

דפנה ברק-ארז - משפט מנהלי - משפט מנהלי דיוני.

הביקורת פורסמה לראשונה בצילון השופטים המקוון, איליון מס' 76, ספטמבר 2017, עמ' 277-273

דפנה ברק-ארז - משפט מנהלי - משפט
מנהלי דיוני, כרך ד', ההוצאה לאור של לשכת
עורכי הדין (מבית החברה הכלכלית של
לשכת עורכי הדין בע"מ), 2017, 671 עמ'

המדינה המודרנית מתערבת כיום כמעט בכל מעשיהם של האזרחים הגרים בה. הרבה יותר מאשר היה נהוג בעבר. רוב אזרחיה במשך רוב הזמן אינם מתלוננים על כך אלא דווקא מיצרים על כך שהתערבות איננה מספקת. הציבור מבקש כי המדינה תפקח על בטיחות הדרכים שהוא נוהג בהם, על איכות המזון שאותו הוא צורך, על רעילות התרופות שהוא לוקח, על מומחיותם של הרופאים שהוא מבקר אצלם, על מקצועיותם של המטפלים ברכבו, ועוד ועוד.

כל אלו דורשים את הקמתם של רשויות סטטוטוריות, תאגידים ציבוריים, וגופים מדינתיים שיעסקו במגוון העצום של הפעולות השלטוניות אותן מבצעת המדינה. מקובל להגדיר את המשפט המנהלי כשדה המשפט החל על אותן פעולות שלטוניות. טכנית עוסק המשפט המנהלי בסמכויות הרשויות השונות, שאותן הן אמורות לקבל מכוח החוק לבדן. בהליך המנהלי והאופן בו מתקבלות החלטות



מנהליות (למשל, בהסתמך על תשתית ראייתית, בלא משוא פנים, ובשקיפות). באופן הפעלת שיקול הדעת על ידי הרשות (למשל בתום לב, איסור אפליה, בסבירות ומידתיות), ובסעדים המוענקים כאשר נופלים פגמים בפעולה של הרשות.

הכרך הנוכחי הוא הרביעי והאחרון בפרויקט המשפט המנהלי שבו התחילה המחברת עוד בשנת 2010.

עוד אז שמה לה המחברת למטרה לפרסם את כל ארבעת הכרכים וכולם אכן יצאו לאור ומעניקים לקורא מבט מעמיק למשפט המנהלי הישראלי. סקירתנו זו תדון בכרך האחרון שיצא כעת לאור, תוך שיבוצו בשלושת הכרכים הקודמים המהווים כולם מערך כולל של המשפט המנהלי. הכרך הנוכחי דן בהיבטים הדיוניים של המשפט המנהלי. קרי, הוא עוסק בין היתר בשאלות: אלו בתי משפט מוסמכים לדון בעניינים מנהליים? מהי החלוקה בין בתי המשפט השונים? מי הם העותרים והתובעים היכולים לפנות אליהם ומה צריכה להיות קרבתם להליך? כיצד מתנהלים ההליכים בפני הערכאות השונות? ומה הם הסעדים שניתן לבקש ולקבל במשפט המנהלי? בכל השאלות הללו דנה המחברת לאורכן ולרוחבן.

ודוק, גם בתחום הדיוני של המשפט המנהלי, הספר מותיר שאלות ללא מענה מושלם. לדוגמא מה הדין כאשר הרשות המנהלית לא מצייתת להחלטה שיפוטית? הספר כמעט לא נדרש לנקודה זו ומניח כמובן מאליו כי הרשויות מצייתות תמיד לפסקי דין. המעט שנכתב בסוגיה זו (פחות

משבעה עמודים) עוסק בעיקר במקרים בהם הרשות מבקשת עיכוב ביצוע משיקולים אלו או אחרים (בדרך כלל בפסקי דין מעוררי עניין ציבורי). משמח היה לחשוב שאי הציות הינו תופעה שולית אך איננו משוכנעים בכך. כך למשל נטען כי משרד הביטחון איננו משלם כבדרך שבשגרה את קנסות התעבורה של נהגיו, לא פעם פסקי דין נגד המדינה אינם מבוצעים לאלתר, ולעיתים רשויות האכיפה מתעלמות מהן. קיימות גם דרכים אחרות בהן המדינה ממסמסת את הצורך לבצע פסקי דין נגדה.

משמח היה לחשוב שאי הציות
הינו תופעה שולית אך איננו
משוכנעים בכך. כך למשל נטען כי
משרד הביטחון איננו משלם כבדרך
שבשגרה את קנסות התעבורה של
נהגיו

לא פעם פסקי דין נגד המדינה
אינם מבוצעים לאלתר, ולעיתים
רשויות האכיפה מתעלמות מהן

אכן הגדרת גבולות הציות לפסק דין, וניתוח כמותי היו מיטיבים לשפוך אור על סוגיה חשובה זו. אולם יש להניח שגם אם יש חריקות פה ושם בציות המדינה לפסקי הדין נגדה, הרי רוב הרשויות המנהליות מציינות לרוב פסקי הדין ובוודאי באופן משמעותי הרבה יותר מבעלי דין פרטיים.

המחברת פרופ' דפנה ברק-ארז התחילה את דרכה בתור חוקרת ותיאורטיקנית של התחום באקדמיה, ומונתה כשופטת לכס בית המשפט העליון בשנת 2012. הספרים לכן, אינם עוסקים בתיאוריה בטהרתה ויש להם פוטנציאל יישומי רב. הספרים גדושים מכל טוב. למעשה, דומה שאין פסיקה וכתובה אקדמית משנית ספרים ומאמרים שדנים במשפט המנהלי ואשר אינם מופיע בספרים (לפחות עד תאריך העדכון שהוא נובמבר 2016). המפתחות בספר נוחים מאוד לעיון ולחיפוש. ניתן למצוא בקלות הפניות לכל שאלה ונושא. כך למשל מי שמבקש לדעת האם טריבונל מנהלי רשאי לפסוק הוצאות, יגיע בקלות לפרק ולסעיף שעוסק בכך (לגופה של שאלה, הייתה דעה בפסיקה שהטריבונל רשאי לעשות כן, כיום נראה בדעת רוב שאיננו רשאי ללא סמכות מפורשת לכך).

אולם למרות ההיקף הנרחב של המחקר, יש עדיין מקום להתגדר בו בתחום המשפט המנהלי. זאת משום שנראה שבמספר נקודות לא עסקה המחברת במודע.

ראשית, כפי שנרמז לעיל, המחקר איננו כמותני. אפילו בתחומים בהם המידע נגיש, הוא איננו מופיע. כמה עתירות לבג"ץ היו לאורך השנים? האם מספרן גבר או פחת בשנים האחרונות? האם פתיחת האפשרות לעתירות מנהליות לבתי המשפט לעניינים מנהליים הקטינה את מספר העתירות לבג"ץ? ובכלל, כמה טריבונלים מנהליים קיימים? נדגיש כי הצורך בבדיקות והשוואות אמפיריות איננו רק נחלתם של סטטיסטיקאים למיניהם. יש בו צורך אמיתי היות ולרוב דיון במשפט המנהלי מבוסס על טענות עובדתיות. כך למשל הטענה כי הרחבת הביקורת השיפוטית גרמה לשחיקה במעמד בית המשפט; הטענה כי דוקטרינת ה'בטלות היחסית', גרמה להתעלמות הרשויות מפגמים בפעולותיהן; הטענה כי הרחבת זכות העמידה וריבוי ההכרעות המשפטיות משפיעות על הזירה הציבורית, ועוד. כל אלו הן טענות שיש כלים ידועים (אם כי לא משפטיים) למודדן ולבדקן. חלקן אף נמדדו אולם עדיין ממתונות הן למחקר אמפירי מלא.

שנית, אין בספר התייחסות למעמדן של החלטות מנהליות מבוססות תוכנות מחשב. מה יהיה דינה של החלטת וועדת שחרורים המבוססת על אלגוריתם המנבא עבריינות עתידית? האם ניתן להתבסס על הליך שכזה שאינו כולל התערבות אנושית? האם ניתן לערור עליו? ואם כן, איך? במיוחד בהתחשב בטענה שאלגוריתמים אלו הוכיחו את עצמם כמנבאים טובים יותר מאשר הליכים המבוססים על מומחים אנושיים. השאלות אינן תיאורטיות משום שכבר כיום מערכות אלו מתפקדות במדינות שונות בארה"ב. סביר להניח שבעתיד הלא רחוק ייהפכו שאלות אלו למעשיות גם בשיטת המשפט הישראלית.

שלישית, אין זה סוד שישנה ביקורת על בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מצד מגזרים שונים באוכלוסיה. אלו טוענים כי בית המשפט העליון 'נעול' בדעותיו הקדומות כנגדם, מתנהל בכוחניות ובחוסר הגינות כלפיהם, וכי החלטותיו מפרשות את החוק בניגוד לדעת המחוקקים, ובעיקר בניגוד לדעת רוב הציבור. עיקרי התלונות הן על פעולותיו של בית המשפט העליון במסגרת המשפט המנהלי. אפשר להתווכח על נכונות טענות אלו, אך לא יהיה זה מן הראוי להתעלם מהן. יחד עם זאת, בספרים לא ניתן למצוא עמדה ברורה של המחברת כלפי טענות אלו. יתכן ונבצר הדבר ממנה נוכח התפקיד אותו היא ממלאת כיום כשופטת בבית המשפט העליון. בניגוד לתיאורטיקנים למיניהם, שופטים מכהנים צריכים להיות זהירים בהבעת דעות מחוץ לפסקי דינם.

רביעית, אחת השאלות העיקריות והמקדמיות במשפט המנהלי נוגעת להיקף ההתערבות הרצוי של הרשויות בחיי האזרחים. האם על הרשות לדאוג לעבודה לכל אזרח? לשכר מינימום שיאפשר חיים 'בכבוד'? לקצבת נכה מינימלית? מה דינה של מדיניות הדוגלת בהפרטה? בהלאמה? ובכלל, מה צריך להיות היקף הפעולות השלטוניות? הפרק הראשון של הספר הראשון עוסק בכך בכלליות ולאורך הספר ניתן למצוא הידרשות לפסיקה שעסקה בנושאים אלו, אך לא ניתן למצוא דיון תיאורטי מעמיק ונקיטת עמדה של המחברת בשאלות אלו. כנראה מהסיבות אותן הזכרנו קודם.

אין זה סוד שישנה ביקורת על בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מצד מגזרים שונים באוכלוסיה.

אלו טוענים כי בית המשפט העליון, 'נעול' בדעותיו הקדומות כנגדם, מתנהל בכוחניות ובחוסר הגינות כלפיהם, וכי החלטותיו מפרשות את החוק בניגוד לדעת המחוקקים, ובעיקר בניגוד לדעת רוב הציבור

אולם כל השאלות שנתרו עדיין פתוחות, אינן צריכות להשכיח מאיתנו את הישגה העיקרי של המחברת - מחקר מעמיק, וסקירה מלאה, מפורטת, ועדכנית של הלכות המשפט המנהלי הנוהג בישראל תוך מבט ביקורתי. ולצד ניתוח תיאורטי מעמיק, עומדת לקורא גם האפשרות למצוא תשובה מהירה לכל שאלה מעשית. ניכר כי כרך זה יצטרף לקודמיו ויהווה מקור השראה לעורכי דין, לשופטים, לעובדים במגזר הציבורי, לאזרחים מן השורה, ולכל יתר הבאים במגע עם רשויות השלטון והמשפט המנהלי.