פרסום הנחיות מינהליות

יואב דותן*

א. מבוא – הנחיות מינהליות: מהותן וחשיבותן. ב. הדין הקיים; 1. פרסום הנחיות ברשומות?; 2. פרסום הנחיות מכוח עקרונות שלטון החוק והמינהל התקין. ג. שיקולי מדיניות בסוגיית חשיפת ההנחיות. ד. ההסדר המוצע; 1. כללי; 2. תיחום ההנחיות הכפופות לחובת החשיפה; 3. ארגון, ריכוז וקיטלוג; 4. פרסום; 5. אכיפת חובת הפרסום; 6. דרישת העיון; 7. חשיפת הנחיות במסגרת עתירה לבג"ץ; 8. עיון בהחלטות מינהליות בעלות ערך תקדימי. ה. שינוי הנחיות. ו. סיכום.

א. מבוא – הנחיות מינהליות: מהותן וחשיבותן

הנחיות מינהליות הן הכללות נורמטיביות לא־פורמליות וגמישות, שרשות מינהלית קובעת לעצמה על מנת שידריכו אותה בהפעלת סמכויותיה.[1] ההנחיות הן נורמות לא־

---

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. רשימה זו מבוססת על עבודת דוקטורט בנושא "הנחיות מינהליות", שנעשתה בהדרכתו של פרופ' יצחק זמיר ואושרה בספטמבר 1993 על־ידי סינט האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה לפרופ' יצחק זמיר, לעו"ד מלכיאל בלס ולחברי מערכת משפט וממשל על הערותיהם המועילות למאמר.

1. י' זמיר, "הנחיות מינהליות", הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 60.013 (אפריל 1986) כפי שפורסמה בהפרקליט לת (תשמ"ח-תשמ"ט) 24. אני משתמש במינוח "הכללות" ולא במינוח כללים, כדי להדגיש שהנחיות עשויות להיות מנוסחות לא רק ככללי פעולה צרים ומדויקים, אלא גם כ"סטנדרטים" שנוסחם רחב ומעורפל יחסית, כגון הצהרות על "מדיניות כללית" בלשהי של הרשות המינהלית וכיו"ב. על ההבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו מ' מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האורחית החדשה – לשאלת תורת־המשפט של החקיקה", משפטים יז (תשמ"ח) 321, 325 ואסמכתות שם.

nevo.co.il

פורמליות משום שיצירתן – בניגוד לתקנות – אינה מחייבת הסמכה מפורשת בחוק, ותוקפן המשפטי אינו מותנה בקיום דרישות דיוניות (כגון פרסום ברשומות).[2] ההנחיות הן נורמות גמישות משום שהרשות שקבעה אותן רשאית לסטות מהן שעה שבא לפניה מקרה מיוחד שנסיבותיו מצריקות סטייה מהכלל.[3] להנחיות יש שמות שונים המופיעים בפסיקה או בפרקטיקה היום־יומית של רשויות המינהל: קריטריונים, מדיניות, הנחיות פנימיות, קווי פעולה וכיוצא באלה.

הלכה למעשה, ההנחיות המינהליות הן בעלות חשיבות והשפעה רבה על תחומי פעילות רבים של המינהל הציבורי ועל האינטרסים של האזרח. בשטחים רבים שבהם המינהל פועל ההנחיות מהוות את השלד הנורמטיבי העיקרי, ולעתים הבלעדי, שבאמצעותו מתקבלות החלטות ומבוצעות פעולות. כך, לדוגמא, פעולות הסיוע וההכוונה לעולים של המשרד לקליטת עלייה אינן מעוגנות בשום חוק מסמיך או בתקנות, ומבוססות על הנחיות שמוציא המשרד בעניין זה.[4] וכך גם כל מערכת התמיכות הממשלתית המטועפת שמעניקים משרדי ממשלה למוסדות, לעמותות ולארגונים שונים מעוגנת, רובה ככולה,

2. בג"צ 596/75 מכבי תל־אביב אגודה לכדורסל ולהתעמלות ואח' נ' רשות השידור, פ"ד ל (1) 772 (להלן: עניין מכבי ת"א). 776; בג"צ 5309/91 גורן נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד מו (2) 233 (להלן: עניין גורן), 234-235. שינוי מסוים לגבי הצורך בהסמכה מפורשת להתקנת תקנות חל עם כניסתו לתוקף של חוק־יסוד: הממשלה החדש. סעיף 47(א) לחוק קובע, כי שר הממונה על ביצוע חוק יהיה גם בעל הסמכות להתקין תקנות לשם כך. מכאן, שעם כניסת חוק־היסוד לתוקף לא ייזקקו עוד שרים כבר אינם נוקקים להסמכה ספציפית ומפורשת בכל הנוגע להתקנת תקנות מכות חוקים שהם מופקדים על ביצועם. והשוו י' זמיר, "הסמכות המינהלית", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 81, 125.

3. בג"צ 327/52 זמיר נ' המפקח על התעבורה ברמים, ירושלים, פ"ד ו 358; בג"צ 160/58 שניידר ואח' נ' מנהל רשות הפיתוח ואח', פ"ד יג 891, 895; בג"צ 345/61 אל־כאזן נ' מנהל רשות השידור, ירושלים, פ"ד טו 2364, 2367.

4. ראו, למשל, בג"צ 185/79 ואח' דיסטלפלד ואח' נ' השר לקליטת עלייה ואח', פ"ד לד (2) 645 (להלן: עניין דיסטנפלד); בג"צ 825/89 קלף נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (4) 772 (להלן: עניין קלף); הדו"ח השנתי של מבקר המדינה מס' 35 (1985) 620-621; מס' 38 (1988) 504; מס' 40 (1990) 536-538. וכן זמיר (לעיל, הערה 2) 112-113. הנושא היחיד בתחום העלייה והקליטה המוסדר, חלקית לפחות, בתקנות הוא נושא הפטורים ממס המוענקים לעולים. ראו, למשל, צו מס קנייה (פטור), תשל"ו-1975.

5. ראו, למשל, "מבחנים למתן תמיכות מאת המשרד לענייני דתות", י"פ תשמ"ז 68; וכן בג"צ 200/83 וואאד ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לח (3) 113. חלק ניכר מהקריטריונים בעניין זה נסמכים כיום על סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, כפי שתוקן בתשנ"ב. ראו, למשל, "מבחנים לחלוקת כספים לצורך תמיכה במוסדות ציבור" (משרד הבריאות), י"פ תשנ"ב 2951. גם המערכת הממשלתית לסיוע לאוזח בתחומי הדיור והשיכון הוסדרה כמשך שנים באופן בלעדי באמצעות הנחיות מינהליות. ראו בג"צ 477/85 גבע ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מ (1) 314. לאחרונה התקבל בכנסת חוק הלוואות לדיור, התשנ"ב-

nevo.co.il

בהנחיות מינהליות.[5]

זאת ועוד, גם בתחומי פעולה מינהליים רבים שבהם יש למינהל סמכות להתקין תקנות,[6] ואף כשנעשה שימוש בסמכות זו, עדיין, למרות קיום התקנות, עניינים רבים וחשובים מוסיפים להיות מוסדרים באמצעות הנחיות מינהליות. לעתים קרובות, העניינים המוסדרים באמצעות הנחיות חשובים לא פחות, ולעתים יותר, מאלה שבעל הסמכות טרח לכלול בתקנות.[7]

טלו, לדוגמא, את נושא הענקת זכויות לאורחים במקרקעין השייכים למדינה (שהם, כידוע, רוב רובם של המקרקעין הנמצאים בתחום המדינה). החקיקה בתחום זה מתומצתת ביותר. היא מעגנת את עקרון שימור הבעלות של המדינה במקרקעי ישראל, יוצרת אורגנים שיטפלו במקרקעין אלה (מועצת מקרקעי ישראל ומינהל מקרקעי ישראל) ומעניקה סמכות לשר האוצר ולשר החקלאות להתקין תקנות בכל הנוגע לביצוע החוקים.[8] אך השרים מיעטו לעשות שימוש בסמכות זו.[9] הלכה למעשה מוסדרים כל שאר העניינים החשובים הנוגעים למקרקעי ישראל, לרבות דרכי הקצאת חכירות במקרקעין לאורחים ולמוסדות, שיעור דמי החכירה (ודמי ההסכמה) שגובה מינהל מקרקעי ישראל, ועוד עניינים רבים, באמצעות הנחיות מינהליות. הנחיות אלו קרויות "החלטות מדיניות"

1992, הקובע הסדר סטטוטורי בעניין זה. מכוח החוק הותקנו תקנות מפורטות הקובעות את הקריטריונים לזכאות להלוואות של מגזרים שונים.

6. בתחומי פעולה רבים אין למינהל – על־פי ההשקפה המקובלת – סמכות מלכתחילה להתקין תקנות, משום שלא קיים לגביהם חוק הסמכה אורגני. כך הוא הדבר, למשל, לגבי תחומי העלייה והשיכון, שבהם פועלת הממשלה מכוח סמכויותיה השיוריות על־פי סעיף 40 לחוק־יסוד: הממשלה ראו ענין גורן (לעיל, הערה 2). כאן המקום לציין, כי בעניין זה לא חל כל שינוי עם כניסתו לתוקף של חוק־יסוד: הממשלה החדש, משום שהחידוש שחוק־היסוד מחדש בעניין זה הוא הענקת סמכויות של התקנת תקנות לכל שר המופקד על ביצוע חוק כלשהו, ואילו בתחומים שבהם הממשלה פועלת מכוח סמכויותיה השיוריות לא קיים מלכתחילה חוק כזה.

7. עצם קיום הסמכות להתקין תקנות בעניין מסוים אינו שולל את סמכות הרשות להפעיל את שיקול דעתה באמצעות הנחיות מינהליות. ראו בג"צ 311/59 אפרתי-מסרופי, שותפות רשומה נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר ירושלים ואח', פ"ד יד 1457 (להלן: עניין אפרתי־מסרופי), 1459-1460; ע"א 145/59 זמורות, חברה דרום אמריקאית להתיישבות ולתעשייה בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 1436, 1439-1440. יוצא, שאין כל מניעה שהרשות תבחר להסדיר את העניינים החשובים ביותר בתחום סמכותה באמצעות הנחיות, למרות שיש לה סמכות להתקין תקנות באותם נושאים.

8. חוק־יסוד: מקרקעי ישראל; חוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, סעיף 4; חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, סעיף 7.

9. התקנות היחידות שהותקנו מכוח החוק הן תקנות מקרקעי ישראל (כללים להעברת בעלות לנפקדים), תשכ"ג-1963.

10. ראו, למשל, "החלטות בדבר שיעור חלקו של מינהל מקרקעי ישראל בעליית ערך הקרקע

מטעם מועצת מקרקעי ישראל, ורק מקצתן מתפרסמות ברשומות.[10]

לנוכח החשיבות המעשית הרבה של ההנחיות מתעוררות שאלות נכבדות לגבי הליכי יצירתן וחשיפתן לעין הציבור: האם, עקב כך שההנחיות משפיעות על סיכויו של האזרח לקבל סיוע כספי, וכיוצא או טובות הנאה אחרות מהרשות המינהלית, יש מקום לאפשר לציבור להיות שותף להליכי גיבוש ההנחיות? או לפחות לפרסם ברבים את תוכן ההנחיות ולאפשר לכל גורם מעוניין לעיין בהן? והאם יש להקנות למי שתוקף את הפעולה המינהלית בבית־המשפט גישה להנחיות שעל־פיהן נתחך עניינו? שאלות אלו ושאלות אחרות הנוגעות לנושא יידונו במאמר.

ב. הדין הקיים

1. פרסום הנחיות ברשומות?

סעיף 17 לפקודת הפרשנות נוסח חדש מטיל על רשויות המינהל לפרסם ברשומות כל נורמה שהיא "תקנה בעלת פועל תחיקתי". בפסק־הדין הידוע בעניין,[11] קבע בית־המשפט

בעת העברת זכות חכירה, התש"ם-1980", י"פ תש"ם 1919. כללים אלה עודכנו עשרות פעמים בשנים האחרונות, והתיקונים כוללים אף הם ברשומות (התיקון האחרון פורסם בי"פ תשנ"ג 25). וראו "העברת זכויות במחצבות – תשלום דמי הסכמה", י"פ תשנ"ב 4786; "החלטה בדבר הנחות במחירי קרקע לעידוד בניה למגורים", י"פ תשנ"א 2027. וכלו, למשל, את עניין רישוי כלי הירייה בישראל. אמנם הנושא מוסדר באמצעות חוק כלי־הירייה, תש"ט-1949, והשר המוסמך לכך אף פרסם תקנות מפורטות בעניין זה (בתקנות כלי־הירייה (אגרות רשיון), תשכ"ב-1962; תקנות כלי־הירייה (הכשרה למתן רשיון ולחידושו), התשנ"ב-1992). אלא שהעניין החשוב ביותר לגבי רישוי כלי ירייה – הקריטריונים המהותיים לזכאות לקבלת רשיון – אינו טוסרר בחוק, או בתקנות, אלא בהנחיות מפורטות הקיימות במשרדי פקיד הרישוי לכלי הירייה. ראו, למשל, בג"צ 190/80 ביחבוט נ' שר הפנים ואח', פ"ד לה (2) 415; בג"צ 1958/90 בן־שטח נ' שר הפנים ואח', פ"ד מה (1) 322.

11. ע"פ 213/56, היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ ואח', פ"ד יא 695 (להלן: עניין אלכסנדרוביץ).

12. דומה כי הנחיות מינהליות עונות להגדרת "תקנה" המופיעה בהגדרת סעיף 1 לפקודת הפרשנות: "'תקנה' – תקנה, כלל, חוק־עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר, שניתנו מאת כל רשות... מכוח חוק, ...לרבות צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר שניתנו על יסוד תקנה, כלל או חוק־עזר כאמור." למסקנה זו ניתן להגיע הן על־פי אורך רשימת המכשירים הללו (והיותה "בלתי סגורה") והן על־פי הפרשנות הליברלית והמרחיבה שהגדרה זו זכתה לה בפסיקה. ראו בג"צ 153/58 מזרחי ואח' נ' מנהל סניף חטיבת המזון מחוז תל־אביב והדרום ואח', פ"ד יג 57, 58; בג"צ 214/62 "אילת", בית חרושת לייצור ומכירת נקניק ובשר נ' סגן המנהל, משרד המסחר והתעשייה תל־אביב־יפו, פ"ד יו 30, 33-34; המ' 404/65 מקודות חברת מים בע"מ נ' ברזילי ואח', פ"ד כ (2) 65, 71; בג"צ 170/81 סלמה נ' ראש המועצה המקומית טורעאן, פ"ד לו (2) 433, 435. אך השוו בג"צ 304/64 בנק י' לי פויבטונגר בע"מ נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד יט (2)

כי על מנת שתקנה[12] תיחשב לבעלת פועל תחיקתי היא צריכה למלא שני תנאים מצטברים: א. היא צריכה להיות נורמה כללית המופנית אל הציבור כולו או לפחות לחלק לא־מסוים ממנו (להלן: דרישת הכלליות); ב. היא נדרשת להיות נורמה משפטית המביאה ל"שינוי המשפט הנוהג במדינה" (להלן: דרישת הנורמטיביות).[13]

קשה לפקפק בכך שהנחיות מינהליות מקיימות את תנאי הכלליות של הלכת אלכסנדרוביץ,[14] אלא שפסקי־הדין (הלא רבים) שעסקו בנושא קבעו, כי ההנחיות אינן עומדות בדרישת הנורמטיביות של אותו מבחן,[15] וזאת משום שהנחיה, בניגוד לתקנה, היא "הוראה שאינה משנה שום זכות מזכויותיו של מאן דהוא...".[16] דומה – למרות שהדבר לא פורש בפסקי־הדין עצמם – כי חוסר הנכונות של בתי־המשפט לראות בהנחיה נורמה היכולה לשנות "זכויות" או להשפיע על "המשפט הנוהג במדינה" נובע מתכונת הגמישות של ההנחיות. היינו, ההנחיה נתפסת כהוראה שבעל הסמכות נעזר בה אך אינו מחויב לקיימה ללא יוצאים מהכלל; הוא נדרש לבחון אותה כל פעם מחדש על־פי נסיבות המקרה הקונקרטי, ורשאי לסטות ממנה אם התקיימו התנאים לכך. בהתאם, ההנחיה אינה נתפסת בתור נורמה "מחייבת" שמשנה את המצב המשפטי.[17]

לדעתי, קו מחשבה זה חשוף לביקורת בכמה מישורים. ראשית, המציאות מראה כי "גמישותן" של ההנחיות המינהליות היא, במקרים רבים, אפשרות משפטית להלכה יותר מאשר ביטוי למציאות בפרקטיקה היום־יומית של רשויות המינהל הציבורי. המינהל

505, 510-511. דומה גם כי הנחיות מינהליות נעשות "מכות תוק" במובן ההגדרה האמורה. אמנם יצירת ההנחיות אינה מחייבת הסמכה מפורשת בחוק, אך ההנחיות נעשות מכוח החוק ובמסגרתו. לדיון מפורט יותר בסוגיה זו ראו י' דותן, הנחיות מינהליות (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ג) 68-69.

13. ראו עניין אלכסנדרוביץ (לעיל, הערה 11) 701. שני התנאים של "מבחן אלכסנדרוביץ" מובאים כאן בסדר הפוך מזה שבמקור, מטעמים של נוחות.

14. ניתן לטעון כי ההנחיות אינן מופנות לציבור אלא הן רק הוראות "פנימיות" המופנות לפקיד המטפל בעניין מסוים. אולם לטענה זו אין בסיס. ראשית, הוראה המורה לפקיד המינהל "להעניק רישיון לכל מי שממלא תנאים מסוימים" מכוונת בפועל לציבור מקבלי הרשיונות ולא רק לפקיד עצמו. לעניין זה אחת היא אם ההוראה מעוגנת בתקנה (ראו ב' ברכה, משפט מינהלי (כרך ראשון, תשנ"ז) 256-257) או בהנחיה. שנית, לא פעם הנחיות מינהליות מופנות – גם על־פי לשונן – לציבור הרחב, כמו למשל הנחיות שמוציא משרד המסחר והתעשייה לגבי הסדרי מתן סובסידיות ליצואנים, המופצות (בין השאר, באמצעות מודעות בעיתונים) בקרב המגזר הנוגע בדבר, וכיו"ב.

15. ראו עניין אפרתי־מסרופי (לעיל, הערה 7) 1459; ראו עניין מכבי תל־אביב (לעיל, הערה 2) 776 למעלה.

16. ראו עניין מכבי תל־אביב, שם.

17. אין צורך שאכנס, במסגרת הנוכחית, לדיון בשאלה המורכבת של "החיוב המשפטי" הנובע מהנחיות מינהליות. בעניין זה ראו דותן (לעיל, הערה 12), פרק חמישי.

nevo.co.il

הציבורי נוטה במקרים רבים להיצמד להנחיותיו, שהן לפקיד בבחינת "כזה ראה וקדש". מבחינה מעשית, אין הבדל של ממש בעניין זה בין הנחיות לבין חוק או תקנות. ההחלטות שפקיד המינהל מקבל תואמות את הנובע מהנורמה הכללית החלה בנושא.[18]

שנית, גישה זו של בתי־המשפט יוצרת מצב לא רצוי: נותרת בידי הרשות המינהלית בחירה, שאינה מוגבלת כמעט, בין האפשרות להתקין תקנות לבין האפשרות לפעול על סמך הנחיות מינהליות, שלא פורסמו ברבים, אך למעשה משמשות את הרשות המינהלית כנורמות קשיחות לכל דבר.[19] וכאשר בא האזרח ומוען, כי הכללים המינהליים שהופעלו בעניינו הם למעשה כללים קשיחים לחלוטין שלא פורסמו כנדרש, עונה לו הרשות המינהלית כי המדובר אך ורק בהנחיות "גמישות", שניתן עקרונית לסטות מהן; "עקרונית – אך לא במקרה שלך...". יוצא, ש"הפטור" מפרסום הנחיות מינהליות, שנקבע בפסיקה, נותן לרשויות המינהל *פתח* להפעיל תקנות "דה־פקטו" בא צטלה של כללים גמישים,

18. ראו ברכה (לעיל, הערה 14) 30, ליד הערה 91; י' זמיר, "לקראת חוק סדרי המינהל – הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות", משפטים יב (תשמ"ב־תשמ"ג) 334, 336; ר' גביזון, שיקול דעת מינהלי באביפת החוק (תשנ"א) 122 (בהערה 30); וכן: R.E. Megarry, "Administrative Quasi-Legislation", 60 **L. Q. Rev.** (1944) 125, 126; P.P. Craig, **Administrative Law** (3rd. ed., 1994) 271-272. אחת הסיבות המרכזיות לתופעה זו היא שבמקרים רבים הנחיות מינהליות הן בפועל *הנחיות הירכיות*. כגון, הנחיות שנותן בעל הסמכות לפקידים הכפופים לו, המקבלים – הלכה למעשה – את ההחלטה הקונקרטית, למרות שבאופן פורמלי מי שהתום עליה הוא בעל הסמכות הסטטוטורית עצמו. ראו בעניין זה D. Lanham, "Delegation and the Alter Ego Principle", 100 **L. Q. Rev.** (1984) 587. במצב זה אך טבעי הוא שהפקיד ישאף למלא את הוראות הממונים עליו, והאפשרות "לסטות" מהוראה נוגדת את ההיגיון היסודי של יחס הכפיפות ההיררכי בארגון המינהלי.

19. בלשונו הקולעת של המלומד האנגלי קרייג: "אם נסיר משני כוגי הכללים (תקנות והנחיות) את התוויות, לא תמיד יוכל אפילו המשקיף המנוסה להחליט איזה טקסט הוא יותר 'חקיקתי' מהברו". ראו קרייג (לעיל, הערה 18) 189.

20. ראו, למשל, בג"צ 75/76 "הילרון" חברה ליצוא ויבוא גידולי ומוצרי חקלאות בע"מ נ' מרעצה לייצור פירות ושיווקם (מועצת הפירות), פ"ד ל (3) 645, 648 ליד האותיות א־ג; בג"צ אפרתי־מסרופי (לעיל, הערה 7) 1459. אכן, אם הכללים המינהליים לא פורסמו ברשומות, ככלל, הרשות חייבת לשקול בכל מקרה לגופו את האפשרות לסטות מהם. אך כאמור, אפשרות עקרונית זו אינה מתמטשת במציאות, בדרך כלל, והיכולת של האזרח לחייב את הרשות לסטות מהנחיותיה, באמצעות תביעה משפטית (משום שיש לכך צידוק על־פי נסיבות המקרה הקונקרטי שלו), היא מצומצמת ביותר. מספר המקרים שבהם בית־המשפט אכף על רשויות המינהל לסטות מהנחיותיהן הוא ועום, ועוד יותר קטן הוא מספר המקרים שבהם הטעם לפסיקה היה, שהסטייה מתחייבת מנסיבות המקרה הקונקרטי. ראו, למשל, בג"צ 278/73 הורה נ' ראש עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד כח (1) 271. בתי־המשפט גם לא מיהרו לבצע בירורים עובדתיים מקיפים לגבי האופן הכולל שבו נוהגת הרשות המוסמכת באותו סוג של כללים. ראו, למשל, בג"צ 178/71 קקון נ' המפקח על התעבורה

nevo.co.il

שאין חובה לפרסמם ברשומות.[20] הרושם המתקבל מכמה פסקי־דין הוא שלא ברור מה קדם למה: העובדה שמדובר בהנחיות שניתן (עקרונית לפחות) לסטות מהן ולכן אין חובה לפרסמן, או שאולי, משום שהכללים לא פורסמו, אלו רק הנחיות "גמישות".[21]

ואולם, על אף הספקות הללו באשר לצידוקי ההלכה של אי כפיפות ההנחיות לחובת הפרסום ברשומות, אין לדעתי מקום לשנות הלכה זו. הסיבה לכך היא שהפרסום ברשומות איננו פיתרון רצוי לגבי הנחיות מינהליות.

היתרון של הפרסום ברשומות, המהווה את המקור הנורמטיבי הבלעדי לבחינת תוכנן המחייב של הנורמות המתפרסמות, הוא הריכוז והסמכותיות שבו. ואולם, יתרונות אלה הם דווקא חיסרון כאשר מדובר בהנחיות מינהליות. הפרסום ברשומות הוא אמצעי פורמלי ומסורבל. הוא מתאים להיות בסיס לספר החוקים שישרת את המשפטן, אך אינו מתאים להכיל את "קוד הפעולה" המינהלי שישרת את הציבור בכללו.

שהרי ההנחיות הן נורמות מינהליות לא־פורמליות וגמישות, המשתנות תדיר ומנוסחות באופן שנועד לשימושו היום־יומי של איש המינהל והאזרח (שהוא "הלקוח" של הרשות המינהלית). לעתים קרובות ההנחיות אינן מנוסחות בלשון של חקיקה פורמלית אלא בלשון פשוטה המובנת לכל אדם. הן מיועדות לשימוש יום־יומי, לעתים בעניינים פעוטים, ולא לצורך הכרעה בסכסוכים משפטיים מורכבים בבית־המשפט.

בשל תכונות אלו דומה כי ההסדרים לפרסום הנחיות צריכים להביא לכך שהפרסום יהיה זול ופרקטי, וכי ההנחיות יהיו נגישות לציבור המעוניין בהן. בד בבד, הסדרי הפרסום צריכים להיות גמישים מספיק כדי לא להכביד על הרשות המינהלית ולסרבל את פעולותיה, וגם להביא בחשבון את הגיוון והשוני העצום בין הסוגים השונים של ההנחיות.

הפרסום ברשומות אינו נותן מענה לדרישות אלו: כאמור, זהו פרסום מסורבל, פורמליסטי ואחיד, השם דגש על תכונת הסמכותיות האופיינית לספר החוקים ולא על הגמישות והנגישות הדרושות להנחיות. אין פירוש הדבר שפרסום ברשומות אינו יכול להיות פיתרון ראוי להנחיות מסוימות, אך בוודאי אין לראות בו פיתרון בלעדי (או אפילו עיקרי) לסוגיית הפרסום של ההנחיות.

נוסף לכך קיימים אפיונים אחדים של פעולת מערכת הרשומות במדינת ישראל, המחזקים מסקנה זו. שלב ההכנה לפרסום ברשומות נמשך זמן רב (שבועות וחודשים). גם

ואח', פ"ד כו (1) 141, 143. אך גם אילו היו בתי־המשפט מגלים יותר אקטיביזם במישור זה לא היה בכך כדי לפתור את הבעיה, שכן גמישותן של ההנחיות אינה באה לידי ביטוי רק בכך שהרשות חייבת לסטות מהן במקרים מסוימים (ואז ניתן לאכוף עליה את הסטייה בבית־המשפט), אלא בעיקר בכך שהרשות רשאית לעשות כן. כלומר, קיימים מקרים רבים שבהם אין חובה לסטות מהנחיות אך ניתן לעשות כן. יוצא מכאן, שאם הרשות מחליטה, הלכה למעשה, לנהוג בהנחיותיה מנהג תקנות (למרות שלא פורסמו) – אין בידי בתי־המשפט כלים להשפיע באופן יסודי על הגישה המינהלית בעניין.

21. ראו פסקי־הדין שהובאו לעיל, בהתחלת הערה 20.

22. ראו הדו"ח השנתי של מבקר המדינה מס' 40 (1990) עמ' 459, 462 בעניין "רשומות –

כשמדובר בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה סובל הפרסום ברשומות מעיכובים רבים.[22] ואם כזה הוא המצב לגבי חוקים ותקנות, אין לצפות שיהיה ניתן להשתלט באמצעות רשומות על פרסום הנחיות מינהליות.

הפרסום ברשומות גם אינו מצטיין בארגון נוח לעיון. המערכת אינה מטפלת בהוצאת נוסחים "מעודכנים" או "משולבים" של חוקים או תקנות שחלו בהם תיקונים או שינויים. אם ההוראה הסטטוטורית בפקודת הפרשנות תפורש כמתייבת פרסום ברשומות גם של הנחיות מינהליות, הדבר יגדיל עשרת מונים את היקף החומר המגיע לרשומות. נקל לשער את האנרדלמוסיה שתיווצר אם תוטל על מערכת הרשומות – לפחות במתכונת הנוכחית – המשימה של פרסום הנחיות מינהליות.

2. פרסום הנחיות מכוח עקרונות שלטון התוק והמינהל התקין

כאמור, שללו בתי־המשפט את הצורך לפרסם את ההנחיות ברשומות, אך לא התעלמו, במשך השנים, מהיתרונות של פרסום ההנחיות ברבים. הם המליצו לא פעם על פרסום הנחיות שנדונו לפניהם, התריעו על אי הצדק שיש באי פרסום, ושיבחו רשויות מינהל שנקטו יוזמות לפרסם את הנחיותיהן.[23] ואולם, רק לאחרונה חצה בג"ץ את הרוביקון בעניין זה וקבע, כי על רשות מינהלית מוטלת חובה שבדין לפרסם את הנחיותיה.

בבג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד ואח'[24] נדונו הנחיות שקבע פרקליט מחוז תל־אביב (מיסוי וכלכלה) לגבי קריטריונים להגשת כתבי אישום פלילי כנגד מי שעומד לדין בעוון עבירה שנקבעה כ"עבירה מינהלית" על־פי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו־1985. הכלל הרגיל בעבירות אלו הוא שממירים את האישום הפלילי בהליכים מינהליים נגד העבריין, סעיף 15 לחוק קובע חריג, שלפיו התביעה הפלילית מוסמכת להגיש בכל זאת כתב אישום עקב נסיבות המקרה ומטעמים שיירשמו. ההנחיות שבהן דובר עסקו באמות־המידה להפעלת סמכותה של רשות התביעה. במקרה של העותר החליטו המשיבים, על סמך ההנחיות, להגיש נגדו כתב אישום פלילי. ההנחיות עצמן לא פורסמו, והמשיבים אף סירבו להתיר לתובע לעיין בהן. בית־המשפט נדרש לעניין הפרסום וקבע כפיו של

עריכתן, פרסומן והפצתן". הדו"ח כולל המלצה לשקול דרכי פרסום חלופיות לרשומות גם לגבי חלק מהחומר המתפרסם שם כיום. ראו שם, 464.

23. בג"צ 80/54 נוחימובסקי נ' שר המשפטים ואח', פ"ד ח 1491, 1496-1497; בג"צ 359/66 גיתיה נ' הרבנות הראשית והמועצה הדתית, ירושלים, פ"ד כב (1) 290, 302; ע"א 585/68 י' וייראוך ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד כג (1) 491, 494; ע"א 297/80 גיל אלקטרוניקה בע"מ נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד לו (2) 403, 407; בג"צ 2917/81 חברת האני מיסטר די בע"מ נ' מנהל אגף המכס והבלו ואח', פ"ד לו (4) 53, 55; בג"צ 612/81 שבו נ' שר האוצר ואח', פ"ד לו (4) 296, 299-300; בג"צ 219,225/81 שטרית ואח' נ' שר החקלאות ואח', פ"ד לז (3) 481, 488; בשג"צ 260/89, בג"צ 253/89 "פז" חברת נפט בע"מ ואח' נ' שר האנרגיה (לא פורסם).

24. פ"ד מו (3) 501 (להלן: עניין אפרתי). ראו גם א' בנדור, "לקט פסקי־דין – סקירה וביקורת", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 509, 516-518.

> הנחיות הפרקליטות חייבות להתפרסם לרבים, כדי שרבים יכלכלו מעשיהם על־פיהן וידעו גבולותיה של עבירה מינהלית...[25]

והוסיף:

> תנאי מוקדם והכרחי לקביעתן ולהתלתן של הנחיות פנימיות הוא בהבאתן של אותן הנחיות לידיעת המעונ־ינים, בין בפירסומן לרבים ובין אחרת.[25א]

אומנם השופט חשין הכיר בכך שאין חובה סטטוטורית לפרסם את ההנחיות מכוח סעיף 17 לפקודת הפרשנות נוסח חדש . אולם הוא הביא כמה וכמה נימוקים לכך שחובתה של רשות מינהלית היא לפרסם את הנחיותיה. הוא קבע כי חובת פרסום ההנחיות נגזרת מעקרון שלטון החוק:

> הסתרת ההנחיות מהאזרח, לבד מכך שהיא נוגדת מושכלות ראשונים במשטר דמוקרטי – ומוסיפה היא ומאפשרת שרירות בעשייה – אין בה לא סבירות ולא היגיון: אליבא דכולי עלמא זכאי נאשם לדעת אותם טעמים שהביאו להגשת כתב אישום נגדו, ומשיידע את אלה, תתגלה לו ממילא מדיניות הרשות, במישרין או בעקיפין. מה היה לה איפוא לפרקליטות כי ראתה להסתיר את מדיניותה מראש?[25ב]

זאת ועוד, דווקא גמישות ההנחיות צריכה, לשיטתו, לחזק את הצורך בפרסום. שהרי, כדי שהרשות תוכל למלא חובתה כראוי ולשקול (בעת יישום ההנחיות) את נסיבות המקרה הקונקרטי לגופן, היא חייבת להתיר לאזרח לטעון טענותיו ולהעלות עניינו לפניה. ואולם, אם האזרח לא יידע את תוכן ההנחיות הפנימיות, "כיצד יוכל להסביר עניינו כראוי?" והוא מסכם: "נמצא לנו, איפוא, שהסתרת ההנחיות הפנימיות פוגעת אף בזכות השמיעה".[26]

עולה מכך, שבית־המשפט השתית את חובת הפרסום על בסיס עקרונות יסוד רחבים

---

25. ראו עניין אפרתי (לעיל, הערה 24) 514 בין האותיות ה-ו.

25א. שם, 513 מול האות ג.

25ב. שם, 514 מול האות ו.

26. שם, 515. והשוו: British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade [1971] A.C. 610, 631; R. v. Secretary of State for the Environemnt, ex p. Brent London Borough Council [1983] 3 All E.R. 321, 355-356.

של המשפט המינהלי: שלטון החוק, אופי המשטר הדמוקרטי וכללי הצדק הטבעי. הוא החיל את חובת הפרסום על כל מקרה שבו מדובר "בהנחיות שיש בהן כדי לאצול על זכות הפרט".[27] לפיכך, נראה כי הרציונלים של פסק־הדין משתרעים הרבה מעבר לנושא הקונקרטי של פרסום הנחיות בנוגע להעמדה לדין על־פי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 – בפרט, או הנחיות התביעה הפלילית, בכלל.

פסק־הדין בעניין אפרתי מהווה, ללא ספק, חידוש ראשוני רב חשיבות בדין החל על הנחיות מינהליות בישראל. הטלת חובה שבדין על רשויות המינהל לפרסם ברבים את הנחיותיהן היא צעד חשוב קדימה בתהליך של שכלול וקידום עקרונות המשפט הציבורי. עם זאת היא כעוררת שאלות נכבדות, שבפסק־הדין עצמו לא ניתנה להן תשובה מפורטת: מה יהיה היקפה של חובת הפרסום ועל אילו הנחיות היא תחול? האם חשיפת ההנחיות לציבור תייבת להיעשות באמצעות הטלת חובה לפרסום יזום מצד הרשות או שניתן להגשים את החשיפה באמצעים אחרים (כגון, התרת נגישות ההנחיות לעיונו של האזרח)? מה יהיו האמצעים לאכיפת החובה והסנקציות על הרשות המינהלית במקרה של הפרה? אלו רק מקצת השאלות שפסק־הדין מעורר צורך להידרש אליהן לאלתר.

זאת ועוד, סוגיית החשיפה של הנחיות מינהליות אינה מתמצית רק בקביעת הסדרים משפטיים פורמליים. כדי להגשים את המטרות והערכים העומדים בבסיס הדרישה לחשיפת ההנחיות יש צורך לנקוט צעדים ארגונים ומינהליים רבים, שבלעדיהם עשויה ההוראה המשפטית להישאר אות מתה. יש גם צורך לגבש עמדה בשאלה העקרונית של המסגרות המשפטיות הנאותות לקביעת הסדרים בנושא זה (היינו, אילו מן ההסדרים הללו רצוי לעגן בחוק, אילו יש להשאיר לבתי־המשפט לפיתוח הדרגתי של ההלכה הפסוקה ואילו צריכים לבוא על פיתרונם במסגרת הסדרים שינקטו רשויות המינהל עצמן). על שאלות אלו אנסה לענות במהלך הרשימה הנוכחית.

ג. שיקולי מדיניות בסוגיית חשיפת ההנחיות

בשל חשיבותן הרבה של ההנחיות המינהליות והשלכותיהן על אורחות הפעולה של המינהל הציבורי ועל האינטרסים של האזרח, דומה שקשה להלוך על התועלת והטעם שבקביעת הסדרים שיבטיחו את חשיפתן לציבור. אם אכן בתחומים רבים ההנחיות הן, הלכה למעשה, "החוק" שעל־פיו יישק דבר – הדעת נותנת שהאזרח, שעניינו נתתך על־פי כללים אלה, יוכל לדעת על קיומם ועל תוכנם. חשיפת ההנחיות תואמת דרישות המצויות במהותו של עקרון שלטון החוק: שוויון, צפיות הדין ועקביותו.[28] היא תסייע לאזרח לתכנן את צעדיו ולצפות את השפעת הפעולה השלטונית על עניינו. היא גם

27. ראו עניין אפרתי (לעיל, הערה 24) 513 מול האות ג.

28. ראו זמיר (לעיל, הערה 1) 45-46; J. Raz, "The Rule of Law and Its Virtue" in **The Authority of Law** (1979) 213, 215-216; D.J. Galligan, **Discretionary Powers** (1986) 60-61, 148-149. וכן J. Jowell, "The Legal Control of Administrative Discretion", [1973] **Public L.** 178, 184.

nevo.co.il

חיונית כדי להבטיח שההנחיות ישמשו בלם יעיל נגד תופעות שליליות, העלולות להתלוות להפעלת שיקול־דעת ספורדי: אפליה, שרירות ואף שחיתות. החשיפה גם עשויה ליעל את פעולת המינהל הציבורי ולחסוך לרשות זמן ומשאבים המוקדשים לטיפול בפניות חסרות תוחלת או בבקשות למידע והבהרות. לפיכך, אין ספק כי חשיפת ההנחיות תסייע גם לשיפור היחסים שבין האזרח למינהל ותגביר את האמון של הציבור בשליחיו.[29]

זאת ועוד, אחד היתרונות החשובים ביותר של הנחיות מינהליות הוא בכך שקיומן משפר את היכולת של בתי־המשפט, רשויות ביקורת אחרות והציבור בכללו לקיים מעקב וביקורת אחרי פעולות המינהל הציבורי. מבחינה זו חשיפת ההנחיות היא תנאי הכרחי למיצוי הפוטנציאל הטמון בהן. אם המדיניות הכללית של הרשות המינהלית אינה ידועה לציבור, ממילא יהיה קשה לקיים פיקוח ציבורי נאות ולהעמיד מדיניות זו במבחן התמיכה המקובל בחברה דמוקרטית. גם בית־המשפט או רשויות ביקורת אחרות (כגון מבקר המדינה)[30] לא יוכלו למצות את הפוטנציאל הטמון בהנחיות כאמת־מידה לבחינה ולהערכה של פעולות מינהליות קונקרטיות – אם לא יובטחו החשיפה של ההנחיות ברבים והנגישות המלאה אליהן.[31]

עם זאת, אסור להתעלם מכך שחשיפת ההנחיות מעוררת בעיות, וטומנת בחובה סיכונים מסוימים, שכל הסדר בסוגיה זו צריך להביא בחשבון. ראשית, המונח "הנחיות מינהליות" כולל בתוכו "ערב רב" של מכשירים מינהליים המשמשים את רשויות המינהל בכמה וכמה תחומי פעילות. מספר ההנחיות הוא עצום וכך גם השוני ביניהן. מקצת ההנחיות עוסקות בעניינים חשובים ומכריעים (והן, כאמור, תחליף לחקיקה פורמלית באותו תחום), ומקצתן עוסקות בענייני ביצוע טכניים בעלי חשיבות מועטה או שולית. מקצתן נוגעות לכלל הציבור ומשפיעות על האינטרסים של האזרח, ומקצתן נוגעות לסדרי הפעולה הפנימיים של משרד ממשלתי זה או אחר ומעניינות בעיקר את הסגל הקבוע של אותו משרד. (כך, למשל, אין דינן של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להפעלת נורמה פלילית מסוימת כדינן של הנחיות שמוציא אמרכל תברה ממשלתית בנוגע לסדרי החנייה של העובדים או שעות העבודה שלהם). ההנחיות שונות זו מזו גם באופן יצירתן, בצורתן החיצונית, בדרך ניסוחן ועריכתן הטכנית ובצורת הפצתן בקרב

29. ראו זמיר, שם, 30-32.

30. דו"חות הביקורת של מבקר המדינה מרבים להתייחס להנחיות מינהליות בתור כלי מרכזי המסייע למבקר לבחון את פעולת הרשויות המבוקרות. כך, למשל, מצאתי בדו"ח השנתי של מבקר המדינה מס' 39 (1989) יותר מחמישים מקרים שונים שבהם מאוזכרות הנחיות מינהליות במסגרת דו"חות הביקורת. ראו, למשל, עמ' 81, 92, 120, 140, 150, 164, 174 בדו"ח הנ"ל.

31. ראו, למשל, בג"צ 43/72 עמכר על־ידי אחיו אפוטרופסו ל' בורשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד כו (2) 63; בג"צ 79/80 שמש נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד לד (3) 584; עניין דיסטלפלד (לעיל, הערה 4); פ"ד לד (2) 645; בג"צ 678/88, 803/88 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מג (2) 501 (להלן: עניין כפר ורדים), 505-507.

הנוגעים בדבר. מקצת ההנחיות מוצאות על־ידי גורם רם דרג, מנוסחות בלשון משפטית, מאורגנות במסגרת טכנית מסודרת ומתערכנות בקביעות.[32] אך מרבית ההנחיות אינן כאלה: במקרים רבים ההנחיות מנוסחות בלשון שאינה משפטית, ולא תמיד הן מעוגנות במסגרת טכנית מסודרת (כגון, ב"ספר הנחיות" מוגדר). לעתים אין גם כל פרוצדורה מוגדרת וקבועה לגבי דרך עריכתן, עדכונן והפצתן.

מכאן, שהטלת חובה משפטית כוללת ותובענית לגבי חשיפת הנחיות מינהליות עלולה להטיל על רשויות המינהל נטל שלא יוכלו לעמוד בו או שיעילות פעולתן תיפגע באורח משמעותי. כל הסדר בסוגיה זו צריך לכלול הבחנות מתאימות בין סוגים שונים של הנחיות ולהיות גמיש מספיק כדי לא לגרום לסרבול ולפורמליזציה בלתי נסבלת של פעולות המינהל הציבורי.

שנית, וזהו השיקול החשוב ביותר, גישה שתביא להטלת דרישות מכבידות מרי בתחום זה עלולה לא רק להתגלות כלא מציאותית, אלא אף להשיג את התוצאה ההפוכה מזו שמיישמה מקווה להשיג. הסיבה לכך היא, שאם יוטלו על רשויות המינהל דרישות דיוניות מסורבלות ותובעניות באשר לדרכי יצירת ההנחיות ולפרסומן, ירתיע הדבר את רשויות המינהל מליצור הנחיות מלכתחילה! חשוב לזכור כי ההחלטה אם ליצור הנחיות או להפעיל את הסמכות "אד-הוק" ללא הכללות מקדמיות היא בעיקרה בידי הרשות המינהלית.[33] אם יצירת ההנחיות תהיה כרוכה בדרישות פורמליות מסובכות ותובעניות – יוביל הדבר לכך שרשויות המינהל ימעיטו לעשות שימוש בהנחיות. נוסף לכך, הטלת דרישות דיוניות קשיחות מדי על דרך יצירת סוג כללים מסוים עלולה לגרום לכך שהרשות תנסה לעקוף את הדרישות הללו ותיצוד הכללות מסוג אחר, שאינן כפופות

32. דוגמות להנחיות כאלו הן הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנכללות בקובץ מסודר, המצוי גם על מדפי ספריות משפטיות; התקש"ר, המוצא מסעם נציבות שירות המדינה והמצוי בכל משרדי הממשלה; התכ"ם, קובץ הנחיות החשב הכללי באוצר, שהוא הבסיס להנחיית גופים ממשלתיים בנושאי מינהל כספי; קובץ החלטות הממשלה של מועצת מקרקעי ישראל (הכלול ב"קלסר" מיוחד, המתעדכן דרך קבע ומופץ בקרב גורמים הנוגעים בדבר); התע"ס – התקנון לענייני טעד, המהווה קודקס מקיף לגבי אופן הטיפול והזכאויות של מגזרים שונים בתחום הסעד (ראו ד' שניט, "המסגרת הסטטוטורית לפעולת שירותי הסעד", עיוני משפט ו (תשל"ח) 100, 111 ואילך); וכן הוראות נציבות מס הכנסה.

33. אכן, להלכה בתי־המשפט יכולים להתערב על מנת לאכוף על הרשות המינהלית לקבוע הנחיות מינהליות (ראו בג"צ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית ואח' נ' מדינת ישראל ואח' (לא פורסם); בג"צ 59/88, בשג"צ 418/88 צבן נ' שר האוצר ואח', פ"ד מב (4) 705; בג"צ 556/83 כסט ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לח (1) 177, 181-183). אך למעשה היכולת של בתי־המשפט לאכוף על רשויות המינהל לפעול נגד רצונן בעניין זה היא מוגבלת ביותר, ובמיוחד משום שאפילו ציווה בית־המשפט על הרשות ליצור קריטריונים כלליים בעניין מסוים, יקשה עליו להכתיב לה את תוכן הקריטריונים האלה ואת מידת הפירוט שלהם. השוו ברכה (לעיל, הערה 14) 186.

לאותן דרישות דיוניות.

לדוגמא, מנכ"ל משרד המסחר והתעשייה קובע מדי פעם הנחיות לגבי הסדרי הסיוע הממשלתי ליצואנים. הנחיות אלו מעוגנות בתזורים הקרויים "חוזרי מנכ"ל" והמופצים הן בקרב הגורמים הממשלתיים הנוגעים בדבר והן בקרב היצואנים. נניח כי תיקבע בחוק חובה, שלפיה על המנכ"ל לקיים הליך של היוועצויות עם נציגים של ציבור התעשיינים קודם שהוא מגבש את חוזרי המנכ"ל. עצם קיום ההיוועצויות עשוי, ללא ספק, להיות צעד רצוי שישפר את איכות הכללים בנושא ויגביר את שיתוף הפעולה בין הרשות המוסמכת לבין המגזר האזרחי הנוגע בדבר.[34] ואולם הטלת חובה משפטית מבחוץ על הרשות המוסמכת לקיים היוועצויות מורכבות עלולה לגרום אי־נוחות לגוף המינהלי הרלוואנטי ולסרבל את פעולותיו (למשל, משום שהיא תאפשר לתעשיינים או לגורמים המעוניינים לעכב יישום מדיניות חדשה, שאינה נותה להם, על־ידי שימוש מופרז בזכותם להשמיע את דעתם בהליך המעין-סטטוטורי הזה).[35]

הטלת חובה כזו עלולה להוביל את הרשות לתגובה הבאה: או שמשרד המסחר והתעשייה יפסיק להוציא הנחיות כלליות בכלל (בכל מקום שהוא יכול להימנע מכך) או שינסה לעקוף את החובה שבחוק באמצעות מעבר לשימוש בהכללות מסוג אחר. במקום "חוזרי מנכ"ל", מרבית הכללים שהמשרד יוציא באותו תחום ייקראו, למשל, "תזכירי סמנכ"ל", שעליהם לא תחול החובה הסטטוטורית (שאינה נוהה לרשות המינהלית). ניתן, כמובן, לנסות להתמודד עם בעיה זו באמצעות ניסוח מרחיב של הוראות החוק העוסק בכך, אך הסיכויים להתגבר על הנטיות החזקות של המינהל בתחום זה קלושים.[36]

היינו, היתרון הגדול של ההנחיות נעוץ בהיותן נורמות שיוצרות רשויות המינהל באופן

---

34. השוו בג"צ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו (3) 466 (להלן: עניין מוניץ), 471; בג"צ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיור ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לז (2) 115, 116.

35. זאת להבדיל, למשל, ממצב שבו לא תעוגן חובה זו במסגרת חוק או בהלכה פסוקה של בית־המשפט, אלא בהסדרים של המינהל הציבורי עצמו, כגון, בהנחיות של המשרד הממשלתי הנוגע בדבר או בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה – קרי, בהסדר גמיש יחסית, שנעשה על־ידי גורמים במינהל הציבורי עצמו, המבטיח התערבות חיצונית וסרבול מוגזמים בעקבות הטלת הדרישה לקיום היוועצויות על רשויות המינהל. ראו, למשל, י' זמיר, "חקיקת משנה: נוהל והנחיות", הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 60.012 (נובמבר 1985), שפורסמה בעיוני משפט יא (תשמ"ו-תשמ"ז) 339, 360-363.

36. R. Baldwin and J. Houghton, "Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules" [1986] Public L. 239, 272-274. בדין האמריקני הפדרלי כפופות פעולות החקיקה של המינהל (במובן הרחב של המונח האמור) לחובה סטטוטורית של שיתוף הציבור בהליכי היצירה של הכללים המינהליים (הכל על־פי ה-Administrative Procedure Act 5 U.S.C. 553 (1946)). ואולם כגודל הדרישות שהחוק קובע (החלות, כאמור, לא רק על מה שמוגדר – לפי המינוח המקובל אצלנו – "תקנות" אלא גם, במקרים מסוימים, על כללים שהיו מסווגים אצלנו כהנחיות מינהליות) כך גם היקף ההריגים שהחוק מכיל, כך שבפועל יותר מ-90% מהכללים שהמינהל האמריקני הפדרלי יוצר אינם כפופים לחובה זו. בעניין זה

טבעי ואורגני, אגב הפעלת הסמכות, וללא כל אילוץ חיצוני. האופי הלא־פורמלי של ההנחיות מאפשר למינהל הציבורי ליצור הבללות בדרך הדורשת השקעה מזערית של משאבים וזמן ומבלי להכניס להליך קבלת ההחלטות יסודות משפטיים מכבידים. עקב כך, ההנחיות קיימות במקום שבו לא קיימות נורמות פורמליות ועצם קיומן מהווה כשלעצמו יתרון (אם גם מוגבל) מבחינת האפשרות לשפר את הליך קבלת ההחלטה המינהלית ולהגשים ערכים מסוימים, כגון: שוויון, עקביות, שיפור הפיקוח על פעולות המינהל והגברת אחריותו בפני שאר הרשויות ובפני הציבור.

התערבות מוגזמת מבחוץ, שתנסה לאכוף על המינהל לעשות פורמליזציה של ההנחיות (בין על־ידי הצבת דרישות מכבידות לעניין החשיפה ובין על־ידי העמדת דרישות דיוניות אחרות לגבי דרכי יצירת ההנחיות), לא רק שלא תשיג את מטרתה אלא אף תאיים לפגוע ביתרונות הטבועים בהן.

בשיקולים שהובאו כאן אין, כמובן, כדי להוביל למסקנה כי יש לוותר על הטלת חובה משפטית על המינהל להשוף את הנחיותיו. ללא חשיפת ההנחיות לא יהיה ניתן לנצל חלק ניכר מהיתרונות החשובים שלהן. ואולם, המסקנה הנובעת מהניתוח היא, שהפיתרון בעניין זה צריך להביא לחשיפת ההנחיות, תוך שאיפה שמתיר הטלת חובה כזו, מבחינת סרבול הפעולה המינהלית ורמת ההתערבות החיצונית בהליך קבלת ההחלטות של הרשות המוסמכת – יהיה מזערי. שיקולים אלה צריכים להנחות הן את תוכן ההוראות באשר לחשיפה, הן את המסגרות המשפטיות שבהן יש לעגן אותן והן את האמצעים שיש להפעיל במישור של אכיפת החובה.

ד. ההסדר המוצע

1. כללי

א. דרכי החשיפה ופעולות נלוות. קיימת שתי דרכים עיקריות להביא את ההנחיות לידיעת הציבור: האחת היא פרסום, והאחרת – לאפשר את נגישות ההנחיות לעיונו של כל התפן בכך. הפרסום הוא פעולה יזמת מטעם הרשות המינהלית המוסמכת. הכפפת ההנחיות (או סוגים מסוימים שלהן) לחובת הפרסום פירושה, שהרשות חייבת לנקוט הליך פרסום באופן שגרתי לגבי כל ההנחיות הנכללות באותן קטגוריות. א פשור העיון בהנחיות הוא דרישה תובענית פחות: פירושו שהרשות אינה צריכה לנקוט פעולה מיוזמתה מיד עם קביעת ההנחיות, אלא שאם באה יוזמה של גורם מעוניין, הרשות נדרשת לאפשר לו גישה להנחיות. לדעתי, יש מקום להכפיף רק בעט מההנחיות לדרישת פרסום, ואילו את רוב ההנחיות שלא יוכפפו לחובת הפרסום יש לבלול בהסדר של א פשור העיון. הפיתרון המוצע ידון בהיקף התחולה של כל אחת מהחובות ובתיחום ביניהן, כמו גם בתוכן המהותי של

ראו K.C. Davis, **Administrative Law Treatise** (vol. 1, 2nd ed. 1978), 570. זאת ועוד, רמת הציות בפועל של רשויות המינהל לדרישות המכבידות של החוק היא נמוכה. ראו M. Asimow, "Delegated Legislation United States and United Kingdom" 3 **Oxford Jour. Leg. St.** (1983) 253, 580 n. 272.

nevo.co.il

כל דרישה.

גם הטלת חובה על המינהל לאפשר עיון בהנחיות אינה עניין של מה בכך. למעשה, להטלת חובה כזו יש השלכות מרחיקות לכת על רשויות המינהל הציבורי, והיא מחייבת נקיטת צעדים רבים במישור המשפטי, הארגוני וההסברתי. יש לדאוג לכך שההנחיות יהיו מאורגנות ומקוטלגות באופן שיאפשר (ולו במישור הטכני ביותר) גישה אליהן, ויש לדאוג לכך שעובדי הציבור יהיו מצוידים בכלים המתאימים ובהכשרה המתאימה להיענות מהירה ויעילה לבקשת העיון. בהמשך המאמר יידונו היבטים אלה של הנושא.

ב. המסגרת המשפטית המתאימה להסדר החשיפה. בשל המשמעויות הרחבות של הטלת חובה על רשויות המינהל לחשוף את הנחיותיהן עדיף כי ההסדר בעניין זה יהיה מעוגן בחקיקת הכנסת. ההסדר בכל הנוגע לפרסום הנחיות יכול להיות מוסדר בחוק ספציפי, שיתייחס להנחיות בלבד, והדיון להלן יתייחס בפירוט לתוכנו המוצע של הסדר כזה.

לעומת זאת, ההסדר לעיון בהנחיות קשור בטבורו לנושא רחב הרבה יותר: חופש הגישה של האזרח למסמכים המצויים אצל הרשות המינהלית ווכות העיון במידע המצוי אצל רשויות המינהל בכלל. ההנחיות המינהליות הן רק סוג אחד של תומר שהסדר כזה צריך להתייחס אליו. נושא זה מוסדר במדינות שונות באמצעות חקיקת מסגרת מקיפה ומפורטת,[37] כאשר ההתייחסות להנחיות מינהליות היא, כאמור, רק פן אחד של הנושא כולו. ברשימה זו אין בכוונתי להציג דגם יישום כולל בסוגיית העיון במסמכי המינהל, והדיון יוגבל להיבטים מיוחדים הנוגעים להנחיות עצמן.[38]

על אף חשיבותה של התערבות המחוקק בסוגיית החשיפה של ההנחיות, אין מקום להשאיר את מלאכת הסדרת הנושא בידי המחוקק בלבד. הדרישה לכך שההסדר בנושא זה יהיה במהותו גמיש ומותאם לנסיבותיו של כל גוף מינהלי ושל כל עניין ועניין – מחייבת להשאיר מקום רב לפעולה הדרגתית של יישום החוק בידי בתי־המשפט, שיצטרכו למלא בתוכן את הקביעות הכלליות שבחוק, תפקיד חשוב ייותר גם בידי רשויות המינהל עצמן, שכן ההסדר מחייב גם צעדים ארגוניים והסברתיים מקיפים.

2. תיחום ההנחיות הכפופות לחובת החשיפה

בשל הכמות העצומה של ההנחיות המינהליות והרבגוניות העצומה שלהן, כל הסדר בסוגיית החשיפה צריך להתייחס, בראש ובראשונה, להגדרת ההנחיות שיהיו כפופות לדרישות החשיפה, ולשאלת התיחום בין ההנחיות שיהיו כפופות לדרישת הפרסום ואלו שלגביהן ניתן להסתפק בנגישות לעיון.

37. כך, למשל, בארצות־הברית מוסדר הנושא בחוק מפורט: The Freedom of Information Act (FOIA) 5 U.S.C. 552. ראו גם סקירה השוואתית מקיפה בעניין זה אצל N.S. Marsh, **Public Access to Government-Held Information: A Comparative Symposium** (London, 1987); P. Birkinshaw, **Freedom of Information** (London, 1988).

38. להצעת דגם להסדר כולל בעניין זכות העיון בישראל ראו מ' בלס, חופש הגישה למידע המוחזק בידי רשויות המינהל (עבודת גמר לתואר מוסמך, אוניברסיטת תל־אביב, 1992), 156־158.

א. העיקרון הכללי: כל ההנחיות המינהליות צריכות להיות נגישות לעיון אלא אם קיים טעם מוגדר לפטור מהחובה. ההנחיות המינהליות הן חומר מינהלי חשוב ביותר יחסית לשאר המסמכים והמידע המצויים בידי רשויות המינהל. שהרי ההנחיות הן מכשירים מינהליים בעלי תחולה כללית. משום כך, כל ההנחיות המינהליות צריכות, ככלל, להיות נגישות לעיון הציבור, לרבות הנחיות שחשיבותן היחסית היא קטנה (בהשוואה להנחיות אחרות, חשובות יותר, שיש מקום להכפיפן לחובת הפרסום, כפי שיפורט להלן).

כלומר, גם הנחיות שאין להן נגיעה ישירה והשפעה חזקה על האינטרסים של הציבור צריכות להיות כפופות לזכות העיון. אמנם הנחיות כאלו צריכות להיות פטורות מחובת הפרסום (ראו להלן); אך אם נגיעתן לענייננו של האזרח הביאה אותו לנקוט יוזמה ולבקש לעיין בהן – יש להכיר בזכותו לעשות כן. לדוגמא, ייתכן כי הנחיות המשרד לקליטת עלייה באשר לסדרי אחסון מסמכים בארכיון המשרד אינן חשובות דיין כדי לדרוש פרסום יזום ומוקדם שלהן. אך אם פלוני מבקש לעיין בהן, הרי עקב התפיסה הרצויה של פתיחות ממשלית אין כל הצדקה למנוע ממנו לעשות כן.[39]

מובן כי כל הסדר משפטי בסוגיית חשיפת מידע לציבור חייב להביא בחשבון טעמים שונים העשויים להצדיק את אי חשיפתו של חומר מסוים. ואכן, ההסדרים הסטטוטוריים במדינות השונות מכילים, בדרך כלל, סעיפים הפוטרים את המינהל מחובת חשיפה של חומר מטעמים כגון: בטחון המדינה, הגנה על יחסי חוץ, פגיעה בפרטיות והגנה על סודות מסחריים של גופים שמסרו מידע לרשויות המינהל. בהקשר זה אין ייחוד יוצא דופן

39. תפיסה זו לא הפכה עדיין לעיקרון מושרש בדין הקיים בישראל. בהעדר הסדר כולל בחוק לגבי זכות העיון, לא הכירו עדיין בתי־המשפט באופן בלתי מסויג בחובה כללית המוטלת על המינהל לאפשר לאזרח גישה למידע ולמסמכים המצויים בידי הרשות. הפסיקה בעניין זה מועטה יחסית ולא עקבית. בתי־המשפט הכירו בעיקר בזכות הגישה של האזרח למסמכים הנוגעים לו אישית, וזאת כחלק מזכות השימוע שלו או במסגרת הליך משפטי שהוא מעורב בו או קשור אליו. ראו בג"צ 337/66 עזבון קלמן פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון ואח', פ"ד כא (1) 69; בג"צ 142/70 שפירא נ' חוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה (1) 325; בג"צ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יושב־ראש ועדת התקירה לעניין מתן שירותי גז ואח', פ"ד כג (1) 324. אולם, במקרים אחרים סירבו בתי־המשפט להכיר בזכותו של האזרח לגשת למידע כללי, שיש לו חשיבות ציבורית, המצוי בידי רשויות השלטון, ראו בג"צ 414/89 כן ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מג (4) 327. עם זאת, ניכרת לאחרונה התפתחות מטוימת בנושא זה בדין בישראל. ראו, למשל, חוק בתי־דין מינהליים, התשנ"ב־1992, סעיף 30; בג"צ 1601/90־1604, בשג"צ 1890/90 שליט ואח' נ' פרס ואח', פ"ד מד (3) 353 (להלן: עניין שליט); בג"צ 3709/90, 2303 פיליפוביץ ואח' נ' רשם החברות ואח', פ"ד מו (1) 410, 418־419. ראו גם י' זמיר, "ראיות בבית־המשפט הגבוה לצדק", משפט וממשל א (תשנ"ב־תשנ"ג) 295, 314־317.

40. ראו סקירה של שיטות המשפט השונות בספרו של מארש (לעיל, הערה 37): שוודיה, ארצות־הברית, צרפת, קנדה, אוסטרליה וניו־זילנד. לסקירה כללית ראו שם, 11. ראו גם

להנחיות מינהליות.[40]

ואולם, לאחד הטעמים המקובלים לאי תשיפה יש רלוואנטיות מיוחדת לגבי הנחיות. הכוונה לחריג המקובל ביחס לתומר מינהלי הנוגע לדרכי אכיפת החוק ומניעת פשעים. חריג זה עשוי לחול, למשל, על הנחיות של המשטרה בנוגע לסדרי ביצוע מארבים משטרתיים לתפיסת סוחרי סמים, ואולי גם על הנחיות התביעה הכללית בנוגע לאי העמדה לדין של מי שעבר עבירות פליליות מסוימות בנסיבות כאלו או אחרות. הטעם להתגדות לחשיפת ההנחיות מהסוג האחרון הוא שהדבר עלול לעודד עבירות על הוראות החוק, שכן העבריינים בכוח ידעו, אם יפורסמו ההנחיות ברבים, כי ביצוע עבירות מסוימות לא יגרור העמדה לדין. אולם מאידך, ניתן לטעון כי הנחיות התביעה הכללית בנוגע להעמדה לדין צריכות להיחשב לחלק בלתי נפרד מ"הדין" הפלילי, וכי עקרונות שלטון החוק וודאות הדין מחייבים חשיפתן ברבים של הנחיות אלו, ממש כשם שהם מחייבים את פרסום האיסור הפלילי עצמו.[41]

ב. תיחום ההנחיות הכפופות לחובת הפרסום. דרישת הפרסום תובעניות יותר מדרישת א פשוט העיון. לפיכך, אין מקום להטיל אותה על כל ההנחיות המינהליות, אלא רק על אלו מביניהן שחשוב במיוחד לפרסמן. לדעתי, הקריטריון לזיהוי ההנחיות שיהיו כפופות לחובה זו מורכב משני נדבכים שישמשו כתנאים מצטברים:

הנחיות שיש להן השלכות מהותיות על האינטרסים של האזרח – קריטריון זה כולל את כל ההנחיות שיש בהן כדי להשפיע באופן ממשי במישור המעשי על האינטרסים של הפרט. מובן שהדיבור "השלכות מטשיות במישור המעשי על האינטרסים של הפרט" עדיין אינו מוביל להגדרה מדויקת וברורה, שתפטור את הרשות המינהלית ואת בתי־המשפט מהתמודדות עם שאלות פרשניות ועם "מקרי שוליים" בעייתיים. אך מבחן זה מבטא, לדעתי, את התפיסה הנכונה מבחינת שיקולי המדיניות בסוגיה זו, ומהווה איזון נאות בין הרצון להשיג בהירות ברמה המתאימה לחקיקת מסגרת כללית בנושא (ראו להלן) לבין הצורך להשאיר מקום לגמישות פרשנית בשלבי יישום המבחן על־ידי המינהל ובתי־המשפט. אביא רכיבים מספר של המבחן.

סקירה מפורטת לגבי החריגים הקיימים בדין הפדרלי בארצות־הברית אצל R.J. Pierce, S.A. Shapiro and P.R. Verkuil, **Administrative Law and Process** (New York, 1985) 445 et seq; וכן הסקירה אצל בלס (לעיל, הערה 38) 26 ואילך. והשוו חוק לתיקון סדרי מינהל (הלטות והנמקות), תשי"ט-1958, סעיף 3.

41. בעניין אפרתי (לעיל, הערה 24) קיבל בית־המשפט את העמדה הזו, בקובעו כי "הנחיות הפרקליטות חייבות להתפרסם לרבים, כדי שרבים יכלכלו מעשיהם על פיהן וידעו גבולותיה של עבירה מינהלית" (שם, 514 ליד אותיות ה-ו). והשוו לעמדתו של השופט חשין (בדעת מיעוט) בע"פ 3520/91 תודג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (1) 441, 454-456; גביזון (לעיל, הערה 18) 452-458, ואסמכתות שם; Davis, Discretionary Justice (Conn., 1969) 162. לטעם אחר להימנעות מחשיפה שיש לו נגיעה להנחיות מינהליות, ראו טקסט ליד הערה 43 להלן.

בראש ובראשונה, המבחן דורש כי חובת הפרסום תתייחס רק להנחיות שיש להן חשיבות מהותית מבחינת האינטרסים של הפרט. הכמות העצומה של ההנחיות מחייבת סינון רב במישור זה. המבחן פוטר מחובת החשיפה הנחיות הקשורות לסדרי העבודה הפנימיים של הרשות המינהלית, ושאין להן נגיעה ישירה לאינטרסים של הציבור שאינו נמנה עם עובדי הרשות המינהלית. הכיונה היא להנחיות בעלות אופי טכני (למשל, סדרי החנייה במשרדי הרשות, והנחיות הנוגעות לתנאי העבודה של העובדים ברשות, או הנחיות בעלות אופי ביצועי, כגון אלו העוסקות בחלוקת העבודה בין פקידי הרשות, סדרי הבקרה והפיקוח בין הדרגים השונים, הוראות לצוות בדבר ניהול מלאי ומחסנים, דרכי ביצוע בדיקות וסקרים מטעם הרשות וכדומה).

שנית, מבחן זה מכיל דרישת מינימום לגבי התשיבות המעשית של ההנחיות שבהן מדובר. קיימות הנחיות שיש להן השלכות על האינטרסים של הציבור, אך הן מתייחסות לעניינים בעלי חשיבות שולית או קטנה מנקודת הראות של הפרט הנוגע לעניין, שאינה מצדיקה הטלת חובה של פרסום יזום. לדוגמא, הנחיות של רשות מינהלית לגבי סדרי הטיפול בחומר הארכיוני וגניזתו עשויות לעורר עניין אצל גורמים מחוץ לרשות המינהלית (למשל, עיתונאים המחפשים חומר בגנוזי הרשות) ולנגוע לאינטרסים שלהם. עם זאת אין הדבר מחייב את פרסום ההנחיות, וניתן להסדיר את חשיפתן באמצעות הבטחת נגישותן לעיון.

שלישית, יש להדגיש כי המבחן מתייחס להשלכות המעשיות של ההנחיות ולא להשלכות הפורמליות שלהן. באופן זה, העובדה שהמינהל יכול לסטות מההנחיות במקרים קונקרטיים מסוימים, או שהרשות מגדירה אותן הנחיות בתור "מדיניות כללית" או "קווים מנחים גרידא", אינה שוללת את ההשלכות בכוח שיש להן – במישור המעשי – על עניינו של הפרט. לדוגמא, להנחיות של המינהל באשר לקריטריונים להענקת רשיונות או תמיכות כספיות יש השלכות על האינטרסים של האזרח, גם אם נקבל את הטענה כי הרשות אינה "כבולה" להנחיות אלו וכי היא רשאית (ואף נוהגת) לסטות מהן מעת לעת.

42. ראו לעיל, הערה 17 והטקסט שלידה. בפסק־דין אפרתי קבע השופט חשין כי חובת החשיפה תתייחס להנחיות "שיש בהן כדי לאצול על זכות הפרט...". (לעיל, הערה 24) 513 מול האות ג. ההדגשה הוספה. דומה כי בשל הבעייתיות הכרוכה בשאלה עד כמה ההנחיות משנות זכויות משפטיות של הפרט, עדיף להשתמש בקריטריון ההשלכה המעשית של ההנחיות על אינטרסים של הפרט, להבדיל מההשלכות הפורמליות שלהן על "זכויותיו". והשוו בנדון (לעיל, הערה 24) 517. ההשלכות המעשיות של הנחיות מינהליות שימשו גם את בתי־המשפט האמריקניים כבסיס להטלת חובות דיוניות לגבי דרכי היצירה של ההנחיות וחיוב פרסומן ברבים. ראו, למשל, **Pickus v. United States Board of Parole** 507 F. 2d 1107 (D.C. Cir. 1974); **Lewis-Mota v. Secretary of Labor** 469 F. 2d 478 (2nd Cir. 1972); **Texaco Inc. v. Federal Power Commission** 412 F. 2d 740 (3rd Cir. 1969); **Anderson v. Butz** 550 F. 2d 459, 463 (9th Cir. 1977); **St. Elizabeth Hospital v. United States Eastern Kentucky Welfare Rights Organization v. Simon** אך השוו 558 F.2d 8, 13 (Ct. Cl. 1977); 506 F. 2d 1278, 1293 (D.C. Cir. 1974), Rev'd on other grounds 426 U.S. 26 (1976).

nevo.co.il

די בהשלכות אלו כדי להצדיק את הטלת חובת הפרסום על הנחיות כאלו.[42]

הנחיות המהוות חלק מהמדיניות האפקטיבית של הרשות ולא שלב ביניים בגיבוש מדיניות – אחד השיקולים המרכזיים נגד חשיפה של חומר מינהלי לציבור הרחב הוא הרצון להגן על התופש של עובדי הרשות לנהל מגעים ולהחליף דעות בשלבים שבהם מתגבשת ההחלטה. חשיפה של חומר כגון פרוטוקולים של ישיבות, חוות דעת והמלצות עלולה להרתיע את אנשי המינהל מלבטא את דעתם בחופשיות ולפגוע באיכות ההחלטה וביעילות הרשות המינהלית. חשש זה אינו קיים לגבי חשיפת ההחלטה הסופית, המבטאת לא את דעתו של פקיד מסוים אלא את עמדתה הסופית של הרשות המינהלית.[43]

שיקול זה אינו עילה למנוע את חשיפתן של הנחיות מינהליות המהוות את המדיניות הנוהגת של הרשות באותו עניין, להבדיל ממסמכים המכילים הצעות, המלצות ושלבי ביניים אחרים בגיבוש מדיניות זו. היינו, כאשר ההנחיות משמשות בפועל את הרשות המינהלית ועל־פיהן מתקבלות החלטות קונקרטיות – הן כפופות לדרישות הפרסום.[44] אכן, התיזוקקות להנחיה היא רק שלב אחד בדרך לגיבוש ההחלטה הקונקרטית, אך בעניין זה ההנחיה אינה שונה מכל נורמה כללית אחרת, ואין בכך כדי להצדיק תחולה של התריג הנזכר.

3. ארגון, ריכוז וקיטלוג

חשיפת ההנחיות לציבור מחייבת, בראש ובראשונה, ריכוז של ההנחיות שהרשות המינהלית משתמשת בהן. פעולה כזו צריכה להתבצע בכמה רמות: ראשית, כל פקיד המשתמש בהנחיות צריך להיות מסוגל להצביע על "מסמך מקור" כלשהו, שבו מרוכזות באופן מסודר ההנחיות שבהן הוא משתמש. לדוגמא, אם מנכ"ל משרד התינוך מפיץ בין בתי־הספר השונים הוראות בנוגע לקבלת תלמידים וקליטתם בבית־הספר באמצעות "חוזרי מנכ"ל", חייב להיות בידי המשרד קובץ מרוכז כלשהו שיכיל את החוזרים השונים באותו נושא. קובץ כזה צריך להתעדכן מדי פעם, עם הוצאת חוזר חדש.

הדרישה לריכוז ההנחיות ברמה של הגוף המינהלי שבו הן נוצרות, נראית לכאורה טריוויאלית, אך למעשה בשל האופי הלא־פורמלי והתיקף העצום של ההנחיות אין היא מיותרת. היא חיונית, בראש ובראשונה, כדי לאפשר לעובדי הרשות עצמה להיות מסוגלים

---

43. ראו מארש (לעיל, הערה 37) 11; פירס (לעיל, הערה 40) 459-463; דייויס (לעיל, הערה 36) סעיפים 5.33-5.37; וכן National Labor Relations Board v. Sears Roebuck & Co. 421 U.S. 132, 150-154 (1974).

44. ההבחנה בין חומר המהווה את עמדתה ה"סופית" של הרשות המינהלית לבין חומר המהווה רק "שלב ביניים" בדרך לגיבוש ההחלטה אינה תמיד פשוטה. אך הקשיים בעניין זה אינם מיוחדים דווקא להנחיות מינהליות. ראו Note: "The Freedom of Information Act and the Exemption for Intra-Agency Memoranda", 86 Harv. L. Rev. (1973) 1047, 1059.

45. לדוגמא למצב שבו דרגים בכירים בגוף מינהלי אינם מודעים להנחיות הרלוואנטיות החלות עליהם, ראו הדו"ח השנתי של מבקר המדינה מס' 39 (1989) 121, לגבי "ניהול רשומות ברשויות המקומיות".

לברר מהו הנוהל הרלוואנטי והעדכני שעל־פיו עליהם לפעול.[45] קובץ כזה צריך להיות בסיס לכל פעולה של הפצה, שכפול או פרסום של ההנחיות בתוך הרשות ומהוצה לה, וקיומו חיוני לא רק מנקודת הראות של חשיפת ההנחיות אלא גם כדי לייעל את השימוש בהנחיות מצד עובדי המינהל עצמם.

הרמה השנייה, שבה צריך להתבצע הריכוז והארגון של ההנחיות, היא רמת המשרד או היחידה הממשלתית העצמאית. בכל גוף כזה חייב להיות גורם הממונה על ההפצה, הפרסום והנגישות לציבור של ההנחיות הנוגעות למשרד. בידי גורם כזה צריך להיות נוסח מעודכן של כל ההנחיות באותו משרד, או לפחות מידע מרוכז על ההנחיות ועל הדרך להגיע אליהן. הממונה יהיה מופקד גם על קיטלוג ההנחיות – תנאי חיוני לאיתורן – וגם יוכל לדאוג לפרסום ההנחיות הכפופות לחובת הפרסום ולהחליט אלו הנחיות פטורות מפרסום או אף מנגישות לעיון (ראו להלן). הוא יוכל גם לשמש נמען לפניות הציבור בכל הנוגע לעיון בהנחיות ולדאוג למימוש בקשות העיון.

לדעתי, קיומו של ממונה כזה ברמת היחידה המינהלית הרלוואנטית הוא תנאי חיוני להגשמת כל תפיסה של חשיפת ההנחיות לציבור. שתי סיבות עיקריות לכך: ראשית, עקב הכמות העצומה של ההנחיות ואופיין הלא־פורמלי לא יהיה ניתן לסווגן ולארגנן במתכונת שתאפשר חשיפה ללא פעולה של גורם כזה. שנית, ההנחיות הן חומר שנוצר אגב פעולתו של הגוף המינהלי. אין להניח, ואולי אין זה רצוי, שהגורם הביצועי שיצר את ההנחיות ינקוט בעצמו יוזמות בתחום החשיפה. הרבר עלול לגרום לסרבול ולפורמליזציה של הפעולה המינהלית. לעומת זאת פעולת "איסוף" של ההנחיות, הבאה בדיעבד, מטעם גורם בתוך הרשות עצמה, לא תפגע בהליך יצירת ההנחיות. עם זאת, יש להניח כי אם גורם כזה הוא חלק מהארגון המינהלי של הרשות עצמה (אף שלא הגורם היוצר בעצמו את ההנחיות), לא תיתפס פעולתו כהתערבות חיצונית או כביקורת על פעולת הרשות ולא תגרום ל"תגובות נגד" מצד פקידי המינהל.

מישור נוסף שבו חיונית פעולתו של גורם פנים־משרדי בתחום ארגון ההנחיות והכנתן לחשיפה הוא תחום התיעוד וההטמעה של הנושא בקרב אנשי הרשות. יהיה זה תמים להניח כי ניתן לכפות על המינהל הציבורי שינוי באורחותיו (ולו גם בהיקף מוגבל), כמתחייב מהחשיפה, להטריד עצמו מפעולתו הרגילה ולהקדיש מאמצים ואמצעים לטובת חשיפת ההנחיות לציבור, ללא פעולה עקבית ושיטתית של חיעוד והטמעת עדכים הקשורים בכך.[46] פעולתו של גורם ממונה במשרד הרלוואנטי, שיעמוד בקשר עם גוף עליון שיתאם את הפעולה בנושא (ראו להלן) תועיל לקדם את מטרות החשיפה.

מעל הגורמים האחראים ברמה המשרדית צריך להיות גוף מרכזי שיתאם את הפעולות בתחום חשיפת ההנחיות. גוף כזה יכול להיות מורכב מגורמים מקצועיים ומאנשי מינהל בכירים, כמו גם מנציגי ציבור. הוא צריך להיות ממונה על החדרת עקרונות פעולה וערכים של "ממשל פתוח" בקרב אנשי המינהל הציבורי. הוא יפקח על קיום ההסדרים

---

46. ראו בירק־נשאו (לעיל, הערה 37) 236.

47. גופים כאלה קיימים במדינות רבות שאימצו חקיקה בנושא חופש המידע, בצרפת, למשל, הוקם גוף מינהלי מיוחד (Commission d'Access aux Documents Administratifs (C.A.D.A.

בנושא בכל יחידה מינהלית וידריך את האהראים על כך באותה יחידה.[47]

אין ספק כי בשל המשמעויות הארגוניות והתקציביות של נושא החשיפה, הבסיס לקביעת ההסדרים הארגוניים הללו צריך להיות מעוגן בחקיקה ראשית. ואולם, גם בהעדר חקיקה כזו יש מקום לנקוט יוזמה לקידום היבטים אלה של נושא החשיפה, וניתן לעשות כן באמצעות הסדרים מינהליים, כמו למשל הסדרים של נציבות שירות המדינה והנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

4. פרסום

לדעתי, ההסדר הראוי בסוגיית פרסום ההנחיות צריך להיות מבוסס על העקרונות הבאים:

א. קביעה כללית בחוק, שלפיה מוטלת על רשות מינהלית חובה לפרסם בציבור בדרך סבירה את הנחיותיה, שיש להן השלכות מהותיות על האינטרסים של האזרח והן מהוות חלק ממדיניותה האפקטיבית (ובכפוף לסייגים המצדיקים מתן פטור מחשיפת הנחיות אלו);[48]

ב. קביעת חלופות אחדות אפשריות של דרכי פרסום: נקיטת אחת הדרכים הללו על־ידי הרשות המינהלית תיצור חזקה (הניתנת לסתירה) שדרך הפרסום עומדת בדרישת הסבירות האמורה;

ג. א פשור פנייה מצד רשויות מינהליות לרשות המתאמת (שתוסמך לשם כך בחוק) לשם קבלת אישור לנקיטת דרך מיוחדת של פרסום, שאינה מאוזכרת בין החלופות שבחוק, ומתאימה לאופי הספציפי של ההנחיות שבהן מדובר;

ד. הכפפת כל החלטה מינהלית באשר לדרכי הפרסום לביקורת שיפוטית.

הסדר כזה מאזן בין השאיפה להגשים את הערכים התומכים בפרסום ההנחיות לבין הצורך למנוע פגיעה ביעילות הפעולה המינהלית והרצון להימנע מהתערבות חיצונית מוגזמת בה. כאמור, בניגוד להסדר הקיים לגבי תקנות אין מקום להטיל על הרשות המינהלית חובה קשיחה לפרסם את הנחיותיה בדרך רשמית ואחידה. במקום ואת מוצע לאמץ הסדר מסגרת סטטוטורי, שגמישותו מבוססת על מרכיבי הדרישה לפרסום באופן סביר, יחד עם קביעת דרכים חלופיות שהרשות יכולה לנקוט על מנת לעמוד בדרישת הסבירות הזו, ותוך הבטחת פיקוח מינהלי ושיפוטי על ההחלטות לגבי בחירה זו.

כדי להמחיש את תוכנו של הסדר מעין זה אציג כמה חלופות לדרך הפרסום, שההסדר הסטטוטורי[49] יכול לכלול אותן במסגרת "הערוצים החלופיים" שיעמדו לבתירתה של

שתפקידו לפקח וליעץ למינהל על דרכי הפעלת החוק בנוגע לחופש המידע. ראו, F. Dreyfuss and F. A'arcy, **Les Institutions Politiques et Administratives de la France** (3ed ed. 1989) 261. גוף דומה הוקם גם בקנדה. ראו מארש (לעיל, הערה 37) 315-316.

48. הכל בהתאם לאמור בסעיף 23(ב) לעיל.

49. כאמור, אף שאין ספק כי רצוי שהסדר הפרסום יעוגן בחקיקה ראשית, אין כל מניעה לנקוט צעדים בעניין זה גם בטרם התקבלה חקיקה כזו על־ידי הכנסת. למעשה, ההיפך הוא הנכון.

הרשות המינהלית:

* פרסום על לוחות מודעות במשרדי הרשות או במקומות הקשורים לפעולתה (כגון, פרסום הנחיות בנוגע לזכאות לסיוע בדיור על לוחות מודעות בסניפי הבנקים המסתריים למשכנתאות);
* פרסום בעיתונות היומית, בעיתונות מקצועית או בפרסומים עיתונאיים מגוריים;
* מדריכי מידע מיוחדים מטעם הרשות;
* הפצה בדואר למנויים (למשל, הפצת ההנחיות הנוגעות לפיקוח על הבנקים לכל ההנהלות הראשיות שלהם);
* צירוף ההנחיות למכתבי תשובה לכל מי שפונה אל הרשות בבקשה באותו עניין (למשל, צירוף ההנחיות לגבי מתן רשיונות עסקים לכל מי שפונה לפקיד המוסמך בבקשה לקבל רישיון);
* העמדת מדריכים מרוכזים לעיון הציבור במקומות שבהם הרשות המינהלית מקבלת קהל, או קיום שירות מידע טלפוני בעניין זה.[50]

נקל לראות כי רב המרחק בין דרכי הפרסום שהוצעו כאן לבין ההסדר המקובל בפרסום תקנות. אך הבדל כזה מתחייב עקב אופיין של ההנחיות והשוני בדגש הערכי של דרישת הפרסום. הסדר כזה מיועד להגשים ערכים של צפיות ואחריות ממשלית יותר מאשר ערכים של יציבות וסמכותיות (המאפיינים את הפרסום ברשומות). זהו הסדר גמיש המותיר לרשות מרחב תמרון מירבי: היא יכולה לבחור לעצמה את "ערוץ" הפרסום הנוח לה מבין החלופות שהחוק יכלול, ויכולה גם לבקש אישור לפרסם את הנחיותיה בדרך שאינה נכללת בחלופות שבחוק, אך מתאימה והולמת את מהות העניין (למשל, הכללת ההנחיות בפרסומים המקובלים של הרשות, כגון הכללת התוראות בנוגע לזכאות לקו טלפון ותעריפים במדריכי הטלפון של חברת "בזק").

העמדת מספר רב של חלופות לרשות המינהל, יחד עם הכפפת כל צורות הפרסום לעיקרון הכללי של סבירות וביקורת שיפוטית, עשויה להביא לתוצאות הרצויות: לרשות המינהלית תהיה מוטיבציה לפרסם את הנחיותיה; היא תוכל לבחור את דרך הפרסום הנוחה לה ובד בבד ליהנות מחזקת הסבירות שהחוק יקנה לבחירה זו, ולחסוך מעצמה את הסנקציות הנובעות מאי קיום הדרישה התוקית (ראו להלן). גם ציבור הנזקקים לשירותי המינהל יצא נשכר מכך. הוא ייהנה מצורת פרסום נגישה לאורת באופן מידי, בהתאם לאופי מגעיו עם הרשות הרלוואנטית.

לצד החובה לפרסם צריכה להיקבע בחוק גם החובה להביא את ההנחיות לידיעת

רצוי וראוי, והדבר גם מתחייב לכאורה מפסק־דינו של בית־המשפט העליון בעניין אפרתי (לעיל, הערה 24), שיינקטו צעדים מידיים ליישום חובת הפרסום על־ידי קברניטי המינהל הציבורי שלנו. נראה כי ניתן לעגן הסדר ראשוני כזה באמצעות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 60.013 (לעיל, הערה 1), שדומה כי יש עתה צורך דתוף לעדכן אותה בתת פסק־הדין האמור.

50. שירות מידע כזה הקים משרד החינוך בכל הנוגע לרישום לבתי־ספר, ליציאה לטיולים וכיוצא באלה.

nevo.co.il

הציבור. היינו, נוסף על עצם יצירתו של "ערוץ פרסום" מסוים, חייב המינהל לדאוג לכך שהציבור יוכל לדעת על קיומו של פרסום כזה. חובה זו פירושה שהרשות המינהלית תפנה את תשומת־לב הציבור לקיום הפרסום הרלוואנטי של ההנחיות (או על כל שינוי שחל בו). כך, למשל, אם הפרסום נעשה על לוחות מודעות במשרדי הרשות, הרי בשל דרישת הסבירות הרשות חייבת להודיע על שינויים שנעשו בהנחיות אלו בעיתונות היומית, כדי להפנות את הציבור ללוחות המודעות האלה. מדרישה זו גם עולה, שצריך להיות פרסום אחד כללי ומרוכז שיכיל את המידע לגבי כלל ההנחיות הקיימות במינהל הציבורי ודרכי הפרסום של כל סוג הנחיות. "ספר הנחיות" כזה ייערך על־ידי הגוף המרכזי, שיתאם את הפעולות בתחום הפרסום מכוח החוק, ויתעדכן מפעם לפעם.

5. אכיפת חובת הפרסום

הסוגיה של אכיפת חובת הפרסום מעוררת קשיים לא מעטים. הפרסום הוא ממהותו פעולה מינהלית יזומה, הצריכה להתבצע באופן סדיר ושגרתי ולא עקב סכסוך משפטי בעניין קונקרטי כלשהו. מחדל של רשות מינהלית לפרסם את הנחיותיה היום עלול להתגלות (אם בכלל) בהליך משפטי בעוד שנים רבות, ולאחר שאלפי אזרחים שעניינם התברר אצל הרשות לא היו מודעים כלל לקיומן של ההנחיות. המסקנה המתבקשת מכך היא, שלא ניתן לבסס את האכיפה של חובת הפרסום אך ורק על פניות לבתי־המשפט הנעשות בשעה שמתגלע סכסוך בין האזרח לרשות.

בראש ובראשונה צריכה אכיפת חובת הפרסום להתבסס על מנגנוני המינהל עצמו, קרי על הגורם הממונה בתוך כל יחידה מינהלית ועל הגוף המתאם המרכזי (שהוזכר לעיל). על אלו מוטלת החובה הראשונית לוודא את קיומה של החובה לפרסם הנחיות. דומה כי במסגרת הסדר כולל בסוגיה זו יש מקום גם ליצור – לצד האפשרות הקיימת של פנייה לבית־המשפט על מנת לאכוף על הרשות פרסום הנחיותיה – הליך מעין־שיפוטי, שיתיר לאזרח לפנות אליו (או לבית־דין מינהלי מיוחד בעניין זה) בתובענה לאכוף על רשות מינהלית לפרסם את הנחיותיה.

עם זאת, יש חשיבות רבה לפעילותם של גופי בקרה וביקורת תיצוניים. הגורם הראשון הבא בחשבון בהקשר זה הוא מבקר המדינה, ולצדו יש חשיבות לפעולות היועץ המשפטי לממשלה, נציב שירות המדינה, והמבקרים הפנימיים של המשרדים השונים. לגופים אלה יש גישה לחומר מינהלי, לרבות זה שאין לאזרח רגיל גישה אליו, והם יכולים לדרוש מרשות מינהלית לקיים את חובת הפרסום. מובן שבמערך אכיפה כזה צריכה "המלה האחרונה" להיוותר בידי בית־המשפט, שיוכל תמיד לדון בתובענה לפרסום הנחיות כאלו או אחרות.

אך מהו הדין אם מתברר לאזרח בדיעבד כי הנחיות מינהליות לא פורסמו? כלומר, מה צריכה להיות הסנקציה על הפרת החובה לפרסם הנחיות בעבר, כאשר הדבר מתגלה במהלך סכסוך משפטי קונקרטי הנדון בהווה? אבחן עתה כמה אפשרויות בהקשר זה:

האפשרות הראשונה היא לקבוע כי אי פרסום ההנחיות הופך אותן, ויחד איתן כל פעולה מינהלית שנעשתה על־פיהן, ל"בטלות". זוהי התוצאה של הפרת חובת הפרסום

51. ראו בג"צ 121/68 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד כב (2)

לגבי תקנות, והיא מעוגנת בסעיף 17 לפקודת הפרשנות נוסח חדש,[51] אך כשמדובר בהנחיות זוהי תוצאה קיצונית ובלתי סבירה העלולה לגרור פגיעה קשה ומיותרת בהליכי הפעולה של המינהל ולגרום נזק לעניינו של האזרח. אין הצדקה לשלול את ההשלכות המשפטיות של ההנחיות כלפי כולי עלמא, לרבות כלפי הרשות המינהלית עצמה, רק משום שהפרה את החובה לפרסם את ההנחיות.

אפשרות אחרת, סבירה יותר לכאורה, היא לקבוע כי להנחיות לא יהיה תוקף כלפי האזרח אם לא פורסמו כדין מבעוד מועד. אך נשאלת השאלה: מהי ההשלכה המעשית של סנקציה כזו? האם פירוש הדבר כי במקרה כזה הרשות תידרש לדון בעניינו של האזרח "לגופו", בהתעלם מן ההנחיות?

קביעה כזו נראית בעייתית מכמה בחינות: ראשית, ספק אם יהיה בכך כדי לשנות את התוצאה בפועל. שהרי הרשות המינהלית מפעילה את שיקול דעתה במסגרת החוק, והיא עשויה להגיע לתוצאה קונקרטית זהה לזו הנובעת מההנחיות, גם אם להלכה יש להתעלם מהן. לדוגמא, נניח כי ההנחיות בנוגע למתן רישיון לכלי ירייה הן שאין לתת רישיון למי שיש לו עבר פלילי בשל עבירות אלימות. בהנחה שהנחיות אלו לא פורסמו כדין, יקבע בית־המשפט, לפי אפשרות זו, כי ההחלטה בעניינו של העותר צריכה להתקבל בהתעלם מההנחיות. ואולם, קשה להניח כי התוצאה העולה מכך תהיה הענקת רשיון כלי ירייה לאדם שהורשע בעבר, למשל, בשוד בנק. שנית, גם במקרים פחות קיצוניים, שבהם אין מניעה כה בולטת לפעול בניגוד להנחיות, עדיין קשה לקבל את העובדה שהעותר ייהנה מן ההפקר, וזאת בניגוד למאות מבקשי רשיון קודמים לו, שעניינם דומה, אך בקשותיהם נדחו על־פי ההנחיות.

אולם, סנקציה כזו מתאימה בהחלט למקרים שבהם ההנחיות שלא פורסמו הן הנחיות דיוניות, ואז יש היגיון רב בטענה שהעותר הקונקרטי אינו צריך להיות כפוף לפרוצדורה נסתרת.[52] כמו כן, השימוש בסוג זה של סנקציה עשוי להיות סביר במצב שבו היו למינהל הנחיות מסוימות שפורסמו ברבים, אך הרשות פעלה על סמך שינוי בהנחיות שלא פורסם כדין. במצב כזה יש לאזרח טענה חזקה של הסתמכות, וסביר שיוכל ליהנות מהפיתרון

551, 559-560; וכן ברכה (לעיל, הערה 14) 266. אין צורך שאכנס כאן לדיון במשמעויות (שאינן תמיד ברורות לחלוטין) של המונח "בטלות". ראו ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לו (1) 337; ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 645; י' דותן, "במקום בטלות יחסית", משפטים כב (תשנ"ג-תשנ"ד) 587.

52. בדין האמריקני קיימת סנקציה כזו על אי פרסום כללים מינהליים בהתאם לחובה המעוגנת ב-Federal Register Act 44 U.S.C. Sec. 307. ראו גם Morton v. Ruiz 415 U.S. 199, 232-238; B. Schwartz, Administrative Law (2nd ed., Boston 1983) 189-190 (1973).

53. ראו בג"צ 134/67 ואנונו ואח' נ' משרד התחבורה ואח', פ"ד כא (2) 710 (להלן: עניין ואנונו); בג"צ 321,135/75 סאי־טקס קורפוריישן בע"מ ואח' נ' משרד המסחר והתעשייה, פ"ד ל (1) 673. שאלה היא עד כמה יש להתנות את זכותו של התובע, שעניינו יידון בהתעלם מההנחיות שלא פורסמו כדין, בקיומה או בהעדר קיומה של ידיעה בפועל

המעוגן בהנחיות הקודמות שלפיהן פעל.[53]

אפשרות שלישית להסדר הסנקציה על הפרת חובת הפרסום היא לקבוע, שעקב אי פרסום יוטל נטל הראיה בכל הליך משפטי הנוגע לעניין על הרשות המינהלית. היינו, הפרת חובת הפרסום של ההנחיות תגרום לכך שהרשות המינהלית לא תיהנה מחזקת הכשרות המינהלית, ונטל הראיה לגבי כשרות הפעולה יוטל על כתפיה. פיתרון כזה נקבע בחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, כנגד רשות שהפרה את חובת ההנמקה של החלטה מינהלית כאמור בחוק.[54]

פיתרון זה נראה מושך את הלב ממבט ראשון, שהרי הרציונל של חזקת הכשרות הוא הרגיולריות של הפעולה המינהלית. ואם הרשות הפרה את החובות החלות עליה באופן רגיולרי (קרי, חובת הפרסום), אין מקום לאפשר לה ליהנות מחזקת הכשרות. אולם, המשמעויות המעשיות של פיתרון זה אינן ברורות לחלוטין, ולא ברור עד כמה יש בו כדי לשנות, הלכה למעשה, את מאזן הסיכויים של שני הצדדים לתובענה המינהלית, או להגביר את המוטיבציה אצל רשויות המינהל לפרסם את הנחיותיהן. ההיסטוריה של אכיפת חוק ההנמקות (או ליתר דיוק: אי אכיפתו) מחזקת אף היא את הספקות באשר לתועלת של פיתרון כזה.[55]

נראה כי הקשיים למצוא פיתרון המניח את הדעת בסוגיית הסנקציה על הפרת חובת הפרסום של ההנחיות מחזקים את הטענה, כי מרכז הכובד של אכיפת החובה צריך להישען על מנגנוני אכיפה ובקרה פנים-מינהליים מקדמיים, ולא רק על פניות לבתי-המשפט.[56]

מצדו על השינוי שלא פורסם. ניתן לטעון כי שאלת הידיעה איננה רלוואנטית. אולם, אם הרציונל של הכלל הוא הגנה על ציפיות האזרח, שפעל בהסתמך על מה שהיה ידוע לו, יש לשאלת הידיעה חשיבות רבה. ראו FOIA 5 U.S.C. Sec. 552(a) (1), וכן **Timber Access Industries Co. Inc. v. United States** 553 F.2d 1250, 1254-1255 (Ct. Cl. 1977); **Perry v. Department of the Treasury etc.** 637 F.2d 1332 (9th Cir. 1981); **Appalachian Power Company v. Train** 566 F.2d 451, 456 (4th Cir. 1977).

54. סעיף 6 לחוק האמור.

55. בתי-המשפט מיעטו להתייחס לסנקציה המעוגנת בסעיף 6 לחוק ההנמקות, למרות שנתקלו לא פעם בהפרות החובה לנמק החלטות מינהליות. ראו, למשל, בג"צ 518/78 אברהמי נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לב (3) 675, 678; בג"צ 134/79 שיכון עובדים בע"מ נ' המועצה המקומית נוה מונוסון, פ"ד לג (3) 169, 170-172; בג"צ 497/81 רובינוביץ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה - מחוז המרכז ואח', פ"ד לו (2) 210, 214. גם בפסק-הדין היחיד שבו נדונה משמעותו של הסעיף בהרחבה, נקט בית-המשפט גישה מצירה הן בקשר למשמעויות העקרוניות של הוראת הסעיף והן בקשר ליישומה בפועל על עובדת אותו מקרה. ראו בג"צ 106/66 חיים נ' מנהל מחלקת עבודות ציבוריות, פ"ד כ (3) 203.

56. דרך אפשרית נוספת העומדת לכאורה בפני מי שנפגע מהפרת החובה לפרסם הנחיות מינהליות היא הגשת תובענה נזיקית, המבוססת על עוולת הרשלנות, כנגד הרשות שהפרה את החובה. דרך זו יכולה למשל לעמוד לאזרח, שהיה זכאי להטבה מסוימת על-פי הנחיות הרשות אך לא ניצל את זכאותו זו משום שלא ידע עליה, משום שהרשות לא פרסמה את ההנחיות האלו.

nevo.co.il

6. דרישת העיון

כאמור, זכות העיון בהנחיות מינהליות צריכה להיות מוסדרת בהסדר כולל הקובע את דרכי הגישה של האזרח למסמכי המינהל. הסדר כזה מן הראוי שייעשה בחקיקה ראשית, כפי שנעשה במדינות רבות. הוא מחייב מכלול של צעדים במישורים שונים (ארגון, חינוך אנשי המינהל, קביעת גופים לטיפול ולפיקוח על מימוש הזכות, יצירת טריבונלים לדיון בתובענות בנושא, הקצאת משאבים ועוד), ולכן קשה להניח שניתן להגיע להסדר מניח את הדעת בנושא זה רק בעקבות פסיקת בתי־המשפט.[57] אין גם לצפות שהמינהל הציבורי עצמו יבצע, באמצעים מינהליים כאלה או אחרים, "מהפכות" בתחום זה, למינהל הציבורי אין עניין בהגברת ההשיפה לציבור של המסמכים וכללי הפעולה שלו, וודאי שאין לו עניין להשקיע מיזומתו את המשאבים והמאמצים כמתחייב מכל הסדר כזה. אכן, כל הסדר סטטוטורי בעניין זה חייב להיות מלווה בכמה וכמה צעדים מינהליים, ולזכות לשיתוף הפעולה של רשויות המינהל, אך אין לצפות כי המינהל עצמו ייזום רפורמות בנושא.[58]

התפתחות סטטוטורית תשובה בנושא העיון חלה בעקבות קבלתו של חוק בתי־דין מינהליים, התשנ"ב-1992. סעיף 30 לחוק מעגן במפורש את זכות העיון של כל מי שמגיש ערר על החלטה מינהלית בפני בית־דין מינהלי. הזכות מתייחסת לכל מסמך "הנוגע להחלטה" שעליה עוררים, למעט אם הוא נכלל בגדר כמה חריגים ספציפיים המפורטים בס"ק 30(ב) לחוק. החוק גם מאפשר לאורח לתקוף בפני בית־הדין המינהלי הנוגע לעניין

57. אם כי פסיקת בתי־המשפט יכולה להביא לשינויים במגזרים מסוימים. כדוגמא לכך ניתן להביא את פסיקת בית־המשפט העליון, שלפיה חייבות מפלגות פוליטיות לחשוף לציבור הסכמים פוליטיים וקואליציוניים, ראו ענין שליט (לעיל, הערה 39) 360-361; בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה (טרם פורסם); פ"ד מה (1) 749, 786-787.

58. אם כי מובן שנקיטת יוזמה מינהלית בתחום זה עשויה להיות צעד מבורך, היכול להכשיר את הקרקע לרפורמה חקיקתית כוללת בנושא. כדוגמא ליוזמה כזו ניתן להביא את הנחיית היועץ המשפטי בענין "הנחיות מינהליות" (לעיל, הערה 1), סעיף 7.2, הממליצה ודוחקת ברשויות המינהל לפרסם את הנחיותיהן.

59. להלן נוסח הסעיף:

"30. (א) מי שזכאי להגיש ערר על החלטתה של רשות מינהלית, זכאי לעיין במסמכים שבידי הרשות הנוגעים להחלטה (להלן – התיק), ולהעתיק מסמכים מן התיק.

(ב) זכות העיון בתיק לא תחול על מסמכים או חלקי מסמכים, שהתקיים בהם אחת מאלה:

(1) אין להם נגיעה להחלטה שעליה עוררים;

(2) יש בהם סוד מקצועי או כסחרי או ידיעה סודית כמשמעותה לפי כל דין;

(3) בטחון המדינה, יחסי החוץ או ענין ציבורי חשוב מחייבים שלא להרשות עיון בהם;

(4) הם ראיות חסויות לפי פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, או לפי כל דין אחר; על ראיות חסויות לפי סעיפים 44 ו-45 לפקודה יחול סעיף 31;

nevo.co.il

סירוב מצד הרשות לאפשר עיון בתיק.[59]

זכות העיון המעוגנת בחוק הנוכח הלה, ללא ספק, גם על הנחיות מינהליות הנוגעות להחלטה שעליה עוררים. לדעתי, נכללות בגדר מונח זה כל ההנחיות ששימשו בפועל את הרשות המחליטה, או שיכלו והיו צריכות להשפיע על אותה החלטה (גם אם הרשות בחרה להתעלם מהן). אמנם ס"ק 30(א) לתוק קובע, כי מסמכי הרשות הנוגעים להחלטה מהווים את "התיק", שרק בו מותר לעורר לעיין. אך הביטוי "התיק" שבסעיף אינו מתייחס לתיק פיסי כלשהו (קרי, תיק הקרטון המכיל את כל המסמכים שפקידי הרשות בחרו להכניס לתוכו) אלא מהווה מונח משפטי, הכולל כל מסמך שיש לו נגיעה לעניין, אפילו אם הרשות התעלמה ממנו במהלך הליך ההחלטה בפועל, ובכלל זה הנחיות מינהליות שהרשות התעלמה מהן או סטתה מהן, מבלי לציין זאת בהחלטה מפורשת.

חיזוק לעמדתי זו ניתן למצוא בס"ק 30(ב)(5) לתוק, הקובע פטור מגילוי מסמכים "המכילים חומר פנימי, כגון: רשומות מדיונים פנימיים, דיווח לממונים, הצעות וטיוטות של החלטות" (ההדגשה הוספה). הואיל וההנחיות הן ביטוי למדיניות ולהחלטות המחייבות של הרשות, ולא להצעות או לדיונים מקדמיים,[60] אין הן נכללות במסגרת המסמכים שיש

(5) הם מכילים חומר פנימי, כגון: רשומות מדיונים פנימיים, דיווח לממונים, הצעות וטיוטות של החלטות;

(6) העיון בהם עלול לפגוע, שלא כדין, בזכות או בעניין אישי של אדם אחר;

(7) הם עוסקים במינוי, בהטלת תפקיד, בהערכות אישיות, בכשירות לתפקיד או בהישגים של אדם ובכלל זה של העורר;

ובלבד שלא יימנע עיון בשל טעם מן הטעמים המוזכרים בסעיף קטן זה אלא במידה הנדרשת על ידי אותו טעם.

(ג) בית דין רשאי להחליט, ביוזמתו או לפי בקשת העורר, כי התיק יימסר לבית הדין, למעט מסמכים אשר מסירתם עלולה לפגוע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה, או מסמכים אחרים שלדעת בית הדין אין זה מן הראוי, בנסיבות הענין, שיימסרו לו.

(ד) ביקש העורר לעיין במסמכים, שהוגשו לבית הדין, שהעיון בהם נמנע ממנו, למעט במסמכים שהוצאו מן הטעמים שחל עליהם סעיף קטן (ב)(3), רשאי בית הדין לאפשר לעותר לעיין במסמכים, כפי שיקבע, אם לדעתו הצורך בעיון לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון.

(ה) ביקש העורר לעיין במסמכים שהעיון בהם נמנע ממנו בשל טעם מן הטעמים המפורטים בסעיף קטן (ב)(3) יחולו הוראות סעיף 31".

60. ראו הדיון לעיל, הערה 44 והטקסט שלידה.

61. ניתן כמובן לטעון כנגד הפרשנות המוצעת, שזו פרשנות ה"מותחת" את לשון הסעיף לביזון ההרחבה, משום שהפטורים בס"ק 30(ב) לתוק מתייחסים רק לתומר שנכלל מלכתחילה ב"תיק" המינהלי, בעוד שהטענה האפשרית היא, שהנחיות שהרשות התעלמה מהן אינן מלכתחילה חלק מהתיק כהגדרתו בס"ק (א). אלא שפרשנות כזו מתיישבת היטב עם מטרות החוק, והגישה הנוגדת תאפשר לרשות לא רק להתעלם מהנחיותיה אלא גם למנוע כל אפשרות מבית־הדין לבקר ולהגיב על התעלמות זו. פרשנות מצמצמת לגבי החריגים לוכות

nevo.co.il

להם פטור מעיון.[61]

הסדרים מסוג זה מקדמים את תופש המידע בכלל ועשויים לשפר את אפשרות הגישה של הציבור להנחיות בפרט.[62] אולם אין הם מהווים תחליף להסדר כולל בנושא זה, אשר צריך להיקבע בחוק ייעודי של הכנסת, ולכלול, ממילא, גם פיתרון נאות לסוגיית נגישות ההנחיות לעיון הציבור.[63] דומה שהסדר כזה צריך לכלול גם אפשרות לפתור סכסוכים בנושא חשיפת חומר זה או אחר, בדרך של הליך מהיר וזול בפני טריבונל שיוסמך לכך.[64]

7. חשיפת הנחיות כמסגרת עתירה לבג"ץ

נושא נוסף שיש לו קשר הדוק לסוגיית העיון בהנחיות נוגע ליכולת האורח לעיין בהנחיות הנוגעות לענייניו בעת שהוא מנהל התדיינות משפטית כנגד הרשות המינהלית.

האזרח העותר לבג"ץ נמצא בנצב בעייתי ביותר. לא רק שוכות העיון הכללית בהנחיות מוגבלת במשפטנו ועדיין לא זכתה לעיגון סטטוטורי כללי או לתימוכים בהלכה פסוקה עקבית,[65] אף המכשירים הדיוניים העומדים לרשותו לצורך עיון בהנחיות בעת הגשת עתירה לבג"ץ מוגבלים ביותר.

תקנות סדרי הדין בבית־הדין הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 אינן מכילות מכשירי גילוי נאותים שיאפשרו לעותר לברר ולחשוף את תוכנן של ההנחיות שהופעלו (או שהיו צריכות להיות מופעלות בענייניו – ולא הופעלו). אכנם העותר יכול להגיש בקשה לקבלת "פרטים נוספים" מהרשות המינהלית, אך בכך מסתיימים הליכי הגילוי שהתקנות

העיון (לרבות החריג הנדון של "רשימות מדיונים פנימיים") נהוגה בבתי־המשפט האמריקניים כיחס לחריג דומה הקיים ב-FOIA. ראו אסמכתאות לעיל בהערה 43.

62. להסדרים חקוקים ספציפיים נוספים בדין הקיים אצלנו ראו בלס (לעיל, הערה 38) 87 ואילך.

63. להצעה לחוק ייעודי בעניין חופש המידע ולסקירה על ההיסטוריה של ניסיונות החקיקה שנעשו בתחום זה בישראל, ראו בלס שם, 187 ואילך.

64. במדינות מסוימות הוקמו טריבונלים מינהליים מיוחדים לצורך זה, כך בשוודיה (ראו מארש, לעיל, הערה 37, 46 ואילך) ובאוסטרליה (שם, 205 ואילך, 314-315). באוסטרליה יכול הפרט גם לבחור במסלול חלופי של פנייה לאומבודסמן, ואילו בניו־זילנד הוענקו לנציב תלונות הציבור סמכויות מיוחדות בנוגע לאכיפת זכות העיון (שם, 226 ואילך). בצרפת ובקנדה מטפל באכיפה גוף מיוחד, שתוקם על מנת לישם את התוק (ראו לעיל, הערה 47).

65. ראו לעיל, הערה 39, והשוו לעניין אפיתי (לעיל, טקסט והערה 24 ואילך).

66. תקנה 11 מסדירה את האפשרות לדרוש פרטים נוספים. כמו כן קיימת אפשרות עקרונית לבקש מבית־המשפט להשתמש במכשירי גילוי מסמכים, עיון ושאלונים (על־פי האמור בפרק ט לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984), וזאת מישום שתקנה 120(ב) מסמיכה את בג"ץ, "אם ראה צורך בכך לעשיית צדק", לנהוג כדרך שנוהגים במשפט לפני בית־המשפט המחוזי. ואולם, הלכה למעשה לא נעשה שימוש באפשרות זו אלא במקרים נדירים. ראו ומיר (לעיל, הערה 39) 309-311, והשוו הסדר זה לזה הקיים בתוק בתי־דין מינהליים, התשנ"ב-1992, שאוזכר לעיל בהערה 59.

מעמידות לרשותו.[66] התוצאה היא, שהעותר נותר תלוי לחלוטין בתצהירו של איש המינהל, ואפשרותו לחקור אדם זה על תצהירו מוגבלת באופן קיצוני ומתממשת לעתים נדירות בלבד.[67]

המצב הקיים אינו מניח את הדעת. ידיעת העותר את תוכן ההנחיות עשויה להיות בעלת חשיבות מכרעת לגבי סיכויי עתירתו. ההנחיות הן כלי ממדרגה ראשונה לבירור טענות של אפליה כנגד העותר (קרי, פעולה כנגדו בניגוד להנחיות). לדוגמא, לעתים קרובות מצליח העותר להציג מידע בעל אופי אינדוקטיבי בדבר העדפת אחרים שמצבם דומה לשלו. הרשות יכולה לטעון במקרים כאלה כי מדובר בטעויות תריגות שנעשו בעבר – בניגוד לנהוג בדרך כלל – שאין בהן כדי להעניק כל זכות לעותר.[68] התמונה עשויה להשתנות אם העותר יצלית להראות כי הפעולה לטובת האחרים נעשתה בעצם בהתאם להנחיות הרגילות של הרשות, שהיו בתוקף במועד הרלוואנטי.[69]

ההנחיות הן גם כלי חשוב לעיגון ולהוכחת טענות על מניעים לא־טהורים, שיקולים זרים, פרוטקציוניזם, חוסר תום־לב וחוסר סבירות.[70] הן מהוות, במקרים רבים, שלד נורמטיבי שלפיו ניתן לבחון את הפעולה המינהלית בענייננו של העותר. אי הימצאותם של כלים מתאימים לתשיפת ההנחיות בידי העותר עלולה לפגוע קשה באפקטיביות של ביקורת בג"ץ על פעולות המינהל הציבורי.

ההסדר הראוי בסוגיה זו מחייב, בראש ובראשונה, להעמיד לרשות העותר – ולו בדרך של קבלת רשות מבית־המשפט – אמצעים דיוניים מתאימים לעיון ולחשיפה של ההנחיות. נוסף לכך יש מקום, לדעתי, להטיל על הרשות חובה פוזיטיבית להודיע לעותר (גם בלי פנייה ספציפית מצדו לבית־המשפט בעניין זה) על קיומן של הנחיות הנוגעות לענייננו, ועל דבותו לעיין בהן.[71]

67. תקנה 18 מקנה אפשרות לחקירה נגדית ברשות בית־המשפט. אך הלכה למעשה נעשה שימוש נדיר למדי באפשרות זו. לביקורת ההסדר הקיים ראו זמיר (לעיל, הערה 39) 312-314.

68. בג"צ 301/69 שמילביץ ואח' נ' עיריית תל־אביב־יפו ואח', פ"ד כד (1) 302, 305; בג"צ 407/83 ברוקר נ' עיריית חולון ואח', פ"ד לח (1) 829, 834; בג"צ 111/89 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל־אביב ואח', פ"ד מה (2) 133, 139; בג"צ 637/89 "הוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו (1) 191. ראו גם י' רותן, "אפליה לטובת אחר", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 489.

69. עניין ואנונו (לעיל, הערה 53); ראו עניין כפר ורדים (לעיל, הערה 31).

70. ראו זמיר (לעיל, הערה 39) 304.

71. ראו עניין קלף (לעיל, הערה 4) 774; זמיר (לעיל, הערה 39) 316-317. למעשה, ניתן לטעון כי התתייחסות לקיומן של ההנחיות חייבת להיכלל ממילא במסגרת ההנמקה שנותנת הרשות המינהלית להחלטתה. ואולם, קביעה זו אינה פותרת את הבעיה בכללותה. ראשית, לא מעט החלטות מינהליות אינן כפופות לחובת ההנמקה על־פי החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958; שנית, גם כאשר קיימת חובת הנמקה לגבי ההחלטה הקונקרטית, עדיין יכולה הרשות המינהלית לנסח את הנמקתה כך, שהעותר לא יוכל ללמוד מההנמקה על קיומן של הנחיות כלליות באותו עניין, או על השלכותיהן המדויקות על עניינו שלו.

8. עיון בהחלטות מינהליות בעלות ערך תקדימי

לא תמיד הנחיות מינהליות נוצרות בדרך של פעולה "מעין חקיקתית" של הרשות המוסמכת, באופן מתוכנן ומתוך ראי"ה כוללת. לעתים מתגבשת מדיניות באופן הדרגתי ואגב קבלת כמה החלטות קונקרטיות בנושא מסוים. קבוצת החלטות כזו יוצרת מעין "תקדים" מינהלי החל על שאלה מסוימת ומשפיע על החלטות נוספות של הרשות בעניינים דומים.[72] זאת ועוד, לעתים יש לרשות הנחיות כלליות בנושא מסוים, אך היא בוחרת לסטות מהן במקרים מסוג מסוים, ואגב כך יוצרת עדכון של ההנחיות, המתייחס לאותו סוג ספציפי של מקרים.[73] האם החובה לחשוף את ההנחיות לעיון האזרח תחול גם על החלטות מינהליות קונקרטיות, שהתקבלו בעניינם של אחרים אך יש להן השפעה "תקדימית" על המקרה שלו?

נושא זה מעורר בעיות קשות. ראשית, קשה לעתים לעמוד על עצם גיבוש ההנחיה התקדימית הנוצרת אגב קבלת החלטה קונקרטית. שנית, אין אצלנו מסורת מסודרת של התייחסות לסוג זה של הנחיות "מעין שיפוטיות". פורמלית, לא מוכר אצלנו מוסד "התקדים המינהלי המחייב" וגם קשה מאוד להגדיר מראש באילו מקרים ניתן לראות את הרשות ככפופה לחובה לנהוג בהתאם להחלטה קודמת שקיבלה, ובאילו מצבים עדיין לא

יוצא מזה, שלצד חובת ההנמקה מן הראוי לקבוע חובה להודיע לאזרח על קיומן של הנחיות כלליות באותו נושא ועל זכותו לעיין בהן. תפקיד חשוב יש בכך למחלקות המשפטיות של רשויות הציבור ולגורמים המייצגים אותן בפני בג"ץ. הפרקטיקה הנוהגת ביום אצל מחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה היא לחשוף בפני מי שעותר לבג"ץ, ומבקש זאת, את ההנחיות הרלוואנטיות להחלטה המינהלית בעניינו. בין הראוי שהסדר זה יעוגן באופן רשמי ויחול על כל רשויות המינהל, לרבות אלו שאינן מיוצגות בבג"ץ על־ידי פרקליטות המדינה.

72. זוהי אחת הדרכים המקובלות בדין האמריקני ליצור מדיניות מינהלית, והיא מכונה Adjudication ולהבדיל מיצירת כללים בדרך "בעין־חקיקתית", המכונה *Rulemaking*. העיקרון המקובל במשפט האמריקני הוא שלרשות המינהלית יש בחירה בין שתי הדרכים הללו בעת גיבוש המדיניות. ראו Administrative Procedure Act 5 U.S.C. Sec. 556-557. וכן **Securities and Exchange Commision v. Chenery Corporation** 332 U.S. 194 (1947); **National Labor Relations Board v. Wyman Gordon Company** 394 U.S. 759 (1969); D.L. Shapiro, "The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy", 78 **Harv. L. Rev.** (1964-1965) 921.

73. *שהרי, אם הרשות סטתה מהנחיותיה מטעמים מוצדקים במקרהו של פלוני, היא תהיה חייבת* לקבל החלטה כזו גם במקרהו של אלמוני, הדומה למקרה הראשון. ראו דברי השופט ברנזון בבג"צ 11/63 יפו סן (מוצרי הדר) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד יז 737, בעמ' 744 למטה: "רשות ציבורית יכולה לסטות במקרה מיוחד מקווי מדיניות שקבעה לעצמה, ואם עשתה זאת במקרה אחד בטעמים מסויימים אפשר לחייבה לנהוג באותו אופן במקרה דומה כדי למנוע הפליה בין שווים."

74. יש אצלנו, כמובן, מרכיבונלים מינהליים הפועלים באופן "מעין שיפוטי", וניתן להניח כי

גובשה מריניות של ממש.[74]

גם מבחינה טכנית ותקציבית נראה כי חיוב טריבונלים מינהליים לפרסם באופן סדיר את החלטותיהם יוצר בעיות חמורות. הטלת חובה כזו מחייבת היערכות מקיפה של המינהל, לרבות ריכוז ההחלטות הרלוואנטיות וקיטלוגן.

זאת ועוד, כל הסדר בעניין זה חייב לכלול אמצעים למניעת חשיפה רבתי של "התיק" המינהלי של אדם ופתיחתו לעיון, רק משום שההחלטה בעניינו יצרה תקדים שיש לו השלכות על עניינם של אחרים. ניתן כמובן לטעון, כי הרשות יכולה לפרסם "קובצי פסיקה מינהליים" כאלה (אולי גם תוך שמירה על אלמוניותם של הצדדים המעורבים). אך אין להתעלם מהעלויות הניכרות שהטלת חובה כזו עלולה לשאת עמה.[75]

אולם הקשיים הקיימים בנושא זה אינם עילה להתעלם ממנו או להזניח אותו. יש מקום להסדיר את הנושא באמצעות חקיקת מסגרת, שתתמלא בתוכן על־ידי פסיקת בתי־המשפט. במקרים המתאימים יש מקום לדרוש מהרשות לתשוף תקדימים חשובים שיצרה. ויש גם מקום לדרוש מהרשות, כאשר החלטה קונקרטית שקיבלה משפיעה הלכה למעשה על תוכן מדיניותה הכללית, לדאוג לכך שהציבור הנוגע בדבר יוכל לקבל מידע על שינוי כזה.

ה. שינוי הנחיות

אין חולק על העיקרון הכללי, שלפיו רשות מינהלית רשאית – בכל עת – לשנות את הנחיותיה.[76] אך האם דרך השינוי כפופה למגבלות דיוניות כלשהן? תשובה חיובית לשאלה זו מתחייבת, לכאורה, מנוסחו של סעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הקובע:

> הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל – משמעה גם הסמכה לתקנן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה.

הם עושים שימוש בהחלטות שקיבלו בעבר בתור תקדימים מנחים. אך פעילות זו אינה מעוגנת במסגרת סטטוטורית כלשהי ולא ידוע לי על שום התייחסות, ולו במסגרת אקדמית, לנושא התוקף התקדימי של החלטות הטריבונלים המינהליים או להיבטים (העקרוניים והטכניים) של שאלת החשיפה הכרוכים בכך. לעומת זאת, הדין האמריקני הפדרלי מכיר, כאמור, באפשרות ליצור "דינים מינהליים" באמצעות החלטות קונקרטיות. "קביעות מינהליות" (orders), שהן התוצר של החלטות כאלו, קשורות ביניהן בקשר תקדימי וכפופות לחובת א פשור העיון ומהוות חלק בלתי נפרד מ"הדין המינהלי" המחייב את הרשות. ראו Administrative Procedure Act 5 U.S.C. 552(a) (2) (A).

75. הקשיים בעניין זה באים לידי ביטוי גם בארצות־הברית, שבה, כאמור, הנושא מוסדר בחקיקה. ראו דיוים (לעיל, הערה 36) 346 ואילך.

76. עניין מוניץ (לעיל, הערה 34) 470; בג"צ 363/71, 382 טחנת קמח "דגן" בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד כו (1) 292 (להלן: עניין דגן) 298; בג"צ 580/83 אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד לט (1) 29, 35; זמיר (לעיל, הערה 1) 41.

אך האם הנחיות מינהליות הן "הוראת מינהל" במשמעות חוק הפרשנות? והאם יש מקום לכך, שהמגבלה הדיונית הנובעת מהסעיף תחול עליהן? תשובה שלילית לשאלות אלו עשויה להיות מבוססת על שני טיעונים עיקריים: ראשית, הסעיף לא התכוון לחול על מכשירים לא־פורמליים כגון הנחיות מינהליות, אלא רק על אקטים מינהליים שיש להם קשר הדוק להסמכה סטטוטורית מפורשת ושהחוק עצמו מסדיר את דרך עשייתן (כגון צווים אינדיווידואליים המוצאים בהתאם להסמכה של בעל הסמכות בחוק). שנית, החלת המגבלות הדיוניות של הסעיף על ההנחיות אינה תואמת את אופיין הגמיש והלא־פורמלי, ועלולה לפגוע ביעילות המינהל ולסרבל את פעולותיו.

ואולם, דומה ששני הטיעונים הללו גם יחד אינם עומדים בביקורת. מבחינת הפרשנות הלשונית של הסעיף אין עילה להוציא את ההנחיות המינהליות, שהן אחד מסוגי האקטים המינהליים החשובים והנפוצים ביותר, מגדר ההגדרה הרחבה של המונח "הוראת מינהל" שבחוק הפרשנות.[77] גם מבחינת שיקולי המדיניות הראויה אין הצדקה לגישה כזו. אכן, ההנחיות הן מכשירי פעולה מינהליים גמישים ויש להיזהר מלהטיל על הרשות המינהלית מגבלות דיוניות מכבידות בכל הנוגע לדרך יצירתן, ביטולן או שינוין. ואולם, דווקא לגבי ההליך של שינוי הנחיות קיימות יש לכאורה טעמים טובים להטיל על הליך השינוי את מגבלות סעיף 15, שהרי קיומן של הנחיות מינהליות (ובמיוחד אלו שהתפרסמו ברבים) הוא בסיס ליצירת ציפיות והסתמכות של האזרח עליהן. אכן, השאיפה לגמישות הפעולה המינהלית שוללת את האפשרות להגן על ציפיות אלו במישור המהותי, באופן שיש בו כדי למנוע מהרשות לשנות את מדיניותה. ואולם, דווקא משום שאין מעניקים הגנה לציפיות האזרח, המבוססות על התוכן המהותי של מדיניות קיימת, יש מקום להעניק לו הגנות טובות בהקשר זה במישור הדיוני, כאשר באים לשנות מדיניות זו. כלומר, יש להבטיח שהאזרח יוכל לדעת מוקדם ככל האפשר שהרשות שינתה את מדיניותה.

תנאי השוב להבטחת מטרה זו הוא הקפדה על דרך זהה של פרסום ההנחיות המקוריות וההנחיות החדשות או שינוי בהן. דפוסי ההפצה והפרסום של ההנחיות עשויים ליצור כשלעצמם הסתמכות, וממילא שינוי ההנחיות חייב לשמור על אותם דפוסים.[78]

77. הגדרת סעיף 3 לחוק קובעת כי "הוראת מינהל" היא "הוראה או מינוי – לרבות הודעה, מודעה, רשיון, היתר וכיוצא באלה – שניתנו בכתב מכוח חוק ואינם בני־פעל תחיקתי." דומה שניתן לראות את ההנחיות המינהליות כנכללות בגדר הגדרה רחבה זו. (לבעט במקרה הזריג שבו הנחיה מינהלית ניתנה בעל־פה ואין לה שום עיגון במסמך כתוב). אם לא, יצא מכך שהמונח "הוראת מינהל" אינו כולל קטיגוריה רחבה של מכשירים מינהליים, מן החשובים ביותר מבין אלה שאינם בעלי "פועל תחיקתי". לדיון מפורט בשאלה זו ראו דותן (לעיל, הערה 12) 93-97.

78. השוו ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2198 מול האות א, 2204 מול האות ז, 2207. מובן שלא תמיד די בקיום תנאי זה. לעתים מן הראוי לנקוט אמצעים נוספים כדי להביא לידיעת הציבור את השינוי במדיניות. למשל, אם דרך הפרסום של הנחיות הרשות היא באמצעות פרסום על לוחות מודעות במשרדי הרשות, ייתכן בהחלט שכמקרים של שינויים חשובים מוטלת על הרשות חובה להודיע על השינוי גם באמצעות מודעות

לדוגמא, נניח שיצרן פלוני נהנה מסובסידיות הניתנות לו בהתאם לתוזרים שמפיץ מנכ"ל משרד המסחר והתעשייה בין גורמים במינהל ובמגזר המסחרי הנוגע לעניין, ועם הוצאתו של חוזר חדש בנושא מפרסמת הרשות הודעה על הוצאתו (להבדיל מפרסום מלוא תוכנו של החוזר) במדור הכלכלי של עיתון יומי כלשהו. אומנם, אין חולק על כך שאין מקום להגן על "ציפיותיו" של פלוני שהסובסידיה שניתנה לו בעבר תינתן לו גם בעתיד,[79] אך יש ויש מקום לדרוש כי שלילת הסובסידיה או הקטנתה תיוודע לו באותה דרך שבה התרגל לקבל מידע מהרשות המוסמכת (קרי, על־ידי משלוח החוזר ופרסום הודעה בעיתון היומי).

לפיכך, גם אם אין בדין כל דרישות דיוניות לגבי דרך יצירתן של הנחיות מינהליות, יש מקום, לדעתי, מכוח סעיף 15 ועקרונות המשפט הציבורי גם יחד, להכיר במגבלות דרך השינוי של הנחיות מינהליות. משהחליטה הרשות על דפוס מסוים של הפצה ופרסום של הנחיות מינהליות, יש מקום לכבול אותה לאותו דפוס עצמו, בבואה לשנות את הנחיותיה אלו.[80] אין גם מקום לחשש כי תפיסה זו תטיל על המינהל הציבורי מגבלות שלא יוכל לעמוד בהן ותפגע ביעילותו. שהרי, אפילו אם דפוס מסוים של פרסום הנחיות אינו נוח לרשות המינהלית והיא רוצה לשנותו (בד בבד עם רפורמה בתוכן ההנחיות

בעיתונים (שיפנו את תשומת־לב הציבור לשינוי האמור, אפילו אם לא יכללו את הנוסח המלא של ההנחיות החדשות), ויעדכנו אותו לגבי הדרך לברר את תוכנו. זאת בהנחה שפרסום ההנחיות המקוריות לא היה מלווה בהודעות אלו.

79. "אין לשום אדם זכות מוקנית לכך שמדיניות כלכלית, עליה ביסס את חישוביו העסקיים תימשך" (ראו עניין מוניץ (לעיל, הערה 34) 470); "לא ישמע אדם בטענה ששם מבטחו בהסדר הקיים ושעל־סמך זה קיבל על עצמו התחייבות. אין ביטול כזה אלא צרת רבים, ולזה, כנראה, כל אחד חייב להיות מוכן" (בג"צ 298/70 ה' ג' פולק בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד כה (2) 3, 8); ראו גם עניין דגן (לעיל, הערה 76) 298.

80. מסקנה זו מתחייבת ממילא, בהנחה שהליכי ההפצה והפרסום של ההנחיות יוסדרו בחוק מיוחד (כמוצע בסעיף 4ד לעיל), אך היא תקפה על־פי הפרשנות המוצעת לסעיף 15 לחוק הפרשנות גם בהעדר רפורמה טטטוטורית כזו. יש להדגיש כי, לשיטתי, החלת המגבלה של סעיף 15 רלוואנטית לגבי הליכי ההפצה והפרסום של ההנחיות שנקטה הרשות, היוצרים את ההסתמכות אצל האזרח לכך, שגם השינוי יעשה באותה דרך, אך לא בהכרח לגבי הליכים לא־פורמליים אחרים של יצירת ההנחיות. לדוגמא, אם הפקיד המוסמך בחר לקיים היוועצות (שאינה מחויבת מכוח החוק) עם גורמים מסוימים (למשל, סגן שר, מומחה מקצועי כלשהו וכדומה) שעה שגיבש את מדיניותו, ספק אם יש מקום לחייב אותו מכוח סעיף 15 לנקוט בדיוק אותם הליכים בכל פעם שהוא בא לשנות את ההנחיות. וראו בעניין זה את דעת המיעוט של השופט חשין בבג"צ 3536/92 סווירי ואח' נ' עיריית הרצליה ואח', פ"ד מז (1) 125, 142. ההחלה של סעיף 15 על הנחיות מינהליות היא איפוא סלקטיבית. החלה סלקטיבית כזו אפשרית, לשיטתי, על־פי הוראת סעיף 1 לחוק הפרשנות, הקובע כי החוק יחול "לגבי כל חיקוק והוראת מינהל... אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה" (ההדגשה הוספה).

nevo.co.il

עצמן, כל שעליה לעשות הוא להודיע על השינוי הזה עצמו (בדפוסי הפרסום) כאותה דרך שבה נודעו ברבים ההנחיות המקוריות.

לדוגמא, נניח שמשרד המסחר והתעשייה חפץ לשנות את סדרי ההפצה של החוברים לגבי סיוע ליצואנים (כפי שהוצגו בדוגמא לעיל). הגישה המוצעת אינה מונעת ממנו לעשות כן, בתנאי שההודעה וההפצה של עצם השינוי הזה (לגבי סדרי ההפצה והפרסום) תיעשה בדרך המוכרת והרגילה (קרי, בחוזר מנכ"ל המופץ בין היצואנים, שניתנת עליו הודעה במדור כלכלי של אותו עיתון יומי), ובאופן שיתן למגזר הנוגע לעניין אפשרות להכיר וללמוד את הסדרים החדשים באותו ענין.

ו. סיכום

התבוננות שיטתית באורחותיו של המינהל הציבורי תוביח, כי מאחורי "סיסמת הקסם" בדבר "שיקול דעת על־פי חוק" "מסתתרות" לא פעם נורמות במתכונת של הנחיות מינהליות. לנורמות אלו יש השפעה על האינטרסים של האזרח לא פחות, ולעתים יותר, מאשר לאלו הכלולות בספר החוקים ובקובץ התקנות. מן הראוי שהן ייחשפו לעיני הציבור, שעל ענייניו יש להן השפעה כה רבה.

חשיפת ההנחיות ופרסומן ברבים באופן שיטתי ומספק מחייבת מהפך בסדרי החשיבה בנושא. בית־המשפט העליון עשה מצדו את הצעד הגדול הראשון למהפך זה בפסק־דינו בעניין אפרתי. אך אין סיכוי להשלמת מהפך זה ללא הצטרפותם של שני גורמים נוספים: המחוקק, הצריך להסדיר את סוגיית החשיפה בחקיקה כוללת, והמינהל הציבורי, הצריך לשתף פעולה עם מגמת החשיפה, שהיא כורח המציאות בחייה של חברה דמוקרטית ומודרנית.

ברשימה זו ניסיתי להתוות את הקווים המרכזיים לתוכנו של ההסדר הרצוי בעניין זה. אך הדיון בנושא מורכב זה הוא עדיין בראשית צעדיו, ועוד רבה המלאכה.

nevo.co.il