

המשפט המינהלי של מישאל חשין

בין עריכת דין לשפיטה

דפנה ברק-ארז *

- א. פרקליט, עורך דין ושופט
- ב. המשפט המינהלי של חשין הפרקליט ועורך הדין
- ג. המשפט המינהלי של השופט חשין
- ד. סיכום: עריכת דין ושפיטה

א. פרקליט, עורך דין ושופט

תרומתו של השופט חשין למשפט המינהלי – במהלך קריירה ארוכה ומגוונת שבה עסק בתחום זה כפרקליט בשירות המדינה, כעורך דין פרטי וכשופט – הייתה בעלת אופי ייחודי. ייחודיות זו קשורה בדרכו המקצועית של חשין, שלמד להכיר מקרוב את רשויות המינהל בעבודתו כעורך דין וכפרקליט, לפני שהתמנה לשופט. הדברים הבאים יתייחסו לתרומתו של השופט חשין להתפתחות המשפט המינהלי, ויתמקדו בטענה שהמגמות העולות מפסיקתו קשורות במידה לא מבוטלת לניסיון המקצועי שרכש בתקופה שקדמה למינויו לבית המשפט העליון ולתפיסות שפיתח במהלכה.

ב. המשפט המינהלי של חשין הפרקליט ועורך הדין

ראוי לפתוח את הדיון בהתייחסות לתקדימים חשובים בתחום המשפט המינהלי, אשר נקבעו בפסקי דין שלהם היה חשין שותף כבא כוח של אחד מן הצדדים. כך, למשל, פסק הדין הידוע בבג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון,¹ שבו הוכרה

* פרופסור מן המניין, מופקדת הקתדרה למשפט וביטחון ע"ש סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. נוסח הדברים מבוסס על הרצאה ביום עיון לכבוד השופט חשין, שהתקיים בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה, ב-14 בינואר 2007. אני מודה לשוקי שגב על הערותיו.

1 פ"ד כח(2) 449 (1976) (להלן: עניין בינוי ופיתוח).

לראשונה סמכותו של בג"ץ לפסוק פיצויים, ניתן בעתירה שבה בא כוח המדינה היה עורך הדין ד"ר מישאל חשין.² פסק הדין נותן ביטוי לתרומתו של חשין להתגבשותה של ההלכה החדשה שנקבעה במילים אלה:

"בתצהיר התשובה מטעם המשיבים נאמר שהמדינה מקבלת על עצמה לפצות את העותרות על ההוצאות הישירות שעמדו בהן לרגל השתתפותן במכרז. הצהרה זו עוררה את מ"מ הנשיא, בהתייעצות הפנימית שלנו, להעלות את הרעיון שמא נקבע אנו את הפיצוי המגיע לעותרות. האמת היא, שזה זמן רב שאני מהרהר וחושב על אפשרות כזו. וכעת – ומאחר ובא-כוח המדינה גם הביע את נכונותו לפצות את העותרות – הגיע כנראה הזמן להוציא את הרעיון מן הכוח אל הפועל ולקבוע בו מסמרות ראשונים."³

חשין היה שותף ליצירתם של תקדימים חשובים אחרים גם כבא כוחם של העותרים. פסק דין משמעותי ראשון שניתן להזכיר בהקשר זה הוא בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל.⁴ עתירה תקדימית זו הוגשה לאחר שהממשלה התקשרה בחוזה עם חברות זרות בתחום הבנייה, ללא מכרז. את העותרים ייצג עורך הדין ד"ר מישאל חשין.⁵ ההתקשרות שנידונה בעתירה לא הייתה כפופה לחובת מכרז סטטוטורית, אך ד"ר חשין טען טענה בעלת אופי תקדימי, ולפיה המדינה צריכה לתת הזדמנות שווה למתחרים פוטנציאליים, על יסוד החלה של עקרון השוויון על כלל ההתקשרויות החוזיות של השלטון.⁶ טענתו הקדימה את זמנה, ולא התקבלה על דעת שופטי הרוב. השופט ברק היה מוכן להיענות לאתגר של פיתוח ההלכה בכיוון זה, אך דעתו נותרה, באותו זמן, דעת יחיד. עם זאת, לימים, העיקרון של הזדמנות שווה בהתקשרויות התקבל בפסיקתו של בית המשפט העליון,⁷ ולמעשה גם הוטמע בחקיקה משנחקק חוק חובת המכרזים, תשנ"ב–1992. ד"ר חשין הופיע גם בעתירות שהובילו חוזיים, כגון בג"ץ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים,⁸ שנסב על שאלות של ניגודי עניינים בייעוץ לוועדת המכרזים.⁹

- 2 בהתייחסו לחשיבותו של פסק הדין בעניין בינוי ופיתוח, כתב פרופסור יצחק זמיר כי בו שבר בג"ץ את "מחסום הכסף". ראו יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים (1975) 194.
- 3 עניין בינוי ופיתוח, לעיל הערה 1, בע' 455.
- 4 פ"ד לד(3) 729 (1980) (עניין מרכז הקבלנים).
- 5 את המדינה ייצגה, במקרה זה, דורית ביניש, באותה עת מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, ולימים נשיאת בית המשפט העליון.
- 6 עניין מרכז הקבלנים, לעיל הערה 4, בע' 739–740.
- 7 ראו בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (1992).
- 8 פ"ד מה(2) 265 (1990).
- 9 בא כוח העותרת היה ד"ר חשין. את משרד המשפטים ומשרד האוצר ייצג באותו תיק עורך הדין מני מזוז, לימים היועץ המשפטי לממשלה.

דוגמה מעניינת לקשר שבין עבודתו של חשין כעורך דין לבין כהונתו כשופט ניתן להביא מבג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית נ' שר החינוך והתרבות,¹⁰ שנסב על ההחלטה לבטל את רישיון החפירה שניתן לחוקרים בעיר דוד, על רקע ההתנגדות החרדית לחפירות במקום. העתירה במקרה זה התקבלה לאחר שנקבע כי ההחלטה לבטל את הרישיון התקבלה תוך הפרה של חובת ההיוועצות,¹¹ אך לצורך הדיון הנוכחי מעניין להתייחס דווקא לטענה נוספת שהועלתה על ידי חשין ולא התקבלה: הוא טען שלא ניתן היה לבטל את רישיון החפירה מכוח הסמכות הכללית לתקן ולבטל החלטות¹² מאחר שקיים סעיף ספציפי המכיר בסמכות לבטל את הרישיון בנסיבות מסוימות בלבד.¹³ לשופט חשין הייתה הזדמנות לחזור ולעיין בטענה זו בפסק דינו בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ,¹⁴ שבו הוא שוב תמך בגישה לפיה הסמכות הכללית לתיקון וביטול אינה חלה כאשר קיים הסדר ספציפי בעניין זה,¹⁵ אותו עיקרון משפטי שטען לו בעניין המכון לארכיאולוגיה ולא התקבל על דעתו של בית המשפט.

ג. המשפט המינהלי של השופט חשין

כאשר בוחנים את פסיקתו של השופט חשין בתחום המשפט המינהלי, ניכר כי חוזרות ועולות בה כמה תימות ברורות הנותנות ביטוי להשקפת עולם מגובשת בנוגע לרשויות השלטון ולפיקוח עליהן. בעיקרו של דבר, אלה הן תימות של חשש מן המדינה המינהלית הגדולה וחדשנות בנוגע להחלטות המתקבלות בה.

(1) החשש מפני המדינה הגדולה

באופן כללי, פסיקתו של השופט חשין מתאפיינת בחשדנות כלפי כוחה של המדינה שעלול להיות מנוצל לרעה – הן בשל חשש לפגיעה בדמוקרטיה והן בשל חשש לפגיעה בזכויות אזרח.

10 פ"ד לה(4) 533 (1981) (להלן: עניין המכון לארכיאולוגיה).

11 שם, בע' 540.

12 שם, בע' 539. ההסדר הכללי בנושא ביטול החלטות הוא חלק מדיני הפרשנות: בעבר – סעיף 16(1) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] שנידון בפסק הדין; וכיום – סעיף 15 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981.

13 ההוראה היחידה בנושא ביטול רישיון בחוק העתיקות, תשל"ח-1978, שמכוחו ניתן הרישיון, נכללה בסעיף 13 שהורה כך: "הפר בעל רישיון חפירה הוראה מהוראות חוק זה או התקנות לפיו או תנאי מתנאי הרישיון, רשאי המנהל לבטל את הרישיון, להתלותו או להתנותו בקיום תנאים נוספים".

14 פ"ד נא(3) 577 (1997).

15 שם, בע' 625-626.

(א) החובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה. מאז שנות התשעים של המאה העשרים החל בית המשפט העליון לפתח את התפיסה, שהסדרים ראשוניים טעונים עיגון בחקיקה ראשית.¹⁶ לשופט חשין יש חלק חשוב בפיתוח של תפיסה זו,¹⁷ שהגיעה אל שיאה בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל,¹⁸ אשר נסב על החלטת הממשלה בנושא סיווג אזורי עדיפות לאומית לשם הענקת הטבות שונות, לרבות בתחום החינוך. במקרה זה התבססה העתירה על שתי טענות: היעדר סמכות לקבוע נורמה כה עקרונית בלא חקיקה והפליה בתכני ההחלטה (לנוכח הענקת הטבות ליישובים ערביים מעטים בלבד, ושלידתן מיישובים ערביים הממוקמים בסמוך ליישובים יהודיים שהוכרו כזכאים להטבות). העתירה התקבלה על שני ראשיה בפסק דין בעל אופי תקדימי: ההנמקה בנושא ההפליה נכתבה על ידי הנשיא ברק ואילו ההנמקה שעניינה החובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה פותחה בפסק דינו של חשין. באופן ספציפי יותר, פסק דינו של חשין התמקד בפרשנותה של הסמכות השיורית של הממשלה לפי סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, שנחשב באופן מסורתי כמקור הסמכה לחלוקת תמיכות שלטוניות, בהיעדר חקיקה ספציפית אחרת. חשין מסביר בפסק דינו, כי יש לפרש סמכות זו בהתאם למגבלות הנובעות מעקרונות היסוד של השיטה.¹⁹ אחת ממגבלות אלה היא עקרון הפרדת הרשויות. משתמע ממנו כי הסמכות השיורית של הממשלה מוגבלת לפעולות הנמצאות בתחומיה של הרשות המבצעת, ולכן אינה משתרעת על עניינים שבהם אין "הסדרים ראשוניים" (אשר קביעתם אמורה להיות מסורה בידי הרשות המחוקקת).²⁰ פסיקה עקרונית זו צמצמה מאוד את כוחה של הרשות המינהלית לפעול בלא חקיקה, הרבה יותר ממה שהיה מקובל בעבר.²¹

(ב) הרשות חבה חובות כלפי הפרט אך הפרט אינו חב חובות כלפי הרשות. עמדתו הזהירה והחדשנית של השופט חשין בנוגע לרוחב סמכויותיה של הרשות המינהלית באה לידי ביטוי מיוחד בבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר,

16 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

17 בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481 (1997). כן ראו בג"ץ 8600/04 שמעוני נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(5) 673 (2005) (בפסק דינו הנפרד של השופט חשין).

18 פדאור 06(5) 18 (2006) (להלן: עניין ועדת המעקב העליונה).

19 שם, פסקה 10 לפסק דינו של השופט חשין.

20 שם, בפסקה 35 לפסק דינו של השופט חשין: "סמכות שיורית שקנתה הממשלה בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) – והיא שריג בשלל סמכויותיה של הממשלה – על-פי עצם טיבה אין היא אוצרת כוח ליתן בידי הממשלה כוח לקביעתם של הסדרים ראשוניים. פירוש אחר כי יינתן להוראת סעיף 32 – פירוש שלפיו מכילה הסמכות השיורית סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים – יעמוד אותו פירוש בסתירת-חזית לעיקרי-היסוד שדיברנו בהם, יחתור תחת עקרון שילטון החוק במובנו המהותי, ועלול הוא להביא לפגיעה אנושה בזכויות היחיד".

21 הגבלה זו נוספת על הסייג העולה מנוסחו של סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, לפיו ניתן להשתמש בסמכות השיורית רק בנוגע ל"פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת", כלומר כאשר אין הסדר חקיקתי ספציפי בעניין. סייג זה נידון אף הוא בעניין ועדת המעקב העליונה, אך השופט חשין בחר שלא לבסס את פסק דינו רק עליו.

אגף המכס והמע"מ,²² אחד מפסקי הדין החשובים שניתנו בתחום המשפט המינהלי. עובדות המקרה לא יכלו להעיד כי הן יולידו את אחת המחלוקות המשמעותיות שהתגלעו בפסיקה בתחום זה: העתירה נסבה על סירוב לחדש את רישיונה של העותרת להפעיל מחסן רישוי מטעם רשויות המכס. בבקשה לחידוש הרישיון הציגה העותרת מצג לא נכון בעניין זכויותיה במקרקעין, שבהם בוצעה הרחבה של המחסן המקורי. מקרקעין אלה היו בבעלותה של רשות הנמלים והרכבות, ועל פי הסכם שהרשות כרתה עם העותרת, הותר לעותרת לבנות עליהם רק קטע של מסילת רכבת שיוביל מן המסילה הראשית למחסן המקורי (ולא להשתמש בהם לצורך אחסון מטענים). במהלך הטיפול בבקשת הרישיון החדש למחסן המורחב נדרשה העותרת להמציא "חוזה שכירות או חכירה על השטח הנוסף".²³ בתגובה על דרישה זו צורף החוזה עם רשות הנמלים והרכבות, אשר אינו מקנה זכויות כאמור, בלא כל הסבר או התייחסות. בעקבות זאת ניתן הרישיון כמבוקש, אך לאחר שהתגלתה למשיב (אגף המכס) המחלוקת עם רשות הנמלים והרכבות, התקבלה החלטה נוספת לצמצם את הרישיון לשטח המחסן המקורי. הטעמים לביטול הרישיון היו שניים: טעם מהותי – היעדר זכות של העותרת במקרקעין, וטעם דיוני – עובדת אי הגילוי של מידע מהותי במסגרת הבקשה. כל שופטי ההרכב תמכו בדחיית העתירה, אך נחלקו ביניהם באשר לטעמי הדחייה, והמחלוקת ביניהם הולידה התמודדות עם שאלות יסוד של המשפט המינהלי.

השופט זמיר ביסס את פסיקתו על גישה עקרונית התומכת בהכרה בחובת הגינות כללית החלה על הפרט ביחסיו עם הרשות (שממנה ניתן לגזור אף את החובה לגלות לרשות מידע מהותי). לשיטתו של זמיר, גישה זו היא מחויבת המציאות ונובעת מההכרה בחשיבות המשימות המוטלות על המדינה המינהלית, הזקוקה לסיוע של אזרחיה כדי לפעול לטובתם.²⁴ השופט ברק, שסבר אף הוא כי על העותרת הייתה מוטלת חובת גילוי, הסתייג מהכרה בחובת הגינות כללית כזו, מתוך מחויבות לתפיסה המסורתית של הגנה על הפרט מפני עוצמתו של השלטון (ההולכת יד ביד עם זהירות כללית בנוגע להטלת חובות על אזרחים).²⁵ פסק דינו של ברק היה בעל אופי פשרני, מאחר שהוא היה נכון להכיר בחובות ספציפיות המוטלות על הפרט. לעומת זאת, השופט חשין הציב אופוזיציה עקרונית וגורפת לתפיסתו של השופט זמיר בנוגע למדינה המינהלית. בשונה מברק, הוא לא היה מוכן להכיר אף בחובה ספציפית לגלות מידע מהותי לרשות (הנגזרת מן החובה להניח תשתית עובדתית להחלטתה של הרשות), ולא הסתפק בדחייתה של ההכרה בחובת הגינות כללית המוטלת על הפרט.²⁶ הטעם שניתן לעמדה זו הוא החשש מפני שרירות כוחה של הרשות המינהלית. חשין סבר כי

22 פ"ד נב(1) 289 (1998) (להלן: עניין קונטרם).

23 שם, בע' 307.

24 שם, בע' 338–344.

25 שם, בע' 349–351.

26 שם, בע' 380–381.

כנגד שרירות פוטנציאלית זו יש להציב עיקרון ברור של חירות מפני כל חובה כלפי הרשות, אלא אם כן היא הוטלה על הפרט מכוחה של חקיקה ברורה. הוא השווה את הרשות המינהלית למכונה, והדגיש את ההבדל ביניהן: "נזכור כי מכונה – להבדילה מרשות מוסמכת – לא תפעל בשרירות, לא בהפליה ולא בהתנשאות."²⁷ כדי לאזן את החששות מפני הרשות, העמדה המשפטית שהציג חשין היא חדה וברורה:

"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 ביחסיו עם רשויות השלטון והמינהל היא זו, שהיחיד רשאי וזכאי לעשות כל דבר (או לחדול מכל מעשה) אלא אם נאסר עליו לעשות (או לחדול), אלא אם הוטלה עליו חובה שבדין לעשות (או לחדול)."²⁸

חילוקי הדעות בעניין קונטרם אינם תלויי הקשר, אלא יורדים לשרשן של שאלות היסוד הנוגעות לפעילותה של המדינה המינהלית. עניין קונטרם מעמת בין השקפות אידיאולוגיות מגובשות וסותרות: השופט זמיר רואה במעורבות המדינה מקור טוב, ואילו מנקודת מבטו של חשין, המדינה היא מקור לאיום פוטנציאלי על חירויות הפרט.²⁹

(ג) חשדנות בעניין מניעה של הרשות. חששותיו של חשין מפני כוחה הדורסני של הרשות (באופן פוטנציאלי לפחות) היו מלווים לעתים גם במידה רבה של ספקנות בנוגע לטעמים העומדים ביסוד החלטותיה. דוגמה להלך רוח חשדני זה ניתן להביא מבג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ,³⁰ שעסק בעתירה נגד הנהגתו של הסדר ה"פטור ושמור" בחנויות בשדה התעופה בן-גוריון (עתירה שהגישו חנויות מתחרות הפועלות בתחומי ישראל). בפסק הדין התגלעו חילוקי דעות משמעותיים שחזרו והדהדו את המחלוקת שנחשפה כבר בעניין קונטרם. השופט זמיר נמנע מלהתערב בהחלטה, בהדגישו את המומחיות והניסיון של הרשויות המינהליות המוסמכות. הוא אף השתכנע שהסדר רצוי, מאחר שהוא מצמצם את היקף הרכישות בחוץ לארץ.³¹ כנגד זאת, דעת המיעוט של השופט חשין הסתייגה לחלוטין מן ההסדר, והציגה אותו כמיועד בעיקר להעשיר את קופתה של הרשות. לדבריו:

27 שם, בע' 365.

28 שם, בע' 366.

29 לדיון בפסק הדין בעניין קונטרם מתוך עמדה אוהדת לגישה הקהילתית של השופט זמיר, ראו קלוד קליין "על האמנה החברתית בפני בג"צ" המשפט ה (2000) 189; גרשון גונטובניק "הקהילה הליברלית וזכויות רווחה כזכויות יסוד: עיון בהלכת קונטרם" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) 323.

30 פ"ד נד(1) 49 (1999) (להלן: עניין סופרפארם).

31 שם, בע' 74.

"לאחר הסרת הקש והגבבא באים אנו אל הטעם האמיתי להגנה הלוהטת שהמשיבות – המדינה ורש"ת [רשות שדות התעופה] – מספקות להסדר ה'פטור ושמור'. והטעם הוא, כמובן, הטעם הכספי... ככל הנראה, שבשל דמי ההרשאה הגבוהים זורם הרווח הגדול אל כיסה של רש"ת דוקא. ניתן לומר, כי השתתפותה המאסיבית של רש"ת ברווחי חנויות הפטור מציבה אותה בעמדה קרובה מאד להיותה היא-עצמה בעלת החנויות."³²

במקום שבו השופט זמיר רואה הסדר רצוי, רואה השופט חשין "שימוש ציני" בסמכויות שררה.³³

(ד) הכרה רחבה בחובות של שקיפות ושיתוף הציבור. אחת התרופות להגבלת כוחה של הרשות המינהלית, שהשופט חשין היה שותף חשוב בפיתוחה, היא ניהולו של ההליך המינהלי בתנאים של שקיפות ציבורית, ובמידת האפשר תוך שיתוף של הציבור. השופט חשין פיתח את עמדתו בנושא בשורה של פסקי דין בתחום התכנון והבנייה. החקיקה בתחום זה כוללת הוראות שונות שעניינן פרסום תוכניות והחלטות באופן המבטיח הן שקיפות והן שיתוף (באמצעות הגשת התנגדויות). במקרים שבהם התעוררו שאלות פרשניות באשר להיקפן של הוראות אלה, נטה השופט חשין לאמץ פרשנות רחבה להן, כדי לחזק את העקרונות של שקיפות ושיתוף. כך, כאשר התעוררה השאלה, אם פעולות ייעור מטעם הקרן הקיימת מחייבות הכנתה של תוכנית מפורטת (שלה ניתן להגיש התנגדויות),³⁴ השיב חשין על שאלה זו בחיוב – על בסיס תפיסה עקרונית. לדבריו:

"זכות זו להתנגדות שואבת כוחה מחובת ההגינות המוטלת על הרשות ומבטאת היא עקרון-יסוד ולפיו אין פוגעים בזכות או באינטרס לגיטימי של אדם בלא לשמוע אותו תחילה; ממקדת היא את תשומת-הלב בנושאים אלה ואחרים שהמתנגדים מעוניינים בהם, ולמותר לומר ששקיפות ההליך מבטיחה באורח מרבי את תקינות פעולתה של הרשות. ונוסיף עוד זאת, כי שיתוף הציבור בקבלתן של החלטות מהווה שלוחה לעיקרון הדמוקרטי המקובל, בייחוד כך בנושאי תכנון, בנייה ואיכות הסביבה המשפיעים במישורין על היחיד ועל הכלל."³⁵

בדומה לכך, במקרה אחר תמך השופט חשין בפרשנות לפיה לא ניתן להוסיף נתב לכביש בלי להכין תוכנית מפורטת ותסקיר השפעה על הסביבה,³⁶ לאור אותם שיקולים של שקיפות ודמוקרטיה בהליך המינהלי. לדבריו:

32 שם, בע' 103–104.

33 שם, בע' 105.

34 בג"ץ 288/00 אדם, טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673 (2001).

35 שם, בע' 691.

36 עע"מ 10112/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז ירושלים, פ"ד נח(2) 817 (2003). השופטת פרוקצ'יה הצטרפה לשופט חשין.

“עקרון השקיפות עקרון-תשתית הוא בהתנהלותו של השלטון במשטר דמוקרטי. השקיפות מבטיחה ביקורת מתמדת וצמודה על פעילותם של המחזיקים בסמכות, וממילא מהווה היא מעין-ערובה להתנהגות ראויה ונורמטיבית של בעלי סמכות. עקרון השקיפות נגזר אף מן ההכרה שבעלי-סמכות בשלטון מחזיקים בכוחות ובסמכויות שניתנו להם כנאמניו של הציבור.”³⁷

(2) על משמר ההגנות הציבורית

תפיסה נוספת המאפיינת את פסיקתו של השופט חשין היא המאבק נעדר הפשרות בשחיתות השלטונית. ביום פרישתו אמר השופט חשין את הדברים האלה: “הילחמו בשחיתות בכל עוז. אל תניחו למלחמה יומם ולילה – בנפשנו הדבר, בנפשה של המדינה, בנפשו של העם.”³⁸

(א) חשדות לשחיתות ופסלות לכהונה בתפקיד ציבורי. מאז המחצית הראשונה של שנות התשעים של המאה העשרים החלה נוהגת ההלכה שעניינה פסלות לכהונה בתפקידים ציבוריים מחמת חשדות חמורים, אף בהיעדר הרשעה פלילית. פסיקה זו התעצבה בשני תקדימים שעסקו בדרישה להפסיק את כהונתם של השר דרעי וסגן השר פנחסי בשל חשדות חמורים שהתגבשו נגדם (אם כי טרם הוגשו כתבי אישום בעניינם).³⁹ במהלך השנים התגלעו בפסיקה מחלוקות באשר להיקף יישומה של ההלכה במצבים שבהם הועלו חשדות כלפי אנשי ציבור, אף שלא הורשעו בפלילים. בקרב הדעות השונות שהובעו בנושא זה, בלט קולו של השופט חשין, שתמך ביישום רחב ומחמיר של ההלכה.

עמדתו המחמירה של חשין בסוגיה באה לידי ביטוי בשורה של דעות מיעוט. חשין נותר בדעת מיעוט כאשר תמך בקבלת העתירה נגד מינויו של צחי הנגבי כשר לביטחון פנים בשל מעורבותו בפרשיות שונות שבהן יוחסה לו שחיתות אף שהוא לא הורשע בהן (לרבות מקרה שבו הוחלט על אי הגשת כתב אישום).⁴⁰ הוא היה משופטי המיעוט גם בפסק הדין שניתן בעניינה של עתירה אחרת שבה התבקש בג"ץ להורות כי צחי הנגבי לא ימונה בעתיד כשר לביטחון פנים, כדי למנוע חשש לניגוד

בדעת הרוב, כנגד דעת המיעוט של השופט מצא, שסבר כי גישתו של חשין היא רצויה אך אינה מבטאת את המשפט המצוי.

37 שם, בע' 835.

38 השופט מישאל חשין, 16.2.2006, דברים בטקס הפרידה בבית המשפט העליון.

39 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד (5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).

40 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817 (2003). השופטת ביניש הצטרפה אף היא לדעת המיעוט אך ביססה את פסק דינה על חשש לניגוד עניינים שבו ימצא השר.

עניינים בקרב חוקרי המשטרה שניהלו את החקירה בעניינו.⁴¹ בהקשר משפטי שונה, השופט חשין חזר וביטא עמדה של אקטיביזם שיפוטי בכל הנוגע לחשדות בעבירות שחיתות כאשר תמך במתן צו על תנאי בעתירה נגד אי העמדתו לדין של ראש הממשלה אריאל שרון בפרשת "האי היווני" (שבה החליט היועץ המשפטי מני מזוז שלא להגיש כתב אישום).⁴²

(ב) חלוקת תמיכות וטובות הנאה. אחד התחומים החשובים שבהם נידונות החלטות בעלות פוטנציאל לשחיתות ולהטיית פנים הוא חלוקת תמיכות על ידי השלטון. פסיקתו של השופט חשין בתחומים אלה הצטיינה בקול ייחודי, ששיקף הן את ניסיונו המקצועי והן את תבונתו המעשית. פסיקה זו הייתה מבוססת לא רק על השקפה ערכית ברורה אלא גם על ניסיון חיים שאיפשר לחשין לראות נכוחה מבעד לדברי החלקות של הרשויות.

גישה מעשית זו של השופט חשין הנחתה את דעת המיעוט המשכנעת שלו בבג"ץ 6634/94 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות,⁴³ שנסב על עתירה נגד קריטריונים לחלוקת תמיכות על ידי משרד הדתות בהתייחס לפעילות בתחום ספציפי מאוד – עריכת "מבחנים עולמיים לשמיטה".⁴⁴ קריטריונים אלה אף כללו תנאים מפורטים מאוד לעניין היקף הפעילות של מבקשי התמיכה, ובפועל הם תאמו את מאפייני הפעילות של גוף אחד בלבד, זה שזכה בתמיכה. העותרים טענו כי השילוב שבין הכוונת התמיכות לפעילות פרטיקולרית מאוד וההגדרה המפורטת מאוד של מאפייני הפעילות, שהביא לידי הכרה במוטב אחד בלבד, מלמד על "תפירת הקריטריונים", מה גם שהם נקבעו לאחר תחילתה של שנת הכספים (כלומר לאחר שמאפייני הפעילות של המוטב כבר היו ידועים).⁴⁵ חרף הצטברותם של נתונים מחשידים אלה, סברו שופטי הרוב כי אין מקום לקבלת העתירה, והסבירו כי זכייתו של מוטב בודד אינה מעוררת חשד כשלעצמה, כאשר הפעילות שמדובר בה אינה שכיחה (פעילות שעניינה שמיטה מתקיימת בתדירות נמוכה יחסית, מדי שבע שנים).⁴⁶ לעומתם, השופט חשין לא היה נכון לקבל את הסברי המשיבים, והרחיק לראות מעבר להם. לדבריו: "ידענו כי כך אך לכאורה, שהקנקן פניו נורמה ואילו תוכו של קנקן הוא שרשויות המדינה נתכוונו להיטיב אך עם פלוני".⁴⁷ חשין הוסיף והסביר כי גם אם אין לשלול מראש קביעתם של קריטריונים באמצע שנת

41 בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(3) 145 (2004). שני שופטי המיעוט האחרים היו ביניש ולוי.

42 בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199 (2004).

43 פ"ד מט(5) 45 (1995).

44 שם, בע' 47.

45 שם, בע' 48.

46 שם, בע' 48–49.

47 שם, בע' 50.

התקציב, הביקורת השיפוטית צריכה להחמיר במיוחד במקרה זה ולבחון אם הם אינם כסות להתאמתה של ההטבה למי שחפצים ביקרו.

השופט חשין כתב דעת מיעוט משכנעת נוספת בתחום של חלוקת תמיכות ברע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון,⁴⁸ ואף בה ניכרו ניסיונו המעשי והבנתו העמוקה את דרכי פעילותן של הרשויות. במקרה זה עמדה על הפרק עתירה נגד הענקת הטבות לבני רמת השרון בפרויקט "בנה דירתך" שיזם מינהל מקרקעי ישראל באתר שנמצא בתחומי הרשות המקומית. העתירה, שתקפה את העדפתם של בני המקום, נדחתה על ידי שופטי הרוב שסברו כי יש הצדקה להתחשבות בשיקולים שעניינם הזיקה לקהילה ולמקום,⁴⁹ מה גם שהמועצה המקומית של רמת השרון השתתפה במידת מה במימון הפרויקט.⁵⁰ השופט חשין לא השתכנע מטיעונים אלה. הוא הסתייג מן המשקל המופרז שניתן להעדפה המקומית, בנסיבות העניין, והדגיש כי הקרקעות הזמינות לבנייה לצורכי דיור לא התחלקו בצורה שווה בין הרשויות השונות.⁵¹ בגישתו המעשית לניתוח המקרה חשין הצביע גם על כך שתרומתה של הרשות המקומית הייתה קטנה יחסית, ולכן דחה את הטענה לפיה היא הייתה חיונית לכך שהפרויקט יצא לפועל.⁵²

בפסקי דין אחרים ביקורתו החריפה של חשין על דרכי החלוקה של תמיכות הייתה בסיס לפסיקה האופרטיבית של בית המשפט, ולא נותרה דעת מיעוט בלבד. בבג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות,⁵³ הגישה הדוגלת בביקורת מחמירה על קריטריונים לתמיכות שנקבעו בדיעבד כבר שימשה בסיס לפסק הדין. בבג"ץ 8569/96 הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך, התרבות והספורט⁵⁴ כתב השופט חשין פסק דין חשוב שביקר את הפרקטיקה של חלוקת תמיכות בלי לבחון, הלכה למעשה, אם מקבליהן אכן עומדים במבחנים שנקבעו לעניין זה. בבג"ץ 7142/97 מועצת תנועות הנוער בישראל נ' שר החינוך והתרבות,⁵⁵ חשין הוביל את קבלתה של עתירה נוספת נגד הענקת מענקי כפל לתנועות נוער (בניגוד למבחני התמיכות שנקבעו), ואילו בבג"ץ 1/98 כבל נ' ראש-ממשלת ישראל⁵⁶ הוא הנהיג את דעת הרוב שתמכה בקבלת עתירה נגד תמיכות בתחום הדיור (שהתבססו על קריטריונים "תפורים" לטובת הציבור החרדי).

48	פ"ד נ(1) 221.
49	שם, בע' 228.
50	שם, בע' 229–230.
51	שם, בע' 231.
52	שם, בע' 235.
53	פ"ד נא(5) 410 (1997).
54	פ"ד נב(1) 597 (1998).
55	פ"ד נב(3) 433 (1998).
56	פ"ד נג(2) 241 (1999).

ד. סיכום: עריכת דין ושפיטה

פסיקתו של השופט חשין בתחום המשפט המינהלי מביאה לידי ביטוי את שילוב הכישורים המיוחד שלו – כאיש המשפט, איש הצדק ואיש המעשה. השופט חשין נתן ביטוי לעמדה שממנה הוא משקיף על המשפט המינהלי בבג"ץ 2148/94 גלברט נ' יושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון,⁵⁷ באומרו:

"אינני חש עצמי כמי שיושב במגדל שן. בתוך עמי ישבתי ובתוך עמי אנוכי יושב: אני בו והוא בי. וגם על מקומי כיום באוהל-של-משפט, ריח הגלימה שעליי כריח השדה. שנים רבות הייתי יוצא ובא בשערי בית המשפט הגבוה לצדק כבא-כוחם של מתדיינים, פעם על צד זה ופעם על צד זה, ויודע אני כי כיצד נהגתי אני וכיצד נהגו אחרים כמותי".⁵⁸

בצלמו ובדמותו של ניסיון מקצועי זה פיתח השופט חשין את תורת המשפט המינהלי שלו.

57 פ"ד מח(3) 573 (1994).

58 שם, בע' 600.

