

## ההליך המנהלי בצילו של שיקול-דעת

מאת  
איל פלג\*

### תקציר

בליבתו של שיח המשפט המנהלי מצוי דיון ארוך-שנים ביחס לשיקול-הדעת המוקנה לרשויות המנהל, על יתרונותיו וחסרונותיו. שיח זה מתרכז בעיקרו בשיקול-הדעת הטבוע בחקיקה שמסמיכה את הרשויות לפעול. זהו שיקול-דעת המוקנה לרשות בקביעת תוכנה של ההחלטה המנהלית. לעומת זאת, שיח לגבי שיקול-דעת מנהלי נוסף לא פותח דיו. כוונתי לשיקול-הדעת הטבוע בדיני ההליך של המשפט המנהלי הכללי, בתוככי חובות דוגמת חובת השימוע וחובת המהירות הראויה. זהו שיקול-הדעת הטמון בשאלת ה"איך": איך ייערך שימוע? כיצד תוגשם חובת התשתית העובדתית? מאמר זה מבקש לתרום לשיח המשפטי החסר מאוד בנוגע לשיקול-דעת זה.

המאמר יבקש לטעון כי בהקניית שיקול-דעת למנהל לצקת תוכן בחובות ההליך יש משום פער בולט וחוסר עקביות ביחס לתפיסה הדומיננטית שבבסיס המשפט המנהלי – תפיסת היריבות, המתמקדת בחשש לניצול לרעה של הכוח המנהלי ולפגיעה בחירויות הפרט. בהמשך לכך יוצגו השאלות הבאות: אם פוחדים כל-כך מהמדינה המנהלית, הכיצד משאירים בידי הפקידים שיקול-דעת לצקת תוכן נסיבתי בכללי ההליך, שאמורים לכבול אותם, לרסן את כוחם ולהגן על הפרט? מה מניע את בית-המשפט להתפשר, לזנוח את החששות מהיריבות ולהקנות שיקול-דעת כזה לפקידות המנהלית?

תחילה יוצג הסבר, הנלמד מהדין המצוי, ולפיו שיקול-דעת בדיני ההליך מוקנה לרשות לצורך עריכת איזון מיטבי בין חובת ההגינות לבין שיקולים אחרים, דוגמת יעילות מנהלית. אולם איזון זה, אטען, אינו מספק מנקודת-המבט של תפיסת היריבות, כתפיסה הדומיננטית שבבסיס המשפט המנהלי כולו. אסביר כי יש צורך בקביעת הסדר משפטי אחר, שייצור התאמה רבה יותר בין דיני ההליך לבין תפיסת היריבות. כך, מתוך אימוץ פרספקטיבה הקשורת ביקורתית על הדין המצוי, תוקדש עיקר תשומת-ההלב להצגת טיעון

\* דוקטור למשפטים; מרצה, בית-הספר למשפטים והמחלקה למינהל ומדיניות ציבורית, המכללה האקדמית ספיר; עוסק גם בהוראת הקורס "משפט מנהלי" בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

ברצוני להודות לחברי מערכת עיוני משפט – ובמיוחד לעורכת ענת עובדיה-רוזנר ולחברי המערכת מאי ג'באלי, יונתן חודורוב וגלעד קירז'נר – על הערותיהם המועילות לגרסאות קודמות של המאמר.

הקשרי-תחומי שלפיו שיקול-הדעת בדיני ההליך הוא גם תוצר בעייתי של המשפט המנהלי כדין כללי שחל על המנהל הציבורי כמכלול. בהמשך לכך יוסבר מדוע וכיצד פיתוח של משפט מנהלי הקשרי-תחומי צפוי לצמצם את היקף שיקול-הדעת המדובר, ובכך לקדם התאמה רבה יותר בין תפיסת היריבות לבין דיני ההליך.

במאמר יוצגו שני מודלים הקשריים לצמצום שיקול-הדעת ההליכי: האחד, מודל קשיח, שבו יעוצבו דגשים נטולי שיקול-דעת אשר יבנו את חובות ההליך בהקשר תחומי נתון; והאחר, מודל מרוכך, שישאיר לפקיד פתח לסטות מהדגשים המוכנים, ובכך להפעיל שיקול-דעת בנסיבות מיוחדות באמת. אסביר כי עיקר חשיבותו של המודל המרוכך (כמודל המועדף) נעוזה בכך שהוא ישנה את נקודת המוצא שקיימת כיום בדין המצוי. זהו מעבר מהפעלת שיקול-דעת כדרך-המלך בפעולתו של בעל הסמכות להפעלתו במצבים חריגים בלבד. מנקודת-המבט של תפיסת היריבות, זהו נתיב שראוי להציע בו את דיני ההליך המנהלי.

מבוא

- א. שיקול-דעת במשפט המנהלי הכללי
- ב. שיקול-דעת בדיני ההליך המנהלי – הדין המצוי
  1. עקרון הנאמנות וחובת ההגינות
  2. על החשיבות המיוחדת של הפסיקה והספרות במשפט המנהלי
  3. שיקול-דעת בדיני ההליך המנהלי
    - (א) זכות הטיעון
      1. שיקול-דעת בנוגע לזכות הטיעון – המישור של תחולת החובה
      2. שיקול-דעת בנוגע לזכות הטיעון – המישור של אופן מימוש החובה
        - (ב) חובת התשתית העובדתית
        - (ג) החובה לפעול במהירות ראויה
- ג. שיקול-הדעת בדיני ההליך לאור תפיסות בולטות של ההליך המנהלי
  1. יתרונות וחסרונות הגלומים בשיקול-דעת מנהלי
  2. שיקול-דעת בדיני ההליך ועקרון היעילות
  3. תפיסת הרשות המנהלית כמומחית
  4. ערכם הפנימי (האינטרינזי) של דיני ההליך
  5. תפיסת השותפות
  6. תפיסת היריבות
  7. איזונים חיוניים – ההסבר להקניית שיקול-דעת בדיני ההליך
  - ד. הפער בין תפיסת היריבות לבין הקניית שיקול-דעת בדיני ההליך
    1. זכות הטיעון

2. חובת התשתית העובדתית
3. חובת המהירות הראויה
- ה. הפתרון לחוסר העקביות בין תפיסת היריבות לבין שיקול-הדעת ההליכי
  1. שיקול-הדעת כתוצר של משפט מנהלי כללי
    - (א) הטענה ההקשרית הדסקריפטיבית
    - (ב) הטענה ההקשרית הנורמטיבית
  2. ההיבט המוסדי – החשיבות של פיתוח הדגשים ההקשריים בחקיקה
  3. מודלים להפחתת שיקול-דעת בדיני ההליך
    - (א) מודל הקשרי קשיח
      - (1) ההקשר החינוכי הבית-ספרי
      - (2) הקשר הרווחה של העוני
      - (3) דגשים חקיקתיים נוספים
      - (4) קביעת דגשים קשיחים בפסיקה
    - (ב) מודל מרוכב: דגשים הקשריים והפעלת שיקול-דעת לסטייה מהם
      - (1) מהותו של "חריג" והפעלתו
      - (2) מצבים חריגים המצדיקים סטייה מדגש הקשרי
      - (3) כבלים שימנעו סטייה בלתי-מוצדקת מהדגשים ההקשריים
1. ביקורות-נגד
  1. האומנם מתחייב דווקא פתרון הקשרי-תחומי?
  2. שאלת "הפקיד הרע"
  3. קיומו בפועל של משפט מנהלי הקשרי ברשויות המנהל
    - (א) ההיבט של המנהל הציבורי
    - (ב) ההיבט של בתי-המשפט
  4. רזולוציה שונה של קביעת ההקשרים
  5. עלויות

סיכום

## מבוא

בליבתו של שיח המשפט המנהלי מצוי דיון ארוך-שנים ביחס לשיקול-הדעת המוקנה לרשויות המנהל, על יתרונותיו וחסרונותיו. שיח זה מתרכז בעיקרו בשיקול-הדעת הטבוע בחקיקה שמסמיכה את הרשויות לפעול, כל אחת בתחומה – חקיקת החינוך, חקיקת התכנון, חקיקת הרווחה וכולי. זהו שיקול-דעת המוקנה לרשות בקביעת תוכנה של ההחלטה המנהלית. לעומת זאת, שיח לגבי שיקול-דעת מנהלי נוסף, שהוא בעיקרו תוצר הפסיקה, לא פותח דיו. כוונתי לשיקול-הדעת הטבוע בדיני ההליך של המשפט המנהלי, בתוככי חובות דוגמת חובת השימוע (זכות הטיעון), חובת המהירות הראויה וחובת התשתית העובדתית. זהו שיקול-הדעת הטמון בשאלת ה"איך": איך ייערך שימוע? באיזה אופן תוגשם חובת התשתית העובדתית?

מאמר זה מבקש לתרום לשיח המשפטי החסר בנוגע לשיקול-הדעת ההליכי, שהוא כיום שיח נסתר בעיקרו, כמעט סמוי מן העין. חשוב להצביע על שיקול-דעת זה, ובעיקר על הסכנות הגלומות בו להגינות המנהלית. מטרה ראשונה של מאמר זה היא לחשוף ולמפות את המימד המשמעותי של שיקול-דעת הטבוע בדיני ההליך המנהלי, בהיותו שיקול-דעת שמצוי הרבה פחות בתודעה המשפטית. מטרה שנייה של המאמר היא להצביע על פער בולט וחוסר עקביות שקיימים בדין המצוי. זהו טיעון שלפיו בהקניית שיקול-דעת למנהל לצקת תוכן בחובות ההליך יש משום חוסר עקביות ביחס לתפיסה הדומיננטית שבבסיס המשפט המנהלי כולו – תפיסת היריבות, המתמקדת בחשש לניצול לרעה של הכוח המנהלי ולפגיעה בפרט ובזכויותיו. בהמשך לכך יעלו השאלות הבאות: אם חוששים כל-כך מהמדינה המנהלית ומהבירוקרטיה שלה, הכיצד משאירים בידי הפקידות שיקול-דעת רחב לצקת תוכן נסיבתי בכללי ההליך, שאמורים לכבול אותם, לרסן את כוחם ולהגן על הפרט, כלומר, למנוע ולרכך את סיכוני היריבות? מה מניע את בית-המשפט להתפשר, לזנוח דה-פקטו את החששות מהיריבות ולהקנות שיקול-דעת כזה לפקידות המנהלית?

על שאלות אלה אבקש להשיב בכמה רבדים. תחילה אציג הסבר, הנלמד מהדין המצוי, ולפיו שיקול-דעת בדיני ההליך מוקנה לרשות לצורך עריכת איזון מיטבי בין חובת ההגינות לבין שיקולים חשובים אחרים (ובכלל זה תפיסות נוספות, מעבר ליריבות, של ההליך המנהלי ודיניו), דוגמת יעילות מנהלית, מומחיות של הרשות או הגנה על בטחון המדינה. בשלב זה אסביר כי תפיסה זו מגלמת אומנם ניסיון של איזון בין השיקולים השונים, אולם איזון זה אינו מספק מנקודת-המבט של תפיסת היריבות, כתפיסה הדומיננטית הנמצאת בבסיס המשפט המנהלי כולו. אטען כי יש צורך בקביעת הסדר משפטי אחר, שייצור התאמה רבה יותר בין דיני ההליך לבין תפיסת היריבות. כך, מתוך אימוץ פרספקטיבה הקשרית ביקורתית על הדין המצוי, תוקדש עיקר תשומת-הלב להצגת טיעון הקשרי-תחומי שלפיו שיקול-הדעת בדיני ההליך הוא גם תוצר בעייתי של המשפט המנהלי כדין כללי שחל על המנהל הציבורי כמכלול. בהמשך אטען כי פיתוח של משפט מנהלי הקשרי-תחומי צפוי לצמצם את היקף שיקול-הדעת המנהלי, ובכך לקדם התאמה רבה יותר בין תפיסת היריבות לבין דיני ההליך המנהלי. במסגרת הדיון גם אמחיש כיצד דגשים הקשריים שייקבעו בתוך כללי ההליך (דוגמת חובת השימוע) יוכלו לצמצם את היקף שיקול-הדעת המדובר, בכך שייצקו תוכן ומשמעות תחומיים לחובות ההליך.

המאמר נחלק לשבעה חלקים. בחלק הראשון יוצגו המשפט המנהלי הכללי ומושג שיקול-הדעת המנהלי. בחלק השני אמפה ייצוגים שונים ומצטברים של שיקול-דעת מנהלי הטבוע בדיני ההליך. בסוף חלק זה תוצג גם ההבחנה בין נורמות משפטיות מסוג "כללים" לבין נורמות משפטיות מסוג "סטנדרטים". הבחנה זו קשורה באופן הדוק לשאלת קיומו של שיקול-דעת בנורמות משפטיות, והיא תלויה את המשך הדיון. החלק השלישי יפתח בסקירת טיעונים בדבר יתרונות וחסרונות של שיקול-דעת מנהלי. עיקרו של החלק יוקדש להצגת תפיסות אחדות של ההליך המנהלי ולתיאור עמדתן ביחס לקיומו של שיקול-דעת מנהלי בדיני ההליך. אפתח בהצגת התפיסה המתמקדת בחובת הרשות לפעול ביעילות במסגרת ההליך המנהלי. לאחר-מכן תוצג תפיסת-היסוד בדבר מומחיותה של הרשות המנהלית, ולאחריה תוצג תפיסה המוצאת ערך פנימי (אינטרינזי) בחובות ההליך. לבסוף יוצגו שתי תפיסות בדבר מהות היחסים שבין הרשות המנהלית לבין הפרט המטופל אצלה. תחילה

תוצג תפיסת השותפות, שלפיה המדינה והפרט הם שותפים, ולאחריה ארון בתפיסת-העומק הדומיננטית של המשפט המנהלי – תפיסת היריבות. בסופו של החלק יוצג הסבר הנלמד מהדין המצוי להקניית שיקול-הדעת בדיני ההליך. זהו ההסבר בדבר הצורך החיוני בעריכת איזון מיטבי בין השיקולים השונים, ובכלל זה בין התפיסות השונות שהוצגו בחלק זה. אטען שם כי הסבר זה אינו מספק מנקודת-המבט של תפיסת היריבות.

**החלק הרביעי** במאמר יוקדש להצגת הבעיה הגלומה בדין המצוי. יועמק בו הטעון שלפיו הקניית שיקול-הדעת בחובות ההליך יוצרת פער גדול וחוסר עקביות בין תפיסת היריבות הדומיננטית לבין דיני ההליך. בהמשך החלק תומחש הבעייתיות של הקניית שיקול-דעת זה לפקידות. ההמחשה תהיה באמצעות מקרים שתוערו במציאות המנהלית היומיומית. המחשה זו תוכיח כי חששותיה של תפיסת היריבות אינם דמיוניים, אלא מייצגים לא אחת את המציאות הממשית שאנשים המצויים בקשר עם רשויות המנהל חווים. **החלק החמישי** במאמר יוקדש להצגת הפתרון ההקשרי לבעיה זו של חוסר עקביות. תחילה יוצג ההסבר הביקורתי שלפיו שיקול-הדעת בדיני ההליך הוא תוצר של משפט מנהלי כללי, ויוסבר כיצד משפט מנהלי הקשרי-תחומי יוכל ליצור התאמה מיטבית (או לפחות התאמה טובה יותר) בין תפיסת היריבות לבין דיני ההליך. אטען כי ראוי לפתח את הדין ההקשרי, בראש ובראשונה, בחקיקה ראשית. בהמשך החלק יוצגו שני מודלים הקשריים שמיועדים לצמצם את היקף שיקול-הדעת בדיני ההליך: האחד, מודל קשיח, שבו יעוצבו דגשים (כללים) הקשריים נטולי שיקול-דעת, אשר יבנו את חובות ההליך בהקשר תחומי נתון; והאחר, מודל מרוכך, שישאיר לפקיד המנהל פתח לחרוג מהדגשים הללו, ובכך להפעיל שיקול-דעת בנסיבות מיוחדות באמת. במקרה כזה יהיה הפקיד מחויב לעבור כמה משוכות, שאכנה אותן "כבלים", כדי לוודא שאין מדובר בסטייה בלתי-מוצדקת מהמשפט המנהלי ההקשרי המובנה, שעוצב כדי לצמצם את היקף שיקול-הדעת בדיני ההליך. בהמשך חלק זה אטען כי המודל המרוכך עדיף, משום שהוא מייצג דרך-אמצע ראויה בין הדין המצוי, שבו נקודת המוצא היא שיקול-דעת בדיני ההליך, לבין המודל הקשיח, אשר אינו מכיר באפשרות להפעלת שיקול-דעת בתוך הדגשים ההקשריים שייקבעו. **בחלק השישי** אעלה כמה טיעונים ביקורתיים אפשריים ביחס לנטען במאמר זה, ואציג הסברים המלמדים כי המודל ההקשרי המוצע במאמר מספק גם תשובות ופתרונות לטיעונים ביקורתיים אלה. **בחלק השביעי** אסכם את המאמר.

## א. שיקול-דעת במשפט המנהלי הכללי

השימוש במונח "משפט מנהלי" בשיח המשפטי המקובל מכוון ל"משפט המנהלי הכללי"<sup>1</sup>, שחל על רשויות המנהל השונות.<sup>2</sup> בתמצית, הדין הכללי קובע את הדינים המחייבים את רשויות המנהל בשלושה מישורים.<sup>3</sup> ראשית, במישור הסמכות – עקרון חוקיות המנהל מתיר לרשות לעשות רק מה שהחוק הסמיך אותה לעשות. שנית, במישור ההליך – חובה על הרשות לקיים הליך תקין והוגן לפני קבלת ההחלטה. מישור זה כולל את דיני ההליך, המצויים בליבת המשפט המנהלי הכללי,<sup>4</sup> כגון זכות הטעון, איסור משוא-הפנים וחובת התשתית העובדתית. שלישית, במישור של תוכן ההחלטה עצמה – במישור זה חלים איסורים שונים, כגון איסור שקילת שיקולים זרים ואיסור הפליה, וקיימות חובות שונות, כגון החובה לקבל החלטה סבירה והחובה לקבל החלטה מידתית. שלישית המישורים הללו של הדין הכללי רלוונטיים לכל תחומי הפעילות במנהל הציבורי. במובן זה, המשפט המנהלי הכללי נוכח ומחייב בכל אחד מתחומי העשייה השונים של המנהל הציבורי, דוגמת החינוך, הרווחה, הביטחון או המיסוי.

כאמור, מאמר זה עוסק בשיקול-הדעת הגלום בדיני ההליך של המשפט המנהלי הכללי. אולם בטרם אתעמק בו אציג תחילה את מושג שיקול-הדעת, ואסביר מהו שיקול-הדעת שהשיח המשפטי הרווח מתמקד בו. מקובל לומר שפקיד במנהל הציבורי מפעיל שיקול-דעת כאשר החקיקה שמסמיכה אותו משאירה לו את הכוח לבחור בין אפשרויות שונות של פעולה או אי-פעולה.<sup>5</sup> כלומר, זהו מצב שבו החוק אינו מכתוב לבעל הסמכות תוצאה

- 
- 1 ראו ברוך ברכה משפט מנהלי כרך א 14 (1986); דפנה ברק-ארוז משפט מנהלי כרך א 15-16 (2010); איל פלג אתגר העוני של המשפט המנהלי 310-324 (2013). גם במשפט האנגלי ובמשפט האמריקני השיח מתרכז ב"General Administrative Law". לגבי המשפט האנגלי ראו PETER CANE, ADMINISTRATIVE LAW 9 (Paul Craig ed., 5th ed. 2011); PETER LEYLAND & GORDON ANTHONY, ADMINISTRATIVE LAW 2 (8th ed. 2016). לגבי המשפט בארצות-הברית ראו STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWART, CASS R. SUNSTEIN, ADRIAN VERMEULE & MICHAEL E. HERZ, ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 3 (7th ed. 2011); RONALD M. LEVIN & JEFFREY S. LUBBERS, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS IN A NUTSHELL 7 (6th ed. 2017).
  - 2 רשויות של שלטון מרכזי ומקומי, תאגידים סטוטוריים, ואף חברות ממשלתיות ועירוניות. ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11-15.
  - 3 לחלוקה זו ראו שם; דפנה ברק-ארוז משפט מנהלי כרך ב (2010).
  - 4 למרכזיותם של דיני ההליך במשפט המנהלי ראו יצחק זמיר "השופט יואל זוסמן: עם פרישתו מבית המשפט העליון" משפטים י 187, 190 (1980); ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 261-263.
  - 5 מיכאל אדלר "זכויות ושיקול דעת בביטחון הסוציאלי – האם הגיע טיטמוס לאיזון הנכון?" ביטחון סוציאלי 49, 5, 12 (1997). ראו גם DANIEL E. HALL, ADMINISTRATIVE LAW: BUREAUCRACY IN A DEMOCRACY 54 (6th ed. 2015). לחיבורים מכוננים בנושא שיקול-הדעת ראו CULP DAVIS, DISCRETIONARY JUSTICE: A PRELIMINARY INQUIRY (1969); D.J. GALLIGAN, DISCRETIONARY POWERS: A LEGAL STUDY OF OFFICIAL DISCRETION (1986).

אפשרית אחת בלבד, ובכך מוקנה לו כוח לבחור בין אפשרויות שונות של פעולה והחלטה.<sup>6</sup> נוסף על כך ניתן לומר כי שיקול-דעת הוא מרחב ההחלטה הנותר לפקיד המנהל לנוכח הכללים החלים על פעולותיו.<sup>7</sup> במקרה הרגיל סמכות שבשיקול-דעת נלמדת מקביעה בחוק המסמיך כי הרשות "רשאית" לפעול בדרך מסוימת, ובמקרים טיפוסיים אחרים היא "רשאית" לבחור בין אפשרויות שונות של החלטה.<sup>8</sup> לעיתים המחוקק קובע במפורש כי לפקיד מוקנה "שיקול-הדעת" לפעול באופן מסוים,<sup>9</sup> ולעיתים שיקול-הדעת הוא תוצר של שימוש במונחים עמומים בחוק המסמיך.<sup>10</sup>

שיקול-דעת מנהלי כתוצר של חוק אשר מסמיך את רשות המנהל הוא המודל הטיפוסי הנדון בשיח המשפטי. זהו שיקול-דעת המוקנה לרשות בקביעת תוכנה המהותי של ההחלטה המנהלית,<sup>11</sup> והוא גלום בחקיקה הענפה בתחומי הפעילות השונים במנהל הציבורי, דוגמת תחום הרווחה,<sup>12</sup> או בתחום הפעילות של הרשויות המופקדות על אכיפת הדין הפלילי.<sup>13</sup> ביחס לשיקול-דעת זה נקבעו בפסיקה דינים שונים, שמחייבים את הגורם המנהלי המפעיל את שיקול-הדעת בקבלת ההחלטה. בית-המשפט המנהלי (דוגמת בג"ץ) מקיים באמצעות

6 Baker v. Canada (Minister for Citizenship and Immigration) [1999] 2 S.C.R. 817, 852 (להלן: עניין Baker).

7 יואב רותן הנחיות מנהליות 365 (1996).

8 למשל, קצין מטרה רשאי להציב תמרון זמני בדרך ציבורית, ושר האוצר רשאי להפקיע מקרקעין אם הוא נוכח כי הדבר נחוץ לצורך ציבורי. יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א – המינהל הציבורי 320 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010). לעיתים החוק מקנה אפשרויות שונות לקבלת החלטה. למשל, "המוסד לביטוח לאומי רשאי להפחית, להשהות או לשלול גימלה למי שהפר ללא צידוק מספיק הוראות שניתנו לו בקשר להכשרה מקצועית..." – ס' 18 לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980.

9 למשל, שר הפנים "רשאי, לפי שיקול דעתו", לבטל אשרה או רשיון ישיבה – ס' 11 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

10 למשל, ס' 19 לפקודת העיתונות (שבוטלה לאחרונה) הקנה לשר הפנים סמכות להפסיק פרסום עיתון אם התפרסם בו דבר העלול, לדעתו של שר הפנים, לסכן את "שלום הציבור". מונח עמום נוסף הוא "אדם הגון", שנקבע כאחד התנאים לזכאות לקבלת רשיון רפואת שיניים – ס' 6(א)(1) לפקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], התשל"ט-1979. ראו גם ברק-ארו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 219.

11 זהו שיקול-הדעת הקובע את "תוכן ההחלטה המנהלית לגופו של עניין" – זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 320.

12 למשל, שיקול-דעת של פקיד הביטוח הלאומי אם לתת לפרט קצבת הבטחת הכנסה בהתאם לחוק הבטחת הכנסה. שיקול-דעת דומה מופעל ברשות המקומית בעת קבלת ההחלטה איזה סיוע חומרי לתת לפרט, אם בכלל. ראו חוק שירותי הסעד, התשי"ח-1958. בתחום זה יש JERRY L. MASHAW, "highly discretionary judgments about one's basic necessities". ראו RICHARD A. MERRIL & PETER M. SHANE, ADMINISTRATIVE LAW: THE AMERICAN PUBLIC LAW SYSTEM—CASES AND MATERIALS 341–42 (6th ed. 2009).

13 מדובר בשיקול-הדעת של המשטרה והפרקליטות אם לחקור, להגיש כתב אישום (ובאיזה אישום) או להגיע להסדר אחר. ראו, למשל, ס' 59, 60(ה), 67, 67 ו-167 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; Hall; לעיל ה"ש 5, בעמ' 56.

כללים אלה את הביקורת השיפוטית על תוכנה של ההחלטה המנהלית. כך, בית-המשפט בוחן את חוקיות שיקול-הדעת שהופעל בקבלת ההחלטה מבחינת השיקולים שהרשות רשאית לשקול ומבחינת האיזון שעליה לערוך בין אותם שיקולים. בהקשר זה חלים האיסורים בנוגע לקבלת החלטה בחוסר תום-לב, משיקולים זרים או תוך הפליה, וקיימות החובות לקבל החלטה סבירה ולקבל החלטה מידתית.<sup>14</sup>

### ב. שיקול-דעת בדיני ההליך המנהלי – הדין המצוי

מאמר זה מעמיד במרכזו שיקול-דעת מנהלי שבו עסק השיח המשפטי הרבה פחות. זהו שיקול-דעת נסתר יותר, כמעט סמוי מן העין. כוונתי לשיקול-הדעת הטמון בחובות של דיני ההליך של המשפט המנהלי הכללי. תחילה אציג את חובת ההגינות הכללית כחובה רווית שיקול-דעת. לאחר-מכן יוצג שיקול-הדעת הגלום בכמה חובות מרכזיות של דיני ההליך: חובת השימוע (זכות הטיעון), חובת התשתית העובדתית וחובת המהירות הראויה. בסופו של החלק אציג את ההבחנה בין נורמות משפטיות מסוג "כללים" לבין נורמות משפטיות מסוג "סטנדרטים". הבחנה זו תשרת אותנו בהמשך המאמר. הדיון בחלק זה יצביע על כך שחובות ההליך רוויות שיקול-הדעת הן נורמות מסוג "סטנדרטים". מטרת החלק היא לחשוף ולמפות ייצוגים שונים של שיקול-דעת הליכי זה, שמצוי הרבה פחות באור הזרקורים. המיפוי גם יחשוף את המימד המצטבר של שיקול-הדעת המדובר, ויהפוך את הטיעון (שיוצג בהמשך המאמר) בדבר הפער וחוסר העקביות שבין תפיסת היריבות לבין שיקול-דעת זה לכולט וזועק יותר.

#### 1. עקרון הנאמנות וחובת ההגינות

עקרון-היסוד של המשפט המנהלי הוא עקרון הנאמנות, שלפיו הרשות המנהלית היא נאמן של הציבור.<sup>15</sup> מעמדה של הרשות כנאמן הציבור כרוך בחובות. הנאמן חייב לפעול לטובת הנהנה, ובמשפט המנהלי הנהנה הוא הציבור.<sup>16</sup> מעקרון הנאמנות נלמדה חובת הגינות כללית,<sup>17</sup> שפותחה באופן מובהק כדי להגן על הפרט מפני כוחה הרב של הרשות המטפלת בו, כלומר, כדי למנוע שרירות, עוול ופגיעה בזכויותיו.<sup>18</sup> להגינות זו יש שני פנים: דיוני ומהותי.<sup>19</sup> ההגינות הדיונית מגולמת בדיני ההליך (זכות הטיעון, חובת התשתית העובדתית וכיוצא בהן), וההגינות המהותית מתבטאת בכללים בנוגע להפעלת שיקול-הדעת בקבלת

14 לדיון בכללים ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 3. ראו גם אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי כרך III – עילות ההתערבות (2008).

15 ראו דפנה ברק-ארז "נאמנות, אמון והגינות במשפט המנהלי" חובות אמון בדין הישראלי 171 (רות פלאט-שנער ויהושע שוקי) שגב עורכים, (2016); פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 138-141.

16 זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 37.

17 ראו יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב – ההליך המנהלי 997-998 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011); בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד (נב) 289, 319 (1998).

18 ראו, למשל, בפסק-דינו של השופט חשין בעניין קונטרס, שם, בעמ' 368.

19 פסק-דינו של הנשיא ברק בעניין קונטרס, שם, בעמ' 345-346.



ההחלטה (איי-שקילת שיקולים זרים, סבירות וכיוצא בהן). יודגש: עקרון הנאמנות וחובת ההגינות של הרשות חלים לא רק כלפי הציבור כגוף ערטילאי, אלא גם כלפי כל אדם ואדם המטופל על-ידי פקיד הרשות.<sup>20</sup>

בטרם נתמקד בשיקול-הדעת הטבוע בחובות ספציפיות המבטאות את ההגינות, חשוב להבין כי למעשה חובת ההגינות כשלעצמה רוויה בשיקול-דעת. פרופ' זמיר מסביר כי חובת ההגינות היא מושג עמום, עד כדי כך שלעיתים קרובות לא ברור לפקיד המנהל מה חובה זו דורשת ממנו. זמיר מוסיף כי לשאלה זו אין תשובה פשוטה ומוסכמת, משום ש"אין צורה אחת להגינות אלא פנים רבות המשתנות לפי נסיבות המקרה".<sup>21</sup> אנו למדים כי חובת ההגינות היא חובה אמורפית וגמישה, ותוצר של גמישות זו הוא שיקול-הדעת לצקת תוכן בחובה בהתאם לנסיבות המקרה הנדון ברשות.<sup>22</sup>

מחובת ההגינות נגזרות חובות שונות של דיני ההליך, דוגמת חובות השימוע, המהירות הראויה והתשתית העובדתית.<sup>23</sup> חובות ספציפיות אלה ממלאות את חובת ההגינות בתוכן קונקרטי, ובכך יוצקות תוכן בחובה. לכן, לכאורה, שיקול-הדעת שהיה גלום בחובת ההגינות נעלם.<sup>24</sup> אולם למעשה, גם לאחר יציקת תוכן קונקרטי לתוך ה"הגינות" באמצעות אותם דינים ספציפיים, חובת ההגינות נותרת רוויה בשיקול-דעת: ראשית, משום שאותן חובות קונקרטיות רוויות כשלעצמן בשיקול-דעת, כפי שיומחש להלן; שנית, משום שלפי התפיסה ביחס לחובת ההגינות, החובות הספציפיות הללו אינן ממצות את חובת ההגינות הכללית, וגם לאחריהן נותר מתחם שיורי שבו על הרשות לפעול ב"הגינות". מתחם זה הוא מתחם מובהק של שיקול-דעת מנהלי, שבו מוטלת על הרשות חובה לשאול את עצמה אם במקרה הנוכחי שבו היא מטפלת ההגינות מחייבת אותה להתנהל באופן מסוים.<sup>25</sup>

20 פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 140.

21 זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 999.

22 בעניין זה ניתן ללמוד מהמשפט האנגלי, אשר השפיע רבות – ועודנו משפיע – על המשפט המנהלי הישראלי. שם נטען כי סוגיית ההגינות הפרוצדורלית מוקנית לשיקול-דעתו של הגורם המנהלי המוסמך. ראו S.H. Bailey, *Grounds for Judicial Review: Due Process, Natural Justice and Fairness*, in *ENGLISH PUBLIC LAW* 775, 796 (David Feldman ed., 2004). שיקול-דעת ברניי ההליך נלמד גם מהתפיסה שהרשות היא "the master of its own procedure". ראו, למשל, *R v Race Relations Board, ex parte Selvarajan* [1975] 1 WLR 1686 (להלן: עניין *Selvarajan*). על יסוד הגמישות של ההגינות ראו *R (L) v West London Mental Health NHS Trust* [2014] EWCA Civ 47, para. 67. גם בארצות-הברית מוסבר כי חובת ההליך ההוגן הנלמדת מהחוקה (חובת ה"Due Process", הקבועה בתיוקן הארבעה-עשר לחוקה) היא חובה גמישה. ראו RICHARD J. PIERCE, JR., SIDNEY A. SHAPIRO & PAUL R. VERKUIL, *ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS* 246 (6th ed. 2014). בהתאם לחובה זו, על רשויות מנהל לקיים שימוע הוגן כאשר החלטתם צפויה להשפיע על חייו, חירותו או קניינו של אדם. ראו LEVIN & LUBBERS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 203-219.

23 לגזירת חובות שונות מחובת ההגינות ראו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1004; אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי כרך I – עקרונות יסוד 313-316 (2009).

24 שכן יש בכך סוג של הבניה של החובה. למושג זה ראו ה"ש 196 להלן.

25 שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 316.

## 2. על החשיבות המיוחדת של הפסיקה והספרות במשפט המנהלי

לאמירות הפסיקתיות שהובאו לעיל (ולאחרות שיוצגו להלן) ביחס לעמימות ולגמישות של חובת ההגינות ושל חובות ההליך הספציפיות יש חשיבות רבה. יש לאמירות אלה משמעות תיאורית, כי הן מלמדות (במפורש ובעיקר במשתמע) על הדין המצוי כרווי שיקול-דעת. אולם משמעותן חורגת הרבה מעבר ל"תיאור" המציאות. חשוב לזכור כי במשפט המנהלי, כדין יציר פסיקה,<sup>26</sup> אין מדובר רק בתיאור המצב המשפטי, אלא הפסיקה עצמה היא שיוצרת את חובות ההליך<sup>27</sup> (ומדובר ביצירת דין רווי שיקול-דעת). לאורך חלק זה נראה עד כמה הפסיקה היא שחקן מרכזי אשר גם מתאר וגם יוצר את שיקול-הדעת בדיני ההליך.<sup>28</sup> על כך מתווספת ספרות ה-textbooks של המלומדים. לספרות זו יש במשפט המנהלי חשיבות מיוחדת ובלטת, משום שדין זה, כאמור, להבדיל מענפי משפט אחרים,<sup>29</sup> הוא בעיקרו יציר פסיקה. במצב זה ספרים אלה רואים לעצמם למטרה לאתר את אלפי פסקי-הדין ולזקק מהם את ההלכות, ובכך ליצור את הסדר, הבהירות והשיטתיות אשר כה חסרים במשפט המנהלי כדין פסוק.<sup>30</sup> ספרים אלה מסבירים לציבור המשפטנים, הסטודנטים, עורכי-הדין והשופטים מהם כללי המשפט המנהלי,<sup>31</sup> ולכן יש להם השפעה עצומה על עצם ניסוחן של חובות הרשות – הן לגבי כל חובה בנפרד והן לגבי מצבור החובות של התחום המוגדר כ"משפט המנהלי". כחלק מכך, ספרים אלה גם מקבעים בתודעת המשפטנים את המסר שדיני ההליך המנהלי רוויים בשיקול-דעת.<sup>32</sup> מסר זה מועבר לבסוף לפקידות המנהלית (בעיקר על-ידי היועצים המשפטיים של הרשויות), ובהמשך לכך הפקידות מפנימה שיש לה הכוח לקבוע את תוכנה של חובת ההגינות בנסיבות המקרה הקונקרטי הנדון לפנייה.<sup>33</sup>

- 26 ראו, למשל, ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5 ו-70; פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 312-313.
- 27 זאת, להבדיל מתחומי משפט אחרים, שבהם בית-המשפט מפרש את החוק, ואם הוא יוצר משפט, הוא עושה זאת בעיקר תוך כדי פרשנות זו.
- 28 אולם בהמשך נראה כי שיקול-הדעת בדיני ההליך נלמד לא אחת גם מחקיקה שעוסקת בהליך המנהלי.
- 29 ראו, למשל, שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 2.
- 30 ראו שם, בעמ' 3. ברכה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27, מציג את הסדרי המשפט המנהלי "כגידולי פרא, ללא שיטה, כשיד המקריות שולטת בקביעתם". במציאות כזו חשיבותם של ה-textbooks ברורה.
- 31 כך, למשל, שרגא ושחר מציינים כי "איתרנו את ההלכות המשפטיות הפזורות על פני מאות ואלפי טקסטים משפטיים וזיקננו אותן לספר אחד מקיף המונח לפניכם" – ראו שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 2-1. השופט חשין, בהקדמתו לספר זה של שרגא ושחר, מסביר כי "מאות פסקי דין נקבצו ובאו אל הספר; העמידו עצמם, בהדרגת המחברים, בשורות סדורות" (שם, בעמ' ג). מדברים אלה אנו למדים על ההשפעה העצומה של ספרים מסוג זה על הבנת תוכנו של המשפט המנהלי. ראו גם רענן הרזזה **המשפט המנהלי הישראלי** 21 (1996).
- 32 לספרים כאלה בארצות-הברית ובאנגליה ראו Levin & Lubbers, לעיל ה"ש 1; William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law* (11th ed. 2014).
- 33 מחברי ספרים אלה גם מקווים כי ספרם יסייע למנהל הציבורי בהבנת המשפט המנהלי. ראו, למשל, שרגא ושחר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 2, וכן שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 5.

### 3. שיקול-דעת בדיני ההליך המנהלי

במשפט המנהלי נקבעו חובות שונות שמגלמות הליך תקין והוגן,<sup>34</sup> דוגמת חובת השימוע, חובת התשתית העובדתית וחובת המהירות הראויה.<sup>35</sup> מטרת כעת היא להציג את שיקול-דעת שהוקנה לרשות במסגרתן, ולהדגיש את המימד המצטבר שלו.

#### (א) זכות הטיעון

זכות הטיעון היא אחד הרכיבים של כללי הצדק הטבעי. פרט זכאי שהרשות תשמע אותו לפני שהיא פוגעת באינטרס שלו. בפרשת ברמן המכוננת נקבע כי "לא יורשה גוף ארמיניסטרטיבי... לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם-כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה. היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של הענין הנדון".<sup>36</sup> מן הקבוע בפסק-דין ברמן אנו למדים כי זכות הטיעון מורכבת משני מישורים: האחד, מישור התחולה, שקובע מי זכאי להליך של שימוע; והאחר, המישור של אופן מימוש הזכות, שעניינו בשאלת ה"איך", כלומר, כיצד יש לקיים את הליך השימוע. מאמר זה ממוקד בשאלה השנייה, אולם אבקש להראות להלן כי ביחס לזכות הטיעון מוקנה לרשות שיקול-דעת בשני המישורים גם-יחד.

#### (1) שיקול-דעת בנוגע לזכות הטיעון – המישור של תחולת החובה

שיקול-הדעת המנהלי ביחס לזכות הטיעון בולט כבר בשלב מוקדם של החובה. כוונתי להכרעה בשאלת עצם תחולתה של החובה, כלומר, אם במקרה הנדון קמה לפרט זכות טיעון ועל הרשות מוטלת החובה לקיים שימוע.<sup>37</sup> מדובר למעשה בכמה שאלות שגלום בהן שיקול-דעת, כגון: האם במקרה זה מתקיימת "פגיעה באינטרס" של הפרט? האם מדובר בפגיעה "ישירה" או "עקיפה"?<sup>38</sup> האם נסיבות המקרה מתאימות להפעלת חריג הרחיקות לתחולת

34 במדינות רבות (דוגמת ישראל ואנגליה) מדובר במשפט מנהלי שהוא בעיקרו יציר פסיקה – ראו המקורות לעיל בה"ש 26. לעומת זאת, במשפט המנהלי בארצות-הברית, למשל, יש מימד מרכזי לחקיקה, וקיים גם קוד פרוצדורה מנהלי (ה־Administrative Procedure Act). כאמור, גם חובת ה־Due Process עצמה היא חובה כללית החקוקה ברמה חוקתית. עם זאת, גם שם הכניסה הפסיקה תוכן ומשמעות לחובות החקוקות, ובין היתר יצקה שיקול-דעת מנהלי בחובות אלה.

35 כידוע, דיני ההליך המנהלי כוללים חובות נוספות, דוגמת חובות היוועצות, חובת הנמקה ואיסור משוא-פנים. אני מתמקד במאמר זה בזכות הטיעון ובחובות התשתית העובדתית והמהירות הראויה כהמחשה בלבד, לשם הוכחת שיקול-הדעת הרחב הגלום בדיני ההליך.

36 זהו מבחן הפגיעה באינטרס. ראו בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר-הפנים, פ"ד יב 1493, 1508 (1958) (ההדגשות במקור).

37 ע"ם 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, פס' 2 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 11.8.2009); בג"ץ 3194/10 צוריאנו נ' שר הביטחון, פס' 3 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 23.3.2011).

38 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 462-475; בג"ץ 365/08 נטווייז'ן בע"מ נ' משרד התקשורת (פורסם בנבו, 17.6.2009) (להלן: עניין נטווייז'ן).

הזכות, ולכן לכל-היותר יתיקיים שימוע מאוחר (לאחר הפגיעה)?<sup>39</sup> האם הפרט זכאי לשימוע משני?<sup>40</sup> כאמור, במאמר זה אני מתרכז בשאלת אופן מימושן של חובות ההליך, ולכן איני מרחיב כאן בממדים אלה של שיקול-הדעת לגבי עצם תחולתה של זכות הטיעון. אולם יש לזכור גם אותם לשם הבנת האפקט המצטבר של שיקול-הדעת הגלום בדיני ההליך ומוקנה לפקידות המטפלת בפרט.

(2) שיקול-דעת בנוגע לזכות הטיעון – המישור של אופן מימוש החובה  
 בהלכת ברמן הקנה בית-המשפט העליון לרשויות המנהל, באופן משתמע, שיקול-דעת לגבי אופן מימושה של הזכות,<sup>41</sup> שכן הכנסת התוכן הממשי לתיבות "הזדמנות הוגנת" הושארה לשיקול-דעתה של הפקידות בכל מקרה שיבוא לפניה בהתאם לנסיבותיו.<sup>42</sup> שיקול-הדעת המנהלי נלמד גם מהמסר החוזר בדבר גמישותה של מתכונת השימוע, בהתאם לנסיבות המקרה<sup>43</sup> ולתוכנה ש"המכנה המשותף לכל המקרים הוא ההגיונות".<sup>44</sup> שיקול-הדעת המנהלי בקביעה מהו שימוע הוגן בנסיבות המקרה<sup>45</sup> בא לידי ביטוי ביחס לנדרכים שונים של החובה. קיים שיקול-דעת, למשל, לגבי מתכונתה ותוכנה (מידת פירוטה) של ההתראה לפני פגיעה שתישלח לפרט בנסיבות המקרה (ואשר אחריה יתיקיים השימוע עצמו);<sup>46</sup> לגבי מועד השימוע (שממנו ייגזר זמן ההיערכות לשימוע שיינתן לפרט);<sup>47</sup> לגבי

- 39 מדובר במצב שבו עיכוב ההחלטה לשם קיום שימוע עלול לגרום נזק של ממש, כגון אוכדן חיי אדם (לדוגמה, במקרה של עיכוב פעולה דחופה הדרושה לשם מניעת התפשטות שרפה). ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 486-489. זהו שיקול-הדעת להכריע אם מדובר במקרה "דחוף".
- 40 מדובר במצב שבו לאחר קיום השימוע מגיע לרשות מידע נוסף, ומוקנה לה שיקול-דעת להכריע אם זהו מידע שעשוי להשפיע על החלטתה, שאז יש לאפשר לפרט לטעון גם לגביו. השוו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1186.
- 41 עניין ברמן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1508.
- 42 בית-המשפט חזר וקבע כי היקף הזכות ודרכי הגשתה "נגזרים מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בהקשר זה יש לבחון את מכלול הנסיבות הרלוונטיות" – ראו בג"ץ 3495/06 הרב הראשי לישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 30.7.2007) (להלן: עניין הרב הראשי). כן ראו עניין צוריאנו, לעיל ה"ש 37, פס' 2 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ("זכות השימוע היא זכות יחסית. היקפה ודרכי הגשתה נגזרים מנסיבותיו המשתנות של כל מקרה ומקרה"); ע"ע 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פס' 45 לפסק-דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 7.1.2014) (להלן: עניין רחמני).
- 43 ראו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1171, וכן Cane, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74.
- 44 זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1172.
- 45 מדובר בהכרעה בשאלה: "What is a fair hearing?". ראו Cane, לעיל ה"ש 1, בעמ' 73-76. בארצות-הברית עסקו בשאלה דומה: "How much process is due?". ראו Breyer et al., לעיל ה"ש 1, בעמ' 684-710; U. Pa. L. 123; Henry J. Friendly, "Some Kind of Hearing", 123 U. Pa. L. Rev. 1267 (1975).
- 46 ראו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1175.
- 47 שם, בעמ' 1177 (מתחייב מתן זמן סביר להכנה לשימוע, ו"זמן סביר" תלוי בנסיבות); Cane, לעיל ה"ש 1, בעמ' 73.

מתכונת השימוע – בכתב, בעל-פה או בדרך אחרת;<sup>48</sup> לגבי החומרים שיועברו לפרט לקראת השימוע (כחלק מזכות העיון לשם מימוש זכות הטיעון);<sup>49</sup> לגבי משך השימוע עצמו;<sup>50</sup> לגבי השאלה אם הפרט יוכל להביא לשימוע עדים מטעמו או לחקור עדים חקירה נגדית;<sup>51</sup> לגבי השאלה אם הפרט יזכה בתרגום בשימוע<sup>52</sup> ו/או בייצוג (משפטי או אחר)<sup>53</sup> וכולי.

### (ב) חובת התשתית העובדתית

הליך מנהלי תקין והוגן הוא הליך שבו הרשות מקפידה לקיים את חובת התשתית העובדתית, שלפיה "על ההחלטה המנהלית להתקבל לאחר שנאספו כל הנתונים האמינים הרלוונטיים לעניין, ועליה להיות מבוססת על תשתית ראיות מנהליות מוצקה במידה מספקת".<sup>54</sup> מדובר בשתי חובות מצטברות: החובה לאסוף ראיות; והחובה לבסס את ההחלטה על ראיות מספיקות.<sup>55</sup>

- 48 בג"ץ 161/84 חברת ווינדמיל הוטל בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 793, 796 (1984); ע"א 3178/12 שלמי נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה, פס' 18 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 17.11.2014); שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 75. באנגליה ראו, PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 365 (8th ed. 2016).
- 49 בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 600, 577 (2003); ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 500-504.
- 50 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 734-735.
- 51 עניין רחמני, לעיל ה"ש 42, פס' 49; זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1184-1185. השוו. JACK M. BEERMANN, ADMINISTRATIVE LAW 138 (4th ed. 2016).
- 52 על זכות למתרגם בשימוע ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 731-733. קיים שיקול-דעת בהכרעה אם מדובר במקרה המצדיק מינוי מתרגם. ראו ע"ם 8675/11 טרסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט, פס' 12-19 (פורסם בנבו, 14.5.2012).
- 53 בעניין זה עולות שתי שאלות לפחות. השאלה הראשונה היא אם הפרט זכאי להיות מיוצג בשימוע. על שאלה זו השיבה הפסיקה בישראל בחיוב. ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 524-523. השאלה השנייה היא אם הפרט זכאי לייצוג בשימוע על חשבון המדינה. ברק-ארוז, שם, בעמ' 527, מסבירה כי "במקרים קיצוניים שבהם אדם אינו מסוגל לייצג את עצמו, מוטלת על הרשות חובה לדאוג לייצוג משפטי שלו בפניה". ראו גם רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל-אביב, פ"ד נב(1) 697, 713-715 (1998). ההכרעה אם מדובר במקרה "קיצוני" נתונה לשיקול-דעתה של הרשות. בארצות-הברית נקבע כי מינוי מייצג לאלה שאין ביכולתם לממן ייצוג נתון לשיקול-דעתה של הרשות: Gagnon v. Scarpelli, 411 U.S. 778, 790 (1973).
- 54 בג"ץ 7738/04 מזרחי נ' שר הרווחה, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 17.1.2007). ראו גם בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 25 לפסק-דינה של השופטת ברוך (פורסם בנבו, 14.11.2016).
- 55 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 440.

חובה זו היא נגזרת של חובת ההגינות,<sup>56</sup> וגם בה יצקו שיקול-דעת, שנמסר לרשות. חובה זו מוצגת אף היא כגמישה,<sup>57</sup> ונקבע כי איסוף נתונים סביר קשור ל"נסיבות המקרה".<sup>58</sup> חובת איסוף הראיות מציבה את הרשות בפני כמה שאלות, ביניהן: אילו נתונים יש לחפש? עד כמה עמוקה (לפרטי-פרטים) תהיה הבדיקה? וכמה זמן ומשאבים יוקדשו להליך האיסוף? זמיר הסביר כי כל השאלות בדבר הרכיב של איסוף העובדות נתונות לשיקול-דעתה של הרשות, בהתאם לנסיבות המקרה.<sup>59</sup> שיקול-דעת מוקנה לרשות גם בנוגע לחובה לבסס את ההחלטה על ראיות מספיקות. בהקשר זה נקבע מבחן הראיה המנהלי, שלפיו יש לבסס את ההחלטה על תשתית עובדתית "שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנדונה".<sup>60</sup> אולם ככל שההחלטה צפויה לגרום לפרט פגיעה קשה יותר (במיוחד כאשר זכויות אדם מונחות על הכף), על הרשות להקפיד יותר בביסוס ההחלטה, כך שיהיו לפניו ראיות ברורות וחד-משמעיות.<sup>61</sup> לפי הפסיקה, איש המנהל הוא שיוצק תוכן בחובה ומכריע מהן "סבירות" ו"חד-משמעיות" בנסיבות המקרה.<sup>62</sup>

### (ג) החובה לפעול במהירות ראויה

הליך הוגן הוא הליך שבו הרשות מקפידה לקיים את חובת זמן הפעולה, כלומר, עליה לפעול במהירות הראויה.<sup>63</sup> חובה זו היא "מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין... היא

- 56 ע"א 2062/02 עיריית חולון נ' ארגון הקבלנים והבונים חולון, פ"ד נח(5) 933, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת חיות (2004).
- 57 ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 425 (1994) (להלן: עניין יורונט).
- 58 שם, בעמ' 423.
- 59 זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1128. באנגליה ראו TIMOTHY ENDICOTT, ADMINISTRATIVE LAW (3rd ed. 2015) 342.
- 60 עניין יורונט, לעיל ה"ש 57, בעמ' 425.
- 61 ראו שם, וכן ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 249-250 (1985).
- 62 בפסיקה הפנו לשיקול-דעת זה במפורש כאשר נקבע כי מבחן הראיה המנהלי "מוותר בידי הרשות המנהלית מרחב, שבו היא משתמשת בשיקול הדעת שהוקנה לה ובמומחיות שנרכשה על-ידיה, כדי להעריך את המשמעות והמשקל של הנתונים אשר לפניו" – ראו עניין יורונט, לעיל ה"ש 57, בעמ' 425. באופן דומה נקבע כי "נתון בידי הרשות המנהלית שיקול דעת רחב להעריך, כי המומחיות הנתונה לה, את המובן ואת המשקל של הנתונים שלפניה" – בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331, פס' 31 לפסק-דינה של השופטת פרקצ'יה (2010). כך, לרשות יש שיקול-דעת להחליט אם להתחשב בראיה שהיא שמועה, וכן לקבוע את המשקל שייחס לראיה כזו – זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1122-1123. אסור לרשות להתחשב בראיה שהיא "שמועה פורחת" – ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 446 – והפקיד הוא שיכריע אם לפניו שמועה או "שמועה פורחת".
- 63 להרחבה בנוגע לחובה זו ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, פרק 12. לסוגיה זו בארצות-הברית, ובפרט לבעיית השיהוי המנהלי, ראו PIERCE ET AL., לעיל ה"ש 22, בעמ' 199-201. השוו באנגליה WADE & FORSYTH, לעיל ה"ש 32, בעמ' 78-79, 188 ו-352-350.

נובעת מחובות ההגינות, הנאמנות והסבירות של הרשות המנהלית.<sup>64</sup> מהי אותה מהירות ראויה? "לא מאוחר מן הראוי ולא מוקדם מן הראוי."<sup>65</sup> חובה זו עוגנה בסעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הקובע 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". זוהי חובה לפעול תוך זמן סביר.<sup>66</sup> פעולה שחורגת מהזמן הסביר מעידה שהרשות לא פעלה בשקידה ראויה, ובכך הפרה את חובת ההגינות.<sup>67</sup> במקרה זה מדובר בשיקול-דעת מנהלי יציר חקיקה שעליו מתווסף שיקול-דעת יציר פסיקה. הרשות היא שתקבע מהי מהירות "ראויה", בהתאם ל"נסיבות" של המקרה שלפניה. אכן, נקבע כי "חובת הרשות לפעול במהירות ראויה מלווה בשיקול-דעת בהערכת הנסיבות ובקביעתם של סדרי העדיפות בפעילות המנהלית."<sup>68</sup> המחוקק גם קבע חובת זמן פעולה לטיפול בבקשה בכתב שהוגשה לרשות, כדלקמן: "נתבקש עובד הציבור, בכתב, להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין, יחליט בבקשה וישיב למבקש בכתב בהקדם, אך לא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום קבלת הבקשה."<sup>69</sup> בפועל הרשות היא שיוצקת תוכן למונח העמום "בהקדם", בהתאם לנסיבות המקרה שלפניה. יצוין כי שיקול-הדעת קיים גם בחריגים שנקבעו לחובת ארבעים וחמישה הימים, ובמיוחד בחריג שלפיו החובה לא תחול "כשהתברר, לאחר בדיקה, שהענין נושא הבקשה טעון בדיקה או דיון נוספים".<sup>70</sup> פרופ' ברק-ארז טענה כי "זהו חריג שהיקפו אינו ברור והפעלתו תלויה, במידה רבה, ברשות המנהלית עצמה".<sup>71</sup> כלומר, לפקיד המטפל בבקשה מוקנה שיקול-דעת לא להשיב תוך ארבעים וחמישה ימים משום שהוא מעוניין להמשיך את בדיקת הבקשה. לאחר שראינו כי דיני ההליך רוויים בשיקול-דעת, ניתן להצטייד בתוכנה חשובה – כוונתי להבחנה הנודעת בין נורמות משפטיות מסוג "כללים" לבין נורמות משפטיות מסוג "סטנדרטים". דיני ההליך המנהלי כוללים נורמות משפטיות המטילות על רשויות המנהל חובות שונות, ובשלב זה כבר ניתן לומר כי חובות ההליך הן נורמות פתוחות מסוג

64 בג"ץ 5931/04 מזורסקי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004). ראו גם בג"ץ 6745/15 אבו-חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 8 לפסק-דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 1.12.2015).

65 בג"ץ 4681/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים – גוש צפון, פ"ד נא(4) 679, 686 (1997).

66 בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994).

67 עע"ם 1369/06 הלבין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חדרה, פ"ד סב(4) 634, פס' 60 (2008).

68 רע"א 187/05 נסייר נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד סד(1) 215, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010). ראו גם בג"ץ 1999/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבריכת אירועי המערכה בלבנון 2006, פ"ד סב(2) 123, פס' 8, 14 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007).

69 ס' 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958.

70 שם, ס' 2(ב)(3) לחוק.

71 ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 418.

"סטנדרטים", להבדיל מנורמות סגורות מסוג "כללים"<sup>72</sup>. כלומר, חובת ההגינות וגם החובות הנגזרות ממנה – חובת השימוע, חובת התשתית העובדתית וחובת המהירות הראויה – הן סטנדרטים, משום מרכיב שיקול-הדעת הרחב הטבוע בהן.<sup>73</sup> בחלק הבא אדון, בין היתר, ביתרונות ובחסרונות של כללים וסטנדרטים. אולם כבר כעת ניתן לומר כי על מאמר זה ניתן להשקיף גם מנקודת-הבחינה זו. כך, הטענה שבליבת המאמר, בדבר הצורך החיוני בצמצום היקפו של שיקול-הדעת בדיני ההליך, היא למעשה קריאה להדק את הגדרתן של חובות ההליך באופן שיעצבן פחות כסטנדרטים ויותר ככללים, כתלות במאפיינים של תחומי הפעילות השונים במנהל הציבורי.

### ג. שיקול-הדעת בדיני ההליך לאור תפיסות בולטות של ההליך המנהלי

לאחר שהוצג הדין הפוזיטיבי, המקנה למנהל שיקול-דעת רחב בדיני ההליך, אפנה בחלק זה לברר את עמדתן של תפיסות שונות הנמצאות בבסיס ההליך המנהלי ודיניו ביחס לקיומו של שיקול-דעת בדיני ההליך. שאלת קיומו של שיקול-דעת זה אמורה להיזון מתפיסות בדבר תפקידם ותכליתם של דיני ההליך – תפיסות המהוות את המצע הנורמטיבי המונח בבסיסם של דינים אלה. כאמור, מטרתו של מאמר זה היא לקדם התאמה רבה יותר מזו הקיימת בדין המצוי בין דיני ההליך לבין תפיסת-העומק הדומיננטית שנמצאת בבסיס המשפט המנהלי כולו – תפיסת היריבות. אולם חיוני בשלב זה להציג תפיסות נוספות, משום שכדי להבין שתפיסת היריבות היא הדומיננטית, יש להבין ביחס לאילו תפיסות היא כזו. כמו-כן, כדי

72 "כלל הוא נורמה 'סגורה'; תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש ברמה גבוהה-יחסית של ספציפיות. הפעלתו של כלל היא טכנית; אין היא מצריכה שימוש בשימוש בשיקול-דעת: מפעילו של הכלל אינו נדרש לתרום מהותית כלשהי משלו לעיצוב תוכנה של הנורמה. לעומת זאת, סטנדרט הוא נורמה 'פתוחה': תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש באורח כללי, באופן המחייב הוספה בשלב שהוא מאוחר להתרחשות האירוע שלגביו מוחל הסטנדרט. מפעילו של הסטנדרט נדרש להפעיל שיקול-דעת לצורך הכרעתו במסגרת הקריטריון הקבוע בסטנדרט. בעשותו כן הוא יוצק לתוך הסטנדרט את תוכנו הסופי, המתאים לחול בנסיבות העניין שבפניו." ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז 321, 326 (1987). היו שכינו את ההבחנה בין כללים לסטנדרטים הבחנה בין "כללים" ל"עקרונות". ראו דפנה ברק-ארז "כללים, חריגים ושיקול דעת במשפט" ספר דורית ביניש 111, 118 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

73 זמיר רואה בהגינות עיקרון, להבדיל מכלל, אולם את זכות הטיעון ואת איסור משוא-הפנים הוא מסווג ככללים, שנגזרים מעקרון ה"צדק". ראו זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 27-31, וכן זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1001 ו-1004. כאמור, לדידי, גם זכות הטיעון במצבה כיום היא בגדר עיקרון או סטנדרט, בהתאם להבחנה המקובלת בין סטנדרטים לכללים. מאוטנר, אשר דן במשפט האזרחי, מסביר כי "סבירות", "צדק" ו"נסיבות העניין" הם כולם סטנדרטים – מאוטנר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 331-332.



להבין ולבקר בהמשך את השיח השיפוטי בדבר החשיבות של עריכת איזונים בדיני ההליך, חיוני להציג תפיסות שונות, המובאות גם הן בחשבון בתהליך איזון זה. אפתח בסקירה שתמפה בקצרה את השיח הנפוץ בספרות ביחס ליתרונות ולחסרונות של שיקול-דעת מנהלי. בהמשך תוצג התפיסה המתמקדת בחובתה של הרשות המנהלית לפעול בעילות במסגרת ההליך המנהלי. לאחר-מכן תוצג תפיסת-היסוד בדבר מומחיותה של הרשות המנהלית, ואז אעבור לתפיסה המוצאת ערך פנימי (אינטרינזי) בחובת ההליך המנהלי. לבסוף יוצגו שתי תפיסות בדבר מהות היחסים שבין הרשות המנהלית לבין הפרט המטופל אצלה: תפיסת השותפות; ותפיסת-העומק הדומיננטית – תפיסת היריבות. בסוף החלק יוצג הסבר הנלמד מהדין המצוי להקניית שיקול-הדעת בדיני ההליך למנהל הציבורי, חרף תפיסת היריבות. זהו ההסבר בדבר הצורך החיוני בעריכת איזון אינטרסים מיטבי בין אינטרסים שונים, ובכלל זה בין התפיסות השונות שהוצגו בחלק זה. אולם אבהיר כי הסבר זה אינו מספק מנקודת-המבט של תפיסת היריבות.

### 1. יתרונות וחסרונות הגלומים בשיקול-דעת מנהלי

לאורך שנים מתקיים בספרות דיון ביתרונות ובחסרונות הגלומים בשיקול-הדעת המוקנה לפקידות המנהלית. אבקש כעת להציג סקירה שתמפה טיעונים מרכזיים של שיח זה. העמקה בתובנות אלה ובתובנות נוספות ביחס לשיקול-דעת תיעשה בהמשך בתוככי הדיון בתפיסות השונות על-אודות דיני ההליך.

באשר ליתרונות, שיקול-הדעת בחקיקה המסמיכה את הרשות המנהלית מוצג בספרות ככלי המאפשר לרשות לפעול בגמישות במציאות מנהלית מורכבת. זמיר, למשל, מסביר כי "המורכבות של תפקידי המינהל, הצורך להפעיל את הסמכות בכל מקרה בהתחשב בנסיבות המקרה, השינויים התכופים בעדיפויות, במשאבים ובמדיניות, כל אלה מחייבים גמישות מנהלית. המחוקק מכיר בכך ולפיכך הוא נוהג להקנות לרשות שיקול דעת בהפעלת הסמכות"<sup>74</sup>. למעשה, הגמישות הטבועה בשיקול-הדעת מאפשרת לפקיד לתפור את הפתרון הראוי והמדויק ביותר לכל מקרה המטופל אצלו בהתאם לנסיבותיו המיוחדות.<sup>75</sup> בהמשך לכך, שיקול-דעת מנהלי נתפס כאמצעי לקידום צדק אישי,<sup>76</sup> משום שהוא מאפשר לפקיד להתייחס לכל מטופל כאל אדם עם צרכים וייחוד משלו, ואילו התעלמות מנסיבות המקרה של הפרט נתפסת כהתנהלות בשרירות, שאינה מכבדת אותו.<sup>77</sup> שיקול-דעת מוצג בספרות גם כאמצעי חשוב להגשמת עקרון השוויון, שכן הוא מאפשר לפקיד לטפל במקרים דומים

74 זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 320. ראו גם Geneviève Cartier, *Administrative Discretion: Between Exercising Power and Conducting Dialogue*, in ADMINISTRATIVE LAW IN CONTEXT 381, 383, 403 (Colleen M. Flood & Lorne Sossin eds., 2nd ed. 2013).

75 דן שניט "שיקול הדעת של מומחים ברשויות המינהל הציבורי" עיוני משפט 82, 77 (1976).

76 ראו Breyer et al., לעיל ה"ש 1, בעמ' 686; Galligan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 167.

77 השוו מיכל טמיר "עילת חוסר-הוודאות במשפט הציבורי" משפט וממשל 524, 497 (2000); Lorne Sossin, *The Administration and Criminalization of the Homeless: Notes on the Possibilities and Limits of Bureaucratic Engagement*, 22 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 623, 632–33 (1996).

באופן דומה, ואילו במקרים שונים להעניק יחס וטיפול שונים, ובכך לתת ביטוי לשוני הרלוונטי הקיים בין אותם מקרים.<sup>78</sup> מעבר לכך, שיקול-דעת מנהלי נתפס גם כאמצעי חשוב המאפשר למנהל הציבורי לנצל באופן מיטבי את מומחיותו (קרי, את המקצועיות והניסיון שלו), ואילו כבילת הפקיד לכללים קשיחים מוצגת כהפיכתו לפקיד טכני שמיישם כללים, שאז היתרון הגלום במומחיותו מבוזבז.<sup>79</sup>

באשר לחסרונות, הספרות מעלה שוב ושוב את החשש ששיקול-דעת זה ינוצל לרעה על-ידי פקיד המנהל.<sup>80</sup> מצב שבו מוקנה לפקיד שיקול-דעת נחשב למצב שמועד הרבה יותר לניצול לרעה יחסית למצב שבו הפקיד כפוף לכללים צרים וקשיחים.<sup>81</sup> בהמשך לכך, קיימת מסורת ארוכה של ביקורת נגד קיומו של שיקול-דעת מנהלי על בסיס הטענה שהוא מוכתם באופן אינהרנטי בשרירות: "Where there is discretion there is a high risk of arbitrariness".<sup>82</sup> בהתנהלות שרירותית הפקיד פועל לא בהתאם למתבקש מן הנתונים והממצאים הקיימים בתיק המטופל,<sup>83</sup> אלא פועל כפי שהוא חפץ, פשוט משום שמוקנה לו הכוח לקבל את ההחלטה המנהלית.<sup>84</sup> בהמשך לכך, מושג השרירות מקושר לא אחת ל"הענקת יחס שלילי למי שפקיד-המנהל אינו חפץ, משום-מה, ביקרו", וכן ל"תופעות של מתן העדפות" למקורבים לרשות.<sup>85</sup> ליסוד השרירותיות הגלום בשיקול-הדעת יש כמובן תוצרים בעייתיים. ראשית, יחס שרירותי מוביל לא אחת לפגיעה בפרט המטופל ובזכויותיו.<sup>86</sup> שנית, השרירותיות נושאת עימה גם פגיעה בעקרון השוויון, אם משום שפלוגי הועדף לטובה ואם משום שאלמוני הופלה לרעה ללא בסיס עובדתי שמצדיק זאת.

- 78 אדלר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 10.
- 79 שניט, לעיל ה"ש 75, בעמ' 82, וכן GALLIGAN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 47.
- 80 אכן, "administrative discretion is most often posited as an oppositional threat to the rule of law—as a potential source of abuse and arbitrary state action—that needs to be constrained and limited by rules and principles of legality" ראו Lorne Sossin, *Discretion*.
- 81 "Americans are suspicious, if not fearful, of discretion" ראו HALL, *and the Culture of Justice*, SING. J. LEGAL STUD. 356, 375 (2006).  
"כך נטען כי כי Americans are suspicious, if not fearful, of discretion" ראו HALL, שם. להתלבטות בין קביעת כללים צרים וקשיחים לבין הקניית שיקול-דעת ראו D.J. GALLIGAN, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES: A STUDY OF* 5; לעיל ה"ש 5; ADMINISTRATIVE PROCEDURES 422–23 (1996); דפנה ברק-ארוז אורח, נתין, צרכן – משפט ושלטון במדינה משנתה 157 וההפניות שם (2012); טמיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 521–525. ראו עוד על כך בהמשך חלק זה, בריון בהבחנה בין סטנדרטים לכללים.
- 82 GALLIGAN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 142–143. ראו גם A.V. DICEY, *AN INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION* 188 (10th ed. 1959).
- 83 שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 187.
- 84 ראו בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 460 (1982); GALLIGAN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 143.
- 85 יואב דותן "החובה לקבוע כללים מנהליים" משפטים כג 437, 450 (1994). בכך השרירות מתקרבת למונח "שרירות-לב", המשמש לא אחת לתיאור התנהלות אטומה, מרושעת, ודונית. ראו במילון המקוון מילוג – www.milog.co.il.
- 86 ראו יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 221 (2015).

יודגש: התנהלות שרירותית נתפסת לרוב כניצול לרעה של הכוח המנהלי במודע ובמכוון כדי לפגוע בפרט או כדי להטיב עם מקורב.<sup>87</sup> התנהלות מכוונת כזו משמעותה גם הפליה לרעה או לטובה של אותו פרט. אולם שיקול-דעת מנהלי יכול להוביל גם לפגיעה בלתי-מכוונת בפרט. זוהי, למשל, פגיעה הנובעת מטעויות של פקיד המנהל – טעויות הנובעות מעומס מנהלי שהפקיד שרוי בו או מחוסר הבנה של החוק ופרשנות מוטעית שלו.<sup>88</sup> אכן, טענה חוזרת היא שהסיכוי להתרחשות טעות מנהלית גדול הרבה יותר במצב של שיקול-דעת לעומת מצב של כללים קשיחים מוכנים ובהירים.<sup>89</sup> לעניין זה חשוב להזכיר כי גם הפליה מנהלית אינה רק תוצר של יחס מכוון. לעיתים היא תוצר של חוסר תשומת-לב או טעות.<sup>90</sup> במובן זה, שיקול-דעת נוטה להוביל (בין במכוון ובין לא במכוון) לתוצאות מפלות – במובן של מתן יחס שונה לאנשים שהמקרה שלהם דומה – הרבה יותר מאשר כללים קשיחים.<sup>91</sup>

## 2. שיקול-דעת בדיני ההליך ועקרון היעילות

עיקרון משפטי שרשות המנהל מחויבת לפעול לאורו הוא עקרון היעילות.<sup>92</sup> אולם מהי אותה יעילות? מושג היעילות הוא מושג מורכב שניצב במרכזן של דיסציפלינת הכלכלה בכלל ושל אסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט בפרט.<sup>93</sup> מושג זה אינו בעל מובן אחד בלבד.

87 זהו, למשל, ניצול שיקול-הדעת לרעה בדרך על-ידי הפקיד הלא-ישר, המושחת או זה הנגוע ברעות קדומות נגד הפרט ו/או הציבור המטופל על-ידי. ראו דפנה ברק-ארוז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" משפטים לז' 667, 694 (2007); פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 561-570; אדלר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 13; Vicki Lens, *In the Fair Hearing Room: Resistance and Confrontation in the Welfare Bureaucracy*, 32 LAW & SOC. INQUIRY 309, 330 (2007).

88 לרוב הטענה ל"ניצול לרעה" של הכוח המנהלי מתייחסת לניצול לרעה במודע ובמכוון כדי לפגוע בפרט. אולם ניתן לגרוס כי המושג "ניצול לרעה" כולל גם מצבים של חוסר הבנה של הסמכות או פרשנות לא-נכונה לחוק, המהווים מקרים של טעות מנהלית. השוו מיכל טמיר "על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה" הפרקליט נ 185, 187-188 (2008). לפי תפיסת היריבות, שתוצג בהמשך, שיקול-דעת שמביא עימו הפליה מנהלית בלתי-מכוונת וביצוע טעויות בשל עומס מהווה גם הוא "שימוש לרעה", בהיותו "שימוש פוגעני" בשיקול-הדעת הגלום בסמכות המנהלית.

89 לטיעון שלפיו כללים קשיחים מפחיתים את הסיכוי לטעויות ראו גם GALLIGAN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 177, וכן דותן, לעיל ה"ש 85, בעמ' 452.

90 לחוסר הרלוונטיות של כוונה להפלות, ולכך שהפליה נעשית לעיתים בחוסר מודעות, ראו עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סר(2) 1, פס' 45 לפסק-דינו של השופט עמית (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח); ברק-ארוז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 699.

91 ראו, למשל, רוזן-צבי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 221; GALLIGAN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 154.

92 ראו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1008-1009. המחבר מסביר שהיעילות היא נגזרת של עקרון הנאמנות – שם, בעמ' 1006. על עקרון יעילות המנהל ראו גם שרגא ושחר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 351-359.

93 ראו, למשל, הגישה הכלכלית למשפט (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

למעשה, יש פרספקטיבות שונות, לא-מעטות, לניתוח סוגיות משפטיות מהיבט היעילות.<sup>94</sup> איני מתיימר להקיף במאמר זה את תפיסת היעילות על כל גווניה ותת-גווניה.<sup>95</sup> אסתפק בהצגת עיקרים של תפיסת היעילות, כדי שתובן הרלוונטיות שלה לסוגיית שיקול-הדעת בדיני ההליך.

בתורת המנהל הציבורי, "יעילות פירושה בחירה בדרך הקצרה ביותר, שימוש באמצעים הזולים ביותר להשגת מטרה נתונה, חסכנות והימנעות מבזבז משאבים".<sup>96</sup> תפיסה כזו של יעילות עולה גם מספרות-היסוד של משפט מנהלי, המציגה את תפיסת היעילות העולה מהפסיקה. כך, פרופ' זמיר מסביר כי "היעילות מחייבת את הרשות לפעול באופן מסודר, מקצועי, מהיר וחסכוני ככל האפשר בהתחשב בצרכים ובמשאבים".<sup>97</sup>

אכן, כעניין של דין מצוי, תפיסה זו של יעילות נוכחת בהחלט בדיני ההליך.<sup>98</sup> שיקול היעילות נחשב "שיקול לגיטימי וחשוב במניין השיקולים אותם נדרשת [הרשות] לקחת בחשבון".<sup>99</sup> כך, למשל, העדר תחולתה של זכות הטיעון בהליך מנהלי חקיקתי (התקנת תקנות) הוסבר כנובע משיקולים של שמירה על היעילות המנהלית – מניעת עיכובם של הליכי החקיקה.<sup>100</sup> היעילות גם חדרה אל תוככי מבחן התחולה של הזכות, אל השאלה מיהו "נפגע" הזכאי לשימוע. בפסיקה נקבע כי מתחרה עסקי אינו זכאי לשימוע מפאת שיקולי היעילות (במובן של מחסור בזמן ובמשאבים), שכן הוא אינו נפגע "ישיר".<sup>101</sup> שיקול היעילות משפיע גם על היקף החומר שיועבר לעיונו של הפרט לשם מימוש זכות הטיעון,<sup>102</sup> וגם על

- 
- 94 למשל, יעילות מיקרו-כלכלית מול יעילות מקרו-כלכלית; יעילות של כלל משפטי בהתבוננות מראש, לפני ההתרחשות (אקס-אנטה), מול יעילותו בהתבוננות בדעיכה, לאחר מעשה (אקס-פוסט); יעילות בטווח הקצר מול יעילות בטווח הארוך; יעילות לרשות המנהלית מול יעילות לפרט המטופל ברשות, וכיוצא באלה.
- 95 הדבר מצדיק מחקר נפרד מפרספקטיבת הניתוח הכלכלי של המשפט ביחס למכלול המשפט המנהלי.
- 96 דוד דרי יסודות המינהל הציבורי כרך 1, 157 (1996). ראו גם ניסים כהן ושלמה מזרחי מבוא למינהל וניהול ציבורי כרך א 348-350 (2017).
- 97 זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1007. ראו גם שרגא ושחר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 352. יעילות היא גם התחשבות בתקציב הרשות. לרשות יש חובה להתחשב בתקציבה – ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 745. ראו גם בג"ץ 7974/04 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד ס(1) 238, פס' 23 לפסק-דינו של השופט לוי (2005).
- 98 ראו גם בהמשך החלק, בדיון בנוסחות האיוון הפסיקתיות.
- 99 בג"ץ 986/05 פלד נ' עיריית תל אביב-יפו, פס' 14 לפסק-דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 13.4.2005).
- 100 החשש הוא שהמונים יבקשו לטעון, והדבר ישבש את תפקודה של הרשות ואת יכולתה לחוקק – ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 476.
- 101 ראו עניין נטווייץ, לעיל ה"ש 38, פס' 6-8 לפסק-דינה של השופטת ארבל.
- 102 בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771, 791 (1995); עניין אלוני, לעיל ה"ש 49, בעמ' 601.

ההכרעה אם השימוע ייערך בכתב או בעל-פה.<sup>103</sup> היעילות מאפשרת גם שמיעה לפני גורם ברשות שאינו מי שיחליט לבסוף.<sup>104</sup>

תפיסת היעילות בולטת גם ביחס לחובת התשתית העובדתית. בפסיקה הובהר כי את הנדבכים השונים של החובה (החובה לאסוף ראיות והחובה לבסס החלטה על ראיות מספיקות) יש ליישם באופן יעיל, במובן של קביעת סדר עדיפויות שבהתאם לו יושקעו רק המשאבים הראויים (של כוח-אדם וכספים), ולא יותר מכך.<sup>105</sup> כמו-כן, חובת המהירות הראויה נתפסת בדין כחובה יעילה, המיועדת למנוע פעולה מהירה מדי, מצד אחד, אך בעיקר פעולה איטית מדי, מן הצד האחר, כלומר, שיהוי מנהלי, שמשמעותו היא בזבוז משאבים של זמן וכסף. חובה זו מחייבת את הרשות להתחשב "בנסיבות ובמשאבים",<sup>106</sup> ולהימנע משיהוי. אולם בית-המשפט קובע גם שמחסור או שינוי במשאבים שבידי הרשות עשוי להשפיע על קצב הביצוע של הרשות,<sup>107</sup> ועל-כן להצדיק עיכוב בזמן הפעולה ומתן ארכה מטעם בית-המשפט לשם השלמת הפעולה.

אולם האם לפי עקרון היעילות ראוי להקנות לרשות שיקול-דעת גם לגבי אופן מימוש של דיני ההליך?<sup>108</sup> נראה שמההיבט של שיח היעילות אין תשובה חד-משמעית לשאלה זו, משום שהתשובה לשאלה קשורה ישירות לשאלה אם ראוי שחובות ההליך יעוצבו ככללים קשיחים או דווקא כסטנדרטים רוויי שיקול-דעת. בספרות העוסקת בהבחנה זו ניתן ללמוד שגם לכללים וגם לסטנדרטים יש יתרונות וגם חסרונות מהיבט היעילות. אציג להלן טיעונים משיח זה, תוך יישומם לחובות ההליך.

הספרות מצביעה על כך שמשטר של כללים כרוך במאמץ להסדיר מראש, באמצעות הכללים הקשיחים, את המצבים השונים שצפויים להתקיים בפעילות מסוימת. לעומת זאת, במשטר של סטנדרטים המציאות מוסדרת רק באמצעות אמות-מידה גמישות, שתוכנן הסופי ייקבע בדיעבד בהתאם לנסיבות המקרה. משום כך, משטר של כללים כרוך בעלויות ניכרות של ייצור הכללים, שכן יש לחזות מראש מצבים אפשריים, לשקול מהי החלופה העדיפה בכל מצב, ולהשקיע זמן בניסוח קפדני של הכללים. במשטר של סטנדרטים, לעומת זאת, עלויות הייצור זניחות יחסית. טיעון זה נכון גם ביחס לזמן ולמשאבים שיושקעו בקביעת כללים ותת-כללים בדיני ההליך – למשל, כללים לגבי אופן עריכת השימוע (האם בהליך רישוי מסוג מסוים ייערך השימוע בעל-פה? לפני מי? כמה זמן יינתן להיערכות? איזה מידע

103 ראו עניין געאביץ, לעיל ה"ש 37, פס' ל לפסק-דינו של השופט רובינשטיין; זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1018.

104 בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, 663 (2001).

105 עניין יורונט, לעיל ה"ש 57, בעמ' 425-426. כן נקבע כי הרשות המנהלית אינה חייבת לעסוק במלאכת איסוף הראיות בעצמה, אלא היא "רשאית להיעזר לצורך כך באחרים" – עע"ם 9018/04 מונא נ' משרד הפנים, פס' 9 לפסק-דינו של השופט עדיאל (פורסם בנבו, 12.9.2005).

106 בג"ץ 7198/93 מיטראל נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994).  
107 שם.

108 על הקשר הקרוב בין הגשמת היעילות לבין שיקול-דעת מנהלי ראו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1010; שרגא ושחר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 354.

יועבר לפרט לפניו? וכיוצא באלה) וכללים לגבי חיפוש תשתית עובדתית (כיצד יש לאסוף ראיות בהליך זה? איזה משקל יש לתת לכל ראיה בקבלת ההחלטה? וכדומה).<sup>109</sup>

אולם תמונת העלויות אינה מתמצית בכך. אומנם למשטר של כללים יש עלויות ייצור בולטות יחסית למשטר של סטנדרטים, אולם בשלב היישום, לאחר שהכללים כבר נקבעו, פקיד המנהל נדרש רק ליישם, כלומר, להחיל את הכלל המתאים באופן טכני למדי. משום כך, עלויות היישום במשטר של כללים נמוכות יחסית – הפעלת הכלל חסכונית כי היא מקצרת את הליך קבלת ההחלטה.<sup>110</sup> לעומת זאת, אם הפקיד מצויד רק בסטנדרטים של עריכת שימוע הוגן, של איסוף ראיות וביסוס החלטה על ראיות מספיקות או של זמן סביר לקבלת ההחלטה, אזי בשלב ההפעלה של הנורמה (להבריל משלב ייצורה) עלויות היישום גדולות בהרבה, שכן על הפקיד לבחון את נסיבות המקרה ולהתחיל לשאול את עצמו שאלות כגון: האם במקרה דנן יש לקיים שימוע בכתב או בעל־פה? כמה חומר להעביר לעיון הפרט? האם לשלוח חוקר או להסתפק בטופס שמילא הפרט? מהו זמן "סביר" בנסיבות המקרה? האם נסיבות המקרה מחייבות קבלת החלטה ב"דחיפות" או שמא ניתן להמשיך בבדיקה? עם זאת, מהיבט היעילות נראה שקיים טעם משמעותי לעיצוב דיני ההליך כסטנדרטים רוויי שיקול־דעת. כוונתי היא ששיקול־הדעת חיוני משום שגלום בו יתרון הגמישות, המאפשר לפקיד המנהל לבחור מבין האפשרויות ההליכיות את זו הצודקת ביותר מבחינת הפרט והמתיישבת עם המשאבים שבידי הרשות. שיקול־דעת מאפשר תפירת הליך שמגלם צדק אישי לפרט בהתאם לנסיבות המקרה, תוך התחשבות בשיקולים של חיסכון בזמן ובכסף.<sup>111</sup> כך, למשל,<sup>112</sup> שיקול־דעת בנוגע לחובת התשתית העובדתית מאפשר לרשות לפעול בגמישות ולהשקיע משאבים באיסוף הראיות בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו המיוחדות (מורכבותו,<sup>113</sup> ייחודו,<sup>114</sup> דחיפותו וכיוצא באלה) ולעומס השרשות שרויה בו. גם לאחר־מכן, בשלב הבחינה של דיות הראיות וגיבוש ההחלטה עצמה, שיקול־הדעת מאפשר להשקיע זמן רב יותר או פחות בהתאם לכמותן, לאיכותן, לאמינותן ולמורכבותן של הראיות שנאספו בנסיבות המקרה.<sup>115</sup> באופן דומה, ראוי להקנות לרשות שיקול־דעת ביחס לשאלת אופן מימושה של חובת השימוע. פקיד המנהל יכריע אם לקיים שימוע בכתב או בעל־פה,

109 לשאלת העלויות של יצירת כללים לעומת העלויות של יישום סטנדרטים ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 329; דותן, לעיל ה"ש 85, בעמ' 460.

110 דותן, לעיל ה"ש 85, בעמ' 452. בכללים יש גם תרומה לוודאות. ראו רוזן־צבי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 220–221; מאוטנר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 328. מדובר בוודאות הן לפקיד והן לפרט, אשר ידעו מראש, למשל, כיצד יש לקיים שימוע בהליך מסוים.

111 ראו לעיל את הדיון ביתרון הגמישות של שיקול־דעת. ראו גם רוזן־צבי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 221.

112 ראו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1126 ו־1133.

113 בדרך־כלל, ככל שהתיק מורכב יותר, יהיה ראוי יותר להיעזר בחוקר שיאסוף ראיות, וזאת מעבר למסמכים שמועברים לרשות על־ידי הפרט.

114 למשל, אם מדובר במקרה ראשוני מסוג זה או שמא קיימים תיקים דומים מהעבר שניתן ללמוד מהם על איסוף הראיות המתבקש בתיק.

115 במסגרת שיקול־דעת זה יובא בחשבון, למשל, אם הראיות ישירות או עקיפות (כגון עדויות־שמיעה) או אם הראיות חדשות או ישנות.

מה היקף החומר שיועבר לפרט לקראת השימוע וכיוצא בזה, בהתאם לנסיבות המקרה (יכולות הטיעון של הפרט, חשיבות זכותו וכדומה), והכל תוך התחשבות במשאבים של הרשות והעומס שהיא שרויה בו.<sup>116</sup>

לעומת זאת, נדמה כי כלל קשיח, שיבנה דרך אחת לחיפוש ראיות או לקיום שימוע, עלול להיות יעיל פחות, שכן הוא לא יאפשר לפקיד לעצב הליך שמתאים באופן מיטבי לנסיבות המקרה, תוך התחשבות במשאבים המצויים בידי הרשות ובסדרי העדיפויות שלה.<sup>117</sup> למעשה, עקב קשיחותם ונוקשותם של הכללים, טמונה בהם בעיה של הכללת-יתר והכללת-חסר.<sup>118</sup> כך, למשל, אם ייקבע כלל שבהליך מסוים יתקיים שימוע בעל-פה, אזי הפקיד יהא מחויב לקיים שימוע כזה גם אם במהלך יישום הכלל יתגלו מקרים שבהם שימוע בכתב (שנתפס לרוב כמהיר וזול יותר) מספיק ואף עדיף, למשל, משום יכולות בולטות של הפרט להתבטא באופן מיטבי דווקא בכתב. מן הצד האחר, אם ייקבע כלל צר שאומר כי ייצוג על חשבון המדינה בשימוע אצל רשות מנהלית יינתן רק לחסרי-בית, יהא הכלל חסר, כי לא יינתן ייצוג כזה לפרט מוחלש שיש לו דיור אבל אין לו יכולות ביטוי בעל-פה בשל בעיות שפה והשכלה. לעומת זאת, סטנדרט של שימוע הוגן מאפשר לתפור בדיוק את ההליך המתאים לנסיבות המקרה. יותר מכך, סטנדרט רווי שיקול-דעת מאפשר לרשות לעצב את הליך השימוע במקרה פלוני תוך התחשבות בכך שיש לקיים הליכי שימוע בתיקים נוספים, ולכן משיקולי יעילות ראוי בחלק מהתיקים להסתפק בשימוע החסכוני יותר (בכתב).

מה לגבי חובת המהירות הראויה? על פניו, גם בחובה זו ראוי להקנות לרשות שיקול-דעת, שיאפשר לה להקצות זמן (כמשאב) לכל תיק ותיק בהתאם לנסיבותיו (למשל, דחיפותו),<sup>119</sup> ומתוך התחשבות בעומס של הרשות (היקף התיקים הנוספים המונחים לפניה). יעילות כזו – קרי, השקעת זמן יעילה בהתאם לנסיבותיו של כל תיק – מביאה עימה גם תוצר חיובי של שוויון מהותי ראוי (להבדיל ממתן יחס שוויוני פורמליסטי של הקצאת זמן זהה לכל התיקים בהתעלם מנסיבות המקרה).<sup>120</sup>

לסיכום, אנו רואים כי תפיסת היעילות אינה מציעה תשובה חד-משמעית לשאלה אם ראוי להקנות לפקידות שיקול-דעת בדיני ההליך. אולם למטרת מאמר זה חשובה פחות ההכרעה מהיבט היעילות, וחשובה יותר ההפנמה שקיימים טיעונים של יעילות המצדדים בהקניית שיקול-דעת כזה. די בכך מבחינת המאמר. משמעות הדבר תהיה שאל מול תפיסת היריבות

116 זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1182 ("אי אפשר לומר באופן גורף מהו שימוע יעיל יותר: שימוע בכתב או שימוע בעל פה").

117 שם, בעמ' 1018 ("כללים מורכבים ונוקשים עלולים לפגוע ביעילות ולשבש את התפקוד של המינהל הציבורי").

118 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 220. ראו גם איל בנבנשתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל' 29, 57 (1999).

119 השוו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1105 (משתמע מדבריו שם כי ראוי להקנות שיקול-דעת בנוגע לחובת זמן הפעולה, כדי לאפשר לרשות להכריע מהו מקרה דחוף שראוי להשקיע בו משאבים מיוחדים על-מנת להימנע משיהוי).

120 ראו שם, בעמ' 1006, על הקשר בין יעילות לשוויון. על ערך השוויון בהליך ראו הרחבה להלן בחלק 42, הדין בתפיסת הערך הפנימי.

שתוצג בהמשך, ואשר תסתייג מאוד משיקול-דעת בהליך, יהיה אפשר להציג טיעונים של יעילות שדווקא יתמכו בשיקול-דעת כזה.

### 3. תפיסת הרשות המנהלית כמומחית

הנחת-יסוד בתורת המנהל הציבורי,<sup>121</sup> וגם במשפט המנהלי, היא שהרשות המנהלית מומחית בתחום שהיא מופקדת עליו.<sup>122</sup> זוהי מומחיות הנובעת ממקצועיות וניסיון של הפקידות במנהל הציבורי.<sup>123</sup> תפיסת המומחיות כולטת בפסיקה במידת ההתערבות השיפוטית בשיקול-דעתה של הרשות הגלום בהחלטה המנהלית. בית-המשפט חוזר לאורך השנים על המסר שהוא לא ימיר את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו שלו, משום שהיא נתפסת כמומחית בתחום פעילותה.<sup>124</sup> תפיסת המומחיות נחזית כמצדדת בקיום סטנדרטים רוויים בשיקול-דעת מנהלי, אשר נתפס כמאפשר לרשות לנצל באופן מיטבי את מומחיותה, להבדיל מכללים קשיחים, אשר הופכים את עבודת הפקידים לטכנית ואינם מאפשרים למומחיותה של הרשות לבוא לידי ביטוי.<sup>125</sup> תפיסה זו, המצדדת באופן כללי בקיומו של שיקול-דעת מנהלי, קיימת גם ביחס לשיקול-הדעת בדיני ההליך. כך, המסר החוזר שלפיו רשות המנהל היא "the master of its own procedure"<sup>126</sup> קשור להנחה שהרשות מפתחת מומחיות גם לגבי ההליך שיגשים באופן מיטבי את הסמכות המנהלית.

בהמשך לאמור, נראה כי תפיסת המומחיות תתמוך בעיצוב כללי ההליך כסטנדרטים, שיִקנו לפקידים שיקול-דעת רחב. כך, למשל, ביחס לחובת התשתית העובדתית<sup>127</sup> תבוא המומחיות לידי ביטוי בהחלטה כיצד ראוי לאסוף את הראיות בנסיבות המקרה המטופל. כגורם מקצועי, ובהתבסס על נסיונה בטיפול בתיקים קודמים, תחליט הרשות אם ראוי במקרה זה להסתפק במילוי טופס וצירוף מסמכים על-ידי הפרט או שמא ראוי גם לשלוח חוקר שיבדוק את המצב בשטח. כלומר, שיקול-הדעת מאפשר לרשות לתפור את הליך האיסוף למידותיו המדויקות של המקרה, ובכך לנצל בצורה מיטבית את מומחיותה בתחום. שיקול-הדעת נתפס כחיוני גם בשלב ביסוס ההחלטה על ראיות מספיקות, שכן הוא מאפשר לפקיד המומחה להחליט אם במקרה פלוני ראיה מסוימת (למשל, עדות-שמיעה) תקבל משקל נמוך או גבוה יותר, וכך גם להכריע אם מכלול הראיות שנאספו מספק בסיס סביר לגיבוש

121 ראו, למשל, כהן ומזרחי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 48, 184-183 ו-311-313.

122 ראו, בהתאמה, ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36; ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 622. על מודל המומחיות המנהלית ראו Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARV. L. REV. 1276 (1984) דינה זילבר *בירוקרטיה כפוליטיקה* 167-188 (2006).

123 ראו זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 223-224; LEVIN & LUBBERS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 129.

124 ראו, למשל, בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 69 (1999); ע"מ 8256/12 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון נ' נאות מזרחי בע"מ, פס" 15 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 31.7.2014).

125 ראו לעיל ה"ש 79.

126 ראו עניין Selvarajan, לעיל ה"ש 22.

127 לקישור בין מומחיות הרשות לבין קיומו של שיקול-דעת בנוגע לחובה זו ראו עניין יורונט, לעיל ה"ש 57, בעמ' 425.



החלטה.<sup>128</sup> הצדקת המומחיות תתמוך גם בהקניית שיקול-דעת בנוגע לחובת זמן הפעולה, משום שביכולתה של הרשות המנוסה להקצות את הזמן המתאים לכל תיק שבטיפול. כך גם ביחס לחובת השימוע: הפקיד המומחה נתפס כמתאים להכריע שבמקרה אחד יתקיים שימוע בעל-פה – למשל, משום שאמינות הפרט מוטלת בספק (ולכן ראוי להתרשם ממנו באופן בלתי-אמצעי בשיחה פנים-אל-פנים) – ואילו במקרה אחר ייערך שימוע בכתב, שיתבסס על חוות-דעת מקצועית שתבהיר את מצבו הרפואי של הפרט.

#### 4. ערכם הפנימי (האינטריוז) של דיני ההליך

תפיסה אחרת של דיני ההליך גורסת כי בדינים אלה טמון ערך פנימי, כלומר, כי לדיני ההליך יש חשיבות כשלעצמם משום שהם מגלמים ומקדמים ערכים חשובים, דוגמת כבוד האדם ושוויון.<sup>129</sup> בהתאם לתפיסה זו, הליך מנהלי תקין והוגן מגלם יחס של מתן כבוד לפרט המטופל ברשות,<sup>130</sup> אשר אינו עוד "מספר" בכירוקרטיה. אכן, "אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו".<sup>131</sup> כך, למשל, זכות הטיעון, המחייבת את הרשות לקיים הליך של שימוע לפני פגיעה, מהווה הגשמה הליכית של הזכות לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>132</sup> כבוד האדם מחייב את הרשות לשימוע את הפרט לפני שהיא פוגעת בו. זו אמורה להיות שמיעה מהותית, ולא פורמלית גרידא. לכן על הרשות ליידע את הפרט בסיבות לשימוע, להעביר לו את החומר הרלוונטי לעיון, לתת לו שהות מספקת להתכונן לשימוע, ולעצב את השימוע באופן המכבד את הפרט ומתחשב ביכולותיו ובמגבלותיו (למשל, שימוע בעל-פה ובאמצעות מייצג).<sup>133</sup> גם חובת התשתית העובדתית נתפסת כבעלת ערך פנימי, בגלמה יחס מכבד של הרשות לפרט. חובה זו מבטאת הפנמה של התובנה שהרשות אינה יכולה לקבל החלטה המשפיעה על גורלו של פרט מבלי לבסס את החלטתה על העובדות הקונקרטיות

128 עניין הערכת הראיות מוקנה לרשות בהתאם ל"חוש המומחיות" שלה – זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1135.

129 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 262-263; Lorne Sossin, *An Intimate Approach to Fairness, Impartiality and Reasonableness in Administrative Law*, 27 QUEEN'S L.J. 809, 847 (2002).

130 ראו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 999; GALLIGAN, לעיל ה"ש 81, בעמ' 75; JERRY L. MASHAW, *DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE* (1985).

131 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2009). השופטת נשענת בדבריה אלה על תורתו של הפילוסוף קנט, שלפיה האדם הינו תמיד תכלית, ולא אמצעי. ראו עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות (משה שפי מתרגם, 1965).

132 ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

133 תפיסה זו זכתה בהכרה בפסיקה. ראו עניין טרנר, לעיל ה"ש 102, בעמ' 790; בג"ץ 4128/02 ארם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 519 (2004).

של המקרה. החלטתה שרירותית, המנותקת מנסיבות המקרה, אינה מכבדת את הפרט.<sup>134</sup> גם חובת המהירות הראויה קשורה בקשר אמיץ לקיומו של הליך מכבד. שיהוי מנהלי – שבו הפרט ממתין להחלטת המנהלית מעבר לזמן הסביר, בעודו חושש וחרד לגבי גורלו שלו וגורל משפחתו – אינו מגלם יחס של מתן כבוד לפרט ולאנושיותו.<sup>135</sup>

הליך מנהלי תקין והוגן מגשים ערך יסודי נוסף. זהו עקרון השוויון, כעקרון יסודי חוקתי.<sup>136</sup> עקרון השוויון נדון לרוב במשפט הציבורי-המנהלי מן ההיבט של שיקול-הדעת שמופעל בקבלת ההחלטת המנהלית עצמה,<sup>137</sup> אולם לשוויון יש חשיבות רבה גם בהליך עצמו, ודיני ההליך מחייבים לשרת גם ערך זה.<sup>138</sup> דינים אלה אמורים לקדם יחס שוויוני ולא-מפלה (שוויון ביחס) של הפקידות כלפי הפרטים המטופלים אצלה.<sup>139</sup> כך, כאשר מוגשות לרשות בקשות (למשל, של רישוי או תמיכה) עם נסיבות דומות, היא אמורה לקיים הליך דומה של איסוף ראיות וביסוס החלטה. עקרון השוויון מופר אם שמעון נדרש להביא עוד ועוד ראיות לפני אישור בקשתו, ואילו במקרה דומה של ראובן, המקורב לפקיד הרשות, הרשות מסתפקת בהליך בדיקה מקוצר. אולם מוצדק בהחלט לקיים שוני בהליך החיפוש והביסוס הראייתי כאשר יש שוני רלוונטי בין הבקשות – למשל, שוני באסמכתאות שהפרט העביר לרשות במסגרת בקשתו. כך גם לגבי חובת המהירות הראויה: הרשות המנהלית אמורה לטפל בבקשה של שמעון לקבלת רישיון או קצבה במסגרת זמנים דומה לזו שבה פעלה בבקשתו של ראובן. רק שוני רלוונטי בין הבקשות של השניים יצדיק שהליך בקשה של האחד יארך זמן ממושך יותר מזה של האחר.

טיעון השוויון רלוונטי גם ביחס לחובת השימוע. ראשית, נקודת המוצא היא שזכות הטיעון אמורה להיות מוחלטת באופן שוויוני – הזכות מוקנית לכל פרט לפני פגיעה, ולא רק למי שיש לו קרבה כזו או אחרת לפקיד הרשות. שנית, קיום שוויוני של זכות זו ממחיש יפה שחובת השוויון בהליך היא גם חובה מהותית של שוויון בתוצאות, ולא רק חובה פורמלית

134 על כך יש להוסיף את החשיבות של ניהול חקירה מכבדת, ולא מביישת. ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 333.

135 לקישור בין המישור של זמן הטיפול בפרט לבין יחס מכבד ראו ליה לוין "קואליציה של הדרה" – אי-מימוש זכאות לסיוע במערכת הביטחון הסוציאלי בקרב החיים בעוני קיצוני" **נגישות לצדק חברתי בישראל** 225, 240 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

136 השוויון נתפס כ"נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" – בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג 693, 698 (1969). להלכות המרכזיות בעניין עקרון השוויון ראו עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 90.

137 לדיון בעיקרון זה במישור של שיקול-הדעת בקבלת ההחלטה ראו, למשל, ברק-ארו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 673-721.

138 ראו שם, בעמ' 262; פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 379. ראוי להפנות את תשומת-הלב לכך שבתחום המכרזים עקרון השוויון בהליך מצוי במרכז הסוגיה המנהלית. לשוויון המכרזי ראו גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** 257-260 (1999); דפנה ברק-ארו **משפט מנהלי** כרך ג 26-27, 36-39 (2013).

139 לתפיסה השוויון ביחס ראו עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 90, פס' 39-41 לפסק-דינו של השופט עמית; שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 293 ו-303.

(שוויון ביחס).<sup>140</sup> במקרים דומים על הרשות לקיים מתכונת שימוע דומה, אולם כאשר קיים שוני ביכולות של הפרט – למשל, קשיים ביכולת התבטאות בכתב או בשפה העברית – הדבר אמור להתבטא גם באופן הגשמתה של זכות הטיעון. במקרה אחד יהיה מוצדק לקיים שימוע בכתב; במקרה אחר, כאשר הפרט מתקשה בביטוי כזה, יועדף שימוע בעל-פה; ובשימוע בעל-פה, כאשר לפרט יש קשיי שפה, עקרון השוויון המהותי מחייב הצמדה של מתורגמן להליך השימוע. כך יוגשם עקרון השוויון כעיקרון מהותי, המבקש לאפשר לפרט להגן על עצמו מפני פגיעה תוך התחשבות ביכולותיו ובמגבלותיו.

בשלב זה עולה השאלה אם תפיסת הערך הפנימי של ההליך, כמגשים ערכי-יסוד כגון כבוד ושוויון, תומכת בהקניית שיקול-דעת בדיני ההליך לפקידות המנהלית. נראה בעיניי שכנקודת מוצא עקרונית התשובה היא חיובית. סטנדרטים רוויי שיקול-דעת נתפסים כאמצעי חיוני שיאפשר לפקיד את הגמישות הנחוצה על-מנת לעצב הליך תקין והוגן שמתאים לנסיבות המקרה המטופל, ובכך להגשים צדק אישי הליכי לפרט המטופל.<sup>141</sup> בסטנדרטים גלום פוטנציאל להגשמה מהותית (להבדיל מפורמליסטית) של הערכים שנדרונו – כבוד ושוויון. אומנם כללים קשיחים, שמצווים על הפקיד לקיים שימוע באופן מסוים, אמורים להגשים את הזכות לכבוד הגלומה בעצם קיום השימוע, וגם את הזכות לשוויון, שכן יטפלו בראובן ובשמעון באותו אופן. אולם שיקול-הדעת הגלום בקביעת סטנדרטים מאפשר לפקיד לעצב את השימוע (כמו גם חובות הליכיות אחרות) תוך התחשבות ביכולות ובקשיים של הפרט, ובכך להגשים את הכבוד והשוויון באופן מהותי.<sup>142</sup>

בסופו של יום נראה שהתשובה לשאלתנו לעיל תיגזר גם מתפיסתנו בנוגע לטיב מערכת היחסים שבין הפרט לבין הרשות המנהלית. אכן, במרכזו של שיח המשפט המנהלי מצוי דיון על מהות היחסים שבין הפרט לרשות המנהלית, ובהמשך לכך על תפקידו של המשפט המנהלי. כפי שנראה, לשתי התפיסות שיוצגו להלן – תחילה תפיסת השותפות ולאחריה תפיסת היריבות<sup>143</sup> – יש גם עמדה ביחס להקניית שיקול-דעת בדיני ההליך.

140 לחובת השוויון כחובה מהותית של שוויון בתוצאות, ובכלל זה התחשבות בנחיתות קיימת, לרבות העדפה מתקנת, ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 699-708.

141 מאידך גיסא, מבחינת הערך הפנימי של הליך שוויוני, ייתכן שגם במצב של מתן אמון ברשות יהיה ראוי לקבוע כללים קשיחים, שכן גם בהנחה שהפקיד ישר והוגן, כללים קשיחים כאלה יבטיחו שוויון בטיפול בין פקידים שונים, בין סניפים שונים, ואף בין זמנים שונים בעבודתו של אותו פקיד.

142 על כללים קשיחים כמקדמים שוויון פורמלי, ועל סטנדרטים כמקדמים שוויון מהותי, ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 220 ר-223; דותן, לעיל ה"ש 85, בעמ' 450.

143 כך, למשל, ברק-ארז מציגה את טיעון הערך הפנימי ומקשרת בינו לבין "ההגנה על ערכים של הגינות ושוויון". השימוש במונח "הגנה" ניתן להבנה כיוצא מתפיסת אי-אמון יריבית. ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 262.

## 5. תפיסת השותפות

תומך בולט של תפיסת השותפות הוא השופט פרופ' זמיר, אשר דן בתפיסה זו, במסגרת פסק־דין קונטרס, כתפיסה מתחרה לתפיסת היריבות.<sup>144</sup> זמיר מסביר כי לפי תפיסת השותפות:

"המדינה... היא מפעל משותף של כל האזרחים... לעובדי הציבור יש תפקיד חשוב... הוא מקנה להם מרות ומחייב אותם בנאמנות. אך אין הם שלטון מעליי. עדיין הם ואנחנו שותפים... השותפות אינה מתמצה בבחירות תקופתיות... השותפות פירושה מתן הזדמנות אמיתית לאזרח להשתתף בניהול השוטף של ענייני המדינה, ואפשרות מעשית לפעול ולהשפיע מיום ליום... היא דורשת יתר פומביות ופתיחות של המינהל הציבורי; דרכים נוספות להתייעצות מוקדמת עם גופים מעוניינים שמחוץ למינהל הציבורי; נכונות לשלב גופים כאלה בפעילות שוטפת... התפיסה של שותפות מקדמת את הדמוקרטיה למדרגה גבוהה יותר. היא נותנת ביטוי נכון יותר לרעיון של שלטון העם... עובד הציבור הוא בשר מבשרי. הוא פועל מטעמי ולמעני. אנחנו שותפים, בעלי תפקידים שונים, במדינה."<sup>145</sup>

תפיסת השותפות רואה במשפט המנהלי כלי חשוב לקידום האידיאל של השותפות המדינית, וזאת בשני מישורים. מישור אחד הוא מישור המקרו, שעניינו קידום שיתופו של הציבור בפעילות המנהלית כחלק מעיצוב הפרויקט המדינתי ("הטוב המשותף"). ביטוי אחד של שותפות המקרו הוא שיתוף של הציבור בהליכים מנהליים המקדמים דיון ציבורי לגבי מצבה של השותפות המדינית ואתגריה העתידיים,<sup>146</sup> וזאת במתכונת מובהקת של היוועצות מתמשכת עם הציבור הרחב.<sup>147</sup> משפט מנהלי המחייב את הרשות לקיים דיון ציבורי כזה מקדם יסוד של דמוקרטיה דליברטיבית (דיונית) והשתתפותית בפעילות המנהל הציבורי.<sup>148</sup> ביטוי שני של שותפות המקרו מתבטא בשיתוף של הציבור בייצורו של ה"ציבורי" עצמו. מדובר, למשל, בשיתוף של גורמים פרטיים בפיתוח, בייצור ובהפעלה של תשתיות ציבוריות

144 השופט זמיר מציג תחילה את המשמעות של תפיסת היריבות, ומבהיר כי תפיסה זו אינה מקובלת עליו וכי תפיסת השותפות אמורה לבוא במקומה – עניין קונטרס, לעיל ה"ש 17, בעמ' 341–342.

145 שם, בעמ' 342. ראו גם שמעון קרוש ואפרים דה־האס "השופט בדימוס יצחק זמיר" עלי משפט ז 31, 56–55 (2009); ע"ע 89/13 עיריית רמת גן נ' הראל, פס' 7–8 לפסק־דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 24.2.2015).

146 ראו, למשל, GALLIGAN, לעיל ה"ש 81, בעמ' 145–146; Mark Seidenfeld, *A Civic Republican*; Justification for the Bureaucratic State, 105 HARV. L. REV. 1511, 1514, 1528–30 (1992). יש בכך דמיון למודל של participative communitarianism, ופיתוח shared standards – ראו DAWN OLIVER, COMMON VALUES AND THE PUBLIC-PRIVATE DIVIDE 5–6 (1999).

147 לדיני שיתוף (לרבות היוועצות) בהליך ראו ברק־ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 289–326.

148 לדיון בדמוקרטיה דיונית והשתתפותית ראו DAVID HELD, MODELS OF DEMOCRACY (3rd ed. 2006). יצוין שחובות השיתוף חשובות גם לפי תפיסת היריבות, שתוצג בהמשך, אך כאמצעי למניעת פגיעה בפרט או לשם מתן ייצוג פלורליסטי למגוון של אינטרסים קבוצתיים מתחרים, וזאת להבדיל מתפיסת השותפות, הרואה את ההשתתפות כבעלת ערך כשלעצמה. לשיתוף פלורליסטי ראו, Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975).

(דוגמת כבישים) ותוכניות ציבוריות (למשל, בתחום החינוך והרווחה).<sup>149</sup> מפגשים חוזיים אלה אף זכו בכינוי המשתמש במפורש במונח "שותפות" – "Public-Private Partnerships",<sup>150</sup> ולמשפט המנהלי אמור להיות תפקיד חשוב בהסדרת שותפויות חוזיות אלה.<sup>151</sup> המישור האחר שבו המשפט המנהלי יכול לתרום לקידום האידיאל של השותפות המדינתית הוא מישור המיקרו, שעניינו הגשמת השותפות המדינתית ברמת היחסים של הפקיד והפרט המטופל אצלו (למשל, בבקשת רישיון או קצבה). מישור זה אינו יכול להשלים עם המציאות ההיררכית הרווחת שבה הפקיד מחליט לבדו ומצווה על הפרט (המחויב בקיום הציוי),<sup>152</sup> ומטרתו היא לקדם קרבה ודיאלוג בין הצדדים, שיהיה בהם כדי להעצים את הפרט המטופל במפגש עם השותף המנהלי.<sup>153</sup> לפי תפיסה זו, על המשפט המנהלי לקדם דיאלוג מתמשך בין הפקיד לפרט,<sup>154</sup> המיועד למנוע את הפקיד מלכפות את החלטתו באורח חד-צדדי.<sup>155</sup> בהמשך לכך, תפיסת השותפות מבקשת לחזק את חובות השיתוף בהליך<sup>156</sup> שכבר קיימות בדין (דוגמת חובות ההתייעצות), כדי לעצב את ההליך כזירה מתמשכת של שיתוף הפרט המטופל.<sup>157</sup>

שלב זה עולה השאלה אם לפי תפיסת השותפות ראוי להקנות לרשות שיקול-דעת לגבי אופן מימושם של דיני ההליך. אם אנו מחזיקים בתפיסת השותפות כתפיסה המייצגת נכונה

- 149 ראו Jody Freeman & Martha Minow, *Introduction: Reframing the Outsourcing Debates*, in *GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY I* (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009). לתיאור תהליכי הפרטה בהתאם לתפיסת השותפות ראו איל פלג *ההפרטה והצבירה – גופים מופרטים במשפט הציבורי* 101–104 (2005).
- 150 ראו CRAIG, לעיל ה"ש 48, בעמ' 119–121; E.R. YESCOMBE, *PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS: PRINCIPLES OF POLICY AND FINANCE* (2007).
- 151 ראו יצחק זמיר "דיני חוזים מנהליים: ענף של המשפט המנהלי?" *משפט וממשל* יח 333 (2017).
- 152 ראו, למשל, זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 300; ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 199.
- 153 אך לא פחות מכך להעצימו גם בחייו מחוץ לרשות. למושג ההעצמה ראו, למשל, *העצמה במשפט* (מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008). ליסוד הקרבה השוו Sossin, לעיל ה"ש 129, בעמ' 845.
- 154 ראו Cartier, לעיל ה"ש 74; Geneviève Cartier, *Administrative Discretion as Dialogue: A Response to John Willis*, 55 U. TORONTO L.J. 629, 648 (2005).
- 155 שם, בעמ' 644.
- 156 השוו שם, בעמ' 650; Sossin, לעיל ה"ש 129, בעמ' 847.
- 157 גישה זו תקדם משפט מנהלי אקטיבי יותר, שיחייב את הפקיד לעודד את הפרט להשתתף גם כאשר מסיבות שונות (למשל, חוסר אכפתיות או פחד) הוא נמנע מכך או מנצל את אפשרות השיתוף מעט מדי. למצבים כאלה ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 155–157. שיתוף מוגבר כזה שונה מהשיתוף המקובל כיום בדין, שהוא שיתוף הפרט רק בשלב מתקדם בהליך, במתכונת של שימוע לפני פגיעה. Sossin, לעיל ה"ש 129, בעמ' 855. ראו גם חני אופק-גנדלר "תסקיר השפעה על הקהילה ככלי להשמעת קולות מושתיקים בחברה משוסעת" *משפט וממשל* יא 199, 234 (2007). שיתוף דיאלוגי יכול גם חובות מוגברות ושופות של הזרמת מידע מהרשות לפרט, גם מבלי שהפרט יבקש זאת מהרשות, כדי שהוא יוכל, כשותף, להביע את עמדתו לאורך ההליך באופן מושכל. השוו Sossin, לעיל ה"ש 129, בעמ' 811.

את מערכת היחסים שבין הפרט לרשות, אזי בהינתן שבבסיסה של תפיסה זו קיים אמון רב במנהל, שהוא "בשר מבשרי"<sup>158</sup>, נראה הגיוני שהדבר יתבטא גם בהקניית שיקול-דעת רחב לרשות המנהלית לצקת תוכן בדיני ההליך ברמת הטיפול היומיומי בפרט.<sup>159</sup> ההנחה היא ששיקול-הדעת ינוצל להעצמתו של הפרט שכן הפקיד המטפל הינו "פקיד טוב", אשר בוודאי אינו מבקש להרע לפרט במכוון. שיקול-דעת יאפשר לו לעצב את ההליך כך שיתאים באופן מיטבי לצרכים וליכולות של הפרט המטופל, וכך לקדם למענו צדק אישי לפי הנסיבות. נוסף על כך, תפיסת השותפות מניחה גם ששיקול-דעת בדיני ההליך יופעל בהרמוניה ובשיתוף, ובכך יהווה ייצוג נוסף לדיאלוג שמקדם את שגשוג השותפות, שהיא בעלת ערך כשלעצמה. לכן, ככלל, תפיסה זו תומכת בקביעת סטנדרטים שיקנו לרשות את שיקול-הדעת המיוחל.

בהמשך לכך, שיקול-דעת בנוגע לחובת התשתית העובדתית נתפס ככלי מקרב, המעצים את הפרט ואת השותפות עצמה, שכן באמצעותו הרשות תשתף את הפרט לאורך ההליך בחיפוש מידע, ולאחר-מכן תשתפו גם בניתוח התשתית שנאספה ובמתן המשקל לכל ראייה ולמכלול הראייתי ("דיאלוג ראייתי").<sup>160</sup> ההנחה היא ששיתוף מוגבר כזה יקדם את היסוד המקרב שמכוון ומתחזק את השותפות. גם שיקול-דעת בנוגע לחובת זמן הפעולה נתפס כאמצעי חיוני לעיצוב מסגרת הזמנים המיטבית להתייחסות-הגומלין בין הצדדים, תוך התחשבות במחויבויות אחרות של הפרט<sup>161</sup> ובאילוצים אחרים של הרשות,<sup>162</sup> וזאת מתוך הפנמה שלכל שותף יש פעילויות נוספות מעבר לזו הנוכחית.<sup>163</sup> באופן דומה, שיקול-דעת בנוגע לזכות הטיעון נתפס כמאפשר לפקיד לעצב את הליך השימוע תוך התחשבות ברצונו של הפרט לגבי מתכונת השימוע. באופן זה שיקול-הדעת מהווה אמצעי לחיזוק אמונו של הפרט ברשות גם בצומת משכרי זה שלפני הפגיעה האפשרית בו.

## 6. תפיסת היריבות

העמקה בספרות-היסוד על-אודות מטרותיו של המשפט המנהלי (ובכלל זה דיני ההליך) חושפת תפיסת-עומק שנמצאת בבסיס התחום. תפיסה זו השפיעה רבות על דמותו של דין

158 ראו עניין קונטרס, לעיל ה"ש 17, בעמ' 342.

159 אמון זה מקדם גם גישה שיפוטית של "אור ירוק" למנהל בעת עריכת ביקורת שיפוטית, המתבטאת בהענקת שיקול-דעת רחב לרשויות והתערבות מועטה בלבד בהחלטות המנהליות. להבחנה בין גישת "אור ירוק" לגישת "אור אדום" ראו Carol Harlow & Richard Rawlings, Law and Administration (3rd ed. 2009). ראו גם ברק מרינה "החיפוש אחר תאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים" עלי משפט ד 359, 365-366 (2005).

160 למושג "דיאלוג ראייתי" ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 669-670 ר-684.

161 כגון מפגשים של הפרט עם רשויות אחרות, התחייבויות תעסוקה שיש לו וכיוצא באלה.

162 התייחסות רק למפגש של הרשות עם ראובן תחטא למציאות. שיקול-הדעת הוא גם כלי למציאת האיוון בין השותפות של הרשות עם ראובן לבין השותפות המקבילה שלה עם שמעון.

163 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 180-183. כך, למשל, שיקול-דעת מאפשר לרשות להתנהל בגמישות גם כלפי פרט שמתעכב, למשל, בהעברת מסמך שעליו להמציא בהליך של רישוי או מתן תמיכה. באמצעות שיקול-הדעת הפקיד ה"טוב" יכול לתת לפרט ארכה, ולא למהר לדחות את הבקשה ולסגור את התיק.

זה כמכלול, עיצבה כללים מרכזיים בו, וכונתה "תפיסת היריבות"<sup>164</sup>. תפיסת היריבות היא תפיסה של חשש ואף פחד מכוחן ומעוצמתן של רשויות המנהל. זהו חשש שהכוח המוקנה לפקיד המנהל ינוצל לרעה באופן שיפגע בפרט המטופל ובכוויותיו. בהמשך לכך, תפיסה זו מניחה מתח בין הפרט לרשות – שני אלה נתפסים כיריבים, ולכן ענן של סיכונים לפרט מרחף מעל המפגש ביניהם. במסגרת תפיסה זו, שאין בה אמון (בוודאי לא אמון רב) בפקיד המנהל, המשפט המנהלי נתפס כאמצעי להגנה על הפרט, ודיניו מיועדים למנוע את הפגיעה בו או לפחות לצמצם את הסיכוי לפגיעה כזו. כמכלול, המשפט המנהלי נתפס כאמצעי לצמצום פערי הכוחות הגדולים שבין הפרט לרשות, ובמובן זה הם מיועדים להעצים את הפרט בהתייחסות-הגומלין בינו לבין פקיד המנהל.

גישת היריבות ניכרת מאוד בכתיבה של מלומדים רבים של המשפט המנהלי. פרופ' דותן הסביר כי התפיסה המצויה בבסיס המשפט המנהלי בישראל העמידה בראש סדר העדיפויות את הצורך להגביל את כוחו של השלטון, שמהווה סכנה לחירויות הפרט.<sup>165</sup> פרופ' ברכה טען כי עניינו של המשפט המנהלי הוא בהגדרת סמכויותיה של הרשויות, בעיצוב הדרכים להפעלתן ובכניון האמצעים לפיקוח על הרשויות על-מנת למנוע אותן מלנצל את סמכויותיהן לרעה.<sup>166</sup> פרופ' טמיר טענה כי מטרתו של המשפט הציבורי היא לשמור שהרשויות יפעלו בגבולות החוק המסמיך אותן, ולמנוע שימוש לרעה בשיקול-הדעת המנהלי.<sup>167</sup> פרופ' ברק-ארוז הציגה טיעון בדבר קיום מציאות של שררה וחדשנות הדדיים בין הרשות לבין הפרט,<sup>168</sup> ופרופ' שטרית הסביר כי הגשמת ההגינות המנהלית "דרושה לאור החשש מפני נגישת האזרח על-ידי אנשי-שררה. בידי המינהל הציבורי מצויות סמכויות נרחבות, ועובדי-הציבור, המפעילים סמכויות אלו, נוטים לשררה ולנגישת האזרחים בשל נטייתם הטבעית של בעלי כוח לנהוג באדישות, ואפילו בעריצות-לב, כלפי האזרח החלש".<sup>169</sup>

התפיסה הישראלית ינקה את תפיסת היריבות מהמחשבה המשפטית באנגליה. כמו בישראל, גם באנגליה תפיסה זו נמצאת בבסיס המשפט המנהלי. כך, למשל, בספרם הנודע של Wade & Forsyth מובהר כי המשפט המנהלי הוא תחום המשפט שעניינו שליטה בכוח המנהלי. הם מסבירים כי מטרתו של דין זה היא לשמור שהרשות תפעל בגבולות החוק המסמיך אותה, וזאת כדי להגן על האזרח מפני ניצול לרעה של כוח הרשויות.<sup>170</sup> גם בארצות-הברית החדשנות כלפי רשויות המנהל עמוקה. Bregger הגדיל ואמר כי "Americans distrust"

164 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 433.

165 דותן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 302.

166 ראו ברכה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10-11 ו-12.

167 טמיר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 187.

168 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 173 ו-182.

169 שמעון שטרית "על הצעת חוק סדרי המינהל" משפטים יד 367, 370 (1984).

170 ראו Wade & Forsyth, לעיל ה"ש 32, בעמ' 4. ראו גם Cane, לעיל ה"ש 1, בעמ' 405;

Endicott, לעיל ה"ש 59, בעמ' 11.

"bureaucracy"<sup>171</sup>. עמדה זו מייצגת את המודל המסורתי של המשפט האמריקני, שגם כיום מצוי שם במרכזו של התחום.<sup>172</sup>

עמדה זו בספרות המלומדים משקפת את תפיסת-הבסיס הדומיננטית של המשפט המנהלי, שעלתה גם בפסיקה. הייצוג הבולט ביותר לכך נמצא בפסק-הדין הקנוני בעניין קונטרם.<sup>173</sup> בפרשה זו בלטה מחלוקת שופטים ביחס לתפיסת המדינה ומהות היחסים שבין הפרט לרשות, אשר יש לה השפעה ישירה על תוכנו של המשפט המנהלי ועל תפיסת מהותו ותפקידו.<sup>174</sup> כזכור, השופט זמיר ביקש לראות את המדינה ואת היחסים שבין הפרט לרשות כשותפות. אולם הנשיא ברק ובמיוחד השופט חשין הציגו את היחסים הללו כיריבות, שבמרכזה חשש מכוחו של השלטון וחדשנות רבה כלפיו.<sup>175</sup> בהתאם לכך הם הדגישו כי עקרון-היסוד של

Marshall J. Breger, *The Quest for Legitimacy in American Administrative Law*, 40 171  
 .ISR. L. REV. 72, 78 (2007). בספרם המרכזי של Schwartz ועמיתיו מוצג הסבר של תפקיד  
 המשפט המנהלי אשר זהה להגדרה שהוצגה באנגליה על-ידי Wade & Forsyth. ראו BERNARD  
 SCHWARTZ, ROBERTO L. CORRADA & J. ROBERT BROWN, JR., *ADMINISTRATIVE LAW* 4–5 (7th  
 ed. 2010). ראו גם LEVIN & LUBBERS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3–2 ו-170; BEERMANN, לעיל ה"ש  
 51, בעמ' 1.

172 ראו קולין ס' דייבר "המשפט המנהלי הישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" משפט וממשל ד  
 27 (1997). תפיסת היריבות מרכזית במדינות נוספות בעלות תרבות משפטית דומה, דוגמת  
 MICHAEL HEAD, *ADMINISTRATIVE LAW: CONTEXT, למשל, באוסטרליה וקנדה*. 193 (1993)  
 AND CRITIQUE 1, 93 (2005); Bruce Dyer, *Determining the Content of Procedural Fairness*,  
 ADMINISTRATION 19, 193 (1993). בקנדה ראו, למשל, 19 MONASH U. L. REV. 165, 193 (1993).  
 .CONTEXT 12, 82, 129–31, 388 (Colleen M. Flood & Lorne Sossin eds., 2nd ed. 2013).  
 173 עניין קונטרם, לעיל ה"ש 17.

174 ראו דפנה ברק-ארו "המשפט המנהלי של מישאל חשין – בין עריכת דין לשפיטה" מאוני  
 משפט ו 477, 481 (2007).

175 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428–431; ברק-ארו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 281. הנשיא ברק הסביר  
 כי "קיים חשש רציני – חשש שההיסטוריה הוכיחה אותו לא פעם – כי אנשי השלטון יתחוו  
 אינטרסים משל עצמם וישתמשו בעוצמה הרבה שהוענקה להם, שלא לטובת הכלל. דבר זה  
 באה חובת הנאמנות למנוע. חובת הנאמנות באה להבטיח כי השלטון ידאג לציבור ולא לעצמו;  
 חובת ההגיונות הכללית באה להבטיח כי הסמכות השלטונית תופעל באופן המשרת את הכלל,  
 ולא את השלטון". עניין קונטרם, לעיל ה"ש 17, בעמ' 347. אכן, השופט זמיר תיאר את  
 תפיסתו של השופט ברק כתפיסת יריבות מובהקת. ראו שם, בעמ' 341–342. ראו גם את עמדת  
 היריבות המובהקת של השופט חשין: "השלטון מחזיק בידו רוב כוח, רוב עוצמה ורוב עושר, עד  
 שהיחיד – יהיו כוחו, עוצמתו ועושרו רבים ככל שיהיו – לא ישווה לו ולא ידמה לו... מטעם זה  
 אף נחלצו בתי-המשפט בעבר לעזרו של היחיד בעומדו מול אותה מכונת-ענק – נחלצו בעבר,  
 ממשיכים הם להיחלץ כיום וימשיכו להיחלץ בעתיד. מטעם זה אף קבעו בתי-המשפט את עקרון  
 הנאמנות שהשלטון חב ליחיד. מאותו טעם קבעה ההלכה את חובת ההגיונות שהשלטון חב  
 ליחיד. עיקרון וחובה אלה מקורם בסמכותה היתרה של הרשות, בכוחה-היתר, ביכולתה למנוע  
 מן היחיד טובה שולוא נאסרה עליו יכול היה ליהנות ממנה. חובת ההגיונות שהשלטון חב בה  
 כלפי יחיד החברה נגזרת מהכוח היתר שהשלטון מחזיק בו, מעוצמתו של השלטון כיריבה.  
 חובת ההגיונות נועדה לשמש – בצדם של אמצעים אחרים – בלם לכוח ורסן לעוצמה". ראו



המשפט המנהלי, הלא הוא עקרון הנאמנות, וכן חובת ההגינות הנגזרת ממנו נועדו להתמודד עם החששות והסיכונים שתפיסת היריבות מצביעה עליהם.<sup>176</sup>

בשלב זה חשוב להדגיש כי תפיסת היריבות היא התפיסה הדומיננטית שבבסיס המשפט המנהלי. כך, למשל, פרופ' זמיר ציין כי התפיסה של השופטים ברק וחשין בפסק-דין קונטרם היא התפיסה המקובלת.<sup>177</sup> הדומיננטיות של תפיסה זו נלמדת גם מכתבתם של מלומדים רבים אחרים,<sup>178</sup> וגם מהתבוננות על עקרונות רבים של המשפט המנהלי. כך, עקרון הנאמנות וחובת ההגינות הוצגו כמיועדים להגן על הפרט מפני כוחה הרב של הרשות,<sup>179</sup> ועקרון חוקיות המנהל נתפס ככלי להגבלת כוחו של השלטון ולהבטחת חירויות הפרט.<sup>180</sup> גם דיני ההליך מבטאים מעל הכל חשש מפני פגיעה בפרט המטופל ברשות. אכן, המבחן לתחולתה של זכות הטיעון מתייחס לחשש בסיסי מפני פגיעה פוטנציאלית הגלומה בהחלטה המנהלית מבחינת הפרט שהחלטה תחול עליו;<sup>181</sup> חובת המהירות הראויה קשורה בקשר ישיר לחשש מפני שיהוי מנהלי בהפעלת הסמכות, שעשוי לנבוע מסדרי מנהל פגומים או מכוונה להרע לפרט;<sup>182</sup> וחובת התשתית העובדתית וחובת הנמקה קשורות באופן מובהק למטרה של מניעת קבלת החלטות שרירותיות.<sup>183</sup> נוסף על כך, גם הליכה של הכללים שעניינם שיקול-

שם, בעמ' 367-368. השופטת נאור מצטטת בהסכמה את השופט חשין – ראו דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפור בע"מ, פס' 14 (פורסם בנבו, 14.7.2011). לתוכנה יריבית דווקא מפי השופט זמיר ראו אליחי שילה ואח' ללא גלימה – שיחות עם שופטי בית המשפט העליון 123 (דב איכנולד עורך, 2017).

176 ראו את קביעותיהם של השופטים ברק וחשין בעניין קונטרם, לעיל ה"ש 17, המצוטטות בהערה הקודמת. ראו גם ברק-ארוז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 173, על הקשר בין עקרון הנאמנות לבין תפיסה ש"עמדת הכוח של הרשויות ביחס לפרטים היא טוטלית".

177 קרוש ודה-האס, לעיל ה"ש 145, בעמ' 56.

178 כך, למשל, פרופ' דותן הסביר כי זו "התפיסה העומדת בבסיס המשפט המנהלי במדינת ישראל, כמו בדמוקרטיות מערביות אחרות" – דותן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 302; פרופ' טמיר הדגישה כי זוהי "מטרתו העיקרית של המשפט הציבורי" – טמיר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 187; Wade & Forsyth הדגישו באנגליה כי תפיסה זו היא "the heart of the subject, as viewed by most lawyers", והוסיפו כי ההגנה על האזרח מפני ניצול לרעה של הכוח המנהלי היא "[t]he primary purpose of administrative law" – ראו Wade & Forsyth, לעיל ה"ש 32, בעמ' 4; וכך הוסבר גם בארצות-הברית – ראו Schwartz, Corrada & Brown, לעיל ה"ש 171, בעמ' 4-5.

179 עניין קונטרם, לעיל ה"ש 17, בעמ' 366-367 (השופט חשין) ובעמ' 347 (הנשיא ברק). ראו גם בג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767, 777 (1979).

180 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 97 ו-106.

181 שם, בעמ' 462. גם ביטויים דוגמת procedural protection ו-procedural safeguards מנקודת מוצא של חשש וצורך להגן על הפרט. ראו Pierce et al., לעיל ה"ש 22, בעמ' 205 ו-305; Paul Craig, *Perspectives on Process: Common Law, Statutory and Political* 2010; Pub. L. 275, 280, 295.

182 זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1092-1093.

183 שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 127. לקשר בין הנמקה לבין מניעת שרירות ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 423.

הדעת בקבלת ההחלטה המנהלית קשורה ישירות לחששות של תפיסת היריבות. כך, איסור ההתנהלות בחוסר תום-לב – הוסבר כאיסור פעולה בזדון מתוך כוונה להרע לפרט;<sup>184</sup> איסור ההפליה הוא חובה שמיועדת באופן מובהק למנוע הפליה לרעה של הפרט המטופל ברשות;<sup>185</sup> ועילת המידתיות מחייבת את הרשות לנקוט כלפי הפרט אמצעים מידתיים, ובכלל זה להקפיד על בחירה "באמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא הקטנה ביותר".<sup>186</sup> אומנם, כפי שתואר לעיל, דינים אלה מבטאים, בהיקף כזה או אחר, גם תפיסות אחרות (מעבר ליריבות). אולם סבורני כי מן המקובץ בספרות ובפסיקה שהוצגו לעיל עולה כי תפיסת היריבות היא התפיסה המרכזית המצויה בבסיסם.

בשלב זה עולה השאלה אם לפי תפיסת היריבות ראוי להקנות לרשות שיקול-דעת לגבי אופן מימושם של דיני ההליך. התשובה היא שתפיסת היריבות משקיפה בדאגה ובהסתייגות גדולה על המציאות של הקניית שיקול-דעת כזה למנהל. בבסיסה של תפיסה זו יש כאמור חשש ואף פחד מכוחו של המנהל הציבורי. נקודת המוצא שלה היא חוסר אמון ברשות ובפקידיה, שכן לפחות חלק מהם הם בגדר "הפקיד הרע", שצפוי לנצל לרעה את כוחו לפגיעה בפרט ובזכויותיו.<sup>187</sup> בהמשך לכך, התפיסה רואה בדיני ההליך כבלים שנועדו להגביל את כוחם של הפקידים בכלל, במיוחד כאשר הם מפעילים את שיקול-הדעת המוקנה להם במסגרת החקיקה המסמיכה אותם (חקיקת רווחה, חקיקת תכנון וכיוצא בהן).<sup>188</sup> משום כך, החדרת שיקול-דעת רחב באשר לאופן מימושם של הכבלים הללו נתפסת כפעולה שאינה עולה בקנה אחד עם החששות שנמצאים בבסיס התפיסה. שיקול-הדעת נתפס ככלי שחותר תחת עצם מהותם של הכבלים כאמצעי להגנת הפרט, ובהתאם לכך תפיסת היריבות מסייגת מהמצב הנוכחי של חובת ההגיונות ושל הדינים הנגזרים ממנה, המעוצבים כסטנדרטים מעורפלים (להבדיל מכללים קשיחים).<sup>189</sup> בחוסר עקביות זה ובהמחשת בעייתיותו אעסוק בהרחבה להלן בחלק ד.

## 7. איזונים חיוניים – ההסבר להקניית שיקול-דעת בדיני ההליך

טענתי קודם שתפיסת היריבות, כתפיסת-הבסיס הדומיננטית במשפט המנהלי, מסייגת מאוד מקיומו של שיקול-דעת בדיני ההליך המנהלי. בהמשך לכך עולה השאלה מה מניע בכל-זאת את בית-המשפט או את המחוקק להתפשר, לזנוח דה-פקטו את החששות מן

184 עניין לוגסי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 459.

185 ראו שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 297.

186 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 635, 673-721 ו-777.

187 אייאמון זה מקדם, בין היתר, גישה שיפוטית של "אור אדום" למנהל, במובן של ביקורת שיפוטית מדווקדת ורחבת-היקף על המעשה המנהלי. לגישה זו ראו HARLOW & RAWLINGS, לעיל ה"ש 159.

188 ראו בג"ץ 2561/07 שריר נ' הנהלת בתי-המשפט, פס" 6 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 24.7.2008); [2013] UKSC 39, para. 35; Bank Mellat v. Her Majesty's Treasury. בספרות ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 173; PIERCE ET AL., לעיל ה"ש 22, בעמ' 204; WADE & FORSYTH, לעיל ה"ש 32, בעמ' 450 ו-462.

189 לתפיסה החוששת משיקול-הדעת המוקנה למנהל ביישום הסטנדרט של ודאות קרובה בהגנת חופש הביטוי ראו בנכשתי, לעיל ה"ש 118, בעמ' 57.

היריבות ולהקנות לפקידות שיקול-דעת כאמור. הסבר אחד להקניית שיקול-דעת בדיני ההליך, שנלמד מהדין המצוי, קשור לתפיסה שהרשות המנהלית צריכה לאזן במסגרת כללים אלה בין שיקולים ואינטרסים שונים, אשר אינם מתיישבים תמיד זה עם זה.<sup>190</sup> למעשה, חובת הרשות לנהוג בהגינות אינה ניצבת לבדה לנגד עיניה של הרשות, וגם בהנחה שההגינות היא חובה חשובה במיוחד, במקרים רבים ניצבים מולה אינטרסים חשובים אחרים. בהמשך לכך ניתן לומר כי שיקול-הדעת מופקד בידי הרשות כדי שהיא תאזן כראוי בין כל השיקולים המונחים על הכף בנסיבות המקרה. איזון בסיסי כזה מתקיים בין חובת ההגינות, כמגלמת באופן מובהק את תפיסת היריבות, לבין חובת הרשות לפעול ביעילות,<sup>191</sup> ואיזון בולט נוסף הוא בין ההגינות לבין האינטרס של שמירה על בטחון המדינה.<sup>192</sup> בהתאם לכך נקבע ביחס לזכות הטיעון כי "מדובר בזכות יחסית שהיקפה ודרכי הגשתה נגזרים מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה... יש ואל מול זכות הטיעון יעמדו אינטרסים מתחרים כגון: ההגנה על תקינות תפקודה של הרשות ויעילות עבודתה או שמירה מפני שיבוש הליכי בקורת או חקירה. במקרים כאלה, ייקבעו היקפה ודרכי הגשתה של זכות הטיעון – כמו גם היקפה של זכות העיון הנלוות לה – תוך איזון בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לעניין בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו".<sup>193</sup> כך גם נקבע ביחס לחובת התשתית העובדתית<sup>194</sup> וביחס לחובת המהירות הראויה.<sup>195</sup>

- 190 לטיעון שלפיו המשפט המנהלי כמכלול הוא מתחם של איזון אינטרסים ראו Daphne Barak-Erez, *The Administrative Process as a Domain of Conflicting Interests*, 6 THEORETICAL INQ. L. 193 (2005).
- 191 לאיזון בין ההגינות ליעילות ראו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1016-1019. זמיר מסביר בצדק כי במרכז האיזון שבית-המשפט העליון מקדם בדיני ההליך מצוי היחס "בין עוצמת הפגיעה הצפויה ביעילות לבין עוצמת הפגיעה הצפויה בהגינות". שם, בעמ' 1019.
- 192 ראו, למשל, עניין צוריאנו, לעיל ה"ש 37, פס' 3 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. כך גם ביחס לאיזון בין זכות העיון לשם מימוש זכות הטיעון לבין האינטרס של הגנת בטחון המדינה. לאיזון זה בפסיקה ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 364-366.
- 193 ראו עניין הרב הראשי, לעיל ה"ש 42, פס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם עניין אלוני, לעיל ה"ש 49, בעמ' 601 (איזון לעניין היקפה של זכות הטיעון והעיון); עניין געאביץ, לעיל ה"ש 37, פס' ל לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (איזון בין יעילות להגינות בשאלת שימוע בכתב או בעל-פה); עניין מחמוד, לעיל ה"ש 179, בעמ' 777 (איזון בין יעילות להגינות בשאלת קיומה של זכות טיעון משנית).
- 194 ראו עניין יורונט, לעיל ה"ש 57, בעמ' 425-426. בית-המשפט קובע כי בנסיבות המקרה הנדון לפניו על הרשות המנהלית לממש את החובה באופן גמיש תוך התחשבות בחובת הרשות לפעול ביעילות, כלומר, תוך התחשבות, בין היתר, בעומס עבודתה, במשאבים שבידיה ובסדר העדיפויות בין הנושאים שבטיפול.
- 195 בית-המשפט קובע כי זמן סביר הוא מושג יחסי, שיש לצקת לתוכו תוכן בהתאם לנסיבות המקרה, תוך התחשבות במכלול השיקולים והאינטרסים המתמודדים, כדי להשיג את נקודת האיזון הראויה. ראו עניין גלאון, לעיל ה"ש 68, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין מישראל, לעיל ה"ש 106, בעמ' 853; בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פס' 33 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007).

כזכור, בחלק קודם הוסבר כי שיקול-הדעת בדיני ההליך הוא תוצר של קביעות מפורשות שלפיהן יש לרשות שיקול-דעת בסוגיות אלה, וכן של מונחים עמומים הטבועים בחובות, דוגמת "גמישות", "סבירות" ו"בהתאם לנסיבות המקרה". בהתאם למוסבר לעיל, מונחים עמומים אלה נוצרו במתכונתם זו במודע, כדי שבמסגרתם תוכל הרשות לאזן בין ההגינות לבין שיקולים אחרים בהתאם לנסיבות המקרה.

בתי-המשפט מודעים כמובן לשיקול-דעת הליכי זה ולעמימות של אותם מונחים, ולכן, באמצעות יצירת נוסחות איזון, הם מנסים "לעשות סדר" ולתת הכוונה לאנשי המנהל (ולשופטים עצמם) בנוגע לאופן שבו עליהם לאזן ולהכריע מהו הליך "הוגן" במקרה קונקרטי תוך התחשבות בשיקולים שונים. כך, במסגרת פסקי-הדין הקובעים את החיוניות של עריכת איזונים, בית-המשפט מציב בתוך נוסחאות אלה רכיבים שונים שעל הרשות לאזן ביניהם.<sup>196</sup> כך, למשל, ביחס לשאלת אופן מימושה של זכות הטיעון<sup>197</sup> הציב בית-המשפט בצד אחד של הנוסחה את "מהות הסמכות" המופעלת על-ידי הרשות (ככל שהסמכות מעין-שיפוטית יותר, להבדיל מביצועית, היקף הזכות אמור להתרחב) ואת "עוצמת הפגיעה" הצפויה בפרט (ככל שעוצמת הפגיעה גדולה יותר, יגדל היקף הזכות), ומהצד האחר הוא הציב "אינטרסים מתחרים", דוגמת הגנה על "תקינות תפקודה" של הרשות ו"יעילות עבודתה".<sup>198</sup> באופן דומה, ביחס לקביעת המהירות הראויה יש לאזן בנסיבות המקרה בין "אילוצים מעשיים העשויים להקשות על הרשות בהיערכות לביצוע הפעולה", מצד אחד, לבין "עוצמת המשקל והחשיבות הנודעים לביצוע הפעולה במהירות, בין מבחינת אינטרס הכלל ובין מבחינת אינטרס היחיד", מן הצד האחר.<sup>199</sup> נוסחאות זו גלומה גם בחובת התשתית העובדתית, שבמסגרתה הרשות, למשל בהליך איסוף הראיות, צריכה להעריך את "חשיבות" ו"דחיפות" המקרה (מבחינת הפרט וזכויותיו) אל מול "המשאבים שצריך וראוי להקדיש לאיסוף הנתונים".<sup>200</sup> בשלב זה חיוני לצאת למסע השוואתי קצר ביחס לאיזון כ"נוסחה" שמופעלת בדיני ההליך. אתמקד בנוסחה כזו שפותחה בארצות-הברית. השיח הייחודי שהתפתח שם ביחס לנוסחה חיוני להמשך פיתוחו של הטיעון בדבר הבעייתיות של נוסחת האיזון – בעייתיות שמאפיינת גם את הדין המצוי בישראל.<sup>201</sup> גם בארצות-הברית נוצרה בפסיקה נוסחת איזון ביחס לשאלה מהו הליך הוגן. סוגיה זו נדונה שם בעיקרה ביחס לחובת השימוע, המתחייבת מהוראת ה־Due Process החוקתית.<sup>202</sup> במסגרת זו התפתח שיח מורכב לגבי השאלה "how

196 ניתן לראות בנוסחאות אלה ניסיון להבנות את שיקול-הדעת המופעל בדיני ההליך. כלומר, בית-המשפט מתווה את האינטרסים הלגיטימיים והשיקולים הרלוונטיים שביניהם ייערך האיזון. בתוך כך מוצאים מגדר האיזון משתנים אחרים, אשר ייתכן שהיו נשקלים אלמלא ההכוונה הפסיקתית. להבניית שיקול-דעת ראו Cane, לעיל ה"ש 1, בעמ' 171-173.

197 ראו עניין הרב הראשי, לעיל ה"ש 42, פס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

198 שם.

199 עניין גלאון, לעיל ה"ש 68, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

200 זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1128.

201 נוסחאות כאלה קיימות במדינות נוספות. באנגליה, למשל, ראו Craig, לעיל ה"ש 48, בעמ'

R v Secretary of State for the Home Department, *ex parte* Doody [1994] 1; 353-352

AC 531, 560. בקנדה ראו עניין Baker, לעיל ה"ש 6, פס' 23-27.

202 לחובה חוקתית זו ראו ה"ש 22 לעיל.

"much process is due" – שהיא בדיוק השאלה בדבר אופן מימושה של חובת ההליך ההוגן – תוך התמקדות בזכות הטיעון.<sup>203</sup>

פסק-הדין המרכזי בעניין זה הוא פסק-דין *Mathews v. Eldridge*.<sup>204</sup> בפסק-דין זה נקבע כי מתכונת ההגיונות המתבקשת בנסיבות המקרה תוכרע באמצעות נוסחה המאזנת בין עוצמת האינטרס של הפרט המושפע מההחלטה, הסיכון של פגיעה שגויה (אם פרוצדורות נוספות של הגינות, דוגמת שימוע בעל-פה, ייצוג או חקירה נגדית לא יתקיימו בשימוע) והאינטרס של הרשות במזעור ההליך (בשל נטלים הכרוכים בקיום הפרוצדורות הנוספות, דוגמת עלויות, עומס ועיכובים).<sup>205</sup> גם בארצות-הברית הוסבר כי נוסחת האיזון של פסק-דין *Eldridge* נועדה להכניס סדר, עקביות ובהירות לסוגיית ההליך ההוגן.<sup>206</sup> אולם על פסק-דין זה נמתחה ביקורת<sup>207</sup> אשר נכונה מאוד גם ביחס לפסיקה הישראלית שקבעה את נוסחות האיזון בנוגע לאופן מימושן של חובות ההליך. ביקורת זו רלוונטית במיוחד כאשר מתבוננים על נוסחות האיזון מנקודת-המבט של תפיסת היריבות, שאינה מתלהבת מעצם קיומו של שיקול-הדעת בדיני ההליך.

הטענה הביקורתית שעלתה בארצות-הברית היא שמבחן האיזון גמיש מדי. הוא אינו מספק הכוונה ברורה מספיק לבתי-המשפט, ושופטים שונים יצקים תוכן שונה לרכיביה של נוסחת האיזון בהתאם לתפיסה הערכית הסובייקטיבית שלהם. לכן קשה לצפות מה תהיה ההכרעה השיפוטית במקרה קונקרטי. במובן זה פסקי-הדין הללו אינם מביאים עימם ודאות בנוגע לשאלה מה חובת ההגיונות דורשת בנסיבות קונקרטיות.<sup>208</sup> אולם מבחינת הטיעון במאמר זה חשוב להצביע על כך שפסקי-דין אלה – הן בארצות-הברית והן בישראל – אינם מספקים הכוונה ברורה (ובודאי לא מיטבית) גם לרשויות המנהל, אשר גם לאחריהם תוהות אילו פרוצדורות עליהן לקיים בהליך מסוים כדי שהן ייחשבו כמגשימות כראוי, בנסיבות המקרה, את חובות ההליך ההוגן.<sup>209</sup>

למעשה, פסיקות אלה דווקא מוסיפות נדבך מורכב נוסף של הפעלת שיקול-דעת בדיני ההליך. לרשויות מועבר מסר שיפוטי שכדי להכריע בשאלת ההליך ההוגן, יש להתחשב

203 ראו Friendly, לעיל ה"ש 45. לתיאור הפסיקה שעסקה שם בנושא זה ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 374-367.

204 *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

205 שם, בעמ' 334-335.

206 MASHAW ET AL., לעיל ה"ש 12, בעמ' 355.

207 ראו, למשל, Jerry L. Mashaw, *The Supreme Court's Due Process Calculus for Administrative Adjudication in Mathews v. Eldridge: Three Factors in Search of a Theory of Value*, 44 U. CHI. L. REV. 28, 47-48 (1976).

208 ראו CRAIG, לעיל ה"ש 48, בעמ' 358; PIERCE ET AL., לעיל ה"ש 22, בעמ' 239 ו-243. למטרת מאמר זה די בהבנה שהנוסחה אינה מניבה ודאות וחד-משמעיות, וברור שלרשות נשאר מרחב רחב למדי של שיקול-דעת הליכי בתוך נוסחת האיזון.

209 ראו MASHAW ET AL., לעיל ה"ש 12, בעמ' 329; PIERCE ET AL., לעיל ה"ש 22, בעמ' 306. אין פלא על-כן שזמיר מוצא לנכון לציין בשנת 2011, שנים אחרי שהנוסחאות הללו נקבעו בפסקי-דין רבים, כי לעיתים קרובות לא ברור לעובד הציבור מה נדרש ממנו לפי חובת ההגיונות העמומה – זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 998-999.

באינטרס של הפרט ובעלויותיהן של הפרוצדורות ולאזן ביניהם. גם כאן (כמו לגבי מושגים אחרים שנקבעו בפסיקה, דוגמת "הגינות" ו"סבירות") מדובר במונחים עמומים, וההכרעה לגביהם מגלמת שיפוט מנהלי סובייקטיבי רווי שיקול-דעת בדבר "ערכו", "חשיבותו", "עוצמתו" ו"דחיפותו" של אינטרס הפרט; בדבר סיכויי הטעות הגלומים בפרוצדורה הקיימת; בדבר התרומה השולית של העמדת פרוצדורות נוספות לפרט; בדבר הנטל והקשיים (ובכלל זה העלות) שפרוצדורות אלה ישיתו על הרשות, וכיוצא באלה.<sup>210</sup> אם כן, בהליך האיזון גלום מימד נוסף, עצמאי ומורכב למדי של שיקול-דעת שהוחדר לזירה המנהלית. בשפת ההבחנה בין כללים לסטנדרטים, נוסחות האיזון עצמן דווקא מחזקות את מאפייני העמימות הבולטת הגלום כבר כעת בדיני ההליך כסטנדרטים.<sup>211</sup>

לסיכום, פסקי-הדין שעניינם נוסחות איזון האינטרסים אומנם תורמים לדיני ההליך: הם נותנים סימנים שאמורים להנחות את הרשות כיצד לצקת תוכן קונקרטי לחובת ההגינות ולאזנה מול שיקולים אחרים, ויש בפסיקה מיפוי של משתנים והכוונה לפקידות מה לשאול בעת הפעלת שיקול-הדעת הגלום בחובה העמומה של "הגינות". אולם בעיית עמימותה של החובה ותוכנה לא נפתרה באמצעות הנוסחאות הפסיקתיות, וגם לאחר קביעתן נותרה חובת ההגינות רוויה בשיקול-דעת.

בשלב זה חשוב להצביע על כך שגם בהנחה שההסבר שהוצג כהצדקה להקניית שיקול-דעת בדיני ההליך (שיקול-דעת לשם עריכת איזון אינטרסים) מייצג סיבה אמיתית ונכונה להקניה זו, יש בהסבר זה השלמה עם פער משמעותי בין תפיסת היריבות, כתפיסה הדומיננטית שבבסיס המשפט המנהלי כולו, לבין קיומו של שיקול-דעת רחב למדי בדיני ההליך. במונח זה, ההסבר שהוצג אינו מספק מבחינת תפיסת היריבות. בפער משמעותי זה אתרכו בחלק הבא.

## ד. הפער בין תפיסת היריבות לבין הקניית שיקול-דעת בדיני ההליך

בחלקים הקודמים ראינו שבדיני ההליך גלום שיקול-דעת רחב למדי ביחס לאופן מימושם של דינים אלה. ראינו גם שהתפיסה הדומיננטית שבבסיס המשפט המנהלי היא תפיסת היריבות, שבלביה חשדנות וחשש כלפי רשויות המנהל. בשלב זה אציג בפירוט את הטיעון בדבר חוסר עקביות – דהיינו, פער בעייתי ואי-התאמה (או לכל-הפחות העדר התאמה מיטבית) – בין תפיסת-הבסיס היריבית לבין הקניית שיקול-הדעת הרחב בדיני ההליך.<sup>212</sup> לאחר-מכן תומחש הבעייתיות של הקניית שיקול-דעת זה לפקידות. המחשה זו תוכיח כי חששותיה של תפיסת היריבות אינם דמיוניים, אלא מייצגים לא אחת את המציאות המנהלית הממשית הנחוות על-ידי אנשים המצויים בטיפולן של הרשויות.

210 למשל, שיקול-הדעת הגלום בתיבות שיפוטיות כגון "שיפור איכות ההחלטה המנהלית", "קידום היעילות המנהלית" ו"אופי הפגיעה ועוצמתה" – ראו עניין צוריאנו, לעיל ה"ש 37, פס' 3 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

211 לעמימותם של סטנדרטים ראו גם מאוטנר, לעיל ה"ש 72, בעמ' 327.

212 גם אם מחזיקים בעמדה אחרת ביחס לתפקידו של המשפט המנהלי – למשל, תפיסת השותפות, תפיסת היעילות או תפיסת הערך הפנימי – ברור עדיין למדי שבין תפיסת היריבות, כתפיסה הדומיננטית של המשפט המנהלי, לבין הלכות שיקול-הדעת בדיני ההליך קיים פער, שחיוני להסבירו.

טענתי היא כי בהקניית שיקול-הדעת למנהל לצקת תוכן נסיבתי בכללי ההליך – ובוודאי בהיקף הרחב למדי של שיקול-הדעת המוקנה לו בדין המצוי<sup>213</sup> – יש משום חוסר עקביות ביחס לתפיסה הדומיננטית שבבסיס המשפט המנהלי. למעשה, אם קיים חשש עמוק כל-כך מהמדינה המנהלית ומהביורוקרטיה שלה, הכיצד משאירים בידיהם דה-פקטו שיקול-דעת רחב בעיצובם ובמימושם של הכללים שאמורים למנוע או לרכך את סיכוני היריבות? הרי בכך כמו "נותנים לחתול לשמור על השמנת". כך, בתפיסת-הבסיס גלום חשש והעדר אמון בביורוקרטיה, ועל-כן נקבעו חובות שמיועדות לכבול את פעולת הרשות ולהפחית מכוחה (כוח הגלום בשיקול-הדעת שהוקנה בחקיקה המסמיקה), ובכך למנוע או להפחית את סיכוני השימוש לרעה בכוח המנהלי. אולם מייד לאחר קביעת החובה העקרונית מועבר כוח רב לפקידות ביחס לאופן מימושה של הכבילה.<sup>214</sup> במובן זה, הכוח לעצב את הכבילה מועבר למי שאמור להיכבל, וזאת כאשר לא ברור כלל שלמנהל ולפקידיו יש תמריץ לכבול את עצמם (בכלל ובאופן מיטבי בפרט).<sup>215</sup> כך, בהקניית שיקול-הדעת במסגרת דיני ההליך נוצר מצב אבסורדי, משום שמעקרים דינים אלה – או לכל-הפחות מכרסמים בהם מאוד – כפתרון לחששות-המוצא שבבסיס המשפט המנהלי. על פניו קיים פער, שנחזה כגדול מדי, בין תפיסת היריבות, שנמצאת בבסיסו של תחום המשפט המנהלי כולו, לבין הקניית שיקול-הדעת בדיני ההליך.

המחשה של התממשות הסיכונים של שיקול-הדעת ההליכי ניתן לשאוב ממחקר קודם שערכתי, שהתרכז במפגש המנהלי המתקיים בין אנשים עניים לבין רשויות רווחה.<sup>216</sup> לאורכו של הדיון להלן יוצגו מפגשים בתחום מנהלי זה,<sup>217</sup> ונוסף על כך יוצגו ממצאים שיעידו על התממשות הסיכונים של שיקול-הדעת ההליכי גם בתחומים אחרים. המקובץ להלן ימחיש ששיקול-הדעת ההליכי חותר תחת דיני ההליך עצמם, כדינים שאמורים להגן על הפרט ולהעצימו במפגש מול הרשות המנהלית.<sup>218</sup> למעשה, שיקול-דעת זה מקשה לא אחת בהגשמת ייעודם של כללים אלה, ולעיתים אף הופך אותם לאמצעי בעל מימד פוגעני, שדווקא מקשה על הפרט, ולא מעצימו.

## 1. זכות הטיעון

ראינו שלפקידות המנהלית נתון שיקול-דעת ביחס לקביעת תוכנו של הליך השימוע, שאמור להיות "הוגן" בהתאם לנסיבות העניין. דוגמאות להפעלה פוגענית של שיקול-דעת

213 "רחב" בכל אחת מחובות ההליך בנפרד וגם "רחב" במובן של ההיקף המצטבר במכלול דיני ההליך.

214 וכפי שראינו, לפעמים גם ביחס לשאלת עצם תחולתו של הכלל, כמו בזכות הטיעון.

215 ראו זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1016.

216 ראו פלג, לעיל ה"ש 1. לא אבסס כאן מחדש את הטיעונים של מחקר זה, אלא רק אתאימם לדיון הנוכחי ואוסיף על הנאמר שם את מימד שיקול-הדעת.

217 תחום זה כולל, למשל, את המפגש של הפרט עם הפקיד במוסד לביטוח לאומי (בנוגע לקצבת הבטחת הכנסה), את המפגש שלו עם רשויות דיור (לעניין הזכאות לדיור ציבורי או לסיוע כספי בשכר-דירה) ואת המפגש במחלקת הרווחה המקומית (לעניין סיוע חומרי או טיפולי).

218 העצמה במובן של צמצום פערי הכוחות בין הצדדים וכן מניעה וצמצום של סיכוני היריבות. ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 442-443.

במפגש בין אנשים עניים לפקידות רווחה הן החלטות – המתקבלות לא אחת במסגרת הליכים של הפסקת תמיכות רווחה – לקיים שימוע בכתב (להבדיל משימוע בעל-פה במפגש פנים-אל-פנים) במציאות שבה הפרט המוחלש חסר לרוב את היכולות להתבטא (בוודאי באופן מיטבי) בכתב,<sup>219</sup> או לקיים שימוע בטלפון עם פרט שאינו שולט מספיק בשפה העברית.<sup>220</sup> קיום שימוע בכתב או בטלפון בנסיבות כאלה מגלם לכל-הפחות אדישות בעייתית לקשייו של הפרט, אשר מעיבים על יכולת הטיעון שלו באותה פלטפורמה (כתב, טלפון) ובכך מונעים ממנו את האפשרות למצות באופן מיטבי את הפוטנציאל הטמון בשימוע כאמצעי הליכי שנועד להגן עליו מפני פגיעה בלתי-מוצדקת.<sup>221</sup>

גם בהנחה שנוערך כמתבקש שימוע בעל-פה, אופן הבנייתו של הליך השימוע, הנתון אף הוא לשיקול-דעתו של הפקיד, מופעל לא אחת באופן פוגעני. כך קורה כאשר ההתראה (אשר נשלחת לפרט לפני הפגיעה ומודיעה לו על השימוע) חסרה פרטים, אינה ברורה או דווקא מורכבת מדי, תוך התעלמות מהמימד המכניע של התראות כאלה בתחום הרווחה.<sup>222</sup> כך קורה גם כאשר מוסתר מהפרט מידע חיוני לקראת שימוע בעניין ביטול תמיכה,<sup>223</sup> כאשר מוקצב לפרט זמן קצר מדי לשיחת טיעוניו בשימוע,<sup>224</sup> כאשר המנהל מפגין חוסר רגישות

219 למציאות של קיום שימוע בכתב בהקשר של רווחה ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 368-369, וכן Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970). למקרים לא מתחום הרווחה שבהם נפסק כי הרשות הייתה צריכה לקיים שימוע בעל-פה ראו, למשל, בג"ץ 5464/04 זוריפי נ' שר המשפטים, פ"ד נט(5) 721 (2005); בג"ץ 187/08 עמותת בני נווה דקלים נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה (פורסם בנבו, 6.11.2008).

220 פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 246-247 ו-729-730, וכן ע"ב (אזורי חי') 1151/07 אבו-סעדיה – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (פורסם בנבו, 3.12.2007).

221 לביקורת על נוהל שנקבע בשעתו במוסד לביטוח לאומי, אשר הקנה לפקיד האחראי לקיום שימוע לפני ביטול קצבת הבטחת הכנסה שיקול-דעת אם להסתפק בשימוע בכתב, בעל-פה או בטלפון, ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 730.

222 זהו שיקול-דעת לגבי אופן הבנייתה של ההתראה ותוכנה, וזאת אף שבהתראה בהקשר של רווחה גלום מימד מכניע במיוחד. ראו שם, בעמ' 158-163, 558 ו-718-720, וכן Jerry L. Mashaw, *The Management Side of Due Process: Some Theoretical and Litigation Notes on the Assurance of Accuracy, Fairness, and Timeliness in the Adjudication of Social Welfare Claims*, 59 CORNELL L. REV. 772, 812 (1974). לפסק-הדין הקנוני בעניין החשיבות של העברת התראה הוגנת והפרת החובה מחוץ לתחום הרווחה ראו בג"ץ 361/76 "המגדר – ברזלית" חוטי ברזל ורשתות בע"מ נ' רכז בקורת וחשבונות של אגף גובה המכס והבלו, פ"ד לא(3) 281 (1977).

223 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 168-169, וכן Michele Estrin Gilman, *Legal Accountability in an Era of Privatized Welfare*, 89 CAL. L. REV. 569, 576 (2001). הפסיקה הקנונית שעסקה באי-העברת מידע לפרט לפני שימוע לא ניתנה בתחום הרווחה. ראו בג"ץ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה(3) 185 (1981); עניין טרנר, לעיל ה"ש 102 (שם הרשות הייתה מבקרת המדינה). ראו גם ע"ם 6147/11 גורובץ נ' משרד הפנים – מינהל האוכלוסין, פסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 3.3.2013).

224 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 734-735. ראו גם Stephen Loffredo & Don Friedman, *Gideon Meets Goldberg: The Case for a Qualified Right to Counsel in Welfare Hearings*, 25



לצורך החיוני במינוי מתרגם לשימוע ובכך שהמתרגם יהיה ניטרלי (ולא מטעם הגורם שהפרט מגיש ערר על החלטתו)<sup>225</sup> או כאשר השימוע מובנה באופן שמונע מהפרט את האפשרות להציג טיעונים חלופיים לגרסת הרשות בדבר האירועים שהתרחשו (השתקת הגרסה של העני), ומכך נלמד שהשימוע אינו מתקיים ב"נפש חפצה", אלא מתוך דעה קדומה (סגורה וסופית).<sup>226</sup> כל המתואר מקדם חוסר הצלחה בהליכי שימוע, וקשור באופן ישיר להפעלת שיקול-הדעת לגבי אופן מימושה של זכות הטיעון. למעשה, הפעלת שיקול-דעת פוגעני כזה עלולה להפוך את השימוע לייצוג נוסף של טיפול מייאש ומדיר מתמיכה, במקום שיהיה אמצעי מעצים לסיוע בשימורה.

יודגש: הסיכונים הגלומים בשיקול-הדעת הטבוע בזכות הטיעון אינם נחלתו של המפגש בין אנשים עניים לרשויות רווחה בלבד. סיכונים אלה מתממשים בפועל במנהל הציבורי בכללותו. בעניין זה טוען זמיר כי "חובת השימוע... לא הוטמעה כראוי בקרב המינהל הציבורי"; הוא מדגיש כי "לעתים קרובות מתברר בבית המשפט כי הרשות המנהלית התעלמה לגמרי מחובת השימוע או, גם אם ביקשה לקיים את החובה, לא קיימה אותה כנדרש".<sup>227</sup> קיום שימוע לא כנדרש הוא נגזרת של שיקול-הדעת לגבי אופן מימושה של זכות הטיעון. אכן, פסיקה מרכזית – אשר בחלקה ממש יצרה את הלכות זכות הטיעון והעידה על הפרת הזכות – ניתנה במקרים של הפעלת שיקול-דעת ביחס לזכות הטיעון, אבל לא בתחום הרווחה, אשר לרוב אינו מוצא את דרכו לבג"ץ.<sup>228</sup>

## 2. חובת התשתית העובדתית

שיקול-דעת מנהלי המופעל במסגרת חובה זו, בשלב איסוף הראיות ובשלב ביסוס ההחלטה על תשתית עובדתית מספקת, עלול להוות כלי שמועד למימוש פוגעני כלפי הפרט. כך, ניצול שיקול-הדעת לאיסוף ראיות פוגעני מתרחש, לדוגמה, כאשר פקיד המנהל מחליט לאסוף ראיות באופן פסיבי מדי, כלומר, הוא מחכה שהמידע יזרום אליו אף שבמאמץ לא-רב

(2009) TOURO L. REV. 273, 285–288 (נתון שלפיו שימוע ברווחה נמשך בממוצע שבע דקות

בלבד מוצג כבלתי-הוגן). פסק-דין קנוני בנוגע להפרת זמן הוגן למימוש זכות הטיעון ניתן בתחום התכנון והבנייה. ראו בג"ץ 701/81 מלאך נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד לו(3) 1 (1982).

225 ראו, למשל, ע"ב (אזורי י-ם) 1506/06 רג'בי – תוכנית מהל"ב (פורסם בנבו, 14.6.2006). לפסיקה לא מתחום הרווחה לגבי אי-התחשבות באי-ידיעת שפתו של הפרט בשימוע ראו בג"ץ 2394/95 מוצ'ניק נ' משרד הפנים, פ"ד מט(3) 274 (1995). לחשיבות התרגום בשימוע ראו עניין טרסה, לעיל ה"ש 52.

226 השימוע מובנה כתגובה על גרסת הרשות, ואילו על הנרטיב של הפרט נגזרת השתקה. ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 169–173, וכן Lucie E. White, *Subordination, Rhetorical Survival Skills, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G*, 38 BUFF. L. REV. 1 (1990). פסק-הדין הקנוני שדן בקיום שימוע מתוך דעה קדומה עסק בתחום התכנון והבנייה – ראו עניין מלאך, לעיל ה"ש 224. ראו גם בר"ם 6432/09 טל נ' משרד התחבורה – אגף הרישוי (פורסם בנבו, 31.8.2009).

227 זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1190. השוו גם ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 465.

228 על נפקדותו של תחום הרווחה מבג"ץ ומהפסיקה הקנונית ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 475–486.

(למשל, פנייה למחלקה אחרת באותה רשות) הוא יכול להשיג מידע (למשל, מסמך) שיועיל לפרט בהליך מימוש זכאותו.<sup>229</sup> הדבר קורה גם כאשר הרשות מחליטה לאסוף ראיות באופן אקטיבי (באמצעות שליחת חוקר) רק כדי למנוע ניצול לרעה של מערך הקצבאות, להבדיל משימוש בכלי החקירה לצורך איסוף ראיות אקטיבי שיסייע לפרט להוכיח את זכאותו לקצבה.<sup>230</sup> ניהול חקירה באופן פוגעני קשור גם הוא לעצם ההפעלה של שיקול-דעת כיצד לחקור.<sup>231</sup> נוסף על כך, הפעלה בעייתית של שיקול-דעת קשורה למצב שבו פקיד הרווחה מחליט לא לתעד ראיות שהועברו אליו (אף שכיום ניתן לעשות זאת בסריקה פשוטה למחשב הרשות), ולבסוף אותן ראיות אובדות ולכן הוא דורש אותן מחדש מהפרט.<sup>232</sup>

הפעלה פוגענית של שיקול-דעת בשלב איסוף הראיות, שתועדה באופן מסיבי בתחום הרווחה, מתבטאת בהקפדת-יתר במילוי החובה, ובמובן זה בניצולה לרעה. הכוונה לטרטורים שבמסגרתם הפרט נשלח שוב ושוב להביא מסמכים שהוא כבר העביר לרשות או להביא מסמכים חדשים נוספים, אשר לא התבקשו קודם לכן, לשם הוכחת הזכאות. פרקטיקות אלה "תועדו רבות כמאפיינות את התנהלותה של פקידות השטח של מערכת הרווחה. זו התנהלות שמטפחת יאוש ותחושת השפלה, ומביאה לווייתור והדרה מן התמיכה המנהלית".<sup>233</sup> כל טרטור כזה הוא למעשה הפעלת שיקול-דעת לרעה, בוודאי כאשר המסמך המבוקש שוב אינו דרוש באמת לשם קבלת ההחלטה בתיק. יודגש: טכניקת הטרטור תועדה בישראל גם ביחס לרשויות נוספות מחוץ להקשר הרווחה של העוני, כגון ועדות רפואיות המטפלות בנכים,<sup>234</sup> ועדות תכנון ובנייה,<sup>235</sup> משרד הפנים,<sup>236</sup> משרד הקליטה ומשרד התחבורה.<sup>237</sup> עוד יודגש כי

- 229 ראו דב"ע (ארצי) נ/265-04 חסיד – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 29.7.1997).
- 230 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 190 ר"666-667.
- 231 דוגמה לחקירה פוגענית היא חקירה שמלווה בהטחת עלבונות בנחקר (פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 144-147) או חיטוט בארונות ופגיעה בפרטיות (שם, בעמ' 190-191). ראו גם את פסק-דינה של השופטת ברק-ארז בעע"ם 5017/12 אמזלג נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2013) (איסוף ראיות לא-מכבד בתחום הדיור הציבורי).
- 232 לתייעור מקרים כאלה ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 231.
- 233 שם, בעמ' 559. למחקרים של משפטנים וחוקרי רווחה ביחס לתופעת הטרטורים ראו שם, בעמ' 261 (ה"ש 773 ו-777) ר"267.
- 234 ראו מבקר המדינה דוח שנתי 60 לשנת 2009 ולחשבונות שנת הכספים 2008-1115-1154 (2010) ("הטרחת-יתר" של נכים, הנדרשים להופיע לפני כמה וכמה ועדות רפואיות במוסד לביטוח לאומי, ולעיתים גם לפני ועדה במשרד הבריאות). ראו [www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report\\_292/48c933c7-51c5-468a-8a8b-0ef984d2a3b6/part343-nioi.pdf](http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_292/48c933c7-51c5-468a-8a8b-0ef984d2a3b6/part343-nioi.pdf).
- 235 עופר פטרסבורג "כמה קשה לסגור מרפסת?" *ynet* 23.3.2005 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3061378,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3061378,00.html).
- 236 לטענות בדבר טרטורים ובקשות של עוד ועוד מסמכים בהליכים לקבלת מעמד בישראל ראו "משרד הפנים דורש ממבקשי מעמד בישראל מסמכים שלא ניתן להשיגם" אתר האגודה לזכויות האזרח בישראל 6.2.2001 [www.acri.org.il/he/1043](http://www.acri.org.il/he/1043) ראו גם את כתב העתירה בעת"ם (מנהליים י-ם) 30203-01-15 אלקנבר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים (פורסם בנבו, 15.1.2015).
- 237 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 229 של ועדת העלייה, הקליטה והתפוצות, הכנסת ה-20, 36 (2017.19.7); משרד התחבורה דוח תלונות הציבור מס' 18 לשנת 2014 (2015).

הפעלה פוגענית של שיקול-דעת, במוכן של ניצול לרעה של חובת התשתית העובדתית (מעבר לתופעת הטורד), היא בוודאי לא נחלתו הבלעדית של המפגש בין אנשים עניים לרשויות רווחה, אלא בעיה חוזרת בתחומים מגוונים במנהל הציבורי.<sup>238</sup> כאמור, פקידי הרווחה מצוידיים בשיקול-דעת גם בשלב מתקדם יותר בהליך, לגבי עצם ברירת הראיות והמשקל שיש לייחס להן לקראת קבלת ההחלטה.<sup>239</sup> שיקול-דעת זה מועד לניצול לרעה במציאות של פקיד רווחה המונע מדעה קדומה (במוכן של דעה סגורה וסופית כבר בתחילת ההליך) נגד הציבור העני המטופל על-ידיו,<sup>240</sup> באופן שמוביל אותו להתעלמות מראיות המחזקות את טיעונו של הפרט או מראיות שמקורן בפרט עצמו, וזאת בשל אי-אמונו הבסיסי בפרט, הנתפס כלא-אמין וכאשם במצבו.<sup>241</sup> אכן, קיים תיעוד ברור של ביסוס החלטות בדבר הפסקת מתן קצבת קיום על תשתית עובדתית בלתי-מספקת.<sup>242</sup> במקרים כאלה מדובר בביטול החלטה קיימת, ומשום כך התשתית העובדתית חייבת להיות חזקה במיוחד.<sup>243</sup> למעשה, במקרים אלה גם קיימת סכנה ברורה לפגיעה בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד, ולכן אמת-המידה הראייתית לביסוס ההחלטה צריכה להיות חד-משמעית.<sup>244</sup> במקרים הללו הופעל שיקול-הדעת הגלום בחובה באופן פוגעני לרעת הפרט המטופל, תוך התבססות על תשתית עובדתית רעועה.<sup>245</sup>

- 238 ראו, למשל, את פסקי-הדין שאליהם מפנה ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 441 (ה"ש 9).
- 239 גם ביחס לפן זה בחובה לא פותחו הלכות המשפט המנהלי בתחום הרווחה, אלא בתחומים מנהליים מגוונים אחרים. ראו את פסקי-הדין שאליהם מפנה ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 446-450, וכן שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 135-139.
- 240 לספרות ענפה ביחס לדעות קדומות כלפי אנשים עניים בהקשר הרווחה (שלפיהן הם אשמים במצבם, אינם ישרים וכיוצא בזה) ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 173-177.
- 241 לטיעון שדעות קדומות מעוותות את הליך החיפוש העובדתי ראו שם, בעמ' 568-569, וכן אבינועם בן-זאב "מבוא – מהי דעה קדומה?" אבינועם בן-זאב, משה גלעדי ורעיה טילינגר **דעות קדומות** 16 (1991).
- 242 ראו, למשל, את המקרה של גב' חנוכה, שבו נטען כי קצבת הקיום שלה בוטלה על בסיס חקירה שנערכה במכוניתו של החוקר לאחר איומים מצידו – ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 144-145 ו-188, וכן ב"ל (אזורי ת"א) 5912/06 נדרה – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 19.5.2008) (ביטול קצבת הבטחת הכנסה בלי תשתית עובדתית מספקת).
- 243 ראו בג"ץ 394/99 **מקסימוב נ' שר הפנים, מינהל האוכלוסין**, פ"ד נח(1) 919, פס' 10 לפסק-דינו של השופט מצא (2003).
- 244 עניין יורונט, לעיל ה"ש 57.
- 245 בתחום הדיור הציבורי ראו עת"ם (מנהליים ת"א) 1138/03 **יצפאן נ' חלמיש בע"מ** (פורסם בנבו, 31.8.2003). בית-המשפט מסתייג שם מהתבססות על "ליקוט פיסות מידע רכילותיות", וקובע כי התשתית הראייתית שרשות הדיור הציגה לפניו "הסתברה... כרעועה וכבלתי מספקת" (פס' 4 ו-7 לפסק-הדין). ראו גם עניין **אמזלג**, לעיל ה"ש 231, וכן ע"ם 2732/14 **שניידר נ' משרד הבינוי והשיכון**, פסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 28.1.2015) (הופעל שיקול-דעת פוגעני משום שהרשות הסתמכה בהחלטתה על דוחות חקירה שעולה מהם חשד שהפרט לא הבין באופן מלא את השאלות שנשאל ומשמעותן). למקרים נוספים ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 212-213 (דיור ציבורי) ו-232-233 (שירות התעסוקה).

### 3. חובת המהירות הראויה

שיקול-דעת מנהלי לגבי אופן מימושה של חובת המהירות הראויה מופעל בצורה פוגענית, למשל, כאשר הרשות פועלת לאט מדי בהליכים הקשורים למתן תמיכות רווחה. קיים תיעוד בדבר קיומו של שיהוי מנהלי בקבלת החלטה בבקשות לקבלת תמיכה<sup>246</sup> וכן בהשבת קצבה שהופסקה בטעות.<sup>247</sup> שליטה בכל הקשור לזמן הפעולה מהווה כלי בעל פוטנציאל גדול לייאש את הפרט, אשר לא אחת אכן מוותר לבסוף על הקצבה.<sup>248</sup> למעשה, כל תקופה שבה הבקשה לתמיכה או החובה להשיבה מעוכבות מעבר לנדרש היא בגדר שימוש פוגעני בשיקול-הדעת. אולם יש להבחין בין שני המצבים הללו של שיהוי: שיהוי במתן תמיכה ושיהוי בהשבתה.

במקרה של הגשת בקשה לקבלת קצבת קיום או תמיכת רווחה אחרת חל החוק המחייב את הרשות המנהלית להשיב לפונה לא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום הגשת הבקשה.<sup>249</sup> מציאות של שיהוי במקרה כזה אינה נובעת לכאורה מקיומו של שיקול-דעת מנהלי, שכן החובה נחזית כקשיחה יחסית לנוכח משך הזמן המרבי שנקבע לקבלת החלטה. אולם בפועל נקבעו בחוק זה חריגים כלליים שונים, ובכלל זה האפשרות לחרוג מתקופה זו משום שהפקיד גורס כי יש להמשיך את בדיקת הבקשה.<sup>250</sup> השיהוי המנהלי שתועד ביחס לקבלת החלטה בבקשות נובע אם כן מניצול לרעה של חריגים, דוגמת הצורך להמשיך את הבדיקה. ייתכן שהפקידים גורסים כי במקרה כזה לא מושתת עליהם מגבלת זמן, אלא שבפועל חלה עליהם במצב זה החובה לפעול תוך זמן סביר, ולכן ההשתהות בשלב זה היא הפרה של חובת הסבירות, שעליה אסביר כעת במסגרת הדיון במקרה של שיהוי בהשבת תמיכה.

כאשר רשות הרווחה משתהה בהשבת תמיכה, חלה עליה החובה הכללית העמומה ורווית שיקול-הדעת של פעולה תוך "זמן סביר",<sup>251</sup> אשר ניתנת לניצול לרעה (אם במכוון ואם בחוסר תשומת-לב) בקלות. לעניין זה חיוני להצביע על כך שגם קביעה שיפוטית כי שיקול-הדעת לגבי זמן הפעולה תחום במתחם של סבירות אינה מועילה.<sup>252</sup> קיימת סכנה שעצם קיומו של מתחם זה שהפסיקה מקנה לרשות ישמש את המנהל לפגיעה בפרט, על-ידי ניצול המתחם

246 לתיעוד כזה בשלטון המרכזי ובשלטון המקומי ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 180-184 ו-204. ראו, למשל, ב"ל (אזורי חי') 3284/99 תיכון קטי שלה – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 9.1.2002). להשתהות של שנה ושלושה חודשים במתן תשובה לבקשות לקבלת מידע ראו בג"ץ 10629/02 כרמי נ' המוסד לביטוח לאומי, סניף ירושלים – המחלקה לשירותים מיוחדים, פ"ד נח(1) 369 (2003).

247 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 183-186.

248 ראו שם, בעמ' 259-270.

249 ס' 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל.

250 שם.

251 במקרה כזה לא חלה ברגיל החובה של ארבעים וחמישה הימים משום שלרוב אין מדובר בבקשה בכתב שהגיש הפרט לרשות להחזיר את קצבתו (שאו החוק חל), אלא מתברר לפקיד או לממונה עליו שהייתה טעות בהפסקת התמיכה והפקיד משתהה בהשבתה. ראו ע"א 78/83 הינדס נ' מנהל מס שבח, תל-אביב, פ"ד לט(2) 57 (1985) (ביחס לשאלה מהי בקשה שהחוק חל עליה).

252 ראו עניין גלאון, לעיל ה"ש 68, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

עד תום והענקת התמיכה לפרט (או היתר הבנייה, הרישיון וכיוצא בהם) בנקודת הזמן הרחוקה ביותר שתיחשב עדיין כמצויה במסגרת המתחם. למעשה, כמצב של מתחם הגבול בין עמידה במתחם לבין הימצאות מחוץ לו (שיהוי) הוא דק, והחשש הוא שכל אותו תיעוד של שיהוי מנהלי במתן תמיכה נתפס אצל הרשויות כעמידה במתחם הסבירות או כחריגה מינורית ממנו. לעומת זאת, מבחינת הפרט המוחלש ומשפחתו, כל יום של עיכוב מיותר נחוזה כסבל גדול וכפגיעה בזכות הבסיסית למינימום של קיום אנושי בכבוד.<sup>253</sup> גם ביחס לחובה זו הצטברו פסקי-דין וקביעות של מלומדים ושופטים שמצביעים על כך שבעיית השיהוי המנהלי רלוונטית למנהל הציבורי כמכלול.<sup>254</sup>

\* \* \*

מכל האמור עולה כי שיקול-הדעת בדיני ההליך מקדם לא אחת דווקא את תופעת אי-המיצוי של זכויות מנהליות שונות (למשל, הזכויות לקצבת קיום, היתר בנייה או רישון עסק). חשוב לזכור כי זהו גם אי-מיצוי של הזכויות ההליכיות הכלולות בדיני ההליך עצמם. כך, במקום להוות כלי מעצים, משענת להגנת הפרט, כללי הליך רוויי שיקול-דעת מהווים לא אחת אמצעי הליכי פוגעני ואף דכאני כלפי הפרט המטופל ברשות. למעשה, מנקודת-המבט של תפיסת היריבות, המציאות שתוארה לעיל מציבה סימן שאלה ביחס להצלחתן של נוסחות האיזון – שהוצגו בחלק הקודם – במציאות המנהלית הממשית, היומיומית. אין באמור טענה כי ההגנות מופרת תמיד וכי האיזון מוטה תמיד לרעתה. אולם המתואר מלמד בהחלט שהאיזון שעוצב בנוסחאות הללו אינו מספק מנקודת-המבט של תפיסת היריבות הדומיננטית. יודגש: המטרה אינה חיסולו של שיקול-הדעת בדיני ההליך, וזאת, בין היתר, משום התפיסות האחרות של דיני ההליך, המצדדות בקיומו של שיקול-דעת בדינים אלה. הפתרון הוא מציאת דרך-אמצע ראויה יותר מזו הקיימת בדין המצוי בכלל ובנוסחות האיזון בפרט.<sup>255</sup> כלומר, הפתרון אינו ביטולו המלא של שיקול-הדעת, אלא צמצום היקפו,<sup>256</sup> במטרה להפחית את פוטנציאל הסכנה של שימוש לרעה בכוח המנהלי

253 לקישור בין חובת זמן הפעולה לבין הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 688.

254 זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1092, קובע כי שיהוי מנהלי של רשויות מנהל הוא "מקרה שכ"ח". השופט שמגר מציין כי זוהי "רעה חולה ונפוצה במציאות שלנו" – בג"ץ 153/77 פרג' נ' עירית פתח-תקנה, פ"ד לא(3) 427, 432 (1977). גם במקרה של חובה זו (כמו במקרים של זכות הטיעון ושל חובת התשתית העובדתית) לא היה תחום הרווחה מרכזי בפסיקה שעסקה בחובה ובהפרתה. לפסיקה בעניין הפרת חובה זו ברשויות מנהל שונות, שאינן מתחום הרווחה, ראו אצל זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1093-1105, ואצל ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 407-421.

255 Hall, לעיל ה"ש 5, בעמ' 54 (האתגר הוא מציאת דרך-האמצע – לא יותר מדי שיקול-דעת ולא מעט מדי); טמיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 539.

256 במובן זה, המאמר הנוכחי מצטרף לתוכנה המוכרת בדבר חיוניות צמצומו של שיקול-הדעת המנהלי, אבל מתמקד בשיקול-הדעת בדיני ההליך, להבדיל משיקול-הדעת הקשור לתוכן ההחלטה, שבו התמקדה הספרות. לחיוניות צמצומו של שיקול-הדעת ראו Kenneth Culp Davis & Lars Busck, *Discretionary Justice in Europe and America* (1976). ראו גם Cane, לעיל ה"ש 1, בעמ' 171-173; טמיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 530-531.

הגלום בשיקול-הדעת. בכך יהיה אפשר ליצור הסדר משפטי שיתיישב באופן הולם יותר עם הדומיננטיות של תפיסת היריבות.

## ה. הפתרון לחוסר העקביות בין תפיסת היריבות לבין שיקול-הדעת ההליכי

חלק זה יוקדש להצגת הפתרון ההקשרי לבעיית חוסר העקביות שהוצגה בחלקים הקודמים. תחילה יוצג הסבר ביקורתי שלפיו שיקול-הדעת בדיני ההליך הוא תוצר של משפט מנהלי כללי, ויובהר כיצד משפט מנהלי הקשרי-תחומי יוכל ליצור התאמה טובה יותר בין תפיסת היריבות לבין דיני ההליך. לאחר-מכן יוצג ההיבט המוסדי של פיתוח המשפט המנהלי ההקשרי. אטען כי ראוי לפתחו, בראש ובראשונה, בחקיקה ראשית. בהמשך יוצגו שני מודלים הקשריים שמיועדים לצמצם את היקף שיקול-הדעת ההליכי: האחד, מודל קשיח, שבו יעוצבו הגשים הקשריים נטולי שיקול-דעת, אשר יבנו את חובות ההליך בהקשר תחומי נתון; והאחר, מודל מרוכך, שישאיר לפקיד פתח לחרוג מהדגשים ההליכיים, ובכך להפעיל שיקול-דעת בנסיבות מיוחדות. אסביר כי במקרה כזה יהיה הפקיד מחויב לעמוד בכמה כבלים כדי לוודא שאין מדובר בסטייה בלתי-מוצדקת מהדין ההקשרי המובנה, שעוצב כדי לצמצם את היקף שיקול-הדעת בדיני ההליך. כמו-כן אטען כי המודל המרוכך עדיף, משום שהוא מייצג דרך-אמצע ראויה בין הדין המצוי, שבו נקודת המוצא היא שיקול-דעת, לבין המודל הקשיח, אשר אינו מכיר באפשרות להפעלת שיקול-דעת בתוך הדגשים שייקבעו.

### 1. שיקול-הדעת כתוצר של משפט מנהלי כללי

לדירי, הסבר מרכזי לשגשוג שיקול-הדעת בדיני ההליך קשור לעובדה שהמשפט המנהלי הוא דין כללי, אשר חל במתכונתו הכללית על מכלול רשויות המנהל או לפחות על רובן המוחלט.<sup>257</sup> הסבר זה ממשיך בפיתוח התפיסה ההקשרית-תחומית שהוצגה בספרי אתגר העוני של המשפט המנהלי.<sup>258</sup> הטיעון ההקשרי מסביר כי המשפט המנהלי הוא דין כללי מדי, שכן מעבר לרמיון הבסיסי הקיים בין כל רשויות המנהל, המתבטא במפגש בין פקידות לבין פרטים, קיים גם שוני רב בין המפגשים – שוני במידת האינטנסיביות שלהם, בפערי הכוחות בין הצדדים, בזכויות הרלוונטיות, בכוח המוקנה לרשויות, במאפייני האנשים המגיעים לרשויות ועוד. לכן, נוסף על המשך פיתוחו של דין כללי המשותף לכלל רשויות המנהל,

<sup>257</sup> יש כמה מנגנונים היוצרים ומנציחים את כלליותו של המשפט המנהלי. שניים מהם הם הפסיקה, שקובעת כי המשפט המנהלי הוא "כללי" ו"אחד", והספרות, שמתארת את המשפט המנהלי כדין כללי. ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 317-317. כלליות הדין עולה גם מנוסחם של כללי המשפט המנהלי עצמם, המופנים לרשויות המנהל כמכלול. למשל, לגבי זכות הטעון נאמר כי "לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי... לפגוע באזרח" – עניין ברמן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1508; לגבי התשתית העובדתית נקבע כי "הרשות המנהלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לעניין שאדם סביר... היה סומך עליהם" – עניין יורונט, לעיל ה"ש 57, בעמ' 424; ולגבי זמן הפעולה נכתב כי "דרישת 'הזמן הסביר' לביצוע פעולה על-ידי רשות ציבורית נגזרת... – עניין גלאון, לעיל ה"ש 68, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

<sup>258</sup> פלג, לעיל ה"ש 1.

ראוי לבחון אם המשפט המנהלי הכללי (וכל חובה שבו) מתאים ככלל, ובאופן מיטבי בפרט, לכל תחום עשייה מנהלי (למשל, לתחום החינוך, לתחום התכנון או לתחום הביטחון). האתגר ההקשרי מכוון לעריכת מחקר לגבי כל תחום (על מאפייניו, צרכיו ומטרותיו), שבו תיבחן מידת התאמתו של הדין הכללי לאותו הקשר כמכלול ולהליכים מרכזיים המתקיימים בו. כל אימת שתימצא אי-התאמה בתחום מנהלי מסוים, יפותחו לאותו תחום דגשים בכללים של הדין הכללי (למשל, בחובת השימוע או בחובת זמן הפעולה).<sup>259</sup>

במרכזו של הספר המדובר הוצגו כמה הצדקות<sup>260</sup> לקידום פיתוחו של המשפט המנהלי ההקשרי, כך שבמקביל להמשך פיתוחו של הדין הכללי יפותח מאוד גם המימד ההקשרי-תחומי בדין זה, בכחינת העברת הפיתוח ההקשרי מהשוליים אל מרכזו של המשפט המנהלי.<sup>261</sup> מאמר זה מוסיף הצדקה חדשה לקידומו של המשפט המנהלי ההקשרי. הטענה היא שמפרספקטיבה הקשרית שיקול-הדעת בדיני ההליך הוא תוצר של דין כללי, ואילו פיתוח של המשפט המנהלי ההקשרי-תחומי מוצדק גם מהטעם שיש בו פוטנציאל ממשי לצמצם את היקף שיקול-הדעת ההליכי – צמצום שיביא עימו התאמה רבה יותר בין תפיסת היריבות לבין דיני ההליך.

#### (א) הטענה ההקשרית הדסקריפטיבית

מנקודת-המבט ההקשרית-תחומית, דין כללי מחויב, מעצם מהותו, להקניית שיקול-דעת בכללי ההליך, שכן אותם דינים כלליים אמורים להתאים למכלול ההליכים המנהליים הפועלים במנהל הציבורי. לכן הדין הכללי קובע סטנדרטים גמישים ומעורפלים ("הגינות בהתאם לנסיבות", "שימוע הוגן", "זמן סביר" וכיוצא בהם) שמתאימים לכל התחומים המנהליים (השונים זה מזה במאפייניהם). כך, שיקול-הדעת מוקנה למנהל כדי שהסטנדרט הכללי (למשל, חובת השימוע) יוכל להיות מיושם על-ידי הפקיד שפועל בהקשר התחומי הקונקרטי הממשי (ולא במציאות כללית נטולת הקשר וצרכים).

במובן זה, תפיסה כללית מתקשה להפחית שיקול-דעת, בוודאי כאשר מדובר בדין כללי צעיר יחסית כמו המשפט המנהלי,<sup>262</sup> כי מעצם כלליותה היא אמורה להתאים לכל

259 בספרי פותחו דגשים רבים בעיקר להקשר הרווחה של העוני. לאימוצה של התוכנה ההקשרית העקרונית שפיתחתי בספרי בנוגע להקשרים מנהליים אחרים ראו, למשל, יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 219 (2017); שרון ידין רגולציה חדשה – מהפכה במשפט הציבורי (2018); שרון ידין "בג"ץ מתווה הגז הטבעי והחווה הרגולטורית: שינוי פרדיגמה במנהל ובמשפט הציבורי" משפט וממשל יט 565 (2018); עומר דקל "דיני מכרזים תלויי הקשר" משפט ועסקים כא 181 (2018).

260 הצדקה מתוך השווואה לדיני החוזים כדין ותיק בהרבה, המשלב דין כללי ודין הקשרי-תחומי; הצדקה מהיראליזם המשפטי האמריקני והסכנה של "האחדות-יתר" במשפט; הצדקה מהמשפט החוקתי; והצדקה מניתוח תפיסות-הבסיס של המשפט המנהלי. ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 474-405.

261 בספר הוצגה תמונת-מצב שלפיה משפט מנהלי הקשרי אכן קיים (וממשיך להתפתח לאיטו), אבל מצוי עדיין בשוליים המשפט המנהלי החקוק והפסוק, ולכן האתגר הוא להעבירו מהשוליים אל מרכז התחום. ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 383-325.

262 למשפט המנהלי כדין צעיר, שעיקר פיתוחו נעשה במאה העשרים, ראו, למשל, שם, בעמ' 293-294; ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2 ו-21; מישאל חשין "הקדמה", בתוך שרגא ושחר,

התחומים ולכן היא מדויקת פחות. כך, עיקרון כללי דוגמת זכות טיעון לפני פגיעה נקבע מתוך תפיסה של יריבות, ומפאת כלליותו של הדין מושאר לבסוף לרשות שיקול-דעת לצקת תוכן בחובה בהקשר המנהלי המסוים. מהפרספקטיבה ההקשרית, ההלכה לגבי זכות הטיעון שלפיה "היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיים של העניין הנדון"<sup>263</sup> היא פשוט ייצוג מובהק להלכה של דין כללי.

### (ב) הטענה ההקשרית הנורמטיבית

הטיעון ההקשרי אינו מסתכם בתיאור המצב של דין כללי, אלא מציג גם פתרון נורמטיבי. המשכו של הטיעון התיאורי הוא שככל שדיני ההליך יהיו כלליים פחות (והקשריים-תחומיים יותר), יהיה אפשר לעצב מראש את כללי ההליך באופן מדויק יותר, כך שהם יתאימו בצורה מיטבית לצומתי היריבות הקיימים ולסיכונים הגלומים בהם, אשר בולטים בהקשר הקונקרטי שבו הכללים מופעלים. למעשה, ככל שכלל של דיני ההליך יהיה מעוצב יותר – כלומר, ייקבעו לגביו דגשים רבים יותר, שייצקו תוכן ומשמעות הקשרית-תחומית לחובה ההליכית – יישאר לפקיד פחות שיקול-דעת לגבי אופן מימושו של הכלל בנסיבות המקרה הנדון. כך, דין הקשרי צפוי (ומיועד), כאשר יוצאים מנקודת מוצא של תפיסת היריבות) לצמצם את היקף שיקול-הדעת של הפקידות.

ניתן לתאר את המהלך שהדין הכללי מבצע לעומת המהלך שיבצע דין הקשרי באופן הבא: הדין הכללי קובע כללים שמתאימים לכלל הרשויות, ולכן אינו קובע דין שמתאים במדויק לתחום מסוים. כך יוצא שהדין הכללי "קופץ" היישר מן הכלל הכללי (למשל, חובת השימוע) אל המקרה הנדון (שאו יפעיל הפקיד שיקול-דעת בהתאם לנסיבות). בשל ה"קפיצה" הזו הדין משאיר לרשות שיקול-דעת לפעול בהתאם לנסיבות המקרה. אולם מהפרספקטיבה של תפיסת היריבות "קפיצה" זו היא בעייתית ו"ארוכה" מדי. באמצעות פיתוח מראש של דין הקשרי שיהיה קרוב ומותאם לסיכונים היריבות הממשיים של ההקשר התחומי, כדין שיעמוד בתווך בין החובה הכללית (חובת השימוע) לבין המקרה הנדון, יהיה אפשר לכל-הפחות לצמצם, בזירות מנהליות רבות, את היקף שיקול-הדעת שיישאר לפקיד בנסיבות המקרה. במובן זה, ההקשריות התחומית יכולה להיות הרכיב המתווך בין החובה הכללית של הדין הכללי לבין יישומה במקרה הנדון, קרי, בנסיבות ספציפיות.

כמובן זה, משפט מנהלי הקשרי, שיתבטא ביצירת התאמות ודגשים בדיני ההליך להקשר תחומי נתון, מיועד לקדם איזון הקשרי-תחומי עקרוני ומובנה בין חובת ההגינות לבין שיקולים אחרים שהרשות מחויבת להביאם בחשבון (ובכלל זה יעילות ו/או הגנה על שלום הציבור). להבדיל מהאיזון האד-הוקי, הנסיבתי לכל מקרה ומקרה, שהדין המצוי מקדם כיום.<sup>264</sup> דגשים שייקבעו מראש בזכות הטיעון ובחובות הליכיות אחרות יגלמו איזון הקשרי

לעיל ה"ש 14, בעמ' יא-יב.

263 עניין ברמן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1508 (ההדגשות במקור).

264 לעדיפות של איזון עקרוני בין ערכים ואינטרסים מתנגשים על איזון אד-הוקי, ש"הוא במהותו שרירותי", ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 270 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית). לצידוד במציאת איזון הקשרי עקרוני בין הגינות ליעילות ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 45, 48 ו-574-576. נוסחאות של איזון עקרוני מהוות רמת-ביניים בין הכלל הבסיסי



עקרוני<sup>265</sup> ויפחיתו את הצורך לערוך בכל מקרה שמטופל ברשות את איזון האינטרסים הנסיבתי. הדגשים הללו יבנו את הכללים ההליכיים לתחום מנהלי מסוים, ולכן כבר יגלמו את האיזון העקרוני המותאם לו. כך, באמצעות פיתוח מראש של דין הקשרי יופעל איזון האינטרסים הנסיבתי (רווי שיקול-הדעת) הרבה פחות – רק במקרים המיוחדים-החריגים באמת (כמוסבר בהמשך). בדרך זו יהיה אפשר לשמור על התאמה רבה יותר בין דיני ההליך לבין תפיסת היריבות. לדידי, עצם הפוטנציאל הגלום במשפט המנהלי ההקשרי לצמצום שיקול-הדעת המנהלי מהווה כשלעצמו (בוודאי מפרספקטיבת היריבות) הצדקה נוספת<sup>266</sup> לקידומה של התפיסה ההקשרית-תחומית במשפט המנהלי.

בשלב זה עולה השאלה אם קביעת משפט מנהלי הקשרי, שבמסגרתו ייקבעו דגשים שיצמצמו את היקף שיקול-הדעת, לא תפגע במטרה של השגת צדק אישי הליכי בהתאם לנסיבות המקרה. כלומר, ניתן לטעון כי הניסיון לצמצם את שיקול-הדעת בדיני ההליך ייצור חוסר צדק, כי כל מקרה המובא לפני הרשות הוא יחיד ומיוחד, עם נסיבותיו שלו, ולכן ראוי להשאיר למנהל את שיקול-הדעת לשם הגשמת הצדק האישי הנסיבתי. לפי טענה זו, לא ראוי להכנות את דיני ההליך (באמצעות קביעת דגשים הקשריים), כי בהינתן שכל אחד מהמקרים הרבים הוא כה מיוחד, אי-אפשר לצפות את כלל המקרים שיבואו לפני הרשות. אולם האומנם אלה פני הדברים? אכן, כאשר המחוקק או בית-המשפט מפתחים דיני הליך כלליים תוך התבוננות על המנהל הציבורי בכללותו, ההנחה שיש שוני אישי-נסיבתי רב נחזית כמייצגת את המציאות. אולם כאשר מתבוננים על הקשר תחומי מסוים (ועוד יותר מכך כאשר מתמקדים בהליכים מסוימים המתקיימים בו), נראה שלפחות לגבי אופן עריכת השימוע, אופן איסוף העובדות והיקף זמן הפעולה (שאלת ה"איך") יש דמיון רב מאוד (לפחות בתחומים רבים) בין המקרים שהפקידות מטפלת בהם.<sup>267</sup> אלה מקרים טיפוסיים שחוזרים באופן שיטתי בהליך מסוים באופן קבוע ויומיומי.<sup>268</sup> כך, למשל, בהקשר הרווחה של העוני ניתן לאפיין כמקרה טיפוסי מפגש של פקיד עם נתמך עני. את המפגש מאפיינים

---

לבין האיזון הקונקרטי (האד-הוקי) הנסיבתי. אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 39, 79 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

265 מתוך תפיסה שאיזון עקרוני מיטבי חי בהקשר תחומי וסופג את התייחסויות-הגומלין שבו. רק לאחר ספיגת מאפייני ההקשר (צרכיו וסיכוניו) אמור להיקבע האיזון העקרוני המתאים לאותו הקשר, בהתאם לאינטרסים המתנגשים שבו. ראו Galligan, לעיל ה"ש 81, בעמ' 123. השוו ראו שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 151-153 (2008).

266 מעבר להצדקות שהוצגו בעבר – ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 405-474.  
267 זאת, להבדיל מהנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה מההיבט של דיני החינוך, דיני הרווחה ודיני התכנון. כאן כל מקרה הוא מיוחד מהבחינה המהותית, ולכן ככלל מוצדק להקנות לפקידות שיקול-דעת לפני שמכריעים אם יש זכאות לתמיכה, לרישיון וכיוצא באלה.

268 הטעון בדבר דמיון בין תיקים ובדבר קיומם של מקרים הקשריים טיפוסיים מתחזק מאוד במצבים של "mass administrative justice", כלומר, כאשר הרשות מטפלת בהמוני מקרים באופן יומיומי. מצב כזה מכונה לעיתים גם "high volume of cases". למונחים אלה ראו Friendly, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1298; DANIEL J. BAUM, THE WELFARE FAMILY AND MASS ADMINISTRATIVE JUSTICE 2-3 (2007).

פערי כוחות עצומים, פחד ותלות וכן בעיות בידע ובשפה, וכל אלה מקשים על הפרט לממש את זכות הטיעון בכתב.<sup>269</sup> נתמכים רבים טובלים מבעיות דומות, ולכן הליך השימוע בעניינים אמור להיות דומה. הקשיים הדומים הם נתון רלוונטי במיוחד בהכרעה לגבי אופן מימושה של זכות הטיעון, ולכן ניתן לעצב בתחום זה דגשים הקשורים שלפיהם השימוע ייערך בעל־פה ובצירוף מייצג, אשר יכין את הפרט לשימוע, יתלווה אליו וירכך את הפחד שלו.<sup>270</sup> מרגע קביעתם של דגשים אלה כך יתנהל השימוע באותו תחום, ומשמעות הדבר היא שלפחות ביחס לפן זה של הליך השימוע יצומצם היקף שיקול־הדעת. מן האמור עולה כי בהתבוננות תחומית לא כל מקרה הוא באמת בעל נסיבות מיוחדות מההיבט של אופן מימושם של דיני ההליך, ולכן גם לא הכרחי להשאיר לפקידות שיקול־דעת רחב לפעול בהתאם לנסיבות המקרה.<sup>271</sup> בפועל שיקול־דעת לגבי אופן מימושם של דינים אלה ראוי רק במקרים מיוחדים באמת – אלה יהיו החריג שבו יהיה ראוי לאפשר הפעלת שיקול־דעת (וסטייה מהדין ההקשרי־תחומי), כמוסבר בהמשך.

## 2. ההיבט המוסדי – החשיבות של פיתוח הדגשים ההקשריים בחקיקה

לאחר שהוסבר כי קידום פיתוחו של משפט מנהלי הקשרי הוא הפתרון לבעיית שיקול־הדעת בדיני ההליך, עולה השאלה כיצד ראוי לפתח את הדגשים ההקשריים בחובות הכלליות של ההליך. תשובתי היא שקידום פיתוחו של המשפט המנהלי ההקשרי ראוי שיעשה מראש בחקיקה ראשית, להבדיל מפיתוח פסיקה.

כאמור, המשפט המנהלי הישראלי הוא בעיקרו יציר פסיקה.<sup>272</sup> לכאורה מתבקש שגם המשך פיתוחו של דין זה ייעשה באותו אופן שבו הוא התפתח לאורך שנים ארוכות. האומנם? לטענתי, קידום המהלך ההקשרי ראוי שיעשה בדרך־המלך ליצירת משפט, כלומר, בחקיקה. בכך אני מצטרף לקריאות לקידום קודיפיקציה במשפט המנהלי,<sup>273</sup> אך להבדיל מהקריאה המקובלת, שמתרכזת בקודיפיקציה של הדין הכללי, טענתי היא כי נוסף על חקיקת הקוד הכללי חשוב לקבוע בחוק גם את המשפט המנהלי ההקשרי. במסגרת מהלך חקיקתי כזה, שיוטמע בתוך החוקים המסמיכים את הרשויות, יהיה אפשר לקבוע דגשים שיבנו את חובות ההליך בתחומים המנהליים השונים, ובכך לצמצם את היקף שיקול־הדעת המנהלי הגלום כיום בחובות אלה.

לחקיקה כזו יש כמה יתרונות על הפסיקה. יתרון ראשון הוא הקוהרנטיות, השיטתיות והעדר המקריות. כבר לפני שנים רבות טען פרופ' ברכה כי הבעיה של המשפט המנהלי

269 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 113-137.

270 להצעת דגשים של שימוע בעל־פה וצירוף מייצג לשימוע ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 604-605, 731-728 ו־735-747.

271 תמיכה בטיעון זה ניתן לשאוב מהמונחים "מקרה שגרת" ו"סמכות מסוימת או עניין מסוים" המשמשים את זמיר בדין שהוא עורך ביציקת תוכן בחובות המהירות הראויה. זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1102.

272 ראו המקורות לעיל בה"ש 26.

273 ראו, למשל, שטרית, לעיל ה"ש 169; אריאל בנדור "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המנהלי" מחקרי משפט ט 155 (1991); רפנה ברק־ארו "הוראת המשפט המנהלי: בין חוקיות להפרטה" עיוני משפט כה 503, 519-520 (2001).

הישראלי טמונה בהיותו פסוק. במצב כזה צומחים הסדריו "כגידולי פרא, ללא שיטה, כשיד המקריות שולטת בקביעתם".<sup>274</sup> במובן זה, ההסתמכות על בית-המשפט כיוצר המרכזי של הדין מובילה לכך שהתפתחות המשפט המנהלי אינה שיטתית – היא מקרית ותלויה בכך שתוגש עתירה לבית-המשפט, אשר יוכל במסגרת עובדותיה לפתח דגש מסוים של הגינות.<sup>275</sup> כך, למשל, אם עובדות המקרה מעידות על פגיעה בזכות הטיעון, ידון בית-המשפט בסוגיה זו, ויוכל לקבוע כי בהליך מנהלי מסוג זה יש לקיים שימוע בעל-פה. אולם אין בפסיקה כזו התבוננות כוללת על מכלול צרכיו ומאפייניו של ההקשר התחומי לאור המכלול השלם של חובות המשפט המנהלי. כאמור, הדבר נובע מכך שבעת מתן הכרעה קונקרטיית בית-המשפט רואה את עובדות התיק שלפניו, ולא את המשפט המנהלי בכללותו.<sup>276</sup> לעומת זאת, בחקיקה טמון פוטנציאל גדול בהרבה לניתוח שיטתי שיחצה את דיני ההליך לרוחבם ויבחן את הצורך בקביעת דגשים הקשורים (בתחום מסוים) בשלל החובות, וזאת משום שהמחוקק יכול לראות לנגד עיניו הרבה מעבר לעובדותיו של מקרה נתון. כך, לאחר התבוננות מעמיקה על הליך מנהלי מסוים, יוכל המחוקק לקבוע את הצמתים באותו הליך – למשל, הליך למתן רשיון עסק או לביטול תמיכה מנהלית מסוימת – שראוי לקבוע בהם דגשים שיצמצמו את היקף שיקול-הדעת המנהלי.<sup>277</sup>

יתרון נוסף של חקיקה טמון בכך שפיתוחו של משפט מנהלי הקשרי בפסיקה, אשר תלויה בהגשת עתירות, יתפרש על-פני תקופת זמן ארוכה ביותר,<sup>278</sup> ואילו פיתוחו בחקיקה (בוודאי ביחס לתחומים מסוימים שבהם יתמקד המחוקק) יכול להיעשות במהלך אינטנסיבי וקצוב בזמן. כמו-כן חשוב להבין שבפיתוח פסיקתי ייקבעו בפועל דגשים תחומיים רק בהקשרים שמגיעים בפועל לבית-המשפט המנהלי, ואילו ביחס להקשרים שנוכחים שם הרבה פחות, דוגמת הקשר הרווחה של העוני,<sup>279</sup> הסיכוי לקידום הדין ההקשרי בפסיקה נמוך יותר. כך, דווקא בהקשרים תחומיים יריביים במיוחד, שהציבור המטופל בהם מוחלש יותר ונוטה לא לפנות מיוזמתו לערכאות,<sup>280</sup> הסיכוי לפיתוח פסיקתי של דגשים מפחיתי שיקול-דעת אינו גבוה,<sup>281</sup> ולכן חשיבות החקיקה לגביהם מקבלת משנה תוקף.

274 ברכה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27.

275 ראו Galligan, לעיל ה"ש 81, בעמ' 328, שטוען כי "[j]udicial review is sporadic and unsystematic, responding to complaints in particular cases".

276 ראו Friendly, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1302, הטוען כי "[c]ourts are good at deciding cases, bad at drafting legislation; typically they see the case at hand and a few others but not the entire spectrum".

277 בנדור, לעיל ה"ש 273, בעמ' 159. בנדור גורס כי לבית-המשפט אין הכלים לקבוע סדרי דיון מפורטים, להבדיל מנורמות כלליות (שם, בעמ' 159), ומוסיף כי מטרת הקודיפיקציה היא הענקת "פירוט וקונקרטיזציה לעקרונות היסוד שעיצבה הפסיקה" (שם, בעמ' 178).

278 השוו Friendly, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1302-1303.

279 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 475-494.

280 לחסמים המונעים גישה לערכות ראו יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497 (2003).

281 ראו גם פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 488-490.

מעבר לכך, מכיוון שההתפתחות הפסיקתית היא מקרית, לא־שיטתית ופזורה על המוני פסקי־דין, לא אחת המנהל הציבורי אינו מודע (בוודאי לא באופן מהיר) לדינים העולים מהפסיקה.<sup>282</sup> אכן, "קיומו של קוד פרוצדורה מנהלית צפוי לתרום רבות לחיזוק המודעות לזכויות האזרח בתחום הביורוקרטי".<sup>283</sup> מה שנכון לגבי קודיפיקציה כללית נכון גם לגבי עיגון דין הקשרי בחקיקה ספציפית, אשר תיצור מראש יתר מודעות הן בקרב הפקידות המטפלת והן בקרב הציבור המטופל לגבי חובות המשפט המנהלי במתכונתן ההקשרית. חקיקה כזו תיצור מודעות מראש כיצד יש לפעול (אצל הפקיד) ומה צפוי בהליך הרלוונטי (אצל הפרט). יתרון המודעות מראש אינו מתקיים בפסיקה, אשר לפחות ביחס לפרט שנפגע מהרשות ופנה לבית־המשפט היא תמיד בדיעבד (אחרי שהוא כבר נפגע). יצוין כי בעיית המודעות למשפט המנהלי הפסוק בולטת בישראל גם משום שכיום השפיטה המנהלית מתקיימת לא רק בבג"ץ, אלא גם בבתי־משפט מחוזיים.<sup>284</sup> ביזור זה של השפיטה מחזק את חשיבות החקיקה.<sup>285</sup> חקיקה צפויה למנוע מצב שבו בית־משפט מנהלי במחוז אחד יקבע דגש הקשרי שונה מזה שייקבע בבית־משפט במחוז אחר, לעיתים עד כדי סתירה של ממש ביניהם. חקיקה תקדם אחידות בטיפול (שוויון) ברמה הארצית וגם ודאות אצל הרשויות והפרטים המטופלים בהן.

יודגש: הטיעון שהוצג, שלפיו יש לקבוע את הדגשים ההקשריים מצמצמי שיקול־הדעת בחקיקה, אינו מונע פיתוח של דגשים בפסיקה. הטיעון רק מציג את עדיפות החקיקה. ניתן בהחלט לגרוס כי נוסף על היצירה בחקיקה יוכל גם בית־המשפט לקבוע דגשים כאלה, במיוחד במצב שבו המחוקק טרם אמר את דברו ולא התעמק עדיין בהקשר מסוים.<sup>286</sup> כמוכן זה מדובר בשילוב כוחות ביצירה ההקשרית, אך השותף הבכיר במפעל עיצוב הדין ההקשרי יהיה המחוקק.<sup>287</sup>

ומה באשר לפיתוח של דין הקשרי בתקנות? אין באמור לעיל כדי להכריע שמחוקק־המשנה לא יוכל ליטול חלק בקידום הדין ההקשרי. תקנות יוכלו להבהיר – ואולי אף לפתח – את מה שנקבע בחוק. חשוב לזכור שהנחת־המוצא במדינה המנהלית המודרנית היא שהמחוקק הראשי עמוס בעבודה ואינו יכול לקבוע כל פרט של הדין החקוק, ולכן המנהל הציבורי, שהוא המומחה לנעשה בו, יוכל לסייע במלאכת עיצובו של הדין ההקשרי. כמו־כן, הקשריות שתפתח בתקנות תוכל להתעצב במהירות רבה (יחסית לחקיקה ראשית<sup>288</sup>), וכך גם תוכל בהמשך להסתגל מהר לצרכים חדשים, ובכלל זה לערוך תיקונים מהירים הנדרשים בדין ההקשרי. אולם, לנוכח חששותיה של תפיסת היריבות, רצוי להבטיח בקרה על תוכן של אותן תקנות הקשריות, ולשם כך ניתן לחשוב על מודל של תקנות שטעונות אישור של

282 ברכה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28.

283 ברק־ארז, לעיל ה"ש 273, בעמ' 520.

284 בהתאם לחוק בתי משפט לענינים מנהליים, התש"ס-2000.

285 ברק־ארז, לעיל ה"ש 273, בעמ' 521.

286 בהמשך החלק יוצגו דוגמאות לדגשים קשחים כאלה שנקבעו גם בפסיקה.

287 השוו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 264, בעמ' 316.

288 ולו משום שלוש הקריאות והדיון בוועדת הכנסת הרלוונטית הנדרשים בישראל בחקיקה ראשית.

ועדת הכנסת הרלוונטית.<sup>289</sup> כך תוכל זרוע של המחוקק לבחון את הדגש ההקשרי המוצע ולוודא שהוא מגלם את האיזון ההקשרי הראוי.

ומה לגבי פיתוח של דין הקשרי בנהלים? ביחס לנהלים חשוב להזכיר כי בפסיקה נקבע שהנחיות אינן דין מחייב.<sup>290</sup> להבדיל מחקיקה ראשית ומחקיקה משנית, הנחיות רק מנחות את הרשות, ואינן מוסיפות קביעה נורמטיבית למשפט הנוהג.<sup>291</sup> לעומת זאת, המשפט המנהלי ההקשרי, בדיוק כמו המשפט המנהלי הכללי, צריך להיות מחייב. הדבר מתקשר ישירות לחששותיה של תפיסת היריבות, משום שאם הדין ההקשרי ייקבע בהנחיות, לא ירגישו רשויות המנהל מחויבות לו (או לפחות ירגישו מחויבות פחותה כלפיו). משום כך אין זה ראוי, לדעתי, שהדין יפותח בהנחיות. עם זאת, בהינתן שכבר כיום יש סימנים לפיתוח הקשרי בהנחיות קיימות,<sup>292</sup> אפשר לזקק מן ההנחיות הללו (שנקבעו בעבר) רעיונות לפיתוח משפט מנהלי הקשרי עתידי. כלומר, ההנחיות יהוו מקור להשראה ולסיוע בפיתוח החקיקה של המשפט המנהלי ההקשרי.

### 3. מודלים להפחתת שיקול-דעת בדיני ההליך

בחלק הקודם הוסבר שהמתווה ההקשרי המועדף לצמצום שיקול-הדעת המנהלי הוא באמצעות חקיקה. בחקיקה כזו ייקבעו דגשים הקשריים בחובות של דיני ההליך שיסדירו כיצד יש לערוך שימוע בהקשר תחומי מסוים, מהו זמן הפעולה המרבי בהקשר אחר וכיוצא באלה. בשלב זה עולה השאלה אם תישאר בכל-זאת לפקידות האפשרות להפעיל שיקול-דעת במקרים חריגים<sup>293</sup> ולסטות מהדגש ההקשרי שנקבע, וזאת לשם השגת צדק אישי בנסיבות העניין או לשם היעילות, למשל. במענה לשאלה זו אציג להלן שני מודלים הקשריים אפשריים שמיועדים לצמצם את היקף שיקול-הדעת המנהלי. המודל הראשון יכונה "המודל הקשיח", והשני – "המודל המרוכך".

#### (א) מודל הקשרי קשיח

במסגרת המודל הקשיח ייקבעו דגשים הקשריים שיחולו בצומת הליכי בהקשר מסוים ויהוו תחליף לשיקול-הדעת הנסיבתי בנוגע לכללים של דיני ההליך. כלומר, הדגש יחליף את שיקול-הדעת, והמשמעות היא שלפקיד המנהל יהיה אסור לחרוג מאותו דגש הקשרי. אציג להלן דוגמאות אחדות של משפט מנהלי הקשרי שנקבעו בחקיקה, ואשר נדמות כמייצגות את המודל הקשיח כבר כיום. לאחר-מכן אראה כי דגשים כאלה ניתנים ליצירה גם בפסיקה.

289 לחשיבות של אישור הכנסת לתקנות ראו גם ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 264, בעמ' 317-318; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב – רשויות השלטון ואזרחות 748-749 (2005).

290 ראו, למשל, עע"ם 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 24.7.2008).

291 ברוך ברכה משפט מנהלי כרך ב 222-223 (1996).

292 יצוין כי בספרי אתגר העוני של המשפט המנהלי, לעיל ה"ש 1, בחנתי קובצי נהלים, וטענתי כי יש יצירה כזו, אבל היא אינה יצירה שיטתית של דין הקשרי. ראו שם, בעמ' 506-511.

293 להבדיל ממקרה טיפוסי, אשר אין בו לרוב ייחוד, כמוסבר לעיל, מההיבט של אופן הגשמתם של כללי ההליך.

דוגמאות אלה הן רק בגדר המחשה, שכן פיתוח של תפיסה הקשרית כוללת אין עדיין בנמצא. אולם הדוגמאות מלמדות בהחלט שניתן לקבוע מראש דגש הקשרי חקוק (או פסוק) שיחול בהליך מנהלי מסוים ויצמצם את היקף שיקול-הדעת המוקנה לפקיד באותו הליך.

### (1) ההקשר החינוכי הבית-ספרי

חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, מסדיר כמה חובות של דיני ההליך בהקשר החינוכי. בין היתר נקבעו בו דגשים ביחס לאופן מימושה של זכות הטיעון בהליך הרחקה לצמיתות ממוסד חינוך. המחוקק הראשי ומתקין התקנות קובעים הליך שימוע מובנה לפני הרחקה כזו. נקבע שם, בין היתר, שהחלטה על הרחקה תיעשה רק לאחר מתן הזדמנות לתלמיד ולהוריו להשמיע את טענותיהם.<sup>294</sup> הזימון לשימוע, שצריך להיערך בדיון בעל-פה,<sup>295</sup> יישלח בדואר רשום, והטיעון יכול להיעשות גם על-ידי שלוח.<sup>296</sup> כן נקבע מי יהיה נוכח בשימוע מטעם המוסד, ושהחלטה בשימוע תועבר בכתב לתלמיד ולהוריו, תהיה מנומקת (קיים עיגון מפורש לחובת ההנמקה) ותכלול גם הודעה על האפשרות לערור לפני ועדת שימוע מחוזית.<sup>297</sup> בכך המחוקק מבהיר מהו הצומת התחומי המחייב קיום הליך שימוע מדוקדק ובעל-פה משום שגלומה בו סכנה לפגיעה קשה בקטין. מתוך הבנת המציאות ההקשרית המיוחדת של טיעון על-ידי קטין נקבע כי זכות הטיעון היא גם של ההורים, וכי מוקנית אפשרות לטעון באמצעות שלוח. כן מובהר למוסד שאין די בקיום שימוע בכתב – החלטה כה גורלית בדבר הרחקה ממוסד חינוך, שיש לה פוטנציאל כה פוגעני, מן הראוי שתושפע מהתרשמות אישית מהטוען בשימוע בעל-פה. נראה שהדבר נובע גם מכך שקטינים רבים והוריהם יתקשו להעביר בצורה מיטבית את טיעוניהם בכתב.

דוגמה זו מהווה המחשה של הליך מנהלי בהקשר תחומי מסוים (חינוכי) שבו המחוקק נוטל מהרשות (בית-ספר, מפקח חינוכי של משרד החינוך) את שיקול-הדעת ביחס לסוגיות מרכזיות בשאלת אופן מימושה של זכות הטיעון. עדיין נותר לרשות שיקול-דעת מסוים – למשל, לגבי קביעת הזמנים של השימוע ושל ההכנה לו או ביחס לחומרים שישלחו לפני השימוע לעיונם של המוזמנים אליו; לגבי סוגיות אלה ימשיכו לחול ההלכות הכלליות של זכות הטיעון.<sup>298</sup> אולם היקף שיקול-הדעת לגבי אופן עריכת השימוע צומצם, ועוצב הסדר הליכי תחומי שנקבעו בו דגשים המקדמים עקביות רבה בין סיכוני היריבות באותו הליך (הרחקה של תלמיד לצמיתות) לבין זכות הטיעון (בעל-פה, באמצעות ההורים וכולי). אלה משוכות הליכיות מובנות להגנת הפרט (כאן – התלמיד). המחוקק קבע בהסדר זה איזון הקשרי עקרוני שבמסגרתו הועדפה ההגינות על היעילות – למשל, כאשר נקבעה זכות טיעון במתכונת של שימוע בעל-פה, להבריל משימוע בכתב.<sup>299</sup> בקביעת דגש זה המחוקק

294 ס' 6 לחוק זכויות התלמיד.

295 ראו שם וכן תק' 4(א) לתקנות זכויות התלמיד (פרסום הוראות והרחקת תלמידים), התשס"ב-2002.

296 שם, תק' 4(ב).

297 שם, תק' 4(א) ו-5. על המבנה של ועדת השימוע המחוזית ראו ס' 7 לחוק זכויות התלמיד.

298 ראו שם, ס' 17 לחוק.

299 שימוע בעל-פה נחשב איטי (מעכב) ויקר יותר משימוע בכתב. משום כך, רשויות מעדיפות בדרך-כלל את השימוע בכתב. ראו, למשל, שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 75. ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1183.

מונע מרשות החינוך את האפשרות לפעול באופן שמוערף לרוב על-ידי הרשויות – העדפת היעילות.

## (2) הקשר הרווחה של העוני

חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972, הכיר באפשרות לקבלת ייצוג משפטי בדיון לפני ועדת הערר המנהלית של תוכנית "מרווחה לעבודה" (שכונתה "תוכנית ויסקונסין"), אשר הסתיימה בשנת 2010.<sup>300</sup> זהו מקרה מיוחד<sup>301</sup> שבו נקבעה בחוק זכות לייצוג מטעם המדינה ועל חשבונה לפני רשות מנהלית אשר דנה בערר של נתמך הבטחת הכנסה נגד החלטה של "מתכנן יעדים תעסוקתי" בתאגיד פרטי (תחליף של שירות התעסוקה המדינתי). להחלטות אלה היה פוטנציאל פוגעני בפרט, שכן הן יכלו להוביל, למשל, לשלילה זמנית של קצבתו. מדובר בדגש הקשרי-הליכי של "זכות טיעון באמצעות שלוח" במימון המדינה (להבדיל ממייצג בשימוע במימון הפרט). כלומר, המחוקק קבע התאמה הקשרית בזכות הטיעון שלפיה בצומת יריבי זה יש להעניק לפרט ייצוג. התאמה זו אינה מושארת לשיקול-דעת מנהלי. על פניו היה אפשר לקבוע בחוק שפקיד ברשות רווחה, בוועדת הערר או במחלקה לסיוע משפטי במשרד המשפטים יקבע אם בנסיבות העניין ראוי להעניק לפרט ייצוג – למשל, בהתאם ליכולתו להתבטא ולמידת היכרותו עם זכויותיו. אולם במקרה זה הקנה המחוקק לפרט זכות להיות מיוצג מתוך הנחה שהשתתפותו בתוכנית הרווחה והעובדה שהוא נתמך הבטחת הכנסה מעידות כי אין לו אמצעים לממן ייצוג מטעמו, וכי קיים סיכוי ממשי שהוא יתקשה להביע את עמדתו באופן מיטבי לפני הוועדה (בפרט בהינתן שמולו ניצב נציג התאגיד הפרטי, שהוא בגדר "שחקן חוזר" בוועדה).<sup>302</sup>

כך נוצר דגש הקשרי בזכות הטיעון, המגלם איוון אינטרסים הקשרי עקרוני (שוב, בין הגינות ליעילות), שצמצם את היקף שיקול-הדעת המוקנה בהליך זה למנהל. זכות זו לייצוג בשימוע גילמה התמודדות מיטבית עם החששות להתממשות סיכוני היריבות בהליך מנהלי

300 ס' 4 לתוספת לחוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972. תוכנית "מרווחה לעבודה" נקבעה בפרק ז לחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004. במסגרת תוכנית זו הועבר הטיפול במקבלי קצבות הבטחת הכנסה אל "מרכזי תעסוקה" בבעלות תאגידים פרטיים, שתפקידם היה לקדם שילוב בעבודה של מקבלי הקצבות. בכל "מרכז תעסוקה" פעלו "מתכנני יעדים תעסוקתיים", ששלחו את הפרט להכשרה ולעבודה. בסוף כל חודש הכין כל מתכנן אישור השתתפות לגבי כל מטופל שלו. באישור זה, שנשלח למוסד לביטוח לאומי, צוין אם המטופל הופנה לעבודה, אם הוא סירב לעבודה, אם הוא ביצע את התוכנית האישית, וכמה ימים הוא נעדר ממנה. קצבת הקיום של המטופל נגזרה מאישור זה. קצבה נשללה בגין סירוב לעבודה וכן בגין היעדרות מהתוכנית האישית יותר מיומיים בחודש. "תוכנית ויסקונסין" הגיעה כאמור לסיימה בשנת 2010, אולם הדוגמה המובאת ממנה היא דוגמה טובה לקביעתו של משפט מנהלי הקשרי-תחומי אשר מצמצם את היקף שיקול-הדעת בנוגע לכלל הליכי.

301 מקרה "מיוחד", משום שכעניין של דין מצוי הזכאות לייצוג מטעם המדינה ועל חשבונה בהליכים המתקיימים אצל רשויות מנהל (להבדיל מייצוג לפני בתי-משפט) היא מוגבלת ביותר – ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 526.

302 ראו הצעת חוק הסיוע המשפטי (תיקון מס' 8) (שירות משפטי למשתתפים בתכנית לשילוב מקבלי גמלאות בעבודה), התשס"ח-2007, ה"ח הממשלה 207, 208-207.

זה, ובמיוחד עם החשש לפגיעה בזכותם של הפרט ומשפחתו למינימום של קיום אנושי בכבוד.<sup>303</sup> באמצעות קביעת דגש זה (ייצוג) הובטח שזכות הטיעון תממש את ייעודה בהליך המנהלי המדובר, ותהווה משוכה אפקטיבית למניעת פגיעה לא־ראויה.

### (3) דגשים חקיקתיים נוספים

הדגשים החקיקתיים שהוצגו לעיל ביחס לתחום החינוך והרווחה התמקדו בזכות הטיעון. אציג להלן דוגמאות אחדות לקביעת דגשים קשיחים ביחס לחובה הליכית אחרת – חובת המהירות הראויה.

כך, בתחום התכנון והבנייה קבע המחוקק זמני פעולה קשיחים המחייבים ועדות תכנון. למשל, ועדות־משנה מחויבות לשלוח את החלטותיהן אל חברי ועדה מחוזית בתוך עשרה ימים, ועדה מקומית מחויבת לסיים את טיפולה בתוכנית שבסמכותה בתוך שנים־עשר חודשים, ואותה ועדה גם מחויבת למסור מידע על תוכנית שבסמכותה בתוך שלושים יום ממועד קבלת הבקשה.<sup>304</sup> דוגמה אחרת קיימת בחוק השמות, שם נקבעה תקופת זמן של חודש להחלטה של משרד הפנים בבקשה לשינוי שם.<sup>305</sup> באופן דומה נקבעה תקופה של שישים יום למתן תשובה למי שהגיש לרשות מקומית השגה על תשלום ארנונה שנקבעה לו.<sup>306</sup> בספרות נטען כי קביעת זמני פעולה קשיחים כאלה החלה להתפתח כתגובה על שיהוי מנהלי שיטתי (כלומר, על רקע התממשותם של חששות היריבות) באותם תחומים.<sup>307</sup> דגשים אלה הם הוכחה נוספת לכך שהמחוקק יכול ליצור משפט מנהלי הקשרי שיצמצם את היקף שיקול־הרעת בדיני ההליך.<sup>308</sup>

### (4) קביעת דגשים קשיחים בפסיקה

הצגתי לעיל דגשים קשיחים שנקבעו בחקיקה, שהיא דרך־המלך ליצירת הדין ההקשרי. אולם ניתן להפנות גם למקרים שבהם דגשים קשריים מצמצמי שיקול־דעת נקבעו בישראל על־ידי בית־המשפט. אלה דוגמאות לכך שבית־המשפט יכול בהחלט לסייע למחוקק במשימה של הפחתת היקף שיקול־הרעת המנהלי.

כך, למשל, בתחום הרווחה נקבע בפסק־דין אבו־סעדיה כי יש לקיים שימוע בעל־פה פנים־אל־פנים, ולא בטלפון, בתוכנית "מרווחה לעבודה";<sup>309</sup> ובפסק־דין ארוש נקבע כי על פקיד הביטוח הלאומי מוטלת חובת יידוע ומתן הסבר אישי לפרט, שיש לקיימה בעל־פה

303 מההיבט של חששות היריבות, אילו הושאר שיקול־דעת לגבי אופן מימושה של הגנה הליכית זו, היה חשש שניכור כלפי אנשים עניים או ניסיון לחסוך בעלויות ייצוג היו מובילים למינויים מועטים מדי של מייצגים להליך שימוע זה.

304 ס' 11, 109 א ו־119 א לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה־1965.

305 ס' 17 לחוק השמות, התשט"ז־1956.

306 ס' 4 לחוק הרשויות המקומיות (ערר על קביעת ארנונה כללית), התשל"ו־1976.

307 ברק־ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 412.

308 שרגא ושחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 344, טוענים כי בקביעת זמן סטטוטורי כזה "הצר המחוקק את שיקול־הרעת של הרשות המנהלית".

309 עניין אבו־סעדיה, לעיל ה"ש 220.



(ולא להסתפק בכתב).<sup>310</sup> דוגמאות נוספות ניתן להציג מההקשר העסקי-המכרזי, שבו כחלק מהחובה התחומית לקיים הליך הוגן ושוויוני נקבעו דגשים שונים. כך, למשל, בפסק-דין גזית ושחם נקבע הדגש שאוסר על ועדת המכרזים לפעול בהתאם לתנאים נסתרים (שלא פורטו במסמכי המכרז),<sup>311</sup> ובפסק-דין אינווסט אימפקט נקבע דגש שלפיו כחלק מהאיסור הקשיח החל על קיום משא-ומתן במכרז, מותר לקיים משא-ומתן בנוגע להוזלת ההצעה רק לאחר קבלת ההחלטה על ההצעה הזוכה.<sup>312</sup>

\* \* \*

בדגשים ההקשריים שהוצגו לעיל – בחקיקה ובפסיקה – לא הושארה אפשרות להפעלת שיקול-דעת במקרה חריג, אלא עוצב דגש קשיח בחובה ההליכית. זוהי גרסה אפשרית אחת לצמצום הקשרי של היקף שיקול-הדעת כדיני הליך. במודל זה הדגש צמצם (במובן של ביטול) את שיקול-הדעת בגזרה מסוימת של החובה ההליכית (נקבע, למשל, ששימוע יקיום רק בעל-פה). יודגש: אין משמעות הדבר שבהליך שימוע כזה בוטל שיקול-הדעת לחלוטין. עדיין נותר שיקול-דעת ביחס להיבטים אחרים של החובה (למשל, איזה חומר יועבר לפרט לקראת השימוע, שיתקיים רק בעל-פה). אולם מנקודת-המבט של תפיסת היריבות, גם הצמצום שנעשה הוא חשוב, משום שבכך פחתו סיכוני היריבות לפחות ביחס לגזרה מסוימת של החובה (כיצד יש לממשה – בכתב או בעל-פה). בהמשך הפיתוח ההקשרי של הליכים כאלה יהיה אפשר לבחון אם נדרשים עוד דגשים, שיצמצמו עוד יותר את שיקול-הדעת ביחס להיבטים נוספים כדיני הליך.<sup>313</sup>

### (ב) מודל מרוכך: דגשים הקשריים והפעלת שיקול-דעת לסטייה מהם

אציג כעת מודל מרוכך יותר בנוגע לשאלת קיומו של שיקול-דעת כדיני הליך. כמו במודל הראשון, גם מודל זה יפחית מאוד (יחסית לדין המצוי כיום) את היקף שיקול-הדעת ההליכי. אולם המודל הינו "מרוכך" משום שתושאר בו לפקידות האפשרות להפעיל שיקול-דעת ולסטות מהדין ההקשרי במקרים חריגים, שבהם יהא הדבר מוצדק.<sup>314</sup> תהיה זו סטייה בנסיבות המיוחדות של המקרה מפאת התחשבות באינטרסים שונים, ביניהם התפיסות האחרות (מעבר לתפיסת היריבות) של ההליך המנהלי ודיניו.<sup>315</sup> למעשה, רפורמה

310 עב"ל (ארצי) 1365/04 ארוש – המוסד לביטוח לאומי, דינים ארצי לג(46) 81 (2006).

311 בג"ץ 316/63 גזית ושחם, חברה לבנין בע"מ נ' רשות הנמלים, פ"ד יח 172 (1964).

312 בג"ץ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729 (1984).

313 ייתכן שהעמקה בצרכים של אותם הליכים תוביל למסקנה שביחס להיבטים אלה סיכוני היריבות מצומצמים, וניתן להשלים עם קיומו של שיקול-דעת מפאת חשיבותם של אינטרסים אחרים.

314 על התפקיד המסורתי של חריג כאמצעי להשגת פתרון נקודתי צודק במקרים מיוחדים כאמת, ועל החריג כאמצעי של השיטה המשפטית להעמדת האדם במרכז, ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 72, בעמ' 115 ו-124.

315 ניתן לראות במודל המרוכך ייצוג במשפט המנהלי ההקשרי של החובה הכללית להפעיל שיקול-דעת ביחס לסמכות שהוקנתה לרשות בחוק המסמיך. אחד הפנים של חובה זו הוא החובה לשקול מקרים חריגים – ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 205-206. השוו גם לחובה

הקשרית-תחומית כזו תפחית את היקף שיקול-הדעת הנתון לפקידות כי היא תבנה את ההליך המנהלי (באמצעות דגשים הקשריים) באופן המתאים לסיכונים היריביים הגלומים במקרה הסטנדרטי-הטיפוסי שחל באותו הקשר, ובהמשך לכך גם דרך-המלך בעבודת הפקיד תהיה לפעול בהתאם לדגשים הללו, ואילו הסטייה מהם תהיה רק בגדר חריג.

יודגש: אין במודל המרוכך משום נסיגה מתפיסת היריבות. גם בבסיסו של מודל זה מצויה אותה תפיסה של חשש רב מהפעלת שיקול-דעת הליכי. חשש זה יופנם לתוך הדגשים שייקבעו (כמו במודל הקשיח) באופן שעולה בקנה אחד עם הדומיננטיות של התפיסה. אולם, בהתאם למודל זה, קיומו של שיקול-הדעת לסטות מהדגש במקרה חריג מוצדקת מפאת אינטרסים שונים, ביניהם התפיסות האחרות של דיני ההליך. במונח זה, בבסיס המודל המרוכך מצויה ההכרה בכך שמוצדק להכיר בשוליים מסוימים של הפעלת שיקול-דעת, מתוך הבנה שייתכנו מקרים מיוחדים שבהם יהיה הדבר ראוי. כך, בהינתן שהאתגר הוא לצמצם את היקף שיקול-הדעת ההליכי, אתגר זה יוגשם בהחלט גם במסגרת המודל המרוכך. לדידי, גם מצב עניינים שבו שיקול-דעת יופעל במקרים חריגים בלבד הינו פיתוח חשוב בדיני ההליך, שכן כעניין כמותי יופעל אז שיקול-דעת במקרים פחותים בהרבה בהשוואה למצב כיום.<sup>316</sup> חשוב מאוד להצביע גם על כך שבמודל המרוכך גלומה גישה מאוזנת יותר, יחסית לדין המצוי, לגבי היחס הראוי בין תפיסת היריבות לבין דיני ההליך. הדבר מתבטא בכך שהמודל משנה את נקודת המוצא של הדין המצוי להפעלת שיקול-דעת בהליך – הוא אומנם משאיר פתח להפעלתו במסגרת דיני ההליך, אבל לא בכל מקרה ומקרה, באופן קבוע ושיטתי (שזו דרכו של הדין המצוי), אלא רק כ"חריג" שיופעל במקרים מיוחדים באמת. כך יושג איזון טוב יותר בין תפיסת היריבות לבין התפיסות האחרות של דיני ההליך, משום שבמסגרת מודל זה תוקנה לתפיסת היריבות הבכורה, וכך תושג התאמה טובה יותר בין דיני ההליך לבין תפיסה זו, שנמצאת בבסיס התחום כולו.

#### (1) מהותו של "חריג" והפעלתו

כאמור, מאמר זה מציע שהמשפט המנהלי ההקשרי יעוגן בחקיקה. במסגרת חקיקה זו ייקבע סעיף שיעגן במפורש גם את המודל המרוכך. בסעיף כזה תהיה הדרגה מפורשת, הן בכותרת הסעיף והן בגופו, שנקודת המוצא לעבודת הפקיד תהיה פעולה לפי הדגשים ההקשריים, ושהפעלת שיקול-דעת לסטייה מהם מיועדת רק למקרים החריגים, היוצאים מן הכלל, שהם בגדר "מקרי-השוליים",<sup>317</sup> שלגביהם פעולה לפי הכלל הקשיח אינה מוצדקת. ההנחה היא שלשון מפורשת כזו תוביל להפנמת המודל – שבמרכזו ניצב היחס הראוי בין הכלל לחריג – בקרב הפקידות.

לסטות מנהלים במקרים מיוחדים – שם, בעמ' 250-256. ברק-ארז, לעיל ה"ש 72, בעמ' 115, מציגה את המקרה של סטייה מנהלים כדוגמה עקרונית למצב משפטי של כלל וחריג.

316 כך, שיקול-הדעת שייוותר לפקיד במציאות שבה נקבעו דגשים הקשריים יהיה צר וחלש יותר במהותו. שיקול-דעת לסווג מקרה כחריג נחזה כרחב וחזק פחות משיקול-הדעת המוקנה כיום למנהל להחליט בכל מקרה ומקרה מה ה"הגינות" מחייבת בנסיבותיו. להבחנה בין שיקול-דעת חזק לחלש ראו דותן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 367-370. השוו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 219.

317 למונח "מקרי-השוליים" ראו דותן, לעיל ה"ש 85, בעמ' 452.

על כך יש להוסיף כי גם עצם הכבלים שייקבעו בחוק (ויוצגו בהמשך) – כבלים למניעת סטייה בלתי-מוצדקת מהדין ההקשרי המובנה – יחזקו אצל הפקידות את ההבנה שהדגש הוא הכלל ואילו הסטייה ממנו היא החריג. מחד גיסא, הכבלים החקוקים יאפשרו לפקיד (אם הוא יעמוד בהם) לסטות מהדגש. מאידך גיסא, הכבלים גם יהיו תמרוז אזהרה לפקיד – מסר חד-משמעי שלפיו כנקודת מוצא עליו לפעול בהתאם לכלל (הדגש) ואת שיקול-הדעת לסטייה מהדגש עליו להפעיל רק במקרים מיוחדים באמת.

## (2) מצבים חריגים המצדיקים סטייה מדגש הקשרי

ניתן להמחיש מקרים מיוחדים שבהם יהיה אפשר לסטות מדגש הקשרי שנקבע בחובה הליכית. נניח, למשל, קיומו של דגש הקשרי מובנה שלפיו יש להצמיד למהגר מייצג על חשבון המדינה להליך שימוע שבו יוכרע אם הוא זכאי למעמד בישראל. ייתכנו מקרים שבהם יתברר ברשות המנהל כי למהגר מסוים יש היכולת לייצג את עצמו באפקטיביות. בהמשך לכך, מפאת שיקולי יעילות (עלות הייצוג), יוכל הפקיד המטפל לסטות מהדגש המובנה, וזכות הטיעון תמומש על-ידי הפרט ללא ייצוג. באופן דומה יהיה אפשר לסטות מדגש של קיום שימוע בעל-פה אם יתברר שרציונל מרכזי לקיום הדגש אינו מתקיים בנסיבות המקרה (למשל, אם יתברר באופן מובהק שהפרט יכול להתבטא בכתב באופן מיטבי).

דוגמה אחרת אפשר לתת ביחס לחובת זמן הפעולה. ניתן לחשוב על דגש, שייקבע בחוק ספציפי, ולפיו יש לקבל החלטה בבקשה לקבלת תמיכה כספית מסוימת בתוך שלושים יום. הכוונה לבקשה שהוגשה במסגרת הליך המתקיים בהקשר תחומי מסוים – למשל, קצבת קיום בהקשר הרווחה של העוני או סובסידיה למגדל יבול מסוים בתחום החקלאות.<sup>318</sup> אפשר שבמקרה ספציפי יבקש הפקיד לחרוג מעבר לתקופה זו בשל צורך לסיים חקירה שמתקיימת באותו מקרה.<sup>319</sup> בדוגמה זו אינטרס ציבורי, דוגמת תמיכה רק בזכאים באמת, יאפשר את החריגה מזמן הפעולה המובנה שנקבע לאותו הליך כמייצג את זמן הפעולה הטיפוסי המתאים למקרים מסוג זה. הסדרים כאלה בנוגע לחובת זמן הפעולה הם חשובים, משום שנקבע בהם הזמן הטיפוסי שיש לקבל בו החלטה באותו הקשר תחומי. יש בכך שיפור לעומת הדין הכללי, שקבע נורמה כללית של ארבעים וחמישה יום לקבלת החלטה בבקשה בכתב, בעוד שלגבי רוב ההליכים המנהליים לא נקבעה בחקיקה תקופת זמן קצובה. כך, במציאות הקשרית ייקבעו תקופות זמן ספציפיות שמותאמות לתחומים השונים בהתאם למינון היריבות הגלום בהם. עם זאת, יהיה אפשר לסטות מתקופת זמן הקשרית כאשר הדבר יהיה מוצדק. יודגש: הכבלים שיוצגו להלן ימנעו סטייה שרירותית מתקופת הזמן שתיקבע בחוק כדגש עקרוני.<sup>320</sup>

ניתן להמחיש את המודל המרוכך גם ביחס לחובת התשתית העובדתית. כך, למשל, אם ייקבע דגש שלפיו לא תבוטל תמיכה של סיוע בשכר-דירה (מטעם משרד השיכון) בהתבסס

318 השוו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 693-694.

319 למשל, בשל חשד לגבי סוג היבול שהחקלאי מגדל והיקפו, הקשורים לעמידה בתנאים לקבלת תמיכה.

320 למעשה, הכבלים יוכלו להיות מותאמים לחובת זמן הפעולה, כך שיהיה שיקול-דעת לסטות מתקופת הזמן אבל הסטייה לא תהיה לזמן בלתי-קצוב, שכן הגורם המאשר את הסטייה מהדגש יקצוב לסטייה זמן מוגבל, שתואם את צורכי ההקשר.

על ראייה אחת בלבד, יהיה אפשר לשקול חריגה מדגש זה במקרים שבהם תונח לפני הרשות ראייה חזקה במיוחד (למשל, תלוש משכורת) שתעיד כי הפרט החל לעבוד ולפיכך אינו זכאי עוד לאותה תמיכה. כך גם ביחס לשני הדגשים הבאים, שמטרתם המרכזית היא מניעת טרטור מיותר של הפרט בדרישה שיביא שוב ושוב מסמכים המעידים על זכאות: האחד, שבמהלך בדיקת זכאות לתמיכה בשכר-דירה יהיה אפשר לדרוש מהפרט להביא מסמכים מסוימים פעמיים בלבד (למשל, תדפיס בנק או מסמך רפואי); והאחר, שכאשר פקיד מקבל מסמכים מהפרט, חלה עליו חובה לסרוק אותם למחשב לשם תיעוד ומניעת אובדן ראיות. משני דגשים אלה יהיה אפשר לסטות (ולדרוש מהפרט המצאת מסמכים נוספת) במצבים חריגים – למשל, אם יתברר כי בשל טעות מנהלית חריגה לא נשמרו המסמכים במערכת המחשב, או אם תתקבל ראייה חדשה שנחזית כמהימנה ואשר סותרת את האמור באסמכתאות שהפרט המציא לרשות. במקרים כאלה ההצדקה לקיום הדגשים נחלשת או אינה קיימת עוד, ולכן הסטייה מהם תהיה מוצדקת.

עד כה ראינו דוגמאות לחריגה מהדגש שנעשית ביוזמת הרשות כאשר מתברר שהרציונל לקיום הדגש אינו מתקיים בנסיבות המקרה. אולם חריגה כזאת תוכל להיעשות גם ביוזמת הפרט המטופל. כך, למשל, אם הדגש שייקבע בהקשר תחומי מסוים הוא קיום שימוע בעל-פה, והפרט יבקש מסיבות אישיות לטעון בכתב, תוכל הרשות להפעיל את שיקול-דעתה ולבחון אם טיעון זה יהיה אפקטיבי לגביו, ואם כן – לחרוג מהדגש ההקשרי.<sup>321</sup> מבחינת אותו פרט, הצדק האישי בנסיבות המקרה יתגשם על-ידי המרת הדגש של שימוע בעל-פה בשימוע בכתב.<sup>322</sup>

(3) כבלים שימועו סטייה בלתי-מוצדקת מהדגשים ההקשריים  
זכור, מאמר זה יוצא מנקודת המוצא שתפיסת היריבות היא התפיסה הדומיננטית במשפט המנהלי. בהמשך לכך, כדי למנוע ניצול לרעה של המודל המרוכך, שיתבטא בשימוש-יתר בחריגים, מוצע שבמקרה שבו יחליט פקיד לסטות מן הדגש ההקשרי, המגלם את האיזון ההקשרי המובנה הראוי, יהא עליו לעבור כמה משוכות, המיועדות למנוע סטייה בלתי-מוצדקת מאותו דגש.<sup>323</sup> גם כבלים אלה, כמו המודל המרוכך כולו, יעוגנו במפורש בחקיקה. להלן כמה כבלים מוצעים:

ראשית, במקרה שבו יחליט פקיד לסטות מדגש הקשרי יהיה עליו לנמק מדוע הוא חורג מאותו דגש הקשרי מובנה, אשר עוצב כאמור כדי לצמצם את היקף שיקול-הדעת בדיני

321 כאמור, ויתור של הפרט על דגש הקשרי יוכל להיות תקף, אולם יהיה מן הראוי לוודא – במיוחד בהקשר תחומי שבו הציבור המטופל מוחלש – שהפרט אינו מוותר על אותו דגש בשל לחץ שהופעל עליו מטעם הפקיד המטפל בו. המשוכות המפורטות בסעיף הבא מיועדות להבטיח גם את תקינות הוויתור של הפרט.

322 כך, למשל, שימוע בתחום הרווחה כרוך מבחינת הפרט בניסיון לשכנע את הרשות שמגיע לו להמשיך לקבל קצבה הקשורה לחיים במצוקה. טיעון בכתב יכול לרכך לחלק מהמטופלים את תחושות הבושה הכרוכות במפגש פנים-אל-פנים. ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 255-256 ו-706-708 והמקורות המובאים שם.

323 לחששות מהפעלת חריגים כאיום על הכלל ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 72, בעמ' 119.

ההליך (ובכך לנטרל סיכונים הגלומים באותו הליך).<sup>324</sup> תהא זו חובת הנמקה כפולה – הן הנמקה פנימית (בתיק המטופל), לשם מעקב וביקורת פנימית ברשות, והן הנמקה חיצונית, שתועבר לפרט המטופל.<sup>325</sup> שנית, חריגה מדגש תחייב את הפקיד לקיים פרוצדורה של שיתוף בהליך, במובן של קבלת אישור מהפקיד הבכיר האחראי על הפקיד הזוטר.<sup>326</sup> מכיוון שמדובר בסטייה במקרים חריגים בלבד, נראה שחובת אישור זו לא תטיל מעמסה יתרה על הרשות. שלישית, ניתן לייסד תפקיד של מפקח, שתהיה לו גישה לנתונים ביחס למידת קיומם של הדגשים ההקשריים וכן להנמקות ביחס לחריגות מהדגשים הללו. המפקח יוכל גם להפיק דוחות נתונים שילמדו אם פקיד פלוני חורג באופן בולט ו/או תכופ מן הדגש ההקשרי של אופן מימוש ההליך.<sup>327</sup> מפקח כזה יהווה גורם מרסן ביחס לפקיד כזה. רביעית, חריגה של הפקיד מהדגש ההקשרי העקרוני תהפוך את חזקת התקינות המנהלית ביחס להתנהלות הפקיד.<sup>328</sup> היפוך כזה יהווה גורם מרתיע נוסף, שיצנן נטייה אפשרית של פקיד זה או אחר להפעיל שיקול-דעת ולסטות במקרים רבים מהדגש המובנה.

בשלב זה עולה השאלה אם בפועל אכן תפעיל הפקידות שיקול-דעת ותסטה מהדין ההקשרי כאשר הדבר יתבקש בנסיבות המקרה. ייתכן שקביעת דגשים הקשריים בצירוף הכבלים שצוינו לעיל תגרור הרתעת-יתר של הפקידות,<sup>329</sup> שתוביל למצב שבו פקידים יעדיפו "להקטין ראש" ולהימנע מחריגה גם כאשר זו תהיה מוצדקת. ככלל, הרתעת-יתר היא מצב בעייתי שיש לנסות למנוע. אולם לנוכח הדומיננטיות של תפיסת היריבות, אני סבור שגם אם במסגרת המודל המרוכך תיווצר הרתעת-יתר אצל פקיד כזה או אחר, תוצר זה יהיה נסבל ועדיף על המצב הנוכחי (הדין המצוי), שבו מוקנה שיקול-דעת רחב לפקידות המנהלית. לסיכום, ניתן לראות כי המודל המרוכך מאוזן יותר מהמודל הראשון, הקשיח. המודל הקשיח נחזה כנוקשה מדי, משום שהוא אינו מקנה מקום מספק לאינטרסים אחרים, ובכלל זה לתפיסות האחרות של ההליך המנהלי.<sup>330</sup> מודל מרוכך מהווה פתרון לנוקשות זו, משום שבמקרים המתאימים יפעיל הפקיד שיקול-דעת ויטטה מהדגש שנקבע. מעבר לכך, במודל

324 השוו Dyer, לעיל ה"ש 172, בעמ' 200.

325 לכך שחובת ההנמקה כוללת נדבך פנימי (כלפי הרשות) ונדבך חיצוני (כלפי הפרט המטופל) ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 425-426.

326 השוו בנדר, לעיל ה"ש 273, בעמ' 166. לשיטתו בהליך במתכונת של קבלת אישור ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 319-326.

327 השוו להמלצה להקים במשרד המשפטים נציבות לעניין משפט מנהלי הקשרי-תחומי, אשר בין היתר תפקח שהדין מקוים כנדרש ברשויות השונות – פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 505-506 ו-606.

328 לדיון בחזקת התקינות ראו דפנה ברק-ארו משפט מנהלי כרך ד 24-47 (2017).

329 להתחשבות בסיכון של הרתעת-יתר של הרשות המנהלית ראו דפנה ברק-ארו "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז 209, 250 (2003); ברק-ארו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 402.

330 כתבתי שהמודל הקשיח אינו מקנה מקום מספק לתפיסות האחרות, ולא שהוא אינו מקנה להן מקום כלל, משום שגם במודל זה, בעת עיצוב הדגשים ההקשריים, ייערך איזון עקרוני שיתן מקום גם לתפיסות האחרות (אם כי מתוך הכרה בדומיננטיות של תפיסת היריבות). אולם המודל המרוכך מייצג הבנה שגם בעת הטיפול בתיק הפרטני ייתכן שהנסיבות יצביעו על כך שבמקרה זה יש לתת עדיפות לערך אחר, כגון צדק אישי או יעילות.

המרוכך יש קרבה גדולה יותר לנקודת המוצא של הדין המצוי, אשר מכירה ומצדדת בשיקול-דעת הליכי. מודל זה אומנם הופך את נקודת המוצא, ובכך משנה באופן משמעותי את מיקומו של שיקול-הדעת בדיני ההליך, אך הוא נחזה עדיין כאבולוציוני יותר וכרבולוציוני פחות מהמודל הראשון, וככזה הוא גם צפוי להתקבל באהדה גדולה יותר בקהילה המשפטית, ויש בכך כדי להגדיל את סיכויי קליטתו בדין המצוי.<sup>331</sup>

## 1. ביקורות נגד

לקראת סופו של המאמר חיוני להציג גם טיעוני ביקורת אפשריים ביחס לנטען ולמוצע במאמר זה. להלן אתייחס בקצרה לכמה מהם.

### 1. האומנם מתחייב דווקא פתרון הקשרי-תחומי?

במאמר נטען כי יש חוסר עקביות בין תפיסת היריבות הדומיננטית לבין הקניית שיקול-דעת בדיני ההליך, וכי הפתרון לבעיה נעוץ בפיתוחו של משפט מנהלי הקשרי-תחומי. ניתן לטעון כי פתרון זה אינו הכרחי, וכי במקומו ניתן לעבור למשטר משפטי של כבילה גורפת ואחידה של כל הפקידים במנהל הציבורי. מעבר למשטר כזה ישאיר את המשפט המנהלי כדין כללי, אולם בגזרה של שיקול-הדעת ההליכי ייהפכו דיני ההליך מסטנדרטים רוויי שיקול-דעת לכללים קשיחים אחידים. גם במשטר כזה, כמו במודל המרוכך המוצע במאמר, ניתן ליצור הסדר כללי שיקנה שיקול-דעת לסטות במקרים חריגים מהכללים האחידים הקשיחים. תשובתי היא שלהצעה ההקשרית יש ערך מוסף משמעותי, והוא היכולת לעצב את דיני ההליך באופן המותאם לצרכים ולמאפיינים הייחודיים של כל תחום ותחום במנהל הציבורי. מעל הכל תאפשר החשיבה ההקשרית לעצב בכל תחום מנהלי הסדר המותאם למינון היריבות הגלום באותו תחום. כך, בהקשר יריבי מאוד ייקבעו דגשים קשיחים רבים יותר, שישאירו צמתים מעטים יותר בהליך לשיקול-דעתה של הפקידות, ואילו בהקשר שבו מינון היריבות נמוך יותר ייקבעו דגשים קשיחים מעטים יותר, כך שמתחם שיקול-הדעת באותו הקשר יהיה גדול יותר. מעבר לכך, בהקשר כזה (יריבי פחות) גם הדגשים שייקבעו יעוצבו תוך מתן משקל רב יותר לשיקולים האחרים מעבר להגנת הפרט (יריבות), דוגמת יעילות, מומחיות או שותפות.

מן האמור עולה כי במציאות המנהלית הממשית אין יריבות מסוג אחד, אלא קיימים מינונים שונים של יריבות הטבועים בתחומים שונים. אכן, אין ספק שהיריבות הקיימת בהקשר הרווחה של העוני אינה אותה יריבות שקיימת בין תלמיד לבין בית-ספר בהליכי הרחקה או בין מציע במכרז לבין ועדת מכרזים של רשות מנהלית. לכן האתגר ההקשרי הממשי הוא לשרטט סקלה של יריבות ולמקם עליה הקשרים בעלי מינונים שונים של יריבות. במובן זה, אם תפקיד המשפט המנהלי הוא לנטר ולרכך את סיכוני היריבות מול המנהל הציבורי, מינוני יריבות שונים המאפיינים הקשרים תחומיים שונים צריכים לבוא לידי ביטוי בכללים של המשפט המנהלי, ובכלל זה במינון של הכללים הקשיחים שייקבעו בהקשר תחומי נתון.

331 לפיתוח אבולוציוני, להבריל מרבולוציוני, השוו Itzhak Zamir, *Administrative Law: Revolution or Evolution?*, 24 *ISR. L. REV.* 356 (1990).

קביעת מינון היריבות ההקשרי תיעשה באמצעות לימוד של מכלול מאפייני ההקשר – למשל, מיהו הפרט הטיפוסי המגיע לרשות (פרט מוחלש, פרט מבוסס שיכול להיעזר במומחים או אוכלוסייה מגוונת);<sup>332</sup> אילו כוחות וסמכויות מוקנים לרשות בחקיקה המסמיכה;<sup>333</sup> מהי מידת האינטנסיביות של המפגש המנהלי;<sup>334</sup> ומהן זכויות האדם הרלוונטיות להקשר וחשיבותן. מכלול המאפיינים ישוקללו לקביעת מיקום על ציר היריבות, ומיקום זה ישפיע על קביעת היקף הדגשים שייקבעו באותו הקשר, וזאת גם תוך התחשבות במכלול התפיסות של דיני ההליך.

כך, למשל, כבר כיום ההלכה ביחס לזכות הטיועון היא שככל שעוצמת הפגיעה בפרט צפויה להיות חמורה יותר, מתכונת הטיועון חייבת להיות מלאה יותר.<sup>335</sup> גישה הקשרית תיצוק תוכן ממשי למשתנה זה של עוצמת הפגיעה על בסיס חשיבה עקרונית ביחס למשתנה זה (להבדיל מחשיבה נקודתית המתייחסת לנסיבות המקרה בלבד), ובכלל זה היא תושפע מהשיח החוקתי, שלפיו זכויות אדם מסוימות חשובות יותר מאחרות. כך, למשל, הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד היא אולי הזכות החשובה ביותר, ואילו הזכות לחופש עיסוק חשובה אבל במידה פחותה.<sup>336</sup> משום כך, בהקשר של קיום בכבוד עוצמת הפגיעה בפרט (למשל, עקב ביטול קצבת קיום) צפויה להיות חמורה יותר (יחסית לביטול רשיון עסק, הקשור לזכות לחופש עיסוק). משתנה זה ימקם את הקשר הרווחה כזוה שבו החששות להתממשות סיכוני היריבות הם כעיקרון (או לפחות כנקודת מוצא) במינון גבוה יותר מאשר בהקשר הרישוי. הכרעה כזו תצדיק קביעת דגשים רבים יותר ביחס לזכות הטיועון בהקשר הרווחה, וגם תאפשר סטייה מאותם דגשים במקרים מעטים יותר.

ניתן להמחיש תפיסת מינונים כזו ביחס להבחנה בין הקשר הרווחה של העוני לבין ההקשר העסקי-המכרזי. הקשר הרווחה של העוני מתאפיין במפגש אינטנסיבי שבו פער הכוחות בין

332 אפיון כזה מתאים יותר כאשר מדובר בתחום שבו הרשות מטפלת באוכלוסייה הומוגנית – למשל, מצד אחד, הליכים בהקשר הרווחה של העוני או בהקשר של הגירה ופליטים, שבהם מדובר לרוב באוכלוסייה מוחלשת; ומצד אחר, הליכים בהקשר עסקי-מכרזי או בהקשר של פיקוח-אסדרה מנהלית על פעילות במגזר הפרטי, שבהם מדובר לרוב בקשר עם ציבור חזק יחסית. לעומת זאת, בתחומים שבהם הרשות מטפלת בכל שכבות האוכלוסייה (למשל, בתחום החינוך או משרד הפנים), משתנה זה קל פחות לאפיון. בתחום כזה מינוני היריבות יאופיינו על-סמך משתנים אחרים, כגון עוצמת הכוחות שבידי הרשות או חשיבותן של זכויות האדם הרלוונטיות לתחום.

333 כאן מדובר בהבדל שבין סמכות לדרוש למלא טופס ולצרף מסמכים או סמכות לזמן לריאיון לבין סמכות לשלוח חוקר שיבלוש אחרי הפרט ואולי גם יערוך חיפוש בביתו, סמכות להפעיל כוח פיזי ואף להעניש, או סמכות להטיל קנס או אף לעכב ולעצור.

334 למשל, האם מדובר במפגש קבוע ויומיומי, כמו בתחום הרווחה, או במפגש חד-פעמי? האם יש חובה שהפרט עצמו יתייצב או שמא יכול להגיע נציג מטעמו?

335 ראו, למשל, עניין הרב הראשי, לעיל ה"ש 42.

336 ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012) (על הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד) וכן בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (2002) (על הזכות לחופש עיסוק). ראו גם ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 833-835, 915-916 (2016).

הצדדים עצום, הפרט המוחלש אינו מיוצג על-פי-רוב, והוא מוכפף לשלטוניות מנהלית אינטנסיבית-יומיומית מתמשכת (לעיתים במשך שנים רבות), שיש לה השפעה מכרעת על מימוש זכותו למינימום של קיום אנושי בכבוד.<sup>337</sup> היריבות בהקשר זה אינה נקודתית. היא קשורה באופן מובהק גם לדעות הקדומות המאשימות אשר חודרות למנהל הרווחה ומשפיעות לא אחת על אופן הפעלת הסמכות המנהלית. מכלול המאפיינים הללו מזינים את המפגש המנהלי וממקמים את התחום במיקום גבוה על-פני סקלת היריבות. לעומת זאת, מינון היריבות הטבוע בהקשר המרכזי נחזה כנמוך בהרבה.<sup>338</sup> המפגש המתקיים בין הרשות (ועדת מכרזים) לבין הפרט המגיש הצעה במכרז (לרוב חברה עסקית) הוא אינטנסיבי, כוללני ומתמשך הרבה פחות;<sup>339</sup> פערי הכוחות קטנים בהרבה, ולעיתים אינם קיימים כלל;<sup>340</sup> הפרט (חברה עסקית) זוכה כמעט תמיד ביעוץ וייצוג משפטיים; ואת המפגש לא אופפת הזכות הבסיסית למינימום של קיום אנושי בכבוד, אלא הוא נסב על זכויות כלכליות, דוגמת חופש העיסוק. בהתבוננות ממעוף הציפור, התייחסות-הגומלין כולה בהקשר המרכזי אינה נחזית כשרויה בתוך עננה גדולה של חששות וסיכונים עימות כמו בהקשר הרווחה, ובדרך-כלל הסיכון מבחינת הפרט הוא יותר של עימותים נקודתיים. יריבות נקודתית כזו נוצרת בין ועדת המכרזים לבין החברה המציעה כאשר לדעת האחרונה נפל פגם בהתנהלות הוועדה – למשל, כאשר החברה המציעה לא זכתה במכרז אף שהצעתה הייתה הזולה ביותר.<sup>341</sup> לצורך הטיעון כאן נראה כי לכלי-הפחות ניתן להסכים על כך שהיריבות וסיכונה אינם בולטים בהקשר המרכזי באותו היקף כמו בהקשר הרווחה, והדבר אמור לבוא לידי ביטוי בקביעת מינונם של הדגשים ההקשריים והיקף הסטייה מהם.<sup>342</sup>

337 להרחבה ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 113-137 ו-540-547.

338 עם זאת, ברין המצוי תחום זה נתפס כיריבי בהחלט. פרופ' מדינה מסביר כי דיני המכרזים החקוקים בישראל והפיקוח השיפוטי "ההדוק למדי על אופן עריכת המכרז, מבטאים, בראש ובראשונה, חוסר אמון ברשויות השלטון עורכות המכרז", ומוסיף כי דיני המכרזים בישראל הם "ביטוי מובהק להחלטה של תאוריה של 'אור אדום'". ראו מדינה, לעיל ה"ש 159, בעמ' 366-365.

339 המצב הבסיסי הטיפוסי הוא הגשת הצעה ולאחר-מכן המתנה להחלטתה של ועדת המכרזים מיהו המציע הזוכה. בהתאם לאיסור החל על קיום משא-ומתן, נקודת המוצא היא שהוועדה לא תהיה בקשר עם אחד המציעים. ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 138, בעמ' 72-83.

340 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 277.

341 יצוין כי גם בהקשר המרכזי קיימים סיכונים רוחביים יותר, להבדיל מפגיעה נקודתית במציע מסוים. סיכון כזה קיים, למשל, כאשר המכרז מוטא או "תפור" מראש למציע מסוים. אולם הסיכון השיטתי לטיפול פוגעני יומיומי במטופלים רבים – שהוא סיכון בולט בהקשר הרווחה – רלוונטי הרבה פחות לתחום המכרזי, ולכן הקשר זה נחזה כשרוי במינון יריבות נמוך יותר.

342 מינון היריבות הנמוך יותר בהקשר המרכזי יכול להתבטא לבסוף גם באיזון בין ההגינות לבין היעילות המנהלית. אם קודם לכן, בהקשר החינוכי, ראינו העדפה של ההגינות על היעילות, בהקשר המרכזי מוצדק לעיתים להעדיף את היעילות על השוויון המנהלי בהליך, כפי שכבר נטען בספרות. ראו עומר דקל מכרזים כרך א 140 (2004).



## 2. שאלת "הפקיד הרע"

ככל שאנו מכירים בתפיסת היריבות, ובכך ששיקול-דעת רחב יכול להיות מנוצל לרעה במכוון או בחוסר תשומת-לב (טעויות), עולה השאלה אם המודל המרוכך המוצע פותר בעיה זו, שכן לכאורה "הפקיד הרע" יכול לפגוע בפרט גם תחת מודל זה. התשובה לכך כפולה. ראשית, במצב שבו יבקש "הפקיד הרע" לסטות מהדגש המגן על הפרט, הוא יתקשה לעשות זאת משום הכבלים שפורטו לעיל.<sup>343</sup> שנית, ייתכן מצב שבו הפקיד יתעקש לפעול לפי הדגש ההקשרי ויסרב לסטות ממנו, אף שבנסיבות המקרה יהיה מוצדק לעשות זאת. זהו הסיכון של פקיד אשר דבק בכללים ואינו מוכן לסטות מהם. גם התנהגות זו בעייתית, בהיותה פורמליסטית ושרירותית כלפי הפרט ונסיבותיו המיוחדות.<sup>344</sup> המודל המרוכך ייתן מענה גם למצבים כאלה. כזכור, המודל כולו יקבל פומבי בחקיקה, ולפיכך פרט שיכיר את ההסדר שפורסם יוכל לפנות אל גורם בכיר מהפקיד המטפל, או לבית-המשפט, בבקשה שבמקרה שלו תתבצע בכל-זאת סטייה מהדגש. כלומר, המודל המוסדי שהוצג, המצדד בחקיקה, חשוב גם מהיבט ביקורתי זה. אומנם, הדבר לא יפתור את הבעיה בכל המקרים, ובמיוחד במצבים שבהם הפרט מוחלש ואינו מודע לחוק. בהקשרים כאלה יהיה ראוי לעשות מאמצים להביא את ההסדר ליריעת הציבור המטופל.<sup>345</sup> יודגש: המודל המרוכך לא יפתור את כל המקרים של שימוש לרעה בכוח מנהלי, אולם כמכלול נראה שהמודל המוצע משפר את המצב המשפטי המצוי (של שיקול-דעת כדרך-המלך), שבו קל הרבה יותר ל"פקיד הרע" להתנהל באופן פוגעני.

## 3. קיומו בפועל של משפט מנהלי הקשרי ברשויות המנהל

טענה ביקורתית נוספת מעלה מחשבות כפירה ביחס לעצם הטעון ההקשרי שלפיו המשפט המנהלי כללי. לפי טענה זו, גם אם המשפט המנהלי הינו כללי באופן שבו הוא נקבע בחקיקה או בפסיקה, בפועל פקידי המנהל עצמם פועלים בהקשר תחומי מסוים, עם מאפייניו המיוחדים, ולכן בפועל הם קובעים לעצמם משפט מנהלי הקשרי ביחס לדיני ההליך. משום כך ייתכן שהבעיה האמיתית מתבטאת דווקא במקרים שמגיעים לבתי-המשפט, אשר יוצרים ומפעילים את כללי המשפט המנהלי באופן שאינו רגיש להקשר שבו הם הופעלו במקור, וזאת בניגוד לרשויות המנהל, שדווקא פועלות ברגישות ההקשרית הנדרשת. תחילה אתיחס לטיעון זה מההיבט של רשויות המנהל, ולאחר-מכן מההיבט של בתי-המשפט.

### (א) ההיבט של המנהל הציבורי

מן הראוי להבחין לעניין זה בין קביעת דין הקשרי ברשויות המנהל ברמת המקרו (רמת התקנות והנהלים) לבין קביעתו ברמת המיקרו על-ידי פקידי השטח המטפלים בפרטים

343 ראו לעיל חלק 3(ב)(3).

344 דותן, לעיל ה"ש 85, בעמ' 451.

345 השוו להצעה בספרי אתגר העוני של המשפט המנהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 648-655, לקבוע חובת הסבר קבוצתית בהקשר הרווחה של העוני, במטרה ליידע קבוצות דובר שינויי חקיקה, למשל.

המגיעים לרשות (הרמה שבה התרכזו המאמר). ביחס לרמת המקרו נערכה בדיקה של קובצי תקנות ונהלים במסגרת המחקר המוצג בספרי אתגר העוני של המשפט המנהלי.<sup>346</sup> מבדיקה זו עלה כי אי-אפשר לאתר מגמה ברורה ושיטתית של פיתוח משפט מנהלי הקשרי בתקנות ובנהלים.<sup>347</sup> לעומת זאת, ביחס לרמת המיקרו, ייתכן בהחלט שבשטח המנהלי פקיד מסוים או פקידים מספר יוצרים דין הקשרי בנסיבותיהם של מקרים נתונים ו/או קובעים לעצמם מדיניות טיפול אישית שמגלמת כללים הקשריים. זהו למעשה הטיעון המרכזי המוצג במאמר – המצב (הבעייתי מנקודת-המבט של תפיסת היריבות) שבו פקיד המנהל יוצר תוכן להלכות כלליות רוויות שיקול-דעת.

למעשה, אם המגמה של פיתוח דין הקשרי ברמת המקרו המנהלית תצבור תנופה (כלומר, תיעשה ברורה ושיטתית יותר), ובוודאי אם תימשך יציקת תוכן הקשרי ברמת המיקרו, אזי ההצדקה לפיתוח המשפט המנהלי ההקשרי בהתאם למודל המוצע תקבל משנה תוקף מנקודת-המבט של תפיסת היריבות, משום שבדיוק משיקול-דעת מנהלי זה תפיסת היריבות חוששת כל-כך. הטיעון הביקורתי הנוכחי מחזק אם כן את הטענה במאמר בדבר החשיבות של יצירת דין הקשרי באופן רשמי ומוצהר בחקיקה, לפי מינון היריבות הגלום בכל הקשר ותוך התחשבות בתפיסות הנוספות של דיני ההליך, משום שבעדר הוראות ברורות של המחוקק,<sup>348</sup> רשויות המנהל עורכות איזון זה לפי שיקול-דעתן, וזה בדיוק האיזון שנמצא בלב החשש של תפיסת היריבות, ואשר מצדיק את אימוץ המודל ההקשרי המוצג במאמר.

#### (ב) ההיבט של בתי-המשפט

החלק השני בטיעון הביקורת הנוכחי אינו תולה את בעיית כלליות הדין ברשויות המנהל, אלא דווקא בבית-המשפט, הקובע את כללי המשפט המנהלי באופן כללי מדי, כלומר, לא בצורה שרגישה להקשר התחומי הנדון.

אכן, בית-המשפט יוצר דין כללי מדי, ותובנה זו מצויה במרכז המאמר. אולם טיעון זה בדבר חוסר רגישותו של בית-המשפט אינו מדויק. ראשית, בית-המשפט מנסה לתת הכוונה וליצור רגישות אצל רשויות המנהל במסגרת פסיקתו, אשר מתווה את נוסחות איזון האינטרסים ומוסיפה הנחיות שונות לגבי הרכיבים שיש לכלול באיזון זה.<sup>349</sup> שנית, בתי-המשפט מפתחים מדי פעם דגשים שמגלמים רגישות פסיקתית להקשר, גם אם יצירה הקשרית זו מצויה עדיין בשולי המשפט המנהלי.<sup>350</sup> שלישית, בית-המשפט בוודאי רגיש

346 שם, בעמ' 331-337 ר"506-511.

347 שם, בעמ' 331 ר"511.

348 החקיקה המסמיכה את רשויות המנהל אינה עוסקת כמעט בדיני ההליך המנהלי. ראו יצחק זמיר "המשפט המנהלי של ישראל בהשוואה למשפט המנהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 115 (1994); אסף רנצ'ר שימוש חורג במקרקעין 403 (2009).

349 ראו לעיל בחלק ג' את הדיון בנוסחות האיזון הפסיקתיות.

350 ראו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 343-376. יצוין עם זאת כי גם במסגרת הפסיקה שיצרה דגשים, במקרים רבים אלה דגשים רוויי שיקול-דעת – ראו שם.

במובן זה שבהכרעותיו הוא עושה צדק אישי נסיבתי למקרה הנדון לפניו.<sup>351</sup> עם זאת, זוהי רגישות הקשרית נקודתית (להבדיל מעקרונית), ובכך אין די.

כמכלול נראה שאי-אפשר להימלט מתובנה ביקורתית זו שלפיה בית-המשפט, כיוצר המרכזי של המשפט המנהלי הכללי, מזין את המנהל הציבורי בהלכות כלליות רוויות שיקול-דעת. למעשה, דווקא משום כך מתחזק הטיעון של מחקר זה שלפיו ראוי לעגן את הרפורמה ההקשרית בחקיקה שיטתית, שכן המציאות מראה כי דין כזה אינו נוצר בפסיקה (אלא בשוליים בלבד), וגם נתקשה להשיג יסוד שיטתי כזה בפסיקה עתידית (גם אם בתי-המשפט יהיו נכונים יותר ליצור דין הקשרי).<sup>352</sup>

לסיום הדיון בביקורת שהועלתה בתת-חלק זה חשוב להזכיר שוב כי מנקודת-המבט של תפיסת היריבות, עצם החשש מניצול לרעה של הכוח המנהלי קשור למנהל הציבורי, ולא לבתי-המשפט, וכי מתוך המספר העצום של הליכים המתקיימים ברמה יומיומית ברשויות המנהל רק מיעוט קטן מגיע בפועל לביקורת שיפוטית.<sup>353</sup> המציאות המנהלית מתקיימת ברובה המוחלט במשרדי הרשויות, ולא בבית-המשפט, שאליו מגיעים רק מעטים מהתיקים הנדונים ברשויות. לכן, אפילו אם בתי-המשפט רגישים להקשריות התחומית – ולצורך העניין נניח שהם אפילו רגישים יותר מכפי שתיארתי לעיל – ברור שמנקודת-המבט של תפיסת היריבות הבעיה היא במציאות המנהלית היומיומית. מכל מקום, הנחה סבירה היא שחקיקה הקשרית שיטתית תוסיף נדבך נוסף של רגישות לפסיקה המתקבלת בבית-המשפט, ואף שהיקף הפסיקה נמוך יחסית להיקף התיקים המטופלים ברשויות, רגישות פסיקתית זו תועבר לבסוף בפסיקה עקרונית כהלכות הקשריות רגישות, ופסיקות אלה יחזקו את הפנמתו ויישמו של המשפט המנהלי ההקשרי ברשויות המנהל.

#### 4. רזולוציה שונה של קביעת ההקשרים

ביקורת נוספת עשויה להידרש לעצם החיתוך ההקשרי שהמאמר מצדד בו, שהוא חיתוך הקשרי-תחומי – למשל, תחום הרווחה או תחום החינוך. לכאורה ניתן להציע חיתוכים אחרים של "הקשר". כך, למשל, ניתן לחשוב על "הקשר" לפי פלחי אוכלוסייה, במובן זה שקיימים מינוני יריבות שונים בין פרט לרשות בהתאם להשתייכותו הקבוצתית. כך, למשל, גם בתוך הקשר הרווחה ניתן לגרוס כי יש יריבות גדולה יותר בין רשויות הרווחה לבין אזרחים ערבים עניים או מהגרים עניים מאשר בין אותן רשויות לבין יהודים עניים. משום כך ניתן לתהות אם החיתוך ההקשרי המוצע במאמר אכן מספק.

תשובתי לטענה זו היא שההתמקדות ברזולוציה המוצעת (תחומים) מניחה שצמצום שיקול-הדעת וקביעת דגשים לפי תחומים יסייעו גם לכל אותן תת-אוכלוסיות. שנית, ראוי בהחלט לבחון בכל הקשר תחומי אם לא כדאי להמשיך לפתח את המשפט המנהלי ההקשרי

351 ובהקשר זה זמיר מלמד כי בית-המשפט נוטה להעדיף את ההגינות על היעילות – זמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1017.

352 כאמור, לחקיקה יש יתרון משמעותי של שיטתיות, שחסר בפסיקה.

353 ראו Dyer, לעיל ה"ש 172, בעמ' 185; Cane, לעיל ה"ש 1, בעמ' 407 ו-421.

של התחום תוך עריכת חיתוכים נוספים.<sup>354</sup> עם זאת, חשוב להיות מודעים גם לסיכונים של פיצול-יתר, ולהיזהר מכך.<sup>355</sup>

## 5. עלויות

טענה ביקורתית נוספת קשורה לעלויות השונות שיהיו כרוכות במעבר מהמשפט המנהלי הכללי למודל ההקשרי המוצע. מדובר, לדוגמה, בעלויות הקשורות להגדרת תחומים מנהליים שונים, לעריכת מחקרים על מאפייניהם של הקשרים תחומיים שונים ולקביעת הדגשים שיחולו בהם, וכן בעלויות הקשורות לחבלי-הלידה של ההסתגלות להסדר החדש (ברשות המנהל ובקרב הציבור).

תשובתי לביקורת זו מורכבת משלושה נדבכים. ראשית, הטמעת המודל המוצע כדין מצוי אינה אמורה להיות מהלך חפז. קביעתם ומימושם בפועל של הדגשים בדיני ההליך ייעשו במהלך הדרגתי.<sup>356</sup> במובן זה, ההצעה המוצגת במאמר לצמצום שיקול-הרעת אינה הצעה של "הכל או לא-כלום",<sup>357</sup> אלא הצעה שמבקשת להניב שיפור הדרגתי במציאות המנהלית הממשית, תוך התחשבות גם בעלויות שצוינו. שנית, מאמר זה מציג הכרעה ערכית נורמטיבית עקרונית שמבכרת את תפיסת היריבות (כתפיסה הדומיננטית) על היעילות הכלכלית. במובן זה, כעניין מהותי, העלויות שהוזכרו הן עלויות שראוי להכיל, משום הסיכונים הגדולים לפרט ולזכויותיו במצב המשפטי המצוי. בהינתן העדפה נורמטיבית זו חשוב להזכיר כי "הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית".<sup>358</sup> אכן, חברה המקדשת את הזכויות לכבוד ולשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש להגשמתן של זכויות אלה.<sup>359</sup> תפיסה זו נכונה גם לזכות להליך הוגן. בעבר כבר נפסק כי שיקולי יעילות אין בהם כדי להצדיק כשלעצמם פגיעה בזכות-יסוד כזכות הטיעון,<sup>360</sup> אשר כיום כבר כלולה בזכות החוקתית לכבוד.<sup>361</sup> דברי אזהרה בנוגע לעלויות

354 השוו פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 307.

355 השוו שגב, לעיל ה"ש 265, בעמ' 145-146 ("יש להיזהר... מפני ניתוח ברמת הכללה נמוכה מדי, שעלול להוליך לייחוס חשיבות נורמטיבית לנתונים חסרי חשיבות כזו או לטשטוש הנתונים בעלי חשיבות בשל ההתייחסות לאין ספור פרטים שחלקם חסרי חשיבות").

356 ההדרגתיות תהיה בשני מובנים לפחות: תחילה יאומצו דגשים בכללים מסוימים של ההליך, ולאחר-מכן בכללים אחרים; ותחילה יפותחו דגשים בתחומים שבהם סיכוני היריבות בולטים יותר, ולאחר-מכן בתחומים אחרים. לתוכנה בדבר קידום הדרגתי של הצעות לפיתוח ולשינוי במשפט הציבורי ראו אופק-גנדלר, לעיל ה"ש 157, בעמ' 240-244; ברק-ארז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 716-718; פלג, לעיל ה"ש 149, בעמ' 123.

357 השוו ברק-ארז, לעיל ה"ש 81, בעמ' 78.

358 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 528 (1994).

359 ראו בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19, 27 (1996); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2006).

360 ראו עניין מחמוד, לעיל ה"ש 179, פס' 6-7 לפסק-דינו של השופט ברק.

361 עניין טרנר, לעיל ה"ש 102.

ולסרבול ההליך הם חשובים, אך "אין להפריז בהערכת משקלם".<sup>362</sup> שלישית, חשוב לזכור שגם למצב המשפטי המצוי – סטנדרטים רוויי שיקול-דעת – יש עלויות ניכרות, במיוחד בשלב היישום היומיומי שלהן.<sup>363</sup> ההנחה היא שחלק ניכר מעלויות אלה ייחסכו במעבר למודל החדש, בוודאי לאחר שלב ההסתגלות וההפנמה של המודל המרוכך, שבמסגרתו יופעל שיקול-דעת רק במקרים חריגים באמת.

## סיכום

במאמר זה ביקשתי להפנות את הזרקור לשיקול-דעת מנהלי שהשיח המשפטי נוטה לא להתמקד בו. זהו שיקול-הדעת הטבוע בדיני ההליך המנהלי, דוגמת זכות הטעון, חובת המהירות הראויה וחובת התשתית העובדתית.

הדיון בשיקול-דעת זה נעשה לאורה של תפיסת היריבות בין הפרט לרשות, שהיא התפיסה הרומיננטית שבבסיס המשפט המנהלי המצוי, בהשוואה לתפיסות אחרות של ההליך המנהלי ודיניו, דוגמת תפיסת היעילות, תפיסת המומחיות של הרשות ותפיסת השותפות. מפרספקטיבה זו הצבעתי על פער גדול וחוסר עקביות בין החשש העמוק מהכוח המנהלי, שמצוי בליבת תפיסת היריבות, לבין הקניית שיקול-דעת רחב למנהל לצקת תוכן נסיבתי לחובות של דיני ההליך, אשר אמורות לכבול אותו ולרסן את כוחו. הצגתי הסבר לפער המדובר מההיבט של הדין המצוי, שלפיו שיקול-הדעת שמוקנה למנהל נועד לצורך איזון אינטרסים בין תפיסת היריבות לבין אינטרסים אחרים, ובכלל זה התפיסות הנוספות של דיני ההליך. אולם טענתי כי הסבר זה אינו מספק לנוכח הדומיננטיות של תפיסת היריבות, אשר כה מסתייגת משיקול-דעת רחב זה.

בשלב זה הוספתי טעון הקשרי ביקורתי לגבי המשפט המנהלי המתרכז במצבו של המשפט המנהלי כדין כללי, וטענתי כי שיקול-הדעת בדיני ההליך נובע באופן מובהק גם מכלליותו של הדין. בהמשך לכך, מתוך מטרה לקדם התאמה ועקביות רבה יותר בין תפיסת היריבות לבין דיני ההליך, הצעתי לקדם את פיתוחו של המשפט המנהלי ההקשרי-חומי, שבו ייקבעו דגשים בחובות ההליך שמטרתם תהיה לצמצם את היקף שיקול-הדעת הקיים כיום בדינים אלה. לבסוף שרטטתי שני מודלים אפשריים לצמצום שיקול-הדעת: האחד, מודל של דגשים קשיחים נטולי שיקול-דעת אשר יבנו בהקשר נתון את חובות ההליך (כלומר, יקבעו את דמותו של הליך השימוע, את הליך גיבושה של התשתית העובדתית ו/או את זמן הפעולה לטיפול בבקשה של הפרט); והאחר, מודל מרוכך יותר, אשר מוסיף על המודל הראשון את האפשרות לסטייה מהדגש ההקשרי במקרים חריגים. גם המודל המרוכך, אף שהוא מותיר מקום להפעלת שיקול-דעת בכללי ההליך, צפוי לצמצם מאוד את היקף שיקול-הדעת שיופעל בדיני ההליך. עיקר חשיבותו של המודל המרוכך נעוצה בכך שהוא ישנה את נקודת המוצא הקיימת כיום בדין, ביוצרו מעבר מהפעלת שיקול-דעת כדרך-המלך בפעולתו של בעל הסמכות להפעלתו במצבים חריגים בלבד. מנקודת-המבט של תפיסת

362 דפנה ברק-ארוז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המנהלי" עיוני משפט כד 369, 410 (2000).

363 ראו לעיל בחלק 2 את הדיון בעלויות של סטנדרטים. ראו גם פלג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 580, על עלויותיו של המצב הנוכחי בהקשר הרווחה.

היריבות, זה הנתיב שראוי להצמיד בו את דיני ההליך המנהלי. בחלקו האחרון של המאמר הועלו טיעונים ביקורתיים אחדים ביחס להצעות שהוצגו במאמר, והוצגו הסברים המלמדים כי המודל ההקשרי המוצע מספק גם תשובות ופתרונות לטיעונים ביקורתיים אלה.