

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 164/97

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' זמיר

בפני:

קונטרם בע"מ

העותרת:

נ ג ד

1. משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ
2. גובה המכס אשדוד
3. רשות הנמלים והרכבות

המשיבים:

התנגדות לצו על-תנאי וצו ביניים

י"ח באדר א' תשנ"ז (25.3.97)

תאריך הישיבה:

עו"ד יהושע וולף, עו"ד יעקב יניב

בשם העותר:

עו"ד דנה בריסקמן

בשם המשיבים 1-2:

עו"ד יעקב לירז

בשם משיבה מס' 3:

פסק - דין

השופט י' זמיר:

1. העותרת, חברת קונטרם בע"מ, קיבלה מן המכס רשיון למחסן רשוי. על פי הדין הרשיון טעון חידוש מדי שנה. המכס סירב לחדש את הרשיון. העותרת תוקפת את הסירוב: היא טוענת בעתירה כי היא זכאית לחידוש הרשיון.

שאלה מרכזית בעתירה נוגעת לחובת ההגינות ביחסים שבין הרשות המינהלית לבין האזרח. בדרך כלל מופנית השאלה אל הרשות המינהלית: מהי חובת ההגינות המוטלת עליה כלפי האזרח? הפעם מופנית השאלה אל האזרח: האם מוטלת גם עליו חובת הגינות (או, לשון אחרת, חובת התנהגות ראויה) כלפי הרשות המינהלית?

העובדות

2. העותרת מפעילה, זה יותר מעשרים שנה, מסוף מטענים באשדוד. המסוף פועל כמחסן רשוי (להלן - המחסן) מכוח רשיון שניתן על ידי מנהל המכס לפי הפרק השביעי (תקנות 12 ואילך) לתקנות המכס, התשכ"ו-1965 (להלן - התקנות). הרשיון מאפשר לאחסן במחסן טובין חבי-מכס. המחסן הוקם ופועל על מקרקעין של העותרת, באזור התעשייה הצפוני של אשדוד, במרחק של 50 מטר לערך ממסילת הברזל המגיעה אל נמל אשדוד (להלן - המסילה הראשית).

העותרת ביקשה לנצל את המיקום הנוח של המחסן כדי לייעל את שינוע המטענים אל המחסן ומן המחסן באמצעות הרכבת, לצמצם את השימוש במשאיות, ולהוזיל את עלות השינוע. היא פנתה אל רשות הנמלים והרכבות, והציעה לבנות על חשבונה שלוחה מן המסילה הראשית לכיוון המחסן. שלוחת המסילה תאפשר לעותרת להעמיס על הרכבת מטענים בנמל לצורך פריקה סמוך למחסן, כדי שיאוחסנו במחסן, וכן להעמיס על הרכבת מטענים שאוחסנו במחסן, כדי להובילם ליעדם.

רשות הנמלים והרכבות, שהוקמה כתאגיד על ידי חוק רשות הנמלים והרכבות, התשכ"א-1961, מחזיקה ומפעילה גם את מסילות הברזל (להלן - רשות הנמלים). בבעלותה של רשות הנמלים נמצאים מקרקעין, בשטח של 44 דונם, הגובלים מצד אחד במסילה הראשית ובצד השני במחסן (להלן - המקרקעין). על המקרקעין, שלא היו מבונים ואף לא היו בשימוש, ביקשה העותרת להקים את שלוחת המסילה כך שהיא תגיע סמוך למחסן. לצורך זה באה העותרת בדברים, לקראת סוף שנת 1992, עם רשות הנמלים.

בסופו של משא ומתן ממושך, נכרת חוזה בין העותרת לבין רשות הנמלים ביום 6.6.94 (להלן - החוזה). בין היתר, נקבע בסעיף 2ב של החוזה כדלקמן:

"כל קווי השלוחה ומערכותיה ייבנו כולם על אדמת הרשות [היא רשות הנמלים] והופכים לרכושה עם בנייתם. אין לחברה [העותרת] כל זכות, מכל סוג שהוא, בשטח הרשות בכלל ובשטחי השלוחה בפרט."

לחוזת צורף כנספח תשריט שציין את התוואי של המסילה הראשית ושל השלוחה המתוכננת: הוא נחתם ביום 3.1.94 על ידי המהנדס הראשי של הרכבת, ולאחר מכן על ידי העותרת מצד אחד ועל ידי סמנכ"ל הרכבת למסחר, כלכלה וכספים וסמנכ"ל הרכבת לתפעול מצד שני (נספח מש7/ להודעה מטעם רשות הנמלים).

3. לא חלף זמן רב מאז נחתם התשריט המסמן את תוואי השלוחה (להלן - התשריט הראשון), והעותרת פנתה אל רשות הנמלים וביקשה הסכמתה לשינוי התוואי של השלוחה. השינוי התבקש, לדברי העותרת, כדי לאפשר לה להקים ולהפעיל במחסן מתקן לטעינה ופריקה של גרעינים בתפוזות. לצורך זה ביקשה העותרת כי תוואי השלוחה, שלפי התשריט הראשון היה צריך להגיע סמוך אל גבול המחסן, יורחק מגבול המחסן ויתקרב אל המסילה הראשית. השינוי שהתבקש הגדיל את השטח הפנוי שבין השלוחה לבין המחסן.

רשות הנמלים נתנה הסכמתה לשינוי שהתבקש. התוואי החדש של השלוחה, בהתאם לשינוי זה, נרשם על גבי תשריט חדש, שהוכן על ידי מתכנן מטעם העותרת ונחתם ביום 15.5.95 על ידי מנהל אגף הנדסה ברכבת ישראל (להלן - התשריט השני). התוואי החדש לא היה השינוי היחיד בין התשריט השני לבין התשריט הראשון: על גבי התשריט השני נרשמו בשטח שבין השלוחה לבין המחסן מלים אלה: "שטח לאחסנה".

4. לפי הנספח לחוזת, שנחתם במועד החתימה על החוזת, הוענקה לעותרת זכות שימוש במקרקעין (בלשון הנספח: המגרש), אך זכות שימוש מוגבלת בלבד, לצורך פריקה וטעינה של מטענים והעברת המטענים מן הרכבת אל המחסן ומן המחסן אל הרכבת. וכך נאמר לעניין זה בנספח:

"3. החברה [כלומר, העותרת] רשאית לעשות שימוש במגרש שלאורך הרכבת החונה בשלוחה אך ורק לצורך טעינה ו/או פריקה של רכבות אשר יוצבו למטרה זו על השלוחה וכל עוד הן מוצבות שם.

טעינה ו/או פריקה של רכבות כוללת גם העברה ו/או שינוע המטענים מהשלוחה למחסני החברה הסמוכים למגרש ו/או להיפך.

4. כל שינוי, מכל סוג שהוא, במגרש ו/או בכל המחבר ו/או קשור אליו טעון אישור מוקדם בכתב של מנכ"ל רכבת ישראל".

5. אך לעותרת היתה תכנית גדולה יותר: להשתמש בשטח המקרקעין לא רק לצורך פריקה וטעינה של מטענים מן הרכבת ועל הרכבת, כפי שנאמר בחוזה, אלא גם לצורך אחסון מטענים. מטרתה היתה להגדיל את שטח המחסן כך שיקלול גם את שטח המקרקעין. לצורך זה היה עליה ללכת בשתי דרכים. בדרך הראשונה היה עליה לבצע עבודה בשטח המקרקעין כדי להכשיר את השטח לשמש כמחסן רשוי, ובין היתר, לגדר אותו באופן שימנע הכנסת מטענים או הוצאת מטענים ללא בקרה. בדרך זאת היתה לעותרת בעיה עם רשות הנמלים, שהיא הבעלים של המקרקעין. בדרך השנייה, היה עליה לקבל רשיון להשתמש בשטח המקרקעין כמחסן רשוי. בדרך זאת היתה לעותרת בעיה עם המכס, שהוא המוסמך לתת רשיון למחסן רשוי.

6. העותרת התחילה ללכת בדרך הראשונה: להכשיר את שטח המקרקעין לצורך אחסון מטענים. לפי החוזה שבין העותרת לבין רשות הנמלים, נאסר על העותרת לעשות "כל שינוי, מכל סוג שהוא" במקרקעין, ללא "אישור מוקדם בכתב של מנכ"ל רכבת ישראל". ראו לעיל פסקה 4. אולם העותרת החלה בעבודה על גבי המקרקעין בלי שהיה בידיה אישור כזה, לא לפני תחילת העבודה ואף לא לאחר מכן. ללא אישור כזה העותרת סללה את שטח המקרקעין וכיסתה אותו באספלט, הקימה גדר סביב השטח, התקינה תאורה והציבה שערים. היא סיימה את הכשרת המקרקעין ביום 18.3.96.

7. העותרת ורשות הנמלים חלוקות בשאלה מתי נודע לרשות הנמלים על העבודה המתבצעת על ידי העותרת על גבי המקרקעין. העותרת טוענת כי העבודה בוצעה בנוכחותם של נציגי רשות הנמלים. מאידך, רשות הנמלים טוענת כי לא נודע לה על עבודה זאת אלא באקראי, בתחילת ינואר 1996, במהלך סיור שאנשיה ערכו במקרקעין.

מכל מקום, מיד לאחר סיור זה, ביום 8.1.96, שלח סמנכ"ל הרכבת למסחר, כלכלה וכספים (להלן -

סמנכ"ל הרכבת) מכתב אל מנכ"ל העותרת, וזה לשונו במלואו:

"בהמשך לסיורי באתר ולמדידות שבוצעו על ידינו, ברצוני להפנות תשומת לבך לנקודות שלהלן:

1. בהתאם למדידה שבידינו קונטרם סיפחה אליה שטח של כ-38.5 דונם.

2. השטח משמש לאחסנת מכולות בניגוד לחוזה.

3. השטחים גודרו, נסללו, סומנו והוצב בהם ציוד ומיתקון של קונטרם.

4. עפ"י הנספח לחוזה הותר לכם שימוש ברצועת קרקע לצורך טעינה ופריקת רכבות בלבד, באורך רכבת בלבד.

5. תפיסת הקרקע והשימוש בה הינם בניגוד לחוזה תוך הפרתו.

6. לתשומת לבך עפ"י הנספח אנו רשאים ליתן אישור שימוש בשטח לכל גורם.

7. עליכם לפנות את כל השטחים הנ"ל לאלתר.

8. לתשומת לבך יחולו עליכם כל המיסים על השטחים שנתפסו וכן דמי כחירה לכל התקופה עד לפינויים לפי הערכת שמאי.

אודך באם תפעלו לפינוי השטח ומניעת הפרת ההסכם בינינו".

העותרת לא השיבה כלל למכתב זה. ביום 10.3.96 שלח סמנכ"ל הרכבת מכתב נוסף אל מנכ"ל העותרת. במכתב זה מתריע הסמנכ"ל על הפרות החוזה על ידי העותרת בעניינים אחדים, ובהם ביחס "לשימוש בשטחים". הוא מציין כי הם רואים את ההפרות בחומרה רבה, ומוסיף כי אם ההפרות לא תתוקנה, הרכבת תראה עצמה חופשית לפעול לשמירת זכויותיה. על מכתב זה השיב מנכ"ל העותרת, ביום 19.3.96, ולגבי השימוש במקרקעין אמר כך:

"במהלך שלושת פגישותינו האחרונות שוחחנו בנושא האמור ולמיטב זכרוני נקבע כי תמצא הדרך לישב הנושא.

בשלב זה ולפי סיכום עמך, אני ממתין למועד פגישה עמך.

אגב, בשלב זה המשטח משמש לפריקה וטעינת מכולות בלבד".

אולם המחלוקת נותרה בעינה. ביום 18.4.96 כתב עורך הדין של רשות הנמלים אל העותרת, התריע על פלישה למקרקעין של רשות הנמלים ועל השימוש במקרקעין שלא כדין, לרבות גידור ואחסון, ודרש שהעותרת תפנה את המקרקעין באופן מיידי. סמנכ"ל הרכבת שב וכתב גם הוא אל העותרת, ביום 21.4.96, ודרש ממנה לפנות את המקרקעין באופן מיידי. מכתבים אלה לא זכו לתשובה.

ביום 19.5.96 כתבה העותרת אל סמנכ"ל הרכבת לתפעול, בלי להתייחס כלל אל מכתבי רשות

הנמלים הדורשים פינוי המקרקעין, ובין היתר אמרה כך:

"בכוונתנו להתחיל בפעילות אחסנת מכולות ריקות, לפני העברתן לנמלים, וכן הנך מתבקש לתמחר את בקשותינו מתוך התייחסות לגורם המשנע כמות נכבדה".

סמנכ"ל הרכבת לתפעול השיב, ביום 23.5.96, כי הרכבת אינה מתכוונת להעביר מכולות מנמל

אשדוד למחסן העותרת, והוסיף:

"להזכירך כי מהות החוזה הינה הובלת מכולות בין אשדוד לחיפה ולא אכסון מכולות ריקות או כלי רכב בתחנת המסוף".

ההתכתבות והדיונים בין רשות הנמלים לבין העותרת נמשכו, והעותרת נדרשה שוב ושוב לפנות את

המקרקעין. ביום 20.6.96 כתב מנהל מחלקת מסחר והובלות של הרכבת אל העותרת לאמור:

1. בהמשך לדיון שנערך במשרד סמנכ"ל כלכלה כספים ומסחר רכבת ישראל ובהשתתפותם הובהר כי חברת קונטרם תפסה שטח השייך לרכבת ישראל באזור שלוחת קונטרם אשדוד בגודל של כ-40 דונם, גידרה אותו ללא אישור ואף איכלסה את השטח במאות כלי רכב השייכים לחב' יוניברסל מוטורס וחברת מזדה.

2. באותו דיון כאמור לעיל נדרשתם לפנות את השטח אך עד היום השטח תפוס על ידכם ולא פונה.

3. ברצוני להודיעך כי ככוונת רכבת ישראל להוציא את השטח למכרז פומבי בימים הקרובים ועל כן אבקשך לפנות את השטח לאלתר מכל דבר, חפץ ואדם".

מכתבים נוספים נשלחו על ידי רשות הנמלים אל העותרת, באותה רוח, בימים 21.7.96, 14.10.96

ו-28.11.96.

במהלך ההתכתבות בין רשות הנמלים לבין העותרת לא טענה העותרת, בתגובה לטענה שהיא

מסיגה את גבול רשות הנמלים בניגוד לחוזה, כי יש לה זכות שכירות או זכות חכירה במקרקעין, או כי יש לה

רשות לגדר את המקרקעין ולהשתמש בהם לצורך אחסון. רק ביום 30.6.96 התייחסה העותרת לשאלת זכותה

לגבי המקרקעין. וכך כתבה:

"...

3. אין כל ספק כי לקונטרם זכויות בשטח הנ"ל לצרכי טעינה ופריקה של רכבות אשר יוצבו בשלוחה.

4. כפי שוודאי ידוע לכם השקענו כספים מרובים בשלוחה ובהכשרת השטח הנ"ל לצורך תפעול השלוחה.

5. בנוסף לכך אין כל ספק כי לקונטרם זכויות מסויימות בשטח הנ"ל מכוח ההסכם וההסכמות שבין הצדדים.

...

8. מאידך גיסא, אנו מציעים כי בנסיבות העניין יימצא הפתרון במו"מ בין הצדדים לשביעות רצון הצדדים כיצד יתופעל השטח הנ"ל".

על מכתב זה באה תשובה מאת סמנכ"ל הרכבת, ביום 21.7.96, לאמור:

..."

2. אין לקונטרם כל זכויות בשטח הנ"ל גם אם ביצעה השקעות. ההשקעות בוצעו ללא אישורנו, ולא ניתנו הסכמות לשימוש בשטח.

3. אין אפשרות להקצות שטחים ללא מכרז אלא בנסיבות נדירות, שאין מתקיימות במקרה זה".

8. משלא נמצא פתרון למחלוקת במשא-ומתן בין הצדדים, כפי שהעותרת הציעה, הגישה רשות הנמלים תביעה בבית משפט השלום באשדוד, נגד העותרת, לסילוק יד מן המקרקעין. תביעה זאת עדיין תלוייה ועומדת בפני בית משפט השלום.

המחלוקת בין העותרת לבין רשות הנמלים תבוא על פתרונה בבית משפט השלום, יהיה הפתרון אשר יהיה, ואין היא עניין לבית משפט זה. אם כך, מה למחלוקת זאת ולעניין שבפנינו? שמחלוקת זאת היא גם שורש הסכסוך שבין העותרת לבין המכס, נשוא עתירה זאת. הכיצד?

9. העותרת, בעוד היא הולכת בדרך הראשונה, ומבצעת עבודה להכשרת המקרקעין לצורך אחסון מטענים, הלכה גם בדרך השניה: ביום 8.6.95, כשנה לאחר שנחתם החוזה, זמן קצר לאחר שנחתם התשריט השני, פנתה העותרת לבית המכס באשדוד וביקשה רשיון להגדיל את שטח המחסן כך שיקלו גם את שטח המקרקעין, כלומר, את השטח שבין השלוחה לבין המחסן. לצורך זה נערכו בירורים בין העותרת לבין המכס, כדי לקבוע אם העותרת עומדת בתנאים הנדרשים לקבלת רשיון למחסן רשוי.

לפי תקנה 14 לתקנות, בקשה לרשיון תוגש בבית המכס "לפי הנוסח שבתוספת הששית". התוספת

הששית מציינת את הפרטים שיש לכלול בבקשה. בין השאר היא אומרת כך:

"להלן הפרטים על המחסן: הרינו מצהירים שהמחסן נמצא בבעלותנו ורשום בפנקסי המקרקעין לפי אסמכתא גוש מס'... חלקה... מוחזק

בידינו לפי חוזה שכירות או חכירה עם ... לתקופה של ... שנים
 מיום...עד יום ... רצ"ב תשריט המחסן וסמוני איזורי המחסן
 המבוקש..."

פרטים אלה, מוסיפה התוספת, נדרשים לא רק בבקשה לרשיון חדש, אלא גם "אם נעשו שינויים
 בשטח או בנפח המחסן". משמע, לפי התקנות תנאי הוא לקבלת רשיון למחסן רשוי חדש או להגדלת מחסן
 רשוי קיים, שמבקש הרשיון יצהיר כי הוא הבעלים, השוכר או החוכר של המחסן.

תנאי זה נראה ראוי או, לפחות, סביר. מכל מקום, העותרת אינה תוקפת את החוקיות של תנאי זה או
 כל הוראה אחרת בתקנות.

10. על יסוד תקנה זאת כתב בית המכס באשדוד אל העותרת ביום 5.12.95, לאחר שנתבקש על ידי
 העותרת לתת לה רשיון בגין המקרקעין, וביקש כי העותרת תמציא לו פרטים ומסמכים שונים, ובהם "חוזה
 שכירות או חכירה על השטח הנוסף".

העותרת נענתה ושלחה לבית המכס, ביום 11.12.95, את החוזה מיום 6.6.94, וצירפה אליו מפה
 שנערכה על ידי מודד מטעמה ביום 7.12.95 (נספח ז לעתירה).

המכס הניח כי העותרת מקיימת את כל התנאים שנקבעו בתקנות לצורך קבלת רשיון. בין היתר הניח
 המכס כי העותרת היא בעלת זכויות במקרקעין כנדרש לפי התקנות. הוא לא ידע דבר על המחלוקת הקשה
 שבין רשות הנמלים לבין העותרת בשאלת הזכויות במקרקעין, כפי שבאה לידי ביטוי, בין היתר, במכתבים
 שנשלחו על ידי רשות הנמלים אל העותרת מיום 8.1.96. אשר על כן, כאשר הגיע המכס למסקנה כי המקרקעין
 הוכשרו כנדרש לשמש מחסן רשוי, הוא החליט, ביום 1.7.96, להעניק לעותרת את הרשיון המבוקש.

11. כל זמן שהעותרת ניהלה מערכת יחסים כפולה, עם רשות הנמלים מצד אחד ועם המכס מצד שני,
 כאילו אלה שתי דרכים מקבילות, שאין רשות אחת נוגעת ברשות שניה, נראה היה שצלח חפצה של העותרת
 בידה. אולם, כאשר נוצר מגע בין שתי הרשויות, נוצר גם קצר ביחסים עם העותרת.

בספטמבר 1996 נודע למכס על המחלוקת שבין רשות הנמלים לבין העותרת בעניין הזכויות
 במקרקעין. ביום 25.9.96 כתב המכס אל רשות הנמלים ושאל מה המעמד המדויק של העותרת במקרקעין וכן

"האם יש לחב' קונטרס זכות לאחסן מכולות באזור, מבחינת חוזה ההתקשרות ביניכם". רשות הנמלים השיבה למכס כי לעותרת יש זכות פריקה וטעינה של רכבות המוצבות בשלוחה, אך אין לה זכות לאחסן מכולות על גבי המקרקעין. על יסוד תשובה זאת פנה המכס אל העותרת וביקש הסבר. העותרת השיבה למכס, ביום 18.11.96, כי היה "סיכום" בינה לבין נציגי הרכבת, לפיו תוכל העותרת לאחסן מטענים על גבי המקרקעין, "וכי הדבר לא סוכם על הכתב בשל מגבלות של רכבת ישראל", והיא צירפה את התשריט השני, בו נרשם שטח המקרקעין בתור "שטח לאחסנה", והוסיפה כי "מסמך זה משמש ראיה ניצחת ומכרעת לכוונת הרשות מעבר לאמור בהסכם". אך המכס לא השתכנע. הוא החליט שלא לחדש לעותרת את הרשיון לגבי המקרקעין. ביום 26.12.96 הודיע המכס לעותרת כי האישור שניתן לעותרת לשימוש במקרקעין כמחסן רשוי מתבטל, וכי רשיון העותרת לשנת 1997 חודש בלי שכלול את שטח המקרקעין. כמו כן דרש המכס מן העותרת, באותה הודעה, שתפנה את המטענים מן המקרקעין אל מחסן רשוי תוך שלושים יום.

12. העותרת טוענת כי המכס לא היה ראשי לבטל את הרשיון שניתן לה לשימוש במקרקעין כמחסן רשוי. לפיכך הגישה העותרת עתירה זאת נגד המכס, ולאחר מכן צירפה גם את רשות הנמלים כמשיבה, בבקשה לקבל צו שיחייב את המכס לכלול ברשיון לשנת 1997 גם את שטח המקרקעין.

בשלב מוקדם של ההתדיינות הוצאנו צו על-תנאי והחלטנו כי הרשיון לשימוש בשטח המקרקעין כמחסן רשוי יעמוד בינתיים בתוקפו.

ביום 10.9.97 החלטנו לדחות את העתירה, באותו שלב ללא נימוקים, ולחייב את העותרת בתשלום הוצאות המשפט בסך 25,000 ש"ח למשיבים 1 ו-2 ובסך 25,000 ש"ח למשיבה 3.

ואלה נימוקי להחלטה זאת.

הטעמים לביטול הרשיון

13. המכס מבסס את סירובו לכלול את שטח המקרקעין ברשיון שניתן לעותרת לשנת 1997 על שני טעמים: הראשון - מהותי; השני - דיוני.

הטעם הראשון הוא, כי העותרת אינה זכאית לרשיון לגבי שטח המקרקעין לפי התקנות. שהרי לפי התקנות, מי שאין לו זכות במקרקעין (בעלות, שכירות או חכירה) אין לו זכות לרשיון. מכאן שאם מתברר כי

רשיון ניתן, אם בשל הטעיה ואם בשל טעות, למי שאין לו זכות במקרקעין, די בכך כדי לשלול ממנו את הרשיון. אשר על כן, כאשר התברר למכס כי אין לעותרת זכות במקרקעין, היה זה טעם טוב שלא לחדש את הרשיון לגבי שטח המקרקעין.

טעם זה גולש אל המשפט הפרטי, כלומר, אל הסכסוך שבין העותרת לבין רשות הנמלים באשר לזכויות במקרקעין.

הטעם השני בפי המכס הוא, שחובה דיונית מוטלת על העותרת כלפי המכס לגלות לו את כל המידע המהותי בנוגע לבקשת הרשיון, לרבות מידע בעניין הזכויות במקרקעין. העותרת, שלא גילתה למכס מידע מהותי בעניין זה, הפרה חובה זאת. הפרת החובה, כשהיא לעצמה, היא טעם טוב שלא לחדש את הרשיון לגבי שטח המקרקעין.

טעם זה נעוץ כולו במשפט הציבורי: לפי הטענה, חובה על אזרח, המבקש רשיון, לגלות לרשות המינהלית את המידע המהותי בנוגע לרשיון.

כנגד המכס, טוענת העותרת כי אין בטעמים אלה, לא בטעם המהותי ואף לא בטעם הדיוני, כדי להצדיק את החלטת המכס. ראשית, לטענת העותרת, הסכסוך שבינה לבין רשות הנמלים לגבי הזכויות במקרקעין אינו עניין למכס, ומכל מקום, לאחר שניתן לה הרשיון, אין בו טעם כדי לשלול את הרשיון. שנית, לדעת העותרת, היא יצאה ידי חובת הגילוי כלפי המכס, אם חובה כזאת קיימת, כאשר הגישה למכס את החוזה שנכרת בינה לבין רשות הנמלים ביום 6.6.94 לגבי הזכויות במקרקעין.

בבחן טעמים אלה, ראשון ראשון ושני שני.

הזכויות במקרקעין

14. העותרת טוענת כי "מסכת היחסים שבין העותרת לרנ"ר [כלומר, רשות הנמלים והרכבות] איננה בכל הכבוד מעניינו של המכס", וכן כי "לא יעלה על הדעת כי בשלב בו הסכסוך טרם הוכרע, ויש בו פנים לכאן ולכאן, ינקוט מנהל המכס עמדה ויעדיף את גרסת רנ"ר".

אכן, הלכה ישנה היא כי הרשות המוסמכת לתת רשיון, צריכה להגביל עצמה לשיקולים מתחום המשפט הציבורי, ולא לגלוש לשיקולים מתחום המשפט הפרטי. בג"ץ 233/53 אלספקטור נ' ראשי עיריית בית שאן, פ"ד ח 659, נפסק כי רשות מקומית אינה רשאית להתנות מתן רשיון לנהל עסק בדירה בהסכמה של בעל הבית. וכך אמר השופט ברנזון (בעמ' 665):

"אמנם יתכן שהמבקש, בפתחו חנות בדירתו בלי הסכמתו של בעל-הבית, מפר את חוזה השכירות שלו. אם כך הוא הדבר, יבוא בעל הבית ויריב את ריבו עם המבקש. אבל כל זה אינו עניינה של העירייה ואינו יכול לשמש לה יסוד לסרב לתת את הרשיון."

ראו גם בג"ץ 9/49 בלאו נ' שר הפנים, פ"ד ב 136; בג"ץ 56/53 קאקנדה נ' עיריית רמלה, פ"ד ז

949.

לכאורה, הלכה זאת מקימה חומה גבוהה, המפרידה בין תחום המשפט הציבורי לבין תחום המשפט הפרטי. ראו ה' קלינגהופר, משפט מינהלי (1957), 128-130. ולא היא. כיום גלוי וידוע שאין הפרדה ברורה ונוקשה בין תחום זה לבין תחום זה. אין ביניהם אלא רשת נמוכה, שאפשר ללא קושי רב להסתגל דרכה או לדלג מעליה. התחומים מתערבבים זה בזה, יותר ויותר, ואין בכך רע. לפיכך אפשר באופן עקרוני כי שיקולים מתחום המשפט הפרטי יוכלו להשפיע על החלטה של רשות מינהלית. הדבר תלוי בכל מקרה בהקשר: במהות הסמכות, במיחות הרשות, בנסיבות המקרה. האם, לדוגמה, יש פסול בכך שעירייה מסרבת לתת רשיון להקמת עסק, או ועדה לתכנון ובניה מסרבת לתת רשיון להקמת בנין, כאשר ברור כי מבקש הרשיון תפס את החזקה במקרקעין ללא כל זכות?

כך עולה גם מפרשת אלספקטור (לעיל). השופט ברנזון סייג את ההלכה לאמור (בעמ' 664):

"אילו היה מדובר ברשיון בניה לביצוע שינויים בבנין, שאין מוציאים אותו אלא על פי בקשתו או הסכמתו של בעל-הבנין, היה הנימוק נימוק."

וכך גם בפרשה שלפנינו. שהרי התקנות דורשות שמבקש הרשיון יצהיר כי יש לו זכות במקרקעין. ראו לעיל פסקה 9. כיוון שכך, ברור כי שאלת הזכות במקרקעין היא שיקול ענייני. המכס ראשי, ואף חייב, להתחשב בשיקול זה. לשם כך הוא ראשי, ואף חייב, לערוך בירור לגבי שיקול זה: בהתאם לתקנות עליו לדרוש ממבקש הרשיון שיצהיר מה זכותו במקרקעין. אם מבקש הרשיון מצהיר כי אין לו זכות במקרקעין, המכס ראשי, ואולי אף

חייב, לדחות את הבקשה לרשיון. וכך גם אם מבקש הרשיון הצהיר כי יש לו זכות במקרקעין, אך המכס בירר ומצא שההצהרה כוזבת או מוטעית. כך או כך, לפי התקנות, המכס אינו חייב, ואולי אף אינו רשאי, לתת רשיון למסיג גבול.

מכאן, שאם אין לעותרת זכות במקרקעין, לא היה המכס חייב לתת לה רשיון. אכן, המכס טוען כי אילו סבר שאין לעותרת זכות כזאת, לא היה נותן לה את הרשיון.

15. אולם, טוענת העותרת, אפילו היה המכס רשאי שלא לתת לה רשיון מלכתחילה, אין הוא רשאי לשלול ממנה את הרשיון בדיעבד. שכן יש הבדל בין מלכתחילה לבין בדיעבד: מי שקיבל רשיון קנה זכות, ושלילת זכות מוקנית שונה, וקשה יותר, מסירוב להעניק זכות. לפיכך, לא כל שיקול שיש בו כדי לבסס סירוב לתת רשיון חדש, די בו גם כדי לבסס סירוב לחדש רשיון קיים.

נכון הדבר כי ההלכה מבחינה בין סירוב לתת רשיון חדש לבין סירוב לחדש רשיון קיים. השיקולים העניינים בחידוש רשיון אינם זהים לשיקולים העניינים במתן רשיון; משקל השיקולים עשוי להיות שונה; ולכן המאזן בחידוש רשיון קיים נוטה לצד האזרח, כדי להגן על הזכות שהרשיון הקנה לו, יותר מאשר במתן רשיון חדש.

עם זאת, הלכה היא, כי טעות מהותית שהביאה את הרשות לתת רשיון, יכולה בדרך כלל להצדיק ביטול הרשיון, או סירוב לחדש את הרשיון, במיוחד אם מבקש הרשיון נושא באחריות לטעות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 56/76 ברמן נ' שר המשטרה, פ"ד לא(2) 687. הנה כך אמר השופט ברק בבג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי היריה, תש"ט 1949-, פ"ד לו(1) 317, 331:

"כידוע, הכלל במשפט המינהלי הוא, שרשות מינהלית רשאית, בדרך כלל, לעיין מחדש בהחלטתה ולתקנה 'מן הטעמים הבאים: תרמית, הונאה, טעות, הפתעה, היסח-הדעת, ראייה חדשה שנתגלתה, תנאים שנשתנו'... דומה שאין כל ספק, כי תרמית של מבקש הרשיון יש בה, בדרך כלל, כשלעצמה כדי להצדיק ביטול הרשיון... אך מה הדין, אם עניין לנו בטעות גרידא, וטעות זו לא הוסבה על ידי בעל-הרשיון, אלא נגרמה באשמת המינהל בלבד? גם במקרה זה ניתן לבטל את הרשיון, אך השימוש בסמכות זו חייב להיעשות רק בניבוי מיוחדות."

והשופט ברק הוסיף ואמר בבג"ץ 475/81 Deak & Co. Inc. נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד לו(1) 803,

"משניתן רישיון, רשאי בעל הרישיון להניח, כי הבדיקות המוקדמות נעשו ביסודיות הדרושה, וכי עתה רשאי הוא להשקיע מכספו וממרצו בניהול העסק האמור, בלא שיהא נתון לסיכון, כי הרשות המינהלית תחזור בה מהחלטתה. יחד עם זאת, מקום שהסמכות הפורמאלית לבטל את הרישיון קיימת, עשויים להתקיים מצבים מיוחדים, שבהם תהא הרשות המינהלית מוצדקת בעשותה שימוש בסמכות זו. יש שמצב דברים זה קשור בעובדות, כפי שהיו בטרם ניתן הרישיון, ואשר נתחוורו לרשות המינהלית רק לאחר שזה ניתן... יש שמצב דברים זה קשור בעובדות חדשות, שהתרחשו לאחר שהרישיון כבר ניתן."

ההחלטה בשאלה אם מצב הדברים מצדיק ביטול רישיון, או סירוב לחדש רישיון, היא פועל יוצא של איזון האינטרסים בנסיבות המקרה, ובעיקר האיזון בין האינטרס של בעל הרישיון לבין האינטרס של הציבור הרחב, שהרשות המינהלית מייצגת אותו.

במסגרת איזון זה נודעת חשיבות רבה לשאלה מה נפקות הטעות שנפלה בהליך המינהלי: האם הטעות הובילה את הרשות המינהלית לקבל החלטה מחוץ לתחום סמכותה או, באופן אחר, בניגוד לדין, או שמא ההחלטה, אף שלדעת הרשות היא בלתי-רצויה, עדיין היא חוקית? בע"א 433/80 נכסי י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד לז(1) 337, 351, סיווג השופט בך את כלל הטעויות המינהליות לשלושה סוגים, כדלקמן:

- א. החלטה הנוגדת את החוק או שבצורה אחרת יש בה בעליל משום חריגה מסמכות;
- ב. החלטה, שמקורה בטעות משרדית טכנית, שנעשתה בהיסח הדעת;
- ג. החלטה, שיש בה משום משגה, במובן זה שהפקיד יישם בצורה בלתי נכונה את המדיניות של משרדו או השתמש בשיקול-דעתו באופן בלתי סביר."

ומה בין סוג לסוג? השיב השופט בך ואמר (בעמ' 351-352):

"לגבי שני סוגי ההחלטות הראשונים, המוזכרים לעיל, תוכלנה רשויות הציבור בדרך כלל לחזור בהן מההחלטה המוטעית או הנוגדת את החוק ולגרום למתן החלטה אחרת תחתיה; ואילו לגבי החלטה מהסוג השלישי, היינו זו שיש בה משום 'משגה' בשיקול הדעת בלבד - שאני. כאן תהיה הרשות בדרך כלל קשורה בהחלטתה, ובמיוחד כאשר האזרח הספיק כבר לפעול על פי החלטה המקורית."

ראו גם ע"א 736/87 יעקובוביץ נ' מנהל מס שבח מקרקעין נצרת, פ"ד מה(3) 365, 372; ע"א 1928/93 רשות ניירות ערך נ' גבור סבריה מפעלי טכסטיל בע"מ, פ"ד מט(3) 177, 191-192.

16. לפי ההלכה יוצא, אם כן, כי התשובה לשאלה, אם סירוב המכס לחדש את רשיון העותרת היה מוצדק, תלויה בנסיבות. אם המכס סבר בטעות כי לעותרת יש זכויות במקרקעין, כנדרש בתקנות, ורק לאחר מתן הרשיון התגלתה לו הטעות, ובמיוחד אם הטעות נגרמה באשמת העותרת, והתוצאה היא שהעותרת מחזיקה ברשיון אף שלפי התקנות אינה זכאית לרשיון, יהיה המאזן נוטה לצד הסירוב לחדש את הרשיון. אולם האם, אכן, אלה הן הנסיבות?

עד שאברר את הנסיבות, אם הן מצדיקות את סירוב המכס לחדש את רשיון העותרת, אבדוק את הטעם השני עליו ביסס המכס את הסירוב. הטעם הוא, כאמור, שהעותרת הפרה את חובתה לגלות למכס מידע מהותי בנוגע לרשיון, כלומר, מידע מהותי בנוגע לזכויותיה במקרקעין. אך האם מוטלת על העותרת חובה כזאת כלפי המכס?

חובת האזרח כלפי הרשות

17. בדיני החוזים מוטלת חובה על שני הצדדים, יהיו אשר יהיו, לגלות זה לזה מידע מהותי לפי נסיבות העניין. חובה זאת נגזרת מן החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג 1973-, ומן החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב בקיום חיוב ובשימוש בזכות הנובעים מחוזה, לפי סעיף 39 לחוק זה. התוצאה של אי-גילוי מידע, מקום שהוא נדרש לפי הנסיבות, נקבעה בסעיף 15 לאותו חוק. לפי סעיף זה, מי שהתקשר בחוזה עקב הטעיה שהטעהו הצד השני, רשאי לבטל את החוזה. ומהי הטעיה? הסעיף משיב כי היא כוללת "אי-גילוי של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". לעניין זה, הדין כולל גם את חובת תום הלב, לפי סעיפים 12 ו-39 לחוק זה, ובכלל זה החובה של גילוי עובדות. ראו, לדוגמה, ע"א 338/85 שפיגלמן נ' צ'פניק, מא(4) 421, 426. ראו גם ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה 2, תשנ"ה), 55, 223. הווי אומר, חובה היא בדיני החוזים לגלות עובדות מהותיות, ואי-גילוי עובדות, שחובה היתה לגלותן, הוא עילה לביטול חוזה.

חובה זאת חלה גם על חוזה בין אזרח לבין רשות מינהלית, והיא מחייבת את האזרח כשם שהיא מחייבת את הרשות המינהלית. ראו, לדוגמה, בג"ץ 707/80 בתי אילנות חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' המועצה המקומית ערד, פ"ד לה(2) 309, 312. ראו גם ג' שלו, שם, 652.

אולם במשפט הציבורי אין חוק דומה, המטיל חובה לגלות עובדות מהותיות בין הצדדים ליחסי מרות, כלומר, בקשר להפעלת סמכות על פי דין, כגון, בבקשת אזרח לקבלת רשיון. האם המסקנה היא שהרשות המינהלית מזה והאזרח מזה רשאים להעלים זה מזה עובדות מהותיות במסגרת יחסים כאלה?

אפשרות כזאת אינה מתקבלת על הדעת בחברה מתוקנת. אם אדם אינו רשאי להטעות אדם אחר, ובכלל זה אינו רשאי להעלים עובדות מהותיות, קל וחומר שאינו רשאי להטעות רשות מינהלית, שכן הרשות היא התגלמות של הציבור. מי שמטעה רשות מינהלית מטעה, ולו רק בעקיפין, את הציבור. התוצאה האפשרית היא, שהרשות המינהלית תיתן בשם הציבור, ולעתים על חשבון הציבור, לאדם שהטעה אותה, טובת הנאה שאין הוא זכאי לה. הטעיית הרשות המינהלית היא, אם כן, פגיעה בציבור הרחב. ואם דיני החוזים אוסרים על אדם להטעות אדם אחר, לרבות בדרך של העלמת עובדות מהותיות, האם המשפט הציבורי ירשה לאדם להטעות את הציבור? לעניין זה יפים דברים שהשופט אלון אמר על חובת תום הלב, וכך אמר:

"כשם שהמערכת המשפטית דורשת מצד לחוזה שלא יהא 'נבל ברשות החוזה', כך דורשת ומחייבת היא שלא יהא 'נבל' ברשות החוק, ברשות העשייה הציבורית ובכל תחום משפטי שהוא". (ע"א 391/80 לסרטון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 262).

המערכת המשפטית צריכה למנוע אפשרות כזאת. ו אכן, המערכת המשפטית מתווה שתי דרכים אשר, לכאורה, אפשר ללכת בהן כדי למנוע הטעיה, לרבות הטעיה באמצעות העלמת עובדות, גם בתחום המשפט הציבורי. בדרך הראשונה אפשר להעתיק את חובת תום הלב, שנקבעה בחוק החוזים (חלק כללי), מתחום המשפט הפרטי אל תחום המשפט הציבורי. בדרך השנייה אפשר לקבוע הלכה מיוחדת לעניין זה בתחום המשפט הציבורי.

נבחן, ראשית, אם חובת תום הלב חלה גם בתחום המשפט הציבורי, ובכלל זה על האזרח כלפי הרשות המינהלית.

חובת תום לב

18. ההוראות שנקבעו בחוק החוזים (חלק כללי), אף שהן נועדו לחול בעיקר על חוזים, אינן מוגבלות לחוזים בלבד. וכך קובע סעיף 61(ב) לחוק זה:

"הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מהחוזה".

לפי פשוטו של מקרא, ההוראות שבסעיפים 12 ו-39 לחוק זה, המטילות חובה של תום לב, יכולות לחול גם על פעולות של רשויות מינהליות ככל שהן "פעולות משפטיות". והנה, אין ספק כי רשויות מינהליות הפועלות מכוח דין כדי להעניק זכויות לאזרח, או כדי להטיל עליו חובות, עושות פעולות משפטיות. כאלה הן, לדוגמה, פעולות של מתן רשיון, הענקת גימלה, הפקעת מקרקעין ושומת מס. אם כך, לכאורה יש מקום לומר כי פעולות אלה מחייבות, מכוח חוק החוזים (חלק כללי), תום לב: מצד הרשות כלפי האזרח ומצד האזרח כלפי הרשות.

אכן, יש לכך תימוכין בפסיקה. בע"א 402/76 אזרניקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 270, 274, התייחס הנשיא זוסמן לעקרון שנקבע בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), המטיל חובה של תום לב, וכך אמר:

"עקרון זה מחייב מעבר לזה, בהיותו ביטוי של כלל ההתנהגות האוניברסלי, הנדרש בין אדם לחברו, וכן בין אדם לרשות, אשר-על-כן הוא חל גם במשפט הציבורי".

ראו גם בג"ץ 640/77 ברנובסקי נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד לב(2) 75, 78; בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1, 10; בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469, 476-477.

אמנם, עד כה לא הסתמך בית המשפט על עקרון זה בתחום המשפט הציבורי, אלא כדי להטיל את חובת תום הלב על הרשות המינהלית כלפי האזרח. אך עקרון זה, כפי שנקבע בחוק החוזים (חלק כללי), חל על שני הצדדים. אם כך, לכאורה ניתן להסתמך על עקרון זה גם כדי להטיל את חובת תום הלב על האזרח כלפי הרשות המינהלית.

חובת תום הלב מחייבת צד אחד לגלות מידע מהותי לצד השני. ראו לעיל פסקה 17. אם כך, לכאורה חייב אזרח, הפונה לרשות מינהלית בבקשה לקבל רשיון או טובת הנאה אחרת, לגלות לרשות מידע מהותי בנוגע לבקשה; ואם הפר האזרח חובה זאת, ועקב כך החליטה הרשות לתת לו רשיון או טובת הנאה אחרת, רשאית הרשות לבטל את החלטתה.

19. אם מחילים את חובת תום הלב בתחום המשפט הציבורי, על שני הצדדים לפעולות משפטיות של רשויות מינהליות, אין זו בהכרח אותה חובה שחלה על הצדדים לחוזה. חובת תום הלב משתנה לפי הנסיבות. תום לב ביחסים שבין צדדים לחוזה מכר אינו בהכרח תום הלב שביחסים בין נאמן לבין נהנה או ביחסים שבין שולח לבין שלוח. ראו ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביבי משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 484. אם כך הוא בתוך תחום החוזים, ודאי שכך הוא מחוץ לתחום החוזים. סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) מחיל את הוראות החוק, לרבות ההוראות בדבר תום הלב, על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה, רק "ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים". מכאן שאפשר להתאים את חובת תום הלב, כשמעתיקים אותה לתחום המשפט הציבורי, למהות המיוחדת של תחום זה. ראו בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 465.

ניתן, אם כך, להחיל את חובת תום הלב גם בתחום המשפט הציבורי, בהתאמה לתחום זה, ובמסגרת חובה זאת לחייב את האזרח לגלות מידע מהותי לרשות. אולם האם כך הוא הדין?

20. השאלה החשובה היא, לא אם ניתן, אלא אם רצוי להעתיק את חובת תום הלב, בשינויים המחוייבים, מתחום המשפט הפרטי לתחום המשפט הציבורי. שהרי גם סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) אומר כי הוראות החוק יחולו על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה רק "ככל שהדבר מתאים לעניין". האם מתאים הדבר שחובת תום הלב תחול גם בתחום המשפט הציבורי? כאמור, יש שופטים המשיבים בחיוב. ראו לעיל פסקה 18. אולם יש גם שופטים הסבורים כי חובת תום הלב, כפי שנקבעה בתחום המשפט הפרטי, אינה מתאימה לתחום המשפט הציבורי.

השופט שמגר דן בכך בבג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449. לדעתו, רשות מינהלית חייבת לנהוג בתום לב, אך חובה זאת אינה נובעת מחוק החוזים (חלק כללי). וכך אמר (בעמ' 456-455):

"הכוונה [של סעיף 61(ב) לחוק זה] לא היתה לכך, שנורמה של דיני החוזים תאומץ בתור שכזו במשפט המינהלי, בו שרירה וקיימת כבר

ממילא, עת רבה, הלכה בעניין תום הלב, שנשאבה ממקור אחר. יישומו של התנאי לפיו יש להחיל את ההוראות של החוק 'ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים', ממילא אינו מאפשר האחדה כפשוטה של כללי המשפט הפרטי וכללי המשפט הציבורי, ומוטב על-כן שלא להוציא דברים מהקשרם הענייני וממקורם המשפטי העיקרי. לצורך בחינת תום הלב של רשות ציבורית, דרכי פעולותיה וקיום חובותיה איננו זקוקים ממילא לאמור בסעיף 61(ב) דווקא".

והשופטת בן-פורת הצטרפה לדעה זאת (שם, בעמ' 465).

זו גם דעתי. ברור שחובת ההתנהגות הראויה מוטלת על הרשות המינהלית כלפי האזרח מימים ראשונים, ללא קשר לחובת תום הלב שנקבעה בחוק החוזים (חלק כללי). אין צורך, ואף אין טעם טוב, לעקור את חובת ההתנהגות הראויה של הרשות, שצמחה לפני זמן רב על הקרקע של המשפט הציבורי, ולטעת במקומה את חובת תום הלב שצמחה מאוחר יותר על קרקע אחרת, היא הקרקע של המשפט הפרטי. במיוחד כך משום שיש שוני בין זו לבין זו. הקרקע של המשפט הפרטי הצמיחה תום לב מזן אחד, ואילו הקרקע של המשפט הציבורי הצמיחה חובת התנהגות מזן שני. הזהות בשם עלולה לטשטש את השוני. לכן, כדי להבליט את השוני, ולשמור על המהות הנפרדת, ראוי להשתמש גם בשמות שונים. כיום מקובל להבחין ביניהן גם בשם: כנגד חובת תום הלב של המשפט הפרטי מקובל לדבר על חובת ההגינות של המשפט הציבורי.

אכן, גם במשפט הציבורי קיימת חובה של תום לב. אך תום הלב במשפט הציבורי, נודעת לו, בדרך כלל, משמעות שונה: מקובל לומר שרשות מינהלית אינה פועלת בתום לב כאשר היא יודעת כי היא פועלת שלא כדון, כגון, כאשר היא מבססת החלטה על שיקול זר בידיעה שהשיקול פסול. ראו, לדוגמה, בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 459-460. ראוי לשמור על ההבחנה במשמעות הנלווית למושגים: במשפט הציבורי, תום לב מתייחס למצב נפשי של הרשות המינהלית (שאפשר לקרוא לו גם בשם שרירות או זדון), ואילו ההגינות מתייחסת להתנהגות (לרבות מחדל) של הרשות המינהלית.

21. מהו, אם כן, השוני בין חובת תום הלב במשפט הפרטי לבין חובת ההגינות במשפט הציבורי? ההבדל במהות החובות משקף הבדל במהות היחסים. קודם כל, היחסים שבין הרשות המינהלית לבין האזרח הם בדרך כלל יחסים של מרות, מכוח החוק, ואילו היחסים שבין אזרח לאזרח הם באופן עקרוני יחסים של שוויון, מכוח הסכם. זאת ועוד. היחסים שבין הרשות לבין האזרח הם, כפי שמתחייב לעתים ביחסי מרות, גם יחסים של נאמנות. היטיב להסביר זאת פרופ' א' ברק בספרו שיקול דעת שיפוט (1987), בעמ' 487, ואלה דבריו:

"בקביעת תכנה של חובת ההגינות המינהלית, על השופט להשוות בינה לבין חובת תום הלב החוזית. שתי אלה אינן היינו הך. חובת תום הלב החוזית קובעת רמת הגינות מינימלית, המבוססת על 'יריבות' חוזית. כל אחד מבעלי החוזה מבקש להגשים את האינטרס העצמי שלו, ודיני תום הלב באים להבטיח 'משחק הוגן', על פי תפיסתה האתית של החברה הישראלית הנאורה. לא כן חובת ההגינות המינהלית. חובה זו אינה מבוססת על 'יריבות' בין אינטרס עצמי של הרשות הציבורית לבין האינטרס של האזרח. הרשות הציבורית דואגת לאינטרס הכללי, לרבות האינטרס של האזרח. אין לה לרשות הציבורית אינטרס 'עצמי' משלה. מכאן, שחובת ההגינות במשפט המינהלי מטילה חובה ברמה גבוהה יותר מחובת תום הלב 'החוזית'. אין זו הגינות מינימלית אלא הגינות המוטלת על מי שמופקד להגשים אינטרס של הכלל".

ראו גם שם, בעמ' 473-475. והוא שאמרה השופטת דורנר בבג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי

ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860:

"חובת ההגינות המינהלית - שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור - מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט".

מכך מתבקשת, לדעתי, מסקנה נוספת. לגבי הרשות המינהלית יש להבחין בין שני תחומים: בין פעולות בתחום המשפט הפרטי לבין פעולות בתחום המשפט הציבורי. כאשר הרשות פועלת בתחום המשפט הפרטי, כגון, שהיא מתקשרת בחוזה, חלה עליה חובה כפולה, כלומר, הן חובת תום הלב מן המשפט הפרטי והן חובת ההגינות מן המשפט הציבורי. עם זאת, נראה כי בפועל חובת ההגינות, כיוון שהיא מחמירה יותר, תבלע בדרך כלל את חובת תום הלב. אם כך, מבחינה מעשית אפשר להסתפק, גם בתחום המשפט הפרטי, בחובת ההגינות. לעומת זאת, כאשר הרשות פועלת בתחום המשפט הציבורי, כגון שהיא מתבקשת לתת רשיון, אין כלל תחולה לחובת תום הלב: כיוון שחלה על הרשות חובה דומה, היא חובת ההגינות, יש מקום לומר, בלשונו של סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), כי חובת תום הלב אינה מתאימה לעניין. ראו גם ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה 2, תשנ"ה), 45. מבחינה מעשית, אם כן, אפשר לומר כי הרשות המינהלית כפופה לחובת ההגינות בכל אשר תעשה, הן בתחום המשפט הציבורי והן בתחום המשפט הפרטי, ואין צורך להכפיף אותה לחובת תום הלב.

אך מהי חובת ההגינות?

חובת ההגינות

22. אבן פינה היא בדיני המינהל הציבורי שהרשות המינהלית, בהיותה נאמן של הציבור, חייבת לנהוג בהגינות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 746-745. חובת ההגינות חלה על הרשות, בראש ובראשונה, כלפי הציבור. זוהי חובה של נאמן כלפי הנהנה. אך בפועל, כיוון שהציבור מורכב מבני אדם, החובה אינה חלה רק כלפי הציבור, כגוף ערטילאי, אלא היא חלה גם כלפי כל אדם.

אומרים לא פעם כי חובת ההגינות מוטלת על הרשות המינהלית כלפי האזרח. אפשר לומר כך. אך זאת לדעת כי האזרח, בהקשר זה, פירושו אדם, לרבות תושב שאינו אזרח, וגם חבר בני אדם, לרבות תאגיד.

חובת ההגינות החלה על הרשות כלפי האזרח היא המקור הרעיוני של כללים שונים המסדירים את היחסים שבין הרשות לבין האזרח. כך, לדוגמה, הכלל בדבר חובת השימוע. בבג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757, 767, אמר הנשיא אגרנט:

"טעמו של הכלל האמור [בדבר זכות הטעון של האזרח כלפי הרשות המינהלית] הינו להבטיח שהרשות המינהלית תתייחס בהגינות (with fairness) כלפי עניינו של האזרח..."

כך גם הכלל בדבר החובה לקיים הבטחה מינהלית. בבג"ץ 135/75, 321/75 סאי-טקס קורפוריישן

בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, 676, אמר השופט ברנזון:

"הבטחה שניתנה על-ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקויים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה".

23. כזאת היא חובת ההגינות המוטלת על הרשות המינהלית כלפי האזרח. אולם האם חובת ההגינות

מוטלת רק על הרשות המינהלית, ואילו האזרח פטור מחובה לנהוג בהגינות כלפי הרשות?

התשובה היא, שהיחסים בין הרשות לבין האזרח הם, הלכה למעשה, יחסים דו-סיטריים. לכן, לדעתי, כנגד חובת ההגינות של הרשות, נדרשת חובת הגינות של האזרח. לדרישה זאת יש שורשים עמוקים: היא צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה. לפי אמנה זאת, כמשמעותה במדינה דמוקרטית, הרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה. בדמוקרטיה, אמר השופט זילברג, "השלטון גופו עצמו ובשרו של האזרח הוא". (בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1511). השלטון (לטעמי ראוי לומר: המינהל הציבורי) מחוייב לשרת את הציבור: להבטיח שלום וסדר, לספק שירותים חיוניים, להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח, לעשות צדק חברתי. אך המינהל הציבורי, שאין לו משל עצמו ולא כלום, אינו יכול לתת דבר לציבור אלא במידה שהוא מקבל מן הציבור. היחסים הראויים שבין המינהל לבין הציבור, ובעצם היחסים ההכרחיים, הם יחסים הדדיים של תן וקח. כך הם, כפועל יוצא, גם היחסים שבין הרשות המינהלית לבין האזרח. האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום. כנגד זכותו כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות. זוהי תמצית האמנה החברתית שבין האזרחים לבין עצמם ובין האזרחים לבין המינהל הציבורי. זהו גם שורש הקיום של המדינה.

24. חובת האזרח כלפי הרשות, בעצם כלפי הציבור, כתובות בדרך כלל על ספר החוקים: החובה לשלם מסים, ללמוד במוסד חינוך בגיל לימוד חובה, לשרת בצבא, ועוד. אך אפשר שחובה תצמח מן הפסיקה. כך צמחה חובת ההגינות של הרשות המינהלית כלפי האזרח. כך צומחת גם חובת ההגינות של האזרח כלפי הרשות המינהלית.

אילולא חלה חובת ההגינות על האזרח כלפי הרשות המינהלית, היה מקום לומר כי חלה עליו, ביחסים עם הרשות, חובת תום הלב, כפי שנקבעה בחוק החוזים (חלק כללי), מכוח סעיף 61(ב) לחוק זה. ראו לעיל פסקה 18. אך חובת ההגינות עדיפה, בהקשר זה, על חובת תום הלב. ראשית, אין זה רצוי שהחובות המוטלות במסגרת היחסים שבין הרשות המינהלית לבין האזרח תהיינה נובעות ממקורות שונים: על הרשות תהיה מוטלת חובת הגינות, שמקורה במשפט הציבורי, ואילו על האזרח תהיה מוטלת חובת תום הלב, שמקורה במשפט הפרטי. ההרמוניה הראויה ביחסים שבין הרשות לבין האזרח תצא נשכרת אם החובות ההדדיות תהיינה נובעות ממקור אחד, הוא המשפט הציבורי.

שנית, היחס של האזרח כלפי הרשות המינהלית, המייצגת את הציבור, שונה במהותו מן היחס של אזרח כלפי אזרח. לפיכך, כאשר הרשות פועלת בתחום המשפט הציבורי, אין זה רצוי להעתיק את חובת תום הלב מן המשפט הפרטי ולהחיל אותה, ולו גם בשינויים, על היחס שבין האזרח לבין הרשות. מוטב לתת

לפסיקה לפתח את החובה הנובעת מיחס זה בדרך משלה, שתהיה הולמת את הסביבה בה היא חיה, היא הסביבה של המשפט הציבורי. לחובה זאת, הצומחת מן המשפט הציבורי, אני קורא בשם חובת ההגינות.

25. מה כוללת חובת ההגינות? אין לכך תשובה ממצה אפילו לגבי חובת הרשות כלפי האזרח, אף שחובה זאת הוכרה על ידי בית המשפט זה מזמן. גם אין זה רצוי שתינתן תשובה ממצה. חובת ההגינות היא, על פי טיבה, מושג עמום שניתן וראוי למלא אותו תוכן מעת לעת לפי הצרכים המשתנים. אין זה רצוי לתחום אותה בהגדרה נוקשה. צריך להשאיר בה קצוות פתוחים כדי שניתן יהיה להוסיף ולגזור ממנה כללים חדשים ככל שיידרש.

ודאי שכך גם לגבי חובת ההגינות של האזרח כלפי הרשות. חובה זאת היא מושג חדש. היא צריכה להתפתח בהדרגה, כדרכו של המשפט המקובל, ממקרה למקרה, עד שתהיה בשלה להתגבש בכללים.

עם זאת, וללא יומרה לקבוע מסמרות, אני מבקש להציע קווים לדמותה של חובת ההגינות המוטלת על האזרח כלפי הרשות:

(א) חובת ההגינות צריכה לבטא את היחסים הראויים בחברה מתוקנת בין המינהל הציבורי, הפועל כנאמן של הציבור, לבין האזרחים, שהם הציבור. אלה הם יחסים הדדיים, בין שותפים לעשייה ולמטרה, שביסודם כבוד, אמון ואמינות. על היסוד הזה אמורה חובת ההגינות להתפתח ולהתגבש בהדרגה למערכת של כללים גמישים, שגם הרשות וגם האזרח צריכים ויכולים לעמוד בהם. השוו, לענין המהות של חובת תום הלב, ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 484-485.

(ב) כאמור, חובת ההגינות של הרשות כלפי האזרח שונה מחובת תום הלב של אזרח כלפי אזרח, משום שהיחסים שונים אלה מאלה על פי מהותם. ראו לעיל פסקה 21. בדומה לכך אפשר שגם חובת ההגינות של האזרח כלפי הרשות תהיה שונה מחובת תום הלב של אזרח כלפי אזרח.

(ג) הדעת נותנת כי חובת ההגינות של האזרח כלפי הרשות שונה מחובת ההגינות של הרשות כלפי האזרח, משום שהמעמד של האזרח שונה מן המעמד של הרשות. הרשות נמצאת במעמד של נאמן כלפי הציבור, לרבות האזרח, ולפיכך החובות הנגזרות ממעמד זה שונות מן החובות של האזרח.

(ד) חובת ההגינות של האזרח כלפי הרשות, כמו חובת ההגינות של הרשות כלפי האזרח, עשויה להשתנות ממקרה למקרה, לפי הנסיבות. כך, לדוגמה, חובת השימוע המוטלת על הרשות כלפי האזרח, שאף היא נגזרת מחובת ההגינות: בנסיבות רגילות, הרשות תצא ידי חובה בדרך של שימוע בכתב; בנסיבות מסויימות, חובת ההגינות עשויה לחייב את הרשות לקיים שימוע בעל-פה; ויש גם נסיבות בהן הרשות תידרש אפילו לאפשר לאזרח לחקור בפניה עדים. כפי שאמר השופט זוסמן בבג"ץ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר ועדת החקירה לעניין מתן שירות גז, פ"ד כג(1) 324, 334:

"לא ניתן לקבוע כלל אחיד על-פיו חייבת הרשות לכלכל צעדיה בכל ענין וענין, זולת זה שעליה להתייחס לאזרח יחס הוגן (fairness). מהי מידת ההגינות הראויה, תלוי בנסיבות הענין".

ובדומה לכך גם לגבי חובת ההגינות המוטלת על האזרח כלפי הרשות: ההחלטה בשאלה אם האזרח חייב, בעניין מסויים, לנהוג בדרך זאת או אחרת כלפי הרשות, תהיה מושפעת מנסיבות העניין.

26. אף כי לא אנסה להגדיר את חובת ההגינות של האזרח כלפי הרשות, אוכל להציע, ושוב בלי לקבוע מסמרות, דוגמאות לחובות הנגזרות מחובת ההגינות.

לדעתי, מחובת ההגינות נגזרת חובה לנהוג במהירות הראויה לפי הנסיבות. חובה כזאת מוטלת על הרשות המינהלית כלפי האזרח. ראו סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א 1981-. ראו גם בג"ץ 135/71 פרסמן נ' המפקח על התעבורה, פ"ד כה(2) 533, 540. לדעתי, חובה דומה מוטלת על האזרח כלפי הרשות המינהלית.

כמו כן, מחובת ההגינות נובעת דרישה שאזרח לא יתכחש להתחייבות שקיבל על עצמו כלפי רשות מינהלית. ראו, לדוגמה, בג"ץ 1930/94 נתן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(4) 643, 655 ואילך.

והנה דוגמה נוספת אותה הבאתי במקום אחר:

"שאלה היא, אם אדם שיש לו טענה של חוסר סמכות כלפי הרשות רשאי לכבש את הטענה בליבו ולהעלות אותה בפניה רק בשלב מאוחר, אם וכאשר יהיה לו נוח בכך. למשל, האם רשאי אדם לומר לעצמו שימתין ויראה, שאם הרשות תחליט לטובתו ישתוק, ולא יעלה כלל את טענת הסמכות, ואם תחליט לרעתו, או אז יטען בפני הרשות שמלכתחילה לא היתה לה סמכות? עדיין אין תשובה מוסמכת לשאלה זאת. לדעתי, ראוי לקבוע כלל, כי אדם שיש לו עניין עם רשות מינהלית

חייב לערוך ולהציג בפניה את כל הטענות שיש לו, בהזדמנות הראשונה שניתנה לו לצורך זה, ולא לכבוש חלק מן הטענות עד שיחפוץ. כך גם לגבי טענה של חוסר סמכות. טענה כזאת אומרת שהרשות צריכה למשוך ידיה מן המקרה, ואולי רשות אחרת יכולה וצריכה לעסוק באותו מקרה. כיוון שכך, אין זה ראוי להניח לרשות המינהלית להמשיך ולטרוח טירחת-חינם, ואולי אף להטריח אחרים, בדיון עקר. אפשר לומר שכנגד החובה המוטלת על הרשות לנהוג בהגינות עם האזרח, מוטלת חובה מקבילה על האזרח לנהוג בהגינות עם הרשות. חובת ההגינות דורשת מן האזרח, אם יש לו טענה של חוסר סמכות, שיעלה אותה בהזדמנות הראשונה". (י' זמיר, הסמכות המינהלית (1996), 696).

החובה לגלות מידע

27. חובת ההגינות היא גם מקור החובה לגלות מידע מהותי לפי העניין הנדון. חובה זאת מוטלת, בראש ובראשונה, על הרשות המינהלית כלפי האזרח. היא באה לידי ביטוי בחובת השימוע המוטלת על הרשות לפני שהיא מקבלת החלטה שיש בה כדי לפגוע באזרח. כדברי השופט ברק בבג"ץ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה(3) 185, 189:

"אין מקיימים כהלכתה את זכות השמיעה, אם אין מפנים את תשומת לבו של הפונה למידע שנתקבל בעניינו, ומאפשרים לו להגיב עליו כראוי".

היא באה לידי ביטוי גם בחובת הרשות לאפשר לאזרח לעיין, בנסיבות מסויימות, בתיק הרשות הנוגע לעניינו. וכך אמר השופט ויתקון בבג"ץ 337/66 פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון, פ"ד כא(1) 69, 71, 72:

"כל הסודיות הזו, המקימה מחיצה ופורשת מסך בין השלטון והאזרח, לא יכירנה מקומה במינהל תקין במשטר חופשי..."

העותר צודק בדרישתו [לעיין בתיק הרשות] לא רק מכיוון שזכותו לעיין במסמכים נובעת מהוראות החוק, אלא - ובעיקר - מכיוון שהשכל הישר וההגינות האלמנטרית ביחסי ציבור שבין שלטון ואזרח מחייבים מסקנה זו".

חובת הרשות לגלות מידע לאזרח באה לידי ביטוי בהקשרים נוספים, בתחיקה ובפסיקה, ועדיין היא

הולכת ומתפתחת.

28. חובה לגלות מידע מהותי מוטלת גם על האזרח. כאמור, חובת הגילוי מוטלת על אזרח כלפי אזרח, בתחום המשפט הפרטי, כחלק מן החובה לנהוג בתום לב. ראו לעיל פסקה 17. היא מוטלת גם על אזרח כלפי בית המשפט בעתירה לסעד נגד רשות מינהלית. חובה זאת (שהיא חלק מן החובה לנהוג בנקיון כפיים) באה לידי ביטוי, לדוגמה, בבג"ץ 421/86 אשכנזי נ' שר התחבורה, פ"ד מא(1) 409, 410, מפי הנשיא שמגר:

"כלל גדול מנחה בית-משפט זה מאז ומתמיד, והוא, כי מחובתו של הפונה אל בית המשפט הגבוה לצדק לגלות לבית המשפט את כל העובדות הרלוואנטיות, ומי שמסתיר עובדות, אשר להן משמעות לגבי העתירה, אינו ראוי לכך שבית המשפט יושיט לו סעד".

חובה דומה מוטלת על האזרח גם כלפי הרשות המינהלית, לא רק בתחום המשפט הפרטי אלא גם בתחום המשפט הציבורי. החובה עשויה להיות מוטלת על ידי חיקוק, כתנאי לקבלת רשיון מסויים או טובת הנאה מסויימת. אולם, נוסף לכך, גם מקום שאין היא מוטלת על ידי חיקוק, היא קיימת, לפי ההלכה, כביטוי של חובת ההגינות. ההגינות אינה סובלת מצב בו אזרח ינסה להשיג מרשות מינהלית רשיון או טובת הנאה, שאולי אין הוא ראוי להם, או ינסה להשפיע באופן אחר על החלטת הרשות, באמצעות מידע מטעה, לרבות על ידי העלמת מידע. גילוי מידע מהותי ואמין על ידי אזרח הפונה בבקשה אל הרשות הינו, לא רק ציווי מוסרי, אלא גם צורך מעשי. שהרי הרשות חייבת לקבל כל החלטה על יסוד כל השיקולים הענייניים. העלמת מידע מהותי על ידי האזרח עשויה להשמיט שיקולים ענייניים מעיני הרשות, לשבש את מלאכת האיזון של השיקולים ולעוות את החלטת הרשות. כתוצאה מכך, הרשות עלולה לקבל החלטה מוטעית, אולי גם בלתי-חוקית, הפוגעת בציבור, כגון, על ידי מתן רשיון למי שאינו כשיר לכך או מתן מענק כספי מתוך אוצר המדינה למי שאינו זכאי לכך. זה הטעם לכלל, הנגזר מחובת ההגינות, לפיו אזרח חייב לגלות בפני הרשות מידע מהותי ואמין הנוגע לעניין הנדון.

29. כלל זה עמד ביסוד פסק הדין בבג"ץ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 487. כאן נתן השר לענייני דתות הסכמה למינוי העותר לכהונה של יושב ראש המועצה הדתית בראש העין. לאחר מכן התברר לשר כי העותר הורשע בעבר בגין מעשי גניבה במסגרת כהונתו כגזבר המועצה הדתית. כשהתברר הדבר החליט השר לבטל את ההסכמה למינוי. העותר תקף החלטה זאת בפני בית המשפט. בית המשפט קבע כי מידת ההתאמה של המועמד לכהונה, לרבות השאלה אם הוא בעל עבר פלילי, היא בגדר שיקול ענייני שעל השר לקחת בחשבון לצורך המינוי, ואז הוסיף השופט ברק (בעמ' 492) לאמור:

"לעניין גיבוש עמדתו של השר לעניין שיקולים אלה, עמדה לפני השר תשתית עובדתית, שאינה תואמת את המציאות. השר לא ידע על דבר הרשעתו של העותר בעבר. זאת ועוד: בנסיבות העניין, היה זה מחובתו של העותר להעמיד את המועצה המקומית על דבר הרשעתו בדין, והיה

גם מחובתם של המועצה המקומית ושל העותר להעמיד את השר על דבר ההרשעה בדיון. חובת תום הלב וההגינות מחייבות צעד זה."

30. מה דורשת החובה המוטלת על האזרח לגלות מידע מהותי לרשות המינהלית? התשובה, בשלב זה, אינה ברורה. בשלב זה, הנסיבות יקבעו בכל מקרה מה דורשת חובת הגילוי בנסיבות המקרה. במשך הזמן ודאי תצמח מן המקרים תשובה ברורה יותר. עם זאת, ניתן כבר בשלב זה להעלות מחשבות אלה:

(א) לגבי ההיקף: החובה אינה חלה בהכרח על כל היחסים שבין האזרח לבין הרשות המינהלית. היא חלה בעיקר על מקרים בהם אזרח מבקש לקבל מן הרשות המינהלית רשיון, מינוי או טובת הנאה אחרת, להבדיל ממקרים בהם הרשות מפעילה סמכות שלא לבקשת האזרח, במיוחד אם זו סמכות פוגעת. אולם ייתכנו בוודאי גם מקרים חריגים, בהם היקף החובה יצטמצם או יתרחב, לפי הנסיבות המיוחדות של המקרה.

(ב) לגבי המהות: האזרח אינו חייב להציג בפני הרשות אלא מידע המצוי בידו, או בהישג ידו, והוא בגדר שיקול ענייני בעניין הנדון. שיקול כזה חייב לבוא בחשבון השיקולים של הרשות, והוא עשוי להשפיע על תוכן החלטה. פשיטא שאין האזרח חייב להציג בפני הרשות מידע שהוא בגדר שיקול זר, שממילא אסור לרשות להתחשב בו.

(ג) מערכת של שיקולים ענייניים מורכבת לעתים קרובות משיקולים רבים ומגוונים עד מאד, מהם עיקריים ומהם משניים. על פי רוב, מבחינה מעשית, הרשות אינה מסוגלת, ולכן אף אין היא חייבת, לקחת בחשבון את כל השיקולים הענייניים, אלא את השיקולים העיקריים בלבד. לכן אין טעם, אף אין זה מעשי, לדרוש מן האזרח שיגלה לרשות את כל השיקולים הענייניים, ללא יוצא מן הכלל. די בכך שהוא יגלה לרשות את השיקולים העיקריים, שיש בהם כדי להשפיע באופן מהותי על החלטת הרשות. האזרח, כמו הרשות, נדרש לפעול באופן סביר. לשון אחרת, המבחן הראוי לגבי מידת הגילוי הוא מבחן האזרח הסביר, ואולי ראוי לדייק ולומר, מבחן האזרח הסביר וההגון.

(ד) חובת הגילוי המוטלת על האזרח אינה פוטרת את הרשות המינהלית מן החובה המוטלת עליה לברר, היא בעצמה, את העובדות המשמשות תשתית להפעלת סמכותה.

31. שאלה נוספת, בעלת חשיבות מעשית רבה, היא שאלת הנפקות של הפרת החובה על ידי האזרח: האם הפרה של חובת הגילוי על ידי האזרח מובילה בהכרח לביטול החלטה שהתקבלה על ידי הרשות?

התשובה שלילית. הנפקות של הפרת החובה תלויה בכל מקרה בנסיבות המקרה: בנסיבות מסויימות ההפרה עשויה להצדיק ביטול ההחלטה, תהא זו החלטה לתת רשיון, להעניק גימלה, לעשות מינוי או החלטה אחרת; בנסיבות אחרות אפשר שההפרה תצדיק שינוי תנאי בהחלטה, אי-חידוש רשיון או החלטה אחרת שאינה מגיעה כדי ביטול ההחלטה המקורית; ואפשר גם שהנסיבות לא יצדיקו כלל החלטה חדשה שיש בה פגיעה באזרח.

באופן עקרוני יש להפריד, בהקשר זה כמו בהקשרים אחרים, בין הפרת חובה לבין נפקות ההפרה.

כך הוא הדין לגבי הפרת חובה על ידי רשות מינהלית: לא כל הפרה גוררת בטלות. וכך אמרתי לעניין זה:

"יש להבדיל הבדל היטב בין הכלל המחייב את הרשות המינהלית לבין הסעד על הפרת הכלל הניתן על-ידי בית המשפט. הכלל מצוי במישור אחד, והסעד מצוי במישור אחר. בית המשפט עשוי לשקול, לאחר מעשה, שיקולים שונים מן השיקולים המחייבים את הרשות לפני מעשה. לכן, על הרשות לקיים את חובת השימוע, כפי שהיא מצווה על ידי ההלכה, ללא קשר לתוצאה הצפויה או האפשרית של הפרת החובה." (בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 304).

ראו גם בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832, 848.

32. כך גם לגבי חובת הגילוי של האזרח כלפי הרשות המינהלית: יש להפריד בין חובת הגילוי לבין נפקות ההפרה של חובה זאת. חובת הגילוי עומדת בפני עצמה, והאזרח אינו פטור ממנה, גם אם בנסיבות מסויימות הפרת החובה לא תצדיק ביטול ההחלטה על ידי הרשות או נקיטת עיצומים אחרים נגד האזרח. מערכת השיקולים המחייבת את האזרח לקיים את החובה שונה ממערכת השיקולים המנחה את הרשות (או, בשלב של ביקורת, את בית המשפט) בתגובה על הפרת החובה.

כל תגובה על הפרת החובה על ידי האזרח צריכה לקחת בחשבון את הצורך לכבד ולקיים החלטות מינהליות. החלטה מינהלית עשויה להעניק זכות לאזרח, או ליצור אצלו ציפייה עליה הוא מסתמך, ואין לשלול או לפגוע בזכות או בציפייה, בדרך של ביטול או שינוי ההחלטה, אלא על יסוד שיקולים כבדי-משקל. מה הם שיקולים אלה בהקשר של חובת הגילוי?

ראשית, יש חשיבות לשאלה מהו המידע שהאזרח נמנע מלגלות בפני הרשות: מידע בעל חשיבות רבה, או מידע שאין לו אלא חשיבות משנית, בהקשר הנדון; מידע שהיה, או צריך להיות, בידי האזרח, או מידע שהאזרח צריך לטרוח כדי להשיגו; מידע שהרשות היתה מודעת לו, או צריכה להיות מודעת לו, ממקורות שלה, או מידע שמצוי, לפי טיבו, בידי האזרח ולא בידי הרשות? השאלה החשובה בהקשר זה היא, אם גילוי המידע

על ידי האזרח עשוי היה, באופן סביר, לשנות את החלטת הרשות. אם המידע הוא בגדר שיקול ענייני בעל חשיבות מהותית, והוא לא נשקל על ידי הרשות, לפני שקיבלה את ההחלטה, הרי זה פגם בהחלטה, אף ללא קשר להפרת החובה על ידי האזרח, ולעתים די בפגם זה כדי להצדיק ביטול ההחלטה.

שיקול נוסף, שיש לו חשיבות רבה, נוגע לכוונת האזרח. האם אפשר, בנסיבות המקרה, לייחס לאזרח כוונה להטעות את הרשות, כדי להשפיע על ההחלטה, או לייחס לו עצימת עיניים או רשלנות? שאם כן, נודעת חומרה יתירה להפרת החובה, עד שבנסיבות מסוימות היא עלולה להגיע כדי עבירה פלילית. מכל מקום, במקרה כזה נחלש מאד, אם לא נעלם לגמרי, אינטרס ההסתמכות של האזרח: אזרח שהטעה את הרשות ביוזעין, והוא אמור לדעת שהחלטת הרשות מתבססת על אדני שווא, אינו רשאי לטעון כנגד הרשות שאינטרס ההסתמכות שלו מונע שינוי או ביטול ההחלטה.

כמו כן יש לשקול בכל מקרה את הנזק שנגרם או עשוי להיגרם לאינטרס הציבור, כתוצאה של הפרת החובה על ידי האזרח, לעומת הנזק שעשוי להיגרם לאזרח כתוצאה משינוי או ביטול ההחלטה על ידי הרשות.

ואין אלה כל השיקולים האפשריים. הנה, לדוגמה, בג"ץ 135/71 פרסמן נ' המפקח על התעבורה, פ"ד כה(2) 533. כאן החליט המפקח על התעבורה לבטל רשיון למונית לאחר שהתגלה לו כי בעל הרשיון מסר, במסגרת הבקשה לרשיון, מידע מטעה לגבי משך התקופה בה עבד כנהג מונית. מ"מ הנשיא זוסמן אמר (בעמ' 539):

"העותר הטעה את הרשות לגבי משך עיסוקו כנהג מונית, והטעות גרמה לכך שהיא זיכתה אותו שלא כדין ביותר נקודות מאשר זכאי היה לקבל. אילו ידעה את האמת, לא היתה מעניקה לו את הרשיון. כדרך שהטעיית אדם שהתקשר בחוזה מזכה אותו לבטל את הקשר, כך גם במשפט המינהלי דין הוא, שרשות רשאית לחזור בה מרשיון שנתנה, אם נתנה אותו עקב תרמית או מצג-שוא."

אף-על-פי כן פסק בית המשפט כי בנסיבות המקרה לא היה המפקח על התעבורה רשאי לבטל את הרשיון. ומדוע? בעיקר, "כי המשיבים לא פעלו לשם ביטול הרשיון בזריזות הדרושה והשהו את הדבר, ללא טעם סביר, משך תקופה ארוכה מדי". (שם, בעמ' 541).

המאזן של כל השיקולים הענייניים הוא שיקבע אם בנסיבות המקרה הרשות המינהלית רשאית לבטל החלטה, לשנות תנאי בהחלטה, לסרב חידוש רשיון או לנקוט צעד אחר נגד אזרח שהפר את חובת הגילוי.

בעריכת המאזן, שומה על הרשות המינהלית להיזהר עד שהיא נוקטת צעד נגד אזרח על שהפר את חובת הגילוי, שלא תפרוק מעצמה את מילוי תפקידה כנדרש, שלא תקפיד עם האזרח בקלה כחמורה ושלא תפגע בו מעבר למידה הראויה בנסיבות המקרה.

מהי, אם כן, התוצאה העולה מן הנסיבות במקרה הנדון?

המקרה הנדון

33. במקרה הנדון יש לבדוק את שתי הטענות אשר, לפי המכס, מצדיקות את סירובו לחדש את רשיון העותרת. ראו לעיל פסקה 13. הטענה הראשונה מתייחסת לזכויות העותרת במקרקעין נשוא הרשיון. לפי טענה זאת, הסירוב לחדש את הרשיון היה מוצדק לאחר שהתברר למכס כי לעותרת אין זכויות במקרקעין, כנדרש לפי התקנות. הטענה השנייה מתייחסת לחובת הגילוי המוטלת על העותרת כלפי המכס. לפי טענה זאת, העותרת הפרה את החובה כאשר נמנעה לגלות בפני המכס, קודם שקיבלה את הרשיון, מידע מהותי בנוגע לזכויותיה במקרקעין. הפרת החובה, לטענת המכס, אף היא מצדיקה את הסירוב לחדש את הרשיון.

34. ראשית, אם כן, לעניין הזכויות של העותרת במקרקעין. כאמור, לפי התקנות, מבקש הרשיון נדרש להצהיר בפני המכס כי הוא הבעלים, השוכר או החוכר של המקרקעין נשוא הבקשה. ראו לעיל פסקה 9. זכות כזאת במקרקעין היא, לפי התקנות, תנאי או, לפחות, שיקול ענייני לצורך קבלת הרשיון. האם היתה בידי העותרת זכות כזאת?

העותרת, שהתבקשה על ידי המכס להמציא לו חוזה שכירות או חכירה לגבי המקרקעין, שלחה אליו את החוזה. ראו לעיל פסקה 10. אולם החוזה אינו לא חוזה שכירות ולא חוזה חכירה, לא למראית עין ולא בעיון מעמיק. אכן, אפילו העותרת עצמה אינה טוענת כי החוזה כשלעצמו מקנה לה זכות שכירות או חכירה במקרקעין. בסעיף 12 לעתירה נאמר כי "בהסכם לא נמצא במפורש כי חל איסור על העותרת לאחסן מטענים בשטח". אולם, כמובן, גם אם אין איסור מפורש על אחסון, אין בכך כדי ללמד שלעותרת נתונה רשות לאחסן מטענים על מקרקעין לא לה. האם החוזה נותן לעותרת רשות כזאת? העותרת אינה מצביעה אף על סעיף אחד בחוזה האומר כי לעותרת מוקנית זכות שכירות, או זכות חכירה או, אפילו, רשות לאחסן מטענים על פני המקרקעין. לא זו בלבד. סעיף 13 לעתירה אומר כי "לאחר חתימת ההסכם הגיעו נציגי רנ"ר [כלומר, רשות הנמלים] ונציגי העותרת לכלל הסכמה כי... השטח ישמש בין השאר לאחסנת מטענים". אמור מעתה, ההסכמה לאחסון הושגה רק לאחר חתימת החוזה. כך נאמר גם בסעיף 29 לעתירה: "ההבנה בקשר לגודל השטח,

גבולותיו ויעודו, התגבשה לאחר החתימה. "אולם העותרת, שנתבקשה על ידי המכס להציג חוזה שכירות או חכירה, לא הציגה אלא את החוזה, כאילו הוא מקנה לה זכות שכירות או חכירה של המקרקעין, ולא הוסיפה דבר לגבי הסכמה או הבנה שהתגבשה לאחר החתימה על החוזה. משמע, העותרת הציגה בפני המכס את החוזה לבדו, כאילו הוא מקנה לה זכות שכירות או חכירה, אף שגם לדבריה אין הוא מקנה לה זכות כזאת, היא הזכות הנדרשת לפי התקנות.

לא נותר, אם כן, אלא לברר אם זכות כזאת הוקנתה לעותרת, כטענתה, לאחר שנחתם החוזה. כאן יש להזכיר כי, לפי הנספח לחוזה, שנחתם במועד החתימה על החוזה, העותרת רשאית לעשות שימוש במקרקעין "אך ורק לצורך טעינה ו/או פריקה של רכבות", וכן כי "כל שנוי, מכל סוג שהוא, במגרש ו/או בכל המחובר ו/או קשור אליו טעון אישור מוקדם בכתב של מנכ"ל רכבת ישראל". ראו לעיל פסקה 4. אך העותרת אינה טוענת כי יש בידה אישור כזה של מנכ"ל הרכבת או מי שהוסמך או התיימר לכתוב בשם המנכ"ל.

זאת ועוד. ביום 8.1.96, כשנה וחצי לאחר חתימת החוזה, כתב סמנכ"ל הרכבת אל העותרת כי אין העותרת רשאית להשתמש במקרקעין אלא לצורך טעינה ופריקה בלבד, כי "תפיסת הקרקע והשימוש בה הינם בניגוד לחוזה תוך הפרתו", וכי "עליכם לפנות את כל השטחים הנ"ל לאלתר". ראו לעיל פסקה 7. הדעת נותנת כי העותרת, בהתאם לגירסתה, תמהר להשיב לסמנכ"ל הרכבת שעל פי הסכמה שהתגבשה לאחר חתימת החוזה נתונה לה זכות לאחסן מטענים על פני המקרקעין. אולם העותרת לא השיבה כלל למכתב זה. רק לאחר חודשיים, בתשובה למכתב נוסף של סמנכ"ל הרכבת, התייחסה העותרת לשאלת השימוש במקרקעין. אך בתשובתה אין היא טוענת כלל כי אין יסוד לדבר על הפרת חוזה מצידה, ואין יסוד לדרוש ממנה לפנות את המקרקעין, שכן היא נמצאת בשטח מכוח הסכמה. כל שמנכ"ל העותרת כתב לסמנכ"ל הרכבת בשאלת השימוש במקרקעין הוא, כי במהלך הפגישות האחרונות בנדון, "למיטב זכרוני נקבע כי תמצא הדרך לישב הנושא". גם לאחר מכן, כאשר רשות הנמלים שבה ודרשה מן העותרת, במשך חודשים אחדים, פינוי מידי של המקרקעין, לא השיבה העותרת אפילו פעם אחת כי יש לה זכות שכירות או חכירה במקרקעין, או כי יש לה רשות לגדר את המקרקעין ולהשתמש בהם לצורך אחסון מטענים. ראו לעיל פסקה 7.

לעותרת ניתנה הזדמנות נוספת, במסגרת עתירה זאת, להציג הוכחה בדבר זכות שיש לה לשכירות או חכירה במקרקעין. וזאת יש לזכור: העותרת תוקפת את סירוב המכס לחדש את הרשיון לגבי המקרקעין לאחר שהמכס הגיע למסקנה כי לעותרת לא היתה בשעתו, ואף אין לה כיום, זכות במקרקעין. מה, אם כן, משיבה העותרת למכס? תשובתה מתבססת על שתי טענות, וכך היא אומרת (בסעיף 30 לעתירה):

"על התשריט נרשם בבירור, כי השטח, הוא השטח נשוא עתירה זו, מיועד לאחסנה. מסמך זה נחתם על ידי מנהל אגף הנדסה ברנ"ר/רכבת ישראל והוא, לטענת העותרת, מחייב לכל דבר וענין. קיומו של תשריט זה הינו בנוסף להבנות ולהסכמים שנעשו בעל פה בין נציגי רנ"ר והעותרת, וכל אלו ביחד היוו את הבסיס לביצוע הפרוייקט רחב הממדים וההשקעה הבסיסית בהסתמך על ההסכם ושאר ההסכמות וההבנות".

אולם העותרת אינה מפרטת כלל מה הן אותן הסכמות והבנות (עם מי הוסכם או הובן, מתי, מה הוסכם או הובן, וכו'), ואף אינה תומכת טענה זאת בשום מסמך. זוהי טענה בעלמא, שגם אינה נתמכת על ידי ההתכתבות שהתנהלה בין העותרת לבין רשות הנמלים, ואין לה משקל כראיה. לא זו בלבד. יש לזכור כי לפי החוזה אין די בהסכמות והבנות בעל-פה, כטענת העותרת, כדי להעביר שטח מקרקעין גדול לחזקתה ושימושה של העותרת, בניגוד להוראות מפורשות בחוזה, לרבות הוראה הדורשת "אישור מוקדם בכתב של מנכ"ל רכבת ישראל".

לא נותרה, אם כן, ראייה בידי העותרת אלא התשריט: זהו התשריט השני, מיום 15.5.95, בו סומן שטח המקרקעין כ"שטח לאחסנה". ראו לעיל פסקה 3. העותרת מציגה את התשריט השני (שנחתם כשנה לאחר שנחתם החוזה) כאילו הוא התשריט היחיד. ולא היא. קיים התשריט הראשון שהוכן כבר ביום 3.1.94 (כחצי שנה לפני שנחתם החוזה) ונחתם על ידי העותרת ועל ידי שני הסמנכ"לים של הרכבת, החתומים גם על החוזה עצמו. בתשריט הראשון מסומן תוואי השלוחה, ואין בו סימון הקובע את יעוד המקרקעין, אם לאחסנה ואם למטרה אחרת. התשריט השני הוכן, כאמור, לאחר כשנה וחצי, על ידי מתכנן מטעם העותרת, לצורך סימון התוואי החדש של השלוחה, שהוצע על ידי העותרת. הוא לא נחתם על ידי שני הסמנכ"לים, שחתמו על החוזה ועל התשריט הראשון, אלא רק על ידי מנהל אגף הנדסה ברכבת.

העותרת טוענת כי התשריט השני מהווה הוכחה להסכמה של רשות הנמלים לשימוש במקרקעין לצורך אחסון. לעומתה טוענת רשות הנמלים כי מנהל אגף הנדסה ברכבת לא התכוון בחתימתו על התשריט השני אלא לאשר את התוואי החדש של השלוחה מבחינה הנדסית, ולא את השימוש במקרקעין, עניין שלא היה מעורב בו ואף לא היה מוסמך להחליט בו. וכך טוענת רשות הנמלים לעניין זה בתצהיר התשובה שלה (סעיף 7):

"כל שנתבקש מר דורון רובין, מנהל אגף הנדסה ברכבת, כפי שמסר לי, היה לחתום על גבי התשריט משנת 1995, לאות אישור תוואי השלוחה מן הבחינה ההנדסית. לטעון בנסיבות אלו כי חתימתו העניקה לעותרת זכויות במקרקעין, רק משום שהמתכנן מטעם העותרת, הוסיף בשולי התכנית את המלים 'שטח אחסנה', מבלי שטרם להסב את

תשומת ליבו של מר רובין לכך, זו עזות מצח ותולדה של התנהגות חסרת תום לב".

35. האם די בטענות וראיות אלה כדי לפסוק שלעותרת אין זכות במקרקעין? בהחלט לא. השאלה אם אין לעותרת זכות במקרקעין תלויה ועומדת עכשיו בפני בית משפט השלום באשדוד, בתביעה לסילוק יד מן המקרקעין, שרשות הנמלים הגישה נגד העותרת. בית משפט השלום יחליט בשאלה זאת כפי שיחליט לאור הראיות והטענות שיועלו בפניו. ראו לעיל פסקה 8. אך לא זו השאלה שעמדה בפני המכס, ולא זו השאלה שעומדת בפני בית משפט זה. השאלה העומדת על הפרק היא, אם היו בפני המכס, שעה ששקל את עניין החידוש של רשיון העותרת, די ראיות לעניין זה. כידוע, הראיות הנדרשות כדי לבסס החלטה של רשות מינהלית שונות במהות ובמשקל מן הראיות הנדרשות כדי לבסס פסק דין של בית משפט. הרשות המינהלית אינה קשורה לדיני הראיות הנהוגים בבית המשפט, אלא היא מודרכת על ידי מבחן הראיה המינהלית. מבחן זה דורש, ומסתפק בכך, שבפני הרשות המינהלית יהיו די ראיות שאדם סביר היה מסתמך עליהן, בנסיבות המקרה, לצורך קבלת ההחלטה הנדונה. ראו בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-424. ראיות כאלה יכולות להספיק גם כדי לבסס סירוב לחדש רשיון או אף ביטול רשיון. ראו, לדוגמה, בג"ץ 475/81 Deak & Co. Inc. נ' נגיד בנק ישראל, פ"ד לו(1) 803, 808.

לדעתי, לפי מבחן הראיה המינהלית, רשאי היה המכס לקבוע מלכתחילה כי לעותרת אין זכות במקרקעין, כנדרש בתקנות, לצורך קבלת הרשיון. לצורך זה די היה למכס בחוזה, שעל פניו אינו חוזה שכירות או חכירה. קל וחומר כך לאחר מכן, נוכח ההתנגדות של רשות הנמלים לתפיסת החזקה במקרקעין על ידי העותרת. ראיות אלה, שדי היה בהן כדי לסרב מתן רשיון מלכתחילה, מספיקות גם, לפי מבחן הראיה המינהלית, כדי לקבוע, לעניין צורך חידוש הרשיון, כי לעותרת אין זכות במקרקעין כנדרש בתקנות.

המסקנה היא, כי המכס נתן לעותרת את הרשיון על יסוד טעות שנגרמה עקב מצג של העותרת, באשר לזכות העותרת במקרקעין. לאחר שהטעות התגלתה, והתברר כי לפי התקנות העותרת אינה זכאית לרשיון, קמה בידי המכס עילה, לפי ההלכה, לסרב חידוש הרשיון או אף לבטל את הרשיון.

36. אף-על-פי כן, ספק בעיני אם בנסיבות המקרה די בעילה זאת כשלעצמה כדי להצדיק את סירוב המכס לחדש את רשיון העותרת לגבי המקרקעין. הספק נובע משני טעמים. הטעם הראשון הוא, שהמכס אינו

נקי מאחריות לטעות אשר, לאחר שהתגלתה, הניעה אותו שלא לחדש את רשיון העותרת. כאמור, כאשר העותרת ביקשה את הרשיון, ביקש ממנה המכס כי תשלח אליו חוזה שכירות או חכירה לגבי המקרקעין, והיא שלחה אליו את החוזה. החוזה, על פניו, אינו חוזה שכירות או חכירה, ודי בעיון שטחי של משפטן כדי לגלות זאת. אולם מי שטיפל בבקשת העותרת מטעם המכס לא טרח כלל לעיין בחוזה. וכך הסביר זאת המכס בתצהיר התשובה שלו (סעיף 8):

"נציגי המכס, אשר טיפלו במתן האישור המבוקש לעותרת, הניחו, על סמך יחסי האמון שנוצרו עם השנים ולאור ההנחה כי העותרת פועלת בתום לב, כי החוזה שנמסר להם על ידי העותרת אכן מקנה לה זכויות אחסון בשטח הנדון וכי אין כל מניעה להעניק לה את האישור המבוקש".

הסבר זה אינו מנקה את המכס מאחריות. המכס, כמו כל רשות מינהלית, חייב לברר באופן סביר, בכל מקרה, אם התקיימו התנאים שהחוק או התקנות קבעו להפעלת הסמכות. זוהי חובת הרשות המינהלית כלפי הציבור שהפקיד בידיה את הסמכות בתנאים מסויימים. הרשות אינה רשאית לפטור עצמה מביור התנאים רק משום שהיא מניחה, מקווה או סומכת שהאזרח ינהג בתום לב.

זאת ועוד. האזרח יכול להניח כי הרשות עורכת בירור סביר של התנאים שנקבעו להפעלת הסמכות,

ואם היא נעתרת לבקשתו, הוא רשאי בדרך כלל לסמוך על החלטת הרשות. כדברי השופט ברק:

"מקבל הרשיון רשאי להניח, כי הבדיקות הנחוצות נעשו, וכי נפתח לפניו פתח להשקעות ולפעולות, בלא חשש שהכול ייפתח מחדש בשל טעות גרידא. לכך ניתן להוסיף טעם נוסף, שעניינו בסדרי המינהל. מן הראוי הוא, שהמינהל יקבע לעצמו סדר בדיקה ובחינה, שיאפשר לו לגבש עמדתו מראש, בטרם ניתן הרישיון. זו שיטה פסולה ומסוכנת מבחינה מינהלית ליתן תחילה רישיון ורק לאחר מכן לבדוק, אם היה לכך צידוק" (בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי היריה תש"ט 1949-; פ"ד לו(1) 317, 331).

לכן מתעוררת השאלה אם בנסיבות המקרה די בטעות לעניין זכויות העותרת במקרקעין כדי להצדיק

את סירוב המכס לחדש את הרשיון.

טעם שני הוא, שמאזן הנזקים נוטה, כנראה, לטובת העותרת. מצד אחד, העותרת השקיעה כסף רב

בהכשרת המקרקעין לשימוש כמחסן רשוי, התקשרה עם לקוחות, מתפעלת את המחסן במשך חודשים, ובוודאי

ייגרם לה נזק ניכר כאשר תיאלץ להפסיק את השימוש במקרקעין כמחסן רשוי, ובמיוחד אם תיאלץ להפסיק את השימוש באופן מיידי. מן הצד השני, מה הנזק שייגרם אם העותרת תמשיך להשתמש במקרקעין כמחסן רשוי עד שבית המשפט האזרחי יפסוק אם להיענות או לדחות את התביעה של רשות הנמלים לסילוק העותרת מן המקרקעין? מבחינת המכס הנזק, כנראה, אינו מעשי, שכן המקרקעין הוכשרו לשמש מחסן רשוי כנדרש, ורק שאלת הזכות במקרקעין נותרה פתוחה. מכאן שאין חשש כי טובין חבי-מכס יאוחסנו על ידי העותרת באופן בלתי-בטוח או בלתי-מבוקר. ומה בדבר הנזק שנגרם לרשות הנמלים? נראה כי נזק זה הינו שיקול זר מבחינת המכס לצורך החלטה אם לחדש את רשיון העותרת. מכל מקום, אם בית המשפט האזרחי יפסוק כי לעותרת אין זכות במקרקעין, וכי היא מחזיקה במקרקעין כמסיג גבול, תוכל רשות הנמלים, אם תרצה, להגיש תביעה כספית נגד העותרת: אם תביעה לדמי שכירות ראויים, אם תביעה להשבה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, ואם תביעה לסעד אחר.

כיוון שכך, האם אין זה ראוי שהמכס יחדש את רשיון העותרת באופן זמני, עד שבית המשפט האזרחי יפסוק אם יש לעותרת זכות במקרקעין? בסיכום המאזן, אילו הייתי צריך לפסוק במקרה זה רק לפי שאלת הזכות במקרקעין, נראה לי כי הייתי פוסק, על אף הספק, נגד העותרת. כך, בעיקר, משום שלפי הראיות המינהליות, מתן הרשיון על ידי המכס לא היה, מבחינת המכס, רק טעות בשיקול הדעת, אלא הוא אף בלתי-חוקי, שכן הוא נוגד את התקנות הדורשות שבעל הרשיון יהיה בעל זכות במקרקעין. באופן עקרוני, רשות מינהלית אינה אמורה להשלים עם מצב בלתי-חוקי. אמנם, לו היה מדובר בהקפאת המצב הקיים לתקופה קצרה בלבד, עד להכרעה סופית בשאלת הזכות במקרקעין, אפשר היה, מתוך התחשבות בנזק שייגרם לעותרת, להשאיר בינתיים את המצב הקיים כפי שהוא. אולם, בפועל, עד שתתקבל הכרעה סופית בשאלה זאת בבית המשפט, לרבות הליכי ערעור, אפשר שיחלפו שנים. ואין זה ראוי מבחינת האינטרס הציבורי שהעותרת, אשר לכאורה קיבלה את הרשיון שלא בהתאם לתקנות, תורשה להחזיק בו וליהנות ממנו במשך תקופה ארוכה, והרשות המוסמכת תהיה חסרת-אונים לתקן את התקלה. לכן, כאמור, אילו היה עלי לפסוק במקרה זה על יסוד טעם זה בלבד, נראה לי, על אף הספק, כי הייתי דוחה את העתירה.

אולם, אם נותר בי ספק בשאלה אם די בטעם זה כדי להצדיק את סירוב המכס לחדש את רשיון העותרת לגבי המקרקעין, בא ומצטרף הטעם השני, כלומר, ההפרה של חובת הגילוי, והוא מסלק את הספק.

37. כאמור, במסגרת חובת הגילוי המוטלת על העותרת כלפי המכס, היתה על העותרת חובה לגלות למכס מידע מהותי בנוגע לרשיון שביקשה. ראו לעיל פסקה 27 ואילך. אין לי ספק כי העותרת הפרה חובה זאת.

כך היה מן הצעד הראשון של העותרת במקרה זה. כאשר העותרת התבקשה על ידי המכס להמציא "חוזה שכירות או חכירה" לגבי המקרקעין, שלחה העותרת למכס (בדצמבר 1995) את החוזה, וציינה במכתב הלוואי לאמור: "רצ"ב לוטה הסכם שכירות/חכירה עם רשות הנמלים והרכבות". אולם, כאמור, חוזה זה אינו חוזה שכירות או חוזה חכירה. אפילו העותרת מודה בעתירתה כי הטענה שלה לזכות במקרקעין מתבססת על הבנות והסכמות מאוחרות יותר. ראו לעיל פסקה 34. אך העותרת לא ציינה בפני המכס כי הזכות שלה במקרקעין נובעת, לא מן החוזה, אלא מהבנות והסכמות מאוחרות יותר. לו ציינה זאת במכתב ששלחה למכס, סביר להניח כי המכס היה מבקש לברר מה הן אותן הבנות והסכמות, ומדוע אין הן נכללות בנספח לחוזה או במסמך אחר.

זאת ועוד. העותרת שלחה אל המכס את החוזה בלי שצירפה אליו את התשריט הראשון, המציג את תוואי השלוחה כפי שנקבע לראשונה. ראו לעיל פסקאות 2-3. כתוצאה, התמונה שהונחה בפני המכס לא היתה שלמה ואף לא מדוייקת. יתכן כי אילו צירפה העותרת גם את התשריט הראשון, שהשאיר שטח קטן יותר בין השלוחה לבין המחסן, וכן הסבר בדבר שינוי התוואי, היה המכס מברר ומגלה את תמונת המצב, כפי שרשות הנמלים ראתה אותו.

מכל מקום, לעותרת היה ברור כי המכס דורש שהיא תהיה בעלת זכות שכירות או חכירה במקרקעין, וכי עם הגשת החוזה על ידי העותרת, המכס היה בדעה כי העותרת הינה, אכן, בעלת זכות כזאת.

והנה, גם אם העותרת היתה סבורה כי יש בידה זכות כזאת, התברר לה, זמן קצר לאחר שהגישה את החוזה למכס, כי לדעת רשות הנמלים אין לה זכות כזאת. במכתב שנשלח אל העותרת ביום 8.1.96 נאמר בשם רשות הנמלים כי העותרת תפסה את המקרקעין בניגוד לחוזה וכי היא נדרשת לפנות את המקרקעין לאלתר. רשות הנמלים חזרה על עמדה זאת פעם אחר פעם במשך חודשים. ראו לעיל פסקה 7. כל אותה עת היתה בקשתה של העותרת לקבל רשיון לגבי המקרקעין תלוייה ועומדת בפני המכס, עד שהמכס החליט, ביום 1.7.96, לתת לה את הרשיון המבוקש. העותרת היתה צריכה לדעת, אם לא ידעה בפועל, כי מידע זה, בדבר העמדה של רשות הנמלים, הינו מהותי לצורך החלטת המכס בבקשת העותרת. והרי היא עצמה הגישה למכס את החוזה כהוכחה לכך שיש לה זכות שכירות או חכירה במקרקעין. כיצד זה, אם כך, נמנעה העותרת במשך חודשים להודיע למכס, אתו קיימה מגעים שוטפים בקשר לרשיון, כי הצד השני לחוזה טוען בתוקף שהחוזה אינו מקנה לעותרת זכות כזאת כלל ועיקר?

אילו היה מדובר ביחסים בין אנשים פרטיים, היה מקום לומר כי העותרת היתה חייבת לגלות מידע זה לצד השני, מכוח החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), וכי הצד השני היה רשאי לראות באי-הגילוי משום הטעיה לפי סעיף 15 לאותו חוק, ולבטל את החוזה. עכשיו, שמדובר ברשות מינהלית ולא באדם פרטי, יש לומר כי העותרת הפרה את חובת הגילוי של מידע מהותי שהיתה מוטלת עליה כלפי המכס.

הפרה של חובת הגילוי יכולה להיות תוצאה של טעות מקרית או תוצאה של הטעיה מכוונת. לעתים קרובות קשה להבחין בין זו לבין זו, ומכל מקום קשה להוכיח כי הפרה היא תוצאה של הטעיה מכוונת. אך בדרך כלל אין צורך להוכיח זאת. די כי בנסיבות המקרה היתה חובה על האזרח, כאדם סביר והגון לגלות בפני הרשות את המידע המהותי, וכי הפרת החובה על ידי האזרח גרמה להטעיית הרשות.

38. הטעיית רשות מינהלית, כתוצאה של אי-גילוי מידע מהותי על ידי אזרח המבקש לקבל רשיון או טובת הנאה אחרת, פוגעת קשה, לא רק ברשות, אלא גם בציבור. ברור שקיים אינטרס ציבורי למנוע הטעיה כזאת. קיים גם אינטרס ציבורי לשלול רשיון או טובת הנאה שניתנו על ידי הרשות עקב הטעיה כזאת. לכן הטעיה כזאת, אם אין היא הטעיה של מה בכך, עשויה להצדיק החלטה של רשות מינהלית לשלול רשיון או טובת הנאה שנתנה, במיוחד כאשר יש יסוד להניח שלולא ההטעיה הרשות לא היתה נותנת את הרשיון או טובת ההנאה.

כזה הוא המקרה שלפנינו. המכס טוען כי אילו גילתה לו העותרת את התמונה המלאה לעניין זכותה במקרקעין, בתחילת הטיפול בבקשת הרשיון או במהלך הטיפול עד להחלטה בבקשה, הוא לא היה נותן לעותרת את הרשיון המבוקש. הטענה משכנעת.

התוצאה היא, שסירוב המכס לחדש את רשיון העותרת לגבי המקרקעין היה מוצדק.

בשל כך הגעתי למסקנה שיש לדחות את העתירה ולחייב את העותרת בתשלום הוצאות המשפט.

תוספת דברים: אדם ומדינה

39. תם ולא נשלם. הנשיא ברק משיב לי דבר: הוא מסכים לתוצאה אליה אני מגיע, אך אינו מסכים לדרך בה אני הולך. אשר לתוצאה, הוא מסכים כי על העותרת מוטלת חובת גילוי כלפי המכס, כי היא הפרה חובה זאת וכי לכן יש לדחות את העתירה. אך, באשר לדרך, הוא אינו מסכים כי חובת הגילוי, המוטלת על העותרת,

נגזרת מחובה כללית של התנהגות ראויה המוטלת על האזרח כלפי המינהל הציבורי. לדעתו, חובת הגילוי היא חובה נקודתית, ויהיה זה בלתי-ראוי, ואולי אף מסוכן, להטיל על האזרח חובה כללית של התנהגות ראויה כלפי המינהל הציבורי.

כיוון שאין מחלוקת על התוצאה, המחלוקת על הדרך עשויה להיראות מופשטת ושולית. אך, בפועל, המחלוקת עקרונית וחשובה. היא משקפת הבדל בתפיסת עולם לגבי מהות המדינה או, לפחות, לגבי היחסים הראויים בין אדם ומדינה.

מה הם היחסים הראויים בין אדם לבין המדינה? נקודת המוצא נעוצה בכלל הרחב, הוא בעצם הכלל הבסיסי של תורת המשפט, שכל אדם, לרבות כל גוף משפטי, חייב להתנהג, בכל מקרה, באופן ראוי בהתאם לנסיבות המקרה. זוהי, לדעתי, כל תורת המשפט על רגל אחת. ואיך זיל גמור. אכן, תורת המשפט פיתחה מסכת מסועפת של כללים שונים להתנהגות ראויה במצבים שונים. אך מעבר לכללים אלה, ונוסף להם, מוטלת חובה כללית של התנהגות ראויה.

במשפט הפרטי, המסדיר את היחסים שבין אדם לאדם, החובה הכללית היא החובה של תום לב. חובה זאת חלה על יחסים חוזיים ועל פעולות משפטיות אחרות. היא יכולה לשמש הסבר רעיוני לכללים קיימים, מקור משפטי ממנו נגזרים כללים חדשים ואף חובה בפני עצמה.

במשפט הציבורי, המסדיר את היחסים שבין אדם לבין הציבור, מקובל לקרוא לחובה זאת בשם חובת ההגינות. חובה זאת, כמו חובת תום הלב, דורשת התנהגות ראויה לפי נסיבות המקרה.

מוסכם על הכל שחובת ההגינות מוטלת על המינהל הציבורי כלפי האזרח. אך האם מוטלת חובה מקבילה, גם אם לא זהה, על האזרח כלפי המינהל הציבורי? שאלה זאת טרם נדונה בבית המשפט. עכשיו, שהיא עלתה לדיון, ומעוררת מחלוקת, אני רואה צורך להוסיף דברים כדי להבהיר את עמדתי.

40. הנשיא ברק סבור כי אין הצדקה להטיל על האזרח חובת הגינות מקבילה לחובה המוטלת על המינהל הציבורי, משום שאין סימטריה ביחסים שבין האזרח לבין המינהל הציבורי. אני מסכים: אין סימטריה. אך יש, ולפחות צריכה להיות, הדדיות.

אין סימטריה כיוון שהמינהל הציבורי הינו נאמן של הציבור, ובכלל זה כל אזרח, ואילו האזרח אינו נאמן של המינהל הציבורי. אך יש להבהיר. הנאמנות שהמינהל הציבורי חב כלפי האזרח אינה חובה משפטית. היא אפילו אינה יחס משפטי. בכך היא שונה מן הנאמנות במשפט הפרטי. הנאמנות במשפט הציבורי, להבדיל מן הנאמנות במשפט הפרטי, היא רק חובה רעיונית. היא באה לבטא את הרעיון שהמינהל הציבורי שואב את סמכותו מן הציבור, ועליו להפעיל את סמכותו למען הציבור, באופן שנקבע על ידי הציבור. בין השאר, הוא חייב להפעיל את סמכותו בהגינות. מתוך ההגינות צומחות חובות שונות המוטלות על המינהל הציבורי כלפי האזרח, מהן חובות המוטלות על ידי המחוקק ומהן המוטלות על ידי בית המשפט.

האזרח, מן הצד השני, אינו נאמן של המינהל הציבורי, אלא נהנה. לכן ברור שאין להטיל עליו חובות משפטיות כלפי המינהל הציבורי הזרות לחובות המשפטיות המוטלות על המינהל הציבורי כלפי האזרח. עם זאת, ברור גם כי האזרח אינו פטור מחובות משפטיות כלפי המינהל הציבורי. הוא כפוף לחובות משפטיות שונות, מהן המוטלות על ידי המחוקק ומהן המוטלות על ידי בית המשפט. לדוגמה, מוסכם שהאזרח חייב להציג רשיון נהיגה בפני שוטר, אסור לו להעליב עובד ציבור, עליו לגלות מידע מהותי לרשות המתבקשת לתת לו רישיון עסק. חובות אלה ואחרות אינן מוטלות על האזרח באופן שרירותי. הן אמורות לבטא את היחס הראוי מצד האזרח כלפי המינהל הציבורי. מבחינה זאת יש להן מכנה משותף: חובה כללית של התנהגות ראויה. חובה זאת מהווה מרכיב מרכזי בתרבות החיים. מעבר לכך, היא נדרשת לצורך תפקוד תקין ויעיל של החברה. אך מהי חובה זאת, ובמה היא נבדלת מן החובה המוטלת על המינהל הציבורי כלפי האזרח?

41. חובת הנאמנות המוטלת על המינהל הציבורי כלפי האזרח, כחובה רעיונית, מתבטאת בחובות משפטיות הנחלקות, באופן גס, לשלוש קבוצות: ראשית, לענין הסמכות; שנית, לענין הסבירות; שלישית, לענין ההגינות.

לענין הסמכות, חובה מוטלת על כל רשות מינהלית שלא לחרוג מגבולות הסמכות, כפי שהותוותה בחוק. זוהי חובת הסמכות במובן הרחב. חובת הסמכות, במובן זה, דורשת שהרשות תעשה רק מה שהחוק הסמיך אותה לעשות ותלך רק בדרך בה החוק הסמיך אותה ללכת. היא כוללת, לדוגמה, גם את החובה להתיעץ עם גוף פלוני או לקבל אישור של גוף פלמוני, הכל כפי שהחוק קבע. חובה זאת, כמובן, אינה חלה על האזרח, שהחוק לא העניק לו סמכות.

נוסף לכך, חובה מוטלת על הרשות המינהלית לפעול, לא רק בגבולות הסמכות כפי שנקבעה בחוק, אלא גם בסבירות. זוהי חובת הסבירות במובן הרחב. חובת הסבירות, במובן זה, אומרת שעל הרשות להפעיל

את שיקול הדעת שלה באופן ראוי. חובה זאת מורכבת מחובות-משנה: על הרשות להפעיל את הסמכות לתכלית ראויה; עליה לשקול את השיקולים הענייניים ולהתעלם משיקולים זרים; היא חייבת לתת לכל שיקול ענייני משקל ראוי ולאזן כראוי בין השיקולים השונים (זו חובת הסבירות במובן הצר); ואל לה לפגוע באזרח מעבר למידה הדרושה. גם חובת הסבירות, כיוון שהיא מתייחסת לשיקול הדעת הכרוך בסמכות, אינה מוטלת על האזרח, כיוון שאין לו סמכות.

חובת ההגינות מתייחסת להליך המינהלי, כלומר, לדרך בה הרשות המינהלית מפעילה את הסמכות כלפי האזרח. היא מתבטאת בחובות שונות, כגון, חובה לערוך בדיקה סבירה של נסיבות המקרה, להטות אוזן לטענות האזרח, לאפשר לו עיון במסמכים הנוגעים לעניין, לנמק את ההחלטה. יש מכנה משותף לחובות אלה: החובה לנהוג באזרח באופן ראוי. מקובל לומר כי חובה זאת נובעת מחובת הנאמנות של המינהל הציבורי כלפי האזרח. אכן כך. אך לא רק כך. המעמד של הרשות כנאמן של הציבור מוסיף מימד נוסף לחובה זאת הנובעת, ביסודה, ממקור אחר. היא נובעת, קודם כל, מן החובה הבסיסית של התנהגות ראויה, הכוללת הגינות, ביחסים חברתיים. כיוון שהיא נובעת מחובה זאת, שאינה מיוחדת ליחסים שבין המינהל הציבורי לבין האזרח, היא יכולה לחול הן על המינהל הציבורי כלפי האזרח והן על האזרח כלפי המינהל הציבורי.

לפיכך, לגבי חובת ההגינות, להבדיל מחובת הסמכות וחובת הסבירות, עשויה להתעורר השאלה, אם אמנם חובה מקבילה מוטלת על האזרח כלפי הרשות המינהלית. הנשיא ברק נותן תשובה שלילית. אולם התשובה מייחסת לחובת ההגינות מובן רחב. הוא כולל בה חובה של הגינות דייונית, אך מוסיף וכולל בה גם חובה של הגינות מהותית, למשל, חובה שלא לפעול בהפליה או למטרות זרות. לשיטתי, החובה של הגינות מהותית, המתייחסת לשיקול הדעת המינהלי, אינה נתפסת כלל בחובת ההגינות, אלא היא חובת הסבירות. פשיטא שחובה זאת אינה מוטלת על האזרח, שהרי אין לו סמכות, ולפיכך אי אפשר לחייב אותו לשקול שיקולים ענייניים בהפעלת הסמכות, וכיצא בזה.

משמע, המחלוקת שבין הנשיא ברק לביני משתרעת רק על השאלה אם מוטלת על האזרח חובה כללית של התנהגות ראויה כלפי המינהל הציבורי, בתחום שהנשיא ברק קורא לו התחום הדיוני, להבדיל מן התחום המהותי.

42. הנשיא ברק מתנגד להטלת חובה כללית של התנהגות ראויה על האזרח כלפי המינהל הציבורי, יהיו טיבה והיקפה אשר יהיו, בשל שני טעמים עיקריים: האחד נוגע לסיבה והשני נוגע לתוצאה.

הנשיא ברק סבור, קודם כל, כי הסיבה המובילה להטלת חובה של התנהגות ראויה על המינהל הציבורי כלפי האזרח, אינה מובילה להטלת חובה מקבילה על האזרח כלפי המינהל הציבורי. "חובה כללית כזו" הוא אומר (בפיסקה 8), "אינה ראויה". ומדוע? עיקר טעמו הוא זה (בפיסקה 6):

"ביסוד הטלת חובת הגינות כללית על השלטון כלפי הפרט מונחת הגישה כי השלטון הוא הנאמן של הציבור. גישה זו מבוססת על תפיסה דמוקרטית, המעמידה את חירות הפרט כבסיס מרכזי במבנה החברתי. טעמים אלה אינם קיימים ביחסים שבין הפרט לשלטון. הפרט אינו נאמן של השלטון. תפיסה ראויה של דמוקרטיה מובילה למסקנה כי אין מקום להטיל על הפרט חובת הגינות כללית כלפי השלטון. הטלתה של חובה כללית להגינות תביא לשינוי רדיקלי בתפיסת הדמוקרטיה ובמקומו של הפרט בה".

אולם מהי תפיסה ראויה של דמוקרטיה? אין צורך לומר שקיימות תפיסות רבות של דמוקרטיה: מדמוקרטיה עממית עד דמוקרטיה מערבית; מדמוקרטיה פורמלית עד דמוקרטיה מהותית; וגם בדמוקרטיה מהותית קיימות תפיסות שונות של מהות הדמוקרטיה. אין בקרבנו מחלוקת כי מדינת ישראל היא לא רק דמוקרטיה פורמלית, המסתפקת בבחירת מוסדות יציגים, ובראשם הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, מדי שנים אחדות. מדינת ישראל היא דמוקרטיה מהותית, שבה כל המוסדות היציגים מונחים על ידי ערכי יסוד, ובמרכזם כבוד האדם וחירותו, במטרה לשרת את האדם באשר הוא אדם. מתוך תפיסה זאת של הדמוקרטיה פעל בית המשפט כדי לקבוע את זכויות היסוד של האדם, לפתח אותן ולהגן עליהן מפני פגיעה על ידי מוסדות אחרים. אולם, גם במסגרת של דמוקרטיה מהותית, ועל הבסיס המוסכם של זכויות האדם, עדיין אפשריות תפיסות שונות של היחסים הראויים בין המדינה לבין כל אדם.

לפי תפיסתו של הנשיא ברק, "משטר דמוקרטי מבוסס על הכרה בזכויות האדם של הפרט... תפקידו של השלטון הוא לקיים חברה אשר תכבד זכויות אדם" (פיסקה 3). אכן, זאת היא תפיסה רווחת של המשטר הדמוקרטי בימינו ובמקומו. אך, לשיטתי, זאת היא תפיסה חלקית. משטר דמוקרטי הוא יותר מאשר הכרה והגנה על זכויות האדם. זכויות האדם הן, אמנם, ערך עליון. אך לא ערך יחיד. האדם הוא יותר מאשר אגד זכויות. הוא גם אגד של צרכים, נטיות ושאיפות. לפיכך אין לומר כי תפקיד השלטון הוא לכבד את זכויות האדם. נקודה. אכן, זהו תפקיד ראשון במעלה. אך זהו רק אחד התפקידים. יש לומר גם, בנשימה אחת, שתפקיד נוסף הוא לקדם את רווחת האדם. כל אדם. ועוד תפקיד הוא לעשות צדק חברתי. צדק לכל. זכויות האדם אינן אמורות להאפיל על רווחת האדם ועל הצדק החברתי. אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם. זהו תפקיד משולב. ואין להטיל תפקיד זה על השלטון בלבד. זהו, בראש וראשונה, תפקיד החברה. כלומר, זהו תפקיד של כל אחד מאתנו.

למלא את התפקיד בסיוע המינהל הציבורי - כן; לפרוק את התפקיד מעלינו ולהטיל אותו על המינהל הציבורי - לא. במילוי התפקיד כל אחד מאתנו צריך לקבל על עצמו מערכת של חובות, לא רק חובות של אדם כלפי אדם, אלא גם חובות של אדם כלפי החברה. זאת היא, לדעתי התפיסה הראויה של חברה דמוקרטית: זכויות ולצידן חובות. אכן, אין סימטריה ביחסים בין החברה לבין כל אדם, אך יש הדדיות ביחסים.

כך אני רואה את האמנה החברתית. האמנה החברתית אינה עובדה היסטורית, שאפשר לקבוע את תוכנה, אף לא מסמך משפטי, שאפשר להתווכח על משמעותו. האמנה החברתית אינה אלא רעיון הנותן ביטוי לדמות הרצויה של החברה. בעיני, הדמות הרצויה של החברה אמורה להבטיח, לא רק את זכויות האדם, אלא גם את רווחת האדם ואת הצדק החברתי. לצורך זה, אין החברה מסתפקת בהקניית זכויות לאדם, אלא היא גם מטילה עליו חובות. זוהי נפש הדמוקרטיה.

מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. בית המשפט, כרשות של המדינה, צריך להיות מונחה על ידי ערכי הדמוקרטיה ובו בזמן גם לקדם ערכים אלה. הוא עושה זאת, ללא ספק, מאז ומתמיד. בעיקר הוא מפתח ומטפח את זכויות האדם. אולם, יד על הלב, האם הוא אינו עושה זאת על חשבון ערכים אחרים? עיקר המאמץ של בית המשפט, המקום הראשון בסולם העדיפויות, ניתן לזכויות האדם. כך בפרקטיקה. יותר מכך ברטוריקה. אכן, זכויות האדם ראויות לעמוד בראש סולם העדיפויות. אולם התפיסה של הדמוקרטיה כמשטר המגן על זכויות האדם היא תפיסה חד-ממדית של הדמוקרטיה. הדמוקרטיה מורכבת יותר ואף טובה יותר. תפיסה ראויה של הדמוקרטיה צריכה להעמיד בראש סולם העדיפויות, בצד זכויות האדם, גם את רווחת האדם ואת הצדק החברתי. תפיסה זאת ראוי לה שתבוא לידי ביטוי ברור יותר גם בפרקטיקה וברטוריקה של בית המשפט.

43. לדעתי, תפיסת הדמוקרטיה של הנשיא ברק נובעת מתחושה של מתח, ואולי אפילו עימות, בין המדינה לבין האזרח. המדינה, לפי תפיסה זאת, היא שלטון מולו עומד אזרח. אכן, השלטון כיום שונה מן השלטון של פעם: זה לא שלטון טוטליטרי, אם מלוכני ואם קולוניאלי. כיום, במשטר דמוקרטי, השלטון הוא נאמן של הציבור, ולכן מוטלת עליו חובה כללית לדאוג לציבור, ובתוקף חובה זאת עליו להגן על זכויות האדם. אך עדיין תפיסה זאת רואה בשלטון גוף חיצוני לאזרח. זהו אמנם שלטון מסוג חדש, אך הוא צמח מן השורשים של השלטון הטוטליטרי. אלה הם שורשים של פטרנליזם. השלטון, גם כיום, דומה לאבא גדול או אמא מטיבה, שחובה עליהם לדאוג לטובת הילד, ואילו הילד חייב לגמול להם בציות ובתודה.

תפיסה זאת משתקפת מעצם הדיבור על שלטון. אכן, שלטון כנאמן. שלטון, במקרה הטוב, תקין ונאור. אך עדיין שלטון. הוא פועל מבחוץ. ואני, כאזרח, כפוף לו. חושש מפני נחת זרועו. מבקש שלא יפריע לי. מחפש דרכים לרסן אותו.

לא הביטוי קובע. התפיסה היא הקובעת. הביטוי רק מסגיר את התפיסה. לכן, גם אם יוחלף הביטוי, ובכל מקום בו נאמר שלטון יבוא המינהל הציבורי, לא יהיה בכך כדי לשנות, אם לא תוחלף גם התפיסה.

44. תפיסה זאת אינה מקובלת עלי. אני רוצה לראות את המדינה כשותפות. כמובן, לא שותפות במובן של המשפט הפרטי, אף לא שותפות כיחס משפטי, אלא שותפות כתפיסה רעיונית, שתבוא במקום התפיסה של המדינה כשלטון.

המדינה, לפי תפיסה זאת, היא מפעל משותף של כל האזרחים. יש בה חלוקת תפקידים. התפקידים מכתבים גם את היחסים המשפטיים. לעובדי הציבור יש תפקיד חשוב. תפקיד זה כרוך בסמכויות ובחובות. הוא מקנה להם מרות ומחייב אותם בנאמנות. אך אין הם שלטון מעלי. עדיין הם ואנחנו שותפים.

תפיסת השותפות עשויה להשפיע על מערכת הזכויות והחובות של האזרח מזה והמינהל הציבורי מזה. השותפות אינה מתמצה בבחירות תקופתיות, בהן האזרח נותן יפוי-כוח לכנסת ולממשלה לנהל את ענייני המדינה כפי שייראה להם במשך שנים אחדות, עד הבחירות הבאות. השותפות פירושה מתן הזדמנות אמיתית לאזרח להשתתף בניהול השוטף של ענייני המדינה, ואפשרות מעשית לפעול ולהשפיע מיום ליום, ולא רק בדרך של בחירות. היא דורשת יתר פומביות ופתיחות של המינהל הציבורי; דרכים נוספות להתייעצות מוקדמת עם גופים מעוניינים שמחוץ למינהל הציבורי; נכונות לשלב גופים כאלה בפעילות שוטפת. דוגמה בולטת היא החקיקה המינהלית. שרים ורשויות אחרות מוציאים באופן שוטף כמות עצומה של תקנות, שלעיתים קרובות יש להן חשיבות מעשית כמו לחוקים. אך, להבדיל מחוקים, הרשות המוסמכת להתקין תקנות אינה נוהגת לפרסם טיוטה של התקנות ואינה מאפשרת דיון פומבי לפני מתן תוקף לתקנות. יש בכך משום ביטוי לתפיסה של שלטון. זה נוגד את התפיסה של שותפות. התפיסה של שותפות מקדמת את הדמוקרטיה למדרגה גבוהה יותר. היא נותנת ביטוי נכון יותר לרעיון של שלטון העם.

התפיסה של שלטון מעודדת את האזרח לתבוע לעצמו טובות הנאה מן השלטון. היא אינה מעודדת את האזרח לתרום לחברה. האזרח מתפתה לחשוב: נתתי לשלטון כוח ואחריות, והוא חייב לגמול לי בזכויות ושירותים. מגיע לי. אין זו תפיסה של שותפות.

45. התפיסה של שותפות משפיעה גם על החובה המוטלת על האזרח כלפי המינהל הציבורי. המינהל הציבורי הוא בעצם עובד הציבור. עובד הציבור הוא בשר מבשרי. הוא פועל מטעמי ולמעני. אנחנו שותפים, בעלי תפקידים שונים, במדינה. תפיסה זאת מטילה עלי חובה כללית של התנהגות ראויה כלפי עובד הציבור. אין זה מתקבל על הדעת שחובה כזאת תהיה מוטלת עלי כלפי מעביד, שכן, נהג אוטובוס או זבן בחנות (ואחת היא אם נקרא לה בשם תום לב או בשם אחר), והיא לא תהיה מוטלת עלי (בשם זה או בשם אחר) כלפי עובד הציבור, הפועל מטעמי ולמעני. חובה כזאת נובעת, כדבר המובן מאליו, מיחסי השותפות שבין האזרח לבין עובד הציבור.

אני קורא לחובה זאת בשם חובת ההגינות. זהו מינוח של נוחות. אין לו חשיבות רבה. אפשר לקרוא לה בשם חובת תום הלב. הכוונה היא לחובה כללית של התנהגות ראויה. התנהגות ראויה היא חובה אלמנטרית. היא מוטלת על כל אדם כלפי כל אדם. לדעתי, כך גם, ואולי אף בגדר קל וחומר, על אזרח כלפי עובד הציבור.

החובה הכללית של התנהגות ראויה, כמו החובה הכללית של תום לב, אינה מתיימרת לתאר מצב קיים. אכן, בפועל, במקרים רבים אין תום לב ביחסים בין אדם לאדם. אך אין בכך כדי לבטל את החובה. החובה היא נורמה משפטית. היא קיימת כנורמה במשפט גם כאשר היא מופרת במציאות. כך גם לגבי חובת ההגינות המוטלת על הרשות המינהלית כלפי האזרח. בפועל אפשר שהרשות המינהלית לא תנהג בהגינות כלפי האזרח. אף-על-פי כן, ואולי דווקא בשל כך, יש צורך בחובת ההגינות כנורמה משפטית. הנורמה משדרת מסר, מחנכת ומשמשת מכשיר להכרעה בסכסוכים. לצורך זה נדרשת נורמה של חובת התנהגות ראויה גם מצד האזרח כלפי המינהל הציבורי.

46. הנשיא ברק מתנגד להטלת חובה כללית של התנהגות ראויה מצד האזרח כלפי המינהל הציבורי, לא רק מפני שלדעתו אין לכך סיבה רעיונית, אלא גם מפני שהוא חושש מן התוצאה המעשית. וכך הוא אומר (בפיסקה 13):

"הבסיס הרעיוני קובע את דרכי התפתחותו של ההסדר. התיאוריה קובעת את הפרקטיקה. על פי השקפתי אין מקום להטיל על הפרט חובת הגינות כללית כלפי השלטון, שכן הטלתה של חובה כללית שכזו אינה עולה בקנה אחד עם תפיסתנו את הפרט בחברה... 'הגינות' הוא מושג העשוי, מתוכו הוא, להשפיע על יצירתן של חובות, שעל פי מהותן אינן עולות בקנה אחד עם חירותו של הפרט במדינה דמוקרטית".

אכן, יש חשיבות מעשית לתפיסה תיאורטית. אולם התרגום של התפיסה התיאורטית לכללי התנהגות מופקד בידי בית המשפט. כך לגבי התפיסה התיאורטית של חובת ההגינות המוטלת על המינהל הציבורי כלפי האזרח. תפיסה זאת שימשה את בית המשפט כדי לומר שחובות שונות המוטלות על המינהל הציבורי מזה זמן, כמו חובת השימוע וחובת הגילוי, נגזרות מחובת ההגינות. אך בית המשפט לא הטיל על המינהל הציבורי אף חובה נוספת רק משום שכך נובע מן התפיסה התיאורטית של חובת ההגינות. התהליך הפוך. רק לאחר שבית המשפט מגיע למסקנה כי שיקולים ענייניים מצדיקים הטלת חובה על המינהל הציבורי, הוא עשוי לקבוע כי החובה נגזרת מחובת ההגינות.

כך גם בכיוון הפוך. בפסק דין זה קובע בית המשפט כי בנסיבות מסויימות מוטלת על האזרח חובת גילוי כלפי המינהל הציבורי. בית המשפט קבע חובה זאת על יסוד איזון בין שיקולים של טובת הציבור לבין שיקולים של זכויות האדם. עכשיו, שבית המשפט קבע חובה זאת, אני מציע לקבוע כי היא נגזרת מחובת ההגינות. זהו התהליך הצפוי. זהו גם התהליך הראוי. חזקה על בית המשפט שאם יקבע כי מוטלת על האזרח חובת הגינות כללית כלפי המינהל הציבורי, לא יהיה בתפיסה תיאורטית זאת כדי להניע את בית המשפט להטיל על האזרח חובה מסויימת, אלא אם יגיע למסקנה כי שיקולים ענייניים מצדיקים הטלת חובה כזאת. וחזקה על בית המשפט כי לא יטיל על האזרח חובות נוספות אלא בתהליך זהיר ומבוקר, ביד קמוצה, כדי לקיים איזון ראוי ביחסים שבין האזרח לבין המינהל הציבורי.

47. ברור כי מערכת הכללים הנגזרים מחובת ההגינות של האזרח תהיה שונה ממערכת הכללים הנגזרים מחובת ההגינות של המינהל הציבורי. גם אם השם זהה, התוכן שונה. מבחינה זאת אין הבדל בין חובת ההגינות לבין חובת תום הלב. לדוגמה, חובת תום הלב המוטלת על שלוח כלפי שולח שונה מחובת תום הלב המוטלת על השולח כלפי השלוח. ראו לעיל פסקה 25.

אולם, במקרה שלפנינו, השאלה שבמחלוקת בין הנשיא ברק לביני אינה מתייחסת לתוכן של חובת ההגינות. אני סבור כי בשאלה זאת גם לא צפויה מחלוקת בינינו. במקרה שלפנינו אנחנו מסכימים כי יש להטיל על האזרח, בנסיבות מסויימות, חובת גילוי כלפי המינהל הציבורי. אני צופה שנסיים גם במקרים אחרים אם יש מקום, או אין מקום, להטיל על האזרח חובה נוספת, כזאת או אחרת. המחלוקת בינינו אינה מתייחסת לחובה זאת או אחרת, אלא לשאלה מקדמית, המבטאת תפיסה תיאורטית, אם יש מקום להטיל על האזרח חובה כללית של הגינות כלפי המינהל הציבורי, יהיה תוכן החובה אשר יהיה.

48. לדעתי, לא צפוי נזק, ואף לא סיכון, מעצם התפיסה התיאורטית של חובה כללית של הגינות המוטלת על האזרח כלפי המינהל הציבורי. להיפך, בתפיסה זאת טמונה תועלת, עיונית ומעשית, למשפט ולחברה. יש בה מסר ראוי. ההגינות היא מסר ראוי בכל הקשר אנושי. כך (בלבוש של תום לב) בהתייחסות של אדם אל אדם. כך גם (בלבוש של הגינות) בהתייחסות של עובד הציבור כלפי האזרח. ורק בהתייחסות של האזרח אל עובד הציבור אין מקום להגינות? אני, כאדם וכאזרח, מקבל על עצמי בהבנה וברצון חובה של הגינות גם כלפי עובדי הציבור.

שׁוֹפֵט

הנשיא א' ברק:

מסכים אני למסקנתו של חברי, השופט זמיר, כי דין העתירה להידחות. ביסוד מסקנה זו מונחת התפיסה כי העותרת הפרה את חובת הגילוי המוטלת עליה כלפי המשיבה מס' 1. גם חברי מכיר בחובת הגילוי המוטלת על העותרת. השוני בין עמדותינו הוא באשר למקורה של החובה. חברי רואה בחובת הגילוי חלק מחובת הגינות כללית המוטלת על הפרט כלפי השלטון. על כך אני חולק. אסביר בקצרה את עמדתי.

1. מקובל היום על הכל, כי השלטון חב חובת הגינות כלפי הפרט. חובה זו מוטלת על כל מי שבידו סמכות שלטונית. היא מוטלת כלפי כל פרט באשר הוא אדם. היא חלה לעניין כל פונקציה שלטונית (חקיקתית, ביצועית, שיפוטית). תחילה הוכרו חובות מיוחדות של השלטון כלפי הפרט, כגון החובה לשמוע את הצד שכנגד, החובה ליתן נימוקים, החובה לנהוג בסבירות וללא שרירות. לימים נתבקש ונמצא עקרון כללי, המונח ביסוד החובות המיוחדות. זהו עקרון ההגינות (ראה בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745). תחילה לא היה זה אלא עקרון אשר סיכם את החובות המיוחדות שהוכרו בלעדיו. לימים הוא הוכר כעקרון-על, אשר מתוכו נגזרות החובות השונות. התפיסה הינה כי לעקרון זה חיים משל עצמו. אין הוא אך סיכום החובות הספציפיות שהוכרו בעבר. מכוחו של עקרון כללי זה נוצרו במשך השנים חובות חדשות, שלא הוכרו בעבר. אכן, זוהי - בלשונו של השופט סימונד (Viscount Simonds) - "גאוניותה" של ההלכה הפסוקה (בפרשת 1, 7 All E.R. [1962] Scrutton Ltd. v. Midland Silicones), אשר מכירה בחובות מיוחדות הנתפסות במשך הזמן כביטוי לעקרון כללי, ממנו נגזרות חובות מיוחדות חדשות, הנתפסות כביטוי לעקרון כללי (ישן או חדש), ממנו נגזרות חובות מיוחדות חדשות, וחוזר חלילה. בענייננו, הוכרו תחילה חובות ספציפיות, כגון חובות שמיעה ומניעת ניגוד עניינים. לימים הוסק מהן עקרון כללי, לפיו ביחסים שבין השלטון לבין הפרט על השלטון לפעול בהגינות כלפי הפרט. הגינות זו היא דיונית ומהותית כאחד. ההגינות

הדיונית קובעת כי על השלטון לנקוט בהליך שהוא הוגן מבחינתו של הפרט. כך, למשל, על השלטון לשמוע את הפרט בטרם יכריע בעניינו, ונאסר עליו לעמוד בניגוד עניינים. ההגנות המהותית קובעת כי על השלטון לשקול שיקולים ראויים (כגון, החובה לפעול בסבירות, ללא הפליה ושרירות, שלא למטרות זרות). הקטיגוריות של ההגנות (הדיונית והמהותית) לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים (ראה בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 841).

2. מדוע מוטלת חובת הגינות כללית על השלטון כלפי הפרט? התשובה הינה, כי חובה זו נובעת מהתפיסה, שהרשות השלטונית אינה פועלת עבור עצמה אלא עבור הציבור. הרשות השלטונית נתפסת בשיטת המשפט שלנו כנאמן של הציבור, החב לציבור חובת הגינות. עמדתו על כך באחת הפרשות, בציני:

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות" (בג"ץ 840/79 הנ"ל, בעמ' 745).

אכן, גישתנו הינה כי השלטון הוא נאמנו של הכלל. עמדתנו הינה כי לשלטון אין משלו ולא כלום, וכל שיש לו, למען הציבור יש לו (ראה בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 78). עמד על כך השופט ח. כהן, בציני:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מרוח הוראות חקוקות (בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331).

נקודת המוצא העקרונית שלנו היא, איפוא, כי השלטון הוא נאמן; ונאמנות מחייבת הגינות, והגינות מחייבת התנהגות (דיונית ומהותית), שאינה מבוססת על אינטרס עצמי אלא על הצורך לקדם את טובת הכלל (ראה בג"ץ 1635/90 הנ"ל, בעמ' 841, וכן בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 258).

3. אך מדוע אנו רואים בשלטון נאמן של הכלל? התשובה הינה, כי משטר דמוקרטי מבוסס על הכרה בזכויות האדם של הפרט. זכויות אלה טבעיות הן לאדם באשר הוא אדם. זכויות אלה לא באו לו לאדם מהשלטון, והן קודמות לשלטון. תפקידו של השלטון הוא לקיים חברה אשר תכבד זכויות אדם. כמובן, החיים

המשותפים בחברה מחייבים לעתים לפגוע בזכויות האדם. לא ניתן להגן על זכויות האדם בלא לפגוע בזכויות האדם. משטר דמוקרטי אינו מתאפיין בכך שהוא אינו פוגע בזכויות האדם. זכויות האדם אינן מרשם לכליון לאומי. משטר דמוקרטי מתאפיין בכך כי הפגיעה בזכויות האדם נעשית לתכלית המקדמת זכויות אדם, והפגיעה אינה מעבר למידה הדרושה. משטר דמוקרטי מאפשר פגיעה בזכויות אדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. הזכות של הפרט והפגיעה בה יונקים ממקור משותף (ראה ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 433). בגדרה של גישה זו, תפקיד השלטון הוא לדאוג לציבור. לשלטון בתור שכזה, אין אינטרס "פרטי" משלו. השלטון קיים עבור הפרטים. השלטון אינו קיים עבור "עצמו". לאנשי השלטון אין אינטרס "עצמי" שיש להגן עליו. עליהם לפעול להגשמת אינטרס הכלל. אכן, קיים חשש רציני - חשש שההיסטוריה הוכיחה אותו לא פעם - כי אנשי השלטון יפתחו אינטרסים משל עצמם וישתמשו בעוצמה הרבה שהוענקה להם, שלא לטובת הכלל. דבר זה באה חובת הנאמנות למנוע. חובת הנאמנות באה להבטיח כי השלטון ידאג לציבור ולא לעצמו; חובת ההגיונות הכללית באה להבטיח כי הסמכות השלטונית תופעל באופן המשרת את הכלל ולא את השלטון.

4. טעמים אלה, המונחים ביסוד חובת ההגיונות הכללית, קובעים את תוכנה. חובת ההגיונות הכללית באה להבטיח כי השלטון לא יגשים "אינטרס עצמי משלו", אלא יגשים את אינטרס הכלל. חובת ההגיונות לא באה לקבוע "כללי משחק" בין "יריבים". היא באה לקבוע כללי התנהגות של "ידידים". אכן, בדומה לנאמן (trustee) בנאמנות הפרטית, גם השלטון חייב להחניק כל אינטרס "פרטי" או "עצמי". עליו להפעיל את כוחותיו למען הציבור והכלל. על כן צריך השלטון לפעול ביושר ובטוהר לב; עליו לקיים את כללי הצדק הטבעי; עליו לפעול מתוך הכרה בשיוויון בין בני האדם; עליו לקיים את הבטחותיו (ראה בג"ץ 135/75 סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, 676); עליו למסור מידע לציבור (בג"ץ 142/70 הנ"ל); עליו לשקול שיקולים ענייניים בלבד; עליו לפעול מתוך אתיקה ציבורית (ראה בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 365); עליו לפעול באופן שיאפשר לו להגשים את התפקיד הציבורי שהוטל עליו.

5. האם מוטלת חובת הגיונות כללית ביחסים בין פרטים, בינם לבין עצמם? התשובה על שאלה זו היא בשלילה. נקודת המוצא של המשפט הינה כי לאדם זכויות (במובן הרחב) כלפי זולתו. המשפט מכיר באינטרס העצמי של הפרט, ובכוחו להגן על אינטרס זה ולהגשימו. המשפט אינו דורש מהפרט להחניק את האינטרס העצמי ולהעדיף על פניו את האינטרס של הזולת (אשר גם הוא צריך היה להחניק כל אינטרס אישי משלו). המשפט אינו דורש מידת אלטרואיזם שכזו. המשפט מכיר באינטרס העצמי של הפרט וברצון להגשימו. כמובן, אסור לו לפרט להונות ולרמות. אך לא נדרש ממנו להתעלם מכל אינטרס אישי שלו ביחסיו עם זולתו. "מידת חסידות" מעין זו (כלשונו של השופט אלון בע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617, 635) לא הוכרה

במשפטנו. עם זאת, במשך השנים השתנתה התפיסה באשר ליחסים הראויים בין פרטים. התפתחה התפיסה כי אין זה ראוי, כי ביחסים בין פרטים ישרור העקרון של "יזהר הקונה"; אין זה ראוי לאפשר לכל פרט להגשים את רצונו שלו בלא להתחשב ברעהו, עימו הוא בא במגע. הורגש הצורך להעלות את רף ההתנהגות הראויה בין פרטים ביחסיהם ההדדיים. במשפט הפרטי התפתחה תפיסה של סולידריות חברתית ושל צדק חברתי אשר ביקשה להגשים את הציפיות הסבירות של הצדדים במשפט הפרטי (ראה מ. מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים 57 (1993)). אמת, לא נדרשה התנהגות אלטרואיסטית ("אדם לאדם - מלאך"). אך נדחתה ההשקפה כי מותר לו לפרט שלא להתחשב באינטרס של זולתו ("אדם לאדם - זאב"). נתקבלה התפיסה כי הפרטים צריכים להתנהג ביחסיהם ההדדיים בתום לב ("אדם לאדם - אדם"; ראה ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 543). הוכרה, איפוא, חובה כללית של התנהגות בתום לב במשא ומתן לקראת כריתת חוזה ובביצוע פעולות משפטיות במשפט הפרטי (סעיפים 12, 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג 1973-). הוכר האיסור על ניצול לרעה של זכות (ראה סעיף 14 לחוק המקרקעין, התשכ"ט 1969-). חובות אלה, עם כל חשיבותן, אינן מטילות חובה לאלטרואיזם. הן אינן מטילות על הפרט את החובה להתעלם מהאינטרס העצמי שלו. אם נפנה לחוזה, אין חובת תום הלב מחייבת צד לחוזה לוותר על העניין העצמי שיש לו בחוזה ובהגשמתו. חובת תום הלב מטילה על צד לחוזה את החובה להתחשב באינטרס המשותף שיש לו ולצד האחר בחוזה. חובת תום הלב מחייבת את בעלי החוזה לפעול להגשמתה של כוונתם המשותפת, תוך מסירות למטרה המשותפת שעמדה לנגד עיניהם, ותוך עקביות בהגשמת ציפיהם המשותפת (ראה בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834). הנה כי כן, ככלל, המשפט אינו מטיל, ביחסים בין פרטים, את חובת ההגינות המוטלת על השלטון ביחסיו עם הפרט. חובת תום הלב המוטלת על הפרטים ביחסיהם ההדדיים היא "קלה" יותר מחובת ההגינות המוטלת ביחסים בין השלטון לפרט (ראה בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860). תום הלב מניח, כנקודת מוצא, שהפרט דואג לאינטרס של עצמו. תום הלב מבקש להבטיח, כי דאגה זו תיעשה באופן ראוי ותוך התחשבות בציפיות המוצדקות של הצד השני. תום הלב אינו מבוסס על ההנחה כי כל צד חייב לדאוג לאינטרס של זולתו על חשבון האינטרסים של הבטחת עצמו. תום הלב מבוסס על ההנחה כי כל צד לחוזה דואג לאינטרס של עצמו, אך הוא מבקש להבטיח כי דאגה זו תעשה ביושר, תוך הבטחת המשימה המשותפת של הצדדים כיאה לחברה תרבותית (ראה ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 485). תום הלב קובע, איפוא, כללים של משחק הוגן בין "יריבים". לעומת זאת, חובת ההגינות קובעת כללים של משחק הוגן בין "ידידים". חובת ההגינות אינה משקיפה על השלטון והפרט כעל "יריבים". השלטון צריך לדאוג לכלל אליו משתייך הפרט. חובת ההגינות של השלטון - בדומה, במובן מסויים, לחובת ההגינות של שלוח כלפי שולח, דירקטור כלפי החברה, אפוטרופוס כלפי הנתון לפיקוחו - היא איפוא חובה "כבדה" יותר מחובת תום הלב.

6. האם מוטלת חובת הגינות כללית על הפרט ביחסיו עם השלטון? כדי להשיב על שאלה זו, עלינו לחזור ולעמוד על הטעמים המונחים ביסוד הטלת חובת הגינות כללית על השלטון כלפי הפרט. כפי שראינו, ביסוד הטלת חובת הגינות כללית על השלטון כלפי הפרט מונחת הגישה כי השלטון הוא הנאמן של הציבור. גישה זו מבוססת על תפיסה דמוקרטית, המעמידה את חירות הפרט כבסיס מרכזי במבנה החברתי. טעמים אלה אינם קיימים ביחסים שבין הפרט לשלטון. הפרט אינו נאמן של השלטון. הפרט לא בא לקדם את חירותו של השלטון. תפיסת האדם בדמוקרטיה מכירה בחירותו של הפרט כלפי השלטון ולא בחירותו של השלטון כלפי הפרט. לפרט מותר כל דבר שלא נאסר עליו כדין. לשלטון אסור כל דבר שלא הותר לו כדין (ראה ב. אקצין, תורת המשטר 128 (1963)). תפיסה דמוקרטית מכירה ברצון העצמי ובאינטרס העצמי של הפרט. תפיסה דמוקרטית אינה מכירה ברצון העצמי ובאינטרס העצמי של השלטון, שכן השלטון פועל עבור הציבור ועבור הכלל. לא ניתן לומר, במשטר דמוקרטי, כי לפרט אין משלו ולא כלום, וכל מה שיש לו, למען הכלל יש לו. דברים אלה נכונים ויפים הם לגבי השלטון. הנה כי כן, תפיסה ראויה של דמוקרטיה מובילה למסקנה כי אין מקום להטיל על הפרט חובת הגינות כללית כלפי השלטון. הטלתה של חובה כללית להגינות תביא לשינוי רדיקלי בתפיסת הדמוקרטיה ובמקומו של הפרט בה. חברי, השופט זמיר, מציין כי מקורה של חובת ההגינות הכללית הוא באמנה החברתית. דומה, שמאמנה חברתית זו אין להסיק את מסקנתו. תפיסת האמנה החברתית המקובלת עלינו היא זו הקובעת ממשל מוגבל שסמכותו היא לשרת את האדם, ולאפשר לו לקיים את זכויותו הטבעיות. מתפיסה זו מתבקשת חובת הגינות כללית של השלטון כלפי הפרט. לא נגזרת ממנה חובת הגינות כללית של הפרט כלפי השלטון.

7. מניתוח זה לא נובע כי הפרט אינו חב כלל בחובות כלפי השלטון. דמוקרטיה אינה רק זכויות אדם. דמוקרטיה היא גם חובות אדם - חובות כלפי הפרטים האחרים וחובות כלפי השלטון. אכן, דמוקרטיה מבוססת על חיים משותפים, ועל אינטרסים לאומיים. השלטון פועל למען הציבור. לשם כך יש להעניק לו זכויות (במובן הרחב) שאם לא כן לא יוכל להגשים את האינטרס הכולל. מתן זכויות לשלטון משמעותה הטלת חובות על הפרט כלפי השלטון. חובות אלה באות לאפשר לשלטון להגשים את היעדים המוטלים עליו במשטר הדמוקרטי. הן נגזרות מהחיים המשותפים ומהצורך לקדם את חירותו של כל פרט ופרט. הן מבוססות על תפיסה של מדינת רווחה מודרנית ועל סולידריות חברתית. הן נגזרות מתפיסה הרואה את הפרט כמי שמעוצב על ידי החברה, ולפיכך קיים באישיותו, בהכרח, "פן חברתי" ממנו נשאב הצורך הפנימי להתחשב בכלל. כמו כן הן נגזרות מדרישת החברה כלפי הפרט, בהיותו חלק מהחברה, לפעול למען הכלל. הן פרי האיזון בין צרכי הכלל לזכויות הפרט. אך זאת יש לזכור: חובות הפרט כלפי השלטון וחובת השלטון כלפי הפרט הן חובות שונות. מקורן הוא

שונה; היקפן הוא שונה. קיומה של חובת הגינות כללית של השלטון כלפי הפרט אינו גורר אחריו - לא כעניין שבהגיון ולא כעניין שבמדיניות - קיומה של חובת הגינות כללית של הפרט כלפי השלטון.

8. מהן חובותיו של הפרט כלפי השלטון, ובמה הן שונות מחובת ההגינות של השלטון כלפי הפרט? חובות הפרט הן חובות המבוססות על תפיסת האדם בחברה דמוקרטית ועל תפקיד השלטון במשטר דמוקרטי. נקודות המוצא שלהן הן חירות הפרט, מחד גיסא, ותפקיד השלטון, מאידך גיסא. בין שני קטבים אלה קיים מתח, שכן השלטון צריך לפעול לטובת הכלל, וטובת הכלל עשויה להתנגש עם זכות הפרט. מתח זה מוצא את פורקנו בחובות שונות ומגוונות המוטלות על הפרט כלפי השלטון. חובות אלה אינן מבוססות על חובה כללית המוטלת על כל פרט. חובה כללית כזו אינה ראויה. מטבע הדברים, שחובות הפרט כלפי השלטון הן פרי איזון בין ערכים מתנגשים. הן פשרה בין זכות האדם של הפרט לבין אינטרס הכלל של הציבור. באיזון זה, ככל שהפגיעה בזכות הפרט היא חזקה יותר והאינטרס הציבורי הוא חלש יותר, תהא חובת הפרט מתונה יותר. לעומת זאת, ככל שהפגיעה בזכות הפרט היא חלשה יותר והאינטרס הציבורי הוא חזק יותר, תהא חובת הפרט חמורה יותר. בתווך ניצבים המקרים הקשים, בהם הפגיעה בזכות הפרט היא חזקה והאינטרס הציבורי הוא חזק. במצבים אלה נקבעת נקודת האיזון - וממנה נגזרת חובת הפרט - על פי תפיסות אותה חברה באשר ליחסים הראויים בין פרט לכלל, בין אדם לציבור.

9. הנה כי כן, היחסים המורכבים בין פרט לשלטון אינם מבוססים על חובה כללית אחת של הפרט כלפי השלטון. חובות הפרט הן חובות ספורדיות, בעלות תכנים משתנים, כפי שמתבקש מתוך הנסיבות. אין חובה כללית של הפרט כלפי השלטון - מעבר לחובה לקיים את החוק - ובוודאי לא חובת הגינות כללית. חובותיו של הפרט הן "נקודתיות". בעניינים מסויימים חובות הפרט כלפי השלטון נופלות מחובות תום הלב של הפרט כלפי פרט אחר במשפט הפרטי, ומצטמצמות לחובה שלא להטעות. בעניינים אחרים חובות הפרט זהות בהיקפן לחובות תום הלב של הפרט כלפי רעהו הפרט. אכן, כדי לאפשר לשלטון לפעול במשפט הפרטי, מן הראוי הוא שפרט המתקשר עם השלטון יחוב באותן חובות של תום לב בהן הוא חב שעה שהוא מתקשר עם פרט אחר. אין זה ראוי להקל עם הפרט בהתקשרויותיו עם השלטון, שעה שהשלטון כורת חוזים ומבצע פעולות משפטיות לשם הגשמת תפקידיו. על כן חלות הוראות הסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי) על כל פעולה משפטית (ראה סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי)) המתבצעת על ידי פרט כלפי השלטון (ראה ג. שלו, חוזי רשות בישראל 59 (התשמ"ה)). בעניינים אחרים, חובות הפרט דומות בהיקפן לחובות ההגינות המוטלות על השלטון. לעתים חובות הפרט הן חמורות מאלה. אכן, לעתים צריך הפרט לתת את חייו בהגנה על מדינתו. אך זאת יש לזכור: חובות הפרט - בשונה מחובת ההגינות הכללית - הן נקודתיות במהותן ושונות באופיין. הן פרי של איזון הנערך בנקודות שונות בין החירות של הפרט לאינטרס הכלל. הן מבוססות על נסיבות המיוחדות של כל

מקרה ומקרה, תוך בדיקה אם נתקיימה בו חובה של הפרט כלפי השלטון, מהו מקורה ומהו היקפה. מטעמים אלה איני יכול להצטרף לעמדתו של חברי השופט זמיר, לפיה היחסים בין הרשות לפרט הם יחסים דו-סטריים, אשר בהם "כנגד חובת ההגנות של הרשות, נדרשת חובת הגינות של האזרח". סימטריה כזו אינה קיימת. חובות הרשות כלפי הפרט לחוד וחובות הפרט כלפי השלטון לחוד. הפילוסופיה המונחת ביסוד החובות שונה והיקפן שונה. אמת, היחסים בין השלטון לפרט הם דו-סטריים, אך אין הם הדדיים ואין הם שיוויוניים. בצדק מציין חברי, השופט זמיר, כי היחסים הראויים שבין הרשות המינהלית לאזרח הם "יחסים הדדיים של תן וקח" (פסקה 23). אבל ה"תן" וה"קח" אינם זהים באופיים. הפרט נותן חלק מחירותו ומקבל חיים משותפים המגינים על חירותו. צודק חברי בציינו, כי "האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום" (שם). אך מכאן לא נובע כי חובת הפרט וחובת הרשות זהות הן בתוכן. גם שולח אינו זכאי לנאמנותו של השלוח בלא שהשולח ימלא את חובותיו כלפיו. אך חובת השולח כלפי השלוח וחובת השלוח כלפי השולח שונות הן. השלוח חב נאמנות והגינות. השולח אינו חב בחובות אלה. חברי מציין, כי כנגד זכותו של האזרח כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות. אך מכאן לא נובע כי חובת הפרט כלפי הרשות זהה לחובת הרשות כלפי הפרט. כנגד זכותו של הפרט כלפי הרשות עומדת חובת הרשות כלפי הפרט. חובה זו כוללת בחובה את חובת ההגנות. כנגד זכות הרשות כלפי הפרט עומדת חובת הפרט. זכות הרשות אינה כללית ועל כן חובת הפרט אינה כללית (מעבר לחובה לקיים את החוק). זכות הרשות היא נקודתית, ומשתנה מעניין לעניין. חובת הפרט, הנגזרת ממנה אף היא נקודתית, והיא משתנה מעניין לעניין.

10. האם בנסיבות העניין שלפנינו מוטלת חובה על העותרת כלפי המשיבים 1 ו-2, ואם כן מה היקפה ומהם מקורותיה? תשובתי על שאלה זו הינה כי אכן מוטלת על העותרת חובת גילוי כלפי המשיבים 1 ו-2. עליה לגלות למשיבים אלה את דבר היחסים האזרחיים שבינה לבין המשיבה 3 (רשות הנמלים). חובה זו - המעוגנת בתקנות - כוללת לדעתי בחובה גם את החובה לגלות את דבר היחסים והקשרים שבין העותרת לבין רשות הנמלים. מידע זה רלבנטי לביצוע התפקיד השלטוני. אך טבעי הוא כי המכס יבקש להבטיח כי מי שניתנת לו הסמכות לאחסן טובין שטרם שולם עליהם מכס יוכל לעשות כן, בלא שחזקתו במקרקעין - ועימה החזקתו בטובין - תעמוד בסימן שאלה. בטחון בשמירה על טובין שלא שולם עליהם המכס מחייב יציבות בזכויות במקרקעין של השומר. על כן, מידע על היחסים האזרחיים בין העותרת למשיבה מס' 3 (רשות הנמלים) - לרבות מידע על קיומה של אי הסכמה ביניהם - הוא מהותי להחלטת המשיבים מס' 1 ו-2 (המכס). מקורה של חובת הגילוי בכוחו של השלטון להעניק רשיון לפרט (לעותרת). הענקת הרשיון צריכה להיעשות מטעמים ענייניים ועל בסיס תשתית עובדתית ראויה. אנו מעוניינים כי החלטת השלטון תהא ראויה, ותקדם את האינטרסים החברתיים שהצדיקו את הענקת הכוח לשלטון. לשם כך צריכה ההחלטה השלטונית להתבסס על תשתית עובדתית ראויה. מכאן חובתה של הרשות לאסוף את הנתונים העובדתיים, להעריכם כנדרש ולקבוע על

פיה - בגדרי הכללים בדבר הראיה המינהלית - את התשתית העובדתית הרלבנטית למתן ההחלטה השלטונית. הנטל מוטל על הרשות השלטונית לאסוף את הנתונים ולהעריכם. עם זאת, על הפרט לסייע לרשות השלטונית בגיבוש התשתית העובדתית, המשמשת בסיס להחלטה השלטונית אם להעניק לו רשיון אם לאו. הפגיעה בזכות הפרט, במצב דברים זה, היא מזערית. הקידום של אינטרס הכלל הוא ניכר. על כן ראוי הוא, באיזון הכולל, להטיל על פרט - המבקש רשיון או היתר מהשלטון - חובה לגלות נתונים עובדתיים שהם מהותיים לתשתית העובדתית עליה נסמך שיקול הדעת השלטוני. בוודאי כך במקום בו מצויים נתונים רלבנטיים בידיעתו האישית של הפרט המבקש רשיון מהשלטון ואינם מצויים בידיעת השלטון. במצבים אלה, בהם מבקש הפרט היתר או רשיון מהשלטון, ולשם הפעלת שיקול הדעת השלטוני נדרשת תשתית עובדתית המצויה בידיעת הפרט, מוטל הנטל על הפרט לחשוף נתון זה בפני השלטון, אלא אם קיים עניין חברתי אחר (כגון אינטרס ראוי להגנה בדבר פרטיות) באי חשיפתם. הבסיס לחובת הגילוי יכול להיות כפול: ראשית, ניתן לראות בו היבט מיוחד של עקרון תום הלב, החל בהיקש מהמשפט הפרטי. אם בגדרי משא ומתן לכרות חוזה - חוזה בין יריבים - מוטלת חובת גילוי, אך טבעי הוא כי בגדרי משא ומתן למתן רשיון מהשלטון - רשיון שנועד לטובת הכלל עליו נמנה הפרט - תוטל חובת גילוי. עם זאת, לא הרי תום הלב של פרט כלפי פרט כהרי תום הלב של הפרט כלפי השלטון. תום הלב בין פרטים מבוסס על תפיסה של ניגוד עניינים. הוא תום לב בין "יריבים". לעומתו, תום הלב של הפרט כלפי השלטון מבוסס על התפקיד השלטוני של הרשות, הפועלת למען הכלל, ובגדריו של זה גם למען הפרט המבקש ממנה רשיון. השוני בנתונים הבסיסיים מביא לשוני בתום הלב בשני המצבים, חרף המשותף להם בכל הנוגע לחובת הגילוי. שנית, ניתן לראות בו דין מינהלי מיוחד החל ביחסים שבין הפרט לשלטון, בלא כל קשר לעקרון תום הלב. כך או כך, חובת הגילוי אינה נגזרת מחובת הגינות כללית. זאת ועוד: אינה מוכרת חובת גילוי כללית של הפרט כלפי השלטון. חובת הגילוי היא תמיד פרי איזון בין זכות הפרט וצרכי הכלל. היא קיימת רק מקום בו האיזון בין הערכים מצדיק זאת. היא אינה קיימת תמיד. כך, למשל, לחשוד נתונה זכות השתיקה בגדרי ההליך הפלילי. הוא אינו חייב לגלות מידע הידוע לו, לשלטון, אם מידע זה עשוי להפיל. חובת הגילוי עליה אני עומד היא חובת גילוי מוגבלת בסוג העניינים בהם אנו עוסקים בעתירה זו. היא חלה באותם מצבים בהם קיים משטר של רישוי ופרט מבקש לקבל רשיון בגדרי משטר הרישוי. בנסיבות אלה מקובל עלי, כי הפרט יחוייב בגילויין של אותן עובדות הידועות לו ושהן רלבנטיות להפעלת שיקול הדעת השלטוני. כמובן, עשויה להתקיים חובת גילוי גם בתחומים נוספים. דבר זה ייבחן על ידנו בעיתו, תוך איזון בין הערכים המתנגשים. אכן, חובת הגילוי יכול שתתקיים בסוגיה פלונית ולא תתקיים בסוגיה אלמונית.

11. כמובן, עשויה להתפתח מגמה כללית של העלאת רף ההתנהגות הראויה של הפרט כלפי השלטון. ניתן לומר, כי כשם שהחברה הישראלית העלתה את הרמה המוסרית של התנהגות הפרט כלפי הפרט, בדרשה תום לב ביחסים אלה, כן ראוי הוא להעלות את הרמה המוסרית של התנהגות הפרט כלפי השלטון. ניתן לומר

שיש להימנע ממצב שבו יחסי הפרט עם השלטון הם יחסי תחרות, שבו הפרט רשאי לנצל כל טעות של השלטון לטובתו. עם זאת, יש לגלות זהירות רבה בפיתוחה של מגמה זו. בקיצוניותה היא עלולה להפוך את הקערה על פיה, ולהפוך את הפרט לנאמנו של השלטון. בכך ישלל אופיו הדמוקרטי של השלטון. כל מגמה של הגברת חובת ההתנהגות הראויה של הפרט כלפי השלטון צריכה להיבחן היטב על פי אמות המידה של הדמוקרטיה הישראלית. היא צריכה להיבדק במאזני השיקול שבין חירות הפרט ואינטרס הכלל.

12. ישאל השואל: במה שונה גישתי זו מגישתו של חברי השופט זמיר? הרי גם הוא מכיר בחובת הגילוי המוטלת על הפרט כלפי השלטון בנסיבות העניין שלפנינו? אכן, אין מחלוקת בינינו בעניין קיומה של חובת הגילוי המוטלת על הפרט בנסיבות העניין. המחלוקת היא על מקורה של חובה זו. עמדת חברי הינה, כי חובה זו נגזרה מחובת הגינות כללית המוטלת על הפרט כלפי השלטון. לדעתי, חובת הגינות כללית כזו אינה קיימת, שכן הפרט אינו נאמנו של השלטון. מקורה של חובת הגילוי בעניין שלפנינו הוא בתפיסה, לפיה הפעלה ראויה של סמכות שלטונית מחייבת גילוי נאות של הפרט לשלטון בדבר נתונים עובדתיים מהותיים עליהם סומכת ההחלטה השלטונית. אכן, בנסיבות העניין שלפנינו מצטלבות דרכינו. חובת ההגינות הכללית של חברי, מטילה חובה הזזה בהיקפה לזו המוטלת על פי גישתי במצב המיוחד הנדון בעתירה זו. הסכמה בגזרה מיוחדת אינה שקולה כנגד ההסכמה בחזית כולה. במצבים אחרים עשויות דרכינו להיפרד.

13. יטען הטוען: האין ההבדל בין עמדתו של חברי השופט זמיר לבין עמדתי, סמנטי גרידא? האם חובת הגילוי המוטלת לשיטתי אינה אלא חובת ההגינות של חברי? הרי גם חברי, השופט זמיר, סבור כי חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות עשויה להשתנות ממקרה למקרה, לפי הנסיבות. מדוע, איפוא, לא נאמץ את גישתו תוך שתמיד נוכל להבטיח כי חובת ההגינות הכללית, בעלת האופי הגמיש, תביא לפתרונות הזהים לאלה המתקבלים על פי גישתי? תשובתי היא בשלילה, וזאת משלושה טעמים: ראשית, הבסיס העיוני של ההסדר המשפטי חשוב לקביעת תוכנו וגבולותיו. הבסיס העיוני קובע את דרכי התפתחותו של ההסדר. התיאוריה קובעת את הפרקטיקה. על פי השקפתי אין מקום להטיל על הפרט חובת הגינות כללית כלפי השלטון, שכן הטלתה של חובה כללית שכזו אינה עולה בקנה אחד עם תפיסתנו את הפרט בחברה. חובת הפרט כלפי השלטון צריכה להיקבע נקודתית על פי הנסיבות המיוחדות של כל מקרה, תוך איזון בין הערכים המתנגשים. היקפה של החובה ותוכנה משתנה ממקרה למקרה, מבלי שעקרון ההגינות - הנגזר מעקרון הנאמנות - הוא הגורם המשותף לכל החובות כולן; שנית, למלים עוצמה משלהן. יש להן חיות משל עצמן. "הגינות" הוא מושג העשוי, מתוכו הוא, להשפיע על יצירתן של חובות, שעל פי מהותן אינן עולות בקנה אחד עם חירותו של הפרט במדינה דמוקרטית. קיים חשש, כי אם נעמוד בעתיד בפני הבעיה אם חובה פלונית מוטלת על הפרט כלפי השלטון, השאלה אשר תישאל תהיה אם חובה כזו מתבקשת מעקרון ההגינות. בו בתוכו יבקש המשפטן למצוא

את התשובה לשאלתו. חובת ההגינות היא שתקבע את נקודות ההתייחסות. לעומת זאת, לדעתי, השאלה שראוי יהיה לשאול היא שונה. השאלה היא אם באיזון הראוי בין חירות הפרט לבין צרכי הכלל, יש מקום להכיר בחובה זו. שתי שאלות אלה שונות הן, וראוי שלא להחליף ביניהם; שלישית, אין זה רצוי כלל כי נשתמש בדיבור "הגינות" - ובחובות הנגזרות על פיו - במובן כפול: פעם לתיאור חובות הנגזרות ממעמד הנאמנות המוטל על החייב ופעם לתיאור חובות הנגזרות בלא כל קשר למעמד הנאמנות. בצדק ציין השופט זמיר כי:

"הזהות בשם עלולה לטשטש את השוני. לכן, כדי להבליט את השוני ולשמור על המהות הנפרדת, ראוי להשתמש בשמות שונים" (פסקה 20).

על פי גישה זו עצמה, אין זה רצוי להשתמש במושג ההגינות לתיאור חובת השלטון כלפי הפרט ולחובת הפרט כלפי השלטון גם יחד. אלה הן חובות שמקורן שונה, היקפן שונה וכיוון התפתחותן שונה. הן עשויות להצטלב בעניינים מסויימים - כגון חובת הגילוי הנדונה בעתירה זו - אך אין בכך כדי להצדיק טשטוש השוני ביניהן.

14. יתמה התמה: האם "באמת" ניתן לומר כי הפרט אינו חב חובת הגינות כלפי השלטון? הראוי הוא להכיר בחירותו של אדם שלא להיות הגון כלפי השלטון? כמובן, אם הגינות משמעותה אך החובה שלא להונות ולא לרמות, בוודאי שהפרט חב חובת הגינות כלפי השלטון (וכלפי הפרטים האחרים). אך מושג ההגינות אינו אך היפוכה של התרמית. הגינות הוא מושג נורמטיבי. הוא מושג אובייקטיבי. הוא קובע רמת התנהגות. הוא "קוד" המפעיל חובות שונות של התנהגות ראויה. ביחסים שבין השלטון לפרט - הנגזרים ממעמד הנאמנות של השלטון - משקפת ההגינות רמה גבוהה ביותר של התנהגות ראויה. זו רמת התנהגות הנגזרת מהתפיסה שאין לשלטון אינטרס עצמי, וכל שיש לו הוא השאיפה להבטיח את טובת הכלל. חובה דומה (אך לא זהה) מוטלת במשפט הפרטי רק על אלה - כגון, הנאמן, השלוח, הדיירקטור, האפוסטרופוס - המצויים במעמד של נאמנות. על כן איננו גורסים כי פרט חב חובת הגינות (אובייקטיבית) לפרט אחר. ביחסים שבין הפרטים חלה חובת תום הלב (כאמור בחוק החוזים) ולא חובת ההגינות. מכאן תפיסתנו כי ביחסים שבין הפרט לשלטון אין תחולה לעקרון כללי של הגינות.

מטעמים אלה הצטרפתי למסקנתו של חברי, אך לא הצטרפתי להנמקתו.

השופט מ' חשין:

סמוך לאחר סיום ההליכים היסכמנו בינינו השלושה כי דין העתירה דחייה, וכך פסקנו בזמנו. ואולם מתחילה ידענו כי נזדמנו אל אותה חצר ממקומות שונים ובדרכים שונות. עתה הגיעה עת כי נצביע - כל אחד מאיתנו - על אותם מקומות, כי נתווה את דרכינו אל חצרנו המשותפת.

2. חוות-דעתם של חבריי מונחות לפני והן מאופק-אל-אופק. שוטחים הם לפנינו מחזה פנורמי רחב-יריעה על הגינות ועל תום-לב, על היחיד ועל השלטון, על יחסי היחידים ביניהם-לבין-עצמם ועל יחסי יחידים ושלטון, על יחידים ועל מי-שאינם-יחידים, על אמנה חברתית ועל אחווה. ואילו אני, על שני אלה ביקשתי לומר דברים: על חובת ההגינות שהיחיד חב כלפי השלטון, ועל מעמדה וסמכותה של רשות הציבור להכריע בסיכסוך בין יחידים. אפתח בראשון ואסיים באחרון.

חילוקי דעות בנושא ההגינות

3. שני חבריי, כל אחד מהם בדרכו, מציגים לפנינו שתי תיזות שונות זו-מזו, ובמובנים מסויימים אף מכות זו-את-זו ושורטות זו-בזו. חברי השופט זמיר מגביה-עוף אל-עבר עקרונות נעלים ונאצלים כהגינות ותום-לב - אליהם ואל מה שביניהם וסביבותם - ועקרונות אלה מבקש הוא לעשות עמוד-אש ועמוד-ענן לפני המחנה, להתוויית חובותיו של היחיד כלפי השלטון. לאמיתם של דברים מציב חברנו את ההגינות כתורן-מרכז עליו יתלה האוהל כולו. בשפתנו - שפתם של אנשי-המשפט - אומר הוא, כי ביחסים ההדדיים של היחיד והשלטון, חב היחיד - על דרך העיקרון - חובת הגינות כלפי השלטון. ומחובת ההגינות הכללית חוצב חברי חובות-מישנה, אלו חובות של יומיום, חובות המפורטות בהלכה ובספרים על המשפט המינהלי.

מנגד עומד חברי הנשיא, ומדליים שבידו שופך הוא צונגין על להבת ההגינות. שלא כחברי השופט זמיר, המפלס דרכו בין עקרונות-יסוד - בראשם הגינות - עקרונות מהם אומר הוא לגזור את חובותיו של הפרט כלפי השלטון, סובר חברי הנשיא כי חובותיו של הפרט כלפי השלטון הן "נקודתיות" ו"ספורדיות", וכי תוכנן משתנה מעניין לעניין. חובות היחיד כלפי השלטון נגזרות, לדעת חברי הנשיא, מאיזונים הנערכים בכל עניין ועניין בין הכוחות המושכים-לצדדים; ואילו ההגינות, באשר היא, אין היא יסוד-יוצר עיקרי - אם תרצה אין היא יסוד-בלעדיו-אין - בכינון של חובות אלו.

4. אשר לענייננו-שלנו, שני חבריי הם תמימי-דעים. ענייננו הוא במקרים בהם מבקש היחיד מן השלטון כי יותן רשיון בידו, והשאלה הנשאלת היא: מה חובה מוטלת על היחיד לחשוף לפני השלטון - מיוזמתו - מידע עובדתי רלוונטי לשיקול דעתו של השלטון? חברי השופט זמיר סובר כי חובת ההגנות שהיחיד חב בה כלפי השלטון, ניתן לחצוב ממנה חובת-מישנה לחשיפת אותו מידע. נדע מכאן, כי חובת היחיד לחשיפת מידע לפני השלטון אין היא אלא בת לחובת-האם הראשה, היא חובת ההגנות שהיחיד חב בה כלפי השלטון. חברי הנשיא מסכים אף-הוא להצבתה של חובת-גילוי זו; ובלשונו: "הפרט יחוייב בגילויין של אותן עובדות הידועות לו ושהן רלוונטיות להפעלת שיקול הדעת השלטוני". ובמקום אחר: "... על הפרט לסייע לרשות השלטונית בגיבוש התשתית העובדתית, המשמשת בסיס להחלטה השלטונית אם להעניק לו רשיון אם לאו". אשר למקורה של אותה החובה לחשוף מידע רלוונטי, כך שח לנו הנשיא ברק: "מקורה של חובת הגילוי בענין שלפנינו הוא בתפיסה, לפיה הפעלה ראויה של סמכות שלטונית מחייבת גילוי נאות של הפרט לשלטון בדבר נתונים עובדתיים מהותיים עליהם סומכת ההחלטה השלטונית".

5. הנה-כי-כן, בעוד אשר חברי השופט זמיר מעסיק עצמו בעיקר-יסוד האמורים לשלוט ביחסי היחיד והשלטון - קרי: בהגנות שהיחיד חייב בה, לדעתו, כלפי השלטון - סובר הנשיא ברק כי תהליך גילויין ויצירתן של חובות היחיד כלפי השלטון הינו כתהליך גילויין ויצירתן של שאר זכויות וחובות במשפט - לענייננו: במשפט המינהלי - בלא שחובת ההגנות, בתורת שכזו, משמשת בו יסוד-יוצר. אשר לענייננו-שלנו נאמר, כי הנשיא ברק מציב את רגליו על המישור המינהלי היומיומי: על חובותיו של היחיד כלפי השלטון בתחומיו האפורים של המשפט המינהלי, על חובתו של היחיד לספק לשלטון מידע שיאפשר לו (לשלטון) לשקול בדעתו כהלכה ולהכריע כפי שמצפים אנו ממנו כי יכריע. מכל מקום, דעתו של הנשיא ברק היא כי הפרט אינו נושא בכל חובת הגינות כללית כלפי השלטון.

6. לסיכום: חברי השופט זמיר מכניס את יסוד ההגנות כיסוד יוצר עיקרי בכינון חובותיו של היחיד כלפי השלטון. מנגד, חברי הנשיא ברק שולל תיזה זו של הגינות, שלדעתו נכונן את חובות היחיד כלפי השלטון בכל מערכת לעצמה, תוך שניתן את דעתנו לאינטרסים הראויים שלעניין ולמידת עוצמתם של אותם אינטרסים ("תהליך האיזונים").

7. המעיין מקרוב יידע ויבין כי חברי השופט זמיר מבקש להזריק יסוד-תוכני - קרא: יסוד של הגינות - לתהליך יצירת חובותיו של היחיד כלפי השלטון, שלדעתו ראוי הוא יסוד-תוכני זה כי ישפיע על יצירתן ועל קביעת תחום-התפרשותן של חובות אלו. חברי הנשיא ברק שולל קיומו של יסוד-תוכני זה באותו הקשר, ובדרכו

מחיל הוא על יצירתן של חובות הפרט כלפי השלטון את נוסחת-האיזון המקובלת עלינו בתחומי המשפט כולו (ולענייננו - בתחומי המשפט הציבורי).

לכאורה, רחוקים הם חבריי זה-מזה, ואך יד-המקרה היא שזימנה אותם אל אותו מקום והביאה את דרכיהם כי תצטליבנה זו-עם-זו. כשם שהלך על דרך המוליכה ממזרח למערב יכול שיפגוש הלך על דרך המוליכה מצפון לדרום, אך לאחר פגישה ייפטרו השניים איש-איש לדרכו, כן נפגשו חבריי לרקע-קט, לחצו יד לשלום והמשיכו, כל אחד מהם, בדרכו, זה למערב וזה לדרום. לכאורה כך הם פני הדברים. כשאני לעצמי, אינני משוכנע כי אלה הם אמנם פניהם. בחינה מקרוב תלמדנו, כך דומה עלי, כי ההבדל בין חבריי הוא, בעיקרו, הבדל בריטוריקה. כי לא היה זה הגורל העיוור שזימן אותם אל חצר אחת.

8. ראשית לכל נאמר, כי חבריי יוצרים, כל אחד מהם לעצמו, מודלים העשויים חומרים שונים והמשתייכים למיסדרים שונים. חברי השופט זמיר עניינו הוא במודל תוכני לקביעת יחסי היחיד והשלטון. רואה הוא בהגינות מעין אבן-ראשה ביחסי היחיד והשלטון, וסביב עיקר זה בונה הוא מודל ליצירתן של חובות היחיד כלפי השלטון. חברי הנשיא ברק אינו מסכים לקבוע את יסוד ההגינות כיסוד-יוצר עיקרי בקביעת חובותיו של היחיד כלפי השלטון. בה-בעת, וכמודל חלופי למודל התוכני, מציג הוא לפנינו מודל מיבני (סטרוקטורלי). ובלשונו: "חובת הפרט כלפי השלטון צריכה להיקבע נקודתית על-פי הנסיבות המיוחדות של כל מקרה, תוך איזון בין הערכים המתנגשים. היקפה של החובה ותוכנה משתנה ממקרה למקרה, מבלי שעקרון ההגינות - הנגזר מעקרון הנאמנות - הוא הגורם המשותף לכל החובות כולן" (בפיסקה 13 לחוות-דעתו). מתוך שחברי הנשיא אינו קובע את תוכן של חובות היחיד כלפי השלטון - הוא אומר אך לקבוע את הטכניקה לקביעתן של אותן זכויות - ממילא אין הוא שולל (להשקפתו) אפשרות כי שיקול ההגינות - ולו במובנו הרחב - ימסך לעיתים מזמנות בביליל השיקולים הקובעים ביצירתן של חובות היחיד כלפי השלטון. ואמנם, בפרשת עווד נ' השר לענייני דתות (בג"ץ 727/88, פ"ד מב(4) 487, 492), מוצאים אנו את הנשיא ברק מטיל על היחיד, בנסיבות מסויימות, "חובת תום לב והגינות" כלפי השלטון. ראו עוד להלן, פיסקה 28 ואילך. המרחק בין חבריי אינו כה רב, איפוא, כפי שעשוי להיראות במבט ראשון.

9. ועוד. חברי הנשיא ברק מתנגד לדוקטרינת ההגינות הכל-כוללת של חברי השופט זמיר. מתנגד הוא אף לשימוש במושג "הגינות" באשר-הוא. על כך אומר הוא, בין השאר, כי "למילים עוצמה משלהן. יש להן חיות משל עצמן. 'הגינות' הוא מושג העשוי, מתוכו הוא, להשפיע על יצירתן של חובות, שעל-פי מהותן אינן עולות בקנה אחד עם חירותו של הפרט במדינה דימוקרטית..." (בפיסקה 13 לפסק-הדין). בקוראי דברים אלה אמהר ואלחץ את ידו של חברי בחום ובעוז. גם אני סברתי בעבר - וסובר אני אף כיום - כי למילים יכול שיהיה כוח

מעין-מאגי, וראוי לנו כי נרחק מן המאגיה ככל-שנוכל. מטעם זה, בין שאר טעמים, התנגדתי בכל-תוקף לשימוש בביטוי "המהפיכה החוקתית" לתיאור מישקלם המצטבר של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל חוק-יסוד: חופש העיסוק. בפרשת בנק המזרחי (ע"א 6821/93, 1908/94, 3363/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221), אמרתי דברים אלה על צירוף התיבות "המהפיכה החוקתית" (בעמ' 567, פסקה 135):

"התווית 'מהפכה' קשה בעיניי. וכי אמירה כי נתחולל 'שינוי' במהלכה של שיטת המשפט - אין די בה? ואומר אני דברים אלה, משום שתוויות - כשהן לעצמן - יש בהן, לעתים, כדי להכות בסנוורים ולגרום למשאלות לב להגשים את עצמן. יתר-על-כן: גם אם אמרנו כי יש בהם בחוקי היסוד כדי לחולל שינויים חשובים מאוד בשיטת המשפט בישראל - ואכן כך נאמר - הנה המושג 'מהפכה חוקתית' יש בו הרבה אל מעבר למושג השינוי. יש בו לא אך כדי להלהיב יתר על הראוי, אלא שבהוסיפו כוח ואנרגיה לעברה האחד של המשוואה, גורע הוא בה בעת כוח ואנרגיה מעברה האחר, וד"ל. הכך ראוי לנו שנבנה חוקה?"

הנה-כי-כן, גם אני חושש שמא בהבל-פה ניצור יישות הנושאת את עצמה. ואולם, אם זה הוא חששו, הבה נאמר ונצהיר בקול-רם, כי בדברנו בחובת-ההגינות שהיחיד חב בה כלפי השלטון, אין בכוננתנו ליצור דוקטרינה דינמית, יוצרת ומפרה. כי כל רצוננו אינו אלא להצביע על הראוי והרצוי ביחסי-אנוש. אם כך נעשה, נדע אנו ויידעו הכל כי לא אמרנו אלא את המובן מאליו באשר להתנהגותו הראויה של היחיד. אלא שחברי השופט זמיר לא לכך מכוון הוא. כוונתו הינה ליצור עיקרון אמיתי, חי ומפרה. עם עיקרון זה - עימו ולא עם בן-דמותו - עלינו לשרות.

10. כללם של דברים: חברי השופט זמיר יצר עיקרון כללי של הגינות כעיקרון המחייב את הפרט כלפי השלטון. חברי הנשיא ברק מתנגד ליצירתו של עיקרון כללי זה, אך בה-בעת אין הוא שולל את קיומו בקביעת חובותיו של היחיד כלפי השלטון במערכות משפטיות אלו ואחרות.

על חובת ההגינות

11. חברי השופט זמיר תובע כי נטיל חובת הגינות כללית על היחיד כלפי השלטון. לדעתו נגזרת חובה זו מן האמנה החברתית שביסוד קיומה של המדינה, היא האמנה העושה את היחיד ואת השלטון שותפים לאותו מעשה יצירה: "האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום. כנגד זכותו כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות. זוהי תמצית האמנה החברתית

שבין האזרחים לבין עצמם ובין האזרחים לבין המינהל הציבורי. זהו גם שורש קיומה של המדינה" (בפיסקה 29 לחוות-הדעת).

מי הוא זה ואיזה הוא שלא יסכים לדברים נאצלים אלה של חברי? כיצד נוכל שלא להסכים להם? היחיד חב חובת הגינות לשלטון, כך קובע חברי. הנאמר לנו כי לא כך דין? הנאמר כי רשאי ומותר הוא היחיד שלא לנהוג בהגינות - או: לנהוג שלא בהגינות - כלפי השלטון? האלה דברים יצאו מבית-משפט? האלו נורמות התנהגות ראויות נקבע ביחסי היחיד לשלטון? אכן, דרישת ההגינות שובה את הלב ומצודדת את הנפש. ורק מי שלא יימשכו אל היִפּה יתקוממו נגד חובת ההגינות המוצעת לנו. לכאורה, איפוא, מצויים לנו במעין-מילכוד. כמו כפויים לנו להסכים לדברי חברי, שמא ניחשב פורצי-גדר ופורעי-סדר-ראוי. ובכל זאת אתקשה להסכים.

12. היחסים בין היחיד לבין השלטון והמינהל, מודדים לנו אותם על-פי מודל היחסים בין יחיד-החברה, ביניהם לבין עצמם. אשר ליחסיהם ההדדיים של יחיד-החברה, ניתן לבנות כמה מודלים של יחסי-אנוש. רמת התשתית, עיקר היסוד בה הוא מאמרו של הילל: "דעלך סני - לחברך לא תעביד" (מסכת שבת, דף לא, עמוד א'): כל ששנוא עליך לא תעשה לחברך. המשיך הילל ואמר: "זו כל התורה כולה, ואידך פירושה הוא - זיל גמור (לך למד)". אין זו, כמובן, הרמה הנמוכה ביותר שניתן להציב לחברה מתוקנת ולחינוכו הראוי של היחיד. אך לנו - לענייננו עתה - נספק עצמנו בה. זה המודל האחד. רמה גבוהה מזו יכולה שתימצא לנו בעיקר של "ואהבת לרעך כמוך" (ויקרא יט, יח), והוא המודל השני. רמה זו גבוהה מקודמתה, בין השאר, משום שאין היא אך מטילה איסורים על היחיד - חובות לא-תעשה - אלא מוסיפה היא ומטילה עליו חובות עשה. רמה גבוהה מזו - הוא המודל השלישי - תימצא בעיקר המורה אותנו: "הלא פרוס לרעב לחמך ועניים מרודים תביא בית, כי תראה ערום וכיסיתו ומבשרך לא תתעלם" (ישעיהו נח, ז). זו המעלה הנעלה של אהבת האדם והחסד. וכמאמרו הנפלא של מיכה הנביא - הנפלא שבכל הדורות - על יחסיהם של בני אדם, ביניהם לבין עצמם (מיכה ו, ח).

"הגיד לך אדם מה טוב
ומה ה' דורש ממך
כי אם
עשות משפט
ואהבת חסד
והצנע לכת עם אלוהיך"

"עשות משפט" הוא, בעיקרו, "דעלך סני" ומעט מ"ואהבת": רוב מיצוות לא תעשה ומיעוט מיצוות עשה. "אהבת חסד" היא המעלה הצרופה של אהבת האדם. אם תרצה: אהבת האהבה. ולא זה המקום לדבר על "הצנע".

13. המשפט ייעודו הוא, בעיקרו, להסדיר את יחסיהם של יחידים החברה, ביניהם לבין עצמם, ולדאוג לאירגונה של החברה בדרך ראויה. האדם הוא יצור מורכב להפליא. יחסי היחידים בחברה, ביניהם לבין עצמם, מורכבים אף-הם, ובמובנים מסויימים מורכבים הם אף ממורכבותו של היחיד. מתוך שלל היחסים בין היחידים גוזר המשפט קטע הנראה ראוי בעיניו להסדרה ולהגדרה בידי המשפט, ועל קטע זה מטיל הוא רשת של נרמות-משפט.

מתוך שלושה המודלים שהיצבנו נגד עינינו, מעניין המשפט עצמו, בעיקרו, במודל הראשון (המודל המינימלי של "לא תעשה"): לא תרצח, לא תגנוב, לא תענה ברעך עד שקר, ומכה אביו ואימו מות יומת (שמות כא, טו), ומקלל אביו ואימו מות יומת (שם, שם, יז). עמד על-כך הלורד אטקין (Lord Atkin) בפרשה הידועה של Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562, באומרו דברים אלה אשר הפכו קלאסיקה (שם, 580):

"The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour ; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be - persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question."

גם מן המודל השני נוטל המשפט, אך זו הפעם במשורה. כבד את אביך ואת אימך (מיצוות עשה הרחבה בתחום התפרשותה ממיצוות הלא-תעשה של לא תכה ולא תקלל), זכור את יום השבת לקדשו (מיצוות עשה בצד מיצוות לא-תעשה: לא תעשה כל מלאכה וכו'). המודל השלישי אמור לשמש למשפט, בעיקרו, השראה. אין זו אלא דוגמה לאמירה כי המשפט מבקש להשליט עצמו אך על מיקטע מסויים ביחסי-אנוש בעוד שמניח הוא לחלקים אחרים מיחסים אלה לחיות את חייהם לעצמם.

14. על רקע זה של שלושה מודלים חלופיים - או מצטברים בחלקים - הבה נבחן את חובת ההגינות שיחידים החברה יכולים שיחובו איש-לרעהו. בחינה קלה תלמדנו כי חובת ההגינות הינה חובה חוצה-גבולות. היא תימצא לנו בכל אחד משלושה המודלים, בכל אחד מהם על-פי דרכו וכנגזרת מעיקר-היסוד במישנתו. בְּדוֹק, חָשׁוּב וידעת. כך יימצא לנו, אולי להפתעתנו, כי מושג ה"הגינות" - ועימו מושג חובת ההגינות - הינו מעין "מושג-מיסגרת", מושג שתכניו משתנים על-פי המודלים הבונים אותו, על-פי העולם הסובב אותו, על-פי העולם בו הוא

חי. לא הרי "הגינות" במודל הראשון כהרי "הגינות" במודל השני ולא הרי "הגינות" במודל השני כהרי "הגינות" במודל השלישי. "הגינות" במודל השני, למשל, כוללת את ה"הגינות" במודל הראשון, אך לא להיפך.

15. ולענייננו-שלנו. באמור חברי השופט זמיר כי היחיד חב חובת הגינות לשלטון, לאיזו הגינות מכון הוא את דעתו? חברי אינו אומר לנו אלא זאת, שחובת הגינות זו יכולה שתשתנה מעניין לעניין, על-פי הנסיבות. ואולם מה היא תוכנה של אותה הגינות ומה תהיינה אותן נסיבות שתמלאנה את ההגינות בתוכן? לאיזה מיסוד תפקוד עצמה חובת ההגינות ואיזה מודל ישמש לנו? ואולי יהא זה מודל אחר משלושה אלא שמנינו? תשובה לשאלה זו לא נוכל לנוע בלעדיה, והרי בה עיקר. אמרנו, ונחזור: חובת ההגינות הינה חובה חוצה-גבולות - חיה ומתקיימת היא גם במשפט גם לבר-המשפט; למשל, במיסוד המוסר - ועל-כן שומה עלינו להגדיר את הדברים במדוייק: איזה מיקטע מאותה חובת הגינות כל-כוללת - הגינות במובנה הרחב - אומר המשפט לפרוש עליו חסות, ולהוסיף ולקבוע סנקציות משפטיות בצידה של הפרת החובה? איזה מיקטע של "הגינות" יאמץ המשפט לעצמו ואיזה מיקטע יותיר להסדר בידי מערכות אחרות של נורמות?

נדגים ממקום אחר: איסור חמור הוא המוטל על אדם שלא ילבין פני חברו ברבים. יש שראובן ילבין את פני שמעון ברבים והמשפט יבוא לעזרת שמעון על דרך הקניית זכות בדין איסור לשון הרע. מיקטע זה נטל המשפט ופרש חסותו עליו. ואולם יש שגד ילבין את פני זבולון ברבים, ואף-על-פי שמעשהו של גד חמור ממעשהו של ראובן, בכל-זאת לא יקנה זבולון זכות במשפט. על מעשיו של גד יכול שייאמר: "המלבין פני חברו ברבים אין לו חלק לעולם הבא" (בבא מציעא נט ע"א); כך - ולא עוד. הנה-כי-כן, גם ראובן גם גד חבו חובת הגינות לשמעון ולזבולון (כסידרם); גם ראובן וגם גד הפרו חובה שנשאו בה; ובכל זאת יישא ראובן בסנקציה משפטית ואילו גד לא יישא בכל סנקציה (בעולם הזה). השאלה שלענייננו היא: איזה מיקטע מחובת ההגינות הכל-כוללת אומר המשפט לעוטפו בסנקציה משפטית - על דרך יצירתה של חובת הגינות משפטית - ואיזה מיקטע מחובת ההגינות הכל-כוללת הותיר המשפט למערכות נורמות אחרות, למשל: למערכת החינוך, לתרבות השלטון, לדרכי-שיח בין בני-החברה וכיוצא באלה.

והיה כי אֶשְׁאֵל מחר לאמור: האם חייב הוא היחיד להיות הגון כלפי זולתו, כלפי השלטון? האם חב הוא היחיד חובת הגינות ליחיד החברה האחרים ולשלטון? תשובתי לשאלה תהיה, ובאורח חד-משמעי: אכן כן, היחיד חב חובת הגינות. ואולם לא זו השאלה המטרידה אותנו עתה. השאלה שלפנינו אין היא נסבה על חובת ההגינות על-דרך-הסתם. השאלה סבה את חובת ההגינות המשפטית שהיחיד חב לשלטון. על מהותה של חובה זו לא ידענו, לא על תוכנה ולא על דרכה.

16. כללם של דברים: האמירה כי היחיד חב חובת הגינות (משפטית) כלפי השלטון - כשהיא לעצמה - אינה אלא תווית-שעל-קנקן, מסגרת משפטית-מושגית פורמלית. כל עוד לא ידענו מה הן אמות-המידה ליצירתה של אותה "חובת נאמנות", מה משקה ניצוק אל-תוכו של קנקן, מה היא הנוסחה ליצירתו של המשקה, כמו לא אמרנו ולא-כלום. נדייק: מתוך שייצרנו אך תווית - תווית ולא תוכן - דומה שלא יהיה זה ראוי כי נדבר על קיומה של "חובת הגינות" כללית. שכן אפשר כי לאחר קביעתה של הנוסחה ליצירתה של החובה, יסתבר לנו שאין אנו מחזיקים בידינו אלא זנב-חובה או בדל-הגינות, כדי-כך שלא יהיה זה נכון וראוי לדבר על "חובת הגינות כללית". משכך הם פני הדברים, יהא זה אך מטעה אם קודם קביעת תחום פרישתה של החובה - קודם קביעת הקריטריונים להתווייתם של הגבולות - נדבר על קיומה. אני כופר איפוא - בכל עוז - בקיומה של חובת הגינות כללית של היחיד כלפי השלטון, כל-עוד לא יוסיפו וילמדוני מה היא אותה חובה, מה גדרים הוצבו לה, מה חומרים יעשו אותה.

על היחיד, על המדינה ועל חובת ההגינות של היחיד למדינה

17. מציעים לנו לקבוע כי היחיד חב חובת הגינות כללית לשלטון, וכי תוכנה של אותה חובה ייקבע מעת-לעת בהלכה ובניתוח מערכי-עובדה אלה ואחרים. לדעתו של חברי השופט זמיר, צומחת חובת הגינות זו מן האמנה החברתית שביסוד המדינה, אמנה הקובעת כי היחיד והרשות אינם יריבים זה-לזה אלא שותפים למעשה יצירה אחד. וככל שותפים-למעשה החבים איש לרעהו חובת הגינות כללית, כן יחובו המדינה ויחידיה חובת הגינות אהדדי. על חובת ההגינות הכללית של המדינה כלפי יחידיה ידענו זה-ממכר, ועתה מציע חברי כי נטיל חובת הגינות על היחיד כלפי השלטון.

18. סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, מורה אותנו כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". בפרשת רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס (ע"א 207/79, פ"ד לז(1) 533) נדרש בית-המשפט לפירושה של הוראת-חוק זו ולדרכי החלטה על מיכרזים פרטיים (קרי: מיכרזים שלא רשות הציבור הכריזה עליהם). השאלה שנשאלה היתה, מה חובת תום לב מוטלת על יחידים במשא-ומתן ביניהם לקראת כריתתו של חוזה, כיצד יפורש החוק, כיצד ייתחמו גבוליה של אותה חובה. בקיצור: על איזו מסילה נציב את יחסי היחידים ביניהם לבין עצמם, במשא-ומתן מסחרי שביניהם. בעקבות המשל שהמשיל הובס (Thomas Hobbes) קבע חברי השופט ברק כי יחסים אלה לא יהיו על דרך של "אדם לאדם - זאב": Homo Homini Lupus. בה-בעת לא נציב יחסים אלה על מסילה של "אדם לאדם - אלוה (או מלאך)": Deus (vel Angelus) Homo Homini. יחסי בני-אדם ביניהם לבין עצמם, כך הוסיף וקבע חברי, ינועו על פסים של "אדם לאדם - אדם": Homo Homini - Homo. נסכים, כמובן, לדברים; כיצד נוכל אחרת?

לא נסכים לקבוע נורמת התנהגות של אדם לאדם - זאב (קרי: אדם לאדם - זאב לכבש; נזכור כי הזאב, אין חבר טוב ממנו לאחיו הזאבים החיים יחדיו בחבורה אחת). בה-בעת לא יהא זה נכון וראוי לקבוע כי אדם לאדם - אלוה (או מלאך). קביעתה של רמת-התנהגות זו לא תהא ריאלית, ואין טעם לקבוע נורמה שאנשים לא ינהגו לפיה. רמת ההתנהגות המומלצת והראויה היא, איפוא, כי אדם לאדם - אדם.

קבענו, ולו על דרך השלילה, מה היא הנוסחה של חובת ההגינות בין אדם לאדם: אדם לאדם - אדם. ואולם נוסחה זו, כמוהו כנוסחת ההגינות, אין היא מציבה לפנינו אלא קנקן ריק ועליו תווית. עתה אמורים אנו ליצוק משקה אל תוכו של קנקן, שכן רק אז נדע תוכנה של הגינות. והשאלה על מכונה: מה נורמה נקבע ליחסי בני-אדם, ביניהם לבין עצמם? כיצד ראוי שינהג אדם כלפי אדם? מה רמת-התנהגות נדרוש מהם כי ינהגו איש כלפי רעהו? מה יהא תוכנו של אותו תום-לב הקבוע בחוק? חזרנו אל תחנת-המוצא ושוב שומה עלינו להמשיך ולגשש באפלה.

19. עד שנבוא ללוש בהגינות לגופה, הבה נדבר מעט על המשתתפים בחובת ההגינות, על היחיד מזה ועל השלטון מזה. חברי השופט זמיר חש אי-נוחות מסויימת בקביעתו כי היחיד יחוב חובת הגינות ל"שלטון". שלטון הוא לעולם שלטון, ומושג ה"שלטון" משמיע לנו גוף השליט עלינו והמורה אותנו מה נעשה ומה לא נעשה. הקביעה כי היחיד חב חובת הגינות ל"שלטון" צורמת איפוא באוזנו של חברי. אל תקרי שלטון, מציע הוא לנו, אלא רשות, רשות מינהלית, מדינה. כמו שינוי השם והחלפת התווית ישנו את התוכן. לא נתנגד, כמובן, לכנות את השלטון כרשות או כרשות מינהלית, ואולם נוסף ונדע - גם לאחר שינוי השם - כי בשלטון ענייננו, ביחסי היחיד והשלטון, בחובת הגינות שמבקשים מאיתנו כי נטיל על היחיד כלפי השלטון. דרך אגב: המושג "רשות" חמור הוא במובנים מסויימים ממושג השלטון. וכבר הורו אותנו חז"ל: "הוו זהירין ברשות, שאין מקרבין לו לאדם אלא לצורך עצמן; נראין כאוהבין בשעת הנאתן, ואין עומדין לו לאדם בשעת דחקו". אבות ב' ג'. ופירוש פנחס קהתי: "הוו זהירים ברשות - היו זהירים ביחסים שלכם עם השלטון, שלא תגלו לאנשיו יותר מדי מענייניכם, ולא תסמכו על הבטחותיהם...". וראו עוד, אבות א' י': "שמעיה אומר: אהוב את המלאכה ושנא את הרבנות ואל תתוודע לרשות...". האם דיברו חז"ל אך לימיהם-שלהם?

20. בַּאֲמֹר האומר כי אדם חב חובת הגינות לרעהו, יכולים אנו להסכים לאמירה ויכולים אנו שלא להסכים לה. בין כך ובין אחרת, מבינים אנו את הדובר אלינו. ואולם באמור האומר כי אדם חב חובת הגינות לרשות המינהלית, מתקשים אנו להבין את הדברים. ככל שמדברים אנו על איסור לעשות מעשים מסויימים, יכולים אנו להבין הטלתה של חובה על היחיד - בין כלפי יחידים אחרים בין כלפי רשות מינהלית. איסור המוטל על אדם, יהא מקורו אשר-יהא, כמו מרכז עצמו באדם שהאיסור תופש בו, ועל-כן יכול הוא להיתפש כחי לעצמו. שונה הוא

מושג ה"הגינות", שיש בו יותר מאשר איסור על מעשים מסויימים. "הגינות" משמיעה - ואמורה היא להשמיע - לא אך איסור על מעשה אלא חיוב עשייתו של מעשה, חיוב פוזיטיבי לעשייה כלפי הזולת. גם מושג ה"הגינות" גופו משמיע לנו יחסי בני-אדם, ביניהם לבין עצמם. יכול אדם שיהא הגון - או שלא יהא הגון - כלפי חברו, אדם אף הוא. בהקשר דברים זה, מה תוכן ניצוק באמירה כי היחיד חב חובת הגינות לרשות, והרי הרשות אינה כלל אדם? כיצד זה נטיל חובת הגינות על אדם כלפי מי שאינו כלל אדם?

21. רשות מינהלית - כל רשות מינהלית, וכמותה צירוף כל הרשויות כולן, קרי: המדינה עצמה - אינה אלא מושג, קונספט, יציר-מחשבתנו. יתר-על-כן: רשות מינהלית - וכמותה המדינה - אינה אלא כלי, מכשיר, אינסטרומנט, להשגת תכליות מסויימות, כמוה כהגה ביד המלח וכגרזן ביד הַחֶרֶשׁ. למדינה - בתורת שכזו - אין רוח חיים משל עצמה. נסכים כי לא יכולנו להתקיים אלא במיסגרתה של המדינה, ואולם אמירת-מציאות זו אין בכוחה לעשות את המדינה למה שאין היא. כך היא המדינה וכך היא הרשות המינהלית.

רשות מינהלית הממונה על נתינת רישיונות בתחום מסויים - למשל: רישיונות לבתי-עסק - נדמית היא למכונה, מאלו המכונות המספקות לנו קפה בחלב או בקבוקי משקה קר. בביטנה של המכונה יש מאגר של בקבוקי-שתיה ושל חומרים לעשיית קפה בחלב. כמותה של המכונה יש בביטנה של הרשות המינהלית רישיונות לבתי-עסק. לחץ על סידרת כפתורים - בזה-אחר-זה ובסדר מסויים - שלם את הנדרש ממך (אגרה), וקיבלת את שביקשת. לא לחצת על הכפתורים הנכונים, או שלחצת על כפתורים שלא כסידרם, לא תקבל את שביקשת: לא קפה בחלב, לא בקבוק משקה קר, לא רשיון לעסק. אכן, אפשר כי בזאת נבדלת רשות מוסמכת ממכונה, שלרשות מוסמכת מוקנה שיקול-דעת בעוד שקשה להקנות שיקול-דעת למכונה (האמנם?). ואולם כנגד זאת נזכור כי מכונה - להבדילה מרשות מוסמכת - לא תפעל לא בשרירות, לא בהפלייה ולא בהתנשאות. מכל מקום, כשם שנתקשה לצייר חובת הגינות כלפי מכונה, כן נתקשה לקבוע חובת הגינות כלפי "רשות" שאינה אלא מושג משפטי.

ושמא תאמר: ה"רשות", ה"שלטון", אין הם, אמנם, גופים שראוי לחוב כלפיהם חובת הגינות - שהרי אין הם אלא יצורים וירטואליים (אם כי יכולים הם להכאיב ליחיד) - ואולם מה באשר לעובדי-הרשות, והם בשר-ודם? מדוע לא נאמר כי כלפיהם יחוב היחיד חובת הגינות? התשובה לקושיה היא, שאותם עובדי-הרשות אין הם אלא שליחי הרשות (הקונספטואלית) ועושי דברה. אין להם אלא מה שיש לרשות, שהרי לא בשלהם עושים הם אלא בשל הרשות. ומשנתקשינו לקבוע כי היחיד יחוב חובת הגינות ל"רשות", לא נותר לזהות את עובדי-הרשות עם הרשות וכמו ליצור יש-מאין.

22. להסיר ספיקות נמהר ונוסיף, שחלילה לנו כי נזהה מדינה עם "מולדת" (עם "חברה", עם "עם", או עם "אומה"). מולדת היא מקום הולדתו של אדם: היא הארץ בה גדל ובה חונך, היא נוף ילדותו, היא החברה שבתוכה הוא חי. מולדת היא ביתנו, מולדת היא משפחתנו: "אהבת בית היא אֵם אהבת המולדת". אוהב המולדת הוא פטריוט. ו"מולדת" אינה "מדינה". מושג המולדת אינו בן-מישוש ועל-כן נדרשים אנו לסמלים: לדגל, לסמל. בעבר הלא-רחוק כינה איש-שררה אחד את דגל המדינה כמקל ועליו סמרטוט, ועל כך אמרתי אנוכי:

"...דגל ישראל אין הוא סך-הכל ביטוי של מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו. דגל ישראל הוא אני ואתה ואת, הוא והיא, הם והן, אנחנו וילדינו. וגם מי שהלכו ולא ישובו אלינו, ואנו כולנו, אין אנו סמרטוט." (בג"ץ 8507/96 אורין נ' מדינת ישראל, טרם פורסם; בפסקה 7 לחוות-הדעת).

המדינה היא כלי ומכשיר להשגת תכליות מסויימות. שלא כמותה היא משפחתי המורחבת, המולדת. רשיונות לעסק ניתנים בידי המדינה - לא בידי המולדת - ועל-כן ניזהר שמא נערב מין-בשאינו-מינו.

23. נחזור איפוא לעניינינו ונעיר - כהערת-פתיחה - כי מתקשים אנו, קונספטואלית, להכיר בחובת הגינות של היחיד כלפי הרשות המינהלית. ואולם אין זו אלא תחילת הדרך. ולאחר שדישדשנו ארוכות בפרוזדור, הגיעה עת כי נכניס עצמנו לטרקלין ונבחן את אשר סביבנו.

24. שלא כחברי השופט זמיר, אינני סבור כי יחסי היחיד והשלטון הם יחסי "ידידות", כמו היו השניים ידידים שחובת הגינות צומחת מאליה ביניהם. תחנת המוצא שלי לקראת המסע - המסע לגילוי חובותיו של היחיד כלפי השלטון - תלוי עליה שלט ועל השלט רשום באותיות גדולות "חופש". השקפתי באשר למעמדו של היחיד ביחסו עם רשויות השלטון והמינהל היא זו, שהיחיד רשאי זכאי לעשות כל דבר (או לחדול מכל מעשה) אלא אם נאסר עליו לעשות (או לחדול), אלא אם הוטלה עליו חובה שבדין לעשות (או לחדול). עיקרן של החובות המוטלות על היחיד במשפט הן חובות לא תעשה - לא תרצח, לא תגנוב - והיא הרמה המינימלית לקיומה של חברה מתוקנת. יש שהיחיד חב בחובות משפטיות של "עשה", ואולם חובות אלו קובע אותן החוק מפורשות, והן מעטות: למשל: חובת שירות בצבא; חובת תשלום מיסים; חובת הורים לילדיהם לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 - ולפי חוק לימוד חובה, תש"ט-1949; החובה המוטלת על אנשים מסויימים כלפי חוסים; החובה למנוע מעשה פשע (סעיף 262 לחוק העונשין, תשל"ז-1977), ועוד.

מעבר לאותן חובות מפורשות של לא-תעשה ושל עשה, אין היחיד חב כל חובה משפטית לשלטון, ולדעתי אין זה ראוי כי נחוב אותו בחובות נוספות. עומדת לו ליחיד זכותו לעשות כחפצו, והרי בשלו הוא עושה.

וזכותו זו של היחיד, זכות מן המעלה הנעלה ביותר היא: זכות החופש וההיתר שמעלתה מעלת-חוק היא (א) מעלת חוק-יסוד). ראו והשוו: בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485. היחיד נולד בן-חורין במשפט, בן-חורין הוא במשפט כל ימי-חיו, והכל עד אם ייקבע כי חייב הוא בחובה כלשהי. המונע עצמו ממעשים אסורים והמקיים מיצוות עשה שהוטלו עליו במפורש, יצא ידי חובתו במשפט. אין הוא חב דבר, לא לאדם ולא לשלטון. הוא אינו חסיד. הוא אינו צדיק. הוא עושה את שנדרש ממנו. הוא אזרח מן-השורה.

זו, לטעמי, תחנת-המוצא הדימוקרטית-הליברלית, וכשאי לעצמי סבורני כי ראוי לנו לאמצה ולטפחה. מעשי-התנדבות, אלטרואיזם, ועזרה "למך ולזקן", חברה בריאה וראויה לא תקום בלעדיהם, ואולם אלה - בעיקרם - חיים הם מחוץ למסגרת המשפט. יש, אמנם, שהמשפט יאמץ לו חובה שניתן לאפיינה כחובה אלטרואיסטית. למשל: החובה להגיש עזרה לנפגע בתאונת דרכים וחובות הנלוות לה (סעיף 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] ותקנות 144 ו-146 לתקנות התעבורה; התשכ"א-1961); החובה להצלת חיים בים (סעיף 39 לחוק הספנות (ימאים), התשל"ג-1973); החובה להגיש עזרה לעובד הציבור בנסיבות מסויימות (סעיף 491 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). ראו עוד: ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, 29 ואילך; אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז-1987), 463-464. ואולם אלה הם החרוגים לכלל.

25. כך הוא במשפט על דרך הכלל, וכך הוא, לדעתי, ביחסי היחיד והשלטון. על דרך העיקרון, אינני נכון להכיר בחובתו של היחיד כלפי השלטון, בין שנכנה חובה זו חובת הגינות בין אחרת, אלא אם נקבעה חובה זו במפורש או מכללא-מחוייבת-הדין. לאחר היות חוקי-היסוד, ובהיקבע חובה בחוק, אמורה היא אותה חובה להתאים עצמה גם למיגבלות הקבועות בחוקי-היסוד. דא - ותו לא. יסלח לי חברי השופט זמיר, אך נתקשיתי להשתחרר מהתרשמות כי בחוות-דעתו מצייר הוא לנו מדינת-אוטופיה של הגינות, מדינה בה נושמים הרוב הגינות, מדינה בה מקדים אדם לדרוש בשלום רעהו, מדינה בה שוחרים הרוב את טובתם של הכל, כל העת. מה נעשה ואין אנו חיים במדינת אוטופיה מעין-זו. ומשכך, אין זה ראוי, לדעתי, כי נטיל על היחיד חובת הגינות כלפי השלטון, חובה שמדינת-אוטופיה - אפשר - מטילה על יחידה.

יתר-על-כן: היחיד והשלטון אין הם שווי-זכויות, אין הם שווי-כוחות ואין הם שווי-מעמד. הם גם אינם ידידים זה לזה. השלטון מחזיק בידו רוב כוח, רוב עוצמה ורוב עושר, עד שהיחיד - יהיו כוחו, עוצמתו ועושרו רבים ככל שיהיו - לא ישווה לו ולא ידמה לו. אכן, לשלטון אין לו משלו ולא כלום; כל אשר מחזיק הוא בו, בנאמנות הוא מחזיק - לטובתו של היחיד ולרווחתו. ואולם, האמירה הנורמטיבית-המשפטית כי זה מעמדו של השלטון כלפי היחיד, אין בה כדי לחסר כהוא-זה מן התופעה שאנו עדים לה יום-יום, שעה-שעה, שהיחיד עומד בתור לפני דלפק-השלטון, והתור משתרך ומתפתל עוד ועוד. יש המכנים תופעה זו "בירוקרטיה" ויש המכנים

אותה אחרת. יהא כינוייה של התופעה אשר יהא, התופעה ידועה ומוכרת לכולנו, ולא לטוב. מטעם זה אף נחלצו בתי-המשפט בעבר לעזרו של היחיד בעומדו מול אותה מכונת-ענק - נחלצו בעבר, ממשיכים הם להיחלץ כיום וימשיכו להיחלץ בעתיד. מטעם זה אף קבעו בתי-המשפט את עקרון הנאמנות שהשלטון חב ליחיד. מאותו טעם קבעה ההלכה את חובת ההגינות שהשלטון חב ליחיד. עקרון וחובה אלה מקורם בסמכותה היתירה של הרשות, בכוחה-היתר, ביכולתה למנוע מן היחיד טובה שלולא נאסרה עליו יכול היה ליהנות ממנה.

חובת ההגינות שהשלטון חב בה כלפי יחיד החברה נגזרת מהכוח היתר שהשלטון מחזיק בו, מעוצמתו של השלטון כ-רבה. חובת ההגינות נועדה לשמש - בצידם של אמצעים אחרים - בלם לכוח ורסן לעוצמה. הניתן לומר דברים אלה על היחיד כלפי השלטון? הנה הוא גוליוור בארץ הענקים: הענקים מסבים לסעודה וגוליוור עומד על שולחן-האוכל מלוא-קומתו הזעירה וכל עצמותיו רוחפות מיראה. כמילחיה היה בעיניהם, כזנב-גזר. נשיפת פה מצויה וגוליוור היה-כלא-היה. יכולני להבין "חובת הגינות" כי נטיל על הענקים כלפי גוליוור. אתקשה להבין חובת הגינות - חובה-שכנגד - כי נאמר להטיל על גוליוור. חובות - בהן חובת ההגינות - נועדו לרסן כוח, עוצמה, עושר. ומה כוחו של היחיד ביחס לשלטון?

26. טול רשיון-עסק שהיחיד נדרש לו כדי לקיים ולנהל עסק. בראשית היה היחיד רשאי ומותר לעסוק בכל עסק או משלח יד לפרנס את עצמו ואת בני-משפחתו. הבל רעה את צאנו ולא נדרש לרשיון רעיה; קין עבד את האדמה ולא נדרש לרשיון חרישה ונטיעה; ותובל-קין לָטַש נחושת וברזל (בראשית ד כב) ורשיון עיסוק לא היה בידו. זכותם הטבעית היתה זו, והרי "לכל אדם קנוייה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במישלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במישלח-יד אינה אסורה מטעם החוק" (השופט ש' ז' חשין בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82). משבא המחוקק ואסר על עיסוקים אלה ואחרים אלא אם נתקיימו תנאים מוקדמים מסויימים - איסורו איסור, ושומה עלינו לקיימו כרוחו וכלשונו. ואולם אותו איסור ואותו היתר-מאיסור הם היוצרים את חובתו של השלטון כלפי היחיד, את חובת ההגינות ושאר חובות כדמותה וכצלמה. חיובו של היחיד לצייד עצמו ברשיון לעיסוק פלוני, ובצידו יכולתו של השלטון לספק ליחיד אותו רשיון, הם-הם היוצרים את חובת ההגינות שהשלטון חב בה ליחיד. ככל שחיפשתי ונברתי לא מצאתי מהיכן נחצוב חובת הגינות כללית של היחיד כלפי השלטון. העיקרון הוא עקרון-החופש של היחיד, ועיקרון זה - כשהוא לעצמו - אינו מוליד חובת-הגינות.

27. דבר אחרון באשר לחובת ההגינות, חובה בה אין אני נכון להכיר. מתוך שחובת ההגינות המוצעת לנו חובה היא, הפרתה של החובה אמורה לייצר פעילות-נגד של המשפט, סנקציה שתופעל נגד המפר אך באשר

הפר חובה שהוטלה עליו. ומתוך שחובתו של היחיד היא כלפי השלטון, פירוש הדבר הוא שהשלטון יהא רשאי לנקוט בסנקציה כלפי היחיד אך באשר זה האחרון הפר את חובתו. כמו מוצע לנו לצייד את השלטון בסמכות של מעין-ענישה כלפי היחיד שהפר את חובת ההגיונות כלפי השלטון. למשל: על דרך השעייתו או ביטולו של רשיון.

והנה, לבד מקשיים אחרים שמיבנה משפטי זה יעמיד על דרכו - קשיים המוכּנים בעקרון החוקיות ובעקרון הפרדת הרשויות - נבוא על דרך זה להתנגשות בדוקטרינה שנתקבלה זה-מכבר בהלכה. הדוקטרינה היא, שרשות מוסמכת אסורה להביא במניין שיקוליה שיקול שעניינו אי-נקיון כפיו של היחיד. כך, למשל, בבג"ץ 192/61 שם-טוב קלו נ' עירית בת-ים, פ"ד טו 1856, פתח העותר אטליז בלא שקיבל עליו רשיון. משביקש רשיון, נענה מן העיריה כי בקשתו לא תידון הואיל ו"פתח את האיטליז ללא רשיון ועשה דין לעצמו". על דברים אלה הגיב בית-המשפט באומרו כי השיקול של אי-נקיון כפיים שיקול הוא לבית-המשפט לענות בו - לבית-המשפט אך לא לרשות המינהל. ובלשונו:

"... לא דין העיריה כדין בית-משפט זה. מתן סעד בבית-משפט זה מסור לפי סעיף 7 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, לשיקול-דעתו של בית-המשפט, ואילו העיריה חייבת לדון בבקשת רשיון שהוגשה אליה, ולהחליט בגופו של ענין, תהא התנהגות המבקש אשר תהא. החלטתה של ועדת הרשיונות של העיריה שלא תדון בבקשת המבקש, הואיל והוא פתח את החנות ללא רשיון היא למורת רוחי, ומה גם שהמבקש כבר הובא בפלילים בשל המעשה והורשע בעבירה על הפקודה הנ"ל. רשות מקומית חייבת לשמש דוגמה לאזרחיה בשמירה קפדנית על החוק, שאם לא תעשה כן ילמד האזרח היתר לנהוג כמוה. החלטת ועדת הרשיונות מיום 25.6.61 התנכרה לחובה זו..." (בעמוד 1858, מפי השופט זוסמן)

ראו עוד: בג"ץ 328/60 ג'מאל נג'יב מוסא נ' שר הפנים, פ"ד טז 69, 79 (אף הוא מפי השופט זוסמן).

המרחק בין מעשה (או מחדל) העולה כדי אי-נקיון-כפיים לבין הפרתה של חובת ההגיונות - אם תרצה: המרחק בין נקיון כפיים לבין קיומה של חובת ההגיונות - הינו קצר ביותר. לא יקשה עלינו למצוא, כי הפרתה של חובת ההגיונות יכולה למצוא את מקומה בגדרי הדוקטרינה של אי-נקיון-כפיים. פירוש הדברים הוא, שהכרה בחובת ההגיונות כמוצע לנו תכרסם עמוקות בדוקטרינה שנתקבלה זה מכבר בהלכה ואשר לפיה אין לה לרשות להביא במניין שיקוליה את אי-נקיון כפיו של המבקש. זאת נעשה, בלא שנתנו לדוקטרינה של שם טוב קלו להתגונן על נפשה ולהצדיק את המשך קיומה. ואם נעמיק מעט, נגלה כי דוקטרינה קלו נותנת ביטוי ראוי וברור לעקרון הפרדת הרשויות ולעקרון החוקיות אף-הוא. האמנם נכון יהיה כי נותר על ביטוי זה לעקרונות-תשתית של שיטת המשפט?

חובת ההגנות של היחיד לשלטון כנגזרת מסמכותה של הרשות

28. חברי הנשיא ברק אינו מסכים לחברי השופט זמיר באשר להטלתה של חובת הגנות כללית על היחיד כלפי השלטון. לדעתו, אין מקור משפטי ראוי ממנו נוכל לשאוב קיומה של חובת הגנות זו, וממילא לא תמצא אותה חובה את מקומה במשפט ישראל. עד כאן נוסעים אנו - חברי הנשיא ואנוכי - באותה כרכרה, איש ליד רעהו. ואולם משהגיענו לכאן, תיפרדנה דרכינו, הוא יסע בכרכרה-משלו ואני אסע בכרכרה-משלי.

29. לדעתו של חברי הנשיא, אין היחיד חב לשלטון חובת הגנות כללית, ואולם יש ובמלאכת-האיזונים של זכויות-חובות בין היחיד לבין השלטון יחוב היחיד לשלטון חובות מסויימות. לעניינינו-שלנו, כך אומר חברי הנשיא - קרי: במערכת בה מבקש היחיד מאת השלטון רשיון כלשהו - מוטלת על היחיד חובה כלפי השלטון. ומהי אותה חובה? החובה היא להביא לידיעת הרשות עובדות הנדרשות לה, לרשות, להפעלה ראויה ונאותה של סמכותה על-פי חוק. החלטת השלטון, כך אומר חברי, "צריכה... להתבסס על תשתית עובדתית ראויה. מכאן חובתה של הרשות לאסוף את הנתונים העובדתיים, להעריכם כנדרש, ולקבוע... את התשתית העובדתית הרלבנטית למתן ההחלטה השלטונית." מכאן תילמד חובתו של היחיד, היא החובה "לסייע לרשות השלטונית בגיבוש התשתית העובדתית, המשמשת בסיס להחלטה השלטונית אם להעניק לו רשיון אם לאו". אשר-על-כן, יחיד המבקש רשיון או היתר מן השלטון "חובה [מוטלת] עליו לגלות נתונים עובדתיים שהם מהותיים לתשתית העובדתית עליה נסמך שיקול הדעת השלטוני". ובניסוח מעט אחר: "במצבים אלה, בהם מבקש הפרט היתר או רשיון מהשלטון, ולשם הפעלת שיקול הדעת השלטוני נדרשת תשתית עובדתית המצויה בידיעת הפרט, מוטל הנטל על הפרט לחשוף נתון זה בפני השלטון...". ושוב: "חובת הגילוי עליה אני עומד... חלה באותם מצבים בהם קיים משטר של רישוי ופרט המבקש לקבל רשיון בגידרי משטר הרישוי. בנסיבות אלה מקובל עלי, כי הפרט יחוייב בגילויין של אותן עובדות הידועות לו ושהן רלבנטיות להפעלת שיקול הדעת השלטוני".

נמצא לנו, איפוא, כי תחת החובה הכל-כוללת שחברי השופט זמיר אומר להטיל על היחיד כלפי השלטון - היא חובת ההגנות הכללית - מבקש חברי הנשיא ברק להטיל על היחיד - במערכת בה מבקש הוא רשיון מן השלטון - חובת גילויין "של אותן עובדות הידועות לו ושהן רלבנטיות להפעלת שיקול הדעת השלטוני". תחת החובה שקובע חברי השופט זמיר - חובה שניחוח של מוסר חברתי עולה ממנה - מספק עצמו חברי הנשיא בחובה מן-המניין המשייכת עצמה למשפט המינהלי של היומיום. חובה מן-המניין - ובכל-זאת חובה היא.

30. על כל אלה אומר ואוסיף מפינתי-שלי: כשם שנתקשיתי לקבל עלי עול חובת הגנות כללית של היחיד כלפי השלטון, כן מתקשה אני לתת ראשי בסד חובת הגילוי הנאות של עובדות הרלוונטיות להפעלת שיקול

הדעת. אם דעתי תישמע, כי אז לא יחוב היחיד לשלטון לא חובת הגינות כללית ולא חובת גילוי של עובדות רלוונטיות. אכן, לא נאמר כי היחיד פטור מעולן של כל חובות שהן כלפי השלטון. ואולם חובותיו של היחיד כלפי השלטון הינן, לדעתי, מצומצמות בהרבה מאלו שחבריי - כל אחד מהם בדרכו - מבקשים להטיל עליו. אלא שעל חובות אלו נעמוד בהמשך דברינו. לעת הזו ננסה להסביר, מדוע מתקשים אנו לצרף דעתנו לדעתו של הנשיא ברק לעניין חובת גילויין של העובדות הרלוונטיות להפעלת שיקול הדעת.

31. קראנו את השלט התלוי בתחנת המוצא למסענו, ונזכור שהמושג "חופש" חרות עליו. פירוש ה"חופש" הוא, שהיחיד אינו חב כל חובה שהיא לשלטון אלא אם הוראת-דין כלשהי - לרבות הוראת-הלכה - מחייבת אותו בדבר, בין חובת-עשה בין חובת-לא-תעשה. הקודקס הפלילי, למשל, מלא וגדוש חובות לא-תעשה, אלו חובות לא-תעשה המוטלות מפורשות בדין (יהא ניסוחן אשר יהא), והן חובות המינימום העושות חברה אנושית. חובות אלו יש בהן כדי להגביל את חופשו של היחיד, אותו חופש שבו החילוננו את מסענו. בצד חובות הלא-תעשה שוכנות חובות עשה שהדין מטיל על היחיד. דוגמה לחובות עשה הן, למשל, חובת השירות בצבא והחובה לשלם מיסים. דוגמה נוספת תמצא בחובות של הורים לילדיהם ובחובות המוטלות על יחידים מסויימים כלפי חסויים ויחידים חסרי-אונים. למותר לומר - והכל יודעים זאת - כי חובות עשה מעטות הן במספרן ממספרן של חובות הלא-תעשה. ולא בכדי כך. ניתן דעתנו לדבר, שחובות הלא-תעשה מכבידות על היחיד - על דרך העיקרון - פחות מחובות העשה, קרי: חובות הלא-תעשה פולשות אל תחום חופשו של היחיד פחות מאשר חובות עשה. לשון אחר: ברוח הדימוקרטיה הליברלית וזכויות הפרט - אך גם אחרת - קל יותר להטיל על היחיד חובות לא-תעשה מאשר חובות עשה. נדע מכאן, שעד אשר נבוא להטיל על היחיד חובת עשה, שומה עלינו לשקול ולחזור ולשקול בדעתנו שמא הרחקנו-לכת בהחלטתנו, שמא חרגנו אל-מעבר לראוי ולמותר על-פי השקפות-היסוד המקובלות על חברתנו.

ומדוע אמרנו כל דברים אלה כולם, אלא משום שחברי הנשיא ברק מבקש להטיל חובת עשה על המבקש רשיון או היתר, חובה של גילוי פרטים רלוונטיים לעניין הפעלתה של סמכות הקנויה לשלטון. ואני אומר, שעד אשר נטיל על היחיד חובת-עשה זו, דומני כי שומה עלינו לבדוק היטב-היטב אם מיצינו שאר דרכים להשגת המטרה אותה מבקשים אנו להשיג, בלא שנטיל על היחיד חובת-עשה.

32. כשאני לעצמי, נתקשיתי למצוא מנין באה עלינו אותה חובת גילוי שחברי הנשיא ברק מבקש להטיל על המבקש רשיון מן השלטון. כולנו נסכים, כמובן, כי רשות מוסמכת שכוח ניתן בידה ליתן - או לסרב ליתן - רשיון ליחיד, חובתה הראשונית היא לאסוף את כל המידע הנדרש והרלוונטי להנחת התשתית העובדתית לשיקול-דעתה. ואולם חובה זו של איסוף מידע - על הרשות היא מוטלת, עליה ולא על היחיד המבקש להידרש

לה לקבלת רשיון. הרשות היא נאמנת הציבור, וכנאמנת נאמנה לא תשקוט ולא תנוח עד-אם תאסוף את כל המידע שלעניין, שהרי רק על יסוד מוצק ניתן לבנות בית שלא יקרוס. על יסוד מה נאמר, כדברי חברי הנשיא ברק, כי "מקורה של חובת הגילוי במקרה שלפנינו הוא בתפיסה לפיה הפעלה ראויה של סמכות שלטונית מחייבת גילוי נאות של הפרט לשלטון בדבר נתונים עובדתיים מהותיים עליהם סומכת ההחלטה השלטונית"? כיצד נלמד מחובה זו המוטלת על הרשות לחובה המוטלת על היחיד? והרי שתי חובות אלו הינן - במובנים מסויימים - בחינת תרתי-דסתרי? מה יסוד ימצא לאמירה כי החובה המוטלת על השלטון יולדת - מגופה - חובה המוטלת על היחיד?

דעה אחרת

דומני כי רק גשר אחד ראוי לו שיגשר בין החובה המוטלת על הרשות לבין חובה שנאמר להטיל על הפרט. והגשר הוא זה: במהלך מילוי חובתה לאיסוף המידע, רשאית רשות-השלטון - רשאית היא אף חייבת - לבקש את מבקש הרשיון כי יואיל למסור לה עובדות המצויות בידיעתו (ואשר אפשר אין היא יודעת עליהן ממקורות אחרים). כך, למשל, במקום שהדין החרות עצמו - החוק או התקנות - קובע תנאים מוקדמים לקבלת רשיון. הנה-כי-כן, בענייננו-שלנו תובע הדין ממבקש רשיון למחסן רשוי, כי יחזיק מחסן בבעלותו, בשכירות או בחכירה (תקנה 14 והתוספת השישית לתקנות המכס). משהציב הדין תנאים מוקדמים לפני מבקש הרשיון, אך פשוט הוא שרשות השלטון רשאית לתבוע ממנו כי ימסור לה מידע אמין על קיומם של אותם תנאים מוקדמים (בלא כל קשר לאיזו שהיא חובת הגינות). בהקשר זה ראוי להזכיר את ההלכה, כי במקום שהדין קובע מפורשות צורך בקיומם של תנאים מוקדמים אלה ואחרים קודם הענקתו של רשיון, ובצד תנאים אלה אין הדין מעניק לרשות שיקול-דעת נוסף, אין הרשות מותרת בהוספת תנאים על אותם תנאים. ראו: בג"ץ 43/76 חברת עמיתור בע"מ נ' שר התיירות ואח', פ"ד ל(3) 554, 559-560; בג"ץ 208/79 אניס נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לד(1) 301, 304; פרופ' ברוך ברכה, משפט מינהלי, הוצאת שוקן, תשמ"ז 1986-, כרך ראשון, עמ' 164 ה"ש 52. משלא קנתה הרשות סמכות להוסיף תנאים על תנאים, ממילא לא קנתה סמכות לדרוש מידע אודות אותם התנאים שאין לה סמכות להציב על דרכו של מבקש הרשיון.

33. נמצא לנו, איפוא, כי במקום שהדין קובע מפורשות תנאים מוקדמים להענקתו של רשיון, רשאית ומוסמכת היא הרשות - רשאית היא אף חייבת - לדרוש מאת מבקש הרשיון כי ישכנע אותה בקיומם של אותם תנאים, כי יגלה לה אותו מידע הנדרש להוכחה כי נתקיימו אותם תנאים. מקרה אופייני אחר הוא במקום שהדין החרות אינו קובע אמנם מפורשות תנאים מוקדמים להענקתו של רשיון, אך נדע על היקף שיקול דעתה של

הרשות - קרי: על סמכותה של הרשות לקבוע אלו תנאים חייבים להתקיים עד שתעניק רשיון - תוך לימוד תכליתו של החוק. משנלמד וידענו כי שיקול דעתה של הרשות כונס אל-תוכו שיקולים אלה ואלה, נוסף ונדע מעצמנו כי למילוי תפקידה מוסמכת הרשות לאסוף מידע באותם נושאים. סמכות זו שְׁלֶרְשׁוֹת משמיעה מעצמה סמכות-מישנה הקנויה לה, לדרוש ממבקש הרשיון כי ימסור לה את המידע המבוקש (אלא אם קנה זכות על-פי דין שלא לגלות אותו מידע, ובעניין זה הנטל הוא עליו לייסד את זכותו), שכן רק אם ייענה מבקש הרשיון לדרישה תוכל הרשות למלא כראוי את המוטל עליה בדין. והוא כהוראת סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, שלפיו "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת". הסמכתה של רשות שלטון להעניק רשיון - או לסרב להעניק רשיון - חובקת בין ידיה גם סמכות-עזר לדרוש מידע ממבקש רשיון. סמכות-מישנה זו דרושה לרשות "במידה המתקבלת על הדעת" כדי שתוכל להפעיל את סמכותה כיאות.

34. הנה-הינו הגשר המגשר בין החובה המוטלת על רשות-שלטון להפעיל סמכותה בדרך המיטבית, לבין החובה המוטלת על מבקש-רשיון למסור מידע לרשות: במקום שקבלת המידע ממבקש הרשיון נחוצה לרשות השלטון כדי שתוכל להפעיל את סמכותה כיאות, רשאי ומוסמך הוא השלטון לדרוש מן היחיד - בחוק, בחקיקת-מישנה, בהנחיות-פנימיות או באורח פרטני - כי ימסור לו מידע בתחום שהוא רשאי להפעיל בו את שיקול דעתו. משנדרש כך למסור מידע, חייב הוא היחיד למסור אותו מידע שנדרש, ככל שנדרש וכפי שנדרש. ואולם הנטל הוא על השלטון לפתוח בדרישה - בין על דרך הצבתם של תנאים מוקדמים באורח נורמטיבי בין על דרך דרישה פרטנית - והיחיד אין מוטלת עליו כל חובה אלא להיענות לדרישה המופנית אליו. כשאני לעצמי, לא אסכים להטלת חובה הילכתית על היחיד - כמוצע בידי חבריי - בין חובת הגינות כללית, כהצעת חברי השופט זמיר, בין חובת היחיד למסור, מיוזמתו, מידע רלוונטי להפעלת שיקול דעתה של הרשות, כהצעתו של חברי הנשיא ברק.

35. בעלת-הניסיון היא הרשות, שהרי עיסוקה הוא הענקת רשיונות מן הסוג בו מדובר; ובענייננו: רשיונות למחסן רשוי. בעניין אחר: רשיון עסק. עוד בעניין אחר: רשיון נהיגה. עיסוקה הרצוף של רשות השלטון מאפשר לה לצבור ניסיון ויידע אודות הדרישות שראוי כי תעמיד לפני מבקשי-רשיון, לרבות שאלות שתשאל אותם. כך תאסוף רשות השלטון ניסיון - צו-לצו-צו-לצו-קו-לקו-קו-לקו - ומשיבוא לפניה מבקש רשיון תוכל להציג לו שאלות ולדרוש ממנו תשובות ומידע. מה לנו שנטיל חובה על היחיד - בין חובת הגינות כללית בין חובה למסור מידע רלוונטי - שעה שרשות הממלאת את תפקידה כהלכה תדע לדרוש ממנו מידע כחפצה?

יתר-על-כן: בהיותה בעלת-ניסיון בתחומה, יודעת רשות השלטון מה מידע רלוונטי נדרשת היא לו כדי שתוכל להפעיל את סמכותה כהלכה. ואולם היחיד, כיצד יידע לאיזה מידע נדרשת הרשות - קרי: מה הוא מידע

רלוונטי - אם לא נדרש מפורשות למוסרו לרשות? האין זו זכות של היחיד להניח כי מידע שלא נתבקש מפורשות למוסרו אין הוא מידע רלוונטי? האם העובדה כי הורשע בתקיפת אשתו עשר שנים קודם הבקשה היא רלוונטית? האם העובדה כי סרבן-מזונות הוא, היא עובדה רלוונטית? ואם לא נתבקש מפורשות למוסרו לרשות מידע אודות הרשעות קודמות שהורשע בהן - מדוע נחייב אותו לנדב מידע שהוא בוש בו? האם אין הוא רשאי להניח כי אין אותו מידע רלוונטי אך באשר לא נתבקש למוסרו לרשות? יתר-על-כן: חובה זו לחשיפת מידע תוטל על היחיד רק במקום שהרשות חדלה - לא מילאה את חובתה כראוי - ולא דרשה מן היחיד כי יואיל למוסרו לה מידע חשוב זה ואחר. אם הרשות חדלה ולא דרשה מידע פלוני מן היחיד, מה לנו שנדרוש מן היחיד כי "יידע" שאותו מידע הוא מידע רלוונטי ונחייבנו למוסרו לרשות מיזמתו?

36. הנה-כי-כן, בעניינינו-שלנו. תנאי מוקדם הוא להענקת רשיון למחסן רשוי, כי מבקש הרשיון יחזיק במחסן שבבעלותו או בחוזה שכירות או בחכירה לתקופה ז-ז, מיום פלוני ועד יום אלמוני. ראו התוספת השישית לתקנות המכס. חובתו של מבקש הרשיון למוסרו לרשות מידע אודות ה"מחסן" שהוא מחזיק בו קבועה במפורש ובמפורט בתקנות, וחובתו למוסרו לרשות מידע אודות זכויותיו במחסן הינה למעלה-מכל-פקוק. אין כל צורך כי נידרש לא לחובת הגינות ולא לחובה הילכתית אחרת המוטלת על היחיד לספק מידע רלוונטי לרשות. חובתו של מבקש הרשיון קבועה וחרותה בדיון המפורש, ואין כל מקום כי נידרש לחובה מכל מקור אחר.

נמשיל משל ונניח כי תקנות המכס לא קבעו מפורשות - כפי שקובעות הן כיום - כי על מבקש רשיון למחסן רשוי להחזיק בבעלותו, בשכירות או בחכירה מחסן רשוי. נוסף ונניח כי הרשות אינה תובעת מפורשות מן המבקש כי יוכיח בעלות על מחסן רשוי או שכירות של מחסן רשוי. האם נאמר כי חייב הוא המבקש - מיזמתו - לספק מידע אודות המחסן לרשות, שאם-לא-כן נראה אותו כמי שהפר חובה שהוא חב בה הואיל והמידע הוא מידע רלוונטי? אתמהה.

37. זה המקום להבדיל ולהבחין בין חובת גילוי שהיחיד חב לשלטון לבין חובת גילוי שהיחיד חב ליחיד אחר, עימו אומר הוא להיקשר בחוזה. בהתאם להוראות סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שבאה בשל הטעיית הצד האחר, רשאי לבטל את החוזה. ו"הטעיה" לעניין זה היא: "לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". חובה זו שמטיל החוק על מי שעומדים לקשור עצמם בחוזה, עשויה להילמד ממעמדם של בעלי החוזה איש-כלפי-רעהו. השניים, לא זו בלבד ש"יריבים" הם איש לרעהו, אלא ששווי-עוצמה הם, לכאורה. אין האחד זכאי ומוסמך - אפרוירית - לדרוש מחברו מידע מהותי או רלוונטי הסב את החוזה. מכאן החובה שהחוק מטיל על הצדדים - אהדדי - והסנקציה שהוא מצמיד לאי-מילוייה של החובה. יחסי היחיד והשלטון שונים הם מקצה-אל-קצה, ולו

משום עמדת-הכוח שהשלטון מחזיק בה כלפי היחיד. בבוא היחיד לבקש רשיון או היתר מן השלטון, זכאי ומוסמך הוא השלטון לדרוש ממנו כל מידע מהותי ורלוונטי הסב את הרשיון. ומשניתן כוח זה בידי השלטון, ממילא מתייטר הצורך להטיל חובה על היחיד כלפיו.

עוד לעניין חובת ההגינות של היחיד כלפי השלטון

38. בפרשת עווד נ' זבולון המר, השר לענייני דתות (בג"ץ 727/88, פ"ד מב(4) 487), שימש העותר חבר המועצה הדתית של ראש העין ואף נבחר להיותו יושב הראש של המועצה. מסתבר כי שר הדתות נתן הסכמתו למינויו של העותר כחבר המועצה בלא שידע כי בשנים קודמות הורשע - במסגרת כהונתו כגזבר המועצה הדתית - בעבירות של גניבה. בעקבות עתירה קודמת שהוגשה לבית-המשפט הגבוה לצדק הודיע השר לענייני דתות לעותר על פקיעת מינויו והפסקת מינויו כחבר המועצה הדתית, וזאת לאחר שהסתבר לו כי ההסכמה למינויו כחבר המועצה (העותר היה מועמדה של הרשות המקומית) "ניתנה מתוך טעות ו/או הטעייה, היינו העלמת עובדה, שהעותר הורשע בעבירה שיש עימה קלון ועל כן אינו ראוי לשמש כחבר המועצה הדתית". בדונו בעתירתו של עווד נגד החלטתו של השר לענייני דתות, קבע בית-המשפט כי נושא הרשעתו של מועמד לחברות במועצה הדתית הינה שיקול ראוי בשאלת בחירה או אי-בחירה בו כחבר המועצה. מכאן עבר בית-המשפט לשאלה הבאה, והיא, האם רשאי היה השר "לחזור בו מהסכמתו למועמדותו של העותר מטעם המועצה המקומית, בטענה כי בשעת מתן ההסכמה לא ידע השר, כי העותר עבר עבירה שיש עימה קלון?" בית-המשפט קבע כי השר רשאי היה לחזור בו מהסכמתו, ובהקשר זה אמר השופט ברק (שם, 492):

"ושר אישי, 'אינטגרטי', העדר עבר פלילי וכיוצא בהם שיקולים הם שיקולים מהותיים בעניין זה. והנה לעניין גיבוש עמדתו של השר לעניין שיקולים אלה, עמדה לפני השר תשתית עובדתית, שאינה תואמת את המציאות. השר לא ידע על דבר הרשעתו של העותר בעבר. זאת ועוד: בנסיבות העניין, היה זה מחובתו של העותר להעמיד את המועצה המקומית על דבר הרשעתו בדיון. והיה זה מחובתם של המועצה המקומית ושל העותר להעמיד את השר על דבר ההרשעה בדיון. חובת תום הלב וההגינות מחייבות צעד זה (ראה Reg. V. Home [1980] AC 930 at 950). על-כן, עניין לנו בטעות מהותית שנפלה בהסכמתו של השר, וזאת בשל חוסר מידע לעניין עובדות, שחובה היה להביאן לידיעת השר, ואשר כתוצאה מהן נעשה מינוי הפוגע פגיעה חמורה בטוהר המידות של השירות הציבורי, בתדמיתו ובאמון הציבור בו. נראה לי, כי הצטרפותם של גורמים אלה, גם מאפשרת לשר לחזור בו מהסכמתו. באיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לטוהר מידות בשירות הציבורי ולאמון הציבור במינהל לבין האינטרס הציבורי בפעילות נמשכת של הרשות המינהלית והאינטרס האישי של העותר בקיום המינוי, יד האינטרס הראשון על העליונה."

חברי השופט זמיר מייסד על דברים אלה, בין השאר, את חובת ההגינות הכללית בה מבקש הוא לחייב מבקשי רשיון מן הרשות (ראו בפסקה 29 לחוות-דעתו). ואילו אני אבקש להשתוות ולהרהר מעט.

39. לא יימצאו חולקים על כי מועמד לכהונה במועצה דתית חייב שיהיה אדם ישר; כי שאלת יושרו של המועמד - אם תרצה: שאלת עברו הפלילי - הינה גורם עיקרי בשיקול דעתן של הרשויות אם תבחרנה בו כחבר המועצה הדתית ואם תחדלנה. ועוד יסכימו הכל, שראוי הוא הדבר - מבחינה ציבורית - כי מועמד לכהונה יגלה - כבר בראשית ההליכים - קופה-של-שרצים התלויה לו מאחורי גבו. השאלה אינה אלא אם חובה משפטית היא המוטלת על המועמד לגלות לרשויות הבוחרות את עברו הפלילי; ואם חובה משפטית היא - מה סנקציה עלול המועמד לשאת בה אם יחדל ולא ימלא אותה חובה המוטלת עליו? והנה, דומה עלי כי שאלת החובה - "חובת תום הלב וההגינות" - לא היתה כלל לעניין בפרשת עווד, וככל שהיתה לעניין, הצניעה זו עצמה בשולי הזירה.

השופט ברק קובע כי שאלת הרשעתו של עווד בדיון פלילי היוותה גורם חשוב בנושא מינוי, וכי אי-ידיעת השר על דבר אותו עבר פלילי היווה חסר חמור בשיקול הדעת. וכלשונו: "ענין לנו בטעות מהותית שנפלה בהסכמתו של השר... (ההדגשה שלי - מ' ח'). לדברים אלה נסכים, כמוכן. ואולם אם כך, מה עניינה של חובת תום הלב וההגינות? נניח, למשל, כי מחמת שיכחה או רשלנות לא נשאל עווד על דבר עברו הפלילי, וכי נושא עברו היה מתגלה אך באורח מיקרי. וכי במקרה זה לא היתה הסכמתו של השר נגועה ב"טעות מהותית"? וכי במקרה זה לא היה מינוי של עווד כחבר המועצה הדתית, כלשון השופט ברק, "מינוי הפוגע פגיעה חמורה בטוהר המידות של השירות הציבורי, בתדמיתו ובאמון הציבור בו"? ואם כך - מה היא לענייננו אותה "חובת תום הלב וההגינות"? מקרה נוסף: נניח, למשל, כי עווד היה נשאל על דבר עברו הפלילי; כי היה משיב בכנות לשאלות שנשאל; אלא שתשובותיו היו אובדות אי-שם בדרכן אל השר. האם במקרה מעין-זה לא היה מינוי פוגע פגיעה חמורה בטוהר המידות של השירות הציבורי וכו'? האם הסכמתו של השר לא היתה נגועה במקרה זה בטעות מהותית? אכן, במקרה זה האחרון אפשר היינו חשים אהדה אישית לעווד, אך ספק בעיניי אם התוצאה והמסקנה היו אחרות משהיו בפסק-הדין.

40. נדע מכל אלה, לדעתי, כי השאלה העיקרית מסבה עצמה לא על חובת ההגינות שעווד חב לרשויות אלא על הטעות המהותית שנפלה בשיקול דעתן. משנתגלה לה לרשות כי נפלה טעות מהותית בשיקול דעתה, רשאית היא - על דרך העיקרון - לחזור בה מהחלטתה, אם כי לא תמיד יעמוד לה כוחה זה (ראו, למשל, פרשת עווד, שם, 492. ראו עוד האסמכתאות בפסקה 15 לחוות-דעתו של השופט זמיר). השאלה העיקרית היא שאלת שיקול הדעת לגופם של דברים, ובלשונו של השופט ברק (שם, שם): "מכאן, שהשאלה הניצבת לפנינו

היא זו: האם רשאי השר לענייני דתות לחזור בו מהסכמתו למועמדותו של העותר מטעם המועצה המקומית, בטענה כי בשעת מתן ההסכמה לא ידע השר, כי העותר עבר עבירה שיש עימה קלון? התשובה על שאלה זו היא בחיוב".

אכן, מקום שהמועמד מסתיר ביודעין ובכחש מידע שלילי באשר לאופיו, עלול גורם זה לפעול לחובתו, ואולם דומני כי עיקר אין הוא בחובת ההגינות - ובהפרתה של אותה חובה - אלא בעצם הטעות המהותית שנפלה בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת.

41. כללם של דברים: בכל מקרה בו החלטתה של רשות בת-סמך נִיגְעַת בטעות מהותית, רשאית ומוסמכת היא הרשות - על דרך העיקרון - לחזור בה מהחלטתה. שאלת חובת ההגינות שהיחיד חב (או אינו חייב) לשלטון, אינה מן העניין, שכן הטעות של הרשות היתה ותישאר מהותית בין אם נאמר שהיחיד חב חובת הגינות לשלטון בין אם לא נאמר כן.

42. לייסודה של חובת ההגינות אותה חב היחיד לשלטון מסתמך השופט זמיר על דברים שאמר השופט ברק בפרשת עוונ (ראו המובאה בפיסקה 38 למעלה). ואילו השופט ברק מצידו - בפרשת עוונ - ביקש ללמוד הלכה מדברים שאמר הלורד ווילברפורס (Lord Wilberforce) בפרשת Reg v. Home Secretary, Ex p. Zamir [1980] AC 930. באותה פרשה ביקש זמיר, אזרח ותושב של פקיסטאן, אשרת כניסה לממלכה המאוחדת, כדי להצטרף לאביו שהתגורר בממלכה המאוחדת כעשר שנים. הדבר היה בשנת 1972. זמיר מילא טופס של בקשה לאשרה ותיאר עצמו כרווק, כפי שאכן היה (אותה עת היה בן חמש-עשרה). בקשתו נענתה בחיוב בשנת 1975. בשנת 1976, ובהיותו עדיין בפקיסטאן, נשא זמיר אשה, וכחודש לאחר-מכן נסע לממלכה המאוחדת על-סמך האשרה שקיבל. בעת הכניסה לממלכה המאוחדת לא גילה זמיר לרשויות כי נשא אשה, והוא אף לא נשאל על מעמדו האישי. פקיד ההגירה התיר את כניסתו של זמיר לממלכה המאוחדת לתקופה בלתי מוגבלת. לאחר זמן - משביקשו אישתו ובנו של זמיר להצטרף אליו - נתגלתה האמת, והרשויות ביקשו לגרש את זמיר מתחומי הממלכה. זמיר עתר לבית-המשפט כנגד החלטת הגירוש ועתירתו נדחתה בשתי ערכאות. עתה הגיע עניינו לבית הלורדים. בית הלורדים דחה אף הוא את עתירתו של זמיר, ובמהלך חוות-דעתו אמר השופט ווילברפורס דברים אלה (בעמ' 950):

"It is clear on general principles of law that deception may arise from conduct, or from conduct accompanied by silence as to a material fact. It can be no answer to a claim that such deception has occurred to say that no question was asked... I would, indeed, go further than

this - a point so far left open in the Court of Appeal. In my opinion an alien seeking entry to the United Kingdom owes a *positive duty of candour on all material facts* which denote a change of circumstances since the issue of the entry clearance...". (italics supplied - M. C.)

פירוש: לורד ווילברפורס הכיר בחובת הגינות שהיחיד חב לשלטון. "a positive duty of candour", פירוש: מוטלת עליו על היחיד חובה לגלות לרשות מידע אף שלא נשאל עליו. חברי השופט זמיר יכנה חובה זו כחובת ההגינות.

43. אלה שהלכה זו - בניסוחה זה - לא האריכה ימים. היא נהפכה על-פיה (בהסכמת הלורד ווילברפורס) כארבע שנים לאחר פרשת זמיר, בפסק-הדין שניתן בפרשת Reg. V. Home Secretary, Ex p. Khawaja [1984] AC 74. העובדות בפרשת קאוואג'ה היו דומות לעובדות בפרשת זמיר, אלא שזו הפעם ביטל בית הלורדים אותה חובת הגינות שהשופט ווילברפורס קבעה בפרשת זמיר. בפרשה זו קבע בית הלורדים כי אין להטיל על אדם המבקש אשרת כניסה לממלכה המאוחדת חובת גילוי של עובדות מהותיות ("חובת הגינות"). חובתו של היחיד אינה אלא חובה להימנע מכזב ומהונאה. אשר לפרשת זמיר (הוא הדין בפרשת קאוואג'ה), קבע בית הלורדים כי התנהגותו של זמיר עלתה, למעשה, כדי הונאה (שכן בכניסתו לממלכה המאוחדת הציג עצמו, מכללא, כרווק, בעוד אשר היה נשוי). הלורד פרייזר (Lord Fraser) אומר בחוות-דעתו (עימה הסכימו השופטים האחרים) כי דבריו של הלורד ווילברפורס (אותם הבאנו למעלה) בפרשת זמיר היו אימרת-אגב, ומכאן ממשיך הוא ואומר (שם, 97):

"At the time when his [Lord Wilberforce's] speech was delivered I agreed with all of it... but further reflection, in the light of the arguments in the present appeal, has convinced me that it would be wrong to construe the immigration Act 1971 as if it imposed on persons applying for leave to enter a duty of candour approximating to uberrima fides. But, of course, deception may arise from silence as to a material fact in some circumstances; for example, the silence of appellant Khawaja about the fact of his marriage to Mrs. Butt and the fact that she had accompanied him on the flight to Manchester were, in my view, capable of constituting deception, even if he had not told any direct lies to the immigration officer."

לורד ווילברפורס עצמו (שם, 99) הסכים כי דבריו בפרשת זמיר היו אימרת-אגב, וכי אותו מקרה היה מקרה אופייני של רמיה (מצידו של זמיר). השופטים האחרים היו בדעתו של השופט פרייזר: ראו דבריו של הלורד ברידג' (Lord Bridge) בעמודים 118-119 ו-126, ודברי הלורד סקרמן (Lord Scarman) בעמודים 107 ו-108. הלורד סקרמן מסתייג אף הוא מדברי הלורד ווילברפורס בפרשת זמיר, ובהמשך דבריו אומר דברים אלה: הכל יסכימו כי חובה היא המוטלת על המבקש להיכנס לממלכה המאוחדת להשיב בכנות לשאלות שהוא נשאל ולמסור כל מידע שהוא מתבקש למסור. אך אין הוא חב בחובות נוספות. אין הוא יודע אלו הן עובדות מהותיות. פקיד ההגירה הוא היודע אלו עובדות מהותיות הן להחלטתו, ועל-כן אין להטיל על היחיד חובה למסור עובדות מהותיות. ובלשונו (שם, 107-108):

"It is certainly an entrant's duty to answer truthfully the questions put to him and to provide such information as required of him... But the Act goes no further. He may, or may not, know what facts are material. The immigration officer does, or ought to, know the matters relevant to the decision he has to make. Immigration control is, no doubt, an important safeguard for our society... To allow officers to rely on an entrant honouring a duty of positive candour, by which is meant a duty to volunteer relevant information, would seem perhaps a disingenuous approach to the administration of control... The immigration Act does impose a duty not to deceive the immigration officer. It makes no express provision for any higher or more comprehensive duty: nor is it possible, in my view, to imply any such duty. Accordingly I reject the view that there is a duty of positive candour imposed by the immigration laws and that mere non-disclosure by an entrant of material facts in the absence of fraud is a breach of the immigration laws."

הנה-כי-כן, השקפת המשפט האנגלי הינה בבירור זו, שהיחיד אינו חב "חובת הגינות" לשלטון, וכנגזר מכאן - אין הוא חב לשלטון חובת גילוי מידע. והוא כשהיחיד אינו מחייב עצמו במעשה של הונאה ושקר.

44. הערה: למרות שמסתייגים אנו מדבריו של הלורד ווילברפורס בפרשת זמיר באשר לחובת היחיד כלפי השלטון, אהבתי הערה שהעיר בפרשת קאווג'ה על דבריו בפרשת זמיר. בחוות-דעתו בפרשת קאווג'ה אומר הלורד ווילברפורס כי דבריו בפרשת זמיר באשר ל"positive duty of candour" של היחיד לשלטון,

לא היו נחוצים להחלטה הואיל והמקרה היה מקרה ברור של הונאה ("a case of clear deception") ובהמשך אומר הוא דברים אלה (בעמוד 99):

"I ventured the opinion that a system of consideration of individual cases for the privilege of admission to this country can only work humanely and efficiently on a basis of candour and good faith of those seeking entry. If here I trespassed on to the ground of moral judgment, I am unrepentant."

הוא אשר אמרנו במקום אחר: יש "חובת הגינות" של משפט ויש "חובת הגינות" של מוסר חברתי, ולא הרי זו כהרי זו. הלורד ווילברפורס ביקש ליטול "חובת הגינות" ממיסדר המוסר החברתי ולהביאה אל מיסדר המשפט. כוונתו היתה רצויה - כולנו נסכים לכך - אך קביעתה של הנורמה כהצעתו היתה מאמצת אל שיטת המשפט דרך התנהגות שראוי להשאירה להסדר במיסדרי-נורמות אחרים.

הלורד ווילברפורס מסיים את דבריו באמירה שאיננו רגילים בשכמותה בפסקי-דין של בית הלורדים (או בפסקי-דין של בתי משפט אחרים). אם בכינונה של חובת ההגינות בפרשת זמיר, כך אומר הוא - אותה חובת הגינות של היחיד כלפי השלטון - היסגתי את גבולו של תחום השיפוט המוסרי, אין אני נִיחָם על דבריי. נאום הלורד ווילברפורס, מן האצילים אשר היו בממלכה המאוחדת בימים ההם.

דרך אגב: יש יסוד לסברה, כי חובת ההגינות עליה דיבר הלורד ווילברפורס בפרשת זמיר, לא הציגה עצמה כדוקטרינה כל-כוללת במשפט, אלא כחובה המצמצמת עצמה לנושא ההגירה. רמז לכך ימצא בדבריו בפרשת זמיר, בהם הציג את המהגרים כמבקשי פריווילגיה, קרי: כבעלי זכות נחותה (שם, 950) (אשר למשפט ישראל: הדין הוא כי מי שאינו אזרח ישראל או עולה לפי חוק השבות, אינו בעל זכות כניסה או שהייה בארץ אלא ברשות. ראו, למשל: בג"ץ 758/88, 431/89, 2901/90 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520; בג"ץ 740/87 בנטלי נ' שר הפנים, פ"ד מד(1) 443; והאסמכתאות בהם). מעיקרו של דין אין המדינה חבה כל חובה שהיא כלפי זרים המבקשים להתיישב בשיטחה. ואם כבר בפסיעתו הראשונה על אדמת המולדת-שאימץ-לו מבקש מהגר להערים על השלטונות, ניתן להבין - אם כי לא בהכרח להצדיק - השקפה הסוברת כי במעשהו זה חילט את זכותו להגירה.

45. דעתנו היא, כאמור, שהיחיד אינו חב חובת הגינות לשלטון. קרי, לענייננו: אין היחיד חייב לגלות לרשות מיוזמתו מידע מהותי שהרשות נדרשת לו להפעלת סמכותה. אין פירוש הדבר, כמובן, שהיחיד אינו חב

כל חובה שהיא לרשות. אלא שחובתו מצמצמת עצמה לחובה שלא להונות, שלא לשקר, שלא לרמות, שלא להטעות, שלא לסובב את הרשות בכחש. וכדבר הכתוב: "ולא תונו איש את עמיתו ויראת מאלוהיך..." (ויקרא כה יז). כוונתנו היא, למותר לומר, לרמיה בפועל - כגון שהיחיד מוסר לרשות מידע שאינו-אמת - אך גם לרמיה מכללא, בשתיקה או בהתנהגות. כך היה, למשל, עניינו של זמיר הפקיסטאני, שבהיכנסו לממלכה המאוחדת הציג עצמו - מכללא - כרווק, בידעו היטב כי כניסתו הותרה על-פי אשרת כניסה בה הציג עצמו כרווק.

כך היה אף בעניינינו-שלנו: העותרת ידעה היטב על התנאי המוקדם שהיה עליה לקיים, לאמור, כי תחזיק במחסן שהיא מבקשת עליו רשיון בין כבעלים בין על-פי חוזה שכירות. והרי מלכתחילה נדרשה להמציא מיסמכים אלה ואחרים, וביניהם "חוזה שכירות או חכירה על השטח הנוסף". למרות זאת שלחה העותרת לרשות המכס הסכמים שלא היקנו לה - לידיעתה - לא זכות שכירות ולא זכות חכירה. העותרת ידעה כי אותם הסכמים אינם מקיימים את התנאי המוקדם הנדרש ממנה, והעובדה כי פקידי המכס לא בדקו כהלכה את שהיה עליהם לבדוק - ולא דרשו באשר היה עליהם לדרוש - אין בה כדי לנקות את העותרת מן המעשה החמור שעשתה. הלכה למעשה סובבה העותרת את רשות המכס בכחש, וכך חייבה את עצמה בהפרת חובה שחבה לרשות. משבאה איפוא הרשות לשלול את רשיונה, לא היתה העותרת רשאית להתכחש למעשה ההטעייה שעשתה, וממילא לא יכולה היתה להעלות טענה שראויה היתה להישמע. רשיון כי יוצא בדרכי הונאה של מקבל הרשיון, פגום הוא הרשיון מלידה, ומסקנה נדרשת מאליה היא כי רשאית היא הרשות לשלול את הרשיון ממקבלו. יימצאו יוצאים לכלל, אך אלה יידרשו מנסיבותיו המיוחדות של עניין פלוני או אלמוני (ראו, למשל: בג"ץ 135/71 פרסמן נ' המפקח על התעבורה, פ"ד כה(2) 533). עיקר לעניינינו הוא, שהעותרת חייבה עצמה לא אך באי-גילוי של מידע על דרך הסתם - קרי: בהפרת חובת ההגינות, כביכול, שהיא חבה לרשות המכס - אלא בהטעייה בכוונת-מכוון. התקנות הטילו עליה קיומם של תנאים מוקדמים קודם שזכאית היתה לקבל רשיון מחסן רשוי; ואילו היא, לא זו בלבד שלא מילאה אחר אותם תנאים, אלא הוסיפה והיטעתה בידועין את הרשות באשר לקיומם, ובכך הוסיפה חטא על חטא.

46. עד כאן - דברינו בנושא חובת ההגינות. נעבור עתה לסוגיה השניה שבדעתנו לומר בה דברים, והיא, לענין סמכותה של רשות הציבור להכריע בסיכוסך בין יחידים.

על מעמדה של רשות-מינהל בסיכוסך בין יחידים

47. מה הוא מעמדה ומה היא סמכותה של רשות-מינהל להכריע - בין במישרין בין בעקיפין - בסיכסוך בין יחידים? רשות-מינהל הורתה ולידתה הן במשפט הציבורי, עיצובה הוא עיצובו של המשפט הציבורי, דמותה היא דמות המשפט הציבורי, חיה היא את עיקר חייה במשפט הציבורי, נושמת היא אוויר של המשפט הציבורי, הילוכה הוא הילוך המשפט הציבורי. בידענו כל אלה נעמוד ונשאל: בהירש רשות-מינהל לנושא שבתחום סמכותה, החייבת היא להגביל את שיקוליה לשיקולים שמתחום המשפט הציבורי, או שמא נאמר רשאית היא לשקול שיקולים שמתחום המשפט הפרטי אף-הוא? ואם נלך בדרכה של גירסה בתרא ונאמר כי רשאית היא רשות-המינהל לשקול שיקולים שמתחום המשפט הפרטי, האם תיחבא בתוככי אמירה זו אמירה-בת כי רשאית ומוסמכת היא רשות-המינהל - אגב שימוש בסמכותה - להכריע בסיכסוכים בין יחידים?

48. חברי השופט זמיר אומר לנו, כי "הלכה ישנה היא" שרשות המוסמכת ליתן רשיון אמורה להגביל עצמה לשיקולים מתחום המשפט הציבורי ולהיזהר פן תגלוש לשיקולים מתחום המשפט הפרטי. בתחילה סברתי כי תיאורה כ"ישנה" משווה לה להלכה הדרת-פנים והיא כיין המשומר המשביח עם הזמן. ואולם בהמשך הדברים למדתי לדעת כי כוונת חברי היתה דווקא להיפוכם של דברים. כי התואר "ישנה" שקול כנגד אבד עליה הכלח. דברים אלה טרדו את מנחתי.

49. לעולם, לעולם לא נשנה הלכה ולא נחיל הלכה אלא אם ידענו מנין באה - מי הם אביה ואימה, באיזו סביבה נולדה וגדלה - ולאן מועדות פניה. דע מאין באת ולאן אתה הולך. להזכירנו, כי רק אם ידענו את הכוח המניע הלכה ודין, נוסף ונדע את גבולותיהם ואת מיגבלותיהם. ועל הלכה (אך לא על דין) נוסף ונאמר: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*: בהיבטל טעמה של הלכה תיבטל ההלכה אף-היא. מה היא איפוא ההלכה בענייננו, ומה הוא הכוח המריץ אותה בדרכה? ולגירסת חברי: מה היתה ההלכה בענייננו, ומה היה הכוח שהריץ אותה בזמנה?

50. על צידי שלי אומר, כי לא נקרתה על דרכי הלכה כל-כוללת הקובעת כי רשות-מינהל אסורה להביא במנין שיקוליה שיקולים שמתחום המשפט הפרטי. הנה הוא ראובן, בעל בית-קפה, המבקש כי יותר לו להעסיק תזמורת שתנגן ותנעים את שהות אורחיו במקום. הימצא מי שיאמר כי אסורה היא העיריה לברר עד כמה תפריע הנגינה את מנוחת השכנים? הנאסור על העיריה לשקול שיקול זה של איכות חייהם של השכנים? הנאמר לעיריה - ולשכנים - כי נושא המיטרד הוא נושא "שמתחום המשפט הפרטי" אשר-על-כן חייבת היא להתעלם ממנו ולהפנות את השכנים המוטרדים אל בית-המשפט האזרחי? מעולם לא נקלעה על דרכי הלכה מעין-זו, ולו מן הטעם שהלכה בלשון זו לא נקבעה מעולם. אכן, רשיון כי תיתן עיריה להעסיק תזמורת בבית-קפה, לא יהיה בו ברשיון כדי להתיר נגינה העולה כדי מיטרד: ע"א 156/52 מלון "עדן" ירושלים נ' ד"ר גיאורג

גרזון, פ"ד ח' 1121, 1132-1133. הלכה זו מסתברת מאליה, שהרי עיריה אינה בעלת-סמכות במשפט להתיר מעשה-מיטרד. יחד-עם-זאת, לא נקבע בה בהלכה כי אסורה היא עיריה, מלכתחילה, להביא במניין שיקוליה אפשרות כי נגינת התזמורת תעלה מיטרד. לא נקבע כך בהלכה, ולעניות דעתי אף לא ראוי היה כי כך ייקבע. הלכה מעין-זו - לו נקבעה - לא ידעתי מה תכלית היינו מייעדים לה, ואיזו מטרה חברתית - או אחרת - היתה היא משרתת. נהפוך הוא: הלכה מעין-זו, לו נקבעה, היתה מטילה נטל על השכנים, ובמאזן החברתי הכולל היה נטל זה בלתי-ראוי ובלתי-מוצדק. כך באשר לרשיון להעסיק תזמורת בבית-קפה וכך הוא בכל מעשה-מינהל אחר. אין הלכה - ולא היתה הלכה - כי רשות-מינהל אסורה להביא במנין שיקוליה שיקולים שמתחום המשפט הפרטי אך באשר שיקולים שמתחום המשפט הפרטי הם.

דרך אגב: התכלית של "איכות נאותה של הסביבה ומניעת מפגעים ומטרדים" הינה, כיום, אחת מתכליותיו המוצהרות של חוק רישוי עסקים, התשכ"ח 1968 - (בסעיף 1(א)(1) בו). ממילא רשאית היא הרשות המוסמכת - יתר-על-כן: חייבת היא - לשקול בדעתה את נושא המיטרד. ואולם, גם לולא כן - ובהיעדר איסור מפורש - היתה הרשות רשאית, אף חייבת, לשקול את נושא המיטרד לשכנים.

51. דברים דומים נ' אמר על ההבחנה המקובלת בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי. אומרים לנו כי ימינו אלה אינם כימים עברו, וכי כיום - שלא כבעבר - ההפרדה בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי אינה כה נוקשה וברורה. בסוף-כל-הסופות, כך מוסיפים ואומרים לנו, המשפט הפרטי והמשפט הציבורי - שניהם כאחד - מסתופפים תחת קורת-גג אחת, ובדרך הטבע נוצר ביניהם תהליך של אוסמוזה: עיקרים ודוקטרינות מן התחום האחד חודרים ומחלחים אל התחום האחר - ולהיפך - ולעתים מזומנות נגלה כי כלל פלוני מן התחום האחד מצא את מקומו גם בתחום האחר. עירבוב התחומים, כך שומעים אנו, מוליד "יצורי כלאיים" - מעין דו-חיים - ויצורים אלה סרים, ולו בחלקים, גם למשמעתו של המשפט הפרטי גם למשמעתו של המשפט הציבורי.

אודה ואתוודה: אמירות אלו - הן וכיוצא בהן - על-אף שנבעו גם מעטי, היקשו עלי בעבר וממשיכות הן להקשות עלי אף כיום. אכן, לעניין חלוקת הסמכויות בין בית-המשפט הגבוה לצדק לבין בתי-המשפט האזרחיים, כפה אותנו המחוקק לחלוקת המשפט לשניים. ראו, למשל: בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח (4) 237. ואולם באשר למשפט המהותי, לא ידעתי מה בין ימינו אלה לבין ימים שהיו. אדרבא: אימתי היו אותם ימים של הפרדה "ברורה ונוקשה" בין משפט ציבורי ובין משפט פרטי? נהפוך הוא: גאוותם של אנשי המשפט המקובל האנגלי היתה תמיד על כי בבריטניה שליט המשפט המקובל, וכי המשפט המינהלי אינו אלא איבר-בין-אברים במשפט המקובל.

52. ואחרי אומרנו כל דברים שאמרנו, לא נוכל, כמובן, להתעלם מהתפתחות היסטורית של המשפט, התפתחות שהציבה לפנינו את שיטת המשפט כפי שהיא ניצבת לפנינו כהיום הזה. מערכת המשפט נחלקת משפחות-משפחות, וחלוקה זו, כשהיא לעצמה, נודעת לה השפעה על תוכן של הנורמות עצמן. כך היא משפחת משפט החוזים, כך היא משפחת משפט הנזיקין, כך משפחת משפט הקניין, כך משפחת המשפט המינהלי, וכך משפחות אחרות במשפט. למותר לומר כי במהלך השנים היו נישואי-תערובת - תופעה בלתי-נמנעת בתחומיה של מערכת משפט אחת - ונולדו "יצורי-כילאיים". ואולם לא נימנע מקביעה כי להתפתחות ההיסטורית, באשר היא, נודעה השפעה על עיצובה של שיטת המשפט כפי שהיא ניצבת לפנינו כיום.

53. חלוקתה של שיטת המשפט למשפט פרטי מזה ולמשפט ציבורי מזה, דומה היא - דומה אך אינה זהה - לחלוקתו של המשפט הפרטי, בביתו-פנימה, לענפי-משפט שונים. כך, למשל, החלוקה למשפט החוזים ולמשפט הנזיקין. שתי דרכי קלסיפיקציה אלו במשפט - מזה משפט פרטי כנגד משפט ציבורי, ומזה משפט החוזים כנגד משפט הנזיקין - הגם שאין הן זהות זו-לזו, דומות הן זו-לזו. בוודאי כך בטכניקה של החלוקה. אמרנו על-כך במקום אחר (חשין, מיטלטלין בדין הנזיקין (הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, ירושלים, תשל"א) 161, ה"ש 2:

"...קלסיפיקציה משליטה סדר בכללי דין 'היוליים' ומושתתת היא על עקרונות-יסוד הקובעים בה. יסוד בחשיבה הם צדדים שווים ושונים בין הכללים הנתונים למיון. סובב ומסובב בקלסיפיקציה הינן דוקטרינות החלות על כללים המאוגדים בקטגוריה אחת (כושר, תמורה, ריחוק נזק, וכיו"ב). בנקודת זמן מסויימת נעשית קלסיפיקציה על יסוד שוויון בדוקטרינות החלות על כללי משפט פלונים. לאחר עשיית הקלסיפיקציה, ובהיווצר דוקטרינה המוחלת על חטיבת דין מסויימת, תשלט הדוקטרינה על כללי המשפט המאוגדים כאמור, משום שמצויים הם בחטיבת משפט אחת. הוא הדין, בשינויים המחוייבים, עם לידת כלל משפט ספציפי הנמנה על חטיבת דין מסויימת (בין מפורשות בין ב'פירושו'), שאז יישלט הוא ע"י הדוקטרינות של אותה חטיבה. כל האמור - כהנחה לכאורה (לעתים גם לא כך). נקודות מוצא שונות לקלסיפיקציה עשויות להביא לשוני בהלכה המשפטית. בחירת נקודת המוצא אפשר שתבוא אפרורית ואפשר שתבוא אפוסטרורית, ובמקרה האחרון במיוחד תהא נודעת חשיבות לאירועים היסטוריים שהיתה להם יד בעיצוב שיטת המשפט." (ההדגשות במקור - מ' ח')

במשפט הארץ נתחדדה במיוחד ההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי בשל חלוקת הסמכויות בין בתי-המשפט. התפישה הכוללת היתה זו, שבית-המשפט הגבוה לצדק ייחד עצמו למשפט הציבורי בעוד אשר בית-המשפט האזרחי ייחד עצמו למשפט הפרטי. הוסף לכך דוקטרינות אחדות השליטות מאז ומתמיד בבית-המשפט הגבוה לצדק (נקיון כפיים, שיהוי, עשיית-דין לעצמו, מעשה עשוי, התערבות "מן הצדק" וכיוצא באלה), וידעת מדוע נשתרשה בתוכנו עמוקות קלסיפיקציה זו למשפט ציבורי ולמשפט פרטי. ואולם, קרוב להניח כי לו

נשמעו עתירות מן המשפט הציבורי לפני בית-המשפט האזרחי הרגיל, כי אז חלוקת המשפט למשפט פרטי ולמשפט ציבורי היתה דומה - הגם שלא היתה זהה - לחלוקת המשפט למשפט החוזים ולמשפט הנזיקין.

54. נחזור לענייננו. כפי שאמרנו למעלה, לא ידענו אודות דוקטרינה המחייבת רשות-מינהל להדיר עצמה הנאה משיקולי המשפט הפרטי, אך באשר שיקולי משפט פרטי הם. האם פירוש הדבר הוא כי כל רשות-מינהל רשאית לשקול כל שיקולי משפט פרטי בכל עניין שהיא נדרשת לו? בוודאי שלא זה הדין. הנה-כי-כן, בפרשת זישו אלספקטור נ' ראש עיריית בית-שאן, פ"ד ח' 659, סירבה רשות מקומית ליתן לעותר - שוכר של דירה - רשיון לפתוח חנות מכולת בדירתו. טעם הסירוב: בעל-הבית לא הסכים להפיכת חדר בדירה לחנות. בית-המשפט קבע כי שיקולה זה של הרשות המקומית הוא שיקול פסול, ואמר על-כך השופט ברנזון (בעמ' 665-664):

"איננו רואים ממש בנימוק זה... אמנם יתכן שהמבקש, בפתחו חנות בדירתו בלי הסכמתו של בעל-הבית, מפר את חוזה השכירות שלו, אם כך הוא הדבר, יבוא בעל-הבית ויריב את ריבו עם המבקש. אבל כל זה אינו ענינה של העירייה ואינו יכול לשמש לה יסוד לסרב לתת את הרשיון."

כיצד נבין את דברי השופט ברנזון? לדעתי, לא נתכוון השופט ברנזון לקבוע דוקטרינה כי שיקולי משפט פרטי - באשר הם - שיקולים פסולים הם בעשייתה של רשות-מינהל. שלו נתכוון לפסוק כך הלכה, היינו מקשים עליו על-אתר: דוקטרינה זו, מה מקורה ומה הצדק ימצא לה? אלא שלא כך פסק בית-המשפט. הכרעתו של בית-המשפט הסבה עצמה לא על שיקולי משפט פרטי באשר-הם, אלא על נסיונה של רשות-המינהל להכריע בחילוקי-דעות שנתגלעו בין בעל-בית לבין דייר, על דרך סירוב הענקת רשיון לדייר. וזה היה הילוך מחשבתו של בית-המשפט: לכאורה, זכאי הוא העותר לקבל רשיון לפתיחתה של חנות, הואיל ונתמלאו בו כל התנאים המוקדמים הקבועים בדין להפעלתה של חנות. אלא מה? בעל-הבית טוען כי הפעלתה של חנות מפירה את חוזה השכירות שנכרת בינו לבין הדייר? ייכבד-נא בעל-הבית ויתבע את עלבוננו בבית-המשפט המוסמך לדבר. הרשות לא הוסמכה להכריע בחילוקי-הדעות בין הניצים, ובהתמלא כל התנאים הנדרשים כדין לפתיחתה של חנות, חייבת היא להיעתר לעותר.

55. נמצא לנו איפוא זאת: למיצער, בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, רשות מינהל אינה מוסמכת - לכאורה - להכריע בחילוקי-דעות אזרחיים בין יחידים. לכאורה אסורה רשות-מינהל לשקול שיקול של חילוקי-דעות בין יחידים כשיקול-בין-שיקולים לעת הכרעתה אם תיעתר לבקשה המונחת לפניה. שיקול חילוקי-הדעות שיש למבקש עם צד שלישי הוא שיקול שמחוץ-לתחום. אין המדובר, איפוא, בפסילת שיקול אך באשר משייך

הוא עצמו למשפט הפרטי. הכלל הוא זה: רשות מינהל אינה רשאית לשקול בדעתה שיקולים שהחוק אינו מתיר לה לשקול, בין אם מקורם במשפט הפרטי ובין אם מקורם במשפט הציבורי. ובכלל השיקולים האסורים יימצא השיקול כי אסורה היא רשות להכריע בחילוקי-הדעות שנתגלעו בין העותר לבין יחיד אחר.

הבו נדייק: אין ספק כי בהתמלא התנאים המוקדמים הנדרשים בדין לקבלת רשיון, חייבת רשות המינהל להיעתר לבקשה המונחת לפניה. בכך אין כל רבותא, ואמירה שאמרנו היא בבחינת *idem per idem*. הרבותא היא באמירה כי הכרעה בחילוקי-דעות בין יחידים היא - לכאורה - מחוץ לתחומה של רשות המינהל, וכי שיקול של חילוקי-דעות כאמור הוא שיקול שיידחה על הסף.

56. הלכה זו, האוסרת על רשות-מינהל להכריע - ולו בעקיפין - בסיכסוכים בין יחידים, נתקבלה בפסיקה כדוקטרינה, ולא מצאתי כי אי-פעם נרשמה הסתייגות בצידה. ראו, למשל: בג"ץ 9/49 בלוי נ' שר הפנים, פ"ד ב 136; בג"ץ 35/48 ברסלב נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ב 330; בג"ץ 56/53 קאקאנדה נ' עירית רמלה, פ"ד ז 949; בג"ץ 132/57 פירשט נ' עירית לוד, פ"ד יא 1324; בג"ץ 280/60 "אביק" מעבדות חימיות בע"מ נ' הרשות המוסמכת למתן רשיונות יבוא של תכשירי רוקחות, פ"ד טו 1323; בג"ץ 115/61 יקירי נ' עירית רמת-גן, פ"ד טו 1877; בג"ץ 27/632 אלט נ' הוועדה המקומית לבניה ולתכנון עיר, ת"א, פ"ד טז 1330; בג"ץ 278/62 סרולוביץ נ' עירית ירושלים, פ"ד יז 508; בג"ץ 329/64 גורי נ' הוועדה המקומית לבניה ולתכנון עיר, בני-ברק, פ"ד יט(1) 370, 365.

57. אחת משלוחותיה של ההלכה קובעת, כי אסורה היא המשטרה לסלק אדם מעל קרקע בעילה של פלישה, אלא אם היתה זו פלישה "טריה". ואילו אם הפלישה אינה פלישה "טריה" כי אז שומה עליה על המשטרה להפנות את המתלונן לקבל סעד מבית-המשפט המוסמך לדבר. ראו, למשל: בג"ץ 109/70 המוטראן הקופטי האורתודוכסי בירושלים נ' שר המשטרה, פ"ד כה(1) 225, 240 עד 244 (מפי הנשיא אגרנט); בג"ץ 37/49 גולדשטיין נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, יפו, פ"ד יב 716, 726 (מפי השופט אגרנט). דרך אגב: אותה דוקטרינה שליטה גם במקומות אחרים במשפט, כגון בחובתו של פקיד המירשם לרשום במירשם האוכלוסין מידע הנמסר לו והמתועד במיסמך (כגון נישואין), בלא שמוסמך הוא לבדוק את התוקף המשפטי של אותו מידע (כגון: אם הנישואין תפשו, אם לאו). ראו והשוו: בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225; בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477.

58. מה הוא הגיונה של ההלכה? מה הוא הכוח המניע אותה והמקיים אותה כל השנים הללו? התשובה לשאלה היא, לדעתנו, הצורך המובנה בשיטת המישטר המקובלת עלינו להקצות ולייחד לכל אחת משלוש

הרשויות את עיקרי תפקידיה ואת תחום פעילותה. על דרך השלילה: הצורך המובנה בשיטת המשפט והמישטר שלנו - על דרך העיקרון - להוציא אל-מחוץ לתחומה של כל אחת משלוש הרשויות את עיקרי הסמכות שיוחדה לרשות האחרת. בהעמידנו את שלוש הרשויות זז-בצד-זז, ידענו כי ייעודה של הרשות השופטת הוא לעסוק בשפיטה. ובלשון סעיף 1(א) לחוק-יסוד: השפיטה: "אלה בתי המשפט שסמכות שפיטה נתונה בידיהם...". סמכותה של הרשות השופטת היא לשפוט, קרי, להכריע בסיכסוכים (השוו: בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 786, מפי המישנה לנשיא ברק). שלא כרשות השופטת, עיקר תפקידם של המימשל והמינהל הציבורי הוא הביצוע. ובלשון סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". לענייננו-שלנו נאמר, כי עיקרון מובנה במשטרנו הוא הצורך לייחד את סמכות השפיטה - את הסמכות להכריע בסיכסוכים - לרשות השופטת, ובה-בעת לשלול סמכות זו מן הרשות המבצעת. כך, למשל, לו היכרנו בפרשת אלספקטור ובנותיה סמכות לרשות המינהל לסרב ליתן רשיון בידי המבקש אך באשר אדם שלישי טוען - טוען, ואפשר אף מוכיח במיסמכים - כי קבלת הרשיון והפעלת עסק יביאו להפרת זכותו, כמו הוספנו וציידנו את רשות המינהל בסמכויות שפיטה. משחזקה עלינו המיצוה כי בהיעדר הסמכה מפורשת וחד-משמעית יעסקו בשיפוט בתי-המשפט - והם בלבד - מסקנה נדרשת מאליה היא כי נאסור על רשות המינהל למנות עצמה שופטת בריב שאינו מתחומיה.

למדקדקים נוסף ונאמר: ערים אנו לתופעה כי הפרדת הרשויות אינה הרמטית, וכי מישטר הפרדת הרשויות ניבנה על "איזונים ובלמים". נזכיר עם זאת, כי התשתית היא בעקרון ההפרדה וכי אותם "איזונים ובלמים" בנויים על אותה תשתית.

59. נוסף ונעיר, כי במערכת המשפט בארצות-הברית מתעוררת שאלה דומה באשר לסמכותו של הקונגרס להעניק סמכויות שפיטה - על דרך של חקיקה ראשית - לרשות המבצעת. השאלה היא, האם אין בהענקת סמכות זו חתירה תחת עקרונות החוקה הקובעת כי סמכות השפיטה ניתנה בידי מערכת בתי-המשפט? השתלשלות ההלכה במשפט ארה"ב היא סיפור מרתק לעצמו, אך אנו לא נאריך בדברים. ראו, למשל: Tribe, Constitutional Choices (Harvard University Press, 1985), 84 ff.; id, American Constitutional Law (2nd ed., 1988) 23 ff., esp. 49 ff.; Commodity Futures Trading Commission v. Schor 478 U.S. 833, 106 S.Ct. 3245 (1986); Thomas v. Union Carbide Agricultural Co., 473 U.S. 568, 105 S.Ct. 3325 (1985).

60. שלילת סמכותן של רשויות המינהל והמימשל לפסוק ולהכריע - ולו זמנית - בסיכסוך בין יחידים, סומכת עצמה על טעם עקרוני של הפרדת הרשויות (תוך "איזונים ובלמים"), ועיקרה מגמה למנוע פלישתה של

רשות אחת לתחומיה של חברתה. על דרך זה נשמר ייחודה של הרשות השופטת לעסוק בשפיטה, וכך מובטחת זכותם של מתדיינים למשפט צדק שיעשה בידי גוף בלתי תלוי. אל טעם עיקרי זה נלווה טעם נוסף - טעם של יומיום - ועניינו היעדרם של כלי-עבודה ראויים בידי הרשות המבצעת לפסוק ולהכריע בסיכסוכים. כל אחת משלוש הרשויות התאימה עצמה לסביבתה ולתפקידה - התמחתה בתחום עיסוקה ויצרה כלי-עבודה לביצוע מיטבי של המוטל עליה. כשם שבית-משפט אין בידו כלים ראויים לפעילות של ביצוע, כן אין בידי הרשות המבצעת כלים ראויים לפעילות של שפיטה. החי והצומח (ששרדו) התאימו עצמם לסביבתם, וכמותם שלוש הרשויות. דרך ההכרעה המיטבית להכריע בסיכסוכים היא דרכו של בית-המשפט, ועל כן נמנע את רשויות המינהל והמימשל מהכריע בסיכסוכים. לא לכך הכשירו אלו את עצמן, ולא עליהן הוטל המשא לעשות צדק בין יחידים שנסתכסכו ביניהם. ובלשונו של השופט ברנזון בפרשת אלט (שם, 1334) לעניינה של ועדה מקומית לתכנון ולבניה:

"הוועדה המקומית - וכמוה הוועדה המחוזית - אינה גוף משפטי לקביעת זכויות הצדדים המתנצחים ביניהם. אף אחת מהן אינה ערוכה להכריע בשאלות עובדתיות ומשפטיות בנוגע לזכויות ולחובות ההדדיות של בעלי הנכס ולפגיעה ממשית או אפשרית בהם. שיקוליהן הם שיקולי בניה ותכנון ערים ותו לא, ואפשרות פגיעה בזכויות הזולת על-ידי בניה שתיעשה על-פי רשיון שיוצא על-ידי הוועדה המקומית אינה ענין למשיבות לענות בו, אלא אם הוקנה לצד המתנגד הטוען לפגיעה בזכויותיו מעמד חוקי ישיר בנושא הדין..."

ראו עוד: בג"ץ 353,305/82 מור נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז המרכז, פ"ד לח(1) 141, 148-149 (מפי השופט אור).

61. חברי השופט זמיר מבקש להוכיח כי שיקולי משפט פרטי יכולים שישיעו על החלטתה של רשות מינהלית ועל-כך אומר הוא כי "אין רע בכך". וממשיך חברי ואומר באותו הקשר:

"האם, לדוגמה, יש פסול בכך שעיריה מסרבת ליתן רשיון להקמת עסק, או ועדה לתכנון ובניה מסרבת לתת רשיון להקמת בנין, כאשר ברור כי מבקש הרשיון תפס את החזקה במקרקעין ללא כל זכות?" (ההדגשה שלי - מ' ח')

בהמשך הדברים נדרש חברי לעניינה של העותרת, ועליו אומר הוא כי "...לפי התקנות, המכס אינו חייב, ואולי אף אינו רשאי, לתת רשיון למסיג גבול".

62. ועתה אומר את דברי. לא אחלוק על דעתו של חברי כי שיקולי משפט פרטי יכולים שיבואו במניין שיקוליה של רשות מינהל ומימשל. זו גם דעתי. כשאני לעצמי, יש בדברים אלה משום הכנסת תבן לעפריים. אכן, לא זו בלבד שאין רע בדבר, אלא שיש טובה גדולה תצמח מכך. ועוד אני מסכים לדברי חברי בדוגמה שהביא, לאמור, כי במקום שברור לעין-כל כי בקשת המבקש מיוסדת על פריעת-חוק, רשאית היא הרשות המוסמכת - רשאית היא, ואפשר אף חייבת היא - לסרב לבקשתו. ואולם על דרך המתודיקה לא אוכל ללמוד מדוגמה זו אל הכלל שחברי מבקש ללמוד ממנה. טעם הדבר הוא פשוט: הדוגמה היא דוגמת-קצה, ולא יהיה זה נכון כי נלמד מן הקצה אל האמצע.

לימדונו חז"ל: "אין מביאין ראייה מן השוטים" (שבת ק"ד ע"ב). טעם הדבר מסתבר מעצמו: שוטים מינהגם אין הוא כמינהג מי-שאינם-שוטים. הילוך מחשבתם אינו הילוך מחשבתו של אדם מן-היישוב; עושים הם מעשים שבני-אדם מן הישוב לא יעשו; ועל-כן לא נביא ראייה לא מדרך מחשבתם ולא ממעשיהם וממחדליהם, ולא נלמד היקש מהתנהגותם להתנהגות בני-אדם על דרך הכלל. וכשם שלא נביא ראייה מן השוטים כן לא נביא ראייה מאירוע-קצה. קצה, על-פי עצם טיבו ובהיותו מה שהוא, נושא עימו מיטען-שיכלי או מיטען-ריגשי המאפיין קצה. וכך, בבקשתנו ללמוד היקש מקצה אל אמצע, עלולים אנו ללכת שולל אחרי אותו מיטען, שהוא רלוונטי - אולי אף מהותי - לקצה, אך נעדר הוא באמצע באשר אמצע הוא. אכן, הקצה ניחן בתכונות של קצה, ערכו הסגולי הוא ערך-של-קצה, ותכונות האמצע לא תהיינה בהכרח תכונות הקצה. אשר לענייננו, מעניין לציין כי הילכת הפלישה ה"טריה" (ראו פסקה 57 לעיל), מיוסדת מפורשות על היותה מקרה קצה, ועל-כן מוגבלת היא לאותו מקרה קצה. ובלשונו של הנשיא אגרנט בפרשת המוטראן הקופטי (שם, 240):

"...חובתה של המשטרה לחוש לעזרתו של האדם הנתון במצב האמור ולסייע לו להוציא את הנכס מיד התופס מותנית בשני תנאים ההולכים בד בבד, והם: (א) הפניה לעזרת המשטרה נעשתה בזמן שהפלישה היתה עדיין 'טריה'; (ב) למשטרה נתגלה בצורה ברורה כי מעשה-הפלישה, ללא רשות, אינו מוטל בספק ואין לפקפק בו."

רק בהפרת שלום הציבור - כמודגם בדברי הנשיא אגרנט - רשאית המשטרה (אף חייבת היא) להתערב בסיכוך בין יחידים. ואילו אם הפרת שלום הציבור אינה מיידית או שמעשה הפלישה מוטל בספק, אל-לה למשטרה להתערב בסיכוך בין יחידים. על אותם דברים, בשינויים המחוייבים מן העניין, עומד השופט אגרנט בפרשת אביק (לעיל), והשופט לנדוי בפרשת סרולוביץ (לעיל, שם, 514), ומהתם להכא.

63. ולבסוף: דיברנו עד-כה בעיקרון שעניינו שלילת סמכותן של רשויות המימשל והמינהל להתערב בסיכוך אזרחי בין יחידים. אשר לסמכותן של הרשויות לגופה, סמכות זו תיקבע על-פי הדין שלעניין. הדין קובע

את מסגרת סמכותה של הרשות, ועל-פיו ייקבע המיתחם בו רשאית היא לנוע ולשקול בדעתה. כך, למשל, נקבעה ההלכה בפרשת אלט (לעיל), וכך אובחנה הלכה קודמת באותו הקשר, היא ההלכה שהונחה בפרשת מי-דן נ' הוועדה המקומית לבניה ולתכנון עיר, ת"א-יפו, בג"ץ 107/59, פ"ד יד 800, 805. בפרשת מי-דן העניק הדין מפורשות מעמד לבעל-נכס, ועל-כן הותרה הרשות להביא במניין שיקוליה "חילוקי-דעות" בין בעל-הנכס לבין המחזיק בו. בפרשת אלט, מאידך גיסא, לא היקנה הדין - על-פי פירושו בידי בית-המשפט - מעמד לבעל הנכס, ועל-כן קבע בית-המשפט כי אותם חילוקי-דעות הם מחוץ לתחומה של הרשות.

64. ומן הכלל אל הפרט. תחילת מסענו היא בסעיף 70(ב) לפקודת המכס [נוסח חדש], ולפיו "הממשלה רשאית לקבוע, בתקנות, את התנאים שלפיהם ניתנים רשיונות-מחסן...". ניתן דעתנו להסמכה הרחבה שהממשלה זכתה בה להתקנת תקנות בעניינם של מחסנים רשויים, ועל דרך זה נדע כיצד לנהוג בתקנות. בפנותנו אל תקנות המכס, ימצא לנו (בתקנה 14(ב)) כי בקשה למתן רשיון "תהיה לפי הנוסח שבתוספת השישית", והתוספת השישית היא הקובעת, הלכה למעשה, אלו תנאים מוקדמים חייב אדם למלא כדי לזכות ברשיון למחסן. עיקר לענייננו מצוי בחלק ג' של התוספת השישית, ולפיו אמור מבקש הרשיון להצהיר, בין השאר, הצהרות אלו:

"הרינו מצהירים שהמחסן נמצא בבעלותנו ורשום בפנקסי המקרקעין לפי אסמכתא גוש מס'... חלקה... מוחזק בידינו לפי חוזה שכירות או חכירה עם ... לתקופה של ... שנים מיום... עד יום... רצ"ב תשריט המחסן וסימוני אזורי המחסן המבוקש, מאושר בידי מהנדס... מען המחסן: ..."

נדע מכל אלה, שהמבקש חייב להיות הבעלים, השוכר או החוכר של המחסן, ועליו להוכיח זאת לרשות המכס. תנאים אלה הינם סבירים וראויים. מחסן רשוי הינו שלוחה של רשות המכס בכבודה ובעצמה, שהרי בו ייִסו טובין שלא שולם מכס עליהם. מכאן דרישת הבעלות, השכירות או החכירה - דרישה המשמיעה כי המבקש מחזיק במחסן בזכות.

הנלמד מכאן כי רשאית היא רשות המכס לחקור בזכותו של המבקש כמו היתה בית-משפט? אכן, שאלת זכותו של המבקש במחסן היא שאלה שלעניין. לא יהיה זה ראוי להעניק רשיון - ביתר דיוק: לפרש את הדין כמו מורה הוא להעניק רשיון - למסיג גבול בעליל או למי שזכותו במחסן מכוסמת מכל צדדיה. ואולם, עד לאיזה עומק רשאית היא רשות המכס להגיע לשם בירור זכותו של המבקש? האם פירוש התקנות הוא שהמבקש חייב להוכיח כי זכותו בנכס היא מעבר לספק סביר? על-פי מאזן ההסתברויות? נניח, למשל, כי גד מחזיק במחסן מכוחו של חוזה שכירות, אלא שנפתלי, בעל המחסן, טוען כי גד הפר את חוזה השכירות; כי מטעם זה פקע החוזה; וכי שומה עליו על גד לפנות את המחסן לאלתר. האם רשאית היא הרשות לסרב לבקשה בייסודה החלטתה על כך שגד לא הוכיח את זכותו במחסן? נוסף ונניח כי נפתלי הגיש תביעת פינוי נגד

גד, וכי תביעה זו תלויה ועומדת לעת הגשת הבקשה לרשות. הרשאית היא הרשות לסרב לבקשה אך מטעם זה בלבד?

65. הנה-כי-כן, בעניינינו-שלנו אין חולקים כי העותרת מחזיקה בשטח ושולטת בו כפי שבעל זכות ראוי לו שיחזיק וישלוט במחסן רשוי. אשר לזכותה של העותרת להחזיק ולשלוט בשטח, לא נוכל לומר בבירור כי מסיגת-גבול בעליל היא. יתר-על-כן: לעת הזו (הגם שלא כן היה מלכתחילה) יש בידי העותרת ולו תחילת-ראיה לזכותה להחזיק בשטח: תחילת-ראיה בדמות אותה מפה שהוחלפה בין העותרים לבין רשות הנמלים והרכבות (רנ"ר), ואשר נכתב עליה "שטח לאחסנה". על רקע כל אלה נשאל ונקשה: הרשאית היתה רשות המכס שלא לחדש לעותרת את רשיונה, רשיון שהיא עצמה העניקה לעותרת? לשון אחר: נסכים כי מלכתחילה רשאית היתה רשות המכס לסרב לתת לעותרת את מבוקשה, אך באשר לא עלה בידיה (בידי העותרת) להוכיח זכויות במחסן הרשוי. ואולם, בשים לב לאשר אירע מאז קיבלה העותרת את הרשיון, ובתינו דעתנו לכך שכיום המדובר הוא בחידוש רשיון ולא בהענקת רשיון מלכתחילה - האם לא ניתן לטעון כי פני הדברים נשתנו - לטובת העותרים - כהיום הזה, קרא: לעת חידוש הרשיון? יתר-על-כן: ביודענו כי רנ"ר תבעה את העותרת לדין בדרישת פינוי, וכי תביעה זו תלויה עתה ועומדת לפני בית-המשפט המוסמך, האם אין החלטתה של רשות המכס - שלא לחדש לעותרת את רשיונה - שקולה כנגד התערבות בסיכסוך שבין העותרת לבין רנ"ר? ויוסיף המוסיף: לא אך התערבות בסיכסוך אזרחי מתגלה לעינינו, אלא הכרעה באותו סיכסוך (ולו באורח זמני)? אוסיף ואומר עוד זאת: כשאני לעצמי, נתקשיתי להשתחרר מהתרשמות כי רשות המכס נחלצה לעזור לחברתה הטובה - רנ"ר - וכי באי-חידוש הרשיון אמרה להכריע, ולו זמנית, בסיכסוך האזרחי שנתגלע בין העותרת לבין רנ"ר. אכן, רשות המכס לא הסבירה לנו - אף לא ניסתה להסביר - אלו אינטרסים של המדינה עלולים להיפגע אם יחודש רשיונה של העותרת ולו עד להכרעת בית-המשפט בתביעת הפינוי.

66. הנה זה הסברתי את היסוסי הכבדים - מזווית-ראות-זו - לספח עצמי למחנהו של חברי, השופט זמיר. ואם החלטתי לעת ערב לגרור עצמי אל מחנהו של חברי, אין זאת אלא משום שלא יכולתי לומר כי שיקוליה של רשות המכס נפגמו - או נפגמו כדי-כך - עד שבית-משפט יתערב בהחלטתה. לו דיברנו בזכות-יסוד של האזרח והתושב, אמרתי אחרת. אני מניח שגם חברי היה אומר אחרת. ואולם, אנו עניינינו אין הוא בזכות-יסוד של האזרח והתושב אלא בזכות מן-החוק שאדם מבקש לעצמו. העותרת מבקשת להיות נאמנת של רשות המכס, לאמור, כי יותר לה להחזיק במחסן בנאמנות עבור רשות המכס. ובמקום בו מבקש אדם כי יכירו בו כנאמן; כי יתירו לו להסתופף כבן-בית בחצרה של רשות המכס; לא אוכל לומר כי בדיקה מדוקדקת לקיומם של תנאים מוקדמים אינה בדיקה ראויה. ודומים הדברים - דומים אך אינם זהים - לעניינם של אותם מהגרים

שביקשו לאמץ את הממלכה המאוחדת כמולדתם. ראו לעיל, פסקה 44. "מושכני אחר־ך - נרוצה". נמשכתי, ורצתי אחרי חברי.

67. סוף: היסכמתי בזמנו לדחייתה של העתירה. הסכמתי על מקומה מונחת היא.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט לדחות את העתירה ולחייב את העותרת בתשלום הוצאות המשפט בסך 25,000 ש"ח למשיבים 1-2 ובסך 25,000 ש"ח למשיבה 3.

ניתן היום, ח' בשבט תשנ"ח (4.2.98).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
107.97001640