

1. ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל
  2. ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל
  3. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
- נגד  
ראש ממשלת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[27.2.2006, 9.11.2004]

לפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין והשופטים ד' ביניש, א'  
ריבלין, א' פרוקצ'יה, א' א' לוי, ס' ג'ובראן

ממשלת ישראל החליטה להעניק הטבות ליישובים שונים על בסיס הקביעה כי הם ממוקמים ב"אזורי עדיפות לאומית א'". התושבים באזורים אלה נהנים מהטבות בתחומים שונים המוסדרים על ידי השלטון, ובהם תחום החינוך. כעבור זמן, בהחלטה מס' 3292, עודכנה מפת אזורי העדיפות הלאומית. ההחלטה העבירה 11 יישובים מאזור עדיפות לאומית ב' לאזור עדיפות לאומית א', בלי לכלול בהם אף יישוב ערבי. מנגד, ברשימת היישובים שמהם נשלל מעמד של אזור עדיפות לאומית נכללו 14 יישובים ערביים (מתוך 34 יישובים). נוסף לכך, זיכתה הממשלה יישובים רבים בהטבות בתחום החינוך, בלי לכלול בהסדר את המגזר הערבי. על פי ההחלטה, הטבות המוענקות על ידי משרד החינוך תוענקה גם ליישובי המגזרים הדרוזי והצ'רקסי. בעקבות החלטה זו, פנו העותרים – ארגונים הפועלים לקידום זכויות המגזר הערבי בישראל – בעתירה ובה טענו כי החלטת הממשלה אינה חוקית ודינה להתבטל. העותרים טענו, בין היתר, כי החלטת הממשלה לא הסתמכה על קריטריונים כלשהם לסיווג היישובים והתעלמה מהתכלית העיקרית העומדת מאחורי סיווג היישובים, שהיא חיזוק יישובים חלשים בעלי מעמד חברתי-כלכלי נמוך. בעוד העתירה תלויה ועומדת, קיבלה הממשלה החלטה חדשה בעניין אזורי עדיפות לאומית, החלטה מס' 2288, הסומכת על מפת אזורי עדיפות א' שנקבעו בהחלטה הקודמת. בעקבות כך, החליט בית המשפט כי העתירה מתבטלת וכי תוגש עתירה חדשה על פי המצב המשפטי העדכני, וכי יוצא בה צו על-תנאי. העותרים הגישו עתירה מתוקנת – היא העתירה דנן.

בעתירה מתבקש בית המשפט להורות כי יישובים ערביים המקיימים את אמות המידה הגיאוגרפיות ואת המדרד החברתי-כלכלי ייכללו באזורי העדיפות הלאומית א'. לטענת העותרים, שיטת סיווג היישובים לאזורי עדיפות לאומית הינה פסולה משום שאינה נשענת על חקיקה ראשית, והיא התקבלה בחוסר סמכות. עוד נטען, כי החלטת הממשלה נעדרת קריטריונים כתובים, ברורים, פומביים ושוויוניים. הקריטריונים שעליהם נשען הסיווג אינם ברורים – פעם הם גיאוגרפיים ופעם הם סוציו-אקונומיים – ומכל מקום הם שרירותיים.

לטענת העותרים, הטבות בתחום החינוך צריכות להינתן על בסיס עקרונות של צדק חלוקתי, המחייב התחשבות בשיקולים כלכליים-חברתיים ויישומם על כלל האוכלוסייה באופן שווה. במצב הנתון, אי הכללת היישובים הערביים בסיווג לאזורי עדיפות לאומית א' בחינוך היא מפלה ולוקה בחוסר סבירות קיצוני.

א

לטענת המשיב, המתנגד לדרישת העותרים להוספת יישובי המגזר הערבי והמגזר הברדואי לרשימת היישובים המקבלים הטבות, ההחלטה התקפה במועד מתן פסק הדין היא ההחלטה המאוחרת, ולא זו שקדמה לה, ולכן אין מקום לביטול טענות הנוגעות להחלטת הממשלה שבוטלה. בתחום החינוך, נכון למועד הגשת העתירה המתוקנת, מעמד היישובים נקבע באורח מלא על יסוד המבחן הגיאוגרפי, בהתאם למפת אזורי עדיפות לאומית (למעט יישובי המגזר הדרוזי והמגזר הצ'רקסי). מכאן שטענת ההפליה אינה רלוונטית עוד.

ב

לשאלת הסמכות, נטען כי הממשלה מוסמכת לקבוע אזורי עדיפות לאומית מכוח סמכותה השיורית שבסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה. המשיב אף כופר בטענה, שלפיה קביעת אזורי העדיפות הלאומית היא נטולת קריטריונים ושרירותיות. הרציונל בבסיס החלוקה הגיאוגרפית מניח כי מרחב ההזדמנויות של האזרח בפריפריה קטן מבחינות רבות לעומת הקיים במרכז, וכי יוקר המחיה באזורים אלה גבוה יותר מבשאר אזורי הארץ. גם בתחום החינוך לא נקבעו אזורי העדיפות הלאומית על פי מדד סוציו-אקונומי אלא על פי קריטריון גיאוגרפי. ההטבות שניתנו לכמה יישובים דרוזיים וצ'רקסיים הוענקו על בסיס נקודתי, בגדר העדפה מתקנת, כחלק ממדיניותה הכוללת של הממשלה בטיפול במגזרים אלה. בד בבד, פועלת הממשלה בדרכים אחרות לקידום החינוך במגזר הערבי ובמגזר הברדואי.

ג

ד

העתירה נסבה על השאלות הבאות: אם מוסמכת הממשלה לקבוע הסדר של אזורי עדיפות לאומית, מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה; אם מפת אזורי העדיפות הלאומית בנושא החינוך שעליה החליטה הממשלה (החלטות מס' 3292 ו-2288) הינה מפלה על בסיס לאום ודינה בטלות; אם יש להקנות ליישובי המגזרים הערבי והברדואי מעמד של יישובים באזור עדיפות לאומית א' בתחום החינוך, בדומה לאופן הפעולה באשר ליישובים דרוזיים וצ'רקסיים.

ה

בית המשפט העליון (מפי הנשיא א' ברק) פסק:

א. לא ניתן להפריד בין שתי החלטות הממשלה, בכל הנוגע לטענת העותרים, שלפיה הקביעה של אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך אינה חוקית (27ב).

ו

ב. (1) עקרון השוויון הוא מעקרונותיה הבסיסיים ביותר של מדינת ישראל. הזכות לשוויון היא מהחשובות שבזכויות האדם (28 ד-ה).

(2) עקרון השוויון הוא הראשון במעלה לפירושם וליישומם של חוקים (128).

(3) ההפליה הינה מן הפגיעות החמורות שייתכנו באדם ובזכויות האדם. היא עשויה להוביל להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם. בוודאי כך מקום שההפליה היא בשל דתו או גזעו של אדם (128-ז).

ז

(4) עקרון השוויון חולש על כל תחומי פעילות השלטון. חשיבות מיוחדת נודעת לו בכל הקשור לחובת השלטון לנהוג בשוויון בין אזרחיה היהודים של המדינה לאזרחיה שאינם יהודים. חובה זו מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית (29א-ב).

ג. (אליבא דשופט ס' ג'ובראן):

- (1) השוויון, יותר מכל ערך אחר, הוא המכנה המשותף, אם לא הבסיס, לכל זכויות היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה (191-ז).
- (2) השוויון חיוני לא רק לדמוקרטיה הפורמלית, שאחד מעיקריה הוא קול אחד לכל אחד, אלא גם לדמוקרטיה המהותית, המבקשת לשרת את האדם באשר הוא אדם. הוא מרכיב עיקרי לא רק של שלטון החוק הפורמלי, שפירושו שוויון בכפיפות לחוק, אלא גם של שלטון החוק המהותי, הדורש כי החוק עצמו ישרת את ערכי היסוד של מדינה מתוקנת (191 – 92א).
- (3) תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם (192).
- (4) המאבק לכבוד ולשוויוניות מעוגן במגילת העצמאות, במסגרת כינונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והביטוי נוסף לתווית היהודית (192).
- (5) קל יותר להגדיר מדינה דמוקרטית מהי מאשר להגדיר מהי מדינה יהודית. יש לראות גם בצלע היהודית במשוואה כי משמעה שוויון. היותה של המדינה יהודית אינה סותרת את אופייה הדמוקרטי ואת שאיפתה למתן שוויון זכויות (193-ג).

- ד. (1) הפגיעה בשוויון קשה היא שבעתיים שעה שהיא פוגעת בזכות לחינוך. הזכות לחינוך היא זכות יסוד במשפט הישראלי, ומוקנית לכל אדם. החינוך חיוני לקיומה של חברה שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה (29-ה-ז).
- (2) ביטוי נוסף למעמדה הרם של זכות יסוד זו מצוי בחזקה פרשנית, שלפיה יש לפרש את החוק באופן המקיים את הזכות לחינוך על פני פירוש השולל אותה (30-ג-ד).

ה. (אליבא דשופטת א' פרוקצ'יה):

- (1) 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 (189-ז).
- (2) יעד עיקרי ביישום עקרון השוויון בחינוך הוא יצירת שוויון הזדמנויות וזהות בנקודות פתיחה בין קבוצות אוכלוסייה שונות. לשם הגשמת ערך השוויון המהותי יש צורך, לעתים, בהתייחסות שונה ומאבחת בין מגורים שונים של האוכלוסייה, תוך מתן העדפה מתקנת לקבוצה זו או אחרת לשם גישור על פני פער וקיפוח עמוקים שהתהוו במשך דורות רבים (90-א).
- (3) גישור על פני פערים עמוקים שנוצרו במציאות רבת שנים מחייב מבט רחב-אופק וקביעת מדיניות של סדרי עדיפויות שבהם יש קודם ומאוחר; דרושה הבטחה כי תיקונו של עוול אחד לא יצור, בלי משים, עוול אחר; נדרשת התחשבות ביעדים חברתיים חשובים אחרים, וקביעת סדר עדיפות ביניהם (90-ה-ז).

א (4) מדיניות ראויה של השגת שוויון בחינוך מחייבת קביעת לוח זמנים ראוי שבגדרו תהליך ההדרגתי שהוחל בו להקטנת הפערים יושג בקצב סביר עד להשגת היעד המיוחל (190).

א. (אליבא דשופט ס' ג'ובראן): מאז ומתמיד, ייחסה החברה הערבית במדינת ישראל משקל רציני לצורך ולחשיבות של החינוך מתוך אמונה כי חינוך מהווה מכשיר בעל פוטנציאל היכול להבטיח מוביליות חברתית (93).

ב. (1) הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהיעדר כוונה או מניע של הפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה. המבחן לקיומה של הפליה 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 (א32-ג).

ג. (2) בנסיבות דנן, הדרך שבה 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 היישובים שקיבלו מעמד של אזורי עדיפות לאומית לצורכי ההטבות בחינוך נכללו רק ארבעה יישובים ערביים קטנים. יחס מספרי זה אינו תואם כלל את חלקו של המגזר הערבי באוכלוסייה בכללותה ואת פריסתו הגיאוגרפית במדינה (1-133).

ד. (3) אמנם, יישובים ערביים אינם מרוכזים ככל הנראה בפריפריה המרוחקת בגליל ובנגב, מכאן, לכאורה, שהקריטריון הגיאוגרפי מדיר יישובים אלה לא בגלל השתייכותם למגזר הערבי אלא בגלל מיקומם הפיסי. אולם, הפער הגדול בין מספר היישובים היהודיים במעמד של אזור עדיפות לאומית בתחום החינוך לבין מספר היישובים הערביים במעמד דומה, מצביע על תוצאה מפלה. זוהי תוצאה שאין הדמוקרטיה הישראלית יכולה לסבול (134 – א34-ב).

ה. (4) הקביעה כי מדובר, 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 (1-34).

ו. (5) משאבי הציבור – בייחוד משאבים המופנים לתיקון עיוות חברתי-כלכלי – צריך שיוקצו באופן שוויוני וצודק בשים לב למטרה אשר לשמה הם מוקצים ולצרכים השונים של בני החברה בקבלת המשאבים. בנסיבות העניין שלפנינו, נפגם עקרון השוויון (135 – א36).

ז. ח. (1) הקביעה בדבר הפרת עקרון השוויון, עדיין אינה סוף פסוק לעניין חוקיות החלטת הממשלה. החלטת ממשלה, אף בהיותה מפלה, עשויה להתברר כחוקית, אם היא עומדת באמות המידה הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם

- ו. חירותו. כל הפעלה של סמכות מינהלית שיש בה פגיעה בזכויות יסוד של אדם, יש להפעילה ברוח חוקי היסוד (א-36ב).
- א (2) גם משהוכחה פגיעה בשוויון, יש לבחון אם הפגיעה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היינו, אם ההחלטה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, אם היא נועדה לתכלית ראויה ואם הפגיעה בשוויון אינה במידה העולה על הנדרש (ג-36ב).
- ב (3) 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 (ג-36ד).
- ג (4) בנסיבות העניין, המשיב לא טען, וממילא לא הוכיח, כי מתקיימים התנאים של פסקת ההגבלה. המשיב לא טען ולא הוכיח כי האופן שבו הותוו אזורי עדיפות לאומית התחייב לשם קידומן של תכליות וערכים ראויים, ההולמים את ערכיה היהודיים ואת ערכיה הדמוקרטיים של המדינה. הוא לא טען ולא הוכיח כי הפגיעה היא מידתית. הפגיעה אינה מעוגנת בחוק או על פי. ואמנם, 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 (ה-36ד).

ט. אליבא דמשנה לנשיא (בדימו') מ' חשין):

- ד (1) המחלוקת בין בעלי-הדין היא על שאלת מקומו של קו הגבול התוחם סמכויות בין הכנסת לבין הממשלה. בהתאם לעקרונות שילטון החוק וחוקיות המינהל, קובעת הכנסת בחוק את תפקידי הממשלה ואת היקף סמכויותיה, והממשלה רשאית ומוסמכת לפעול רק – ואך ורק – בגידרי אותן סמכויות שקנתה בחוק (ה-41 ו-42ב).
- ה (2) היקף 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 (ג-42ב).
- ו (3) מתוך שעקרונות-יסוד במשטר השורר בישראל – זה עקרון שלטון החוק וזה עקרון חוקיות המינהל – 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 (התשס"א), זו הוראה המסמיכה את הממשלה לפעול באורח "שירי", קרא, אף באין הסמכה מפורשת ומפורטת בחוק (ז-142).
- ז (4) מאז קנתה הממשלה בחוק מפורש – לא עוד אלא בחוק-יסוד – סמכות שיריית לניהול ענייני המדינה, ידענו שני אלה: אחד, כי הממשלה רשאית לעשות באותם "תחומים שיריים" גם באין הסמכה מפורשת בחוק מיוחד של הכנסת, ושניים, כי בעשותה באותם "תחומים שיריים" 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 (א-44ב).

- א (5) 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 ממשל דמוקרטית ששוררת בה דוקטרינת הפרדת הרשויות (א-45ב).

ב י. (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין):

- א (1) בשאלה כיצד ניישב בין שני כוחות נוגדים אלה המושכים לצדדים: מזה, הכוח התובע להרחיב את סמכויותיה השיווריות של הממשלה כדי לאפשר לה לשלוט ולנהל ביעילות מרבית את ענייני המדינה, ומזה, הכוח המזהיר אותנו והמתרה בנו לעשות לצמצום סמכותה של הממשלה, מחשש שמא הרחבת-יתר תפגע בעקרון שלטון החוק ובמירקם הדמוקרטי של ביזור הסמכויות והפרדת הרשויות, התשובה תימצא במיגבלות שהושמו על סמכותה השיוורית של הממשלה (ה-345).

- א (2) שומה 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 (ה-145).

- א (3) הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א) קובעת בגופה שתי מיגבלות לסמכותה השיוורית של הממשלה. מיגבלה אחת קובעת כי סמכותה השיוורית של הממשלה היא "בכפוף לכל דין", ומיגבלה שנייה קובעת כי סמכותה השיוורית של הממשלה עומדת לה לעשות פעולה "שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" (45 – א46).

- א (4) 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 (ב-47ג).

א.א. (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין):

- א (1) לא רק אותן שתי גדרות שהציב המחוקק בסעיף 32 מגבילות את הממשלה לעת שעושה היא מכוח סמכותה השיוורית. 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 (א-49ב).

(2) בבואנו אל חוק הכנסת, אין אנו באים בידיים ריקות. באים אנו ובציקלוננו מיטען של שפה ולשון, הגדרות-לשון ומשמעויות, מינהגות-חברה ומוסר, מוסכמות ומושכלות ראשוניים, צדק ויושר, עקרונות ועיקרים. 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, מצויידיים בכל אותם כלי-מלאכה, ועושים אנו כמיטבנו לפירושו של הטקסט (א50-ב).

א

(3) סמכותה השיורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"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 (א51-ג).

ב

(4) חזקה על הוראת סעיף 32 כי ביקשה לשלב עצמה בתפישות היסוד החוקתיות של ישראל, כי ראתה תפישות-יסוד אלה תשתית לקיומה וחלק מן הצופן הגנטי המקיים אותה במקומה (א51).

ג

(5) 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 (א51-ד).

ד

יב. (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') ' חשין):

(1) מכוח סמכותה השיורית כהוראת סעיף 32, אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד. זכויות אלו מהוות חלק אינטגרלי במשפט ופגיעה בהן יכול שתיעשה רק בחוק הכנסת לברו (א52-ב).

(2) הלכה זו זכתה למשנה 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 (א53-ב).

ה

(3) 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 הכללי של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א) אינו מהווה הסמכה מפורשת שכזו, וממילא אין הוא מתיר לממשלה לפגוע בזכויות יסוד שחוקי-היסוד מדברים בהם (א53-ג).

ו

יג. (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין):

(1) בצד זכויות היסוד של היחיד, אחד מעיקרי-התשתית ששיטת המשפט בישראל טובלת בהם – עיקר מן הראשוניים במלכות – הוא העיקר של הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות: המחוקק יחוקק; המבצע יבצע; השופט ישפוט; ובה-כעת

ז

יתקיים פיקוח הדדי בין הרשויות, ביניהן-לבין-עצמן, ואיזון בין הכוחות והסמכויות (53-ד-ה – 55-ב-ג).

א (2) עקרון הפרדת הרשויות מורגו על קיומן של רשויות הנפרדות ז-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 יישם ויבצע (57 – 58א).

ב (3) מתוך שהממשלה היא "הרשות המבצעת", תכליתה של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א) היא ליתן בידיה כלים למילוי תפקידה כרשות המבצעת, ובגדריה של תכלית זו תפורש ותקיים סמכותה. החוק ביקש להעניק לממשלה כלים למימוש סמכויותיה כרשות מבצעת, וגבולות הסמכות השיוורית ייקבעו כמזמאליהם בתחומי גבולות סמכות הביצוע. גבול הסמכות השיוורית הוא אפוא גבול סמכות הביצוע, ואין הממשלה מותרת לחצות אותו גבול ולחרוש בשדה שלא יועד לה מלכתחילה (54-ד-ו).

ג (4) הניסיון מלמד כי מקום שבו מופקדות גם סמכויות החקיקה גם סמכויות הביצוע בידי גורם אחד, לא תהיה חירות, לא ייכוננו זכויות אדם, הדמוקרטיה תתפוגג והעריצות תמשול בכיפה (56-ג-ד).

יד. (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין):

ט (1) הרשות המחוקקת – הכנסת – היא הרשות הניצבת בפיסגת הפירמידה של הרשויות הקובעות את הנורמות אשר תנהגנה במדינה, ואילו 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 (28-ב-ד).

ה (2) 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 כן הותרה לכך בחוק (62-א-ב).

ו (3) 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. 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 (62-ד-ה – 64).

ז (4) סמכות שיוורית שקנתה הממשלה בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"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 השירותית סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים – יעמוד אותו פירוש בסתירת-חזית לעיקרי היסוד שדיברנו בהם, יחתור תחת עקרון שלטון החוק במובנו המהותי, ועלול הוא להביא לפגיעה אנושה בזכויות היחיד (ג66-ד).

א

טו. (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין):

(1) התשובה לשאלה מהי אבן בוחן להבחין בין הסדר ראשוני לבין הסדר מישני אינה פשוטה כל-עיקר, וקו הגבול בין הסדרים אלה לבין הסדרים אלה יכול שיהיה לעיתים מטושטש משהו (ה67).

ב

(2) 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 (ז67).

(3) התשובה לשאלה אם פעילות פלונית של הממשלה מהווה הסדר ראשוני, אם לאו, תימצא בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, בשים לב לטיבו ולמהותו של העניין, ותוך שניעזר, כמובן, בשכל הישר והטוב ובהיגיון. כך, בין השאר, תיבחן 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 – ומקרבת היא עצמה כך להסדר ראשוני על-פי הגדרתו (ז68-ז).

ג

(4) מידת מעורבותו של המחוקק בפעולה והשפעתו עליה תשליך אף היא על השאלה אם מדובר בהסדר ראשוני או מישני. כך, שומה לבדוק אם מדובר בפעולות שנועדו להבטיח ביצועו של חוק הנמצא בתהליכי חקיקה מתקדמים, או אם הפעולה נדרשת לאישור הכנסת או ועדותיה. נסיבות העניין תשפענה אף-הן על טיבו של ההסדר (ג69-ג).

ד

(5) ייבחן גם 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 לה. יינתן מישקל להסתמכות ציבור על הבטחת הממשלה, ועוד. רשימת השיקולים, אין היא רשימה סגורה (ה69-ה).

ה

טז. (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין):

(1) שאלת הסמכות אינה הרמטית לשאלת שיקול הדעת. הענקת מענקים מכוח הסמכות השירותית לפרויקטים ספציפיים או למגזרי-אוכלוסייה פלוניים, עשויה לפגוע – ובפעל פוגעת היא – בצדקת של יזמי פרויקטים אחרים או במגזרי אוכלוסייה שאינם זוכים במענקים. תקציב המדינה מוגבל, וברור הדבר, כי הענקת מענקי כסף למגזר פלוני – העדפתו של אותו מיגזר על פני מיגזרים אחרים – שקולה כנגד פגיעה במגזרים אחרים (ז72-ז).

ו

(2) כהנחת מוצא ניתן לומר כי חלוקת כספים בידי הממשלה – מכוח חוק התקציב – בלי שהכנסת נתנה דעתה לאותה חלוקה באורח מפורש ומפורט, פירושה שהממשלה – היא ולא הכנסת – קבעה הסדר ראשוני לחלוקה. וביודענו כי

ז

הממשלה נעדרת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים אלא אם כן 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 (172 – 73א).

א

(3) 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 (73ד-ה).

(4) החלטת הממשלה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית ועל ההטבות שהתושבים והיישובים באותם אזורים אמורים לזכות בהן, פורשת עצמה על פני מרחבים אדירים. החלטה היא שקשה להגזים בחשיבותה. במקביל להחלטת הממשלה, מעיון בספר החוקים נדע כי לא ימצא חוק מהותי מפורש שהחלטות נעשו מכוח סמכות שבו (75ב-ג).

ב

זו. (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין):

ג

(1) שאלה היא אם הפעילות שהחלטות הממשלה מעסיקות עצמן בה – כינונם של אזורי עדיפות לאומית ומתן הטבות אלו ואחרות לתושבים וליישובים באותם אזורים – זהה או דומה היא לפעולות שלפי חוק ערי ואזורי פיתוח, התשמ"ח-1988 (להלן: 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) (76א-ב).

ד

(2) מטרתו של חוק ערי פיתוח, היא "לעודד התיישבות, פיתוח וקידום חברתי וכלכלי של ערי ואזורי הפיתוח ושל תושביהן", ועיקרו הוא בקביעת הסדרים מפורטים למתן הטבות לערי פיתוח. הסדר זה לא בוטל מעולם, אך תחילתו נדחתה שוב ושוב, בעיקר מטעמי תקציב (76ד, 76ד81).

ה

(3) ההסדרים הקבועים בחוק ערי פיתוח, מכאן, וההסדרים שקבעה הממשלה בהחלטתה על כינונם על אזורי עדיפות לאומית, מכאן, קרובים הם מאוד, עד-כדי-זהות. בבחינת ההלכה והמעשה, שני ההסדרים – הסדרים חלופיים הם זה-לזה, שכן מבקשים הם לכסות אותו מיגזר חיים של אזורים ייחודיים בישראל (176 – 77א).

ו

יח. (אליבא דמשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין):

(1) למרות קיומו של החוק בספר החוקים כחוק מן-המניין, לא טרחה הממשלה לבצעו, ובסוללה מסלול-עוקף-חוק – בסמכותה, כביכול, בסעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה (התשכ"ח), הלוא הוא סעיף 32 שלענייננו – ראתה להתעלם מקיומו מכל-וכול. 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 (77ג-ד).

ז

(2) 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 (83-ב-ג).

א

(3) 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 (83-ד-1).

ב

(4) מעשה כינונם של אזורי עדיפות לאומית שקול כנגד הכרזה על מדיניות ממעלה עליונה, מדיניות כל-כוללת המעניקה העדפה ניכרת ובת-משמעות במיגזרי 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 (83 – 84א).

ג

(5) הממשלה בענייננו לא צעדה בדרך המלך אלא בחרה בקפנדריה, בקיצור-דרך, בקובעה הסדרים ראשוניים – משל הייתה מחוקק, אך באין חוק כנסת מהותי המסמיך אותה לדרבן – 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 (85 – 86א).

ד

(6) גם לו רשאית הייתה 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 הייתה הממשלה מוסמכת להחליטה כסמכותה השיורית. גם מטעם זה, בהחליטה החלטה שהחליטה חרגה הממשלה מסמכותה השיורית (96-ד-ה).

ה

יט. (1) בנסיבות העניין, משהתקבלה העתירה לסעד העיקרי בדבר בטלות החלטות הממשלה המסווגות את אזורי העדיפות הלאומית בחינוך, אין מקום להידרש לסעדים החלופיים שהתבקשו על ידי העותרים (137-ז).

ך

(2) בנסיבות העניין, נוכח חומרת הפגמים שנפלו בהחלטת הממשלה אין מנוס מן הקביעה כי דינה של החלטת הממשלה, ככל שהיא מתייחסת לקביעת אזורי עדיפות לאומית בתחום החינוך, להתבטל (38-ג-ד).

ט

(3) יש להכיר בכך כי הכרזת הבטלות מעוררת קשיים בנוגע לתחילת הכרזת הבטלות. קביעת אזורי עדיפות לאומית היא בעלת משמעות נורמטיבית רחבה ויש להימנע ממצב שבו קיים "חלל חקיקתי" בנושא כה חשוב בעל השלכה לאומית רחבה. יש להימנע מפגיעה באינטרס הציבורי החשוב של יציבות

- הסדרת הטיפול הלאומי בתחום החינוך. 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 (38-ה1).
- א כל קביעה של הסדר כולל אחר של עדיפות לאומית, מן הסוג שגדון בעתירות דנן, 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 (38 – 39א).
- ב (5) הסעד הראוי בנסיבות העניין הוא השעיית הכרזת הבטלות לתקופה מסוימת. 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. משך ההשעיה צריך להביא בחשבון גם את הצורך בפרק זמן סביר על מנת לקבוע הסדר חלופי – חוקי וחוקתי – תחת ההסדר המבוטל (39ב-ג, ה).
- ג (6) (אליבא דשופטת ד' ביניש): בנסיבות דנן, לא זו בלבד שמתחייבת חקיקת הכנסת בשל אופיו של ההסדר הראשוני, אלא יהיה על המחוקק להביא בחשבון גם את העובדה שהחקיקה הנדרשת מצריכה הסדרה כוללת המביאה בגידרה הסדרים שאינם פוגעים בזכויות אדם באופן בלתי-מידתי, ועניין זה דורש מלאכה רצינית ומקיפה. גם מטעם זה יש להשעות את בטלות החלטת הממשלה לתקופה (89א-ב).

ד

#### חוקי יסוד שאוזכרו:

- חוק-יסוד: הממשלה (התשס"א), סעיפים 1, 3, 29, 32, 40. —
- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 1א. —
- חוק-יסוד: הממשלה (התשכ"ח), סעיף 29. —
- חוק-יסוד: הממשלה (התשנ"ב), סעיף 40. —
- חוק-יסוד: חופש העיסוק, סעיף 2. —
- חוק-יסוד: הכנסת, סעיפים 1, 4, 5. —

ה

#### חקיקה ראשית שאוזכרה:

- חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000. —
- דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922–1947, סימן 5. —
- חוק פיצוי נפגעי אסון טבע, התשמ"ט-1989. —
- חוק המעבר, התש"ט-1949, סעיף 1. —
- פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, סעיף 7(א). —
- חוק-יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, סעיפים 40(א). —

ו

— חוק ערי ואזורי פיתוח, התשמ"ח-1988, סעיפים 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13-18.

— חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), התשנ"ט-1999, סעיף 4(2).

— חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, סעיף 40ד.

— חוק אזורים חופשיים לייצור בישראל, התשנ"ד-1994, סעיף 19.

— חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, סעיף 3א(א)(3).

— חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958, סעיף 25ב.

— חוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984, סעיף 28(ג).

חקיקת משנה שאוזכרה:

— תקנות התעבורה, התשכ"א-1961.

הצעות חוק שאוזכרו:

— הצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ד-1993, סעיף 19.

— הצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב) התשנ"ו-1995, סעיף 10.

— הצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), התשנ"ט-1999, סעיף 5

— הצעת חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2003, סעיף 115.

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

[1] בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693 (1969).

[2] בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו (5) 393 (2002).

[3] בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נז (3) 31 (2003).

[4] בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב (5) 167 (1998).

[5] בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נד (3) 485 (1996).

[6] בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (1995).

- [7] בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998).
- א [8] בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).
- [9] א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' חבר־הכנסת טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).
- [10] בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002).
- ב [11] בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נז(3) 2 (1996).
- [12] בג"ץ 421/77 ניר נ' המועצה המקומית באר יעקב, פ"ד לב(2) 253 (1978).
- ג [13] בג"ץ 7374/01 פלוניס נ' מנכ"לית משרד החינוך הגב' תירוש, פ"ד נו(6) 529 (2003).
- [14] בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002).
- [15] בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון־לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (לא פורסם, ניתן ביום 18.7.2005).
- ד [16] בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 270 (2003).
- [17] בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79 (2001).
- [18] בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705 (1989).
- ה [19] בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164 (2000).
- [20] בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).
- [21] בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 258 (1997).
- ו [22] בג"ץ 721/94 אל־על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).
- [23] דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000).
- ז [24] בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).
- [25] בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990).
- [26] בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994).

- [27] בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 233 (2000).
- [28] א בג"ץ 6488/02 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ועדת המנכ"לים לטיפול נקודתי ביישובים (לא פורסם, ניתן ביום 29.10.2003).
- [29] בג"ץ 5090/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).
- [30] בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996).
- [31] ב בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 397 (1996).
- [32] 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 (1997).
- [33] ג בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993).
- [34] בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 111 (1998).
- [35] בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 212 (2003).
- [36] ד בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).
- [37] בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).
- [38] בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647 (1995).
- [39] ה בג"ץ 8600/04 שמעוני, ראש-המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נט(5) 673 (2005).
- [40] בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).
- [41] ו בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 181 (1999).
- [42] בג"ץ 2632/94 דגניה א', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד נ(2) 715 (1996).
- [43] ז בג"ץ 5018/91 גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(2) 773 (1993).
- [44] בג"ץ 35/62 בכר נ' שר הביטחון, פ"ד טז 806 (1962).
- [45] בג"ץ 313/63 הרמתי נ' מנהל מס רכוש, פ"ד יח(2) 356 (1963).
- [46] בג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מו(1) 53 (1991).

- [47] רע"א 5768/94 א.ש.י.ד. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998).
- א [48] ע"א 167/47, מינקוביץ' נ' פישצנר, פ"ד ב 39 (1948).
- [49] ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1545 (1960).
- [50] על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397 (1993).
- ב [51] ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133 (1996).
- [52] דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (1998).
- [53] בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נא (4) 529 (1997).
- [54] רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי (לא פורסם, ניתן ביום 20.6.2005).
- ג [55] רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).
- [56] בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002).
- [57] בג"ץ 7351/95 נבואני נ' השר לענייני דתות, פ"ד נ(4) 89 (1996).
- [58] בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד (1) 49 (1999).
- ד [59] בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1978).
- [60] בג"ץ 302/72 אבר-חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973).
- [61] בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852 (1992).
- ה [62] בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141 (1968).
- [63] בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).
- ו [64] בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999).
- [65] ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997).
- [66] בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).
- ז [67] ע"פ 53/54 "אש"ד", מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 785 (1955).
- [68] בג"ץ 1539/05 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעי נ' ראש הממשלה (לא פורסם, ניתן ביום 17.2.2005).



- [69] בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1950).
- [70] בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696 (1952).
- [71] בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481 (1997).
- [72] בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004).
- [73] בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).
- [74] בג"ץ 1703/92, ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193 (1998).
- [75] בג"ץ 8569/96 הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נב(1) 597 (1998).
- [76] בג"ץ 5064/03 לשכת סוכני ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נח(3) 217 (2004).
- [77] בג"ץ 363/71 טחנת קמח "דגן" בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כו(1) 292 (1972).
- [78] בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466 (1982).
- [79] בג"ץ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיוור נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 115 (1983).
- [80] בג"ץ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב, פ"ד לז(4) 516 (1983).
- [81] בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002).
- [82] בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441 (1994).
- [83] בג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד מט(3) 804 (1995).
- [84] בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358 (2004).
- [85] בג"ץ 6671/03 אבו גאנם נ' משרד החינוך, פ"ד נט(5) 577 (2005).
- [86] בג"ץ 869/92 זווילי נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692 (1992).

פסקי דין קנדיים שאוזכרו:

[87] *Re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- א [88] אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).
- [89] יורם רבין הזכות לחינוך (2002).
- [90] יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א (1996).
- [91] מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת (2002).
- [92] אמנון רובינשטיין, ברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996).
- ב [93] שארל לואי דה סקונדה ברון דה מונטסקייה על רוח החוקים (עדרו בסוק מתרגם, 1998).
- [94] אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב (1993).
- ג מאמרים ישראליים שאוזכרו:
- [95] יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2006).
- [96] יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א 81 (1992).
- [97] ברון ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 161 (2005).
- ד [98] יצחק הנס קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" הד המשפט 202 (1957).
- [99] יצחק זמיר "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – חקיקת משנה: נוהל והנחיות" עיוני משפט יא 329 (1986).
- ה [100] יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" משפטים ד 63 (1972).
- [101] אהרן ברק "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה 5 (2000).
- [102] זאב פלק "תקציב המדינה וסמכויות המינהל" הפרקליט יט 32 (1963).
- ו [103] יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" משפט וממשל ט 11 (2005).
- [104] יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (1999).
- [105] אליקים רובינשטיין "על השוויון לערבים בישראל" נתיבי ממשל ומשפט – סוגיות במשפט הציבורי בישראל 278 (2003).
- ז

שונות:

[106] דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (2003).

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

[א] מלאכי, ב, י.

עתירה למתן צו על-תנאי. העתירה התקבלה והצו על-תנאי נעשה מוחלט. במובן זה שהחלטת הממשלה מס' 2288 – ככל שהיא נוגעת לתחום החינוך – מתבטלת בחלוף 12 חודשים מיום מתן פסק הדין.

חסן רפיק ג' בארין – בשם העותרים; דנה בריקסמן, סגנית בכירה א' וממונה על ענייני הבג"צים בפרקליטות המדינה, רננה קידר, עוזרת לפרקליט המדינה – בשם המשיב.

## פסק דין

הנשיא א' ברק:

ממשלת ישראל החליטה לסווג אזורי עדיפות לאומית בישראל. התושבים באזורים אלה נהנים מהטבות בתחומים שונים המוסדרים על ידי השלטון, ובהם בתחום החינוך. השאלה שלפנינו היא אם 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 ליישובים 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 הטבות  
המירביות בכל התחומים, ואילו באזור עדיפות לאומית ב' יינתנו הטבות מופחתות  
או, לכל היותר, שוות לאלה הניתנות באזור עדיפות לאומית א'. עוד נקבע כי לא  
יינתנו על ידי הממשלה, ליישוב או לאזור, הטבות הגבוהות מאלה הניתנות באזור  
עדיפות לאומית א', וכי כל שינוי באזורי העדיפות הלאומית יהיה טעון אישור  
ממשלה. ואמנם, במהלך השנים התקבלו כמה החלטות ממשלה שהורו על שינויים  
באזור העדיפות הלאומית.

2. החלטת ממשלה נוספת בעניין אזורי העדיפות הלאומית התקבלה כעבור כמה  
שנים (ביום 15.2.1998), היא החלטה מס' 3292 (להלן: החלטה 3292). בהחלטה זו  
עודכנה מפת אזורי העדיפות הלאומית ורשימת היישובים הכלולים באזורי עדיפות  
לאומית א' ו-ב' (סעיף ב' להחלטה). הוחלט לבטל את סיווג הערים שהוגדרו  
במעמד קבע נפרד מסביבתן ולהתאימן למעמד הקיים באותו אזור (סעיף ג'  
להחלטה). יחד עם זאת, הוחלט כי שורה של ערים (כרמיאל, נצרת עילית, קריית גת,  
קריית מלאכי, מגדל העמק ועכו) ימשיכו לקבל הטבות בתחום החינוך, כפי שהן  
ניתנות באזור עדיפות לאומית א', לתקופה של שנתיים. מעמד נקודתי דומה הוענק  
לכמה יישובים 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 ליישובי המגזר הדרוזי והמגזר הצ'רקסי (סעיף ו' להחלטה). לצד כל  
אלה החליטה הממשלה כי משרד החינוך יגבש תוכנית לטיפול נקודתי ביישובים  
הנזקקים לתמיכה ולתיגבור בחינוך, וליישובי המגזר הערבי, כאשר המשאבים  
שייחסו כתוצאה מהשינויים בסיווג יישובים באזורי עדיפות ישמשו 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 כמה 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 היישובים והתעלמה מהתכלית העיקרית העומדת מאחורי סיווג היישובים, שהיא חיזוק יישובים חלשים בעלי מעמד חברתי-כלכלי נמוך. את טענת ההפליה ביקשו העותרים להמחיש בנתונים הבאים: החלטה 3292 סיווגה 17 יישובים מאזור ללא עדיפות לאומית לאזור עדיפות לאומית א', בלי לסווג אף יישוב ערבי בסיווג המועדף. ההחלטה העבירה 11 יישובים מאזור עדיפות לאומית ב' לאזור עדיפות לאומית א', בלי לכלול בהם אף יישוב ערבי. מנגד, ברשימת היישובים שמהם נשלל מעמד של אזור עדיפות לאומית נכללו 14 יישובים ערביים (מתוך 34 יישובים בסך הכול). נוסף לכך, זיכתה הממשלה יישובים רבים בהטבות בתחום החינוך, בלי 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 שיישובים ערביים הסמוכים ליישובים יהודיים נגרעו מאזורי העדיפות; ככל שהקריטריון היה סוציו-אקונומי, הרי שיישובים ערביים רבים, שמצבם הסוציו-אקונומי נמוך ביותר, נגרעו מאזורי העדיפות, בעוד שיישובים יהודיים שמצבם טוב בהרבה, נכללו בו. לדעת העותרים, יש להחיל את אמת המידה הגיאוגרפית על כל היישובים הסמוכים אלה לאלה, ערביים כיהודיים; ומקום שבו החליטה הממשלה ליתן ליישוב ספציפי מעמד נקודתי כאילו כלול הוא באזור עדיפות לאומית – מטעמים סוציו-אקונומיים כביכול – ראוי ליתן מעמד זה, בראש ובראשונה, ליישובים מן המגזר הערבי שמצבם בהיבט זה קשה במיוחד. בעתירה זו נתקיימו כמה דיונים מקדמיים. בהמשך היא נדונה לפני 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 יתנו 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 ולתמריצים בכמה תחומים: תעשייה, חקלאות, תיירות, חינוך ודירור. לראשונה נקבע סיווג נפרד של היישובים לעניין כל אחד מתחומי הסיוע והתמריצים, ולמשרדי הממשלה השונים. אשר לסיוע בחינוך, הכריזה הממשלה 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 היישובים 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 היישובים שהיו במעמד זמני של אזור עדיפות ובעניין הכללת יישובים נוספים באזור עדיפות לאומית בתחום החינוך.

5. לנוכח 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 שלפנינו. בעתירה שבים העותרים וטוענים כי דין החלטה 3292 להתבטל. העותרים מבחירים כי הגם שהחלטה 3292 הוחלפה בהחלטה 2288, הרי שהחלטה 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 – יישובים ערביים המקיימים את אמות המידה הגיאוגרפיות שלפיהן נקבעו האזורים. בראש השני ביקשו העותרים להעניק ל-11 יישובים ערביים, אשר לא סווגו כאזור עדיפות לאומית א', מעמד זהה למעמד שניתן ליישובים היהודיים נצרת עילית ומגדל העמק, הסמוכים להם מבחינה גיאוגרפית והעולים עליהם במדר החברתי-כלכלי. בראש השלישי לעתירה התבקשה הוספת יישובי המגזר הערבי ליישובים הזוכים להטבות בתחום החינוך כאזורי עדיפות לאומית א'. הוצא צו על-תנאי בשלושה הראשים של

העתירה (ביום 6.1.2004). בהמשך התווסף לעתירה – בהסכמת המשיבים – ראש רביעי, שבו נתבקשה הוספת שבעת היישובים הבדואיים המוכרים בנגב לרשימת היישובים 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 היישובים 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 לכל הסדר של תשלומים אישיים המוענקים לפרט. העותרים מוסיפים וטוענים כי החלטת הממשלה נעדרת קריטריונים כתובים, ברורים, פומביים ושוויוניים. הקריטריונים שעליהם 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 ליישובים נשקל שיקול חברתי-כלכלי ולעתים גם שיקול פוליטי, אך – שוב – ללא קריטריונים כתובים וברורים וללא מתן משקל כלשהו למצב הסוציו-אקונומי של היישובים הערביים. מכל מקום, קשה למצוא קשר בין אמות המידה שציין המשיב לבין אופן יישומן בפועל, בייחוד לגבי יישובים מן המגזר הערבי. כך לדוגמה, בין שהשיקול הוא גיאוגרפי ובין שהשיקול הוא כלכלי-חברתי אין זה ברור מדוע היישובים הערביים הסמוכים לנצרת עילית ולמגדל העמק לא זכו להטבות זהות בתחום החינוך. העותרים טוענים כי החלטת הממשלה 3292 היא מפלה ובלתי חוקית בהיותה מבחינה ללא הצדקה בין יישובים יהודיים ליישובים שאינם יהודיים, ובעיקר כלפי יישובים ערביים. לטענת העותרים, עיון במפת אזורי העדיפות הלאומית לעניין ההטבות בחינוך מראה כי מתוך 491 יישובים במעמד של אזור עדיפות א' לפי המפה, רק ארבעה יישובים הם יישובים ערביים, כולם יישובים קטנים. בהחלטה נקבע מעמד של אזור עדיפות לאומית א' ל-36 יישובים נוספים שבהם לא נכלל אף לא יישוב ערבי אחד. בתחום החינוך, הוחלט ליתן מעמד של אזורי עדיפות לאומית לשמונה יישובים נוספים וגם בהם לא נכלל אף לא יישוב ערבי אחד. התוצאה העולה מן המקובץ היא כי, לעניין ההטבות בחינוך, יזכו בסך הכול 535 יישובים למעמד של אזור עדיפות לאומית א', ומהם רק ארבעה יישובים ערביים קטנים. אליבא דעותרים, תוצאה זו היא מפלה. ההטבות

בחינוך צריכות להיות אוניברסליות ובלתי תלויות בשיוך לאומי. ההפליה מתחדדת לנוכח העובדה שהמשיב החיל את ההטבות בחינוך על מגזרים מסוימים (חרדים, דרוזים, צ'רקסים) בפוסחו על המגזר הערבי. התוצאה מצביעה על הפליה על בסיס לאום. המשיב טען לא פעם שהבסיס להטבות בחינוך, ובמיוחד בהוספת היישובים באופן נקודתי, הוא סוציו-אקונומי. שומה היה להחיל עיקרון זה גם על היישובים הערביים. כך, בייחוד לנוכח המצב הכלכלי-חברתי הירוד, דבר שאינו שנוי במחלוקת, ברבים מיישוביה הערביים של המדינה. וכך אף ביתר שאת לגבי היישובים הברדואיים המוכרים. הטבות בתחום החינוך צריכות להינתן על בסיס עקרונות של צדק חלוקתי המחייב התחשבות בשיקולים כלכליים-חברתיים, ויישומם על כלל האוכלוסייה באופן שווה. במצב הנתון, אי הכללת היישובים 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 לביורר טענות הנוגעות להחלטת הממשלה שבוטלה, והסעד שהתבקש בגינה אינו אקטואלי. זאת ועוד, ככל שהעתירה מכוונת נגד ההפליה בין יישובים ערביים ליישובים יהודיים 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 יישובים. המשיב ציין כי בתחום החינוך, נכון להיום, מעמד היישובים נקבע באורח מלא על יסוד המבחן הגיאוגרפי, בהתאם למפת אזורי עדיפות לאומית (למעט יישובי המגזר הדרוזי והצ'רקסי). משמעות הדברים היא כי טענת ההפליה 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 שלפיה 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 אלה 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 המדויקת 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. יישוב המצוי בתוך השטח שהוכרז כאזור עדיפות לאומית יינה מהטבות, בין שמדובר ביישוב יהודי ובין שמדובר ביישוב ערבי. יישוב שאינו מצוי בתא השטח הגיאוגרפי האמור לא יקבל את ההטבות, בין שהוא יישוב יהודי ובין שהוא יישוב ערבי. משעה שהקריטריון הוא גיאוגרפי בלבד, אין מקום לטענת ההפליה, שכן ההבחנה היא על בסיס מיקום גיאוגרפי בלבד. את השיעור המזערי של יישובים ערביים הנכללים באזור העדיפות הלאומית יש לייחס, כך נטען, לפיזורם הגיאוגרפי "של היישובים הערבים שאינם מצויים בגליל העליון או בדרום הנגב". אכן, בפריפריה הצפונית המוגדרת כאזור עדיפות לאומית א' מצויים יישובים ערביים 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 אזורי עדיפות לאומית א' ל-ב' בצפון הארץ עובר ברובו המכריע (למעלה מ-70%) לאורך קווי השיפוט של היישובים הסמוכים לקו זה, ורק בנקודות מעטות חוצה הקו שטחים פתוחים.

9. המשיב מתנגד לדרישת העותרים להוספת יישובי המגזר הערבי והמגזר הברואי לרשימת היישובים המקבלים הטבות. המשיב מבחיר כי גם בתחום החינוך

לא נקבעו אזורי העדיפות הלאומית על פי מדד סוציו-אקונומי אלא על פי קריטריון גיאוגרפי. עם זאת, החליטה הממשלה לתת הטבות על בסיס נקודתי לכמה יישובים דרוזיים וצ'רקסיים, ולא להטות בלבד. מגזרים אלה זקוקים לתגבור רב בחינוך, כדי להדביק פערים בני שנים רבות. ההטבות למגזרים אלה אינם אלא העדפה מתקנת, המהווה חלק ממדיניות כוללת של הממשלה בטיפול במגזרים אלה. המשיב מבחיר כי אין אפשרות מעשית לקיים העדפה מתקנת באופן גורף ובו זמני לכלל המגזרים הזקוקים לה. לכן, היענות לדרישת העותרים להשוואת מעמדם למעמד היישובים הדרוזיים והצ'רקסיים תחייב שלילת ההטבות מהיישובים הדרוזיים והצ'רקסיים ולפגיעה בלתי מוצדקת בהם. יחד עם זאת, הממשלה פועלת בדרכים אחרות לקידום החינוך במגזר הערבי ובמגזר הבודואי. במהלך השנים הוקמו ועדות אחדות שגיבשו המלצות שונות בנושא. עוד החליטה הממשלה (ביום 22.10.2000) לפעול בתוכנית רב-שנתית לפיתוח חברתי-כלכלי של המגזר הערבי ולקידומו, לרבות בתחום החינוך. בעקבות החלטה זו, גובשה במשרד החינוך תוכנית חומש שמטרתה ליצור שוויון הזדמנויות במגזר הערבי ובמגזר הדרוזי, להעלות את שיעור הזכאים לבגרות; לחזק מיומנויות לימודיות יסודיות; לחזק את מערך החינוך המיוחד, ועוד. יישום התוכנית החל בשנת הלימודים התש"ס בתקציב כולל של 250 מיליון ש"ח לחמש שנים, כתוספת לכלל המשאבים המוקצים למערכות 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 ייקבע מדד תיקצוב אחיד ומשותף לכל מוסדות החינוך ולכל התלמידים בישראל, לפי קריטריונים שוויוניים המבוסס על שורת משתנים, ובהם השכלת ההורים, ארץ עלייה, ריחוק גיאוגרפי ממרכז הארץ ומגורים באזור עדיפות לאומית וקו עימות. המשיב מוסיף כי יישום שיטת התיקצוב לפי דו"ח שושני יביא לשיפור ניכר 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 התשס"ד. הנה כי כן, טוען המשיב, אין מקום להוספתם של יישובי המגזר הערבי והמגזר הבודואי – 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.

## גדר המחלוקת

10. מן הראוי לתחום תחילה את מסגרת הדיון, כפי שהיא נראית לפנינו לאחר עיון בחומר ושמיעת בעלי הדין: ראשית, מקובלת עלינו עמדת העותרים, שלפיה יש עדיין רלוונטיות 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, אפוא, להפריד בין שתי החלטות הממשלה, בכל הנוגע לטענת העותרים שלפיה 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 הן 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 שהקביעה של אזורי העדיפות הלאומית נכון לעת הזו, לרבות בתחום החינוך, היא מכוחה של החלטה 2288. שלישית, מקובלת עלינו עמדת המשיב, שלפיה במצב הדברים כיום התייתר הראש השני של העתירה. אכן, עיקרו של ראש זה נסוב סביב טענת ההפליה שגורמת החלטה 3292 בין יישובים שזכו למעמד נקודתי של אזור עדיפות לאומית, הגם שלא ענו על הקריטריון הגיאוגרפי, כגון נצרת עילית ומגדל העמק, לבין יישובים ערביים סמוכים שלא נהנו ממעמד זה. אולם, המשיב מסר כי מעמד נקודתי זה של היישובים היהודיים בוטל ואינו קיים עוד, וממילא נשטט היסוד תחת טענת ההפליה בעת הזו. למציאות הזמנית ששררה עד לשינוי מדיניות הממשלה יכול שתהא נפקות לעניין הסעד, אולם בירור טענת ההפליה בהקשר זה אינה נדרשת עוד בעת הזו.

11. לנוכח האמור לעיל, נותרו על כנן שלוש סוגיות עיקריות: הראשונה, אם מוסמכת הממשלה לקבוע הסדר של אזורי עדיפות לאומית, מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה; השנייה, אם מפת אזורי העדיפות הלאומית בנושא החינוך שעליה החליטה הממשלה (החלטות 3292 ו-2288) הינה מפלה על בסיס לאום ודינה בטלות; השלישית, אם יש להקנות ליישובי המגזר הערבי והמגזר הברדואי מעמד של

א יישובים באזור עדיפות לאומית א' בתחום החינוך, בדומה לאופן הפעולה ביחס ליישובים דרוזיים וצ'רקסיים. הסוגיה הראשונה נדונה בחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיא השופט מ' חשין. מצטרף אני לדבריו. את חוות דעתי אקדיש, אפוא, לשתי השאלות האחרות.

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

ג 12. מן העבר האחד טוען לפנינו המשיב כי כל תכלית הקביעה של אזורי העדיפות הלאומית בתחום החינוך היא פיצוי הפריפריה על ריחוקה מן המרכז, כאשר השיקול הרלוונטי המובא 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 שלפיה בין היישובים הזכאים לעדיפות לאומית בעניין חינוך, שהם כ-500 במספר, נכללים רק ארבעה יישובים ערביים קטנים. עם מי הדין?

ד עקרון השוויון

ה 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 [1], בעמ' 698). אכן, "מן 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 המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו [2], בעמ' 415; בג"ץ 10026/01 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש-ממשלת ישראל [3], בעמ' 39). עיקרון ראשון במלכות הוא לפירושם וליישומם של חוקים (בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות [4], בעמ' 177). הפגיעה בשוויון היא "הרע-מכל-רע" (השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת [5], בעמ' 503). ההפליה הינה מן הפגיעות החמורות שייתכנו באדם ובזכויות האדם. היא עשויה להוביל להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון [6], בעמ' 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 [7], בעמ' 658-659; ראו עוד בג"ץ 4112/99 [2], בעמ' 414, וכן אהרן ברק שופט בבחברה דמוקרטית [88], בעמ' 142).

14. עקרון השוויון חולש על כל תחומי הפעילות של השלטון. עם זאת, חשיבות מיוחדת נודעת לו בכל הקשור לחובת השלטון לנהוג בשוויון בין אזרחיה היהודים של המדינה לאזרחיה 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 שציינתי 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 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל [8], בעמ' 280-281). נוסף 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 [8], 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 [8], בעמ' 282, וכן א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חבר-הכנסת טיבי [9], בעמ' 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 – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך [10]). לזכות לחינוך ביטויים רבים בחוקות של מדינות דמוקרטיות, ובאמנות בינלאומיות. בצדק צוין 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 [11], בעמ' 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 [12], בעמ' 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, ובצדה מוטלת חובה על הרשות הציבורית לספק חינוך, ולתתו לכלל הציבור חינוך" (ראו השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 7374/01 פלוניס נ' מנכ"ל משרד החינוך הגב' רונית תירוש [13]; ראו גם חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000; בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט [11]; בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך [14]; בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון לציון נ' שרת החינוך [15]; ראו בהרחבה יורם רבין הזכות לחינוך [89], בעמ' 65). ביטוי נוסף למעמדה הרם של זכות יסוד זו מצוי בחוקה פרשנית, שלפיה יש לפרש את החוק באופן המקיים את הזכות לחינוך על פני פירוש השולל אותה (בג"ץ 693/03 מרציאנו נ' שר האוצר [16]).

#### 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 לפנינו 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 לכירורה 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 לבין אזורי פריפריה המרוחקים ממנו. על פיו, יש ליתן עדיפות בתחום החינוך לאותם יישובים המצויים באזורים המרוחקים. עמדה זו מצאה ביטוי בתשובת המשיב (28.3.2004) ועל פיה, שיעורם היחסי הנמוך של היישובים הערביים באזורי העדיפות הלאומית "נובע מן המיקום הגיאוגרפי של היישובים 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 אפוא 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 התווייתו של הקו הגיאוגרפי, נעשו על מנת להפלות את בני הציבור הערבי.

יודגש, כי הנחתנו זו, שלפיה אופן תיחום אזורי עדיפות לאומית לעניין הטבות בחינוך נעשה אך על פי אמות מידה של ריחוק גיאוגרפי מהמרכז, ללא כל כוונה להטות עם מגזרים מסוימים, אינה מובנת מאליה בנסיבות המקרה. כך, שכן המשיב לא סיפק לבית 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. לבד מן ההצהרה, כי המבחן הוא ריחוק גיאוגרפי, לא מצאנו בחומר שלפנינו הסבר או נוסחה שתסביר מהו המרכז, ומהו המרחק מן המרכז המצדיק הטבות בתחום החינוך דווקא. לפני הממשלה עמדו נתונים גם לגבי השתייכות היישובים בפריפריה למגזרים שונים בחברה הישראלית. בהיעדר הסבר או נוסחה, יש קושי בלתי מבוטל בקבלת עמדת המשיב שלפיה המרחק הגיאוגרפי היה השיקול היחיד שהובא בחשבון בתיחום האזורים (ראו והשוו בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון [17], בעמ' 90). זאת ועוד: היעדרם של הסבר או נוסחה, שעל 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, ועל השוויון בחינוך בפרט (ראו והשוו בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר [18], בעמ' 706; כן ראו בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות [19], בעמ' 172; בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון [17], בעמ' 89; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו [20]; בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות [21], בעמ' 282). אולם, גם אם נניח כי בקבלת החלטת הממשלה נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים, ולא הייתה 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 בהיעדר כוונה או מניע של הפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה. כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות – שיכול שהתגבשה 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 [22], בעמ' 764). "עקרון השוויון צופה פני תוצאה; 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 [7], בעמ' 654). המבחן לקיומה של הפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת. אין הוא 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 פרוז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו [20], בעמ' 334-333).

ראו גם דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה [23], בעמ' 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', במובן זה, שאין היא מופיעה 'על פני' הנורמה, אלא נובעת מ'האפקט' של הנורמה" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול [24], בעמ' 241-242).



כן ראו בג"ץ 6689/95 קעאדן נ' מינהל מקרקעי ישראל [8], בעמ' 279–280.

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

"מוכן אני להניח, כי לא היה 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 הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית" (בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה [25], בעמ' 759).

דברים דומים פסק השופט א' מצא בהקשר להפליית נשים:

"ההתחקות אחר סיבותיה של הפליה קבוצתית של נשים במיגור ספציפי זה או אחר, מקום שקיומה כמציאות חברתית באותו מיגור 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 בלי 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' [26], בעמ' 524).

19. בענייננו, הדרך שבה 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 יישובים שקיבלו מעמד של אזורי עדיפות לאומית לצורכי ההטבות בחינוך נכללו רק ארבעה יישובים ערביים קטנים. יחס מספרי זה אינו תואם כלל את חלקו של המגזר הערבי באוכלוסייה בכללותה ואת פריסתו הגיאוגרפית במדינה. אמת, יישובים ערביים אינם מרוכזים ככל הנראה בפריפריה המרוחקת בגליל ובנגב. מכאן, לכאורה, שהקריטריון הגיאוגרפי מדיר יישובים אלה 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 יישובים יהודיים בלבד. הפער הגדול בין מספר היישובים היהודיים במעמד של אזור עדיפות לאומית בתחום החינוך לבין מספר היישובים הערביים במעמד דומה, מצביע על תוצאה מפלה. כפי שציין חברי המשנה לנשיא מ' חשין בהקשר קרוב, "על פער זה ייאמר כי הדבר מדבר בעדו" (בג"ץ 240/98 ענדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות [4], בעמ' 178). עם תוצאה זו לא ניתן להשלים. מדובר 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 [19] הנזכר, בעמ' 170–171). גם בהנחה כי למשיב היו טעמים מבוררים בכואו לקבוע את הקווים הגיאוגרפיים המבחינים בין אזורי עדיפות לאומית לאזורים שאינם כאלה, לא ניתן להתעלם מן התוצאה הנובעת מקווי תחום 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 יישובים ערביים תוך השגת תוצאה שוויונית יותר. כזאת לא נעשה. הקו הגיאוגרפי שנבחר מביא לתוצאה מפלה.

20. ודוק: הקביעה, כי מדובר 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 האום והגזע. יש לצפות כי מדיניות הממשלה בתחום זה תקיים שוויון בין יהודים לערבים. 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 לערבים. לא זו התוצאה של מדיניות הממשלה. על מנת להמחיש את הפער הנוצר כתוצאה ממדיניות הממשלה בתחום החינוך, יש לחזור אל הנתונים שהוצגו לפנינו (נספח ע/5 לעתירה) באשר לנפקות המעמד של אזור עדיפות לאומית בחינוך. יישוב שנכלל באזור עדיפות א' זוכה להטבות של ממש, 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 בהתחשב בצרכים המיוחדים לבתי ספר שש-שנתיים; עדיפות במלגות לסטודנטים; מענק של 100,000 ש"ח לכל מתנ"ס לעידוד אוכלוסיות חדשות. מנגד, הובאו לפנינו נתונים קשים לגבי מצב חברתי-כלכלי ירוד במגזר הערבי: כך, נכון לשנת 2002, כמחצית מן היישובים הערביים נמצאים בשני האשכולות הנמוכים ביותר לפי דו"חות הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. כ-94% מהיישובים 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 [106], בראשות 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 כתות 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 [106], בעמ' 48; ראו עוד והשוו בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה נ' משרד החינוך [27]). 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 שלפיה רק ארבעה יישובים ערביים קטנים זוכים להטבות של אזור עדיפות לאומית בחינוך, שעה שלא פחות מ-500 יישובים יהודיים זוכים להטבות אלה. כך ככלל, כך בייחוד במצב שבו המגזר הערבי מצוי בפיגור כה בולט בתחום החינוך. אכן, "הוצאת ישובים ערביים מתוכניות חברתיות כלכליות נקודתיות, שיעודן מוגדר ושונה, מהווה אפליה פסולה" (השופט ד' דורנר בבג"ץ 6488/02 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ועדת המנכ"לים [28]). משאבי הציבור – בייחוד משאבים המופנים לתיקון עיוות חברתי-כלכלי – צריך שיוקצו באופן

שוויוני וצודק בשים לב למטרה אשר לשמה הם מוקצים ולצרכים השונים של בני החברה בקבלת המשאבים. מסקנתנו היא אפוא כי בנסיבות העניין שלפנינו נפגם עקרון השוויון.

א

22. קביעה זו, בדבר הפרת עקרון השוויון, עדיין אינה סוף פסוק לעניין חוקיותה של 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 הביטחון [6], בעמ' 138; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה [29]). גם משהוכחה פגיעה בשוויון, יש לבחון אפוא אם הפגיעה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. היינו, אם ההחלטה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, אם נועדה לתכלית ראויה ואם הפגיעה בשוויון אינה במידה העולה על הנדרש. עשויה להתקיים, אפוא, הפליה מותרת (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת [30], בעמ' 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 אזורי עדיפות לאומית התחייב לשם קידומן של תכליות ושל ערכים ראויים, ההולמים את ערכיה היהודיים וערכיה הדמוקרטיים של המדינה. הוא לא טען ולא הוכיח כי הפגיעה היא מידתית. כפי שהראה חברי, המשנה לנשיא מ' חשין, הפגיעה אינה מעוגנת בחוק או על פייו. 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.

ב

ג

ד

ה

ו

ז

23. הנה כי כן, מסקנתנו היא כי לאור הנתונים שהובאו לפנינו והדין הנוהג בנדון, החלטה 2288 של הממשלה אינה יכולה לעמוד, שכן היא מביאה לתוצאה מפלה בין המגזר היהודי למגזר הערבי. אם אכן סבורה הייתה הממשלה כי הריחוק מן המרכז מביא לפערים בלתי רצויים בתחום החינוך, הרי נכון הדבר לא רק לגבי יישובים יהודיים אלא גם לגבי יישובים ערביים. אולם, התוצאה, שלפיה היישובים הנחשבים כפריפריאליים לעניין החינוך הם ברובם המכריע יישובים יהודיים, מצביעה בהכרח על תוצאה מפלה. שוני רלוונטי לכאורה – הוא הריחוק הגיאוגרפי – הופך לשוני בלתי רלוונטי ומפלה, עקב תוצאתה של 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, אפוא, כי מדיניות זו של הממשלה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהחלטה 2288, הינה מפלה ובלתי חוקית.

א

אי הכללת היישובים הערביים והבדואיים בין היישובים הזכאים לתנאי אזור עדיפות לאומית בחינוך

ב

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 היישובים הערביים והבדואיים, כפי שהדבר נעשה לפחות באשר לחלק מן היישובים הדרוזיים והצ'רקסיים. הטענה בהקשר זה אינה קשורה על כן למפה הארצית של אזורי עדיפות לאומית, אלא לשיקול הדעת של הממשלה להחליט כי יישובים מסוימים, 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 המגזרים 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 את הבסיס מתחת לטענת ההפליה.

ג

ד

ה

25. בעתירה זו, אין מקום כי נורה על הקניית מעמד של אזורי עדיפות לאומית בתחום החינוך ליישובי המגזר הערבי והמגזר הבדואי, וזאת משני טעמים עיקריים. ראשית, סעדים אלה של הקניית מעמד ספציפי ליישובי המגזר הערבי והמגזר הבדואי 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 אזורי העדיפות הלאומית בחינוך – אין מקום להידרש לסעדים החלופיים שהתבקשו על ידי העותרים. שנית, גם לו נדרשנו לגופן של הטענות, לא היה בידינו להעניק לעותרים את הסעד המבוקש. על העותרים רבץ הנטל להראות כי המגזר הערבי והמגזר הבדואי מופלים בסופו של יום בתחום ההטבות לחינוך ביחס למגזרים

ו

ז

אחרים, כגון המגזרים הדרוזיים והצ'רקסיים. 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.

#### הסעד

ב 26. מסקנתנו היא, אפוא, כי נפל פגם בהחלטת הממשלה מס' 2288 שעניינה קביעת אזורי 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 ובמהותו הסדר ראשוני, הנתון רק בסמכותה של הכנסת. שנית, החלטת הממשלה האמורה אינה כדין, שכן היא מפלה הפליה אסורה בין יהודים לערבים, הפליה הפוגעת באופן שאינו מידתי בזכות לשוויון. מהו הסעד הראוי למצב דברים מעין זה? אכן, לנוכח חומרת הפגמים שנפלו בהחלטת הממשלה, אין מנוס מן הקביעה כי דינה של החלטת הממשלה 2288, ככל שהיא מתייחסת לקביעת אזורי 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 להיוותר על כנה, ודינה בטלות.

ה 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 אזורי עדיפות לאומית היא בעלת משמעות נורמטיבית רחבה ויש להימנע ממצב שבו קיים "חלל חקיקתי" בנושא כה חשוב בעל השלכה לאומית רחבה (השוו *Re Language Rights under Section 23 of the Manitoba Act, 1870*, [87]). יש להימנע מפגיעה באינטרס ציבורי חשוב (ראו והשוו בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות [31]; ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ [32]), שהוא לענייננו יציבות הסדרתו של 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 קרית גת נ' מדינת ישראל [33] (להלן: פרשת עיריית קרית גת); בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל [34]). 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 השפעה רחבה, הן בתחום החינוך והן בתחומים אחרים. שקילה מעין זו מחייבת קיומו של פרק זמן הולם למחוקק לענות בו (ראו לדוגמה בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה [35]). לבסוף, יש לזכור כי החלטת הממשלה מס' 2288 אינה עומדת על רגליה שלה 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 לבין המצב הנורמטיבי לאחר ביטול של האחרונה שבהן.

28. אכן, הסעד הראוי בנסיבות מעין אלה הוא אפוא השעייתה של הכרזת הבטלות (לעניין זה ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" [95]). לנוכח הפגם החמור שנפל בהחלטת הממשלה, אין מנוס מלהורות על בטלותה. אולם, לנוכח ההשלכות של בטלות מיידית של החלטת ממשלה מעין זו, יש לקבוע כי הכרזת הבטלות מושעית בזמן לתקופה מסוימת. כך נקבע בעבר בבית משפט זה שעה שבוטלה החלטת ממשלה לעניין אזורי עדיפות לאומית (פרשת עיריית קרית גת [33], לעיל, בדעת רוב); כך קבענו כי יש להשעות תוצאותיה של הכרזת בטלות גם בהקשרים אחרים (ראו לדוגמה בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [36]; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון [37]). 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 חייב 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 12 חודשים מיום מתן פסק דינו זה.

29. בשולי הדברים יש להעיר כי פסק דינו 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 דינו מבוסס לא רק על הקביעה כי נפל פגם של הפליה פסולה ובלתי מוצדקת באפקט התוצאה של תוכנית הממשלה לעניין הנדון, אלא גם על הקביעה כי הסדר מסוג זה אינו יכול להיות בהחלטת ממשלה אלא חייב הוא הסדר ראשוני של הכנסת, והכול כאמור בפסק דינו של חברנו, המשנה לנשיא מ' חשין. אין אפוא ספק, כי לקביעה נורמטיבית זו השלכה

א אפשרית לא רק על קביעת אזורי עדיפות בתחום החינוך, מושא 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.

ב אי לכך, אנו עושים את הצו על-תנאי למוחלט, במובן זה שהחלטת הממשלה מס' 2288 – ככל שהיא נוגעת לתחום החינוך – מתבטלת בחלוף 12 חודשים מיום מתן פסק דיננו זה.

המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין:

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

ד גידרי המחלוקת

ה 2. הממשלה החליטה על קביעתם של אזורי עדיפות לאומית ועל מתן הטבות חומריות אלה ואחרות – הטבות-כסף והטבות שוות-כסף – לתושבי אותם אזורים. המוסמכת הייתה הממשלה לעשות מעשה זה שעשתה? הכול מסכימים כי אין לה לממשלה סמכות לעשות את שהכנסת לא התירה לה לעשות, בראש ובראשונה, בחוק של הכנסת. עוד מסכימים הכול, כי אין בו בספר החוקים הוראת-חוק המסמיכה את הממשלה ומתירה לה לכונן אזורי עדיפות לאומית כאותם אזורים שכוננה 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 (התשס"א)? ולהזכירנו, כך מורה אותנו סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א):

הסמכויות  
השיוריות של  
הממשלה

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



3. טוענים העותרים: סמכות הקבועה בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"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 – במישורין ובעקיפין – על המדינה כולה, ובהיותה מה שהיא הוראת סעיף 32 לחוק היסוד צרה מהכיל אותה. הממשלה לא הייתה 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 (התשס"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 (התשס"א).

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

5. הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א) נתגלגלה אלינו מדברי-חוק קודמים. אָמָה הקדמונה הייתה בהוראת סימן 5 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1947–1922, משם נתגלגלה להוראת סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה

(תשכ"ח), וממנה להוראת סעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה (התשנ"ב). הוראת סעיף 32 היא בִּפְתָה של הוראת סעיף 40, ונוסח הסעיפים 29, 40 ו-32 זהה. הוראת-חוק זו על גלגוליה זכתה לפירוש ולהארה בהלכה ובדברי חכמים, ואולם אנו לא נדבר אלא בעיקרים שלענייננו.

6. כהוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א): "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". זו "המהות" של הממשלה – כדבר כותרת השוליים להוראת סעיף 1 – וכמוסכם על הכול 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) ואלה היו דבריו (שם [38], בעמ' 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 חובת 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 שלטון 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 (התשס"א), זו הוראה המסמיכה את הממשלה לפעול באורח "שיוירי", קרא, אף באין הסמכה מפורשת ומפורטת בחוק. על תכליתה של ההוראה ועל הטעמים לחיקוקה עמד פרופ' יצחק זמיר בסיפרו הסמכות המינהלית [90], בעמ' 334 (1980 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 מכתיבה, 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" [96], בעמ' 113, 115 (זמיר, משפט וממשל), הרחיב פרופ' זמיר דברים בסוגיה, ונביא מקצת 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 (התשס"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 לשלטון החוק במובנו המהותי, בכך נוסף ונרחיב בהמשך דברינו להלן.

8. מכוחו של סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"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 (התשמ"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. הכול מסכימים, אפוא, כי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א) מהווה מקור סמכות עצמאי לעשיית מעשים שהממשלה מבקשת לעשותם ושלא הוסדרו בחוק הכנסת. ראוי, למשל: בג"ץ 8600/04 שמעוני, ראש-המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש-הממשלה [39], פסקאות 9–12 לפסק דינו של הנשיא ברק; זמיר משפט וממשל [96], בעמ' 115–116; מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת [91], בעמ' 174; והשוו: שם [91], בעמ' 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 (התשס"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 שלטון 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 בתינתנו 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 ממשל 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 ששלטון 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 (התשס"א) ונמנע 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 לצמצום סמכותה של הממשלה, מחשש שמא הרחבת-יתר תפגע בעקרון שלטון החוק ובמירקם הדמוקרטי של ביזור הסמכויות והפרדת הרשויות? התשובה לכל שאלות אלה כולן תימצא לנו במיגבלות שהושמו על סמכותה השיורית של הממשלה. בעניינן של אלה 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 (התשס"א) קובעת בגופה שתי מיגבלות לסמכותה השיורית של הממשלה. מיגבלה אחת קובעת כי סמכותה השיורית של הממשלה היא "בכפוף לכל דין", ומיגבלה שנייה קובעת כי סמכותה השיורית של הממשלה עומדת לה לעשות פעולה "שעשייתה אינה מוטלת בדין על

רשות אחרת". שתי מיגבלות אלה הן-הן העושות את סמכותה של הממשלה על פי סעיף 32 לסמכות "שירות", הן הצובעות את סמכות הממשלה במקום זה בצבע של "שירות" (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 בספרה הנ"ל [91], בעמ' 178–181; ספר זמיר [90], בעמ' 336–338.

12. סמכותה של הממשלה כהוראת סעיף 32, סמכות "שירות" 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-הזה. ראו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [40], בעמ' 832. ואולם, משאומר המחוקק דברו, ממילא אין חלל – או: חלל שהיה נתמלא תוכן – והסמכות השירותית, כטבעה של סמכות "שירות", אינה נוצרת כלל או שהיא נעלמת ואינה עוד. ובלשונו של השופט גולדברג בפרשת עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל (בג"ץ 2918/93 [33], בעמ' 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 שירותית באותו עניין עצמו [...].

13. ואמנם, [...] מקום בו יש חקיקה הדנה בסוגיה פלונית, אין חלות סמכויות ממשל כלליות" (פרשת פדרמן [38], בעמ' 652). טעם הדבר גלוי לעין: שאם תותר הממשלה לפעול במקום שהכנסת הסמיכה רשות אחרת לפעול בו, ייפגע באורה חריף שלטון החוק, תיפגם דוקטרינת הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, וייגרע – שלא-כדין – מסמכותה של הכנסת. ובלשונו של השופט גולדברג בפרשת עיריית קרית גת [33]: "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 [33], בעמ' 844). חוק המכתיב דרך פעולה מסוימת מחייב את הממשלה לפעול בדרך שנקבעה בחוק, וממילא מונע הוא אותה מיצירתו של "מסלול מקביל" שמקורו בסמכותה השירותית (בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' מדינת ישראל [41],

בעמ' 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', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר החקלאות [42], בעמ' 729). השוו עוד: בג"ץ 5018/91 גדות תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל [43], בעמ' 786; וראו גם עמדתו של השופט חיים כהן בבג"ץ 35/62 בכר נ' שר-הביטחון [44], בעמ' 809, ובבג"ץ 313/63 הרמתי נ' מנהל מס רכוש [45], בעמ' 361; אך השוו לעמדתו של בית המשפט (מפי השופט מלץ) בבג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות [46], בעמ' 57.

14. מקום שהמחוקק הסדיר במפורש ובמפורט מיגזר חיים פלוני, ברי כי סמכות שיורית לממשלה לא תבוא כלל לעולם. שאם יש משמעות כלשהי למושג "בכפוף לכל דין" או למושג ה"שיוריות" – זו היא המשמעות. כי תפעל הממשלה שלא בהיתר באותו תחום שהסדיר המחוקק, לא זו בלבד שלא ניתן יהיה לכנות את פעילותה כ"שיורית", אלא שתהא זו פעילות בניגוד לחוק. כך, למשל, לימדנו השופט גולדברג בפרשת עיריית קרית גת [33]: "הסייג שבסעיף 29 [לחוק-יסוד: הממשלה (תשכ"ח)], כיום סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"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 [33], בעמ' 844). בפרשת איגוד שמאי ביטוח [41] נדרש השופט אור לפירושו של חוק פיצוי נפגעי אסון טבע, התשמ"ט-1989, ובניתוחו של אותו חוק קבע שהביטוי "בכפוף לכל דין" משמיענו כי עד שתפעיל את סמכותה השיורית, נָטָל 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 [התשנ"ב], כיום: סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א)], מכשול לממשלה לפנות, מכוח סמכותה השיורית, למסלול אחר, על מנת לבחון אם לפצות את הנפגעים עקב פגעי טבע במסלול זה" (שם [33], בעמ' 191–192). כן קבע השופט אור כי אין מניעה מלשלם 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 קרית גת [33], בעמ' 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 [96], בעמ' 116-117; וראו גם ספר זמיר [90], בעמ' 337).

15. הסדר בחוק המונע היווצרותה של סמכות שיווית אינו כולל אך הסדר חיובי אלא הסדר שלילי אף-הוא (השוו: רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ [47]). ונזכיר עוד, כי מכבר ידענו שלעתים "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 [48], בעמ' 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 מסוים. ראו: ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ בפירוק [49], בעמ' 1549; על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו [50], בעמ' 404. ובלשונו של הנשיא ברק בפרשת שמעוני (שס [39], 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 שיווית – ביתר דיוק: סמכות שיווית, באשר "שיווית" היא, אינה באה כלל לעולם – במקום בו הסדיר המחוקק, או נמנע בכוונה מהסדיר, דרך פעילות מסוימת. השאלה אם במקרה פלוני או אלמוני כך או אחרת הוא הדין, שאלה היא לפירושו של ההסדר ולשיבוצו במערכת המשפט בכללה, ובה עיקרי היסוד.

"מיגבלות חוץ" לסמכותה של הממשלה

17. עמדנו עד-כה על שתי מיגבלות לסמכותה השיווית של הממשלה, זו סמכות הקבועה בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א). "מיגבלות פנים" כינינו אותן מיגבלות, באשר מיגבלות הן הקבועות בתוככי הוראת הסמכות השיווית וכחלק



בלתי נפרד מניסוחה של אותה סמכות. והשאלה שאלה: האם לבד משתי מיגבלות אלה שהושמו על סמכותה השיורית רשאית ומוסמכת היא הממשלה לעשות כחפצה וכרצונה (בכפופות, 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 לבודקה ולבוחנה היטב-היטב על רקע שיטת המשפט בכללה. בפרשת פלוני נ' פלונית (ע"א 3798/94 [51], בעמ' 182), דיברתי ביחס שבין המוסר לבין המשפט, וכך אמרתי בין שאר דבריי:

המוסר וציווי נדמים הם לאגם מים טהורים, והמשפט וציווי 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' קראוס (ד"א 7325/95 [52], בעמ' 77-73):

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 טפולה ראסה. 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.

א

כך אף בבג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת [53], בעמ' 562.

בכואנו אל חוק הכנסת, אין אנו באים בידיים ריקות. באים אנו ובציקלוננו מיטען של שפה ולשון, הגדרות-לשון ומשמעויות, מינהגות-חברה ומוסר, מוסכמות ומושכלות ראשוניים, צדק ויושר, עקרונות ועיקרים. מוחנו וליבנו הוכשרו למעשה הפרשנות, ביודעין ובלא-יודעין. בכואנו 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, מצוידים בכל אותם כלי-מלאכה, ועושים אנו כמיטבנו לפירושו של הטקסט.

ג

ראו עוד: רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי [54] (בפיסקה 18 לפסק הדין).

עיקרי-יסוד ודוקטרינות אלה, 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 (התשס"א). ובעוטפם את הוראת סעיף 32, תוחמים הם כל אותם עיקרים את אזורי התפרשותה של הסמכות הקבועה בה וקובעים הם את גדריה סביב-סביב.

ה

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 עימהם, למשל, עקרונות תום הלב, היושר ההגינות ודומיהם (רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון [55], בעמ' 269–270; רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אבירזים ומוצרי צריכה בע"מ [47]); באות בתוכם זכויות היסוד של האדם: כבוד האדם, החירות, השוויון, הרוח החופשית והקניין (בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה [7], בעמ' 650; בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה [56], בעמ' 683); כך גם "העיקרון הדמוקרטי – באשר הוא – מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצרף הוא עצמו לצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט

ו

ז

ישראל" (בג"ץ 7351/95 נבואני נ' השר לענייני דתות [57], בעמ' 121; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון [37], בעמ' 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 (התשס"א).

19. סמכותה השיוורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א) לא ביקשה לשחרר עצמה מכבליהם של עיקרי היסוד. נהפוך הוא: בהיעדר הוראת אחרת – והוראת אחרת אין בנמצא – נפרש את סמכותה השיוורית 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 [38], בעמ' 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 אלה תשתית לקיומה וחלק מן הצופן הגנטי המקיים אותה במקומה. וכדברי הנשיא ברק בפרשת שמעוני (שם [39], 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 נורמטיביות 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.

א

20. בהקשר ענייננו עתה נפסק – והלכה זו מקובלת על הכול – כי מכוח סמכותה השיורית כהוראת סעיף 32, אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד. זכויות אלה מהוות חלק אינטגרלי במשפט ופגיעה בהן יכול שתיעשה רק בחוק הכנסת לבדו. כל זכות מזכויות היסוד "את חוקים תתהלך" (בג"ץ 4140/95 טופרפארס (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ [58], בעמ' 96); "עוצמתה ורמתה כעוצמתו וכרמתו של חוק", ו"רק לשון מפורשת וחד-משמעית בחוק יש בכוחה להגביל או להצר [...]" זכות מעין-זו (שם [58], שם). ועוד: "סמכותה ה'שיורית' של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה'שיורית' 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 [40], בעמ' 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 [38], בעמ' 652):

ב

ג

ד

ה

ו

ז

יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר והפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמטיביות 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 [39], בפסקה 17; טפר זמיר [90], בעמ' 337; פרשת עיריית קרית גת [33], בעמ' 847; מרגית כהן בספרה הנ"ל [91], בעמ' 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-כ"כ, 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 (התשס"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" 99 יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה [97], בעמ' 190 (ברכה זכויות אדם חוקתיות, והמשפט המינהלי). ראו עוד: פרשת עיריית קרית גת (שם [33], בעמ' 847), מפי השופטת דורנר; זמיר משפט וממשל [96], בעמ' 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 בממשל 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 (התשס"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 שלטון החוק (במובנו המהותי של המושג) ועקרון ביזור הסמכויות והפרדת הרשויות. במסגרת 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 השיורית. בקביעת הפעילויות הבאות בתחום השיורי 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 [38], לעיל); באים בתחומה נושאים הקשורים בשמירה על ביטחון המדינה ובנושאים טפלים לכך: בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון [59]; בג"ץ 302/72 אבו-חילו נ' ממשלת ישראל [60]; בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות [61], ועוד. ראו עוד, למשל: בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה [62]; ברכה, זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי [97], בעמ' 174–175. עיקר לענייננו עתה הוא, שסמכותה השיורית 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 (התשס"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 השיורית ייקבעו כמו-מאליהם בתחומי גבולות סמכות הביצוע. וכך, במקום שבו נקבעים גבולות סמכויות הביצוע, שם ייקבעו (למירב) גם – במסגרת המיגבלות החיצוניות – גבולות הסמכות השיורית. גבול הסמכות השיורית הוא אפוא גבול סמכות הביצוע, ואין הממשלה מותרת לחצות אותו גבול ולחרוש בשדה שלא יועד לה מלכתחילה. עמד על כך הנשיא ברק בפרשת שמעוני [39] (בפיסקה 15):

הסמכות השיורית 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 ענייננו-שלנו, וננסה לבחון את המעטפת החיצונית לסמכותה השיורית 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 השיורית של הממשלה. נלמד את גבולות הביצוע ונדע את גבולות הסמכות השיורית.

שלטון החוק, הפרדת רשויות וביזור סמכויות

25. עקרון שלטון החוק במקומנו משמיע אותנו משטר של הפרדת רשויות וביזור סמכויות: המחוקק יחוקק; המבצע יבצע; השופט ישפוט; ובה-בעת יתקיים פיקוח הדדי בין הרשויות, ביניהן-לביין-עצמן, ואיזון בין הכוחות והסמכויות. וכלשונם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל [92], 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 יחסיהן 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 [63] (בג"ץ 4885/03):

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

א  
ב  
כלל תנגח רשות את רעותה ולכל תשתלט רשות על חלקותיהן של אחרות. הרשויות האחרות. הרשויות 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 הרשויות תטלטל את קרניה יתר-על-המידה, או, מקום שאחת מן הרוכבות על כנף-הנדנדה תפר את שיווי-המישקל, ייפרעו הסדרים וטלטלה תאחו בכל מערך השלטון.

ג  
ד  
26. תכליתו של עקרון הפרדת הרשויות 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 [64], בעמ' 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 הרשויות, הברון מונטסקייה, בסיפרו על רוח החוקים [93]:

ה  
כאשר בידיו 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.

[...]

ו  
אבוד יאבד הכול אם אדם אחד ויחיד או גוף אחד ויחיד – הנסיכים, האצולה או העם כולו, יפעיל לברו 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).

ז  
ליבתו של עקרון הפרדת הרשויות תימצא לנו, אפוא – בעיקרה – בביזור הכוחות בין רשויות 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 הרשויות שתחזקנה בסמכויות תהיינה נפרדות זו-מזו. כך נדע, כי



שלוש הרשויות המחזיקות בסמכויות נפרדות, אסורות הן לבוא זו בממלכתה של זו; ושמא נדייק: אסורות הן לבוא זו בארמונה של זו; כל רשות תפעל ותעשה אך-ורק בגידרי הסמכויות שניתנו לה בחוק (ובחוקה) ואסורה היא מְחַרֵּשׁ בשדות שהוקצו לאחיותיה: הרשות המחוקקת לא תבצע ולא תשפוט; הרשות המבצעת לא תחוקק ולא תשפוט; הרשות השופטת לא תחוקק ולא תבצע. עמדנו על מקצת מן הדברים בפרשת פריצקי, וכך אמרנו (שם [64], בעמ' 790):

צירוף התיבות "הפרדת הרשויות" אינו מעיד על תוכנו במלואו. הלוז בעיקר זה אינו ב"הפרדת הרשויות" ה הפרדה בין הרשויות, כאשר הפרדה היא – אלא בכיזור 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 ה לא תחוקק ולא תבצע.

ובהמשך (שם [64], בעמ' 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 אלה, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ [65], בעמ' 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 שהסמכויות באות זו בתוך זו. ואולם אין באמת זו כדי לפגום בליקבה 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, ובצירופן 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 יישם 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 תיישם ואילו הרשות המבצעת לא תחוקק.

שלטון 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. כלשון 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 שלטון החוק (במובנו המהותי), זכה לביסוס ולביאור בהלכה ובדברי חכמים. כך, למשל, לימדנו לפני שנים רבות מורנו הדגול למשפט מינהלי, פרופ' יצחק הנס קלינגהופר, במאמרו "שלטון החוק וחקיקת משנה" [98].

בעמ' 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 מפי הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין (שם [37]),

בעמ' 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".

א

ב

והוסיף השופט אור בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות [66], בעמ' 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.

ג

ד

הנהגה 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 [67], בעמ' 819), ו"באומרו חקיקה, כוונתנו היא לא אך למעשה הפורמלי של יצירת חוק, אלא לכך שהסדרים ראשוניים ייקבעו בידי המחוקק דווקא" (פרשת פריצקי [64], בעמ' 790).

ה

ו

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 [64], בעמ' 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 [29], בעמ' 75–76). ראו עוד, למשל: בג"ץ 1539/05 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע נ' מר אריאל שרון – ראש הממשלה [68] (בפיסקה 4 לפסק הדין); בג"ץ 144/50

ז

שייב נ' שר הבטחון [69], בעמ' 411; בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה [70], בעמ' 702; אהרן ברק פרשנות במשפט [94], בעמ' 528; יצחק זמיר "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – חקיקת משנה: נוהל והנחיות" [99], בעמ' 345 (זמיר הנחיות היועץ), ועוד ועוד.

א

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 שנסי (בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה [71], בעמ' 504):

ב

עקרון שילטון 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.

ג

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.

ד

ה

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 "שילטון החוק וחקיקת משנה", לעיל [98], בעמ' 203:

ו

ז

[...] שילטון 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 לשילטון החוק. מקום בו שורר שילטון 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.

א

ב

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 מותירים 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 [64], בעמ' 790; ראו גם: פרשת רובינשטיין [37], בעמ' 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 הבעייתיות הכרוכה בה עמד הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין, וכה היו דבריו (שם [37], בעמ' 504–505):

ג

ד

ה

[...] חקיקה ראשית, המסמיכה את הרשות המבצעת לפעולות חקיקה או מינהל, צריכה לקבוע את ההסדרים הראשוניים שבגדרם תפעל 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

ו

ז

מגלימת המחוקק ובהעברתה לידי האמונות של המינהל הציבורי פוגעת הרשות המחוקקת באורח חמור בעקרון הפרדת הרשויות" [...].

א

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 כן 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" (רובינשטיין ומדינה בספרם הנ"ל [92], בעמ' 159). טעם הדבר הוא, שבשונה משתי חברותיה עוסקת הרשות המבצעת במעשה ובביצוע, ביישום של החוק ובאכיפתן של נורמות התנהגות על האזרחים.

ב

ג

עקרון ההסדרים הראשוניים כמתחייב מן העיקרון הדמוקרטי

ד

32. זאת ועוד: התביעה כי הסדרים ראשוניים ייקבעו בחוק הכנסת – דווקא בחוק הכנסת – נדרשת כמו-מאליה משיטת המשטר הנוהג בישראל, שיטת משטר של דמוקרטיה ייצוגית. עמדה על כך השופטת ביניש בפרשת ארגון מגדלי העופות [63] (בפסקה 10 לפסק דינה):

ה

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.

ו

וכפי שנאמר בפרשת נבואני נ' השר לענייני דתות (בג"ץ 7351/95 [57], בעמ' 122):

(122):

ז

[...] העיקרון הדמוקרטי – באשר הוא מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצדף 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.

א

ראו עוד: דנ"א 732/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס [52], בעמ' 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 הערפות בישראל [63]) – 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 [37], בעמ' 508):

ב

ג

ד

[...] 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.

ה

ו

ומסקנה נדרשת היא (שם [37], בעמ' 510):

ז

הנה-כי-כן, מאופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר מתבקשת המסקנה כי חקיקת משנה והוראות מינהל של הרשות המבצעת צריכות למצוא את

א 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.

ב 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' יצחק זמיר במאמרו "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" [100], בעמ' 80:

ג 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, במובן זה של קביעת עקרונות כלליים, לידי המינהל הציבורי, יישאר משטר דמוקרטי רק בשם ותדמית, ולא למעשה.

ד ראו עוד: אהרן ברק "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" [101], בעמ' 7:

ה מעליונותה של הכנסת מתבקש שההכרעות החשובות והעקרוניות למהות המשטר יעשו 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.

ו 33. הנה-כיי-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 (התשס"א) ולגבולות הסמכות השיוורית

34. הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"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 [97], בעמ' 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 שורת 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 שלטון 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: אחד, 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 [37], בעמ' 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, נוסיף ונדע – כדבר הלמד מעניינו – כי סמכות שיורית שקנתה הממשלה בהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"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 לעיקר-היסוד שדיברנו בהם, יחתור תחת עקרון שלטון 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 בשלטון 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 שלטון החוק [...] שלטון החוק פירושו איננו שדי בכך שלכל פעולה רשמית יהיה כיוסי פורמלי בחוק. אילו היה כן הדבר, הרי לא היה מקום להתנגד לסעיף 29 [כיום: סעיף 32], שכן הוא יצור את הסמכות הקרויה "ריזודוראית" של הממשלה וישמש לה מקור. אבל המשמעות הזאת איננה המשמעות המקובלת של שלטון החוק. היא היתה מרוקנת את הרעיון של שלטון 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, דה"כ 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 שלטון החוק (פרשת שמעוני [39], 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 (התשס"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 המשטר במדינתנו – אך לרשות המחוקקת בלבד, לכנסת.

בין הסדר ראשוני לבין הסדר מישני

37. משידענו כי סמכותה השיווית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"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 ניעזר בה לידע הסדר ראשוני – מהו? 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 שהכול 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 ה 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 עצם טיבם ראוי להם שהכנסת תקבעם, וכי גופם של ההסדרים

ונסיבות העניין יכריעו, נקלעים אנו לטאוטולוגיה-משהו. וכפי שנאמר בפרשת פריצקי (שם [64], בעמ' 790):

א

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

ב

בה-בעת, ביודענו כי תחנת המוצא למסע הפרשנות והתהייה תימצא באותם עיקרי-יסוד המנהיגים את שיטת המשפט בישראל – שלטון החוק (במובנו המהותי), עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, זכויות היחיד וכו' – נוסף 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, באומרה דברים אלה (שם [72], בעמ' 760):

ג

ד

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.

ה

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 יעיין וישכיל. ראו שם [37], בעמ' 515–517.

ו

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

ז

רובינשטיין [37], בעמ' 523, 529; בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון [73], בעמ' 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 [37], בעמ' 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, התשמ"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 [39], 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 [39], 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 שלטון החוק והעיקרים האחרים שדיברנו בהם למעלה.

העברת כספים מתקציב המדינה – הסדר ראשוני?

40. עתה, משידענו כי הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"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 השיורית שבסעיף 32 – על פי אלה לבדם ובאין חוק ספציפי המסמיך אותה לדבר – לקבוע הסדר שלפיו יועברו כספים מאוצר המדינה למטרות פלוניות או למיגזרים פלוניים באוכלוסייה? 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 ולהתנוועע. 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 השיורי – ובאין חוק ספציפי המתיר לה להוציא את כספי התקציב לתכליות אלה ואחרות – עושים את הממשלה גבירה ובעלת-סמכות אחת ויחידה על דרכי הוצאת כספי התקציב?

41. בית המשפט מתח בעבר ביקורת על פרקטיקה בלתי-ראויה שנשתרשה בפעילותן של ממשלות ישראל, פרקטיקה שלפיה מעבירה הממשלה תקציבי-עתק למטרות מסוימות או למיגזרים מסוימים באוכלוסייה שלא על-פי חוק שיועד לדבר; מבלי שנקבעו קריטריונים ברורים בידי המחוקק; ובלא שהכנסת – בסמכותה כמחוקק – נתנה דעתה על העברות כספים אלה והורתה עליהן או, למצער, אישרה אותן. השוויון הוצאות-עתק אלו להקצבות שמקציבה הממשלה לנזקקים על פי חוק מפורש ומפורט, וכך אמרנו בין שאר דברינו בפרשת ק.א.ג. נ' ראש-הממשלה, בג"ץ 1703/92 [74], בעמ' 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 [75], בעמ' 620:

כמה גיגעות יתייגע אדם, כמה מסמכים ותעודות ואישורים מוטל עליו להציג לפני הרשויות עד שיזכה בהלוואת-מדינה לדורו. 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 [39], שם עמדנו על הפגם המולד הטמון בהענקת כספים מכוח סמכויותיה השיוריות של הממשלה ובאין הוראת חוק הקובעת הסדרים ראשוניים לחלוקתם של אותם כספים (שם [39], בפסקה 2 לחוות-דעת):

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 ה 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"ץ 35/62 בכר נ' שר הביטחון [44], בעמ' 809; בג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות [46], בעמ' 57; זאב פלק "תקציב המדינה וסמכויות המינהל" [102].

42. אמת, נתקלנו בעבר לא-אחת במקרים שבהם העניקה הממשלה מענקי תקציב או הטבות לגורם זה או אחר אף בהיעדר הסמכה שבחוק, ובית-המשפט לא זו בלבד שלא מנע העברות כספים שכאלה אלא אף הוסיף וקבע "כללים ועקרונות להנחייתה של המדינה בחלוקת מענקים, ובצדם של אלה – עיקרים להתערבותו במקום שבו נמצאה חריגה מאותם כללים ומאותם עקרונות" (פרשת ק.א.ל [74], בעמ' 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 שלעניין, בשוויון ובאיסור הפליה. ראו, למשל: פרשת לשכת סוכני הביטוח [76]; בג"ץ 363/71 טחנת קמח "דגן" בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה [77], בעמ' 298; בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל [78], בעמ' 470; בג"ץ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיור נ' שר האוצר [79], בעמ' 118; בג"ץ 49/83

המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב [80], בעמ' 524; פרשת ק.א.ל [74], בעמ' 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 להירש לו ולעשות בתחמו. 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 השירותית לפרויקטים ספציפיים או למיגזרי-אוכלוסייה פלונים, עשויה לפגוע – ובפועל פוגעת היא – בצפייות של יזמי פרויקטים אחרים או במיגזרי אוכלוסייה 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 [92], בעמ' 785 ואילך; פרשת ק.א.ל [74], בעמ' 216; בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יושב-ראש הכנסת [81], בעמ' 658; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר [82], בעמ' 471; בג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות [83], בעמ' 817. וכך: כל מענקי-כסף נועדו לביצועה של מדיניות אשר ישרה בעיני המעניק; כל מענקי-כסף משמיעים, במפורש או במשתמע, העדפה של פלוני (פרויקט, אדם) על אלמוני (פרויקט, 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 מְסַפְּרִים 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 – בלי שהכנסת נתנה דעתה לאותה חלוקה באורח מפורש ומפורט, פירושה



אינו אלא זה, שהממשלה – היא ולא הכנסת, קבעה הסדר ראשוני לחלוקה. ובiodענו כי הממשלה נעדרת סמכות היא לקבוע הסדרים ראשוניים אלא אם כן 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 [39], 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 לאותן 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 מקצת דברים שנאמרו בפתח החלטת הממשלה מס' 2228 שמיום 14.7.2002, ואלה ידברו בעד עצמם:

2228. איזורי עדיפות לאומית

מ ח ל י ט ים (18 קולות בעד):

א

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.

ב

ג

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.

ד

ה

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.

ו

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

ז

הסיוע בתחום החינוך נועד לשפר את רמת ההישגים של תלמידים  
באזורי העדיפות הלאומית במגמה לצמצם פערים ולייצר 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.

א

נעיין 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 מדובר בהחלטה הפורשת עצמה על פני מרחבים אדירים. החלטה היא שקשה להגזים בחשיבותה. עלוותה סבוכה ושולחת היא פארוטיה אל-למרחק.

ב

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

ג

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

ד

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

ה

ומן הכלל אל הפרט – "המיגבלות הפנימיות"

ו

47. כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (התשס"א), קונה הממשלה סמכות (שיורית) לעשות בשם המדינה כל פעולה – ופעולה, כך מוסכם על הכול, כוללת עשיית הסדרים נורמטיביים למיניהם – בשתי מיגבלות אלה: אחת, "בכפוף לכל דין", ושתיים, במקום שעשיית הפעולה "אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". "מיגבלות פנימיות" כינינו מיגבלות אלה. 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

ז

הממשלה. כך הוא גם לעניינו של הסדר שלילי העוטף אותו דין. והנה, בעניינו-  
שלנו נמצא לנו חוק שלעניין, הלא הוא חוק ערי ואזורי פיתוח, תשמ"ח-1988 (חוק  
א ערי פיתוח), והשאלה הנשאלת היא, אם הפעילות שהחלטות הממשלה מעסיקות  
עצמן בה – כינונם של אזורי עדיפות לאומית ומתן הטבות אלו ואחרות לתושבים  
וליישובים 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  
ב "דין" המסדיר את הנושא, וכנדרש מכך אין הממשלה קונה סמכות (שירות) 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  
ג 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 האוכלוסייה 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 ייחודיים בישראל. בהחלטת הממשלה מכונים אותם אזורים ייחודיים אזורי עדיפות לאומית ואילו בחוק ערי פיתוח כינוים הוא "ערי ואזורי פיתוח". אלא שאל לחילופי השמות להולחנו שולל. האדרת שונה אך הגברת אותה גברת היא.

א

50. לו היה חוק ערי פיתוח חוק חי ונושם; לו היה החוק מוצא אל הפועל, ולו בחלקו; לא הייתה הממשלה מוסמכת – כסמכותה השיורית – להחליט החלטות שהחליטה בכינום של אזורי עדיפות לאומית. לשון אחר: מתוך שהסדרים שבחוק וההסדרים שבאזורי עדיפות לאומית מבקשים לכסות אותו שטח חיים עצמו, כ-אז נוכח ההסדרים שבחוק לא הייתה 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 שלעניינו – ראתה להתעלם מקיומו מכל-וכל. המסלול העוקף היה בהחלטות ממשלה או ועדות שרים להעניק הטבות אלה 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 – כינום נועד לבוא תחת ההסדר שקבעה הכנסת בחוק ערי פיתוח.

ב

ג

ד

ה

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 [33], הלכה שנדרשנו לה לא מעט בדברינו למעלה. וכך פסק בית המשפט באותה פרשה, מפי השופט גולדברג (שם [33], בעמ' 844):

ו

השוואת החוק להחלטת הממשלה מגלה כי שניהם עוסקים באותה מאטריה גופה: פיזור אוכלוסין, וקידוםם ופיתוחם של ישובים שיסווגו כערי וכאזורי פיתוח, בדרך של מתן הטבות ותמריצים. החלטת

ז

א הממשלה לא נועדה אלא ליצור "מסלול מקביל" להשגת אותו יעד בקונספציה וקריטריונים שונים מאלה שקבע החוק. ראיה ל"חיוך" 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".

ג הדואליות האמורה של חוק והחלטת ממשלה אינה יכולה להתיישב עם לישונו 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 אלטרנאטיבי. 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.

א 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 [33], שם):

א [...] 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 [...]

ב 52. ההלכה בפרשת עיריית קרית גת [33] נקבעה לעת שחוק ערי פיתוח היה בתוקף, ושעה שהממשלה ניסתה לעוקפו – ושלא לבצעו – על דרך סליחת 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 נדרזה 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), התשנ"ד-1993 (ה"ח 16, 28):

ה 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.

ז 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.

ח 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.

א

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), התשנ"ו-1995 (ה"ח 136, 141):

ב

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

ג

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), התשנ"ט-1999, ה"ח 6, 8, וסעיף 24(2) לחוק ההסדרים שנחקק ופורסם בס"ח התשנ"ט, 90.

ד

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), התשס"ד-2003 (ה"ח הממשלה 52, 163):

ה

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 שויין של

ו



הטבות אלה עשוי להסתכם במאות מיליוני שקלים חדשים. תחילתו של החוק נדחתה כמה פעמים ונקבעה לשנת הכספים 2004.

כבר כיום פועלת הממשלה להעדפת אזורים ומגזורים 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 מקצתן 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 הייתה הממשלה, כסמכותה השיורית, להעניק מענקי-כסף, כולם או מקצתם, 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 מסוימים 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 השיוורית 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 שהייתה 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 שיוורית 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 השיוורית 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 מסוימים בארץ תיעזר משנתה סמכותה השיוורית 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 מקצתו. ובדחיית תחילתו של החוק כמו הביעה הכנסת דעתה כי לעת הזו אין לבצע את החוק, כולו או מקצתו. אכן, לו ביקשה הממשלה את הכנסת כי תקצץ בכנפי החוק, תוך התאמתו למדיניותה הנוגהת באזורי עדיפות לאומית, אפשר הייתה הכנסת נעתרת לה ואפשר הייתה 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 הייתה 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 הייתה, 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 שענייני 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 נוסף ונידרש בהמשך דברינו להלן, וכפי שנראה קיימים טעמים נוספים – טעמים כיבדי מישקל – לקביעה כי מכוח הסייגים החיצוניים לסמכותה השיורית, אסורה הייתה 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 עלולות 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 במיגזרי חיים רבים ושונים לאזורים נרחבים במדינה. והחלטה להטיב, 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 שתינתנה 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 – ובלבינו 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 הייתה מוסמכת כלל – בגירי סמכותה השיווית – 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 למפעלים המוקמים באזורים ש"ייקבעו על ידי השרים, באישור ועדת הכספים של הכנסת" (סעיף 40ד). חוק אזורים חופשיים לייצור בישראל, התשנ"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 שיוקנו לאזורים שיוכרזו אזור חופשי. חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, מורה על העדפת תוצרת שיוצרה ב"אזורי עדיפות לאומית", ואלה מוגדרים בחוק כ"האזורים שנקבעו לפי סעיף 40 לחוק לעידוד השקעות הון [...] או אזורים אחרים שקבעה הממשלה, מעת לעת, לעניין חוק זה, ופירסמה על כך הודעה ברשומות" (סעיף 3א(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, התשמ"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 40 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 [7], בעמ' 658, 662-663; בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה [56], בעמ' 687-688). הממשלה בענייננו לא צעדה בדרך המלך אלא בחרה בקפדוריה, בקיצור-דרך,

א בקובעה הסדרים ראשוניים – משל הייתה מחוקק, אך באין חוק כנסת מהותי המסמיך 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.

ב 63. מסקנתנו מדברינו אינה אלא זו, שהממשלה אסורה הייתה 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.

ג 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 הייתה 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 הייתה הממשלה מוסמכת להחליטה כסמכותה השיורית. גם מטעם זה אפוא סבורים אנו כי בהחליטה החלטה שהחליטה חרגה הממשלה מסמכותה השיורית.

#### הנרה לפני סיום

ד 65. עתירת העותרים ממקדת עצמה, בעיקרה, בתחום החינוך ובהשפעתה של החלטת הממשלה להכריז על אזור פלוני – אך לא על יישובים 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 בהשפעתיה המרחיקות-לכת של החלטה 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 שאופייין 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 (התשס"א) – להחליט החלטות אלו שהחליטה. לא יחלוק איש על כך שכוונתה של הממשלה הייתה 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.

השופט א' א' לוי:

אני מצרף את הסכמתי לחוות דעתם של הנשיא ברק ושל המשנה לנשיא מ' חשין.

השופט ד' ביניש:

קראתי את חוות הדעת של הנשיא ברק והמשנה 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 ברק באשר לחומרת הפגיעה בזכות לחינוך. נדגיש רק ששאלת ההפליה בכל הנוגע לזכות לחינוך במגזר הערבי שבה ועולה

לפנינו, ואף נדונה בשורה של פסקי דין שנמנו בפסק דינו של הנשיא. המדינה מצידה מאשרת לפנינו 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 שנקטו לתיקון המצב ולשיפורו בהקצאת תקציבים מיוחדים. ואמנם, על פי הנתונים שנמסרו לנו גם בתשובה לעתירה שלפנינו, כמו בהזדמנויות קודמות, חל, ככל הנראה, שיפור ניכר שבא לידי ביטוי בהקצאת תקציבים מיוחדים למגזר הערבי בכלל (לאחר דו"ח ועדת אור [106]), ולחינוך בפרט בעקבות דו"ח שושני. אך השינוי אינו מניח את הדעת ואין בו מענה אל מול התוצאה המפלה כפי שהיא מצטיירת מחלוקת היישובים לאזורי עדיפות לאומית שנערכה בלי להביא כלל את האוכלוסייה הערבית בגדר אותה עדיפות, שכרוכות בה הטבות תקציביות.

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

כמו בעניין 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 ולפיהן הממשלה כרשות מבצעת – והדברים מוסבים כלפי 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 המשנה לנשיא השופט חשין 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, היא 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 המשנה לנשיא השופט חשין בחוות דעתו והעקרונות שפרש לעניין ההבחנה 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 גדרי סמכויותיה.

בעניין 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 בגדרה הסדרים שאינם פוגעים בזכויות אדם באופן בלתי-מידתי, ועניין זה דורש מלאכה רצינית ומקיפה. מטעם זה, וגם בהתחשב בצורך שלא לפגוע באחת ובאופן בלתי מידתי ביישובים 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 והמשנה 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 לעיגון חוקתי.

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 שעליהם 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 עיקרי ביישום עקרון השוויון בחינוך הוא יצירת שוויון הזדמנויות וזהות בנקודות פתיחה בין קבוצות אוכלוסייה שונות. לשם הגשמת ערך השוויון המהותי יש צורך, לעתים, בהתייחסות שונה ומאבחת בין מגזרים שונים של האוכלוסייה, תוך כדי מתן העדפה מתקנת לקבוצה זו או אחרת לשם גישור על פני פער וקיפוח עמוקים שהתהוו במשך דורות רבים (בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים [84], בפסקה 6; בג"ץ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיור נ' שר האוצר [79], בעמ' 117). כדי להבטיח, בסופו של יום, את מיצוי הפוטנציאל האנושי בכני הדור הצעיר, על מגזריו המגוונים, וכדי להשיג שוויון הזדמנויות אמיתי לבני הארץ כולה, נדרשת הבחנה בהקצאת המשאבים החומריים באופן שיינתן 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 ואת הישגיהם הפוטנציאליים.

3) ברוח דברים אלה, נדרש, לדוגמה, תיקון פער בולט שנתגלה בהקצאת משאבים לתקנים של משרות "קצין ביקור סדיר" במוסדות חינוך ביישובים הערביים – הברואיים בדרום הארץ (בג"ץ 6671/03 אבו גאנם נ' משרד החינוך [85]). בבתי הספר במגזר זה, שבו אחוז הנשירה של תלמידים מבית הספר נמצא גבוה בהרבה ביחס לקבוצות אוכלוסייה 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" [103], בעמ' 31).

4) הצורך בגישור על פני פערים עמוקים בתחום החינוך מחייב, מצד אחד, מדיניות נחושה למימוש החובה לפעול להשגת השוויון בין המגזרים. 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 עדיפות שבהם יש קודם ומאוחר; ישנו עיקר המקדים את הטפל; דרושה הבטחה כי תיקונו של עוול אחד לא יצור, בלי 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 יושג התהליך ההדרגתי שהוחל בו להקטנת הפערים בקצב סביר עד להשגת היעד המיוחל.

5) תיקון הפערים בהישגי החינוך בין קבוצות אוכלוסייה 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.

השופט ס' ג'ובראן:

1. מצטרף אני לחוות-דעתם המקיפות של חבריי 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 יישובים 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" [104]), 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 הפורמלית, 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 הפורמלי, שפירושו שוויון בכפיפות לחוק, אלא גם

של שלטון החוק המהותי, הדורש כי החוק עצמו ישרת את ערכי היסוד של מדינה מתוקנת.

א

על עקרון השוויון נאמר, עוד לפני 30 שנים, כי הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר [1]). במקום אחר נאמר כי: "השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל [8]). כן נאמר כי השוויון הוא "מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (בג"ץ 869/92 זיילי נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה [86]).

ב

על מהותו של השוויון ופגיעתה הרעה של ההפליה נאמר, כי "[...] השוויון הוא ערך יסוד 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-יפו [20], בעמ' 330).

ג

ד

באותה רוח נאמר, כי "[...] הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה של קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישירים 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 קוי אוויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה [74], בעמ' 203–204).

ה

4. בהכרזה על הקמתה של 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".

ו

ז

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 מושתתות 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".

א

השופט א' רובינשטיין באחד ממאמריו מציין כי יש לזכור שלמשוואה 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 אליקים רובינשטיין "על השוויון לערבים בישראל" [105], בעמ' 279). ואכן, בניגוד למה שחוגים מסוימים טוענים, היותה של המדינה יהודית אינו סותרת את אופייה הדמוקרטי ואת שאיפתה למתן שוויון זכויות. לא בכדי בחרו מנסחיה של מגילת העצמאות לבסס את החירות, הצדק והשלום אשר יעמדו בבסיסה של המדינה, על חזונם של נביאי ישראל, שכן אלה תמיד היו 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 [א]).

ב

ג

ד

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

ה

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.

ו

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 12 חודשים ממועד מתן פסק דינו זה.

ז

ניתן היום, כ"ט בשבט התשס"ו (27.2.2006).