



יוני 2014

הערות האגודה לזכויות האזרח לתזכיר חוק סדרי מינהל¹

ד"ר יעקב בן-שמש

תוכן

2	מבוא
6	הערות לפרק א: מטרת החוק
7	הערות לפרק ב: הגדרות
7	הגדרת עובד הציבור
13	הגדרת הרשות המינהלית
15	הערות לפרק ג: עקרונות יסוד
15	חוקיות המינהל
17	עקרון השוויון
18	העדפה מתקנת וצדק חלוקתי
19	מידתיות
20	תשתית עובדתית
21	חובת ההגינות של האזרח
23	חזקת ההגינות של האזרח
23	הערות לפרק ד: ניגוד עניינים
25	הערות לפרק ה: הנחיות מינהליות
26	הערות לפרק ו: סמכות
26	סמכויות עזר וזכויות האדם

¹ תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, פורסם על-ידי משרד המשפטים בחודש פברואר 2014.

26	פעילות גוף בהרכב חסר
26	אצילת סמכויות
29	הערות לפרק ז: פניה לרשות המינהלית
30	צורת הפניה
30	חובת הגילוי
31	הערות לפרק ח: ראיות מינהליות
31	היתר גורף לשימוש בראיות חסויות
33	הערות לפרק י': חובת השמיעה ומתן זכות עיון
35	הערות לפרק י"א: החלטות והנמקות
36	היעדרה של חובת הנמקה כללית
39	מועד מתן התשובה
40	תוצאות היעדר מענה במועד או היעדר הנמקה
41	הערות לפרק י"ב: פרסום
41	היקפה של חובת הפירסום
42	הסייגים לחובת הפירסום
42	תוצאות הפרת חובת הפירסום
43	פרסום של הצעת תקנות והצעת הנחיות מינהליות
44	הערות לפרק י"ג: תיקון וביטול החלטות מינהליות
45	הערות לפרק י"ד: עיון חוזר בהוראת מינהל
45	הערות לפרק ט"ו: פגם בהחלטה המינהלית ותוצאתו
46	הערות לפרק ט"ז: שונות
46	חזקת תקינות המינהל
48	תחולה
48	הוראת מעבר

מבוא

1. תזכיר חוק סדרי מינהל מבקש להסדיר את "החלק הכללי" של המשפט המינהלי. עד היום טרם זכה המשפט המינהלי הישראלי להסדרה כוללת בחוק. חלקים נרחבים ממנו הם פרי פסיקתו של בית המשפט העליון. חלקים אחרים הוסדרו בחקיקה

נקודתית ולא-שיטתית, כמו גם בהנחיות ובחווות דעת של היועץ המשפטי לממשלה ובהנחיות פנימיות של משרדי הממשלה השונים. הסדרים מינהליים חשובים אחרים נקבעו אגב-אורחא, תוך כדי הקמתן של רשויות ציבוריות שונות (כגון בתחום התקשורת, איכות הסביבה, או התכנון והבניה), וזאת במסגרת החקיקה המקימה רשויות אלה ומסדירה את פעולתן – הסדרה שהיא מטבע הדברים ספציפית לרשות שבה מדובר.

2. לקודיפיקציה של כללי המשפט המינהלי נודעת כמובן חשיבות רבה מבחינת הבהירות, האחידות, הקוהרנטיות והשקיפות של כללי המשפט המינהלי, לתועלת רשויות השלטון והציבור הרחב כאחד.² מבחינה זו, מדובר במפעל מבורך, שאם יושלם בחקיקה בכנסת, עשוי לשפר הן את פעולתן של רשויות השלטון והן את יכולתו של הציבור להבין את כללי המשפט המינהלי ולעמוד על זכויותיו. יחד עם זאת יש לציין שכמפעל קודיפיקטיבי, סובל התזכיר ממספר קשיים חשובים. מדובר בהצעה צנועה וחלקית בלבד, הן בהיקף הנושאים המוסדרים בה, הן באופן שבו הם מוסדרים. מבחינת היקפו של תזכיר החוק, הרי שנותרים מחוץ לתחומו מספר עניינים חשובים, ובמיוחד **עילות הביקורת השיפוטית** על המעשה המינהלי, ועיקר סוגיית **הסעדים** המשפטיים בגין הפרת כללי המשפט המינהלי. זאת ועוד, ההסדר כולו מוצע **כהסדר שיורי**, שיחול רק ככל שאין הוראה אחרת או כוונה אחרת משתמעת מנסיבות העניין.³ יש להצר על כך שמלאכת החקיקה לא התרחבה למחוזות חשובים נוספים, על מנת להשלימה כראוי למלאכה קודיפיקטיבית שלמה.

3. גם בנושאים בהם תזכיר החוק מטפל, נבחרים לעתים קרובות, מבין הדעות השונות הקיימות בפסיקה או ההסדרים השונים הקיימים בחקיקה, דווקא ההסדרים הבעייתיים יותר מבחינת ההגנה על זכויות האדם והזכות להליך הוגן. במובן זה, מדובר בתזכיר חוק **שמרני** ולעתים אף **ריאקציוני**. במיוחד ניכר הדבר בהסדרים הקבועים בתזכיר לגבי **חובת ההנמקה** של החלטות מינהליות, ו**חובת הפרסום** של הנחיות מינהליות, שלגביהן נקבעו פטורים רחבים השאובים מחוק חופש המידע, אך ללא מנגנוני האיזון והמידתיות הקבועים בחוק.

² ראו אריאל בנדור "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המינהלי" **מחקרי משפט** ט 155 (1992) (להלן: בנדור, בעיות בקודיפיקציה); דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** כרך א 70-71 (להלן: ברק-ארז).

³ סעיף 65 לתזכיר החוק (כל מספרי סעיפים שיופיעו להלן הם מתזכיר החוק, אלא אם יצוין אחרת).

4. זאת ועוד, במספר מקומות בהם מבקש התזכיר להכניס חידושים של ממש למשפט המינהלי, מדובר בחידושים שתרומתם להגנה על זכויות האדם ועל הזכות להליך הוגן מוטלת בספק. שניים מהחידושים המופיעים בהסדר המוצע מעוררים חשש ממשי לפגיעה בזכויות האדם, בזכות להליך הוגן ובשלטון החוק. מדובר **בחובת ההגינות** המוטלת לראשונה על האזרח, יחד עם חובות גילוי רחבות וגורפות, מבלי לקבוע הגנות על זכותו של הפונה לפרטיות, ובהסדר המאפשר **לרשות המינהלית עצמה** שלא לבטל החלטות מינהליות שקיבלה תוך הפרת הדין, אם היא סבורה שקיים אינטרס ציבורי מהותי המצדיק זאת. זאת, בניגוד חריף למצב הנוהג, לפיו הסמכות להפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית שמורה לבתי המשפט.

5. אופיו השמרני של התזכיר ניכר גם בכך שהוא אינו מתייחס לרבים מה**האתגרים** העומדים בפני המשפט המינהלי בימינו, או למגמות התפתחותו העתידיים. נציין כאן רק כמה מהחוסרים מרכזיים:

- תזכיר החוק אינו עוסק כלל במורכבות הרבה הצומחת מתוך **מגמות ההפרטה ומיקור החוץ** של השירותים הציבוריים, מגמות הגוברות והולכות בעשורים האחרונים. התחזקות מגמות ההפרטה של השירותים הציבוריים, סוגייה שגם זכתה לדיון מעמיק בספרות האקדמית ובפסיקת בית המשפט העליון. לצד גופי הרשות המבצעת במובן המסורתי, התפתחו בעשורים האחרונים עשרות רבות של גופים מעין-ציבוריים, הם הגופים הדו-מהותיים, המפעילים סמכויות שבעבר נשמרו לגופים ציבוריים בלבד. תופעת ההפרטה מעוררת בעיות מורכבות במיוחד ככל שמדובר בהפרטת סמכויות ציבוריות ושירותים ציבוריים, שלהם השלכה ממשית וישירה על רווחת הציבור ועל זכויותיו, כגון בתחומי הרווחה והבריאות, חינוך, תעסוקה, ושירותי אכיפה, שיטור, ואבטחה. תופעה זו מחייבת אפוא התייחסות משפטית מתאימה, ובין השאר חשוב להתייחס לסוגיית תחולת המשפט המינהלי על הגופים הדו-מהותיים ועל עובדיהם, כמו גם לסוגיית ניגוד העניינים, אצילת סמכויות וקביעת מנגנוני פיקוח ראויים שיאפשרו לרשות לפקח על הפעלת הסמכויות שהואצלו. אלא שההסדר המוצע אינו מתמודד עם אתגר משמעותי זה באף לא אחד מהמישורים שהוזכרו.

- תזכיר החוק אינו כולל התייחסות כלשהי לסוגיות של צדק בכלל, ושל **צדק חלוקתי** בפרט, לא ברמת התכליות הכלליות של הסמכות המינהלית, ולא בהקשרים קונקרטיים יותר (למשל, שיקולי צדק חלוקתי בשינוי ובביטול החלטות מינהליות).

- למרות ההתפתחות המשמעותית בתחום זכויות האדם שהתרחשה במשפט הישראלי בעקבות המהפכה החוקתית, ככלל, תזכיר החוק אינו מייחס חשיבות מספקת לסוגיית ההגנה על זכויות האדם והזכות להליך הוגן. הדבר ניכר הן בסעיפי התכלית, שאינם כוללים את ההגנה על זכויות האדם כתכלית נפרדת ומפורשת, והן בהסדרים הפרטניים, כגון בהגדרת גבולות סמכותה של רשות מינהלית, בהשפעת אצילתה של סמכות על זכויות האדם, או בהסמכה גורפת לרשויות המינהל לבסס החלטות על ראיות חסויות.

- בשנים האחרונות גוברת והולכת ההכרה בחשיבות המכרעת שיש לייחס לשיתוף הציבור בהליכים המינהליים השונים, ובמיוחד בעת קביעת קווי מדיניות בסוגיות ציבוריות חשובות. זאת, הן על מנת להגביר את הדמוקרטיה המהותית, ולשפר את הגירעון הדמוקרטי שנוצר על ידי המצב שבו גופים מינהליים שאינם נבחרים ואינם אחראים כלפי הציבור מקבלים החלטות חשובות ומכריעות; הן על מנת לשפר את החלטות המדיניות המתקבלות על-ידי הרשויות המינהליות; והן על מנת לתת מענה לבעיה שנוצרת עקב פעולתן של קבוצות אינטרסים מאורגנות היטב שמסוגלות להטות את ההליך המינהלי לטובתן (הון-שלטון). שיתוף הציבור מושג באמצעים שונים ומגוונים, החל מדוקטרינת ההסדרים הראשוניים, לפיה המדיניות הכללית, ולו בקווים מנחים, צריך שתיקבע על-ידי הרשות המחוקקת, עבור בכללים שונים המחייבים את שיתוף הציבור בהליכים מינהליים, וכלה בכללים שתכליתם להבטיח שקיפות ויכולת פיקוח של הציבור על ההליכים המינהליים. אלא שבחינת התזכיר מעלה שלמרות שהוא כולל התייחסויות חשובות לסוגיה זו, הרי שבבחינת התזכיר בכללותו לא ניתן לומר שהוא מספק מענה ראוי לסוגיית שיתוף הציבור בהליכים המינהליים. תוצאה זו מצערת במיוחד אם נזכור כי אחת התכליות החשובות של התזכיר היא הטמעת כללי המשפט המינהלי ועקרונותיו בקרב עובדי הציבור, ודומה שדווקא בסוגיה זו ההכרה בחשיבות שיתוף הציבור מחלחלת לרשויות המינהליות מעט ולאט, ורבות מהן עדיין נוטות לראות בציבור יותר אויב או מטרד מאשר שותף.⁴

⁴ דוגמה אחרונה לענין זה ניתן היה למצוא בכתבה שפורסמה בעיתון הארץ בחודש מרץ 2014, ושעסקה בנוהל אותו מגבש משרד הפנים שאמור להסדיר את סוגיית אשרות העבודה לבני זוג זרים של אזרחי ישראל. הכתבה כללה טענות ביקורת שונות כלפי הנוהל המתגבש, ובסופה הובאה תגובת משרד הפנים בזו הלשון: "הנוהל המדובר אינו הנוהל הסופי והמאושר, כי אם הטיוטה שלו הנמצאת עדיין בשלבי גיבוש ואישורים. משכך, אין בכוונתנו להתייחס כלל לסעיפיו ו/או לפרטיו וכל התייחסות בשלב זה אינה רלוונטית. לכשיאושר הנוהל הסופי ויפורסם, נוכל להתייחס לתוכנו". הנה כי כן, כל עוד נמצא הנוהל בשלבי גיבוש, תפיסת משרד הפנים היא שאין הוא חייב דין וחשבון כלפי

- בהמשך דברינו נתייחס לליקויים בהסדרי שיתוף הציבור המופיעים בתזכיר. עם זאת, דעתנו היא שלאור חשיבותה של הסוגיה, מן הראוי להקדיש חשיבה מעמיקה להסדרה מקיפה של הסוגיה בפרק מיוחד בתזכיר שיעסוק בשיתוף הציבור בהליכים המינהליים, מעבר לשיתופו בקבלת הערות על טיוטות תקנות או הנחיות. כך, ראוי לקבוע מנגנונים מבניים להתייעצות עם קהילות ייחודיות שעשויות להיות מושפעות מפעולות המינהל בסוגיה נתונה, חיוב הרשות לבצע תסקיר השפעה על הציבור במקרים המתאימים בטרם תתקין תקנות או הוראות מינהל, יצירת פורומים וקבוצות דיון – ממשיכות ווירטואליות – שיאפשרו לציבור ליטול חלק בהליכים המינהליים, וכיוצא באלה.
- לבסוף, אין בהסדר המוצע התייחסות מספקת לעידן הדיגיטלי בו אנו חיים, עידן המחשב והאינטרנט, האימייל והטלפון החכם, וחידושים טכנולוגיים אלה לא מצאו את ביטויים המספק בהסדרים הנוגעים לאופן הפניה אל הרשות, הליכי פרסום החלטות מינהליות, והמועדים הקצובים בחוק לקבלת החלטות.

נעבור עתה להערותינו הפרטניות לסעיפי ההסדר המוצע.

הערות לפרק א: מטרות החוק

6. סעיף 1(1): סעיף זה מפרט את התכליות המרכזיות של החוק, והן להבטיח הגינות, מידתיות, שקיפות, יעילות ופשטות בהליכים המינהליים. תכליות אלה כולן חשובות ומרכזיות, וראויות להיכלל בסעיף המטרה. עם זאת, תכליות ראויות אחרות אינן מופיעות בו, ובמיוחד התכלית להבטיח את ההגנה על זכויות האדם בכלל, ועל הזכות להליך הוגן בפרט, כמו גם התכלית המהותית להביא להגשמת עקרונות הצדק בכלל, והצדק החלוקתי בפרט. ייתכן שניתן ללמוד תכליות אלה מהתכליות הכלליות האחרות המופיעות בסעיף (כך, למשל, לעניין הזכות להליך הוגן, מופיע הביטוי "קבלת החלטות בהגינות"), אך מן הראוי שתכליות חשובות אלה יצוינו במפורש.

הציבור או כלפי עיתונאי המבקש להכין כתבת תחקיר בעניין, ושאינו למשרד הפנים מה ללמוד מהציבור שעשוי להועיל לו בגיבוש הנהל. ראו נעמי דרום "האם הפתרון שמתכנן משרד הפנים לזוגות מעורבים הוא מספק" **מוסף הארץ**, 6.3.2014.

7. מוצע לכלול גם את החובה הכללית לפעול בכבוד כלפי האזרח ולסייע לו באופן פעיל למצות את זכויותיו מול הרשות.

8. סעיף 1(2): סעיף זה מציין תכלית נוספת, והיא להבטיח את חוקיות פעולת המינהל, תוך שמירת האיזון בין אינטרס הציבור לבין זכויות הפרט. ניסוח זה מעורר שתי בעיות. כאמור, אין זה ראוי לקבוע את ההגנה על זכויות הפרט רק במסגרת נוסחת איזון, וראוי לקבוע אותה כתכלית עצמאית. זאת ועוד, לא ברור הקשר בין שני חלקי המשפט: ראשית, גם הגנה על זכויות האדם היא אינטרס ציבורי מהמעלה הראשונה. שנית, אין זה ברור מדוע האיזון בין האינטרס הציבורי לבין זכויות הפרט צריך להיעשות דווקא בהקשר של הבטחת חוקיות פעולת המינהל. המשמעות של צירוף העניינים היא שניתן להתפשר על הבטחת חוקיות פעולת המינהל במסגרת האיזון בין האינטרס הציבורי לזכויות, אך זוהי תוצאה לא ראויה. חוקיות פעולת המינהל צריכה להישמר בכל מקרה.⁵ האיזון בין האינטרס הציבורי לזכויות נעשה דווקא בהקשרים אחרים, הקשורים להליך ולהפעלת שיקול הדעת. ראוי, אפוא, לקבוע את ההגנה על זכויות האדם כתכלית עצמאית, ובמקביל לקבוע את התכלית של הבטחת חוקיות המינהל כתכלית קטגורית.

הערות לפרק ב: הגדרות

הגדרת עובד הציבור

9. סעיף 2 להצעה מגדיר עובד ציבור כ"עובד רשות מינהלית לרבות עובד מדינה", שוטרים, סוהרים וחייילים, וכל מי שהוענקה לו סמכות על-פי-דין. הגדרה זו צרה מדי, בהשוואה לדין הנוהג, לפסיקה בנושא ולמהות העניין. במיוחד, אין כל התייחסות

⁵ וראו לענין זה דבריו של השופט חיים כהן (בדעת מיעוט) בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות (1964): "במדינה אשר בה שולט החוק, אין שוללים זכות מאדם, ויהא הוא הפושע המסוכן ביותר והבוגד הנבזה ביותר, אלא בהתאם לחוק בלבד... לא ההיגיון ולא הכורח ולא אהבת המולדת ולא שום שיקול אחר, יהא אשר יהא, מצדיקים עשיית דין על דעת עצמו ושליטת זכות הזולת". ולאסמכתאות מהעת האחרונה ראו: "תחולתו של עיקרון חוקיות המינהל אינה מצטמצמת אך ורק למצבים שבהם פוגעת הרשות בפעולתה בזכויות יסוד של הפרט. אכן, פרט המבקש לטעון כי בפעולתה חרגה הרשות מן הסמכות המוקנה לה בדין, אינו חייב להצביע על כך שפעולתה של הרשות גרמה לפגיעה בזכויות יסוד או בזכות חוקתית, ובמקרים שונים נתקפה פעולת הרשות בבית המשפט בהתבסס על עיקרון זה, הגם שלא היו לה השלכות על זכויות אדם מוכרות, והשפעתה התמצתה בפגיעה באינטרסים" (בג"צ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (2010) פיסקה 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן; כפי שנוסיף ונפרט להלן, כשהחריגה מהסמכות עשויה להביא לפגיעה בזכות יסוד מקבלת ההקפדה על עיקרון זה משנה חשיבות ועל ההסמכה של הרשות לבצע את הפעולה להיות ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית (ראו, למשל, בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים (2004)).

בהגדרה המוצעת לשאלת מעמדם של עובדי תאגידים פרטיים וחברות כוח-אדם המבצעים תפקידים ציבוריים, סוגיה שחשיבותה גוברת והולכת לאור התחזקות מגמות ההפרטה של השירותים הציבוריים.

10. לצד גופי הרשות המבצעת במובן המסורתי, התפתחו בעשורים האחרונים עשרות ומאות של גופים מעין-ציבוריים, הם הגופים הדו-מהותיים, ושאלת תחולת המשפט המינהלי עליהם ועל עובדיהם היא כאמור אחד האתגרים המרכזיים עמם אמור המשפט המינהלי להתמודד בעת הזאת. חשיבות מיוחדת יש לשאלה זו ככל שמדובר בתאגידים או בגופים פרטיים המפעילים סמכויות שלטוניות בתחומים שיש להם השלכה ישירה על רווחת הציבור ועל זכויותיו, כגון בתחומי הרווחה והבריאות, חינוך, תעסוקה, ושירותי אכיפה, שיטור ואבטחה. כך, למשל, ורק לשם המחשת חשיבות העניין, מעל לאלף עורכי דין פרטיים משמשים כיום תובעים פליליים מטעם המדינה; קבלנים פרטיים משמשים כמעקלים מטעם ההוצאה לפועל ובתפקידי גבייה רבים אחרים מטעם הרשויות המקומיות; עובדי עמותות מפעילים מעונות נעולים של חסות הנוער ומקבלים החלטות בעניין נעילת קטין בחדר והפעלת כוח כלפיו במקרים מסוימים; וניתן למנות עוד דוגמאות רבות נוספות. אלא שההסדר המוצע כלל אינו מתמודד עם אתגר משמעותי זה, לא במישור הגדרת עובד הציבור, ואף לא במישור הגדרת הרשות הציבורית. בהתאם לסדר הדברים בחוק המוצע, בסעיף זה נייחד את הדיון להגדרת עובד הציבור, ואילו הגדרת הרשות הציבורית תידון בסעיף הבא.

11. ההגדרה המוצעת של עובד ציבור צרה יותר מהגדרת עובד הציבור בחקיקה הקיימת. כך, בסעיף 1 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 נאמר: "עובד הציבור" - עובד מדינה, עובד רשות מקומית וכן כל רשות שהוענקה לה סמכות על פי דין" (הדגשה נוספה). נוסח זה מבהיר כי על מנת שאדם ייחשב כעובד ציבור, די בכך שהוא יהיה עובד של רשות שהוענקה לה סמכות על-פי-דין. הנוסח המוצע, לעומת זאת, קובע כי עובד ציבור הוא "מי שהוענקה לו סמכות על-פי דין". אך לא הרי מי שהוא עובד של רשות שהוענקה לה סמכות על-פי דין כהרי מי שהוענקה לו סמכות על פי דין.⁶ הנוסח המוצע מותיר אפוא מקום לספק האם עובד של רשות שהוענקה לה סמכות על-פי-דין ייחשב כעובד ציבור. ראוי להסיר עמימות זו, ולהעדיף

⁶ כך, למשל, נקבע על-ידי בית המשפט העליון כי לא די בכך שסמכות מסוימת מוסדרת בדין על מנת שמבצע הסמכות ייחשב כ"מי שנושא משרה או תפקיד על-פי חיקוק", לעניין סעיף 34כד לחוק העונשין – ראו פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש בדני"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (2009).

את הנוסח שבחוק לתיקון סדרי המינהל, ובמיוחד ככל שמדובר בעובדים הממלאים תפקידים בעלי מאפיינים ציבוריים, כפי שיפורט להלן.

12. ההגדרה המוצעת צרה אף מזו המופיעה בחוק העונשין, התשל"ז-1977 למרות שהדעת נותנת שהמצב צריך היה להיות הפוך. הגדרת עובד הציבור בסעיף 34כד לחוק מרחיבה יותר, וכוללת, למשל, "עובד מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר שהממשלה משתתפת בהנהלתם, לרבות חבר מועצה או הנהלה בגופים אלה". זאת ועוד, סעיף 290(ב) לחוק מרחיב את הגדרת עובד הציבור לעניין עבירת השוחד, וכולל בה גם את מי שהוא "עובד של תאגיד המספק שירות לציבור". פרשנותו של סעיף זה נדונה בהרחבה בדנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן** (2009), שעסקה בשאלה האם מאבטח בלשכת מינהל האוכלוסין של משרד הפנים, שהועסק על-ידי חברת כוח-אדם, ושהכניס פונים ללשכה ללא תור תמורת טובות הנאה כספיות ומיניות, הוא עובד ציבור. אמנם, הדיון בסוגיה זו נערך אגב פרשנות סעיפים שונים בחוק הפלילי, אך הדברים שנאמרו שם יפים גם בהקשר של תחולת המשפט המינהלי על עובדים שאינם מועסקים על-ידי המדינה. כאמור, חשיבותה של סוגיה זו רבה במיוחד לאור מגמת ההפרטה המתרחבת של השירותים הציבוריים בישראל בעשורים האחרונים, שהביאה לידי כך שעובדים של תאגידים פרטיים ממלאים תפקידים בעלי מאפיינים ציבוריים מובהקים, כגון הפעלת סמכויות אכיפה (כפי שהיה הדבר בפרשת כהן).

13. הרחבת תחולת המשפט המינהלי גם על עובדים של תאגידים פרטיים וחברות כוח-אדם הממלאים תפקידים בעלי מאפיינים ציבוריים מובהקים מתחייבת מתכליתם של כללי המשפט המינהלי.⁷ יפים לענין זה, בשינויים המתבקשים, דבריה של הנשיאה ביניש בפרשת כהן. הנשיאה ביניש עומדת על הערכים העיקריים עליהם נועדו להגן האיסורים הפליליים על מתן שוחד, ערכים שעומדים גם בבסיס המשפט המינהלי כולו, והם: טוהר המידות של פקידי הציבור, פעולתו התקינה של המינהל, ואמון הציבור במערכת השלטונית (פיסקה 14). לאחר מכן, הנשיאה ביניש עומדת על מגמת ההפרטה שניכרת בשירות הציבורי הישראלי בעשורים האחרונים, ועל העברתם של תפקידים רבים בעלי נגיעה לציבור לעובדיהם של תאגידים פרטיים, ומסקנתה מכל האמור היא זו:

בכל הנוגע לתכליותיהן של עבירות השוחד והערכים עליהן הן נועדו להגן - ומבלי לנקוט עמדה באשר לתחומי משפט

⁷ אף המדינה הביעה עמדה זו, למשל בבג"ץ הפרטת בתי הסוהר, להלן.

אחרים בהם מתעוררת סוגיה זו - איני רואה מה טעם יש להבחין בין עובד הממלא תפקיד במסגרת המנגנון הציבורי, שמעסיקתו היא המדינה, לבין עובד הממלא תפקיד זהה, שמעסיקו הוא תאגיד פרטי. ביחס לשני סוגי העובדים יש להבטיח כי יפעילו את הסמכויות ה"ציבוריות" המוקנות להם ביושר ובהגינות תוך שמירה על טוהר מידות. ביחס לשני סוגי העובדים תביא שקילת שיקולים זרים על ידם בשל שוחד שניתן להם לפגיעה בתפקודו התקין של המינהל הציבורי. ביחס לשני סוגי העובדים תביא לקיחת שוחד על ידי העובד לפגיעה באמון הציבור ברשויות השלטון.⁸

14. ייתכן שאף לפי הניסוח המוצע ניתן יהיה לכלול בהגדרת עובד הציבור עובדים של תאגידים פרטיים, המבצעים תפקידים בעלי מאפיינים ציבוריים מובהקים, וזאת באמצעות פרשנות הביטוי "עובד מדינה". בפרשת כהן הובעה הדעה שביטוי זה יכול לכלול, בנסיבות מסוימות, גם מי שאינו מועסק ישירות על-ידי המדינה, אם הוא "ממלא תפקיד שמשתלב בתחומי העיסוק העיקריים של היחידה בשירות המדינה שבמסגרתה הוא עובד".⁹ אלא שעל עמדה זו חלקו, בצורה זו או אחרת, רוב שופטי ההרכב¹⁰, ריבוי דעות זה כשלעצמו מחייב את הבהרת העניין, וראוי כמובן לעשות זאת במסגרת החוק המוצע. ראוי אפוא לתת את הדעת, במסגרת ההסדר המוצע, לשאלת מעמדם של עובדי תאגידים פרטיים, ולהחיל עליהם את כללי המשפט המינהלי, ובמיוחד ככל שמדובר בביצוע סמכויות שלטוניות מובהקות, המעוררות חשש לפגיעה בזכויות האדם.

15. מצד שני, ובמסגרת גיבוש ההסדר השלם בסוגיה זו, חשוב לשוב ולהדגיש את הבעייתיות הכרוכה בהסדרת תחולת המשפט המינהלי על עובדי התאגידים הפרטיים במנותק מסוגיות רחבות יותר המתעוררות בהקשר זה, ובמיוחד במנותק ממעמדם המוחלש של עובדים אלה, ומהפגיעה המתמשכת בזכויותיהם, מציאות קשה שהמדינה ממלאה בה תפקיד מרכזי. האגודה הביעה עמדה מפורטת בסוגיה זו

⁸ פיסקה 15.

⁹ פיסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, וראו גם את עמדתן של השופטות ארבל פרוקציה בפרשה.

¹⁰ ראו עמדות השופטים נאור, לוי, ריבלין וגרוניס.

בבקשתה להצטרף כידידת בית המשפט בפרשת כהן האמורה.¹¹ האגודה לא הביעה עמדה לגופו של עניין, אך עמדה על הבעייתיות הרבה הכרוכה בהחלת חובות על עובדים אלה, ללא הזכויות מהם נהנים עובדי המדינה, ואין לנו אלא לחזור על דברינו שם:

לא ניתן לנתק את ניתוח המקרה הפרטי מההקשר הכולל שלו, ויש להתייחס לשאלת המדיניות המשפטית הראויה לגבי מעמדם של עובדי הפרטה. נוכח היקף ההעסקה של עובדי הפרטה בשירות הציבורי, והיקף הפגיעה בזכויותיהם כעובדים, כפי שתואר לעיל, הרי שלא ניתן ליצור הגדרה של "עובד ציבור" שיפה להקשר אחד (חובות העובד במסגרת המשפט הפלילי, או היחסים בין העובד לציבור שאותו אמור לשרת), אך מנותקת לחלוטין מהמציאות בהקשר אחר (זכויות העובד במסגרת דיני העבודה, או היחסים בין העובד למדינה שמפקידה בידו את מתן השירות לאותו ציבור).

במשך שנים מתנכרת המדינה לעובדי הקבלן שבשרותה ומונעת מהם הכרה ותנאים שניתנים לעובדי ציבור "רשמיים". והנה דווקא כאשר הגענו לדיני עונשין, מבקשת אותה מדינה לאמץ את עובדי הקבלן אל חיקה ולהטיל עליהם אותן חובות ואותן סנקציות המוטלות על "עובדי ציבור". דפוס העסקה העקיפה נוצר בניסיון לתת למעסיק, בענייננו - למדינה, את כל היתרונות והתועלות שניתן להפיק מזעת אפס של עובדים בשר ודם, אך זאת תוך עיקור המימד האישי והאנושי מיחסי העבודה ותוך התנערות מהחובות ו"כאב הראש", שכרוכים ב"התעסקות" עם בני אדם. בספרי התקציב ובתרבות הארגונית "החדשה" מהווים עובדי הקבלן "שירותים" או "שירותי כוח אדם", ובשיח המשפטי הפכה המדינה מ"מעסיק" ל"משתמש". אלא שעתה מסתבר, ש"שירות" או עובד חסר פנים וזהות אי אפשר לשים בבית האסורים. על כן, שעה שהגענו ל"דיני נפשות" מבקשת המדינה להחזיר לרגע את המימד האנושי שביחסי העבודה.¹²

¹¹ ראו לעניין זה את [בקשת ההצטרפות מטעם האגודה לזכויות האזרח כידידת בית המשפט בפרשת כהן](#).

¹² פסקאות 38-41 לבקשת ההצטרפות.

16. אף בפסיקה ניכרים ניצני ההכרה בכך שאין זה ראוי להטיל על עובדים של חברות פרטיות הממלאות תפקידים ציבוריים את החובות שחלות על עובדי ציבור, מבלי לאפשר להם ליהנות מהיתרונות שמקנה מעמד זה. ראוי להזכיר בהקשר זה את פסק דינה של השופטת ברק-ארז שניתן לאחרונה בפרשת **אמארה**¹³, בו הובעה הדעה, מבלי להכריע סופית, לפיה ראוי לכלול מאבטחים של גופים ציבוריים (ובמקרה זה מדובר היה במאבטח בבית חולים) תחת ההגדרה של עובד ציבור לעניין העבירה של תקיפת עובד ציבור לפי סעיף 382א לחוק העונשין, גם אם אינם מועסקים ישירות על-ידי הגוף הציבורי. זאת, בין השאר, על מנת ליצור "הרמוניה נורמטיבית... שתמנע מצב לפיו מחד גיסא עובדיה של חברת שמירה פרטית יהיו חשופים לאישומים בעבירות המוגבלות לעובדי ציבור (כפי שנעשה בעניין ברק כהן), ומאידך גיסא, לא יזכו להגנתו של המשפט הפלילי כעובדי ציבור".¹⁴

17. ההסדר המוצע אינו מתייחס מפורשות למעמדם, מבחינת תחולת כללי המשפט המינהלי, של אנשים פרטיים המבצעים תפקידים ציבוריים מבלי להיות מועסקים על-ידי תאגיד כלשהו – כדוגמת עורכי דין פרטיים שמשמשים כתובעים פליליים או חוקרי יכולת בהוצאה לפועל, קבלני ביצוע של ההוצאה לפועל, וכיוצא באלה.

18. ההסדר המוצע אינו מתייחס למעמדם, מבחינת תחולת כללי המשפט המינהלי, של גופים המקבלים סמכויות באמצעות חוזים, ולא באמצעות מעשי חקיקה, כפי שהדבר נעשה לעתים קרובות במיקור חוץ של סמכויות מינהליות. גם כאן, אין זה מתקבל על הדעת שאותו התפקיד בדיוק יפסיק להיות כפוף לכללים של המשפט המנהלי ברגע שהרשות מחליטה להוציא אותו למיקור חוץ, ויש להסדיר סוגיה זו מפורשות.

19. לבסוף, ההגדרה המוצעת אינה כוללת ממלאי תפקידים ציבוריים שאינם במעמד של עובד לפי דיני העבודה (למעט חיילים). כך, ההגדרה אינה כוללת נושאי משרה נבחרים, למרות שעל-פי מהות תפקידם, יש לראותם ככפופים לכללי המשפט המינהלי¹⁵, וראוי אפוא להוסיף קטגוריה זו להגדרה של עובדי ציבור לצורך החוק.

¹³ ע"פ 7639/13 אמארה נ' מדינת ישראל (2014).

¹⁴ פסקה 13 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

¹⁵ ראו ברק-ארז, כרך א עמ' 12.

20. ראוי גם להתייחס למעמדם, מבחינת תחולת כללי המשפט המינהלי, של יועצים חיצוניים לרשויות המינהל, אשר השימוש בהם נפוץ מאוד במערכת התכנון והשמאות, ומעורר לא פעם חשש לניגוד עניינים. לאחרונה גם נפוץ השימוש בחברות יעוץ פרטיות לתכנון מדיניות. אף את מעמדן של אלה ראוי להסדיר.

הגדרת הרשות המינהלית

21. ההגדרה המוצעת של הרשויות המינהליות עליהן יחול החוק מבוססת בעיקרה על הגדרת "רשות ציבורית" בסעיף 2 לחוק חופש המידע. לפיכך, נכללים בה כל הרשויות המינהליות המוכרות, כגון משרדי הממשלה ויחידות הסמך, חברות ממשלתיות, מערכת בתי המשפט ובתי הדין, רשויות מקומיות ותאגידים מקומיים, וכן גופים סטטוטוריים. לצד גופי הרשות המבצעת במובן המסורתי, התפתחו בעשורים האחרונים – עם התחזקות מגמות כגון הפרטה או רצון לייעל את פעולות המינהל על-ידי יצירת תאגידים ייחודיים – עשרות רבות של גופים מעין-ציבוריים, הם הגופים הדו-מהותיים, ושאלת תחולת המשפט המינהלי עליהם ועל עובדיהם היא כאמור אחד האתגרים עמם מתמודד במשפט המינהלי בעת האחרונה. אלא שההסדר המוצע כלל אינו מתמודד עם אתגר משמעותי זה. כל שהצעה כוללת לעניין גופים אלה הוא הסדר הדומה למודל שאומץ בחוק 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.

22. הסדר זה אינו מתקבל על הדעת. ראשית, גם ההגדרה של גוף מבוקר שבחוק מבקר המדינה אינה כוללת את כל הגופים הדו-מהותיים הרלוונטיים לעניין תחולת המשפט המינהלי, כפי שיפורט להלן. שנית, וזה העיקר, אין כל היגיון לאמץ בהקשר שלפנינו את ההסדר שנקבע בחוק חופש המידע. בעוד שחוק חופש המידע בא להנהיג את "מהפכת השקיפות" ולקבוע חובות חדשות ומקיפות יחסית¹⁶, ולפיכך התנה את החלתן על גופים דו-מהותיים בתהליך מורכב, לא כך הדברים במקרה שלנו. בשורה ארוכה של פסקי דין **כבר החילו** בתי המשפט חלקים נרחבים מהמשפט המינהלי גם על גופים פרטיים שונים ומגוונים, אם כי לא ניתן לומר שפותחו קריטריונים ברורים לסיווגם של גופים דו-מהותיים – אי-בהירות שמגבירה עוד יותר את חשיבות

¹⁶ ראו פיסקה 7 בפסק דינו של השופט פוגלמן בע"מ 3493/06 אלראי נ' קרן הגמלאות של חברת אגד (2007).

ההסדרה בחוק.¹⁷ אלא שההצעה כלל לא דנה בעניין זה, כי אם מסתפקת בהסדר המתנה את תחולת המשפט המינהלי על גוף פרטי בקביעה בצו בידי שר המשפטים, ואישור ועדת החוקה, חוק ומשפט. אלא שאין לדעת מתי, אם בכלל, יינתנו צווים מעין אלה, ועל מי הם יחולו, וכמובן שאין לדעת מתי, ואם בכלל, תאשר הוועדה את הצווים, אם יינתנו.¹⁸ וכל עוד לא ייקבעו הצווים האמורים, ולא יבוא עליהם אישורה של הוועדה, הרי שלכאורה לפי ההסדר המוצע, הוראות תזכיר החוק לא יחולו על הגופים הדו-מהותיים. ההסדר המוצע, אם כן, לא רק שאינו מתמודד עם האתגר החשוב ומנסה להתוות דרך, כי אם מהווה נסיגה משמעותית מהמצב הקיים.

23. סביר להניח שאם ההגדרה המוצעת תהפוך לחוק, יבחרו בתי המשפט פשוט להתעלם ממנה, ולקבוע, כפי שראוי יהיה לקבוע במצב שכזה, שאין באי התחולה בשל היעדר הצווים המתאימים כדי לשלול את תחולת המשפט המינהלי מכוח הפסיקה, ולפיכך ימשיכו בתי המשפט להחיל על גופים דו-מהותיים את כללי המשפט המינהלי, בהיקף הראוי בנסיבות כל מקרה, לאור המבחנים שפותחו בפסיקה בשאלות אלה בעשורים האחרונים. אלא שאם מטרת החוק המוצע היא להסדיר את המשפט המינהלי, ולא ליצור הסדרים רגרסיביים, הרי שתהיה זו תוצאה עגומה של טכניקה חקיקתית בעייתית. זאת ועוד, תוחמץ ההזדמנות להשליט יותר סדר ובהירות בסוגיית היקף התחולה של כללי המשפט המינהלי על גופים דו-מהותיים, סוגיה שההלכות בה אינן תמיד ברורות ועקביות.¹⁹ מוצע אפוא לקבוע הסדר מפורט ומפורש שיקבע תחולה ישירה של כללי המשפט המינהלי על גופים פרטיים הממלאים תפקידים ציבוריים, ובמיוחד כאלה המפעילים סמכויות שלטוניות שלהן השפעה על הציבור ועל רווחתו, כמו בתחומי החינוך, הבריאות, הרווחה, התעסוקה,

¹⁷ לסקירה כללית ראו ברק-ארז, כרך ג, פרק 29. ברק-ארז סוקרת את הפסיקה בסוגיית החלת חובות מהמשפט המינהלי על תאגידים פרטיים, ומציינת ש"ככלל ניכרת מגמה מרחיבה בפסיקה הנוטה להגדיר גופים רבים כדו-מהותיים, מבלי שמשמעותה של קביעה זו התבררה כל צרכה". 483.

¹⁸ ראו למשל את פסק דינו של השופט פוגלמן בבר"מ 3922/12 **ההסתדרות הציונית העולמית נ' יש דין** (2012), שם נקבע כי החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית אינה כפופה ישירות לחוק חופש המידע, למרות שמדובר בגוף ציבורי שהוא גם גוף מבוקר, וזאת משום ששר המשפטים לא קבע זאת בצו, וממילא לא ניתן אישורה של הוועדה; כך נקבע גם לענין קרן הגמלאות של חברת אגד, וגבי חברת אגד עצמה, בפרשת **אלראי**.

¹⁹ ראו ברק-ארז, ה"ש 17 לעיל. ככלל ניתן לציין שלמרות שהפסיקה מתייחסת לסוגיה זו מזה כמה עשורים, דומה שהדיון הפסיקתי לא גיבש משנה סדורה ושיטתית בסוגיה זו, וחלק גדול מפסקי הדין מאופיין בהססנות ובהירות מופלגים – שניתן להבינם בהתחשב באופייה הקזואליסטי של הפסיקה, וחשוב אם כן לא להחמיץ את ההזדמנות לקבוע הסדר מקיף בסוגיה על דרך של חקיקה.

הקצאת משאבים ציבוריים, וסמכויות שיטור, אבטחה ואכיפה.²⁰ עוד ראוי לכלול גופים מייעצים שאינם גופים סטטוטוריים, אך המאפיין המרכזי של פעולתם הוא מאפיין ציבורי (כגון, למשל, ועדת סל התרופות, שהיא גוף מייעץ לשר הבריאות, לגביה נקבע שלמרות שאין היא גוף סטטוטורי הרי שהיא כפופה לכללי המשפט המינהלי²¹). במסגרת גיבושו של ההסדר המפורט, יש לתת את הדעת לשאלת היקף ההחלה של כללי המשפט המינהלי על גופים אלה.

24. להסדר מפורש מעין זה חשיבות מיוחדת אם נזכור, שההסדר הקבוע בחוק מבקר המדינה – אליו מפנה הנוסח המוצע – אף אינו כולל את כל הגופים שראויים להיכלל תחת הקטגוריה של גופים דו-מהותיים לעניין תחולת כללי המשפט המינהלי. במיוחד יש לציין שגופים פרטיים עשויים למלא תפקידים ציבוריים במהותם (אותם תפקידים שלטוניים במקורם שהופרטו) מבלי שיקבלו תמיכה מהמדינה.

הערות לפרק ג: עקרונות יסוד

חוקיות המינהל

25. סעיף 3 מסדיר בחוק את עקרון חוקיות המינהל, הקובע שרשות מינהלית מוסמכת לבצע רק את אשר הוסמכה לבצע בחוק או על-פיו. בכך מסדירה ההצעה עקרון המושרש היטב במשפט המינהלי הישראלי מראשיתו²², עקרון שאף מצא את עיגונו החקיקתי, ככל שמדובר בפעולות מינהליות שפוגעות בזכויות האדם, גם במסגרת תנאיה של פיסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – הדרישה שהפגיעה תהיה בחוק או על-פיו. עם זאת, אין בהצעה כל התייחסות

²⁰ וראו לעניין זה גם את סקירתו המשווה של פרופ' איל בנבנישתי במאמרו "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" **משפט וממשל** ב 11 (1994), הסוקר את החלת כללי המשפט המינהלי על גופים פרטיים במדינות אחרות: "בצרפת, למשל, ההלכה היא שתאגידים המספקים שירותים לציבור מכוח זיכיונות שהעניקה להם המדינה, כגופים להוראות הדין המינהלי בכל הקשור להספקת שירותים אלה. גם גופים פרטיים אחרים, המבצעים תפקידים ציבוריים מכוח הסכם עם הרשות או בהרשאתו, כמו גופים המספקים שירותי בריאות, ואף חברת התעופה Air France, מוגדרים, לעניין תפקידים אלה, כגופים מינהליים שעליהם חל הדין המינהלי." ובהמשך "גם פעולות המתבצעות מכוח העברה סמויה או העברה במחדל של תפקידים, ראויות להיבחן על-פי קריטריונים של הדין המינהלי" (עמ' 19-20).

²¹ ראו פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל (2008): "אין חולק כי על ועדת הסל לפעול בסבירות, בהגינות, בענייניות ובשוויוניות, תוך קיום הליך מינהלי תקין".

²² ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה (1949).

לשתיים מההתפתחויות החשובות והמשמעותיות בסוגיית הסמכות המינהלית: הראשונה היא הקביעה לפיה לעניין הפגיעה בזכויות האדם, ההסמכה צריכה להיות ברורה ומפורשת; והשנייה היא הדרישה לפיה יש להימנע מהסמכה כללית המקנה לרשות המינהלית שיקול דעת רחב ובלתי מונחה, וכי ראוי שההסדרים הראשוניים ייקבעו על-ידי הרשות המחוקקת. עקרון זה, במובנו החוקתי המלא, מופנה אמנם לרשות המחוקקת, ולפיכך אין מקומו בחוק סדרי המינהל. אולם לעקרון ההסדרים הראשוניים נודעת גם משמעות פרשנית לעניין תחמת היקף הסמכות המינהלית, ולפיכך, כפי שנבהיר להלן, ראוי לכלול התייחסות אליו גם בהצעה הנוכחית.

26. הסמכה לפגיעה בזכויות: ההלכה, לפיה כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם ההסמכה צריכה להיות ברורה ומפורשת, מושרשת היטב במשפטנו, והיא נקבעת אף בטרם נחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם.²³ הלכה זו משקפת הן את ההכרה במרכזיותן של זכויות האדם במשפט הישראלי, והן את החשש המוגבר מניצולה לרעה של סמכות מינהלית באופן שתיפגענה זכויות יסוד. מן הראוי אפוא לקבוע הלכה זו באופן ברור ומפורש גם בהסדר המוצע. ייתכן שאף ראוי לאמץ ניסוח תלוי-הקשר, על-פי העיקרון שהוצע על-ידי הנשיאה ביניש בפרשת **המפקד הלאומי**, לפיו מידת ההקפדה על דרישת ההסמכה המפורשת תגבר ככל שתגדל חשיבותה של הזכות שעשויה להיפגע, ועוצמת הפגיעה בה.²⁴

27. הסדרים ראשוניים: בשורה של פסקי דין הביע בית המשפט העליון חוסר נחת ממצאות שבה לרשויות מינהליות מוענקות בחקיקה סמכויות גורפות, ללא קביעת עקרונות בסיסיים או אמות מידה שינחו את הפעלת שיקול הדעת המינהלי, והביע את העמדה שזוהי צורת הסמכה לקויה, שעשויה לעלות כדי אי-חוקיות שמובילה לבטלות.²⁵ החובה לעגן בחקיקה את ההסדרים הראשוניים החולשים על הפעלתה של הסמכות המינהלית מתבקשת ממספר שיקולים: כדרך לצמצם את "הגירעון

²³ ראו, למשל, בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר (1980).

²⁴ פסק דינה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2008). אמנם בפרשה זו נותרה הנשיאה ביניש בדעת מיעוט, אך פסיקה מאוחרת יותר אימצה את העיקרון שהוצע על-ידה. ראו, למשל, בג"ץ 1800/07 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה** (2008).

²⁵ כך, בבג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון** (1998) פסל בית המשפט את התקנות שמכוחן הופטרו בחורי ישיבות שתורתם אומנותם משירות צבאי, בנימוק שרשות מינהלית אינה רשאית להכריע בסוגיה זו, שראויה להתייחסותו המפורשת של המחוקק. לתיאור התפתחות הפסיקה בסוגיית ההסדרים הראשוניים ראו **ברק ארז**, כרך א 135-139.

הדמוקרטי" הנוצר כאשר הכרעות בעלות חשיבות ציבורית מכרעת מתקבלות בהליכים מינהליים; כאמצעי פיקוח על הפעלת הסמכות המינהלית על-ידי הרשות המחוקקת, והציבור בכללותו; וכדרך (חלקית) להתמודד עם הסכנה של הטיית ההליך המינהלי לטובתן של קבוצות אינטרס מאורגנות היטב (תופעות מסוג קשרי ההון-שלטון).

28. אמנם, אין מקום לקבוע את עקרון ההסדרים הראשוניים במשמעותו **החוקתית** בהצעה הנוכחית, שכן ככזה, אין הוא מופנה אל הרשות המינהלית, כי אם אל הרשות המחוקקת, ודורש ממנה להימנע מהסמכות רחבות וגורפות, ולקבוע בחקיקה ראשית אמות מידה מנחות להפעלת שיקול הדעת המינהלי. אולם, לעקרון ההסדרים הראשוניים נודעת גם משמעות **פרשנית**, וזהו למשל השימוש שנעשה בו בפרשת **רובינשטיין**²⁶, שם עשה הנשיא ברק שימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים על מנת לצמצם את היקף הסמכות של שר הביטחון מכוח חוק שירות הביטחון, ולקבוע כי סמכות זו אינה כוללת, למשל, את דחיית השירות לבחורי ישיבות שתורתם אומנותם. הלכה זו סוייגה בהמשך בפרשת **שיח חדש**²⁷, שם נקבע כי הסמכות המינהלית תפורש באופן מרחיב, שכולל את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים, במקרים בהם עולה מהחקיקה המסמיכה כוונה להסמיך כך את הרשות המינהלית. ראוי אפוא לעגן הלכה פרשנית זו בהסדר המוצע, ולקבוע כי סמכות מינהלית לא תפורש ככוללת את הסמכות להסדיר סוגיות בעלות חשיבות עקרונית שראוי שיוסדרו בחקיקה ראשית, אלא אם משתמעת מהחוק המסמיך כוונה אחרת.

עקרון השוויון

29. חובת השוויון, החלה מזה שנים רבות על כל פעולות המינהל מכוח הפסיקה, מוסדרת בסעיף 4(ב), ואילו סעיף 4(ג) קובע כי לא יראו הבחנה מותרת כפגיעה בשוויון. "הבחנה מותרת" מוגדרת, בהמשך הסעיף, כיחס שונה שנובע מהבדל רלוונטי, ומוצדק על בסיסו. קריטריון ההבחנה המותרת אמנם משמש בפסיקה בניסיון להבהיר את מובנה של דרישת השוויון, אך יש לציין שהניסיון להבחין בין הבחנה מותרת להפליה פסולה מעורר בדיוק את אותם הקשיים המושגיים שאותם

²⁶ בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון (1998).

²⁷ בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות (2002) (להלן פרשת שיח חדש).

הוא בא לכאורה לפתור.²⁸ מנגד, הקביעה שההבדל צריך גם שיהיה נוגע לעניין, וגם להצדיק את היחס השונה, חשובה, שכן יש בה כדי להבהיר שלא די להצביע על הבדל רלוונטי, אלא נדרש גם שההבדל הרלוונטי יצדיק, מבחינת משקל ומידתיות, את היחס השונה. בכך ניתן למצוא עיגון לקביעתו של בית המשפט העליון לפיה גם קריטריון רלוונטי צריך שיקבל את משקלו הראוי, ולא מעבר לכך. כך, למשל, גם במקום שבו ניתן להתייחס לקריטריון של גודלה של עמותה, או לקריטריון של שירות צבאי, כקריטריון רלוונטי לצורך הטבה מסוימת, יש לתת להם משקל בהתחשב, בין השאר, במהותה של ההטבה ובתכליתה, ובקריטריונים רלוונטיים אחרים.²⁹ עם זאת, בשל חשיבותו של העיקרון, ראוי לקבוע אותו בסעיף **בלשון מפורשת**.

30. לעומת זאת, החידוש המשמעותי המופיע בסעיף 4(ד) עשוי לגרום נזק של ממש לדיני השוויון המינהלי וראוי לשנותו. סעיף זה קובע, כי במקרה בו קיבלה הרשות החלטה מינהלית שתוצאתה העדפה על-בסיס עילות ההפליה הקבוצתיות הקלאסיות (מין, גזע, דת, וכיוצא באלה), הרי שיהיה על הרשות להראות בכל הליך משפטי או מעין משפטי, כי מדובר בהבחנה מותרת בנסיבות העניין. כפי שדברי ההסבר מבהירים, סעיף זה בה לטפל באותן הבחנות "חשודות", דהיינו הפליות קבוצתיות שהן הגרעין הקשה של דיני השוויון בארץ ובעולם (ובכלל זה במשפט הבינלאומי). אך ראוי לתהות: אם הצעת החוק מכירה בכך שמדובר בהבחנות חשודות, מדוע היא מכשירה אותן מראש, ורק מטילה את נטל הראיה על הרשות להוכיח שמדובר בהבחנה מותרת אם וכאשר יינקטו הליכים שיפוטיים או מעין שיפוטיים? לאור החומרה היתרה שבהפליה על רקע קבוצתי, ראוי לקבוע דווקא **חזקה הפוכה**, שתאסור **מראש** קבלת החלטות מינהליות שתוצאתן היא הפליה חשודה, אלא במקרים בהם הרשות שוכנעה כי ההבחנה החשודה היא הכרחית ומידתית. בנוסף, ראוי לקבוע מנגנון פיקוח על החלטות מעין אלה, כגון הדרישה שהרשות תפרסם את טעמיה להחלטה.

העדפה מתקנת וצדק חלוקתי

31. התזכיר אינו כולל התייחסות מפורשת לסוגיית ההעדפה המתקנת, לשיקולים של צדק חלוקתי או לשיקולים של פלורליזם בהקצאת משאבי הציבור. לאור ההתפתחות

²⁸ ראו לענין זה **ברק-ארוז**, כרך ב עמ' 688-686.

²⁹ ראו בג"ץ 3792/95 **תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות** (1997); בג"ץ 11956/05 **בשורה נ' שר הבינוי והשיכון** (2006).

שחלה בסוגיות אלה בשנים האחרונות בספרות, בחקיקה ובפסיקה³⁰, חשוב להתייחס לסוגיות אלה מפורשות. ראשית, מוצע לקבוע שלא יראו בהסדרים של העדפה מתקנת או בשיקולים של צדק חלוקתי פגיעה בשוויון; שנית, מוצע לקבוע חובה מפורשת על הרשות, בעת שהיא מקבלת החלטות שעניינן חלוקת משאבי ציבור, להתחשב גם בהשפעותיה החלוקתיות של ההחלטה, ובפרט ככל שמדובר בקבוצות בחברה שסבלו מקיפוח בתחומים שבהם עוסקת ההחלטה. כדברי השופט זמיר בפרשת **התנועה המסורתית**:

בחברה דמוקרטית זכות היא לקבוצות שונות בציבור, לרבות קבוצות מיעוט דחוי, לבטא את עצמן בתחום התרבות, הדת והמסורת, כל קבוצה בדרכה. איש באמונתו יחיה. לא זו בלבד. יתרון הוא גם לחברה, שיש בה מגוון של תפיסות, אורחות חיים ומוסדות. המגוון מעשיר. הוא מבטא מציאות חיים; הוא תורם לשיפור החיים; הוא נותן משמעות מעשית לחופש. החופש הוא בחירה. ללא אפשרות של בחירה בין דרכים שונות, החופש של אדם לבחור את דרכו הוא רק מליצה. זה עיקרו של הפלורליזם, שהוא מרכיב חיוני ומרכזי של חברה דמוקרטית לא רק במישור הפוליטי, אלא גם במישור התרבותי, לרבות במישור הדתי: מגוון של דרכים ואפשרות לבחור ביניהן.³¹

מידתיות

32. סעיף 5 מעגן את עיקרון המידתיות החוקתי, על שלושת מבחני המשנה שלו, כפי שפורשו בפסיקה. ראוי לציין שההסדר המוצע עדיף על הפרשנות הרווחת בפסיקה לעניין התנאי השני של המידתיות. לפי הפרשנות הרווחת, על מנת לעמוד בתנאי השני, די לה לרשות להראות שלא קיימת דרך אחרת, פוגענית פחות, להשיג את התכלית שהציבה לעצמה. לא מוטלת על הרשות החובה לנקוט בדרך פוגענית פחות במקרה שבו דרך זו מגשימה את התכלית בצורה פחותה או יעילה פחות. על

³⁰ לסקירה ראו **ברק-ארז**, כרך ב עמ' 702-710; פרשת **שיח חדש**; ע"א 229/10 **שילר נ' מינהל מקרקעי ישראל** (2014).

³¹ בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות** (1999), פסקה 29 לפסק הדין.

פרשנות זו נמתחה ביקורת.³² ההסדר המוצע גמיש יותר, ודורש מהרשות, במסגרת התנאי השני של המידתיות, לבחון חלופות ראויות אחרות "בנסיבות העניין ובהתחשב באינטרס הציבורי". כפי שמפורש בדברי ההסבר, יש בכך כדי להטיל חובה על הרשות, בנסיבות המתאימות, לפעול באופן שפגיעתו בזכויות פחותה, אפילו אם היא יעילה פחות מבחינת הגשמת התכלית הציבורית.

תשתית עובדתית

33. סעיף 6 מעגן את חובתה של הרשות לבסס החלטותיה על תשתית עובדתית מתאימה ומספקת. מוצע להוסיף חובה על הרשות המינהלית לשוב ולשקול את עמדתה עם השתנות מהותית בתשתית העובדתית. בנוסף, מבחינה עניינית, ההסדרים הקבועים בסעיף 31(ד) ו-ה) הם המשך של סעיף 6, וראו דיון בסעיפים אלה להלן.

34. כחלק מביסוסה של תשתית עובדתית ראויה, ובמסגרת קידום התכלית הדמוקרטית של שיתוף הציבור, מוצע לקבוע חובה לערוך תסקיר השפעה חברתית בעת גיבוש תקנות או החלטות בעלות השלכה רחבה. תסקיר זה יכלול: פגיעה בזכויות אדם, שיקולים של צדק חלוקתי, השלכה על אנשים המתמודדים עם עוני, השלכה על קבוצות מיעוט וקבוצות תרבותיות שונות, השלכות מגדריות וכל נושא אחר שנמצא כראוי לבדיקה. התסקיר יפורסם לציבור.³³

35. ראוי לקבוע, כחלק מחובת איסוף התשתית העובדתית, גם את החובה לשמור על ראיות בצורה הולמת, המגנה על זכותו של האזרח לפרטיות ולהליך הוגן. בין השאר ראוי לקבוע חובת ניהול תיק מסמכים מסודר לגבי כל פניה, וכן לקבוע כי אובדן ראיות שנעוץ בהתרשלות של הרשות לא יפגע בעניינו של האזרח.³⁴

36. במקרים מתאימים יש לקבוע חובה אקטיבית על הרשות לפנות לאזרח ולעודדו להשיג ולהגיש ראיות שיש בהן כדי לשפר את מצבו, כמו גם חובה על הרשות

³² ראו יעקב בן-שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה – בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" **משפט וממשל** י 47, 59-61 (2006); וראו את עמדתו של השופט לוי בבג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2012), פסקה 23 לפסק דינו.

³³ וראו לעניין זה מאמרה המקיף של חני אופק-גנדלר "תסקיר השפעה על הקהילה ככלי להשמעת קולות מושתיקים בחברה מושושעת" **משפט וממשל** יא (2007) 195.

³⁴ לדיון מקיף ראו איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** (2013) 664.

במקרים המתאימים לאסוף ראיות רלוונטיות מיוזמתה. בין השאר, בנסיבות המתאימות, ובמיוחד כשמדובר באוכלוסיות מוחלשות הסובלות מפערי ידע, קשיי שפה וכיוצא באלה, ושאינן שולטות ברזי ההליך המינהלי, יש לקבוע חובה לברר עם האזרח, בשיחה, מדוע לא השלים את הגשת ראיותיו, בטרם תידחה פנייתו.³⁵

37. מוצע לקבוע, כי במצב בו אין ראיות ברורות לכאן או לכאן, או שיש ראיות הפוכות שוות משקל, ייהנה הפונה מן הספק.³⁶

חובת ההגינות של האזרח

38. חידוש משמעותי במשפט המינהלי מופיע בסעיף 9 לתזכיר, הנושא את הכותרת "הגינות בפניה לרשות מינהלית", ומטיל על האזרח הפונה אל הרשות חובת תום-לב. הסעיף אינו מפרט את טיבה של חובת תום הלב. בהמשך, בסעיף 30, מוטלת על הפונה לרשות מינהלית החובה לגלות, במסגרת פנייתו, "את מלוא העובדות הנוגעות לעניין, המצויות בידיעתו". חובת הגילוי היא אם כן חלק מחובת ההגינות, אך חובת ההגינות הכללית הקבועה בסעיף 9 היא רחבה הרבה יותר. מדובר אם כן בחידוש משמעותי, וברמה הערכית ייתכן שמדובר בחידוש ראוי.³⁷ אולם, בצורתו הנוכחית, מעורר סעיף 9 מספר קשיים.

39. ראשית, בדברי ההסבר לסעיף 9 נאמר כי בית המשפט העליון "קבע חובת הגינות כללית המוטלת על הפונה לרשות מינהלית", ודברי ההסבר מפנים לדבריו של השופט זמיר בפרשת **קונטרם**.³⁸ אולם עיון בפסק הדין מלמדנו שזהו תיאור לקוי של פסק הדין. דעתו של השופט זמיר, לעניין חובת ההגינות, הייתה דעת יחיד. השופט חשין הסתייג נחרצות מקביעת חובת הגינות שכזו. לשיטתו, נקודת המוצא היא חירותו של האזרח לפעול ללא חובות ומגבלות, למעט חובות עשה מצומצמות ומוגבלות בהיקפן. הטעם להטלת חובת ההגינות על הרשות, ועל הרשות בלבד, נעוץ בכוחה העודף של הרשות אל מול כוחו של האזרח: "היחיד והשלטון אינם שווי

³⁵ שם, 665.

³⁶ שם, 681.

³⁷ כך למשל, פרופ' ברק-ארז, לאחר שהיא סוקרת את המגמות האחרונות בפסיקה בסוגיה זו, מביעה בזהירות את הדעה, לפיה ייתכן ש"הגיעה העת להכיר בחובת הגינות כזו גם כחלק מן המשפט המינהלי עצמו", כרך א עמ' 284.

³⁸ בג"ץ 164/97 קונטרם נ' משרד האוצר (1998).

זכויות, אינם שווי כוחות, ואינם שווי מעמד".³⁹ חובת ההגינות של השלטון כלפי האזרח נדרשת על-מנת להגביל כוחו של השלטון, שלא יפגע בפרט וכביד עליו. אין צידוק דומה להטלת חובת הגינות על הפרט כלפי השלטון. הנשיא ברק, אף שהוא היה מוכן להכיר בחובות גילוי רחבות מעט יותר, אף הוא הסתייג מקביעת חובת הגינות כללית על האזרח. לשיטתו של הנשיא ברק, חובת ההגינות המוטלת על הרשות המינהלית מעוגנת בהיותה של הרשות נאמן של הציבור. לפיכך, מסקנתו היא ש"אין להטיל חובת הגינות כללית של הפרט כלפי השלטון, שכן הפרט אינו נאמן של השלטון, ואינו אמור לפעול לרווחתו. מתפיסת האמנה החברתית מתבקשת חובת הגינות כללית של השלטון כלפי הפרט ולא של הפרט כלפי השלטון. אין סימטריה בין חובת הפרט לחובת הרשות".⁴⁰ המסקנה המתבקשת מהדברים היא שההלכה הנוהגת אינה מטילה חובת הגינות כללית. אמנם, ההלכה הנוהגת, הן בפרשת **קונטרם** והן בפסקי דין אחרים⁴¹, מטילה חובות גילוי מסוימות על האזרח הפונה לרשות, אך חובה זו מעוגנת כאמור באופן מפורש בסעיף 30 להצעה, ולפיכך ספק אם יש מקום לחובת ההגינות הכללית הקבועה בסעיף 9.

40. אך אף אם נאמר שיש מקום, מבחינה ערכית והצהרתית, לקבוע חובת הגינות על האזרח, הרי שההוראה הכללית והעמומה בסעיף 9 איננה מתאימה. אין בתזכיר החוק כל התייחסות לחששות שהעלו השופטים חשין וברק, כי אם להיפך: חובת ההגינות מנוסחת בלשון כוללנית, רחבה ועמומה, ללא פירוט מספיק של תוכן חובת ההגינות, ללא סייגים אפשריים לה, וללא פירוט הסנקציות אותן תוכל הרשות להפעיל במקרה של הפרת חובת ההגינות. בכך נפתח הפתח לשלילת זכויות, שירות או הליך הוגן מטעמים שאינם מפורטים דיים. אין גם התייחסות לחששו של השופט חשין שהטלת חובת הגינות על האזרח תחליש עוד יותר את מצבו הנחות ממילא כלפי הרשות. על מנת להתמודד עם חששות אלה, ראוי לפרט מה משמעותה של חובת ההגינות ותום הלב⁴², מהן הנסיבות שבהן הפרט יהיה משוחרר ממנה, כגון אם

³⁹ פיסקה 25 לפסק דינו של השופט חשין.

⁴⁰ פיסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁴¹ ראו הסקירה אצל ברק-ארוז, כרך א עמ' 281-282.

⁴² ראו לעניין זה הדיון אצל ברק-ארוז בהיקפה של חובת ההגינות מעבר לחובת הגילוי, בהקשרים של עשיית דין עצמית, הקלטה של הליכים מינהליים, או סוגיות של השתק, כרך א עמ' 283-284.

מתקיימים טעמים מיוחדים הקשורים בפרטיות⁴³, ובמיוחד מהן התוצאות האפשריות של הפרתה של חובת ההגנות. בהקשר זה ראוי לקבוע, לכל הפחות, שלא יהיה בהפרתה של חובת ההגנות כשלעצמה על מנת לשלול מהאדם כל זכות או שירות המגיעים לו על-פי דין.

חזקת ההגנות של האזרח

41. לצד חובת ההגנות ובצמוד לה, ראוי לקבוע גם את חזקת ההגנות של האזרח. ראוי שנזכור כי השופט זמיר גוזר את חובת ההגנות מתפיסת יחסי השלטון והפרטים כיחסי שותפות ונאמנות הדדית. כדבריו: "אני רוצה לראות את המדינה כשותפות. כמובן, לא שותפות במובן של המשפט הפרטי, אף לא שותפות כיחס משפטי, אלא שותפות כתפיסה רעיונית, שתבוא במקום התפיסה של המדינה כשלטון".⁴⁴ על מנת לתת תוקף מלא לתפיסה זו, ראוי לקבוע כי חזקה על האזרח שפנה אל הרשות שעשה זאת בהגנות ובתום לב, וכי על הרשות המינהלית לנהוג בו ובפנייתו בהתאם לחזקה זו. זאת, על מנת למנוע מצבים בהם האזרח נתפס על-ידי הרשות כחשוד מראש, אלא אם יוכיח אחרת.⁴⁵ את חזקת ההגנות של האזרח ניתן לגזור גם באופן עצמאי מקביעת חובת ההגנות, למשל מתפיסת הרשות כנאמן של הציבור או מעקרונות יסוד בדבר כבוד האדם.

הערות לפרק ד: ניגוד עניינים

42. סוגיית ניגוד העניינים זוכה להסדר מקיף בפרק ד, המגדיר את מצבי ניגוד העניינים – האישי והמוסדי – וקובע את הכללים שנועדו למניעתם או לצמצומם. גם כאן, הבעיה המרכזית בהסדר המוצע היא מה שאין בו, והוא **ניגוד העניינים המובנה** המתעורר באופן אינהרנטי כתוצאה מהליכי הפרטה ומיקור חוץ, בין התכליות הציבוריות של

⁴³ ולעניין זה ראו גם הדיון בהמשך, בהערות לסעיף 30 לתזכיר, שעוסק בחובת הגילוי.

⁴⁴ פסקה 44 לפסק דינו של השופט זמיר.

⁴⁵ וראו למשל בג"ץ 566/11 **ממט-מגד נ' משרד הפנים** (2014), בו לא חסכו שופטי ההרכב את ביקורתם על טיעוני המדינה בדבר חששות לסחר בילדים או ניצול נשים, וזאת בהיעדר כל בסיס קונקרטי לחשדות אלה במקרה של העותרים או במקרים דומים להם (פסקה 40 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; פסקאות 22-23 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; פסקה 3 לפסק דינו של השופט דנציגר). ראו גם דבריה של ח"כ עדי קול לגבי התנהלותו של משרד הפנים בסוגיית הסדרת מעמדם של בני זוג זרים של אזרחים ישראלים: "בכל התהליך יש חזקה הפוכה לבתי המשפט – כאילו אנשים שבאים הם בחזקת אשמים. אנחנו מתייחסים לאנשים כאילו הם באים לגנוב משהו" (הארץ, **אזרחים סוג ב1**, 14.3.7).

הסמכות שהופרטה לבין אינטרסים פרטיים, ובראש ובראשונה אינטרסים כלכליים של גורמים פרטיים להפחית את הוצאותיהם ולהגדיל את רווחיהם. סכנת ניגוד העניינים עשויה להיות חריפה במיוחד בהיעדר מנגנוני פיקוח מתאימים, או כאשר מערך התמריצים הכלכליים קושר את הרווח בביצועים. עמדה על כך השופט דורנר בפרשת **עמותת תנו לחיות לחיות**, בה סמכות מינהלית (דילול אוכלוסיית חתולי הרחוב באמצעות המתתם) הועברה לידי גוף פרטי שפועל למטרות רווח:

סמכות זאת הופקדה, בעיקרה, בידי חברה פרטית, הפועלת ממניעי רווח. הגם שלא הוצג בפנינו ההסכם שנערך עם החברה, הדעת נותנת... כי לחברה אינטרס כלכלי להפגין פעילות, כלומר, לצוד חתולי-רחוב ולהשמידם. אנשיה מצוידים בכמות גדולה של סמים וניתנת להם יד חופשית לעשות בהם שימוש... ההמתה נעשית הרחק מעיני הרשות המוסמכת – בסביבה שלא ניתן בהכרח לנטר את הנעשה בה, ולא במתקן ייעודי של הרשות המקומית תחת עיניהם הפקוחות של הוטרנירים הרשתיים... יכולתם של הוטרנירים הרשתיים, ולא-כל-שכן של הגופים שלהם הם כפופים, לפקח על פעילות החברה מוגבלת מאד.

והנה, אצילת סמכות שלטונית לגוף פרטי, כמו אצילת סמכות בכלל, הינה פסולה אם היא מעוררת חשש סביר לניגוד עניינים, ובמיוחד ניגוד בין התכליות הציבוריות של הסמכות לבין אינטרסים פרטיים, לרבות אינטרסים כלכליים, של הגוף הנאצל.⁴⁶

43. נשוב לעניין זה בהערותינו ביחס לסוגיית הקשר בין אצילת סמכויות מינהליות לבין תהליכי ההפרטה, אך נסכם עניין זה ונאמר שראוי לכלול במסגרת ההסדר העוסק בניגוד עניינים התייחסות מפורשת לבעייתיות המיוחדת המתעוררת בהקשרים של הפרטת סמכויות מינהליות, ובכלל זה לתת את הדעת לסוגיות של פיקוח, שקיפות,

⁴⁶ בג"ץ 4884/00 **עמותת תנו לחיות לחיות נ' מנהל השירותים הוטרניריים** (2004), פסקאות 14-15. ניגוד עניינים דומה עשוי להתעורר למשל גם כשהתשלום לחברת הגבייה הפרטית נקבע כאחוז מסוים מסכום החובות אותם היא מצליחה לגבות. ראו למשל לעניין זה את נייר העמדה מטעם מרכז המידע והמחקר של הכנסת: **העסקת חברות גבייה פרטיות ברשויות המקומיות** (2012), והביקורת שנמתחה שם על הליכי הגבייה הפוגעניים. ועוד ראו לעניין זה את דו"ח האגודה לזכויות האזרח העוסק בהפרטת סמכויות הקשורות בפעולות שיטור ואכיפה: **חוק וסדר בע"מ: ההפרטה של אכיפת החוק בישראל** (האגודה לזכויות האזרח, 2013) – להלן: **חוק וסדר בע"מ**.

ביקורת ציבורית ותמריצים כלכליים, שמטרתם לצמצם את ניגוד העניינים המובנה שמעוררת ההפרטה של הסמכויות המינהליות.

הערות לפרק ה: הנחיות מינהליות

44. ההסדר המוצע קובע כי רשות מינהלית תהיה **רשאית** לקבוע הנחיות פנימיות לצורך הפעלת סמכויותיה. אלא שלאור חשיבותן של הנחיות פנימיות לאחידות ולשוויון, לצפיות ולוודאות, לשקיפות, להגינות וליעילות של ההליכים המינהליים, ראוי לקבוע את קביעת ההנחיות **כברירת מחדל**. במילים אחרות, ראוי לקבוע כי רשות מינהלית תהיה חייבת לקבוע הנחיות פנימיות לצורך הפעלת סמכותה, אלא אם קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים שלא לקבוע הנחיות.

45. לכל הפחות ראוי לקבוע חובה לקבוע הנחיות בנושאים שבהם הפסיקה והחקיקה הכירו זה מכבר בחובה שכזו, כגון החובה שנקבעה בפסיקה לקבוע הנחיות פנימיות כאשר מדובר בסמכות הקצאה של משאבים מוגבלים,⁴⁷ כאשר מדובר בנושאים שהשפעתם על הציבור רבה ושהם הפעלת הסמכות ללא קביעת הנחיות עלולה לעורר חשש ממשי של שרירות מינהלית, כגון בסוגיות הקשורות בענייני מינהל האוכלוסין, הגירה ומעמד בישראל⁴⁸, או החובה הרחבה יחסית שנקבעה לאחרונה לעניין מתן רישיונות והיתרים, או בהפעלת סמכויות אכיפה וענישה בפרשת זנו:

בית משפט זה עמד על כך – בהקשרים שונים – כי רשות מנהלית אינה יכולה להפעיל את סמכותה ללא אמות מידה ברורות, ענייניות ושוות... דברים אלו יפים המה מקום בו מדובר בהענקת היתר או רישיון כלשהו... כל שכן כאשר רשות הרישוי פועלת לפסלו.⁴⁹

לצד קביעת החובה כברירת מחדל, ניתן לקבוע סייגים אפשריים לחובה זו. ראוי לקבוע **חובת הנמקה**, שתימסר לאזרח, בכל מקרה של סטייה מהנחיות.

⁴⁷ ראו בג"ץ 59/88 **צבן נ' שר האוצר** (1989) לענין החובה לקבוע הנחיות וקריטריונים לחלוקת תקציבי תמיכות. הסדר זה עוגן בהמשך בחקיקה, בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב.

⁴⁸ בית המשפט העליון עמד על חשיבות קביעת ההנחיות על-ידי משרד הפנים בשורה של פסקי דין, ראו למשל דנג"ץ 8916/02 **דימיטרוב נ' משרד הפנים** (2003); וראו לעניין זה גם עת"ם (י-ם) 530/07 **האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים** (2007).

⁴⁹ רע"פ 3676/08 **זנו נ' מדינת ישראל** (2009), פסקה 36 לפסק דינו של השופט גיבוראן, וראו ההפניות שם.

הערות לפרק ו: סמכות

סמכויות עזר וזכויות האדם

46. סעיף 22 להצעה מאמץ כלשונה את הוראת סעיף 15 לחוק הפרשנות לעניין סמכויות העזר. גם כאן, נעדרת מההצעה ההשלכה הברורה של הפסיקה הרבה בסוגיית סמכויות עזר וזכויות האדם, ולפיה רשות מינהלית לא יכולה לרכוש סמכות לפגוע בזכויות האדם מכוח ההסדר הקובע את סמכויות העזר⁵⁰ – תוצאה שמתבקשת גם מהדרישה להסמכה ישירה שנידונה לעיל. חשוב אם כן לקבוע מפורשות שההסדר הכללי לגבי סמכויות העזר איננו חל על סמכויות הפוגעות בזכויות האדם.

פעילות גוף בהרכב חסר

47. בסעיף 24(ב) מוצע לקבוע הסדר חדש המכשיר, בנסיבות בהן הדבר נדרש בדחיפות, פעולתו של גוף של מספר חברים עוד בטרם מונו כל חברי הגוף. תכלית ההסדר ברורה, אלא שהוראתו גורפת מדי באופן שמעורר חשש לפגיעה בהליך התקין. ההסדר בכללותו מהווה חריג לעקרון החוקיות והמינהל התקין, ועל כן לכל הפחות ראוי לצמצמו בשני אופנים. ראשית, ההסדר מדבר על מצב בו "לא ניתן" למנות את כל חברי הגוף, מבלי לפרט מהן הנסיבות שבהן ייאמר שלא ניתן למנות את חברי הגוף. יש לזכור בהקשר זה שלעיתים מינוי חברי גופים כרוך בחיפוש אחר מועמדים הולמים לצורך ייצוג הולם, משא-ומתן בין גופים ממנים שונים, מאבקי כוח, וכיוצא באלה הליכים פנימיים, שדווקא ראוי לאפשר על מנת לשמור על מאזן הכוחות שנקבע בהקשר של אותו הגוף. לא ראוי אפוא לאפשר עקיפה של הסדרי המינוי הקבועים בחקיקה, ויש לצמצם את הנסיבות בהן הגוף יוסמך לפעול בהרכב חסר רק לאותם מצבים בהם לא ניתן מסיבות טכניות-אובייקטיביות להשלים את מינוי כל חברי הגוף. שנית, תקופה של שישה חודשים נראית ארוכה מדי לנסיבות של דחיפות, שלמען נוצר ההסדר מלכתחילה, וראוי לקצרה.

אצילת סמכויות

48. סעיף 26 מסדיר את סוגיית אצילת הסמכויות. הסעיף המוצע מאמץ את החזקה שפותחה בפסיקה נגד אצילת סמכויות, אלא אם סמכות האצילה נקבעה במפורש, או

⁵⁰ ראו למשל ע"פ 40/58 היועץ המשפטי נ' זיאד (1958); בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט (1999).

שניתן ללמוד אותה במשתמע. אלא שההצעה אינה מתייחסת להשפעה של אצילת הסמכות על זכויות האדם, וכמו כן אין בה התייחסות מפורשת לסוגיה של אצילת סמכויות לגופים פרטיים.

49. אשר לזכויות האדם, הפסיקה בסוגיית אצילת הסמכויות הדגישה כי מידת השפעתה של הסמכות בה מדובר על זכויות האדם משפיעה על השאלה האם ניתן לאצלה לאחר.⁵¹ לאור חשיבותן של זכויות האדם, ראוי אפוא לקבוע כי סמכות הכרוכה בפגיעה בזכויות האדם אינה ניתנת לאצילה, אלא אם נקבע במפורש אחרת, ובכפוף לסייגים שיוצעו להלן (גם כאן ניתן לקבוע הסדר גמיש ותלוי-הקשר מהסוג שנידון לעיל בהקשר לסוגיית ההסמכה המפורשת לפגיעה בזכויות, המתחשבת במידת חשיבותה של הזכות ובמידת הפגיעה בה).

50. על אף חשיבותה של סוגיית אצילת הסמכויות המינהליות לגופים פרטיים, ההסדר המוצע אינו כולל התייחסות מפורשת אליה. סעיף 26(ג)(1) קובע כי "הסמכות תואצל למי שהוא בעל כשירות לבצעה, והוא כפוף לרשות המינהלית האוצלת מבחינה מינהלית או מקצועית, בין במישרין ובין בעקיפין". לשון רחבה זו יכולה אפוא לאפשר אצילת סמכויות לגופים פרטיים, כאשר הגוף הפרטי כפוף מבחינה מקצועית, ולו בעקיפין, לרשות האוצלת, למשל באמצעות מערך פיקוח או הנחיה כלשהו. הסדר זה אינו מספק, וראוי לקבוע מפורשות כי אצילת סמכות לגופים פרטיים, בהיעדר הסמכה מפורשת, אסורה.

51. בפסיקה הקיימת בסוגיה זו פותחה אמנם חזקה פרשנית נגד סמכות האצילה לגופים פרטיים,⁵² אך אין בה כדי לשלול לחלוטין את אצילת הסמכויות לגופים פרטיים, ובכללן סמכויות הכרוכות בהפעלת שיקול דעת נרחב, כמו גם סמכויות הכרוכות בפגיעה בזכויות אדם. כך, למשל, בתחום הסמכויות הנוגעות לאכיפת החוק, מתאפשרת מזה מספר שנים, ללא הסמכה מפורשת בחקיקה, אצילת סמכויות

⁵¹ ראו בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות (1992); בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים (2004).

⁵² "במצב הדברים הרגיל, בו משתמעת הסמכות של רשות שלטונית לאצול את סמכותה לאחר, תהא זו האצלה לעובד מדינה אחר." (סעיף 19 בעניין פיליפוביץ). (וראו גם: בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, (1982); רע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה נ' עורקבי, (1994); בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים (2004)).

תביעה או גבייה לעורכי דין פרטיים, או אצילת סמכויות לשלילת חירות לחברות פרטיות (איזוק אלקטרוני, מעונות נעולים לנוער ועוד).⁵³

52. אצילת סמכויות מעין אלה לגופים פרטיים מעוררת בעיות קשות. ראשית, העברת סמכויות מעין אלה לידי גופים שאינם חלק מהמסגרת השלטונית, אינם חולקים את האתוס של השירות הציבורי, אינם כפופים לכללי האתיקה והמשמעת של השירות הציבורי, ואינם חייבים בדין וחשבון לציבור על פעולותיהם, מעמידה את זכויות האדם בסכנה. ככל שמדובר בסמכויות אכיפה, מי שחשופות במיוחד לסכנה הן אוכלוסיות מוחלשות ומעוטות אמצעים, הנמצאות במגע תדיר יותר עם גורמי אכיפת החוק.⁵⁴ זאת ועוד, פעמים רבות אצילת הסמכות לא מלווה בהסדרתה של סמכות פיקוח אפקטיבית על פעולת הגוף הפרטי. גם ההסדר המופיע בהקשר זה בתזכיר החוק אינו מספק, שכן הוא מתמצה בקביעה לפיה "רשות מינהלית אוצלת רשאית לתת לגורם הנאצל הנחיות לביצוע הסמכות, והיא תפקח על ביצוע הסמכות" (ס' 26(ג)5) להצעה), מבלי להבהיר את פרטיה של חובה חשובה זו. סכנה זו אינה תיאורטית בלבד:

האחריות הכוללת על השירותים המופרטים נותרה באופן תיאורטי בידי הרשות הציבורית, אולם בפועל מלווה ההפרטה פעמים רבות באבדן היכולת לפקח על השירות. הדבר נכון במיוחד לתחום אכיפת החוק, המאופיין בהפעלת שיקול דעת מורכב שאין אפשרות אפקטיבית לפקח עליו בדיעבד. המציאות מוכיחה (כפי שתואר גם בדוחות של מבקר המדינה), כי יכולת הפיקוח והבקרה של הרשויות על גורמים פרטיים הינה מוגבלת ביותר, וכי פעמים רבות מאבדת המדינה את השליטה על הנעשה בשירותים הציבוריים המופרטים. הסכנה לכך רבה במיוחד כשמדובר בשירותים הניתנים הרחק מעיני הציבור, כגון המוסדות הנעולים של חסות הנוער ושל הרשות לשיקום האסיר שירותים שבהם לאנשים שכלפיהם מופעלות הסמכויות הפוגעניות אין נגישות לרשויות הציבוריות.⁵⁵

⁵³ ראו לעניין זה חוק וסדר בע"מ 13.

⁵⁴ שם, עמ' 10.

⁵⁵ שם, עמ' 11.

53. הסכנה לשימוש לרעה בסמכויות המואצלות לגוף פרטי מוחשית במיוחד אם נזכור את ניגוד העניינים המובנה בהם מצויים, על פי רוב, אותם גופים פרטיים, ושעליו עמדנו לעיל⁵⁶. לאור כל אלה ראוי, כאמור, לקבוע כי בהיעדר הסמכה מפורשת בחקיקה, אצילת סמכויות תהיה רק לעובדים או לגופים שהם חלק מהשירות הציבורי (בדומה, למשל, להסדר הקבוע בסעיף 33 לחוק יסוד: הממשלה, המסמיך שר לאצול מסמכויותיו לעובד ציבור). בוודאי ראוי לקבוע כך בכל הנוגע לסמכויות מינהליות הכוללות סמכות הפעלת שיקול דעת, או סמכות לפגוע בזכויות האדם. בכל מקרה בו מתאפשרת אצילת סמכות לגוף פרטי, יש לקבוע חובה מפורשת על הרשות האוצלת להקים מערך פיקוח אפקטיבי על פעולתו של הגוף הנאצל, ולהסדיר מנגנונים שיקנו לאזרחים זכות להשפיע על תהליכי קבלת ההחלטות בגופים המופרטים, כתחליף לזכויות שהיו עומדות להם אילו נותרה הפעילות בתחומה של הרשות הציבורית. זאת בנוסף להחלת המשפט המינהלי, בהיקף המתאים, על הגוף הפרטי ועל עובדיו, כמפורט לעיל, ובנוסף לחובת פרסום דבר ההאצלה ותנאיה, ומנגנוני הפיקוח והשקיפות שנקבעו על מנת לפקח על הפעלה.

הערות לפרק ז: פניה לרשות המינהלית

54. בבואנו להסדיר את צורת הפניה אל הרשות ואת הליך הטיפול בה, יש להעמיד לנגד עינינו, לצד התכלית החשובה של יעילות ההליך המינהלי, גם תכליות ציבוריות חשובות ובראשן הנגשת ההליך המינהלי לציבור מקבלי השירותים ביעילות ובפשטות, תוך שאנו לוקחים בחשבון את צרכיהן המיוחדים של אוכלוסיות חלשות, שמצד אחד אינן תמיד בעלות הידע והכישורים המאפשרים התמצאות מספקת בבכתי הביורוקרטיה, ומצד שני דווקא הן נזקקות לעתים קרובות יותר לשירותי המינהל הציבורי.⁵⁷ עוד יש מקום לשקול את מהות הפניה, שכן לא הרי פניה לקבלת רישיון עסק כהרי פנייה לקבלת קצבת נכות. כאשר אנו בוחנים את ההסדר המוצע לאור שיקולים אלה, הרי שיש מקום רב לשיפור, כמפורט להלן.

⁵⁶ שם, שם; וראה גם דברי השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (2009).

⁵⁷ לסוגיה חשובה זו ראו מחקרו המקיף של איל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי (2013) (להלן: פלג).

צורת הפניה

55. ברירת המחדל הקבועה בסעיף 28 להסדר לגבי צורת הפניה אל הרשות המינהלית היא "בכתב, לכתובתה הרשמית". אמנם, בהמשך הסעיף מתאפשרות גם צורות פניה אחרות, אך ספק אם בעידן הדיגיטלי בו אנו נמצאים, ראוי לקבוע הסדר כל כך אנכרוניסטי. בנוסף, מן הראוי לקבוע מפורשות את האפשרות לפנות אל הרשות באופן מקוון, באמצעות טפסים אלקטרוניים מובנים לצורך כך באתרי הרשויות.

56. ראוי לקבוע חובה על הרשות לאשר קבלת פניה אליה בתוך ימים ספורים.⁵⁸ ככל שמדובר בפניה בפקס או במייל, הדבר יכול להיעשות באופן אוטומטי, כפי שנהוג למשל בעיריית תל-אביב-יפו. בדומה, במקרה שאדם מגיע לפגישה ברשות, יש להמציא לו אישור על הגעתו לרשות, גם אם לא קיבלו אותו בסופו של דבר. זה יכול להיעשות באמצעות מכונות אוטומטיות. זאת, על מנת למנוע אי-בהירות, ולמנוע מצבים בהם פניות לא תועדו, וכתוצאה מכך נפגעו זכויותיו של הפונה.

57. בהזדמנות זו ראוי לעגן בחקיקה סטנדרט נאות לקבלת קהל ולמתן שירות במשרדי הרשות, באופן שיגן על כבודם של כל הפונים למשרדי הרשויות המינהליות.⁵⁹

חובת הגילוי

58. סעיף 30 קובע חובת גילוי מלוא העובדות הנוגעות לפנייתו של האזרח אל הרשות. זוהי חובה גורפת ורחבה הסובלת משני פגמים עיקריים. ראשית, היא אינה ברורה דיה, שכן אין זה ברור בכל מקרה מהן "מלוא העובדות הנוגעות לעניין". שנית, החובה הגורפת אינה כוללת כל סייג לחובת הגילוי, כגון זכותו של האזרח שלא לגלות, בנסיבות בהן הדבר מוצדק, פרטים הפוגעים בפרטיותו, או פרטים הנהנים מחיסיון רפואי או אחר.

59. לעניין עמימותה של החובה – מובן שהעובדות הרלוונטיות משתנות ממקרה למקרה, ואין אפשרות להסדיר בהסדר כללי מהסוג שלפנינו. בנסיבות אלה, ואם נזכור שבכל מקרה בטפסי הפניה אל הרשויות המינהליות השונות קיימות כבר, לגבי כל סוג של

⁵⁸ ראו לעניין זה בג"ץ 5893/10 ילדים ישראלים נ' ממשלת ישראל (2010) – במהלך הדיון בעתירה העיר בית המשפט למשרד הפנים על הפרקטיקה הפסולה של קבלת פניות בלי מתן אישור על קבלתן, ועיגן את ההתחייבות לתת אישורים על פנייה אל הרשות בפקס דינו: "בעת הדיון בעקבות הערותינו הודיע לנו ראש מינהל אכיפה וזרים במשרד הפנים, כי כל מי שייגיש בקשה שתתקבל לבדיקה יקבל אישור לידו שאכן פנה והגיש בקשה במועד."

⁵⁹ לעניין זה ראו בג"ץ 2783/03 ג'ברא נ' שר הפנים (2003).

פניה, דרישות גילוי ספציפיות, המופיעות כבר בטפסים הרשמיים הקיימים, הרי שיש לשקול את נחיצותה של חובת גילוי כללית ועמומה מעין זו, המטילה על האזרח חובה שלא תמיד ניתן לצפות ממנו שיוכל לעמוד בה.

60. ואם בכל זאת נשאר חובת הגילוי, בצורה זו או אחרת, בהסדר, הרי שיש לקבוע לה סייגים, שיאפשרו איזון מידתי בין הצורך של הרשות המינהלית לקבל לידיה מידע, לבין זכותו של האזרח לא לגלות מידע שעשוי לפגוע בפרטיותו. ראוי לקבוע, לפיכך, שלא תחול על האזרח חובה לגלות מידע שעשוי לפגוע בפרטיותו או באינטרס חיוני אחר שלו, או כל פרט מידע אחר שיש לו זכות שלא לגלותו לפי כל חוק, אלא אם הרשות המבקשת את גילוי המידע הפרטי הוסמכה במפורש לעשות כן, ורק בנסיבות בהן גילוי המידע נחוץ לחלוטין לצורך טיפול בבקשתו. במקרים שבהם האזרח נדרש לגלות מידע הפוגע בפרטיותו, יש לקבוע נהלים מתאימים לאבטחת המידע שנמסר לרשות, וכן להבטיח שהמידע שיימסר ישמש את הרשות רק לצרכים שלשמן הוא נמסר.

61. לבסוף, ראוי לקבוע מפורשות שרשות מינהלית לא תחזיר פניה שנמסרה ללא גילוי מלא העובדות הרלוונטיות לה, אלא אם המידע החסר נחוץ לחלוטין לצורך קבלת ההחלטה. זאת, בנוסף לתנאים הקבועים בסעיף 30(ג).

הערות לפרק ח: ראיות מינהליות

היתר גורף לשימוש בראיות חסויות

62. חובתה של הרשות המינהלית לבסס החלטתה על תשתית עובדתית מתאימה ומספקת קבועה בסעיף 6 להסדר המוצע. סעיף 31 מבקש להסדיר את סוגיית הראיות עליהן רשאית הרשות המינהלית להסתמך בבואה לקבל החלטה, מבחינת סוגן, טיבן, והמשקל שיש לייחס להן. סעיף 31(ב) מסמך את הרשות המינהלית לבסס החלטותיה "על כל ראיה שהיא בעלת ערך הוכחתי, אף אם אינה קבילה בבית משפט ולרבות ראיות חסויות". היתר גורף ובלתי מסויג לשימוש בראיות בלתי קבילות ובראיות חסויות אינו הולם את ערכי היסוד הדמוקרטיים, ואינו ראוי הן מבחינת ההגנה על זכויות האדם והן מבחינת ההגנה על הזכות להליך הוגן; הסדר זה אף חורג במידה משמעותית מההיתר הקיים כיום בדן לרשויות מינהליות להשתמש בראיות בלתי קבילות ובראיות חסויות.

63. השימוש בחומר חסוי פוגע פגיעה אנושה בזכות להליך הוגן, ביכולתו של אדם לדעת על מה התבססה הרשות המינהלית עת הכריעה בעניינו, ביכולתו להתגונן מפני טענות והאשמות המופנות כנגדו, וביכולתו להשיג על ההחלטה. שימוש בראיות חסויות מעלה גם את הסיכוי לטעות בהחלטותיה של הרשות, ומונע גם ביקורת ציבורית. ככלל, השימוש בחומר חסוי הוא אחת מן הרעות החולות במשפט הישראלי, ובנייר העמדה שהגישה האגודה לזכויות האזרח לאחרונה בעניין הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011 צוין כי:

נעשה בו שימוש במגוון רחב של הליכים מינהליים ושיפוטיים, המשליכים באופן ישיר על זכויות יסוד של הפרט, ונראה כי מערכת אכיפת החוק ומערכת המשפט פיתחו עם השנים קהות חושים מדאיגה לפגיעה האנושה בזכות להליך הוגן הטמונה בכך. ...

השימוש בחומר חסוי פוגע פגיעה אנושה ביכולתו של החשוד להתגונן מפני ההאשמות נגדו. כבר ציין השופט לנדוי, כי "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח."⁶⁰ ... זאת ועוד. התבססות על חומר חסוי, מבלי שניתנת לאדם אפשרות לסותרו, מעלה באופן ממשי את ההסתברות לטעות מצד השלטונות. כך, למשל, החשוד לא יכול לספק הסבר חלופי ל"עובדות" שהמדינה נאחזת בהן. ...

מעבר לפגיעה הקשה בזכויות האדם הטמונה בהסתמכות על חומר חסוי בהליכים מינהליים ושיפוטיים, הרי שסודיות מופרזת פוגעת גם באושיות הדמוקרטיה: בהנחת היסוד שרשויות הביטחון ורשויות אכיפת החוק פועלות כנאמני הציבור, בזכות הציבור לדעת, ובאינטרס הציבורי שבשמירה על שלטון הפועל בשקיפות, תוך מחוייבות לעקרון פומביות המינהל.

64. דברי ההסבר להצעה מציינים שהפסיקה הקיימת מאפשרת לרשות המינהלית לעשות שימוש בראיות חסויות. לכך יש לענות בשתיים. ראשית, מכך אין ללמוד כמובן שראוי לעגן פגיעה קשה זו בזכויות האדם ובזכות להליך הוגן בחקיקה. שנית,

⁶⁰ בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541 (1953).

זזה העיקר, עיון בפסיקה בסוגיה זו מלמד שמדובר בעיקר בהליכים ספציפיים, לגביהם נטען לקיומו של צורך קונקרטי להשתמש במידע מודיעיני שחשיפתו עשויה להביא לפגיעה במקורות מידע.⁶¹ מפסיקה זו ודאי לא ניתן לגזור אפוא היתר כללי וגורף לעשות שימוש בראיות חסויות בהליכים המינהליים.

65. עמדתנו היא שאין זה ראוי לעשות שימוש בראיות חסויות בהליכים מינהליים, ובמיוחד ככל שמדובר בהליכים מינהליים שסופם פגיעה בזכויות יסוד. עם זאת, וככל שתידחה עמדתנו העקרונית, יש לשקול הסדרים מידתיים יותר מההסדר המוצע בסעיף. כך, ראוי להגביל את הסמכות לעשות שימוש בראיות חסויות רק **לרשויות מינהליות מסוימות** ובגדרן של **החלטות מסוג מסוים**, ולקבוע כי ההכרעה להסתמך על ראיות חסויות תתקבל רק לאחר **הליך פנימי מתאים** (כגון אישורו של היועץ המשפטי של המשרד), ולאחר עריכת איזון מתאים בין הזכות להליך הוגן לבין האינטרס הציבורי. גם בגדרן של החלטות אלה, ראוי לקבוע חובה לגלות לנפגע **מידע מינימאלי** שיאפשר לו לדעת, לכל הפחות, על קיומה של הראיה החסויה, ואת טיבה הכללי, וכן כל פרט אחר שאין מניעה לגלותו מתוך הראיה החסויה. לבסוף, ראוי לקבוע הסדרים שיאפשרו למי שנפגע מהחלטה מינהלית שהתקבלה על בסיס מידע חסוי זכות כלשהי לעיין במידע. בנייר העמדה לגבי הצעת חוק המאבק בטרור שהוזכר לעיל סקרה האגודה בהרחבה את ההסדרים השונים שאומצו בעולם בהקשר זה (כגון עורכי דין מיוחדים), את היתרונות והחסרונות שלהם, ואת התנאים המינימאליים שצריכים להתקיים על מנת שלא יהוו עלה תאנה בלבד.

66. מוצע לקבוע כי תלונה אנונימית, שמועה, רכילות וכיוצ"ב לא יהוו ראיה מינהלית. לכל היותר יש בהם כדי להביא את הרשות לערוך בדיקה ולאסוף ראיות מוצקות.⁶²

הערות לפרק י': חובת השמיעה ומתן זכות עיון

67. סעיף 33 מסדיר את חובת השמיעה המוטלת על רשויות מינהליות בטרם הן מקבלות החלטה העלולה לפגוע בעניינו של אדם. חובת השמיעה כפי שהיא מוסדרת בסעיף זה מצמצמת את חובת השמיעה הקיימת כיום בשני מובנים חשובים. ראשית, הסעיף המוצע מדבר על חובת שמיעה לפני קבלת הוראת מינהל או החלטה מעין שיפוטית.

⁶¹ ראו למשל ע"א 2/87 ועדת השחרורים נ' סוויסה (1987); בג"ץ 550/89 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים (1989); בר"ם 5237/05 משרד הפנים נ' קרלסון (2006).

⁶² פלג, עמ' 677.

ניסוח זה לא מחיל את חובת השמיעה על קבלת החלטה מינהלית (וראו את ההגדרות בסעיף 2 להסדר המוצע). המונח החלטה מינהלית הוא הרחב יותר (כך, למשל, בהתאם להגדרות המופיעות בסעיף 2 להסדר המוצע, הוראת מינהל היא הוראה שניתנה בכתב, ואילו החלטת מינהל לא חייבת להיות בכתב), ומבלי להיכנס לאבחנות דקות, נראה שרבות הן הפגיעות בזכויות האדם שיכולות לנבוע מקבלת החלטות מינהליות שאינן הוראות מינהל או החלטות מעין שיפוטיות. לפיכך, יש להחיל את חובת השמיעה על כל החלטה מינהלית שעשויה לפגוע בעניינו של אדם, כפי שקובע הדין הקיים. הערה זו רלוונטית גם לגבי זכות העיון, המוסדרת בסעיף 34(א), ולגבי ההסדר הנוגע להגשת ערר או השגה, המופיע בסעיף 39(א) – בשני המקומות מופיע הביטוי הוראת מינהל, ויש להחליפו בהחלטה מינהלית.

68. שנית, מוצע בתזכיר לראות בבקשה שהוגשה לרשות מינהלית, המפרטת את טענותיו של האדם, כממלאה אחר חובת השמיעה. זהו הסדר גורף. אמנם, פעמים רבות הגשת בקשה מפורטת תמצה את זכות הטיעון, אך לא תמיד יהיה הדבר כך. ניתן לחשוב על מקרים בהם הבקשה שהוגשה אינה עוסקת בעניין מסוים, שדווקא הוא עשוי להיות העניין שעל בסיסו תבקש הרשות המינהלית לבסס החלטה הפוגעת בזכותו של הפונה. בנסיבות אלה, מן הראוי לחייב את הרשות המינהלית לאפשר לפונה להשלים את טענותיו, בשימוע בכתב או בעל-פה. לפיכך, ראוי לצמצם את ההסדר המוצע כך שלא תישלל זכותו של מי שפנה בבקשה מפורטת להשלים את טענותיו בנסיבות שתוארו.

69. מוצע לקבוע כי בהודעת הרשות על כוונה לפגוע בזכותו של אדם יצוינו כל אלו: הפגיעה העתידית הצפויה והסיבות לה, הזמנה להשמיע את הטענות נגד קבלת החלטה בכתב או בעל פה, לפי בחירת הפונה; המועד לשימוע או המועד האחרון לשימוע בכתב; הסבר על הליך השימוע, בפני מי הוא יתבצע; הזכות לייצוג משפטי או לייצוג בידי מיופה כוח אחר, ובכלל זה זכותו של הנציג להשתתף בהליך השימוע; הזמנה לעיין בחומרים שעמדו בפני הרשות ולהעתיקם על חשבון הרשות והפרטים הנדרשים לצורך כך; מספר טלפון לביורורים; הבהרה כי החלטה אינה סופית וכי הליך השימוע יכול לשנותה, וכי דברי הפונה יישמעו ללא משוא פנים.⁶³

⁶³ ראו פלג, עמ' 721.

הערות לפרק י"א: החלטות והנמקות

70. סעיף 36(ג) קובע כי הרשות רשאית להיעזר ברשות אחרת ואף בגורם פרטי לצורך איסוף הנתונים הדרושים לקבלת ההחלטה. סעיף זה פותח פתח רחב מדי ומסוכן להתנערות של הרשות מחובתה להפעיל את שיקול הדעת באופן עצמאי וכן להפרטה אסורה של שיקול הדעת השלטוני. יש להכפיף הסדר זה במפורש למגבלות החלות על אצילת סמכויות שבשיקול דעת. כך, אף אם ראוי לאפשר לבעל הסמכות להיעזר באחר לאיסוף העובדות הדרושות לקבלת ההחלטה במקרים מסוימים, אין מקום להתיר באופן גורף האצלה של סמכות זו כפי שמוצע בסעיף זה ובוודאי שלא למי שאינו עובד ציבור. לעיתים שלב איסוף הראיות וביסוס התשתית העובדתית מצריך הפעלה של שיקול דעת נרחב והוא כרוך בפגיעה משמעותית בזכויות ובחירויות מוגנות. הכלל הוא כי אין לאצול סמכות זו לאחר ובוודאי שלא לידי גורם פרטי שאינו נתון למרותה ולפיקוחה של הרשות השלטונית, שפועל למטרות רווח בלבד וקיים חשש לניגוד עניינים, ושאינו כפוף לכללי המשמעת והאתיקה החלים על עובדי ציבור.

71. כמו כן, לעיתים איסוף הראיות כולל גם התרשמות ישירה מהאדם וממהימנותו שאין להפרידה מקבלת ההחלטה בעניינו. איסוף הנתונים על ידי מי שאינו הרשות המכריעה בסופו של יום בעניין, משקף פגיעה בזכות להליך הוגן והוא מקעקע את העקרונות של ההליך המינהלי הראוי, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בגורם פרטי.

72. איסוף התשתית העובדתית כרוך לעיתים קרובות בהפעלה של סמכויות הפוגעות בפרטיות (ביצוע חיפוש, גישה למידע אישי, מעקב וחקירה). כך, לדוגמה, במקרים בהם רשות נדרשת להכריע בבקשה לסיוע או לזכאות מסוימת על בסיס מצבו הכלכלי של המבקש, נדרש לעיתים לקיים חקירת יכולת פולשנית. משכך אין להאציל סמכויות אלה לגורם פרטי.

73. על מורכבותו של שלב ביסוס התשתית העובדתית והסכנה הטמונה בו לפגיעה בזכויות אדם ניתן ללמוד מהמקרה של מיקור החוץ של חקירות היכולת בהוצאה לפועל לידי עורכי דין פרטיים. למרות שהעברת הסמכות בוצעה באופן מפורש בחוק, המדינה התחייבה בפני בג"ץ (בג"ץ 8941/10 ידיד נ' שר המשפטים) לאמץ כללים נוספים שיבטיחו כי לא מועבר שיקול דעת לידי החוקרים וכי תפקידם הינו טכני במהותו: הסמכות שניתנה לחוקרים אינה כוללת עריכת חיפוש של החייב, החוקרים מחויבים לערוך פרוטוקול ולמסור עותק ממנו לחייב וכן כי החוקרים יידעו את החייב על זכותו לבקש מהרשם להתייצב בפניו לשם חקירת יכולת.

74. זאת ועוד, שלב איסוף התשתית העובדתית צריך להיעשות באופן ניטרלי ואובייקטיבי. מעורבותם של שיקולי רווח בשלב זה עשויה להביא להטיה של ההחלטה. כך, לדוגמה, חוקר פרטי שהוסמך לאסוף נתונים לצורך החלטה בעניין זכאות להנחה, המונע משיקולי רווח ומעוניין כי ההתקשרות עמו תימשך, הינו בעל תמריץ לביצוע חקירה מוטה שמטרה "לחשוף" את הונאתו של מבקש הזכאות.

היעדרה של חובת הנמקה כללית

75. פרופ' ברק-ארז מציינת בספרה שני סוגים של חובת הנמקה: ראשית, החובה ה"פנימית" של הרשות המינהלית לקבל החלטה מנומקת, ושנית החובה ה"חיצונית" למסור את נימוקי ההחלטה לפונה.⁶⁴ ההסדר המוצע לוקה באופן קשה בשני ההיבטים של חובת הנמקה.

76. סעיף 37 מפרט מה צריך להיכלל בהחלטה מינהלית. בולטת בהיעדרה החובה לכלול בהחלטה **נימוקים** ברורים ובהירים. בין אם הרשות המינהלית תחויב למסור נימוקים אלה לציבור ובין אם לאו (וראו דיון בסוגיה זו להלן), הרי שעצם חובתה של הרשות לנמק את החלטתה ראוי שייקבע בחוק, ואין צורך להכביר מילים בדבר חשיבות חובת הנמקה אף אם מדובר בהליכים פנימיים של הרשות, וזאת לצורך הבטחת איכותן של ההחלטות המינהליות, מניעת שרירות, שיקולים זרים, הבטחת ההגינות המינהלית, היכולת לבקר את ההחלטה בביקורת שיפוטית, והצורך הכללי להגביר את אמון הציבור בפעולתן של הרשויות המינהליות. לפיכך, יש להוסיף לסעיף 37 את הדרישה שהחלטה מינהלית תכלול **הנמקה מפורטת וברורה**, תוך התייחסות, בנסיבות המתאימות, לטענות הפונה. במקביל, יש לכלול בהסדר המוצע הוראה שתתייחס להליכי קבלת ההחלטות בגופים קולגיאליים, ותכלול את החובה לנהל פרוטוקולים של הדיונים.⁶⁵ כל זאת, כאמור, במנותק מהשאלה האם הרשות תחויב למסור את ההנמקות או הפרוטוקולים לציבור.

77. בהמשך הפרק, בסעיפים 40-43, מוסדרת סוגיית מסירת ההנמקה לפונה. אף הסדר זה לוקה בפגמים מהותיים. למעשה, הוא מאמץ בעיקרו את ההסדר הסטטוטורי

⁶⁴ ברק-ארז, כרך א עמ' 425.

⁶⁵ וזאת, על בסיס ההנחה שהנמקה של החלטה קולגיאלית אינה פשוטה, שכן חברים שונים בגוף עשויים לתמוך בהחלטה מטעמים שונים. ראו לעניין זה ברק-ארז, כרך א עמ' 428; יואב דותן "חובת הנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" **מחקרי משפט** יט 5 (2002), 18, 56-58. (להלן: חובת הנמקה).

הקיים, כפי שהוא מופיע בחוק לתיקון סדרי המינהל (הנמקות), התשי"ט-1958, למרות הביקורת החריפה שנמתחה על ההסדר הסטטוטורי, אותו כינה פרופ' יואב דותן "חלקי, מקוטע, חסר ורשלני".⁶⁶ קשה להלום אימוץ הסדר בעייתי וחלקי משנות החמישים בימינו, כאשר תפיסות היסוד של המשפט המינהלי ושל הרשויות המינהליות השתנו מקצה אל קצה.⁶⁷ אף אין צורך להכביר מילים בדבר חשיבותה של מסירת ההנמקה לפונה, הן כחלק בלתי נפרד מכללי הצדק הטבעי, הן לצרכים הייחודיים של הפונה, כגון יכולתו להבין את ההחלטה שניתנה בעניינו, או יכולתו להגיש השגה או ערר, והן לקידום אינטרסים ציבוריים כמו הגינות והיעדר שרירות, והגברת אמון הציבור ברשויות המינהל.⁶⁸ ראוי אפוא לתת לחובת ההנמקה את המעמד הראוי לה, בדמות קביעה פשוטה, מפורשת וחד-משמעית: "**החלטה מינהלית תכלול הנמקה מפורטת וברורה שתימסר לפונה**". זאת, במקום ההסדר המסורבל, האנכרוניסטי והקשה להבנה הן על-ידי עובד הציבור והן על-ידי האזרח, המופיע בפרק י"א.

78. מוצע לקבוע כי הנמקה אינה יכולה להיעשות על דרך של אמירה כללית כי אדם אינו עומד בתנאים, או על דרך הפניה לסעיף או לתקנה, אלא באמצעות הסבר קצר ונהיר לכל אדם אודות התנאים הנדרשים להיענות לפניה ומהם התנאים שהפונה לא עמד בהם. במקרה שיש אפיק חלופי למיצוי זכות/זכאות על הרשות ליידע בתשובתה את הפונה אודותיו.⁶⁹

79. נעבור עתה להערות ספציפיות להסדר המוצע. ראשית, חובת ההנמקה מוטלת על הרשות רק במענה לפניה בכתב, כמפורט בסעיף 28, ואף זאת רק במקרים בהם החליטה לסרב לבקשה, סירוב מלא או חלקי. הסדר זה אינו ראוי, שכן לפיו פטורה, למשל, מחובת ההנמקה החלטה מינהלית לשלול רישיון עסק מאדם, או להוציא צו הריסה לבית. ראוי אפוא להרחיב את חובת ההנמקה ולהחיל אותה על כל צורות הפניה ועל כל סוגי ההחלטות המינהליות, ובכלל זה החלטות מינהליות שהתקבלו ביזמתה של הרשות או של פרט או גוף אחר. בדברי ההסבר נאמר שאימוץ המודל

⁶⁶ ראו חובת ההנמקה.

⁶⁷ על התפיסה הכוללת הבעייתית שעומדת בבסיס ההסדר שבחוק ההנמקות ראו שם, 18-19.

⁶⁸ ראו שם, 7-10.

⁶⁹ ראו פלג, 618.

הסטטוטורי נעשה משיקולי יעילות, מחשש להכבדה על הפעילות המינהלית. אולם אין בחשש כללי זה כדי להצדיק את הפגיעה הקשה בזכות להליך הוגן הגלומה בהסדר הנוכחי. זאת ועוד, ספק רב אם הפטור מחובת ההנמקה אכן יעיל, בהתחשב בעובדה שחובת ההנמקה עצמה עשויה לייעל את עבודת הרשות, ובכך שהרשות תחויב לנמק את החלטתה במענה לעתירה לבית המשפט. במצב כזה, תוצאתו של הפטור מהנמקה היא גם בלתי-שוויונית במובהק, שכן מי שידו משגת, יוכל לעתור לבית המשפט וכך לקבל את ההנמקות בעניינו.

80. סעיף 43(ב) מונה רשימת פטורים לחובת ההנמקה. הוראות אלה, ברובן, שאובות מחוק חופש המידע. אלא שההסדר המוצע חורג מההסדרים הקבועים בחוק חופש המידע בשלושה עניינים עיקריים, ובכולם הסטייה היא **לחובתו של האזרח ולרעתה של הזכות להליך הוגן**. ראשית, בעוד שחוק חופש המידע מבחין בין מידע שאין לגלותו לבין מידע שאין חובה לגלותו, ההסדר המוצע קובע באופן כוללני וקטגורי שהרשות המינהלית "לא תודיע" על נימוקי סירובה בהתקיים כל אחד מהפטורים המנויים בסעיף. כך, למשל, בעוד שבחוק חופש המידע הרשות **רשאית** לא למסור מידע שעשוי לגלות סוד מסחרי, בהסדר המוצע הרשות **לא תודיע** על הנמקותיה בנסיבות אלה.

81. שנית, בעוד שבחוק חופש המידע הפטורים עצמם, בין אם מכוח סעיף 8 לחוק (דחיית בקשות במקרים מסוימים) ובין אם מכוח סעיף 9 לחוק (מידע שאין למסרו או שאין חייבים לגלותו), אינם פוטרים את הרשות מהחובה הקבועה בסעיף 10 לשקול ולאזן בין נימוקי הפטור לבין עניינו של המבקש את המידע או העניין הציבורי בגילוי המידע, כקבוע בסעיף 10 לחוק, הרי **שהוראת איזון כלשהי לא קיימת בהסדר המוצע**.

82. שלישית, בעוד שהוראת סעיף 11 לחוק חופש המידע מחייבת את הרשות לשקול, בנסיבות בהן חל אחד הפטורים והאיזון מצדיק אותו, מסירת מידע חלקי או למסור מידע בתנאים, הרי **שגם הוראת מידתיות מעין זו לא קיימת בהסדר המוצע**. יש אפוא להוסיף את חובת האיזון ואת חובת המידתיות להסדר המוצע, בשינויים המחויבים.

83. לבסוף, סעיף 43 כולל עילות פטור שלא בא זכרן בחוק חופש המידע. סעיף 43(ב)(2) פוטר מחובת הנמקה כאשר גילוי הנימוקים עלול לפגוע שלא כדין בזכותו של אדם זולת המבקש. מדובר בעילת פטור עמומה וגורפת. ראוי להגדירה בצורה מפורשת, ולכל הפחות להכפיף אותה לסייגי האיזון והמידתיות, כמו גם לאמץ את

ההסדר הקבוע בסעיף 13 לחוק חופש המידע, המאפשר פניה לאדם שזכותו עלולה להיפגע, שמיעת עמדתו, ועריכת איזון בין האינטרסים המתנגשים.

84. סעיף 43(ב) (6) מצמצם את הפטור מחובת ההנמקה שניתן לפי החקיקה הקיימת לסוגי החלטות של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל. הצמצום הוא בכך שנדרשים "טעמים מיוחדים המצדיקים זאת". יש כמובן לברך על צמצום זה, אך גם כאן ראוי לתהות מה עשויים להיות אותם טעמים מיוחדים, שאינם נופלים לגדר הפטורים והסייגים האחרים שנקבעו בסעיפים אחרים. לאור חשיבותה ורגישותה של סוגיה זו, לאור הביקורת הרבה שנמתחה על ההסדר הקיים בכלל,⁷⁰ ועל פעילותו של משרד הפנים בתחום זה בפרט, ראוי לבטל פטור זה לחלוטין.⁷¹

85. סעיף 43(ג) פוטר את הרשות מחובת הנמקה כאשר מדובר במינוי למשרה או לתפקיד. ספק רב אם כיום יש הצדקה לפטור זה, כאשר סוגיית המינויים בשירות הציבורי זכתה להסדרים חקיקתיים מעודכנים שתכליתם להבטיח הגינות ושוויון⁷², ולאור הפיקוח המשפטי ההדוק על הליכי המינויים בשירות הציבורי.⁷³

מועד מתן התשובה

86. ההסדר המוצע מקציב לרשות המינהלית 45 ימים למתן החלטה. בעידן הדיגיטלי, עידן האי-מייל, האינטרנט והטלפונים הניידים והחכמים, לא ניתן להצדיק קביעת תקופה ארוכה כל-כך **כברירת מחדל**. ראוי לקבוע תקופה קצרה בהרבה – למשל זמן

⁷⁰ ראו **חובת ההנמקה**, 26-28.

⁷¹ בהקשר זה נציין שהסעיף בחוק ההנמקות בעניין החלטות לפי חוק הכניסה לישראל חוקק בימים בהם נעשה שימוש דל בחוק הכניסה לעניין מתן מעמד בישראל, וממילא ההתדיינות בעניין החלטותיו של משרד הפנים לפי חוק הכניסה הייתה מועטה. כיום, החלטות לפי חוק הכניסה לישראל מהוות חלק משמעותי מאוד של ההתדיינות בעניינים מינהליים. אין עוד, בפועל, שום משמעות לפטור מהנמקה. משרד הפנים נדרש להצדיק את החלטותיו על מנת שתעמודנה במבחן הביקורת.

⁷² ראו, למשל, חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, סעיף 19.

⁷³ ראו, למשל, בג"ץ 932/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יו"ר הוועדה לבדיקת מינויים** (1999) וההפניות שם.

המענה של 14 ימים הקבוע בתקשי"ר,⁷⁴ תוך קביעת האפשרות, במקרים המתאימים לכך, להאריך את התקופה האמורה.⁷⁵

87. סעיף 40(ב) קובע פטור ממתן המענה בתוך 45 ימים בשורה של מקרים. ראוי לציון מיוחד הפטור העמום והגורף הקבוע בס"ק 3: "כשהתברר, לאחר בדיקה, שהעניין נושא הבקשה טעון בדיקה או דיון נוספים". ראוי לבטל פטור גורף זה, העשוי לרוקן מתוכן את עצם תחימת המועד מלכתחילה שכן, כדברי פרופ' ברק-ארז: "זהו חריג שהיקפו אינו ברור והפעלתו תלויה, במידה רבה, ברשות".⁷⁶

תוצאות היעדר מענה במועד או היעדר הנמקה

88. הסנקציה בהסדר המוצע על הפרת החובה לענות במועד או לנמק את ההחלטה היא היפוך נטל הראייה בהליכי השגה או ערעור. מדובר בסנקציה חלשה ולא-אפקטיבית, המטילה על האזרח המבקש מענה או נימוקים את החובה לנקוט הליכים משפטיים. זאת ועוד, גם אם ננקטים הליכים משפטיים הרי שבדרך כלל הרשות ממהרת להמציא את נימוקיה, וחזקת הכשרות המינהלית שבה על מכונה. במקרים אלה היא אף זוכה להגנת הפרקליטות, והנימוקים המוצגים הם לעתים רהוטים וטובים יותר משהיו בפועל בעת קבלת ההחלטה. למעשה, אפוא, אין כל סנקציה המוטלת על הרשות בגין הפרת חובות בסיסיות אלה. משיקולים אלה סבור פרופ' יואב דותן כי יש להתייחס להחלטות נעדרות הנמקה כפגומות במהותן, פגם שעשוי להצדיק את ביטולן.⁷⁷ בהתחשב הן בחשיבותה של החובה לתת מענה לאזרח הפונה במועד הקבוע בחוק (ואף אם מדובר במענה המסביר מדוע המענה לא יינתן במועד) והן בחשיבותה של חובת ההנמקה – חשיבות שאינה נופלת למשל מהחשיבות שניתנת לזכות הטיעון, שהפרתה מביאה כדבר שבשגרה לבטלות ההחלטה המינהלית – ראוי לאמץ הסדר זה. קביעת סנקציה משמעותית יותר גם תספק תמריץ לרשויות המינהל לספק מענה הולם לפניית הציבור.

⁷⁴ ראו הערה 214 לדברי ההסבר לתזכיר.

⁷⁵ ראו לענין זה גם דפנה ברק-ארז, **אזרח, נתין, צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה** (2012) 179-180 (להלן: **אזרח, נתין, צרכן**).

⁷⁶ ברק-ארז, כרך א עמ' 481.

⁷⁷ **חובת ההנמקה**, עמ' 41-43. פרופ' דותן מדבר על הפרת חובת ההנמקה, אך ניתן להחיל את הדברים, בשינויים המחוייבים, גם על הפרת החובה לתת מענה לפנייה במועד.

הערות לפרק י"ב: פרסום

היקפה של חובת הפירסום

89. הסוגיה החשובה של פרסום הנחיות מינהליות מוסדרת באופן מפורט בסעיף 47 לתזכיר. עם זאת, במספר היבטים חשובים, להסדר המוצע חסרונות משמעותיים ביחס לדין הנוהג, וההסדר בכללותו מצמצם את הזכות להליך הוגן, ואת זכות הציבור לדעת מהן ההנחיות המינהליות לפיהן פועלת הרשות.

90. סעיף 47 להצעה קובע כי "הנחיות מינהליות שלהן השפעה ממשית על הציבור, יפורסמו באתר האינטרנט... או יובאו לידיעת הציבור בדרך יעילה אחרת" (ההדגשה הוספה). זוהי נסיגה משמעותית מחובת הפירסום הקבועה ביחס להנחיות מינהליות בסעיף 6(א) לחוק חופש המידע, הקובע בשפה רחבה יותר כי: "רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור" (ההדגשה הוספה). אמנם חוק חופש המידע מדבר על העמדת ההנחיות לעיון הציבור, בעוד שההצעה מדברת על פרסומן, אך בעידן הדיגיטלי, ספק אם אכן מדובר ב"חידוש חקיקתי", כפי שנאמר בדברי ההסבר. יש להניח שגם חובת ההעמדה לעיון מכוח חוק חופש המידע מחייבת, ככלל, פרסום באתר האינטרנט⁷⁸, וזוהי הרי גם דרך הפרסום הקבועה בסעיף 47 עצמו. מנגד, ההסדר המוצע מצמצם את היקף חובת הפרסום החלה על הנחיות מינהליות, מהנחיות שיש להן נגיעה או חשיבות לציבור להנחיות שיש להן השפעה ממשית על הציבור, וזאת ללא כל טעם מוצדק. זאת למרות האמור בחלק הכללי של דברי ההסבר, לפיהם ההסדר המוצע בכללותו לא נועד לשנות מההסדרים הקיימים כבר בחקיקה או מהיקף הזכויות המוכר כבר במשפט המינהלי הנוהג.

91. בעידן הדיגיטלי בו אנו נמצאים ראוי לקבוע גם חובת פרסום באתר האינטרנט של עניינים נוספים, כגון פרוטוקולים של דיונים שלציבור יש עניין בהם, קריטריונים

⁷⁸ ראו ברק-ארז, כרך א, עמ' 244: "בדברי ההסבר להצעת חוק חופש המידע... נאמר לעניין זה כי "הרשות הציבורית תקיים עליה את המוטל עליה בסעיף זה אם תקים מעין ספרייה או חדר עיון ציבורי במשרדה... אולם, בהתחשב בהתפתחויות שחלו בכל הנוגע לשימוש במחשבים, יש להניח שכיום עמידה בחובה זו תהיה חייבת לכלול גם פרסום באתר האינטרנט של הרשות"; וראו גם אזרח, נתין, צרכן, עמ' 184.

לתמיכות במוסדות ציבור, וכן פרטי מידע נוספים הרלוונטיים לפעולתן של הרשויות המינהליות או המשמשים בסיס להן.⁷⁹

92. ראוי לקבוע מסגרת זמן לפרסום ההנחיות המינהליות, וכן הוראות מעבר הנוגעות להנחיות מנהליות קיימות שטרם פורסמו.

הסייגים לחובת הפירסום

93. גם הסייגים לחובת הפרסום הקבועים בהמשך סעיף 47 רחבים יותר מהסייגים המופיעים כיום בחוק חופש המידע וזאת בשני מובנים חשובים. ראשית, ס"ק (ג) מפנה אמנם לעיקרי הסייגים הקבועים כיום בסעיף 9 לחוק חופש המידע, אך ס"ק (ב) מוסיף סייג סל רחב הפוטר את הרשות מחובת הפרסום "אם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת". לאור הסייגים הקבועים כבר הן בס"ק (ב) והן בס"ק (ג), סייג רחב זה עלול לצמצם באופן לא מידתי את חובת פרסום ההנחיות הפנימיות. שנית, וזה העיקר, כפי שראינו בעניין הפטורים מחובת ההנמקה, גם כאן אנו רואים שבניגוד לסייגים הקבועים בחוק חופש המידע, הסייגים הקבועים בסעיף 47 אינם כפופים לחובת האיזון והמידתיות. כך, למשל, סעיף 47 פוטר לכאורה מחובת פרסום הנחיות הנוגעות לניהול פנימי של הרשות, אף אם יש להן גם השפעה ממשית על הציבור וזכויותיו, וזאת ללא צורך לאזן את הצורך של הרשות אל מול זכות הציבור, וללא הצורך לבחון את אפשרות פרסומו של אותו חלק של ההנחיות שיש לו השפעה על הציבור. לתוצאה זו אין כל הצדקה והיא מהווה, כאמור, נסיגה משמעותית מחובת הפרסום המוטלת על הרשות מכוח חוק חופש המידע, שבו השימוש בסייגים כפוף לחובת האיזון (סעיף 10 לחוק) ולחובה לשקול פרסום חלקי או בתנאים (סעיף 11).

תוצאות הפרת חובת הפירסום

94. סעיף 47(ד) קובע, באופן קטגורי, כי אי-פרסום הנחיות מינהליות לא יפגע בתוקפן. דברי ההסבר מזכירים את האפשרות ההפוכה – לפיה אי-פרסום יגרור דווקא את בטלות ההנחיות או את חוסר האפשרות לפעול בהתאם להנחיות שלא פורסמו, אך אפשרות זו נדחית בנימוק שהאינטרס הציבורי עשוי לצאת נפגע. אלא שאין בנימוק זה כדי להצדיק כלל גורף של היעדר תוצאות, הלכה למעשה, להפרתה של חובת הפרסום. ראוי לזכור כי אי-פרסום הנחיות מינהליות משמעו שלציבור לא הייתה

⁷⁹ ראו אזרח, נתין, צרכן, עמי 184.

היכולת ללמוד על מדיניות הרשות, וממילא לא ניתנה לו ההזדמנות לכלכל מעשיו בהתאם או לפעול לשינוי המדיניות. אי-פרסום הנחיות כמוהו, בהקשר זה, כאי-פרסום תקנות או חקיקה, שכידוע משמעותו היא היעדר תוקף לאותו דבר חקיקה שלא פורסם. לבסוף יש לציין שההסדר המוצע אף מהווה נסיגה מהמשפט הקיים בעניין זה. הפרסום כתנאי לתוקף הנחיות שיש בהן כדי לאצול על זכויות הפרט נקבע בפרשת אפרתי נ' אוסטפלד:

תנאי מוקדם והכרחי לקביעתן ולהחלתן של הנחיות פנימיות הוא בהבאתן של אותן הנחיות לידיעת המעוניינים, בין בפירסומן לרבים בין אחרת. מדברים אנו, כמובן, בהנחיות שיש בהן כדי לאצול על זכות הפרט.⁸⁰

ראוי אפוא לקבוע מפורשות שככלל, אי פרסום הנחיות מינהליות שקיימת החובה לפרסמן יביא לבטלות ההנחיות או לחוסר היכולת לפעול בהתאם להן.

פרסום של הצעת תקנות והצעת הנחיות מינהליות

95. סעיף 48 כולל חידוש חקיקתי חשוב (המעוגן כיום בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה) וקובע חובת פרסום של הצעת תקנות או הצעת הנחיות מינהליות, על מנת לאפשר לציבור להתוודע להסדר המינהלי העומד להיקבע, ולהעיר את הערותיו. על חידוש חשוב זה יש לברך. עם זאת, ראוי להרחיב את ההסדר בכמה עניינים. ראשית, ההצעה מדברת על פרסום הצעת תקנות או הנחיות שיש להן השפעה ממשית על הציבור, וכאמור לביטוי ממשית אין הצדקה נורמטיבית או בסיס בדין הקיים. יש לקבוע חובת פרסום לכל הצעת תקנות או הנחיות מינהליות שיש להן השלכה או חשיבות לציבור.

96. שנית, ההצעה קובעת שהפרסום יעשה באתר האינטרנט של הרשות, או בדרך יעילה אחרת עליה תורה הרשות. בעידן הנוכחי, ראוי שהפרסום באתר האינטרנט יעשה בכל מקרה, ובנוסף יתאפשר לרשות לפרסם את ההצעה בדרכים יעילות אחרות. כמו כן, ראוי להטיל על הרשות המבקשת להתקין תקנות או הנחיות חובת ידוע אקטיבית יותר, כגון החובה להביא את ההצעה לידיעתם של גופים ציבוריים וארגוני החברה האזרחית שעשוי להיות להם עניין מיוחד בתקנות או בהנחיות

⁸⁰ בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד (1992), פסקה 21 לפסק דינו של השופט חשין; בית המשפט חזר על עמדה זו גם לאחרונה בע"מ 4014/11 אבו עיד נ' משרד הפנים (2014), פסקה 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

המוצעות. ראוי לשקול בהקשר זה קביעת חובה להעמיד לרשות ארגונים חברתיים וגופים מעוניינים אחרים אמצעים אלקטרוניים לקבלת עדכון אוטומטי על הצעות תקנות או הנחיות (למשל על ידי הצטרפות לרשימת תפוצה, כמו שקיים לדוגמא לגבי החלטות רשות מקרקעי ישראל, לרבות הצעות החלטה במועצה ובהנהלת הרשות).

97. ההסדר קובע שההצעה תפורסם 14 ימים לפחות לפני שיותקנו התקנות או ייקבעו ההנחיות. מדובר בפרק זמן קצר במיוחד, וראוי להרחיבו, וזאת במיוחד לאור הסייג המאפשר לרשות לסטות מהמועדים הקבועים אם קיים צורך דחוף בהתקנת התקנות או בקביעת ההנחיות. לפיכך, ראוי לקבוע מועד של 30 ימים לפחות, וזמן ארוך מזה כאשר מדובר בהצעת תקנות או הנחיות מורכבת במיוחד.⁸¹

98. חובת פרסום הצעת התקנות או ההנחיות אינה חלה במקום בו ההנחיות או התקנות אינן טעונות פרסום כאמור בסעיפים 45 או 47, ולפיכך הערותינו לעניין סעיפים אלה חלות גם לעניין פרסום הצעת תקנות או הנחיות.

הערות לפרק י"ג: תיקון וביטול החלטות מינהליות

99. סעיף 49 דן בסמכות הרשות לתקן או לבטל הנחיות ותקנות, ואילו סעיף 50 עוסק בתיקון ובביטול החלטות מינהל. בשני הסעיפים ראוי להוסיף, במסגרת השיקולים שעשויים להצדיק תיקון או ביטול החלטה מינהלית, שיקולים של צדק חלוקתי. זאת, כדי לאפשר רפורמות והסדרים של חלוקת משאבים חדשים בתחומים בהם הסדרי החלוקה הקיימים אינם משרתים את האינטרס הציבורי כי אם מעדיפים קבוצות אינטרס כאלה או אחרות.⁸² בנוסף, ראוי להתייחס לחובתה של הרשות לקחת בחשבון את אינטרס ההסתמכות והציפייה של האזרחים. התייחסות זו ראויה גם בהסדר הנוגע להבטחה מינהלית שבסעיף 51: הנחת המוצא צריכה להיות חובתה של הרשות לקיים את הבטחותיה, גם אם לא מולאו כל תנאיה הפורמאליים של ההבטחה המינהלית, ולהפר את הבטחתה רק כאשר האינטרס הציבורי מחייב זאת.

⁸¹ ראו לעניין זה בג"ץ 1658/10 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (2010) לעניין חובת הפרסום של הצעת הרפורמה בחוק התכנון והבניה זמן מספיק מראש באופן שיאפשר לציבור ולגופים המעוניינים בכך להעיר את הערותיהם.

⁸² ראו והשוו: פרשת שיח חדש.

הערות לפרק י"ד: עיון חוזר בהוראת מינהל

100. סעיפים 53-54 מסדירים את האפשרות לעיון חוזר בהחלטות מינהליות. עם זאת, לפי הניסוח הנוכחי, הזכות לבקש עיון חוזר מוגבלת להוראות מינהל, במקום להחלטות מינהליות. ראוי להחליף אפוא את הביטוי הוראת מינהל בהחלטה מינהלית בכל המקומות הרלוונטיים בפרק.

101. זאת ועוד, הזכות לבקש שינוי החלטה בשל גילויין של עובדות חדשות מוגבלת רק למקרים בהם המבקש לא יכול היה לדעת על העובדות החדשות טרם נתקבלה ההחלטה בעניינו. תכלית ההסדר, כפי שהיא מופיעה בדברי ההסבר, היא להבטיח כי הבקשה לעיון חוזר תיבחן רק כאשר המבקש פעל בהגינות ולא הסתיר מן הרשות המינהלית מידע במכוון. אלא שההסדר גורף הרבה יותר מהתכלית, והוא מונע בחינה מחדש של החלטה מינהלית גם במקרים בהם המבקש התרשל בבדיקת העובדות, ולא רק במקרים של הטעייה מכוונת. בנוסף לכך אפילו במקרים בהם הפונה הטעה את הרשות ביודעין, ולא כל שכן במקרים שבהם היה רק רשלן, עדיין יש מקום לאזן בין אשמו של המבקש לבין הנזק שייגרם לו או לציבור אם לא תשונה ההחלטה בעניינו (והתוצאה תהיה כמובן שונה במקרה של טעות לעומת מקרה של הטעייה). יש לקבוע אפוא שרשות מינהלית תבחן מחדש את החלטתה אם הובאו לידיעתה עובדות חדשות, גם אם עובדות אלה יכולות היו להיות ידועות למבקש הסביר מבעוד מועד, בנסיבות בהן הנזק שייגרם למבקש או לציבור בשל אי-שינוי ההחלטה גדול מהנזק שייגרם לאינטרס הציבורי מכך שתתוקן החלטה בעניינו של מבקש רשלן או מבקש חסר תום-לב.

הערות לפרק ט"ו: פגם בהחלטה המינהלית ותוצאתו

102. סעיף 56(ב) מאפשר לרשות מינהלית שקיבלה החלטה תוך הפרת הוראות הדין לא לבטל את החלטתה, אם מצאה שמתקיים אינטרס ציבורי ומהותי שמצדיק שלא לבטלה. סעיף זה מבקש לעגן בהסדר חקיקתי את דוקטרינת הבטלות היחסית שפותחה בפסיקתו של בית המשפט העליון בשנים האחרונות. אלא שקיים הבדל מכריע בין דוקטרינת הבטלות היחסית לבין ההסדר המוצע, והוא בכך שבעוד שאת דוקטרינת הבטלות היחסית מפעיל בית המשפט, הרי שההסדר המוצע מאפשר לרשות המינהלית עצמה לקיים החלטות לא חוקיות שהיא עצמה קיבלה. הסדר זה, מה גם שהוא מנוסח באופן עמום ורחב ביותר ומסתפק בקיומו של "אינטרס ציבורי ומהותי", מעורר חשש כבד לניגוד עניינים ולפגיעה בעקרונות החוקיות.

103. ראוי לציין בהקשר זה שדוקטרינת הבטלות היחסית עצמה, אף כשהיא מופעלת על-ידי בתי המשפט, מבטאת התפשרות על עקרון החוקיות, שלטון החוק, וההליך ההוגן, וככזו היא אף זכתה לביקורת. פרופ' ברק-ארז עומדת על כך שהיא ננקטת דווקא במקרים, בהם נפלו במעשה המינהלי פגמים מהותיים, וזאת על מנת לצמצם את נפקויות הפגמים. בכך מבטאת דוקטרינת הבטלות היחסית גישה סלחנית כלפי הפרת הדין על-ידי הרשויות המינהליות, שסופה הרתעת חסר של הרשויות מפני הפרה של זכויות מהותיות ושל הזכות להליך הוגן.⁸³ הבטלות היחסית מועדת במיוחד לפגיעה באכיפתן של זכויות פרוצדוראליות, שכן היא מתמקדת בשאלה התוצאתית של עיוות הדין, ולא בשאלה האם הרשות פעלה כדין אם לאו.⁸⁴

104. אך אם את כל אלה עוד ניתן היה לקבל על סמך ההנחה שבסופו של דבר יהיה זה בית המשפט, ולא גוף אחר, שיפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית⁸⁵, הרי שההסדר המוצע שומט את הקרקע אף מתחת להנחת יסוד זו. לפיכך, ההסדר המוצע מסכן במידה בלתי מתקבלת על הדעת את עקרון החוקיות ואת הזכות להליך הוגן, וראוי לבטלו. ראוי לקבוע במפורש כי על רשות מינהלית שקיבלה החלטה תוך הפרת הוראות הדין חלה החובה לבטל את החלטתה, אלא אם ההפרה היא בגדר זוטי דברים, סייג שכבר קיים בהסדר המוצע, בסעיף 56(ג).⁸⁶ לכל הפחות, ראוי לצמצם את סמכותה של הרשות המינהלית לקיים החלטות שנתקבלו תוך הפרת הדין כך שלא תחול בכל מקרה שבו הופרה הוראה מהותית של המשפט המינהלי.

הערות לפרק ט"ז: שונות

חזקת תקינות המינהל

105. סעיף 58 קובע את חזקת תקינות המינהל. חזקה זו הוכרה אמנם זה מכבר בפסיקה, אלא שיש מקום לשוב ולהרהר בה, לאור פגיעתה בזכות להליך הוגן, ביכולתם של עותרים להוכיח שנפלו פגמים בהליך המינהלי, ובאינטרס הציבורי

⁸³ ראו ברק-ארז, כרך ב עמ' 828-829.

⁸⁴ שם, שם.

⁸⁵ על הבעייתיות הכרוכה בתלות שיוצרת הבטלות היחסית בהכרעות שיפוטיות, והקשר שלה לאקטיביזם שיפוטי, ראו ברק-ארז, כרך ב עמ' 830-831.

⁸⁶ לעמדה דומה ראו ברק-ארז, כרך ב עמ' 835.

בחוקיותו ובתקינותו של ההליך המינהלי. לכל הפחות, ראוי לנסח את חזקת התקינות בצורה מעודנת ומסוייגת יותר מהנוסח המוצע.

106. חזקת התקינות עלולה לפגוע בזכותם של האזרחים להליך הוגן, בכך שהיא מכבידה על יכולתם לתקוף החלטה מינהלית, במיוחד באותם מקרים בהם מדובר בפגמים נסתרים, כגון כאשר מדובר בפגמים בשיקול הדעת, או בנסיבות – השגרתיות למדי – בהן האזרח כלל אינו יכול לדעת כיצד בדיוק התקבלה ההחלטה בעניינו ומאלו נימוקים. מגבלה זו משמעותית במיוחד אם נזכור את ההסדר הלקוי בהצעת החוק ביחס לחובת ההנמקה.

107. שיקולים אלה הובילו באחרונה את פרופ' יצחק זמיר למסקנה שראוי לשוב ולבחון את חזקת התקינות, ולסייגה באופן שתוגבר ההגנה על הזכות המינהלית והזכות להליך הוגן.⁸⁷ כדבריו:

”קשה להצדיק את המחסום שחזקת החוקיות מציבה בפני תחילת ההתדיינות המינהלית בבית המשפט... קיים טעם – למעשה כמה טעמים שונים – להנמיך את המחסום של חזקת החוקיות, אם לא לסלקו כליל.”⁸⁸

108. בתמצית הצעתו של פרופ' זמיר היא, שבכל מקרה שבו מתעורר בלב בית המשפט ספק ממשי בדבר חוקיותה של ההחלטה המינהלית, די יהיה בכך כדי להתגבר על חזקת החוקיות. פרופסור זמיר ממשיך ומונה סוגי מקרים חשודים בהם יש במיוחד לסגת מחזקת התקינות, כגון מקרים של הפליה, סטייה מהנחיות, היעדר נימוקים או פרוטוקול או נימוקים סותרים.

109. גם בהקשר זה ניתן לאמץ מבחן תלוי-הקשר, כאשר מידת הספק הנדרשת תשתנה ממקרה למקרה, בהתאם לנסיבותיו. כך, די יהיה בספק קל-משקל יותר ככל שמדובר בהחלטות מינהליות שפוגעות בזכויות יסוד.

110. ראוי לשיקול קביעת רשימה לא ממצה של נסיבות בהן תיסתר חזקת הכשירות המינהלית, כגון במקרים בהם הרשות לא נימקה את החלטתה או במקרים בהם לא נערך רישום ותייעוד ראוי של ההליך המינהלי.

⁸⁷ יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המינהלי" ספר אור (עורכים: אהרן ברק, רון סוקול, עודד שחם, 2013) 741.

⁸⁸ שם, עמ' 759-757.

111. לכל הפחות, ראוי לנסח מחדש את חזקת התקינות. ההסדר המוצע מציג את חזקת התקינות המינהלית בצורה חזקה מכפי שראוי, ואף חזקה יותר מהאופן שבו היא נתפסת על-ידי הפסיקה. כאמור בפרשת **מלבסקי**:

חזקת החוקיות אינה בעלת עוצמה רבה. אפשר להפריך אותה באמצעות ראיות נסיבתיות וראיות לכאוריות, ולעיתים די אפילו בנסיבות המקרה כדי לערער את החזקה, ולהעביר את נטל הראיה אל הרשות המינהלית.⁸⁹

112. בנסיבות אלה, ובמיוחד אם נוסף ונזכור את מעמדה החזק, יחסית לאזרח, של הרשות בהליכים משפטיים, ניתן להסתפק בקביעה לפיה "חזקה על רשות מינהלית שהיא פעלה כדין, אלא אם קיימים טעמים לסבור אחרת", או ניסוח דומה.

תחולה

113. סעיף 65 קובע שלהסדר המוצע תהיה תחולה שיורית בלבד, ככל שהוא לא סותר הוראות בחיקוקים אחרים. כמפורט בדברי ההסבר, הדבר נועד לשמר את יציבות המשפט המינהלי, ולהימנע מהמשימה הבלתי-אפשרית לבחון כל חיקוק וחיקוק שההסדר המוצע עשוי להשפיע עליו. תכליות אלה הן מובנות, אולם הפתרון המוצע מחליש עד מאד את ההבטחה הקודיפיקטיבית שטמונה בהצעה, ומאיים לאיין את ההרמוניה החקיקתית שההסדר המוצע מבקש להשיג. ראוי לשקול אפוא דרכים אחרות, מידתיות יותר, לקיים את יציבות המשפט המינהלי. כך, למשל, ניתן לקבוע כי אותן הוראות בהסדר המוצע שיש בהן כדי להגן על זכויות האדם ועל הזכות להליך הוגן, יחולו גם על כל חיקוק אחר בתחום המשפט המינהלי, אלא אם קיים הסדר מפורש אחר. עוד ניתן לקבוע כי ההסדר המוצע יהווה מקור פרשני לפירושם של כל החיקוקים הנוגעים למשפט המינהלי.

הוראת מעבר

114. לפי סעיף 66, מוצע שעל החלטות שהתקבלו לפני תחילתו של החוק ימשיך לחול הדין הקודם. ההסבר שניתן לכך הוא הרצון להבטיח ודאות, יציבות וביטחון עבור מי שהסתמכו על הדין הקודם. אולם, לנוכח אופיו השמרני למדי של החוק בכללותו מחד גיסא, ותחולתו השיורית מאידך גיסא, ראוי לשקול תחולה מיידית של החוק, לפחות בכל הנוגע להסדרים המיטיבים עם האזרח. בנוסף, ראוי לקבוע

⁸⁹ בג"ץ 1227/98 **מלבסקי נ' שר הפנים** (1998), פסקה 24 לפסק דינו של השופט זמיר.

במפורש כי הוראות החוק יחולו, לאחר חלוף תקופת המעבר, גם על הליכים מינהליים שהחלו לפני חקיקת החוק.