

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 11163/03

בפני :
כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט ס' ג'ובראן

העותרים :
1. ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל
2. ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי
בישראל
3. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי בישראל

נגד

המשיב : ראש ממשלת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : כ"ה בחשון התשס"ה (09.11.2004)

בשם העותרים : עו"ד חסן רפיק ג'בארין

בשם המשיב : עו"ד דנה בריסקמן ; עו"ד רננה קידר

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

ממשלת ישראל החליטה לסווג אזורי עדיפות לאומית בישראל. התושבים באזורים אלו נהנים מהטבות בתחומים שונים המוסדרים על ידי השלטון, ובהם בתחום החינוך. השאלה שבפנינו היא האם דינה של החלטת ממשלה זו – בכל הנוגע להטבות בתחום החינוך – להתבטל בהיותה מפלה את תושביה הערבים של מדינת ישראל.

אזורי עדיפות לאומית

1. מזה שנים רבות נוהגים משרדי הממשלה להעניק הטבות ליושבים שונים על בסיס הקביעה כי הם ממוקמים ב"אזורי עדיפות לאומית". בסיס הטבות אלה הונהג בהחלטת ממשלה (מיום 24.1.1993) בדבר סיווג מחדש של ערי פיתוח ואזורי פיתוח. הממשלה החליטה כי "נקודת המוצא לקביעת אזורי עדיפות לאומית היא מדיניות הממשלה לפיזור אוכלוסין, לשינוי סדרי העדיפויות הלאומיים ולקליטת עליה באזורים אלה" (סעיף א.1 להחלטה). בהחלטה נקבעו שני סיווגים שונים של אזור עדיפות לאומית – "אזור עדיפות לאומית א'" ו"אזור עדיפות לאומית ב'", ואלה נתחמו במפה שצורפה להחלטה. באזור עדיפות לאומית א' יינתנו ההטבות המירביות בכל התחומים, ואילו באזור עדיפות לאומית ב' יינתנו הטבות מופחתות או לכל היותר שוות לאלו הניתנות באזור עדיפות לאומית א'. עוד נקבע כי לא יינתנו על ידי הממשלה, ליושב או לאזור, הטבות הגבוהות מאלה הניתנות באזור עדיפות לאומית א', וכי כל שינוי באזורי העדיפות הלאומית יהיה טעון אישור ממשלה. ואמנם, במהלך השנים התקבלו מספר החלטות ממשלה שהורו על שינויים באזור העדיפות הלאומית.

2. החלטת ממשלה נוספת בעניין אזורי העדיפות הלאומית התקבלה כעבור מספר שנים (ביום 15.2.1998), היא החלטה מס' 3292 (להלן – החלטה 3292). בהחלטה זו עודכנה מפת אזורי העדיפות הלאומית ורשימת הישובים הכלולים באזורי עדיפות לאומית א' ו-ב' (סעיף ב' להחלטה). הוחלט לבטל את סיווג הערים שהוגדרו במעמד קבע נפרד מסביבתם ולהתאימם למעמד הקיים באותו אזור (סעיף ג' להחלטה). יחד עם זאת, הוחלט כי שורה של ערים (כרמיאל, נצרת עילית, קרית גת, קרית מלאכי, מגדל העמק ועכו) ימשיכו לקבל הטבות בתחום החינוך, כפי שהן ניתנות באזור עדיפות לאומית א', לתקופה של שנתיים. מעמד נקודתי דומה הוענק למספר ישובים גם לעניין

הטבות הניתנות על-ידי משרדי ממשלה אחרים. כמו כן הוחלט לתת הטבות, כפי שהן ניתנות באזור עדיפות לאומית א' על ידי משרד החינוך, גם לישובי המגזר הדרוזי והצ'רקסי (סעיף ו' להחלטה). לצד כל אלה החליטה הממשלה כי משרד החינוך יגבש תוכנית לטיפול נקודתי בישובים הנזקקים לתמיכה ותיגבור בחינוך, ולישובי המגזר הערבי, כאשר המשאבים שיחסכו כתוצאה מהשינויים בסיווג ישובים באזורי עדיפות יישמשו כמקור תקציבי למימון תוכנית זו (סעיף ה' להחלטה). בעקבות החלטת הממשלה 3292 הוגשה העתירה המקורית לבית משפט זה.

העתירה המקורית

3. העתירה המקורית הוגשה (ביום 5.5.1998) מטעם שלושה ארגונים הפועלים לקידום זכויות המגזר הערבי בישראל: ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל; ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל ועדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (בג"ץ 2773/98). נטען בה, כי יש לבטל את החלטה 3292. העתירה כללה כמה ראשים ונתבקשו בה מספר סעדים חלופיים. הבסיס המשותף לכולם היה כי החלטת הממשלה אינה חוקית מכמה נימוקים: ראשית, נטען כי הממשלה כלל אינה מוסמכת לקבל – על דרך של החלטת ממשלה – נורמה בעלת היקף ותחולה כה משמעותיים. עניין זה הינו בסמכותה של הכנסת בלבד. שנית, נטען כי ההחלטה שנתקבלה – אף אם בסמכות נתקבלה – אינה כדין, שכן היא נגועה בהפליה. לטענת העותרים, החלטת הממשלה לא הסתמכה על קריטריונים כלשהם לסיווג הישובים, והתעלמה מהתכלית העיקרית העומדת מאחורי סיווג הישובים, שהיא חיזוק ישובים חלשים בעלי מעמד חברתי-כלכלי נמוך. את טענת האפליה ביקשו העותרים להמחיש בנתונים הבאים: החלטה 3292 סיווגה 17 ישובים מאזור ללא עדיפות לאומית לאזור עדיפות לאומית א', מבלי לסווג אף ישוב ערבי בסיווג המועדף. ההחלטה העבירה 11 ישובים מאזור עדיפות לאומית ב' לאזור עדיפות לאומית א', מבלי לכלול בהם אף ישוב ערבי. מנגד, ברשימת הישובים מהם נשלל מעמד של אזור עדיפות לאומית נכללו 14 ישובים ערבים (מתוך 34 ישובים סך-הכל). בנוסף זיכתה הממשלה ישובים רבים בהטבות בתחום החינוך, מבלי לכלול בהסדר את המגזר הערבי, הגם שמגזר זה הוא הנזקק ביותר לסיוע בתחום זה. לטענת העותרים, הקריטריונים לקביעת אזורי העדיפות הלאומית לא היו ברורים או עקביים, ומכל מקום, החלה שוויונית שלהם לא נעשתה. ככל שהקריטריון היה גיאוגרפי, הרי שישובים ערביים הסמוכים לישובים יהודיים נגרעו מאזורי העדיפות; ככל שהקריטריון היה סוציו-אקונומי, הרי שישובים ערביים רבים, שמצבם הסוציו-אקונומי נמוך ביותר, נגרעו מאזורי העדיפות, בעוד שישובים יהודיים שמצבם טוב בהרבה, נכללו בו. לדעת העותרים, יש להחיל את

אמת המידה הגיאוגרפית על כל הישובים הסמוכים אלה לאלה, ערבים כיהודים; ומקום בו החליטה הממשלה ליתן לישוב ספציפי מעמד נקודתי כאילו כלול הוא באזור עדיפות לאומית – מטעמים סוציו-אקונומיים כביכול – ראוי ליתן מעמד זה בראש ובראשונה לישובים מן המגזר הערבי שמצבם בהיבט זה קשה במיוחד. בעתירה זו נתקיימו מספר דיונים מקדמיים. בהמשך היא נדונה בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים. הוצא בה צו על תנאי.

החלטת הממשלה מס' 2288

4. בעוד העתירה תלויה ועומדת קיבלה הממשלה (ביום 14.7.2002) החלטה חדשה בעניין אזורי עדיפות לאומית, החלטה מס' 2288 (להלן – החלטה 2288). החלטה זו באה תחת ההחלטה 3292. בפתח ההחלטה הכריזה הממשלה כי "מחליטים לקבוע את אזורי וישובי העדיפות הלאומית בנגב, בגליל, בירושלים וביש"ע. באזורים אלה ינתנו מגוון הטבות ותמריצים, במגמה לסייע בקידום, לצמצם את הפערים ברמת הפיתוח וברמת החיים בין ישובי העדיפות הלאומית לכלל ישובי המדינה, לעודד את הדור הממשיך להשתקע בישובי העדיפות הלאומית, לעודד השתקעות של עולים חדשים ושל תושבים ותיקים בישובי העדיפות הלאומית, תוך יישום מדיניות הממשלה בדבר חלוקה מתכננת של האוכלוסיה על פני שטח המדינה". ההחלטה התייחסה לסיוע ותמריצים בכמה תחומים: תעשייה, חקלאות, תיירות, חינוך ודיור. לראשונה, נקבע סיווג נפרד של הישובים לעניין כל אחד מתחומי הסיוע והתמריצים, ולמשרדי הממשלה השונים. אשר לסיוע בחינוך, הממשלה הכריזה כי: "הסיוע בתחום החינוך נועד לשפר את רמת ההישגים של תלמידים באזורי העדיפות הלאומית במגמה לצמצם פערים וליצור מערכת חינוך איכותית ושוויונית, לאור העובדה כי רמת ההשכלה מהווה משתנה מוביל ביצירת מרחב הזדמנויות חברתי כלכלי". לעניין סיווג הישובים, לצורך הטבות בתחום החינוך, נקבע כי "מפת אזורי העדיפות הלאומית לעניין הטבות כל המשרדים אשר נקבעה בהחלטת הממשלה מס' 3292 מיום 15.2.1998, תישאר בתוקף כמסגרת למתן סיוע ותמריצים בתחום החינוך" (סעיף ד.1 להחלטה). כן מונה צוות בינמשרדי לגבש המלצות בעניין הישובים שהיו במעמד זמני של אזור עדיפות ובעניין הכללת ישובים נוספים באזור עדיפות לאומית בתחום החינוך.

5. נוכח החלטת הממשלה 2288 והשלכותיה על העתירה, החליט ההרכב (ביום 2.12.2003) כי העתירה מתבטלת, כי תוגש עתירה חדשה על פי המצב המשפטי העדכני, וכי יוצא בה צו על תנאי. ואכן, העותרים הגישו (ביום 22.12.2003) עתירה מתוקנת – היא העתירה שבפנינו. בעתירה שבים העותרים וטוענים כי דין החלטה 3292

להתבטל. העותרים מבהירים כי הגם שהחלטה 3292 הוחלפה בהחלטה 2288, הרי שההחלטה המאוחרת מפנה בעניין קביעת אזורי עדיפות לאומית בתחום החינוך להחלטה 3292, כך שהתשתית העובדתית נותרה על כנה. העתירה המתוקנת הורכבה משלושה ראשים. הראש הראשון עניינו ביטול החלטה 3292, אשר קבעה את אזורי העדיפות באופן המוציא מהם – כך על פי הטענה – ישובים ערבים המקיימים את אמות המידה הגיאוגרפיות לפיהן נקבעו האזורים. בראש השני ביקשו העותרים להעניק לאחד-עשר ישובים ערביים, אשר לא סווגו כאזור עדיפות לאומית א', מעמד זה למעמד שניתן לישובים היהודיים נצרת עילית ומגדל העמק, הסמוכים להם מבחינה גיאוגרפית ועולים עליהם במדד חברתי-כלכלי. בראש השלישי לעתירה התבקשה הוספת ישובי המגזר הערבי לישובים הזוכים להטבות בתחום החינוך כאזורי עדיפות לאומית א'. הוצא צו על תנאי בשלוש הראשים של העתירה (ביום 6.1.2004). בהמשך התווסף לעתירה – בהסכמת המשיבים – ראש רביעי, שבו נתבקשה הוספת שבעת הישובים הברואים המוכרים בנגב לרשימת הישובים הזוכים להטבות בתחום החינוך כאזור עדיפות לאומית א'. הוחלט (ביום 12.3.2004) להוציא צו על תנאי גם בנוגע לסעד זה.

טענות העותרים

6. בעתירה המתוקנת שבים העותרים וטוענים כי שיטת סיווג הישובים לאזורי עדיפות לאומית, המעניקה הטבות נרחבות מכוח החלטות ממשלה, הינה פסולה משום שאינה נשענת על חקיקה ראשית. נטען כי הממשלה כלל אינה מוסמכת לקבל החלטות בנושא כה מורכב ויסודי של קביעת אזורי עדיפות לאומית. עניין זה ראוי שיוסדר בהסדר ראשוני בחקיקה ראשית של הכנסת, בדומה לכלל הסדר של תשלומים אישיים המוענקים לפרט. העותרים מוסיפים וטוענים כי החלטת הממשלה נעדרת קריטריונים כתובים, ברורים, פומביים ושוויוניים. הקריטריונים עליהם נשען הסיווג אינם ברורים – פעם הם גיאוגרפיים ופעם הם סוציו-אקונומיים. שרטוט המפה נעשה באופן שרירותי והיא עצמה נהפכה לקריטריון בעיני המשיב. במתן מעמד נקודתי לישובים נשקל שיקול חברתי-כלכלי ולעיתים גם שיקול פוליטי, אך שוב ללא קריטריונים כתובים וברורים וללא מתן משקל כלשהו למצב הסוציו-אקונומי של הישובים הערביים. מכל מקום, קשה למצוא קשר בין אמות המידה שציין המשיב לבין אופן יישומן בפועל, בייחוד לגבי ישובים מן המגזר הערבי. כך, למשל, בין אם השיקול הוא גיאוגרפי ובין אם השיקול הוא כלכלי-חברתי, לא ברור מדוע הישובים הערבים הסמוכים לנצרת עילית ומגדל העמק לא זכו להטבות זהות בתחום החינוך. העותרים טוענים, כי החלטת הממשלה 3292 היא מפלה ובלתי חוקית, בהיותה מבחינה ללא הצדקה בין ישובים

יהודיים לשובים שאינם יהודיים, ובעיקר כלפי ישובים ערביים. לטענת העותרים, עיון במפת אזורי העדיפות הלאומית לעניין ההטבות בחינוך מראה כי מתוך 491 ישובים במעמד של אזור עדיפות א' לפי המפה, רק 4 ישובים הם ישובים ערביים, כולם ישובים קטנים. בהחלטה נקבע מעמד של אזור עדיפות לאומית א' ל-36 ישובים נוספים, בהם לא נכלל אף לא ישוב ערבי אחד. בתחום החינוך הוחלט ליתן מעמד של אזורי עדיפות לאומית ל-8 ישובים נוספים, וגם בהם לא נכלל אף לא ישוב ערבי אחד. התוצאה העולה מן המקובץ היא, כי לעניין ההטבות בחינוך, יזכו בסך הכל 535 ישובים למעמד של אזור עדיפות לאומית א', מהם רק 4 ישובים ערבים קטנים. אליבא דעותרים, תוצאה זו היא מפלה. ההטבות בחינוך צריכות להיות אוניברסליות ובלתי תלויות בשיוך לאומי. האפליה מתחדדת נוכח העובדה שהמשיב החיל את ההטבות בחינוך על מגזרים מסויימים (חרדים, דרוזים, צ'רכסים) תוך פסיחה על המגזר הערבי. התוצאה מצביעה על הפליה על בסיס לאום. המשיב טען לא פעם שהבסיס להטבות בחינוך, ובמיוחד בהוספת הישובים באופן נקודתי, הוא סוציו-אקונומי. שומה היה להחיל עקרון זה גם על הישובים הערביים. כך, בייחוד נוכח המצב הכלכלי-חברתי הירוד, דבר שאינו שנוי במחלוקת, ברבים מיישוביה הערביים של המדינה. וכך אף ביתר שאת לגבי הישובים הבדואים המוכרים. הטבות בתחום החינוך צריכות להינתן על בסיס עקרונות של צדק חלוקתי המחייב התחשבות בשיקולים כלכליים-חברתיים ויישומם על כלל האוכלוסיה באופן שווה. במצב הנתון, אי הכללת הישובים הערביים בסיווג לאזורי עדיפות לאומית א' בחינוך היא מפלה ולוקה בחוסר סבירות קיצוני.

עמדת המשיב

7. בפתח תשובתו ביקש המשיב להבהיר, כי ההחלטה התקפה בעת הזו היא החלטה 2288 ולא החלטה 3292 שקדמה לה. ממילא, טוען המשיב, אין מקום לבירור טענות הנוגעות להחלטת הממשלה שבוטלה והסעד שהתבקש בגינה אינו אקטואלי. זאת ועוד, ככל שהעתירה מכוונת כנגד ההפליה בין ישובים ערבים לישובים יהודים סמוכים שקיבלו מעמד נקודתי של אזור עדיפות לאומית בחינוך – כגון נצרת עילית ומגדל העמק (הראש השני של העתירה) – הרי שבמסגרת החלטה 2288 ויישומה בוטל המעמד הספציפי שניתן בעבר לתקופת מעבר קצובה לאותם ישובים. המשיב ציין כי בתחום החינוך, נכון להיום, מעמד הישובים נקבע באורח מלא על יסוד המבחן הגיאוגרפי, בהתאם למפת אזורי עדיפות לאומית (למעט ישובי המגזר הדרוזי והצ'רסקי). משמעות הדברים היא כי טענת האפליה אינה רלוונטית עוד, ויש לדחות את העתירה.

8. לשאלת הסמכות, טוען המשיב, כי הממשלה מוסמכת לקבוע אזורי עדיפות לאומית מכוח סמכותה השיורית שבסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה. ההכרזה על אזורי עדיפות לאומית אינה אלא מסד למתן הטבות ותמריצים, אשר בהיעדר הסמכה בדין של רשות אחרת בנדון, מצויים הם בסמכותה הכללית של הממשלה. לטענת המשיב, אין גם יסוד לטענה לפיה הקביעה של אזורי העדיפות הלאומית היא נטולת קריטריונים ושרירותית. מפת אזורי העדיפות הלאומית מבוססת בעיקרה על קריטריונים גיאוגרפיים. אזור עדיפות לאומית א' מצוי באזורים המרוחקים ביותר ממרכז הארץ וממרכזי התעסוקה; אזור עדיפות לאומית ב' באזורים הקרובים יותר למרכז הארץ ולמרכזי תעסוקה; יתר שטחי המדינה אינם מצויים באזור עדיפות לאומית בכלל. נטען כי הרציונל בבסיס החלוקה הגיאוגרפית מניח כי מרחב ההזדמנויות של האזרח בפריפריה קטן מבחינות רבות לעומת הקיים במרכז, וכי יוקר המחיה באזורים אלו גבוה יותר מבשאר אזורי הארץ. לדברי המשיב: "קביעת אזורי העדיפות הלאומית נועדה לעודד התיישבות ולסייע לתושבים באזורים מרוחקים מבחינה גיאוגרפית או בעלי חשיבות ביטחונית, בהם מעוניינות ממשלות ישראל השונות, על פי קווי היסוד שלהן, לעודד התיישבות. אזורי העדיפות הלאומית לא נועדו לקדם ישובים במצוקה על פי מדדים סוציו-אקונומיים, כפי שטוענים העותרים, והשיקול הסוציו-אקונומי לא היווה שיקול מכריע בקביעת אזורי העדיפות הלאומית. ההתוויה המדוייקת של מפת אזורי העדיפות הוכנה בעיקרו של דבר על פי מפת נפות ואזורים טבעיים, כאשר ההתוויה מושפעת אף מתוואי השטח וממיקומן של דרכים" (סעיף 11 לתשובה). טוען המשיב, בנוגע לטענת ההפליה, כי לא קיימת הדרה מכוונת של העותרים, וודאי שלא משיקולים של לאום, כדבריהם. ישוב המצוי בתוך השטח שהוכרז כאזור עדיפות לאומית יהנה מהטבות, בין אם המדובר בישוב יהודי ובין אם המדובר בישוב ערבי. ישוב שאינו מצוי בתא השטח הגיאוגרפי האמור לא יקבל הטבות, בין אם הוא ישוב יהודי ובין אם הוא ישוב ערבי. משעה שהקריטריון הוא גיאוגרפי בלבד, אין מקום לטענת ההפליה, שכן ההבחנה היא על בסיס מיקום גיאוגרפי בלבד. את השיעור המזערי של ישובים ערביים הנכללים באזור העדיפות הלאומית יש לייחס, כך נטען, לפיזורם הגיאוגרפי "של הישובים הערבים שאינם מצויים בגליל העליון או בדרום הנגב". אכן, בפריפריה הצפונית המוגדרת כאזור עדיפות לאומית א' מצויים ישובים ערבים מעטים יחסית אך, "אין כל בסיס לטענה כי הקו עובר באופן שנועד להפלות בין המגזר היהודי למגזר הערבי" (סעיף 45 לתשובה). באופן מעשי, כך מציין המשיב, הקו הגיאוגרפי המפריד בין אזור עדיפות לאומית א' ל-ב' בצפון הארץ עובר ברובו המכריע (למעלה מ-70%) לאורך קווי השיפוט של הישובים הסמוכים לקו זה, ורק בנקודות מעטות חוצה הקו שטחים פתוחים.

9. המשיב מתנגד לדרישת העותרים להוספת ישובי המגזר הערבי והמגזר הבדואי לרשימת הישובים המקבלים הטבות. המשיב מבהיר כי גם בתחום החינוך לא נקבעו אזורי העדיפות הלאומית על פי מדד סציו-אקונומי אלא על פי קריטריון גיאוגרפי. עם זאת, החליטה הממשלה לתת הטבות על בסיס נקודתי למספר ישובים דרוזים וצ'רקסים ולא לה בלבד. מגזרים אלו זקוקים לתגבור רב בחינוך, כדי להדביק פערים בני שנים רבות. ההטבות למגזרים אלו אינם אלא העדפה מתקנת, המהווה חלק ממדיניות כוללת של הממשלה בטיפול במגזרים אלה. המשיב מבהיר כי אין אפשרות מעשית לקיים העדפה מתקנת באופן גורף ובו זמני לכלל המגזרים הזקוקים לה. לכן, היענות לדרישת העותרים להשוואת מעמדם למעמד הישובים הדרוזים והצ'רקסים תחייב שלילת ההטבות מהישובים הדרוזים והצ'רקסים ולפגיעה בלתי מוצדקת בהם. יחד עם זאת, הממשלה פועלת בדרכים אחרות לקידום החינוך במגזר הערבי והמגזר הבדואי. במהלך השנים הוקמו מספר ועדות שגיבשו המלצות שונות בנושא. בנוסף החליטה הממשלה (ביום 22.10.2000) לפעול בתוכנית רב שנתית לפיתוח וקידום חברתי-כלכלי של המגזר הערבי, לרבות בתחום החינוך. בעקבות החלטה זו גובשה במשרד החינוך תוכנית חומש שמטרתה ליצור שוויון הזדמנויות במגזר הערבי והדרוזי, להעלות את שיעור הזכאים לבגרות; לחזק מיומנויות לימודיות יסודיות; לחזק את מערך החינוך המיוחד, ועוד. יישום התוכנית החל בשנת הלימודים תש"ס בתקציב כולל של 250 מיליון ₪ לחמש שנים, כתוספת לכלל המשאבים המוקצים למערכת החינוך הערבית והדרוזית. להשלמת התמונה ציין המשיב את דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת שיטת התיקצוב בחינוך היסודי בישראל, בראשותו של ד"ר שמעון שושני (להלן – דו"ח שושני) שהוגש לשרת החינוך (ב-22.8.2002). בדו"ח הומלץ כי יקבע מדד תיקצוב אחיד ומשותף לכל מוסדות החינוך ולכל התלמידים בישראל, לפי קריטריונים שוויוניים, המבוסס על שורת משתנים, ובהם השכלת ההורים, ארץ עליה, ריחוק גיאוגרפי ממרכז הארץ ומגזרים באזור עדיפות לאומית וקו עימות. המשיב מוסיף, כי יישום שיטת התיקצוב לפי דו"ח שושני יביא לשיפור משמעותי במגזר הערבי. שעות הלימוד בו יגדלו ב-70,000 שעות לשנה, שהן 80% משעות התקן שיש כוונה להוסיף לכלל התלמידים בישראל; שעות התקן במגזר הערבי יגדלו בכ-30%, בעוד שבמגזר היהודי יגדלו ב-5% בלבד. הדו"ח עצמו, כך נמסר בתשובה, מיושם על בתי הספר היסודיים הרשמיים החל משנת תשס"ד. הנה כי כן, טוען המשיב, אין מקום להוספת ישובי המגזר הערבי והבדואי – שעניינם נדון בראשים השלישי והרביעי לעתירה – לזכאים למעמד של אזורי עדיפות לאומית, שכן הטיפול במצבם הסוציו-אקונומי והצורך שלהם בטיפול החינוך נעשה במסגרות אחרות ובאופן ראוי. סיכומו של דבר, כך נטען, יש לדחות את העתירה על כל ראשיה.

10. מן הראוי תחילה לתחום את מסגרת הדין, כפי שהיא נראית בפנינו לאחר עיון בחומר ושמיעת בעלי הדין: ראשית, מקובלת עלינו עמדת העותרים לפיה יש עדיין רלבנטיות להחלטה 3292, הגם שזו בוטלה מבחינה פורמלית. החלטה 2288 – שלכולי עלמא היא התקפה בעת הזו – מפנה לעניין הטבות בחינוך למפת אזורי העדיפות הלאומית שנקבעה בהחלטה 3292. לא ניתן, איפוא, להפריד בין שתי החלטות הממשלה, בכל הנוגע לטענת העותרים לפיה הקביעה של אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך אינה חוקית. שנית, אין לכחד כי החלטה 2288 שינתה את מצב הדברים שהיה בעת הגשת העתירה המקורית. בעוד שהעותרים הכבירו טיעונים, בעתירתם המקורית, על היעדר קריטריון ברור ואחיד לקביעת אזורי עדיפות לאומית במסגרת החלטה 3292, הרי שבכל הנוגע להחלטה 2288 ברי – הן מתוכנה והן מעמדת המשיב – כי הקריטריון הנטען בה היה אחד וברור והוא הקריטריון הגיאוגרפי. קריטריון זה הופעל, לטענת המשיב, גם לעניין קביעת אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך. למרות ההפניה להחלטה 3292, הרי שעצם הקביעה של אזורי העדיפות הלאומית נכון לעת הזו, לרבות בתחום החינוך, היא מכוחה של החלטה 2288. שלישית, מקובלת עלינו עמדת המשיב, לפיה במצב הדברים כיום התייחר הראש השני של העתירה. אכן, עיקרו של ראש זה נסוב סביב טענת ההפליה שגורמת החלטה 3292 בין ישובים שזכו למעמד נקודתי של אזור עדיפות לאומית, הגם שלא ענו על הקריטריון הגיאוגרפי, כגון נצרת עילית ומגדל העמק, לבין ישובים ערביים סמוכים שלא נהנו ממעמד זה. אולם, המשיב מסר כי מעמד נקודתי זה של הישובים היהודיים בוטל ואינו קיים עוד, וממילא נשמט היסוד תחת טענת ההפליה בעת הזו. למציאות הזמנית ששררה עד לשינוי מדיניות הממשלה יכול ותהא משמעות לעניין הסעד, אולם בירור טענת ההפליה בהקשר זה אינה נדרשת עוד בעת הזו.

11. נוכח האמור לעיל, נותרו על כנן שלוש סוגיות עיקריות: הראשונה, האם מוסמכת הממשלה לקבוע הסדר של אזורי עדיפות לאומית, מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה; השניה, האם מפת אזורי העדיפות הלאומית בנושא החינוך עליה החליטה הממשלה (החלטות 3292 ו-2288) הינה מפלה על בסיס לאום ודינה בטלות; השלישית, האם יש להקנות לישובי המגזר הערבי והבדואי מעמד של ישובים באזור עדיפות לאומית א' בתחום החינוך, בדומה לאופן הפעולה ביחס לישובים דרוזים וצ'רקסים. הסוגיה הראשונה נדונה בחוות דעתו של חברי, המישנה לנשיא השופט מ' חשין. מצטרף אני לדבריו. את חוות דעתי אקדיש, איפוא, לשתי השאלות האחרות.

האם החלטת הממשלה בעניין קביעת אזורי עדיפות לאומית בחינוך היא מפלה?

12. מן העבר האחד טוען בפנינו המשיב כי כל תכלית הקביעה של אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך היא פיצוי הפריפריה על ריחוקה מן המרכז, כאשר השיקול הרלבנטי שנלקח בחשבון הינו השיקול הגיאוגרפי. לטענתו, שיקול זה אינו מפלה. מן העבר האחר ניצבים העותרים, הטוענים כי עצם התוויית הקו הגיאוגרפי, כפי שהתווה, מפלה את המגזר הערבי. הקו הגיאוגרפי שקבעה הממשלה מביא לתוצאה לפיה במסגרת הישובים הזכאים לעדיפות לאומית בעניין חינוך, שהם כ-500 במספר, נכללים רק ארבעה ישובים ערביים קטנים. עם מי הדין?

עקרון השוויון

13. עקרון השוויון הוא מעקרונותיה הבסיסיים ביותר של מדינת ישראל. הזכות לשוויון היא מהחשובות שבזכויות האדם. היא מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698). אכן, "מזן המפורסמות הוא כי השוויון הוא מערכי היסוד של המדינה. הוא מונח ביסוד הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי (ראו בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 415; בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(3) 31, 39). עקרון ראשון במלכות הוא לפירושם וליישומם של חוקים (בג"ץ 244/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 177). הפגיעה בשוויון היא "הרע-מכל-רע" (השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, בעמ' 503). ההפליה הינה מן הפגיעות החמורות שיתכנו באדם ובזכויות האדם. היא עשויה להוביל להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132). בוודאי כך מקום שההפליה היא בשל דתו או גזעו של אדם. הפליה "גנרית" שכזו "[...] פוצעת אנושות בכבוד האדם" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 658-659; ראו עוד בג"ץ 4112/99 הנזכר, בעמ' 414, וכן א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004) 142).

14. עקרון השוויון חולש על כל תחומי הפעילות של השלטון. יחד עם זאת, חשיבות מיוחדת נודעת לו בכל הקשור לחובת השלטון לנהוג בשוויון בין אזרחיה היהודים של המדינה ואזרחיה שאינם יהודים. חובה זו – של שוויון בין כלל אזרחיה של מדינת ישראל – ערבים ויהודים כאחד – מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת

ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. כפי שצינתי במקום אחר, "אין מקובלת עלינו התפיסה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בהם כדי להצדיק... הפליה על ידי המדינה בין אזרחים של המדינה... מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל" (ראו בג"ץ 6698/95 קעטאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, בעמ' 280-281). מעבר לכך, "לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים" (שם, בעמ' 281). הוספתי כי "מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור" (ראו שם, בעמ' 282, וכן א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חבר-הכנסת אחמד טיבי, פ"ד נז(4) 1, 23).

15. הפגיעה בשוויון קשה היא תמיד. היא קשה שבעתיים שעה שהיא פוגעת בזכות לחינוך. אכן, הזכות לחינוך היא זכות יסוד במשפטנו, זכות המוקנית לכל אדם. זוהי "אחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם" (בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834). לזכות לחינוך ביטויים רבים בחוקות של מדינות דמוקרטיות, ובאמנות בינלאומיות. בצדק צויין כי "החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו. מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה... החינוך הוא, בלי ספק, מכשיר חשוב בהבטחת זכויותיו וחירויותיו של כל פרט ופרט, ובמימושן של הזכויות הפוליטיות הבסיסיות הנתונות לו, ובהן חופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר" (השופט ת' אור בבג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 24). הזכות לחינוך אינה מצטמצמת לזכותו של הפרט לבחור בחינוך אשר יבקש. היא כוללת לעתים גם את חובתה של המדינה לאפשר לפרט – לכל פרט – לקבל חינוך בסיסי באופן שוויוני (ראו והשוו בג"ץ 421/77 ניר נ' המועצה המקומית באר יעקב, פ"ד לב(2) 253, 265). כבר נאמר כי "הזכות לחינוך היא זכות בסיסית המוכרת במדינות העולם ובישראל. ההכרה בה באה לידי ביטוי עוד בשחר הקמתה של המדינה בהכרזה על הקמת המדינה ובחוקי החינוך הראשונים שנחקקו בסמוך לאחר קום המדינה. בצד הזכות לחינוך וכפן האחר שלה, מוטלת חובת לימוד על כל ילד בישראל. חובה זו מוטלת על הפרט, ובצידה מוטלת חובה על הרשות הציבורית לספק חינוך, ולתתו לכלל

הציבור חינם" (ראו השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 7374/01 פלונים נ' מנכ"ל משרד החינוך הגב' רונית תירוש (לא פורסם); ראו גם חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000; בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גילת נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2; בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203; בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון לציון נ' שרת החינוך (טרם פורסם); ראו בהרחבה י' רבין, הזכות לחינוך (2002) עמ' 65). ביטוי נוסף למעמדה הרם של זכות יסוד זו מצוי בחזקה פרשנית, לפיה יש לפרש את החוק באופן המקיים את הזכות לחינוך על פני פירוש השולל אותה (בג"ץ 693/03 מרציאנו נ' שר האוצר (לא פורסם)).

קביעת אזורי עדיפות לאומית בתחום החינוך

16. על רקע נורמטיבי זה קמה ועולה השאלה אם החלטת הממשלה בדבר קביעת אזורי עדיפות לאומית בכל הנוגע להטבות הניתנות בתחום החינוך היא שוויונית, או שמא היא מפלה? תשובתנו לשאלה זו הינה כי מן הנתונים שהובאו בפנינו שוכנענו כי החלטת הממשלה בעניין קביעת אזורי העדיפות הלאומית אינה מתיישבת עם עקרון השוויון, שכן תוצאותיה מביאות להפליה פסולה של בני המגזר הערבי במימוש זכותם לחינוך, ובכך גוררות את אי חוקיותה.

17. כנקודת מוצא במסגרת בירורה של עתירה זו נכונים אנו להניח כי השיקול שעמד ביסוד הקביעה של אזורי העדיפות הלאומית היה גיאוגרפי בעיקרו. הוא בא להבחין בין אזורים הקרובים גיאוגרפית למרכז ובין אזורי פריפריה המרוחקים ממנו. על-פיו יש ליתן עדיפות בתחום החינוך לאותם ישובים המצויים באזורים המרוחקים. עמדה זו מצאה ביטוייה בתשובת המשיב (28.3.2004) ועל פיה, שיעורם היחסי הנמוך של הישובים הערביים באזורי העדיפות הלאומית "נובע מן המיקום הגיאוגרפי של הישובים הערבים שאינם מצויים בגליל העליון או בדרום הנגב ולא מטעם אתני כלשהו. אכן, בפריפריה הצפונית של מדינת ישראל, המוגדרת כאזור עדיפות לאומית א' בחינוך, מצויים ישובים ערבים מעטים יחסית. עם זאת, אין כל בסיס לטענה כי הקו הועבר באופן שנועד להפלות בין המגזר היהודי למגזר הערבי..." (סעיף 30 לתשובה). הנחתנו היא איפוא כי השיקול הגיאוגרפי לבדו הוא שעמד בבסיס קביעת אזורי עדיפות לאומית. אין בחומר שלפנינו דבר המצביע ישירות על כך שעצם הבחירה בקריטריון הגיאוגרפי או אופן התוויתו של הקו הגיאוגרפי, נעשו על מנת להפלות את בני הציבור הערבי. יודגש, כי הנחתנו זו, לפיה אופן תיחום אזורי עדיפות לאומית לעניין הטבות בחינוך נעשה אך על פי אמות מידה של ריחוק גיאוגרפי מהמרכז, ללא כל כוונה להטות עם מגזרים מסויימים, אינה מובנת מאליה בנסיבות המקרה. כך, שכן המשיב לא סיפק

לכית המשפט נתונים והבהרות כיצד נקבע אותו קו גבול גיאוגרפי המבדיל פריפריה מן המרכז, התוחם בין אזורי עדיפות א' ל-ב' ובין אזור עדיפות ב' לאזור ללא עדיפות, והמצדיק מתן העדפה למצויים באזור זה ולא באזור אחר. לכד מן ההצהרה כי המבחן הוא ריחוק גיאוגרפי, לא מצאנו בחומר שבפנינו הסבר או נוסחה שתסביר מהו המרכז, ומהו המרחק מן המרכז המצדיק הטבות בתחום החינוך דווקא. בפני הממשלה עמדו נתונים גם לגבי השתייכות הישובים בפריפריה למגזרים שונים בחברה הישראלית. בהיעדר הסבר או נוסחה, יש קושי בלתי מבוטל בקבלת עמדת המשיב לפיה המרחק הגיאוגרפי היה השיקול היחיד שנלקח בחשבון בתיחום האזורים (ראו והשוו בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79, 90). זאת ועוד: היעדרם של הסבר או נוסחה, על פיהם נקבע המרחק הגיאוגרפי של אזורי עדיפות לאומית לעניין הטבות בחינוך, מעורר ספק אם ניתן כלל משקל – ומשקל מספק – לשיקול בדבר השמירה על עקרון השוויון בכלל והשוויון בחינוך בפרט (ראו והשוו בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705, 706; כן ראו בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 172; בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79, 89; בג"ץ 953/87 פורז נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309; בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 258, 282). אולם, גם אם נניח כי בקבלת החלטת הממשלה נשקלו כל השיקולים הרלבנטיים, ולא היתה כל כוונה להבחין בין מגזרים שונים, עדיין דבק בהחלטה 2288 פגם של הפליה היורד לשורש חוקיות החלטה זו.

18. אכן, הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה. כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות – שיכול והתגבשה ללא כוונת הפליה – גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה. הפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה (בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 764). "עקרון השוויון צופה פני התוצאה; תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654). המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת. הוא אינו מוגבל למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות

קבוצה זו או אחרת. השאלה הינה מהי התוצאה הסופית הנוצרת במציאות החברתית. עמדתי על כך באחת הפרשות:

"השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה היא גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון" (בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 4-333. ראו גם דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 348).

ובפרשה אחרת כתבתי:

"קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט שדבר חקיקה משיג, הלכה למעשה... על כן דין שניסוחו 'ניטראלי' עשוי להיות מפלה, אם האפקט שלו הוא מפלה. אכן, הפליה עשויה להיות בלתי מכוונת... אפילו מטרתה של נורמה משפטית אינה ליצור הפליה, אם ההפליה נוצרת, הלכה למעשה, הנורמה נגועה בהפליה... הפליה עשויה להיות 'נסתרת' ו'שיטתית', כמובן זה, שאין היא מופיעה 'על פני' הנורמה, אלא נובעת מ'האפקט' של הנורמה" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני, פ"ד מח(2) 221, 241-242; כן ראו בג"ץ 6689/95 עאדל קעאדן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279-280).

עמד על כך גם השופט ג' בך לעניין הפליה בין עובדים על בסיס של מין, בציינו:

"מוכן אני להניח, כי לא היתה בכוונת מעסיקה של העותרת להפלות אותה ואת יתר העובדות לרעה כאשר חתמו על חוקת העבודה. אך כוונתה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לעניין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של אפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של אפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית" (בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 759).

דברים דומים פסק השופט א' מצא בהקשר להפליית נשים:

"ההתחקות אחר סיבותיה של הפליה קבוצתית של נשים במגזר ספציפי זה או אחר, מקום שקיומה כמציאות חברתית באותו מגזר מוכח בראיות סטטיסטיות, היא בעלת חשיבות משנית. שכן, לרוב ניתן לכאורה להניח, כי הפלייתן של נשים בתחום כלשהו - ובעיקר כשקידומן

אינו תלוי רק בכישוריהן של המועמדות, אלא גם בהחלטות המתקבלות במרכזי שליטה מוסדיים - הינה פועל-יוצא של מוסכמות מושרשות, שאנשים הגונים רבים פועלים מכוחן מבלי ליתן את דעתם לפסול שבמעשיהם. אך היעדרה של כוונת הפליה אינה מעלה; שכן הפסול הוא בתופעת ההפליה של נשים, כעובדה מוכחת, והפליה היא פסולה גם כשאין ביסודה כוונה להפלות" (בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מח(5) 501, 524).

19. בענייננו, הדרך בה תחמה הממשלה את אזורי העדיפות הלאומית בחינוך השיג תוצאה מפלה, בין אם הייתה זו תוצאה מכוונת ובין אם לאו. התיחום הגיאוגרפי בקווים שנבחרו הביא לכך שב-500 הישובים שקיבלו מעמד של אזורי עדיפות לאומית לצרכי ההטבות בחינוך נכללו רק ארבעה ישובים ערביים קטנים. יחס מספרי זה אינו תואם כלל את חלקו של המגזר הערבי באוכלוסיה בכללותה ואת פריסתו הגיאוגרפית במדינה. אמת, ישובים ערביים אינם מרוכזים ככל הנראה בפריפריה המרוחקת בגליל ובנגב. מכאן שלכאורה, הקריטריון הגיאוגרפי מדיר ישובים אלו לא בגלל השתייכותם למגזר הערבי אלא בגלל מיקומם הפיסי. אולם, התוצאה בפועל של השימוש בקריטריון הגיאוגרפי, במתווה שנבחר, הוא כי הלכה למעשה משרטטת מפת אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך מפה של ישובים יהודיים בלבד. הפער הגדול בין מספר הישובים היהודיים במעמד של אזור עדיפות לאומית בתחום החינוך לבין מספר הישובים הערבים במעמד דומה, מצביע על תוצאה מפלה. כפי שציין חברי המישנה לנשיא מ' חשין בהקשר קרוב, "על פער זה ייאמר כי הדבר מדבר בעדו" (בג"ץ 240/98 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 178). עם תוצאה זו לא ניתן להשלים. המדובר בתוצאה מפלה שאינה יכולה לעמוד. זוהי תוצאה שאין הדמוקרטיה הישראלית יכולה לסבול. האפקט של החלטת הממשלה מביא להפליה של בני המגזר הערבי בתחום החינוך. אכן, "הפליה כזאת, במיוחד אם היא שיטתית, עלולה לפגוע באופן קשה ביותר לא רק באדם מסויים או בגוף מסויים, אלא גם במירקם החברתי ובתחושת השותפות שהיא תנאי לחיים ראויים בצוותא" (השופט י' זמיר בבג"ץ 1113/99 הנזכר, בעמ' 171-170). גם בהנחה כי למשיב היו טעמים מבוררים בבואו לקבוע את הקווים הגיאוגרפיים המבחינים בין אזורי עדיפות לאומית ואזורים שאינם כאלה, לא ניתן להתעלם מן התוצאה הנובעת מקווי תיחום אלה. לו היה נבחר קו גיאוגרפי שונה במקצת, שהיה מקיים עדיין את התכלית של "פיצוי" הפריפריה על הריחוק מן המרכז, יכלו להיכלל בקו זה יותר ישובים ערביים תוך השגת תוצאה שוויונית יותר. כזאת לא נעשה. הקו הגיאוגרפי שנבחר מביא לתוצאה מפלה.

20. ודוק: הקביעה כי המדובר בנסיבות המקרה באפקט מפלה ופסול אינה עניין אריתמטי אלא מהותי. החלטת הממשלה עוסקת באחת מזכויות היסוד הבסיסיות ביותר, היא הזכות לחינוך. תוצאתה נגועה באחת מן ההבחנות ה"חשודות" ביותר, היא ההבחנה על בסיס הלאום והגזע. יש לצפות כי מדיניות הממשלה בתחום זה תקיים שוויון בין יהודים וערבים. כך נדרש מערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל. ניתן היה להניח כי מדיניות של מתן עדיפות לאזורי פריפריה בתחום החינוך תהיה שוויונית ואף תקדם שוויון מהותי בין יהודים וערבים. לא זו התוצאה של מדיניות הממשלה. על מנת להמחיש את הפער הנוצר כתוצאה ממדיניות הממשלה בתחום החינוך, יש לחזור אל הנתונים שהוצגו בפנינו (נספח ע/5 לעתירה) באשר לנפקות המעמד של אזור עדיפות לאומית בחינוך. ישוב שנכלל באזור עדיפות א' זוכה להטבות משמעותיות, ובכללן 75% השתתפות בשכר הלימוד למורים; השתתפות מלאה בהוצאות נסיעה ללימודים למורים; 80% השתתפות בשכר דירה למורים; תשלום חלקו של מורה בקרן השתלמות למורים; השתתפות מלאה בהוצאות נסיעה למורים בשנת שבתון; פטור משכר לימוד בגני ילדים טרום-חובה; השתתפות בדמי בחינות הבגרות; מתן מענק איזון מוגדל לרשויות המקומיות; הקצאת תוספת שעות לימוד בהתאם לצרכים הפדגוגיים; מימון מלא להתקנת מערכות מיחשוב בבתי הספר (בכפוף לאישור תוכניות); תוספת תקציב תוך התחשבות בצרכים המיוחדים לבתי ספר שש שנתיים; עדיפות במלגות לסטודנטים; מענק של 100,000 ₪ לכל מתנ"ס לעידוד אוכלוסיות חדשות. מנגד, הובאו בפנינו נתונים קשים לגבי מצב חברתי-כלכלי ירוד במגזר הערבי: כך, נכון לשנת 2002, כמחצית מן הישועים הערביים נמצאים בשני האשכולות הנמוכים ביותר לפי דו"חות הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. כ-94% מהישועים הערביים נמצאו בארבעה האשכולות הנמוכים ביותר (מתוך עשרה האשכולות הקיימים). הבדלים ניכרים ניתן למצוא בשורה של פרמטרים נוספים ובהם שיעור הלומדים בכתה י"ב, שיעור נשירת התלמידים בכתות ט'-י"א, ושיעורם של הזכאים לתעודת בגרות העומדים בדרישות הסף של האוניברסיטאות. ועדת החקירה הממלכתית לביורר ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (2003), בראשות כב' השופט בדימ' ת' אור, ציינה בהקשר זה כי "נמשך, עד סוף שנות התשעים, מצבם המופלה לרעה של בתי הספר הערביים בעניינים רבים: מספר התלמידים למורה, מספר תלמידים לכתה, שיעור כמות תקניות, מתקני ספורט, מעבדות, מספר מחשבים לתלמיד ועוד. התבססות גני החובה, ולאחר מכן חינוך קדם חובה לגילאי 3-4, החינוך המיוחד, מערכת שיעורי הטיפוח, חוגי ההעשרה, החינוך המקצועי – כל אלה פיגרו בהרבה אחרי המגזר היהודי" (שם, בעמ' 48; ראו עוד והשוו בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב

העליונה נ' משרד החינוך, פ"ד נד(3) 233). על דברים דומים למדנו מפי המשיב עצמו, במסגרת ההסבר אודות שיטת התיקצוב החדשה בדו"ח שושני.

21. במצב דברים זה, ובשים לב לנתונים שהובאו, מסקנתנו הינה, כי אם מבקשים ליתן פיצוי לפריפריה לעומת המרכז בתחום החינוך, אין לקבל תוצאה לפיה רק ארבעה ישובים ערביים קטנים זוכים להטבות של אזור עדיפות לאומית בחינוך, שעה שלא פחות מ-500 ישובים יהודיים זוכים להטבות אלה. כך ככלל, כך בייחוד במצב בו המגזר הערבי מצוי בפיגור כה בולט בתחום החינוך. אכן, "הוצאת ישובים ערביים מתוכניות חברתיות כלכליות נקודתיות, שיעודן מוגדר ושונה, מהווה אפליה פסולה" (השופטת ד' דורנר בבג"ץ 6488/02 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ועדת המנכ"לים (טרם פורסם)). משאבי הציבור – בייחוד משאבים המופנים לתיקון עיוות חברתי-כלכלי – צריך שיוקצו באופן שוויוני וצודק בשים לב למטרה לשמה הם מוקצים ולצרכים השונים של בני החברה בקבלת המשאבים. מסקנתנו היא, איפוא כי בנסיבות העניין שלפנינו נפגם עקרון השוויון.

22. קביעה זו, בדבר הפרת עקרון השוויון, עדיין אינה סוף פסוק לעניין חוקיות החלטת הממשלה. ההחלטה, אף בהיותה מפלה, עשויה להתברר כחוקית, אם היא עומדת באמות המידה הקבועות כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, כל הפעלה של סמכות מינהלית שיש בה פגיעה בזכויות יסוד של אדם, יש להפעילה ברוח חוקי היסוד (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4), 94, 138; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1). גם משהוכחה פגיעה בשוויון, יש לבחון איפוא האם הפגיעה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, היינו, האם ההחלטה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, האם נועדה לתכלית ראויה, והאם הפגיעה בשוויון אינה במידה העולה על הנדרש. עשויה להתקיים, איפוא, הפליה מותרת (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 76). אכן, הזכות לשוויון, ככל זכויות האדם האחרות, אינה זכות "מוחלטת". היא בעלת אופי "יחסי". יחסיות זו מתבטאת באפשרות הפגיעה בה כדין, אם מתקיימים התנאים של פסקת ההגבלה. לעניין זה, המשיב לא טען וממילא לא הוכיח כי מתקיימים התנאים של פסקת ההגבלה. המשיב לא טען ולא הוכיח כי האופן בו הותוו איזורי עדיפות לאומית התחייב לשם קידומן של תכליות וערכים ראויים, ההולמים את ערכיה היהודיים וערכיה הדמוקרטיים של המדינה. הוא לא טען ולא הוכיח כי הפגיעה היא מידתית. כפי שהראה חברי, המישנה לנשיא מ' חשין, הפגיעה אינה מעוגנת בחוק או על פיו. ואמנם, על פי התשתית שהונחה לפנינו, ובהיעדר כל הסבר מצד המשיב לבחירת הקו הגיאוגרפי או

נוסחה לתיחום אזורי העדיפות, אין יסוד לקבוע כי החלטת הממשלה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

23. הנה כי כן, מסקנתנו היא כי לאור הנתונים שהובאו בפנינו והדין הנוהג בנדון, החלטה 2288 של הממשלה אינה יכולה לעמוד, שכן היא מביאה לתוצאה מפלה בין המגזר היהודי למגזר הערבי. אם אכן סבורה היתה הממשלה כי הריחוק מן המרכז מביא לפערים בלתי רצויים בתחום החינוך, הרי נכון הדבר לא רק לגבי ישובים יהודיים אלא גם לגבי ישובים ערביים. אולם, התוצאה לפיה הישובים הנחשבים כפריפריאליים לעניין החינוך הם ברובם המכריע ישובים יהודיים מצביעה בהכרח על תוצאה מפלה. שוני רלבנטי לכאורה – הוא הריחוק הגיאוגרפי – הופך לשוני בלתי רלבנטי ומפלה, עקב תוצאת המדיניות האמורה. להסדר המפלה לא ניתן כל הסבר שיהיה בו כדי לשכנע כי המדיניות – חרף היותה מפלה – היא חוקית בהתאם לאמות המידה של חוקי היסוד. המסקנה היא, איפוא, כי מדיניות זו של הממשלה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהחלטה 2288, הינה מפלה ובלתי חוקית.

אי הכללת הישובים הערביים והבדואים במסגרת הישובים הזכאים לתנאי אזור עדיפות לאומית בחינוך

24. טענה נוספת בפי העותרים – ואלה הראשים השלישי והרביעי לעתירתם – הינה כי לבד מן התוצאה המפלה בקביעת אזורי העדיפות הלאומית על הבסיס הגיאוגרפי, נגועה החלטת הממשלה בהפליה נוספת, והיא אי מתן ההטבות המגיעות לאזורי עדיפות לאומית בחינוך לכלל הישובים הערביים והבדואים, כפי שהדבר נעשה לפחות באשר לחלק מן הישובים הדרוזים והצ'רקסים. הטענה בהקשר זה אינה קשורה על כן למפה הארצית של אזורי עדיפות לאומית, אלא לשיקול הדעת של הממשלה להחליט כי ישובים מסויימים שאינם נכללים ביחידה גיאוגרפית שהוכרזה כאזור עדיפות לאומית, יקבלו בכל זאת את ההטבות בתחום החינוך כאילו היו באזור עדיפות לאומית. המדינה, בתשובתה כאמור, אינה מתכחשת לצרכים המיוחדים של המגזר הערבי בהקשר זה כל עיקר אולם דוחה הטענה בשניים: ראשית, בטענה כי משאבי השלטון מוגבלים וממילא משמעות מתן ההטבה למגזר הערבי תהא שלילת ההטבה ממגזרים נזקקים אחרים – כגון המגזר הדרוזי והצ'רקסי; שנית, כי הממשלה פועלת על מנת לתקן את הכשלים והקשיים בתחום החינוך במגזר הערבי שלא במסגרת תוכנית אזורי עדיפות לאומית. מדיניות זו משמיטה הבסיס מתחת טענת ההפליה.

25. במסגרת עתירה זו, אין מקום כי נורה על הקניית מעמד של איזורי עדיפות לאומית בתחום החינוך לישובי המגזר הערבי והבדואי, וזאת משני טעמים עיקריים. ראשית, סעדים אלה של הקניית מעמד ספציפי לישובי המגזר הערבי והבדואי, התבקשו על ידי העותרים כסעדים חלופיים, במסגרת הראשים השלישי והרביעי לעתירתם. משראינו לקבל את העתירה ולהיענות לסעד הראשון והעיקרי שביקשו העותרים – קביעה בדבר בטלות החלטות הממשלה המסווגות את איזורי העדיפות הלאומית בחינוך – אין מקום להידרש לסעדים החלופיים שהתבקשו על ידי העותרים. שנית, גם לו נדרשנו לגופן של הטענות, לא היה בידנו להעניק לעותרים את הסעד המבוקש. על העותרים רבץ הנטל להראות כי המגזר הערבי והבדואי מופלים בסופו של יום בתחום ההטבות לחינוך, ביחס למגזרים אחרים, כגון המיגזרים הדרוזים והצ'רקסים. טענה זו לא הוכחה ולא הובאו נתונים מספקים לביסוסה. מטעם זה, לא מצאנו עילה להתערבותנו בהחלטת המשיב בעניין זה. שמורה כמובן לעותרים הזכות להגיש עתירה נפרדת בנדון, תוך הבאת מלוא הנתונים הנדרשים לעניין זה.

הסנד

26. מסקנתנו היא, אפוא, כי נפל פגם בהחלטת הממשלה מס' 2288 שעניינה קביעת איזורי עדיפות לאומית בתחום החינוך. פגם זה הינו כפול: ראשית, החלטת הממשלה האמורה אינה כדין, שכן בעניין מעין זה אין לממשלה סמכות לקבוע הסדר שהוא בטיבו ומהותו הסדר ראשוני, הנתון רק בסמכותה של הכנסת. שנית, החלטת הממשלה האמורה אינה כדין שכן היא מפלה הפליה אסורה בין יהודים וערבים, הפליה הפוגעת באופן שאינו מידתי בזכות לשוויון. מהו הסעד הראוי למצב דברים מעין זה? אכן, נוכח חומרת הפגמים שנפלו בהחלטת הממשלה אין מנוס מן הקביעה כי דינה של החלטת הממשלה 2288, ככל שהיא מתייחסת לקביעת איזורי עדיפות לאומית בתחום החינוך, להתבטל. הפגמים שנפלו בהחלטה זו הם פגמים חמורים של חוסר סמכות ושל הפעלה שלא כדין של שיקול הדעת. החלטה זו אינה יכולה אפוא להיותר על כנה ודינה בטלות.

27. עם זאת, יש להכיר בכך כי הכרזת הבטלות בנסיבות מקרה זה מעוררת קשיים לא פשוטים בנוגע לתחילת הכרזת הבטלות. אין להתעלם מן התוצאה הקשה שעלולה להיגרם אם הכרזת הבטלות תהא בעלת תחילה מיידית. קביעת איזורי עדיפות לאומית היא בעלת משמעות נורמטיבית רחבה ויש להימנע ממצב בו קיים "חלל חקיקתי" בנושא כה חשוב בעל השלכה לאומית רחבה (השוו Re Language Rights under (Section 23 of the Manitoba Act, 1870, (1985) 19 D.L.R. (4th.) 1 (S.C.C.)). יש

להימנע מפגיעה באינטרס ציבורי חשוב (ראו והשוו בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 397; ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485), שהוא לענייננו יציבות הסדרת הטיפול הלאומי בתחום החינוך. זאת ועוד: מטבע הדברים, גורמים רבים הסתמכו על מצב הדברים הקיים על פי אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך ותחילה מיידית של הכרזת הבטלות עלולה לפגוע בהם מעבר לנדרש (ראו בג"ץ 2918/93 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (להלן: פרשת עיריית קריית גת); בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 111)). לא זו אף זו: כל קביעה של הסדר כולל אחר של עדיפות לאומית, מן הסוג שנדון בעתירות שלפנינו, מחייב לא רק חקיקה של הכנסת, אלא שקילה יסודית של מכלול שלם של שיקולים בעלי השלכה רחבה, הן בתחום החינוך והן בתחומים אחרים. שקילה מעין זו מחייבת קיומו של פרק זמן הולם למחוקק לענות בו (ראו למשל בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 212). לבסוף, יש לזכור כי החלטת הממשלה מס' 2288 אינה עומדת על רגליה היא בלבד אלא שהיא קשורה בהחלטת הממשלה מס' 3292 ואף מפנה אליה. ביטול מידי של החלטה מס' 2288 יכול ליצור אי בהירות נורמטיבית ביחס בין החלטות הממשלה השונות והמצב הנורמטיבי לאחר ביטול של האחרונה שבהן.

28. אכן, הסעד הראוי בנסיבות מעין אלו הוא אפוא השעיית הכרזת הבטלות (לעניין זה ראו י' מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", משפט וממשל ט (תשס"ו) 39). נוכח הפגם החמור שנפל בהחלטת הממשלה אין מנוס מלהורות על בטלותה, אולם נוכח ההשלכות של בטלות מיידית של החלטת ממשלה מעין זו, יש לקבוע כי הכרזת הבטלות מושעית בזמן לתקופה מסויימת. כך נקבע בעבר בבית משפט זה שעה שבוטלה החלטת ממשלה לעניין אזורי עדיפות לאומית (פרשת עיריית קריית גת, לעיל, בדעת רוב); כך קבענו כי יש להשעות תוצאות של הכרזת בטלות גם בהקשרים אחרים (ראו למשל בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481). עם זאת, משכה של תקופה זו חייב להיקבע בשים לב למהות העניין, שעניינו לא רק פעולה בחוסר סמכות של הממשלה אלא בעיקר הפליה חמורה ובלתי מוצדקת בתחום החינוך דווקא. משך ההשעיה צריך להביא בחשבון גם את הצורך בפרק זמן סביר על מנת לקבוע הסדר חלופי – חוקי וחוקתי – תחת ההסדר המבוטל. על רקע זה, ובשים לב לכלל נסיבות העניין אנו קובעים כי תחילתה של הכרזת הבטלות של החלטת הממשלה מס' 2288, ככל שהיא נוגעת לתחום החינוך, תהא בחלוף שניים-עשר חודשים מיום מתן פסק דינו זה.

29. בשולי הדברים יש להעיר, כי פסק דיננו זה מתייחס מטבע הדברים רק לגדרי המחלוקת שבעתירות שלפנינו, שעניינן היה כאמור החלטת הממשלה מס' 2288 ככל שהיא נוגעת לתחום החינוך בלבד. עם זאת, פסק דיננו מבוסס לא רק על הקביעה כי נפל פגם של הפליה פסולה ובלתי מוצדקת באפקט התוצאה של תכנית הממשלה לעניין הנדון, אלא גם על הקביעה כי הסדר מסוג זה אינו יכול להיות בהחלטת ממשלה אלא חייב הוא הסדר ראשוני של הכנסת, והכל כאמור בפסק דינו של חברנו, המישנה לנשיא מ' חשין. אין אפוא ספק, כי לקביעה נורמטיבית זו השלכה אפשרית לא רק על קביעת אזורי עדיפות בתחום החינוך, נשוא העניין שלפנינו, אלא גם בכל הקשור לקביעת אזורי עדיפות לאומית בתחומים אחרים שהוסדרו בהחלטת הממשלה מס' 2288. יש לצפות, על כן, כי כל הסדר חלופי שיגובש, בשם לב לפסק דיננו זה, יביא לתיקון כולל של סוגיית הקביעה של אזורי עדיפות לאומית, לא רק בתחום החינוך אלא גם בתחומים אחרים.

אי לכך, אנו עושים את הצו-על-תנאי למוחלט, במונח זה שהחלטת הממשלה מס' 2288 – ככל שהיא נוגעת לתחום החינוך – מתבטלת בחלוף שניים-עשר חודשים מיום מתן פסק דיננו זה.

ה נ ש י א

המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי הנשיא ברק: דרכו - דרכי ומסקנותיו - מסקנותיי. אבקש עם זאת לדבר בטענת העותרים כי הממשלה לא היתה רשאית ומוסמכת לקבוע אזורי עדיפות לאומית מכוח סמכותה השיורית שבסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א).

גידרי המחלוקת

2. הממשלה החליטה על קביעתם של אזורי עדיפות לאומית ועל מתן הטבות חומריות אלו ואחרות - הטבות-כסף והטבות שוות-כסף - לתושבי אותם אזורים. המוסמכת היתה הממשלה לעשות מעשה זה שעשתה? הכל מסכימים כי אין לה לממשלה סמכות לעשות את שהכנסת לא התירה לה לעשות, בראש ובראשונה בחוק של הכנסת. עוד מסכימים הכל, כי אין בו בספר החוקים הוראת-חוק המסמיכה את הממשלה ומתירה לה לכוונן אזורי עדיפות לאומית כאותם אזורים שכוונה בהחלטתה.

ומכאן השאלה: האם בהיעדר הוראת-חוק המסמיכה אותה לכונן אזורי עדיפות לאומית, רשאית היא הממשלה לכונן אזורים אלה מכוח הסמכות השיורית המוענקת לה בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א)? ולהזכירנו, כך מורה אותנו סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א):

הסמכויות	32. הממשלה מוסמכת לעשות בשם
השיוריות	המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה
של	שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות
הממשלה	אחרת.

3. טוענים העותרים: סמכות הקבועה בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א), אין היא אוצרת כוח ליתן בידי הממשלה סמכות להורות על כינונם של אזורי עדיפות לאומית כפי שקבעה. טעם הדבר הוא: ההחלטה של כינונם של אזורי עדיפות לאומית, החלטה היא שעניינה מדיניות רחבת-היקף, מדיניות שנודעת לה השפעה - במישרין ובעקיפין - על המדינה כולה, ובהיותה מה שהיא הוראת סעיף 32 לחוק היסוד צרה מהכיל אותה. הממשלה לא היתה מוסמכת - ואין היא מוסמכת - להחליט החלטה מעין ההחלטה שהחליטה בלא שהכנסת - המחוקק הראשי - נתנה דעתה לסוגיה והסמיכה אותה לדבר. ההחלטה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית, כך טוענים העותרים, החלטה היא מן הדרג של "הסדרים ראשוניים", קרא, הסדרים המחייבים חוק מסמך של הכנסת, וחוק של הכנסת - אין. משיבים המשיבים: לא כי. ההחלטה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית החלטת-ביצוע היא. החלטה היא מסוג אותן החלטות שהממשלה, בהיותה הרשות המבצעת של המדינה, נדרשת לקבלן - ואכן מקבלת היא - דרך-קבע במהלך פעילותה השוטפת והשיגרתית. כנדרש מכך, באה החלטה זו בגידרי סמכותה השיורית של הממשלה כהסמכה שבסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א). המשיבים מסכימים כמובן - כיצד יוכלו אחרת - כי מדברים אנו בהחלטה שהשלכותיה השלכות רחבות-היקף הן, אלא שלגירסתם אין ההחלטה חורגת מהחלטות ביצוע שהממשלה מחליטה מעת לעת דרך-שיגרה, החלטות שהממשלה נדרשת ומוסמכת לקבלן ככלי-עבודה לשליטה אפקטיבית, יעילה וראויה במדינה, לטובת כלל התושבים. כך ככלל, לא-כל-שכן שאין רשות אחרת במדינה המוסמכת להחליט החלטה כהחלטת הממשלה.

4. המחלוקת בין בעלי-הדין היא, אפוא, על שאלת מקומו של קו הגבול התוחם סמכויות בין הכנסת לבין הממשלה. השאלה הנשאלת היא, אם פלשה הממשלה משדה שיוחד לפעילותה אל שדה שיוחד לפעילותה של הכנסת - וזו גירסת העותרים - או אם

בהחלטתה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית חרשה הממשלה בשדה מכוח סמכות שקנתה בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א)?

סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א); קשיים שעל דרך

5. הוראת סעיף 32 שלחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) נתגלגלה אלינו מדברי-חוק קודמים. אָפָה הקדמונה היתה בהוראת סימן 5 לדבר המלך במועצתו, 1922-1947, משם נתגלגלה להוראת סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה (תשכ"ח), וממנה להוראת סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה (תשנ"ב). הוראת סעיף 32 היא פְּתָה של הוראת סעיף 40, ונוסח הסעיפים 29, 40 ו-32 זהה. הוראת-חוק זו על גילגוליה זכתה לפירוש ולהארה בהלכה ובדברי חכמים, ואולם אנו לא נדבר אלא בעיקרים שלענייננו.

6. כהוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א): "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". זו "המהות" של הממשלה - כדבר כותרת השוליים להוראת סעיף 1 - וכמוסכם על הכל הוטל על הממשלה לנהל את ענייני המדינה. על דרך הכלל, ובהתאם לעקרונות שילטון החוק וחוקיות המינהל המקובלים עלינו, קובעת הכנסת בחוק את תפקידי הממשלה ואת היקף סמכויותיה, והממשלה רשאית ומוסמכת לפעול רק - ואך ורק - בגידרי אותן סמכויות שקנתה בחוק. אלא שהיקף הפעילות המוטלת על הממשלה היקף עצום ורב הוא. אין ניתן להסדיר בחוק כל פעילות שהיא אמורה לבצע, וכפועל יוצא מכך נדרשת הממשלה - כדבר-שבשיגרה - לעשות ולפעול בתחומים שהכנסת לא נתנה דעתה עליהם וממילא לא הסדירה אותם בחוק. עמד על כך הנשיא שמגר בפרשת פדרמן נ' שר המשטרה (בג"ץ 5128/94, פ"ד מח(5) 647) ואלה היו דבריו (שם, 651):

הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה... חיקוקים שונים מעניקים סמכויות מוגדרות לממשלה או לשר משריה. אולם הסמכויות המוקנות לממשלה רחבות יותר מאלו המפורטות בחיקוק זה או אחר. אין אפשרות לכסות את כל תחומי הפעולה האפשריים של הרשות המבצעת על-ידי הוראה חקוקה. חובתה של הממשלה כרשות מבצעת חובקת הרבה תחומי פעולה שבהם נדרשת פעולתה, אף-על-פי שאין חוק מפורש המפרט את סמכויותיה בתחום האמור.

אלא מתוך שעקרונות-יסוד במישטר השורר בישראל - זה עקרון שילטון החוק וזה עקרון חוקיות המינהל - גם-זה גם-זה אינם מתירים לממשלה לעשות את שלא הוסמכה לעשות בחוק; וכדי שלא להותיר את הממשלה נעדרת-סמכויות במקום שנדרשת היא לפעול בו; חוקקה הכנסת את הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א), זו הוראה המסמיכה את הממשלה לפעול באורח "שירי", קרא, אף באין הסמכה מפורשת ומפורטת בחוק. על תכליתה של ההוראה ועל הטעמים לחקיקתה עמד פרופ' יצחק זמיר בסיפרו הסמכות המינהלית (תשנ"ו-1996, כרך א') 334 (99 זמיר):

בפועל, היקף התפקידים המוטלים על הממשלה רחב הרבה יותר מהיקף הסמכויות שהחוקים מעניקים בלשון מפורשת לממשלה ולשרים. תפקידים רבים המוטלים על הממשלה, מהם תפקידים בסיסיים של כל ממשלה, אינם נזכרים כלל בחוק. המציאות מכתובה, במידה רבה, מצב זה. המחוקק אינו מסוגל, ולכן גם אינו משתדל, להסדיר את כל תחומי הפעילות של הממשלה, שהם חובקים עולם ומלואו, ולקבוע במפורש בכל תחום ותחום את הסמכויות הנדרשות. התוצאה היא שהממשלה עוסקת דבר יום ביומו במגוון רחב ועצום של פעולות שאין להן אחיזה מפורשת בחוק. ...

כיצד מתיישב מצב זה עם העקרון של חוקיות המינהל? התשובה ניתנת על ידי סעיף 29 [כיום - סעיף 32; מ' ח'] לחוק-יסוד: הממשלה ...

ובמאמרו "הסמכות המינהלית" (משפט וממשל א', תשנ"ב-1992, 81, 113, 115 (זמיר, משפט וממשל) הרחיב פרופ' זמיר דברים בסוגיה, ונביא מיקצת מדבריו שם:

פעילות ממשלתית שאין לה אסמכתא בחוק נוגדת את העיקרון של חוקיות המינהל. פרצה רחבה בתחולת העיקרון של חוקיות המינהל כלפי הממשלה עשויה לערער את תוקף העיקרון גם כלפי רשויות מינהליות אחרות. יתרה מזאת: פעילות ממשלתית שאינה מוסדרת על ידי חוק נוטה לסטות מדפוסים של מינהל תקין, ואף בית המשפט מתקשה לפקח עליה. לכאורה, יש להסיק מכאן שפעילות כזאת פסולה ואסורה. אולם מסקנה כזאת אינה מתיישבת עם צורכי המציאות ועם השכל הישר. כיוון שכך, התעורר הצורך למצוא פתרון לבעיה בדרך שתקבל את המציאות כפי שהיא ועם זאת תגשר בין המציאות לבין העיקרון של חוקיות המינהל.

.....

... נראה כי הבעיה באה לבסוף על פתרונה בשנת
1968, באמצעות סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה.

7. סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) נועד אפוא לבנות גשר-חוקתי בין עקרונות חוקיות המינהל ושילטון החוק לבין צורכי היומיום של המדינה, כדי לאפשר לממשלה להגשים כראוי את תפקידה כרשות המבצעת של המדינה. וכך, מאז קנתה הממשלה בחוק מפורש - לא עוד אלא בחוק-יסוד - סמכות שיורית לניהול ענייני המדינה, ידענו שני אלה: אחד, כי הממשלה רשאית לעשות באותם "תחומים שיוריים" גם באין הסמכה מפורשת בחוק מיוחד של הכנסת, ושניים, כי בעשותה באותם "תחומים שיוריים" עושה הממשלה מכוחו ועל-פי הסמכתו של חוק הכנסת. כך מתקיים במלואו עקרון חוקיות המינהל במובנו הפורמלי, דהיינו, פעילות הממשלה - כל פעילות הממשלה - נעשית, ואמורה היא להיעשות, על-פי חוק מפורש. אשר לשילטון החוק במובנו המהותי, בכך נוסף ונרחיב בהמשך דברינו להלן.

8. מכוחו של סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) קנתה הממשלה סמכות רחבה - ניתן לתארה כסמכות רחבה-מני-רחבה - לעשות אל-מעבר לגבולות החוק החרות: לעשות מעשים ולפעול פעולות שהחוק החרות לא הסדירם במפורש ובמפורט. בעבר נשאלה שאלה, אם הוראת סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה (תשמ"ח) עניינה אך בקביעת הממשלה כאורגן המוסמך לעשות בשם המדינה בהיעדר הוראה בדין הקוראת בשמו של אורגן אחר, או אם עניינה בהסמכת הממשלה לעשות בשם המדינה על דרך הכלל. ההכרעה נפלה כפירוש בתרא, ובצדק כך. הכל מסכימים, אפוא, כי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) מהווה מקור סמכות עצמאי לעשיית מעשים שהממשלה מבקשת לעשותם ולא הוסדרו בחוק הכנסת. ראו, למשל: בג"ץ 8600/04 שמעוני, ראש המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, טרם פורסם, פסקאות 9-12 לפסק דינו של הנשיא ברק; זמיר, משפט וממשל, 115-116; מרגית כהן, סמכויות כלליות של הרשות המבצעת, תשס"ג-2002, 174; והשוו: שם, 230. ברוח הלכה חשובה זו נסכים כולנו כי סמכותה השיורית של הממשלה, סמכות נדרשת וחיונית היא לתפקודה התקין והיעיל. כך, רק כך, עשויה לפעול רשות מבצעת באורח ראוי ויעיל; כך, רק-כך, ניתן לנהל מדינה.

9. הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) - נסכים כולנו, אפוא - לא נוכל בלעדיה. ואולם גם בהכירנו כך בחשיבותה הנעלה של הוראת חוק זו, לא נוכל להתעלם מן החשש כי בה-בעת גלומה בה סכנה - סכנה לא-מבוטלת - לפגיעה בעקרון שילטון החוק ובמערכת הדמוקרטית. הנה-כי-כן, כבעניינה של כל הוראת-חוק

המסמיכה רשות שילטון לעשות מעשים אלה-ואלה, עלולה הממשלה להחליק ולחרוג מגידרי הסמכות השיורית שהוענקה לה; ואם כך ככלל, לא-כל-שכן בתיתנו דעתנו לכלליות ניסוחה של הוראת סעיף 32. אמת נכון הדבר: בחוקי הכנסת למיניהם תימצאנה לנו פזורות סמכויות לרוב המוענקות לרשות המבצעת – לשרים בממשלה ולתופשי סמכויות אחרים – ואולם, בתיתנו דעתנו להיקף פרישתה של הסמכות המוענקת לממשלה כסמכות שיורית, ובשים לב למעמדה הרם של הממשלה, רב החשש כי הנזק העלול להילוות לחריגתה של הממשלה מסמכותה השיורית, נזק הוא העלול לפגוע במירקם הדמוקרטי של המדינה. אכן, לא נוכל להימנע ממסקנה כי הוראת חוק הנותנת בידי הממשלה סמכות רחבה-מני-רחבה לפעול ללא הסמכה או אישור מיוחדים של הכנסת, יש בה לא-מעט כדי לטשטש את הגבולות שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת, ובה-בעת נותנת היא בידי הממשלה - כך יכול הטוען לטעון - כוח רב מן הכוח שיועד לה בשיטת מימשל דמוקרטית ששוררת בה דוקטרינת הפרדת הרשויות. אמת, הממשלה פועלת מכוחו של חוק, מכוחה של הוראת סעיף 32; אלא שאותה סמכות אשר ניתנה לה בחוק, סמכות כה-רחבה וכה בלתי-מוגבלת היא, עד כי ניתן לומר ששילטון החוק במובנו המהותי עלול להיפגע אנושות.

10. מה נעשה אפוא והטוב וההכרחי לא ייפגע ולא יינזק מן המזיק והרע? כיצד נציב את גבוליה של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) ונִמְעַט את הסיכון הנשקף משימוש בלתי ראוי בה? כיצד ניישב בין שני כוחות נוגדים אלה המושכים לצדדים: מזה, הכוח התובע להרחיב את סמכויותיה השיוריות של הממשלה כדי לאפשר לה לשלוט ולנהל ביעילות מרבית את ענייני המדינה, ומזה, הכוח המזהיר אותנו והמתרה בנו לעשות לצימצום סמכותה של הממשלה, מחשש שמא הרחבת-יתר תפגע בעקרון שילטון החוק ובמירקם הדמוקרטי של ביזור הסמכויות והפרדת הרשויות? התשובה לכל שאלות אלו כולן תימצא לנו במיגבלות שהושמו על סמכותה השיורית של הממשלה. בעניינן של אלו שומה עלינו להבחין בין "מיגבלות פנים" לבין "מיגבלות-חוץ". "מיגבלות פנים" הן אותן מיגבלות הקבועות מפורשות בהוראת סעיף 32, ואילו "מיגבלות חוץ" הן מיגבלות הנדרשות מתוך עקרונות-יסוד של המישטר ושל המשפט בישראל, ובעיקר, ממקומה של הממשלה כרשות מבצעת בצד הכנסת כרשות מחוקקת. נפתח דברינו במיגבלות הפנים ולאחריהן נעבור אל מיגבלות החוץ, שבהן עיקר ענייננו.

“מיגבלות פנים” על סמכות הממשלה

11. הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) קובעת בגופה שתי מיגבלות לסמכותה השיורית של הממשלה. מיגבלה אחת קובעת כי סמכותה השיורית של הממשלה היא “בכפוף לכל דין”, ומיגבלה שניה קובעת כי סמכותה השיורית של הממשלה עומדת לה לעשות פעולה “שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת”. שתי מיגבלות אלו הן-הן העושות את סמכותה של הממשלה על-פי סעיף 32 לסמכות “שיורית”, הן הצובעות את סמכות הממשלה במקום זה בצבע של “שיוריות” (כדבר כותרת השוליים). יכול הטוען לטעון כי המיגבלה השנייה – קיומה של רשות מוסמכת אחרת על-פי דין – נכללת ממילא במיגבלה הראשונה (מיגבלת ה”בכפוף לכל דין”), ואולם בין כך ובין אחרת, לענייננו עתה אין אנו נדרשים להבחין בין שתי המיגבלות ואכן לא נבחין ביניהן. ראו והשוו: מרגית כהן, 178-181; 181-178; 338-336, 338-336.

12. סמכותה של הממשלה כהוראת סעיף 32, סמכות “שיורית” היא – כך היא בתוארה וכך היא במהותה ובתוכנה – והממשלה רשאית לעשות בה שימוש רק במקום שהמחוקק הותיר “חלל”. כך, למשל, במקום שהמחוקק לא קרא בשמה של רשות מוסמכת לעשות מעשה זה-וזה. ראו: בג”ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נג (4) 817, 832. ואולם, משאומר המחוקק דברו, ממילא אין חלל – או: חלל שהיה נתמלא תוכן – והסמכות השיורית, כטיבעה של סמכות “שיורית”, אינה נוצרת כלל או שהיא נעלמת ואינה עוד. ובלשונו של השופט גולדברג בפרשת עיריית קריית גת נ’ מדינת ישראל (בג”ץ 2918/93, פ”ד מז (5) 832, 844):

... משקיים דין אשר יוצר הסדר, נסוגה מפניו סמכות הממשלה, ואין בידה ליצור הסדר אלטרנטיבי. אם היה חלל ריק משפטי, הרי שהוא היה קיים עד לחקיקת החוק שיצר את ההסדר. מכאן ואילך התמלא החלל בחוק, ולממשלה לא נותרה עוד סמכות שיורית באותו עניין עצמו ...

13. ואמנם, “[...]מקום בו יש חקיקה הדנה בסוגיה פלונית, אין חלות סמכויות ממשל כלליות” (פרשת פדרמן, 652). טעם הדבר גלוי לעין: שאם תותר הממשלה לפעול במקום שהכנסת הסמיכה רשות אחרת לפעול בו, ייפגע באורח חריף שילטון החוק, תיפגם דוקטרינת הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, וייגרע - שלא-כדין – מסמכותה של הכנסת. ובלשונו של השופט גולדברג בפרשת עיריית קריית גת: “הרחבת סמכותה

של הממשלה שתאפשר מצב כזה, מטשטשת את הגבולות בין הרשות המבצעת ובין הרשות המחוקקת ופוגעת בעצם מהותו של המשטר החוקתי במדינה, המבוסס על חלוקת הסמכויות בין הרשויות" (שם, 844). חוק המכתיב דרך פעולה מסוימת מחייב את הממשלה לפעול בדרך שנקבעה בחוק, וממילא מונע הוא אותה מיצירתו של "מסלול מקביל" שמקורו בסמכותה השיוורית (בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1)181, 190). אכן: "הממשלה אינה רשאית לקבוע הסדר אשר יבוא במקום הסדר סטטוטורי קיים. היא אינה רשאית להחליף את ההסדר החוקי בהסדר אחר, חלופי, אשר עוצב וגובש על-ידיה" (בג"ץ 2632/94 דגניה א' נ' שר החקלאות, פ"ד נ(2)715, 729). השוו עוד: בג"ץ 5018/91 גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(2)773, 786; וראו גם עמדתו של השופט חיים כהן בבג"ץ 35/62 בכר נ' שר-הביטחון, פ"ד טז 806, 809, ובבג"צ 313/63 הרמתי נ' מנהל מס רכוש, פ"ד יח(2)356, 361; אך השוו לעמדתו של בית-המשפט (מפי השופט מלץ) בבג"צ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מו(1)53, 57.

14. מקום שהמחוקק הסדיר במפורש ובמפורט מיגזר חיים פלוני, ברי כי סמכות שיוורית לממשלה לא תבוא כלל לעולם. שאם יש משמעות כלשהי למושג "בכפוף לכל דין" או למושג ה"שיווריות" - זו היא המשמעות. כי תפעל הממשלה שלא בהיתר באותו תחום שהסדיר המחוקק, לא זו בלבד שלא ניתן יהיה לכנות את פעילותה כ"שיוורית", אלא שתהא זו פעילות בניגוד לחוק. כך, למשל, לימדנו השופט גולדברג בפרשת עיריית קריית גת: "הסייג שבסעיף 29 [לחוק-יסוד: הממשלה (תשכ"ח)], כיום סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) [[כי הממשלה מוסמכת לפעול 'בכפוף לכל דין', אינו מורה רק כי אסור למעשי הממשלה כי יסתרו כל דין או יפרו כל דין, אלא גם זאת כי משקיים דין אשר יוצר הסדר, נסוגה מפניו סמכות הממשלה, ואין בידה ליצור הסדר אלטרנאטיבי" (שם, 844). בפרשת איגוד שמאי הביטוח נדרש השופט אור לפירושו של חוק פיצוי נפגעי אסון טבע, תשמ"ט-1989, ובניתוחו של אותו חוק קבע שהביטוי "בכפוף לכל דין" משמיענו, כי עד שתפעיל את סמכותה השיוורית, נטל הוא המוטל על הממשלה למצות תחילה הליכים שבחוק. ובלשונו: "רק לאחר שנבחנה שאלת יישומו של החוק, נבחנו ונשקלו כל השיקולים והנימוקים הרלוונטיים בצורה עניינית וסבירה, ולאחר הליך זה נמצא כי אין להכריז על אסון טבע - אז, ורק אז, לא יהווה הסייג של 'בכפוף לכל דין', שבסעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה [תשנ"ב], כיום: סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א)], מכשול לממשלה לפנות, מכוח סמכותה השיוורית, למסלול אחר, על מנת לבחון אם לפצות את הנפגעים עקב פגעי טבע במסלול זה" (שם), אחר, על מנת לבחון אם לפצות את הנפגעים עקב פגעי טבע במסלול זה" (שם, 191-192). כן קבע השופט אור, כי אין מניעה לשלם פיצויים לבר-החוק לנפגעי הטבע, הואיל ואין סובב את החוק הסדר שלילי. נזכיר באותו הקשר, כי לדעתה של השופטת

דורנר ה"דין" שבביטוי "בכפוף לכל דין" כולל לא אך חקיקה אלא הלכה פסוקה אף- היא, ומכאן ש"הסייג שבסעיף 29 [כיום: סעיף 32; מ' ח'] לחוק-יסוד: הממשלה, המכפיף את סמכויותיה הכלליות של הממשלה לדין, מונע אותה לא רק מלפעול בניגוד להוראה שבחוק, אלא גם אוסר עליה לפגוע בזכויות הפרט" (פרשת עיריית קריית גת, 847). לעמדה זו, בעיקרה, שותף פרופ' זמיר, אלא שלדעתו "המקור המשפטי של זכויות האדם בישראל נעוץ בכללים של המשפט המקובל שנקלטו בארץ" (זמיר, משפט וממשל, 116-117; וראו גם: ספר זמיר, 337).

15. הסדר בחוק המונע היווצרותה של סמכות שיורית אינו כולל אך הסדר חיובי אלא הסדר שלילי אף-הוא (השוו: רע"א 5768/94 א.ש.י.ד. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289). ונזכיר עוד, כי מכבר ידענו שלעיתים "יש ושתיקתו של המחוקק יפה מדיבורו, או לפחות יפה כדיבורו, ואם הוא נמנע מקבוע הלכה, מקום שהיה צריך או יכול לעשות כן, הרי שתיקתו זו מדברת בעדה, ואומרת לנו בפה מלא, מה היתה עמדתו כלפי השאלה הנדונה" (השופט זילברג בפרשת מינקוביץ' נ' פישצנר, ע"א 167/47, פ"ד ב 39, 42-43). וכך, במקום שתיקתו של המחוקק היא "שתיקה מדעת" - שתיקה מדברת, דהיינו: במקום שהמחוקק בחר בכוונת-מכוון להימנע מקביעתו של הסדר פלוני - ממילא אין ענייננו בלאקונה ושתיקת החוק תקיף אותו בחגורה של הסדר שלילי מסויים. ראו: ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ בפירוק, פ"ד יד 1545, 1549; על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל אביב יפו, פ"ד מז(3) 397, 404. ובלשונו של הנשיא ברק בפרשת שמעוני (שם, בפסקה 12): "רק כאשר שתיקתו של חוק פלוני בתחום מסוים אינה מתפרשת כהסדר שלילי, ניתן לעשות שימוש לעניין אותו תחום, בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה". בענייננו-שלנו מתעוררת בכל חריפותה שאלה זו של הסדר שלילי, ובהמשך דברינו להלן נוסיף עוד ונידרש לסוגיה.

16. כללם של דברים: הממשלה אינה מוסמכת להפעיל סמכות שיורית - ביתר דיוק: סמכות שיורית, באשר "שיורית" היא, אינה באה כלל לעולם - במקום בו הסדיר המחוקק, או נמנע בכוונה מהסדיר, דרך פעילות מסויימת. השאלה אם במקרה פלוני או אלמוני כך או אחרת הוא הדין, שאלה היא לפירושו של ההסדר ולשיבוצו במערכת המשפט בכללה, ובה עיקרי היסוד.

“מיגבלות חוק” לסמכותה של הממשלה

17. עמדנו עד-כה על שתי מיגבלות לסמכותה השיורית של הממשלה, זו סמכות הקבועה בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א). “מיגבלות פנים” כינינו אותן מיגבלות, באשר מיגבלות הן הקבועות בתוככי הוראת הסמכות השיורית וכחלק בלתי נפרד מניסוחה של אותה סמכות. והשאלה שאלה: האם לבד משתי מיגבלות אלו שהושמו על סמכותה השיורית רשאית ומוסמכת היא הממשלה לעשות כחפצה וכרצונה (בכפיפות, כמובן, לכללי המשפט המינהלי הנוהגים)? האם רק אותן שתי גדרות שהציב המחוקק בסעיף 32 מגבילות את הממשלה לעת שעושה היא מכוח סמכותה השיורית? תשובתנו לשאלה היא בשלילה נמרצת. הוראת סעיף 32 לא לבדד תשכון, ודרכי פירושה לא תמוצינה בדל"ת אמותיה בלבד. הוראת סעיף 32 מהווה איבר בגופו של משפט ישראל, וקביעת תחומי התפרשותה תיעשה ממילא תוך שניתן דעתנו לכל אשר סביבה, מעליה, מתחתיה ומצדדיה: עיקרי-יסוד, דוקטרינות ושאר כללים ובני-כללים המשוטטים במשפט ישראל והחותכים את שיטת המשפט לאורכה ולרוחבה. משפט ישראל, כמוהו כמשפטי כל העמים - כך בימינו וכך מימי קדם - טובל עד לשפתו בעיקרי-יסוד, בדוקטרינות, במושכלות ראשוניים, במינהגות ובתפישות-עולם המהווים כולם חלק בלתי נפרד מעולם המשפט ומן הכללים השוררים בו. ואם כך נבין את המשפט - וכך אמנם יש להבינו - מסקנה נדרשת מאליה היא, כי עד שנבין לעומקה הוראת-חוק פלונית, חובה היא המוטלת עלינו לבדוקה ולבוחנה היטב-היטב על רקע שיטת המשפט בכללה. בפרשת פלוני נ' פלונית (ע"א 3798/94, פ"ד נ (3) 133, 182), דיברתי ביחס שבין המוסר לבין המשפט, וכך אמרתי בין שאר דבריי:

המוסר וציוויו נדמים הם לאגם מים טהורים, והמשפט וציוויו נדמים הם לחבצלות מים (נימפאות) הטובלות במים, הפרוסות על פני המים והשואבות מן המים חיים ועוצמה. המוסר מזין את המשפט בשורשיו והוא אף על סביבותיו של המשפט.

כן הוא היחס בין הוראות דין חרותות לבין עיקרי יסוד ודוקטרינות במשפט. וכפי שהוספנו ואמרנו בפרשת ידיעות אחרונות נ' יוסף קראוס (דנ"א 7325/95, פ"ד נב (3) 1, 74-73):

מקובל לומר כי פירושו של חוק מתחיל במילות החוק. אמירה זו נכונה, כמובן, לעת רצוננו לרדת לחקר מילות החוק וצירופיהן. ואולם אנו הם העושים כמיטבנו לפרש,

ואנו אין אנו טבולה ראָה. עד שנבוא אל החוק חייבים אנו לשאול: מי הם אנו, והתשובה לשאלה היא, ש"אנו" הם אותם ערכים, אותם עקרונות, אותו מוסר, אותם סידרי-עולם ראויים. נמצא לנו אפוא, כי פותחים אנו את מסע הפרשנות - אפשר שלא-במודע ושלא-ביודעין - באותם ערכים ועקרונות ודוקטרינות - המצע שעליו מושתת החוק - ומהם תימשך דרכנו. לא "נבין" חוק אלא אם ננתחו בכלי-מחשבה מאשפה-שעלינו, ואותם כלי מחשבה הם שידריכו אותנו.

כך אף בבג"ץ 5503/94 לילי סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא (4) 529, 562 :

בבואנו אל חוק הכנסת, אין אנו באים בידיים ריקות. באים אנו ובציקלוננו מיטען של שפה ולשון, הגדרות-לשון ומשמעויות, מינהגות-חברה ומוסר, מוסכמות ומושכלות ראשונים, צדק ויושר, עקרונות ועיקרים. מוחנו וליבנו הוכשרו למעשה הפרשנות, ביודעין ובלא-יודעין. בבואנו אל מלאכת הפרשנות לא ציידנו עצמנו אך במילון. גם התנ"ך ומורשתנו בנו, גם אהבת האדם, גם הצורך המובנה בנו להיות בני-חורין. כך באים אנו אל חוק הכנסת, מצויידים בכל אותם כלי-מלאכה, ועושים אנו כמיטבנו לפירושו של הטקסט.

ראו עוד: רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי (טרם פורסם; בפסקה 18 לפסק הדין).

עיקרי-יסוד ודוקטרינות אלו, נטעה טעות חמורה אם נתעלם מהם. הגם שעל פניהם יכול מי שיראה אותם "חיצוניים" לשיטת המשפט הפוזיטיווית, לאמיתם של דברים מהווים הם את השלד שהמשפט נבנה עליו וסביבו, תומכים הם בשיטת המשפט ושיטת המשפט אף מושתתת עליהם. המשפט מלא בהם אף שלא עוגנו בהוראת חוק מפורשת. נוכחים הם בכל אתר ואתר במשפט ועוטפים הם כל הוראות-חוק, בהן כמובן הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א). ובעוטפם את הוראת סעיף 32, תוחמים הם כל אותם עיקרים את אזורי התפרשותה של הסמכות הקבועה בה וקובעים הם את גדריה סביב-סביב.

18. אכן, שיטת משפט - כל שיטת משפט ושיטת המשפט הישראלית בכלל - נבנית על עיקרי-יסוד המרכיבים את הצופן הגנטי של הנורמות השוררות בה. עיקרי היסוד מצויים בגרעינה של כל נורמה ונורמה במשפט. נמנים עימם, למשל, עקרונות תום הלב, היושר ההגינות ודומיהם (רע"א 6339/97 ווקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 269 - 270 רע"א 5768/94, א.ש.י.ד. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ,

פ"ד נב(4) 289; ; באות בתוכם זכויות היסוד של האדם: כבוד האדם, החירות, השוויון, הרוח החופשית והקניין (בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650; ; בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 683); ; כך גם "העיקרון הדמוקרטי - באשר הוא - מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצרף הוא עצמו לצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט ישראל" (בג"ץ 7351/95 נבואני נ' השר לענייני דתות פ"ד נ (4) 89, 121; ; בג"צ 715/98, 3267 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, 529). כל עיקרים אלה ירכיבו את המשפט, ולעת פירושו של הדין החרות יציגו עצמם לפני הפרשן ויתבעו כי יינתן להם מקום כבוד שהם ראויים לו. כך בכל הוראה של החוק החרות וכך בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א).

19. סמכותה השיורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) לא ביקשה לשחרר עצמה מכבליהם של עיקרי היסוד. נהפוך הוא: בהיעדר הוראת אחרת - והוראת אחרת אין בנמצא - נפרש את סמכותה השיורית של הממשלה כסמכות הנותנת עצמה בעול עיקרי היסוד של שיטת המשפט. הוראת סעיף 32 רואה עצמה כבולה בעיקרי היסוד של שיטת המשפט, ונוח לה בכך. יתר-על-כן: נועדה היא לשרת עיקרים אלה וייעודה מקובל עליה. כנדרש מכך, יימצאו מעשים ופעילויות שהממשלה לא תהא מוסמכת לעשותם אך בהיותם נוגדים את עקרונות היסוד של שיטת המשפט, בהם תפישות היסוד החוקתיות ששיטת המשפט שלנו מושתתת עליה. וכפי שהורנו הנשיא שמגר בפרשת פדרמן (שם, 652):

יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר והפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו.

אכן, בבואה אלינו - היא ואימותיה ההיסטוריות בחוקי-היסוד - חזקה על הוראת סעיף 32 כי ביקשה לשלב עצמה בתפישות היסוד החוקתיות של ישראל, כי ראתה תפישות-יסוד אלו תשתית לקיומה וחלק מן הצופן הגנטי המקיים אותה במקומה. וכדברי הנשיא ברק בפרשת שמעוני (שם, בפסקה 14):

תכליתה של הוראה זו לא היתה לפגוע בעקרונות היסוד של המשטר החוקתי במדינת ישראל. נהפוך הוא: הוראה זו נועדה להגשים עקרונות יסוד אלה והיא צריכה להתפרש לאורם ... אין לפרש את סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה באופן הפוגע בעקרונות הפרדת הרשויות, עצמאות הרשות השופטת, שלטון החוק המהותי וזכויות האדם. סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה צריך למצוא את

מקומו הראוי במסגרת התפיסה החוקתית הכוללת העולה ממכלול חוקי היסוד, והמגשימה "תפיסות יסוד נורמאטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו" ... בכך יושג האיזון הראוי בין הצורך המעשי להבטיח סמכות כללית לרשות המבצעת לשם הגשמת תפקידיה לבין הצורך הערכי להבטיח את שילובה של סמכות זו במארג הכולל של תפיסתנו החוקתית.

20. בהקשר ענייננו עתה נפסק - והלכה זו מקובלת על הכל - כי מכוח סמכותה השירותית כהוראת סעיף 32, אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד. זכויות אלו מהוות חלק אינטגרלי במשפט ופגיעה בהן יכול שתיעשה רק בחוק הכנסת לבדו. כל זכות מזכויות היסוד "את חוקים תתהלך" (בג"ץ 4140/95 טופרארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד (1) 49, 96); "עוצמתה ורמתה כעוצמתו וכרמתו של חוק", ו"רק לשון מפורשת וחד-משמעית בחוק יש בכוחה להגביל או להצר ...". זכות מעין-זו (שם, שם). ועוד: "סמכותה ה'שירותית' של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה'שירותית' של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מנהלי' ... 'חלל מנהלי' כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולא' בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת" (הנשיא ברק בפרשת הוועד הציבורי, 832). אכן, חירויות היסוד שהן חלק מן המערך הגנטי של המשפט נמצאות בכל נורמה ונורמה במשפט אף בלא שנחקקו בחוק, ופועל יוצא מכך הוא, כי הממשלה אינה מוסמכת לפגוע בהן אלא אם הוסמכה לכך במפורש בידי הכנסת. עמד על כך הנשיא שמגר בפרשת פדרמן (שם 652):

יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר והפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמאטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו. כך הדבר לגבי זכויות יסוד שהן חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, בין אם הוכללו בחוק יסוד ובין אם טרם נעשה כן. כך, לא תהיה, לדוגמא, בידי הממשלה סמכות לסגור עיתון על יסוד החלטת ביצוע מינהלית, אם לא תהיה הוראת חוק מפורשת המסדירה נושא כגון דא, ואף אם טרם הוחק חוק-יסוד המגדיר את חופש הדיבור; מעשה כאמור ינגוד תפיסות היסוד שלנו בדבר חירויות האדם הטבועות במשטרנו, ואשר ניתן להגבילן רק בחוק חרות ... משמע, זכות היסוד של חופש הדיבור, שהיא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, יוצרת סייג הכובל את ידיה של הרשות המבצעת ואינו מתיר לה לחרוג, ללא הסמכה שבדין, מן האיסור לפגוע בחירות המוקנית על פיו.

ראו עוד: פרשת שמעוני, פסקה 17; ספר זמיר, 337; פרשת עיריית קריית גת, 847; מרגית כהן, 275 ואילך. הלכה זו, נעיר, זכתה למישנה תוקף לאחר חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, והם חוקי-יסוד אשר היקנו לזכויות שנקבעו בהם מעמד-על, ואף הוסיפו וקבעו מפורשות כי אין פוגעים בזכויות שנקבעו בהם אלא בחוק או "מכוח הסמכה מפורשת" בחוק. הנה-כי-כן, לא-זו-בלבד שזכויות היסוד אשר נימנו בשני חוקי-היסוד האמורים הפכו להיותן "דין" חרות - וממילא חל עליהן, ובמישרין, העיקרון של "בכפוף לכל דין" הקבוע בסעיף 32 - אלא שנאמר בחוקי היסוד במפורש כי הפגיעה באותן זכויות מחייבת הסמכה מפורשת בחוק. ברי כי נוסחה הכללית של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) אינו מהווה הסמכה מפורשת שכזו, וממילא אין הוא מתיר לממשלה לפגוע בזכויות יסוד שחוקי-היסוד מדברים בהם. ראו דבריו של פרופ' ברוך ברכה במאמרו "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי", ספר יצחק זמיר על משפט, מימשל וחברה (תשס"ה-2005), 161, 190 (ברכה, זכויות אדם חוקתיות, והמשפט המינהלי). ראו עוד: פרשת עיריית קריית גת (שם, 847), מפי השופט דורנר; זמיר, משפט וממשל, 116-118.

גבולות הסמכות השיורית - הממשלה כרשות מבצעת

21. בצד זכויות היסוד של היחיד, אחד מעיקרי-התשתית ששיטת המשפט בישראל טובלת בהם - עיקר מן הראשונים במלכות - הוא העיקר של הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות. לעיקר זה ולנגזרותיו השונות ניפנה עתה.

22. שלוש רשויות מרכזיות הן במימשל ישראל: הכנסת, הממשלה ומערכת בתי-המשפט. ענייננו עתה הוא בשתי הרשויות הראשונות, ובהן נדבר. הכנסת היא "בית הנבחרים של המדינה" (סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת), היא "בית המחוקקים" (סעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט-1949), היא "הרשות המחוקקת" (סעיף 7(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948). אשר לממשלה, כהוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) "היא הרשות המבצעת של המדינה". למותר לומר כי המושגים "בית נבחרים", "בית מחוקקים" ו"הרשות המחוקקת" - אלה תיאוריה של הכנסת - וכמותם "רשות מבצעת", ככינויה של הממשלה, אין ניתן להפיק מהם, באשר הם, את מיתווה סמכויותיהן של הכנסת ושל הממשלה ואת קו הגבול החוצץ בין סמכויות לסמכויות. אכן, לבחינת תחום התפרשותן ותיחום גבולותיהן של סמכויות הכנסת והממשלה - ובגידרי סמכויותיה של הממשלה: לתיחום גבולותיה של הסמכות השיורית - שומה עלינו לבחון וללמוד את עיקרי היסוד המהווים תשתית לשיטת

המשפט החוקתית הנוהגת בישראל, שרק כך נדע לקרוא את מפת הסמכויות כהילכתה. עיקרי יסוד אלה הם בראש ובראשונה, עקרון שילטון החוק (במובנו המהותי של המושג) ועקרון ביזור הסמכויות והפרדת הרשויות. במיסגרת זו מכירים אנו במעמדה הנעלה של הכנסת ובכפיפותה של הממשלה לכנסת ולחוקי הכנסת.

23. גבולות סמכותה של הממשלה נקבעים בשים לה להיותה רשות "מבצעת" הכופפת עצמה לרשות המחוקקת, ובתחום זה תיבחן גם סמכותה השיוורית. בקביעת הפעילויות הבאות בתחום השיוירי של סמכויות הממשלה ניתן דעתנו, כמובן, לפעילויות שעל-פי המסורת החוקתית המקובלת עלינו רואים אותן כפעילויות בתחומה של הממשלה. כך, למשל, מוסכם כי בסמכותה של הממשלה לנהל את יחסי החוץ של המדינה (פרשת פדרמן, לעיל); באים בתחומה נושאים הקשורים בשמירה על ביטחון המדינה ובנושאים טפלים לכך: בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113; בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169; בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852; ועוד. ראו עוד, למשל: בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141; ברכה, זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי, 174-175. עיקר לענייננו עתה הוא, שסמכותה השיוורית של הממשלה לא תתקיים אלא למימוש סמכותה כרשות מבצעת ובתחומיו של נושא ה"ביצוע". מתוך שהממשלה היא "הרשות המבצעת", תכליתה של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) היא ליתן בידיה כלים למילוי תפקידה כרשות המבצעת, ובגדריה של תכלית זו תפורש ותקוים סמכותה. החוק ביקש להעניק לממשלה כלים למימוש סמכויותיה כרשות מבצעת, וגבולות הסמכות השיוורית ייקבעו כמו-מאליהם בתחומי גבולות סמכות הביצוע. וכך, במקום שבו נקבעים גבולות סמכויות הביצוע, שם ייקבעו (למירב) גם - במסגרת המיגבלות החיצוניות - גבולות הסמכות השיוורית. גבול הסמכות השיוורית הוא אפוא גבול סמכות הביצוע, ואין הממשלה מותרת לחצות אותו גבול ולחרוש בשדה שלא יועד לה מלכתחילה. עמד על כך הנשיא ברק בפרשת שמעוני (בפיסקה 15):

הסמכות השיוורית פועלת בגבולות סמכויותיה של הממשלה כרשות המבצעת. יש לראות בה מכשיר להגשמת קביעתו של חוק-יסוד: הממשלה כי הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. אין לעשות בה שימוש כדי לקבוע את הממשלה כאורגן מוסמך בתחומים שהם מעבר לתחומיה של הרשות המבצעת.

24. על רקע עיקרי יסוד אלה שדיברנו בהם, הבה נקרב מבטנו אל עניינינו-שלנו, וננסה לבחון את המעטפת החיצונית לסמכותה השירותית של הממשלה. לשון אחר: נעשה כמיטבנו לתירגומם של מושגי היסוד החוקתיים שהיזכרנו - בראשם סמכותה של הכנסת כרשות מחוקקת וסמכותה של הממשלה כרשות מבצעת - לנורמות משפטיות בנות פועל משפטי, ולהחלתן של אותן נורמות על נושא סמכותה השירותית של הממשלה. נלמד את גבולות הביצוע ונדע את גבולות הסמכות השירותית.

שילטון החוק, הפרדת רשויות וביזור סמכויות

25. עקרון שילטון החוק במקומנו משמיע אותנו מישר של הפרדת רשויות וביזור סמכויות: המחוקק יחוקק; המבצע יבצע; השופט ישפוט; ובה-בעת יתקיים פיקוח הדדי בין הרשויות, ביניהן-לבין-עצמן, ואיזון בין הכוחות והסמכויות. וכלשונם של רובינשטיין ומדינה בעמ' 127-128 לסיפרם:

הפרדת הרשויות מתבטאת בשני מאפיינים יסודיים: האחד, חלוקת הסמכויות בין הרשויות השונות. סמכות החקיקה, כלומר הסמכות להכריע בסוגיות החברתיות המרכזיות ולקבוע הסדרים כלליים, מסורה לרשות המחוקקת; הסמכות ליישם את ההסדרים הכלליים מסורה לרשות המבצעת; והסמכות להכריע בסכסוכים באשר לאופן הפעלת סמכויותיהן של הרשויות האחרות מסורה לרשות השופטת. ...מאפיין יסוד שני של עקרון הפרדת הרשויות הוא הפיקוח ההדדי בין הרשויות וקביעת מנגנונים לאיזון ביניהן.

נוסחה עדינה ומורכבת זו של ביזור סמכויות ופיקוח הדדי היא המניעה את שלוש רשויות השלטון והקובעת את יחסייהן ההדדיים; מכוחה מתקיימים ונשמרים שלטון החוק והדמוקרטיה; ושיבושה עלול לסכן את המישטר כולו. על האיזון העדין שבין שלוש רשויות השלטון ועל הסכנה הרבה הטמונה בהפרתו של איזון זה, עמדנו לאחרונה בפרשת ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל (בג"ץ 4885/03, טרם פורסם):

וזה עיקרה של הנוסחה: לכל אחת משלוש הרשויות העושות שילטון מוקצית חלקה משלה ובה היא שליטה בלבדית - חלקת-מחוקק, חלקת-מבצע, חלקת-שופט. בה-בעת מחזיקה כל רשות בקרניהן של שתי הרשויות האחרות ומוחזקת היא בקרניה על-ידי שתי הרשויות האחרות, לבל תנגח רשות את רעותה ולבל תשתלט

רשות על חלקותיהן של אחיותיה הרשיות האחרות. הרשיות נפרדות אפוא אישה מרעותה, אך גם קשורות הן ביניהן-לבין-עצמן. מדברים אנו במעין-סחרחרת ולה שלוש כנפיים. חוכמת המדינאות היא כי יישמר שיווי-מישקל והנדנדה תיסוב במתינות לרווחתם של הכל. ואולם, שעה שאחת מן הרשיות תטלטל את קרניה יתר-על-המידה, או, מקום שאחת מן הרוככות על כנף-הנדנדה תפר את שיווי-המישקל, ייפרעו הסדרים וטלטלה תאחז בכל מערך השילטון.

26. תכליתו של עקרון הפרדת הרשיות וביזור הסמכויות גלויה על פניה: לבזר את כוחות השלטון בין גופים שונים ועל דרך זה למנוע "ריכוז כוחות ביד אחת - ריכוז המאפיין משטר אוטוקרטי" (בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, 790). אכן, הניסיון לימדנו כי במקום שבו מופקדות גם סמכויות החקיקה גם סמכויות הביצוע בידי גורם אחד, לא תהיה חירות, לא ייכוננו זכויות אדם, הדמוקרטיה תתפוגג והעריצות תמשול בכיפה. לימננו זאת לא אחר מאשר אבי תורת הפרדת הרשיות, הברון מונטסקיה, בסיפרו על רוח החוקים (בתרגומו של עידו בסוק, הוצאת הספרים ע"ש מאגנס, תשנ"ח):

כאשר בידי של אדם אחד, או בידי קבוצה אחת של מגיסטראטים, נמצאות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת כאחת, אין חירות, כי יש מקום לחשש שהמונארך הזה, או המועצה הזאת, יחוקקו חוקי עריצות לשם הוצאתם לפועל בדרך עריצה.

.....

אבוד יאבד הכול אם אדם אחד ויחיד או גוף אחד ויחיד - הנסיכים, האצולה או העם כולו, יפעיל לבדו את שלוש הסמכויות האלה: הסמכות לחוקק חוקים, הסמכות להוציא לפועל החלטות שנתקבלו בענייני הציבור והסמכות לשפוט מעשי פשע ולהכריע בסכסוכים בין פרטים.

(מתוך הפרק השישי שבספר האחד-עשר).

ליבתו של עקרון הפרדת הרשיות תימצא לנו, אפוא - בעיקרה - בביזור הכוחות בין רשיות שונות; בהבטחה כי לא יהא זה גורם אחד ויחיד שירכז בידו סמכויות רבות יתר-על-המידה - ריכוז שיהפוך אותו גורם לשליט אוטוקרטי; ובקיום העיקרון כי הרשיות שתחזקנה בסמכויות תהיינה נפרדות זו-מזו. כך נדע, כי שלוש הרשיות המחזיקות בסמכויות נפרדות, אסורות הן לבוא זו בממלכתה של זו; ושמה

נדייק: אסורות הן לבוא זו בארמונה של זו; כל רשות תפעל ותעשה אך-ורק בגידרי הסמכויות שניתנו לה בחוק (ובחוקה) ואסורה היא מְרוֹשׁ בשדות שהוקצו לאחיותיה: הרשות המחוקקת לא תבצע ולא תשפוט; הרשות המבצעת לא תחוקק ולא תשפוט; הרשות השופטת לא תחוקק ולא תבצע. עמדנו על מיקצת מן הדברים בפרשת פריצקי, וכך אמרנו (שם, 790):

צירוף התיבות "הפרדת הרשויות" אינו מעיד על תוכנו במלואו. הלוז בעיקר זה אינו ב"הפרדת הרשויות" - הפרדה בין הרשויות, באשר הפרדה היא - אלא בביזור כוחות וסמכויות בין רשויות שונות ונפרדות, שבעיקרי הדברים הרשות המחוקקת תחוקק, ואך ורק תחוקק: לא תבצע ולא תשפוט הרשות המבצעת תבצע - לא תחוקק ולא תשפוט והרשות השופטת תשפוט - לא תחוקק ולא תבצע.

ובהמשך (שם, 807):

המחוקק יועד לחקיקה; המבצע יועד לביצוע; בית-המשפט יועד לשפיטה. מקום שאחד משלושה אלה בוחש בקדירת חברו - שלא על-פי דין מפורש - מתערער שיווי-המישקל שרק על-פיו יהיו סידרי מימשל ומינהל תקינים. כך הוא שעה שהרשות המבצעת מחוקקת וכך הוא מקום שהרשות המחוקקת אומרת לחסום את הדרך לבית-המשפט ...

אכן, עקרון ביזור הסמכויות הוא העומד ביסודה של שיטת המשפט הדמוקרטית הנוהגת במקומנו. "מוחה של הדמוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח - על שלוש האונות - הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 630). משאמרנו דברים שאמרנו נוסף ונאמר כי לאמיתם של דברים, כפי שידענו כולנו, אין עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות נשמר ומתקיים במלואו ובטהרתו. החיים בשדה אינם כחיים במעבדה מבודדת ויש הסמכויות באות זו בתוך זו. ואולם אין באמת זו כדי לפגום בליקּה שאותה חייבים אנו לשוות כל העת מול עינינו, והיא, בחלוקת הסמכויות והכוחות בין הרשויות.

27. עקרון הפרדת הרשויות מורנו אפוא על קיומן של רשויות הנפרדות זו-מזו, ובצירופו לעקרון של ביזור סמכויות לומדים אנו על חלוקת תפקידים וסמכויות בין גופים שונים; ולענייננו: חלוקת תפקידים בין מחוקק לבין מבצע: המחוקק יחוקק - קרא: יקבע הסדרים כלליים שעל-פיהם ינהגו בני-החברה - והמבצע יִשֶׁם ויבצע. יתר-על-כן: עקרון הביזור ילמדנו על איסור חציית גבולות בין הרשויות. כל רשות הותרה לחרוש בשדה שהוקצתה לה ונאסר עליה לחרוש בשדה חברותיה. ולענייננו עתה: הרשות המחוקקת לא תבצע ולא תישם ואילו הרשות המבצעת לא תחוקק.

שילטון החוק, הפרדת רשויות וביזור סמכויות, הסדרים ראשוניים (המשך)

28. תפישת-היסוד המפעמת בגופה של שיטת המשטר החוקתית בישראל מורה אותנו, כי הרשות המחוקקת - הכנסת - היא הרשות הניצבת בפיסגת הפירמידה של הרשויות הקובעות את הנורמות אשר תנהגנה במדינה, וכי הממשלה ושלוחותיה נועדו להן תפקידי ביצוע הנורמות שקבעה הכנסת. בלשון אנשי המשפט ייאמר: הכנסת היא המוסמכת לקבוע, בחוקים, "הסדרים ראשוניים" - הסדרים הקובעים את הנורמות העיקריות ואת אמות-המידה להפעלתן - בעוד אשר הממשלה מוסמכת, על דרך העיקרון, לקבוע - בתקנות למיניהן ובמעשים - "הסדרים מישניים" בלבד. ובלשון אחר: אין הממשלה ובנותיה מוסמכות לקבוע "הסדרים ראשוניים" אלא על-פי המחוקק, מכוחו של חוק הכנסת. תפישת-יסוד זו, ששורשיה בעקרון שילטון החוק (במובנו המהותי), זכה לביסוס ולביאור בהלכה ובדיברי חכמים. כך, למשל, לימדנו לפני שנים רבות מורנו הדגול למשפט מינהלי, פרופ' יצחק הנס קלינגהופר, במאמרו "שילטון החוק וחקיקת מישנה", הד המשפט (תשי"ז-1957), 202, 203:

... [] כל אקט מינהלי, בין אם הוא דבר חקיקת משנה ובין אם הוא אקט אינדיבידואלי, צריך להיקבע, מבחינת תוכנו על כל חלקיו העיקריים, על ידי נורמה שצורתה צורה של חוק. במובן זה אפשר לומר כי במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שאורגני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק.

עקרון יסוד זה נשתרש בהלכה, ובתי המשפט חזרו והבהירו שוב ושוב כי הכנסת היא בית היוצר לחקיקתם של "הסדרים ראשוניים" הקובעים את אורח החיים במדינה, וכי הרשות המבצעת - הממשלה ובנותיה - סמכותה היא לקבוע הסדרים מישניים בלבד. וכך, למשל, למדנו מפני הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין (שם, 502):

כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון "טכנית" יותר קובע הכלל הבסיסי, כי "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים - צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים".

והוסיף השופט אור בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 56:

הלכה היא שמשיקולים של הפרדת רשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה (במובנה הפורמלי-ייצוגי ובמובנה המהותי), ראוי שהתוויית המדיניות הכללית והעקרונית - זו המהווה את ההסדר הראשוני - אשר השפעתה על חיי הפרטים בחברה הנה גדולה - תיעשה בחקיקה ראשית; בעוד שדרכי הגשמתה ויישומה של המדיניות יכולים להיקבע בדרך של חקיקת משנה על ידי הרשויות.

הנה-הנהו עקרון ההסדרים הראשוניים, העיקרון המורה אותנו כי את הנורמות העיקריות תקבע הרשות המחוקקת, הכנסת - היא, ולא הרשות המבצעת, הממשלה. ואמנם, זה מכבר ידענו כי "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה" (ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל פ"ד ח 785, 819), ו"באומרנו חקיקה, כוונתנו היא לא אך למעשה הפורמלי של יצירת חוק, אלא לכך שהסדרים ראשוניים ייקבעו בידי המחוקק דווקא" (פרשת פריצקי, 790).

אכן, בית המשפט פסק, וחזר ופסק, שעקרון שילטון החוק במדינה דמוקרטית מורנו "כי הסדרים ראשוניים חייבים להיקבע בחקיקה ראשית. חקיקת משנה צריכה לבצע את ההסדרים הקבועים בחוקים" (פרשת פריצקי, 777). "מן הראוי הוא... כי המחוקק הראשי יקבע את ההסדרים הראשיים, וישאיר למחוקק המשנה את הקביעה של

ההסדרים המשניים" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 75-76). ראו עוד, למשל: בג"ץ 1539/05 משל"ט - מכון משפטי לחקר טרור וסיוע נ' מר אריאל שרון - ראש הממשלה (טרם פורסם, בפיסקה 4 לפסק-הדין); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399, 411; בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 702; א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שני, 1993), 528; י' זמיר, "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה - חקיקת משנה: נוהל והנחיות", עיוני משפט יא' (תשמ"ו-1986) 329, 345 (זמיר, הנחיות היועץ); ועוד ועוד.

29. תפישת יסוד זו, שלפיה הסדרים ראשוניים נקבעים בידי המחוקק הראשי - נבחר העם - בעוד אשר הרשות המבצעת, הממשלה, אינה אמורה לקבוע אלא הסדרים מישניים בלבד, שלובה ומשורגת בעקרון שילטון החוק. וכפי שנאמר בפרשת שנסני (שם, 504):

עקרון שלטון החוק במובנו המהותי מורנו, כי "הסדרים ראשוניים" חייבים למצוא את מקומם בחוק הכנסת, וכי תקנות לא נועדו, בעיקרן, אלא לביצועם של חוקים בלבד. זה עמוד-האש, זה עמוד-הענן, המורים אותנו הדרך לילה ויום - ובעקבותיהם נלך.

ומעקרון שילטון החוק במובנו המהותי נגזרים כל אותם עיקרים העושים את המישטר הדמוקרטי: הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות; הגנה על זכויות האדם וכו'. עיקרים אלה שלובים הם אלה באלה - לאמיתם של דברים מהווים הם גילויים של אותו עקרון יסוד - וכולם לא נועדו אלא למניעת ריכוז סמכויות בידי אדם יחיד או בידי קבוצת אנשים מצומצמת, ולהגנה על הפרט מפני שרירות השילטון והמינהל. כל אחד מעיקרים אלה שמנינו, בין לעצמו בין בשילובו בעיקרים האחרים, משמיע אותנו כי הסדרים ראשוניים חייבים שייקבעו דווקא בידי המחוקק הראשי, הכנסת, וכי הממשלה לא תקנה סמכות אלא לקביעתם של הסדרים מישניים בלבד.

30. יישומו הדקדקני והדווקני של שילטון החוק מחייב כי הסדרים ראשוניים ייקבעו אך בחקיקה ראשית. המחוקק אסור הוא בויתור על סמכויות לטובת הרשות המבצעת והמינהל. ובלשונו של פרופ' קלינגהופר במאמרו "שלטון החוק וחקיקת מישנה", לעיל, שם, 203:

... שלטון החוק אף אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, דהיינו, להעביר אליו סמכות זו. כל מסירה של הסמכות האמורה לרשות מינהלית מנוגדת לשלטון החוק. מקום בו שורר שלטון החוק, אין המחוקק חפשי לבחור בין שתי הדרכים, דהיינו לכבול בעצמו את המינהל על-ידי חקיקת הסדרים ראשוניים, או להסמיך את המינהל לעשות תחתיו מלאכה תחיקתית זו; אלא שומה עליו לקבוע הסדרים אלה בכבודו ובעצמו. עקרון שלטון החוק דורש כי כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי, וכי קביעת אותם הסדרים תהא בסמכותו הייחודית של המחוקק ולא תועבר אל שלטונות מינהליים.

אלא שהפרדה מוחלטת מעין-זו בין מחוקק - המחוקק הסדרים ראשוניים - לבין מבצע - המבצע והמיישם - אינה מתקיימת אלא במדינת אוטופיה, שכן "סביכותם של החיים בחברה המודרנית אינם מותרים ברירה למחוקק אלא להעביר מיקצת מסמכויותיו למבצע, וזאת - בעיקר - על דרך של הסמכתה של הממשלה ושל הפועלים מטעמה להתקין תקנות הנושאות עימהן הסדרים ראשוניים (תקנות praeter legem)" (פרשת פריצקי, 790; ראו גם: פרשת רובינשטיין, 504-505). עדים אנו אפוא לתופעה - הידועה לכל - כי הכנסת מסמיכה את הרשות המבצעת חדשות לבקרים לקבוע הסדרים ראשוניים בנושאים אלה ואחרים. וככל שחיינו נעשים סבוכים עוד ועוד כן מתרבה אצילת סמכויות של הסדרים ראשוניים ממחוקק לרשות מבצעת. ואולם, גם אם היספנו, בעל-כורחנו, לתופעה בלתי רצויה זו - "בלתי רצויה" באשר חותרת היא תחת העיקרון החשוב של הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות - הנה סמכותה של הרשות המבצעת בכל מקרים אלה מוצאת לה עיגון בחוק הכנסת, ולמעט מקרים יוצאי-דופן (כבתקנות התעבורה, למשל) המחוקק מנחה את הרשות המבצעת כיצד תפעיל את סמכותה. על תופעה זו בכללותה ועל הבעיתיות הכרוכה בה עמד הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין, וכה היו דבריו (שם, 504-505):

... חקיקה ראשית, המסמיכה את הרשות המבצעת לפעולות חקיקה או מינהל, צריכה לקבוע את ההסדרים הראשוניים בגדרם תיפעל הרשות המבצעת. "אם הכנסת הינה 'הרשות המחוקקת', הרי רק הסמכה לחקיקת משנה המבצעת את העקרונות ואמות המידה הבסיסיות (ההסדרים הראשוניים) שנקבעו בדבר החקיקה הראשי, עולה בקנה אחד עם עיקרון זה" ... לעומת זאת, אם החקיקה הראשית מסמיכה את מחוקק המשנה לקבוע

הסדרים ראשוניים, בלא כל הכוונה והדרכה, יש בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. "בהתערטלותה של הכנסת מגלימת המחוקק ובהעברתה לידי האמונות של המינהל הציבורי פוגעת הרשות המחוקקת באורח חמור בעקרון הפרדת הרשויות..."

31. כללם של דברים: עקרון ההסדרים הראשוניים ועקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, השניים אינם - הלכה למעשה - אלא פנים שונות של אותה תפישת-יסוד. ותפישת היסוד המזינה את השניים בשורשיהם אינה אלא זו, שהסדרים ראשוניים אמורים שייקבעו בחוק הכנסת - דווקא בחוק - וכי הרשות המבצעת, הממשלה, אינה מוסמכת לקבוע הסדרים ראשוניים מכוחה-שלה אלא אם הותרה לכך בחוק. נוסף עוד ונאמר, כי חרף זאת שעקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות מחיל עצמו בעוצמה שווה, לכאורה, הן על הרשות המחוקקת הן על הרשות המבצעת, הנה בעיקרו "יסודו של עקרון הפרדת הרשויות בשאיפה להגביל את כוחה של הרשות המבצעת" (דובינשטיין ומדינה, 159). טעם הדבר הוא, שבשונה משתי חברותיה עוסקת הרשות המבצעת במעשה ובביצוע, ביישומו של החוק ובאכיפתן של נורמות התנהגות על האזרחים.

עקרון ההסדרים הראשוניים כמתחייב מן העיקרון הדמוקרטי

32. זאת ועוד: התביעה כי הסדרים ראשוניים ייקבעו בחוק הכנסת - דווקא בחוק הכנסת - נדרשת כמו-מאליה משיטת המישטר הנוהג בישראל, שיטת מישטר של דמוקרטיה ייצוגית. עמדה על כך השופטת ביניש בפרשת ארגון מגדלי העופות (בפיסקה 10 לפסק דינה):

הגישה לפיה ההכרעות והנורמות העקרוניות המחייבות את האזרחים צריכות להתקבל הן מבחינה פורמלית והן מבחינה מהותית על ידי בית המחוקקים ולא על ידי הרשות המבצעת, מעוגנת לא רק בעקרון הפרדת הרשויות כי אם נובעת היא מתפיסתה של הדמוקרטיה עצמה ומאופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל.

וכפי שנאמר בפרשת נבואני נ' השר לענייני דתות (בג"ץ 7351/95, פ"ד נ(4) 89, 121):

... העיקרון הדמוקרטי - באשר הוא - מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצרף הוא עצמו לצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט ישראל. כוחו הגנטי של העיקרון הדמוקרטי אינו שווה, אמנם, בכל נורמה

ונורמה, ואולם לא תימצא נורמה פנויה ממנו. בכל עניין ועניין שומה עלינו לדון בכוחו של העיקרון הדמוקרטי, ולהכריע אם גובר הוא על עקרונות ואינטרסים אחרים המתחרים בו, או אם נסוג הוא מפניהם ולו נסיגה חלקית.

ראו עוד: דנ"א 732/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוט, פ"ד נב(3), 1, 72-74.

אכן, ישראל היא מדינה דמוקרטית - כך גם מצהירים בחגיגות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בסעיף 1א בו, וחוק-יסוד: חופש העיסוק, בסעיף 2 בו - והגם שהמתבונן מן הצד יכול לדמות בנפשו לעיתים כי הממשלה היא הגוף העליון במדינה - היא ולא הכנסת (ראו, למשל, הדיון בחוקי ההסדרים בפרשת ארגון מגדלי העופות בישראל) - אל-נא נלך שולל ואל-נא נתיר לתמונה שגויה זו להטעותנו. הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה; היא הרשות המחוקקת העליונה, והממשלה היא הרשות המבצעת; הכנסת נבחרת בבחירות כלליות וחופשיות וזוכה לאמונו של העם (סעיפים 4 ו-5 לחוק-יסוד: הכנסת), ואילו הממשלה מכהנת רק מכוח אמון הכנסת (סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה). מתוך שהכנסת נבחרת בידי אזרחי המדינה כולם, מייצגת היא את האזרחים ומשמשת היא להם לפה. משידענו כך, נוסף ונדע ממילא כי בידי הכנסת - ובידי הכנסת בלבד - ניתנה הסמכות להכריע בסוגיות-יסוד של המדינה, קרא, לקבוע הסדרים ראשוניים להנהגת המדינה ויושביה. האזרח נתן אמונו בכנסת וממילא הסמיכה לקבוע לו את אורחות חייו. וכפי שהשמיענו הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין (שם, 508):

... דמוקרטיה משמעותה שלטון העם. בדמוקרטיה ייצוגית, העם בוחר את נציגיו, הפועלים בגדריו של הפרלמנט... ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של מדינה וצרכיה של חברה צריכות להתקבל על-ידי נציגיו הנבחרים של העם. גוף זה נבחר על-ידי העם לחוקק את חוקיו, והוא נהנה אפוא מלגיטימיות חברתית בפעולתו זו... אכן, אחד מהיבטיה של הדמוקרטיה הינו התפיסה, כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על-ידי הגוף שנבחר על-ידי העם לקבל הכרעות אלה.

ומסקנה נדרשת היא (שם, 510):

הנה-כי-כן, מאופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר מתבקשת המסקנה כי חקיקת משנה והוראות מינהל של הרשות המבצעת צריכות למצוא את עיגונן - הפורמאלי והמהותי גם יחד - בחקיקה הראשית, פרי רוחו של המחוקק הראשי. אל לו למחוקק להעביר את ההכרעות הגורליות והקשות לרשות המבצעת בלא להנחותה. גם אם זו נבחרת ישירות על ידי העם ... תפקידה הוא - כפי ששמה מעיד עליה - הביצוע.

לשון אחר: הכנסת נבחרה בידי העם להכריע בסוגיות יסוד של המדינה, ולא נמצא לנו כי רשאית להתנצל את סמכותה זו ולהעבירה לממשלה. אם תכפיף את רצונה לרצונה של הממשלה; אם תסיג את רצונה מפני רצון הממשלה; תמעל הכנסת בתפקידה ובאמון שנתן בה העם. עמד על כך פרופ' זמיר במאמרו "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות", משפטים ד (תשל"ב-1972), 63, 80:

הכנסת יכולה וחייבת למלא את התפקיד המרכזי שלה, בלעדיו אין כמעט טעם לקיומה, והוא התפקיד של קביעת העקרונות הכלליים בדרך של חוק. אם הרשות המחוקקת תתחמק מטעם כלשהו מתפקיד זה היא תחטא לשליחותה, תחתור תחת עצם קיומה, ויתרה מזאת, תשמיט את הבסיס לאופי הדמוקרטי של המשטר. משטר בו הרשות המחוקקת מעבירה את תפקיד החקיקה, כמובן זה של קביעת עקרונות כלליים, לידי המינהל הציבורי, יישאר משטר דמוקרטי רק בשם ותדמית, ולא למעשה.

ראו עוד: א' ברק, "הפרלמנט ובית-המשפט העליון - מבט לעתיד", הפרקליט מה (תש"ס-2000) 5, 7:

מעליונותה של הכנסת מתבקש שההכרעות החשובות והעקרוניות למהות המשטר ייעשו על-ידי הכנסת ולא על-ידי הרשויות האחרות. זאת סמכות המיוחדת לכנסת. סמכות זו - חובה בצדה. על הכנסת להגשים סמכת זו בעצמה, ואין היא יכולה... להעביר סמכות זו לזולתה.

33. הנה-כי-כן, העיקרון הדמוקרטי אף-הוא מוליך למסקנה כי הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים היא בידי הכנסת, וכי אל-לה לכנסת להעביר לרשות המבצעת מסמכותה זו, מכל מקום בלא שהדריכה אותה כיצד תעשה ובאיזו דרך תלך.

בחזרה להוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) ולגבולות הסמכות השיורית

34. הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א), הוראת-חוק היא המציבה לפני הפרשן קושיות וקשיים לא מעטים. פירושה כפשוטה וכערכה על פניה עשוי להוליך את הפרשן אל מחוזות רחוקים. הנה-כי-כן, לא זו בלבד שהממשלה קנתה בהוראת סעיף 32 סמכות רחבה-מכל-רחבה לפעולה שלא במיסגרתו של חוק - סמכות שניתן לתארה כסמכות מאופק-אל-אופק - אלא שלא נקבעו בגופה של ההוראה אמות-מידה - לא אמות מידה קשיחות ולא בכלל - להפעלתה של הסמכות לגופה. כמסקנה נדרשת מכאן, כך יכול האומר לומר, מוסמכת היא הממשלה לעשות כל הסדר שיעלה על דעתה ובלבד שהמחוקק הראשי, הכנסת, לא נתן לאותו נושא את דעתו ולא קבע הסדר אחר כנראה לו. למותר לומר כי בהיעדרו של מורה-דרך, ובלחצי היומיום, עלולה הממשלה והעושים מטעמה להחליק בנקל ולעשות אותה סמכות תשתית לפעילויות שעל-פי עצם טיבן לא לרשות המבצעת ניתנו ואף אין זה ראוי כי יינתנו לה. ובלשונו של פרופ' ברכה במאמרו זכויות אדם חוקתיות, והמשפט המינהלי (שם, 175):

מכיוון שהיקף הסמכות הגלומה בסעיף 32 אינו ברור, קיימת סכנה רבה שהיתלות בו עלולה להוות מקור להרחבה שלא לצורך של סמכויות הרשות המבצעת, כמו גם לפלישתה לתחומן של הרשויות האחרות - המחוקקת והשופטת.

פירוש זה שלחוק נדחה מעל פנינו כפירוש בלתי-ראוי. לא נקבל כי כך - כמעט על הַחֶלֶק - אצלה הכנסת לרשות המבצעת מסמכות החקיקה שיוחדה לה. כי כך התנצלה הכנסת את סמכות החקיקה והעבירה אותה לממשלה. שאלה לעצמה היא, אם עקרונות יסוד במישטר דמוקרטי - מישטר בו שוררת דוקטרינת הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, וזה מישטר ישראל - אינם שוללים מעיקרו של דין את סמכותה של הרשות המחוקקת להעביר מסמכות החקיקה הראשית לממשלה, למיצער לעניינם של הסדרים ראשוניים. ואולם אין צורך כי נטרוד עצמנו בשאלת חוקה כיבדת-מישקל זו. נספק עצמנו אפוא באומרנו כי פירוש שעמדנו עליו לעיל, פירוש הוא שאינו מקובל עלינו. פירוש אחר יש לה להוראת סעיף 32, והוא פירוש המצרף את הטוב עם המועיל ומקרב את המצוי אל הרצוי. פירוש זה האחר הוא הפירוש המקובל עלינו.

35. כל הנחלים הולכים אל הים, וכל עקרונות-יסוד בדמוקרטיה ובמשפט ישראל - בראשם עקרון שילטון החוק במובנו המהותי ועימו עקרונות-המישנה הנגזרים ממנו - מוליכים אל מסקנה כי הסדרים ראשוניים למחוקק הראשי ניתנו - לו, ולא לאחר זולתו, לרבות לא לרשות המבצעת. שני טעמים עיקריים לעיקר-תשתית זה: אחר, להגן ככל הניתן על חירויות הפרט מפני שרירות השלטון, לאמור: "הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע, מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט" (רובינשטיין, 514). ושניים, לקבוע את גבולות סמכותה של הרשות המבצעת ביחסיה עם הרשות המחוקקת. לשון אחר: הרשות המחוקקת - זו הרשות שאזרחי המדינה בחרו בה כנציגתם - היא שתהיה להם לפה, היא שתקבע עיקרים באשר ייעשה ובאשר לא ייעשה בחברה ובמדינה; היא, ולא אחר זולתה. משידענו כל אלה, נוסף ונדע - כדבר הלמד מעניינו - כי סמכות שיורית שקנתה הממשלה בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) - והיא שריג בשלל סמכויותיה של הממשלה - על-פי עצם טיבה אין היא אוצרת כוח ליתן בידי הממשלה כוח לקביעתם של הסדרים ראשוניים. פירוש אחר כי יינתן להוראת סעיף 32 - פירוש שלפיו מכילה הסמכות השיורית סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים - יעמוד אותו פירוש בסתירת-חזית לעיקרי-היסוד שדיברנו בהם, יחתור תחת עקרון שילטון החוק במובנו המהותי, ועלול הוא להביא לפגיעה אנושה בזכויות היחיד. אכן, אותו פירוש אחר - אותו פירוש שאין אנו מסכימים לו - יכול מי שיטען כי עולה הוא בקנה אחד עם עקרון החוקיות במובנו הצר והמצומצם. ואולם, הסמכות שהממשלה תקנה על-פי אותו פירוש, סמכות כה רחבה וכה בלתי-מוגבלת היא, עד כי החשש - וחשש רב הוא - לפגיעה בשילטון החוק יהיה בו כדי להביסו. וכדבריו של חבר הכנסת פרופ' קלינגהופר, שעה שנימק את התנגדותו לחקיקתה של הוראת סעיף 32 (בזמנה - סעיף 29):

... עצם החומרה של הסדר זה נעוצה בכך שהוא עומד בניגוד מוחלט לעקרון שילטון החוק ... שלטון החוק פירושו איננו שדי בכך שלכל פעולה רשמית יהיה כיסוי פורמלי בחוק. אילו היה כן הדבר, הרי לא היה מקום להתנגד לסעיף 29 [כיום: סעיף 32], שכן הוא יצור את הסמכות הקרויה "רזידוראית" של הממשלה וישמש לה מקור. אבל המשמעות הזאת איננה המשמעות המקובלת של שילטון החוק. היא היתה מרוקנת את הרעיון של שילטון החוק מתוכנו. גם במשטרי רודנות יש חוקים, אלא שהם נותנים לרודן יפוי-כוח בלתי-מוגבל לעשות כל דבר העולה על דעתו. הלזה יקרא מדינת חוק? (ישיבת הכנסת מיום 6 באוגוסט 1968, דברי הכנסת כרך 52, 3101).

אכן, גם אנו בבית המשפט עמדנו על הסכנות הטמונות בהוראת סעיף 32, באומרנו כי סמכות רחבה שהממשלה קנתה על-פיה לקביעתם של הסדרים אשר לא נזכרו בחוק, סמכות זו מעוררת שאלות לא-קלות בנושא שילטון החוק (פרשת שמעוני, פסקה 12). המסקנה הנדרשת מכל אלה, מסקנה אחת היא, אחת ויחידה: הוראת סעיף 32 אין בה כדי להסמיך את הממשלה לקבוע הסדרים ראשוניים.

36. כללם של דברים: הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) ראוי לה כי תכפוף עצמה לעיקרי יסוד במשפט. ולענייננו-שלנו נאמר, כי אין היא אוצרת כוח להסמיך את הממשלה לקבוע הסדרים ראשוניים שיוחדו ויועדו - על-פי עקרונות המישטר במדינתנו - אך לרשות המחוקקת בלבד, לכנסת.

בין הסדר ראשוני לבין הסדר מישני

37. משידענו כי סמכותה השיורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) אינה כוללת סמכות לקביעתם של הסדרים ראשוניים; כי קביעתם של הסדרים ראשוניים יוחדו ויועדו לכנסת ואילו הממשלה לא קנתה אלא סמכות להסדרים מישניים, להסדרי ביצוע; עדיין שאלה היא, מה אמת-מידה ניצור בה לידע הסדר ראשוני - מה? מהי אבן בוחן נחזיק בידנו להבחין בין הסדר ראשוני לבין הסדר מישני? התשובה לשאלה אינה פשוטה כל-עיקר, וקו הגבול בין הסדרים אלה לבין הסדרים אלה יכול שיהיה לעיתים מטושטש משהו. אכן, ימצאו הסדרים שהכל יסכימו כי הסדרים ראשוניים או הסדרים מישניים הם. כולנו נסכים, למשל, כי חיובים שהמדינה מטילה על היחיד - חיוב בתשלום מס, חיוב לשרת בצבא ועוד כיוצא באלה חיובים - חיובים אלה כולם חיובים של הסדרים ראשוניים הם. ומנגד: קביעת טפסים שעל היחיד למלא בביצועו של חוק פלוני, פעולה של הסדר מישני היא. אלא שעיקר הוא בתחום האפור שבין שני קצוות אלה, והתחום האפור, למרבה הצער, תחום רחב הוא ביותר. על תחום זה ניתן לומר, כי ההכרעה בשאלת ההבחנה תיעשה בכל מקרה ומקרה תוך שניתן דעתנו לטיבו ולמהותו של הנושא שבדיון, לרקע עיקרי היסוד ששיטת המשפט בנויה עליהם, ותוך שנפעיל את השכל הישר ואת חוש ההיגיון. אכן, באומרנו כי הסדרים ראשוניים הם אותם הסדרים שעל-פי עצמם טיבם ראוי להם שהכנסת תקבעם, וכי גופם של הסדרים ונסיבות הענין יכריעו, נקלעים אנו לטאוטולוגיה-משהו. וכפי שנאמר בפרשת פריצקי (שם, 790):

הסדרים ראשוניים הינם אותם הסדרים שבהיותם נוגעים לנורמות התנהגות החלות על כלל הציבור או לשאלות-יסוד בחיינו, נצפּה כי המחוקק הראשי יקבע אותם בחוק... הגדרה זו להסדרים ראשוניים הינה הגדרה מעגלית-משהו, ואיתורם של אותם הסדרים ראשוניים ייעשה מעת-לעת ומעניין לעניין.

בה-בעת, ביודענו כי תחנת המוצא למסע הפרשנות והתהייה תימצא באותם עיקרי-יסוד המנהיגים את שיטת המשפט בישראל - שילטון החוק (במובנו המהותי), עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, זכויות היחיד וכו' - נוסיף ונדע כי נוכל להיאחז במהויות לפיתרון הקושיה. על כך נאמר, כי מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט כל אלה ישפיעו על ההכרעה אם המדובר הוא בהסדר ראשוני או בהסדר מישני. ובלשונה של השופטת נאור בבג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח (2) 746, באומרה דברים אלה (שם, 760):

ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט – כל אלה משפיעות על היקפו של ההסדר הראשוני ועל מידת הפירוט הנדרשת ממנו; גם במשטר דמוקרטי מודרני קשה לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה.

הניסוחים לקביעת גדריו של הסדר ראשוני ניסוחים שונים הם, ואין מקום כי נאריך בהם. על כל אלה, ועוד, עמד חברנו הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין, והמעין יעניין וישכיל. ראו: שם, 515-517.

38. התשובה לשאלה אם פעילות פלונית של הממשלה מהווה הסדר ראשוני, אם לאו, תימצא לנו - אפוא - בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, בשים לב לטיבו ולמהותו של העניין, ותוך שניעזר, כמובן, בשכל הישר והטוב ובהיגיון. כך, בין השאר, נבחן את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל, וברי כי אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית - וקרובה היא על-פי טיבה לסמכויות ביצוע - כדין פעולה שיש בה כדי להשפיע על מיגזר שלם - אפשר על החברה כולה - ומקרכת היא עצמה כך להסדר ראשוני על-פי הגדרתו (השוו: פרשת רובינשטיין, 523, 529; בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 337, 505). נבחן, למשל, את תכלית הפעולה, אם נועדה היא לתכלית שנויה במחלוקת בציבור - תכלית העלולה לעורר זעם ומירמור בקרב חלקים בעם - או שמא זוכה היא להסכמה ציבורית רחבה (פרשת רובינשטיין,

527-528); עלותה של הפעולה אף היא תשפיע על מהותה, וברי כי אין דין פעולה שהשלכותיה הכספיות מיזעריות כדין העברתם של עשרות מיליוני שקלים מקופת הציבור למיגזר פלוני (השוו: סעיף 40(א) לחוק-יסודות התקציב, תשמ"ה-1985).

39. מידת מעורבותו של המחוקק בפעולה והשפעתו עליה תשליך אף היא על השאלה אם מדובר בהסדר ראשוני או מישני. כך, למשל, שומה עלינו לבדוק אם מדובר בפעולות שנועדו להבטיח ביצועו של חוק הנמצא בתהליכי חקיקה מתקדמים, או אם הפעולה נדרשת לאישור הכנסת או ועדותיה (פרשת שמעוני, פסקה 4 לחוות-דעתי). נסיבות העניין תשפיענה אף-הן על טיבו של ההסדר. כך, למשל, לא נוכל להתעלם מן השלב בו הובא העניין לפני בית-המשפט - אם לפני מעשה או לאחר מעשה - שכן לא הרי ביקורת והכוונה שלפני מעשה כהרי ביקורת והכוונה שלאחר מעשה (פרשת שמעוני, שם). ייבחן הצורך בדחיפותה של הפעילות - אם מדובר בפעולה דחופה שהממשלה נדרשת לעשותה בהיותה הרשות המבצעת של המדינה, או בקביעתה של מדיניות ארוכת טווח שהכנסת יכולה וצריכה להידרש להן. יינתן מישקל להסתמכות ציבור על הבטחת הממשלה, ועוד. רשימת השיקולים, למותר לומר, אין היא רשימה סגורה. ההכרעה נתונה, כאמור, לשכל הישר ולהיגיון, ובלבד שנדריך עצמנו על-פי עקרונות היסוד של שילטון החוק והעיקרים האחרים שדיברנו בהם למעלה.

העברת כספים מתקציב המדינה - הסדר ראשוני?

40. עתה, משידענו כי הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) אינה אוצרת כוח להסמיך את הממשלה לקבוע הסדרים ראשוניים במשפט, נפנה פנינו אל עניינינו-שלנו, ונשאל: המותרת היא הממשלה, מכוחו של תקציב המדינה ועל-פי סמכותה השיווית שבסעיף 32 - על-פי אלה לבדם ובאין חוק ספציפי המסמיך אותה לדבר - לקבוע הסדר שלפיו יועברו כספים מאוצר המדינה למטרות פלוניות או למיגזרים פלוניים באוכלוסיה? בדמותנו את המדינה לגוף, נדע כי התקציב הוא הדם הזורם בעורקים ובוורידים של הגוף, הוא סם-החיים המאפשר לגוף לחיות ולתפקד. הדם זורם בכל הגוף והוא המאפשר לאבריו לתפקד - כל אחד מהם במקומו - ולגוף בכללו לחיות ולהתנועע. השאלה הנשאלת היא, אפוא, האם כלשונו וכהוראתו של סעיף 32: בכפיפות לכל דין ובאין רשות אחרת שהפעולה ניתנה לסמכותה, מוסמכת היא הממשלה, בשם המדינה, להזרים כספים מתקציב המדינה כרצונה וללא הגבלה, אך בהסתמך על האמור בחוק התקציב השנתי? האם חוק התקציב בצירוף לכוחה השיווית -

ובאין חוק ספציפי המתיר לה להוציא את כספי התקציב לתכליות אלו ואחרות - עושים את הממשלה גבירה ובעלת-סמכות אחת ויחידה על דרכי הוצאת כספי התקציב?

41. בית משפט מתח בעבר ביקורת על פרקטיקה בלתי-ראויה שנשתרשה בפעילותן של ממשלות ישראל, פרקטיקה שלפיה מעבירה הממשלה תקציבי-עתק למטרות מסוימות או למיגזרים מסויימים באוכלוסיה שלא על-פי חוק שיועד לדבר; מבלי שנקבעו קריטריונים ברורים בידי המחוקק; ובלא שהכנסת - בסמכותה כמחוקק - נתנה דעתה על העברות כספים אלו והורתה עליהן או, למיצער, אישרה אותן. השווינו הוצאות-עתק אלו להקצבות שמקציבה הממשלה לנזקקים על-פי חוק מפורש ומפורט, וכך אמרנו בין שאר דברינו בפרשת ק.א.ל. נ' ראש הממשלה, בג"ץ 1703/92, פ"ד נב (4), 193, 202:

צא וראה: הביטוח הלאומי (למשל) לא ישלם לנזקק מאות בודדות של שקלים, אלא אם יעמוד במבחנים מפורטים ומדוקדקים שהדין הציב לפניו. לא עוד, שלעניינו של כל תשלום ותשלום תיערך בדיקה – ובדיקה חוזרת – וכל החלטה וכל תשלום יעמדו לבחינתם של בתי-דין ובתי-משפט על-פי כללים שנקבעו מראש לדקדוקיהם. כל כך בפת-לחם. ואילו בהענקתם של סכומי-עתק, המבחנים אינם אלא מבחנים כלליים ועמומים: מדיניות הממשלה היא שתקבע, מדיניות שלא נצרפה בכור-של-חוק מהותי, ספציפי ומפורט, וביקורת ראויה – ביקורת מראש – של מחוקק ושל עם לא עלתה על ראשה.

באותה רוח השמענו דברים גם בבג"ץ 8569/96 הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך (פ"ד נב(1) 597, 620):

כמה יגיעות יתייגע אדם, כמה מסמכים ותעודות ואישורים מוטל עליו להציג לפני הרשויות עד שיזכה בהלוואת-מדינה לדיור. כמה עמל יעמול אדם, כמה ריצות של לך-שוב ירוץ להוכיח את מצבו האישי, עד שיזכה להנחה מתשלום זה או אחר המוטל על הכלל. כל-כך בפת-לחם. ואילו בהענקתם של סכומי-עתק כך קלה ידם של עובדי המדינה. הנוכל להשלים עם תופעה חמורה זו שנתגלתה לעינינו כהיום הזה?

כך גם לאחרונה, בפרשת שמעוני, שם עמדנו על הפגם המולד הטמון בהענקת כספים מכוח סמכויותיה השיוריות של הממשלה ובאין הוראת חוק הקובעת הסדרים ראשוניים לחלוקתם של אותם כספים (שם, בפסקה 2 לחוות-דעתי):

שאלה טורדת מנוחה היא, אם מוסמכת היא הממשלה להעניק מענקים, להיטיב הטבות, לתת תמיכות, מקום שהסמכות לעשות כל אלה מעגנת עצמה אך בחוק התקציב ובכוחה השיורי של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א-2001). כיצד זה שהממשלה קונה סמכות כה רחבת-אנפין להעניק - כמדיניות - נהרות-כסף, בלא שהכנסת - הרשות המחוקקת - בחנה ובדקה וביקרה ואישרה בחוק ספציפי מפורש ומפורט הוצאת אותם כספים. אכן, שאלה טורדת מנוחה היא. כולנו ידענו כי תשלומים שהממשלה ורשויות הציבור משלמות ליחיד על-פי דין חרות, מדקדקים עימו עם היחיד בדיקדוקי-דיקדוקים, והנה מענקים ותמיכות והטבות במיליונים משתלמים על-פי החלטה שלא עברה ביקורת כנסת לגופה. וכבר עמדנו על-כך בעבר.

ראו עוד והשוו: בג"צ 35/62 בכר נ' שר הביטחון, פ"ד טז 806, 809; בג"צ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מ(1) 53, 57; ז' פלק, "תקציב המדינה וסמכויות המינהל" הפרקליט י"ט, תשכ"ג-1963, 32.

42. אמת, נתקלנו בעבר לא-אחת במקרים בהם העניקה הממשלה מענקי תקציב או הטבות לגורם זה או אחר אף בהיעדר הסמכה שבחוק, ובית-המשפט לא זו בלבד שלא מנע העברות כספים שכאלו אלא אף הוסיף וקבע "כללים ועקרונות להנחיית של המדינה בחלוקת מענקים, ובצדם של אלה - עיקרים להתערבותו במקום שבו נמצאה חריגה מאותם כללים ומאותם עקרונות" (פרשת ק.א.ל. 202). כך, למשל, קבענו כי מעשה הקצבות הכספים כופף עצמו לעקרונות המשפט המינהלי, בהם החובה לנהוג בתום-לב, בהגינות וביושר, באורח ראוי וצודק, על-פי שיקולים שלענין, בשוויון ובאיסור הפליה. ראו, למשל: פרשת לשכת סוכני הביטוח; בג"צ 363/71, 382 טחנת קמח "דגן" בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כו(1) 292, 298; בג"צ 198/82 מוניץ נ' שר בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466, 470; בג"צ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיווך נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 115, 118; בג"צ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב, פ"ד לז(4) 516, 524; פרשת ק.א.ל. 203-204; ועוד. על עקרונות אלה ייסד חברי הנשיא ברק את חוות דעתו שלפנינו, ועל דבריו חותם אני בשתי ידיי. כל כללים, עקרונות ודוקטרינות אלה נסבים הם על דרכי הילוכה של הממשלה בתחומי סמכותה, על צורת ביצועו של נושא שלכל-הדעות מוסמכת היא הממשלה להידרש לו ולעשות

בתחומו. ואילו אנו, ענייננו עתה הוא לא בדרכי הביצוע אלא בשאלה אם מעיקרו של דין מוסמכת היא הממשלה לעשות את שעשתה בהחלטותיה.

להסרת ספקות ולמניעת אי-הבנה נוסיף ונאמר, כי התחומים אינם זרים זה-לזה. יונקים הם זה-מזה ומשפיעים הם זה-על-זה. לשון אחר: שאלת הסמכות אינה הרמטית לשאלת שיקול הדעת. כך, למשל, הענקת מענקים מכוח הסמכות השיורית לפרוייקטים ספציפיים או למיגזרי-אוכלוסיה פלוניים, עשויה לפגוע - ובפועל פוגעת היא - בציפיות של יזמי פרוייקטים אחרים או במיגזרי אוכלוסיה שאינם זוכים במענקים. תקציב המדינה מתוחם בגבולות, ודרכו של עולם היא שהמצע קצר מהשתרע. אין צורך בדמיון מפליג כדי לידע ולהבין כי הענקת מענקי כסף למיגזר פלוני - העדפתו של אותו מיגזר על פני מיגזרים אחרים - שקולה כנגד פגיעה במיגזרים אחרים. ראו והשוו: ראו: רובינשטיין ומדינה, המשפט הקונסטטוטיוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996), 785 ואילך; פרשת ק.א.ל, 216; בג"ץ 1030/99 ח"כ חיים אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 658; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 471; בג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד מט(3) 804, 817. וכך: כל מענקי-כסף נועדו לביצועה של מדיניות אשר ישרה בעיני המענקי; כל מענקי-כסף משמיעים, במפורש או במשתמע, העדפה של פלוני (פרוייקט, אדם) על אלמוני (פרוייקט, אדם), ואפשר טמונה בה - בדעת או בבלי-דעת - העדפה שלא-כדין, קרא: הפליה. ואם המדובר הוא בהזרמת כספים גדולה, יכול שנושא ההעדפה - ולו העדפה שאין בה פגם - יחדור על דרך האוסמוזה אל נושא הסמכות. בלשון של מספרים נוכל לומר כך: הענקת 100 ש"ח מקומה הוא בתחום המינהל. הענקת 100 מיליון ש"ח היא בתחום המחוקק.

43. ענייננו הוא אפוא בניסיון - וניסיון לא קל הוא - למתוח קו ולהבחין בין אותם נושאים הנופלים בתחום המינהל והכופפים עצמם לכללי המשפט המינהלי המקובלים, לבין נושאים הבאים בחלקת המחוקק באשר הסדרים ראשוניים הם. כהנחת מוצא נוכל לומר, כי חלוקת כספים בידי הממשלה - מכוח חוק התקציב, כמובן - מבלי שהכנסת נתנה דעתה לאותה חלוקה באורח מפורש ומפורט, פירושה אינו אלא זה, שהממשלה - היא ולא הכנסת, קבעה הסדר ראשוני לחלוקה. וביודענו כי הממשלה נעדרת סמכות היא לקבוע הסדרים ראשוניים אלא אם הוסמכה לדבר בחוק, נדע כי חלוקת כספים כזו אין היא בסמכותה גם אם נועדה היא למטרה ראויה. אלא שלא כך יהיה בכל מקרה ומקרה, וכל מקרה יידרש לדיון משלו. כזאת נוכל לומר, ש"אם מעניק חוק התקציב סמכות לממשלה להוציא כך-וכך מיליארדי שקלים, בלא שיש בנמצא חוק ספציפי ומפורט הקובע תנאים וסייגים ומדיניות ספציפיים - קרא: בלא שנחקק חוק הקובע

הסדרים ראשוניים - שקול המעשה לדלגציה של סמכות החקיקה מן הכנסת לממשלה. וכזאת לא ייכון במשטר דמוקרטי הבנוי על עקרון ביזור הסמכויות" (פרשת שמעוני, בפסקה 3 לחוות דעתי).

ומן הכלל אל הפרט - הקדמה

44. לאחר כל דברי התורה האלה, הבה נכוון מבטנו אל עניינינו-שלנו: אל אותן החלטות ממשלה שכוננו בישראל אזורי עדיפות לאומית - זו החלטת ממשלה 3292 וזו החלטת ממשלה 2288. ובראשית נעמוד על החלטות הממשלה לגופן, ומביניהן, על החשובה והמהותית שבהן לעניינינו - החלטה 2288.

45. עיון בכתובים ילמדנו, כי ההחלטה על כינונו של אזור פלוני כאזור עדיפות לאומית, החלטה רבת-משמעות היא, שכן נגזרות ממנה הטבות רבות ושונות - ובמיגזרי חיים רבים ושונים - לתושבים וליישובים שבתחומי אותם אזורים. כך, בין השאר, זוכים תושביו של אזור עדיפות לאומית להטבות בשיכון ובדירור - בכללן סיוע והנחות ברכישת קרקעות ומגרשים; מערכת החינוך באזור זוכה להטבות ולתמריצים, בכללם הקלות בתשלום שכר לימוד בגני הילדים, השתתפות בהסעות לבתי הספר, תקציבים ייחודיים לבתי-ספר, מתן תמריצים מיוחדים למורים המלמדים בהם, ואפילו חלוקת מלגות לסטודנטים המתגוררים והלומדים באזור; התושבים זוכים להטבות בתחום הרווחה, בכללן תמריצים ומענקים לבעלי מקצועות מסוימים הבוחרים להעתיק את מגוריהם לאזור; בעלי עסקים הבוחרים לפעול באזור, וכמותם תושבי האזור, זוכים להקלות-מיסוי (הקלות המקנות להם, כמובן, יתרון על-פני בתי עסק אחרים שאינם זוכים לאותם הקלות); כן זוכים בעלי העסקים והתושבים באזור להטבות בתחום התעסוקה ולהעדפה ברכש הממשלתי; רשויות מקומיות זוכות לתקציבי פיתוח ולסיוע מן הממשלה; ועוד כהנה וכהנה הטבות. הבה נביא מיקצת דברים שנאמרו בפתח החלטת הממשלה מס' 2228 שמיום 14.7.2002, ואלה ידברו בעד עצמם:

2228. איזורי עדיפות לאומית

מ ח ל י ט י ם (18 קולות בעד):

לקבוע את אזורי וישובי העדיפות הלאומית בנגב, בגליל, בירושלים וביש"ע. באיזורים אלה יינתנו מגוון הטבות ותמריצים, במגמה לסייע בקידום, לצמצם את הפערים ברמת הפיתוח וברמת החיים בין יישובי העדיפות הלאומית לכלל ישובי המדינה, לעודד את

הדור הממשיך להשתקע ביישובי העדיפות הלאומית, לעודד השתקעות של עולים חדשים ושל תושבים ותיקים ביישובי העדיפות הלאומית, תוך יישום מדיניות הממשלה בדבר חלוקה מתוכננת של האוכלוסייה על פני שטח המדינה.

הסיוע והתמריצים לעידוד השקעות הון בתעשייה נועדו לקדם פיתוח כושר הייצור והשבחת ההון האנושי באזורי העדיפות הלאומית באמצעות היוזמה הפרטית, לשמש מכשיר ליצירת מקומות תעסוקה יציבים וצומחים, תוך צמצום נזקים סביבתיים ותוך ייעול השימוש בתשתיות לאומיות. בנוסף, במקום שניתן, נועד הסיוע לחזק את שיתוף הפעולה בין רשויות מקומיות באמצעות ניהול משותף של אזורי תעשייה באזורי העדיפות הלאומית.

הסיוע והתמריצים לעידוד השקעות הון בחקלאות נועד לקדם פיתוח הייצוא החקלאי, פיתוח מוצרים מחליפי ייבוא מובהקים, ניצול יעיל של תנאי טבע, יכולת כלכלית, ידע טכני וניסיון מקצועי הגלומים במגזר החקלאי, הכל תוך עידוד המגזר החקלאי כגורם חלוצי, בטחוני וחברתי.

סיוע ותמריצים לעידוד השקעות הון בתיירות נועדו לפתח את התיירות כענף כלכלי מרכזי במשק המדינה, התורם לשיפור מאזן התשלומים והיוצר מקומות עבודה באזורי פריפריה.

הסיוע בתחום החינוך נועד לשפר את רמת ההישגים של תלמידים באזורי העדיפות הלאומית במגמה לצמצם פערים וליצור מערכת חינוך איכותית ושוויונית, לאור העובדה כי רמת ההשכלה מהווה משתנה מוביל ביצירת מרחב הזדמנויות חברתי כלכלי.

התמריצים וההטבות בתחום הדיור נועדו לחזק את הבסיס החברתי כלכלי של יישובי העדיפות הלאומית, להקל על הדור הממשיך, על עולים חדשים ועל ותיקים לרכוש דירה ולהשתקע ביישובי העדיפות הלאומית ולקדם את מדיניות הממשלה בדבר חלוקה מתוכננת של האוכלוסייה על-פני שטח המדינה.

נעייין בהחלטת הממשלה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית ועל ההטבות שהתושבים והיישובים באותם אזורים אמורים לזכות בהן, וגם מי שלא ניחן בדמיון מפליג יידע כי המדובר בהחלטה הפורשת עצמה על פני מרחבים אדירים. החלטה היא שקשה להגזים בחשיבותה. עלוותה סבוכה ושולחת היא פארותיה אל-למרחוק.

46. במקביל להחלטת הממשלה, נעיין בספר החוקים ונדע כי לא יימצא לנו חוק מהותי מפורש שהחלטות נעשו מכוח סמכות שבו. והשאלה שאלה: מכוח סמכותה השיורית שבסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א), ההיתה הממשלה מוסמכת להחליט אותן החלטות שהחליטה? להזכירנו, כך מורה אותנו סעיף 32 האמור:

הסמכויות
השיוריות
של
הממשלה
32. הממשלה מוסמכת לעשות בשם
המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה
שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות
אחרת.

לבחינתה של השאלה הבה נלך בדרך שהתווינו בחוות דעתנו. נבחן בתחילה את "המיגבלות הפנימיות" ליצירתה של סמכות שיורית - אלו מיגבלות הקבועות בגופה של הוראת סעיף 32 - ולאחר מכן נעבור ונדון באותן "מיגבלות חיצוניות" שעיקרי-יסוד ודוקטרינות בשיטת המשפט מלפפים יצירתה של סמכות שיורית.

ומן הכלל אל הפרט - "המיגבלות הפנימיות"

47. כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א), קונה הממשלה סמכות (שיורית) לעשות בשם המדינה כל פעולה - ופעולה, כך מוסכם על הכל, כוללת עשיית הסדרים נורמטיביים למיניהם - בשתי מיגבלות אלו: אחת, "בכפוף לכל דין", ושתיים, במקום שעשיית הפעולה "אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". "מיגבלות פנימיות" כינינו מיגבלות אלו. פירוש הדברים הוא, כפי שראינו, שבמקום שיש בו "דין" המסדיר פעילות מסוימת או גיזרת חיים מסוימת, כ-אז אותן פעילות או גיזרת חיים הן, לכאורה, "מחוץ לתחום" הסמכות השיורית שקנתה הממשלה. כך הוא גם לעניינו של הסדר שלילי העוטף אותו דין. והנה, בענייננו-שלנו נמצא לנו חוק שלענין, הלא הוא חוק ערי ואזורי פיתוח, תשמ"ח-1988 (חוק ערי פיתוח), והשאלה הנשאלת היא, אם הפעילות שהחלטות הממשלה מעסיקות עצמן בה - כינונם של אזורי עדיפות לאומית ומתן הטבות אלו ואחרות לתושבים ולישובים באותם אזורים - זהה או דומה היא לפעולות שלפי חוק ערי פיתוח. שאם הפעילות כאן וכאן אותה פעילות היא, או פעילות דומה, כ-אז ניתן יהיה לומר שיש "דין" המסדיר את הנושא, וכנדרש מכך אין הממשלה קונה סמכות (שיורית) לעשות אותה פעילות בשל המיגבלה של "בכפוף לכל דין" (ובשל המיגבלה הנוספת של קיום רשות אחרת בת-סמכות). לבחינה זו שומה עלינו לבחון את ההסדרים שקבעה הממשלה בהחלטותיה; את ההסדרים שנקבעו בחוק

ערי פיתוח; להשוות בין אלה לאלה, ולהסיק אם אמנם הסדרים שקבעה הממשלה אינם עולים בקנה אחד עם הסדרים שקבע החוק.

48. את החלטות הממשלה סקרנו בדברינו למעלה, ועתה נעבור ונעיין בחוק ערי פיתוח. חוק ערי פיתוח חקקה אותו הכנסת בשנת תשמ"ח-1988, ומחזיק הוא עשרים וארבעה סעיפים. מטרת החוק, כהוראת סעיף 1 בו, היא "לעודד התיישבות, פיתוח וקידום חברתי וכלכלי של ערי ואזורי הפיתוח ושל תושביהן", ועיקרו הוא בקביעת הסדרים מפורטים למתן הטבות לערי פיתוח. "עיר פיתוח", כהגדרת סעיף 3 לחוק, היא אזור שוועדת שרים המונה שנים-עשר חברים (סעיף 4(א) לחוק) הכריזה עליו כעיר פיתוח: בהסתמך על המרחק שלו מריכוזי האוכלוסיה במרכז הארץ ובמגמה לעודד פיזור אוכלוסין; בשים לב לחוסנה הכלכלי והחברתי ורמת השירותים בו; ומצב הביטחון באזור. החוק בגופו מפרט הטבות שתינתנה לערי פיתוח במיגוון תחומי חיים ועל-פי אמות-מידה שנקבעו בו, ובהם מענקים לרשויות מקומיות (סעיף 5); הנחות בארנונה לתושבים (סעיף 6); עדיפות לתוכניות של השקעות (סעיף 7); הטבות במיסוי (סעיף 8); מענקים והטבות בדיוור (סעיפים 9 ו-10); מענקים למשפחות עולים (סעיף 12); הטבות בחינוך בגני ילדים, במעונות יום, בבתי ספר יסודיים ועל-יסודיים, בחינוך גבוה, בחינוך טכנולוגי ובחינוך בלתי פורמלי (סעיפים 13 עד 18), ועוד.

49. אין צורך במחקר מעמיק עד שנבין ונדע כי ההסדרים הקבועים בחוק ערי פיתוח, מכאן, וההסדרים שקבעה הממשלה בהחלטתה על כינונם על אזורי עדיפות לאומית, מכאן, אלה ואלה קרובים הם במאוד, קרובים הם עד-כדי-זהות. בבחינת ההלכה והמעשה, שני ההסדרים הסדרים חלופיים הם זה-לזה, שכן מבקשים הם לכסות אותו מיגזר חיים של אזורים יחודיים בישראל. בהחלטת הממשלה מכונים אותם אזורים יחודיים אזורי עדיפות לאומית ואילו בחוק ערי פיתוח כינויים הוא "ערי ואזורי פיתוח". אלא שאל לחילופי השמות להוליכנו שולל. האדרת שונה אך הגברת אותה גברת היא.

50. לו היה חוק ערי פיתוח חוק חי ונושם; לו היה החוק מוצא אל הפועל, ולו בחלקו; לא היתה הממשלה מוסמכת - כסמכותה השיורית - להחליט החלטות שהחליטה בכינונם של אזורי עדיפות לאומית. לשון אחר: מתוך שההסדרים שבחוק וההסדרים שבאזורי עדיפות לאומית מבקשים לכסות אותו שטח חיים עצמו, כי-אז נוכח ההסדרים שבחוק לא היתה נולדת כלל סמכותה השיורית של הממשלה בתחום חיים זה. אלא שחוק ערי פיתוח נותר, למיום היוולדו, כהלכה ואין מורין כן. למרות קיומו של החוק בספר החוקים כחוק מן-המניין, לא טרחה הממשלה לבצעו, ובסוללה

מסלול-עוקף-חוק - בסמכותה, כביכול, בסעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה (תשכ"ח), הלוא הוא סעיף 32 שלענייננו - ראתה להתעלם מקיומו מכל-וכל. המסלול העוקף היה בהחלטות ממשלה או ועדות שרים להעניק הטבות אלו ואחרות לערים שסווגו כערי פיתוח על-פי אותן החלטות, כך שמאות יישובים קיבלו הטבות שונות מכוחן של החלטות אשר נתקבלו מעת לעת. לאחר שנתברר כי נשתרר אי-סדר בתחום זה של הטבות - דבר שהביא לחוסר שוויון ולבזבוז משאבי המדינה - החליטה הממשלה, שוב מכוח סמכותה השיורית, כביכול, לתקן למצב שנוצר, וכוננה אזורי עדיפות לאומית - אזור עדיפות לאומית א' ואזור עדיפות לאומית ב' - שתושביהם והיישובים שבהם אמורים היו לזכות בהטבות שיינתנו בידי משרדי הממשלה למיניהם. אזורי עדיפות לאומית אלה - הם אזורי העדיפות הלאומית שלפנינו - כינונם נועד לבוא תחת ההסדר שקבעה הכנסת בחוק ערי פיתוח.

51. על רקע זה באה עתירתה של עיריית קרית גת, וטענתה של העירייה בפיה כי משנחקק חוק ערי פיתוח שוב לא קנתה הממשלה סמכות "שיורית" לקבוע הסדר חלופי להסדר שנקבע בחוק. בית המשפט נעתר לעתירה, וכך נולדה ההלכה שבפרשת עיריית קרית גת, הלכה שנדרשנו לה לא מעט בדברינו למעלה. וכך פסק בית המשפט באותה פרשה, מפי השופט גולדברג (שם, 844):

השוואת החוק להחלטת הממשלה מגלה כי שניהם עוסקים באותה מאטריה גופה: פיזור אוכלוסין, וקידוםם ופיתוחם של יישובים שיסווגו כערי וכאזורי פיתוח, בדרך של מתן הטבות ותמריצים. החלטת הממשלה לא נועדה אלא ליצור "מסלול מקביל" להשגת אותו יעד בקונספציה וקריטריונים שונים מאלה שקבע החוק. ראיה ל"חיכוך" שבין השניים, בנאמר בהחלטת הממשלה כי "החלטות אלה לא ייראו כהחלטות לצורך חוק ערי ואזורי פיתוח, תשמ"ח-1988"; כי הצוות הבינמשרדי יטפל גם ב"התאמת החקיקה וחקיקת המשנה הנדרשות"; וכן בהחלטת הממשלה מיום 31.8.93 לדחות את תחילתו של החוק בשלוש שנים, ותוכנה של הצעת החוק שהוגשה בעקבות כך, אשר מבקשת לדחות את תחילת החוק, ולתת לתיקון המוצע תוקף למפרע "ביום תחילתו של החוק העיקרי".

הדואליות האמורה של חוק והחלטת ממשלה אינה יכולה להתיישב עם לשונו של סעיף 29 [לחוק-יסוד: הממשלה (תשכ"ח)], כיום: סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) ועם מטרתו התחיקתית. הרחבת סמכותה של הממשלה שתאפשר מצב כזה, מטשטשת את הגבולות בין הרשות המבצעת ובין הרשות

המחוקקת ופוגעת בעצם מהותו של המשטר החוקתי במדינה, המבוסס על חלוקת הסמכויות בין הרשויות. הסייג שבסעיף 29 כי הממשלה מוסמכת לפעול "בכפוף לכל דין", אינו מורה רק כי אסור למעשי הממשלה כי יסתרו כל דין או כי יפרו כל דין, אלא גם זאת כי משקיים דין אשר יוצר הסדר, נסוגה מפניו סמכות הממשלה, ואין בידה ליצור הסדר אלטרנטיבי. אם היה חלל ריק משפטי, הרי שהוא היה קיים עד לחקיקת החוק שיצר את ההסדר. מכאן ואילך התמלא החלל בחוק, ולממשלה לא נותרה עוד סמכות שיורית באותו עניין עצמו... האפשרות כי הממשלה בת-חורין לפעול ב"מסלול מקביל" לחיקוק שהסדיר את הנושא, בוודאי שאינה מתיישבת עם המדיניות המשפטית הרצויה לצמצם ככל האפשר את היקפו של סעיף 29 כמקור סמכות עצמאי.

ולא זו בלבד, אלא שהחלטת הממשלה גם אינה מתיישבת עם הסייג של "בכפוף לכל דין" שבסעיף 29, במובן זה שהסמכות לסיווגם של ערי פיתוח ושל אזורי פיתוח הוקנתה בחוק לוועדת השרים שהוקמה על-פי החוק. משהוקנתה סמכות זו בחוק לרשות אחרת, ניטלה הסמכות מן הממשלה לעשות כן.

ובסיכום הדברים (שם, שם):

... החלטת הממשלה אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם החוק, כל עוד לא יבוטל או יתוקן, ודין הוא כי נעשה צו מוחלט, כמבוקש ... כי המשיבים יימנעו מביצועה ומהוצאתה לפועל של החלטת הממשלה ...

52. ההלכה בפרשת עיריית קרית גת נקבעה לעת שחוק ערי פיתוח היה בתוקף, ושעה שהממשלה ניסתה לעוקפו - ושלא לבצעו - על דרך סלילת מסלול עוקף של כינון אזורי עדיפות לאומית. נמצא לו לבית המשפט כי מעשה הממשלה נגד את מעשה הכנסת ואת עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, ועל-כן פסל את החלטת הממשלה (הגם שקבע, ברוב דעות, כי החלטת הפסילה תושעה עד לאחר עבור ארבעת חודשים מיום הכרעת הדין). זו הפעם נודרזה הממשלה בעשייה. וכך, לאחר הגשת העתירה וכחודש לפני מתן פסק הדין, ביקשה המדינה מן הכנסת כי תחליט - נוכח קשיים שנתגלו ביישום ובשים לב לנטל שהביצוע יטיל על תקציב המדינה - על דחיית תחילתו של החוק בשלוש שנים. וכאמור בדברי ההסבר לסעיף 19 להצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), תשנ"ד-1993 (ה"ח תשנ"ד,

: (28, 16)

חוק ערי ואזורי פיתוח נחקק בשנת 1988. החוק מסמיך ועדת שרים לענייני ערי פיתוח לסווג את ערי הפיתוח ולהעניק להם שורה של הטבות בנושאים שונים. תנאי למתן ההטבות, לגבי כל הישובים למעט ישובי קו עימות, הוא הוצאתם מרשימת הישובים הזכאים להנחות במס הכנסה.

על פי הערכות אגף התקציבים עלות יישום החוק לאחר ביטול ההנחות במס הכנסה, הנה כ- 150 מליון ש"ח.

עד היום לא הופעל החוק, הן בשל העובדה שראשי הישובים לא הסכימו לוותר על ההנחות במס תמורת קבלת ההטבות לפיו, והן בשל העלות התקציבית הכרוכה בהפעלתו.

לאחרונה אימצה הממשלה המלצות של ועדת מנכ"לים לעריכת סיווג מחדש של מפת ערי ואזורי פיתוח, והחליטה להקים צוות בינמשרדי ליישום ההמלצות, שיבחן את ההשלכות המשפטיות, הכלכליות והציבוריות של הנושא.

מוצע לדחות את תחילת יישום חוק ערי ואזורי פיתוח בשלוש שנים כדי לאפשר לצוות שנקבע לבחון את ההיבטים המשפטיים והכלכליים ולהתאים את המצב המשפטי להחלטות ולמדיניות שנקבעו בדבר אזורי עדיפות לאומית.

53. הכנסת נעתרה לבקשת הממשלה, ותחילתו של החוק נדחתה עד לשנת 1996. הזמן חלף, שנת תשנ"ו (1996) עמדה בפתח, ומוצאים אנו את הממשלה שבה ומבקשת את הכנסת כי תוסיף ותדחה את תחילתו של חוק ערי פיתוח לשנת 1999. הבקשה נומקה בטעמי תקציב: עלות ביצועו של החוק. וכאמור בדברי ההסבר לסעיף 10 להצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב) תשנ"ו-1995 (ה"ח תשנ"ו, 136, 141):

עלות ביצועו של החוק הינה בסכום של כ-500 מיליון ש"ח בשנה, ולכן מוצע לדחות את ביצועו בשלוש שנים נוספות.

54. הכנסת שבה ונעתרה לבקשת הממשלה, ודחתה את תחילתו של החוק עד לשנת התקציב 1999. אלא שגם בשנת 1999 לא זכה החוק לעדנה, ומעט-קט לפני כניסתו לתוקף שבה הממשלה וביקשה את הכנסת לדחות את תחילתו בחמש שנים נוספות, עד לשנת 2004. זו הפעם ללא נימוקים. הכנסת נעתרה לבקשת הממשלה ודחתה את מועד

תחילתו של החוק. ראו: סעיף 5 להצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), תשנ"ט-1999, ה"ח תשנ"ט 6, 8, וסעיף 4(2) לחוק ההסדרים שנחקק ופורסם בס"ח תשנ"ט, 90.

55. משחלפו חמש השנים - שנים שבמהלכן החליטה הממשלה את החלטתה 2288 לכוונן אזורי עדיפות לאומית, זו החלטה המותקפת בעתירה שלפנינו - החליטה הממשלה להסיר מעל דרכה, אחת-ולתמיד, את חוק ערי פיתוח. עמדה אפוא וביקשה את הכנסת כי תבטל את החוק כליל, וכי תתיר לה, לממשלה, לחלק את משאבי המדינה כראות עיניה. וכדברי ההסבר לסעיף 115 להצעת חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה) תשס"ד-2003 (ה"ח הממשלה, תשס"ד, 52, 163):

בהתאם לחוק ערי ואזורי פיתוח, תשמ"ח-1988, יש להקצות לערי ואזורי פיתוח שורה של הטבות המתבטאות במענקים מוגדלים לרשויות המקומיות ובמענקים והטבות מס שונות לתושבים, ובכלל זה שירותי חינוך ורווחה מוגדלים, במימון מלא של המדינה, כאשר שוויין של הטבות אלה עשוי להסתכם במאות מיליוני שקלים חדשים. תחילתו של החוק נדחתה כמה פעמים ונקבעה לשנת הכספים 2004.

כבר כיום פועלת הממשלה להעדפת אזורים ומגורים מסוימים הן על פי מפת אזורי עדיפות לאומית והן בהתאם להחלטות בדבר תכניות רב-שנתיות שונות (קו עימות, טיפול נקודתי, מגזר ערבי ועוד), ומקצה הטבות שונות לאזורים אלה, המתבטאות גם במענקים לרשויות המקומיות וגם במתן עדיפות בחינוך, ברווחה, במיסוי ובהקצאות קרקע. כל זאת, בהתאם למגבלות התקציב ולסדרי העדיפויות כפי שנקבעים בכל שנת תקציב. לפיכך מוצע לבטל את החוק האמור. ...

אלא שזו הפעם לא נעתרה הכנסת לבקשת הממשלה, ותחת אשר תבטל את חוק ערי פיתוח הורתה בחוק על דחיית תחילתו בשלוש שנים, עד לשנת 2007. וזה הוא החוק כהיום הזה.

56. נמצא לנו אפוא כך: בשנת 1988 חוקקה הכנסת את חוק ערי פיתוח, וקבעה בו הסדר מפורש ומפורט לחלוקת מענקים והטבות אלה ואחרים לאזורי מדינה הזקוקים לפיתוח ולקידום חברתי וכלכלי. הסדר זה לא בוטל מעולם, אך תחילתו נדחתה שוב ושוב, בעיקר מטעמי תקציב. בה-בעת, ובמקביל לחוק, יצרה הממשלה מסלול-עוקף-חוק - שמא נאמר: מסלול עוקף חוק דחוי - והחלה מעניקה ל"אזורי עדיפות לאומית"

אותן הטבות עצמן שביקש החוק להעניק - או מיקצתן של אותן הטבות - זו הפעם מכוח סמכותה השיורית. הממשלה אף פנתה לכנסת וביקשה כי תבטל את החוק כליל ותיתן בידיה את הסמכות הבלעדית להענקת הכספים, אלא שהכנסת סירבה להיעתר לבקשה. על רקע דברים אלה כולם, זו היא הקושיה שהוטל עלינו לפותרה: משהחליטה כנסת לחוקק חוק הקובע הסדרים להענקת מענקי-כסף בהתקיים תנאים אלה ואחרים, ובהוסיפה כי תחילת החוק תהיה לאחר כך-וכך שנים, המוסמכת היא הממשלה, מכוח סמכותה השיורית, להעניק בתקופת הביניים עד תחילתו של החוק, מענקי-כסף שהחוק מדבר בהם? הנאמר כי דחיית תחילתו של חוק ערי פיתוח יצרה "חלל", וכי ממילא רשאית היתה הממשלה, כסמכותה השיורית, להעניק מענקי-כסף, כולם או מיקצתם, ולו כדבר החוק? וכלשון המשיבים בתגובתם: האירועים שאירעו לימדונו כי "נוצר שוב חלל מינהלי בהקשר ליישום מדיניות חברתית כלכלית; [ו]משכך אין פסול כי חלל זה ימולא על ידי שימוש בסמכותה השיורית של הממשלה". האם אפוא עשתה הממשלה בסמכותה (השיורית), או שמא נאמר אחרת: עצם ההסדר שקבע חוק ערי פיתוח, או, עצם העובדה שהכנסת ראתה לנכון להידרש לנושא זה של הענקת מענקי-כסף לאזורים וליישובים מסויימים בארץ - בין שאותם אזורים ויישובים ייקראו בשם ערי פיתוח ובין שנקרא אותם בשם אזורי עדיפות לאומית - מלמד שהכנסת ביקשה כי ישרור הסדר שקבעה, ובדרך שקבעה, ועל דרך זה מיעטה מסמכותה השיורית של הממשלה?

57. נודה על אמת: שאלה זו לא הקלה עימנו. התלבטנו והתהפכנו לא מעט ולכלל הכרעה ברורה לא באנו. מחד גיסא, כך יטען הטוען, מצביעה חקיקתו של חוק ערי פיתוח ועימה השתלשלות האירועים שהיתה מאז נחקק, בשנת 1988, ועד לימינו אלה - תקופה בת 17 שנים - על היווצרותה של מעין חגורת הסדר שלילי סביב החוק, הסדר שלילי החוסם קיומה של סמכות שיורית לממשלה להעניק מענקי-כסף שהיא מבקשת להעניק לאזורי עדיפות לאומית. נזכור, בהקשר זה, כי הכנסת דחתה מפורשות את בקשת הממשלה לבטל מכל-וכל את חוק ערי פיתוח - ביטול שהיה עשוי, לסברת הממשלה (ועל כך נוסף דברים עוד להלן), לשחרר את סמכותה השיורית מן הכבלים שליפפו אותה סביב-סביב, ולאפשר לה להעניק מענקי-כסף על-פי מדיניות שתקבע מעת לעת בלא שתהא קשורה בחוק של הכנסת. פירוש הדברים הוא, כך נותנת הדעת, שהכנסת סירבה כי בתחום זה של מענקים לאזורים מסויימים בארץ תיעזר משנתה סמכותה השיורית של הממשלה, כי הממשלה תעניק מענקי-כסף כמדיניותה מעת לעת. בסירובה להיעתר לממשלה, כמו הביעה הכנסת דעתה כי ראוי שהחוק דווקא ישרור, לא חלקים בו ולא מיקצתו. ובדחיית תחילתו של החוק כמו הביעה הכנסת דעתה כי לעת הזו אין לבצע את החוק, כולו או מיקצתו. אכן, לו ביקשה הממשלה את הכנסת כי תקצץ בכנפי החוק, תוך התאמתו למדיניותה הנוהגת באזורי עדיפות לאומית, אפשר

היתה הכנסת נעתרת לה ואפשר היתה מסרבת לה. ואולם בדרך זו היה עליה ללכת ולא בעקיפת החוק על דרך של דחיית תחילתו וקביעתו של הסדר אחר תחתיו.

ואולם, מאידך גיסא, לא נוכל לומר בלב שלם כי הכנסת ביקשה במודע ובכוונת מכוון למנוע את הממשלה מהעניק מענקים והטבות לאזורי עדיפות לאומית; נהפוך הוא: הרי הכנסת ידעה לכל אורך הדרך כי חרף השעיית תוקפו של החוק ממשיכה הממשלה להעניק מענקים לאזורי עדיפות לאומית. על רקע זה יכול הטוען לטעון, כי הכנסת לא ביקשה כלל ליצור חגורת הסדר שלילי העוטפת את החוק; כל כוונתה של הכנסת לא היתה אלא להסיר מעצמה אחריות לחלוקתן של הטבות - ביתר דיוק: לקביעתם של הסדרים ראשוניים לחלוקתן של הטבות - ובה-בעת להניח לפיתחה של הממשלה ביצועה של משימה זו. בקשתה של הכנסת היתה, אפוא - אליבא דטענה זו - להפקיד את קביעתו של ההסדר הראשוני לחלוקה בידי הממשלה לבדה, תוך פיקוחה הכללי של הכנסת.

58. שתי הגירסאות - גירסאות סבירות הן, ולא נוכל לשלול אף אחת מהן על פניה. ואולם, משהוצבו שתיהן לפנינו זו בצידה של זו, נסתבר לנו כי אין אנו נדרשים כלל להכריע ביניהן, ולהוסיף ולקבוע אם מתקיימים בענייננו, אם לאו, הסייגים הפנימיים לסמכותה השיורית של הממשלה. טעם הדבר: משחוקקה חוק ברור ומפורש שעניינו חלוקת הטבות שלפנינו, הביעה הכנסת, היא עצמה, דעתה המפורשת כי הסדר חלוקתן של הטבות כבענייננו הסדר ראשוני הוא ומקומו בחוק הכנסת ולא בחקיקת מישנה או בהחלטת ממשלה. כנדרש מכאן, מתקיימים ממילא הסייגים החיצוניים לסמכותה השיורית של הממשלה. לשאלה זו נוסיף ונידרש בהמשך דברינו להלן, וכפי שנראה קיימים טעמים נוספים - טעמים כיבדי מישקל - לקביעה כי מכוח הסייגים החיצוניים לסמכותה השיורית, אסורה היתה הממשלה להורות על קביעתם של אזורי עדיפות לאומית כפי שקבעה.

ומן הכלל אל הפרט - "המיגבלות החיצוניות" - הסמכות לקביעתם של הסדרים ראשוניים; הפגיעה בזכויות יסוד של היחיד

59. עמדנו על המיגבלות הפנימיות שבהוראת סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה (תשס"א), וחיווינו דעתנו כי החלטות הממשלה שכווננו אזורי עדיפות לאומית, החלטות הן שנעשו שלא בסמכות. טעם הדבר: אותן החלטות לא נעשו על-פי הסמכה בחוק מהותי, והואיל ואין הן עולות בקנה אחד עם המיגבלה של "בכפוף לכל דין", גם אין הן

נופלות בגידרי סמכותה השיורית של הממשלה. יש דין - הלא הוא חוק ערי פיתוח; ההסדר שנקבע בהחלטות "הסדר מקביל" הוא להסדר שבחוק ערי פיתוח; ועל-כן לא נולדה כלל לממשלה סמכות שיורית להחליט אותן החלטות שהחליטה. אלא שבכך לא סגי. דעתנו היא, כי החלטות הממשלה בעניינם של אזורי עדיפות לאומית אינן עומדות אף במיגבלות החיצוניות העוטפות את הוראת סעיף 32, אותן מיגבלות המורות אותנו כי בהיעדר חוק-מהות מפורש ומפורט אין הממשלה קונה סמכות שיורית לעשות הסדרים ראשוניים.

60. המעיין בהחלטות הממשלה יסיק בנקל כי מעשה כינונם של אזורי עדיפות לאומית שקול כנגד הכרזה על מדיניות ממעלה עליונה, מדיניות כל-כוללת המעניקה העדפה ניכרת ובת-משמעות במיגורי חיים רבים ושונים לאזורים נרחבים במדינה. והחלטה להיטיב, ובאורח ניכר, עם יישובים ותושבים באזורים מסוימים בארץ, למותר לומר, נודעת לה ממילא השפעה של-ממש גם על תושבי הארץ באזורים אחרים בה. השפעה זו ניכרת בכל אחת ואחת מן ההטבות שהחלטה אומרת להעניק: במגורים, בחקלאות, בתשלום מיסים, בחינוך ובשאר ההטבות אף-הן. יתר-על-כן: הטבות שתיתנה לתושביהם של אזורי עדיפות לאומית בהכרח שתהיה להן השפעה על תקציב המדינה, קרא, על התושבים האחרים במדינה. נקרא אפוא את החלטת הממשלה וכך נאמר: אם החלטה זו אין היא הסדר ראשוני, יתר-על-כן: אם אין הוא הסדר ראשוני-שבראשוני, הסדר ראשוני מהו - לא ידענו. לאחר ביצועה של החלטה מעין-זו, מה נותר לכנסת עוד לעשות? וכמשל הברווז נאמר כך: מפאת פרישתה הרחבה וריבוי ההטבות שבה, ההחלטה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית נראית על פניה כהסדר ראשוני; תוכנה הוא תוכן של הסדר ראשוני; משמיעה היא קול של הסדר ראשוני; ומתנועעת היא כהסדר ראשוני. נדע מכל אלה כי ההחלטה עניינה הוא הסדר ראשוני.

61. ואם נותר ספק בלב מי אם החלטת הממשלה החלטה היא של הסדר ראשוני - ובליבנו לא נותר ספק בדבר - יבוא חוק ערי פיתוח הוא-עצמו ויעיד על ההחלטה כי החלטת הסדר ראשוני היא. הנה-כי-כן, הכנסת בכבודה ובעצמה סברה - ובצדק כך סברה - כי הענקת הטבות בתחומי-חיים רבים ושונים לתושבי אזורים ספציפיים בארץ, מצריכה הסדר ראשוני בחוק הכנסת, ומטעם זה עצמו חוקקה את חוק ערי פיתוח. וכך, עצם חקיקתו של החוק מלמדת על היותו הסדר ראשוני. החוק, באשר הוא, מהווה מניפסטציה להשקפתה של הכנסת - הגוף העליון במדינה - כי מטריחה היא עצמה לחוקקו אך באשר המדובר הוא - לדעתה - בהסדר מן המעלה הראשונה. עתה, משידענו כי החלטת הממשלה - בתוכנה - דומה היא, דומה-במאוד, לתוכנו של חוק ערי פיתוח, היסק הגיוני ופשוט הוא שהחלטת הממשלה מכילה הסדר ראשוני, כי הסדר

ראשוני למהדרין היא. המסקנה הנובעת מאליה היא, כמובן, שהממשלה לא היתה מוסמכת כלל - בגידרי סמכותה השיורית - להחליט החלטות שהחליטה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית.

62. סיוע רב-מישקל לגירסה כי החלטת הממשלה החלטה היא המחייבת הסדר ראשוני בחוק של הכנסת, תימצא לנו במיגוון חוקים הנסבים על כינונם של אזורי עדיפות לאומית - בין בשמם בין בתוכנם - לקידומן של פעילויות מסוימות הנדונות באותם חוקים. עיון בחוקים אלה יגלה לנו, כי במקום שבו נתבקשה לדבר, חוקקה הכנסת חוקים מפורטים המורים על חלוקת הטבות ומענקים בתחומים שונים ולמיגזרים ייחודיים, ואף הוסיפה וקבעה הסדרים (ראשוניים) באשר לתוכן ההטבות והמענקים, להיקפם, לרבות קריטריונים לחלוקתם. כזה הוא, למשל, חוק לעידוד השקעות הון, תשי"ט-1959, המורה על מתן מענק השקעה למיפעלים המוקמים באזורים ש"ייקבעו על ידי השרים, באישור ועדת הכספים של הכנסת" (סעיף 40ד). חוק אזורי חופשיים לייצור בישראל, תשנ"ד-1994, מסמיך את הממשלה לקבוע אזור בארץ כ"אזור חופשי" (סעיף 19); קובע הוא דרכים ומיגבלות לאיתור שטחים להכרזתם אזור חופשי (סעיף 18), וקובע הוא את היקף ההטבות שיוכנו לאזורים שיוכרוזו אזור חופשי. חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, מורה על העדפת תוצרת שיוצרה ב"אזורי עדיפות לאומית", ואלה מוגדרים בחוק כ"האזורים שנקבעו לפי סעיף 40ד לחוק לעידוד השקעות הון ... או אזורים אחרים שקבעה הממשלה, מעת לעת, לעניין חוק זה, ופירסמה על כך הודעה ברשומות" (סעיף 3א(א)(3)). כן נקבעו בחוק חובת מכרזים ובתקנות מכוחו אזורים ספציפיים שייחשבו אזורי עדיפות לאומית לעניינים מסוימים. חוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958, מאפשר העדפתם של "תלמידים שהם תושבי קבע באזורי עדיפות לאומית שקבעה הממשלה, ושל תלמידים במוסדות להשכלה גבוהה או במכללות אקדמיות, המצויים באזורים אלה" (סעיף 25ב). חוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, תשמ"ד-1984, עניינו - כשמו - מתן הטבות רחבות-היקף בנושא של מחקר ופיתוח בתעשייה, ונקבעו בו הסדרים מפורטים לחלוקתן של אותן הטבות. החוק מוסיף וקובע כי "השרים, באישור ועדת הכספים של הכנסת, רשאים לקבוע כללים בדבר תוספת לשיעורים שקבעה ועדת המחקר, באזורי עדיפות לאומית"; ואלה הם "האזורים שנקבעו לפי סעיף 40ד לחוק לעידוד השקעות הון ... או אזורים אחרים שקבעה הממשלה, מעת לעת, לעניין ההטבות לפי החוק האמור (סעיף 28ג).

הנה-כי-כן, הכנסת העידה על עצמה, ובאורח מפורש וחד-משמעי, כי הסדרים כהסדר שנקבע בהחלטת הממשלה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית, הסדר ראשוני הוא הראוי לחוק של הכנסת ולא אך להחלטת ממשלה. הכנסת נוהגת מעשה-שיגרה

לחוקק חוקים מפורטים ולקבוע הסדרים - הסדרים ראשוניים על-פי טיבם - לחלוקתן של הטבות כהטבות שמבקשת החלטת הממשלה להעניק. נוכל להסיק מכאן, כי חקיקת כנסת בהליך מסודר היא-היא דרך המלך להענקתם של הטבות ומענקים למיגזרים מסוימים בחברה, וממילא - לענייננו - בקביעתם של אזורי עדיפות לאומית. (ראו והשוו, בהיקש, דרך התהוותה של דוקטרינה במשפט הארץ: בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 658, 662-663; בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 687-688). הממשלה בענייננו לא צעדה בדרך המלך אלא בחרה בקפנדריה, בקיצור-דרך, בקובעה הסדרים ראשוניים - משל היתה מחוקק, אך באין חוק כנסת מהותי המסמך אותה לדבר - ובה-בעת עשתה עצמה, כתפקידה המקובל, מבצע של אותם הסדרים. מסקנה נדרשת מכל אלה היא זו, שבעשותה עצמה - מכוח הסמכות השיורית - מחוקק של הסדרים ראשוניים, חרגה הממשלה מגדר סמכותה כרשות מבצעת, והחלטתה בעניינם של אזורי עדיפות לאומית החלטה פגומה היא מעיקרה.

63. מסקנתנו מדברינו אינה אלא זו, שהממשלה אסורה היתה להורות על כינונם של אזורי עדיפות לאומית. החלטה זו החלטת הסדר ראשוני היא ובתורת שכזו נתונה היא להכרעתה של הכנסת ולהכרעת הכנסת לבדה. לשון אחר: לגירסתנו מתקיימים בענייננו הסייגים החיצוניים לסמכותה השיורית של הממשלה, ועל כך הרחבנו בדברינו לעיל.

64. יתר-על-כן: כפי שהסברנו בדברינו למעלה, עם המיגבלות החיצוניות המוטלות על סמכותה השיורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, נמנית המיגבלה שלפיה אסורה היא לפגוע בזכויות יסוד של היחיד. חברי הנשיא הראה בחוות דעתו, ובהרחבה, כי החלטה שקיבלה הממשלה בענייננו החלטה מפלה היא, לא עוד אלא שהחלטה היא הפוגעת בזכויות היסוד של היחיד. נסיק מכאן ממילא, כי הממשלה לא הותרה ולא הוסמכה להחליט החלטה שהחליטה ולו מן הטעם שהחלטתה זו פוגעת בזכויות היסוד של היחיד מכאן: גם לו אמרנו שרשאית היתה הממשלה, על דרך העיקרון, להחליט על כינונם של אזורי עדיפות לאומית כפי שהחליטה - ואין אנו סבורים כן - מכל מקום, בהיותה של אותה החלטה - החלטה הפוגעת בזכויות יסוד של היחיד, לא היתה הממשלה מוסמכת להחליטה כסמכותה השיורית. גם מטעם זה אפוא סבורים אנו כי בהחליטה החלטה שהחליטה חרגה הממשלה מסמכותה השיורית.

הערה לפני סיום

65. עתירת העותרים ממקדת עצמה, בעיקרה, בתחום החינוך ובהשפעתה של החלטת הממשלה להכריז על אזור פלוני - אך לא על ישובים פלמוניים - כאזור עדיפות לאומית, קרא: בקיפוחם של תלמידים שלא זכו להסתופף בחסותה של אותה הכרזה. ואולם אין בדבר כדי לגרוע מהחלטתנו כי החלטת הממשלה כולה החלטה פגומה היא מיסודה, כי החלטה היא הראויה לביטול. די לנו בהשפעותיה המרחיקות-לכת של ההחלטה על קביעתם של אזורי עדיפות לאומית בתחום החינוך לבדו - וחברי הנשיא עמד על כך בחוות דעתו - כדי להורות את הממשלה כי תפנה אל הכנסת ותבקש ממנה לקבוע בחוק הסדרים לחלוקת הטבות כהחלטת הממשלה או בדומה לה.

סיכום ומסקנות

66. דעתי היא כי החלטות הממשלה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית כקביעת הממשלה בענייננו, החלטות הן שאופיין וטיבן אופי וטיב הם של הסדר ראשוני המחייב כי ימצא מישכנו בחוק של הכנסת. כנדרש מכך, לא קנתה הממשלה, כרשות המבצעת, סמכות שיורית - כהוראת סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה (תשס"א) - להחליט החלטות אלו שהחליטה. לא יחלוק איש על כך שכוונתה של הממשלה היתה כוונה ראויה ורצויה, אך אנו ענייננו עתה הוא בנושא מימסדי, בתיחום הגבולות בין הכנסת ובין הממשלה, וכוונה טובה אין בה עצמה כדי להקנות סמכות. הממשלה לא הותרה, על-פי סידרי הממשל בישראל וכנדרש מעקרון שלטון החוק, לקבוע מדיניות הטבות כה רחבת-היקף ועמקות כזו שקבעה, והמסקנה המתבקשת מאליה היא שהממשלה פעלה בהיעדר סמכות.

66. אני מצטרף אפוא למסקנת חברי הנשיא שדין הצו על-תנאי הוא כי ייעשה מוחלט. כן מסכים אני להשעיית תחילתה של החלטתנו, גם זאת כהחלטת הנשיא.

המישנה לנשיא (בדימ')

השופט א' א' לוי:

אני מצרף את הסכמתי לחוות דעתם של הנשיא והמישנה לנשיא.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש:

קראתי את חוות הדעת של הנשיא ברק והמישנה לנשיא מ' חשין ואני מסכימה עימם ומצרפת דעתי לדעתם.

שתי חוות הדעת של חבריי נוגעות לעצבים הרגישים ביותר של החברה בישראל; ביחס לשתי הסוגיות העקרוניות המועלות בהן – ההפליה בחינוך במגזר הערבי, והחובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקת הכנסת, כבר השמיע בית משפט זה לא אחת דברו.

אין להוסיף על דבריו של הנשיא באשר לחומרת הפגיעה בזכות לחינוך; נדגיש רק ששאלת ההפליה בכל הנוגע לזכות לחינוך במגזר הערבי שְׁבָה ועולה בפנינו, ואף נדונה בשורה של פסקי דין שנמנו בפסק דינו של הנשיא. המדינה מצידה מאשרת בפנינו כי היא מכירה בכך שהמגזר הערבי קופח בתחום החינוך משך שנים רבות, וטוענת בעתירה שלפנינו כמו בעתירות קודמות, שבשנים האחרונות ניתנה תשומת לב לקיפוח, ובעיה זו לפי הטענה, באה על פתרונה בצעדים אופרטיביים שננקטו לתיקון המצב ולשיפורו בהקצאת תקציבים מיוחדים. ואמנם, על-פי הנתונים שנמסרו לנו גם בתשובה לעתירה שלפנינו, כמו בהזדמנויות קודמות, חל, ככל הנראה, שיפור משמעותי שבא לידי ביטוי בהקצאת תקציבים מיוחדים למגזר הערבי בכלל (לאחר דו"ח ועדת אור), ולחינוך בפרט בעקבות דו"ח שושני. אך השינוי אינו מניח את הדעת ואין בו מענה אל מול התוצאה המפלה כפי שהיא מצטיירת מחלוקת הישובים לאזורי עדיפות לאומית שנערכה מבלי להביא כלל את האוכלוסייה הערבית בגדר אותה עדיפות, שכרוכות בה הטבות תקציביות.

בנסיבות אלה אין ניתן לאשר את בסיס החלוקה לישובים מועדפים, שכן ההפליה פוגעת בשוויון וזאת, ללא הצדקה עניינית ובלא עיגון בחוק, בכל מקרה השוויון נפגע בלא עמידה בתנאי המידתיות.

כמו בענין מעמדה של הזכות לחינוך וחומרתה של ההפליה במימושה של הזכות, כך גם ביחס להימנעות מקביעת הסדרים ראשוניים, השמיע כבר בית משפט זה את ביקורתו לא אחת. הפרקטיקות שהתפתחו לפיהן הממשלה כרשות מבצעת – והדברים מוסבים כנגד ממשלות ישראל לדורותיהן – עושה שימוש בהוראת סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה (על גלגוליו הקודמים של הסעיף בחקיקה) – באו לידי ביטוי בתחומים שונים. עמד על כך המישנה לנשיא בהרחבה. הנטייה לביצוע מדיניות ביעילות תוך נטילת סמכות רחבה בקביעת הסדרים עקרוניים רחבי היקף ובעלי השלכות תקציביות שהשפעתן על הציבור כולו, היא הפיתוי האורב לפתחה של כל ממשלה. אף כי מסכימים אנו שהסמכות המוענקת לממשלה בסעיף 32 הנ"ל, בהיקפה הענייני והמוגבל חיונית לעבודתה של הממשלה; ואף שאין חקיקה ראשית שתוכל להקיף את כל גדריה וגזרותיה של עבודת הממשלה; הרי רב החשש מפני עשיית שימוש בסמכות זו לרעה. מכל מקום, ודאי הוא שאין ממשלה רשאית לעשות שימוש בסמכות השיורית שהוענקה לה, בבואה לפגוע בזכויות אדם. למותר להוסיף דברים על חשיבותו של העיקרון המעוגן ביסודות שיטת המשטר הדמוקרטי שלנו. יש לקוות כי השיקולים שמנה המישנה לנשיא בחוות דעתו והעקרונות שפרש לענין האבחנה בין פעילות של הממשלה המהווה הסדר ראשוני ופסולה ככזו, לבין פעילות הנתונה כדין לתחום הביצוע ולסמכויות הממשלה, תסייע לשמירה על עקרונות שלטון החוק כמתחייב ממבנה המשטר, ואף תנחה את הממשלה בדבר גודל סמכויותיה.

בענין שלפנינו כאמור, בחוות הדעת של חבריי, לא זו בלבד שמתחייבת חקיקת הכנסת בשל אופיו של ההסדר הראשוני, הרי שיהיה על המחוקק להביא בחשבון גם את העובדה שהחקיקה הנדרשת מצריכה הסדרה כוללת המביאה בגידרה הסדרים שאינם פוגעים בזכויות אדם באופן בלתי-מידתי, וענין זה דורש מלאכה רצינית ומקיפה. מטעם זה, וגם בהתחשב בצורך שלא לפגוע באחת ובאופן בלתי מידתי בישובים הנהנים היום מתקציבים הדרושים להם, מקובל עלי גם סעד ההשעיה של בטלות החלטת הממשלה.

השופט א' ריבלין:

מצרף אני דעתי לפסקי-הדין המקיפים והממצים של חברי הנשיא א' ברק והמישנה-לנשיא מ' חשין. כמותם סבור אני כי נפל פגם כפול בהחלטת הממשלה שעניינה קביעת אזורי עדיפות לאומית בתחום החינוך. ראשית, אין זה בסמכותה של הממשלה לקבוע הסדר, שהוא על-פי טיבו הסדר ראשוני, ושנית – וחשוב לא פחות – ההחלטה נגועה בהפליה אסורה ופוגעת שלא-כדין בזכות לשוויון. זכות יסוד שזכתה לעגון חוקתי.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

(1) העתירה שלפנינו משלבת למארג אחד שתי זכויות מהותיות של האדם: הזכות לחינוך והזכות לשוויון, ובכללה הזכות לשוויון בחינוך, המוכרות כעקרונות יסוד במשפט החוקתי. לשילוב זכויות זה משקל מיוחד, משהוא מופנה כלפי הערך החשוב בחיי אדם – חינוך הילדים והנוער ועיצוב אישיותם לקראת הצפוי להם בחייהם כבוגרים, והצורך להכשירם להתמודד עם אתגרי החיים; החינוך נועד לגבש את תשתית הערכים עליהם הם יחונכו, ותכליתו לתת בידם אמצעים למצות את יכולתם וכשרונותיהם ולהגיע בכך לידי הגשמה עצמית מלאה. בצד מיצוי הפוטנציאל האנושי של הפרט, ובראייה חברתית רחבה, נועד החינוך להקים דור חדש שיגשים את חזונה של החברה הישראלית כחברה המושתתת על ערכים דמוקרטיים, המגינה הגנה מלאה על זכויות היסוד של האדם.

(2) יעד מרכזי ביישום עקרון השוויון בחינוך הוא יצירת שוויון הזדמנויות וזהות בנקודות פתיחה בין קבוצות אוכלוסיה שונות. לשם הגשמת ערך השוויון המהותי יש צורך, לעיתים, בהתייחסות שונה ומאבחנת בין מגזרים שונים של האוכלוסיה, תוך מתן העדפה מתקנת לקבוצה זו או אחרת לשם גישור על פני פער וקיפוח עמוקים שהתהוו במשך דורות רבים (בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים, פד"י נח(2) 358, פסקה 6; בג"צ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיוור נ' שר האוצר, פד"י לז(2) 115, 117). כדי להבטיח בסופו של יום את מיצוי הפוטנציאל האנושי בבני הדור הצעיר, על מגזריו המגוונים, וכדי להשיג שוויון הזדמנויות אמיתי לבני הארץ כולה,

נדרשת אבחנה בהקצאת המשאבים החומריים באופן שינתן חיזוק-יתר לנזקק ותמיכה פחותה לחזק. בדרך זו, תשיג מערכת החינוך בישראל את המיטב מחניכיה, ותקנה לאלה כמו גם לאלה, שוויון סיכויים אמיתי למצות את יכולתם והישגיהם הפוטנציאליים.

(3) ברוח דברים אלה, נדרש, לדוגמא, תיקון פער בולט שנתגלה בהקצאת משאבים לתקנים של משרות "קצין ביקור סדיר" במוסדות חינוך בישובים הערביים – בדווים בדרום הארץ (בג"צ 6671/03 אבו גאנם נ' משרד החינוך, תק-על 2005(1) 1369). בבתי הספר במגזר זה, שבו אחוז הנשירה של תלמידים מבית הספר נמצא גבוה בהרבה ביחס לקבוצות אוכלוסיה אחרות, נדרש מתן עדיפות ברורה להקצאת תקנים למשרה זו מתוך ראיית הצורך בהעדפה מתקנת להגשמת ערך השוויון המהותי בין המגזרים השונים (ראו גם יצחק זמיר, שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל, משפט וממשל, כרך ט', חוברת 1, נוב' 2005, עמ' 11, 31).

(4) הצורך בגישור על פני פערים עמוקים בתחום החינוך מחייב, מצד אחד, מדיניות נחושה למימוש החובה לפעול להשגת השוויון בין המיגזרים. מצד שני, ברי כי לא את כל השינויים והתמורות החברתיות ניתן להשיג במלואם בהינף קולמוס אחד. גישור על פני פערים עמוקים שנוצרו במציאות רבת שנים מחייב מבט רחב-אופק וקביעת מדיניות של סדרי עדיפויות שבהם יש קודם ומאוחר; ישנו עיקר המקדים את הטפל; דרושה הבטחה כי תיקונו של עוול אחד לא יצור, מבלי משים, עוול אחר; ונדרשת התחשבות ביעדים חברתיים חשובים אחרים, וקביעת סדר עדיפות ביניהם. וחשוב מכל – מדיניות ראויה של השגת שוויון בחינוך מחייבת קביעת לוח זמנים ראוי שבגדרו התהליך ההדרגתי שהוחל בו להקטנת הפערים יושג בקצב סביר עד להשגת היעד המיוחל.

(5) תיקון הפערים בהישגי החינוך בין קבוצות אוכלוסיה שונות הוא מטרה לאומית המצויה בעדיפות עליונה. השפעת גישור הפערים על איכות חייו של הפרט ועל יכולת ההגשמה העצמית שלו היא רבה. לא פחות מכך, נודעת לו השפעה מכרעת על עיצוב ערכיה ודמותה של החברה הישראלית לדורות הבאים, ועל דרכה בכל תחומי החיים. שהרי המשאב האנושי הוא המסד עליו נשענת חברה זו, וזהו הנכס היקר ביותר שראוי להשקיע בו את מיטב האמצעים החומריים שבנמצא.

1. מצטרף אני לחוות-דעתם המקיפות של חברי הנשיא א' ברק והמשנה לנשיא מ' חשין, לפיהן אין זה בסמכותה של הממשלה לקבוע הסדר ראשוני, כאמור בפסק-דינו של חברי המשנה לנשיא חשין וכי החלטת הממשלה נגועה בהפליה אסורה ופוגעת שלא כדין בזכות לשוויון בין אזרחים יהודים לאזרחים שאינם יהודים, כאמור בפסק-דינו של חברי הנשיא ברק. כמו-כן, מצטרף אני לדברים שהוסיפה חברתי השופטת א' פרוקצ'יה.

2. כחבריי, מקובל גם עלי, כי החלטת הממשלה, אשר תחמה את אזורי העדיפות הלאומית בחינוך, מפלה לרעה ישובים ערביים. אף לטעמי, הקריטריון הגיאוגרפי שנבחר הביא לתוצאה מפלה בין אזרחים יהודים לאזרחים שאינם יהודים. מסכים אני עם קביעתו של חברי הנשיא ברק, כי יש להעניק עדיפות לאזורי פריפריה בתחום החינוך באופן שוויוני בין יהודים לערבים.

ובעניין הזכות לשוויון והזכות לחינוך ברצוני להרחיב.

3. המלומדים השופט (בדימוס) פרופ' יצחק זמיר והשופט משה סובל מציינים במאמרם "השוויון בפני החוק" (ראו יצחק זמיר ומשה סובל, השוויון בפני החוק, משפט וממשל, ה' תש"ס, בעמ' 165), כי השוויון הוא אחד מערכי-היסוד של כל מדינה מתוקנת. כך גם בישראל. אפשר לומר, כי השוויון, יותר מכל ערך אחר, הוא המכנה המשותף, אם לא הבסיס, לכל זכויות היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה. אכן, השוויון האמיתי, כיוון שהוא חל גם ביחסים שבין האדם לבין השלטון, הוא אחד מאבני היסוד של הדמוקרטיה, ובכלל זה שלטון החוק. הוא חיוני לא רק לדמוקרטיה הפורמאלית, שאחד מעיקריה הוא קול אחד לכל אחד, אלא גם לדמוקרטיה המהותית, המבקשת לשרת את האדם באשר הוא אדם. הוא מרכיב מרכזי לא רק של שלטון החוק הפורמאלי, שפירושו שוויון בכפיפות לחוק, אלא גם של שלטון החוק המהותי, הדורש כי החוק עצמו ישרת את ערכי-היסוד של מדינה מתוקנת.

על עיקרון השוויון נאמר, עוד לפני 30 שנים, כי הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כ"ג (1) 693). במקום אחר נאמר, כי: "השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נ"ד (1) 258). כן נאמר, כי השוויון הוא "מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (בג"ץ 869/92 זילי נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מ"ו (2) 692).

על מהותו של השוויון ופגיעתה הרעה של ההפליה נאמר, כי "...השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית... הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות... הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" (דברי חברי השופט א' ברק (כתוארו דאז) בבג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מ"ב (2) 309, 330).

באותה רוח נאמר, כי "...הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה של קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישרים אל קנאה. ובכוא קנאה תאבד תבונה... נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו – השווה לנו – כמותנו ועימנו; אך נתקומם ולא נשלים במקום בו יקבל זולתנו – השווה לנו – את שאנו לא נקבל" (דברי חברי השופט מ' חשין (כתוארו דאז) בבג"ץ 1703/92 ק' א' ל' קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נ"ב (4) 193, 204-203).

4. בהכרזת על הקמת מדינת ישראל נאמר: "מדינת ישראל... תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל, תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין, תבטיח חופש דת, מצפון, לשון חינוך ותרבות, תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות, ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות". בהמשך נקראו בני העם הערבי תושבי ישראל "לשמור על השלום וליטול חלקם בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה, על יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים".

המאבק לכבוד ולשוויוניות מעוגן, כאמור, במגילת העצמאות, במסגרת כינונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והביטוי נוסף לתווית היהודית. השוויון אף קיבל, מעמד חוקתי בחקיקת חוקי היסוד החדשים, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. בשני סעיפיהם הראשונים נאמר: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", וכן "חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

השופט א' רובינשטיין באחד ממאמריו מציין, כי יש לזכור, כי למשוואה שנקבעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש שתי צלעות. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. קל יותר להגדיר מדינה דמוקרטית מהי, מאשר להגדיר מהי מדינה יהודית. יתר על כן, יש לראות גם בצלע היהודית במשוואה, כי משמעה שוויון (ראו השופט אליקים רובינשטיין, על השוויון לערבים, נתיבי ממשל ומשפט, בעמ' 279). ואכן, בניגוד למה שחוגים מסוימים טוענים... היותה של המדינה יהודית אינה סותרת את אופייה הדמוקרטי ואת שאיפתה למתן שוויון זכויות. לא בכדי בחרו מנסחי מגילת העצמאות לבסס את החירות, הצדק והשלום אשר יעמדו בבסיסה של המדינה, על חזונו של נביאי ישראל, שכן אלה תמיד היוו עמוד האש למאבק למען החלש והשונה, ולמען השוויון בין בני-אדם, ברוח קריאתו של מלאכי הנביא "הלא אב אחד לכולנו, הלוא אל אחד בראנו" (מלאכי, ב', י').

החינוך נחשב לכלי מרכזי לקידום חברתי וכלכלי של כל חברה. יש לציין, כי מאז ומתמיד, החברה הערבית במדינת ישראל ייחסה משקל רציני לגבי הצורך והחשיבות של החינוך מתוך אמונה כי חינוך מהווה מכשיר בעל פוטנציאל היכול להבטיח מוביליות חברתית.

על חברה דמוקרטית לשאוף לחינוך שוויוני, למתן הזדמנויות שוות לכל אזרחיה. הזכות לחינוך שווה היא זכות בסיסית ותנאי עיקרי למימוש עצמי לכל פרט לפי צרכיו.

הוחלט, כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק, לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט, במובן זה שהחלטת הממשלה מס' 2288 – ככל שהיא נוגעת לתחום החינוך – מתבטלת בחלוף שניים-עשר חודשים ממועד מתן פסק דינו זה.

ניתן היום, כ"ט בשבט התשס"ו (27.02.2006).

ה נ ש י א ה מ י ש נ ה ל נ ש י א (ב ד י מ') ש ו פ ט ת ש ו פ ט

ש ו פ ט ת ש ו פ ט ש ו פ ט