

תזכיר חוק – סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-

2014

א. שם החוק המוצע

הצעת חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד - 2014.

ב. מטרת החוק המוצע והצורך בו

עד היום, הסדירה החקיקה הישראלית את הרוב המכריע של תחומי המשפט; כך, למשל, הוסדרו המשפט האזרחי והפלילי בהרחבה ובפירוט, בין בחקיקה ישראלית מקורית ובין בחקיקה המבוססת על חקיקה מנדטורית. גם המשפט החוקתי זכה להסדרה, בעיקר לגבי מוסדות המדינה, ובאופן חלקי גם לגבי זכויות היסוד של האדם, וטרם הושלם חוק-יסוד: החקיקה. לעומת תחומי משפט אלו, עדיין לא זכה המשפט המינהלי להסדרה כוללת בחוק. חלקים ניכרים ממנו הם פרי פסיקתו של בית המשפט העליון, במעין משפט מקובל נוסח ישראל. נושאים מסוימים בתחום המשפט המינהלי הוסדרו בהנחיות ובחוות דעת שהוציא היועץ המשפטי לממשלה ובהנחיות פנימיות של משרדי הממשלה השונים. ברם, רובם המכריע של עקרונות המשפט המינהלי הכלליים עוצבו בפסיקה.

חלק מהסוגיות הכלליות של המשפט המינהלי עוגנו במשך השנים בחקיקה - לדוגמה: החוק לתיקון סדרי מינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958; חוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (סעיפים 20-11 לחוק); חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992; חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998; חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000; חוק-יסוד: הממשלה, סעיפים 33(ב) ו-34(ג) (אצילת סמכויות משר לעובד ציבור, ונטילת סמכויות על ידי שר מעובד ציבור); סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (תמיכות במוסדות ציבור), וכיו"ב.

בנוסף לחקיקה הכללית המעטה בתחום המשפט המינהלי שצוינה לעיל, המדיניות העיקרית של המחוקק הישראלי היתה להסדיר סוגיות שונות מתחום המשפט המינהלי, אגב הקמת והסדרת פעולתן של רשויות ציבוריות; הוראות מתחום המשפט המינהלי ניתן למצוא בחקיקת השלטון המקומי, בתחומי תכנון ובניה, איכות הסביבה, התקשורת, הקמת תאגידים סטוטוריים ועוד. כולם דינים המסדירים, למעשה, את פעולת המינהל הציבורי על זרועותיו השונות, בין אם מדובר במדינה, ובין אם מדובר בתאגידים וגופים שהוקמו בחקיקה.

ברם, סוגיות כלליות חשובות נוספות שבהן עוסק המשפט המינהלי לא זכו עד היום להסדרה חוקית מקיפה, זולת הסדרה נקודתית (אם בכלל) בחיקוקים שונים. בין סוגיות אלו כלולים נושאים חשובים, כגון: זכות הטיעון; אופן קבלת החלטות ואופן החזרה מהן; חובות פרסום; איסור הימצאות במצב של ניגוד עניינים וכד'.

מפעל היצירה של המשפט המינהלי על ידי בתי המשפט בישראל, ובראשם בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, באלפי פסקי דין, הוא מפעל מרשים ביותר. הדין המהותי שנוצר בתחום זה הוא מפותח ומשוכלל. ואולם, מטבעה של הפסיקה שיש בה מגוון דעות, ואין בה הסדר כולל ואחיד הזמין לציבור הרחב. כתוצאה מכך, יש קושי לדעת מהי ההלכה המחייבת ללא מחקר מעמיק בפסיקה או קריאה בספרות מקצועית, שאינה נגישה לכל. לכן, ההלכה הפסוקה נגישה בעיקר למשפטנים. גם להם יש צורך בהשקעת משאבים רבה כדי לדעת באופן ודאי מהו הדין בסוגיה מסוימת בתחום המשפט המינהלי. השקעת משאבים זו באה, במקרים רבים, על חשבון איכות הידע במשפט מינהלי של עובדי הציבור, לקוחותיהם של עורכי הדין, ועל חשבון זמנם השיפוטי של השופטים הנדרשים לצטט באריכות פסקי דין בכדי להבהיר מהו הדין. בנוסף, כאשר אין בידי העוסקים בנושא היכולת להשקיע את המשאבים הנדרשים, עלולות להיווצר תקלות הנובעות מאי-ידיעת הדין.

לעומת זאת, להסדרה חוקית של הסוגיה יש יתרונות רבים, ובהם ידובר להלן.

מטרת הצעת חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, היא לעגן את העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי בחקיקה. הצעת החוק כוללת הן את העקרונות המהותיים שאמורים להנחות את פעולת הרשות המינהלית, והן עקרונות וכללים פרוצדוראליים לעבודתה.

גיבוש קודיפיקציה של המשפט המינהלי אינו רעיון חדש; עוד בשנת 1982 ניסח פרופ' קלינגהופר המנוח הצעת חוק בעניין, על פי הזמנת משרד המשפטים ובסיועו.¹ ברם, יוזמה זו לא יצאה אל הפועל ולא הפכה לחוק. גם בכתבה האקדמית היתה התייחסות לנושא הקודיפיקציה במאמריהם של פרופ' יצחק זמיר, "לקראת חוק סדרי המינהל-הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות",² ושל פרופ' אריאל בנדור, "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המינהלי".³

מדינות רבות בעולם הסדירו את פעילות המינהל הציבורי בחקיקה. חקיקה כזו קיימת, למשל, בארה"ב, קנדה, דרום אפריקה, גרמניה, אוסטריה, נורבגיה, יפן, איסלנד, הולנד ושבדיה. בחוקים בנושא מצויות הוראות המתוות את זכויות הצדדים להליך המינהלי ואת חובות הרשות הנגזרות מהן. כך, למשל, כלולות באותם חוקים הוראות בדבר זכות השימוע, זכות הייצוג וההיוועצות והזכות להליך הוגן, ומנגד - חובות הרשות כגון: חופש המידע ופומביות הדיון, חובת ההנמקה והחובה לפעול מתוך עצמאות שיקול הדעת ובלא משוא פנים. בין היתר, כוללים החוקים הוראות בנוגע לקבלת החלטות מינהליות והנחיות מינהליות, כשירות הצדדים להליך המינהלי, קבלת ייעוץ ואינפורמציה, ראיות, עדויות ושמיעת מומחים, וכן הוראות בדבר נקיטת סנקציות מינהליות בעניין אי ציות להנחיות או להחלטות מינהליות. הוראות נוספות עוסקות בתוצאות הפגמים בהליך המינהלי ובפרוצדורה של הביקורת המינהלית והשיפוטית על פעולת המינהל, והסעדים הניתנים בהן.

¹ הצעת החוק פורסמה בכתב העת משפטים: "י"ה קלינגהופר "הצעת חוק סדרי המינהל" משפטים יב 348 (1982); מאמר ביקורת על ההצעה נכתב בידי שמעון שטרית "על הצעת חוק סדרי המינהל" משפטים יד 367 (1984).

² יצחק זמיר "לקראת חוק הסדרי המינהל - הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות" משפטים יב 334 (1982) (להלן: זמיר "לקראת חוק הסדרי המינהל").

³ אריאל בנדור "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המינהלי" מחקרי משפט ט 155 (1992) (להלן: בנדור "בעיות בקודיפיקציה").

נוכח התרחבות המנגנון הביורוקרטי וההשפעה הגוברת והולכת של המדינה המודרנית על חייו של הפרט,⁴ יש לעיגונה בחוק של קודיפיקציה מינהלית המסדירה את פעולת השלטון חשיבות רבה ליצירת מינהל תקין ויעיל ולשמירתן של זכויות האדם. היזקות הפרט להחלטת הרשויות המינהליות שכיחה בהרבה מהיזקות לבתי המשפט. עיגון המשפט המינהלי בחוק יביא להגברת המודעות של הרשויות ושל הציבור לעקרונות המינהל התקין, דבר שיתרום לוודאות, להגברת השוויון והאחידות בהחלטות, לשמירה על זכויות הפרט, לתקינות פעולת השלטון ולנגישות טובה יותר של האזרח לרשויות.

כאמור, הוראות חוק רבות מאוד העוסקות בפעולת המינהל הציבורי על זרועותיו השונות פזורות בספר החוקים, אולם כיום אין אחידות בין ההסדרים החקוקים השונים.⁵ קודיפיקציה של המשפט המינהלי עשויה להביא ליתר אחידות בתחומים עקרוניים הנוגעים לפעולת המינהל, באמצעות קביעת הסדר שיורי, אשר ייתן מענה לעניינים שונים שלא הוסדרו בחקיקה, יסייע בפישוט חקיקה עתידית, ויקל על פירושה של חקיקה הקיימת כיום. פרופ' דפנה ברק-ארוז בספרה מצאה בהסדרים החלקיים הקיימים כיום פגם נוסף:

"החקיקה הבלתי סדורה היא בעייתית מכמה בחינות. נוסף לכך שחוק מקיף דרוש מבחינת היעדים של אחידות ושקיפות במשפט, ההסדרים החקיקתיים החלקיים היוו, בפועל, גורם מעכב להתפתחותו של המשפט המינהלי – הן בשל כך שיצרו מראית עין של הסדר והן משום שבתחומים אשר בהם קיים חוק נוטה הפסיקה פחות לפיתוח של כללים חדשים"⁶

השפיטה בתחום המינהלי מתקיימת במגוון ערכאות – בבג"ץ, בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, בבית משפט השלום בנושאים מסוימים ובכ-200 בתי דין מינהליים וועדות ערר. חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים הגבירה את ביזור השפיטה בתחום המינהלי. ריבוי הערכאות המינהליות מחدد את הצורך בקיומו של קודקס מינהלי, אשר יגביר את האחידות בפסיקה בין בתי המשפט והשופטים השונים, ואת הנגישות של הנורמות המינהליות לשופטים, פרקליטים וציבור המתדיינים. בעקבות זאת יש לקוות, כי יגבר אמון הציבור ברשויות. כיום, בהעדר עיגון חקיקתי, נדרשים עורך הדין, השופט, עובד הרשות המינהלית, הסטודנט למשפטים או האזרח, בבואם לאתר כללים מינהליים, לסקור פסיקה רבה. לעתים עליהם ליישב בין פסקי דין סותרים, ולברר האם הלכת פסק דין פלוני עודה בתוקף, או שמא שונתה בהלכה מאוחרת יותר. לשם כך נדרשת השקעת משאבים מרובים. עיגון המשפט המינהלי בחוק לא ייתר כמובן את ההזדקקות להלכה הפסוקה, אולם הוא יפשט ויבהיר את הכללים ויגביר את הנגישות אליהם.

עיגון המשפט המינהלי בחקיקה יביא גם להשבחת הדין המינהלי. למחוקק יתרון ביכולתו להביט בתמונה המלאה ולקבוע נורמות כלליות, בעוד שבית המשפט דן במקרים הפרטניים הבאים לפניו, דבר המביא להתפתחות בלתי שיטתית של המשפט המינהלי. כך כתב בהקשר זה פרופ' אריאל בנדור:

"בחוק ניתן לעגן כללים בעלי אופי קונקרטי יותר מאשר בעקרונות הפסיקה – שכאמור, לעתים קרובות הם בעלי אופי 'עמום' למדי, שכן הפסיקה מתקשה ליצור, מתוך עקרונות

⁴ ראו, למשל: Charles A. Reich, The New Property, 73 YALE L.J. 733 (1964).

⁵ ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ראשון 27 (1986).

⁶ דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 71 (2010) (להלן: ברק-ארוז משפט מינהלי א).

היסוד המנחים אותה חיובים משפטיים קונקרטיים שכוחם יפה אף מעבר לנסיבותיה של התדיינות מסוימת; בקוד יש הסדר שלם ושיטתי, הוא בנוי סעיפים-סעיפים וניסוחו 'נורמטיבי', ואילו ההלכה הפסוקה טמונה באלפים רבים של פסקי דין, אשר לא תמיד הפקת ההלכה מתוכם היא קלה, ואף לא בכל המקרים הם מתיישבים אלה עם אלה"⁷

בנוסף, קודיפיקציה של המשפט המינהלי עשויה להוות הזדמנות לביצוע רפורמות, אם ימצא כי הן נדרשות, בתחומים שונים של המשפט המינהלי.⁸

לצד היתרונות הרבים הגלומים בקודיפיקציה המינהלית, עולים גם חששות מפני מהלך של חקיקה; יש חשש שעיון הכללים 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.

אף שקיים בסיס מסוים לחששות האמורים, ניתן יהיה להתגבר עליהם, ומכל מקום אין בהם כדי להמעט מהצורך בקודיפיקציה המינהלית ומערכה הרב. גם אם כתוצאה מעיון הנורמות בחוק החרות תהיה הקשחה מסוימת של נורמות אלה, תצמח בצדה מידה רבה יותר של ודאות בשאלה מהו הדין החל, ומכאן הגברה של ערך השוויון.

באשר לחשש מפני אובדן הגמישות והיצירתיות בפיתוח המשפט המינהלי, נראה, כי מעצם טיבה של חקיקה מסוג זה והעובדה שהיא דנה רבות באינטרס הציבורי, ניסוח הכללים בחוק המוצע הינו פתוח וגמיש. ניסוח שכזה יאפשר המשך פיתוח המשפט ממקרה למקרה בהלכה הפסוקה, בתוך הגבולות שתשרטטנה הוראות החוק.

אף אם תיתכן פגיעה בצדקת ההחלטה במקרה קונקרטי בודד, הרי ככלל תהא תוצאתה של החלת הנורמות החקוקות סבירה, ולצד זאת, כפי שציין אריאל בנדור במאמרו הנ"ל: "ודאותו ובהירותו של הדין יאפשרו לרשויות המינהל ולציבור האזרחים הנזקקים להן לכלכל את דרכיהם בהתאם להוראות הדין".⁹

אחד העקרונות המנחים של הצעת חוק סדרי המינהל הוא השיוריות. דהיינו, ככלל, אין הצעת החוק מבקשת לעסוק בתחומים שהוסדרו בחקיקה עדכנית ומלאה, כגון: חוק חופש המידע; חוק חובת המכרזים; חוק בתי דין לעניינים מינהליים; חוק בתי משפט לעניינים מינהליים ועוד. כמו כן, אין ההצעה מבקשת לשנות את החקיקה הספציפית הקיימת הנוגעת לפעולת רשויות המינהל הפועלות כיום. מטרתה היא להסדיר את התחומים שאינם מוסדרים בחקיקה, ולרכז בחוק אחד עקרונות חלקיים הפוזורים כיום במספר חוקים תוך עדכונם במידת הצורך על-פי הפסיקה ובהתאם לדברי חקיקה אחרים.

⁷ בנדור "בעיות בקודיפיקציה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 162.

⁸ זמיר "לקראת חוק הסדרי המינהלי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 346; ברק-ארוז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 53.

⁹ בנדור "בעיות בקודיפיקציה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 165.

הצעת החוק אינה עוסקת במספר סוגיות מתחום המשפט המינהלי ובהן: עילות הביקורת השיפוטית על מעשי מינהל, התיישנות של זכויות והחלטות מינהליות, וסוגיית הסעדים המשפטיים (ובכלל זה סנקציות על עובדי ציבור שלא פעלו בהתאם להוראות החוק, פיצויים מינהליים ועיצומים כספיים המוטלים בידי רשויות מינהליות).¹⁰ להערכתנו, נושאים אלה ראויים עדיין להמשך פיתוח וליבון, ויתכן כי בהמשך יהיה מקום לשקול את שילובם בחקיקה המוצעת.

ג. עיקרי החוק המוצע

הצעת החוק המוצעת בזה כוללת את הנושאים שימנו להלן, ונעמוד בפירוט רק על החידושים המשמעותיים ביותר:

א. **פרק א: מטרות החוק** – סעיף 1 מפרט את מטרות החוק, שהן יצירת מערכת כללים אחידה להליך המינהלי שתבטיח קבלת החלטות בהגיונות, במידתיות, בשקיפות, ביעילות ובפשטות; הבטחת חוקיות פעולת המינהל הציבורי, תוך שמירת האיזון בין אינטרס הציבור לבין זכויות הפרט וחיזוק מעמדו של המינהל הציבורי כנאמן הציבור.

ב. **פרק ב: הגדרות** – סעיף 2 מגדיר, בין היתר, את המושגים הוראת מינהל, החלטה מינהלית, הנחיה מינהלית ותקנה. כמו כן, מפורטות הרשויות המינהליות עליהן יחול החוק, הגדרה הכוללת גם הסדר מיוחד לענין גופים דו-מהותיים, בדומה למודל חוק חופש המידע. מוצע שרשות מינהלית תכלול גם גוף אחר הממלא תפקיד ציבורי שהוא גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9 לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958, שנקבע בצו בידי שר המשפטים באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לגבי כל פעילותו של הגוף או לגבי חלק מהפעילות.

ג. **פרק ג: עקרונות יסוד** – סעיפים 3 עד 9 כוללים את עקרונות היסוד עליהם מושתתת ההצעה ובהם: עקרון חוקיות המינהל, אופן מילוי תפקידי הרשות, איסור הפלייה, מידתיות, הצורך בתשתית עובדתית מספקת בטרם קבלת החלטה, טוהר מידות, מינהל תקין וחובת הפעלת שיקול דעת. בין עקרונות היסוד נכלל גם חידוש, המכוון לאדם הפונה לרשות המינהלית, ומחייבו לנהוג בתום לב בפניה לרשות המינהלית.

ד. **פרק ד: איסור ניגוד עניינים** – סעיפים 10-16 מהווים חידוש ומסדירים, בין היתר, את נושא ניגוד העניינים בשל עניין אישי וניגוד העניינים המוסדי במינוי לתפקיד או בכהונה בתפקיד, את הפעולה במצב של כורח, חובת דיווח על הימצאות במצב של ניגוד עניינים, וסייגים לאיסור ניגוד עניינים.

ה. **פרק ה: הנחיות מינהליות** – סעיף 17 מסדיר את סמכות הרשות לקבוע הנחיות מינהליות בעניינים שבתחום סמכותה, ואת הסמכות לסטות מהנחיות מינהליות במקרים המתאימים.

ו. **פרק ו: סמכות** – סעיפים 18 עד 27 עוסקים בסמכויות שונות של הרשות המינהלית. חלק מהוראות פרק זה מבוססות על סעיפים 11-14, 16-20 לחוק הפרשנות תוך עדכונם. הסעיפים כוללים את הסמכות והחובה לפעול במהירות ראויה, הסמכות לקבוע תנאים בהחלטה, הסמכות למנות, הענקת סמכויות עזר, שמירת סמכויות מקבילות, כשרות פעולה שנעשתה בידי גוף של מספר חברים, סמכויות בהשגה בערר ובעיון חוזר; הפרק כולל גם מספר חידושים, כדוגמת סעיף 19(ב) וסעיף 20(ד): לפי סעיף 19(ב) המוצע, תנאים ברישיון לא ייקבעו אם נקבעו תנאים בחוק המקנה את

¹⁰ יחד עם זאת, נזכיר כי הצעת החוק כן מסדירה את תוצאות קבלת החלטה שנתקבלה תוך הפרת הוראות הדין (ראו: פרק ט"ו להצעת החוק – פגם בהחלטה המינהלית ותוצאתו).

הסמכות, אלא אם כן ישנה כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מהחוק. סעיף 20(ד) מעניק סמכות לקבוע דרישות הכשרה. בעקבות אימוצם של הסעיפים שנלקחו מחוק הפרשנות, יימחקו סעיפים אלו מחוק הפרשנות, אולם תתווסף הוראה בחוק הפרשנות לפיה הוראות סעיפים אלו בחוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, יחולו על פרשנות כל דין, אף אם אינו עוסק בפעולה של רשות מינהלית, בשינויים המחוייבים, והכל אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון, ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראות אלה (ראו סעיף 63 להצעה). סעיף 26 מסדיר לראשונה את סמכות האצילה לכלל רשויות המינהל ומבהיר את היקפה של הסמכות והחריגים לה. סעיף 27 עניינו השימוש בסמכות בין נתינת חוק לתחילת תוקפו, ומאמץ את ההסדר הקבוע בסעיף 19 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש].

ז. **פרק ז: פניה לרשות המינהלית** – סעיפים 28 עד 30 להצעה מהווים חידוש, ומסדירים את האופן שבו על אדם לפנות לרשות המינהלית - ככלל, פניה לרשות המינהלית תהיה בכתב (ובכלל זה דואר אלקטרוני¹¹), אלא אם יש נסיבות המצדיקות פנייה בעל-פה; הם מתייחסים לפגמים בצורת הפניה ולהחזרת פניה לפונה בשל אי גילוי העובדות הרלוונטיות, או דחייתה בשל מסירת מידע מטעה או הימנעות ממסירת מידע ביודעין.

ח. **פרק ח: ראיות מינהליות** – סעיף 31 מעגן את העקרונות הבסיסיים לגבי הראיות עליהן רשאית הרשות המינהלית להסתמך לשם קבלת החלטה.

ט. **פרק ט: התייעצות** – סעיף 32 קובע הוראות לעניין האופן בו יש לבצע חובת התייעצות עם גוף אחר, או לקבל המלצה, בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בנושא.

י. **פרק י: חובת השמיעה ומתן זכות העיון** - סעיף 33 קובע את העיקרון של חובת השמיעה המוטלת על הרשות בטרם תקבל החלטה בעניינו של פלוני, והסייגים לה, לרבות שימוע חוזר. סעיף 34 מהווה חידוש בקובעו זכות עיון במידע שבידי הרשות לאדם הרשאי להשמיע טענותיו בפני הרשות, וכן את הסייג לזכות זו, המפנה לסייגים שבסעיף 9 לחוק חופש המידע. סעיף 35 קובע מתן זכות עיון במידע לפני הגשת השגה או ערר בפני גוף מעין שיפוטי שאינו בית משפט או בית דין מינהלי.

יא. **פרק יא: החלטות והנמקות** – סעיף 36 מהווה חידוש בעגנו את עקרון עצמאות שיקול הדעת, לרבות האפשרות לקבל הנחיות מדרג ממונה במקרים מסוימים, והסייגים לכך. סעיף 37 מפרט את הפרטים שצריכה לכלול החלטה מינהלית. סעיף 38 קובע את חובת הרשות להודיע על זכות להגיש השגה, ערר וכד' על החלטת הרשות. סעיף 39 קובע את העיקרון לפיו החלטה מינהלית לא תבוצע באופן השולל מאדם את זכותו לערער עליה, והסייגים לכך. סעיפים 40 עד 44 עוסקים בחובת מתן תשובה במועד והנמקתה ומעגנים את הוראות החוק לתיקון סדרי מינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, במספר שינויים והתאמות.

יב. **פרק יב: פרסום** - סעיף 45 משלב את הוראת סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], וקובע את מועד תחילת תוקפן של תקנות. סעיף 46 מפרט את המועדים האפשריים לתחילת תוקפה של החלטה מינהלית. סעיף 47 מהווה חידוש בקובעו חובת פרסום של הנחיות מינהליות שלהן השפעה ממשית על הציבור באתר האינטרנט של המשרד ואת הסייגים לכך. סעיף 48 עוסק בעיגון עקרונות שנקבעו בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה לענין פרסום מוקדם להערות הציבור של הצעות תקנות, ואת הסייגים לכך. עוד מוצע בסעיף, כי פרסום מוקדם יעשה גם לגבי הצעות להנחיות מינהליות מסוימות.

¹¹ השוו בעניין זה: דפנה ברק-ארז "המשפט המנהלי בעידן המדינה האלקטרונית" המשפט יג 121 (2008) (להלן: ברק-ארז "המשפט המנהלי בעידן המדינה האלקטרונית").

יצוין, כי חובת העמדת טיוטת הנחיות מינהליות להערות הציבור קיימת כבר מכוח החלטת ממשלה 3190 מיום 24.2.2008 (סעיף ה') לגבי מבחנים לתמיכה במוסדות ציבור מתקציב המדינה.

יג. **פרק יג: תיקון וביטול החלטות** – סעיפים 49-50 מבוססים על סעיף 15 לחוק הפרשנות ומסדירים את סמכותה של רשות מינהלית לתקן ולבטל החלטות מינהליות, כגון תקנות והנחיות מינהליות, וכן הוראות מינהליות פרטניות, ואת השיקולים שעליה לשקול לענין זה. סעיף 51 קובע את החובה לקיים הבטחה מינהלית, שמקיימת תנאים שנקבעו בסעיף, גם אם מקבל ההבטחה לא שינה את מצבו לרעה, וכן שיקולים שעשויים להצדיק ביטול או שינוי ההבטחה מינהלית. סעיף 52 מעגן את ההלכה הפסוקה בענין סמכותה של רשות מינהלית להשתחרר מחוזה מינהלי אם שוכנעה כי צרכי ציבור חיוניים אינם מתיישבים עם קיומו.

יד. **פרק יד: עיון חוזר בהוראת מינהל** – סעיפים 53-55 מסדירים את זכותו של אדם לפנות לרשות המינהלית ולבקש עיון חוזר בהחלטה שהתקבלה בעניינו, וכן את ההוראות שנוגעות להחלטה בבקשה שכזו.

טו. **פרק טו: פגם בהחלטה המינהלית ותוצאתו** – סעיפים 56 ו-57 מסדירים את הסוגיה של ביטול החלטה מינהלית.

טז. **פרק טז: שונות** -

(1) **חזקת תקינות המינהל** – סעיף 58 קובע כי חזקה על רשות מינהלית שהיא פעלה כדין אלא אם כן הוכח אחרת.

(2) **כללי אתיקה** – סעיף 59 להצעה מהווה חידוש, בהסמיכו ראש רשות מינהלית, לאחר התייעצות עם השר הממונה על הרשות, לקבוע כללי אתיקה לעובדי הרשות המינהלית, לרבות לעניין מינוי ועדת אתיקה. הצורך לקבוע כללי אתיקה המתאימים באופן מיוחד לכל רשות, מצדיק קביעת מקור סמכות לכך. כללים אלה עשויים להביא לשיפור בפעולתה של הרשות המינהלית, ולהגברת אמון הציבור בפעילותה.

(3) **ביצוע ותקנות** – סעיף 60 מסמיך את שר המשפטים להיות ממונה על ביצועו של חוק זה.

(4) **ביטולים ותיקוני חקיקה** – סעיפים 61 ו-62 מציעים לבטל את החוק לתיקון סדרי מינהל (החלטות והנמקות) ואת סעיפים 16, 17, 19 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]. כמו כן מוצע בסעיף 63 לבטל את סעיפים 11-20 לחוק הפרשנות ולקבוע תיקון עקיף בחוק הפרשנות לפיו הוראות סעיפים 18 עד 25 בחוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, יחולו על פרשנות כל דין, אף אם אינו עוסק בפעולה של רשות מינהלית, בשינויים המחויבים, והכל אם אין הוראה אחרת לענין הנדון, ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראות אלה.

(5) **תחילה** - סעיף 64 קובע כי תחילת החוק תהא שישה חודשים מיום פרסומו.

(6) **תחולה** – סעיף 65 קובע כי מדובר בחוק שיורי שיחול אם אין הוראה אחרת לענין הנדון בחיקוק אחר, ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה.

(7) **הוראת מעבר** – סעיף 66 קובע כי על החלטות שנתקבלו לפני חוק זה יוסיף לחול הדין הקודם.

ד. השפעת החוק המוצע על החוק הקיים

1. החוק לתיקון סדרי מינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 – יבוטל.
2. סעיפים 16, 17, 19 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] – יבוטלו.
3. סעיפים 11-20 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 – יבוטלו, וייקבע חוק תיקון עקיף לפיו הוראות סעיפים 18 עד 25 בחוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, יחולו על פרשנות כל דין, אף אם אינו עוסק בפעולה של רשות מינהלית, בשינויים המחוייבים, והכל אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון, ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראות אלה.
4. יחד עם זאת, מוצע לקבוע בחוק כי מדובר בחוק שיורי שיחול אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון בחיקוק אחר, ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה.

ה. השפעת החוק המוצע על תקציב המדינה, על תקנים במשרדי הממשלה ועל ההיבט המינהלי

החוק המוצע כשלעצמו לא יביא להשפעה על תקציב המדינה, שכן לא נדרשים כל תקני כוח אדם ליישומו. צפוי כי החוק שיפשט את הבנת סמכויות המינהל הציבורי – יביא לצמצום הזמן הנדרש כיום למשפטנים, פרקליטים, עובדי ציבור, עורכי דין במגזר הפרטי ושופטים לאיתור הדין במשפט המינהלי, ובכך יגרום ליעילות וחיסכון במשאבי ציבור ובמשק בכלל.

ו. נוסח החוק המוצע:

להלן נוסח החוק המוצע:

הצעת חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד -

2014

פרק א': מטרות החוק

מטרות

1. מטרתו של חוק זה הן:

- (1) ליצור מערכת כללים להליך המינהלי שתבטיח קבלת החלטות בהגינות, במידתיות, בשקיפות, ביעילות ובפשטות;
- (2) להבטיח את חוקיות פעולת המינהל הציבורי, תוך שמירת האיזון בין אינטרס הציבור לבין זכויות הפרט;
- (3) לחזק את מעמד המינהל הציבורי כנאמן הציבור.

פרק ב': הגדרות

הגדרות

2. בחוק זה -

- "הוראת מינהל" - הוראה או מינוי - לרבות הודעה, מודעה, רישיון, היתר וכיוצא באלה - שניתנו בכתב מכוח חוק ואינם בני-פעל תחיקתי;
- "החלטה מינהלית" - כל החלטה של רשות מינהלית ובכלל זה הוראת מינהל, החלטה מעין שיפוטית, הנחיה מינהלית או תקנה;
- "הנחיה מינהלית" - הוראות שרשות מינהלית קובעת לצורך ביצוע סמכותה על פי דין;
- "עובד ציבור" - כל אחד מאלה:
- (1) עובד רשות מינהלית לרבות עובד המדינה;
 - (2) שוטר, סוהר וחייל כהגדרתו בסעיפים 1 ו-8(2) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955;¹²
 - (3) כל מי שהוענקה לו סמכות על פי דין;
- "רשות מינהלית" - כל אחד מאלה, לרבות עובדי ציבור ונושאי משרה או תפקיד ברשות על-פי חיקוק, בין במינוי ובין בבחירה:
- (1) הממשלה ומשרדי הממשלה, לרבות יחידותיהם ויחידות הסמך שלהם;
 - (2) לשכת נשיא המדינה;
 - (3) מינהל הכנסת;

¹² פורסם ס"ח התשט"ו, עמ' 171.

- (4) מבקר המדינה ועובדי משרדו ;
- (5) בתי המשפט, בתי דין, לשכות הוצאה לפועל וגופים אחרים בעלי סמכות שפיטה על פי דין, למעט בהליכים משפטיים ;
- (6) רשות מקומית ;
- (7) תאגיד מקומי כהגדרתו בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992;¹³
- (8) מועצה דתית שהוקמה מכוח חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971;¹⁴
- (9) גוף או תאגיד שהוקם בחוק ;
- (10) חברה ממשלתית וחברה-בת ממשלתית כהגדרתן בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975,¹⁵ וכן גוף אחר הממלא תפקיד ציבורי שהוא גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958,¹⁶ ובלבד שנקבעו בצו בידי שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; קביעה כאמור יכול שתהא לגבי כל פעילותה של החברה או הגוף כאמור, או לגבי חלק מפעילויותיהם, וכן לגבי חלק מהוראות החוק, כולן או חלקן.

"תקנה" - הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת-פעל תחיקתי.

פרק ג': עקרונות יסוד

3. חוקיות המינהל
- (א) אין לרשות מינהלית סמכות אלא אם כן הוענקה לה בחוק או על פיו ;
- (ב) רשות מינהלית תפעיל את סמכויותיה בכפוף לכל דין.
- (ג) תקנה לא תהא סותרת הוראותיו של כל חוק.
4. מילוי תפקידי הרשות המינהלית
- (א) רשות מינהלית תפעל לשם מילוי תפקידיה וביצוע הסמכויות שהוענקו לה על פי דין.
- (ב) רשות מינהלית תמלא את סמכויותיה ותפקידיה בהגינות, בשוויון ובתום לב, ללא משוא פנים וללא שיקולים זרים, תוך הפעלת שיקול דעת ותוך שמירה על טובת הציבור.
- (ג) לעניין סעיף זה לא יראו הבחנה מותרת כפגיעה בשוויון.

¹³ פורסם ס"ח התשנ"ב, עמ' 114.

¹⁴ פורסם ס"ח התל"א, עמ' 150.

¹⁵ פורסם ס"ח התשל"ה, עמ' 132.

¹⁶ פורסם ס"ח התשי"ח, עמ' 92.

(ד) קיבלה רשות מינהלית החלטה מינהלית שתוצאתה העדפה על בסיס מין, גיל, גזע, צבע, דת, לאום, השקפה פוליטית, נטייה מינית, מצב משפחתי, קשרי משפחה או שיקולים דומים לאלה, על הרשות להראות בכל הליך לפני ועדת ערר או ועדת ערעור או לפני בית המשפט, אם נדרשה לכך, כי מדובר בהבחנה מותרת בנסיבות העניין.

(ה) בסעיף זה, "הבחנה מותרת" - יחס שונה כלפי מי שיש בינו לבין אחר הבדל הנוגע לעניין, המצדיק יחס שונה כאמור.

מידתיות 5. (א) רשות מינהלית לא תקבל החלטה מינהלית הפוגעת בזכויות יסוד במידה העולה על הנדרש.

(ב) לעניין סעיף זה לא יראו החלטה מינהלית כפוגעת בזכויות במידה העולה על הנדרש אם מתקיימים כל אלה:

(1) קיימת זיקה עניינית בין ההחלטה, לבין המטרה שהרשות המינהלית מבקשת להשיג;

(2) אין חלופה ראויה אחרת, בנסיבות העניין ובהתחשב באינטרס הציבורי, להשגת מטרת ההחלטה, שפגיעתה פחותה;

(3) התועלת הצפויה לציבור מההחלטה עולה על הנזק שההחלטה עלולה לגרום.

תשתית עובדתית מספקת 6. רשות מינהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שבחנה תשתית עובדתית מתאימה ומספקת.

טוהר מידות ומינהל תקין 7. רשות מינהלית תפעל תוך שמירה על טוהר המידות ומינהל תקין.

הפעלת שיקול דעת בסבירות 8. רשות מינהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שנתנה משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הנוגעים לעניין.

הגינות בפניה לרשות מינהלית 9. אדם הפונה לרשות מינהלית ינהג בתום לב.

פרק ד': איסור ניגוד עניינים

הגדרות 10. (א) בפרק זה -

"בן משפחה" - בן זוג, הורה, הורה הורה של בן זוג, ילד, אח או אחות, וכן בן זוגו או ילדו של כל אחד מאלה, לרבות בשל אימוץ;

"ניגוד עניינים אישי" - מצב שבו לעובד ציבור יש עניין אישי בפעולה או בהחלטה שלו, או בפעולה או החלטה שבה הוא לוקח חלק;

"ניגוד עניינים מוסדי" – מצב, בו לרשות מינהלית יש תועלת, כספית או אחרת, מפעולה או החלטה של גוף אחר, כאשר עובד ציבור אחד ממלא תפקידים בשני הגופים, לרבות מצב, שבו מצוי עובד ציבור, אם בתפקיד ציבורי אחד יש לו סמכות להשפיע באופן משמעותי על ענייניו או התנהלותו של גוף אחר שבו הוא ממלא תפקיד, לרבות בדרך של פיקוח, בקרה או ביקורת.

"עובד ציבור" – כהגדרתו בסעיף 2 לחוק זה, וכן נושא משרה או תפקיד על-פי חיקוק, בין במינוי, בין בבחירה ובין בהסכם, ולרבות יועץ לרשות מינהלית; "עניין אישי" – תועלת, כספית או אחרת, ישירה או עקיפה העשויה לצמוח לעובד ציבור או לאדם קרוב אליו;

"קרוב", לעובד ציבור – בן משפחה או אדם אחר שהוא בעל קרבה או בעל זיקה אישית, כלכלית או פוליטית לעובד הציבור;

(ב) לא יראו עובד ציבור כמי שיש לו עניין אישי בפעולה או בהחלטה מסוימת של רשות מינהלית, אם הפעולה או ההחלטה עשויות להשפיע על כלל הציבור, או על חלק גדול ובלתי מסוים מהציבור, שאותו עובד ציבור משתייך אליו, אלא אם כן הוא עשוי להיות מושפע מאותה פעולה או החלטה באופן מיוחד, במישרין או בעקיפין.

ניגוד עניינים 11. במינוי או בכהונה (א) לא ימונה אדם לתפקיד ברשות מינהלית ולא יכהן בו, אם קיים חשש סביר שהוא עלול להימצא באופן תדיר במצב של ניגוד עניינים אישי, או אם קיימת אפשרות ממשית שהוא עלול להימצא באופן תדיר במצב של ניגוד עניינים מוסדי.

(ב) החלטה על אי מינוי או הפסקת כהונה בשל חשש לניגוד עניינים כאמור בסעיף קטן (א) לא תתקבל אלא לאחר שנבחנו ונשללו כל האפשרויות למניעת החשש לניגוד עניינים כאמור, בנסיבות העניין.

הימנעות ממצב של 12. ניגוד עניינים (א) עובד ציבור לא יטפל ולא יעסוק במסגרת תפקידו ברשות המנהלית בעניינים שבהם קיים חשש סביר לניגוד עניינים בשל עניין אישי וכן בעניינים שבהם קיימת אפשרות ממשית לניגוד עניינים מוסדי.

(ב) בסעיף זה, "טיפול" – לרבות העלאת נושא לדיון, נוכחות בדיון, השתתפות בדיון או בהצבעה, מתן המלצה או חוות דעת, הצעת החלטה וקבלת החלטה.

סייג לאיסור ניגוד 13. עניינים (א) על אף האמור בסעיף 12, התקיים אחד מאלה, לא יראו בכך בלבד עילה לאי מינויו של אדם לכהן כעובד ציבור בתפקיד מסוים:

(1) מינוי האדם נעשה על פי חיקוק שלפיו על ממלא התפקיד להשתייך לציבור של בעלי עניין מסוים ;

(2) מילוי התפקיד ברשות המנהלית מחייב מינויו של עובד ציבור בעל מומחיות או כשירות מיוחדת, ולא ניתן למצוא, באופן סביר, עובד ציבור מתאים אחר שלא יהיה נתון במצב של ניגוד עניינים.

(ב) למען הסר ספק, אין במינויו של אדם כאמור, כדי לגרוע מחובתו להימנע ממצב של ניגוד עניינים לפי סעיף 12.

14. הודעה לגורם מוסמך
עובד ציבור, שהתעורר אצלו חשש שהוא מצוי או עלול להימצא במצב של ניגוד עניינים, יודיע על כך ללא דיחוי לממונה עליו או לגורם אחר המוסמך לעניין זה, בה יכול את כל המידע הנוגע לעניין, ויפעל בהתאם להנחיותיהם.

15. כורח
(א) עובד ציבור הנתון במצב של ניגוד עניינים, או חשש לניגוד עניינים, רשאי לקבל החלטה או לבצע פעולה, על אף המצב האמור, אם קיים צורך בפעולה דחופה לשם הגנה על אינטרס ציבורי, חיוני ומהותי שהוא מופקד עליו, ובהעדר אפשרות אחרת, ובלבד שינקוט אמצעים סבירים כדי לצמצם, ככל האפשר, את ניגוד העניינים או החשש לניגוד עניינים.

(ב) פעל עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים כאמור בסעיף קטן (א), ידווח על כך בהקדם האפשרי לממונה עליו או לגורם אחר המוסמך לעניין זה, ויפרט מה היתה פעולתו, באילו אמצעים נקט על מנת למנוע את ניגוד העניינים, ויפעל בהתאם לסעיף 14.

16. תקנות למניעת ניגוד עניינים
(א) שר המשפטים רשאי להתקין תקנות לעניין מניעת חשש לניגוד עניינים של עובדי ציבור ובכלל זה לעניין ההליך לבדיקת קיומו של חשש כאמור ולעניין גיבוש הסדרים למניעתו.

(ב) תקנות המתייחסות רק לרשויות מינהליות מסוימות, יותקנו בהתייעצות עם השר האחראי על אותן רשויות.

פרק ה': הנחיות מינהליות

17. הנחיות מינהליות
(א) רשות מינהלית רשאית לקבוע הנחיות מינהליות בעניינים שבתחום סמכותה.

(ב) רשות מינהלית לא תסטה מהנחיה מינהלית שקבעה לעצמה, כולה או חלקה, אלא כאשר קיימים טעמים מיוחדים שבהם ראתה לנכון לעשות כן, ומנימוקים שיירשמו.

פרק ו': סמכות

18. מקום שלא נקבע זמן
הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה, ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות.
19. סמכות לקבוע תנאים
(א) הסמכה ליתן רישיון, פטור, הקלה, הנחה וכיוצא באלה - משמעה הסמכה ליתן אותם אף במקצת או בתנאים.
- (ב) תנאים ברישיון לפי סעיף קטן (א) לא ייקבעו אם נקבעו תנאים בחוק המקנה את הסמכות, אלא אם כן ישנה כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מהחוק.
20. סמכות מינוי
(א) מקום שניתנה סמכות למנות אדם, להסמיכו או להטיל עליו חובה - מותר לעשות כן בנקיבת שמו או בנקיבת שם משרתו.
- (ב) מינוי אדם, הסמכתו או הטלת חובה עליו בנקיבת שם משרתו בלבד - משמעם מינוי, הסמכה או חיוב של מי שממלא את המשרה מזמן לזמן.
- (ג) הסמכה לעשות מינוי - משמעה גם הסמכה להתלות את תקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו.
- (ד) הסמכה לעשות מינוי - משמעה גם הסמכה לקבוע את דרישות ההכשרה המתאימות למינוי למי שנמצא כשיר לתפקיד, ככל שהדבר נדרש בנסיבות העניין.
- (ה) הסמכה למנות אדם משמעה גם הסמכה למנות לו ממלא מקום.
21. סמכות מינוי גוף
הסמכה למנות גוף של מספר חברים - משמעה גם הסמכה למנות לו יושב ראש ולמנות ממלא מקום ליושב ראש ולכל חבר בגוף.
22. סמכויות עזר
(א) הסמכה לעשות דבר או לדון בעניין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחוק או בתקנה.
- (ב) הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת.
23. סמכויות מקבילות
מתן סמכות או הטלת חובה לפי חיקוק אחד, אין בהם לשעצמם כדי לגרוע מסמכות שניתנה או חובה שהוטלה לפי חיקוק אחר.
24. פעולת גוף של מספר חברים
(א) פעולה שהוטלה על גוף של מספר חברים כשרה אם נעשתה בידי רובם.

(ב) בנסיבות בהן יש הכרח לקבל את החלטת הגוף בדחיפות, ולא ניתן למנות את כל חברי הגוף, תהא פעולה שהוטלה על גוף של מספר חברים כשרה, גם אם בעת הקמתו לא מונו כל חברי הגוף, ובלבד שמונו לפחות שני שלישי של החברים, ונשמר, ככל הניתן בנסיבות העניין, הייצוג על פי ההרכב שנקבע בדין, והכל לתקופה אחת שלא תעלה על 6 חודשים.

25. סמכות בהשגה בערר ובעיון חוזר (א) הסמכה לדון ולהכריע בערר, בבקשה לעיון חוזר או בהשגה אחרת על החלטה מינהלית - משמעה גם הסמכה לאשר את ההחלטה בשינויים או בלא שינויים, לבטלה או להחליט החלטה אחרת במקומה או להחזיר את העניין עם הוראות לרשות המינהלית שהחליטה.

(ב) בסעיף זה – "החלטה מינהלית" למעט תקנות.

26. סמכות אצילה (א) רשות מינהלית שניתנה לה סמכות על פי דין, אינה רשאית לאצול את סמכותה כולה או חלקה לאחר, אלא אם כן קיימת כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מן הדין המקנה את הסמכות.

(ב) רשות מינהלית שאצלה את סמכותה, אינה רשאית להסמיך את הנאצל להוסיף ולאצול את הסמכות לאחר, אלא אם כן קיימת כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מן הדין המקנה את הסמכות.

(ג) בכפוף להוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), ובהעדר הוראה אחרת, מפורשת או משתמעת, בחוק המסמיך, יחולו על אצילת הסמכות הוראות אלה:

(1) הסמכות תואצל למי שהוא בעל כשירות לבצעה, והוא כפוף לרשות המינהלית האוצלת מבחינה מינהלית או מקצועית, בין במישרין ובין בעקיפין;

(2) לא תואצל הסמכות להתקין תקנות או סמכות מעין שיפוטית.

(3) אצילת הסמכות תעשה בכתב, אלא אם כן אין אפשרות לעשות זאת, בנסיבות העניין;

(4) אין באצילת הסמכות כדי לגרוע מסמכויותיה של הרשות המינהלית האוצלת, לפטור אותה מאחריות לביצוע הסמכות, או למנוע ממנה להמשיך ולהפעיל את הסמכות בעצמה, תוך תיאום עם הגורם הנאצל;

(5) רשות מינהלית אוצלת רשאית לתת לגורם הנאצל הנחיות לביצוע הסמכות, והיא תפקח על ביצוע הסמכות;

(6) רשות מינהלית אוצלת רשאית להתלות או לבטל את האצילה ולקבוע לגביה תנאים, בכל עת.

שימוש בסמכות בין 27. נתינת חוק לתחילת תקפו

חיקוק שאין תחילת תקפו עם נתינתו, והוא מעניק סמכות ליתן החלטה מינהלית או לעשות כל דבר למען מטרת החיקוק, אפשר להשתמש באותה סמכות – אם אין כוונה אחרת משתמעת – בכל שעה לאחר נתינתו של החיקוק, במידה שהדבר נראה דרוש או ראוי כדי להפעיל את החיקוק ביום תחילת תקפו; ואולם כל החלטה מינהלית שנעשתה בכוח אותה סמכות לא יהיה לה תוקף עד יום תחילת תקפו של החיקוק, אלא אם כן היתה כוונה אחרת משתמעת מתוך החיקוק, או אם היתה ההחלטה המינהלית דרושה להפעלת החיקוק.

פרק ז': פניה לרשות המינהלית

28. אופן הפניה (א) פניה לרשות מינהלית תהיה בכתב, לכתובתה הרשמית; פניה כאמור יכול שתעשה באמצעות הדואר, לרבות בדואר אלקטרוני, באמצעות פקסימיליה, במסירה ביד, או בהתאם להסדר אחר שפרסמה הרשות.

(ב) פניה לרשות מינהלית יכול שתהיה בעל-פה, מקום שבו העמידה הרשות המינהלית לרשות הציבור הסדר מתאים לכך או במקרה שבו נסיבות העניין מצדיקות זאת; פניה בעל פה תירשם, במידת הצורך, בידי הרשות המינהלית.

29. פגמים בצורת הפניה (א) פגמים בצורת הפניה, ובכלל זה העדר פרטים מסוימים, אינם מצדיקים את דחיית הטיפול בה, מקום שאין קושי לעמוד על מהות הפניה.

(ב) מקום בו הפגם בצורת הפניה מטיל קושי ממשי על היכולת לטפל בפניה, רשאי עובד הציבור לדרוש מהפונה לתקן את הפגם בפניה, תוך תקופה סבירה שיקבע, ולהודיעו שאם לא יעשה כן, לא ידון בה עובד הציבור.

(ג) פניה שיש קושי ממשי לעמוד על מהותה, ושמחמת כך אי אפשר לטפל בה כלל, רשאית רשות מינהלית לדחותה על הסף.

30. החזרת פניה בשל הפרת חובת הגילוי (א) אדם הפונה לרשות מינהלית יגלה את מלוא העובדות הנוגעות לעניין, המצויות בידיעתו.

(ב) רשות מינהלית רשאית להחזיר לאדם פניה בשל אי-גילוי העובדות הצריכות לעניין, או אם מסר לה מידע מטעה בודעין, ולהודיעו הטעם לכך; אין בהחזרת הפניה כדי לגרוע מזכותו של אדם לפנות לרשות פעם נוספת.

(ג) בטרם תחזיר פניה של פונה אליה, תשקול הרשות המינהלית:

(1) מה המידע שנמנע הפונה מלגלות;

(2) האם מדובר בטעות בתום-לב;

(3) מה מידת חשיבות המידע שנמנע הפונה לגלות בפני הרשות המינהלית;

- (4) האם גילוי המידע על-ידי הפונה עשוי היה, בנסיבות העניין, לשנות את ההחלטה שהרשות המינהלית צפויה לקבל;
- (5) האם לא קיים טעם אחר המצדיק טיפול בפנייה.

(ד) אין בסמכות להחזיר פניה לאדם בשל אי-גילוי העובדות הנוגעות לעניין, בכדי לגרוע מן הסמכות להחזיר או לדחות את הפניה בשל טעם ענייני אחר.

פרק ח': ראיות מינהליות

- ראיות מינהליות 31. (א) הראיות אשר ישמשו את הרשות המינהלית לצורך קבלת החלטה מינהלית יהיו אלה השייכות לעניין.
- (ב) רשות מינהלית רשאית לבסס את החלטותיה המינהליות על כל ראיה שהיא בעלת ערך הוכחתי, אף אם אינה קבילה בבית משפט ולרבות ראיות חסויות.
- (ג) המשקל של כל ראיה ושל חומר הראיות בכללותו הוא עניין להחלטת הרשות המינהלית.
- (ד) מידת ההוכחה הדרושה להחלטת הרשות המינהלית תתאים למהות העניין הנדון בפניה.
- (ה) ככל שפגיעתה של ההחלטה המינהלית, בזכות, חמורה יותר, כך תידרש מידת הוכחה גבוהה יותר, עד לכדי מידת הוכחה ברורה, משכנעת וחד משמעית.

פרק ט': התייעצות

- חובת התייעצות או 32. (א) מקום שבו מטיל הדין על רשות מינהלית חובת התייעצות, בטרם קבלת החלטה מינהלית סופית, יראו אותה כמי שקיימה את חובתה בהתקיים כל קבלת המלצה אלה:
- (1) הגורמים השותפים להתייעצות החליפו דברים זה עם זה, ככל האפשר בכתב;
- (2) הרשות המינהלית העמידה לרשות הגוף המייעץ את המידע הנדרש למתן עצה, הקיים בידה;
- (3) לגוף המייעץ ניתנה שהות מספקת כדי לבדוק ולשקול את העניין;
- (4) לא השיב הגוף המייעץ לבקשת ההיוועצות של הרשות המינהלית בתוך פרק זמן סביר, גם לאחר פניה חוזרת בנושא, יראו את הרשות כמי שקיימה את חובתה להתייעץ.

(ב) מקום שבו מטיל הדין על רשות מינהלית חובה לקבל המלצה בטרם קבלת החלטה מינהלית, תחול לעניין חובה זו הוראת סעיף קטן (א), בשינויים המחויבים.

פרק י': חובת השמיעה ומתן זכות עיון

חובת השמיעה 33.

(א) בטרם תקבל רשות מינהלית הוראת מינהל או החלטה מעין שיפוטית, העלולה לפגוע בעניינו של אדם, תינתן לאותו אדם הזדמנות הוגנת לטעון את טענותיו, בכתב או בעל-פה, בפניה או בפני מי שהיא הסמיכה לעניין זה, בתוך פרק זמן סביר לפני קבלת ההוראה או ההחלטה כאמור (בחוק זה - חובת שמיעה); לעניין זה יראו בהגשת בקשה לרשות המינהלית המפרטת בכתב את טענותיו של האדם, כאילו קוימה חובת השמיעה.

(ב) בנסיבות בהן לאחר שהושלם הטיעון הראשוני הועלתה בפני הרשות המינהלית טענה חדשה בעניינו של אדם שטען בפניה כאמור בסעיף קטן (א), תינתן לו הזדמנות לחזור ולטעון בפני הרשות, בכל הנוגע לטענה זו.

(ג) חובת השמיעה לא תחול על רשות מינהלית במקרים אלה:

(1) בנסיבות העניין אין הצדקה לקיום השימוע, ובכלל זה בשל כך שחובת שמיעה קוימה בעבר ולא חל שינוי בנסיבות, או כאשר הפגיעה באדם היא בגדר זוטי דברים;

(2) קיים צורך בפעולה דחופה לשם השגת אינטרס ציבורי ומהותי, וקיום חובת השמיעה עלול לפגוע באופן משמעותי בביצועה; התקיים צורך בפעולה דחופה כאמור, תאפשר הרשות המינהלית לבעל העניין הזדמנות הוגנת לטעון את טענותיו כאמור בסעיף קטן (א) בסמוך ככל האפשר לאחר קבלת הוראת המינהל או ההחלטה המעין שיפוטית.

(ד) יראו חובת שמיעה כאילו קוימה, במקרים אלה:

(1) חלף פרק הזמן שנקבע לעניין זה בחיקוק או בהנחיות, והאדם לא הגיש טענותיו לרשות המינהלית;

(2) אדם קיבל הודעה על כוונה לקבל החלטה בעניינו, והוא לא הגיש טענותיו לרשות המינהלית במועד שנקבע בהודעה, ואם לא נקבע מועד כאמור – בתוך זמן סביר.

34. (א) הזכאי לטעון טענותיו לפי סעיף 33 זכאי גם לעיין במידע שבידי הרשות המינהלית, הנוגע להוראת המינהל או להחלטה המעין שיפוטית כאמור באותו סעיף, ולהעתיקו (בפרק זה – זכות עיון), בתוך פרק זמן סביר לפני המועד שנקבע לקיום חובת השמיעה; לעניין זה, "מידע" – כל מידע המצוי בידי רשות, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב.

(ב) זכות העיון לא תחול על מסמכים או חלקי מסמכים שהוראות סעיף 9 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998¹⁷ חלות עליהם, או שהוראות החוק האמור לא חלות עליהם לפי הוראות סעיף 14 לאותו חוק, ובלבד שהרשות לא תמנע עיון בשל טעם מהטעמים המוזכרים בסעיף קטן זה, אלא במידה הנדרשת על ידי אותו טעם, ותוך מתן משקל ממשי לצורך של המבקש לקיים כראוי את זכות הטיעון הנתונה לו.

35. זכות עיון בהשגה או בערר הייתה החלטה מינהלית נתונה על-פי חיקוק להשגה או לערר בפני גוף מעין-שיפוטי שאינו בית משפט או בית דין מינהלי, שחל עליו חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992¹⁸, לפי סעיף 4(א) לחוק האמור, תחול הוראת סעיף 34, בשינויים המחויבים, ולעניין זה המועד למימוש זכות העיון יהיה פרק זמן סביר לפני המועד להגשת ההשגה או הערר, לפי העניין.

פרק י"א: החלטות והנמקות

סימן א': החלטה מינהלית

36. (א) רשות מינהלית שהוענקה לה סמכות לפי דין תפעיל את סמכותה ואת שיקול דעתה באופן עצמאי בהתאם להוראות חוק זה, ובהתחשב בהוראות כדין שנתן הממונה עליה.

(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של הממונה המקצועי על הרשות המינהלית לתת הוראות מקצועיות כדין בדבר הפעלת שיקול דעתה של הרשות, בין באופן כללי ובין לעניין מסוים.

(ג) רשות מינהלית רשאית להסתייע באחר, לשם איסוף התשתית העובדתית הנוגעת בעניין, גם אם אינו עובד ציבור.

37. (א) החלטה מינהלית תכלול את הפרטים המפורטים להלן:

(1) מקור הסמכות לקבלתה;

(2) מהות ההחלטה;

(3) תקופת תוקפה של ההחלטה, אם הדבר נדרש;

¹⁷ פורסם ס"ח התשנ"ט, עמ' 226.
¹⁸ פורסם ס"ח התשנ"ב, עמ' 90.

(4) שמה של הרשות המינהלית שקיבלה את החלטה.

(ב) החלטה מינהלית תנוסח בבהירות ובאופן מדויק.

38. הודעה על זכות להשגה, לערר לערעור או לעתירה או לעתירה מינהלית להשגה, לערר לערעור או לעתירה מינהלית
היתה החלטה המינהלית נתונה על-פי חיקוק להשגה, לערר לערעור או לעתירה מינהלית כהגדרתה בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התשי"ס – 2000,¹⁹ תודיע הרשות המינהלית בכתב בהחלטתה על הזכות ועל המועדים והדרכים שנקבעו בחיקוק למימושה.

39. (א) הוראת מינהל והחלטה מעין שיפוטית לא תבוצע באופן שמונע מאדם לממש את זכותו על פי דין להשיג, לערר, לערער, לעתור או לתקוף בכל דרך אחרת את החלטה בפני מי שלא קיבל את החלטה המקורית, אלא אם כן ישנה כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מהדין המקנה את הזכות.

(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול כאשר קיים צורך בפעולה דחופה לשם השגת אינטרס ציבורי חיוני ומהותי, ושדחיית ביצוע החלטה עד להגשת ההשגה, הערר, הערעור או העתירה עלולה לפגוע באופן משמעותי באינטרס הציבורי האמור, או כאשר דחיית ביצוע החלטה תסכל את ביצועה.

(ג) לא יראו פרק זמן מרבי שנקבע בחיקוק לצורך הגשת השגה, ערר, ערעור או עתירה, לכשעצמו, כפרק הזמן שבגדרו לא ניתן לבצע את החלטה.

סימן ב': הנמקה במענה לפנייה

40. (א) נתבקשה רשות מינהלית, בפנייה בכתב כאמור בסעיף 28(א), להשתמש בסמכות שניתנה לה על-פי דין, תחליט בבקשה ותשיב למבקש בכתב בהקדם, אך לא יאוחר מ-45 ימים מיום קבלת הבקשה.

(ב) האמור בסעיף קטן (א) לא יחול -

(1) כשהעניין נושא הבקשה טעון חקירה על-פי דין ;

(2) כשנקבע בדיון מועד אחר למתן תשובה ;

(3) כשהתברר, לאחר בדיקה, שהעניין נושא הבקשה טעון בדיקה או דיון נוספים ;

(4) כשקיימים לגבי העניין נושא הבקשה הסדרים שלפיהם המועד לדיון הוא מאוחר מהמועד האמור בסעיף קטן (א).

¹⁹ פורסם ס"ח התשי"ס, עמ' 190.

(ג) במקרים האמורים בסעיף קטן (ב) תודיע הרשות המינהלית למבקש, בכתב ובהקדם, אך לא יאוחר מ-45 ימים מיום קבלת הבקשה, את הטעם מן הטעמים האמורים באותו סעיף קטן שעל פיו נמנעה מלהשיב במועד; היה הטעם אחד האמורים בפסקאות (2) או (4) של סעיף קטן (ב), תכלול ההודעה גם את המועד למתן התשובה או מועד הדיון, ואם היה הטעם כאמור בפסקה (3) של סעיף קטן (ב) - תפרט אותו ההודעה במידת האפשר.

(ד) לא השיבה הרשות המינהלית או לא הודיעה בתוך 45 הימים כאמור בסעיפים קטנים (א) או (ג), רואים בכך, לענין כל דין, החלטה לסרב לבקשה, ללא מתן נימוקים.

תשובת הרשות המינהלית 41. החלטה בעניינו של אדם, או תשובה למבקש לפי סעיף 40(א) תנוסח באופן המפורט בסעיף 37, ותכלול גם את כתובתה של הרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה, ואם לא ניתן בכתובת האמורה לקבל פרטים נוספים אודות החלטה - גם הכתובת שבה ניתן לקבל פרטים נוספים כאמור.

העברה לרשות המינהלית המוסמכת 42. (א) נתבקשה רשות מינהלית בפניה בכתב להפעיל סמכות, ואותה סמכות אינה מוקנית לה, תפעל באחת מאלה:

(1) תעביר את הבקשה לרשות המינהלית שלדעתה מוקנית לה אותה סמכות, ותודיע על כך בכתב למבקש, בציון פרטים על זהותה ומענה של הרשות המינהלית;

(2) תודיע למבקש על העדר סמכותה, ותצרף המלצה בדבר זהותה של הרשות המינהלית שלדעתה מוסמכת לטפל בבקשה, בציון פרטים אודותיה, ככל שהיא ידועה לה.

(ב) העבירה רשות מינהלית בקשה לרשות אחרת, יתחיל מנין התקופה האמורה בסעיף 40(א) מיום קבלת הבקשה על-ידי הרשות המינהלית המוסמכת כאמור.

חובת הנמקה וסייגיה 43. (א) רשות מינהלית שנתבקשה כאמור בסעיף 40(א) וסירבה לבקשה, סירוב מלא או חלקי, תפרט למבקש, בכתב, את נימוקי סירובה.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), רשות מינהלית לא תודיע על נימוקי סירובה, באחד מאלה:

(1) גילוי הנימוקים עלול לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בביטחונו או בשלמו של אדם;

(2) גילוי הנימוקים עלול לפגוע שלא כדין בזכותו של אדם זולת המבקש;

(3) בגילוי הנימוקים יש משום גילוי סוד מקצועי או מסחרי או שהוא בעל ערך כלכלי, שפרסומו עלול לפגוע פגיעה ממשית בערכו, וכן מידע הנוגע לעניינים מסחריים או מקצועיים הקשורים לעסקיו של אדם, שגילוי עלול לפגוע פגיעה ממשית באינטרס מקצועי, מסחרי או כלכלי, ולמעט מידע שהוא אחד מאלה -

(א) מידע על חומרים שנפלטו, שנשפכו, שסולקו או שהושלכו לסביבה;

(ב) תוצאות של מדידות רעש, ריח וקרינה, שלא ברשות היחיד;

(4) גילוי הנימוקים עלול לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של הפונה או לסכן את חייו; התקיים האמור בפסקה זו, תודיע הרשות המנהלית על נימוקי הסירוב לרופא או לפסיכולוג מטעמו של המבקש;

(5) בגילוי הנימוקים יש משום גילוי מידע אשר אין לגלותו על-פי כל דין.

(6) סוגי החלטות של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952,²⁰ או של מי שהועברו אליו סמכויותיו לפי החוק האמור, שקבע שר הפנים, מטעמים מיוחדים המצדיקים זאת, למעט החלטה על ביטול רישיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין.

(ג) הרשות המינהלית אינה חייבת למסור את נימוקיה כשהבקשה לה סירבה היתה למנות את המבקש למשרה פלונית או להטיל עליו תפקיד פלוני, ואולם השר רשאי לקבוע בתקנות הוראות בנוגע למסירת מידע אודות מועמד שנבחר לתפקיד או למשרה.

(ד) לא הודיעה הרשות המינהלית על נימוקי סירובה, לפי הוראות סעיפים קטנים (ב) או (ג), תודיע למבקש, בכתב, את הטעם מהטעמים האמורים באותו סעיף קטן שעל פיו נמנעה מלהודיע כאמור.

תוצאות אי מענה 44. לא השיבה הרשות המינהלית לפנייה או לא מסרה את החלטתה בהתאם או אי הנמקה להוראות פרק זה, עליה הראיה בכל הליך של השגה, ערר, ערעור או עתירה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור, נעשו כדין.

²⁰ פורסם ס"ח התשי"ב, 354.

פרק י"ב: פרסום

- פרסום תקנות 45. תקנות יפורסמו ברשומות, אם אין הוראה אחרת לעניין זה בחיקוק.
- תחילת תוקפה של 46. (א) תחילת תוקפה של החלטה מינהלית תהא במועד כמפורט להלן, לפי העניין, אלא אם כן נקבע בה מועד אחר, בכפוף להוראות סעיף קטן (ב), או אם קיימת הוראה אחרת לעניין זה, בחיקוק:
- (1) לעניין החלטה הטעונה פרסום לפי חיקוק – במועד פרסומה;
 - (2) לעניין החלטה שאינה טעונה פרסום לפי חיקוק – במועד בו ניתנה;
 - (3) לעניין החלטה שאינה טעונה פרסום לפי חיקוק אך מטילה על אדם חיוב לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה – במועד הבאתה לידיעתו;
 - (4) לעניין החלטה מינהלית אחרת – במועד נתינתה;
- (ב) לא תקבע רשות מינהלית מועד לתחילת תוקפה של החלטה מינהלית הקודם למועד האמור בפסקאות (1) עד (4) של סעיף קטן (א), אלא אם כן שוכנעה כי מתקיימים טעמים שבטובת הציבור, המצדיקים קביעת מועד מוקדם כאמור, העולים על הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מכך.
- פרסום הנחיות 47. (א) הנחיות מינהליות שלהן השפעה ממשית על הציבור, יפורסמו באתר האינטרנט של הרשות המינהלית שקבעה אותן, או באתר אינטרנט אחר שיקבע ראש הרשות המינהלית, או יובאו לידיעת הציבור בדרך יעילה אחרת שעליה תורה הרשות המינהלית.
- (ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), רשות מינהלית רשאית שלא לפרסם הנחיות מינהליות כאמור באותו סעיף קטן, אם ההצעה נוגעת לניהול פנימי של הרשות או אם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.
- (ג) על אף הוראות סעיף קטן (א), רשות מינהלית לא תפרסם הנחיות מינהליות כאמור באותו סעיף קטן, בהתקיים אחד מאלה:
- (1) יש חשש כי הפרסום יגרום לפגיעה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בהליכי אכיפת החוק;
 - (2) הפרסום עלול לפגוע פגיעה ממשית בטובת הציבור, לרבות באינטרס מסחרי או כלכלי;
 - (3) ההנחיות כוללות מידע שאין לגלותו על פי כל דין.

(ד) אי פרסום הנחיות כאמור בסעיף זה לא יפגע בתוקפן של הנחיות מינהליות.

פרסום של הצעת תקנות והצעת הנחיות מינהליות 48. (א) הצעת תקנות או הצעת הנחיות מינהליות (בסעיף זה – ההצעה) שיש בה השפעה ממשית על הציבור, תובא לידיעת הציבור, בהתאם להוראות סעיף זה.

(ב) ההצעה תפורסם באתר האינטרנט של הרשות המינהלית המוסמכת בחוק להתקין את תקנות או המבקשת לקבוע לעצמה הנחיות מינהליות, לפי העניין, או תובא לידיעת הציבור בדרך יעילה אחרת שעליה תורה הרשות המינהלית.

(ג) ההצעה תפורסם לתקופה של 14 ימים לפחות, טרם התקנת התקנות או קביעת ההנחיות המינהליות, לפי העניין, לצורך קבלת הערות מהציבור, ותכלול את האופן והמועד שבהם רשאי כל אדם להגיש הערות בקשר אליה; הפרסום יכלול, ככל הניתן, את נוסח ההצעה ועיקרי טעמיה.

(ד) על אף הוראות סעיף קטן (א), רשות מינהלית רשאית להתקין תקנות או לקבוע הנחיות מינהליות ללא פרסום ההצעה, כולה או חלקה, כאמור באותו סעיף קטן, אם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, ובין השאר בהתקיים אחד מאלה:

(1) ההנחיות או התקנות אינן טעונות פרסום כאמור בסעיפים 45 או 47;

(2) קיים צורך דחוף בהתקנת התקנות או בקביעת ההנחיות המינהליות, ולא ניתן, בנסיבות העניין, לקצר את פרק הזמן לפרסום ההצעה ולקבלת הערות מהציבור.

(ה) אי פרסום כאמור בסעיף זה לא יפגע בתוקפן של תקנות או הנחיות מינהליות.

פרק י"ג: תיקון וביטול החלטות

סימן א': תיקון וביטול החלטות מינהליות

תיקון וביטול הנחיות מינהליות ותקנות 49. (א) הסמכה לקבוע הנחיות מינהליות ותקנות - משמעה גם הסמכה לתקן, לשנותן, להתלותן או לבטלן (בסעיף זה - תיקון) בדרך שבה נקבעו. לענין זה אין נפקא מינה אם התיקון בא בעקבות שינוי נסיבות, הערכה מחודשת, או טעות בעובדה, בדין או בשיקול הדעת.

(ב) אין לאדם זכות שתקנות או הנחיות מינהליות לא יתוקנו.

(ג) רשות מינהלית תקבע, במסגרת תיקון תקנות או הנחיות מינהליות, תקופת מעבר להחלת התיקון, אם הדבר נדרש בנסיבות העניין.

תיקון וביטול הוראת מינהל 50. (א) הסמכה ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקנה, לשנותה, להתלותה או לבטלה (בסעיף זה - תיקון) בדרך שבה ניתנה ההוראה; לענין זה אין נפקא מינה אם התיקון בא בעקבות שינוי נסיבות, הערכה מחודשת, או טעות בעובדה, בדין או בשיקול הדעת.

(ב) במסגרת שיקוליה האם לתקן הוראת מינהל, תבחן הרשות המינהלית, את משקלו של האינטרס הציבורי בתיקון הוראת מינהל אל מול האינטרסים של האדם שהתיקון נוגע אליו בקיומה של הוראת המינהל; שוכנעה הרשות כי האינטרס הציבורי בתיקון הוראת המינהל מחייב את תיקונה, תתקן הרשות את הוראת המינהל.

סימן ב': הבטחה מינהלית

הבטחה מינהלית 51. (א) רשות מינהלית תקיים הבטחה מינהלית שנתנה, רק אם מתקיימים בהבטחה כל אלה, והכל בין אם מקבל ההבטחה שינה את מצבו לרעה בשל הסתמכותו על ההבטחה ובין אם לאו:

(1) היא ניתנה מאת רשות מינהלית מכוח סמכותה לפי דין;

(2) היא מקיימת את הוראות סעיפים 5, 6 ו-8 לחוק זה;

(3) היא אינה בגדר מדיניות כללית;

(4) היא ניתנה בכוונה להקנות לה תוקף משפטי מחייב;

(5) היא מפורשת, מסוימת וניתנת לביצוע;

(6) מקבל ההבטחה ראה אותה כעומדת בתנאים המפורטים בפסקאות (1), (4) ו- (5);

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאית הרשות המינהלית לבטל או לשנות את ההבטחה המינהלית על פי הוראת סעיף 50(ב).

סימן ג': השתחררות מחוזה מינהלי

השתחררות מחוזה מינהלי 52. (א) שוכנעה רשות מינהלית כי נתקיימו נסיבות אשר בגינן צורכי ציבור חיוניים מחייבים להשתחרר מחוזה שכרתה, רשאית היא להשתחרר ממנו, לאחר ששקלה את מכלול נסיבות העניין, לרבות האם שינה הצד השני את מצבו לרעה.

(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לגרוע מהוראה בחוזה המסדירה את ההשתחררות ממנו.

פרק י"ד : עיון חוזר בהוראת מינהל

53. בקשה לעיון חוזר בהחלטה
- (א) אדם המבקש לשנות הוראת מינהל שרשות מינהלית קיבלה בעניינו, רשאי לפנות לרשות המינהלית בבקשה לעיון חוזר בהחלטה, אם התגלו עובדות חדשות או אם השתנו הנסיבות ממועד קבלת ההוראה, או מטעמים מנומקים אחרים.
- (ב) בקשה לעיון חוזר תוגש בתוך 30 ימים מהמועד שבו נמסרה למבקש הוראת המינהל.
- (ג) בקשה לעיון חוזר שהוגשה בעקבות גילויין של עובדות חדשות או בשל שינוי בנסיבות, תוגש בתוך 30 ימים מהמועד שבו נתגלו למבקש העובדות החדשות או ממועד שינוי הנסיבות, על פי העניין.
- (ד) על אף האמור בסעיפים קטנים (ב) ו- (ג), רשאית הרשות המינהלית להאריך את התקופה האמורה בהם, אם מצאה כי מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.
54. החלטה בבקשה לעיון חוזר
- הגיש אדם בקשה לעיון חוזר בהוראת מינהל לפי הוראות סעיף 53, תעיין הרשות המינהלית מחדש בהוראה, אם מצאה כי התגלו עובדות חדשות או השתנו הנסיבות, וכי עובדות או נסיבות אלה עשויות, לבדן או יחד עם החומר שהיה בפניה לראשונה, לשנות את הוראת המינהל, ובלבד שהמבקש לא יכול היה לדעת על העובדות החדשות טרם קבלת הוראת המינהל. הרשות המינהלית תודיע למבקש את החלטתה בבקשה לעיון חוזר.
55. עיכוב ביצוע הוראת מינהל
- הגשת בקשה לעיון חוזר לא תעכב את ביצוע הוראת המינהל, אלא אם כן קיים טעם מיוחד המצדיק, לדעת הרשות המינהלית, את עיכוב ביצוע ההוראה.

פרק ט"ו: פגם בהחלטה המינהלית ותוצאתו

56. ביטול החלטה מינהלית
- קיבלה הרשות המינהלית החלטה תוך הפרת הוראות הדין, תבטל הרשות את החלטתה, אלא אם כן התקיים אחד מאלה:
- (א) רשות מינהלית מוסמכת תיקנה את הפגם לאחר מתן ההחלטה;
- (ב) מצאה הרשות המינהלית כי מתקיים אינטרס ציבורי ומהותי שמצדיק שלא לבטל את החלטה, בין באופן מלא ובין בתנאים;
- (ג) ההפרה היא בגדר זוטי דברים.

ביטול חלקי 57. היתה החלטה מינהלית ניתנת להפרדה לחלקים, ועילת הביטול לפי סעיף 56 נוגעת רק לאחד מחלקיה – ניתן לבטל את אותו החלק בלבד; לא היתה הרשות המינהלית מקבלת את ההחלטה בלי חלקה הבטל – תבוטל ההחלטה כולה.

פרק ט"ז: שונות

58. חזקה על רשות מינהלית שהיא פעלה כדין, אלא אם כן הוכח אחרת. חזקת תקינות המינהל
59. (א) ראש רשות מינהלית, לאחר התייעצות עם השר הממונה על הרשות המינהלית, רשאי לקבוע כללי אתיקה לעובדי הרשות המינהלית, לרבות לעניין מינוי ועדת אתיקה.
- (ב) בסעיף זה, "ראש רשות מינהלית" – המנהל הכללי, ובאין מנהל כללי – בעל התפקיד המקביל באותו גוף, ולעניין רשות מקומית – ראש הרשות המקומית.
60. שר המשפטים ממונה על ביצועו של חוק זה. ביצוע ותקנות
61. חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958²¹ – בטל. ביטול חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות)
62. בפקודת הפרשנות [נוסח חדש]²² - סעיפים 16, 17, 19 – בטלים. תיקון פקודת הפרשנות
63. בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981²³ - סעיפים 11-20 – בטלים, ובמקומם יבוא: "20א. הוראות סעיפים 18 עד 25 בחוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, יחולו על פרשנות כל דין, אף אם אינו עוסק בפעולה של רשות מינהלית, בשינויים המחוייבים, והכל אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון, ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראות אלה."
64. תחילתו של חוק זה, שישה חודשים מיום פרסומו. תחילה
65. חוק זה יחול אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון בחיקוק אחר, ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה. תחולה
66. על החלטות שנתקבלו לפני חוק זה יוסיף לחול הדין הקודם. הוראת מעבר

²¹ פורסם ס"ח התשי"ט, עמ' 7.

²² דיני מדינת ישראל [נוסח חדש] 1, התשי"ד עמ' 2.

²³ פורסם ס"ח התשמ"א, עמ' 302.

דברי הסבר

פרק א' – מטרות החוק

סעיף 1 – מטרות:

באמצעות מערכת הכללים הכלולה בו מבקש החוק המוצע להבטיח, כי קבלת החלטות על ידי רשות מינהלית תיעשה בהגינות, במידתיות, בשקיפות, ביעילות ובפשטות. עוד מבקש החוק המוצע להבטיח את חוקיות פעולת המינהל הציבורי, תוך שמירת האיזון בין אינטרס הציבור לבין זכויות הפרט, ולחזק את מעמד המינהל הציבורי כנאמן הציבור. סעיף זה מבטא, למעשה, את ההנחה העומדת בבסיסו של המשפט המינהלי, שלפיה קיום כלליו על ידי רשות מינהלית אמור להבטיח, כי ההחלטות שתקבל הרשות תהיינה תקינות והוגנות. ברוח זו קובע גם סעיף 2 ל- Model Administrative Procedure Code הקנדי:

"The purpose of this code is to provide for fair, expeditious and simple proceedings and to ensure that decisions are of good quality"²⁴

פרק ב': הגדרות

סעיף 2 – הגדרות:

סעיף זה מגדיר את היסודות שעליהם מושתת החוק המוצע - "רשות מינהלית", "עובד ציבור", "הוראת מינהל", "החלטה מינהלית", "הנחיה מינהלית" ו"תקנה", שהרי על הרשות המינהלית ועל עובד הציבור, ועל פועלם - הוראת המינהל, ההחלטה המינהלית, ההנחיה המינהלית והתקנה - בא החוק המוצע לחול, ומכאן חשיבותן. להגדרות יש חשיבות נוספת הנובעת מכך, שבחקיקה היום יש לחלק מהמונחים המוגדרים כמה הגדרות השונות זו מזו, למרות הקירבה הנושאת בין החוקים שבהם מצויות אותן הגדרות. כך, למשל, אין דומה הגדרת "עובד ציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין, התשל"ז-1977 להגדרת "עובד הציבור" בסעיף 1 לחוק לתיקון סדרי מינהל (החלטות והנמקות), התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההנמקות), או להגדרת "עובד הציבור" בסעיף 1 לחוק שירות הציבור (מתנות), התשמ"מ-1979. סעיף 2 מבקש להציע לכל אחד ממונחי היסוד האלה הגדרה המתאימה להחלתם של עקרונות המשפט המינהלי שאותם בא חוק המוצע להסדיר.

הגדרותיהן של "הוראת מינהל" ו"תקנה" לקוחות מסעיף 2 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1980. המונח "רשות" או "רשות מינהלית" הוא מושג מוכר בחקיקה,²⁵ ורווח בפסיקה ובספרות. אף על פי כן, לא נכללה בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] או בחוק הפרשנות, הגדרה של מונח זה. ההגדרה המוצעת בסעיף 2 למונח "רשות מינהלית" מבוססת, בעיקרה, על הגדרתה של "רשות ציבורית" בסעיף 2 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 וכוללת את הגופים המנויים בה, וכן עובדי ציבור ונושאי משרה או תפקיד ברשות על-פי חיקוק, בין במינוי ובין בבחירה. הגופים המנויים בהגדרה הם, ככלל, גופים השייכים לרשות המבצעת או גופים אחרים בפעולותיהם המינהליות. הרשימה כוללת גם גוף או תאגיד שהוקם בחוק, חברה ממשלתית וחברה-בת ממשלתית, וכן גוף אחר הממלא תפקיד ציבורי שהוא גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9 לחוק מבקר המדינה

²⁴ Model Administrative Procedure Code (1991), chapter 1 sec.2

²⁵ ראו למשל: חוק הפרשנות, התשמ"א-1981; חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 לענין הגדרות "בית דין מינהלי", "סמכות שפיטה" ו"רשות ממנה".

[נוסח משולב], התשי"ח-1958, ובלבד שנקבעו בצו בידי שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לגבי כל פעילותה של החברה או הגוף כאמור, או לגבי חלק מפעילויותיהם, וכן לגבי חלק מהוראות החוק, כולן או חלקן.

כתוצאה מכך כוללת הגדרת "רשות מינהלית" גם "גופים דו-מהותיים", דהיינו, גופים מהמשפט הפרטי שהפסיקה החילה עליהם את המשפט המינהלי. ראשיתו של הדיון בפסיקה בשאלה האם המשפט המינהלי חל גם על גופים פרטיים בדיון בהוראות החוק המסדירות את סמכותו העניינית של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.²⁶ סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה, בעקבות קודמו סעיף 7(ב)(2) לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, קובע, כי בית המשפט העליון מוסמך בשבתו כבית דין גבוה לצדק "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה...". המשך הדיון בחלותו של המשפט המינהלי על גופים פרטיים לא התמקד בסמכותו העניינית של בית המשפט העליון כשאלה פרוצדוראלית, ובפסיקה התפתח ענף עצמאי, העוסק בתחולתו של המשפט המינהלי על גופים אלה כשאלה מהותית.²⁷ בין המרכיבים שנמצאו כמצדיקים את החלתו של המשפט המינהלי על גוף פרטי ניתן למנות את מטרות הגוף, שימוש שנעשה על ידיו בכוח שלטוני שהוענק לו בהוראת חוק, חיוניות השירות הניתן לציבור על-ידי אותו גוף, מעורבות המדינה בניהולו, קבלת תמיכה מכספי מדינה, מידת הפיקוח הציבורי על הגוף וקיומו של אופי מונופוליסטי או מעין מונופוליסטי.²⁸

פרק ג': עקרונות היסוד

סעיף 3 – חוקיות המינהל:

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע את העיקרון לפיו אין לרשות המינהלית סמכות אלא אם כן הוענקה לה בחוק או על פיו. בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי הרשות תפעיל את סמכויותיה בכפוף לכל דין. שני סעיפים קטנים אלו נועדו לעגן בחוק את עקרון היסוד של המשפט המינהלי, הנובע ממהות הדמוקרטיה, לפיו ללא הוראת הסמכה חוקית בת-תוקף אין בכוחה של הרשות לפעול, וכי ללא אותה הסמכה, מעשה הרשות בלתי חוקי. עקרון זה נקבע בפסיקה כבר בבג"ץ 36/51 חת נ' מועצת עיריית חיפה:

"עיריה, הרי זו גוף משפטי שנוצר על ידי החוק ושאינו לו קיום אלא על פי החוק. היקף סמכויותיו מוגדר לפי החוק, וכל דבר החורג מד' אמותיו של החוק בטל ומבוטל הוא (ultra vires) [...] בבואנו לשקול אם דבר מסויים חורג מסמכויות המועצה אם לא, המבחן אינו, אם פקודת העירייה אוסרת את הדבר, בפירוש או מכללא, אלא אם

²⁶ לעניין זה ראו גם: בג"ץ 281/65 אשכנזי נ' ועדת הבחירות המרכזית להסתדרות, פ"ד יט(3) 194 (1965); בג"ץ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, פ"ד כו(1) 118 (1971); בג"ץ 160/72 אחים שרבט, חברה לבניין בע"מ נ' האגודה למען הזקן באזורי העמקים בישראל, פ"ד כז(1) 620 (1973).

²⁷ בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485 (1997) (להלן: עניין הבורסה); בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002); ע"א 8825/03 שירותי בריאות כללית נ' משרד הביטחון, פסי"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.04.2007).
²⁸ ראו לדוגמה, סקירת הפרמטרים שנקבעו בפסיקה שערכה השופטת ארד (כתוארה אז) בע"ע (ארצי) 1046/04 גואטה נ' מפעל הפיס, פסי"א 35 לפסק הדין (פורסם בנבו, 07.08.2005).

הדבר מותר לפיה. לשון אחרת, לא די בכך שהדבר אינו אסור; הוא צריך להיות מותר כדי שיהיה כשר בעיני החוק.²⁹

וכן ראו עוד קודם לכן את דברי השופט ש"ז חשין, בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה :

"מקום שמבקש מתאונן על כך, שפקיד ציבורי אוסר עליו לעשות פעולה מסויימת, אין על המבקש להוכיח, כי קיים חוק אשר לפיו חלה על הפקיד הציבורי החובה להרשות לו לעשות את הפעולה, אלא להיפך, על הפקיד להוכיח כי יש צידוק לאיסור אשר הוא אוסר."³⁰

בסעיף קטן (ג) מוצע להעביר לחוק זה את סעיף 16 לפקודת הפרשנות, לפיו תקנה לא תהא סותרת הוראותיו של כל חוק. עקרון זה מבטא את ההיבט השני של עקרון החוקיות, לפיו כדי שמעשה יעמוד במבחן חוקיות המינהל צריך, בנוסף לכך שתהיה הסמכה בחוק, שהמעשה יהיה גם בהתאמה לכל חוק.³¹

סעיף 4 – מילוי תפקידי הרשות המינהלית:

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי רשות מינהלית תפעל לשם מילוי תפקידיה וביצועי הסמכויות שהוענקו לה על פי דין. סעיף זה נועד לחדד את תפקידיה של הרשות ואת מטרות פעילותה. בסעיף קטן (ב) מוצע לעגן את חובתה של הרשות לפעול בהגינות, בשוויון ובתום לב, ללא משוא פנים וללא שיקולים זרים, תוך הפעלת שיקול דעת ותוך שמירה על טובת הציבור. אלה הם העקרונות הכלליים על פיהם הרשות המינהלית צריכה לפעול, והם מבטאים את מעמדה של הרשות כנאמן הציבור, מעמד שעוגן אף בפסיקת בית המשפט העליון. ראו, לדוגמה, את בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל :

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל. [...] מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב, אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות."³²

וכן את בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל :

"...המחזיקים בסמכות ובכוח מטעם המדינה או מטעם רשות ציבורית אחרת [...] שומה עליהם לזכור ולשמור - לשוות נגד עיניהם כל העת ושלא לשכוח - כי לא בְּשִׁלְהֶם הם עושים; כי עושים הם בְּשִׁלְהֶם הזולת, וכי חובה היא המוטלת עליהם לפעול ולעשות בהגינות וביושר ותוך שמירה קפדנית על כל עקרונות המשפט הציבורי"³³

²⁹ פ"ד ה(1) 1553, 1557 (1951).

³⁰ פ"ד ב 80, 82 (1949).

³¹ יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 80-82 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית א).

³² בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 743-744 (1980).

³³ בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(6) 817, 899 (2003).

חלק מעקרונות אלו מפורטים בסעיפים ייעודיים בהצעת החוק: האיסור על ניגוד עניינים (פרק ד' להצעה), עצמאות שיקול הדעת (פרק י"א להצעה).

החובה לפעול בהגינות ובתום לב פירושה כי על הרשות המינהלית למלא את תפקידה באופן הוגן כלפי כל מי שנוגע בדבר, ובמיוחד כלפי מי שעלול להיפגע מהפעלת הסמכות.³⁴ חובה זו נועדה להבטיח כי הרשות המינהלית תקבל את החלטותיה בהליך ראוי, באופן שמכבד את האדם העומד בפניה. כך בבג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות ציין השופט ברק כי:

"עקרונות ההגינות המחייבים את המינהל הם אחד המכשירים העיקרים שפותחו על ידי בית משפט זה לשמירה על זכויות האזרח."³⁵

אין מדובר בסעיף זה בחובת תום הלב הקבועה בדיני החוזים, וחלה גם על פעולה משפטית שנעשית בידי הרשות המינהלית, אלא מדובר במצב הנפשי של הרשות בעת פעולתה – פעולה בשרירות לב או בזדון לא תחשב כפעולה שנעשתה באופן הוגן ובתום לב.³⁶

כך, ראו את דברי השופט (כתוארו אז) שמגר בבג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת:

"תום הלב איננו מתמצה בכך, שאינם מפיקים תועלת כספית ממשרתם ושאינם פועלים למען מגמותיהם הפרטיות, או בכך שהם מפעילים סמכויותיהם רק במסגרת הכוחות שהוענקו להם. תום הלב ביטוי גם בכך, שהם נותנים דעתם ולבם להבנת תפקידם ולקיום חובתם כלפי הציבור, אשר את ענייניו הם נקראו לנהל, בתחום שהוגדר להם, ושאינם מנסים להשיג מטרות נסתרות תחת המסווה של מטרה לגיטימית גלויה"³⁷

וכן ראו את דברי השופט חשין בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל:

"בתחומי המשפט הפרטי רשאי הוא היחיד לנהוג ב"שרירות בעלים". בימינו-שלנו גם "שרירות בעלים" זו אינה עוד אותה שרירות של ימים שמכבר, וטוב שכך. ואולם בתחומי המשפט הציבורי - המשפט החוקתי והמשפט המינהלי - השרירות הייתה כמחלה חשוכת-מרפא."³⁸

בסעיף זה עוגן גם עקרון השוויון, עקרון יסוד של המשפט הישראלי.³⁹ עקרון זה זכה להכרה עוד בהכרזת העצמאות, בה הובטח לכל אזרחי המדינה "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור". כמו כן, עוגן עקרון זה בדברי חקיקה שונים, דוגמת חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ועוד. גם בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי עקרון השוויון הוא עקרון יסוד, ויש לפרש וליישם כל חוק בהתאם לו.⁴⁰ כמו כן, יפים לענייננו דבריו של

³⁴ יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 997 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית ב).

³⁵ פ"ד לג(1) 778, 767 (1979).

³⁶ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1000; וכן: דברי השופט זמיר בבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר - אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 317 (1998); וכן: בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860 (1993).

³⁷ בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 461 (1981).

³⁸ בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(6) 817, 899 (2003).

³⁹ דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 673 (2010) (להלן: ברק-ארז משפט מינהלי ב).

⁴⁰ ראו לדוגמה: בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).

השופט יצחק זמיר בבג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות:

"עקרון השוויון מחייב כל גוף ציבורי במדינה. הוא מחייב, קודם כול, את המדינה עצמה. עקרון השוויון חל על כל התחומים שבהם פועלת המדינה. הוא חל, בראש ובראשונה, על הקצאת משאבים של המדינה. המשאבים של המדינה, אם קרקע ואם כסף, וכן גם משאבים אחרים, שייכים לכל האזרחים, וכל האזרחים זכאים ליהנות מהם על-פי עקרון השוויון, ללא הפליה מחמת דת, גזע, מין או שיקול פסול אחר."⁴¹

יודגש, כי אין המדובר כאן בהכרעה במעמדה החוקתי של הזכות לשוויון, אלא בשוויון המינהלי, שאין חולק כי הוא מחייב את הרשות המינהלית בכל פעולותיה, גם במצבים בהם ההפליה אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, אינה נובעת מטעמים פסולים, והיא לעיתים אקראית או מקרית.⁴² לכן, עיגונה של חובה זו של הרשות בהצעת החוק הינו הכרחי.

סעיפים קטנים (ג), (ד) ו-(ה) שבסעיף 4 להצעה, מבהירים את חובת הרשות המינהלית לפעול בשוויון כפי שעוגנה בסעיף קטן (א). סעיף קטן (ג) קובע כי לא יראו הבחנה מותרת כפגיעה בשוויון. הבחנה מותרת מוגדרת בסעיף קטן (ה), כיחס שונה כלפי מי שיש בינו לבין אחר הבדל הנוגע לעניין המצדיק יחס שונה כאמור. הבחנה זו נקבעה כהבחנה מותרת גם בפסקי הדין של בית המשפט העליון. כך, ראו דברי הנשיא אגרנט בד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל:

"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה. יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים הם מצדיקים זאת. המושג 'שוויון', בהקשר זה, פירושו אפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לענין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול."⁴³

סעיף קטן (ד) עניינו העברת נטל ההוכחה אל הרשות המינהלית. מוצע לקבוע כי כאשר הרשות המינהלית קיבלה החלטה שתוצאתה היא העדפה על בסיס קטגוריה הנחזית להיות "קטגוריה חשודה" - מין, גיל, גזע, צבע, דת, לאום, השקפה פוליטית, נטייה מינית, מצב משפחתי, קשרי משפחה או שיקולים דומים לאלה – עליה הנטל להראות בכל הליך לפני ועדת ערר או ועדת ערעור או לפני בית המשפט, אם נדרשה לכך, כי אין מדובר באפליה פסולה אלא בהחלטה המבוססת על הבחנה שהיא הבחנה מותרת בנסיבות העניין, כהגדרתה

⁴¹ בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 170 (2000).

⁴² משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 39 בעמ' 678.

⁴³ בד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971); כמו כן, ראו: בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 751 (1994); וכן: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 109 (1995).

תיק הצעת חוק מס': 803-10-2009-000876

סימוכין: 803-99-2013-146903

בסעיף קטן (ה). קטגוריות אלו המפורטות בסעיף, נחשבות בדרך כלל לסיווג קבוצתי פסול העלולות לפגוע בכבוד האדם.⁴⁴ לכן אם קיבלה הרשות החלטה שתוצאותיה נחזות להיות תוצאות מפלות מועבר נטל ההוכחה אל כתפיה, להראות כי אין מדובר באפליה פסולה. כך למשל, יכול שיהיה כאשר הרשות המינהלית מבקשת לנקוט במדיניות של העדפה מתקנת.⁴⁵

חובות נוספות שהוטלו על הרשות המינהלית בסעיף קטן (א), הן החובות לפעול ללא משוא פנים וללא שיקולים זרים, תוך הפעלת שיקול דעת ותוך שמירה על טובת הציבור.

קביעת החובה הכללית לפעול ללא משוא פנים בסעיף זה מעגנת את אחד מכללי הצדק הטבעי המקובלים בפסיקה. האיסור על משוא פנים נועד למנוע קבלת החלטה שהושפעה ממניעים בלתי נאותים, ולהבטיח כי הרשות לא תקבל את החלטותיה כשהיא בעלת דעה מוקדמת ומגובשת בנושא או כשהיא בעלת זיקה או אינטרס אחר בנוגע לעניין שבפניה.⁴⁶ נגזרת מרכזית של האיסור על משוא פנים, היא האיסור על ניגוד עניינים, סוגיה בה עוסק, בהרחבה פרק ד' בהצעת החוק.

האיסור על קבלת החלטות המונחות משיקולים זרים, מבטא את העיקרון לפיו הרשות המינהלית מוגבלת בהפעלת סמכותה להשגת מטרות החקיקה. עיקרון זה נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כבר בשנות החמישים של המאה שעברה, ראו בג"ץ 98/54 **לזרוביץ נ' המפקח על המזונות - ירושלים**.⁴⁷ בעניין זה בחן בית המשפט העליון את השיקולים שהנחו את המפקח על המזונות עת הוציא צו שהגביל את גידול החזירים בישראל לאזור מסוים בצפון המדינה. בית המשפט קיבל את העתירה וקבע כי בנסיבות העניין סיבת הוצאת הצו הייתה דתית. מדובר בשיקול שחורג ממטרותיו של החוק המסמיך שעניינו פיקוח על המזונות, ולכן פסול. בכך קבע בית המשפט את עילת השיקולים הזרים כעילה לבחינה מהותית של השיקולים שביסוד הפעולה המינהלית.⁴⁸ יודגש כי אין המדובר בשיקולים שהם בהכרח פסולים, גם שיקול ראוי עשוי להיפסל כשיקול זר, אם הוא חורג ממטרת החוק המסמיך את הרשות.⁴⁹

חובת הרשות לפעול בשיקול דעת ותוך שמירה על טובת הציבור שעוגנה בסעיף קטן (א), פירושה כי על מנת למלא את סמכותה ותפקידה כנדרש, הרשות מחויבת להפעיל שיקול דעת של ממש, באופן ענייני ואמיתי, כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון מראשית דרכו, בין אם מדובר בסמכות שהיא בגדר "סמכות חובה" של הרשות ובין אם מדובר בסמכות שהיא בגדר "סמכות רשות" של הרשות.⁵⁰ כך ראו, דברי השופט זילברג בבג"ץ 35/48 **מ. ברסלב ושות' בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה לפיהם רשות אינה חייבת להיענות לבקשת האזרח, אולם מוטלת עליה החובה לעיין ולהחליט בבקשה**:

"לא יוכל הפקיד שלא לעיין כלל בבקשת האזרח, או לעיין בה שטחית - ולזרוק אותה הסלה. שומה עליו, על פקיד המדינה, לעיין בכבוד ראש בכל בקשה המובאת לפניו, עד כמה שהיא נתונה בתחום סמכותו, ולהחליט בה:

⁴⁴ ברק-ארז **משפט מינהלי ב**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 698; הבסיס הרעיוני לקביעה זו הונח בפסק הדין שעסק בביטול הסגרגציה במערכת החינוך האמריקנית (Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)), והיא התקבלה אח"כ גם בפסיקה ישראל. ראו למשל: עניין **דנילוביץ**, לעיל ה"ש 43; ועניין **מילר**, לעיל ה"ש 43; וכן בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000); בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך** (פורסם בנבו, 14.09.2010).

⁴⁵ בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297 (1989).

⁴⁶ ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 529; וכן ראו: בג"ץ 531/79 **סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה**, פ"ד לד(2) 566 (1980) (להלן: עניין **סיעת הליכוד**).

⁴⁷ פ"ד י 40 (1956).

⁴⁸ ברק-ארז **משפט מינהלי ב**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 636.

⁴⁹ בג"ץ 324/71 **הוועד המקומי סביון נ' הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית**, פ"ד כז(1) 85 (1972); בג"ץ 601/75 **ועד מקומי סביון נ' הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית**, פ"ד לא(1) 106, 103 (1976).

⁵⁰ זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1088.

(א) בהתחשבו עם כל מסיבות העניין; (ב) בהתחשבו אך ורק במסיבות העניין

גופו.⁵¹

כמו-כן, בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, קבע מ"מ הנשיא (כתוארו אז) שמגר כי הרשות אינה יוצאת חובתה, אלא אם היא מפעילה שיקול דעת של ממש באופן ענייני ואמיתי. לכן, בעל הסמכות חייב:

"... עליו לטפל בפנייה, כמקובל עלינו, בלב פתוח (או "בנפש קולטת" [...]) קרי, עליו לדון בעניין בלי דעות קדומות פסולות ולטפל בבקשה באופן הוגן. אם כבר גמר בדעתו, מראש, כי ידחה את הפנייה, יהיו טעמיה אשר יהיו, הרי התואר "דיון הוגן" אינו הולם את הנסיבות [...]. אין צורך להוסיף כאן דברים על חשיבותו של השיקול הענייני, נטול האפיון של השלילה מראש, הסוגרת את עצמה בפני כל נימוק וניסיון שכנוע"⁵²

חובת הרשות לשמור על טובת הציבור שעוגנה בסעיף קטן (א), נועדה גם היא להבטיח כי הרשות תפעל בהגינות כנאמן הציבור, ותציב לנגד עיניה בכל פעולותיה את טובת הציבור ושמירה על האינטרסים של הציבור.

סעיף 5 – מידתיות:

בסעיף 5 מוצע לקבוע את עקרון המידתיות כאחד מעקרונות היסוד על פיו נדרשת הרשות המינהלית לקבל את החלטותיה. על פי סעיף קטן (א) רשות מינהלית לא תקבל החלטה מינהלית הפוגעת בזכויות יסוד במידה העולה על הנדרש. בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי החלטה מינהלית לא תחשב כהחלטה בלתי מידתית, כלומר, כפוגעת בזכויות במידה העולה על הנדרש, אם מתקיימים כל שלושת התנאים המפורטים בסעיפים קטנים (1)-(3): קיימת זיקה עניינית בין ההחלטה לבין המטרה שהרשות המינהלית מבקשת להשיג; אין חלופה ראויה אחרת בנסיבות העניין ובהתחשב באינטרס הציבורי, להשגת מטרת ההחלטה, שפגיעתה פחותה; וכאשר נראה כי התועלת הצפויה לציבור מההחלטה עולה על הנזק שההחלטה עלולה לגרום.

סעיף 5 להצעה מבטא, למעשה, את עקרון המידתיות שהוכר תחילה על ידי בית המשפט, ולאחר מכן עוגן בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, כאמת מידה לבחינה חוקתית של חוקים. עקרון המידתיות (Proportionality) מקובל בשיטות משפט שונות, וקובע כי מקום בו רשות מנהלית חייבת לבחור בין אמצעים שונים העומדים לרשותה, עליה לבחור את האמצעי המתאים ביותר לנסיבות, ובתוך כך לבחור באמצעי שיסב לאזרח את הנזק המועט ככל שניתן, בהתחשב במטרה ובצרכים. עקרון זה נקבע לראשונה על ידי השופט יצחק כהן בביהמ"ש העליון בבג"ץ 14/65 כורי נ' שר הפנים, עת דן ביהמ"ש בהחלטה שקיבל שר הפנים:

"אין זאת אומרת שהשר לא יהא מוסמך, במקרה מתאים, לבטל כינונה של מועצה מקומית פלונית בכלל או לשלול ממנה מעמדה כמועצה מסוג א': הסמכות לכך נתונה לו, כאמור, הן בפקודת הפרשנות והן בסעיף 12 לפקודה. אבל אם יש את רצונו להשתמש בסמכותו זו, המרחיקה לכת, לשם השגת מטרה אשר להשגתה קבע לו המחוקק סמכות אחרת, פחות מרחיקת לכת, התערב יתערב

⁵¹ בג"ץ 35/48 מ. ברסלב ושות' בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ב(1) 330, 334 (1949).
⁵² בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 47 (1983).

בית-משפט זה וכפה עליו את השימוש בסמכות הפחותה שלשם כך נוצרה, ושעל-ידי שימוש בה ישיג את המטרה הנכספת או אף - כמו במקרה שלפנינו - ישיגנה ביתר יעילות.⁵³

מכח עיקרון זה קבע ביהמ"ש בבג"ץ 344/89 ח.ס.ה – סחר בינלאומי נ' שר התעשייה והמסחר, כי אם עומדות לרשות המינהלית שתי סמכויות, וכל אחת מהן יפה להשיג את מטרת הרשות, חובה על הרשות להפעיל את הסמכות שפגיעתה באזרח קלה יותר.⁵⁴ בהמשך, בבג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, קבע בית המשפט כי אפשר ששימוש בסמכות אחת יהיה פחות יעיל מהשימוש בסמכות השנייה, ועדיין בנסיבות מיוחדות של המקרה חובה על הרשות לעשות שימוש בסמכות שנזקה לאזרח מועט יותר, אפילו אם היא יעילה פחות.⁵⁵

כאמור, עיקרון המידתיות קיבל הכרה מפורשת בחוקי היסוד, בהם נקבע בפסקת ההגבלה כי אין לפגוע בזכויות שלפי חוקי היסוד אלא (בין היתר) "במידה שאינה עולה על הנדרש",⁵⁶ וכן נקבע בהם כבר כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה" (ראו סעיפים 8 ו-11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיפים 4 ו-5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). אימוץ הוראה זו בסעיף 5 להצעת החוק דן נועד לעגן את העיקרון כאמת מידה לבחינה מהותית של פעולת רשויות המינהל בקבלתן החלטות שונות, שאינן בהכרח מגיעות לכדי דבר חקיקה. בחינה דומה להחלטות רשות מינהלית מוסמכת, באמצעות עקרון המידתיות, ערך בית המשפט העליון כבר בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת (להלן: עניין יורונט),⁵⁷ ובבג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט.⁵⁸ קביעת העיקרון בהצעת החוק, על שלושת מבחני המשנה שמוצע לקבוע בסעיף קטן (ב), ייתר את ההשוואה לפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד, ויקבע מבחנים עצמאיים לבחינת החלטות ופעולות הרשות.

סעיף 6 – תשתית עובדתית מספקת:

בסעיף זה מוצע לקבוע כי הרשות המינהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שבחנה תשתית עובדתית מתאימה ומספקת. סעיף זה מבטא את חובתה הכפולה של הרשות בטרם קבלת החלטה – איסוף מידע רלוונטי להחלטה, שיהווה תשתית עובדתית מתאימה לשם בחינת החלטה שברצונה לקבל, וחובתה לבסס את החלטתה על תשתית עובדתית מספקת. מדובר, כמובן, במידע שיכול היה להיות מונח בפני הרשות במועד שבו נתקבלה החלטה ולא לאחריה. עקרון זה מבטא את ההלכה שנקבעה בנושא בבית המשפט העליון. כך ראו למשל, בעניין ברגר המוזכר לעיל, את דברי מ"מ הנשיא שמגר, לפיהם חובה על כל רשות מנהלית להניח תשתית עובדתית ראויה לכל החלטה שהיא מקבלת:

"ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית [...] תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות

⁵³ בג"ץ 14/65 כורי נ' שר הפנים, פ"ד יט(2) 322, 334 (1965).

⁵⁴ בג"ץ 344/89 ח.ס.ה – סחר בינלאומי נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456, 470 (1990).

⁵⁵ בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217, 219 (1993).

⁵⁶ לעניין דרישה זו ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

⁵⁷ פ"ד מח(5) 412 (1994).

⁵⁸ פ"ד מט(5) 1 (1996).

הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת.⁵⁹

בבג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, קבע השופט אור :

"הלכה היא, שעל-מנת שרשות צבורית תמלא תפקידה כהלכה, עליה לדאוג תחילה שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו לפנייה. באין תשתית עובדתית הולמת, לא כל החשוב והדרוש להכרעה בעניין זה יהיו לנגד עיניה של הרשות"⁶⁰

בעניין יורונט המוזכר לעיל,⁶¹ סיכם השופט זמיר את ארבעת המבחנים בהם הרשות צריכה לעמוד על מנת ליצור תשתית עובדתית שתשמש בסיס להחלטה מנהלית: א. איסוף נתונים; ב. בחינת שייכות הנתונים והעובדות לעניין הנדון; ג. בחינת אמינות הנתונים שנאספו; ד. קביעה כי הראיות הן מהותיות ומוצקות במידה מספקת לצורך קבלת החלטה בעניין הנדון. קביעת החובה על הרשות לאסוף תשתית עובדתית מתאימה ומספקת בטרם תקבל החלטה מנהלית, כמוצע בהצעת החוק, בצירוף הוראת סעיף 31 להצעת החוק, העוסקת בראיות מינהליות, מבטאות את האמור במבחנים אלו שקבע השופט זמיר.

סעיף 7 – טוהר מידות ומינהל תקין

בסעיף זה מוצע לקבוע כי רשות מינהלית תפעל תוך שמירה על טוהר המידות ומינהל תקין. על אף שבית המשפט העליון נוהג לעשות שימוש בביטויים אלו של טוהר מידות ומינהל תקין בפסקי הדין שלו, מונחים אלו לא הוגדרו בפסיקה, אולם הם בדרך כלל מופיעים לצד מונחים אחרים אשר מבטאים את אותם רעיונות - למשל יושר, הגינות, נאמנות, תקינות, יעילות, מקצועיות, חיסכון, חוסר פניות, ניקיון כפיים ותום לב - הבאים לידי ביטוי גם בעקרונות יסוד אחרים שנקבעו בהצעת החוק. סעיף זה נועד להבטיח כי הרשות המינהלית תפעל תוך שמירה על כל אותם עקרונות אלה, ותוך הימנעות ממעשי שחיתות. חוק-יסוד: מבקר המדינה קובע בסעיף 2(א) כי המבקר מוסמך לבחון בין היתר, את טוהר המידות ואת הניהול התקין של הגופים המבוקרים. סמכות זו של המבקר משלימה את החובה אותה מוצע לעגן בהצעת החוק. נציין כי הצעה דומה הופיעה גם בהצעת החוק שפרסם פרופ' קלינגהופר,⁶² בה נכתב כי רשויות המינהל ינהגו בטוהר המידות, יקפידו על קיום מינהל תקין וינהגו בחיסכון וביעילות.

סעיף 8 – הפעלת שיקול דעת בסבירות

בסעיף זה מוצע לקבוע כי רשות מינהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שנתנה משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הנוגעים לעניין. סעיף זה מבטא למעשה את חובתה של הרשות המינהלית להפעיל את שיקול דעתה בסבירות, בטרם תקבל החלטה.

⁵⁹ עניין ברגר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 48-49.

⁶⁰ בבג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד מו(1) 271, 279 (1991).

⁶¹ עניין יורונט, לעיל ה"ש 57, בעמ' 423.

⁶² קלינגהופר, לעיל ה"ש 1.

עילת הסבירות איננה עילת ביקורת חדשה במשפט המינהלי, והעיקרון המובא בסעיף זה מעגן את הפסיקה המקובלת בתחום. אומנם תחילה השתמש בית המשפט בעילה זו כדי לבחון את תוצאת ההליך, כלומר את ההחלטה המינהלית שנתקבלה, ועשה שימוש במונח "אי סבירות" לגבי החלטות שהתקבלו באופן לא הגיוני או שרירותי או לגבי החלטות פסולות.⁶³ אולם, במשך השנים, חל שינוי באופן השימוש בעילה זו, ועילת הסבירות העדכנית הפכה לעילת ביקורת עצמאית, שעל פיה בוחן בית המשפט את האיזון הפנימי שערכה הרשות המינהלית בין השיקולים השונים שעמדו בפניה. בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, ובו הוכרה עילת הסבירות כעילת ביקורת עצמאית קבע השופט ברק:

"עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה."⁶⁴

בהמשך, בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, הגדיר השופט ברק את המונחים "סבירות" ו"מתחם הסבירות":

"מושג הסבירות אינו מושג פיסי או מטאפיסי. מושג הסבירות הוא מושג נורמטיבי. סבירות משמעותה שקילת כל השיקולים הרלוואנטיים ומתן משקל ראוי לשיקולים אלה [...] משקלם 'הראוי' של הגורמים הרלוואנטיים נקבע על-פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה), אשר סברותה עומדת לבחינה [...] לעתים ניתן לקדם את המטרות, אשר הפעולה נועדה להגשימן, בדרכים שונות. במקרים אלה עשויים להיות מספר משקלות "ראויים" ליחס הפנימי בין הגורמים הרלוואנטיים המעצבים את הפעולה. כתוצאה מכך נהיה עדים למצב דברים שבו מספר פעולות הן סבירות, בלא שלאחת מהן תהא הבכורה. נוצר מה שניתן לכנות כ'מתחם של סבירות', כלומר, מספר אפשרויות, שכל אחת מהן היא סבירה, שכן היא מקיימת את התנאי, כי יישקלו רק שיקולים רלוואנטיים, וינתן להם המשקל הראוי ביחסיהם הפנימיים [...] בנסיבות אלה, פעולה תהיה בלתי סבירה, רק אם המשקל שהיא נותנת למספר גורמים הוא כה מעוות, עד כי אין בהחלטה כדי לקדם את המטרות שלקידומן נועדה אותה פעולה."⁶⁵

יודגש כי אין המדובר כאן בעילת ביקורת שיפוטית שעל פיה יחליף בית המשפט את שיקול דעתה המקצועית של הרשות בשיקול דעתו שלו, אלא בהוראה שנועדה להכווין את אופן קבלת ההחלטה על ידי הרשות. לפיכך, על פי עקרון זה, כפי שעוגן בהצעת החוק, על הרשות המינהלית להקפיד לתת משקל ראוי לכל השיקולים העומדים הפניה, ולערוך ביניהם איזון ראוי תוך הפעלת שיקול דעת, בטרם קבלת החלטה, ואין די אך בשקילת השיקולים הענייניים, על מנת שהחלטתה תחשב להחלטה סבירה.⁶⁶

נציין כי גם בהצעת החוק של פרופ' קלינגהופר,⁶⁷ הוצע לקבוע עקרון דומה, לפיו רשויות המינהל ישתמשו בסמכות שבשיקול דעת - (1) למען היעד שנקבע בדין לשימוש באותה סמכות; (2) בסבירות; (3) בהתחשב בכל הנסיבות השייכות לעניין, ובהן בלבד; (4) לאור יתר הסייגים שעל-פי דין המגבילים את השימוש בשיקול הדעת.

הוראה ברוח דומה מופיעה אף בחוק העוסק במשפט המינהלי בגרמניה:

⁶³ ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל הי"ש 39, בעמ' 723; בג"ץ 21/51 בינבויס נ' עיריית תל-אביב, פ"ד ו(1) 375 (1952).

⁶⁴ בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980).

⁶⁵ בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513-514 (1990).

⁶⁶ ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל הי"ש 39, בעמ' 725.

⁶⁷ קלינגהופר, לעיל הי"ש 1.

40. Discretion

Where an authority is empowered to act at its discretion, it shall do so in accordance with the purpose of such empowerment and shall respect the legal limits to such discretionary powers.”⁶⁸

סעיף 9 – הגינות בפניה לרשות מינהלית

בסעיף זה מוצע לקבוע כי אדם הפונה לרשות מינהלית ינהג בתום לב. זהו חידוש משמעותי בהצעת החוק, שכן באופן חריג מוצע להטיל כאן חובת תום לב לא על הרשות המינהלית, אלא על אדם הפונה לרשות המינהלית. מטרתו של חיוב זה להביא את האזרחים הפונים לרשות לנהוג באופן, שאינו רק הגון, אלא גם יקל על הרשות לקבל את החלטותיה, שכן האזרח הפונה אליה יחוייב למעשה, בין היתר, לפרט את מלוא המידע הנוגע לענין ולא להסתיר מידע רלבנטי לבקשתו המצוי בידיעתו.

את חובת תום הלב של האזרח כלפי הרשות ניתן לבסס כבר כיום באופן כללי גם על חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), המטיל חובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא ומתן לקראת כריתת חוזה (סעיף 12) וחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב בקיום חיוב הנובע מחוזה (סעיף 39). סעיף 61(ב) לחוק החוזים קובע כי "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". לפיכך ניתן להחיל את חובת תום הלב גם על הצדדים להליכים המינהליים השונים.⁶⁹

אולם בית המשפט העליון לא הסתפק בכך, וקבע חובת הגינות כללית המוטלת על הפונה לרשות המינהלית. ראו דברי השופט זמיר בענין קונטרם:

"... האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום. כנגד זכותו כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות. זוהי תמצית האמנה החברתית שבין האזרחים לבין עצמם ובין האזרחים לבין המינהל הציבורי. זהו גם שורש הקיום של המדינה"⁷⁰

הנשיא ברק והשופט חשין צמצמו בפסה"ד את חובת ההגינות הכללית שקבע זמיר, אולם גם הם הטילו חובת גילוי רחבה מצד הפרט לרשות המינהלית:

"הפעלה ראויה של סמכות שלטונית מחייבת גילוי נאות של הפרט לשלטון בדבר נתונים עובדתיים מהותיים, שעליהם סומכת ההחלטה השלטונית"⁷¹

בסעיף 9 מוצע להטיל על האדם הפונה לרשות המינהלית חובת הגינות רחבה יותר, לפיה עליו לנהוג בתום לב. מחובה זו יכולה להיגזר גם החובה לפנות לרשות המינהלית בהקדם, ולא להמתין עד הרגע האחרון, ובכך לגרום לעיכוב פעולות מינהל בעלות חשיבות לציבור.

ההוראה המשלימה לסעיף זה מצויה בסעיף 30 להצעת החוק, המורה כיצד רשאית רשות מינהלית לטפל בפנייה שנעשתה שלא בהתאם להוראה שבסעיף 9.

⁶⁸ Administrative Procedure Act, 1976, § 40 (GER).

⁶⁹ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1000; וכן: בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1 (1982).

⁷⁰ עניין קונטרם, לעיל ה"ש 36, בעמ' 320.

⁷¹ שם, בעמ' 353.

הימצאותו של עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים עלולה לגרום לתקלות רבות – הטייה של שיקול דעתו באופן בלתי תקין, שחיתות, פגיעה באמון הציבור ברשויות המדינה ועוד.

בעניין סיעת הליכוד המוזכר לעיל, קבע השופט ברק כי:

"כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (conflict of interest). לכלל זה מקורות מספר, אשר החשובים שבהם הם כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה. על-פי כללי הצדק הטבעי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של משוא פנים או דעה משוחדת [...] תחום פעולתו העיקרי של כלל זה הוא לעניין עובד ציבור המבצע תפקיד שיפוטי או כעין שיפוטי. אך אין הכלל מוגבל למצבים אלה בלבד. כל גוף ציבורי, יהא תפקידו אשר יהיה, חייב לבצע את תפקידו ללא דעה קדומה ומשוחדת, ללא פניות וללא משוא פנים".⁷²

ובהמשך:

"טעמו של הכלל בדבר ניגוד עניינים הוא כפול [...] ; ראשית, טעם פרגמטי. עובד הציבור, שבידו הופקדה סמכות, חייב להפעיל את סמכותו מתוך שהוא מעמיד לנגד עיניו את מכלול השיקולים הרלבנטיים להפעלתה של אותה סמכות, ושיקולים אלה בלבד. כאשר עובד הציבור נתון במצב של ניגוד עניינים קיים חשש כי הוא יקח בחשבון, שעה שיפעיל את סמכותו, אף את האינטרס הנוגד. כתוצאה מכך עשויה לבוא הפעלה בלתי ראויה של הסמכות. חשש זה בא הדין למנוע. שנית, טעם ערכי. קיומו של שירות ציבורי סדיר, אחראי ובעל עמדה ציבורית נאותה, מחייב אמון הציבור בכך שהחלטות עובדי הציבור הן ענייניות, ונעשות ביושר ובהגינות. עובדת הימצאו של עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים, פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית. בלב הציבור מתעורר החשש כי שיקולים זרים מנחים את עובד הציבור, ואמונו במערכת השלטונית נפגם. חשש זה בא הדין למנוע".⁷³

בבג"ץ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הבטחון, נקבע:

"פעולת הרשות הציבורית תוך מצב של ניגוד אינטרסים אינה יכולה לעלות בקנה אחד עם חובת ההגינות ותום הלב, שקיומה חייב לא רק להתקיים אלא גם להיראות. חובה זו הינה יסוד מוסד של המינהל התקין".⁷⁴

⁷² עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 46, בעמ' 567.

⁷³ שם, בעמ' 569.

⁷⁴ בבג"ץ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2), 505, 519 (1982).

יסודותיו של עקרון זה מצויים כבר במקורות, למשל בדבריו של משורר התהילים כי "מי יעלה בהר ה', ומי יקום במקום קודשו, נקי כפיים ובר לבב, אשר לא נשא לשווא נפשי ולא נשבע למרמה".⁷⁵ הגם שהדרישה נאמרה ביחס לכל העולה לבית ה', כבר במקורות קדומים ייחסו אותה בעיקר למנהיגים, האנשים שעושים בשם הציבור ולמענו.⁷⁶ בהמשך לכך נמצא, כי "כל דבר שיש לדיין בו צד הנאה, אינו יכול לדון עליו, כדתניא [כמו ששנינו]: בני העיר שנגנב להם ספר תורה, אין דנים אותו דייני אותה העיר והאומר: תנו מנה לעניי העיר, אין דנים אותו בדייני אותה העיר לפי שמוטל עליהם לפרנסם",⁷⁷ וקיים חשש שהחלטתם בעניין זכות העני להתפרנס או שיעור הצדקה שיינתן לו יהיו מושפעים מהשלכות ההחלטה על תבותם האישית של הדיינים ליטול חלק במימון צדקה זו.⁷⁸

במשפט האנגלי, האיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים נקרא עד היום "הכלל נגד משוא פנים" (The Rule Against Bias), ונחשב לאחד מ"כללי הצדק הטבעי". בתי המשפט בישראל אימצו את הכלל בפסיקתם, ועם השנים הרחיבה אותו הפסיקה לגבי מילוי תפקידים מעין שיפוטיים ולאחר מכן – תפקידים מינהליים.⁸⁰

לאורך השנים, קבע המחוקק הישראלי הסדרים חלקיים בנוגע לניגוד עניינים ברשויות מינהליות מסוימות, אך אין בחקיקה הסדר כולל בנושא. כך, למשל, חוק התכנון והבניה, התשל"ה-1975 אוסר, בסעיף 47, על חבר או עובד מוסד תכנון לטפל בנושא שיש לו עניין אישי בו, וקובע חובת דיווח והימנעות מטיפול בנושאים מסוימים; סעיף 122 לפקודת העיריות [נוסח חדש] אוסר על נבחר ציבור להשתתף בדיון בנושא שיש להם בו עניין אישי. הסדרים שאינם בחקיקה ראשית נמצאים, למשל, בתקנון שירות המדינה ("התקשי"ר), בכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים, בתקנון הכנסת, ובכללים למניעת ניגוד עניינים של נבחר ציבור ברשויות המקומיות.

בעניין סיעת הליכוד, קבע בית המשפט העליון, כי האיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים הוא כלל יסוד בשיטתנו המשפטית, והוא פועל-יוצא של דיני האמון.⁸¹ בפסק דין זה נקבע, כי מדובר בעיקרון מהותי, החל תמיד, ומהווה חלק מן המשפט הציבורי. דהיינו, כאשר אין הסדר חקיקתי בנושא מסוים יחול העיקרון הכללי ומשתיקת המחוקק לא ניתן ללמוד על קיומו של הסדר שלילי. בהמשך חזר בית המשפט העליון על הלכה זו פעמים רבות.⁸²

לעיקרון האוסר על ניגוד עניינים תחולה רחבה, והוא חל על כל הגופים המנהליים ועל כל סוגי עובדי הציבור – עובדים ונבחרים בשירות המדינה, ברשויות המקומיות, בוועדות שונות, בתאגידים ציבוריים ובחברות ממשלתיות. הוא חל כמובן גם על חברי הכנסת וגם על השופטים, בהתאם לכללים החלים עליהם.⁸³ פסיקת בית המשפט העליון הרחיבה את תחולתו על גופים פרטיים במצבים שונים (למשל – על יועץ,⁸⁴ בעל זיכיון⁸⁵ או בעל רישיון מטעם המדינה או רשות מינהלית אחרת⁸⁶). בית המשפט העליון קבע, כי הגבלת חופש העיסוק מטעמים

⁷⁵ תהילים כ"ד 3-4.

⁷⁶ אביעד הכהן "האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי - משפט תרבות, אתיקה, פוליטיקה 113, 129 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009) (המאמר להלן: אביעד הכהן; הספר להלן: ניגוד עניינים במרחב הציבורי).

⁷⁷ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ז סעיף יב.

⁷⁸ אביעד הכהן, לעיל ה"ש 76.

⁷⁹ טנה שפניץ וורדה לוסטוויז "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ספר אורי דיין – האיש ופועלו כרך ב 315 (אהרון ברק וטנה שפניץ עורכים, 1990); יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי, לעיל ה"ש 76, 225 (המאמר להלן: זמיר "ניגוד עניינים").

⁸⁰ אהרון ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י 11 (1980).

⁸¹ עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 46.

⁸² בג"ץ 5734/98 עזריאל נ' ועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל, פ"ד נג 8 (2) (1999).

⁸³ ראו למשל, הכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים, בהוראות חוק רבות המסדירות מילוי תפקידים וביצוע סמכויות במסגרת בתקשי"ר, בכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים בהוראות חוק רבות המסדירות מילוי תפקידים וביצוע סמכויות במסגרת שירות המדינה ובהוראות החוק המסדירות את פעילות השלטון המקומי – פקודת העיריות [נוסח חדש] וצווי המועצות המקומיות.

⁸⁴ בג"ץ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה (2) 265 (1990).

⁸⁵ ע"מ 4011/05 ד.ג.ש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ) (פורסם בנבו, 11.02.2008).

⁸⁶ בג"ץ 2074/95 אגודת טכנאי השיניים בישראל נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד נג 451 (3) (1999).

של ניגוד עניינים, אם אינה חורגת מן המידה הראויה, היא חוקתית, שכן מדובר בפגיעה בזכות לצורך תכלית ראויה.⁸⁷

סעיף 10 – הגדרות

סעיף זה מרחיב מעט את הגדרת "עובד ציבור", לעומת סעיף ההגדרות הכללי, בהוסיפו להגדרה את נושא המשרה או תפקיד על-פי חיקוק, בין במינוי, בין בבחירה ובין בהסכם, ואת היועץ לרשות מינהלית. הסעיף מגדיר מהו "עניין אישי", וההגדרה אינה מצומצמת לעניין כספי או כלכלי. עוד מגדיר הסעיף את שני סוגי ניגוד העניינים הקיימים – ניגוד עניינים אישי וניגוד עניינים מוסדי ומחדד את האבחנה בין הסוגים. דוגמה להבחנה בין שני סוגי ניגוד העניינים ניתן למצוא כבר היום בהסדר הספציפי שבחוק התכנון והבניה בסעיפים 47 ו-47א.

כאשר מדובר בניגוד עניינים מוסדי, תוצאתו העיקרית היא פגיעה מסוימת, מוגבלת יחסית, באיזון שבין פעילותם של שני גופים ציבוריים. לפיכך, המבחן המוצע לפסילתו של אדם ממילוי תפקיד, או להימנע מטיפול בנושא מסוים הוא מבחן הסתברותי מחמיר יותר של "אפשרות ממשית" לקיומו של ניגוד עניינים. לעומת זאת, ניגוד עניינים אישי עלול להוות פתח לשחיתות, ולכן יש להחמיר יותר בנקיטת צעדי מנע, ולפיכך, מוצע לעשות שימוש במבחן הסתברותי מקל יותר של "חשש סביר". יש לזכור, כי כאשר אדם ממלא שני תפקידים ציבוריים, הוא פועל בשתי מסגרות הנתונות לפיקוח. לעומת זאת, כאשר אדם הממלא תפקיד ציבורי פועל במקביל לקידומו של אינטרס אישי שלו או של קרובו - האפשרות לפקח על פעילותו הפרטית מצומצמת יותר.

הסעיף מגדיר מי ייחשב כ"קרוב" של עובד ציבור ומהן זיקות הקירבה שמעמידות את עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים.

סעיף 11 – ניגוד עניינים במינוי או בכהונה

בסעיף זה מוצע לקבוע איסור למנות אדם לתפקיד, כאשר מלכתחילה ידוע, כי הוא יימצא, או יש חשש כי יימצא, באופן תדיר במצב של ניגוד עניינים אישי, או מוסדי. בנוסף, כולל הסעיף איסור על המשך כהונה בתפקיד כאשר מתברר, שעובד הציבור נקלע, או יש חשש כי יקלע, למצב תדיר של ניגוד עניינים. פסילת עובד הציבור מכהונה בתפקיד נותנת פתרון מלא לניגוד העניינים, אך בית המשפט העליון עמד על כך, כי אם קיים פתרון פחות דרסטי שאין בו פגיעה באינטרס הציבורי, הרי שיש להעדיפו.⁸⁸ בהתאם לכך מוצע בסעיף 11(ב), כי בטרם יוחלט על אי מינוי, או בטרם תבוטל כהונה, על הרשות לעשות כל שביכולתה כדי למנוע את ניגוד העניינים, ורק בלית ברירה תיבחר החלופה שבסעיף 11(א).

סעיף 12 – הימנעות ממצב של ניגוד עניינים

ניגוד עניינים, או חשש לניגוד עניינים, יכול להתעורר, או להתגלות, גם במהלך כהונתו של עובד ציבור. כדי לתת מענה למצב דברים זה קובע סעיף 12, כי מקום שכך קרה, על העובד להימנע מלטפל או לעסוק במסגרת תפקידו בעניינים כאלה. באשר להיקף חובת ההימנעות, ראו לדוגמה, את סעיף 11(ב) סיפה לחוק גנים בוטניים, התשס"ו-2006, סעיף 22(א) סיפה לחוק המוסד העליון ללשון הערבית, התשס"ז-2007 ואת פסק הדין של בית המשפט העליון בבג"ץ 3480/91 ברגמן נ' הוועדה לבנייה למגורים ותעשייה,⁸⁹ בו נקבע, כי כל עובד ציבור שעליו להימנע

⁸⁷ בג"ץ 1100/95 קאסוטו נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מט (3) 691, 700 (1995).

⁸⁸ ע"א 6983/94 פחימה נ' פרץ, פ"ד נא(5) 829, 835 (1998); עניין קאסוטו, לעיל הי"ש 87.

⁸⁹ פ"ד מז (3) 716, 726 (1993).

מדיון ומטיפול בנושא מסוים עקב חשש לניגוד עניינים - חייב להימנע לא רק מהצבעה באותו נושא, אלא גם מהשתתפות בכל דיון הקשור בו ומכל טיפול אחר בנושא, בין במסגרת ישיבות ובין מחוץ להן.

סעיף 13 - סייג לאיסור ניגוד עניינים

מוצע לקבוע שני סייגים להסדר המוצע בסעיף 11 להצעה, כאשר הסייג הראשון עניינו במינוי של אדם הנעשה מתוך אוכלוסייה מקצועית מסוימת, שההשתייכות אליה היא תנאי למינוי, ומשום כך אין זה סביר כי אותו אדם לא יעסוק בענייני האוכלוסייה שמטעמה הוא מונה. הסייג השני עוסק במינויו של אדם בעל כישורים מיוחדים, או תחום מומחיות בלעדית, ולא ניתן למצוא, באופן סביר, עובד ציבור מתאים אחר אשר לא ימצא בניגוד עניינים.

סעיף 14 – הודעה לגורם מוסמך

הדרך השכיחה למנוע ניגוד עניינים, או חשש לניגוד עניינים, לגבי נושא מסוים, היא להטיל על עובד הציבור הנוגע לענין חובה להימנע מלטפל בכל היבט של אותו ענין, לאחר שמסר הודעה אודות ניגוד העניינים לגורמים נוספים. פרוצדורה זו נקבעה בדברי חקיקה רבים, ואף מעוגנת בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1555: "עריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים בשירות המדינה"⁹⁰. בהתאם, מוצע לעגן בהצעת החוק חובה, שלפיה על עובד ציבור, שהתעורר אצלו חשש שהוא מצוי או עלול להימצא במצב של ניגוד עניינים, להודיע על כך ללא דיחוי לממונה עליו או לגורם אחר המוסמך לענין זה. הודעה על ניגוד עניינים תאפשר הן מתן הנחיות לעובד הציבור והן פיקוח ובקרה בעקבות ההודעה.⁹¹

סעיף 15 – כורח

בעניין כורח השעה כבר נפסק, כי:

"... יש ועקרונות של צורך (necessity) או "כורח השעה" ידחו את תחולתם של כללי הצדק הטבעי וניגוד העניינים (ראה בג"ץ 598/77 אליהו דרעי נ' וועדת השחרורים, פ"ד לב(3), 161). כך, למשל, גם שופט הנגוע במשוא פנים חייב לעיתים לשמוע משפט, שכן אחרת "תסוכל פעולתם התקינה של גלגלי הצדק" (כלשונו של הנשיא (אגרנט) בע"פ 500/75 עמוס ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1), 208, 213). הוא הדין לעניין הכלל בדבר ניגוד עניינים. במצבים אלה אין מנוס מכך שסמכות תופעל כדין למרות שבעל הסמכות פועל מתוך ניגוד עניינים. עם זאת, את תחולתה של הדוקטרינה בדבר הצורך יש לצמצם לחיוני בלבד, ולא לעשותה פתח לדחיקת רגלם של הכללים בדבר ניגוד עניינים..."⁹²

כורח השעה קיים לעיתים גם כאשר קיימת אפשרות להיחלץ ממצב של ניגוד עניינים, אלא שבנסיבות המקרה אפשרות זאת היא בלתי-תקינה, או בלתי-יעילה או בלתי-ראויה מסיבה אחרת, עד כדי כך שהיא אינה מהווה חלופה נאותה. במצב כזה, הרע הטמון במצב של ניגוד עניינים הוא הרע במיעוטו, באיזון האינטרסים הנדרשים בנסיבות המקרה.⁹³

⁹⁰ "עריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים בשירות המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1555 (התשס"ו).

⁹¹ בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3), 817, 833-836 (2004).

⁹² עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 46.
⁹³ זמיר "ניגוד עניינים", לעיל ה"ש 79.

מוצע אפוא לקבוע בהצעת החוק את סייג הכורח, שלפיו עובד ציבור הנתון במצב של ניגוד עניינים, או חשש לניגוד עניינים, יהיה רשאי לקבל החלטה או לבצע פעולה, על אף המצב האמור, אם קיים צורך בפעולה דחופה לשם הגנה על אינטרס ציבורי, חיוני ומהותי שהוא מופקד עליו, ובהעדר אפשרות אחרת, ובלבד שהעובד ינקוט אמצעים סבירים כדי לצמצם, ככל האפשר, את ניגוד העניינים או החשש לניגוד עניינים. עובד ציבור שפעל בניגוד עניינים במצב של כורח, ידווח על כך בהקדם האפשרי לממונה עליו, או לגורם אחר המוסמך לעניין זה, ויפרט מה הייתה פעולתו, באילו אמצעים נקט על מנת למנוע את ניגוד העניינים, ויפעל בהתאם לסעיף 14 להצעת החוק.

סעיף 16 – תקנות למניעת ניגוד עניינים

מוצע לקבוע, כי שר המשפטים, הממונה על ביצוע החוק, יוסמך להתקין תקנות שתסדרנה היבטים שונים הדרושים למניעת ניגוד עניינים של עובדי ציבור, כגון, אופן עריכת הסדר למניעת ניגוד עניינים, הקמת מנגנון בדיקה ופיקוח של הסדרי מניעת ניגוד עניינים וכד'. עוד מוצע כי תקנות המתייחסות רק לרשויות מינהליות מסוימות, יותקנו בהתייעצות עם השר האחראי על אותן רשויות.

פרק ה': הנחיות מינהליות

סעיף 17 – הנחיות מינהליות

סעיף קטן (א) קובע את סמכותה של הרשות המינהלית לקבוע הנחיות מינהליות בעניינים שבתחום סמכותה. 'הנחיה מינהלית' הוגדרה בסעיף 2 להצעת החוק כהוראות שרשות מינהלית קובעת לצורך ביצוע סמכותה על פי דין. מדובר באותם כללים שרשות מינהלית קובעת לעצמה כדי שידריכו אותה בהפעלת סמכותה. סמכות זו של הרשות לקבוע לעצמה הוראות לביצוע סמכותה הוכרה זה מכבר בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002,⁹⁴ בפסיקה ובספרות.⁹⁵

כבר בבג"ץ 80/54 נ' **שר המשפטים**,⁹⁶ קבע בית המשפט כי בסמכות רשות מינהלית לקבוע לעצמה הנחיות מינהליות, גם ללא אזכור מפורש לסמכות זו בחוק, ולעיתים, כך נקבע בעניין אחר, תהפוך סמכות זו אף לסמכות חובה, ולתנאי הכרחי בעבודת הרשות.⁹⁷ בע"מ 9156/05 **גרידינגר נ' ראפ**, חזר ביהמ"ש על הלכה זו וקבע כי:

"... גם בהעדר תוקף סטטוטורי, מסמך המדיניות אינו נעדר תוקף משפטי [...] כל רשות מינהלית רשאית לקבוע לעצמה הנחיות לפעולה, אף אם אין הוראת חוק המאפשרת זאת במפורש, ולהסתמך על הנחיות אלה כשהיא באה להחליט במקרה מסוים"⁹⁸

ההוראה בהצעת החוק נועדה לעגן את סמכותה זו של הרשות בחוק.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי רשות מינהלית לא תסטה מהנחיה מינהלית שקבעה לעצמה, כולה או חלקה, אלא כאשר קיימים טעמים מיוחדים שבהם ראתה לנכון לעשות כן, ומנימוקים שיירשמו. סעיף זה מעגן את העיקרון

⁹⁴ "הנחיות מינהליות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0002 (התשמ"ו) (להלן: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002).

⁹⁵ ראו למשל: יואב דותן **הנחיות מינהליות** 314-320 (1996).

⁹⁶ פ"ד ח 1491 (1954).

⁹⁷ בג"ץ 780/83 **ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(2) 273 (1984).

⁹⁸ ע"מ 9156/05 **גרידינגר נ' ראפ**, פס' 11 לפסק דינו של השופט אלון (פורסם בנבו, 10.06.2008).

לפיו ככלל, אין לסטות מהנחיות מינהליות שנקבעו,⁹⁹ אולם יחד עם זאת, הסעיף מכיר בחשיבות השמירה על הגמישות בעבודת הרשות ומכיר בכך שיתכנו מקרים מסוימים, חריגים ומיוחדים בהם תבקש הרשות לסטות מהנחיות המינהליות שקבעה לעצמה. סטייה כזו צריכה להיות מטעמים ראויים ועניינים, ועל הרשות לרשום בפניה את הנימוקים שהביאו אותה לסטות מהנחיותיה. גם עקרון זה מבטא את עמדת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002, הפסיקה והספרות בנושא.¹⁰⁰ כך, נקבע בפסיקה כי סטייה מהנחיות מינהליות יכולה להיעשות במידת הצורך,¹⁰¹ אולם עליה להיות מטעמים ראויים וענייניים,¹⁰² מספיקים ומנומקים כדבעי ובאופן פרטני.¹⁰³ כמובן שאין בסעיף זה כדי לפטור את הרשות מחובתה להפעיל שיקול דעת בכל נושא שנכלל בתחום הסמכות שנקבע לה בחוק, גם במקרה שאינו נופל במסגרת ההנחיות המינהליות שקבעה בעניין.¹⁰⁴

פרק ו': סמכות

פרק זה מבוסס על פרק ג' שבחוק הפרשנות שעניינו: פירוש הסמכות. הוראות פרק זה כוללות סמכויות משנה בעלות אופי כללי שיש בהן צורך להפעלת כל סמכות וסמכות של הרשות המינהלית ולכן אין צורך לחזור ולפרט אותן בכל חוק וחוק. אימוץ הוראות אלה בהצעת החוק נובע מהגישה לפיה הוראות אלה נועדו במיוחד לפרש את סמכויותיה של הרשות המינהלית. כך כתב זמיר בספרו על הוראות חוק הפרשנות:

"היה ראוי להן שייכללו בחוק מיוחד לסדרי המינהל, וכך ודאי יהיה אם וכאשר ייחקק חוק כזה"¹⁰⁵

פרק זה מאמץ את הוראות סעיפים 11-14, 16-20 לחוק, תוך עדכונם כפי שיפורט להלן. העברת פרק זה מחוק הפרשנות להצעת החוק תביא למחיקתו מחוק הפרשנות, במסגרת התיקונים העקיפים שבהצעת חוק זו, אולם תתווסף לחוק הפרשנות הוראה לפיה הוראות סעיפים 18 עד 25 בחוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, יחולו על פרשנות כל דין, אף אם אינו עוסק בפעולה של רשות מינהלית, בשינויים המחוייבים, והכל אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון, ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראות אלה. סעיף זה נועד להבטיח כי הוראות אלו ימשיכו לשמש גם לפרשנות פעילותם של גופים אחרים, בעיקר מתחום המשפט הפרטי, שאינם רשות מינהלית כהגדרתה בהצעת החוק, ככל שיידרש.

סעיף 18 – מקום שלא נקבע זמן

בסעיף זה מוצע לאמץ את ההוראה שבסעיף 11 לחוק הפרשנות כלשונה, ולקבוע כי הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה, ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות.

⁹⁹ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002, לעיל ה"ש 94; וכן ראו: עע"ם 2549/07 וואג נ' משרד הפנים, פסי' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 08.07.2007): "נוהל שאין לגביו טענת אי חוקיות או אי סבירות, יש לכבד – שכן אינו מבוסס על שרירותיות".
¹⁰⁰ דותן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 136.
¹⁰¹ עניין דפי זהב בע"מ, לעיל ה"ש 64.
¹⁰² בג"ץ 10324/07 שורת הדין נ' לשכת העיתונות הממשלתית (פורסם בנבו, 24.07.2008); עע"ם 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 24.07.2008); עע"ם 01.07.2008.
¹⁰³ עניין גרידינגר, לעיל ה"ש 98, בפסי' 14 לפסק דינו של השופט אלון.
¹⁰⁴ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002, לעיל ה"ש 94.
¹⁰⁵ זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 31, בעמ' 336.

סעיף 19 – סמכות לקבוע תנאים

בסעיף זה מוצע לאמץ את סעיף 12 לחוק הפרשנות, תוך עדכונו, ולקבוע כי הסמכה ליתן רישיון, פטור, הקלה, הנחה וכיוצא באלה - משמעה הסמכה ליתן אותם אף במקצת או בתנאים. לסמכויות המפורטות בסעיף 12 שבחוק הפרשנות נוספה גם הסמכות ליתן רישיון, כך שמעתה תתפרש סמכותה של הרשות המינהלית להעניק רישיון כסמכות שניתן לבצעה באופן חלקי ("במקצת") או כסמכות שניתן לבצעה תוך קביעת תנאים. הרחבה זו מעגנת את הפרשנות שנתן זמיר בספרו לסעיף 12 לחוק הפרשנות, באופן שכולל גם מתן רישיון,¹⁰⁶ וכן מעגנת את הפסיקה שקבעה כי רשות מינהלית מוסמכת להתנות תנאים מאוחרים ברישיון ומוסמכת אף לעשות פעולה מסוימת באופן חלקי.¹⁰⁷

סעיף קטן (ב) להצעה מבהיר, כי תנאים ברישיון לפי סעיף קטן (א) לא ייקבעו אם נקבעו כבר תנאים בחוק המקנה את הסמכות, אלא אם כן ישנה כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מהחוק. סעיף זה נועד לאפשר הסתמכות סבירה של האדם על תנאים מפורטים לקבלת רישיון שצוינו בחקיקה, ולמנוע אפשרות של הוספת או שינוי תנאים אלו שלא בחוק, אלא אם כן ניתן להסיק כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מהחוק (דוגמא למצבים בהם ניתן יהיה להוסיף תנאים - כאשר נקבעו בחוק תנאים כלליים בלבד לקבלת רישיון, או כאשר השר הממונה על ביצועו של החוק הוסמך לקבוע תנאים נוספים למתן הרישיון, או כאשר רק צוינה סמכותו הכללית של השר לקבוע תנאים לקבלת רישיון).

סעיף 20 – סמכות מינוי

בסעיף זה מוצע לאמץ את הוראות סעיפים 13-14 לחוק הפרשנות, תוך עדכוןם. בסעיפים קטנים (א) ו- (ב) מוצע לאמץ את הוראות סעיף 13 לחוק הפרשנות כלשונו, ולקבוע כי מקום שניתנה סמכות למנות אדם, להסמיכו או להטיל עליו חובה - מותר לעשות כן בנקיבת שמו או בנקיבת שם משרתו (סעיף קטן (א)); ; וכן כי מינוי אדם, הסמכתו או הטלת חובה עליו בנקיבת שם משרתו בלבד - משמעם מינוי, הסמכה או חיוב של מי שממלא את המשרה מזמן לזמן (סעיף קטן (ב)). בסעיף קטן (ג) להצעת החוק מוצע לאמץ את הוראת סעיף 14 לחוק הפרשנות כלשונה, ולקבוע כי הסמכה לעשות מינוי - משמעה גם הסמכה להתלות את תקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו.

בסעיף קטן (ד) מוצע לקבוע הוראה כללית חדשה שתחול על כלל המינויים ברשות המינהלית, לפיה הסמכה לעשות מינוי - משמעה גם הסמכה לקבוע את דרישות ההכשרה המתאימות למינוי למי שנמצא כשיר לתפקיד, ככל שהדבר נדרש בנסיבות העניין. סעיף זה מעניק לרשות המינהלית סמכות לקבוע בכל מינוי את תנאי ההכשרה בהם יצטרך לעמוד אותו אדם שנמצא כבר כשיר לתפקיד – דוגמת קורסים מקצועיים מטעם הרשות או מטעם גופים אחרים וכיו"ב.

בסעיף קטן (ה) מוצע לקבוע עוד הוראה כללית חדשה, לפיה הסמכה למנות אדם משמעה גם הסמכה למנות לו ממלא מקום. סעיף זה נועד למלא לקונה בחוק הפרשנות, שהעניק עד כה את סמכות מינוי ממלאי המקום רק במקרים בהם הוסמכה הרשות למנות חברי גוף של מספר חברים (סעיף 16 לחוק הפרשנות).¹⁰⁸

¹⁰⁶ ש.ם.

¹⁰⁷ ע"פ 107/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' מלון נורדאו פלז'ה בע"מ, פ"ד יג 1345, 1358 (1959); דנג"ץ 6127/00 המפקחת על הביטוח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(4) 937, 946 (2004).

¹⁰⁸ זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל הי"ש 31, בעמ' 564.

סעיף 21 – סמכות מינוי גוף

בסעיף זה מוצע לאמץ את הוראות סעיף 16 לחוק הפרשנות, תוך עדכונו, כך שייקבע כי הסמכה למנות גוף של מספר חברים - משמעה גם הסמכה למנות לו יושב ראש ולמנות ממלא מקום ליושב ראש ולכל חבר בגוף. גם בסעיף זה תוקנה לקונה בחוק הפרשנות, כך שמעתה ניתן יהיה למנות ממלא מקום לא רק לחברי הגוף, אלא גם ליושב ראש הגוף.¹⁰⁹

סעיף 22 – סמכויות עזר

בסעיף זה מוצע לאמץ את הוראות סעיף 15 לחוק הפרשנות כלשונו, לפיהן הסמכה לעשות דבר או לדון בעניין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחוק או בתקנה (סעיף קטן (א)), וכן לקבוע כי הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת.

סעיף 23 – סמכויות מקבילות

בסעיף זה מוצע לאמץ את הוראות סעיף 19 לחוק הפרשנות כלשונו, לפיה מתן סמכות או הטלת חובה לפי חיקוק אחד, אין בהם לכשעצמם כדי לגרוע מסמכות שניתנה או חובה שהוטלה לפי חיקוק אחר.

סעיף 24 – פעולת גוף של מספר חברים

בסעיף זה מוצע לאמץ את הוראות סעיף 20 לחוק הפרשנות תוך עדכונה. בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי פעולה שהוטלה על גוף של מספר חברים כשרה אם נעשתה בידי רובם. בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע הוראה חדשה, לפיה בנסיבות בהן יש הכרח לקבל את החלטת הגוף בדחיפות, ולא ניתן למנות את כל חברי הגוף, תהא פעולה שהוטלה על גוף של מספר חברים כשרה, גם אם בעת הקמתו לא מונו כל חברי הגוף, ובלבד שמונו לפחות שני שלישי של החברים, ונשמר, ככל הניתן בנסיבות העניין, הייצוג על פי ההרכב שנקבע בדיון, והכל לתקופה אחת שלא תעלה על 6 חודשים.

סעיף זה מהווה חידוש והוא נועד להסדיר מצב בו ישנו קושי למנות את כל חברי הגוף כפי שנקבע בדיון, אולם נדרשת קבלת החלטת הגוף בדחיפות. במקרה כזה, מוצע לאפשר לקבל את החלטת הגוף החלקי, ובלבד שהוא כולל שני שלישי מההרכב הקבוע בדיון, ובהתאם לייצוג שנקבע בדיון ככל הניתן. מאחר שסעיף זה לא נועד לאפשר כינונו של גוף בהרכב חסר לאורך זמן, מוצע להגביל את התקופה בה יוכל הגוף החסר לפעול ולקבל החלטות למשך שישה חודשים בלבד.

סעיף 25- סמכות בהשגה, בערר ובעיון חוזר

בסעיף זה מוצע לאמץ את הוראות סעיף 18 לחוק הפרשנות תוך עדכונו, ולהוסיף לנוסח המוצע גם את הבקשה לעיון חוזר. כך, מוצע לקבוע בסעיף קטן (א) כי הסמכה לדון ולהכריע בערר, בבקשה לעיון חוזר או בהשגה אחרת על החלטה מינהלית - משמעה גם הסמכה לאשר את ההחלטה בשינויים או בלא שינויים, לבטלה או להחליט

¹⁰⁹ ש.ם.

החלטה אחרת במקומה או להחזיר את העניין עם הוראות לרשות המינהלית שהחליטה. הנוסח המוצע מבהיר כי הסמכות חלה גם בבקשות לעיון חוזר שהוגשו לרשות.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי הוראה זו תחול על החלטה מינהלית כהגדרתה בהצעת החוק, אולם למעט תקנות, שכן הליך ההשגה, הערר והעיון החוזר וכן האפשרות לקבל החלטה אחרת בעניין זה, אינם רלוונטיים להליך של התקנת תקנות.

סעיף 26 – סמכות אצילה

בסעיף זה מוצע להסדיר את סמכותה של הרשות המינהלית לאצול את סמכויותיה ולהבהיר את היקפה של הסמכות.

אצילת סמכויות פירושה הענקת סמכות, כולה או חלקה, על ידי הגורם שלו נתונה הסמכות ברשות המינהלית, לגורם אחר.¹¹⁰ ישנם מקרים בהם החוק התיר באופן מפורש לרשות מינהלית מסוימת לאצול את סמכותה, למשל סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה, שהסמיך את הממשלה ואת השרים לאצול מסמכותם, בהתאם לקבוע בחוק. ישנם מקרים בהם החוק העניק סמכות, אך לא העניק לרשות סמכות אצילה מפורשת, ולא קבע האם אצילת הסמכות מותרת. הצעת החוק נועדה להסדיר את שאלת אצילת הסמכות באותם מקרים בהם החוק המסמיך לא הסדיר זאת.

בסעיף קטן (א) מוצע לעגן את העמדה שגיבש בית המשפט העליון בפסיקה ענפה, לפיה רשות מינהלית שניתנה לה סמכות על פי דין, אינה רשאית לאצול את סמכותה כולה או חלקה לאחר, אלא אם כן קיימת כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מן הדין המקנה את הסמכות. על פי סעיף זה, ככלל, הרשות המינהלית אינה מוסמכת לאצול סמכות שהוענקה, אלא אם כן עולה כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מהדין שהעניק לרשות את הסמכות. מצבים בהם משתמעת בחקיקה כוונה לאפשר אצילת סמכות יכול שיהיו למשל אם החוק המסמיך לא נקב באורגן מפורש מקרב הרשות המוסמכת אשר יהא מוסמך להפעיל את הסמכות,¹¹¹ או כאשר החוק המסמיך העניק לרשות המינהלית שבה עובדים רבים סמכות כללית ורחבה מאוד, עד כי ברור כי הרשות לא תוכל לבצע במלואה בעצמה באופן ריכוזי.

אחד מפסקי הדין הראשונים שעסקו בנושא אצילת הסמכות הוא ע"פ 74/58 **היועץ המשפטי לממשלה נ' הורנשטיין** (להלן: **עניין הורנשטיין**).¹¹² בעניין זה נדונה השאלה האם מועצת העירייה שקבעה בחוק עזר הסדר של חנייה בתשלום, רשאית לאצול לראש העיר את הסמכות לקבוע מתי והיכן ייכנס ההסדר לתוקפו. בבוחנו את הסוגיה מצטט השופט אגרנט מדבריו של המלומד de Smith לפיהם: *"A discretionary power must, in general, be exercised only by the authority to which it has been committed"*.¹¹³ בהמשך קובע השופט אגרנט כי אין לראות את העיקרון של *"Delegatus non protest delegare"* (אין שלוח עושה לעצמו שלוח) ככלל נוקשה, אלא כהנחה גרידא, שלפעמים ניתן להתגבר עליה. אחד המקרים שבהם ניתן לסטות מעקרון זה לדעת השופט אגרנט, הוא:

¹¹⁰ ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 173.

¹¹¹ ראו לדוגמה את חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ד-1960, הקובע כי הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל שינהל את מקרקעי ישראל. החוק קובע כי ממ"י הוא הרשות המוסמכת, אך אינו קובע מי הוא האורגן של הרשות, ולכן השאלה מי מבין עובדי ממ"י הוא שיפעיל סמכויות ממ"י היא שאלה של מינהל פנימי.

¹¹² פ"ד י"ד 365 (1960).

¹¹³ שם, בעמ' 378.

“כאשר המדובר במחוקק משנה, אשר הוענקה לו סמכות לגיסלטיבית מלאה לשם הסדרת עניינים מיוחדים שונים – סמכות לקבוע לגביהם הסדרים ראשוניים (ולא רק 'תקנות ביצוע') – כי אז יש לגרוס שהחוק, ממנו ינק סמכות זו, התכוון מכללא להרשות לו להטיל על רשות מנהלית את התפקיד להכריע אימתי או היכן ייכנס לתוקפו ההסדר שקבע המחוקק האמור בתקנתו. ההצדקה לקביעת הסייג הזה נעוצה בכורח המציאות המדינית, במגמה להבטיח כי ענייני המדינה יוסדרו ויתנהלו באורח יעיל, ובהכרה הכללית כי אחרת לא יוכלו “גלגלי השלטון” – בייחוד בקומפלקס החיים המסובך של התקופה המודרנית – “להסתובב.”¹¹⁴

ההלכה האוסרת על אצילת הסמכות ללא הסמכה מפורשת או משתמעת בחוק (להבדיל מהסתייעות מותרת באחר) הלכה והתחדדה בפסקי דין מאוחרים יותר,¹¹⁵ ובמיוחד בבג”ץ 2303/90 פיליפוביץ נ’ רשם החברות.¹¹⁶ בעניין זה עמדה בפני בית המשפט השאלה האם רשם החברות רשאי לאצול את סמכותו לפי פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ”ג-1983, בהעדר הוראה המתירה את האצילה. בפסק הדין, חוזר השופט ברק (כתוארו אז) על ההלכה שנקבעה בפסקי הדין הקודמים, לפיה רשות שלטונית, אשר החוק מעניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, ואינה רשאית, בהעדר הסמכה בדין, לאצול את סמכותה לזולתה. הטעם לכך הוא ההסמכה האישית - לפי החוק, הסמכות צריכה להיות מופעלת על ידי בעל הסמכות הקבוע בחוק. יחד עם זאת, בית המשפט הבהיר כי מדובר בחזקה פרשנית בלבד (פרזומפציה).¹¹⁷ כלומר, אפשר לסתור את החזקה ולקבוע כי בנסיבות של חוק מסוים, החוק התכוון להתיר אצילה אף שלא אמר זאת במפורש. השאלה מתי יהיה מותר לרשות המינהלית לאצול את סמכותה לפי השופט ברק בפסק הדין, תלויה בנסיבות המקרה :

“בהקשר זה יש לקחת בחשבון, בין השאר, את היקף ההאצלה, את מעמדו של המאציל ואת מידת הייחוד של משרתו, את היקף שיקול-הדעת הניתן לבעל הסמכות (תוך הבחנה בין סמכות של שיקול-דעת לסמכות שבחובה), את מהות הסמכות (תוך הבחנה בין סמכויות שיפוטיות, חקיקתיות, ביצועיות), את השפעתה של הסמכות על זכויות האדם ושלומו הציבור ואת הצרכים המעשיים והיעילות המינהלית.”¹¹⁸

כאמור, הנוסח המוצע בסעיף 26(א) להצעת החוק מעגן את ההלכה שנקבעה בנושא, ומאפשר את אצילת הסמכות רק באותם מקרים בהם עולה מהדין המקנה את הסמכות כוונה מפורשת או משתמעת לכך.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי רשות מינהלית שאצלה את סמכותה, אינה רשאית להסמיך את הנאצל להוסיף ולאצול את הסמכות לאחר, אלא אם כן קיימת כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מן הדין המקנה את הסמכות.

הוראה זו, עוסקת באותם מקרים בהם עלתה מהוראות הדין המסמיך כוונה מפורשת או משתמעת שאפשרה לרשות המינהלית לאצול את סמכותה, ומבקשת להגביל את האפשרות להוסיף ולאצול סמכות שהואצלה. מאחר שככלל אצילה אינה מותרת אלא בכפוף לאמור בסעיף קטן (א), גם האפשרות להמשך האצילה על ידי הנאצל

¹¹⁴ שם, בעמ' 380.

¹¹⁵ ע”א 165/69 איזנברג נ’ המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ”ד כג(2) 457 (1969); בג”ץ 702/79 גולדברג נ’ ראש מועצת רמת השרון, פ”ד לד(4) 85 (1980); בג”ץ 347/84 עיריית פתח-תקוה נ’ שר הפנים, פ”ד לט(1) 813 (1985); בג”ץ 136/84 המועצה הישראלית לצרכנות נ’ יו”ר המועצה להגבלים עסקיים, פ”ד לט(3) 265 (1985); ע”ב 2/84 ניימן נ’ יו”ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ”ד לט(2) 225 (1985).

¹¹⁶ פ”ד מו(1) 410 (1992).

¹¹⁷ שם, בעמ' 470.

¹¹⁸ שם, בעמ' 428; הלכת פיליפוביץ אומצה גם בפסיקה מאוחרת יותר, ראו: בג”ץ 4884/00 עמותת “תנו לחיות לחיות” נ’ מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ”ד נח(5) 202 (2004); עניין הבורסה, לעיל ה”ש 27; בג”ץ 6300/93 “המכון להכשרת טוענות בית דין” נ’ השר לענייני דתות, פ”ד מח(4) 441 (1994).

הוגבלה בהתאם.¹¹⁹ זאת ועוד, אצילת הסמכות לא נועדה לפטור את האוצל (בעל הסמכות המקורי) מאחריותו למילוי תפקידו. האוצל ממשיך לשאת באחריות לסמכות גם לאחר האצילה,¹²⁰ כפי שמוצע לקבוע בסעיף קטן (4) להלן, ולכן עליו לקיים שליטה בסמכות גם לאחר האצילה. מתן האפשרות להוסיף ולאצול את הסמכות גם על ידי מי שלא הוענקה לו הסמכות בדין, עשויה להקשות על האוצל להמשיך ולשאת באחריות לסמכותו באופן אפקטיבי, ולהביא לריבוי בעלי סמכויות עד אינסוף.

יחד עם זאת, הצעת החוק מכירה בכך שיתכנו מקרים בהם יהיה צורך להמשיך ולאצול את הסמכות לאחר, ולכן מאפשרת לרשות המינהלית לעשות כן, כאשר עולה מהדין שהקנה את הסמכות כוונה אחרת, מפורשת או משתמעת לכך.

בסעיף קטן (ג) מוצע להסדיר את ההוראות שיחולו על אצילה שנעשתה בכפוף להוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), ובהעדר הוראה אחרת, מפורשת או משתמעת, בחוק המסמך:

(1) הסמכות תואצל למי שהוא בעל כשירות לבצעה, והוא כפוף לרשות המינהלית האוצלת מבחינה מינהלית או מקצועית, בין במישרין ובין בעקיפין - הוראת סעיף קטן זה נועדה להבטיח כי הסמכות תופעל באופן ראוי ולכן מגבילה את אצילת הסמכות למי שהוא בעל כשירות ההולמת את הסמכות,¹²¹ ולמי שנמצא בכפיפות לרשות האוצלת מבחינה מינהלית או מבחינה מקצועית. נהוג לכנות אצילה היררכית זו כאצילה אנכית.¹²² כפיפות זו תבטיח קיומו של פיקוח אפקטיבי של הרשות שאצלה את הסמכות, הממשיכה כאמור לשאת באחריות לסמכות (ראו סעיפים קטנים (4) ו-(5) להלן).

(2) לא תואצל סמכות להתקין תקנות או סמכות מעין שיפוטית - הוראה זו מבקשת להבטיח כי הרשות המינהלית תאצול רק מסמכויותיה הביצועיות ולא מסמכויותיה החקיקתיות או המעין שיפוטיות. הוראה דומה מופיעה בסעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה, המגביל את סמכותם של השרים לאצול את סמכותם להתקין תקנות. את המגבלה על אצילת סמכות מעין שיפוטית, ניתן ללמוד גם מסעיף 1(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע שרק המחוקק עצמו בחוק רשאי להעניק סמכויות שפיטה.¹²³ ראוי כי שיקול הדעת בהפעלת הסמכות להתקין תקנות וסמכות מעין שיפוטית והאחריות להפעלתן, יישארו בידי הדרג הגבוהה של הרשות המינהלית, לה הוענקה הסמכות מלכתחילה.¹²⁴

(3) אצילת הסמכות תעשה בכתב, אלא אם כן אין אפשרות לעשות זאת, בנסיבות העניין – על מנת למנוע פרשנויות או הסקת מסקנות שגויות של אצילת סמכויות משתמעת ללא אמירה מפורשת מצד הרשות המוסמכת האוצלת את הסמכות.¹²⁵ לכן, מוצע לקבוע כי ככלל, אצילת הסמכות תעשה בכתב, אלא אם לא ניתן לעשות כן בנסיבות העניין.

(4) אין באצילת הסמכות כדי לגרוע מסמכויותיה של הרשות המינהלית האוצלת, לפטור אותה מאחריות לביצוע הסמכות, או למנוע ממנה להמשיך ולהפעיל את הסמכות בעצמה, תוך תיאום עם הגורם הנאצל - כפי שנקבע בפסיקה, אצילת הסמכות לא נועדה לפטור את האוצל (בעל הסמכות המקורי) מאחריותו למילוי תפקידו. האוצל

¹¹⁹ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל הי"ש 34, בעמ' 848.

¹²⁰ בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 356 (1970); בג"ץ 170/81 סלמה נ' ראש המועצה המקומית טורעאן, פ"ד לו(2) 433 (1982).

¹²¹ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל הי"ש 34, בעמ' 847.

¹²² שם, בעמ' 869; וכן: ברק-ארז המשפט המינהלי א, לעיל הי"ש 6, בעמ' 174.

¹²³ ברכה, לעיל הי"ש 5, בעמ' 158-160.

¹²⁴ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל הי"ש 34, בעמ' 838. זמיר מתייחס לסמכות להתקין תקנות, אולם דברים אלו יפים גם לסמכות מעין שיפוטית; ראו גם: ברק-ארז המשפט המינהלי א, לעיל הי"ש 6, בעמ' 176.

¹²⁵ ראו: דג"ץ 10350/02 שר הפנים נ' חבר המועצה המקומית כפר כנא, פ"ד נח(3) 255 (2004), בו דחה בית המשפט את הטענה כי האישור שניתן לסגני ראש הרשות המקומית לקבל שכר, כלל למעשה הכרה משתמעת באצילת סמכויות.

תיק הצעת חוק מס': 803-10-2009-000876

סימוכין: 803-99-2013-146903

ממשיך לשאת באחריות לסמכות גם לאחר האצילה, והוא רשאי להמשיך ולהפעיל את הסמכות בד בבד עם הנאצל.¹²⁶

(5) רשות מינהלית אוצלת רשאית לתת לגורם הנאצל הנחיות לביצוע הסמכות, והיא תפקח על ביצוע הסמכות – הרשות המינהלית האוצלת ממשיכה כאמור לשאת באחריות לביצוע הסמכות. הנאצל מונה כדי לסייע לרשות, ולכן הרשות המוסמכת רשאית להורות לו בעת האצילה ולאחריה כיצד להפעיל את הסמכות.¹²⁷

(6) רשות מינהלית אוצלת רשאית להתלות או לבטל את האצילה ולקבוע לגביה תנאים, בכל עת – לרשות המינהלית שאצלה את סמכותה וממשיכה לשאת באחריות לביצוע הסמכות, נתון שיקול הדעת המלא להקפיא את אצילת הסמכות, לקבוע כי האצילה תעשה בכפוף לתנאים מסוימים, ואף לבטלה.¹²⁸ כמו כן, אין הכרח כי ביטול האצילה יעשה בדרך בה נעשתה האצילה,¹²⁹ לדוגמא – בכתב.

סעיף 27 - שימוש בסמכות בין נתינת חוק לתחילת תקפו

בסעיף זה, החותם את פרק הסמכות, מוצע לאמץ את סעיף 19 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], כלשונו, ולקבוע, כי חיקוק שאין תחילת תקפו עם נתינתו, והוא מעניק סמכות ליתן החלטה מינהלית או לעשות כל דבר למען מטרת החיקוק, אפשר להשתמש באותה סמכות – אם אין כוונה אחרת משתמעת – בכל שעה לאחר נתינתו של החיקוק, במידה שהדבר נראה דרוש או ראוי כדי להפעיל את החיקוק ביום תחילת תקפו; ואולם כל החלטה מינהלית שנעשתה בכוח אותה סמכות לא יהיה לה תוקף עד יום תחילת תקפו של החיקוק, אלא אם כן היתה כוונה אחרת משתמעת מתוך החיקוק, או אם היתה ההחלטה המינהלית דרושה להפעלת החיקוק.

פרק ז': פניה לרשות המינהלית

פרק זה מסדיר לראשונה את הליך הפניה לרשות המינהלית, וקובע כי בהתקיימם של פגמים מסוימים בפניה רשאית הרשות לא לטפל בפניה. הסדרים דומים מופיעים בהצעת החוק של פרופ' קלינגהופר (פרק ו' להצעתו),¹³⁰ וכן, למשל, בסעיף 327 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

סעיף 28 – אופן הפניה

בסעיף זה מוצע לקבוע כי פניה לרשות מינהלית תהיה בכתב, לכתובתה הרשמית; פניה כאמור יכול שתעשה באמצעות הדואר, לרבות בדואר אלקטרוני, באמצעות פקסימיליה, במסירה ביד, או בהתאם להסדר אחר שפרסמה הרשות.¹³¹ על פי המוצע, ככלל, על המבקש לפנות לרשות המנהלית להעלות את פנייתו על הכתב, ולהעבירה לרשות באחד מהאמצעים המפורטים בסעיף. ככל שפרסמה הרשות המינהלית באופן פומבי דרך אחרת להגשת פניות אליה, לדוגמא – מילוי טופס פניה מובנה המצוי באתר האינטרנט של הרשות המינהלית – על הפניה להיעשות בהתאם לדרך זו.

¹²⁶ עניין סלמה, לעיל ה"ש 120, בעמ' 436.

¹²⁷ זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1187.

¹²⁸ שם, בעמ' 878.

¹²⁹ עניין **סלמה**, לעיל ה"ש 120, בעמ' 439.

¹³⁰ לעיל ה"ש 1.

¹³¹ בעניין זה ראו: ברק-ארז "המשפט המנהלי בעידן המדינה האלקטרונית", לעיל ה"ש 11.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי פניה לרשות מינהלית יכול שתהיה בעל-פה, מקום שבו העמידה הרשות המינהלית לרשות הציבור הסדר מתאים לכך או במקרה שבו נסיבות העניין מצדיקות זאת; פניה בעל פה תירשם, במידת הצורך, בידי הרשות המינהלית. הוראה זו מסייגת את הוראת סעיף קטן (א) ומאפשרת לפנות לרשות המינהלית בע"פ, כאשר נקבע הסדר המאפשר שמיעת הפונה בע"פ או במקרים אחרים המצדיקים זאת. בשל העדר תיעוד של הפניה, מוצע לקבוע כי הרשות המינהלית תעלה את דברי הפונה על הכתב.

סעיף 29 – פגמים בצורת הפניה

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי פגמים בצורת הפניה, ובכלל זה העדר פרטים מסוימים, אינם מצדיקים את דחיית הטיפול בה, מקום שאין קושי לעמוד על מהות הפניה. הוראה זו מכוונת לרשות המינהלית ומבקשת להבהיר, כי אם נפלו פגמים מסוימים בפניה שהתקבלה אצלה, אולם אין מדובר בפגמים המקשים על הבנת עיקרי הפניה, עליה לטפל בפניה ולא להכביד על הפונה בדרישה להשלמת פרטים.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי מקום בו הפגם בצורת הפניה מטיל קושי ממשי על היכולת לטפל בפניה, רשאי עובד הציבור לדרוש מהפונה לתקן את הפגם בפניה, תוך תקופה סבירה שיקבע, ולהודיעו שאם לא יעשה כן, לא ידון בה עובד הציבור. על פי המוצע, כאשר הרשות המינהלית אינה יכולה לטפל בפניה בשל פגמים מסוימים שנפלו בה, דוגמת העדר פרטים החשובים לטיפול בפניה, היא רשאית לפנות לפונה ולבקשו לתקן את הפגם שנפל בפניה. אם לא ישיב הפונה בתוך פרק הזמן אותו קבעה הרשות המינהלית, רשאית הרשות שלא לטפל בפניה, אולם עליה להודיע על כך לפונה.

בסעיף קטן (ג) מוצע לקבוע כי פניה שיש קושי ממשי לעמוד על מהותה, ושמחמת כך אי אפשר לטפל בה כלל, רשאית רשות מינהלית לדחותה על הסף. סעיף קטן זה עוסק בפניות שלא ניתן לטפל בהן בשל פגמים מהותיים שנפלו בהן, עד כי לא ניתן להבינן ולטפל בהן. במקרים אלו, תהא רשאית הרשות המינהלית לדחות את הפניה על הסף, מבלי לטפל בה.

סעיף 30 – החזרת פניה בשל הפרת חובת הגילוי

סעיף זה עוסק בפניה שנשלחה לרשות לטיפול, אולם הפונה השמיט ממנה עובדות רלוונטיות או מסר בה מידע מטעה ביודעין; הסעיף מסדיר את אופן הטיפול בפניה כזו. סעיף זה משלים את סעיף 9 להצעת החוק המטיל לראשונה באופן מפורש חובת תום לב על אדם הפונה לרשות.

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע את החובה הכללית המוטלת על מי שפונה לרשות - אדם הפונה לרשות מינהלית יגלה את מלוא העובדות הנוגעות לעניין, המצויות בידיעתו.¹³²

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי הרשות המינהלית תהא רשאית להחזיר לאדם פניה בשל אי-גילוי העובדות הצריכות לעניין, או אם מסר לה מידע מטעה ביודעין, ולהודיעו הטעם לכך; אין בהחזרת הפניה כדי לגרוע מזכותו של אדם לפנות לרשות פעם נוספת. על פי סעיף זה, אם מצאה הרשות המינהלית כי בפניה שלפניה הושמטו

¹³² זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1121; וכן ראו: בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, אגף הפיקוח, משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 64 (2005).

עובדות רלוונטיות או כי נמסר בה מידע מטעה, היא רשאית שלא לטפל בפניה ולהודיע על כך לפונה,¹³³ בכפוף למגבלות המפורטות בסעיף קטן (ג) שלהלן. על אף הפרת חובת ההגינות מצדו, רשאי הפונה לפנות לרשות פעם נוספת.

בסעיף קטן (ג) מוצע להטיל על הרשות לשקול בטרם תחזיר את הפניה בשל הפרת חובת הגילוי, מספר שיקולים: (1) מה המידע שנמנע הפונה מלגלות; (2) האם מדובר בטעות בתום-לב; (3) מה מידת חשיבות המידע שנמנע הפונה לגלות בפני הרשות המינהלית; (4) האם גילוי המידע על-ידי הפונה עשוי היה, בנסיבות העניין, לשנות את ההחלטה שהרשות המינהלית צפויה לקבל; וכן - (5) האם לא קיים טעם אחר המצדיק טיפול בפניה. שיקולים אלו נועדו להבטיח כי הרשות המינהלית לא תמהר להשיב פניה לפונה מהטעם של הפרת חובת הגילוי, ולא תציב בפני הפונה רף הגינות גבוה מהדרוש בנסיבות העניין. שיקולים אלו אף יסייעו לעבודה יעילה יותר של הרשות בטיפול בפניות.

בסעיף קטן (ד) מוצע לקבוע למען הסר ספק, כי אין בסמכות להחזיר פניה לאדם בשל אי-גילוי העובדות הנוגעות לעניין, בכדי לגרוע מן הסמכות להחזיר או לדחות את הפניה בשל טעם ענייני אחר. על פי סעיף זה, אם עומד לרשות טעם אחר בגינו מוצדק בעיניה להחזיר את הפניה לפונה או לדחות את הפניה מבחינה עניינית, היא כמובן רשאית לעשות כן, בהתאם לשיקול דעתה.

פרק ח': ראיות מינהליות

סעיף 31 – ראיות מינהליות

כאמור לעיל, בעניין **יורונט**,¹³⁴ קבע השופט זמיר, כי ההליך המוביל ליצירת תשתית עובדתית המשמש בסיס להחלטה מנהלית צריך לעמוד בארבעה מבחנים: א. איסוף נתונים; ב. שייכות הנתונים והעובדות לעניין הנדון; ג. אמינות הנתונים שנאספו; ד. ראיות מהותיות ומוצקות במידה מספקת לצורך קבלת החלטה בעניין הנדון. סעיף 31 להצעת החוק נועד לעגן את הלכה זו, ולהבהירה.

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי הראיות אשר ישמשו את הרשות המינהלית לצורך קבלת החלטה מינהלית יהיו אלה השייכות לעניין. הוראה זו מעגנת את פסיקת בית המשפט העליון בנושא ומבטאת את חובתה של הרשות לפעול בהגינות ובסבירות כפי שנקבע לעיל – לעגן את החלטתה על תשתית עובדתית הרלוונטית לקבלת ההחלטה.¹³⁵ כך, בבג"ץ 2013/91 **עיריית רמלה נ' שר הפנים**, ציין השופט אור כי:

"הלכה היא, שעל-מנת שרשות ציבורית תמלא תפקידה כהלכה, עליה לדאוג תחילה שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו לפניה. באין תשתית עובדתית הולמת, לא כל החשוב והדרוש להכרעה בעניין יהיו לנגד עיניה של הרשות"¹³⁶

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי הרשות המינהלית תהא רשאית לבסס את החלטותיה המינהליות על כל ראיה שהיא בעלת ערך הוכחתי, אף אם אינה קבילה בבית משפט, ולרבות ראיות חסויות. הוראה דומה בעניין זה מופיעה גם בסעיף 21 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, למעט בכל הנוגע לדינים בדבר ראיות החסויות, להם כפופים בתי הדין המנהליים.

¹³³ עניין **קונטרס**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 320.

¹³⁴ לעיל ה"ש 57.

¹³⁵ זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1119.

¹³⁶ בג"ץ 2013/91 **עיריית רמלה נ' שר הפנים**, פ"ד מו(1) 271, 279 (1991).

סעיף קטן זה בנוסח המוצע מבטא את העיקרון כי הרשות המינהלית איננה בית משפט, וכשם שסדרי הדין המורכבים הנוהגים בבית המשפט אינם נוהגים במשפט המינהלי, כך גם דיני הראיות אינם מחייבים במשפט המינהלי, והרשות המינהלית אינה כפופה להם.¹³⁷ כך, נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי הרשות המינהלית להבדיל מבית משפט, רשאית להתבסס גם על עדות שמיעה ואפילו על מידע מודיעיני חסוי.¹³⁸ יחד עם זאת, יודגש כי על הראיות להיות בעלות ערך הוכחתי, כלומר, ראיות מהותיות ומוצקות שאדם סביר היה סומך עליהן את החלטתו.¹³⁹ כך למשל, כפי שנקבע בפסיקה, שמועות פורחות אינן יכולות לשמש בסיס רציני להחלטה.¹⁴⁰

בסעיף קטן (ג) מוצע לקבוע כי המשקל של כל ראיה ושל חומר הראיות בכללותו הוא עניין להחלטת הרשות המינהלית. סעיף קטן זה משלים את סעיף קטן (ב) שלעיל, ויחדיו הם מבטאים את הלכת בית המשפט העליון בנושא:

"לא כל עדות שמיעה יהיה לה משקל בעיני הרשות המינהלית כגון עדות שאין בה יותר מאשר שמועות בעלמא. שאלת המשקל של העדות ואמינותה היא ענין בשביל הרשות המינהלית לענות בו, ואין לקבוע מראש כללים לפיהם עליה לנהוג לענין זה, זולת הכלל שהעדות צריכה להיות - בשים לב לנושא, התוכן והאדם שמסר אותה - עדות כזאת, אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה במידה זו או אחרת."¹⁴¹

מבחן זה שקבע הנשיא אגרנט בעניין **לנסקי**,¹⁴² ידוע בשם **"כלל הראייה המינהלית"** - ראיות מינהליות הן ראיות שאדם סביר ורשות סבירה היו מסתמכים עליהן ורואים אותן כבעלות ערך הוכחתי ראוי ומספיק בנסיבות המקרה.

בסעיף קטן (ד) מוצע לקבוע כי מידת ההוכחה הדרושה להחלטת הרשות המינהלית תתאים למהות העניין הנדון בפניה. בהמשך, בסעיף קטן (ה) מוצע לקבוע כי ככל שפגיעתה של ההחלטה המינהלית, בזכות, חמורה יותר, כך תידרש מידת הוכחה גבוהה יותר, עד לכדי מידת הוכחה ברורה, משכנעת וחד משמעית. שני סעיפים קטנים אלו מבטיחים כי בטרם קבלת ההחלטה תבחן הרשות המינהלית את מהות העניין הנדון בפניה, ואת מהות הזכות או האינטרסים שצפויים להיפגע מההחלטה. בהתאם לכך תקבע הרשות את מידת ההוכחה הנדרשת לה. כאשר מדובר בהחלטה מינהלית שעתידה לפגוע בזכות יסוד, על הרשות לאמץ אמת מידה ראייתית מחמירה יותר מן הרגיל.¹⁴³ בית המשפט העליון חזר על עיקרון זה בשורה ארוכה של פסקי דין.¹⁴⁴ כך בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה הסביר הנשיא שמגר:

"...הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות [...] כגודל הזכות כך גם

¹³⁷ ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 444; וכן: זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1131.
¹³⁸ בג"ץ 581/80 אמסלם נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(2) 325, 328 (1981); בג"ץ 550/89 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים, פ"ד מג(2) 739 (1989); וכן: זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1131.
¹³⁹ בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972).
¹⁴⁰ בג"ץ 1/49 בזרנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 84 (1949).
¹⁴¹ עניין לנסקי, לעיל ה"ש 139, בעמ' 357.
¹⁴² שם.
¹⁴³ ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 447.
¹⁴⁴ בג"ץ 56/76 ברמן נ' שר המשטרה, פ"ד לא(2) 687, 692 (1977); בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327 (1985); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 637 (1989); ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 106, 100 (1993).

גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות.¹⁴⁵

כמו כן, ראו השופט אור בבג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים :

"הלכה היא, שסבירות התשתית הראייתית העומדת בבסיס החלטתה של הרשות המינהלית תיבחן לאור מידת הפגיעה של ההחלטה באינטרסים סותרים, ולאור משקלם של אותם אינטרסים. ככל שהפגיעה הנובעת מההחלטה קשה יותר, וככל שהאינטרס הנפגע כבד משקל, כך חייבת הרשות לבסס את החלטתה על ראיות מוצקות יותר, שמשקלן הראיתי ניכר"¹⁴⁶

פרק ט': התייעצות

סעיף 32 – חובת התייעצות או קבלת המלצה

סעיף קטן (א) להצעה, על סעיפי המשנה שבו, מבקש להסדיר את הליך ההיוועצות וצורת ההיוועצות של הרשות המינהלית, באותם מקרים בהם מוטלת בדין חובה על הרשות לקיים היוועצות. ההיוועצות היא אחת מהדרכים של המחוקק להבטיח כי הרשות המינהלית תשתף גורמים נוספים בהליך קבלת ההחלטות ותשפר את איכות החלטותיה. הפסיקה הרבה שעסקה בחובת ההיוועצות התייחסה לחובת ההיוועצות כחובה מהותית של הרשות ולא כחובה פורמאלית בלבד. כך, נקבע בפסיקה כי הרשות אינה יוצאת חובתה אם היא מקיימת התייעצות כמס שפתיים בלבד, כאשר בפועל כבר גיבשה עמדתה. על הרשות לתת דעתה לעצה המובאת בפניה "בלב בפתוח ובנפש חפצה" והיא מחויבת בהתייעצות ממשית,¹⁴⁷ בטרם קבלת ההחלטה הסופית בעניין.¹⁴⁸ למעשה, כפי שהנחה בנושא היועץ המשפטי לממשלה בהנחיותיו, הרשות המוסמכת צריכה להתייחס לעצה לפני קבלת ההחלטה כדרך שצריך להתייחס לשיקול ענייני חשוב.¹⁴⁹

על מנת שתעמוד הרשות בחובתה ותקיים התייעצות ממשית עם הגורם עמו חויבה בדין להתייעץ, יהיה עליה לקיים את התנאים המפורטים בסעיף. הקפדה על תנאים אלו, יחד עם חובת ההגינות שמוטלת על הרשות המינהלית מכוח סעיף 4(א) להצעת החוק, יבטיחו כי הרשות תקיים היוועצות ממשית, כפי שנדרש ממנה.

תחילה, מוצע לקבוע בסעיף קטן (1) כי על הגורמים השותפים להתייעצות להחליף דברים זה עם זה, ככל האפשר בכתב. סעיף קטן זה נועד להבטיח קיומו של דיאלוג בין הצדדים השותפים להליך,¹⁵⁰ בין בעל פה ובין בכתב. העדיפות להיוועצות בכתב מקורה בגישה כי העלאת הדברים על הכתב תביא את הצדדים להיות מודעים טוב יותר לנושא הנדון ולהפעיל שיקול דעת של ממש בגיבוש עמדתם.

¹⁴⁵ פ"ד לט(2) 225, 251 (1985).

¹⁴⁶ בבג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289, 303 (1997).

¹⁴⁷ בג"ץ 265/68 אגודת האנג'לינירים והארכיטקטים בישראל נ' שר העבודה, פ"ד כג(1) 132, 141 (1969); בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי במשרד התחבורה, פ"ד לה(2) 85, 96 (1980); בג"ץ 5483/95 גינדי נ' שר הדתות, פ"ד מט(5) 661 (1996); וכן ראו: זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל הי"ש 34, בעמ' 1214.

¹⁴⁸ כפי שנקבע בפסיקה, התייעצות אינה ממשית אלא אם היא נערכת לפני קבלת ההחלטה. התייעצות מאוחרת היא פסולה (בג"ץ 3536/92 סוויי נ' עיריית הרצליה, פ"ד מז(1) 125 (1993)) אם כי בנסיבות מיוחדות יכול בית המשפט להכשיר התייעצות מאוחרת כשם שהוא עשוי בנסיבות כאלה להכשיר גם שימוע מאוחר (בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993)).

¹⁴⁹ ראו: "חובת התייעצות מכוח חוק" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0001 (התשמ"ב).
¹⁵⁰ ע"פ 22/89 עזבה נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 592 (1989); רע"פ 6034/99 כהן נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נד(1) 438, 452-453 (2000).

בסעיף קטן (2) מוצע להטיל על הרשות המינהלית להעמיד לרשות הגוף המייעץ את המידע הנדרש למתן עצה, הקיים בידה. סעיף קטן זה מעגן את החובה שנקבעה בפסיקה לפיה על הרשות המייעצת התייעצות למסור לגורם המייעץ מידע רלוונטי שיוכל לסייע לו בגיבוש עמדתו, ויאפשר לו מתן עצה שקולה.¹⁵¹

בהתאם לסעיף קטן (3) על הרשות המינהלית המתייעצת לתת לגוף המייעץ שהות מספקת כדי לבדוק ולשקול את העניין. פירוש הדבר כי על מנת לקיים היוועצות ממשית, הרשות המינהלית צריכה לתת לגורם המתייעץ פרק זמן סביר שיאפשר לו לבחון את הנושא ביסודיות הראויה ולגבש את עמדתו. השאלה האם השהות שניתנה לגוף המייעץ מספקת תשתנה ממקרה למקרה, בהתאם לנסיבותיו ולמורכבות הסוגיה.¹⁵²

סעיף קטן (4) מבקש לסייג את סעיף קטן (3) ולקבוע כי אם לא השיב הגוף המייעץ לבקשת ההיוועצות של הרשות המינהלית בתוך פרק זמן סביר, גם לאחר פניה חוזרת בנושא, יראו את הרשות כמי שקיימה את חובתה להתייעץ. סעיף זה מבהיר כי אם הגורם המייעץ נמנע ממסירת תגובתו לאחר שחלף פרק זמן סביר ולאחר פנייה חוזרת מצד הרשות, הרשות לא תהיה מנועה מקבלת החלטה. הוראה זו, המעגנת את פסיקת בית המשפט בנושא, נועדה למנוע, למעשה, הטלת וטו מצד הגורם המייעץ על קבלת ההחלטה.¹⁵³ כך הגדיר השופט זמיר את הכלל בנושא:

”במקרה הרגיל, הרשות המינהלית יוצאת ידי חובתה להתייעץ כאשר היא פונה אל הגוף המייעץ בדרך נאותה...”¹⁵⁴

הוראה דומה מופיעה בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 שעוסקת ב”חקיקת משנה: נוהל והנחיות”.¹⁵⁵

לבסוף, יודגש כי סעיף קטן (א) על סעיפי המשנה שבו, עוסק במקרים בהם הוטלה על הרשות חובת היוועצות בדין. ברי כי הרשות המינהלית רשאית לקיים התייעצות מרצונה, גם כאשר הדין אינו מחייב זאת, כחלק מסמכות העזר הנתונה לה.¹⁵⁶ במקרים כאלה, אין הרשות כפופה לחובות המוטלות עליה מכוח סעיף קטן (א), אולם עקרונות אלה יכול שישמשו קווים כלליים מנחים, אשר ינחו את הרשות בקיום התייעצותה הרצונית.¹⁵⁷

סעיף קטן (ב) להצעה עוסק בחובה לקבל **המלצה**. החובה לקבל המלצה היא חלק מהליך ההיוועצות וחלים עליה כל הכללים של המשפט המינהלי, אף כי ברור כי המלצה לעולם רק המלצה היא ולא החלטה. כפי שנקבע בפסיקה:

”על הממליץ לפעול בלב פתוח, ומתוך שמירה על כל הכללים של המשפט המינהלי, לרבות הכלל בדבר האיסור להימצא בניגוד עניינים.”¹⁵⁸

לפיכך, מוצע לקבוע בסעיף קטן זה, כי מקום שבו מטיל הדין על רשות מינהלית חובה לקבל המלצה בטרם קבלת החלטה מינהלית, תחול לעניין חובה זו הוראת סעיף קטן (א), בשינויים המחויבים. פירוש הדבר שכאשר נקבעה בדין חובה לקבל המלצה מגורם אחר בטרם קבלת החלטה, מוטלת על הרשות לקיים הליך מסודר של קבלת

¹⁵¹ בג”ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ’ נשיא המדינה, פ”ד נד(3) 496, 519 (2000); ע”א 2902/97 אחים עופר הנדסה ופיתוח בע”מ נ’ גליקמן, פ”ד נג(1) 369 (1999); וכן: ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 313.
¹⁵² ע”פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע”מ נ’ מדינת ישראל, פ”ד מח(1) 11, 18 (1993); וכן: עניין פורום היוצרים הדוקומנטריים לעיל ה”ש 151, בעמ’ 520; וכן: ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 315; זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה”ש 34, בעמ’ 1212.

¹⁵³ ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 316; זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה”ש 34, בעמ’ 1212.
¹⁵⁴ בג”ץ 5483/95 גינדי נ’ שר הדתות, פ”ד מט(5) 661, פס’ 10 לפסק הדין (1996).

¹⁵⁵ “חקיקת משנה: נוהל והנחיות” הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 (התשמ”ו) (להלן: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100). ראו: סעיף 11.3(ד) להנחיה, העוסק בתיאום בין משרדי הממשלה: “לא נתקבלו הערות ממשרד מסוים לטיטות התקנות עד למועד הנקוב במכתב-הלוואי, יראו אותו משרד כאילו אין לו התנגדות לתקנות בנוסח המוצע”.

¹⁵⁶ סמכות העזר קבועה בסעיף 22 להצעת החוק. כמו כן, ראו, למשל: ע”א 5042/96 כהן נ’ מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד נג(1) 743, 756 (1999); וכן ראו: זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה”ש 34, בעמ’ 1225.

¹⁵⁷ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה”ש 34, בעמ’ 1228.

¹⁵⁸ בג”ץ 5734/98 עזריאל נ’ ועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל, פ”ד נג(2) 8, פס’ 11 לפסק הדין (1999); ראו בעניין זה גם: בג”ץ 10429/04 עמותת שחר אגודה לקידום החינוך בישראל נ’ המועצה להשכלה גבוהה (פורסם בנבו, 28.03.2007); ע”מ 6198/06 גולדשטיין נ’ מעש כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע”מ (פורסם בנבו, 26.05.2008); בג”ץ 4225/01 כהן נ’ שר הביטחון, פ”ד נח(4) 155 (2004); בג”ץ 497/81 רבינוביץ’ נ’ הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז המרכז, פ”ד לו(2) 210 (1981).

המלצה, בדומה להליך שנקבע בסעיף קטן (א) לגבי קיום חובת היוועצות, בכפוף לסייג שבסעיף קטן (א)(4) (אי מתן מענה מצד הגוף עמו מתייעצים).

פרק י': חובת השמיעה ומתן זכות עיון

סעיף 33 – חובת השמיעה

בסעיף זה מוצע לעגן את אחת מחובותיה המרכזיות של הרשות המינהלית, שהוכרה בפסיקה כאחד מכללי הצדק הטבעי, והיא חובת השימוע או חובת השמיעה. בהתאם לכלל זה, על הרשות המינהלית להימנע מפגיעה באדם, אלא אם נתנה לו קודם לכן הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו בפניה. בלטינית: **AUDI ALTERAM PARTEM** או כפי שתירגם זאת השופט זילברג בבג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים החובה "לשמוע אם את האידך גיסא".¹⁵⁹

לכלל בדבר חובת השמיעה שורשים במשפט העברי, החל מזכות הטיעון שמעניק אלוהים לאדם וחוה לפני גירושם מגן עדן, דרך זכות הטיעון שמקבל קין ב"משפט" הרצח הראשון בעולם, ועד לכללים שצריכים להנחות את השופטים.¹⁶⁰

כלל זה הוכר ככלל צדק טבעי על-ידי בית משפט באנגליה עוד בשנת 1723:

"חוקי האל וחוקי אנוש גם יחד נותנים לצד את האפשרות לערוך את הגנתו, אם יש לו כזאת. זכורני כי איש אחד מאוד מלומד אמר לי בהזדמנות מעין זו, כי אפילו אלוהים בכבודו ובעצמו לא חרץ דינו של אדם בלי להזמין תחילה לערוך הגנתו."¹⁶¹

במשפט הישראלי הוכרה חובת השמיעה כבר מראשית ימיו של בית המשפט העליון, והיא מוזכרת פעמים רבות בעשרות פסקי דין. הראשון שקבע זאת היה השופט אולשן בבג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה:

"... הצדק האלמנטרי דורש שלפני שחורצים את גורלו של האזרח תינתן לו ההזדמנות להסביר את המצב כדי להסיר את החשד."¹⁶²

סעיף 33 להצעת החוק, על סעיפי המשנה שבו, מעגן לראשונה בחוק את חובתה הכללית של הרשות המינהלית לשמוע את האדם נשוא החלטתה, ומבהיר את היקפה ואת החריגים לה.¹⁶³ יצוין כי למעט האפשרות לקיים את השימוע בכתב או בע"פ (ראו להלן), לא מוסדרת בסעיף מתכונת עריכת השימוע, והיא נתונה לשיקול דעתה של הרשות, בהתאם לנסיבותיו של המקרה הנדון לפניו, לרבות בכל הנוגע לאפשרותו של האדם להיות מיוצג בטיעונו בפניה.

בסעיף 33(א) להצעה מוצע לקבוע כי בטרם תקבל רשות מינהלית הוראת מינהל או החלטה מעין שיפוטית, העלולה לפגוע בעניינו של אדם, תינתן לאותו אדם הזדמנות הוגנת לטעון את טענותיו, בכתב או בעל-פה, בפניה או בפני מי שהיא הסמיכה לעניין זה, בתוך פרק זמן סביר לפני קבלת ההוראה או החלטה כאמור. עוד מוצע לקבוע

¹⁵⁹ בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1501 (1958); ראו גם: זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1147.
¹⁶⁰ לניתוח של זכות הטיעון במשפט העברי, ראו: בג"ץ 295/72 בכר נ' בית הדין הרבני האזורי ברחובות, פ"ד כז(1) 568, 573-572 (1973); בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, 637-638 (1990).
¹⁶¹ דברי השופט Fortescue כפי שהובאו בעניין ברמן, לעיל ה"ש 159, בעמ' 1507.
¹⁶² בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו(2) 696, 703 (1952).
¹⁶³ ישנם מקרים ספציפיים בהם הוטלה על רשות מינהלית מסוימת חובת שמיעה מפורשת בחוק – ראו למשל: סעיף 107 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965; סעיף 158א לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) ועוד.

בסעיף כי לעניין זה יראו בהגשת בקשה לרשות המינהלית המפרטת בכתב את טענותיו של האדם, כאילו קוימה חובת השמיעה.

זוהי חובת השמיעה הכללית, שהוכרה כאמור בבית המשפט העליון בפסקי דין רבים.¹⁶⁴ מובהר בסעיף כי החובה חלה בטרם קבלת הוראת מינהל או החלטה מעין שיפוטית, כהגדרתם בהצעת החוק. הוראה זו מבטאת את ההלכה בנושא, כפי שנקבעה בבג"ץ ברמן הנ"ל:

"לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי - ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין-שיפוט) - לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם-כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה."¹⁶⁵ (ההדגשות במקור)

יחד עם זאת, בהתאם למוצע, חובת השמיעה במתכונתה זו, אינה חלה על קבלת הנחיות מינהליות או קביעת תקנות על ידי הרשות.¹⁶⁶

עוד מובהר בסעיף כי מדובר בהחלטות העלולות לפגוע בעניינו של אדם. כלומר – מדובר בהחלטות קונקרטיות העשויות לפגוע בעניינו של אדם ולא בהחלטות שמבטאות מדיניות כללית של הרשות. כמו כן, לא תוטל חובת שימוע כאשר הרשות מחליטה להיענות לבקשתו של אדם או להטיב עמו.¹⁶⁷

הביטוי "עניינו של אדם" המוצע בסעיף, נועד להצביע על המקרים בהם תחויב הרשות בחובת השמיעה. בבג"ץ ברמן הנ"ל, קבע השופט זילברג כי חובת השימוע תקום כאשר מדובר בפגיעה באינטרס מוגן של אדם - פגיעה בגוף, ברכוש, במקצוע ובמעמד, ובאינטרסים מוגנים נוספים שלא פורטו.¹⁶⁸ בבג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה הרחיב השופט ברק את כלל חובת השימוע כך שתחול גם כאשר מדובר ב- "פגיעה במעמד":

"זכות יסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו. [...] בכל מקרה, בו רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו."¹⁶⁹

פרופ' שמעון שטרית במאמרו "על הצעת חוק סדרי המינהל" הסתייג מהדרישה של פגיעה בזכויות או באינטרס מוגן או "אינטרס על-פי דין" שנקבעו בפסיקה, והציע לעשות שימוש במונח "עניין", כך שפגיעה צפויה בעניינו של אדם תחייב מתן זכות שמיעה.¹⁷⁰

בניסוח הצעת החוק הוחלט לאמץ את הצעתו של פרופ' שטרית, ולעשות שימוש במונח "עניין", כך, שחובת השמיעה תחול בכל אותם מקרים בהם עתידה הרשות לפגוע בעניינו של אדם – בין אם בזכותו, באינטרס מוגן שלו או בעניין אחר הנוגע לו ישירות.

¹⁶⁴ ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (פרסם בנבו, 11.08.2009); בג"ץ 7805/00 חברת מועצת עיריית ירושלים נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577 (2003) (להלן: עניין אלוני); בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771 (1995).

¹⁶⁵ עניין ברמן, לעיל ה"ש 159, בעמ' 1508.

¹⁶⁶ זו גם הייתה עמדת הפסיקה בנושא - בבג"ץ 975/89 Nimrodi land development ltd נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 158-157 (1991), נקבע כי חובת השימוע אינה חלה על הכנסת כגוף מחוקק; בעניין ברמן, לעיל ה"ש 159, בעמ' 1507 נקבע כי חובת השימוע אינה חלה גם על חקיקת משנה - כגון תקנות וצווים למיניהם - הנעשית על ידי שרים, עיריות ורשויות מקומיות.

¹⁶⁷ עניין ברמן, לעיל ה"ש 159, בעמ' 1509: "חובת השימוע אינה חלה על פעולות בעלות אופי שלטוני-ריבוני במובנו הנכון של מונח זה".

¹⁶⁸ שם, בעמ' 1508.

¹⁶⁹ בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 655 (1979).

¹⁷⁰ שטרית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 392.

עוד מוצע לקבוע בסעיף כי על הרשות המינהלית להעניק לאותו אדם נפגע הזדמנות הוגנת להשמיע טענותיה, בטרם קבלת ההחלטה, ויכול שהגורם שישמע אותו יהיה גורם אחר שהיא הסמיכה אותו לכך.¹⁷¹ כמו כן, מוצע לקבוע כי את השימוע ניתן יהיה לקיים גם בכתב.

סעיף קטן (ב) להצעה עוסק בחובת הרשות לקיים שימוע משני. בסעיף קטן זה מוצע לקבוע כי בנסיבות בהן לאחר שהושלם הטיעון הראשוני הועלתה בפני הרשות המינהלית טענה חדשה בעניינו של אדם שטען בפניה כאמור בסעיף קטן (א), תינתן לו הזדמנות לחזור ולטעון בפני הרשות, בכל הנוגע לטענה זו. עקרון זה מבטא את חובתה של הרשות לפעול בהגינות כלפי האדם נשוא החלטתה,¹⁷² ומעגן את הפסיקה שנקבעה בנושא.¹⁷³ יודגש כי השימוע המשני יערך לאדם בכל הנוגע לטענה החדשה בלבד, והרשות איננה מחויבת לשמיעת כל טענותיו של האדם מחדש.

בסעיף קטן (ג) מפורטים הסייגים לחובת השמיעה המוטלת על הרשות, כך שבמקרים המפורטים בסעיף לא תחול על הרשות חובת השמיעה.

בסעיף קטן (ג) (1) מוצע לקבוע כי חובת השמיעה לא תחול כאשר בנסיבות העניין אין הצדקה לקיום השימוע, ובכלל זה בשל כך שחובת שמיעה קוימה בעבר ולא חל שינוי בנסיבות, או כאשר הפגיעה באדם היא בגדר זוטי דברים. סעיף קטן זה עוסק במקרים בהם ניתן להעריך באופן סביר כי השימוע מיותר וחסר תועלת. כך למשל, כאשר הנפגע השמיע כבר בעבר את טענותיו בפני הרשות או כאשר מדובר בהחלטה שפגיעתה באדם הינה מינורית וכיו"ב. יצוין כי גם בית המשפט העליון הכיר בפסיקתו במקרים בהם קיום השימוע היה מיותר, ולכן מצא כי החלטתה של הרשות לא לקיימו היתה סבירה בנסיבות העניין. כך, ראו למשל את דברי השופט ברנזון בבג"ץ 353/65 **מזרחי נ' ועדת השחרורים**:

"... אין להעלות על הדעת שטענותיו הנ"ל של עותר, אילו ניתן לו להשמיען לוועדה, יכלו לשנות את החלטתה לטובתו [...] אין להעלות את האפשרות הרחוקה ביותר כי ועדת שחרורים כל שהיא היתה נוהגת אחרת מכפי שהמשיבה נהגה, גם לו שמעה את דברי העותר שאין להם ולא כלום לענין הנדון."¹⁷⁴

בסעיף קטן (ג) (2) מוצע לקבוע כי חובת השמיעה לא תחול כאשר קיים צורך בפעולה דחופה לשם השגת אינטרס ציבורי ומהותי, וקיום חובת השמיעה עלול לפגוע באופן משמעותי בביצועה. בהמשך הסעיף, מוצע לקבוע כי אם התקיים צורך בפעולה דחופה כאמור, תאפשר הרשות המינהלית לבעל העניין הזדמנות הוגנת לטעון את טענותיו כאמור בסעיף קטן (א) בסמוך ככל האפשר לאחר קבלת הוראת המינהל או ההחלטה המעין שיפוטית.

סעיף זה מתייחס לאותם מקרים חריגים בהם ניצבים כנגד זכות השימוע אינטרסים משמעותיים אחרים דחופים, שאינם מאפשרים או אינם מצדיקים את קיום השימוע. מקרים חריגים כגון אלו הוכרו גם בפסיקת בית המשפט העליון כמקרים בהם אין חובה לקיים את זכות השמיעה.¹⁷⁵

¹⁷¹ ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 519-520.

¹⁷² זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1186; ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 510.

¹⁷³ בג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד (לג) 767, 774-775 (1979); בג"ץ 5194/03 גרוסמן נ' שר הביטחון, פ"ד נז (4) 426, 431-432 (2003).

¹⁷⁴ בג"ץ 353/65 מזרחי נ' ועדת השחרורים, פ"ד כ(1) 171, 174 (1966); בית המשפט החליט ברוח דומה בעוד שורה של פסקי דין, ובין היתר בבג"ץ 467/75 האטשינס נ' שר הפנים, פ"ד ל(3) 148 (1976); בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161 (1978); ע"א 3786/90 ברון נ' שר הבריאות, פ"ד מו(1) 661 (1992); בג"ץ 4267/93 אמיתי-אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 441 (1993).

¹⁷⁵ דוגמת הוצאת צו זמני לעיקול נכס (ראו: בג"ץ 155/65 גורוביץ נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב, פ"ד יט (4) 16, 19 (1965)); או הגשת כתב-אישום לבית המשפט (ראו: בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1, 9 (1991)).

כך בע"פ 768/80 שפירא נ' מדינת ישראל, כתב השופט ברק (כתוארו אז) :

"יש שרשות מינהלית מקבלת החלטה בלא לשמוע את הצד המעוניין, וההחלטה תעמוד בעינה. דבר זה יקרה, כאשר האינטרס, עליו מגינה ההחלטה, עניין ספציפי, שקול יותר, במסגרת מכלול האינטרסים הכלליים, מהאינטרס של זכות השמיעה. עם כל חשיבותו של הכלל בדבר זכות השמיעה, אין לשכוח, כי הוא רק אחד ממכלול של אינטרסים, הדורשים איזון וכיבוד."¹⁷⁶

בבג"ץ 549/75 חברת סרטי נח נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע הכיר ביהמ"ש בכך שכורח השעה עשוי להיות טעם טוב לחרוג מחובת השימוע :

"... יש מצבים שבהם כה גדול וכה דחוף הוא הצורך לבטל רשיון או היתר שניתן בטעות או בהיסח-הדעת, שאף אם לא קוים הכלל של AUDI ALTERAM PARTEM יהסס בית-המשפט לפסול את החלטת הביטול. אך אלה הם מקרים יוצאים-מן-הכלל..."¹⁷⁷

יחד עם זאת, בית המשפט הבהיר כי הדחיפות עשויה לפטור משימוע לפני מעשה, אך אין בה כשלעצמה כדי לפטור משימוע לאחר מעשה.¹⁷⁸

בבג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, השיב השופט זמיר לשאלה מתי ניתן יהיה להסתפק בשימוע לאחר מעשה, או שימוע מאוחר, וקבע כי יהיו אלה מקרים חריגים בהם -

"... שימוע מוקדם אינו מתיישב עם מהות הסמכות או עם תכלית החוק, או שהוא עלול לסכל את התפקוד התקין של הרשות המינהלית, או שיש בו כדי לפגוע באופן ממשי באינטרס חשוב אחר. איזון האינטרסים במקרים כאלה מלמד כי הנזק שייגרם לאדם כתוצאה משימוע מאוחר אינו שקול כנגד הנזק שייגרם לאינטרס אחר כתוצאה משימוע מוקדם. לכן צריך אדם, במקרים כאלה, להסתפק בשימוע מאוחר."¹⁷⁹

הוראה ברוח זו מוצע לקבוע בסעיף קטן (ג)(2), המחייב באותם מקרים חריגים מתן הזדמנות הוגנת לבעל העניין לטעון את טענותיו בסמוך ככל האפשר לאחר קבלת הוראת המינהל או ההחלטה המעין-שיפוטית.

בסעיף קטן (ד) מוצע לקבוע את המקרים בהם נראה את הרשות המינהלית כאילו קיימה את חובת השמיעה המוטלת עליה : (1) כאשר חלף פרק הזמן שנקבע לעניין זה בחיקוק או בהנחיות, והאדם לא הגיש טענותיו לרשות המינהלית ; (2) כאשר האדם קיבל הודעה על כוונה לקבל החלטה בעניינו, והוא לא הגיש טענותיו לרשות המינהלית במועד שנקבע בהודעה, ואם לא נקבע מועד כאמור – בתוך זמן סביר.

שני סעיפים קטנים אלו מבהירים כי חובתה של הרשות הינה להעניק הזדמנות הוגנת לאדם לטעון את טענותיו. כפי שהובהר גם בפסיקה, אם אותו אדם ויתר על זכותו לבוא ולהשמיע טענותיו בפני הרשות, או לא השמיעם

¹⁷⁶ ע"פ 768/80 שפירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 365-366 (1981).

¹⁷⁷ בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757, 760 (1976).

¹⁷⁸ בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701 (1986); בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993).

¹⁷⁹ בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 305 (1994).

במועד שנקבע לו, או בתוך זמן סביר מהמועד בו קיבל את ההודעה בנושא, יצאה הרשות ידי חובתה.¹⁸⁰ הזמן הסביר להמתנה לטענותיו של האדם ייקבע על ידי הרשות המינהלית בהתאם לעניין ולנסיבות המקרה.

סעיף 34 – זכות עיון

סעיף זה עוסק בסוגיה שניתן לראותה כמקדימה את חובת הרשות לשמוע את האדם בטרם קבלת הוראת מינהל או החלטה מעין שיפוטית העלולה לפגוע בעניינו - החובה להביא לידיעתו את עיקרי הטענות נגדו, ולהעביר לעיונו, אם ביקש זאת, את המידע שברשותה לצורך מימושה של זכות הטיעון שלו.¹⁸¹ זכות זו הוכרה כזכות העיון, ונוסח הסעיף המוצע מבטא את ההלכה שנקבעה בנושא בבית המשפט העליון - הכרה בזכות לעיין במסמכים שבידי הרשות לצורך מימושה של זכות הטיעון, תוך קביעה שזכות זו אינה מוחלטת, ולכן מימושה נדחה לעתים מפני אינטרסים חשובים אחרים.

בעניין אלוני קבעה השופטת פרוקצ'יה כך :

"בעבר, לא הוכר קשר גומלין הכרחי בין זכות הטיעון לזכות העיון [...] על גישה זו נמתחה ביקורת בספרות המשפטית בה הובעה הדעה כי ראוי שזכות הטיעון תכלול גם זכות עיון במסמכים עליהם מבקשת הרשות להתבסס בקבלת החלטתה [...] אכן, מזכות הטיעון הנתונה לאדם להעלות טענותיו בפני רשות מינהלית העומדת להחליט בעניינו נגזרת באופן סביר הזכות לעיין במסמכים המשמשים את הרשות לצורך החלטתה. זאת, בכפוף לסייגים ומגבלות המתחייבים להבטחת פעילותה התקינה של הרשות המינהלית. בלעדי זכות העיון, זכות הטיעון לעולם לא תהא שלמה. ובלעדי זכות הטיעון - החלטתה של הרשות המינהלית עלולה שלא להיות שלמה וללקות בפגם.

ראייה זו של זכות העיון של הפרט העלול להיפגע מהחלטת הרשות מתיישבת עם הגישה הכללית ההולכת ומשתרשת כיום בכיוון לצמצום החסיונות על מידע המוחזק בידי הרשות הציבורית ולהגבלתם רק לצרכים חיוניים להשגת אינטרס ציבורי חשוב. הדבר משתלב בביסוס זכות העיון הציבורית, כפי שמצאה את עיגונה בחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 [...] היקפה וסייגיה של זכות העיון, הנגזרת מזכות הטיעון, תלויים אף הם בטיב ובנסיבות העניין וכן במהות הפגיעה לה צפוי האזרח מהחלטת הרשות המינהלית."¹⁸²

לפיכך, מוצע לקבוע בסעיף קטן (א) כי מי שזכאי לטעון טענותיו לפי סעיף 33 להצעת החוק, יהיה זכאי גם לעיין במידע שבידי הרשות המינהלית, הנוגע להוראת המינהל או להחלטה המעין-שיפוטית כאמור באותו סעיף, ולהעתיקו, בתוך פרק זמן סביר לפני המועד שנקבע לקיום חובת השמיעה; לעניין זה, "מידע" – כל מידע המצוי בידי רשות, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב.

¹⁸⁰ בג"ץ 4816/91 בנייני גיל בע"מ נ' הוועדה לבנייה למגורים תל-אביב, פ"ד מו(1) 441 (1992).

¹⁸¹ ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 550.

¹⁸² עניין אלוני, לעיל ה"ש 164, בעמ' 599-600; ראו גם: זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1176.

בהתאם לסעיף, בעל הזכות להשמיע את טענותיו בפני הרשות יהיה זכאי לעיין במידע ולהעתיקו זמן סביר קודם מועד השימוע שנקבע.¹⁸³ המועד ייקבע על ידי הרשות המינהלית בהתאם לנסיבות המקרה. יודגש כי מדובר במידע המצוי כבר בידי הרשות ונוגע להוראת המינהל או להחלטה המעין-שיפוטית המסוימות בלבד.

בסעיף קטן (ב) מעוגנת חלקה השני של הלכת בית המשפט העליון, המכירה באפשרות לסייג את זכות העיון במקרים מסוימים. בסעיף קטן זה מוצע לקבוע כי זכות העיון לא תחול על מסמכים או חלקי מסמכים שהוראות סעיף 9 לחוק חופש המידע חלות עליהם, או שהוראות החוק האמור לא חלות עליהם לפי הוראות סעיף 14 לאותו חוק, ובלבד שהרשות לא תמנע עיון בשל טעם מהטעמים המוזכרים בסעיף קטן זה, אלא במידה הנדרשת על ידי אותו טעם, ותוך מתן משקל ממשי לצורך של המבקש לקיים כראוי את זכות הטיעון הנתונה לו.

בהתאם לנוסח הסעיף, הסייגים החלים על הזכות למידע לפי חוק חופש המידע, יחולו גם על זכות העיון בהליך השימוע. אולם, מאחר שבירי כי היותו של האדם נפגע מהוראת המינהל או מההחלטה המעין שיפוטית של הרשות מצדיקה מתן זכות עיון רחבה יותר מזו של המבקש לעיין במידע באופן כללי בהתאם לחוק חופש המידע על הרשות המינהלית להקפיד שלא למנוע את גישתו של הנפגע לחומר הנוגע בדבר, אלא במידה הנדרשת, ותוך הכרה בצורך שלו לעיין בחומר על מנת לממש את זכות הטיעון שלו באופן המיטבי.¹⁸⁴

סעיף 35 – זכות עיון בהשגה או בערר

בסעיף זה, המסדיר את זכות העיון של הפרט בהשגה או בערר, מוצע לקבוע כי אם הייתה החלטה מינהלית נתונה על-פי חיקוק להשגה או לערר בפני גוף מעין-שיפוטית שאינו בית משפט או בית דין מינהלי, שחל עליו חוק בתי דין מינהליים, לפי סעיף 4(א) לחוק האמור, תחול הוראת סעיף 34, בשינויים המחויבים, ולעניין זה המועד למימוש זכות העיון יהיה פרק זמן סביר לפני המועד להגשת ההשגה או הערר, לפי העניין.

בהתאם לסעיף זה, בכל הליך של השגה או ערר, בפני גוף שאינו בית משפט או בית דין מינהלי, יהיה זכאי האדם שעניינו נדון בפני הרשות, לעיין בחומר הנוגע להליך ההשגה או הערר, פרק זמן סביר קודם לכן, שייקבע על ידי הרשות המינהלית. סעיף קטן זה מבטא את העמדה שהתגבשה בפסיקה עם השנים בכל הנוגע לזכות העיון בהשגה - ברע"א 291/99 ד.ג.ד. **אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף** נקבע כי הזכות להגיש השגה על החלטה מינהלית טומנת בחובה את הזכות לקבל מהרשות המינהלית את החומר עליו מתבססת החלטה.¹⁸⁵ עוד נקבע כי זכות העיון אינה מוחלטת והרשות תהיה רשאית לסרב למסור חומר מסוים מנימוקים סבירים או משכנעים. הסעיף המוצע מאמץ הלכה זו ומחיל אותה גם על הליך של ערר.

¹⁸³ העיקרון הבסיסי שנקבע גם בפסיקה הוא זכות עיון לנוגע בדבר. ראו: בג"ץ 337/66 **עזבון פיטל נ' ועדת השומה שלייד עירית חולון**, פ"ד כא(1) 69 (1967); בג"ץ 142/70 **שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין**, פ"ד כה(1) 325 (1971).

¹⁸⁴ בג"ץ 10271/02 **פריד נ' משטרת ישראל**, פ"ד סב(1) 106, פסי' 7 לפסק דינו של השופט עדיאל (2006); וכן ראו: **זמיר הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1176.

¹⁸⁵ ברע"א 291/99 ד.ג.ד. **אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף**, פ"ד נח(4) 221, 232-233 (2004).

פסיקת היסוד בנושא עצמאות שיקול הדעת של הרשות המינהלית, נקבעה בראשית ימי המדינה, בבג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות.¹⁸⁶ השופט דונקלבלום קבע אז כי אם ניתנת סמכות לפקיד מסוים, לשקול ולהחליט על דעת עצמו ולפי שיקול דעתו, הרי שהוא איננו מחויב לפעול לפי הוראות שקיבל מאת הממונים עליו. בפסק הדין אף נקבע, כי אם פקיד כזה יפעל על פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה.¹⁸⁷ הלכה זו זכתה לביקורת רבה, שכן נראה היה כי אינה מתיישבת עם עקרון האחריות המיניסטרילית, המטיל על השר אחריות כללית לנושאים שעליהם מופקד משרדו, וכן עם עקרון האחריות המשותפת, המטיל על הממשלה ועל שריה אחריות כוללת לפעולותיהם של כלל השרים.¹⁸⁸

בפסיקה שניתנה לאחר עניין מיכלין ניכר כרסום מסוים בהלכה. כך, בבג"ץ 74/51 המרכז הארצי של ארגוני הקבלנים והבוניס בישראל נ' שר המסחר והתעשייה, ראה בית המשפט צורך להכריז כי הוא מניח כי יישומו של הממונה את הוראות השר נבע מכך ששקל את הנושא באופן עצמאי, ובחר לאמץ את מדיניות הממשלה.¹⁸⁹ בבג"ץ 213/52 שטיין נ' שר הפנים, היה מוכן בית המשפט להניח שהוראת שר הפנים לממונה על המחוז לבטל רישיון לעיתון, ניתנה באופן מחייב ושלא בסמכות, ועם זאת פעולתו של הממונה בהתאם להוראה בוצעה לאחר שבדק את העובדות והפעיל שיקול דעת עצמאי.¹⁹⁰ בבג"ץ G.P.S Argo Exports Ltd. 4746/92 נ' שר החקלאות ציין השופט מצא כי:

"לפנים נפסק, כי אין שר רשאי לתת הוראות לרשות מוסמכת ביחס לביצוע תפקידה, אף שהתפקיד מצוי בתחום אחריותו. [...] ואולם הלכה זו, במתכונתה המקורית והגורפת, אינה מקובלת על הכל."¹⁹¹

השופט חשין בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, ציין באמרת אגב, ביחס להלכת מיכלין הנ"ל, כי "בתי-המשפט מצאו דרכים מדרכים שונות לצמצם את ההלכה, לעוקפה, ואף להתעלם ממנה ואולם ככל שידעתי מגעת נשארה ההלכה על עומדה".¹⁹² לגישתו, במקום ששר רשאי ומוסמך ליטול סמכותה של רשות מוסמכת, רשאי ומוסמך הוא להורות לאותה רשות מה תחליט ומה תעשה וביקורתו של בית-המשפט תהיה לגופה של ההחלטה ולא לגופו של המחליט.¹⁹³

¹⁸⁶ פ"ד (1) 319 (1950). במקרה זה, עתרו יבואנים ומשווקים של ציוד רפואי כנגד שר הבריאות ונגד שר האספקה והקיצוב. בעיקרה, ביקשה העתירה להביא לביטולו של צו בו נקבעה תקרת רווחים לסוג סחורה מסוים על ידי פקיד באגף המחירים, באופן שנגד את ההוראות שניתנו לו, כנטען, על ידי הממשלה.

¹⁸⁷ שם, בעמ' 323.

¹⁸⁸ ראו: פירוט אצל זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 945-947 והאסמכתאות המובאות שם; וכן: ברכה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 94-104; ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 162-164; ה. קלינגהופר "הוראות פנימיות לרשות המוסמכת - מה תוקפן" **הד המשפט 3**, 38 (התשי"ז).

¹⁸⁹ בג"ץ 74/51 **המרכז הארצי של ארגוני הקבלנים והבוניס בישראל נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד (1) 1544 (1951).

¹⁹⁰ בג"ץ 213/52 **שטיין נ' שר הפנים**, פ"ד (2) 867 (1952).

¹⁹¹ בבג"ץ G.P.S Argo Exports Ltd. 4746/92 **שר החקלאות**, פ"ד (5) 243, 256 (1993). לגופו של עניין החליט השופט מצא לא להתערב בהחלטה שהתקבלה, שכן באותו מקרה הקנתה הוראת חוק מפורשת לשרים סמכות התערבות.

¹⁹² בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 157 (1997).

¹⁹³ שם, בעמ' 158. דברים אלו שנאמרו בעניין סגירתו של כביש בר אילן בשבתות, התבססו על עמדות המלומדים, פרופ' זמיר ופרופ' ברכה שאוזכרו לעיל בה"ש 188.

בבג"ץ 5848/99 פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים ציינה השופטת דורנר כי הלכת עצמאות שיקול הדעת של רשות מוסמכת אובחנה וצומצמה במרוצת השנים, ובין השאר, נקבע, שרשות מוסמכת רשאית להתחשב בדעת הרשויות הממונות עליה ולאמצה.¹⁹⁴

יחד עם זאת, למרות אזכורה החוזר של הביקורת על הפסיקה בעניין מיכלין, היא לא בוטלה. כד, בבג"ץ 6673/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר התחבורה, נדון ענין הארכת כהונתו של המשנה למנהל רשות הרכבות. בית המשפט קבע כי המנהל לא הפעיל כל שיקול-דעת עצמאי בעניין המינוי ובכך שיבש את התהליך המשולש שקבע החוק למינוי של המשנה, ועל-כן דין החלטתו של המנהל להתבטל.¹⁹⁵

בניסוח הסעיף המוצע, ניתנה הדעת להלכת מיכלין ולביקורת שנמתחה עליה במשך השנים בפסיקה ובספרות, אולם יחד עם זאת, הוצע לשמר בסעיף מידה מה של עצמאות שיקול דעת לגורם המוסמך ברשות המינהלית, כפי שיפורט להלן.

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי רשות מינהלית שהוענקה לה סמכות לפי דין תפעיל את סמכותה ואת שיקול דעתה באופן עצמאי בהתאם להוראות חוק זה, ובהתחשב בהוראות כדין שנתן הממונה עליה. בהתאם לנוסח זה, נשמרת חובתו של הגורם המוסמך להפעיל את שיקול דעתו באופן עצמאי, אולם עליו לתת משקל גם להוראות שנתן לו הממונה עליו, ובלבד שמדובר בהוראות כדין.

בסעיף קטן (ב) סויגה הוראת סעיף קטן (א) ונקבע, כי אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של הממונה המקצועי על הרשות המינהלית לתת הוראות מקצועיות כדין בדבר הפעלת שיקול דעתה של הרשות, בין באופן כללי ובין לעניין מסוים. סעיף זה נועד להבהיר כי הגורם המקצועי הממונה על הרשות המינהלית המוסמכת רשאי להמשיך ולתת הוראות מקצועיות לעניין אופן הפעלת הסמכות והפעלת שיקול הדעת הדרוש לכך, ואין בכך פגיעה בעקרון עצמאות שיקול הדעת שנקבע בסעיף קטן (א).

כחלק מהעיסוק בסוגית עצמאות שיקול הדעת, עסקה הפסיקה גם במידת העצמאות הנדרשת בעיסוק בעובדות, נתונים וראיות המהווים תשתית להפעלת שיקול הדעת. בסעיף קטן (ג) מוסדרת סמכותה זו של הרשות המינהלית להסתייע באחר, לשם איסוף התשתית העובדתית הנוגעת בעניין, גם אם אינו עובד ציבור. הוראה זו מעגנת את הפסיקה בנושא. כך, בעניין ניימן, שהוזכר לעיל, נאמר כי:

"בעל הסמכות אינו חייב לעסוק בעצמו באיסוף העובדות, והוא יכול למסור מלאכה זו לאחרים שיפעלו מטעמו, אך בשלב הסופי, עובר להחלטתו, על בעל הסמכות לשיקול את העניין בעצמו ולהסיק מסקנותיו על יסוד העובדות שנאספו".¹⁹⁶

בדומה לכך, בבג"ץ 961/92 בן יאיר נ' מפכ"ל משטרת ישראל התיר בית המשפט הסתמכות על הבדיקה שקיים גורם ממליץ, ובלבד שמקבל ההחלטה קיים שיקול דעת עצמאי ביחס לנתונים ואף ההמלצות שהוצגו בפניו.¹⁹⁷

¹⁹⁴ בג"ץ 5848/99 פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נד(3) 5 (2000).

¹⁹⁵ בג"ץ 6673/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 799, 811 (2001). בחוק נקבע לעניין זה הליך תלת שלבי: המלצת מנהל רשות הנמלים והרכבות, החלטת מועצת הרשות ולבסוף אישור שר התחבורה. במקרה הנדון, החלטת השר קדמה לקבלת המלצת המנהל, וגרמה להמלצה להיקבע כפי שנקבעה, כלומר בהתאם לעמדת השר.

¹⁹⁶ עניין ניימן, לעיל הי"ש 115, בעמ' 267.

¹⁹⁷ בג"ץ 961/92 בן יאיר נ' מפכ"ל משטרת ישראל, פ"ד מו(3) 516 (1992).

סעיף 37 – החלטה מינהלית

סעיף זה מהווה חידוש בקבעו כיצד צריכה להיות מנוסחת החלטה מינהלית. על פי המוצע בסעיף קטן (א), החלטה מינהלית תכלול את הפרטים הבאים: מקור הסמכות לקבלתה; מהות ההחלטה; תקופת תוקפה של ההחלטה, אם הדבר נדרש; שמה של הרשות המינהלית שקיבלה את החלטה. בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי החלטה מינהלית תנוסח בבהירות ובאופן מדויק. ציון פרטים אלו בהחלטה יסייע להבטיח כי הרשות מקבלת החלטה תפעל בהתאם לסמכות שהוענקה לה בחוק מחד גיסא, ושנמען החלטה יוכל לקבל החלטה ברורה ומובנת, הכוללת גם את שמה של הרשות מקבלת החלטה מאידך גיסא.

יצוין כי הוראה זו תחול על כל החלטה מינהלית כהגדרתה בהצעת החוק, לרבות החלטה מעין שיפוטית, הנחיה מינהלית או תקנה.

בכל הנוגע לתחילת תוקפה של החלטה – החלטה ככלל תכנס לתוקף בהתאם למפורט בסעיף 46 להצעת החוק. ככל שמדובר במועד שונה, על הרשות המינהלית לציין זאת בהחלטתה.

הוראה דומה בדבר תוכן החלטה הציע לקבוע בשעתו גם פרופ' קלינגהופר בסעיף 44 להצעת החוק שפרסם.¹⁹⁸

סעיף 38 - הודעה על זכות להשגה, לערר לערעור או לעתירה מינהלית

בסעיף זה מוצע לאמץ את הוראת סעיף 5 לחוק ההנמקות בתוספת שני הליכים נוספים – השגה¹⁹⁹ ועתירה מינהלית. כך, מוצע לקבוע בסעיף כי אם החלטה המינהלית נתונה על-פי חיקוק להשגה, לערר לערעור או לעתירה מינהלית כהגדרתה בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים. תודיע הרשות המינהלית בכתב בהחלטתה על הזכות ועל המועדים והדרכים שנקבעו בחיקוק למימושה. יודגש כי חובת ההודעה של הרשות המינהלית על הזכות לביקורת שיפוטית תחול כאשר הזכות לביקורת שיפוטית קבועה בחיקוק.²⁰⁰

סעיף 39 - ביצוע החלטה מינהלית

סעיף זה בהצעת החוק מהווה חידוש, והוא משלב בין חובתה של הרשות לפעול בהגינות מחד גיסא,²⁰¹ ושאיפתה לפעול ביעילות מאידך גיסא.²⁰² סעיף קטן (א) קובע כי ככלל, על הרשות המינהלית לאפשר לאדם לממש את זכותו על פי דין להשיג, לערר, לערער, לעתור או לתקוף בכל דרך אחרת את החלטה שקיבלה, בטרם ביצועה בפועל, בפני גורם אחר ("מי שלא קיבל את החלטה המקורית"), אלא אם כן ישנה כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מהדין המקנה את הזכות שמונעת את עיכוב ביצוע החלטה, או שמייתרת זאת; למשל – החלטה שניתן להפכה לאחר מימוש זכות ההשגה, הערר וכו' כאמור, ללא השלכות כלכליות או אחרות משמעותיות על האדם מושא החלטה או על אנשים אחרים.

¹⁹⁸ קלינגהופר, לעיל ה"ש 1.

¹⁹⁹ זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1280. שם הוא קורא לתקן את סעיף 5 לחוק ההנמקות כך שיחול באופן מפורש גם על השגה. קריאתו זו של זמיר אומצה בהצעת החוק, כאמור.

²⁰⁰ "חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות)", התשי"ט-1958 "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 3.1004 (התשס"ב) (להלן: "הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004").

²⁰¹ ראו: סעיף קטן 4(ב) להצעת החוק.

²⁰² זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1016.

סעיף קטן (ב) מחריג את ההוראה הקבועה בסעיף קטן (א) וקובע כי הוראת סעיף קטן (א) לא תחול כאשר קיים צורך בפעולה דחופה לשם השגת אינטרס ציבורי חיוני ומהותי, ושדחיית ביצוע החלטה עד להגשת ההשגה, הערר, הערעור או העתירה עלולה לפגוע באופן משמעותי באינטרס הציבורי האמור, או כאשר דחיית ביצוע החלטה תסכל את ביצועה. סעיף קטן זה מבטא את הצורך של הרשות לפעול ביעילות. במקרים החריגים בהם קיים צורך בפעולה דחופה לשם השגת אינטרס ציבורי חיוני ומהותי, לא תהא הרשות מחויבת לעכב את ביצוע החלטה עד למימוש זכותו על פי דין של אדם להשיג, לערור, וכו' כאמור, בטרם ביצוע החלטה. הוראה דומה מופיעה בסעיף קטן 33(ג)(2) להצעת החוק שעוסק בפטור מחובת השמיעה בשלב הקודם לקבלת החלטה.²⁰³

בסעיף קטן (ג) מוצע לקבוע כי לא יראו פרק זמן מרבי שנקבע בחיקוק לצורך הגשת השגה, ערר, ערעור או עתירה, לכשעצמו, כפרק הזמן שבגדרו לא ניתן לבצע את החלטה. סעיף קטן זה מבקש להבטיח את גמישותה של הרשות בפעולתה. כמו כן, מאחר שלא ניתן לקבוע פרק זמן אחיד לכל החלטות הרשות המינהלית שבמהלכו הרשות לא תוכל לבצע את החלטותיה, לכל רשות מינהלית מוקנה שיקול דעת לקבוע זמן סביר בו לא תפעל למימוש החלטתה, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

סימן ב: הנמקה במענה לפנייה

סימן זה, העוסק בהנמקה במענה לפנייה, מבוסס על חוק ההנמקות.

חוק ההנמקות המקורי משנת 1958, נקרא "חוק לתיקון סדרי המנהל (הנמקות)", והוא קבע את חובת ההנמקה בלבד.²⁰⁴ החוק נחקק בהשפעתו של בג"ץ 143/56 אחג'יגי נ' המפקח על התעבורה, בו ציין השופט ברנזון:

"הרי החלטה, אם היא אינה שרירותית, חייבת להיות מבוססת על עובדות, ממצאים ושיקולים מסוימים, ואם כך הוא הדבר, מדוע לא יירשמו כל אלה ולא יודעו למי שהדבר נוגע לו כדי שאפשר יהיה להעמידה לביקורת ולמבחן?"²⁰⁵

בשנת 1969 תוקן החוק כך שנכללה בו התייחסות גם לחובת עובד הציבור להשיב לפונה במועד. על אף שמדובר בסוגיה של המשפט המינהלי שבאופן נדיר למדי הוסדרה באופן מכוון בידי המחוקק, מדובר בהסדר מיושן שזכה לביקורות רבות,²⁰⁶ וכמעט ולא עודכן במהלך השנים.²⁰⁷ לאחר בחינת הסוגיה אל מול עבודת הרשות המינהלית והחשש מהכבדה עליה, מוצע לאמץ באופן כללי את המודל הקבוע בחוק ההנמקות כיום, אולם לעדכנו ולהתאימו לחקיקה מודרנית העוסקת במסירת מידע – כמו חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, חוק בתי דין מינהליים וחוק חופש המידע.

סעיף 40 – חובת מתן תשובה במועד

²⁰³ כמו כן, ראו: סעיף 73 לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002, הקובע: "מצא הממונה כי יש צורך לנקוט פעולה למניעת סכנה ממשית ומיידית לאדם או לרכוש, רשאי הוא לבצעה, אף אם טרם חלף המועד להגשת השגה לפי סעיף 74 או עתירה לפי סעיף 75, בעצמו או באמצעות אחרים, אם בעל הרישיון לא ביצעה בהתאם להוראה לפי סעיף 72(ב), ולהטיל את ההוצאות שהוצאו לשם כך על בעל הרישיון."

²⁰⁴ חוק לתיקון סדרי המנהל (הנמקות), התשי"ט-1958, ס"ח 7.

²⁰⁵ בג"ץ 143/56 אחג'יגי נ' המפקח על התעבורה, פ"ד יא 370, 372 (1957).

²⁰⁶ יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5 (2002) (להלן: דותן "חובת ההנמקה").

²⁰⁷ למעט התיקון בשנת 1969 (ס"ח התשכ"ט 147), שהוסיף את חובת המענה במועד, החוק תוקן עוד 3 פעמים: פעם אחת בשנת 1994 (ס"ח התשנ"ד 254) עת הוסף לו סעיף 22, שעניינו 'העברה לעובד הציבור המוסמך', ופעמיים בשנת 1995 – בתיקון הראשון קוצר זמן המענה משלושה חודשים ל-45 יום (ס"ח התשנ"ח 106), ובתיקון השני תוקן סעיף 9, סעיף התחולה (ס"ח התשנ"ח 329) (להלן: תיקון חוק ההנמקות (תחולה) 1995).

סעיף קטן (א) מבוסס על סעיף 2(א) לחוק ההנמקות תוך עדכון הנוסח מ-'עובד ציבור' ל-'רשות מינהלית'. זאת בהתאם לפרשנות שניתנה לחוק ההנמקות בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 3.1004 שעניינה "החוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות)", התשי"ט-1958" (להלן: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004). לפיה החוק חל על כל רשות מרשויות המדינה וכל רשות מקומית, ובכלל "רשות" אף נשיא המדינה וחברי הממשלה במשמע, וכן גופים קולגיאליים.²⁰⁸ הגדרות עובד ציבור ורשות מינהלית בהצעת החוק תואמות פרשנות זו. לאור זאת, קובע סעיף קטן זה כי אם נתבקשה רשות מינהלית, בפנייה בכתב כאמור בסעיף 28(א), להשתמש בסמכות שניתנה לה על-פי דין, תחליט בבקשה ותשיב למבקש בכתב בהקדם, אך לא יאוחר מ-45 ימים מיום קבלת הבקשה.

נציין כי על פי נוסח חוק ההנמקות כיום וכן על פי המוצע בהצעת החוק, חובת ההנמקה חלה כאשר מדובר במענה לפניה בכתב שעניינה בקשה להשתמש בסמכות שניתנה לה על-פי דין. בהצעת החוק מדובר על פניה לפי סעיף 28(א) להצעה, הכוללת גם פנייה בדואר אלקטרוני ובפקסימיליה.²⁰⁹ חובת ההנמקה של יתר החלטות הרשות אינה מוסדרת בסעיף זה והיא מעוגנת בחובתה של הרשות לפעול בהגינות (סעיף 4(א) להצעת החוק) כפי שקבע השופט זמיר בפסקת בית המשפט העליון,²¹⁰ ובהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004.²¹¹

כמו בחוק ההנמקות, גם על פי הנוסח המוצע חובת ההנמקה חלה במענה לכל פנייה לרשות, בין אם המבקש הינו נפגע ישיר של החלטת הרשות ובין אם לאו.²¹²

חובת הטיפול בפניה במועד ומענה לפונה על פי חוק ההנמקות ועל פי המוצע בהצעת החוק, חלה כאשר מדובר בבקשה להפעלת סמכות הרשות המינהלית על פי דין. מדובר בהפעלת סמכות מכל סוג – סמכויות ראשוניות של הרשות וכן סמכויות עזר.²¹³

משך הזמן העומד לרשות המינהלית נותר כפי שנקבע בחוק ההנמקות – 45 יום. על אף השימוש בדואר אלקטרוני ובפקסימיליה, המאפשרים את קיצור זמן המענה לפניות, ועל אף הזמן המקוצר (14 יום), הקבוע בתקשי"ר,²¹⁴ מוצע להותיר את משך זמן המענה על 45 יום. החשש הוא שקיצור זמן המענה יפגום באיכות הטיפול בפניות, יהיה למעשה אות מתה שהרשות המינהלית לא תוכל לעמוד בה, ואף עלול להביא לשימוש רב יותר בחריגים הקבועים בחוק.²¹⁵ זאת ועוד, קביעה גורפת בהצעת החוק כי אי מתן מענה במועד פירושו קבלת הבקשה לגופה, עשויה לעורר תקלות חמורות בעבודת הרשות המינהלית (לדוגמא - קבלת רישיון נשק רק בשל אי מתן מענה במועד על ידי הפקיד המוסמך), ולכן נמנעו מקביעה כזו בהצעה.

בסעיף קטן (ב) נקבעו הסייגים לחובה המופיעה בסעיף קטן (א). סייגים אלו זהים לסייגים שנקבעו בסעיף 2(ב) לחוק ההנמקות, ועל-פיהם, האמור בסעיף קטן (א) לא יחול: (1) כשהעניין נושא הבקשה טעון חקירה על-פי דין; (2) כשנקבע בדין מועד אחר למתן תשובה; (3) כשהתברר, לאחר בדיקה, שהעניין נושא הבקשה טעון בדיקה או דיון נוספים; (4) כשקיימים לגבי העניין נושא הבקשה הסדרים שלפיהם המועד לדיון הוא מאוחר מהמועד האמור בסעיף קטן (א).

סעיף קטן (ג) קובע את חובתה של הרשות המינהלית להודיע לפונה את הטעם בגינו לא תוכל למלא את חובתה לפי סעיף קטן (א). סעיף קטן זה מבוסס על סעיף 2(ג) לחוק ההנמקות, תוך השמטת חובת מסירת ההודעה גם לידיעת

²⁰⁸ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004, לעיל ה"ש 200, בעמ' 1; ראו גם: זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1281.

²⁰⁹ ברק-ארז "המשפט המנהלי בעידן המדינה האלקטרונית", לעיל ה"ש 11.

²¹⁰ בג"ץ 2159/97 **מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים**, פ"ד נב(1) 75, 89 (1998); וכן: ב"שפ 3810/00 **גרוסמן נ' מדינת ישראל**, פסק דינה של השופטת בייניש (פורסם בנבו, 11.06.2000).

²¹¹ על-פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004, לעיל ה"ש 200, אילולא חוק ההנמקות היו חובת ההגינות ותקינות המנהל מחייבות הנמקתן של החלטות.

²¹² דותן "חובת ההנמקה", לעיל ה"ש 206.

²¹³ זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1275; יצוין כי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004, לעיל ה"ש 200, חובת הטיפול בפניה במועד ועדכון הפונה בדבר המשך הטיפול חלה על כל פניה בכתב לעובד הציבור ולא רק על פניה בה מתבקש העובד להשתמש בסמכות שניתנה לו על-פי דין. בסעיף 4(א) להצעת החוק מעגן את חובת ההגינות הכללית המוטלת על הרשות המינהלית ממנה תיגזר חובה זו.

²¹⁴ ראו: פסי' 61.321 לתקשי"ר.

²¹⁵ ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 417; ברק-ארז "המשפט המנהלי בעידן המדינה האלקטרונית", לעיל ה"ש 11.

הממונה על עובד הציבור. זאת, מן הטעם כי חובת יידוע הממונה מסרבלת את עבודת הרשות ואינה מהווה גורם מתמרץ לרשות המינהלית למסור את המידע לפונה, וכן, ישנם מקרים בהם לא ברור מיהו הגורם הממונה על הרשות המינהלית לו קיימת חובת ההודעה. לפיכך קובע סעיף קטן (ג) כי במקרים האמורים בסעיף קטן (ב) תודיע הרשות המינהלית למבקש, בכתב ובהקדם, אך לא יאוחר מ-45 ימים מיום קבלת הבקשה, את הטעם מן הטעמים האמורים באותו סעיף קטן שעל פיו נמנעה מלהשיב במועד; היה הטעם אחד האמורים בפסקאות (2) או (4) של סעיף קטן (ב), תכלול ההודעה גם את המועד למתן התשובה או מועד הדיון, ואם היה הטעם כאמור בפסקה (3) של סעיף קטן (ב) - תפרט אותו ההודעה במידת האפשר.

סעיף קטן (ד) מבוסס על סעיף 6(ב) לחוק ההנמקות, תוך תיקון הנוסח והתאמת המועד הקבוע בו למועד הקבוע בסעיף קטן (א) – 45 יום.²¹⁶ כך נקבע בסעיף כי לא השיבה הרשות המינהלית או לא הודיעה בתוך 45 הימים כאמור בסעיפים קטנים (א) או (ג), רואים בכך, לענין כל דין, החלטה לסרב לבקשה, ללא מתן נימוקים.

סעיף 41 – תשובת הרשות המינהלית

סעיף זה קובע לראשונה כיצד תנוסח החלטה בעניינו של אדם או תשובת הרשות המינהלית למבקש. חוק ההנמקות אינו מכיל כל התייחסות לגבי תוכן חובת ההנמקה ומידת הפירוט הדרושה של נימוקי הרשות. בפסיקה נקבע כי היקף ועומק ההנמקה תלויים בנסיבות המקרה, והעיקר הוא שההנמקה תבהיר את הטעם, או את הטעמים העיקריים, להחלטה, באופן שיאפשר גם לברר אם היא חוקית.²¹⁷ יחד עם זאת, נקבע כי אם ההנמקה אינה מפורטת או ברורה, במידה הנדרשת על-פי הנסיבות, עשוי ביהמ"ש לקבוע כי אין היא בגדר הנמקה כלל, והתוצאה היא שהרשות לא קיימה את חובת ההנמקה.²¹⁸

בהצעת החוק מוצע לקבוע כי על ההחלטה או התשובה להיות מנוסחת בהתאם לקבוע בסעיף 37 להצעת החוק ולכלול את כלל הפרטים הבאים: מקור הסמכות לקבלת ההחלטה, מהות ההחלטה, תקופת תוקפה של ההחלטה אם הדבר נדרש, ושמה של הרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה. כמו כן, בהתאם לקבוע בסעיף, על ההחלטה להיות מנוסחת בבהירות ובאופן מדויק. בנוסף מוצע לקבוע כי ההחלטה תכלול גם את כתובתה של הרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה, ואם לא ניתן בכתובת האמורה לקבל פרטים נוספים אודות החלטה - את הכתובת שבה ניתן לקבל פרטים נוספים כאמור. הוספת כתובתה של הרשות במענה לפניה, נועדה להבטיח כי המבקש יוכל לשוב ולבקש פרטים אודות ההחלטה מהגורם הרלוונטי באופן פשוט ונוח. ההנחה היא כי החיוב לכלול את כל הפרטים הללו בהחלטה או בתשובת הרשות המינהלית לפונה, יבטיח מענה מפורט, ברור וענייני מטעם הרשות. יחד עם זאת, מאחר שהיקף ועומק ההנמקה עשויים להשתנות ממקרה למקרה, לא נקבעו בהצעת החוק הסדרים נוקשים לגביהם.

סעיף 42 – העברה לרשות המינהלית המוסמכת

סעיף זה מבוסס על סעיף 2 לחוק ההנמקות והוא קובע כיצד על הרשות המינהלית לפעול כאשר הסמכות אותה נתבקשה להפעיל בפניה בכתב אינה מוקנית לה. בסעיף קטן (א) (1) הועתקה הוראת סעיף 2(1) לחוק ההנמקות ונקבע כי על הרשות המינהלית להעביר את הבקשה לרשות המינהלית שלדעתה מוקנית לה אותה סמכות, ולהודיע על כך בכתב למבקש, בציון פרטים על זהותה ומענה של הרשות המינהלית.

²¹⁶ בתיקון הראשון שנערך בשנת 1995 בחוק ההנמקות, לעיל ה"ש 207, בו קוצר זמן המענה משלושה חודשים ל-45 יום, לא תוקן בהתאמה גם סעיף 6(ב) לחוק ונותרה בו חובת הודעה בתוך שלושה חודשים. כאמור לעיל, בהצעת חוק זו תוקנה הטעות.
²¹⁷ זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1279.

²¹⁸ בג"ץ 518/78 אברהמי נ' שר התחבורה, פ"ד לב(3) 675 (1978); זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1279.
תיק הצעת חוק מס': 803-10-2009-000876
סימוכין: 803-99-2013-146903

סעיף קטן (א)2(2) מבוסס על הוראת סעיף 2ב(2) לחוק ההנמקות בתוספת סייג בסיפת הסעיף – על הרשות המינהלית להודיע למבקש על העדר סמכותה, ולציין את זהותה של הרשות המינהלית שלדעתה מוסמכת לטפל בבקשה, בציון פרטים אודותיה, ככל שהיא ידועה לה. סייג זה מבקש להקל על חובתה של הרשות במקרים בהם אין היא יודעת מיהו הגורם המוסמך לטפל בפניה ואין באפשרותה לאתר אותו השקעת זמן ומשאבים באופן סביר.

בסעיף קטן (ב) אומצה ההוראה המופיעה בסעיף קטן 2ב(ב) לחוק ההנמקות, המבטיחה כי אם העבירה רשות מינהלית בקשה לרשות אחרת, יתחיל מנין התקופה האמורה בסעיף 40(א) מיום קבלת הבקשה על-ידי הרשות המינהלית המוסמכת כאמור.

סעיף 43 – חובת הנמקה וסייגיה

בסעיף קטן (א) אומצה הוראת סעיף 2א לחוק ההנמקות, תוך עדכונה כך שהיא מטילה כעת את חובת ההנמקה בכתב בעת סירוב מלא לבקשה וכן בעת סירוב חלקי; זאת בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004 לפיה גם סירוב חלקי לבקשה נחשב סירוב המחויב בהנמקה.²¹⁹ לפיכך קובע הסעיף כי רשות מינהלית שנתבקשה כאמור בסעיף 40(א) וסירבה לבקשה, סירוב מלא או חלקי, תפרט למבקש, בכתב, את נימוקי סירובה.

סעיף קטן (ב) קובע את הסייגים לחובת ההנמקה. סעיף זה מבוסס על רשימת הפטורים המופיעה בסעיף 3 לחוק ההנמקות, ועל סעיף התחולה שבחוק ההנמקות (סעיף 9), תוך עדכונם והתאמתם גם לפטורים המופיעים בחוק חופש המידע ובחוק הגנת הפרטיות. בהצעת החוק מוצע לשלב בין רשימת הפטורים שנקבעו בסעיף 3 לחוק ההנמקות לבין סעיף 9 לחוק ההנמקות, שעוסק בהחלטות שנקבע כי החוק אינו חל עליהם או חל בסייגים, ולקבוע באופן ברור כי במקרים המפורטים בסעיף הרשות המינהלית לא תודיע על נימוקי סירובה. זאת בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004, לפיה הפטור מחובת ההנמקה בסעיף 3 לחוק ההנמקות כמוהו כחובה שלא לנמק אלא לשמור על בטחון המדינה או יחסי החוץ או זכות חוקית של אזרח אחר.²²⁰ הנוסח המוצע בהצעת החוק דומה לנוסח הפטור המופיע בסעיף 9(א) לחוק חופש המידע, ונועד למנוע מסירת מידע שחשיפתו עלולה לגרום לנזק.

סעיף קטן (1) קובע כי הרשות המינהלית לא תודיע על נימוקי סירובה כאשר גילוי הנימוקים עלול לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בביטחון או בשלומם של אדם. סעיף זה מבוסס על הרעיון המופיע בסעיף 3(2) לחוק ההנמקות, אולם ניסוחו עודכן בהתאם לסעיף 9(א)1 לחוק חופש המידע. הוספת התייחסות לביטחון הציבור ולביטחון ולשלומם של אדם, נוסח הכולל ממילא גם את הפטור שקבוע בסעיף 9 לחוק ההנמקות בעניין החלטות לפי חוק כלי היריה, התש"ט-1949,²²¹ ולכן הושמטה מהצעת החוק ההתייחסות הנפרדת לחוק כלי ירייה כפי שמופיעה במקור בחוק ההנמקות.²²²

בסעיף קטן (2) אומצה הוראת סעיף 3(4) לחוק ההנמקות ונקבע בו כי הרשות המינהלית לא תודיע על נימוקי סירובה כאשר גילוי הנימוקים עלול לפגוע שלא כדין בזכותו של אדם זולת המבקש. מדובר כמובן בפגיעה בלתי מוצדקת

²¹⁹ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004, לעיל ה"ש 200.

²²⁰ שם; וכן ראו: זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1285-1286.

²²¹ זאת במיוחד לאור העובדה שהפטור בנוגע להחלטות לפי חוק היריה צומצם בתיקון חוק ההנמקות (תחולה) 1995, לעיל ה"ש 207, והוגבל רק למקרים בהם יוכח שגילוי הנימוקים עלול להביא לפגיעה בשלומם של אדם או בדרכי פעולה של המשטרה.

²²² דותן "חובת ההנמקה", לעיל ה"ש 206.

בזכותו של אותו אדם. הפטור בעניין זה חל בין היתר במקרים שעלולים לפגוע בזכותו של אדם לפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות, לפי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, לפי חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 וכיו"ב.²²³

בסעיף קטן (3) אומצה הוראת סעיף (5)3 לחוק ההנמקות העוסקת בסוד מקצועי או ידיעה סודית, תוך עדכונה והתאמתה לנוסח סעיף 9(ב)6 לחוק חופש המידע. בהתאם לסעיף זה, הרשות המינהלית לא תודיע על נימוקי סירובה אם בגילוי הנימוקים יש משום גילוי סוד מקצועי או מסחרי או שהוא בעל ערך כלכלי, שפרסומו עלול לפגוע פגיעה ממשיית בערכו, וכן מידע הנוגע לעניינים מסחריים או מקצועיים הקשורים לעסקיו של אדם, שגילוי עלול לפגוע פגיעה ממשיית באינטרס מקצועי, מסחרי או כלכלי, ולמעט מידע שהוא אחד מאלה: (1) מידע על חומרים שנפלטו, שנשפכו, שסולקו או שהושלכו לסביבה; (2) תוצאות של מדידות רעש, ריח וקרינה, שלא ברשות היחיד. סיפת סעיף (5)3 לחוק ההנמקות שעוסקת בידיעה סודית כמשמעותה לפי כל דין, הועברה לסעיף קטן (5)43 להצעת החוק.

בסעיף קטן (4) אומצה הוראת סעיף 13(ג) לחוק הגנת הפרטיות, הדומה במהותה להוראה המופיעה בסעיף 18(ד) לחוק זכויות החולה. כך מוצע לקבוע כי רשות מינהלית לא תודיע על נימוקי סירובה כאשר גילוי הנימוקים עלול לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של הפונה או לסכן את חייו; בהתאם למופיע בחוק הגנת הפרטיות, סוגי הפטור מהנמקה כך שהרשות המנהלית רשאית להודיע על נימוקי הסירוב לרופא או לפסיכולוג מטעמו של המבקש.

סעיף קטן (5) קובע כי רשות מינהלית לא תודיע על נימוקי סירובה כאשר בגילוי הנימוקים יש משום גילוי מידע אשר אין לגלותו על-פי כל דין. הוראת סעיף קטן זה משלבת מהותית שתי הוראות שונות מחוק ההנמקות לכדי סעיף אחד – האחת: הוראת סעיף 13(1) – כשיש בדין, המעניק לעובד הציבור את הסמכות, הוראה שהוא רשאי להשתמש בסמכות ללא נימוקים; והשנייה: הסיפא של הוראת סעיף (5)3 לחוק ההנמקות שעסקה בידיעה סודית. נוסח הסעיף המוצע מגלם את הפרשנות הראויה להוראת סעיף קטן (1)3 לחוק ההנמקות. עד לשנת 1995 נוסח הסעיף היה רחב יותר וקבע כי הפטור חל "כשיש בדין המעניק לו את הסמכות הוראה שהוא רשאי להשתמש בה לפי שיקול דעתו או ללא מתן נימוקים". בבג"ץ 39/64 **חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון**, קבע ביהמ"ש כי הפטור חל רק כאשר הדין המעניק את הסמכות קובע בלשון מפורשת שהרשות רשאית להחליט ללא מתן נימוק.²²⁴ כאמור, בשנת 1995 תוקן חוק ההנמקות והפטור צומצם לנוסחו הנוכחי. בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1004, נקבע כי עובד הציבור לא ימנע מהמבקש את נימוקי החלטתו אם בנסיבות אלה נראה לו כי מן הדין או מן ההגינות לגלותם בפניו וכי אין מניעה ביטחונית, מדינית או אחרת לגלותם לו. במילים אחרות, מדובר למעשה במידע שאין לגלותו על-פי כל דין, כפי שמוצע לקבוע בהצעת החוק.

סעיף קטן (6) עוסק בהחלטות לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. סעיף 9(ב) לחוק ההנמקות קובע כי החוק אינו חל על החלטות שר הפנים או מי שהועברו אליו סמכויות לפי חוק הכניסה לישראל, למעט החלטה על ביטול רישיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין. בתיקון שנערך בחוק ההנמקות בשנת 1995 הפטור לגבי החלטות לפי חוק הכניסה לישראל צומצם אך במעט (הוצאו מתחולתו החלטות בעניין ביטול רישיון ישיבה), והוא המשיך לחול לגבי כל ההחלטות למעט החלטות על ביטול רישיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין.²²⁵ פטור רחב זה זכה לביקורת,²²⁶ ובפועל נמצא כי מרבית החלטות לפי חוק הכניסה נמסרות בתוספת הנמקה. לפיכך מוצע לשנות את נוסח הסעיף כך שהרשות המינהלית לא תודיע על נימוקי סירובה בסוגי החלטות של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, או של מי

²²³ מאחר שאין מדובר רק בפגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות, לא אומצה בעניין זה הוראת סעיף 9(א)3 לחוק חופש המידע, כפי שהציע דותן "חובת ההנמקה", לעיל ה"ש 206.

²²⁴ פ"ד יח(2) 340 (1964).

²²⁵ תיקון חוק ההנמקות (תחולה) 1995, לעיל ה"ש 207.

²²⁶ דותן "חובת ההנמקה", לעיל ה"ש 206.

שהועברו אליו סמכויותיו לפי החוק האמור, שקבע שר הפנים, מטעמים מיוחדים המצדיקים זאת, למעט החלטה על ביטול רישיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין.

סעיף קטן (ג) מבוסס על הוראת סעיף 3(3) לחוק ההנמקות תוך עדכונו. בהתאם לסעיף 3(3) לחוק ההנמקות, עובד הציבור אינו חייב להודיע נימוקי סירובו כשהבקשה שסירב לה הייתה למנות את המבקש למשרה פלונית או להטיל עליו תפקיד פלוני. בבג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין ירושלים, הסביר השופט חיים כהן את מטרת הסעיף: "תפקידה של הרשות לעניין זה הוא לבחור באנשים ראויים ולדחות מועמדים בלתי-ראויים ומילוי ראוי תפקיד כזה יסוכל כליל אם אין הרשות יכולה לשמור בסוד את אשר נמסר לה בסוד".²²⁷ פטור דומה נקבע בסעיף 30(ב)(7) לחוק בתי דין מנהליים לפיו זכות העיון במסמכים שבידי הרשות המינהלית לא תחול כאשר הם "עוסקים במינוי, בהטלת תפקיד, בהערכות אישיות, בכשירות לתפקיד או בהישגים של אדם, ובכלל זה של העורר".

סעיף זה בחוק ההנמקות זכה לביקורות ונטען כי מדובר בסייג פטרנליסטי ומיותר.²²⁸ על אף הביקורות ולמרות שנראה כי בפועל נעשה בפטור זה שימוש מועט, נראה כי ישנם מקרים ומשרות בהם קיומו של הפטור מוצדק, ולכן אין לבטלו, אולם אין הוא נכלל בגדר המידע שעל הרשות אסור למסור כלל (סעיף 44(ב) להצעת החוק), וכן מוצע בהצעת החוק לסייגו, בכל הנוגע למסירת מידע אודות מועמד שנבחר לתפקיד או למשרה. לפיכך מוצע לקבוע כי שר המשפטים יהא רשאי לקבוע בתקנות הוראות בנוגע למסירת מידע אודות מועמד שנבחר לתפקיד או למשרה.

סעיף קטן (ד) מבוסס על סעיף 4 לחוק ההנמקות תוך עדכונו. בסעיף קטן זה מוצע לקבוע כי אם לא הודיעה הרשות המינהלית על נימוקי סירובה, לפי הוראות סעיפים קטנים (ב) או (ג), תודיע למבקש, בכתב, את הטעם מהטעמים האמורים באותו סעיף קטן שעל פיו נמנעה מלהודיע כאמור. סיפת סעיף 4 לחוק ההנמקות שקובעת כי המבקש יוכל להגיש ערר בתוך 30 יום מיום קבלת ההודעה לשר הממונה לפי הקבוע בסעיף, הושמטה, לאור סעיף 53 להצעת החוק הקובע באופן כללי את זכותו של אדם להגיש בקשה לעיון חוזר בהחלטה שנתקבלה בעניינו מהטעמים המפורטים בסעיף, וכן לאור היותה של הרשות המינהלית חשופה ממילא לביקורת שיפוטית. בנוסף, פניה לשר הממונה בעניין עילת פטור מהנמקה מיותרת ומסרבלת שלא לצורך את עבודת הרשות המינהלית.

סעיף 44 - תוצאות אי מענה או אי הנמקה

סעיף זה מבוסס על סעיף 6 לחוק ההנמקות תוך עדכונו. סעיף 6 לחוק ההנמקות קובע כי הפרת החובה המוטלת בחוק זה אינה פוסלת את ההחלטה, אולם מהווה ראשית, עבירת משמעת (ולו משום שעובד המדינה חייב לקיים כל חובה שהוטלה עליו בחוק); ושנית – מעביר את נטל הראיה בכל הליך לפני ועדת ערר או ועדת ערעור או לפני ביהמ"ש, כך שהרשות שנתנה את ההחלטה תאלץ להוכיח כי החלטתה ניתנה כדין. בפועל לא ננקטים הליכים משמעתיים כנגד עובדי ציבור בגין סעיף זה בלבד, ואין היגיון שמכל חובותיו של עובד הציבור רק הפרת סעיף זה תהווה עבירת משמעת; לכן הושמט מנוסח הסעיף המוצע עניין עבירת המשמעת,²²⁹ ונותר עקרון העברת נטל הראיה. על פי עקרון זה, אם לא השיבה הרשות המינהלית לפנייה או לא מסרה את החלטתה בהתאם להוראות פרק זה, מוטלת עליה חובת הראיה בכל הליך של השגה, ערר, ערעור או עתירה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה

²²⁷ פ"ד כה(1) 325, 332 (1971).

²²⁸ דותן "חובת ההנמקה", לעיל ה"ש 206. לדעת דותן מדובר בהוראה פטרנליסטית למדיי, שנעדה להגן על רגשות המועמד ובנוסף, וככל שהיא נועדה להגן על עבודתם של הגורמים הממנים, ניתן להסתפק בסעיף 9(ב)(1) לחוק חופש המידע, שפוטר מחשיפה "מידע אשר גילוי עולל לשבש את התפקוד התקין של הרשות הציבורית או את יכולתה לבצע את תפקידיה". יחד עם זאת דותן מציין כי ישנו חשש שביהמ"ש לא יפרשו את הסעיף כחל גם על מינויים ללא ציון ספציפי.
²²⁹ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1292-1298.

כאמור, נעשו כדין. על אף הביקורת לה זכה סעיף 6 לחוק ההנמקות,²³⁰ מוצע שלא לשנות את תוצאת אי המענה או אי ההנמקה על מנת שלא לפגוע ביעילות עבודת הרשות, וכן בשל הקושי להטיל סנקציה ישירה על עובד ציבור בשל כך. כמו כן, פרק זה, כמו יתר סעיפי הצעת החוק, כפוף לפרק פרק ט"ו להצעה - הפגם בהחלטה המינהלית ותוצאתו ולכן אין צורך לייחד לו הוראה נפרדת כפי שמופיע בחוק ההנמקות.

פרק י"ב: פרסום

סעיף 45 – פרסום תקנות

בסעיף זה, מוצע לקבוע כי תקנות יפורסמו ברשומות, אם אין הוראה אחרת לעניין זה בחיקוק. הוראה זו תואמת את הוראת סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] לפיה: "תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בעניין זה."

יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין ברע"פ 1127/93 **מדינת ישראל נ' קליין**:

"עקרון פירסומה של חקיקה מוצא את מקומו בתשתית התשתיות של שלטון החוק. כך לעניין שלטון החוק במשמעותו הפורמאלית והראשונית, אם תרצה: שלטון החוק במשמעות עקרון החוקיות. ואולם דומה כי יסוד זה של פירסום החקיקה חודר עמוק אף אל ממלכת שלטון החוק במשמעותו המהותית – התוכנית והערכית – הוא שלטון החוק הטובל בערכי היסוד של החברה ושל הפרט."²³¹

סעיף 46 - תחילת תוקפה של החלטה מינהלית

סעיף קטן (א) מפרט את המועדים האפשריים לתחילת תוקפה של החלטה מינהלית. לעניין החלטה הטעונה פרסום לפי חיקוק – במועד הפרסום; לעניין החלטה שאינה טעונה פרסום לפי חיקוק - במועד נתינתה; לעניין החלטה שאינה טעונה פרסום, אך מטילה חיוב על אדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה - במועד הבאתה לידיעתו; לעניין החלטה מנהלית אחרת - במועד נתינתה. כל זאת, אלא אם קיימת הוראה אחרת לעניין זה או אם נקבע בהחלטה מועד אחר, וכן בכפוף לכך (סעיף קטן (ב)), שהרשות המנהלית לא תקבע מועד תחילה הקודם למועדים האמורים, אלא אם כן שוכנעה כי מתקיימים טעמים שבטובת הציבור, המצדיקים קביעת מועד מוקדם כאמור, העולים על הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מכך.

לעניין תקנות, ההוראה המוצעת מאמצת, למעשה, את הוראת סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] הקובעת כי תחילת תוקפן של תקנות ביום פרסומן, אלא אם נקבעה הוראה אחרת בעניין זה. בכל הנוגע למועד תוקפה של ההחלטה, ההלכה הפסוקה קבעה חזקה שהמחוקק לא הסמיך את הרשות המנהלית לחוקק חקיקת משנה רטרואקטיבית.²³² בהתאם לפסיקה, חקיקה למפרע תתאפשר רק כאשר ישנה הסמכה לכך בחוק ורק כאשר ההחלה למפרע עומדת במבחן הסבירות ובמבחן המידתיות, כך שהאינטרס להחיל את חקיקת המשנה למפרע עולה על הנזק שנגרם כתוצאה מכך.²³³ כך גם לעניין החלטות מנהליות, הוראה זו מעגנת את ההלכה הפסוקה שקבעה כי ככלל אין להחיל הוראות והחלטות מנהליות למפרע,²³⁴ אלא אם כן ניתן להצביע על נימוק מיוחד

²³⁰ שם, בעמ' 1298-1300.

²³¹ פ"ד מח(3) 485, 516 (1994); ראו גם: זמיר **הסמכות המינהלית ב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1305: "חובת הפרסום, כמו החובה לתת נימוקים להחלטה וכמו הזכות לקבל מידע ציבורי, היא גם תנאי וגם ביטוי לשקיפות. השקיפות המינהלית היא עקרון בסיס במשטר דמוקרטי. היא מאפשרת לציבור לא רק לתכנן א הליכותיו, אלא גם לפתח דו-שיח עם המנהל הציבורי או צורה אחרת של שיתוף בין המינהל לבין הציבור, ובכלל זה גם לבקר את מעשי המינהל".

²³² בג"ץ 7691/95 **שגיא נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נב(5) 577 (1998); דנג"ץ 9411/00 **ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון** (פורסם בנבו, 19.10.2009).

²³³ שם.

²³⁴ בג"ץ 6057/00 **זוהר נ' שר האוצר**, פ"ד נר(3) 569 (2002); בג"ץ 5496/97 **מרדי נ' שר החקלאות**, פ"ד נה(4) 540 (2001).

תיק הצעת חוק מס': 803-10-2009-000876

סימוכין: 803-99-2013-146903

המצדיק זאת²³⁵ או כאשר ישנה הסמכה לכך בחוק, וכאשר ההחלה למפרע עומדת במבחן הסבירות והאינטרס בהחלה למפרע גובר על עוצמת הפגיעה.²³⁶

יפים לעניינו דבריה של השופט בייניש בדנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון:

"... חזקת אי-הרטוראקטיביות של החקיקה, מושרשת היא בעקרונות היסוד של משפטנו משכבר הימים [...] חזקה שלא התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לחוקק חקיקת משנה בעלת תוקף למפרע. משכך, למחוקק המשנה ניתנה סמכות לחוקק חקיקת משנה רטוראקטיבית, רק אם ניתן להצביע על קיומה של הסמכה בחוק הראשי, במפורש או מכללא, באופן המעיד על סתירתה של חזקת אי הרטוראקטיבית. רק לאחר שצלח מחוקק המשנה את שלב בדיקת הסמכות, יש להמשיך ולבדוק אם חקיקת המשנה עומדת גם במבחן הסבירות [...] כאמור לעיל, מקום בו פוגעת חקיקת המשנה הרטוראקטיבית בזכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שעל מנת לאפשר את הפגיעה יהיה על החקיקה לעמוד בכלל דרישותיה של פסקת ההגבלה, ובהן דרישת ההסמכה המפורשת [...] העמדה הפרשנית לפיה יש לפרש את תנאיה המהותיים של פסקת ההגבלה - הן דרישת התכלית הראויה והן דרישת המידתיות - תוך התחשבות במהות הזכות ובמידת הפגיעה בה היא בעיני העמדה הראויה אף ביחס לדרישת ההסמכה המפורשת"²³⁷

ההוראה המוצעת מאמצת, בנוסף, את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 כי תחולה למפרע של תקנות, אינה רצויה וראוי להימנע ממנה.²³⁸

סעיף 47 - פרסום הנחיות מנהליות

סעיף זה מהווה חידוש חקיקתי בקבעו חובה לפרסם הנחיות מנהליות שלהן השפעה ממשית על הציבור, אלא בהתקיים הנסיבות המנויות בסעיף.

עד עתה עוגנה בחקיקה חובה להעמיד הנחיות מנהליות כתובות שיש להן נגיעה או חשיבות לציבור לעיון בלבד לפי סעיף 6 לחוק חופש המידע, הקובע כדלקמן –

"(א) רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המנהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור.

(ב) הוראות סעיף 9 יחולו, בשינויים המחויבים, על העמדת הנחיות מינהליות לעיון הציבור לפי סעיף זה.

(ג) רשות מקומית תעמיד לעיון הציבור את חוקי העזר שלה."

²³⁵ בג"ץ 5060/96 קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד(3) 270 (2000).

²³⁶ עניין שגיא, לעיל ה"ש 232.

²³⁷ עניין ארקו תעשיות חשמל בע"מ, לעיל ה"ש 232, בפסי' 5-7, 11.

²³⁸ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100, לעיל ה"ש 155, בס' 20.3.

ההסדר המוצע מאמץ את הנורמה שנקבעה בפסיקה לפיה ישנה חובה לפרסם הנחיות מנהליות שיש בהן כדי להשפיע על זכויות הפרט.²³⁹ זאת, במטרה לאפשר לאזרח לכלכל את צעדיו בהתאם למדיניות הרשות ולחזק את השקיפות הציבורית והמנהל התקין.²⁴⁰ החשיבות בהבאת ההנחיות המנהליות לידיעת הציבור מודגשת גם בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.0002 בנושא "הנחיות מינהליות".²⁴¹

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי הנחיות מנהליות שלהן השפעה ממשית על הציבור, **יפורסמו באתר האינטרנט של הרשות המנהלית שקבעה אותן**, או באתר אינטרנט אחר שיקבע ראש הרשות המנהלית, או יובאו לידיעת הציבור בדרך יעילה אחרת שעליה תורה אותה רשותה. הוראה זו מרחיבה את הוראת סעיף 6 לחוק חופש המידע, וקובעת מה דרך ההעמדה של ההנחיות לעיון הציבור.

לפי ההלכה הפסוקה, על אופן הפרסום להיות "סביר" בנסיבות העניין ומתכונתו עשויה להשתנות לפי מהות ההנחיות, ובלבד שאלו יובאו לידיעת מי שעשוי להיות מעוניין בהנחיות, לפי מהותן.²⁴² לדעת פרופ' ברק-ארז בספרה, יש להניח כי עמידה בחובת הפרסום כיום חייבת לכלול פרסום באתר האינטרנט של הרשות.²⁴³ מוצע לאמץ גישה זו, אשר יש בה גם חיסכון במשאבים לציבור ולרשות המינהלית כאחד.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי רשות מנהלית תהא רשאית שלא לפרסם הנחיות מנהליות גם אם יש להן השפעה ממשית על הציבור, אם ההנחיות נוגעת לניהול פנימי של הרשות או אם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

בסעיף קטן (ג) מוצע לקבוע נסיבות אשר בהתקיימותן לא יפורסמו ההנחיות המנהליות גם אם יש להן השפעה ממשית על הציבור. זאת, כאשר יש חשש כי הפרסום יגרום לפגיעה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בהליכי אכיפת החוק; כאשר הפרסום עלול לפגוע פגיעה ממשית בטובת הציבור, לרבות באינטרס מסחרי או כלכלי; כאשר ההנחיות כוללות מידע שאין לגלותו על פי כל דין.

הסייגים המוצעים בסעיפים קטנים (ב) ו-(ג) תואמים ברובם את הסייגים הקבועים כיום לאפשרות לעיין בהנחיות לפי סעיף 9 לחוק חופש המידע. גם בפסיקה הוכר הצורך בקביעת חריגים לכלל הפרסום.²⁴⁴ ראו לעניין זה את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית:

"ברור כי חובת הפירסום, שניתן להחיל אותה על הנחיות שהועלו על הכתב, אין להחיל אותה על הנחיות שלא יצאו מגדר מדיניות שהתגבשה בהדרגה, כאילו מעצמה, ולא הועלתה כלל על הכתב, או על מדיניות המשקפת דברים שנאמרו בעל-פה על-ידי רשות מוסמכת לעובדים הפועלים בשם הרשות. הכמות העצומה והגיוון הרב של ההנחיות, מבחינת המקור, התוכן והצורה, אינם מאפשרים ואף אינם מצדיקים הטלת חובה כללית לפרסם ברבים כל מה שראוי להיקרא הנחיה, ללא הבחנה. לא זו בלבד. יש גם הנחיות שראוי לפטור אותן מחובת הפרסום, אפילו הן הנחיות כתובות במתכונת של כללים, משום שהפרסום עלול, למשל, לפגוע בביטחון המדינה או באינטרס ציבורי חיוני מסוג אחר. סיכומו של דבר, חובת הפירסום של

²³⁹ בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501 (1992); בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר, פ"ד נג(5) 193 (1998); זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1314-1326.

²⁴⁰ שם, בעמ' 1305.

²⁴¹ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002, לעיל ה"ש 94.

²⁴² עניין נמרודטקס בע"מ, לעיל ה"ש 239; זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1326; בפסיקה נקבע כי פרסום באינטרנט יהיה במקרים רבים פרסום ראוי (תלוי הנגישות לשירותי המחשב של האוכלוסייה הרלוונטית להנחיות; ראו למשל: עניין לוזון, לעיל ה"ש 102, בפס' ה' לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין בו נקבע לעניין מקום הפרסום כי "... בעולם דהאידנא אחת הדרכים ההולמות היא באתר האינטרנט של הרשות, ובמיוחד שעה שהמדובר בנושא שאינו קשור לציבור הרחב שלא כולו משתמש באינטרנט (עדיין)".

²⁴³ ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 244.

²⁴⁴ שם, בעמ' 237; פרופ' ברק-ארז מציינת: "... עולה כי חובת הפומביות מתייחסת לא לכל ההנחיות הפנימיות אלא רק להנחיות שיש בהן כדי לאצול על זכות הפרט, כלומר להנחיות שיש בהן הוראות המשפיעות על זכויות ועל חובות של אנשים. תכונה זו מתקיימת בהנחיות רבות, אך לא בכלן. כך לדוגמה, הנחיות שעניינן סדרי העבודה הפנימיים של רשויות אינן משפיעות, במקרה הרגיל, על זכויותיהם של הנוזקים לשירותיהן".

בסעיף קטן (ד) מוצע לקבוע כי אי פרסום ההנחיות הפנימיות לא יפגע בתוקפן. לכאורה ניתן היה לקבוע, כי אי פרסום יגרור בעקבותיו חוסר אפשרות של הרשות לפעול על פי ההנחיות הפנימיות, אולם לאור המדרג הנורמטיבי הנמוך של ההנחיות והחשש כי סנקציה כאמור עלולה לגרום לנזק לאינטרס הציבורי הרחב, נראה שאין לכך הצדקה. לא כל פגם בהליך המינהלי (במקרה זה – אי פרסום הנחיות פנימיות) צריך לגרור בעקבותיו ביטול החלטה מינהלית.

סעיף 48 - פרסום של הצעת תקנות והצעת הנחיות מינהליות

סעיף 48 להצעה מהווה חידוש. בסעיף זה, מוצע לקבוע חובת פרסום מוקדם של הצעת תקנות או הצעת הנחיות מנהליות שיש בהן השפעה ממשית על הציבור טרם החלתן, למעט בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות את אי הפרסום. זאת, במטרה לשתף את הציבור בהליך החקיקה, לאפשר לכל אדם הזדמנות להציג עמדתו, וכן לאפשר לרשות לפעול על סמך נתונים מלאים, לבדוק ולנתח את משמעותם.²⁴⁶

עד עתה לא נקבעה בחקיקה או בהלכה הפסוקה חובה לקיים הליך של שיתוף או יידוע הציבור בהליכי התקנת תקנות וחקיקת משנה, ואף לא עוגנה זכות טיעון בהליכים מעין אלה.²⁴⁷ אולם, על העדר הפרסום מנתחה ביקורת בספרות ובפסיקה.²⁴⁸ ההסדר המוצע מעגן עקרונות שנקבעו בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 לפיה ישנה חשיבות בפרסום מוקדם כאשר התקנות קובעות הסדר ראשוני ומקיף ויש בהן כדי להשפיע על ציבור ניכר.²⁴⁹

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי הצעת תקנות או הצעת הנחיות מנהליות שיש בה השפעה ממשית על הציבור, תובא לידיעתו, בהתאם להוראות הסעיף.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע שההצעה תפורסם באתר האינטרנט של הרשות המנהלית המוסמכת בחוק להתקין את התקנות או המבקשת לקבוע הנחיות מנהליות, לפי העניין, או תובא לידיעת הציבור בדרך יעילה אחרת שתקבע הרשות המנהלית.

בסעיף קטן (ג) מוצע לקבוע שההצעה תפורסם לתקופה של 14 ימים לפחות, לפני התקנת התקנות או קביעת ההנחיות המנהליות, לצורך קבלת הערות מהציבור ותכלול את האופן והמועד שבהם רשאי כל אדם להגיש הערותיו. עוד מוצע כי הפרסום יכלול, ככל הניתן, את נוסח ההצעה ועיקרי טעמיה.

בסעיף קטן (ד) מוצע לקבוע שרשות מנהלית תהא רשאית להתקין תקנות או לקבוע הנחיות מנהליות שיש בהן השפעה ממשית על הציבור ללא פרסום ההצעה, אם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. מוצע לקבוע כי, בין יתר הנסיבות בהן רשאית רשות מנהלית שלא לפרסם את ההצעה, יהיו הנסיבות בהן ההנחיות או התקנות גם אינן טעונות פרסום לפי סעיפים 45 או 47. כך גם מוצע לקבוע כי רשות מנהלית רשאית שלא לפרסם הצעה כאמור

²⁴⁵ בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177, 192 (1996).

²⁴⁶ חובת העמדת טיוטת הנחיות מנהליות להערות הציבור קיימת לעניין מבחני תמיכה במוסדרות ציבור מתקציב המדינה לפי החלטה 3190 של הממשלה ה-32 "אישור מינוי חבר למועצת הרשות הלאומית למלחמה בסמים" (24.02.2008).

²⁴⁷ ע"א 810/06 שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל אגף המכס ומע"מ (פורסם בנבו, 09.07.2008); עניין ברמן, לעיל ה"ש 159, בעמ' 1509-1508.

²⁴⁸ רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאו, פ"ד מח(4) 70, 87 (1994); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף

עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 722-721 (2005); ברוך ברכה "זכות הטיעון: גם בהליכי התקנת תקנות? – בעקבות בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל" מאזני משפט ו 423, 436 (2007); דותן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 469; זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1165.

²⁴⁹ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100, לעיל ה"ש 155.

כאשר קיים צורך דחוף בהתקנת התקנות או בקביעת ההנחיות המנהליות, ולא ניתן, לקצר את פרק הזמן לפרסום ההצעה ולקבלת הערות מהציבור.

בסעיף קטן (ה) מוצע לקבוע כי אי פרסום מוקדם לא יפגע בתוקפן של תקנות או הנחיות מנהליות.

פרק י"ג: תיקון וביטול החלטות

סימן א' – תיקון וביטול החלטות מינהליות

סימן זה, מבוסס על סעיף 15 לחוק הפרשנות הקובע כך: "הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה."

בהצעת החוק מוצע לעדכן את הוראת סעיף 15 הנ"ל, כך שסימן זה יעסוק בסוגים שונים של החלטות שקיבלה הרשות המינהלית: הנחיות מינהליות, תקנות והוראת מינהל, ויסדיר את סמכותה של הרשות לתקן ולבטלן, בכפוף לסייגים הקבועים בו, ובהתאם לעקרונות שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון בנושא.²⁵⁰

סעיף 49 – תיקון וביטול הנחיות מינהליות ותקנות

בסעיף קטן (א) מוצע לאמץ את הוראת סעיף 15 לחוק הפרשנות ולעדכנה כך שתכלול את הסמכות לתקן, לשנות, להתלות או לבטל גם הנחיות מינהליות, בנוסף לקביעת תקנות. כמו כן, בסיפת הסעיף נוסף חידוש לפיו, אין נפקא מינה אם התיקון בא בעקבות שינוי נסיבות, הערכה מחודשת, או טעות בעובדה, בדין או בשיקול הדעת. תוספת זו, בעיקרה, מעגנת את הפסיקה בנושא כמפורט להלן.

כפי שנקבע לא אחת, הנחת המוצא לגבי החלטות של רשויות מינהליות הפוכה מזו שנוהגת לגבי פסקי דין. ביהמ"ש העליון הדגיש כי עקרון הסופיות או גמר המלאכה אינו חל על הרשות הציבורית. כך, ראו למשל, ע"א 3350/04 מנכ"ל משרד הפנים נ' שגן:

"ככלל, החלטה של רשות מנהלית אינה סופית, ובניגוד להליך משפטי, לא חל עליה העיקרון של גמר המלאכה (functus officio) [...] סמכותה של הרשות המנהלית לשנות את החלטתה נובעת, במקרים כמו המקרה שבפנינו בהם אין הוראה מפורשת בדבר החקיקה המסמיך, מסעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981"²⁵¹

יתרה מכך, קבע בית המשפט העליון, שלרשות יש חובה לקיים בחינה מחודשת של החלטות שקיבלה מפעם לפעם,²⁵² מטעמים שונים כגון – שינוי נסיבות,²⁵³ הערכה מחודשת עם חלוף העיתים והשתנות הצרכים²⁵⁴ ואף טעות של הרשות.²⁵⁵

²⁵⁰ יצוין כי הוראות דומות מופיעות בדין הגרמני משנת 1976: Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) (סעיף 49); בדין הקנדי: Model Administrative Procedure Code, 1991 (MAPC: פרק 6); ובדין השבדי משנת 1986: The Administrative Procedure Act (PA) (סעיף 27).

²⁵¹ ע"א 3350/04 מנכ"ל משרד הפנים נ' שגן, בעמ' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.06.2007); ראו גם: ע"מ 8354/04 האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה - ועדת המשנה לערעורים (פורסם בנבו, 25.01.2006); בג"ץ 4492/92 שנקרנקו נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מז(4) 861 (1993).

²⁵² בג"ץ 849/92 שגן (תעשיות) בע"מ נ' מינהלת מרכז השקעות, פ"ד מז(2) 702 (1993).

²⁵³ ראו למשל: בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו, 12.01.2006); ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו, 19.03.2007); וכן: זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1398-1400.

²⁵⁴ בג"ץ 1255/94 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661 (1995).

²⁵⁵ בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי היריה, פ"ד לו(1) 317 (1981); ע"א 736/87 יעקובוביץ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מה(3) 365 (1991); ע"מ 6807/07 אוהרנסיאן נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים (פורסם בנבו, 28.5.2007).

תיק הצעת חוק מס': 803-10-2009-000876

סימוכין: 803-99-2013-146903

בכל הנוגע לטעות של הרשות, הפסיקה הנ"ל הבחינה בין טעות שמקורה באשמת הרשות לבין טעות שהיא באשמת האזרח לצורך איזון האינטרסים שעל הרשות לערוך בטרם תתקן את הטעות,²⁵⁶ אולם הבחנה זו תהיה רלוונטית יותר לסעיף 50(א) העוסק בתיקון וביטול הוראת מינהל, ונראה כי אינה מתאימה לדיון בתיקון וביטול הנחיות מינהליות ותקנות. לפיכך לא נקבעה הבחנה בין סוגי הטעויות בסעיף קטן זה, ולא חויבה הרשות באיזון אינטרסים בעת תיקון ההנחיות המינהליות או התקנות.

בסעיף קטן (ב) מוצע לאמץ את ההלכה שנקבעה בפסיקה, לפיה אין לאיש זכות קנויה לאי-שינוי מדיניות.²⁵⁷ לפיכך מוצע לקבוע כי אין לאדם זכות שתקנות או הנחיות מינהליות לא יתוקנו.

מאחר שלתיקון או לביטול הנחיות מינהליות ותקנות עשויות להיות השלכות משמעותיות על הציבור, ועל אף שכאמור אין לאדם זכות שתקנות או הנחיות מינהליות לא יתוקנו, מוצע לקבוע בסעיף קטן (ג) כי רשות מינהלית תקבע, במסגרת תיקון תקנות או הנחיות מינהליות, תקופת מעבר להחלת התיקון, אם הדבר נדרש בנסיבות העניין.

סעיף 50 – תיקון וביטול הוראת מינהל

בסעיף קטן (א) מוצע לאמץ את הוראת סעיף 15 לחוק הפרשנות ולפצלה כך שתעסוק בנפרד בהוראת מינהל.²⁵⁸ כמו כן, גם בסעיף קטן זה, בדומה לסעיף קטן 49(א), מוצע לקבוע כי לענין זה אין נפקא מינה אם התיקון בא בעקבות שינוי נסיבות, הערכה מחודשת, או טעות בעובדה, בדין או בשיקול הדעת.

כאמור לעיל הפסיקה הבחינה בין טעות שמקורה באשמת הרשות לבין טעות שהיא באשמת האזרח לצורך איזון האינטרסים שעל הרשות לערוך בטרם תתקן את הטעות.²⁵⁹ בע"א 433/80 נכסי י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, השופט בד אף ביקש לסווג את הטעות בהחלטת הרשות המינהלית, כך שלא בכל מקרה תוכל הרשות לשנות את החלטתה.²⁶⁰ זמיר בספרו מסייג את פסיקתו של בד ומציין כי אלה נאמרו בשעתו לגבי החלטה להטיל מס, והם לא בהכרח יחולו כיום על החלטות מסוגים אחרים.²⁶¹ כפי שאמר השופט בד בעצמו, מציין זמיר בספרו, ייתכנו נסיבות חריגות שיחייבו פתרון מיוחד, שיתאים לאותן נסיבות. לפיכך, בנוסח המוצע, אין הבחנה בין סוגי הטעויות שמבקשת הרשות המינהלית לתקן. מניעת טעויות בשיקול דעת של הרשות, כפי שמציע השופט בד, היא אכן אינטרס ציבורי חשוב, אך ספק אם ההגנה עליו מצדיקה את אי-שינויה של ההחלטה המוטעית בכל מקרה,

²⁵⁶ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל הי"ש 34, בעמ' 1396-1397.

²⁵⁷ ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד (ס) 374, 353 (2005): "לאיש אין זכות קנויה, כי מדיניות פלונית תיוותר על כנה אף בנסיבות שבהן מוצדק לשנות ממנה"; וכן: בג"ץ 9827/04 מרכז השלטון המקומי נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 25.01.2006); בג"ץ 9402/03 בוכניק נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה (פורסם בנבו, 18.03.2007); בג"ץ 8418/03 אולפנא כפר פינס נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 04.07.2005).

²⁵⁸ כזכור, "הוראת מינהל" מוגדרת בסעיף 2 להצעת החוק כך: "הוראה או מינוי - לרבות הודעה, מודעה, רישיון, היתר וכיוצא באלה - שניתנו בכתב מכוח חוק ואינם בני-פעל תחיקתי".

²⁵⁹ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל הי"ש 34, בעמ' 1305.

²⁶⁰ ע"א 433/80 נכסי י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד (1) 337, 351-352 (1983). השופט בד: "נראה לי, כי במקרה דנן ניתן להגדיר את ה"טעות" הנטענת [...] בשלושה אופנים, והם: א. החלטה הנוגדת את החוק או שבצורה אחרת יש בה בעליל משום חריגה מסמכות; ב. החלטה, שמקורה בטעות משרדית טכנית, שנעשתה בהיסח הדעת; ג. החלטה, שיש בה משום משגה, במובן זה שהפקיד יישם בצורה בלתי נבונה או בלתי נכונה את המדיניות של משרדו או השתמש בשיקול-דעתו באופן בלתי סביר. בהתחשב בנושא המיוחד בו עסקינו, היינו קביעת שומה נכס לצורך הטלת מס, הרי נראה לי, כי מן הדין לאבחן בין התוצאות של סוגי הטעויות הנ"ל, בצורה הבאה: לגבי שני סוגי ההחלטות הראשונים, המוזכרים לעיל, תוכלנה רשויות הציבור בדרך כלל לחזור בהן מהחלטה המוטעית או הנוגדת את החוק ולגרום למתן החלטה אחרת תחתיה; ואילו לגבי החלטה מהסוג השלישי, היינו זו שיש בה משום "משגה" בשיקול הדעת בלבד - שאני. כאן תהיה הרשות בדרך כלל קשורה בהחלטתה, ובמיוחד כאשר האזרח הספיק כבר לפעול על-פי החלטה המקורית. הוספתי לגבי שתי הקטיגוריות את המלים "בדרך כלל", עשיתי כן לא בהיסח הדעת..., שכן אם עולה מהפסיקה גם - בישראל וגם באנגליה ובארצות-הברית - דבר ברור אחד, הרי הוא, שבסוגיה זאת תמיד ייתכנו נסיבות חריגות, המחייבות פתרון שונה ומיוחד."²⁶¹

והענשת הציבור בכללותו.²⁶² יחד עם זאת, מוצע לקבוע בהקשר זה כי מקור הטעות ישפיע על איזון האינטרסים שתערוך הרשות בטרם תתקן את הוראת המינהל כפי שמוצע לקבוע בסעיף קטן 50(ג) להצעה.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי במסגרת שיקוליה האם לתקן הוראת מינהל, תבחן הרשות המינהלית, את משקלו של האינטרס הציבורי בתיקון הוראת מינהל אל מול האינטרסים של האדם שהתיקון נוגע אליו בקיומה של הוראת המינהל; שוכנעה הרשות כי האינטרס הציבורי בתיקון הוראת המינהל מחייב את תיקונה, תתקן הרשות את הוראת המינהל. סעיף קטן זה מעגן את הגישה שהתפתחה עם השנים ומנחה כיום את ביהמ"ש בביקורתו על שינוי החלטות - מעבר למבחן של איזון אינטרסים המתייחס למשקלו של האינטרס הציבורי בשמו נעשה התיקון, למידתה של ההסתמכות על החלטה, וכן לחשיבות הנודעת לוודאות וליציבות בתחום בו עסקה ההחלטה. על כל מקרה להבחן לגופו.²⁶³ בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע מבחן של איזון אינטרסים הבוחן את האינטרס הציבורי הכללי בשמו נערך התיקון, אל מול זכויות האדם והאינטרסים השונים של האזרח נשוא הוראת המינהל. במסגרת איזון זה תביא בחשבון הרשות את מקור הטעות בהחלטתה - אשמת הרשות או אשמת האזרח, האם מדובר בטעות טכנית או בטעות בשיקול דעת וכן את מידת הסתמכותו של האזרח על החלטתה הראשונית.²⁶⁴ בהתאם לעמדת הפסיקה בנושא - כאשר שוכנעה הרשות כי האינטרס הציבורי גובר - תתקן את הוראת המינהל.²⁶⁵

סימן ב': הבטחה מינהלית

סימן זה מבוסס על העקרונות שנקבעו בבג"ץ 321/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה.²⁶⁶ העיקרון העומד בבסיס ההלכה הוא שעל הרשות לעמוד בהבטחות שנתנה, אלא אם קיים צידוק חוקי לסגת מההבטחה, אשר נקבע לאחר עריכת איזון בין האינטרסים המעורבים. הלכה זו מבוססת על עקרונות ההגיונות, הנאמנות והסבירות.²⁶⁷

סעיף 51 - הבטחה מינהלית

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי רשות מינהלית תקיים הבטחה מינהלית שנתנה רק אם ההבטחה מקיימת את התנאים המפורטים בסעיף, והכל בין אם מקבל ההבטחה שינה את מצבו לרעה בעקבות הסתמכותו על ההבטחה ובין אם לאו. הסעיף המוצע מגלם את איזון האינטרסים המעורבים: מצד אחד - הגנה על מקבל ההבטחה, שמירה על אמינות המינהל ויציבותו בעיני הציבור, שמירה על רמתו המוסרית של המעשה המינהלי, והחשש מערעור אמינות השלטון בעיני האזרח בעת הפרת הבטחה;²⁶⁸ ומן הצד השני - הגנה על האינטרס הציבורי הכללי

²⁶² עניין נכסי י.ב.מ. ישראל בע"מ, לעיל ה"ש 260, בעמ' 352.

²⁶³ ברק-ארז משפט מינהלי א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 393; וכן ראו: עניין שנקרנקו, לעיל ה"ש 251, בעמ' 864; ע"א 1928/93 רשות ניירות ערך נ' גבור סבריה מפעלי טקסטיל בע"מ, פ"ד מט(3) 177, 193 (1995).

²⁶⁴ ע"א 11583/04 מדינת ישראל נ' ברגר (פורסם בנבו, 16.01.2006).

²⁶⁵ ככלל כאשר הטעם העומד בבסיס שינוי החלטה הוא אינטרס ציבורי חשוב, ייטה ביהמ"ש לאפשר את השינוי, גם אם ההליך שקדם לו היה לקוי, לעתים אף תוך פגיעה בהסתמכות. ראו למשל: בג"ץ 419/83 דורון נ' המפקח על מטבע חוץ בבנק ישראל, פ"ד לח(2) 323 (1984); וכן: בג"ץ 8686/06 סיעת העבודה - מימד נ' הכנסת, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.05.2008): "ככלל, מקום בו החלטה שנתקבלה מחמת טעות, גורמת או תגרום לרשות לפעול בניגוד לחוק, גובר המשקל של האינטרס הציבורי בתיקון הטעות על משקלו של האינטרס הפרטי בקיום החלטה כפי שהיא; הגם שנדרש איזון פרטני בין השיקולים העומדים על הכף בנסיבות הקונקריות של כל מקרה [...] במקרה שלפנינו, גם אם נניח כי ישנה פגיעה מסוימת בציפיותה של העותרת בהתייחס לדרך החישוב של המימון לו היא זכאית, הרי באיזון הכולל, מבטיחה החלטת הכנסת עמידה בגדר הוראות הדין, בלא שיהא בה משום פגיעה בלתי מידתית בציפיות העותרת או בזכויותיה".

²⁶⁶ פ"ד לח(1) 673 (1975) (להלן: עניין סאי-טקס).

²⁶⁷ בג"ץ 5178/04 מכללת מרכז הגליל למדע וטכנולוגיה נ' משרד החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 14.07.2005); דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כ"ז 17 (1996) (להלן: ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי").
²⁶⁸ אלכס שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים יד 255 (1984). על פי שטיין, עצם החזרה מהבטחה מטילה ספק בכשרותה של החלטה, ולכן היא עשויה להיחשב כבלתי סבירה; ראו גם: בג"ץ 585/01 קלכמן נ' הרמטכ"ל, פ"ד נח(1) 694 (2003).

מפני סטייה מעקרונות היסוד של המינהל,²⁶⁹ וכן הצורך להימנע מכבילת שיקול הדעת של הרשות, לפיו אין הרשות המוסמכת יכולה להצר את צעדיה העתידיים, וכי בכוחה לשנות את החלטותיה בכל עת.²⁷⁰

על פי המוצע, ההבטחה המינהלית תיבחן בהתאם לתנאים המפורטים בסעיף, ואין נפקא מינה אם בעקבות ההבטחה מקבל ההבטחה שינה מצבו לרעה או לאו. בהתאם לפסיקה, שינוי מצב לרעה ומידתו יילקחו בחשבון לצורך איזון האינטרסים, אולם העדרו של שינוי מצב לרעה אינו נימוק לאי קיום הבטחה, ואילו קיומו אינו מונע אפשרות שלא לקיים הבטחה.²⁷¹

ואלה התנאים המצטברים אותם מוצע לקבוע לקיומה של הבטחה מינהלית מחייבת. בהעדרם לא ניתן יהיה לחייב את הרשות בקיום ההבטחה:

(1) ההבטחה ניתנה מאת רשות מינהלית מכוח סמכותה לפי דין – הבטחה שניתנה בהעדר סמכות או שמימושה כרוך בחריגה מסמכות איננה הבטחה הכובלת את הרשות המינהלית. זהו אחד מעקרונות היסוד של המשפט המינהלי – עקרון חוקיות המינהל, הקבוע בסעיף 3(א) להצעת החוק: אין לרשות מינהלית סמכות אלא אם כן הוענקה לה בחוק או על פיו. הכרה בהבטחה שניתנה בחוסר סמכות עלולה להרחיב את סמכויותיה של הרשות המינהלית מעבר לגבולות שנקבעו עבורה על ידי המחוקק, ולכן גם בית המשפט נרתע מכך.²⁷²

(2) ההבטחה מקיימת את הוראות סעיפים 5, 6 ו-8 לחוק זה – מדובר בהבטחה העומדת בעקרון המידתיות, שניתנה לאחר בחינת תשתית עובדתית מתאימה ומספקת ותוך הפעלת שיקול הדעת בסבירות, כלומר לאחר שהמבטיח נתן משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הנוגעים לעניין. תנאי זה נועד להבטיח שמירה על עקרונות היסוד של עבודת הרשות המינהלית, ומניעת כבילתה של הרשות בהבטחות סרק שניתנו בעלמא ואף עשויות לפגוע במנהל התקין ובטוהר המידות.

(3) ההבטחה אינה בגדר מדיניות כללית – ככלל על מנת שהבטחה מינהלית תחייב את הרשות עליה להיות הבטחה קונקרטי, שכוונה לנבטח ספציפי או לציבור נבטחים מסוים.²⁷³ כידוע וכפי שמוצע לקבוע בסעיף 49(ב) להצעת החוק אין לאיש זכות קנויה לאי-שינוי מדיניות, ולפיכך אין לכבול את הרשות להבטחה המגלמת מדיניות כללית.

(4) ההבטחה ניתנה בכוונה להקנות לה תוקף משפטי מחייב – נותן ההבטחה התכוון כי דבריו יקבלו תוקף משפטי מחייב, ויתממשו, ולא הייתה זו מבחינתו אמירת סרק בלתי מחייבת.²⁷⁴

(5) ההבטחה מפורשת, מסוימת וניתנת לביצוע – גם תנאי זה נועד להבטיח כי הרשות המינהלית לא תהא כבולה בקיום הבטחות סרק - הבטחות כלליות, עלומות וסתמיות, שכלל לא ניתן לממשן בפועל.

(6) מקבל ההבטחה ראה אותה כעומדת בתנאים המפורטים בפסקאות (1), (4) ו-(5) – מדובר בהבטחה שנחזתה להיות הבטחה שניתנה בסמכות, עם כוונה אמיתית למתן תוקף משפטי, והיא מפורשת, מסוימת וניתנת לביצוע. כלומר - הנבטח קיבל את הרושם כי מדובר בהבטחה רצינית שיש בה ממש.²⁷⁵

²⁶⁹ ש.ם.

²⁷⁰ ראו סעיפים 49-50 להצעת החוק, המבוססים על סעיף 15 לחוק הפרשנות.

²⁷¹ עניין **סאי-טקס**, לעיל ה"ש 266, בעמ' 676; וכן: ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי", לעיל ה"ש 267, בעמ' 49.

²⁷² בג"ץ 640/78 **בוריס קצאן את יוסף הרשטיג חברה לבנין ולהנדסה בע"מ נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ובנין עיר נתניה**,

פ"ד לד(2) 1 (1979); יצוין כי בעניין **קלכמן**, לעיל ה"ש 268, בעמ' 714 נאמר כי במצבים שבהם הסתמך מקבל ההבטחה בתום לב על נותן

ההבטחה והניח באורח סביר כי הוא בעל סמכות, ואף שינה מצבו לרעה עקב הסתמכות זו, יינתן לאינטרס הפרט משקל מיוחד.

²⁷³ יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" **משפט וממשל** ה' 465 (2000).

²⁷⁴ ראו: דברי השופט ברנזון עניין **סאי-טקס**, לעיל ה"ש 266, בעמ' 676: "הבטחה שניתנה על-ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית

בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקויים הלכה למעשה, כאשר

בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה".

²⁷⁵ ש.ם, דברי השופט ברנזון.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע חריג לאמור בסעיף קטן (א) – אף אם מדובר בהבטחה מינהלית המקיימת את כל התנאים שנקבעו בסעיף קטן (א), רשאית הרשות לבטלה או לשנות את ההבטחה בדומה לכל החלטה מינהלית אחרת, בהתבסס על איזון אינטרסים - האינטרס הציבורי הכללי לחזרה מהבטחה מחד גיסא, והאינטרס של מקבל ההבטחה בקיום ההבטחה מאידך גיסא. במסגרת בחינת האינטרס של מקבל הבטחה העומדת בתנאים הבסיסיים שנקבעו בסעיף קטן (א), תוכל הרשות המינהלית להביא בחשבון את מידת הסתמכותו על ההבטחה ושינוי מצבו בהתבסס עליה.

סימן ג': השתחררות מחוזה מינהלי

סימן זה מעגן את ההלכה שנקבעה בפסיקה בכל הנוגע להשתחררות המדינה מחוזים אותם כרתה, הידועה בכינויה: "הלכת ההשתחררות". הלכת ההשתחררות שמקורה במשפט האמריקני, נקלטה בישראל בבג"ץ 311/60 י. מילר, מהדנס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שר התחבורה. בפרשה זו קבע השופט זוסמן כי המדינה רשאית לבטל חוזה שכרתה מטעמים של טובת הכלל, כל אימת שצרכיה החיוניים אינם מתיישבים עם קיומו ועם מילוי תנאיו.²⁷⁶

עד כה, הביסוס התיאורטי להלכת ההשתחררות נמצא בדיני החוזים עצמם – במסגרת **סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי)**, התשל"ג – 1973, הקובעים בטלות חוזה העומד בניגוד לתקנת הציבור, או במסגרת יצירת החוזה, כתנאי מפורש או מכללא בחוזה, המאפשר לרשות להשתחרר מהחוזה בנסיבות מסוימות כאמור, באורח חד צדדי, ובעקרונות המשפט הציבורי הכללי. לצד דיני החוזים, בית המשפט עיגן את הלכת ההשתחררות גם בדין מיוחד השאוב מכללי המשפט המינהלי הכללי.²⁷⁷ מוצע לעגן את ההלכה שנקבעה בפסיקה בנושא, ולקבוע מפורשות את סמכותה של הרשות המינהלית להשתחרר מחוזה שכרתה, על פי התנאים המפורטים בסעיף.

סעיף 52 – השתחררות מחוזה מינהלי

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי אם שוכנעה רשות מינהלית כי נתקיימו נסיבות אשר בגינן צורכי ציבור חיוניים מחייבים להשתחרר מחוזה שכרתה, רשאית היא להשתחרר ממנו, לאחר ששקלה את מכלול נסיבות העניין, לרבות האם שינה הצד השני את מצבו לרעה.

בהתאם לסעיף המוצע, ככלל, על הרשות המינהלית לקיים ולכבד חוזים שכרתה. אולם, כאשר מתקיימות נסיבות מיוחדות, בגינן קיום החוזה עומד בניגוד לאינטרס הציבורי ולצרכיו, ולאחר ששקלה הרשות את כלל הנסיבות, היא תהיה רשאית להשתחרר מהחוזה. ההחלטה על השתחררות מהחוזה מחייבת איזון בין אינטרסים שונים – אמינות השלטון, הצורך להמשיך ולהתקשר בחוזים עם גורמים שונים, הפגיעה בצד השני להתקשרות (באינטרס הציפיה ובאינטרס ההסתמכות שלו), ואופיו של הנזק שיגרם החוזה לציבור אם לא יבוטל. למעשה, רק אינטרס ציבורי חיוני וכבד יוכל, כחריג לכלל, להצדיק השתחררות מן החוזה, ועל הרשות לשקול את כלל השיקולים הנוגעים בדבר. גישה זו שאומצה בסעיף, מבטאת גם את עמדת בית המשפט העליון בסוגיה כפי שיפורט להלן.

בע"מ 8183/03 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מועצה אזורית הגולן**, ציינה השופטת פרוקציה כי על שיקול הדעת של הרשות הציבורית בעניין השתחררות מהסכם חלים כללי המשפט המינהלי. עליה לשקול שיקולים

²⁷⁶ פ"ד טו 1989, 2002-2005 (1961); כן ראו: ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הבטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000).
²⁷⁷ גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 71-73 (1999).

ראויים וענייניים ולהפעיל את שיקול דעתה בסבירות.²⁷⁸ כדי לעמוד בדרישת הסבירות המינהלית בעשיית האיזון כאמור, על הרשות הציבורית להתייחס למלוא כלל השיקולים הרלבנטיים:

“חובת כיבוד הסכמים מזה, ואינטרס ציבורי נוגד מזה, מייבאים לתחומי האיזון שיקולים רבים ורחבים, ובהם – הגנה על אמינות השלטון שיש לה כמה פנים – אמינות בכיבוד הסכמים מן הצד האחד, אך גם אמינות הטמונה בקיום חובות השלטון בתחום האחריות הציבורית; הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצד השני להסכם, אך בד בבד מודעות לקיום אינטרס הסתמכות מסוייג של הצד השני, האמור לצפות אפשרות כי במצבים חריגים, האחריות הציבורית הרחבה תצדיק השתחררות מכבלי החוזה; ועוד מגוון רחב של שיקולים [...] לאור עקרון כיבוד ההסכמים, נדרש אינטרס ציבורי בעל עוצמה מיוחדת כדי להצדיק השתחררות מהסכם. הנסיבות המצדיקות השתחררות של רשות ציבורית מחוזה שהיא צד לו אינן מעור אחד. יתכן שההשתחררות תבוא בשל שינוי נסיבות, אך יתכן גם שהטעם שבבסיסה יהיה צורך ציבורי חיוני, אף בלא שהתרחש שינוי מהותי בנסיבות”.²⁷⁹

בהמשך מציינת השופטת פרוקציה כי לא ניתן לפרוש מראש את מגוון השיקולים הרלוונטיים לבחינת הנסיבות שבהן מתקיים הצדק חוקי בידי הרשות להשתחרר מהסכם מחייב בשל צורך להגשים אינטרס ציבורי שמשקלו היחסי מכריע, והם מתמקדים סביב אופיו הפרטני של העניין. לגישה:

“צידוק חוקי להשתחרר מהבטחה שלטונית בתחום הפיסקלי עשוי להתקיים במקום שארע שינוי נסיבות קיצוני שהתרחש לאחר ההתקשרות ההסכמית, במצב שבו המשך קיום ההתחייבות החוזית, על רקע הנסיבות החדשות, סותר באופן מהותי את דרישות הצדק, ואינו מתיישב עם אחריותה הבסיסית של הרשות הציבורית כלפי הציבור”²⁸⁰

עמדה זו אומצה בע"מ 3081/10 תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית חוף אשקלון, שעסק בהסכם ארנונה. השופט רובינשטיין קבע:

“כספי הציבור אינם הפקר, וכשם שאין הקופה הציבורית רשאית לשלוח יד לכיסו של הפרט בלא הצדק, כך גם אחריות הרשות הציבורית - ובית המשפט - היא להבטיח כי לא תימנע גבייתם במקום הראוי לגביה. אין באמור, חלילה, כדי להקל ראש בחשיבות של עידוד פשרות והסכמים ובכלל ש"חוזים יש לקיים"; אולם, כל מקרה לגופו. אילו כתום זמן קצר מן הפשרה היתה הרשות באה לקעקעה, היתה החשדנות כלפיה רבה; לא כן מקום שחלפו שנים ונתבררה טעות; טעות עשויה להיות עילה לשינוי. כשלעצמו גם לא ראיתי דופי בכך שחברה שנשכרה על-ידי

²⁷⁸ ע"מ 8183/03 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מועצה אזורית הגולן (פורסם בנבו, 22.08.2010).

²⁷⁹ שם, בפסי' 29-30 לפסק הדין של השופטת פרוקציה.

²⁸⁰ שם, בפסי' 35. בנסיבות אותו המקרה, סברה השופטת, בדעת רוב, כי נתקיימו נסיבות המצדיקות את השתחררותה של המועצה האזורית הגולן מהחוזה עם חברת החשמל; ראו גם: בג"ץ 4383/91 שפקמן נ' עיריית הרצליה, פ"ד מו(1) 455, 447 (1992).

תיק הצעת חוק מס': 803-10-2009-000876

סימוכין: 803-99-2013-146903

הרשות מצאה טעויות והפנתה תשומת לבה של הרשות, כל עוד זו האחרונה נוטלת עליה את מלוא האחריות, ובדרגים בכירים, להחלטת שינוי²⁸¹.

גם בהצעת החוק מוצע שלא לקבוע מהן אותן נסיבות או צורכי ציבור שיצדיקו השתחררות מחוזה מינהלי, וכל מקרה ייבחן לגופו.

עוד נציין כי בהתאם להלכת בית המשפט, ההשתחררות מהחוזה אינה מהווה ביטול של החוזה, ואף איננה הפרה שלו. ההשתחררות מפקיעה את החוזה ומסיימת את כוחו המחייב כלפי שני הצדדים. תוצאתה העיקרית היא שחרור הצדדים לקשר, הרשות והפרט, מהתחייבויותיהם ההדדיות לפי החוזה.²⁸² בהצעת החוק לא הוסדרה שאלת הפיצוי בגין השתחררות מחוזה מינהלי, שכן כאמור לעיל, הצעת החוק אינה עוסקת כלל בסעדים.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לגרוע מהוראה בחוזה המסדירה את ההשתחררות ממנו. הוראה זו נועדה להבהיר כי במקרה וסוגיית ההשתחררות הוסדרה בין הצדדים מראש, ונקבעה בנושא הוראה בחוזה, תגבר הוראת החוזה. הוראת סעיף (א) אינה מבטלת את ההוראה או גורעת ממנה, ואין מקום להידרש לאיזון שבסעיף קטן (א) במקרה כזה.

פרק י"ד: עיון חוזר בהוראת מינהל

פרק זה עוסק בביקורת המינהלית, כלומר ביקורת המתבצעת במסגרת הרשות המינהלית, להבדיל מביקורת שיפוטית המופעלת על-ידי בית משפט או על-ידי בית דין מינהלי, אשר ביקורתם היא ביקורת חיצונית.²⁸³ מלבד סמכותה של הרשות המינהלית לתקן ולבטל את החלטותיה מיוזמתה, מכוח סעיף 15 לחוק הפרשנות (ועל פי סעיף 50 להצעת החוק), הכיר בית המשפט בסמכותה של הרשות לעיין מחדש בהחלטותיה ביוזמה חיצונית ובמיוחד על פי בקשה של אדם שנפגע מהחלטתה, מכוח סמכותה הכללית של הרשות שקיבלה את ההחלטה המקורית.²⁸⁴ כעת מוצע לעגן את הסמכות מפורשות בחוק.

סעיף 53 - בקשה לעיון חוזר בהחלטה

בסעיף קטן (א) מוצע לקבוע כי אדם המבקש לשנות הוראת מינהל שרשות מינהלית קיבלה בעניינו, יהיה רשאי לפנות לרשות המינהלית בבקשה לעיון חוזר בהחלטה, כאשר התגלו עובדות חדשות או אם השתנו הנסיבות ממועד קבלת ההוראה, או מטעמים מנומקים אחרים. סעיף זה מעגן מצד אחד את סמכותה של הרשות המינהלית לעיין מחדש בהחלטותיה, לבקשתו של בעל העניין, אולם מצד שני מגביל זאת למצבים בהם התגלו עובדות חדשות הנוגעות להחלטה המקורית, השתנו הנסיבות מאז שנתקבלה ההחלטה, באופן שעשוי להשפיע על ההחלטה,²⁸⁵ או מטעמים אחרים אותם תנמק הרשות בהחלטתה (לדוגמה – כאשר התגלתה טעות בהחלטה המקורית).

²⁸¹ ע"מ 3081/10 תשתי ת נפס ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית חוף אשקלון, פסי' י"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 21.08.2011); ראו גם: ע"מ 5666/09 עיריית פתח תקוה נ' ישיר איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ, (פורסם בנבו, 21.06.2011). בעניין זה נקבע כי הסכם הפחתת הארנונה שנחתם בין נציג העירייה לחברה לוקה באי חוקיות משאינו עומד בתנאי פקודת העיריות. המשנה לנשיאה ריבלין קבע כי העירייה רשאית לחזור בה מהסכם הפחתת הארנונה שנחתם בין נציג העירייה לחברה שכן מדובר בחוזה בדרגת אי חוקיות גבוהה למדי. עוד הוסיף כי גם בחינת העניין על פי דוקטרינת ההשתחררות המינהלית תוביל לאותה התוצאה.
²⁸² שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית, לעיל ה"ש 277, בעמ' 73.

²⁸³ זמיר הסמכות המינהלית א, לעיל ה"ש 31, בעמ' 253-254.
²⁸⁴ בג"ץ 28/74 שעשע נ' ועדת הערים לענייני מוניות, פ"ד כח(2) 652, 657 (1974).

²⁸⁵ הוראה דומה ניתן למצוא בתקנה 25 לתקנות שירות הביטחון הכללי (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני לעובדיו, הודעה לאדם בדבר אי התאמה ביטחונית וועדת השגה על קביעת אי התאמה ביטחונית), התשס"ג-2003, הקובעת כך: " (א) על אף האמור בתקנה (37), מי שניתנה לגביו החלטה בדבר אי התאמה ביטחונית, ונתגלו עובדות חדשות או נשתנו הנסיבות בנוגע להנמקה לקביעת אי

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי בקשה לעיון חוזר תוגש בתוך 30 ימים מהמועד שבו נמסרה למבקש הוראת המינהל.²⁸⁶ אולם בסעיף קטן (ג) מוצע לקבוע מועד ארוך יותר להגשת הבקשה – כאשר נתגלו עובדות חדשות או כאשר השתנו הנסיבות ממועד קבלת ההחלטה המקורית, יהיה רשאי נשוא ההחלטה להגיש את הבקשה בתוך 30 יום מהמועד שבו נתגלו לו העובדות החדשות או ממועד שינוי הנסיבות, על פי העניין. בסעיף קטן (ד) מוצע לשמור את זכותה של הרשות המינהלית להאריך את התקופה בה רשאי נשוא ההחלטה לבקש עיון חוזר בהחלטה, אם מצאה כי נתקיימו נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, למשל – בקשה שהוגשה באיחור עקב מצב בריאותי של המבקש, שהות בחו"ל במהלכה המבקש לא ידע על ההחלטה שניתנה בעניינו וכיו"ב.²⁸⁷

סעיף 54 - החלטה בבקשה לעיון חוזר

סעיף זה מנחה את הרשות המינהלית בבואה לבחון את הבקשה לעיון חוזר ולהחליט בה. מוצע לקבוע כי הרשות המינהלית תעיין מחדש בהוראה, אם מצאה כי התגלו עובדות חדשות או השתנו הנסיבות, וכי עובדות או נסיבות אלה עשויות, לבדן או יחד עם החומר שהיה בפניה לראשונה, לשנות את הוראת המינהל, ובלבד שהמבקש לא יכול היה לדעת על העובדות החדשות טרם קבלת הוראת המינהל. הוראה זו מבקשת להבטיח כי הבקשה לעיון חוזר תבחן רק כאשר המבקש פעל בהגינות ולא הסתיר מן הרשות המינהלית מידע במכוון.²⁸⁸ עם קבלת ההחלטה בבקשה לעיון החוזר, תודיע הרשות המינהלית למבקש את החלטתה.

הוראות דומות לסעיפים 53-54 ניתן למצוא בחוק הגרמני - **Law on Administrative Proceedings, 1976**, בסעיף 51, העוסק בחידוש הליכים.²⁸⁹

סעיף 55 - עיכוב ביצוע הוראת מינהל

בסעיף זה מוצע לקבוע כי הגשת בקשה לעיון חוזר לא תעכב את ביצוע הוראת המינהל, אלא אם כן קיים טעם מיוחד המצדיק, לדעת הרשות המינהלית, את עיכוב ביצוע ההוראה. הוראה זו נועדה להבטיח כי עבודת הרשות המינהלית והאינטרס הציבורי הכללי לא ייפגעו מעצם הגשת הבקשה לעיון חוזר. זהו הכלל גם בכל הנוגע להגשת ערעור לבית המשפט – ראו תקנה 466 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 לפיה הגשת ערעור לא תעכב את ביצוע ההחלטה שעליה מערערים. יחד עם זאת, הסעיף בהצעת החוק מאפשר לרשות המינהלית, כאשר מתקיימים טעמים מיוחדים, לעכב את ביצוע ההחלטה. יצוין כי בהתאם לסעיף 39 להצעת החוק, ביצוע הוראת המינהל לא יעשה באופן שמונע מאדם לממש את זכותו על פי דין להשיג, לערור, לערער, לעתור או לתקוף בכל

ההתאמה הביטחונית לאחר מתן ההחלטה בענינו, יהיה רשאי לפנות לגורם שמסר לו את ההודעה בבקשה לעיון חוזר בהחלטה. (ב) בקשה לעיון חוזר תוגש בכתב, תפרט את נימוקי הבקשה ויצורפו לה מסמכים לתמיכה בבקשה, אם ישנם, וכן העתקים של החלטות שניתנו בענין. (ג) על ההחלטה בעיון החוזר יחולו, בשינויים המחויבים, הוראות תקנות אלה בדבר החלטה על אי התאמה ביטחונית, לרבות הזכות להשיג על ההחלטה לפני הועדה."

²⁸⁶ תקופה של 30 ימים קבועה למשל בסעיף 150 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] כמועד להגשת השגה על שומה. ²⁸⁷ השוו למשל לסעיף 150(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], בו נקבע כך: "יהיה אדם חולק על השומה, רשאי הוא לבקש מאת פקיד השומה, בהודעת השגה, בכתב, לחזור ולעין ולשנות את השומה; בקשה כאמור תפרש בדיוק את הנימוקים להשגה על השומה ותוגש תוך שלושים יום מיום המצאת הודעת השומה, אלא שאם הוכח להנחת דעתו של פקיד השומה, שהאדם החולק על השומה היה מנוע מהגיש את הבקשה תוך המועד האמור, משום שהיה נעדר מן הארץ או חולה או מכל סיבה אחרת, רשאי הוא להאריך את המועד ככל שנראה סביר לפי הנסיבות."

²⁸⁸ זאת בנוסף לחובתו של הפונה לפי סעיף 9 להצעת החוק, לפעול בתום לב בפניה לרשות. ²⁸⁹ לעיל ה"ש 68. סעיף 51 לחוק הגרמני קובע כך: (1) הרשות המינהלית תחליט, בהתאם לבקשה של האדם המושפע מהחלטתה, על ביטול או שינוי של החלטה שאינה ניתנת לביטול, כאשר: 1. התשתית העובדתית או הדין אשר עמדו בבסיס ההחלטה השתנו לטובת המבקש. 2. נתגלתה ראייה חדשה אשר הייתה יכולה להשפיע על קבלת החלטה מייטיבה יותר עם המבקש. 3. יש בסיס לחידוש הליכים מכוח ס' 580 לקוד הפרוצדורה האזרחית. (2) הבקשה תתקבל רק כאשר למבקש לא הייתה אפשרות, ללא אשם מצדו לבקש את חידוש ההליכים בשלב מוקדם יותר, במיוחד באמצעים משפטיים. (3) הבקשה תוגש בתוך שלושה חודשים, החל מהיום בו נתגלה למבקש הבסיס לחידוש ההליכים. (4) ההחלטה בנוגע לבקשה תעשה על-ידי הרשות המוסמכת על-פי פרק 3. הוראה זו תחול גם כאשר ההחלטה המינהלית המועמדת לביטול או לשינוי התקבלה על-ידי רשות אחרת. (5) חריגים לתחולת פרק זה: התנאים שבפרק 48, פסקה ראשונה, משפט הראשון (פעולה מינהלית בניגוד לחוק) והתנאים שבפרק 49 פסקה ראשונה (החלטה ששונתה).

דרך אחרת את ההחלטה בפני מי שלא קיבל את ההחלטה המקורית, אלא אם כן ישנה כוונה אחרת מפורשת או משתמעת מהדין המקנה את הזכות.

פרק ט"ו: פגם בהחלטה המינהלית ותוצאתו

פרק זה עוסק בהשפעתם של פגמים על תוקפן של החלטות של הרשות המינהלית. הנוסח המוצע מבוסס על הפסיקה העדכנית בנושא, שקבעה את עקרון "הבטלות היחסית" ביחס לפגמים שנפלו בהחלטות מינהליות. בעבר, הבחין בית המשפט בין שתי תוצאות אפשריות של פגמים בהחלטות מינהליות – בטלות ונפסדות. כאשר מדובר היה בפגם חמור ויסודי, לדוגמא, פעולה בחוסר סמכות – הפעולה הייתה בטלה (void),²⁹⁰ וחסרת תוקף משפטי. כאשר הפגם היה פחות חמור, למשל טעות בהחלת הדין על המקרה – הפעולה הייתה רק נפסדת,²⁹¹ כלומר, ניתנת לביטול.²⁹²

עם השנים החלו קשיים ביישום ההבחנה בין הבטלות לבין הנפסדות, כאשר התבקש בית המשפט לבחון פגמים אחרים שנפלו בהחלטות הרשות, שאינן חוסר סמכות או טעות בדין בלבד – פגמים חמורים בהליך המינהלי ובשיקול הדעת המינהלי.²⁹³ כך היה בכל הנוגע לתוצאות ההפרה של כללי הצדק הטבעי²⁹⁴ – תחילה הרחיב בית המשפט את דין הבטלות גם למקרים בהם הייתה ההחלטה המינהלית נגועה בהפרה של אותם כללים,²⁹⁵ אולם בהמשך סטה מכך, וקבע כי לא תמיד גורמת הפרת אחד מכללי הצדק הטבעי לבטלות ההחלטה מעיקרא, והדבר תלוי במידת החומרה של ההפרה ובנסיבותיה.²⁹⁶ למעשה, בית המשפט ביקש לאפשר פתרונות ביניים, שיאפשרו גמישות רבה יותר בתוצאה מעבר למה שאפשרו כללי המשפט המינהלי המסורתי. כך התפתחה גישת הבטלות היחסית.²⁹⁷

אחד מפסקי הדין הראשונים שהניח את הבסיס לגישת הבטלות היחסית היה ע"פ 768/80 ש' שפירא חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל.²⁹⁸ גישת הבטלות היחסית שנדונה בו אף חזרה ונבחנה בדיון הנוסף שהתקיים בפסק הדין.²⁹⁹

וכך כתב השופט י" כהן כתב בערעור הפלילי בעניין שפירא :

"פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי אמנם מביאה, לפי מה שנפסק אצלנו, לבטלות מעשה הרשות, אך אין זו בטלות מוחלטת אלא בטלות יחסית, ולפיכך אם אותו אדם,

²⁹⁰ ע"פ 284/74 שותפות אחים אריאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 390, 391 (1974). שם קבע ביהמ"ש חד משמעית כי פעולה שנעשתה שלא בסמכות בטלה מעיקרה – בטלות מוחלטת: "הלכה פסוקה מלפני בית-משפט זה היא שמעשי הרשות שנעשו תוך חריגה מסמכותה כאין וכאפס הם".

²⁹¹ בע"א 790/77 אורט נ' הפול לביטוח חובה, איגוד ישראלי של חברות הביטוח בישראל בע"מ, פ"ד לד(2) 785, 790-791 (1980). שם קבע ביהמ"ש כי אם בהליך ההחלטה נפל פגם של טעות שבהפעלת שיקול הדעת, אזי ההחלטה תיחשב לנפסדת בלבד.

²⁹² ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 39, בעמ' 794-795. שם, בעמ' 799.

²⁹³ הפרת האיסור על ניגוד עניינים והפרת חובת השימוע.

²⁹⁴ בע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398 (1969). בפסק הדין הוכרה זכות הטיעון כזכות מהותית ביותר ובהתאם לכך יוחס דין של בטלות להפרתה.

²⁹⁵ בג"ץ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה(1) 239, 246 (1980); וכן: זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1190-1191.

²⁹⁶ "התוצאה היחסית" כפי שכינה אותה השופט זמיר ברע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 689 (2001).

²⁹⁷ פ"ד לו(1) 337 (1981) (להלן: הערעור הפלילי בעניין שפירא).

²⁹⁸ פ"ד לו(1) 337 (1981) (להלן: הערעור הפלילי בעניין שפירא).

²⁹⁹ ד"נ 12/81 ש' שפירא חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645 (1982).

שזכות הטיעון נשללה ממנו, לא עשה כל פעולה לביטול מעשה הרשות, יעמוד
המעשה בתוקפו על-אף הפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי³⁰⁰

ואילו השופט ברק כתב בערעור הפלילי בערעור הפלילי בעניין שפירא:

מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה ומבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון [...]. מכאן שבטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על-ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד³⁰¹.

בפסקי הדין של פרשת שפירא עלתה אגב אורחא השאלה האם גם טענת בטלות הנובעת מחריגה מסמכות ממש ניתנת לסיוג. השופט יצחק כהן סבר כי הבטלות היחסית אינה חלה על עיקרון הסמכות, וסמך ידיו על ההלכה בע"פ 284/74 שותפות אחים אריאל נ' מדינת ישראל, בו קבע ביהמ"ש חד משמעית כי פעולה שנעשתה שלא בסמכות בטלה מעיקרה - בטלות מוחלטת.³⁰² לעומתו, השופט ברק דווקא נכון היה לקבל את התפישה של בטלות יחסית באשר לכלל הפגמים, כולל פעולה בחוסר סמכות, וכך כתב בערעור הפלילי בעניין שפירא:

"דבר זה תופס לעניין טענת בטלות כלפי חקיקת-משנה, החורגת 'פונקציונאלית' מהסמכות. [...] ודבר זה נכון לגבי כל טענת בטלות אחרת"³⁰³

החלטה של גישת הבטלות היחסית במצבים של חריגה מסמכות היתה מלווה בהיסוסים והתקבלה רק לאחר תקופה ארוכה של התלבטויות.³⁰⁴ אולם, בסופו של דבר גישת הבטלות היחסית גברה והוחלה על כלל הפגמים המנהליים, לרבות חריגה מסמכות.³⁰⁵

משמעותו של עקרון הבטלות היחסית הוא הבחנה בין המישור של הפגם למישור של הסעד: סיווג הפגם במישור הראשון (פעולה בחוסר סמכות או בניגוד לכללי הצדק הטבעי או כל פגם אחר) אינו מכתוב בהכרח את הסעד במישור השני. הסעד ייקבע בכל מקרה לגופו בהתאם לשיקולים השונים הקשורים לנסיבות המקרה.³⁰⁶ כמו כן, פעולה משפטית עשויה להיחשב כבטלה בהקשרים מסוימים, אך תקפה לצורך הקשרים אחרים.³⁰⁷

הסעיפים המוצעים בהצעת החוק העוסקים בפגם בהחלטה המינהלית ותוצאתו, מבטאים את גישתו העדכנית של בית המשפט בנושא, ונועדו להנחות את רשויות המינהל בפעולתן.

³⁰⁰ הערעור הפלילי בעניין שפירא, לעיל ה"ש 298, בעמ' 352.

³⁰¹ שם, בעמ' 362-363.

³⁰² ע"פ 284/74 שותפות אחים אריאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 390 (1974).

³⁰³ הערעור הפלילי בעניין שפירא, לעיל ה"ש 298, בעמ' 362-363.

³⁰⁴ ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 39, בעמ' 817.

³⁰⁵ פסק הדין הראשון בו אומצה הגישה היה בג"ץ 2918/93 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993), בו נקבעה בטלות יחסית זמנית – השעיה של מועד הבטלות; בהמשך, בבג"ץ 2683/92 מכבים – ישוב קהילתי במודיעים נ' הוועדה לבנייה למגורים במחוז המרכז, פ"ד מח(1) 535 (1994), ציינה השופטת דורנר כי לעתים ניתן להתייחס לפגם בסמכות כאל פגם פורמלי; בבג"ץ 7505/98 קורניאלדי נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, פ"ד נג(1) 153 (1999), קבע השופט זמיר כי גם פגם של חריגה מסמכות לא יוביל בהכרח לבטלות מוחלטת; השופט זמיר חזר וחדד גישה זו בע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793 (1996); ראו גם: ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 39, בעמ' 818-821.

³⁰⁶ זמיר הסמכות המינהלית ב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1191.

³⁰⁷ ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 39, בעמ' 796.

סעיף 56: ביטול החלטה מינהלית

בסעיף זה מוצע לקבוע עקרון כללי לפיו ככלל, אם קיבלה רשות מינהלית החלטה תוך הפרת הוראות הדין, היא תבטל את החלטתה. גישה זו מבוססת על כך שאין צורך להמתין להגשת הליך שיפוטי נגד החלטת הרשות, וראוי כי הרשות תדון בעצמה במקרים בהם נטען כי קיבלה החלטה תוך הפרת הדין. אולם, בפועל, לא כל הפרה של הוראות הדין תביא באופן מידי לבטלות ההחלטה שהתקבלה, והדבר כפוף לשלושת החריגים המפורטים בסעיף:

(א) רשות מינהלית מוסמכת תיקנה את הפגם לאחר מתן ההחלטה – סעיף קטן זה משמעותו כי גם אם ההחלטה המקורית התקבלה בחוסר סמכות, לא תחויב הרשות המינהלית לבטלה, אם הרשות המינהלית המוסמכת בנסיבות העניין תיקנה את הפגם – למשל, הרשות המוסמכת קיבלה מחדש את אותה ההחלטה שקיבלה קודם לכן רשות שלא היתה מוסמכת לקבלה.

(ב) הרשות המינהלית מצאה כי מתקיים אינטרס ציבורי ומהותי שמצדיק שלא לבטל את ההחלטה, בין באופן מלא ובין בתנאים – על הרשות המינהלית לאזן בין הצורך לבטל את ההחלטה ולפעול בהתאם להוראות הדין, לבין האינטרס הציבורי, ולבחון האם מתקיים אינטרס ציבורי מהותי שבגינו לא נכון יהיה לבטל את ההחלטה המקורית שהתקבלה, על אף הפגם שנפל בה.³⁰⁸

(ג) הרשות המינהלית מצאה כי ההפרה היא בגדר זוטי דברים. במקרה כזה, על הרשות לבחון האם הפרת הדין השפיעה באופן משמעותי על קבלת ההחלטה. אם ההפרה היתה מינורית וחסרת משמעות של ממש על ההחלטה, ביטול ההחלטה בוודאי שלא יועיל לאינטרס הציבורי הכללי.³⁰⁹

סעיף 57: ביטול חלקי

בסעיף זה מוצע לקבוע כי אם ההחלטה המינהלית ניתנת להפרדה לחלקים, ועילת הביטול לפי סעיף 56 נוגעת רק לאחד מחלקיה – ניתן לבטל את אותו החלק בלבד; אולם, אם לא היתה הרשות המינהלית מקבלת את ההחלטה בלי חלקה הבטל – תבוטל ההחלטה כולה.

סעיף זה מבטא את עקרון "העיפרון הכחול" המושאל מסעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע כך: "ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד...". הסיפא של הסעיף המוצע מסייג את הכלל למקרים בהם החלק הפגום הוא משמעותי עד כי הרשות לא היתה מקבלת כלל את ההחלטה. במקרים כאלה, ובכפוף לסייגים המפורטים בסעיף 56 להצעת החוק – תבוטל ההחלטה כולה.

הסעיף המוצע מבטא את עמדת בית המשפט העליון בנושא, כפי שהסביר הנשיא שמגר בבג"ץ 549/85 **מנצור נ' שר החינוך והתרבות**:

"יש שהליך מינהלי מסוים מתוך מערכת שלמה של פעולות שלטוניות ניתן לביטול עקב פגם שנפל בו בלבד, תוך הפרדתו מיתר הפעולות שננקטו, אשר אין לו השלכה עליהן ואשר אותן ניתן להשאיר בתוקף. מאידך גיסא, יש נסיבות, שבהן הופכת הכמות לאיכות, או אשר בהן יש, לדוגמה, מספר פגמים מצטברים, אשר יש להם

³⁰⁸ ראו: בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 804-805 (1992). בעניין זה בחן בית המשפט הקצאת קרקעות בלתי שוויונית. הנשיא שמגר התחשב בכך שהמשתכנים היו תמי לב וכבר הוציאו הוצאות כספיות ניכרות. לפיכך קבע בנסיבות העניין ביטול חלקי של ההחלטה כך שתוקטן עד למינימום הפגיעה במעשה שכבר נעשה.
³⁰⁹ ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 39, בעמ' 802.

השלכה על התהליך כולו. בנסיבות כאלה נכון יותר אם ההליכים כולם ייראו כבטלים.³¹⁰

פרק ט"ז – שונות

סעיף 58: חזקת תקינות המינהל

סעיף 58 מבקש לעגן בחקיקה את חזקת התקינות שהתקבלה בפסיקה הישראלית, ושלפיה "נקודת המוצא הינה כי המינהל פעל באופן חוקי ותקין *acta omnia praesumuntur rite et solemniter esse*. ניתן כמובן לסתור החזקה. הנטל מוטל על המבקש לעשות כן".³¹¹ עוד נקבע בפסיקה, כי "כדי להפריך אותה חזקה לא די בטרונגיה כללית ומעורפלת".³¹²

מנגד נקבע, שאין לחייב את הטוען לקיומו של פגם במעשה המינהלי להמציא ראיה לפסלות שהיא מוכחת וחד-משמעית, והפסיקה הסתפקה ביצירת ספק מהותי, שיסודו בחשד סביר וממשי כי נפל פגם במעשה המינהלי.³¹³ כך, למשל, נקבע בבג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים כי:

"חזקת החוקיות אינה בעלת עוצמה רבה. אפשר להפריך אותה באמצעות ראיות נסיבתיות וראיות לכאוריות, ולעתים די אפילו בנסיבות המקרה כדי לערער את החזקה, ולהעביר את נטל הראיה אל הרשות המינהלית".³¹⁴

סעיף 59: סמכות לקבוע כללי אתיקה

סמכות לקביעת כללי אתיקה הוסדרה בחקיקה לגבי חברי כנסת,³¹⁵ שופטים, דיינים וקאדים,³¹⁶ נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה,³¹⁷ בעלי מקצועות מסוימים, כגון: מהנדסים ואדריכלים,³¹⁸ פסיכולוגים,³¹⁹ עורכי דין,³²⁰ עורכי פטנטים,³²¹ חוקרים פרטיים³²² ועוד. ברם, החקיקה טרם הסדירה סמכות לקביעת כללי אתיקה לרשויות מינהליות. סעיף 59 להצעה מבקש לתקן זאת, בהסמיכו ראש רשות מינהלית, לאחר התייעצות עם השר הממונה על הרשות, לקבוע כללי אתיקה לעובדי הרשות המינהלית, לרבות לעניין מינוי ועדת אתיקה. הצורך לקבוע כללי אתיקה המתאימים באופן מיוחד לכל רשות, מצדיק קביעת מקור סמכות לכך. כללים אלה עשויים להביא לשיפור בפעולתה של הרשות המינהלית, ולהגברת אמון הציבור בפעילותה.

סעיף 60: ביצוע ותקנות

סעיף 60 מסמיך את שר המשפטים להיות ממונה על ביצועו של חוק זה ולהתקין תקנות מכוחו. סמכות זו נועדה לאפשר הסדרה של עניינים מינהליים שונים שלא מצאו את ביטויים בחוק, כגון: תקנות לעניין מניעת חשש לניגוד

³¹⁰ בג"ץ 549/85 מנצור נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מ(2) 458, 462 (1986); ראו גם: ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 39, בעמ' 807.
³¹¹ ע"א 6066/97 עיריית תל-אביב-יפו נ' אבן אור פסגת רוממה בע"מ, פ"ד נד(3) 755, 749 (2000).
³¹² בג"ץ 6021/07 פרץ נ' שר האוצר, פסי' 4 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 20.07.2008).
³¹³ בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הועדה למינוי דיינים, פסי' 43 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 03.06.2008).
³¹⁴ בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 712 (1998).
³¹⁵ חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951.
³¹⁶ חוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984; חוק הדיינים, התשט"ו-1955; חוק הקאדים, התשכ"א-1961.
³¹⁷ חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.
³¹⁸ חוק המהנדסים והאדריכלים, התשי"ח-1958.
³¹⁹ חוק הפסיכולוגים, תשל"ז-1977.
³²⁰ חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.
³²¹ חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.
³²² חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972.

עניינים של עובדי ציבור ובכלל זה לעניין ההליך לבדיקת קיומו של חשש כאמור ולעניין גיבוש הסדרים למניעתו לפי סעיף 16(א) להצעת החוק.

סעיף 61: ביטול חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות)

בהתאם להצעת החוק, החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, יבוטל.

סעיף 62: תיקון פקודת הפרשנות

בהתאם להצעת החוק, סעיפים 16, 17, 19 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], יבוטלו.

סעיף 63: תיקון חוק הפרשנות

בסעיף זה מוצע לבטל את סעיפים 11-20 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 שכן הוראות סעיפים אלו נכללו, תוך עדכונם, בסעיפים 18-25 ובסעיפים 49 ו-50 להצעת החוק. כן מוצע לקבוע תיקון עקיף בחוק הפרשנות שלפיו הוראות סעיפים 18 עד 25 בחוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, יחולו על פרשנות כל דין, אף אם אינו עוסק בפעולה של רשות מינהלית, בשינויים המחוייבים, והכל אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון, ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראות אלה, וזאת על מנת שהוראות פרשנות כלליות אלה תמשכנה לחול גם על פרשנותם של דינים שאינם עוסקים ברשויות מינהליות, ככל שאין הוראה אחרת בעניין.

סעיף 64: תחילה

החוק המוצע מהווה הסדר כולל בתחום שרובו הוסדר עד כה בפסיקה. משום כך מוצע שתחילתו תהיה שישה חודשים מיום פרסומו, כך שעובדי הציבור, הרשויות המינהליות, בתי המשפט והציבור בכללותו יוכלו להתעמק בו ולהיערך לתחילת החלתו.

סעיף 65: תחולה

במשפטה של מדינת ישראל קיימים כיום חיקוקים רבים המסדירים סוגיות מסוימות מתחום המשפט המינהלי, אגב הסדרת סמכותן של רשויות המינהל השונות. החוק המוצע אינו בוחן כל חיקוק וחיקוק מאלה הקיימים כיום ובודק האם אותם חיקוקים עולים בקנה אחד עם העקרונות שבחוק המוצע. מלאכה שכזו הינה בלתי אפשרית. על כן כדי לשמור על יציבות המשפט הישראלי, ובדומה להסדר שעוגן בסעיף 20 לחוק חופש המידע מבקש החוק המוצע לשמור על הדין הקיים בנושא ערב תחילתו, ולהיות הסדר שיורי – יחול רק אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון בחיקוק אחר, ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה. ניתן להניח שהחוק המוצע יביא לבחינה מחדש של פרשנות שניתנה בעבר להוראותיהם של אותם חיקוקים, אך דבר זה יעשה תוך בחינה פרטנית בכל מקרה לגופו.

סעיף 66: הוראת מעבר

לפי סעיף זה על החלטות שהתקבלו לפני תחילתו של החוק המוצע ימשיך לחול הדין הקודם, וזאת כדי להבטיח ודאות, יציבות וביטחון עבור מי שהסתמכו על הדין הקודם.