

התיאוריה הפלורליסטית של המשפט המינהלי

מאת

עמרי בן-צבי* ואפי צמח**

המאמר הוא חלק שני בפרויקט מחקרי שמטרתו לבחון את מבנה העומק הרעיוני של המשפט המינהלי הישראלי. בחלקו הראשון של הפרויקט הוסבר שהתיאוריה הפרשנית השלטת של המשפט המינהלי הישראלי, תיאוריית הנאמנות, איננה משכנעת כפי שנדמה במבט ראשון. המאמר הנוכחי ממשיך מנקודת מוצא זו ומפתח תיאוריה פרשנית חדשה של המשפט המינהלי הישראלי, המכונה התיאוריה הפלורליסטית. מטרתה של התיאוריה הפלורליסטית היא להסביר, לתאר ולהצדיק נורמטיבית את כללי המשפט המינהלי הישראלי. במסגרת זו המאמר טוען כי את המשפט המינהלי בישראל יש להבין כפרויקט מוסרי שמטרתו לוודא שבפעילותה של המדינה המינהלית מתקיימת רמה מינימלית מספקת של שלוש קבוצות של ערכים: לגיטימציה דמוקרטית, רציונליות וכיבוד של מגבלות-צד דאונטולוגיות. המאמר מפתח את התיאוריה הפלורליסטית המושתתת על שלושה ערכים אלה ומראה שבכוחם להסביר ולהצדיק את כללי המשפט המינהלי הישראלי. כמו כן, המאמר מדיגם כיצד משתלבים בתיאוריה שיקולים מסוימים מסדר שני, כגון יעילות המינהל, ומסביר מה הם היתרונות של התיאוריה הפלורליסטית המוצעת בהשוואה לתיאוריות אחרות.

מבוא. א. תקציר הפרקים הקודמים. ב. הבחנות מתודולוגיות ומסגרת הדין. ג. התיאוריה הפלורליסטית של המשפט המנהלי. 1. תיאוריות פלורליסטיות ומוניסטיות. 2. עקרון ראשון: לגיטימציה דמוקרטית. 3. עקרון שני: רציונליות. 4. עקרון שלישי: מגבלות דאונטולוגיות. 5. קשרי הגומלין בין הערכים השונים. 6. שיקולים מסדר שני. ד. יתרונותיה של התיאוריה הפלורליסטית.

מבוא

מאמר זה הוא חלק שני בפרויקט מחקרי שמטרתו לבחון את מבנה העומק הרעיוני של המשפט המינהלי הישראלי. החלק הראשון של הפרויקט, שפורסם על ידי אחד מאיתנו בשנת 2022,¹ ביקר את התפיסה השלטת כיום של המשפט המינהלי הישראלי, המכונה "תיאוריית הנאמנות". תיאוריית הנאמנות מורכבת משלוש טענות-משנה: רשויות השלטון הן במעמד של מעין-נאמן כלפי הציבור; ממעמד זה נגזרת חובת הגינות של השלטון; ולבסוף, חובת ההגינות היא התשתית הרעיונית לדוקטרינות רבות במשפט המינהלי. בחלקו הראשון של המחקר הוסבר כי למרות שתיאוריית הנאמנות היא תיאוריה רווחת למדי, היא פחות משכנעת ממה שנדמה במבט ראשון. לפי הטענה, תיאוריה זו סובלת ממספר

* דוקטור למשפטים. מורה מן החוץ בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
** דוקטור למשפטים. מרצה בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה, ועמית הוראה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר משקף את עמדת הכותבים בלבד.
¹ ראו: עמרי בן-צבי, "על מגבלותיה של תיאוריית הנאמנות במשפט המנהלי", **דין ודברים** טז (2022) (להלן: בן צבי, "מגבלותיה של תיאוריית הנאמנות").

גדול של קשיים ופירוכות, וכתוצאה מכך היא נכשלת במבחן מרכזי של תיאוריות פרשניות של תחומי משפט: היא איננה מציעה תיאור והסבר בעלי כוח שכנוע של הדין הישראלי והיא איננה מספקת אמת מידה נורמטיבית להערכתו ולביסוס הנחיות ליישומו ולפיתוחו.

המאמר הנוכחי ממשיך מנקודת מוצא זו ומבקש לפתח על גביה תיאוריה של המשפט המינהלי בישראל. המאמר מפתח תיאוריה פלורליסטית חדשה שבכוחה להסביר ולהצדיק את המשפט המנהלי הישראלי. בשונה מתיאוריות מוניסטיות – שמבקשות להסביר ולהצדיק ענף דין מסוים על בסיס עקרון אחד – תיאוריות פלורליסטיות נעוצות ברעיון בסיסי שלפיו אין ערך או עקרון יחיד המסוגל לספק הסבר או הצדקה מלאים לדין. תיאוריות כאלה דוגלות, על כן, בכך שערכים או עקרונות מגוונים חוברים יחד כדי להסביר ולהצדיק את הדין. בהקשר הנוכחי, המאמר מצביע על כך שכללי ועקרונות המשפט המינהלי הישראלי ניתנים להבנה כניסיון להתמודד עם הכוח הרב שמפעילה המדינה המינהלית על שלל זרועותיה על יחידים, קבוצות ותאגידים במדינה. כידוע, המדינה המינהלית משפיעה השפעה ניכרת על כלל הגורמים המצויים בשטחה (ואף לעתים על אלה שמחוץ לשטחה): היא עשויה להתערב התערבות ישירה בחייהם של פרטים על ידי החלטות שמגשימות אינטרסים מדינתיים מגוונים, לעתים אגב פגיעה בזכויות יסוד; לקבל החלטות אשר מקנות להם - או שוללות מהם - זכויות חוקיות; להשפיע על מתן שירותים והתנהלות השווקים במדינה באמצעות רגולציה; לארגן את המגזר הציבורי ולהעביר כוח בין אורגנים מינהליים; ולקבל החלטות הרות-גורל שמשפיעות על הציבוריות הישראלית באופן רחב היקף, כגון החלטות בתחום ההגירה והאוכלוסין, לחימה, מתווה הגז, הקמת יישובים ועוד.² כוחה של המדינה המינהלית, שהוא לרוב כוח א-סימטרי ביחס לגופים הכפופים להחלטותיה, מעורר לפיכך מתח נורמטיבי בין שיקולים נוגדים: מחד גיסא, הצורך לוודא שבידי הגורם המדינתי הרלבנטי נמצא הכוח המתאים לביצוע משימותיו והגשמת מדיניותו, ומאידך גיסא, הצורך לרסן ולאסדר את השימוש בכוח המדינתי הא-סימטרי.³

לרקע נקודת מוצא זו, ליבת הטיעון של המאמר היא כי את המשפט המינהלי בישראל ראוי להבין כפרויקט מוסרי שמטרתו לוודא שבפעילותה הענפה של המדינה המינהלית מתקיימת רמה מינימלית מספקת (baseline) של **שלוש** קבוצות של ערכים:

- (1) כוח מדינתי יופעל רק כאשר יש לו הצדקה דמוקרטית מספקת;
- (2) הפעלת הכוח תהיה בהתאם לאמות-מידה מינימליות של רציונליות;
- (3) הכוח יופעל תוך עמידה מספקת במגבלות-צד דאונטולוגיות (deontological constraints).

² ראו באופן כללי: יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** כרך א' 33-35 (מהדורה שניה, 2010) דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** כרך א' 21-22 (2010); כן ראו בחלק ג' שלהלן.

³ זהו חשש ישן בפילוסופיה פוליטית. במילותיו של ג'יימס מדיסון במסמכי "הפדרליסט": "In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself" (ראו: THE FEDERALIST PAPERS NO. 51). לדיון כללי בנושא זה ראו: MARTIN LOUGHLIN, THE IDEA OF PUBLIC LAW 92-93 (2003). לדיון בדינמיקה הזו בהקשר האמריקאי ראו: CASS R. SUNSTEIN & ADRIAN VERMEULE, LAW & LEVIATHAN: REDEEMING THE ADMINISTRATIVE STATE (2020).

המאמר מציע אפוא תפיסה תיאורטית פלורליסטית לפיה כללי המשפט המינהלי יכולים להיות מוסברים ומוצדקים באמצעות הרצון לשמור על שלוש קבוצות של ערכים נורמטיביים, שמקיימים ביניהם מערכת יחסים מורכבת. בהקשר זה ראוי להדגיש כי התיאוריה הפלורליסטית מתמקדת בהסבר והצדקה של כללי המשפט המינהלי עצמם בלבד. התיאוריה איננה משיבה לשאלה אילו פעולות שלא נפל בהן פגם משפטי הן ראויות מבחינה מוסרית או אידאולוגית. זאת, מאחר שכללי המשפט המינהלי מוגבלים ל"מותר" וה"אסור" המשפטי ואין מטרתם לספק הכוונה נורמטיבית בבחירה בין מגוון אפשרויות מותרות.

לאחר שהמאמר יצביע על שלושת הערכים שבבסיס התיאוריה המוצעת, הוא ירחיב אודות המבנה הנורמטיבי הפנימי של המשפט המינהלי הישראלי, כפי שהוא התגבש כפועל יוצא ממערכת היחסים בין הערכים הללו. אתגר זה - הנוגע בהצבעה על האינטראקציה הקיימת בין ערכים שונים - רלבנטי לביאורן של תפיסות פלורליסטיות, בעוד שתפיסות מוניסטיות פטרות ממנו: ככל שהמשפט המינהלי מתואר כנובע מסט של מספר ערכים, שאינם הולמים אחד את השני באופן מלא, מתעורר גם הצורך להתמודד עם שאלות בדבר מערכת היחסים הנורמטיבית ביניהם. לדוגמה: האם אחד מן הערכים חשוב ומרכזי יותר מן האחרים? האם ניתן לבצע "קיוו" (tradeoff) בין הערכים במצב שבו פעולה מינהלית איננה נעשית בהתאם לערך אחד (למשל, שלטון החוק) אך בעת ובעונה אחת מגשימה בדרגה גבוהה ערכים אחרים (למשל, רציונאליות ומגבלות-צד דאונטולוגיות)? האם הערכים השונים הולמים את השלבים השונים של הניתוח המשפטי המקובל, אשר מופרד לעילות התערבות נבדלות מתחום הסמכות, ההליך ושיקול הדעת? המאמר ישיב על שאלות אלו באמצעות ביאור המבנה הנורמטיבי של המשפט המינהלי הישראלי.

לבסוף, המאמר יראה כי לתפיסה הפלורליסטית של המשפט המינהלי יתרונות תיאורטיים ומעשיים רבים. בין היתר: תפיסה זו נמנעת מהכשלים והפירוכות של תיאוריית הנאמנות; היא מאפשרת "להניח על השולחן" את הבסיס הנורמטיבי של המשפט המינהלי ולנהל לגביו דיונים ומחלוקות מפורשים יותר, שאינם מוסווים בטיעונים פורמליסטיים; והיא מציעה נקודת מבט נורמטיבית שמאפשרת ביקורת והערכה של פעולות מינהליות ושל פסקי דין. מאמר זה פותח, בפרק א, בסקירה תמציתית של הרקע לדיון בתיאוריה המוצעת במאמר. לאחר מכן המאמר דן בקצרה בקשייה של תיאוריית הנאמנות כפי שאלה הוצגו בהרחבה בחלקו הראשון של המחקר. פרק ב יעסוק בתיחום מסגרת הדיון ובמספר הבחנות בסיס בכל הנוגע למסגרת המושגית שבתוכה פועל המאמר. פרק ג יכלול פירוט אודות התיאוריה הפלורליסטית המוצעת במאמר. אגב כך הוא דן בהבחנה שבין תיאוריה מוניסטית לתיאוריה פלורליסטית, בערכים השונים שעליהם מושתתת התיאוריה, ביחסי הגומלין ביניהם ובסוגיות נלוות, דוגמת שיקולים מסדר שני. לבסוף, פרק ד יוקדש, בדרך של סיכום, לדיון ביתרונותיה של התיאוריה הפלורליסטית של המשפט המינהלי הישראלי, הן בהשוואה לתיאוריית הנאמנות הן במנותק ממנה.

א. תקציר הפרקים הקודמים

תיאוריית הנאמנות נחשבת דומיננטית במשפט המנהלי הישראלי זה שנים רבות, ואף לתפיסה שנכונותה גלויה על פניה (truism), כלומר רעיון ש"מקובל היום על הכל".⁴ כפי שנוזכר, חלקו הראשון של מחקר זה ביקש לערער לראשונה על התובנה הרווחת בתחום זה, להתעמת תיאורית עם תיאוריית הנאמנות ולהצביע על כך שאין בכוחה לספק הסבר והצדקה למשפט המנהלי הישראלי.

בתמצית, חלקו הראשון של המחקר הצביע על כשליה של תיאוריית הנאמנות, הן במישור התיאורי הן במישור המושגי. קשיים אלה נעוצים בתפיסת הנאמנות עצמה; ברעיון ההגינות שלכאורה נובע ממנה, ובזיקה הקיימת בין נאמנות והגינות לבין דוקטרינות של המשפט המנהלי.

לעניין תפיסת הנאמנות עצמה, נדמה כי ניתן להטיל ספק ברעיון שלפיו רשויות השלטון מצויות בזיקה של נאמנות לכלל הציבור. רעיון זה הוא עמום למדי ובחינתו לעומק חושפת מספר כשלים. למעשה, תפיסה זו סוטה מאותם העקרונות שמהם היא שואבת השראה מלכתחילה, הלא הם עקרונות האמונאות במשפט הפרטי. כך, למשל, תפיסה זו מושתתת על א-סימטריה ביחסי הכוח בין המדינה לבין הפרט, בעוד שתפיסות רווחות בתחום יחסי אמונאות גורסות כי א-סימטריה כזו איננה תנאי הכרחי או מספיק ליצירת יחסי אמונאות במשפט הפרטי; היא איננה מסוגלת להסביר מאפיין בסיסי של המשפט המנהלי הישראלי, והוא תחולתו של המשפט המנהלי על זרים (ובאופן ספציפי: מאחר שזרים מעולם לא העבירו כוח לרשויות השלטון, לא ברור הבסיס ליצירת חובת אמון כלפיהם). נוסף על כך, תפיסה זו מניחה קיומו של מעבר ישיר של כוח בין הציבור לבין רשויות מנהליות, אף שאין לכך בסיס נורמטיבי או אמפירי (שהרי הציבור העביר את כוחו לנבחרי הציבור ולא ישירות לרשויות המנהליות). ולבסוף, תפיסה זו מעמעמת את הבעיה הנוצרת עקב פוטנציאל ניצול הכוח של רשויות מנהליות באמצעות ההנחה הגלומה בה, שלפיה כל רשות מנהלית כלל איננה מצויה בריביות עם הפרט אלא ביחס חיובי ומיטיב של נאמנות.⁵

שנית, כאמור, ניתן לפקפק בקשר הישיר בין תפיסת הנאמנות לבין רעיון ההגינות, ובאופן ספציפי בהנחה שלפיה יחסי הנאמנות מצמיחים חובת הגינות כללית במשפט המנהלי. בהקשר זה אין להתעלם מן העובדה שיחסי אמונאות במשפט הפרטי אינם מצמיחים חובה דומה, והניסיון לבסס באורח עצמאי קשר מושגי בין הנאמנות לבין חובת ההגינות איננו עומד במבחן הביקורת. בנוסף, מן ההיבט התיאורטי, מושג ההגינות עצמו – הן בכתיבה הפילוסופית המתייחסת אליו הן בהתייחסות המשפטית אליו – איננו נובע מן הנאמנות.⁶ שלישית, מן ההיבט המושגי, רעיון ההגינות, כפי שהוא פותח בפסיקת בית המשפט העליון, הוא רחב יתר על המידה, ועל כן אין בכוחו לתאר ולהסביר באופן מדויק את המשפט המנהלי בישראל. לאמתו של דבר, רוחב היקפו של המושג מאפשר לבסס עליו כמעט כל

⁴ ראו: בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משר האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 314, 345 (1998); לתיאור המידה שבה התיאוריה מקובלת בפסיקה ובספרות ראו: בן צבי, "מגבלותיה של תיאוריית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בעמודים 19-20.

⁵ לתיאור מפורט של בעיות אלו ראו: בן צבי, "מגבלותיה של תיאוריית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בעמודים 22-30.

⁶ ראו: שם, בעמודים 30 – 35.

נורמה משפטית, לרבות נורמות שאינן חלק מהמשפט הציבורי הישראלי.⁷ חשוב להדגיש שביקורת זו איננה נורמטיבית, אלא מושגית. הטענה איננה שההגנות היא אידיאל בלתי ראוי מבחינה מוסרית, אלא כי, מבחינה מושגית, רעיון ההגנות הוא ככל הנראה מושג ריק שאין לו תוכן כשלעצמו, ועל כן ספק אם בכוחו לספק הסבר מניח את הדעת לדוקטרינות של המשפט המנהלי.

נוסף על האמור, ספק אם תיאוריית הנאמנות מספקת הנחיה להמשך פיתוחו ועיצובו של הדין. כפי שהוסבר בחלקו הראשון של המחקר, בפועל לא נעשה שימוש בתיאוריה זו בשנים האחרונות כדי להצמיד את המשפט המנהלי הלאה ולהתאים אותו להתפתחויות החברתיות והטכנולוגיות היוצרות אתגרים חדשים עבור המשפט המנהלי.

ולבסוף, מבט השוואתי מצביע על כך שתיאוריית הנאמנות שנויה במחלוקת מחוץ לישראל וקשה למצוא שיטת משפט שמקבלת אותה כפשוטה. יתר על כן: נדמה כי מחוץ לישראל קיים עימות בין תיאוריה זו לבין תיאוריות רבות אחרות אשר לא נדונות בספרות ובפסיקה בישראל כלל.⁸

בחלקו הראשון של המחקר, שעיקריו הובאו כאן בתמצית, נאמר כי אין בו יומרה לבסס באופן פוזיטיבי תיאוריה חלופית של המשפט המנהלי. מנקודה זו ממשיך המאמר הנוכחי.

ב. הבחנות מתודולוגיות ומסגרת הדין

חלק זה ידון בשלוש סוגיות מתודולוגיות עקרוניות הראויות להבהרה בכל הנוגע לאופייה ולגבולותיה של תיאוריה פרשנית של הדין; למושא הדין; למושא הדין של התיאוריה ולהיקפו של החיבור.

בחלקו הראשון של המחקר דן אחד מאיתנו בהרחבה בנושא זה.⁹

ראשית, יש להזכיר בקצרה מהן מטרותיה של תיאוריה פרשנית של תחום דין (domain) מסוים, ובפרט מה היא איננה אמורה לעשות. תיאוריה פרשנית מציעה הסבר והצדקה לתחום הדין שבו היא עוסקת באמצעות עקרונות נורמטיביים שונים. ניתן לתאר את מטרתה של תיאוריה כזו ככפולה: בהיבט התיאורי, היא מציעה תיאור והסבר לדין, כלומר לכללים, לדוקטרינות ולעקרונות המרכזיים של הדין. בהיבט הנורמטיבי, היא מציעה הצדקה לדין ובכך גם מספקת לתחום המשפטי הנדון "כוכב צפון" נורמטיבי, חוץ-משפטי, שמאפשר לפתח את הכללים המשפטיים עצמם בהתאם לעקרונות נורמטיביים ברורים. תיאוריה פרשנית בכללותה היא לפיכך ניסיון להציע פרשנות של הדין שתהלוך את כלליו ותשלבם יחד לכדי יחידה נורמטיבית הרמונית ושיטתית.¹⁰

חשוב לציין שקשה להגשים את שתי המטרות הללו – המטרה התיאורית והמטרה הנורמטיבית – באופן מלא, ויש מתח מסוים ביניהן. המרכיב התיאורי של התיאוריה הפרשנית, המתבטא בניסיון לתאר ולהסביר את הדוקטרינה בתחום הדין הרלבנטי באמצעות

7 ראו: שם, בעמודים 35 – 40.

8 ראו, שם בעמודים 40 – 47.

9 ראו: בן צבי, לעיל ה"ש 1, בעמודים 19–21.

10 ראו: שם, שם. לפירוט נוסף ראו: Efi Zemach & Omri Ben-Zvi, *Contract Theory and the Limits of Reason*, 52 TULSA L. REV. 167, 174 (2017) (להלן: Zemach & Ben-Zvi); אפי צמח ועמרי בן צבי, "פרשנות חוזים: תיאוריה ופרקטיקה", *משפטים* נא 121, 122 (2021).

עקרונות נורמטיביים, הוא עצמו מעוצב בידי אידיאל נורמטיבי כמושג מארגן. ככזה, האלמנט התיאורי שבתיאוריה פרשנית מתאפיין למעשה בדרגה גבוהה יחסית של הפשטה, וזאת מתוך שאיפה להשיג קוהרנטיות ודרגת התאמה משכנעת דיה בין הנורמטיבי לבין הנוהג. לכן אין לצפות להלימה "מושלמת" בין ההצדקה הנורמטיבית לבין הדוקטרינה הקיימת. מטעם זה, התיאוריה גם תעורר, באופן כמעט בלתי נמנע, גם הצעות לשינוי הדין במידה כזו או אחרת. לכן, בעוד שעל התיאוריה לשאוף למידה גדולה ככל הניתן של התאמה לדין (fit) בהיבט התיאורי ולחשיפת העקרונות הנורמטיביים שלאורך מתנהל התחום ברמה הנורמטיבית, ברור כי תמיד תישאר מידה כזו או אחרת של אי-התאמה תיאורית או נורמטיבית בין התחום המשפטי לבין התיאוריה. את התיאוריה יש לשפוט על פי המידה שבה היא מגשימה את מטרותיה, אך לעולם מדובר בעניין של דרגה ואין לצפות להצלחה תיאורית "מושלמת" בחפיפה בין תיאוריה פרשנית לבין תחום הדין שבמרכזה.

עוד ראוי להבהיר שהמרכיב הנורמטיבי של התיאוריה הפרשנית, המתבטא בחשיפת סט ערכים נורמטיבי שלאורו מתנהל תחום משפטי מסוים, איננו מרכיב נורמטיבי "טהור", וזאת לפחות בשני מובנים: ראשית, הוא איננו עוסק בהכרח בביסוסו ובהצדקתו של אידיאל נורמטיבי מופשט, חיצוני למשפט, אלא הוא מסביר ענף דין מסוים בהקשר של אידיאל נורמטיבי שהוא כבר מצוי ומשתקף בתוך גוף הדוקטרינה הנבחרת. במלים אחרות, אין מדובר בפרספקטיבה שהיא לכאורה חיצונית למשפט (כפי שהדבר לעתים בתיאוריות נורמטיביות טהורות),¹¹ אלא בפרספקטיבה נורמטיבית הבאה מתוך מה שקורה במשפט עצמו. נוסף על כך, המרכיב הנורמטיבי של התיאוריה הפרשנית איננו מתיימר להיות בהכרח טיעון נורמטיבי מקיף בזכות ערכים נורמטיביים מסוימים בהשוואה לחלופות מוסריות אחרות. משמעות הדברים היא כי המרכיב הנורמטיבי שבתיאוריה עשוי להניח שערכים מסוימים (כגון הימנעות מפגיעה מיותרת בבני אדם) הם ראויים מבחינה מוסרית (והוא אף עשוי לדרון במסקנות העשויות לנבוע מהכרה בערכים כאלה)¹² אך הוא איננו מספק בעצמו ניתוח עומק מתחום הפילוסופיה של המוסר שמראה כי אלו אכן הערכים החשובים ביותר או הראויים ביותר להגנה (והיא איננה מתיימרת לטעון שזהו המצב).

לאור שני מובנים אלה, לרכיב הנורמטיבי של התיאוריה הפרשנית יש על כן היבט ספציפי ומוגבל: התיאוריה היא תיאוריה של תחום משפטי מסוים של שיטת משפט מסוימת בתקופה מסוימת, והיא מראה של התיאוריה הפרשנית עשויה להתמצות בתיאור של אותו תחום דין כמתנהל על פי עקרונות נורמטיביים ראויים מבלי לטעון כי אלו בהכרח העקרונות הנורמטיביים הנכונים או האופטימליים (אדרבא, דווקא הניסיון לחשוף את סט הערכים שלאורו מתנהל תחום דין מסוים פותח מרחב שיח שיכול להיות גם ביקורתי כלפי ההצדקה הנורמטיבית של הכללים והדוקטרינות המדוברות).

בצד האמור, עצם השאיפה להצביע על עקרונות נורמטיביים שעומדים בבסיס הדין מלמדת על ציפייה מסוימת מהתיאוריה הפרשנית, והיא כי התיאוריה תציג את הכללים

¹¹ להבחנה בין תיאוריות נורמטיביות לבין תיאוריות תיאוריות או פרשניות ראו צמח ובן-צבי, שם.
¹² להבחנה הנדרשת בין ניתוח נורמטיבי "מקיף" שנועד להגן על ערך מסוים ולהצדיק אותו לבין ניתוח נורמטיבי מוגבל המושתת על הנחה מקדמית בדבר חשיבות הערך הנורמטיבי, ראו למשל, Richard Craswell, "In that Case, What is the Question? Economics and the Demands of Contract Theory" 112 Yale L. J. 903, 906 – 907 (2003) (בהקשר הניתוח הכלכלי של דיני חושים).

המשפטיים של התחום באופן שהולם תפיסות מוסריות ראויות. על כן, גם אם התיאוריה הפרשנית איננה מבססת הצדקה פילוסופית מסדר ראשון של עקרונות אלה, עליהם להיות סבירים (Plausible) בפני עצמם כדי שהתיאוריה תיחשב לתיאוריה פרשנית מוצלחת.¹³ בהתאם לכך, גם התיאוריה הפלורליסטית של המשפט המינהלי תסתפק בטענה כי שלושת הערכים המוסריים שעליהם היא מתבססת (לגיטימציה דמוקרטית, רציונליות ומגבלות דאונטולוגיות) – הם עקרונות נורמטיביים מוכרים, סבירים ומשכנעים כשהם לעצמם, ועל כן הם מהווים עקרונות נורמטיביים מספקים לתיאור ולהצדקת המשפט המנהלי בישראל.

שנית, חשוב לחדד את מושא הדיון המדויק של התיאוריה הפלורליסטית המוצעת בפרק הבא. המאמר מתמקד באופן ישיר בכללי המשפט המינהלי הישראלי עצמם, כלומר החובות והזכויות שהמשפט המינהלי מקנה לגורמים שונים, כגון רשויות מינהליות, פרטים שמבקשים בקשות מהמינהל הציבורי וכיוצא באלה. לדוגמה: חובת השימוע, החובה להתבסס על תשתית עובדתית ראויה, עקרון חוקיות המינהל, החובה לא להסתמך על שיקולים זרים וכו'. התיאוריה מבקשת לבחון את הכללים המשפטיים האלה, ולשאל לגביהם שורה של שאלות פרשניות: מה הופך כללים אלה לכללים של אותו תחום משפטי; מדוע אלה הם הכללים (ולא אחרים); מה עשוי להצדיק מבחינה נורמטיבית את הכללים הללו, וכיוצא בזה.

דיון זה מניח אפוא כנקודת מוצא מתודולוגית את "נקודת המבט הפנימית", הלא היא נקודת המבט של מי שפועל במסגרת המשפט המינהלי – רשויות המינהל, שרים והממשלה, פרטים ותאגידים שמבקשים מרשויות להפעיל את סמכותם ועוד. מנקודת מבט זו, החיבור בוחן את שאלת ההסבר וההצדקה של הכללים המשפטיים שנתפסים כמחייבים על ידי הקהילה המשפטית שפועלת בגדרי תחום הדין הנדון.¹⁴ מתודולוגיה זו, העוסקת כאמור בנקודת המבט הפנימית, ניתנת להנגדה עם תיאוריות אשר בוחנות את המשפט המינהלי מנקודות מבט אחרות. דוגמה אחת לכך היא נקודת המבט המאפיינת את חיבורו של יואב דותן, "ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי",¹⁵ אשר בוחן את ההצדקה להתערבותה של הרשות השופטת בהחלטה של הרשות המבצעת, בשל הפרת חובה מן המשפט המינהלי. חיבורו של דותן נוקט אפוא נקודת מבט שונה, משום שהוא עוסק בעיקרו בהצדקת הביקורת שיפוטית על הפרת חובה מינהלית ולא בהצדקה של החובה המינהלית עצמה. להבחנה זו, בין החובה המינהלית לבין עילת ההתערבות השיפוטית בגין הפרתה, חשיבות רבה, כפי שהרגיש בית המשפט העליון בפרשת ביטול עילת הסבירות.¹⁶ ואכן, התמקדות התיאוריה

¹³ דרך אחרת להסביר זאת הוא שחזוק ההצדקה המוסרית של העקרונות הנורמטיביים הוא פרמטר לבחינת חוזקה של התיאוריה הפרשנית. ראו: W. Bradley Wendel, *Explanation in Legal Scholarship: The Inference Structure of Doctrinal Legal Analysis*, 96 CORNELL L. REV. 1035, 1074 (2011); Farrah Ahmed, *The Delegation Theory of Judicial Review*, 84 MODERN LAW REVIEW 773, 775 (2021).

¹⁴ נדגיש כי בהתאם לאמור במבוא, התיאוריה איננה מתיימרת לספק הנחיה נורמטיבית חובקת-כל לאיש המינהל מ"נקודת המבט הפנימית", אלא היא מתמקדת כאמור בכללים המשפטיים שמרכיבים את המשפט המינהלי. על כן, ייתכן שיישארו שאלות "מנקודת המבט הפנימית" שעליהן התיאוריה לא שואפת לענות (לדוגמה: האם אקט מסוים, אף שהוא מותר מבחינת המשפט המינהלי, הוא ראוי מוסרית).

¹⁵ יואב דותן, *ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי* (2022).

¹⁶ ראו: בג"צ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 1.1.2024), בפיסקה 156 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות; פיסקה 76 לפסק דינה של השופטת וילנר; פיסקה 20 לפסק דינו של

המוצעת בחובה ולא בעילת ההתערבות תניב גם תוצאות תיאורטיות שונות, כפי שיוסבר בפירוט בהמשך החיבור.¹⁷

נקודה **אחרונה** נוגעת להיקפו של החיבור ומגבלות המקום. כללי המשפט המינהלי הם רבים ומורכבים וכורכים גם מחלוקות דוקטריניות. בחינה חובקת כל של הדוקטרינות והעקרונות של המשפט המינהלי בישראל בראי הערכים שעליהם מושתתת התיאוריה הפלורליסטית המוצעת, איננה אפשרית במסגרת חיבור בהיקף של מאמר אקדמי, אלא דורשת חיבור באורך ספר. כמובן שקיימים יתרונות לחיבור ארוך ומפורט, אולם יש חשש שמרוב עצים לא יראה הקורא את היער. החיבור הנוכחי הוא, על כן, תמציתי באורח יחסי. מטרתו לאפשר סקירה ממעוף הציפור של המשפט המינהלי הישראלי בראי התיאוריה הפלורליסטית. כמובן, אין בכך כדי להפחית מן הנטל לשכנע בדרגה מספקת כי הערכים העומדים בבסיס התיאוריה המוצעת אכן מסבירים ומצדיקים למצער את ליבת כללי המשפט המינהלי, על ידי שימוש בדוגמאות מרכזיות.

ג. התיאוריה הפלורליסטית של המשפט המינהלי

חלק זה יניח את יסודותיה של התיאוריה המוצעת של המשפט המינהלי הישראלי. תחילה יובהר המובן שבו התיאוריה המוצעת היא "פלורליסטית" ולאחר מכן יוסברו הערכים השונים שעומדים בבסיס המשפט המינהלי בישראל, תוך הדגמת דוקטרינות וכללים הנמשכים מהם. לבסוף, חלק זה יבחן את המבנה הנורמטיבי הפנימי של התיאוריה ואת קשרי הגומלין בין הערכים השונים, וכן יתייחס לשיקולים מסדר שני אשר משפיעים על התיאוריה בדרכים שונות.

1. תיאוריות פלורליסטיות ומוניסטיות

מאפיין בולט של התיאוריה המוצעת במסגרת חיבור זה הוא היותה פלורליסטית. למונח "פלורליזם" יש משמעות ספציפית בהקשר של תיאוריות של תחומי דין: כוונתו לתיאוריות שאינן שואפות להעמיד את הכללים והדוקטרינות של תחום הדין על עקרון מסביר או מצדיק יחיד (עמדה המכונה, כאמור, "מוניזם תיאורטי"), אלא גורסות במקום זאת כי את הכללים המשפטיים שמרכיבים את תחום הדין יש להסביר ולהצדיק בזיקה למספר עקרונות ורעיונות נורמטיביים.¹⁸

קיימות מספר תיאוריות מוניסטיות של המשפט המינהלי. כך היא, למשל, תיאוריית הנאמנות שנבחנה באופן מעמיק בחלקו הראשון של מחקר זה, משום שהיא גורסת כי ניתן להבין את חלק הארי של הדוקטרינות המינהליות כנובע, בסופו של דבר, מרעיון נורמטיבי

השופט ארון; פסקה 18 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ; פסקה 26 לפסק דינה של השופטת רונן; פסקה 26 לפסק דינה של השופטת ברון; פסקה 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. אמנם, כפי שהדגישו חלק מהשופטים, במקרי קיצון מסוימים, ההבדל הפרקטי בין החובה המשפטית לבין עילת ההתערבות המשפטית מצטמצם (ראו לדוגמה בפסקה 60 לפסק דינו של השופט עמית), ואולם אין בכך כדי לגרוע מההבחנה העיונית העקרונית בין החובה המינהלית לבין עילת ההתערבות השיפוטית בגין הפרת החובה.

ראו בחלק ג(6).

ראו באופן כללי: Zemach & Ben-Zvi, לעיל ה"ש 10, בעמוד 206. צמח ובן צבי, לעיל ה"ש 10, בעמוד 146, 152.

17

18

מסדר אחד, שלפיו רשויות מינהליות מצויות במצב של מעין-נאמנות ביחס לציבור.¹⁹ בצד תיאוריה זו ניתן להצביע על תיאוריות מוניסטיות אחרות. לדוגמה, תיאוריות מתחום משפט וכלכלה, שמנסות להסביר את כללי המשפט המינהלי באמצעות הרעיון של השאת רווחה,²⁰ תיאוריות שתופסות את המשפט המינהלי כמכוון לשמירה על "גבולות הגזרה" שהמחוקק הציב לרשות המבצעת²¹ או תיאוריות שמבססות את ההצדקה הנורמטיבית לכללי המשפט המינהלי על אידיאל שלטון החוק.²²

בצידן של התיאוריות המוניסטיות של המשפט המינהלי, ניתן לאתר בספרות גם תיאוריות פלורליסטיות, שטוענות שהסברים המוניסטיים הם חלקיים בלבד – ועל כן בלתי מספקים.²³ לדוגמה, פול דאלי טוען כי את המשפט המינהלי האנגלי ניתן להסביר כתחום דין שמבקש לקדם ארבעה ערכים: שלטון החוק; איכות המינהל; דמוקרטיה והפרדת רשויות.²⁴ לעומת זאת, ג'ואנה בל מציגה תיאוריה פלורליסטית מבוזרת יותר של המשפט המינהלי, וטוענת כי הוא משרת תכליות רבות, חלקן נוגע בזכויות הפרט וחלקן נוגע בקידום האינטרס הציבורי ושמירה על הכרעות המחוקק.²⁵

גם התיאוריה שתוצג במחקר הנוכחי, אף שאין היא מתבססת באופן ישיר על התיאוריות שצוינו עד כה, היא תיאוריה פלורליסטית. היא תבקש להעמיד את כללי המשפט המינהלי על

¹⁹ ראו: בן צבי, "מגבלותיה של תיאורית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בעמודים 20-19.

²⁰ ראו לדוגמה: William Bishop, *A Theory of Administrative Law*, 19 J. LEG. STUD. 489 (1990); Jean-Michel Josselin & Alain Marciano, *Administrative Law and Economics*, 239 in THE ELGAR COMPANION TO LAW AND ECONOMICS (2nd ed., Jurgen G. Backhaus ed., 2005); ECONOMICS OF ADMINISTRATIVE LAW (Susan Rose-Ackerman ed., 2007)

²¹ ראו: Jeffrey A. Pojanowski, *Neoclassical Administrative Law*, 133 HARV. L. REV. 852 (2020); דותן, לעיל ה"ש 15, בעמודים 326-325.

²² Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y.U. L. REV. 437, 438 (2003); Carol Harlow, *Global Administrative Law: the Quest for Principles and Values*, 17 EURO. J. INT'L L. 187, 190 (2006); Kevin M. Stack, *An Administrative Jurisprudence: The Rule of Law in the Administrative State*, 115 COLUM. L. REV. 1985 (2015); Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *The Morality of Administrative Law*, 131 HARV. L. REV. 1924 (2018)

²³ ראו: JOANNA BELL, THE ANATOMY OF ADMINISTRATIVE LAW 13 (2020) ("monistic accounts of administrative law doctrine are likely to be partial only")

²⁴ Paul Daly, *Administrative Law: A Values-based Approach*, in PUBLIC LAW ADJUDICATION IN COMMON LAW SYSTEMS (John Bell, Mark Elliott, Jason Varhaus & Philip Muray eds., 2016). לקטגוריזציה מעט שונה ראו את עמדתו של Lord Diplock ב-*Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, at 410. ביחס למאמר של דאלי יצוין, כי בעוד שמדובר בתיאוריה פלורליסטית שמזכירה חלק מן הרעיונות שמוזכרים גם במאמר זה, שורה של הבדלים מבחינים בינה לבין התיאוריה הפלורליסטית מושא המאמר. ראשית, מאמרו של דאלי עוסק בבקורת שיפוטית על החלטות מינהל, בעוד שמאמר זה עוסק בהסבר וההצדקה של החובות המינהליות עצמן. שנית, מאמרו של דאלי תומך בתפיסה לפיה הערכים השונים "מתנגשים" או תומכים אחד בשני על בסיס כל מקרה לגופו, בעוד שמאמר זה מציג תפיסה אחרת, לפיה די בעמידה ברף מינימלי של כל אחד מן הערכים. ולבסוף, גם הערכים שעליהם מבוססת התיאוריה של דאלי מנוסחים ברמת הפשטה גבוהה יחסית ואינם תואמים באופן ניכר את הערכים שנידונים במאמר זה.

²⁵ ראו: BELL, לעיל ה"ש 23, בעמודים 8, 62.

שלושה ערכים נורמטיביים שונים: לגיטימציה דמוקרטית; רציונליות; ומגבלות דאונטולוגיות. מהלך זה מתבסס על התובנה כי מורכבותו של המשפט המינהלי, רב-הגוניות שלו וריבוי ההקשרים שבו הוא פועל לא מאפשרים להסביר את כלל הדוקטרינות והעקרונות של המשפט המינהלי באמצעות עקרון נורמטיבי אחד, תהא חשיבותו אשר תהא. מן העבר השני, התיאוריה לא רואה במורכבות של המשפט המינהלי כסיבה להסיק א-פריורי שמדובר בתחום דין שחסין לחלוטין לחקר אינטלקטואלי מבאר.²⁶ בהתאם לכך התיאוריה תראה שאכן ניתן לאתר מספר ערכים ועקרונות משותפים אשר מסייעים להסביר ולהצדיק את הריבוי והגיוון שהמשפט המינהלי הדוקטרינרי מציג.

המשכו של חלק זה יציג בקצרה את הערכים שעליהם מבוססת התיאוריה הפלורליסטית ויראה כיצד הלכות, כללים ועקרונות מרכזיים במשפט המינהלי הישראלי הולמים ומשקפים ערכים אלה. לאחר מכן הדיון יעבור לשאלת האינטראקציה המורכבת שבין הערכים לבין עצמם ובין רעיונות נורמטיביים אחרים.

2. עקרון ראשון: לגיטימציה דמוקרטית

כללים רבים של המשפט המינהלי נשענים על הצורך להבטיח לגיטימציה דמוקרטית לפעילות המינהל. לגיטימציה, כמושג בתורת המוסר, מתארת תכונה של מוסד ציבורי או תוצר של מוסדי ציבורי, כגון החלטה או פסק דין,²⁷ אשר נוגעת להיבטים מעוררי הכבוד (respect-worthiness) של המוסד או התוצאה (לשם הפשטות מכאן והלאה נדבר על תוצאות, כגון פסק דין או החלטה).²⁸ לגיטימציה לרוב מובנת כ"רף תחתון" מוסרי: כאשר תוצאה מסוימת היא לגיטימית, משמעות הדבר הוא כי יש טעם לכבד אותה, גם אם מושא ההחלטה סבור שהיא לא מגיעה לרף מוסרי גבוה יותר של צדק. כלומר, מוסדות או החלטות לגיטימיים ראויים לכבוד ולהישמעות, לפחות על פני הדברים, במנותק מהשאלה האם הם צודקים או לא.²⁹

תיאורטיקנים חלוקים ביניהם בנוגע לשאלה, איזה רכיב של תוצאות או החלטות מקנה להן לגיטימציה מוסרית מהסוג האמור.³⁰ מחנה משמעותי אחד בתחום זה, שעליו המאמר מסתמך, מפנה ללגיטימציה דמוקרטית כמקור הערך המוסרי של החלטות. לגיטימציה דמוקרטית היא לגיטימציה של החלטה הנובעת מכך שהחלטה הנדונה שואבת את כוחה

²⁶ לעמדה מסוג זה ראו: בן צבי, "מגבלותיה של תיאורית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בעמודים 52-53.

²⁷ לגיטימציה היא תכונה לא רק של מוסדות אלא גם של החלטות, פסקי דין, מוסדות ואף של המשטר כולו. של יכול להיות גם החלטה או השלטון עצמו. ראו: PHILIP PETITE, ON THE PEOPLE'S TERMS : A REPUBLICAN THEORY AND MODEL OF DEMOCRACY 139 (2013).

²⁸ על ההבחנה בין לגיטימציה מוסרית לסוגים אחרים של לגיטימציה, ראו: Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005) לפירוט אודות החשיבות של respect-worthiness ראו שם, בעמוד 1796.

²⁹ גבולותיו המדויקים של הרעיון של כבוד להחלטות ומוסדות לגיטימיים מצוי במחלוקת מסוימת בין החוקרים השונים בתחום זה. ראו לדוגמה: PETITE, לעיל ה"ש 27, בעמוד 131 והלאה וכן Niko Kolodny, *Rule Over None I: What Justifies Democracy?*, 42 PHIL. & PUB. AFF. 195, 197 (2014).

³⁰ תשובות אחרות, שלא נידונות במאמר זה, עשויות לכלול: הסכמה של הנשלטים (אמיתית או היפותטית); התבססות על טעמים פתוחים וציבוריים; או תוצאות סובסנטיביות. ראו: Fabienne Peter, *Political Legitimacy*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2017) (available [here](#)).

מהשיטה הרובנית הדמוקרטית. אמנם, אין הסכמה בספרות בשאלה איזה היבט בהליך הדמוקרטי מהווה את הבסיס להגברת הערך המוסרי האינטרניזי של החלטה שנובעת מהמערכת הדמוקרטית (למשל, האם מדובר בהליך הדליברציה שהשיטה הדמוקרטית מייצרת, או בזכויות ההשתתפות השוות שהוא מקנה לאזרחים).³¹ ואולם, כלל החוקרים השייכים למחנה זה סבורים כי העובדה שהחלטה מחוברת באופן הדוק מספיק למנגנון הרובני הדמוקרטי מקנה להחלטה לגיטימציה מוסרית מהסוג הנדרש.³²

אין זה מפתיע שגם המשפט המינהלי רגיש לסוגיות של לגיטימציה דמוקרטית. כפי שתואר למעלה, המדינה המינהלית מתאפיינת בהפעלת כוח משמעותי על גורמים רבים באמצעות מערך הרשויות המינהליות.³³ אחת מהדרכים הנורמטיביות הבסיסיות לבחון ולהצדיק את הפעלת הכוח מהסוג הזה היא באמצעות החיבור שלה למנגנונים דמוקרטיים רובניים.³⁴

מטבע הדברים, לגיטימציה דמוקרטית מתקשרת באופן הישיר ביותר לדוקטרינות וכללים מהשלב הראשון של הניתוח המינהלי, שעוסק בסמכות המינהלית. כך, הצורך בלגיטימציה דמוקרטית מהווה הנמקה עיקרית (גם אם לא יחידה),³⁵ לעקרון יסוד של המשפט המינהלי הישראלי, הוא עקרון חוקיות המינהל. עקרון זה קובע, כידוע, כי כל פעולה של רשות מינהלית צריכה להתבסס על הסמכה ברורה בחקיקה ראשית.³⁶ כפי שמציין יואב דותן, מבחינה היסטורית, כבר במשפט המינהלי האנגלי, שקדם למשפט המינהלי הישראלי, היה מקובל לסבור כי ההצדקה של עקרון חוקיות נובעת – מהצורך בלגיטימציה דמוקרטית:

דרישת החוקיות המינהלית מתקשרת ... לעיקרון הדמוקרטי, משום שהכללים שעל פיהם, ורק על פיהם, רשאי המינהל הציבורי לפעול, הם החוקים שיוצר המחוקק הנבחר [באנגליה, הפרלמנט]. העובדה שהמינהל הציבורי מפעיל כוח על פי, ורק על פי, חוקים כלליים שיצר המחוקק הנבחר מעניקה לגיטימציה מוסרית מנקודת ראות ליברלית להפעלת הכוח ... הכוח השלטוני

³¹ ראו: PETITE, לעיל ה"ש 27; 15; Bernard Manin, *On Legitimacy and Political Deliberation*, POLITICAL THEORY 338, 351-352 (1987); FABIENNE PETER, DEMOCRATIC LEGITIMACY (2008); DAVID ESTLUND, DEMOCRATIC AUTHORITY (2009); Niko Kolodny, *Rule Over None II: Social Equality and the Justification of Democracy*, 42 PHIL. & PUB. AFF. 287, 315 (2014);

³² יודגש כי בהקשר זה התיאוריה הפלורליסטית מספקת מענה לסוגיה שתיאורית הנאמנות מתעלמת ממנה. בעוד שתיאורית הנאמנות "מדלגת" על הצורך בלגיטימציה דמוקרטית, היות שהיא נשענת על מערכת יחסים ישירה בין הציבור לבין רשויות המינהל (ראו: בן צבי, "מגבלותיה של תיאורית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בעמודים 29-28), התיאוריה הפלורליסטית מכירה בצורך של רשויות המינהל לפעול באופן שנהנה מלגיטימציה דמוקרטית.

³³ PETITE, לעיל ה"ש 27, בעמוד 147 ("The primary reason that the state raises a question of legitimacy of this kind is that in pursuing its distinctive tasks, it assumes and exercises a presumptively unchallenged right to coercion").

³⁴ ראו לדוגמה: Mark Seidenfeld, *A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARV. L. REV. 1511 (1992); David Arkush, *Democracy and Administrative Legitimacy*, 47 WAKE FOREST L. REV. 611 (2012).

³⁵ אכן, עקרון חוקיות המינהל קשור גם לעקרונות מוסריים נוספים. ואולם אין חולק כי הנמקה מרכזית שלו נובעת מהקשר שלו ללגיטימציה דמוקרטית. ראו בדין להלן.

³⁶ ראו לדוגמה: דותן, לעיל ה"ש 15, בעמוד 321.

הוא לגיטימי מבחינה מוסרית משום שהוא מוצא לפועל אך ורק במסגרת של חוקים שלהם הסכים כל מי שכפוף להפעלת כוח כזה, באמצעות הליך הבחירה הדמוקרטי של הגוף שיצר את החוקים.³⁷ תפיסה זו באשר לקשר שבין עקרון חוקיות המינהל ושלטון החוק לבין הצורך בלגיטימציה דמוקרטית קיבלה ביטוי בפסיקה הישראלית סמוך להקמת המדינה³⁸ והיא מקובלת גם היום.³⁹

ואולם, בכוחו של הצורך בלגיטימציה דמוקרטית להסביר ולהצדיק גם היבטים נוספים של המשפט המינהלי. ניטול, לדוגמה, היבט חשוב של בחינת הסמכות המינהלית: עמדתה של הפסיקה כי יש להקשיח את רף ההסמכה הנדרש במקרים של פגיעה בזכויות יסוד. על פי עקרון זה, כאשר החלטה מינהלית פוגעת בזכויות יסוד, על ההסמכה שעליה מתבססת ההחלטה להיות "ברורה, מפורטת ומפורשת".⁴⁰ הצורך בלגיטימציה דמוקרטית מסביר את העקרון האמור היטב, וזאת בשים לב לכך שלגיטימציה איננה מושג בינארי אלא היא מושג-ציר. כלומר, החלטה איננה לגיטימית או בלתי לגיטימית אלא היא יכולה להיות לגיטימית יותר או פחות. כאשר ההחלטה המינהלית מעוררת קושי גדול יותר מנקודת מבט מוסרית כוללת (היות שהיא פוגעת בזכויות יסוד), התפיסה שמקנה חשיבות מוסרית ללגיטימציה דמוקרטית תעלה את הרף הנדרש מנקודת מבט דמוקרטית. לכן, ככל שהאקט המבוקש הוא בעייתי יותר, כך יש צורך להראות חיבור מפורש וברור יותר למנגנון הרובני (שמתבטא בחקיקה), כדי שהחלטה תהיה לגיטימית.

הסבר דומה ניתן לתת לכלל נוסף בתחום הסמכות המינהלית, הוא כלל ההסדרים הראשוניים. כלל זה קובע חזקה פרשנית שלפיה המחוקק לא התכוון להעביר לרשות המינהלית את הסמכות להכריע בעצמה בסוגיות ציבוריות משמעותיות וחשובות במיוחד.⁴¹ כפי שהסביר בית המשפט בעניין זה, גם כלל זה נובע בין היתר מהלגיטימיות של המנגנון הדמוקרטי: "ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של מדינה וצרכיה של חברה צריכות להתקבל על-ידי נציגיו הנבחרים של העם. גוף זה נבחר על-ידי העם לחוקק את חוקיו, והוא נהנה אפוא מלגיטימיות חברתית בפעולתו זו".⁴² גם בהקשר זה ניתן לראות אפוא את הדרך

שם, בעמודים 323-324.

ראו לדוגמה: בג"צ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399, 411 (1951).

ראו לדוגמה: אהרן ברק, "שלטון החוק ועליונות החוקה", 319, 339 בתוך: **מבחר כתבים**, כרך א' (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמוד 84.

ראו: בג"צ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים** (פורסם בנבו, 20.12.2010), בפסקה 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ראו גם: בג"צ 7803/06 **אבו ערפה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 12.9.2017).

ראו: בג"צ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 502 (1998); בג"צ 244/00 **עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002). לאחרונה החלה להשתרש במשפט המינהלי האמריקאי עמדה דומה, במסגרת ה-Major Questions Doctrine, ראו: *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. (2022).

פרשת **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 41, בעמוד 508. יש לציין כי הנשיא ברק מציין בעמודים 503-507 שני הסברים נוספים להצדקת הכלל (שלטון החוק והפרדת הרשויות), אך הוא קובע כי גם הם "יונקים... את חיותם ממהותה של הדמוקרטיה" (בעמוד 508). לדוגמה, ברק מציין (במקום אחר) כי גם עקרון שלטון החוק יונק את הצדקתו במידה רבה מהשלטון הדמוקרטי – ראו: ברק, לעיל ה"ש 39, בעמודים 319, 338, וכן ראו: זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמודים 83-84.

שבה הקישור לפעילותה הרובנית של הדמוקרטיה מקנה להחלטה מסוימת יותר, או פחות לגיטימציה, כלומר הופך אותה ליותר ראויה לכבוד מבחינה מוסרית. שלוש הדוגמאות שלעיל מלמדות כי לגיטימציה דמוקרטית מסייעת להצדיק כללים רבים בשלב של בדיקת הסמכות המינהלית. ואולם, הלגיטימציה הדמוקרטית משתלבת בהסבר וההצדקה גם עבור כללים מסוימים בשלב ההליך המינהלי. דוגמה לכך עשויה לשמש חובת הפרסום. כידוע, בבית המשפט ובספרות מכירים בחשיבות הדמוקרטית של חובה זו, משום שהיא תורמת לגיטימציה הדמוקרטית בשתי דרכים: ראשית, היא מאפשרת לקבל עמדות נוספות מטעם הציבור בכל הנוגע לפעולות קונקרטיות של הרשויות המנהליות ובכך להעשיר את השיח הציבורי בנוגע לפעולותיה של הרשות המנהלית "בזמן אמת" או בסמוך לו.⁴³ שנית, היא מסייעת להפעלת המנגנון הדמוקרטי עצמו, בכך שהיא מאפשרת לאזרחים לבחור בבחירות לרשויות המקומיות או לכנסת באופן מושכל יותר. זאת, משום שהיא מספקת לאזרחים מידע אודות התנהלות הדרג הפוליטי, המופקד על משרדי הממשלה ועל הרשויות המקומיות, בין תקופות הבחירות.⁴⁴

גם הליכי שיתוף ציבור נחשבים להליכים ראויים מנקודת המבט של המשפט המינהלי מאחר שהם מגבירים את הלגיטימציה הדמוקרטית של ההליך.⁴⁵ במילותיו של בית המשפט, הם מהווים "שלוחה לעיקרון הדמוקרטי המקובל".⁴⁶ בית המשפט אף עמד על כך שהליכי שיתוף ציבור מגבירים את הלגיטימציה הדמוקרטית ועשויים בהקשר זה לסייע במקומות שבהם קיים ספק מסוים בנוגע למידת המפורשות של ההסמכה בחקיקה ראשית.⁴⁷

ראו גם: בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006), בפסקה 32 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ) חשין: "הכנסת נבחרה בידי העם להכריע בסוגיות יסוד של המדינה, ולא נמצא לנו כי רשאת להתנצל את סמכותה זו ולהעבירה לממשלה. אם תכפף את רצונה לרצונה של הממשלה; אם תסיג את רצונה מפני רצון הממשלה; תמעל הכנסת בתפקידה ובאופן שנתן בה העם".

⁴³ ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בעמוד 347 ("לעתים הטעמים להכרה בחובות הפרסום קשורים בפן הדמוקרטי של ההליך המינהלי על מנת לאפשר את שיתופו של הציבור הרחב בתהליך ההחלטה, להבדיל משמיעתם של הפרטים העלולים להיפגע מההחלטה בלבד").

⁴⁴ ראו: זמיר, לעיל ה"ש 2, כרך ב' עמוד 1022 ("הציבור מנהל את ענייניו כביכול בשלט רחוק, כשהוא רשאי להחליף תחנה רק אחת לשנים אחדות בעת בחירות. בתקופה הארוכה שבין בחירות לבחירות נבחר הציבור בכנסת, בממשלה וגם ברשויות המקומיות עלולים לשאת פנים לקבוצות לחץ על חשבון הרוב הדומם, להעדיף אינטרסים שלטוניים ואפילו אינטרסים אישיים על פני אינטרסים של כלל הציבור, לפעול על יסוד שיקולים פופולריים של טווח קצר במקום לתכנן פיתוח לטווח ארוך, ואף לעשות מעשי עוול").

⁴⁵ עיינו: דפנה ברק-ארז, "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי", עיוני משפט כד 369, 383-393 (2001).

⁴⁶ בג"צ 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 691 (2001). ועיינו גם: זמיר, לעיל ה"ש 2, כרך ב', בעמוד 1023: "...יש לקדם את שיתוף הציבור לא רק באמצעות נציגי הציבור ברשויות השלטון, אלא גם באופן בלתי אמצעי על ידי אנשים מן הציבור, בניהול השוטף של ענייני הציבור, בעיקר בדרך של מעורבות בהליכים מינהליים".

⁴⁷ ראו: בג"צ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016), בפסקה 47 לפסק דינו של השופט סולברג (בהתייחסו לרגולציה, ציין השופט סולברג כי על הרשות המבצעת לקבוע את פרטיה, ואולם, "במצבים כאלו יש צורך לפצות על 'הגרעון הדמוקרטי' הנוצר באמצעים אחרים, שאינם קשורים לזהות הגורם המקבל את ההחלטה, כגון באמצעות יצירת מנגנוני שקיפות והגברת שיתוף הציבור בהליך המנהלי באמצעים שונים").

לבסוף, חשיבותה של הלגיטימציה הדמוקרטית למשפט המינהלי מסבירה גם מדוע החלטות מינהליות אשר זוכות באישור של ועדה מוועדות הכנסת נתפסות על ידי המשפט המינהלי כהחלטות לגיטימיות יותר (ובין היתר בית המשפט נוטה פחות להתערב בהן).⁴⁸ סקירה קצרה זו מראה שהצורך בלגיטימציה דמוקרטית משחק תפקיד משמעותי בהצדקת חלק מכללי המשפט המינהלי. אחת מן התכליות שעומדות ביסוד חובות המשפט המינהלי היא לוודא כי ההחלטות שמתקבלות ברשות המבצעת נהנות מרמה מספקת של לגיטימציה מסוג זה. ואולם, ברור למדי כי העיקרון הדורש לגיטימציה דמוקרטית להכרעות השלטון איננו יכול להסביר את כלל ההיבטים של המשפט המינהלי; חלק מהכללים והדוקטרינות שבתחום זה אינן מבוססות על הצורך להבטיח שההחלטה של הרשות המינהלית נטועה באופן מספק בהליך הדמוקרטי הרבני. על כן, אין זה מפתיע כי ניסיונות להסביר את המשפט המינהלי כמסתמך אך ורק על עיקרון זה לא צלחו.⁴⁹ כדי לספק הצדקה מקפת לכללי המשפט המינהלי, יש לאתר עקרונות נורמטיביים נוספים ומשלימים. לכך נפנה כעת.

3. עקרון שני: רציונליות

אדן מרכזי נוסף שמקנה להפעלת כוח שלטוני ערך מוסרי הוא המידה שבה הפעלת הכוח מתבססת על חשיבה רציונלית מקדימה ומקיפה (להבדיל ממתודולוגיות אחרות לקבלת החלטות, כגון: הפעלת רצון שרירותית, הישמעות למסורת גרידא, אינטואיציה, מאגיה וכד'). מקס וובר תיאר את תהליך ההתפתחות האנושית במאות האחרונות כתהליך שבו המרחב האנושי הולך ומתעצב בהתאם לתבונה האנושית, על בסיס תהליכים שבני אנוש מסוגלים להבין, להסביר ולעצב. תהליך זה, המכונה בלשונו Disenchantment,⁵⁰ מתקיים בתחומי פעילות אנושיים רבים, ובתחום של הפעילות השלטונית הוא מקבל ביטוי ברור על ידי הלוגיקה של הבירוקרטיה.⁵¹ בהתאם לכך, החלטות שמתקבלות באופן בירוקרטי-מודרני שונות מהחלטות העבר של המלך או של הנביא: הן מתיימרות לשאוב את כוחן המוסרי, לפחות במידה מסוימת, מכך שהן נשענות על הצדקות שניתנות להבנה בין-סובייקטיבית רחבה (Public Reason),⁵² ועל כך ההצדקה של הכוח הכופה שלהן ניתן להבנה על ידי

⁴⁸ ראו לדוגמה: בג"צ 89/83 לוי נ' יושב ראש ועדת הכספים של הכנסת, פ"ד לח(2) 488, 495 (1984).

⁴⁹ ההסבר הקלאסי לכללי המשפט המינהלי הוא הצורך לאכוף את עקרון החוקיות, על מנת לוודא שכוח מינהלי מופעל באופן דמוקרטי. מודל זה נחשב לבלתי-מספק כיום. ראו: דותן, לעיל ה"ש 15, בעמודים 113-114. לניסיון "להחיות" את התפיסה הקלאסית, ראו: Jeffrey A. Pojanowski, *Neoclassical* (2020) *Administrative Law*, 133 HARV. L. REV. 852; לביקורת על עמדה זו, ראו: Adrian Vermeule, *Neo-?*, 133 HARV. L. REV. F. 103 (2020).

⁵⁰ ראו: MAX WEBER, *SCIENCE AS A VOCATION* 13-14 (Peter Lassman, Herminio Martins, and Velody Irving eds, 1989).

⁵¹ Yishai Blank, *The Reenchantment of Law*, 96 CORNELL LAW REVIEW 633, 637 (2011): "disenchantment is therefore closely tied to the modern mode of domination: bureaucratic authorities that rule – and obtain their legitimacy – through the mechanical and formal application of the various logics of the distinct spheres"

⁵² ראו: THOMAS NAGEL, *EQUALITY AND PARTIALITY* 141-142 (1995); JOHN RAWLS, *THE LAW OF PEOPLES* 48-54 (2001).

מושאי ההחלטה. במובן הזה עומד המשפט המינהלי בחזית הפרויקט הנמשך של רציונליזציה של הפעלה הכוח השלטוני:

The path of American administrative law has been the path of the progressive submission of power to reason. The promise of the administrative state ... is the institutional embodiment of the enlightenment project to substitute reason for the dark forces of culture, tradition, and myth.⁵³

בהתאם לכך, כפי שמראים משה כהן-אליה ועידו פורת, המשפט הציבורי הישראלי הוא שיטת משפט שבה שלטת "תרבות של הצדקה", קרי תפיסה שדורשת שכל הפעלה של כוח שלטוני תוסבר למושאי ההחלטה בצורה שאותה הם יכולים להבין.⁵⁴ הבסיס המוסרי לתפיסה הזו נובע מן הצורך האנושי העמוק להצדיק את עצמו באמצעות טעמים לפעולה ולקבל הצדקות לפעולות של אחרים.⁵⁵

כידוע, למונח "רציונליות" מובנים רבים, וקיימת אי-הסכמה לגבי תוכנו הפילוסופי המדויק.⁵⁶ המונח "רציונליות" מובן בחיבור זה באופן רזה למדי, כדורש רגישות הולמת לטעמים לפעולה (reasons for action) הרלבנטיים להחלטה, למיטב הידיעה של מקבל ההחלטה בעת קבלת ההחלטה.⁵⁷

נסביר את הדברים בקצרה. טעמים לפעולה הם עובדות שמסבירות מדוע פעולה מסוימת היא ראויה, צודקת או נכונה בנסיבות.⁵⁸ לטעמים יש עוצמה, שמשתנה על פי נסיבות המקרה. לדוגמה, אדם שיוודע שעומד לרדת גשם אך בוחר במודע לא לקחת מטריה זומינה לו - וזאת למרות שהוא איננו מעוניין להירטב ויודע שמטריה תסייע לו לא להירטב - איננו פועל באופן רגיש לטעמים לפעולה הרלבנטיים להחלטתו, ובמובן הזה פועל באופן לא רציונלי (בהנחה

⁵³ Jerry Mashaw, *Small Things Like Reasons Are Put in a Jar: Reason and Legitimacy in the Administrative State*, 70 *FORDHAM LAW REVIEW* 17, 26 (2001)

⁵⁴ ראו: MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, *PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE* 113 (2013).

⁵⁵ RAINER FORST, *THE (JUSTIFICATORY BEING)* "יצור מצדיק" (justificatory being). ראו: RAINER FORST, *RIGHT TO JUSTIFICATION* 1 (2011); Kai Moller, *Justifying the Culture of Justification*, 17 *INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW* 1078 (2020).

⁵⁶ RALPH WEDGWOOD, *THE VALUE OF RATIONALITY*, בהתאם לתפיסות שונות, הציווי לנהוג באופן רציונלי יכול להיות מובן באורח מוסרי או כציווי פרגמטי.

⁵⁷ תפיסה זו של רציונליות הולמת את עמדתו של פרפיט: "We are rational insofar we respond to" reasons, or apparent reasons. Derek Parfit, *Rationality and Reasons*, 19, 25 in: *REASONS, OR APPARENT REASONS EXPLORING PRACTICAL PHILOSOPHY: FROM ACTION TO VALUES* (Dan Egonsson, Jonas Josefsson, Bjorn Petersson & Toni Rønnow-Rasmussen eds., 2002). לדיון בעמדה זו ראו: Maria Alvarez, *Reasons for Action, Acting for Reasons, and Rationality*, 195 *SYNTHESE* 3293, 3307-3308 (2018). לעמדה דומה בהקשר המשפטי ראו: Jacob Gersen & Adrian Vermeule, *Thin Rationality Review*, 114 *MICH. L. REV.* 1355, 1370 (2016).

⁵⁸ ראו באופן כללי: JOSEPH RAZ, *ENGAGING REASON: ON THE THEORY OF VALUE AND ACTION* (2002); Maria Alvarez, *Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation*, *THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (2017) (available [here](#)).

שאינן טעמים סותרים אחרים).⁵⁹ בהקשר הנוכחי, כאשר רשות מינהלית פועלת באופן שאיננו רגיש לטעמים הרלבנטיים להחלטתה, ניתן להגיד שפעולתה לוקה בחסר מנקודת המבט של דרישת הרציונליות.

בהקשר של פעולות שלטוניות, טעמים לפעולה עשויים להיות מגוונים: מדיניות כללית מסוגים שונים של גורמים שונים; שיקולים תקציביים; שיקולים בנוגע לחוקיות הפעולה; אופן הציבור; נסיבות ספציפיות שעלו בשימוע; החשש מפגיעה בציפייה, בהסתמכות או בזכויות יסוד של צדדים שלישיים, ועוד. ההנחה היא שלשם קבלת החלטה רציונלית באופן מינימלי, גורם שלטוני צריך להיות ער לטעמים הרלבנטיים לפעולתו ולהתחשב בהם. כמובן שמקבל ההחלטה עשוי לשגות בנוגע לטעמים הרלבנטיים וייתכן שחלק מהם לא יהיו ידועים לו במועד קבלת ההחלטה; חשוב גם להזכיר כי מטבע הדברים מידת חשיבותו או עוצמתו של שיקול מסוים בנסיבות שעומדות בפני מקבל ההחלטה ניתנת לויכוח. ועדיין, נקודת המוצא בהקשר זה היא ברורה: המנגנון הבירוקרטי המודרני נבדל ממנגנונים אחרים (לרוב, קדומים יותר) לקבלת החלטות בכך שהוא מעמיד לעצמו אידיאל של רציונליות, שמתמצה בענייננו בהתייחסות לטעמים לפעולה העולים מנסיבות העניין.⁶⁰

בחינת המשפט המינהלי דרך משקפי הצורך לפעול באופן רציונלי מסוגלת להסביר רבות מחובות המשפט המינהלי, בעיקר (אך לא רק) בשלב ההליך המינהלי. נתבונן, לדוגמה, בניסוח המוכר של מ"מ הנשיא (בתוארו אז) שמגר לליכת ההליך המינהלי, מפרשת ברגר: תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית.⁶¹

רבות מהחובות התהליכיות שמוזכרות בפיסקה זו, אף שהן לעתים מוסברות בצורות אחרות בספרות (לנושא זה נחזור בהמשך),⁶² ניתנות להצדקה גם כשלבי-ביניים בהליך שמטרתו לוודא כי הפעלת הכוח השלטוני תהיה רציונלית במובן שתואר לעיל, כלומר שהיא תהיה רגישה לטעמים לפעולה הרלבנטיים לנושא. כפי שמסביר של ג'רי משאו, ההליך

⁵⁹ T.M. SCANLON, WHAT WE OWE TO EACH OTHER 25 (2000): "Irrationality in this sense occurs when a person recognizes something as a reason but fails to be affected by it in one of the relevant ways"

⁶⁰ ראו: Mashaw, לעיל ה"ש 53, בעמוד 23, Harold H. Bruff, *Legislative Formality*, *Administrative Rationality*, 63 TEXAS L. REV. 207 (1984)

⁶¹ בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 49 (1983).

⁶² ראו בחלק ג(4) שלהלן.

המינהלי משקף בהקשר זה ניסיון ליצור ערובות דיוניות לקיומה של הרציונליות (The "proceduralization of rationality").⁶³

כדוגמה, ניטול את החובה לפעול על בסיס תשתית עובדתית הולמת.⁶⁴ חובה זו ניתנת להבנה באופן טבעי כשלב חשוב בתהליך שמסייע לרשות לקבל החלטה רציונלית, כלומר כזו שמתחשבת באופן הולם בטעמים הרלבנטיים להחלטתה. זאת, מאחר שהשיקולים הרלבנטיים להחלטה המינהלית מקבלים משקל שונה בכל מקרה בהתאם לנסיבות העובדתיות שקיימות בפועל.⁶⁵ כך, למשל, כאשר הרשות נדרשת להתחשב בשלום הציבור כשיקול רלבנטי בהחלטתה, הערכת הרשות בנוגע למסוכנותו של אדם עשויה להגדיל או להקטין את משקל השיקול האמור: ככל שהמסוכנות גדולה יותר, כך משקל השיקול בדבר הסכנה לשלום הציבור גדול יותר ומצדיק פעולה באופן משמעותי יותר.⁶⁶ ללא מידע עובדתי מקיף, לא ניתן להפעיל את האידיאל הרציונלי שדורש רגישות לטעמים לפעולה הרלבנטיים להחלטה.

גם את חובת השימוע, אף שיש לה גם הצדקות אחרות (בהן נעסוק בהמשך),⁶⁷ ניתן להבין למצער באופן חלקי כחלק מהדרך שבה ההליך המינהלי מבקש לעמוד באמת-המידה הרציונלית הנדרשת. כידוע, באמצעות השימוע, הרשות המינהלית מקבלת מידע רלבנטי להחלטתה, הן עובדות שבידיעת מושא ההחלטה ולא בידיה, והן מידע לגבי הדרך שבה מושא ההחלטה רואה את הדברים. מקובל לסבור כי קבלת מידע זה משרתת תכלית תועלתנית של הרשות: הרשות פועלת בהקשר זה "למען עצמה" מאחר שגם לרשות יש אינטרס שהחלטותיה תהיינה מדויקות.⁶⁸ ואולם, על פי ההסבר החלופי שמספקת התיאוריה הפלורליסטית ושיפורט גם בהמשך, הסיבה להטלת חובה על הרשות המינהלית לקיים שימוע, איננה נובעת מרצון לחייב את הרשות המינהלית לפעול לטובתה שלה – ברגיל אין צורך להטיל חובה משפטית על אדם לפעול באופן שהוא תופס שיקדם את ענייניו.⁶⁹ במקום זאת, בהתאם לאמור בתת חלק זה, הצורך של הרשות לאסוף מידע נוסף באמצעות קיום שימועים ניתן להסבר כחלק מהחובה של הרשות לעמוד באמת-מידה מינימליות של רציונליות.

חובה תהליכית נוספת שמהווה ביטוי לצורך בפעילות רציונלית היא חובת ההנמקה במשפט המינהלי. גם בהקשר חובה זו ניתן לאתר רציונלים מוסריים נוספים, שבהן יעסוק תת-החלק הבא. ואולם הסבר חלקי לחובת ההנמקה נעוץ בהיותה מסייעת לוודא שהרשות

⁶³ Jerry L. Mashaw, *Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance*, 76 GEO. WASH. L. REV. 99, 111 (2007).

⁶⁴ ראו, לדוגמה: בג"צ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577 (1998); בג"צ 6745/19 לובטון נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 14.3.2022).

⁶⁵ ראו: H.L.A Hart, *Discretion*, 127 HARV. L. REV. 652 (2013).

⁶⁶ לדין בתשתית העובדתית בהקשר של השיקול הנ"ל ראו: בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337 (1972).

⁶⁷ ראו בחלק ג(4) שלהלן.

⁶⁸ ראו לדוגמה: ברק-ארו, לעיל ה"ש 2, בעמוד 498; זמיר, לעיל ה"ש 2, בכרך ב', עמוד 1148.

⁶⁹ חלק ג(5) יתייחס בהרחבה לנושא זה.

אכן פעלה באופן רציונלי, כנדרש.⁷⁰ כפי שציין יואב דותן, "עצם הצורך לנמק גם מביטיח כי הליך ההחלטה כולו ייעשה מתוך מודעות של המחליט לקיומה של מסגרת רציונלית המחייבת אותו".⁷¹

דוגמה נוספת היא עילת האפליה המינהלית. עילה זו אוסרת על יחס שונה לשווים או שווה לשונים, במנותק מהתייחסות לקבוצה כזו או אחרת.⁷² הכלל נגד אפליה מנהלית יכול להיות מוסבר על פי התיאוריה הפלורליסטית בעיקר באמצעות החובה לנהוג באופן רציונלי, שכן במסגרת האפליה המינהלית נבחנת השאלה האם קיים שיקול שמצדיק לגופו של עניין את היחס השונה.⁷³

כלל נוסף שמהווה יישום של החובה לפעול באופן רציונלי שתואר לעיל - הפעם משלב שיקול הדעת המינהלי - הוא החובה להסתמך רק על טעמים ענייניים ולהימנע משיקולים זרים בהפעלת סמכות שלטונית. התפיסה העקרונית המשתקפת מכלל זה היא של רשות מינהלית שמחויבת לפעול בהתאם ל"עקרון רציונלי",⁷⁴ קרי, לקחת בחשבון את הטעמים שרלבנטיים להחלטתה ולהתעלם משיקולים אחרים, שאינם רלבנטיים.⁷⁵ חובת המידתיות במשפט המינהלי אף היא קשורה לעקרון הרציונליות, וזאת למצער בנוגע למבחן-המשנה הראשון של המידתיות, המכונה כידוע שלב "האמצעי הרציונלי". כפי שצינה דפנה ברק-ארז, במרכזו של מבחן-משנה זה "עומדת שאלה של רציונליות", וזאת מאחר שהמבחן מתמקד בשאלה, האם קיים קשר הדוק דיו בין האמצעי שנבחר לבין המטרה שהוא אמור להגשים.⁷⁶ יצוין כי יש אף שגורסים כי חובת הסבירות משקפת את הרצון לוודא כי הרשות נוהגת באופן רציונלי.⁷⁷

⁷⁰ לדוגמה, במשפט האמריקאי, בית המשפט נדרש לבדוק: "whether the [administrative] decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment". ראו: *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416 (1971). ועיינו: Gersen & Vermeule, לעיל ה"ש 57, בעמוד 1358.

⁷¹ יואב דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", **מחקרי משפט** יט 5, 8-9 (2002). ועיינו גם: ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בעמודים 423-424: "החובה לנמק מסייעת לקבלת החלטה רציונלית ולא שרירותית, משום שהיא מחייבת את הרשות לבסס את ההחלטה על תהליך מסודר שבו נשקלים טעמים".

⁷² להבחנה בין סוגי האפלה שנידונים במשפט המינהלי, ראו: ברק מדינה, "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקה בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי", **משפט וממשל** יז 63 (2016).

⁷³ ראו לדוגמה: בג"צ 7871/07 רפאל – רשות לפיתוח אמצעי לחימה בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 6.2.2011), בפסקה 38 דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁷⁴ בג"צ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 887 (2005).

⁷⁵ ראו לדוגמה: בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 825 (1993); ועיינו: זמיר, לעיל ה"ש 2, כרך ה', בעמוד 3497.

⁷⁶ דפנה ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בכרך א' עמוד 778.

⁷⁷ ראו בפרשת ביטול עילת הסבירות (התנועה למען איכות השלטון), לעיל ה"ש 16, בפסקה 46 לפסק דינו של השופט עמית ("הסבירות היא למעשה תקן איכות, מעין ISO 9001 של הליך קבלת החלטה: בחינה של כלל השיקולים הרלוונטיים, סילוק השיקולים הלא רלוונטיים, איסוף נתונים רלוונטיים לשם יצירת תשתית עובדתית, איוון בין השיקולים השונים וקבלת החלטה רציונלית תוך זמן סביר"). ראו גם את פסק דינה של השופטת וילנר ב-בג"צ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 29.3.2022), בפסקה 52 ("מסקנתי אינה מבוססת, אפוא, על עילת הסבירות כמוכנה הרחב, אלא על עילת הסבירות בלבדושה המקורי וה"רוזה", אשר מתייחסת להחלטות לא-רציונליות של הרשות..."). דיון רחב בעילת הסבירות חורג מגבולותיו של מאמר זה.

הנה כי כן, רעיון היסוד שלפיו על רשויות המינהל לפעול באופן שרגיש לטעמים לפעולה הרלבנטיים להחלטתן מהווה רובד נורמטיבי נוסף שמסביר היבטים רבים של המשפט המינהלי. נעבור עתה לבחון היבט שלישי, שמצטבר לשניים הנוספים, ועוסק במגבלות הדאונטולוגיות שנובעות מפעילות שלטונית שמשפיעה ישירות על בני אדם.

4. עקרון שלישי: מגבלות דאונטולוגיות

מקור שלישי שמקנה למשפט המינהלי את מטענו המוסרי נובע מן ההכרה בכך שהמשפט המינהלי איננו פועל באופן מופשט בחלל ריק אלא משפיע על בני אדם בשר ודם.⁷⁸ כללי המשפט המינהלי רגישים לעובדה זו ומשקפים הכרה במשמעות הנורמטיבית של פעילות שלטונית שמשפיעה על חייהם של בני אדם.⁷⁹

לפי התיאוריה הפלורליסטית, המגבלה המרכזית שנובעת מן העובדה שרשויות השלטון משפיעות על האינטרסים, הציפיות והזכויות של בני אדם נעוצה בזרם המוסרי הקנטיאני שבמרכזו התובנה כי יחס מוסרי לאדם פירושו התייחסות אליו לא כאמצעי אלא כתכלית כשלעצמו.⁸⁰ תפיסה זו גוררת עמה שורה של הגבלות מוסריות המכוונות מגבלות דאונטולוגיות. מגבלה דאונטולוגית היא מגבלה שאיננה תוצאתנית; היא איננה נובעת מן העובדה שפעולה בהתאם למגבלה תוביל בהכרח לתוצאות ראויות, יעילות או טובות יותר. במקום זאת, המגבלה נובעת מהחובה המוסרית האינטרינזית שנובעת מהכרה במשקל המוסרי המיוחד שיש לאדם בעולם המוסרי.⁸¹ האדם הוא תכלית כשלעצמו, הוא מסוגל לתכנן ולחיות את חייו באופן אוטונומי, ואנו מצווים להכיר בו ככזה. משמעות מרכזית של ההכרה הזו היא שלא ניתן להשתמש באדם כאמצעי גרידא, משמע, לא ניתן מבחינה מוסרית להפעיל עליו כוח כפי שמפעילים על אובייקט שבו אנו משתמשים לרווחתנו באופן חופשי.⁸² בכתיבה הפילוסופית המודרנית יש לעקרון זה מספר ניסוחים מתחרים, וכמו בכל סוגיה פילוסופית, קשה למצוא בקרב החוקרים הסכמה מדויקת על היקפו והצדקתו של העקרון המוסרי הדאונטולוגי.⁸³ ואולם, קיימת מסורת פילוסופית ארוכת-שנים שיוצאת מתוך תפיסה עקרונית זו אשר רואה באדם כתכלית כשלעצמו ומבקשת לממש את המשמעויות המוסריות

⁷⁸ חלקים אחרים של המשפט המינהלי עוסקים באדם באופן עקיף. לדוגמה, על ידי קביעת מדיניות רוחבית, הסדרת המבנה הפנימי של המינהל הציבורי ועוד.

⁷⁹ ראו: דפנה ברק-ארז, "לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט", **עיוני משפט** 5 (2016).

⁸⁰ ראו: עמנואל קאנט, **הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות** 94-95 (מ. שפי תרג, ש. שטיין ערך, 2003).

⁸¹ ראו: מייקל סנדל, **צדק** 119-126 (גיא הרלינג תרגם, 2012).

⁸² זהו תיאור של זרם אחד מתוך מגוון זרמים לפרשנות של התפיסה הדאונטולוגית. תפיסה זו מתמקדת במה שניתן לעשות לאדם כתוצאה מכך שהוא תכלית לעצמו (patient-centered approach). לפירוט אודות גישה זו וגישות מתחרות, ראו: Larry Alexander & Michael Moore, *Deontological Ethics*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2020) (available [here](#)).

⁸³ לדוגמאות של גישות מרכזיות שמתמקדות ב-patient, כפי שמתואר כאן, ראו: Gerhard Overland, *Moral Obstacles: An Alternative to the Doctrine of Double Effect*, 124 ETHICS 481 (2014); Alec Walen, *The Restricting Claims Principle Revisited: Grounding the Means Principle on the Agent-Patient Divide*, 35 LAW & PHILOSOPHY 211 (2016); Larry Alexander, *The Means Principle*, 251 in LEGAL, MORAL AND METAPHYSICAL TRUTHS: THE PHILOSOPHY OF MICHAEL S. MOORE (K. Ferzan & S.J. Moore eds., 2016).

שנגזרות מכך. תפיסה זו מצאה את דרכה גם למשפט הציבורי הישראלי, אשר מכיר בה במגוון הקשרים, לרוב תוך אזכור כבוד האדם: ⁸⁴ "אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו".⁸⁵

הרעיון שלפיו הפעילות המינהלית כפופה למגבלות דאונטולוגיות שנובעות מהכרה בכך שהאדם הוא תכלית לעצמו מסוגל, לדעתנו, להסביר היבטים רבים של המשפט המינהלי. כך, לגבי עילות התערבות בשלב שיקול הדעת, אך גם בשלב ההליכי.

דוגמה מרכזית לחשיבה דאונטולוגית מובהקת ניתן למצוא בעילת המידתיות, שאוסרת על המינהל הציבורי לפגוע בזכויות יסוד באופן בלתי מידתי. הכרה משפטית בזכויות יסוד נוגעת בעצמה בקשר העמוק שבין הפעילות שעליה הזכות מגנה לבין הכבוד האנושי.⁸⁶ על כן, פגיעה בזכות דורשת הנמקה מיוחדת, וזאת בשל הפגיעה הצפויה ברכיב שמגן על האוטונומיה והכבוד האנושיים. כפי שמסביר ברק מדינה, "ההכרה בכך שמעשה שלטוני פוגע בזכות חוקתית מבוססת על ההערכה שדרך הפעולה השלטונית מפרה אילון דאונטולוגי".⁸⁷ בהתאם לכך, המידתיות מובנת במשפט המינהלי ככלי שמקשה על הפגיעה בזכויות יסוד על ידי כך שהוא דורש סוג מיוחד של הנמקה – הנמקה שנוגעת לקשר שבין הפגיעה לבין הגשמת התכלית שמגולמת בה – כתנאי לפגיעה בהן.⁸⁸

גם החובה המינהלית לנהוג באופן שוויוני על רקע השתייכותו של אדם לקבוצה מסוימת (כגון נשים, מיעוטים מסוימים וכד') מוסברת באמצעות הרצון לכבד מגבלות דאונטולוגיות. זאת, שכן פגיעה בשוויון על רקע השתייכותו של אדם לקבוצות אלה משמעה הערכה של אותו אדם כבעל ערך אינטרינזי פחות.⁸⁹ מטעם זה נקבע שכאשר בית המשפט בוחן פגיעה בשוויון על רקע השתייכות לקבוצה מסוימת, עליו להתמקד, בין היתר, באותם היבטים שנוגעים למגבלות הדאונטולוגיות, קרי פגיעה ביכולת של אדם לנהל את חייו באופן אוטונומי.⁹⁰ יש לציין כי כי הסבר זה מתמקד במקרים של פגיעה בשוויון על רקע השתייכות

⁸⁴ ראו לדוגמה ב-בג"צ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 19.9.2007), בפסקה 28 לפסק דינו של השופט לוי ("עקרונות בסיס של מוסר ליבראלי לימדונו, כי לעולם יהא האדם מטרה ולא אמצעי גרידא בהגשמתה"); בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009), בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ארבל ("כשם שעולה מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט, אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו").

⁸⁵ בג"צ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (פורסם בנבו, 20.12.2010), בפסקה 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן. וראו גם: בג"צ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרוחה (פורסם בנבו, 22.6.2014), בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז;

⁸⁶ לפירוט ראו: עמרי בן-צבי, "הקהילה החוקתית: על הקשר בין מעמד אזרחי לזכויות יסוד", משפטים נ 471, 498-497 (2020).

⁸⁷ ברק מדינה, דיני זכויות האדם בישראל 48 (2016).

⁸⁸ ראו: מרגית כהן, "אחרי עשרים שנה": ההוררים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות, משפט וממשל 229, 236 (2018). בצד זאת, מחקרים בולטים מקשרים את המידתיות גם לעליית "תרבות ההצדקה" במשפט הציבורי המודרני. ראו: COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 54.

⁸⁹ ראו לדוגמה: בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995), בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת דורנר. ועיינו: מדינה, לעיל ה"ש 87, בעמוד 289; מנחם מאוטנר, הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידו 313 (2019).

⁹⁰ ראו לדוגמה: בג"צ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012), בפסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה (בדימי) ביניש.

לקבוצה שסבלה באופן היסטורי מאפליה, כגון נשים, מיעוטים מסוימים וכד'. אפליה מינהלית, לעומת זאת, מוסברת באמצעות הצורך לנהוג ברציונליות, כאמור לעיל.⁹¹ גם כללים תהליכיים מסוימים של המשפט המינהלי ניתנים להסבר באמצעות מגבלות דאונטולוגיות. לדוגמה, חובת ההנמקה, שנדונה קודם לכן בכל הקשור לאידיאל הרציונליות, מוסברת באופן משלים גם על ידי החובה לנהוג בכל אדם כתכלית לעצמו. מתן הנמקה מכבדת את מושא ההחלטה כסובייקט שיכול להבין את הפעלת הכוח עליו. כך, כאשר אנו מפעילים כוח על כלי-עבודה – איננו חייבים לו הנמקה. לעומת זאת, כאשר אנו משפיעים על חייו של אדם באמצעות הפעלת כוח דרך מנגנון מינהלי, יש להביא בחשבון שמושא הפעולה הוא אדם, שהוא תכלית לעצמו. האדם זכאי אפוא מבחינה מוסרית להסבר שנוגע להשפעה על האוטונומיה שלו.⁹²

גם החובה לקיים שימוע למושא ההחלטה המינהלית, שנזכרה קודם לכן, קשורה, בין היתר, לרציונל הדאונטולוגי. כך, למשל, בפרשת רונצווייג, שעסקה בהליכי ניתוק מחשמל שניהלה חברת החשמל, עמדה השופטת ברק-ארז על כך שהליך הניתוק מחשמל חייב לכלול מעמד שבו הרשות "רואה" את הפרט – שומעת את טענות הפרטניות של מושא ההחלטה ומתחשבת בכך שמדובר באדם שיש לו טענות פרטניות.⁹³ בדרך זו, הכלל בדבר שימוע מסייע ליצור מפגש בלתי-אמצעי של הרשות המינהלית עם מושא ההחלטה – מפגש שבו האדם יִרְאָה ויִתְפַּס כאינדיבידואל ולא רק כחלק מ"סרט נע" של החלטות שצריך לקבל.⁹⁴ נסכם אפוא את העולה מן המקובץ עד כה: הניתוח מצייר תמונה תיאורית פרשנית שלפיה המשפט המינהלי הוא תחום משפטי שעוסק בסוג מסוים ומובחן של אינטראקציה חברתית – הפעלת כוח על ידי המדינה המינהלית, וניהולה הפנימי – וביחס אליה מבטא דאגה לקיומם של מספר עקרונות שצריכים להתקיים כולם, למצער באופן מינימלי, בכל פעולה של המדינה המינהלית, כדי שהפעלת הכוח הנזכרת תיחשב מתקבלת על הדעת מבחינה משפטית. במובן זה, בראי התיאוריה הפלורליסטית, חובת המשפט המינהלי מצטרפות לכדי מכלול שמהווה פרויקט נמשך בזמן שממוקד במשמעויות הנורמטיביות של פעולתו של ה"לווייתן" המינהלי על הגורמים המצויים תחת השפעתו.

5. קשרי הגומלין בין הערכים השונים

עד כה הוצגו בקצרה שלושה הערכים השונים שעליהם המשפט המינהלי נועד להגן – לגיטימציה דמוקרטית, רציונליות ומגבלות דאונטולוגיות – כשהם נפרדים אחד מן השני. צורת הצגה זו תורמת לניתוח האנליטי של הדרך שבה דוקטרינות שונות במשפט המינהלי משקפות את הערכים שנדונו, ועל כן היא מהווה נקודת מוצא חשובה לדיון. ואולם, תיאוריה

⁹¹ ראו בצמוד לה"ש 73.

⁹² Mashaw, לעיל ה"ש 63, בעמוד 104 ("to be subject to administrative authority that is unreasoned is to be treated as a mere object of the law or political power, not a subject with independent rational capacities").

⁹³ בג"צ 4988/19 רונצווייג נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל (פורסם בנבו, 20.1.2022), בפסקה 86 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

⁹⁴ ראו באופן כללי: איל פלג, "ההליך המינהלי בצילו של שיקול-דעת", עיוני משפט מב 198, 153 (2019) ("ההליך מינהלי תקין והוגן מגלם יחס של מתן כבוד לפרט המטופל ברשות, אשר אינו עוד "מספר" בבירוקרטיה").

פלורליסטית צריכה להשיב, בנוסף, על השאלה, כיצד הערכים באים במגע אחד עם השני, שהרי הם אינם עולים בהכרח בקנה אחד, ובתוך כך הם עשויים להתוות, במישור עיצוב כללי הדין, פתרונות דוקטרינריים שונים.

תיאוריות פלורליסטיות אינן גזורות מעור אחד, והן עשויות להופיע בגרסאות שונות ומגוונות. בסוגיית מערכת היחסים שבין הערכים המתנגשים בתוך תיאוריה פלורליסטית ניתן להעלות על הדעת אפשרויות שונות של קשרים בין הערכים. בקצה אחד של הספקטרום ניתן להציע תיאוריות פלורליסטיות "מאורגנות", אשר שואפות לקבוע "גבולות גיזרה" או חלוקת עבודה קשיחה יותר או פחות בין הערכים השונים. לפי תפיסה זו, לכל ערך שטחי פעולה דוקטרינריים הנשלטים בידו, כלומר מוסברים ומוצדקים באמצעותו.⁹⁵ מדובר אפוא בתיאוריות פלורליסטיות שיש להם מאפיין "פורמלי", לפחות במובן זה שהן מושתתות על סדר פנימי קשיח - קטגוריות סדורות - המיועד להתוות מראש החלטות במקרה נתון.⁹⁶ לענייננו, תיאוריה כזו בהקשר של המשפט המינהלי יכולה לסבור, לדוגמה, שרק חובות מתחום הסמכות המינהלית קשורות לערך של לגיטימציה דמוקרטית, ואילו רק חובות תהליכיות קשורות לאידיאל הרצינות.

בקצה השני של הספקטרום מצויות תיאוריות פלורליסטיות בעלות דרגת פורמליזם נמוכה יותר, שאין בהן יומרה לקבוע מראש חלוקת עבודה או מדרג בין הערכים השונים. לפי תיאוריות אלה, לא ניתן, אף לא צריך, לכונן סדר תיאורטי פנימי בין הערכים. במקום זאת, הערכים השונים, כולם, מסבירים ומצדיקים את הדוקטרינה מבלי לשאוף להכריע בין הערכים השונים או לסלק את המתחים האפשריים ביניהם א-פריורי.⁹⁷ במקרה כזה, התחום המשפטי מוסבר אפוא על ידי כלל הערכים הנורמטיביים בערבוביה, ומשקלם של הערכים עשוי להשתנות בהשוואה זה לזה בהחלטה קונקרטית במקרה מסוים.⁹⁸

עם זאת, גישות פלורליסטיות אלה המצויות בשני צדי הספקטרום אינן ממצות את האפשרויות שבתוך הזרם התיאורטי הפלורליסטי. בתווך שבין האפשרויות האלה מצויות דרגות שונות של סידור פורמלי בין הערכים. לדוגמה, ניתן להציע דרך לאזן בין עקרונות מתנגשים או לקבוע כי ערך אחד עליון על האחרים (למשל לקבוע כי ערך אחד הוא היסודי והמרכזי בהסבר ובהצדקת הדוקטרינות, ורק כאשר הוא איננו רלבנטי מסיבה זו או אחרת, ייכנסו הערכים האחרים נכנסים לתמונה באופן משמעותי).⁹⁹

התיאוריה הפלורליסטית של המשפט המינהלי שמתוארת במאמר זה מצויה בנקודת אמצע מסוימת בין אפשרויות אלה. כפי שיוסבר להלן, היא נשענת על מערכת גומלין מורכבת, מוסדרת אך רק בחלקה, בין שלושה הערכים שתוארו עד כה.

⁹⁵ לסוג כזה של פלורליזם תיאורטי ראו צמח ובן צבי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 153 – 154 והאסמכתאות הנזכרות שם.

⁹⁶ לאמיתו של דבר, תפיסה זו של פלורליזם, המייצרת הפרדה הרמטית בין הערכים ושטחי הפעולה שלהם, ניתנת לתיאור כאסופה של תיאוריות מוניסטיות, לפחות בנוגע לכל אחת מהדוקטרינות הנדונות כשהן לעצמן. במלים אחרות, אף אם ענף הדין בכללותו משקף מגוון רב של ערכים, הרי כל אחת מגזרות הדין היא ביטוי של ערך יחיד. לביקורת ברוח זו על סוג זה של "פלורליזם" ראו גם צמח ובן צבי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 154.

⁹⁷ לסוג כזה של פלורליזם תיאורטי ראו צמח ובן צבי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 152.

⁹⁸ דוגמה לכך היא BELL, לעיל ה"ש 23.

⁹⁹ לדרכים רבות לשלב בין ערכים שונים או לקבוע מדרג ביניהם, ראו צמח ובן צבי, לעיל ה"ש 10, בהערה 130 שם.

ראשית, במסגרת התיאוריה הפלורליסטית, אין חלוקה קשיחה בין "תחומי הפעולה" של הערכים השונים, ואין הפרדה הרמטית ביניהם. ואולם, קיים קשר תמטי מסוים, רופף יחסית, בין שלושת הערכים השונים לבין שלושת שלבי הניתוח המקובלים במשפט המינהלי (שלב הסמכות, שלב ההליך המינהלי ושלב שיקול הדעת).¹⁰⁰ כך, כפי שניתן היה לראות מהדיון עד כה, כללים בשלב הסמכות יוסברו פעמים רבות באמצעות הצורך בלגיטימציה דמוקרטית; כללים תהליכיים יוסברו פעמים רבות באמצעות אידיאל הרציונליות; וכללים בשלב שיקול הדעת יוסברו פעמים רבות באמצעות הישמעות למגבלות דאונטולוגיות.¹⁰¹

חלוקה זו איננה קשיחה, בוודאי שלא הרמטית. כפי שהדיון עד כה מלמד, ניתן למצוא הקשרים שבהם ערכים שונים משתקפים גם מחוץ לשלב שבו הם רווחים יותר. לדוגמה, בחלקים הקודמים הודגם כי כללים מסוימים משלב ההליך מוסברים באמצעות צורך בלגיטימציה דמוקרטית (הליכי שיתוף ציבור); כללים מסוימים משלב ההליך מוסברים באמצעות הצורך להישמע למגבלות דאונטולוגיות (חובת הנמקה, חובת שימוע); וכללים מסוימים משלב שיקול הדעת מוסברים באמצעות אידיאל הרציונליות (שיקולים זרים). תובנה זו מחדדת גם שכללים מסוימים עשויים לקבל הצדקה והסבר על ידי שני ערכים שונים. דוגמה לכך שכבר נידונה לעיל היא חובת ההנמקה, שנובעת הן מאידיאל הרציונליות והן מהצורך להישמע למגבלות דאונטולוגיות.

נקודה **שנייה** ומרכזית לתיאוריה נוגעת ביחס המדויק של התיאוריה הפלורליסטית לדרישות המוסריות שנדונו לעיל. מאמר זה טוען, כנזכר לעיל, כי כללי המשפט המינהלי הולמים דרישות ללגיטימציה דמוקרטית, רציונליות ומגבלות דאונטולוגיות. **אך הכוונה בכך איננה שהמשפט המינהלי מבקש למקסם ערכים אלה**. כללי המשפט המינהלי אינם משקפים ניסיון להביא לרמה המקסימלית האפשרית של ערכים אלה (maximizing) אלא רק לוודא כי החלטות מינהליות עומדות מעל רף מסוים של הגשמת הערכים הנדונים.

דרך פעילות זו, המכונה בספרות satisficing, משקפת רצון לבחור מבין האפשרויות הרלבנטיות אפשרות אחת שעומדת ברף ערכי מסוים שנקבע מראש, מבלי לנסות למקסם את הערך שעומד ביסוד הרף מעבר לכך.¹⁰² לדוגמה שנוגעת בהקשר הנוכחי, ניתן להבין את כללי המשפט המינהלי כך שהם קובעים בצורה מצרפית מידה מינימלית מסוימת של לגיטימציה דמוקרטית שנדרשת עבור קבלת החלטות מינהליות. מידה זו עשויה להשתנות, למשל בתלות בשאלה האם הפעולה המינהלית פוגעת בזכויות יסוד או לא.¹⁰³ כמו כן, היא עשויה להשתנות

¹⁰⁰ ראו לדוגמה את הדרך שבה מחולק ספרה של ברק-ארז, לעיל ה"ש 2.

¹⁰¹ איננו מציעים הסבר חד-משמעי בנוגע לסיבה לקורלציה הזו, אך ניתן לסבור, כי על פני הדברים לגיטימציה דמוקרטית באה לידי ביטוי בעיקר על דרך של הסמכת הרשות המינהלית לפעול, ורציונליות מושגת באמצעות כללים תהליכיים.

¹⁰² "Satisficing is the strategy of considering the options available to you for choice until you find one that meets or exceeds a predefined threshold—your aspiration level—for Gregory Wheeler, *Bounded Rationality*, THE "a minimally acceptable outcome" ראו: STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2018), section 2.2 (available [here](#)). מעניין לציין שמונח זה הוצע לראשונה בהקשר של פעילות בירוקרטית: HERBERT A. SIMON, ADMINISTRATIVE BEHAVIOR: A STUDY OF DECISION-MAKING PROCESSES IN ADMINISTRATIVE ORGANIZATION (2nd ed., 1957).

¹⁰³ ראו את הדיון הצמוד לה"ש 37.

על מישור הזמן – ייתכן שהמשפט המינהלי של שנות החמישים הקפיד יותר, או פחות, בדרישות שמייצרות לגיטימציה דמוקרטית מהמשפט המינהלי המודרני.¹⁰⁴ אולם די בכך שהחלטה מינהלית עומדת ברף שנקבע על ידי מערכת המשפט בנקודת זמן נתונה. בהתקיים תנאי זה – כללי המשפט המינהלי "עוצרים" ואינם מורים לרשות המינהלית להמשיך ולמקסם את הערך של קבלת לגיטימציה דמוקרטית להחלטתה. באורח דומה, יש גם לראות בכללי המשפט המינהלי כניסיון לשמור על רף מינימלי נדרש של רציונליות ועמידה במגבלות דאונטולוגיות: כללי המשפט המינהלי אינם מבקשים להביא את ההגשמה של ערכים אלה למידה המקסימלית האפשרית.

עניין זה נעוץ בעובדה שפעילות מינהלית מבקשת להגשים ערכים נוספים לאלה שנדונו לעיל עד כה – יעדי מדיניות ויעדים ערכיים שנקבעים לרשויות המינהליות על ידי הגורמים המוסמכים לכך. כידוע, רשויות מינהליות הן גופים מבצעים: הן פועלות במטרה להגשים יעדי מדיניות ויעדים ערכיים שהם הציבו לעצמם או שהוצבו להן על ידי המחוקק או הדרג הפוליטי ברשות המבצעת. רצון זה להגשים תכליות שנקבעו מראש היא שעומדת בלב הרציונל של הפעילות שלהן.¹⁰⁵ לדוגמה: שירותי הביטחון פועלים במטרה לשמור על ביטחון הציבור; משרד הבריאות מבקש לשמור על בריאות הציבור; הממונה על התחרות במשרד הכלכלה מבקשת לשמור על תחרות בריאה במשק, וכיוצא בכך. אלו יעדי המדיניות והיעדים הערכיים שמניעים מלכתחילה את הפעילות המינהלית. לגיטימציה דמוקרטית, רציונליות ומגבלות דאונטולוגיות מציבות מגבלות על פעילות זו – אך הן אינן התכלית של הפעילות המינהלית בעצמן. על כן, את כללי המשפט המינהלי יש להבין כ"רף מינימלי" שנקבע לשמירה על ערכים מוסריים משמעותיים, בעת הגשמתה של פעילות מינהלית שמבקשת להגשים ערכים ויעדים אחרים.

תיאור זה מאפשר להבין מדוע, בעוד שכללי המשפט המינהלי קובעים רף מסוים של עמידה בערכים שתוארו לעיל, ניתן להעלות על הדעת גם כללים אשר קובעים רף אחר, גבוה או נמוך יותר. מטרתה של התיאוריה הפלורליסטית בהקשר זה הוא לשמש אכסניה רעיונית, ולחשוף את הדינמיקה הנורמטיבית שבבסיסה ניסיון לשמר מידה מינימלית של שלושת הערכים שתוארו במסגרת התיאוריה. אך התיאוריה בעצמה איננה קובעת מהו הרף המוסרי הנדרש ביחס אליהן: זהו עניין לויכוח ודיון מוסרי נפרד. עניין זה יידון בפרק הבא.

אין זה מיותר לציין כי העובדה שהתיאוריה הפלורליסטית נשענת על עקרון של עמידה ברף מינימלי מייצרת הבחנה עקרונית נוספת בינה לבין תיאורית הנאמנות של המשפט המינהלי. כפי שכבר נטען, הנאמנות וההגינות הם רעיונות מופשטים למדי (ואף – לטענתנו – כמעט ריקים מתוכן, לכל הפחות בכל הנוגע להגינות).¹⁰⁶ יתר על כן, בתיאורית הנאמנות אין מנגנון "עצירה" פנימי שדומה לעקרון ה-satisficing שנדון לעיל. לאור מאפיינים אלה,

¹⁰⁴ מבחינה תיאורטית, ניתן להעלות על הדעת גם מצב שבו הכללים של המשפט המינהלי ישקפו חוסר עניין מוחלט באחד הערכים שתוארו לעיל. במצב כזה התיאוריה הפלורליסטית תאבד חלק ניכר מכוחה ההסברי, שכן היומרה של התיאוריה היא לתאר ולספק הצדקה נורמטיבית לכללי המשפט המינהלי כפי שהם משתקפים בתקופה הנוכחית. ראו להרחבה בה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** שלהלן.

¹⁰⁵ התפיסה של הרשות המינהלית כרשות מבצעת עומדת ביסוד ספרו של יואב דותן, **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי**, לעיל ה"ש 17.

¹⁰⁶ ראו: בן צבי, "מגבלותיה של תיאורית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בחלקים ג(2)-(3).

הנאמנות וההגינות עשויים, מבחינה תיאורטית, לשמש מעין אכסניה ערכית חובקת כל השואפת להנחות מבחינה מוסרית את הרשויות המינהליות גם בעצם הבחירה בין שתי אפשרויות שמותרות מבחינה משפטית.

במילים אחרות, נוכח מאפייניה של תיאורית הנאמנות, היא איננה מונעת באופן עקרוני "זליגה" של התיאוריה ממסגרת רעיונית המספקת הנחיה בכל הקשור לכללים המשפטיים הראויים, למסגרת רעיונית שבפילוסופיה פוליטית המשמשת מדריך ל"ממשלה הראויה". במצב כזה, הנאמנות עשויה לשמש מכשיר, לא רק לקביעת תוכן והיקף התפרשותן של דוקטרינות משפטיות, אלא גם להכרעה בין קביעות מדיניות שונות, מותרות כולן מבחינה משפטית. התיאוריה הפלורליסטית, לעומת זאת – צנועה יותר. אין בה יומרה להכריע בהחלטות מדיניות שונות אלא היא מתמקדת באופן אינהרנטי אך ורק בפרשנות הכללים המשפטיים שמרכיבים את המשפט המינהלי.

מאפיין זה של התיאוריה נעוץ בעקרון המנחה שבבסיסה, והוא הסתפקות ברף המינימלי הנדרש של הערכים המרכיבים אותה. יישומו של עקרון מנחה זה מביא לתוצאה שלפיה שתי אפשרויות דוקטריניות שמגשימות את הערכים שנדונו לעיל באופן המינימלי הנדרש "יצלחו" שתייהן את המסננות הנורמטיביות של התיאוריה הפלורליסטית, ועל כן הבחירה ביניהן תיוותר בגדר עניין שבמדיניות, מוסר ואידיאולוגיה. בכך גלום יתרון נוסף של התיאוריה הפלורליסטית, שבכוחה למקד את תשומת הלב בניסיון הפרשני לתת פשר לכללים המשפטיים עצמם (ורק להם).

שלישית, חשוב להדגיש כי אין בין הערכים שנדונו לעיל היררכיה פנימית, אין אחד מהם שחשוב ממשנהו או גובר על משנהו. על כן, התיאוריה הפלורליסטית גורסת כי על כולם לבוא לידי ביטוי באופן הנדרש – כלומר, לעבור את הרף שנקבע – בכל החלטה מינהלית. במסגרת זו כל החלטה מינהלית צריכה לעמוד ברף הרלבנטי, הן בכל הקשור לצורך בלגיטימציה דמוקרטית, הן לגבי הצורך שהחלטה תהיה רציונלית באופן מספק והן בכל הקשור לדרישה כי החלטה תעמוד במגבלות הדאונטולוגיות הרלבנטיות. במילים אחרות, הדרישות המוסריות שנובעות מהערכים שנדונו במסגרת התיאוריה הן **מצטברות**.

העובדה כי התיאוריה הפלורליסטית מעמידה שורה של מגבלות מצטברות מובילה להערה **האחרונה** ביחס לדרך שבה הערכים פועלים יחדיו. מאחר שהערכים השונים נובעים מבסיסים מוסריים שאינם ניתנים להעמדה אחד על משנהו, לא ניתן "לקזז" ביניהם. כל ערך שנדון לעיל עומד על רגליו שלו ואיננו נובע מן האחרים. על כן, החלטה שעוברת במידה רבה את הרף הנדרש מערך אחד לא תקבל בשל כך "הקלה" ברף הנדרש בערך אחר.

נדגים כעת את הדברים בקצרה: החלטה מינהלית עשויה לכבד מגבלות דאונטולוגיות לעילא ולעילא, ברף גבוה בהרבה מזה שנקבע על ידי כללי המשפט המינהלי, אך עובדה זו כשלעצמה לא תיתן לה פטור מעמידה בדרישות שנובעות מהצורך בלגיטימציה דמוקרטית, או מאידיאל הרציונליות. טענה כי יש ליצור "פטור" שכזה נידונה בפרשת **חשבים**, שעסקה בהחלטתה של הנהלת בית המשפט להתנות את הגישה למאגר פסקי הדין שברשותה בחתימה על "כתב התחייבות" אשר כולל, בין היתר, איסור על מפתוח (אינדוקס) של המידע. הנהלת בתי המשפט טענה להגנתה כי הגורמים שמבקשים את הגישה למידע מסכימים להגבלה זו שכן הם חותמים על כתב ההתחייבות (ובכך יש לכאורה כדי להקל על הפגיעה בהם). אך הטענה לא התקבלה על ידי בית המשפט, שקבע בנושא זה כדלקמן:

הסכמת העותרת לחתום על כתב ההתחייבות אינה רלבנטית לשאלת הסמכות. דרישת הסמכות אינה דיספוזיטיבית ואין הרשות המינהלית יכולה להחריג עצמה ממנה, אף בהסכמת הצדדים להסכם. כזכור, אחד הרציונלים שבבסיס דרישת הסמכות הוא שליטת העם, באמצעות נציגיו, במינהל הציבורי. דעת לבנון נקל, כי אין המינהל רשאי להשתחרר משליטה זו באמצעות הסכמה של פרט כזה או אחר מן הציבור הרחב.¹⁰⁷

פיסקה זו הולמת היטב את התיאוריה הפלורליסטית, ומשמעותה, בתרגום לענייננו, הוא כי הסכמה למדיניות מסוימת – שמפחיתה לכאורה את החשש כי המדיניות פוגעת בפרטים ועל כן מפרה מגבלות דאונטולוגיות – אין בה כדי לרפא את הצורך בלגיטימציה דמוקרטית מספקת להחלטה המינהלית. בהתאם לכך, התיאוריה הפלורליסטית גורסת כי החלטה מינהלית חייבת הן להיות דמוקרטית במידה המספקת, הן להיות רציונלית במידה המספקת והן לכבד מגבלות דאונטולוגיות במידה המספקת.

מתיאור זה ניתן גם לגזור תשובה לשאלה, מהי עמדת התיאוריה הפלורליסטית בנוגע למצב שבו הערכים השונים קובעים כל אחד רף שונה לדוקטרינה מסוימת. כאשר רציונל מסוים מאלה שנדונו לעיל מוביל לכך שכלל מינהלי צריך להיקבע ברף נמוך יחסית אך רציונל אחר קובע רף גבוה יותר לאותו הכלל, נראה שהתיאוריה הפלורליסטית תתמוך, ככלל, בתוצאה כי ייקבע הרף הגבוה מבין השניים, שכן הדרישות הן כאמור מצטברות. לדוגמה: אם כדי לעמוד בדרישות הרציונליות אין הכרח בהליך שימוע משמעותי, אך יש צורך בקיום הליך שימוע ברמה גבוהה על מנת לכבד מגבלות דאונטולוגיות, התיאוריה הפלורליסטית תתמוך בקביעת הרף בהתאם לדרישה המחמירה.

לאחר הצגת שלושת הערכים עצמם וקשרי הגומלין שביניהם, יש מקום להכניס לתמונה שני סוגים של ערכים ואידיאלים שלא נידונו עד כה, על אף שהם משחקים תפקיד חשוב במשפט המינהלי: אלה הם שיקולים מסדר שני ביחס למשפט המינהלי.

6. שיקולים מסדר שני

הניתוח עד כה לא התייחס לשני רציונלים רווחים להסבר חובות של המשפט המינהלי – העובדה שקיומה של חובה מסוימת תורם לביקורת השיפוטית אודות פעילות רשויות המינהל, והעובדה שחובה מסוימת תורמת ליעילות המינהל. בתת-חלק זה נתייחס לשיקולים אלה ונסביר מדוע התיאוריה הפלורליסטית רואה בהם שיקולים חשובים, אך כאלה שאינם חלק מהתיאור הגרעיני של הרציונלים שעומדים בבסיס המשפט המינהלי.

ראשית, לעתים מוזכרת העובדה שכלל מסוים תורם לקיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית כדרך להצדיק את הכלל. לדוגמה, בספרות אודות חובת ההנמקה מצוין שחובה זו משרתת מספר תכליות, ובהן סיוע בהנחת תשתית עובדתית לביקורת שיפוטית על החלטת הרשות.¹⁰⁸ הסברים דומים מופיעים ביחס לחובות מינהליות אחרות.¹⁰⁹

¹⁰⁷ בג"צ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנוב, 12.11.2015), בפיסקה כג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

¹⁰⁸ ברק-ארוז, לעיל ה"ש 2, בעמוד 424; דותן, לעיל ה"ש 71, בעמוד 7.

¹⁰⁹ ראו לדוגמה בכל הנוגע לחובת פרסום ההחלטות המינהליות: ברק-ארוז, לעיל ה"ש 2, בעמוד 327. דוגמה נוספת נוגעת לעילת הסבירות: על פי גישות מסוימות, עילת הסבירות מוצדקת גם על רקע הצורך לעבור מעילות

שאלת הקשר בין חובות המשפט המינהלי לביקורת השיפוטית נדונה לאחרונה באופן מקיף ומעמיק בכרך הראשון של חיבורו של יואב דותן אודות ביקורת שיפוטית על מעשי מינהל, אשר מתמקד כולו בבחינה מוסדית של המשפט המינהלי.¹¹⁰ דותן מניח בחיבורו תשתית תיאורטית רחבה, ראשונה מסוגה בישראל, לניתוח מוסדי של תופעת הביקורת השיפוטית – בלשונו, מצב שבו, במסגרת הליך שיפוטי, "עומד לבחינה ולדיון תוקפם של אקטים מינהליים, ובמיוחד של החלטות שבקבלתן מופעל שיקול דעת מינהלי".¹¹¹ לעומת זאת, בחיבור הנוכחי, השיקולים המוסדיים נפקדו עד כה. הטעם לכך נעוץ בנקודת המוצא המתודולוגית השונה שממנה יוצאת התיאוריה הפלורליסטית, בהשוואה לנקודת המוצא בחיבורו של דותן. כאמור במבוא, בניגוד לנקודת המבט המוסדית, שאותה דותן מאמץ ואשר בוחנת את הקשר שבין בתי המשפט לרשות המבצעת (ועל כן מתמקדת בעילות ההתערבות המינהליות), התיאוריה הפלורליסטית היא תיאוריה פרשנית של "נקודת המבט הפנימית" של מי שרואה עצמו כפוף לכללי המשפט המינהלי ופועל על פיהם (שרים, פקידים, אזרחים מושאי החלטות המינהליות, עורכי דין וכד').¹¹² על כן היא מתמקדת בחובה המינהלית עצמה, במנותק משאלת האכיפה שלה על ידי בית המשפט. שתי דוגמאות עשויות להבהיר הבדל זה. כאשר עובדת מדינה נדרשת לקבל החלטה מינהלית, חלים עליה כללי המשפט המינהלי המוכרים: עליה לקבל החלטה בסמכות, ללא שיקולים זרים, תוך הסתמכות על תשתית ראייתית מתאימה, וכד'. כללים אלה חלים על בעלת הסמכות מלכתחילה ובמנותק מכל אפשרות של מעורבות שיפוטית עתידית בהחלטתה.¹¹³ ככל שבעלת התפקיד מקבלת את נקודת המבט הפנימית של הדין, היא רואה את עצמה מוגבלת מבחינה משפטית בשל תחולתן של חובות אלו עליה, ללא קשר לביקורת שיפוטית עתידית. כך, גם אם מדובר במצב שבו ברור שלא תתקיים ביקורת שיפוטית כלל (משורה של סיבות אפשריות),¹¹⁴ עדיין חובות המשפט המינהלי מחייבות את אותה עובדת המדינה.

סובייקטיביות (כגון שיקולים זרים) לעילות אובייקטיביות (כגון סבירות) בשל הצורך ליתן כלי עבודה פשוט ויעיל יותר בידי של בית המשפט במקרים בהם יש קושי ראייתי להוכיח שיקולים זרים. ראו לדוגמה: בג"צ 571/89 מוסקוביץ' נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236 (1990), בפסק דינו של השופט (בתוארו אז) ברק. דותן, לעיל ה"ש 15. חיבור נוסף רלבנטי שנוקט נקודת מבט מתודולוגית דומה הוא ספרה של מרגית כהן, אשר מניח תשתית תיאורטית להבנת הקשרים המורכבים של הרשות המבצעת עם המגבלות שנקבעות בדין. את הרשות המבצעת יש לתפוס כגוף שנתון בסט של לחצים פנימיים שקוראים, מצד אחד, לפעילות עצמאית של הרשות המבצעת, ולכפיפות לחוק, מצד שני. לא ניתן וממילא אין צורך "להכריע" בין הדרישות הללו אחת ולתמיד, שכן הדינמיקה הפנימית ביניהם קובעת במידה רבה את אפשרויות הפעולה של הרשויות המינהליות. כך, מצד אחד, הרשות המבצעת כפופה לדין בהיבטים חשובים, אך מצד שני היא גם מסוגלת לנצל "חורים אפורים" ואזורים רבים של עמימות משפטית (fuzzy law) על מנת להגשים את מטרותיה. ראו: MARGIT (2021). COHN, A THEORY OF THE EXECUTIVE BRANCH.

¹¹⁰ דותן, לעיל ה"ש 15, בעמוד 31.

¹¹¹ להסבר הקלאסי אודות החשיבות של "נקודת המבט הפנימית" לביאור תיאורטי של הדין, ראו: H.L.A. Stephen Perry, *Hart on Social*, HART, THE CONCEPT OF LAW 87-89 (3rd ed., 2012). כן עיינו: *Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View*, 75 FORDHAM L. REV. 1171 (2006).

¹¹² זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמוד 54.

¹¹³ לדוגמה: מאחר שעילות סף מונעות זאת; או מאחר שכרורר שהעותרים הפוטנציאליים יעדיפו דרכי פעולה אחרות.

התיאוריה הפלורליסטית מספקת מענה לשאלות – מדוע אלו הן החובות המשפטיות שמחייבות אותה, ולא אחרות, ומהי ההצדקה הנורמטיבית לעיגון חובות אלה במשפט. באופן דומה, כאשר אדם מגיש בקשה מינהלית (לדוגמה: לרישיון עסק), הוא נהנה מסט זכויות והגנות שחופף לחובות הרשות המינהלית (הזכות לקבל שימוע, הזכות שהחלטה בעניינו תתקבל על בסיס שיקולים ענייניים בלבד, וכו'). גם כאן, העובדה שבעתיד עשויה או לא עשויה להתקיים ביקורת שיפוטית על החלטות שיתקבלו בעניינו איננה תנאי הכרחי או מספיק לכך שהוא נהנה מסט הזכויות וההגנות המשפטיות האמור.

באורח כללי ניתן להגיד שהביקורת השיפוטית מספקת "מעטפת" מוסדית לאכיפת כללי המשפט המינהלי במצבים של הפרה של כללים אלה. מעטפת זו מורכבת מכללים רבים שאינם נוגעים בהכרח לליבת החובות והזכויות הרלבנטיות. כך, עותר שיבקש לתקוף את ההחלטה בעניינו, יצטרך לעשות זאת בפני בית המשפט המוסמך, בהתאם לעילות הסף הרלבנטיות ולסדרי הדין השולטים בתקיפה מינהלית, וגם אם ישכנע את בית המשפט בצדקת טענותיו, תעלה שאלה של בטלות יחסית בנוגע לסעד שאותו הוא זכאי לקבל מבית המשפט. מעבר לכך, ביקורת שיפוטית מעוררת באופן אינהרנטי שאלות כבודת-משקל בנוגע למידת הריסון של בית המשפט בבואו לבחון החלטות של רשות מוסמכת אחרת. כעניין מושגי, ריסון הוא מושג שקשור למערכת היחסים בין הרשויות השונות, ועל כן הוא נוגע רק בהיבטי המעטפת של הביקורת השיפוטית אך איננו רלבנטי לחובות המינהליות מסדר ראשון עצמן.¹¹⁵

לגבי הסיטואציה שתוארה לעיל, שמורכבת כאמור משתי שכבות משפטיות שונות – החובות עצמן והאכיפה השיפוטית שלהן על ידי גוף מוסדי מסוים –¹¹⁶ ניתן לשאול שאלות מסוגים שונים. למעשה, ניתן לומר שהצדקת הביקורת השיפוטית היא פרויקט מסדר שני, ואילו הצדקת חובות המשפט המינהלי עצמו היא פרויקט מקדים, מסדר ראשון. התיאוריה הפלורליסטית שנדונה במאמר זה, מבקשת לשאול שאלות של הצדקה והסבר של כללי המשפט מנקודת המבט הפנימית של אלו שפועלים על פי הכללים "בזמן אמת": מהו ההסבר ומהי ההצדקה לכך שחלים על עובדת המדינה החובות המשפטיות המהותיות שחלות עליה, מה הופך אותן לסט חובות שנובע מתחום משפטי אחד, מדוע נהנה האזרח מההגנות המשפטיות שהוא נהנה מהן, מה מצדיק אותם, וכו'.¹¹⁷ לעומת זאת, תיאוריה של ביקורת שיפוטית מהסוג שמופיע בחיבורו של דותן מבקשת לשאול סדרה של שאלות אחרות: על פי אילו כללים וסטנדרטים צריכה להתנהל הסיטואציה של ביקורת שיפוטית, ובפרט, באילו מקרים יש לבית המשפט יתרון מוסדי יחסי שמצדיק התערבות שלו בהחלטת הרשות המינהלית.

¹¹⁵ ראו: דותן, לעיל ה"ש 15, בעמוד 150 (ריסון הוא "מצב שבו גוף ביקורת כלשהו ... מחליט להימנע מהתערבות [בהחלטתה של רשות מוסמכת] מטעמים או משיקולים מסוימים שקשורים בעובדה שהגוף המבוקר **כבר קיבל החלטה בעניין**" (ההדגשה במקור). החובות המינהליות, לעומת זאת, חלות לפני ובזמן קבלת ההחלטה המינהלית עצמה ומתוות את דרך קבלת ההחלטה.

¹¹⁶ להבחנה בין כללי המשפט המינהלי לכללי הביקורת השיפוטית, ראו: זמיר, לעיל ה"ש 2, כרך א', בעמוד 55.
¹¹⁷ ראו: Ahmed, לעיל ה"ש 7, בעמוד 774 (מוסבר כי התיאוריה של המשפט המינהלי "aims to reflect the perspective of legal officials, acting in their official capacity").

בין קבוצות השאלות הללו יש כמובן קשרים עמוקים. ואולם, מ"נקודת המבט הפנימית", שאותה המאמר כאמור מאמץ כנקודת מוצא מתודולוגית, העובדה כי כלל דוקטרינרי מסוים תורם לביקורת שיפוטית אפקטיבית איננה טעם מסדר ראשון למיסוד אותו הכלל. מדובר בטעם מסדר שני, מוסדי, שיש לו חשיבות, אך מבחינה הצדקתית והסברתית – לטעמים המוסריים מסדר ראשון (רציונליות, לגיטימציה דמוקרטית ומגבלות דאונטולוגיות) יש קדימות ביחס אליו.¹¹⁸ הטעם המרכזי לכך הוא שהפרקטיקה של ביקורת שיפוטית היא חשובה ומוצדקת רק ככל שהיא מספקת אכיפה אפקטיבית לסט של כללים שהם מוצדקים כשלעצמם.

על כן, התיאוריה הפלורליסטית מבקשת להשיב קודם כל לשאלות הראשוניות שמעלה מתוכו המשפט המינהלי: האם תחום הדין האמור מורכב מכללים משפטיים שהם מוצדקים וראויים כשלעצמם, כסט קוהרנטי של הגבלות, זכויות וחובות שחלות על כלל הגורמים שמושפעים מהמשפט המינהלי. רק לאחר שהתוקף הנורמטיבי של סט הכללים יתבהר, ניתן יהיה לדון בשאלה נפרדת, מוסדית, אודות הדרכים בהם ראוי לאכוף את אותם הכללים, אם על ידי מנגנונים פנימיים ואם באמצעות הרשות השיפוטית, שתתערב לעתים בהחלטות הרשות המבצעת. התיאוריה הפלורליסטית מבקשת לעמוד על ההצדקה מסדר ראשון של הכללים שמהווים את המשפט המינהלי.

שיקול שני שלא נדון עד כה הוא יעילות המינהל. המשפט המינהלי מתחשב פעמים רבות בצרכים של המינהל הציבורי על מנת שזה יוכל לספק את השירותים שלו לציבור באופן יעיל ומהיר.¹¹⁹ בהתאם לכך, לעתים תחולה של כלל מסוים של המשפט המינהלי תוגבל או תצומצם בשל העובדה שקריאה מרחיבה מדי שלו תפגע ביעילות המינהל, כפי שגם יודגם בקצרה בהמשך. ואולם, על פי התיאוריה שמקודמת בגדרי המאמר, אין לראות ביעילות המינהל כערך מסדר ראשון אשר עומד ביסוד התיאוריה של המשפט המינהלי.

בהקשר זה ראוייה ההבחנה בין המושג "יעילות" במשמעותו המקובלת לרוב בכתיבה העוסקת בניתוח הכלכלי של המשפט, לבין המושג "יעילות המנהל" שנדון כאן. יעילות כלכלית, כתיאוריה נורמטיבית, היא תפיסה תוצאתית שלפיה השיקול הנורמטיבי המרכזי הראוי לעמוד בבסיס כללי המשפט הוא קידום היעילות הכלכלית בשיטה, בדרך של השאת הרווחה החברתית הכוללת. הניתוח הכלכלי הנורמטיבי, ולמעשה גם התיאורי,¹²⁰ בוודאי רואה אפוא ב"יעילות" שיקול נורמטיבי מסדר ראשון, הראוי לעמוד בבסיס כללים משפטיים ומדיניות משפטית, לעתים אף לבדו.¹²¹ המונח יעילות המנהל, לעומת זאת, במשמעותו

¹¹⁸ כפי שמסביר סקוט שפירו, "נקודת המבט הפנימית" יש קדימות הסברתית על פני תיאוריות אשר מתמקדות בפן הכופה, או האוכף של הדין. ראו: Scott J. Shapiro, *What is the Internal Point of View?*, 75 FORDHAM L. REV. 1157, 1166 (2006).

¹¹⁹ ראו לדוגמה: בג"צ 4445/02 מור נ' ראש-עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900, 911 (2002).

¹²⁰ ראו, למשל, Craswell, לעיל ה"ש 13, בעמ' 906–907.

¹²¹ ראו, למשל, Louis Kaplow & Steven Shavell, "Fairness Versus Welfare" 114 HARV. L. REV. 961, 967 (2001) ("...welfare based normative approach should be exclusively employed in evaluating legal rules. That is, legal rules should be selected entirely with respect to their effects on the well-being on individuals in society. This position implies that notion of fairness... should receive no independent weight in the assessment of legal rules").

המקובלת בפסיקה במשפט המינהלי בישראל, מתייחס למכלול שיקולים הנוגעים לאינטרסים הפנימיים של הרשות המינהלית, ולצורך שלה לספק שירות לציבור במהירות הראויה, ברמה גבוהה, ללא סירבול ובהוצאות נמוכות ככל הניתן. לאור זאת, ניתן לדעתנו להבין את הרעיון של יעילות המינהל כשיקול מגביל מסדר שני, אשר עשוי לצמצם את תחולתם של שלושת ערכי היסוד של המשפט המינהלי. נסביר את הדברים בקצרה.

כאמור למעלה, פעילות הרשות המינהלית לא נועדה למקסם את ערכי הלגיטימציה הדמוקרטית, הרציונליות והמגבלות הדאונטולוגיות עצמם. במקום, הרשויות המינהליות פועלות לשם הגשמת יעדי מדיניות שונים, כגון קידום מדיניות כלכלית מסוימת, שמירה על ביטחון הציבור וכדומה. שלושת הערכים שעומדים ביסוד התיאוריה הפלורליסטית הם חשובים דיים כדי להגביל במידה מסוימת את הרשויות המינהליות בפעילותן זו, כדי לוודא שאגב הפעילות המינהלית נשמר רף שנקבע מראש בידי שלושת הערכים האמורים. "יעילות המינהל" היא דרך אחרת לשקף ולתת משקל לצורך בהגשמת המדיניות שלשמה נוצרו הרשויות המינהליות מלכתחילה, ואותה הן מנסות להגשים. בהתאם לכך, בקביעת הרף הנדרש ביחס לשלושת הערכים, שיקול יעילות המינהל משמש כמשקולת-נגד, אשר מסייע לקבוע רף ראוי, שמאפשר לרשות להגשים את מדיניותה.

לפי התיאוריה הפלורליסטית יעילות המינהל איננה אפוא ערך-יסוד מסדר ראשון שמחזיק במעמד שדומה ללגיטימציה דמוקרטית, מגבלות דאונטולוגיות או רציונליות.

מסקנה זו נתמכת גם בידי גישת המשפט המינהלי עצמו (ועל כן היא מהווה בסיס משכנע לפירושו): בעניין זה נזכיר שבגדרי התיאוריה, פגיעה קשה בערכים מסדר ראשון שמובילה לירידה מתחת ל"רף" שנקבע להם במערכת המשפטית הישראלית, מיתרגמת, באופן דוקטרינרי, לכדי פגם באקט המינהלי. מכאן שאם יעילות המינהל הייתה מתפקדת במשפט המינהלי כמו אחד מן הערכים הללו, כלומר כערך מסדר ראשון, הרי שפעולה בלתי-יעילה הייתה צריכה להתרגם על ידי הדוקטרינה המינהלית לכדי פגם מינהלי – כשלעצמה. אך כידוע, לא זאת עמדת המשפט המינהלי הישראלי. המשפט המינהלי קובע כי פעולה בלתי-יעילה איננה מהווה פגם מינהלי, ואיננה מבססת צורך בהתערבות בית המשפט בהחלטת הרשות המינהלית.¹²² מכאן, שבמסגרת הפרשנות שמספקת התיאוריה הפלורליסטית למשפט המינהלי הישראלי, קשה לראות את היעילות המינהלית כערך הדומה במעמדו ובתפקידו לשלושת הערכים שמקבלים בתיאוריה את מעמד הבכורה. בעוד שהמשפט המינהלי הישראלי עומד על המשמר מפני פעולות שפוגעות בערכים אלה במידה גבוהה מן הרף שנקבע להם, הוא איננו מקנה יחס דומה ליעילות המינהלית.¹²³

על כן, יש לראות ביעילות המינהל כשיקול שתפקידו להגביל במקומות המתאימים את פעולתם של הערכים שעומדים ביסוד התיאוריה, על מנת שמתן משקל-יתר לאלה לא יביא

¹²² ראו, לדוגמה: בג"צ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (1961); בג"צ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 49 (1999).

¹²³ נדגיש שוב כי מדובר בתיאוריה פרשנית ואיננו טוענים שפרשנויות מתחרות הן בלתי אפשריות, אלא רק כי יש לתמוך אותן בטיעונים לגופו של עניין. לדעתנו, בהיעדר טיעונים שמראים באופן פוזיטיבי שיעילות המינהל מתפקדת כערך מסדר ראשון, הרי שהנתונים העולים מהדין עצמו תומכים באופן סביר יותר בפרשנות שלפיה היעילות היא ערך מסדר שני, אשר מגביל את השמירה על הערכים מסדר ראשון.

לפגיעה מוגזמת בפעולת המינהל. תפיסה פרשנית כזו של היעילות המינהלית הולמת גם את הדרך שבה רעיון זה בא לידי ביטוי דוקטרינרי במשפט המנהלי עצמו.

נביא לכך שתי דוגמאות. בפרשת **נטוויז'ן**, נדונה בין היתר הטענה כי זכות השימוע משתרעת גם על מתחרה של חברה עסקית אשר מבקשת רישיון מסוים. לכאורה, שיקולים של רציונליות עשויים לתמוך במידה מסוימת בטענה כזו, שכן שמיעת כלל הצדדים הרלבנטיים עשויה לסייע לרשות במלאכתה. ואולם, בית המשפט דחה את הטענה, בקובעו כי הרחבת זכות השימוע באופן הזה תייצר הליך מינהלי ארוך ומסורבל ותפגע בעבודת הרשות: "מציאות החיים ומורכבות המוסדות הציבוריים אינם מאפשרים, מבחינה מעשית, מתן זכות שימוע גורפת ומלאה לכל גוף הרואה עצמו ניפגע מהחלטה מינהלית ומבקש להשמיע טענותיו בעניין שכן אין לדבר סוף. מצב משפטי שכזה יצור מערכת חובות בלתי מוגבלת שהרשות עלולה שלא לעמוד בה, והוא עשוי אף לפגוע בגמישות החיונית לרשות בהפעלת סמכויותיה וביכולת תפקודה".¹²⁴ דוגמה שניה היא פרשת **רובינשטיין**, שבה נדון כלל ההסדרים הראשוניים. בפרשה זו עמד הנשיא ברק על חשיבותו של כלל ההסדרים הראשוניים להבטחת לגיטימציה דמוקרטית, אך בצד זאת הוא ציין כי לא ניתן לתת משקל מוחלט לשיקול הדמוקרטי, ויש לוודא שהוא לא פוגע ביעילות המינהלית יתר על המידה: "במשטר דמוקרטי מודרני קשה לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה. לא פעם מתפשרים בשל דרישות היעילות המינהלית, וזאת כדי להבטיח את טובת הציבור".¹²⁵

הנה כי כן, יעילות המינהל היא ללא עוררין ערך חשוב במשפט המינהלי, אך מיקומה הנורמטיבי בתיאוריה הפלורליסטית איננו בליבת התיאוריה – כערך שבכוחו להגביל, מלכתחילה, את פעילות השלטון לשם הגשמת תכלית מוסרי מסוימת. מדובר בערך שמגביל את הערכים המוסריים מסדר ראשון, וזאת באמצעות התחשבות בו בעת קביעת רף הרגישות של הדוקטרינה לשלושת הערכים שפורטו בגדרי התיאוריה.

ד. יתרונותיה של התיאוריה הפלורליסטית

פרק ג' פירט אודות רכיביה של התיאוריה הפלורליסטית והראה כי בכוחה להסביר ולהצדיק את חלק הארי של הכללים, הדוקטרינות והעקרונות של המשפט המינהלי בישראל. יש להדגיש בשנית כי מדובר בהצגה תמציתית של הדברים, שמטרתה להראות באופן ממוקד כי התיאוריה הפלורליסטית היא מסגרת מסבירה ומצדיקה טובה למשפט המינהלי הישראלי. פרק זה יעמוד בקצרה על יתרונותיה היחסיים של התיאוריה הפלורליסטית כתיאוריה.¹²⁶

ראשית, כאמור בפרק א, חיבור זה הוא חלקו השני של פרויקט מחקרי רחב יותר אודות המשפט המינהלי, אשר החל במאמר ששטח את המגבלות והקשיים בתיאוריית הנאמנות,

¹²⁴ בג"צ 365/08 **נטוויז'ן בע"מ נ' משרד התקשורת** (פורסם בנבו, 17.6.2009), בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹²⁵ בג"צ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 516 (1998).

¹²⁶ הדיון בפרק זה הולם באופן עקרוני את הדיון המטא-תיאורטי שעושה Smith בשאלה, כיצד יש להעריך תיאוריות של תחומי דין. Smith סובר שישנם ארבעה קריטריונים להערכת תיאוריות: התאמה לדין (fit), קוהרנטיות, מוסריות ההצדקה והשקיפות של ההסבר של תחום הדין. ראו: STEPHEN A. SMITH, CONTRACT THEORY 7 (2004). הדיון בחלק זה עומד על נקודות אלה אף שהוא לא עושה זאת בהכרח באותו הסדר (לדוגמה, מאחר שיש קשר בין השקיפות של התיאוריה וההצדקה המוסרית שלה, הדיון בחלק זה לא מפריד בין הקריטריונים הללו באופן חד).

שרווחת מאוד במשפט הישראלי עד היום.¹²⁷ יתרונה הראשון של התיאוריה הפלורליסטית הוא, אם כן, בכוחה להסביר ולהצדיק את כללי המשפט המינהלי הישראלי באופן שמניח את הדעת, ללא צורך במונחים "נאמנות" או "הגינות". תוצאה זו חשובה כשלעצמה, היות שמטרתה של כל תיאוריה פרשנית היא להלוך את הדין. אך נוסף על כך, תוצאה זו גם מחזקת את האמור בחלקו הראשון של הפרויקט ומלמדת כי נאמנות והגינות אינן בהכרח רכיבים אנליטיים הכרחיים במשפט הציבורי הישראלי. מעבר לכך, מאחר שהתיאוריה הפלורליסטית איננה משתמשת במושגיות של נאמנות או הגינות, היא איננה סובלת מהקשיים והפירויות של תיאוריית הנאמנות, אשר פורטו בחלקו הראשון של הפרויקט.

שנית, התיאוריה הפלורליסטית מנכיחה באופן ישיר את הבסיס הנורמטיבי של המשפט המינהלי הישראלי והופכת אותו לשקוף וברור יותר. בחלקו הראשון של פרויקט מחקר זה נכתב ביחס לתיאוריית הנאמנות כי אחת ממגרעותיה הוא השימוש במטאפורות לתיאור בעיות נורמטיביות מסדר ראשון.¹²⁸ לעומת זאת, התיאוריה הפלורליסטית ממקמת את המשפט המינהלי הישראלי בהקשר הפילוסופי הרחב יותר, כשואבת משלוש תפיסות מוסריות מוכרות, שנחקרו וממשיכות להיחקר בספרות התיאורטית.

יתרון שלישי של התיאוריה הפלורליסטית הוא שהיא פתוחה יחסית ומשאירה הכרעות ערכיות רבות לשיטת המשפט הישראלית עצמה. זאת, על ידי כך שהיא מבהירה כי המשפט המינהלי בישראל אמנם מבוסס על שלושה ערכים מוסריים חשובים, אך הבחירה של הרף הנדרש ביחס לכל אחד מהשיקולים מתבצעת על ידי גורמים שונים בתוך השיטה המשפטית האמורה, באמצעות כיוונון ושינוי הדוקטרינות עצמן (בין אם בחקיקה ובין אם בדרך של משפט מקובל), והתיאוריה עצמה איננה קובעת, באופן מושגי, מהו הרף הנכון או הראוי לכל ערך. על כן, לדוגמה, גם רצון לתת משקל גדול יותר לשיקולי לגיטימציה דמוקרטית, או לשיקולי רציונליות, במשפט המינהלי הישראלי, יוכל להיות מוסבר באמצעות התיאוריה הפלורליסטית. כך, התיאוריה מספקת אכסניה מושגית נוחה לדיון ערכי וביקורת אודות המשפט המינהלי הישראלי – היא מקנה כלים מושגיים מפותחים לאלו שמבקשים להפוך את המשפט המינהלי לרגיש יותר, או פחות לשיקולים המוסריים שעומדים ביסוד תחום דין זה, ומאפשרת שיח ביקורתי אחוד ומדויק יותר על הדוקטרינות השונות של המשפט המינהלי. על כן, גם שינויים עתידיים במשפט המינהלי הישראלי אשר ישקפו מתן העדפה גוברת או פוחתת לאחד מן הערכים שתוארו לעיל, יוכלו עדיין להיות מובנים בגדרי התיאוריה הפלורליסטית.¹²⁹

¹²⁷ ראו לדוגמה את השימוש ברעיון של חובת ההגינות בפסק דינה של השופטת ברק-ארז ב-בג"צ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 18.1.2023) וכן את השימוש ברעיון של נאמנות בפרשת **ביטול עילת הסבירות (התנועה למען איכות השלטון)**, לעיל ה"ש 16, למשל בפסקה 55 לפסק דינו של השופט עמית.

¹²⁸ ראו: בן-צבי, לעיל ה"ש 1, בעמוד 30.

¹²⁹ אין בכך כדי לשלול את האפשרות שיתכן שבנקודה כלשהי בעתיד, התיאוריה תפסיק לתאר באופן הולם את המשפט המינהלי הישראלי. מצב כזה עשוי להתרחש אם השינויים במשפט המינהלי הישראלי יראו, באופן מצטבר, כי אחד הערכים שתוארו לעיל נזנח לחלוטין, או במקרה אחר, שבו נראה שהמשפט המינהלי הישראלי התחיל לשקף הגנה על ערך מוסרי נוסף שלא נידון בגדרי המאמר. אין התיאוריה הפלורליסטית מתיימרת לתאר את המשפט המינהלי באופן הכרחי ולנצח, אלא רק להוות פרשנות שלו בתקופת הזמן הנוכחית (אף שכאמור לעיל, התיאוריה הפלורליסטית תופסת היטב את המשפט המינהלי כפי שהוא התגבש בעשרות השנים האחרונות לכל הפחות).

רביעית, אף שהתיאוריה איננה קובעת, כאמור, מהו הרף הנדרש עבור כל ערך מוסרי, היא מספקת הכוונה נורמטיבית בדרגת הפשטה גבוהה למשפט המינהלי עצמו – "כוכב צפון" ברור, המסייע ביישום ובפיתוח הדין כאשר הפרשן או השופט נתקלים בשאלה אודות הכללים המרכיבים את תחום הדין הזה: לדוגמה, במקרים של לקונה, שאלה פרשנית חדשה או התפתחות חברתית שמצריכה שינוי או אבולוציה של הדין.

כדי להדגים את הנקודה, נדון בקצרה בדרך שבה התיאוריה הפלורליסטית יכולה להסביר את המוטיבציה מאחורי ההצעה ליצור משפט מינהלי תלוי-הקשר, ביחס למגוון סוגיות שונות.¹³⁰ דוגמה ראשונה בעניין זה נוגעת להצעה לפתח "דיני משפט מינהלי של רווחה", אשר יכללו חובות מוגברות של הרשויות המינהליות כלפי אנשים במצב סוציו-אקונומי קשה (למשל, החובה על פקידי הרשות להסביר ביתר פירוט את זכויותיהם).¹³¹ התיאוריה הפלורליסטית יכולה להציע הסבר והצדקה ברורים להצעה זו. לפי התיאוריה הפלורליסטית, הצעה זו משקפת את החלת העקרון המוסרי שלפיו יש להתייחס לאדם כתכלית לעצמו בנסיבות ספציפיות ומיוחדות, קרי ביחס לאנשים מסוימים אשר לא מסוגלים להביא לידי ביטוי את מלוא האוטונומיה שלהם ללא סיוע מוגבר. במצב דברים זה החובה הדאונטולוגית יוצרת חובות נורמטיביות מגוונות, שאינן קיימות בהכרח באינטראקציה "רגילה" של רשות מינהלית עם אזרח או תושב. ההצעות הדוקטרינריות לחובות סיוע מוגבר בנסיבות אלה משקפות אפוא דאגה להיבט דאונטולוגי זה במפגש של הרשות עם האזרח המוחלש.

דוגמה שנייה לפיתוח משפט מינהלי הקשרי על ידי "כיוונון" של אחד מן הערכים של התיאוריה הפלורליסטית בהקשר חברתי ספציפי, נוגעת בהקשר הרגולטורי. כידוע, בספרות הוצע לפתח את המשפט המינהלי באופן שיתאם לפעילותה של "המדינה הרגולטורית", כלומר פעילות האסדרה הנרחבת על השוק הפרטי, באמצעות רשויות מינהליות שפועלות כרגולטורים.¹³² כך, למשל, נטען כי כחלק מהחובה לבסס תשתית עובדתית במדינה הרגולטורית, יש צורך שהרשויות המאסדרות יסתמכו על תסקיר השפעה רגולטורית (RIA), במטרה לבחון היטב את השפעתו הצפויה של כלל רגולטורי מוצע על השוק.¹³³ בהתאם לכך, גם חוק עקרונות האסדרה מדגיש את הצורך שאסדרה תיקבע באופן מקצועי וסדור, ועל בסיס הליך ניהול סיכונים.¹³⁴

התפתחויות אלה יכולות להיות מוסברות ומוצדקות אף הן באמצעות התיאוריה הפלורליסטית. להבדיל מההקשר הכללי של רווחה, הכולל מפגש עם אנשים קשיי-יום שזקוקים לסיוע במימוש האוטונומיה שלהם, ההקשר הרגולטורי עוסק במפגש עם שחקנים תאגידיים מתוחכמים, "גופים חזקים מבחינה כלכלית, מאורגנים היטב, לחוד וביחד, ומנוהלים על-ידי מקצוענים".¹³⁵ מפגש עם גורמים אלה נעשה אגב הצורך של רשויות המינהל להסדיר פעילות עסקית-כלכלית מורכבת שיש לה היבטים שמצריכים לעתים ידע

¹³⁰ פיתוח מדוקדק של הטעון בהקשר זה ידרוש בחינה שתחרוג מגדרי המאמר, ולכן הדברים מובאים בקצירת האומר.

¹³¹ ראו: איל פלג, **אתגר העוני של המשפט המינהלי** 531 (2013), פלג טוען כי יש לתת משקל יתר לשיקולי הגינות, אך כאמור לעיל, ביסוס תיאורטי מוצק יותר יכול להיות הצורך בהגבהת הרף הדאונטולוגי בהקשרי רווחה.

¹³² ראו: יובל רויטמן, "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית", **משפט וממשל** יח 219 (2017).

¹³³ ראו: שם, בעמוד 257.

¹³⁴ ראו בסעיף 2 לחוק עקרונות האסדרה, תשפ"ב-2022.

¹³⁵ בג"צ 7721/96 **איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625, 652 (2001).

מקצועי רב. על כן, השינויים הדוקטרינריים המוצעים במשפט המינהלי בהקשר הרגולטורי ניתנים להבנה כעמדה שלפיה, בתגובה למאפיינים אלה, ראוי להעלות את רף הרציונליות בפעילות הרשויות המינהליות.¹³⁶ זאת, כדי לוודא בדרגת הסתברות גבוהה יותר שהגורם המאסדר פועל כראוי בתחום המורכב והמקצועי שעליו הוא אמן, ונמנע מכשלים מוכרים בתחום הרגולציה (כגון "שבי רגולטורי").¹³⁷

בצד האמור, התיאוריה מאפשרת לא רק להסביר התפתחויות של המשפט המינהלי אלא גם לספק אמת מידה להערכתה ולביקורתה של פעולה מנהלית (או של הכרעה שיפוטית המתייחסת אליה). במסגרת זו, בכוחה של התיאוריה לזהות ולבקר סטיות מהשורה, כלומר מקרים שבהם המשפט המינהלי חרג מה-dna המאפיין שלו, כפי שהוא מתואר בגדרי התיאוריה. דוגמה לכך עשויה לשמש פרשת אלון, שבמסגרתה בחן בית המשפט את חוקיותן של הפעולות המינהליות שביצע השירות למען הילד במשרד העבודה והרווחה.¹³⁸ בפרשה זו בית המשפט הגיע למסקנה כי קיימת לקונה בהסדרת הסמכות החוקית לפעילות מינהלית מסוימת (בעיקר בכל הקשור לתהליכי הכנה לאימוץ, שנערכים ברשות המינהלית).¹³⁹ ואולם, בית המשפט המשיך וקבע כי "העדרו של הסדר משפטי שהוא, כאמור, חיוני לדעתנו, אין פירושו, כי הפעולות של המשיבים מתנהלות במרחב שבו מוענק להם שיקול-דעת בלתי מוגבל שבו אין פיקוח שיפוטי", ועל כן, "ניתן לבחון את שיקוליהם של המשיבים גם בהעדרם, בשלב זה, של ההסדרים החקוקים [המקנים סמכות]."¹⁴⁰

התיאוריה הפלורליסטית מאפשרת לראות כי הנמקה זו חורגת מאמות המידה הנורמטיביות הבסיסיות של המשפט המינהלי: אמנם, גם בהעדר הסמכה (מה שילמד ככלל על מצב שבו נעדרת במידה רבה לגיטימציה דמוקרטית), ניתן לבחון את עמידתה של החלטה מינהלית מסוימת ברף שנקבע לעניין הרציונליות שלה או המגבלות הדאונטולוגיות שחלות עליה. ואולם, כאמור מעלה, כל החלטה מינהלית צריכה לעמוד ברף שנקבע לעניין כל אחד מהערכים המוסריים שעומדים ביסוד המשפטי המינהלי – באופן נפרד ומצטבר. על כן, קשה, בראי התיאוריה, לקבל מצב שבו החלטה מינהלית, רציונלית ותקינה מבחינה דאונטולוגית ככל שתהיה, תהא נעדרת לגיטימציה דמוקרטית במידה הנדרשת. החלטתו של בית המשפט בפרשת אלון מציגה אפוא תפיסה שונה מזו המוצעת בידי התיאוריה, שלפיה ניתן לסטות, למצער מדי פעם, מהגשמה ברף המינימלי של אחד או יותר מערכי-הבסיס שמצדיקים את הדוקטרינות של המשפט המינהלי.

תוצאה שיפוטית זו, שקשה כאמור להסבירה ולהצדיקה באמצעות התיאוריה, מתקשרת גם עם דברים שצוינו בחלק ב שעסק בהבהרות מתודולוגיות. כפי שצויין, תיאוריה פרשנית תשאף לרמה גבוהה ככל שניתן של התאמה לתחום הדין הרלבנטי. ואולם, מובן מאלינו כי התאמה מושלמת שבכוחה לחבוק את כל פסקי הדין והכללים שבתחום היא בלתי אפשרית. במקרה הנוכחי, הסטייה מהמלצות התיאוריה בפסק דין מסוים מהווה אפוא בסיס לביקורת

¹³⁶ ראו לדוגמה: Alan Schwartz, *Regulating for Rationality*, 67 STAN. L. REV. 1373 (2015).
¹³⁷ עיינו: דני"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2021), בפסקאות 52-55 לפסק

דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

¹³⁸ בג"צ 415/89 אלון נ' השירות למען הילד, פ"ד מג(2) 786 (1989).

¹³⁹ שם, בעמוד 790.

¹⁴⁰ שם, בעמוד 791.

נורמטיבית על המקרה החריג. זאת, בפרט משום שמדובר במקרה בודד שאיננו מציג הנמקה יוצאת דופן הדורשת חשיבה מחדש על נקודת המוצא התיאורטית של התיאוריה הפלורליסטית. המסקנה העולה מכך איננה כי התיאוריה הפלורליסטית איננה משכנעת דיה, אלא כי מדובר בתוצאה שיפוטית חריגה יחסית, הראויה לביקורת מנקודת מבט נורמטיבית המביאה בחשבון את התפיסה הפרשנית של התיאוריה הפלורליסטית.

לסיכום, התיאוריה הפלורליסטית מציירת את המשפט המינהלי כתחום הדין שעוסק בהפעלת כוח מדינתי א-סימטרי לצורך הגשמת תכליות מדינתיות מגוונות. הפעלת הכוח הזו נדרשת וחשובה, אך יש בצידה סכנות. לאור זאת, חובות המשפט המינהלי מסדר ראשון מסייעות לוודא כי הפעלת הכוח עומדת ברף מינימלי נדרש של לגיטימציה דמוקרטית, רציונליות ושמירה על מגבלות דאונטולוגיות מסוימות. באופן הזה, התיאוריה הפלורליסטית, שקוויה הכלליים תוארו בהרחבה, מאפשרת להסביר ולהצדיק את כללי ועקרונות המשפט המינהלי באופן שמתכתב עם עקרונות מוסריים מוכרים ומבוססים, ומבלי שיהיה צורך להיקלע לביאור מושגי בעייתי של נאמנות או הגינות.