

תמורה גדולה: עלייתו של משפט מינהלי דור 3.0

מאת

יאיר שגיא*

המאמר מציג מבט חדש על המשפט המינהלי הישראלי. המאמר מחלק את ההיסטוריה של המשפט המינהלי הישראלי לשלושה דורות, וטוען כי במהלכם התגבשו שלושה מודלים של משפט מינהלי – כל דור והמודל הדומיננטי שגובש בו: דור 1.0 (מודל הפוזיטיביזם המשפטי), דור 2.0 (מודל הסבירות), ודור 3.0, הדור הנוכחי (מודל הפוזיטיביזם הכלכלי). לטענת המאמר, המודלים מהווים שלוש שכבות-עומק גיאולוגיות, המונחות זו על גבי זו, והקבנות את תצורתן העכשווית של המשפט המינהלי בישראל.

בהתבסס על בחינה היסטוריוגרפית-אינטלקטואלית מקיפה, שמרכז הכובד שלה הוא נקודת מבט מוסדית, המאמר מתאר את שלושת הדורות ובוחר את התגבשותם לאורך שלושה ממדים: מתודולוגי, דוקטרינרי ואידיאולוגי-השוואתי. לצד עמידה על ההבדלים בין הדורות, המאמר מדגיש גם צירי עומק משותפים, ובהם מתח נמשך בין זרם ליברלי-קלאסי, שבראיתו המעשה המינהלי הוא לעולם חשוד, לבין זרם "פונקציונלי" מתחרה, המחייב אותו. לבסוף, על בסיס ניתוח של מגמות עיקריות כמו גם של התפתחויות שלא הגיעו לכדי מיצוי, מצביע המאמר גם לעברם של מסלולים חלופיים להתפתחותו של המשפט המינהלי, ואף משרטט קווים ראשוניים לחזון של משפט מינהלי דור 4.0.

מבוא: ממשפט מינהלי למשפט הרגולציה. א. הערות מתודולוגיות. ב. תיאור הדורות. 1. דור 1.0: דור הפוזיטיביזם המשפטי. 2. דור 2.0: דור הסבירות. 3. דור 3.0: דור הפוזיטיביזם הכלכלי. ג. מבט מכליל: עבר, הווה. עתיד. 1. ציר עומק. 2. לאן הולכים מכאן? ד. סיכום.

מבוא: ממשפט מינהלי למשפט הרגולציה

מתרבות העדויות, כי המשפט המינהלי עובר לנגד עינינו תמורה גדולה,¹ עם עלייתו בשנים האחרונות של מודל חדש של משפט מינהלי ישראלי.² מודל זה הוא השלישי למניין המודלים שהצמיח המשפט המינהלי הישראלי. "משפט מינהלי דור 3.0" מאתגר את שני המודלים שקדמו לו, וחולק עליהם באופן עמוק בשאלות היסוד של התחום. לכן, עצם עלייתו מסמלת תמורה "גדולה". מאמר זה מבקש לזהות את התמורה, לדון במאפייניה ואף להציע סיבות מרכזיות להתרחשותה בעת הזאת.

המאמר יציע מבט חדש על המשפט המינהלי הישראלי. הוא יציע חלוקה של ההיסטוריה של המשפט המינהלי הישראלי לשלושה דורות, ויטען כי במהלכם התגבשו שלושה מודלים של משפט מינהלי – כל דור והמודל הדומיננטי שגובש בו.³ אם כן, חלקו המרכזי של המאמר

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. מאמר זה זכה בפרס המאמר המצטיין במשפט והיסטוריה לשנת התשפ"ו–2025, הארגון הישראלי להיסטוריה ומשפט. המחבר מבקש להודות למני מאוטר, תמי הראל בן שחר, רועי שפירא וכן שני הקוראים האנונימיים ששפטו את המאמר על הערות מצוינות ונוקבות שהעירו על נוסחים קודמים של המאמר. על הערותיהם החשובות אני מודה גם למשתתפי ומשתתפות הסמינר המחלקתי והסדנה "אג'נדות חוקתיות" (בהנחיית פרופ' רבקה וייל) בבית הספר למשפטים באוניברסיטת רייכמן, הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, והכנס השנתי ה-20 של הארגון הישראלי להיסטוריה ומשפט, שבהם הוצג המחקר. תודתי שלוחה גם לאדוה מנוליס ולנוי בניסתי על עזרה במחקר וכן לחברי מערכת **משפטים** על עבודתם היסודית על המאמר.

המחקר עליו מתבסס המאמר נתמך על-ידי הקרן הלאומית למדעים (ISF 3538/24).

¹ Karl Polanyi, *The Great Transformation* (2001 [1944]). הספר תורגם לאחרונה לעברית: קרל פולני **התמורה הגדולה** (2020).

² כנגזר מאופיו, הניתוח במאמר מתרחק במודע מהגדרה מהותנית של המשפט המינהלי, שהרי, לטענתו, שאלת הגדרתו של המשפט המינהלי – בין השאר, מהם גבולות השתרעותו? מה הוא מבקש "לעשות" ומדוע? – היא שתעמוד לדיון לאורך הדורות, במובלע או במפורש. ראו, למשל, להלן ה"ש 89.

כנקודת מוצא, די לנו בהגדרה (הנומנלית) הבאה: "המשפט המינהלי" הוא ענף המשפט המאגד בעיקרו את כללי המשפט החלים על רשויות המינהל. השוו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** – כרך א 38 (2010) ("המשפט המינהלי עוסק בפעולותיה של הרשות המבצעת, על זרועותיה השונות . . . הוא מעמיד במרכז את הרשות המינהלית"). (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי** – כרך א); ומבין רבים, PETER STRAUSS ET AL., *GELHORN AND BAYE'S ADMINISTRATIVE LAW: CASES AND COMMENTS* 11 (11th ed. 2011) ("[Administrative law] comprises the body of general rules and principles, governing administrative agencies—governing both how they do their own work, and how the results of that work will be viewed, or reviewed, by the President, Congress, and the Courts."). השוו לאמור להלן בטקסט הסמוך לה"ש 11. ראו עוד להלן ה"ש 89 וכללית <https://plato.stanford.edu/entries/definitions/#ReaNomDef> ועדי אופיר "הגדרה" **מפתח** – כתב עת לקסיקלי למחשבה פוליטית 11 (2017).

³ ניתן להתייחס לשלושת המודלים גם כטיפוסים-אידאליים/טהורים (pure/ideal-types), כמשמעותם במסורת הוויבריאנית. ראו Guenther Roth and 19-22 MAX WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY* (1978) ;Clauss Wittich eds., Ephraim Fischhoff et al. trans., 16 HIST. & THEORY 265 (1977); Susan J. Donald McIntosh, *The Objective Bases of Max Weber's Ideal Types*, 16 HIST. & THEORY 265 (1977).

משתייך לתחום הזנוח למדי של ההיסטוריה האינטלקטואלית של המשפט המינהלי בישראל.⁴ עם זאת, הגם שכל מחקר היסטורי נושא פניו להווה (וכי אפשר אחרת?),⁵ הדיון שייערך כאן יהיה ממוקד-הווה במפורש.⁶ הוא יבקש לערוך גנאלוגיה של ההווה ולהציג ולחקור שלושה מודלים, המתרוצצים עתה בזירת המשפט המינהלי; ובניסוח אחר: המאמר מזהה שלוש שכבות-עומק גיאולוגיות, המונחות זו על גבי זו, והמבנות את תצורתו של המשפט המינהלי הישראלי היום. לכן, המאמר נדרש לחקירה היסטוריוגרפית-אינטלקטואלית הקשרית נרחבת, אשר תמחיש עד כמה מבנה דוקטרינרי מסוים יהיה לעולם נטוע בהקשר היסטורי נתון וישען על מבנה הסברי מסוים, הנכרך בהקשר זה. כלומר,

Hekman, *Weber's Ideal Type: A Contemporary Reassessment*, 16 POLITY 119 (1983); ROGER COTTERRELL, LAW'S COMMUNITY: LEGAL THEORY IN SOCIOLOGICAL PERSPECTIVE 134-59 (1995). כיוון שכך, הצגת המודלים, שבמסגרתה יושם דגש על הגיון הפנימי, עשויה אכן להישמע לפרקים "אידאלית" או בלתי ביקורתית. לכן יש להבהיר כי המאמר כולל גם בחינה ביקורתית של המודלים.

לבסוף, המשגה זו תבהיר כי אינני טוען, כי המודלים הללו הם קוהרנטיים בצורה הדוקה וכי הם מכסים כל פרט וכל תקדים משפטי רלוונטי. אין לצפות לכך משום תיאוריה ודוקטרינה משפטית, ואין בהדבקת התווית "מודל" כדי לחסנה מפני הטענה כי היא הונחה על תשתית רעועה או שהיתה נגועה בסתירה פנימית (אם כי ברור כי בשלב מסוים, סתירות אלה עשויות לגרום לקריסתה. ראו להלן ה"ש" 325 והשוו לדין המפורסם שערך תומס קון **המבנה של מהפכות מדעיות** (יהודה מלצר מתרגם, 2005)). כן ראו עמרי בן-צבי ואפי צמח "התיאוריה הפלורליסטית של המשפט המינהלי" **משפטים** __ (2024).

אך ראו, למשל, דוד קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" **משפטים** יט 551 (1989); יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** פרק 4 (2022) (להלן: **ספר דותן**); דפנה ברק-ארז "ה'קוורטט' העברי – כך הקדים המשפט המנהלי בישראל את זמנו" **משפט ועסקים** כו (טרם פורסם) (להלן: ברק-ארז "קוורטט").

מזווית אחרת, ניתן לקשר את המאמר לכתיבה הולכת ומתרבה שבמסגרתה מוצגת היסטוריוגרפיה רב-דורית של התפתחויות שחלו במשפט הישראלי. ראו, למשל, ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503 (1993) (להלן: מאוטנר "עליית הערכים"); רון חריס **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948-1977** (דן שביט עורך 2014); דניאל פרידמן **קץ התמימות: משפט ושלטון בישראל** (2019); וכן Yair Sagy, *Under the Shadow of the Constitutional Revolution? Revisiting Israel's Founding Moment*, in FOUNDING MOMENTS IN CONSTITUTIONALISM 113 (Richard Albert & Menaka Guruswamy eds. 2019) (Sagy, *Revisiting*).

לדין משווה, ראו, מני רבים: Michael Taggart, *Prolegomenon to an Intellectual History of Administrative Law in the Twentieth Century: The Case of John Willis and Canadian Carol Harlow*, *Changing the ; Administrative Law*, 43 OSGOODE HALL L.J. 223 (2005); *Mindset: The Place of Theory in English Administrative Law*, 14 O.J.L.T. 419 (1994); Daniel J. Gifford, *The New Deal Regulatory Model: A History of Criticisms and Richard Stewart*, *The Reformation of ; Refinements*, 68 MINN. L. REV. 299 (1983); *American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975); כן ראו להלן ה"ש" 15.

יאר שגי "פסק הדין שעשה היסטוריה: עיון היסטוריוגרפי בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי" **משפט וממשל** יט 325 (2018) (להלן: שגי "פסק הדין שעשה היסטוריה").

ראו, למשל, עדי אופיר "על מישל פוקו ועל ספרו 'תולדות השגעון בעידן התבונה', בתוך מישל פוקו **תולדות השיגעון בעידן התבונה** 215 (אהרן אמיר מתרגם, 1986); Michel Foucault, *Nietzsche, Genealogy*, (1984) (Paul Rabinow ed., 1984) *History*, in THE FOUCAULT READER 76.

דוקטרינה היא – ברוב, אם לא בכל – המקרים חלק ממודל שלם. היא בוודאי אינה מצויה מעל הזמן, והדבר נכון, יראה המאמר, אף ביחס לדוקטרינות מרכזיות של המשפט המינהלי כדוקטרינת הסמכות המינהלית וחזקת תקינות המינהל. מכאן שהמאמר רלוונטי בעליל לדיונים עכשוויים. הוא יצביע, למשל, על קושי ניכר הטבוע בהצעות לאמץ מחדש, כיום, נוסחאות דוקטריניות של דורות עברו, כפי שהציעו זה לא מכבר חלק משופטי המיעוט ב"בג"ץ הסבירות".⁷ זאת ועוד, בהתבסס על ניתוח של נחלי איתן, אך גם של מסלולים שהתגלו כנחלי אכזב, על מפת המשפט המינהלי שלנו, המאמר יצביע לעברם של מסלולים אלטרנטיביים שלאורכם יכול היה ללכת המשפט המינהלי, ובאופן יומרני יותר, אף לעבר חזון אלטרנטיבי למשפט המינהלי דור 4.0.⁸

לפי הנרטיב שבמאמר, כרונולוגית, המשפט המינהלי הישראלי דור 1.0, שבו חל מודל הפוזיטיביזם המשפטי, הוא המשפט המינהלי בעשורים הראשונים לאחר קום המדינה. היו אלה עשורים שבהם המדינה המינהלית הישראלית היתה השחקן המוביל בשוק הכלכלי ופעילותה הנרחבת נתפסה כהכרחית וכחיונית. במקביל, בג"ץ, שביסס עצמו ואף הרחיב את מצודתו, כתב את פרקיו הראשונים של המשפט המינהלי תוצרת כחול לבן תחת השפעה ברורה של דוקטרינות אנגליות. בין אלה, מקום של כבוד תפסה דוקטרינת ווסטמינסטר-החוקתית בדבר עליונות הפרלמנט, שקבעה גבול ברור לשיח הזכויות בארץ.⁹ דור 2.0 של המשפט המינהלי הישראלי נפתח במהלך שנות ה-70 והמודל שיוזמה עימו, מודל הסבירות, יתגבש החל משנות ה-80. המרכזיות הגוברת של שיח הזכויות החוקתי במשפט הישראלי והמעבר מהמדינה המינהלית למדינה הרגולטורית – כלומר, השינוי באופי היחס בין המדינה לבין הפרט: מהמדינה המינהלית הטורחת על אספקת מוצרים ושירותים לאזרח למדינה הרגולטורית המתרכזת באסדרתם של השווקים בהם נסחרים אותם מצרכים ושירותים¹⁰ –

⁷ בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

⁸ ראו להלן פרק 2.2. במאמר.

⁹ על דוקטרינת ווסטמינסטר, ראו, למשל, Sagi, *Revisiting*, לעיל ה"ש 4; Mark Bevir, *The Westminster Model, Governance and Judicial Reform*, 61 PARL. AFF. 559 (2008).

נראה, שההצמדות לדוקטרינה זו לא נשענה רק על טיעונים משפטיים, שנשמכו על הוראות ההמשכיות שבחקיקה מנדטורית וישראלית, אלא גם בתפיסות רווחות בקרב הנהגת המדינה ביחס לריבונותה המוחלטת של הכנסת, אשר דוד בן גוריון נתן להן ביטוי, בעת הדיון בשאלת החוקה שהכרזת העצמאות דיברה בה. ראו שני שניצר "בן-גוריון, בג"ץ והחוקה שלא הייתה" משפטים נג (טרם פורסם).

¹⁰ למדינה המינהלית והמדינה הרגולטורית ולמעבר בינן, ראו להלן וה"ש 135-138, 191-190 והטקסט הסמוך להן.

ישנם כינויים רבים בספרות לתיאור המדינה שקדמה ל"מדינה הרגולטורית": המדינה הפוזיטיביסטית/אקטיביסטית/מספקת השירותים/הרווחה ועוד; ואף הגדרת "המדינה הרגולטורית" מעוררת דיון. ראו, למשל, יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005); דפנה ברק-ארז **אזרח-נתיין-צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה** (2012). בחרתי בכינוי "המדינה המינהלית" לתיאור הראשונה כיוון שהביטוי הוא פשוט, ישיר ומנכיח את עמוד השדרה המוסדי המרכזי בדפוס מדינה זה: המינהל/הביורוקרטיה הציבורית. עוד אבהיר, כי אתבסס על "ההבנה הדומיננטית" ו"התפיסה המקובלת" של "המדינה הרגולטורית" ושל תהליך המעבר אליה (הבנה שדוד לוי-פאור מבקש אתגר: דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה

הציפו בעוצמה בדור 2.0 את שאלת הגדרתו של המשפט המינהלי ואתגרו את עקרונותיו המארגנים. במענה לכך, עלה המודל השני של המשפט המינהלי הישראלי, אשר שם במרכזו לצד הסבירות את החשיבה החוקתית. ולבסוף, הדור הנוכחי, דור 3.0. ראשיתו בתחילת שנות ה-2000. טענתי היא שבמהלכו של דור זה – כלומר, כיום – הולך ונבנה מודל חדש, **מודל הפוזיטיביזם הכלכלי**, אשר עניינו העיקרי הוא המדינה הרגולטורית ובראיתו, המשפט המינהלי הופך להיות משפטה של הרגולציה.¹¹ אך בעוד שמודל 2.0 החליף לתקופת מה את מודל 1.0, המודל של דור 3.0 טרם החליף את קודמו.¹² וכדי להרבות מבוכה ובלבול, גם מודל דור 1.0 שב והרים ראשו לאחרונה, לפחות בפסיקת בג"ץ.¹³ יש להניח,¹⁴ שהיריבות בין שלוש המודלים תימשך בעתיד הנראה לעין.

המאמר יציג באספקלריה רחבה את מקורם הרעיוני והאידיאולוגי של המודלים,¹⁵ תמונת העולם שלהם על הפעילות שהמשפט המינהלי בא להסדיר, האתגרים הניצבים בפניהם ומשמעויותיהם הדוקטרינריות. בכוונתי לטעון, כי שלושה ממדים חשובים מפרידים בין המודלים: **מתודולוגי, דוקטרינרי ואידיאולוגי-השוואתי**. מהותו של הממד **המתודולוגי** היא זו: דוברי המשפט המינהלי בישראל – ובראשם, כיוון שהמשפט המינהלי שלנו הינו ברובו יציר פסיקה, בית המשפט העליון¹⁶ – נדרשים יותר ויותר לגופי ידע שתשתיתם אמפירית בבואם לבסס את מסקנתם המשפטית. בהכללה גסה ניתן לומר, כי אם מסורתית התבססו הלכות המשפט המינהלי על ניתוח נורמטיבי בעיקרו, כעת הן נסמכות, בגלוי, גם על דיסציפלינות אמפיריות-פוזיטיביות¹⁷ החוקרות אירגוני מינהל ופעילויות רגולציה. הריאליזם המשפטי, אני מבקש לטעון, היה לתו מאפיין של המשפט המינהלי הישראלי שאכן הופך, גם עקב כך, למשפט הרגולטורי הישראלי. השינוי **הדוקטרינרי** שהתמורה עשויה לחולל כבר

הרגולטורית: מתווית מונומורפית ו'רזה' למושג פולימורי ו'עבה' "מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 23, 26, 36 (ישי בלנק, רועי קרייטנר, דוד לוי-פאור עורכים, 2016)).

ראו להלן ה"ש 317.

ראו להלן ה"ש 209 והטקסט הסמוך לה.

ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 364.

ראו להלן ה"ש 323, 325, 385 והטקסט הסמוך להן.

זה המקום להזכיר את הנסיבות החריגות שבמהלכן נכתב מאמר זה, כאשר מתחוללת מלחמה קשה, לאחר סערה ציבורית גדולה שעוררו הצעות "הרפורמה" שהציג שר המשפטים, יריב לוין, בינואר 2023. קשה, למעשה כמעט בלתי אפשרי, לערוך תחזיות במצב דברים זה.

נראה כי המושג אידיאולוגיה מעורר כיום אי נוחות, משום מה. הכוונה במאמר היא למוכן מידי של המושג: תמונת עולם ערכית שעניינה המיוחד הוא ביחסים הראויים בין החברה לבין הפרט, ומקומה הראוי של המדינה בחיי הכלל והפרט, בתוך כך. ראו Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARV. L. REV. 1276 (1984).

ראו כללית Margit Cohn, *What Is left of 'Common Law' Administrative Law? Concluding Remarks and a Layout of Future Paths*, in JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION ACROSS THE COMMON LAW WORLD 349 (Swati Jhaveri & Michael Ramsden eds., 2021).

על פוזיטיביזם, ראו להלן ה"ש 42.

מורגש בשדה, אפילו בהקשרן של דוקטרינות יסודיות כחזקת תקינות המינהל. במעבר לציר השלישי, יש לציין, כי שאלות אידאולוגיות תמיד נכרכו אחר המשפט המינהלי. מהבחינה האידאולוגית-השוואתית, לטענת המאמר, עיקרה של התמורה בחיזוק השפעתן בישראל של מגמות ניאול-ליברליות¹⁸ בניחות אמריקאית שאין לטעות בו.¹⁹

הפניה לעבר ארצות הברית אינה צריכה להפתיע לאור השפעתם הברורה של המשפט והתרבות האמריקאית על המשפט הישראלי בעשורים האחרונים.²⁰ כך בוודאי ככל שמדובר במשפט המינהלי הישראלי, שביחס אליו אמר יצחק זמיר כבר לפני כמעט שלושים שנה, בדברו על מקורות ההשפעה על המשפט המינהלי הישראלי, את הדברים הבאים: "כאשר המשפט המינהלי של ישראל קלט כמעט כל מה שהמשפט המינהלי של אנגליה יכול היה להציע לו, מספר זמיר על מה שמיניתי דור 1.0,²¹ הוא פנה, באופן טבעי, אל המשפט של ארצות-הברית".²² לתיאור מוסכם זה יש להוסיף את ההשפעה המרחיבה שהיתה למשפט המינהלי האמריקאי על המשפט המינהלי בארצות נוספות ואף במשפט המינהלי הגלובאלי (Global Administrative Law).²³ על רקע זה, אני מבקש לטעון, כי ההתפתחות בה אנו חוזים כעת במשפט המינהלי הישראלי הולכת בעקבות התפתחות דומה שארעה, בשלב מוקדם יותר, בארצות הברית. לכן, מבט לעבר ארצות הברית עשוי לרמוז על הכיוון אליו

¹⁸ אכן, ניאול-ליברליזם הוא מושג דינמי, שניתן להגדרות שונות. ראו, למשל, Dieter Plehwe, *Introduction*, in THE ROAD FROM MONT PÉLERIN: THE MAKING OF THE NEOLIBERAL THOUGHT COLLECTIVE, WITH A NEW PREFACE 1 (Philip Mirowski & Dieter Plehwe eds., 2015) ("Neoliberalism is anything but a succinct, clearly defined political philosophy."). אך איננו נדרשים להעמיק בכך, שכן הדיון במאמר מכוון לליבת הקונצנזואלית של המושג, שאינה שנויה במחלוקת. רוב המלומדים נוטים להסכים שניתן להגדיר את הניאול-ליברליזם כהרחבת השווקים התחרותיים לכל תחומי החיים, כולל הכלכלה, הפוליטיקה והחברה. ראו, למשל, Simon Springer et al., *An Introduction to Neoliberalism*, in THE HANDBOOK TO NEOLIBERALISM 2 (Simon Springer et al. eds., 2016); איל פלג הפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי 24-26 (2005).

¹⁹ ישנם היבטים נוספים בהיסטוריה של המשפט המינהלי שכדאי היה לכלול בדיון, אך שאין זה המקום לכך: למשל, התפתחות כלי הרגולציה (ראו להלן ה"ש 264); ההיסטוריה של הוראת התחום בארץ (ראו גיא ישראל זיידמן "מי אתה המשפט המינהלי הישראלי? בשולי הספר 'משפט מינהלי' מאת דפנה ברק-ארז" הפרקליט נא 693 (2011)); וכן הפרופסיה המקצועית, במגזר הפרטי והציבורי, שזהו תחום התמחותה – ובמסגרת זו, מחלקת הבג"צים ראוייה להתייחסות מיוחדת. ראו: YOAV DOTAN, *LAWYERING FOR THE RULE OF LAW: GOVERNMENT LAWYERS AND THE RISE OF JUDICIAL POWER IN ISRAEL* (2014).

²⁰ ראו, למשל, בועז יזרעאלי "כמעט הכל באיטליה אטי, מסורבל, זקן. חייבים להתרשם מחוסר המוטיבציה הכללי הזה" הארץ (27.4.2022), <https://tinyurl.com/mu5r9mjn>, בו משווה הכותב בין התרבות האיטלקית לבין התרבות הישראל-אמריקאית; מנחם מאוטנר "הלכת Dobbs ואנחנו" ICON-S-IL Blog (25.10.2022).

²¹ אין ללמוד מכך, כמובן, שבג"ץ תמיד אימץ את ההלכות האנגליות; ראו ברק-ארז "קוורטט", לעיל ה"ש 3, בעמ' 14; בג"ץ 77/63 טרודלר נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועדה חקלאית למועצה המקומית רמת-השרון, פ"ד יז 2503 (1963).

²² יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 111 (1994) (להלן: "זמיר: גרמניה").

²³ ראו הכרך: *Symposium: Global Administrative Law*, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. (2005).

עשוי ללכת משפט הרגולציה הישראלי, והוא אף עשוי לחשוף בצורה ברורה יותר את הגיונה הפנימי של התפתחות זו ואף את השתמעויותיה.

יתירה מכך, הסתכלות לעברה של ארצות הברית תציף סוגיה דוקטרינרית ואידאולוגית מרכזית שתלווה אותנו לכל אורך הדיון במאמר: העובדה המפתיעה, כי הדיון במשפט המינהלי כרוך במסורת המשפט המקובל בצורך בהצדקה כפולה – הן של המעשה המינהלי, כלומר הפעילות המינהלית שעליה חל המשפט המינהלי, והן של עצם ההכרה בו כענף משפט נפרד (בעיקר, מהמשפט החוקתי).²⁴ הצורך בהצדקה המשפט המינהלי והגדרת תחומו ביחס למשפט החוקתי אינו זר למשפט הישראלי, לפחות מאז המהפכה החוקתית (בדור 2.0) כאשר נדמה היה שהמשפט החוקתי עומד עליו לבולעו. כמו כן, עם התרחבות והתמיינות הרגולציה, מקבלת משמעות גוברת השאלה בדבר "ממשותו" של המשפט המינהלי "הכללי" והיחס בינו לבין המשפט המינהלי "המיוחד" על תחומי העיסוק הרבים שהלכו ונקבצו תחתיו (איכות הסביבה, סייבר ועוד).²⁵ בדומה, הצורך בהצדקה המעשה המינהלי אף הוא אינו חדש בארץ,

²⁴ שני המישורים הללו נוספים למישור הדיון המוכר שעניינו גבולות הלגיטימציה של הפיקוח השיפוטי על רשויות המינהל, ולא אחת הדיון במישור אחד נוגע לשני המישורים האחרים:

ראשית, כיוון שכאמור, המשפט המינהלי, על עילות הפיקוח השיפוטי שבו, הוא בעיקרו תוצר פסיקה בעולם המשפט המקובל (ראו לעיל ה"ש 16 והטקסט הסמוך לה, אך גם Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll & Barry R. Weingast, *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*, 3 J.L. ECON. & ORG. 243 (1987)).

שנית, ובהמשך לכך, הואיל והיסטוריה המשפט הציבורי המקובל צמח בבתי המשפט באנגליה אגב עיסוקם בשאלות "פרוצדורליות" שעניינן תיחום גבולות בין מוסדות שיפוט שונים בממלכה שלהם נגיעה לאקטים מינהליים (ראו יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק" **עיוני משפט** כח 225, 291-290 (2004) (להלן: שגיא "למען הצדק?"; "The history of procedural safeguards." Frankfurter J.).

שלישית, שכן "עילות הביקורת המשפטית משקפות את כללי ההתנהלות המינהלית. למשל, עילת השיקולים הזרים משקפת את הכלל המחייב כל רשות לשקול רק שיקולים ענייניים." (יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** כרך ה – עילות הביקורת המשפטית 3313 (2020)).

מכאן, שלעילות הביקורת המשפטית, שהן עיקרן של המשפט המינהלי שלנו, תפקיד חשוב בשרטוט גבולותיו של המעשה המינהלי הראוי והן מספקות לו פעמים רבות את הצדקותיו, או, לכל הפחות, משקפות הצדקות וווחותיו (כך לא רק בגדרו של מודל הפיקוח השיפוטי, שידון להלן בה"ש 95 ובטקסט הסמוך לה). ראו Jerry Mashaw, *Explaining Administrative Process: Normative, Positive, and Critical Stories*, 6 J.L. ECON. & ORG. 267 (1990) Frug ; of Legal Development, לעיל ה"ש 15. עם זאת, כמוסבר להלן בה"ש 31, עילות הביקורת הללו אינן ממצות את מקורות הסמך של מאמר זה.

למבט מקיף על הפיקוח השיפוטי במשפט המינהלי הישראלי, ראו את הניתוח העדכני והיסודי שנערך בספר **דו"ח**, לעיל ה"ש 4. ראו עוד, למשל, בן-צבי וצמח, לעיל ה"ש 3, ולהלן הטקסט הסמוך לה"ש 350. לבסוף, הספרות ההשוואתית בנושא היא עצומה. ראו, למשל, PAUL DALY, *UNDERSTANDING ADMINISTRATIVE LAW IN THE COMMON LAW WORLD* (2021).

²⁵ ראו, למשל, בג"ץ 7846/19 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה – יחידת הסייבר** (נבו 12.4.2021).

והוא הופך לתו מאפיין בדור 3.0. שכן הפעילות המרכזית שהמשפט המינהלי דן בה כיום – רגולציה – ניצבת יותר ויותר בפני צורך מודגש להצדיק עצמה,²⁶ בפרט ככל שגישות ניאור-ליברליות מצויות בעליה. כללית, כפי שנראה, המענים השונים הניתנים לצורך בהצדקה (כפולה) על ידי המודלים השונים מבהירים עוד את מהותם ופרטיהם ומשרטטים קווי מחלוקת עקרוניים ביניהם.

המאמר יצביע לא רק על מה שמפריד בין המודלים, אלא גם על צירי התפתחות הנמשכים לאורכם, חרף ההבדלים ביניהם: למשל, עיסוק נמשך באמות המידה המשפטיות שלאורן יש להעריך את המעשה המינהלי, כמו גם בשאלות מודל הפיקוח השיפוטי היאה למשפט המינהלי (ומקומו של בג"ץ בשדה); מטמורפוזה הדרגתית בכל מישורי הניתוח של המשפט המינהלי, שבמסגרתה השתנתה המשמעות שניתנה לסמכות, ההליך, שיקול הדעת המינהלי; מתח נמשך בין זרם ליברלי-קלאסי, שבראיתו המעשה המינהלי הוא לעולם חשוד, לבין זרם "פונקציונלי" מתחרה, המחייב אותו. הניתוח יזהה מספר צירים ממן זה, שהמשכך לאורך השנים מלמד על מגמות עומק המאפיינות בראיה על-דורית את המשפט המינהלי הישראלי. הכרונולוגיה היא שתנחה את סדר הדיון במאמר,²⁷ כך בהצגת המודלים כסדרם וכך גם בהצגת הרקע התיאורטי שלאורו יערך הניתוח. כיוון שהמאמר מבקש להציע צירי ניתוח עקרוניים ("תיאורטיים") להיסטוריוגרפיה של המשפט המינהלי, סברתי כי ראוי לכלול את ההסברים המופשטים על צירי הניתוח כחלק אינטגרלי בתיאור שלושת הדורות (ולא לדון בהם בחלקים נפרדים "תיאורטיים" של המאמר). שהרי גם לדיונים העקרוניים הללו עצמם יש היסטוריוגרפיה. לא רק שהם עלו בזמנים מסוימים, בתגובה להתפתחויות תיאורטיות וקונקרטיות מסוימות, אלא שהם אף השפיעו על המשפט המינהלי ועל המעשה המינהלי של זמנם. לכל אורך הדרך תעלה שאלת ההצדקה הכפולה, אשר, כאמור, נבחנה באופן מפורט ומשפיע במיוחד בארצות הברית.²⁸ אני אציג במהלך הדיון סדרה של תיאוריות שעלו בה

על האבחנה הוותיקה בין "משפט מינהלי כללי" לבין "משפט מינהלי מיוחד", ראו ה. קלינגהופר **משפט מינהלי** 44-45 (1957), וכן, למשל, *Martin Eifert, Conceptualizing Administrative Law – Legal Protection versus Regulatory Approach, in DEBATES IN GERMAN PUBLIC LAW 203, 204-205 (Hermann Punder & Christian Waldhoff eds., 2014)*, וה"ש 375 להלן. אנצל הזדמנות זאת לומר שבמסגרת זו לא אוכל להרחיב בהערות השוואתיות החורגות מאנגליה וארצות הברית, ואעשה זאת במקום אחר. אך ראו להלן ה"ש 83 ו-264.

²⁶ דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" **עיוני משפט** כה 503, 507-508 (2001) (להלן: ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי").

²⁷ אם כי לפני שאפנה, כאמור, להציג את המודלים כסדרם, עלי להבהיר מספר סוגיות מתודולוגיות "כלליות" שהמאמר בכללותו מעלה. ראו להלן את החלק הבא במאמר.

²⁸ ראו *PETER H. SCHUCK, FOUNDATIONS OF ADMINISTRATIVE LAW 7* (2d ed. 2004) ("In contrast to most of the rest of the world (including most democracies), Americans have never been comfortable with the administrative state and have therefore always demanded that it be justified afresh."

שימו לב, כי דברים אלה נאמרו חרף העובדה כי כבר בשנת 1946 התקבל בארצות הברית *The Administrative Act (APA), 5 U.S.C. § 551(1)* (2000). כלומר, שאידאולוגית, כל העת נותר במשפט

במהלך המאה ה-20 בניסיון להצדיק את המעשה המינהלי, ואראה כי הן יצרו ציר הצדקה אמריקאי שהמשפט הישראלי עוקב אחריו. אטען, כי יש בסדר עלייתן (בארצות הברית ובעקבותיה בישראל) כדי להנהיר את המהלך ההיסטורי (בישראל).

א. הערות מתודולוגיות

בטרם נעבור לגופו של המאמר, יש להעיר מספר הערות מתודולוגיות. המאמר יעקוב אחר צמיחת המשפט המינהלי המהותי בישראל. בתוך כך, הוא יידרש לזיקות שבין שני אגפיו המרכזיים של המשפט הציבורי: המשפט המינהלי והמשפט החוקתי.²⁹ כפי שנראה, ההיסטוריה של העיסוק בזיקה זו היתה בעלת משמעות לאופן התפתחות החשיבה על המשפט המינהלי, תחילה במשפט האנגלו-אמריקאי ובהמשך, בעיקר לאחר המהפכה החוקתית, גם בישראל. לכן, הדיון במאמר יצביע אמנם על התהליך שבמסגרתו התבססו מישורי הניתוח המקובלים של המשפט המינהלי – סמכות, הליך, שיקול דעת³⁰ – אך יתייחס בהרחבה גם למישור המקדמי הנוגע למסגרת המשטרית-החוקתית שבתוכה פועל המשפט המינהלי והקובעת את גבולותיו (למשל, דוקטרינת ווסטמינסטר). מתודולוגית, המהלך שנעשה במאמר הינו פרשני סטנדרטי: חיבור נקודות, המרצדות באתרים שבהם נעשה או מדובר במשפט המינהלי בתקופה מסוימת, לכדי סיפור מסגרת מכליל ומאחד ("מודל"),³¹ תוך הצגת הנחות יסוד משפטיות ואידאולוגיות המונחות

המינהלי האמריקאי "אות דייסי" (ראו להלן פרק 1.ב. במאמר), והחיפוש הנמשך אחר מודל הצדקה – יוכיח. ראו להלן פרק 3. במאמר והשוו לה"ש 113 להלן.

יש להעיר עוד ביחס לאמור, כי ככל שהמדובר לפחות בחלק מהדמוקרטיות הדמוקרטיות, כגון גרמניה, דומה שהתמונה מורכבת יותר ושאיננו בהן נערך נרחב בשאלה זו: השוו MAHENDRA P. SINGH, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW: IN COMMON LAW PERSPECTIVE 5-7 (2001) Matthias Jestaedt, עם *Democratic Legitimization of the Administrative Power – Exclusive versus Inclusive*, Eifert; *Democracy, in* DEBATES IN GERMAN PUBLIC LAW 181 (2014). לעיל ה"ש 25.

²⁹ ראו כללית על ההבחנה בין תחומי משפט שונים, למשל, Jaap Hage, *Basic Concepts of Law, in* RAYMOND WACKS, ;INTRODUCTION TO LAW 33 (Jaap Page et al. eds., 2017). PHILOSOPHY OF LAW: A VERY SHORT INTRODUCTION 36-66 (2006).

³⁰ זיידמן, לעיל ה"ש 19. לחלוקה שונה של המעשה המינהלי, ראו ספר דותן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 38-41.

³¹ הבחירה לבודד במסגרת הניתוח "נקודות" מסוימות, שהחיבור ביניהן הוא המצייר לנו את המודלים השונים, אף היא פרשנית, כמובן, והיא נגזרת, בין היתר, מסוגת המאמר. לכן, כמאמר היסטורי-אינטלקטואלי המתחקה אחר מסגרות חשיבה הנוהגות בשדה, והמגדירות אותו (וראו לעיל ה"ש 2), הניתוח שלהלן אינו יכול להסתפק בדוקטרינות מחייבות שגובשו בפסיקת בית המשפט לאורך השנים, וזאת מבלי להכחיש את מרכזיותן (ראו לעיל ה"ש 24). כמו כן, כאשר המאמר נדרש לתקדימי בית המשפט, אין הוא עושה זאת בדרך שבה מאמר דוקטרינרי היה עושה זאת. למשל, בהקשרים שונים, עבור הניתוח שכאן האבחנה רציו/אוביטר עשויה להיות בעלת חשיבות מועטה (ראו חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" **משפטים** לא(2) 415 (2000)). להדגמה חשובה, ראו להלן ה"ש 320.

זאת ועוד, היחס בין "הנקודות" לבין "סיפור המסגרת" הוא דיאלקטי, והמהלך הפרשני נע, במונחיו של גאדמר, במעגל הרמנויטי. ראו מנחם מאוטנר "גדמר והמשפט" **עיוני משפט** כג 367 (2000).

בבסיסו.³² עיקרו של המאמר מוקדש, איפוא, להיסטוריה-משפטית אינטלקטואלית. לפיכך, נדרש להגדיר בקצרה את ההיסטוריוגרפיה המונחת בתשתית הניתוח ההיסטורי שיערך במאמר. את הניתוח תנחה ראייה מוסדית, ובמיוחד הזרם ההיסטורי של "המוסדיות החדשה".³³ אין זה המקום לפתוח בדיון נרחב בגישות היסטוריוגרפיות מוסדיות.³⁴ די להבהיר, כי המוסדיות החדשה מדגישה את חשיבותם של מוסדות בהסבר תופעות חברתיות, היסטוריות ואחרות. היא נוקטת ראייה מרחיבה, שלפיה (לפי ניסוח חשוב אחד) "מוסדות" הם "humanly devised constraints that structure political, economic and social interactions".³⁵ וההיסטוריוגרפיה-המוסדית מוסיפה, כי מוסדות הם "שחקנים היסטוריים", שלתוואי ההיסטורי שבו הלכו, לכללי הפעולה שלהם ולהגיונם הפנימי השפעה על התפתחותם – ובה בעת, להם עצמם השפעה על מהלכם של אלו הקשורים בהם.³⁶ המוסדיות החדשה עלתה, בין השאר, כתגובת נגד לתיאוריות, כדוגמת תורת הבחירה הציבורית שתיזכר בהמשך, אשר התמקדו באינטרסים ובנטיית אידאולוגיות בתארן התנהגויות שונות, למשל, דפוסי ההכרעה של שופטים.³⁷ כנגד כך, לפי הראייה המוסדית, קבלת החלטות תמיד נעשית בתוך הקשר חברתי-מוסדי רחב, שבו מקבלת ההחלטה

יש לציין בהקשר זה קושי פרשני שהניתוח מעלה: סעיפי הסמכה ודוקטרינות משפט, כמו השפה שבה אנו מדברים, הם בדרך כלל בעלי אופי דיאלקטי: הם מאפשרים ומגבילים באותה הנשימה. לדוגמה, סעיף הסמכה טיפוסי מאפשר, ואף מחייב לפעמים, את המעשה המינהלי, שלפי עקרון חוקיות המינהל אין לעשותו בהיעדר הסמכה; אך בכך, הסעיף קובע למעשה זה גם גבולות (ראו, למשל, בג"ץ 1711/24 **התנועה למען איכות השלטון נ' שר המשפטים** (נבו 8.9.2024)). מכאן שמלכתחילה אין זה תמיד פשוט להצביע על מגמתו של מקור משפטי או של פרשנות מקובלת שלו.

לבסוף, השוו למתודולוגיית הניתוח (הפרשנית) המיושמת במאמרם של בן-צבי וצמח, לעיל ה"ש 3, שבו מוצג מודל תלת-ראשי, שלטענת המחברים, "בכוח[ו] להסביר ולהצדיק את חלק הארי... של המשפט המינהלי בישראל" בדור הנוכחי (שם, בעמ' 129). לא אוכל להתייחס באופן מספק להבדלים בין מאמרם של בן-צבי לבין מאמרי זה. לעניין המתודולוגי, אסתפק כעת בכך שאצביע על ההבדל בפריוזמה הטמפורלית והתיאורטית של שני המחקרים (למשל, מידת היוזקותם לגופי ידע חוץ-משפטיים); כמו גם על כך שהמחברים מציעים פרשנות של המשפט המינהלי דהיום בסיוע טיעונים נורמטיביים – אותם, דומה, שהמחברים מבקשים לקדם (האבחנה, שבוודאי אינה פשוטה, בין ניתוח הדסקריפטיבי לבין הניתוח הנורמטיבי אינה נשמרת במאמרם, ונראה שזוהי כוונתם). עוד אציין כי לא שוכנעתי בתוקף, או בחשיבות, האבחנה לענייניו בין "תיאוריות פלורליסטיות" ל"תיאוריות מוניסטיות", בעיקר לאור האמור לעיל בה"ש 3. ראו עוד להלן בה"ש 316, 284-278.

³² ראו לעיל ה"ש 4.

³³ Yair Sagy, *The Missing Link: Legal Historical Institutionalism & the Israeli High Court of Justice*, 31 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 1 (2015) (להלן: Sagy, *The Missing Link*).

³⁴ ראו שגיא "פסק הדין שעשה היסטוריה", לעיל ה"ש 4.

³⁵ זהו משפט הפתיחה במאמרו של דאגלס נורת' שזכה בפרס נובל לכלכלה על תרומתו ללימוד ההיסטוריה של הכלכלה. Douglass North, *Institutions*, 5 J. ECON. PERSPECTIVES 97 (1981).

³⁶ אכן, התיאור בטקסט מרמז על התפתחות "תלוית מסלול". ראו Sagy, *The Missing Link*, לעיל ה"ש 33.

³⁷ ראו, למשל, Keren Weinshall-Margel, *Attitudinal and Neo Institutional Models of Supreme Court Decision Making*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 556 (2011).

“משוקעת” – embedded, כמינוחו הנודע של קארל פולני³⁸ – כך שהסברים פרסונליים (נאמר, האג'נדה של אהרן ברק) בדרך כלל לא יספיקו. נטייתה האידאולוגית של שופטת אינה יכולה להסביר לרוב בצורה מספקת את “התנהגותה”, שכן התנהגות זאת מובנית במובנים חשובים בידי המוסד שבו היא מכהנת (למשל, בג”ץ) ותפקידה המוסדי בו, כמו גם בידי שלל מוסדות אחרים שהמשפט משופע בהם: לדוגמה, עקרון התקדים המחייב, הדוקטרינה המשפטית הרלוונטית (למשל, עקרון חוקיות המינהל וסבירות) וכללי הפעולה של ענף המשפט הנדון (נגיד, המשפט המינהלי). לפיכך, במשרעת ההיסטוריוגרפית שנעה בין הסברים השמים את הפרט (העדפותיו, חישוביו, רצונו) לעומת אלה הנתלים בסטרוקטורות חברתיות (כדוגמת אידאולוגיות ומוסדות חברתיים) בהסבר תופעות היסטוריות חברתיות, האסכולה ההיסטורית של המוסדיות החדשה נוקטת עמדת אמצע.³⁹ היא מכירה בחשיבותן של סטרוקטורות חברתיות, אך מכירה בכך כי לא אחת נתונה במסגרתן הבחירה בידי הפרט, אם כי מנעד הבחירה שבידו יהיה תלוי בדרך כלל בסטרוקטורות הללו.⁴⁰ לבסוף, ספרות המוסדיות החדשה הצביעה על מספר מאפיינים טיפוסיים של שינויים מוסדיים.⁴¹ בתוך כך,

³⁸ POLANYI, לעיל ה”ש 1.

³⁹ בפשטות ובהכללה, גישות סטרוקטורליות מאתגרות גישות היסטוריוגרפיות שבמסגרתן מיוחסת לשחקן ההיסטורי מידה רבה של אוטונומיה ו- agency בהסבר תופעות עבר (לדוגמה, רקעו האקדמי של אהרן ברק מסביר את הפרשנות התכליתית – ראו, למשל, ניר קידר “המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל” **עיוני משפט** כו 737, 741 (2002)). הן מתמקדות במבנים החברתיים שבמסגרתם – ולפי גישה מחמירה, רק במסגרתן – פועלים השחקנים (ההיסטוריים) הרלוונטיים והן מבכרות הסברים הנשענים על מבנים אלה בפרשן התרחשויות חברתיות (היסטוריות). המוסדיות החדשה, כאמור, נמצא בתווך שבין שתי הגישות הללו. להרחבה, הפניות והדגמה, ראו לעיל ה”ש 33 ושגיא “פסק הדין שעשה היסטוריה”, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 330, 348, 366-367, 373-374, 378, 393.

⁴⁰ מסיבה זו, ויש לומר את הדברים ברורות, חלקם של שופטי בג”ץ – ויהיו אלה גם שופטים שאין ספק בדבר החותם שהם הותירו על התחום – מוצנע במתכוון במסגרת הניתוח במאמר (ובמובן זה הוא אכן מציג גירסה מוסדית “מחמירה” – ראו לעיל ה”ש 39). לטעמי, דווקא בנקודה זו המאמר מציע מבט מרענן וחשוב על מהלכה של הפסיקה ועל מגמותיה. בכך שהמאמר מספק הקשר מוסדי רחב לפסיקה בתחום המשפט המינהלי, הוא מבקש להעשיר את הדיון בפסיקה ולהרחיב את אופקיו מעבר לנקודת המבט הפרסונלית שהפכה לאחרונה, כמדומה, לשלטת. כמוסבר בטקסט, הניתוח יקנה קדימות לנקודת המבט המוסדית על פני זו הפרסונלית לא רק בשל העניין שבדבר, אלא בעיקר בשל הצורך להכיר בחשיבותן של סטרוקטורות חברתיות ומשפטיות בהסבר התפתחות החשיבה על המשפט (המינהלי). כך, למשל, תחת הסתפקות בטענה השגורה כי הסבירות עלתה בשל רצונו של בג”ץ – קראו: אהרן ברק – להגדיל את מוטת שליטתו, הניתוח במאמר יוסיף רובד חשוב לדיון בכך שימקם את עליית הסבירות בזמנה, וכן הוא ינסה לשכנע כי הסבירות “של ברק” קיבלה חיים משל עצמה והיא צמחה ועלתה לאו דווקא בכיוונים שמי שמוצג כאביה מולידה – ברק – כיוון אליהם. ראו להלן ה”ש 154 ו- 176 והטקסט הסמוך להן, כמו גם הטקסט הסמוך לה”ש 201. בכך, כפי שנראה, לא יהיה כדי “להצדיק” בהכרח את פיתוחיו של השופט ברק את דוקטרינת הסבירות, לגרוע מביקורת שניתן להשמיע בהקשר זה, או לאיין את ממדיה הערכיים (ויש שיאמרו: הפוליטיים). השוו, למשל, לרונן שמיר “הפוליטיקה של הסבירות” **תאוריה וביקורת** 75 (1994) (להלן: שמיר “הפוליטיקה של הסבירות”); דני גוטוויץ “מ’מהפכה חוקתית’ להפיכת כנגד’: ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה בישראל **מעשי משפט** א 47 (2008); רועי עמית “העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות” **עיוני משפט** כא 81 (1997).

⁴¹ ראו, למשל, James Conran & Kathleen Thelen, *Institutional Change, in THE OXFORD HANDBOOK OF HISTORICAL INSTITUTIONALISM* 52 (O. Fiortos et al. eds., 2016).

הודגשה נטייתם של מוסדות מקבילים להשתנות בכיוון דומה – לא אחת, בדמותו של מוסד דומיננטי במיוחד בשדה. בהקשרנו, המאמר מזהה את המשפט המינהלי האמריקאי/הגלובלי כדגם המוסדי שלאורו מתארגן לו המודל הפוזיטיבי-כלכלי בישראל. האבחנה המתודולוגית בין בירור אידא-נורמטיבי (שהיה דומיננטי בדור 1.0 ו-2.0) לבין בירור אמפירי פוזיטיבי-ריאליסטי (הדומיננטי במודל הייחודי לדור 3.0) תמלא תפקיד בהגדרת המודלים ואחד המאפיינים של דור 3.0 הוא “המפנה הפוזיטיבי” שהוא לקח.⁴² אף כי הדבר אינו מתחייב לוגית,⁴³ בכל אחת מהשניים נכרכה בהיסטוריה האינטלקטואלית של המשפט המינהלי האנגלו-אמריקאי מסגרת חשיבה – או דיספוזיציה – שונה למעשה המינהלי ולשורה של שאלות יסוד של התחום. למשל, כיצד ניתן להסביר את תצורתו המוכרת של ההליך המינהלי? ובעצם, מהי סיבת קיומו/ה של משפט מינהלי/רגולציה? ומהם יחסי הכוחות הפרדיגמטיים בשדה הרגולטורי?

⁴² ראו לאחרונה דפנה ברק-ארז “משפט ציבורי ונתונים אמפיריים: בימים ההם ובזמן הזה” **משפטים על אתר** יט 40 (2024) (להלן: ברק-ארז “נתונים אמפיריים”).

“פוזיטיביזם” הוא מונח שבו נעשה שימוש מגוון בספרות. ניתן להתייחס למונח בצמצום, כלומר להגדרתו “המילונית” המקובלת, שכדרכן של הגדרות מילוניות מצניעה את ההיסטוריה האינטלקטואלית של המונח. בראיה זו, פירושו הוא “the belief that knowledge comes from things that can be experienced with the senses or proved by logic.” (CAMBRIDGE DICTIONARY: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/positivism>). לשימוש במובן זה של המושג, כשקול למונחים “אמפיריזם/ביהיורליזם”, ראו, למשל, צ’רלס טיילור **פרשנות ומדעי האדם** (יצחק ידגר מתרגם, 2014), בעיקר 13-14 ה”ש 6.

אך ניתן גם להתייחס למושג בצורה מקיפה יותר, כלומר למסורת הפוזיטיביסטית לה ניתן ביטוי מודגש בחשיבה הסוציולוגית המודרנית למשל בכתיבתו של אוגוסט קונט. לשיטה זו, לאורך ההיסטוריה חלה התקדמות באופן שבו החברה האנושית הסבירה לעצמה את התופעות הנגלות בעולם שסביבה: ממחשבה תיאולוגית (תופעות בעולם מיוחסות לישות שמחוץ לטבע), לחשיבה מטאפיזית (כוחות או מאפיינים השוכנים בטבע עצמו הם מקור התופעות הללו), ולבסוף – השלב הפוזיטיבי, שבו “The law of phenomena are all we know respecting them. Their... ultimate causes... are unknown and inscrutable to us.” (AUGUSTE COMTE, ; STUART MILL, AUGUSTE COMTE AND POSITIVISM 5-6 (2005) (1865) *View of the Hierarchy of Positive Sciences*, in AUGUSTE COMTE AND POSITIVISM: THE ESSENTIAL WRITINGS 87 (Gertrud Lenzer ed., 1998).

ולענייננו: דור 1.0 הוא “דור הפוזיטיביזם-המשפטי”, ובכינוי זה אני מכוון למונחים המקובלים של הפוזיטיביזם המשפטי. ראו, למשל, <https://plato.stanford.edu/ENTRIES/legal-positivism>. כאשר נעבור לדור 3.0 אציע לכלול גם את המסורת הפוזיטיביסטית בדיון (למשל, בעת הדיון “במפנה הפוזיטיביסטי” הנזכר בטקסט), וזאת מתוך ניסיון להעמיק את הבנתנו את שורשי הרעיוניים והאידאולוגיים של דור 3.0. כפי שטענתי במקום אחר, צמיחת הרגולציה המודרנית באנגליה ובארצות הברית הושפעה מהמסורת הסוציולוגית-הפוזיטיביסטית האמורה, בשל הנוכחות המועצמת שהיתה לה בסוף המאה ה-19. לכן, הוספתי וטענתי שם, כי בחינה של שורשי הרעיוניים של הפוזיטיביזם שהתפתח בעקבות קונט היא חיונית כדי להבין את יסודותיה של הרגולציה המודרנית. ראו Yair Sagy, *The Legacy of Social Darwinism: From Railroads to the ‘Reinvention’ of Regulation*. 11 GEO. J.L. & PUB. POL’Y 481 (2013).

⁴³ כך בוודאי ככל שניצמד לפרשנות מצומצמת של “פוזיטיביזם”, בהמשך לאמור לעיל בה”ש 42. ראו להלן ה”ש 269.

בפשטות, המתודולוגיה הראשונה מספקת עצמה בבירור מושגי ובגזירת כללי משפט מעקרונות משפט, מבלי להטריח עצמה בביקורת המציאות. נקודת הייחוס של מתודולוגיה זו היא תמונה אידאית של דמוקרטיה ישירה, הנעשית בהצבעה פופולרית ולפי הכרעת רוב, שמכוחה נעשים מעשי המינהל,⁴⁴ ושכללי המשפט המינהלי נגזרים ממנה. תמונת השדה הציבורי בראיה זו היא, כמקובל במסורת הליברלית-קלאסית, היררכית ובינארית: הפרט הוא כ"גוליבר בארץ הענקים" לעומת השלטון ש"בידו רוב כוח, רוב עוצמה ורוב עושר".⁴⁵ דילמת היסוד של המשפט הציבורי במסורת הליברלית מקופלת בתיאור זה. מצד אחד, פרט זה, והפרטים כולם, חייבים את המדינה על-מנת לשגשג ולשרוד, ולשם כך מוקנים למדינה כוחות עצומים; אך מאידך, בדיוק בשל כוחה העצום של המדינה, כיוון ש"נשיפת פה מצויה וגוליבר היה-כלא-היה", יש לפרט סיבות טובות לחשוש מפניה.⁴⁶ כעת, אם די להיסגר בחדר הספריה ועם כרכי ה-פד"י לצד קבצי חקיקה כדי לתמוך בגישה הראשונה, הגישה השנייה, פותחת את דלת הספריה לעולם המעשה כדי לבסס את עצמה. זו האחרונה מתייחסת למופעה העיקריים במציאות חיינו של המעשה המינהלי ושל דוקטרינות המשפט המינהלי, ומציגה, בהכללה, תמונה שונה להליכי קבלת החלטות (מינהליות ואחרות) במשטר דמוקרטי. בניגוד לתמונת העולם ההיררכית של המודל הראשון, המודל השני מציג את השדה הציבורי כשדה שאין בו, בוודאי לא בהכרח, היררכיה ברורה. אם במודל הראשון, הוצגה מדינה אחת "גדולה" והפרט הינו "קטן" – שרטוטו לכם עיגול גדול למול נקודה קטנה – הרי כאן השרטוט הוא של עיגולים רבים בגדלים שונים הצפים במרחב. מה מייצג כל עיגול? אינטרס מסוים – פרטי או ציבורי. על המסקנות הנורמטיביות הנגזרות מתמונות עולם שונות אלה נעמוד בהמשך. הגיעה העת להצגת מהלך הדורות והמודלים והחשיבה התיאורטית שצמחו בהם, וזאת, כאמור, בסדר כרונולוגי.

ב. תיאור הדורות

1. דור 1.0: דור הפוזיטיביזם המשפטי

⁴⁴ בראיה זו, הדמוקרטיה הייצוגית, ובהמשך לכך – פעולות ממשל של גופים מינהליים בלתי נבחרים, מהוות סטייה ממצב הדברים האידאלי שיכולה להציע הדמוקרטיה הישירה. אך זוהי סטייה הכרחית, בחברות הענק של העולם המודרני; גורשנו מגן עדן אך היה זה גירוש בלתי נמנע. ראו בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 702, 696 (1952) Mashaw; לעיל ה"ש 24.

⁴⁵ בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 368 (1998) (השופט חשין); ראו עוד, למשל, בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5, 14 (1949).

⁴⁶ פרשת קונטרס, לעיל ה"ש 45, בעמ' 368. כן ראו, למשל, בן-צבי וצמח, לעיל ה"ש 3, בעמ' [2].

(א) המשפט המהותי

סמוך לאחר קום המדינה, החל בג"ץ לנסח בפסיקותיו, בשפה העברית, את עקרו של המשפט המינהלי שלנו.⁴⁷ לצד תקדימים מנדטוריים,⁴⁸ המשפט המינהלי המקובל האנגלי היה, לכל הדעות, מקור ההשוואה המרכזי אליו פנה בג"ץ, כשעלה הצורך בכך.⁴⁹ בראיה לאחר, מקובל לומר שבדרך זו הוכרו זכויות יסוד בארץ, כלומר, שהיו אלה דוקטרינות המשפט המינהלי שהגנו, הלכה למעשה, על זכויות יסוד, ובכך הכירו בהן ויצקו בהן תוכן של ממש.⁵⁰

(ב) אות דייסי ושאלת המסגרת החוקתית

המשפט החוקתי הישראלי בימי הבראשית היה דל דוקטרינרית.⁵¹ אך תהא זו טעות להסיק מכך, כמובן, על דלות התפיסה המשטרית-חוקתית, שהונחה בבסיסו ובבסיס המשפט המינהלי דור 1.0, או על היעדרה. הנה דוגמה חשובה. התקופה דגן היתה תקופת הפורמליזם, שבסופה תבוא ירידתו ותחול עליית הערכים במשפט הישראלי, לפי אבחנתו הידועה של מנחם מאוטנר.⁵² בהתאם, אכיפת שלטון החוק על השלטון היתרגמה בתחילה לרוב בפסיקת בג"ץ לדרישה לעמידה קפדנית, פורמליסטית בלשון החקיקה,⁵³ בין אם זו התקבלה אחרי או לפני קום המדינה. במסגרת זאת לעיתים בג"ץ דקדק במילותיו של מחוקק מנדטורי שלא היה אלא פקיד מינהל מאימפריה זרה.⁵⁴ אולם דווקא גישה פורמליסטית-צרה זאת מספרת לא מעט על התפיסה החוקתית שעליה נסמך בג"ץ באותה התקופה.⁵⁵ היא בוודאי מלמדת על מידת

⁴⁷ אכן, יש מידה של שרירותיות בכך שהמאמר נפתח עם קום המדינה, במיוחד כיוון שפשיטא שמשפט המינהלי שלנו לא החל עם קום המדינה. השוו: אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" **משפטים** כט 689 (1998); כן ראו ה"ש 15 לעיל. עם זאת, המאמר יסקור רק את פרקי המשפט המינהלי תוצרת כחול לבן, ראשית, כדי לתחום את מסגרת הדיון ולצמצם את השונות בין התקופות הנסקרות בו, ובכך ליצור בסיס מוצק להשוואה בינן. שנית, כיוון שפסיקת בית המשפט תפוס מרכז מרכזי בדיון, ולאור העובדה כי משלב מוקדם בג"ץ הישראלי השמיע קול משלו, שחרג מהמסורת הבריטית-מנדטורית, ואף הלך ומעט להסתמך על פסיקה מנדטורית. ראו ברק-ארז "קוורטט", לעיל ה"ש 3; יורם שחר "מרחב הסמך של בית המשפט העליון, 1950–2004" **הפרקליט** נ 29 (2008).

⁴⁸ ראו להלן ה"ש 112.

⁴⁹ זמיר "גרמניה", לעיל ה"ש 22.

⁵⁰ ראו, למשל, בג"ץ 105/54 **לזרוביץ נ' המפקח על המזונות**, פ"ד י 40 (1956), ולהלן הטקסט הסמוך לה"ש 104.

⁵¹ ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 503.

⁵² מאוטנר "עליית הערכים", לעיל ה"ש 4. לאפיון דומה של פסיקת בג"ץ דאז, ראו קרצמר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 560; רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" **עיוני משפט** מד 29 (2021).

⁵³ גם אם נדחתה העתירה. ראו שני שניצור ויורם שחר "בג"ץ בתל אביב: מציאות חלופית אמיתית" **עיוני משפט** מג 137 (2020) (תפיסת האקטיביזם המחנך של בג"ץ).

⁵⁴ ראו, למשל, בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953).

⁵⁵ נראה שעמדה פורמליסטית זאת הלמה את תפיסת שלטון החוק של דייסי, והדבר מלמד גם עליה, כמובן. ראו MARK D. WALTERS, A.V. DICEY AND THE COMMON LAW CONSTITUTIONAL TRADITION 230, 235 (2021). אך ראו י' ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**

האימוץ של דוקטרינת ווסטמינסטר בארץ, שעיקרה עליונות המחוקק, גם בנסיבות בהן תוקפה המוסרי היה רעוע במיוחד.⁵⁶

כמתבקש, אם כן, דוקטרינת ווסטמינסטר היתה חלק ממבנה חוקתי רחב, שמנסחו המוביל היה המלומד החוקתי הנודע, אלברט ון דייסי (Albert Venn Dicey).⁵⁷ לדייסי ישנה חשיבות רבה עבורנו. היתה לו השפעה מכרעת לא רק על התפתחות החשיבה החוקתית, אלא גם על התפתחות המשפט המינהלי בעולם האנגלו-אמריקאי.⁵⁸ כתיבתו השפיעה עמוקות גם על המשפט החוקתי והמשפט המינהלי בארצות הברית, כיוון שהוא העמיד את הדרישה להצדיק כל פעילות שלטונית בדבר חקיקה – חקיקה שאין להרהר אחריה (באנגליה של תקופתו) כשם שיש לשמר את כוחם של בתי המשפט לפקח על מימושה בחיי הפרט ולעצב אגב כך את המשפט המקובל. בכך דייסי ניסח באופן החלטי את תפקידם של בתי המשפט במדינה השואפת לשלטון החוק, כהגדרתו למונח.⁵⁹

אני מבקש להדגיש עד כמה "חוקתית" היא החשיבה של דייסי, כמו גם את העובדה שאין בה מקום של ממש למינהל, שאינו אלא גורם חיצוני למערכת החוקתית התקינה. נקודת המוצא לדיון, ברוח הליברליזם הקלאסי, היא החשש מפני פגיעתה הרעה של המדינה בחירויות היסוד (ליברליות). במענה לכך, מוצג יחס היררכי בין המשפט החוקתי – "עקרונות הכללים של החוקה", בלשונו⁶⁰ – לבין מעשי המדינה, שלפיו מערך הזכויות (הליברלי) עומד מעל ומגביל את הפונקציות השלטוניות (תחת דוקטרינת ווסטמינסטר, כמוכן).⁶¹ על בתי המשפט מוטלת במסגרת זו משימה חשובה: שמירה על כך שהמדינה לא תסיג את תחומי הפרט מעבר למותר; בתי המשפט נועדו, בקיצור, להגן על זכויות הפרט הליברליות – מפני מעללי המדינה. למעשה, דייסי סבר כי תפקידם של בית המשפט הוא עילאי. שהרי לשיטתו,

105, 106-107 (1993); אמנון רובינשטיין "שלטון החוק – התפיסה הפורמלית והמהותית" הפרקליט כב 453 (1965).

⁵⁶ ראו, למשל, בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85 (1948).

⁵⁷ לביוגרפיה של דייסי והסביבה האינטלקטואלית אליה השתייך, ראו, למשל, Gregory Conti, *Introduction & Chronology, in ALBERT VENN: WRITINGS ON DEMOCRACY AND THE REFERENDUM* viii-xlii (Gregory Conti ed., 2023).

⁵⁸ ראו את ניסוחו הקולע של WALTERS, לעיל ה"ש 55, בעמ' 234:

"The 'dead hand of Dicey' held back the development of a modern and functional public law within Britain and other common law jurisdiction throughout the world."

ראו בדומה Harlow, לעיל ה"ש 4, בעמ' 426.

⁵⁹ לדיון מקיף ראו ספר דותן, לעיל ה"ש 4, בעיקר בעמ' 321-328.

לייחודיות העמדה של דייסי בנדון, ראו WALTERS, לעיל ה"ש 55, למשל, בעמ' 230 ("Dicey gave little direct attention to the formal qualities for law of generality, prospectivity, clarity, stability, intelligibility, consistency and so on, that theorists like Lon Fuller and Joseph Raz would later identify with the rule of law.")

⁶⁰ A.V. DICEY, THE LAWS OF THE CONSTITUTION 208-209 (1885).

⁶¹ Jacob Weinrib, *Maitland's Challenge for Administrative Legal Theory*, 84 MODERN L. REV. 207, 211 (2021).

אותם "עקרונות כללים של החוקה" הם קודם כל מעשי ידי בתי המשפט, במובן זה שהם עולים מבין פסקי דין שבהם נקבע היקף זכויותיהם של הפרטים בחברה אגב הכרעה בסכסוכים קונקרטיים (פרטיים), ודייסי ראה ברכה רבה בשיטה זו של התפתחות חוקתית.⁶² לכן, מתחם הביקורת השיפוטית שדייסי שרטט לבתי המשפט היה אולי צר, במושגינו דהיום. אך, כמו קרן לייזר, הוא היה נוקב. הוא ראה בבתי המשפט את שומרי הסף – או, בלשון מותאמת יותר, שומרי החותם – של השיטה האנגלית.⁶³

באופן משלים, דייסי סבר שדי באותם עקרונות חוקתיים כדי למשטר את המדינה והוא הכחיש נמרצות את דבר קיומו של המשפט המינהלי, כענף משפט לעצמו, במסורת המשפט המקובל (בניגוד לשיטה בצרפת).⁶⁴ הכחשה זו נתמכה, כצפוי, בשיקולים של שלטון החוק והשוויון בפניו, כלומר בטענה כי אין זה ראוי שהשלטון יזכה לענף משפט מיוחד משלו, השונה מהמשפט החל על הכלל, וחמור מכך – אין זה ראוי שמעשי השלטון יבחנו שלא בידי בתי המשפט הרגילים ("the ordinary law courts"), בשונה מהכלל.⁶⁵ זו, בתמצית, היתה טענתו רבת ההשפעה של דייסי. גם זו, יש להדגיש, היתה אחת ממורשותיו. אף במקרה זה, הכחשתו של דייסי השפיעה לא רק על החשיבה באנגליה אלא גם בארצות הברית.⁶⁶ אך לבסוף אפילו דייסי הגדול נאלץ להכיר, בחירוק שיניים, במשפט המינהלי האנגלי לנוכח המדינה המינהלית שעלתה ורבתה סביבו ולאור כללי המשפט שנוצרו, בפסיקה ובחקיקה, על-מנת לטפל בה.⁶⁷ אך בה בעת, בשל המורשת האמורה, הוטל אות קין – או שמה נאמר: "אות דייסי" – במשפט המינהלי במסגרת החשיבה האנגלו-אמריקאית: המשפט המינהלי הוצג כסטיה מהמסגרת החוקתית-האידאית, שיש להצדיקה ולמשטרה היטב.⁶⁸ מכאן, כי

⁶² והעדיפה על קביעת חוקה פורמלית (שאת הוראותיה אפשר לבטל או להשעות). ראו, למשל, Kevin M. Stack, *Overcoming Dicey in Administrative Law*, 68 U. TOR. L. REV. 293 (2016) לפיקוח שיפוטי על המינהל, ראו עוד, למשל, A. V. Dicey, *Development of Administrative Law in England*, 31 L. Q. REV. 148, 151 (1915).

⁶³ לשלטון החוק לפי דייסי, ראו לעיל ה"ש 59 ולהלן ה"ש 65.

⁶⁴ ראו, למשל, Stack, לעיל ה"ש 62; WALTERS, לעיל ה"ש 55, בעמ' 299 ואילך; Paul R. Verkuil, *Crosscurrents in Anglo-American Administrative Law*, 27 WM & MARY L. REV. 685, 686 (1986) ("[Dicey] effectively interred the idea of administrative law in England by denying its existence").

⁶⁵ DICEY AV: Dicey, *Administrative Law in England*, לעיל ה"ש 62, בעמ' 152. כן ראו: DICEY AV: INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 329 ff. (10th ed, 1959). אכן, קיומן של ערכאות נפרדות לעניינים מינהליים בשיטה הצרפתית הטרידה אותו במיוחד, ובכך דייסי נתן ביטוי לתפיסה המסורתית האנגלית, שלפיה שבתי המשפט ("הגבוהים") הם "fully competent to administer the whole law".

FREDERIC WILLIAM MAITLAND, A. H. CHAYTOR & W. J. WHITTAKER, *THE FORMS OF ACTION AT COMMON LAW: A COURSE OF LECTURES* 10 (1958).

⁶⁶ ראו, למשל, MORTON J. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870-1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY* 225-227 (1992).

⁶⁷ Dicey, *Administrative Law in England*, לעיל ה"ש 62; WALTERS, לעיל ה"ש 55, בעמ' 299 ואילך.

⁶⁸ ראו לעיל ה"ש 28.

הפניה לדייסי מסייעת להסביר את מקורות הצורך בהצדקה הכפולה במשפט האנגלו-אמריקאי ומדוע היתה כרוכה בה שאלת היחס בין המשפט החוקתי למשפט המינהלי. יש להדגיש, כי במקרה של דייסי, ההכחשה את המשפט המינהלי לא היתה אלא ביטוי מזוקק של התנגדותו העקרונית למעשה המינהלי, ובעיקר להענקת שיקול דעת למינהל. לפי עמדה ידועה, תפיסת שלטון החוק שהוא קידם לא היתה אלא “the subconscious reaction of Dicey’s Whig mind against the intervention of the State in economic life”⁶⁹. דייסי בא להגן על הסדר הישן, בעת שזה עמד בפני אתגרים עצומים שהמודרנה, התייעוש, ההגירה והעיור הציבה לפתחו. בדיוק לנוכח החשש שאתגרים אלה יוליכו לסטייה מהדרך שבה מסורתית נעשו הדברים באנגליה, דייסי הציג בכתובתו נוסח מסוים – של הסדר החוקתי באנגליה ומקומו של המשפט המינהלי והמעשה המינהלי בו.

(ג) תיאוריות של הצדקה

אם כך, עלינו לגשת לסוגיית ההצדקה הכפולה, קרי הדרישה הנמשכת הן מהמשפט המינהלי והן מהמעשה המינהלי כי יצדיקו עצמם. זוהי תופעה יוצאת דופן. לשם השוואה, בעת העיסוק בדיני חוזים, למשל, הלגיטימציה של הפעילות המרכזית שענף משפט זה חל עליו – התקשרות חוזית – וההכרה בו כענף נפרד וחשוב של המשפט הפרטי הוכרו משלב מוקדם והם אינם מוטלים בספק. כך בענפי משפט רבים אחרים. לעומת זאת, כפי שראינו, דרכו של המשפט המינהלי כענף משפט לעצמו לוותה במחלוקת בעולם האנגלו-אמריקאי. כן ראינו, כי עלייתו של המינהל הציבורי “והתערבותו” הגוברת בשוק איתגרו את הראיה החוקתית התלת-רשוטית וסכמות מקובלות של הפרדת הרשויות, כמו גם תפיסות שמרניות של יחסי המדינה והפרט. לפיכך, המעשה המינהלי נדרש להצדקה בימים ההם גם, ואולי ביתר שאת, בזמן הזה, זמנו של הניאו-ליברליזם.

אם לשוב לימים ההם, חלק עיקרי של המאמץ שנעשה במהלך המאה ה-20 עם גבור הפעילות המינהלית, בעיקר מצידם של תומכיה בארצות הברית, היה להציע תיאוריות שיסירו את אות דייסי מהמעשה המינהלי, ובמיוחד תיאוריות שיגשרו בין האידיאה של דמוקרטיה ישירה לבין אופני הפעולה המתרחבים של רשויות מינהל בלתי נבחרות, בהן כאלו שנהנו מעצמאות יחסית מנושאי משרה נבחרים.⁷⁰ היה זה חיפוש אחר מקור לגיטימציה מספק

W. Ivor Jennings, *Courts and Administrative Law: The Experience of English Housing Legislation*, 49 HARV. L. REV. 426, 430 (1936). כן ראו, למשל, HORWITZ לעיל ה"ש 63; קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה", לעיל ה"ש 55, בעמ' 107. לראיה שונה של דייסי, ראו Rivka Weill, *Dicey*, was not Diceyan, 62 CAMBRIDGE L.J. 474 (2003).

לשם הדגמה: בהקשר האמריקאי, יש שורה ארוכה של סוכנויות פדראליות הנחשבות “עצמאיות”, בעיקר כיוון שהנשיא מוגבל ביכולתו להחליף את ראשיהן: למשל, הבנק הפדרלי המרכזי (the Board of Governors of the Federal Reserve System), הסוכנות להגנת הסביבה (The Environmental Protection Agency), והרשות לניירות ערך (The Securities and Exchange Commission). אך ראו עוד להלן ה"ש 279.

לפעולתם הגוברת של גופי מינהל, שלהם היתה השפעה הולכת וגוברת על זכויות יסוד ואינטרסים חברתיים חשובים.⁷¹

מספר תיאוריות הסבריות הוצעו במענה לאתגרים אלה. תיאוריה מרכזית אחת שהוצגה במענה לאתגר הצדקת המעשה המינהלי, אשר עלתה בשלבים מוקדמים של התפתחות החשיבה התיאורטית במשפט המינהלי האנגלו-אמריקאי, היתה **תיאוריית הרשות כחגורת הממסר** של המחוקק. בראיה זו, הרשות היא כחגורת הממסר (transmission belt), או כידו הארוכה של העם, שבחר רשויות מבצעת ומחוקקת, ובכך הסמיך אותן להסמיך הלאה גופי ביצוע שיוציאו לפועל את החלטותיהן של הרשויות הנבחרות.⁷² בעקבות דייסי, הרשות המינהלית מוצגת כחסרת שיקול דעת, היא כמחבט גולף בידיו של שחקן בו בחר העם. מקום מרכזי במסגרת זו מקבלים הליכי חקיקה פומביים, שבהם, לפי הטענה, ניתן ביטוי לרצונו של העם, או למצער לרצונם של נציגיו המוסמכים. כך נוסף מקור לגיטימציה חשוב לפעילות המינהל: היא נעשית מכוחה של חקיקת הפרלמנט, שנעשית מכוחו של העם, הריבון.⁷³

סיפור המסגרת החוקתי מסביר בוודאי את החשיבות היתירה המוקנית מסורתית ברטוריקה ובפרקטיקה של המשפט המינהלי **למישור הסמכות**, ואת הדוקטרינה לפיה אקט מינהלי הנעשה בהיעדר סמכות – כאילו לא נעשה מעולם.⁷⁴ יש בו גם לבאר את הנטייה המושרשת לתאר פגמי מינהל רבים, גם כאלה הנוגעים לאופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות, כחריגה מתחום הסמכות שנקצב לרשות. כך, למשל, זרעיה של עילת הסבירות שתפותח במלואה בדור העוקב לדור הנוכחי⁷⁵ ניטעו כבר בראשית שנות החמישים, כאשר בג"ץ פסק כי החלטת מינהל "בלתי הגיונית או בלתי מתקבלת על הדעת" תיפסל כיוון שיש לומר שהמחוקק מעולם לא הסמיך את הרשות לקבלה,⁷⁶ או בלשונה של בפרשת **דיזינגוף הנודעת**: "קשה להבדיל באופן מהותי בין מבחן הסבירות לבין המבחנים האחרים המקובלים לפסילת אקט מינהלי כמו חוסר-תום-לב, נקיטת שיקולים בלתי כשרים, השגת מטרה זרה לעניין, וכו', שכולם אינם אלא צורות שונות לבדיקת ענין החריגה מסמכות."⁷⁷

לרקע כללי, ראו, למשל, Aulana L. Peters, *Independent Agencies: Government's Scourge*, *or Salvation*, DUKE L.J. 286 (1988). לביקורות עליהן, ראו, מבין ספרות רבה, את החיבור הקלאסי: MARVER BERNSTEIN, *REGULATING BUSINESS BY INDEPENDENT COMMISSION* (1955).

ראו, למשל, Stewart, *Reformation*, לעיל ה"ש 4.⁷¹

לניסוח קלאסי, ראו Adolph A. Berle, Jr., *The Expansion of American Administrative Law*, 30 HARV. L. REV. 430, 454 (1917).⁷²

Frug, לעיל ה"ש 15.⁷³

ראו, למשל, בג"ץ 203/57 **רובינסקי נ' הפקיד המוסמך לפי חוק בתים משותפים**, פ"ד יב 1668 (1958).⁷⁴

ראו להלן את הדיון בדור 2.0.⁷⁵

בג"ץ 21/51 **בינבונים נ' עירית תל אביב**, פ"ד ו 375, 386-385 (1952).⁷⁶

ע"א 311/57 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ**, פ"ד יג 1026, 1037 (1959). כן ראו Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corp. [1948] 1 KB 223 (CA); בג"ץ 156/75 **דקה נ' שר התחבורה**, פ"ד ל(2) 94, 101-102 (1976); מרגית כהן "עילת אי הסבירות במשפט המינהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו**⁷⁷

אך במובן אחר, תיאוריית חגורת הממסר התיישבה פחות עם תנאי הארץ הזאת ותושביה בעת המדוברת. נראה שהדומיננטיות של רשויות המדינה בכל תחומי החיים בעשורים הראשונים למדינה נתפסה כטבעית והכרחית לאור הצורך הדוחק, דלות האמצעים, ותחושת המצור (הכלכלי והביטחוני).⁷⁸ בפשטות, קשה ליישב בין, מחד, ההכרה בחיוניות פעילות מינהל נמרצת לנוכח אתגרים שכאלה, ובעיקר שיקול הדעת הניכר שנלווה לה ואשר הופקד לא אחת בידי פקידי מינהל שלא הציבור בחרם, לבין, מאידך, הציפיה כי (אם לשוב לדייסי): “every department in the exercise of any power possessed by it must conform precisely to the language of any statute by which the power is given to the department”, שאחרת התוצאה היא אחת: “nullity”.⁷⁹

לכן, ובמיוחד אם נוסיף לדיון את האידאולוגיה הקולקטיביסטית הדומיננטית בארץ בעת המדוברת,⁸⁰ עולה האפשרות שהתקיימו בראשית ימי המדינה תנאים לקבלתה של עמדה פונקציונלית או “פרוגרסיבית” למעשי מינהל, השונה מזו הדייסיאנית. כללית, אם זו האחרונה ראתה במדינה כגורם המאיים על מימושן של זכויות, ולכן הציגה היררכיה נוקשה בין המשפט החוקתי לבין המעשה המינהלי, הרי שהראשונה הפכה את התמונה על ראשה. גישה פונקציונלית זו ראתה את פעולת המדינה כהכרחית למימושן של זכויות הפרט ואף לרווחתו. בהמשך לכך, היא ייעדה למדינה תפקיד משמעותי: לא רק הגנה מפני הפרעה זרה (על דרך של פשע/עוולה) למימושן של זכויות, אלא ביצירת תנאים לשגשוג חברתי ובמתן מענה לאתגרי השעה.⁸¹ ההבדל הוא תהומי: מיחס למדינה פסיבית בעיקרה, שאין מצפים ממנה לעשות הרבה מעבר לשמירת הסדר הקיים, לציפייה שהמדינה תהייה גורם פעיל השוקד על טיפוח ושיפור המצב החברתי.⁸² היחס לפיקוח שיפוטי אף הוא מנוגד עקרונית

של השופט תיאודור אור 773 (2013); יואב דותן “שני מושגים של ריסון – וסבירות” משפטים נא 673, 678 (2022) (להלן: דותן “שני מושגים”). ואם חשבנו כי גישה זו הינה ארכאית, בא בג”ץ הסבירות ועורר אותה מחדש: ראו, למשל, את סקירתן את תולדותיה של עילת הסבירות במשפט הישראלי של השופטות וילנר, כנפי-שטייניץ ורוגן בבג”ץ הסבירות, לעיל ה”ש 7.

78 ראו, למשל, אורית רוזין חובת האהבה הקשה: יחיד וקולקטיב בישראל בשנות החמישים (2008); אך ראו גם חריס, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 105-106; יובל ארז “דירה להחרים”: על תפיסת דירות עבור נושאי משרות ואנשי שלטון החוק בשנות העצמאות הראשונות “משפט חברה ותרבות” 279 (2024).

79 Dicey, *Administrative Law in England*, לעיל ה”ש 62, בעמ’ 151. לביקורת זו, ראו, למשל, Mashaw, לעיל ה”ש 24; ברק-ארז משפט מינהלי – כך, א, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 34, והשוו: Martin Loughlin, *The Functionalist Style in Public law*, 55 U. TORONTO L.J. 361, 370 (2005).

80 לעיל ה”ש 78.

81 CECIL THOMAS CARR, CONCERNING ENGLISH ADMINISTRATIVE LAW 10-11 (1941).

82 R. BARKER, POLITICAL IDEAS IN MODERN BRITAIN: IN AND AFTER THE TWENTIETH CENTURY 18-19 (2nd ed, 1978), Eifert; לעיל ה”ש 25.

כן ראו את דיונו החשוב של מרטין לוכלין, הטוען לעליית הגישה הפונקציונלית במדינות מתועשות מערביות שונות בתחילת המאה ה-20: Loughlin, לעיל ה”ש 79. לביקורת עליו, ראו, למשל, Paul Craig, *Public Law and Public Laws*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO PUBLIC LAW 153, 166-170 (Mark Elliott & David Feldman eds, 2015) (להלן: Craig, *Public Law and Public Laws*); Harlow, לעיל ה”ש 4.

בין שתי הגישות. הגישה הפונקציונלית, בהלימה לטענות שהריאליזם המשפטי יזוהה עימן, ראתה בבתי המשפט גורם שמרני, אף ריאקציונרי, המחויב בראיה ליברלית-קלאסית-אינדיבידואליסטית. בעוד דייסי שם יתבונן על בתי המשפט והמשפט המינהלי ברוחו של דייסי התרכז בעילות הפיקוח השיפוטי – והן מהוות עדיין את ליבתו של המשפט המינהלי שלנו – הפונקציונליסטים הפנו לו גב (ופנו בעיקר לפרלמנט) והתרכזו בדרכים להיטיב את פעולתו של המינהל.⁸³ בהתאם, אם דייסי העמיד את עקרון שלטון החוק בבסיס שיטתו, הפונקציונליסטים, שראו בו עקרון אידאולוגי רגרסיבי, שמו את יעילות המעשה המינהלי במוקד עניינם; אם הראשון הפך את דוקטרינת הסמכות המינהלית לאבן הראשה של המשפט המינהלי, השניים יציגו חזון שבו הצורך החברתי הוא שעומד במרכז ויש שהוא אף נתפס במובלע כמקור סמכות מספק.⁸⁴

ואכן, ישנן עדויות לגישה הפונקציונליסטית בפסיקה של דור הבראשית. עדות חשובה אחת מצויה בפסק הדין – המופתי, לדעתי – בפרשת **ברמן** משנת 1958. בפסק הדין, ממש בטרם נעילה, מוסיף השופט זילברג "הערה אחת, כללית, לדרכי המשטר," בה הוא מדבר, בחיבה גלויה, על עליית "הממשל הדימוקרטי" לאחר ירידת מדינת ה-*laissez faire*. לדבריו,

הממשל הדימוקרטי ידו בכל . . . [ו]הוא אינו נרתע, ואינו רשאי להירתע, מפני חדירה לרשות היחיד. אלא שבמשטר דימוקרטי החדירה אינה באה מן החוץ ואינה ניתנת למעלה. כי השלטון גופו – עצמו ובשרו של האזרח הוא.⁸⁵ . . . קירבה זו מקהה את חודה של ההתערבות, ומכפרת על רוע הגזירה

⁸³ במבט השוואתי, די אם נציין כי אפילו **בארצות הברית** ניתן ביטוי מודגש לגישות פרוגרסיביות בתקופת הניו-דיל. ראו, למשל, LAWRENCE M. FRIEDMAN, AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY 162 (2002) ("something new had emerged ... This was the idea of strong, active government—government that could respond to the kind of crisis the Depression had brought on the country." Robert L. Rabin, *Federal Regulation in Historical Perspective*, 38 STAN. L. REV. 1189, 1243-1253, 1262-1263 (1986); RICHARD HOFSTADTER, *The Age of Reform: From Bryant to F.D.R.* 303 (1955) ("The New Deal was different from anything that had yet happened in the United States." יש לציין עוד שאף עיקרי בריאליזם המשפטי שצמח בארצות הברית בתקופה המדוברת בהחלט ביקש להתמקד בקידום מדיניות פרוגרסיבית (גם) על דרך של חקיקה (וחקיקת משנה, בתוך כך), בהמשך למהלכה של התנועה הפרוגרסיבית האמריקאית. ראו, למשל, G. Edward White, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth Century America*, 59 VA. L. REV. 999 (1972).

בבריטניה נעשו צעדים ממשים לקראת כינונה של מדינת רווחה של ממש כבר בראשית המאה ה-20; צעדים אלה, שהלכו וגברו במחצית הראשונה של המאה ה-20, זכו לתמיכה רחבה בשעתם. ראו SOCIAL INSURANCE AND ALLIED SERVICES 1942, cmd. 6404 [The Beveridge Report]; Gillian E. Metzger, *Forword: 1930 Redux: The Administrative State Under Siege*, 131 U. CHI. L. REV. 1 (2017); Alex Kojinski, *The Dark Lesson of Utopia*, 58 HARV. L. REV. 575 (1991).

⁸⁴ Weinrib, לעיל ה"ש 61.

⁸⁵ השוו לדברי השופט זמיר בפרשת **קונטרס**, לעיל ה"ש 35.

הפוגעת באינטרסים של הפרט. . . . [לשם טיפוחה של הרגשת קירבה זו, חייבת המדינה הדימוקרטית לשקוד על כך שלא תהא כל מחיצה חיצונית, ביוורקרטית, חוצצת בין השולט והנשלט.⁸⁶

ניכר בדברים אלה הניסיון להתרחק מהצגה היררכית של השדה הציבורי. הדמות העולה היא של ממשל שהוא קודם כל חיוני. זהו אף ממשל מיטיב, ש"שיקול דעת זהיר, " ולא "עמדה של כוח, " מנחה אותו.⁸⁷

אך יש להודות כי היה זה חריג שהעיד על הכלל. נראה שמחויבותו של בית המשפט דאז היתה נתונה לליברליזם בנוסח קלאסי,⁸⁸ כפי שמלמדת התמקדותו במישור הסמכות, שעליה עמדנו. מחויבות זאת נגלית גם בכתיבתו של הנס קלינגהופר, שנחשב למלומד המוביל בתחום המשפט המינהלי בזמנו.

לשם הבהרת העניין, נפנה לספרו של הנס קלינגהופר, "משפט מינהלי", ספר המשפט הישראלי הראשון שהוקדש לנושא. הוא פורסם בשנת 1957,⁸⁹ ומקומו החלוצי בספרות עדיין

⁸⁶ בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1511 (1958).

⁸⁷ תיאור זה מהדהד כתיבה שעניינה הגדרת אופן הפעולה הראוי של בתי משפט בשיטת המשפט המקובל, שלפיה שומה עליהם להתבסס על בחינה עקרונית ולא על עמדה של כוח, כפי שמדגימים, למשל, המקורות המפורסמים הבאים: BENJAMIN N ; RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 33, 69-71 (1982) ; CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 141 (1921) ; אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987).

⁸⁸ (גם) בנקודה זו אני מאמץ את ניתוחו של מאוטר "עליית הערכים", לעיל ה"ש 4 ; מנחם מאוטר "פתח דבר: ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7 (2013). אך ראו חריס, לעיל ה"ש 52 ; ארז, לעיל ה"ש 78.

⁸⁹ קלינגהופר משפט מינהלי, לעיל ה"ש 17. כמצויין בפתחו, רובו הגדול של הספר פורסם שנה קודם לכן (בשנה"ל תשט"ז) במספר חבורות.

ראוי לציין שבפתח הספר מנגיד המחבר בין שתי גישות להגדרת גבולו של המשפט המינהלי: הראשונה מנסה לבודד את הפונקציה המינהלית מבין כלל הפונקציות השלטוניות ולייחד את המשפט המינהלי לדיון בה ; לפי השניה, "אופיו" של האורגן המינהלי הוא "הגורם הפרימארי המכריע". . . . בין אם פעולותיו, מבחינה פונקציונלית, הן חקיקה, שפיטה או מינהל. " (שם, בעמ' 36). קלינגהופר מאמץ את הגישה האירגונית בהתבסס על "[ש]ינוי היחסים בין המדינה לבין הפרט" ; שינוי שבעקבותיו "נמשכת ללא הרף הרחבת תפקידי חקיקה ושפיטה המופקדים בידי האורגנים המינהליים." (שם). בכך הגדיר קלינגהופר את אחת ממורשתיו התיאורטיות המרכזיות של דור הבראשית: הראיה האירגונית – בניגוד לראיה הפונקציונלית – של מעשי מינהל. אפשר לומר שקלינגהופר הנחיל לדורות את יחידת הניתוח המרכזית של התחום: האורגן המינהלי והרשות המינהלית האידאיים על כל קשת סמכויותיהם. ראו לעיל ה"ש 2, ומבין רבים, ברק-ארז משפט מינהלי – כרך א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11 ; דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (נבו 15.12.2021), למשל, פס' 6 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל. ראו גם, למשל, PETER CANE, ADMINISTRATIVE LAW 11-14 (2011).

מעניין לציין, כי חשיבה דומה הנחתה את השופט זילברג בפרשת ברמן (לעיל ה"ש 86), והיא גם הובילה אותו למסקנה דומה, שלפיה יש לזנוח את מבחן אופי הפעולה המינהלית. אך בעוד שבכך זילברג עורר את האפשרות לעידכון מסלול של המשפט המינהלי שלנו, כמבואר בטקסט, קלינגהופר ביקש להרחיב את התוואי הקיים.

לבסוף, יצוין עוד, כי הדיון באופי המעשה המינהלי, או בפונקציות אותן ממלא המינהל, תוך ניסיון להציג טיפולוגיה ממצה שלהן ולהפריד בינן, אנאליטית, נמשך עוד בפסיקה ובספרות תקופת-מה. ראו ברוך ברכה

זוכה להכרה.⁹⁰ הנקודה הרלוונטית לענייננו היא שבספרו זה, קלינגהופר מכיר בכך ש"ימיו של הליברליזם הקלאסי חלפון" ושעקב כך חלו "[סטיות . . . רבות וחשובות" מעקרונ הפרדת הרשויות,⁹¹ אך עצם הצגתו כך את עליית המשפט המינהלי במערב – כ"סטיה" – מבהירה כי הפריזמה שהוא הציע היתה זו של הליברליזם הקלאסי. בהתאם, חלק נכבד מהדיון בספר מוקדש לתבנית החוקתית המסורתית של הפרדת רשויות, ולכן, אין זה מפתיע כי לשיטתו, "אין אפשרות להגדיר את המינהל בדרך של הגדרה חיובית"⁹² – ואך מתבקש לצרף לסופו של המשפט האחרון: תרתי משמע. בכך שיקף קלינגהופר את אפיק החשיבה הליברלי⁹³ הדומיננטי של דורו על המשפט המינהלי כשיווי (לכל היותר) במסגרת חוקתית "תקינה", תוך ויתור על הניסיון להגדירו בצורה "חיובית".

לבסוף, בראיה זו, בפני המשפט המינהלי הישראלי הצעיר אכן עמד האתגר הליברלי הקלאסי, ובמיוחד עמדה בפניו השאלה: כיצד ניתן ליישב בין חשיבה חוקתית דייסאנית לבין קיומה של מדינה מינהלית ישראלית כה דומיננטית, רבת סמכויות ושיקול דעת?⁹⁴ על רקע זה, דומה שכבר משלב מוקדם ניתן בישראל ביטוי לתיאוריה שניה, נוספת, להצדקת המעשה המינהלי: **תיאורית הפיקוח השיפוטי**, שלפיה פעולת המינהל שואבת את הלגיטימציה שלה ממקור חיצוני – ביקורתם של בתי משפט (עצמאיים באופן יחסי).⁹⁵ כלומר, בדומה לתיאוריית חגורת הממסר, גם זו האחרונה התבססה על התפיסה, שלפיה המעשה המינהלי הוא מעשה הזקוק להצדקה ושאינו למצוא לו הצדקה "פנימית". בנבדל מתיאוריה חגורת הממסר, כאן נתון לבתי המשפט תפקיד יצירתי ופעיל יותר בביקורת על המינהל – ביקורת המקנה למינהל את הלגיטימציה לפעולתו.

משפט מינהלי כרך ראשון פרק 3 (1986) (להלן: **משפט מינהלי** כרך ראשון); ברק-ארז **משפט מינהלי** – כרך א, לעיל, פרק 3. אך דומה שהנושא אינו דומיננטי כיום בשיח, וכבר בזמן שפורסם ספרו של קלינגהופר הוא נדון בעיקר כדיון פנימי למשפט המינהלי ולא כדיון חיצוני או מקדמי לו, כפי שהדגימה פרשת **ברמן** (לעיל).

90 ראו המבוא ל**ספר דותן**, לעיל ה"ש 4.

91 קלינגהופר **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 36, 112.

92 שם, בעמ' 36.

93 ראו גם קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה", לעיל ה"ש 55, בעיקר בעמ' 107.

94 נראה כי ההבדלים במעשה המינהלי בין ישראל לבין אנגליה בעת המדוברת עשויים לסייע בהסבר העובדה שהמשפט המינהלי הישראלי הקדים את "מורו" האנגלי כבר בשלב מוקדם. ראו ברק-ארז "הקוורטט", לעיל ה"ש 3.

95 בג"ץ 108/49 **בוכמן את שליין נ' הממונה על מחוז חיפה**, פ"ד ג 182, 188 (1950); בג"ץ 22/49 **סבו נ' המושל הצבאי**, פ"ד ב 701, 708 (1949). כן ראו Frug, לעיל ה"ש 15, עמ' 1334 ואילך. ("The judicial review . . . model[] take[s] as [its] premise that no form of bureaucratic organization can be self-policing. The judicial review model assigns the role of police officer to the courts, and the model's ability to legitimate bureaucracy rests on this judicial role.") למשל, Sidney Shapiro & Ronald F. Wright, *The Future of the Administrative Presidency: Turning Administrative Law Inside-Out*, 65 U. MIAMI L. REV. 577, 584-585 (2011). לבסוף, כפי שנראה, הפניה החוצה תימשך: בהמשך הפניה תהיה לרשות המבצעת ולציבור הרחב. ראו עוד להלן ה"ש 252 ו-325 והטקסט הסמוך להן.

התפתחות אחרונה זו היתה מתבקשת – וכאן אנו מגיעים לממד מוסדי קרדינלי במשפט המינהלי הישראלי, בוודאי בזמנו של דור 1.0: **מרכזיותו של בג"ץ בשדה**.⁹⁶ כידוע, בשונה מארצות הברית, המשפט הציבורי בארץ התנהל זמן ממושך בהיעדר חוקה כתובה וכאשר דוקטרינת ווסטמינסטר שלטה ברמה, אך ללא מוסדות מאזנים רבים שהגדירו את השיטה הבריטית (למשל, שני בתי פרלמנט).⁹⁷ לפי גישה מקובלת, כך הוטל, מוסדית, נטל ייחודי על בג"ץ, עד שאחד משופטיו יאמר בשלהי תקופה זו שבג"ץ הוא "המעוז" של האזרח הישראלי המצוי במחלוקת עם השלטון.⁹⁸ במצב דברים זה, ולאור דלותו הדוקטרינרית של המשפט החוקתי באותה עת ומעמדה של המדינה המינהלית, המשפט המינהלי, שעלה וצמח בארץ, זוהה עם בג"ץ.⁹⁹

(ד) בג"ץ והפיקוח השיפוטי

בשל מרכזיותו של בתי המשפט בפיתוח המשפט המינהלי בשיטת המשפט המקובל,¹⁰⁰ אי אפשר לסקור את מהלכו של דור 1.0, ואת ההיסטוריה של המשפט המינהלי בארץ באופן כללי, מבלי להתייחס לבג"ץ, שהדיבור הגנרי הרווח על חלקו של "בית המשפט/בית המשפט העליון" בתחום המשפט המינהלי מצניע. שהרי "עיקר פיתוחו של המשפט המנהלי בא לו כתוצר לואי של סמכות השיפוט של בג"צ", כפי שהוסבר בפסק הדין בבג"ץ 731/86 **מיקרודף**, שעל חשיבותו עוד נעמוד.¹⁰¹ למעשה, **תקופה ארוכה המשפט המינהלי לא רק זוהה עם בג"ץ אלא שלבג"ץ היה מונופולין על התחום**, תחת התפיסה שלפיה היקף תחולתו של המשפט המינהלי היתה כהיקף סמכות השיפוט של בג"ץ.¹⁰² בשורות הקצרות הבאות אצביע על מספר מאפיינים של המשפט המינהלי שלנו שמקורם בהיבט מוסדי זה, כלומר, בעובדה כי שנים רבות בג"ץ הוא שהיה בית גידולו. תחילה נזכיר כי מקובלת העמדה לפיה בעשורים הראשונים לאחר קום המדינה עלה בידי בג"ץ לקבוע מבנה מרשים של משפט מינהלי תוצרת הארץ, שהיה בהקשרים מסוימים

⁹⁶ מרכזיות זו משתקפת בכתיבתו של יצחק זמיר בעת ההיא, שחלק נכבד ממנה התמקד בבג"ץ. ראו, למשל, יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** (1975).

⁹⁷ ראו את דברי השופט עמית בבג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 6.

⁹⁸ בג"ץ 287/69 **מירון נ' שר העבודה**, פ"ד כד 362, 337 (1970) (השופט ברנזון).

⁹⁹ וכך, בעוד שבג"ץ הוא שהוכרז כך ב"מעוז" של הפרט, בארצות הברית, למשל, תוארה החוקה האמריקאית כמבצר כנגד כוח שלטוני: McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 279 (1987).

¹⁰⁰ ראו לעיל ה"ש 24.

¹⁰¹ בג"ץ 731/86 **מיקרודף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד מא(2) 449 (1987). ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 130.

¹⁰² האמור מכונן לתקיפה ישירה, כך בוודאי בתקופה ההיא, על תפיסת המשפט המינהלי שנהגה בה. בשל האמור, בדור דנן רבו הפרשות שבהן עסק בג"ץ בשאלת סמכותו (בתקיפה ישירה) ביחס לסמכות בתי המשפט האחרים (בתקיפה ישירה ועקיפה). ראו, למשל, ע"א 256/70 **פרידמן נ' עיריית חיפה**, פ"ד כד(2) 577 (1970); זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים**, לעיל ה"ש 96, פרק 4.

מתקדם מזה האנגלי.¹⁰³ נראה שההצלחה המפתיעה שנחל בג"ץ, לפי הדעה הרווחת,¹⁰⁴ בפיתוח משפט מינהלי ישראלי משלב מוקדם היתה נעוצה, בין השאר, בתפיסה שהורשה ביחס למאפייניו המוסדיים, ובהם מורשתו, כוחו וייעודו.¹⁰⁵ בג"ץ הציע פלטפורמה עשירה לפיתוח המשפט המינהלי הישראלי, כיוון שביום הקמתו מחדש בישראל הריבונית כל אלה קשורים בו: המסורת האנגלית העשירה של פיקוח בתי המשפט המקבילים לו באנגליה, ההסמכה הרחבה שניתנה לו כבר בימי המנדט ופסיקתו באותה תקופה,¹⁰⁶ וההליך הבג"צי (על סעדי), שהיה בו עצמו כדי לסייע בהגנה – ובהכרה – בזכויות.¹⁰⁷

וכך, בהקמת המדינה בג"ץ היה מוסד מבוסס ומוכר בארץ,¹⁰⁸ וכבר בתחילת שנות החמישים חש בית המשפט העליון בנוח להצהיר כי בג"ץ "הפך במרוצת הזמן להיות מגינו

103 ברק-ארז "קוורטט", לעיל ה"ש 3: הוא אף הקדים את בתי המשפט באנגליה.

104 ראו, למשל, **ספר דותן**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 117; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 158 (2017); דניאל פרידמן **לפני המהפכה: משפט ופוליטיקה בעידן התמימות** (2015); ברכה **משפט מינהלי** כרך ראשון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 21; קרצמר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 559-561; עמוס שפירא וברוך ברכה **המשפט הציבורי: היסודות בישראל** 77 (1978) ("ניתן לומר שבזכות הפיקוח ההדוק של בג"ץ על המינהל הציבורי הובטחו במידה יסודית ביותר חירויות הפרט ופעילותו התקינה של המינהל... כך התפתח בישראל משפט ציבורי המגן על הפרט ומרסן את המינהל. המאפיין את המצב המשפטי בארץ הוא שלמרות שאין לנו חוקה הגענו למידה רבה של הבטחת חירויות הפרט ושל הפעלה תקינה של המינהל"); מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" **משפטים** כח 211, 219-217 (התשנ"ז).

היו גם שביקרו את פסיקת בג"ץ דאז, כמובן – גם בזמן אמת. ראו, למשל, יהודה פרוקל "פיקוח בתי המשפט על מעשי השלטונות" **הפרקליט** ט 27 (1953). כן ראו, למשל, אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים: המסתננים, החוק ובית המשפט העליון 1948-1954" **עיוני משפט** כא 333 (תשנ"ח); אילן סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור-לבן" **משפט וממשל** ח 23 (תשס"א).

105 בחרתי בניסוח זה ("שהושרשו") כדי לרמוז לטענה כי היו מי שטרחו על השרשתה של תפיסה מרחיבה, מסוימת, ביחס לבג"ץ. ראו איר שגיא "הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל" **משפטים** מד 7 (2013) (להלן: שגיא "הסמכות והרשות").

106 בתקופת המנדט "נהפכו העתירות כנגד גורמי השלטון לחלק בלתי נפרד מן המשפט הארץ-ישראלי" ובג"ץ אימץ "בהדרגה את עקרונות המשפט המנהלי האנגלי" ברק-ארז "קוורטט", לעיל ה"ש 3, בעמ' 4. הרישא התבססה על סימן 43 לדבר המלך, שכוון את בג"ץ, והפניה למשפט האנגלי, הנזכרת בסיפא, התבססה, כידוע, על סימן 46 לדבר המלך. על סימן 43 הנ"ל, ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 24 ולעניין סימן 46 הנ"ל, ראו, למשל, זמיר "גרמניה", לעיל ה"ש 22.

107 כידוע, לפי חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958, סעיפים 5 ו-10, בג"ץ היה בית המשפט היחיד שיכול היה להוציא "צו מניעה או ביצוע בעין" כנגד המדינה. יוער כי הסדר זה התיישב עם מקורותיו ההיסטוריים של בג"ץ, ובעיקר עם הסמכותו להוציא צווים פרוגרסיביים. ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 24, עמ' 243-244, 256-257, 290-291. להשלמת התמונה, יוזכר כי רק בשנת 1998 תוקן החוק האמור ובוטל המונופול של בג"ץ. ראו חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) (תיקון), התשנ"ט-1998.

108 שגיא "הסמכות והרשות", לעיל ה"ש 105; לעיל ה"ש 106. בג"ץ נשען על ההיסטוריה המנדטורית של בג"ץ – כלומר, היותו מוסד מבוסס בארץ – בהנמקותיו. ראו דברי השופט אגרנט בבג"ץ 14/51 **ה"מ נ' עורך דבר**, פ"ד ה(2) 1017 (1951).

מעוזו העיקרי – אם לא היחיד – של האזרח ביחסיו עם האדמיניסטרציה.¹⁰⁹ ותוך זמן קצר התקבלה התפיסה, כי "השלטת צדק", בלשונו של השופט ברנזון בפרשת **טרודלר** הידועה, היתה מורשתו ונותר ייעודו של בג"ץ.¹¹⁰ בהתאם, בג"ץ הרחיב את מצודתו בהסתמך על סמכותו זו להתערב "למען הצדק".¹¹¹

אם כך, בהתבסס על ניתוח זה, אמור מעתה כי שלושת אלה באו לעולם המשפט הישראלי כרוכים זה בזה: בג"ץ, המשפט המינהלי הישראלי, ומורשת המשפט המינהלי המנדטורי (שאף אותה הנחיל בג"ץ). וככל שמורשת המנדט נחלשה¹¹² – אף זאת בהובלת בג"ץ הישראלי – נותרו בג"ץ והמשפט המינהלי הישראלי כרוכים זה בזה, לפחות עד לדור הנוכחי.¹¹³

כריכה זו באה לידי ביטוי בכך שבג"ץ קבע במידה משמעותית את תוכנו המהותי של המשפט המינהלי שלנו, וכפי שראינו, שבח רב הורעף על בג"ץ דור-המייסדים בשל המבנה הדוקטרינרי המרשים שנוצק בפסיקותיו.¹¹⁴ אך כריכה זו משמיעה לנו גם שבמידה רבה בג"ץ קבע את גבולו של המשפט המינהלי שלנו. אף אם נטייתו היתה להרחיב בהקשרים רבים גבול זה, חובה להזכיר גם את האופנים שבהם הדומיננטיות של בג"ץ הגבילה את המשפט המינהלי שלנו. בעיקר, כוונתי כאן היא להיבטים מוסדיים-דיוניים בעבודת בג"ץ, שהפכו לתו מאפיין של המשפט המינהלי שלנו.

לדוגמה, האופן הייחודי והרחב שבו הוגדרה סמכות בג"ץ, תוך הדגשה מפורשת של כוחו לפעול "למען הצדק", סייעה בוודאי לפיתוח המשפט המינהלי בבג"ץ, אך היתה לה גם השפעה מגבילה, שכן מהגדרה זו (בין השאר) הוסק שסמכותו היא "שיקול דעתית", כך

¹⁰⁹ בג"ץ 176/54 **יהושע נ' ועדת הערעור לפי חוק הנכים**, פ"ד ט 617, 632 (1955).

¹¹⁰ בג"ץ **טרודלר**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2513-2514. ואכן, פרשת **טרודלר** ראויה לציון, בין השאר, כיוון שבה הלך בג"ץ רחוק מכפי שהלכו בתי המשפט באנגליה באותה עת ולמעשה, הקדים אותם. ברק-ארז "קוורטט", לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.

¹¹¹ ראו, למשל, בג"ץ 262/62 **פרץ נ' כפר שמריהו**, פ"ד טז 2101, 2112 (1962) ("התקדימים המרובים של בית-משפט זה... מראים שסירוב בלתי צודק מצד הרשות לתת לאזרח את אשר הוא ביקש ואת אשר זכאי הוא לקבל ממנה, אף ללא הוראה חוקית מפורשת, נחשב בעיני בית משפט זה על-פי רוב כעילה מספקת להתערבותו למען הצדק").

¹¹² לפסיקה ישראלית הנסמכת על פסיקה מנדטורית, ראו, למשל, בג"ץ **בוכמן את שליין**, לעיל ה"ש 93; פרשת **ברמן**, לעיל ה"ש 77; בג"ץ 143/62 **פונק שלזינגר נ' שר הפנים**, פ"ד יז 225 (1963); בג"ץ 301/63 **שטרייט נ' הרב הראשי לישראל**, פ"ד יח 598 (1964); פרשת **טרודלר**, לעיל ה"ש 21.

¹¹³ אין בכך כדי להכחיש את צמיחתו של משפט מינהלי מחוץ לחצרו של בג"ץ, בעיקר בדרך של חקיקה אך גם בגופים נוספים שדנו בסוגיות מינהליות. עם זאת, יש לזכור, כי המחוקק הישראלי מעט, ומתמיד בכך, לחוקק חוקים העוסקים בסדרי מינהל (ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 380). כמו כן, הזיקה ההדוקה שהתקיימה, לפי הדעה הרווחת, בין בג"ץ לבין המשפט המינהלי – היא עצמה – מלמדת על אופיו של המשפט המינהלי של אותה התקופה. לכן, טענה לפיה גופים נוספים "עשו" משפט מינהלי תהייה בוודאי נכונה, אך רק עם הרחבת התפיסה ביחס למשפט המינהלי בדורות מאוחרים יותר, הפכו מעשי מינהל אלה לחלק מהדיון המקובל במשפט המינהלי הישראלי. למעשה, זהו אחד מסימני התמורה שבה עוסק המאמר. ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 345.

¹¹⁴ לעיל ה"ש 104.

שברצותו הוא רשאי לחסום או שלא להיענות לפניות אליו.¹¹⁵ הנקודה המרכזית היא שבהמשך יסוד שיקול דעתי זה נארג לתוך המשפט המינהלי "גופו".¹¹⁶ מבחני הסף (זכות עמידה, שפיטות, שיהוי וכדומה) שבהם יש לעמוד, להלכה, בטרם נערך הדיון לגופו של הסכסוך המינהלי מדגימים זאת. רבות הוער שיש בהם כדי להחליש את הזכות המינהלית ואין ספק שככל שניתן להם יותר ביטוי, כך נחסם הדיון השיפוטי במספר גדל של מצבים – וכך עקרונית נוצר "פחות" משפט מינהלי בשיטת משפט מקובל.¹¹⁷

דוגמא נוספת להגבלה שהטילה מורשת בג"ץ על המשפט המינהלי נוגעת למסד העובדתי שעל בסיסו פותח המשפט המינהלי בבג"ץ. מקובל לומר על בג"ץ שאין הוא ערכאה המצטיינת בבירור עובדתי.¹¹⁸ בין השאר, בשל כך חלה מהפכת השיפוט בעניינים מינהליים בראשית המאה ה-21 שמכוחה חלק עיקרי מהטיפול בסכסוכי מינהל נדון כמעשה שגרה בבתי המשפט לעניינים מינהליים, ולא בבג"ץ.¹¹⁹ אך נראה כי חרף מהפכה זו, בתי המשפט לעניינים מינהליים דבקו בדרכו של בג"ץ בבירור עובדתי, וגם תקנות הדיון שהותקנו לערכאות אלה מציירות תרשים זרימה בג"ץ.¹²⁰

אחת הסיבות שבג"ץ אינו נחשב לערכאה מוצלחת בבירור עובדתי מיטבי היא היעדרן של עדויות בפניו – ובמיוחד, היעדרה של חקירת עדים, ובעיקר חקירה נגדית, בפניו. שהרי החקירה הנגדית נחשבת לכלי מרכזי לחשיפת האמת.¹²¹ ואף כי בג"ץ קבע בראשית דרכו "את הכלל שכל משיב צריך לתת בעצמו את ההצהרה [בשבועה] כדי שלא לשלול מאת המבקש את הזכות לחקור אותו על מעשהו נושא התלונה" ¹²² בסמוך לכך, עדיין במהלכו של דור 1.0, החל בג"ץ לשנות מטעמו, ולהצביע על כך שלרוב "אין... תועלת מעשית" בחקירת

¹¹⁵ בג"ץ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב יפו, פ"ד יג 1182, 1194 (1959); יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212 (1970); אריאל בנדור "שיקול-הדעת של בית המשפט הגבוה לצדק – מהו הדין?" משפטים כ"א 161 (תשנ"ה).

¹¹⁶ ראו ע"א 6926/93 מספנות ישראל נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד מח(3) 749 (1994) ולהלן ה"ש 254 והתקסט הסמוך לה.

¹¹⁷ ברור שאפשר להצדיק עמדה זו, תוך הצבעה על הגיונם של מבחני הסף (למשל, למנוע טרחה לחינם של הרשות). אך הטענה עדיין עומדת: ככל שנעשה שימוש רחב יותר בהם, כך נערך פחות דיון שיפוטי בשאלות מינהל.

¹¹⁸ ראו כללית יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (1993); ברק מדינה "סמכות בתי המשפט שאינם בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חוק שפוגע בזכויות האדם" משפטים נד _ (2024); ולמשל, רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל (נבו 19.01.2017); בג"ץ 480/23 אלומי אגירה שאובה (2014) בע"מ נ' יושב ראש רשות החשמל פס' 36-37 (25.12.24).

¹¹⁹ ראו בג"ץ 991/91 פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50 (1991); סוקר נ' הוועדה לבנייה, למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, 247-248 (1994). ראו גם, למשל, יצחק זמיר "מכורים ציבוריים בבית-משפט אזרחי" משפט וממשל א 197 (1992).

¹²⁰ ראו תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000; ע"מ 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים (נבו 2005); רון שפירא "לעשות את הבחירות הנכונות" עורך הדין 86 (2014). כן ראו לעיל ה"ש 107.

¹²¹ ראו כללית, למשל, גיא בן דוד "הימנעות מחקירה נגדית של עדים ונאשמים בהליך הפלילי – מעמדה המשפטי והשלכותיה הראייתיות" דין ודברים יז 29, 37-39 (2023).

¹²² בג"ץ 21/48 סופר נ' שר המשטרה, פ"ד ב 365, 370 (1949).

מצהירים בפניו.¹²³ בשל כך, זה עידן ועידנים אין עורכים כלל חקירה נגדית בבג"ץ,¹²⁴ וכעניין שבשגרה, בעלי הדין, ובהם נושאי משרה, אינם משמיעים את קולם במהלך הדיון בבג"ץ.¹²⁵ ניתן לטעון, להבנתי, כי לאופיו של הבירור העובדתי (החלקי) בבג"ץ, שבמסגרתו צדדים אינם עוברים את מצרף החקירה הנגדית, היתה השפעה על האופן שבו יעוצבו ויופעלו עילות הפיקוח השיפוטי. לא יהיה זה מופרך, לדעתי, לראות בכך סיבה מסייעת לדומיננטיות הגדלה לה תזכה עילת הסבירות "האובייקטיבית" במשפט המינהלי בדור הבא,¹²⁶ שאליו נעבור כעת.

2. דור 2.0: דור הסבירות

בשלושת אלה – המעשה המינהלי, המחויבות למשפט האנגלי והמונופולין של בג"ץ – חל שינוי ניכר בהמשך הדרך; שינוי שיוביל לעלייתו של מודל חדש של המשפט המינהלי הישראלי. מתי בדיוק ארע הדבר? כאמור, אני מציע לקחת את שנות ה-80 וה-90 של המאה הקודמת כעשורים שבהם ניתנו ביטויים ברורים לשינוי, אם כי ראשיתו היתה כבר במהלך שנות ה-70.¹²⁷ כך או אחרת, עוד מוקדם לדבר על סופו של משפט המינהלי מודל דור 2.0,¹²⁸ אך ניתן לקחת את היפוך המאה כנקודת ציון חשובה שלאחריה, באופן הדרגתי, יחול פחות במעמדו ויקום לו מתחרה ממשי.

(א) בג"ץ

בעידן הנדון המחוקק נכנס לתמונה בצורה נמרצת מבעבר לתחום הפיקוח השיפוטי על מעשי מינהל, וקיבל שורה של דברי חקיקה שחלקו את סמכותו של בג"ץ לבחון – בתקיפה ישירה – קטגוריות מוגדרות של מעשי מינהל עם בתי משפט "הרגילים". למשל, סימן ח1 לפקודת

¹²³ בג"ץ 135/60 גליקסמן נ' ראש המועצה המקומית רעננה, פ"ד יד 1085, 1088 (1960).

¹²⁴ ראו, למשל, בג"ץ 761/79 טרוסקין נ' וינברג, פ"ד לד(2) 461, 463 (1979) ("אין בית-משפט זה נוהג, בדרך כלל, להתיר חקירת עדים והוא סומך במידה רבה על דיוקם ושלמותם של הנתונים הכלולים בתצהירים המובאים לפניו"); רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 83-91 (1991); עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית-המשפט לעניינים מינהליים" עיוני משפט לה 151, 160-162 (התשע"ב). כן ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה – עילות הביקורת המשפטית 4179-4180, 4184-4185 (2020).

¹²⁵ על ייצוג המדינה בפני בג"ץ, ראו לעיל ה"ש 19. על ההליך הבג"צי, ראו, למשל, אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – כרך 5: סדרי הדין והראיות בבג"ץ (2010); הר זהב, לעיל ה"ש 124.

¹²⁶ ראו את דברי הנשיא עמית בבג"ץ 373830-08-24 מכון לואיס ברנדייס נ' ממשלת ישראל (נבו, 12.5.2025) (להלן: פרשת מינוי נציב שירות המדינה), פס' 72.

כפי שנראה, הסיבה לכך היא שברגיל הסבירות אינה נצרכת לבירור עובדתי מעמיק, ובוודאי שאין היא נדרשת לבירור לבירור הלך מחשבתו של פקיד המינהל. ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 165.

¹²⁷ ולו בשל שלושת אלה: (1) פרשת דקה, לעיל ה"ש 77, שבישרה את עלייתה של הסבירות – "האיזונית" (ראו להלן ה"ש 151) – במשפט המינהלי הישראלי; (2) עלייתה של תורת הבטלות היחסית (ראו, למשל, בג"ץ 212/74 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי, באר שבע ואח', פ"ד כט(2) 433 (1975); בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב(3) 161 (1978); דפנה ברק-ארוז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (תשנ"ה); ולהלן הטקסט הסמוך לה"ש 222); (3) המהפך של שנת 1977 (מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 166-201 (2008)).

¹²⁸ ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 209.

בתי הסוהר, שהתקבל בשנת 1980, העביר את הטיפול בעתירות אסירים לבתי המשפט המחוזיים.¹²⁹

בהמשך לכך, בג"ץ עצמו עשה שני מהלכים משלימים. ראשית, הוא בישר על ניתוק הקשר הגורדי בין בג"ץ לבין המשפט המינהלי, וקבע כי יש להבחין היטב בין שאלת סמכותו של בית משפט לדון בעניין מינהלי לבין שאלת הדין שיחול על אותו עניין, שכן "כשם שההחלטה, כי הסמכות היא בידי בית-המשפט הגבוה לצדק גוררת אחריה את החלטת המשפט המנהלי, כן עשויה החלטה, כי הסמכות היא בידי בית-משפט האזרחי, לגרור אחריה אף את המשפט המנהלי." הדברים נאמרו בפרשת **מיקרודף** שנזכרה לעיל, וסיכומם היה זה: "המשפט המנהלי הוא אחד והריהו חל על כל הגופים שראוי להם להיות כפופים לו, בין אם בית-המשפט הדן על-פי אותו משפט מנהלי הוא בג"צ ובין אם הוא בית-משפט אחר (אזרחי, עבודה, צבאי וכיו"ב)."¹³⁰

שנית, בהמשך לכך, הנחיל בג"ץ באופן גובר את תפיסת הסמכות המקבילה לביקורת שיפוטית בתקיפה ישירה על החלטות מינהל (מסוימות). אף כי תחום החפיפה הוכר בפסיקתו בעבר, כעת נעזר בו בג"ץ, במפורש, ככלי לניהול חלוקת העבודה בינו לבין בתי משפט אחרים בסכסוכי מינהל, עם הדגשת תחולתו של המשפט המינהלי ה"אחד" אף בהם. יתירה מכך, שנות התשעים נפתחו עם פרשת **פסטרנק**, שבה באה תפיסת הסמכות המקבילה לידי ביטוי מודגש, כאשר בג"ץ קבע לא רק כי קטגוריה דומיננטית של עניינים מינהליים – מכרזים ציבוריים – מצויה בתחומה של הסמכות המקבילה, אלא אף שמעתה, כעניין שבשגרה, עניינים אלה יועברו ככלל לטיפולן של ערכאות השיפוט האזרחיות הרגילות.¹³¹ שורה של פסקי דין הלכו בדרך זו, בהעבירם קטגוריות נוספות של מקרים לתחום הסמכות המקבילה.¹³² וזאת עשה בג"ץ ללא התערבות המחוקק, שמאוחר יותר, אם כי בסמוך לכך, יעגן וירחיב משמעותית את תקדימי בג"ץ הללו בדברי חקיקה, ששיאם במהפכת השיפוט בעניינים מינהליים, שתהווה את קו הגבול בין דור 2.0 לבין דור 3.0.¹³³ וכך, אם תהליך הביזור המוסדי של המשפט המינהלי החל בדור 2.0, הרי שהוא יואץ בדור 3.0. הערנו כבר כי המעבר ממונופולין (בג"צ) לביזור טרם חולל שינוי עומק בהתדיינות בעניינים מינהליים, אך בהמשך נשוב לכך ונבחן לאן עוד עשוי להוביל מהלך על-דורי זה.

¹²⁹ פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971. ראו עוד, למשל, ס' 440 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (שהוסף בתיקון משנת 1986) וס' 45 לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב-1992.

¹³⁰ פרשת **מיקרודף**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 459-460. ראו עוד, למשל, ע"א 2/83 **ועדת השחרורים נ' אסיאס**, פ"ד לז(2) 688, 696 (1983); רע"א 1287/92 **אבנר בוסקילה, ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח**, פ"ד מו(5) 159, 166 (1992).

¹³¹ לעיל ה"ש 119.

¹³² פרשת **בוסקילה**, לעיל ה"ש 130; 1921/94 פרשת **סוקר**, לעיל ה"ש 119.

¹³³ ראו חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 43), התשנ"ה-1995; אורי גורן ומיכאל דן בירנהק "בית-המשפט לעניינים מינהליים – אגב פרק י' לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 ותקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית-המשפט לעניינים מינהליים), תשנ"ו-1996" **משפט וממשל** ד 243 (תשנ"ז); מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000" **משפט וממשל** ו 233 (התש"ס); וחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.

שלוש ההתפתחויות המשמעותיות הנוספות שקיבלו ביטוי ברור מאז אמצע שנות השמונים ובוודאי משנות התשעים היו החילופים בין המדינה המינהלית לבין המדינה הרגולטורית בישראל, עליית הסבירות והזינוק המטאורי בדומיננטיות של המשפט החוקתי בשדה המשפט הציבורי. נדון בהן כסדרן.

(ב) עליית המדינה הרגולטורית והסוכנויות הרגולטוריות

ההתפתחות הראשונה נסבה בעיקרה על השינוי באופן הפעולה של המדינה וחלקה בשוק הכלכלי. מבחינת הפעילות המינהלית, מקובל לראות בשנות ה-80 את התקופה שבה מדיניות הממשלה הישראלית פנתה באופן ברור לכיוונו של הניאו-ליברליזם כפי שהבהירה היטב תוכנית הייצוב הכלכלית משנת 1985 שהובילה ממשלת האחדות בזמנה.¹³⁴ עליית המדינה הרגולטורית לוכדת חלק נכבד ממשמעותו של מפנה זה.¹³⁵

הטענה הנודעת בדבר המעבר מהמדינה המינהלית למדינה הרגולטורית הודגמה במודגש באירופה, שבה קיימה במהלך המאה ה-20, בהכללה, מדיניות סוציאל-דמוקרטית שבמסגרתה המדינה המינהלית ששמה לה למטרה לדאוג לאספקת מצרכים ושירותים חיוניים לאזרח, והיתה מעורבת עד צוואר, באופן ישיר, בשוק הכלכלי לשם כך. אך משלב מסוים נסוגה המדינה יותר ויותר מאופן פעולה זה. נסיגה זו, שלווה במגמת הפרטה של מצרכים ושירותים ציבוריים, לא סימנה את נטישתה את השדה הכלכלי, אלא את המעבר לאופן פעולה דומיננטי אחר של המדינה – כעת: המדינה הרגולטורית – ביחס אליו: על דרך של אסדרתו. המעבר הוא של מוקד: מאספקה לאסדרה. בראיה זו, השיח המבוסס אודות עליית המדינה הרגולטורית מזהה את המרכזיות לה זוכה פעילות רגולטורית, החל משנות ה-80 של המאה ה-20, בעיקר במדינות אירופה אך הרבה מעבר להן.¹³⁶

ברומה, בעוד שהמדינה המינהלית הישראלית התיימרה לסעוד את האזרח הנזקק לכך, לספק לילדיו טיפת חלב, והיתה עצמה שחקן מרכזי בשוק, הרי שהמדינה הרגולטורית הישראלית זנחה, בטענות שעליהן נעמוד בהמשך, יומרות אלה. מגמה זו נתמכה לרוב באידאולוגיה ניאו-ליברלית, תומכת-הפרטה, המעדיפה עקרונית מנגנני שוק מבוזרים על פני

¹³⁴ רונן מנדלקין "קיצור תולדות הניאו-ליברליזם בישראל" קיצור תולדות הניאו ליברליזם 271, 280-285 (גיא הרלינג מתרגם 2015); ראו גם מרכז אדוה 30 שנה למהפכה הניאו-ליברלית בישראל (2016). להדגמה של אופן פעולת הניאו-ליברליזם בליבו של האפרטוס המדינתי בישראל, ראו פאינה מילמן-סיון ויאיר שגיא "ציבוריות כלאיים: כליאה ציבורית ותעסוקה פרטית בישראל" עיוני משפט מח' __ (תשפ"ה). להגדרת הניאו-ליברליזם, ראו לעיל ה"ש 36.

¹³⁵ ראו לעיל ה"ש 10; וכן יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 219 (2017).

מובן כי היו ביטויים רבים נוספים לעליית הניאו-ליברליזם בישראל, למשל, העלייה בדומיננטיות של משרד האוצר ומשרד ראש הממשלה בהתוויית ובקידום מדיניות כלכלית (ניאו-ליברלית), ומדיניות רגולטורית (ברוח דומה), בתוך כך. מנדלקין, לעיל ה"ש 135, בעמ' 283-284.

¹³⁶ ראו את החיבור הסמינלי: Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17 W. EUR. POL. 77 (1994), וכן להלן ה"ש 190-191 והטקסט הסמוך להן; אך גם ראו לוי-פאור, לעיל ה"ש 10.

מנגנוני חלוקה מדינתיים.¹³⁷ דומה שלא היתה המחשה ברורה יותר לעלייתם לגדולה (פוליטית) של רעיונות ניאו-ליברליים מאשר ממשלם של הנשיא רייגן בארצות הברית וראשת הממשלה ת'אצ'ר בבריטניה בשנות ה-80. השניים היו שותפים לתפיסה, שלפיה "המדינה היא הבעיה ולא הפיתרון." היה זה בניגוד מוצהר לתפיסה קודמת, שרווחה בזמנה של המדינה המינהלית, ואפילו בארצות הברית בתקופת הניו-דיל, שלפיה המדינה היא הפתרון לבעיות חברתיות רבות, שכן המשק "החופשי" אינו יכול להן.¹³⁸

חשוב להוסיף, כי הרגולציה עצמה שינתה פניה לאורך העשורים, כך שתהא זו טעות לסבור שעליית המדינה הרגולטורית באה לידי ביטוי בהיקף משתנה של אותה פעילות על ציר הזמן. מבלי להיכנס לעומק הדיון בהגדרת הפעילות הנקראת "רגולציה", די לנו לעתה בגרעינה הקשה, שעניינו קביעת כללי פעולה מחייבים שמטרתם לכוון את השחקנים הרלוונטיים לעבר התנהגות מסוימת הנתפסת כרצויה חברתית.¹³⁹ ברמת הפשטה זאת, גם חקיקה ראשית ופסיקה של בתי משפט נכללות בפעילות רגולטורית, ובראייה מערבית על-דורית, גם שתי אלה אכן התרחבו והעמיקו את מעורבותן בענייני מסחר, תברואה ורווחת הציבור לאורך העשורים. כך שמבחינת היקפה ורוחב השתרעותה האסדרה המדינתית אכן התרחבה, תוך שהיא מסננת אליה תחומי פעילות נוספים (למשל, איכות הסביבה וסייבר), כמו גם רבדים מתרבים של אינטראקציות אנושיות (למשל, יחסי עבודה) ומגעים בין המדינה לבין הפרט (למשל, ביטוח לאומי).

בראייה גלובלית, לשינוי זה היה ממד מוסדי חשוב, שהפך למרכזי ככל שהרגולציה הסתעפה והופקדה יותר ויותר בידי גופים ייחודיים שהרגולציה היתה ייעודם: הסוכנויות הרגולטוריות העצמאיות. ממד מוסדי זה התבסס על הטענה, לפיה המציאות המודרנית, בוודאי בהיפוך המאה ה-20, הציבה בפני המדינה (הדמוקרטית) אתגרים עצומים (למשל, עיור, תיעוש, הגירה וגידול אוכלוסין מוגברים), שמשטר חוקתי תלת-ראשי לא יכול לספק להם מענה מספק. בהמשך לכך נטען בחלקה הראשון של המאה ה-20 בארצות הברית, כי אסדרה בידי סוכנויות מינהל ייעודיות, בעלות מידה של עצמאות, היתה החתיכה החסרה. מודל הסוכנות הרגולטורית הפך לסטנדרטי בארצות הברית.¹⁴⁰ המודל אומץ בהתלהבות גוברת בעולם במהלך המאה ה-20. הספרות מצביעה בהקשר זה על מגמה עולמית עכשווית

¹³⁷ לדיון בבחירה הציבורית ראו, למשל, פרשת אלומי אגירה שאובה, לעיל ה"ש 118, פס' 33, ולהלן הטקסט הסמוך לה"ש 266.

¹³⁸ כפי שלימד, לפי הטענה, המשבר הכלכלי חסר התקדים שפרץ ב-1929. ראו אודותיו, מבין רבים, JOHN KENNETH GALBRAITH, THE GREAT CRASH 1929 (1997).

¹³⁹ ראו David Levi-Faur, *Regulation & Regulatory Governance*, JERUSALEM PAPERS IN REGULATION AND GOVERNANCE, No.1 (2010); רמי קפלן "רגולציה" מפתח 179 (2010); שרון ידן "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה ו (2014); איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" משפט, חברה ותרבות – מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 47 (ישי בלנק ואח' עורכים, 2016).

¹⁴⁰ במקביל, הפעילות הרגולטורית נשענה על כלי הרגולציה מתרבים, בעיקר בדור האחרון של רגולציה במערב. ראו להלן ה"ש 264.

לעניינן של הסוכנויות הרגולטוריות בארצות הברית, ראו לעיל ה"ש 70 ולהלן ה"ש 279.

של "סוכנותיזציה" (agencification) של הרגולציה.¹⁴¹ בראיה זו, ניתן להבין כיצד "סוכנותיזציה" זו מקושרת עם עליית המדינה הרגולטורית: לא רק שהסוכנויות בנוסח אמריקאי הן מוסדות הרגולציה המרכזיות במדינה הרגולטורית,¹⁴² אלא שמקורן האמריקאי מצביע על כך שהן נוצרו תחת גישה חשדנית למעורבות המדינה בשוק, וגם בשל כך הן התאימו למדינה הרגולטורית. הוא שאמרנו: המוסד – כאן: הסוכנות הרגולטורית – אינו מדיום "ניטרלי", אלא שלרוב יש לו עבר שמוטבע בו ושקשה להתעלם ממנו.

(ג) על הסבירות

מבחינת המשפט המינהלי שנות ה-80 היו שנות פריחתו של מישור שיקול הדעת בניתוח המשפטי הדוקטרינרי ופגמי מינהל שעניינם תוכן החלטת הרשות נחשבו כעת כפגמים לעצמם, שדי בהם כדי לבטל החלטות מינהל.¹⁴³ הסבירות היתה מרכזית במיוחד בהקשר זה. שכן היא איפשרה את הרחבתה – ללא גבול, לטענת מתנגדיה – של משרעת הפיקוח השיפוטי. העובדה שהסבירות היתה אבן פינה בהרחבת מתחמי השפיטות וזכות העמידה¹⁴⁴ מדגימה זאת וממחישה עד כמה היא הלכה ונשזרה בעקרונות התשתית – בתיאוריה – של המשפט המינהלי הישראלי ועד כמה היא הפכה לדומיננטית בשיח.¹⁴⁵

עצם העובדה שהדיון הממצה ביותר שנערך במשפט הישראלי בשאלות השפיטות וזכות העמידה נערך בדור זה היא אינדיקטיבית. היא משתלבת בעיסוק המועצם של בג"ץ עצמו בשאלות הנוגעות לגבולות סמכותו ולהגדרת תפקידו בדור הנדון. היא מלמדת שגם בדור 2.0, מעורבות בג"ץ נותרה גורם מגדיר מהותי של המשפט המינהלי הישראלי. אך שומה עלינו לציין, לצד זאת, את הדיון הביקורתי הנרחב שהתעורר אז, ככל שדוקטרינרית הורחבו הן הגישה לבג"ץ והן העילות שניתן להעלות בפניו כנגד הרשות, בשאלת האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בדונו בסכסוכי מינהל. באופן רחב יותר, הדיון עסק בשאלה עד כמה דרכיו של בית המשפט העליון החל משנות השמונים היו שונות מדרכים עברו.¹⁴⁶ באופן ממוקד יותר לענייננו, הסבירות לא פסקה מלמשוך אש מאז שנות השמונים. עדות ניצחת לכך ניתנה לנו לאחרונה בפסק הדין המונומנטלי בבג"ץ **הסבירות**, שעסק בתיקון החוקתי שביקש לצמצם את תחומה של עילת הסבירות, על שפע ההפניות שבו.¹⁴⁷ כיוון

Guy Lurie, Amnon Reichman, & Yair Sagy, *Agencification and the Administration of Courts in Israel*, 14 REG. & GOVERNANCE 718 (2020) ¹⁴¹

לוי-פאור, לעיל ה"ש 10, בעמ' 30-28. ¹⁴²

ראו לאחרונה פרשת **מינוי נציב שירות המדינה**, לעיל ה"ש 126, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא עמית. ¹⁴³

בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988), והשוו ל-Stewart, *Reformation*, לעיל ה"ש 3. ¹⁴⁴

ברק מדינה ויאיר שגיא "שלילת ביקורת שיפוטית של 'סבירות ההחלטה': על ממשלה בלתי-מוגבלת" - **ICON-S-IL Blog** (10.9.2023); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" **תיאוריה וביקורת** 25 (1994) (להלן: מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה"). ¹⁴⁵

ראו, למשל, רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (2000). ¹⁴⁶

בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 7. ¹⁴⁷

שבג"ץ הסבירות עומד בהרחבה על דרכה של עילת הסבירות במשפט הישראלי, נוכל לקצר. כפי שראינו, הסבירות "המסורתית", שמצאה ביטוי פרדיגמטי בפרשות **Wednesbury** ודיזינגוף,¹⁴⁸ קבעה את סטנדרט "המופרכות", תחת ההנחה שהחלטה כה בלתי סבירה עד שיש לראותה כמופרכת וכנוגדת את כוונתו של המחוקק שקולה לחריגה מסמכות ולכן הינה פסולה.¹⁴⁹ כנגד זה, מעמידה הביקורת את הסבירות כפי שהיא נוסחה סמינלית בשנת 1980 בפרשת **דפי זהב**.¹⁵⁰ סבירות "איונית" זו דנה לשבט איון בלתי ראוי של האינטרסים הצריכים לעניין.¹⁵¹

לפי יואב דותן, פרשת **דפי זהב** חוללה "מפץ גדול".¹⁵² אנצל איפיון הולם זה כדי להדגיש כי עם עלייתה של הסבירות האיונית נפרשה מניפה של מסלולים פוטנציאליים להמשך דרכה (ש אחד מהם היה בוודאי מסלולה לאבדון).¹⁵³ לכן, יש עניין מיוחד לבחון – כעת, בראיה לאחר, כמובן – מהו המסלול המסוים שבו התפתחה העילה ברבות הימים ולתת בו סימנים.¹⁵⁴ זו כוונתי להלן: להצביע על גורמים שהיו בעלי השפעה לא מבוטלת על המסלול שבו היא נעה בהמשך דרכה (למשל, התחזקות מגמות ניא-ליברליות בישראל), וזאת מבלי להכחיש את מקומם של גורמים פרסונליים ואחרים (למשל, העומס הגובר על בית המשפט העליון לאורך השנים)¹⁵⁵ נוספים.

כדי להבין את מסלולה של עילת הסבירות, יש להבהיר עוד את חשיבותה של פרשת **דפי זהב**. לדברי דותן, אם לפני פרשת **דפי זהב**, "היה ברור לחלוטין שמקור הסמכות של בית המשפט לפסול החלטות מנהליות – באופן בלעדי – הוא התפקיד החוקתי של בית המשפט . . . לוודא שרשויות המנהל אינן חורגות סמכויותיהן[.] הרי שלאחריו, תפקידו של בית

¹⁴⁸ ראו לעיל ה"ש 77 והטקסט הסמוך לה.

¹⁴⁹ דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 77.

¹⁵⁰ בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (1) 421 (1980).

¹⁵¹ שם, בעמ' 437. לדיון במובניה השונים של הסבירות, והמובן שניתן לה בפרשת **דפי זהב** בתוך כך, ראו דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 77; מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה", לעיל ה"ש 145, בעמ' 45-47. במונחי מאמרים אלה, דיוני מתמקד ב"סבירות איונית" (דותן) ו"סבירות מקצועית" (מאוטנר).

¹⁵² דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 684. השוו ל-Sagy, *The Missing Link*, לעיל ה"ש 33, למשל, בעמ' 714 (historical institutionalism as "a big bang theory" (emphasis in original)).

¹⁵³ כך בוודאי לפי תומכי טענת חוסר ההיקבעות של עילת הסבירות. ראו להלן ה"ש 156 ו-198 והטקסט הסמוך להן.

¹⁵⁴ כך גם עבור אלו שפחות משתכנעים מטענת חוסר ההיקבעות. ביחס אליהם אטען כי חרף העובדה שהסבירות האיונית קובעה בצורה ברורה למדי בדור 2.0, היסודות שנוצקו בה – בעיקר, מלאכת השקילה הכרוכה בה – יתמכו בעליית הדור הבא, שיציג אלטרנטיבה רעיונית לאותו דור 2.0. ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 201.

¹⁵⁵ לעומס הגובר על בית המשפט העליון, ראו, למשל, **דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט בישראל** (1997). עומס זה מוזכר תדיר כמניע מרכזי בהקמת מערכת בתי המשפט המינהליים: ראו, למשל, בירנהק וגורן, לעיל ה"ש 133, בעמ' 246-247; מזוז, לעיל ה"ש 133, בעמ' 235. לעומס כיום על בית המשפט העליון, ראו הנהלת בתי המשפט **דוח שנתי 2023** (יולי 2024): https://www.gov.il/BlobFolder/reports/statistics_annual_2023/he/annualreport2023.p.df.

המשפט הפך "לרחב יותר, קרי לוודא שרשויות המנהל פועלות על פי עקרון רחב של סבירות איזונית", וכתוצאה מכך מקור סמכותו של בית המשפט לבקר החלטות מינהל ולפסול אותן "הפך להיות עמום הרבה יותר.¹⁵⁶ עיקר קצפו של דותן יוצא כנגד כך, שהסבירות נוסח דפי זהב "מחייב[ת] את בית המשפט לא רק להיכנס לבחינה מעמיקה של השיקולים התוכניים... הנוגעים להחלטה הרלוונטית, אלא שלמעשה, ... בית המשפט נדרש לבצע שחזור מלא" של ההליך המינהלי שהניב את התוצאה שבפני בית המשפט.¹⁵⁷

הקושי עליו מצביע דותן בסוף דבריו ראוי להדגשה. יש בו כדי לחזק את הטענה שככל שחולפים הדורות במשפט המינהלי הישראלי עולות בו בצורה מודגשת יותר ויותר שאלות של הצדקה: בהקשר הנוכחי, הצדקת פיקוח בית המשפט וצדקת החלטות המינהל.¹⁵⁸ הסבירות, כפי שאראה עתה, מבקשת לתת מענה לשאלות אלה.

יש להזכיר תחילה, כי לפי מושגיה, דוקטרינת הסבירות האיזונית כרוכה במהלך מקיף של בחינת אופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי. שכן, אנאליטית, אל הסבירות מגיע בית המשפט רק לאחר שבודד תחילה את האינטרסים הרלוונטיים להחלטה שעל הפרק,¹⁵⁹ ובשלב הבא, וידא שאינטרסים אלה – כולם¹⁶⁰ – נשקלו וכי לא נשקלו לצידם "שיקולים זרים."¹⁶¹ רק אז מגיע תורה של הסבירות, כאשר על בית המשפט לבחון האם התוצאה, גופה, משקפת איזון ראוי בין האינטרסים הנ"ל, כלומר, האם הרשות נתנה לכל אינטרס את המשקל הראוי לו והאם היא שיקללה כהלכה את המשקלים השונים. לפי תיאור מקובל זה, הסבירות מושתתת על מתודולוגיה סדורה, המהווה צעד גדול קדימה לקראת בחינה שיפוטית מובנית, אנליטית-דקדקנית של איכותה של ההחלטה המינהלית. לגישה זו, מתודולוגיית הסבירות לוקחת את ההחלטה המינהלית, מפרקת אותה למרכיביה, מצביעה על השיקולים שיש לתת עליהם את הדעת בהפעלת שיקול דעת מינהלי ועל המשקל היחסי שיש ליתן להם.¹⁶²

הסבירות האיזונית היתה לכלי מוביל בפיקוח השיפוטי, בין השאר, כיוון שהיא מרוכזת כולה בתוצאת האקט המינהלי. אם, כפי שראינו, בפרשת דיזינגוף כלל השופט ברנזון את הסבירות במשפחת "המבחנים האחרים המקובלים לפסילת אקט מינהלי כמו חוסר-תום-לב, נקיטת שיקולים בלתי כשרים, השגת מטרה זרה לעניין, וכו', שכולם אינם אלא צורות שונות

¹⁵⁶ דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 684; כן ראו, למשל, יואב דותן ואריאל בנדור "על משפט, ממשל וחברה: שיחה עם יצחק זמיר" ספר זמיר – על משפט, ממשל וחברה 15, 20-27 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

¹⁵⁷ דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 702 (הדגשה במקור). ראו בדומה, למשל, מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102 (1982); נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18 (2020).

¹⁵⁸ כלומר, ובהמשך לאמור לעיל בה"ש 24, האופן בו מוצג מהלכה של הסבירות בפסיקה נועד לשקף את האופן בו נדרשת הרשות המינהלית הסבירה לנהוג. השוו ליוס שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (תש"ן).

¹⁵⁹ ראו, למשל, את פסק דינו של השופט קרא בבג"ץ 17/4252 ג' בארין נ' הכנסת (נבו 14.7.2020).

¹⁶⁰ ראו, למשל, דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

¹⁶¹ ראו, למשל, בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990).

¹⁶² לביקורות על תיאור זה, ראו להלן ה"ש 170-172 והטקסט הסמוך להן.

לבדיקת ענין החריגה מסמכות,¹⁶³ הרי שבהמשך הובלטה חולשה גנטית הטבועה בכל בני המשפחה: עמידה במבחנים אלה דורשת את הוכחת הלך מחשבתה של הרשות, אך "מחשבות קשות הן להוכחה, ומחשבות שלא כדין על אחת כמה וכמה".¹⁶⁴ הסבירות צמחה על רקע זה, כלומר, לנוכח "הקושי . . . להוכיח שיקול סובייקטיבי פסול של הרשות המינהלית, כאשר לטובתה פועלת חזקת חוקיות מעשיה".¹⁶⁵ הסבירות כוונה לעקוף את הקושי הראייתי להוכיח כוונה רעה או שיקול זר (למשל, במינוי החשוד כפוליטי)¹⁶⁶ באמצעות בחינה של ההחלטה גופה, כאשר הדיון מתקיים תחת ההנחה שהיא מושתתת רק על שיקולים כשרים, במטרה לבחון אם היא עומדת בפני הביקורת והינה סבירה. התפתחות זאת לא היתה בעלת משמעות ראייתית בלבד, כמובן, כיוון שנובע ממנה כי אין די בכוונותיו של המינהלן – ראיות ככל שתהיינה – כדי לשפוט את ערכה של החלטתו. שהרי, מעתה, ההחלטה לעצמה היא שתישפט במטרה לבחון אם היא סבירה.¹⁶⁷

הסבירות "החדשה" הומשגה ברוח זו כ"אובייקטיבית", ויש להניח שבכך ביקש בית המשפט להקל על קבלתה.¹⁶⁸ הפסיקה הדגישה את הטענה, כי הפניה לסבירות היתה חלק מ"המגמה המודרנית במשפט המינהלי לעבור ממבחנים סובייקטיביים באשר לפסלות שיקול הדעת (כגון שיקולים זרים) לעבר מבחנים אובייקטיביים (כגון סבירות)".¹⁶⁹ חרף זאת, ביקורת רבה הוטחה באיפיון זה של הסבירות.¹⁷⁰ עיקרה היה שסבירות אינה אובייקטיבית, אלא שהיא נקבעת כשם שיחידת האורך האנגלית יארד נקבעה, לפי סברה פופולרית, בידי המלך הנרי הראשון: לפי המרחק מקצה אפו שלו לקצה זורעו.¹⁷¹ אך העיקר לעניינו הוא הצהרת בית המשפט כי פניו לעברן של אמות מידה "אובייקטיביות", שתיקופן אינו תלוי (בהכרח) בנקודת המבט של מקבל ההחלטה, ובוודאי שאין די בכך שהוא סומך ידיו עליה כדי להכשירה. אלא שנוסף על כך, על ההחלטה לעמוד בקריטריונים "אובייקטיביים", וזאת

¹⁶³ לעיל ה"ש 77.

¹⁶⁴ בג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236 (1990).

¹⁶⁵ בג"ץ 606/86 עבדל-חי נ' מנכ"ל משרד החינוך והתרבות, פ"ד מא(1) 795, 802 (1987). ראו עוד, למשל, פרשת מינוי נציב שירות המדינה, לעיל ה"ש 126, פס' 46-49 לפסק דינו של הנשיא עמית; פס' 37 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו.

¹⁶⁶ ראו, למשל, בג"ץ 6458/96 אבו קרינאת נ' שר הפנים, נב(2) 132, 138-139 (1998).

¹⁶⁷ ראו עוד להלן הטקסט הסמוך לה"ש 189.

¹⁶⁸ פרשת דפי זהב, לעיל ה"ש 150. ראו עוד להלן הטקסט הסמוך לה"ש 229.

¹⁶⁹ פרשת מוסקוביץ, לעיל ה"ש 164; פרשת מינוי נציב שירות המדינה, לעיל ה"ש 126, פס' 46-49 לפסק דינו של הנשיא עמית. וראו גם את עמדת השופט שטיין בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 7.

¹⁷⁰ ובניסוח רחב יותר, הסבירות היא "אובייקטיבית" רק במידה שבה שהאפיסטמולוגיה והמתודולוגיה שלאורן היא נבחנת נתפסת כ"אובייקטיבית". ראו, למשל, מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11 (1998); שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל ה"ש 40; וה"ש 157. על האבחנה סובייקטיבית/אובייקטיבית בהקשרו של המשפט המינהלי, ראו Frug, לעיל ה"ש 15.

¹⁷¹ שחר, לעיל ה"ש 170; שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל ה"ש 170.

כדי להוכיח את איכותה (גם) בפני גורמי-חוץ – בהקשרו של הפיקוח השיפוטי על המינהל: בפני בית המשפט¹⁷² – המצויים מחוץ למעגל מקבלי ההחלטות. סיכום ביניים: בראי מושגיה, הסבירות שצמחה בשנות ה-80 חשפה את המינהל לביקורת משפטית¹⁷³ דורשנית ומובנית יותר מבעבר. סבירות זו, החורגת מתחומה של שאלת הסמכות, בוחנת את החלטת הרשות לגופה; היא קובעת מתודולוגיה אנאליטית – פרוטוקול – לבחינת שיקול הדעת המינהלי; כוונתה לבחון האם איכותה של החלטת הרשות היא מספקת ורציונלית לנוכח התפקיד (הציבורי) שהוטל עליה. מכאן שהסבירות נוסח דפי זהב וזהה עם עמדה של חשדנות גוברת וריסון פוחת מצידו של בית המשפט ביחס להחלטות הרשות.¹⁷⁴ לפי דותן, היא בישרה על "החלפה" של גישה "של הימנעות" בגישה "רחב[ה] ותובעני[ת]" לביקורת שיפוטית על המינהל.¹⁷⁵

(ד) הסבירות בזמנה

בכך שפרשת דפי זהב מציבה מסגרת אנאליטית מקיפה להבניית בחירה בין אופציות שונות העומדות בפני איש הרשות היא מביאה לשיא מגמה נמשכת במשפט המינהלי הישראלי. המגמה היא של אובייקטיביזציה של אורגנים מינהליים ומהלכיהם, השקולה לדה-פרסונליזציה של הסמכות המינהלית. ניתן לה ביטוי ברור כבר בפרשות ידועות כגון **כרדוש וקול העם**.¹⁷⁶ היא מונחת בבסיס עקרון שלטון החוק ועקרון חוקיות המינהל, המבקשים לגדר

¹⁷² בהמשך לאמור בה"ש 170 לעיל, יש לציין שוב כי הנמקה זו מבוססת על ההנחה כי המתודולוגיה המשפטית לבירור סבירותה של החלטה יאה למשימה, ויש בה כדי לחשוף את איכותה "האובייקטיבית". ניתן לטעון, במידה של צדק, כי המהלך שעושה בית המשפט בפרשת **דפי זהב**, לעיל ה"ש 150, מהווה רכיב אחד במגמה גורפת של בית המשפט של אותה עת לדבר אמנם ב"ערכים" (ראו מאוטר "עליית הערכים", לעיל ה"ש 4), אך להמשיג את מלאכת המשפטן, המבקש למוד את ערכם לאורם של מקורות המשפט התקפים הרלוונטיים, כ"אובייקטיבית". הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של אהרן ברק, שעלייתה מלווה את המהלך המתואר במאמר, מדגימה זאת במיוחד. אכן, אין ספק כי עליית הפרשנות התכליתית היא אחת ההתפתחויות התורת-משפטיות החשובות ביותר לענייננו, המתרחשת ברקע ההתפתחויות שהמאמר מתאר. לפרשנות התכליתית, ראו קידר, לעיל ה"ש 39; רפי רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המוקרנות: קראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" **משפטים על אתר** יב 67 (תשע"ח).

¹⁷³ כידוע, סטנדרט הסבירות שקבע בית המשפט הוא כלי בידי המשפטנים שומרי הסף. ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 7, פס' 87 ופס' 35 לפסק דינם של השופטים עמית ורונן, בהתאמה; יאיר שגיא "קפיטס דימינוציו": על חוקיות החלטת הממשלה לקציבת כהונתם של יועצים משפטיים למשרדי ממשלה" **ICON Essays: חיבורים במשפט הציבורי ג** _ (2024). על הקשר בין בג"ץ לבין מחלקת הבג"צים, ראו DOTAN, לעיל ה"ש 19; כן ראו שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל ה"ש 170.

¹⁷⁴ השוו למודל הרמזור ירוק/אדום הנודע: CAROL HARLOW & RICHARD RAWLINGS, LAW AND ADMINISTRATION (3rd ed, 2009).

¹⁷⁵ דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 703.

¹⁷⁶ פרשת **קול העם**, לעיל ה"ש 54; ד"צ 16/61 **כרדוש נ' רשם החברות**, פ"ד טז(2) 1209 (1962); אך ראו גם ארז, לעיל ה"ש 78, למשל, בעמ' 281.

מגמת הדה-פרסונליזציה של הסמכות המינהלית עולה בקנה אחד עם תיאורו המפורסם של מקס וובר את שרשרת טיפוסי הסמכות בחברות אנושיות, והמעבר הטיפוסי שחל מהסמכויות המסורתיות לזו הכריזמטית

את התחום שבו נושאת המשרה רשאית להביא את שיקוליה ("הסובייקטיביים") שלה לידי ביטוי (למשל, מתי שיקול פוליטי הינו לגיטימי?).¹⁷⁷ יש לומר עוד, באופן ממוקד יותר לתקופת עליית הסבירות האיונית, כי הסבירות בכללה הוגדרה אנאליטית מחדש במשפט הישראלי – כאיונית – בראשית שנות ה-80, ובצורה משמעותית במיוחד בדיני הנזיקין.¹⁷⁸ עוד קודם לכן, למשל, בהקשרים נזיקיים שנכרכו בעליית הרכבות כערור תחבורה מרכזי, הומשגה הסבירות בארצות הים כניסיון ליצור גבול להתנהגות רשלנית בלתי סבירה מתוך הבנה כי העולם המודרני, המתועש, העירוני והצפוף, מאופיין בפעלתנות חסרת תקדים, היוצרות סיכונים רבים לפרט ולחברה, אך שחלק נכבד ממודרניותו באה לו בשל פעלתנות זו.¹⁷⁹ הרשלנות/סבירות המודרנית היתה ניסיון לקבוע רמת סיכון נסבלת לפרט, שתגרום הפרעה מידתית בפיתוח הכלכלי – ולהיפך, כמובן: קביעת רמת פיתוח שלא תיצור סיכון מופרז.¹⁸⁰ אכן, חרף ההבדלים באופן יישום הדוקטרינה

וממנה לסמכות הרציונאלית-חוקית. כפי שמעידות הכותרות שהוצמדו להן, כל אחת מהסמכויות מונחת על בסיס לגיטימציה משלה. אין זה המקום להרחיב בכך. להצגה תמציתית, ראו WEBER, לעיל ה"ש 3, בעמ' 216-215; ריימון ארון **ציוני דרך בהגות הסוציולוגית** – חלק ב: הדור של סוף המאה פרק 8 (1996). די לציין כי בראיה זו, התפתחותו של המשפט המינהלי שלנו, כמו המשפט המינהלי במערב כולו, דמתה לגלגולו של זחל שהלך והתגלם בדמות הסמכות הרציונאלית-חוקית, הנשענת על מוסדות ביורוקרטיים, שהן המדינה המינהלית והן המדינה הרגולטורית משופעות בהם. ראו Yishai Blank, *The Reenchantment of Law*, 96 CORNELL L. REV. 633 (2011).

כנגד כך, ניתן לטעון – וזהו לזו הביקורת כנגד הסבירות שהובאה למעלה (ראו לעיל ה"ש 150-157, 170-171 והטקסט הסמוך להן) – כי חוסר ההיקבעות של סטנדרט הסבירות "האיונית" בנוסח פרשת **דפי זהב**, לעיל ה"ש 150, והתפקיד שלקח על עצמו בית המשפט באותה הפרשה **הרחיקו** את הדוקטרינה מהמגמה לה אני טוען בטקסט, ואולי אף ערערו את עקרון שלטון החוק. טענה זאת מציגה את מהלכה של הסבירות האיונית כמהלך פורץ גבולות, שבו הסבירות נתונה כחומר ביד השופט שבדין, כלומר, שהיא כולה "פרסונלית". ניתן לצרף לכאן את הטענה המשלימה מצידה של המדינה הרגולטורית, שבה "המודל של הביורוקרטיה הווריאנטית הוחלף במודל ביורוקרטי חדש: המודל הרגולטורי. אמור מעתה רגולוקרטיה – קרי: שלטון הרגולטורים, ולא רק ביורוקרטיה – שלטון הפקידים." לוי-פאור, לעיל ה"ש 10, עמ' 33.

כאמור, הניתוח במאמר אינו מכחיש את חלקו של השחקן ההיסטורי (במקרה זה, השופט/הרגולטור) על מהלך הדברים, אלא שהוא מבקש להדגיש את ההקשרים ההיסטוריים-אידאולוגיים והמוסדיים שבתוכם הוא פועל, ואשר יש בהם, לטענתי, כדי להסביר היבטים חשובים בפעולתו. מכאן, כי ההבדל בנקודת המבט הוא המוביל לדגשים שונים בפרשנות מהלכה של הסבירות האיונית. ראו לעיל ה"ש 40 ולהלן הטקסט הסמוך לה"ש 201.

¹⁷⁷ השוו, למשל, את פרשת **אבו קרינא**, לעיל ה"ש 166 ובג"ץ 1/98 **כבל נ' רה"מ**, פ"ד נג (2) 241 (1999) עם בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז (5) 404 (1993).

¹⁷⁸ ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט (1) 113 (1985); ע"א 612/78 **פאר נ' קופר**, פ"ד לה (1) 720 (1980). אין באמור כדי להכחיש את ההבדלים הדוקטרינריים בין הסבירות הנזיקית לבין הסבירות המינהלית. ראו, למשל, אריאל פורת "דיני נזיקין", בתוך **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א** 222 (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ב).

¹⁷⁹ ראו, מבין רבים, Warren A. Seavey, *Mr. Justice Cardozo and the Law of Torts*, 52 HARV. L. REV. 372 (1939).

¹⁸⁰ ע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט (1) 16 (2004); ברק מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות עוולת הרשלנות – דיני הנזיקין בראי תורת הבחירה החברתית" **המשפט** ד 255, 264-266 (1999).

במשפט המינהלי ובדיני הנזיקין, בשני המקרים, ניהול סיכונים הוא עניינה המרכזי של הסבירות, והיא דורשת שהוא יערך בתבונה (reason).¹⁸¹ בהמשך לכך, עליית הסבירות "החדשה" נקשרת בספרות הביקורתית עם עליית "הבורגנות המנדרינית", שאת נקודת מבטה מקדם שיח הסבירות.¹⁸² בית המשפט – שסטנדרט הסבירות התבונית נוצק בדמותו – נמנה, כמובן, על מעמד בורגני זה.¹⁸³ לפי רונן שמיר, "מכוח השליטה בתחומי ידע מדעיים שונים טוענים חברי מעמד זה למומחיות ולמקצועניות בארגון, בתכנון ובניהול השוק הפרטי והציבורי." בית המשפט החיל את סטנדרט הסבירות על המינהל, במקביל להחלתו על גורמים ("תבוניים") דומים לו: פרופסיות מתמחות. באנלוגיה זו מקופלת ההבטחה הפרופסיונלית לספק שירות "מקצועי" ושורה של חובות (כגון חובת נאמנות).¹⁸⁴

מנקודת המבט הזאת, הסבירות האזונית נוסח דפי זהב מחילה אמת מידה המקובלת (גם) בשיח הפרופסיונלי בליבת עילות הפיקוח השיפוטי על המינהל, המשופעות דיבור אודות מומחיות ומקצועיות המינהל והאוטונומיה היחסית שיש להקנות לו בשל כך.¹⁸⁵ לכן, נטען, יש מקום לחייב גם את איש הרשות, שהמעשה המינהלי הוא מקצועי, בסבירות. הצגה זו של הסבירות, שיש לה עדויות בספרות ובפסיקה,¹⁸⁶ ראויה להדגשה. ראשית, היא מרמזת על התו הליברלי-בורגני שנלווה להכרה בפרופסיות ולשיח הסבירות שהוחל עליהן.¹⁸⁷ שנית, קו הנמקה זה מקנה משנה תוקף לביקורת שיפוטית על המינהל, שכן בתי המשפט מורגלים בשיקול סיכונים שהמודרנה יצרה, ובהערכת ערכה של החלטה פרופסיונלית נתונה למול אמות המידה המקצועיות והמשפטיות הרלוונטיות, בתוך כך. אם כן, הסבירות האזונית התבססה על התפיסה לפיה הרשות מחויבת לנאמנות לציבור, לא "סתם" כשליחתו, אלא כמי שמקצועה הוא לדאוג לרווחתו בהתאם לאמות מידה מקובלות באתרים רבים בעולם המודרני. לכן, נפסק, על הרשות לנהוג בסבירות. "הסבירות", קבע השופט עמית בבג"ץ **הסבירות**, "היא למעשה תו תקן איכות, מעין ISO 9001 של הליך קבלת החלטה".¹⁸⁸ אם כן, הסבירות באה להיטיב את הפיקוח השיפוטי על איכות המדיניות הציבורית שיצאה תחת ידי הרשות, כאשר שאלת איכותה של המדיניות עצמה, ובעיקר התועלת הגלומה בה, היא שבמוקד – ולא הלך מחשבתה של הרשות, שהיא העומדת במוקד הדיון בעילת

181 השור: לוי-פאור, לעיל ה"ש 10, בעמ' 30.

182 שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל ה"ש 170, בעמ' 14.

183 שם, עמ' 13.

184 ראו עוד להלן ה"ש 209.

185 ראו בג"ץ 70/50 **מיכלין נ' שר הבריאות**, פ"ד (1) 319 (1950); בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 7, פס' 85 לפסק הדין של השופט עמית; ולהלן ה"ש 204-209 והטקסט הסמוך להן. אך ראו מאוטר "הסבירות של הפוליטיקה", לעיל ה"ש 145, בעמ' 50.

186 ראו, מבין רבים, ע"מ 662/11 **סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים** (נבו 9.9.2014).

187 שמיר, לעיל ה"ש 170. ראו גם גוטוין, לעיל ה"ש 40.

188 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 7, פס' 46.

השיקולים הזרים.¹⁸⁹ בכך השתלבה הסבירות בהיגיון הפעולה של המדינה הרגולטורית. במילותיו של אחד התיאורטיקנים המובילים של המדינה הרגולטורית, ג'יאנדומניקו מיונה (Giandomenico Majone), המדינה הרגולטורית מהווה “an attempt to improve the procedural and substantive rationality of public policy in a dramatically changing world.”¹⁹⁰ ובמשך לכך, הוא קובע כי המדינה הרגולטורית נסמכת על העברת סמכויות נרחבת למוסדות עצמאיים: סוכנויות רגולטוריות – והוא ממחר להוסיף –

“but also the judiciary, which is becoming an increasingly active player in the regulatory game.”¹⁹¹

בראיה זו, פיתוחה של עילת הסבירות בדור דנן היה מתבקש והלם את זמנו. הסבירות החדשה אף יצרה תשתית לראיה ספקנית שתלך ותגבר בקשר למעשה המינהלי ושרישומה על המשפט המינהלי יורגש בצורה מוגברת בעשורים העוקבים, כפי שנראה.

עילת המידתיות שתעלה לאחר הסבירות תצטרף צעד נוסף באותה הדרך.¹⁹² המידתיות אף היא הציעה פירוק לגורמים של החלטה המינהלית,¹⁹³ אם כי פירוק אנליטי מפורט יותר, ושל הרכבתה מחדש לפי מתודולוגיה מובנית. נראה שפירוק מובנה יותר זה וכן העובדה כי המידתיות נכללה בפיסקת ההגבלה, כלומר שנמצא לה עיגון חקוק, הובילו לכך שהמידתיות לא ספגה את אותה אש לה נחשפה הסבירות, לפחות לא בהקשריו של המשפט המינהלי. וייתכן גם שמונחיה נתפסו כאובייקטיביים¹⁹⁴ ועקיבים יותר.¹⁹⁴ בנוסף, נראה שקבלתה גם הדגימה את הפופולריות הגדלה של מבחנים אנאליטיים, במיוחד של מדדים “אובייקטיביים”, במהלך, ולאחר, דור 2.0.

בראיה רחבה יותר,¹⁹⁵ ניתן, לדעתי, לקשר בין עליית הסבירות והמידתיות לבין עליית הניאו-ליברליזם והמקום המרכזי שהוא הלך ותפס בישראל החל משנות ה-70 וה-80. רבות נכתב על חיבתו של הניאו-ליברליזם למדדים “אובייקטיביים”, ומעל הכל למדדים מדידים

¹⁸⁹ ראו לעיל הטקסט הסמוך לה”ש 167.

¹⁹⁰ Majone, לעיל ה”ש 136, בעמ’ 98. לעליית המדינה הרגולטורית, ראו לעיל ה”ש 135-138 והטקסט הסמוך להן.

¹⁹¹ GIANDOMENICO MAJONE, THE REGULATORY STATE AND ITS LEGITIMACY PROBLEMS (1998) 5.

¹⁹² לעילת המידתיות, ראו, למשל, ראו בג”ץ 5510/92 **תורקמאן נ’ שר הביטחון**, פ”ד מח 217 (1993); בג”ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ’ ממשלת ישראל**, פ”ד נח(5) 807 (2004). יש להעיר, לנוכח האמור לעיל בטקסט הסמוך לה”ש 22 ולהלן בפרק ג למאמר, כי המידתיות צמחה במשפט הקונטיננטלי (ולא האמריקאי): זמיר “גרמניה”, לעיל ה”ש 14, בעמ’ 130-133.

¹⁹³ או, לפחות, של חלק קריטי בהחלטה. המידתיות מתרכזת בבחינת האמצעי בו בחרה הרשות כדי לקדם את מדיניותה, ובעיקר בשאלה האם הפגיעה שהוא יגרום שקולה כנגד התועלת החברתית שהוא בא לקדם. ראו להלן ה”ש 215.

¹⁹⁴ סולברג, לעיל ה”ש 157.

¹⁹⁵ ואף בהמשך לטענה הוובריאנית בדבר התחזקות מגמת הרציונלית-הפורמלית – ראו לעיל ה”ש 176.

מתחום הכלכלה האורתודוקסית,¹⁹⁶ המושתתת על הנחת הרציונאליות של פרטים ומוסדות בחברה ושבה מוקנה מקום של כבוד לאינדיקטורים כצמיחה כלכלית.¹⁹⁷ במבט ראשון, הסבירות האיוזנית אינה מתיישבת עם מדדים כלכליים, שכן היא בעיקרה מתודולוגיית הכרעה נורמטיבית שבה, בין היתר, מוצמד "תו משקל נורמטיבי" – המשקל שראוי ליתן – לאינטרסים שונים. וכדי להקשות עוד, פרוצדורת הקניית המשקל שנויה במחלוקת, ועובדה זו תרמה לטענה בדבר חוסר ההיקבעות של עילת הסבירות.¹⁹⁸ אך ישנו צד שני. שהרי המתודולוגיה של הסבירות, וביתר שאת זו של המידתיות, מבוססות על שקילה של אלטרנטיבות העומדות לבחירה. שקילה זו אינה זרה לדיסציפלינות אחרות, ובהן בוודאי הכלכלה האורתודוקסית, שלמושגיה ולהנחותיה הניאו-ליברליזם מחויב. לכן, גם אם מונחי הסבירות והמידתיות הוצגו תקופה ארוכה כ"מטאפוריים",¹⁹⁹ אין זה מפתיע כי בהמשך הם יומשגו – בוודאי ככל שיגבר הניסיון לקבוע אמות מידה לבחינת פעילות רגולטורית מורכבת²⁰⁰ – פחות ופחות בצורה מטאפורית ויותר ויותר במונחים כלכליים. מה שהחל כשקילה מטאפורית בן ערכים חברתיים יהפוך בהמשך לשקילה מתמטית בין ערכים כלכליים בעיקרם – כך אף אם לא לכך פיללו "יוצריה" של הסבירות האיוזנית.²⁰¹

פרשנות זו מצביעה על מסלול שנע מהפיתוח של עילות הפיקוח על שיקול הדעת המינהלי בדור 2.0 לבין הרחבת השימוש באינדיקטורים כלכליים ובמתודות כלכליות בדור הנוכחי, דור 3.0. יש לומר את הדברים במפורש: הטענה היא שדור 2.0 חרץ מסלול שבו הלך, במובנים חשובים, דור 3.0, כלומר שהתפתחות הביקורת על שיקול הדעת המינהלי היתה, במידה מסוימת, תלויה מסלול.²⁰² הטענה מוסיפה על עקרון התקדים המחייב, שבוודאי אף הוא רלוונטי ביותר לתיאור התפתחות המשפט המינהלי, בכך שהיא מצביעה על כיוון ההתפתחות והיא חושפת את המצע – האידאולוגי והדוקטרינרי – הרב שכבתי שעליו היא נעה. כך נלמד

196 גישה שלטת בתורת הכלכלה האורתודוקסית בעשורים האחרונים היא "הסינתזה הניאו-קלאסית": Abdallah Zouache, *Towards a 'New Neoclassical Synthesis'? An Analysis of the Methodological Convergence Between New Keynesian Economics and Real Business Cycle Theory*, HIST. ECON. IDEAS 95 (2004) 12. סינתזה זו צמחה, בין השאר, מתוך רצון להקנות למידע אמפירי מקום מרכזי בחשיבה הכלכלית.

197 ELI COOK, *THE PRICING OF PROGRESS: ECONOMIC INDICATORS AND THE CAPITALIZATION OF AMERICAN LIFE* (2017).

198 לעיל ה"ש 156.

199 ראו, למשל, בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993), פס' 52.

200 ראו להלן ה"ש 313 והטקסט הסמוך לה.

201 ראו לעיל ה"ש 40, 154 ו-176 והטקסט הסמוך להן.

202 לעיל ה"ש 36. יש להבהיר כי הטענה בדבר התפתחות "תלויה מסלול" תמיד נטענת בראיה לאחור. היא אינה שקולה לטענה כאילו שלב אחד "הכתיב, סיבתית" את השלב העוקב לו, אלא כי הראשון "הכשיר את הקרקע, במידה מסוימת ובלתי זניחה", לעליית השלב השני. ראו Sagi, *The Missing Link*, לעיל ה"ש 33; לעיל ה"ש 154-155 והטקסט הסמוך להן. במונחים הרלוונטיים למאמר זה, ניתן להציג את האנלוגיה הבאה: הטענה אינה דומה לרגולציה על דרך של "ציווי ושלטיה" כי אם לרגולציה על דרך של nudge. ראו להלן ה"ש 264.

על כוחם של מוסדות יצירי-אדם (כגון, "הסבירות") להשפיע, ולו במידה, על כיוון התפתחותם, היתה אשר היתה כוונת יוצרן.

(ה) תיאוריות של הצדקה בעידן של סבירות

בחזונו לחיפוש הנמשך אחר מקור לגיטימציה למעשה המינהלי במסורת הליברלית-דייסינית, יש להזכיר כי כבר משלב מוקדם, ככל שהתרבו מעשי המינהל, הובהרו מגבלותיה של תיאוריית חגורת הממסר. כבר ציינו, כי קשה לגשר בין "יום הבוחר" בדמוקרטיה הייצוגית לבין אינסוף ההוראות הפרטניות והכלליות שיוצאות תחת ידי רשויות המינהל באינספור תחומים.²⁰³ במיוחד, השתרשה ההכרה שרשויות המינהל (הבלתי נבחרות) אינן עושות מעשה קוף ואין פעולתן טכנית כשל מחבט גולף, בשל שיקול הדעת הרחב המוקנה להן לרוב. הכרה זו החלישה מאוד את תיאוריית ההסמכה הפורמלית, שנחזתה כקליפה ריקה ובלתי מציאותית.

תיאוריית המומחיות היתה התשובה הניצחת לבעיית הלגיטימציה: בתמצית, הרשות מוצדקת בפעולותיה כיוון שהיא מתמחה בהן. כשם שברגיל איננו רואים בבדיקת רופא רגילה, בעצם הבדיקה, כהפרה של זכויותינו או כ"תקיפה", כך אנו מוחזקים כמי שמקבלים על עצמם את עולה את הרשות המומחית.²⁰⁴ כאמור לעיל, תיאוריה זו, הקשורה לשיח פרופסיונלי, הלמה את הסבירות האזונית ואת זמנה בישראל. לכן, כמתבקש, תיאוריה זו מאפשרת פעולה רחבה של הרשות, אך היא קובעת לה גבולות – של מקצוענות סבירה. לתפיסת המקצוען-המומחה (הסביר) היה תפקיד מרכזי בצמיחת המעורבות המינהלית הפדראלית בארצות הברית והיא תיחזקה חלק עיקרי בניו-דיל שקידם הנשיא רוזוולט.²⁰⁵ כאמור, יש לה עדויות לרוב גם בישראל.²⁰⁶ תיאוריית המומחיות ניסתה להתמודד עם בעיות שהמציאות הצביעה עליהן, כגון בעיית הנציג, כלומר, הפער המתקיים תדיר בין המסמך (המחוקק, למשל) לבין המוסמך (איש הרשות)²⁰⁷ והקניית שיקול דעת רחב בידי רשויות מינהל בלתי נבחרות, כך שייחוס מעשיהן למחוקק (וקל וחומר לציבור) נראה תלוש.²⁰⁸ תיאוריית המומחיות באה להשלים את שהחסירה קודמתה: היא הטילה סטנדרט להתנהגות (פרופסיונלית) ראוייה של הרשות (לטובת הציבור), שממנו נגזרת תפיסת הרשות כנאמנת

²⁰³ ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 79.

²⁰⁴ Stewart, *Reformation*, לעיל ה"ש 3; Shapiro & Wright, לעיל ה"ש 95.

²⁰⁵ ראו לעיל ה"ש 83, וכן Yair Sagy, *A Triptych of Regulators: A New Perspective on the Administrative State*, 44 AKRON L. REV. 425 (2011).

²⁰⁶ ראו, מני רבים, ע"ע 3719/22 *שירותי בריאות כללית נ' אודיו מדיק בע"מ*, פס' 49 לפסק הדין של השופט כבוב (נבו 4.2.2022); פרשת *מינוי נציב שירות המדינה*, לעיל ה"ש 126, פס' 41, 45 לפסק דינו של הנשיא עמית.

²⁰⁷ בעיית הנציג זכתה לטיפול יסודי בפסק דינו של השופט כבוב בבג"ץ 5474/23 *חברת דואר ישראל בע"מ נ' שר התקשורת* (נבו 7.3.2024). אטען בהמשך כי ישנה חשיבות לעצם קיום הדיון הזה ובעמקות הזאת בפסק הדין.

²⁰⁸ ראו, למשל, J.R. Deshazo & Jody Freeman, *The Congressional Competition to Control Delegated Power*, 81 TEX. L. REV. 443 (2003).

הציבור, שנדמית עדיין כתפיסה דומיננטית במשפט המינהלי הישראלי כיום.²⁰⁹ שכן מרגע שדימינו את הרשות לרופא או לבעל מקצוע מומחה אחר קצרה הדרך לקבוע שעליה לנהוג בנאמנות ב"פצינט הציבורי", השם מבטחו בידיה, כפי שמתפל שם מבטחו ברופא תוך ציפיה לנאמנות מצידו.

למרות כל זאת, יש לזכור כי תיאוריה של מומחיות היא כחרב פיפיות, שכן היא עשויה להציב מחסום דווקא בפני פיקוח חיצוני מצדם של מי שאינם ניחנים במומחיות הנושאת הרלוונטית למעשה המינהלי, ובהם – ברוב המקרים – בתי המשפט.²¹⁰ וכך אם בית המשפט חפץ להיכנס בעובי בקורה, שומה עליו להכיר במומחיות העודפת שבידי הרשות העומדת לבחינה,²¹¹ ואם חפץ הוא לסגת לאחור, פתוחה בפניו הדרך לנמק את הימנעותו בהתבסס על מומחיות הרשות שבפניו.²¹²

לבסוף, ניתן להציע, כי עלייתה של תיאוריה מתחרה לתיאוריה חגורת המסר במהלכו של דור 2.0 (תיאוריית המומחיות) מצביעה על ראשית הבנה של מגבלותיה של המתודולוגיה האידאית, ועל הצורך ליתן מענה לאתגרים קונקרטיים שמעלה המעשה המינהלי. עם זאת, הן תיאוריית חגורת המסר והן זו של המומחיות נוקטות פתרון (אידאי-נורמטיבי) דומה לסכנה הנשקפת לפרט (הקטן) למול המדינה (הגדולה). פתורנו המקובל של המודל האידאלי-נורמטיבי את הדילמה היסודית הזו הוא על דרך של השלכה או הטלה של חובות (למשל,

²⁰⁹ ראו לאחרונה פרשת מינוי נציב שירות המדינה, לעיל ה"ש 126, פס' 26, 45 לפסק דינו של הנשיא עמית. יוער, כי אפשר לבסס את חובת הנאמנות גם "רק" בהתבסס על הטענה כי פעולתו של איש הציבור שייכת למשפחת המצבים שבהם "בידיו של אדם הופקד אינטרס של אחר, אשר על הפעלתו הוא אמון". בדומה, למשל, ליחסי שליחות, ומכוח כך "חייב עובד הציבור לפעול . . . מתוך אמון ונאמנות." בג"ץ סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת העיר פתח תקווה, פ"ד פ"ד לד(2) 566, 571-570 (1980); ראו גם, למשל, בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331 (1971); ע"מ 8282/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד מבקר המדינה, פ"ד נח(1) 465, 471 (2003); בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 7, פס' 55 לפסק-דינו של השופט עמית.

ההבדל בין שתי הדרכים – שליחות/נאמנות לעומת מקצוענות המתבססת על מומחיות – הוא שעקרונות, הגישה השנייה עשירה יותר נורמטיבית ורעיונית ולכן בדרך כלל היא תתחום יותר את שיקול הדעת של הרשות. מעבר לכך, תפיסת השליחות מעלה את השאלה המקדמית: שולחו של מי הוא איש המינהל? ראינו, כי תיאוריית חגורת המסר רואה את המינהל כעושה דברו של המחוקק – ולא של הציבור. לדיון ביקורתי בתפיסת הנאמנות, ראו עמרי בן-צבי "על מגבלותיה של תיאוריית הנאמנות במשפט המנהלי" **דין ודברים** טז 15 (2022).

²¹⁰ ראו, מבין רבים, מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה", לעיל ה"ש 145.

²¹¹ לדוגמה דרמטית להתערבות בשיקול דעת מקצועי-צבאי, הגם שבית המשפט טורח להבהיר: "איננו מומחים לענייני צבא". ראו פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 192, בעיקר פס' 46-47 (פסק הדין נסוב אמנם על עילת המידתיות, אך אין זו נקודה מהותית לעניין הטיעון שכאן).

²¹² ראו, מבין רבים, בג"ץ 6269/12 הנהגת ההורים הארצית נ' שר החינוך (נבו 29.4.2015), בעיקר פס' 16, שם מרחיב השופט פוגלמן וקובע – בהתבסס על "מושכלות היסוד של הביקורת השיפוטית שלפיהן בית משפט זה אינו בא בנעלי הרשות, במיוחד כך בהכרעה בסוגיות מקצועיות מובהקות, שבהן נהנית הרשות מהידע המקצועי, מהמומחיות, ומהניסיון הרלוונטיים לקבלת ההחלטה". – כי "[ב]שונה מהמודל הקיים לעניין זה במשפט האזרחי – ככלל, אין מקום למינויו של מומחה מטעם בית המשפט בהליך המינהלי." לדבריו, "מינוי מומחה כאמור יביא להעתקת מרכז הכובד מהחלטת הרשות שהוסמכה לכך בדין לבית המשפט". ראו עוד בהרחבה, **ספר דותן**, לעיל ה"ש 4, בעיקר בפרק 5; Frug, לעיל ה"ש 15.

חובות נאמנות למחוקק/לציבור/לשר/לשלטון החוק) על המינהל.²¹³ כיוון שאנו צריכים/חוששים מהמדינה, אנו מייחסים לה – משליכים עליה – תפיסה נורמטיבית שקושרת עצמה לתפיסה דמוקרטית-אידאית.²¹⁴ עדיין, דומה שניכרת בדור 2.0 נכונות להביט על דילמות מינהליות בראיה ריאליסטית (מעט) יותר מזו שמציעים מבחני ההסמכה המסורתיים ומבחני שיקול הדעת "הישנים". בהמשך לכך, גוברת ההכרה כי הדילמה המינהלית הטיפוסית עצמה אינה בינארית, אלא מערבת לרוב בחינה של ריבוי אופציות.²¹⁵ דווקא כיוון שדור 2.0 נוקט ראייה ריאלית יותר של הסמכות המינהלית (תוך בחינה של הקשריה הרחבים) – הוא דרש מהרשות שקילה ראויה של אופני הפעלתה.

(ו) המהפכה החוקתית

שנות התשעים הציבו את זכויות האדם והאזרח כבסיס לפעילות המינהל הראויה ולפיקוח השיפוטי עליו. אכן, אם שנות השמונים היו שנותיהם של הסבירות והאקטיביזם בתחום המשפט המינהלי, הרי ששנות התשעים נצבעו, גם עבור המשפט המינהלי, בצבעי המהפכה החוקתית.

המהפכה החוקתית – על החוקתיזציה הסוחפת של המשפט הישראלי²¹⁶ והשינוי הקונספטואלי במעמדן של זכויות יסוד (מסוימות) שהיא חוללה – עוררה בעוצמה את שאלת היחס בין המשפט החוקתי לבין המשפט המינהלי.²¹⁷ כזכור, בעבר המשפט המינהלי הוא שנשא את זכויות היסוד על גבו, והוא שנתן להן תוכן, כפי יכולתו ותחת מגבלה ברורה: דברו של המחוקק. אך עתה – נאמר לנו²¹⁸ – ההכרה בזכויות יסוד היא נקודת המוצא לניתוח וגבולן ייקבע ברמה החוקתית העקרונית, אליה כפוף אפילו המחוקק. מכאן, קל וחומר, שרשויות המינהל אף הן כפופות לה. כחלק ממהלך דרמטי זה, גם כלי עבודה חוקתיים נדרו לתחום המינהלי, ובראשם פסקת ההגבלה שהפכה לכלי דומיננטי (גם) לבחינת חוקיות מעשי מינהל.²¹⁹ נראה, לכן, שחלו חילופי-תפקידים בין המשפט החוקתי למינהלי, ועתה זה האחרון

²¹³ השופט חשין בפרשת קונטרס, לעיל ה"ש 35: "יכולני להבין 'חובת הגינות' כי נטיל על הענקים כלפי גוליבר." שם.

²¹⁴ הכרה ב"מתחם הסבירות" מגלמת יסוד זה. ראו, מבין רבים, ר' למשל בג"ץ 659/07 התנועה למען איכות השלטון נ' שר הביטחון פס' 7 (2007).

²¹⁵ ראו, למשל, פרנסיס רדאי "חוקתיזציה של דיני העבודה" שנתון משפט העבודה ד 151 (1994) ולהלן ה"ש 220.

²¹⁶ לשאלה זו, ראו, למשל, הטקסט הסמוך לה"ש 239; ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי", לעיל ה"ש 26; ברק-ארז משפט מינהלי כרך א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20-26. דיון זה אינו ייחודי לישראל, כמוכן. ראו, למשל, Gillian E. Metzger, *Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law*, 110 COLUM. JOHN BELL & FRANCOIS LICHÈRE, CONTEMPORARY FRENCH ; L. REV. 479 (2010). Cane; ADMINISTRATIVE LAW 7-10 (2022), לעיל ה"ש 89, בעמ' 3-4.

²¹⁷ ראו, למשל, אהרן ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" הפרקליט מג 20 (1996).

²¹⁸ ראו, למשל, בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004), בעיקר פס' 24; בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003).

הוא שרכב על הראשון – ויש שיאמרו כי זה הראשון ממש בלע לקרבו את זה האחרון²²⁰ – וטושטש הגבול בין השניים.²²¹

בכל מקרה, המהפכה החוקתית החילה שינוי במהותו של המשפט המינהלי, בהשוואה למשפט המינהלי שקדם לו בדור 1.0, ושינוי זה שינה סדרי בראשית. אין הדגמה ברורה יותר לכך מאשר התמורה שהוא חולל בדוקטרינת הסמכות המינהלית. שילובן של עילת הסבירות ומהפכת הזכויות הוביל לזניחת גישה אחידה, פורמלית ונוקשה לשאלות של סמכות. תחת זאת, התגבשה גישה דיפרנציאלית, תלוית-הקשר ואיזונית במפגיע – אפילו בשאלות של סמכות. היה זה לאחר שתורת הבטלות (או התוצאה) היחסית, שאף היא צועדת מעבר לראיה פורמלית בנותנה משקל מרכזי לתוצאותיו של פגם מינהלי בעת קביעת "מחירו", תפגוש את שאלת הסמכות והזיווג "[נ] פרק את המשוואה האומרת כי חוסר סמכות שווה בטלות מוחלטת, לאחר שהתברר כי נזקה של משוואה זאת עולה על תועלתה."²²² למותר לומר, שקשה להלום את הדיבור על סמכות יחסית במסגרת הדיון הקלאסי, שבו מוקנית חשיבות עליונה לשאלת הסמכות והשאיפה היא לוודאות מרבית במיוחד במישור זה של הניתוח.²²³ אם בסמכות נפלה שלהבת והראיה הפורמאלית פינתה מקומה לראיה איזונית ומרחיבה, אין זה מפתיע שעדויות לה נמצאות לרוב בכל אתרי המשפט המינהלי.²²⁴ יש להדגיש עוד, כי עד כמה שהסמכות היחסית עוררה קשיים בשל האלסטיות שבה, בית המשפט הבהיר היטב הקשר מרכזי שבו תיערך בחינה קפדנית של הסמכות: בעת שהסמכות באה לסכן זכויות יסוד.

²²⁰ ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל בישראל" **הפרקליט** נה 5 (2022), ולהלן הטקסט הסמוך לה"ש 239.

לשלמות התמונה אעיר, כי גם אם המשפט המינהלי מצידו הזין את החוקתי, כפי שתעיד עליית עילת המידתיות (ראו לעיל ה"ש 192), עדיין אי אפשר היה להכחיש את הדומיננטיות לאורכו ורוחבו של המשפט הישראלי של השיח החוקתי שהפיקה, כך או אחרת, ההפיקה החוקתית; דומיננטיות שהמשפט המינהלי היה בוודאי חשוף אליה במיוחד. השוו עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** לו 713 (2013) ובג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 6, בפס' 99 לפסק הדין של השופט עמית.

²²¹ ראו, למשל, ע"א 6281/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט (4) 221, 2470 (1995) (השופט זמיר).

דומה כי התפתחות הנמשכת של דיני השוויון החוקתי – הגם שהחלוקה בין שוויון מינהלי לבין שוויון חוקתי נשמרת להלכה – מדגימה זאת היטב. ראו, למשל, בג"ץ 3390/16 **עדאלה נ' הכנסת** (נבו 08.07.2021). יוער, כי יש בהתפתחות זאת כדי להזכיר לנו כי המשפט המינהלי של זממנו הוא אכן רב-שכבתי.

²²² ע"פ 866/95 **סוסן נ' מ"י**, נ(1) 816, 793 (1996). ראו לעיל ה"ש 127.

²²³ ראו את פסק הדין של השופט מינץ בבג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 7; ברק, לעיל ה"ש 220, בעמ' 52-53; וכן ראו **ספר דותן**, לעיל ה"ש 4, פרק 12.

יחסה של הגישה הפונקציונלית לסמכות הוא מרחיק לכת יותר, במובן זה שנדמה שהיא הופכת את שאלת הסמכות למשנית. לפי גישה זו, הצורך החברתי הוא מקור הלגיטימציה – ומכאן, מקור הסמכות – למעשה המינהלי. ראו לעיל ולהלן הטקסט הסמוך לה"ש 84, 364-368.

²²⁴ למשל, בהקשרו של שיהוי: בג"ץ 2285/93 **נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה**, פ"ד מח (5) 630 (1994). ראו לאחרונה בג"ץ 19749-98-24 **הולצמן נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל** (נבו 8.10.24), פס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין.

דגש זה עלה בעיקר בהקשרה של פסקת ההגבלה, שיסוד ההסמכה הוא הראשון במרכיביה.²²⁵ נמצא, כי בעקבות המהפכה החוקתית דוקטרינות יסוד של המשפט המינהלי כוילו מחדש ולמעשה, כאמור, פונקציית המטרה שלהן שונתה: הבטחת מימושו של זכויות הפרט בזירה בה הן מאתגרות בצורה אינטנסיבית במיוחד, תחת ההסתפקות בהבטחת שלטון החוק (במשמעותו הווסטמינסטרית).

בטרם נמשיך כרונולוגית הלאה, יש להזכיר עוד בנוגע לתקופה הנדונה, כי, בדומה לעליית המדינה הרגולטורית, גם החשיבות הגוברת שהוקנתה במהלכה לזכויות יסוד ולעקרונות יסוד חוקתיים במשפט הישראלי לא היתה יוצאת דופן בראיה השוואתית. היא הדהדה מגמה עולמית רחבה, בעיקר לאחר נפילת ברית המועצות והקמתם של משטרים חוקתיים ליברליים על חורבותיה; מגמה שבמסגרתה מדינות רבות אימצו מודלים חוקתיים בעלי אוריינטציה אמריקאית, שבהם מוקנה לבתי משפט תפקיד מרכזי בשמירה על זכויות האזרח המעוגנות במגילת זכויות.²²⁶ בדומה, גם המשפט החוקתי הישראלי שונה, מאז שנות השמונים, את האוריינטציה שלו מאנגליה לארצות הברית. פסק הדין ההיסטורי בפרשת **בנק המזרחי**,²²⁷ שבו נזנחה דוקטרינת ווסטמינסטר האנגלית לטובת מודל Marbury האמריקאי, הבהיר זאת היטב.²²⁸

אם כך, מאמצע שנות ה-80 של ה-20 מדינת ישראל הצטרפה, בהתלהבות גוברת, לשתי המגמות הללו – המדינה הרגולטורית וחוקתיות – בתצורתן האמריקאית, במודגש. ניתן לטעון, לכן, כי אין זה מפתיע כי עם הצטרפותו של המשפט הציבורי בישראל למגמות אלה יגיע זמנה של ההצדקה הכפולה גם למשפט המינהלי תוצרת ישראל, כפי שנראה כאשר נעבור לדור 3.0.

(ז) ואולי אחרת? סבירות בשירות חזון פונקציונלי?

לפי התיאור עד כה, הסבירות והמהפכה החוקתית "הלכו יחדיו" והן "נועדו" לכך. למצער, במובן זה ששתיהן מקימות עילות לפיקוח שיפוטי ושתייהן פועלות באותו כיוון: יצירת תשתית להעמקתו. דיונית, הסבירות פתחה דלת רחבה לביקורת שיפוטית על השלטון, שלאחר המהפכה החוקתית הזמינה גם ביקורת חוקתית. מהותית, החשיבה במושגי הסבירות והמתודולוגיה של דוקטרינה זו הכשירו את הקרקע לחשיבה במושגי פסקת ההגבלה בכלל

²²⁵ למשל, בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המיסים**, פ"ד סד(2) 479 (2010).

התפתחות חשובה נוספת שיש להזכיר באותו הקשר נוגעת לכלל ההסדרים הראשוניים, שעלה בתקופה הנדונה. ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998); וכן, למשל, בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל** (נבו 2.7.2014); **ספר דותן**, לעיל ה"ש 4, פרק 15. לדיון מוקדם בכלל, ראו קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה", לעיל ה"ש 55. כן ראו להלן ה"ש 308.

²²⁶ יוסף ויילר ודורין לוסיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** לח 419 (2016). אך ראו רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטי של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501 (2016).

²²⁷ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 221.

²²⁸ Sagi, *Revisiting*, לעיל ה"ש 4.

והמידתיות בפרט. חשוב מכך, המהפכה בודדה אינטרסים חשובים במיוחד – זכויות יסוד – שיש לתת להם את המשקל הראוי להם בהפעלת שיקול הדעת הסביר של הרשות. אך ניתן להציע פרשנות אחרת לעליית עילת הסבירות. אם הסבירות אכן בישרה על עליית הערכים וירידת הפורמליזם במשפט הישראלי, ניתן להציע שהיא ביקשה לחזק ערכים שהוחנקו עד כה במשפט המינהלי הישראלי. למעשה, היא נועדה לתמוך בחזון אחר – **פונקציונלי** – למשפט המינהלי הישראלי, העומד במתח עם היחס הספקני הרווח במסורת הליברלית ובניאו-ליברליזם למעשה המינהלי. העובדה שטענת התבונה (reason) עומדת במרכז של הסבירות היא המרמזת על אפשרות זאת.²²⁹ גישה פונקציונלית תדגיש, כי אחד הדברים שמייחדים את העידן המודרני הוא עלייתו של היגיון פעולה חדש למדינה, תוך ניסיון מודע להמעט את כוחם של מוסדות שעמדו מסורתית בין המדינה לבין האזרחים ואשר היסטורית זכו לאוטונומיה יחסית (למשל, הכנסיה והאציל המקומי, על מוסדות השיפוט שלהם). זאת מתוך השאיפה לקיים קשר ישיר לאזרח²³⁰ ולכונן סדר חברתי שוויוני, דמוקרטי וחופשי יותר, שהתבונה מושלת בו.²³¹ לא עוד שמירה על סדר קיים נתון (שמקורו אלוהי או מסורתי, כלומר לא בהכרח רציונלי), אלא מדיניות מיטבית לרווחת החברה – זהו היגיון הפעולה הראוי למדינה לפי הגישה הפונקציונלית. בהתאם, חוקתית, ההסדרים המשפטיים שנקבעו במערב, ובהם החלוקה לשלוש רשויות, נועדו לקדם מטרה זאת; ומינהלית, אורגני המדינה חויבו לנהוג בצורה אחראית ונבונה, שהמילה reasonable לכדה אותה יפה. בראיה זו, הסבירות האיוונית והתקופה שבה היא עלתה היו "מודרניות" ושונות מקודמותיהן: שימור הסדר הקיים ועמידה (פורמלית) בנהליו לא עמדו במרכזן, אלא הניסיון לקבוע את התבונה כבסיס להרחבת השתרעות המדינה ובעיקר – להבטיח את איכות תוצריה. לגישה זו, הסבירות תפסה את השור בקרניו והגדירה מחדש – בפעולת naming קלאסית – את ליבת המעשה המינהלי: איזון בין אינטרסים נוגדים, וכן את המעשה המינהלי הראוי: איזון שקול ביניהם.²³² ובאותה נימה, הסבירות, שכולה במישור התוצאה, העלתה במודגש את השאלה בדבר איכות ההחלטות המינהליות, מבחינת תוצאתן. במובן זה, עליית הסבירות

²²⁹ כמו גם הטענה לכך שהיא "אובייקטיבית", ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 168, ו-Loughlin, לעיל ה"ש 79, בעמ' 370.

²³⁰ Tamar Herzog, *The Uses and Abuses of Legal Pluralism: A View from the Sideline*, 42 LAW & HISTORY REV. 221 (2023).

²³¹ Michel Foucault, *Governmentality*, in THE FOUCAULT EFFECT: STUDIES IN GOVERNMENTALITY 87 (Garham Burchell et al. eds., 1991).

לניסוח עוצמתי של אתוס זה, ראו אהרן ברק "שלטון החוק", בתוך **קובץ הרצאות לשופטים** (שמעון שטרית עורך, 1977) ("כמשפטים, איננו מוגבלים לפירושו והפעלתו של הדין הקיים. אנחנו חוד החנית של השאיפה לדין רצוי יותר, וטוב יותר. . . אנחנו הארכיטקטים של השינוי החברתי. לנו הכישורים לבנות שיטת משפטית טובה יותר, צודקת יותר").

²³² ראו, למשל, ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ב 769 (2017) (להלן: ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ב) ("ניתן לומר שעילת הסבירות היא עיקרון משפטי מתאים במיוחד לביקורת על החלטות מינהליות, בהתחשב בכך שתכליתן של החלטות אלה היא איזון בין אינטרסים חברתיים").

מסמלת את **עידן בקרת האיכות** במשפט המינהלי הישראלי. עניינה הישיר של הסבירות האיוונית²³³ הוא באיכות המעשה המינהלי והיא באה לקבוע לו תקן.²³⁴ לפי איזה סרגל? אם הסרגל שנבחר הוא סרגל הגישה הפונקציונלית, דרישתה של הסבירות היא כי המדינה תקדם מטרות הראויות למדינה המיטיבה.²³⁵

(ח) סיכום עם הפנים לדור 3.0

חלקו האחרון של הדיון בדור 2.0 גילה מתח מובנה בין שתי ההתפתחויות המרכזיות שארעו במסגרתו: עליית הסבירות והמהפכה החוקתית. דומה שכל אחת מהן מושכת לכיוון אחר: אם הסבירות נועדה לסייע בקידום מדיניות ציבורית מיטיבה, המהפכה החוקתית הציבה גבול "חזק" לכך; אם הראשונה באה להבטיח שהמדינה תקדם את רווחת הכלל, השנייה חיזקה את עמדתו של הפרט כנגד הכלל.²³⁶ בהצגה זו נוצר הרושם כי השרשת הסבירות האיוונית יכולה היתה להצטרף לניסיון להביא את המשפט המינהלי שלנו למחוזות פונקציונליים.²³⁷ שהרי עניינה הוא תבונת מעשי המדינה והיא היתה נשאת של הרחבה, עד אין קץ, של תחום ההשגה של הנורמטיביות שהמשפט נושא בשם המדינה. אך, בהלימה לזמנה, הלכה למעשה, היתה זו הרחבה רזה היא למדינה המחויבת לליברליזם, או אף לניאו-ליברליזם, ויותר ויותר להגיון פעולה שוקי. הלך מחשבה זה יהיה דומיננטי עוד יותר במשפט המינהלי של הדור הבא. כפי שנראה עוד רגע, דור 3.0 יתמוך בהלך חשיבה ספקני ביחס לרגולציה, שפרח בארצות הברית ובעקבותיה ברמה הגלובלית. עוד נראה, כי מהלך התפתחות זה יבנה מעילת הסבירות האיוונית, כלומר, הוא יבנה מהיסודות שהיא יצקה לביקורת נוקבת יותר של המינהל: פירוק שיקול הדעת המינהלי לגורמיו וקביעת מתודולוגיה להערכה שקולה (תתית משמע) של איכותו.

לבסוף, אבקש לציין, בדרכנו לדור 3.0, כי במהלך דור 2.0 פרסם ברוך ברכה שני כרכים שהוקדשו לתיאור סיסטמטי של פרקים מרכזיים של המשפט המינהלי הישראלי. בעיקר הכרך השני, שפורסם בשנת 1996,²³⁸ נטוע בחשיבה הנורמטיבית-אידאית ופסיקה בג"ץ היא מקור הסמך המרכזי שלהם. הניתוח בשני הכרכים מבסס יחס היררכי בין המשפט החוקתי לבין

²³³ להבדיל, רעיונית, מ"הסבירות ההליכית", ראו דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 77.

²³⁴ לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 188.

²³⁵ פרשת **דפי זהב**, לעיל ה"ש 150 והשוו ללוי-פאור, לעיל ה"ש 10 ("אפשר לראות בצמיחת המדינה הרגולטורית ביטוי לתפקיד המרחב והמתפתח של המדינה הקפיטליסטית ולא ביטוי לצמצומו").

דומה, שמשמעות זו של סבירות היא שבעצם ספגה את מירב הביקורת לאורך השנים, בטענה שהיא מערבת את אלה שאוכפים את הסבירות על המינהל בקביעת מטרות המינהל עד שניתן בידם הכוח לכפות את רצונם עליו. ראו, למשל, את חוות הדעת של השופט שטיין בפרשת **רותם**, לעיל ה"ש 89 ולעיל ה"ש 176.

²³⁶ אין בכך כדי לומר שאי אפשר ליישב בין השתיים, לפחות ברמה הדוקטרינרית. לראיה, כאמור, יש לשתייהן ביטוי בפסקת ההגבלה. עדיין יש תוקף לטענה, המכירה בקיומו של מתח בסיסי המונח בבסיס פסקת ההגבלה והמשפט המינהלי, אך הסוברת שאחת ממטרותיו של המשפט המינהלי (והחוקתי) היא להצביע על דרכי הפתרון הלגיטימיות של מתח זה ודומים לו. ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 46.

²³⁷ ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 81-84.

²³⁸ ברוך ברכה **משפט מינהלי** כרך שני (1996).

המשפט המינהלי, שבו האחרון הוא קבלן הביצוע של זה הראשון. לדברי ברכה, "[כללי המשפט המינהלי מעוגנים בעקרונות רחבים, העומדים ביסוד השיטה החוקתית, וכדי לרדת לסוף דעתם של הראשונים יש לחפש את הרציונליזציה החוקתית שלהם." ²³⁹ כפי שראינו, ראייה זו מייצגת נאמנה את דור 2.0. אך ישנם צדדים אחרים לסקירה המקיפה של ברכה. הכרך הראשון (1986) כולל אמנם עניינים שהעסיקו את דור 1.0 ²⁴⁰ אך גם כאלה שיהלמו את דור 3.0, למשל, פיקוח הכנסת – ולא בג"ץ – על חקיקת משנה, "הליכים פנים-משרדיים ובין-משרדיים" ושיתוף הציבור בהליכי התקנת תקנות. בכך מסמן ברכה מגמה שתתחזק בדור 3.0, כפי שנראה עוד רגע, להרחיב את הפרספקטיבה המוסדית, הדיונית והמהותית של המשפט המינהלי.

3. דור 3.0: דור הפוזיטיביזם הכלכלי

(א) מבוא: המעבר לדור 3.0

במהלך שנות ה-90 חל, כאמור, שינוי מדורג במקומו של בג"ץ בשדה הפיקוח השיפוטי על המינהל, עד שבשנת 2000 חל מהפך של ממש בשדה, עם מיסודם של בתי המשפט לעניינים מינהליים כפורום מרכזי לדיון במגוון רחב של ענייני מינהל. ²⁴¹ אכן, בשל מרכזיותו של בג"ץ בשדה יש לקבוע את שנת 2000 כשנת המעבר לדור 3.0 של המשפט המינהלי שלנו. אך דור 3.0, אליו נפנה עתה, מתאפיין לא רק בהרחבה אלא בדיאלקטיקה שבין הרחבה למיקוד. מחד, חלה במהלכו הרחבה של מוסדותיו של המשפט המינהלי (כפי שהדגימה מהפכת השיפוט בעניינים מינהליים), כמו גם של המתודולוגיות הנוהגות בו (עם החשיבות המוגברת המוקנית בו למידע אמפירי). מאידך, ניכרת בדור 3.0 התמקדות גוברת בנקודת המבט הכלכלית בהערכת ערכם של מהלכי מינהל ורגולציה, כך שמהלכים אלה נבחנים יותר ויותר בהשוואה לדרך ההתנהלות (האידאית) של השוק. כפי שנראה, יש קשר בין שתי ההתפתחויות. ככל שגבר קולם של טיעונים כלכליים-שוקיים ניאוו-ליברליים, התעצמה שאלת ההצדקה למעשה המינהלי. השיח הער בשאלה זו הוביל בתורו בארצות הברית, ובעקבותיה בישראל, ליצירת אב-טיפוס מוסדי חדש בדמות רגולטור של רגולטורים ²⁴² – והנה לנו דוגמה נוספת להרחבה המוסדית שבדור 3.0 – והוא אף הניב תיאוריות הצדקה חדשות, שגם רישומן כבר ניכר בארץ. לכן, אפתח את הדיון בחלקו הנוכחי של המאמר בהצגת הרקע לדומיננטיות המוגברת בדור הנוכחי לנקודת המבט השוקית-ניאו-ליברלית, אתאר את שיח ההצדקה שהיא עוררה ואת תוצאותיה (המוסדיות והאחרות). בכך יונח הבסיס לסעיפו האחרון של הדיון, בו אתייחס לריבוי המוסדי של הדור ואציע מהן, לדעתי, משמעויותיו.

(ב) המפנה הפוזיטיבי בחיפוש אחר הצדקה

²³⁹ ברכה **משפט מינהלי** כרך ראשון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 14-16.

²⁴⁰ למשל, שאלת סיווג הפונקציות אותן ממלא המינהל. ראו לעיל ה"ש 89.

²⁴¹ ראו לעיל ה"ש 133; ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב, לעיל ה"ש 232, בעמ' 619-625.

²⁴² ראו להלן ה"ש 281-283 והטקסט הסמוך להן.

אם דור 2.0 העלה את בקרת האיכות על פני השטח ונקט גישה נורמטיבית-חוקתית מקיפה בבחינת איכות ההחלטה המינהלית, דור 3.0 **מתרכז** בבקרת איכות, ואת האיכות הוא מודד בעיקר לפי סרגל כלכלי-אמפירי. כך שמצד אחד, זה האחרון מרחיב את המבט, ומצד שני, הוא מצמצמו. הוא מרחיב, בפותחו את הדלת רחב מבעבר למידע פוזיטיבי על-אודות המעשה המינהלי והמינהל; והוא מצמצם בכך שמתוך שפע התופעות הנגלות בעולם המעשה הוא מקנה קדימות לאינדיקטורים שהניתוח הכלכלי-פוליטי מגלה בהם עניין. כך ניתנת הבכורה לאינדיקטורים שהם עצמם נדרשים רק לפלח מסוים של המציאות הרגולטורית, ובהיותם תוצרי גישות כלכליות-פוליטיות ספקניות כלפי רגולציה, הם בוחנים פלח צר זה מנקודת מבט ספקנית. אם כך, בעוד שדור 2.0 הביט במבט **דורשני** על המעשה המינהלי, בהעמידו דרישות של איכות מהמדינה, מבטו של דור 3.0 הוא **ספקני**, בהטילו ספק מדעיקרא ביצילות המעשה המינהלי בכלל ורגולציה בפרט.²⁴³

נקודת המבט הספקנית נובעת מעמדה אידאולוגית-כלכלית ביקורתית יותר מבעבר של המעשה המינהלי בכלל, ושל רגולציה בפרט. אידאולוגיה זו נדרשת אף היא לתיאוריה מצדיקה, שתנמק את הפרספקטיבה שהיא מציעה על המעשה המינהלי. בנקודה זו הפניה לארצות הברית היא מאירת עיניים במיוחד. זאת כיוון שבארצות הברית שורטט בהרחבה ציר הצדקה, שבמסגרתו האידאולוגיה (הספקנית) התגבשה לכדי מודלים רגולטורים חדשנים ואלה בתורם מצאו ביטוי מוסדי ודוקטרינרי במשפט המינהלי האמריקאי. כפי שנראה, יש סיבות טובות לומר שישראל עוברת מהלך דומה – כיום. כלומר, ישראל פוסעת לאורך **ציר ההצדקה האמריקאי** אם כי בקצב משלה, כך שלמצער עד כה כל העת נשמר ג'ט לג בין ההתקדמות בארצות הברית לבין ישראל, הצועדת לה בבטחה מאחור. כך שהסתכלות משווה לארצות הברית עשויה לחשוף בצורה ברורה את הגיונו של המהלך וכן, במידה, את כיוונו, גם כאן בארץ. לפיכך, בשונה ממהלך הדברים במאמר עד כה, הפעם נקדים את הדיון בתיאור התיאוריות המצדיקות שהמעבר למתודולוגיה הפוזיטיבית-כלכלית הצמיח, תחילה בארצות הברית ואחריה בזירות רבות אחרות ולבסוף בישראל. פער הזמנים בין התפרסות ציר ההצדקה האמריקאי לבין מימושו בישראל יחייב אותנו לשוב תחילה לאחור על ציר הזמן.

נקודת המוצא שלנו כעת היא **תיאוריית המומחיות**. כפי שראינו, היתה זו התיאוריה המובילה בדור 2.0, והיא נשאה על גבה חלק עיקרי בהצדקת המעשה המינהלי ובמסגרת הפיקוח השיפוטי שאפיינו את הדור ההוא. אך כבר בעת שתיאוריה זו עלתה בישראל היא עמדה תחת מתקפה ממושכת בארצות הברית. מדוע?

נפתח בהבנה, כי ההכרה במומחיות/מקצוענות מובחנת, המקימה דרישה פנימית-פרופסיונאלית "משל עצמה", מחזקת את כוחו של המינהלן-המקצוען,²⁴⁴ שתחום עיסוקו מוכר כמעין-פרופסיה. וכפי שראינו, היסטורית, תיאוריית המומחיות קודמה במטרה לתמוך בהרחבת מעורבות המדינה בחיי הציבור. אך אליה וקוץ בה: ישנו מתח אינהרנטי בין תפיסה של מקצוענות ומומחיות לבין תפיסה פופולרית של הכרעה דמוקרטית: בעוד שהאחרונה

²⁴³ ואת דור 1.0 אפשר לראות כחשדני במהותו או כמאפשר/מזמין, לפי הגישה הפונקציונלית.

²⁴⁴ ע"מ 9341/05 **התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות**, פס' 7 לפסק הדין של השופט ארבל (נבו 19.5.2009).

מניחה שעקרונית כל אזור יכול להשתתף בדיון פתוח הנוגע למדיניות ציבורית, והוא אף מצופה לעשות כן, תפיסה של מקצוענות ומומחיות בנויה על הפרדה בין המומחה לבין ההדיוט (שהיא-היא מקנה את המומחיות); בעוד הראשונה רואה לנגד עיניה את להט המולת כיכר העיר, השנייה את קרירות חדר הניתוח.²⁴⁵ כלומר, מתקיים פה מתח בין גישה מדירה (מומחיות) לבין גישה מכלילה (דמוקרטיה ישירה).²⁴⁶

מתח זה התגבר ככל שהתרבו הטענות, כי (1) לא את הציבור הרחב משרתת הרשות אלא שהיא נוטה לפעול לטובת קבוצות מסוימות – לרוב, קבוצות מיעוט דווקא;²⁴⁷ ו-(2) ביצועיהן של רשויות רבות אינן מניחות את הדעת והתוצאות העלובות בשטח חותרות תחת היומרה למומחיות ומקצועיות בהתנהלותן.²⁴⁸ חזקה מכך, היו שטענו שתוצאות עלובות אלה הן, בין השאר, תולדה של המומחיות שבשמה פעלו אנשי המינהל, שכן מומחיות משמעה לרוב צמצום מזיק של נקודת המבט לתחום ידע אחד, כלומר היא מובילה להשתבללות, תוך התעלמות מתחומי ידע אחרים.²⁴⁹ והיו שקישרו בין שתי הטענות: לפי אחת הטענות, כישלונותיהן של רשויות המינהל נבעו בדיוק מהדפיציט הדמוקרטי של מהלכי רגולציה רבים, כלומר מפעולתם ההיררכית, בנוסח top-down, לרוב תוך החלה של כלל אחד למגוון עצום של הקשרים, שלפחות חלקם אינם מוכרים כלל לרגולטורים, היושבים להם בעיר הבירה המרוחקת, והמבקשים לאסדר את כל מחוזות הממלכה.²⁵⁰

בהתאם, כפי שנראה עתה, הביקורת כנגד ריכוז הליכי הרגולציה בידי סוכנויות המוחזקות כמומחיות בתחומן הובילה לשני תהליכים: שיתוף הציבור; ודה-רגולציה והסתמכות גוברת על השוק ועל היגיון שוקי בתהליכי רגולציה.

תחילה, כבר החל בשנות ה-60 עלתה בארצות הברית תיאוריה מצדיקה, שביקשה להשלים היכן שתיאוריית המומחיות החסירה. היתה זו תיאוריית שיתוף הציבור, אשר שמה במרכזה את הדמוקרטיזציה של ההליך המינהלי, בהתמקדה בניסיונות להנגיש את האפרטוס המינהלי לציבור רחב, לפתוח פתחים לקבלת משוב ממנו ולכלול מנגנוני דליברציה בהליכי

²⁴⁵ ראו, למשל, [The powers of the ICC v. Chicago, R.I. & P. Ry. Co., 218 U.S. 88, 102 (1910) Interstate Commerce Commission] are expected to be exercised in the coldest neutrality.”

²⁴⁶ Sagi, Triptych, לעיל ה"ש, *Error! Bookmark not defined.*, עמ' 448-449.

²⁴⁷ ראו את הדיון ב-"שבי רגולטורי", להלן בטקסט הסמוך לה"ש 273.

²⁴⁸ לניסוח מוקדם, ראו, למשל, George Nebolsine, Book Review, 48 YALE L.J. 929, 930 (1939) (reviewing JAMES LANDIS, THE ADMINISTRATIVE PROCESS (1938)). ראו עוד להלן ה"ש 256.

²⁴⁹ לניסוח מוקדם, ראו ALFRED NORTH WHITEHEAD, SCIENCE AND THE MODERN WORLD 197 (1925) (1997). כן ראו, למשל, S. BREYER, BREAKING THE VICIOUS CIRCLE 10-11, 18-23 (1993).

ראוי להוסיף בנקודה זו את המשך – ואף החרפת – המתקפה על טענות של מומחיות בזמננו, אנו, בהשפעתו הברורה של הפופוליזם. ראו כללית עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87 (2021). וראו להלן ה"ש 296.

²⁵⁰ ראו, למשל, Jody Freeman and Daniel Faber, *Modular Environmental Regulation*, 54 DUKE L.J. 795 (2005).

מינהל.²⁵¹ הפניה "החוצה" כדי לתקף את המעשה המינהלי לא היתה מקורית. כזכור, תיאוריית הפיקוח השיפוטי כבר הצביעה על מקור חיצוני-למינהל – בתי המשפט – על-מנת לתמוך בלגיטימציה של המעשה המינהלי.²⁵² תיאוריית שיתוף הציבור נקטה גישה דומה, אך הצביעה על מקור לגיטימציה אחר – הציבור.

תיאוריה זו נוכחת זה זמן גם בישראל. בשנים האחרונות פורסמו יוזמות רבות של הממשלה, רשויות מקומיות וגופי מינהל אחרים, שבמסגרתן הציבור – הציבור הרחב או ציבור שהיוזמה המסוימת רלוונטית לו במיוחד – הוזמן להביע את דעתו על הנושא שעל הפרק.²⁵³ יש להעריך שמגמת שיתוף זו תימשך. עדות מוקדמת יותר לתיאוריה דנן ניתנה לנו בדור ממנו נפרדנו לפני רגע. הכוונה היא לשינוי הדרמטי בגישת בג"ץ לשאלות של זכות עמידה ושפיטות בדור 2.0, שעליו עמדנו.²⁵⁴ משמעותו בהקשר הנוכחי היא הרחבת האפשרות הניתנת בידי הציבור לתקוף הליכי מינהל ובכך, בין השאר, להשפיע על מהלכם.²⁵⁵ יש להתעכב עוד קמעה על תיאוריית שיתוף הציבור, כיוון שעלייתה נוגעת לסוגיה פונדמנטלית בהיסטוריה של הרגולציה במערב וכן הואיל ויש בה כדי ללמד על הכיוון אליו ינוע הדיון התיאורטי בהמשך.

כאמור, תיאוריית שיתוף הציבור הונעה, בין השאר, מהרצון להזרים אנרגיה דמוקרטית-פופולרית להליך המינהלי, בין השאר, על רקע אכזבה גוברת מביצועי רשויות המינהל במהלך

²⁵¹ ראו, למשל, M. Seidenfeld, *A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARV. L. REV. 25 (1992); Steven P. Croley, *Theories of Regulation: Incorporating*, 98 COLUM. L. REV. 1, 76-86 (1998); Allen Buchanan, *Political Legitimacy and*, 80, 39-33, עמ' 249, לעיל ה"ש 80; Terry A. Bryer, *Public Participation in Regulatory Decision-Making: Cases from Regulations.gov*, 37 PUB. PERFORMANCE & MGMT. REV. 263 (2013).

²⁵² ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 95. אכן, ניתן לטעון כי גם תיאוריית חגורת המסר, הנזכרת לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 73, מצדיקה את מעשי המינהל בהסתמך על מקור חיצוני לו (חקיקת הפרלמנט). אך יש להזכיר, כי היא הונחה על תפיסה רזה של תחום הפעולה הראוי למדינה ושל הליכי אסדרה, ומכאן שהיא לא הצדיקה, בוודאי לא בצורה מקיפה או מספקת, חלק עיקרי ממה שהמדינה המודרנית של המאה ה-20 באה לעשות. ראו עוד לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 136.

²⁵³ ראו, למשל, מדרוך שיתוף הציבור בעבודת הממשלה (2017): www.gov.il/BlobFolder/aboutoffice/aboutshituf/he/shituf.pdf;

פורום ה-15 – פורום הערים עצמאיות [https://www.forum15.org.il] מדרוך שיתוף הציבור בתהליכי תכנון, גיבוש מדיניות וקבלת החלטות ברשויות המקומיות (2021): <https://www.forum15.org.il/uploads/n/1644402978.1752.pdf>. ראו עוד כללית, למשל, Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004); ברק-ארו אורח-נתני-צרכן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 49-71.

²⁵⁴ ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 144. עם הקמת בתי המשפט לעניינים מינהליים הוחלה הגישה המרחיבה הנ"ל גם בהם: ראו, למשל, ע"ס 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (נבו 24.3.2013).

²⁵⁵ Stewart, *Reformation*, לעיל ה"ש 3.

העשורים שלאחר מלחמת העולם השנייה בארצות הברית.²⁵⁶ כפי שראינו, חוט מקשר העובר דרך חלק נכבד מביקורות אלה נגע לריכוזיות והסגירות שאפיינה, לפי הטענה, את פעולת רבות מהן. ישנה מסורת ארוכה וחשובה של ביקורת נגד מעורבות מדינית בשוק, שבה הריכוזיות האפיסטמולוגית המאפיינת מעורבות שכזו עומדת במוקד.²⁵⁷ פרדריק הייזק, אחד הכלכלנים החשובים במאה ה-20, מזוהה עם עמדה ביקורתית זאת, והוא תרם להשרשתה בחוגים רחבים.

הייזק הנגיד בין תכנון מרכזי, הנעשה בצורה ממורכזת בידי המדינה, לבין מנגנונים מבוזרים ובלתי ריכוזיים – מעל הכל, השוק החופשי. לטענתו, מנגנונים מבוזרים הם מדוימים עדיפים לאיסוף ולהעברת מידע מאשר כל סוכנות תכנון ריכוזי, שכן אין זה מתקבל על הדעת שכל המידע הרלוונטי (למשל, האם, ועד כמה, מעדיפים האזרחים אופציה אחת על האחרת?) יהיה בידי הגורם המתכנן האחד.²⁵⁸ תוכחתו הנוקבת של הייזק כנגד תכנון כלכלי ריכוזי ואמונתו העמוקה (והמנומקת) במנגנוני השוק החופשי השתרעו אל מעבר לשאלות אפיסטמולוגיות, ויש לזכור כי הן הושמעו על רקע היריבויות האידאולוגיות הבין-גושיות המרות שקדמו למלחמת העולם השנייה ואלה שבאו אחריה. כנגד יריבויות האידאולוגיות של הדמוקרטיה הליברלית, הייזק ורבים אחרים שהתחייבו לקפיטליזם "חופשי" הציגו את מה שניתן לכנות "חזקת תקינות השוק", שמשמעה: חזקת עדיפות השוק החופשי על-פני מנגנונים מתחרים-ריכוזיים להשגת רווחה חברתית.

אכן, עבור תומכי הכלכלה החופשית, השילוב של כשלי המינהל לאורך השנים לצד בעיית המידע, בצירוף האמונה בעדיפותם של מנגנוני שוק, הצביעו על פתרון ברור: יותר שוק, כמה שפחות רגולציה מתוכננת-צנטרליסטית והעדפה ברורה למנגנונים הקרובים למנגנוני שוק והכרוכים במידה מועטה ככל האפשר של מעורבות והכתבה מצד המדינה.²⁵⁹

עלייתם של הנשיא רייגן, שהייזק היה אחד מגיבוריו, והאידאולוגיה הניאו-ליברלית, שנזכרו לעיל, העידה על ההצלחה הדרמטית אותה נחלה עמדה זו בזמנם. בשלב הבא של הדיון, נראה כי בידיו של הניאו-ליברליזם, רציונל מרכזי של תיאוריית שיתוף הציבור – *vox populi, vox dei*, או קול המון כקול שדי – יתגלם בתיאוריית הצדקה שבה ישלו הניתוח הכלכלי והאידאולוגיה הליברלית-קפיטליסטית. עם זאת, דוברי מודל שיתוף הציבור הציעו בדרך כלל לשפר, ולא לבטל, את ההליך המינהלי – בין השאר, בטענה כי שיתוף הציבור ישיב את המסד העובדתי שבפני הרשות – על דרך של הנגשת ההליך המינהלי לציבור

²⁵⁶ ראו Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y.U. L. Rev. 437, 446-447 (2003) (Stewart, *Admin. Law in 21 Century*), *Sagy, Triptych*; לעיל ה"ש *Error! Bookmark not defined.* עמ' 447-448.

²⁵⁷ ראו, למשל, HERBERT A. SIMON, *ADMINISTRATIVE BEHAVIOR: A STUDY OF DECISION-MAKING PROCESSES IN ADMINISTRATIVE ORGANIZATION* (2d ed., 1957).

²⁵⁸ 1 FRIEDRICH A. HAYEK, *LAW LEGISLATION AND LIBERTY* 14 (1973) ("the fiction that all the relevant facts are known to some one mind, and that it is possible to construct from this knowledge of the particulars a desirable social order.")

²⁵⁹ ראו להלן ה"ש 263.

והכללת מנגנוני דליברציה ציבורית רחבה בהליכים שבהם נקבעת מדיניות ציבורית.²⁶⁰ המהלך הניאו-ליברלי היה אחר, אם כי לא באופן מוחלט: גם מהלך זה נבנה על הטיעון הדמוקרטי, אך נתן לו משמעות שוקית-קפיטליסטית ברורה. גם הוא ביקש לגייס את האנרגיות של הציבור להטבת המדיניות הציבורית והכלכלה בארצות הברית, אך סבר שהמדיזמים השוקיים הם אמצעי מצוין לכך, ולבטח אמצעי טוב יותר מהכוונה ריכוזית.²⁶¹ הלך חשיבה זה הוביל לכמה מהלכים משמעותיים בשדה הרגולציה בארצות הברית, אנגליה וארצות נוספות:²⁶² הוא יתרום למהלכי דה-רגולציה והפרטה בארצות הברית ובאנגליה בימי רייגן ותאצ'ר;²⁶³ תחום הכלים הרגולטוריים יעבור מהפכה של ממש ברוחו;²⁶⁴ וכפי שנראה מיד, רבזה העיקר לענייננו, בחצרו של הנשיא רייגן תפתחנה תיאוריות מצדיקות-רגולציה שתלומנה אותו.

(ג) תורת הבחירה הציבורית

ישנה תחנה חשובה נוספת בה עלינו לעצור בדרכנו לתיאוריות ההצדקה (הניאו-ליברלית בעיקרן) שהצמיח ממסלולו של רייגן. הייאק עסק באופן רחב במשטר הדמוקרטי-ליברלי והעמיד זה כנגד זה מנגנונים של תכנון מרכזי למול מנגנונים שוקיים, מבוזרים וספונטניים, ואין שיעור להשפעתו האידאולוגית והתיאורטית על עליית הניאו-ליברליזם. אך המתקפה הממוקדת, הסדורה והאפקטיבית ביותר על הרגולציה, כפי שצמחה ורבחה בארצות הברית במחצית הראשונה של המאה ה-20, תגיע מקבוצה של חוקרים, שיפעלו במחצית השנייה של המאה ה-20 ויאוגדו תחת הכותרת *positive political theory* (או פשוט PPT).²⁶⁵ כנלמד

²⁶⁰ לעיל ה"ש 251-253.

²⁶¹ Stewart, *Admin. Law in 21 Century*, לעיל ה"ש 256.

²⁶² Levi-Faur, לעיל ה"ש 139.

²⁶³ ראו, למשל, D. SCHOENBROD, POWER WITHOUT RESPONSIBILITY 9-10, 126-129 (1993); AMY LUDLOW, PRIVATISING PUBLIC PRISONS: LABOUR LAW AND THE PUBLIC PROCUREMENT PROCESS (2015); Levi-Faur, לעיל ה"ש 139.

²⁶⁴ בתמצית, לאחר עשורים רבים של מונופולין לדרך הפעולה של "ציווי ושליטה", לפתע התחילו לקנות שביתה כלי רגולציה חדשים, שרובם ממעטים מאוד את התערבות המדינה ומותירים להמון, ל-populi, את הבחירה כיצד לנהוג. לדוגמה, רגולציה שעיקרה הטלת חובות פרסום מידע על גופי מינהל ועל פרטים, כלומר קביעת החובה לפרסם – פשוט לפרסם – מידע לציבור (אזהרה על גבי מוצרי טבק, למשל). הציבור שייחשף למידע – הוא שיחליט מה לעשות בו. הספרות הרלוונטית עצומה. ראו, מני רבים Lobel, להלן ה"ש 264; Stephen D. Sugarman, *Performance-Based Regulation: Enterprise Responsibility for Reducing Death, Injury, and Disease Caused by Consumer Products*, 34 J. HEALTH POL. POL'Y & Michael Herz, *Parallel Universes: NEPA Lessons for the New Property*, 1035 (2009); 93 COLUM. L. REV. 1668 (1993).

עוד להתפתחות כלי הרגולציה ראו, למשל, ריצ'רד ה' תיילר וקאס סאנסטיין *דחיפות קלות Nudge* (2020); פרשת *אלומיי אגירה שאובה*, לעיל ה"ש 118, פס' 33. כן יש לציין כי התפתחות דומה ארעה גם במדינות מתועשות נוספות, למשל, בגרמניה. ראו Eifert, לעיל ה"ש 25, בעמ' 208-209.

²⁶⁵ ראו, למשל, Mashaw, לעיל ה"ש 24.

משמו, גוף מחקר מסועף זה מחויב לראיה פוזיטיבית-אמפירית של מהלכי רשויות ציבוריות. במסגרת זו, זכתה להצלחה יוצאת דופן תורת הבחירה הציבורית.²⁶⁶ תורה זו חקרה – אמפירית – את אופני קבלת החלטות ציבוריות, ובחנה אותם בכלים כלכליים. היא הציעה לנתח את השדה הציבורי בדומה לשדה הכלכלי, בהיותה מחויבת ל-PPT. ואם יחסה לשדה הפוליטי היה כאל שוק (כלכלי), אז חלק עיקרי של תורת הבחירה הציבורית מוקדש להצבעה על כשלי השוק הציבורי.²⁶⁷ מספר חוקרים התמקדו בבחינה אמפירית וביקורתית של מתווים קונקרטיים של רגולציה של מסחר, תעשייה ושירותים, והעמידו שורה של מחקרים שבזכותם חלקם ילכו בדרכו של הייאק ויזכו אף הם בפרס נובל בכלכלה.²⁶⁸ לתורה זו, שהילת האמפיריקה והניתוח המדעי-לוגי בכלים כלכליים-מתמטיים נסוכה עליהם,²⁶⁹ היתה השפעה שאין להפריז בחשיבותה על ההיסטוריה של רגולציה במערב. העולם שסביבנו, בעיקר יחסי פרט-מדינה כפי שהם נחווים על ידנו, עוצב על ידה. את השינוי שביקשה לחולל תורת הבחירה הציבורית ניתן ללכוד בכך שהיא זנחה את התצוגה הקלאסית, שבה המדינה/הרשות הינה עיגול אחד מובחן, שכנגדו עומדת נקודה זעירה (הפרט), והעמידה כנגדה דיאגרמה בה חלקים שונים של המדינה ושל המינהל מאיישים עיגולים שונים, המרחפים בחלל לצידם של עיגולים גדולים וקטנים יותר.²⁷⁰

²⁶⁶ דאן, מני רבים, DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION (1991) ; James M. Buchanan, *Public Choice: The Origins and Development of a Research Program* (available on-line) ; DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE II (1989).

²⁶⁷ Croley, לעיל ה"ש 251, בעמ' 35-36 ; Jim Rossi, *Public Choice Theory and the Fragmented Web of the Contemporary Administrative State*, 96 MICH. L. REV. 1746, 1752 (1998).

²⁶⁸ דאן, למשל, GEORGE J. STIGLER, *Can Regulatory Agencies Protect the Consumer*, in THE CITIZEN AND THE STATE 178, 181 (1975) ; George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3 (1971).

²⁶⁹ אינני טוען, ואינני סבור שניתן לטעון, כי ממצאים אמפיריים "פשוט" הולידו את המחקר אל מסקנותיו. דאן Rossi, לעיל ה"ש 267. אי אפשר להתעלם מהשימוש שנעשה במחקרים אלא כדי לקדם לרוב אידאולוגיות ניאו-ליברליות, שיתורגמו בהמשך לקריאה לדה-רגולציה ולהפרטה של שירותים ציבוריים. הגם שיש בוודאי מקרים בהם גם עמדות אחרות, מתונות יותר, צמחו מתוך המחקר האמפירי (ראו להלן ה"ש 384) – אין ספק שהיסטוריה, השפעתם המרכזית של המחקרים הללו וזרמי החשיבה שליוו אותם היתה לכיוונים דה-רגולטוריים ולכיוונה הקטנת חלקה של המדינה בוודאי בשוק (ראו לעיל ה"ש 263 והטקסט הסמוך לה). חשוב להדגיש את הקירבה הזו בין עיקרו של המחקר האמפירי שאדבר בו עתה לבין האידאולוגיה הניאו-ליברלית שתמכה ונשמכה עליו, במיוחד כאשר נעשה שימוש גובר בעולם המושגים הפוזיטיבי – כפי שנעשה כיום במשפט הישראלי. הליכה בעקבות מונחים אלה ושימוש בהם כמטבע עובר לסוחר עשויה לנרמל בצורה בלתי ביקורתית את תמונת העולם שהם מבנים (ראו Frug, לעיל ה"ש 15). אין זאת שאין להידרש למושגי תורת הבחירה הציבורית ודומותיה, אלא שיש לעשות זאת תוך מודעות לגינאולוגיה ולשימוש האידאולוגי שנעשה בהם. זוהי אזהרת מסע חשובה להמשך דרכם של בתי המשפט בטריטוריה אליה דומה שהם נכנסו בצעד בטוח כעת. דאן לעיל ה"ש 42.

²⁷⁰ מעניין לציין, כי היו מלומדים שחגגו את ראית העולם האמפירית, רבת-העיגולים, כמאפשרת פלורליזם, כלומר את יצירתן של קואליציות שונות בהקשרים שונים, כיאה למשטר דמוקרטי-פלורליסטי. דאן JAMES M.

תצוגה גרפית זו נובעת ממחקרים שהראו כי גם המינהל/ן הינו בעל אינטרסים שונים, ושאינן לומר אפריורית שכולם הם "לטובת הכלל". כלומר, אם הראיה האידאליסטית-נורמטיבית טענה ביחס לרשות כי "[מ]שלה אין לה ולא כלום", הרי שבדיוק עמדה זו היא שנדחית כאן, בין השאר, בהתבסס על ממצאים פוזיטיביים מתחום הרגולציה ומתחומי דעת אחרים, כתורת האירגונים.²⁷¹ ממצאים אלה הצביעו, למשל, על דינמיקה של "דלת מסתובבת", שבה הרגולטורית של היום, עבדה בתעשייה המאוסדרת אמש או שיש סיכוי סביר שהיא תעבוד בה מחר, וחוזר חלילה.²⁷² בעיקר נטען, בהתבסס על ניתוח כלכלי קפדני, כי פעמים רבות רגולציה לא נועדה להיטיב עם הציבור הרחב אלא שהיא היטיבה דווקא עם המגזר המאוסדר. מכאן עלתה הטענה, כי הרגולציה בממוצע הינה פרוטקציוניסטית כלפי התעשייה, חרף הדיבור הרווח על כך שהיא נועדה לקדם תועלות חברתיות כלליות (למשל, קידום התחרות "החופשית"). טענה זו מוכרת כתופעת השבי הרגולטורי.²⁷³ קו טיעון זה הוא שעמד, בין השאר, מאחורי הטענה שאם שבי, פרוטקציוניזם והעדפה מובנית למעטים על פני הרבים הם פניה של הרגולציה הציבורית – בהקשרים רבים, אם לא בכולם, עדיף לוותר עליה כליל.²⁷⁴ לוותר עליה לטובת מה? לטובת השוק החופשי, כך במיוחד לאורם של ניתוחים כלכליים של מהלכי רגולציה של הממשל הפדרלי בארצות הברית אשר הצביעו על העלות הגבוהה וחוסרת הפרופורציה שכללים רגולטוריים משיתים על התעשייה – ודרכה לרוב על הצרכן.²⁷⁵ חוט שני נמשך בין המהלכים התיאורטיים הללו. כאמור, מתקפה מתוזמרת זו על הרגולציה בארצות הברית ניזונה ברובה מהאידאולוגיה הניאו-ליברלית, המקדשת דמות

BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *THE CALCULUS OF CONSENT* 288 (1962); ARTHUR MAASS, *CONGRESS AND THE COMMON GOOD* 3 (1983).

²⁷¹ יאיר שניא "למנצח שיר מזמור? לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל" *משפט וממשל* טז 65 Steven J. Eagle, *Economic Salvation in a Restive Age: A Demand for Secular* ; (2014) *Salvation Has Not Abated*, 56 CASE W. RES. L. REV. 569, 574 (2006). לניתוח פורמטיבי קלאסי, ראו JAMES G. MARCH & HERBERT A. SIMON, *ORGANIZATIONS* (1958). אך ראו גם Shapiro & Wright, לעיל ה"ש 95.

²⁷² ראו, למשל, Louis L. Jaffe, *The Effective Limits of the Administrative Process: A Reevaluation*, 67 HARV. L. REV. 1105 (1954).

²⁷³ ראו, מני רבים, למשל, Samuel P. Huntington, *The Marasmus of the ICC: The Commission*, 61 YALE L.J. 467 (1952) Daniel Carpenter & David; *the Railroads, and the Public Interest*, 61 YALE L.J. 467 (1952) Moss, *Introduction, in* PREVENTING REGULATORY CAPTURE: SPECIAL INTEREST *W. KIP VISCUSI, FATAL ; in RISKS, COSTS, AND LIVES SAVED* 167 (R. Hahn ed. 1996) Rossi; INFLUENCE AND HOW TO LIMIT IT (D. Carpenter & D. Moss eds., 2013), לעיל ה"ש 267. אך ראו גם, למשל, Shapiro & Wright, לעיל ה"ש 95.

²⁷⁴ ראו, למשל, Noll, *Regulation After Reagan*, 12 REG. 13 (1988).

²⁷⁵ ראו, למשל, T. Tengs ; CASS SUNSTEIN, *FREE MARKET AND SOCIAL JUSTICE* 322-326 (1997) & J. Graham, *The Opportunity Costs of Haphazard Social Investments in Life-Savings*, W. KIP VISCUSI, *FATAL ; in RISKS, COSTS, AND LIVES SAVED* 167 (R. Hahn ed. 1996) Breyer, *TRADEOFFS* 249-251, 263-265 (1992), לעיל ה"ש 249.

אידאית של השוק החופשי, כמו גם של הפירמה העסקית.²⁷⁶ בהתמקדו, כאמור, באינדיקטורים כלכליים-עסקיים, הניאו-ליברליזם מקנה מקום של כבוד לשורת הרווח/הפסד הכלכלי-עסקי ומגלה חיבה רבה לחישובי עלות/תועלת כלכליים – (אף) כאשר שאלות של מדיניות ציבורית עומדות על הפרק.²⁷⁷ (גם ואולי במיוחד) בהתבסס על פריזמה זו, הניאו-ליברליזם הנחיל את התפיסה שהזכרנו כבר, לפיה “המדינה היא הבעיה”; היא בהחלט אינה הפיתרון, כפי שסברו קודם לכן אדריכלי המדינה המינהלית. בה בעת, תורת הבחירה הציבורית וקרובותיה הזינו מצידן את האידאולוגיה הניאו-ליברלית, ונתנו בידי תחמושת רבה, המגובה בחישוב מדעי, כנגד רגולציה מדינתית בכלל, ומתווי רגולציה “יקרים” בפרט. חשיבה זו תורגמה למתודות לבחינה כלכלית-אנאליטית של ערכם של מתווי רגולציה, ובשלב הבא – מתוך כוונה לנכש, או ממש לבקר, הצעות רגולטוריות שחשובי עלות/תועלת מגלים כי עלותן הכוללת יקרה מדי. כוונתן של מתודות אלה הובהרה היטב כאשר ממשלו של רייגן הוסיף ברוחן שכבת ביקורת נוספת לרגולטורים, שמעתה יצטרכו להצדיק עצמם בפני Regulatory Oversight Body (שזכה, כמקובל, לראשי תיבות: ROB). וכדי להבהיר את חשיבותו של המוסד הרגולטורי החדש, נקבע מושבו בקצה הפירמידה של הרשות המבצעת האמריקאית: בבית הלבן.²⁷⁸ שם, סמוך לשולחנו של הנשיא, נקבע מרכז העצבים של הרגולציה בארצות הברית עם הקמתה של רשות מיוחדת שתפקידה היה – והוא עודנו – להעמיד מתווי רגולציה פדרליים²⁷⁹ במבחני מתודות כלכלית-אנליטית, שלפיהן

²⁷⁶ אין בכל האמור כדי להציע כי הביקורת הכלכלית על הרגולציה או שהקריאה לערוך רגולציה של הרגולציה היו משוללות יסוד בהכרח, אלא להאיר זרקור על כך שהן נתפסו על ידי רבים כמשכנעות, במיוחד ברבע האחרון של המאה ה-20 בארצות הברית – ונראה שגם לאחר מכן. ראו להלן הטקסט הסמוך לה”ש 288.

²⁷⁷ Lauren B. Edelman, *Rivers of Law and Contested Terrain: A Law and Society Approach to Economic Rationality*, 38 LAW & SOC. REV. 181 (2004).

²⁷⁸ המהלך נעשה בשורה של צווים נשיאותיים. ראו בעיקר Executive Order 12,291, 46 Fed. Reg. 13193 (1981); Executive Order 12,498, 50 Fed. Reg. 1036 (1985); (1980) כן ראו להלן ה”ש 279 ובמיוחד ה”ש 288.

יצוין כי ROB היה חלק ממגמה רחבה יותר, שכן תורת הבחירה הציבורית תרמה לגל גלובלי של רפורמות בבירוקרטיה מדינתית (בהן New Public Management), שראשיתן בשנות ה-80, בכוונה לשפר את תפקודן, להוזיל עלויות ובעיקר להפוך אותן ליעילות וזאת באמצעות החלה של עקרונות הפעולה של עסקים ותאגידים מסחריים. אחד העקרונות המרכזיים שהודגשו במסגרת זאת היה של ריכוז הסמכות בידי ראש הפרמידה האירגונית – במינהל הציבורי: הנשיא, ראש הממשלה, השר וכדומה – במטרה להגביר את יכולתו לשלוט באירגון המינהלי שמתחתיו, לאחר שהתברר עד כמה יש לטרוח על “נאמנותו למקור” של איש המינהל. ראו, מני רבים, Peter Aucoin, *Administrative Reforms in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes and Pendulums*, 3 GOVERNANCE 115 (1990). קריאות להדק את הריכוזיות ברשות המבצעת בארצות הברית עלו כבר בשנות ה-30, בידי קבוצה של חוקרים שקובצו תחת Science of Administration. ראו, למשל, RICHARD POLENBERG, REORGANIZING ROOSEVELT’S GOVERNMENT: THE CONTROVERSY OVER EXECUTIVE REORGANIZATION 1936-1939 (1966). גישת “המשפט המינהלי הפנימי”, להלן ה”ש 349 והטקסט הסמוך לה, נסמכת גם על ספרות זאת.

²⁷⁹ עד כה, הצווים הנשיאותיים הרלוונטיים (ראו לעיל ה”ש 278 ולהלן ה”ש 288) פטרו מתחולתם הליכי מינהל ועניינים מסוימים (למשל, עניינים הנוגעים לצבא ורגולציה שעלותה נמוכה מרף מסוים) כמו גם סוכנויות

יקבע אם דינן לשבט או לחסד.²⁸⁰ כך קיבלה ההטיה האידאולוגית הליברלית-שמרנית כנגד רגולציה ביטוי מוחשי, בתורמה לעליית שלב חדש בהיסטוריה של הרגולציה בארצות הברית, ובעקבותיה בעולם; שלב בו מפעל הרגולציה הלאומי מוכפף לביקורתו (הפנים-אקזוטיבית) של גוף ייעודי שהוא "רגולטור של רגולטורים".²⁸¹ התפתחות מוסדית זאת היא בעלת חשיבות רעיונית ומעשית עצומה, כך בוודאי בארצות הברית²⁸² אך הרבה מעבר לה.²⁸³ היא יצרה אב-טיפוס שיהפוך לגלובלי, וסימנה עליית מדרגה בפיקוח המושת על הרגולטורים. יהיה זה פיקוח אפקטיבי וסדיר, שכן הוא נעשה בשם ראש האקזוטיבה – ולא בידי בתי

רגולטוריות עצמאיות (ראו לעיל ה"ש 70). הנשיא טראמפ, לעומת זאת, הבהיר סמוך לכניסתו המחודשת לבית הלבן כי הוא מבקש להחיל מדיניות חדשה בנדון. ביום 14.2.2025 פורסם צו נשיאותי מיוחד (Executive Order 14,215, 90 Fed. Reg. 10447 (2025): <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2025-02-24/pdf/2025-03063.pdf>) המחיל את מסגרת הפיקוח הנשיאותית האמורה גם על סוכנויות אלה (כולל על פעילות רגולטורית של the Board of Governors of the Federal Reserve System). זוהי התפתחות מרעשה בהיסטוריה של הרגולציה הפדרלית בארצות הברית, אך מוקדם, כמובן, להעריך את השפעתה.

ההנמקה הנכללת בצו זה של הנשיא טראמפ כוללת את הדברים הבאים –

[P]revious administrations have allowed so-called 'independent regulatory agencies' to operate with minimal Presidential supervision. These regulatory agencies currently exercise substantial executive authority without sufficient accountability to the President, and through him, to the American people. Moreover, these regulatory agencies have been permitted to promulgate significant regulations without review by the President.

These practices undermine such regulatory agencies' accountability to the American people and prevent a unified and coherent execution of Federal law. . . .

Therefore, in order to improve the administration of the executive branch and to increase regulatory officials' accountability to the American people, it shall be the policy of the executive branch to ensure Presidential supervision and control of the entire executive branch.

גם להתפתחות זאת יש, כמדומה, הקבלות בהתפתחויות אינטלקטואליות בדיסציפלינות אחרות, למשל, בקרימינולוגיה. ראו

YOAV MEHOZAY, A SCIENCE OF OTHERNESS? REREADING THE HISTORY OF WESTERN AND US CRIMINOLOGICAL THOUGHT (2023).

ראו, מבין רבים, Nicholas Bagely & Richard L. Revesz, *Centralized Oversight of the Regulatory State*, 106 COLUM. L. REV. 1260 (2006).

Gillian E. Metzger & Kevin M. Stack, *Internal Administrative Law*, 115 MICH. L. REV. 422, 1239, 1256, 1286 (2017); Jennifer Nou, *Intra-Agency Coordination*, 129 HARV. L. REV. 422, 453-455 (2015).

ראו יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" משפט, חברה ותרבות – מסדרים רגולציה: משפט ומדיניות 425 (2016) (להלן: רויטמן "הרפורמה").

המשפט, על המגבלות הכרוכות בפיקוחם.²⁸⁴ כמו כן, הוא יהיה חיוני לפעולת הסוכנויות הרגולטוריות, הנדרשות לציון "עובר" כדי לקדם מהלכי רגולציה. ויובהרו מיד ארבעת אלה: ראשית, הן המתודה הכלכלית-אנאליטית והן המבנה המוסדי שנקבע לרשות עמדו תחת מתקפה.²⁸⁵ הביקורת המרכזית כוונה נגד המוטיבציה הברורה של מהלך זה, שבו הופקדו "כוחות-על" בידו של רגולטור של רגולטורים הפועל מתוקף קרבתו לנשיא: להצר את צעדי הרגולטורים ולצמצם את תחומה של הרגולציה.²⁸⁶ מתנגדי מגמה זו תקפו, בין היתר, את הנחותיה הניאו-ליברליות של המתודה הנחזית לניטרלית ולמדעית, הדברים שהיא לוקחת בחשבון ואלו שאין היא לוקחת בחשבון (למשל, מחירו של היעדר רגולציה), החשש מהשפעתם של גורמים – רבי עוצמה ממילא – הקרובים – ממילא – לגורמי ממשל.²⁸⁷

שנית, כל הממשלים מאז רייגן ועד היום – כולל ממשלים דמוקרטיים (ולא רק רפובליקניים) – השאירו מנגנון זה של רגולציה של רגולטורים על כנו.²⁸⁸ אין ספק שזוהי עדות לחשיבות שיוחסה למנגנון זה, כמו גם לקבלתה הנרחבת של חשיבה ספקנית לכל הפחות ביחס לערכה הכלכלי של רגולציה, ממש עד ימנו. שלישית, ההתפתחות דגן הציפה שינוי תפיסתי ביחס להליך המינהלי: למול התפיסה המקובלת, המדגישה את "חשיבותו של הליך מנהלי כתנאי להבטחת תקינות החלטתה של הרשות",²⁸⁹ התבססה ההבנה שההליך עשוי לשמש כחסם בפני פעולת מינהל. ראייה משלימה זו של ההליך המינהלי הציפה מקרים בהם גורמים רבי-עוצמה דרשו שהרשות

²⁸⁴ למשל, בתי משפט נדרשים לעותר כדי לפעול. כמו כן, בתי המשפט לא ניחנו בדרך כלל במומחיות הנושאת הנדרשת לפיקוח. ראו לעיל ה"ש 212 וכללית ספר דותן, לעיל ה"ש 4, פרק 3.

²⁸⁵ ראו, למשל, E. ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS (1993).

²⁸⁶ למשל, Richard H. Pildes & Cass R. Stewart, *Admin. Law in 21 Century*, לעיל ה"ש 261; Lisa; Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, 62 U. CHI. L. REV. 1 (1995); Heinzerling, *Political Science*, 62 U. CHI. L. REV. 172 (1995).

²⁸⁷ רייטמן "הרפורמה", לעיל ה"ש 283; Nina A. Mendelson, *Disclosing "Political" Oversight of*; 283 Shapiro & Wright; *Agency Decision Making*, 108 MICH. L. REV. 1127 (2010), לעיל ה"ש 95, בעמ' 584-583.

²⁸⁸ ראו, למשל, בתקופת קלינטון: Executive Order 12,866, 58 Fed. Reg. 51735 (1993), וכללית, Shapiro & Wright, לעיל ה"ש 95, בעמ' 604-608. כן ראו לעיל ה"ש 279 לעניין מדיניותו יוצאת הדופן של הנשיא טראמפ לעניין זה.

²⁸⁹ בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (נבו) 4.4.2021, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות. כן ראו, למשל, בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לד(3) 29 (1983); בג"ץ 8987/22 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (נבו, 2.1.2025) (להלן: פרשת תיקון פקודת המשטרה), למשל, פס' 159-162 לפסק דינו של מ"מ הנשיא (בדימוס) פוגלמן; דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 77 ("סבירות הליכית"); ברק-ארז "נתונים אמפיריים", לעיל ה"ש 42, בעמ' 52.

תקפיד על דרישות הליכיות, ויזמו הליכים מכבידים במטרה זו, שלא על-מנת להיטיב את ההליך המינהלי הרלוונטי אלא כדי לקבור אותו.²⁹⁰ רביעית, התפתחות זאת חיזקה מגמה של השרשת מנגנונים שבאמצעותם נקבעים יעדים ברורים ומדידים לסוכנויות הרגולטוריות (על ידי הקונגרס או הנשיא),²⁹¹ לאור הביקורות הגוברות על מהלכן של הסוכנויות הרגולטוריות.²⁹² היא איפשרה פיקוח חיצוני הדוק יותר, ולכן היא בהחלט קשורה לניסיון לדחוק את תחומן של הסוכנויות הרגולטוריות – ואולי להכשיר את הקרקע, בהמשך, אם יוכח שאין הן יכולות להשיג יעד שהוגדר כרצוי חברתית, לביטולן. אין ספק שהתפתחות זו העידה על הירידה בערכן של תיאוריות מצדיקות, בעיקר תיאוריית המומחיות, שמכוחן ניתנה לרשויות מינהל בעבר סמכות רחבה ששיקול דעת רחב בצידה.²⁹³

כנגד כל אלה, ניתן לטעון כי עלייתן של מתודות כלכליות לניתוח רגולציה, ובעיקר לניתוח תוצאותיה, באה לתת מענה לסוגיה כאובה הקשורה בהתמחותן הגוברת של הסוכנות הרגולטוריות; התמחות המקימה מחסום בפני שקיפות של ממש ובפני אחריותיות דמוקרטית. בשפה הולמת יותר להקשר הדברים: היא יוצרת בעיית נציג אקוטית, על אי-השוויון במידע הכרוך בה.²⁹⁴ ניתן לטעון, כי המתודולוגיה הכלכלית דגן מציעה פתרון מסוים לכך. היא אינה "מוותרת" על הניסיון לקבל מהרגולטור הנמקה או הצדקה למעשיו, והיא אינה נעצרת למול טענת המומחיות. אלא שהיא מציעה תשתית – מושגית, מתודולוגית ומוסדית – לקבלת מענה נגיש ממנו. הקמת רשות שהיא רגולטורית של רגולציה, ושהתמחותה שלה היא בניתוח כלכלי של רגולציה, משתלבת יפה בכך. ראשית, רשות מפקחת זו נשענת על ראש האקזקוטיבה, ולכן יש בידה "להפוך את השולחן" ולדרוש מהרגולטור שידבר בשפתה שלה. שנית, היא מבססת מתודולוגיה אחידה המחייבת את כל גופי הרגולציה. שלישית, היא מנסה להתגבר על מחסום המומחיות של הרגולטור בכך שהיא מבודדת שורה של קריטריונים כלכליים, כלומר קריטריונים ברי-המרה (לפי הטענה) לכל תחום, ודורשת מהרגולטור להראות כיצד הוא עומד בהם. רוצה לומר, אפשר שלא לאהוב את האידאולוגיה שאפיינה את ההתפתחויות הנדונות, אך עדיין ניתן להעריך את הניסיון הנמשך להבטיח ביקורת אפקטיבית על המינהל, תוך הרחבת קשת המוסדות המגויסים למשימה זו.

²⁹⁰ HORWITZ, לעיל ה"ש 63, בעמ' 246-233; Cass R. Sunstein, *Paradoxes of the Regulatory*; Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. State, 57 UNIV. CHI. L. REV. 407 (1990); Natural Resources Defense Council, Inc., 435 U.S. 519 (1978); להלן ה"ש 318.

²⁹¹ ראו, למשל, Herz, לעיל ה"ש 264, עמ' 1684-1680; Joel A. Mintz, *Agencies, Congress and Regulatory Enforcement: A Review of EPA's Hazardous Waste Enforcement Effort*, 18 ENVTL. L. 683 (1978-1979).

²⁹² לעיל ה"ש 256.

²⁹³ לביקורת על מגמה זו, ראו, למשל, Sidney Shapiro, *Why Administrative Law Misunderstands How Government Works: The Missing Institutional Analysis*, 53 WASHBURN L.J. 1 (2013).

²⁹⁴ ראו, למשל, Nou, לעיל ה"ש 282.

לבסוף, אם נשוב לשאלת ההצדקה של המעשה המינהלי, ההתפתחויות המתודולוגיות-מוסדיות שתוארו (ובעיקר, עליית ROB) ביססו בכתיבה האמריקאית שתי תיאוריות חדשות של לגיטימציה למינהל – ובהדגשה, למעשה הרגולטורית. שתיהן מנסות להצדיק רגולציה במקור חיצוני לרשות הרגולטורית, בדומה לתיאוריית הפיקוח השיפוטי ותיאוריית שיתוף הציבור. האחת, **תיאוריית הפיקוח הנשיאותי/אקזקוטיבי**, שטענה ללגיטימיות הרגולציה בהסתמך על הלגיטימציה הדמוקרטית המוקנית לנשיא/ראש האקזקוטיבה, בו בחר הציבור. הוספת מנגנון הרגולציה של הרגולציה וקביעתו בבית הלכן נתנה ביטוי לתיאוריה זו.²⁹⁵ השנייה, **תיאוריית ההצדקה הכלכלית-אנאליטית**, נשענה על הצדקה כלכלית במובהק לרגולציה, ונובע ממנה כי רגולציה שאינה עומדת במבחן המתודה הכלכלית-אנאליטית שהזכרנו זה עתה אינה מוצדקת.²⁹⁶

(ד) חזרה למולדת

אין ספק, כי המפנה הפוזיטיבי מורגש בדור האחרון בארץ. השופט שטיין סיפק לאחרונה אילוסטרציה עוצמתית לכך כאשר הוא העמיד תורת משפט ציבורי פוזיטיבי, שבמסגרתה (דיני) ראיות, עובדות וקביעות פוזיטיביות הן שחורצות משפט – גם משפט כה סבוך ורווי ערכים כבג"ץ **הסבירות**. לדידו, השאלות הנכבדות שעמדו בפני בית המשפט "הן שאלות עובדתיות" ותשובותיו "אף הן נטועות בעולמן של עובדות אמפיריות, ולא במקום אחר".²⁹⁷ בבג"ץ **הסבירות** נמצא לשטיין חבר מפתיע לדרך: השופט סולברג, אשר העז לקרוע את המסכה מעל פרקטיקה מושרשת היטב להערכת כוונת המחוקק באמצעות קריאת דברי ההסבר, לדבריו, לאחר שניגלה לו "שאותם דברי-הסבר, עליהם אנחנו מסתמכים תדיר בפרשנותם של חוקים, כלל לא נכתבו על-ידי חברי הכנסת, ואף לא קיבלו את אישורם".²⁹⁸ הנה לנו שתי עדויות לנוכחות הגוברת של טיעונים פוזיטיביים (או, בניסוח אחר: המציגים עצמם כפוזיטיביים) במסגרת ההנמקה המשפטית דהיום.²⁹⁹ דוגמא נוספת להטמעת תובנות פוזיטיביות אודות המינהל בהנמקה המשפטית מצויה בדיונו הביקורתי של יצחק זמיר בהלכת **מיכלין**, שהיא הלכה יסודית של המשפט המינהלי

²⁹⁵ נוסח הצו הנשיאותי שפירסם לאחרונה הנשיא טראמפ, הנזכר לעיל בה"ש 279, נותן ביטוי מועצם לגישה זו. ראו שם.

כן ראו, למשל, James Blumstein, *Regulatory Review by the Executive Office of the President*, 51 DUKE L.J. 851 (2001); Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARV. L. REV. 2245 (2001); Shapiro & Wright; לעיל ה"ש 95.

²⁹⁶ בהמשך לאמור לעיל בה"ש 249, ועוד יותר מכך – בהמשך לאמור לעיל בה"ש 279, דומה כי עליית הפופוליזם, גם בארצות הברית, עשויה להוביל לירידת קרנו של המודל האנליטי (המבוסס על טענות מומחיות) ולעליית קרנו של המודל האקזקוטיבי-ריכוזי, שקל יחסית להתאימו לטענות פופוליסטיות.

²⁹⁷ בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 7, פס' 20 לפסק דינו של השופט שטיין. ראו בדומה בבג"ץ 5119/23 **התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת**, פסקאות 35-36 לפסק דינו (26.10.2023); ברק-ארז "נתונים אמפיריים", לעיל ה"ש 42.

²⁹⁸ בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 7, פס' 167.

²⁹⁹ לראשית התפתחות מקבילה, שמקורה במחקר, גם בהליכי חקיקה. ראו ברק-ארז "נתונים אמפיריים", לעיל ה"ש 42, בעמ' 44.

שלנו. דרך טיפולו של זמיר בהלכה זו היא מאירת עיניים וחשובה לתזה של מאמר זה. בפרשה זו החליט הפקיד המוסמך בניגוד לעמדת השר ובית המשפט נתן תוקף לעמדת הפקיד. הלכת **מיכלין** אמנם נקבעה בשנת 1950 אך היא עדיין "חוק טוב" (good law) בארץ. השופט דונקלבלום, שלמד משפטים באנגליה, קבע בה כך: "אם חוק מעניק כוח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה, ועל כל פנים אינו מחויב להישמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו – ולא לאחרים – את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת. להיפך, יש אסמכתא לדעה כי, אם פקיד כזה יפעל על-פי הוראת השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה."³⁰⁰

הלכה זו עולה בקנה אחד עם הגישה האידאולוגית-נורמטיבית. ההנמקה שמציג השופט דונקלבלום הינה פשוטה ומוכרת. הוראות חקיקה נושאות משא נורמטיבי ניכר בשל המשקל

³⁰⁰ בג"ץ **מיכלין**, לעיל ה"ש 185. ישנה פסיקה קודמת שתומכת בה. ראו פרשת **סופר**, לעיל ה"ש 122, בעמ' 375. לפסיקה עכשווית, ראו, למשל, פרשת **איגוד האינטרנט הישראלי**, לעיל ה"ש 254, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

אך ראו בג"ץ 33/50 **ברגטל נ' יו"ר הוועדה העליונה לעובדי ממשלת א"י**, פ"ד ד 634, 639 (1950), שבו הכיר בית המשפט (גם במקרה זה מפי השופט דונקלבלום) בכך שככל שהמדובר בהסמכת **שר** בחקיקה, שאז "אם למעשה מינה השר בפירוש או מכללא פקיד מסוים לטפל באותם העניינים [הכרוכים בהפעלת הסמכות שהוענקה לשר בחקיקה – י.ש.], ופקיד זה פעל בתוקף הסמכויות שנמסרו לו (כלומר לפקיד), הרי פעולותיו תהיינה חוקיות." אך ראו לאחרונה פרשת **תיקון פקודת המשרה**, לעיל ה"ש 289, פס' 120, 169 לפסק דינו של מ"מ הנשיא (בדימוס) פוגלמן, וראו להלן בה"ש 325.

זמיר מבקר את צמצום ההלכת **ברגטל** למשרת שר (וראו ס' 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה), והוא תמה מדוע, כפי שראינו, היא לא הוחלה על "נושאי משרה בכירות אחרים, כגון ראש עירייה, היועץ המשפטי לממשלה, מפכ"ל המשטרה וכיוצא באלה," זאת כחלק מטענותיו בעד קביעת שיטת ההסמכה המוסדית "העקרון ההיררכי" (להלן הטקסט הסמוך לה"ש 303) – במקום שיטת ההסמכה האישית שקבעה פרשת **מיכלין**, לעיל ה"ש 185 – כבירת המחל בשראלי. כך שבעיקרון, אם בשיטת ההסמכה האישית "החוק קובע מראש מי האדם שיפעיל את הסמכות," בהסמכה מוסדית השאלה מי יפעיל את הסמכות (שהוענקה למוסד, כלומר, לעומדים בראשו) "היא עניין של מינהל פנימי" [ר]מי שעומד בראש הגוף, למשל, השר, הוא המחליט, אם בעצמו ואם באמצעות אחרים במשרד, מי יפעיל סמכות זאת]. "יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 810, 815, 811 (2017).

כפי שמסביר זמיר (לעיל, בעמ' 811, 824-825), מדינות שונות קובעות שיטות הסמכה שונות, ואין זה המקום לדיון השוואתי רציני. אסתפק בהערה קצרה: מעניין לציין כי התקדים האנגלי עליו נסמך השופט דונקלבלום בפרשת **מיכלין**, לעיל, 560 All E.R. [1943] *Carlton Ltd. v. Commissioners of Works*, נתפס כמבסס גישה מוסדית דווקא. ראו ברכה **משפט מינהלי** כרך שני, לעיל ה"ש 238, עמ' 195-199. מנקודת המבט המוצגת במאמר הנוכחי, אין פלא בדבר שכן התקדים האנגלי התאים יותר לזמנה של המדינה המינהלית האנגלית בשעתה: הפרשה נדונה בזמן מלחמת העולם השנייה – עם עליית מדינת הרווחה הבריטית (ראו לעיל ה"ש 82) – ובהתאם, נדונו בה סמכויות חירום דרסטיות שפתחו פתח להתערבות ממשלתית נרחבת (ראו, למשל, בג"ץ 2740/96 **שנסי נ' המפקח על היהלומים**, פ"ד נא(1) 481 (1997), פסק דינו של השופט חשין). לבסוף, ובהמשך לכך, בהכללה, הפסיקה בארצות הברית השרישה את שיטת ההסמכה המוסדית, וקבעה את ענייני מינהל פנימי מחוץ לתחומה. ראו, למשל, *Nou*, לעיל ה"ש 282. אך זהו אינו סוף העניין, שכן ישנה מסורת חשיבה אמריקאית שביקשה לשים את ענייני הפנים במרכז העיסוק של המשפט המינהלי, ואנו חווים היום בניסיון נמרץ להחיות את המסורת הזאת, ולקבוע את ענייני הפנים בליבת העיסוק של המשפט המינהלי. ראו להלן ה"ש 348 והטקסט הסמוך לה.

המיוחד שמיוחס להליכי חקיקה פרלמנטריים ובשל שיקולים של לגיטימציה שזוכים למענה מספק, בראיית גישה זו, בהסמכה חקוקה.³⁰¹ לפיכך, אם המחוקק קבע בדבר חקיקה כי הסמכות נתונה לנושא משרה מסוים – לכאורה, לו ולא לאחר – הרי פשיטא שיש ליתן תוקף לקביעה זו, והתערבותו של נושא משרה אחר – אפילו יהא זה השר הממונה או הממשלה – חותרת תחת מבנה הסמכה זה. מ.ש.ל.

זמיר סבור לעומת זאת כי הלכה זו שגויה. נימוקו המרכזי הוא כי הלכת בית המשפט "יצרה נתק בין המשפט לבין המציאות". נראה לזמיר כי בית המשפט העדיף את "הלוגיקה המשפטית", "שהדגים הניתוח של דונקלבלום", "ככל הנראה בלי שהיה מודע כראוי להשלכה של פרשנות זאת על היעילות המינהלית".³⁰² לדעתו, יש לשנות את ההלכה ולהחיל את "העקרון ההיררכי".³⁰³

דרכו של זמיר מדגימה כמה ממאפייני דור 3.0. ראשית, הטיעון הוא טיעון של יעילות – בדיוק סוג היעילות שרפורמות מינהל בהשפעה תאגידית ביקשו לקדם.³⁰⁴ "כדי שהמינהל הפנימי יהיה יעיל", הוא כותב, "[י]ש להקנות למנהל של גוף מינהלי, הנושא באחריות להתנהלות של הגוף, סמכות רחבה להחליט בעניינים פנימיים של אותו גוף".³⁰⁵ שנית, זמיר חורג במוצהר מתחום הדיון של הגישה האידאית, שהלוגיקה המשפטית, ולא אמפיריקה, מונחת בבסיסו. עצם העלאת הדיון הזה, באופן הזה ובזמן הזה, על ידי זמיר היא אינדיקטיבית, שכן הבירור שנערך בו הולך מעבר לשאלה האם ניתנה סמכות ולמי היא ניתנה אל עבר שאלות של מהות ההסמכה ועמידה על התנאים המיטביים שבהן היא תיושם. בה בעת, יש להודות כי הניתוח שמוביל זמיר שומר, ואף יחריף, את המבט החיצוני של המשפט המינהלי על הרשות, ומבחינה זו הוא מעורר קושי אינהרנטי. זמיר מבקש לקבוע את העיקרון ההיררכי כביררת המחדל במשפט המינהלי הישראלי בשמה של היעילות, אך הוא עוצר בכך ואינו צועד את הצעד המתבקש הבא: בחינת השאלה האם, תחת עקרון זה, כללי המינהל הפנימי הנוהגים הלכה למעשה ברשות הרלוונטית, שאת החלטתה יש לבחון, הוא יעיל וראוי.³⁰⁶

301 ראו לעיל ה"ש 72-73 והטקסט הסמוך להן.

302 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 818, 819 (2017). אך ראו שם גם בעמ' 823.

303 שם, בעמ' 822 ואילך. להשלמת התמונה יצוין כי לאורך השנים בית המשפט מצא דרכים יצירתיות, שחיי המעשה הכתיבו, כדי לחמוק מהחלטה דווקנית של ההלכה. ראו, למשל, בג"ץ 678/88 **כפר ורדים נ' שר האוצר**, פ"ד מג(2) 501 (1989).

304 ראו לעיל ה"ש 278.

305 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב, לעיל ה"ש 302, בעמ' 803.

בהקשר זה, ראוי להזכיר את הנטייה גוברת של המחוקק בדור האחרון לעבור מהסמכה אישית, שבה הוא נוקב בנושא משרה מסוים בתוך המינהל כבעל הסמכות (נגיד, הממונה על התעבורה במשרד התחבורה: ראו בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1 (1997)), להסמכה מוסדית (משרד התחבורה או המוסד לביטוח לאומי), שבה "המוסד, ובפועל מי שעומד בראש המוסד, יקבע בעצמו מי וכיצד יפעיל את הסמכות מטעם המוסד", כפי שמסביר זמיר. זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב, לעיל ה"ש 302, בעמ' 824. ראו עוד שם, בעמ' 828-823.

306 לגישה שונה, ראו להלן ה"ש 348 והטקסט הסמוך לה ("משפט מינהלי פנימי").

כנגד זאת, חשוב לציין, כי (גם) בארץ ניכר רישומם של מהלכים רציניים, הנכנסים בעובי הקורה של עבודת המינהל מתוך מטרה להבטיח את מהלכה היעיל ובניסיון להבטיח כי היא תניב תוצאות ראויות. במה דברים אמורים? דומה כי החקיקה הישראלית מגלה כיום נטייה לקבוע בצורה קפדנית יותר את מטרות הרשות ואמות המידה שינחו אותה, בדומה לגל הפסיקה שקבע את כלל ההסדרים הראשונים³⁰⁷ ואת החובה לקבוע הנחיות מינהל, ואף להתקין תקנות, בהקשרים רבים, תחת הכלל לפיו "ללא אמות מידה וכללים ברורים, אשר לאורם תתקבל החלטת הרשות המנהלית, החלטותיה עשויות לחטוא בשרירותיות מעצם טיבן, באופן המנוגד לכללי המינהל התקין".³⁰⁸ חוק עקרונות האסדרה, שהתקבל בארץ בשנת 2021 ושעל חשיבותו נעמוד עוד רגע, מדגים מגמה זו, במיוחד כאשר משווים בין סעיפי העקרונות/המטרות בו לבין חקיקה פרדיגמטית של דורות קודמים, כדוגמת חוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953. סעיף 2 לחוק עקרונות האסדרה ("עקרונות מנחים") כולל הנחיה מתודולוגית נרחבת באשר לאופן הראוי שבו יש לערוך אסדרה: על המאסדר השוקל להציע דבר אסדרה לבסס עצמו בנתונים, לבחון חלופות, לשקול את השפעת האסדרה המוצעת על שורה של אינטרסים, להקפיד על כך שאסדרה זו תקדם את "התחרות הענפית" ותביא "להפחתת יוקר המחיה". הסעיף ממשיך וקובע גם קווים מנחים להליך האסדרה, בין השאר, בהתבסס על אמות מידה מקובלות ומוכרות: על המאסדר להנחות עצמו לפי "כללים מקובלים במדינות עם שווקים משמעותיים". לעומת זאת, הסעיף המוקדש ל"מטרות החינוך הממלכתי" שבפתח חוק חינוך ממלכתי אינו כולל כל ערך מיד. ³⁰⁹ הסעיף כולו מכוון לאופן פעולתם של מוסדות הלימוד: עליהם "ללמד" את תלמידותיהם ותלמידיהם נושאים שונים, "להנחיל" להן ולהם ערכים שונים, ו"לטפח" בקרבן ובקרבם ערכים שונים. הסעיף אינו כולל שמץ הכוונה באשר לדרכים שבהן יש לקדם מטרות אלה. ובעיקר אדגיש כעת, שהסעיף אינו עוסק בתוצאות (מדידות) של פעילויות חינוך אלה. רק "הקלט" – יעד ההוראה – נדון בסעיף, ולא "הפלט" – תוצאתה של ההוראה.

חוק עקרונות האסדרה מלמד, כי החיפוש אחר מקורות הצדקה מורגש היטב כיום גם בארץ.³¹⁰ בהמשך לאמור, ניתן היום בהחלט לומר, כי **תיאוריית הפיקוח האקזוטיבי** אומצה בישראל. גם בישראל הוקמה רשות-על רגולטורית בחוק עקרונות האסדרה, שהתקבל בארץ

³⁰⁷ ראו ה"ש 225 לעיל.

³⁰⁸ ע"מ 8277/17 זיור נ' שור הפנים (21.7.2022), פס' 91 לפסק דינה של הנשיאה חיות. ראו עוד בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (נבו) (01.03.2021), פס' 1-7, 45-48 לפסק דינה של הנשיאה חיות; רע"פ 3676/08 זנו נ' מדינת ישראל (נבו) (27.7.2009), פס' 31 ו-36-39 לפסק דינו של השופט גזבראן, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל; בג"ץ 31238-09-24 השר לביטחון לאומי נ' היועצת המשפטית לממשלה (נבו), (9.3.25) (להלן: פרשת השר לביטחון לאומי), פס' 24-28 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 5 לפסק דינו של השופט ככור, אך ראו גם פס' 89 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו.

³⁰⁹ להוציא אולי את ס"ק 13, אשר הוסף בשנת 2018.

³¹⁰ לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 158.

בשנת 2021.³¹¹ אף כי חוק עקרונות האסדרה החיל גירסה "מוחלשת" של אב-הטיפוס האמריקאי,³¹² רקעו ועברו של החוק מלמדים, כי הוא מצטרף למגמה גלובלית בקרב המדינות המתועשות, אירגון ה-OECD והאיחוד האירופאי לטייב את תהליכי הרגולציה שלהן, כאשר הטבה בסביבת עבודה זו מנוסחת בראש ובראשונה במונחי יעילות כלכלית.³¹³

בכך התלוותה ישראל לחיפוש הגלובלי אחר אסטרטגיות פעולה ברוחו של אב-הטיפוס האמריקאי; אסטרטגיות שקובצו תחת הכותרת המזמינה: Better Regulation. "תנועה" גלובלית זו שמה במוקד את המודלים האנליטיים לחישוב עלות/תועלת של רגולציה. כנרמז, היא חובקת שיח ומילון מונחים משותפים ומנחילה אותם במעגלים הולכים ומתפשטים. כך הולך ורווח היום הדיבור במושגי המתודה להערכת השפעות הרגולציה, המוכרת בראשי התיבות RIA (Regulatory Impact Assessment).³¹⁴ ואל לנו להטריח עצמנו בחיפוש אחר תרגומים מוצלחים למונחים הללו, שכן חוק עקרונות האסדרה עושה את העבודה עבורנו: הוא מדבר במישרין על "אסדרה מיטבית" ועל "תהליך הערכת השפעות אסדרה".³¹⁵

אמת, ייתכן כי הראיה המסורתית לא היתה מקנה לחוק עקרונות האסדרה חשיבות יתירה לענייננו.³¹⁶ וזאת, אדגיש, לא רק כיוון שהחוק התקבל רק לאחרונה וכידוע, לא אחת האמור בחוק עלי ספר אינו מגלה או מנבא את השפעתו במציאות ובעתיד, אלא בשל בית היוצר של הכללים, שהחוק קבעם ולא פסיקה תקדימית בתחום המשפט המינהלי. אך יש לקוות שהניתוח במאמר יבהיר מדוע טמונה חשיבות רבה בחוק עקרונות האסדרה. החוק עשוי לחולל שינוי של ממש בשדה הרגולציה בארץ ובכך לשנות את פני המשפט המוקדם לה – הוא המשפט המינהלי. החוק מלמד כי אף לתיאוריית ההצדקה הכלכלית-אנאליטית יש מהלכים בארץ, כנלמד מהמתודה שאותה הונחתה רשות האסדרה ליישם בחוק עקרונות

³¹¹ לרקע להקמת רשות האסדרה, ראו, בין היתר, רייטמן "הרפורמה", לעיל ה"ש 307. כן ראו ניר קוסטי ודוד לוי-פאור "רגולציה 'עודפת' בישראל? ניתוח תפוקת החקיקה הראשית והמשנית בישראל, 1948–2017" מחקרי רגולציה ב' 25 (2020); החלטת ממשלה – רגולציה חכמה: יישום המלצות ה-OECD מיוני 2018: RIA על מדיניות הרגולציה בישראל (נובמבר 2018):

www.gov.il/BlobFolder/generalpage/dec4398/he/file_RIA_4398.pdf

³¹² לפי נוסחו של החוק כיום, רשות האסדרה היא במעמד מיעץ בלבד. ראו, למשל, ס' 7 ו-21 לחוק. כן ראו להלן ה"ש 318.

³¹³ אורלי אלמגור-לוטן, דינה צדוק ומיכל לורר היבטים בטיוב רגולציה ובעבודת גופי פיקוח על רגולציה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2021); רייטמן "הרפורמה", לעיל ה"ש 307.

³¹⁴ מובן, כי גם גלובליזציה זו חשופה לביקורות מהסוג שאוזכרו זה עתה לצד ביקורות על סוכני ההפצה של "התנועה" (כדוגמת ה-OECD). ראו, למשל, Peter M. Haas, *Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination*, 46 INT'L ORG. 1 (1992).

³¹⁵ ראו גם לעיל ה"ש 311. כן ראו את הפרסום באנגלית מטעם משרד ראש הממשלה, THE PRIME MINISTER'S OFFICE, A GUIDE TO RISK MANAGEMENT IN REGULATION AND PUBLIC POLICY (June 2018): https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/reg-risk-management-guide/he/file_file_Management171018.pdf.

³¹⁶ השוו לבן-צבי וצמח, לעיל ה"ש 3, בעמ' __. אכן, אני סבור כי בנקודה זו חל עירוב בין הניתוח התיאורי לבין המתווה הנורמטיבי שעליו מושתת הדיון דשם, ובכל מקרה, לגישתי, ההצדקה הכלכלית-ניאו-ליברלית אינה זוכה שם לדומיננטיות שהיא ראויה לה בדור הנוכחי.

האסדרה. כצפוי, במרכזה עומד תהליך ה-RIA; ועוד כצפוי, כניסוחו בחוק, גם בארץ תהליך זה דורש, בין השאר, לשקול "חלופות אחרות" לאסדרה, "ובכלל זה חלופות שאינן אסדרה." מסיבה זו, ככל שגופי פיקוח כרשות האסדרה ישפיעו על פועלם של רשויות מינהל, לא ניתן יהיה לתאר את המשפט החולש על מלאכת הרגולציה בארץ מבלי לכלול אותם בדיון. ככל שמתודות כלכליות תשארנה דומיננטיות בשיח וככל שהן תשמשנה להערכת ערכו של המעשה המינהלי, לא ניתן שלא לכלול אותן בין כללי הפעולה של הרשות המינהלית.³¹⁷ יתירה מכך, מוצאו הרעיוני של החוק, השפעתו על תחום הרגולציה בארצות הברית, וההבנה כי הכבדה הליכית על המינהל עשויה בהחלט להוביל לחסימתם של הליכי מינהל ולעיתים זו גם כוונתה³¹⁸ – כל אלה מלמדים עד כמה חיוני הוא לכלול את החוק במסגרת תחומו של המשפט המינהלי המודרני "הסטנדרטי".

כמו כן, לאחרונה ניתן ביטוי חסר תקדים בישראל לתורת הבחירה הציבורית אף בפסיקה וכך הוסר הספק: **תיאוריית ההצדקה הכלכלית-אנאליטית** מצאה לה מקום (גם) בפסיקה הישראלית.³¹⁹ היה זה בפרשת **זליגמן**,³²⁰ שעסקה בשאלת המשקל שעל בית המשפט להקנות

³¹⁷ ראו להלן ה"ש 344 והטקסט הסמוך לה. כן ראו בג"ץ 8205/17 **פרטנר תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת** פס' 3 (נבו 2018) ("עתירות מסוג זה נשלטות על-ידי עקרונות המשפט המינהלי, אך מחדות מורכבויות שלא היו מוכרות בגדרן של עתירות 'מסורתיות' יותר. מורכבויות אלה אינן מונעות כמובן ביקורת שיפוטית, אך מחייבות תשומת לב מיוחדת. תכניו של ההסדר הרגולטורי הם בדרך-כלל מסועפים ומבוססים על החלטות מקצועיות מובהקות. ביצועו של ההסדר הרגולטורי כפוף לא אחת למנגנוני ביקורת פנים-מינהליים, בנוסף לביקורת השיפוטית. ההקפדה על יישומו של ההסדר הרגולטורי היא חשובה, בשל השלכותיו על האינטרס הציבורי."; ולאחרונה, פרשת **אלומי אגירה שאובה**, לעיל ה"ש 118, פס' 33-34, שם מדבר בית המשפט על "[...] מרחב הרגולציה הגמיש... המופעל כיום."

³¹⁸ ראו להלן ה"ש 289-290 והטקסט הסמוך להן.

בעת כתיבת שורות אלה, עומדת לדיון הצעת חוק עקרונות האסדרה (תיקון – פקיעת אסדרה), התשפ"ג-2023 (פ/25/2213), שיזם חה"כ דן אילוז (הצעות חוק זהות הוגשו בכנסת הקודמת והנוכחית). הצעת החוק תשנה את אופיו של החוק בכך שהיא מציעה מנגנון אישור תקנות בידי ועדות הכנסת. לפי דברי ההסבר, "כך, רגולציה לא רלוונטית ומיושנת תפקע אוטומטית, ורגולציות אחרות יצטרכו לעמוד בפני בחינה מחודשת, עלויות הציבור יפחתו ועסקים יוכלו לפעול בשוק כלכלי פשוט וברור הרבה יותר."

³¹⁹ עדות נוספת להסתמכות גוברת על מושגי-ניתוח מתחומי הכלכלה ומדע המדינה בהנמקת בית המשפט ניתנת בבג"ץ **דואר ישראל**, לעיל ה"ש 198, בפסק הדין של השופט כבוב. כן ראו, למשל, ע"א 8331/17 **רשות מקרקעי ישראל נ' באטה**, פס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 12.7.2020); בג"ץ 7170/17 **עמר נ' שר הפנים**, פסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 21.8.2019). בדומה, גם הספרות המוקדשת למשפט המינהלי כוללת התייחסות מפורשת אליו. ראו, למשל, דפנה ברק ארז "צאמנות, אמון והגינות במשפט המינהלי" **חובות אמון בדין הישראלי** 171, 178 (רות פלאטו שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים 2016).

³²⁰ דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח** (נבו 4.7.2021); ראו גם רע"א 9778/16, ע"א 7488/16 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח** (נבו 31.5.2018). להלן אתייחס בעיקר לדיון הנוסף. בהמשך לאמור לעיל בה"ש 31, יובהר כי לענייננו השאלה האם הניתוח במושגי הבחירה הציבורית היווה חלק מ"הרציו" של פסק הדין פחותה בחשיבותה מהעובדה שתוך זמן קצר פרשה זו הניבה מבול של מאמרים שנדרשים למונחים אלה. ראו להלן ה"ש 330.

לעמדתו הפרשנית של הרגולטור (שם, המפקח על הביטוח) ביחס להנחיותיו.³²¹ בדיון הנוסף בפרשה זכו מונחי הבחירה הציבורית לדומיננטיות חסרת תקדים בפסיקה, בדומה לספרות הדור הנוכחי שבה מונחים אלה הופכים יותר ויותר להילך חוקי.³²² את עמדת הרוב בדיון הנוסף מוביל המשנה לנשיאה מלצר.³²³ לא רק שהשמות המפורשים – שבי רגולטורי ודלתות מסתובבות – נזכרים בהרחבה בדבריו, אלא שהוא גוזר את מסקנתו במוצהר לאורם.³²⁴ לגישתו, במקרים בהם עולה חשש לקיום שבי רגולטורי, שעה שפרשנות המאסדר פועלת לטובת הגופים עליהם הוא מפקח (שחקנים חוזרים, עתירי אמצעים, מתוחכמים ומאוגדים) וכנגד הציבור הרחב המהווה קבוצה מבוזרת הסובלת מפערי מידע, יש להתחשב בכך, לבחון את פרשנותו של המאסדר בזהירות רבה וליתן משקל נמוך יותר לעמדתו הפרשנית.³²⁵

³²¹ השוו להחלטתו הדרמטית האחרונה של בית המשפט העליון בארצות הברית: Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. __ (2024), בה נהפכה הלכה Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

³²² ראו, למשל, עמיתו כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" משפט וממשל יא 317 (תשס"ח); רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על שבי רגולטורי" פורום עיוני משפט מד (התש"ף); מטר בן ישי "חזקת אי התקינות המנהלית בענף הביטוח? טיפולוגיה של מאסדר הנתון בשבי רגולטורי" מאזני משפט טו 137 (2022); ברק-אריז משפט מינהלי כרך א, לעיל ה"ש 2, בפסק 1.

³²³ די להזכיר שוב כי דנ"א זליגמן נפסק בדעת רוב דחוק של ארבעה שופטים כנגד שלושה כדי להבהיר שהמאבק על דמותו של המשפט המינהלי והציבורי שלנו רחוק מהכרעה אפילו בקרב שופטי בית המשפט העליון ואינני מכריז פה על "ניצחונה" של הגישה הנגלית בדעת הרוב האמורה. יחד עם זאת, עלייתה, בצירוף הספרות הנזכרת להלן בה"ש 330 (שאפשר להוסיף עליה), מלמדת שיש לראות בה כיום כגירסה (אחת) משמעותית של המשפט המינהלי הישראלי הדיום. ראו עוד להלן ה"ש 325.

³²⁴ שם, בעיקר בפס' 52-77.

³²⁵ דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 337, בפס' 54, 59 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר. כן ראו שם את דברי השופט (כתוארו אז) פוגלמן והשוו לעמדתו בפרשת תיקון פקודת המשטרה, לעיל ה"ש 289; כן ראו פרשת מינוי נציב שירות המדינה, לעיל ה"ש 126.

אעיר בקצרה, כי ניתן לטעון שמתקיים מתח בין עמדות הרוב בשלוש הפרשות הללו: בעוד ששתי הפרשות האחרונות מעלות על נס את מומחיותו ומקצוענותו של הגורם המינהלי הרלוונטי (מפכ"ל המשטרה/נציב שירות המדינה), פרשת זליגמן נוקטת גישה ספקנית ביחס אליהן. בהמשך לכך, יטען כי הגיונה של ספקנות זאת היא אמור להוביל את מ"מ הנשיא (בדימוס) פוגלמן לתמוך בפיקוח מיניסטריאלי הדוק ואולי אף במעורבות מיניסטריאלית בפרשת תיקון פקודת המשטרה ואת השופטת ברק-אריז לצדד בעמדת הממשלה בפרשת מינוי נציב שירות המדינה הנ"ל, וזאת ברוח מודל הפיקוח האקזקוטיבי – כזכור, מודל שנוצר על בסיסה של גישה ספקנית ביחס לרגולציה ולמעשה המינהלי באופן כללי – ובשמה של יעילות המינהל. אגב, מסיבה זו, ניתן לטעון שגם דיונו של זמיר בפרשת מיכלין, לעיל ה"ש 302-303 והטקסט הסמוך להן, יכול היה להוביל לאותה התוצאה. (ולשלמות התמונה אעיר, כי טענה דומה, במהופך, ניתן לטעון כנגד העמדות שהשמיע השופט סולברג באותן שלוש פרשות). פתרון אפשרי של המתח עשוי להימצא בפרשנות הבאה: בשלושת הפרשות ביקשה דעת הרוב להבטיח כי תתקבלנה החלטות מינהל מיטביות הרגישות לאינטרס הציבורי ולזכויות יסוד; כי יושם גבול לגורמים העלולים לפגום במעשה המינהלי הראוי (ובהם שחקני שוק עוצמתיים או כוחות פוליטיים משולחי רסן); וכי ישמר לבית המשפט תפקיד מרכזי בהבטחת כל אלה. ויאמר מיד: יש יסוד לטענה כי פרשנות זאת נטועה במודל הפיקוח השיפוטי, לעיל ה"ש 95 והטקסט הסמוך לה, שלו ניתן ביטוי ברור במיוחד בפסק דינו של מ"מ הנשיא (בדימוס) פוגלמן בפרשת תיקון פקודת המשטרה (ראו שם, למשל, בפס' 144-145, ובפס' 29

נכון, עמדה זו אמנם אינה מבטלת בהכרח את הטענה העקרונית בדבר מומחיות הרשות המינהלית. אלא שהיא מצביעה על טיפוס דינמיות רגולטוריות בהן, הניסיון הראה, עולה החשש שהרשות – אף אם יש בסיס להכיר במומחיותה – תנהג שלא בהתאם לאינטרס הציבורי הרחב, כלומר, שלא כנאמנת הציבור. מכאן, קצרה הדרך להטיל סימן שאלה מעל חזקת תקינות המינהל, לפחות בנסיבות טיפוסיות מסוימות (שאינן נדירות בעולמה של הרגולציה).³²⁶ השופטת ברק-ארז שצודדה בעמדה המשנה לנשיאה מלצר הדגישה שחזקת התקינות המינהלית אינה בעלת משקל רב במקרים בהם קיימת אי-בהירות ביחס למשמעות ההנחיות הרגולטוריות.³²⁷

עמדת הרוב בפרשת **זליגמן** חותרת איפוא תחת תיאוריית המומחיות, בהתבסס על תורה ששורשיה בטענות פוזיטיביות ושביראיות קשה להצדיק את חזקת תקינות המינהל. לכן, אפשר להבין את החרדה שאחזה בשופטי המיעוט לנוכח דמות ההליך המינהלי ודמות איש הרשות הניבטת מעמדת הרוב. השופט סולברג שהעמיד כנגדה את התפיסה המוכרת של הרשות המנהלית, כנאמנה ש"אורגניה השונים פועלים מתוך מחויבות מיוחדת לאינטרס הציבורי תוך התעלמות מ'רעשי הרקע' שסביבם]."³²⁸ דחק בחבריו לדבוק בה והזהיר מפני זניחת חזקת תקינות המינהל.³²⁹

כדי להמחיש עוד את הבשורה הגלומה בפרשת **זליגמן**, נזכיר שלפני כשלושים שנה, נאמר, כי "גישת הבחירה הציבורית אינה זרה למציאות הישראלית, וניתן להראות כי היא עולה בקנה אחד עם פסיקת בג"ץ, אף שמעולם לא יושמה במפורש."³²⁹ לעומת זאת, פרשת **זליגמן** הקנתה מקום נכבד לתורת הבחירה הציבורית באולם יצור מרכזי של המשפט המינהלי – בית המשפט העליון – ודרכו בקורפוס המשפטי המרכזי של התחום – פסיקתו המחייבת –

ואילך לפסק דינו של השופט סולברג; למבט משווה מאיר עיניים, ראו, למשל, את הדיון שעורר בארצות הברית פסק הדין בפרשת Vermont Yankee, לעיל ה"ש 289, כפי שניתן, למשל, לראות אצל Richard B. Stewart, Vermont Yankee and the Evolution of Administrative Procedure, 91 HARV. L. REV. 1805 (1978). פתרון אחר, רדיקלי יותר, לקושייה יסנוט בציפייה להיצמדות הדוקה של בית המשפט לתיאוריה הסברית מסוימת אחת (ראו Frug, לעיל ה"ש 11) – כך במיוחד, יטען הטוען, בתקופה הסוערת שבה אנו מצויים.

הערות קצרות אלה אינן ממצות, כמובן, את הדיון במאבק האידאולוגי הנערך כיום בבית המשפט העליון. מאבק זה, שחלק ממופעיו עשויים בהחלט להפגיע, מזין את אותו ריבוי של מודלים – וריבוי התיאוריות המצדיקות – המתרוצצים כיום בחצרי המשפט המינהלי בישראל. ראו לעיל ה"ש 12-14 והטקסט הסמוך להן, ולהלן ה"ש 384 והטקסט הסמוך לה.

³²⁶ על חזקת תקינות המינהל וביקורות עליה, ראו, למשל, דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני** כרך ד 26–28 (2017); יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המנהלי" **ספר אור** 741, 757 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים 2013). להדגמה עוצמתית של אופן פעולתה בהתדיינות מינהלית, ראו מילמן-סיון ושגיא, לעיל ה"ש 134 (הקושי שמערימה הדוקטרינה בהקשרן של עתירות אסירים).

³²⁷ דנ"א **זליגמן**, לעיל ה"ש 337, פס' 12 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

³²⁸ שם, פס' 3 לפסק הדין של השופט סולברג. ראו בדומה פרשת **מינוי נציב שירות המדינה**, לעיל ה"ש 126, פס' 31 לפסק דינו של המשנה לנשיא סולברג, וכן פרשת **תיקון פקודת המשטרה**, לעיל ה"ש 289, פס' 45 לפסק דינו של השופט שטיין.

³²⁹ איל בנבנישתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" **משפט וממשל** ב 11, 27 (1994).

וזאת בהליך של דיון נוסף, שיש בו כדי להדגיש את חשיבותו העקרונית של הדיון. אין זה מפתיע, לכן, שפרשה זו הוכרה במהרה כנקודת ציון משמעותית, הן בספרות, שכבר נדרשה אליה בהרחבה,³³⁰ והן בבית המשפט – היא נזכרה ברשימת פסקי הדין המרכזיים לשנת המשפט בה ניתנה (בסיבוב הראשון בבית המשפט העליון, כערעור אזרחי) שפרסם בית המשפט העליון עצמו.³³¹ במהרה גם פסקי דין אחרים הסתמכו על תקדים **זליגמן**, בהדגישם כי אין לתת מעמד בכורה לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו אלא על בית המשפט לבחון כל מקרה לגופו, תוך שעליו להתייחס לשיקולים מתחום הבחירה הציבורית שהציפה דעת הרוב בדיון הנוסף.³³² לבסוף, על רקע כל זאת, אך מתבקש הוא כי "כיוון ההתפתחות הברור" במשפט המינהלי הישראלי כיום "הוא העלאת הרף בדרישה לביורור עובדתי."³³³

מהפכת השיפוט בעניינים מינהליים, שבתי המשפט לעניינים מינהליים עומדים במרכזה, מתיישבת יפה אף היא עם המגמה הספקנית לה אני טוען כאן. היא מזמינה ביקורת שיפוטית נרחבת יותר, בהמירה ביקורת חד-מוסדית, המרוכזת בידי קומץ השופטים היושבים בבג"ץ, בביקורת בידי ריבוי שופטים המפוזרים בכל בתי המשפט המחוזיים בארץ. ביזור זה הנגיש את הביקורת השיפוטית על המינהל, ובכך הקל על העותרת הפוטנציאלית, והזמין ביקורת שיפוטית על מגוון רחב יותר של החלטות מינהל. כמו כן, המהפכה נועדה לאפשר פתרון זריז-יחסית, ואף מעמיק יותר, של סכסוכים בעניינים מינהליים. ראשית, ובה העיקר, כיוון שמהפכת השיפוט הפקידה מספר גדול של עניינים בידי בתי משפט דינוניים, שהביורור

³³⁰ ראו את קובץ המאמרים בחוברת **פורום עיוני משפט** מד (התש"ף); שפירא, לעיל ה"ש 335; בן ישי, לעיל ה"ש 335; מתן גוטמן "התקדים המסוכן של פרשת זליגמן – מתחם הפרשנות הסבירה ואימוצה של הלכת Chevron במשפט הישראלי" **ICON-S-IL Blog** (12.6.2018).

³³¹ ראו בית המשפט העליון "פסקי הדין המרכזיים שניתנו בבית המשפט העליון בשנת המשפט תשע"ח" (2018).
³³² ע"א 528/20 כהן נ' סלקום ישראל בע"מ, פס' 21 לפסק הדין של השופטת ברון (נבו 7.7.2022); רע"א 1056/21 אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' מושקוביץ, פס' 27 לפסק הדין של השופטת ברון (נבו 30.8.2022); ע"א 206/20 טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' טי.אנד.אם גושן - שירותי ביטוח בע"מ, פס' 114 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו 13.12.2021); דנג"ץ 5120/18 נשים קוראות ללדת למען חופש בחירה בלידה נ' מדינת ישראל, בפס' 109 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 21.7.2021); בג"ץ 6449/19 עמותת תנו לחיות לחיות נ' מנהל השירותים הווטרינריים-משרד, בפס' 15 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 23.8.2021); פרשת אלומי אגירה שאובה, לעיל ה"ש 118, פס' 40; אך ראו גם פרשת שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 206, פס' 49, 60 לפסק הדין של השופט כבוב. כן ראו כללית Margit Cohn, *Judicial Deference to the Administration in Israel, in Deference to the Administration in Judicial Review* 231 (Zhu Guob ed., 2020).

³³³ ברק-ארז "נתונים אמפיריים", לעיל ה"ש 42, עמ' 42; כן ראו את הציטוט מפרשת פרטנר, המובאים לעיל בה"ש 317. אך ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 336.

אנצל הזדמנות זאת כדי להדגיש כי **כתיבתה המחקרית** הנרחבת של דפנה ברק-ארז תרמה משמעותית, לדעתי, הן לביסוס דורות 2.0 ו-3.0 והן – ואולי בעיקר – למעבר בינם. ראו ברק-ארז "נתונים אמפיריים", לעיל, וכן ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי", לעיל ה"ש 26 – מאמר שהצביע, כבר בפתח המאה ה-21, על רבות ממגמותיו של דור 3.0. להערות קצרות על פסיקתה של השופטת ברק-ארז, ראו לעיל ה"ש 325.

העובדתי הוא לחם חוקם.³³⁴ שנית, עם פיזורם של תיקים "בג"ציים" בין מספר בתי משפט הפרוסים ברחבי הארץ, גדל הסיכוי כי הדיון המשפטי יערך קרוב לאירוע המריבה – הן מבחינת המקום והן מבחינת הזמן; ושני אלה עשויים להקל על הבירור העובדתי בפני בית המשפט. שלישית, המעבר מבג"ץ (אחד) לבתי המשפט לעניינים מינהליים (רבים) יצר את התנאים לריבוי התמחויות – בקרב קבוצה גדולה יותר של שופטים.³³⁵ אכן, כנלמד בעיקר מדרך המינוי לבתי המשפט לעניינים מינהליים, המהפכה קודמה גם מתוך כוונה לטפח התמחות – ולמעשה, אף התמחות נושאת (למשל, בענייני חינוך או בחירות מוניציפליות) ואולי אף התמחויות מקומיות, הקשורות למקום מושבם של בתי המשפט השונים – בקרב שופטיהם. בזהירות ניתן לומר שלמרות שדרך התנהלותן בפועל של הערכאות הללו מרמזת כי אכן מתפתחת בקרבן התמחות נושאת שכזו. עם זאת, נראה, כאמור, שהבירור העובדתי שנערך בהן עדיין כבול למסורת הבג"צית המוגבלת בהיבט זה.³³⁶

(ה) מפץ מוסדי ומשפט מינהלי פנימי

הריבוי המוסדי שחוה דור 3.0 אינו מתמצה במהפכת השיפוט בעניינים המינהליים, אלא אף בכך שחלקם של גופי ביקורת נוספים על המינהל (כגון ROB) זוכה לבולטות משמעותית בתוככי שיח המשפט המינהלי. לאור הקשר ההיסטורי עליו עמדנו בין מסורות הפיקוח השיפוטי על המינהל לבין התפתחות המשפט המינהלי,³³⁷ דיון בגופי הפיקוח על המינהל נושא חשיבות מיוחדת בהקשרנו, בעיקר ככל שמרכזיות הפיקוח השיפוטי ("המסורתית") על המינהל אינה נלקחת עוד כנקודת מוצא אלא מוצבת כנדרשת להצדקה מחודשת. הבה נפנה לשני הכרכים המקיפים שפרסם לאחרונה יואב דותן אודות הפיקוח השיפוטי על שיקול הדעת המינהלי – ללא ספק הישג מחקרי הראוי לכל שבח – כדי להיווכח בכך. דותן פותח עם הצגת עמדתו העקרונית, לפיה "התערבות שיפוטית" הינה מוצדקת "אך ורק באותם מקרים" בהם מתקיים אותו "יתרון מוסדי יחסי לבית המשפט לעומת גופי קבלת החלטות אחרים."³³⁸ בהתאם, דותן, בדומה לברכה לפניו, דן בשורה של גופי ומנגנוני ביקורת

³³⁴ כן יש לציין בהקשר זה את היותם של בתי המשפט הללו פורום מתאים – בוודאי מתאים מבג"ץ – לקציבת פיצויים בתובענות מינהליות. ראו, מבין רבים, בג"ץ 688/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד (לו) 85 (1982); פרשת פסטרנק, לעיל ה"ש 119; דפנה ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" משפט וממשל ב 35 (תשנ"ד).

³³⁵ יש להוסיף כי כיום ישנה על הפרק הצעה (1) להקים את הערכאה גם בבתי המשפט השלום – ובכך, אפקטיבית, להרחיק את השיפוט בענייני מינהל מסוימים מבית המשפט העליון, שאינו נוטה לדון בגלגול שלישי; ו-(2) להפוך את "ברירת המחדל בשיפוט המינהלי, כך שלבתי המשפט לעניינים מינהליים, להבדיל מבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, תהיה נתונה סמכות כללית לביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות]. ראו https://www.gov.il/he/departments/publications/Call_for_bids/call-13-07-22.

³³⁶ לעיל ה"ש 120. נראה כי "הרגלים" מוסדיים ישנים מתים בקושי, "כפי שלימדה המוסדות החדשה. אך מוקדם לדעת אם המפנה הפוזיטיבי יגרום בהמשך לשינוי של ממש.

³³⁷ לעיל ה"ש 24.

³³⁸ ספר דותן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 24. ראו עוד שם, בעיקר בפרק 2 ("ביקורת וביקורת שיפוטית – יתרונות וחסרונות"), בפרק 3 ("הביקורת השיפוטית לעומת מנגנוני ביקורת אחרים"), ובפרק 5 ("עיקרון הריסון"). בעמ' 24. השוו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית – כללי סף 1594 (2014).

"אחרים" שמחוץ לרשות השופטת, כגון ביקורת פרלמנטרית ו"מנגנוני ביקורת מינהליים" (בעיקר, מבקר המדינה ומבקרים פנימיים), ומערך הייעוץ המשפטי המלווה את המינהל הציבורי.³³⁹ דותן מדגיש – ומבקר – את מגמת "המשפטיזציה" שעברו רבים מערוצי הביקורת הללו, לאחר שהפסיקה הכפיפה אותם, לדבריו, "ל'פרמידת' הביקורת השיפוטית". . הנגזרת מחוק יסוד: השפיטה.³⁴⁰ תימוכין לאיפיון זה, ניתן למצוא למשל בקביעה של המשנה לנשיאה רובינשטיין, לפיה מבקר הפנים ברשות מקומית "ניצב בשורה אחת עם 'שומרי הסף' האחרים – הגזבר והיועץ המשפטי".³⁴¹ במקום אחר הדגיש בית המשפט, הפעם ביחס למבקר הפנים של השב"כ, את החשיבות הנעוצה בהיותו "גורם בלתי תלוי, המדווח על ממצאיו ועוקב אחר יישום המלצותיו".³⁴² ובהמשך לכך נקבע כי "חשיבותו של מוסד הביקורת הינה גם בפיקוח והשמירה על היעילות ושלטון החוק".³⁴²

דיון זה מדגים שוב את המרכזיות שתופסות כיום בשדה המשפט המינהלי שאלות של הצדקה. אך טמונה בו חשיבות מיוחדת בהקשר הנוכחי: אני מבקש לטעון כי נובעת ממנו ההכרה הגוברת כי חובה עלינו להרחיב את אופקיו של המשפט המינהלי ושל הכתיבה המחקרית המוקדשת לו אל מעבר לגבולות הפיקוח השיפוטי. ככל שהמשפט המינהלי הוא משפטן של רשויות המינהל בישראל,³⁴³ קשה לראות כיצד ניתן שלא לכלול את הקורפוס המופק בידי חלק נכבד מגופי ביקורת "האחרים" במשפט המינהלי המהותי הישראלי – כך, בוודאי ככל שהמדובר בקורפוס מחייב ביחס להתנהלות רשויות המינהל בחיי היומיום.³⁴⁴ יודגש, כי שאלה זו עומדת על מכונה, בנבדל מהשאלה, שבה עוסק דותן, כאמור, והיא האם תהליכי המשפטיזציה וההכפפה של מנגנוני הביקורת החלופיים הינם רצויים. חשיבותו (גם לשיטת דותן) של שומר סף אחד לאכיפת שלטון החוק – הייעוץ המשפטי לממשלה – במינהל, מלמדת על הפוטנציאל החשוב הטמון בעבודתם של גופי פיקוח נוספים "בפיקוח והשמירה על היעילות ושלטון החוק".³⁴⁵

³³⁹ ראו, למשל, חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992; להלן ה"ש 341; וכללית ספר דותן, לעיל ה"ש 4, פרק 3, על הפניותיו.

³⁴⁰ ספר דותן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 98-99.

³⁴¹ בר"ש 4310/15 מאלכ נ' המועצה המקומית בית ג'אן פס' טו (נבו, 2.11.2015). כן ראו, למשל, בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז (4) 577 (2003); ע"מ 6013/04 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס (4) 60 (2006). לשאלת הגדרת "שומרי הסף", ראו פרשת מינוי נציב שירות המדינה, לעיל ה"ש 126.

³⁴² בג"ץ 5682/02 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז (3) 84, 93 (2003).

³⁴³ ראו ה"ש 2 לעיל.

³⁴⁴ ראו Metzger & Stack, לעיל ה"ש 282, עמ' 1256-1266, 1274-1278; הציטוט המובא מפרשת פרטנר, לעיל ה"ש 317; ולעיל הטקסט הסמוך לה"ש 317 (חוק עקרונות האסדרה, תשפ"ב-2021).

³⁴⁵ וזאת מבלי להכחיש כי יתכנו הבדלים משמעותיים במידה בה ממצאים או כללים שיופקו על ידי גופי ביקורת שונים יוחזקו כמחייבים משפטיים. כלומר, אין ספק כי הלכה של בית משפט זוכה עקרונית למעמד מחייב עודף על הוראה של כל אחד מהגופי האחרים, וכי "על-פי המסורת והנוהג בישראל הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מחייבות את כל המערכת הממשלתית, ופרשנותו... היא הפרשנות המוסמכת מבחינת רשויות השלטון, כל עוד

הרחבה שכזו של גבולות המשפט המינהלי הולמת את עלייתה³⁴⁶ בדור האחרון בארצות הברית של אסכולה מקיפה של "משפט מינהלי פנימי" (Internal Administrative Law)³⁴⁷, שעניינה המיוחד הוא הרגולציה הפנימית של אורגני הרשות המבצעת ורשויות המינהל בידי העומדים בראשם.³⁴⁸ ענף מחקר זה צמח מתוך הבנה – הריאליסטית – כי לממדים פנים-רגולטוריים אלה בעבודת הרשות השפעה מכרעת על תוצריה ועל הליכיה. ממדים פנימיים אלה כוללים, למשל, הנחיות מינהליות, ובוודאי גם את ROB.³⁴⁹ לגישה זו, אם ברצוננו לפקח בצורה אפקטיבית על המעשה וההליכים המינהליים, במטרה לוודא את תקינותם ולהקפיד על איכותם, איננו יכולים עוד לנקוט גישה אידאית ולהפנות את הגב לממדים אלה, אלא שעלינו לכלול אותם במשפט המינהלי. כך בוודאי ככל שמודגשת האבחנה בין מישור המשפט המינהלי המהותי, שעניינו דרכי הפעולה הראויות של המינהל, לבין מישור הביקורת השיפוטית החלה עליו.³⁵⁰ הדגשה זו, המלמדת על גבולות מנגנוני הפיקוח השיפוטי, מגלה עבור מלומדי המשפט המינהלי הפנימי את הצורך לכסות, משפטית, אחרת לפחות חלקים מפער זה.

למעשה, המשפט המינהלי הפנימי מוכר זה מכבר בארץ, שכן המשפט המינהלי הישראלי כולל לא רק הלכות בית משפט (וחקיקה, כמובן),³⁵¹ אלא גם קורפוס נרחב של הנחיות פנימיות שאורגנים מוסמכים של רשויות מינהל מוציאים תחת ידם. הפרקטיקה הנרחבת של הנחיות מינהל זכתה לגושפנקא פסיקתית, ובהקשרים מסוימים הפסיקה חייבה אותם, תוך

לא קבע בית המשפט אחרת. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה 1.0000. בית המשפט חזר לאחרונה על הלכה זו, בהרכב מורחב, בבג"ץ 6198/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון פס' 84 (נבו, 25.6.2024) (אך ראו גם את המחלוקת שהתגלעה בפרשת השר לביטחון לאומי, לעיל ה"ש 308). בה בעת, כמוסבר בטקסט, אין כל סיבה להניח כי הנחיות של גופי ביקורת אחרים אינם בעלי משמעות נורמטיבית ואופרטיבית בחיי המעשה, ולכן, אין סיבה אפריורית שלא לכלול אותם, בנסיבות מתאימות, במכלול הנורמטיבי הכולל, המבנה את אופני הפעלת סמכויות המינהל הרלוונטיות ושבאמצעותן יש לבחון את מידת השמירה על "היעילות ושלטון החוק" ברשויות הללו (הציטוט הוא מבג"ץ 5682/02 פלוני נ' ראש ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 342).

³⁴⁶ יש לומר: עלייתה מחדש, לאור האמור לעיל בה"ש 300.

³⁴⁷ ראו בדומה בגרמניה: Eifert, לעיל ה"ש 25, בעמ' 208.

³⁴⁸ Metzger & Stack, לעיל ה"ש 282, בעיקר בעמ' 1256-1266; Shapiro & Wright, לעיל ה"ש 95; Daniel Carpenter, *Internal Governance of Agencies: The Sieve, The Sove, the Show*, Christopher J. Walker & Rebecca Turnbull, 129 HARV. L. REV. FORUM 189 (2016); Operationalizing Internal Administrative Law, 71 HASTINGS L.J. 1225 (2020); ראו עוד לעיל ה"ש 2 (להגדרתם הרחבה של Peter Strauss et al. את המשפט המינהלי). השוו: David Hughes & Yahli Shereshevsky, *State-Academic Lawmaking*, 64 HARV. INTL. 255 (2023).

³⁴⁹ ראו, למשל, Croley, לעיל ה"ש 251; Metzger & Stack, לעיל ה"ש 282; Nou, לעיל ה"ש 282.

³⁵⁰ ראו, למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 7, למשל, פס' 76 לפסק-דינה של השופטת וילנר ופס' 18 לפסק-דינה של השופטת כנפי-שטייניץ. כן ראו לעיל ה"ש 24; זמיר הסמכות המינהלית כרך א, לעיל ה"ש 104, בעמ' 55.

³⁵¹ לעיל ה"ש 24.

הכרה בחיוב הנורמטיבי המסוים הגלום בהם.³⁵² ברוח זאת, הטענה כאן היא פשוטה: דברם של גופי פיקוח (פנימיים וחיצוניים) "אחרים", ולא רק של בתי המשפט, מהווים בהדרגה חלק מהמשפט המינהלי המהותי הישראלי של דורנו, ויש סיבות להעריך כי מגמה מכלילה זו תורחב בהמשך. זאת במיוחד לאור "ההכרה הגוברת והולכת של בתי המשפט באופי האסדרתי של פעולות רשויות המינהל".³⁵³ שהרי כיום פעילות אסדרתית נדרשת להפנים את המבט (הספקני) הבוחן המופנה אליה משני כיוונים משלימים: "מלמעלה", לנוכח קביעת סטנדרטים רוחביים ודרכי הערכה של פעילות אסדרתית משמעותית בידי רשות-על רגולטורית; "ומלטה", עם גבור מגמת הבלקניזציה של המשפט המינהלי ככל שהרגולציה של תחומי עיסוק שונים נפרטת לפרוטות, מתמקצעת והופכת למובחנת יותר ויותר.³⁵⁴ אכן, אך טבעי הוא שככל שגופי פיקוח נוספים נשזרים בדיונים אודות המשפט המינהלי הישראלי כך גם נקודות המבט שלהם זוכות לבולטות בספרות ובפסיקה והסטנדרטים שהם מחילים על המעשה המינהלי הופכים, וראוי להם שיהפכו, להילך חוקי במשפט המינהלי הישראלי.

(ו) סיכום ביניים

המשפט המינהלי דור 3.0, החולש על "[מרחב הרגולציה הגמיש . . . המופעל כיום], מבקש להתמודד עם "מורכבויות שלא היו מוכרות בגדרן של עתירות 'מסורתיות' יותר . . . [ו] מורכבויות אלה מחייבות תשומת לב מיוחדת" [שכן] תכניו של ההסדר הרגולטורי הם בדרך כלל מסועפים ומבוססים על החלטות מקצועיות מובהקות".³⁵⁵ אין זה מפתיע, לכן, כי לא רק שהמשפט המינהלי דור 3.0 השתחרר מלפיתת המשפט החוקתי,³⁵⁶ אלא שבאופן כללי יותר הוא מחפש לו עוגנים מחוץ למרחב דוקטרינות המשפט. המשקל הניתן בו למידע פוזיטיבי על מהלכם של הליכי מינהל הוא משמעותי, ולמעשה, הוא דורש את המידע הזה כדי לבסס עצמו.³⁵⁷ זאת ועוד, טענות מומחיות מרתיעות אותו פחות, והוא מחפש דרכים לחדור אף מבעדן. הישענות על דיסציפלינות שמחוץ-למשפט היא בוודאי חלק ממהלך זה, שכן הן עשויות לסייע בהתמודדות עם טענות של מומחיות המינהל, והן בוודאי מספקות תובנות חשובות על פרקטיקות מינהליות ודילמות אירגוניות-ביורוקרטיות, שלרוב אין סיבה להניח שהמינהל פטור מהן. ראינו כי התפשטות האב-טיפוס האמריקאי של ROB נשען בעיקרו על תובנות אלה ממש. ראינו גם, כי המגמה שאני מצביע עליה סוחפת פנימה לתוך המשפט המינהלי (גם) את ROB, המוסד והמתודה שלאורה הוא פועל, ופותח פתח לכניסתם פנימה של מוסדות פיקוח נוספים.

³⁵² לסיכום תמציתי של ההלכה בעניינין של הנחיות מינהליות, ראו, מבין רבים, עמ"מ 9156/05 גרידינגר נ' ראפ (נבו, 2008). כן ראו ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א, לעיל ה"ש 2, עמ' 272-237; **ספר דותן**, לעיל ה"ש 4, פרק 30; עמ"מ 6329/20 **זומר נ' הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים** (נבו 6.7.2022). כן ראו לעיל ה"ש 308 והטקסט הסמוך לה.

³⁵³ **ספר דותן**, לעיל ה"ש 4, עמ' 145.

³⁵⁴ ראו להלן ה"ש 375 והטקסט הסמוך לה.

³⁵⁵ לעיל ה"ש 317.

³⁵⁶ השור זיידמן, לעיל ה"ש 19.

³⁵⁷ ראו בדומה Eifert, לעיל ה"ש 25, בעמ' 208-209.

מאפיינים אלה של דור 3.0 היתרגמו למודל הפוזיטיבי-כלכלי שהוא ספקני ביחס למעשה המינהלי וחדשני ביחס למשפט המינהלי הישראלי. הוא ספקן שכן ביקורות כלכליות-פוליטיות, ובהן תורת הבחירה הציבורית, נמצאו משכנעות בעיניו. לפיכך, היעלות הכלכלית, בהגדרתה הרחבה, תופסת מקום מרכזי בחשיבה של דור 3.0, ומכאן נלמד איזה פן של המציאות מעניין אותו במיוחד. זיקתו האמריקאית מרמזת כי ספקנותו זו היא שדחפה את דור 3.0 לחדש ולהרחיב את המתודולוגיות וגופי הידע המותרים בהנמקה משפטית. ראינו עוד כי הגיונו עשוי להכניס חידושים נוספים ולערער דוקטרינות מבוססות. לשם הדגמה, ניתן לציין כי, פוטנציאלית, גישת הרוב בדנ"א **זליגמן**, שעמדתה נתנה ביטוי מובהק לתורת הבחירה הציבורית, עשויה לחזק טיעונים התומכים בשינויים משמעותיים, כגון אלה: שינוי מתודולוגיית הביקורת השיפוטית, כך שטיעונים אמפיריים-כלכליים יזכו בה לבולטות; ובאותו כיוון, עליית חשיבות הבירור העובדתי בהליכי פיקוח שיפוטי כדי לאפשר לבית המשפט הדיוני לערוך בירור מלא יותר, קרוב לאינקוויזיטורי, ולבחון (אמפירית) את ההליך הרגולטורי; החמרה משמעותית בסטנדרט הביקורת של בית המשפט את רשויות המינהל שאפשר להמשיגה, למשל, כתזוזה לאורך הציר "אור ירוק / אדום",³⁵⁸ זאת באופן כללי או בהקשרים מסוימים (למשל, כבנסיבות בהן יש חשש מיוחד לשבי רגולטורי); ובהמשך לכך, הליכה לאורך ציר מקביל הנע מהכללי לספציפי, כך שככל שמתקדמים לאורכו יש להידרש יותר ויותר להקשרים ספציפיים, שהינם תלויי-הקשר/נושא, ובכך ללכת יותר ויותר מעבר למסגרת הצרה יותר שמציעה נקודת ההשקפה "החוקתית" של הפרדת רשויות אל עבר ביקורת מינהלית מהותית וקונקרטית. מהלך אחרון זה עשוי להוביל לפדרציה של תת-ענפי המשפט המינהלי לפי תחומי העיסוק שלהם: דיני חינוך, דיני בחירות מקומיות וכדומה.³⁵⁹

ג. מבט מכליל" עבר, הווה, עתיד

לקראת סיום, חלק זה יעריך במרוכז את העבר, ההווה ואולי אף העתיד של המשפט המינהלי הישראלי, לאורו של הניתוח שבמאמר. אציג בו מספר צירי עומק שרצו לארכה של ההיסטוריה של המשפט המינהלי הישראלי ושלושת המודלים היו שותפים להם. כיוון שהניתוח במאמר מציג גנאלוגיה של ההווה, צירי עומק אלה יגלו צדדים חשובים של המשפט המינהלי בעת הנוכחית. במהלך הדיון אדגים את נוכחותם בהווה של שלושת המודלים, ואציג מספר כיווני התפתחות אפשריים לעתיד שהגנאלוגיה של המשפט המינהלי רומזת עליהם.

1. צירי עומק

אם כך, חרף ההבדלים בינם, שלושת הדורות ושלושת המודלים היו שותפים יחדיו לעיסוק מתמשך במספר צירי עומק של המשפט המינהלי הישראלי, שיצוינו כעת. ראשית, **פיקוח שיפוטי**: העיסוק בגבולות הראויים לפיקוח שיפוטי, לצד הדיון בהגדרת המשימה של בג"ץ בשדה המינהלי נמשכו לכל אורך הדרך, אפילו בדור האחרון שבו הפכו

³⁵⁸ HARLOW & RAWLINGS, לעיל ה"ש 174.

³⁵⁹ השוו: ברק-אור **משפט מינהלי** כך, א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 15-16; Craig, *Public Law and Public Laws*; לעיל ה"ש 82, בעמ' 163-165.

בתי המשפט לעניינים מינהליים לקו ההגנה הראשון בסכסוכי מינהל. כיוון שבג"ץ והמשפט המינהלי באו לעולם המשפט הישראלי כרוכים זה בזה,³⁶⁰ התפתחות זאת היתה – והינה – בעלת חשיבות מכרעת להתפתחותו – גם בעתיד.

שנית, **הליכה לאורך ציר ההצדקה**: המאמר הראה כי ישראל אכן צועדת בקצב משלה לאורכו של ציר ההצדקה ששרטטו התיאוריות המצדיקות שעלו במהלך המאה ה-20 בארצות הברית, שכולן ביקשו לתת מענה לתחושה רווחת שיש ממש באתגר ההצדקה הכפולה. שלישית, שאלת **היחס בין המשפט המינהלי לבין המשפט החוקתי** הפכה למשמעותית ככל שהתקדמנו על ציר הזמן, ובמיוחד לאורה של המהפכה החוקתית, שלאחריה ההתייחסות למשפט המינהלי היתה אינסטרומנטלית בעיקרה, משל היה המשפט המינהלי קבלן הביצוע של גופים וענפי משפט אחרים. אך דומה שבדור הנוכחי המשפט המינהלי "חזר לעצמו", לפחות במובן זה שהובהרה שוב תרומתו הייחודית באסדרת פעולת גופי הביצוע של המדינה. רביעית, **ריבוי קולות במשפט מינהלי**:³⁶¹ בכל דור ודור התרוצצו מספר מודלים ומספר תשובות לאתגר ההצדקה הכפולה. בדומה, כל העת נשמר במשפט המינהלי שלנו מתח בין ראייה מיטיבה – פונקציונלית – לבין ראייה ספקנית ולעיתים עוינת למעשה המינהלי. לשיאו הגיע המתח בדור הסבירות, בעיקר בשל המהפכה החוקתית שארעה בו. מתח זה מצא לו ביטויים שונים במהלך הדרך, גם בדור 3.0.³⁶²

בג"ץ **הסבירות** נתן למתח זה ביטוי מודגש, למשל, במחלוקת שהתפתחה בו בשאלת סמכות הפיקוח של בג"ץ על הסמכות המכוננת, כלומר על חוקי יסוד. שאלת הסמכות מציעה, כאמור, פרספקטיבה טובה לבחינת הבדלי הגישות בין זרמי החשיבה שהמאמר זיהה, בשל מרכזיותו של מישור זה במסורת הליברלית קלאסית, שדור המייסדים ומודל הפוזיטיביזם המשפטי היו קשורים בה. בעמדת המיעוט שלו בבג"ץ **הסבירות** השופט מינץ מספק לנו הוכחה כי מודל זה עדיין חי ובוועט.³⁶³ הוא מקדיש חלק נכבד מדיונו לשאלות סמכות של בית המשפט לפקח על הסמכות המכוננת, בהיעדר הסכמה פורמלית לכך, לפחות לשיטתו.³⁶⁴ הוא דוחה את הטענה, שהנשיאה חיות והשופט עמית, למשל, נתנו לה ביטוי עז בפסק הדין, כי יש להכיר בסמכות זאת בשל הצורך החוקתי בפיקוח גם על הסמכות המכוננת, על מנת לקיים משטר של איזונים ובלמים בשיטתנו החסרה מוסדות מאזנים אחרים.³⁶⁵ בדחותו את הטענה, השופט מינץ מצביע על כך שצורך אינו מקור סמכות תקף. אמת, מבלי להכריע בשאלה אם עלה בידו של השופט עמית להצביע על מקור הסמכה מספק, אין חולק ששיקול הצורך החוקתי מובא בהרחבה בדבריו.³⁶⁶ ועוד אומר השופט עמית בשאלת הסמכות:

³⁶⁰ ראו לעיל ה"ש 102 ו-112 והטקסט הסמוך להן.

³⁶¹ השוו Eifert, לעיל ה"ש 17.

³⁶² ראו, לאחרונה, בן-צבי וצמח, לעיל ה"ש 3, בעמ' [27-24, 3].

³⁶³ השוו, למשל, Jeffrey Pojanowski, *Neoclassical Administrative Law*, 133 HARV. L. REV. 852 (2020).

³⁶⁴ כלומר, לפי הדעה שאינה רואה בס' 15 לחוק יסוד: השפיטה מקור הסמכה מספק לכך.

³⁶⁵ בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 7, בפס' 37 ואילך לפסק הדין של השופט מינץ.

³⁶⁶ ראו את דיונו שם, בפס' 5-30.

"כאמור, איני רואה להכריע אם מקור הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד נובע מאותם 'נתונים קונסטיטוציוניים' שביססו את עצם סמכותה של הרשות המכוננת, או אם מהכרזת העצמאות, או אם מעקרונות על-חוקתיים. זאת, בהעדר נפקות מעשית לשאלה ובאשר כל הדרכים מובילות לאותה התוצאה.³⁶⁷ חלק זה של פסק דינו של השופט עמית המשמיע יחס כמעט-נוגשלוני לשאלת הסמכות הוא כצלם בהיכל מודל הפוזיטיביזם המשפטי, ובראייתו ייתכן שזעקתו של השופט מינץ מוצדקת.³⁶⁸ אך אני מציע לקרוא את השופט עמית (בין השאר) כמשמיע את האינטואיציה הבסיסית המנחה את הגישה הפונקציונלית כאשר היא ניגשת לשאלת הסמכות, שאין היא מקפידה על ממדיה הפורמליים מתוך כך שעניינה המרכזי הוא בדיוק אותו צורך חברתי. בעוד ששיטת השופט מינץ מציבה צורך זה מחוץ לתחומו של הדין המשפטי בשאלת הסמכות, לשיטה הפונקציונלית הוא מצוי בלב העניין.

חמישית, מטמורפוזה הדרגתית לאורך הדורות בכל מישורי הניתוח של המשפט המינהלי, שבמסגרתה השתנה המשמעות שניתנה לסמכות, ההליך, שיקול הדעת המינהלי: ממעוף הציפור, ניתן להבחין בתהליך שבו דוקטרינות שונות של המשפט המינהלי, כל אחת בגיזרתה, פורטות למרכיבים מובחנים את הסמכות המינהלית, את הליכי הפעלתה ובעיקר – את שיקול הדעת של הרשות שבידה הסמכות. כמו כן, חלה תמורה בכל אחד מהם. בהמשך לאמור ביחס לסמכות המינהלית, גם ההליך המינהלי נבחן בצורה שונה – לא בהכרח ככלי חיוני לשיפור השירות, אלא לעיתים כמעצור בדרכו. תהליך זה המיר גם את תפיסת מומחיות המינהל – שהפכה כך ממגן לחרב: בהמשך לוובר וכחלק מהמגמה המודרנית-ליברלית-בורגנית של הכרה במקצועות ובחשיבות החקירה האובייקטיבית, ניתן היה להבחין בהתייחסות גוברת אל תחום עיסוקו של המינהלן כתחום המבוסס על מומחיות ובהתבסס על כך גברה ההתייחסות אליו כמקצוען. עם זאת, ככל שהועם זוהרן של טענות מומחיות בכלל ומומחיות מינהלית בפרט,³⁶⁹ הפך ייחוס המומחיות לרשות המינהלית ממגן בידה לחרב כנגדה: טענת המומחיות, שעל בסיסה הוצדק פועלם הנרחב של אנשי המינהל, הפכה למקור להצבת דרישה כנגדם³⁷⁰ – ובהדרגה, בהמשך לאמור לעיל, בעיקר הדרישה שיהגו כאנשי מקצוע יעילים (כלכלית).

ייתכן, כי שיקוליים מבניים של השדה תרמו לכך: ניתן להעז ולהעלות את האפשרות כי ככל שבג"ץ התרחק מבירור עובדתי מעמיק, כך גדלה נטייתו לצייר את מישורי הניתוח של המשפט המינהלי בצורה אובייקטיבית וא-פרסונלית.³⁷¹ בכל מקרה, בתהליך זה עברה הסמכות המינהלית תהליך גובר של דה-פרסונליזציה, הועם זוהרה של הילת "הריבונות" שמעליה, ובוודאי שכבר אין מתייחסים אליה כדברי "ריבונים חיים" (חברי הכנסת/הממשלה). אכן, במונחים וויריאניים, הסמכות המינהלית עברה תהליכי

³⁶⁷ שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופט עמית.

³⁶⁸ השוו, למשל, לבג"ץ 7067/07 חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים (נבו 30.8.2007).

³⁶⁹ Sagy, Triptych, לעיל ה"ש. *Error! Bookmark not defined.*

³⁷⁰ ראו, למשל, ברק-ארז "נתונים אמפיריים", לעיל ה"ש 42.

³⁷¹ לוי-פאור, לעיל ה"ש 10, 32-33; השוו לפרשת ברמן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1499.

disenchantment והותאמה לדפוס הפעולה מודרניים ברוח הסמכות הרציונאלית-חוקית.³⁷²

מגמה זו של פירוק והרכבה אפיינה אירגונים רבים במאה ה-20, במיוחד בתחום התעשייה, עם עליית "תורת הניהול המדעי", שביקשה לקדם הליכי יצור יעילים באמצעות חלוקתם הקדנית לשלביהם שונים וקציבת קבועי-זמן לכל שלב.³⁷³ כפי שאנלוגיה זו מרמזת, פירוק והרכבת הסמכות המינהלית יועדה אף היא ליצור את התנאים להפקתן של החלטות מינהל "מיטביות" – כלומר, בראיית דור 2.0, "שקולות", ובראיית דור 3.0, "יעילות (כלכלית)". עם עליית הניאו-ליברליזם, התאגיד המסחרי, והשוק הכלכלי באופן כללי, הלכו ונתפסו כמודל מתחרה משמעותי לאופן "היצור" המינהלי, ושהמדדים שזוהו עימם אומצו בהדרגה לתוך המשפט המינהלי. **הרשות כתאגיד**: על רקע זה ניתן לומר, כי שיקול הדעת המינהלי פורק והורכב מחדש "ברוח תאגידית", במיוחד ככל שיש מגמה להתייחס לרשות המינהלית כאל תאגיד (כלכלי) ולהחיל עליה כלי ניתוח מעולם התאגידים.³⁷⁴

שישית, **לקראת בלקניזציה**? דומה שהולכות ומתחזקות מגמות צנטריפוגליות במשפט המינהלי בדרכו להפוך לפדרציה של תחומי עיסוקיו השונים. לא רק פירוק הסמכות המינהלית קשור לכך אלא גם העמקת הבירור העובדתי שהמשפט המינהלי הולך ודורש. נדרשות מומחיות והעמקה גוברות ככל שערכו של הבירור העובדתי גדל, והעמקה זו, בתורה, מציפה את ההבדלים בין תחומי הרגולציה השונים.³⁷⁵ ככל שהפיקוח הולך ומתבסס על נתוני אמת, בעיקר כאשר הוא מעמיק חקור מטעמים ספקניים, נדרש כי נתונים אלה יובאו בפני מי שיוודע להעריך אותם, את מה שיש ומה שאין בהם. רלוונטי לכאן הוא תהליך ה**טריבונוליזציה** בשדה המשפט המינהלי, אשר ייתכן כי יגבר. הכוונה להפקדה גוברת של הפיקוח על תחומי מינהל ספציפיים בידי טריבונולים שבדרך כלל יושבים בהם מומחים לעניין, ולכן הם עשויים

³⁷² ראו לעיל ה"ש 177-176 והטקסט הסמוך להן; וכן ANAT ROSENBERG, THE RISE OF MASS ADVERTISING (2022).

³⁷³ פדרריק טיילור הוא אבי הגישה: FREDERICK W. TAYLOR, THE PRINCIPLES OF SCIENTIFIC MANAGEMENT 37 (1911). על מהפכת הניהול שבאה בעקבותיו, ראו, למשל, ALFRED D. CHANDLER, THE VISIBLE HAND: THE MANAGERIAL REVOLUTION IN AMERICAN BUSINESS (1977), especially at 272-283, 415-418, 464-468; YEHUDA SHENHAV, MANUFACTURING RATIONALITY: THE ENGINEERING FOUNDATIONS OF THE MANAGERIAL REVOLUTION 10-11 (1999).

³⁷⁴ ראו לעיל ה"ש 278 ולהלן הטקסט הסמוך לה"ש 304, וכן בבג"ץ **דואר ישראל**, לעיל ה"ש 198.

³⁷⁵ חלק נכבד של הכתיבה על רגולציה בישראל, אם לא עיקרה, מתמקדת בתחומי רגולציה ספציפיים. הספרות הרלוונטי היא רבה מאוד. ראו, לשם ההדגמה, למשל, את המאמרים שבכרך **רגולציה בישראל: ערכים, אפקטיביות, שיטות** (אייל טבת ויצחק גל-נור עורכים 2019); מיטל פלג מזרחי ואלון טל "צדק סביבתי, צריכה וטביעת רגל אקולוגית: מערכת היחסים ומשמעויות רגולטוריות בין דירוג סוציו-אקונומי לצריכה בת קיימה" **מחקרי רגולציה** ד 119 (2021); מרים מרקוביץ-ביטון, יפעת נחמיאס ותהילה רוזנצוויג-פלדמן "אסדרת שוק התרופות בישראל" **מחקרי רגולציה** ד 253 (2021).

לאפשר בירור עובדתי ומהותי מעמיק יותר, כך במיוחד במקרים בהם פוטרים אותם ממגבלות דיני הראיות החלים בבתי המשפט.³⁷⁶

שביעית, **מעולם שטוח לעולם עגול**: אם בתחילת הדרך, ההיבט המוסדי של המשפט המינהלי צומצם למוסד שיפוטי אחד – בג"ץ – הרי שעם ההתקדמות על ציר הזמן, עוד ועוד מוסדות נכללו בתחומו של המשפט המינהלי. במקביל, תמונת השדה המינהלי/רגולטורי ושל דינמיקת הפעולה בו נהייתה עגולה ורבת-פנים יותר. גם רשימת שחקני המשפט המינהלי גדלה, והיא כוללת לא רק "רשות" גנרית אלא סוגי רשויות שונות הטורחות על עניינים שונים, לצד רגולטורים-על מדינתיים ועל-מדינתיים, ולא רק "פרט" גנרי, אלא סוגי פרטים שונים שיחסם למינהל שונה ושצורות ההתארגנות שלהם שונות.³⁷⁷

שמינית, **דרגות משתנות של ריחוק**: עם התעגלות הפרספקטיבה, המשפט המינהלי הולך ומפחית את "דרגת ריחוק" שלו מהמינהל: אם בתחילה הוא הביט על המינהל כפי שאנו מסתכלים על פרש או צריח על לוח שחמט – כשחקן במערך הכוחות בקרב רשויות המדינה – דור 3.0 פתח את הדלת להסתכלות ריאלית ו"קרובה" יותר למינהל, ופרשת **זליגמן** וכן עליית "המשפט המינהלי הפנימי" הראו את הפוטנציאל הטמון בכך. עם זאת, דור 3.0 טרם אמר את המילה האחרונה ואין לשלול את האפשרות כי גם הוא יסוג לאחור.³⁷⁸ כפי שהדגים לנו הניתוח של זמיר את פרשת **מיכלין**, ניתן לנקוט גישה ריאלית ואף ספקנית למינהל ולהסיק מכך דווקא כי על המשפט לסוב לאחור ועקרונית "לתת למינהל את אשר למינהל", כלומר להותיר את ענייניו הפנימיים של המינהל לעצמו.³⁷⁹

³⁷⁶ ראו סיון שחר, איילת סלע וארנה רבינוביץ-עיני "בתי-דין מנהליים מקוונים בישראל: המהפכה שבדרך, וממצאים אמפיריים ממקרה בוחן ראשון" (טרם פורסם). המאמר דן בהצטלבות בין מגמת הטריבוניזציה לבין מגמת הדיגיטציה של הליכי משפט – בסכסוכים מינהליים. כן ראו לאחרונה חוק הפרות תעבורה מינהליות, התשפ"ד-2024, ס"ח 3278, עמ' 1327 (התקבל: 25.7.24), המקים בית דין מינהלי לתעבורה, וכן רון שפירא "שיקום נאשמים ואסירים – הצורך בפיתוח כלים לפיקוח ויישום הוראות בית המשפט" **ספר סלים ג'ובראן** 993 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2023). אך ראו גם Michael Asimow & Yoav Dotan, *Open and Closed* (2023). *Judicial Review of Agency Action: The Conflicting U.S. and Israeli Approaches*, 64 AM. J. COMP. L. 521 (2016).

מעניין לציין בהקשר זה, כי כיום גם נבחנת האפשרות ליצור מערכת **גישור בסכסוכי מינהל**, והוקמה קבוצת מחקר במרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי באוניברסיטת בר-אילן למטרה זו (גילוי נאות: הח"מ שותף בקבוצת המחקר). ראו <https://sites.biu.ac.il/cjdl/page/733>. מובן, כי התפתחות זאת היתה נתקלת בקשיים של ממש בעולמו של דור 1.0, שבו, למשל, לשאלת הסמכות ניתן היה לתת רק תשובה בינארית ועולמה של הבטלות והסמכות היחסית לא היה מוכר.

³⁷⁷ Levi-Faur, לעיל ה"ש 139.

³⁷⁸ למחלוקות בנדון, ראו ברק-ארז "נתונים אמפיריים", לעיל ה"ש 42, עמ' 47-51.

³⁷⁹ ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 306.

2. לאן הולכים מכאן?

לאחרונה עלתה ההצעה לקדם עתה מהלך קודיפיקטיבי של המשפט המינהלי הישראלי. ניסיונות עבר לקבוע בישראל חוק סדרי מינהל לא צלחו.³⁸⁰ כיום ההצעה מקבלת משמעות ייחודית והיא מתבקשת במיוחד לאחר הקמת בתי המשפט לעניינים מינהליים. שכן, עם פריעתה של הבדידות המזהרת של בג"ץ,³⁸¹ גבר הצורך לקבוע קודקס מינהלי על-מנת לנסות לוודא כי אלה שמקורב צורפו לשיפוט המינהלי ילכו בתלם. עם זאת, יש סיבה להעריך כי באקלים הספקני הנוכחי חוק שכזה אם יתקבל עלול להצר את תחומה של הרשות, להכביד את ידה ולכפות עליה עמידה בסטנדרטים ברוחה של החשיבה הספקנית.³⁸² אך אפשר שהדברים יהיו אחרת. למה כוונתי? ראינו, כי המשפט המינהלי בישראל התמיד ללכת לאורך ציר הצדקה וכי לא צמחה בארץ תורת משפט שתאגר בצורה משמעותית את תפיסת המשפט המינהלי במסורת האנגלו-אמריקאית. מכאן, כי לא נערך דיון של ממש ביעדיו המהותיים של המשפט המינהלי שלנו. למעשה, בהקשרים רבים ההנחה המקובלת, היא שאת מה שעושה המשפט המינהלי יכול לעשות – ואולי טוב יותר – מישהו אחר (למשל, המחוקק או השוק). אך דומה שטרם עלתה ברצינות השאלה: מה הוא בא לקדם, מהותית, בעצם? האם באמת "אין אפשרות להגדיר את המינהל בדרך של הגדרה חיובית"?³⁸³ תשובות, כגון שמירה על שלטון החוק במינהל או הגנה על זכויות/אינטרסים, עוסקות בערכים בעלי תחולה כללית ואין הן מספקות אמת מידה מהותית להערכת המעשה המינהלי, שהיא "פנימית" למשפט המינהלי ונובעת מהגדרותיו שלו. הרי המשפט המינהלי משתרע על אינספור פעולות ותחומים. אך כל מה שיש לו להציע בעת בחינת ערכם הוא מדריך לדרכי הפעולה הראויים של המינהל ותפריט עילות פיקוח (שיפוטי ואחר). ומה בדבר שאלת ערכן של הפעולות הללו – האם הן ראויות, מבחינת המשפט המינהלי עצמו? בדומה למקומות אחרים, גם בישראל נותרה עד כה שאלה זו ללא מענה.

אם כך, ייתכן כי הגיעה העת שתקום גם לנו תורת משפט מינהלי פונקציונלית על בסיס זרעי היסודות הפונקציונליים שנזרעו לאורך השנים, פה ושם, במשפט המינהלי שלנו, אך שטרם זכו לבולטות. ואולי אפשר להתחיל בצורה צנועה יותר ולחזק את הדרישה לאחריות מצידה של הרשות, (בין השאר) בהתבסס על היסודות הפונקציונליים הללו. תירגום הדרישה עשוי להיעשות על דרך של קביעת מנגנונים הולמים להקפדה עם הרשות שאת הציבור היא משרתת ולא אינטרסים צרים. חוק סדרי מינהל, אם יחוקק, יכול לסייע בכך וייתכן כי דור 3.0 מצביע על תוואי מבטיח. דור זה, אמרנו, "הפך את השולחן": הוא התבסס

³⁸⁰ ראו יצחק זמיר "לקראת חוק סדרי המינהל – הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות" משפטים יב 334 (1982) (כירוע, השופט זמיר יהיה בהמשך ממובילי מהפכת השפיטה: ראו מזוז, לעיל ה"ש 133).

³⁸¹ Yair Sagy, *A New Look at Public Law Adjudication: A Critical Organizational Analysis & An Israeli Test Case*, 24 J. TRANSNAT'L L. & POL'Y 65 (2015).

³⁸² יאיר שגיא "המשפט המינהלי על פרשת דרכים – הסדרת המשפט המינהלי בחקיקה ועלייתה של גישה חדשה למשפט המינהלי בישראל" *ICON-S-IL Blog* (30.5.2023). ראו עוד, למשל, אריאל בנדור "חקיקת חוק המנהל הציבורי (חלק כללי): איך ומה?" *ICON-S-IL Blog* (18.5.2023).

³⁸³ לעיל ה"ש 92.

על כלי ניתוח כלכליים-פוליטיים, שחשפו (בין היתר) כשלים סיסטמיים של הליכי מינהל, כדי לדרוש מהרגולטורים שיוכיח לו, במושגים מוגדרים, את צדקת דרכו של המינהל. דומה, ששופטי הרוב בזליגמן הלכו בדרך זו, הגם שהם מזוהים עם האגף "הליברלי" של בית המשפט העליון. שהרי אימוץ תובנות מתחום הבחירה הציבורית אינה משמיעה בהכרח הזדהות עם עמדות שמרניות.³⁸⁴ עולה, אם כן, האפשרות להשתמש גם במתודות אמפיריות-פוזיטיביות, ההולמות את רוח הזמן הזה (בין אם נאהב זאת או לא), כדי לדרוש מהמינהל תשובות מספקות; תשובות מספקות לא רק לחששות שהניאו-ליברליזם הציף אלא גם לחששות שגישות אחרות מדברות בהן (למשל, מחיר היעדרה של רגולציה ופיזור לא שוויוני של עלויות הפעילות המינהלית). לכן, המהלך המוצע כאן חייב להידרש גם לחששות אלה ויש להקפיד, כמובן, שהוא יוחל גם על גופי הפיקוח על הרגולטורים.

ומיד יש לומר, בהשלמה לכך, כי אין זה רצוי שהמשפט המינהלי יצמצם עצמו לנקודות המבט שמציעות המתודות האמפיריות האמורות, אלא שיש להמשיך ולהקפיד עימו שהוא יישאר נאמן לעקרונות יסוד מושרשים, ובראשם המחויבות לזכויות יסוד. ככל שתאומץ ההמלצה לפתח תורת משפט מינהלי פונקציונלית תוצרת כחול לבן, יש לצפות כי יועשר הדיון הנורמטיבי במטרות ובעקרונות שעל המינהל לקדם לרווחת הפרט והכלל – וכך תוכל נקודת המבט הנורמטיבית לשוב, ובצורה משמעותית, לשיח אודות מקורות הצדקה ודרכי פעולה ראויים לרשויות המינהל. בכל מקרה, ובזה נסיים, דומה שהמסע ההיסטורי שערכנו מגלה את הפוטנציאל הגלום בשילוב מתודות ונקודות מבט לעליית גירסה משופרת של משפט מינהלי בר-קיימא ובר-הגנה, נורמטיבית וכלכלית.

ד. סיכום

מאמר זה ערך חקירה גנאולוגית של המשפט המינהלי הנוהג היום בישראל. דומה שהתמונה העולה היא של משפט מינהלי בלא נחת. הוא מונח על מבנה רב שכבתי בלתי יציב, שכן אין זה תמיד ברור כיצד בדיוק מתיישובות השכבות זו לצד זו. יש עדויות בו לשלושת המודלים, למספר תיאוריות מצדיקות ואף לזרם הפונקציונלי שטרם זכה לפיתוח מספק.³⁸⁵ לכן, בהשאלה מגושמת, ניתן לומר שזה הטוב בזמנים אך גם הרע בזמנים לבחון את ההיסטוריה של המשפט המינהלי הישראלי. הטוב בזמנים, בשל "האקשן" הרב והעיסוק המוגבר בשאלות יסוד של המשפט המינהלי, אשר אינו מסתופף לו עוד תחת אדרת המשפט החוקתי והמהפכה החוקתית. הרע בזמנים, כיוון שראשית, קשה להעריך נכוחה את הפעלתנות המוגברת בשדה המשפט המינהלי כה סמוך להתרחשותה. שנית, כיוון שפעלתנות זו נטועה במספר מודלים של משפט מינהלי, המתחרים ביניהם. ושלישית, כיוון שעד עתה טרם הסתמנה מודל מנצח ביריבות זו, וקשה להעריך מי מהם יצא/ו וידו/ם על העליונה, במיוחד לנוכח הקיטוב האידאולוגי-משפטי שנחשף בשנת 2023, שנה "הרפורמה" המשפטית.³⁸⁶

³⁸⁴ ראו, למשל, Rossi, לעיל ה"ש 267; JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS, & GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW (1997).

³⁸⁵ ראו לעיל ה"ש 14-12, 209, 323, 325 והטקסט הסמוך להן.

³⁸⁶ כמו כן, זה הרע בזמנים בשל האמור לעיל בה"ש 14.

המאמר לא בא להכריע בין המודלים אלא להציג אותם בהקשרם האינטלקטואלי והמעשי. אני מקווה שערכה של חקירה זו הובהר במהלך הדיון. אולי בניסיון אחרון לשכנע בערכה, אני מבקש לפנות שוב לבג"ץ הסבירות. הניתוח ההיסטוריוגרפי שערכנו מצביע על קושי ניכר הנובע מעמדת חלק נכבד משופטי המיעוט בבג"ץ הסבירות – אלו שביקשו לקיים "פרשנות מקיימת", ולהחזיר ליושנה את עטרת הלכת דיזינגוף ("דוקטרינת הסבירות הישנה"), וכן השופטים מינץ וסולברג, שחלק משמעותי בהנמקתם נשען על תפיסות ועמדות של דורות עברו. אולם כפי שראינו, פה בדיוק נעוצה הבעיה, שכן דוקטרינה הינה לעולם חלק ממודל תיאורטי מקיף הנטוע בהקשרו ובזמנו. אך לנוכח השינויים הטקטוניים שהתרחשו מאז שניתנה, קשה לראות כיצד הלכת דיזינגוף, שמוצאה במדינה המינהלית ובתפיסה מסוימת של הסמכות המינהלית, תתעורר לחיים בהווה, כאשר המדינה הרגולטורית פורחת ותפיסות שונות של הסמכות המינהלית זוכות לבכורה. בדומה, קשה להשתכנע מדיונים של השופטים סולברג ומינץ שכן אין הוא מגלה מודעות היסטורית.³⁸⁷ מאלה מתבקשת גם המסקנה, כי מהלכו האוריינליסטי-רדיקלי של השופט שטיין, שעליו הוא חוזר גם בבג"ץ הסבירות, מעורר את הקשיים הללו, וביתר שאת, כדרכם של מהלכים אוריינליסטיים רבים.³⁸⁸ אכן, המאמר לא טען זאת, ואין לומר, כי אי אפשר לכלול דוקטרינה של דור עבר במשפט ההווה. אך הניתוח שנערך במאמר הציע שהניסיון לעשות כך יעלה יפה רק אם מתקיים בסיס משותף מספק בין הדורות.

³⁸⁷ ראו דברי השופט גרוסקופף בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 7, פס' 61-61; כן פרשת מינוי נציב שירות המדינה, לעיל ה"ש 126, פס' 85. לפסק דינו של הנשיא עמית.

³⁸⁸ ראו לעיל ה"ש 269, ולמשל, שגיא "פסק הדין שעשה היסטוריה", לעיל ה"ש 4. בדומה, בראיתי, המודל התלת-ראשי שאותו מציגים ומקדמים בן-צבי וצמח, לעיל ה"ש 3 ו-31, חשוף לאותה הביקורת. שכן הוא מבקש לשכן בכפיפה אחת אלמנטים של שלושת הדורות: לגיטימציה דמוקרטית (דור 1); מגבלות דאונטולוגיות (דור 2, לאחר המהפכה החוקתית); רציונליות (דור 2 + 3).