

You have to Remain Silent

חזקת התקינות וראיות במשפט המנהלי מנקודת המבט של משפט ועוני

מאת

יעל כהן-רימר*

המשפט המנהלי מסדיר את הביקורת השיפוטית על התנהלות הרשות המנהלית. דיני הראיות במשפט המנהלי כמעט ואינם מסדירים התנהלות המאפשרת לבית המשפט לקבוע מסד עובדתי משל עצמו, והוא מתמקד בבחינת קיומו של הליך גיבוש מסד עובדתי בשלב גיבוש ההחלטה המנהלית עצמה. ישנן הצדקות מגוונות לארכיטקטורה המשפטית הזו, ובהן הצדקות הנוגעות למבנה הדמוקרטי המקומי, ליחסי הכוחות המוסדיים, ולניהול יעיל של ההליך המנהלי והמשפטי. המאמר מציג את הליכי עיצוב דיני הראיות במשפט המנהלי הישראלי, את התפיסות שעיצובם משקף, ואת ההצדקות להם. אלא שישנם טעמים חזקים לבחון באופן ביקורתי את עיצובם של דיני הראיות במשפט המנהלי בהקשרי רווחה, ביחס להחלטות רשויות הרווחה השונות, ולמול אוכלוסיות מוחלשות החיות בעוני והדרה חברתית. המאמר בוחן באופן ביקורתי בהקשרי רווחה את ההצדקות שתוארו בראשיתו, ומתאר את הבעיות העולות מיישומן של הצדקות אלה במציאות, תוך שימוש בתיאוריות ביקורתיות מתחום משפט וחברה. לבסוף, מציע המאמר כמה כיוונים נורמטיביים, וכמה אזהרות, לשם שיפור מעמדם האפיסטמי של מי שחיים בעוני למול רשויות הרווחה המנהליות בהליכים שיפוטיים.

מבוא. א. The Law in the Books: דיני ראיות בהליך המנהלי, וחזקת התקינות כעומדת בליכום. 1. 1. הדין המנהלי הנוגע לקביעות עובדתיות. 2. ההצדקות למצב הדברים בדין המנהלי. **ב. The Law on the Ground: ביחס לאוכלוסיות מודרות, וספציפית ביחס לחיים בעוני.** 1. קשיים אנליטיים – אי התקיימות ההצדקות. 2. קשיים פרקטיים – מציאות מול דמיון משפטי בשלבי ההתנהלות מול הרשות המנהלית. 3. קשיים פרקטיים – מציאות מול דמיון משפטי בשלבי הביקורת השיפוטית המנהלית. **ג. דיני ראיות במשפט המקובל – השוואה והשראה.** ד. מחשבות נורמטיביות להמשך – דיני ראיות קלאסיים או אקטיביזם שיפוטי 1. דיני ראיות פליליים קלאסיים והתנאי של ייצוג הולם. 2. בתי משפט אקטיביים יותר בעיצוב ידע בהקשרי רווחה. ה. סיכום.

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. yael.cohenrimer@mail.huji.ac.il
 מחזיקת הדוכן לזכויות הפרט והקהילה ע"ש לנדקר-פיינברג; חברת קבוצת המחקר "הורות במבט היסטורי וביקורתי" בבית הספר מנדל סכוליון למדעי הרוח המתקדמים.
 על הערות ושיחות מועילות על הרעיונות המופיעים כאן, אני מודה לקבוצת העבודה במשפט מנהלי, ולסדנת המחקר באוניברסיטת רייכמן בהנחיית פרופ' ריבי וייל. לאיתי קופלמן, ניר שפיר ותמר קורם אני מודה על עזרה מעולה במחקר. בנוסף אני מודה לנירה שלו שממשיכה לייצג ולהיאבק בחזקת התקינות בעבודתה יום יום מול בתי המשפט המנהליים, ושמשאירה אותי מחוברת לשטח לפחות באופן עקיף. כל הטעויות שבמאמר נותרו כמובן שלי ובאחריותי.

מבוא

נדמה שבימינו אין עוד צורך להצדיק את האמירה, כי לפחות אחד מתפקידיו המשמעותיים של בית המשפט הוא בירור האמת.¹ זאת, לצד תפקידים אחרים של בית המשפט ושל המשפט באופן כללי, כמו למשל הכוונת התנהגות של הפרט ושל מוסדות, ורטוריקה המשמשת להעברת מסרים הצהרתיים למוסדות, קבוצות ופרטים בחברה.² כל שלושת התפקידים הללו מקבלים ביטוי בהסדרת דיני ראיות, אף שהללו עלולים להיתפס, בטעות, כעניין טכני או פרוצדורלי "בלבד".³

כך, דיני הראיות, המסדירים את האופן שבו בית המשפט מקבל ומעריך מידע המגיע אליו, נועדו לסייע בקביעת העובדות על ידי בית המשפט.⁴ ככאלה, הם מהווים מנגנון מרכזי בהליך גילוי האמת המשפטית ובעיצוב הידע שעליו מבוססות ההכרעות השיפוטיות. דיני הראיות מגדירים מהו מידע קביל, מהי ראיה מהימנה, על מי מוטל נטל השכנוע, ומהו הרף הראייתי הנדרש לשם ביסוס טענה. באופן זה, הם אינם רק כלים טכניים לניהול הדין המשפטי, אלא מהווים מערכת נורמטיבית המשקפת את ערכי החברה ותפיסותיה ביחס לידע ולאמת. שאלות כגון מיהו "יודע מהימין", מהו "מידע אמין", ומהי "עדות מספקת", מוסדרות במערכת הדינים של דיני ראיות, באופן המשקף תפיסות חברתיות ביחס למעמדן של אוכלוסיות מסוימות ומוסדות מסוימים – או נסיבות מסוימות – כיוצרי ידע, כמעוררי אמון או כברי סמכא. אם כך, כמנגנון האפיסטמולוגי של המערכת המשפטית, עצם קיומם של דיני ראיות משקפת את התפיסה של בית המשפט והדין המשפטי כאחד, או מוסד, שבו מתבררות העובדות ונקבעת – או נחשפת – האמת. מאמר זה מבקש לקדם את הטענה, המתבססת על מעין "הנדסה לאחור" של המשפט, לפיה היעדרם (או דלילותם) של דיני ראיות במשפט המנהלי משקף תפיסה חברתית לפיה המקום שבו מתקיים הבירור העובדתי במסגרת משפט זה אינו בבית המשפט, אלא בשלב המוקדם יותר של ההחלטה המנהלית. תפיסה זו מקבלת

¹ ראו, לדוגמה: רע"א 94-1412 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' עפרה גלעד, מט(2) 516, פס' 5 לפסק הדין של הנשיא ברק (1995) וההפניות המפורטות בו. לעניין זה ראו גם:

W. Bradley Wendel, *Rediscovering Discovery Ethics*, 79 MARQ. L. REV. 895 (1995); Marvin E. Frankel, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in *LAWYERS' ETHICS* 99 (2017); Robert S. Summers, *Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding -- Their Justified Divergence in Some Particular Cases*, 18 LAW AND PHILOSOPHY 497 (1999).

² על חשיבות תפקידו הדקלרטיבי של המשפט, ראו: רוברט קאבר **נומוס ונרטיב** 4-6 (יוסף א' דוד עורך, אביעד שטיר מתרגם 2012).

³ חוקרים רבים כבר איתגרו את החלוקה הבינארית בין סוגיות פרוצדורליות וסוגיות של דין מהותי. ראו למשל יששכר רוזן-צבי "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות" **פרוצדורות** 45 (טליה פישר ויששכר רוזן-צבי עורכים 2014); דפנה ברק-ארז "זכות הטיעון - בין צדק פרוצדורלי ויעילות" **ספר אור** 817 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013); עפר מלכאי ורונית לוי-שנור היחס בין פרוצדורה למהות: מה קודם למה? **פרוצדורות** 93 (טליה פישר ויששכר רוזן-צבי עורכים 2014). על הקשר בין כללי הפרוצדורה לבין תוצאותיה המהותיות של ההליך השיפוטי ראו גם: מיה רויזמן-אלדור **עתירות מנהליות - היבטים תיאורטיים ומעשיים של הליך ההתדיינות** 125-143 (2019).

⁴ אליהו הרנון **דיני ראיות** כרך א 17-18 (1970).

עיגון דוקטרינרי בחזקה המכונה "חזקת התקינות", שלפיה מניח בית המשפט המנהלי כי ההחלטה שאליה הגיעה הרשות התקבלה בהליך תקין. לכאורה, יש מקום להפריך חזקה זו – כפי שניתן להפריך חזקות אחרות במשפט, למשל חזקת החפות. אלא שבמשפט המנהלי חזקה זו תפחה למימדים כאלה שהיא למעשה ייתרה את הצורך בהתפתחות דיני ראיות, כלומר את הצורך בבירור עובדתי (והסדרת הליך הבירור הזה) במסגרת הליכי הביקורת השיפוטית. אני טוענת, כי עוצמת החזקה נובעת הן מהצדקות מוסדיות, כגון שיקולי יעילות, והן כתוצאה מהדמיון המוסדי שמחזיקה המערכת המשפטית כלפי הרשות. הדמיון המוסדי הזה הוא של רשות נייטרלית, אובייקטיבית, בירוקרטית "יבשה", והוא מבוסס על התיאור הווריאנטי של המינהל.⁵

הטענה התיאורטית במאמר אם כך בנויה משני שלבים: ראשית, כי במשפט המנהלי דיני הראיות הוחלפו, למעשה, בחזקת התקינות, ובמערכת דינים שנועדו להנחות את הליך הבירור העובדתי בשלב ההחלטה המנהלית – כלומר בית המשפט מעביר את מיקום בירור האמת מעצמו לרשות; ושנית, כי ההחלפה הזו נובעת בין היתר מהאופן שבו אנו תופסים את הרשות המנהלית (בניגוד למשל לאופן שבו אנו תופסים את הנאשם, שעומדת לו חזקת החפות אך היא לא ייתרה את התפתחות דיני הראיות במשפט הפלילי).

על טענה זו אני מוסיפה את הטיעון הביקורתי, לפיו מצב זה של דברים מוביל לאי צדק במקרים שבהם עותרים כנגד ההחלטה המנהלית הם אנשים החיים בעוני. אי הצדק נובע משני טעמים: ראשית אמפירית, אנו יודעים כי התנהלות הרשות במקרים של דיני רווחה אינה תואמת את הדמיון המוסדי שלנו, ושנית נורמטיבית, משום שאין זה צודק להמשיך ולהחזיק בדמיון המוסדי הקיים בהקשר של יחסי הכוחות בין הרשות לאוכלוסיות החיות בעוני. אף שחלק מהטענות המועלות במאמר ביחס לאנשים בעוני, בחלקו של המאמר המתייחס לבעייתיות שנוצרת בהקשרים אלה, רלוונטיות לאוכלוסיה הכללית, אני נוקטת במאמר זה בגישה של "עוני כייחוד" (Poverty as an Exception). טענות מסוג זה מבקשות להכיר באוכלוסיות מסוימות כזכאיות ליחס מיוחד מצד המשפט. אף שעוני אינו מוכר כזהות המייחסת לקבוצה זכויות במשפט הנוהג, אני מצטרפת לענף בספרות הרואה בעוני זהות קבוצתית שיש להכיר בייחודיות של חוויות החיים שלה.⁶ אין במיקוד הזה כדי לטעון שלפחות חלק מהטענות נכונות גם ביחסים כלליים יותר של אזרחים עם הרשות, אלא כדי לטעון שהן לפחות נכונות ביחס לחיים בעוני. יש טעם לדעתי להתמקד בקבוצה זו לא רק משום שמדובר באוכלוסיית קצה מבחינת יחסיה עם הרשות (מבין אזרחי המדינה, אנשים בעוני מצויים ב"קצה הספקטרום" מבחינת פערי הכוחות בינם לבין הרשות), אלא גם משום

Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARV. L. REV 1276 (1983).⁵

A FRAMEWORK FOR UNDERSTANDING POVERTY 24 (2012); Dorothy ,RUBY K PAYNE Allison, *A Question of Class, in* THE INSTITUTION OF EDUCATION 141 (4 ed. 2003);⁶ William E. Forbath, *Caste, Class, and Equal Citizenship*, 98 MICH. L. REV 1 (1999); Bertrall L Ross II & Su Li, *Measuring Political Power: Suspect Class Determinations and the Poor*, 104 CAL. L. REV 69 (2016); Danieli Evans Peterman, *Socioeconomic Status Discrimination*, 104 VA. L. REV. 77 (2018); ; אברהם דורון "העניים כ"אחר" - עוני בישראל בשנות האלפיים" 77 *ביטחון סוציאלי* 9 (2008).

שמדובר באוכלוסיה שחשופה באופן חזק במיוחד – הן מבחינת תדירות המגע עם הרשות המנהלית, והן מבחינת חומרת המשמעות של החלטות הרשות לחייה וזכויותיה.⁷ גם אם הטענות המועלות כאן ביחס לחזקת התקינות יכולות להיות רלוונטיות לאוכלוסיה הכללית, ההכרה בהבדלים בכוח בין אוכלוסיות החיות בעוני ואחרות צריכה, לדעתי, לפחות להוביל לבחינה ביקורתית של הפתרונות והאיוזנים הנכונים בין האזרח, הרשות, ובית המשפט. כותבים העוסקים בשאלות אלה מניחים, למשל, כי בשל העובדה שהרשות חייבת בגילוי עובדתי, רוב השאלות במשפט המנהלי יישארו שאלות שבמשפט, ושינוי לטובת קביעת זכות לחקירה נגדית, למשל, לא יוביל לשינוי ממשי בעומס על בתי המשפט או על הימשכות ההליכים.⁸ הבנה של יחסי הכוחות בין הרשות לאזרח בהקשרים של עוני צריכה להוביל לתפיסה אחרת של תוצאות השינוי, ולכן להצדקות אחרות לרפורמות המוצעות. בטרם אעבור לתיאור הדין ולמסקנה שאני מסיקה לגביו, כמו גם להצדקות ולביקורת, אני מבקשת להצביע על נקודה היסטורית שבה בחרו מעצבי המשפט המנהלי בישראל לאמץ דיני ראיות מהסוג הקיים כיום, ולדחות את האפשרות לאימוץ דיני ראיות המאפשרים בירור עובדתי משמעותי בבית המשפט. לאחר מכן יבחן המאמר את הדין, ואת ההצדקות להסדרתו הנוכחית כפי שהן מופיעות בפסיקה ובספרות. לבסוף יוצגו הטעמים שבשלם אין מקום להמשיך ולאמץ את הדין הראייתי הקיים בהליך מנהלי, לפחות בהקשרי רווחה. המאמר יסתיים בהצבעה ראשונית של פתרונות נורמטיביים מתחום הארכיטקטורה המוסדית המשפטית, וקריאה להמשך פיתוחם במחקרי המשך.

היסטוריה: התפתחות דיני הראיות במשפט המנהלי הישראלי

המשפט המנהלי עם קום המדינה ועד הקמת בתי המשפט המנהליים מכוח החוק בשנת 2000,⁹ התנהל בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. לכתחילה, ייחוד הסמכות לבית המשפט העליון לדון בביקורת שיפוטית על החלטות המדינה המנהלית מקורו במנדט הבריטי, שסירב לאפשר לבתי המשפט המקומיים הנמוכים יותר להעביר ביקורת על התנהלות השלטון.¹⁰ העומס בבית המשפט הוביל עם השנים לביקורת מתמשכת, הן מטעם עותרים והן מטעם השופטים עצמם, על הסדר ייחודי זה, ולזליגה של עניינים מנהליים לטיפול בתי המשפט המחוזיים.¹¹ לבסוף, ולאחר הליך חקיקה ארוך, התקבל החוק להקמת בתי המשפט לעניינים מנהליים ונתקבעה העברת מרבית הביקורת השיפוטית המנהלית לבתי המשפט המחוזיים.

⁷ בהקשר זה יש לתת את הדעת כמובן לסוגיות של הצטלבות מיקומי שוליים – Intersectionality. כמובן שמתוך מי שחיים בעוני ישנם מי ששייכים לקבוצות מוחלשות יותר ופחות בחברה הישראלית, והאופן שבו פועל עליהן המשפט המנהלי משתנה בחומרתו בהתאם למיקומם.

⁸ ראו למשל: עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית המשפט לעניינים מנהליים" עיוני משפט לה 151, 165 (2012) (להלן "דקל").

⁹ חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000.

¹⁰ יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** 73 (מהדורה ראשונה, 1996).

¹¹ ראו למשל, בדיני מכרזים: בג"ץ 991/91 **דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון**, מה (5) 050 (1991); בפסילת כהונה ברשות ציבורית: רע"א 1287/92 **ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח**, מו (5) 159 (1992); בדיני הכנון ובנייה: בג"ץ (ירושלים) 1921/94 **סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים**, מח (4) 237 (1994).

טרם הקמת בתי המשפט המנהליים, התנהל ההליך המנהלי בבית המשפט העליון בסדרי דין "בג"ציים". משמעות הדבר, שבית המשפט נתפס כמי שאינו ערוך, ואינו אמור, לערוך בירורים עובדתיים אלא להתמקד בהכרעות שיפוטיות. הכרעות מסוג זה - כגון קביעת הפרשנות הנכונה לחקיקה או חקיקה מנהלית, הערכת מידתיות הפגיעה של רשויות בזכויות הפרט, או אומדן ציות הרשות המנהלית לכללים שנקבעו בפסיקה בדבר התנהלות ראוייה - לא נתפסו כמי שדורשות בירור עובדתי. העובדות היו מוסכמות, והצורך היה לבחון האם מצב עובדתי מוסכם זה אכן הוביל לפגיעה בזכות, או עמד בכללי התנהלות הרשות הראויים, וכיוצא בכך שאלות משפטיות.¹²

לצד הנחות אלה, עמדה גם האקטיביות השיפוטית ב"עוחרם" של דיני הראיות. מכיון ששופטי בג"ץ תפסו את תפקידם כמי שאמונים על שמירת החוק בכללותו ולא רק הכרעה בסכסוך בין הצדדים המופיעים ביניהם, ומכיון שהחוק התיר להם מרחב פעולה גדול יחסית לאקטיביות שיפוטית, נהגו השופטים לפעול מיוזמתם על מנת לברר את הדרוש בירור, בלי הגבלה של כפיפות לדיני ראיות או למה שהציגו הצדדים בתצהיריהם.¹³

הליך הדיון בבתי המשפט המנהליים אומץ אם כן כמעט במלואו מההליך הבג"צי, בכמה הבדלים ובהם בעיקר (לענייננו), היעדרו של הצו-על-תנאי מסדרי הדין בבתי המשפט המנהליים. בהיעדרו, ההליך הדו-שלבי, העומד בבסיס הדין בבית המשפט העליון, ומאפשר הקלה בנטל ההוכחה על העותר מעת שעמד בנטל הנדרש עד להוצאת הצו, למעשה מתבטל. הדיון בבית המשפט המנהלי אם כן נותר כולו תחת המטרייה של חזקת התקינות, כפי שאראה להלן.

תהליך העיצוב המוסדי של המשפט המנהלי ובתי המשפט המנהליים כתחום משפטי נפרד החל בראשית שנות השמונים של המאה העשרים. טרם תהליך זה, הביקורת השיפוטית על החלטות המדינה התבצעה על ידי בית המשפט העליון, שעסק במקביל הן בסוגיות חוקתיות והן כערכאת ערעור בהליכים אזרחיים.¹⁴ לאחר תחילת התהליך, נדרשו כמעט עשרים שנה להשלמת היוזמה להקמת בתי משפט מנהליים, הפועלים כסמכות ייחודית בתוך בתי המשפט המחוזיים.¹⁵ עד לנקודה זו, בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל (מאז הקמתה ב-1948), טריבונלים מנהליים התגבשו תחילה על בסיס אד-הוק וצמחו באופן אורגני כמענה לצרכים ספציפיים של ערעור על החלטות מנהליות כאלה ואחרות. בנוסף, בית המשפט העליון החזיק בסמכות כללית על כל העניינים המשפטיים שלא נכללו בסמכותו של בית

¹² בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, נו(4) 203 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל 481 (2005); בג"ץ 7501/17 המוקד לפליטים ולמהגרים נ' שר הפנים (נבו 9.5.2018); בג"ץ 8375/03 אדם טבע ודין נ' המועצה האזורית חוף הכרמל (נבו 11.11.2003); ע"מ 4072/11 עיריית בת-ים נ' לוי (נבו 6.11.2012).

¹³ Ittai Bar-Siman-Tov, *The Dual Meaning of Evidence-Based Judicial Review of Legislation*, 4 THEORY & PRAC. LEGISL. 107 (2016).

¹⁴ יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* כרך א - המינהל הציבורי, 111-112 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" *משפט וממשל* 295 (1992), המפרט כי תהליך ההפרדה בישראל עוקב אחר התהליך המקביל במשפט האנגלי.

¹⁵ משה טלגם "מורה נבוכים" בסוגיית הרפורמה במבנה בתי-המשפט "מחקרי משפט 9 (1990); שמעון שטרית קרוי יסוד לרפורמה: מחשבות על דמות מערכת השפיטה בעתיד מתוך עיין בבעיות ההווה" *מחקרי משפט* 59 (1990)

משפט אחר, ולפיכך הפך לערוץ המרכזי להתמודדות עם פעולות (או מחדלים) מנהליים ולעתירות שביקשו הפעלת ביקורת שיפוטית על פעילות הרשות.

התנהלות זו הובילה לעומס גדול על בית המשפט העליון, ועל שופטיו.¹⁶ העומס, שהוביל לעיכובים כבדים, גרר ביקורת ציבורית ופנימית, והבליט את הצורך להוריד מסדר היום של בית המשפט העליון את החלקו הארי של המשפט המנהלי.¹⁷ חרף העובדה כי הרצון להפחית את העומס חצה מחנות, הליך ההיענות לצורך זה ארך זמן רב. רק לאחר חקיקת חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים בשנת 2000, החלו בתי המשפט המחוזיים לדון בתיקים מנהליים ולהכשיר באופן פורמלי שופטים בדיני המשפט המנהלי המהותיים והפרוצדורליים.

על פי החוק החדש, חלק מהעניינים של ביקורת מנהלית נותרו בסמכות בית המשפט העליון כערכאה ראשונה, ובית המשפט העליון שמר על סמכותו הכוללת כבית משפט גבוה לצדק כערכאה ראשונה. מצב זה הוביל לעיתים לבלבול ולחפיפה בעניינים המגיעים לבית המשפט העליון דרך נתיבים משפטיים שונים. עם זאת, היעדר פרוצדורה ראייתית והנטייה לאמץ את הריאות שמספקת המדינה הן סוגיות המשותפות לשתי הערכאות העוסקות בביקורת שיפוטית מנהלית, כמו גם העובדה שעל פי חוק הם אינם שומעים עדויות או בוחנים (וחוקרים בחקירה נגדית) עדים.

בימים הראשונים של עיצוב מערכת בתי המשפט המנהליים, אחד החששות המרכזיים בקרב המחוקקים היה המעבר מבית המשפט העליון לבתי משפט מחוזיים, אשר, כך חששו, עלולים שלא להיות חזקים מספיק כדי לרסן את כוחה של המדינה. דיונים ארוכים התנהלו בשלהי שנות התשעים לגבי אופן הפעולה של בתי המשפט החדשים – או למעשה, הסמכות החדשה שניתנה לבתי המשפט המחוזיים הקיימים – ואפילו לגבי בחירת מיקומם. האם הם, כמו בית המשפט העליון, ייקראו "בתי משפט לצדק"?¹⁸ חלק מהמעורבים בהליך החקיקה קראו למסגר אותם, סמלית ומעשית, כמקום שבו "האזרח הקטן" יוכל לבקש צדק מול המדינה רבת העוצמה. התפיסה של אלה שדחפו למהלך זה הייתה שהנגישות לבתי המשפט המנהליים החדשים תעניק כוח לכל מי שיכול להגיע לשעריהם.¹⁹ המחוקקים דנו גם באריכות בשאלה התפעולית של הקצאת משאבים: כיצד לנהל את עומס העבודה הנוסף שמחלקת הייצוג המשפטי של המדינה בהכרח תתמודד עמו.²⁰ יש לציין, עם זאת, שהדיונים על העיצוב המשפטי והמוסדי – כולל איתור בעיות, עיצוב תהליכים, דרישות מערכת, ופתרונות פוטנציאליים – התמקדו באופן בלעדי בגורמי המדינה, ולא באזרחים.²¹ לפיכך, כדי להתמודד עם החשש מעומס עבודה, הם בחרו בהליך ראיות מקוצר.²² הדבר פוטר את בתי המשפט המנהליים מכללי הראיות הרגילים החלים בבתי משפט מחוזיים, כך שהשופטים פשוט מצווים "לשאוף לצדק".²³ לדיון בדינים אלה נעבור כעת.

¹⁶ יהושע גרוס "חלוקת הסמכויות והקטנת העומס בבתי-המשפט" **מחקרי משפט** ח 97 (1990).

¹⁷ שם.

¹⁸ פרוטוקול ישיבה 223 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14 (22.7.1998).

¹⁹ פרוטוקול ישיבה 207 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14, 33-34 (22.6.1998).

²⁰ שם, ראו את ההערה שח"כ צוקר והמשנה ליועמ"ש לממשלה מזוז מעירים על עורכי הדין לעומת האזרח.

²¹ שם, ראו את ההערה של המשנה ליועמ"ש לממשלה מזוז לגבי היערכות הגורם הממשלתי.

²² פרוטוקול ישיבה 274 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14, 54-51 (14.12.1998).

²³ תק' 20 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000. להלן: תקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים).

א. The Law in the Books: דיני ראיות בהליך המנהלי, וחזקת התקינות כעומדת בליבם

פרק זה יציג את הדין הקיים, ואת ההצדקות לו. הטענה כאן היא ביחס לשני מרכיבים של הדין: דיני הראיות בהליך המנהלי, כלומר הדינים המסדירים את הבירור העובדתי במהלך ההליך של ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות, הליך המתרחש בבית המשפט; וחזקת התקינות, שהיא מכשיר דוקטרינרי שלפיו ההנחה הראשונית שבית המשפט מניח במסגרת ההליך בבית המשפט היא שהרשות פעלה נכון וקיבלה את ההחלטה בהליך נכון, אלא אם יוכח בפניו אחרת. הטענה היא שיש קשר בין השניים, והוא קשר מעגלי. עוצמת חזקת התקינות ייתרה את הצורך בפיתוח דיני ראיות, משום שההנחה היא שהבירור העובדתי מתרחש באופן מיטבי ברשות המנהלית. עוצמת חזקת התקינות נובעת גם מהעובדה שבניגוד לדיני ראיות הנוגעים להליך בבית המשפט, המשפט המנהלי פיתח סל רחב של כללים שנועדו להסדיר את הליך בירור העובדות בשלב ההחלטה המנהלית. שלושת המהלכים האלה – ההיעדר (של דיני ראיות); הפיתוח (של כללים הנוגעים להליך המנהלי); והחזקה – שלובים זה בזה, ומשקפים את ההעברה של הבירור העובדתי, קביעת האמת, מתוך אולם לבית המשפט אל הרשות המנהלית. פרק זה יתאר את המהלכים הללו, ואת ההצדקות הקיימות לקיומם.

1. הדין המנהלי הנוגע לקביעות עובדתיות

(א) כללי הראיות המשפט הישראלי המנהלי – מבט כללי

הכללים המסדירים את הליך בירור העובדות בבית המשפט המנהלי מועטים וכלליים. יש הטוענים²⁴ שסעיף 17 לפקודת הראיות חל גם במקרה של בתי המשפט המנהליים, משום שבסעיף 13(2) לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים נקבע כי בית המשפט יתנהל באופן שיבטיח סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לבירור עובדתי.²⁵ המקום היחיד שהחקיקה מתייחסת בו לראיות בהקשר ספציפי של בתי המשפט המנהליים, ושעל פיו מתנהלים גם בתי המשפט עצמם,²⁶ הוא בסעיף 15 לתקנות, שם נקבע כי "בית המשפט ידון בעתירה על פי ראיות שיובאו בתצהירים".²⁷ ניתן להוסיף לכך, לטענת חלק מהכותבים, גם את תקנות 11 ו-12, המסדירות את אופן הגשת מסמכים לבית המשפט,²⁸ ואופן הגשת פריטים נוספים.²⁹

²⁴ דקל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 155.

²⁵ הנוסח המלא של ס' 13(2) לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים הוא: "13. שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו, ובכלל זה תקנות בדבר... (2) סדרי הדין בעתירה מינהלית, בערעור מינהלי ובתובענה מינהלית, לרבות לענין המועד להגשת עתירה, מועדים אחרים, צו ביניים וקביעת ערובה למתן צו ביניים; סדרי הדין בעתירה מינהלית יהיו במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים שיקבע שר המשפטים, באופן שיבטיחו סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום בירור עובדתי ככל שהדבר דרוש". בנוסף, ראו: אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי: סדרי הדין והראיות בבתי המשפט לעניינים מנהליים** 322 (2011) (להלן: "שרגא ושחר").

²⁶ דקל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 156.

²⁷ תק' 15(א) לתקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים.

²⁸ שם, תקנה 12.

²⁹ שם, תקנה 11.

ואכן, בתי המשפט לעניינים מנהליים מתבססים בקביעת המצע העובדתי לפסיקותיהם בתצהירים שהגישו הצדדים, ורק לעיתים רחוקות מאפשרים חקירה נגדית על תצהירים אלה.³⁰ פרקטיקה זו מתבססת על החקיקה ועל רוח הדברים של הליך החקיקה, והיא קיבלה עיגון משפטי מפסיקת בית המשפט העליון שקבע כי "תכליתו של בית המשפט לעניינים מינהליים לא הייתה הקמה של ערכאה דיונית שתפקידה לקבוע ממצאים עובדתיים בסכסוכים בין הפרט לרשות המינהלית".³¹

בנוסף לתצהירים ולאפשרות – המתממשת רק באופן נדיר – לחקירת המצהירים, ישנה אפשרות על פי התקנות לצרף לכתבי בית המשפט ראיות נוספות, כגון חוות דעת,³² פרוטוקולים,³³ הקלטות ותמלילים,³⁴ ותמונות או מפות רלוונטיות לעתירה (או לתשובה).³⁵ קיימת גם אפשרות לבקש מבית המשפט כי יבקר במקום על מנת להשלים את החסר הראייתי, אך הפסיקה קבעה כי זהו צעד נדיר ביותר.³⁶

(ב) חזקת התקינות

ככלל, חזקה (פרזומפציה, presumption) הינה טענה בעלת תכונות רטוריות המעידות על כך, שעל מי שמתנגד לתוכן הטענה מוטל הנטל להפריכה.³⁷ ברמת הפילוסופיה של הרטוריקה, לחזקה יש תכונות דיאלקטיות, במונחן זה שהיא מעבירה נטל בין שני צדדים לדיון.³⁸ עוד בראשית ההכרה בחזקות בספרות העוסקת ברטוריקה, מקושרים לחזקה אלמנטים של כוח וסמכות: חזקה נתפסת כמשקפת הבנה מעמיקה בתחום מצד האוטוריטה

³⁰ דקל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 160-163.

³¹ ע"מ 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים, פ"ד נט(6) 411, פס' 9 לפסק הדין של הנשיא ברק (2005).

³² הדעות חלוקות בדבר קבילותה של חוות דעת שלא הוגשה לרשות במסגרת הליך הבחינה המנהלי שעל החלטתו עוררים. ראו אצל שרגא ושחר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 351-354; וכך ע"מ 5239/09 אדם טבע ודין נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה - מחוז מרכז(2009); עת"מ מחוזי ת"א 1791/05 שמש נ' וועדת עור לתכנון ובניה מחוז מרכז (נבו 19.12.2005).

³³ ע"מ 2418/05 מילגרם נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה (2005).

³⁴ שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות.

³⁵ בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 50 לפסק הדין של הנשיא ברק(2004).

³⁶ בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פס' 52 לדעת הרוב (2005).

³⁷ David M. Godden & Douglas N. Walton, *A Theory of Presumption for Everyday Argumentation*, 15 P&C 313 (2007).

ההגדרה הפשוטה לכאורה הזו אינה מקפלת בתוכה את המורכבות של התחום, שרבים ניסו להגדירו מבחינה תיאורית ופילוסופית, כמו גם משפטית. מורגן כותב על כך עוד בשנות ה-30 של המאה שעברה כי: "Every writer of sufficient intelligence to appreciate the difficulties of the subject-matter has approached the topic of presumptions with a sense of hopelessness and has left it Edmund M. Morgan, *Presumptions*, 12 WASH. L. REV. & ST. "with a feeling of despair. B.J. 255 (1937).

³⁸ זאת כאשר מראש נטל ההוכחה הוא על צד אחד, כמו בהליך משפטי, שבו הנטל הוא, ככלל, על התובע. כעניין רטורי-תיאורטי, מקובל לטעון כי החזקה ממקמת (placing) את נטל ההוכחה על הצד המבקש להפריכה. Godden and Walton, *supra* note 37. כמו כן ראו: Douglas Walton, *A Dialogical Theory of Presumption*, 16 ARTIF INTELL LAW 209 (2008).

הקובעת את החזקה.³⁹ כותבים אחרים מתייחסים לחזקות בצמידות לציפיות: החזקות משקפות ציפיות (expectations) והנחות (suppositions) ביחס להתנהלותם של אנשים.⁴⁰ ברמה התיאורטית, שימוש בחזקה כלשהיא אינו כלי להסיק את אמיתותן של עובדות מסוימות, אלא שברמה הפרקטית, המשתמשים בחזקה מניחים את אמיתות העובדות הללו, כדי להמשיך הלאה בלא לבררן לאשורן.⁴¹

בשדה המשפטי, מקובל לראות את רוב החזקות כשייכות לתחום דיני הראיות. על פי תפיסה זו חזקה היא כלי משפטי שנועד להקל על קביעת ממצאים עובדתיים חדשים, על בסיס עובדות שכבר ידועות. חזקה מאפשרת אם כן לבית המשפט⁴² להסיק את אמיתותה של עובדה כלשהיא (העובדה המוסקת, the presumed fact) בהתקיים, או לאחר שהוכחה, עובדה אחרת (עובדת היסוד, the basic fact).⁴³ חזקות נבחנות בדרך כלל בחלוקה לשני סוגים: חזקות הניתנות לסתירה וחזקות חלוטות.⁴⁴ כאשר סעיף החוק קובע חזקה הניתנת לסתירה, משמעות הוכחת עובדת היסוד הינה העברת הנטל לידי הצד שכנגד, לסתור את החזקה.⁴⁵ בספרות קיימים, ככלל, שני צידוקים מרכזיים לקביעתן של חזקות בחוק. צידוק ראשון הינו צידוק המתבסס על שיקולים נורמטיביים. במסגרת זו יכללו חזקות המשקפות ערכים שמעוניינת המערכת המשפטית לקדם, כמו למשל חלוקה שוויונית של נכסים בין בני זוג.⁴⁶ חזקות אחרות המוצדקות בשיקולים נורמטיביים הן חזקות כמו החזקה המדוברת כאן, מתחום דיני הראיות, המעבירות את נטל ההוכחה בבית המשפט מצד אחד למשנהו. ההצדקה המקובלת לקביעת חזקות מסוג זה היא קביעת חלוקת סיכוני טעות בהתאם למערכת הערכים המקובלת בחברה.⁴⁷ במסגרת צידוק מסוג זה נמצא חזקות או כללים משפטיים ה"מדלגים"

³⁹ עם זאת, בחזקות המופיעות בדיבור יומיומי, שאינו מוסדי, לא ברור שסוגיית הסמכות מתאימה. ראו Godden and Walton, *supra* note 37.

⁴⁰ Fred J Kauffeld & Richard Whately's, *Presumptions and the Distribution of Argumentative Burdens in Acts of Proposing and Accusing*, 12 ARGUMENTATION 245 (1998).

⁴¹ Edna Ullman-Margalit, *On Presumption*, 80 J. PHIL. 143 (1983).

⁴² הספרות העוסקת בחזקות מתמקדת בפעילותן בבית המשפט. עם זאת חזקות פועלות גם קודם לכן, למול הגורם המנהלי המקבל את ההחלטה, כמו למשל במקרים של החזקות הנידונות בעבודה זו, המעוגנות כתנאי זכאות ונבחנות עוד בעת ההחלטה המנהלית על הזכאות לקצבה או לסיוע.

⁴³ שניאור זלמן פלר "על הקטגוריות של החזקות אגב פסקי-הדין סובאח, צלנקו ופלוני" **מחקרי משפט** יג 357, 367 (1996): "במבנה כל חזקה מצויים אפוא שני מרכיבים – האחד, המתבטא בתוניהם כאמור, הוא מרכיב-היסוד, שמתוך התקיימותו ותוכנו מסתברת, בבחינת מסקנה, התקיימותו של המרכיב השני, המהווה מושא ההוכחה. הזיקה הראייתית של המרכיב השני למרכיב הראשון היא החזקה עצמה, הפרוזומפציה. זה מעין סילוגיזם – היקש – שבו המתכונת המופשטת של מרכיב-היסוד משמשת נושא בהקדמה הראשית של הסילוגיזם".

⁴⁴ אליהו הרנון **דיני הראיות** 194 (חלק ראשון, 1970).

⁴⁵ למשל החזקה הקבועה בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 בסעיף 31(3), הקובעת כי מי שמחזיק סם מעל כמות מסוימת, חזקה שהסם נועד לא לצריכתו העצמית בלבד, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. או החזקה הקבועה בחוק העונשין תשל"ז-1977 ס"ח 864 בסעיף 144(ד), הקובעת כי רואים נשק בשליטתו של אדם, אם הוא נמצא במקום שהוא בשליטתו של אותו אדם, כל עוד לא הוכח אחרת.

⁴⁶ דנ"א 1558/94 **נפיסי נ' נפיסי**, פ"ד נ(3) 573 (1996). (להלן: "עניין נפיסי").

⁴⁷ להרחבה בעניין זה ראו למשל אצל SIMON GREENLEAF, A TREATISE ON THE LAW OF EVIDENCE (1883), וכן ראו Ullman-Margalit, לעיל ה"ש 41.

על הבחינה העובדתית ולעיתים אף מכירים באי התקיימותו של המסד העובדתי שאותו מניחה החזקה.⁴⁸ לכאורה, אין הצדקה ראייתית לשימוש המשפטי בחזקות כאשר המצע העובדתי שלהן אינו חזק (ובמיוחד כאשר הן חלוטות). יש התולים את ההצדקה לשימוש בהן במצב זה בכוח הרטורי שלהן, המאפשר להתעלם מאי הוכחתן של עובדות מסוימות ולהתמקד בשאלות ההמשך הערכיות או הדוקטרינריות, כאילו אמנם התקיים המצע העובדתי.⁴⁹ בכך, מתאפשרת לעיתים "הסתרה" של המסר הערכי במסווה של סוגייה עובדתית-ראייתית.⁵⁰

ניתוח כלכלי של השימוש בחזקות בדיני הראיות מצביע על כך שיש לשאוף לאיזון בין הורדת עלויות הליטיגציה באמצעות העברת הנטל למי שהוא בעל האמצעים להפריך את החזקה; ובין הרתעת יתר מפני הגשת תביעות כאשר חזקות רבות מידי לטובת הנתבע הפכות את ניהול ההליך לחסר סיכוי או יקר מידי.⁵¹ צידוק נוסף לשימוש בחזקות במשפט הוא פישוט וייעול המערכת המשפטית והמנהלית, תוך התבססות על נסיבות נפוצות, השכל הישר וחוויות החיים המשותפות, כאשר החזקה משקפת את התפיסה הכלכלית כי יש להטיל את נטל ההוכחה על מי שטוען כנגד קיומה של העובדה המבוססת על ניסיון החיים וההיגיון הבריא.⁵² חזקות על פי הצידוק הזה הן למעשה מסקנות הנובעות מ"ניסיון החיים" הציבורי, מתוך הנחה כי דברים אלה מתרחשים בדרך כלל באופן מסוים, ולפיכך יש מקום להסיק כי

עניין נפיטי, לעיל ה"ש 46, פס' 22-23 לפסק הדין של השופט חשין.

James J Duane, *The Constitutionality of Irrebuttable Presumptions*, 19 REGENT UNIV. L. REV. 149 (2006).

חגי שלזינגר "החזקה במשפט ככלי לכינון ריבוד נורמטיבי" משפטים נא (2020). שלזינגר למשל מנתח במונחים אלה את החזקה המופיעה בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב 2002, הקובע (בסעיף 7) כי "יראו אדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת", וטוען שבכך מתאפשרת הסוואת הרצון של המחוקק לכלוא את כל מי שמוגדר כ"לוחם בלתי חוקי" בתוך מלל עובדתי, התואם את מונחי הסכנה האינדיווידואלית המוכרים למעצרים מנהליים. שלזינגר מציע סיבה נוספת לשימוש בחזקות, והיא ריבוד נורמטיבי, אך אין זה המקום להרחיב בכך. זאת, בעיקר בשל האמור בה"ש 117 שלו, העוסקת בכך ש"בחזקות חלוטות, התחולה הרחבה מידי של החזקה מעוררת את החשד בדבר היעדר נימוק עובדתי מספק ביחס אליה, וממילא מקשה על הצלחתה של מניפולציה רטורית זו". ואכן, כפי שאני מראה בהמשך, הקשר בין החזקות הנבחנות כאן ובין המסד העובדתי שהן לכאורה נשענות עליו, רופף לכל הפחות.

Antonio E Bernardo, Eric L Talley & Ivo Welch, *A Theory of Legal Presumptions*, 22 J.L., ECON. & ORG. 414 (2000).

זאת כאשר ידוע כי חזקות פועלות במצבים שבהם קיים חוסר במידע או בשל מגבלות ואילוצים אחרים. ראו למשל

KENNETH BROUN ET AL., MCCORMICK ON EVIDENCE (2013); JOHN PITT TAYLOR, A JAMES B. THAYER, A PRELIMINARY TREATISE ON THE LAW OF EVIDENCE VOL I (1872). Francis H. Bohlen, THE EFFECT TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW (1898); Rebuttable Presumptions of Law upon the Burden of Proof, 68 UNIV. PA. L. REV. & OF AM. L. REG. 307 (1920).

גם הפעם כך הוא. דורון מנשה מציע לקרוא לחזקות מסוג זה שימור הזיכרון הקולקטיבי של מערכת המשפט.⁵³

חזקת התקינות היא כלי מתחום נטלי ההוכחה או הראיה במשפט הציבורי,⁵⁴ המשמש מכשיר לקביעת נטל ההוכחה על העותר. לכאורה, היא מקבילה לכלל המצוי במשפט הפרטי שלפיו "המוציא מחברו עליו הראייה".⁵⁵ זוהי חזקה שאינה חלוטה, ולפיה, עד שלא נסתרה, הרשות המנהלית (ועובדיה) פעלו באופן חוקי ותקין.⁵⁶ אף שזוהי חזקה מבוססת במשפט הציבורי הישראלי, עוצמתה משתנה בהתאם לאיזון אינטרסים שונים למולה.⁵⁷ למעשה, נראה, כי ככל שבית המשפט מניח כי יש צורך לבחון לעומק את החלטת הרשות – למשל כאשר נטען שהיא פוגעת בזכות יסוד,⁵⁸ או כאשר הרשות שכנגדה עותרים נמוכה יותר במדרג הנורמטיבי, או כאשר יש חשש לפגיעה בכללי המשפט המנהלי (חריגה מהנחיות מנהליות, היעדר הנמקה, או הנמקות סותרות)⁵⁹ – תיחלש חזקת התקינות. כאשר בית המשפט מעדיף שלא לאתגר את הרשות מטעמים שונים (האינטרס הציבורי שסביבו נסובה ההחלטה חשוב במיוחד, חלף זמן מקבלת ההחלטה, או הרשות היא רשות גבוהה במנעד הנורמטיבי) – הוא יעניק לחזקת התקינות עוצמה רבה יותר.

(ג) כללי המשפט המנהלי ביחס להליך המנהלי

אלמנט נוסף להיעדרם של כללי ראיות ולהסתמכות חזקה על חזקת התקינות הוא הדגש המרכזי שניתן במשפט המנהלי להסדרת היבטי קביעת עובדות בשלב גיבוש העמדה המנהלית. היבט זה מוסדר יחסית, לפחות מבחינה משפטית "על הנייר". כך, כללי גיבוש התשתית העובדתית קובעים כי על הרשות לאסוף את העובדות והנתונים הרלוונטיים.⁶⁰

⁵³ דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (1996). לגישתו של מנשה, חזקות שבעובדה הן מנגנונים לשימור של זיכרון קולקטיבי של המערכת השיפוטית, והן משמשות "שיעתוק" של "ניסיון החיים" וה"שכל הישר" השיפוטי. השוו למשל לפלר, לעיל ה"ש 34, בעמ' 366.

⁵⁴ במשפט המנהלי האמריקאי היא מכונה *presumption of regularity* - ראו למשל: Aram A. Gavoor & Steven A. Platt, *In Search of the Presumption of Regularity*, 74 FLA. L. REV. 729 (2022).

⁵⁵ שרגא ושחר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 328.

⁵⁶ ע"א 6066/97 עיריית ת"א יפו נ' אבן אור פסגת רוממה בע"מ, פ"ד נד(3) 749 (2000); בג"צ 6021/07 פרץ נ' שר האוצר (נבו 20.07.2008).

⁵⁷ שרגא ושחר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 332-7.

⁵⁸ בג"ץ 792/88 מחמד ע/גליל ע/מהדי מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, מג(3) 542, פס' 6 לפסק הדין של השופט בך (1989); בג"ץ 4146/95 עיזבון המנוחה לילי דנקנר ז"ל נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, פס' 16 לפסק הדין של השופט זמיר (1998); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

⁵⁹ בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 433 (2000), יצחק זמיר ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק משפט וממשל א 295 (התשנ"ג).

⁶⁰ יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי כרך ב 832 (2023)(להלן: "דותן"). ראו בנוסף: בג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, מו(1) 271, פס' 4 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) אור (1991); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת מח(5) 412, פס' 11 לפסק הדין של השופט זמיר (1994) (להלן: "ענייין יורונט"); ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל מחוז ירושלים, פ"ד נג(1) 743,

הפסיקה נמנעת מלהתערב בקביעה מהן העובדות הרלוונטיות,⁶¹ או איך יש לאסוף את הנתונים.⁶² הפסיקה קובעת אמנם כי אין להסתפק בהכרח בנתונים שיש בידי הרשות, במובן שיש לעיתים טעם להיוועץ במומחים חיצוניים (ראו דיון להלן בשאלת ההיוועצות).⁶³ עם זאת במקרים של החלטות פרטניות, כמו במרבית המקרים בהם עסקינן בהקשרי רווחה, אין הכרח להיוועץ במומחים, או לאסוף באופן יזום נתונים נוספים על אלה המצויים אצל הרשות.⁶⁴

נראה, כי ככל שהרשות פועלת באופן המזכיר יותר בית משפט – הליך הנוגע לפרט, ושעניינו החלטה הפוגעת בו – עליה לקיים הליך ברור הדומה לבית משפט מבחינת מתן זכות טיעון או שימוע לפרט.⁶⁵ אך התרשמות זו אינה מעוגנת בפסיקה באופן ברור, והמציאות (ראו להלן) מוכיחה כי החלטות בהקשרי רווחה, העולות כדי דמיון לקביעת ערכאה משפטית לפי תיאור זה, אינן כרוכות במתן זכות טיעון במקרים רבים.⁶⁶

הפסיקה אמנם לא גיבשה באופן מדויק את גדר המסד העובדתי שעל הרשות לאסוף, אך היא קבעה קווים מנחים. בין היתר נקבע, כי כגודל הזכות הנפגעת על ידי החלטה המנהלית, כך צריכה להיות הראיה או מסד הראיות שמציגה הרשות משכנעת יותר.⁶⁷ במסגרת בחינת הראיות, הרשות יכולה להסתמך על מה שהוגדר כ"ראיות מנהליות", שלמעשה אינן צריכות לעמוד ברף ראייתי כלל, אלא צריכות לשקף מה נחשב ידע אמין, כלומר מידע שרשות סבירה הייתה קובעת שהוא מהימן. בית המשפט מניח שלרשות המנהלית "יש ידע מקצועי, מומחיות וכלים מקצועיים",⁶⁸ ולפיכך אינו מתערב בהליך איסוף העובדות הלכה למעשה גם אם נדמה לו שנשמטו נתונים או שהוא היה מגיע למסקנות עובדתיות שונות.

פס' 13 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן (1999); ע"א 8434/00 דלק חב' הישראלית בע"מ נ' גזית ושחם חברה לבניין בע"מ, פ"ד נו(3) 693, פס' 11 לפסק הדין של השופט כהן (2002). עניין יורנט, לעיל ה"ש 60.

נטע ברק-קורן "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" משפטים על אתר יט, 16-13 (2024).
 הגוף המחליט יכול לפנות "מעלה" לשר שאליו הוא כפוף, במסגרת היוועצות מנהלית; "הצידה" לגופים מנהליים נוספים כגון הרשות המקומית (ראו למשל ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל מחוז ירושלים, נג(1) 743 (1999), ע"פ 22/89 עזבה נ' מדינת ישראל, מג(2) 592 (1989)); או "החוצה" ממש, לגופים פרטיים או ציבוריים העוסקים בתחום בפרקטיקה, ויכולים להעלות מידע ושיקולים מהשטח שישפיעו על ההחלטה נשואת ההיוועצות (ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל, מח(1) 011 (1993), בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, נד(3) 496 (2000) (להלן: "עניין פורום היוצרים הדוקומנטריים") עניין חובה זו מתעצמת ככל שההחלטה המתקבלת היא בעלת השלכות מרחיקות לכת יותר על כלל החברה – בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459. הפסיקה מבחינה בין היוועצות סטטוטורית (ראו למשל, בג"ץ 2910/04 מרכז השלטון המקומי בישראל נ' משרד החינוך, נט(3) 625 (2004), עניין פורום היוצרים הדוקומנטריים (במדינות אחרות מוכרת חובת היוועצות מנהלית כללית בעת חקיקה מנהלית, ראו למשל בארה"ב את ה-administrative procedure act (1946) שיידון בהמשך)); או וולנטרית, ראו למשל בג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות, לג(1) 767 (1979).

ע"א 1711/02 עיריית חולון נ' ארגון הקבלנים פ"ד נח(5) 933 (2004).
 ראו: דותן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 834; בג"ץ 3/58 ברמן ואח' נ' שר הפנים, יב(1958).
 במאמר זה אני משתמשת בדוגמה מתוך פרוטוקול הדין בעע"מ 40098-11-24 לוי נ' משרד הבינוי והשיכון (5.3.2025).

בג"ץ 3379/03 מוסטקי ו-372 אח' נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (2004).

בג"ץ 10907/04 סולדון ו-70 אחרים נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331, פסקה 32 לפסק הדין של השופט פורקצ'יה (2010).

אם כן, על הרשות לגבש את החלטתה בהתבסס על תמונה עובדתית שהיא מגבשת. תמונה זו צריכה להיות מבוססת על הנתונים הרלוונטיים,⁶⁹ ורק עליהם.⁷⁰ המבחן המרכזי לעניין זה גובש בפסק דין יורונט,⁷¹ ופותרו מאוחר יותר בפסיקה נוספת,⁷² והוא קובע כי על הרשות לאסוף את הנתונים במאמץ סביר, ולאחר מכן לסנן החוצה את כל העובדות שאינן אמורות להיות רלוונטיות להחלטה. בהחלטה מהם הנתונים האמינים על הרשות להסתמך על ראיות שנראות לה ראיות סבירות – כלומר ראיות שרשות סבירה הייתה מתחשבת בהן.⁷³ במקרים שבהם החוק קובע כי על הרשות להיוועץ בגורמי מקצוע על מנת לקבל את התמונה המלאה, עליה לעשות כן, והיא יכולה – ואף מצופה – לעשות כן בכל מצב שבו עולה הצורך להשיג נתונים נוספים או להיוועץ במומחים.⁷⁴ כל עוד הרשות התייעצה עם מומחים, נטיית בית המשפט תהיה לא להתערב בתשתית העובדתית שהם סיפקו לרשות.⁷⁵ זאת למעט במצב שבו בתוך הרשות עצמה ישנם חילוקי דעות בין מומחים ביחס למצב העובדתי.⁷⁶

על הרשות המנהלית גם מוטל איסור כללי לנהוג במשוא פנים או מתוך ניגוד עניינים, כלומר לקבל החלטה באופן שאינו נובע ישירות מהעובדות והנתונים הרלוונטיים.⁷⁷ בין היתר, התחשבות בנתונים לא רלוונטיים או מתן משקל יתר להם, עלולה להצביע על משוא פנים, כלומר על מצב שבו הרשות לא הגיעה להחלטתה מתוך נקודת מוצא נייטרלית אלא הגיעה מראש עם נטיית לב לגבי ההחלטה.⁷⁸ חובה נוספת שהוכרה והורחבה בפסיקה ונוגעת להליך גיבוש התשתית העובדתית היא חובת ההנמקה.⁷⁹ ההנחה היא, שעיוגן החובה לנמק, והשקיפות שחובה זו מקדמת, יובילו

⁶⁹ בג"ץ 5194/03 גרוסמן נ' שר הביטחון, נז(4) 426 (2003); בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 029 (1983) (להלן: "עניין ברגר"), פס' 11 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ברק; עניין יורונט, לעיל ה"ש 60, פס' 11 לפסק הדין של השופט זמיר; בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדיני המחשב נ' שרת החינוך (נבו) 29.3.2022.

⁷⁰ עניין ברגר, לעיל ה"ש 69, פס' 11 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ברק; בג"ץ 6575/20 גרונת נ' ראש הממשלה (נבו) 24.9.2020.

⁷¹ עניין יורונט, לעיל ה"ש 60, פס' 11 לפסק הדין של השופט זמיר.

⁷² בג"ץ 3401/24 כהנא דרור נ' שר החינוך (נבו) 8.5.2024.

⁷³ בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972). בנוסף ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 446 (2010).

⁷⁴ בג"ץ 3536/92 סורי נ' עיריית הרצליה, מז(1) 125, פס' 11 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) חשין (1993); עניין פורום היוצרים הדוקומנטריים, לעיל ה"ש 63, בפס' 16 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) חשין (2000).

⁷⁵ בג"ץ 13/80 "נון" תעשית שמורים בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, לד(2) 693 (1980).

⁷⁶ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, נח(5) 807 (2004); בג"ץ 390/79 דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל, לד(1) 1 (1979).

⁷⁷ בג"ץ 1356/96 בן דוד נ' ראש ממשלת ישראל, נ(1) 661 (1996).

⁷⁸ ע"א 433/80 נכסי י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקן פיצויים, חל-אביב, לז(1) 337 (1983); בג"ץ 595/89 שמעון נ' דנינו, הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, מד(1) 409 (1990); עניין הפורום היוצרים הדוקומנטריים, לעיל ה"ש 63.

⁷⁹ בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, כה(1) 325, פס' 1-3 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) כהן (1971) (להלן: "עניין שפירא"); בג"ץ 6322/14 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פס' 1-3, 7 ו-14-20 לפסק הדין של הנשיאה נאור (נבו) 19.4.2017; ע"מ 2065/21

את הרשות להליך הוגן יותר של גיבוש תשתית עובדתית להחלטותיה.⁸⁰ ההנמקה גם מאפשרת לבית המשפט לערוך דיון בדבר התשתית העובדתית שעמדה בפני הרשות בהחלטותיה, בלי לערוך מחדש בירור עובדתי עצמאי.

2. ההצדקות למצב הדברים בדין המנהלי

לכללים אלה בדבר עיצוב המסד העובדתי העומד בפני הרשות, העומדים בבסיס ההצדקה הדוקטרינרית לקיומה ועצמתה של חזקת תקינות המנהל, ובתורם לאי הפיתוח של דיני ראיות שיאפשרו ביסוס עובדתי בבית המשפט באופן עצמאי, ניתן לייחס כמה מאפיינים המשפיעים הן על השיח (המקצועי והציבורי) הנוגע לרשות המנהלית וליחסיה עם ביהמ"ש, והן על הדוקטרינה המשפטית. ראשית, כמובן, ניתן לטעון כי בית המשפט מזהה את התקיימותם של הכללים הללו בהתנהלות הרשות, בודק בכל מקרה לגופו את עמידתה של הרשות בכללים, ומשווה אותה ל"רשות סבירה" הפועלת כדין.

עם זאת, ניתן לחשוב על הכללים הללו מעבר לכאלה המשקפים את התנהלותה של הרשות בפועל, למעשה ניתן לטעון, כי למול רשויות המנהל חזקת התקינות אינה מתפקדת רק – או שמא, בכלל לא – כחזקה המתבססת על מציאות עובדתית קיימת, אלא כמכשיר משפטי ליצירת והכוונת התנהגות מוסדית. כך, באמצעות תרבות ההצדקה,⁸¹ מבקש בית המשפט המנהלי לעצב במבט צופה פני עתיד את התנהלות הרשות המנהלית בהליך בירור העובדות שלה.

בנוסף, ניתן לבחון את הכללים כמשקפים את יחסי הכוח וחלוקת העבודה בין הרשות המנהלית לבית המשפט, בהנחה ששניהם משרתים ביחד את האינטרס הציבורי בעבודה יעילה של המערכת המנהלית ככלל, ושל הביקורת השיפוטית כחלק ממנה. חלוקת עבודה זו גם אם היא לעיתים שרירותית ביחס למציאות, מאפשרת למוסדות לפעול בעולם של עומס ודלות משאבים, באופן שמביא להתנהלות יעילה ומיטיבה באופן כללי במרבית המקרים, או במקרים החשובים מבחינה ציבורית.

התומכים בחזקת התקינות, או באופן כללי יותר בהימנעות מקיומו של בירור עובדתי מלא בבית המשפט המנהלי תולים את עמדתם בעיקר בהיבטים שונים של אינטרסים ציבוריים. בין היתר, יעילות ומהירות ההליך המשפטי נתפסות חשובות יותר במשפט המנהלי, שכן יש

ביירחטריאן נ' נתיב לשכת הקשר, פסק הדין של השופט (כתוארו אז) פוגלמן; פס' 16-11 לפסק הדין של השופט שוחט (נבו 29.3.2022) (להלן: "עניין ביירחטריאן").

⁸⁰ בג"ץ 2159/97 מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, נב(1) 75 (1998); בג"ץ 6322/14 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (נבו 19.4.2017); עניין שפירא, לעיל ה"ש 79; עניין ביירחטריאן, לעיל ה"ש 79.

⁸¹ Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59 AM. J. COMPAR. L. 463 (2011); PAUL DALY, A CULTURE OF JUSTIFICATION: VAVILOV AND THE FUTURE OF ADMINISTRATIVE LAW (2023); David Dyzenhaus, *Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture*, 14 S. AFR. J. HUM. RTS. 11 (1998); David Dyzenhaus, *What Is a 'Democratic Culture of Justification'? in PARLIAMENTS AND HUMAN RIGHTS: REDRESSING THE DEMOCRATIC DEFICIT* 425 (2015); David Dyzenhaus, *Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification*, 17 REV. CONST. STUD. 87 (2012).

להגיע להחלטה מהירה שעשויה להשפיע על התנהלות הרשות בעתיד. סדר ציבורי, אמן הציבור בפעילות הרשות והפרדת רשויות גם הם אינטרסים ציבוריים המצדיקים את חזקת התקינות: עיקרון הסדר הציבורי והרצון לשפר או לשמר את אמן הציבור בפעילות הרשות מובילים לתפיסה לפיה יש תועלת ביצירת מצג שהרשות מתנהלת באופן תקני, וסימון המקרים שבהם אין זה המקרה כמקרים חריגים. עקרון הפרדת הרשויות תומך בהתנהלות המצמצמת את שיקול הדעת השיפוטי בהתערבות בהחלטות והתנהלות של הרשות המבצעת, המנהלית. כך, חזקת התקינות משמשת הלכה למעשה להרתעה, או לפחות מערימה קושי על המבקשים להתערב בהחלטות הרשות – האזרח העותר או בית המשפט עצמו – ובכך משקפת אינטרס ציבורי של התנהלות יעילה ותפיסה את הרשויות כמי שמשקפות את אינטרס הציבור ואת רצונו.⁸²

מנגד, במהלך הפוך מבחינת הדמיון המוסדי שהוא משקף והתפיסה את הרשות ואת מערכת הכוחות בהליך המנהלי, דווקא קיומו של הליך חף מכללי ראיות מסורבלים נתפס ומשווק ככזה שמעודד את נגישות "האזרח הקטן" לבית המשפט, באופן ששומר על זכותו היסודית להליך הוגן, ולהגנה מפני רשויות המנהל הדורסניות.⁸³ להצדקות אלה יש להוסיף הסברים מהכיוון הסוציו-ליגלי. כך, חזקת התקינות משקפת דמיון וובריאני של הרשות המנהלית. וובר, בכתיבתו על הבירוקרטיה, מתאר אותה כנייטרלית, אובייקטיבית, וכזו המפרידה בין שיקולים אישיים פסולים ובין שיקולים טכניים, אחידים, המאפשרים קבלת החלטות הוגנות בדיוק משום שהיא אינה אישית.⁸⁴ ההחלטה המנהלית אינה נתונה לשיקול דעת של בעלת הסמכות – שיקול דעת שנתון להטיות, דעות קדומות ורגשות אישיים. היא אמורה להיות מוסדרת באופן שינפיק החלטה זהה בנסיבות זהות, כשהחוק המסדיר את הבירוקרטיה מגדיר מהן הנסיבות הרלוונטיות שעל בסיסן יש לקבל את ההחלטה המנהלית.⁸⁵

בניגוד ל, תפיסה זו את הרשות עצמה, בית המשפט המנהלי תופס את עצמו – והדמיון הציבורי והמחקרי תופסים אותו – כמי שאמור להכריע בשאלות משפטיות, ולא עובדתיות.⁸⁶ נראה, כי התפיסה של בית המשפט במשפט הציבורי באופן כללי (כלומר, גם במשפט החוקתי) היא כאתר אדברסרי פחות מאשר בתיקים אזרחיים או פליליים – משום שבית המשפט לכאורה אמור לפסוק לטובת שלטון החוק ולא לטובת מי מהצדדים, והעותר

⁸² שרגא ושחר, לעיל ה"ש 25, 338.

⁸³ לדין בזכות ההליך הוגן ראו למשל: Lua Kamal Yuille, *No One's Perfect (Not Even Close): Reevaluating Access to Justice in the United States and Western Europe*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 863 (2003); Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 991 VA. L. REV. (2006).

⁸⁴ MAX WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY* (1978).

⁸⁵ MAX WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY* (1978); Constat, H., *Max Weber's two conceptions of Bureaucracy*, 63(4) AM. J. SOCIO. 400-409 (1958); Sager, F. and Rosser, C., *Weber, Wilson, and Hegel: Theories of modern bureaucracy*, 69(6) PUB. ADMIN. REV. 1136-1147 (2009).

⁸⁶ Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARV. L. REV. 1276 (1984); Stewart, Richard B., *The reformation of American administrative law*, 88 Harv. L. Rev. 1667 (1974).

והמדינה כאן רק מספקים עובדות וטענות לטובת הכרעה עקרונית זו.⁸⁷ תפיסה זו משתקפת גם בדוקטרינה המשפטית, כמו למשל בעובדה, כי ההכרעה בעת שאין תמונה עובדתית ברורה תיעשה "בהתאם לשיקולים כלליים כגון חשיבות העניין (או הזכות הנפגעת), שלטון החוק, יעילות ואינטרסים ציבוריים אחרים".⁸⁸

בהמשך לכך, אחת ההצדקות המרכזיות לריסון הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות נשענת על טענת "הדמוקרטיה המנהלית" – ההנחה כי הרשות המנהלית מקיימת הליכי שיתוף ציבור והיוועצות אפקטיביים בעת גיבוש החלטותיה.⁸⁹ לפי תפיסה זו, התערבות שיפוטית מצומצמת מוצדקת משום שהאינטרס הציבורי כבר קיבל ביטוי הולם בשלבי גיבוש ההחלטה המנהלית, ולפיכך בית המשפט, כגורם לא נבחר, אינו נדרש "לתקן" החלטות שגובשו בתהליך דמוקרטי והשתתפותי. על בסיס הנחה זו, חזקת התקינות המנהלית אינה רק כלל ראייתי, אלא גם ביטוי של אמונה בלגיטימיות המהותית של ההחלטה המנהלית כתוצר של הליך השתתפותי.

המצב המשפטי אם כן משקף חלוקת עבודה בין הרשויות בהנחה שכל אחת מפגינה את יכולותיה המקצועיות – הרשות בבחינה העובדתית, ובית המשפט בדיונים משפטיים – אך יש לשים לב לכך שהנחות אלה מתבססות על עיצובו של בית המשפט כזוה שאינו עוסק בשאלות עובדתיות. אם כן אנו חוזרים במעגליות לעיצוב המוסדי שהוזכר במבוא, כאשר הבחירה בעיצוב המוסדי המסוים (כזה שאינו עוסק בשאלות עובדתיות) משמשת כעת להצדקת אי היכולת – או ההימנעות – מברור העובדתי.

ב. The Law on the Ground: ביחס לאוכלוסיות מודרות, וספציפית ביחס לחיים בעוני

לאחר שהוצג הדין הקיים ביחס לעיצוב הידע וברור האמת במסגרת ההליכים המנהליים – בהחלטת הרשות, ובבית המשפט – והקשרים ביניהם; ולאחר שהוצגו ההצדקות לקיומם של הדינים הללו – הצדקות מתחומי שיקולי יעילות, כמו גם הצדקות הנוגעות לדמיון הפוליטי שלנו ביחס למוסדות השונים, תיפקודם ותפקידם. החלק הבא בוחן באופן ביקורתי את הדין הקיים, ומצביע על כמה סתירות או התנגשויות בין הדין הקיים – וההנחות העומדות בבסיסו – ובין המציאות בשטח, בהקשרים הספציפיים של החיים בעוני. כאמור במבוא, הסיבה להתמקד בחיים בעוני היא, בין היתר, מתוך הנחה שיש מקום להתייחס לאוכלוסיה זו באופן מיוחד, משום השפעת המשפט המנהלי עליה באופן חמור במיוחד.

1. קשיים אנליטיים – אי התקיימות ההצדקות

בעיה ראשונה ביישום חזקת התקינות וכללי הראיות של המשפט המנהלי בתוך ההקשר של דיני רווחה, ומול מי שחיים בעוני, עולה במישור האנליטי, כאשר ההצדקות לאיזון הספציפי שננקט במשפט המנהלי הכללי אינן מתקיימות או שבחינה שלהן בתוך ההקשר מובילה

⁸⁷ יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (התשנ"ג); בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאומנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נד(4) 433 (2000).

⁸⁸ בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, פס' 24 לפסק הדין של השופט זמיר (1999) (להלן "עניין צמח").

⁸⁹ Stewart, לעיל ה"ש 86.

לנקודת איזון אחרת. פלג בספרו בוחן את ההקשר של החיים בעוני לבחינת יישום דוקטרינות במשפט המנהלי עצמו, אך כאן ניתן להוסיף על כך בחינה של הרציונלים הנוגעים לביקורת השיפוטית ומידת ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת המנהלי. כך למשל, במשפט המנהלי הכללי עולה, כאמור, השאלה של יעילות המערכת כאינטרס ציבורי, המצדיק דחיית עתירות או הקשחת "רף ההפעלה" של הביקורת השיפוטית, מתוך תפיסת פעולתה של המערכת המנהלית כאינטרס ציבורי חזק. שיקול זה יכול להיות נכון כאשר מה שעומד למול הפגיעה ביעילות הם שיקולים הנוגעים למימוש אינטרסים אישיים של הפרט שאינם עולים כדי זכויות יסוד. בהקשר של עוני, הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהחלטה מנהלית שמונעת מתן סיוע למי שחי בעוני היא פגיעה בגרעין זכויות יסוד כגון הזכות לדיור, הזכות לקיום בכבוד, ולעיתים בזכות לחיים ממש (למשל כאשר שלילת זכאות

לסיוע בדיוור מובילה לחיים ברחוב).⁹⁰ בהמשך לקביעות רבות בפסיקה הישראלית, שיקולי יעילות ותקציב אינם יכולים לעמוד מול פגיעה משמעותית בגרעין זכויות אדם.⁹¹

⁹⁰ השאלה האם עוני מהווה פגיעה בזכויות אדם היא שאלה מורכבת, שאני מתייחסת אליה כאן כמוכּן מאליו לשם הקלה על הדיון. חשוב להתייחס בהקשר זה לכמה נקודות: ראשית, המשפט הישראלי הכיר בזכויות המנויות כאן בזכויות אדם המוגנות במשפט החוקתי, הנובעות מהזכות לקיום בכבוד (ראו: בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, ס(3) 464; בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי ואח'י** (פורסם בנבו, 28.2.2012); רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360 (2001); בג"ץ 4988/19 **רוזנצווייג מויסה ואחרים נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל ואחרים** (ניחן ב-20.1.2022)). שנית, ישראל חתומה על האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות חברתיות, ודיון רחב מתקיים בזירה הבינלאומית והמקומית באשר להיקף ומשמעות ההכרה בזכויות אלה (אמיר פז-פוקס "כבוד לעניים: בין כבוד האדם לזכות לביטחון סוציאלי" **ביטחון סוציאלי** 9 75 (2007), ברק מדינה "הגנה משפטית על הזכות לקיום אנושי בכבוד: הזכות החוקתית ומעבר לה" **עבודה חברה ומשפט** יד 227 (2015), יואב דותן "כבוד האדם, צדק סוציאלי וזכויות חברתיות חוקתיות" **עבודה חברה ומשפט** יד 207 (2015), אהרן ברק "זכות הבת למינימום קיום אנושי בכבוד" **עבודה חברה ומשפט** יד 145 (2015), אבישי ביניש ומיכל קרמר, "למלא את החלל: מודל לעיצוב הזכות לקיום בכבוד בעקבות המשפט החוקתי הגרמני" **עבודה חברה ומשפט** יד 263 (2015), גיא מונדלק "זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** ז 65 (1999), גרשון גונטובניק "הקהילה הליברלית וזכויות רווחה כזכויות יסוד: עיון בהלכת קונטרס" **ספר יצחק זמיר** 323 339 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005), ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** (2016), SANDRA FREDMAN, HUMAN RIGHTS TRANSFORMED: POSITIVE RIGHTS AND POSITIVE SOCIOLGY AT THE DUTIES (2008); T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class, in* CROSSROADS AND OTHER ESSAYS 67 (1963); SAMUEL MOYIN, NOT ENOUGH – HUMAN CONSTITUTING, YOUNG.G RIGHTS IN AN UNEQUAL WORLD (2018); KATHARINE (2012). ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS

לבסוף, הפרדיגמה של מודעות לעוני (KRUMER-NEVO MICHAL), הפורדיגמה של מודעות לעוני (AWARE PRACTICE FOR SOCIAL WORK (2020)), מציעה לראות בעוני באופן כללי הפרת זכויות אדם, ובכך להעביר את המשקל הנוגע לאחריות לעוני מהפרט למדינה (Ruth Lister, *A Politics of Recognition and Respect: Involving People with Experience of Poverty in Decision making that Affects their Lives*, 1 SOC. POL'Y & SOC'Y 37–46 (2002); HARTLEY DEAN & MARGARET MELROSE, POVERTY, RICHES AND SOCIAL CITIZENSHIP (1998); Frank I. Michelman, *In pursuit of constitutional welfare rights: one view of Rawls' theory of* REV. 962 (1972); Mark Tushnet, *The degradation of constitutional .L .PA. justice*, 121 U discourse, 81 GEO. LJ 251 (1992); Tushnet, Mark., *Social welfare rights and the forms of* ; David Landau, *The reality of social rights* 82 (2003); 1895..judicial review, TEX. L. REV enforcement, 53 HARV. INT'L LJ 189 (2012); Mark Tushnet, *A Response to David Landau*, 53 HARV. INT'L LJ 157 (2012); David E Landau, *Substitute and Complement Theories of Judicial Review*, 92 IND. LJ 46 (2017); Adam Shinar, *With a little help from the courts: the promises and limits of weak form judicial review of social and economic* (rights, 5 INT'L J. L. IN CONTEXT 417–431 (2009)). – אני סבורה שגישה זו מוצדקת ומבקשת לקדם אותה גם בהמשך למאמר זה.

⁹¹ בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מט(4) 94 (1995), ראו גם GIDEON SAPIR, AHARON BARAK, AND DAPHNE BARAK-EREZ, ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING ; Helen Herschkoff & Stephen Loffredo, *State Courts and Constitutional* (2013): 1-578. *Socio-Economic Rights: Exploring the Underutilization Thesis*, 115 PENN ST. L. REV. (2010); 923 ברק מדינה, **דיני זכויות האדם בישראל** (2016); ברק מדינה, על "פגיעה" בזכות חוקתית ועל

הצדקה אנליטית שניה היא זו הנוגעת לנגישות ההליך המנהלי ל"אזרח הקטן". בהמשך לאמור לעיל בדבר יעילות פעילות הרשות, הצורך להגביל את הביקורת השיפוטית עולה ככל שנגישות האזרחים לעתירות – שעלולות להאט או לפגוע בפעילות הרשות – גובר. גם שיקול זה מחזיק פחות מים כאשר הוא נבחן בהקשרים של עוני. חסמים רבים עומדים בפני מי שחיים בעוני בדרכם לבית המשפט המנהלי, גם לאחר פיזורם של אלה ברחבי הארץ. בין היתר, הייצוג בהליכים אלה אינו פשוט ואינו בנוי באופן העונה על הצרכים המיוחדים המאפיינים את האוכלוסיה,⁹² והעובדה שאין ייצוג של עורכי דין בהליכים המנהליים עצמם מקשה מאוד על גיבוש מסד עובדתי לעתירות מנהליות (ראו בהמשך חסמים הנוגעים לניהול ההליך). לבסוף, טיעונים המצדיקים את הגבלת הביקורת השיפוטית על הרשות המנהלית נוגעים לסוגיות של חלוקת העבודה בין בית המשפט לרשות המנהלית, מתוך תפיסה שזו מייצגת את הציבור באופן מדויק יותר מאשר בתי המשפט. גם ביחס לשיקול זה מציאות החיים בעוני מציבה קושי. מי שחיים בעוני סובלים מתת ייצוג במערכות הדמוקרטיות באופן סיסטמטי, עד כדי כך שחוקרים תופסים את ההדרה מהליכי קבלת ההחלטות הציבוריים והמרחב הציבורי כחלק מהגדרת התופעה של עוני ממש.⁹³ בתי המשפט אם כן יכולים להיות האפיק לדמוקרטיזציה של ההליך המנהלי, כאשר אינטרסים של מי שחיים בעוני ייכנסו לתוך שיקולי

“תכלית ראויה”: בעקבות ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010), טו משפט ועסקים 281 (2012).

עם זאת, ביחס לזכויות חברתיות (בניגוד לזכויות אזרחיות כגון הזכות לשוויון, לחופש הביטוי, או הזכות לבחור ולהיבחר) עולה שוב ושוב טענת עלות ההגנה על הזכות. לפיכך, לדיון ביקורתי על ההצהרה לפיה יש להגן על זכויות האדם גם במחיר תקציבי גבוה בהקשרי רווחה ראו למשל William E. Forbath, *Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction*, 69 *FORDHAM L. REV.* 1821 (2000); Malcolm Langford, *Domestic Adjudication and Economic, Social and Cultural Rights: A Socio-Legal Review* *Economic, Social and Cultural Rights*, 11 *SUR - INT'L J. ON HUM RTS.* 91 (2009); SAMUEL MOYN, *NOT ENOUGH* (2018), יעל כהן-רימר “עריכת דין מודעת עוני: עורכי דין חברתיים, עורכי דין פרטיים, והסיוע המשפטי בישראל” **מעשי משפט** יד 111 (2023).

Catherine Cozzarelli, Anna V. Wilkinson & Michael J. Tagler, *Attitudes Toward the Poor and Attributions for Poverty*, 57 *J. SOC. ISSUES* 207 (2001); Mike Savage et al., *A New Model of Social Class? Findings from the BBC's Great British Class Survey Experiment*, 47 *SOCIO.* 219 (2013); Ii and Li, *supra* note 6; Iris Marion Young, *Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, 99 *ETHICS* 250 (1989); Vernon L. Allen, *PSYCHOLOGICAL FACTORS IN POVERTY*. INSTITUTE FOR RESEARCH ON POVERTY MONOGRAPH SERIES (1970); Nancie Hudson, *The Trauma of Poverty as Social Identity*, 21 *J. LOSS AND TRAUMA* 111 (2016); ; BIHR, *HUMAN RIGHTS AND UK POVERTY ROUNDTABLE REPORT* (2008); NATALIYA TIKHONOVA, *POVERTY AND SOCIAL EXCLUSION IN THE NEW RUSSIA* (2017); PHILIP ALSTON, *REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON EXTREME POVERTY AND HUMAN RIGHTS* (2014); HARTLEY DEAN, *SOCIAL RIGHTS AND HUMAN WELFARE* (2015); Mark O'Brien & Paul Kyprianou, *Understanding Poverty: Then and Now*, in *JUST MANAGING?: WHAT IT MEANS FOR THE FAMILIES OF AUSTERITY BRITAIN* (2017); Ruth Lister, *A Politics of Recognition and Respect: Involving People with Experience of Poverty in Decision Making That* ; 90 *DEAN AND MELROSE ; Affects Their Lives*, 1 *SOC. POL'Y & SOC'Y* 37 (2002) ; דורון, לעיל ה"ש 6.

הרשות המנהלית לא בשל רצון לספק את הבוחרים הפוטנציאליים אלא בשל רצון לספק את בתי המשפט.

בנוסף, במדינות רווחה במודל הליברלי, שישראל היא חלק מהן,⁹⁴ מערכת הרווחה היא שירותית לשוק הפרטי, שבו אמור הפרט להשיג את צרכיו באופן אידיאלי (ולשם שואפת מערכת הרווחה להעביר אותו, עד כדי כך שהיא פועלת למעשה "לאמן" אותו לקראת פעילות עצמאית בתנאי שוק).⁹⁵ במודל כזה, יש כשל אינהרנטי בהנחה, כי מערכת הרווחה תייצג אינטרסים של הפרטים, מעבר לאינטרס המיוחד להם לעבור לפעילות עצמאית בשוק הפרטי. בתי המשפט במודל כזה חשובים אם כך במיוחד, כאיזון המכניס אינטרסים אחרים – צרכים, רצונות, וזכויות – של הציבור הנזקק למערכת הרווחה.

2. קשיים פרקטיים – מציאות מול דמיון משפטי בשלבי ההתנהלות מול הרשות המנהלית

הספרות העוסקת בתחומי הרווחה רוויה בתיאור הקשיים העומדים בפני מי שמבקשים את שירותי מערכת הרווחה, בפרט במדינות במודל הליברלי, השיורי לשוק והמאופייין בריבוי תנאים (Conditionality).⁹⁶ בחלק זה של המאמר אתיחס לפיכך באופן ספציפי לכשלים וקשיים הנוגעים להליך גיבוש המסד העובדתי אצל הרשות, והמפריכים או לכל הפחות מסבכים את הנחות היסוד של המשפט המנהלי בדבר קיומו של הליך גיבוש עובדות תקין והוגן, המייצר מסד עובדתי אמיתי ומלא. כאמור לעיל, הפרכת ההנחה בדבר התנהלות תקינה של הרשות בהקשר הזה צריכה לכל הפחות להוביל להחלשת חזקת התקינות, ובתורה לפיתוח דיני ראיות שיאפשרו בירור עובדתי בהליך הביקורת המשפטית על התנהלות הרשות.

(א) חסמים בירוקרטיים בשלבי גיבוש ההחלטה המנהלית

אחד המאפיינים הבולטים ביחסי הגומלין בין מי שחיים בעוני לבין רשויות המנהל הוא עומס בירוקרטי כבד ובלתי מידתי. עומס זה מהווה רובד נוסף של מצוקה והדרה, ולמעשה משמש מנגנון סמוי להרתעת הפונים ולהדרתם מהשירותים להם הם זכאים. העומס הביורוקרטי פועל במספר מישורים, המגבירים זה את זה באופן המייצר תופעה שניתן לכנותה "הרתעת בירוקרטית".⁹⁷

ראשית, "עלויות המידע" שנדרשות ממי שחיים בעוני גבוהות במיוחד. אנשים אלה נדרשים להכיר את המבנה הארגוני המורכב של מערכות הרווחה והזכויות - בין גופים שונים

⁹⁴ אברהם דורון "משטר הרווחה במדינת ישראל: מגמות השינוי והשלכותיהן החברתיות" סוציולוגיה ישראלית ה(2) 417 (2003). יש הטוענים שישראל מהווה מודל רביעי ים תיכוני אך כיום נהוג לאפיין את ישראל תחת המודל הליברלי, או הסקטוריאלי.

⁹⁵ שם, בעמ' 419-418.

⁹⁶ לדין במודלים השונים של מדינת רווחה ראו בין היתר:

Philip Manow, *Models of the Welfare State*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE WELFARE STATE (2nd edn) 787 (Daniel Béland, Stephan Leibfried, Kimberly J. Morgan, Herbert Obinger & Christopher Pierson eds., 2021). Esping-Andersen, Gøsta *The three political economies of the welfare state* THE STUDY OF WELFARE STATE REGIMES. Routledge, 2019. 92-123; Esping-Andersen, Gøsta. WHY WE NEED A NEW WELFARE STATE. Oxford university press, 2002.

⁹⁷ איל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי 252-270 (2013) (להלן: "פלג").

כמו המוסד לביטוח לאומי, משרד השיכון, משרד הבריאות ורשויות מקומיות, שפעמים רבות המידע אינו זורם ביניהן באופן מיטבי. מבנה זה דורש מהפונים לנווט בין ארגונים שונים, הפועלים תחת מערכות כללים שונות, ולעיתים סותרות. לכך מתווספים פערי שפה, השכלה ואוריינות דיגיטלית, המקשים עוד יותר על יכולתם לגשת למידע הדרוש ולפענח אותו.⁹⁸

כולטת במיוחד בהקשר זה תופעת "המסמך החסר",⁹⁹ המהווה חסם מרכזי במפגש עם הבירוקרטיה. תופעה זו מתבטאת בכך שהפונים נדרשים להציג שורה ארוכה של מסמכים ואישורים, שלעיתים קרובות אינם מפורטים מראש, או שהם מפורטים ברשימה כללית שאינה קלה להבנה. כאשר הפונה מגיע לאחר מאמץ רב לפגישה עם הפקיד. הרלוונטי. ת. הוא. היא מתברשת כי חסר מסמך נוסף שלא הוזכר קודם, ועליו. לשוב במועד אחר. דרישות אלה מייצרות מעגל שלילי של פניות חוזרות ונשנות, הכרוכות בהפסד ימי עבודה, הוצאות נסיעה, ותחושת תסכול וחוסר אונים. תופעה נוספת היא ה"סחרחורת הבירוקרטית",¹⁰⁰ כאשר הפונים נשלחים בין יחידות שונות באותו ארגון או בין ארגונים שונים, כשכל גורם מפנה אותם לגורם אחר. סחרחורת זו נגרמת בין היתר בשל היעדר אחריות מערכתית כוללת, ובשל העדר מנגנוני תיאום אפקטיביים. חוסר הבהירות ביחס לחלוקת הסמכויות יוצר "שטחי הפקר" בירוקרטיים, בהם הפונה עובר מגורם לגורם מבלי לקבל מענה.

חסם בירוקרטי נוסף הנוגע למסד העובדתי של ההחלטה המנהלית מתבטא בעצם הדרישה לחידוש והוכחה תקופתית של הזכאות.¹⁰¹ אנשים החיים בעוני נדרשים להוכיח שוב ושוב את מצבם בפני הרשויות, אף כאשר מדובר במצבים יציבים או מתמשכים שאינם צפויים להשתנות. נטל זה מוטל דווקא על מי שמשאביהם דלים, ושיכולתם להתמודד עם מערכות בירוקרטיות מוחלשת עוד יותר בשל מצוקותיהם היומיומיות.

לבסוף בהקשרי ההחלטה המנהלית יש להזכיר את סוגיית השרירותיות הבירוקרטית, המתבטאת בכך שהפונים עשויים לקבל תשובות שונות מפקידים שונים,¹⁰² או שהחלטות מתקבלות באופן שנראה להם שרירותי וחסר הנמקה.¹⁰³ המפגש עם הבירוקרטיה מתאפיין לעיתים קרובות בפערי כוח משמעותיים, כאשר בידי הפקיד. הסמכות לקבל החלטות בעלות השפעה מכרעת על חייו. של הפונה, ללא הנמקה מספקת או אפשרות אפקטיבית לערער. יתרה מזאת, בעיני רבים מהפונים, ההחלטות עצמן נתפסות כ"קופסה שחורה" - תהליך קבלת ההחלטות אינו שקוף, והקריטריונים אינם מובנים להם.¹⁰⁴

לאלה ניתן להוסיף את מה שניתן לכנות "בירוקרטיה של זמן".¹⁰⁵ מערכות הרווחה מאופיינות בזמני המתנה ארוכים - הן בתורים פיזיים במשרדים, הן בקביעת תורים טלפוניים,

PAMELA HERD & DONALD P. MOYNIHAN, ADMINISTRATIVE BURDEN: POLICYMAKING BY OTHER MEANS (2019).⁹⁸

מיכל קרומר-נבו ועדי ברק "מחקר פעולה משתף: מערכת הרווחה מנקודת מבטם של צרכני שירותי הרווחה" **ביטחון סוציאלי** 11, 72, 21 (2006).⁹⁹

פלג, לעיל ה"ש 97, 261, 267-260.¹⁰⁰

שם, 115-120.¹⁰¹

Herd & Moynihan, לעיל ה"ש 98, 33-31.¹⁰²

פלג, לעיל ה"ש 97, 142-148.¹⁰³

שם.¹⁰⁴

ליה לוי "קואליציה של הדרה": אי-מימוש זכאות בקרב החיים בעוני קיצוני לסיוע מצד מערכות הביטחון הסוציאלי " **נגישות לצדק חברתי בישראל** 240, 225 (עורכים: גוני גל ומימי אייזנשטדט, 2009).¹⁰⁵

והן בהמתנה לטיפול בבקשות. עבור מי שחיים בעוני, זמן הוא משאב יקר ערך: היעדרות מעבודה לצורך פנייה לרשויות משמעה אובדן הכנסה, והמתנה ממושכת לקבלת זכאות עלולה להוביל להחמרה במצב ביתניים. בניגוד לשיח רווח, המציג את העניים כמי "זמנם בידם", הם נדרשים לעיתים קרובות לתמרן בין תביעות מתחרות על זמנם - עבודה (לעיתים ביותר ממשרה אחת), טיפול בילדים, וניווט במבוך הבירוקרטי.¹⁰⁶

(ב) חוסר התחלת של הכלים הרגילים של שיתוף ציבור/היוועצות/גיבוש עובדות

כאמור, הצדקה חזקה להיעדר בירור עובדתי במסגרת הליך הביקורת השיפוטית היא ההצדקה הדמוקרטית במובן שהרשות מקיימת הליכי שיתוף ציבור. אלא שבהקשרי עוני, הצדקה זו מתגלה כפיקציה משפטית שאינה עומדת במבחן המציאות. ראשית, הליכי שיתוף הציבור וההיוועצות, ככל שהם מתקיימים, מוטים באופן מובהק לטובת בעלי נגישות, משאבים וכוח ארגוני. הספרות המחקרית מצביעה על כך שגם הליכי שיתוף ציבור שהם לכאורה פתוחים לכל, מוטים עמוקות לטובת בעלי האמצעים להשתתף בהם – אם בשל מועדי הדיונים שאינם מתחשבים במגבלות עבודה ופרנסה, אם בשל מיקומם הגיאוגרפי, ואם בשל שפת הדיון הטכנוקרטית המהווה חסם מהותי. כך, דווקא האנשים המושפעים באופן הישיר והעמוק ביותר מהחלטות בתחומי הרווחה – אלה החיים בעוני – מודרים באופן שיטתי מתהליכי קבלת ההחלטות לגביהם.

כבר בשלב הראשוני של קבלת ההחלטה המנהלית, מתגלה פער אפיסטמי מהותי המעצב את כל התהליך המנהלי. סוגיית ההיוועצות במומחים חושפת יחס מבני-שיטתי כלפי מי שחיים בעוני, המתבטא באי-הכרה בהם כמחזיקי ידע רלוונטי על מצבם. בעוד שהרשויות המנהליות רואות עצמן כמחויבות להיוועצות עם "מומחים", הללו מוגבלים כמעט תמיד לבעלי הכשרה פורמלית מתחומי הכלכלה, העבודה הסוציאלית, או המשפטים. ידע מבוסס-ניסיון של אנשים החיים בעוני נדחק לשוליים או מקבל מעמד של "דוגמה אנקדוטלית" בלבד. תהליך זה של הדרה אפיסטמית מתרחש בשני מישורים מקבילים. במישור המדיניות הכללית, כאשר אנשים החיים בעוני מוזמנים להשתתף בהליכי גיבוש מדיניות או חקיקה מנהלית, עדויותיהם מסווגות כ"סיפורי צבע" המייצרים אמפתיה רגעית, אך נעדרים את המעמד של "ידע" הדורש התייחסות מערכתית.

במישור הפרטני, כאשר מתקבלות החלטות אינדיבידואליות, הפרוצדורה המנהלית עצמה מעוצבת באופן המקשה על הצגת עמדותיהם וחוויותיהם. בהליכים אלה נדרשים הפונים להגיש את טענותיהם בכתב, ללא אפשרות אפקטיבית לשימוע בעל-פה, וללא התחשבות בפערי אוריינות, שפה או נגישות. הליכי השימוע, ככל שהם מתקיימים, מעוצבים באופן שאינו מותאם למציאות החיים של מי שנדרשים להם. הדרישה להציג מסמכים, לעמוד בלוחות זמנים נוקשים, ולנסח טיעונים באופן "ענייני" (דהיינו, המנותק מהקשר חייהם), מייצרת הליך שאינו מאפשר השתתפות אפקטיבית. משמעות הדבר היא שכבר בשלב הראשוני של גיבוש ההחלטה המנהלית, אנשים החיים בעוני מודרים מהשפעה על התהליך, כך שהמסד העובדתי עליו מתבססת ההחלטה אינו משקף את מלוא המורכבות של המציאות. הדרה אפיסטמית זו חותרת תחת עצם ההנחה בדבר קיומו של הליך הוגן ואפקטיבי לגיבוש עובדות, שהיא מהרציונלים המרכזיים לחזקת התקינות במשפט המנהלי.

¹⁰⁶ עינת לביא ביסוס תשתית להערכה ומדידה איכותנית של עוני בישראל 66-64 (2022).

לבסוף, בהקשרי רווחה באופן ספציפי, קיימת אסימטריה מובנית ביחסי הכוחות בין הפרט הנזקק לשירותי הרווחה לבין הרשות המנהלית. אסימטריה זו מתחדדת נוכח הסנקציות הפוטנציאליות שהרשות יכולה להפעיל – משלילת זכאות ועד סנקציות חמורות יותר כגון נטילת ילדים מחזקתם של הורים. בנסיבות אלו, חרף הרטוריקה על "שיתוף לקוחות", מתקיים יחס היררכי שבו ה"לקוח" נמצא בעמדת נחיתות מובנית. יחס זה מונע דיאלוג פתוח וכן, המהווה תנאי הכרחי לשיתוף ציבור אפקטיבי.

(ג) הדמיון הפוליטי בשלבי ההליך המנהלי – המחשבה ה"פלינהלית" ברשות

מי שחיים בעוני כפופים לאיסוף מידע מתמשך, הנוגע בכל פרטי חייהם ומעצב אותם. עובדה זו בצירוף הבירוקרטיה המתמשכת לשם גיבוש מצג עובדתי מובילות לעיצוב יחסי הכוחות והדינמיקה שבין העניים לרשויות הרווחה. איסוף המידע מוביל לפיקוח ומשמוע, ולא להקלה בסיוע. זאת, נוכח התפיסה השלטת לפיה העניים אשמים במצבים, ויש למנוע מהם לנצל את המערכת. לחלופין, העניים נתפסים כמי שיש לחנך אותם – לתמרץ אותם לבחור בחירות נכונות יותר, או לקבל החלטות חכמות יותר, לשנות את סדר העדיפויות שלהם – ותפיסה כזו מקבעת אותם כמי שאין באמתחתם ידע רלוונטי לגבי מהי הבחירה הנכונה להם, או מהן האפשרויות הריאליות העומדות על הפרק ביחס לכל צומת החלטה.

התבוננות ביקורתית באיסוף המידע המנהלי בהקשרי עוני מגלה כי מדובר בתהליך סלקטיבי ומוטה באופן מובנה. הסלקטיביות מתבטאת בשלושה מישורים מרכזיים: ראשית, במהות המידע הנאסף – כאשר הן מקבלות החלטה פרטנית ביחס לזכאות של אדם, רשויות הרווחה מתמקדות באיסוף מידע על התנהגויות והחלטות אינדיבידואליות, תוך התעלמות שיטתית מהקשרים מבניים, חברתיים וכלכליים המעצבים התנהגויות אלה.¹⁰⁷ כך למשל, איסוף מידע על "חיפוש עבודה" מתמקד ברישום הליכות למרכזי תעסוקה או הגשת קורות חיים, אך לא באיכות המשרות המוצעות, בקיומה של אפליה בשוק העבודה, או בקשיי הנגישות לתחבורה ציבורית באזורי פריפריה.¹⁰⁸ כך למשל, איסוף מידע קפדני על עמידה בתנאי זכאות אינו מלווה באיסוף מקביל של מידע על היקף הבירוקרטיה שהתובע נדרש לעבור, על זמני המתנה לטיפול בבקשות, או על דחיית פניות מסיבות טכניות. המידע החלקי המצוי בידי הרשות מעצב אפוא את עצם הגדרת ה"בעיה" שאיתה באים להתמודד, ומוביל

David Garland, *Punishment and Welfare Revisited*, 21 PUNISHMENT & SCOPY 267 (2019).¹⁰⁷

Avishai Benish, *Reforms in Social Services Administration: Comparative Lessons from Welfare to Work Programs*, 90 SOC. SEC. (HEBREW EDITION) 259 (2012); Lawrence M. Mead, *Welfare Policy: The Administrative Frontier*, 15 J. POL. ANAL. MANAGE. 587 (1996); Andreas Fejes et al., *Individualisation in Swedish Adult Education and the Shaping of Neo-Liberal Subjectivities*, 62 SCANDINAVIAN J. EDUC. RSCH. 461 (2018); Michael Lipsky, *Street-Level Bureaucracy-Dilemmas of the Individual in Public Services*, NEW YORK: RUSSELL SAGE FOUNDATION (1980); Vicki Lens, *In the Fair Hearing Room: Resistance and Confrontation in the Welfare Bureaucracy*, 32 L. & SOC. INQUIRY 549 (2007); Vicki Lens, *Confronting Government After Welfare Reform: Moralists, Reformers, and Narratives of (Ir)Responsibility at Administrative Fair Hearings*, 43 L. & SOC. REV. 563 (2009); Vicki Lens, *Administrative Justice in Public Assistance: Legal Rights and Decision Making in a Welfare Bureaucracy*, 32 L. & SOC. INQUIRY 627 (2007).¹⁰⁸

לפתרונות המתמקדים בהתנהגות הפרט ולא במכשולים מבניים. שנית, הסלקטיביות מתבטאת באופן איסוף המידע - רשויות הרווחה נוטות לאסוף מידע באמצעות טפסים סטנדרטיים, הממשיגים מראש את מהות הבעיה והפתרונות הרלוונטיים לה. כך, מידע שאינו "מתאים" לקטגוריות המוגדרות מראש אינו נאסף כלל, או שנאסף באופן שמעוות את משמעותו.¹⁰⁹ שלישית, הסלקטיביות מתבטאת בשימוש במידע - המידע הנאסף משמש בעיקר לצורך שיפוט וקביעת זכאות, ולא לצורך הבנה מעמיקה של מצביי החיים או פיתוח מענים מותאמים. מידע שנאסף בהקשר אחד (למשל, במסגרת ייעוץ תעסוקתי) עשוי לשמש לצורך קבלת החלטות בהקשר אחר (למשל, שלילת קצבה), ללא מתן הדעת על ההקשר השונה שבו נמסר המידע מלכתחילה.¹¹⁰

תהליכי איסוף המידע הסלקטיביים ומנגנוני השימוש בו מהווים ביטוי מובהק למה שניתן לכנות "משפט פלינהלי" (Criministrative Law) - תופעה של חלחול תפיסות מהמשפט הפלילי אל תוך המשפט המנהלי בהקשרי רווחה.¹¹¹ הפרדוקס המרכזי של המשפט הפלינהלי טמון בכך שעצם הזדקקות לסיוע נתפסת כסטייה מהנורמות החברתיות המקובלות, וכך מתן הסיוע עצמו הופך למעין עונש. כפי שהעבריינין בהליך הפלילי סוטה מהנורמה, כך מי שנזקק לסיוע ממדינת הרווחה נתפס כמי שחרג מהציפייה להסתמכות עצמית ועצמאות כלכלית. מאפייניו של המשפט הפלינהלי ניכרים בשלושה היבטים מרכזיים: ראשית, במקור באחריות אינדיבידואלית והאשמת הפרט במצבו, באופן המתעלם מהקשרים חברתיים ומבניים. המידע הנאסף ממסגר את המצוקה כ"כישלון אישי" ומעניק לה ממד מוסרי של אשמה. שנית, בהחלת מנגנוני פיקוח ומשמוע המזכירים את אלו של המשפט הפלילי - ה"סיוע" ניתן רק במחיר של כפיפות למשטר מתמיד של מעקב, דרישות דיווח, חקירות לגבי אורח חיים, וביקורות פתע. הסיוע, אם כן, אינו רק אמצעי לשיפור מצבו של הפרט, אלא מהווה בו-זמנית מנגנון ענישה באמצעות פגיעה באוטונומיה ובפרטיות. שלישית, בהטלת נטל הוכחה בלתי מידתי על הפרט, הנדרש "להוכיח חפותו" (כלומר, ראויותו לסיוע) בכל פעם מחדש, בשעה שהרשות הננית מחזקת תקינות. תופעות אלו מובילות לכך ששיח הזכויות החברתיות מוחלף בשיח של "זכאות מותנית", שבו ההזדקקות לסיוע עצמה מהווה עילה לפיקוח חברתי מתמשך. ההבנה של מנגנוני איסוף המידע והשימוש בו כביטוי למשפט הפלינהלי מחדדת

Jose D. Rivera, *Bureaucratic Discretion, Social Equity, and the Legitimacy Dilemmas of Public Administration*, 83 PUB. ADMIN. REV. 1280 (2023); Michael Lipsky, *Bureaucratic Disentitlement in Social Welfare Programs*, 58 SOC. SERV. REV. 3 (1984); William F. West, *Formal Procedures, Informal Processes, Accountability, and Responsiveness in Bureaucratic Policy Making: An Institutional Policy Analysis*, 64 PUB. ADMIN. REV. 66 (2004); Yael Assor, "Objectivity" as a Bureaucratic Virtue, 48 AM. ETHNOLOGIST 105 (2021).

KHIARA M. BRIDGES, THE POVERTY OF PRIVACY RIGHTS (2017), https://books.google.com/books?hl=iw&lr=&id=yUUKDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=housing+policy,+poverty,+privacy+&ots=3axaSfPYuR&sig=xJmblzcZ75XHd_czoGdcklFob-0

Yael Cohen-Rimer, *Criministrative Law: Data-Collection, Surveillance, and the Individualization Project in U.S. Child Welfare Law*, 44 COLUM. J. GENDER & L

את הפער בין הרציונלים הרשמיים של המשפט המנהלי, ובפרט חזקת התקינות, לבין המציאות של יחסי הכוחות והפרקטיקות המנהליות בהקשרים של עוני. ההתעלמות מיחסי הכוחות הללו מאפיינת את המשפט הפלינהלי, המשקף תפיסות פליליות – מאשימות ומענישות – בעודו משמר פרקטיקות של משפט מנהלי, ובהם החזקה העומדת במוקד מאמר זה. חזקת התקינות מאפשרת את המשך קיומו של המשפט כהלחמה הפלינהלית, ובכך מעידה על- ומשמרת את היחס המטעה של המשפט לסיטואציה שאותה הוא שופט. הנוק שנגרם בעקבות חזקת התקינות במציאות של משפט פלינהלי הוא כפול: הראשון הוא נזק ראייתי, כפי שהוצג לעיל, כאשר העובדות עצמן אינן מגיעות לא למערכת המנהלית ולא לבית המשפט. השני הוא הנזק החברתי-רטורי, כאשר חזקת התקינות עצמה מאפשרת "גזלייטינג משפטי". למעשה בתי המשפט "אומרים" לעותרים: אף שאתם חווים את המערכת המנהלית ואת ההליך המשפטי כעונש, ואף שהתוצאה עלולה להיות חמורה כמו עונש פלילי, ונלווית לה שיח וסטיגמה המהדהדים משפט פלילי - אינכם נאשמים העומדים למשפט פלילי ולכן אנחנו מניחים שדווקא הרשות היא זו שזוכה כאן ל"חזקת חפות". בכך מעמיקה התחושה של הדרה וחוסר אמון המאפיינת ממילא את החיים בעוני, והמשפט הופך להיות מפורטנציאל הצלה או פתרון למצוקה לעוד מסמר בארון חוסר ההבנה והייאוש, ולבסוף הכעס, כלפי מוסדות המדינה.

3. קשיים פרקטיים – מציאות מול דמיון משפטי בשלבי הביקורת השיפוטית המנהלית

גם לאחר שהתקבלה ההחלטה המנהלית בהקשרי רוחחה והעותרים מבקשים לעתור עליה, הם נתקלים בקשיים המאתגרים את ההצדקות שתוארו לעיל לעיצובם של דיני הראיות באופן כללי ולעיוגונה של חזקת התקינות באופן ספציפי. להלן יפורטו נקודות המתח בין ההצדקות התיאורטיות ובין מציאות החיים בשטח, בעתירות מנהליות בהקשרי רוחחה. חלק זה נועד להתמודד עם הטענה, כי חזקת התקינות אינה חזקה חלוטה, וניתן, באמצעות איסוף עובדות שיפריכו אותה, לתקוף את הרשות ואת ההליך שניהלה. ההנחה הזו מאפשרת את המשך קיומו של המצב המשפטי, גם אם השימוש בה נעשה באופן ספורדי ונדיר, משום שאנליטית, דוקטרינרית, אין מניעה מוחלטת לתקוף את הליך קבלת ההחלטה של הרשות. בחלק זה אציג את החסמים הקיימים בנסיבות החיים בעוני, המובילים לכך שבפועל, לפחות ביחס לאוכלוסייה זו, חזקת התקינות היא למעשה חזקה חלוטה. ככל שהשתכנענו בחלקים הקודמים של המאמר שחזקה זו לכל הפחות חשודה כפגומה, היותה חלוטה אמור להוביל אותנו למסקנה שבהמשך המאמר, היינו כי יש לשנות את המצב הקיים.

(א) חסמי סף בהגשת עתירות שנובעים מהצורך באיסוף ראיות

בעיה אחת הנובעת מחסמים על איסוף ידע נעוצה כבר בתחילתו של ההליך המנהלי המשפטי, בטענות הסף. שני חסמי סף הרלוונטיים ביותר לענייננו הם חסם השיהוי, וחסם העתירה התיאורטית. למעשה, שני אלו מהווים חסמים משלימים משום שהם עומדים בפני עותרים בשני קצוות של רצף איסוף הידע והראיות לגבי החלטה או מדיניות מנהלית.

טענת הסף של שיהוי משמשת את בתי המשפט לחסום עתירות שהוגשו באיחור, לאחר שעבר זמן רב מידי מההחלטה המנהלית הנתקפת.¹¹² הרציונל של טענה זו נעוץ בעיקר באינטרס הציבורי של יעילות התנהלות הרשות וההסתמכות של גורמים אחרים על החלטותיה.¹¹³ במידה רבה בהקשרי העוני, החלטות הרשות משפיעות על צדדים שלישיים שיכולים, למשל, לקבל זכאות להיכנס לדירת דיור ציבורי שהתפתה בהתאם להחלטת הרשות, אך דרכם נחסמת אם החלטת הרשות מתהפכת בעקבות עתירה נגד ההחלטה לפנות דייר ממשיך מדירה זו. צדדים שלישיים אלה אינם רק תמי לב¹¹⁴ אלא גם הם חיים בעוני, וזקוקים לסיוע הרשות.

ביחס לאוכלוסיות מוחלשות, שיהוי הוא פעמים רבות תוצאה של התנהלות מערכת הרווחה ופערי הכוח והידע בין אוכלוסיות היעד של המערכת ובין ההתנהלות הביורוקרטית שלה. כך למשל, אין חובה ליידע – או שלא נאכפת החובה ליידע – על כל החלטה בדבר שלילה של קצבת קיום שמעניק הביטוח הלאומי, בגין סירוב להצעת עבודה מטעם לשכת התעסוקה.¹¹⁵ על תוצאות החלטה לרשום סירוב ניתן להגיש ערר בלשכת התעסוקה בתוך שבוע ימים, אלא שפעמים רבות לומדים מקבלי קצבאות על שלילת הקצבה רק במועד שהיו אמורים לקבל אותה. הלמידה באופן הזה על שלילת הקצבה אינה אינפורמטיבית – היא מתגלה כאשר מגיע ה-28 בחודש והכסף לא נכנס לחשבון הבנק – ולכן על מקבלי הקצבה למצוא אפיק לקבלת הסברים. מקבלי הקצבה עשויים לפנות לסניף הביטוח הלאומי, שם יקבלו הסבר כי נרשם סירוב אבל לא מדוע או באילו נסיבות (לשם כך עליהם לפנות שוב, הפעם לסניף לשכת התעסוקה), או לנסות להיעזר בנציג – לרוב מארגונים חברתיים או קליניקות – כדי שיפנה בשםם לרשויות המנהליות ויברר מה התרחש שהוביל לשלילת הקצבה, עוד בטרם יוכלו לגבש את התגובה המשפטית המתאימה. במקרים אחרים, ההחלטות המנהליות הנוגעות לאיסוף המידע – למשל רישום דוחות המעגל,¹¹⁶ או החלטות עבר בדבר זכאות לדיור ציבורי – לא מקבלות את תשומת הלב של העותר הפוטנציאלי משום שהוא אינו מודע להן או אינו מודע להשלכותיהן המשפטיות. רק כאשר מתעוררת בעיה, לעיתים שנים אחרי המעשה, מתברר כי היה על העותר לעתור כנגד ההחלטה המנהלית המקורית, אלא שאז העתירה נגועה בשיהוי כבד, ויש קושי לשחזר את הליך איסוף הראיות

¹¹² יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך ג - הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1917-1972 (2014) (להלן: "זמיר-כללי הסף").

¹¹³ בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, פס' 23 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן (2000).

¹¹⁴ בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, לח(4) 617 (1985).

¹¹⁵ פלג, לעיל ה"ש 97, 169-168.

¹¹⁶ דוחות המעגל הם המינוח השגור לדוחות שהחברה המשכנת ממלאה בכל שנה על דיירי הדיור הציבורי. כדי למלא את הדוח מגיע פקח של החברה המשכנת לביקור בבית, מציין מי גרים בו ומה מצב הבית, ומחתים את הדייר החוזי על אמיתות האמור בדוח. בפועל, מילוי הדוחות נעשה באופן שפעמים רבות אינו משקף את המציאות מטעמים רבים ומגוונים. לדיון בדוחות המעגל וביחס אליהם בפסיקה ראו בקי כהן קשת "ביקורי מעגל או ביקורת מעגלית" מעשי משפט ט(2) 179 (2018).

המנהליות. במקרים כאלה ייטה בית המשפט לאמץ את טענת הרשות שהנטל המנהלי של איסוף ראיות חדשות או בירור מחודש כבד מדי.¹¹⁷

מן העבר השני, כאשר עותרים, ובפרט עותרים ציבוריים, מזהים כשל או חסם מנהלי ומעוניינים לעתור כנגדו, עלולה העתירה להיחסם מן הטעם שהיא תיאורטית.¹¹⁸ במקרים כאלה על העותרים לגבש בעצמם את הראיות לקיומו של פגם בהתנהלות הרשות, אף שלעיתים החשש הוא מיישום לקוי של מדיניות שתוביל לתוצאות פוגעניות. גם כאן, העובדה שהראיות אינן בנמצא משחקת לטובת הרשות המנהלית, שאינה נדרשת להראות התבססות על ראיות המפריכות את החשש בגיבוש המדיניות או החקיקה המנהלית.¹¹⁹

(ב) חסמים בזיהוי משיבים – על התחלואה הכפולה של העוני

עתירה מנהלית נדרשת לזהות כמשיבה את הרשות המנהלית שכלפיה מוגשת העתירה, ושלה היכולת לענות לטענה בעתירה. אלא שבעתירות מתחום הרווחה עלול להיות נתק בין ההחלטה הסופית שמגיעה אל העותר ושעליה הוא עותר – שלילת קצבה או דחיית בקשה לדיוור, למשל – ובין הרשות שאספה את המידע העובדתי שעל בסיסו התקבלה ההחלטה. במקרים רבים, תוצאה של הליך מנהלי לרעת עותר בתחומי הרווחה במסגרת ההחלטה המנהלית עצמה מתבססת על החלטה של רשות מנהלית אחרת, או על איסוף נתונים שנערך באמצעות רשות מנהלית שלישית. כך למשל, כאשר החלטה בדבר זכאות לדיוור מתקבלת על בסיס זכאות לקצבת קיום, שלשם ביסוסה מתבצע הליך גיבוש ראיות במוסד אחר (הביטוח הלאומי).

תופעה זו חמורה במיוחד בקרב אוכלוסיות מוחלשות ובהקשרי רווחה משני טעמים: הראשון, רשויות מנהליות העוסקות ברווחה מתבססות האחת על השניה – הרשות העוסקת באכיפת חיובים (רשות האכיפה והגבייה) מתבססת על נתונים מטעם המוסד לביטוח הלאומי; הרשות האמונה על דיוור ציבורי (משרד הבינוי והשיכון) מתבססת על נתונים מהמוסד לביטוח לאומי; המוסד לביטוח לאומי האמון על קביעת זכאות וגובה קצבאות מתבסס על החלטות הרשות השופטת כגון בתי משפט למשפחה, וכך הלאה והלאה. השני, שנוכח מצוקת הקיום החומרי וההדרה החברתית המרכיבים את החיים בעוני, קשה מאוד למצוא מקרים של אנשים המצויים בבעיה מול רשות מנהלית אחת בלבד. ברוב המקרים, מי שנמצאים בחובות מתקשים למצוא דיוור יציב ונדרשים לסיוע בדיוור, מתקשים להחזיק בעבודה יציבה ולפיקח נדרשים לכל הפחות להשלמת הכנסה, ולעיתים חשופים גם להליכים מול רשויות הרווחה בהקשרי הגנת הילד.

¹¹⁷ ע"מ 3351/13 נתנאל נ' חלמיש חברה ממשלתית עירונית לדיוור ולשיקום ולהתחדשות שכונות בת"א בע"מ (נבו 23.3.2014).

¹¹⁸ זמיר- כללי הסף, לעיל ה"ש 112, 1819-1852.

¹¹⁹ עניין יורונט, לעיל ה"ש 60; בג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, נג(2) 728 (1999); בג"ץ 2205/97 מאסלה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נא(1) 233 (1997); בג"ץ 6575/20 גרנות נ' ראש הממשלה (נבו 24.9.2020); בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך (נבו 29.3.2022); בג"ץ 3401/24 כהנא דרור נ' שר החינוך (נבו 8.5.2024).

נוכח כפילויות אלה, מתגברת המצוקה המנהלית והעומס הבירוקרטי שבפניו עומדים מי שחיים בעוני.¹²⁰ יתרה מכך, הכפילויות מתווספות לפערי הידע השפה והמשאבים הנפשיים המקשים על מי שמתמודדים מול הרשות לגבש את ההבנה מי היא הרשות שאספה את המידע הרלוונטי, שיש לצרף לעתירה כנגד הרשות שקיבלה את ההחלטה הספציפית שכלפיה עותרים.

(ג) חסמי ראיות במהלך ההליך

לחסמים המצויינים לעיל הנוגעים לראיות וגיבוש בסיס עובדתי על מנת לפתוח בהליך, ועל מנת לכלול בו את הצדדים הנכונים שיוכלו לספק תשובות רלוונטיות לעתירה, מתווספים החסמים הנוגעים לראיות במהלך ההליך.

חסם אחד, הנוגע לניהול ההליך כולו, נובע מבעיות של ייצוג של אוכלוסיות מוחלשות. עניין מוכר הוא שאכלוסיות רווחה נתקלות בקשיי ייצוג המהווים חסם מהותי למיצוי זכויותיהם והשגת הצדק באמצעות המשפט.¹²¹ מעבר לסוגייה מוכרת זו יש להעלות בהקשר זה את היעדרו המוחלט של ייצוג בשלבי ההליך המנהלי עצמו. כך, בשלבי איסוף המידע ובשלבי קבלת ההחלטה המנהלית אין לעותרים – ובוודאי לעותרים שאינם בעלי כוח או משאבי זמן וכסף – את הייצוג הנדרש כדי להכניס את הראיות שלהם לשיקול מול הרשות המנהלית. במצב המשפטי שבו קביעת העובדות נעשית באתר המנהלי ולא בבית המשפט, למעשה, היעדר הייצוג מוביל לפגם אקוטי בייצוג ובהצגת הראיות בהליך.

בעיה נוספת של דיני הראיות בהליך המנהלי – הקשורה בטבורה לחזקת התקינות, ניזונה ומזינה אותה – נובעת ממה שניתן לכנות "היררכיית היודעים" הנחשפת מההליכים המשפטיים במשפט המנהלי. כך, בית המשפט – הן בתי המשפט המנהליים והן בית המשפט העליון – סומכים ידיהם כעניין שבשגרה על הפרקליט הציבורי, הנתפס כזרועו הארוכה של בית המשפט ואחראי על בירור העובדות הרלוונטיות ברשויות המנהליות.¹²² בניגוד לפרקליטים אזרחיים, הפרקליט נתפס לא רק כמייצג של הרשות אלא גם כמייצג של אינטרס שלטון החוק ולעיתים אף הצדק, ומשכך מצופה ממנו – לעיתים באופן סמוי ולעיתים באופן גלוי ממש – שיערוך טרם גיבוש כתב התשובה בירור עובדות שאינו רק בירור עמדת ה"לקוח" אלא גם דרישה, ככל שזו נדרשת, לגבש מצג ראייתי שלם יותר מהקיים ולעיתים אף לערוך מחדש בירור עובדתי שיכול להוביל לשינוי ההחלטה המנהלית.

גם כאשר בתי המשפט אינם מסתפקים בכתבי התשובה של פרקליטי המדינה, הם פונים לבירור העובדות אל הפקידים המצהירים. הפקיד נקרא להעיד בבית המשפט לא רק על העובדות ביחס להחלטה המנהלית הספציפית – ולעיתים בפירוש אינו נדרש לזכור את העובדות הנקודתיות במקרה הנידון, נוכח חלוף הזמן והעומס העומד בפני הרשויות בתחומים אלה – אלא על קיומה של פרוצדורה לגיבוש מסד עובדתי. עצם קיומה של פרוצדורה העומדת בכללי המשפט המנהלי המהותיים בדבר אופן גיבוש המסד העובדתי ברשות המנהלית יכולים לספק את בית המשפט המנהלי ולתמוך בהחלטה המאשררת גם את

¹²⁰ Herd & Moynihan, לעיל ה"ש 98, בעמ' 27-28.

¹²¹ פלג, לעיל ה"ש 97, בעמ' 537-539; תמי קצביאן, "הזכות לייצוג של תובעים ותובעות בתיקי הבטחת הכנסה – על התורן שבין התובעים לבית הדין, על הפער שבין התאוריה לפרקטיקה" מחקרי משפט לג 65 (2021).

¹²² יואב דותן, "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז 159, 171 (2004). וראו גם דקל, לעיל ה"ש 8, 169-170.

ההחלטה המנהלית הנקודתית, אפילו אם עולות טענות בדבר אי קיומה של הפרוצדורה במקרה הספציפי.¹²³

חקירת המצהירים בעייתית גם מהסיבה שאף אישור לחקור אותם על תצהירם – המתקבל כאמור באופן חריג ובמיעוט המקרים – פותח רק את הפתח המצוי בתצהיר עצמו. עותרים מאוכלוסיות רווחה, מצויים בחולשה כפולה בהיבטי חשיפה למידע ביחס לרשות – פעם אחת בהיותם אזרח מול רשות, כמו כל הליך מנהלי,¹²⁴ ופעם אחת בהיותם בני קבוצה מוחלשת ומודרת, לכל הפחות בשל מצבם הכלכלי-חברתי אם לא גם בגין היותם בני קבוצת מיעוט אחרת. לפיכך גם התרופה המוצעת בדמות מתן אפשרות לחקירה נגדית אינה רלוונטית להקשרי רווחה, כאשר אין לעותר את הנגישות לידע שיאפשר לאתגר את האמור בתצהיר הרשות.

במדרג האמינות והרלוונטיות, מצויים העותרים, המביאים ראיות משלהם שנועדו להפריך את טענותיה של הרשות המנהלית, מתחת לפרקליט והפקיד. הפסיקה המנהלית וההתנהלות בדיונים מנהליים מעידה על מדרג אפיסטמי נמוך שמיוחס לעותרים, וזאת מכמה סיבות. ראשית, הם מביאים סיפורי חיים או ראיות ספורדיות, ולא פרוצדורות או דוחות כתובים, המעוררים אמון רב יותר (ראה להלן). שנית, הם מעוררים במקרים רבים רגשות שליליים בקרב השופטים, שאינם נמנים על קבוצת מי שחיים בעוני, ומשכך מגיבים אליהם כ"אחרים". לרוב, מי שחיים בעוני גם שייכים לקבוצות מיעוט אחרות – אתניות, לאומיות, דתיות או גיאוגרפיות – ומשכך מחמירה אחרותם ותדמיתם בעיני השופטים. לבסוף, עצם הגישה הציבורית הליברלית המתמקדת באחריות הפרט למעשיו, המשקפת תפיסה שיפוטית מסורתית ושאותה מאמצים השופטים כתפיסה מנחה ביחס לכל התיקים אותם הם שומעים, מובילה לתליית האחריות לחיים בעוני בפרט העני עצמו, ולא במבנה חברתי ויחסי כוח. משכך, העניים נתפסים כמי שממילא לא מגיע להם לקבל את שירותי מערכת הרווחה, אלא אם הם מוכיחים שהם קורבנות של אירועים שאינם בשליטתם.¹²⁵ באופן פרדוקסלי, דווקא הקורבנות המוחלטת המעודדת פסיקה לטובת העותרים – גם אם לפני משורת הדין, מתוך רחמים המתעוררים כלפי סיפור חייהם או מצוקתם הרבה – מחלישה את מעמדם האפיסטמי. הם קורבנות ובית המשפט נחלץ להציל אותם, אך לא מעמדת כוח וידע אלא מעמדת חולשה והיעדר ידע.

לסוגייה זו של יחסי כוח מצטרפת העובדה, כי היכולת לאתגר את הרשות המנהלית ולסטות מחזקת התקינות קשורה בותק והכוח של השופט המכהן, והפרקליט המטפל בתיק. ככל שהללו ותיקים יותר וחזקים יותר הם יכולים לדרוש מהרשות בדיקת עובדות חוזרת, ולהשתמש לשם כך גם בראיות שמביאים העותרים. עם זאת, מצב דברים זה מוביל לכך שכאשר מדובר בפרקליטים או שופטים מנהליים חסרי ניסיון או חסרי כוח (מסיבות שונות), לרשות יש עמדת כוח גם מול המערכת המשפטית.

¹²³ ראו למשל בג"ץ 8787-13 העמותה לתסמונת רט נ' משרד הבריאות ואח' (2.4.2014).

¹²⁴ דקל, לעיל ה"ש 8, 174.

¹²⁵ MICHAEL B. KATZ, THE UNDESERVING POOR: AMERICA'S ENDURING CONFRONTATION WITH POVERTY: FULLY UPDATED AND REVISED (2013); Yael Cohen-Rimer & Netanel Dagan, *Deservingness on Trial: Neutralisation Techniques in Public Housing Jurisprudence*, 32 SOC. & LEGAL STUD. 540 (2023).

לבסוף, חסם נוסף בתחום הראיות בהליך המנהלי נובע ממה שניתן לכנות "היררכית הראיות" – באופן המשקף את ההתנהלות המוכרת מספרות ביקורתית בהקשרי פילוסופיה של ידע והבנייתו, פרוטוקולים ומסמכים נתפסים כראיות חזקות יותר מאשר חוויות וסיפורים אישיים.¹²⁶ משום שבאופן אינהרנטי למדינה יש את היכולת הבלעדית לייצר ראיות מהסוג הזה, העליונות הראייתית שלה קשה לאתגור אף יותר. בניגוד לאוכלוסיות אחרות הפועלות מול הרשות המנהלית, לאוכלוסיות רווחה אין את היכולת הכלכלית, ואף לא את הידע הנדרש כדי לחפש מימון, לגבש דוחות אלטרנטיביים, מסמכי מומחים מטעמם, וכו'. לכל אלה יש להוסיף את הקושי העומד בפני מי שחיים בעוני לספק ראיות ישירות שמעמדן גבוה, כגון חוות דעת עצמאיות, בהיעדר יכולת לשלם עבורן. אשר לראיות ישירות נוספות כמו פרוטוקול, עומדים לקוחות משפט הרווחה בפני אותה הבעיה שעולה מחוסר ההנמקה שפורט לעיל, וכן מחוסר נגישות למסמכים וחוסר הידיעה שהם זכאים לקבל אותם. הקלטות ותמלולים נתקלים באותה הבעיה, כאשר הרשות מקבלת החלטות על בסיס מסמכים וללא עריכת שימוע בפני האדם, אותו יוכל להקליט ולהעביר לבית המשפט המנהלי.¹²⁷

(ד) על הדמיון הפוליטי בשלבי הביקורת השיפוטית – אפשרויות שונות לדימיון שיפוטי
סוגיה נוספת ה"מסבכת" את הפעלת חזקת התקינות במשפט המנהלי, ומאירה את הצורך בדיני ראיות מובנים יותר, היא הקושי הנובע מכך ששופטים שונים מפעילים דמיון פוליטי שונה ביחס לא.נשים החיים בעוני.¹²⁸ על ההבדל בין הדמיון הפוליטי של השופטים השונים

¹²⁶ דוגמה אחת לכך היא בכך שניתן לסתור עסקה בכתב רק ע"י עדות אחרת בכתב. ראו: יעקב קדמי **על הראיות - חלק שלישי - הדין בראי הפסיקה 1501-1508** (מהדורה משולבת ומעודכנת 2009).

¹²⁷ לכך מצטרפת גם סוגיית גילוי המסמכים, ראו למשל: Cane, Peter. ADMINISTRATIVE TRIBUNALS AND ADJUDICATION, Bloomsbury Publishing, 2009.

¹²⁸ ב"דמיון פוליטי" אני מתייחסת לכך ששופטים – כמו כל בני האדם – מתבססים על תפיסותיהם החברתיות את מי שעומדים מולם. תפיסות אלה מושפעות מאידאולוגיה חברתית-פוליטית, כגון תפיסותיהם את הסיבות לעוני והנחותיהם ביחס לאחריות המדינה והפרט למול שאלת העוני. כמובן, שדמיון פוליטי רלוונטי גם ביחס לעותרים ומתדיינים מקבוצות אחרות, ובוודאי כאלה שכלפיהם יש לשופטים טיות – לטובת או לרעת המתדיינים – הנובעות ממיקומם החברתי, כגון קבוצות שוליים. חשוב לציין בהקשר זה שבישראל כמו בעולם ישנה חפיפה גדולה בין מי שחיים בעוני ובין שייכות לקבוצות שוליים מודרות על בסיס זהויות אחרות – אתניות (מזרחים או ערבים), אזרחיות (מהגרים ועולים), ורפובליקאיות (למשל כלפי מי שנתפסים כ"לא תורמים" לקבוצה, בין באמצעות גיוס ובין באמצעות עבודה, כגון חרדים). לדיון בשאלות של דמיון פוליטי והטיות ראו למשל Ben Golder, *The Politics of Judicial Imagination*, 13 JURISPRUDENCE 275 (2022); Daniel Edmiston, *The Poor "Sociological Imagination" of the Rich: Explaining Attitudinal Divergence towards Welfare, Inequality, and Redistribution*, 52 SOC. POL'Y. & ADMIN. 983 (2018); והחברתי "עיוני משפט" 36 79-7 (2013). לדיון בחפיפה בין עוני לקבוצות זהות שוליים אחרות ראו למשל Shreya Atrey, *The Intersectional Case of Poverty in Discrimination Law*, 18 HUM. RIGHTS L. REV. 411 (2018); John O. Calmore, *A Call to Context: The Professional Challenges of Cause Lawyering at the Intersection of Race, Space, and Poverty* Special Issue: *Conference on the Delivery of Legal Services to Low-Income Persons: Professional and Ethical Issues*, 67 FORDHAM L. REV. 1927 (1998); Trina Grillo, *Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master's House*, 10 BERKELEY WOMEN'S LJ 16 (1995).

ניתן ללמוד מיחסם השונה של שופטים שונים לאותו המקרה העובדתי, ולא את התנהלות של רשות מנהלית, בדוגמאות שאביא להלן.

דוגמא א': האם הוכחה פגיעה בזכות לקיום בכבוד?

בפסק הדין המכונן של הזכות לקיום בכבוד, שבו הכיר בית המשפט העליון בהובלת הנשיא אהרון ברק בזכות חוקתית זו, נבחנה השאלה האם קיצוץ קצבאות הבטחת הכנסה של העותרים אכן מגיעה לכדי פגיעה בזכות שהוכרה. לאחר דיון תיאורטי ארוך בעצם קיומה של הזכות, מגיע ברק לשאלה העובדתית, בה הוא מכריע על בסיס תצהירי העותרים. הוא כותב:

התוצאה היא אפוא שדין העתירות – על יסוד הסעדים שנתבקשו בהן – להידחות מפני שלא שוכנענו שיש בתיקון לחוק הבטחת הכנסה כשלעצמו (אף לא בביטול ההקלות הנלוות) כדי לפגוע בכבוד האדם. בפסק דינו זה איננו קובעים דבר באשר לקיומם בישראל של בני אדם הנתונים במחסור חמור עד כדי פגיעה בכבודם. יודעים אנו כי מצבן הכלכלי של משפחות רבות בישראל הוא קשה מאוד, וכי שכבת העוני בחברה רחבה ביותר; ידיעה זו משותפת לכל אדם החי בארץ ועיניו בראשו. איננו יודעים אם מצבו של אדם כלשהו הגיע לכלל פגיעה בכבוד, כמובנו המשפטי-חוקתי של מושג זה. כדי להגיע למסקנה שיפוטית כזו, שבצדה הוראה למדינה לתקן את המעוות, זקוקים אנו לתשתית עובדתית ראויה. תשתית כזו לא הונחה לפנינו בעתירות אלה. הטענה שנטענה בהן – כללית היא. אף המענה שניתן לה כללי.¹²⁹

אלא שאת הסיבה לדחיית העתירות אין לנעוץ רק בכך שהעותרים לא ביססו תשתית עובדתית לפגיעה הכלכלית במצבם, אלא בכך שברק אימץ את ההיגיון – והדמיון הפוליטי – שהציגה המדינה. כך למשל מעט קודם לפסקה שהוצגה לעיל הוא כותב כי "במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית ... הנטל על העותרים להראות שעל אף מכלול השירותים חיים בארצנו אנשים שכבודם נפגע מפני שתנאי הקיום החומריים שלהם אינם מספיקים. בנטל זה לא עמדו העותרים. הפחתה – ולו הפחתה גדולה – בשיעור גמלאות הבטחת הכנסה אינה מלמדת כשלעצמה על פגיעה בכבוד."¹³⁰

לעומת הנשיא ברק, מתייחס השופט לוי לתצהירי העותרים בדעת המיעוט שלו כך: ניטול לדוגמה את תצהירה של העותרת 1, גב' בלהה רובינובה, אם לשני ילדים קטנים. גמלת הבטחת הכנסה, בתוספת קצבת ילדים, משמשות הכנסותיה היחידות. פירוט הוצאותיה בתצהיר מגלה כי הגמלה (המקוצצת) שלה היא זכאית רחוקה מלכסות את צורכי הקיום הדוחקים ביותר. עיקר הוצאותיה החודשיות כוללות, על פי הפירוט, את תשלום שכר הדירה (675 ש"ח לאחר השתתפות בסך 200 דולר מטעם משרד השיכון), את חשבונות הארנונה (66 ש"ח), המים (110 ש"ח), החשמל (140 ש"ח) והגז (85 ש"ח), מזון תינוקות וטיטולים לבתה התינוקת (296 ש"ח), הוצאות גן ומועדונית

¹²⁹ בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, ס(3) 464, פס' 31 לפסק הדין של הנשיא ברק (2005).

¹³⁰ שם, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לבנה (370 ש"ח) ומזון, בגדים ותרופות בשבילה ובשביל ילדיה (1,600 ש"ח). הוצאות אלה מסתכמות בכ־3,400 ש"ח. ערב התיקון היה ביד העותרת לעמוד – ולו בדוחק – בהוצאות אלה. כעת, לאחר הקיצוץ, שווייה של גמלת הבטחת ההכנסה שלה זכאית העותרת הוא 2,660 ש"ח (2,744 ש"ח בניכוי 84 ש"ח ביטוח בריאות), בתוספת קצבת ילדים בסך 290 ש"ח. על מה תיאלץ אפוא העותרת לוותר – האם על מזון תינוקות לבתה? האם על לבוש לעצמה ולילדיה? האם על חשמל ומים? היש אדם שיוכל לקבוע כי זכותה של העותרת לקיום אנושי בכבוד אינה נפגעת בנסיבות אלו?¹³¹

לוי מתייחס לאותם התצהירים שהוצגו בפניו, אלא שמדבריו ניתן ללמוד על חשד כלפי המדינה וטענותיה בדבר היוותרות רשת המגן על כנה, ובפרט על אי קבלת הטיעון – שברק מקבל – בדבר התמריץ ליציאה לעבודה וההבטחה המגולמת בו לפתרון העוני בישראל. כך למשל, בהמשך דבריו הוא כותב:

תמונה עגומה עוד יותר מצטיירת מנתונים אחרים שלפנינו. נתונים אלה מגלים כי אף טרם הקיצוץ הנוכחי בגמלאות הבטחת הכנסה יכולתם של מקבלי גמלת הבטחת הכנסה לקיים את עצמם קיום אנושי בכבוד הייתה רעועה וחלקית. כך עולה ממחקר שנערך בידי הביטוח הלאומי...מחקר זה מגלה תמונת מציאות קשה במיוחד של אוכלוסיית מקבלי הבטחת הכנסה. עולה ממנו כי 20 אחוזים מהמשפחות המקבלות הבטחת הכנסה דיווחו שבחמש השנים האחרונות קרה שלא היה להן איפה לגור. 20 אחוזים מתוך משפחות אלו דיווחו שנותרו ברחוב או שהשתכנו במקלט ציבורי או במרתף בבית של קרובי משפחה. אף רמת הצפיפות בדירות שבהן מתגוררות משפחות המקבלות הבטחת הכנסה נמצאה גבוהה מרמת הצפיפות בדירות שבהן מתגוררות משפחות שאינן מקבלות הבטחת הכנסה, וחלק ניכר מהמשפחות מתגוררות בדירות שמצב תחזוקתן לקוי. ועוד דווח, כי ב־21 אחוזים מהמשפחות המקבלות הבטחת הכנסה אין לכל אדם מיטה משלו, ואילו 43 אחוזים מהמשפחות אינן מחממות את דירתן בחורף גם כאשר קר. לבסוף... שבעה אחוזים מהמשפחות דיווחו שתמיד או שברוב הזמן אין להן מספיק אוכל, ו־24 אחוזים מהן דיווחו שלפעמים הן סובלות ממחסור במזון. בסך הכול נמצא שכשליש מהמשפחות המקבלות הבטחת הכנסה סובלות ממחסור במזון תמיד או ברוב הזמן. ...

אני סבור כי הנתונים – "העובדות החברתיות" – הניצבים לפנינו אינם מותירים את טענת העותרים לפגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד בלתי מבוססת. ... הם מצביעים על מסקנה לכאורית, שעל פיה אף בשים לב לרשתות התמיכה האחרות שהמדינה מספקת (עובדה שדבר קיומה זכה להדגשה יתרה בתצהיריהם של המשיבים), זכותם לכבוד אנושי של רבים מדי מבין אזרחיה ותושביה של מדינת ישראל אינה נשמרת. ... תצהירי תשובתה של המדינה – לעניין שלילתה של טענת פגיעה – לא הניחו את דעתי בסוגיה

זו. ... לא נמצא בהם דבר אשר מצליח, ואף לא מתיימר, להוכיח קונקרטי

כיצד זה נשמרת הזכות לקיום אנושי בכבוד...¹³²

הפירוט הנרחב והנוקדני משקף את נקודת מבטם של מי שחיים בעוני ואת המצוקה שלהם ברמה שנועדה להיות טורדת שלוה. בכך, מפגין השופט לוי דמיון פוליטי אחר לגמרי מהדמיון הפוליטי הממלכתי שמשקף השופט ברק. היעדרם של דיני ראיות מובנים יותר מאפשר לשתי תפיסות כה מנוגדות להתבסס על אותן עובדות שהוצגו בפניהם, ולהגיע למסקנות הפוכות.

דוגמא ב': האם הוכחה זכאות לדירור ציבורי?

תיק מוכר הרבה פחות יכול להבהיר כי אין מדובר אך במחלוקת פוסקים בבית המשפט העליון בין גישות שונות לעוני. בדוגמא זו, בית המשפט המחוזי דן בשאלת זכאותו של העותר לקבלת סטטוס של "דייר ממשין" בדירה הציבורית של אביו.¹³³ על פי הדין, לצורך הוכחת מעמד זה – ובעקבות הכרה זו גם קבלת זכאות להישאר לגור בדירה כדייר ציבורי – על האדם להראות כי התגורר בדירה עם הדייר המנוח (האב, במקרה הזה) בשנים הרלוונטיות על פי חוק. גם כאן, בהיעדר הסדרה של היחס לראיות ולמשקל הניתן להן, ניכרת שונות רבה, הפעם בין בית המשפט המחוזי (שהחליט לדחות את העתירה) לבית המשפט העליון (שהחליט לקבל, לפחות באופן חלקי, את טענותיו של העותר ולהחזיר את השאלה לביורר ועדת החריגים במשרד השיכון).

כך, בבית המשפט המחוזי תוארה התשתית העובדתית של התיק, שגובשה במסגרת ההחלטה המנהלית, כך:

הועדה העליונה קבעה שהעותר לא הוכיח שהתגורר עם הדייר החוזי בתקופה הנדרשת. הועדה הסתמכה על דוחות ביקורי המעגל ... הועדה קבעה כי יש מקום לתת משקל גבוה לביקורי המעגל שנערכו בדירה בזמן אמת. העותר טוען במסגרת העתירה כי החל להתגורר עם המנוח מאז שחרורו מהכלא – למרות שהדבר לא מצוין בדוחות המעגל. הוא טוען כי אין להסתמך על דוחות ביקורי המעגל. לטענתו האב המנוח התמודד עם מחלה נפשית קשה ומצבו הנפשי היה מעורער ולכן אין לתת לדוחות משקל וספק אם האב הבין את תוכן או משמעות הדוחות גם אם חתם עליהם, ולא ניתן לסמוך על שיקול הדעת ועל ההבנה שלו. לתמיכה בטענותיו הציג העותר תצהירים של בני משפחה ושכנים שנחתמו באוקטובר 2021 שצורפו והוצגו לועדה העליונה טרם מתן החלטתה. בתצהירים נרשם כי העותר התגורר עם אביו מאז שחרורו מהכלא ואף טיפל בו. העותר טוען כי יש להעדיף את האמור בתצהירים על פני מה שנרשם בדוחות המעגל.

עיינתי בכל המסמכים שצורפו, בכתבי הטענות, ושמעתי את טענות הצדדים בדיון. מסקנתי היא כי דין העתירה להידחות. ... ההחלטה מתבססת על כלל הראיות המנהליות הרלבנטיות.

¹³² שם, פס' 8-10 לפסק הדין של השופט לוי.

¹³³ ע"מ 40098-11-24 לוי נ' משרד הבינוי והשיכון (5.3.2025). הפרוטוקול של התיק בעליון ושל התיק בערכאה המחוזית זמין אצל הכותבת.

... עוד יש להזכיר כי ההחלטה מושא העתירה היא החלטה מנהלית אשר מתבססת על ראיות מנהליות ובית משפט זה כבית משפט לעניינים מנהליים בודק את סבירותה לפי כללי המשפט המנהלי. הרשות המנהלית אינה נדרשת ולא מצופה ממנה לערוך בירורים עובדתיים סבוכים וממושכים, לחקור מצהירים חקירות נגדיות על תצהיריהם ואין מדובר בבית משפט המקיים הליך דיוני משפטי. בחינת ההחלטה המנהלית בראי המשפט המנהלי מביאה למסקנה כי ההחלטה שהתבססה על ראיות מנהליות והערכתן היא החלטה סבירה, כי לא נפל בה כל פגם, ואין להתערב בה.

אנו רואים אם כן כי ההחלטה להסיג את שיקול הדעת השיפוטי מפני ההחלטה שהתקבלה ברשות מתבססת על העדפת הליך קבלת ההחלטה המנהלי, אף שנקבע במפורש שאין להתייחס אליו כהליך שיפוטי מלא המברר את העובדות.

לעומת זאת, בבית המשפט העליון בערעור על ההחלטה בעתירה המנהלית, נבחנו אותם התצהירים ואתה המסכת העובדתית בעיניים ביקורתיות יותר, ונתקבלה ההחלטה ההפוכה. כך, שואל השופט אלרון: "על בסיס מה הזיזו הצידה את התצהירים? על איזה בסיס יש לשופט שהוא לא שומע אף אחד, איך בית המשפט יכול לשמוע את הדין, את הראיות, ולתת החלטה מיידית על בסיס ההחלטה שעליה אנו נמצאים היום?" וגם השופטת כנפי-שטייניץ תוהה: "אנו לא מקבלים תשובה לגבי התצהירים, יש 9 תצהירים שיש להם את הפרטים הדרושים, מה הוועדה צריכה לברר עליהם? לעשות בדיקה מול המצהירים או לא? לא ניתן לבטל אותם בהינף יד."

לאחר התייעצות, מקבלים עורכי הדין של המדינה ועמידר את המלצת בית המשפט, ומאפשרים החזרת התיק לוועדה לבירור העובדות העולות מן התצהירים שהגיש העותר.

ג. דיני ראיות במשפט המקובל – השוואה והשראה

המצב המשפטי בישראל שתואר לעיל אינו שונה באופן מהותי מהנהוג בבתי המשפט המנהליים במרבית מדינות המשפט המקובל. לשם הדגמה אסקור בקצרה להלן את המשפט האמריקאי בהקשר זה, ולאחר מכן את המשפט האנגלי. ככלל, בארה"ב קיימת מערכת עניפה יותר של בירור עובדות, כולל בתי דין מנהליים שיש יכולת להציג בהם ראיות ואף לאתגר אותן.¹³⁴ המשפט המנהלי אינו מכפיף את עצמו לדיני הראיות הנוהגים בבית משפט אזרחי או פלילי, אלא פועל תחת האתוס שלפיו עליו לשמר תשתית עובדתית אמينة והוגנת כהנחת יסוד להכרעה רגולטורית¹³⁵. העוגן החוקי לכלל זה הוא סעיף 556(d) APA אשר קובע כי הרשות המנהלית (או השופט המנהלי) רשאית לקבל ראיות כל עוד אינן בלתי רלוונטיות, לא מהותיות, או חוזרות באופן מוגזם. בהשוואה לפורום שיפוטי אחר, מדובר בסטנדרט נמוך

¹³⁴ בניגוד למצב אצלנו, שבו בתי הדין המנהליים חופשיים כמעט לגמרי מדיני הראיות (למעט ביחס לראיות חסויות). זאת לפי ס' 21 לחוק בתי הדין המנהליים, התשנ"א-1991 ("בית דין לא יהיה קשור בדיני הראיות, פרט לדינים בדבר ראיות חסויות לפי פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א 1971- וזאת בכפוף להוראות בחוק זה או בכל דין"). ראו גם רע"ב 10031/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים, פ"ד נט(5) 305, 311-309 ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS IN A , ERNEST GELLHORN; (2005) 261-263 (5th ed. Thomson/West 2006). NUTSHELL

Stewart, לעיל ה"ש 86.

בהרבה: אין דרישה לתצהיר, חקירה נגדית, מקור ראשון או קבילות פורמלית. תחת זאת, נדרשת רלוונטיות מוסדית – כלומר, האם יש לראיה ערך אינפורמטיבי או הסברתי שיכול לתרום להחלטה הרגולטורית.

הדפוס המקובל לפיו עדויות לא נמסרות במעמד שמיעת הראיות, אלא מוגשות כתצהירים או עדויות בכתב מראש. הליך זה מחליף למעשה את שלב החקירה הראשית בבית משפט רגיל. הרציונל לכך כפול: מצד אחד, מדובר בפרקטיקה מוסדית שנועדה לייצל את ההליך, לצמצם עיכובים, ולתת לצד השני זמן מספק להיערך. מצד שני, יש בכך יצירת מרחב שוויוני, שבו כל צד מקבל גישה מוקדמת לחומרי הראיות ומסוגל להגיב אליהם בכתב או בדיון בעל פה.

יתר על כן, החומר הראייתי עצמו יכול לכלול לא רק מסמכים חתומים, אלא גם טיוטות, דו"חות בלתי חתומים, חוות דעת ראשוניות, תיעוד פנימי, מכתבים בלתי מאומתים, ואף חומרים אנונימיים, כל עוד יש בהם תוכן מהותי לדיון. אין דרישה להגשה של מסמך ערוך לפי כללי סדר דין או ראיה, ואין סינון מוקדם לפי פורמט. זוהי גישה פרוצדורלית ששמה דגש על תוכן ולא על צורה, ומעמידה את כובד המשקל על השלב המאוחר של הערכת משקל הראיה ולא של סף כניסתה לתיק¹³⁶.

באשר למשפט המנהלי בבתי המשפט, בניגוד לדיני הראיות של המשפט הפלילי או האזרחי, שם פסילת ראיה בשל אי קבילותה עשויה למנוע לחלוטין את השמעתה או את השפעתה על ההכרעה, במשפט המנהלי הפדרלי הקבילות לא מהווה חסם, אלא שיקול של מהימנות, רלוונטיות, ואיכות ההנמקה.

ההבחנה נעוצה בפרשנות לסעיף 556 (d) APA, הקובע כי ניתן לקבל כל ראיה, כל עוד היא איננה בלתי רלוונטית. אין כאן דרישה לכך שהראיה תהיה מוגשת באופן פורמלי, חתומה, מאומתת או מתועדת במתכונת נוקשה. השופט המנהלי אינו משמש כשומר סף של מסמכים, אלא כמי שמעריך את משקלם מתוך גישה מהותית. לדוגמה, גם תיעוד שמקורו בשמועה, במסמך פנימי, או בעדות בע"פ של צד שלישי – יכול להיכלל בראיות הרלוונטיות, מה שלא דווקא היה קורה בהליך שאינו מנהלי, אם יש בו ערך אינפורמטיבי סביר.

פרקטיקה זו, נתמכת בפסיקה חשובה של בתי המשפט הפדרליים. אחת הדוגמאות הבולטות לכך היא פסק הדין *Remington Rand Corp. v. NLRB* בו בית המשפט הפדרלי לערעורים אישר החלטת רשות שהתבססה גם על עדות לא חתומה שהתקבלה דרך

¹³⁶ במילים אחרות, בארצות הברית, ההליך המנהלי הפורמלי אינו כולל שלב שבו נדרשת ראיה לעמוד בכללים טכניים מחמירים כתנאי להצגתה. אין נקודת סינון שבה נבחנת הראיה אם לעמוד בדרישות פורמליות, כגון תצהיר בשבועה, חתימה של גורם מוסמך, הצהרת מקור, תיעוד של שרשרת העברה וכו'. ברוב המקרים, כל מסמך המוגש נרשם כחלק מהתיק, והוויכוח מתמקד במשקלו המהותי ולא בשאלת קבלתו. התפיסה היא שתפקיד הרשות היא לאפשר פריסת מלוא המידע לפני שהיא שוקלת כיצד להכריע. האתוס הוא שמדובר ב"פרדיגמה של פרוצדורה פתוחה", שבה יש ציפייה להגינות דיונית, אך מבלי לדרוש פורמליות קפדנית.

חרף האלמנטים החיוביים שיכולים להיות כרוכים באתוס כזה, ספרות בשדה התיאורטי של אי צדק אפיסטמי, Epistemic Injustice מבחינה בהיררכיות המשותקות כאשר אין כללים המסדירים את שיקול הדעת, והטיות חברתיות הנוגעות לאמינות של קבוצות מוחלשות או לכוח ההרמנויטי שלהן נכנסים לתוך מרחב שיקול הדעת של מקבלי ההחלטה. ראו למשל Rachel McKinnon, *Epistemic Injustice*, 11 PHIL. COMPASS 437 (2016).

צד שלישי. נקודת המוצא בפסק הדין הייתה שאם אין ראייה זמינה טובה יותר, ואם אדם סביר היה סומך על החומר בנסיבות דומות – ניתן להשתמש בו גם לצורך קבלת החלטה מנהלית. הליך מנהלי לא יפסל משום שהראיות הראשוניות אינן מאומתות. הסף להמשכיות הדיון הוא לא קיומה של ראייה קבילה אלא ניתוח כולל של המידע הקיים והאם יש בו בסיס סביר לפעולה רגולטורית¹³⁷.

המשפט המנהלי האנגלי מציג גישה דואלית ביחס לדיני ראיות וביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות. מחד, הפסיקה המסורתית הנוטה לריסון שיפוטי מבוססת על תפיסה לפיה הרשות המנהלית היא האחראית הראשונית לקביעת עובדות, כפי שנקבע, כאשר נפסק כי "כאשר קיומה או אי-קיומה של עובדה נתון לשיקול דעתו של גוף ציבורי... חובתו של בית המשפט להותיר את קביעת העובדה לגוף הציבורי שהפרלמנט הפקיד בידיו את סמכות קבלת ההחלטות"¹³⁸.

הליך ביקורת שיפוטית בנוי כך שלא יתקיימו בו הליכי בירור ראיות מהסוג המוכר במשפט הפלילי או האזרחי. לא נועד לשמש במה לבירור סכסוך עובדתי, אלא לבחון את חוקיות ההחלטה הציבורית, לרוב לפי עילות של חריגה מסמכות, כשל פרוצדורלי, חוסר סבירות או הפליה. אין זכות אוטומטית במשפט המנהלי לחקירת עדים, שמיעת ראיות בע"פ וחקירה נגדית. כל טענה אמורה להיות תחת הפרוצדורה שלפני CPR Part 54 – טענה מוגשת בכתב, בין אם מדובר בתצהיר, מסמך מנהלי או טיעון משפטי מסודר.

הליך הביקורת השיפוטית שמתנהל לפי CPR Part 54 מותאם מראש למקרים בהם לא צפויה מחלוקת עובדתית מהותית, בית המשפט לא נדרש להכריע בין גרסאות סותרות. כאשר כן מתעוררת מחלוקת כזו, ניתן לעבור למסלול פרוצדורלי שמתנהל לפי part 7/part 8, המאפשר ניהול הליך ראייתי מלא, כולל זימון עדים וחקירה, במקרים חריגים במיוחד. העובדה שאין זכות מוקנית לשמיעת עדים או הצגת ראיות בע"פ משקפת את ההנחה שהבירור נעשה "על הנייר", על בסיס תשתית כתובה, וללא בירור עובדתי עמוק. גישה זו מקלה על עותרים לגשת להליך, אך גם מגבילה את יכולתם לברר לעומק עובדות שנויות במחלוקת.¹³⁹

מאידך, בעשורים האחרונים ניכרת התפתחות משמעותית לכיוון ביקורת שיפוטית אקטיבית יותר בעניינים עובדתיים, במיוחד בהקשרים הנוגעים לזכויות אדם. פסקי הדין

¹³⁷ Ernest Gellhorn, *Administrative Law and Process in a Nutshell* 265-267 (5th ed. Thomson/West 2006).

¹³⁸ "Where the existence or non-existence of a fact is left to the judgment and discretion of a public body and that fact involves a broad spectrum ranging from the obvious to the debatable to the just conceivable, it is the duty of the court to leave the decision of that fact to the public body to whom Parliament has entrusted the decision-making power save where it is obvious that the public body, consciously or unconsciously, are acting perversely." *Puhlhofer v. Hillingdon London Borough Council* [1986] A.C. 484, (HL). See also JOANNA BELL, *THE ANATOMY OF ADMINISTRATIVE LAW* (2020).

¹³⁹ Cane, לעיל ה"ש 127.

המכוננים בסדרת הפיתוח הדוקטרינרי¹⁴⁰ הניחו את התשתית לביקורת שיפוטית מהותית על טעויות עובדתיות של הרשות, תוך פיתוח דוקטרינת "חוסר ההגינות" המאפשרת התערבות בית המשפט במקרים של טעות עובדתית מהותית.¹⁴¹

תמורה נוספת במשפט המנהלי האנגלי ביחס לדיני ראיות ניכרת במישור נטל ההוכחה והליכי הבירור העובדתי. בניגוד למשפט האזרחי הקלאסי, שבו הנטל מוטל על התובע, במשפט המנהלי האנגלי המודרני קיימת נטייה להטיל את נטל ההוכחה על הרשות המנהלית.¹⁴² בנוסף, לאחר כניסתה לתוקף של החקיקה המגנה על זכויות אדם,¹⁴³ התפתחה תפיסה של "בירור עובדתי אינטנסיבי" בהקשרים של זכויות אדם, המעודדת את בתי המשפט לנקוט באמצעים פרוצדורליים כמו גילוי מסמכים וחקירת עדים.¹⁴⁴ במסגרת זו ניתן לראות מעבר לתפיסה "רב-קוטבית" (multipolar) של ההליך המנהלי, שבה בית המשפט נוטל תפקיד אקטיבי יותר באיסוף ובהערכת ראיות, במיוחד כאשר מדובר בסוגיות עקרוניות בעלות השלכות רחבות מעבר למקרה הספציפי.¹⁴⁵

כך, המשפט האנגלי פיתח וממשיך לפתח באחרונה את הדוקטרינה של "אי הוגנות מבנית" (Structural Fairness). בעיקר במקרים שבהם נפגעות זכויות אדם במסגרת ההליך המנהלי – משום שההליך המנהלי, לפי הדוקטרינה הבריטית (בדומה לישראלית) כפוף למחויבויות המשפטיות לשמירה על זכויות אדם. במסגרת הדוקטרינה נדרש בית המשפט שלא לבחון את ההוגנות של החלטה מנהלית מסוימת, אלא את ההוגנות המבנית של המערכת המנהלית ככללותה. לשם כך הוא אינו מתמקד בשאלה האם אירעה אי-צדק במקרה הפרטי, אלא האם קיימת במבנה המערכת "סכנה בלתי-קבילה" (Unreasonable Risk) לאי-הוגנות (Unfairness). בחינה זו מחייבת את בית המשפט להעריך כיצד פועלת המערכת במרבית המקרים, ולהתרשם אם אי-ההוגנות שלה טוענים העותרים היא תוצר אגבי של תקלות נקודתיות, או תוצאה טבועה במבנה הליך קבלת ההחלטות של הרשות. אף שמדובר בהערכה מורכבת, המחייבת שיפוט על בסיס הסתברותי ולא פוזיטיבי, בית המשפט נוקט רמת התערבות גבוהה, שכן הדוקטרינה נחשבת חלק מכללי הצדק הטבעי, תחום שבו הביקורת השיפוטית לא נעשית, על פי הדוקטרינה הבריטית, על בסיס של התערבות מצומצמת.

לשם קביעה זו בית המשפט נדרש לתשתית ראייתית רחבה במיוחד המאפשרת לו להבין את ההקשר המערכתי שבתוכו פועלת הרשות. כך, בתיק התקדימי של *Howard League*

See *Secretary of State for Education and Science v. Tameside MBC* [1977] A.C. 1014 (HL); *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte A* [1999] 2 A.C. 330 (HL); *"E" v. Secretary of State for the Home Department* [2004] QB 1044 (CA).

מיה רויזמן-אלדור עתירות מנהליות - היבטים תיאורטיים ומעשיים של הליך ההתדיינות, לעיל ה"ש 3.

Miller v. Minister of Pensions [1947] 2 All E.R. 372 (K.B.).

Human Rights Act 1998, c. 42 (UK).

J.N.E. Varuhas, 'Evidence, Facts and the Changing Nature of Judicial Review', U.K. Const. L. Blog <https://ukconstitutionallaw.org/2020/06/15/jason-varuhas-evidence-facts-and-the-changing-nature-of-judicial-review>.

R (Al-Sweady & Others) v. Secretary of State for Defence [2009] EWHC 2387 (Admin); *R (Howard League for Penal Reform & Prisoners' Advice Service) v. Lord Chancellor* [2017] EWCA Civ 244.

עמדו לפני בית המשפט מאות עמודי ראיות שנועדו להמחיש לא רק כיצד פועלת המערכת שבמחלוקת, אלא גם כיצד משתלבות בה מערכות החלטה נוספות, כגון ועדות חריגים. עיקר המבחן הוא בירור האם מנגנוני גמישות וסייגים, כגון שיקול דעת לטפל במקרים חריגים, פועלים הלכה למעשה, כדי לקבוע שלא מדובר באמצעים פורמליים שאינם מתפקדים בעצם כבלמים ממשיים בפני איהוגנות מבנית. גישה זו מרחיבה באופן מובהק את היקף בחינת הראיות בביקורת שיפוטית, והיא יקרה מבחינת משאבי זמן וכוח אדם. בית המשפט התייחס לכך וקבע כי היא מוצדקת מתוך הנחה כי תיקון פגמים מבניים עשוי למנוע בעתיד ריבוי עתירות פרטניות ולקדם פעולה מנהלית הוגנת יותר במישור הכללי. חוקרים שביקרו את פסק הדין טענו כי יש עוד להוסיף על הראיות שנבחנו, או להחליף את הראיות הפחות אמינות, במחקרים אקדמיים שנעשו ביחס למערכות הנבחנו. זאת משום שבמחקרים אקדמיים איסוף הידע נעשה באופן שיטתי ואמין יותר משמתאפשר בבית המשפט.¹⁴⁶

ד. מחשבות נורמטיביות להמשך – דיני ראיות קלאסיים או אקטיביזם שיפוטי

מכל האמור לעיל עולה תמונה מטרידה, שלפיה המשפט המנהלי בפועל בתחום הרווחה וביחס לאוכלוסיות החיות בעוני או קבוצות אחרות שהן מודרות ומחלשות אפיסטמית, אינו מאפשר להשיג את מטרותיו בין היתר בשל היעדר מכניזם של בירור עובדתי ראוי, וההנחה המעוגנת בחזקת התקינות שלפיה הרשות פעלה באופן תקין ואספה את הראיות הנדרשות. שתי דרכים אפשריות לפתרון כשל זה. אדון בכל אחת בנפרד אך אקדים ואומר, כי מסקנתי היא – בהתבסס על הקשיים שתוארו לעיל – שלכל אחת מהדרכים הללו יתרונות וחסרונות לפתרון הבעיה של אוכלוסיות מודרות במשפט המנהלי. דרך אחת, היא לעגן בבתי המשפט המנהליים דיני ראיות הדומים לאלו הקיימים במשפט הפלילי, מתוך הכרה בכך שמשפט הרווחה המנהלי ממלא מאמץ ומשקף הפיסות דומות ביחס לאנשים המופיעים בפני בית המשפט. דרך שנייה, היא אימוץ פרקטיקות המזכירות פעולת שופט-חוקר מהמשפט המקובל, כאשר הבירור העובדתי והבאת הראיות בפני בית המשפט לשם קבלת החלטה אינו מוטל על הצדדים בלבד.

1. דיני ראיות פליליים קלאסיים והתנאי של ייצוג הולם

ככל שבוחרים, בשל הטעמים הפרקטיים וההצהרתיים שהוצגו לעיל, להקטין את תפקידה של חזקת התקינות (למשל באמצעות הורדת הנטל הראייתי שנדרש להפרכתה) או לבטל כליל את החזקה בתיקים שבהם העותרים שייכים לאוכלוסיות מוחלשות כגון אנשים בעוני,

J.N.E. Varuhas, 'Evidence, Facts and the Changing Nature of Judicial Review', U.K. Const. L. Blog (15th June 2020) (available at <https://ukconstitutionalaw.org/>).

הכותבת אף מדגישה כי יש לצפות שגישה זו תרחיב:

One would expect that as systemic review 'beds in' (assuming the doctrine is not disapproved by the Supreme Court), expert evidence and socio-legal studies will likely become more common. In this regard it is important to note that there has been incremental expansion of the circumstances in which expert evidence may be admissible on review: see *Law Society* and Blundell [2018] JR 243.

ובהמשך לכך להעביר את הבירור העובדתי בחזרה לבית המשפט, ישנו צורך לעבות את דיני הראיות הקיימים בבית המשפט המנהלי. עם זאת, יש לעשות זאת בשים לב לסכנות הפוטנציאליות של דיני הראיות כפי שהן מתגלות בשדות אחרים, ובפרט כאלה שיש בהם פערי כוחות מובנים, כמו בהליך הפלילי. שם, אוכלוסיות מוחלשות דווקא סובלות מהעומס הבירוקרטי שמטילים דיני ראיות. ככלל, אין סיבה להניח שהרשות אינה המונע הזול של פגמים עובדתיים והסתרת עובדות, ובהמשך לכך יש חשש שהנטל שיוטל על העותרים לאסוף ראיות יהיה כבד. דיני הראיות מניחים פאסיביות של בית המשפט, בעוד הצדדים אקטיביים ומציגים בפניו ראיות. הליך כזה אפשרי רק כאשר הצדדים שווים בכוחם, או לפחות נעשה מאמץ לאזן את הפער בכוח, כפי שנעשה באמצעות ייצוג בהליך הפלילי.

לפיכך, כדי לאפשר השגת היתרונות של דיני ראיות בלא הפגיעה הפוטנציאלית, יש לוודא ייצוג הולם לבעלי דין בהקשרי רווחה, עוד בשלב ההליך המנהלי, מטעם הסיוע המשפטי. ייצוג כזה, לצד יתרונותיו באיזון יחסי הכוח מול הרשות בהיבטים אחרים, יבטיח מעורבות ביצירת מסד העובדות כבר בשלב ההחלטה המנהלית. בכך, הוא עשוי למנוע עתירות מנהליות בתחומי הרווחה, וכן להקל על ביסוס המסד העובדתי מחדש בבית המשפט, משום שעורך הדין כבר יהיה מעורב ויכיר את העובדות הרלוונטיות שנידונו או שמהן התעלמה הרשות. ייצוג של בעלי הדין בתחומי הרווחה יאפשר גם להשתמש בהצעות אחרות הנוגעות לתחומי הראיות, כגון מתן האפשרות לחקירה נגדית של מצהיר מטעם הרשות.

אימוץ חובה לייצוג משפטי בשלב ההחלטה המנהלית כרוך, מטבע הדברים, בעלויות מוסדיות לא מבוטלות. הרחבת הזכאות מחייבת תוספת משמעותית של כוח אדם לסיוע המשפטי, הכשרות מקצועיות ייעודיות, התאמת נהלים, ותיאום מורכב בין הרשות המנהלית לבין גורמי הייצוג. נוסף על כך, יש לצפות לעלייה בהיקף פניות ובמשך הזמן הנדרש לטיפול בכל תיק, מה שעשוי להכביד על מערכות שקורסות ממילא תחת עומס. אולם עלויות אלה אינן ייחודיות רק למשפט המנהלי; הן מאפיינות כל מנגנון שנועד להבטיח הליך הוגן במצבים שבהם עומדת על הכף פגיעה ממשית בזכויות. בהקשרים של רווחה ועוני, שבהם היחסים בין הרשות לאזרח מאופיינים בפערי כוח קיצוניים, ובהם ההחלטות המנהליות עשויות להכריע את גורלם של יחידים ומשפחות, העלויות התקציביות והמוסדיות אינן יכולות לגבור על הצורך בהבטחת הליך ראוי. לפיכך, גם אם יש להכיר במורכבות התקציבית והמוסדית של הסדר זה, הרי שהיקף הפגיעה האפשרית בזכויות אדם של אנשים החיים בעוני מצדיק את אימוצו¹⁴⁷.

¹⁴⁷ במסגרת ההתמודדות עם עלויות רפורמה כזו בייצוג ניתן לדון בשאלה מי יהיו זכאים לייצוג בשלב המינהלי. מחד, הרצון לצמצם עלויות יכול להצדיק ייצוג רק במקרים שבהם הדיון המנהלי עוסק בשאלות הרות גורל כגון קצבאות, הוצאת ילדים מבתם, דיור וכדומה. מאידך, ולדעתי, יש מקום לייצג כל אדם הנופל בגדרי הקטגוריה של "חיים בעוני", משום שהקשיים שהוא נתקל בהם מתאימים לסיבות שבגללן מוצעת הרפורמה בייצוג, ומשום שאנו יודעים על עוני שהוא מורכב מ"תחלואה כפולה" ומצבי סיכון שבהם גם דוח חניה שאינו מטופל יכול להוביל לחוב שיוביל להתדרדרות חמורה במצב האדם או המשפחה, החיים ממילא במצב הישרדותי של כיבוי שריפות. הבחירה בין החלופות הללו צריכה להיות למול נתונים בדבר עלויות הייצוג הצפוי של אנשים בעוני בהליכים מנהליים על פי שתי החלופות, ובשים לב לחיסכון שייגרם כתוצאה מהייצוג – הן ברמה המיידית במניעת הליכים משפטיים יקרים יותר, והן בטווח הארוך יותר במניעת הסתבכויות, העמקת חובות, וכדומה. כמובן שיש לשים לב לתועלות חברתיות ארוכות טווח אף יותר של שיפור האמון והיחסים בין אזרחים לרשויות המנהל, מניעת ייאוש והחמרת העוני המובילים בתורם לפשיעה, וכדומה. שיקול כל המרכיבים הללו הוא מעבר

חשוב להדגיש כי ההשוואה לדיני הראיות הפליליים איננה מבקשת לייבא אל תוך המשפט המנהלי את מכלול הכללים המחמירים המאפיינים את ההליך הפלילי. אין כוונה להחיל סטנדרט הוכחה פלילי, דרישות קבילות מלאות, או את ההשלכות המוסדיות הכרוכות בהפיכת הרשות ל"תביעה" והעותר ל"נאשם". תכליתה של ההשוואה היא להמחיש עיקרון מוגבל ומובחן: בהקשרים שבהם עומדת על הכף פגיעה משמעותית בזכויות אדם של מי שמצויים בעוני, נדרש מנגנון ראייתי שיבטיח בדיקה זהירה, מובנית ומבוססת של העובדות, ולא הסתמכות כמעט אוטומטית על עמדת הרשות. לפיכך, הדגם הפלילי משמש כאן כהשראה נורמטיבית – לא כתבנית מוסדית – המלמדת כי במצבי סיכון גבוה לפגיעה בזכויות, יש הצדקה להעמקת בחינת התשתית העובדתית ולמתן כלים פרוצדורליים המאפשרים לעותר להתמודד באופן אפקטיבי עם כוחו המוסדי של המינהל. בכך ההצעה מבקשת לבסס סט ראייתי מחוזק המתאים למאפייני ההקשר המנהלי, מבלי לכפות עליו את מאפייני ההליך הפלילי.

2. בתי משפט אקטיביים יותר בעיצוב ידע בהקשרי רווחה

אפיק פעולה נורמטיבי אחר, הפוך לחיזוקם של דיני הראיות הפליליים הקיימים בהקשרי הרווחה, הוא דווקא מתן מנדט לבתי המשפט להיות אקטיביים יותר בעיצוב המסד העובדתי¹⁴⁸ ובביקורת השיפוטית על איסוף הידע ומסד הנתונים עליו נשענת החלטת הרשות. יש דוגמאות לתפיסה אקטיבית כזו של בתי המשפט המנהליים כבר בדין הקיים בישראל, למשל בפסק דין צמח.¹⁴⁹ התפיסה לפיה בתי המשפט המנהלי נועדו להגן על שלטון החוק והאינטרס הציבורי אינה בהכרח משמיעה הסתמכות על הרשות אלא לכאורה מצדיקה התערבות בפעילות הרשות, ככל שזו אינה נתפסת כמגינה היחידה על שלטון החוק והאינטרס הציבורי. לכאורה, גם בדבריו של השופט בתיק של מכרו אבן וסיד¹⁵⁰ רומז בית המשפט כי יש לו אפשרות ללכת בדרך המעצימה את תפקידו שלו כיצרון ידע, המברר את העובדות. השופט גינת קובע שם כי:

"חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים קובע סדרי דין יחודיים. לכאורה, על פי הוראותיה של תקנה 15(א) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000, בית המשפט לעניינים מינהליים נדרש להכריע בעתירה שבפניו על יסוד ראיות המוגשות בתצהירים. עם זאת, לעיתים בתצהירים לא די. מקום שבו מתעוררת שאלה עובדתית, בית המשפט לעניינים מינהליים צריך לערוך בירור עובדתי על מנת להכריע בה."¹⁵¹

עם זאת, חרף ההבטחה הרטורית, השופט גינת בוחר שלא לסטות מהדרך האדברסרית שבה הנטל להבאת הנתונים מוטל על כתפי הצדדים לתיק, ובפרט, בהקשר המנהלי, על

לגבולות מאמר זה. אני מודה למערכת משפטים על העלאת השאלה החשובה הנוגעת לגדירת הזכאים לייצוג, גם אם איני מטפלת בה במסגרת המאמר הנוכחי.

¹⁴⁸ יש לציין כי הצעה זו הועלתה בספרות בעבר, אלא שהטעמים לה לא נשענו על הבעיות שעולות במאמר זה בהקשר לאוכלוסייה הספציפית של מי שחיים בעוני. ראו למשל יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* כרך ד – שער 11 (2017).

¹⁴⁹ עניין צמח, לעיל ה"ש 88; בנוסף, ראו: שרגא ושחר, לעיל ה"ש 25, 323.

¹⁵⁰ עת"מ (חיפה) 24248-12-17 תעשית אבן וסיד בע"מ נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של מתחמים מועדפים לדירור (2018).

¹⁵¹ שם, פס' 15-24 לפסק הדין של השופט גינת.

העותרים. כך, הוא מפרט עד כאב את כל המקומות שבהם יכולה היתה העותרת להביא נתונים שהיו עשויים להוביל להחלטה אחרת, ונמנעה מכך: העותרת, במקרה זה, בחרה ללכת במסלול הנכון. היא ביקשה, תחילה, כי בית המשפט ימנה שמאי מטעמו. עם זאת, בסופו של יום, העותרת הסכימה (על דעת כל הצדדים) כי הצדדים יטענו על יסוד החומר המצוי בתיק. זאת, מבלי שהיא מבקשת עריכתו של בירור עובדתי. לא בדרך של ביקור במקום, לא בדרך של חקירה של השמאים, לא בדרך של חקירה של המצהירים. במצב דברים זה, לא ניתן להעדיף דווקא את הטיעון השמאי של העותרת. אינני סבור כי המחלוקות המוצגות על ידי העותרת הן מחלקות משפטיות... ניתן היה להציג (למשל) דוגמאות לשטחים שהוקדשו למסדרונות אקולוגיים ביישובים אחרים. היה אפשר (למשל) לקבל נתונים אלה במסגרת בקשה למתן פרטים נוספים, או גילוי מסמכים. ניתן היה להציג, למשל, חוות דעת אדריכלית-תכנונית, המציגה חלופות למסדרונות אקולוגיים, אל מול החלופה שנקבעה בסופו של יום על ידי ועדת המשנה להתנגדויות (ואשר אומצה על ידי הוועדה עצמה).

אומנם, בית המשפט יכול לבצע את הבירור העובדתי מיוזמתו. בית המשפט יכול להורות על חקירתו של מצהיר, או על בירור עובדתי אחר הנראה מתאים בנסיבות העניין. עם זאת, לא מצאתי לנכון להתוות בעבור העותרת את הדרך שבה עליה ללכת. העותרת היא זו שמצאה לנכון, על יסוד הסכמה משותפת אליה הגיעו הצדדים, להסתפק (במהלך הדיון של יום 14.5.18) בהשמעת טיעונים בעל פה, על יסוד החומר שהונח בפני בית המשפט. היא זו החליטה, משיקולים שלה, שלא לבקש חקירות, מסמכים ו/או פרטים נוספים. היא זו שהחליטה להשתית את טיעוניה על חומר מסוים שהוגש לעיונו של בית המשפט. להחלטה זו של העותרת יש השלכות. יש להניח כי העותרת שקלה את ההשלכות המשפטיות האפשריות של החלטתה, לרבות האפשרות כי לא ניתן יהיה להגיע למסקנות עובדתיות מסוימות, שעה שהחליטה (למשל) שלא לעמוד על בקשתה למינוי של שמאי מטעמו של בית המשפט. לא מצאתי לנכון להתערב בהחלטה זו של העותרת, וליזום בירור עובדתי שהעותרת ויתרה עליו.¹⁵²

ראוי לציין בהקשר זה כי אף שהשופט גינת אינו מקבל את העתירה, ואף שבית המשפט העליון מאמץ את קביעתו זו ואינו מקבל את הערעור שהגישה העותרת, נדרשו שופטי העליון לסוגיית הקביעות העובדתיות ודחו את התבטאויות אלה של השופט גינת: "אילו ביקשה אבן וסיד את אשר היה עליה לבקש לפי שיטתו של בית משפט קמא, מן הדין היה לדחות את בקשתה ולדון בעתירתה במתכונתו הרגילה של בג"ץ, שכן, כפי שכבר הסברתי, מהלכי הוכחות אשר הומלצו על ידי בית המשפט לא רק שהיו בלתי נחוצים, אלא שגם היה בהם משום התערבות בלתי ראויה בשיקול דעתם המקצועי של מוסדות התכנון.¹⁵³ אם כן, דרך זו להעצמת מקומו של בית המשפט כיצרון הידע עדיין אינה מקובלת בהלכה הישראלית, אך ניתן לראות רמזים לה בפסיקות חריגות. יש מקום לסברה, כי עותרים מוחלשים יותר מהעותרת שהופיעה בפני השופט גינת, היו מעוררים הצדקה לפעול באופן אקטיבי יותר ולא רק לסמן את הדרכים שבהם העותרים עצמם יכולים היו להפעיל בירור

¹⁵² שם, פס' 36-29 לפסק הדין של השופט גינת.

¹⁵³ עמ' 6626/18 תעשיית אבן וסיד בע"מ נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של מתחמים מועדפים לדור, פס' 19 לפסק דינו של השופט שטיין (2019).

עובדתי. נוכח האמור במאמר זה, ובפרט ביחס לחסמים העומדים בפני העותרים במהלך ההליך המשפטי, נראה כי יש מקום לקבל עמדה כזו. דרך אחרת להגביר את האקטיביות של בית המשפט בהקשר זה יכולה להגיע דרך הרחבת שיקול הדעת השיפוטי בקביעת מתחם הסבירות, תוך מתן משקל לאופן קביעת העובדות המנהלי, וקביעה כי רשות מנהלית שהתנהלה באופן הסותר את כללי המשפט המנהלי התנהלה באופן בלתי סביר, בלי קשר הכרחי לשאלה האם תוצאות ההחלטה מצויות במתחם הסבירות כעניין תוכני. גם לכך, כעת, עדיין אין הכרה במשפט המצוי הישראלי, והסבירות כשלעצמה מצויה במחלוקת משפטית וציבורית כיום. קידום של התערבות כזו בהחלטות של הרשות המנהלית בהקשרי רווחה יכול להוביל לשינוי התפיסה הציבורית את בתי המשפט כמי שמגינים רק על זכויות ליברליות, ולהבהיר את הצורך או הפוטנציאל שבמעורבות שיפוטית כאשר זו נועדה להגן על אזרחים החיים בעוני מפני הרשות הפועלת באופן המדיר אותם מהמרחב הציבורי תוך שימור עוניים.

ה. סיכום

מאמר זה ביקש לבחון באופן ביקורתי את הארכיטקטורה המשפטית של דיני הראיות במשפט המנהלי, ואת הפער בין ההצדקות התיאורטיות לבין המציאות בהקשרי רווחה ועוני. התמונה שעולה מהניתוח מצביעה על פער משמעותי בין ההצדקות הפורמליות לדיני הראיות במשפט המנהלי, ובפרט למעמדה של חזקת התקינות, לבין המציאות של מי שחיים בעוני ונאלצים להתמודד עם רשויות הרווחה השונות.

כפי שהראתה הסקירה ההיסטורית, בעת הקמת בתי המשפט לעניינים מנהליים בשנות ה-90, נדונה האפשרות להחיל עליהם דיני ראיות מפותחים יותר, בדומה לאלה הנהוגים במשפט הפרטי. ואולם, אפשרות זו נדחתה במודע, מתוך שיקולים של יעילות, מהירות ושימור אופיו הייחודי של ההליך המנהלי. בחירה היסטורית זו, שביקשה לשמר את האקטיביות השיפוטית של בג"ץ לצד ההסתמכות על חזקת התקינות, הובילה אותנו למצב הנוכחי, בו מערך הברור העובדתי בבתי המשפט המנהליים מוגבל באופן ניכר.

ההצדקות המסורתיות לדיני הראיות המרוסנים בהליכים מנהליים ולעוצמתה של חזקת התקינות, נשענות על כמה הנחות יסוד. ראשית, ההנחה כי הרשות המנהלית, כנאמן הציבור, משקפת את האינטרס הציבורי ופועלת בהליך מסודר ותקין לגיבוש עובדות. שנית, ההנחה כי הליכים של שיתוף ציבור וגיבוש ידע אצל הרשות מביטיחים ייצוג אפקטיבי של אינטרסים מגוונים. שלישית, ההנחה כי הדמוקרטיה המנהלית מאפשרת ייצוג הולם של האזרח הרגיל. ולבסוף, התפיסה שסדרי דין והוכחה מרוסנים מטייבים את נגישות הצדק ומצמצמים עלויות התדיינות.

אולם המאמר הראה כי בהקשרי עוני ורווחה הנחות אלה קורסות. החיים בעוני מתאפיינים בהדרה שיטתית מהליכי קבלת החלטות, בפיקוח ומעקב מתמשך של רשויות הרווחה, ובהתמודדות עם מערכת בירוקרטית מסורבלת. על רקע זה, אין מקום להמשיך ולהחזיק בחזקת התקינות באופן שבו היא קיימת כיום בביקורת שיפוטית על החלטות המנהל. האינטראקציה עם רשויות הרווחה מעוצבת על ידי תפיסות "פלינהליות", המשלבות אלמנטים מהמשפט הפלילי אל תוך ההליך המנהלי. פרדוקסלית, בדיוק במקום שבו זכויות יסוד מהותיות מונחות על הכף - כגון הזכות לקיום בכבוד או הזכות לדיור - מערך ההגנות

הראייתיות דווקא מצומצם, והנטל המוטל על העותר כבד במיוחד. איסוף המידע אצל הרשות המנהלית בהקשרי רווחה אינו ניטרלי אלא מכוון מראש להוכחת "סטייה" מנורמת העצמאות הכלכלית. תהליכי איסוף המידע סלקטיביים, ממסגרים את המצוקה כ"כישלון אישי" תוך התעלמות מהקשרים מבניים, ומשתמשים במידע בעיקר לצורך שיפוט וקביעת זכאות. בעוד שמידע נרחב נאסף על התנהגות הפרטים, כמעט אין איסוף מידע על אפקטיביות הפעולות של הרשויות עצמן, על זמני המתנה, או על סיבות לדחיית פניות. חסמים בירוקרטיים מרובים - מ"תסמונת המסמך החסר" דרך "סחרחורת בירוקרטית" ועד ל"בירוקרטיה של זמן" - מייצרים מערכת של הרתעה בירוקרטית הפוגעת בנגישות לסיוע ולצדק. הדרה אפיסטמית, המתבטאת באי-הכרה בידע מבוסס-ניסיון של אנשים החיים בעוני, מחריפה עוד יותר את האסימטריה ביחסי הכוחות ואת הפער בין הדמיון המשפטי למציאות החיים. בהליך המשפטי עצמו, העותרים בהקשרי רווחה ניצבים בפני "היררכיית ראיות" ו"היררכיית יודעים" המקנות משקל נמוך יותר לראיותיהם ולידע שלהם.

לנוכח מציאות זו, המאמר מציע שני אפיקי פעולה נורמטיביים משלימים: מחד, פיתוח דיני ראיות קלאסיים בהקשרי רווחה, אך זאת רק בתנאי של ייצוג הולם, כולל בשלב ההחלטה המנהלית עצמה. מאידך, עיצוב תפקיד אקטיבי יותר לבתי המשפט בבירור עובדתי ובביקורת על הליכי איסוף הידע ברשויות, בדומה לגישה הנהוגה במשפט האנגלי, תוך הכרה בחשיבותה של נגישות לצדק בהקשרים בהם זכויות יסוד מונחות על הכף. הסקירה ההשוואתית מראה גישה דומה במשפט המנהלי האנגלי, שבו אף שאין הבנייה פורמלית של דיני הראיות בחקיקה, נוצרה פרקטיקה שיפוטית שונה מהותית מזו הנהוגה בישראל. בתי המשפט האנגליים לעניינים מנהליים נוקטים גישה אקטיבית יותר בהליכי בירור עובדתי, ואינם מהססים לחרוג מההסתמכות הטהורה על הראיות שאספה הרשות, במיוחד בהקשרים של זכויות אדם וצדק חברתי. פרקטיקה שיפוטית זו מדגימה אלטרנטיבה אפשרית, שאינה כרוכה בהכרח בהאטה משמעותית של ההליכים או בפגיעה ביעילות המערכת המשפטית באופן קיצוני או לא מוצדק.

נקודת המוצא של המאמר היא שאין לראות את דיני הראיות במשפט המנהלי כעניין טכני גרידא, אלא כשאלה מהותית הנוגעת למעמדם האפיסטמי והאזרחי של מי שחיים בעוני. מבנה דיני הראיות במשפט המנהלי משקף וגם מייצר יחסי כוח חברתיים, ושינוי בהם יכול להוות צעד משמעותי לקראת הגברת הנגישות לצדק חברתי. בחינת ההיסטוריה של ההסדרים הקיימים וההשוואה למשפט האנגלי מלמדות שהמצב הנוכחי אינו הכרח המציאות, אלא תוצר של בחירות מודעות שניתן לשנותן. הטענה היא שדווקא בהקשרי רווחה - שם הסוגיות העובדתיות כה מרכזיות והן משפיעות במישרין על זכויות יסוד של אוכלוסיות מוחלשות - יש מקום לסטות מהפרדיגמה המקובלת של ריסון שיפוטי ושל הימנעות מבירור עובדתי, ולאמץ גישה אחרת המכירה במורכבות של יחסי הכוחות ובחשיבות של בירור אמת עובדתית כתנאי לצדק מהותי.