



הצדקות לחקיקת חוק המינהל הציבורי (חלק כללי)

מאת

אריאל בנדור*

מבוא

1. ברשימה זאת אני מבקש לטעון כי שיקולים של דמוקרטיה, שקיפות, ודאות וקביעות (determinability), עקביות, והתאמת המשפט המינהלי הכללי להתפתחויות במינהל הציבורי מצדיקים חקיקה של חוק המשפט המינהלי (חלק כללי). אגב כך אטען כי הגשמתם של שיקולים אלה כרוכה בכך שהחוק לא יהיה אך קודיפיקציה של הכללים הפסיקטיים, אלא יכלול כללים שבית המשפט אינו כשיר או אינו נכון לקבוע; ואצביע על קשיים שונים בחקיקה שעמם יהיה צורך להתמודד.

2. מקובל לסווג את שיטת המשפט הנוהגת בישראל כשיטה "מעורבת", השואבת הן משיטות המשפט המקובל (Common Law) והן משיטות משפט קונטיננטליות.¹ עם זאת, בשונה משיטות המשפט המקובל, ובראשן המשפט האנגלי, שבהן, "משום שנחשב עדיין המשפט המקובל יסודו של המשפט [...], ייראו החוקים החרותים (ויהיו מרובים וחשובים כשיהיו) בחינת יוצא מן הכלל",² ובדומה לשיטות המשפט הקונטיננטליות, שיטת המשפט הישראלית נותנת מעמד בכורה לחקיקה.³ ואכן, כמעט כל ענפי המשפט המרכזיים בישראל – ובהם דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני קניין, דיני תאגידים, סדרי הדין, דיני עונשין, ובמידה רבה גם משפט חוקתי – מוסדרים כיום בחקיקה. בתחומים מעטים בלבד, ובהם, בעיקר,

* אריאל בנדור הוא פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ', הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

¹ ראו, למשל, אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197, 209 (1991); ורד דשא מערכת המשפט בישראל 116-112 (2019).

² גד טדסקי "בעיות חקיקה: הטכניקה בחקיקה הישראלית העתידה" הפרקליט ספר היובל 187, 188 (1994).

³ ראו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 210.

משפט בינלאומי פרטי ודיני ראיות, אין חקיקה מקיפה, והם מוסדרים בחלקם בפסיקה.

3. ענף המשפט המרכזי שאינו מוסדר כיום בישראל בחוק הוא המשפט המינהלי הכללי, אשר "קובע את הכללים החלים על כלל פעולותיהן של הרשויות המינהליות בהתייחס למכלול ההיבטים של פעולות אלה"⁴. ככל הנראה, מרבית החקיקה בישראל – חוקים, תקנות וחוקי-עזר מוניציפליים – היא במשפט המינהלי הספציפי, המסדיר סמכויות ורשויות מסוימות.⁵ "אין לך כמעט חוק, שבמסגרתו אין מוסדרים היבטים אלה או אחרים של המשפט המינהלי המיוחד"⁶. לעומת זאת, המשפט המינהלי הכללי – החל על המינהל הציבורי בכל עניין שלא הוסדר באופן ממצה בחקיקה ספציפית – מעוגן ברובו במעין "משפט מקובל", שמקורו במשפט המנדטורי, ופותח וממשיך להתפתח בפסיקתו של בית המשפט העליון. רק מיעוט מהמשפט המינהלי הכללי קבוע בחקיקה.⁷

הצעות חקיקה של המשפט המינהלי הכללי שלא הבשילו, גם לא להצעות חוק שהוגשו לכנסת, הוכנו ב-2014 על ידי מחלקת ייעוץ וחקיקה (ייעוץ) במשרד המשפטים;⁸ וב-1984 על ידי פרופ' יצחק קלינגהופר, על פי הזמנת משרד המשפטים ובסיועו.⁹

בשורות הבאות אציג בקצרה את השיקולים המרכזיים התומכים בחקיקת חוק המינהל הציבורי (חלק כללי), שיסדיר את החלק הכללי של המשפט המינהלי.¹⁰

4. **דמוקרטיה, חוקיות, והפרדת רשויות:** אומנם אין פגם פורמלי בכך שהמשפט המינהלי הכללי אינו מוסדר בעיקרו בחקיקה אלא בכללים פסיקטיים. השאלה שהטרידה בעבר את הפסיקה והספרות,¹¹ מהו המקור החקיקתי לכללים שבית המשפט הגבוה לצדק פיתח בהשראת המשפט האנגלי – האם סימן 46 לדבר המלך במועצתו או שמא סימן 43 לדבר המלך, שניסוחו המסתורי התגלגל לסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה – איבדה מחשיבותה כעבור 75 שנים מיום הקמת המדינה.¹²

⁴ דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך א 15 (2010).

⁵ ראו, למשל, אריאל בנדור "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המינהלי" **מחקרי משפט** ט 155, 157 (1992) (להלן: בנדור "בעיות בקודיפיקציה").

⁶ ברוך ברכה **משפט מינהלי** כרך א 27 (1987).

⁷ ראו, בעיקר, פקודת הפרשנות [נוסח חדש]; חוק הפרשנות, תשמ"א-1981; וחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. כללים מסוימים עם תחולה רחבה, אף שאינם חלים על המינהל הציבורי בכללותו, קבועים ברמה חוקתית, בעיקר בס' 33-34 לחוק-יסוד: הממשלה, או ברמה תת-חוקתית (ראו, למשל, חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985; חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 (להלן: חוק חובת המכרזים); חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998; וחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959).

⁸ ראו תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), תשע"ד-2014 (להלן: תזכיר חוק סדרי מינהל).

⁹ ראו י"ה קלינגהופר "הצעת חוק סדרי המינהל" **משפטים** יב 348 (1982).

¹⁰ להרחבה ראו בנדור "בעיות בקודיפיקציה", לעיל ה"ש 5.

¹¹ ראו, למשל, יצחק זמיר **סדרי המינהל בישראל וסימן 46 לדבר המלך** (1974) (להלן: זמיר **סדרי המינהל**); ברכה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 19-23.

ואולם, מהותית יש קושי רב בכך שדווקא ענף משפט מרכזי, הקובע את מערך העקרונות והכללים להתנהלותה של הרשות המבצעת על מכלול היבטיה אל מול הציבור, והמשליך באופן ישיר על הפירוש והיישום של חלק ניכר מחקיקת הכנסת, מוסדר באופן כמעט בלעדי על ידי הרשות השופטת. הינה, כך כתב השופט אהרן ברק באשר לאיסור הפסיקתי על ניגוד עניינים:

[האיסור על ניגוד עניינים] מוצא את ביטויו במספר רב של הוראות חקוקות, המפוזרות בחוקי המדינה [...]. הוראות אלה הן בית קיבול לעיקרון האמור, אך אין העיקרון מתמצה בהן. העיקרון בדבר ניגוד עניינים הוא חלק "מהמשפט המקובל נוסח ישראל" שנוצר ונתגבש בפסיקתו של בית-משפט זה. [...] אין העיקרון בדבר ניגוד עניינים מתמצה בכלל פרשנות בלבד. זהו עיקרון מהותי, המהווה חלק מהמשפט הציבורי, ואשר ממנו נגזרות זכויות הפרט מזה וסמכויות השלטון מזה. [...] עיקרון מהותי זה, יש והוא מוצא ביטוי בדבר חקיקה זה או אחר, ויש ודבר חקיקה אינו מזכירו. שתיקתו של המחוקק אין בה כדי להצביע על העדרו של הכלל, שכן קיומו אינו מותנה בהוראה חקוקה [...]. זאת ועוד: שתיקתו של המחוקק אין בה כדי להוות הסדר שלילי לגבי תחולת העיקרון של ניגוד העניינים, שכן שתיקתו של המחוקק מוסברת על בסיס קיומו של הכלל מכוח יצירתו של בית-משפט זה.¹³

דברים אלה יפים באשר למכלול העקרונות והכללים של המשפט המינהלי הכללי הקבועים בפסיקה, אשר חלים הן כדין מהותי והן ככללי פרשנות כל עוד חוק ספציפי אינו חורג מהם בביור. יתר על כן. בית המשפט אף פירש את חוקי היסוד על זכויות האדם כמעגנים כללים שונים של משפט מינהלי שמקורם בפסיקה, כדוגמת זכות הטיעון.¹⁴ בכך קיבלו כללים שהפסיקה יצרה מעמד חוקתי על-חוקי, שמשמעותו היא כי גם חוקים ספציפיים של הכנסת אינם יכולים להפר אותם. יתר על כן. הליכי "החקיקה השיפוטית", שבהם בית המשפט העליון יוצר ומפתח את המשפט המינהלי הכללי, אינם, בלשון המעטה, הליכי חקיקה אופטימליים. לא זו בלבד שהשופטים אינם נבחרים ציבורי, אלא שההלכות נקבעות בדרך כלל על ידי הרכבים מצומצמים אקראיים, פומביות ההליכים מוגבלת,¹⁵ הם אינם מבוססים על

¹² ראו, בהתאמה, ס' 2 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 ("א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947 – בטל. (ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה"); סעיף 15(ג) לחוק יסוד השפיטה ("בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר"). השוו לדברים שזמיר **סדרי המינהל**, שם, בעמ' 94, כתב עוד ב-1974 באשר להלכות הנקבעות על ידי בית המשפט הגבוה לצדק: "הגיעה העת להודות כי בית המשפט בישראל מוסמך, בתנאים ובסייגים מסויימים, ליצור משפט מקובל מקומי [...]."

¹³ בג"ץ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה**, פ"ד לד' (2) 573, 566 (1980).

¹⁴ ראו, למשל, דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 74-75 (2010); ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" **ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה** 161 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

עבודת מטה סדורה, ככלל אין משתתפים בהם מומחים שאינם משפטנים, ו"תזכירי חקיקה שיפוטית" אינם מתפרסמים לתגובת הציבור. אף אין זה מן הנמנע שהמדינה לא תהיה צד להליכים (כדוגמת עתירות שרשויות מקומיות הן הצד השלטוני להן, או הכרעות בתקיפה עקיפה).¹⁶

ולבסוף, "הקודיפיקציה היא גם אלמנט המחזק את האופי הדמוקרטי של החברה, בכך שהיא עשויה לאפשר לכל אחד להכיר את מעמדו המשפטי ולהגן עליו ללא חיפוש אחר פסיקה, שהיא לעתים רבה ולא תמיד ניתנת להשגה בקלות".¹⁷

עם זאת, אין לכחד שקיים חשש שהרשות המבצעת – הן הדרג הפוליטי, שבישראל יש לו השפעה רבה מאוד על הכנסת, ולדעת רבים הוא אף שולט בה בפועל,¹⁸ והן הדרג המשפטי־מקצועי – יעניקו משקל יתר בניסוח הצעת החוק לאינטרסים המינהליים ולנוחותה של הרשות המבצעת.¹⁹ בנושא הנוגע באופן ישיר להסדרת פעילותה של הרשות המבצעת יש ערך מיוחד לגישה עצמאית של הרשות המחוקקת. יתר על כן. חוק המשפט המינהלי הכללי אינו נדרש להסדיר את היחסים בין הרשות המבצעת לרשות השופטת. יחסים אלה עומדים במידה רבה במוקד המשפט המינהלי יציר הפסיקה, הסב על מושגיות של "ביקורת שיפוטית", "התערבות" לעומת "ריסון שיפוט", ו"בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה

¹⁵ הפרוטוקולים של הדיונים בבית המשפט העליון אינם מתפרסמים, וכל שכן הדיונים הפנימיים בין השופטים. זאת בשונה מהפרוטוקולים של ועדות הכנסת ומליאתה, המתפרסמים במלואם ואף משמשים לצורך פירוש החקיקה.

¹⁶ דוגמה אחת, מבין רבות, היא רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (נבו) 31.5.2018, שם נקבעה, במסגרת ערעור אזרחי, הלכה חשובה ובעלת השלכות רחוב מרחיקות לכת בדבר משקל הפירוש של מאסדרים להנחיותיהם, וזאת מבלי שהמדינה או רשות ציבורית אחרת היו צד להליך. היועץ המשפטי לממשלה הצטרף להליך – ביוזמת בית המשפט – רק בדיון הנוסף, שבו נהפכה ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בערעור. ראו דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (נבו) 4.4.2021.

¹⁷ ריקרדו בך־אוליאל "על השיטה המשפטית הישראלית ועל תפקיד האקדמיה" משפט וממשל ד 352, 349 (1997).

¹⁸ לסוגייה זאת ראו, למשל, בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 63 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו) 6.8.2017 ("ישנו חשש לא מבוטל כי הכנסת תהפוך ל'חותמת גומי' של יוזמי הצעות החוק – פעמים רבות, של הרשות המבצעת, אשר [...] נהנית מרוב בכנסת"). ראו גם מתן גוטמן "שליטתה של הממשלה על הכנסת והסכם קואליציוני כשריון חוקתי" ICON-S-IL Blog (30.4.2019); גילה שטופלר "בית המשפט העליון ככלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" ICON-S-IL-Blog (25.3.2018); עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עיוני משפט מד 87, 122-126 (2021); רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" עיוני משפט מד 321, 326-336 (2021).

¹⁹ השוו לתורת "הכנסת המחוקקת לעצמה", המזוהה עם השופט מישאל חשין, שלפיה קיימות מגבלות חוקתיות על כוחה של הכנסת לחוקק חוקים הנוגעים לאינטרסים של עצמה ושל חבריה, וקיימת הצדקה מיוחדת לביקורת שיפוטית על חוקים כאלה. ראו בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 142-154 (2002); יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771 (2001).

של הרשות בשיקול דעתו שלו²⁰ (ולפעמים כן מחליף). אף ניתן בו משקל לא מבוטל לשיקולים מוסדיים ובין-מוסדיים של הרשות השופטת ול"דיאלוג" שלה עם רשויות אחרות, לא פעם בדרך של "שמרטפות"²¹. על הרשות המחוקקת להסדיר בחוק המינהל הציבורי (חלק כללי) בראש וראשונה את היחסים בין הרשות המבצעת לבין אזרחי המדינה ותושביה ובין הגופים השונים ברשות המבצעת לבין עצמם.

5. **שקיפות:** לדעתי, תחום המשפט שבו קיימת החשיבות הגדולה ביותר ליכולת של כאלה שאינם משפטנים המצויים בתחום לדעת את תוכנו ולכלכל על פיו את התנהלותם הוא המשפט המינהלי הכללי.

אומנם התפיסה המקובלת רואה חשיבות מיוחדת לשקיפות בתחום המשפט הפלילי,²² שבו עקרון החוקיות תובע כתנאי להפלת התנהגות "אזהרה הוגנת" ובהירה, בדמות חוק חרות ברור.²³ לתביעה זאת, גם אם החקיקה העונשית מתקשה להגשים אותה במלואה, יש הד בשורה של הוראות בחוק העונשין, תשל"ז-1977.²⁴ ואולם, בדרך כלל אנשים אינם מעיינים בחוק העונשין ובחוקים הרבים מספור האחרים הקובעים עבירות פליליות כדי לדעת איך להתנהל, ואף לא לומדים את החלק המקדמי והחלק הכללי הסבוכים של חוק העונשין. בדרך כלל, אנשים גם אינם נזקקים, לצורך התנהלותם השגרתית, לידע בדיני נזיקין, ולפני קבלת החלטות אישיות כבדות הנוגעות לחושים, לקניין, לתאגידים או למשפחה, עשויים להזדקק לייעוץ משפטי מקצועי.

²⁰ ראו, מבין רבים, בג"ץ 1399/22 עיריית פתח תקווה נ' השר לשירותי דת, פס' 20 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 11.8.2022); בג"ץ 3350/21 טובולסקי נ' הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש, פס' 40 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 19.6.2022); בג"ץ 3432/20 טרקלין אולמות ואירועים – אולמי מונדיאל נ' ממשלת ישראל, פס' 10 לפסק דינו של השופט מזוז (נבו 7.6.2020).

²¹ ראו, למשל, אהוד גוטל, ליאת דאשט ויובל פרוקצ'יה "מתואמים או משלימים? דיני הנזיקין והפסיקה בבג"ץ" משפטים נ 713, 753 (2021); בג"ץ 1527/06 התנועה להגינות שלטונית נ' משרד התחבורה, פס' י"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 9.6.2009); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד – סדרי הביקורת המשפטית 3023-3020 (2017); אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" משפט וממשל יד 377, 379-389 (2012).

²² ראו, למשל, בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 61-57 (2020).

²³ ראו, למשל, יצחק קוגלר תאוריה ומעשה בדיני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי 109-110, 113-112 (2020). כדבריו של קוגלר, שם, בעמ' 115: "האידאל התאורטי הוא שכאשר אזרח קורא עבירה מסוימת הוא ידע מייד וחד-משמעית, מתוך קריאת העבירה, מה נכלל בהגדרתה ומה לא נכלל בה. כלומר, כאשר אזרח שוקל אם לעשות מעשה X, הוא יוכל לעיין בעבירה הרלוונטית, ומתוך קריאתה בלבד הוא יידע חד-משמעית אם X הוא מעשה פלילי אסור או שהוא מעשה מותר".

²⁴ ראו חוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ס' 3 (א) חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר. (ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר [...]); וס' 34 "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

ואולם, ערך מיוחד יש לשקיפות הדין בתחום המשפט המינהלי הכללי. אין כמעט אדם שאינו נזקק, בדרך כלל במספר לא מבוטל של פעמים, למשל בהקשרים של רישוי, לרשויות מינהליות או דו-מהותיות שכללים של משפט מינהלי חלים עליהן. גם הרשויות עצמן, אף אלה שאינן משפטיות, מפעילות סמכויות משפטיות באופן יומיומי, וזקוקות לידיעת הדין לצורך הפעלה חוקית של סמכויותיהן. לכל אלה יכולה להועיל יכולת להיודע לכללים המשפטיים הבסיסיים המסדירים את הפעלת הסמכויות. והנה, לא זו בלבד שהמשפט המינהלי הכללי אינו חקוק, וממילא הנגישות לכלליו שמורה למשפטנים המצויים במשפט מינהלי, אלא שלנוכח הנורמות המינהליות הספציפיות הכתובות והמפורסמות הרבות מספור – חוקים, תקנות, חוקי-עזר, ואף הנחיות מינהליות – הציבור ואף הרשויות עצמן נוטים להניח שנורמות אלה, שרבות מהן מפורטות מאוד, ממצות את הכללים המשפטיים החלים של העניין (למשל בהיבטים הנוגעים לכללי הצדק הטבעי) או טועים בהבנת משמעותן. כך, לדוגמה, ממספר רב של השתלמויות שארגנתי בעבר לבעלי תפקידים ניהוליים בכירים במשרדי ממשלה מרכזיים התחוור לי שרבים מהמשתתפים אינם מבחינים בין חוקים, תקנות וחוקי-עזר, המחייבים באופן מוחלט, ובין הנחיות מינהליות. כך, הם לא היו ערים לכך שהנחיות מינהליות (הנקראות בשמות שונים, כדוגמת נהלים, חוזרים ותבחינים) הן כללים להפעלת שיקול דעת מינהלי, שאינם כובלים את שיקול הדעת באופן מוחלט, והמשפט המינהלי הכללי מאפשר לרשות, ובמקרים מובהקים אף מחייב אותה, ללא תלות בכתוב בהנחיות, לחרוג מהן במקרים מתאימים.²⁵

מכאן שערך השקיפות – יש לו משקל וחשיבות מיוחדים במשפט המינהלי – מצדיק במיוחד את חקיקתו של חוק המינהל הציבורי (חלק כללי).

6. **ודאות וקביעות:** בתזכיר שפורסם על ידי משרד המשפטים ב־2014 לחוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), שלא הבשיל להצעת חוק, נכתב כי "יש חשש שעיון הכללים [של המשפט המינהלי הכללי] בחוק יביא להקשחת הנורמות ביחס לכללים אשר נקבעו בפסיקה. חשש נוסף הוא מפני אובדן הגמישות והיצירתיות שבפיתוח המשפט המינהלי כפי שנעשה כיום בפסיקה. לבסוף, קיים חשש מפני פגיעה בצדקת התוצאה במקרה הקונקרטי".²⁶ איני שותף לחששות האלה.

ראשית, מן הראוי שהליכים מינהליים, כמו הליכים שיפוטיים, יהיו בדרך כלל ברורים וקביעים (determinable). חקיקה היא הדרך היחידה לקבוע הליכים כאלה. למשל, בהיבט של זכות הטיעון: למי נתונה זכות הטיעון ובאילו נסיבות, מתכונת הטיעון (בין היתר אם בכתב או בעל פה), ייצוג, לוח זמנים קונקרטי,

²⁵ לדיני הנחיות מינהליות ראו, למשל, עע"מ 6100/20 החשב הכללי במשרד האוצר נ' עמותת תיאטרון הגלובע (נבו 1.6.2021); בג"ץ 1440/01 ועד ההורים בביה"ס בארי נ' עיריית חיפה (נבו 11.7.2001); יואב דותן הנחיות מינהליות (1997). לקביעה כי חוות הדעת המשפטיות הניתנות על-ידי מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים אינן "הנחיות מינהליות", משום שהן אינן כללים להפעלת שיקול דעת מינהלי, ראו עע"מ 6329/20 זומר נ' הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים (נבו 6.7.2022). לביקורת על פסק דין זה ראו דוד פטר "הייעוץ המשפטי: דין מחייב אבל סודי – בעקבות עע"מ זומר" בלוג רשות הרבים (3.8.2022).

²⁶ תזכיר חוק סדרי מינהל, לעיל ה"ש 8, חלק ב ("מטרת החוק המוצע והצורך בו").

ונסיבות שבהן יתאפשר לחרוג ממנו. והינה, לא זו בלבד שבית המשפט העליון אינו כשיר, מוסדית, לקבוע הליכי מינהל קביעים כפי שניתן לעשות בחקיקה כללית, אלא בולטת נטייתו, גם באשר להליך בסיסי כזכות הטיעון, להכריע על סמך איזון אינטרסים אד הוק, הנעשה על ידי בית המשפט בהתאם לנסיבות כל מקרה. כך, למשל, נפסק כי "החובה ליתן זכות טיעון היא חובה גמישה, אשר היקפה תלוי בגורמים שונים, כגון, מעמדו של בעל הזכות; אופייה של הסמכות המינהלית או של הגורם המינהלי שמקבל את ההחלטה; עוצמתה של הפגיעה הצפויה ועוד";²⁷ כי "זכות הטיעון היא זכות יחסית, שיש לבחון לעניינה את מכלול הנסיבות, לרבות מהות הסמכות, עוצמת הפגיעה ומידת הסופיות של ההחלטה";²⁸ וכי "על בחינת התקיימותה והיקפה של חובת שימוע להיות מונחית, בראש ובראשונה, על ידי פעולת האיזון בין עקרונות של צדק והוגנות בפעולת השלטון לבין שיקולים של קידום היעילות המינהלית".²⁹ אכן, חוק כללי עשוי לאפשר, ואף לחייב, חריגה מהכללים הקבועים בו או הגמשת הכללים כשמתקיימות נסיבות המצדיקות זאת וכפי שאף נעשה בהקשרים שונים, למשל, בתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018,³⁰ ואף, בהקשרים מהותיים של תוצאות של הפרה ותרופות בשל הפרה, בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973,³¹ ובחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.³² ואולם, ההצדקה הקיימת, במקרים מתאימים, לחריגה מכללים, אינה מיתרת קביעתם של כללים ברורים וקביעים.

²⁷ ע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, פס' 76 לפסק דינו של השופט הנציג (נבו) 24.7.2008.

²⁸ ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, פס' כג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו) 11.8.2009.

²⁹ בג"ץ 365/08 נטוויז'ן בע"מ נ' משרד התקשורת, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו) 17.6.2009.

³⁰ ראו, למשל, ת' 4 לתקנות תסדר הדין האזרחי, תשע"ט-1918 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי) ("לא יעשה בעל דין או בא כוחו שימוש לרעה בהליכי משפט ובכלל זה פעולה בהליך שמטרתה או תוצאתה לשבשו, להשהותו או להטריד בעל דין, לרבות פעולה בלתי מידתית לאופי הדיון, לעלותו או למורכבות"; לדיון ראו יששכר רוזנצבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 43-40 (2021)); ת' 3 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי ("חובת בעלי הדין ובאי כוחם היא לסייע לבית המשפט בקיום המוטל עליו לפי תקנות אלה, וכן לנהוג בתום לב ובהגינות דיונית תוך שהם מסייעים במימוש התכלית הדיונית, ובכלל זה העמדת הפלוגות האמיתיות שבמחלוקת בין בעלי הדין, מיקודן, בירורן והכרעה בהן"; לדיון ראו רוזנצבי, שם בעמ' 43-53); ות' 5 לתקנות סדר הדין האזרחי ("בית המשפט יאזן לפי הצורך בין האינטרס של בעלי הדין ובין האינטרס הציבורי; לעניין זה, 'אינטרס ציבורי' – נגישות הציבור למערכת בתי המשפט לרבות קיומו של דיון משפטי צודק, מהיר ויעיל, חיסכון במשאבי זמן ועלויות, מניעת הכרעות סותרות ומניעת שימוש לרעה בהליכי משפט"; לדיון ראו רוזנצבי, שם בעמ' 54-65). לסמכות בית המשפט להאריך מועדים שונים שנקבעו בתקנות סדר הדין האזרחי ראו, למשל, ת' 9 (ב) ו-101.

³¹ ראו חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס' 30 ("חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל"); ר' 31 ("הוראות סעיפים 19 [ביטול חלקי של חוזה הניתן להפרדה] ו-21 [השבה הדדית לאחר ביטול] יחולו, בשינויים המתחייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו").

שנית, "הגמישות והיצירתיות שבפיתוח המשפט המינהלי כפי שנעשה כיום בפסיקה"³³ הן מוגבלות. כך, במשך עשרות שנים מתקשה בית המשפט לבטל כללים מיושנים ובעייתיים, כדוגמת דיני הסמכה ואיסור מתן הוראות לרשות מוסמכת.³⁴ גם פיתוחים מקוריים שונים של הפסיקה הישראלית מתקשים ללבוש מתכונת בהירה, קביעה ובתאכפיה. כך, לדוגמה, באשר להלכת ההבטחה המינהלית,³⁵ כך באשר לפיצויים כתרופה על הפרת המשפט המינהלי,³⁶ וכך באשר לפיצויים שרשות עשויה להיות מחויבת בתשלומם במקרים של השתחררות חוקית מחוזה או מהבטחה.³⁷ כפי שהניסיון מראה, רפורמה יצירתית שתתאים את המשפט המינהלי הכללי בישראל לצרכים של ימינו קשה לפיתוח פסיקתי, ומתאימה אפוא הרבה יותר לחקיקה.

שלישית, חוק להסדרת המשפט המינהלי הכללי, ולמצער הליכי המינהל, נוהג במדינות אחרות,³⁸ כדוגמת ארצות הברית וגרמניה.³⁹ בגיבוש חוק המינהל הציבורי (חלק כללי) ניתן לשאוב השראה לא רק מהפסיקה, אלא גם מחקיקה במדינות אחרות.

7. **עקביות:** עקביות הדין, שהיפוכה הן כאוטיות ושרירותיות, מבטאת ערכים של שוויוניות ושל רציונליות, נדרשת לוודאות הדין, וחשובה לאמון הציבור במשפט ובשפיטה.⁴⁰ הפסיקה – הן בשל אופייה המופשט והן בשל האופן שבו היא נוצרת, על ידי הרכבים קטנים ומשתנים, ללא יד מכוונת, ואגב הכרעות במקרים קונקרטיים – מתקשה להיות עקבית.

כך במיוחד בהינתן הסדרים חקוקים קונקרטיים רבים, שבלא חקיקה כללית מקיפה יש ביניהם הבדלים שרירותיים ואקראיים. כדבריו של ברוך ברכה:

³² ראו חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס' 3 ("הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה: (1) החוזה אינו בר-ביצוע; (2) אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי; (3) ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל; (4) אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין").

³³ תזכיר חוק סדרי מינהל, לעיל ה"ש 8, חלק ב ("מטרת החוק המוצע והצורך בו").

³⁴ ראו, למשל, אריאל בנדור "משפט מינהלי מול המציאות" **מחקרי משפט** טו 365, 374-369 (2000).

³⁵ ראו, למשל, שרון ידין "כריש, תנין ולווייתן: על הבטחות מנהליות, חוזים רגולטוריים וחיות אחרות במתווה הגז הטבעי" **מחקרי משפט** לב 213, 219 (2019); קארין יפת "הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אחריתה – אך מדוע נגזרה עליה מיתה?" **קריית המשפט** ג 591 (2003).

³⁶ ראו, למשל, דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ד – משפט מינהלי דיוני 428-423 (2017).

³⁷ ראו, למשל, דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 340-336 (2013).

³⁸ ראו יצחק זמיר "לקראת חוק הסדרי המינהל – הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות" **משפטים** יב 334 (1982).

³⁹ בארצות הברית ראו Administrative Procedure Act 1946, 5 USC § 551 et seq. בגרמניה ראו Verwaltungsverfahrgesetz Act Procedure Administrative (VwVfG) » [Administrative Procedure Act \(Verwaltungsverfahrgesetz, VwVfG\) German Law Archive \(iuscomp.org\)](http://www.iuscomp.org/VwVfG/GermanLawArchive).

⁴⁰ השוו אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" **משפט וממשל** ו 591, 592-593 (2003).

"[...] אין לך כמעט חוק, שבמסגרתו אין מוסדרים היבטים אלה או אחרים של המשפט המינהלי המיוחד. בהעדר עקרונות מסגרת כאלה צומחים ההסדרים המיוחדים כגידולי פרא, ללא שיטה, כשיד המקריות שולטת בקביעתם [...] תוך היזקקות לשיקולים מקריים של נוחות או של זהות המשרד הממשלתי היוזם. [...] [גם] [...] בתחום זה – בו רבה במיוחד השפעת ערכיו החברתיים של הפוסק על פסיקתו – קשה לעתים לדלות כללים ברורים ומוסכמים מים פסקי הדין. [...] בכואם להחיל עקרונות כלליים על עבודת המינהל, נתקלים השופטים לא פעם בהסדריו התחיקתיים המיוחדים של המחוקק – על חוסר השיטתיות שבהם – ואלו האחרונים גוברים על "המשפט המקובל" במקרה של אי-התאמה ביניהם, דבר המגביר את המבוכה באשר לדין הנוהג".⁴¹

חקיקתו של חוק המינהל הציבורי (חלק כללי) נדרשת אפוא לצורך עקביות המשפט המינהלי ולמניעת שרירותיות ואקראיות.

8. **התאמת המשפט המינהלי הכללי להתפתחויות במינהל הציבורי:** לצד פיתוחים מקוריים של הפסיקה, שהיא מתקשה לקבוע בהם הסדרים מפורטים ברורים,⁴² חלו במהלך השנים במינהל הציבורי עצמו התפתחויות שונות, כדוגמת פיתוחן של סמכויות אסדרה לסוגיה השונים, ובכלל זה באמצעות הסכמים רגולטוריים, ורשויות מאסדרות.⁴³ המשפט המינהלי הכללי יציר הפסיקה עדיין לא התאים עצמו להתפתחויות אלה,⁴⁴ התאמה, שככל שהיא אפשרית תארך שנים רבות. חוק המינהל הציבורי (חלק כללי) יידרש אפוא לקבוע הסדרים מפורטים מותאמים גם להתפתחויות שהמשפט המינהלי הכללי הקיים, יציר פסיקה ששורשיה במשפט המנדטורי, לא חזה ואינו ערוך להן.

9. קודיפיקציה של ענף משפט שלם ומורכב כמשפט המינהלי הכללי היא משימה קשה כשלעצמה. כך בוודאי ככל שההסדרים שייקבעו בחוק לא יתבססו בהכרח על הפסיקה הקיימת. על רקע זה, כעניין מעשי, מן הראוי לבחון קודיפיקציה בשלבים, מבלי להתיימר לכך שהחוק יסדיר כבר בעת חקיקתו את כל היבטיו של המשפט המינהלי הכללי.

קושי נוסף, מאתגר יותר, נובע מריבוי החקיקה הספציפית, שכדבריו של ברכה, "צומחים [בה] ההסדרים המיוחדים כגידולי פרא, ללא שיטה, כשיד המקריות שולטת בקביעתם".⁴⁵ החוק הכללי, ככל שלא יסתפק בקביעת עקרונות מופשטים

⁴¹ ברכה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 27, 28.

⁴² ראו לעיל, סעיף 6 (ודאות וקביעות), הטקסט הסמוך לה"ש 27-29 ו-37-37 **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**

⁴³ ראו, למשל, שרון ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים** (2016); שרון ידין **רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי** (2018); **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות משפט, חברה ותרבות** (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

⁴⁴ ראו, למשל, יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219 (2017).

⁴⁵ ברכה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 27.

ברוח הפסיקה, יצטרך אפוא לקבוע מנגנון שיאפשר הבחנה בין מקרים שבהם הוראותיו יחולו למרות הקבוע בחקיקה ספציפית לבין מקרים שבהם יחולו הוראות ספציפיות, החורגות מההסדר הכללי, והנובעות מהייחודיות של הסמכות המסוימת.

הקושי הגדול ביותר נובע לדעתי ממיעוט החוקים המפרטים את השיקולים הרלבנטיים להפעלת סמכויות מכוחם. אכן, כדבריו של יצחק זמיר, "הוראות מסוג זה אינן שכיחות. בעניינים רבים, שבהם עניינים חשובים ומורכבים, אין בחוק שום הוראה המכוונת להגביל או להנחות את הרשות בהפעלת סמכותה".⁴⁶ בלא הוראות כאלה – כדוגמת אלה הכלולות בתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, ותקנות אחרות שהותקנו לפי חוק חובת המכרזים, בין היתר בעניין השיקולים בפסילת הצעות במכרז ובבחירת ההצעה הזוכה; וכדוגמת העקרונות ל"אסדרה מיטבית" המפורטים בסעיף 2 לחוק עקרונות האסדרה, תשפ"ב-2021 – לא יהיו משמעות או חידוש של ממש בפרק בחוק המינהל הציבורי (חלק כללי) שיקבע הוראות כלליות בדבר הפעלת שיקול דעת מינהלי, לרבות בהיבטים שבדרך כלל אינם מעוררים מחלוקת, כדוגמת האיסור על התחשבות בשיקולים זרים.

10. בעת ששורות אלה נכתבות, הארץ סוערת נוכח הצעות לרפורמות חוקתיות מהפכניות שהממשלה מקדמת, הכוללות בין היתר את ביטולה של הלכת ("עילת") הסבירות. הלכה זאת – שהפכה להיות הכלל הדומיננטי בביקורת שיפוטית על נורמות שלטוניות – אכן מעוררת קשיים של ממש.⁴⁷ המשפט המינהלי, ובהקשרים מסוימים גם המשפט החוקתי, נשלט על ידי כלל בלתי-קביע (indeterminable), שאינו מנחה כלל את הרשות ואת הציבור אלא משמש רק כרטוריקה לביקורת שיפוטית (ושל יועצים משפטיים). עם זאת, גם ביטול גורף ובתחולה מיידית של הלכת הסבירות הוא בעייתי.⁴⁸ בשל ההבלעה של כללים רבים של המשפט המינהלי בהלכת הסבירות, ביטולה עשוי ליצור תוהו ובוהו של עמימות רבה יותר מהעמימות הקיימת. מכאן שתיקון חוק לגבי הלכת הסבירות, יהיה אשר יהיה, לא זו בלבד שלא ייתר, אלא אף יעצים, את הצורך בחקיקת חוק המשפט המינהלי (חלק כללי). רק חוק כזה יוכל להסדיר באופן מפורט, דבר דבור על אופניו, את מערך העקרונות והכללים להתנהלותה של הרשות המבצעת על מכלול היבטיה אל מול הציבור, ובכלל זה את הכללים השונים להפעלת שיקול דעת מינהלי ואת היחס ביניהם.

ציטוט מוצע: אריאל בנדור "הצדקות לחקיקת חוק המינהל הציבורי (חלק כללי)" בלוג רשות הרבים (12.3.2023).

⁴⁶ יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – המינהל הציבורי 327 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).
⁴⁷ ראו, למשל, אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" **משפטים** 605, 648-649 (2018).

⁴⁸ השו"ר רון שפירא "על סבירותה של עילת הסבירות" בלוג רשות הרבים (16.1.2023).