



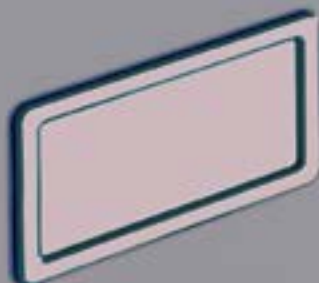
# המדינה המיינהלית והמשפט המיינהלי

המשפט המינהלי הוא, במידה רבה, תולדה של מודל מדינתי שבו יש לרשות המבצעת תפקידים רבים ותחומי פעילות מגוונים © עלייתו של המשפט המינהלי כתחום משפטי מרכזי קשורה להתעצמות הרגולציה השלטונית ולצמיחת מדינת הרווחה המודרנית

קטעים נבחרים מתוך ספרה של פרופ' דפנה ברק-ארז, המשפט המינהלי של ישראל, שיצא לאחרונה בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה

## פרופ' דפנה ברק-ארז

שופטת בית המשפט העליון ומפתחת הקורס המשפט המינהלי של ישראל באוניברסיטה הפתוחה





דפנה ברק-ארז

אותה סמכות. נוסף על כך, חלק מהעקרונות של המשפט המינהלי חלים גם על גופים פרטיים, שלהם זיקה ניכרת לשלטון, אם באמצעות קבלת מימון מן התקציב הציבורי או באמצעות שיתוף פעולה הדוק עם רשויות שונות. כיום קיימים גופים רבים כאלה, שזכו בפסיקתו של בית המשפט העליון לכינוי "גופים דו־מהותיים", ולעיתים גם "יצירי כלאיים".

### המדינה המינהלית

חשיבות הדיון בפעילותה של הרשות המבצעת על רבדיה השונים נמצאת ביחס ישר להיקפה של פעילות זו. למשפט המינהלי יש מקום מרכזי יותר במציאות שבה קיימת פעילות מינהלית נרחבת. לעומת זאת, במדינה המבוססת על המודל של "שומר הלילה", כלומר במדינה שבה הפעילות של השלטון המרכזי היא מינימלית, מידת הפיקוח עליו עשויה להצטמצם, וממילא חשיבותו של המשפט המינהלי פחותה. במילים אחרות, המשפט המינהלי הוא, במידה רבה, תולדה של מודל מדינתי שבו יש לרשות המבצעת תפקידים רבים ותחומי פעילות מגוונים. להבדיל מענפי משפט "קלאסיים", כמו דיני החוזים או דיני הנזיקין, שהיו מוכרים גם בשיטות משפט קדומות, הצורך להסדיר את הפעילות של הרשות המבצעת מבטא את עליית חשיבותה ואת התפקידים הנוספים שהושתו עליה במדינה המודרנית, בעיקר החל במאה ה־19, ובמידה רבה יותר במהלך המאה ה־20. אכן, גם בתקופות קדומות יותר היה מנגנון מינהלי שהמשפט היה צריך להסדיר את פעילותו. כך לדוגמה, במשפט האנגלי, אפשר למצוא תקדימים שעניינם ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות שניתנו בעבר הרחוק. אולם, פריצתו של המשפט המינהלי כתחום משפטי מרכזי וכענף פעילות מובחן קשורה להתפתחויות מאוחרות יותר – של התעצמות הרגולציה השלטונית ושל צמיחת מדינת הרווחה המודרנית.

באופן מסורתי מקובל להדגים את המעבר אל המודל של המדינה המינהלית באמצעות תוכנית הניו דיל (New Deal), שהגבירה באופן ניכר את המעורבות של השלטון הפדרלי בארצות הברית בחיי הכלכלה והחברה בתגובה למשבר הכלכלי־חברתי של אותה תקופה (שנות השלושים של המאה ה־20). גם קודם לכן התפתחה בארצות הברית באופן הדרגתי פעילות מינהלית (בתגובה לתיעוש ולתחבורה הבינ־מדינית). אולם, בעקבות הניו דיל, תפס המשפט המינהלי מקום מרכזי בזירה המשפטית האמריקנית. המשבר הכלכלי החדש שהחל לתת את אותותיו בכלכלה העולמית משנת 2008

המשפט המינהלי הוא המשפט שחל על רשויות השלטון על כל דרגיהן – החל בממשלה וכלה באחרון הפקידים. סיפור התפתחותו הוא סיפורה של המדינה המודרנית. על כן, אף על פי שמבחינה פורמלית מתמקד הדיון בכללי המשפט המינהלי ברשויות, לאמיתו של דבר העיסוק בו ניזון משאלות רחבות יותר שעניינן היקף התפקידים הראוי של השלטון ומידת מעורבותו בחיי הפרט והחברה. המשפט המינהלי עוסק בעיקר בפעולותיה של הרשות המבצעת על זרועותיה השונות: השלטון המרכזי (הממשלה ומשרדי הממשלה השונים), הרשויות המקומיות והתאגידים הסטטוטוריים, שהם גופים מינהליים שהוקמו מתוקף חוק מיוחד ופועלים מכוחו. בניסוח החקיקה מכונים תאגידים אלה לרוב בשם "רשויות", אך לא השם הוא הקובע אלא עובדת הקמתם של אותם תאגידים בחוקים. אם כן, המשפט המינהלי מעמיד במרכזו את הרשות המינהלית – אדם או תאגיד שהדין הקנה להם סמכות לפעול בעניין מסוים. במקרה הרגיל, הרשות המינהלית היא גוף שהוקם בחוק או נושא משרה ציבורית בגוף כזה. הלכה למעשה, האנשים שחייבים לכבד את כללי המשפט המינהלי הם העובדים ובעלי התפקידים בגופים שהם רשויות מינהליות, המכונים לרוב "עובדי ציבור". לעיתים מוענקת סמכות על פי חוק גם לתאגיד פרטי, דוגמת חברה או עמותה (ולא רק לרשויות המינהל ולעובדיהן). בנסיבות אלה נחשב גם תאגיד זה לרשות מינהלית לצורך הפעלת

ואילך משמש דוגמה מובהקת נוספת לצורך במעורבות מינהלית.

מדוע בכלל יש צורך במעורבות כה אינטנסיבית של הרשות בחיי הפרט? המודל הליברלי הקלאסי צידד במדינה לא מתערבת - מדינה שמותירה מרחב מרבי לפעילות האנושית. במהלך השנים נשחקה תפיסה זו, ובצדק. ככלל אפשר לומר שהמעורבות המינהלית בחיי המשק והכלכלה נשענת על שני אדנים: הצדקות כלכליות והצדקות חברתיות.

הקבלה של כלכלת השוק החופשי כעקרון הרקע של השיטה אינה שוללת את הרגולציה המדינתית, אלא היא חלק מן ההצדקה לה. הדיון הכלכלי מכיר במצבים של כשלי שוק, שבהתקיימם יש הצדקה להתערבות שלטונית בשוק החופשי (כדוגמת, מונופול וריכוזיות בשוק, מוצרים ציבוריים, משאבים במחסור, החצנות שליליות, מחסור במידע ועלויות עסקה).

נוסף על המצבים שבהם הפעילות המינהלית נדרשת מטעמים של יעילות כלכלית, קיימים היבטים אחרים שלה שהם תלויי השקפה ומבטאים העדפות ערכיות וחברתיות. הכוונה להסדרים שעניינם סיוע לאוכלוסיות חלשות וקידום של זכויות אדם (כגון חוקי רווחה, פיקוח על מחירים ואיסורי אפליה) או להסדרים המיועדים לקידום אינטרסים של כלל הציבור (לדוגמה, רגולציה על כלי התקשורת באופן שיבטיח את שגשוגה של התרבות המקומית).

## המשפט המינהלי בראי ההפרטה והגלובליזציה

הדיון העכשווי במשפט המינהלי מחייב התייחסות גם לשתי תופעות עיקריות בחיים הציבוריים והכלכליים בעולם, שיש להן השפעה ישירה גם על המדינה המינהלית: ההפרטה (על פניה השונות), היינו הפחתת המעורבות הממשלתית בחיי הכלכלה והחברה, והגלובליזציה, שהיא ההשפעה הגוברת של תהליכים חוץ-מדינתיים על ההתרחשויות בתוך המדינה. שתי התופעות האלה, כל אחת מכיוון אחר, מאיימות על המדינה ודוחקות לכאורה את רגליה משני כיוונים מנוגדים. מחד גיסא, ההפרטה מצמצמת את תחום הפעילות של המדינה ומעבירה תפקידים למגזר הפרטי. מאידך גיסא, הגלובליזציה מצמצמת את כוחה של המדינה ודוחקת את רגליה מהכרעות שהיו מסורות לה בעבר באופן בלעדי וכיום מתקבלות במידה רבה על ידי תאגידים בינלאומיים וארגונים בינלאומיים. השאלה היא מהו מקומה של המדינה המינהלית - ובהתאם לכך, מהו מקומו של

המשפט המינהלי - בעידן ההפרטה והגלובליזציה? שני אתגרים אלה גם יחד מחייבים את המדינה המינהלית לפתח מתכונות חדשות ומשוכללות יותר של רגולציה.

תופעת הגלובליזציה, שמתבטאת בתנועה בינלאומית של עובדים, סחורות והשקעות, כמו גם במעורבות רבה של גורמי חוץ בזירה המקומית, אינה מייתרת את פעילות המדינה, אך מציבה בפניה אתגרים חדשים ומורכבים יותר. פן אחד של הגלובליזציה הוא הקושי הרב שניצב בפני רשויות השלטון לפעול כרגולטור בעל מדיניות מקומית עצמאית. ההזדמנות שניתנת למשקיעים ולבעלי מקצוע לפעול גם במקומות אחרים מקנה להם עמדת מיקוח טובה יותר כלפי הרשויות, שנאלצות לעיתים להיכנע ללחצים ולוותר על סטנדרטים רגולטיביים. לא אחת נדרשות הרשויות לאמץ סטנדרטים שנקבעו על ידי ארגונים בינלאומיים או מכוח אמנות בינלאומיות המחייבות את ישראל. הן גם מוגבלות הרבה יותר מבעבר באימוץ של מדיניות המגנה על גורמים כלכליים מקומיים בשל הסכמי הסחר שישראל קשורה בהם, ובראשם האמנה של ארגון הסחר העולמי.

תהליך הגלובליזציה מכרסם בכוחה של המדינה המינהלית, ובה בעת מדגיש את חיוניותה כמי שמספקת רשת חברתית וכלכלית של ביטחון. מבחינות אחרות הגלובליזציה דווקא מחזקת את הכוח של רשויות שמופקדות על הרגולציה בתחומים מסוימים, כגון איכות הסביבה, כאשר הן יכולות לגייס כתמיכה לעמדותיהן את הסטנדרטים הבינלאומיים המחייבים.

תופעת ההפרטה, שמעבירה פעילות מן המגזר הציבורי למגזר הפרטי, מצמצמת את התחומים שבהם פועלת המדינה המינהלית, ולכן מצמצמת לכאורה גם את החשיבות היחסית של המשפט המינהלי. אולם, התרשמות זו היא מטעה. לאמיתו של דבר, כפי שיוסבר, במקרים רבים ההפרטה אינה מעלימה את פעילות המדינה, אלא רק משנה את מתכונתה. כך לדוגמה, בתחומים שבהם אספקת מוצרים או שירותים עברה מן הרשויות לידי גורמים פרטיים, מעורבותה החדשה של המדינה באה לידי ביטוי ברגולציה המפקחת על פעילותם של גורמים אלה. כמו כן, הגברת משקלה של הפעילות הפרטית מחזקת את החשיבות הנודעת למדינת הרווחה (המינהלית) כרשת ביטחון של קיום בכבוד.

כדי לעמוד על התפקידים של המשפט המינהלי במציאות של הפרטה, יש להקדים ולהפנות את תשומת הלב למורכבות של תופעת ההפרטה, הכוללת דפוסי פעולה שונים ומגוונים. בתחילה זוהתה מדיניות ההפרטה עם תהליכים של העברת בעלות בנכסים של הממשלה -

אחד של הדיון מתייחס להליך של גיבוש הרגולציה - האם יש לנקוט את המתכונת החד-צדדית של ציווי שלטוני, שהייתה מקובלת באופן מסורתי (command and control) או דרכים אחרות, דוגמת ניהול משא ומתן שבו ישותפו נציגי הקבוצות הרלוונטיות? מישור שני מתייחס לתכנים של המנגנון הרגולטיבי - האם יש לפעול באמצעות סנקציות, באמצעות הקצאת זכויות קנייניות או מעין קנייניות בפעילות מזיקה ואכיפת הפעולה במסגרתן (market based) או באמצעות כפייה של מסירת מידע לציבור (informational)? האם הפיקוח צריך להיעשות במתכונת ריכוזית של המדינה כולה או על בסיס אזורי (חלופה שיש לה משמעות מעשית בעיקר במדינות גדולות)? מישור שלישי של הדיון מתמקד בסוגיית היעילות הכלכלית של הרגולציה, היינו, באיזו מידה היא חייבת להיות מבוססת על חישוב כדאיות במתכונת של cost-benefit analysis. שאלה זו כרוכה בהכרעות נורמטיביות. לדוגמה, רגולציה בתחום הבטיחות, שעשויה להציל חיי האדם, אינה תמיד "כדאית" מבחינת היעילות הכלכלית (בהתחשב בתוחלת הסיכון). מישור רביעי של הדיון נוגע למידה שבה ראוי לאמץ הטיה לעבר מניעת סיכונים או, לחלופין, לטובת פיתוח טכנולוגי. שאלה זו נדונה בספרות בהקשר של עקרון הזהירות המונעת (the precautionary principle) התומך ברגולציה של פעילות שעלולה לגרום לסיכונים חמורים ובלתי הפיכים, גם בתנאים של אי ודאות מדעית. בספרות המשפטית ובפרקטיקה של מדינות אחרות אפשר למצוא דיון עשיר בפיתוח מודלים חדשים של הסדרה מינהלית, ובכלל זה רגולציה שמבוססת גם על שיתוף פעולה עם גורמים פרטיים והכרה במנגנונים של רגולציה עצמית (governance), שהם מפתחים, ואף על הסתייעות בדיווח העצמי של הגופים המפוקחים.

### לקראת סיום

כתיבת ספר המוקדש לתחום המשפט המינהלי היא משימה מורכבת. הקושי נובע הן מן המגוון של הפעילויות השלטוניות שבהן עוסק המשפט המינהלי והן ממתכונת ההתפתחות שלו, שמנסה להדביק את השינויים התדירים בדפוסי הפעולה של המדינה. אני תקווה כי ספר זה יתרום להבנתם ולהנחלתם של העקרונות המחייבים של המשפט המינהלי במדינת ישראל - לתועלתן של רשויות השלטון עצמן, כמו גם לשם הגנה על זכויותיהם של הפרטים הנזקקים להן. ■

על פי רוב חברות ממשלתיות - לבעלות פרטית. לעומת זאת, חלק ממתכונות ההפרטה האחרות נותרו סמויות, ומכל מקום לא זכו בחקיקה מסודרת או בעלת בולטות ציבורית. בהמשך גברה המודעות גם להפרטה במתכונת של רכישת שירותים מגורמים פרטיים על דרך מיקור חוץ. לאמיתו של דבר, תופעת ההפרטה מורכבת בהרבה, ובהתאם לכך, אין בספרות הגדרה מוסכמת בנוגע אליה. באופן כללי, אפשר לומר כי הפרטה היא מדיניות המכוונת להפחתת המעורבות הממשלתית הישירה בחיי הכלכלה והחברה. מטרה זו יכולה להיות מושגת תוך כדי שימוש באמצעים מגוונים. השאלות שמעוררים המופעים השונים של ההפרטה אינן אחידות ואף אינן נשאלות בעוצמה זהה. אולם, יש בין מופעים אלה נקודות דמיון חשובות - הגדלת חלקם של גורמים פרטיים בפעילות בחיי הכלכלה והחברה, שיתוף פעולה אינטנסיבי של הרשויות עם גורמים פרטיים והחלתו של היגיון שוקי-פרטי על פעילותן.

גם תופעת ההפרטה אינה מייתרת את מעורבות המדינה בחיי הכלכלה והחברה או את התפקיד שממלא המשפט המינהלי, אלא מציבה בפניהם אתגרים חדשים ומורכבים. היא קוראת לדיון בהחלת עקרונות מן המשפט הציבורי גם על פעילות מופרטת שיש לה זיקה לשלטון או למילוי תפקיד ציבורי. התפתחות זו מכונה לעיתים בספרות בשם "הצברה". למעשה, ההפרטה מחייבת לפתח תת-ענף של המשפט הציבורי - המשפט הציבורי של ההפרטה. תחום משפטי זה אמור להיות מורכב בעיקרו מכללים של המשפט המינהלי, שיותאמו למציאות החדשה של ההפרטה, ובמידה מסוימת גם מעקרונות חוקתיים (בכל הנוגע לקביעת גבולות להפרטה ולהשלכותיה על זכויות האדם).

### הרגולציה החדשה

אחת התולדות החשובות של מדיניות ההפרטה היא, כאמור, החשיבות הגוברת והולכת של הרגולציה על פעילויות שקיים אינטרס ציבורי באופן ביצוען. כך למשל, אם רשויות המינהל אינן מספקות שירות חשוב שניתן לציבור או מצרך חיוני, נודעת חשיבות לקביעת כללים שעניינם הבטחת אספקתו, איכותו ועוד. בעבר הביצוע של פעולות מסוימות על ידי השלטון אפשר שלא להסדיר בחקיקה את הכללים הנוגעים להן. נסיגת המדינה מפעילות בתחומים שונים מחדדת את הצורך בחקיקה ובפיקוח מינהליים.

הדפוסים החדשים של הרגולציה הולכים ומתרחקים מן המודל המסורתי של רגולציה "מלמעלה". מישור