

מגוס בחורי השיבות ועד למתווה הגז: על הצורך בשינוי המסגרת הדוקטרינרית של עקרון ההסדרים הראשוניים

מאת
אורי שפראך*

תקציר

עקרון ההסדרים הראשוניים, שלפיו יש להבטיח כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות שפעולות מנהליות נשענות עליהן ייקבעו על-ידי המחוקק, הינו חלק בלתי-נפרד מהמשפט הציבורי הישראלי כיום. בעשרים השנים שחלפו מאז עוגן העיקרון בשיטתנו המשפטית, בעניין רובינשטיין, הלכה וגברה ההתייחסות אליו בסוגיות שהגיעו לפתחו של בית-המשפט העליון בנוגע ליחסים בין רשויות השלטון. עיקרון זה נעשה חיוני מתמיד בעידן שבו כוחה של הרשות המבצעת מתעצם על-חשבון הרשות המחוקקת, ובאחרונה אף עמד העיקרון במוקדו של פסק-הדין בעניין מתווה הגז. אולם רשימה זו מצביעה על כך שהשימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים במשפט המנהלי אינו מגשים את המטרות שהוא נועד להשיג. לפיכך הרשימה פורשת הצעה למסגרת דוקטרינרית חלופית במקומו. המודל החלופי המוצע קורא למעבר משימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים כעילת ביקורת עצמאית במשפט המנהלי להטמעת הרעיון העומד בבסיסו של עיקרון זה על-ידי פיתוח כללים מפורטים במסגרת עקרון חוקיות המנהל. לפי המודל, במסגרת עקרון החוקיות, הקיים בשיטתנו המשפטית כבר מקום המדינה, יוגדרו שלוש רמות של הסמכה – הסמכה משתמעת, הסמכה מפורשת והסמכה מפורטת, וייקבעו כללי קירוב הקושרים בין סוגים של פעולות מנהליות לבין רמות ההסמכה המינימליות הדרושות להסדרתן על-ידי גופים מנהליים.

מבוא

א. התבססותו של עקרון ההסדרים הראשוניים במשפט הישראלי
1. ההצדקות העיקריות של עקרון ההסדרים הראשוניים

* תלמיד לתואר בוגר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. רשימה זו נכתבה במסגרת פרויקט הכתיבה הסטודנטאליית "הערות במשפט". ברצוני להודות לפרופ' ישי בלנק, למשי בן-נפתלי, ליערה ברק, לדנה גורפיין, לבר דור, לענת עובדיה-רוזנר ולדניאל פינדלר על הערותיהם המועילות, שתרמו לי רבות בכתיבת רשימה זו.

- (א) דמוקרטיה ייצוגית
 (ב) הפרדת רשויות
 (ג) שלטון החוק
2. שתי תפיסות של עקרון ההסדרים הראשוניים
 3. המימד הדוקטרינרי: המבחן הדורשלב
- ב. ביקורת פנימית וביקורת חיצונית
 1. ביקורת פנימית: הפער בין התכליות למציאות
 (א) אילו תכליות עקרון ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי יכול להגשים?
 (ב) האומנם חיזוק חוקיות המנהל?
 2. ביקורת חיצונית: גגיעה ביחסים בין רשויות השלטון
 ג. המודל החלופי המוצע
 1. שלוש רמות של הסמכה
 2. יתרונויותו היחסיים של המודל המוצע
 (א) מידת הגשמת תכליותיו של עקרון ההסדרים הראשוניים
 (ב) שאלת העמימות
 (ג) ביקורות אפשריות נוספות
 3. חזרה למתווה הגז
 סיכום

מבוא

כעשרים שנה חלפו מאז עוגן עקרון ההסדרים הראשוניים באופן רשמי, בעניין רובינשטיין,¹ כחלק בלתי-נפרד משיטתנו המשפטית. בפרשה זו, שנדונה בשנת 1998 בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים, קבע הנשיא ברק כי משמעותו של עיקרון זה היא שהמדיניות הכללית והעקרונות המנחים ("ההסדרים הראשוניים") שפעולות מנהליות נשענות עליהם צריכים להיקבע על-ידי המחוקק.² בהמשך השתמש ברק בעקרון ההסדרים הראשוניים כדי לקבוע כי שר הביטחון חרג מסמכותו כאשר העניק פטור גורף מגיוס לבחורי הישיבות, שכן מדובר בסוגיה עקרונית שעל הכנסת להסדירה.³

בשלהי חודש מרץ 2016 רעשה מדינת-ישראל בעקבות קביעת בג"ץ כי בהעדר שינוי תבוטל כעבור שנה החלטת הממשלה שזכתה בכינוי "מתווה הגז".⁴ החלטת השופטים הוצגה

1 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין).
 2 שם, בעמ' 502.
 3 שם, בעמ' 530.
 4 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: עניין מתווה הגז).

כ"אחת ההכרעות הדרמטיות בתולדות המדינה"⁵, משום שהיא גילמה התערבות משמעותית באסדרת משק הגז הטבעי בישראל, על רקע תגליות הגז החשובות בשנים האחרונות. דעת הרוב קבעה כי התחייבות הממשלה לפני חברות הגז לסביבה רגולטורית יציבה במשך כעשור מנוגדת לכלל האוסר כבילה של שיקול-הדעת של הרשות.⁶ בתגובה התקבלה החלטת ממשלה מתוקנת שבה הוסרה ההתחייבות להימנע משינויים רגולטוריים.⁷ אולם בפסק-הדין התעוררה גם מחלוקת חשובה בין המשנה לנשיאה רובינשטיין לבין השופט סולברג ביחס לאופן יישומו של עקרון ההסדרים הראשוניים. מחלוקת זו המחישה כי גם לאחר עשרים שנה שבהן הלך וגבר השימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים בפסיקת בית-המשפט העליון, נותרו יותר שאלות מתשובות בכל הנוגע במקומו של עיקרון זה במשפט הישראלי. על רקע זה, ברשימה זו אבחן באופן ביקורתי את המסגרת הדוקטרינרית של עקרון ההסדרים הראשוניים, ואציע תחתיה מודל חלופי שיסייע בקידום המטרות שהעיקרון נועד להגשים. כאמור, נקודת המפנה ביחס לשימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים במשפט הישראלי היא פסק-הדין בעניין רובינשטיין.⁸ כשנה לפני אימוץ העיקרון בפסק-דין זה, התייחס בג"ץ לעיקרון בעניין חורב.⁹ הנשיא ברק קבע שם כי המצב שבו המפקח על התעבורה מוסמך לקבוע את ההסדרים הראשוניים ביחס לסגירת רחובות בשבת אינו מיטבי, שכן מן הראוי שהמחוקק הוא שיקבע הסדרים אלה. אולם ברק הבהיר כי "אל לנו להחליף משפט רצוי במשפט מצוי".⁹

המצב המשפטי השתנה בעקבות עניין רובינשטיין, שבמוקדו עמדה שאלת חוקיותו של הפטור מגויס שהעניק שר הביטחון לבחורי הישיבות ש"תורתם אִמְנוּתם". הנשיא ברק חילק בפסק-הדין את מעמדו של עקרון ההסדרים הראשוניים לשתי תקופות: בתקופה הראשונה, עד לחקיקת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, היה העיקרון חלק מהמשפט המקובל "נוסח ישראל", וגילם חזקה פרשנית ניתנת לסתירה שלפיה "הסמכת המינהל... היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד";¹⁰ בתקופה השנייה, לאחר חקיקת חוקי-היסוד, קיבלה חזקה זו חיזוק נוסף, שמחייב פרשנות מצמצמת ככל האפשר לסמכות שניתנה לגופי המנהל, כך שיש לבחור באותה פרשנות שעולה בקנה אחד עם עקרון ההסדרים הראשוניים.¹¹ ביחס לנסיבות פסק-הדין נקבע בהתאם כי פרשנות מצמצמת של סעיף 36 לחוק שירות ביטחון, המעניק לשר הביטחון סמכות לפטור משירות צבאי מטעמי ביטחון, חינוך, משפחה או "טעמים אחרים", מחייבת את המסקנה שאין זה בסמכותו של השר להעניק פטורים גורפים

5 ליאור גוטמן "מכה לנתניהו: שופטי בג"ץ דחו את מתווה הגז" כלכליסט 27.3.2016 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3684520,00.html

6 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' קכד לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

7 החלטה 1465 של הממשלה ה-34 "תיקון המתווה להגדרת כמות הגז הטבעי המופקת משרה הגז הטבעי 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לויתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים" (22.05.2016).

8 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

9 שם, בעמ' 75-76.

10 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 517-518.

11 שם, בעמ' 523.

לבחורי הישיבות.¹² למסקנה שלפיה הפטורים ניתנו לא כדין הצטרפו כלל השופטים, ונקבע כי סוגיה עקרונית זו צריכה להיות מוכרעת על-ידי המחוקק.

למן עניין רובינשטיין השתרשה הדרישה שמדיניות כללית תיקבע על-ידי המחוקק. דרישה זו הוחלה בעיקר ביחס לפעולות מנהליות הפוגעות בזכויות הפרט או מסדירות עניינים בעלי חשיבות עליונה.¹³ אף שעקרון ההסדרים הראשוניים יכול להתפרש גם כעיקרון חוקתי, האוסר על המחוקק להתפרק מאחריותו לקבוע הסדרים ראשוניים, ניכר כי העיקרון יושם בישראל במובנו המנהלי, המאפשר למחוקק להאציל לגורם מנהלי את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים, כל עוד הדבר נעשה בהסמכה מפורשת.¹⁴ בפועל תורגם בפסיקה עקרון ההסדרים הראשוניים למעין מבחן דו-שלבי: בשלב הראשון (שאותו אכנה "יסוד הסיווג") בית-המשפט בוחן אם הסוגיה שלפניו מהווה הסדר ראשוני; ואם שאלה זו נענית בחיוב, אזי בשלב השני (שאותו אכנה "יסוד ההסמכה") בית-המשפט בוחן אם הסדרת הסוגיה על-ידי הרשות המבצעת מעוגנת בהסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.¹⁵

המחלוקת בעניין מתווה הגז נגעה בשלב השני, יסוד ההסמכה, שכן שררה הסכמה ביחס לסיווג הסוגיות השונות המרכיבות את המתווה כהסדרים ראשוניים. לפי השופט סולברג, מכיוון שלקביעת כל חלק במתווה קיימת הסמכה מפורשת בחוק, לא מתעורר כל קושי.¹⁶ לעומתו, המשנה לנשיאה רובינשטיין ראה את המתווה כ"שלם [ה]עולה על סך חלקיו", וקבע לפיכך כי הממשלה אינה מוסמכת להסדירו כמכלול בהעדר בסיס בחקיקה ראשית.¹⁷ הדיון בפסק-הדין, שאותו אתאר בהרחבה בהמשך רשימה זו, המחיש ביתר שאת כי עקרון ההסדרים הראשוניים עוסק בסוגיות רלוונטיות ביותר במדינה המודרנית, שבה הרשות המבצעת התחזקה במידה משמעותית על-חשבון הרשויות האחרות.¹⁸

אכן, אין ספק שעקרון ההסדרים הראשוניים נועד לתת מענה לשאלות הרוט-גורל, כגון עיצוב מאזן הכוחות בין הרשויות והכרעה ביחס לחלוקת האחריות ביניהן בעיצוב חיינו המשותפים. על רקע זה אין זה מפתיע שהדיון התיאורטי המרכזי שהתקיים ביחס לעיקרון בשנים האחרונות התמקד בשאלת חיוזק מעמדו של העיקרון במשפט הישראלי מעיקרון שמגביל את הרשות המבצעת בלבד לעיקרון חוקתי המגביל גם את הכנסת.¹⁹ למרות זאת אבקש ברשימה זו דווקא לעצור ולבחון באופן ביקורתי את עקרון ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי, שנחיצותו אינה שנויה כיום במחלוקת בשיח התיאורטי.

12 שם, בעמ' 530.

13 יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 414 (2012).

14 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 22 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: עניין ייצוא הגז).

15 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' 49 לפסק-דינו של השופט סולברג.

16 שם, פס' 59 לפסק-דינו של השופט סולברג.

17 שם, פס' קלז לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

18 דפנה ברק-ארז אורח, נתין, צרכן: משפט ושלטון במדינה משנתה 20-21 (2012) (להלן: ברק-ארז אורח, נתין, צרכן).

19 גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); דותן, לעיל ה"ש 13; ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012) (להלן: מדינה "הכלל החוקתי").

טיעוני מורכב משתי ביקורות עיקריות. הביקורת האחת היא ביקורת "פנימית", הנובעת מהצדקותיו של העיקרון. ביקורת זו ממחישה כי הצדקות אלה – ובפרט התכלית העיקרית שביכולתו לקדם, קרי, חיזוק חוקיות המנהל – אינן מקודמות בצורה מיטבית תחת המסגרת הדוקטרינרית הקיימת. הביקורת האחרת היא "חיצונית" להצדקותיו של העיקרון, ובמסגרתה אבקש לטעון כי האופן שבו תורגם עקרון ההסדרים הראשוניים לדוקטרינה המשמשת את בית-המשפט ליקה בעמימות רבה, המובילה לפגיעה של ממש ביחסים בין שלוש רשויות השלטון, ובפרט ביסוד הוודאות, הנחוץ לדיאלוג ביניהן.

לאחר שאדחה חלופות אחרות, אגיע למסקנה כי הדרך העדיפה להתמודד עם הבעיות העולות מהמבנה הדוקטרינרי של עקרון ההסדרים הראשוניים כרוכה בצעד יצירתי: מעבר משימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים כעילת ביקורת עצמאית במשפט המנהלי להטמעתו במסגרת עקרון חוקיות המנהל. זאת, להבדיל מהמצב כיום, שבו קיים עקרון חוקיות מנהל "רגיל", החל על כל פעולה מנהלית, ולצידו עקרון חוקיות מנהל "ייחודי" (עקרון ההסדרים הראשוניים), הכולל דרישות קשיחות יותר ביחס לסוגיות שאופיין ראשוני.²⁰

בהתאם, אציג מודל המפתח את עקרון חוקיות המנהל למסגרת דוקטרינרית שתעניק ביטוי לאידיאל של עקרון ההסדרים הראשוניים. מודל זה נשען על הגדרה של שלוש רמות שונות של הסמכה בחוק לפעולות מנהליות, כחלק מהניתוח הנדרש במסגרת בחינה של חוקיות המנהל. הדרגה הנמוכה היא הסמכה משתמעת, אשר אינה מעוגנת במפורש בחוק אך ניתן להסיקה לאחר מהלך פרשני. דרגת הביניים היא הסמכה מפורשת, המציינת תחומים נקודתיים שגוף מנהלי ספציפי מוסמך להסדיר או פעולות שהוא רשאי לבצע. דרישת ההסמכה הקשיחה ביותר היא ההסמכה המפורטת, הכוללת גם את אמות-המידה שלפיהן יפעיל הגורם המנהלי את שיקול-דעתו. המודל המוצע משרטט גם כללי קירוב שיתאימו בין סוגי פעולות לבין רמת ההסמכה המינימלית שהמנהל נזקק לה כדי שעשייתן של פעולות אלה על-ידי לא תיחשב חריגה מסמכות.

סדר הדברים יהיה כדלקמן: בפרק א אציג קווי רקע לדמותו של עקרון ההסדרים הראשוניים במשפט הישראלי. פרק זה יחל בדיון בשלוש התכליות שעקרון ההסדרים הראשוניים נועד לקדם, וימשיך בהתייחסות לשני המובנים האפשריים של העיקרון – החוקתי והמנהלי. בסוף הפרק אנתח את המסגרת הדוקטרינרית של העיקרון, שאותה אני מכנה "המבחן הדו-שלבי". בפרק ב אציג את שתי הביקורות נגד אופן יישומו של עקרון ההסדרים הראשוניים. לפי הביקורת הפנימית, המבחן הדו-שלבי – הביטוי הדוקטרינרי של העיקרון – מגשים באופן חלקי בלבד את התכליות העומדות בבסיסו, לרבות התכלית העיקרית והחשובה של חיזוק חוקיות המנהל. לפי הביקורת החיצונית, העמימות הרבה שאופפת את העיקרון מובילה לאי-ודאות, הפוגעת בדיאלוג בין רשויות השלטון. פרק ג כולל הצעה למודל דוקטרינרי חלופי, הנשען על הטמעת עקרון ההסדרים הראשוניים בעקרון חוקיות המנהל. לקראת סיום הרשימה אחזור למחלוקת המרכזית בעניין מתווה הגז, ואראה כיצד המודל המוצע יכול לסייע ביישובה.

20 עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 40 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

א. התבססותו של עקרון ההסדרים הראשוניים במשפט הישראלי

אחד המאפיינים הבולטים של המושג "הסדר ראשוני" הוא חוסר הבהירות של צמד מילים זה במשפט הציבורי בישראל.²¹ לפי ההגדרה הרחבה של המושג, המבוססת על הצגת הדברים של יצחק קלינגהופר לפני עשורים מספר,²² ראוי שפעולות מנהליות (חקיקת-משנה או מעשים פרטניים) יישענו על הסדרים ראשוניים – מדיניות כללית, עקרונות מנחים ואמות-מידה עקרוניות – שנקבעו בחקיקה ראשית.²³ ההסדרים הראשוניים מגלמים אפוא את ההכרעות העיקריות, ואילו ההסדרים המשניים, שיכולים להיקבע על-ידי המנהל, הם "כללים [ש]נדרשים לצורך הביצוע של ההסדרים הראשוניים",²⁴ קרי, היבטים יישומיים הכרוכים בהפעלת הסמכות המנהלית.

הגדרה זו היא רחבה ביותר, ומשקפת מציאות אוטופית של דיכוטומיה מוחלטת בין המחוקק לבין הרשות המנהלית. לפיכך הפירוש המצומצם של העיקרון, המשתקף בכתיבה העכשווית, ממקד את הצורך בקביעת אמות-המידה העקרוניות על-ידי המחוקק רק לגבי פעולות מנהליות הנוגעות באחד משני מצבים: פגיעה בזכויות בסיסיות של הפרט או "עניינים בעלי חשיבות ראשונה במעלה".²⁵ גם בפסיקה הובהר כי היבטים ש"אינם נוגעים ישירות לזכויות אדם, או לתחומי חיים מרכזיים" אינם נכללים תחת ההגדרה של הסדרים ראשוניים.²⁶ בהתאם, ברשימה זו אתייחס למושג "הסדרים ראשוניים" במובן מצומצם זה.

1. ההצדקות העיקריות של עקרון ההסדרים הראשוניים

שלוש ההצדקות המרכזיות של עקרון ההסדרים הראשוניים הוצגו באופן מסודר בעניין רובינשטיין: דמוקרטיה ייצוגית, הפרדת רשויות ושלטון החוק.²⁷ הצדקות אלה מוזכרות עד היום בפסיקה ובשיח האקדמי כתכליות העיקריות שעקרון ההסדרים הראשוניים נועד להגשים.²⁸ אומנם, בכתיבה התיאורטית על-אודות העיקרון מוזכרות גם הצדקות נוספות לעמידה על כך שהמחוקק יהיה הגורם המופקד על ההכרעות העיקריות במדינה דמוקרטית

21 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 215-216 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית).

22 יצחק ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" דר-המשפט 11, 202 (1957), נדפס מחדש בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 105 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: ספר קלינגהופר).

23 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 502.

24 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 214.

25 דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 414.

26 בג"ץ 6051/08 המועצה המקומית ראש פינה נ' השר לשירותי הדת, פס' 29 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 8.5.2012) (להלן: עניין ראש פינה).

27 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 503-512.

28 ראו, לדוגמה, בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 56 (2002) (להלן: עניין שיח חדש); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי); עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 32 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן. כן ראו דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 431.

– למשל, הצורך לבלום את השפעתן של קבוצות-אינטרס על רשויות מנהליות.²⁹ אולם בפרק זה בחרתי להתמקד בהצגת שלוש ההצדקות העיקריות שעליהן נשען בית-המשפט, כדי שבהמשך הרשימה (בפרק ב) אוכל לבחון אם עקרון ההסדרים הראשוניים, כפי שהוא מיושם בישראל, אכן מסייע באופן אפקטיבי בהגשמת תכליות אלה.

(א) דמוקרטיה ייצוגית

בדמוקרטיה ייצוגית העם הוא הריבון: הוא בוחר את נציגיו לרשות המחוקקת, ואלה מקבלים החלטות שאמורות לשקף את האינטרס הכללי.³⁰ עקרון ההסדרים הראשוניים נועד להבטיח שנבחרי הציבור שבכנסת, המשקפים את רצון העם, הם שיקבלו את ההחלטות הגורליות והמהותיות לחייהם של אזרחי המדינה.³¹ עיקרון זה משקף גם את ההבנה שבמדינה דמוקרטית ראוי שהמחוקק – הגוף שנבחר על-ידי העם – הוא שיקבע בחוק את המסגרת שבכפוף לה יפעלו הרשויות המנהליות.³² לפיכך העקרונות, המטרות והערכים שאנו מעוניינים כחברה שהמנהל הציבורי יקדם צריכים להיקבע על-ידי נבחרי הציבור, על-מנת שאופייה הדמוקרטי של המדינה לא יישחק.

על רקע המציאות הנוכחית, שבה גדילתה ההדרגתית של המדינה המנהלית מגבירה את החשש מ"שלטון בירוקרטים",³³ עקרון ההסדרים הראשוניים מהווה כלי ל"העלאת הפרופיל הדמוקרטי" של המדינה המינהלית.³⁴ הכרעה דמוקרטית בסוגיות אשר כרוכות בפגיעה בזכויות-יסוד או נוגעות בתחומי חיים מרכזיים מבטיחה קיומו של דיון ציבורי בסיסי והשתתפות ציבורית בהכרעות משמעותיות.³⁵ מעבר לכך, היתרון בהכרעה על-ידי המחוקק נגזר גם מתפיסה הליכית, שלפיה הסרכול שבהליך החקיקתי והצורך בהשגת רוב מבטיחים שזכויות הפרט לא ייפגעו לא לצורך.³⁶

(ב) הפרדת רשויות

הפרדת הרשויות במדינה דמוקרטית נועדה למנוע ריכוז כוח בידי רשות אחת, שיסכן את חירויות הפרטים במדינה.³⁷ אומנם הפרדת רשויות מוחלטת אינה מתקיימת בשום שיטת משפט מודרנית, ובפועל הרשות המבצעת עוסקת בחקיקה אף יותר מהרשות המחוקקת, אך

29 ברק-ארז אורח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 198. גם גדעון ספיר מזכיר את התכלית הזו, אך פוסל אותה בטענה שהיא אינה משכנעת (ספיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 26-28).

30 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות יסוד 128 (מהדורה שישית, 2005).

31 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 508.

32 דפנה ברק-ארז המשפט המינהלי של ישראל כרך א – המדינה המינהלית והסמכות המינהלית 144-145 (2017).

33 ברק-ארז אורח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 41.

34 דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 37 (2010) (להלן: ברק-ארז משפט מינהלי).

35 ברק-ארז אורח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 41.

36 בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נגד (4) 673, 684 (1999).

37 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 91; עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 512.

כל רשות אמורה לשמור על גרעין תפקידה מבלי שרשות אחרת תפלוש לתחומי אחריותה העיקריים.³⁸ לפיכך סמכויות החקיקה של הרשות המבצעת מוגבלות לתקנות וצווים הנשענים על בסיס בחקיקה הראשית.³⁹ ביטוי נוסף של עקרון הפרדת הרשויות הוא מערכת של איזונים ובלמים: פיקוח הדדי בין הרשויות, שנועד למנוע כל אחת מהן מלהשתמש בכוחה לרעה.⁴⁰ רעיון הפרדת הרשויות מצדיק את הענקת הסמכות לקביעת העקרונות המהותיים לחיי האזרחים (ההסדרים הראשוניים) לרשות המחוקקת, בעוד הכוח ליישם החלטות עקרוניות אלה (ההסדרים המשניים) ניתן לרשות המבצעת. שיקול זה רלוונטי בעיקר בישראל, שבה מתקיים תהליך מתמשך של התחזקות משמעותית של הרשות המבצעת, ושל הממשלה בראשה, על-חשבון הכנסת.⁴¹

ניתן לסכם ולומר כי עקרון ההסדרים הראשוניים מקדם את הפרדת הרשויות בשני אופנים: ראשית, תחת עיקרון זה, גרעין תפקידו של המחוקק – הכרעות מהותיות בעלות אופי חקיקתי מובהק – לא יועבר ככלל לרשות אחרת;⁴² שנית, העיקרון מסייע ביצירת מערכת של איזונים ובלמים, שכן קיומו נועד להבטיח שפעילותה של הרשות המבצעת תוגבל על-ידי אמות-המידה שהמחוקק קובע, בעוד בית-המשפט משמש שומר-סף המוודא שאכן קיימת מסגרת חקיקתית כזו ושהגורם המנהלי אינו פועל בהעדרה.

ג) שלטון החוק

הבטחת שלטון החוק הוצגה לאורך השנים כתכלית המרכזית של עקרון ההסדרים הראשוניים.⁴³ לפי עקרון שלטון החוק, כל הגורמים במדינה, לרבות רשויות השלטון, כפופים לחוק ונדרשים לפעול בהתאם לו.⁴⁴ אולם שלטון החוק הוא מושג מורכב שנהוג לייחס לו כמה היבטים,⁴⁵ ולכל אחד מהם יש קשר שונה לעקרון ההסדרים הראשוניים. ראשית, ההיבט הפורמלי של שלטון החוק, בכל הנוגע ברשות המבצעת, הוא עקרון חוקיות המנהל.⁴⁶ לפי עיקרון זה, יש לבסס כל פעולה מנהלית על סמכות שהוקנתה בחוק, ולרשות המבצעת אין כוחות מלבד אלה שהעניק לה המחוקק.⁴⁷ זאת, מתוך שאיפה להגביל את השלטון ולהימנע מהענקת כוח בלתי-מוגבל לרשות המבצעת, וכפועל יוצא מהתפיסה

- 38 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 94-95; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 105-103 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית).
- 39 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 95.
- 40 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 128.
- 41 ברק-ארזי אורח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 42-43. ראו גם עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' קכח-קכט לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.
- 42 ספיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 18.
- 43 קלינגהופר, למשל, הציג את עקרון ההסדרים הראשוניים כמבחן עיקרי של שלטון החוק. ספר קלינגהופר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 108.
- 44 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 83.
- 45 אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה 376, 375 (2000) (להלן: ברק "שלטון החוק").
- 46 ברק-ארזי משפט מינהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 98.
- 47 שם, בעמ' 97.

שהפעלת כוח שלטוני, הכרוכה בהכרח בפגיעה בחירויות הפרט, מוצדקת רק בהסכמתם של נציגי העם.⁴⁸ זמיר מסביר זאת על-ידי הקבלת הרשות המנהלית לשלוח של העם או לנאמן של הציבור, שמוטלת עליהם חובה לפעול רק בהתאם להיקף השליחות או הנאמנות המוגדרת בחוק.⁴⁹ עקרון חוקיות המנהל אומנם לא עוגן באופן מפורש בחוק, אך הוא השתרש בפסיקת בג"ץ כבר בראשית ימיה של המדינה, ואף עוד קודם לכן, בתקופת המנדט.⁵⁰ כיום יש לעיקרון זה ביטוי חוקתי חלקי, שכן חוקי-היסוד קובעים כי נדרשת הסמכה ברורה ומפורשת בחוק לכל פגיעה בזכות-יסוד.⁵¹ עקרון ההסדרים הראשוניים נשען על רעיון זה ומרחיב אותו: לא רק שהמחוקק נדרש לקבוע את המצבים הספציפיים שבהם תתאפשר פגיעה בזכויות, אלא עליו לעגן בחוק גם את הבסיס לפעולת המנהל ביחס לסוגיות גורליות נוספות שאינן כרוכות בהכרח בפגיעה בזכויות-יסוד.

שנית, יש להתייחס להיבט התורתי של שלטון החוק, שלפיו הסמכת הרשות בחוק אינה מספיקה, שכן המחוקק עלול לחוקק חוקים הקובעים הוראות לא-ברורות או מנוסחים באופן המאפשר פעולות שרירותיות של גופי השלטון.⁵² לפיכך על פעולות השלטון להישען על חוקים שקופים, יציבים, ברורים וכלליים.⁵³ מכל אלה משתמע כי "הביטחון, הוודאות והכלליות נפגעים אם ההסדר הנורמטיבי נגזר מהפעלת שיקול-דעת מינהלי ולא מהוראת החוק."⁵⁴ ככל שההסמכה מותירה שיקול-דעת רחב יותר לרשות המנהלית, שלטון החוק מתקיים במובנו הפורמלי בלבד.⁵⁵ על בסיס זה קישרו כותבים אחדים באופן ישיר את עקרון ההסדרים הראשוניים להיבט התורתי של שלטון החוק.⁵⁶ לפי גישה זו, כדי להגביל את שיקול-הדעת המנהלי ולמנוע שרירות שלטונית, על המחוקק לקבוע בעצמו את ההסדרים הראשוניים, הכוללים את אמות-המידה העקרוניות להפעלת הסמכות המנהלית.

לבסוף, יש להזכיר את שלטון החוק במובנו המהותי, המתייחס לתוכנו של החוק, האמור לשקף כבוד לזכויות בסיסיות של הפרט.⁵⁷ שני ההיבטים האחרים של שלטון החוק עשויים באופן עקרוני להתקיים גם במדינה טוטליטרית, ולכן במדינה דמוקרטית נדרש גם מימד

-
- 48 ש.ם.
- 49 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 75.
- 50 ראו, לדוגמה, בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80 (1949) (להלן: עניין בז'רנו); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951). באשר לפסקי-דין מנדטוריים ראו, למשל, H.C. 73/44 Lewitt v. District Commissioner, 11 P.L.R. 424 (1944); H.C. 97/41 Gwirzman v. Director of Medical Services, 8 P.L.R. 533 (1941).
- 51 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
- 52 ברק "שלטון החוק", לעיל ה"ש 45, בעמ' 385-386.
- 53 Joseph Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* 210, 213, 215 (1979); LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 33-40 (rev. ed., 1969).
- 54 ברק "שלטון החוק", לעיל ה"ש 45, בעמ' 388.
- 55 ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 98.
- 56 ראו, לדוגמה, ספר קלינגהופר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 108; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 163.
- 57 ברק "שלטון החוק", לעיל ה"ש 45, בעמ' 390.

מהותי, שיבטיח כי החוק שרשויות השלטון כפופות אליו הינו חוק ראוי.⁵⁸ הקשר של עקרון ההסדרים הראשוניים לרובד המהותי של שלטון החוק מתבטא בעצם הבחירה במקרים של פגיעה בזכויות יסוד ככאלה המחייבים הסדרה מקיפה וקפדנית יותר על-ידי המחוקק. אף-על-פי-כן, נראה שלעקרון ההסדרים הראשוניים אין זיקה חזקה להיבט המהותי של שלטון החוק, בניגוד לזיקתו להיבט הפורמלי או להיבט התורתי. זאת, משום שהתפיסה כי ראוי שהכרעות המהותיות ייקבעו על-ידי המחוקק אינה אומרת רבות על תוכנו של הכרעות אלה, ולשם כך קיימות עילות אחרות במשפט הציבורי, כגון מידתיות וסבירות.

2. שתי תפיסות של עקרון ההסדרים הראשוניים

לנוכח התכליות החשובות העומדות בבסיסו של עקרון ההסדרים הראשוניים, התקיים בעשור האחרון שיח ער ביחס לעיקרון זה, ששיאו במאמריהם של גרוען ספיר ושל יואב דותן ובתגובתו של ברק מדינה על דברי השניים.⁵⁹ המחלוקת העיקרית בין הראשונים לאחרון נסבה סביב מעמדו החוקתי של עקרון ההסדרים הראשוניים.

ככלל, את מקומו של עקרון ההסדרים הראשוניים במשפט הישראלי ניתן להבין באחד משני מובנים. במובן ה"חזק" (ה"חוקתי") העיקרון מחייב את הכנסת לקבל בעצמה את ההכרעות העקרוניות בהיבטים הכרוכים בפגיעה בזכויות הפרט או בעניינים בעלי חשיבות עליונה, ונאסר עליה לאצול לרשות המבצעת את קביעתם של ההסדרים הללו (דותן מכנה מובן זה "איסור הדלגציה").⁶⁰ לכן קיימת חזקה חלוטה שלכנסת אסור להתפרק מסמכויותיה לקבוע הסדרים אלה, וחוק שמאציל את הסמכויות לקביעת הסדרים ראשוניים דינו בטלות.⁶¹ הגבלה מסוג זה מוטלת על המחוקק, לפחות באופן פורמלי, בארצות-הברית ובגרמניה.⁶² במובן ה"חלש" (ה"מנהלי") העיקרון משמש חזקה פרשנית, שלפיה המחוקק לא העניק לרשות המנהלית סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים.⁶³ אולם החזקה נסתרת כאשר לשון ההסמכה מעידה במפורש על כוונת המחוקק להסמיך גורם מנהלי לקבוע הסדרים ראשוניים.⁶⁴ כלומר, העיקרון בתצורה זו מתמקד בחיפוש אחר הסמכה מפורשת בכל מקרה שבו המנהל הציבורי שואף להסדיר בעצמו עניין המסוגל כ"הסדר ראשוני". תחת מובן זה של העיקרון, ההסדר העומד לבחינה על-ידי בית-המשפט שדן בשאלת ההסדרים הראשוניים אינו החוק, אלא הפעולה המנהלית.

58 ש.ם.

59 ספיר, לעיל ה"ש 19; דותן, לעיל ה"ש 13; מדינה "הכלל החוקתי", לעיל ה"ש 19.

60 דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 400.

61 ספיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 13.

62 איסור הדלגציה (non-delegation doctrine) במשפט האמריקני מגביל את הקונגרס מלאצול סמכויות נרחבות לרשות המבצעת, אך הדוקטרינה נהפכה כמעט לאות מתה בעשורים האחרונים, ופסק-הדין שממחיש זאת הוא Whitman v. American Trucking Assoc., Inc., 531 U.S. 457 (2001). בגרמניה עיקרון זה מופיע בחוק-היסוד משנת 1949 ונאכף על-ידי בית-המשפט לחוקה, אולם היקף הדוקטרינה אינו ברור לחלוטין. להרחבה ראו דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 425-426 והאסמכתאות שם.

63 דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 401.

64 ש.ם.

לפי גישתם של ספיר ודותן, עקרון ההסדרים הראשוניים נקלט בישראל רק במובנו המנהלי, ובלאו הכי אין כל הצדקה להעניק לו מעמד חוקתי.⁶⁵ מדינה, לעומתם, מציג עמדה הפוכה הן במישור הנורמטיבי והן ביחס לתיאור הדין הפוזיטיבי. לשיטתו, ראוי להכיר בעיקרון גם במובן החוקתי, ובפועל קיימת כבר כיום מוסכמה חוקתית בקרב רשויות השלטון בדבר הגבלת אפשרותה של הכנסת לאצול סמכויות מסוימות.⁶⁶ לדבריו, אומנם הסעד שבית-המשפט מעניק במצבים של אצילת הסדרים ראשוניים הוא לרוב שלילת סמכותו של הגוף המנהלי, אך האפשרות לבטל חוק במקרים אלה מונחת אף היא לפתחו של בית-המשפט. נראה שנשיא בית-המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק, מציג בכתיבתו הערכנית עמדה דומה, וטוען כי הוראה בחוק המאפשרת קביעת הסדרים ראשוניים בחקיקת-משנה אינה חוקתית.⁶⁷ ברשימה זו אין בכוונתי לדון במחלוקת הנורמטיבית בין שתי התפיסות המנוגדות, שהוצגה בהרחבה במקומות אחרים. עם זאת, כאשר לדין המצוי בחרתי להישען על גישתם של ספיר ודותן, שלפיה עקרון ההסדרים הראשוניים אומץ במובנו המנהלי בלבד בדין הישראלי. בחירה זו נובעת משתי סיבות עיקריות.

ראשית, בנקודת הזמן הנוכחית אין אינדיקציה פוזיטיבית לקיומו של המימד החוקתי של עקרון ההסדרים הראשוניים בדין הישראלי. באופן אידיאלי, כדי למנוע את המחוקק מלהעביר את סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, נדרשת הגבלה בנורמה חוקתית מפורשת.⁶⁸ אכן, במדינות שבהן עקרון איסור הדלגציה קיים, הוא נשען על עוגן כלשהו בחוקה.⁶⁹ בית-המשפט העליון הכיר אומנם, בהקשרים אחרים, באפשרות להגביל את המחוקק על-ידי דוקטרינות שאין להן בסיס מפורש בחוקי-היסוד,⁷⁰ אך במקרים שבהם עלתה לדין המחלוקת

65 ספיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 8; דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 443.

66 מדינה "הכלל החוקתי", לעיל ה"ש 19, בעמ' 451-452. ראו גם ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסריות" **עיוני משפט** מ 595, 631-633 (2017), שם טוענים הכותבים כי בעניין רובינשטיין הכיר בית-המשפט במעמד החוקתי של עקרון ההסדרים הראשוניים, אך נמנע מלקבוע מה משמעותו של מעמד זה בפועל.

67 אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 148-151 (2010) (להלן: **ברק מידתיות במשפט**).

68 ראו יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" **משפטים** ד 63, 70 (1972): "בישראל... בה אין הרשות המחוקקת מוגבלת על-ידי חוקה, אין הכנסת מנועה מלהעביר למינהל הציבורי סמכויות חקיקה רחבות וגורפות ככל שתרצה, ובכלל זה סמכות לקבוע בתקנות הסדרים ראשוניים...". הדברים נכתבו בעידן שלפני המהפכה החוקתית, אך הם תקפים גם כיום, בפרט בהעדר חוק-יסוד: החקיקה.

69 בארצות-הברית, בניגוד לגרמניה, העיקרון אומנם אינו מופיע במפורש בחוקה, אך הוא מבוסס על הפרשנות המקובלת לסעיף הראשון לחוקה, המייחד את סמכויות החקיקה לקונגרס, וכפועל יוצא מכך אוסר את האצלתן. להרחבה ראו *Thomas W. Merrill, Rethinking Article I, Section I: From Nondelegation to Exclusive Delegation*, 104 COLUM. L. REV. 2097 (2004).

70 דוגמאות עדכניות לדוקטרינות מסוג זה הן שימוש לרעה בסמכות הכנסת כרשות מכוננת, שנקלטה כעילה להתערבות בית-המשפט בבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.9.2017); והפיתוח של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.8.2017). לדין במגמה של

ביחס לעקרון ההסדרים הראשוניים נמנעו השופטים שוב ושוב מהכרה במעמדו החוקתי של העיקרון,⁷¹ ולא שקלו מעולם לפסול חוק שהאציל סמכויות לקביעת הסדרים ראשוניים.⁷² שנית, נראה שבפסיקה השתרשה דווקא התפיסה הנגדית, שלפיה בהינתן הסמכה מפורשת בחוק, ניתן לסתור את החזקה שהסדרים ראשוניים ייקבעו על-ידי המחוקק.⁷³ בעניין רובינשטיין הדגיש אומנם הנשיא ברק כי לאחר חקיקת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם התחזק מעמדו של עקרון ההסדרים הראשוניים, אך נמנע מלפרט את נפקותו של שינוי זה, משום שהוראת החוק שנבחנה זכתה בלאו הכי בהגנה מתוקף שמירת הדינים.⁷⁴ ברק הסתפק בקביעה כי על בית-המשפט לעשות מאמץ כדי לפרש את הסמכת המחוקק באופן מצומצם וברוח עקרון ההסדרים הראשוניים, אלא אם כן קיימת הוראה מפורשת בחוק שסותרת מהלך פרשני זה.⁷⁵ מכל מקום, בפסק-הדין לא צוין במפורש מה תהיה התוצאה כאשר החוק אכן מאציל באופן מפורש את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים, כלומר, אם יש לכבד את הכרעת המחוקק או לפסול את החוק כמוצא אחרון.⁷⁶ עם זאת, הפסיקה המאוחרת העניקה תשובה ברורה יותר לשאלה זו, שנתורה פתוחה בעניין רובינשטיין. לאחר פרשה זו נדונה סוגיית ההסדרים הראשוניים בעשרות פסקי-דין שבהם בחן בית-המשפט העליון את חוקיותן של הפעולות המנהליות שהוצגו לפניו, ולפי בדיקה בסיסית ניכר שכמות האזכורים של העיקרון בהכרעות השופטים עולה במרוצת השנים.⁷⁷ ברוב פסקי-דין אלה, כפי שקבע השופט ג'ובראן, "נעשה ככלל ההסדרים הראשוניים בעיקר שימוש פרשני... [ה]מאפשר לסטות מן הכלל הבסיסי, ולהעביר את הסמכות הראשונית, אם קיימת בחקיקה המסמיכה הסמכה לכך".⁷⁸

עניין שיח חדש הוא דוגמה מכוננת לשימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי בישראל.⁷⁹ בפרשה זו נבחנה הסמכות הרחבה שהוענקה למנהל מקרקעי ישראל לפי חוק מקרקעי ישראל, שבו לא הוגדרו (נכון לאותה עת) מטרות, עקרונות ואמות-מידה

-
- הכרה במגבלות המחוקק מתוקף פרשנות מרחיבה של חוקי-היסוד ועקרונות-יסוד בלתי-כתובים ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 601-606.
- 71 ראו, לדוגמה, עניין ראש פינה, לעיל ה"ש 26, פס' 24 לפסק-דינו של השופט מלצר; עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 24 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס. ראו גם מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 634.
- 72 דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 408.
- 73 שם, בעמ' 408-409.
- 74 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 521-523.
- 75 שם, בעמ' 523.
- 76 כאמור לעיל, בכתבתו הערכנית הביע ברק את דעתו כי הוראה מסוג זה בחוק אינה חוקתית ודינה להיפסל, אך עמדה זו לא הוצגה בעניין רובינשטיין. ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 148-151.
- 77 בדיקה במאגר נבו מראה כי בחמישים השנים מקום המדינה ועד עניין רובינשטיין (שנפסק בדצמבר 1998) הוזכר הביטוי "הסדר ראשוני", על הטיותיו השונות, כ-30 פסקי-דין של בית-המשפט העליון; בעשור הראשון לאחר עניין רובינשטיין (עד דצמבר 2008) – כ-56 פסקי-דין; ובעשור האחרון (נכון למאי 2018) – כ-67 פסקי-דין.
- 78 ראו עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 22 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.
- 79 עניין שיח חדש, לעיל ה"ש 28.

לפעולות המנהל. למרות ההסמכה הגורפת סבר השופט אור כי מכיוון שהמחוקק הבהיר במפורש כי בכוונתו להסמיך את המנהל להסדיר עניינים ספציפיים שהם בגדר הסדרים ראשוניים, יש לכבד זאת.⁸⁰ לדבריו, מדובר ביישום של עקרון ההסדרים הראשוניים כחוקה פרשנית הניתנת לסתירה.⁸¹

דוגמה בולטת נוספת לשימוש במונח המנהלי של העיקרון היא עניין **ועדת המעקב**,⁸² שגם בו נבחנה הסמכה גורפת של הרשות המבצעת לקביעת הסדרים ראשוניים. עם זאת, ההכרעה לגופו של עניין בפסק-דין זה הייתה שונה בתכלית מההכרעה בעניין **שיח חדש**. בפרשה זו נקבע כי ההסמכה שעליה נשענה הממשלה (הסמכות השיורית בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה) כאשר קבעה אזורי עדיפות לאומית לצורך מתן תמיכות ממשלתיות אינה מספיקה לסתירת החוקה הפרשנית שלפיה הממשלה לא הוסמכה לקביעת הסדר זה, שהינו ראשוני במהותו.⁸³ המשנה לנשיא (בדימ') חשין הבהיר כי הממשלה מוסמכת לקבוע הסדרים ראשוניים רק אם היא הוסמכה לכך במפורש בחוק, והסמכות השיורית אינה יכולה לשמש הסמכה מפורשת כזו.⁸⁴

בעת האחרונה שבה סוגיית ההסדרים הראשוניים אל קדמת הבמה במסגרת עניין **מתווה הגז**,⁸⁵ בפסק-הדין, שעסק בתקפותה של החלטת הממשלה בעניין המסגרת הרגולטורית שתחול על מאגרי הגז שהתגלו בישראל בשנים האחרונות, התגלעה אומנם מחלוקת נקודתית בין השופטים ביחס להיבטים מסוימים בעקרון ההסדרים הראשוניים (כפי שיפורט בהמשך), אך נרשמה תמימות-דעים באשר לאפשרותו של המחוקק לאצול קביעת הסדרים ראשוניים בהסמכה מפורשת.⁸⁶

3. המימד הדוקטרינרי: המבחן הדו-שלבי

לצד המגמה הכללית של אימוץ עקרון ההסדרים הראשוניים במונח המנהלי על-ידי בית-המשפט, ניכר כי עם השנים התגבשה מסגרת דוקטרינרית להחלת העיקרון במקרים קונקרטיים. ככלל, נראה שעקרון ההסדרים הראשוניים מתורגם בפסיקה למעין מבחן דו-שלבי (אף שהוא לא זכה באופן רשמי בכינוי זה): בשלב הראשון (שאותו אכנה "יסוד הסיווג") בית-המשפט בוחן אם הסוגיה שנדונה לפניו נמנית עם אותן סוגיות המהוות הסדרים ראשוניים; ואם שאלה זו נענית בחיוב, בית-המשפט עובר לשלב השני (שאותו אכנה "יסוד ההסמכה"), שבו הוא בוחן אם הסדרת הסוגיה על-ידי גוף מנהלי מסוים מעוגנת בהסמכה

80 שם, בעמ' 57.

81 שם, בעמ' 56-57.

82 בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערכים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.2.2006) (להלן: **עניין ועדת המעקב**).

83 שם, פס' 63 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

84 שם, פס' 36 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

85 עניין **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 4.

86 שם, פס' קלט לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ופס' 52 לפסק-דינו של השופט סולברג.

מפורשת בחוק, באופן שסותר את החזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את המנהל לקבוע הסדרים ראשוניים.⁸⁷

ביחס לשלב הראשון, לאורך השנים התפתחה רשימת תבחינים (קריטריונים) פתוחה שעל-פיה בית-המשפט בוחן את "ראשוניות" ההסדר שלפניו.⁸⁸ רשימה זו אינה קבועה, אלא משתנה משופט לשופט ומפרשה לפרשה, ורוב השופטים אינם מפרטים את המשקל של כל תבחין. המכנה המשותף לכל רשימות התבחינים הללו הוא כפול: מחד גיסא, הטענה שעניינים הפוגעים בזכויות הפרט מהווים הסדר ראשוני; ומאידך גיסא, ההבהרה שיש סוגיות אשר חורגות מפגיעה בזכויות אך יכולות בכל-זאת ליפול תחת ההגדרה של הסדרים ראשוניים, בפרט כאלה הנוגעות בחייהם של כלל אזרחי המדינה או של חלק גדול מהם.⁸⁹ ניתן להקביל אמירות אלה להגדרה הצרה של עקרון ההסדרים הראשוניים, שהוזכרה בתחילת פרק זה, אשר מגבילה את תחולתו של העיקרון לפגיעה בזכויות הפרט או ל"עניינים בעלי חשיבות ראשונה במעלה".⁹⁰

מעבר למכנה משותף זה, כל שופט עורך בחינה איכותית של הסוגיה שלפניו לפי התבחינים שאותם הגדיר, ומכריע אם מדובר בהסדר ראשוני. לדוגמה, בעניין מתווה הגז הזכיר המשנה לנשיאה רובינשטיין כמה תבחינים חיוניים במסגרת יסוד הסיוג: מידת השפעתו של העניין על הציבור, היקף הפגיעה בזכויות הפרט, השלכות כספיות, היות הסוגיה שנויה במחלוקת, דחיפות ההסדרה, מידת מורכבותה של הסוגיה והידע המקצועי הנדרש לשם הסדרתה.⁹¹ מרשימה זו משתמע כי ארבעת התבחינים הראשונים הם "חיוניים", כלומר, ככל שהם משמעותיים יותר, הם מעידים על ראשוניות ההסדר; בעוד שלושת התבחינים האחרונים הם "שלייליים", כלומר, ככל שהם בולטים יותר, הם עשויים לשלול הכרה בסוגיה כהסדר ראשוני. ברשימות אחרות מופיעים תבחינים דומים, אך יש בהן גם שינויים ביחס לתבחינים שמנה רובינשטיין.⁹²

כאמור, אם הסוגיה מסווגת כהסדר ראשוני, בשלב השני נבחן יסוד ההסמכה. הגם שהעיקרון קובע כי נדרשת הסמכה מפורשת בחוק לקביעת הסדרים ראשוניים, התפתחה הבנה שרמת מפורשותה של ההסמכה הנדרשת משתנה בהתאם לסוגיה.⁹³ מדובר בהתפתחות שמקבילה לזו שחלה ביחס לכלל המחייב הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות הפרט, שלגביו נקבע כי ככל שהזכות חיונית יותר והפגיעה בה קשה יותר כן תידרש הסמכה מפורשת

87 שם, פס' 49 לפסק-דינו של השופט סולברג.

88 עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 23 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

89 דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 413.

90 שם, בעמ' 414.

91 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' קלג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

92 למשל, המשנה לנשיא (בדימ') חשין הזכיר גם תבחינים כגון מידת מעורבותו של המחוקק ומידת הסתמכותו של הציבור על הבטחות המדינה. לעומת זאת, הוא לא כלל את התבחינים של היקף הפגיעה בזכויות, מורכבות הסוגיה והידע המקצועי הדרוש לשם הסדרתה. ראו עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 82, פס' 38-39 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

93 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 515.

יותר.⁹⁴ ככלל, התבחינים שבהם נעשה שימוש בבחינת יסוד הסיווג ישפיעו גם על בחינת יסוד ההסמכה,⁹⁵ באופן המייצר מעין "מקבילית כוחות". למשל, ככל שהעניין מחייב הסדרה דחופה או מומחיות רגולטורית, תגבר הנטייה להגמשת דרישת ההסמכה ולהסתפקות ברמת מפורשות נמוכה יותר.⁹⁶ לעומת זאת, ככל שהפגיעה בזכויות הפרט חמורה יותר או ככל שהסוגיה מצויה במחלוקת ציבורית עמוקה, תידרש הסמכה מפורשת וחד-משמעית כדי שגורם מנהלי יוכל להסדיר את הנושא.⁹⁷

בסיום השלב השני בית-המשפט מכריע אם הפעולה המנהלית להסדרת הסוגיה הראשונית נעשתה בסמכות.⁹⁸ אם הרשות המנהלית חרגה מסמכותה וקבעה הסדר ראשוני ללא הסמכה מפורשת דייה, בית-המשפט ימנע לרוב, לאור עקרון הבטלות היחסית, מהכרזה על בטלות מיידית של הפעולה, וידחה את בטלות הפעולה המנהלית כדי להעניק זמן למחוקק לקבוע את ההסדר הראשוני או להסמיך במפורש גורם מנהלי לקובעו.⁹⁹

מכל מקום, יש להדגיש כי המבחן הדו-שלבי שהוצג לעיל מתאר רק את רוב המקרים שבהם נדונה עילת ההסדרים הראשוניים. פסקי-דין אחדים חורגים מדפוס זה, ובהם טרויקת השופטים מובילה למעין מבחן חד-שלבי: אם הסוגיה שעל הפרק זוהתה כהסדר ראשוני ונקבעה על-ידי גורם מנהלי, אזי מדובר בחריגה מסמכות.¹⁰⁰ הסתכלות לא-שכיחה זו, שמבטלת את יסוד ההסמכה, מאמצת למעשה את תפיסת עקרון ההסדרים הראשוניים כאיסור נוקשה שאי-אפשר לחרוג ממנו גם בהינתן הסמכה מפורשת, אך מבלי להכיר במעמדו החוקתי ומבלי להשית מגבלות על המחוקק.

סטייה אחרת מהמבחן הדו-שלבי הושמעה בעניין ייצוא הגז (שקדם לעניין מתווה הגז), שם הציג השופט ג'ובראן את יסוד ההסמכה מזווית מעט שונה.¹⁰¹ לדבריו, קיימות שתי גישות לבחינת מפורשותה של ההסמכה: לפי גישה אחת, כאשר הכנסת מעבירה את סמכותה באופן חד-משמעי, הסמכות הראשונית עוברת כולה לגורם המנהלי; לפי הגישה האחרת, שהיא העדיפה בעיני ג'ובראן, הסמכה מפורשת היא רק נקודת מוצא להעברת הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (מעין "תנאי בלעדיו אין"), וגם בהתקיימה יש לפרש

94 ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 123-124. מדובר בהתפתחות פסיקתית שנשענה

על דעת המיעוט של הנשיאה ביניש בעניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 28.

95 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' 49 לפסק-דינו של השופט סולברג.

96 שם, פס' 61 לפסק-דינו של השופט סולברג.

97 שם, פס' 44-45 לפסק-דינו של השופט סולברג.

98 למשל, בעניין רובינשטיין נקבע כי שר הביטחון חרג מסמכותו, שכן לא נמצאה הסמכה מפורשת בחוק. ראו עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 539.

99 ראו, לדוגמה, בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 763 (2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 13.9.2017) (להלן: עניין אבו ערפה).

100 ראו, לדוגמה, פס' 20 לדעת המיעוט של השופטת נאור בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 99. לקריאה להחלת מבחן חד-שלבי מסוג זה, המטיל חובה מוחלטת על המחוקק להסדיר במסגרת חקיקה סוגיה שהוגדרה כהסדר ראשוני, ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 636.

101 עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 26-27 ו-40 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

את ההסמכה ברוח "הכלל הבסיסי בדבר הסדרים ראשוניים". כלומר, אם ההסמכה אינה קובעת אמות-מידה דרושות להפעלתה, אזי גם אם היא מפורשת, יש לפרשה "כך שהפעלת סמכות באופן שאינו ראשוני מסורה לרשות המבצעת, בעוד שהכרעות עקרוניות מסורות הן לרשות המחוקקת".¹⁰² ג'ובראן מוסיף למעשה תת-מבחן נוסף לשלב השני, וטוען כי כדי שהמנהל יוכל לקבוע הסדרים ראשוניים, אין די בבחינת מפורשותה של ההסמכה, אלא יש לבחון גם את ה"מפורטות" שלה. גישה זו מתמקדת בגידור שיקול-הדעת המוענק לרשות המנהלית על-ידי הגדרת השיקולים שעליה להביא בחשבון בהפעלת הסמכות. ניכר שגישה כזו, אשר טרם השתרשה בפסיקה, אינה עולה בקנה אחד עם אופן ההפעלה של המבחן הדו-שלבי בעניין שיח חדש, שבו ההסמכה לא הייתה מפורטת כלל אך נתפסה כמספיקה בשל מפורשותה.¹⁰³

שאלה מעניינת נוספת ביחס למסגרת הדוקטרינרית של עקרון ההסדרים הראשוניים התעוררה לאחרונה בעניין מתווה הגז, במחלוקת בין המשנה לנשיאה רובינשטיין לבין השופט סולברג. רובינשטיין קבע כי לנוכח ההשפעה הדרמטית של מתווה הגז על הציבור ועל הדורות הבאים, העיסוק במשאב מוגבל, שאלות של צדק חלוקתי וההשלכות הכספיות האדירות, החלטת הממשלה קובעת הסדר ראשוני.¹⁰⁴ לשיטתו, גם אם כל פרק במתווה (הגבלים עסקיים, ייצוא הגז, מיסוי) מבוסס על הסמכה מפורשת, "מכלול ההיבטים הטעונים אסדרה, בהצטברותם, מחייבים אסדרתה של הסוגיה בחקיקה ראשית".¹⁰⁵ אליבא דרובינשטיין, מדובר במקרה שבו "השלם עולה על סך חלקיו", ולכן הממשלה חרגה מסמכותה כאשר אישרה בעצמה הסדר ראשוני המחייב חקיקה ראשית.¹⁰⁶

לעומתו, השופט סולברג אומנם הסכים כי מתווה הגז מהווה הסדר ראשוני, אך הדגיש כי היקף ההסמכה המספיק לקביעתו על-ידי הממשלה מושפע מאופי ההחלטה, שהינו "מקצועי-רגולטורי באופן מובהק"; מכך שההחלטה אינה כרוכה בהכרעה ערכית משמעותית או בפגיעה בזכויות הפרט; ומהדחיפות שבהסדרת הסוגיה.¹⁰⁷ בהתאם, לגישתו, ניתן להסתפק בהסמכה המפורשת בחוק לכל אחד מרכיבי המתווה, ולא נדרשת הסמכה נפרדת לקביעת המתווה ממכלול.¹⁰⁸ סולברג זכה בגיבוי מצד השופטת חיות והשופט פוגלמן, בעוד שרובינשטיין נתמך

102 שם, פס' 31 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

103 לדיון בנושא ראו להלן חלק ב(ב).

104 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' קלה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

105 שם, פס' קלוז לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

106 שם, פס' קלוז ו-קמה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. רובינשטיין התייחס גם לאישורה של החלטת הממשלה על-ידי מליאת הכנסת, והדגיש כי הדבר אינו מספיק לקביעת

הסדר ראשוני (שם, פס' קמא-קמב לפסק-דינו).

107 שם, פס' 50-52 לפסק-דינו של השופט סולברג.

108 שם, פס' 59 לפסק-דינו של השופט סולברג.

על-ידי השופט ג'ובראן ונותר בדעת מיעוט.¹⁰⁹ בסיום הרשימה אחזור למחלוקת בפסק-הדין ואראה כיצד המודל שאציע יכול לסייע ביישובה.¹¹⁰

ב. ביקורת פנימית וביקורת חיצונית

מטרתה של רשימה זו, כפי שצינתי בתחילתה, היא להאיר את הבעייתיות הגלומה בעקרון ההסדרים הראשוניים במשפט המנהלי בישראל. את המסגרת הדוקטרינרית שתארת בפרק א ניתן לבקר בשתי דרכים. הביקורת הראשונה היא ביקורת פנימית, הנובעת מהצדקותיו של העיקרון. במסגרת זו ברצוני להצביע על כך שההיצמדות לעקרון ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי מונעת מראש את הגשמתן המלאה של רוב התכליות העומדות בבסיס העיקרון. חמור מכך, גם התכלית שעקרון ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי דווקא היה יכול להגשים במלואה – חיוזק חוקיות המנהל – אינה מקודמת בצורה מיטבית תחת המסגרת הדוקטרינרית הקיימת. בביקורת השנייה, שהינה חיצונית להצדקותיו של העיקרון, אבקש לטעון כי האופן שבו תורגם העיקרון לדוקטרינה המשמשת את בית-המשפט בביקורת מנהלית מוביל לפגיעה ביחסים בין שלוש רשויות השלטון, ובפרט ביסוד הוודאות, הנחוצה לדיאלוג ביניהן.

1. ביקורת פנימית: הפער בין התכליות למציאות

(א) אילו תכליות עקרון ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי יכול להגשים?

ההצדקות העיקריות של עקרון ההסדרים הראשוניים והתכליות העומדות בבסיסו – דמוקרטיה ייצוגית, הפרדת רשויות ושלטון החוק – הוצגו כאמור בפירוט בפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין. עם זאת, יש לשים לב להקשר שבו נאמרו הדברים: בחלק של פסק-דינו שדן בהצדקותיו של העיקרון ברק מהדהד למעשה את המובן ה"חזק" והחוקתי של עקרון ההסדרים הראשוניים, תוך הדגשת היתרונות שבהכרעת המחוקק בעצמו, להבדיל מהאצלה מפורשת של הסמכות לגוף מנהלי. במסגרת זו ברק מצטט אמירות של קלינגהופר, שלפיהן אסור למחוקק לוותר על תפקידו בקביעת הסדרים ראשוניים,¹¹¹ ונוסף על כך קובע, במילותיו שלו, כי "אל לו למחוקק להעביר את ההכרעות הגורליות והקשות לרשות המבצעת בלא להנחותה".¹¹²

אף שההצדקות הוצגו בהקשר של המובן החוקתי של עקרון ההסדרים הראשוניים, הן מוזכרות כטעמים העיקריים לעיקרון גם כיום, כאשר הוא מיושם במובנו המנהלי, שלפיו המחוקק רשאי, בהסמכה מפורשת, לאצול את סמכותו לקביעת הסדרים ראשוניים.¹¹³ בפועל

109 לעומת זאת, השופט סולברג נותר בדעת מיעוט בנוגע לפרק היציבות הרגולטורית, אשר יתר השופטים פירושוהו ככבילת שיקול-הדעת של הרשות והורו בעקבות זאת על בטלות המתווה. שם, פס' קכד לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

110 ראו להלן תת-פרק ג3.

111 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 505.

112 שם, בעמ' 510.

113 ראו, למשל, את פסק-דינו של השופט ג'ובראן בעניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14.

גם החלק האופרטיבי בפסק־דינו של ברק בעניין רובינשטיין (להבדיל מהחלק העוסק בהצדקות התיאורטיות) לא דן בהגבלת המחוקק, אלא בפרשנות של הסמכות המנהלית של שר הביטחון ובהכרזה על בטלותה לנוכח העדר הסמכה מפורשת.¹¹⁴ לפיכך יש טעם לעצור ולבדוק עד כמה ההצדקות שהוצגו בעניין רובינשטיין, שהתייחסו לעקרון ההסדרים הראשוניים ככזה המגביל את המחוקק, יכולות להסביר את האופן שבו העיקרון מיושם בפועל בדין הישראלי.

ראשית, הגשמת האידיאל של דמוקרטיה ייצוגית מוטלת בספק תחת המובן המנהלי של עקרון ההסדרים הראשוניים, שכן המחוקק יכול ביתר קלות לוותר על סמכותו ולקבוע באופן מפורש כי גורמים שלא נבחרו על־ידי הציבור יקבעו הסדרים ראשוניים במקומו. דרך אפשרית ליישב קושי זה היא לטעון כי החלטת המחוקק לוותר על סמכותו היא החלטה דמוקרטית בפני עצמה, המבטאת אף היא את רצון העם.¹¹⁵ טיעון כזה מקפיד מבחינה פורמלית על רעיון הייצוגיות ומדגיש את הפחתת הפגיעה ברעיון זה בהשוואה לעולם ללא עקרון ההסדרים הראשוניים. אולם מבחינה מהותית תוכנן של הכרעות משמעותיות לא ייקבע בהכרח על־ידי נבחריו הציבור. ככל שהכרעות רבות יותר כאלה יועברו להכרעת שרים או פקידים, יהיה קשה יותר להתכחש לחתירה תחת האידיאל הדמוקרטי, אף שהדבר נעשה בהסכמת המחוקק.¹¹⁶ לפיכך הצדקה זו מוגשמת לכל־היותר באופן חלקי מאוד על־ידי עקרון ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי.

שנית, ביחס להפרדת הרשויות, אין לכחד כי כל עוד עקרון ההסדרים הראשוניים מובן במתכונתו החוקתית, נשמרת חציצה ברורה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת בנוגע לגרעין של מלאכת החקיקה בעניינים הגורליים לחייהם של אזרחי המדינה. השאלה הנשאלת היא אם הפרדת הרשויות מקודמת גם תחת עקרון ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי. ניתן לטעון כי הפרדת הרשויות נשמרת גם כאשר קיימת אפשרות להעברת הסמכות לקביעת העקרונות המהותיים לרשות המבצעת, כל עוד הדבר נעשה בכפוף להגבלות משמעותיות מצד הרשויות האחרות – דרישה להסמכה מפורשת מצד הרשות המחוקקת; ופירוש מצמצם של ההסמכה על־ידי בית־המשפט, לפי החזקה שהמחוקק לא התכוון להאציל את סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים.¹¹⁷

אולם גם אם ההגבלות יכולות לסייע במידת־מה בשימור הפרדת הרשויות, מקרים דוגמת שיח חדש, שבו אשרר בית־המשפט הסמכה גורפת שהוענקה לגוף מנהלי, משקפים את הקושי להיעזר בהגבלות אלה במציאות.¹¹⁸ בהקשר זה נקבע, עוד בעניין רובינשטיין, כי כאשר המחוקק מסמיך גורם מנהלי לקבוע הסדרים ראשוניים ללא פירוט אמות־מידה שיררכו אותו במלאכתו זו, מדובר בפגיעה בהפרדת הרשויות.¹¹⁹ כלומר, יוצא שההסמכה

114 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 524-531. ראו גם דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 408.

115 דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 436.

116 ברק־ארוז אורח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 30, 42 ו-47.

117 ספיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 22.

118 ברק־ארוז אורח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 45: "ככל שהסמכות היא בעלת אופי גורף יותר, כן הכפיפות הפורמלית לחקיקה הראשית משמעותית פחות, ומהווה רק עלה תאנה למציאות שבה קביעת הנורמות מופקדת בידי הביורוקרטיה."

119 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 505.

עצמה, מפורשת ככל שתהיה, אינה מקדמת בהכרח את הפרדת הרשויות, אלא לעיתים אף פוגעת ברעיון זה.¹²⁰ לפיכך אף הצדקה זו מוגשמת באופן חלקי בלבד כאשר עקרון ההסדרים הראשוניים מיושם במובנו המנהלי, המשמר אפשרות לאצילה של סמכויות רחבות. שלישית, יש לבחון אילו משלושת ההיבטים של שלטון החוק עקרון ההסדרים הראשוניים במתכונתו המנהלית יכול לקדם. כפי שנטען מוקדם יותר ברשימה זו, לעקרון ההסדרים הראשוניים (במתכונתו החוקתית או המנהלית) אין זיקה ממשית להיבט המהותי של שלטון החוק, שכן הוא אינו נוגע בשאלה אם מדובר בחוק ראוי, אלא מתמצה בקריאה למחוקק להיות השחקן העיקרי כאשר מדובר בפגיעה בזכויות יסוד או בעניינים מהותיים אחרים. לעומת זאת, קיימת טענה נפוצה שעקרון ההסדרים הראשוניים נועד להבטיח את ההיבט התורתי של שלטון החוק, כי הוא מונע העברת סמכויות גורפות למנהל בלא פירוט של הפרמטרים להפעלתו, ובכך מגשים את הרעיון שחוקים נועדו להגביל ולהנחות את הרשות המבצעת.¹²¹ ניכר שתפיסה כזו משקפת את עקרון ההסדרים הראשוניים במתכונתו החוקתית, אך אינה מקודמת באופן מלא כאשר העיקרון מיושם במובנו המנהלי, לנוכח האפשרות להעביר את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בהסמכה מפורשת גם ללא ציון אמות-המידה להפעלת הסמכות. מפורשות ההסמכה אומנם מסייעת במידת-מה בהגשמת המובן התורתי של שלטון החוק, אך גם חוק שמסמך במפורש את המנהל להסדיר תחומי חיים שלמים יכול לעמוד בדרישה של עקרון ההסדרים הראשוניים, אף שהוא מותיר למנהל שיקול-דעת רחב (כפי שהשתקף בעניין שיח חדש). לכן מובן זה של שלטון החוק ממומש תחת עקרון ההסדרים הראשוניים במתכונתו המנהלית רק בחלק מהמצבים, בדומה להצדקות שעניינן הרמוקרטיה הייצוגית והפרדת הרשויות.

נותרנו עתה עם המובן הפורמלי של שלטון החוק. כאשר המחוקק קובע את אמות-המידה העקרוניות שלפיהן יוכרעו העניינים הגורליים לחיי האזרחים, מדובר במימוש של אידיאל חוקיות המנהל. אולם גם חוק חד-משמעי שמעניק לשר את הסמכות לקבוע הסדר ראשוני בעצמו מקדם אידיאל זה באופן דומה, שכן אותו שר פועל בד' אמותיו של החוק ומתבסס על הכוח שהעניקו לו במפורש נבחרי הציבור. לפיכך, בניגוד לשתי ההצדקות הראשונות ולשני מובניו האחרים של שלטון החוק, נראה שקיומה של הסמכה כזו מספיק לצורך הגשמה מלאה של חוקיות המנהל, ולא נדרש לשם כך בהכרח שהמחוקק יקבע בעצמו כל הסדר ראשוני. אין זה מפתיע אפוא שעקרון ההסדרים הראשוניים מוצג לעיתים באופן רדוקטיבי כ"נגזרת" של עקרון חוקיות המנהל¹²² או כדרך ל"הקשחת הדרישות של עקרון חוקיות המנהל".¹²³ האופן שבו עקרון ההסדרים הראשוניים מחזק את חוקיות המנהל מתבטא בעיקר בדרישה שסתירת החזקה שהמנהל לא הוסמך לקבוע הסדרים ראשוניים תתאפשר רק באמצעות הסמכה מפורשת. הדבר נובע מההנחה שהסבירות שהאזרחים יוותרו על שליטתם בנושאים

120 המשנה לנשיא (בדימ') חשין קבע כי תופעת ההאצלה של קביעת הסדרים ראשוניים לרשות המבצעת היא "בלתי רצויה", כאשר "הותרת היא תחת העיקרון החשוב של הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות". עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 82, פס' 30 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

121 ספר קלינגהופר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 108; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 163.

122 עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

123 ברק-ארז אורז, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 47.

אלה נמוכה יותר.¹²⁴ על בסיס היגיון דומה התפתח, כבר מראשית ימיה של המדינה, הכלל (שעוגן בהמשך בחוקי-היסוד) שלפיו אין פוגעים בזכויות-יסוד אלא בהסמכה מפורשת בחוק.¹²⁵ זאת, להבדיל מכלל מחמיר – וככל הנראה בלתי-אפשרי במדינה מודרנית – שלפיו רק למחוקק מותר לפגוע בזכויות-יסוד.¹²⁶

שאלת השאלה מדוע עקרון חוקיות המנהל זקוק בכלל לסיוע כזה מ"עמיתו" עקרון ההסדרים הראשוניים. בהקשר זה מעניינת במיוחד טענתו של יואב דותן. בראייתו, בעשורים האחרונים ניכרת שחיקה משמעותית בעקרון חוקיות המנהל, שאמור לשמש עקרון-היסוד במשפט המנהלי.¹²⁷ שחיקה זו נובעת ממאפייניה של המדינה המנהלית המודרנית, שבה המנהל הציבורי הולך וגדל ובמקביל המחוקק אינו מסוגל עוד לקבוע את כל ההסדרים בחקיקה ראשית, עקב איטיותו של התהליך החקיקתי וריבוי הנושאים הטעונים הסדרה.¹²⁸ לכן התעקשות על מעורבות הכנסת בכל עניין תפגע בגמישות הדרושה לשלטון בהתמודדות עם הנסיבות המשתנות.¹²⁹ תכליתו של עקרון ההסדרים הראשוניים היא לבלום מגמה זו, ולמקד את המאבק בה לפחות בעניינים בעלי חשיבות מהדרגה הראשונה או בכאלה הפוגעים בזכויות-יסוד, תוך עמידה בהקשרים אלה על הסמכה מפורשת בחוק.¹³⁰

במילים אחרות, ההצדקה החשובה ביותר של עקרון ההסדרים הראשוניים נעוצה בהיותו חיזוק תיאורטי משמעותי לחוקיות המנהל, בשעה שזו מאוזנת עם הצורך בגמישות ובמומחיות, הדוחף לויתור על התהליך החקיקתי. בהעדר חיזוק זה עלול להתרחש כרסום גם בליבה הכי חשובה של חוקיות המנהל, שעליה הגן המשפט בחירוף-נפש למן קום המדינה.

(ב) האומנם חיזוק חוקיות המנהל?

המסקנה שעולה מהניתוח לעיל היא שבהעדר שינוי באופן יישומו של עקרון ההסדרים הראשוניים בישראל, וכל עוד קיימת האפשרות לסתירת החוקה שהמחוקק הוא שקובע הסדרים אלה, רוב התכליות שהעיקרון נועד לקדם לא יוגשמו באופן מלא. עם זאת, אי-אפשר להפריז בחשיבותה הגדולה של התכלית שהעיקרון במתכונתו המנהלית דווקא מסוגל לכאורה להגשים באופן מיטבי – חיזוק חוקיות המנהל. אולם בחינה מעמיקה של השימוש בעיקרון בפסיקה מעלה ספקות גם ביחס ליכולתו להבטיח באופן מיטבי את חיזוק חוקיות

124 ספיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 18.

125 עניין בז'רנו, לעיל ה"ש 50; ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

126 בגרסתם המקורית אפשרו חוקי-היסוד פגיעה בזכויות אדם "בחוק" בלבד. במסגרת תיקונם בשנת 1994 נוסף הביטוי "לפי חוק". בדברי ההסבר לתיקון (הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ה"ח התשנ"ד 129) נאמר כי "...הדרישה הקיימת, ושלפיה כל הגבלה של חופש העיסוק חייבת למצוא ביטויה אך ורק בחקיקה ראשית... היא מרחיקת לכת שלא לצורך". לדיון מעמיק בנושא זה ראו אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד 381 (1998).

127 השחיקה מתבטאת, בין היתר, בהרחבת סמכויות שיוריות, בפרשנות רחבה של הסמכות סטטוטוריות ובמעבר לסעד של בטלות יחסית. ראו דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 385-396.

128 ברק "שלטון החוק", לעיל ה"ש 45, בעמ' 388.

129 דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 384-385.

130 שם, בעמ' 414.

המנהל, אפילו באותן סוגיות ליבתיות של פגיעה בזכויות-היסוד של הפרט ועניינים בעלי חשיבות ראשונה במעלה.

ראשית, מבנה המבחן הדו-שלבי מוביל לכך שבמבחן הראשון – יסוד הסיווג – בית-המשפט מכריע באופן בינרי אם סוגיה נתונה מהווה הסדר ראשוני או לא. סוגיה שאינה עומדת בתנאיה של המסגרת הראשונית יוצאת לחלוטין מגבולות הדוקטרינה, ולגביה חוקיות המנהל אינה זוכה בחיזוק נוסף. ביקורת ריאליסטית תטען כי עצם סיווגה של סוגיה כהסדר ראשוני מעניק לה מייד כוח וחשיבות מלאכותיים,¹³¹ שמצמיחים בדיקה דקדקנית של הסמכה, בעוד כל סוגיה שאינה זוכה בסיווג זה נבחנת דרך הדוקטרינה הרגילה של חוקיות המנהל, שכאמור נחלשה מאוד בשנים האחרונות. דוגמה לסוגיה מעניינת בהקשר זה היא עסקאות לשחרור אסירים בטחוניים. מכיוון שהסמכות לביצוע עסקאות אלה לא הוכרה כהסדר ראשוני, ניתן להשתמש בהסמכה בלתי-מפורשת וגורפת, דוגמת הסמכות השיורית של הממשלה, לצורך יישומן.¹³² תוצאה כזו מנוגדת כמובן לתכלית של חיזוק חוקיות המנהל.

שנית, השילוב של פרמטרים "שליליים" (כגון דחיפות ההסדרה ומורכבות הסוגיה) ברשימת התבחינים באותה נשימה יחד עם הפרמטרים ה"חיוביים" (מידת הפגיעה בזכויות הפרט, ההשלכות הכלכליות, המשמעויות הערכיות) מוביל לכך שבמקרים רבים עקרון ההסדרים הראשוניים נזנח בשם האינטרס של מתן גמישות לרשות המבצעת.¹³³ תחומים רבים במדינה המודרנית מחייבים הסדרה מהירה או מומחיות מיוחדת,¹³⁴ ומבנה דוקטרינרי שמעניק לפרמטרים אלה משקל זהה לפרמטרים אחרים חותר מראש תחת השאיפה לחיזוק חוקיות המנהל. לפיכך יש לבכר דרך אחרת להתחשב באותם פרמטרים שליליים, כך שהם לא יעקרו מתוכן את דרישת ההסמכה המפורשת לפעולות משמעותיות של המנהל.

לבסוף, את הביקורת החשובה ביותר ניתן אומנם להגדיר כפנימית לתכלית של חוקיות המנהל, אך רק באופן חלקי, משום שהיא נובעת בראש ובראשונה מהרעיון הרחב שלטון החוק ומן הקשר בין היבטיו השונים. ביקורת זו גורסת כי ספק אם ניתן בכלל לקדם את שלטון החוק רק במוכנו הפורמלי (חוקיות המנהל) מבלי לשאוף לקדם גם את מוכנו התורתי, המחייב את כפיפות השלטון לחוקים ברורים, יציבים וידועים מראש שיגבילו את שיקול-דעתו.¹³⁵ זאת, משום שבמצבים מסוימים סמכות גורפת מדי עלולה לערער גם על הכפיפות הפורמלית לשלטון החוק.¹³⁶

לשם המחשת העניין יש לחזור לעניין שיח חדש. בפרשה זו ראה בית-המשפט את סעיף

2(א) לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, שקבע כי "הממשלה תקים מינהל... שינהל

131 להרחבה בדבר הביקורת על האסנסיאליזציה של מושגים יצירי משפט ראו, Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809, 815 (1935).

132 בג"ץ 1539/05 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעי נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 17.2.2005) (להלן: עניין משל"ט).

133 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 216.

134 מהירות, גמישות ומומחיות דרושות כיום בהסדרה רגולטורית של ענפים רבים במשק. ראו שרון ירין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 144 (2016).

135 ברק-ארז אורח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 49.

136 שם, בעמ' 45.

את מקרקעי ישראל",¹³⁷ כהסמכה מפורשת המאפשרת מתן הטבות כלכליות משמעותיות לחקלאים במסגרת שינוי ייעודן של קרקעות חקלאיות.¹³⁸ את פסק-הדין ניתן לבקר גם בראי המבחן הדו-שלבי. ניתן לטעון כי מכיוון שמדובר בחלוקת כספים גדולה וקיימות שאלות חלוקתיות משמעותיות, מדובר בהסדר ראשוני המחייב הסמכה ברמת מפורשות גבוהה, ולכן דרושה הסמכה קונקרטי ומפורשת של המנהל לפעולה של פיצוי החקלאים. כלומר, ההסמכה הכללית לניהול מקרקעי ישראל אינה מפורשת דייה לנוכח חשיבות הסוגיה.

אולם ניתן לטעון כי מבחינה נורמטיבית אפילו הסמכה מפורשת לפעולה הספציפית לא הייתה מספיקה, כי היא הייתה מותרת עדיין שיקול-דעת נרחב לחלוקת כספים ללא מגבלות. הדבר מתחבר לטענתו של השופט ג'ובראן בעניין ייצוא הגז שלפיה גם במסגרת המובן המנהלי של עקרון ההסדרים הראשוניים אין להסתפק בבחינת מפורשות ההסמכה, אלא יש לבדוק גם את מפורטות ההסמכה. לגישתו, בהעדר פירוט בחוק של שיקולים מנחים שעל הרשות לשקול, תפורש הסמכות באופן מצמצם, כאילו לא הוסמכה הרשות לקבוע את ההסדר הראשוני.¹³⁹ ניכר שלפחות במועד מתן פסק-הדין בעניין שיח חדש לא היה השופט אור שותף לפירוש זה של העיקרון. אור הודה אומנם כי היה ראוי שהמחוקק יקבע את העקרונות שלפיהם יפעל מנהל מקרקעי ישראל, אך הדגיש כי אין לו בררה אלא לאשר את ההסדר כאשר ההסמכה בחוק היא ברורה ומפורשת, הגם שהיא דלה וחסרה.¹⁴⁰

הצורך בהסמכה מפורטת בחקיקה ראשית כדרישה הנובעת מעקרון ההסדרים הראשוניים הוזכר למן עניין שיח חדש בפסקי-דין אחדים – למשל, ביחס להגבלת פגישות של אסירים עם עורכי-דינים,¹⁴¹ ובאחרונה ביחס לשלילת תושבות-קבע על-ידי שר הפנים.¹⁴² כתבים אחדים הציגו את עניין שיח חדש כסטייה נקודתית מתהליך הדרגתי שבמסגרתו אימץ הדין הישראלי את דרישת ההסמכה המפורטת הנגזרת מעקרון ההסדרים הראשוניים.¹⁴³ עם זאת, אזכור הצורך בהסמכה מפורטת (ולא רק מפורשת) הופיע כאמור רק בפסקי-דין ספורים, ולא באופן עקבי, בעוד כנגד זה קיימות גם אמירות של שופטים שמהדהדות את תפיסתו של השופט אור בעניין שיח חדש,¹⁴⁴ שלפיה הסמכה מפורשת שאינה מפורטת מספיקה לסתירת החזקה שהמחוקק הוא שיקבע את ההסדר הראשוני.

137 לימים שונה החוק לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.

138 עניין שיח חדש, לעיל ה"ש 28, בעמ' 56-57. למרות זאת פסל בית-המשפט את מתן ההטבות, משום שהן היו בלתי-סבירות.

139 עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 40 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

140 עניין שיח חדש, לעיל ה"ש 28, בעמ' 58 ר-83.

141 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 99, בעמ' 761.

142 עניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 99, פס' 63 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' 1 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארו.

143 ראו, לדוגמה, ברק-ארו אזרח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 51; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 169.

144 בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 5.12.2007); עניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 99, פס' 36 לדעת המיעוט של השופט הנדל.

האפשרות שבית המשפט יסתפק כיום בדרישת ההסמכה המפורשת בלבד מעמידה בסימן שאלה את הכפיפות הפורמלית של הרשות המנהלית לשלטון החוק במצבים מסוימים. דוגמה אחת היא בדיוק במצבים הדומים לעניין שיח חדש: כאשר גוף מנהלי עוסק בחלוקת כספים בהיקף של מיליארדי שקלים ללא כל אמות-מידה או עקרונות כלשהם, באופן שמגלם גם פגיעה בזכות לשוויון, קיים ספק אם פעולתו אכן מבוססת על עוגן בחוק שמשקף את הסכמתם של נציגי העם, כפי שמתחייב מעקרון חוקיות המנהל. לפיכך, כפי שאטען בהמשך, קיימות פעולות מנהליות שלגביהן הדרישה להסמכה מפורשת אכן אינה מספקת, וכדי לחזק באופן אמיתי ומשמעותי את חוקיות המנהל, יש לדרוש גם הסמכה מפורשת, הכוללת הצגה של השיקולים ואמות-המידה שלאורם יהא על הרשות המנהלית להפעיל את סמכותה. ניתן לסכם ולומר כי הביקורת הפנימית על המסגרת הדוקטרינרית של עקרון ההסדרים הראשוניים מעלה שאלות חשובות באשר למידת האפקטיביות של העיקרון בהשגת התכליות המצדיקות אותו, לרבות יכולתו לחזק את רעיון חוקיות המנהל בעידן שבו כוחה של הרשות המבצעת הולך ומתעצם.

2. ביקורת חיצונית: פגיעה ביחסים בין רשויות השלטון

חוסר הבהירות הינו עניין שעולה כמעט בכל דיון בנוגע לסוגיית ההסדרים הראשוניים. היבטים רבים ביישומם של העיקרון עורם עמומים, ולא בכדי נטען כי עקרון ההסדרים הראשוניים "הוא עצמו עדיין בגדר הסדר ראשוני", שטרם הוסדר במלואו.¹⁴⁵ עמימות זו פוגעת בוודאות שביחסי-הגומלין בין רשויות השלטון, וכפועל יוצא מכך עלולה להוביל, כפי שאמחיש, לבזבוז של זמן ומשאבים שלטוניים.

במבט ראשון נדמה שעיקר הבעייתיות טמונה במבחן הראשון – יסוד הסיווג. ההבחנה בין הסדרים ראשוניים למשניים מוצגת לעיתים קרובות כמשימה סבוכה ללא פתרון.¹⁴⁶ לפיכך מתעורר חשש שאי-הסכמה על מהות המושג "הסדרים ראשוניים" ועל התבחינים שמצביעים על סוגיה כראשונית (וקל וחומר – על משקלו של כל תבחין) תוביל לוויכוחים מינוחיים ולתוצאות שונות בין שופטים. דוגמה אחת היא פסק-הדין בעניין קריתי, שבו קבעה השופטת ברלינר כי הפעלת שירותי רפואה פרטיים בבתי-חולים ממשלתיים היא בגדר הסדר ראשוני שיש להסדירו בחקיקה ראשית,¹⁴⁷ בעוד השופטת נאור נטתה לא לראות בסוגיה הסדר ראשוני, והבהירה כי אין פגם בהסדרתה לא בחוק.¹⁴⁸

למרות זאת, נראה שהמחלוקת העיקרית בין שופטים אינן נוגעות ביסוד הסיווג, אלא דווקא במבחן השני – יסוד ההסמכה. כך, בשתי הפרשות שעסקו בגז הטבעי – עניין ייצוא הגז ועניין מתווה הגז – שררה הסכמה בין השופטים בשאלת ראשוניותן של הסוגיות שעל

145 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 215.

146 ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 138.

147 בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86, 151-152 (2009).

148 שם, בעמ' 174.

הפרק, אך דעת המיעוט קבעה כי לא הוענקו הסמכות מפורשות בחוק כנדרש.¹⁴⁹ מחלוקות דומות בין שופטים ביחס ליסוד ההסמכה נרשמו בפסקי-דין נוספים בתקופה האחרונה.¹⁵⁰ כלומר, חרף העיסוק המשמעותי של השופטים בשאלת הסיווג, בסופו של יום רוב המקרים הדיון המהותי הוא ביחס ליסוד ההסמכה. מסקנה זו, לצד האמירה כי התבחינים ששימשו לבחינת ראשוניותה של הסוגיה הם שישפיעו על מפורשותה הדרושה של ההסמכה,¹⁵¹ מעוררות ספק ביחס לנחיצותו של המבחן הראשון כמבחן כניסה לעילת ההסדרים הראשוניים. זאת, משום שההכרעה ביחס לראשוניותה של הסוגיה אינה מקדמת כמעט את הדיון המשפטי, בהינתן שבלאו הכי השאלות השונות (היקף הפגיעה בזכויות, ההשלכות הכספיות, דחיפותה ומורכבותה של הסוגיה וכדומה) מתעוררות מחדש בעת בחינת ההסמכה. המבחן הראשון מבלבל אם כן ומסיח את בית-המשפט ואת הרשויות האחרות מהשאלה העיקרית – שאלת ההסמכה.

אולם הבלבול והעמימות שביסוד הסיווג אינם מספיקים כשלעצמם כדי לטעון לפגיעה משמעותית ביחסים בין הרשויות. על כך יש להוסיף את העמימות וחוסר הבהירות ששבים ומתעוררים גם במבחן השני. כפי שנאמר לעיל, התבחינים שמשמשים לבחינת ראשוניותה של הסוגיה משפיעים גם על רמת המפורשות הדרושה של ההסמכה. על רשימת תבחינים אלה אין הסכמה בפסיקה, והמשקל הניתן להם משתנה משופט לשופט, לעיתים אף באותו פסק-דין. כך, לדוגמה, בעניין מתווה הגז הבחין השופט סולברג בין מצב שבו ראשוניות ההסדר נובעת מהיותו כרוך בהכרעות ערכיות שנויות במחלוקת לבין מצב שבו ההסדר הוא ראשוני רק בשל השלכותיו הכלכליות.¹⁵² לטענתו, המצב הראשון מחייב הסמכה מפורשת נוקשה, בעוד המצב השני מצדיק הגמשה מסוימת. הבחנה זו לא נעשתה כלל על-ידי שופטי המיעוט, שהתייחסו באותה נשימה להימצאותה של הסוגיה במחלוקת ציבורית ולהשלכותיה הכלכליות כאל תבחינים המעידים על ראשוניותה, ולפיכך הגיעו לתוצאה שונה.¹⁵³

נדמה אפוא כי העיקרון העמום שלפיו במדינה דמוקרטית ראוי שהמחוקק הוא שיקבע את ההסדרים המהותיים תורגם במרוצת השנים לדוקטרינה בצורה לא-מיטבית. המבחן הדרוש-שלבי, שהוא תרגום של העיקרון המופשט למערך של כללים, משמר את העמימות

149 עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 102 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן; עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' קמה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

150 למשל, בעניין אבו ערפה קבע השופט הנדל, באופן שונה מדעת הרוב, כי ס' 11(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, מקנה לשר הפנים סמכות מפורשת לשלול תושבות בשל "הפרת אמונים". עניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 99, פס' 37 לפסק-דינו של השופט הנדל. בבג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 14.12.2017) (להלן: עניין גופות המחבלים) סבר השופט הנדל (בפס' 18 לפסק-דינו) כי גם אם רואים בסוגיית החזקתן של גופות מחבלים לצורכי משא-ומתן הסדר ראשוני, תק' 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, מהווה הסמכה מפורשת לצורך מימושה של מדיניות זו. זאת, בניגוד לדעת הרוב של השופט דנציגר, שקבע (בפס' 27 לפסק-דינו) כי התקנה אינה מהווה מקור חקיקה ראשי, ספציפי ומפורש.

151 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' 49 לפסק-דינו של השופט סולברג.

152 שם, פס' 45 לפסק-דינו של השופט סולברג.

153 שם, פס' קלג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

המאפיינת עקרונות, ומקשה את השימוש בו כאשר מקרים ספציפיים מחייבים את הכרעת בית-המשפט. המחשה לכך היא האופן שבו הסמנטיקה מעידה על הפרקטיקה: הן בכתובה האקדמית והן בפסקי-דין ניתן לראות כיצד נעשה שימוש – לעיתים באותה פסקה – בביטוי "עקרון ההסדרים הראשוניים" לצד הביטוי "כלל ההסדרים הראשוניים" לתיאור אותו יצור משפטי.¹⁵⁴ לכאורה לא הייתה בכך בעיה אילו התייחסו שני הביטויים הללו לשני "יצורים" משפטיים שונים, שהאחד (הכלל) נובע מהאחר (העיקרון). אכן, קיימים עקרונות מופשטים שנפרטו תחתם כללים ספציפיים המתאימים לנסיבות שונות. הדוגמה העיקרית במשפט הישראלי היא עקרון תום-הלב, אשר כיום, בעזרת הפסיקה הענפה בנושא, ניתן לגזור ממנו דרישות קונקרטיות להתנהגות ראויה ביחסים בין-אישיים.¹⁵⁵

ההשלכות של העמימות והעדר האחידות המאפיינים את המבחן הדר-שלבי אינן עניין של מה-בכך. טענתי היא כי האופן שבו עקרון ההסדרים הראשוניים מתורגם לדוקטרינה יוצר אי-ודאות וחוסר יציבות ב"פסגת הפירמידה" – בחלוקת הכוח וביחסים בין רשויות השלטון. השילוב של שיקול-הדעת השיפוטי הרחב שניתן לבית-המשפט בהכרעה ביחס ליסוד הסיווג וליסוד ההסמכה¹⁵⁶ יחד עם העדר האחידות בצורת חנינתן של שאלות אלה על-ידי שופטים שונים גורם לכך שהמחוקק (בסוגיית האצילה) ורשויות מנהליות (בפירוש החקיקה המסמיקה) נתקלים בקושי משמעותי לכלכל את צעדיהם בבואם לעסוק בסוגיות החשודות כראשוניות.

בהעדר גבולות ברורים לעילת ההסדרים הראשוניים, נוצרים חיכוכים כרוניים בהתנהלותן של הרשויות זו מול זו, באופן שמוכיל למתח לא-רצוי בדיאלוג החשוב ביניהן.¹⁵⁷ דוגמה למתח מסוג זה באה לידי ביטוי בקביעת בג"ץ כי בהעדר חקיקה מפורשת לא תוכל המדינה להחזיק בגופות מחבלים למטרות מיקוח.¹⁵⁸ הקבינט המדיני-הבטחוני בהכיר בתגובה כי הוא אינו מקבל את קביעת בג"ץ בנושא, והעדיף לפעול לקידום דיון נוסף בהרכב מורחב,

154 לדוגמה מהכתובה האקדמית ראו דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 379: "הטענה הראשונה... היא שקיימים... שני מובנים שונים של עקרון ההסדרים הראשוניים... [ה]טענה השנייה [היא]... שכלל ההסדרים הראשוניים מסייע לבתי המשפט לעצב מחדש את מושג החוקיות... (ההדגשות אינן במקור). דוגמה מהפסיקה ראו בפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4: "כלל ההסדרים הראשוניים מיוסד בעיקרו על שניים... (שם, פס' קכז); "עקרון ההסדרים הראשוניים הוא למעשה ביטוי של העיקרון בדבר חוקיות המינהל" (שם, פס' קל) (ההדגשות אינן במקור).

155 דוגמה לדרישות קונקרטיות כאלה היא האופן שבו יש לפרוש ממשא-ומתן מבלי שהדבר ייחשב הפרה של עקרון תום-הלב. ראו ע"א 416/89 גל-אור נ' חברת כלל (ישראל) בע"מ, פ"ד מו(2) 177 (1992). עם השנים פותחו כללים גם ביחס לתום-הלב ביחסים בין רשות שלטונית לבין הפרט. למשל, גובשו כללים בנוגע להיקף חובת הגילוי של פרט לרשות. ראו בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998).

156 ספיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 37-38.

157 להרחבה על חשיבות הדיאלוג בין הרשויות ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 379-389.

158 עניין גופות המחבלים, לעיל ה"ש 150.

במקום לקדם חקיקה מסמיכה, וחברי כנסת מהקואליציה איימו כי פסיקות מסוג זה עלולות לגרום לכך שהממשלה לא תכבד את פסיקות בג"ץ.¹⁵⁹

מובן שגם ביחס לעילות אחרות במשפט הציבורי (כגון הפליה, סבירות ומידתיות) יש תחום אפור של חוסר ודאות ופערי ציפיות בין הרשויות. הדבר נובע, בין היתר, מכך שרוב הנורמות במשפט הציבורי מובנות כנורמות מסוג "סטנדרט", בניגוד לנורמות שהן מסוג "כלל".¹⁶⁰ אולם המסגרת הדוקטרינרית של עקרון הסדרים הראשוניים מותירה תחום אפור יוצא־דופן בהיקפו, ומעטים הם המקרים שניתן להגדירם כ"ליבה".¹⁶¹ חמור מכך, חוסר הוודאות הוא לא רק בנוגע ליישום במקרה הקונקרטי (אם הסוגיה הנבחנת הינה הסדר ראשוני ואם קיימת הסמכה כנדרש), אלא גם בנוגע למבנה הכללי של עילת הביקורת, קרי, לתבחינים המשפיעים על יסוד הסיווג ויסוד ההסמכה, אשר משתנים בין שופטים.

אפשרות אחת היא להשלים עם חוסר הוודאות שאופף את המבחן הדו־שלבי, ולטעון שאם המחוקק והרשות המנהלית ימצאו את עצמם "מופתעים" מהחלטת בית־המשפט שההסמכה אינה מפורשת דייה, תמיד יהיה אפשר לאמץ חקיקה חדשה שתבטל קביעה זו על־ידי הענקת הסמכה מפורשת יותר.¹⁶² באופן זה "יחונך" המחוקק לקבוע הסמכות מפורשות בכל עת שיחפוץ להעביר את ההכרעה בעניין הסדר ראשוני לרשות המבצעת. אולם בהעדר שינוי במסגרת הדוקטרינרית הקיימת, חינוך כזה יהיה תמיד לאחר מעשה וביחס לפעולה מנהלית ספציפית. הדבר עלול להוביל להתדיינות משפטית ופעילות חקיקתית שיגזלו זמן ומשאבים רבים מרשויות השלטון, ויהיו כרוכים בעיכוב הסדרתה של סוגיה חיונית במהותה.¹⁶³ לכן יש לשקול מסגרת דוקטרינרית חלופית, שתגלם פגיעה פחותה בוודאות ביחסי הרשויות וביעילות השלטונית, ותוכל להכווין מראש בצורה טובה יותר הן את המחוקק והן את הרשות המנהלית: את המחוקק לגבי הדרישות שעליו למלא כאשר הוא מעביר את סמכותו לגורם מנהלי; ואת הרשות המנהלית לגבי האופן שבו יש לפרש את ההסמכה בחוק.

בחלק הבא אבקש לחזור לטיעונים העולים מביקורת זו ומהביקורת הפנימית שהוצגה לפניו, ולהצביע על האופן שבו השינוי הדוקטרינרי שאני מציע עשוי לסייע בהתמודדות עימם.

159 נעה לנדאו "הקבינט: גופות מחבלים לא יוחזרו, נבקש דיון נוסף בבג"ץ לפני קידום חקיקה" הארץ www.haaretz.co.il/news/politics/1.4728649 18.12.2017.

160 מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 657.

161 עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 82, פס' 37 לפסק־דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין: "כולנו נסכים... כי חיובים שהמדינה מטילה על היחיד – חיוב בתשלום מס, חיוב לשרת בצבא ועוד... הסדרים ראשוניים הם. ומנגד: קביעת טפסים שעל היחיד למלא... הסדר מישני היא. אלא שעיקר הוא בתחום האפור שבין שני קצוות אלה, והתחום האפור, למרבה הצער, תחום רחב הוא ביותר."

162 ספיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 45.

163 דוגמה לעיכוב מסוג זה היא עניין גופות המחבלים, לעיל ה"ש 150, שבו לאחר שבית־המשפט דרש לאמץ חקיקה מפורשת תוך שישה חודשים, נמנעה המדינה מקידום חוק, ובמקום זאת ביקשה לקיים דיון נוסף בנושא, באופן שחייב עיכוב נוסף בשחרור גופות המחבלים. דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (פורסם בנבו, 19.02.2018).

ג. המודל החלופי המוצע

את הצעתי לשינוי ההסתכלות על הסדרים ראשוניים במשפט המנהלי אפתח דווקא בהיבט שיש להותיר על כנו. ברק מדינה, במאמרו בנושא, טוען כי חרף הקשיים המעשיים בהגשמת עקרון ההסדרים הראשוניים, אין לשלול את מעמדו כעקרון-יסוד של השיטה הדמוקרטית וכאידיאל שעלינו לשאוף אליו.¹⁶⁴ אני מסכים כי הקשיים שהצגתי אינם מונעים את שימור האידיאל שלפיו נבחרה הציבור בכנסת הם שיעצבו את ההסדרים הגורליים ביותר לחייהם של אזרחי המדינה. למעשה, עיקרון זה הוזכר בפסיקה במשך שנים רבות כיעד רצוי שיש לשאוף אליו,¹⁶⁵ עוד לפני שנהפך לעילת ביקורת מנהלית בעקבות עניין רובינשטיין. בהתאם, תחת כל מודל דוקטרינרי חלופי יהיה ראוי להותיר את עקרון ההסדרים הראשוניים כעקרון-יסוד של השיטה המשפטית בישראל.

עם זאת, בראייתי, הדרך המועדפת להתמודד עם הבעיות העולות מהמבנה הדוקטרינרי של עקרון ההסדרים הראשוניים כרוכה בצעד יצירתי: מעבר משימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים כעילת ביקורת עצמאית במשפט המנהלי להטמעתו במסגרת עקרון חוקיות המנהל. במילים אחרות, לפי הצעתי, הרעיון שעקרון ההסדרים הראשוניים מבטא יישמר, אך הביטוי הדוקטרינרי שלו ישתנה. צעד זה נראה על פניו טכני, אך הוא טומן בחובו היגיון חשוב: במקום לחזק את חוקיות המנהל "מבחוץ", על-ידי שימוש בעילה נפרדת, יינתן ביטוי לחשיבות ההסמכה – לגבי אותן פעולות שחשיבותן ראשונה במעלה או שפוגעות בזכויות הפרט – במסגרת עיצוב כללים מפורטים יותר תחת עקרון חוקיות המנהל. אם התכלית העיקרית שעקרון ההסדרים הראשוניים בגרסתו הישראלית יכול לקדם היא בלאו הכי חוקיות המנהל, כפי שאני טוען, אזי יש מקום לתהות מדוע להשתמש בכלי שדיוקן בהשגת המטרה מוטל בספק כאשר אפשר לפעול ישירות לעריכת התאמות בעילת הסמכות, הקיימת בשיטתנו כבר למן קום המדינה.

לכאורה היה אפשר לפתור חלק ניכר מהקשיים בנוגע לעקרון ההסדרים הראשוניים דווקא על-ידי שינוי בכיוון ההפוך – הגברת המחויבות לעיקרון על-ידי שדרוגו למעמד חוקתי, המגביל את המחוקק וקובע חזקה חלוטה שרק הכנסת תקבע הסדרים ראשוניים. כפי שנטען ברשימה זו, מובן זה של העיקרון מקדם לא רק את חוקיות המנהל, אלא את שלטון החוק על שלל מובניו, כמרגם את עקרון הפרדת הרשויות ואת הדמוקרטיה הייצוגית. אי-אפשר להתכחש לכך שמדובר בפתרון מפתה, אך מורכבות יישומו הופכת את המודל שאני מציע לעדיף עליו.

ראשית, מבחינה פרוצדורלית, הענקת מעמד חוקתי לעקרון ההסדרים הראשוניים, כך שיגביל את המחוקק, תדרוש ככל הנראה מהלך מורכב של חקיקת חוק-יסוד חדש, שינוי חוק-יסוד קיים או יצירת מגבלה פסיקתית חדשה על המחוקק. זאת, בעוד הצעתי נשענת על פיתוח שיפוטי של עקרון חוקיות המנהל, אשר קיים בשיטתנו וצמח מתוך הפסיקה כחלק

164 מדינה "הכלל החוקתי", לעיל ה"ש 19, בעמ' 478.

165 ברק-ארז משפט מנהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 38.

מהביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת.¹⁶⁶ שנית, וחשוב מכך, אופייה של הדמוקרטיה הישראלית מקשה את יישומו של עקרון ההסדרים הראשוניים כבר כיום, קל וחומר אם הוא ייהפך לעיקרון חוקתי. עקרון ההסדרים הראשוניים במובנו המנהלי נועד להבטיח שברוב המקרים המחוקק הוא שיסדיר את הסוגיות המהותיות במדינה, תוך הותרת פתח לחריג שחזקה זו תיסתר באמצעות הסמכה מפורשת לגוף מנהלי. אולם במציאות הנוכחית נדמה שהחריג בלע את הכלל, שהרי בפועל הרשות המבצעת (ובפרט הממשלה) קובעת חלק גדול מההסדרים הראשוניים.¹⁶⁷ כלומר, ההתעקשות על זהות הגורם שיקבע את ההכרעות במדינה (המחוקק, ולא המבצע) היא "המלחמה של אתמול" וכזו שקשה לנצח בה. מלחמה זו מסיטה את הקשב מהצורך הנועד כיום בעמידה על ההסמכה הראויה לכל פעולה של הרשות המבצעת, שהיא השאלה המרכזית במסגרת עקרון חוקיות המנהל.¹⁶⁸ דעייכתה של דוקטרינת איסור הדלגציה בארצות-הברית משמשת הוכחה נוספת לקושי לאכוף איסור כזה במדינה מודרנית.¹⁶⁹

הבסיס למודל המוצע כרוך אפוא בשינוי דוקטרינרי מסוג אחר, שעיקרו החלפת המבחן הדו-שלבי הקיים. כפי שנטען בפרק ב, השלב הראשון במבחן, יסוד הסינוג, העוסק בקביעה אם מדובר בהסדר ראשוני, בלאו הכי לא הוסיף רבות לדיון המשפטי, ולכן ניתן לדלג עליו. באשר ליסוד השני, שאלת ההסמכה, אני סבור כי יש לבצע האחדה שלו עם הבחינה ה"רגילה" של הסמכות המנהלית, תוך פיתוח מערך של כללים ברורים בנושא. זאת, להבדיל מהמצב הקיים, שבו קיים עקרון חוקיות מנהל "רגיל", שחל על כל פעולה מנהלית, ולצידו עקרון חוקיות מנהל "ייחודי", הכולל דרישות קשיחות יותר ביחס לסוגיות שאופיין ראשוני.¹⁷⁰ בחלק להלן אציג הצעה אופרטיבית להבניית עקרון חוקיות המנהל כך שיביא בחשבון את עקרון ההסדרים הראשוניים, תוך התמודדות עם הביקורות על ההסדר הנוכחי (הפנימית והחיצונית). אדגיש כי מדובר בהצעה קונטינגנטית, וכי ניתן להעלות דרכים אחרות, שכן הדגש אינו מצוי בפרטים הנקודתיים של הצעתי, אלא בצורך בהטמעת עקרון ההסדרים הראשוניים בעקרון חוקיות המנהל ובחזוקו של זה האחרון על-ידי הראשון.

1. שלוש רמות של הסמכה

על-מנת לפשט את המשך הדיון, אבקש להצביע על קיומן של שלוש רמות שונות של הסמכה בחוק לפעולות מנהליות. הדרגה הנמוכה ביותר היא הסמכה משתמעת, אשר אינה מעוגנת באופן ברור בחוק אך מאפשרת פעולה מנהלית על-ידי מהלך פרשני הנשען על חריג

166 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 73. מובן שבאופן אידיאלי ניתן לעגן את המודל שלי בחקיקה ראשית, אך בהעדר חוק כללי המסדיר את פעולות המנהל הציבורי, רוב המשפט המנהלי מעוגן כיום בלאו הכי בפסיקה. ראו ברק-ארו משפט מינהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 71.

167 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 426.

168 כפי שמציין ספיר (לעיל ה"ש 19, בעמ' 20), "השאלה אם קיימים מנגנוני איוון ופיקוח שירסנו את מי שקובע בפועל את ההסדרים הראשוניים חשובה יותר מן השאלה מי מוסמך לקובעם". מנגנוני האיוון והפיקוח העיקריים בהקשר זה הם חקיקה מסמיכה ראויה וכללים ברורים לבחינת שאלת הסמכות על-ידי בית-המשפט.

169 ראו לעיל ה"ש 62.

170 עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 40 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

לעקרון חוקיות המנהל.¹⁷¹ דרגת־הביניים היא הסמכה מפורשת, המציינת בבירור תחומים שגורם מנהלי ספציפי מוסמך להסדיר או פעולות שהוא רשאי לבצע. דרישת ההסמכה הקשיחה ביותר היא ההסמכה המפורשת, שכאמור לא רק מציינת באופן חד־משמעי את העברת הסמכות לגוף המנהלי, אלא גם קובעת את השיקולים שאותו גוף יכול וצריך לשקול ואת אמות־המידה שלפיהן הוא יפעיל את שיקול־דעתו.

במצב המשפטי כיום נראה שלחלק ניכר מהפעולות המנהליות מספיקה בפועל הסמכה משתמעת,¹⁷² בעוד לפעולות הפוגעות בזכויות הפרט או כאלה המסווגות כ"הסדרים ראשוניים" נדרשת הסמכה מפורשת. כאמור בפרק ג, לדרישת ההסמכה המפורשת אין בסיס דוקטרינרי עקבי וברור – היא הועלתה כדרישה מחייבת במקרים ספורים,¹⁷³ אך לא ברור, למשל, אם הכוונה בפסק־דין אלה היא שכל הסמכה מפורשת חייבת להיות מפורשת או שמא קיימים מצבים ייחודיים שמחייבים תשומת־לב גם למפורטות ההסמכה.

השינוי שאני מציע לצורך פיתוחה של עילת הסמכות (תוך הטמעת עקרון ההסדרים הראשוניים במסגרתה) הוא גיבוש כללי קירוב שיתאימו בין סוגיות או פעולות ספציפיות לבין רמת ההסמכה המינימלית שהמנהל נזקק לה לצורך הסדרתן. יש לזכור שכללים אלה, כמו כל מערך של כללי קירוב, עלולים להוביל לעיתים להכללת־יתר או להכללת־חסר ביחס לתכליות שהכללים נועדו לקדם.¹⁷⁴

כדי להציג תמונה ברורה של כללי הקירוב המוצעים, יש להתחיל דווקא במצבים שבהם תידרש דרגת־הביניים במקשת של דרישות ההסמכה – ההסמכה המפורשת. ראשית, חשוב לדבוק בכלל הוותיק שלפיו כאשר מעשה מנהלי פוגע בזכויות־יסוד, ההסמכה לביצועו חייבת להיות מפורשת.¹⁷⁵ זאת, מכיוון שפגיעה בזכות־יסוד היא לגיטימית רק כאשר היא זוכה ב"הכשר דמוקרטי", קרי, הסכמה חד־משמעית של נציגינו בכנסת.¹⁷⁶

לצד זאת אני מסכים שגם במצבים שבהם פעולה מנהלית אינה פוגעת בזכות־יסוד אך נושאת השלכות כלכליות רחבות או מגלמת הכרעה ערכית המשליכה על החברה בכללותה, יש לבססה על הסמכה מפורשת, ואין להסתפק בהסמכה משתמעת.¹⁷⁷ עם זאת, כדי להבטיח שקטגוריות אלה (השלכות כלכליות והכרעות ערכיות) לא ייוותרו עמומות, נדרש להגדירן מלכתחילה באופן צר וממוקד ככל האפשר. לדוגמה, ביחס להשלכות כלכליות, ברי שיש

171 חריגים מסוג זה הם סמכויות־עזר והסמכות השיורית של הממשלה. לקריאה על־אודות חריגים לעקרון חוקיות המנהל ראו ברק־ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 126–144.

172 ראו, למשל, דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 385–396.

173 בעניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 99, הדגישה השופטת חיות (בפס' 4 לפסק־דינה) כי "עוצמתה של הזכות... ומהות הפגיעה מחייבות הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה הראשית". בעניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 99, ציינה השופטת ברק־ארוז (בפס' 38 לפסק־דינה) את הצורך ב"הסדר מפורט שכולל עקרונות, עילות ואמות מידה אשר יסייעו לקבוע מהם המקרים בהם ראוי להפעיל את הסמכות".

174 יששכר רוזן־צבי הליך האזרחי 220 (2015).

175 ברק־ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 121.

176 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 144 (2016).

177 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' 44 לפסק־דינו של השופט סולברג.

מקרים שבהם תספיק לשון כללית להסמכה תקציבית,¹⁷⁸ אך יש צורך להגדיר חזקה שפעולה הכרוכה בהוצאות או בהכנסות למדינה בהיקף מסוים (למשל, עשרות מיליוני שקלים ומעלה) תחייב הסמכה מפורשת לכיצוע הפעולה הספציפית.¹⁷⁹ בנוגע לקטגוריה של הכרעה ערכית יש צורך במבחן מהותי הקובע שכאשר גורם מנהלי מגבש הסדרים המשפיעים באופן ניכר על ערכיה היסודיים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, עליו לעשות זאת רק תחת הסמכה ברורה ומפורשת בחוק. מצד אחד, מעטות הפעולות שאכן כרוכות בהשפעות מרחיקות-לכת כאלה. מצד אחר, יש להבהיר כי מבחן זה אינו כמותי – היקף האנשים שנפגעים ישירות מהפעולה המנהלית אינו רלוונטי. כך, למשל, הכרעה ביחס לגורלם של מבקשי המקלט בישראל נוגעת באופן ישיר בעיקר בהם ובתושבי דרום תל-אביב התומכים בגירושם, אך טמונות בהכרעה זו משמעויות לגבי סדרי עדיפויות ערכיים הנוגעים בחברה בכללותה, ועל-כן אין זה ראוי שהממשלה או שר הפנים יכריעו בנושא מבלי שהוסמכו במפורש לעשות זאת על-ידי המחוקק.¹⁸⁰

לטעמי, די בהתיימותה של אחת מהדרישות – הכלכלית או הערכית – לחייב הסמכה מפורשת,¹⁸¹ אולם אם שתייהן מתקיימות, רמת המפורשות הדרושה תהיה גבוהה יותר. זאת, בדומה לכלל ביחס למפורשות ההסמכה לפגיעה בזכויות אדם – ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה קשה יותר, על ההסמכה להיות מפורשת יותר.¹⁸²

אכן, במקרים רבים מספיקה הסמכה גורפת אך מפורשת של גורם מנהלי להסדרת עניינים שהוגדרו עד היום כהסדר ראשוני.¹⁸³ אי-אפשר לדרוש בכל מצב את דרגת ההסמכה הגבוהה ביותר, ולו בשל הצורך בשימור גמישות לרשות המבצעת ובשל הסרבול הכרוך בתהליך החקיקתי, שעלול לשתק את פעילות השלטון.¹⁸⁴ עם זאת, יש מקום לקבוע מהם המצבים שבהם דרגת-הביניים של ההסמכה לא תספיק, ותידרש הסמכה מפורשת הקובעת את העקרונות המנחים לפעילות המנהל. כזכור, זוהי למעשה ההגדרה המקורית של קלינגהופר

178 ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 114.

179 ס' 40(א) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, קובע כי "תקנות או הוראות מינהל שבביצוען כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה לא יותקנו אלא אם כן ההוצאה או ההתחייבות תוקצבו בחוק התקציב השנתי לשנת הפעלתן הראשונה". עם זאת, ניתן לפרש את ההסמכה התקציבית הדרושה ברמות הפשטה שונות, והצעת קובעת כי מרף מסוים על סעיף ההסמכה בחוק להתייחס באופן מפורש לפעולה המנהלית הספציפית.

180 העותרים בעע"ס 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.8.2017) אכן טענו כי אין הסמכה מספקת לגירוש נרחב של מבקשי מקלט למדינה שלישית, אך טענתם נדחתה בקביעה כי סמכות ההרחקה המעוגנת בתשתית הסטטוטורית הקיימת, לרבות חוק הכניסה לישראל, חולשת גם על הסמכות להרחיק למדינה שלישית (פס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה נאור).

181 להבדיל מההבחנה שהשופט סולברג עורך בין משמעויות ערכיות לכלכליות בפס' 50 לפסק-דינו בעניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4.

182 עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 28, פס' 12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

183 דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 403.

184 שם, בעמ' 429 ו-444.

לעקרון ההסדרים הראשוניים, שלפיה המחוקק אמור לקבוע בחוק את המדיניות הכללית ואת אמות-המידה העקרוניות לפעולות מנהליות.¹⁸⁵

הצעתו היא לייחד את הדרישה להסמכה מפורטת רק לאחד משני מצבים. מצב אחד הוא כאשר גורם מנהלי שואף להסדיר בעצמו סוגיה באופן שמגלם הכרעה בעלת השלכות כלכליות או ערכיות משמעותיות וגם פוגע בזכויות הפרט (כלומר, כאשר שני המקרים המחייבים הסמכה מפורשת מתקיימים בעת ובעונה אחת). בכך ייווצר כלל קירוב שיוכל להצביע על סוגיה יוצאת-דופן בחשיבותה. את האינטואיציה המובילה להבדל בדרגת ההסמכה הדרושה בין נושאים מהותיים (כלכליים או ערכיים-ציבוריים) שאינם פוגעים בזכויות הפרט לבין כאלה שגם פוגעים בזכויות ניתן למצוא בדבריו של השופט סולברג בעניין מתווה הגז: "גם החלטות שאינן פוגעות בזכויות יסוד באופן ישיר, אך הן בחינת 'הכרעות ערכיות בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית'... ראוי להן להתקבל על-ידי נציגי הציבור... אולם, במצב כזה ניתן להסתפק בדרישה מרוככת יותר של הסמכה מפורשת..."¹⁸⁶ ומכלל הלאו ניתן ללמוד על ההן – כאשר יש שילוב של שני היסודות (פגיעה בזכויות-יסוד וגם הכרעה כלכלית או ערכית משמעותית), דרגת ההסמכה הדרושה תהיה הגבוהה ביותר.

המצב האחר שבו יש להחיל את דרישת ההסמכה המפורטת הוא כאשר זכות-יסוד מרכזית נפגעת בעוצמה גבוהה. פעולה מנהלית היוצרת מצב כזה חייבת, כדברי הנשיאה ביניש, "לשאוב כוחה מהסמכה ברורה בחקיקה ראשית הקובעת אמות מידה עקרוניות להסדרת הפגיעה"¹⁸⁷. פגיעה דרמטית כזו נמצאת בקצה המנעד של מפורשות ההסמכה, עד כדי כך שהיא חורגת לדרגת ההסמכה הגבוהה ביותר ודורשת פירוט של האופן שבו יפעיל הגוף המנהלי את שיקול-דעתו.

דוגמה למצב שבו נראה כי נדרשה הסמכה מפורטת היא הענקת הפטור לבחורי הישיבות בעניין רובינשטיין. מדובר בפטור שפוגע בזכות לשוויון של ציבור המשרתים בצה"ל, שחירותו נפגעת באופן מפלה. לצד זאת מדובר בהכרעה ערכית בעלת השלכות על החברה הישראלית כולה – מי ראוי שיישא בנטל השירות הצבאי. לפיכך, בהתקיים שני תנאים אלה (פגיעה בזכויות-יסוד והכרעה ערכית), שר הביטחון יכול להעניק פטור מסוג זה רק בהסמכה מפורטת. ספיר ודותן ציינו כי במקום להסדיר את הפטור ישירות על-ידי הכנסת, במסגרת "חוק טל"¹⁸⁸ היה אפשר באותה מידה להותיר את ההחלטה לפתחו של השר אך לעגן זאת בהסמכה הקובעת כי לשר יש סמכות להעניק פטורים קולקטיביים לקבוצות באוכלוסייה משיקולי דת.¹⁸⁹ אין ספק שהסמכה זו היא מפורשת, שכן היא מתייחסת לפעולה ספציפית ביותר – מתן פטורים קולקטיביים משירות צבאי. נוסף על כך, ניתן להמשיג הסמכה זו כמפורטת, שכן היא קובעת את מתחם שיקול-הדעת של הגורם המנהלי (שיקולי דת).

185 ספר קלינגהופר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 108.

186 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' 44 לפסק-דינו של השופט סולברג. לעמדה הפוכה ראו עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

187 עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 28, פס' 13 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

188 חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002.

189 ספיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 31; דותן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 401-402.

אולם תחת המודל המוצע ראוי שמפורטות ההסמכה באותן סוגיות גורליות שלפי כללי הקירוב מחייבות הסמכה מפורטת לא תישען על מונחים עמומים כמו "שיקולי דת". אומנם את תוכן המונח "שיקולי דת" ניתן לגזור מתכלית החוק הספציפי,¹⁹⁰ אך נכון יותר לציין במפורש לאילו מצבים התכוון המחוקק ואילו מבחנים השר צריך לבחון בבואו להכריע בסוגיה משמעותית זו. על החוק המסמיך לציין באופן ברור, למשל, כי על השר להתחשב בהיקף הפגיעה באורח החיים הדתי של אותן קבוצות דתיות, מצד אחד, ובחשיבות השמירה על השוויון בנטל בין כל חלקי האוכלוסייה, מן הצד האחר. הסמכה מפורטת מסוג זה מבטיחה שגם כאשר הרשות המבצעת מקבלת הכרעות חשובות, שיקול-דעתה מוגבל על-ידי הערכים והמטרות שנבחרו הציבור קבעו לה במסגרת הגדרת סמכותה.

ניתן ללמוד רבות על התוכן הנדרש של הסמכה מפורטת מפסק-דינו של השופט דנציגר ביחס לסמכותו של המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצורכי משא-ומתן.¹⁹¹ ניתוח הסוגיה בראי כללי הקירוב של המודל המוצע מעלה, ראשית, כי מדובר בפעולה הכרוכה בפגיעה בזכויות-יסוד – הזכות לכבוד האדם של המת, שממנה נובעת הזכות לקבורה מכובדת ונאותה. שנית, מדובר כאן בהכרעה ערכית חשובה בין שיקולים בטחוניים והרצון לקדם החזרת ישראלים המוחזקים בשבי על-ידי ארגוני טרור לבין יחס הומני לאויב. לנוכח שני היבטים אלה, נדרשת הסמכה מפורטת על-מנת שהמפקד הצבאי יוכל להורות על החזקת גופות מחבלים לצורכי מיקוח. השופט דנציגר אכן קבע כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, המתירה למפקד הצבאי להורות על מקום קבורת גוייתו של כל אדם, אינה מספיקה כמקור סמכות להחזקת גופות המחבלים.¹⁹² התייחסותו להיבטים החסרים בהסמכה מסייעת ללמוד על האופן שבו יש לעצב את דרישת ההסמכה המפורטת גם תחת המודל המוצע. כך, למשל, דנציגר מציין כי לא מפורט בתקנה אם היא חלה רק כאשר אי-אפשר לקבור מת בדרך רגילה או גם במצבים אחרים; אין אזכור לנסיבות שיכולות להצדיק קבורה ארעית של גופה; ואין התייחסות לפרק-הזמן שבו יהיה אפשר להחזיק גופה באופן ארעי.¹⁹³

את הסוגיה של החזקת גופות מחבלים מעניין להשוות לסוגיה אחרת, שכבר הוזכרה ברשימה זו – עסקאות לשחרור אסירים בטחוניים. מחד גיסא, בניגוד להחזקת הגופות, עסקאות מסוג זה אינן פוגעות בזכות-יסוד כלשהי, אלא כרוכות בעיקר בפגיעה ברגשות של משפחות הקורבנות של האסירים המשוחררים. מאידך גיסא, ברי כי עצם האפשרות לבצע עסקאות מסוג זה מגלמת הכרעה בעלת השלכות ערכיות משמעותיות – האם מחויבות המדינה לעשות כל שביכולתה להשיב את בניה הביתה מצדיקה את המחיר הכבד של עסקאות מסוג זה, אשר כולל, בין היתר, סכנה לציבור משחרור רוצחים ופגיעה במיציא הדין עימם? מכיוון שמדובר בהכרעה ערכית משמעותית אך כזו שאינה פוגעת בזכויות-יסוד, היא נופלת

190 ראו, למשל, בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673, פס' 6 לפסק-דינו של השופט אור (1990), שם דובר על הצורך לפרש שיקולים של "דיני כשרות" לפי תכלית החוק הספציפי.

191 עניין גופות המחבלים, לעיל ה"ש 150.

192 שם, פס' 21 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

193 שם.

לדרגת-הביניים של דרישת ההסמכה. לפיכך יש להעניק הסמכה מפורשת לממשלה לעסוק בנושא, ולא להסתפק, כפי שנעשה כיום, בסמכות השיורית של הממשלה.¹⁹⁴

הקטגוריה השלישית והאחרונה היא ההסמכה המשתמעת, המשמשת קטגוריה שיורית. ככלל, הצעתי היא שבעניינים שאינם פוגעים בזכויות-יסוד ואינם מסדירים סוגיות בעלות השלכות כלכליות או ציבוריות משמעותיות ניתן להשלים עם השחיקה היחסית הקיימת כיום בעקרון חוקיות המנהל, ולאפשר שימוש בכלים דוגמת הסמכות השיורית של הממשלה ופרשנות תכליתית של ההסמכה בחוק להכשרת הפעולה המנהלית.¹⁹⁵ ניתן אומנם לראות בכך "הוראה בכישלון" בכל הנוגע בעמידה על חוקיות המנהל, אך כנגד זה ניתן להבין שהדבר נובע מתיפוסה ריאלי של המציאות,¹⁹⁶ המחייבת "בחירת קרבות" מושכלת, תוך התמקדות בפעולות הפוגעות בזכויות-יסוד או מגלמות הכרעות משמעותיות. עם זאת, מובן שגם בקטגוריה זו לא תיתכן פעולה שאין לה כל עוגן בסיסי בחוק.

בשולי הדברים אדגיש כי לפי המודל המוצע, ולהבדיל מאופן יישומו של עקרון ההסדרים הראשוניים כיום, על בית-המשפט להימנע מהתחשבות בפרמטרים כגון דחיפות ההסדרה ומורכבותה בקביעה הבסיסית של דרגת ההסמכה הדרושה לכל פעולה מנהלית. זאת, בשל החשש שבחינה מאוחרת של שני סוגי הפרמטרים תאפשר לעיתים קרובות ויתור על חוקיות המנהל בשם הגמישות הדרושה לרשות המבצעת.¹⁹⁷ אולם ניתן לקבוע חריג מצומצם, הכולל מצבים שבהם שילוב של דחיפות ייחודית ומורכבות המחייבת מומחיות יוצאת-דופן יאפשר הורדה של דרגת דרישת ההסמכה (במקום מפורטת רק מפורשת או במקום מפורשת רק משתמעת). מעבר לכך, יש להקפיד שבמקרים מסוג זה תיתפס ההסמכה בדרגה הנמוכה יותר כמספיקה רק באופן זמני, ובית-המשפט יוכל לקבוע, לפי רעיון הבטלות היחסית, פרק-זמן שבו יהא על המחוקק לעגן את ההסמכה הדרושה בחקיקה ראשית. באופן זה, כאשר החריג יוצג מראש כמצומצם וכזמני בלבד, ויגיע רק לאחר שבית-המשפט קבע את דרגת ההסמכה הראויה לאותה פעולה, יהיה אפשר לפקח ביתר קלות, בהשוואה למצב כיום, על המצבים שבהם שיקולי גמישות גוברים על חוקיות המנהל.

ראו תרשים שמסכם את כללי הקירוב המוצעים.

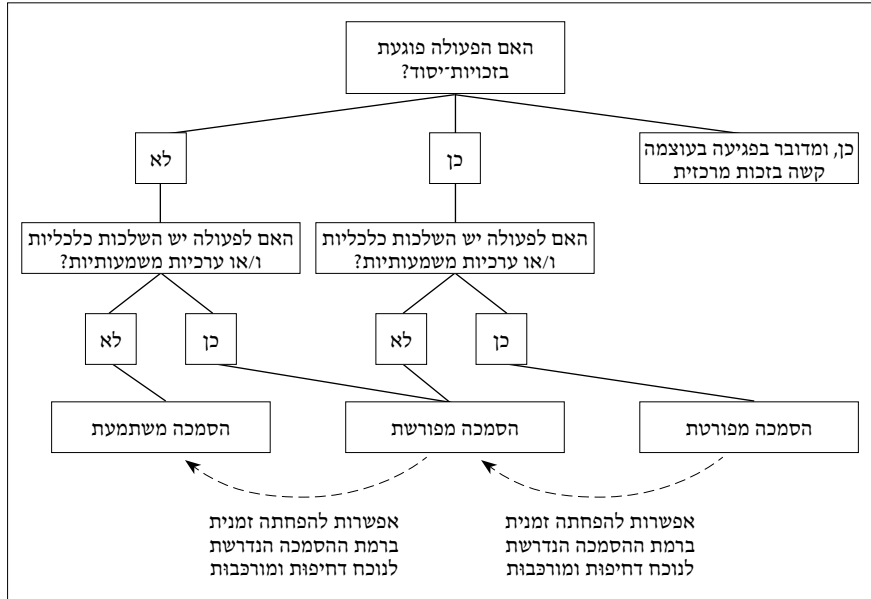
יש להדגיש כי רמות ההסמכה המתוארות בתרשים הן הרמות המינימליות הדרושות, ומובן שאין כל פסול בהחלטת המחוקק להגביר את מעורבותו אף מעבר לנדרש מנקודת-מבטה של הרשות המנהלית. בלאו הכי, מכיוון שעקרון חוקיות המנהל ועילת הסמכות הם חלק מהמשפט המנהלי, דרגות ההסמכה שהוצגו כאן אינן משיתות כל מגבלה על המחוקק. לעומת זאת, אם רשות מנהלית פועלת (בין במסגרת התקנת תקנות ובין במעשה פרטני) ללא הסמכה מספיקה, היא חורגת מסמכותה, והסעד המתבקש הוא בטלות של אותה פעולה.

194 מסקנה זו מנוגדת להכרעה בעניין משל"ט, לעיל ה"ש 132.

195 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 77: "אין הכרח... שהסמכות תיקבע בלשון מפורשת; די בכך שתיקבע בלשון משתמעת, בהתאם לכללים של פרשנות חוקים."

196 שם, בעמ' 76.

197 שם, בעמ' 217.



תרשים 1: כללי הקירוב המוצעים

2. יתרוונותיו היחסיים של המודל המוצע

כסופו של יום, המודל המוצע ברשימה זו נועד לשמש חלופה למסגרת הדוקטרינרית הקיימת. אין ספק שגם מודל זה אינו חף מפגמים, אך חשוב לבחון אותו על בסיס השוואה לדין הקיים ולהמחיש את היתרוונות היחסיים שלו. זאת, תוך התמקדות בשני סוגי הביקורות – הפנימית והחיצונית – על האופן שבו עקרון ההסדרים הראשוניים מיושם במשפט המנהלי הישראלי.

(א) מידת הגשמת תכליותיו של עקרון ההסדרים הראשוניים

כזכור, הביקורת הפנימית נבעה מתוך ההצדקות של עקרון ההסדרים הראשוניים, ולפיה המבחן הדו־שלבי – הביטוי הדוקטרינרי של העיקרון – מגשים באופן חלקי בלבד את התכליות העומדות בבסיס העיקרון, לרבות התכלית העיקרית והחשובה של חיזוק חוקיות המנהל. בהתאם, המודל החלופי גובש כך שייתן מענה הולם לספק שהועלה ביחס לאפקטיביות של עקרון ההסדרים הראשוניים בחיזוק חוקיות המנהל. כך, במקום שסוגיה מסוימת לא תעבור את שערי הכניסה של המבחן הדו־שלבי ותישלח אל עקרון חוקיות המנהל ה"רגיל", הצעתי כוללת שלוש רמות הסמכה תחת קורת־גג אחת, ומאפשרת בחינה מושכלת ומעמיקה של דרגת ההסמכה המתאימה לפעולה המנהלית שעל הפרק. נוסף על כך, כפי שכבר הבהרתי, הוצאת פרמטרים כגון דחיפות ההסדרה ומורכבותה משאלת ההסמכה הדרושה והפיכתם לחריג מצומצם וחיצוני נועדו למנוע דריסה של חוקיות המנהל במחשכים. לבסוף, הוספת דרגת ההסמכה המפורטת מפנימה את המסקנה כי אי־אפשר לקדם את שלטון החוק במובנו

הפורמלי ללא התחשבות במובנו התורתי, המצמיח במצבים מסוימים דרישה להגבלת שיקול-הדעת של הגורם המנהלי על-ידי קביעת עקרונות להפעלת הסמכות המנהלית. יתרה מזו, גם שתי התכליות האחרות של עקרון ההסדרים הראשוניים מקודמות בצורה טובה יותר תחת המסגרת הדוקטרינרית החלופית שהוצגה כאן. כך, ביחס לאידיאל של דמוקרטיה ייצוגית, ברי כי גם תחת המודל המוצע נבחרי הציבור אינם מכריעים בהכרח בעצמם מה יהיה תוכנה של כל הכרעה משמעותית, ולכן אידיאל זה אינו מוגשם במלואו. עם זאת, ההגדרה של פעולות מסוימות ככאלה שיחייבו הסמכה מפורטת, הכוללת אמות-מידה ותבחינים ברורים להפעלת שיקול-הדעת של הגורם המנהלי, מבטיחה שהמחוקק יהיה שותף עיקרי בעיצוב העניינים הגורליים ביותר במדינה, אף כאשר חלק מההסדרים האלה מעוצבים גם על-ידי הרשות המבצעת.

כמו-כן, המסגרת הדוקטרינרית החלופית מחזקת את האיזונים והבלמים המתחייבים לצורך שמירה על הפרדת רשויות. גם כאן, עיגונה של ההסמכה המפורטת ביחס לפעולות מסוימות מונע העברת שיקול-הדעת מוחלט לגופי המנהל, ומרסן במידת-מה את הזליגה המתמשכת של הרשות המבצעת לתחומיה של הרשות המחוקקת. לצד זאת, ההבניה של כללים מסודרים וברורים תחת עקרון חוקיות המנהל מסייעת לכית-המשפט להגשים את תפקידו כשומר-סף המפקח על התנהלותה של הרשות המבצעת ותוחם את היקף פעילותה.

(ב) שאלת העמידות

כפי שכבר ציינתי, מובן שגם הצעתי אינה חפה מביקורות אפשריות. הביקורת המרכזית טוען כי העמידות הקיימת בעקרון ההסדרים הראשוניים, שמובילה לאי-ודאות הפוגעת בדיאלוג בין רשויות השלטון, נשמרת גם תחת המודל המוצע. כך, כללי הקירוב אינם מנוסחים באופן חד-משמעי (פגיעה בזכויות-יסוד או פעולות בעלות השלכות כלכליות או ערכיות משמעותיות), וגם את רמות ההסמכה השונות (מפורטת, מפורשת או משתמעת) ניתן לפרש באופנים שונים.

התשובה לטענה זו היא שאכן אין ספק שגם המסגרת הדוקטרינרית המוצעת אינה מעלימה את אי-הוודאות, אך היא מאפשרת להפחיתה בכמה מישורים. ראשית, ביטול הסיווג הבינרי להסדר ראשוני או משני מסיר מימד אחד של אי-ודאות. במצב כיום הדוקטרינה לוקה בעמידות כפולה, אך בהצעה החדשה העמידות שאפינה את יסוד הסיווג נהפכת ללא-רלוונטית, והדיון מתנקז ליסוד ההסמכה בלבד. למעשה, במקום להתמקד גם בשאלה "מי מוסמך?" (כלומר, אם זו סוגיה מהסוג שהמחוקק צריך להסדיר) וגם בשאלה "איך מוסמך?" (קרי, מה רמת ההסמכה הנדרשת כדי שגוף מנהלי יסדיר את הסוגיה), ההצעה החדשה נבנית באופן בלעדי מבעד למשקפיה של השאלה השנייה, שהיא השאלה המרכזית בעידן שבו הדומיננטיות של הרשות המבצעת הינה בגדר עובדה מוגמרת.

שנית, איני מסתפק בצמצום העמידות הכפולה לעמידות יחידה, אלא מבקש גם להפחית ככל האפשר את העמידות בשאלת ההסמכה. אי-הוודאות בשאלת ההסמכה נובעת כיום מכך שגם אם הפעולה עצמה סווגה כמשמעותית (הסדר ראשוני), לא ברור מהי דרישת ההסמכה המינימלית לביצוע אותה פעולה על-ידי הרשות המנהלית. לעומת זאת, המודל המוצע מגדיר שלוש קטגוריות מגובשות יחסית של רמות הסמכה, ומחייב את בית-המשפט לבחור באחת

משלוש אפשרויות ביחס להסמכה הדרושה לפעולה מנהלית מסוימת. נוסף על כך, קיימים כללי קירוב מוגדרים שמסייעים לבית-המשפט בבחירת רמת ההסמכה המתאימה לכל פעולה מנהלית. אומנם גם כיום הוגדרו בפסיקה מבחנים לקביעת "רזולוציית ההסמכה" הנדרשת לקביעת הסדר ראשוני, אולם בניגוד למבחנים אלה, כללי הקירוב המוצעים מוגדרים בלשון אחידה (להבדיל מרשימות התבחינים, שמשתנות כתלות בשופט) ומנוסחים במכוון בנוסח ממוקד וברור ככל האפשר. כך, למשל, להבדיל מהדין כיום,¹⁹⁸ הצעתי להישען על חזקות כמותיות לבחינת ההשלכות הכלכליות של פעולות מנהליות; והצבתי רף גבוה לקביעה שמדובר בפעולה בעלת השלכות ערכיות משמעותיות, והוא שההסדר צפוי להשפיע באופן ניכר על ערכיה היסודיים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

לפיכך, אף שנותרת עמימות גם במודל המוצע, השילוב של ביטול ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני יחד עם הגדרת קטגוריות של הסמכה וכללי קירוב מוסכמים מהווה שיפור ניכר ביחס לדוקטרינה הקיימת, הנשענת בעיקרה על עיקרון מופשט שלפיו ראוי שהמחוקק הוא שיכריע בסוגיות הגורליות והחשובות. מדינה וויצמן מציינים בהקשר זה כי הדוקטרינה בדבר ההסדרים הראשוניים, כמו נורמות חוקתיות מוסדיות אחרות, מופעלת בפסיקה כסטנדרט עמום, וקיימים יתרונות חשובים במעבר לנורמות המנוסחות ככללים סגורים יותר.¹⁹⁹ זה בדיוק הכיוון שביקשתי להתוות במודל שפרשתי ברשימה זו – עיצוב דוקטרינה שמצד אחד תכבול את שיקול-דעתו של בית-המשפט, שיידרש להיצמד לכללים ברורים יותר, ומצד אחר תספק הנחיה ברורה יותר לרשויות השלטון האחרות בנוגע לדרישות מהן.²⁰⁰ שלוש הקטגוריות וכללי הקירוב מקילים את תכנון ההסמכה הדרושה מנקודת-מבט של המחוקק, ומקילים לאחראי-מכן גם את פרשנות ההסמכה על-ידי הגורם המנהלי. בכך מופחתת – גם אם לא ממוגרת – הפגיעה בדיאלוג בין הרשויות הגלומה במצב המשפטי הנוכחי.

(ג) ביקורות אפשריות נוספות

טענה אחרת שניתן להציג נגד המודל המוצע היא שהוא אינו מחדש מאוד ביחס לדין המצוי. אין לי אלא להסכים עם טענה זו, שכן מטרתי לא הייתה להטמיע כללים חדשים יש מאין, אלא לבסס את הצעתי על כללים קיימים במשפט המנהלי, תוך ניסיון לארגנם במסגרת אנליטית מגובשת יותר, באופן שיפרה את ההבנה של עקרון חוקיות המנהל. לכאורה היה אפשר אפילו לערוך תיקונים מינוריים בדוקטרינה הקיימת של הסדרים ראשוניים, תוך קביעת מבחנים ברורים יותר לצורך מתן מענה לשאלה מהו הסדר ראשוני. עם זאת, החידוש

198 דוגמה אחת היא בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 13.8.2017), שבו קבעה הנשיאה נאור, בפס' 31 לפסק-דינה, כי גובה ההוצאות הכלכליות הכרוכות בפעולה של הרשות המבצעת אינו מכריע את הכף בשאלה אם מדובר בהסדר ראשוני שמחייב התייחסות במסגרת חקיקה ראשית. בעניין זה נבחנה העברות תקציביות בהיקפים של מיליארדי שקלים על-ידי שר האוצר, ונטען כי הסמכות לערוך שינויים בתקציב השנתי אינה כוללת העברות בהיקפים כאלה.

199 מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 635 ו-657.

200 כבילת שיקול-דעתו של בית-המשפט והנחיית רשויות השלטון הן יתרונות חשובים של נורמות מסוג "כלל". שם, בעמ' 660.

העיקרי שהצעתי הוא הטמעת עקרון ההסדרים הראשוניים תחת כנפיו של עקרון חוקיות המנהל, על-מנת למנוע כפילות דוקטרינרית, להעצים שוב את מקומו של עקרון החוקיות במשפט המנהלי על-ידי פיתוח כללים תחתיו, ולהגשים את התכליות העומדות בבסיסו של עקרון ההסדרים הראשוניים מבלי לעבור דרך המעקש הגלום בשאלה אם מדובר בהסדר ראשוני או לא.

חידוש חשוב נוסף שהצגתי הוא זיקוק דרישת ההסמכה המפורטת והפרדתה מזו המפורשת. בכך טייתי מהמחלוקת ביחס לדרישת ההסמכה המספיקה לקביעת הסדרים ראשוניים על-ידי הרשות המבצעת. כאמור, במסגרת מחלוקת זו, שבאה לידי ביטוי בעניין אבו ערפה,²⁰¹ יש מי שקובע שכל הסמכה מפורשת צריכה להיות גם מפורטת, בעוד אחרים גורסים כי הסמכה מפורשת אינה משמיעה מתוכה כל דרישה להסמכה מפורטת. הצעתי, לעומת זאת, אינה בוחרת את אחד מהצדדים במחלוקת, אלא מאמצת במידה מסוימת את עמדת שני הצדדים. הצעה זו מגלמת הבנה שיש פעולות מנהליות שבהן ניתן להסתפק בהסמכה מפורשת בלבד, ויש כאלה שנרצה שגורם מנהלי לא יוכל להסדיר מבלי שהונחה והוכוון על-ידי הסמכה שהיא גם מפורטת וכוללת אמות-מידה ותבחינים להפעלת שיקול-דעתו.

ביקורת מכיוון אחר תציף את החשש מסרבול הבחינה של עילת הסמכות במשפט המנהלי, שכן כל עתירה פשוטה עלולה להתגלגל לבחינת דרגת ההסמכה הדרושה מבין שלוש הרמות השונות. ראשית, אציין כי אין כל פסול בהתעכבות על שאלת ההסמכה, שכן מדובר בשאלה הבסיסית ביותר במשפט המנהלי.²⁰² אולם ברי כי נסיונות של עותרים לטעון שמעשים מנהליים שוליים מחייבים הסמכה מפורשת או מפורטת יידחו ביתר קלות, ובחינתם תועבר ל"מסלול" שמסתפק בהסמכה משתמעת, הכולל בחינה לפי אמות-מידה מקילות יותר.

אסיים בהיבט שחסר בשלב זה במודל, והוא שאלת הדיפרנציאציה בין גופים שונים בשורות המנהל הציבורי. היבט זה חורג ממסגרת רשימה זו, ויש לפתחו בעתיד. בפרט, יש מקום לדיון עתידי בשני סוגי גופים – הממשלה והשלטון המקומי. הממשלה במובן הצר (ראש הממשלה והשרים) היא "מוקד הכוח במדינה".²⁰³ מכיוון שהכנסת אינה יכולה להסדיר את כל התחומים שהממשלה עוסקת בהם, סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה מעניק לממשלה סמכות שיורית לניהול ענייני המדינה.²⁰⁴ נשאלת השאלה: במציאות שבה עקרון ההסדרים הראשוניים אינו קיים כעילה עצמאית, כיצד יש להתייחס לאיסור שהוחל בשעתו על קביעת הסדרים ראשוניים מתוקף הסמכות השיורית של הממשלה.²⁰⁵ יש הטוענים אף כיום כי תפקידה הייחודי של הממשלה מחייב לאפשר לה לקבוע הסדרים ראשוניים מתוקף סמכותה השיורית, למעט במקרים קיצוניים.²⁰⁶ לפיכך ראוי לדון בשאלה אם יש מקום להגמשה מסוימת בשלוש רמות ההסמכה ככל שמדובר בממשלה. באופן דומה, העיריות והרשויות המקומיות מהוות חריג בנוף המנהל הציבורי, שכן הן נבחרות בבחירות דמוקרטיות על-ידי הקהילה

201 עניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 99.

202 ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 97.

203 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 414.

204 שם, בעמ' 418-420.

205 עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 82, פס' 36 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

206 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 426.

הפוליטית המקומית.²⁰⁷ לכן ניתן לטעון כי הסדרה של תחומים מרכזיים בד' אמותיה של הרשות המקומית אינה גורעת מחוקיות המנהל גם בהעדר בסיס מפורש בחוק.²⁰⁸ בהתאם, נדרש לבחון אם יש לערוך התאמות במודל בעבור השלטון המקומי.

3. חזרה למתווה הגז

לסיום, ברצוני לשוב אל המחלוקת שהתגלעה בין השופטים בעניין מתווה הגז.²⁰⁹ כזכור, המשנה לנשיאה רובינשטיין קבע כי נדרשת הסמכה מפורשת מטעם הכנסת גם להסדרת המתווה כמכלול על-ידי הממשלה. השופט סולברג, לעומתו, קבע כי ניתן להסתפק בהסמכות השונות לכל פרק במתווה. בראייתי, טענתו של רובינשטיין הינה טענה אפשרית במבנה הדוקטרינרי הנוכחי, המאפשר לסווג את המתווה כולו כהסדר ראשוני, באופן המחייב הסמכה מפורשת. לעומת זאת, לפי המודל שהוצג, מרגע ששאלת הסיווג יורדת מהפרק והבריקה כולה מתמקדת בהסמכה, קשה יותר לטעון טענה כזו. אם אין אפשרות ליצירת היצור המשפטי המלאכותי של הסדר ראשוני, המחייב הסמכה נפרדת, אזי כל עוד לכל פעולה מנהלית יש הסמכה בדרגה הנדרשת, אין כל פסול בהתנהלות הממשלה, כפי שקבע השופט סולברג. לדעתי, תוצאה זו גם ראויה מבחינה נורמטיבית. זאת, משום שהאפשרות שאגרגציה של פעולות מנהליות תצמיח דרישה להסמכה נפרדת יוצרת תמריצים להתנהלות בלתי-יעילה של הרשות המבצעת. הדבר עלול להוביל, בנסיבות שיאפשרו זאת, לפירוק של החלטה אחת להחלטות נקודתיות רבות שיתקבלו במועדים שונים, כדי להסוות את הקשר ביניהן ולמנוע היוקקות להסמכה נפרדת למכלול כולו. התנהלות כזאת תוביל לכבוז זמן ומשאבים חשובים. לכן נראה שיהיה נכון להתמקד בשאלה הקלסית, והיא אם לכל פעולה מנהלית קיימת הסמכה בחוק ברמה הדרושה לה.

עם זאת, הסדרה של תחום כה רחב על-ידי הממשלה מגבירה את הסיכוי שפעולות מסוימות באותו מכלול לא יעוגנו בהסמכה ברמה הנדרשת והדבר ייתפס כחריגה מסמכות. ייתכן שאותן פעולות יהיו ניתנות ל"הכשרה" מבחינת עילת הסמכות אם תהיה בנמצא הסמכה להסדרת המכלול כולו. למשל, את הספקות ביחס להימצאות הסמכה המפורשת בסוגיית ייצוא הגז²¹⁰ היה אפשר ליישב ביתר קלות אילו קבעה הכנסת בחוק הסמכה מפורשת לקביעת מתווה הגז על שלל חלקיו.

לגופו של עניין, וביחס למתווה הגז, נראה שאין ספק ביחס להשפעות המכריעות של כל פעולה במסגרת המתווה מבחינה כלכלית, שכן להסדרה של היבטים כגון פיקוח על מחירי

207 ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל" משפטים ל' 197, 211 (2004).

208 ספר קלינגהופר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 135. ראו גם יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א' 81, 103 (1992): "דבר אחד הוא להפקיד סמכות לקביעת הסדרים ראשוניים בידי רשות מקומית, כמו עירייה, שהיא גוף דמוקרטי הנושא באחריות ישירה בפני התושבים. דמוקרטיה, ולו גם דמוקרטיה בועיר אנפין, זכאית לסמכות גורפת לשרת את התושבים על-פי המדיניות שתקבע. דבר אחר הוא להפקיד סמכות כזאת בידי שר או רשות מינהלית אחרת".

209 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4.

210 בעניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, לא הסכים השופט ג'ובראן שקיימת הסמכה מספיקה להסדרת סוגיית הייצוא על-ידי הממשלה, כפי שסברה דעת הרוב.

הגז או פטור ממיסים יש השלכות אדירות על המשק והשפעות בהיקפים של מיליארדי שקלים על הכנסות המדינה והוצאותיה.²¹¹ יש אף מי שיטען כי להכרעות אלה גם משמעות ערכית חשובה, לנוכח השאלות החלוקתיות הנוגעות בהשתייכותם של הרווחים הגלומים באוצרות-טבע המצויים בתחומי המדינה לאזרחיה.²¹² לעומת זאת, שאלת הפגיעה של מתווה הגז בזכויות-יסוד שנויה יותר במחלוקת,²¹³ וגם אם קיים מימד כזה (למשל, פגיעה בחופש העיסוק או בשוויון לנוכח הפטור מדיני ההגבלים העסקיים), הוא בולט פחות. לפיכך נראה שניתן על פניו להסתפק בדרגת-הביניים, המחייבת הסמכה מפורשת להסדרת כל פעולה במתווה על-ידי הממשלה, ואין בהכרח חובה להימצאותה של הסמכה מפורשת בחוק שתקבע את "עקרונות הבסיס להתקשרות עם חברות המבקשות להפיק ולשווק גז טבעי במדינת ישראל" (אף שהדבר יהווה התפתחות חיובית ויחזק את חוקיות המנהל).²¹⁴ יתרה מזו, גם אם אכן מדובר במקרה שמשלב פגיעה בזכויות-יסוד והשפעות כלכליות משמעותיות, ונדרשת הסמכה מפורשת, נראה שמדובר באחד מאותם חריגים שבהם דחיפות ההסדרה ומורכבותה הרגולטורית מחייבות מעבר זמני מקטגוריית ההסמכה הנוקשה ביותר לדרגת-הביניים (הסמכה מפורשת).

אני סבור כי הסמכה מפורשת אידיאלית הייתה קובעת את סמכות הממשלה להסדיר את תחום הגז בענייני ייצוא, מיסוי, הגבלים עסקיים ופיקוח על מחירים, נוסף על קטגוריה שירית של עניינים נוספים הקשורים באופן הדוק להסדרת התחום. חקיקה בהיקף כזה מאזנת בין הדרישה להסמכה מפורשת, הנובעת מהמשמעויות הכלכליות והציבוריות של הסוגיה, לבין הצורך להימנע מתהליך חקיקתי מסורבל לגיבוש הסמכה מפורשת, על רקע הצורך בהסדרה מהירה ומקצועית של התחום. נוסף על כך, חקיקה כזו, בניגוד לאישור של החלטת הממשלה הקונקרטית ככנסת (כפי שנעשה ביחס למתווה הגז), אינה חד-פעמית ואינה תלויה בתוכן ההסדרים הספציפי, ולכן היא מעניקה סמכות מפורשת לממשלה לשנות את פרטי ההסדר במעלה הדרך ללא צורך בהידרשות לפעולה נוספת של המחוקק.

סיכום

ברשימה זו הדגשתי את הצורך במעבר משימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים כעילת ביקורת עצמאית במשפט המנהלי להטמעתו במסגרת הדוקטרינרית של עקרון חוקיות המנהל. בסופו של יום, אחרי עשרים שנה שבהן נהפך עקרון ההסדרים הראשוניים לחלק משיטתנו המשפטית והשאיר בעיקר סימני שאלה רבים, ניכר כי יש מקום לבחון את המשך השימוש בו במתכונתו הנוכחית ככלי להגשמת המטרה החשובה של "צמצום היקפה של הפגיעה בערכים דמוקרטיים... במציאות המנהלית המודרנית".²¹⁵

211 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' קלו לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

212 שם, פס' קלה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ופס' 15 לפסק-דינו של השופט פוגלמן;

עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 14, פס' 83 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

213 ראו, לדוגמה, עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 4, פס' 61 לפסק-דינו של השופט סולברג.

214 שם, פס' קמט לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

215 ברק-ארז אורח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 46.

ניתן אומנם להמשיך להתעקש על שימור עקרון ההסדרים הראשוניים במתכונתו הנוכחית תוך התאמות נקודתיות, אולם כפי שניסיתי להמחיש, לאחר שני עשורים בשלה העת לבחון דרכים יצירתיות אחרות לקידום התכליות שהעיקרון נועד לקדם, כפי שהוגדרו בעניין רובינשטיין. ההתמקדות בפיתוחו של עקרון חוקיות המנהל, תוך הגדרת רמות שונות של הסמכה וגיבוש כללי קירוב שיתאימו בין פעולות מנהליות לבין ההסמכה המינימלית הדרושה לביצוען, מהווה הצעה אחת בכיוון זה. הצעה זו מפחיתה את העמימות הבלתי־נמנעת של עקרון ההסדרים הראשוניים – שפוגעת בדיאלוג בין הרשויות – ובה־בעת מסייעת בחיזוק חוקיות המנהל ובקידום תכליות נוספות, כגון הפרדת רשויות והרעיון של דמוקרטיה ייצוגית.