

מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי? בשולי הספר "משפט מינהלי" מאת דפנה ברק-ארז

גיא ישראל זיידמן*

- א. מבוא
- ב. מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי?
1. על ההבחנה בין משפט חוקתי למנהלי
 2. על הספר: סקירת המבנה
 3. שער ראשון – מבוא למשפט מנהלי
 4. שער שני – הסמכות המנהלית
 5. שער שלישי – ההליך המנהלי
 6. שער רביעי – שיקול הדעת המנהלי
- ג. דיון נוסף: קווים לדמותו של המשפט המנהלי
1. דבר מה נוסף
 2. השפעת ההיסטוריה
 3. על המשפט המנהלי ו"שני הכובעים" של האקדמיה
 4. מנהלי וחוקתי – ראשי פרקים ליחסי הגומלין
 5. השפעת חוקי-היסוד על המשפט המנהלי
 6. סיכום ביניים: מהי הזיקה בין התחומים?
- ד. יתרונות המשפט המנהלי, חסרונותיו – ואתגרים לעתיד לבוא
1. יתרונות המשפט המנהלי
 2. חסרונות המשפט המנהלי
- ה. מילות סיכום

צאתו לאור של ספרה המצוין של פרופ' דפנה ברק-ארז על משפט מינהלי מזמן אפשרות לערוך "חשבון נפש" אגב משבר הזהות שעובר

* פרופסור חבר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי לד"ר ריבי וייל, ד"ר אסף יעקב, ד"ר אסף מידני, ד"ר הלל סומר, פרופ' יורם שחר, לעורך הדין אייל לב-ארי, ידין עילם, אסף פורת ואלעד שרף – וכמובן לפרופ' יורם רבין, לקוראים החיצוניים ולחברי מערכת "הפרקליט" על הערותיהם המועילות לרשימה זו; כל טעות או אי דיוק המצויים ברשימה זו – הם כמובן שלי בלבד.

תחום זה. במבוא אפתח בגילוי העניין האישי הרב שאני מוצא במשפט המנהלי ובפעילותה המקצועית הענפה והחשובה של פרופ' ברק-ארז – ששיאה הנוכחי הוא בספר נשוא רשימה זו. בפרק ב' אשאל בפשטות – "מי אתה המשפט המינהלי?" ואבחן את התשובות שהוצעו לשאלה על ידי אנשי המשפט הציבורי, בייחוד פרופ' ברק-ארז; בפרק זה יוצג תוכנו המהותי של המשפט המנהלי הישראלי היום, כפי שהוא משתקף ומנותח במדויק בספר; בפרק ג' אנסה למקם את המשפט המנהלי הישראלי, ומכאן גם את הספר, בהקשרם המדויק. אתייחס למשבר הזהות של המשפט המנהלי – בייחוד אל מול עליית המשפט החוקתי מאז כינון חוקי-היסוד בראשית שנות התשעים. בפרק ד' אנסה להסביר את חשיבותו הרבה של המשפט המנהלי ואת חיוניות הוראתו בפקולטות למשפטים. בפרקים ג'-ד' ארחיב את היריעה ואדון ביחס בין משפט מנהלי לחוקתי, בהבחנה בין העיוני למעשי, בין המשפט הישראלי למשפט האנגלי ושיטות המשפט הקונטיננטאליות ובין מטרת העבר לאתגרי העתיד; בפרק ה' אסכם בקצרה את הרשימה ואדגיש את חשיבותו של הספר בכתיבה המשפטית בכלל – ובמשפט מנהלי בפרט.

א. מבוא

לאחרונה יצא לאור ספרה של פרופ' דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי**! אומר כבר בראשית הדברים: אין לי ספק שחיבור זה צפוי להיפך לעמוד התווך במחקר, בהוראה וביישום המשפט המנהלי בידי עורכי דין ובעלי דין בפני רשויות המנהל בשנים הקרובות. הופעתו של חיבור יסודי של תחום משפטי שלם, בכתיבת דָּבָר דָּבָר על-אֶפְנִי², הוא אירוע נדיר בשיטתנו המשפטית – והוא חשוב במיוחד בתחום המשפט המנהלי העובר, כפי שאסביר ברשימה, משבר זהות קשה בשנים האחרונות. אני מוצא הן עניין אישי והן אתגר מקצועי לפרסם ברבים את דבר הופעתו של הספר, להעמידו על הקשרו הדוקטרינרי, ולהבהיר את חשיבותו הרבה. לפיכך ביקשתי לי את הזכות לכתוב רשימה זו.

אפתח בפרק האישי: וידוי וגילוי נאות, אחד מכל אחד. אני רואה עצמי איש המשפט המנהלי – לא הציבורי, לא החוקתי, אלא המנהלי – והוא עיקר, ואיש משפט השוויתי – והוא משנה. המשפט המנהלי הוא התחום האקדמי המרכזי של פעילותי,

¹ דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** (2010) (להלן: "הספר").

² ובמקור: "תפוחי זהב במשפיות כסף דָּבָר דָּבָר על-אֶפְנִי" מְשֵׁלִי כה יא.

והוא מספק לי עניין אקדמי ופרקטי רב מזה רבע מאה. ראשיתו הייתה כאשר התוודעתי אל התחום בשיעוריו של מורי ורבי פרופ' ברוך ברכה באוניברסיטת תל-אביב, המשכו בשנות שירותי הצבאי בתחום הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית ומזה שנים רבות במסגרת פעילותי באקדמיה המשפטית. פרופ' דפנה ברק-ארז היא חברתי ועמיתתי למן ראשית לימודי האקדמיים, עובר בשירותנו הצבאי המשותף והמשך בפעילותנו המקבילה באקדמיה. אלא שפרופ' דפנה ברק-ארז, תלמידתו המובהקת של פרופ' ברכה, המלמדת את הקורס במשפט מנהלי מזה שני עשורים, הייתה להערכת, עד למינויה לבית המשפט העליון במאי 2012, בכירת מורי התחום בישראל, ובכתיבתה הפוריייה – ששיאה הנוכחי הוא בספר נשוא רשימה זו – היא מגלה פנים רבות ומורכבות בתחום. בדרכו של פרופ' ברכה וברוחו האמיתית של המשפט המנהלי, מבית היוצר של המשפט המקובל, שילבה פרופ' ברק-ארז בספרה מבט אנליטי ואקדמי מדויק על המשפט המנהלי בישראל ובה בעת העמידה לרשותנו מדרך מציאותי ועדכני לשימוש בכלי המרכזי של המשפט הציבורי בישראל – ומכאן ספר שמקומו חובה בספרייתו של כל סטודנט למשפטים, עורך דין, שופט ואולי אף אזרח המבקש לדעת כיצד מיושם המשפט המנהלי בישראל.

לו רק בכך היו הדברים אמורים – דיינו. אולם קיים טעם נוסף המסביר מדוע אני רואה בפרסום הספר עת חג למשפט המנהלי בישראל. במשך שנים רבות היה המשפט המנהלי אחד הענפים המובילים של המשפט הישראלי. המנגנון הייחודי של עתירה ישירה לבית המשפט העליון אפשר ביקורת שיפוטית הדוקה על פעילות הרשויות הציבוריות ופיתוח דוקטרינרי דינמי ושיטתי של המשפט המנהלי על ידי בית המשפט העליון. בשנים האחרונות הועם זוהרו של המשפט המנהלי. אני רואה שני טעמים עיקריים לדבר. טעם אחד הוא צמצום האקטיביזם השיפוטי של בג"ץ, אשר המשפט המנהלי שימש לו כלי מרכזי. כידוע, רבים בציבור סברו שפעילות בית המשפט העליון מבחינת היקף הביקורת השיפוטית על פעילות רשויות המדינה חורגת מהראוי על פי חלק מגישות התאוריה הפוליטית, תורת המשפט והמקובל בשיטות משפט זרות. ביקורת פוליטית ואקדמית נמתחה על "האקטיביזם השיפוטי" של בית המשפט העליון, ויש מי שרואים נסיגה בהיקף האקטיביזם של בית המשפט מאז שנות התשעים, ובעקבותיו, צמצום בפיתוח המשפט המנהלי. טעם נוסף, אולי משמעותי יותר, הוא שמאז חקיקת חוקי-היסוד ה"חדשים" בשנת 1992 הפכו אלו – ובעקבותיהם המשפט החוקתי – לתחומי העניין המרכזיים הן של בית המשפט העליון והן של האקדמיה המשפטית בפעילותם בתחום המשפט הציבורי. לטעמי, כך הפכו העשורים האחרונים ל"שנים האבודות" של המשפט המנהלי ולשנות הזוהר של המשפט החוקתי. ודוק: שני טעמים אלה אינם בלתי-הפיכים. מגמות בפסיקה הן בנות שינוי.

אכן, קיים קושי בהבחנה עיונית בין התחום החוקתי למנהלי. אבל אני חייב להדגיש שאני רואה את המשפט המנהלי כאחד המקצועות החשובים ביותר במשפט

– הן במחקר, הן בהוראה. לטעמי חשיבותו של התחום, ודווקא בעידן הנוכחי, היא כה רבה שהוא אינו יכול לעמוד בצילו של התחום הנחשב לעתים יוקרתי יותר של משפט חוקתי³ במיוחד הואיל והוא מעגן אף את יסודותיהם של רבים מבין תחומי המשפט הפרטי, והדברים אמורים לא רק בישראל, אלא בכלל שיטות המשפט במערב. על דברים אלו אעמוד בהמשך רשימה זו. אבל אומר כבר עתה כי אני מקווה ומאמין שספרה של פרופ' ברק-ארז משקף שלב מהותי ב"חזרה" האקדמית-דוקטרינרית והשיפוטית אל המשפט המנהלי והעמדתו ב"לב" המשפט הציבורי.

ב. מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי?

1. על ההבחנה בין משפט חוקתי למנהלי

מקובל לומר כי המשפט החוקתי והמשפט המנהלי הם שני הענפים המרכזיים המרכיבים של המשפט הציבורי,⁴ אולם הכותבים בתחום מציינים בכנות ובדין כי תיחום מדויק בין שני הענפים אינו קל, והוא פרי החלטות מדיניות וצרכים פונקציונליים. סקירת הכתיבה בתחום למן הקמת המדינה מצביעה על כך שהספרות נמנעה מלקבוע קו גבול ברור בין התחומים, אלא בחרה, לכל היותר, לפרט ולסקור מה כלול באחד ומה במשנהו.

עד ל"חוקי היסוד החדשים"⁵ נבע הדבר מן הקושי להסביר את קיומו של משפט חוקתי בהיעדר חוקה פורמלית. במהדורה הראשונה לספרו הקאנוני אמר פרופ' רובינשטיין:

"הגדרת היקפו של המשפט הקונסטיטוציוני של ארצנו אינה קלה. בהעדר חוקה פורמלית חייבים אנו לבדוק מבחינה מטריאלית איזה חלק של משפט ארצנו ייחשב כקונסטיטוציוני. מבחינה זו דומה

³ בארצות-הברית נחשב המשפט החוקתי למקצוע ההוראה והמחקר היוקרתי ביותר; ראו: Richard A. Posner *Legal Scholarship Today*, 45 STAN. L. REV. 1647, 1652 (1993) "Constitutional law remains the most prestigious field in the legal academy. It draws many of the ablest doctrinalists"; Deborah Jones Merritt, *Who Teaches Constitutional Law?*, 11 CONST. COMMENT. 145 (1994).

⁴ במובן זה שהמדינה ורשויותיה הן נשוא הדיון וצד לכל הליך משפטי המתקיים בעניינים אלה. ענף נוסף שמקובל לציין כנמנה עם המשפט הציבורי הוא דיני פלילים (אם כי מטעמים היסטוריים המשפט הפלילי נידון יחד עם ענפי המשפט הפרטי במערכת המשפט הכללית בצרפת ולא בבתי המשפט המנהליים או במועצה החוקתית).

⁵ כפי שייקראו ברשימה זו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – חוק-יסוד שכווננו לראשונה בשנת 1992.

הקונסטיטוציה הישראלית לזו הבריטית [...] אם היה צורך לתת תשובה על רגל אחת ניתן לומר כי המשפט הקונסטיטוציוני הוא השלד של בנין השיטה המשפטית במדינה, מכלול עקרונות היסוד היציבים בניגוד להסדרים החוקתיים השוטפים".⁶

במהדורה השנייה של ספרו ציין רובינשטיין כי בלי חוק-יסוד על זכויות הפרט במדינה "אין משמעות קונסטיטוציונית ממשל לזכויות הפרט", ועל הדברים חזר גם במהדורה השלישית לספרו, משנת 1980.⁷ רק במהדורה החמישית, שבאה לאחר חוקי-היסוד החדשים יכול היה לבטל את "האמירה שליוותה את כל המהדורות הקודמות, לפיה אין בישראל חוקה כתובה או הגנה חוקתית על זכויות אדם".⁸ ודוק: למן המהדורה הראשונה ועד לשישית, העדכנית ביותר (2005), אין המחברים מגדירים את המשפט החוקתי בישראל באופן ישיר (או בהתייחס למשפט המנהלי), אלא מתארים ומנתחים את התחומים שעליו הוא משתרע לשיטתם: מסמכי היסוד של המשטר הישראלי (הכרזת העצמאות וחוקי-היסוד) עקרונות יסוד מהותיים (כגון הפרדת רשויות, ביקורת שיפוטית, ושלטון החוק), מוסדות השלטון (כנסת, ממשלה, נשיא המדינה) וכן דיון מפורט בזכויות היסוד של האדם בישראל.⁹ כפי שנראה בהמשך, מקצת הנושאים – בייחוד בהיבט היישומי של הוצאתם מן הכוח אל הפועל – הם תחומים הנתפסים גם כחלק מן המשפטי המנהלי.

ובמה עוסק המשפט המנהלי? העיון בספרות מראה אמנם התפתחות בתוכן המיוחס לענף זה לאורך השנים, אולם הגדרת התחום תיאורית ופונקציונלית ולא תיאורטית וכוללנית, ואין בה נגיעה במישרין למשפט החוקתי. מוריה המובילים של הפקולטה הראשונה ללימודי משפטים בישראל, האוניברסיטה העברית, נקטו גישה פונקציונלית-דווקנית. פרופ' קלינגהופר פתח בהגדרת המנהל הציבורי ככלל האורגנים שאינם האורגן המחוקק או אורגנים שיפוטיים, ואת המשפט המנהלי – כמתייחס לכלל האקטים – הן המנהליים, הן החקיקתיים והן השיפוטיים – שניתנו על ידי אורגן מנהלי.¹⁰ פרופ' זמיר, בהרצאותיו

⁶ אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** 1 (מהדורה ראשונה, 1969).

⁷ אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** הקדמה (מהדורה שלישית, 1980).

⁸ אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך א 15 (מהדורה חמישית, 1996).

⁹ אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א 15 (מהדורה שלישית, 2005).

¹⁰ ראו: יצחק הנס קלינגהופר **משפט מנהלי** 1–11 (ברוך אברהמי עורך, 1970). דברים דומים ניתן למצוא בהרצאותיו של שמעון שטרית **דיני מינהל ציבורי (א)** (משה גל ויצחק כהן עורכים, 1977).

המוקדמות, הגדיר את המשפט המנהלי כ"משפט העוסק במינהל הציבורי" ונושאו העיקריים הם מבנה המנהל הציבורי וסמכויותיו, דרכי הדיון המנהלי והפיקוח המשפטי על המינהל הציבורי.¹¹ בשתי המהדורות של ספרו החשוב על הסמכות המנהלית שיצאו בשנים 1996 ו-2010 בחר פרופ' זמיר שלא להגדיר את תחום המשפט המנהלי במדויק. בהקדמה למהדורה הראשונה הבהיר ש"ספר זה מבקש להציג את הסמכות המינהלית באופן שיטתי ורחב".¹² זמיר בחר שלא לסקור את כל המשפט המנהלי ובייחוד את תחום הביקורת השיפוטית, אלא להתמקד במישור הסמכות. עם זאת, פרופ' זמיר הרחיב את הדיון בשני אופנים: האחד, בקיימו דיון נרחב על ההליך המנהלי; השני, בפרק מבוא נרחב על עקרונות יסוד כמו זהות המדינה כיהודית ודמוקרטית, שלטון החוק והפרדת רשויות, שיש מי שיראה בהם נושאים חוקתיים מובהקים, פחות מכך מנהליים. דברים דומים ניתן לומר גם על המהדורה הנוכחית של ספרו החשוב.

אף פרופ' ברכה מצייין בספרו כי "בענייננו [...] נחפש לשוא הגדרה אנליטית-יורספרודנטלית שתתחום במדויק את היקפו של המקצוע".¹³ מסקנתו היא שהמשפט המנהלי הוא המשפט החל על המנהל הציבורי, מגדיר את סמכויותיו, את דרכי הפעלתן ואת אמצעי הפיקוח למניעת ניצולן לרעה – אבל לא את מבנה המנהל הציבורי ואת ההיררכיה הפנימית בו. לאלו הוא מוסיף את פעילותה של הרשות המנהלית במשפט הפרטי.¹⁴ ברכה מודה כי "חלוקה זו מבוססת במידה רבה על שיקולי נוחות, ומגמתה לאפשר סקירה שיטתית של הלכות המשפט המינהלי".¹⁵ כיצד מתמודדת פרופ' ברק-ארז עם השאלה? באה העת לסקור את עמדתה בנושא זה, ומשם והלאה בפרק זה – את ספרה החשוב בכללותו.

2. על הספר: סקירת המבנה

כרך א' של הספר פותח בשער מבוא חשוב ומפורט הבוחן את שאלות היסוד: מהם מקורותיו של המשפט המינהלי בישראל? ומהי מהותו: מהן תכליותיו ומהם כיווני

¹¹ ראו: יצחק זמיר **משפט מינהלי רשימות לפי הרצאות** כרך ראשון (מ' טל עורך, 1977) ובדומה יצחק זמיר **משפט מינהלי: ערך לפי הרצאות שניתנו בשנת תשכ"א** כרך ראשון (יוסף שפטלוביץ עורך, 1964).

¹² יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א' 27 (מהדורה ראשונה, 1996); המבוא הודפס גם במהדורה השנייה – יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א' 23 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010). ראו גם: יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" **משפט וממשל** א' 81 (1992).

¹³ אך "הודאה זו אינה צריכה לרפות את ידיו של החוקר". מתוך: ברוך ברכה **משפט מינהלי** כרך ראשון 9 (1986).

¹⁴ שם, בעמ' 10–11.

¹⁵ שם, בעמ' 12.

התפתחותו. שאלות אלה הן נשוא רשימה זו – כאשר פרק זה מציג את תשובותיה של פרופ' ברק-ארז, כעולה מספרה, ואילו פרקי ההמשך מרחיבים בהן מעט. שני הכרכים האחרים מוקדשים בצורה ברורה ומסודרת לארבעה נושאים: הסמכות; ההליך המינהלי; שיקול הדעת המהותי; ותוצאות הפגם המינהלי. שיטת ניתוח זו תואמת את המבנה הלוגי-השיטתי לניתוח המשפט המנהלי ולחשיבה עליו – אבל זוהי גם הדרך הטובה, להבנתי, להוראת המקצוע. הדיון פותח בשאלה היסודית – האם לרשות יש סמכות לפעול? אם התשובה חיובית, אנו עוברים לשאלה המעשית – כיצד על הרשות להפעיל את שיקול דעתה – מבחינת סדרי הדין, קרי הפרוצדורה המנהלית? כיצד עליה לאסוף מידע? את מי עליה לשמוע, ומתי? לאחר מכן אנו עוברים לשאלה המהותית – האם הרשות, בעת שקיבלה את החלטתה הסופית בסיום ההליך המנהלי, הפעילה את שיקול דעתה המהותי כדין? האם פעולתה סבירה? מידתית או שרירותית חלילה? מכאן אנו מגיעים, דרך ההיגיון והסדר הטבעי לשאלה המשלימה: נפל חלילה פגם מנהלי בפעילות הרשות כפי שתוארה בשלבים הקודמים, מהי התוצאה הצפויה של הפגם המנהלי. פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין "בטלות יחסית" הרחיבה את טווח התוצאות האפשריות לשאלה זו מ"בטל" או "קיים" והוסיפה סימן שאלה מרתק ורב-אפשרויות, היכול לפתור מקרים קשים, שבהם נדרשת גמישות מעבר לטווח הבינרי הקלאסי. וראוי לציין: מבנה הגיוני זה מקל את המחקר ההשוואתי עם המשפט המנהלי במערכות משפט זרות – כאשר ניתן לאתר בנקל יחסית דיון בסוגיות משפטיות מקבילות.¹⁶ אם כי בהקשר זה אציין כי להערכתו הדמיון עם המשפט האנגלי נותר מובהק מאוד, ושיטה זו נותרת הרלוונטית והנגישה ביותר למשפטן הישראלי.¹⁷

¹⁶ ראו לעניין המשפט המנהלי הגרמני, הצרפתי והאיטלקי, בהתאמה את יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" **משפט וממשל** ב 109 (1994). וכן ראו: MAHENDRA P. SINGH, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW PERSPECTIVE (2nd ed. 2001); L. NEVILLE BROWN, JOHN S. BELL FRENCH ADMINISTRATIVE LAW (5th ed. 1998); JÜRGEN SCHWARZE EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW (Revised 1st ed. 2006). מבלי להיכנס לפירוט רב אציין כי המשפט המנהלי הפדרלי האמריקני התפתח סביב חוק פדרלי ייחודי וקשה בהרבה לזהות ולהפיק ממנו הלכות מקבילות למשפט הישראלי.

¹⁷ עיון בכל ספר על משפט מנהלי אנגלי יבהיר את הדברים: יש שם תיאור של סוגי הרשויות המנהליות וסמכויותיהן, דיון בבתי הדין המנהליים; פרק הביקורת השיפוטית עוסק ב-Natural justice – כלומר: Bias and Independence ו-Hearings; ישנו פרק על סמכות, חריגה מסמכות וטעות משפטית גרידא; פרק על אופן הפעלת שיקול הדעת – כולל דיון בהאצלה, סטייה מהנחיות פנימיות, חריגה מסמכות – לרבות סבירות; וכן יש פרק ארוך בנושא מגבלות הפיקוח השיפוטי – שמציג את שתי העילות החזקות ביותר: unreasonableness ו-proportionality. מובן שיש הבדלים בין שיטות המשפט הישראלית והאנגלית, לא מעט בשל הכפתו האחרון למשפט הקהילה האירופית, ועדיין, לטעמי, הדמיון בולט מאוד. ראו: PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW (6th ed. 2008).

אין לי אלא לקוות שכלל הקוראים יזכו, בצירוף שני הכרכים של הספר לספרייתם, לשנים ארוכות של לימוד, עיון ויישום של המשפט המנהלי. זאת ועוד, הספר מסתיים בהבטחה המשמחת לכרך המשך ובו דיון בשני נושאים שבהם משיק המשפט המנהלי לענפים נוספים: האחד, הזיקות בין משפט מנהלי למשפט פרטי (נושא שעליו ארחיב מעט בהמשך רשימה זו), והאחר, דיון מפורט בזיקות הדיניות של המשפט המנהלי, שעיקרן הביקורת השיפוטית העומדת לשם מימוש ויישום המשפט המנהלי.

נעבור עתה לפירוט פרקיו המהותיים של הספר, ולדיון בהם.

3. שער ראשון – מבוא למשפט מינהלי

בחלק נרחב זה מתמודדת פרופ' ברק-ארז עם בעיית היסוד של המשפט המנהלי: הקושי להגדיר ולתחם אותו. כמו המדינה המודרנית, גם המשפט המנהלי המלווה ומסדיר אותה, אינו פרי עבודת תכנון מסודרת, אלא מעשה טלאים של פתרונות מעשיים לבעיות כלכליות ומדיניות שהתעוררו מאז שלהי המאה התשע-עשרה. במהלך זמן זה היו תקופות של הלאמה והפרטה; של הרחבת המטלות המוטלות על המדינה והגדלת מספר עובדיהן ותקציבן – ושל קיצוצים נרחבים ברשויות אלה. התוצאה היא שנוצר מגוון גדול של גופים שלהם הוענקו סמכויות או מימון ציבוריים, והדבר חייב פיקוח ציבורי וביקורת שיפוטית על דרך התנהגותם. האתגר המרכזי של חלק זה הוא הכנסת כל אותם גופים תחת "המטרייה הגדולה" של המשפט המנהלי. הכותבת מציינת כי ספרה מבקש "להקיף את תחום המשפט המינהלי על יסוד הגדרה רחבה במיוחד של תחומי תחולתו"¹⁸. פרופ' ברק-ארז שואפת הן לתאר את המגוון העצום של הגופים, שעליהם חל המשפט המנהלי – כולו או חלקו – והן להתוות את עקרונות היסוד התאורטיים, שהם "המכנה המשותף" של המשפט המינהלי.¹⁹ אומרת – ועושה:

בפרק 1 מפלחת פרופ' ברק-ארז את התחום בצורה בהירה ומדויקת בדונה בשלוש סוגיות יסוד: תחילה היא מסבירה על אילו גופים חל המשפט המנהלי ובקשר לאילו מפעילויותיהם; לאחר מכן היא דנה בהצדקה הרעיונית למשפט המנהלי הן מבחינת המדיניות הציבורית – כדרך מרכזית לקדם החלטות לטובת הציבור במדינה דמוקרטית – והן מטעמים כלכליים, כאשר רגולציה נדרשת לשם תיקון כשלי שוק.²⁰ לבסוף היא דנה בכנות בביקורת על המשפט המנהלי: טענות בדבר הסדרת יתר לא

18 ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 7-8.

19 שם, בעמ' 1, עמ' 11 ואילך.

20 שם, בעמ' 16-17, 21-48. השווה: איל בנבנישתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והכרכים השיפוטיות לצמצומה" עיוני משפט לב 277 (2010).

יעילה ופטרנליסטית העלולה לפגוע בזכויות האזרח; החשש מפני השפעת יתר של קבוצות אינטרס והיעדר שקיפות בפעולה הרשות. היא סוקרת את הפתרונות העיקריים המוצעים על מנת לפתור ולסתור בעיות וחששות אלו.²¹ היא מסיימת את הפרק באתגרים העיקריים שמולם ניצב המשפט המנהלי – ההפרטה והרגולציה.²² בפרק 2 עוסקת פרופ' ברק-ארז בקצרה, ושוב כדרכה, באופן קלידוסקופי, בנושא מקורות המשפט המנהלי בישראל. היא מחברת פה דיון בין המורשת האנגלית-המנדטורית ובין המורשת הישראלית – בפסיקה, בחקיקה הראשית ובחקיקת היסוד; ובין המשפט המנהלי הישראלי הפורמלי לבין השפעות החוץ – הן אלו של המשפט ההשוואתי והבין-לאומי והן אלו של השפעות חברתיות ותרבותיות. זאת, שכן בסופו של דבר, אף המשפטני המובהקת ביותר ערה לכך כי "כמו כל ענף משפטי אחר, גם המשפט המינהלי אינו משקף תמיד את דפוסי הפעולה הממשיים של הרשויות. זהו הפער המוכר בין המשפט שבספר לבין המשפט שבפעולה".²³

4. שער שני – הסמכות המנהלית

השאלה המרכזית העולה בכל מקרה שבו הרשות המנהלית מבקשת לפעול – כלומר להפעיל סמכות חוקית שהופקדה בידיה בחוק – הוא אם אכן היא פועלת בגדר סמכותה?

כעניין מקדמי בוחנת פרופ' ברק-ארז בפרק 3 את סוגי הסמכויות של המנהל. בניגוד לכותבים רבים, המעדיפים למנות את סוגי הסמכויות או לקטלג אותן על פי מהותן,²⁴ הולכת המחברת בדרכו של פרופ' ברכה, ומסווגת את סמכויות המנהל כתמונת ראי של סמכויות שלוש הרשויות החוקתיות העיקריות – ביצוע, חקיקה

²¹ ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 28-54.

²² שם, בעמ' 55 ואילך; עם נושאים אלה אסיים אף אני רשימה זו – ראו להלן טקסט נלווה להערות שוליים 204 וכן בעמ' 208-213.

²³ שם, בעמ' 79; אריאל בנדור "משפט מינהלי מול המציאות" **מחקרי משפט** טו 365, 369 (1999); עוד בנושא זה ראו הטקסט המלווה את ה"ש 206-207.

²⁴ כך למשל פרופ' קלינגהופר הבחין בין אקטים מנהליים כלליים ואינדיבידואליים; אקטים קונסטטוטטיביים, ודקלרטיביים; אקטים מיניסטריאליים ושל שיקול דעת וכך הלאה. יצחק הנס קלינגהופר **משפט מינהלי** 82 (1957); פרופ' זמיר, תלמידו המובהק, מבצע חלוקה לפי תוכן הסמכות כשהוא מבחין בין סמכויות מיטיבות (כמו מתן גמלה) וסמכויות פוגעות (כמו הפקעה), וכך הלאה (זמיר **הסמכות המינהלית**, לעיל ה"ש 12, כרך א, בעמ' 164). בדומה, השופט מ' חשין, פסק כי "מעשי השלטון נחלקים לשלושה: אחד, תחום הכפייה (כהפקעה); שניים, תחום הרישוי; ושלושה תחום הרשות (התחום הפקולטיבי), שבו עושה הממשלה על פי מדיניותה מעת לעת (כגון הקצבת כספים למטרות שונות על פי חוק התקציב, ובאין חוק מנחה או מחייב). בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485, 511 (1993).

ושפיטה.²⁵ זהו הסיווג המועיל ביותר מכמה טעמים: ראשית, הוא פשוט, קצר ובהיר, ומשקף קטגוריות מוכרות היטב. שנית, הוא משקף משפטית את פעילות המעשית של רשויות המנהל, אשר במהלך המאה העשרים לקחו על עצמן את מרב פעילות החקיקה, השפיטה וכמובן הביצוע משלוש הרשויות המרכזיות, הקלאסיות. לבסוף, אמנם ההבחנה אינה קלה ליישום,²⁶ אולם יש לה נפקויות מעשיות עשירות ורלוונטיות, ולכן היא החלופה המועדפת בנושא זה.

מכאן לעיקרון המרכזי בנושא סמכות הרשות המנהלית, המוצג בפרק 4 בספר: השאלה הראשונה בנוגע לפעולת רשות היא "האם היא פועלת בגדר סמכותה". זה הוא עקרון חוקיות המנהל, שעל פיו בהיעדר סמכות – אסור לרשות לפעול.²⁷ הרשות המנהלית היא אישיות משפטית יציר הדין, שאין לה אלא הסמכויות שהוענקו לה בדין – וזאת "בניגוד לאדם טבעי, אשר ראוי לעשות כל מה שלא נאסר עליו [...] מנועה הרשות המינהלית מפעולות שלא הוסמכה לעשותן בחוק או מכוחו".²⁸ באופן מטפורי ניתן לומר כי הסמכות – עבור רשות המנהלית – היא כמו זרם חשמל למכונה. על כן הכלל אמור להיות פשוט ונעדר חריגים: אם אין סמכות – כלומר זרם חשמלי, אין פעילות של הרשות. אבל "סמכות" היא תפיסה משפטית, פרי ניתוח ופרשנות – לא מושג פיזי. בניגוד למכונת כביסה – אנשי הרשות המנהלית יכולים, הלכה למעשה, לפעול באופן שעשוי להתברר ככזה שחורג מהסמכות שהוקנתה להם בדין.²⁹ אם מובאת פעולה כזו לביקורת שיפוטית,³⁰ נמצא בית המשפט במצב לא פשוט: "באופן עקרוני, הנפקות המעשית של החובה לפעול במסגרת הסמכות היא שפעולה ללא סמכות הינה נעדרת תוקף, ועל כן בטלה".³¹ לכאורה, אין לבית המשפט שיקול דעת זולת הכרזה על הפעולה – וכל פעולה משפטית שנשענה על תקפותה – כבטלה מעיקרה, אפילו אם משמעות הדבר היא שעיר שלמה בישראל, שקמה על גבעה פיזית, קיימת רק באוויר המשפטי.³²

25 ראו: ברכה, לעיל ה"ש 13, כרך א, בעמ' 53 ואילך, וברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 83 ואילך.

26 ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 86–95.

27 שם, בעמ' 97–119.

28 שם, בעמ' 97.

29 וראו ברוח זו את דבר השופט ברק (כתוארו דאז) בע"פ 765/80 'ש' שפירא ושות' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 362 (1982).

30 ודוק: בהחלט ייתכן שפעולות רבות מבין המספר העצום של פעולות הרשות מדי יום מצויות בחריגה פורמלית מסמכות – ואולי בלי ידיעת הפועלים. מבחינה משפטית, חזקת כשרות פעולת הרשות היא זו המאפשרת לנו להניח שכל פעולות הרשות בוצעו כדין, אלא אם כן הוכח אחרת ברחל בתך הקטנה.

31 ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 119.

32 ראו בעניין זה: בג"ץ 2683/92 מכבים – ישוב קהילתי במודיעים נ' הועדה לבנייה למגורים, פ"ד מח(1) 535 (1994).

עקרון חוקיות המנהל נותר רעיונית ללא הגבלה, אבל לא כך מימושו, וזאת על בסיס כמה דרכי פעולה: קטגוריה אחת היא של מקרים קשים במיוחד שבהם בית המשפט אינו מוכן לתת ידו לתוצאה הקשה העולה מיישומו של עקרון חוקיות המנהל.³³ פרופ' ברק-ארז מצביעה על אפשרויות פרשניות נוספות המאפשרות פעולה "בשוליים" האפורים של עקרון חוקיות המינהל – כגון מתן אפשרות לממשלה לפעול בתחומים נרחבים מכוח סמכותה השיורית.³⁴ דרכים נוספות לפרש את סמכות הרשות על דרך ההרחבה כוללות את סמכויות העזר,³⁵ או החלה של השתק נגד הרשות (בייחוד בפעולות שבוצעו בחריגה מסמכות אך מיטיבות עם הפרט).³⁶ הפתרון המשמעותי ביותר שפיתח בית המשפט העליון הוא עקרון הבטלות היחסית. יישומו – בהתאם לחומרת הפגם ותוצאותיו – הביא לכך ש"עמדתו העדכנית של בית המשפט העליון [...] היא שפעולה בניגוד לכללי המשפט המינהלי, ובכלל זה עיקרון "חוקיות המנהל", אינה חסרת תוקף בהכרח [...] לכן למרות שפעולה ללא סמכות היא אסורה מלכתחילה, עשוי בית המשפט בדיעבד שלא לפסול אותה" (ההדגשה שלי – ג.ז.).³⁷ הדיון הביקורתי המלא על עיקרון זה מצוי בפרק 22, המסיים את החיבור. על עמדתה הביקורתית של המחברת בעניין הבטלות היחסית וחשיבותה אדון בהמשך.

לאחר שנמצא שהדין אכן העניק סמכות לרשות מנהלית, מתעוררות שאלות משלימות העוסקות באופן מימוש "פיקדון" זה שהוענק לרשות, והן נידונות בהמשך שער זה. פרק 5 – "עצמאות שיקול הדעת" עוסק באופן חלוקת הסמכויות בתוך הרשות המוסמכת: זיהוי בעלי התפקידים הרשאים להפעיל את הסמכות, ההגנה על עצמאות שיקול דעתם באמצעות האיסור לתת הוראות לרשות מוסמכת,³⁸ והאפשרות החוקית לאצילת פיקדון זה של סמכויות, העברתו ונטילתו.³⁹ פרק 6 עוסק באופן הפעלת "הפיקדון": ראשית, בחובה הנלווית להענקת הסמכות – "חובה מתמדת ומתמשכת לשקול את הצורך בהפעלתה";⁴⁰ שנית, בהבחנה המורכבת בין סמכויות

³³ הדוגמה הקלאסית היא פסק דינו של בית המשפט בע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965); לניתוח מקרה זה ולדוגמאות נדירות נוספות ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 126–130.

³⁴ על פי ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה; ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 130–143; הציטוט – מעמ' 139.

³⁵ לפי ס' 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, שאליו ניתן להוסיף את פרק ג – פירוש הסמכות בכללותו; ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 145–152.

³⁶ לדיון ביתר פירוט ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 153–158.

³⁷ שם, בעמ' 144.

³⁸ שם, בעמ' 161–173.

³⁹ שם, בעמ' 173–192 (אצילה); 193–195 (העברה); 195–200 (נטילה).

⁴⁰ שם, בעמ' 201–216.

רשות לסמכויות חובה;⁴¹ שלישית, בנושא סמכות הרשות לקבוע הנחיות פנימיות שעל פיהן תנהג וחובתה לפרסמן. קביעת הנחיות פנימיות מצויה במתח טבוע עם חובתה של הרשות להפעיל שיקול דעת – ועדיין, לא זו בלבד שפרקטיקה זו נחשבת ראויה, אלא שברגיל חובה על הרשות לפעול על פי הנחיותיה ולא לסטות מהן ללא טעם מיוחד.⁴²

5. שער שלישי – ההליך המנהלי

סדר הניתוח הלוגי מצביע על כך שלאחר שמצאנו כי רשות מנהלית פלונית, המבקשת לבצע פעולה, אכן מוסמכת לכך, נבחן בפירוט כיצד היא פועלת הלכה למעשה. בעניין זה דן השער השלישי, המציג בפירוט את הדוקטרינות של המשפט המנהלי הדנות בהליך המנהלי ומחייבות את הרשות המנהלית בפעולתה. כפי שמציינת פרופ' ברק-ארז, ההקפדה היא על קיום הליך מנהלי נאות – כאשר "תקינות ההליך היא תנאי תוקפה של ההחלטה הנובעת ממנו".⁴³ המשפט המנהלי אינו, כמובן, הענף המשפטי היחיד הרואה חשיבות רבה בהקפדה על הכללים הפרוצדורליים, אבל חשוב לציין כי "המשפט המינהלי מתאפיין בכך שהכללים הפרוצדורליים הם מרכיב חשוב שלו".⁴⁴

לטעמי, במסורת המשפט המקובל יש לומר כי הקיום הקפדני של הפרוצדורה המנהלית הוא בלבו של המשפט המנהלי, חלק מרכזי מבסיס הלגיטימיות של המדינה המנהלית. בלב המשפט המנהלי נמצאים כמה קונפליקטים מרכזיים, כולם באים לידי ביטוי באופן המובהק ביותר בנושא ההליך המנהלי, ומרביתם תומכים בהקפדה על קיומו הנאות:

ברמה הקונקרטית אציין את המתח המובנה בין השאיפה שרשות מנהלית תפעל באופן יעיל וחסכוני ובין רצוננו כי הרשות תשמע את רצונו של כל פרט ופרט ותביאו בחשבון; זהו המתח בין רצוננו שהרשות תפעל בהגינות, בנימוס ובכבוד הראוי כלפי כל פרט לבין שאיפתנו שהרשות תפעל במקצועיות, תפתח מדיניות אחידה, ודאית וברורה ותימנע, בשם השוויון, מלסטות ממנה למעט במקרים חריגים; ברמה מופשטת יותר אציין את רצוננו שהרשות תפתח כלים לפעולה באופן מקצועי, יעיל, שיטתי והוגן – דבר שתומך בפיתוח פרוצדורה הולמת אבל גם בצמצום הביקורת הציבורית לסוגיה, המכבידה על פעילותה השוטפת של הרשות. אציין את המתח בין רצוננו זה

41 שם, בעמ' 216–227.

42 שם, בעמ' 227–258 ובמיוחד בעמ' 227–228, 231, 248–249.

43 כאשר אי-תקינות ההליך המנהלי עשוי לגרום לפסילת ההחלטה – "גם אם הרשות היתה מוסמכת לקבל את ההחלטה ואף הפעילה שיקול דעת ראוי". שם, בעמ' 261.

44 שם, בעמ' 258–262 וה"ש 3.

לבין הבנתנו כי הביקורת, לרבות שיתוף הציבור בהליכים המנהליים,⁴⁵ שקיפות פעילותה וקיום ביקורת – של העיתונות, הכנסת, מבקר המדינה ובתי המשפט – הם כלים מרכזיים בגיבוש הלגיטימיות הדמוקרטית לפעולתה של הרשות; הם אלו המשכנעים את הציבור כי הרשות המנהלית אמינה, הוגנת, שוויונית ומקצועית וכי באותם מקרים שבהם הרשות לא תפעל בצורה נאותה – יבואו דברים לידי תיקונם. דברים אלו הופכים את ההליך המנהלי – השלב הנרחב בפעילות הרשות המוביל לגיבוש החלטה סופית – לזירת ההתגוששות הרחבה ביותר, רעיונית ומעשית, במשפט המנהלי.

הרצון לקיים הליכים מנהליים מקצועיים והגונים ברשות המנהלית – ופרופ' ברק-ארז מדגישה כי "הכללים המחייבים את הרשות בהליך המינהלי הם הביטוי המעשי של חובת ההגינות הכללית המוטלת עליה"⁴⁶ – הוביל לפיתוחם של כללים מגוונים לפרוצדורה המנהלית (גם אם אלו כללים מכבידים הרבה פחות מאלו המוטלים, למשל, על הרשות השופטת בהליכה הפורמליים)⁴⁷ ולקיום ביקורת על יישומם. בראייה רחבה ניתן לומר שכללי הפרוצדורה המנהלית המוטלים על הרשות והנגזרים מחובת ההגינות הכללית הנדרשת ממשרת הציבור, נמצאים במנעד שבין כללים מקצועיים פנימיים, העוסקים בדרך הפעלת הסמכות בידי הרשות בתוכה פנימה ובלא צורך בפנייה חיצונית כלשהי; עובר בכללי שיתוף פעולה בין רשויות וסיים בכללים העוסקים ביחסי הגומלין הישירים בין הרשות לבין האזרח. על קו רחב זה נמצא ניתוח מקיף ועמוק בפרקים 8 ועד 16, המשלימים את כרך א' של הספר. בפרק 8 – "שיתוף בהליך" – משלבת המחברת באופן חדשני את שלל "המצבים שבהם רשות מוסמכת פועלת בשיתוף עם אחרים – גוף מינהלי אחר או גורם פרטי – בהליך קבלת ההחלטה".⁴⁸ בפרק זה מנתחת פרופ' ברק-ארז מגוון רחב של פעילויות

⁴⁵ לדיון חשוב בנושא ראו: איל בנבנשתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" ספר יצחק זמיר 119 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005). וכן ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 289 ואילך.

⁴⁶ פרופ' ברק-ארז מקדישה חלק נרחב מפרק 7 – "ההליך המינהלי: עקרונות יסוד וחובת ההגינות", לאופן שבו התפתחה עמדת המשפט המנהלי ביחס לחובת ההגינות של הרשות כלפי הפרט – ושמא גם חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות, כעולה מבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998); ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך בעמ' 265–266, ציטוט: בעמ' 276–287.

⁴⁷ ראו, בין היתר, ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 445: "על רקע אי-תחולתם של דיני הראיות הרגילים על קבלת החלטות מינהליות, התפתחו מעין 'דיני ראיות מינהליים' שעניינם הכללים המחייבים את הרשויות באשר לתשתית העובדתית להחלטותיהן. כללים אלה ידועים גם כ'מבחן הראיה המינהלית'"; 518–519 (בזכות הטיעון – "מתכונת הטיעון צריכה להיות הוגנת, אך דרישת ההגינות אינה מזוהה עם הנורמות המקובלות בהליכים שיפוטניים") וכן ראו ס' 20–21 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992.

⁴⁸ ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 289.

של הרשות – מקצתן על פי בחירת הרשות, מקצתן מכוח חובה חוקית או מכוח פרשנותו של בית המשפט העליון.⁴⁹ מתכונת השיתוף השכיחה ביותר בחוק ובפרקטיקה של רשויות המנהל היא ההיוועצות. נוספות לה החובה המוטלת על הרשות לעתים בחוק לקבל את אישורו או הסמכתו של גורם נוסף.⁵⁰

פרקים 9–11 ממשיכים לעסוק במצבים שבהם הרשות פועלת מול גורמים חיצוניים לה. בפרק 9 נידונה שאלת "חובות הפרסום של החלטות" כלומר הבאתן לידיעת הכלל בידי הרשות. הפרק בוחן את הנסיבות שבהן מוטל על הרשות המנהלית לפרסם את החלטותיה, ואת האופן שבו עליה לעשות כן. חשיבות הפרסום רבה: הוא מיישם את עקרון השקיפות, מאפשר לפרטים להכווין את התנהגותם ומגביר את הוודאות המשפטית.⁵¹ הדין הישראלי מחייב פרסום חקיקת משנה, ובאופן מסורתי אי-פרסום תקנות בעלות פועל תחקיתי הביא לפסלותן מעיקרא,⁵² אולם עדיין אין מדובר בחובה כללית על החלטות הרשות שאינן תקנות.⁵³ בפרק 10 נידונה סוגיית "תחילת התוקף של החלטות" – כלומר האפשרות להחלה נושאת פני עבר של החלטות מנהליות. המשפט הישראלי אינו נלהב מהחלה רטרואקטיבית של החלטות, באשר "תחולה כלפי עתיד היא צודקת יותר. היא מגינה על הסתמכויות סבירות על המצב המשפטי הקיים [ו-] תורמת לתחושת הוודאות".⁵⁴ אולם המשפט הישראלי איננו מטיל איסור מוחלט לעשות כן.⁵⁵ הדיון בפרק זה מנסה להבהיר מתי מתן תוקף רטרואקטיבי מוצדק ולגיטימי, חרף תחושת האי-נוחות הברורה שהדבר גורם. פרופ' ברק-ארז דנה במפורט בסוגיה מורכבת זו ומסבירה את הנסיבות ואת הטכניקות המשפטיות ליישומה. הרצף נמשך לטעמי בפרק 11 "תיקון וביטול" שבו מבקשת הרשות לעשות סדרת פעולות חד-צדדית לאחר שהתקבלה החלטה מנהלית בעניין פלוני: לשנות את החלטתה, לתקנה או לבטלה.⁵⁶ פה ניתן ביטוי בולט למתח בין שני אינטרסים ציבוריים – זה של יעילות המנהל, המחייב בחינה חוזרת של החלטות המנהל ותיקון טעויות ונזקים, וזה של ודאות משפטית, הכולל הכנה על הסתמכות

49 שם, בעמ' 295 ואילך.

50 שם, בעמ' 301–319 (היוועצות); 319–326 (אישור או הסכמה להחלטה).

51 שם, בעמ' 327.

52 שם, בעמ' 329–344; כיום, לאור תורת הבטלות היחסית ההלכה שונה. ראו גם בעמ' 343.

53 שם, בעמ' 344–348.

54 שם, בעמ' 349.

55 בעניין זה אציע עיונכם במאמר: יניב רוזנאי "רטרואקטיביות – יותר מאשר 'דק עניין של זמן!' מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" **משפט ועסקים** ט 395 (2008). ובהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 60.022 – "חקיקה רטרואקטיבית". הנחיות הסטוריות של היועץ המשפטי לממשלה (2003) www.justice.gov.il/MOJHeb/YoezMespati/Hanchayot (17.01.2012). History. (נבדק לאחרונה ב-17.01.2012).

56 ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 371.

סבירה של הפרט המושפע מן ההחלטה.⁵⁷ הדיון בסוגיות אלה הוא מן המורכבים בכלל המשפט המנהלי. הסוגיות מעלות טווח נרחב של שיקולים ואפשרויות – ואלו נידונים בצורה מעמיקה, קריאה, בהירה ומסודרת בספר זה, בהמשך לכתיבה חשובה קודמת של ברק-ארז על אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפייה במשפט המינהלי.⁵⁸ שלושה פרקים נוספים עוסקים בחובות ספציפיות המוטלות על הרשות במסגרת פעולתה הפנימית: פרק 12 עוסק ב"זמן הפעולה". המחברת מסבירה כי מהשאיפה להגינות בהליך המנהלי נגזרת הדרישה מן הרשות לפעול בתוך זמן סביר: "הן משום שפעולה מהירה (יחסית) משרתת טוב יותר את האינטרס הציבורי והן משום שמהירות ההחלטה חשובה מהיבטו של הפרט הממתין להחלטה".⁵⁹ בדומה, היא רואה ב"חובתה של הרשות לנמק את החלטותיה [...] ביטוי נוסף להגינות בהליך המינהלי", ונושא "חובת ההנמקה" נידון במפורט בפרק 13.⁶⁰ בפרק 14 – "התשתית העובדתית של ההחלטה וראיות מינהליות" נידונה דרישת המשפט המנהלי מכל רשות לביסוס עובדתי של החלטתה בטרם קבלתה.⁶¹

מכאן עוברת המחברת לשתי סוגיות חשובות וחיוניות במיוחד, שנמצאות בלבן של ההליך המינהלי:

פרק 15 דן בכללי הצדק הטבעי, מהמקרים הבודדים במשפט שבו ניתן להראות את זיקתו למשהו שקרוב ל"משפט הטבע" ואת היענותו לדרישה "הטבעית" לקיום הליך הוגן. שני הכללים – מקורם בהליך השיפוטי, כלומר מלכתחילה הם נדרשו מהרשות המנהלית-השופטת בלבד, ולא מכל פקיד שלטוני, ורק בשלב קרוב לזמננו הורחבה תחולתם על כל רשות מנהלית.⁶² הכלל הראשון, זכות הטיעון, משקף את זכותו של הפרט להשמיע את טענותיו בפני הרשות אשר החלטתה עשויה לפגוע בו; הכלל השני, האיסור על משוא פנים, מיועד למנוע מרשות שלה דעה קדומה לקבל החלטה המשפיעה על זכויותיו של הפרט.⁶³

57 שם, בעמ' 372.

58 דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" **משפטים** כז 17 (1996); דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" **עיוני משפט** כז 209 (2003).

59 ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 407.

60 שם, החל בעמ' 423.

61 שם, בעמ' 439.

62 החריגים המרכזיים שנתר לאחר פסק הדין בבג"ץ 3/58 **ברמן נ' שר הפנים**, פ"ד יב 1493 (1958) הם בהליכי חקיקה, מטעמי צורך או בהתאם להוראת חקיקה מפורשת; ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 462, 475-481, 482-494.

63 ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 461 ואילך. ודוק: לפחות בעניין תחולתן על השופטים, לשני כללים אלו מורשת עשירה גם במשפט הקדום. על תחולתן במשפט העברי ראו: מנחם אלון "הדרן עליך ספר בראשית" **דעת** 9 (תשס"א) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot 9-2; רון ש' קליינמן "ניגוד עניינים של עובדי ציבור" **דעת** 169 (תשס"ד) (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/169-2.htm; למשפט הרומי ראו למשל:

אולם ככל שהכללים פשוטים ואינטואיטיביים, כך תחום השתרעותם הנרחבת מחייבת דיון בטווח נרחב של שיקולים מעשיים בדבר הפעלתם. פסיקת בית המשפט נתנה בשיקולים אלה סימנים, אולם הותירה חופש לניתוח, לדיון וליישום עתידיים.⁶⁴ זאת, החל מהשאלה הראשונית המתעוררת בדבר סוג והיקף האינטרס של הפרט הראוי להגנת הכללים וכלה בבעיות הייחודיות של שני ענפי כללי הצדק הטבעי.⁶⁵ נושא רגיש במיוחד בנושא "זכות הטיעון" הוא עניין מועד הטיעון: העמדה העקרונית של בית המשפט העליון היא ששמיעה מוקדמת היא הראויה, ושיש להתייחס לשמיעה מאוחרת "בחשד, ועל הרשות מוטל הנטל להראות שהיפוך הסדר הרגיל לא גרם לעוול".⁶⁶ אולם בפועל הולכת וגוברת נטייתו של בית המשפט העליון להכשיר, הלכה למעשה, שמיעה מאוחרת.⁶⁷ בנושא משוא פנים וניגוד עניינים עומד בית המשפט לטעמי בפני כמה קשיים בפסיקתו: ראשית, בבואו להתוות מבחן ברור בדבר דרגת החשש המצדיקה קביעת משוא פנים;⁶⁸ שנית, בבואו להגדיר את ההבדלים החלים בעניין מבחן זה בין שופטים ובין אנשי מנהל "אחרים"; שלישית, בבואו לתחם את קווי הגבול בעניינם של אנשי מנהל המצויים בניגוד עניינים בין שני תפקידים ציבוריים – שניהם חוקיים, לגיטימיים וראויים – כשאינן כל חשד לפגם אישי בעניינם.⁶⁹

נושא כללי הצדק הטבעי עניינו בדרישות מן המנהל הציבורי ובמגבלות החלות עליו במגעיו עם הציבור. פרק המאסף של שער זה מתחיל בעיון בפרוצדורה של הרשות בפעילותה במימוש תפקידיה, וממשיך בעמידה על האינטרסים והזכויות של הפרט באשר לפעילותה. גם היזמה עוברת פה בהדרגה מן הרשות – אל האזרח. מדובר בפרק 16, הן ב"זכות עיון, חופש מידע ושקיפות מינהלית". הדין הטיל על הרשות חובות מוגבלות של גילוי מידע לפרט – בייחוד כחלק מזכות הטיעון, וכאשר אינטרס מוגן שלו עשוי להיפגע בשל פעילות הרשות. לאטה התפתחה במשפט בישראלי הזכות לקבלת מידע מן הרשות, היא זכות העיון. לאורך השנים פסיקת בית המשפט "התפתחה בהדרגה לעבר הכרה בזכות לעיין במסמכים שבידי הרשות, לאו

Daan Asser *Audi et alteram partem: A Limit to Judicial Activity, in THE ROMAN TRADITION* (A. D. E. Lewis & David J. Ibbetson eds., 1994)

64 כך הוא למשל בשאלת מתכונת הטיעון בעת מימושה של זכות הטיעון, בעל-פה או בכתב, באמצעות עורך דין או רק בידי הפרט עצמו. ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 515 ואילך.

65 שם, בעמ' 462–475.

66 שם, בעמ' 512.

67 תהליך זה בבג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113 (1980) והגיע לשיאו הנוכחי בבג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291 (1994); ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 487, 511–515.

68 על מבחני ה"אפשרות הממשית" וה"חשש הסביר" ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 537 ואילך.

69 שם, בעמ' 545–546, וכן 549 ואילך.

דווקא לצורך הליך של טיעון, אך בזיקה לקיומו של אינטרס פרטי במסמכים שבהם מתבקש עיון⁷⁰. בנוסף, היו כמה דברי חקיקה שקבעו הסדרים בתחום העיון.⁷¹ בשנות התשעים של המאה העשרים החל בית המשפט העליון להכיר באופן מוגבל בזכות לקבל מידע מן הרשות לא רק בשמו של האינטרס הפרטי של הפונה, אלא בשם האינטרס הציבורי. ובכך החלה להתפתח הכרה של "זכות" ציבורית לעיון או לשקיפות, אך היקפה של זכות זו [...] נותרה מעורפלת.⁷² מכאן חשיבותו העצומה של חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 אשר "הכיר, לראשונה, בזכות עיון כללית במסמכים המוחזקים בידי הרשות",⁷³ כלומר זכות קבלת מידע פשוט משום שהוא בידי הרשות ומשום שהוא רכוש הציבור – גם ללא הצבעה על אינטרס פרטי או ציבורי. דומה כי הזרעים המהפכניים שנזרעו בחוק זה טרם הגיעו לידי לבלוב מלא; יתר על כן – החוק כולל מגבלות לא מעטות על מסירת מידע על פיו, ואף עוסק רק בתחום של עיון במידע הנמצא בידי הרשויות בתיעוד פיזי. פרופ' ברק-ארז מסיימת את הדיון בציון השינויים הנוספים הדרושים על מנת להרחיב את השינוי מזכות עיון לשקיפות מנהלית מלאה, כגון עריכת פרוטוקולים שיתעדו את פעולת הרשות וקיום דיונים בפומבי.⁷⁴

6. שער רביעי – שיקול הדעת המנהלי

על פי סדר הדברים ההגיוני נפתח כרך ב' של הספר באופן הפעלת שיקול הדעת המהותי על ידי הרשות המנהלית. מדוע הדבר הגיוני? הואיל ועד כה בחנו את השאלה אם יש לרשות סמכות לפעול; בחנו כיצד הפעילה את הסמכות בהליך המנהלי, ועתה אנו בודקים כיצד החליטה הרשות לגופו של עניין, כשהיא מפעילה את סמכותה ומביאה בחשבון את המידע שאספה בביצוע ההליך המנהלי. עם השלמת שלב זה מסתיימת הפעולה המנהלית ומגיע שלב הביקורת הציבורית והמשפטית על ההחלטה. על כן בדיון בחרה המחברת להקדיש את הפרק הפותח – פרק 17 – לדיון ב"גבולות ההתערבות בשיקול הדעת". ברק-ארז מציינת, ובדיון, כי "חרף חשיבותה הרבה, הביקורת על שיקול הדעת של הרשויות נחשבת להיבט סבוך יחסית ושנוי במחלוקת של המשפט המינהלי, בשל היבטיה המוסדיים".⁷⁵ מכאן שנחוץ פה ניתוח יסודי, שיטתי ומאוזן של סוגיות אלה – ופרופ' ברק-ארז עושה בדיוק זאת.

70 ש.ם, בעמ' 568. לדיון ראו עמ' 568-575.

71 ש.ם, בעמ' 575-579.

72 ש.ם, בעמ' 580.

73 ש.ם, בעמ' 583.

74 ש.ם, בעמ' 611-616; כמו כן ראו: דפנה ברק-ארז "המשפט המנהלי בעידן המדינה האלקטרונית" המשפט יג 121 (2008).

75 ראו ברק-ארז לעיל ה"ש 1, כרך ב, בעמ' 620.

לאחר מבוא מקיף, פונה הכותבת לדיון שיטתי בעילות הביקורת על שיקול הדעת המהותי, וזאת בשים לב הן לסדר התפתחותן ההיסטורי בפסיקת בית המשפט העליון והן למידת הוויכוח שהן מעוררות. שתי העילות הראשונות אינן שנויות במחלוקת עקרונית: "שיקולים זרים ומטרות זרות" (פרק 18) היא עילה הנגזרת מעקרון חוקיות המנהל, הוא עקרון שלטון החוק;⁷⁶ עילת ההפליה (פרק 19), היא העילה הנותנת "ביטוי מעשי למעמדו של עקרון השוויון בשיטה המשפטית".⁷⁷ הקושי בעילות אלו הוא ביישום – בחילוץ מטרות החוק וכוונותיה של הרשות; בקביעה מתי טיפול שונה הוא הפליה פסולה. כידוע, אפילו לגבי תפיסת השוויון עצמה קיימות מחלוקות עמוקות.⁷⁸ הדיון ב"פרטים הקטנים" כביכול, שהוא העיקר, הוא כוחו המרכזי של הספר. מכאן עוברת פרופ' ברק-ארז לדיון בשתי העילות המרכזיות והשנויות במחלוקת שפיתח בית המשפט עצמו: עילת האי-סבירות (פרק 20) ועילת המידתיות (פרק 21). המונח אי-סבירות מצוי בשימוש זה זמן רב, אך בעבר השימוש בו היה חלופי לביטויים אחרים של "אי תקינות" בפעולת רשות – כמו חוסר היגיון או שרירותיות.⁷⁹ משנות השמונים קיבלה העילה משמעות הדוקה יותר – והיא העילה ה"בוחנת את האיזון הפנימי בין השיקולים שהפעילה הרשות".⁸⁰ מלכתחילה היו שופטים שעמדו על החשש שהיישום המאוחר של העילה ישמש את בית המשפט ל"הרחבה בלתי ראויה של תחומי הביקורת השיפוטית".⁸¹ ואכן, התפתחותה "של עילת הסבירות כעילה עצמאית מציינת את המגמה של הרחבת היקפה של הביקורת השיפוטית על הפעילות המינהלית [...] ומקובל לדון בה כחלק בלתי נפרד מן 'האקטיביזם השיפוטי'".⁸²

בשנות התשעים התפתחה ולבסוף הוכרה עילת המידתיות כעצמאית.⁸³ עילה זו היא המשך רעיוני לעילת הסבירות, אולם השאלה שבה היא מתמקדת ספציפית יותר: עניין האיזון בין המטרה שנבחרה לבין האמצעי המשמש להשגתה.⁸⁴ כמו הסבירות,

76 שכן רשות מנהלית "רשאית להפעיל את הסמכות המוקנית לה בחוק רק לשם הגשמת המטרות שלשמן הוענקה לה אותה סמכות או על יסוד השיקולים שנגזרים ממטרותיו של חוק זה". ראו ברק-ארז לעיל ה"ש 1, כרך ב, בעמ' 635.

77 שם, בעמ' 673.

78 שם, בעמ' 684 ואילך.

79 שם, בעמ' 723.

80 שם, בעמ' 725. וראו במיוחד: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980).

81 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך ב, בעמ' 729 ואילך.

82 שם, בעמ' 729.

83 שם, בעמ' 773–775.

84 "האם היה סביר להשתמש באמצעי שנבחר לשם השגת המטרה שהרשות חותרת עליה, או שמא האמצעי חריף מדי, בהתחשב בחלופות קיימות אחרות ובהשיבותה היחסית של המטרה?" שם, בעמ' 771.

ואולי אף ביתר שאת, גם עילת המידתיות עוררה ביקורת נרחבת לאור מידת ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת המינהלי אשר השימוש בה מאפשר. פרופ' ברק-ארז מתמקדת בצד החיוב, והיא סבורה שהשימוש בעילת המידתיות חושף את תהליך קבלת ההחלטות הנורמטיבי אגב קבלת ההחלטה – הן זו המנהלית והן זו השיפוטית – ובכך מחדד "את ההכרה בכך שכל עילות הביקורת השיפוטית אינן יכולות להיות מופעלות במתכונת מקצוענית-פורמלית בלבד".⁸⁵ כך החלטות מהותיות של הרשות המנהלית מבוקרות באמצעות ביקורת מהותית של הרשות השופטת.

מטבע הדברים בסופה של כל סעודה מגיע הזמן לחשבון; בחנו עד כה את פעולת הרשות – האם היא פועלת, מלכתחילה, בסמכות? האם היא מפעילה פרוצדורה תקינה בפעולתה? האם קיבלה, בסופו של תהליך, החלטה מהותית תקינה? ומה אם נפל פגם באחד מן השלבים האמורים? בעניין זה עוסק הרכיב האחרון בספר – שער חמישי, פרק 22 – שעניינו "תוצאות הפגם המינהלי – נפסדות, בטלות ובטלות יחסית". לאורך השנים הכתיבו הלכות המשפט המנהלי במקרים רבים תוצאה משפטית בהתאם לסוג העיוני של הפגם – ולא בהתאם לחומרתו בעולם המעשה, והותירו מקום מצומצם לשיקול דעת שיפוטית.⁸⁶ כך אי-מתן זכות טיעון מראש גררה בטלות ההחלטה המנהלית מיניה וביה – אף אם לא נגרם בשל כך כל נזק ממשי.⁸⁷ בשל בעיות מעין אלה התפתחה בבית המשפט העליון בעשורים האחרונים גישת הבטלות יחסית אשר מעניקה לבית המשפט "שיקול דעת באשר לתוצאות הפגם, תוך התחשבות במכלול הנסיבות של ההפרה והתמקדות בשאלה מהו העוול שנגרם (לפרט הנוגע בדבר או לציבור ככללותו) כתוצאה ממנה".⁸⁸ לדבר השלכות מורכבות: ראשית, "תוצאות הפגם המינהלי אינן קבועות מראש, אלא משתנות ויחסיות".⁸⁹ שנית, שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט רחב מאשר על פי ההלכות הוותיקות. שלישית, ההכרה בגישת הבטלות היחסית גם במצבים של חריגה בסמכות עשויה להעמיד על כנן החלטות מנהליות שנתקבלו בחריגה מסמכות פונקציונלית,⁹⁰ וזו תוצאה בעייתית מבחינה משפטית. וחרף הביקורת על הלכת הבטלות היחסית מציינת פרופ' ברק-ארז גם את יתרונותיה, כהלכה התואמת את התמורות שחלו בחשיבה המשפטית והעניקו לשופט מידה רבה יותר של גמישות בפעילותו.⁹¹ בסיומו

85 שם, בעמ' 792.

86 שם, בעמ' 795–796.

87 ראו במיוחד בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161 (1978).

88 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך ב, בעמ' 795.

89 שם.

90 שם, בעמ' 817.

91 שם, בעמ' 826–834 (דיון ביקורתי בהלכה) ובעמ' 834–837 (דיון ביתרונותיה). ראוי לציין שפרופ' ברק-ארז הייתה מראשוני אנשי האקדמיה שדנו וביקרו את דוקטרינת "הבטלות היחסית" – ראו: דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטית" משפטים כד 519 (1995)

של דבר ניתן לומר שגישתה של פרופ' ברק-ארז כלפי הדוקטרינה ביקורתית, והיא משלבת הצעה פרגמטית ליישם את הלכת הבטלות היחסית במתכונת מצמצמת על בסיס של חזקת בטלות.

תם ולא נשלם. לאחר 839 עמודי טקסט מחזיק הספר למעלה ממאתיים עמודים של מפתחות מפורטים – המציגים מחד גיסא, את ההיקף העצום של המקורות ששימשו לכתיבת הספר והמאפשרים, מאידך גיסא, התמצאות יעילה בהם ואיתורם המהיר, ועל כך תבוא המחברת על הברכה. איני משוכנע שתיאור קצר זה של הספר עושה עמו צדק או מבחיר את שבחיו עד תום – לכן חשוב לי לחזור להדגיש: הניתוח בספר משלב שפה בהירה ומדויקת עם עומק דוקטרינרי רב וידע מקיף ועדכני; ביד בטוחה מעשה אמן ואומן מספקת פרופ' ברק-ארז את המוצר הטוב ביותר שאפשר לתאר בקטגוריה זו – לטעמי, ספר השנה במשפט בכלל, וודאי במשפט הציבורי.

ג. דיון נוסף: קווים לדמותו של המשפט המנהלי

1. דבר מה נוסף

מספרה של פרופ' ברק-ארז ניתן להתרשם מההיקף הנרחב של התחומים שבהם עוסק המשפט המנהלי ומהמגוון של הכלים המופעלים לשם בחינת דרכי פעולתה של הרשות. עדיין, כפי שראינו בראשית הדברים, כאשר באים להגדיר את המשפט המנהלי ולייחדו מהמשפט החוקתי, ההגדרות הן יותר תיאוריות ופונקציונליות ופחות תאורטיות. הן אינן מסבירות את ההיגיון הפנימי של התחום, ולפיכך מתקשות להסביר את היקף תחולתו ואת כיווני התפתחותו האפשריים. כאיש אקדמיה העוסק בתחום אני מבקש להרחיב, בשולי הדיון בספרה של פרופ' ברק-ארז ובכתיבתה הנרחבת בתחום, כדי להוסיף עומק לדיון. לשם כך אנתח כיצד נוצר מצב דברים זה, אדון בהשלכותיו המעשיות, ואציין כיצד השפיעה עליו, מבחינה מהותית, דווקא האקדמיה.

2. השפעת ההיסטוריה

נקודת הפתיחה בדיון קשורה להיסטוריה ולאידאולוגיה של המשפט המקובל האנגלי,⁹² שיטת המשפט ומערכת המשפט שממנה ינקנו את המשפט הציבורי שלנו,

ולאחריו – דפנה ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המנהלי: על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר על משפט ממשל וחברה 283 (אריאל בנדור ויואב דותן עורכים, 2005).

⁹² טוב שיעדיין ניתן "להאשים" את המשפט האנגלי בחסרונותיו של המשפט הישראלי.

ושאליה מגלה המשפט המנהלי שלנו דמיון מרבי עד ימים אלה. במידה רבה, היעדר התיחום הברור בין תחומי המשפט הציבורי קשור לדרך התפתחותם ואולי גם למועדה.

מלומדים דנים זה עשרות שנים בשאלה אם מדינת ישראל היא מדינת משפט מקובל או שלאור הזיקות הנוספות שחלות במשפטנו הפוזיטיבי – בעיקר למשפט הקונטיננטלי ותחולת המשפט הדתי – שיטתנו היא מעורבת (*mixed jurisdiction*).⁹³ לטעמי, במשפט הציבורי בכלל ובמשפט המנהלי בפרט קיימת קרבה מובהקת במיוחד למשפט המקובל האנגלי. לבריטים תרומה גדולה ביצירת מערכת הממשל והשפיטה בארץ ישראל ובהעמדת מסורת הביקורת השיפוטית.⁹⁴ השפעתן של אלו עומדת בתוקפה גם לאחר הקמת המדינה, ובמידה רבה עד היום. אמת, עם השנים שחלפו למן הקמת המדינה התווה המשפט הישראלי במידה רבה כיוון עצמאי, ובכל זאת אני סבור שיש צורך לעמוד פה על כמה נקודות מן ההיסטוריה המשפטית של המשפט המנהלי הנראות לי חשובות במיוחד בהקשר זה:

ראשית, גם אם אכן התלבטו אנשי המשפט הישראלי בימי ראשית המדינה אם לדבוק במשפט המקובל האנגלי,⁹⁵ דווקא בתחום המשפט הציבורי הייתה התלבטות זו קלה – כאשר, בכל הכבוד, האלטרנטיבות שהיו על השולחן כמו משפט דתי או משפט קונטיננטאלי, היו בכירור פחות אטרקטיביות מן המסורת הדמוקרטית של אנגליה, שנתפסה כראויה במיוחד לאימוץ.⁹⁶

⁹³ לדיון מועיל ראו: אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" **הפרקליט** מ 197 (1991); סיני דויטש "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה האזרחית" **משפטים** לו 499 (2006), בעמ' 527. וכן: Nir Kedar *Dossier: The Law Commission of Canada Law, Culture and Civil Codification in a Mixed Legal System* 22(2) CAN. J.L. & SOC'Y 177 (2007); Celia Wasserstein Fassberg, *Language and Style in a Mixed System*, 78 TUL. L. REV. 151 (2003); William Tetley, *Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language (South Africa, Israel, and Quebec/Canada)*, 78 TUL. L. REV. 175 (2003)

⁹⁴ ראו בעניינים אלה: נתן ברון **שופטים ומשפטנים בארץ ישראל – בין קושטא לירושלים, 1900–1930** 158–114 (2008); יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק" **עיוני משפט** כח 225 (2005).

⁹⁵ ראו בעניין זה מאמר של פרופ' לחובסקי ורב שיח עם פרופ' שחר ופרופ' חריס בנושא המשפט המנדטורי ומורשתו בספר **ירושלים בתקופת המנדט: העשייה והמורשת** 251 (יהושע בן-אריה עורך, 2003).

⁹⁶ רק כדי לסבר את האוזן אציין שתי נקודות: **ראשית**, שבין הצעות החוקה שהועלו בשנות הראשית הועלו כמה הצעות בעלות אופי דתי מובהק (ראו: הצעות לחוקה בישראל באתר <http://huka.gov.il>) **ושנית**, שרבים מהמשפטנים של דור המייסדים היו אנשי המשפט הקונטיננטלי, חלקם – כמו פרופ' ידן – אף פעלו לעיגונו במשפט הישראלי – אבל במשפט הפרטי, לא הציבורי, וגם אז לא תמיד בהצלחה משמעותית; ראו: יורם שחר "יומנו של אורי ידן" **עיוני משפט** טז 537, 553 ואילך (1991); עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון בישראל" **עיוני משפט** כא 259 (1997).

שנית, בתחומי משפט רבים הלך המשפט הישראלי והתרחק ממקורות המשפט האנגלי, בין שתוך אימוץ תפיסות משפטיות ואף מוסדות שלמים מן המשפט הקונטיננטלי ובין שתוך פנייה למסורות אחרות של המשפט המקובל (בייחוד ארצות-הברית) או של שיטות משפט מעורבות (כמו דרום אפריקה) וכמובן לאור ההתפתחות העצמאית של המשפט הישראלי.⁹⁷ דווקא בתחום המשפט המנהלי שמר המשפט הישראלי על דמיון דיסציפלינרי ויישומי רב למשפט האנגלי. אמת, בית המשפט הישראלי אקטיביסטי יותר ממקביליו האנגליים ואולי קשור פחות במחויבויות בין-מוסדיות – מתן כבוד לרשות המבצעת והכרה בעליונותה של הרשות המחוקקת, או כלפי בתי משפט אחרים (בייחוד במסגרת המשפט האירופי). אולם בסופו של דבר המשפט המנהלי הישראלי דומה דמיון רב לזה האנגלי – ובעל זיקה מוגבלת, אם לא למטה מזה, למשפט האמריקני, הגרמני או הצרפתי.

שלישית, אנגליה הציעה מסורת מרשימה של משפט ציבורי חיוני ומתפקד, אולם דווקא מן הבחינה הרעיונית-אקדמית, אימוץ שיטתה המשפטית לא רק שלא תרם, אלא אולי אף הזיק לארגונו המסודר והמקצועי של המשפט המנהלי והחוקתי בישראל. בעניין זה ארחיב אך מעט ואציין כמה טעמים מן הטעמים המרכזיים למצב דברים זה:

באופן כללי ניתן לומר שהתפתחות המשפט האנגלי לא הייתה אקדמית-אנליטית ושיטתית, כמו זו של המשפט הקונטיננטלי, ששאב מ"הדין המשכיל"⁹⁸, אלא נשוא התפתחות אורגנית, איטית ורציפה,⁹⁹ קזואיסטית, פרקטית,¹⁰⁰ ויש

⁹⁷ ככל שהדברים מדידים אמפירית – לשינויים בנוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון ולירידת היקף הפנייה למשפט האנגלי ראו במחקרים הבאים: יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז 119 (1996); יורם שחר "מרחב הסמך של בית המשפט העליון, 1950–2004" **הפרקליט** נ 29, 61–62 (2008), וכן ראו זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 96.

⁹⁸ כלומר מהמשפט הכנסייתי והרומי, שהיו מבוססים על לימוד אקדמי מעמיק ומקיף. המשפט הרומי, כפי שהוקם לתחייה החל במאה ה-11 תואר כ-"*ratio scripta*", דבר שהקנה לו לגיטימיות והקל את קליטתו הנרחבת ביבשת אירופה.

⁹⁹ יש הטוענים שההיסטוריה החוקתית הבריטית החלה עם ראשית ההתיישבות באיים הבריטיים, וההיסטוריה הארוכה שלה מאופיינת ברמה גבוהה של יציבות. ראו: J.A.E. JOLLIFFE, *THE CONSTITUTIONAL HISTORY OF MEDIEVAL ENGLAND* (4th ed. 1961) x: "A constitutional history of England may properly begin with the English settlement"; DAVID LINDSAY KEIR, *THE CONSTITUTIONAL HISTORY OF MODERN BRITAIN* (9th ed., 1969) I: "Continuity has been the dominant characteristic in the development of English government. Its institutions, though unprotected by the fundamental [...] laws [...] have preserved the same appearance throughout their history"

¹⁰⁰ למשפטן האמריקני החשוב Karl Llewellyn מיוחסת האמרה: "The whole history of the English constitution could be written in terms of the pressure of work." RICHARD DANZIG & GEOFFREY R. WATSON, *THE CAPABILITY PROBLEM IN CONTRACT LAW* 92

שיאמרו גם – פרגמאטית ויעילה.¹⁰¹

שוני נוסף בהשוואה למשפט הקונטיננטלי הוא המשפט האנגלי פעיל בתחום המשפט הציבורי – ולא רק הפרטי – זה מאות שנים. המשפט האנגלי יצר עם השנים מגבלות אפקטיביות על הפעלת הכוח השלטוני. פרט למאבק הכוח הממושך בין הכתר לפרלמנט, היו אלה בתי המשפט באנגליה, בתי המשפט של המלך, אשר הכירו בזכויות אדם ואזרח ואכפו אותן, והיה זה הכתר אשר התיר את הדבר.¹⁰² כל זאת משום שזו נתפסה, במשך השנים, כדרך הפעולה הראויה – מבחינה ציבורית, פוליטית, ועל פי הערכים המקובלים על הקהילה. ודוק: ההגנה לא באה משום שאומץ מסמך חוקתי במהפכה דרמטית אחת או לאחר שהממשל הואיל בטובו להעניק זכויות או לאשר חוקה לנתיניו,¹⁰³ והיא גם לא פרי תרומת אנשי אקדמיה, שהביעו עמדה בעד התהליך.¹⁰⁴

התוצאה של תהליכים אלה היא שאנגליה לא אימצה מעולם חוקה כתובה פורמלית.¹⁰⁵ ישנם כותבים רבים, גם בדורנו, הטוענים שלאנגליה אין "חוקה", ודאי לא במובן המוקנה למונח זה בשיח המשפטי המערבי המודרני. כמדינה שאין לה חוקה, אנגליה הפליאה להגן על זכויות האדם והאזרח, וכבעלת "חוקה נעלמה", כזו שאינה ניתנת להגדרה או לתיחום, ואשר יש המכחישים את קיומה מיניה וביה, היא

(2nd ed. 2004).

למאמר קלאסי ראו: Paul H. Rubin, *Why is the Common Law Efficient?*, 6 J. LEGAL STUD. 51 (1977).

כך, למשל, אף שהכתר האנגלי נהנה מחסינות מאז ימי הביניים, לא הייתה משמעות הדבר שלא היו סעדים ממשיים לאזרחים שלהם נגרם עוול מפעולת השלטון. חלף תביעה, המלך, בהיותו "מעייך הצדק", נאלץ להתיר הליך של עתירה (*petition of right*) שנענתה בבתי המשפט; בתי המשפט עצמם פיתחו עד המאות ה-16 וה-17 סעדים רבי-עצמה – כמו צווי עשה והביאס קורפוס ומתן רשות לערעור נוסף לבתי המשפט הגבוהים. ראו בעניין זה: LOUIS L. JAFFE, *JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION* 197 (1965); Guy I. Seidman, *The Origins of Accountability: Everything I know about the Sovereigns' Immunity*, 1393-480 (2005). *learned from King Henry III*, 49 SAINT-LOUIS U. L. J.

השור: "טנזימאט" ויקיפדיה (5.11.2011): he.wikipedia.org/wiki/%D7%98%D7%A0%D7%96%D7%99%D7%9E%D7%90%D7%98 (חוקת 1867) (נבדק לאחרונה ב-13.1.2012).

לתיאור ההבחנה ההיסטורית הקלאסית בין המצב באנגליה לבין המצב בצרפת ראו: Singh, *עילי ה"ש" 16, בעמ' ix: "The French dislike of courts' interference in public: [T]he development of legal remedies only in a framework of inner-administrative, 'quasi-judicial' control [...] On the other side the undisputed strong position of ordinary courts in England since the Glorious Revolution, and their armoury of prerogative writs"*

לדיון מקיף במצב החוקתי בבריטניה ראו: J. W. F. ALLISON, *THE ENGLISH HISTORICAL CONSTITUTION: CONTINUITY, CHANGE AND EUROPEAN EFFECTS* (2007); J. W. F. ALLISON, *THE ENGLISH HISTORICAL CONSTITUTION: CONTINUITY, CHANGE AND EUROPEAN EFFECTS* (2007).

הצמיחה דורות על גבי דורות של מחקר והעלטה שיח חוקתי-היסטורי ענף, עשיר ומשפיע מאוד.¹⁰⁶

חלק משמעותי מההליכים שהקימו הגנה על זכויות בבריטניה היו – כמו במשפט הישראלי בעשורים הראשונים – הליכים וסעדים מתחום המשפט המנהלי. אולם על התפתחותו של המשפט המנהלי, ודווקא בתקופה של פריחה עצומה ביישומו, למן שלהי המאה ה-19 רבץ עול ייחודי – והוא ההשוואה למשפט הקונטיננטלי, בעיקר הצרפתי.¹⁰⁷ עקב כך, לא זו בלבד שהמשפט המנהלי לא זכה להתפתחות עצמאית, אנליטית ומסודרת כענף עצמאי מוכר כמו במשפט הקונטיננטלי – אלא שבכיר אנשי המשפט הציבורי האנגלי במאה ה-19 הכחיש את קיומו של המשפט המנהלי כענף משפטי עצמאי בבריטניה מעיקרו. כלומר, במדינה שבה התפתח המשפט המנהלי המודרני, כעניין מעשי, הוכחש קיומו, כעניין דוקטרינרי.

במהדורה הראשונה של ספרו (1885), כתב דיסי דברים מפורסמים אלה:

“In many continental countries, and notably in France, there exists a scheme of administrative law – known to Frenchmen as *droit administratif* – which rests on ideas foreign to the fundamental assumptions of our English common law, and especially to what we have termed the rule of law”.¹⁰⁸

¹⁰⁶ קיימים חיבורים רבים העוסקים בהיסטוריה החוקתית של בריטניה, כמו אלו המנויים להלן; אולם כמו כל מחקר היסטורי יש לנתחם על רקע התנאים התרבותיים, המדיניים והמשפטיים שבמסגרתם הם נכתבו; תרומתו של אליסון היא, בין היתר, במבט-על ובניתוח מודרני של המחקר לדורותיו. ראו למשל: Allison, שם, בעמ' 45-7; WALTER BAGEHOT, THE ENGLISH CONSTITUTION (1867); A. V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION (1885); RUDOLPH GNEIST, THE HISTORY OF THE ENGLISH CONSTITUTION (1886); GEORGE BURTON ADAMS, THE ORIGIN OF THE ENGLISH CONSTITUTION (1912).

¹⁰⁷ בשנים שלאחר המהפכה הצרפתית גבר הלחץ ליצירת מנגנון ביקורת על הממשל; חוסר האמון בשופטי המערכת הכללית – שמונו על ידי “המשטר הישן” הוביל את נפוליאון להקמתו, בשנת 1799, של טריבונל ייחודי, בעל התמחות בתחום, היא ה-*Conseil d'Etat*. יש שיאמרו שגוף זה הוא יותר גורם בירור מנהלי מאשר בית משפט במובן המוכר לנו: הוא חלק מהמנהל הציבורי, אנשיו הם בכירי הביורוקרטיה – לא בהכרח משפטנים ורק בשנת 1872 שורג מעמד פסקי הדין של גוף זה מהחלטה מיעצת למחייבת. ראו: *Neville Brown*, לעיל ה”ש 16, בעמ' 24-25, 45-46, 62-64, 84-86.

¹⁰⁸ Dicey, לעיל ה”ש 106, בעמ' 213; אם כי הוא מציין כבר במהדורה זו את הערך הרב שיש ללימוד המשפט הצרפתי – באופן השוואתי – הוא ממשיך ומסביר כי המשפט המנהלי הצרפתי מבוסס על אדנות שאינן מקובלות במשפט האנגלי מבחינת הפרדה בין משפט פרטי וציבורי

אף שהיו מי שביקרו את דבריו של דייסי כתיאור לא מדויק של המשפט הצרפתי, הייתה להם השפעה עצומה על בני דורו.¹⁰⁹ הם הפחיתו מאוד את העניין שגילו משפטנים בריטיים בתחום ועיכבה את התפתחות הדיסציפלינה למשך עשרות שנים – יש אומרים, עד שנות השלושים של המאה העשרים.¹¹⁰ מכל מקום, השאלה החשובה היא – ללא קשר לרתיעה של דייסי מהמשפט הקונטיננטלי ולוויכוח אם הייתה מוגזמת – האם השקפתו לגבי תחולת המשפט על המנהל הציבורי באנגליה אינה נכונה עדיין התם – והכא? התשובה ברורה: המשפט המנהלי האנגלי "חי ובוטט".¹¹¹

החוקר הגדול פרופ' יפה ראה כבר בוועדות לענייני ביוב שהוקמו באנגליה במאה השבע-עשרה את היסוד לבתי הדין המנהליים המודרניים.¹¹² בפועל, היה זה רק החל

ומבחינת הבנת עקרון הפרדת הרשויות: שם, בעמ' 214: "I must [...] impress [...] that the whole body of *droit administratif* is well worth their study" ובעמ' 219: "Any one who considers with care the nature of the *droit administratif* of France [...] will soon discover that it rests, and always has rested, at bottom on two leading ideas alien to the conceptions of modern Englishmen"

¹⁰⁹ ראו לדוגמה את הדברים, האופייניים, הבאים בתיאור הספר וחיבותו: "Dicey's *Introduction to the Law of the Constitution* [...] acts almost as a substitute for a written constitution. His ideas lock up together to form the ideal-type of a 'balanced' constitution" CAROL HARLOW AND RICHARD RAWLINGS, *LAW AND ADMINISTRATION* 4 (3rd ed., 2009)

¹¹⁰ שם, בעמ' 9.

¹¹¹ דייסי פרסם מהדורות רבות בין השנים 1885 ו-1914/1915 – ודברי הביקורת שלו מצויים גם במהדורה השמינית (בעמ' 324–325). עם זאת, הוא פרסם מאמר ובו דעות מעט שונות על המשפט הצרפתי: Allison, לעיל ה"ש 105, בעמ' 7–45; V. Dicey, *The Development of Administrative Law in England* 31 *L. Q. REV.* 148 (1915) Harlow & Rawlings לעיל ה"ש 110, בעמ' 4; Peter L. Lindseth, *Reconciling with the Past: John Willis and the Question of Judicial Review, in Inter-War and Post-War England* 55 *U. TORONTO L. J.* 657 (2005); Michael Taggart, *Prolegomenon to an Intellectual History of Administrative Law in the Twentieth Century: The Case of John Willis and Canadian Administrative Law*, 43 *OSGOODE HALL L.J.* 223, 244 (2005): "In terms of administrative law, Dicey's denial of the subject held academic and professional sway in Great Britain. The infant subject was more developed in the United States, largely through the pioneering work of Goodnow, Freund, and Dickinson. The explosion of interest and literature lay ahead in the 1930s, provoked by the Depression and its aftermath."; Martin Loughlin, *Why the History of English Administrative Law is not Written, in A SIMPLE COMMON LAWYER*, 151 (Dyzenhaus, Hunt & Huscroft, eds., 2009).

¹¹² ראו Jaffe, לעיל ה"ש 102, בעמ' 205: "the Sewer Commissions were as akin to a modern administrative tribunal in their power, their outlook and their political destiny as one is likely to find"

בסוף המאה התשע-עשרה ובעיקר במהלך המאה העשרים שעלייה משמעותית התרחשה בהיקף הפעילויות של המדינה המנהלית.¹¹³ בתקופה זו, אולי בשל האפקט המצנן של כתבי דיסי, אולי בשל המהירות שבה גדלו הפונקציות של המנהל הציבורי בפועל – התקשה המשפט המנהלי לתת מענה. המשפט המנהלי, אחד הענפים ה"צעירים" מבין ענפי המשפט המרכזיים נאלץ להתפתח במהירות, כאילו המשפט "רודף" אחר ההתפתחויות בחיי המעשה, והתפתחותו הייתה בתגובה לאתגרים שהציבה בפניו המדינה המנהלית, ולא באופן מתוכנן, שיטתי, מסודר וצופה פני התפתחויות אלה.¹¹⁴ זהו, להבנתו, הרקע להתפתחות משפט המנהלי במשפט המקובל, כפי שהגיע גם לארץ ישראל ולבסוף למדינת ישראל.

3. על המשפט המנהלי ו"שני הכובעים" של האקדמיה

לאקדמיה בכלל – ולאקדמיה המשפטית בפרט "שני כובעים" – כובע מחקרי "אקדמי" וכובע לימודי של הנחלת ידע, של הוראת המקצוע.¹¹⁵ מה אפוא תרומתה של האקדמיה המשפטית על שני כובעיה להגדרת מעמדו ותפקידו של המשפט המנהלי? אני מייחד שאלה זו למשפט המנהלי כתחום מובחן מן המשפט החוקתי.

¹¹³ רבים סבורים שההיסטוריון טיילור הפחית בקצב התפתחותה של המדינה המנהלית כאשר כתב: "Until August 1914, a sensible law-abiding Englishman could pass through life and hardly notice the existence of the state, beyond the post office and the policeman." ALAN J. P. TAYLOR, ENGLISH HISTORY, 1914–1945 1 (1965). פרופ' פורסיית' סבור כי עד 1914 כבר היו סימנים רבים לעליית ה"מדינה המנהלית" המודרנית של המאה העשרים: "The state schoolteacher, the national insurance officer, the labour exchange, the sanitary and factory inspectors, with their necessary companion the tax collector, were among the outward and visible signs of this change." WILLIAM WADE AND CHRISTOPHER FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 3 (8th ed., 2000).

¹¹⁴ ראו בעניין זה דיון להלן, על הוראת מקצוע המשפט המנהלי וכן דבריו של מרטין שפירו: M. Shapiro *Administrative Law Unbounded* 8 INDIANA J. GLOBAL LEG. STUD. 369 (2001). אגב, האם עדיף המצב ההפוך, שהמשפט "מקדים" את הצרכים האמיתיים ומסדיר אותם ברגולציה בטרם התעורר דיון ציבורי ומשפטי בעניינם?

¹¹⁵ שתי הערות: **ראשית**, בכל האקדמיה ובייחוד בתחומים שבהם פקולטות משמשות בית ספר מקצועי עיקרי, קיים מתח בין שני התפקידים האמורים ועולה השאלה איזה מהשניים הוא העיקרי? כיצד יחלקו המרצים את זמנם בין השניים? איזה מהם משמעותי יותר בקידום? והדברים ידועים; **שנית**, בנושא זה קיים שוני ידוע בין המשפט המקובל והמשפט הקונטיננטלי: באחרון, האקדמיה, זה למעלה מתשע מאות שנה מבצעת מחקר והוראה גם יחד, וברמת אנליטיות גבוהה; במשפט המקובל התמחו בתי הספר למשפטים באוניברסיטאות האנגליות (כמו אוקספורד, נוסדה בסביבות 1096, וקיימברידג', נוסדה ב1209) מאות שנים בהוראת משפט רומי וכנסייתי, כלומר משפט תאורטי בלבד; רק באמצע המאה השמונה-עשרה החלו ללמד "משפט מקובל" והחלו בהדרגה להחליף את גילדות המשפט בהוראת המשפט זה, שהיה ועודנו בעל אופי מעשי-יישומי. לעיון נוסף ראו: מנחם מאוטנר **על החינוך המשפטי** (2002).

בעיניי, כפי שאסביר עוד בהמשך, שני תחומים אלה אינם בגדר "שניים שהם אחד"¹¹⁶.

מנקודת מבטי, חל שינוי לרעה במעמדו של המשפט המנהלי בבתי הספר למשפטים בעשורים האחרונים. הפקולטות המובילות למשפטים בישראל הנהיגו רפורמה בשנים האחרונות, אשר הביאה לדילול – שאין לי אלא לתארו כתמוה – של המשפט המנהלי, ולהפיכתו למקצוע רשות במערכת הלימודים. העובדה היא שרוב הפקולטות המובילות למשפטים בישראל החליטו להותיר את הקורס במשפט חוקתי כקורס חובה והפכו את הקורס במשפט מנהלי לקורס הניתן לבחירה מבין "אשכול קורסים"¹¹⁷ או שהחליטו ללמד רק קורס מקיף אחד בתחום המשפט הציבורי.¹¹⁸ הותרת שני הקורסים – חוקתי ומנהלי – בגדר חובה ובמלוא היקפם (שש שעות סמסטריאליות כל אחד),¹¹⁹ נתפס כשמרנות שלא במקומה.

הואיל ושינויים אלה נעשו ללא דיון, לפחות לא פומבי, ניתן אך לשער את הטעמים להם. בעניין זה אציע כמה הסברים: ראשית, מדובר בתוצאת לוואי לתהליך נרחב יותר של רפורמה בהוראת משפטים, רפורמה המיועדת להקטין בצורה דרמטית את מספר מקצועות החובה ולהותיר שיקול דעת נרחב יותר בידי סטודנטים בגיבוש התואר שהם לומדים ובעיצובו על פי תחומי העניין שלהם. ברקע עומדים גם הביקורת שנשמעה על נוהגי הלימוד של הסטודנט למשפטים על פי "המשטר הישן"¹²⁰. אלא שלדברים יש מחיר, והוא שתלמידים יבחרו (מכל טעם שהוא) שלא

¹¹⁶ לדיון שימושי באמצעי ספרותי זה, הַנְדִיאָדִים, ביוונית ראו: הנדיאדיס, ויקיפדיה, (27.08.2011): <http://en.wikipedia.org/wiki/Hendiady>.

¹¹⁷ כך, על פי ידיעון הפקולטות לשנת הלימודים תשס"א באוניברסיטה העברית <http://sites.huji.ac.il/law/yedion>; באוניברסיטת תל-אביב: www.tau.ac.il/hph/shnaton/index.php#master; ובאוניברסיטת בר-אילן: www.law.biu.ac.il/files/law/shared/74-100.pdf. (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

¹¹⁸ כך, על פי ידיעון הפקולטות לשנת הלימודים תשס"א, באוניברסיטת חיפה weblaw.haifa.ac.il/he/programs/llb/Pages/default.aspx (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

¹¹⁹ כך, על פי ידיעון הפקולטות לשנת הלימודים תשס"א, במרכז הבינתחומי למשל: http://portal.idc.ac.il/He/Main/services/newsletter_regulations/Yedion/Pages/ThisYearHeb.aspx ובמכללה למנהל (אם כי שם החלוקה היא 8 ש"ס למשפט חוקתי ו-4 למשפט מנהלי); ב-13.01.2012. במשפט האנגלי ניתן למצוא ספרים חשובים המייחדים את עבודתם למשפט מנהלי או למשפט חוקתי, אבל קיימים גם ספרים במשפט ציבורי, המשלבים בין השניים. בישראל הספרות בתחום המשפט הציבורי, על פי המוכר לי, שומרת על החלוקה הדוקטרינרית המקובלת בין מנהלי לחוקתי. חריג יחיד שכותרתו "משפט ציבורי" הוא חיבור קלאסי של עמוס שפירא וברוך ברכה משנת 1978 שיצא לאור במסגרת הספרייה המשודרת של גלי צה"ל, המציג פרקי יסוד בתחום בפני הקהל הרחב.

¹²⁰ ראו, באופן מובהק וכנה: יוסף ויילר ויניב פרידמן "על חינוך לשטחיות" עיוני משפט כה 421 (2001).

להתמודד עם מקצועות חשובים וחיוניים ויתקשו להתמודד עם דרישות המקצוע. **שנית**, ההעדפה לשמור על משפט חוקתי – לא מנהלי – כמקצוע חובה משקפת ביטוי מובהק למעמד הדומיננטי וליוקרה שלה זוכה המשפט החוקתי בישראל בעשורים האחרונים. **שלישית**, שתי החלופות – הפיכת משפט מנהלי לקורס רשות וחיבור שני הקורסים לאחד – משקפות את ההעדפות של המרצים בתחום, והגדרת קורסים הוא ודאי עניין הנתון בלבם של שיקול הדעת או החירות האקדמית.

מה יש ללמוד מכך? יהיה מי שיאמר כי ההתפתחויות הללו משקפות ירידה במעמד המשפט המנהלי והבעת ספק בדבר חיוניות הוראתם העצמאית והנפרדת של שני ענפי המשפט – חוקתי ומנהלי. אולם זו אינה פרשנות הכרחית. **ראשית**, אני משוכנע ששינויי הקורסים משקפים חשיבה אנליטית ואקדמית מעמיקה. **שנית**, אני חושב שיסוד הרפורמה הוא ברצון לקרב את דרך ההוראה בישראל למקובל בארצות-הברית – שם רק מקצועות ספורים הם בגדר חובה (בהם משפט חוקתי אולם לא משפט מנהלי).¹²¹ יתר על כן – אפילו במשפט הקונטיננטלי שבו נלמדים שני הקורסים בהיקף נרחב – שוקלים כיום רפורמות הוראה בכיוון אלו שננקטו בישראל.¹²² **שלישית**, אני מעריך שמספר גדול של סטודנטים בוחר מרצונו ועל פי שיקול דעתו (הן בישראל והן בארצות-הברית) ללמוד את הקורס במשפט מנהלי; יתר על כן – כאמור, אין מדובר ברפורמה גורפת של כלל הפקולטות למשפטים; יש מרצים המלמדים משפט מנהלי (כמו החתום מעלה) או משפט חוקתי אבל לא את שניהם, ויש רבים המלמדים בנפרד את שני התחומים – ובהם מחברת הספר. במעין סוג של תהפוכות גורל ואפנה מעניין לציין כי דווקא בימים אלו מנהיגים בתי ספר למשפטים מובילים בארצות-הברית רפורמות בכיוון של הוראת חקיקה או רגולציה כקורס חובה בשנה א (ראו למשל בהארוורד).

¹²¹ להצגת המודל האמריקני בראייה השוואתית ראו: Matthew J. Wilson U.S. *Legal Education Methods and Ideals: Application to the Japanese and Korean Systems* 18 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 295, 300–301 (2010). מעניין לציין כי אחת הסיבות המובאות לכך שמשפט מנהלי אינו חובה ברבים ממוסדות הלימוד בארצות-הברית, לבד מהדומיננטיות של המשפט החוקתי (ומרבית המשפט המנהלי הוא אכן אך ענף שלו) הוא בשל התזמון: נעילת ה"קאנון" של מקצועות הלימוד אירע באמצע המאה ה-19, לפני עלייתה הדרמטית של ה"מדינה המנהלית" המודרנית. ראו: Mark Bartholomew, *Legal Separation: The Relationship Between the Law School and the Central University in the Late Nineteenth Century* 53 J. LEGAL EDUC. 368, 393 (2003); Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century* 78 N.Y.U. L. REV. 437, 438 (2003); Martha Nussbaum, *Cooking for A Job: The Law School Hiring Process* 1 GREEN BAG 2d 253, 262 fn. 7 (1998).

¹²² השוו: Frans Vanistendael, *Curricular Changes in Europe Law Schools* 22 PENN ST. INT'L L. REV. 455 (2004); Juny Montoya, *The Current State of Legal Education .Reform in Latin America: A Critical Appraisal* 59 J. LEGAL EDUC. 545 (2010).

דווקא על רקע זה חשוב להשמיע את קולו של המשפט המנהלי כפי שעושה פרופ' דפנה ברק-ארז – מומחית מובהקת גם בתחום המנהלי וגם בתחום החוקתי – בספרה הנוכחי. הדברים אמורים לאור חשיבות המשפט המנהלי בהיסטוריה של המשפט הישראלי ובמימוש זכויות האדם והאזרח בישראל גם בהווה ומתוך הרצון להיערך לאתגרים הצפויים לעמוד בפני המשפט המנהלי בעתיד הנראה לעין. בהתאם, דן הפרק הבא בחשיבותו הרבה של המשפט המנהלי, ובאתגרי העתיד שבפניו. אולם כדי "לסגור את המעגל" אסיים פרק זה בדיון בזיקה בין משפט חוקתי ומנהלי – האם תחומים קרובים, משולבים, אולי בכל זאת "שניים שהם אחד"? או תחומים נפרדים ועצמאיים?

בפרק 1 לספרה פרופ' ברק-ארז מבססת את ההצדקה לדיון הנפרד במשפט המנהלי באמצעות הצעה ל"שרטוט" קווי הגזרה שלו בהשוואה למשפט המנהלי. היא מסבירה כי המשפט החוקתי עוסק בכלל רשויות השלטון, ואילו המשפט המנהלי מתמקד ברשות המבצעת; המשפט החוקתי עוסק בעיקר בזכויות, ואילו המשפט המנהלי גם באינטרסים חברתיים ופרטיים הראויים להגנה; המשפט החוקתי שואב את חיותו מן האופי הדמוקרטי של המדינה, ואילו המשפט המנהלי מדגיש יותר היבטים של חוקיות פורמליות ופרוצדורה.¹²³

4. מנהלי וחוקתי – ראשי פרקים ליחסי הגומלין

ניתן לתאר שינויים וגוני הבדלים במערך הכוחות בין המשפט המנהלי לחוקתי למן הקמת המדינה ועד היום.¹²⁴ לצורך הדיון הנוכחי אסתפק בדיון בשתי תקופות: זו שלפני כינון חוקי-היסוד החדשים – מהלך שמציין את "קו פרשת מים" ביחסי המשפט המנהלי והחוקתי – והתקופה הנוכחית כשני עשורים לאחר מכן. למן הקמתה ועד לשנות התשעים לא הייתה לישראל חוקה פורמלית. יתרה מכך, למעט אותה אפיזודה חוקתית של שנות התשעים המוקדמות, דומה שאין ולא הייתה לכנסת מוטיבציה משמעותית לכינון חוקה. הסבר מקובל לדבר הוא שאנגליה, המדינה שממנה שאבנו את המסורת המשפטית שלנו, ודאי בתחום המשפט הציבורי, לא כוננה מעולם חוקה פורמלית, כפי שצוין לעיל.¹²⁵ אולם נימוק זה – כוחו הולך

¹²³ ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 17–20.

¹²⁴ ככוונתי לתאר את הדברים בפירוט בחיבור עתידי. לניתוח המשפט בראי תקופתי ראו: חנן מלצר "התערבות בג"ץ בפעולות רשויות הצבא הפיקודיות והמנהליות לתקופותיה" **משפט וצבא** 11–12 (1991); שלמה מזרחי ואסף מידיני **מדיניות ציבורית – בין חברה למשפט** 89–131 (2006); אסף לחובסקי "בין מנדט למדינה: על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" **משפטים** כט 689 (1998).

¹²⁵ בשנים האחרונות עברה בריטניה שינויים חוקתיים מקיפים, ביחוד לאור חברותה בקהילה האירופית; לדיון על יחסו של המשפט האנגלי למשפט ראו: Douglas W. Vick, *The Human*

ופוחת כאשר הזמן שחלף למן העצמאות עולה על שישים שנה, ומלאכת כינון החוקה טרם הושלמה.¹²⁶ דומה שמערך הכוחות הפוליטיים בישראל שהעדיף למן הקמת המדינה להימנע מכינון חוקה,¹²⁷ מעדיף גם כיום לשמר את מרכז הכוח בידי ממשלה קואליציונית ולהימנע מהשלמת בניין החוקה.¹²⁸ אם העברת חוקי-היסוד ב-1992 הייתה פרי נסיבות ייחודיות ויוצאות דופן,¹²⁹ הרי שלאור ההתרחשויות מאז, הסיכוי ל"רגע חוקתי" נוסף נראה מאוד צנום.

למן הקמת המדינה ועד לשנות התשעים הייתה למשפט החוקתי בישראל נפקות מעשית מוגבלת. לטוב או לרע, הייתה זו שעתו היפה של המשפט המנהלי – אשר, כמיטב המסורת במשפט המקובל – אפשר לבית המשפט העליון למלא תוכן מהותי, מעשי, נושא סעד משפטי, זכויות שלא עוגנו במסמך החוקתי הנעדר.¹³⁰ תיארו את

Maria Rights Act and the British Constitution, 37 TEX. INT'L L.J. 329 (2002); Dakolias, *Are We There Yet? Measuring Success of Constitutional Reform*, 39 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1117 (2006); Stephen Gardbaum, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 8 INT'L J. CONST. L. 167 (2010).

המסורת של המשפט האנגלי למשפט חוקתי ומנהלי ראו לעיל ה"ש 105–111.

126 כאשר "בעשורים האחרונים נחלש והולך הקשר בינינו לבין הדגם האנגלי": רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 17.

127 על הרקע ל"החלטת הררי" ולכישלון הניסיון לכינון חוקה ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 79–81, וכן ראו גרעון ספיר **המהפכה החוקתית**: עבר, הווה ועתיד 31–41 (2010). ודוק: הדיון החוקתי בימי ראשית המדינה נבע ממקור חיצוני, לא מעניין פנימי בציבור היהודי. מקורו בהחלטת החלוקה של האו"ם, אשר קבעה מתווה מפורט ליצירת שתי מדינות עצמאיות, לא יאוחר מיום 1 אוקטובר 1948. ההחלטה מורה, לשון חוקה כי – The Constituent Assembly of each State shall draft a democratic constitution for its State and choose a provisional government to succeed the Provisional Council of Government appointed by the Commission. [Part I, B. 10; G.A. Res. 181, U.N. Doc. A/RES/181 (II) (Nov. 29, 1947).

על מנת לקיים את החלטת המועצה, כוללת מגילת העצמאות בין הוראות המעבר המשפטיות-מוסדיות שבה את ההבטחה ולפיה האספה המכוננת הנבחרת תיקבע חוקה לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948. ראו: יהושע פרוידנהיים **סדרי השלטון במדינת ישראל** 23 ואילך (מהדורה חמישית, 1953); יורם שחר "הטיוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" **עיוני משפט** כו 523 (2002); להצעות החוקה שהוצעו למן החלטת החלוקה ראו: ועדת חוקה חוק ומשפט, חוקה בהסכמה: www.huka.gov.il/ (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

128 לדברים דומים ראו ספיר, לעיל ה"ש 127, בעמ' 80–84.

129 ראו: אוריאל לין "חוקי היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" **המשפט** ה 267 (2000); אמנון רובינשטיין "הכנסת חוקי היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה 339 (2000).

130 "אם הייתי רואה צורך להשתמש בביטוי מהפכני של מהפכה, הרי כתר המהפכה ראוי הוא שיוכתרו בו האבות המייסדים של בית המשפט העליון. אלה יצרו וביססו עקרונות יסוד של כבוד האדם וחירותו בפסיקה גדולה ונועזת, בחינת יש מאין, מכוח 'אני מאמין' ויצירה מופלאה, ובעקבותיהם המשיכו במלאכת יצירה זו שופטי הדור השני של בית המשפט העליון. ובוא רואה גדולתם של מהפכנים אלה, שהמילה מהפכה לא הייתה שגורה בפהים". מתוך: מנחם אלון

המצב הפרופסורים ברק-ארז ומאוטנר, כך –

"שנים רבות הייתה מרכזיותו של המשפט המינהלי מובנה מאליה במשפט הישראלי. מרכזיות זו חבה עצמה לשני גורמים עיקריים: דלותו היחסית של המשפט החוקתי [...] ועוצמתו של השלטון המרכזי.

המשפט החוקתי בישראל היה במשך תקופה ארוכה תחום עמום למדי, שהתפתח 'על גבו' של המשפט המינהלי [...] בהיעדר חוקה כתובה, נגזרה ההגנה על זכויות האזרח מפני השלטון, במידה רבה, מן הדוקטרינות של המשפט המינהלי".¹³¹

"מאז קום המדינה ועד שנות התשעים פיתח בית המשפט מסכת מרשימה של דוקטרינות להגנה על זכויות האדם. בהיעדר חוקה כתובה ובהיעדר סמכות לפסול חוקים של הכנסת, בית המשפט עשה זאת בדרך של דיון בעתירות שאזרחים הגישו נגד החלטות של המנהל הציבורי של המדינה. אכן, המשפט החוקתי של ישראל התפתח במידה מכרעת 'על גבו' של המשפט המנהלי. בית המשפט הצליח במפעל חשוב זה משום שהחלטות שהתבקש לפסול, ופסל לא אחת, היו החלטות של רשויות המנהל הציבורי של המדינה".¹³²

בשנות השמונים והתשעים חלו שתי התפתחויות ששינו את פני הדברים: **ההתפתחות הראשונה**, הייתה ההרחבה הדרמטית בהיקף הביקורת השיפוטית של בג"ץ.¹³³ מבחינה מהותית מקובל לומר שהסיבה לכך הייתה נכונותו של בית המשפט לתת מענה לשאלות קשות שהתעוררו ואשר במישור הפוליטי לא היו אפשרות או רצון לענות עליהן – כאילו נשאב בית המשפט לתוך הוואקום השלטוני שנוצר. מבחינת הכלים המשפטיים שאפשרו פעילות זאת מקובל לציין את צמצום כללי הריסון העצמי של בג"ץ (ביסודו של דבר – זכות עמידה ושפיטות) ומתן אפשרות

"חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" **מחקרי משפט** יב 253, 256–257 (1995). ראו גם: דוד קרצ'מר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" **משפטים** יט 551 (1989); יצחק זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?" **משפטים** יט 563 (1989).

¹³¹ דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" **עיוני משפט** כה 503 (2001).

¹³² מנחם מאוטנר "המהפכה החוקתית" והשמרנות הבלתי נמנעת של בית המשפט" **משפט ותרבות בישראל פתח המאה העשרים ואחת** (אלי שאלתיאל עורך, 2008) www.tau.ac.il/law/ mautner/articles/hamahpech.doc; ראו בנוסף: ספיר, לעיל ה"ש 127, החל מעמ' 48.

¹³³ פרופ' בנדרו הציע ב-1992 הגדרה אלגנטית באומרו כך: "המשפט המינהלי בישראל הרחיב את אופקיו. תחומי עיסוקו, שבעבר התמקדו בעיקרם בהחלטות הנוגעות לזכויות הפרט או לפגיעה בטוהר המידות, מתפשטים כיום אל מכלול הפעילות של רשויות המדינה". מתוך: אריאל בנדרו "המשפט המינהלי כתורת מינהל" **משפט וממשל** א 145 (1992).

לעותרים ציבוריים לתקוף את החלטות הרשויות רק בשל חומרת הפגם שנפל בהן לכאורה; בכך הוסרו חסמים שמנעו כניסת סוגיות פוליטיות להיכלי בג"ץ וירידת בית המשפט העליון לזירה הציבורית.¹³⁴ לזה נוסף פיתוח כלי ביקורת שיפוטי מדויקים (סבירות בשנות השמונים ומידתיות החל בשנות התשעים).¹³⁵ לכך נוספה, והיא עיקר, נכונות גוברת של בג"ץ – לאור תפיסתו את תפקידו – לפסוק בעניינים ציבוריים שנגעו לפעילות כל רשויות המדינה ולהתערב בהחלטותיהן.¹³⁶ סדרה ארוכה של פסקי דין נתנו עושר, עומק, רוחב ובעיקר "שיניים" למשפט המנהלי,¹³⁷ ושינו לעד את המחשבה שפסיקה מנהלית, אטית, זהירה, נתפסת כ"מאיימת" פחות על רשויות המדינה או מרחיקת לכת פחות בהשלכותיה הציבוריות מפסיקה חוקתית. ההתפתחות השנייה הייתה חוקי-היסוד החדשים, ו"המהפכה החוקתית" שיש הסבורים שבית המשפט עשה בעקבותיהם,¹³⁸ תוך שימוש בסמכויות שהוענקו לו בחוקי-היסוד או בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, ויש שיאמרו – מתוך חריגה מהן.

פסיקותיו של בית המשפט העליון, בשני השלבים האמורים, עוררו מחלוקת רבה הן בקרב משפטנים ואנשי מדע המדינה ואף יותר מכך בקרב הפוליטיקאים. ב"סיבוב הראשון" היו מילות הקוד של הדיון "אקטיביזם שיפוטי" ו"חקיקה שיפוטית" – והשאלה הייתה אם הרחבת הביקורת השיפוטית (המנהלית) של בג"ץ נדרשת

¹³⁴ כדברי האזהרה של מ"מ הנשיא לנדוי בבג"ץ 390/79 דוויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לר (1) 1 (1979). שם חזר השופט על חששו מפני "התוצאה העגומה [...] שבית-המשפט כאילו נוטש את מקומו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור, ושופטי יורדים בעצמם אל תוך הזירה".

¹³⁵ ודוק: "מבחן המידתיות כאמת מידה שהרשות צריכה להזדקק לה בהפעלת שיקול דעתה, מוכר למשפט המינהלי הישראלי עוד לפני אימוצו בחוקי-היסוד". מתוך: ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" ספר יצחק זמיר 161, 217 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005). בספרו: אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 261–258 (2010) – מסכים ברק לדברים, אך מצייין, ובדין, שההכרה במידתיות במשפט המנהלי התרחשה בערך באותה עת שבה כוננו חוקי-היסוד החדשים והעילה הפכה לחוקתית.

¹³⁶ על תהליכים אלה – שחיקת עילות הסף של זכות עמידה ושפיטות, הרחבת עילת הסבירות והרחבת האקטיביזם השיפוטי ראו, למשל: גיא-ישראל זיידמן הזכות לשרת בצה"ל עמ' 487 ואילך (1996); עוד ראו: יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח 499 (2006).

¹³⁷ חישוב למשל על פסקי הדין כמו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (1988). (שפיטות וזכות עמידה); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617 (1989). (צנזורה); בג"ץ 943/89 גנור נ' היועמ"ש, פ"ד מד (2) 485 (1990). (החלטת היועמ"ש שלא להעמיד לדין פלילי); בג"ץ 4478/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 404 (1993). (עתירה כנגד אי-פיטוריו של השר דרעי) והדוגמאות רבות ומגוונות.

¹³⁸ לדיון חשוב ראו: רות גביון "המהפכה החוקתית, תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997). וכן רות גביון המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה? (1998).

ומחויבת מתפקידו, כפי שראה אותה בית המשפט באותה תקופה, ואם אכן "הכל שפיט", או שמא הייתה בגדר שינוי בלתי-ראוי במערך הכוחות בין הרשויות והשגת גבולן של הרשויות המבצעת והמחוקקת.¹³⁹ חוקי-היסוד החדשים הביאו לעליית מדרגה במחלוקות – בית המשפט ביקש ליישם את הכוחות המגולמים, להבנתו, בחוקי-היסוד, ופועלו חידש והחריף את הוויכוח הציבורי. תחת הקוד "המהפכה החוקתית" עלו לא רק השאלה אם מהפכה כזו בכלל הייתה, אם היא דרושה,¹⁴⁰ אם הייתה לגיטימית,¹⁴¹ אלא גם השאלה – מה הלאה? האם יועברו חוקי-יסוד נוספים, מה יהיה תוכנם וכיצד יפורשו. כפי שציין פרופ' ספיר, מלבד הביקורת מצד המחנה הדתי וחלק מחברי הכנסת על מהלכיו של בית המשפט העליון ניתן להצביע על "שפע של כתיבה אקדמית שהולכת ומתגברת במרוצת השנים".¹⁴² לזאת ניתן להוסיף

¹³⁹ לסיכום מועיל של הדיון בנושא ראו: **עיוני משפט** יז גיליון מיוחד: אקטיביזם שיפוטי בישראל (1992); ובייחוד שימו לב למאמרו של מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאוד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" 659, שם; על דמותו של השופט אלון כ"יריב מעמיק של ההשקפה הדמוקרטית ליברלית" ראו: אילן סבן "השופט מנחם אלון: משפט והשקפת-עולם" **משפט וממשל** ב 153 (1994); לסיכום נרחב של המחלוקת מכל צדיה ראו: רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (2000); לניתוח אמפירי ראו: מרגית כהן, אלי לינדר ומרדכי קרמניצר "דת ובג"ץ: דימוי ומציאות" מחקר מדיניות מספר 39 (2003); מרגית כהן, אלי לינדר ומרדכי קרמניצר "דת ובג"ץ: דימוי ומציאות" מחקר מדיניות מספר 57 (2005) זאב סגל וליילך ליטור **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי – במבחנו בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה** 111 ואילך (2008); להתפתחויות עדכניות: ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטי (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" **דין ודברים** ג 399 (2007). ראו גם: דפנה ברק-ארוז "מהפכת השפיות: הערכת מצב" **הפרקליט** ג 3 (2008).
¹⁴⁰ לדיון מעניין בהקשר זה ראו: יהושע (שוקי) שגב "בג"ץ בשירות הצדק: המסורת ואובדנה" **המשפט** יב 439 (2008).

¹⁴¹ ראו, למשל: יוסף מ' אדריעי מהפכה חוקתית – האומנם? **משפט וממשל** ג 453 (1995).
¹⁴² ראו ספיר לעיל ה"ש 127, בעמ' 132 וכן ה"ש 80–82, 264. ספיר מוטרד במיוחד מכך שהאקדמיה הישראלית ברובה אינה נוקטת גישה ביקורתית בעניין מעורבותו של בית המשפט העליון ביצירתה של חוקה ואינה מפקפקת בלגיטימיות של מעורבות זו. שם, בעמ' 132–133. אבל יש לציין שיש כתיבה רבה, בישראל ולא רק בה, המבקרת את בית המשפט העליון ובייחוד את השופט ברק. ראו, למשל: הלל נייער "תורת המהפכה של אהרן ברק" **תכלת** 3 (1988) המסיים את רשימתו כך: "ישראל התגאתה תמיד ברשות השופטת שלה, החפה מכל הטיה פוליטית [...] בשל ההתפתחויות האחרונות התערער מקור הגאווה הזה ונוצר רושם שאין מנוס מאבדנו הגמור [...] [פרשנות בית המשפט העליון מאיימת – ג.ז.] על הציבור הישראלי בריכוז הכוח השלטוני בידי קומץ אנשים שתפישת עולמם אחת [...] אם אכן עתיד תחום ההכרעה הסובייקטיבית של השופטים להתרחב במהירות, כתוצאה בלתי נמנעת מגישתו של ברק, ועמו תתפשט הפוליטיזציה של בתי המשפט, אפשר שהמצב בהחלט מעורר דאגה". וכן ראו: "בג"ץ בראי ההלכה היהודית" **מנוף המרכז למידע יהודי** (20.06.2010): www.manof.org.il/ (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012). והשוו: Barak Medina, *A Response to Richard Posner's Criticism of Aharon Barak's Judicial Activism*, 49 HARV. INT. LAW J. 1 (2007).

שפע של כתיבה פובליציסטית ופוליטית בנושאים אלה. ראוי לציין פה שיתוף פעולה מרתק ועתיר פעילות בין ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בתקופה שבה עמד בראשה ח"כ מיכאל איתן – והאקדמיה – אשר תוצאותיו העשירות זמינות לציבור ברשת.¹⁴³

מבחינת המשפט המנהלי, הנקודה החשובה היא שמראשית שנות התשעים עבר מרכז הכובד של הדיון המשפטי-ציבורי ועמו תשומת הלב אל המשפט החוקתי. בית המשפט העליון ובעקבותיו יתר הגופים – אקדמיים, ציבוריים ואחרים – שיש להם עניין ועיסוק במשפט הציבורי הקדישו מעתה משאבים מוגבלים למשפט המנהלי, ואילו המשפט החוקתי זכה לתשומת לב רבה, אולי רבה מדי.¹⁴⁴

השילוב של שני גלי הביקורת הציבורית הביאו לתקופה בעייתית מאוד עבור בג"ץ: לבד מהביקורת האקדמית והציבורית על הביקורת השיפוטית המנהלית והחוקתית החלה התקפה משמעותית על הלגיטימיות הציבורית של פעילות זו, שכללה גלי התקפות פוליטיות מובהקות על בית המשפט.¹⁴⁵ התוצאה המדידה היא ירידה משמעותית, ארוכת טווח ומטרידה בתמיכה הציבורית בבית המשפט העליון.¹⁴⁶ התוצאה הפחות מדידה, אבל קיימת להערכת רבים, היא שבית המשפט העליון הולך ונעשה שמרן וזהיר בפיקוח השיפוטי שלו.¹⁴⁷ בית המשפט מפגין רמת זהירות גבוהה יותר – ורמת תעוזה, חדשנות ופיתוח הלכה צנועות יותר – בביקורת השיפוטית שלו בשנים האחרונות. והדברים אמורים ודאי בביקורת החוקתית, אבל גם בזו המנהלית.¹⁴⁸ ויש האומרים למבקרים בריש גלי – בית המשפט העליון אינו

¹⁴³ ראו: ועדת חוקה חוק ומשפט, חוקה בהסכמה רחבה, "חומרי הרקע שהוגשו לוועדה": http://huka.gov.il/wiki/index.php/%D7%97%D7%95%D7%9E%D7%A8%D7%99_%D7%A8%D7%A7%D7%A2%D7%A8%D7%A7%D7%A2 :ראו גם: משפט חוקתי, מסמכים שונים המופיעים באתר הבינתחומי הרצליה: www.constitution.org.il/index.php?option=com_consti_comp&mytask=list&ConstiTy .pe=documents (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

¹⁴⁴ השוו: "מאז חקיקתם של חוקי היסוד החדשים [...] אין במדינת ישראל רגע דל. בית המשפט משתמש בחוקי היסוד החדשים כפלטפורמה ליצירתה של חוקה שלמה. גם האקדמיה תורמת את חלקה לתהליך המזורז": ספיר, לעיל ה"ש 127, בעמ' 60 והדיון שם.

¹⁴⁵ ולראייה של בית המשפט כשחקן פוליטי-אסטרטגי ראו: מזרחי ומידיני, לעיל ה"ש 124, בעמ' 112-131.

¹⁴⁶ לנתונים המצביעים על מגמת התאוששות מסוימת בתמיכת הציבור בבית המשפט העליון בנשיאות השופטת ביניש, ולניתוח משמעותם ראו: יעל דר "אמון הציבור הישראלי במוסדות השלטון בעשור האחרון" פרלמנט 63 (2009). www.idi.org.il/Parliament/2009/Pages/2009_63/B/b_63.aspx (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

¹⁴⁷ ראו מזרחי ומידיני, לעיל ה"ש 124, בעמ' 131 והמקורות המאוזכרים שם וכן מאוטנר, לעיל ה"ש 132: "אין זה מן הנמנע כלל שבמבט היסטורי, ארוך שנים, ייזכר פסק הדין בפרשת בנק המזרחי כנקודת מפנה במשפט הישראלי, שהחל ממנה הפך בית המשפט העליון שמרני בכל הנוגע בהגנתו על זכויות היסוד של האזרח".

¹⁴⁸ אני חושב שלכך רומז פרופ' זמיר במהדורה השנייה לספרו: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 19

האקטיביסט; "האקטיביזם של בג"ץ הוא, במידה רבה, מיתוס. בית המשפט אינו ממחר להתערב בעניינים שונים" – ולעומתו האקטיביסט "האמיתי" הוא למשל בית הדין לעבודה.¹⁴⁹

אדגים כוונתי באשר לשינוי המובהק במעמד הציבורי שעבר על בית המשפט העליון באמצעות שתי דוגמאות. בראשית שנות התשעים, כאשר אחוזי התמיכה בבית המשפט העליון נשקו לתשעים אחוזים, מצאה קבוצת חוקרים מובילים כי הציבור הישראלי רואה את בג"ץ כגוף א-פוליטי, הוגן, נבון ומוסרי וכמייצג צדק והוגנות חברתיים.¹⁵⁰ הם הגיעו למסקנה כי "בפני בית המשפט העליון עומדת אפשרות ללכת חלוף לפני המחנה, בלא לערער על הלגיטימציה הציבורית שלו, שכן כפי שמחקרנו מראה בביור, מעמדו האיתן קיים גם בשעה שפסיקתו איננה מבטאת קונצנזוס חברתי או פוליטי" וכן כי "הציבור הישראלי מוכן לראות בבית המשפט העליון חלוץ ההולך לפני המחנה".¹⁵¹ דומה שגישה זו נראית היום מעט אופטימית, שלא לומר נאיבית. כך למשל הושמעה ביקורת רבה באשר למחויבותו של בית המשפט העליון לקידום צדק חברתי.¹⁵²

ציבורים נרחבים בישראל רואים בבית המשפט העליון גורם פוליטי, המייצג קבוצות אליטות שמאל-ליברלי. מה שמדאיג יותר הוא שאפילו קבוצות אליטות אלה, שראו בבית המשפט העליון אביר זכויות האדם, החלו להתאכזב ממנו, ויש מהם האומרים בריש גלי – "אל תפנו לבג"ץ, חבל על הטרחה"¹⁵³ – דבר שחייב את דקן

(מהדורה ב' מורחבת, 2010). כאשר הוא אומר שמאז המהדורה הקודמת של ספרו (1996) ניתנו אלפי פסקי דין בתחום המינהל הציבורי אבל אלה בדרך כלל "אינם פורצים דרכים חדשות [...] פה ושם הם שולחים הסתעפויות לכיוונים חדשים" ומציין את המידתיות והבטלות היחסית כהתפתחויות המרכזיות של תקופת שנים זו: שם, בעמ' 19–20. מאיך, ד"ר אסף מירני מצביע במחקרו, לפחות כמותית, על תמונה שונה; עוד ראו: מרגית כהן, אלי לינדר, מרדכי קרמניצר "דת ובג"ץ: דימוי ומציאות", לעיל ה"ש 139.

¹⁴⁹ ראו: סגל וליטור, לעיל ה"ש 139, בעמ' 13. הדברים נכתבו בעת נשיאותו הארוכה של השופט אדלר (1997–2010); יהיה מעניין לעקוב אחרי התפתחות פסיקת בית הדין בתקופת נשיאותה של השופטת ארד שהחלה בנובמבר 2010 וזו של ממשיכה.

¹⁵⁰ ראו: גד ברזילי, אפרים יער-יוכטמן וזאב סגל **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית** 127–129, 178–188 (1994).

¹⁵¹ שם, בעמ' 178 ו-183 בהתאמה.

¹⁵² ראו לאחרונה: אייל גרוס "בג"ץ החליט צדק חברתי" **הארץ**, 29.02.2012: "פעמים רבות נמתחה ביקורת על בג"ץ, על כך ששיח זכויות האדם שהתפתח בו מזניח דווקא את האוכלוסיות המוחלשות ביותר בחברה [...] אתמול נוצר הפתח לשינוי". הדברים מתייחסים לפסק דינה המסיים של הנשיאה בייניש בבג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (טרם פורסם, 28.02.2012), אשר בו ביטל בית המשפט העליון כבלתי חוקתית הוראת חוק אשר שללה גלמת הבטחה הכנסה ממני שבבעלותו או בשימושו כלי רכב.

¹⁵³ מרב מיכאלי "אל תפנו לבג"ץ, חבל על הטרחה" **הארץ**, 10.01.2011: www.haaretz.co.il/hasite/pages/1208791.html (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012). יש המציעים בחינה מחדש של

הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית להגן על הרקורד של בג"ץ בהגנה על זכויות האזרח – אבל להודות "בג"ץ אינו מחנך".¹⁵⁴

5. השפעת חוקי-היסוד על המשפט המנהלי

האם השפיעו חוקי-היסוד החדשים (לרבות הפסיקה והכתיבה הענפות שבאו בעקבותיהם) על המשפט המנהלי, ואם כן – כיצד?
 בעניין זה נשמע מגוון דעות והערכות הנעות מקצה לקצה. בטווח הקיצון נמצאת עמדת הנשיא בדימוס ברק הסבור כי "הבסיס למשפט המינהלי אינו אך בחוק או במשפט המקובל. הבסיס למשפט המינהלי הוא במשפט החוקתי. חוקי היסוד שלנו הם הבסיס למשפט המינהלי. הם נגזרים מאופיו של המשטר, מהערכים של המדינה ומלשונם של חוקי היסוד".¹⁵⁵ אני חושב שכאשר הנשיא בדימוס אומר שם כי "המקור של המשפט המינהלי בישראל הוא בחוקי היסוד בכלל ובחוקי היסוד באשר לזכויות האדם, בפרט" – אלו דברים המבטאים שאיפה לגבי כיוון ההתפתחות הראוי והם ראויים ככל שאינם מבטלים את תוכנם העצמאי של כללי המשפט המנהלי, שקדם כידוע לחוקי-היסוד. אולם הם אינם משקפים, למיטב הבנתי ובכל הכבוד, את המשפט הפוזיטיבי הקיים במועד זה. בית המשפט העליון, גם בתקופת נשיאותו של ברק, מעולם לא הכיר מפורשות במשפט המנהלי (או ב"זכות המנהלית") כחלק מהזכויות המנויות או הבלתי-מנויות שבחוקי-היסוד. לעומת זאת, הצעות חוקי-יסוד שאמורות לעגן הכרה והגנה חוקתית בנושאים כמו הזכות להליך הוגן, כפי שכולל התיקון החמישי לחוקת ארצות-הברית אינן מתקדמות זה שני עשורים, והדברים ידועים.¹⁵⁶

הנרטיב, ראו למשל: עילי אהרנסון "המשפטיזציה של התרבות הפוליטית בישראל: כיצד היא השפיעה על הדין הציבורי בסוגיות אמניציפטוריות" **עיוני משפט** לא 157 (2008); לתהליך ההתפכחות מראיית בית המשפט העליון הפדראלי בארה"ב (בתקופת פסיקה ליברלית קצרה ונדירה) כמוביל שינויים חברתיים ראו בספר הקלאסי: GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (2nd ed. 2008). וכן ראו: רות גביזון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג" **מעשי משפט** ב 15 (2009).

ברק מדינה "בג"ץ אינו מחנך" **הארץ**, 19.01.2011: www.haaretz.co.il/hasite/pages/1210427.html?more=1 (נברק לאחרונה ב-13.01.2012). יש הרואים דווקא את בית המשפט העליון בשנותיו הראשונות כגורם מחנך השוו: ניר קידר "על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם: עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'ארנו ושייב" **מחקרי משפט** כב 385 (2006).

דבריו במבוא לספר אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי – עילות הסף** כרך שני יב 155 (2008).

ראו למשל ס' 8 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט (פ/848/16, זהבה גלאון, 2003) והתייחסות

בקיצון האחר נמצאת הדעה שהשפעת המשפט החוקתי – כלומר המידה שבה קידמו חוקי-היסוד החדשים את המשפט המנהלי המהותי – נמצא השופט בדימוס פרופ' זמיר. בספרו החשוב על המשפט המנהלי הוא מצייין כי פרט לפרשנות הרחבה שבית המשפט העליון הקנה לביטוי "כבוד האדם" בחוקי-היסוד החדשים – "לא התרחשה בדיני החוקה התפתחות שיש בה כדי להשליך באופן משמעותי על דיני המינהל הציבורי".¹⁵⁷ דומני, בכל הכבוד, שהצדק עמו. מעבר ל"מטרייה הנורמטיבית" שמספק כעת המערך החוקתי, אני מתקשה להצביע על תחומים שבהם הועמקה והורחבה ההגנה של בית המשפט העליון על זכויות האדם והאזרח בתחום הקלאסי של פסיקתו המנהלית, כלומר מחוץ לתחום הביקורת החוקתית. אבל זמננו בידנו, והדברים עוד עשויים להתרחש.

בטווח הביניים שבין שתי עמדות אלה הייתי ממקם את הפרופסורים ברק-ארז וברכה. פרופ' ברכה ציין כי חרף העובדה שחוקי-היסוד החדשים אינם מתייחסים ישירות ומפורשות למשפט המנהלי, להוראותיהם השפעה נרחבת על המשפט המנהלי והם גורמים ל"שדרוגם של חלק בלתי מבוטל מכלליו לרמה החוקתית",¹⁵⁸ אך דומה שמדובר בעיקר ב"חידוד הדגשים" של הגנת זכויות אדם שבית המשפט העליון יישם, במשפט המנהלי, באופן פסיקתי ובלא חוקה כתובה מקדמת דנא.¹⁵⁹ פרופ' ברק-ארז סבורה שהמשפט החוקתי אמור להשפיע על המנהלי, אם כי השפעתו אינה ניכרת מספיק בשלב זה. לדבריה:

"מאז חקיקתם של חוקי היסוד, הפעילות השלטונית אינה כפופה רק למגבלות הנובעות מן הפסיקה והחקיקה הרגילה, כי אם להגבלות החוקתיות החלות על אופן הפעלתה של הסמכות המינהלית כפי שהן מעוגנות בחוקי היסוד [...] כיום, ההלכות בתחום המשפט המינהלי מושפעות מן ההתפתחות שחלה במשפט החוקתי [...] השינוי אינו בפרטים בלבד, אלא משפיע על עקרונות היסוד של התחום [...] כיום [...] חוקי היסוד קובעים את העקרונות, שמהם נגזרים כלליו של

בית המשפט לנושא בבג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש הממשלה, פ"ד נח(3) 503, 519 (2004); וכן ראו: ברכה, לעיל ה"ש 135, בעמ' 162–163.

¹⁵⁷ כך למשל זמיר מתייחס לעילת המידתיות כעילה מנהלית, לאו דווקא חוקתית: זמיר **הסמכות המנהלית**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 19–20.

¹⁵⁸ ראו: ברכה, לעיל ה"ש 135, בעמ' 163; וכן ראו: Baruch Bracha, *constitutional Upgrading of Human Rights in Israel: The Impact on Administrative Law*, 3(2) U. PENN. J CON. L. 581 (2001).

¹⁵⁹ למעט, כמובן, ההגנות החוקתיות שנוספו בעקבות חוקי היסוד – ראו: ברכה, לעיל ה"ש 135, בעמ' 223–226.

המשפט המינהלי, כמקובל במדינות שבהן נוהגת חוקה"¹⁶⁰.

6. סיכום ביניים: מהי הזיקה בין התחומים?

אין חולק על קיומן של נקודות מגע והשקה רבות בין תחום המשפט המנהלי לחוקתי, בייחוד כאשר עקרונות יסוד כמו עקרון החוקתיות וזכויות האדם והאזרח באים לידי מימוש בהליך משפטי. אנסה לסכם את הערכתי בדבר הזיקה בין התחומים:

ראשית, המשפט החוקתי מגדיר את זכויות האדם והאזרח בישראל ורצוי שאף יעגן אותן; המקרה היחיד שבו הוא נקרא במישרין ליישם אותן הוא כאשר חוקתיות חוק ראשי עומדת לבחינה. לבד מזאת, עילות המשפט המנהלי הן המיישמות את ההגנה על זכויות האדם והאזרח – אלו המוגנות בחוקי-היסוד ואלו המוכרות במשפט במנהלי, ואין חפיפה בין השניים – מפני פגיעה יתר על המידה מצד רשויות המדינה.

שנית, המשפט החוקתי מגדיר את רשויות המדינה ואת תפקידיהן; המשפט המנהלי יוצא מנקודת מוצא זו, בודק האם אכן הופקדה – בחוקי היסוד או (על פי רוב) בחקיקה ראשית – הסמכויות הנטענת בידי רשות המנהל רשויות המנהל ("עקרון חוקיות המינהל"); המשפט המנהלי הוא הקובע את ההליכים הנאותים ואת כלי הפיקוח על פעילותן התקינה של הרשויות במסגרת הסמכות.

שלישית, המשפט החוקתי קובע עקרונות יסוד לפעילות הראויה של רשויות המנהל – פעילות ראויה למשרתי ציבור במדינה דמוקרטית – והמשפט המנהלי פורט עקרונות אלה – שקיפות, נאמנות, ניקיון כפיים – לפרוטות בנות הגדרה, יישום ואכיפה. במלים אחרות: אני רואה את שני התחומים כשונים במהותם, ברמת ההפשטה של פעילותם אך כפועלים "גב אל גב". אם תרצו: האחד פילוסוף – השני מלך; האחד מספק את החומרה, השני את התוכנה להפעלתה. לטעמי, התחום החוקתי הוא ברמת הפשטה גבוהה ורמת יישום פרקטי נמוכה, דין הגנרלים; ואילו המשפט המנהלי הוא דין החיילים, הנלחמים ב"שוחות" על יישום העקרונות הנעלים.¹⁶¹

¹⁶⁰ ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 72–73.

¹⁶¹ לדעתה של פרופ' ברק-ארז בעניינים אלה ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 17–20.

ד. יתרונות המשפט המנהלי, חסרונותיו – ואתגרים לעתיד לבוא

1. יתרונות המשפט המנהלי

הוצאתו לאור של הספר הנוכחי המציג בצורה מעמיקה ומקיפה את העושר המצוי בתחום המשפט המנהלי הישראלי היא הזדמנות ראויה לחשוב מחדש על יתרונותיו של התחום. בראייה זו אני יכול להציג מספר יתרונות של המשפט המנהלי, המצדיקים הן את הוראתו העצמאית והן את העמקת המחקר האקדמי (האמפירי ותיאורטי) וזאת גם במסגרת המשפט הישראלי וגם באופן השוואתי עם מדינות (מערביות) אחרות. אציין את עיקרי הדברים להבנתי:

(א) סעד חוקתי או מנהלי – מי יעמוד לרשות האזרח ביום פקודה?

תהא עמדת הקורא אשר תהא בנושא יחסי הגומלין בין משפט חוקתי והמנהלי – דומני שאין חולק שזה האחרון הוא אמצעי היישום המרכזי להגנה ולמימוש זכויות אדם ואזרח. להבנתי למשפט יש החוקתי השלכה ישירה מוגבלת, כאשר הכלי המעשי היחיד שעומד לרשותו – כלומר שהינו חוקתי טהור – הוא ביקורת שיפוטית חוקתית: פסילת חוק בהיותו סותר לחוק-יסוד.¹⁶² זהו כלי כל כך חזק ומשמעותי, שניתן להפעילו רק לעתים נדירות מאוד ועיקר חשיבותו באיום התיאורטי בדבר האפשרות הפעלתו.¹⁶³ ואכן, במהלך כשני עשורים, הופעל כלי זה שבע פעמים בלבד,¹⁶⁴ ומכאן

¹⁶² בית המשפט העליון קבע, עקרונית, שבידו סמכות זו בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995). אם כי באותו הליך (כמו ברבים אחרים) בחר שלא להשתמש בסמכות זו.

¹⁶³ כדי להימנע מדימוי "האקדח הטעון" אשווה את בעל הזכות החוקתית שהופרה (אולם בית המשפט מעדיף שלא להפעיל את העילה החוקתית לסייע לו) לאותו אמריקני, בסיפורו הקלאסי של מרק טוויין, הסובב ברחובות לונדון של סוף המאה התשע עשרה ובידו שטר של מיליון פאונד שטרלינג, שאותו אף בעל העסק יכול לפרוט – אולם הכול יודעים שהוא איש עשיר. (מדובר בהתערבות בין שני אחים בשאלה אם אדם יוכל להתקיים במשך חודש ללא כסף מזומן, רק בשל כך שידוע לכל שיש בידו הון רב. ראו: מרק טוויין **שטר בן מיליון וסיפורים אחרים** (1893). [www.imdb.com/ "The Million Pound Note" imdb: www.imdb.com/ "million pound note" Wikipedia](http://www.imdb.com/title/tt0046072en.wikipedia.org/wiki/The_Million_Pound_Note) (7.11.2011) title/tt0046072en.wikipedia.org/wiki/The_Million_Pound_Note (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

¹⁶⁴ ראו: בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1998); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואחרים נגד כנסת ישראל ואחרים** (2005); בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (לא פורסם, 12.12.2006); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים** (טרם פורסם, 19.11.2009); בש"פ 8823/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 11.02.2010).

המסקנה הכנה של רובינשטיין, דוברו המובהק של המשפט החוקתי, ולפיה המגמה שהוא מוצא בפסיקת בית המשפט העליון בשנים האחרונות היא "מעורבת: התערבות אינטנסיבית בהחלטות מנהליות בצד ריסון ואיפוק בנוגע לשיפוט חוקתי".¹⁶⁵ גם טענה זו אמחיש באמצעות דוגמה. קחו למשל את זכות הכניסה והיציאה מישראל הנתונה כיום מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁶⁶ לשונה של ההוראה רחב ומרשים. לכאורה היא מאפשרת לכל אזרח ישראל להיכנס ולצאת מישראל כרצונו – כאילו יכול כל אחד מאיתנו להגיע בכל עת לגבול המדינה – מצדו האחד או האחר – לבקש כניסה או יציאה מן המדינה, בטענה שיש לו זכות חוקתית ושהוא עומד על מימושה המיידית. בפועל, כולנו יודעים שהמצב העובדתי שונה בשתי רמות: ראשית, הזכות על פי חוק היסוד ניתנת להגבלה ואכן סדרה של הוראות דין הקיימות מקדמת דנא מטיילות מגבלות חוקיות על כניסה לישראל ויציאה ממנו. מגבלות אלה – צווים שיפוטיים המעכבים יציאה מהארץ ומגבלות על קטינים, אסירים או חיילים – היו קרוב לוודאי עומדות במגבלות חוק היסוד, גם אלמלא קדמו לו מבחינת מועד חקיקתן ונהנו מסעיף שמירת הדינים.¹⁶⁷ שנית, מרבית המגבלות על מימוש זכות הכניסה והיציאה מישראל הן ברמה המנהלית, הגבלות פרקטיות על קיום הזכות החוקתית. כך למשל בעבר הכבידה המדינה מאוד על כניסה ויציאה מישראל באמצעות הפיקוח על מטבע זר.¹⁶⁸ אך גם כיום, כדי לצאת מישראל יש לבוא לנקודת גבול מוכרת בשעות הפתיחה, להציג דרכון (או מסמך מקביל) תקף, ולגבי רוב הנכנסים והיוצאים מישראל – יש להציג כרטיס טיסה תקף.¹⁶⁹

¹⁶⁵ "כך, בצד ההכרה העקרונית בסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, נמנע בית המשפט כמעט לחלוטין מהכרזה על בטלותן של הוראות חוק [...] בתחומים אחרים בוחר בית המשפט להימנע, ככל שניתן הדבר, מהכרעה בהתבסס על הערכת סבירות תוכנם של הסדרים שלטוניים שונים". מתוך: רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 15. עוד ראו: מנחם מאוטנר "מהומה על לא מהומה" **עורך הדין** 64 (2008): www.israelbar.org.il/uploadfiles/mautner_article_dec_2008.pdf.

¹⁶⁶ למען הדיוק – ס' 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעניינו יציאה מישראל וכניסה אליה קובע: (א) כל אדם חופשי לצאת מישראל; (ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל. ברשימה זו לא אדון בהבחנה זו שבין אזרח ישראלי למי שאינו אזרח ומשמעותה בנושא הסדרת הגירה, תיירות ועבודה בישראל.

¹⁶⁷ לדיון ראו: יפה זילברשץ "עיקוב יציאה מהארץ על-פי צו של בית משפט" **מחקרי משפט** יב 71 (1995); יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" **משפטים** כד 69, 90 (1994). לדעתה, שלוש קטגוריות עומדות במבחן ההגבלה בחוק היסוד ומצדיקות הגבלת יציאה מהארץ: בטחון המדינה, הסדר הציבורי וזכויותיהם של אחרים.

¹⁶⁸ לדיון ראו: Orit Rozin, *Israel and the Right to Travel Abroad, 1948–1961* 15(1) ISRAEL STUDIES 147 (2010).

¹⁶⁹ להדגמת הנקודה: הנתונים הרשמיים הם שבשנת 2010 נרשמו 4.3 מיליון יציאות של ישראלים לחו"ל, מהם 3.6 מיליון (83.7%) בדרך האוויר, למעלה מחצי מיליון יציאות בדרך היבשה וכמאה וחמישים אלף יציאות בדרך הים. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הודעה לעיתונות" (12.1.2011):

הווה אומר: זכות היסוד, כבודה העקרוני במקומה מונח; אולם במונחים מעשיים התוצאה – והיא אופיינית לשיטות המשפט המקובל¹⁷⁰ – היא ש"המשמעות המשפטית של הקניית זכות לאדם לצאת ממדינה היא, שכאשר הזכות מופרת יכול אדם לפנות לבימ"ש ולקבל סעד בגין הפרת הזכות כלפיו"¹⁷¹ והמדובר, להבנתו, ברוב המקרים בסעדים מנהליים, פחות מכך חוקתיים. במונחים מעשיים, ברוב המקרים הסעד המנהלי הוא שיסייע למרבית האנשים הנתקלים בבעיה בתחום.

(ב) הגישה האימפריאליסטית

בתפקידי כמורה, ישנו "אני מאמין" עליו אני חוזר במסגרת הקורס במשפט מנהלי והוא שלטעמי מדובר בקורס המשפטי החשוב ביותר שניתן ללמוד במהלך התואר במשפטים.¹⁷² אנצל מסגרת זו להסביר את הטעמים לעמדתו. ראשית, מבחינה פרקטית, חלק משמעותי מפעילויות החקיקה, השפיטה והביצוע נעשות לא בידי שלוש הרשויות הקלאסיות – הכנסת, מערכת בתי המשפט וממשלת ישראל – אלא באמצעות מאות אלפי אנשי המנהל הציבורי. אלו פועלים, בחיי המעשה, על פי מערך צפוף ובמידה רבה בלתי-שקוף של הנחיות פנימיות.¹⁷³ פקידים אלה משפיעים על חיי היום יום שלנו בצורה דרמטית: רוב ההיבטים המשפטיים שבהם נתקל האזרח (ומכאן – גם המשפטן) בחיי היום-יום שלו, באותן ההזדמנויות שבהן הוא מגלה שפעילות מסוימת מוסדרת בחוק, עניינם בפעילות רשויות מנהליות בהליכים מנהליים.¹⁷⁴

www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201128006 (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

¹⁷⁰ לרעיון המקביל בין זכות לסעד (Ubi Jus, Ibi Remedium) ראו: Tracy A. Thomas, *Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy Under Due Process*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1633 (2004); Heather J. Hanna & Alan G. Harding, *Comment, General Law Division: Ubi Jus Ibi Remedium-For the Violation of Every Right, There Must Be a Remedy: The Supreme Court's Refusal to Use the Bivens Remedy in Wilkie v. Robbins*, 8 WYO. L. REV. 193 (2008).

¹⁷¹ ראו זילברשץ, לעיל ה"ש 167, בעמ' 83.
¹⁷² שתי הערות: במרכזו הבין-תחומי שבו אני מלמד, נלמדים לימודי המשפטים במסגרת דו-חוגית – כלומר סטודנטים לומדים תואר נוסף בתחומים כמו ממשל ומנהל עסקים. עוד ראוי לציין כי המשפט המנהלי (כמו המשפט כולו) משיק למספר תחומים נוספים – מדעי המדינה, כלכלה, מנהל עסקים ועוד; בחלק מאלו קיים מחקר בין-תחומי, בחלק פחות; אני משאיר את הדיון המלא בנושא למועד אחר. השוו: בנדור, לעיל ה"ש 133.

¹⁷³ ראו: יואב דותן הנחיות מינהליות (1996); יורם ארידור "משמעותה המשפטית של חקיקה מינהלית לא-פורמלית" הפרקליט מג 57 (1997).

¹⁷⁴ כאשר פרופ' מאוטנר כותב כי "חיינו רוויים במשפט" ופונה לציין בפירוט רב את הרגולציה

שנית, התחום שאנו מכירים כ"משפט מנהלי" הוא רק קצה הקרחון: כבר לפני שנות דור הסביר פרופ' זמיר כי המשפט המנהלי שאנו מכירים הוא **המשפט המנהלי הכללי**, הכללים החלים על כל רשויות המנהל וקובעים את ההוראות הכלליות בעניינים כמו אצילת סמכויות, והגבלות על שיקול הדעת המנהלי. לאלו, הוסיף פרופ' זמיר, את מה שכינה "המשפט המינהלי המיוחד [...] כגון: דיני רשויות מקומיות, דיני צבא, דיני משטרה, דיני בטוח לאומי, דיני מסים ומכס ועוד".¹⁷⁵ הדרך המינימליסטית להבין את דבריו אלה היא כי נוסף על כללים המשותפים לכל רשויות המנהל הציבורי קיימים כללים ייחודיים לרשויות שונות. לאלו תחומי סמכויות ופעילות ייחודיים, ומכאן שגם נוהלי העבודה שלהן התפתחו לענף נפרד במקצת מהמשפט המנהלי הכללי. חלק גדול מהתחומים הללו זכו, בשל חשיבותם המעשית הרבה, שיוקדשו להם קורסים וספרות מקצועית משל עצמם. דומני שאין חולק שמערך היחסים והחובות ההדדיות שבין עירייה לבין תושביה שונים מאלו שבין המשטרה לחשוד, או הביטוח הלאומי למי שפונה בבקשה לקצבה, אף שכולן רשויות מנהליות הפועלות מול אזרחי ישראל ותושביה. דברים דומים אומרת פרופ' ברק-ארז בספרה בציינה כי "הלכה למעשה, עיון בפרקטיקה של המשפט המנהלי, מצביע על התפתחות הדרגתית של תחומי התמחות מיוחדים: משפט מינהלי בטחוני, דיני רווחה, דיני תכנון ובנייה, ועוד".¹⁷⁶

שלישית, הייתי מוסיף לכך כמה דגשים. בתחומי משפט רבים ישנה התגברות בהשפעת המשפט הציבורי בשנים האחרונות בשלושה מובנים – **האחד**, הבנה גוברת כי גם אותם תחומים מושפעים ישירות מן המשפט הציבורי (הן משיח הזכויות החוקתי והן מהכפפת הרשויות הפועלות בתחום לנורמות המשפט המנהלי); **השני**, התובנה שכאשר יש רשות מנהלית מרכזית אחת הפעילה מטעם המדינה בתחום מסוים – רשות המקבלת החלטות מדיניות וקובעת כללי משחק לפעילות העוסקים בתחום – אזי ניתן לראות את כל ענף המשפט המהותי כסובב סביבה, ולמעשה עוסק בבחינת הכללים המשפטיים המסדירים את פעילותה והסעדים העומדים לרשות האזרח מולה; **השלישי**, נטייה גוברת של המדינה לבחור בהליכים מנהליים ביחסי הרשות והאזרח – ולא דווקא בהליכים פליליים או אזרחיים.¹⁷⁷

המקיפה של חיינו – ניתן לראות שלא במהרה מתעוררות הזכויות "גדולות", אלא דווקא בדברים ה"שגרתיים" – כמו תכנון ובנייה, פיקוח על מוצרי מזון, אספקת מים וחשמל וכדומה – שבהם מעורבות רשויות מנהל, ואשר הסעדים בעניינם הם סעדים מנהליים. ראו: מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" **אלפיים** 16 (1998).

¹⁷⁵ זמיר **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1.

¹⁷⁶ ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 16 וה"ש 9–10. אגב, הדברים נכונים לא רק בישראל. ראו, לשם דוגמה: Edward P. Richards, *Public Health Law as Administrative Law*, 10 J. & POL'Y 61 (2007).

¹⁷⁷ בהקשר זה הייתי מציין חקיקה חדשה שמתחילה להשתמש בעיצום הכספי החל בחוק איסור

כל אלה מדגישים את חשיבותו של המשפט הציבורי, והמשפט המנהלי במיוחד.

אציג כמה דוגמאות בקצרה:

במשפט הפלילי ניתן לציין את ההשפעה הברורה של חוקי-היסוד על סדר הדין הפלילי (אזרחי כצבאי) וכן את הנטייה לעבור מעברות פליליות למנהליות.¹⁷⁸ אולם לטעמי עיקר הדגש שונה: השאלה המרכזית בפני העוסקים בתחום היא לא דווקא כיצד יכריעו בתי המשפט במקרה שמובא לפניהם – שהרי אחוזי ההרשעה, משהוגש כתב אישום גבוהים מאוד¹⁷⁹ – אלא כיצד ניתן למנוע העמדה לדין מלכתחילה. כלומר כיצד יפעלו רשויות התביעה במקרה נתון הבא לפניהם – לא ברמת הניתוח התאורטי של המשפט הפלילי, אלא ברמה היישומית: האם פלוני יועמד לדין על פי מדיניות התביעה והנחיותיה הפנימיות, על פי פרשנותה היא את המשפט הפלילי ותקדימיה שלה? אין חולק שבידי רשויות התביעה שיקול דעת רחב להפעיל את הכוח המשמעותי מאוד של העמדה לדין פלילי¹⁸⁰ – מכאן התפתחות ההליכים שנועדו לשכנע את הרשות שלא לנקוט צעד זה או שלא להביאו עד לשלב ההרשעה. אם בעבר היה הליך כמו שימוע שלפני העמדה לדין מעשה חסד שנשמר למתי מעט,¹⁸¹ אנו רואים תהליך של מיסוד הליכים של שימוע, עיכוב הליכים או עסקאות טיעון והבהרת מעמדן של רשויות התביעה כרשויות מנהליות מובהקות. בית המשפט העליון חייב את רשויות התביעה בפרסום מדיניותן בעניין העמדה לדין,¹⁸² ואילו המחוקק העניק הן לחשודים בעברות¹⁸³ והן לנפגעי עברה זכויות¹⁸⁴ שונות להבאת

הלבנת הון, התש"ס-2000 (פרק ה' – סעיף 12 ואילך) ותקנות איסור הלבנת הון (עיצום כספי), התשס"ב-2001, עבור בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 (סעיף 11א שהוסף בתיקון מס' 10, התשס"ה-2005), וכלה בהוראות בחוק אוויר נקי, התשס"ה-2008, בחוק הגנת השכר (עיצום כספי), התשס"ט-2009, בחוק בנק ישראל, התש"ע-2010 ובהוראות רבות נוספות.

השוו: Michal Tamir, *Public Law as a Whole and Normative Duality: Reclaiming Administrative Insight in Enforcement Review*, 12 TEX. J. ON C.L. & C.R. 43 (2006)

בשנת 2008 היה שיעור ההרשעה הפליליות 98.6% (!) מכלל ההאשמות. ראו: "הרשעות במשפטים פליליים לפי תכונות נבחרות", למ"ס שנתון סטטיסטי לישראל (2010) www.cbs.gov.il/shnaton61/st11_04.pdf (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

גם בעניין זה ניכרת מגמת הרחבה בנכונות בג"ץ להתערב בהחלטות בדבר העמדה או אי-העמדה לדין. על החשש מפני אכיפה סלקטיבית ראו: מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית** (2008).

מה שעורר שאלות קשות בעניין הגינות ושוויון בהליך – ראו: רות גביוון "שימוע, שוויון לפני החוק היועץ המשפטי לממשלה" **עיוני משפט** טו 457 (1990).

ראו: בג"ץ 5537/91 **אפרתי נ' אוסטפלד**, פ"ד מו(3) 501 (1992).

החל בשנת 2000 תוקן חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, וחשוד יידוע בעברת פשע על דבר העברת חומר חקירה בעניינו לרשות התביעה על מנת לאפשר לו להגיש בקשה להימנע מהגשת כתב אישום (ס' 60א).

ראו: חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 המעניק לנפגע עברה כהגדרתו בחוק זכות לקבל מידע על הדרך שבה מתנהל ההליך הפלילי (ס' 8), לעיין בכתב האישום (ס' 9), ולנפגע עברת

עמדתם בפני הרשויות המנהליות בטרם קבלת ההחלטות בשלבי ההליך הפלילי. דברים דומים ניתן לומר בענפי משפט נוספים:

בדיני מסים ישנם כותבים הסבורים שתחום זה הוא חלק מן המשפט הציבורי – המנהלי ובמיוחד החוקתי – ומדגישים את כוחן העצום של רשויות המסים.¹⁸⁵ אבל העיקר לטעמי הוא זה: השאלה המרכזית הניצבת בפני העוסקים בתחום היא חבות המס של נישום והיקפה. הניסיון הוא לתכנן פעילות מסחרית על מנת להגיע לחבות מס מינימלית או להגן על הנישום בפני הליכים משפטיים במקרי מחלוקת בעניינים אלה. אין מדובר בעניינים אקדמיים. השאלה אינה רק מה דיני המסים קובעים או ראוי שיקבעו, אלא כיצד הם מיושמים בפועל. חשובים מאוד פה לא רק עמדת בתי המשפט, אלא עמדת רשות המסים, הרשות המנהלית רבת הכוח הפעילה בתחום, על העמדות המשפטיות שהיא דוגלת בהן, חוות הדעת שהיא נותנת לפני העסקה והסכמי הכופר שאליה היא מגיעה עם נאשמים¹⁸⁶ והצעדים המשפטיים – המנהליים – שניתן לנקוט כדי להתמודד עם החלטתה. לשון אחר: מרכז הכובד של התחום הוא במעקב אחר פעילותה של רשות המס, הנחיותיה השונות ותוצאות התדיינויותיה המשפטיות על מנת שעורך הדין יוכל ליעץ ללקוחותיו מהן הנורמות באשר למיסוי בישראל ובעיקר מהם הסעדים ודרכי הפעולה העומדים לרשותו ביחס לרשויות המס. מכאן, למשל, שרעיון טוב הוא לברר את עמדתה של הרשות בעניין חבות במס ולהגיע להסדר מקדמי (Pre-ruling) עוד לפני יישומה בפועל כדי להימנע מאי-הנעימות הנלווית למצב שבו הרשות אינה מסכימה לתכנון המס שנקט גורם, אפילו היה זה בעצת יועציו המקצועיים.¹⁸⁷

ניתן לנתח תחומים רבים נוספים ברוח דומה. ניתן לומר למשל שבמידה גוברת יש לראות ברשות השופטת כרשות מנהלית, המעסיקה אלפי עובדים, נתונה לביקורת, מספקת נתונים על פעילותה לציבור, ומבקשת הגדלת תקציביה מעת לעת. לטעמי, דיני פסלות שופט אינם רק כללים אתיים פנימיים של הרשות השופטת, אלא הם חלק מהמשפט המנהלי הייחודי החל עליה – בהיותה רשות השופטת את עצמה – ותחום חיוני לעורכי דין בהיותו אחד הכלים הבודדים שניתנים בידי – נוסף על

מין או אלימות חמורה גם את הזכות להביע עמדה לעניין עיכוב הליכים (ס' 16) בעניין הסדר טיעון (ס' 17) וכן לפני ועדת שחרורים ולעניין חנינה.

¹⁸⁵ לתזה זו ראו: יוסף מ' אדרעי "דיני מסים כמשפט ציבורי" **משפט וממשל** ה' 57 (2000) וביתר פירוט: יוסף מ' אדרעי **אירועי מס – עלייתם (ואיבונם?) של דיני מסים בישראל** 21 (2007).

¹⁸⁶ והאם לא לשאלת פרסומם של עניינים אלו בדיוק התכוון השופט חשין בעניין **אפרתי**, לעיל ה"ש 181.

¹⁸⁷ בעניין זה ובייחוד לעניין הפרה-רולינג, קבלת חוות דעתה של רשות המס מראש, ראו: ע"א 1804/05 **אלוני נ' פקיד שומה כפר-סבא** (לא פורסם, 31.01.2008); איריס שמואלי "המנעות או השתמטות – תכנון מס בין הדינים" **הפרקליט** מח 137, 162 (2004); לעניין תכנון מס ראו: לימור ריזה "פרשת פרומדיקן – עמעם טפה, סבך טפחיים ועקרון החוקיות יטפה את חפותך" בתוך יוסף מ' אדרעי "אירועי מס", לעיל ה"ש 184, בעמ' 269–328.

העתירה הישירה לבג"ץ ולפנייה לנציב קבילות השופטים – לפעול כנגד התנהגות בלתי-נאותה של שופטים באולמם.¹⁸⁸

(ד) הגישה הראלית ("הכסף מדבר")

מבלי להיכנס לדיון המורכב על קו ההפרדה בין משפט פרטי לציבורי,¹⁸⁹ ראוי לציין שקו זה נשמר, בצורה ברורה ביותר, בבתי הספר למשפטים. תחומים כמו דיני חוזים, נזיקין וקניין, נתפסים כחלק מן המשפט הפרטי, והאלמנט ה"ציבורי" המרכזי שקשור בהם, הוא הצורך בקיום שלטון חוק ומערכת אכיפה על מנת להקנות תוקף ממשי לכל אחד מזכויות אלה. **ומה כאשר המדינה היא צד ישיר להליך?** להלכה, אין לעובדה זו נפקות: מבחינה עיונית, המשפט הישראלי, כנהוג במשפט המקובל ובשונה מהנהוג במשפט הקונטיננטלי, אינו מקיים הפרדה – לא בדין המהותי ולא בזהות הדיינים – בתחומים אלה. המדינה – בחוזים, בנזיקין ובקניין – פועלת במשפט הפרטי, ומקבלת "הטבות" די מזעריות בדין. למעשה, פני הדברים מעט יותר מורכבים. אציין עיקרי דברים בקצרה:

בחוזים: כאשר אנו עוסקים בקשר בין משפט מנהלי לחוזים אנו מזכירים את ההלכות בעניין חוזים שלטוניים – אבל דומני שהם אינם עיקר. אך לעתים נדירות מבקשת המדינה להשתמש במעמדה לשם השתחררות מחוזה.¹⁹⁰ העיקר, לטעמי, הוא שעל מרבית הסקטור הציבורי חלים דיני המכרזים, שהם יציר המשפט המנהלי. אלו חלים על עסקאות בסכומי עתק,¹⁹¹ הגדולים בהרבה מהיקף הפעילות של גורם מסחרי כלשהו במדינה. רוצה לומר: קשה מאוד לעשות פעילות מסחרית בישראל מבלי להיתקל בדיני המכרזים, דינים השונים מאוד בהיגיון המנחה אותם ובכלליים הספציפיים, מדיני החוזים הכלליים. כך, למשל, בשונה מדיני החוזים הכלליים, דיני

¹⁸⁸ למחקר שיטתי – תאורטי אך גם מעשי – בתחום ראו: יגאל מרזל **דיני פסלות שופט** (2006).

¹⁸⁹ לדיון מעמיק ראו: דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" **משפט וממשל** ה' 95 (2000); דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח' 11 (2009). וכן ראו: Paul M. Schoenhard, *A Three-Dimensional Approach to the Public-Private Distinction*, UTAH L. REV. 635 (1982); Symposium, *The Public-Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1289 (1982).

¹⁹⁰ וההלכות בנושא אינן ברורות כדבעי – ראו: דפנה ברק-ארז "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית – מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" **המשפט** יא' 111 (2007); וכמוכן: דפנה ברק **האחריות החוזית של רשויות המינהל** (1990), במיוחד בעמ' 155 ואילך.

¹⁹¹ מנהל מינהל הרכש הממשלתי ציין כי היקף הרכש הממשלתי (לבדו) מסתכם בכ-25 מיליארד שקל בשנה (לא כולל סיוע חוץ); הוא פועל מול מאגר של כ-160 אלף ספקים פעילים ומבצע כ-700 אלף פעולות רכש בשנה. במשרדי הממשלה קיימות כ-300 יחידות רכש. המדיניות עתה היא לצמצם את מספרן ולשדרג את מעמדן של היחידות שיישארן: www.iplma.org.il/ (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

המכרזים אינם רואים בחיוב קיום משא ומתן ישיר בין הצדדים לשם השגת גמירות דעת; נהפוך הוא – הם אוסרים משא ומתן ישיר. הייתכן לסיים לימודי משפטים ללא מודעות לדברים אלה?

בנזיקין: אכן, כבר בראשית ימיה ויתרה המדינה על החסינות שהוקנתה לה כריבון מתביעות בנזיקין,¹⁹² ולכאורה הפכה בכך לבת-תביעה ככל אדם ותאגיד בישראל. בדיון ביחסי המשפט המנהלי ודיני הנזיקין אנו מתמקדים בחסינויות שנותרו למדינה ובאלו שנתונות גם לעובדיה, ובחידושי חקיקה ופסיקה בתחום. אבל מבחינה מעשית זו תמונה חסרה. המדינה – על עובדיה – היא הגורם ה"פעיל" המרכזי בדיני הנזיקין – הן כמזיק והן כניזוק, והדבר נובע מהיקף הפעילות העצום של עובדי המדינה, החיילים, השוטרים, הרופאים וכדומה. פרקליטות המדינה היא בנקל משרד עורכי הדין הגדול בישראל.¹⁹³ בנוסף, על פי דברי חקיקה ספציפיים, המדינה מעורבת בהליכים ייחודיים שאופיים מעורב – **נזיקי-מנהלי**, אשר סדרי הפעלתם אף הם מעורבים – מנהליים-משפטיים, ובחלקם פקידי הרשות מעורבים בהחלטה המהותית הראשונית בדבר זכאות לתגמול, ורק בערעור מגיע הדיון להליך בפני מערכת בתי המשפט. מדובר בהסדרי הנזיקין מהגדולים ביותר בישראל – לרבות הסדרת פיצויים של חיילים ושאייריהם, הסדרת פיצויים של נפגעי תאונות דרכים והסדרת זכאותם של נפגעי עבודה, נכים ורבים אחרים באמצעות הביטוח הלאומי.¹⁹⁴ אם כן, האם ניתן

¹⁹² חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 קבע עיקרון וחריג בצדו – "דין המדינה, לענין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד, פרט לאמור להלן בחוק זה" (סעיף 2). ואכן, חוק זה קבע חריגים – שהורחבו והועמקו בעשור האחרון – שעניינם תביעות הקשורות לפעילויות צבאיות של המדינה ותביעות חיילים שנפגעו ושאייריהם. אחד התיקונים לחוק שביקש לצמצם את אחריות המדינה לנזק באזור עימות נפסל כבלתי-חוקתי בעניין **עזאללה**, לעיל, ה"ש 164. לסקירה שימושית ראו: "אחריות רשויות ציבור ועובדי מדינה" ויקיפדיה he.wikipedia.org/ (28.11.2011).

¹⁹³ 850 הפרקליטים מטפלים, כמובן, בכלל היבטים המשפטיים של פעילות המדינה, אבל די לציין כי פרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי), אחד הגופים המרכזיים המטפלים בתביעות המדינה מונה כ-110 פרקליטים וכ-40 מתמחים; פרקליטות מחוז תל-אביב, מידע על עבודת המתמחים, במשרד המשפטים יתכנס היום כדי להחליט על מועד פתיחת שביתה "TheMarker", 4.07.2010; www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=hb20100704_402112152 [מקור]; מספר התיקים האזרחיים שבהם המדינה היא תובעת או נתבעת עומד על כ-20,000 בשנה. www.justice.gov.il/MOJHeb/PraklitotHamedina/StatistikaTipulTikim/MahlakaEzrahi (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

¹⁹⁴ ראו: לטיפול בחיילים ובני משפחותיהם: **אתר משרד הביטחון**, שירותי אגף שיקום נכים ואגף משפחות והנצחה www.mod.gov.il/pages/shikum/shrutei_shikum.asp; על "קרנית", קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, ראו: www.karnit.co.il; לעניין קבלת הטבות באמצעות הביטוח הלאומי ראו: **אתר המוסד לביטוח לאומי**, קצבאות והטבות www.btl.gov.il/benefits/Pages/default.aspx; וכן "מדריך זכויות לאנשים עם מובלות" **פורטל השירותים והמידע הממשלתי** –

באמת ללמוד נזיקין תוך התמקדות במשפט הפרטי ה"טהור"?¹⁹⁵ על כך ניתן להוסיף את התחום המתפתח של פיצויים מנהליים.¹⁹⁶

בקניין: הקורס בינייני קניין מתמקד במשפט הפרטי: זכויות הבעלים, השוכר, בעל זיקת הנאה, בתים משותפים וכדומה. רבים שמו לב להשפעה הגוברת של המשפט הציבורי על דיני הקניין – אולי כחלק מהרחבת השפעתו על כל תחומי המשפט הפרטי, לאחר "המהפכה החוקתית"¹⁹⁷ ואולי בשל ההיבטים ההיסטוריים והפוליטיים של הבעלות על קרקעות בישראל.¹⁹⁸ בכל מקרה, התוצאה הישירה היא שדיני הקניין – הן כנושא רעיוני והן כעניין מעשי – מתערבים בדרכי השימוש הלגיטימיות בקניין. מדובר הן בקניינים של אנשים וגופים פרטיים,¹⁹⁹ והן בקרקעות אשר בשליטת המדינה. ואכן בשנים האחרונות עלה נושא זה בהקשר החוקתי כאשר בג"ץ התערב בהחלטות רשויות המדינה לסוגיהן בגין הפליה בין קבוצות אוכלוסייה שונות.²⁰⁰

www.gov.il/FirstGov/TopNav/Situations/SPopulationsGuides/SDisabled/SDBtl (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012). להצעת החוק הבאה לפתור הולדה בעוולה ראו: פ/2516/18 הצעת חוק פיצוי לפגועים מלידתם, התש"ע-2010.

¹⁹⁵ בהקשר זה ולעניין כיווני התפתחות עתידיים בהליך הנזיקי/מנהלי לעניין הטלת חובת פיצוי על רשות בגין צעדי הרגולטיביים אם נמצא בהם פגם ראו: הילה רו "יודה'לה יקבל פיצוי: לא כל תאילנדית חמה ומוכנה תוך 4 דקות" *TheMarker*, 31.08.2010, www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20100831_1187163 (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012); ת"א (י-ם) 13573-06 **נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, תק-של 10(3), 46960 (2010).

¹⁹⁶ תחום שפיתחה פרופ' ברק-ארז למן כתיבתה המוקדמת; ראו: דפנה ברק-ארז **עולות חוקתיות** (1994); דפנה ברק-ארז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" **משפט וממשל** א 275 (1993); דפנה ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" **משפט וממשל** ב 35 (1994); דפנה ברק-ארז "עולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103 (2006); עוד ראו: ע"א 10078/03 **שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ** (לא פורסם, 19.03.2007).

¹⁹⁷ ראו: מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" **מחקרי משפט** כא 439 (2004).
¹⁹⁸ לדיון מעניין ראו: רות גביון ואסנת גריידי שורץ "חומר רקע לדיון בסוגיית ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישובת"; www.huka.gov.il/wiki/material/data/H02-10-2005_8-56-01_hityashvut.doc (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

¹⁹⁹ באופן כללי ראו: אמנון להבי "על המרחב הציבורי של הקניין הפרטי (בעקבות ספרו של חנוך דגן – קניין על פרשת דרכים" **משפט וממשל** א 619 (2006); בסוגיית הקהילות המגודרות בישראל ראו: **קהילות מגודרות** (אמנון להבי עורך, 2010); עוד ראוי להזכיר בהקשר זה את חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

²⁰⁰ ראו: בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 259 (2000); שלום לרנר "אדמות ארץ-ישראל: טריטוריה, מולדת ולאום בעקבות פסק הדין קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל" **מחקרי משפט** כד 343 (2008). ואת בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חודש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002). ובעקבותיו את המאמר: דפנה ברק-ארז "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות" **המשפט** י 291 (2006).

חשיבותו של המשפט הציבורי בהקשר זה נובעת מכך שזכויות הקניין הפרטי בישראל משתרעות על 7% בלבד מקרקעות המדינה. באחת המדינות הצפופות בעולם²⁰¹ כל יתר הקרקע (93%) מוחזקים, מנוהלים ומוקצים – ולא בצורה משביעת רצון – על ידי רשויות מנהליות של המדינה.²⁰² מכאן שמרבית הפעילות בתחום קשורה למשפט מנהלי, ותעסוק באופן שבו רשויות המנהליות של המדינה משתמשות בנכסיה. כפי שפרופ' ברק-ארז מציינת, למינהל מקרקעי ישראל עצמה אדירה, שרק תגדל עם צמיחת האוכלוסין, ויש לבחון את אופן תפקודו, בייחוד לאור הלחצים מצד קבוצות אינטרסים, ו"מסגרת ההתייחסות של הדיון היא המשפט המינהלי".²⁰³

כדאי לציין שלפי תוכן העניינים המופיע בספר, נושאים אלה אמורים להידון בספר ההמשך (כרך ג העתידי).

(ה) מקור לחידושים והתפתחויות: המשפט המנהלי לאן?

בתקופה האחרונה אני סבור שיש רגיעה בוויכוח המשפטי-ציבורי על חוקי-היסוד, ה"מהפכה החוקתית" וביקורת שיפוטית חוקתית. הדבר גורם לי לצפות – ולקוות – לפריחה מחודשת של המשפט המנהלי. הטעם לכך הוא כפול: מחד גיסא, החברה הישראלית (ועקב זאת – גם המשפט הישראלי) עומדת בפני סדרה ארוכה של אתגרים הנובעים משינויים כלכליים וחברתיים ארוכי טווח שעוברים הן על ישראל, הן על הקהילה הבין-לאומית בכללותה; מאידך גיסא, אופיו של המשפט המנהלי שלנו, שאינו מוגדר ומתוחם במלואו, הופך אותו כלי גמיש ויעיל, הניתן לשינוי ולהתאמה לשם התמודדות עם שינויים חברתיים. ובמה דברים אמורים?

מבלי כוונה למצות אציין שלוש דוגמאות מרכזיות בעיניי אשר מציינות דרכים שבהן מועברים כוחות וסמכויות אל מחוץ למנגנון הממשל – המנגנון, אשר לטוב ולרע, עוד קל יחסית לבקרה ולפיקוח על ידי הכנסת, מבקר המדינה, העיתונות או בג"ץ.

(1) האתגר הראשון שאדון בו הוא אתגר ההפרטה. כידוע, מדינת ישראל

²⁰¹ ראו: United Nations Statistics Division, *Population density and urbanization*, unstats.un.org/unsd/demographic/products/dyb/dyb2008/Table03.pdf

²⁰² ראו: דפנה ברק-ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" **עיוני משפט** כא(3) 613 (1998). דפנה ברק-ארז ואורן פרז "תכנון במקרקעין ישראל: לקראת פיתוח בר-קיימא" **משפט וממשל** ז' 867 (2004). ועוד ראו: דרור מרמור "היועצת המשפטית של מינהל מקרקעי ישראל התפטרה" **גלובס**, 17.02.2008; www.globes.co.il/news/article.aspx?did=17.02.2008; פרטוקול ישיבה מס' 160 של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (4.2.2004); לשכת עורכי הדין בישראל, ישיבת ועדת קניין ומקרקעין (22.01.2004); www.israelbar.org.il/vaada_sum.asp?catID=8&pgID=9234 (נבדק לאחורונה ב-13.01.2012).

²⁰³ דפנה ברק-ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים", לעיל ה"ש 202, בעמ' 614.

מתמודדת עם שינויים מבניים הנובעים ממגמה ארוכת טווח של צמצום חלקה של המדינה בפעילות במשק והרחבת פעילות הסקטור הפרטי; צמצום תקציבים ציבוריים והפרטה הם שניים מן ההיבטים המרכזיים של הנושא. פרופ' ברק-ארז זיהתה את אתגרי ההפרטה זה מכבר, ונענתה להם בסדרת מאמרים מקיפים;²⁰⁴ בית המשפט העליון לעומת זאת עסק בנושא הרבה פחות. בפסק דינו המרכזי בתחום פסל בית המשפט את הפרטת בתי הכלא וקבע שהיא בלתי-חוקתית.²⁰⁵ אבל מהי עמדתו בכל שאר המקרים של פעילות הפרטה שאינה מגיעה כדי פגם חוקתי? לטעמי, פסק הדין מדגים את מגבלותיו של כלי הביקורת החוקתית ומבהיר את הצורך בהפעלת הכלים הפרטניים והדינמיים של המשפט המנהלי כדי לתת מענה מעשי ומפורט בטווח הביניים של פעילות כלכלית של המדינה שאינה מגיעה כדי אי-חוקתיות.

(2) המשפט המנהלי הישראלי אינו קודקס מפורט להתנהגות הרשות המנהלית, אלא סדרת כללים ועקרונות המתווים את דרך פעילותה הראויה. להבנתי, המשפט המנהלי אינו מתערב בצורה חריפה בפעילות הרשות, אלא מכבד את סמכותה ומומחיותה, ומותיר בידיה גמישות ושיקול דעת. ועדיין קיים פער מטריד בין דרישות המשפט המנהלי לבין יישומן בעולם המעשה, דבר שבו אנו נתקלים חדשות לבקרים.²⁰⁶ יש לחקור ולשאול מדוע קיים פער כזה: האם נורמות של המשפט המנהלי הן גזרה שלא ניתן לעמוד בה? האם זוהי בעיית אכיפה בלבד או שמא ביטוי לבעיית המשילות אשר מיוחסת לממשל בישראל?²⁰⁷ מכל מקום, ברי כי יש לשאוף לצמצם את הפער בין המשפט על-י-ספר לבין יישומו בעולם המעשה.

(3) לבסוף, אין להתעלם מהשפעות הגלובליזציה – בייחוד בתחום הרגולציה המדינתית.²⁰⁸ בעבר הייתה כל מדינה בת חורין לקבוע מדיניות משלה במגוון תחומים – ובין היתר בנוגע למוצרים, לשירותים ולהון שנכנסו ויצאו ממנה או יוצרו בה. זה

²⁰⁴ ראו בעיקר: דפנה ברק-ארז "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המנהלי" בתוך: **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר עורך, 2000); דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה", לעיל ה"ש 131; דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** ל 461 (2007).

²⁰⁵ עניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**, לעיל ה"ש 164.
²⁰⁶ ראו למשל: צבי זרחה "נציב שירות המדינה: יש מכרזים פגומים בשירות המדינה, יש תפורים ויש מכרזים לא ראויים" **TheMarker**, 26.01.2010, www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=zz20100126_31415 בהשוואה ל-שוקי שדה "לפעמים אני חי בתחושה שאני הפראייר והאידיוט הכי גדול בישראל" **TheMarker**, 15.05.2010, www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20100513_1168550 (נברק לאחרונה ב-13.01.2012).

²⁰⁷ על משילות (*Governability*) בישראל ראו: דוד נחמיאס, אשר אריאן ורות אמיר **משילות והרשות המבצעת בישראל** (2002); **המערכת הפוליטית הישראלית: בין משילות לקריסה** (הני זובידה ודוד מקלברג עורכים, 2008).

²⁰⁸ ראו בעניין זה: דפנה ברק-ארז ואורן פרז "המשפט המנהלי בישראל והאתגר הגלובלי" **עיוני משפט** לר 93 (2011).

עשרות שנים חל תהליך, וולונטרי אבל כמעט בלתי-ניתן להתנגדות, של ויתור מדינות על סמכויותיהן הריבוניות בתחומים אלה. התהליך מתרחש בכל מדינות העולם, גדולות קטנות, אבל הוא משפיע באופן מיוחד על מדינות קטנות, שאינן שייכות לאחד מגופי הסחר המרכזיים בעולם. התוצאה של תהליכים אלה היא ירידה ביכולת המדינות לבצע רגולציה בתחומים אלה. יש אף נסיבות שבהן המדינה "בוחרת" לאמץ רגולציה שנקבעה בגוף ריבון זר. ספק אם יש למדינה או לאזרחיה יכולת שינוי, ערעור או ביקורת שיפוטית על נורמות אלה – שהן המשפט הפוזיטיבי החל במדינה.²⁰⁹

דוגמה ברורה היא הסחר הבין-לאומי: תהליך מורכב בן עשרות שנים גרם להפחתה שיטתית של מכסים ברחבי העולם, וממשיך כיום בניסיון למנוע ממדינות להטיל הגבלות לא מכסיות בתואנות שונות.²¹⁰ אולם יש טעמים טובים להניח שתהליך התאמת הדינים בין ישראל ובין שותפות הסחר המרכזיות שלה – ובראשן הקהילה האירופית – רק יתפוס תאוצה בשנים הקרובות במגוון רחב של תחומים.²¹¹ לזאת יש להוסיף את הנטייה של רשויות רגולטיביות בישראל שלא להיכנס להוצאה האדירה הדרושה לשם בדיקה מדעית מלאה בתחומים שונים, בייחוד ענייני בטיחות, ולהישען על החלטות רשויות רגולטיביות של האיחוד האירופי או ארצות-הברית באותו תחום.²¹² האם נעשו התאמות לצורכי האזרח הישראלי והמשפט הישראלי?²¹³

²⁰⁹ האם בעקבות זאת ייווצר משפט מנהלי בארגונים בין-לאומיים? לדיון חשוב ראו: Eyal Benvenisti, *The Emergence of Global Administrative Law: The Interplay between Actors as A Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions*, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 319 (2005).

²¹⁰ הביטוי "הגבלות לא מכסיות", non-tariff barriers, נוגע לסדרה של מאות "אמצעים לעיוות הסחר והגבלות [...] הכל בהתאם לכוח המצאתם של פקידי ממשלה ברחבי העולם, ולרבות תמריצי יצוא שמסייעים ליצרנים מקומיים להתחרות ביצרנים זרים בשוקי יצוא". מתוך: אריה רייך "מדיפלומטיה למשפט: תהליך היורדיזציה של יחסי הסחר הבינלאומיים במסגרת הסכמי גאט"ט והסכמי הסחר החופשי" **עיוני משפט** כב 351, 358, ה"ש 13 (1999); לדיון ראו שם, וכן שי פרמינגר "קידום המשק הישראלי לקראת סחר חופשי: תוכנית החשיפה של הממשלה ליבוא מוצרי תעשייה ממדינות שלישיות" **המשפט** ב 137 (1995); נלי מונין "הגנה על הייצור המקומי בישראל – ההיבט המשפטי" **הרבעון הישראלי למיסים** יח 301 (1990).

²¹¹ לדיון מקיף ראו: אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביובל הבא" **מחקרי משפט** יז 17 (2002).

²¹² כאשר מוצאים תקנה ישראלית האומרת כי בדיקה מסוימת תיערך "בהתאם להנחיית הקהילה האירופית, 96/96/EC אשר הופקדה לעיון הציבור באגף הרכב שבמשרד התחבורה". "ניתן לתהות האם זהו המשפט המנהלי שאנו מכירים". ראו: תקנות התעבורה (תיקון מס' 15), התשס"ה-2005, ק"ת 6424, 1001; יש דוגמאות רבות נוספות, כמו: התאמת רישיון הנהיגה הישראלי לתקן האירופי או תיאום תקני הבטיחות של הרכבת בישראל לתקני האיחוד האירופי. ראו: משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, "רישיון נהיגה ישראלי בתקן אירופי": he.mot.gov.il/index.php?option=com_content&view=article&id=47:drv-lic-il&catid=62:drvlic-il; "אגף

לטעמי, התשובה היא שבכל הנושאים האלה יידרש המשפט המנהלי ליתן תשובה – וכי לאנשי האקדמיה צפוי תפקיד מרכזי באתגר זה.

2. חסרונות המשפט המינהלי

תמיכתי הנלהבת במשפט המנהלי כענף עצמאי, חי ופורה של המשפט הציבורי אינה מתעלמת מקשיים מובהקים של תחום זה, ומהצורך להמשיך ולעבוד לקידומו – מגמה שאין ספק כי ספרה של פרופ' ברק-ארז תתרום לה משמעותית. אציין כמה מהבעיות המרכזיות בתחום:

(א) "בג"ץ וצנטריזם" ומחירו

על פי מסורת המשפט האנגלי, מלאכת פיתוח המשפט המנהלי נתונה בידי בית המשפט הגבוה לצדק. כלומר בית המשפט העליון הוא הבונה את מערך נורמות ההתנהגות הראויות של רשויות השלטון בהפעילן סמכויות שלטוניות. עקב כך נהנה בג"ץ מדומיננטיות בתחום המשפט המנהלי: הוא מורה ההלכה בתחום, מרבית ההוראה והכתיבה בתחום נסמכת על פסיקתו, והנגישות של העתירה הישירה אליו²¹⁴ היא כזו שכמעט שניתן לומר שהעתירה לבג"ץ היא השלב האחרון של תהליך קבלת ההחלטות המנהליות בתחומים שונים.²¹⁵ הדברים כה ברורים עד שהנשיא בדימוס

רישוי ובקרה מסילתי" he.mot.gov.il/index.php?option=com_content&view=article&id=361:agaf-bakara. מצד שני, ניתן לראות גם ניסיונות להגברת הפיקוח המנהלי בישראל: הצעת חוק ציוד רפואי, התשס"ח-2007, ה"ח 337: 31EE86B0-0F3A-40DF-9070-8EB7525EE155/8933/337.pdf (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

²¹³ לכתבה המבקרת את העתקת "פירמידת המזון" המומלצת בארה"ב כמעט ללא שינוי לישראל – חרף השוני הרב בתנאים הפוליטיים והבריאותיים בין שתי המדינות ראו: נועה לימונה "פירמידת המזון האמריקאית בדרך למהפכה?" **הארץ**, 11.03.2011: www.haaretz.co.il/hasite/spages/1219616.html (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

²¹⁴ הליך שאין לו מקבילה בעולם. רק כדי לסבר את האוזן: שופטי בית המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית, שלהם שיקול דעת אם לתת מתן רשות ערעור במרבית ההליכים הבאים בפניהם, שמעו 177 תיקים בשנת 1972 – ואילו בית המשפט הישראלי בירר 3,210 ועניינים באותה שנה; בשנת העבודה 2009–2010 שמע בית המשפט העליון הפדרלי טיעונים בעל פה ב-82 תיקים והכריע ב-77 תיקים. בחצי השנה הראשונה של שנת 2010 נפתחו בבית המשפט העליון 2,174 תיקים וניתנו 263 החלטות שאורכן 10 עמודים ויותר. ראו: יצחק זמיר, **השפיטה בעניינים מנהליים**, 80, 84–85 (1975); www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2010year-endreport.pdf (31.12.2010); מערכת בתי המשפט בישראל, דו"ח חצי שנתי 2010–1.1.2010–30.6.2010: elyon1.court.gov.il/heb/hasite/1-6_2010.pdf (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

²¹⁵ לאור זמינותו של בית המשפט, העלות הנמוכה יחסית של ההפסד בו וריבוי העילות המנהליות

שמגר כמעט מזהה בין בג"ץ למשפט המנהלי²¹⁶ כולו, ואילו הפרופ' והשופט בדימוס זמיר היה כה מוטרד ממנו, עד שהוא אינו עוסק בספרו בפרק הביקורת השיפוטית של המשפט המנהלי, ומעדיף לזקק את דיונו לפרקי המשפט המנהלי "טהור"²¹⁷. יצחק זמיר ביקר את ההתמקדות בבג"ץ עוד בספרו הקלאסי על השפיטה בעניינים מנהליים.²¹⁸

להתמקדות זו בפעילות בג"ץ ישנם היבטים בעייתיים: ראשית, בית המשפט שומע תיקים באופן קזואיסטי, כלומר הדיון בנושא פלוני דורש מקרה שבו מתעוררות השאלות המשפטיות הרלוונטיות.²¹⁹ שנית, בסופו של דבר, בית המשפט איננו מרכז מחקר אקדמי. עיקר תפקידו הוא פתרון סכסוכים ומחלוקות, אם כי הוא מודע לכך שלהחלטותיו יש השלכות נושאות פני עתיד.²²⁰ על בית המשפט לבחור כיצד למקד

העומדות לעותר – כמעט תמיד ימצא ליקוי כלשהו שיצדיק עתירה. פרט לביקורת על המחיר של עיכוב ההחלטות המנהליות לצורך הדיון השיפוטי, זה מקרב את בג"ץ (במיוחד בעתירות ציבוריות) למודל, אולי כמו המועצה החוקתית הצרפתית, שבו הוא חלק מובנה מתוך תהליך הפעילות (שם – החקיקה; יש לציין כי בצרפת העתירה אינה של עותרים פרטיים הפונים בשל פגיעה קונקרטיה בזכויותיהם, אלא של נבחר ציבור, הפונים בעתירה חוקתית בשל האפשרות התאורטית של פגיעה בזכויות. ראו: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/presentation/presentation.25739.html. בראיית הציבור מתארים תהליך זה לעתים כ"משפטיזציה" של תהליך קבלת ההחלטות הציבורי. לדיון עיתונאי רציני למדי ראו למשל: הילה רוז "המינויים של אישי הציבור עוברים לבג"ץ – עודף משפטיזציה או ביעור שחיתות?" *TheMarker*, 17.02.2011: www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20110217_1215676. לשאלות נוספות העולות בנושא עלות עיכוב פרויקטים לנוכח עתירה לבג"ץ ראו: רוני לינדר-גנץ "מדוע מאיים יו"ר התנועה לאיכות השלטון על האגודה להגנת האזרח" *TheMarker*, 23.09.2011: www.themarker.com/consumer/health/1.1481578 (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

216 ראו אליעד שרגא ורועי שחר, לעיל ה"ש 154, כך ראשון, הקדמה בעמ' יא.
 217 "הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי נמצאת במרכז תשומת הלב של משפטנים העוסקים במשפט המינהלי. כך הדבר, כנראה משום שמשפטנים ניזונים בעיקר מפסקי דין, ונוטים לבחון כל דבר דרך המשקפים של בית המשפט. אך זוהי זווית צרה, ואולי אף מטעה, לראות בה את המינהל הציבורי ואת המשפט המינהלי" מתוך: זמיר, **הסמכות המנהלית**, מבוא למהדורה הראשונה, לעיל ה"ש 12, כך א, בעמ' 27.

218 בין היתר ציין – בהקדמה להדפסה השלישית (1987) – כי לדעתו "הסמכות של בית המשפט המחוזי רחבה מאד וכוללת את העניינים המינהליים [...] הבאים בפני בג"צ". מתוך: זמיר **השפיטה בעניינים מנהליים**, לעיל ה"ש 214.

219 ולכן גם צמצום זכות העמידה והשפיטות ו"הזמנת" עותרים ציבוריים להביא את טרונותיהם בפני בג"ץ, אם זה הוא אכן המצב, אינו יכול להועיל בהיעדר שאלה משפטיות קונקרטיות.

220 מכאן, למשל, הטעם לכך שבג"ץ ממשיך לקיים את עליות הסף של "עתירה תאורטית" או "מעשה עשוי", ואינו מוסמך לתת חוות דעת מייעצות – תאורטיות, שלא אגב הליך קונקרטי – לרשויות המדינה. זהו מצב דברים מקובל בבתי משפט של המשפט המקובל, בשונה מאוד מבתי המשפט הקונטיננטליים והבין-לאומיים. ראו למשל: James L. Huffman, MardiLyn Saathoff, *Advisory Opinions and Canadian Constitutional Developments: The Supreme Court's*

את משאביו. כך, לדעתי, בחר בית המשפט בעשורים האחרונים לרכז את מאמצי הפיתוח המשפטי שלו במשפט הציבורי במשפט החוקתי, והתוצאה הייתה שנים רבות שבהן לא היה פיתוח משמעותי של ההלכה במשפט המנהלי. אכן, פינוי זמן שיפוטי הוא אחת המטרות של רפורמות בדיון – כמו העברת עניינים לדיון בבית המשפט המחוזי – אולם דומני שרפורמה זו לא הועילה משמעותית לא לפינוי זמנו של בית המשפט העליון ולא לפיתוח המשפט המנהלי.²²¹ **שלישית**, בג"ץ נמצא תחת מגבלות דיון מגבילות ביותר: הדחיפות של נושאי הדיון וסדרי הדיון הייחודיים של בג"ץ אינם מאפשרים על פי רוב פרישת יריעה עובדתית נרחבת או ניהול הליך ממושך ומורכב ומחייבים קבלת החלטה מהירה ומידית.²²² אלו, בצירוף היקפי הפעילות העצומים של בית המשפט העליון,²²³ אינם מביאים לתנאים אופטימליים לפיתוח אנליטי, שיטתי ומסודר של המשפט המנהלי.²²⁴

Reference Jurisdiction, 74 MINN. L. REV. 1251 (1990)

²²¹ מדובר בעיקר ברפורמה שנבעה מחקיקת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000. ניתן היה לסבור שהרפורמה "תשחרר" זמן לבית המשפט העליון, דבר שיאפשר לו להקדיש יותר זמן לפחות תיקים – ומאידך, ניתן היה לסבור שהוספת שופטים "חדשים" לחשיבה בתחום המנהלי תוסיף חידושי הלכה ועומק. מחקר אמפירי שנערך לאחרונה מצא עלייה של 100% בהיקף העתירות לבג"ץ בין השנים 2000 ו-2006 – וזאת חרף גורמים כמו העברת סמכויות לבית המשפט המחוזי וירידת התמיכה הציבורית בבג"ץ. ראו: אסף מירני **מידת התערבות בג"ץ בהחלטות ממשלה – ניתוח כמותי** (המרכז הישראלי להעצמת האזרח, טרם פורסם). "בתי המשפט לעניינים מינהליים [...] צברו ניסיון וביטחון [...] הם מתפקדים באופן ראוי [...] אולם מבחינת הדיון המהותי הם מחוייבים ללכת בדרכו של בג"ץ, וכך הם נוהגים. עד עכשיו הם לא חוללו שינויים גדולים בדיני המינהל הציבורי". מתוך זמיר, מהדורה שנייה, כרך א, לעיל ה"ש 12, בעמ' 19. וראו גם: ועדת משנה לעניין הצעת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, פרוטוקול מס' 1, (28.03.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-03-28.html (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

²²² ראו למשל את דברי השופט חשין בבג"ץ 5437/92 **צעירי אגודת חב"ד נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נא (1) 467, 480 (1997): "דומה כי הליכי בית-המשפט הגבוה לצדק [...] אינם מתאימים, על-פי טבע ברייתם, להכרעה בעתירה מעין-זו שלפנינו. בירור השאלות שהועלו יכול היה שיעשה בידי מבקר המדינה; אזמל שבידי מבקר המדינה הותאם למלאכה זו, ואזמל זה אין בידינו. ואם בכל-זאת נגזר עלינו להכריע, אפשר כי לעתיד לבוא ראוי שנשקול אפשרות להיעזר במומחים לדבר, מומחים שיהיו לנו לעזר לפלס דרכנו בסבך".

²²³ על היקפי הפעילות ראו באתר בית המשפט העליון: מדינת ישראל, הרשות השופטת, "דוחות ונתונים סטטיסטיים": <http://elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/main.htm>.

²²⁴ ואולי בשל כך מעדיף בית המשפט עילות רחבות, מופשטות וחובקות-כול להכרעתו, חלף פיתוח עילות פרטיקולריות? ראו את דברי הביקורת הלא אופייניים של השופט גרוניס בבג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט**, פס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס (לא פורסם, 6.12.2007).

(ב) איפה ניתן למצוא "משפט מנהלי" בהלכה מפורטת ומלאה?

אחד ההיבטים המתסכלים בתחום המשפט המנהלי הוא שבחלוף למעלה משישים שנה מקום המדינה עדיין לא נתגבש קורפוס מדויק והדוק של כללים ודרכי פעולה לרשות.²²⁵ נראה כי בכל פעם שרשות צריכה לבחון מדיניות חדשה היא צריכה כאילו "להמציא את הגלגל" מחדש: נניח לשם דוגמה שמשרד התחבורה רוצה לשנות את איות שמות היישובים בשלטי הדרכים מ"שפת מע"ץ" לשמות המקובלים של אותם יישובים.²²⁶ נניח עוד שהיועץ המשפטי של המשרד מתבקש להנחות את השר בהקיימו גוף בודק כיצד עליו לפעול: כמה חברים יהיו בו? מאילו סקטורים יבואו? באילו סדרי דין ינהגו? אילו סוגי מידע עליהם לאתר לפני קבלת החלטה? הכול לפי שיקול דעתו של השר, ואין תשובות ברורות. בהנחה שראוי לקבוע נהלים בנושא, ניתן לחשוב על כמה פתרונות.²²⁷

למה זה בעצם משנה? משום שאחד המאפיינים המצעירים של המשפט המנהלי הישראלי הוא **חולשת "הזכות המנהלית"** – ההגנה המוגבלת מאוד שמוענקת על ידי בית המשפט העליון לזכות המנהלית ה"טהורה": לפי הבנתי, משמעותו של מונח זה היא "זכותו" של הפרט שהרשות המנהלית תקיים את הוראות המשפט המנהלי (חקיקה ופסיקה) בצורה תקינה: כלומר תשיב לפרט במועד, תשמע את הפרט לפני קבלת החלטה – והכול מבלי שיצביע על פגיעה בזכות או באינטרס מוגן ממקור אחר. ניתן להדגים את חולשת הזכות המנהלית בשני מישורים – בהשוואה לזכות החוקתית ובהשוואה לזכות האזרחית. **במישור הראשון** של ההשוואה למשפט החוקתי – על פי דין עומד, כיום לעותר סעד רב-עצמה: פגיעה בזכות חוקתית עשויה להביא לבטלותה של חקיקה ראשית של הכנסת. לעומת זאת, פגיעה בזכות מנהלית, במיוחד כאשר אין עמה פגיעה נוספת ומשמעותית בזכות מוכרת, נתפסת על ידי בית המשפט במידה גוברת כעניין של מה בכך, בעיקר כאשר מיושמת תפיסת הבטלות היחסית. **במישור השני** של ההשוואה למשפט האזרחי – משהוכחה הזכות האזרחית,

²²⁵ חריג המעיד על הכלל הוא הפסיקה בנושא דיני מכרזים – שבו נקבע הליך מדויק על ידי חקיקה ראשית ותקנות, ופסיקת בתי המשפט – לכתחילה המחוזי וכיום העליון בשבתו כבג"ץ – יצרו קורפוס הדוק של סדרי פעולה שיטתיים וברורים למדי. למדריך פעולה תאורטי ומעשי בענייני מכרזים ראו למשל: עומר דקל **מכרזים** כרך שני (1996); לניתוח משלים ראו: ברק מדינה "ביקורת ספרים: החיפוש אחרי תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים" **עלי משפט** ד 359 (1995).

²²⁶ כידוע, ישנו פער משעשע בין דרכי כתיב אלו: "העברית כפי שהיא משתקפת משלטי מע"צ" **קדמה**, 24.07.2008: 2006: www.kedma.co.il/index.php?id=2006 (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

²²⁷ פתרון אפשרי הוא חקיקתו של חוק סדר דין מנהלי; ניסיונות שנעשו בכיוון זה, בהשפעת המשפט הגרמני, לא הושלמו. לדיון ראו: אריאל בנדור "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המינהלי" **מחקרי משפט** ט 155 (1991); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" **משפט וממשל** ב 109 (1994).

במיוחד זו הקניינית, ההגנה עליה היא נרחבת. ברק-ארז עמדה על כך בעצמה בכתובתה המוקדמת כאשר קראה להכיר בזכות לפיצויים בגין פגיעה בזכויות מן המשפט הציבורי (הספר עוולות חוקתיות).

אכן, בית המשפט העליון אמר לא פעם שיש להשוות את מעמדה של הזכות המנהלית לזכות האזרחית,²²⁸ אך, בפועל, מגמת הפסיקה הפוכה: פגיעה בזכות מנהלית נתפסת כפגם טכני ואף פגמים מנהליים חמורים שוב אינם מביאים את בית המשפט לידי פסילת החלטה מנהלית. זאת, לאור עקרון הבטלות היחסית.²²⁹

אני סבור כי בהיעדר קורפוס ברור של חובות הרשות קשה להעלות את קרנה של הזכות המנהלית. פתרון חקיקתי הוא אך אפשרות עתידית, שכן "בתחום ההליך המינהלי לא אומץ עדיין חוק כללי בדבר סדרי המינהל, כמקובל, בין השאר, באחדות ממדינות אירופה ובארצות הברית".²³⁰ בינתיים, ההליך המנהלי, "למרות חשיבותו הערכית והמעשית בנווט היומיומי של עבודת המינהל – עדיין מוסדר בהילכותיו של בית-המשפט העליון".²³¹

הלכה למעשה, באין חקיקה, בית המשפט העליון אינו מסדיר את הלכות המשפט המנהלי ה"מעשי" בצורה מדויקת ומפורטת. ניתן להסביר מצב דברים זה הן באמצעות הסבר תורתי והן באמצעות הסבר מעשי. **הסבר ראשון** קשור לוויכוח המשפטי התאורטי, העמוק והלגיטימי בשאלה אם יש להסדיר תחומי משפט, בייחוד בפסיקת בתי משפט עליונים באמצעות סטנדרטים או כללים.²³² מבלי להיכנס לעובי

²²⁸ ראו: בג"ץ 170/87 **אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, זאב בוים**, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988), שם אומר השופט ברק, כתוארו דאז: "הזכות המהותית במשפט המינהלי" [...] כלומר זכותו של הפרט כלפי השלטון, נחותה היא ביחס לזכות המהותית במשפט הפרטי. מקורה של נחיתות זו בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, אשר נתפסת כ'שיקול-דעתית' [...] כשלעצמי, נראה לי כי חולשה זו של הזכות המינהלית אינה רצויה כלל [...] דומה שכיום יש לשאוף לכך שהזכות המהותית במשפט המינהלי תעמוד איתן על רגליה היא. בית המשפט המינהלי [...] צריך לקחת את הזכות המינהלית 'ברצינות'". והשוו: אלפרד ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" **עיוני משפט** 5 (1983).

²²⁹ מעניין יהיה לבחון, בטווח זמן נאות, את העברת הסמכויות המנהליות. ודוק: החוק מדבר על סמכויות מנהליות, לא חוקתיות, ראו ס' 1 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000. לבתי המשפט המחוזיים ובעתיד אולי אפילו לבתי משפט השלום תתרום לזכות המנהליות – באמצעות ריבוי הדיונים שבהם יהיה ניתן לקיים הליך מקיף יותר מאשר בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ – או תפגע עוד יותר במעמדה, כאשר ההלכות לא יינתנו עוד, ברגיל, על ידי בית המשפט שברום השיטה המשפטית. תזכיר חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (בתי משפט שלום לעניינים מינהליים), התש"ע-2010: [www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_](http://www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/40635_x_AttachFile.doc) (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

²³⁰ ראו: ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" **ספר יצחק זמיר** 161, 223 וה"ש 281-282 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

²³¹ שם, בעמ' 223.

²³² "כלל הוא נורמה 'סגורה'; תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש ברמה גבוהה-יחסית של

הקורה בתחום זה נראה כי בית המשפט העליון נוטה בשנים האחרונות לעבור מקביעת כללים ברורים לקביעת סטנדרטים. הבעיה היא שהסטנדרטים עמומים מאוד, והם מקשים מאוד על "גזירת" כללים ליישום בפועל. כך מרכז הפעילות – הניתוח הדין וההכרעה – עובר לבית המשפט העליון, ויש לפנות אליו לשוב ושוב לקבלת הכרעה ספציפית ופרשנות כללית. ביקורת ברוח זו נשמעת לא רק מהאקדמיה,²³³ אלא אף בבית המשפט העליון עצמו, ודווקא בהתייחסו למשפט המנהלי: בעניין זה אמר השופט גרוניס –

"העילה של חוסר סבירות שונה באופן מהותי מן הפגמים של חוסר סמכות ופְּשָׁל דיוני. שעה שמדובר בבחינה של שני פגמים אלה בולט לעין יתרוננו וייחודו של בית המשפט [...] לעומת זאת, אין לבית המשפט יתרון מיוחד או מומחיות עודפת בנושא של חוסר סבירות. אכן, העילה של חוסר סבירות אינה חדשה במשפטנו [...] עם זאת, בעשורים האחרונים [...] היא עברה שינוי והתפתחה למימדים קרובים לאלה של 'נורמת על' (בדומה לתום לב ולתקנת הציבור). תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות

ספציפיות. הפעלות של כלל היא טכנית [...] לעומת זאת, סטנדרט הוא נורמה 'פתוחה': [...] מפעילו של הסטנדרט נדרש להפעיל שיקול-דעת לצורך הערכתו במסגרת הקריטריון הקבוע בסטנדרט". ראו: מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 326, 321 (1987). וכן: אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הברית – תמור אזורה לחקיקה בעדין המודרני" **מחקרי משפט** כו 661 (2010). לסקירה וניתוח בהקשר פסיקתי ראו: Adam H. Morse, *Rules, Standards, and Fractured Courts*, 35 OKLA. CITY U. L. REV. 559 (2010); Daniel A. Crane, *Rules versus Standards in Antitrust Adjudication*, 64 WASH. & LEE L. REV. 49 (2007) Scott J. Shapiro, *The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in: ראו: Ronald Dworkin (Arthur Ripstein ed., 2007) ssrn.com/abstract=968657 (נבדק לאחרונה ב-17.01.2012). לניסיון "אחר" להסביר את ההבדל בין כלל לסטנדרט ראו: של ברמן **הפילוסופיה הכלתית גמורה של העכברים** 13 (1999): "ההבדל המובהק בין כלבים לחתולים הנו, שחתולים הם יצורים מאוד ספציפיים לעומת הכלבים, שהם בעלי פרווה כלליים למדי [...] הביטוי נא בכלב ובחתול המהלכים ברחוב. מיד תבחינו שלכלב מושג כללי בלבד באשר לכיוון צעידתו, בעוד שלחתול מטרה מוגדרת. הכלב מתקדם בכיוון כללי מסוים, אשר יכול להשתנות עקב גירויי הסביבה [...] חתול תמיד מוכוון-מטרה".

ראו: "דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב פרופ' חנוך דגן [...] מתח ביקורת על עמימותה של פסיקת בית המשפט כיום. לטענתו 'העליון צריך לקבוע הלכות בצורה של כללים ברורים ולא בצורה של סטנדרטים עמומים. לקבוע כללים ברורים זה יותר מורכב מאשר לקבוע סטנדרטים עמומים, כי צריך לחשוב עד הסוף, צריך להנדס בדיק את הכלל שאתה צריך...". עירו באום "בית המשפט העליון העמוס בעולם משווע להקלה בעומס" **הארץ** – TheMarker, 27, 26, 09.02.2010.

233

פרטיקולריות שהוכרו בעבר (למשל, העילות של מטרה זרה ושל שיקולים זרים). חסרונה הגדול של עילה זו בהיקפה דהיום נמצא ברמת ההפשטה הגבוהה שלה. רמת ההפשטה הגבוהה מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא מגדילה את אי הוודאות המשפטית. היא יוצרת מרחב אדיר בין מיקומה הגבוה ביקום המשפטי לבין יישומה במקרה קונקרטי. פיתוחו של המשפט במדינות האמונות על 'המשפט המקובל' נעשה על ידי בתי המשפט, בין היתר, באמצעות דוקטרינות ומבחני משנה המתרגמים לרמה פרטנית יותר נורמות מופשטות מאוד, בין אלה שבחוק ובין אלה שנקבעו בפסיקה. עילת הסבירות שונה היא, במובן זה שדומה כי חלוף השנים לא הביא עימו פיתוח של נורמות ברמת הפשטה נמוכה יותר, המקלות עלינו במציאתו של פתרון קונקרטי והמקטינות את אי הוודאות, שעה שמועלית טענה של חוסר סבירות של החלטה".²³⁴

באשר להסבר המעשי: אינני סבור שהמעבר מכללים לסטנדרטים קשור לעלייה הבלתי-נפסקת במספר התיקים הנשמעים בפניו – שהרי עומס הפעילות בבית המשפט העליון בכלל ובבג"ץ בפרט הוא מאפיין מוכר של השיטה מקדמת דנא.²³⁵ להבנתי לא היו לעומס העבודה השלכות על תוכן הפסיקה המהותית במשפט המנהלי, אלא בעיקר על התהליך הידוע של העברת סמכויות מבג"ץ לערכאות אחרות.

דומני שהמעבר לסטנדרטים מצביע על כך שבית המשפט אינו סבור שמתפקידו להסדיר באופן שיטתי ומפורט את כללי הפעולה של הרשות המנהלית. להבנתי, הדבר מעיד גם שבית המשפט פשוט איננו מסוגל להציע כללים מעשיים להפעלת כלל הרשויות המנהליות בכל עניין ומקרה. יעידו על כך דווקא המקרים שבהם הוא ניסה – ובלא הצלחה – להציע כללים מפורטים לפעילות הרשות המנהלית, ומצא

²³⁴ ראו: דברי השופט גרוניס בעניין **אמונה**, לעיל ה"ש 224. לדברים דומים ראו זמיר, **הסמכות המינהלית**, מהדורה שנייה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 19–20: "עילת המידתיות [...] נעשתה עילה מרכזית בביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות. המדיניות היא עילה מורכבת ורחבה, שעשויה לא פעם לדחוק את רגליהן של עילות ותיקות, כמו שיקולים זרים או סבירות". יש לציין כי עוד בראשית שנות השמונים, עם אימוצה של עילת הסבירות במובנה המודרני, היו השופטים והפרשנים המשפטיים ערים לקשיים שכן התעוררו בעשורים הבאים. ראו במיוחד המחלוקת בין הנשיא לנדוי והשופט (כתוארו דאז) ברק בעניין **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, לעיל ה"ש 80; וכן ראו מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 102 (1982).

²³⁵ כבר בשנות השבעים כתב פרופ' זמיר "העומס המוטל על בית המשפט העליון הינו מזה זמן בלתי-סביר ולאחרונה אף בלתי-נסבל [...] כיום ניתן ואף ראוי להעביר עניינים מנהליים רבים מבית המשפט העליון אל בית המשפט המחוזי" – ועל רקע זה כתב את ספרו – יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** הקדמה בעמ' 1, 84 ואילך (1975).

עצמו מדבר בלשון כללית עד בלתי-ישימה ולבסוף עובר לשפת סבירות-המעשה השגורה על פיו. דוגמה: בעניין **ברגר**²³⁶ נידונה השאלה איזה מידע צריך להיות בפני שר הפנים בבואו להחליט על קביעת שיעור הקיץ. ניתן לראות את שתי המגמות בפסיקה בפעולה: השופט ברק (כתוארו דאז) הדגים ראשית את המגמה של מעבר מכללים לסטנדרטים כאשר העדיף שלא לקבוע מסמרות בשאלה הישירה כיצד יש לאסוף נתונים וכיצד יש לקבוע את משקלם, אלא הסביר כי הנושא נתון להחלטת הרשות, ובית המשפט העביר את החלטתו המוגמרת במבחן של סבירות.²³⁷ לעומתו, מ"מ הנשיא, השופט שמגר (כתוארו דאז, ובדעת מיעוט לעניין קבלת העתירה), ניסה ליצוק תוכן בתוך ה"חובה לקיים בחינה עניינים ושיטתית" על ידי השר ואמר:

"תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל ממספר שלבים בסיסיים וחיוניים, אשר הם הביטוי המחוזי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: **איסוף וסיכום הנתונים** (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), **בדיקת המשמעויות של הנתונים** [...] ולבסוף, **סיכום ההחלטה המנומקת**"²³⁸ (ההדגשות במקור).

הכוונה הגלומה בדברים אלה ברורה, אבל קשה לראות בהם הוראות מדויקות וברורות בשאלות שהטרידו את בית המשפט במקרה דנן החל בשאלות היסוד: כיצד יש לאסוף מידע? איזה מידע ראוי להילקח בחשבון? כמה מידע צריך לבוא בפני השר? וכך, חלף כוונותיו הטובות, נאלץ גם השופט להודות כי "לא ניתן לקבוע מתכונת שלמה ובלתי משתנה לבדיקתו של כל נושא, הבא לפני רשות, המתבקשת להפעיל סמכותה לפי החוק"²³⁹ על כל פנים ובכל הכבוד, ייתכן שבית המשפט העליון פשוט איננו יכול לעשות כן.²⁴⁰

²³⁶ ראו: בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29 (1983).

²³⁷ שם, בעמ' 37: "קביעתן של העובדות בתחום המינהל מסורה, בראש ובראשונה, לרשויות המינהל. אך קביעה זו, ככל מעשה מינהלי, נתונה אך היא לביקורת שיפוטית. אין המינהל אדון לעובדות, ואין הוא חסין בפני ביקורת שיפוטית. המבחן לביקורת השיפוטית הוא מבחן של סבירות". לגופו של עניין מצא השופט ברק (כתוארו דאז) את מסקנותיו העובדתיות של השר כמעוגנות בחומר הראיות. שם, בעמ' 42, 44.

²³⁸ שם, בעמ' 49: "תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית".

²³⁹ שם: "הקווים הכלליים, שהותוו לעיל, אמנם ישימים לכל מקרה, אך מידתם של ההעמקה והפירוט משתנים לפי אופיו של העניין ולאור מכלל הנתונים שלו".

²⁴⁰ דוגמה נוספת ברוח זו היא ניסיונו של פרופ' זמיר לקבוע ארבעה מבחנים "להליך המוביל

(ג) אז מי אם לא בית המשפט העליון?

אם גם עיונית וגם מעשית הלכות בית המשפט העליון אינן מספקות את תשובות מעשיות הנדרשות לעוסקים בתחום המשפט המנהלי – לאן יש לפנות? מי יספק תשובות אלה?

ניתן לחשוב על כמה גורמים שאינם המחוקק או בג"ץ שיש להם הכוח הנורמטיבי הערכי והמקצועי "לעשות סדר" בתחום, ואשר במידה חלקית עושים כן. ראשית, ניתן להצביע על גופי תלונה וביקורת – גופים רבי-עצמה, יכולת ועל פי רוב גם יוקרה – אשר מעבירים תחת שבט ביקורתם את פעילותן של רשויות המדינה ומביעים עמדה כתובה, מסודרת וברורה, בדבר אורח התנהלות הרשויות. המפורסם באלו הוא מבקר המדינה שהוא גם נציב תלונות הציבור, אולם במקביל פועלים גורמים רבים נוספים מנציבי קבילות חיילים ונציבי תלונות הציבור על שופטים ועד למבקרי פנים במשרדי ממשלה. הבעיה המרכזית היא שאף שמעמדן של רשויות אלה בציבור איתן,²⁴¹ וגם אם הן לוקחות את תפקידן יותר ויותר ברצינות,²⁴² הן גופים חיצוניים למנהל. לא רק שהרשויות המפוקחות אינן רואות בעין יפה ביקורת שלילית הנמתחת עליהן,²⁴³ אלא שהוראותיהן של רשויות הביקורת אינן משום "פקודה" מגבוה בהיררכיית המנהל הציבורי, אינן מחייבות אוטומטית באופן משפטי את הרשויות המבוקרות ואינן מנחות אותן בהמשך פעילותן.

גופים אשר יכולים לתת הנחיות מקצועיות מחייבות ופנימיות בגופי המנהל הם גורמים כמו היועץ המשפטי לממשלה, או נציב שירות המדינה, איש-איש בתחומו.²⁴⁴

ליצירת תשתית של עובדות כבסיס להחלטה המינהלית: המבכנים מנוסחים בצורה מאוד כללית ולחלקם מצורפת הדרישה לעמידתם במבחן (שיפוט) של סבירות: כך למשל על פי המבחן הראשון, "הרשות המינהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה. לצורך זה עליה לפעול באופן סביר"; דברים שכאלה אינם, בכל הכבוד, הנחייה של ממש. ראו: כג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423 (1994).

²⁴¹ ראו: פרופ' ערן ויגודה-גדות ופרופ' שלמה מזרחי "ביצועי המגזר הציבורי בישראל: ניתוח עמדות אזרחים והערכת מצב לאומית (2010)", תרשים 43 (2010): cpmp.hevra.haifa.ac.il/admin/uploads/files/NAPPA%202010.pdf.

²⁴² למגמות בתחום ראו: עליזה מעין וגאיה הבר "שיחה עם מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, השופט (בדימוס) מיכה לינדנשטראוס עיונים בביקורת המדינה 62, 9 ואילך (2011); לניתוח מפורט ראו: מיכל טמיר מחקר מדיניות 81 מבט ביקורתי על ביקורת המדינה (2009). בעידן אחר הופיע הספר: מאיר גלון כללים במינהל הציבורי: על פי דו"חות בתקופתו של המבקר הראשון ד"ר ז' מוזס (1966).

²⁴³ ובמקרה של נציבות תלונות השופטים – יש החוששים שפעילותה עשויה לפגוע בעצמאות השופט; ראו לאחרונה: טובה צימוקי "מחאת השופטים עזרה: סמכויות הנציב יוגבלו" ידיעות אחרונות 16, 27.02.2011.

²⁴⁴ ראו: משרד המשפטים, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה www.justice.gov.il/MOJHeb/Yoez ומשרד הציבור, נציבות שירות המדינה www.civil-service.gov/Mespati/HanchayotNew/Hanchayot.htm.

עם זאת, בפועל, קשה לומר שהם הרימו את הכפפה לגמרי והציבו מערך מפורט של הנחיות בכל תחומי המשפט המנהלי בפני היועץ המשפטי בשירות המדינה או בפני פרקליטו של עותר פוטנציאלי.

לא נותר לנו אלא לפנות לאקדמיה לעניין זה – מכאן חשיבותו העצומה של הספר: פרופ' ברק-ארז מציגה מורה נבוכים שיטתי ומקיף, העוסק בצורה עיונית ומעשית בכל תחומי המשפט המנהלי ונותן תשובות סדורות וברורות.

(ד) הערה לסיום על מחירו של המשפט המנהלי: רגולציה של הרגולטור

בסופו של דבר, אף אני, כעמיתי, מוצא עצמי מגדיר את המשפט המנהלי הישראלי, בייחוד בהקשר של יחסי הגומלין שלו עם המשפט החוקתי, באופן תיאורי, כפי שהתפתח בשישים וארבע השנים שחלפו מאז הוקמה המדינה. אני סבור שיש להיזהר מאוד מהרחבת תחום פעילותן של הרשויות המנהליות משום שלכל הרחבה כזו יש מחיר. וזאת, גם אם היא נראית כפעילות חיונית,²⁴⁵ ואפילו יעילה כלכלית לכאורה²⁴⁶ כמו הסדרה (רגולציה) של פעילות פרטית מסוכנת או הרחבת הביקורת השיפוטית תוך דרישת רמת פעילות גבוהה יותר מרשויות המדינה. מבלי להיכנס לעומק הדברים אומר זאת: כאשר הרשות המנהלית פועלת ומסדירה תחום פעילות שקודם לכן לא היה מוסדר, היא לוקחת תחום שהיה נתון לשיקול דעתו של הפרט וחלק מן האוטונומיה שלו ופוגעת בחופש הפעולה שלו במסגרתו.²⁴⁷ יש לכך מחיר

il/Civil-Service, בהתאמה. להנחיות פרקליט המדינה ראו: משרד המשפטים. www.justice.gov.il/MOJHeb/PraklitotHamedina/Odot.htm (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012).

²⁴⁵ דוגמה קלאסית היא הדין המשפטי סביב הלגיטימיות של רגולציה של פעילות מסוכנת כמו רכיבה על אופנוע ללא קסדה – או עישון. לדין כללי על רגולציה ומגבלותיה, ראו: אורי ארבל-גנץ **רגולציה – הרשות המפקחת** נייר עמדה מס' 37 (2003); לדין יותר ממוקד ראו: Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943 (1995); Denise A. Atwood, *Riding Helmetless: Personal Freedom or Societal Burden?* 1 PHOENIX L. REV. 269 (2008); Matthew R. Herington, *Tobacco Regulation in the United States: New Opportunities and Challenges*, 23(1) HEALTH LAW 13 (2010).

²⁴⁶ לדין בנושא שיקולי עלות-תועלת ברגולציה ראו במיוחד: Eric A. Posner, *Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective*, 68 U. CHI. L. REV. 1137 (2001); Don Bradford Hardin, Jr. *Why Cost-Benefit Analysis? A Question (and some answers) about the Legal Academy*, 59 ALA. L. REV. 1135 (2008); Irma S. Russell, *Measure for Measure: Cost-Benefit Analysis and Environmental Policy*, 43 TULSA L. REV. 891 (2008).

²⁴⁷ השוו: ברכה, **משפט מנהלי**, לעיל ה"ש 13, כך א', בעמ' 10 (מתייחס לצורך "להגביל כוחן של רשויות [...] לאותם תחומים הנחוצים לניהולה התקין של המדינה, תוך מניעת שימוש לרעה בסמכויותיהן ופגיעה שלא כדין בפרט"). ביתר פירוט ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, כך א, בעמ' 48 ואילך – הדנה בחשש מפני פגיעה בזכויות האדם במדינה המנהלית.

בהיקף הזכויות והחירויות הנשארות בידי הפרט, יש לכך מחיר כלכלי הן בשל עלות ההסדר והן בשל הגנת יתר המונעת פעילות כלכלית; אלו דברים ידועים. אוסיף ואומר שדברים דומים ניתן להגיד על אמות המידה של המשפט המנהלי, הנקבעות בישראל בעיקר באמצעות הפסיקה; זוהי רגולציה על רשויות המנהל;²⁴⁸ גם לזו – להעמדת דרישות וקביעת דרכי פעולה על רשויות המדינה – יש מחירים: מחירים כלכליים,²⁴⁹ מחירים ברמת שיתוף הפעולה בין הרשויות ובאמון הציבור בהן, יחד ולחוד, ואולי אפילו מחיר בזכויות ובחירויות הן של האזרח והן של אנשי הרשות.

ה. מילות סיכום

ברשימה זו עמדתי על תוכנו המהותי של הספר ועל חשיבותו הדוקטרינרית בהבהרת תוכנו של המשפט המנהלי במשנה סדורה, שיטתית וברורה. אבקש לסיים בכמה הערות בדבר חשיבותו של הספר כחיבור מרכזי בהקשר של המשפט הישראלי בכללותו.

לא סוד הוא שהמשפט הישראלי סובל מכמה חסרונות מבניים, בהשוואה למרבית מערכות משפט המערב. ישראל היא מדינה קטנה יחסית, ולה שפה, תרבות והיסטוריה ייחודיות; ישראל אינה מקיימת יחסי גומלין משפטיים עם שכנותיה, כפי שקורה במדינות אירופה או בצפון אמריקה, והיא מרוחקת פיזית ממערכת המשפט של המערב שהיא בכוח ובפועל²⁵⁰ מושא הייחוס המרכזי שלנו והמקור המרכזי

²⁴⁸ ומיד נמצא מי שיעלה את השאלה הנצחית – אם בית המשפט העליון הוא הרגולטור העליון – מי יפקח עליו? ואם יימצא גוף שייקח עליו – מי יפקח על המפקח? כבר במאה השנייה לספירה ניסח המשפטן הרומי יובנאל את הדילמה בביטוי "מי ישמור על השומרים?" (ובמקור – *quis custodiet ipsos custodes?*); הדילמה נותרה, אולם תשובה מדויקת עדיין אין. ראו: גביון **המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?**, לעיל ה"ש 138 בעמ' 63. וכן ראו: Diane P. Wood, *The Rule of Law in Times of Stress*, 70 U. CHI. L. REV. 455, 468–469 (2003).

²⁴⁹ אחת הביקורות החשובות ביותר על דיני המכרזים קשורה לעלותם: חשוב למנוע שחיתות, חשוב לפעול לפי כללים מדויקים, חשוב למנוע הפקעת מחירים מן המדינה – אבל גם לביטול מכרז יש עלויות ולהליכים עצמם – אשר לעתים קרובות מעכבים ביצוע פרויקטים חשובים במשך שנים – גם יש עלות. איזה אינטרס חשוב וחיוני יותר? השוו: עידו באום "לפעמים דווקא כדאי להעביר פרויקטים לאומיים למגזר הפרטי" **הארץ**, 19.03.2009: "כך אומרת עו"ד רבקה דותן, עד לאחרונה היועצת המשפטית של רכבת ישראל. לדבריה, יותר מדי ביורוקרטיה מעכבת פרויקטים לאומיים. דותן מסבירה כיצד תועיל הפרטה להתמודדות עם המשבר הכלכלי". וכן – אבי בר-אלי "זכיון הכלא הפרטי: 'נתבע מהמדינה 350 מיליון שקל'" **הארץ**, 20.11.2009.

²⁵⁰ וזו, אגב, אחת הביקורות הקלאסיות על הדיסציפלינה של משפט ההשוואתי. ראו: רון חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראלי? **עיוני משפט** כה 443, 446, 454–455, ה"ש 1 (2001).

שממנו אנו שואבים משפט.²⁵¹

אכן, בעשורים האחרונים התרחב עולם המשפט הישראלי – משלוש פקולטות למשפטים עד ראשית שנות השמונים אנו עומדים על ארבעה-עשר בתי ספר למשפטים²⁵² – ושיעור עורכי הדין באוכלוסייה כבר היום הוא הגבוה בעולם.²⁵³ גידול – אם כי לא בהכרח בשיעור מקביל – חל גם במספר אנשי האקדמיה הפעילים בפקולטות למשפטים²⁵⁴ ובמספר כתיבי העת המשפטיים היוצאים לאור בישראל; בנוסף, מעורבות משפטנים ישראלים בפעילות הקהילה האקדמית הבין-לאומית משמעותית וראויה לציון.²⁵⁵

לכן יש לשים את הדברים בהקשרם הראוי כדי להבהיר את גודל ההישג הגלום בספר זה: לאקדמיה הישראלית זיקה הדוקה לחברותיה שבמערב, ובייחוד לארצות-הברית.²⁵⁶ התפיסה הרווחת באקדמיה הישראלית בכללותה מעודדת את הרצון של החוקרים להשתלב בזרמי הדעות העולמיים ולהשפיע על השיח בהם וסבורה כי היכולת להתמודד, להתחרות ולתרום בזירה המרכזית של הפעילות האקדמית – כלומר בחו"ל ובאנגלית – היא הראויה להערכה; קידום מקצועי בישראל תלוי לא

²⁵¹ ראו עוד אצל הריס. שם, בעמ' 456–459.

²⁵² לתאור כללי ראו: "לימודי משפטים בישראל" ויקיפדיה (19.11.2011). http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A9%D7%A8%D7%A4%D7%98%D7%99%D7%9D_%D7%91%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%9C%D7%90. על שלוש עשרה הפקולטות הפעילות נוסף בית ספר למשפטים במרכז האקדמי פרס ברחובות: www.pac.ac.il/?CategoryID=777 (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012), ועוד הזרוע נטויה.

²⁵³ ראו למשל: הילה רו "המינויים של אישי הציבור עוברים לבג"ץ – עודף משפטיזציה או ביעור שחיתות?" *The Marker*, 17.02.2011: www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20110217_1215676 (נבדק לאחרונה ב-13.01.2012); ולנתונים ראו לוח 11.2 בשנתון הסטטיסטי לישראל (2010).

²⁵⁴ להערכת אורן אייל-גזל ישנם כ-25 פרופסורים למשפטים למיליון אזרחים בארצות-הברית, 35 למיליון בישראל, 15 למיליון בגרמניה ו-125 למיליון בצרפת (!). ראו: Oren Gazal-Ayal, *Economic Analysis of Law & Economics*, 35 CAP. U. L. REV. 787, 800, fn. 44 (2007).

²⁵⁵ ראו דו"ח הלק"מ הלמ"ס על פעילויות הוראה ומחקר של אנשי הסגל האקדמי הבכיר באוניברסיטאות (2009): http://cbs.gov.il/webpub/pub/text_page.html?publ=76&-430; משפטנים ישראלים פעילים בכל תחומי המשפט ומשתתפים בפעילות בין-לאומית; על מעורבותם של משפטנים ישראלים באחד התחומים – תחום המשפט והכלכלה – ועל כתיבתם (בעיקר באנגלית, כנדרש לשם קידום בישראל) – ראו: Oren Gazal-Ayal, שם. וכן אורן גזל-אייל "הערות על העבר והעתיד של הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל" *מחקרי משפט* כג 661 (2006).

²⁵⁶ ראו: Pnina Lahav, *American Moment[s]: When, How, and Why did Israeli Law Faculties come to Resemble Elite U.S. Law School*, 10 THEORETICAL INQUIRIES L. 653 (2009); Nira Hativa, *Teaching Large Law Classes Well: an Outsider's View*, 50 J. LEGAL EDUC. 95 (2000).

מעט בפרסום בכתבי העת יוקרתיים ותחרותיים – כלומר כתבי עת מובילים בחו"ל.²⁵⁷ זאת ועוד: בשנים עברו היה הספר המודפס, ובעברית, האפיק המרכזי לכתובה (ולקידום) חברי סגל בישראל – עבודת המוסמך והדוקטורט הפכו לספרים, ספרים היו הבסיס לקידום עד לדרגת פרופסור. זה איננו המצב עוד. הנטייה לכתוב ספרים משפטיים הצטמצמה מאוד ומטעמים מגוונים. הספר: מחירו גבוה, זמן פרסומו ארוך והיכולת לעדכונו במהדורה חדשה היא נדירה. לעומתו המאמר – זמן פרסומו קצר ורמת תפוצתו – בעידן מאגרי המידע האלקטרוניים הזמינים לכל אנשי המקצוע – גבוהה בהרבה משל ספר. מעטים הם הספרים שהוצאו לאור בשנים האחרונות בתחום המשפט המנהלי, רובם עיבוד לעבודות גמר²⁵⁸ וגם אלו שנכתבו במסגרת מחקר עצמאי נפרד, ורובם עוסקים בתחום מצומצם יחסית, פלח מתוך עולם המשפט המנהלי.

עקב זאת, משפטנים ישראלים רבים עושים מאמץ לפרסם באנגלית ולא בעברית, מאמרים ולא ספרים,²⁵⁹ ורצוי בכתבי עת זרים מוערכים, ופחות מכך באלו הישראליים.

נדרשים אפוא אומץ ויושרה מצד חוקר ישראלי בכיר להביע את הדעה החשובה שלפיה תפקיד האקדמיה הישראלית הוא – גם – לעודד את הדיון והחשיבה הפנימיים, בישראל, בעברית; לסכם, לערוך ולהפיץ ידע – בישראל, בעברית; להכיר בייחוד של המערכת המשפטית הישראלית, ובצורך לפתחה על פי תנאי הארץ ותושביה כפי שיהיו מעת לעת.²⁶⁰

הספר שבפנינו שייך לאחר הסקטורים הצרים והנדירים ביותר בספרות המשפט כיום: ספר, עברי, המבקש לסקור תחום משפטי שלם. מעטים הכותבים שיש להם היכולת, הפנאי והעניין להקיף את מלוא הדיסציפלינה שבה הם מתמחים, ואינם מסתפקים בהארת היבטים מסוימים בלבד בתחום ובהעמקה בהם. נתברכנו אפוא שלאחר שכתבה וערכה ספרים ומאמרים לרוב הן בישראל והן בחו"ל; לאחר שלימדה

²⁵⁷ רק כדי לסבר את האוזן: מאגר המידע נבו, כולל 21 כתבי עת משפטיים בעברית – ועל אלו ניתן להוסיף עוד אחדים בעברית ובאנגלית; לעומת זאת, נא ראו את האתר של בית הספר למשפטים של אוניברסיטת Washington & Lee המתייחס – ומדרג הרבה למעלה מ-1000 כתבי עת באנגלית היוצאים לאור כיום: lawlib.wlu.edu/lj.

²⁵⁸ ראו, בנוסף לספרים המצוטטים ברשימה זו, למשל: מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת (2003); איל פלג ההפרטה והצנזרה: גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005).

²⁵⁹ לדברים ברוח דומה שנכתבו בביקורת על ספר אחר של המחברת – על המשפט הישראלי, אך באנגלית – ראו: גרעון ספיר "ביקורת ספרים: בעקבות ספרה של דפנה ברק-ארז Outlawed Pigs" משפט וממשל יא 611 (2008). עוד ראו: טלילה נשר "באקדמיה ללשון זועמים: מרצים מחייבים הגשת עבודות באנגלית" הארץ, 29.02.2012.

²⁶⁰ אבל גם להתמודד בצורה מרשימה במרכזי הלימוד במדינות מעבר לים. יפה כתב פרופ' ספיר על כך כי "דפנה ברק-ארז חשבה עצמה בבית בהיכלי החוכמה שמעבר לים, אך בצד זה ממשיכה להיות קשורה בטבורה להוויה היהודית הישראלית". ספיר, לעיל ה"ש 259, בעמ' 625.

בארץ ובמדינות רבות; לאחר שהופיעה בכנסים ובאירועים רבים, בישראל וברחבי העולם, כאשר היא בעלת ותק רב בהוראה ובדרגה הגבוהה ביותר באקדמיה, פרופסור מן המניין, התקינה פרופ' ברק-ארז את ספרה החשוב אשר בפנינו.

ענפים רבים במשפט הישראלי לא יכולים להציג ספר יחיד בעל כוונה לסקור את הענף כולו, ומייחלים לבואו. אולם מעניין לציין כי בקטגוריה זו, דווקא במשפט המנהלי ניתן לראות כמה ניסיונות כאלה. אני מזהה שלוש מגמות כתיבה בתחום זה. האחת, והמייצג המובהק שלה הוא פרופ' יצחק זמיר, מתאפיינת ברמת ניתוח אקדמי גבוהה ובנטייה לחשיבה מופשטת ועיונית. ברי כי היא מסכמת את ניסיונו העצום של הכותב כמורה למשפט מנהלי, כיועץ המשפטי לממשלה וכשופט בבית המשפט העליון.²⁶¹ ככזה, הספר מרתק עבור מי שמבקש להעמיק חשוב על נושא המשפט המנהלי אולם איננו בהכרח ניהן בתיאור המפורט הדרוש לעורכי דין ולשופטים או לסטודנטים למשפטים, בבואם ללמוד את המשפט המנהלי וליישמו – עיון ומעשה. בקיצון האחר נמצאים ספרים שנכתבו על ידי עורכי דין, בעלי התמחות מובהקת בתחום המשפט הציבורי.²⁶² אלו ספרים מעניינים ומפורטים, הנכנסים לפרטי הפרטים של המשפט המנהלי, הצפויים לשמש את כל העוסקים בתחום ולשמש בידיהם נכס: הם סוקרים את הפסיקה, מסדרים את ההלכות בצורה ברורה והדוקה ומבהירים את ההלכות והגיוןן. ספרה של פרופ' ברק-ארז, ומכאן שהוא לטעמי המוביל מבין החבורה, משכיל לשלב ולברור. מניסיונה העצום של הכותבת, מצאה את הדרך לשלב בין העיוני לבין המעשי, בין התאורטי לבין היישומי, באופן שמקיף את המשפט המנהלי דהיום בצורה המיטבית.

261 השו: אריאל בנדור "הסמכות המינהלית של יצחק זמיר" **משפט וממשל** ה' 17 (2000).

262 פה אני מתכוון בעיקר לסדרה בת שישה ספרים על המשפט המנהלי פרי עטם של אליעד שרגא ורועי שחר היוצאת לאור בשנים האחרונות. בעבר הייתי מזכיר את ספרו החשוב של רענן הר-זהב **המשפט המינהלי הישראלי** (1997).