

חובת הגינות כלפי רשות מנהלית בעקבות בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר

יצחק זמיר*

בפסק דין קונטרם התעוררה לראשונה השאלה אם כנגד חובת ההגינות המוטלת על כל רשות מנהלית כלפי כל אדם מוטלת גם על כל אדם חובת הגינות כלפי כל רשות. שלושת השופטים נחלקו בדעותיהם בשאלה זו, וכל אחד מהם הציג תפיסה שונה בעניין היחסים בין אדם לרשות, ובעצם בין אדם למדינה. השאלה נותרה ללא הכרעה. עם זאת, בכמה פסקי דין מאוחרים יותר דעת רוב השופטים נוטה לקבל את התפיסה שכל אדם כפוף לחובת הגינות כלפי כל רשות מנהלית.

מבוא

פרק א: העובדות

פרק ב: השופט זמיר

פרק ג: הנשיא ברק

פרק ד: השופט חשין

אחרית דבר

מבוא

הרשות המנהלית חייבת לנהוג בהגינות. זהו עקרון ההגינות. עיקרון זה נובע מן המעמד של הרשות כנאמן הציבור: הרשות קיבלה את סמכותה מן הציבור, כדי שתפעיל אותה למען הציבור, ולכן היא חייבת, בין היתר, לנהוג בהגינות כלפי כל אדם מן הציבור. מתוך עיקרון זה גזר בית המשפט כללי התנהגות שונים. כאלה הם, לדוגמה, הכלל המחייב את הרשות להציג לפני אדם את המידע האישי שעליו היא מתבססת כדי

* שופט (בדימוס) בית המשפט העליון; פרופסור (אמריטוס), האוניברסיטה העברית בירושלים.

להחליט בעניינו; הכלל המחייב אותה לנמק החלטה הדוחה את בקשתו; והכלל המחייב אותה לקיים התחייבות שנתנה לו.¹ אולם האם חובת ההגינות מוטלת כחובה חד־סטריית רק על הרשות כלפי כל אדם, או שמא היא חובה דו־סטריית המוטלת גם על אדם כלפי הרשות? שאלה זו התעוררה בפעם הראשונה, למרבה הפליאה, רק בשנת 1998, בפסק דין **קונטרם**.² היא התעוררה לפני הרכב שכלל את הנשיא ברק, את השופט חשין ואותי. שופטי ההרכב חלקו זה על זה בשאלה זו. כל אחד מן השופטים הביע לא רק דעה משפטית שונה, אלא גם השקפת עולם שונה בדבר היחס הראוי שבין אדם לבין הרשות המנהלית, ולמעשה בין אדם לבין המדינה. כתוצאה מכך, פסק הדין מציג שלוש דעות יחיד, ללא הכרעה ביניהן.

פרק א: העובדות

העובדות ביסודו של פסק דין **קונטרם** היו פשוטות. חברת **קונטרם** היא בעלת מחסן רשוי ליד נמל אשדוד. מחסן כזה מקבל טובין שהגיעו לנמל, מאחסן אותם לפי בקשת הבעלים תמורת תשלום, ומשחרר אותם לאחר זמן עם תשלום המכס המגיע למשרד האוצר. כדי להפעיל מחסן כזה נדרש, על פי חוק, רישיון מן המכס. קבלת הרישיון מותנית בקיום תנאים מסוימים שנקבעו בתקנות. אחד התנאים דורש שמבקש הרישיון יהיה בעל זכות בעלות או שכירות במקרקעין שהמחסן עומד עליהם.

קונטרם קיבלה רישיון כזה, והפעילה את המחסן במשך שנים רבות על מקרקעין שהיו בבעלותה. בשלב מסוים הקימה **קונטרם** שלוחה של המחסן על מקרקעין סמוכים בשטח של כ-40 דונם שהיה בבעלותה של רשות הנמלים, אך היא לא הודיעה על כך ולא ביקשה הסכמה לכך מן הרשות. חלף זמן עד שהדבר נודע לרשות. כאשר הוא נודע, דרשה הרשות מקונטרם לפנות שטח זה. **קונטרם** סירבה. אי לכך פנתה הרשות לבית המשפט בתביעה לסילוק יד של **קונטרם** מן השטח שעליו הוקמה שלוחת המחסן. התביעה הייתה תלויה ועומדת לפני בית המשפט כאשר **קונטרם** פנתה אל המכס וביקשה רישיון להפעיל את שלוחת המחסן. היא התבקשה על ידי המכס להמציא פרטים ומסמכים כפי שנדרש על ידי התקנות לצורך קבלת רישיון כזה, וביניהם גם חוזה שכירות של המקרקעין. **קונטרם** המציאה חוזה שנערך בינה לבין רשות הנמלים, אך לא היה זה חוזה שכירות, כפי שהתבקשה, ואף לא היה בו כדי להקנות לקונטרם כל זכות באותם מקרקעין. היא גם לא הודיעה למכס שקיימת מחלוקת בינה לבין רשות הנמלים לגבי זכותה להפעיל את המחסן על אותם מקרקעין, ולא ציינה כי בבית המשפט תלויה

1 על חובת ההגינות המוטלת על הרשות כלפי כל אדם ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב, פרק 30 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011).

2 בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289 (1998) (להלן: עניין **קונטרם**).

ועומדת תביעה שהוגשה על ידי רשות הנמלים לסילוק יד של קונטרם מהמקרקעין האלה.

המכס, מתוך טעות או רשלנות, לא בדק כנדרש את החוזה שקונטרם המציאה לו, ונתן לה את הרישיון שביקשה. אך לאחר זמן, כאשר התברר למכס שרשות הנמלים טוענת כי לקונטרם אין כל זכות במקרקעין, החליט המכס לא להאריך את תוקף הרישיון של קונטרם להפעלה של שלוחת המחסן. נגד החלטה זו הגישה קונטרם עתירה לבג"ץ. השאלה שעמדה להכרעה בבג"ץ הייתה ברורה: האם החלטת המכס לא להאריך את תוקף הרישיון הייתה חוקית? בית המשפט היה יכול להשיב על שאלה זו, באופן פשוט וקצר, כך: לפי התקנות, קבלת רישיון להפעלת מחסן רשוי מותנית בזכות בעלות או שכירות של המקרקעין שעליהם הוקם המחסן; לקונטרם אין זכות כזאת, אלא רק טענת זכות, ולכן היה צריך לדחות את בקשתה לרישיון; אומנם היא קיבלה רישיון, אך הוא ניתן לה בטעות, והלכה היא כי רשות שנתנה רישיון בטעות רשאית לא להאריך את תוקפו.

אך בית המשפט לא הסתפק בתשובה זו. הוא ראה לנכון להתייחס לטענה נוספת של המכס: הטענה שהוא היה רשאי לא להאריך את תוקף הרישיון משום שקונטרם הפרה חובה כלפיו. איזו חובה? החובה לגלות למכס שקיימת מחלוקת תלויה ועומדת לפני בית המשפט בשאלה אם לקונטרם יש זכות כלשהי במקרקעין שעליהם הוקמה שלוחת המחסן. אולם החוק והתקנות לא הטילו חובה כזאת על קונטרם. לכן התשובה הייתה תלויה בשאלה רחבה יותר: האם קיימת הלכה – או ראוי לפסוק הלכה – שבדרך כלל מוטלת על כל אדם החובה לנהוג בהגינות כלפי הרשות המנהלית או למצער שבדרך כלל מוטלת על כל מי שמבקש רישיון מרשות מנהלית החובה לגלות לה את המידע המהותי שברשותו בנוגע לרישיון. זאת הייתה השאלה העיקרית שבה דן פסק הדין, ובה התגלעו חילוקי הדעות בין השופטים.

לבקשתו של ראש הרכב השופטים, הנשיא ברק, כתבתי את פסק הדין הראשון. הבעתי בו את דעתי שאכן מוטלת על כל אדם חובה כללית לנהוג בהגינות כלפי כל רשות מנהלית. הנשיא ברק הגיב בפסק דין שהביע דעה שונה. כך עשה גם השופט חשין: הייתה לו דעה שונה גם מדעתי וגם מדעתו של הנשיא ברק. אציג בקיצור רב את שלושת פסקי הדין לפי הסדר שבו נכתבו.³

פרק ב: השופט זמיר

חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), מטיל על כל אדם (בסעיף 12) חובה לנהוג בתום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, ובכלל זה לגלות עובדות מהותיות. חובה זו חלה גם על כל אדם המבקש לכרות חוזה עם רשות מנהלית.

3 ראו עוד זמיר, לעיל ה"ש 1, פרק 32; ועל עניין קונטרם ראו שם, בעמ' 1070–1077.

האם סביר שחובה כזאת לא תחול עליו כאשר הוא מבקש רישיון מן הרשות? בפסק דיני השבתי על כך בשלילה:

"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, טובת הנאה לאדם שהטעה אותה, שאין הוא זכאי לה. הטעיית הרשות המינהלית היא אפוא 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?"⁴

לעצם העניין התשובה כפולה. ראשית, לפי חוק החוזים (סעיף 61(ב)), החובה לנהוג בתום לב חלה "גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה". אין ספק שמתן רישיון, ובעצם כל החלטה מנהלית, היא פעולה משפטית. לכן ניתן לומר שהחובה לנהוג בתום לב, ובכלל זה החובה לגלות מידע מהותי, חלה מכוח חוק החוזים גם על כל אדם המבקש רישיון מרשות מנהלית. שנית, ראוי לומר כי חובת ההגינות ביחסים שבין הרשות המנהלית לבין כל אדם חלה על שני הצדדים ליחסים האלה; היא אינה חד-סטרית, אלא דו-סטרית. בהתאם לכך, ראוי לדרוש מכל אדם שינהג בהגינות כלפי כל רשות. אכן, דרישת ההגינות, המיוחדת למשפט המנהלי, עדיפה על חובת תום הלב, החלה במשפט הפרטי.⁵ כפי שפסק הדין אומר, "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... 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".⁶

שאלה היא מה חובת ההגינות כוללת. ברור כי חובת ההגינות המוטלת על אדם כלפי הרשות שונה וקלה מחובת ההגינות המוטלת על הרשות כלפי אדם. בית המשפט עסק הרבה בחובת ההגינות המוטלת על הרשות כלפי כל אדם, ומילא אותה תוכן רב. הוא

4 עניין קונטרס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 314.

5 בתחום המשפט המנהלי דרישת ההגינות עדיפה על חובת תום הלב בגלל השוני המהותי בין המשפט המנהלי לבין המשפט הפרטי: התכלית, הערכים והשיקולים במשפט המנהלי שונים מאלה שבמשפט הפרטי. לכן הכלל בדבר תום לב, כפי שהתפתח במשפט הפרטי, אינו הולם את הסביבה של המשפט המנהלי – לא מבחינת התייחסותה של הרשות לאדם ולא מבחינת התייחסותו של אדם לרשות. דרישת ההגינות יכולה לדחוק את רגליה של חובת תום הלב מן המשפט המנהלי גם על יסוד סעיף 61(ב) לחוק החוזים, שכן סעיף זה קובע כי הוראות חוק זה יחולו על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה רק "ככל שהדבר מתאים לענין".

6 עניין קונטרס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 320.

טרם עשה זאת לגבי חובת ההגינות המוטלת על אדם כלפי הרשות. לפיכך הוא יצטרך למלא אותה תוכן במשך הזמן, מעניין לעניין, כדרכו של המשפט המקובל, לפי השיקולים המיוחדים לכל עניין.⁷ מכל מקום, חובת ההגינות המוטלת על אדם כלפי הרשות כוללת, כבר כיום, את החובה של אדם המבקש לקבל רישיון מן הרשות לגלות לה את המידע המהותי המצוי בידיו בנוגע לבקשת הרישיון.

לסיכום, "לדעתי, לא צפוי נזק, ואף לא סיכון, מעצם התפיסה התאורטית של חובה כללית של הגינות המוטלת על האזרח כלפי המינהל הציבורי. להפך, 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".⁸

פרק ג: הנשיא ברק

הנשיא ברק הסכים לתוצאה בנסיבות המקרה: מי שמבקש רישיון מרשות מנהלית מחויב לגלות לה את המידע המהותי המצוי בידיו בנוגע לבקשת הרישיון. "מידע זה רלוונטי לביצוע התפקיד השלטוני... מקורה של חובת הגילוי בכוחו של השלטון להעניק רישיון לפרט..."⁹

אך מדובר, לדעתו, בחובה נקודתית. אכן, על כל אדם מוטלות חובות נקודתיות כלפי השלטון. לדבריו, "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 פרי של איזון הנערך בנקודות שונות בין החירות של הפרט לאינטרס של הכלל. הן מבוססות על נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה".¹⁰ אולם הנשיא ברק לא היה מוכן להטיל על כל אדם חובה כללית של הגינות כלפי הרשות. הוא הסביר:

"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

7 שם, בעמ' 321.

8 שם, בעמ' 344.

9 שם, בעמ' 352.

10 שם, בעמ' 349-350 ו-351.

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.¹¹

"כמובן, הוסיף הנשיא ברק, "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, בדורשה תום-לב ביחסים אלה, כן ראוי הוא להעלות את הרמה המוסרית של התנהגות הפרט כלפי השלטון... 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 יישלל אופיו הדמוקרטי של השלטון".¹² לכן יש לומר כי "חובת הגילוי אינה נגזרת מחובת הגינות כללית".¹³

פרק ד: השופט חשין

לפסקי הדין שלי ושל הנשיא ברק יש מכנה משותף: הדעה שאפשר וראוי שבית המשפט יטיל על אדם חובה נקודתית של התנהגות כלפי הרשות, אם כך מתבקש מן האיזון בין השיקולים הנוגעים בעניין הנדון, ובעיקר מן האיזון בין צרכי הציבור לבין חירות האדם. כך מתבקש – על יסוד האיזון בין השיקולים הנוגעים בעניין – בנוגע לחובה של אדם לגלות מידע מהותי לרשות שממנה הוא מבקש רישיון, ואפשר שכך יתבקש גם בעניין אחר לאור האיזון בין השיקולים הנוגעים באותו עניין. אך השופט חשין חלק על דעה זו. לדעתו, העיקר אינו האיזון, אלא החירות: "העיקרון הוא עקרון-החופש של היחיד, ועיקרון זה – כשהוא לעצמו – אינו מוליד חובת הגינות".¹⁴ אם תוטל על אדם חובת הגינות כלפי הרשות, ולו רק חובת הגינות נקודתית, היא תכרסם בחופש של היחיד. בית המשפט אמור להגן על החופש של היחיד, ולכן אין זה ראוי שהוא יטיל עליו חובה כזאת. הנה לקט מן הדברים שאמר השופט חשין ברוח זו בפסק הדין:

"השקפתי באשר למעמדו של היחיד ביחסיו עם רשויות השלטון והמינהל היא זו, שהיחיד רשאי וזכאי לעשות כל דבר (או לחדול מכל מעשה) אלא אם נאסר עליו לעשות (או לחדול)... יש שהיחיד חב בחובות משפטיות של 'עשה', ואולם חובות אלו קובע אותן החוק מפורשות, והן מעטות, למשל: חובת שירות בצבא; חובת תשלום מסים... מעבר לאותן חובות מפורשות של לא-תעשה ושל עשה,

11 שם, בעמ' 349.

12 שם, בעמ' 353.

13 שם.

14 שם, בעמ' 368.

אין היחיד חב כל חובה משפטית לשלטון, ולדעתי אין זה ראוי כי נחוב אותו בחובות נוספות.¹⁵

"היחיד נולד בן-חורין במשפט, בן-חורין הוא במשפט כל ימי-חיו, והכול עד אם ייקבע כי חייב הוא בחובה כלשהי. המונע עצמו ממעשים אסורים והמקיים מצוות 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 הדמוקרטית-הליברלית, וכשאני לעצמי סבורני כי ראוי לנו לאמצה ולטפחה... אינני נכון להכיר בחובתו של היחיד כלפי השלטון, בין שנכנה חובה זו חובת הגינות בין אחרת, אלא אם נקבעה חובה זו במפורש או מכללא-מחויבת-הדין."¹⁶

"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."¹⁷

זאת, כנראה, ליבת המחלוקת בין השופטים. השופט חשין, בהיותו קנאי לחירות האדם, רואה לנגד עיניו את עוצמת השלטון, ומכיוון שהיחיד והשלטון "אינם ידידים", הוא חושש שמא השלטון יפגע ללא צורך וללא צידוק בחירות האדם. לכן, לדעתו, ראוי שבית המשפט יטיל על השלטון חובת הגינות כלפי היחיד, אך אין זה ראוי שבית המשפט יטיל על היחיד חובות כלפי השלטון, מעבר לאותן חובות שהינן הכרחיות לקיום ביחד ולכן הוטלו על היחיד במפורש על פי חוק.

אכן, השופט חשין צדק באשר ליחסי הכוחות שבין "השלטון" לבין "היחיד", וגם באשר לחשש מפני שימוש לרעה בכוח השלטון, באופן שיפגע ביחיד ללא הצדקה ומעבר למידה. עם זאת, לדעתי, אין זו אלא תמונה חלקית של המצב המצוי, ובוודאי אין זו תמונה שלמה של המצב הרצוי. אני רואה היבט נוסף ביחסים המצויים והרצויים שבין כל בני האדם לבין כל הרשויות: היבט של קהילה, המחייבת גם את האדם וגם את הרשות לפעול יחד, במין שותפות, לטובת הכלל ולטובת הפרט. והשותפות מחייבת הגינות – לא הגינות זהה משני הצדדים, אך הגינות הדדית. נראה לי כי הנשיא ברק שותף במידה רבה לדעה זו.¹⁸ גם השופט חשין אינו חולק על כך שהגינות היא מידה נאה, גם

15 שם, בעמ' 366.

16 שם, בעמ' 367.

17 שם.

18 שם, בעמ' 349–350 (דברי הנשיא ברק): "חובות אלה [המוטלות על הפרט כלפי השלטון] 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' שממנו נשאב הצורך הפנימי להתחשב בכלל. כמו כן הן נגזרות מדרישת החברה כלפי הפרט, בהיותו חלק מהחברה, לפעול למען הכלל."

בהתייחסות של היחיד כלפי השלטון, והוא אף מוסיף כי אולי ראוי לקבוע אותה כחובה משפטית, אך זאת רק במדינת אוטופיה, לדבריו, ולא במצב הקיים במדינה כפי שהיא.¹⁹ אומנם, בסופו של דבר גם השופט חשין החליט כי יש לדחות את העתירה של קונטרס, ולפיכך העתירה נדחתה פה אחד על ידי שלושת השופטים. אולם הוא לא ביסס את החלטתו על חובה המוטלת על אדם מכוח ההלכה לגלות מידע לרשות, אלא על הסמכות שהחוק מקנה לרשות לתת רישיון, אשר כוללת גם סמכות עזר לדרוש מידע מהותי ממבקש הרישיון.²⁰

פסק הדין של השופט חשין מתקרב אל פסק הדין של הנשיא ברק מבחינה זו שהוא מעמיד את זכויות האדם במקום הראשון בסדר העדיפויות: הן יכולות להכריע את עוצמת השלטון ואת האיום הטמון בעוצמה זו. מבחינה זו פסק הדין של השופט חשין בעניין קונטרס מצטרף אל פסקי דין אחרים שבהם הוא נחלץ לרומם את זכויות האדם ולהגן עליהן בכל נפשו ובכל מאודו.²¹

אחרית דבר

פסק דין קונטרס העלה לראשונה את השאלה העקרונית אם חובת ההגינות חלה לא רק על הרשות המנהלית כלפי כל אדם, אלא גם על כל אדם כלפי הרשות המנהלית. דעות השופטים נחלקו בשאלה זו, ופסק הדין הותיר אותה ללא תשובה. השאלה התעוררה שוב בפסקי דין אחרים, אך אף לא באחד מהם היא נדרשה לצורך הכרעה, ולכן טרם נפסקה הלכה בשאלה זו. אולם נראה כי רוב השופטים שהתייחסו לשאלה זו נוטים לדעה שאכן כל אדם כפוף לחובת הגינות (שטרם הוגדרה באופן ברור) כלפי הרשות המנהלית. הנה, לדוגמה, דברים שנאמרו על ידי השופט מזוז:

"שאלת היקפה של חובת ההגינות של הפרט ביחסו מול הרשות טרם הוכרעה סופית בפסיקה, וקיימות גישות שונות באשר למקורה, מהותה והיקפה (ענין קונטרס). ואולם נראה כי עצם קיומה של חובת הגינות של הפרט ביחסו עם הרשות זכתה להכרה רחבה, ואף נעשה בפסיקה שימוש בעיקרון זה הלכה למעשה... לא ארחיב כאן בסוגיה זו, אציין רק... כי בין הגישות השונות בסוגיה

19 שם, בעמ' 367 (דברי השופט חשין): "יסלח לי חברי השופט זמיר, אך נתקשיתי להשתחרר מהתרשמות כי בחוות-דעתו מצייר הוא לנו מדינת-אוטופיה של הגינות, מדינה שבה נושמים הרוב הגינות, מדינה שבה מקדים אדם לדרוש בשלום רעהו, מדינה שבה שוחרים הרוב את טובתם של הכול, 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 יחידיה."

20 שם, בעמ' 373.

21 ראו פרש בודד בערכות החק והמשפט – אמרות ולקוטות ממשנתו של מישאל חשין 132 ואילך ו-160 ואילך (אביעד הכהן עורך, 2015).

זו שעלו בענין **קונטרס**, נוטה אני יותר לגישתו של השופט **י' זמיר**, לפיה כשם שקיימת חובת הגינות כללית של הרשות כלפי הפרט, כך קיימת גם חובת הגינות כללית – אף כי שונה בהיקפה ובמקורותיה – של הפרט ביחסיו מול הרשות. לקביעה עקרונית של חובת הגינות כללית כאמור יש לדעת חשיבות ציבורית, ערכית וחינוכית, גם אם בפועל היקפה ועוצמתה של חובת הגינות זו תהא שונה בהתאם לסוגי מצבים ונסיבות.²²

מכל מקום, לדעתי, הפסיקה מלמדת כי בפועל בית המשפט מטיל על כל אדם חובת הגינות כלפי הרשות המנהלית, אם כי הוא מפעיל אותה באופן זהיר (וכך ראוי), ולא פעם מבלי לקרוא לה בשם המפורש ומבלי לקבוע לה (עדיין) גבולות או מבחנים. ראשית, כפי שקבע בית המשפט (בדעת רוב) בפסק דין **קונטרס**, על כל אדם המבקש רישיון מרשות מנהלית מוטלת חובה (מכוח ההלכה, ולא מכוח החוק) לגלות לרשות מידע

22 ע"א 3604/13 **מנהל רשות המסים נ' אייזינגר**, פס' 48 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם באר"ש, 10.5.2015) (ההדגשות במקור). השופט סולברג הסכים, אך השופט דנציגר הביע הסתייגות: "אבקש להדגיש כי איני שותף לעמדתו העקרונית והמרחיבה של חברי השופט מזוז בשאלת חובת ההגינות של הפרט ביחסיו מול הרשות... אסתפק בהבהרה כי לטעמי אין מקום לקבוע חובת הגינות כללית של הפרט ביחסיו מול הרשות, ודי לקבוע שלפרט קמות חובות **נקודתיות** בלבד ביחסיו מול הרשות, אשר צומחות על רקע נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה..." (שם, פס' 5 לפסק דינו; ההדגשות במקור). אותה מחלוקת בין השופט מזוז לבין השופט דנציגר באה לידי ביטוי גם בעע"ס 89/13 **עיריית רמת גן נ' הירא** (פורסם באר"ש, 24.2.2015). ראו עוד את דבריה של השופטת פרוקצ'יה כבר"ם 867/06 **מנהלת הארנונה בעיריית חיפה נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ**, פס' 11 לפסק דינה (פורסם באר"ש, 17.4.2008), אשר נאמרו תוך התייחסות לפסק דין **קונטרס**: "חובות האזרח כלפי הרשות – ובעצם כלפי הציבור – עשויות לנבוע מספר החוקים. אך יש והן צומחות מן הפסיקה, ומהעקרונות הכלליים של המשפט הציבורי. חובות אלה משקפות את היחס הנדרש של האזרח כלפי הרשות, המגלמת ביישותה את הציבור הרחב. עמידה בהן נדרשת לצורך תיקוד תקין ויעיל של החברה, והן **מרכיב מרכזי בתרבות החיים**" (ההדגשה במקור). כן ראו עע"ס 7217/10 **אילנית מרכז לשיקום בע"מ נ' מדינת ישראל – הממונה על מחוז חיפה**, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם באר"ש, 27.6.2012): "כשלעצמי, אני שותפה לגישתו של השופט **י' זמיר**, כי אכן גם הפרט חייב לנהוג בהגינות במערכת היחסים שלו עם הרשות, גם אם חובת ההגינות המוטלת עליו היא פחותה בהשוואה לחובה היתרה שמוטלת על הרשות." השופט רובינשטיין הביע את הסכמתו לדברים האלה: "מסכים אני בכל לב לדברי חברתי (פסקה 21) באשר לחובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות..." (שם, פס' ג לפסק דינו). ראו עוד עע"ס 2978/13 **מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ נ' יונס**, פס' לב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 23.7.2015): "מן הפסיקה עולה, כי נטיית בתי המשפט היא לעבר גישתו של השופט זמיר [בעניין **קונטרס** – י' ז'], הגם שמייעט לגזור משמעות אופרטיבית מקיומה של חובה זו." ראו גם רע"פ 4398/99 **הירא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 637, 651 (2000); רע"א 5541/12 **החברה הכלכלית לפיתוח קרית אתא נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' ט–י להחלטה (פורסם באר"ש, 12.8.2012); עש"ס 5246/99 **אהרוני נ' נציבות שירות המדינה**, פ"ד נו(1) 481, 489 (1999); עת"ם (מנהליים ת"א) 32385-09-16 **אלה – מרכז לסיוע נפשי חברתי ליוצאי הולנד וקרוביהם נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 4.1.2018). ראו עוד דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך א 276–287 (2010).

מהותי שנמצא אצלו.²³ **שנית**, בית המשפט הביע דעה כי חובת ההגינות של כל אדם כלפי הרשות יכולה לחול גם בהקשרים אחרים.²⁴ **שלישית**, ובעניי העיקר, בית המשפט מטיל חובת הגינות רחבה על כל אדם כלפי כל רשות מנהלית באמצעות כלל הסף בדבר נקיון כפיים. כלל זה אומר כי בית המשפט רשאי לדחות על הסף – ובפועל אכן דוחה על הסף לעיתים קרובות – עתירה הנגועה בחוסר נקיון כפיים. הוא דוחה עתירות על יסוד כלל זה גם אם העתירה נכונה ומוצדקת לגוף העניין, כלומר, גם אם אפשר שההחלטה המנהלית מושא העתירה הינה בלתי חוקית – למשל, בגלל חריגה מסמכות או שיקולים זרים. לכלל זה יש שני ראשים: האחד קובע כי עתירה עשויה להיות נגועה בחוסר נקיון כפיים אם העותר העלים מבית המשפט עובדות מהותיות;²⁵ והאחר קובע כי עתירה עשויה להיות נגועה בחוסר נקיון כפיים אם העותר התנהג, בעניין הנוגע בעתירה, באופן בלתי ראוי.²⁶ ראש זה כולל מצבים שבהם העותר התנהג כלפי הרשות בחוסר הגינות בעניין הנוגע בעתירה. הנה דוגמאות אחדות.

במקרה אחד עתרו ראשי מועצות מקומיות של יישובים דרוזיים נגד השר לענייני דתות בטענה שהוא לא כינס אותם כדי לדון עימם בשאלת מינוים של חברים למועצה הדתית של העדה הדרוזית. בית המשפט דחה את הטענה לאחר שהתברר כי השר הציע להם לכנס את המועצות כדי לדון ולייעץ לו בשאלה זו, והם סירבו: "לכן אין הם יכולים להישמע בבית-משפט זה בטענה שהמועצה המקומית לא התכנסה כדי לדון במינוי החברים למועצה הדתית."²⁷ במקרה אחר עתרו עתודאיות בצה"ל נגד דרישת הצבא מחיילות המשרתות במסלול העבודה האקדמית כי יתנדבו לשנת שירות שלישית בתנאים של שירות סדיר. בית המשפט דחה את העתירה, בין היתר, משום שהעתודאיות חתמו, לפני שהתגייסו לצבא במסלול זה, על התחייבות לשרת שנה שלישית בתנאים של שירות סדיר: "כבר נפסק כי 'בית המשפט הגבוה לצדק לא יושיט יד לעותר האומר להתכחש

23 הלכה זו אומצה על ידי בית המשפט בפסיקה מאוחרת. ראו בג"ץ 1227/98 **מלבסקי נ' שר הפנים**, פ"ד (נב) 690, 703–704 (1998); בג"ץ 1884/02 **דימיטרוב נ' שר הפנים**, פס' 27 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 16.8.2010); ע"א 8189/11 **דיין נ' מפעל הפיס**, פס' 40 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם באר"ש, 21.2.2013); עניין **עיריית רמת גן**, לעיל ה"ש 22; עניין **אייזינגר**, לעיל ה"ש 22. ראו גם על"ע 9846/03 **כהן נ' לשכת עורכי-הדין**, פ"ד נט(1) 154, 163 (2004), שבו דיבר בית המשפט ברוח הלכה זו, אף שלא אזכר את עניין **קונטרם**.

24 ראו, לדוגמה, עניין **יונס**, לעיל ה"ש 22, פס' לב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "ניתן, בנסיבות מסוימות, לראות בהיעדר פניה מוקדמת [לרשות, לפני הגשת תובענה ייצוגית – ז' אי-קיומה של חובת ההגינות המוטלת על הפרט כלפי הרשות הציבורית". לגבי החובה לנהוג בהגינות כלפי הרשות בהקשרים נוספים ראו זמיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1076–1077.

25 במקרים האלה ניתן לומר (אף שבית המשפט אינו נוקט לשון זו) כי העותר הפר את החובה לנהוג בהגינות כלפי בית המשפט. אולם, אם מוטלת עליו חובה לנהוג בהגינות כלפי בית המשפט, אין זה סביר להטיל עליו חובה לנהוג בהגינות גם כלפי הרשות שאת החלטתה הוא תוקף?

26 על הכלל בדבר נקיון כפיים ראו זמיר, לעיל ה"ש 1, כרך ג, פרק 55. על חוסר נקיון כפיים הנובע מהתנהגות בלתי ראויה ראו שם, החל בעמ' 2018.

27 בג"ץ 8378/96 **חביש נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נא(1) 145, 156 (1997).

להתחייבותו או למבקש להפר חיוב שנטל על עצמו. ההלכה כי הסכמים יש לכבד – pacta sunt servanda – חותכת את שיטת המשפט לרוחבה, וכוחה עמה בשדה המשפט הציבורי ככוחה בשדה המשפט הפרטי, והרי היא ביסוד כל היסודות.²⁸ במקרים רבים נוספים דחה בית המשפט עתירות נגד סירוב של הרשות לתת רישיון בנימוק שהעותר נהג כאילו יש בידו רישיון ("עשה דין לעצמו") עוד לפני שפנה אל הרשות בבקשה לקבל את הרישיון.²⁹

אומנם, במקרים האלה לא הסתמך בית המשפט על העיקרון בדבר חובת ההגינות כלפי הרשות, אלא על הכלל בדבר נקיון כפיים, על דרישת הצדק או על הדרישה להתנהגות ראויה. אך לא הנוסח קובע, אלא המהות היא שקובעת. מבחינת המהות, המכנה המשותף לכל המקרים האלה הוא הפרת החובה להתנהג באופן ראוי כלפי הרשות. החובה להתנהג באופן ראוי היא שם נרדף לחובת ההגינות. לכן, לדעתי, ניתן לומר כי הכלל בדבר נקיון כפיים, ככל שהוא בנוי על הדרישה להתנהגות ראויה כלפי הרשות, נגזר אף הוא מן העיקרון בדבר חובת ההגינות כלפי הרשות. לסיכום, לדעתי קיימת כבר כיום תשתית של פסקי דין שמאפשרת לבית המשפט לפסוק הלכה כי על כל אדם מוטלת חובת הגינות (שהיקפה ומהותה טרם נקבעו) כלפי כל רשות מנהלית.

28 בג"ץ 4763/10 סוסקין נ' צבא הגנה לישראל, פס' 12 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 30.6.2011). ראו גם שם, פס' 14 לפסק הדין: "קביעתו זו של בית המשפט מושתתת [גם] על הפן העקרוני לפיו שיקולי צדק המנחים את פועלו בשבתו כבית משפט גבוה לצדק אינם מאפשרים כי תחילה ייחנה העותר מפירות התחייבותו ובדיעבד יתכחש לה". ראו גם בג"ץ 1930/94 נתן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(4) 643 (1994); בג"ץ 6232/17 סוסלוב נ' משרד הפנים (פורסם באר"ש, 30.10.2017). החובה לקיים התחייבות שאדם קיבל על עצמו כלפי הרשות חלה גם כאשר ההתחייבות אינה בגדר חוזה. ראו, לדוגמה, עת"ם (מנהליים ת"א) 2457/08 זילברברג נ' עיריית תל-אביב (פורסם בנבו, 1.10.2011). מכיוון שכך, מהו מקורה של חובה זו? לדעתי, היא נגזרת מחובת ההגינות כלפי הרשות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 197/81 פרידמן נ' ראש עיריית אילת, פ"ד לו(2) 431, 425 (1982): "כלל נקוט הוא מלפני בית-משפט זה, כי לא יזכה לסעד מי שעושה דין לעצמו ומזלזל בהוראות חוק ובמעשיו יוצר עובדות, במטרה כי הרשות תיכנע לדרישותיו..."; בג"ץ 4685/11 המועצה המקומית ראש פינה נ' ממונה מחוז צפון במשרד הפנים, פס' 44 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 9.4.2013): "העותרת לא נשמעה להוראות החוק, להחלטות השרים ולצווי הממונה. אם סברה העותרת כי החלטת השרים שלא להפחית את סכום השתתפותה פגומה, או אם סברה שגובה החוב שגוי, היה עליה לנקוט בצעדים ישירים לביטול החלטת השרים ולשינוי גובה החוב, ולא לעשות דין לעצמה". ראו גם בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לווי (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת (פורסם באר"ש, 9.9.2007). אומנם, במקרה שבו העותר "עשה דין לעצמו" – למשל, הפעיל עסק ללא רישיון כאשר החוק דורש רישיון או הפר הוראה חוקית של רשות מוסמכת – הוא עבר על החוק בתחום המשפט הפלילי, ולכן צפוי לעונש בהליך פלילי. אך מה ההסבר לכך שהוא חשוף, נוסף על העונש בהליך הפלילי, גם לעיצומים בתחום המשפט המנהלי, כגון מניעת רישיון שהוא זכאי לו על פי דין? לדעתי, התשובה היא שהוא הפר חובה מתחום המשפט המנהלי, היא חובת ההגינות כלפי הרשות המנהלית.