

מעגנים את ההליך המינהלי

משרד המשפטים הפיץ לאחרונה תזכיר חוק שנועד להסדיר את הפרוצדורה המינהלית. המדיניות ביסוד התזכיר היא לשקף את הדין הקיים ולא לחדש הלכות. באופן כללי זוהי מדיניות נכונה: לאחר שהדין הקיים יגובש במתכונת של חוק ויעמוד במבחן החיים, אפשר וראוי יהיה לתקנו ככל שיידרש. עם זאת אפשר כבר כעת להצביע בו על כמה עניינים הדורשים תיקון

יצחק זמיר

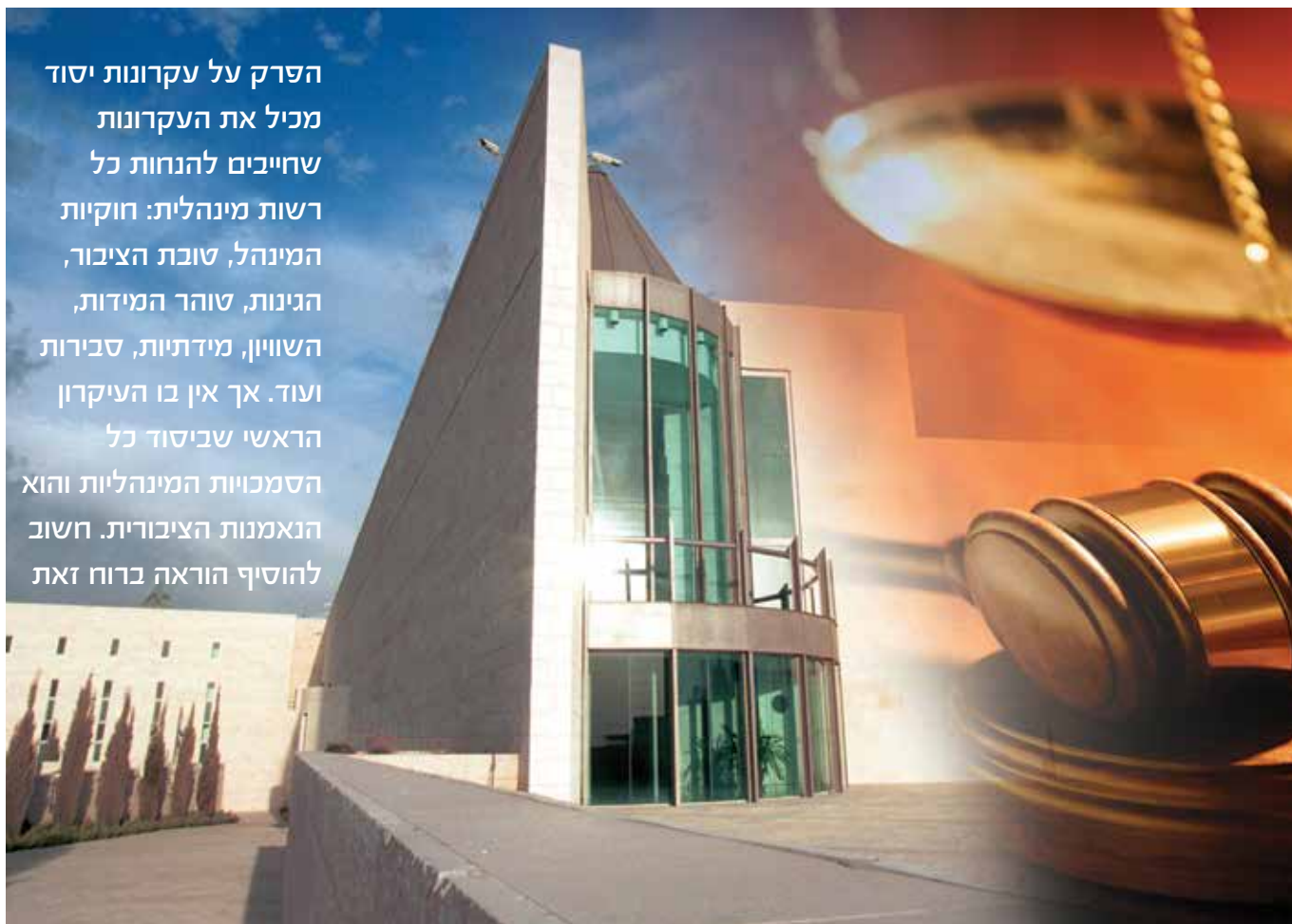
המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014". כידוע, המחוקק (הראשי או המשני) הסדיר באופן שיטתי ומקיף את הדרך שבה בית המשפט מנהל משפט ואת הדרך שבה הכנסת מקבלת חוק. אך הוא לא הסדיר (אלא באופן אקראי וחלקי) את הדרך שבה רשות מינהלית מפעילה סמכויות. הוא השאיר מלאכה זאת לבית המשפט. ואכן, בית המשפט גיבש במשך השנים, תחילה באנג'ליה ואחר כך בישראל, כללים רבים ומורכבים המסדירים את ההליך המינהלי. כללים אלה נוצרו ונותרו עד היום בגדר משפט מקובל. לפיכך, כמו בתחומים אחרים של המשפט המקובל, כללי המשפט המינהלי נותן רו במידה רבה תחום עלום, קשה להשגה ולהבנה. זהו

בינואר 2014 הפיץ משרד המשפטים את תזכיר חוק סדרי המינהל. בהודעה לעיתונות ציין המשרד כי תזכיר זה "מסדיר לראשונה את כלל הוראות המ-שפט המינהלי הנוגעות לרשויות המינהל ואת זכויות הפרט הפונה אליהן". דבר זה אינו מדויק: התזכיר מסדיר את ההליך המינהלי, או לשון אחר, את הפרוצדורה המינהלית. אפשר לומר כי עניינו של התזכיר הוא משפט דינוני ולא משפט מהותי: הוא אינו מקנה סמכויות לרשויות המינהליות, ואף אינו מציג את כללי הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות, אלא מסדיר את הדרך שבה הרשויות מפעילות את הסמכויות. אכן, השם המוצע לחוק נותן לכך ביטוי ראוי: "תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות



פרופ' יצחק זמיר, שופט (בדימוס) בית המשפט העליון; פרופסור (אמריטוס) האוניברסיטה העברית בירושלים

במידה רבה תזכיר החוק אינו מחדש מבחינה מהותית. הוא אוסף כללים קיימים, מן התחיקה ומן הפסיקה, מגבש אותם במתכונת מקובלת של סעיפי חוק ומציג אותם באופן שיטתי ובהיר. אך בפועל זו מלאכה מורכבת ועדינה, שבוצעה ביד אמן, ויש לה חשיבות מעשית רבה



הפרק על עקרונות יסוד
מכיל את העקרונות
שחייבים להנחות כל
רשות מינהלית: חוקיות
המינהל, טובת הציבור,
הגינות, טוהר המידות,
השוויון, מידתיות, סבירות
ועוד. אך אין בו העיקרון
הראשי שביסוד כל
הסמכויות המינהליות והוא
הנאמנות הציבורית. חשוב
להוסיף הוראה ברוח זאת

צילום: פלאש 90, עיבוד מחשב

הליך מינהלי תקין והוגן נדרש כדי להבטיח החלטה ראויה. בית המשפט העליון

רח ובין השלטון. קיימת נטייה להמעט בחשיבות של המשפט הדיוני בהשוואה למשפט המהותי. לכאורה, מה שחשוב הוא למשל עצם הסמכות המוקנית לרשות מינהלית לעצור אדם או להפקיע את קניינו, ולא הדרך שבה הרשות מפעילה את הסמכות. אך בפועל, לסדרי ההליך המינהלי נודעת חשיבות רבה מבחינה מעשית. הליך תקין והוגן נדרש כדי להבטיח החלטה ראויה. לדוגמה, אם נפל פגם בהליך של איסוף הער-בדות הדרושות לצורך החלטה או בהליך השימוע של אדם הנוגע לעניין, יש חשש שגם ההחלטה פגומה. לכן נוהג בית המשפט להקפיד עם הרשות המינהלית שתקיים את סדרי ההליך כפי שהדין דורש. יתרה

חיסרון גדול, בין השאר בהתחשב במספר הגדול של עובדי ציבור המפעילים סמכויות רבות, בהן סמ-כויות פוגעניות מאוד. על כן הצורך הבולט בהסדרת ההליך המינהלי בחוק.

המשפט המינהלי ידע התפתחויות חשובות בדור האחרון: פתיחת שערי בית המשפט לעתירות ציבוריות; פיתוח המידתיות כעילה לביקורת שיפוטית; אימוץ הכלל בדבר התוצאה (הבטלות) היחסית לצור-ך מתן סעד שיפוטי; והקמת בית המשפט לעניינים מינהליים. האתגר החשוב ביותר המונח עכשיו בפני המשפט המינהלי הוא קבלת חוק סדרי המינהל. חוק זה יוכל לשמש מנוף, ראשית לפיתוח נוסף של סדרי ההליך המינהלי, ושנית לשיפור היחסים שבין האז-

מלאכה מורכבת ועדינה שבוצעה ביד אמן, ויש לה חשיבות מעשית רבה.

עקרונות יסוד

אחד הפרקים שכמעט אין בו חידוש מהותי ובכל זאת יש לו חשיבות מיוחדת הוא פרק ג' הקובע עקרונות יסוד. לכאורה כלל חשוב יותר מעיקרון, אך זאת תפיסה פשטנית ואף מטעה, במיוחד בתחום המינהל הציבורי. על פי רוב סמכויות המינהל כרוכות בשיקול דעת רחב של הרשות המינהלית, ולכן נודעת חשיבות מיוחדת לעקרונות המנחים את שיקול הדעת. החלטת הרשות בכל מקרה תלויה במידה רבה בשאלה אם העיקרון המנחה את הרשות הוא היעילות המינהלית או העיקרון של זכויות האדם, או הצורך לאזן בין עקרונות אלה ועקרונות נוספים. זאת ועוד: צריך להניח כי הרשות המינהלית מודעת לכללים העיקריים ורואה את עצמה מחויבת לקיים אותם. אך לא בהכרח כך לעניין עקרון רונות, שהם עמומים יותר ועשויים להיראות בעיני הרשות כהמלצה. קביעת עיקרון כהוראה בחוק, מפורשת וברורה, כאילו משדרגת אותו למעמד של כלל מחייב. מכל מקום, הדעת נותנת שיהיה בכך כדי לחזק את ההשפעה המעשית של העיקרון במסגרת שיקול הדעת של הרשות המינהלית.

הפרק על עקרונות יסוד מכיל את העקרונות שחייבים להנחות כל רשות מינהלית בכל סמכות ובכל מקרה: חוקיות המינהל, טובת הציבור, הגינות, טוהר המידות, השוויון, מידתיות, סבירות, ועוד. אך אין בו העיקרון הראשי שביסוד כל הסמכויות המינהליות וממנו נגזרים כל שאר העקרונות, והוא הנאמנות הציבורית. עיקרון זה, שזכה למעמד נכבד בפסיקה, קובע כי כל רשות מינהלית היא נאמן של הציבור, ולכן חובה עליה כמו על כל נאמן להפעיל

מזו, בדרך כלל בית המשפט מוכן להתערב בהחלטה מינהלית ביתר קלות על יסוד טענה שנפל פגם בהליך המינהלי וזאת לעומת התערבות על יסוד הטענה שנפל פגם בשיקול הדעת המינהלי. כך הדבר גם משום שמבחינה מעשית קל יותר להוכיח פגם בהליך המינהלי מאשר פגם בשיקול הדעת, וגם משום שבית המשפט אינו אמור לשים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות.

החשיבות הרבה של סדרי ההליך המינהלי הובילה מדינות רבות להסדיר תחום זה בחוק מיוחד. החוק הראשון מסוג זה נחקק באוסטרליה בשנת 1925, ולאחר מלחמת העולם השנייה נוספו חוקים כאלה במדינות אחרות. בישראל נעשה צעד ראשון בכיוון

זה בשנת 1982, כאשר פרופ' י"ה קלינגהופר הכין הצעה לחוק סדרי המינהל לבקשת משרד המשפטים. בעקבות הצעה זאת הוקמה במשרד המשפטים ועדה בראשות היועץ המשפטי לממשלה שהחלה בניסוח הצעת חוק. אך היא לא השלימה את עבודתה. העבודה על ניסוח הצעת החוק חודשה במשרד המשפטים רק לאחרונה על ידי ועדה בראשות מלכיאל בלאס, בתפקידו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה. התוצר של עבודת הוועדה הוא תזכיר החוק שפורסם עכשיו וממתין להערות לפני שיוגש כהצעת חוק לכנסת. במידה רבה תזכיר החוק

אינו מחדש מבחינה מהותית. הוא אוסף כללים קיימים, מן התחיקה ומן הפסיקה, מגבש אותם במתכונת מקובלת של סעיפי חוק ומציג אותם באופן שיטתי ובהיר. כאלה הם פרקי התזכיר הקובעים כללים בדבר ניגוד עניינים, הנחיות מינהליות, דרכים להפעלת הסמכות, ראיות מינהליות, התייעצות ושימוע, הנמקה, פרסום ועוד. אפשר לומר כי המלאכה של איסוף הכללים הקיימים, הניסוח והעריכה, היא בעיקרה מלאכה טכנית, אך בפועל זו

אחד העקרונות בתזכיר הוא בגדר חידוש: סעיף 9 קובע כי "אדם הסונה לרשות מינהלית ינהג בתום לב". לכך נודעת חשיבות רבה, הן מבחינה עקרונית והן מבחינה מעשית. אמנם עדיין לא ברור מה הכללים הנובעים מעקרון ההגינות, אך חזקה על בית המשפט שישכיל לגזור מעיקרון זה כללים הולמים ליחסים הראויים בין אדם ובין הרשות

כללים קיימים

רוב ההוראות בתזכיר החוק קובעות בפירוט כללים המסדירים את ההליך המינהלי צעד-צעד, מהוראות הקובעות את סדרי המינוי של הרשות המינהלית ועד הוראות המטילות על הרשות חובת הנמקה ופסום של החלטתה. על פי רוב נועדו הוראות אלה לבטא את הדין הקיים, כפי שגובש ברובו על ידי בית המשפט וכפי שנקבע בחלקו על ידי המחוקק. בסך הכל המלאכה עלתה יפה.

אפשר לומר כי זאת המדיניות ביסוד התזכיר: לשקף את הדין הקיים ולא לחדש הלכות. באופן כללי זאת מדיניות נכונה, לדעתי; תפסת מרובה, לא תפסת. לאחר שהדין הקיים יגובש במתכונת של חוק ויעמוד במבחן החיים, אפשר וראוי יהיה לתקנו ככל שידרש.

איני אומר כמובן שתזכיר החוק נותן ביטוי מושלם לדין הקיים. התזכיר הופץ לצורך קבלת הערות, ולדעתי יש מקום להערות לא מעטות, בעיקר על המבנה ועל הנוסח. אכן אפשר להניח כי התזכיר עוד יעבור תהליך רציני של שיפוץ עד שיתקבל כחוק.

כמו כן, יש לציין בצער כי התזכיר נותן תוקף לכללים אחדים אשר לדעתי מעולם לא היו טובים, ובהם כאלה שמעולם לא שיקפו את הפרקטיקה המקובלת. כללים אלה נוגעים בעיקר למינהל הפנימי, להבדיל מן המינהל החיצוני, כלומר ליחסים בקרב המינהל הציבורי. דוגמה בולטת היא הכלל הקובע (בסעיף 26) כי בדרך כלל אצילות סמכויות אסורה, אלא אם החוק המסמך קובע אחרת, במפורש או במשתמע. המינהל הציבורי אינו יכול לקיים כלל זה אלא מן השפה ולחוץ, ובפועל הוא עוקף אותו באופן שגרתי. לא מכור בד להעלים עין מן המצב הקיים. הדין הראוי, והוא גם הדין המקובל במדינות רבות, הפוך: הרשות המינהלית רשאית לאצול את סמכותה במסגרת הגוף

את סמכותה לטובת הנהנה, כלומר לטובת הציבור. כיוון שהציבור אינו אלא כלל בני אדם המרכיבים את הציבור, חובה עליה לפעול בכל מקרה להשגת איזון ראוי בין האינטרס של הציבור הרחב ובין האינטרס של כל אדם בציבור. לכן חשוב להוסיף בפרק זה הוראה ברוח זאת.

עיקרון נוסף הנגזר מחובת הנאמנות הציבורית נעדר מפרק זה: העיקרון הקובע כי הרשות המינהלית תפעיל כל סמכות שהוקנתה לה כדי לשרת את תכלית הדין. מתוך עיקרון זה נובעים כללים אחדים, לדוגמה הכלל המחייב את הרשות לשקול רק שיקולים ענייניים, כפי שנובע מתכלית הדין, והכלל האוסר הפליה בהפעלת הסמכות. עיקרון זה, שאף הוא מקובל כהלכה, צריך ביטוי מפורש בחוק.

כנגד זאת, אחד העקרונות שנקבע בפרק זה הוא בגדר חידוש: סעיף 9 קובע כי "אדם הפונה לרשות מינהלית ינהג בתום לב". עיקרון זה, להבדיל משאר העקרונות בפרק זה, אינו מטיל חובה על הרשות אלא על אדם הפונה אל הרשות. השאלה אם אדם חייב לנהוג בתום לב (או, כפי שלדעתי ראוי לומר, בהגינות) כלפי הרשות המינהלית התעוררה כבר במשפט קונטרס (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289

יש לציין בצער כי התזכיר נותן תוקף לכללים אחדים, ובהם כאלה שמעולם לא שיקפו את הפרקטיקה המקובלת. דוגמה בולטת היא הכלל הקובע כי בדרך כלל אצילות סמכויות אסורה, אלא אם החוק המסמך קובע אחרת, במפורש או במשתמע. המינהל הציבורי אינו יכול לקיים כלל זה אלא מן השפה ולחוץ

1998)). השופטים נחלקו בדעותיהם; רובם הביעו דעה שלילית, אך פסק הדין נמנע מהכרעה במחלוקת. לתשובה החיובית הניתנת בתזכיר החוק נודעת חשיבות רבה, הן מבחינה עקרונית והן מבחינה מעשית. אמנם עדיין לא ברור מה הכללים הנובעים מעיקרון ההגינות, אך חזקה על בית המשפט שישכיל לגזור מעיקרון זה כללים הולמים ליחסים הראויים בין אדם לבין הרשות, כפי שגזר מעקרונות אחרים.

ע"פ 48) לפרסם הצעת תקנות או הצעת הנחיות מינהליות שיש בה השפעה ממשית על הציבור, כפוף לחריגים; מא- פשר (בסעיף 53) לבקש מן הרשות המינהלית לקיים עיון חוזר בהחלטתה; ומסמך את ראש הרשות המינהלית (בסעיף 59) לקבוע כללי אתיקה לעובדי הרשות.

התזכיר הופץ לצורך קבלת הערות, ויש מקום להערות לא מעטות, בעיקר על המבנה ועל הנוסח. אפשר להניח כי התזכיר עוד יעבור תהליך רציני של שיפוץ עד שיתקבל כחוק

סיכום

במבט כולל משקף הנוסח המוצע בתזכיר החוק עבודה טובה וחשובה. קבלת חוק סדרי המינהל תמלא צורך אמיתי, ואפשר להניח שתקדם את התפקוד של המינהל הציבורי ואת היחסים שבין המינהל ובין האזרח, כפי שנדרש בחברה דמוקרטית. משרד המשפטים יוכל לזקוף לזכותו הישג גדול כאשר יעביר את חוק סדרי המינהל בכנסת.



כאשר הרשות פועלת בתחום המשפט הפרטי... חלה עליה חובה כפולה... הן חובת תום הלב מן המשפט הפרטי והן חובת ההגינות מן המשפט הציבורי... מבחינה מעשית אפשר לומר כי הרשות המנהלית כפופה לחובת ההגינות בכל אשר תעשה

השופט יצחק זמיר, בג"ץ 164/97

קונטרס נ' משרד האוצר

שעליו היא ממונה, אלא אם האצילה בעניין מסוים אינה ראויה, אם על פי החוק המ- סמיך ואם על פי מהות הע- ניין, כגון עניין מעין שיפוטי. דוגמה נוספת נוגעת לסוגיה של עצמאות שיקול הדעת. התזכיר קובע (בסעיף 36(א)), על פי ההלכה הקיימת, כי הר- שות המינהלית "תפעיל את סמכותה ואת שיקול דעתה

באופן עצמאי בהתאם להוראות חוק זה, ובהתחשב בהוראות כדין שנתן הממונה עליה". עם זאת מוסיף התזכיר (בסעיף 36(ב)) כי "אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של הממונה המקצועי על הרשות המינהלית לתת הוראות מקצועיות כדין בדבר הפעלת שיקול דעתה של הרשות, בין באופן כללי ובין לעניין מסוים". נוסח זה נראה כמעשה לוליינות המ- בקש לעקוף את הדין הקיים ולשמור עליו בעת ובעיר- נה אחת. התוצאה הצפויה של כלל כזה היא פיקציה שאינה מכובדת, שכן ברור כי בגלל אילוצים קיימים ומוכרים במינהל הציבורי תפעיל הרשות המינהלית את שיקול דעתה, כל אימת שתקבל הוראות מן הממונה עליה, שלא באופן עצמאי. בדרך כלל זה גם המצב הרצוי. לכן היה ראוי לומר זאת במפורש ובגלוי, כפוף לחריגים מסוימים, כגון כאשר הרשות מפעילה סמכות מעין שיפוטית.

כללים חדשים

יש בתזכיר גם חידושים אחדים, לכאורה בעניינים שוליים אך מבחינה מעשית בעניינים חשובים. אחד החידושים מסדיר את דרך הפנייה אל הרשות המינהלית. כפי שנקבע (בסעיף 28), בדרך כלל הפנייה צריכה להיעשות בכתב. אמנם לא פעם יש בכך כדי להכביד הן על הפונה והן על הרשות, אך בסך הכל יש בכך כדי להבטיח מינהל תקין יותר. לדעתי, ההפסד יוצא בשכר.

חידושים נוספים: התזכיר קובע (בסעיף 37) את הפרטים שהרשות חייבת לכלול בהחלטתה; אוסר על הרשות (בסעיף 39) לבצע את החלטתה באופן שימנע מאדם לממש את זכותו לבקש ביקורת על החלטה, כגון בדרך של ערר או עתירה; מחייב (בס-