחשבות במרבית התברות לחירויות־יסוד, כמו חופש הביטוי[29] והחירות האישית,[30] אף כי הוא יושם גם במקרים אחרים.[31]

קיים הבדל חשוב נוסף בין העמדה שבחר לאמץ בית־המשפט האמריקני בעניין הביקורת השיפוטית על שיקול־דעת לבין זו שאומצה על־ידי בית־המשפט הישראלי. בישראל שלל בית־המשפט בתוקף את קיומו של שיקול־דעת מוחלט. כלומר, גם כאשר דבר־חקיקה נראה כמעניק לרשות שיקול־דעת חד־צדדי ובלתי־מוגבל, נזקקים בתי־

---

26. בין היתר, **Motor Vehicle Manufacturers Association of the U.S., v. State Farm Mutual Automobile Insurance Corp.** 463 U.S. 29 (1983).

27. ראו למשל בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421; בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, כ"ד לח (2) 393; בג"צ 87/53, 73 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: בג"צ קול העם).

28. בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (1) 421. באותו עניין נרון תוזה בדבר מכירת זמן פרסום ברשות השידור, אולם לא עולה מפסק־הדין כי התוצאה שאליה הגיע בית־המשפט או דרך הניתוח שנקט הושפעו מכך שהחוזה שמדובר בו עסק בביטוי מסחרי (להבדיל מחוזים שאינם נוגעים לביטוי).

29. למשל, בג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 617.

30. למשל, בג"צ 672/87 עתאמללה ואח' נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב (4) 708; עמ"מ 2/88, 1 אגבריה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (1) 840; בג"צ 361/82 תמרי נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 439.

31. ראו למשל פסק־הדין בבג"צ תמימי (לעיל, הערה 15), שעניינו הגבלה שהוטלה על־ידי הרשויות הצבאיות על זכותם של עורכי־דין מן הגדה המערבית לייסר איגוד מקצועי עצמאי.



nevo.co.il

המשפט לעתירות הנוגעות להפעלת שיקול־דעת, כדי להבטיח שהסמכות הופעלה לצורך מטרה חוקית.[32]

לעומת זאת, בתי־המשפט האמריקניים פירשו את החוק הפדרלי בדבר הליכי המינהל[33] כמוציא מתחום הביקורת השיפוטית כל טענה הנוגעת להפעלת סמכות לפי חוק המונע ביקורת שיפוטית,[34] או כל פעולה מינהלית שהתחוק מסר לשיקול־דעתה של רשות מינהלית.[35] במובן זה, בתי־המשפט האמריקניים מכירים בקיומו של מיתחם – אומנם מצומצם למדי – של שיקול־דעת מינהלי מוחלט.

### 3. הליכי המינהל

לעתים קרובות מוטעם כי בישראל לא נחקק הסדר מקיף של הליכי המינהל. לעומת זאת בארצות הברית קיים החוק הפדרלי בדבר הליכי המינהל. אולם אין להיתפס להגזמה באשר לחשיבותו של הבדל זה. המשפט המינהלי, בשתי הארצות, הוא מֶסֶג מורכב של עקרונות – חוקתיים, מעין חוקתיים וכאלה שמקורם במשפט המקובל[36] — הנוגעים למשפט המינהלי, חוקים בתחום המשפט המינהלי הכללי,[37] וחוקים ותקנות המסדירים את הליכי המינהל בעניינים פרטיקולריים. מבט משותף על שתי השיטות המשפטיות בשלמותן מלמד שהדמיון רב מהשוני. עם זאת, קיימים מספר הבדלים שנן הראוי לתת עליהם את הדעת.

#### (א) הליכים בעלי אופי שיפוטי

בהקשרים של פגיעה בזכות או באינטרס, שתי השיטות המשפטיות דורשות, כללית, כי הרשות תיידע את האזרח ותעניק לו אפשרות להישמע בטרם תיגרם לו פגיעה משמעותית. בעניין זה מתעוררות שאלות של "מה" ו"מתי". כלומר, באילו נסיבות נוצרת חובת השמיעה ואילו הליכים נדרשים לצורך מילויה של חובה זו. בדין האמריקני קיימים בנושא

---

32. בג"צ 241/60 **כרדוש נ' רשם החברות**, פ"ד טו (2) 1151 אשר בתן והפך ההלטה של רשם החברות לסרב לרשום הברה משיקולי ביטחון, וזאת למרות נוסחו של החוק נשוא העניין, אשר העניק לרשם שיקול־דעת מוחלט לרשום חברה או לסרב לרושמה.

33. U.S.C. 5, **סעיף** 701 (a).

34. ראו למשל: **Lindhal v. Office of Personnel Management** 470 U.S. 768 (1985); **Gott v. Walters** 756 F. 2d 902 (D.C. Cir. 1985), Vacated 791 F. 2d 172 (D. C. Cir. 1985) (en Banc).

35. ראו לעיל, **הערות 9-12**.

36. במיוחד פיסקות ההליך ההוגן בתיקונים החמישי והארבעה־עשר לחוקת ארצות הברית, וכללי הצדק הטבעי במשפט הישראלי, הנובעים מן המשפט המקובל. ראו בג"צ 9/58, 3 **ברמן ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד יב 1493 (להלן: בג"צ ברמן).

37. דוגמות מן הדין הישראלי הם חוק הפרשנות, תשמ"א-1981, והחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. חוק אחרון זה קובע מסגרת עקרונית, אך לא בלעדית, לדוגמות באשר למצב בארצות הברית, ראו להלן, **הערות 64-68** והטקסט שאליו הן קשורות.



nevo.co.il

זה שני מקורות עיקריים: החוק הפדרלי בדבר הליכי המינהל, ופיסקות ההליך ההוגן שבחוקה. החוק הפדרלי מספק מיתווה מפורט לניהול שימועים פורמליים,[38] ודומה למדי באופיו לדרך ניהול דיון אזרחי בבית־משפט. מודל פורמלי זה יש ליישם, רק במקרים שבהם החוק המסמיך דורש מתן שימוע רשמי ("on the record") לאזרח. רוב החוקים הפדרליים דורשים שימוע כזה בהליכים שעניינם סירוב להעניק פריווילגיה או זכות או הפסקתן. בתי־המשפט גילו נכונות לפרש חוקים שאינם חד־משמעיים בעניין זה כמחייבים קיום הליך במתכונת הקבועה בחוק הליכי המינהל גם בהקשרים של מתן רשיונות.[39]

עם זאת, יש לציין שחוק הליכי המינהל אינו כולל מודל פורמלי פתוח למצבים שבהם אין מתקיימים התנאים לשמיעה הפורמלית הקבועה בחוק, במצבים כאלה פתוחות בפני הרשויות המינהליות אפשרויות אילתור, הכפופות אך ורק למגבלות מכוח פיסקת ההליך ההוגן שבתיקון החמישי של חוקת ארצות הברית.[40] בשורה ארוכה של פסקי־דין אימץ בית־המשפט העליון גישה המאופיינת כפוזיטיביסטית־יוטיליטאריאנית במקרים של הליך הוגן בעל אופי שיפוטי.

בעניין **Roth** מ־1972,[41] המהווה ציון־דרך, ניסח בית־המשפט העליון את המבחן הדו־שלבי המשמש לצורך יישום פיסקת ההליך ההוגן. תחילת על בית־המשפט להחליט אם הפעולה המינהלית שללה מן העותר אינטרס המצוי במסגרת הזכויות החוקתיות ל"חיים, חירות או רכוש". שנית, על בית־המשפט להחליט מהו הליך הוגן, כלומר, האם רכיב פרוצדורלי מסוים שהעותר דורש לקיים אכן נדרש חוקתית. בעניין **Roth** הגדיר בית־המשפט את המונח "רכוש" כ"תביעת קניין לגיטימית" ("legitimate claim of entitlement") הנסמכת על הוראת דין מפורשת, כגון חוק, תקנה או חוזה מינהלי. ביישמו הגדרה זו החליט בית־המשפט כי כלל ההליך ההוגן אינו בר־יישום באשר לאי־חידושו של חוזה בן שנה של מורה במכללה, משום שלא עלה בידי המורה לבסס ציפייה לגיטימית לחידוש חוזהו על דין כלשהו מדיני המדינה שבה נדון העניין. בעניין **Roth** הוגדר המונח "חירות" באופן רחב יותר, כמקיף מכלול של "חירויות שהוכרו זה מכבר... כחיוניות לחתירה סדירה אחר האושר, על־ידי בני־אדם חופשיים".[42] בית־המשפט קבע מפורשות שחירות כוללת חופש מהגבלות פיזיות או מפגיעה בשלמות הגוף,[43] אך במקרים שעסקו באינטרסים שתחומם היה רחב מאותה טשטוש גרעינית של "חירות", נקט בית־המשפט עמדה פוזיטיביסטית מובהקת, ועמד על קיום ראיה להיותו של האינטרס מוגן ספציפית

38. 5 U.S.C. 554, סעיפים 556־557.
39. ראו למשל **Wong Yang Sung v. McGrath**, 339 U.S. 33 (1950); **Seacoast Anti-pollution League v. Costle** 572 F. 2d. 872 (1st. Cir. 1978).
40. או, במקרה של גופי מינהל ברמה המוניציפלית או המדינתית, פיסקת ההליך ההוגן בתיקון הארבעה־עשר, המנוסחת באופן כמעט זהה.
41. **Board of Regents of State Colleges v. Roth** 408 U.S. 564 (1972) (להלן: **Roth**).
42. שם, 574, בציטטו מתוך **Meyer v. Nebraska** 262 U.S. 390 (1923).
43. ראו **Ingraham v. Wright** 430 U.S. 651 (1977); **Parham v. J.R.** 442 U.S. 584 (1979); **Youngberg v. Romeo** 457 U.S. 307 (1982) (להלן: **Ingraham**).



nevo.co.il

באמצעות חוק המדינה.[44] משמעותה המעשית של הסתמכות בית־המשפט על הדין הפוזיטיבי לצורך הצבעה על המשמעות הספציפית של "רכוש" ושל "חירות" (שלא בהקשר של פגיעה בשלמות הגוף), היא מתן אפשרות לממשל לשלול מהאזרחים הגנות דיוניות באמצעות הדרך שבה מעוצבות הזכויות המהותיות.

השאלה השנייה שאליה מתייחסת דוקטרינת ההליך ההוגן האמריקנית היא דרך השמיעה במצבים שבהם נדרש להעניקה, כלומר, שלילת "חיים, חירות או רכוש". בפסק־הדין המדריך לעניין זה,[45] פיתח בית־המשפט העליון מבחן גמיש, המוביל לתוצאה מאוזנת. ההליך ההוגן הנדרש ייגזר מן ההקשר שבו מדובר. כדי להחליט אם נדרש אמצעי פרוצדורלי מסוים (למשל, הזכות לשמיעה בעל־פה, או הזכות להתעמת עם עד ולחקור אותו חקירה נגדית), על בית־המשפט לאזן בין שלושה גורמים: (1) משקלו של האינטרס הפרטי העלול להיפגע; (2) סכנת הטעות (למעשה, הסיכון לטעות מאחר שלא נעשה שימוש בהליך מסוים שנקיטתו התבקשה); (3) העניין שיש לרשות לוותר על נקיטת אותו הליך, לרבות הנטל המינהלי והכספי שתגרום נקיטתו.

בית־המשפט יישם איזון זה במיגוון רחב של הקשרים, כשהוא מעניק, בכמה מקרים, הגנות פרוצדורליות נוספות לפונים אליו, ומסרב להעניקן במקרים אחרים. לדוגמה, בית־המשפט העניק זכות לאדם להישמע לפני אישפוזו במוסד לחולי נפש,[46] זכות לעובד מדינה לשמיעה מוקדמת לא פורמלית לפני פיטוריו,[47] וזכות דומה ללקוח של חברה לאספקת שירות מוניציפלי שהשירות שניתן לו הופסק עקב חוב שהיה שנוי במחלוקת.[48] לעומת זאת, בית־המשפט לא הכיר בזכות השמיעה של תלמידה באוניברסיטה השייכת למדינה בעניין החלטה אקדמית של האוניברסיטה להפסיק את לימודי הרפואה שלה.[49] כן לא הכיר בית־המשפט בזכות שמיעה מינהלית בעניינים של ענישה גופנית בבתי־ספר ציבוריים[50] והשמדת רכושם של אסירים,[51] ובכך הותיר לנפגעים רק סעדים נזיקיים מכוח המשפט המקובל.

בישראל הליך הוגן בעל אופי שיפוטי הוא פורמליסטי פחות ופוזיטיביסטי פחות. המקור לרוב הדרישות המופנות למינהל הוא כללים של המשפט המקובל, המכונים "כללי הצדק הטבעי". כללים אלו נקלטו בירושה מהמשפט האנגלי. כמו באנגליה, גבולותיה של זכות השמיעה התרחבו מהליכים מעין שיפוטיים לעבר מיגוון רחב של הליכים מינהליים

---

44. ראו למשל **Paul v. Davis** 424 U.S. 693 (1976); **Meachum v. Fano** 427 U.S. 215 (1976); **Kentucky Department of Corrections v. Thompson** 490 U.S. 454 (1989).
45. **Mathews v. Eldridge**, 424 U.S. 319 (1976) (להלן: **Eldridge**).
46. **Zinermon v. Burch** 494 U.S. 113 (1990).
47. למשל, **Cleveland Board of Education v. Loudermill** 470 U.S. 532 (1985).
48. **Memphis Light, Gas & Water Division v. Craft** 436 U.S. 1 (1978).
49. **Board of Curators of the University of Missouri v. Horowitz** 435 U.S. 78 (1978).
50. **Ingraham** (לעיל, הערה 43).
51. למשל, השוו **Daniels v. Williams** 474 U.S. 344 (1986); **Hudson v. Palmer** 468 U.S. 517 (1984).

העלולים להביא לפגיעה באינטרסים בעלי־ערך של פרטים. בפסק־הדין המנחה בבג"צ ברמן[52] יישם בית־המשפט העליון את כללי הצדק הטבעי על החלטה להעביר שטח מעיר אחת ולספחו לעיר אחרת. הגם שהחלטה זו היתה בעלת אופי ביצועי (שבו, על־פי הגישה המסורתית, לא הוכרה זכות השמיעה), החליט בית־המשפט כי העניין מצוי בגדר "אין עונשין אלא אם מזהירין". בצטטו מספר רב של מקורות בריטיים, פירש בית־המשפט מכתם זה כמחייב את הרשות להעניק את זכות השמיעה בכל מקרה שבו פעולתה פוגעת באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא באלה. בהעברת שטח מתחום שיפוטה של רשות מקומית אחת לתחום שיפוטה של רשות מקומית אחרת ראה בית־המשפט שינוי חשוב מאוד במעמד התושבים, וזאת בהתחשב בנקודת המבט הסובייקטיבית של התושבים עצמם. הן רוחב היריעה של האינטרסים המוגנים והן השימוש באמת־מידה סובייקטיבית עמדו בניגוד לגישה האובייקטיבית יותר שנקט בית־המשפט העליון האמריקני כדי לתאר את הנסיבות שבהן חלה פיסקת ההליך ההוגן.

איזה סוג של שמיעה נגזר בישראל מכללי הצדק הטבעי? בית־המשפט העליון בישראל תיאר את התחולה הכללית של כלל ה־audi alteram partem בדרך הבאה: (1) אדם זכאי להביא את טענותיו בפני הרשות; (2) אדם זכאי להופיע בעת שמיעת העניין או בעת החקירה, אם היא תתקיים; (3) האורח זכאי להכין ביעילות את הצגת עניינו בפני הרשות ולהשיב על הטענות המועלות נגדו.[53]

מעבר להצהרה זו בדבר הנוסחה הכללית, קבע בית־המשפט את מתודולוגיית ההכרעה בסוגיות של הליכי המינהל. בית־המשפט העליון נמנע מלפסול את גירושם ללבנון של חשודים כמחבלים שלא הוענקה להם זכות שמיעה לפני ביצוע הגירוש, אך דרש מהרשויות הצבאיות לאפשר הליך מהיר של שמיעה לאחר הגירוש. בפוסקו כך, איזן בית־המשפט במפורש בין גורמים אחדים ובהם מידת התומרה ואי־ההפיכות של השלכות הגירוש כלפי המגורשים, הסכנה של חוסר דיוק ושל טעויות זיהוי בשל כך שהמגורשים לא נכחו בהליכים, והאינטרסים החיוניים של בטחון המדינה אשר דרשו פעולה מיידית.[54] מבחינה מתודית הנמקתו של בית־המשפט מזכירה מאוד את מבחן האיזון האינסטרומנטלי שאימץ בית־המשפט העליון האמריקני בעניין **Eldridge**.[55]

**(ב) התקנת תקנות**

בית־המשפט העליון האמריקני וגם זה הישראלי אינם דורשים מרשויות, בין מכוח המשפט המקובל ובין מכוח המשפט החוקתי, להעניק את זכות השמיעה בהליכים של התקנת תקנות. ההנחה שעל־פיה פיסקת ההליך ההוגן אינה מחייבת שמיעה בהליכים מסוג זה

52. לעיל, הערה 36.

53. בג"צ 361/76 "המגדר-ברזילית" חוטי ברזל ורשתות בע"מ נ' רפאלי, רכז ביקורת וחשבונות של אגף גובה המכס והבלו ואח', פ"ד לא (3) 281.

54. בג"צ 5973/92 ואח', בשג"צ 5990/92 ואח' האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז (1) 267 (להלן: בג"צ האגודה לזכויות האזרח).

55. ראו לעיל, הערה 45.



nevo.co.il

עדיין מבוססת על פסקי־הדין המפורסמים בפרשות Londoner ו־Bi-Metallic, שנתן בית־המשפט העליון בארצות הברית בתחילת המאה.[56]

הפסיקות דאז באות מתקופה השונה מאוד מזו המודרנית, שבה החלטות רבות שעניינן מדיניות ציבורית נעשות באמצעות התקנת תקנות. מטעם זה ניתן היה לסבור שהן איבדו מקצת מערכן המחייב. אך בפסקי־דין שניתנו לאחרונה ציין בית־המשפט כי תוקפה של הפסיקה הקודמת בעינו עומד.[57]

המצב בישראל דומה. בית־המשפט העליון קבע בשלושה מקרים לפחות כי כללי הצדק הטבעי אינם מעניקים לפרט זכות ליטול חלק בפעולות מינהל שהן בעיקרן חקיקתיות.[58] הגם שניתן לטעון כי בכל שלושת המקרים קביעה זו לא היתה חיונית לתוצאה שאליה הגיע בית־המשפט,[59] נראה כי יש בהן כדי לבטא את הדין בישראל בעניין זה. דומה כי אחת הנקודות הברורות ביותר בהקשר זה היא כי הכלל הפסיקתי "audi alteram partem" אינו חל בישראל על הליכי חקיקה, כשם שמקבילו האמריקני – הכלל בדבר הליך הוגן – אינו חל על הליכי חקיקה בארצות הברית.

באשר למישור החוקי, התמונה היא שונה. החוק הפדרלי בדבר הליכי המינהל קבע מסגרת מקיפה לצורך חקיקה פדרלית. מסגרת זו נותרה ברובה ללא שינוי מאז 1946,[60] בהתאם להליך זה, המכונה "הודעה ותגובה" ("notice and comment"),[61] על הרשות העוסקת בחקיקה למסור הודעה מוקדמת בעניין החקיקה מוצעת, בין באמצעות פרסום הודעה לכלל הציבור ובין באמצעות הודעה ספציפית שתופנה לאזרחים העשויים להיות

56. **Londoner v. Denver** 210 U.S. 373 (1908); **Bi-Metallic Invesment Corp. v. State Board of Equalization** 239 U.S. 441 (1915).

57. **Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council,** 435 U.S. 519 (1978) (להלן: **Vermont**); **United States v. Florida East Coast Railway Corp.** 410 U.S. 224 (1973) (להלן: **Florida**); **United States v. Allegheny-Ludlum Steel Corp.** 406 U.S. 742 (1972) (להלן: **Allegheny-Ludlum**).

58. בג"צ 542/76, 103/77 קונסורטיום אינטרנשיונל בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד התקשורת, פ"ד לא (3) 477; בג"צ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' ישבי־ראש ועדת החקירה לעניין מתן שירותי גז, פ"ד כג (1) 324; בג"צ ברמן (לעיל, הערה 36).

59. Baruch Bracha, "The Right to Be Heard in Rule Making Proceedings in England and in Israel: Judicial Policy Reconsidered," 10 *Fordham International Law Journal,* 613 (1987) p. 618-623.

60. 5 U.S.C. 553, סעיף 553.

61. החוק הפדרלי בדבר הליכי המינהל קובע להתקנת תקנות גם הליך פורמלי יותר, בעל אופי שיפוטי. הליך זה חל רק במקרים בהם "rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing". חוקים פדרליים מעטים בלבד כוללים דרישה מפורשת מעין זו, ובתי־המשפט לא גילו נכונות לפרש סעיפי "rulemaking hearing" בעלי נוסח מעורפל כמחייבים הפעלה של המודל הפורמלי להתקנת תקנות. דאו **Florida**־ו **Allegheny-Ludlum** (לעיל, הערה 57).



nevo.co.il

מושפעים מן החקיקה הנדונה. על ההודעה לכלול "או את תוכנו או את מהותו של דבר־החקיקה המוצע, או את תיאור הנושאים והעניינים הכרוכים בו". על הרשות להעניק לצדדים המעוניינים בכך הזדמנות להגיש תגובות בכתב. הרשות רשאית, אם כי אינה חייבת, לקיים שמיעה בעל־פה לצורך הצגת הדעות. הרשות חייבת לשקול את הדברים העניינים שהובאו בפניה. כאשר היא מקבלת את דבר־החקיקה הסופי, עליה לספק "הצהרה כללית ומדויקת בדבר בסיסו ומטרתו".

במהלך תקופה מסוימת בשנות השבעים, בית־המשפט לערעורים במחוז קולומביה פירש סעיפים אלו באופן יצירתי למדי, ודרש מהרשויות לערוך הליכים דמויי־משפט, וביניהם חקירות נגדיות בכתב, הכחשות בכתב, ואפילו שמיעה בעל־פה. בית־המשפט העליון קטע באחת נטייה פרשנית זו, בקובעו בעניין Vermont[62] כי לבתי־משפט המפעילים ביקורת שיפוטית אין סמכות להרחיב את דרישות המינימום הקבועות בחוק הליכי המינהל. בכל זאת, בתי־המשפט בערכאות הנמוכות יותר המשיכו לעמוד על יישום מוקפד של הדרישות הללו,[63] וזאת כדי להבטיח לנפגעים הזדמנות הוגנת להעלות את עמדותיהם ולנסות לבססן.

נוסף לסעיפים בחוק הליכי המינהל המחייבים מתן אפשרות תגובה, חוקק הקונגרס עוד מספר חוקים, שהרחיבו את האפשרויות העומדות בפני צדדים המעוניינים בכך ליטול חלק בהליכים של התקנת תקנות ובהליכים אחרים של קביעת מדיניות מינהלית. לדוגמה, ה־Negotiated Ruelmaking Act[64] מספק מסגרת המעודדת רשויות מינהליות להקים ועדות ייצוגיות לדיון בהתקנת תקנות לצורך הצעת תקנות (אם אין נוהגים על־פי חוק זה, חובה להתקין תקנות על־פי ההליך הפדרלי בדבר הליכי המינהל). ה־Sunshine Act[65] וה־Federal Advisory Committee Act[66] דורשים כי מרבית הישיבות של רשויות פדרליות ושל ועדות מייעצות פדרליות יהיו פתוחות לציבור. החוק הפדרלי לחופש מידע (Act Federal Freedom of Information)[67] מחייב רשויות פדרליות לאפשר עיון בחומר המצוי ברשותן לכל המבקשים לעשות זאת, בכפיפות לכמה חריגים צרים בהיקפם.

לבסוף, אסטרטגיית "ההצהרה בדבר ההשפעה" ("Impact Statment"), שבה עשה הקונגרס שימוש בחוקים כמו National Environmental Policy Act,[68] מחוקת באופן עקיף[69] את ההזדמנויות הנתונות לצדדים פרטיים להשתתף בהליכי התקנה, בחייבה את

62. לעיל, הערה 57.

63. ראו למשל Chocolate Manufacturers Association of the U.S. v. Block 755 F. 2d 1098 (4th Cir. 1985).

64. 5 U.S.C., סעיפים 561-570.

65. 5 U.S.C., סעיף b552.

66. 5 U.S.C, נספח 2.

67. 5 U.S.C, סעיף 552.

68. 42 U.S.C. 4331 et seq.

69. בית־המשפט העליון הכריז כי המדיניות הסביבתית התברתית הנ"ל אינה מרחיבה באופן ישיר את זכויות האורחים ליטול חלק בתהליך קבלת ההחלטות של הרשות, המוענקת בחוק



nevo.co.il

הרשויות לבחון בקפידה רבה יותר את ההשפעה העתידה של מדיניותן על אינטרסים שונים שבחשיבותם הן המעיטו בתהליך גיבוש המדיניות הקודמת.

בישראל אין דין המקביל לסעיפים בדבר התקנת תקנות בתוק הליכי המינהל האמריקני. הכנסת מילאה חלל זה במקרים אחדים, בקובעה כי בהקשרים אחדים הרשויות חייבות, לפני התקנת תקנה מהותית, להיוועץ בצדדים בעלי עניין, לפרסם את טיוטת התקנות המוצעות, או לאפשר בדרך אחרת לצדדים מעוניינים להציג את עמדתם בפני הרשות. היועץ המשפטי לממשלה פירסם ב-1985 הנחיה הממליצה על פרסום מוקדם של טיוטות תקנות.[70] אך אין דרישה כללית של הודעה מראש, מתן הזדמנות להגיב או הצהרה על כוונות התקנה, בדומה למודל האמריקני.

## ג. רטוריקה

כאשר בוחנים את פסקי־הדין בעניינים מינהליים שניתנו על־ידי הערכאות המשפטיות העליונות בישראל ובארצות הברית, ניכרים לעין, מלבד ההבדלים הדוקטרינליים, גם הבדלים ברמה הרטורית, הגם שבהקשר זה התמונה המצטיירת מן ההשוואה היא עמומה יותר. ניכר במיוחד ההבדל בדרגת התשיבות היחסית המוענקת לשני תפקידיו התאומים של המשפט המינהלי: הגנה על זכויות הפרט ועל האינטרסים שלו, והבטחת שלטון החוק באמצעות תיקון אי־חוקיות בפעולות המינהל. פסקי־הדין האמריקניים – במיוחד פסיקתו של בית־המשפט העליון – כמעט אינם עושים שימוש בטיעונים של "שלטון החוק", מהסוג המופיע תדיר ובאופן מובלט באחדים מפסקי־הדין המנחים של בית־המשפט העליון בישראל. דוגמה בולטת לפסיקה ישראלית זאת היא פסק־הדין המפורסם של השופט ברק בבג"צ רסלר, שבו הוא כתב את הדברים הבאים:

> על בית־המשפט בחברה דמוקרטית מוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק.[71]

ובהמשך:

> ביקורת שיפוטית... שומרת על פעולתה הראויה של הנוסחה הדמוקרטית. היא באה להבטיח, מחד גיסא, כי דעת הדוב תמצא את ביטויה הראוי במסגרות המשפטיות, שנקבעו לשם כך במשטר (חוקה, חוק, תקיקת משנה, צווים), ולא תתרוג ממסגרות אלה, וכי

---

הליכי המינהל או בחוקים אחרים. ראו Vermont (לעיל, הערה 57); Kleppe v. Sierra Club 427 U.S. 390 (1976).

70. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מס' 60.012, מנובמבר 1985.

71. בג"צ רסלר (לעיל, הערה 6), 462.



nevo.co.il

> הפעולה השלטונית תעשה במסגרת התוקית שנקבעה על ידי הרוב בהצבעתו בגוף המחוקק; היא באה להבטית, מאידך גיסא, כי הרוב לא יפגע בזכויות היחיד, אלא אם כן יש לו הסמכה כדין לכך.[72]

דאגה זו להגנתו של שלטון החוק מהווה יסוד גם לפסקי־דין של שופטים אחרים.[73]

לשווא נתור אחר התבטאויות דומות בפסקי־הדין האחרונים של בית־המשפט העליון האמריקני. פסקי־הדין בדבר זכות־העמידה מתמקדים בפגיעות קונקרטיות, ממשיות, שנגרמו לעותרים בגין פעולתה הבלתי־חוקית של הרשות, כמו גם בטיבו ובעוצמתו של הקשר בין פגיעות אלו לבין האינטרסים של העותרים המסוימים שעניינם נדון בפני בית־המשפט. מפסקי־הדין לא עולה דאגה משמעותית למניעת אי־חוקיות בפעולת המינהל. ואכן, בעניין Lujan דחה השופט סקליה מפורשות את הרעיון שעל פיו ההוראה בדבר תביעה אזרחית בחוק להגנה על בעלי־חיים בסכנת הכחדה מקנה לכל אדם "an abstract, self-contained, noninstrumental 'right' to have the Executive observe the procedures required by law".[74]

קריאתו של השופט סקליה את המונח "זכויות" מובילה להחלת מודל של משפט פרטי לגבי פעולות המינהל הציבורי, מודל שנדחה בתוקף על־ידי השופט ברק, אף אם השופט סקליה ועמיתיו לדעה הכירו במידת־מה בהיחלשות הקשר שבין זכות לחובה במשפט הציבורי, דומה שהם לא ראו קשר הכרחי בין דמוקרטיה לבין תיקון פעולות בלתי־חוקיות של הרשות באמצעות בית־המשפט.

בקשר לכך ניתן להבחין בהבדל רטורי בפסקי־דין שעסקו בשפיטות. בבג"צ רסלר דחה השופט ברק את הרעיון של "אי־שפיטות נורמטיבית", כלומר, את התפיסה שעל־פיה עניינים מסוימים אינם שפיטים משום שאין נורמות משפטיות שאותן ניתן ליישם לצורך פתרונם.

כל פעולת ממשל, אמר השופט ברק, היא מותרת או אסורה על־פי החוק. אין קטגוריה שלישית, הנשלטת רק על־ידי החלטות פוליטיות או העדפה אישית, שבה אין תחולה למשפט, ולבתי־המשפט אין בה דריסת־רגל (ולו כדי להחליט שהפעולה היא חוקית). בניגוד לכך, הכיר בית־המשפט האמריקני במפורש בקיום תחום של "אי־שפיטות נורמטיבית". בפסק־הדין המנחה, Overton, קבע בית־המשפט כי אבן הבוחן ליישום חריג הכפיפות לשיקול־דעת ("committed to discretion") שבתוק הפדרלי בדבר הליכי המינהל הוא "אם חוקים מנוסחים במונחים כה רחבים עד כי, במקרה נתון, אין דין שניתן ליישם".[75]

הגישות השונות של שני בתי־המשפט בנקודה זו מתייחסות להבהנה בין זכויות לבין שלטון החוק. אלה הרואים את תפקידה המרכזי של הביקורת השיפוטית במניעת פעולות

---

72. שם, 492.
73. ראו אלוני (לעיל, הערה 5), פסק־דינו של הנשיא שמגר.
74. Lujan (לעיל, הערה 4).
75. Overton (לעיל, הערה 25), בצטטו מ־S. REP. No 752, 79th Cong. 1st Sess.26 (1945).



nevo.co.il

ממשל בלתי־תוקיות, ייטו פחות להכיר אפילו בתחום קטן של פעילות ממשל כמצוי מחוץ לתחזמן של נורמות משפטיות. לעומתם, אלה הרואים את תפקידה המרכזי של הביקורת השיפוטית כהגנה על זכויות הפרט, או למצער הגנה על אינטרסים ספציפיים, ייטו יותר לקבל את קיומה של לאקונה כזאת במארג המשפטי.

נקודה נוספת הקשורה לעניין היא הדרך שבה רואים שני בתי־המשפט את הקשר בין משפט לפוליטיקה (או מדיניות). בבג"צ רסלר ערך השופט ברק בין השניים הבחנה חדה. לדבריו, לבתי־המשפט סמכות מוחלטת בכל הקשור למשפט, ולמופקדים על הפוליטיקה יש סמכות מוחלטת בכל הנוגע לקביעת מדיניות. העובדה שפעולות הרשות השופטת, בתחומה שלה, משפיעות על פעולות (או על תוצאות הפעולות) של הממשלה, בתחומה שלה, אינה אף פעם סיבה קטגורית למשוך את ידיה מן העניין, הגם שלעיתים היא עשויה להיות סיבה לכך. אף־על־פי שבית־המשפט העליון בארצות הברית הבחין לעתים קרובות בין משפט למדיניות, ניתן לחוש שבית־המשפט ראה את הקשר בין השניים יותר כרצף מאשר כדיכוטומיה. יתרה מזו: רצף זה כולל תחום מרכזי של הפיפה אינטנסיבית, אשר בכל הנוגע אליו, כעניין כללי או קטגורי, ראוי כי בתי־המשפט יגלו איפוק. ההיסוס מלעודד זכות־עמידה ציבורית והנכונות להכיר בתחום שבו שיקול־הדעת של הרשויות הוא מוחלט ואינו נתון לביקורת שיפוטית הם השתקפויות מתקבלות על הדעת של ההשקפה האמורה.

דאָיה נוספת התומכת בתזה זו היא התפלגות הדעות בין בית־המשפט האמריקני לזה הישראלי בעניין היקפה של הביקורת השיפוטית על הדרך שבה מפרשת רשות מינהלית דבר־חקיקה. על־פי הדוקטרינה שפותחה בעניין **Chevron**,[76] קיים תחום משמעותי של יצירת דין אשר בית־המשפט העליון סבור כי הולם יותר לראותו כמסור לרשויות המינהל מאשר לבתי־המשפט (אולי בשל היותו קשור מאוד לפוליטיקה). בית־המשפט העליון הישראלי, לעומת זאת, נוהג לייחס חשיבות מעטה יותר לדרך שבה מפרשת רשות את החוק הקובע את סמכותה, עמדה צפויה במשטר שיפוטי המחויב לראייה דיכוטומית של משפט ופוליטיקה (ומדיניות).

## ד. הסברים מוצעים

אם צדקתי באיפיון ההבדלים הללו בין המשפט המינהלי בשתי הארצות, ברמתם הדוקטרינלית והרטורית, נשאלת השאלה מהו ההסבר לקיומם. הגורמים הקובעים ביצד מתגבשות דוקטרינות משפטיות והצידוקים השונים שבריטוריקה ובתיאוריה המשפטית הם רבים ודקים מכדי לאפשר הסבר פשוט או מצומצם. אולם דומה שמאפיינים מסוימים בסביבה המשפטית והפוליטית בשתי הארצות מזדקרים לעין כהסבר אפשרי להבדלים אלו.

76. לעיל, הערה 20.



nevo.co.il

1. מבנה הממשל

המשתנה העשוי להסביר יותר מכול את ההבדלים שנדונו בין שתי הארצות הוא מבנה הממשל שלהן. בארצות הברית, שבה שני בתי־מחוקקים, חקיקה מדינתית, ראשי מדינות הנבחרים ישירות, מערכת שיפוטית בעלת שלוש ערכאות ושיטה פדרלית, מבנה הממשל הוא מבוזר הרבה יותר מאשר בישראל, שבה הרשות המחוקקת מורכבת מבית־מחוקקים אחד בלבד, השיטה הפרלמנטרית מאופיינת בעליונות הממשלה,[77] והרשות השופטת היא ריכוזית יותר. להבדלים מבניים אלו יש השלכות ברורות על תפקודה של הרשות השופטת, ובטיוחד על זה של בית־המשפט העליון, המפקח על פעולות הרשויות.

שיטה המורכבת ממוסדות רבים כמו השיטה הפדרלית האמריקנית מכילה מספר בלמים פוליטיים שנועדו לטפל בצערים מינהליים לקויים או אפילו בלתי־חוקיים. רשויות מינהליות בממשל האמריקני הפדרלי כפופות, תלויות ונתונות לפיקוח, ברמות שונות, על־ידי שלוש ישויות פוליטיות עצמאיות – בית־הנבחרים, הסנאט והנשיא – אשר כל אחת מהן נבחרת על־ידי ציבור בוחרים שונה, מכהנת במשך תקופה שונה באורכה, ולעתים קרובות מייצגת מפלגה שונה. פיקוח רב־משתתפים זה מקטין מאוד את הסבירות לסטייה משמעותית של אחד משלושת הגורמים האמורים מהקונסנזוס הפוליטי השולט בכיפה.

כמובן, אין בל ביסחון שהקונסנזוס הפוליטי הנוהג בעת שרשות נוקטת דרך פעולה מסוימת עולה בקנה אחד עם הקונסנזוס שנהג בעת שנחקק החוק המעניק לרשות שבה מדובר את סמכותה. נראה שקונסנזוס אחרון זה הוא אבן־יסוד לצורך הכרעה בשאלות בדבר תוקפות פעולתה של רשות. הסיכוי שבמהלך הזמן ייווצרו שינויים בקונסנזוס הוא אחת הסיבות המרכזיות לצורך בבקרה שיפוטית על הרשויות, ולאי־הסתפקות בבקרה פוליטית.

אם כן, הצורך בפיקוח שיפוטי הוא תוצאה של האפשרות שפעולה מינהלית תיעשה תוך חריגה מסמכות. הדבר קשור להיקפו של שיקול־הדעת שהואצל לרשות. ככל שזה רחב יותר, כן קטן הסיכוי שהרשות תחרוג מגבולותיו.

סביר שהיקפו היחסי של שיקול־הדעת הוא רחב יותר בשיטה נשיאותית מבוזרת, וצר יותר במשטר פרלמנטרי. כדי להבין את סיבת הדבר, שוו לעיניכם את ההעדפות המדיניות של כל גורם פוליטי עצמאי במשטר מסוים כנקודה על־פני מתחם מדיניות דו־ממדי.[78] בשיטה האמריקנית מצויות שלוש נקודות, המייצגות את ההעדפות המדיניות של בית־הנבחרים, הסנאט, והנשיא. המשולש שנוצר כשמחברים בין שלוש הנקודות הללו מגדיר את גבולות שיקול־הדעת הפוליטי שבתחומם רשאי המינהל לפעול. בהתקיים חוק, מגדיר משולש זה את שיקול־דעתה החוקי של הרשות. בשל היסודות האלקטורליים הברורים

77. לאחר התלפת חוק־יסוד: הממשלה ובחירתו הישירה של ראש הממשלה, שנכנסו לתוקפם ב־1996, התקדמה ישראל באופן חלקי לעבר השיטה הנשיאותית האמריקנית. אך גם לאחר השינוי יש לכנסת כוח לפזר את הממשלה (ואת עצמה) באמצעות הצבעת אי־אמון בראש הממשלה.

78. להדגמת ההבדל ביישום מתודולוגיה זו להשוואה בין משטר נשיאותי למשטר פרלמנטרי ראו Pablo T. Spiller, "A Positive Political Theory of Regulatory Instruments: Contracts, Administrative Law or Regulatory Specificity?", 69 S. California Law Review 477, p. 486-501 (1986).



nevo.co.il

שלהם, וכשל המבנים הפנימיים שלהם, סביר שלשלושת מרכזי הכוח הפוליטיים האמריקניים יהיו העדפות מדיניות ברורות. מאחר שסביר כי הנקודות יהיו פרושות במרחק זו מזו, סביר גם שמתחם שיקול־הדעת התוקי של הרשות יהיה רחב יחסית.

בניגוד לכך, בשיטה ריכוזית בעלת בית־גבחרים אחד, כמו זו הנוהגת בישראל, קיימות, בתיאוריה, רק שתי סטכויות פוליטיות: הכנסת והממשלה. משום שסמכות הממשלה נגזרת מהרוב שיש לה ברשות המחוקקת, סביר שהעדפותיה המדיניות יהיו דומות לאלה של הרשות המחוקקת. על כן ניתן לתאר את תחום שיקול־הדעת שבידי הרשות המינהלית לעניין קביעת מדיניות כקו קצר למדי בין שתי נקודות קרובות. בפועל מדובר במודל סבוך יותר, משום ששיתוף הפעולה של המפלגות הקטנות נדרש לעתים קרובות לצורך כינון קואליציה. למפלגות אלו יש אפוא כוח פוליטי שאינו עומד ביחס ישר למספר התומכים בהן, לפחות באותם תחומי מדיניות שבהם יש להן אינטרסים מובהקים. בישראל הדוגמה לכך היא המפלגות הדתיות, שלהן השפעה חזקה על נושאים שהם מעניינה של הקהילה היהודית האורתודוקסית, כמו ריני המשפחה, שמירת שבת ועלייה. הכרה בהשפעתן של מפלגות קטנות משנה את המבנה הגאומטרי של שיקול־הדעת המינהלי והופכת אותו מקו קצר למשולש צר. עם זאת, ככלל, צפוי כי היקף שיקול־הדעת בקביעת מדיניות וגם שיקול־הדעת על־פי חוק הניתן לרשויות בארצות הברית יהיה רחב יותר מזה המסור לרשויות בישראל.

מניתוח זה עולה כי רשויות המינהל יסטו במשטר כמו זה שבישראל לעיתים קרובות יותר מתחום הקונסנזוס המקורי – וכתוצאה מכך יפעלו תוך חריגה מסמכות. על כן המקרים שבהם יידרש פיקוח שיפוטי שעניינו חוקיות מהותית יהיו רבים יותר, והצורך בפיקוח כזה יהיה ניכר יותר. לעומת זאת, בשיטה האמריקנית, שבה הבקרה הפוליטית משמשת צורה של פיקוח מינהלי, דומה שיש חשיבות גדולה יותר לתקינות ההליכים. ככל שהרשות חייבת לנקוט בהליך פתוח יותר והמשתתפים לצורך קביעת מדיניות ויישומה הם רבים יותר, כך סביר יותר שכל אחד מהענפים הפוליטיים יוכל לקיים פיקוח יעיל על אותו הליך. לכן ניתן לצפות שבשיטה כמו זו האמריקנית, בבואם לבחון פעולה מינהלית, ירגישו בתי־המשפט במיוחד את תקינות ההליכים מאשר את החוקיות המהותית.

לעומת זאת, בשיטה כמו זו שבישראל, פיקוח פוליטי על המינהל סביר שיהיה ריכוזי יותר ופומבי פחות. למטשלה, למפלגה שבשלטון ולקואליציה יש אינטרסים שהם, למעשה זהים. הממשלה אינה זקוקה להליכים פומביים כדי לפקח על ממלאי התפקידים שלה עצמה. בשיטה מעין זו, יש לפנות אל האופוויציה שבבית־הנבחרים כדי שזו תספק ביקורת פוליטית עצמאית. אולם מפלגות המיעוט (המפסידות) משוללות ברוך כלל כוח־אדם ואמצעי הקיהה הנחוצים לצורך הפעלת פיקוח משמעותי.

עולה מכך שבשיטה הישראלית הרשות השופטת העצמאית היא אחד הגורמים הספורים, ואולי הגורם היחיד, המהווה מעוז כנגד פעולות ממשל לא תקינות, שנגועות בעריצות או לא חוקיות. לכן ניתן לצפות שבית־המשפט העליון יפתח תורות שיקלו על הבאת טענות כנגד אי־חוקיות של הממשל והפנייתן להכרעתו של בית־המשפט, ואמות־מידה לביקורת שיספקו אמות־מידה מהותיות רחבות שלאורן תישפט הפעילות המינהלית. בשיטה מעין זו יוענק משקל מופחת לשיקולים מתחרים, כגון חשש מהתערבות שיפוטית מופרזת בפוליטיקה.



nevo.co.il

### 2. שיקולי ביטחון

העובדה שבמשך מרבית שנות קיומה ישראל מוקפת באויבים רבים, שלעיתים חודרים לתוך גבולותיה ומעת לעת תוקפים אותה, מגבירה את הצורך בפיקוח שיפוטי על הממשל. אפילו משטרים דמוקרטיים, שבהם הכוח הפוליטי מפוזר הרבה יותר נתגלו כמסוגלים לרמוס את זכויות האדם ואת החירויות בעת מלחמה או בתקופה שדומה היה כי מאוים הביטחון הלאומי. ההיסטוריה האמריקנית[79] והאנגלית[80] מן העת האחרונה מיטיבה להדגים את הדבר. ישראל, בעלת המבנה הפוליטי הריכוזי, החשופה באופן כרוני לפלישה ולטרור, ושלה היסטוריה ארוכה כמפעילה כוחות נגד טריטוריות שכנות עוינות, היא בעלת רגישות רבה לשימוש לרעה על־ידי הממשל, בשם הביטחון הלאומי, בכוח המופקד בידיו.

מקומו של צורך מוגבר בפיקוח משמעותי לא נובע בהכרח כי המערכת השיפוטית אכן תקיים פיקוח כזה. בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל, בית־המשפט העליון מיעט מאוד להתערב בפעולות הממשל בעניינים הקשורים לביטחון לאומי,[81] עם זאת, התמשכות מצב החירום העניקה לבית־המשפט העליון את ההזדמנות ואת הביטחון העצמי הנדרשים לפיתוחו של תפקיד פעיל יותר בביקורת על נושאים ביטחוניים, יחד עם שמירת שיקול־דעת למסור לממשלה מרחב פעולה שהיא עשויה לראות כנחוץ בעיתות של סכנה מיוחדת.[82] דוקטרינות הביקורת השיפוטית שהתפתחו בישראל בשלושים השנה האחרונות הולמות יפה את התפקיד האמור. בית־המשפט הנמיך באופן חד את המחסומים של זכות־העמידה והשפיטות, אשר מנעו בעבר הפעלת ביקורת שיפוטית על פעולות ממשל הקשורות בביטחון, ועם זאת שמר על תפקיד מסוים לדרישת "השפיטות המוסדית", וזאת במקרים שבהם התערבות שיפוטית היתה עלולה לגרור את בית־המשפט למצבים מביכים במיוחד. בדומה לכך, אמת־המידה לצורך הביקורת השיפוטית מקיפה דיה כדי שיהיה בכוחה לסכל את מרבית הפגיעות הבולטות בחירויות היסוד, הנעשות בשם הביטחון הלאומי.

### 3. משפט חוקתי

הנקודה הבאה מובילה אותנו אל הגורם האחרון שיש בכוחו להסביר מהיכן נובעים ההבדלים בין המשפט המינהלי האמריקני לזה הישראלי – אופיין של החוקות בשתי המדינות. מציינים לעתים קרובות כי בארצות הברית קיימת חוקה כתובה, שאינה קיימת בישראל. למעשה ההבדל הוא סבוך ודק יותר. החוקה האמריקנית היא אכן כתובה, אולם בעניינים בעלי החשיבות המכרעת ביותר היא לעיתים מעורפלת ושנויה במחלוקת באופן המחייב הפעלה של שיקול־דעת שיפוטי באמצעות פרשנות. בישראל יש כמה חוקי־יסוד

---

79. ראו למשל **Korematsu v. United States** 323 U.S. 214 (1944); **Hirabayashi v. United States** 320 U.S. 81 (1943).

80. ראו למשל **McEldowney v. Forde** (1971) A.C. 632; **Liversidge v. Anderson** (1941) 3 All E.R. 338. השוו **Dames & Moore v. Regan** 453 U.S. 654 (1981).

81. ראו Baruch Bracha, "Judicial Review of Secuirty Powers in Israel: A New Policy of the Courts", 28 *Stanford Journal of International Law* 39 (1991).

82. ראו בג"צ האגודה לזכויות האזרח (לעיל, הערה 54).



nevo.co.il

שנחקקו במהלך הזמן על־ידי הכנסת כדי לשמש סוג של חוקה כתובה. אולם רק לאחרונה, בעניין בנק המזרחי,[83] החל בית־המשפט העליון להבהיר את מעמדם המחייב של חוקי־היסוד. עד עתה, בתי־המשפט הישראלים, כמו "דודגיהם" האנגליים, נעזרו לעניין פרשנות חוקים בעקרונות של המשפט המקובל כדי לפתח את ההכרה השיפוטית באינטרסים מועדפים, כמו חופש הביטוי.[84]

השוני האמיתי בין ארצות הברית לישראל נעוץ בדרגת ההשלמה הציבורית והפוליטית עם ביקורת שיפוטית על חוקים, שוני שהוא במידה רבה תולדה היסטורית. אנו, האמריקנים, נוטים לעיתים לשכוח כי השופט מרשל כמעט הודה משום שהכריז, בעניין **Marbury v. Madison**[85] כי יש לבית־המשפט העליון סמכות לקבוע כי חוק של הקונגרס הוא בלתי־חוקתי. אנו גם נוטים לשכוח שמרשל בחר למקם את הכרזתו מעודרת המחלוקת על רקע פוליטי טקטי. בית־המשפט קבע כי חוק של הקונגרס שהעניק סמכות שיפוט מקורית לבית־המשפט אינו חוקתי. בכך שלל מעצמו בית־המשפט את הסמכות להחליט באותו עניין לגופו (כעניין של סמכות שיפוט מקורית), ובאותה עת הקנה לעצמו סמכות להכריז על חוקי הקונגרס כחסרי תוקף.

לעתים אנו גם נוטים לשכוח כי **Marbury** היה פסק־דין מתחום המשפט המינהלי: דובר שם בפעולה של משרת ציבור עתידי (שופט שלום) שכוונה נגד איש המינהל (הנשיא) אשר, כפי שנטען, פעל ללא סמכות (בעכבו את המינוי תוך הפרה של חוק). בארצות הברית של 1803, משפט מינהלי – הגם שלא היה ידוע אותה עת בשם זה – שימש כלי פרוצדורלי לצורך פיתוח המשפט החוקתי המהותי. ככזה, המשפט המינהלי היה שלוב בצורה מורכבת במשפט החוקתי, ורק חלוף הזמן אפשר לחוקרי המשפט להפריד בין שני התחומים. מאחר שהמשפט החוקתי הוא עתה בגדר דיסציפלינה עצמאית, רואים האמריקנים את המשפט המינהלי כעניין מובחן ממנו. באמריקה של סוף המאה העשרים, המשפט המינהלי נתפס כאמצעי להבטחת הגנות דיוניות והגנות הנגזרות מן החוקה לאזרחים שנפגעו כתוצאה מפעולות רשויות המינהל.

בתהליך התפתחות המשפט המינהלי שלה קרובה ישראל הרבה יותר ל-**Marbury** מאשר ל-**Chevron**.[86] כמעט חמישים שנה לאחר היווסדו עדיין נאבק בית־המשפט העליון בישראל על השגת לגיטימציה ציבורית ופוליטית להפעלת ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הנבחר. במרבית תקופה זו פעל בית־המשפט כשהמדינה מצויה במצב חירום וללא המנדט שמעניקה חוקה כתובה, המגינה במפורש על חירויותיהם של אזרחים מן השורה ושל מיעוטים אתניים ודתיים. על דקע זה אין זה מפתיע כי בתי־המשפט הישראליים פיתחו משפט מינהלי גמיש ביותר ובעל גבולות פתוחים.

---

83. ע"א 6821/93, ר"א 3363/94, 1908 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221.
84. בג"צ קול העם (לעיל, הערה 27).
85. 1, Cranch 137 (1803).
86. לעיל, הערה 20.



nevo.co.il