

על הצעת חוק סדרי המינהל

מאת

ד"ר שמעון שטרית

מוקדש לזכרו של מורי ורבי ד"ר אלפרד ויתקון ז"ל, שופט בית-המשפט העליון, שתרם תרומה חשובה לעיצוב המשפט הישראלי בתקופה הפורמטיבית.

- א. פתיחה. ב. קווים-מדיניות בעיצוב חקיקה חדשה. 1. הכרעות ערכיות עקרוניות: הגינות מול יעילות. 2. המינוח בחוק לעומת החקיקה והפסיקה. 3. היחס בין החוק, הפסיקה והתקנות. 4. הנמען הראשוני: הפקיד או המשפטן. ב. קווים כלליים להצעת החוק. 1. נשוא החוק. 2. תחולת סדרי הדיון המינהלי. 3. עקרונות כלליים. 4. התנאה על החוק. ג. זכויות בסדרי הדיון המינהלי. 1. הגדרת מהותה של הזכות המוגנת. 2. הגבלת שיקל-הדעת המהותי. 3. עיקרי הצדק הטבעי – כללי. 4. איסור חשש של משוא-פנים. 5. זכות השמיעה. 6. קביעת עובדות הערכתן. 7. זכות העיון. 8. החלטות, הנמקות ופניות. 9. תוצאות הפגמים בהליך. ה. סוף דבר.

א. פתיחה

במסגרת עיצובם של סדרי השלטון והממשל במדינתנו, נודעת חשיבות רבה להסדרת פעולתו של המינהל הציבורי. במשך שנות קיומה של המדינה זכינו לחקיקה עניפה בתחום המינהל הציבורי בהיבטים שונים. הוקמו עשרות רשויות-מינהל חדשות, ונוספו והורחבו סמכויות חקיקתיות של המינהל. אולם פרט להוראות חוק מעטות בנוגע לסדרי המינהל, כגון בתחום חובת ההנמקה ומתן התשובה במועד, טרם הוחל במלאכת חקיקה מקיפה ומסודרת בנושא זה.

על-כן יש לקדם בברכה את הצעת חוק סדרי מינהל, שניסח פרופ' קלינגהופר על-פי

1 חוק לתיקון סדרי מינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, ס"ח 7. מובן שבהוראות חוק ספציפיות הוסדרו סדרי מינהל מיוחדים לרשות זו או אחרת. כן מצויות הוראות אחדות בחוק הפרשנות, שניתן להגדירן כסדרי מינהל.

הזמנת משרד המשפטים². בשנים האחרונות מרבים לדבר על דור-הנפילים בבית- המשפט העליון, שאנשיו הניחו את היסודות להתפתחות המערכת השיפוטית והפסיקה בישראל. פרופ' קלינגהופר נמנה עם דור-הנפילים של אנשי האקדמיה בארצנו, שטבעו חותם אישי עמוק בהתפתחות הוראת המשפט ובעיצוב ענפי המשפט שבהם עסקו. פרופ' קלינגהופר הניח את היסודות להוראת המשפט המינהלי בישראל, עיצב במידה רבה את החשיבה בתחום זה והעמיד דורות של משפטנים באוניברסיטאות. טבעי וראוי אפוא, שמלאכת הכנתה של טיוטת הצעת חוק סדרי המינהל הופקדה בידי.

כאשר תתקבל הצעת חוק סדרי המינהל בכנסת, היא בכך משום קדימיקציה של סדרי המינהל. בעוד שעד עתה סדרי הדין המינהלי מוסדרים בדין פסיקתי, בהוראות חוק ספציפיות בנושאים שונים ובהוראות כלליות מעטות – הרי שעם קבלת הצעת חוק סדרי המינהל יהול על סדרי המינהל דין חקיקתי כללי. שינוי זה טומן בחובו יתרונות רבים: במקום הדין הפסיקתי הפזור על-פני פסקי-דין רבים, שרק יודעי סוד בקיאים ומצויים בהם, יבוא חוק כללי, פתוח בפני כול ומנוסח בבהירות, אשר עובדי ציבור ומשפטנים יכולים למצוא בו את ההוראה הרלבנטית ביתר-קלות. יתירה מזו: מתוך הנחה שביחד עם חקיקת חוק סדרי מינהל ייעשה מאמץ להשיג אחידות במינוח בסוגיות הזכורות הדיוניות בהליך המינהלי – הרי שחקיקת החוק עשויה גם לפשט את החקיקה בנושא.

אולם מן הראוי להדגיש, שחקיקה מן הסוג הזה אינה מבורכת רק ביתרונות; יש בה גם חסרונות וחולשות. הסדרת בעיות של זכויות דיוניות (או בעיות אחרות) בדין פסיקתי מצטיינת בגמישות קוואיטטיבית, המתבססת על התפתחות הגיונית מפסקי-דין לפסקי-דין. ההתפתחות של הכללים הפסיקטיים היא הדרגתית ומצטברת, וכל צעד הנקט בפסיקה מבוסס על הניסיון שנצבר מאז פסקי-הדין הקודם בנושא, ומהביקורת שנמתחה עליו. לעומת זאת, ההסדר החקיקתי הוא מטבעו נוקשה יותר, והוא מצלם ומקפיא את ההסדר בנקודת-זמן נתונה ובצורה ידועה. התאמת החוק לשינויי הזמן וצרכיו היא איטית יותר וקשה יותר מהתאמת הדין הפסיקתי על-ידי בתי-המשפט. יתירה מזו: על-פי נסיון העבר, חוקים מן הסוג הזה עוצבו בדרך-כלל תוך השפעה ממשית של המערכת הביצועית והממשלה על תוכנם. אמנם אירעו מקרים שבהם חוקנו הוראות החוק כך שהגבילו את המינהל, כגון תוספת הסייג בחוק יסוד: הממשלה בדבר איסור נטילת סמכות בעלת אופי שיפוטי בסעיף 32³. אולם ברוב המקרים המינהל מצליח לעצב את החקיקה תוך מתן דגש לצורכי המינהל, ופחות – לצורכי האזרח. התוצאה של החקיקה היא נסיגה מהדין הפסיקתי, ולעתים גם הקפאת ההתפתחות הפסיקתית שהיתה יותר חיובית מבחינת האזרח. זהו התהליך שהתרחש בעת חקיקת חוק ההגמקות, אשר גיבש, למעשה, לחוק הסדר שהיה פחות חיובי לאזרח מאשר ההסדר שהחל להתפתח על-פי הפסיקה⁴.

2 הצעת חוק סדרי מינהל משפטים יב (תשמ"ב) 334.

3 השווה סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח תשכ"ח 226, והצעת חוק יסוד: הממשלה, הצעת חוק תשכ"ו 160.

4 ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה הפסיקלית לא (תשל"ז) 49, הערה 38.

עם זאת, אם בעיצובה של הצעת החוק ייעשה מאמץ שלא לקבוע הסדרים שהם פחות חיוביים מאשר בפסיקה, ושלא לקבוע הסדרים מצמצמים – החוק החדש יכול להיות בסיס לפסיקה להמשיך ולהרחיב את הזכויות הדיוניות של האזרח. מכאן תחשיבות הנודעת לעיצובם של ההסדרים בחוק סדרי המינהל, תוך שאיפה להשאיר מתחם להתפתחות פסיקתית. במיוחד אמור הדבר לגבי סוגיות שהסדר נוקשה אינו מתאים להן.

בחיבור זה ננתח את הוראות הצעת חוק סדרי המינהל, שהוגשה על-ידי פרופ' קלינג-הופר ואת הנחות-היסוד המשתקפות ממנה. מטבע הדברים, הדגש יושם על הבורותן של נקודות אי-ההסכמה שיש לנו עם ההצעה, ועל הדרכים שיש לנקוט – לדעתנו – כדי לשנות את נוסחה. במסגרת גיתוח ההצעה נעמוד בפירוט על ההסדרים המוצעים בה לגבי הזכויות הדיוניות בהליכים מינהליים, ובין השאר זכות השמיעה, איסור חשש משוא-פנים, זכות העיון, קביעת עובדות וחובת ההתלטה וההגמקה.

גיבוש סדרי המינהל או סדרי הדיון המינהלי במסגרת חוק מקף, יזוהה מיפנה בצורת ההסדר המשפטי החל על כללי הדיון המינהלי. עד עתה, המקור המשפטי המרכזי להסדרת הסוגיא היה בדין הפסיקתי, בצד הוראות חוק ספציפיות שהסדירו נושא מסוים. במסגרת גיבוש לחוק של הסדרים מסוימים מתעוררות שאלות רבות, ובין השאר, היקף תחולתו של החוק, נושא החוק, ההתנאה על החוק, ולמי הוא ממוען באופן ראשוני. כמו-כן מתעוררות שאלת יחסו של החוק החדש לחקיקה אחרת העוסקת באותו נושא, וכן שאלת היחס שבין החוק החדש לבין הפסיקה. עיצוב סדרי הדיון המינהלי מחייב לעתים קרובות הכרעה עקרונית לגבי ההסדר הרצוי. הסוגיא הראשונה שאליה נתייחס תעסוק בהכרעות העקרוניות ובהתנגשות שבין ערך ההגיונות וערך היעילות בגיבוש סדרי הדיון המינהלי.

ב. קווי-מדיניות בעיצוב חקיקה חדשה

1. הכרעות ערכיות עקרוניות : הגינות מול יעילות

קביעת הסדרים חקיקתיים כרוכה תמיד בהכרעות ערכיות עקרוניות. קביעת ההסדר מחייבת בחירה בין ערכים מתחרים. בתחום קביעת סדרי המינהל עומדים זה מול זה לעתים קרובות, מצד אחד שיקולי יעילותו של המינהל והבטחת פעולה גמישה חלקה ומהירה של רשויותיו, ומצד שני, שיקולי ההגיונות והבטחת צדק דיוני לאזרחים, והצורך לשמור על אמון הציבור במינהל הציבורי. בפסיקת כתיב המשפט עמדו לא-פעם אלו מול אלו שיקולי היעילות וההגיונות, וההכרעה ביניהם שיקפה היטב את ההעדפות הערכיות וההשקפות העקרוניות של השופטים שישבו בדין.⁵

כך, למשל, הענקת זכויות דיוניות רחבות יותר למשתתף במכרז, מטבע הדברים

5 ראה, למשל, בג"צ 685/78 עומרי מחמד נ' שר החינוך והתרבות, פד"י לג (1) 767; השווה פסקי-דינם של השופטים ברק וייתקין; כן ראה בג"צ 35/78 י.שי. – פ.א.ג. חברה קבלנית לקבוצות בניין נ' עיריית ירושלים, פד"י לב (2) 581.

מכבידה במידה מסוימת על ההליך המינהלי. גישה עקרונית המדגישה את שיקולי ההגינות במידה רבה את הכף לטובת זכות דיונית רחבה יותר של מועמד המתחרה על מישרה כפי שהיה בפרשת עומרי מחמוד⁶, או קבלן המתחרה על קבלת עבודה, כפי שהיה בפרשת י.ש.י. פאב⁷. על-כן, אם התעוררו ספקות לגבי יכולתו של הקבלן בגלל נסיון העבר, או אם הועלו טענות כנגד המתחרה על המישרה, שיקולי ההגינות יחייבו מתן הזדמנות נאותה להגיב על הטענות או להסיר את החששות, ובמקרה הצורך יחייבו מתן הזדמנות שנייה לטיעון — אף אם ניתנה כבר הזדמנות אחת⁸. לעומת זאת, גישה עקרונית המדגישה את שיקולי היעילות תכריע את הכף לצמצום הזכויות הדיוניות מהטעם, שהרחבת הזכויות הדיוניות תכביד על ההליך המינהלי ללא-ישוא⁹. במתיחות שבין הגינות ויעילות בהליך המינהלי, רצוי, כמובן, לנסות למצוא את שביל-הזהב, או ליתר-דיוק — את שביל האיזון בין שני הערכים החשובים הללו: הגינות כלפי האזרח ויעילות המינהל. הקושי הוא, ששביל-זהב מאוזן אינו קיים באופן מוחשי אלא באורח ערטילאי, וכל אחד מצייר אותו בקו הנראה לו מאוזן במהלך הברעה קונקרטי באשר לעיצוב זכויות דיוניות וסדרי מינהל.

מכיוון שבמהלך הדברים במסגרת ניתוח הצעת חוק סדרי המינהל אביע דעה על ההסדרים המוצעים הנובעת מהשקפתי העקרונית-ערכית, מן הראוי שאציגנה כבר בפתח הדברים. מובן, שהשאיפה צריכה לסווג למציאת איזון נכון בין שני הערכים המתחרים הללו, ואולם בהגדרת האיזון אני נוטה לצד הדגשתם של שיקולי ההגינות כלפי האזרח.

עמדתי זו מיוסדת על טעמים אחדים, ואלו הם: (א) החשש מפני נגישת האזרח על-ידי אנשי-שררה; (ב) העדר מסורת מגובשת בישראל לריסון נושאי המישרות במינהל הציבורי; (ג) התיקף המצומצם של ביקורת שיפוטית על ההחלטה גופה; (ד) חשיבותו של הערך של שמירת אמון הציבור. אדון בטעמים אלו אחד לאחד.

הדגשת ערך ההגינות דרושה לאור החשש מפני נגישת האזרח על-ידי אנשי-שררה. בידי המינהל הציבורי מצויות סמכויות נרחבות, ועובדי-הציבור, המפעילים סמכויות אלו, נוטים לשררה ולנגישת האזרחים בשל נטייתם הטבעית של בעלי כוח לנהוג באדישות, ואפילו בעריצות-לב, כלפי האזרח החלש.

הדגשת ערך ההגינות דרושה לא רק בשל הנטיה לשררה הנובעת מיצר-לבו של האדם ומאופייה של ביורוקרטיה, אלא גם מנימוק נוסף: המינהל הציבורי בישראל עדיין חסר מסורת המרסנת את הנטיות השליליות של מערכת המינהל הביורוקרטית. איכותו של המינהל התייחסותו לאזרחים יכולה להימדד בראי הדרישות השנתיים של נציגי תלונות הציבור, המצביעים על אחוז גבוה של תלונות מוצדקות בהשוואה לארצות מתוקנות¹⁰. על רקע זה מוצדקת הדגשתם של שיקולי ההגינות כלפי האזרח במסגרת

6 לעיל, הערה 5.

7 שם.

8 הלכת עומרי מחמוד (לעיל, הערה 5).

9 ראה חוות-דעתו של השופט ויתקון בפסקי-הדין בעניין עומרי מחמוד ובעניין י.ש.י. פאב. (לעיל, הערה 5).

10 שיעור התלונות המוצדקות עומד על 42%–45% בקירוב. ראה דו"ח שנתי 9 של נציב תלונות הציבור (1980), עמ' 18; דו"ח שנתי כס' 10 של נציב תלונות הציבור (1981).

עיצוב סדרי המינהל, משום שיש בה כדי לאזן את חולשתו וכפיפותו של האזרח מול עוצמתו של המינהל ונוקשותו. יתירה מזו: הדגשת שיקולי ההגיונות תורמת לחינוך המינהל לאמות-מידה ראויות בהגשמת סמכויותיו.

מתן משקל מיוחד להבטחת ההגיונות הדיונית של ההליך המינהלי מחויב ודרוש לאור העובדה, שהביקורת השיפוטית על החלטות המנהליות של המינהל בעיקרו של דבר מצומצמת בהיקפה. בתי-המשפט גילו נטיה ברורה לצמצם את הביקורת המנהלית על החלטות המינהל. אמנם, בשנים האחרונות ניכרת מגמה להרחבת היקף הביקורת השיפוטית על תוכנו של החלטות¹¹, אולם גם לאחר ההרחבה הזו, בעיקרו של דבר נכון לומר שעדיין שלטת בבית-המשפט העליון הגישה העקרונית כי השופטים לא ישימו עצמם פוסקים באשר לתבונתה או ליעילותה של החלטת הרשות המינהלית¹². מכאן החשיבות לעובדה, שההיבטים הדיוניים של החלטות המינהל יועמדו תחת פיקוח שיפוטני אינטנסיבי, וכי במישור הדיוני בתי-המשפט יגנו ככל האפשר במיגבלות הסבירות על האזרחים מפני שגת המינהל¹³.

עמ' 16. במחקרה ההשוואתי של פרופ' ברנדה דנט על נציבי תלונות הציבור בישראל מצאה המחברת כי שיעור התלונות המוצדקות (לגבי שנת 1972) בישראל היה 47%, לעומת שיעורים הרבה יותר נמוכים ברוב הארצות, כדלהלן: שוודיה 31%, פינלנד 10%, דנמרק 22%, גרמניה 28%, בריטניה 30%, קנדה 28%, צרפת 15% (אבל השיעור בישראל נמוך יותר מאשר בנורווגיה — 53%). מספר התלונות המוגשות בישראל לנציב גבוה יותר (לעיתים כמה מונים) באופן מוחלט מרוב הארצות פרט לקנדה, ושיעור התלונות על-פי האוכלוסיה הוא עצום: בישראל 249.7 על כל 100 אלף תושבים, לעומת 1.3 בבריטניה, 57.6 בשוודיה, ו-80.3 בקנדה. ראה: B. Danet, "Toward A Method To Evaluate The Ombudsman Role", 10 *Administration and Society* (1978) 348.

11 מגמת ההרחבה משתקפת היטב בבג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות-השירות, פד"י לה (1) 421; וכן בבג"צ 840/79 מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל, פד"י לד (3) 729. וראה דיון בפסיקה זו ובהלכות אחרות אייל זמיר, "יעילות אי הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 291; מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 102; משה לגדוי, "מגמות בפסיקתו של בית-המשפט העליון" עיוני משפט ח (תשמ"ד) 500.

12 דווקא סירובו של בג"צ להתערב בהחלטות המינהל בפרשת מרכז הקבלנים (לעיל, הערה 11) ודפי זהב (לעיל, הערה 11), למרות הגיסוח המרחיב של ההלכה בסוגיית אי-הסבירות, מעידים כי בג"צ מגלה זהירות בהתערבות בהחלטות המנהליות של המינהל. מכל-מקום, היקף הביקורת השיפוטית של החלטות המינהל בהיבטים הדיוניים או בשאלות הסמכות היא רחבה בהרבה מזיקף הביקורת בגוף החלטתה.

13 השווה דברי השופט ברק לגבי תפקידו של בית-המשפט בביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי בהיבטים הדיוניים של פעולות המינהל הציבורי: פסקי-הדין קומרי מחמד (לעיל, הערה 5), עמ' 777—778:

"אם את היעילות (של החלטות המינהל) איננו בודקים — את ההגיונות עלינו לבדוק ואל לנו לצמצם את היקף בדיקתה של ההגיונות מטעמי יעילות, שכן עקרונות ההגיונות המחייבים את המינהל הם אחד המכשירים העיקריים שפותחו על-ידי בית-המשפט זה לשמירה על זכויות האזרח. לא למיותר יהיה להזכיר בהקשר זה את דבריו של השופט פרנקפורטר (בפרשת מקצב), כי ההיסטוריה של החירות היתה בעיקרו של דבר היסטוריה של הערבויות הדיוניות".

אין מנוס מהענקת סמכויות למינהל, כיוון שהקבר הכרחי לניהול תקין של החברה. אולם כדי להבטיח הגינות לאזרחים מן הדין לקבוע סייגים דיוניים, שימתגו את הסמכויות ויבטיחו ערבויות דיוניות. הוק סדרי המינהל הוא המסגרת הגאוה לקביעת ערבויות דיוניות אלו.

ערך ההגינות קשור באופן הדוק עם הערך של שמירת אמון הציבור במינהל הציבורי ובממשל. קיום קפדני של סדרי דיון מינהלי הרגנים חיוני לשמירת אמון הציבור במערכת המינהל הציבורי ובהחלטותיו, וכנגד זה – הפרת כללי הדיון המינהלי על-ידי רשויות השלטון פוגעת באמון הציבור במינהל ובממשל. בתי-המשפט הכירו בחשיבותו של אמון הציבור ברשויות המינהל והממשל כערך מנחה בעיצוב סדרי הדיון המינהלי בהיבטיו השונים.

בשורה של פסקי-דין הדגישו בתי-המשפט, כי הפעלת סמכויות המינהל צריכה להי-עשות בצורה שתיראה הוגנת¹⁴ ושתסיר ספקות וחששות בדבר אי-הגינות מלבו של האזרח הנוגע בדבר¹⁵ ומלבו של האדם הממוצע המסתכל מן הצד¹⁶. לפי השקפת בית-המשפט העליון, פגיעה בזכויות הדיוניות אינה פוגעת רק באזרח הנוגע בדבר, אלא "בציבור כולו, היא מסכלת את הגשמת המטרה החקיקתית שבמסגרתה פועל בעל הסמכות, היא פוגעת באמון הציבור ברשות השלטונית"¹⁷.

מכל הטעמים שסקרתי לעיל נראה לי, כי בתחרות שבין יעילות המינהל וההגינות כלפי האזרח, יש ליתן משקל מיוחד לערך ההגינות ולהבטחת אמון הציבור במינהל ובממשל, ומכאן נטייתי למען הרחבת זכויות דיוניות של האזרח והדגשה קפדנית של ההגינות כלפיו במסגרת סדר הדין המינהלי.

14 בג"צ 701/81 מלאך נ' יייר הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, פד"י לו(3) 1, 13, מדגיש השופט לוי, כי "ההגינות צריכה להיות מהותית ודיונית: צריך שבפועל תדון הועדה ותתן החלטתה בהתחשב בכל השיקולים הרלבנטיים שהובאו לפניו, וצריך שלאזרח יהיה יסוד להאמין, שכך נהגה הועדה. ההחלטה הדרכי פעולתה של הועדה צריכה לא רק להיות הוגנת, אלא גם להיראות הוגנת".

15 בעניין מלאך (לעיל, הערה 14), עמ' 10, מציין השופט בייסקי כי "זכות השמיעה היא אחת מזכויות היסוד של הצדק הטבעי... משמעותה היא כי היא חייבת להיות מופעלת לא רק כדי לצאת ידי תחובה הפורמלית, אלא יש לקיימה בתנאים הוגנים, לבל תשאר הרגשה בלבו של האזרח, שלא ניתנה לו הודמנות לומר את דברו".

16 בפסק-הדין שימל, שהוא מאבני-היסוד בפסיקה בנושא הדיון המינהלי, הכריע בית-המשפט העליון בסוגיית חשש למשוא-פנים על יסוד הרשם שיצטייר בעיניו של המסתכל מן הצד, כתוצאה מוקשר שיש לעובר-הציבור להפקדים הנוגדים לתפקידו שלו. באותו פסק-דין אומר השופט חשין, כי "אין זה מן הנמנע שהאדם הסביר ידמה כי לא לגוף העניין שת חבר-הועדה את לבו, כי אם לשיקולים צדדיים פסולים, והוא יסיק את המסקנה כי לא נעשה משפט וכי הדין עוות" (בג"צ 174/54 שימל נ' הרשות המפקחת הועדת הערעור לצורך הסדר תפישת מקרקעין, פד"י ט 459, 463). ובפרשת אילמי ניל אמר בית-המשפט, כי הדין "הוא שענייני צדק – הליכים מעין-שיפוטיים בכלל זה – חייבים להתנהל כך שאדם סביר המסתכל מבחוץ גם יראה את הצדק בכל הדר עשייתו, ולא יעלה על דעתו שהממונים על עשיית צדק נהגים במשוא-פנים ולפי דעות קדומות" (בג"צ 279/60 אילמי ניל בע"מ נ' פקדי האו', פד"י טו 673, 676).

17 ע"פ 768/80 שפירא נ' מדינת ישראל, פד"י לו(1) 337, 367.

2. המינוח בחוק לעומת החקיקה והפסיקה

כאשר באים לחוקק חוק חדש, מתעוררת השאלה כיצד להתייחס למינוחים המתמייחים לאותו עניין המופיעים בחקיקה אחרת ובפסיקה. נראה לי, כי מגמת המופקדים על החקיקה צריכה להיות שבניסוח הצעות החוק יעשו מאמץ להשתמש במונחים המופיעים בחקיקה אחרת המתמייחסת לאותו עניין, אלא אם כן קיימים שיקולים שבגינם יש צורך לקבוע מינוח שונה. בהעדר שיקולים כאלה, ההנחה היא שהשיטה המשפטית צריכה לדבר במידת האפשר בשפה אחת.

הצעת החוק אינה מקפידה תמיד על מגמה זו. כך, למשל, המונח "חקיקה מינהלית" (סעיף 10 (ב)) אינו המונח המקובל בחקיקה; חוק הפרשנות משתמש במונח "התקנת תקנות"¹⁸. הראייה לגבי המונח "טובת המדינה"¹⁹. בהוראות החקיקה החדשה מצויים המונחים "בטחון המדינה", "טובת הציבור"²⁰ ורצוי לשמור על אחידות בשימוש במונחים אלו. לא רק ההרמוניה העיונית במערכת החקיקה מחייבת את שמירת האחידות הזו. שימוש במונחים חדשים יחייב השקעת משאבים של בעלי-הדין ושל המדינה בדיונים משפטיים כדי להכריע לגבי פירושים הנכון של מונחים אלו; שהרי כל צד יפרש את המונח החדש לטובתו, ויעמדה על דעתו שפירושו הוא הנכון.²¹ התוצאה תהיה ריבוי דיונים משפטיים לקביעת הפירוש הנכון של מונחים חדשים. דיונים כאלו גיתן למנוע אם החקיקה החדשה תעשה שימוש במונחים שחקיקה אחרת משתמשת בהם, ופירושים הנכון כבר הוכרע. עדיין ייתכנו דיונים משפטיים לגבי מונחים אלו, אולם לא באותה מידה. הרמוניה עיונית ויעילות חברתית בהקצאת המשאבים להכרעה בסכסוכים מחייבים אפוא שימוש במידת האפשר באותם מונחים לאותם עניינים בחקיקה חדשה.

גם כאשר ההצעה לחקיקה חדשה מגדירה מונח מסוים המופיע גם בחוקים אחרים, ייטיב המחוקק — בהעדר שיקולים מיוחדים המחייבים שוני — לקבוע לאותו מונח הגדרה זהה לזו הקיימת כבר בחקיקה. כך, למשל, הגדרת המונח "קרוב", כמו בהצעה שלפנינו²², אינה זהה להגדרת אותו מונח בחקיקה אחרת²³, ורצוי לשאוף לאחידות במינוח ובהגדרות, אלא אם כן קיימים שיקולים מיוחדים המחייבים שוני, או שיש

18 חוק הפרשנות תשמ"א—1981, ס"ח 302, סעיף 3, הגדרת תקנה.

19 סעיף 28 להצעה בעניין סייגים לעיח.

20 ראה, למשל, בסוגיית חסיון ראיות, סעיפים 44—46 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א—1971, והשווה סעיף 49 (1) לחוק המוצע, בסוגיית איסור הנמקה.

21 לסוגיית ריבוי הדיונים המשפטיים כתוצאה מחקיקה חדשה בכלל, ראה: S. Shetreet, "Overburdening of the Supreme Court of Israel", *Israeli Reports to the Tenth International Congress of Comparative Law* (Goldstein, ed., 1978) 83; וכן ראה ד"ר' הוועדה לבדיקת מבנה והמכויות בתי-המשפט 1981 (הנשיא לנדוי, יו"ר), פסקאות 15—14, עמ' 7—8.

22 לעניין איסור חשש משוא-פנים, סעיף 13.

23 השווה סעיף 47 לחוק התבונן הבנייה, תשכ"ה—1965, הכולל גם איגוד שהוא מנהלו או שיש לו חלק בו בשיעור העולה על 5%; כמזכיר השווה סעיף 15 לחוק רשות שדות-התעופה, תשל"א—1971, הכולל את בן-יוגו, סוכנו או שותפו; ראה גם סעיף 122 לפקודת העיריות (נוסח חדש), סעיף 103 לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א—1950.

כוונה לשנות מהסדרים הקיימים. במקרה כזה רצוי לגרום לתיקון החוקים האחרים למימוש כוונה זו.

בחירת המינוח בחקיקה חדשה צריכה להיעשות מתוך התחשבות לא רק במינוח הנהוג בחקיקה אחרת, אלא גם במינוח המקובל בפסיקה. גם כאן, בהעדר טעמים מיוחדים המצדיקים סטייה מהמינוח שהפסיקה השתמשה בו, רצוי שהחקיקה תמשיך לעשות שימוש באותם מונחים. לכן עדיף השימוש במונח אפליה, המקובל בפסיקה ולא במונח "יחס של איפה ואיפה" (סעיף 5)²⁴. בדרך כלל נהוגת ההצעה לחוק סדרי המינהל לפי קו מנחה זה. אחדות בשימוש במונחים מחויבת הן לשם שמירת הרמוניה עיונית בשיטת המשפט כולה, על מקורותיה השונים, והן — כפי שהוסבר — לשם חיסכון בדיונים משפטיים לבידור פירושם של מונחים חדשים בחקיקה.

3. היחס בין החוק, הפסיקה והתקנות

בניסוח הצעת חוק מתעוררות שאלות אחרות באשר להתייחסותן של הוראות החוק לפסיקת בתי המשפט. מנסה החוק חייב להיות זהיר שלא להציע נוסח נוקשה של הוראות החוק, שאינו משאיר מיתחם גאות לגמישות של הפסיקה. חקיקה נוקשה עלולה לחנוק התפתחויות חיוביות בפסיקה או להכביד ללא-נשוא על התאמת פתרונות לבעיות שלא ניתן לצפותן מראש. חוק ההגמקות שחוקק בישראל בשנת תשי"ט הוא דוגמה להקפאה של פסיקה שפיתחה את דיני ההגמקות. ההקפאה עצרה את ההתפתחות הפסיקתית וקבעה הסדרים חקיקתיים שסבלו מליקויים, שהיו נמנעים אילו לא חוקק החוק בנוסח נוקשה²⁵. בין השאר, ניתן להזכיר בהקשר זה את ההיקף הרחב של הפטורים מחובת ההגמקה שנקבעו בחוק ההגמקות בלחץ הממשלה.

לאור קו מנחה זה נראה לי, שקביעה נוקשה של תוצאות הפרתם של כללי הדיון, בשעה שהפסיקה מצויה בתהליך של שינוי והתפתחות, אינה רצויה. כידוע, סתתה הפסיקה לאחרונה מהעיקרון של בטלות מעיקרא של מעשה שנעשה תוך הפרת כללי הצדק הטבעי, וגיבשה תפיסה חדשה של בטלות יחסית²⁶. סעיפים 52—53 להצעה אינם מביאים בחשבון התפתחות זו ועשויים להכביד עליה, אם יתקבלו בנוסחם הקיים. הסדר חקיקתי נוקשה איננו פסול רק בשל נוקשותו. אם החקיקה המוצעת מעניקה זכויות דיוניות רחבות, העובדה שהחוק משחמש בניסוח נוקשה אין בה ולא כלום. לעומת זאת, אם הניסוח הנוקשה קובע זכויות דיוניות מצומצמות יותר מההסדר עלי-פי הפסיקה, אר"א הניסוח הנוקשה ראוי לביקורת. מטעם זה אני סבור, כי ניסוח זכות העיון בהצעת החוק לסדרי המינהל (סעיף 28) עשוי לצמצם את הזכות לעומת תחולתה

24 לעומת זאת, אין מקום לביקורת על שימוש במונח "זכות טיעון" (סעיף 40) במקום "זכות שמיעה", אם כי לפי נטיית האישית אני מעדיף את המונח האחרון.

25 ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ו) 49 והערה 38 שם.

26 ראה להלן בפרק ד, תוצאות פגמים בהליך.

והיקפה על-פי הפסיקה²⁷. אין, כמובן, לבוא בתרעומת על נסח החוק, אם הוא בחר נוסח נוקשה במתכוון כדי לקבוע באופן חד-משמעי את הזכות הדיונית, אף אם מדובר בצמצומה לעומת ההסדר הפסיקתי. הניסוח החד-משמעי תורם לוודאות החוק. התרעומת במקרה כזה יכולה להיות במישור הביקורת על תוכן ההסדר ולא בשאלה אם הוא הסדר נוקשה או גמיש.

לעתים ההסדר בפסיקה מנוגד לרצונו של המחוקק ואז על הוראת החוק לקבוע במי-פרש את ההסדר החקיקתי שיהפוך את ההסדר הפסיקתי. במקרה כזה, ביטול במשתמע של הלכות בית-המשפט אינו רצוי, בשל האפשרות שביטול כזה אינו חד-משמעי. כך, למשל, בסוגיות זכות השמיעה נפסקה ההלכה כי אין חובת שמיעה במקום שיש פטור מהנמקה²⁸. אם המחוקק סבור שיש להפוך הסדר זה, רק הוראה מפורשת שתקבע זאת תגשים בבירור את כוונת המחוקק. והוא-הדין לגבי הכללת זכותו של אדם להיות נוכח בשמיעת עדים; על רקע הפסיקה הנוטה לשלול זכות זו²⁹, אם המחוקק מבקש להבטיח זכות זו ייטיב לעשות כן בהוראה מפורשת.

שאלה אחרת בקשר ליחס בין הפסיקה ובין החוק נוגעת למידת הצורך לקבוע בחוק מה שכבר נפסק בהלכות בתי-המשפט. בעניינים המרכזיים יש ויש צורך בהצהרה חקיקתית של העיקרון, אף אם כבר נפסק בבתי-המשפט. בעניינים אחרים, אם הפסיקה הזלכת לפי מגמתו וכוונתו של המחוקק, אין — לדעתנו — צורך לחזור על כך בחוק גופו.

יש להודות, כי קיימים טעמים התומכים בסדר חקיקתי גם בעניינים שאינם מרכזיים המוסדרים בפסיקה. העיגון בחקיקה מעניק יציבות חקיקתית להסדר הפסיקתי ומבטיח מפני שינוי על-ידי פסיקה מאוחרת יותר. כמו-כן, אי-התייחסות חקיקתית לסוגיא יכולה להתפרש בנסיבות מסוימות כהסדר שלילי³⁰. אף כי אינו שולל לחלוטין את משקלם של הנימוקים נראה לי כי בסוגיות לא-מרכזיות די בכך אם יוסדרו בתקנות. לאור גישתי, החובה לערוך פרוטוקול גובשה כבר בפסיקה³¹, ומכיוון שאינה שייכת לקבוצת העניינים שניתן להגדירה כעניינים מרכזיים, די בהסדרת הנושא בתקנות, או לכל היותר באיזכור קצר וכללי בחוק תוך פירוט בתקנות. לעומת זאת, העיקרון שגובש

27 בג"צ 337/66 פיפל נ' תעדת השומה שליד עיריית חולון האח', פד"י כא(1) 69, 71; בג"צ 142/70 שפירא נ' הועד המוזני של לשכת עורכי-הדין, פד"י כה(1) 325. ראה להלן, פרק ג, פסקה 7.

28 בג"צ 371/76 קריגר נ' שרי-הפנים, פד"י לא(1) 287, 290; ראה לעניין זה בג"צ 685/78 עומרי מחמד נ' שרי-החינוך, פד"י לג(1) 767, 778.

29 בג"צ 126/58 אשר נ' שרת-החזן, פד"י יג 144, 155.

30 מסקנה זו בדבר הסדר שלילי אינה אפשרית כאשר מדובר בעיקרי הצדק הטבעי כיוון שהפסיקה קבעה כלל נוגד, כי כללי הצדק הטבעי חלים גם בהעדר הוראת חוק (ראת, למשל, בג"צ 174/65 דיאמנט נ' ועדת-הקצרות לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פד"י יט(4) 161, 166—167), ואפילו במקרה של הסדר חקיקתי חלקי: בג"צ 531/79 סיעת הליכוד נ' עיריית פתח-תקווה, פד"י לד(2) 566. כמו-כן המסקנה בדבר הסדר שלילי אינה ישימה, כאשר המחוקק לא התייחס כלל לסוגיא; שכן אי-אפשר ללמוד, כמסקנה הכרחית משתיקתו של המחוקק, על הסדר שלילי.

31 בג"צ 685/78 עומרי מחמד נ' שרי-החינוך והתכנות, פד"י לג(1) 767, 773. לעניין פרו-טוקול ראה סעיפים 26—27 לחוק המוצע.

בפסיקה כי כללי הצדק הטבעי יחולו אף בהעדר הוראת היקוק, ואין לשלול אותם אלא מכוח הוראה מפורשת – הוא עניין מרכזי שמן הדין היה לגבשו בהוראה חקיקתית במסגרת ההצעה המונחת לפנינו.³²

ההצעה יוצאת מן ההנחה, כי יש צורך בתקנות לביצוע החוק וכן בתקנות משלימות לקביעת סדרי המינהל (סעיף 62). מכאן יש מקום לשאלה, האם מוצדקת החלוקה שנעשתה בין ההוראות שמקומן הראוי הוא בגוף החוק ובין הוראות שאולי רצוי שייקבעו, אך מקומן במסגרת תקנות ביצוע או תקנות משלימות.

לעניית דעתי, מצויות בחוק הוראות אחדות שלפי טיבן ראוי שייקבעו בתקנות שיותקנו על-פי הוראת ההסמכה הקבועה בהצעה (סעיף 62). במסגרת זו אני כולל את ההוראות בדבר שעות קבלת קהל (סעיף 24), ליקויים בפנייה (25), הזמנת אדם על-ידי עובד-הציבור (30, 31), המצאת מסמכים (32–34). באשר לחובת רישום פרוטוקול ותשובות (סעיפים 26, 27), די בקביעת חובה כללית בחוק; פירוט ההוראות ייקבע בתקנות והוא-הדין בסוגיית הייצוג (סעיף 18 ואילך). אין לחשוש מהסדרת הנושאים הללו בתקנות; זאת משום שהם בעלי אופי טכני יותר, ומשום שעל-פי ההצעה התקנות טעונות אישור ועדת-החוקה – חוק-ומשפט, ואינן נתונות להתלטת הבלעדית של השר. אין להסתפק בהסמכה כללית, אלא רצוי שהוראת ההסמכה תציין במפורש נושאים מסוימים שלגביהם מסמיכים את השר, באישור ועדת-החוקה, להתקין תקנות.

4. הנמען הראשוני: הפקיד או המשפטן

בעיצוב ההצעה לחוק סדרי מינהל מתעוררת שאלה עקרונית באשר לנוסח הרצוי ולגישה העדיפה: למי מיועד החוק מבחינת הנמען הראשוני. האם הוא אמור להודיך את עובד-הציבור הממוצע שאינו אמון על עיקרי המשפט ואינו בקי בסדרי מינהל וממשל, או שמא החוק מכווון למשפטנים ואלה אמורים להנחות את עובדי המינהל הציבורי הן במקרים מסוימים והן בהנחיות כלליות לגבי נושאים מסוימים. אם הפקיד הממוצע הוא היעד הראשוני של החוק, הרי רמת פירוט גבוהה, מצד אחד, והוראות הצהרתיות, מצד שני, נראים כדרושים וכמוצדקים. לעומת זאת, אם היעד הוא להסדיר מבחינה משפטית את הנושאים הנדונים, וההסדר המשפטי יובהר על-ידי המשפטנים הן לעובדי הציבור, ובמידת הצורך לאזרחים הנוזקים לפנות אליהם, הרי מידת הפירוט הדרושה מצומצמת יותר, והוראות הצהרתיות דרושות רק במידה שהמחוקק מבקש להדגיש ערכים מסוימים במסגרת גיבוש תשובות לשאלות המשתמעות לשגי פנים.

קשה להכריע איוה מן הגישות עמדה לנגד עיני של פרופ' קלינגהופר. חלק מהסוגיות זוכות לפירוט רב ולעתים רב מדי.³³ לעומת זאת, לפחות בסוגיית זכות השמיעה, שהיא אחת הסוגיות המרכזיות בסדרי הדין המינהלי, אין הצעת החוק מסדירה אותה באופן שלם ומלא.³⁴ כשלעצמי, אני נוטה לגישה המציבה את עובד-הציבור הממוצע כיעד

32 ראה הלון, פרק ג, פיסקה 3.

33 ראה ההוראות המפורשות בנושא ההמצאה (פרק ח להצעה), הפנייה (סעיף 24–25 להצעה) ופרוטוקול (סעיף 26).

34 נוסח סעיף 40 העוסק בזכות השמיעה מתייחס לשאלת תחולתה של זכות השמיעה, אך איננו דן בשאלה מהי צורת השמיעה, ועל-פי איוה מכתבים קובעים אותה. ברור שצורת

החוק, ועל-כן על תראות החוק להיות מנוסחות במידה סבירה של פירוט. אין זאת אומרת שהכול צריך להיות מפורט בחוק, שהרי ניתן להשיג את המטרה של הדרכה מפורטת של המינהל גם על-ידי שימוש בתקנות שמטבען מתאימות יותר להצגה מפורטת של הסדרים משפטיים.

ג. קווים כלליים להצעת החוק

1. נשוא החוק

טורת ההצעה היא חוק סדרי המינהל. המונח "סדרי מינהל" אינו מוגדר בבירור, ועל-כן היקף הנשאים הנופלים במסגרתו הוא עניין התלוי בהשקפתו של המחוקק. סדרי המינהל, במובן הרחב של המונח, עשויים להקף נושאים רבים יותר מאשר על-פי הגדרה מצומצמת יותר של אותו מונח. מחבר ההצעה ראה את המונח "סדרי המינהל" על-פי השקפה מצומצמת, וכלל בו נושאים הנוגעים לכללי הדיון המינהלי. יצאו מכלל זה דיני מערכות ההסמכה במינהל הציבורי (המינוי, ההסמכה, האצילה והנטילה)³⁵. וכן יצאו מכלל זה דיני ההחלטה המוסדית, והיינו: הדינים מסדירים את הפעלת הסמכות על-ידי בעליה, ובאיו מידה רשאי הוא להיעזר באחרים להגשמת סמכותו ולהפעלת שיקול-דעתו, או לקבל תראות מאחרים בהפעלת שיקול-דעתו³⁶.

ניתן לומר, שבעוד דיני ההסמכה קובעים מי מוסמך להפעיל סמכות, ודיני ההחלטה המוסדית מסדירים את השאלה במי ניתן להיעזר בהפעלתה, הרי סדרי המינהל או כללי הדיון המינהלי קובעים כיצד יש להפעיל את הסמכות בהצעה מצויה תראה אחת המתייחסת לסמכות, אולם היא עוסקת בחובת עובד-הציבור לבדוק מיוזמתו את סמכותו העניינית המקומית שהיא סוגיא דיונית (סעיף 11(א)) הנופלת בגדר כללי הדיון המינהלי.

כשלעצמי, הייתי נוטה להכליל בחוק סדרי המינהל תראות חשובות הנוגעות לדיני ההסמכה שאינן מופיעות כיום בחוק הפרשנות, כגון העיקרון שרשות אינה רשאית לאצול את סמכותה או ליטול סמכות שהוענקה לרשות אחרת, אלא על-פי תראה מפורשת בחוק³⁷. כן הייתי מכליל בחוק סדרי המינהל תראות בסוגיות ההחלטה המוסדית. במסגרת זו הייתי קובע באופן חד-משמעי, כי שר רשאי להנחות עובד-ציבור, שהוענקה לו סמכות על-פי חוק שהשר ממנה על ביצועו, כיצד להפעיל את סמכותו, ואף הייתי פוסק במפורש כי השר רשאי להורות לו לפעול בדרך מסוימת בעניין מסוים. תראה

השמיעה (בכתב, בעל-פה, הצגת ראיות, חקירת עדים וכיו"ב) היא מרכיב מרכזי, שלגביו המחוקק צריך לקבוע את ההסדר.

35 ראה ד"ר שמעון שטרית, דיני המינהל הציבורי: פרשני ישר, מערכות הסמכה והחלטות מוסדיות (אקדמון, משה גל ויצחק כהן עורכים, תשל"ח) כרך א, 49-108.

36 (לעיל, הערה 35), 109-160.

37 כידוע, קיימת מחלוקת בשאלה אם דינים אלו הם כללים מהותיים, ולדעתי זוהי הגישה העדיפה. ראה ש' שטרית (לעיל, הערה 35), עמ' 64. או שמא הם כללים פרשניים כדעת פרופ' יצחק זמיר. ראה: יצחק זמיר, פדרי המינהל ופימן 46 לדבר המלך, 28. דווקא משום-כן רצוי להכליל תראות אלו בחקיקה, להסרת ספקות ולהבהרת הסוגיא.

מפורשת בעניין זה דרושה דווקא משום שבסוגיא זו הפסיקה הלכה כגברת דרך ארוכה בכיוון כרסום בהלכת עצמאותה של הרשות המוסמכת, אך לא השלימה באופן ברור את התהליך לקראת ביטול העיקרון הזה³⁸. כללו של דבר: הייתי נזהג על-פי מגמה להכללת נושאים רבים יותר במסגרת המוסדרת בחוק.

2. תחולת סדרי הדיון המינהלי

הצעת חוק סדרי המינהל, בהתייחסה לשאלת תחולתו של החוק, משתמשת בביטוי "תחולת סדרי הדיון" (פרק ב של ההצעה). לעגלות דעתי, עדיף הביטוי "סדרי הדיון המינהלי"³⁹.

קיימת אי-בהירות באשר לתחולת עקרונות היסוד המפורטים בפרק א של ההצעה על עובדי-ציבור המוגדרים בפרק ב של ההצעה, ומצד שני קיימת בהירות לגבי תחומי הפעולה שעליהן יחולו הוראות עקרונות היסוד על רשויות המינהל הנזכרות בפרק א: עקרונות היסוד.

בפרק ב: תחולת סדרי הדיון (סעיף 10) נקבע, כי "כל רשות, גוף או אדם הממלאים תפקיד ציבורי על-פי דין (להלן: עובדי-הציבור) ינהגו, בהליכים שבתחום המינהל הציבורי, על-פי סדרי הדיון הקבועים בחוק זה".

אם עקרונות היסוד הם בכלל "סדרי הדיון הקבועים בחוק זה", מדוע לא משתמשת ההצעה במונח "עובדי-הציבור" גם בפרק: עקרונות היסוד, כך שעובדי-הציבור כהגדרתו יהא כפוף גם לאותם עקרונות היסוד. אם התכוונה ההצעה שלא להחיל את עקרונות היסוד על עובדי-הציבור, קשה להצדיק את התוצאה:

כמה היבטים ראויים לציון מיוחד בעניין זה. השוואת הביטוי "רשויות מינהל" בפרק א: עקרונות יסוד של ההצעה לעומת הגדרת "עובדי-ציבור" בסעיף 10 להצעה, מעוררת אי-בהירות בכמה נקודות. ראשית, האם "רשויות מינהל" משמע רק גוף או רשות של המינהל, אך אינן כוללות "אדם" שאינו חלק מהמינהל הציבורי אף אם ממלא תפקיד ציבורי על-פי דין. שנית, הגדרת "עובדי-ציבור" בסעיף 10 קובעת במפורש, כי החוק יחול על מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין וכן על "הליכים שבתחום המינהל הציבורי". לאור גיסוח זה, האם פעולות של "עובדי-ציבור" במישור המשפט הפרטי אינן כפופות לעק-רונות היסוד שבפרק א של הצעת החוק כגון איסור האפליה (סעיף 5) או הסייגים על הפעלת שיקול-הדעת המינהלי (סעיף 8) ? ושלישית, לגבי "רשויות המינהל" בפרק א:

38 בג"צ 58/68 שליט נ' שרי-הפנים, פד"י כג (2) 477, 524-525. וראה ניתוח הנושא ש' שטרית (לעיל, הערה 35), עמ' 142-150.

39 התלבטתי בשאלה אם הביטוי המתאים לכותרת פרק ב הוא "סדרי-דיון". כותרת החוק המוצע הוא חוק "סדרי המינהל" ולא "חוק סדר הדיון המינהלי", לכן ייתכן שהיה עדיף להשתמש במונח "סדרי מינהל" בכותרת פרק ב ובסעיף 10. מכל-מקום, אני ממליץ ששאלה זו תידון לפני גיבוש הנוסח הסופי כדי להכריע בה לכאן או לכאן. "סדרי המינהל" ר"סדר הדיון המינהלי", אינן האפשרויות היחידות. אפשר לשקול גם "סדרי הדיון המינהלי", "כללי הדיון המינהלי" או "סדרי ההליך המינהלי". אני מעדיף את המונח "סדרי הדיון המינהלי", משום שהוא מבחין במינחיו בין הליכים מינהליים ובין הליכים שפיטתיים שלגביהם אנו עושים שימוש במונח סדרי-דיון או סדרי-דיון.

עקרונות יסוד של הצעה, אין התייחסות מפורשת לשאלה על אילו מפעולותיהן יחולו עקרונות היסוד, ואין זה ברור אם כוונת ההצעה שהוראות החוק יחולו רק על פעולות רשויות המינהל הנכנסות לגדר הפעולות השלטוניות (מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין), או שמא גם פעולות של המינהל במישור הפרטי יהיו כפופות לעקרונות היסוד המנויים בפרק א של ההצעה.⁴⁰ נראה לי, כי על-פי לשון ההצעה יש עדיפות לפירוש כי "סדרי-הדין" חלים רק על מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין על-ידי עובדי-ציבור, אולם לגבי עקרונות היסוד תחולתם מתפשטת גם על המישור הפרטי ולא רק על המישור השלטוני, אך לשון ההצעה מאפשרת גם פירוש שגם עקרונות היסוד חלים רק במישור השלטוני (דהיינו: מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין). מבלי לקבוע עמדה סופית וברורה מהו הפירוש המוסמך והמבוסס יותר של נוסח ההצעה לגבי היקף תחולתם של כללי הדין המינהלי ("סדרי-הדין" בלשון החוק המוצע) הקבועים בחוק המוצע לגבי תחולת עקרון גתי-יסוד של הגינות מהותית ודינית — יש להדגיש כי כיום אין הצדקה לקבוע באופן חד-משמעי שכללים ועקרונות אלו מסדירים את התנהגותה של הרשות המינהלית (או עובדי-הציבור) רק כאשר הם פועלים בתחום המינהל הציבורי.⁴¹

אמנם נכון, שניתן למצוא בפסיקה הלכות הנוקטות קר נוקשה של הפרדה בין פעולות הרשויות בתחום המינהלי ובין פעולות של רשויות ציבוריות שלא בתחום המינהלי.⁴² אולם, על-פי המגמה המרכזית והמכרעת בדין הפסיקתי אין דינה של רשות מינהלית הפועלת מחוץ לתחום המינהלי כדין אורח פרטי. מגמה זו החלה עוד בראשית שנות השישים בפרשת פרץ נ' כפר שמריהו⁴³ ובשנים האחרונות רק התחזקה.⁴⁴ יתירה מזו: בפסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק קיימת מגמה להטיל מיגבלות מן המשפט הציבורי, אף על גופים פרטיים שבפעולתם או בארגונם יש רמה גבוהה של מעורבות ציבורית. המעורבות הציבורית נמדדת על-פי שלושה מבחנים עיקריים: קריטריון הפיסקליה הציבורית (כאשר הגוף הפרטי ממלא תפקיד ציבורי או נותן שירות לציבור, כגון חינוך או רפואה), קריטריון המימון הישיר או העקיף (כאשר המימון לפעולות הגוף בא מכספי הציבור או מכספי המדינה) וקריטריון השליטה או השיתוף (כאשר למדינה ולרשויותיה יש שליטה על הגוף הן בצורת שיתוף בניהולו או בצורות יותר רופפות של מעורבות, כגון מונופולין או זיכיון).⁴⁵ לעניות דעתי, יש לחזק את ידי התומכים בכפיפותם של

40 בסעיף 3, לגבי כללי הצדק הטבעי, נאמר שהם "יודרכו את רשויות המינהל בשימוש בסמכויותיהן ובמילוי תפקידיהן". ניסוח המשאיר את השאלה של תחומי התחולה פתוחה (מישור פרטי לעומת מישור שלטוני). סעיף 5 העוסק באיסור הפליה מטיל את האיסור "במוסדות המינהל ובתחומי פעולתם", אף הוא משאיר את השאלה פתוחה. הן סעיף 5 והן סעיף 3 יכולים להתפרש כמחילים את עקרונות היסוד גם במישור הפרטי, אולם ניתנים גם לפירוש הפוך: שכונתם היתה להחיל הכללים רק למישור השלטוני. סעיפים אחרים אינם מתייחסים כלל לשאלה זו ואף הם ניתנים לפירוש כזה.

41 פרוס' דניאל פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על הרשות הציבורית הפועלת במשפט הפרטי" משפטים ה (תשל"ד) 598.

42 ראה, למשל, בג"צ 194/56 מירוש' נ' מנהל זנב השיכון, פד"י יא 659, 665.

43 בג"צ 262/62 פרץ נ' המעצה המקומית כפר-שמריהו, פד"י טז 2101.

44 ראה עומרי מחמד (לעיל, הערה 3); י.ש.י.—ס.א.ב. (לעיל, הערה 5).

45 לפסיקה בנושא זה ראה בג"צ 160/72 שרשב' נ' האגודה למען הזקן, פד"י כז (1) 620; בג"צ 187/71 רמט נ' החברה לשיקום הרובע היהודי, פד"י כז (1) 118; לדין בסוגיא ראה: S. Shetreet, "A Note On Governmental Corporations" 12 Is. L. Rev. (1977) 406.

גופים פרטיים לחובות מן המשפט הציבורי, כאשר בפעולתם או בארגונם יש רמה גבוהה של מעורבות ציבורית על-פי המבחנים האמורים.

לאור זאת, ניסוח הפתוח לפירוש השולל את תחולת כללי הדיון המינהלי ועקרונות-היסוד על פעולות הרשויות בתחום שמחוץ למילוי תפקיד ציבורי על-פי דין, נוגד את המגמות בדין הפסיקטי ומתווה נסיגה מהרחבת תחולתם של עקרונות ההגניות על רשות ציבורית בכל תחומי פעולתה.⁴⁶

האינטרס החברתי בהבטחת התנהגות הוגנת מצד רשויות ציבוריות אינו מצומצם רק להפעלת סמכויות המינהל על-פי דין. קיים אינטרס חברתי להבטחת התנהגות הוגנת של רשויות ציבוריות ועובדי-ציבור בכל תחומי פעולתם.⁴⁷ על-כן, מן הראוי לקבוע בהוראה כללית שהרשות המינהלית תפעל בהגניות, בשוויון וללא משוא-פנים בכל תחומי פעולתה, ואילו סדרי הדיון המינהלי המפורטים הקבועים בחוק יחולו על מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין.

החוק המוצע מגדיר הליך שעליו יחולו סדרי המינהל בהגדרה הכוללת, הן פונקציות מינהליות והן פונקציות שיפוטיות, אך מוציא מתחולת סדרי-הדין שייקבעו בחוק המוצע חקיקה מינהלית (התקנת תקנות) ומינהל פנימי.⁴⁸ חלק מסדרי הדיון המינהלי חל בעבר רק על הפעלת פונקציות שיפוטיות, או לפחות לא היתה ברורה תחולתם על פונקציות מינהליות. כך היה המצב לגבי איסור חשש למשוא-פנים.⁴⁹ כדאי לשקול אם אין זה מן הראוי לנסח את ההוראות, כך שבקביעת היקף הכלל הספציפי וטיבו בכל סוגיא תובא בחשבון טיבה של הפונקציה. ההנחה היא שבפונקציות שיפוטיות תהא הקפדה גדולה יותר, למשל, בנושא איסור חשש למשוא-פנים, ובמבחנים לקביעתו של משקל הראיות, או בנושא זכות השמיעה. הניסוח יכול להיות מעוצב לאו דווקא על בסיס הבחנה בין פונקציה מינהלית ופונקציה שיפוטית אלא על בסיס ההבחנה בין

46 בהקשר זה, מן הראוי להזכיר שורה של פסקי-דין של בית-המשפט העליון אשר הדיגשו את חובתה של הרשות לנהוג בתום-לב ובהגניות. חובה זו קיימת בהעדר כל הוראה חקיקתית, ובנפרד מהוראות חוק התלות בגון חוקי החוזים. אולם מקל-וחומר שרשות ציבורית אינה פטורה מחובתה לנהוג בתום-לב ובהגניות אשר חלה גם על אדם פרטי. ראה על כך: בג"צ 376/81 לנאסי נ' שר-התקשורת, פד"י לו (2) 449; בג"צ 294/75 בן חיים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י ל (1) 412; בג"צ 640/77 ברנובסקי נ' מנהל אנף המכס והבלו, פד"י לב (2) 275; בג"צ 402/76 אורניקוב נ' מדינת ישראל, פד"י לא (1) 270.

47 ודוק: בכל תחומי פעולתם. ניסוח זה אינו משאיר מקום לפירוש השולל את תחולת עקרונות-היסוד על פעולות רשויות המינהל גם בתחומי המשפט הפרטי.

48 "לעניין חוק זה 'הליך' – הליך המבחן לקבלת החלטה, לרבות עצם קבלת החלטה, שאין עניינה חקיקה מינהלית או מינהל פנימי" (סעיף 10 (ב) להצעה).

49 ראה ההלכה, כי איסור החשש למשוא-פנים חל רק לגבי תפקידים שיפוטיים, בג"צ 293/64 עלי הסין נ' הרשות המוסמכת, פד"י יט (1) 572, 574; והפסיקה שהחילה את איסור החשש למשוא-פנים על פונקציות מינהליות, עשתה כן במקרים שאותן פונקציות דרשו מידה מיוחדת של נייטרליות בגון בוועדת-מכרזים – בג"צ 333/74 ואליר צאדיק חג' יחיא נ' המועצה המקומית מייבה, פד"י כט (1) 457; וכן ועדת-ביקורת – בג"צ 531/79 פיעת הליפור נ' מועצת עיריית פתח-תיקיה, פד"י לד (2) 566. ראה שטרית (לעיל, הערה 14), עמ' 47.

הליך פורמלי והליך בלתי-פורמלי.⁵⁰ הוראה כללית (בסמוך לסעיף הגדרת "הליך" או בפרק: שונות) ברוח זו תוכל להשיג את המטרה החקיקתית הזו.

אין דעתי נוחה מהוצאת חקיקה מינהלית ומינהל פנימי מתחולת סדרי-הדין (כללי הדיון המינהלי) הקבועים בחוק. כפי שציינתי גם במקום אחר, אין מקום להתייחס באופן שונה לאקט כללי לעומת אקט אינדיבידואלי: זה כזה יש בהם כדי לפגוע באזרח, ואין לשחרר את האקט הכללי מהכפיפות לסדרי הדיון המינהלי, כגון חובת השמיעה או איסור משוא-פנים. אולם ייתכן שאם הגישה הזו היתה מתקבלת היה צריך, אולי, לסייג את תחולתן של הוראות דיוניות מסוימות במה שמדובר בהתקנת תקנות. בסוגיית המינהל הפנימי, אם מדובר בהוראות ארגוניות וטכניות שאינן נוגעות לאזרחים יש הצדקה להוציאן מתחולת סדרי הדיון המינהלי; והא-הדין לגבי הנחיות פנימיות.

באשר להנחיות פנימיות, ייתכן שבצד הוצאתן מתחולת סדרי הדיון המינהלי יש לשקול קביעת חובות דיוניות מוגדרות שיחולו עליהן, כגון החובה להעמידן לעיון הציבור כדי שהאזרח יוכל לכלכל את ענייניו, וכן קביעת פרוצדורה למתן הודמנות להערות על טיטת הנחיות על-ידי הציבור הנוגע בדבר. חובות כאלה יכול שייקבעו באמצעות תקנות, הסדרים מינהליים או הנחיות מאת היועץ-המשפטי לממשלה.

3. עקרונות כלליים

בפרק הראשון של הצעת החוק מגובשים כמה עקרונות כלליים, כגון שלטון החוק ויעדי המינהל. בהצעה שלפנינו, ניסוח העיקרון של שלטון החוק מצמצם את היקפו. כידוע, עקרון שלטון החוק טומן בחובו יסודות אחדים: רשות מינהלית אינה רשאית לעשות כל פעולה, אלא אם הוסמכה לכך בדין; רשויות המדינה כפופות לחוק החייבות לפעול בהתאם לחוק ולדינים על-פיו; אדם רשאי לעשות כל פעולה שלא נאסרה עליו בדין. הוראת סעיף 1 של ההצעה אינה מונה את כל היסודות שנוכרו. לשון הוראתו של סעיף 1 של ההצעה אינה קובעת, כי רשויות המינהל אינן יכולות לפעול אלא מכוח חוקים חיצוניים ורק על-פיהם ובהתאם להם. לשון ההוראה מצטמצמת במרכיב של חובה לפעול בהתאם לחוקים ולדינים החלים על-פיהם.⁵¹ מן הדין להוסיף את המרכיב של אי-אפשרותו של המינהל לפעול אלא מכוח חוקים חיצוניים. כמו-כן יש להרחיב את הדיעה מעבר לכך ולתזוז על העיקרון המופיע בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, כי אין רשות יכולה להטיל על אזרח הגבלות אלא מכוח החוק.⁵² השלמת המרכיבים החסרים בסעיף 1 תבהיר באופן חד-משמעי, כי אין על אדם חובה כלשהי לעשות מעשה על-פי בקשת הרשות, אלא-אם-כן קיים היקוק המטיל עליו חובה כזו.

50 ראה בג"צ 442/71 לנפקי נ' שרי-הפנים, פד"י כו(2) 337, 354.

51 "רשויות המינהל ינהגו בהתאם לחוקים ולדינים החלים על-פיהם".

52 סעיף 1 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם, הצ"ח תשל"ג, מס' 1085, עמ' 448. למשמעות עקרון שלטון החוק על-פי היבטיו השונים ראה בג"צ 1/49 בזרנו נ' שרי-המשטרה, פס"ע (2) 126; בג"צ 236/76 המגמה נ' ראשי-העירייה וועדה מחוזית פ"ת, פד"י כה(1) 113-115.

סעיף 2 להצעה קובע את יעדי המינהל, וזה לשונו: "המינהל ישרת את טובת הכלל, תוך שישווה לנגד עיניו את ענייניו של היחיד". נראה לנו, כי הניסוח שם דגש יתר על טובת הכלל. היעד העיקרי על-פי גוסס זה הוא טובת הכלל, ואילו ענייניו של היחיד אינו אלא יעד משני ומגביל. עדיף היה לנסח את הסעיף כך, שעובד-הציבור יונהג להשיג איזון בין טובת הפרט וטובת הכלל תוך מתן מעמד שווה לשני היעדים: טובת הכלל וענייניו של היחיד.

ייתכן, אמנם, שבפועל יושג האיזון בין האזרח והמינהל, גם אם יישמר הניסוח הקיים. אולם לעניות דעתי, ההנחיה החקיקתית צריכה להעמיד את טובת הכלל וענייניו של היחיד ברמה שווה. יש לזכור, כי אנו עוסקים כאן בחוק כללי המסדיר את סדרי הדיון המינהלי. פעולות המינהל בתחומים ספציפיים מוסדרים על-ידי חקיקה ספציפית, אשר קובעת הנוראות מהותיות הקובעות את האיזון בין טובת הכלל וענייניו של היחיד על-פי הכרעתו הערכית של המחוקק בכל חוק ספציפי, וייתכן שבחקיקה ספציפית ימצא המחוקק לנכון להעדיף את טובת הכלל על ענייניו של היחיד. אולם אין מקום — לדעתי — לקבוע בחוק סדרי המינהל הכללי הנחיה כללית השמה דגש על טובת הכלל.⁵³

4. התנאה על החוק

האם רשאים עובד-הציבור והאזרח לבוא לידי הסכם בדבר סדרי המינהל שינהגו לפיהם בעניין פלוני, למרות הנוראות החוק? במלים אחרות: האם ניתן להתנות על חוק סדרי המינהל לפי גוססו המוצע?

החוק המוצע כולל הנוראה אחת בלבד העוסקת באיסור התנאה על החוק. סעיף 11 (ב) להצעה קובע, כי צד אין בכוחו לקבוע מי הוא עובד הציבור המוסמך או לשנות מסמכותו, וכי הסכם בין הצדדים לעניין זה אין לו תוקף. לעומת זאת, ההצעה מאפשרת במפורש בשני עניינים פעולה של עובד-הציבור בהסכמת הצד⁵⁴, או על-פי הצעת הצדדים⁵⁵. במשתמע ההצעה מאפשרת לצדדים להתיר לעובד-ציבור הנגוע בחשש למשוא-פנים, לדון בעניין למרות זאת, אם לא דרשו את פסילתו (סעיף 15).

על יסוד הנוראות האלה בחוק המוצע ניתן להשיב על השאלה שהצגנו — האם ניתן להתנות על החוק? — בשתי תשובות אפשריות: האחת, שהחוק מתיר התנאה אלא אם-

53 הדגש על טובת הכלל ניכר לעתים בניסוח הנוראות ההצעה העוסקות בעניינים מסוימים. כך, למשל, הנוראות בדבר זמן הפנייה וטיב הפנייה לעובד-הציבור מגוססות כך שלעובד-הציבור מוענקות הגנות מפני פניות אליו שלא בשעות קבלת-הקהל; ומפני פניות לא-מוגדרות (סעיפים 24, 25 להצעה), בעוד שזכותו של האזרח לפנות וחובתו של עובד-הציבור לקבל אותו במסגרת שעות קבלת-הקהל, או חובתם של עובד-הציבור להיזקק לכל פנייה של אזרח, אינן נקבעות במפורש. גם בסוגיית ביטול החלטות פגומות הניתנות לביטול ניכרת נטיה לצדו של עובד-הציבור (סעיף 54). גישה של נוקשות-מה כלפי האזרח משתקפת מהנוראת החוק המוצע העוסקת בהארכת מועדים (סעיף 60). רצוי למתן את הנוקשות הזו ולהנהיג את עובד-הציבור להאריך מועדים לפי מבחנים של צדק ויעילות תוך שקילת הגורמים המגויים בהצעת החוק המוגדרים כתנאים מצטברים שבלעדיהם אין.

54 סעיף 57 (ביטול החלטה המעניקה זכות).

55 סעיף 36 (ראיות וסדרי-דיון).

כן נאסרה ההתנאה במפורש. והשנייה, שהחוק אוסר התנאה אלא אם נקבעה אפשרות ההתנאה במפורש.

האפשרות הראשונה, שהחוק מתיר התנאה אלא-אם-כן נאסרה במפורש נתמכת על-ידי הוראת סעיף 11 (ב) להצעה; שהרי מהעובדה שאיסור ההתנאה נקבע במפורש בסעיף 11 (ב) ניתן ללמוד, כי מותר להתנות על כל סעיפי החוק, למעט סעיף 11 (ב), משום שרק לגבי ראה המחוקק לנכון לקבוע במפורש איסור התנאה; ומכלל לאו אתה שומע הן.

האפשרות השנייה, שהחוק אוסר התנאה אלא אם נקבעה אפשרות זו במפורש, נתמכת על-ידי הוראות הספציפיות הקבועות בחוק (בנושא ביטול החלטה המעניקה זכות ובנושא ראיות וסדרי-דין) המתירות לעובד-ציבור לפעול בדרך שונה מן הקבוע בחוק, אם הדבר נעשה בהסכמת צד, או על-פי הצעת הצדדים. הוראות אלו עשויות ללמד שאין להסיק את הזן אלא כאשר נקבע הדבר במפורש, כפי שנעשה בשני העניינים שנוכרו (ביטול החלטה המעניקה זכות: סעיף 57, וענייני ראיות וסדרי-דין: סעיף 36). ניתן לטעון נגד האפשרות השנייה — דהיינו: שהחוק אוסר התנאה אלא אם נקבעה במפורש — שאותם שני עניינים שלגביהם נקבעה הוראה מפורשת אינם יכולים ללמד על הצורך בהוראה מפורשת לשם התרת ההתנאה על החוק. זאת, משום שבעניינים אלה ההתחשבות בהסכמת הצדדים היא חלק מההסדר הראשוני הנקבע על-ידי המחוקק, ואיננה נוגעת לסוגיית ההתנאה על ההסדר הקבוע בחוק.

העולה מן האמור הוא, שהאפשרות הראשונה שהוצעה — שהחוק אינו אוסר על התנאה אלא-אם-כן נקבע הדבר במפורש, כמו בסוגיית הסמכות — נראית כפירוש המבוסס יותר. מכל-מקום ברור, שסוגיית ההתנאה על החוק אינה בהירה כל-צורכה ומן הראוי שבניסוח הסופי של ההצעה תוסדר הסוגיא בצורה בהירה.

לבד מההוראה בדבר הסמכות שהחוק המוצע אוסר התנאה עליה, ישנן עוד הוראות חשובות בחוק המוצע שקיים אינטרס ציבורי המחייב איסור התנאה עליהן. מן הדין שתקבע הוראה כללית בנושא ההתנאה שתתייחס למכלול הוראות החוק המוצע, תאסור התנאה על הוראות שמן התבונה לאסור התנאה כזו, ותתיר התנאה במקרים אחרים.

ד. זכויות בסדרי הדין המינהלי

בפרק זה יידונו הוראות הצעת חוק סדרי המינהל העוסקות בזכויות הדיניות הנתונות לאזרח בסדר-הדין המנהלי, בתחולתן ובהיקפן. בין היתר נגתה את עיקרי הצדק הטבעי כפי שהם משתקפים מהוראות ההצעה, הן ההוראות הכלליות והן אלו העוסקות במפורט בזכות השמיעה ובאיסור חשש משוא-פנים. כן נדון בזכות העיון, בדרכי קביעת העובדות והערכתן ובחובת החלטה והתגמקה.

1. הגדרת מהותה של הזכות המוגנת

ההצעה עושה שימוש במונחים אחדים באשר למהות הזכות המוגנת על-ידי העקרונות

וכללי הדין הכלולים בחוק המוצע. ההצעה עושה שימוש במונחים "עניין", "זכות", "אינטרס חוקי" ו"אינטרס על-פי דין".

המונח "עניין" מופיע בחוק המוצע במובן שיקול או טובה, דהיינו: "עניינו של היחיד" (סעיף 2) משמע טובתו של היחיד, ו"העניין הציבורי" (סעיף 54) משמע טובת הציבור.

הוראות החוק המוצע משתמשות ב"זכותו של צד" כאבן-בוחן לעניין ביטול החלטות⁵⁶, הארכת מועדים⁵⁷, חובת ההגמקה וזכות השמיעה⁵⁸.

המונח "אינטרס חוקי" הוא הבסיס לקביעת זכות העיון⁵⁹, והוא משמש בסיס אלטרנטיבי (בצד המונח "זכות") לקביעת חובת ההגמקה (סעיף 47). "אינטרס על-פי דין" משמש בסיס אלטרנטיבי (בצד המונח זכות) לקביעת זכות השמיעה (סעיף 40).

אנו מציעים, שבסעיפים העוסקים בשקילת טובתו של היחיד מול טובתו של הציבור לא ייעשה שימוש במונח "עניין", אלא במונח טובה, טובת הציבור וטובת היחיד. לעומת זאת, אנו מציעים להשתמש במונח "עניין" במקום המונחים "זכות", "אינטרס חוקי" או "אינטרס על-פי דין". לעניות דעתנו, מבחינה עיונית אין הצדקה להבחנה בין מזהותה של הזכות המוגנת לגבי הסוגיות השונות שהזכרו, ודין אחד צריך לחול על כולם.

מבחינה עיונית, יש לתמוך — לדעתנו — בגישה רחבה של שימוש במונח "עניין" ולא "זכות" או "אינטרס חוקי" או "אינטרס על-פי דין". יש להשאיר לפסיקה את המשימה להגדיר באופן מדויק יותר את טיבו של העניין הראוי להגנה בכל אחת מן הסוגיות. המונח "זכות" במשפט הציבורי הוא מושג רחב, דינמי ומתפתח כפי שהסביר השופט ויתקון הסבר היטב בפרשת שלום כהן⁶⁰, אולם חוששני, כי השימוש במונח

56 עובד-הציבור מוסמך לבטל החלטה פגומה שאינה בטלה מעיקרא אם אין היא מעניקה זכות לצד. החלטה פגומה שאינה בטלה מעיקרא המעניקה זכות, עובד-הציבור אינו רשאי לבטלה אם בניסבות העניין אמונו של הצד בתקפותה עדיף על העניין הציבורי שבביטולה". החלטות חוקיות שאינן מעניקות זכות לצד ניתן לבטלן ובלבד שתוקף הביטול לא יהיה למפרע (סעיף 55). החלטות חוקיות המעניקות זכות לצד ניתן לבטלן רק על-פי הסכמה מפורשת (סעיף 57). לעניין המונח "צד", התבחה היא שיש לו משמעות מצומצמת מאשר ל"אדם". אין הגדרה למונח זה; הוא מופיע לראשונה בחוק המוצע בסעיף 11 (ב).

57 פגיעה "בזכויותיו של צד" מהווה אחד התנאים למילוי בקשה להארכת מועדים. על-פי סעיף 60 להצעה, עובד-הציבור מצווה להיענות לבקשה להארכת מועד, אם בנוסף לתנאים האחרים א-היענות לבקשה "תפגע שלא כראוי בזכויותיו של הצד".

58 על-פי ההצעה, חובת ההגמקה תחול על "החלטה הנוגעת לזכויותיו של צד או לאינטרסים חוקיים של צד" (סעיף 47), וזכות השמיעה תחול על "החלטה לפגוע בזכויות של צד או באינטרס של-פי דין" (סעיף 40).

59 על-פי סעיף 28 להצעה, זכות העיון מוקנית למקצוע "אינטרס חוקי של הצד או לשמירה עליו", ובשאלת אם העיון עלול "להזיק לאינטרס חוקי של צד אחד או של אדם אחר".

60 "אין אני גורס כי הזכות צריכה להיות זכות סטטוטורית הכתובה בחוק. לא-פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית; ואלו, בקבלן גושפנקא שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין — דברים שבנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול-שלוש היו עוד חסרי-דמות ובלתי-גזורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וחכים לדרגה של זכות. זוהי ההתפתחות השיפוטית המתגלגלת בצדה של פעולת החקיקה, ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתה רוצה להצר צעדיה. סמכות זו ערובה היא לחופש הפרט". בג"צ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, פד"י טז 1023, 1027.

"זכות" ייצור דינמיקה של צמצום התנגה על הזכויות והדינמיות של האזרח בהליך המינהלי; שכן השימוש במונח "זכות" יטיל על האזרח את נטל הראיה כי יש לו "זכות". לעומת זאת, השימוש במונח "עניין" יקל מנטל הראיה על האזרח. יתירה מזו: השימוש במונח "עניין" המעניק הגנה רחבה יותר לאזרח, נתמך על-ידי השיקול של טיפוח נורמות התנהגות גבוהות יותר במינהל הציבורי. המינהל הציבורי בישראל נוטה לנגוש את האזרח, כפי שעולה מהשיעור הגבוה יחסית של תלונות מוצי-דקות המוגשות מדי שנה לנציב תלונות הציבור. מן הדין שבמודל שאנו מאמצים יהיה מימד של חינוך המינהל לאמות-מידה גבוהות יותר של התנהגות כלפי האזרח. השימוש במונח "עניין" יתרום — לדעתי — לקידום מימד זה לא נראה לי, שאימוץ המונח "עניין" יטיל מעמסה כבדה-מגשוא על המינהל. אני משוכנע, כי המחיר שגשולם מבחינת שיקולי יעילות המינהל שקול כנגד הערך החשוב של הקפדה על הגינות כלפי האזרח. מכל הטעמים האמורים אני תומך בשימוש במונח "עניין" לצורך הגדרת הזכות המוגנת בחוק סדרי המינהל.

2. הגבלת שיקול-הדעת המהותי

עקרונות-היסוד הכלולים בפרק א להצעה עוסקים, בין השאר, בהגבלות על הפעלת שיקול-הדעת המינהלי. יפה עשה פרופ' קלינגהופר בקבלו את גישת הרוב בפסיקה, כי עילת הסבירות היא עילה עצמאית העומדת בפני עצמה, לצורך ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל⁶¹. כמו-כן יש לברך על כך שרשימת העילות הקבועה בסעיף 8 להצעה כוללת סעיף עוללות, המאפשר להרחיב את עילות הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי⁶².

לגבי ניסוח סעיף 5 היינו מעדיפים גוסה בהיר יותר של האיסור על שרירות-לב, משוא-פנים והפליה. במקום הניסוח המוצע, עדיף שייקבע כי רשויות המינהל (או עובדי-הציבור) ינהגו בכל תחומי פעולתם ללא שרירות-לב, ללא משוא-פנים וללא הטליה⁶³.

3. עיקרי הצדק הטבעי: כללי

סעיף 3 להצעה קובע, כי "כללי הצדק הטבעי ידריכו את רשויות המינהל בשימוש בסמכויותיהן ובמילוי תפקידיהן". גוסה והוראה הו מעורר כמה קשיים. מאי משמע "ידריכו"? אפשרות אחת היא, כי כללי הצדק הטבעי הם בבחינת כללים מדריכים ומנחים בלבד, ואינם בבחינת הוראות מחייבות. זוהי המסקנה הטבעית מלשון ההוראה, במקוחד אם משווים אותה עם לשון הוראות סעיפים 1, 2, 4, 6, המנוסחות בלשון ציווי מחייבת, כגון "ינהגו", "ישרת". לא נראית לי ההזקפה הוראה בכללי הצדק הטבעי כללים מדריכים בלבד. אדרבא, אם ישנם כללים שמן הדין שיהיו מחייבים, תרי הם

61 רפי זינגר, רשות השידור, סד"י לה (1) 421. ראה סעיף 8 (2) להצעה.

62 "רשויות המינהל ישתמשו בסמכותן בשיקול-דעת... לאור יתר הסייגים שעל-פי דין המגבילים את השימוש בשיקול-הדעת".

63 ראה לעיל, עמ' 380.

כללי הצדק הטבעי, ועל-פי הפסיקה כללים אלו חלים אף בהעדר קביעה מיוחדת בחיקוק⁶⁴, ואין תחולתם נשללת, אלא על-פי הוראה מפורשת⁶⁵. הייתי מציע אפוא לקבוע הוראה כללית בלשון צינור כי עובדי-הציבור יתגוו על-פי עיקרי הצדק הטבעי. בהמשך לקו שנוקט בהצעה אף אני סבור, שאין צורך להגדיר בנוקשות את המונח "כללי הצדק הטבעי". העקרונות הכלולים בו על-פי הפסיקה אינם רשימה סגורה⁶⁶, ולא יהיה זה מן התבונה להקפיד את תוכנם של כללי הצדק הטבעי על-ידי הגדרה חקיקתית.

באשר לתחולת כללי הצדק הטבעי אני מציע, שתיקבע הוראה מפורשת כי תקנה לא תסתור את כללי הצדק הטבעי. הפסיקה בעניין זה צעדה צעד מרשים בכיוון הפיכת ההלכה המכשירה תקנה הסותרת את כללי הצדק הטבעי⁶⁷. אולם ההלכה המקורית עדיין עומדת בעיקרו של דבר על כנה, ולא מן הנמנע שיהיו שופטים שילכו בעקבותיה אף אם כוחה המחייב הותש במידה רבה. למען הבטחת הסוגיא ותמיכה ברורה בעיקרון, מן הדין לקבוע הוראה מפורשת.

השקפתי לגבי תקנות של הרשות המבצעת היא, שאין ליתן להן חסינות מפני ביקורת מהותית במה שקשור להתאמתן לעקרונות-יסוד. ההבחנה על-פי הפסיקה בין אקט מינהלי אינדיבידואלי שדינו להיפסל כבטל בשל פגיעה בכללי הצדק הטבעי, לבין אקט מינהלי כללי, העומד בתוקפו, אף אם הוא פוגע בעיקרי הצדק הטבעי — היא הבחנה מלאכותית ונטולת-הצדקה. כפי שכתבתי במקום אחר, "בכל העילות הפוסלות אקט מינהלי אין מבחינים בין אקט אינדיבידואלי ואקט כללי. מטרה זוהי או הפלית, למשל, תפסול מעשה מינהלי בין שהוא נורמה אינדיבידואלית, ובין שהוא מעוגן בתקנה שהיא נורמה כללית. מה טעם אפוא להבחין בין אקט אינדיבידואלי לבין אקט כללי לעניין פסלות מעשה מינהלי בשל פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי?"⁶⁸ אשר על-כן מן הדין להסיר הספקות בסוגיא ולקבוע — כפי שהצעתי — הוראה מפורשת הקובעת כי "תקנה לא תסתור את כללי הצדק הטבעי".

עניין אחר הנוגע לכללי הצדק הטבעי, אף הוא טעון השלמה. נראה לי, שמון הראוי לקבוע במפורש בחוק את העיקרון שגובש בפסיקה כי כללי הצדק הטבעי אינם נשללים, אלא על-ידי הוראת חוק מפורשת⁶⁹. הכללת הוראה זו תדגיש את התייחסותו של המ-חוקק לערך של שמירת כללי הצדק הטבעי, ותשמש הכוונה לבתי-המשפט לביקורת גישה מרחיבה, כאשר הם ניצבים בפני הכרעה בסוגיות משפטיות שיש בהן פנים לכאן או

64 ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ו) 42, 66-67, והאסמכתאות הנזכרות שם.

65 ש' שטרית (לעיל, הערה 64), עמ' 70. וראה הלכה מפורשת מן הזמן האחרון: בג"צ 531/79 פתקת הליכוד בעיריית פ"ת ג' מועצת עיריית פ"ת, פד"י לד (2) 566, 573.

66 שטרית (לעיל, הערה 64), עמ' 44-46.

67 ר' בג"צ 74/74 עזרא ג' שר-התחבורה, פד"י כח (2) 729, לעומת עמ"מ 9/55 פלוני ג' י"ר חברי המועצה המשפטית, פד"י י 1720, 1733. ראה ניתוח סוגיא זו שטרית (הערה 64), עמ' 76-79.

68 ש' שטרית (לעיל, הערה 64), עמ' 77.

69 בג"צ 174/65 דיאמנט ג' ועדת-הערעורים לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פד"י יט (4) 161, 166-167. ראה שטרית (לעיל, הערה 64), עמ' 66-67.

לכאן. פרשת סיעת הליכוד⁷⁰ מדגימה היטב את החשיבות של הכללת הוראה זו במפורש בחוק. השופט ברק ייסד את פסק-דינו, בין השאר, על העיקרון המקובל שכללי הצדק הטבעי חלים גם בהעדר הוראה מפורשת, וראה בעיקרון זה עיקרון מהותי ולא רק עיקרון פרשני⁷¹.

4. איסור חשש של משוא-פנים

בסוגיית איסור משוא-פנים ואיסור מעורבותו של עובד-ציבור בתהליך קבלת החלטות בשל נגיעה בעניין, יש להבחין בין שלושה עקרונות – האחד – האיסור על עובד להטות פנים בהפעלת שיקול-דעתו המהותי; עיקרון זה מכונה בדרך-כלל איסור הפליה או איסור משוא-פנים. העיקרון השני הוא איסור על עובד-ציבור להיות מעורב בהחלטה או בהליך כאשר קיימת אפשרות ממשית שהוא יושפע מהנגיעה שיש לו בעניין; נזהגים לכנות עיקרון זה כעיקרון איסור משוא-פנים המתווה אחד משני הכללים העיקריים של כללי הצדק הטבעי; התיאור היותר מדויק של עיקרון זה הוא איסור חשש למשוא-פנים. העיקרון השלישי, הנגזר מהעיקרון השני אך מחמיר ממנו, הוא כלל ניגוד העניינים; כלל זה אוסר על נושא מישרה לכהן במישרה שיש עמה ניגוד עניינים, הן בין המישרה ובין ענייניו הפרטיים, והן בין מישרה שלטונית אחת למישרה שלטונית אחרת. העיקרון הראשון מתייחס להפעלת שיקול-הדעת המהותי על-ידי עובד-הציבור, ומידת קיומו על-ידי עובד-הציבור נבחנת לאחר קבלת ההחלטה. הטוען לפסלותה של החלטה בשל כך שעובד-ציבור גילה משוא-פנים צריך להוכיח שבפועל עובד-הציבור היטה פנים בהחלטתו כגון שהפלה לטובה או לרעה. לעומת זאת, שני העקרונות האחרים אינם מצריכים כלל דיון בהחלטה גופה, ומדיקת כשרות ההליך מבחינת שני העקרונות הללו מנותקת מההחלטה גופה. לצורך הצלחה בטענה של הפרת איסור החשש למשוא-פנים (העיקרון השני) על הטוען להוכיח כי מקבל ההחלטה היה עלול להיות מושפע מהעניין שיש לו בנושא ההחלטה. באשר לכלל ניגוד העניינים, גם לגביו אין הטוען צריך להוכיח דבר באשר לגוף ההחלטה; עליו להוכיח, שטיב המישרה השלטונית, שעובד-הציבור נושא, יוצר מצב של ניגוד עניינים בשל עיסוקיו הפרטיים של עובד-הציבור או בשל תפקיד שלטוני אחר שעובד-הציבור נושא. כלל ניגוד העניינים מחייב, שאם נוצר מצב של ניגוד עניינים בין שני תפקידים שלטוניים או בין התפקיד השלטוני העניינים הפרטיים, חייב עובד-הציבור לנתק עצמו מהתפקיד השלטוני הנוגד או מהעניינים הפרטיים הנוגדים. לא עשה כן – תיפסל החלטתו מבלי שיהא צורך לבדוק את ההחלטה גופה⁷².

70 בג"צ 531/79, פד"י לד (2), 566, 573.

71 השווה ש' שטרית (לעיל, הערה 64), 66–67.

72 "כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה, הם המביאים לגיבושו של הכלל, כי עובד-ציבור אסור לו להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים בין האינטרס הקשור בכביצוע סמכותו וזכותו, לבין אינטרס אחר כלשהו שאף עמו הוא קשור", בג"צ 531/79 סיעת הליכוד (לעיל, הערה 49), עמ' 571; "האיסור אינו רק על שיקול-הדעת עצמו בכביצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על הימצאות במצב בו עלול להיות ניגוד עניינים. מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע, הכלל צופה פני העתיד. אין זה

ההצעה משתמשת במונח זהה – משוא-פנים – הן לעיקרון הראשון, המתייחס לאיסור משוא-פנים בהחלטה גופה, והן לאיסור חשש למשוא-פנים, העיקרון השני שהוזכר. מן הדין להבחין בין שני העקרונות ולא להשתמש בחוק כאותו מונח לשני העקרונות כפי שנעשה בהצעה.⁷³ כמו-כן ההצעה אינה מתייחסת כלל לסוגיית ניגוד העניינים בכלל, ואף לא לאיסור חשש משוא-פנים מוסדי הגובע מכך שעובד-הציבור נושא בשני תפקידים שלטוניים נוגדים,⁷⁴ או מעורב בשתי מחלקות מינהליות באופן שמעורבותו יוצרת חשש למשוא-פנים מוסדי.⁷⁵

אנו מציעים, כי ההבחנה בין העקרונות הראשון והשני הנזכרים תיעשה על-ידי כך שתראשון ייקרא איסור משוא-פנים, והשני – איסור החשש למשוא-פנים או ביטוי אחר, כגון איסור נטיה, צדיה, או פנייה. אנו מציעים שבצד השינויים האחרים שיבואו להלן יש לשנות את נוסח הסעיפים בחוק המוצע והדנים באיסור חשש משוא-פנים (או איסור נטיה, צדיה ופנייה), כך שיתייחסו גם לאיסור ניגוד עניינים בשני מובנים, דהיינו: האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים בין משרה שלטונית ובין עניינים פרטיים, וכן בין שתי משרות שלטוניות.

החוק המוצע מגדיר הליך ככל הליך המכוון לקבלת החלטה, לרבות עצם קבלת החלטה (למעט חקיקה מינהלית או מינהל פנימי). החוק המוצע מחיל את הכלל בדבר איסור החשש למשוא-פנים גם על הפעלת פונקציה מינהלית ולא רק על פונקציה שיפוטית. במובן זה יש בהגדרה זו משום הבהרה חד-משמעית בדבר תחולת הכלל על פונקציה מינהלית במקום שעל-פי הדין הקיים היה ספק בכך.⁷⁶ מאידך גיסא, יש תמיכה בפסיקה להחלת כלל ניגוד העניינים, הגזור מכלל איסור חשש למשוא-פנים, גם על תפקיד חקיקתי,⁷⁷ והוצאת חקיקה מינהלית מתחולת כללי הדיון הקבועים בחוק המוצע יש בה משום נסיגה מבחינת התפישה הרחבה יותר לגבי תחולתו של איסור ניגוד העניינים.

מעלה ואין זה מוריד אם בפועל שיקול-הדעת הוא ראוי. מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בבחינת אל תביאני לידי ניסיון, על-כן אין צורך להוכיח בפועל קיומו של ניגוד עניינים. די בכך שקיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים... אפשרות ממשית זו נמדדת באמות-מידה אובייקטיביות, ולא על-פי חששותיו הסובייקטיביים של צד זה או אחר... שאלה יפה היא אם נדרשת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים או שמא די בחשש סביר כי עשוי להתקיים ניגוד עניינים. בפסיקתו של בית-המשפט יש סימוכין לשתי ההש-קפות, סיעת הליכוד (לעיל, הערה 49), עמ' 572; ראה גם בג"צ 9/82 וירשובסקי נ' שר-המשפטים, פד"י לו (1) 645.

73 ראה סעיף 5 לחוק המוצע, וראה כותרת פרק ד. מלשון סעיף 5 נראה, כי הוא מתייחס לפגמים בשיקול-דעת, כגון הפליה ולהטיית פנים בגוף ההחלטה. המונח "משוא-פנים" מופיע בין שרירות-לב ריחוס של איפה ואיפה, המכוונים להחלטה המתוחזת, להבדיל מסדרי הדיון.

74 ראה סיעת הליכוד (לעיל, הערה 65).

75 בג"צ 293/64 חסין נ' הרשות המשמכת, פד"י יט (1) 572.

76 ראה לעיל, אסמכתאות בהערה 45.

77 סיעת הליכוד (לעיל, הערה 65), עמ' 569: "תחום פעולתו העיקרי של כלל זה הוא לעניין עובד-ציבור המבצע תפקיד שיפוטי או מעין-שיפוטי. אך אין הכלל מוגבל למצבים אלה בלבד. כל גוף ציבורי, יהא תפקידו אשר יהא, חייב לבצע את תפקידו ללא דעה קדומה ומשוחזת וללא משוא-פנים". השווה וירשובסקי (לעיל, הערה 72).

בהתאם לגישתנו, שיש לקבוע הוראה מפורשת הקובעת כי תקנה לא תסתור את כללי הצדק הטבעי, אנו שבים ומדגישים את הצורך להטיל מיגבלות מבחינת איסור ניגוד עניינים גם בהתקנת תקנות. אין הצדקה להבחין בין אקט אינדיבידואלי, שלגביו אנו אוסרים על עובד-ציבור או רשות מינהלית לפעול במקרה של ניגוד עניינים, ובין אקט כללי שלגביו אנו נותנים לשר היתר להתקין תקנות, אף במקרה של ניגוד עניינים. אנו מציעים, כי נושא זה יובהר בניסוח מתאים בהצעת החוק. אם אין מנסחי ההצעה רוצים בהכללת נושא התקנת התקנות במסגרת הצעה זו, יש לפחות להכליל בסעיף שמירת דינים הוראה שתבהיר שאין בהוראות חוק זה משום הכשרת התקנת תקנות, למרות קיומו של ניגוד עניינים.

נוסח החוק המוצע קובע פסילה אוטומטית של עובד-ציבור לגבי הקטיגוריה של נגיעה אישית או טובת-הנאה של העובד או קרובו, מבלי להתחשב בטיב הנגיעה או טובת-ההנאה (סעיף 13). מעבר לכך, אף אם לא חלה הפסילה האוטומטית בשל נגיעה אישית או טובת-הנאה כאמור, קובעת ההצעה כי עובד-הציבור יפסול את עצמו על-פי דרישת צד, אם קיים יסוד סביר לחשש שלא ינהג בהליך ללא משוא-פנים (סעיף 15). סעיף 13 מגבש את ההלכה הנובעת מפסק-הדין בעניין שימל⁷⁸. לדעתנו, עדיף לנסח את ההצעה כך שבכל המקרים שאלת פסילתו של עובד-ציבור מחמת חשש למשוא-פנים תהא כפופה למבחן זהה. המבחן לעניין זה יכול להיות אם בניסבות העניין קיימת אפשרות ממשית כי החלטתו תושפע מהנגיעה האישית או מטובת-ההנאה החומרית שיש לו או לקרובו בעניין⁷⁹. הפסיקה בנושא עושה שימוש במבחן "האפשרות הממשית למשוא-פנים", אולם מצאנו בפסיקה גם את מבחן החשד או החשש הסביר למשוא-פנים⁸⁰. מכיוון שהערכת האפשרות הממשית למשוא-פנים מבוססת על הערכתו של אדם סביר, אין הבדל גדול בין שני המבחנים. למרות זאת, על-פי השקפתנו בכיוון הרחבת הוכחות הדיונית של האזרח, הייתי מעדיף את מבחן החשש הסביר. גם כלל ניגוד העניינים שהצעתנו להוסיף לפרק העוסק באיסור חשש למשוא-פנים, צריך להיות מוחל בכפיפות למבחן החשש הסביר או האפשרות הממשית, בדומה לסעיף הכללי הנזכר.

הגדרת "קרוב" המוצעת להשלמת הוראת סעיף 13 בחוק המוצע שונה מהגדרת מונח זה המצויה בהוראות הקיקה אחרות⁸¹. עדיף בעינינו שלא להגדיר כלל "קרוב" ולהשאיר את הקביעה איזה קירבה משפחתית פסולה להכרעה שיפוטית במסגרת הכללית

78 בג"צ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת לצורך הסדר הכרית מקרקעין, פד"י ט 459, 462.
79 הגישה של פסלות אוטומטית יוצרת קושי, משום שהיא רחבה עד כדי כך שכל טובת-הנאה, ואפילו היא זעירה ומינימלית, תחייב פסילה. טול, למשל, שופט הדן בתביעה בסכום קטן של לקוח נגד בנק גדול כאשר גם השופט הוא לקוח הבנק או שיש לו מספר קטן של מניות בבנק. ההשפעה האפשרית של המשפט על השופט היא רחוקה ביותר, ולא רצוי שבמקרים כאלה יחייב הדיון פסילה אוטומטית מחמת חשש למשוא-פנים. על כן במקרים דומים לאלה, במינהל הציבורי אין הצדקה ליצור מערכת דינים נוקשה. איגני רואה בכך סתירה להשקפתנו הבסיסית המעדיפה את שיקולי ההגיונות כלפי האזרח, משום שאין פגיעה בערך התגוננות במקרים של מעורבות זעירה ומינימלית כגון בדוגמא לעיל.

80 ב"ש 48/75 רחמים ירד נ' מדינת-ישראל, פד"י כט (3) 375.

81 ראה לעיל, הערה 23.

של נגיעה אישית במישרין או בעקיפין שתפסול עובד-ציבור⁸². ייתכן גם שהפסיקה תרחיב את הגדרת "קרוב" מעבר לקירבה משפחתית, ותחילגה גם על קירבה מסוגים אחרים כגון קירבה עסקית. רצוי לקבוע, כי בקשה של צד לפסילת עובד-הציבור תוגש במועד מוקדם ככל האפשר עם היוודע לו על הנסיבות היוצרות את העילה לפסילה⁸³. בשאלת הפטור מתחולת הכלל יש לעגן בחוק את "עקרון הצורך" המאפשר לנושא מישרה לפעול, למרות קיום חשש למשוא-פנים, כאשר אין אפשרות חוקית אחרת להפעיל אותה סמכות על-ידי מי שאינו פסול מחמת חשש למשוא-פנים⁸⁴. לגבי עצם תחולת הכלל בנסיבות מסוימות, ייתכן שכדאי לשקול קביעת הוראה מפורשת בדבר אי-תחולת הכלל על צעדים משמעותיים מצד בעלי סמכות שלפי טיבם צריכים להיות מופעלים על-אתר על-ידי מי שלפי הכללים הרגילים של איסור חשש משוא-פנים פסול מלנקוט אותם. כך, למשל, לולא הבחנה כזו, מורה המעניש תלמיד בהוצאה מן הכיתה בשל הפרעה עשויה להיות פסול מלנקוט צעד כזה, משום שנכון לומר כי יש לו נגיעה אישית במידה היוצרת חשש סביר או אפשרות ממשית שיהיה מושפע מכך בקבלת ההחלטה. והבחנה בין צעד משמעותי מן הסוג הזה, שלגביו אין להחיל את כלל איסור החשש למשוא-פנים ובין הליך משמעותי יותר פורמלי הכפוף לכלל, יכולה להסביר את פסק-הדין בפרשת בר עד בעניין אי-תחולת האיסור לחשש משוא-פנים בדין המש- מעתי הצבאי, מבלי להזיק כלל "לעקרון הצורך"⁸⁵.

סעיף 15 מתנה את פסילתו של עובד-הציבור, כאשר אין הפסילה נופלת בגדר הקטיגוריה של נגיעה אישית או טובת-הנאה המחייבת פסילה אוטומטית, בדרישה מאת צד. הניסוח הזה מתעלם מן האפשרות, התמידה מאוד בהליכים מינהליים, שרק צד אחד עומד מול עובד-הציבור; ואם היסוד לחשש למשוא-פנים הוא לטובת הצד, אין לשער

82 אם תישמר המתכונת של ההצעה לגבי התוראות בדבר חשש למשוא-פנים המבחינה בין פסלות אוטומטית (סעיף 13) ופסלות לאחר שיקרל-דעת (סעיף 15) יש הצדקה להגדרת קרוב בחוק, שכן סעיף 13 עוסק בפסילה אוטומטית, ואו יש צורך בהגדרה מדויקת של קרוב. במקרה כזה עדיף גם לקבוע הגדרה מדויקת מאי טובת הנאה. הצעתנו שלא לקבוע הגדרת "קרוב" מתייחסת למתכונת המוצעת על-ידינו שלא תהיה הבחנה בין פסלות אוטו- מטית ופסלות אחרת כשקיים יסוד סביר לחשש למשוא-פנים, אלא שהסוגיא תוסדר בסעיף כללי, וכל הנסיבות יישקלו בהתאם לאותו מבחן.

83 ע"א 607/72 מדור בהר שלום נ' הממונה על מס רכוש, פד"י כה (1) 480.

84 ע"פ 500/75 ברנס נ' מדינת-ישראל, פד"י ל (1) 8. ההצעה מאפשרת הפעלת סמכות גם על-ידי מי שנגזע בחשש משוא-פנים אם "מחמת סכנה מיידית צפויה אין הדבר טובל דיהוי" (סעיף 17). הוראה זו אינה כוללת את המקרים אשר "עקרון הצורך" חל עליהם; שכן, עקרון הצורך אינו מצומצם למקרים של דחיפות, אלא גם לשיקולים אחרים, כגון שיקולי יעילות ואינטרס ציבורי כפי שהיה בעניין ברנס הנ"ל.

85 בג"צ 405/74 בר עד נ' מיר, פד"י כט (1) 54. בפסק-הדין בר עד נשפט העותר בפני קצין שיפוט בכיר בדין משמעתי במסגרת שירות-מילואים. העותר טען, כי הקצין ששפט אותו יום את הגשת התלונה ועל-כן יש בכך פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. בית-המשפט דחה את הטענה, בקובעו: "קצין-השיפוט הבכיר במקרה זה, כבמקרים רבים אחרים, הוא מפקדו של החייל העומד לדין, והוא אחראי על אכיפת המשמעת על פיקודיו. את מן הודרכים לאכוף משמעת זו היא להעניש את מפירי המשמעת. בחיי המחנה אין המפקד יכול ואין לדרוש ממנו לשמור על מעמד מורם מעם של שופט. הוא מעורב עם אנשיו וזכותו להביע דעות על הפרת המשמעת גם לפני המשפט" (שם, עמ' 56).

שהוא ידרוש את פסילתו של עובד-הציבור. הכרחי אפוא להוסיף חובה על עובד-הציבור לפסול עצמו מיוזמתו, לאו דווקא על-פי בקשת צד, גם במקרים של פסילה בנסיבות האמורות בסעיף 15.

במישור המינהלי-מנגנוני רצוי ליצור מערכת בקרה פנימית על החלטתו של עובד-הציבור שלא לפסול עצמו, כדי שגורם נוסף יוכל לבחון את צדקתה של החלטה זו. בכל מקרה חובת גילוי והגייצה האישיית צריכה לחול, אף אם החליט עובד-הציבור שלא לפסול עצמו בגללה. המערכת הפנימית המינהלית לבקרה על ההחלטה בנושא פסילה מחמת חשש למשוא-פנים דרושה גם במקרה שעובד-הציבור אכן פיסל עצמו, שאז צריך לדאוג למי שימלא את מקומו בקבלת ההחלטה בהליך שעובד-הציבור פסל עצמו מלנוקטו. במקרה שעובד-הציבור חבר בגוף קיבוצי (קוליגיאלי), ייתכן שמן הראוי למסור לאותו גוף שיקל-דעת אם להמשיך בדיון בהרכב חסר, וזאת – מטעמי יעילות. יש לברך על הוראת סעיף 14 לחוק המוצע, העוסקת באיסור השתתפותו של עובד-הציבור בדיון בערעור על החלטה שבקבלתה נטל חלק. אולם מן הראוי להבהיר את העומק באופן שיהא מותר למי שהיה מעורב בקבלת ההחלטה, להיות נוכח בדיון הערעור עליה, כמאזין או כמי שמציג את ההחלטה הראשונה העומדת לדיון בערעור.

5. זכות השמיעה

בנוגע לזכות השמיעה יש להבחין בין עצם קיומה של זכות השמיעה לבין היקפה. לבד משאלת קיומה של זכות השמיעה, קיימת שאלת היקף זכות השמיעה, והיינו: מה כוללת אותה זכות? במסגרת זו מתעוררות השאלות כגון האם השמיעה תהיה בכתב או בעל-פה? ⁸⁶ האם נתונה האזרח זכות להיות נוכח בעת חקירה מינהלית על-ידי עובד-הציבור? ⁸⁷ האם רשאי האזרח להגיש ראיות, או שזכותו מצטמצמת להצגת טיעונים בלבד? ⁸⁸ האם זכאי האזרח להודעה מוקדמת על השמיעה? ⁸⁹ האם זכאי האזרח לשמיעה נוספת בנסיבות המפורמות? ⁹⁰ האם חובת השמיעה מתקיימת כראוי, אם עובד-הציבור שמע את האזרח לאחר קבלת ההחלטה? ⁹¹

החוק המוצע (סעיף 40) מתייחס רק לשאלת קיומה של זכות השמיעה, אולם אין בנוסח המוצע התייחסות מפורשת וישירה לשאלת היקפה ⁹². אמנם סעיף 40 (ב) קובע, כי זכות השמיעה "תהיה נתונה לצד בשאלות של עובדה ושל דין", אולם קביעה זו אינה מובאה בקשר של קביעת היקפה של זכות השמיעה, אלא יותר כדי להדגיש שאין השתתפותו של האזרח בבירור לפי הגדרת החוק המוצע משום קיומה של זכות שמיעה. אמנם הדגש העיקרי של סעיף 40 (ב) הוא בקביעה שזכות השמיעה קיימת, גם כאשר

86 עמ"מ קירושניר נ' המועצה המשפטית, פד"י טז 1067.

87 אשר (לעיל, הערה 29).

88 בג"צ 78/71 מזרחי נ' שרי-הבריאות, פד"י כה (2) 238.

89 בג"צ 94/72 גולד נ' שרי-הפנים, פד"י טז 1846, 1850.

90 עומרי מחמד (לעיל, הערה 31), עמ' 774-775.

91 בג"צ 549/75 מרטי נח נ' המועצה לביקורת פרטים, פד"י ל (1) 757; בג"צ 120/79 וינגמן

נ' מדינת-ישראל, פד"י לו (1) 113.

92 ההתייחסות לנושא זה גלומה בביטוי "מתן הזדמנות".

נשמע האורח במסגרת "הבידור", אולם במסגרת סעיף 40 (ב) יש התייחסות חלקית להיקפה של זכות השמיעה. הסעיף קובע, כי זכות השמיעה תהיה "בשאלות של עובדה ושל דין". הניסוח הזה מרמז על קושי בשאלת תחולת זכות השמיעה על שאלות של הערכת עובדות. האם יש לאורח זכות שמיעה רק לגבי קביעת עובדות, או גם לגבי הערכתן והסקת מסקנות מהן? מנוסת סעיף 40 (ב) נראה שניתן לפרש באופן מצמצם, דהיינו: ששאלות הערכה אינן כלולות במונח שאלות של עובדה. אך אין הדברים פס"קניים. להסרת ספק, אם ההצעה תישאר בנוסחה הנוכחית ותתייחס ל"שאלות של עובדה ושל דין", מן הראוי שהנוסח יכלול גם התייחסות לשאלות של הערכה; שכן הפסיקה קבעה, כי זכות השמיעה חלה גם על שאלות של הערכה ולא רק על שאלות של עובדה.⁹³

לגבי המבחן לקיומה של זכות השמיעה קובעת ההצעה, כי נדרשת פגיעה "בזכויותיו של צד או אינטרס שלו שעל-פי הדין". כאמור, אגו מסתייגים מן השימוש במונח "זכות" או "אינטרס על-פי דין" כאבן-בוחן להגדרת זכויות דיוניות של האורח בהליך המינהלי, ומעדיפים את השימוש במונח "בעניין".⁹⁴ אגו מציעים אפוא כי פגיעה צפויה בעניינו של אדם תחייב מתן זכות שמיעה.

לגבי סדרי השמיעה, או היקף זכות השמיעה, אגו מציעים כי המבחן הכללי צריך להיות שהיקף השמיעה ייקבע על-ידי עובדי-הציבור לאור אופיו של ההליך ולאור דרישות הצדק והיעילות, וכי תיקבע הוראה מפורשת בעניין זה בנוסח החוק. כמו-כך, בכפופות לשיקולי צדק ויעילות יש להזכיר במפורש, כי סדרי השמיעה כוללים צורת שמיעה (אם בכתב ואם בעל-פה), נוכחות בעת גביית ראיות או הקירת עדים, שמיעה נוספת, הגשת ראיות לביסוס הטענות והודעה מוקדמת על השמיעה במועד סביר שיאפשר לאורח להכין ביעילות את הצגת טיעוניו וראיותיו.⁹⁵

ישנן שאלות אחרות שאמנם דורשות הבהרה, אבל אין זה ברור אם מן הראוי להכלילן בגוף החוק, או שיש להסתפק בדינים ובהלכות שנקבעו בפסיקת בית-המשפט. על-כל-פנים, רצוי לשקול היטב לגבי כל אחת מן השאלות אם מן הראוי לגבשה בהוראות החוק המוצע. בין השאלות האלו ניתן למנות את הדגשת תחולתה של זכות השמיעה גם על שאלות של הערכה ולא רק על עובדה.⁹⁶ שכבר הוזכרה, ואת החובה לשמוע את האורח בכל משלבי הדין בעניינו ובפני כל אחד מעובדי-הציבור שנטלו חלק בהכרעה בכל אחד מן השלבים.⁹⁷ לקבוצה זו שייכת גם שאלת השמיעה בדיעבד, ואימתי תיחשב כהגשמה ראוייה של זכות השמיעה.⁹⁸ לגבי שאלה אחרונה זו, עדיף שלא להזכירה

93 עומרי מחמד (לעיל, הערה 31). ההבחנה בין עובדות והערכות לעניין תחולת זכות השמיעה הוצעה בפסק-הדין עומרי מחמד על-ידי המדינת בית-המשפט דחה את ההבחנה הזו וקבע שזכות השמיעה מתייחסת לא רק לקביעת העובדות, אלא גם להערכת העובדות ולהסקת מסקנות מהן. בית-המשפט קבע, כי קביעת העובדות והערכתן שלובות זו בזו ואין להפריד ביניהן.

94 ראה, למשל, הפסיקה "מהות הזכות המוגנת", לעיל פרק ג, פסקה 1.

95 ע"א 530/78 מיינדסאל ירושלים כ"מ ג' מנחל אגף המכס המלו, פד"י לה(3) 169.

96 עומרי מחמד (לעיל, הערה 31).

97 אין תשובות פסקניות לסוגיא זו. ראה ע"מ 9/55 פלוני ג' בעצה משפטית, פד"י י 1720.

98 ראה הפסיקה שהובאה לעיל, בהערה 75.

במפורש בחוק כדי שלא לעודד עובדי-ציבור לשימוש תדיר בשמיעה בדיעבד, לאחר קבלת התחלטות. ראוי גם לשקול, אם לא רצוי להכליל הוראה שתקבע אימתי שמיעה על-ידי נציג קיבוצי (שמיעה קולקטיבית), כגון ארגון-עובדים, היא שמיעה כשירה? ⁹⁹ ואימתי רק שמיעה אינדיבידואלית תקיים את חובת השמיעה? ¹⁰⁰ לדעתי, מן הראוי לשקול ציון מפורש כי היוזמה להזמין את האזרח לשמיעה מוטלת על עובד-הציבור, ואין זכות השמיעה תלויה בבקשה להישמע מצד האזרח כפי שמשמע מפסיקה מסוימת ¹⁰¹.

לעניין הפטור מחובת השמיעה, נוסח סעיף 40 (ג) המוצע אינו ממצה את הסוגיות המתעוררות. מן הראוי להכליל במסגרת הפטורים את הפטור משמיעה כאשר מדובר בפעולות בעלות אופי שלטוני ריבוני המתייחסות לציבור גדול, כגון תחלטת ממשלה בדבר פיהות כשער המטבע או ביצוע שינויים כלכליים. צעד כזה יגרור אתרוץ, ללא ספק, פגיעה בזכויותיו או בעניינו של אזרח, אולם ברור שאין מקום להתולתה של זכות השמיעה, בהקשר זה ¹⁰². יש להגות שיתעוררו שאלות בקשר להגדרת "ציבור גדול", שאותן יש להשאיר להכרעה שיפוטית ¹⁰³.

שאלה חשובה הראויה לדיון במסגרת ניסוח חוק סדרי המינהל היא זכות השמיעה לפני התקנת תקנות. לפי הדין הקיים אין זכות זו קיימת כלל ¹⁰⁴. זחד גם עמדת התצעה המוציאה "חקיקה מינהלית" מגדר תחולת סדרי-הדין שייקבעו בחוק המוצע. המצב הקיים אינו מניח את הדעת. כפי שכבר אמרנו במאמר זה בהקשרים אחרים ¹⁰⁵, אין הצדקה לעשות הבחנה בין אקט מינהלי אינדיבידואלי לבין אקט כללי ולשלול לחלוטין זכויות דינאיות כשמדובר באקטים מינהליים כלליים. אני נוטה לדעה התומכת במתן זכות שמיעה לציבור הניתן לזיהוי, העשוי להיפגע מהתקנות. אני מציע, שכאשר תקנות פוגעות בציבור הניתן לזיהוי מראש מן הדין שהשרד המתקין את התקנות יודיע לאותו ציבור על סיוטת התקנות ויזמין את נציגיו להעיד את הערותיהם בעל-פה או בכתב. הוראה כזו מצויה בחוק הפרוצדורה המינהלית האמריקני ¹⁰⁶. אינני סבור ששאלה זו צריכה להיות מוסדרת בסידור מעשי מכוח הנחיות היועץ-המשפטי לממשלה. האכסגיה הראויה להסדרתה היא הוראת חוק. אם מבחינת מדיניות חקיקתית תיקבע הוראה זו

99 בג"צ 289/79 רשות הגמלים נ' ביהודי הארצי לעבודה, פד"י לד (1) 141.

100 בג"צ 654/78 גיינגולד נ' ביהודי הארצי לעבודה, פד"י לה (2) 649.

101 בג"צ 169/74 חייק נ' ביהודי למשמעת של המשטרה, פד"י כח (2) 250.

102 בג"צ 319/58 ברמן נ' שרי-הפנים, פד"י יב 1493.

103 ראה בעניין זה הלכה הסוטה במקצת מכיוון זה לטובת האזרחים המושפעים מהחלטת הרשות: בג"צ 272/79 שאבו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פד"י לד (3) 1, 6-8. ראה המלצתו התקיפה של מ"מ נשיא השופט שמגר בפרשת לוביאנסקי להגינו בהוראת חוק חובת שמיעה לפני הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור; חובה זו תחול אף כשמדובר במספר גדול של נפגעים. כך, למשל, הפקעת קרקע מ-3500 בעלים כפי שהיה בעניין לוביאנסקי אינה מקרה לפטור משמיעה אלא להגנת שמיעה בדרך כזו שתביא בחשבון את מספר הנפגעים. ראה בג"צ 307/82 לוביאנסקי נ' שרי-הארצות, פד"י לו (2) 141, 150.

104 בג"צ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יחיד ועדת-החקירה, פד"י כג (1) 324.

105 ראה לעיל, פרק ב, פסקה 2; והשווה: א' ברק, "פיקוח בתי-המשפט על חקיקת משנה" המרקליט כא (חשכ"ז) 463.

S. 4 of the Administrative Procedure Act 1946, 5 USC § 553 106

בחוק המסדיר התקנת תקנות – אין בכך כל רע. אולם חוק סדרי המינהל נראה בעינינו אכסניה מתאימה להסדרת נושא זה.

6. קביעת עובדות והערכתן

פרק ט של החוק המוצע עוסק בקביעת עובדות והערכתן על-ידי עובד-הציבור לצורך קבלת החלטות הכותרת המוצעת בחוק היא בירור, אנו מציעים שהפרק ייקרא "קביעת עובדות והערכתן". אין דעתנו נחה מהחזרות היתירה ומשיקול-הדעת הרחב שהחוק המוצע מעניק לעובד-ציבור באשר לתהליך קביעת העובדות והערכת משקלן הראייתי. סעיף 35 (א) קובע, כי "עובד-הציבור יברר, לפי מיטב שיפוטו, עובדות שבירורן דרוש למתן ההחלטה". הדין הקיים בישראל, כפי שהתגבש בסדרה ארוכה של פסקי-דין, אינו משאיר זאת למיטב שיפוטו של עובד-הציבור אלא מטיל עליו חובה לנהוג בזהירות רבה בקביעת העובדות, לקיים חקירה יסודית לשם בירורן ולהימנע מהסקת מסקנות על-סמך שמרעות או הנחות בלתי-בדוקות והשערות שלא אומתו¹⁰⁷. מן הדין שתהליך קביעת העובדות ואמות-המידה הצריכות להנחות את עובד-הציבור בתהליך זה לא ישארו למיטב שיפוטו של עובד-הציבור, אלא ייקבעו בחוק ברור הדין שגובש בפסיקה, כאמור.

הוא-הדין לגבי הערכת משקלן הראייתי של העובדות. החוק המוצע (סעיף 39) נוקט שוב גישה של השארת הנושא להבנתו של עובד-הציבור. הסעיף קובע, כי "ערכו של חומר הראיות הוא עניין להחלטת עובד-הציבור, לפי הבנתו העניינית והסביבה". גם בסוגיא זו ייטיב המחוקק לקבוע מבחן אובייקטיבי המבוסס על מבחן האנשים האח-ראים הפועלים בענין רציני שגובש בפסיקה¹⁰⁸. כמו-כן, מן הדין שהחוק יתייחס בנפרד להליכים פורמליים הכוללים גביית ראיות ושמיעת עדים על-ידי הרשות המי-נלית. בהליכים כאלה יש לקבוע מבחנים קפדניים יותר¹⁰⁹.

7. זכות העיון

אנו מציעים, כי אדם יהא זכאי לעיון אם הדבר דרוש לשם שמירה על עניינו או מימוש עניין שיש לו בנשוא המסמכים שאותם הוא מבקש לראות. על-כן אין דעתנו נחה מהדרישה לקיומו של "אינטרס חוקי" כבסיס לקביעת זכאות לעיון בתיקי המינהל, כמוצע בסעיף 28(א) לחוק המוצע. הפסיקה העניקה זכות עיון למי שיש לו "עניין לגיטימי"¹¹⁰, אין אנו מציעים שימוש במונח "לגיטימי", אלא להשאיר לבתי-המשפט

107 בג"צ 71/49 קוסינבסקי נ' הסכמה על מחוז ירושלים, פד"י ד 815, 825; בג"צ 1/49 בזרנו נ' שרי-המשפחה, פד"י ב 80; וראה פסיקה נוספת, ש' שטרית, דיני המינהל והציבור (אקדמון, משה גל ויצחק כהן עורכים, תשל"ח) כרך ב 59–62.

108 עש"מ 1/66 פסקל נ' הועץ המשפטי, פד"י כ (3) 71.

109 ראה לעיל, הערה 50 הקטע התואם בטקסט.

110 בג"צ 142/70 שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, פד"י כה (1) 328, 336 (דברי השופט לנדור).

את הגדרת טיב העניין שיזכה את בעליו בזכות עיון. המונח "אינטרס חוקי" הוא מונח מצמצם, ועל-כן אין לעשות בו שימוש.

אנו מציעים להוציא את הביטוי "לפי מיטב שיפוטו" מלשון הוראת סעיף 28 (ב) המסדיר את הסייגים לזכות העיון. הביטוי הזה מדגיש את שיקול-הדעת הסובייקטיבי, ומוטב להימנע מהדגשה כזו ולנקוט לשון של מבחנים אובייקטיביים. הסייגים עצמם מנוסחים באותו סעיף תוך שימוש במונחים מחדשים. המונח "טובת המדינה" אינו מוכר בחקיקה אחרת. רצוי להשתמש במונחים שחקיקה אחרת כבר השתמשה בהם וכו לפירוש פסיקתי.¹¹¹ במקום "טובת המדינה" רצוי לסייג את זכות העיון במניעת פגיעה באחד מאלה: בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה¹¹², בסדר הציבורי או בעניין ציבורי חיוני אחר.

אם בבחירת הביטוי "טובת המדינה" היתה כוונה לסטות מההסדרים האחרים, דהיינו: להגמיש את העילות שבגינן מותר לסייג את זכות העיון — הרי שיש להצטער על כך. הביטוי "טובת המדינה" רחב מאוד ואינו מוגדר. יש בו, מצד אחד, הרחבה יתירה של הפטור מחובת מתן זכות העיון, ומצד שני יש בו יסוד של חוסר-הדאות לגבי מובנו. על-כן עדיפה בעינינו הגישה הדוגלת בקביעת סייגים מצומצמים יותר, שינוסחו במינוח זהה לזה הקיים בחקיקה אחרת כפי שהצענו, דהיינו: מניעת הפגיעה בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בסדר הציבורי או בעניין ציבורי חיוני אחר.

אין בחוק המוצע התייחסות לשאלת הסנקציה על אי-גילוי זכות עיון או שלילתה, במקום שהיא קנויה לאזרח. קיימות אפשרויות אחדות בהקשר זה: האחת — שלילת זכותו של המינהל להשתמש בחומר שלא גילה לאזרח אשר יש לו עניין בחומר כפי שנקבע לגבי הליך פלילי על-פי סעיף 77 לחוק סדר-הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982. אפשרות אחרת היא פסילת ההחלטה כליל, אם אי-הגלוי גרם לעיוות הדין.¹¹³ ייתכן שהמקום הראוי לדון בתוצאותיה של הפרת זכות העיון הוא במסגרת הדין בפגמים בהליך ובתוצאותיהם, שעל-פי הצעתנו יידון בפרק גפרד. אולם ברור, כי מן הדין להתייחס לשאלה זו כדי להבטיח הגשמה ראויה של זכות העיון על-ידי סנקציות יעילות כנגד הפרת זכות זו.

אנו מציעים כי תאומץ האפשרות השנייה, דהיינו: פסילה מוחלטת של ההחלטה אם אי-הגילוי גרם לעיוות דין.

מבחינת המבנה אנו מציעים, שזכות העיון תוצא מפרק 1: פתיחת הליכים, ותוסדר בפרק גפרד שיבוא לאחר הפרק העוסק בזכות השמיעה שגם לו אני מציע לייחד פרק גפרד כדי להדגיש את חשיבותו. בעיני עדיף לדון בגפרד בזכות השמיעה ובזכות העיון.

111 הביטויים "בטחון המדינה", ו"יחסי החוץ שלה" מופיעים בפקודת הראיות (נוסח חדש) והפסיקה שדנה בסוגיא זו עשויה ליתן קווי-הנחיה בפירוש המונחים בחוק סדרי המינהל, אם כי ברור שבכל חוק מתפרשים המונחים בהקשרם הספציפי. לעניין פרשנות מונחים אלה בהקשר של דיני הראיות ראה אליות הרנון, דיני הראיות (חלק שני), עמ' 71-86. וכן ראה סעיף 38 לחוק בתי-המשפט וניתוחו, שם, עמ' 86-87. השיקולים לשמירת "סדר ציבורי" נבחנו בפסיקה בהקשר לשיקול-הדעת לסרב לפניית למתן רשיון להפגנות. בג"צ 148/79 סער נ' שרי-הפנים, פד"י לד' (2) 169.

112 ראה סעיף 1(49) לחוק המוצע, המשתמש במונחים אלו עצמם.

113 ראה ע"פ 79/73 לביא נ' מיינת ישראל, פד"י כח (2) 505.

8. החלטות, הנמקות ופניות

ישנם מצבים, שלאורה יש עניין בסיומו של הליך שנפתח על-ידי המינהל בקשר אליו. על-כן, מן הדין שסעיף 41 לחוק המוצע ינוסח בצורה נחרצת יותר לגבי חובתו של עובד-הציבור לסיים את הברור במהירות הראויה, וחובתו ליתן החלטה בתום הברור.¹¹⁴ יש לברך על הבהרת סוגיית הנמקה בכמה נקודות שעל-פי החוק הקיים הדין לא היה ברור או לא הניח את הדעת. ההצעה (סעיף 47) קובעת במפורש את חובתו של עובד-הציבור לפרט את הנמקתו,¹¹⁵ ומדגישה את חובתו לפרט את הנמקתו כאשר הפעיל את שיקול-דעתו. החוק המוצע קובע במפורש את חובת הנמקה גם במקרה של סירוב חלקי (סעיף 47 (א)) — דבר שלא היה ברור בדין הקיים.¹¹⁶

לא ברור מן ההצעה אם פנייה בעל-פה הגוררת החלטה תחייב אף היא הנמקה. סעיף 22 לחוק המוצע מאפשר פנייה בעל-פה, אם אין היא קשורה לתחילת מועד או למהלכו. מכיוון שעל-פי סעיף 42 (א) ייקבע מועד של שלושה חודשים למתן החלטה, כנראה שהליך של פנייה בעל-פה אינו מוגבל במיגבלות הזמן של מתן החלטה, וייתכנו מצבים שבמקרה של פנייה בעל-פה עובד-הציבור יסרב להחליט בטענה שאינו חייב לפתוח בהליך ועל-כן אינו חייב להחליט ולנמק.¹¹⁷ לדעתנו, יש להגמיש את דרישת הכתב המופיעה בסעיף 22 לחוק המוצע. החברה בישראל היא חברה הטרוגנית הקולטת עליה וחלק גדול מתושביה אינם שולטים היטב בשפה העברית. רצוי אפוא שלא להקשות על הציבור בפניות למינהל, ולאפשר לו לפנות בעל-פה גם כאשר מדובר בפנייה הקשורה לתחילת מועד או למהלכו. הפתרון החליפי לדרישת הכתב יכול להימצא בתרשומת של עובד-הציבור על פניות בעל-פה של אזרחים. כאשר למבנה מוצע שפרק י: החלטות, יחולק לשני חלקים: האחד — החלטות ומועדיהן, והשני — הנמקות. חובת מתן החלטה והחובה לתיתה במועד מוגבל היא סוגיא נפרדת מחובת הנמקת החלטה ומן הראוי להפריד בין הדבקים.

114 לעניות דעתי, אין להסתפק בעניין זה כעוראה הכללית של חוק הפרשנות, תשמ"א—1981 (סעיף 11), בדבר חובתו של עובד-הציבור להפעיל סמכות תוך זמן סביר. חוק סדרי המינהל צריך להתייחס לסוגיא זו בנפרד תוך הדגשת המהירות שבה צריך עובד-הציבור לתת את החלטתו. במקרה זה יש להדגשת המהירות ושיבות גם במישור חינוך המינהל לרמת התנהגות נאותה.

115 ראה שפירא (לעיל, הערה 110), בפסק-דינו של השופט קיסטר.

116 ראה ש' שטרית, דיני המינהל הציבורי (לעיל, הערה 107), עמ' 75.

117 סעיף 42(א) משאיר מקום לספקות בעניין מועד תחילתה של תקופת שלושת החודשים. הסעיף קובע, כי "עובד-הציבור יחליט בהקדם בעניין הפנייה ויודיע לפונה את החלטתו מיד לאחר קבלתה". אחר-כך מוסיף הסעיף וקובע "אך לא יאוחר מתום שלושה חודשים מיום קבלתה". האם קבלתה מתייחס לפנייה, והיינו: שהחלטה צריכה להימסר לאזרח תוך שלושה חודשים מיום קבלת הפנייה של האזרח על-ידי עובד-הציבור, או שהמלה "קבלתה" מתייחסת להחלטה של עובד-הציבור, והיינו: שמהלך הזמן מתחיל מיום קבלת החלטה. נראה לנו שהפירוש הראשון, שהמלה "קבלתה" מתייחסת לפנייה הוא הגיוני יותר; שכן אין כל היגיון לאפשר לעובד-הציבור להשהות את מסירת החלטה לאזרח שלושה חודשים מיום שנתקבלה תכונה היא להגביל את מועד החלטה ל-3 חודשים מיום שהפנייה נתקבלה.

ה. תוצאות פגמים בהליך

החוק המוצע מחלק את תוצאות הפגמים בהליך לפי החלוקה הדואלית. החוק וזלך בעקבות ההבחנה בין פגמים, הגוררים אחריהם פסלות מסוג בטלות מדעיקרא, ופגמים אחרים הגוררים פסלות מסוג הגיתן לביטול (נפסדות) ¹¹⁸.

החלוקה הדואלית של תוצאות פגמים בהליך — בטלות מהחלטת ונפסדות — משקפת את הדין הפסיקטי בישראל לפני ההתפתחות הפסיקטית ¹¹⁹ שתחילתה בפסק-הדין דרעי ¹²⁰ וגיבושה בפסק-הדין גרינשטיין ¹²¹ ובפסק-הדין בפרשת שפירא ¹²². והתפתחות הפסיקטית הזו הביאה לכך, שבמקום החלוקה הדואלית מקובל כיום בפסיקה המיון המשולש של תוצאות פגמים בהליך: נוסף על שתי קטיגוריות של הבטלות המוחלטת והנפסדות, נקבעה קטיגוריה שלישית — הבטלות היחסית.

לא כאן המקום לנתח את פרטי ההתפתחות הפסיקטית שהביאה להנהגת המיון המ- שולש, או לפרט את ההבדלים שבין הבטלות היחסית ובין הבטלות המוחלטת והנפסדות, מצד שני ¹²³. במקום אחר דנו בפירוט בסוגיות אלה.

118 סעיף 52 המוצע קובע, כי החלטה שאינה בטלה מדעיקרא תעמוד בתוקפה כל עוד לא בוטלה כדין או לא התבטלה מכוח תוצאה מפורשת עקב הזמן או נסיבות אחרות, או כל עוד לא הושג או לא נתמצה יעדה במלואו. סעיף 53 המוצע קובע, כי החלטה שעובד-הציבור לא היה מוסמך לקבלה או שחרג מסמכותו בקבלתה, וכן החלטה שנתקבלה תוך הפרת סדרי-דין שדינה כדין חוסר-סמכות או חריגה מסמכות — בטלה מעיקרא. סעיף 59 קובע, כי סדרי-דין שנעקבו בחוק זה או על-פיו, סטיה קלה מהם שאין בה כדי לפגוע בעיקר אינה פוסלת את ההליך.

119 ע"א 183/69 עיריית פיית נ' פזון, פד"י כג (3) 398, וראה ניתוח הסוגיא ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ו) 42, 53.

120 חוות-דעתו של השופט יצחק כהן בג"צ 598/77 דרעי נ' ועדת-השחרורים, פד"י לב (3) 161.

121 בג"צ 118/80 גרינשטיין נ' פציר, פד"י לה (1) 239.

122 ע"פ 768/80 פד"י לו (1) 337. ד"ב 12/81 פד"י לו (3) 645.

123 פירוט ההבדלים בין שלוש הקטיגוריות תלוי בחמישה מרכיבים: (א) שיקול-הדעת להכשיר את ההליך; (ב) המעמד לתקוף את ההליך; (ג) צורת התקיפה; (ד) עיתוי הפסלות; (ה) אפשרות ביקורת שיפוטית במקרה של מגבלה תחיקתית. בהליך הפסול בבטלות מוחלטת: (א) אין לבית-המשפט שיקול-דעת להכשיר את ההליך; (ב) לכולי עלמא יש מעמד לתקוף ההליך; (ג) ניתן לתקוף את ההליך הן בתקיפה ישירה הן בתקיפה עקיפה; (ד) הבטלות היא למפרע מרגע יצירת ההליך; (ה) יש אפשרות לביקורת שיפוטית אף כאשר קיימת מגבלה תחיקתית. בהליך הפסול בנפסדות: (א) יש שיקול-דעת לבית-המשפט לפסול את ההליך או להכשירו לפי מערכת שיקולים ידועה (אם הפגם לא חמור ולא נגרם עיוות דין); (ב) רק למי שנפגע יש מעמד לתקוף את ההליך; (ג) ההתקפה צריכה להיות בהתקפה ישירה; (ד) עיתוי הפסלות ההליך בטל מכאן ולהבא מעת הביטול; (ה) אין אפשרות לביקורת שיפוטית במקרה של מגבלה תחיקתית. בהליך הפסול בבטלות יחסית: (א) יש לבית-המשפט שיקול-דעת ורשאי הוא להכשיר את ההליך על-אף הפגם לפי מערכת שיקולים ידועה (אם הפגם לא-חמור ואם לא נגרם עיוות דין); (ב) רק למי שנפגע יש מעמד לתקוף את ההליך; (ג) רשאי הוא לתקוף את ההליך גם בתקיפה עקיפה; (ד) עיתוי הפסלות יכול להיות למפרע מרגע יצירתו של ההליך, אך כנראה שאין הדבר הכרחי; (ה) יש אפשרות, כנראה, לביקורת שיפוטית גם במקרה של מגבלה תחיקתית. ניתוח ההבדלים מבוסס בין השאר, על פסק-הדין גרינשטיין (לעיל, הערה 121) ופסק-

לענייננו, די אם נציין כי הפרת עיקרי הצדק הטבעי מוינה בקטיגוריה של הבטלות היחסית וחריגה מסמכות פונקציונלית מוינה בקטיגוריה של הבטלות המוחלטת — בניגוד להלכה הקודמת שמיינה את הפרת עיקרי הצדק הטבעי בקטיגוריה של בטלות מוחלטת.

ייתכן שניסוח הצעת החוק אינו עומד בסתירה להתפתחות הפסיקתית, משום שאין החוק המוצע קובע הגדרה מדויקת של החלטה בטלה מדעיקרא והחלטה שאינה בטלה מדעיקרא, והפסיקה יכולה לפרש את הוראות החוק המוצע לאור המיון המשולש. אולם עדיף לנסח את הוראות החוק המוצע לאחר בדיקת ההתפתחות הפסיקתית ובחירת ההסדר הרצוי יותר.

יש לציין כי הדין הפסיקתי — כפי שהשופטים עצמם מציינים בגלוי¹²⁴ — הוא סבוך, לא בהיר ולא חד-משמעי, ואולי זוהי ההזדמנות של המחוקק ליתן תשובה חד-משמעית לבעיה זו על-ידי קביעת הסדר מנחה שיבהיר את הדינים בסוגיא זו.

אני נוטה לדעה, שמשעה שפגם הממוין כגורר אחריו בטלות יחסית נקבע כפגם חמור, ואין מקום להכשיר את זהליך הפגום בפגם כזה, אזי התוצאות החלות בבטלות מוחלטת יחולו גם על הליך פגום הממוין בקטיגוריה של בטלות יחסית.

1. סוף דבר

הערך המכריע בגיבוש סדרי הדין המינהלי צריך להיות ערך ההגיונות. מובן, ששיקולי יעילות צריכים להישקל בכובד-ראש בעיצוב סדרי המינהל, אולם בתחום האפור, כאשר אין שיקולי היעילות מכריעים בבירור את הכף, יש להעדיף את ערך ההגיונות. כפי שצוין¹²⁵, הדבר דרוש לריסון גטיות השררה והנוקשות של המינהל הביורוקרטי ולחינוך המינהל לרמת התנהגות גבוהה יותר. הדגשתם של שיקולי ההגיונות בעיצוב סדרי הדין דרושה גם מהטעם שהביקורת השיפוטית המהותית מצומצמת בהיקפה, והפיקוח הדיני משמש מכשיר מרכזי ומכריע לביקורת על המינהל.

על-פי הגישה שהוצגה בחיבור זה, מן הראוי לנקוט גישה מרחיבה בשאלת היקף תחולתם של עיקרי ההגיונות בדין המינהלי. כללי היסוד של ההגיונות צריכים לחול על רשויות המינהל אף אם אינן פועלות במילוי תפקיד ציבורי על-פי דין. יש לקבוע, כי החובה לפעול בהגיונות בשוויון וללא משוא-פנים חלה על הרשות המינהלית בכל פעמי-לוחית. סדרי הדין המינהלי הקבועים בחוק, שאינם נכנסים לגדר כללי יסוד אלו, חלים רק על מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין¹²⁶.

הדין בפרשת שפירא (לעיל, הערה 122) בצירוף פסיקה קודמת (ראה ש' שטרית, לעיל, הערה 119) ופסיקה נוספת מן הזמן האחרון, כגון צ"פ 313/79 דדה ג' פיינת ישראל, פד"י לד (2) 57, יש להדגיש, כי הדין שהצגנו לעיל לגבי תוצאות הבטלות היחסית איננו תמיד חד-משמעי ולעתים הוא משקף את דעת הרוב לעומת דעת מיעוט שגרסה אחרת.

124 ראה צ"פ 768/80 שפירא (לעיל, הערה 122), צמ' 357 (דברי הנשיא כהן) ועמ' 370 (דברי השופט ברק).

125 ראה לעיל, עמ' 370—372.

126 לעיל, עמ' 378—380.

הסדרים המגובשים בהצעת החוק בכמה נושאים טעונים השלמה, הבהרה, או שיקול נוסף בטרם יגובשו סופית ויובאו בפני הכנסת. בכלל זה יש להזכיר את הסוגיא של תוצאות פגמים בהליך המינהלי¹²⁷, הגדרת מהות הזכות המוגנת¹²⁸ וההתנאה על החוק¹²⁹. כן רצוי לקבוע במפורש, כי אין לשלול את עיקרי הצדק הטבעי אלא בהוראה חקיקתית מפורשת¹³⁰ ולהכליל בחוק המוצע הוראה מפורשת שתנחה את עובדי-הציבור בקביעת ראיות הערכתן¹³¹. כמו-כן יש להשלים את ההסדר המוצע בחוק בנושא זכות השמיעה¹³².

סוגיא נוספת הראויה לעיון נוסף טרם גיבוש סופי של החוק המוצע, היא סוגיית התקנת תקנות. כפי שהוצע, עיקרי הצדק הטבעי יחולו על התקנת תקנות בנסיבות מסוימות, ותקנות לא יוכלו לסתור את עיקרי הצדק הטבעי¹³³.

לשון החוק המוצע והמונחים הנקוטים בו מן הדין שתביא בחשבון חקיקה אחרת המתייחסת לאותו ענין, כדי להבטיח הרמוניה רעיונית ופרשנית וכדי למנוע דיונים משפטיים לקביעת פרשנות המונחים החדשים שמובנם והיקפם טרם הובררו כראוי בעיצוב החוק¹³⁴. מן הראוי לשקול להסדיר בתקנות עניינים שלפי מהותם הם הסדרים טכניים או פירוט של עיקרון ברור¹³⁵. שיקול חשוב שחייב לעמוד לנגד עיניהם של מנסחי ההצעה הוא עמדת הפסיקה בנושא. על מנסחי החוק להיזהר מניסוחים נוקשים אשר עלולים להקפיא התפתחויות חיוביות בדין הפסיקתי ומקביעת הסדרים נוקשים, שיכבדו ללא-נשוא על התאמת הדין לשינויים בנסיבות או על עשיית צדק במקרים אינדיבידואליים.

אם המחוקק יביא בחשבון שיקולים אלו ואחרים שהוצגו בחיבור זה, הרי שחקיקת חוק סדרי המינהל תהווה תרומה חיובית שיש לברך עליה. עיגון בחוק של סדרי המינהל, שעד עתה הוסדרו בעיקרו של דבר בדין הפסיקתי, יקל על ציבור עורכי-הדין ורשויות המינהל להתמצא בכללי הדיון החלים על הליכים מינהליים, שכיום רק יודעי-סוד בקיאים ומצויים בהם.

127 לעיל, עמ' 397—398.

128 לעיל, עמ' 383—385.

129 לעיל, עמ' 382—383.

130 לעיל, עמ' 386.

131 לעיל, עמ' 394.

132 לעיל, עמ' 391—392.

133 לעיל, עמ' 385—386.

134 לעיל, עמ' 373—374.

135 לעיל, עמ' 374—376.