

התאוריה 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 שהתאוריה הפרשנית השלטת של המשפט המינהלי הישראלי, תאוריית הנאמנות, איננה משכנעת כפי שנדמה במבט ראשון. המאמר הנוכחי ממשיך מנקודת מוצא זו ומפתח תאוריה פרשנית חדשה של המשפט המינהלי הישראלי, המכונה "התאוריה הפלורליסטית". מטרתה של התאוריה 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 התאוריה הפלורליסטית המושתתת על שלושה ערכים אלה ומראה שבכוחם להסביר ולהצדיק את כללי המשפט המינהלי הישראלי. כמו כן המאמר מדגים כיצד משתלבים בתאוריה שיקולים מסוימים מסדר שני, כגון יעילות המינהל, ומסביר מה הם יתרונותיה של התאוריה הפלורליסטית המוצעת לעומת תאוריות אחרות.

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

מבוא

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

* דוקטור למשפטים. מורה מן החוג בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** חבר סגל בכיר, הפקולטה 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 15 (2022) (להלן: בן-צבי "מגבלותיה של תיאוריית הנאמנות").

של קשיים ופרכות, ולכן היא נכשלת במבחן מרכזי של תאוריות פרשניות של תחומי משפט: היא איננה מציעה תיאור והסבר בעלי כוח שכנוע של הדין הישראלי, והיא איננה מספקת אמת מידה נורמטיבית להערכתו ולביסוס הנחיות ליישומם ולפיתוחו.

המאמר הנוכחי ממשיך מנקודת מוצא זו ומבקש לפתח על גביה תאוריה של המשפט המינהלי בישראל. המאמר מפתח תאוריה פלורליסטית חדשה שבכוחה להסביר ולהצדיק את המשפט המינהלי הישראלי. בשונה מתאוריות מוניסטיות – שמבקשות להסביר ולהצדיק ענף דין מסוים על בסיס עיקרון אחד – תאוריות פלורליסטיות נעוצות ברעיון בסיסי שלפיו אין ערך או עיקרון יחיד המסוגל לספק הסבר או הצדקה מלאים לדין. תאוריות כאלה דוגלות אפוא בכך שערכים או עקרונות מגוונים חוברים יחד כדי להסביר ולהצדיק את הדין.

בהקשר הנוכחי, המאמר מראה שכללי המשפט המינהלי הישראלי ועקרונותיו ניתנים להבנה כניסיון להתמודד עם הכוח הרב שמפעילה המדינה המינהלית, על שלל זרועותיה, על יחידים, על קבוצות ועל תאגידים במדינה. כידוע, המדינה המינהלית משפיעה השפעה ניכרת על כלל הגורמים המצויים בשטחה (ולעיתים אף על אלה שמחוץ לשטחה): היא עשויה להתערב התערבות ישירה בחייהם של פרטים באמצעות החלטות שמגשימות אינטרסים מדינתיים מגוונים, לעיתים אגב פגיעה בזכויות יסוד; לקבל החלטות אשר מקנות להם – או שוללות מהם – זכויות חוקיות; להשפיע על מתן שירותים ועל התנהלות השווקים במדינה באמצעות אסדרה; לארגן את המגזר הציבורי ולהעביר כוח בין אורגנים מינהליים; לקבל החלטות הוות גורל שמשפיעות על הציבוריות הישראלית השפעה רחבת היקף, כגון החלטות בתחום ההגירה והאוכלוסין, לחימה, מתווה הגז, הקמת יישובים ועוד.² לפיכך כוחה של המדינה המינהלית, שהוא לרוב כוח א-סימטרי ביחס לגופים הכפופים להחלטותיה, מעורר מתח נורמטיבי בין שיקולים נוגדים: מחד גיסא הצורך לוודא שלגורם המדינתי הרלוונטי הכוח המתאים לביצוע משימותיו ולהגשמת 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-ארוז **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" (The FEDERALIST PAPERS NO. 51 (James Madison) (ראו: MARTIN LOUGHLIN, THE IDEA OF PUBLIC LAW 92–93 (2004) כללי בנושא זה ראו: CASS R. SUNSTEIN & ADRIAN VERMEULE, LAW & LEVIATHAN: REDEEMING THE ADMINISTRATIVE STATE (2020) בדינמיקה הזו בהקשר האמריקאי ראו:).

המאמר מציע אפוא תפיסה תאורטית פלורליסטית שלפיה אפשר להסביר ולהצדיק את כללי המשפט המינהלי באמצעות הרצון לשמור על שלוש קבוצות של ערכים נורמטיביים שמקיימים ביניהם מערכת יחסים מורכבת. בהקשר זה ראוי להדגיש כי התאוריה הפלורליסטית מתמקדת בהסבר ובהצדקה של כללי המשפט המינהלי עצמם בלבד. התאוריה איננה משיבה לשאלה אילו פעולות שלא נפל בהן פגם משפטי הן ראויות מבחינה מוסרית או אידאולוגית, מאחר שכללי המשפט המינהלי מוגבלים ל"מותר" ול"אסור" המשפטי, ואין מטרתם לספק הכוונה נורמטיבית בבחירה בין מגוון אפשרויות מותרות.

לאחר שהמאמר יצביע על שלושת הערכים שבבסיס התאוריה המוצעת, הוא ירחיב על המבנה הנורמטיבי הפנימי של המשפט המינהלי הישראלי, כפי שהוא התגבש כפועל יוצא של מערכת היחסים בין הערכים הללו. אתגר זה – הנוגע להצבעה על האינטראקציה הקיימת בין ערכים שונים – רלוונטי לביאורן של תפיסות פלורליסטיות, לעומת תפיסות מוניסטיות הפטורות ממנו: כשהמשפט המינהלי מתואר כנובע מסט של כמה ערכים שאינם הולמים זה את זה במלואם, מתעורר הצורך להתמודד עם שאלות בדבר מערכת היחסים הנורמטיבית ביניהם. לדוגמה: האם אחד מן הערכים חשוב ומרכזי מן האחרים? האם ניתן לבצע "קיצוץ" (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 רציונליות 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 תאורטיים ומעשיים רבים, בין היתר שתפיסה זו נמנעת מהכשלים ומהפרכות של תאוריית הנאמנות; היא מאפשרת "להניח על השולחן" את הבסיס הנורמטיבי של המשפט המינהלי ולנהל בענייני דיונים ומחלוקות מפורשים יותר, שאינם מוסווים בטיעונים פורמליסטיים; היא מציעה נקודת מבט נורמטיבית שמאפשרת ביקורת והערכה של פעולות מינהליות ושל פסקי דין.

מאמר זה פותח, בפרק א, בסקירה תמציתית של הרקע לדיון בתאוריה המוצעת במאמר. לאחר מכן המאמר דן בקצרה בקשייה של תאוריית הנאמנות כפי שאלה הוצגו בהרחבה בחלקו הראשון של המחקר. פרק ב יעסוק בתיחום מסגרת הדיון ובכמה הבחנות בסיס בכל הנוגע למסגרת המושגית שבתוכה פועל המאמר. פרק ג יכלול פירוט על התאוריה הפלורליסטית המוצעת במאמר. אגב כך הוא דן בהבחנה שבין תאוריה מוניסטית לתאוריה פלורליסטית, בערכים השונים שעליהם מושתתת התאוריה, ביחסי הגומלין ביניהם ובסוגיות נלוות, דוגמת שיקולים מסדר שני. לבסוף, פרק ד יוקדש, בדרך של סיכום, לדיון ביתרונותיה של התאוריה הפלורליסטית של המשפט המינהלי הישראלי, הן לעומת תאוריית הנאמנות הן במנותק ממנה.

א. תקציר הפרקים הקודמים

תאוריית הנאמנות נחשבת דומיננטית במשפט המינהלי הישראלי זה שנים רבות, ואף לתפיסה שנכונותה גלויה על פני הדברים (truism), כלומר רעיון ש"מקובל היום על הכל".⁴ כפי שנזכר, חלקו הראשון של מחקר זה ביקש לערער לראשונה על התובנה הרווחת בתחום זה, להתעמת תאורטית עם תאוריית הנאמנות ולהראות שאין בכוחה לספק הסבר והצדקה למשפט המינהלי הישראלי.

בתמצית, חלקו הראשון של המחקר הצביע על כשליה של תאוריית הנאמנות, הן במישור התיאורי הן במישור המושגי. קשיים אלה נעוצים בתפיסת הנאמנות עצמה; ברעיון ההגיונות שלכאורה נובע ממנה; בזיקה שבין נאמנות והגיונות לבין דוקטרינות של המשפט המינהלי. ראשית, 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 כמה 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 הכוחות שבין המדינה לבין הפרט, לעומת תפיסות רווחות בתחום יחסי אמונאות הגורסות כי א-סימטריה כזו איננה תנאי הכרחי או מספיק ליצירת יחסי אמונאות במשפט הפרטי; היא איננה מסוגלת להסביר מאפיין בסיסי של המשפט המינהלי הישראלי והוא תחולתו של המשפט המינהלי על זרים (וספציפית יותר: מאחר שזרים מעולם לא העבירו כוח לרשויות השלטון, לא ברור הבסיס ליצירת חובת אמן כלפיהם). נוסף על כך, תפיסה זו מניחה קיומו של מעבר ישיר של כוח בין הציבור לבין רשויות מינהליות, אף שאין לכך בסיס נורמטיבי או אמפירי (שהרי הציבור העביר את כוחו לנבחר הציבור ולא ישירות לרשויות המינהליות); לבסוף, תפיסה זו מעמעמת את הבעיה הנוצרת מפוטנציאל ניצול הכוח של רשויות מינהליות באמצעות ההנחה הגלומה בה, שלפיה כל רשות מינהלית איננה מצויה כלל בריבונות עם הפרט אלא ביחסים חיוביים ומיטיבים של נאמנות.⁵

שנית, ניתן לפקפק בקשר הישיר שבין תפיסת הנאמנות לבין רעיון ההגיונות, וספציפית בהנחה שלפיה יחסי הנאמנות מצמיחים חובת הגיונות כללית במשפט המינהלי. בהקשר זה אין להתעלם מן העובדה שיחסי אמונאות במשפט הפרטי אינם מצמיחים חובה דומה, והניסיון לבסס באורח עצמאי קשר מושגי בין הנאמנות לבין חובת ההגיונות איננו עומד במבחן הביקורת. נוסף על זה, מן ההיבט התאורטי, מושג ההגיונות עצמו – הן בכתיבה הפילוסופית המתמייחסת אליו הן בהתייחסות המשפטית אליו – איננו נובע מן הנאמנות.⁶

שלישית, מן ההיבט המושגי, רעיון ההגיונות, כפי שהוא פותח בפסיקה בית המשפט העליון, הוא רחב יתר על המידה, ועל כן אין בכוחו לתאר ולהסביר במדויק את המשפט המינהלי בישראל. לאמיתו של דבר, רוחב היקפו של המושג מאפשר לבסס עליו כמעט כל נורמה משפטית, לרבות נורמות שאינן חלק מהמשפט הציבורי הישראלי.⁷ חשוב להדגיש

⁴ ראו: בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 345 (1998); לתיאור המידה שבה התאוריה מקובלת בפסיקה ובספרות ראו: בן-צבי "מגבלותיה של תאוריית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 19–20.

⁵ לתיאור מפורט של בעיות אלו ראו: בן-צבי "מגבלותיה של תאוריית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 22–30.

⁶ ראו: שם, בעמ' 30–35.

⁷ ראו: שם, בעמ' 35–40.

שביקורת זו איננה נורמטיבית אלא מושגית. הטענה איננה שההגינות היא אידיאל לא ראוי מבחינה מוסרית, אלא כי מבחינה מושגית רעיון ההגינות הוא ככל הנראה מושג ריק שאין לו תוכן כשלעצמו, ועל כן ספק אם בכוחו לספק הסבר מניח את הדעת לדוקטרינות של המשפט המינהלי.

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

ולבסוף, מבט השוואתי מעיד שתאוריית הנאמנות שנויה במחלוקת מחוץ לישראל, וקשה למצוא שיטת משפט שמקבלת אותה כפשוטה. יתר על כן, נדמה כי מחוץ לישראל קיים עימות בין תאוריה זו לבין תאוריות רבות אחרות אשר אינן נדונות בספרות ובפסיקה בישראל כלל.⁸ בחלקו הראשון של המחקר, שעיקריו הובאו כאן בתמצית, נאמר כי אין בו יומרה לבסס באופן פוזיטיבי תאוריה חלופית של המשפט המינהלי.

מנקודה זו ממשיך המאמר הנוכחי.

ב. הבחנות מתודולוגיות ומסגרת הדין

חלק זה ידון בשלוש סוגיות מתודולוגיות עקרוניות הראויות להבהרה בכל הנוגע לאופייה ולגבולותיה של תאוריה פרשנית של הדין, למושג הדין של התאוריה ולהיקפו של החיבור. בחלקו הראשון של המחקר דן אחד מאיתנו בהרחבה בנושא זה.⁹

ראשית, יש להזכיר בקצרה מהן מטרותיה של תאוריה פרשנית של תחום דין (domain) מסוים, ובייחוד מה היא איננה אמורה לעשות. תאוריה פרשנית מציעה הסבר והצדקה לתחום הדין שבו היא עוסקת באמצעות עקרונות נורמטיביים שונים. ניתן לתאר את מטרתה של תאוריה כזו ככפולה: בהיבט התיאורי, היא מציעה תיאור והסבר לדין, כלומר לכללים, לדוקטרינות ולעקרונות העיקריים 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 לפי עקרונות נורמטיביים ברורים. תאוריה פרשנית בכללותה היא אפוא ניסיון להציע פרשנות של הדין שתהלום את כלליו ותשלם יחד לכדי יחידה נורמטיבית הרמונית ושיטתית.¹⁰

חשוב לציין שקשה להגשים את שתי המטרות הללו – המטרה התיאורית והמטרה הנורמטיבית – במלואן, ויש מתח מסוים ביניהן. המרכיב התיאורי של התאוריה הפרשנית, המתבטא בניסיון לתאר ולהסביר את הדוקטרינה בתחום הדין הרלוונטי באמצעות עקרונות נורמטיביים, הוא עצמו מעוצב על ידי אידיאל נורמטיבי כמושג מארגן. ככזה, האלמנט התיאורי שבתאוריה פרשנית מתאפיין למעשה בדרגה גבוהה יחסית של הפשטה, מתוך שאיפה להשיג קוהרנטיות ודרגת התאמה משכנעת דייה בין הנורמטיבי לבין הנוהג. לכן אין

⁸ ראו: שם בעמ' 40–47.

⁹ ראו: שם, בעמ' 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).

לצפות להלימה "מושלמת" בין ההצדקה הנורמטיבית לבין הדוקטרינה הקיימת. מטעם זה התאוריה תעורר, והדבר כמעט בלתי נמנע, גם הצעות לשינוי הדין במידה כזו או אחרת. לכן על התאוריה לשאוף למידה גדולה ככל הניתן של התאמה לדין (fit) בהיבט התיאורי ולחשיפת העקרונות הנורמטיביים שלאורן מתנהל התחום ברמה הנורמטיבית, וברור כי תמיד תישאר מידה כזו או אחרת של אי-התאמה תיאורית או נורמטיבית בין התחום המשפטי לבין התאוריה. את התאוריה יש לשפוט על פי המידה שבה היא מגשימה את מטרותיה, אך לעולם מדובר בעניין של דרגה, ואין לצפות להצלחה תאורטית "מושלמת" בחפיפה בין תאוריה פרשנית לבין תחום הדין שבמרכזה.

עוד ראוי להבהיר שהמרכיב הנורמטיבי של התאוריה הפרשנית, המתבטא בחשיפת סט ערכים נורמטיבי שלאורן מתנהל תחום משפטי מסוים, איננו מרכיב נורמטיבי "טהור", 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 הנבחנת. במילים אחרות, אין מדובר בפרספקטיבה שהיא לכאורה חיצונית למשפט (כפי שהדבר לעיתים בתאוריות נורמטיביות טהורות)¹¹ אלא בפרספקטיבה נורמטיבית הבאה מתוך מה שקורה במשפט עצמו. נוסף על כך, המרכיב הנורמטיבי של התאוריה הפרשנית איננו מתיימר להיות בהכרח טיעון נורמטיבי מקיף בזכות ערכים נורמטיביים מסוימים לעומת חלופות מוסריות אחרות. משמעות הדברים היא כי המרכיב הנורמטיבי שבתאוריה עשוי להניח שערכים מסוימים (כגון הימנעות מפגיעה מיותרת בבני אדם) הם ראויים מבחינה מוסרית (והוא אף עשוי לרדן 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 התאוריה הפרשנית יש אפוא היבט ספציפי ומוגבל: התאוריה היא של תחום משפטי מסוים, של שיטת משפט מסוימת, בתקופה מסוימת, והיומרה של התאוריה הפרשנית עשויה להתמצות בתיאור של אותו תחום דין כמתנהל על פי עקרונות נורמטיביים ראויים מבלי לטעון כי אלו בהכרח העקרונות הנורמטיביים הנכונים או האופטימליים (אדרבה, דווקא הניסיון לחשוף את סט הערכים שלאורן מתנהל תחום דין מסוים פותח מרחב שיח שיכול להיות גם ביקורתי כלפי ההצדקה הנורמטיבית של הכללים והדוקטרינות המדוברים).

בצד האמור, השאיפה עצמה להצביע על עקרונות נורמטיביים הקיימים בבסיס הדין מלמדת על ציפייה מסוימת מהתאוריה הפרשנית והיא כי התאוריה תציג את הכללים המשפטיים של התחום באופן שהולם תפיסות מוסריות ראויות. על כן גם אם התאוריה הפרשנית איננה מבססת הצדקה פילוסופית מסדר ראשון של עקרונות אלה, עליהם להיות

¹¹ להבחנה בין תאוריות נורמטיביות לבין תאוריות 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 של הניתוח הכלכלי של דיני חושים).

סבירים (Plausible) בפני עצמם כדי שהתאוריה תיחשב לתאוריה פרשנית מוצלחת.¹³ לפיכך גם התאוריה 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 עקרונות נורמטיביים מספקים לתיאור המשפט המינהלי בישראל ולהצדקתו.

שנית, חשוב לחדד את מושא הדיון המדויק של התאוריה הפלורליסטית המוצעת בפרק הבא. המאמר מתמקד ישירות 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'. התאוריה מבקשת לבחון את הכללים המשפטיים האלה ולשאול בעניינם כמה וכמה 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 תאוריות 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 השיפוטית** על הפרת חובה מינהלית ולא בהצדקה של **החובה המינהלית עצמה**. להבחנה זו, בין החובה המינהלית עצמה לבין עילת ההתערבות השיפוטית בגין הפרתה, חשיבות רבה, כפי שהדגיש בית המשפט העליון בפרשת **ביטול עילת הסבירות**.¹⁶ ואכן, התמקדות התאוריה

¹³ דרך אחרת להסביר זאת הוא שחזוק ההצדקה המוסרית של העקרונות הנורמטיביים הוא פרמטר לבחינת חוזקה של התאוריה 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 L. REV. 773, 775 (2021).

¹⁴ נדגיש כי לפי האמור במבוא, התאוריה איננה מתיימרת לספק הנחיה נורמטיבית חובקת-כול 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 התאוריה אינה שואפת לענות (לדוגמה: אם אקט מסוים, אף שהוא מותר מבחינת המשפט המינהלי, הוא ראוי מוסרית).

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

¹⁶ ראו: בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, בפס' 156 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות; פס' 76 לפסק דינה של השופטת וילנר; פס' 20 לפסק דינו של השופט אלרון; פס' 18 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ; פס' 26 לפסק דינה של השופטת רונן; פס' 26 לפסק דינה של השופטת ברון; פס' 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 1.1.2024) (להלן: פרשת **ביטול עילת הסבירות** (התנועה למען איכות השלטון)). אומנם, כפי שהדגישו חלק מהשופטים, במקרי קיצון מסוימים, ההבדל הפרקטי בין החובה

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

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

ג. התאוריה הפלורליסטית של המשפט המינהלי

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

1. תאוריות פלורליסטיות ומוניסטיות

מאפיין בולט של התאוריה המוצעת במסגרת חיבור זה הוא היותה פלורליסטית. למונח "פלורליזם" יש משמעות ספציפית בהקשר של תאוריות של תחומי דין: כוונתו לתאוריות שאינן שואפות להעמיד את הכללים ואת הדוקטרינות של תחום הדין על עיקרון מסביר או מצדיק יחיד (עמדה המכונה, כאמור, "מוניזם תאורטי"), אלא גורסות במקום זאת כי את הכללים המשפטיים שמרכיבים את תחום הדין יש להסביר ולהצדיק בזיקה לכמה עקרונות ורעיונות נורמטיביים.¹⁸

קיימות כמה תאוריות מוניסטיות של המשפט המינהלי. כך היא למשל תאוריית הנאמנות שנבחנה לעומק בחלקו הראשון של מחקר זה, משום שהיא גורסת כי ניתן להבין את חלק הארי של הדוקטרינות המינהליות כנובע, בסופו של דבר, מרעיון נורמטיבי מסדר אחד, שלפיו רשויות מינהליות מצויות במצב של מעין-נאמנות באשר לציבור.¹⁹ בצד תאוריה זו ניתן להצביע על תאוריות מוניסטיות אחרות. לדוגמה, תאוריות מתחום משפט וכלכלה, שמנסות

המשפטית לבין עילת ההתערבות המשפטית מצטמצם (ראו לדוגמה בפס' 60 לפסק דינו של השופט עמית), ואולם אין בכך כדי לגרוע מההבחנה העיונית העקרונית בין החובה המינהלית לבין עילת ההתערבות השיפוטית בגין הפרת החובה.

¹⁷ ראו בחלק ג(6).

¹⁸ ראו באופן כללי: Zemach & Ben-Zvi, לעיל ה"ש 10, בעמ' 206. צמח ובן-צבי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 146, 152.

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

להסביר את כללי המשפט המינהלי באמצעות הרעיון של השאת רווחה,²⁰ תאוריות שתופסות את המשפט המינהלי כמכוון לשמירה על "גבולות הגזרה" שהמחוקק הציב לרשות המבצעת²¹ או תאוריות שמבססות את ההצדקה הנורמטיבית לכללי המשפט המינהלי על אידיאל שלטון החוק.²²

בצידן של התאוריות המוניסטיות של המשפט המינהלי ניתן לאתר בספרות גם תאוריות פלורליסטיות, שטוענות שההסברים המוניסטיים הם חלקיים בלבד – ועל כן הם אינם 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 תאוריה פלורליסטית מבוזרת יותר של המשפט המינהלי, וטוענת כי הוא משרת תכליות רבות, חלקן נוגע לזכויות הפרט וחלקן נוגע לקידום האינטרס הציבורי ולשמירה על הכרעות המחוקק.²⁵

גם התאוריה שתוצג במחקר הנוכחי, אף שאין היא מתבססת ישירות על התאוריות שצוינו עד כה, היא תאוריה פלורליסטית. היא תבקש להעמיד את כללי המשפט המינהלי על שלושה ערכים נורמטיביים שונים: לגיטימציה דמוקרטית, רציונליות ומגבלות דאונטולוגיות. מהלך זה מתבסס על התובנה כי מורכבותו של המשפט המינהלי, הרבגוניות שלו וריבוי ההקשרים

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, in THE ELGAR COMPANION TO LAW AND ECONOMICS 239 (2nd ed., Jurgen G. Backhaus ed., 2005); ECONOMICS OF ADMINISTRATIVE LAW (Susan Rose-Ackerman et al eds., 2007).

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

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 Bellet al eds., 2016). לקטגוריה מעט שונה ראו את עמדתו של Lord Diplock ב- *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, at 410 (CA). אשר למאמרו של דאלי יצוין כי מדובר בתאוריה פלורליסטית שמזכירה חלק מן הרעיונות שמוזכרים גם במאמר זה, אולם הבדלים לא מעטים מבחינים בינה לבין התאוריה הפלורליסטית מושא המאמר. ראשית, מאמרו של דאלי עוסק בביקורת שיפוטית על החלטות מינהל, ואילו מאמר זה עוסק בהסבר ובהצדקה של החובות המינהליות עצמן. שנית, מאמרו של דאלי תומך בתפיסה שלפיה הערכים השונים "מתנגשים" זה בזה או תומכים זה בזה – כל מקרה לגופו, ואילו מאמר זה מציג תפיסה אחרת, ולפיה די בעמידה ברף מינימלי של כל אחד מן הערכים. ולבסוף, גם הערכים שעליהם מבוססת התאוריה של דאלי מנוסחים ברמת הפשטה גבוהה יחסית ואינם תואמים במידה רבה את הערכים שנדונים במאמר זה.

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

שבו הוא פועל אינם מאפשרים להסביר את כלל הדוקטרינות והעקרונות של המשפט המינהלי באמצעות עיקרון נורמטיבי אחד, תהא חשיבותו אשר תהא. מנגד, התאוריה אינה רואה במורכבותו של המשפט המינהלי סיבה להסיק א-פריורית שמדובר בתחום דין החסין לחלוטין בפני חקר אינטלקטואלי מבאר.²⁶ לפיכך התאוריה תראה שאכן ניתן לאתר כמה ערכים ועקרונות משותפים אשר מסייעים להסביר ולהצדיק את הריבוי ואת הגיוון שהמשפט המינהלי הדוקטרינרי מציג.

המשכו של חלק זה יציג בקצרה את הערכים שעליהם מבוססת התאוריה 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. עיקרון 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 של התוצאה (לשם הפשטות נדבר מכאן והלאה 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 אינה מגיעה לרף מוסרי גבוה יותר של צדק. כלומר, מוסדות או החלטות לגיטימיים ראויים לכבוד ולהישמעות, לפחות על פני הדברים, במנותק מהשאלה אם הם צודקים או לא.²⁹

תאורטיקנים חלוקים ביניהם בנוגע לשאלה איזה רכיב של תוצאות או של 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 מהעובדה שההחלטה הנדונה שואבת את כוחה מהשיטה הרובנית הדמוקרטית. אומנם אין הסכמה בספרות בשאלה איזה היבט בהליך

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

²⁷ לגיטימציה היא תכונה לא רק של מוסדות אלא גם של החלטות, של פסקי דין, של מוסדות ואף של המשטר כולו. יכולה 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, בעמ' 1796.

²⁹ גבולותיו המדויקים של כבוד להחלטות ולמוסדות לגיטימיים מצויים במחלוקת מסוימת בין החוקרים השונים בתחום זה. ראו לדוגמה: PETITE, לעיל ה"ש 27, בעמ' 131 והלאה וכן Niko Kolodny, *Rule Over None I: What Justifies Democracy?*, 42 Phil. & Pub. Aff. 195, 197 (2014).

³⁰ תשובות אחרות, שאינן נדונות במאמר זה, עשויות לכלול: הסכמה של הנשלטים (אמיתית או היפותטית), התבססות על טעמים פתוחים וציבוריים או תוצאות סובסטינטיביות. ראו: Fabienne Peter, *Political Legitimacy*, Stanford Encyclopedia of Philosophy (2017) <https://tinyurl.com/4z6wrhfy>.

הדמוקרטי מהווה את הבסיס להגברת הערך המוסרי האינטרינזי של החלטה שנובעת מהמערכת הדמוקרטית (למשל אם 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 ולכללים מהשלב הראשון של הניתוח המינהלי, שעוסק בסמכות המינהלית. כך, הצורך בלגיטימציה דמוקרטית הוא הנמקה עיקרית (גם אם לא יחידה)³⁵ לעקרון יסוד של המשפט המינהלי הישראלי, הוא עקרון חוקיות המינהל. עיקרון זה קובע, כידוע, כי על כל פעולה של רשות מינהלית 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 הוא לגיטימי מבחינה מוסרית משום שהוא מוצא לפועל אך

³¹ ראו: PETITE, לעיל ה"ש 27; 15 Bernard Manin, *On Legitimacy and Political Deliberation*, 15 POLITICAL THEORY 338, 351–352 (1987); FABIENNE PETER, DEMOCRATIC LEGITIMACY (2008); DAVID ESTLUND, DEMOCRATIC AUTHORITY: A PHILOSOPHICAL FRAMEWORK (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 התאוריה הפלורליסטית מספקת מענה לסוגיה שתאוריית הנאמנות מתעלמת ממנה. בעוד שתאוריית הנאמנות "מדלגת" על הצורך בלגיטימציה דמוקרטית, היות שהיא נשענת על מערכת יחסים ישירה בין הציבור לבין רשויות המינהל (ראו: בן-צבי "מגבלותיה של תיאוריית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 28–29), התאוריה הפלורליסטית מכירה בצורך של רשויות המינהל לפעול באופן שנהנה מלגיטימציה דמוקרטית.

³³ PETITE, לעיל ה"ש 27, בעמ' 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.

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 המדינה,³⁸ 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 להגביה את רף ההסמכה הנדרש במקרים של פגיעה בזכויות יסוד. על פי עיקרון זה, כאשר החלטה מינהלית פוגעת בזכויות יסוד, על ההסמכה שעליה מתבססת ההחלטה להיות "ברורה, מפורטת ומפורשת".⁴⁰ הצורך בלגיטימציה דמוקרטית מסביר את העיקרון האמור היטב, בשם לב לכך שלגיטימציה איננה מושג בינארי אלא היא מושג-ציר. כלומר, החלטה איננה לגיטימית או לא 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, בעמ' 323–324.

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

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

ראו: בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 20.12.2010) (להלן: בג"ץ מנאע); ראו גם: בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (נבו 12.9.2017).

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

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

ראו גם: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא' (1) 1, פס' 32 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (2006): "הכנסת נבחרה בידי העם להכריע בסוגיות יסוד

שבה הקישור לפעילותה הרובנית של הדמוקרטיה מקנה להחלטה מסוימת יותר או פחות לגיטימציה, כלומר הופך אותה לראויה יותר לכבוד מבחינה מוסרית. שלוש הדוגמאות שלעיל מלמדות כי לגיטימציה דמוקרטית מסייעת להצדיק כללים רבים בשלב של בדיקת הסמכות המינהלית. ואולם, הלגיטימציה הדמוקרטית משתלבת בהסבר ובהצדקה גם לכללים 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 המינהליות, ובכך להעשיר את השיח הציבורי בנוגע לפעולותיה של הרשות המינהלית "בזמן אמת" או סמוך לו;⁴³ שנית, היא מסייעת להפעלת המנגנון הדמוקרטי עצמו, בכך שהיא מאפשרת לאזרחים לבחור בבחירות לרשויות המקומיות או לכנסת בחירה מושכלת יותר, משום שהיא מספקת לאזרחים מידע על 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 בבחינת "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

של המדינה, ולא נמצא לנו כי רשאית להתנצל את סמכותה זו ולהעבירה לממשלה. אם תכפיף את רצונה לרצונה של הממשלה; אם תסיג את רצונה מפני רצון הממשלה; תמעל הכנסת בתפקידה ובאמון שנתן בה העם".
 43 ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 347 ("לעיתים 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' בעמ' 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"ץ 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', בעמ' 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"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 47 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו) (27.3.2016) (בהתייחסו לאסדרה 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 לאישור של ועדה מוועדות הכנסת נתפסות על ידי המשפט המינהלי כהחלטות לגיטימיות יותר (ובין היתר בית המשפט נוטה להתערב בהן פחות).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 ומהדוקטרינות שבתחום זה אינן מבוססות על הצורך להבטיח שהחלטתה של הרשות המינהלית נטועה באופן מספק בהליך הדמוקרטי הרובני. 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. עיקרון 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 לפי התבונה 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 בלוגיקה של הבירוקרטיה.⁵¹ לפיכך 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 מושאי ההחלטה. במובן הזה עומד המשפט המינהלי בחזית הפרויקט הנמשך של רציונליזציה של הפעלת הכוח השלטוני:

The path of American administrative law has been the path
of the progressive submission of power to reason. The

⁴⁸ ראו לדוגמה: בג"ץ 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 כדי לוודא שכוח מינהלי מופעל באופן דמוקרטי. מודל זה נחשב ללא מספק כיום. ראו: דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 113–114. לניסיון "להחיות" את התפיסה הקלאסית, ראו: Pojanowski, לעיל ה"ש 21; 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 et al eds, 1989); Yishai Blank, *The Reenchantment of Law*, 96 CORNELL L. REV. 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"

⁵¹ ראו: THOMAS NAGEL, *EQUALITY AND PARTIALITY* 141–142 (1995); JOHN RAWLS, *THE LAW OF PEOPLES* 48–54 (2001).

promise of the administrative state was to bring competence to politics. It is the institutional embodiment of the enlightenment project to substitute reason for the dark forces of culture, tradition, and myth.⁵³

לפיכך, ניתן לראות גם במשפט הציבורי הישראלי כשיטת משפט שבה שלטת "תרבות של הצדקה", כלומר 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 בדבר תוכנו הפילוסופי המדויק.⁵⁶ המונח "רציונליות" מובן בציבור זה באופן רזה למדי, כדורש רגישות הולמת לטעמים לפעולה (reasons for action) הרלוונטיים 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 מסוימות.⁵⁸ לטעמים יש עוצמה שמשתנה על פי נסיבות המקרה. לדוגמה, אדם שיודע שעומד לרדת גשם אך בוחר במודע לא לקחת מטרייה שזמינה לו – אף שהוא איננו מעוניין להירטב ויודע שמטרייה תסייע לו לא להירטב – איננו פועל באופן רגיש לטעמים לפעולה הרלוונטיים להחלטתו, ובמובן הזה פועל באופן לא רציונלי (בהנחה שאין טעמים סותרים אחרים).⁵⁹ בהקשר הנוכחי, כאשר רשות מינהלית פועלת באופן

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

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

RAINER FORST, *האדם כ"צדק" (justificatory being)*. ראו: RAINER FORST, *THE RIGHT TO JUSTIFICATION* 1 (2011); Kai Moller, *Justifying the Culture of Justification*, 17 *INT'L J. OF CONST. L.* 1078 (2020) ⁵⁵

RALPH WEDGWOOD, *THE VALUE OF "RATIONALITY"*, ראו: RALPH WEDGWOOD, *RATIONALITY* (2017) ⁵⁶

כפרגמטי. תפיסה זו של רציונליות הולמת את עמדתו של פרפיט: "We are rational insofar as we respond to reasons, or apparent reasons" Derek Parfit, *Rationality and Reasons in EXPLORING PRACTICAL PHILOSOPHY: FROM ACTION TO VALUES*, 19, 25 (Dan Maria Alvarez, *Reasons for Action, Acting* Egonsson et al eds., 2002) לדין בעמדה זו ראו: Maria Alvarez, *Reasons for Action, Acting*, 195 *SYNTHESE* 3293, 3307–3308 (2018) ⁵⁷

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*, *STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (2017) <https://tinyurl.com/4h9kv3n> 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"

שאיננו רגיש לטעמים הרלוונטיים 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; אמון 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 שהם רלוונטיים לפעולתו ולהתחשב בהם. מובן שמקבל ההחלטה עשוי לשנות בנוגע לטעמים הרלוונטיים, 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 לוויכוח. 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 ממלא מקום הנשיא (בתוארו אז) שמגר לליבת 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 בפסקה זו, אף שהן לעיתים 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 הרלוונטיים לנושא. כפי שמסביר ג'רי משאו, ההליך המינהלי משקף בהקשר זה ניסיון ליצור ערובות דיוניות לקיומה של הרציונליות (The "proceduralization of rationality").⁶³

⁶⁰ ראו: Harold H. Bruff, *Legislative Formality*, 23 בעמ' 53, לעיל ה"ש, *Small Things Mashaw*, 63 *TEX. L. REV.* 207 (1984).

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

⁶² ראו בחלק ג(4) שלהלן.

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).

כדוגמה, ניטול את החובה לפעול על בסיס תשתית עובדתית הולמת.⁶⁴ מטבע הדברים חובה זו ניתנת להבנה כשלב חשוב בתהליך שמסייע לרשות לקבל החלטה רציונלית, כלומר כזו שמתחשבת באופן הולם בטעמים הרלוונטיים להחלטתה, מאחר שהשיקולים הרלוונטיים להחלטה המינהלית מקבלים משקל שונה בכל מקרה לפי הנסיבות העובדתיות שקיימות בפועל.⁶⁵ כך למשל כאשר הרשות נדרשת להתחשב בשלום הציבור כשיקול רלוונטי 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 האידאלי הרציונלי שדורש רגישות לטעמים לפעולה הרלוונטיים להחלטה. גם את חובת השימוע, אף שיש לה גם הצדקות אחרות (שבהן נעסוק בהמשך),⁶⁷ ניתן להבין למצער במידה חלקית כחלק מהדרך שבה ההליך המינהלי מבקש לעמוד באמת המידה הרציונלית הנדרשת. כידוע, באמצעות השימוע הרשות המינהלית מקבלת מידע רלוונטי להחלטתה, הן עובדות שבידיעת מושא ההחלטה ולא בידיה והן מידע על 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 התאוריה 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, לפי האמור בתת-חלק זה, הצורך של הרשות לאסוף מידע נוסף באמצעות קיום שימועים ניתן להסבר כחלק מהחובה של הרשות לעמוד באמות מידה מינימליות של רציונליות. חובה תהליכית נוספת שהיא ביטוי לצורך בפעילות רציונלית היא חובת ההנמקה במשפט המינהלי. גם בהקשר חובה זו ניתן לאתר רציונלים מוסריים נוספים, שבהם יעסוק תת-החלק הבא. ואולם הסבר חלקי לחובת ההנמקה נעוץ בהיותה מסייעת לוודא שהרשות אכן פעלה באופן רציונלי, כנדרש.⁷⁰ כפי שציין יואב דותן, "עצם הצורך לנמק גם מבטיח כי הליך

⁶⁴ ראו, לדוגמה: בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577 (1998); בג"ץ 6745/19 לובטון נ' הפרקליט הצבאי הראשי (נבו 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"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337 (1972).

⁶⁷ ראו בחלק ג(4) שלהלן.

⁶⁸ ראו לדוגמה: ברק-ארוז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 498; זמיר, לעיל ה"ש 2, כרך ב', בעמ' 1148.

⁶⁹ חלק ג(5) יתייחס בהרחבה לנושא זה.

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, בעמ' 1358.

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 על יחס שווה לשונים, במנותק מהתייחסות לקבוצה כזו או אחרת.⁷² הכלל נגד אפליה מינהלית יכול להיות מוסבר על פי התאוריה הפלורליסטית בעיקר באמצעות החובה לנהוג באופן רציונלי, שכן במסגרת האפליה המינהלית נבחנת השאלה אם 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 לפי "עיקרון רציונלי",⁷⁴ כלומר להביא בחשבון את הטעמים הרלוונטיים להחלטתה ולהתעלם משיקולים אחרים שאינם רלוונטיים.⁷⁵

חובת המידתיות במשפט המינהלי אף היא קשורה לעקרון הרציונליות, למצער בנוגע למבחן המשנה הראשון של המידתיות, המכונה כידוע שלב "האמצעי הרציונלי". כפי שציננה דפנה ברק-ארז, במרכזו של מבחן משנה זה "עומדת שאלה של רציונליות", מאחר שהמבחן מתמקד בשאלה אם קיים קשר הדוק דיו בין האמצעי שנבחר לבין המטרה שהוא אמור להגשים.⁷⁶ יצוין כי יש אף מי שגורסים כי חובת הסבירות משקפת את הרצון לוודא כי הרשות נוהגת באופן רציונלי.⁷⁷

הינה כי כן, רעיון היסוד שלפיו על רשויות המינהל לפעול ברגישות לטעמים לפעולה הרלוונטיים להחלטתן הוא רובד נורמטיבי נוסף שמסביר היבטים רבים של המשפט המינהלי. נעבור עתה לבחון היבט שלישי, שמצטבר לשניים הנוספים, והעוסק במגבלות הדאונטולוגיות שנובעות מפעילות שלטונית שמשפיעה ישירות על בני אדם.

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, בעמ' 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 האפליה 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"ץ 7871/07 רפאל – רשות לפיתוח אמצעי לחימה בע"מ ג' שר האוצר, פס' 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 6.2.2011).

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

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

⁷⁶ ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, כרך א, בעמ' 778.

⁷⁷ ראו בפרשת ביטול עילת הסבירות (התנועה למען איכות השלטון), לעיל ה"ש 16, בפס' 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, איזון בין השיקולים השונים וקבלת החלטה רציונלית תוך זמן סביר"). ראו גם את פסק דינה של השופטת וילנר בבג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב ג' שרת החינוך, פס' 52 לפסק דינה (נבו 29.3.2022) ("מסקנתי אינה מבוססת, אפוא, על עילת הסבירות במובנה הרחב, אלא על עילת הסבירות בלבושה המקורי וה"רזה", אשר מתייחסת להחלטות לא-רציונליות של הרשות..."). דיון רחב בעילת הסבירות חורג מגבולותיו של מאמר זה.

4. עיקרון 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 התאוריה הפלורליסטית, המגבלה המרכזית שנובעת מן העובדה שרשויות השלטון משפיעות על האינטרסים, על הציפיות ועל הזכויות 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 עימה הגבלות מוסריות המכוונות מגבלות דאונטולוגיות. מגבלה דאונטולוגית היא מגבלה שאיננה תוצאתנית; היא איננה נובעת מן העובדה שפעולה לפי המגבלה 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 עיקרית 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 לעיקרון זה כמה ניסוחים מתחרים, וכמו בכל סוגיה פילוסופית, קשה למצוא בקרב החוקרים הסכמה מדויקת על היקפו ועל הצדקתו של העיקרון המוסרי הדאונטולוגי.⁸³ ואולם, קיימת מסורת פילוסופית ארוכת שנים שיוצאת מתוך תפיסה עקרונית זו אשר רואה באדם תכלית כשלעצמו ומבקשת לממש את המשמעות המוסריות שנגזרות מזה. תפיסה זו מצאה את דרכה גם למשפט הציבורי הישראלי, אשר מכיר בה במגוון

⁷⁸ חלקים אחרים של המשפט המינהלי עוסקים באדם בעקיפין. לדוגמה, בקביעת 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** של (ש' שטין עורך מ' שפי מתרגם 2003).

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

⁸² זהו תיאור של זרם אחד מתוך מגוון זרמים לפרשנות של התפיסה הדאונטולוגית. תפיסה זו מתמקדת במה שניתן לעשות לאדם בהיותו תכלית לעצמו (patient-centered approach). לפירוט אודות גישה זו וגישות מתחרות, ראו: Larry Alexander & Michael Moore, *Deontological Ethics*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2020) <https://tinyurl.com/4mp87w4f>.

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 in LEGAL, MORAL AND METAPHYSICAL TRUTHS: THE PHILOSOPHY OF MICHAEL S. MOORE*, 251 (K. Ferzan & S.J. Moore eds., 2016).

הקשרים, לרוב אגב 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 יש בו, לדעתנו, כדי להסביר היבטים רבים של המשפט המינהלי. כך באשר לעילות 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 לא מידתי. הכרה משפטית בזכויות יסוד נוגעת בעצמה לקשר העמוק שבין הפעילות שעליה הזכות מגינה לבין הכבוד האנושי.⁸⁶ על כן פגיעה בזכות דורשת הנמקה מיוחדת, בשל הפגיעה הצפויה ברכיב שמגן על האוטונומיה ועל הכבוד האנושיים. כפי שמסביר ברק מדינה, "ההכרה בכך שמעשה שלטוני פוגע בזכות חוקתית מבוססת על ההערכה שדרך הפעולה השלטונית מפרה אילוצן דאונטולוגי".⁸⁷ לפיכך המידתיות מובנת במשפט המינהלי ככלי שמקשה את הפגיעה בזכויות יסוד על ידי דרישת סוג מיוחד של הנמקה – הנמקה שנוגעת לקשר שבין הפגיעה לבין הגשמת התכלית שמגולמת בה – כתנאי לפגיעה בה.⁸⁸

גם החובה המינהלית לנהוג באופן שוויוני על רקע השתייכותו של אדם לקבוצה מסוימת מוסברת באמצעות הרצון לכבד מגבלות דאונטולוגיות, שכן פגיעה בשוויון על רקע השתייכותו של אדם לקבוצה מסוימת משמעה הערכה של אותו אדם כבעל ערך אינטימי 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, כלומר פגיעה ביכולתו של אדם לנהל את חייו באופן אוטונומי.⁹⁰ יש לציין כי הסבר זה מתמקד במקרים של פגיעה בשוויון על רקע השתייכות לקבוצה שסבלה בעבר

⁸⁴ ראו לדוגמה בבג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פס' 28 לפסק דינו של השופט לוי (נבו) (19.9.2007) ("עקרונות בסיס של מוסר ליבראלי לימדנו, כי לעולם יהא האדם מטרה ולא אמצעי גרידא בהגשמתה"); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו) (19.11.2009) ("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"ץ מנאע, לעיל ה"ש 40, בפס' 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן. וראו גם: בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) (22.6.2014).

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

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

⁸⁸ ראו: מרגית כהן "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות "משפט וממשל יט 236, 229 (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"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, פס' 4 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995). ועיינו: מדינה, לעיל ה"ש 87, בעמ' 289; מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו 313 (2019).

⁹⁰ ראו לדוגמה: בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (נבו) (22.5.2012).

מאפליה, כגון נשים, מייעוטים מסוימים וכד'. לעומת זאת אפליה מינהלית 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 באמצעות החובה לנהוג בכל אדם כתכלית לעצמו. מתן הנמקה מכבד 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. מבחינה מוסרית האדם זכאי אפוא להסבר שנוגע להשפעה על האוטונומיה שלו.⁹²

גם החובה לקיים שימוע למושא ההחלטה המינהלית, שנזכרה קודם לכן, קשורה בין היתר לרציונל הדאונטולוגי. למשל, בפרשת **רוזנצווייג**, 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 טענותיו הפרטניות של מושא ההחלטה ומתחשבת בכך שמדובר ב**אדם** שיש לו טענות פרטניות.⁹³ בדרך זו הכלל בדבר שימוע מסייע ליצור מפגש בלתי אמצעי של הרשות המינהלית עם מושא ההחלטה – מפגש שבו האדם ייפגש וייתפס כאינדיווידואל ולא רק כחלק מ"סרט נע" של החלטות שצריך לקבל.⁹⁴ נסכם אפוא את העולה מן המקובץ עד כה: הניתוח מעלה תמונה תאורטית פרשנית שלפיה המשפט המינהלי הוא תחום משפטי שעוסק בסוג מסוים ומובחן של אינטראקציה חברתית – הפעלת כוח על ידי המדינה המינהלית, וניהולה הפנימי – ומבטא בעניינה דאגה לקיומם של כמה עקרונות שצריכים להתקיים כולם, למצער במידה מינימלית, בכל פעולה של המדינה המינהלית, כדי שהפעלת הכוח הנזכרת תתקבל על הדעת מבחינה משפטית. במובן זה, בראי התאוריה הפלורליסטית, חובות המשפט המינהלי מצטרפות לכדי מכלול שמהווה פרויקט נמשך בזמן שממוקד במשמעויות הנורמטיביות של פעולתו של ה"לוייתן" המינהלי על הגורמים הנתונים להשפעתו.

5. קשרי הגומלין בין הערכים השונים

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

⁹¹ ראו בצמוד לה"ש 73.

⁹² ראו: *Mashaw Reasoned Administration*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 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"ץ 4988/19 **רוזנצווייג נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל**, פס' 86 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 20.1.2022).

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, נוסף על האמור, על השאלה כיצד הערכים באים במגע זה עם זה, שהרי הם אינם עולים בהכרח בקנה אחד, ובתוך כך הם עשויים להתוות, במישור עיצוב כללי הדין, פתרונות דוקטרינריים שונים.

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

בקצה השני של הספקטרום מצויות תאוריות פלורליסטיות בעלות דרגת פורמליזם נמוכה יותר, שאין בהן יומרה לקבוע מראש חלוקת עבודה או מדרג בין הערכים השונים. לפי תאוריות אלה, לא ניתן, אף לא צריך, לכונן סדר תאורטי 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-פריורית.⁹⁷ במקרה כזה התחום המשפטי מוסבר אפוא באמצעות כלל הערכים הנורמטיביים בערבוביה, ומשקלם של הערכים עשוי להשתנות בהשוואתם זה לזה בהחלטה קונקרטית במקרה מסוים.⁹⁸

עם זאת גישות פלורליסטיות אלה, המצויות בשני צידי הספקטרום, אינן ממצות את האפשרויות שבתוך הזרם התאורטי הפלורליסטי. בתוך 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 רלוונטי מסיבה זו או אחרת, ייכנסו הערכים האחרים לתמונה באופן משמעותי).⁹⁹

התאוריה 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 שלושת הערכים שתוארו עד כה.

⁹⁵ לסוג כזה של פלורליזם תאורטי 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 וכן בין שטחי הפעולה שלהם, ניתנת לתיאור כאסופה של תאוריות מוניסטיות, לפחות בנוגע לכל אחת מהדוקטרינות הנדונות כשהן לעצמן. במילים 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 שם, בעמ' 154.

⁹⁷ לסוג כזה של פלורליזם תאורטי ראו שם, 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 התאוריה 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 שאפשר היה לראות מהדיון עד כה, כללים בשלב הסמכות יוסברו פעמים רבות באמצעות הצורך בלגיטימציה דמוקרטית; כללים תהליכיים יוסברו פעמים רבות באמצעות אידיאל הרציונליות; כללים בשלב שיקול הדעת יוסברו פעמים רבות באמצעות הישמעות למגבלות דאונטולוגיות.¹⁰¹

חלוקה זו איננה קשיחה, ודאי שאיננה 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 וחובת שימוע); כללים מסוימים משלב שיקול הדעת מוסברים באמצעות אידיאל הרציונליות (שיקולים זרים). תובנה זו מחדדת גם שכללים מסוימים עשויים לקבל הצדקה והסבר בשני ערכים שונים. דוגמה לכך, שכבר נידונה לעיל, היא חובת ההנמקה, שנובעת הן מאידיאל הרציונליות והן מהצורך להישמע למגבלות דאונטולוגיות.

נקודה **שנייה** ומרכזית לתאוריה נוגעת ליחס המדויק של התאוריה הפלורליסטית לדרישות המוסריות שנדונו לעיל. מאמר זה טוען, כנזכר לעיל, כי כללי המשפט המינהלי הולמים דרישות ללגיטימציה דמוקרטית, לרציונליות ולמגבלות דאונטולוגיות. **אך הכוונה 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 מתוך האפשרויות הרלוונטיות אפשרות אחת שעומדת ברף ערכי מסוים שנקבע מראש, מבלי לנסות למקסם את הערך שעומד ביסוד הרף אל מעבר לכך.¹⁰² כדוגמה שנוגעת בהקשר הנוכחי ניתן להבין את כללי המשפט המינהלי שהם קובעים בצורה מצרפית מידה מינימלית מסוימת של לגיטימציה דמוקרטית שנדרשת לשם קבלת החלטות מינהליות. מידה זו עשויה להשתנות, למשל בתלות בשאלה אם הפעולה המינהלית פוגעת בזכויות יסוד אם לא.¹⁰³ כמו כן היא עשויה להשתנות

¹⁰⁰ ראו לדוגמה את הדרך שבה מחולק ספרה של ברק-ארוז, 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 a minimally acceptable outcome" ראו: Gregory Wheeler, *Bounded Rationality*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY 2.2 (2018) <https://tinyurl.com/2h7vwfnj>. מעניין לציין שמונח זה הוצע לראשונה בהקשר של פעילות ביוקרטית: 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 שקבעה 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. בדומה לזה, יש לראות בכללי המשפט המינהלי גם ניסיון 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 על אלה שנדרשו לעיל עד כה – יעדי מדיניות ויעדים ערכיים שנקבעים לרשויות המינהליות על ידי הגורמים המוסמכים לכך. כידוע, רשויות מינהליות הן גופים מבצעים: הן פועלות כדי להגשים יעדי מדיניות ויעדים ערכיים שהן הציבו לעצמן או שהוצבו להן על ידי המחוקק או הדרג הפוליטי ברשות המבצעת. רצון זה להגשים תכליות שנקבעו מראש הוא שעומד בלב הרציונל של הפעילות שלהן.¹⁰⁵ לדוגמה: שירותי הביטחון פועלים כדי לשמור על ביטחון הציבור; משרד הבריאות מבקש לשמור על בריאות הציבור; הממונה על התחרות במשרד הכלכלה מבקשת לשמור על תחרות בריאה במשק, וכיוצא באלה. 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 כללי המשפט המינהלי קובעים רף מסוים של עמידה בערכים שתוארו לעיל, ניתן להעלות על הדעת גם כללים אשר קובעים רף אחר, גבוה יותר או נמוך יותר. מטרתה של התאוריה הפלורליסטית בהקשר זה היא לשמש אכסניה רעיונית כללית שחושפת את הדינמיקה הנורמטיבית שבבסיסה ניסיון לשמר מידה מינימלית של שלושת הערכים שתוארו במסגרת התאוריה. אך התאוריה בעצמה איננה קובעת מהו הרף המוסרי הנדרש ביחס אליהן: זהו עניין לוויכוח ולדיון מוסרי נפרד. עניין זה יידון בפרק הבא. לא למותר לציין כי העובדה שהתאוריה הפלורליסטית נשענת על עיקרון של עמידה ברף מינימלי מייצרת הבחנה עקרונית נוספת בינה לבין תאוריית הנאמנות של המשפט המינהלי. כפי שכבר נטען, הנאמנות וההגינות הן רעיונות מופשטים למדי (ואף – לטענתנו – כמעט ריקים מתוכן, לכל הפחות בכל הנוגע להגינות).¹⁰⁶ יתר על כן, בתאוריית הנאמנות אין מנגנון "עצירה" פנימי שדומה לעקרון ה-satisficing שנדון לעיל. בשל מאפיינים אלה, הנאמנות וההגינות עשויים, מבחינה תאורטית, לשמש מעין אכסניה ערכית חובקת-כול השואפת

¹⁰⁴ מבחינה תאורטית ניתן להעלות על הדעת גם מצב שבו כללי המשפט המינהלי ישקפו חוסר עניין מוחלט באחד הערכים שתוארו לעיל. במצב כזה התאוריה הפלורליסטית תאבד חלק ניכר מכוחה ההסברי, שכן היומרה של התאוריה היא לתאר ולספק הצדקה נורמטיבית לכללי המשפט המינהלי כפי שהם משתקפים בתקופה הנוכחית. ראו להרחבה בה"ש 132 שלהלן.

¹⁰⁵ תפיסתה של הרשות המינהלית כרשות מבצעת מונחת ביסוד ספרו של דותן לעיל ה"ש 17.

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

להנחות מבחינה מוסרית את הרשויות המינהליות גם בעצם הבחירה בין שתי אפשרויות שמותרות מבחינה משפטית.

במילים אחרות, נוכח מאפייניה של תאוריית הנאמנות, היא איננה מונעת עקרונית "זליגה" של התאוריה 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 התפרסותן של דוקטרינות משפטיות, אלא גם להכרעה בין קביעות מדיניות שונות, מותרות כולן מבחינה משפטית. התאוריה הפלורליסטית, לעומתה, 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 התאוריה נעוץ בעיקרון המנחה שבבסיסה והוא הסתפקות ברף המינימלי הנדרש מהערכים המרכיבים אותה. יישומו של עיקרון מנחה זה מביא לתוצאה שלפיה שתי אפשרויות דוקטרינריות שמגשימות את הערכים שנדונו לעיל במידה המינימלית הנדרשת "יצלחו" שתיהן את המסגרות הנורמטיביות של התאוריה הפלורליסטית, ועל כן הבחירה ביניהן תיוותר בגדר עניין שבמדיניות, מוסר ואידאולוגיה. בכך גלום יתרון נוסף של התאוריה הפלורליסטית, שבכוחה למקד את תשומת הלב בניסיון הפרשני לתת פשר לכללים המשפטיים עצמם (ורק להם).

שלישית, חשוב להדגיש כי בין הערכים שנדונו לעיל אין הייררכייה פנימית, אין אחד מהם שחשוב ממשהו או גובר על משנהו. על כן התאוריה הפלורליסטית גורסת כי על כולם לבוא לידי ביטוי כנדרש – כלומר לעבור את הרף שנקבע – בכל החלטה מינהלית. במסגרת זו על כל החלטה מינהלית לעמוד ברף הרלוונטי, הן בכל הקשור לצורך בלגיטימציה דמוקרטית, הן באשר לצורך שהחלטה תהיה רציונלית במידה מספקת והן בכל הקשור לדרישה כי ההחלטה תעמוד במגבלות הדאונטולוגיות הרלוונטיות. במילים אחרות, הדרישות המוסריות שנובעות מהערכים שנדונו במסגרת התאוריה הן **מצטברות**.

העובדה כי התאוריה הפלורליסטית מעמידה כמה וכמה מגבלות מצטברות מובילה להערה **האחרונה** בנוגע 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**,¹⁰⁷ 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 את הפגיעה בהם). אך הטענה לא התקבלה בבית המשפט, שקבע בנושא זה כדלקמן:

¹⁰⁷ בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (נבו 12.11.2015).

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 לנבון נקל, כי אין המינהל רשאי להשתחרר משליטה זו באמצעות הסכמה של פרט כזה או אחר מן הציבור הרחב.¹⁰⁸

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

מתיאור זה גם ניתן לגזור תשובה לשאלה מהי עמדת התאוריה 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 שהתאוריה 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 כדי לכבד מגבלות דאונטולוגיות, התאוריה הפלורליסטית תתמוך בקביעת הרף לפי הדרישה המחמירה.

לאחר הצגת שלושת הערכים עצמם וקשרי הגומלין שביניהם יש מקום להכניס לתמונה שני סוגים של ערכים ואידיאלים שלא נידונו עד כה 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 על פעילותיהן רשויות המינהל והעובדה שחובה מסוימת תורמת ליעילות המינהל. בתת-חלק זה נתייחס לשיקולים אלה ונסביר מדוע התאוריה הפלורליסטית רואה בהם שיקולים חשובים, אך אינה רואה בהם חלק מהתיאור הגרעיני של הרציונלים שבבסיס המשפט המינהלי.

ראשית, לעיתים מוזכרת העובדה שכלל מסוים תורם לקיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית כדרך להצדיק את הכלל. לדוגמה, בספרות על חובת ההנמקה מצוין שחובה זו משרתת כמה תכליות, ובהן סיוע בהנחת תשתית עובדתית לביקורת שיפוטית על החלטת הרשות.¹⁰⁹ הסברים דומים מופיעים בנוגע לחובות מינהליות אחרות.¹¹⁰

¹⁰⁸ שם, בפס' כג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

¹⁰⁹ ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 424; דותן, לעיל ה"ש 71, בעמ' 7.

¹¹⁰ ראו לדוגמה בכל הנוגע לחובת פרסום ההחלטות המינהליות: ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 327. דוגמה נוספת נוגעת לעילת הסבירות: על פי גישות מסוימות, עילת הסבירות מוצדקת גם על רקע הצורך לעבור מעילות סובייקטיביות (כגון שיקולים זרים) לעילות אובייקטיביות (כגון סבירות) בשל הצורך ליתן כלי עבודה פשוט

שאלת הקשר בין חובות המשפט המינהלי לביקורת השיפוטית נדונה לאחרונה באופן מקיף ומעמיק בכרך הראשון של חיבורו של יואב דותן על ביקורת שיפוטית על מעשי מינהל, אשר מתמקד כולו בבחינה מוסדית של המשפט המינהלי.¹¹¹ דותן מניח בחיבורו תשתית תאורטית רחבה, ראשונה מסוגה בישראל, לניתוח מוסדי של תופעת הביקורת השיפוטית, ובלשונו, מצב שבו, במסגרת הליך שיפוט, "עומד לבחינה ולדיון תוקפם של אקטים מינהליים, ובמיוחד של החלטות שבקבלתן מופעל שיקול דעת מינהלי".¹¹² לעומת זאת בחיבור הנוכחי, השיקולים המוסדיים נפקדו עד כה. הטעם לכך נעוץ בנקודת המוצא המתודולוגית השונה שממנה יוצאת התאוריה 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), התאוריה הפלורליסטית היא תאוריה פרשנית של "נקודת המבט הפנימית" של מי שרואה עצמו כפוף לכללי המשפט המינהלי ופועל על פיהם (שרים, פקידים, אזרחים מושאי ההחלטות המינהליות, עורכי דין וכד').¹¹³ על כן היא מתמקדת בחובה המינהלית עצמה, במנותק משאלת האכיפה שלה על ידי בית המשפט. שתי דוגמאות עשויות להבהיר הבדל זה: האחת, כאשר עובדת מדינה נדרשת לקבל החלטה מינהלית, חלים עליה כללי המשפט המינהלי המוכרים: עליה לקבל החלטה בסמכות, ללא שיקולים זרים, אגב הסתמכות על תשתית ראייתית מתאימה וכד'. כללים אלה חלים על בעלת הסמכות מלכתחילה ובמנותק מכל אפשרות של מעורבות שיפוטית עתידית בהחלטתה.¹¹⁴ אם בעלת 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 (מכמה סיבות אפשריות),¹¹⁵ עדיין חובות המשפט המינהלי מחייבות את אותה עובדת מדינה. התאוריה הפלורליסטית מספקת מענה לשאלות מדוע אלו הן החובות המשפטיות שמחייבות אותה, ולא אחרות, ומהי ההצדקה הנורמטיבית לעיגון חובות אלה במשפט.

ויעיל יותר לשימושו של בית המשפט במקרים שבהם יש קושי ראייתי להוכיח שיקולים זרים. ראו לדוגמה: בג"ץ 571/89 מוסקוביץ' נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, פסק דינו של השופט (בתוארו אז) ברק (1990). דותן, לעיל ה"ש 15. חיבור נוסף רלוונטי שנוקט נקודת מבט מתודולוגית דומה הוא ספרה של מרגית כהן, אשר מניח תשתית תאורטית להבנת הקשרים המורכבים של הרשות המבצעת עם המגבלות שנקבעות בדין. את הרשות המבצעת יש לתפוס כגוף שנתון בסט של לחצים פנימיים שקוראים לפעילות עצמאית של הרשות המבצעת מצד אחד, ולכפיפות לחוק מצד אחר. לא ניתן, וממילא אין צורך, "להכריע" בין הדרישות הללו אחת ולתמיד, שכן הדינמיקה הפנימית ביניהן קובעת במידה רבה את אפשרויות הפעולה של הרשויות המינהליות. כך, מצד אחד, הרשות המבצעת כפופה לדין בהיבטים חשובים, ומצד אחר היא מסוגלת לנצל "חורים אפורים" ואזורים רבים של עמימות משפטית (fuzzy law) כדי להגשים את מטרותיה. ראו: MARGIT COHN, A THEORY OF THE EXECUTIVE BRANCH (2021).

¹¹¹ דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 31.

¹¹² להסבר הקלאסי של חשיבותה של "נקודת המבט הפנימית" לביאור תאורטי של הדין, ראו: H.L.A. HART, *The Concept of Law* 87–89 (3rd ed., 2012). כן עיינו: Stephen Perry, *Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View*, 75 FORDHAM L. REV. 1171 (2006).

¹¹³ זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 54.

¹¹⁴ לדוגמה: מאחר שעילות סף מונעות זאת או מאחר שברור שהעותרים הפוטנציאליים יעדיפו דרכי פעולה אחרות.

הדוגמה השנייה דומה לראשונה והיא זו: כאשר אדם מגיש בקשה מינהלית (לדוגמה לרישיון עסק), הוא נהנה מסט זכויות והגנות שחופף את חובות הרשות המינהלית (הזכות לקבל שימוע, הזכות שהחלטה בעניינו תתקבל על בסיס שיקולים ענייניים בלבד וכו'). גם כאן העובדה שבעתיד אפשר שתהיה ביקורת שיפוטית על החלטות שיתקבלו בעניינו איננה תנאי הכרחי או מספיק לכך שמבחינה משפטית הוא נהנה כבר באותה נקודת הזמן שבה נבחנת הבקשה שלו מסט הזכויות וההגנות המשפטיות האמור.

ככלל ניתן להגיד שהביקורת השיפוטית מספקת "מעטפת" מוסדית לאכיפת כללי המשפט המינהלי במצבים של הפרה של כללים אלה. מעטפת זו מורכבת גם מכללים רבים שאינם נוגעים בהכרח לליבת החובות והזכויות הרלוונטיות. כך, עותר שיבקש לתקוף את ההחלטה בעניינו יצטרך לעשות זאת לפני בית המשפט המוסמך, לפי עילות הסף הרלוונטיות 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. מלבד זאת, ביקורת שיפוטית מעוררת באופן אינהרנטי שאלות כבדות 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 להיבטי המעטפת של הביקורת השיפוטית אך איננו רלוונטי לחובות המינהליות מסדר ראשון עצמן.¹¹⁶

אשר לסיטואציה שתוארה לעיל, שמורכבת כאמור משתי שכבות משפטיות שונות – החובות עצמן והאכיפה השיפוטית שלהן על ידי גוף מוסדי מסוים – 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. התאוריה 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 אותן, וכו'.¹¹⁷ לעומת זאת תאוריה 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, ובייחוד באילו מקרים יש לבית המשפט יתרון מוסדי יחסי שמצדיק התערבות שלו בהחלטת הרשות המינהלית.

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

¹¹⁶ ראו: דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 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). לעומת זאת החובות המינהליות חלות לפני קבלת ההחלטה המינהלית עצמה ובזמן קבלתה ומתוות את דרך קבלת ההחלטה.

¹¹⁷ להבחנה בין כללי המשפט המינהלי לכללי הביקורת השיפוטית, ראו: זמיר, לעיל ה"ש 2, כך א, בעמ' 55.

¹¹⁸ ראו: Ahmed, לעיל ה"ש 13, בעמ' 774 (מוסבר כי התאוריה של המשפט המינהלי "aims to reflect the perspective of legal officials, acting in their official capacity").

בטעם מסדר שני, מוסדי, שיש לו חשיבות, אך מבחינה הצדקתית והסברתית – לטעמים המוסריים מסדר ראשון (רציונליות, לגיטימציה דמוקרטית ומגבלות דאונטולוגיות) יש קדימות ביחס אליו.¹¹⁹ הטעם המרכזי לכך הוא שהפרקטיקה של ביקורת שיפוטית היא חשובה ומוצדקת רק אם היא מספקת אכיפה אפקטיבית לסט של כללים שהם מוצדקים כשלעצמם.

על כן התאוריה הפלורליסטית מבקשת להשיב קודם כול 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, אפשר יהיה לדון בשאלה נפרדת, מוסדית, על הדרכים שבהן ראוי לאכוף את אותם הכללים, אם על ידי מנגנונים פנימיים ואם באמצעות הרשות השיפוטית, שתתערב לעיתים בהחלטות הרשות המבצעת. התאוריה 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 כדי שזה יוכל לספק את השירותים שלו לציבור ביעילות ובמהירות.¹²⁰ לפיכך לעיתים תוגבל תחולה של כלל מסוים של המשפט המינהלי או תצומצם בשל העובדה שקריאה מרחיבה מדי שלו תפגע ביעילות המינהל, כפי שגם יודגם בקצרה בהמשך. ואולם על פי התאוריה שמקודמת בגדרי המאמר, אין לראות ביעילות המינהל כערך מסדר ראשון הקיים ביסוד התאוריה של המשפט המינהלי.

בהקשר זה ראוייה ההבחנה בין המושג "יעילות" במשמעותו המקובלת לרוב בכתיבה העוסקת בניתוח הכלכלי של המשפט, לבין המושג "יעילות המינהל" שנדון כאן. יעילות כלכלית, כתאוריה נורמטיבית, היא תפיסה תוצאתית שלפיה השיקול הנורמטיבי המרכזי הראוי להיות בבסיס כללי המשפט הוא קידום היעילות הכלכלית בשיטה בדרך של השאת הרווחה החברתית הכוללת. הניתוח הכלכלי הנורמטיבי, ולמעשה גם התיאורי,¹²¹ בוודאי רואה אפוא ב"יעילות" שיקול נורמטיבי מסדר ראשון, הראוי להיות בבסיס כללים משפטיים ומדיניות משפטית, לעיתים אף לבדו.¹²² לעומת זאת המושג "יעילות המינהל", במשמעותו המקובלת בפסיקה במשפט המינהלי בישראל, מתייחס למכלול שיקולים הנוגעים לאינטרסים הפנימיים של הרשות המינהלית ולצורך שלה לספק שירות לציבור במהירות הראויה, ברמה גבוהה, ללא סרבול ובהוצאות נמוכות ככל הניתן.

¹¹⁹ כפי שמסביר סקוט שפירו, ל"נקודת המבט הפנימית" יש קדימות הסברתית על פני תאוריות 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).

¹²⁰ ראו לדוגמה: בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש-עיריית הרצליה, פ"ד (נו) 900, 911 (2002).

¹²¹ ראו, למשל, Craswell, לעיל ה"ש 12.

¹²² 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 should receive no independent weight in the [...] implies that notion of fairness assessment of legal rules").

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 זאת הרשויות המינהליות פועלות לשם הגשמתם של יעדי מדיניות שונים, כגון קידום מדיניות כלכלית מסוימת, שמירה על ביטחון הציבור וכדומה. שלושת הערכים שביסוד התאוריה הפלורליסטית הם חשובים דיים כדי להגביל במידה מסוימת את הרשויות המינהליות בפעילותן זו, כדי לוודא שאגב הפעילות המינהלית נשמר רף שנקבע מראש על ידי שלושת הערכים האמורים. "יעילות המינהל" היא דרך אחרת לשקף את הצורך בהגשמת המדיניות שלשמה נוצרו הרשויות המינהליות מלכתחילה, ושאותה הן מנסות להגשים ולתת לצורך זה משקל. לפיכך בקביעת הרף הנדרש בנוגע לשלושת הערכים, שיקול יעילות המינהל משמש משקולת-נגד, אשר מסייעת לקבוע רף ראוי שמאפשר לרשות להגשים את מדיניותה.

לפי התאוריה הפלורליסטית, יעילות המינהל איננה אפוא ערך יסוד מסדר ראשון שמחזיק במעמד שדומה ללגיטימציה דמוקרטית, למגבלות דאונטולוגיות או לרציונליות.

מסקנה זו נתמכת גם בגישת המשפט המינהלי עצמו (ועל כן היא מהווה בסיס משכנע לפירושו): בעניין זה נזכיר שבגדרי התאוריה, 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 לא 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 לא יעילה איננה פגם מינהלי, והיא איננה מבססת צורך בהתערבות בית המשפט בהחלטת הרשות המינהלית.¹²³ מכאן שבמסגרת הפרשנות שמספקת התאוריה הפלורליסטית למשפט המינהלי הישראלי קשה לראות ביעילות המינהלית ערך הדומה במעמדו ובתפקידו לשלושת הערכים שמקבלים בתאוריה את מעמד הבכורה. המשפט המינהלי הישראלי עומד על המשמר מפני פעולות שפוגעות בערכים אלה מעבר לרף שנקבע להם, אולם אין הוא מגלה יחס דומה ליעילות המינהלית.¹²⁴

על כן יש לראות ביעילות המינהל שיקול שתפקידו להגביל במקומות המתאימים את פעולתם של הערכים שביסוד התאוריה כדי שמתן משקל יתר לאלה לא יביא לפגיעה מוגזמת בפעולת המינהל. תפיסה פרשנית כזו של היעילות המינהלית הולמת גם את הדרך שבה רעיון זה בא לידי ביטוי דוקטרינרי במשפט המינהלי עצמו.

¹²³ ראו, לדוגמה: בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (1961); בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד (1) 49 (1999).

¹²⁴ נדגיש שוב כי מדובר בתאוריה 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.

נביא לכך שתי דוגמאות: בפרשת נטויזין¹²⁵ 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 הרלוונטיים 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".¹²⁶ דוגמה שנייה היא פרשת רובינשטיין,¹²⁷ 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 אינו 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".¹²⁸ הינה כי כן, יעילות המינהל היא ערך חשוב במשפט המינהלי ללא עוררין, אך מיקומה הנורמטיבי בתאוריה הפלורליסטית איננו בליבת התאוריה – כערך שבכוחו להגביל, מלכתחילה, את פעילות השלטון לשם הגשמת תכלית מוסרית מסוימת. מדובר בערך שמגביל את הערכים המוסריים מסדר ראשון, באמצעות התחשבות בו בעת קביעת רף הרגישות של הדוקטרינה לשלושת הערכים שפורטו בגרדי התאוריה.

ד. יתרונותיה של התאוריה הפלורליסטית

פרק ג פירט את רכיביה של התאוריה הפלורליסטית והראה כי בכוחה להסביר ולהצדיק את חלק הארי של הכללים, את הדוקטרינות ואת העקרונות של המשפט המינהלי בישראל. יש להדגיש בשנית כי מדובר בהצגה תמציתית של הדברים, שמטרתה להראות באופן ממוקד כי התאוריה הפלורליסטית היא מסגרת מסבירה ומצדיקה טובה למשפט המינהלי הישראלי. פרק זה יעמוד בקצרה על יתרונותיה היחסיים של התאוריה הפלורליסטית כתאוריה.¹²⁹ ראשית, כאמור בפרק א, חיבור זה הוא חלקו השני של פרויקט מחקרי רחב יותר על המשפט המינהלי, אשר החל במאמר ששטח את המגבלות והקשיים בתאוריית הנאמנות,

¹²⁵ בג"ץ 365/08 נטויזין בע"מ נ' משרד התקשורת (נבו) (17.6.2009).

¹²⁶ שם, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹²⁷ פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 41.

¹²⁸ שם, בעמ' 516.

¹²⁹ הדיון בפרק זה הולם עקרונית את הדיון המטא-תאורטי שעושה Smith בשאלה כיצד יש להעריך תאוריות של תחומי דין. Smith סובר שיש ארבעה קריטריונים להערכת תאוריות: התאמה לדין (fit), קוהרנטיות, מוסריות והצדקה והשקיפות של ההסבר של תחום הדין. ראו: STEPHEN A. SMITH, CONTRACT THEORY 7 (2004). הדיון בחלק זה עומד על נקודות אלה אף שהוא אינו עושה זאת בהכרח באותו הסדר (לדוגמה, מאחר שיש קשר בין שקיפותה של התאוריה להצדקה המוסרית שלה, הדיון בחלק זה אינו מפריד בין הקריטריונים הללו הפרדה חדה).

הרווחת מאוד במשפט הישראלי עד היום.¹³⁰ יתרונה הראשון של התאוריה הפלורליסטית הוא אפוא 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 תאוריה פרשנית היא להלום 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. מלבד זאת, מאחר שהתאוריה הפלורליסטית איננה משתמשת במושגיות של נאמנות או הגינות, היא איננה סובלת מהקשיים ומהפרכות של תאוריית הנאמנות, אשר פורטו בחלקו הראשון של הפרויקט.

שנית, התאוריה הפלורליסטית מנכיחה ישירות את הבסיס הנורמטיבי של המשפט המינהלי הישראלי והופכת אותו לשקוף וברור יותר. בחלקו הראשון של פרויקט מחקר זה נכתב על תאוריית הנאמנות כי אחת ממגרעותיה הוא השימוש במטאפורות לתיאור בעיות נורמטיביות מסדר ראשון.¹³¹ לעומת זאת התאוריה הפלורליסטית ממקמת את המשפט המינהלי הישראלי בהקשר הפילוסופי הרחב יותר, כשואבת משלוש תפיסות מוסריות מוכרות שנחקרו, ועודן נחקרות, בספרות התאורטית.

שלישית, התאוריה הפלורליסטית פתוחה באורח יחסי ומשאירה הכרעות ערכיות רבות לשיטת המשפט הישראלית עצמה. לפי התיאוריה, המשפט המינהלי בישראל אומנם מבוסס על שלושה ערכים מוסריים חשובים, אך בחירת הרף הנדרש לכל אחד מהערכים מתבצעת על ידי גורמים שונים בתוך השיטה המשפטית האמורה, באמצעות כוונות ושינוי הדוקטרינות עצמן (בין בחקיקה ובין בדרך של משפט מקובל). התאוריה 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 התאוריה הפלורליסטית. כך, התאוריה מספקת אכסניה מושגית נוחה לדיון ערכי וביקורתי על המשפט המינהלי הישראלי – היא מקנה כלים מושגיים מפותחים לאלו שמבקשים להפוך את המשפט המינהלי לרגיש יותר או פחות לשיקולים המוסריים שביסוד תחום דין זה, ומאפשרת שיח ביקורתי אחד ומדויק יותר על הדוקטרינות השונות של המשפט המינהלי. על כן גם שינויים עתידיים במשפט המינהלי הישראלי אשר ישקפו מתן העדפה גוברת או פחתת לאחד מן הערכים שתוארו לעיל עדיין יהיו ניתנים להבנה בגדרי התאוריה הפלורליסטית.¹³²

¹³⁰ ראו לדוגמה את השימוש ברעיון של חובת ההגינות בפסק דינה של השופטת ברק-ארז בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (נבו 18.1.2023) וכן את השימוש ברעיון של נאמנות בפרשת **ביטול עילת הסבירות (התנועה למען איכות השלטון)**, לעיל ה"ש 16, למשל בפס' 55 לפסק דינו של השופט עמית.

¹³¹ ראו: בן-צבי "על מגבלותיה של תיאורית הנאמנות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 30.

¹³² אין בכך כדי לשלול את האפשרות שיתכן שבנקודה כלשהי בעתיד תפסיק התאוריה לתאר באופן הולם את המשפט המינהלי הישראלי. מצב כזה עשוי להיות 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 נדון בגדרי המאמר. אין התאוריה הפלורליסטית מתיימרת לתאר את המשפט המינהלי באופן הכרחי ולנצח אלא רק להיות פרשנות שלו בתקופת הזמן הנוכחית (אף שכאמור לעיל, התאוריה הפלורליסטית תופסת היטב את המשפט המינהלי כפי שהוא התגבש בעשרות השנים האחרונות לכל הפחות).

רביעית, אף שהתאוריה איננה קובעת כאמור מהו הרף הנדרש לכל ערך מוסרי, היא מספקת הכוונה נורמטיבית בדרגת הפשטה גבוהה למשפט המינהלי עצמו – "כוכב צפון" ברור המסייע בפיתוחו וביישומו של הדין כאשר עולה לפני הפרשן או השופט שאלה על 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 התאוריה הפלורליסטית יכולה להסביר את המוטיבציה שמאחורי ההצעה ליצור משפט מינהלי תלוי-הקשר במגוון סוגיות שונות.¹³³ דוגמה ראשונה בעניין זה נוגעת להצעה לפתח "דיני משפט מינהלי של רווחה", אשר יכלול חובות מוגברות של הרשויות המינהליות כלפי אנשים במצב חברתי-כלכלי קשה (למשל החובה על פקידי הרשות להסביר ביתר פירוט את זכויותיהם).¹³⁴ התאוריה הפלורליסטית יכולה להציע הסבר והצדקה ברורים להצעה זו. לפי התאוריה הפלורליסטית, הצעה זו משקפת את החלת העיקרון המוסרי שלפיו יש להתייחס לאדם כתכלית לעצמו בנסיבות ספציפיות ומיוחדות, כלומר לאנשים מסוימים אשר אינם 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 באמצעות "כוונן" של אחד מן הערכים של התאוריה הפלורליסטית בהקשר חברתי ספציפי נוגעת בהקשר של דיני האסדרה (רגולציה). כידוע, בספרות הוצע לפתח את המשפט המינהלי באופן שיתאם לפעילותה של "המדינה הרגולטורית", כלומר לפעילות האסדרה הנרחבת של השוק הפרטי, באמצעות רשויות מינהליות שפועלות כמאסדרים.¹³⁵ כך למשל נטען כי כחלק מהחובה לבסס תשתית עובדתית במדינה הרגולטורית יש צורך שהרשויות המאסדרות יסתמכו על תסקיר השפעה רגולטורית (RIA) כדי לבחון היטב את השפעתו הצפויה של כלל אסדרתי מוצע על השוק.¹³⁶ לפיכך גם חוק עקרונות האסדרה מדגיש את הצורך שאסדרה תיקבע באופן מקצועי וסדור, ועל בסיס הליך ניהול סיכונים.¹³⁷

אף התפתחויות אלה ניתנות להסברה ולהצדקה באמצעות התאוריה הפלורליסטית. להבדיל מההקשר הכללי של רווחה, הכולל מפגש עם אנשים קשיי-יום שזקוקים לסיוע במימוש האוטונומיה שלהם, ההקשר האסדרתי עוסק במפגש עם שחקנים תאגידיים מתוחכמים, "גופים חזקים מבחינה כלכלית, מאורגנים היטב, לחוד וביחד, ומנוהלים על-ידי מקצוענים".¹³⁸ מפגש עם גורמים אלה נעשה אגב הצורך של רשויות המינהל להסדיר פעילות עסקית-כלכלית מורכבת שיש לה היבטים שמצריכים לעיתים ידע מקצועי רב. על כן השינויים

¹³³ פיתוח מדויק של הטיעון בהקשר זה ידרוש בחינה שתחרוג מגדרי המאמר, ולכן הדברים מובאים בקצירת האומר.

¹³⁴ ראו: איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** 531 (2013), פלג טוען כי יש לתת משקל יתר לשיקולי הגינות, אך כאמור לעיל, ביסוס תאורטי מוצק יותר יכול להיות הצורך בהגבהת הרף הדאונטולוגי בהקשרי רווחה.

¹³⁵ ראו: יובל רויתמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219 (2017).

¹³⁶ ראו: שם, בעמוד 257.

¹³⁷ ראו בסעיף 2 לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021.

¹³⁸ בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625, 652 (2001).

הדוקטרינריים המוצעים במשפט המינהלי בהקשר האסדרתי ניתנים להבנה כעמדה שלפיה, בתגובה למאפיינים אלה, ראוי להעלות את רף הרציונליות בפעילות הרשויות המינהליות¹³⁹ כדי לוודא בדרגת הסתברות גבוהה יותר שהגורם המאסדר פועל כראוי בתחום המורכב והמקצועי שעליו הוא אמון, ונמנע מכשלים מוכרים בתחום זה (כגון "שבי רגולטורי").¹⁴⁰ בצד האמור, התאוריה מאפשרת לא רק להסביר התפתחויות של המשפט המינהלי אלא גם לספק אמת מידה להערכתה ולביקורתה של פעולה מינהלית (או של הכרעה שיפוטית המתייחסת אליה). במסגרת זו, בכוחה של התאוריה לזהות ולבקר סטיות מהשורה, כלומר מקרים שבהם המשפט המינהלי חרג מה-DNA המאפיין שלו, כפי שהוא מתואר בגדר התאוריה. דוגמה לכך עשויה לשמש פרשת אלון, שבמסגרתה בחן בית המשפט את חוקיותן של הפעולות המינהליות שביצע השירות למען הילד במשרד העבודה והרווחה.¹⁴¹ בפרשה זו הגיע בית המשפט למסקנה כי קיימת לקונה בהסדרת הסמכות החוקית לפעילות מינהלית מסוימת (בעיקר בכל הקשור לתהליכי הכנה לאימוץ, שנערכים ברשות המינהלית).¹⁴² 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]".¹⁴³

התאוריה הפלורליסטית מאפשרת לראות כי הנמקה זו חורגת מאמות המידה הנורמטיביות הבסיסיות של המשפט המינהלי: אומנם גם בהיעדר 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 שביסוד המשפטי המינהלי – באופן נפרד ומצטבר. על כן קשה, בראי התאוריה, לקבל מצב שבו החלטה מינהלית, רציונלית ותקינה מבחינה דאונטולוגית ככל שתהיה, תחסר לגיטימציה דמוקרטית במידה הנדרשת. החלטתו של בית המשפט בפרשת אלון מציגה אפוא תפיסה שונה מזו שמציעה התאוריה, ולפיה 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 התאוריה, מתקשרת גם לדברים שצוינו בחלק ב, שעסק בהבהרות מתודולוגיות. כפי שצוין, תאוריה פרשנית תשאף לרמה גבוהה ככל הניתן של התאמה לתחום הדין הרלוונטי. ואולם, מובן מאליו כי התאמה מושלמת שבכוחה לחבוק את כל פסקי הדין והכללים שבתחום היא בלתי אפשרית. במקרה הנוכחי הסטייה מהמלצות התאוריה בפסק דין מסוים היא אפוא בסיס לביקורת נורמטיבית על המקרה החריג, בייחוד משום שמדובר במקרה יחיד שאיננו מציג הנמקה

¹³⁹ ראו לדוגמה: Alan Schwartz, *Regulating for Rationality*, 67 STAN. L. REV. 1373 (2015).

¹⁴⁰ עיינו: דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 46–53 לפסק דינו של המשנה לנשיאה

(בדימ') מלצר (נבו 4.7.2021).

¹⁴¹ בג"ץ 415/89 אלון נ' השירות למען הילד, פ"ד מג(2) 786 (1989).

¹⁴² שם, בעמ' 790.

¹⁴³ שם, בעמ' 791.

יוצאת דופן הדורשת חשיבה מחדש על נקודת המוצא התאורטית של התאוריה הפלורליסטית. המסקנה העולה מכאן איננה כי התאוריה הפלורליסטית איננה משכנעת דייה, אלא כי מדובר בתוצאה שיפוטית חריגה יחסית, הראויה לביקורת מנקודת מבט נורמטיבית המביאה בחשבון את התפיסה הפרשנית של התאוריה הפלורליסטית.

לסיכום, התאוריה 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. לפיכך חובות המשפט המינהלי מסדר ראשון מסייעות לוודא כי הפעלת הכוח עומדת ברף מינימלי נדרש של לגיטימציה דמוקרטית ושל רציונליות וכי היא נעשית תוך שמירה על מגבלות דאונטולוגיות מסוימות. כך, התאוריה הפלורליסטית, שקווייה הכלליים תוארו בהרחבה, מאפשרת להסביר ולהצדיק את כללי המשפט המינהלי ואת עקרונותיו הסבר התואם עקרונות מוסריים מוכרים ומבוססים, ומבלי שיהיה צורך להיקלע לביאור מושגים בעייתיים של נאמנות או הגינות.