

## האם תיתכן משילות משולבת בתחום האסדרה בישראל?

עדנה הראל-פישר\*

מאמר זה מעלה הערות ביחס למשילות משולבת, כפי שהיא מתוארת במאמר "משילות משולבת הלכה למעשה" של כריס אנסל ואליסון גש, אשר תרגום שלו התפרסם בכרך האחרון של "מעשי משפט". ההערות מבקשות להציב סימני שאלה באשר להתאמתה של משילות משולבת כהסדר לקביעה של אסדרה (רגולציה) בישראל, בדגש על אפיוניה וייחודה של אסדרה לעומת פעולות ממשל אחרות. המאמר דן בכמה עקרונות, בתנאי תלות ובגורמים מכריעים המוצגים על ידי אנסל וגש לאפיון משילות משולבת, על רקע אפיוני ההליכים לגיבוש אסדרה. המאמר מפרט קשיים בהתאמתו של מונח זה לעקרונות המשפט המינהלי בישראל, לשיטה הדמוקרטית-ייצוגית, לעקרון שלטון החוק ולחובתה של הרשות המינהלית להשתמש בסמכויות המוקנות לה. כמו כן מוצג מתח מושגי בין מונח זה לשימוש במונח "משילות". בהתאם למאמר, על אסדרה להיקבע על ידי הרשות המוסמכת לכך (בחוק, בתקנות או בהנחיות מינהליות), בעוד הליכים מקורבים למשילות משולבת עשויים לסייע בגיבוש הצעות לאסדרה, ובמקרים מסוימים לטייב קבלת החלטות פרטניות של הרגולטור. לסיכום מציע המאמר כי יעשה שימוש במודלים מקורבים למודל משילות משולבת לקביעה של אסדרה, ואף זאת, רק בנושאים המתאימים לכך או בהליכים מוקדמים. המודל המקורב המוצג הוא של גופים המוקמים בחוק, כתאגידים ציבוריים וכמועצות ציבוריות, ואשר עקרונות מסוימים ברוח המשילות המשולבת מהווים חלק אינטגרלי וקבוע מפעילותם. בחינה נוספת של ההסדרים המתקיימים בגופים אלה, והלקחים שנלמדו מפעילותם, עשויים לאפשר שיפור מודל מקורב זה במקרים שבהם השימוש בו מתאים, בהשראת היתרונות המיוחדים למשילות משולבת במאמרם של אנסל וגש.

### מבוא

מאמר זה, וההצעה שבסופו, מורכב מהערות מספר ביחס למשילות משולבת, כפי שהיא מתוארת במאמרם של כריס אנסל ואליסון גש, "משילות משולבת הלכה למעשה"<sup>1</sup>. הערות אלה מציבות סימני שאלה ביחס להתאמתה של משילות משולבת כהסדר לקביעה של אסדרה (רגולציה) בישראל,

\* אבקש להודות למערכת "מעשי משפט" על ההערות המועילות לטיוטה קודמת של המאמר.

בדגש על אפיוניה וייחודה של אסדרה לעומת פעולות אחרות של הממשל. יודגש, שאין המאמר עוסק במבעים של משילות משולבת, ובמבעים פוטנציאליים של משילות משולבת, בתחומים שאינם אסדרה.<sup>2</sup>

המאמר של אנסל וגש מהווה הזדמנות חשובה להיכרות ולהבנה של המונח משילות משולבת, הנוכח לאחרונה בשיח הציבורי והאקדמי בישראל, כמו גם – כפי שעולה מהמאמר – בארצות הברית. הדרישה לשיתוף פעולה ולתיאום בין ממשלות לבין בעלי זיקה\* שבה ועולה, והיא כרוכה במונח זה ובדומים לו. ליבון המונח משילות משולבת מאפשר בחינה נוספת של הדרכים לשיתוף פעולה בין הממשלה לציבור ועיון בהיבטים שונים העולים מהם, בגרסאותיהם השונות.

במאמרם, מציגים אנסל וגש, על פי ניתוח-על שערכו לספרות קיימת על משילות משולבת, ניתוח של המשתנים המרכזיים שישפיעו על הסיכויים של שיטת משילות זו להניב שיתוף פעולה מוצלח, ושורה של גורמים מכריעים בתוך המהלך עצמו. הגדרת משילות משולבת על פי אנסל וגש היא "הסדר משילות שבו רשות ציבורית אחת או יותר משלבות בעלי זיקה לא-מדינתיים באופן ישיר בתהליך קבלת החלטות פורמלי, מוכוון-קונצנזוס ודיוני, השואף לגבש או ליישם מדיניות ציבורית או לנהל תכניות או משאבים ציבוריים"<sup>3</sup> והם מרגישים שישה עקרונות אלה: (1) רשויות מינהל ציבורי הן היוזמות את הפורום; (2) משתתפי הפורום, לצד רשויות המינהל הציבורי, הם שחקנים לא מדינתיים; (3) המשתתפים מעורבים ישירות בקבלת ההחלטות והרשויות אינן "מתייעצות" אתם בלבד; (4) הפורום מאורגן פורמלית ונפגש באופן קולקטיבי; (5) הפורום שואף לקבל החלטות בקונצנזוס (גם אם הקונצנזוס אינו מושג בפועל); (6) נושא שיתוף הפעולה הוא מדיניות ציבורית או ניהול ציבורי. לששת העקרונות האלה נלווים תנאי תלות וגורמים מכריעים אשר יידונו בחלקם בהמשך מאמר זה.

בהתאם למאמר של אנסל וגש, משילות משולבת נבדלת משיתוף ציבור בדרך של התייעצות או מיישום של עקרונות שקיפות, בכך שעניינה בשיתוף ממשי של בעלי הזיקה בעצם גיבושה של המדיניות ובכך שהיא מוכוונת לגיבושו של קונצנזוס בין הגורמים השותפים להליך, למחויבותם של אלה לאותו קונצנזוס ולאחריות של בעלי הזיקה הלא-מדינתיים לתוצאות המדיניות. ההערות שפורטנה להלן עניינן בהצבת המונח משילות משולבת והמטרה שביסודו, על רקע ההקשרים והאפיונים הקונקרטיים של ההליך הרגולטורי בישראל, בשונה מפעולות אחרות של הממשל, וכן בניסיון להציע בחינה ביקורתית באשר למידת התאמתה של המשילות המשולבת לרובדים השונים של העשייה הרגולטורית בישראל.

ניתן לטעון כי משילות משולבת מתקיימת בפעילות אסדרה בישראל, כדוגמת גופי התכנון והבנייה, לעניין כהונת נציגים מטעם ארגוני סביבה, או המועצה להשכלה גבוהה, נוכח חברותם בה של אנשי אקדמיה. אלא שדוגמאות אלה, כפי שיפורט בהמשך, אינן מקיימות את דרישות המשילות המשולבת במובנה המלא, כמתואר במאמרם של אנסל וגש, או שהלקחים מפעילותם של גופים אלה כלולים בגדר הספקות שיפורטו לעניין התאמתו של המודל המלא ליישום בנוגע לאסדרה. במאמר זה יידונו כמה עקרונות, תנאי תלות וגורמים מכריעים המוצגים על ידי אנסל וגש לאפיון משילות משולבת, על רקע אפיוני ההליכים לגיבוש אסדרה על פי שיטת המשפט ועקרונות המשפט

\* הערת מערכת: בתרגום לעברית של מאמרם של אנסל וגש, כפי שפורסם בכרך האחרון של "מעשי משפט", תורגם הביטוי stakeholder כ"בעל זיקה". לבקשת המערכת, ולמען האחידות, נקטה המחברת באותו ביטוי גם לאורך מרבית מאמר זה. עם זאת, במקומות אחדים העדיפה המחברת את השימוש בביטוי "בעל עניין", כדי להדגיש את ה"עניין" שעשוי להיות לבעל הזיקה במושא האסדרה.

המינהלי בישראל. במסגרת זו יוארו ספקות באשר להתאמת המודל להליכי גיבוש אסדרה. המאמר מציע כי לצורך קביעה של אסדרה לא ייעשה שימוש אלא במודל מקורב למודל משילות משולבת, ואף זאת – רק בנושאים המתאימים לכך או בהליכים מוקדמים מתאימים. המודל המקורב המוצע מבוסס על פעילות גופים המוקמים בחוק, לרבות תאגידים ציבוריים ומועצות ציבוריות. זאת, נוכח היתרונות המיוחסים למודל המשילות המשולבת, בנושאים שלהם מודל זה עשוי להתאים, ונוכח התאמתו של מודל מקורב זה לעקרונות פעולתן של רשויות השלטון בישראל ולעקרונות היסוד של השיטה המשפטית הנוהגת.

### א. הערות מקדימות – מושגיות

שתי הערות מקדימות קודם שאפנה לעיקרם של הדברים:

הראשונה עניינה מתח מושגי שקיים כמונח משילות משולבת, על רקע המונח משילות כפי שהוא נוכח בשיח הציבורי בישראל בשנים האחרונות. מובנו הקונקרטי של המונח משילות משתנה לא אחת על פי ההקשר, אך שימוש נרחב כמונח ניתן למצוא בהקשר לחוסר שביעות רצון של קובעי מדיניות מהתמשכות הליכים לעיגון מדיניות שנקבעה על ידם וליישומה, או מן הליכון המתמשך בפרטי ההסדרים הנדרשים לעיגון אותה מדיניות ויישומה, ואיזונים אל מול אינטרסים שונים. בהקשר זה, האפקטיביות של משילות מודגשת, במובן של קבלת החלטות באופן חד-משמעי ומהיר על ידי הממשל. ספק אם משילות משולבת עשויה להשתלב במובנים אלה של המונח משילות.

כך, ספק אם הליכים לגיבוש קונצנזוס עם בעלי זיקה, לפי הגדרת משילות משולבת, הולמים את הציפייה של קובעי המדיניות למשילות. זאת, הן בהיבט התוכני, המחייב פתיחות רעיונית לתוצרים שונים של ההליך כפי שיתגבשו במהלכו, והן בהיבט משאבי הזמן הנדרשים להם. הגם שכך, אבקש להלן לבחון את עניינה של המשילות המשולבת על יתרונותיה וחסרונותיה, ובהתעלם מן הסתירה לכאורה ומן המתח הנובע בינה לבין משילות בהקשר המצוין לעיל.

הערה מקדימה שנייה עניינה כמונח אסדרה, אשר בה ובגיבושה מתמקד מאמר זה – גם למונח זה, כידוע, משמעויות שונות בהקשרים שונים. לצורך מאמר זה אתיחס למונח אסדרה כהסדרה של פעילות כלכלית או חברתית על ידי גורמי ממשלה, ובכלל זאת רגולטורים מקצועיים בעלי סמכות לפי דין, בחקיקה ראשית, בחקיקת משנה ובהנחיות מינהליות, ואשר לרשות המינהלית מוקנות סמכויות לאכיפתה.<sup>4</sup>

### ב. משילות משולבת ומדרג האסדרה

משילות משולבת מציעה עצמה, לכאורה, כגישה ההולמת את כלל רובדי האסדרה. אבקש להטיל ספק בכך, ובעיקר להעלות תהייה האם משילות משולבת משתלבת בהליכי חקיקה ראשית ובחקיקת משנה. גם שימוש במשילות משולבת בהליכים שנוקט רגולטור לקביעת הנחיות מינהליות, תכניות עבודה תקופתיות, או תקינה מקצועית, יעורר, לא אחת, את הקשיים שידונו להלן ביחס לחקיקה ראשית ולחקיקת משנה. עם זאת, אין לפסול הסתייעות מסוימת בגישה זו, ובלבד שאין המדובר בעצם הקביעה של נורמות בנות פועל תחיקתי. לא מן הנמנע כי שימוש במשילות משולבת בהליכים מוקדמים או נקודתיים שונים, לגיבוש הכרעות בעניין השימוש במשאבים ציבוריים כדוגמת משאבי טבע מקומיים או תקציבים, אף הוא אפשרי, כפי שנמצא שכיח במקרים שנבחנו על ידי אנסל וגש. כידוע, עקרונות המשפט המינהלי מנחים את הרשות השלטונית לבחון נסיבות חדשות, אם נוצרו, ומגבילים את הממשלה מכבילת שיקול דעתה.<sup>5</sup> ממילא אין באפשרות הממשלה להתחייב

כי לא תשנה את עמדותיה נוכח נסיבות חדשות או נוכח היבטים שלא היו ידועים לה בעת גיבוש מדיניות או קבלת ההחלטה.

אותם מקרים חריגים, שבהם אינטרס ציבורי מצדיק כי הממשלה תפעל באופן המגביל את השלכות אי-הוודאות הרגולטורית על בעלי עניין, על פי דיני המשפט המינהלי, מעידים על כלל זה. מקרה מובהק, אשר זכה לאחרונה לדיון ציבורי נרחב ולדיון משפטי מעמיק, כרוך בבעלי ההון המבקשים להשקיע במשק הגז הטבעי בישראל. חשיבות רבה נתונה להשקעות עתירות הון מסוג זה לשם פיתוח התשתיות. מנגד, מאחר שהחזר ההשקעות פרוש על פני תקופה ארוכה, מתנים בעלי ההון את השקעתם במנגנון אשר יבטח אותם מפני שינויים רגולטוריים העלולים לפגוע ברווחיהם ובתשואה להון. לטענתם, אם לא יבטיחו עצמם מראש, הם עלולים להימצא בעמדת חולשה כלפי הרגולטור, לאחר שהשקעתם הושקעה. ממשלת ישראל גיבשה הסכמות עם חברות גז טבעי שזכו לכינוי "מתווה הגז הטבעי" ועוגנו בהחלטת ממשלה.<sup>6</sup> את הטיפול באי-הוודאות הרגולטורית בחרה הממשלה לפתור, בהחלטתה, ב"סעיף הוודאות הרגולטורית".<sup>7</sup>

סעיף הוודאות הרגולטורית הוא מקרה פרטני וחריג בהיקפו לניסיון לכבול את שיקול הדעת המינהלי לטובת הסכמה עם בעלי זיקה, באופן שימנע את קיומו של "מסלול חלופי" לבעלי זיקה אלה או אחרים, כמשמעותו במאמר של אנסל וגש. בסעיף היציבות הרגולטורית התחייבה הממשלה לשמר את המצב המשפטי הקיים, להימנע באופן יזום משינויו ולפעול כנגד שינויו על פי יוזמה של אחרים. הקושי שנדרן כפול – הן במישור הגבלת שיקול הדעת והן בהגבלת הרשות המחוקקת. בהתאם לעמדת המדינה כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון, הסעיף נועד ליצור התחייבות העולה כדי הבטחה מינהלית.<sup>8</sup>

ההתחייבות לשמירת המצב המשפטי הקיים ניתנה לבעלי זיקה שהם המשקיעים, בעלי ההון, וכאשר בעלי הזיקה האחרים לא היו "סביב השולחן". במובן זה אין המדובר בקונצנזוס שגובש בהליך מובנה של משילות משולבת. עם זאת, הדיון המפורט שנערך בפסק דינו של בית המשפט העליון בעתירות שהוגשו כנגד מתווה הגז, מבהיר את הקושי היורד לשורש השיטה הדמוקרטית, עקרון החוקיות ועקרונות המשפט המינהלי, בניסיון להתחייב התחייבות כגון דא. התחייבות זו, על פי הכרעת בית המשפט, בעמדת הרוב, ניתנה בהיעדר סמכות.<sup>9</sup> גם על פי עמדת המיעוט בפסק הדין מפי השופט סולברג, לא נשלל הקושי שבהתחייבות "למנוע מסלול חלופי". אלא, המהלך העיקרי של דעת המיעוט הוא כי פסקת היציבות הרגולטורית לא עולה כדי כבילה פסולה של שיקול דעת הממשלה באשר לא בוטלה אפשרות ההשתחררות, כקבוע לפי הדין בנוגע להבטחות מינהליות.<sup>10</sup> להלן אדון בקשיים האמורים, המגבילים, לטענתי, את היישומיות של משילות משולבת בהליכי אסדרה, וזאת בהתייחס לרמות נורמטיבית שונות: חקיקה ראשית, חקיקת משנה, הנחיות מינהליות כלליות, והחלטות מינהליות פרטניות.

### חקיקה ראשית והליכי משילות משולבת

כפי שיפורט להלן, הליכי חקיקה ראשית טומנים בחובם מהות העומדת בסתירה להליכים שאותם מקדמת גישת המשילות המשולבת. מושכלות ראשונים הם כי חקיקה ראשית, הנקבעת על ידי הכנסת, מבטאת את רצון הריבון באמצעות נציגי העם שנבחרו בבחירות הכלליות, ובאמצעות הליכי החקיקה המעוגנים בחוק ובתקנון הכנסת המשקפים עקרונות דמוקרטיים של ייצוג ושל הפרדת רשויות. הליכים של משילות משולבת, כהגדרתה במאמר של אנסל וגש, אינם עולים בקנה אחד עם מושכלות אלה.

ראשית, אתמקד בתובנה של אנסל וגש, שלפיה עצם קיומם של "מסלולים חלופיים" חותר תחת אפשרות הצלחתו של הליך משילות משולבת (זאת, למעט אם בעלי הזיקה תופסים את עצמם כתלויים מאוד זה בזה, תנאי שאליו אשוב בהמשך): במלים אחרות, בעלי הזיקה המזהים אפשרות לקידום עניינם באמצעות הליך חקיקה או פנייה לערכאות, עשויים להעדיף את המסלול החלופי על פני הגעה לקונצנזוס ולפשרה בהליך שיתופי, ותמריציהם להשתתפות בתהליך נפגעים. משכך, יש להיות מוכנים "לדאוג מראש להשיג את התחייבות [...] המחוקקים [...] לכבד את תוצאות התהליכים המשותפים"<sup>11</sup>.

הליכי החקיקה, מטיבם, אינם כפופים להתחייבויות של המחוקק כלפי גורמים חיצוניים. דומה שהתחייבות שלא להסדיר נושא בחקיקה חוטאת למהותו של הליך החקיקה ולתפקידו של המחוקק. גם מן הבחינה העקרונית ספק אם ניתן לראות בגורמים חיצוניים למחוקק שותפים לקביעת נורמות שיבואו לידי ביטוי בחקיקה, מבלי שהדבר יחתור תחת עצם העיקרון הדמוקרטי.<sup>12</sup> כך בוודאי, בהסדר ראשוני, אשר מחובתה של הרשות המחוקקת להסדירו, על פי עקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק.<sup>13</sup> בדומה, אין באפשרות הכנסת להתפרק מחובתה לבחון את ההסדר החקיקתי הנחקק על ידה ולהתחייב מראש, כלפי הממשלה וכלפי בעלי זיקה, כי תאמץ בחקיקה עתידית הסכמות שטרם גובשו, ואין בידי הכנסת להתחייב לוותר על שיקול הדעת וההכרעה אם בכוונתה להידרש לחקיקה באותם נושאים או כאשר לתוכן ההסדרים. זאת, אף אם הכנסת אכן תימנע בסופו של יום מלהתערב בהסכמות אשר גובשו בין הממשלה לבין בעלי זיקה, ותסכים לעיגון בחקיקה, להפניה אליהם, או שכלל לא תמצא לנכון להידרש לחקיקה בנושא של אותן הסכמות.

טבעו של ההליך הדמוקרטי, עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק, הפוכים כמעט מהרעיון שעומד בבסיס המשילות המשולבת: אין זה מטבעו של המחוקק להתחייב שלא לחוקק בעניין מסוים, להתחייב מראש לעגן בחקיקה הסכמות של גורם אחר, לרבות רשות שלטונית אחרת, והוא אף אינו מתחייב להימנע מלחוקק בתחומים "חדשים", אף אם מקובל לגביהם שהם מסורים בידי הרשות המבצעת. לפיכך ולו מטעם זה, הליכי חקיקה ראשית אינם עולים בקנה אחד עם משילות משולבת. בהבחנה מן האמור לעיל, ייתכן כי בעניינים מסוימים תבקש הכנסת להנחות את הממשלה להגיע להסכמות עם בעלי עניין, להתנות את השלמת הליכי החקיקה או את כניסת החקיקה לתוקף בהסכמות שעל הממשלה לגבש עם בעלי עניין, או בבקשה כי יובאו בפניה תוצאות ההידברות בין הממשלה לבין בעלי העניין, לשם עיגון בחקיקה או הפניה לאותה הסכמה. כך, הסכמים עם עובדים ונציגיהם בשינויים מבניים, הסדרים מבוססי הסכמות ביחסי העבודה, הליכי חקיקה המשקפים דרישות אסדרה מטעם גורמים מקצועיים בין-לאומיים או הסכמים בין-לאומיים.<sup>14</sup> עם זאת, יש לשוב ולהדגיש כי הליכים אלה לא כוללים התחייבות מוקדמת של הכנסת להימנע משימוש בסמכויותיה ובשיקול דעתה.

יובהר, הליכי הגיבוש המוקדם של הצעות חוק ממשלתיות יכול ויכללו מאפיינים של משילות משולבת, הידברות הרשות המבצעת עם בעלי זיקה, או אף גיבוש קונצנזוס מוקדם עם בעלי הזיקה. אלא שאלה אינם מקיימים את תנאי המשילות המשולבת באשר, מטבעם, הם מותירים את הנתיב ה"חלופי" לשינויים מן המוסכם בעת הדיון בפני הרשות המחוקקת.

ועדות ציבוריות המתמנות על ידי הממשלה לבחינה של נושא מסוים אד-הוק, או באופן מתמשך לעניין מסוים, עשויות להוות דגם להליך מוקדם דמוי משילות משולבת, לגיבוש הצעות אסדרה. הוועדה יכול שתורכב באופן המבקש לייצג את מגוון ההיבטים הנוגעים לעניין, בצירוף נציגים של גורמים ממשלתיים מרכזיים לנושא, ויכול שתתנהל בדרכים המבטאות שיתוף מוגבר של הציבור. ככלל, הממשלה נמנעת מלכלול בהרכב הוועדה בעל עניין ישיר ומידי, בשל חשש לניגוד עניינים

חזיתי, ובמקום זאת ימונה איש ציבור המייצג את מהותו של העניין וללא נגיעה אישית ישירה. שימוע ציבורי מרחיב את יכולת הוועדה לשקול מגוון היבטים של הנושא, אך הוא בגדר התייעצות ולא מחייב הסכמות עם מציגי העמדות. מינוי אנשי ציבור בעלי ניסיון ומעמד בתחומם ובעשייה ציבורית עשוי לסייע לפעולת ועדה, כך שתניב, לאחר הליך ציבורי, שקוף, מקצועי וייעודי, תוצרים אשר יישומם יזכה לתמיכה, לרבות באמצעות דבר חקיקה שיוגש לכנסת. עם זאת, מובן כי ועדה ציבורית, נכבדה "ומשולבת" ככל שתהיה, אינה מחייבת את הממשלה או את הכנסת. הציניות הנשמעת תדיר בתגובה לידיעה בדבר הקמתה של ועדה ציבורית לעניין מסוים, מבטאת אכזבה נוכח המלצות ועדות אשר לא יושמו, אף אם יושמו המלצות של ועדות לא מעטות. בעלי הזיקה מודעים למאפייניו המובנים של הליך החקיקה המאפשרים קיום של חלופה – שכנוע חברי כנסת בעמדות אותם בעלי זיקה או אחרים, בעניינים שלא התקבלו על דעת הוועדה, או שלא התקבלו על דעת הממשלה עת הובאו בפניה ההמלצות לקראת גיבוש הצעת החוק מטעמה. הכרעת הכנסת היא המחייבת והמכריעה בהליך החקיקה. הממשלה לא תוכל להתחייב מראש באופן מלא לתוצאות הליך החקיקה, אלא, לכל היותר, ל"משיכת" הליך החקיקה מן הכנסת ככל שיחולו בו שינויים<sup>15</sup> החורגים מן ההסכמות.

### חקיקת משנה והליכי משילות משולבת

אִי־התאמה מובנית מתקיימת גם בין גישת המשילות המשולבת לבין הליכים להתקנה של חקיקת משנה, אף אם במקרים מסוימים, אִי־התאמה היא ברמה פחותה בהשוואה לזו הקיימת ביחס לחקיקה. נראה שניתן להשתמש בהליכי שיתוף וגיבוש קונצנזוס במקרים מתאימים, אך לשם גיבוש מוקדם של הצעת התקנות בלבד.

חקיקת משנה כנורמה בת פועל תחקיקתי, מחייבת את המתקנים אותה בהפעלת שיקול הדעת המינהלי לטובת הציבור בכללותו. אמנם, חקיקת משנה נקבעת על רקע קיומו של הסדר ראשוני בחקיקה ראשית, אשר יכול ויהיה מפורט דיו,<sup>16</sup> יחייב את הרשות המינהלית לקבוע הסדרים מקצועיים פרטניים בתיאום עם גורמי מקצוע או אף יפנה להליכים של שיתוף הציבור, באופן העולה בקנה אחד עם גיבושו של קונצנזוס מקדים.<sup>17</sup> עם זאת, מתקין התקנות נדרש להיות חופשי, בסופו של דבר, לקבוע את ההסדר הטוב ביותר לפי שיקול דעתו, המשרת את האינטרס הציבורי בצורה מיטבית. הליכי האישור הפרלמנטריים הנדרשים בהתקנת חלק ניכר מחקיקת המשנה, יוצרים "מסלול חלופי" מובנה בעבור גורמים, לרבות אלה שהם צד להליכי תיאום בעת גיבוש טיוטת התקנות. הליכי האישור הפרלמנטריים, לעומת זאת, עשויים לשמש מרפא לקושי הדמוקרטי שבגיבוש קונצנזוס מוקדם – באמצעות הדיון הציבורי שמקיימת הרשות המחוקקת.

אמנם, ה"מסלול החלופי" שיוצר ההליך הפרלמנטרי לחקיקת משנה, מוגבל לעומת סמכות המחוקק בחקיקה ראשית. מן הבחינה הפורמלית, הבקרה הפרלמנטרית עניינה באישור, או בהימנעות מאישור, של ההצעה לחקיקת משנה המובאת על ידי הממשלה ואינה בגדר דיון לגיבוש המדיניות או פרטי ההסדר. בפועל, ועדות הכנסת מציבות בפני הממשלה, לא אחת, "תנאים לאישור" שמשמעותם האופרטיבית היא תיקונים קונקרטיים שעליהם מצביעה ועדת הכנסת. הממשלה ראשית, לכאורה, שלא לקבל את התנאים ולהקפיד את הליך התקנת התקנות, ככל שהתנאים המוצבים בפועל לאישור אינם עולים בקנה אחד עם מדיניותה. כך נתונה לממשלה האפשרות לקיים את התחייבותה כצד להליך משילות משולבת, ולהימנע מחקיקת המשנה העומדת בסתירה לו. עם זאת, הימנעות מהתקנת תקנות על בסיס התחייבות מראש עלולה שלא לעלות בקנה אחד עם מהות הסמכות להתקין תקנות ועם חובתה של הרשות המינהלית כלפי הציבור להסדרה בת פועל תחקיקתי. יתירה מכך, יכול שמדובר

בתקנות חובה ולא רשות בלבד, למשל, כאשר התקנת התקנות נדרשת לצורך יישומו של החוק או שבהיעדר חקיקת משנה נמנעת כניסתו לתוקף.<sup>18</sup> מקל וחומר נובע כי כאשר חקיקת המשנה שמוסמכת לה הרשות השלטונית אינה טעונה הליכי אישור פרלמנטריים, קיים קושי בקביעתה על בסיס קונצנזוס עם בעלי עניין והגבלת שיקול הדעת המינהלי הכרוך בו. זאת, בשונה משילוב מומחים או נציגי ציבור בהליכי גיבושן של נורמות משפטיות, כדוגמת סמכויות ייחודיות הנתונות לרגולטור כקביעת תעריפים, או קביעת אמות מידה לשירות ואיכות.<sup>19</sup>

### הנחיות מינהליות והחלטות רגולטוריות בעלות אופי פרטני

על פני הדברים נראה כי הרמה הנורמטיבית של קביעת נורמות רגולטוריות מצויה ביחס הפוך לשימות השימוש בהליכים של משילות משולבת, למידת התועלת שעשויה להיות גלומה בהם ולמידת הלגיטימציה להשתמש בהם. עם זאת, ספק אם הליכי משילות משולבת, במובנם המלא, מתאימים לסייע אף לגיבוש הנחיות מינהליות, גם אם בכך יושג שיתוף פעולה גדול יותר ביישום פעולות המינהל, ציות גבוה יותר, והקלה על עלויות פיקוח. הנחיות מינהליות נועדו, כידוע, לשם הפעלת שיקול דעתה המינהלי של הרשות ומובאות, לא אחת, לידיעת הציבור במטרה להנחות את פעילותו. זאת, הגם שמצופה מהרשות המינהלית לשקול כל מקרה לגופו.<sup>20</sup> אין מניעה ואף יכול ורצוי להסתייע בבעלי זיקה, לצד מומחים, לבחינה ולגיבוש של הסדרים מתאימים ופרקטיים ליישום מדיניות, בהתאם לנורמות הקבועות בדיון. אך יש להותיר, בהתאם לעקרונות המשפט המינהלי, את הסמכות בידי הרשות המינהלית לקבוע הסדרים ההולמים לדעתה את האינטרס הכללי ולשנותם מעת לעת.

לעומת זאת, החלטות פרטניות של הרגולטור, שאינן עולות כדי אסדרה אלא מוכוונות לפרטים האינדיבידואליים, כהענקת רישיונות וכריתת חוזים עם המגזר הפרטי, הן החלטות שיכולות להיתרם מהליכי משילות משולבת או מהליכים מקורבים לה. הדברים אמורים, לדוגמה, בהפעלת סמכויות למתן הוראות פרטניות בתחומים מקצועיים, הוראות טכניות המחייבות מומחיות טכנולוגית שבידי מפוקחים, או החלטות רגולטוריות לאישור תכניות שהגיש המפוקח, במסגרת אסדרה עצמית או משולבת. במקרים מסוג זה, ובמיוחד כאשר התחום מזמן גורמים ממגוון תחומים מקצועיים לדיון מקצועי אחד או כאשר נדרשת הכרעה באשר לשימוש במשאב מוגבל או איזון בין אינטרסים ציבוריים שונים, יש מקום לשקול שימוש בהליכים של משילות משולבת או בהליכים בעלי אופי דומה למשילות משולבת. ייתכן שגיבוש תכניות עבודה למניעת סיכונים לסביבה או לבטיחות, על בסיס הליכים דמויי משילות משולבת, יניב תוצאה עדיפה, המאזנת בין אינטרסים שונים על בסיס התדיינות מקצועית, עניינית ומבוססת אמון. מקום שההליך מנוהל היטב והרגולטור משתתף בו, ומשתמש בו ללימוד ולניתוח מעמיקים של מכלול ההיבטים השונים שלו, כפי שהם מובאים על ידי בעלי הזיקה השונים, ניתן לטייב החלטות, ולהצדיק בכך את הסכמת הרגולטור לפעולה על פי שאיפה לקונצנזוס. זאת, אף שניתן להניח כי יוותרו, מטבע השיטה המשפטית בישראל, נתיבים חלופיים לבעלי זיקה שיעמדו על כך, ומשכך – לא יתקיים הליך המשילות המשולבת במלואו. גם הרגולטור יוסיף להחזיק, מטבע השיטה ומהות מעמדו כרגולטור, בסמכות עודפת לקבלת החלטות, למימוש סמכויותיו ואחריותו הציבורית.

### ג. בעלי הזיקה והרשות המינהלית – הילכו יחדיו?

יישום גישת המשילות המשולבת בהליכים לגיבוש אסדרה, מניח "חבירה" של בעלי זיקה לדיון וגיבוש קונצנזוס, על פי מנגנון פורמלי המשלב את בעלי הזיקה בהסדר מובנה. משום כך, מוגדר בו, כתנאי למשילות משולבת, כי על בעלי הזיקה להיות מעורבים ישירות בקבלת ההחלטות. עוד מודגש, כי ייתכן שבעלי העניין הם אזרחים פרטיים, שאינם בגדר ארגונים מייצגים, ולא נתון להם "מונופול ייצוגי". בה בעת, משילות משולבת אפקטיבית נדרשת, בהתאם למאמרם של אנסל וגש, גם למחויבות לאסטרטגיה חיובית של העצמה וייצוג של בעלי זיקה חלשים או מוחלשים יותר.<sup>21</sup> המעמד המרכזי של בעלי הזיקה בהליך המשילות המשולבת, ככל שענייננו בהליכים לצורך גיבושה של אסדרה, מצדיק בחינה נוספת. שהרי, אסדרה, מטבעה, משפיעה על הכלל, על זכויות וחובות של פרטים בו, לא אחת גם על זכויות וחובות של פרטים עתידיים ומשאבים שיוותרו לדורות הבאים. נדרשת בחינה מדוקדקת של ה"שותפות" והתאמתה להליכי גיבוש אסדרה: מהות השותפות וה"עניינים" הכלולים בה, זיהוי בעלי הזיקה השותפים להליך והמנגנונים להבטחת הייצוג המתאים של כלל בעלי העניין וזכויותיהם.

ראשית, זיהוי העניינים – כיצד יובטח שכל ה"עניינים" שיש לשקול אכן יובאו לידי ביטוי, קודם גיבוש האסדרה? האם לא נדרש גורם אחראי ובר-סמכא לאיתור מכלול העניינים שיש צורך ב"בעליהם", קרי "בעלי עניין"? דומה כי קיימת הנחה מובלעת, מעין "ידיעה כללית" של העניינים שיש לייצגם בהליכים. האם מובלעת הנחה בדבר אחריות המנהיג או הרשות המינהלית לאתר את העניינים הנוגעים בדבר? האם אחריות זו עולה כדי אחריות להימנע מהליך משילות משולבת אם נוכחה הרשות המינהלית כי לא קיים ייצוג לכלל העניינים הנוגעים בדבר? ודוק, השאלה אינה מצד התועלת בקיום ההליך, כפי שאנסל וגש מזהירים<sup>22</sup> – שאם לא ייצגו כלל העניינים עשוי ההליך לאבד מן הלגיטימציה שלו, אלא השאלה היא מצד האחריות לקיומו של ההליך ותוצריו כלפי הציבור. זאת, אף אם הציבור אינו צפוי לטעון כנגד הלגיטימיות של ההליך, או שאינו צפוי להעניק משקל להימנעות זו. כך, ציבור שאינו מודע או אינו ער לערכים כמו מניעת עבודה של ילדים, רפואה מונעת, הגנת הסביבה או שימור היסטורי. אחריות לוודא כי האינטרס הבין-דורי ייצג הוא דוגמה מובהקת, גם במצב שבו מכלול הרואים עצמם כבעלי עניין אינם מוטרדים הימנו. שנית, איתור בעלי העניין – האם ניתן להניח כי קיים ייצוג אוטונומי, היוצר את עצמו, באופן מיטבי, לטובת העניינים השונים? במלים אחרות, כיצד ניתן להבטיח כי המבקשים להיות "בעלים" של אותם עניינים (זיקות), אכן מעמידים עצמם לטובת הליך המשילות המשולבת, באופן אותנטי, תוך מחויבות להליך, והם אכן הנציגים הטובים ביותר של אותו העניין? כיצד ניתן להבטיח ייצוג ספונטני מקיף דיו, של כלל ה"עניינים" הנוגעים לאותו נושא? ומנגד – האם לא ייתכן ייצוג יתר לעניין מסוים על חשבון אחרים, בשל השתתפות ערה, ספונטנית, של "בעלים" לאותו עניין? וכיצד ייפתר מצב שבו מצייבים עצמם לטובת ההליך "בעלי עניין" מטעם עצמם בלבד? או מצב שבו מי שהוא בעל עניין או זיקה להיבט מסוים נתון בפועל להשפעתו של עניין אחר, או פועל לטובת עניינו האישי גרידא, מצב המכונה כמשפט הישראלי "ניגוד עניינים"?

אסדרה היא מטבעה בעלת משמעות לכלל הציבור, ומשכך נלווית לה מחויבות מינהלית – לקבלת הכרעה עניינית ומיטבית, להבטחת איזון בין האינטרסים השונים הכרוכים באותו עניין, וכיו"ב. בהתאם, לצורך גיבוש אסדרה בהליך משילות משולבת נדרש להבטיח את ייצוג מגוון העניינים והתאמתם, שאחרת הקונצנזוס המתגבש עשוי להיות קונצנזוס מוטה ולא-מיטבי. במקרים לא מעטים נראה שעשויה להידרש פעולה אקטיבית, יזומה, לאיתור המייצגים המתאימים, אף אם הם אנשים פרטיים ונעדרי "מונופול ייצוגי". ועוד, גיבוש אסדרה עשוי לחייב הימנעות משילוב של בעלי



זיקה שעניינם האישי, העסקי, יושפע ישירות ומתעורר קושי בשילובם בהליך זה. ממכלול טעמים המנויים בהערה זו נראה כי המונח "מייצגי עניין" (או מייצגי זיקה) הולם יותר למגבשי אסדרה, אך אוסיף להשתמש גם במונח "בעלי עניין" (או בעלי זיקה) בהמשך מאמר זה.

**שלישית, תנאי התלות בין הצדדים להליכי המשילות המשולבת** – קיים חשש כי תנאי התלות שאיתרו אנסל וגש, שלפיו אם קיימות זירות חלופיות שבהן יכולים בעלי הזיקה לקדם את מטרותיהם באופן חד-צדדי, אזי תצליח המשילות המשולבת רק כאשר בעלי הזיקה תופסים את עצמם כתלויים מאוד זה בזה,<sup>23</sup> מקשה בגיבוש אסדרה: תחושת תלות עלולה להקהות אותנטיות בייצוג עניין ולפגום באיזונו בעניינים אחרים ובגיבוש כלל האסדרה המיטבי לכלל הציבור.

בהתאם – ספק אם ניתן להבטיח את האמור שלא באמצעות סמכויות הנתונות לגורם מרכזי. לכאורה, הרשות המינהלית האחראית כלפי הציבור בכללותו היא הגורם הנדרש לבחור, לנתב, להניע או לעודד השתתפות של גורמים אלה ואחרים, כבעלי עניין או מייצגיו. ממילא, גם אסטרטגיית ההעצמה שאוזכרה לעיל מחייבת את מנהיג התהליך למעורבות אקטיבית באיתור בעלי העניין/ הזיקה. כמובן, אל לרשות המינהלית לעצב את שולחן המשא ומתן באופן שיהיה נוח בעבורה להתדיינות או העשוי לקדם את השגת התוצרים שאותרו על ידה מלכתחילה כרצויים, קודם הנעת התהליך. יש להבטיח כי בעל העניין הפוליטי או הרגולטורי לא יפעל באופן העלול להשפיע על האותנטיות של עמדות בעלי העניין הנבחרים ועל אופן ייצוג העניין על ידם. ענייננו בשימת דגש על מקומה ותפקידה של הרשות המינהלית בזיהוי העניינים ובגיבוש קבוצת בעלי העניין או מייצגיו לאותו הליך, במסגרת ניהול התהליך, וזאת – בהסתמך על מעמדה כרשות מינהלית ואחריותה לציבור הרחב ולאיינטרס הכללי. הכל, במקביל ליצירת מנגנוני איזון, שקיפות ובלתי אפשרות של ניצול לרעה של ההליך על ידה. הקניית המעמד, הסמכות והאחריות נדרשים גם במחיר אובדן חלק מן הקסם האותנטי והספונטני של הליך המשילות המשולבת בתיאורו האידיאלי.

#### ד. מעמדה של הרשות המינהלית

מכלול תפקידיה של הרשות המינהלית בניהול ההליך והיקף האחריות השיורית הנתונה לה, נדרש לליבון נוסף. בצד התייחסות אל הרשות המינהלית בהקשר לזיהוי בעלי הזיקה, וכ"בעל זיקה" שהוא צד להליך, מטיל מודל המשילות המשולבת על הרשות המינהלית אחריות להבניית התהליך, להחלטה הסופית, בין שהתקבלה החלטה בקונצנזוס ובין שלא, לשקיפות, אך גם, ובאופן מודגש – למחויבותה לתהליך.<sup>24</sup> ספק אם הציפייה מן הרשות המינהלית מחודדת דיה, ומתעורר חשש שהיא לוקה בדיסוננס מסוים.

#### המנהיגות

על פי הגישה המקובלת לגיבוש של אסדרה, המנהיג "הטבעי" הוא הרגולטור, בין שהוא השר ובין שהוא הפקיד. מודל המשילות המשולבת מתיר גם אפשרויות אחרות. המנהיג, בהתאם לעולה מן המאמר של אנסל וגש,<sup>25</sup> הוא בעל כישורי גישור, בורות, הנהגה טכנית אמינה, וכיו"ב. מנהיג מוצלח יהיה גורם מתווך בעל כישורי תיווך גבוהים, לטובת קידום איזון בין בעלי הזיקה; העצמה של החלשים שבהם; עידוד הקשבה של הצדדים זה לזה; הגברת האמון ביניהם; הצעת פתרונות "כדאיים" ועוד. ככל הנראה עליו להכיר היטב את התחום. אך לכאורה, לא מצופה ממנו להיות בעל עמדה או מדיניות ואין הוא בהכרח מזוהה עם בעל הסמכות לקביעתה של האסדרה. תיאור זה אינו הולם אחריות ציבורית של נבחר הציבור, שהרי מתוקף כהונתו הוא בעל מדיניות שלאורה

נבחר על ידי הציבור או שאותה הוא נדרש לגבש. ספק אם המסקנה הנגזרת כי הרגולטור, כבעל עמדה, נדרש להיות צד להליך ולא מנהיג, עולה בקנה אחד עם מהות תפקידו.

בחנית הליך גיבוש אסדרה באספקלריה של הנהגה בידי איש מקצוע, מעין מומחה לגישור, מעוררת שאלות: האם הרשות המינהלית תהווה בעל זיקה שהוא צד להליך, ככל בעל זיקה אחר? ואם כן – מה מקור סמכותו של מנהיג ההליך? האם הסכמה חוזית או מעין חוזית, מתחום המשפט האזרחי, בין הצדדים להליך? האם הצדדים יקנו למנהיג סמכות להגדיר בעלי זיקה ולהכריע בדבר מבנה הפורום, שלא מכוח הסמכת הרשות המינהלית, ובלא אפשרות התערבות שלה? מהי מידת המחויבות להליך אשר ניתן לצפות במקרה כזה מן הרשות המינהלית? על פי הגישה שיסודה בחובת הרשות המינהלית כלפי הציבור, המקנה לה את סמכויותיה, והואיל ומדובר בהליכים שעניינם אסדרה – לא מובן כיצד תוכל רשות מינהלית להסכים לגיבוש אסדרה תוך התחייבות מראש להליך שבו אינה אלא בעל זיקה, ככל בעל זיקה אחר.<sup>26</sup> ניתן לצפות כי הליך גיבוש אסדרה ינוהל על ידי הרשות המינהלית, כך שגם מנהיג מקצועי לא יוכל לפעול אלא מטעמה, מכוח סמכותה המינהלית וחובתה כלפי הציבור הרחב.

### זהות הרשות המינהלית

אפנה לדון בזהות האורגנים של הרשות המינהלית, כצד להליך משילות משולבת לגיבוש אסדרה. לזהות הרשות המינהלית – הפוליטיקאי נבחר הציבור או איש המקצוע – עשויות להיות השלכות על ניהול ההליך ומשמעותיו. על פי השיטה הישראלית, ככלל, הרשות המינהלית מורכבת מגורמים מקצועיים המטפלים בנושאים המקצועיים באופן שוטף ואמונים על גיבוש הצעות אסדרה. הגורם הפוליטי, בעל הסמכות להכרעה בענייני מדיניות וקביעתה, אחראי על תחומים מקצועיים רבים ונעדר, לא אחת, את משאבי הזמן הנדרשים לתהליכים בעלי אפיונים של משילות משולבת. איש המקצוע העורך תהליך לגיבוש מדיניות, בשיתוף ציבור או אף כתהליך שיתופי, עשוי להידרש להכרעות ולפשרות המצויות, לעתים, בתחום המדיניות. השאלה נשאלת ביחס לסמכותו של הגורם המקצועי להשתתף בגיבוש קונצנזוס שמשמעותו פשרות או הכרעות בתחום המדיניות. ואף אם יוסמך, עד כמה ניתן לצפות מן הגורמים הפוליטיים העומדים בראש הרשות למחויבות מלאה, באופן שלא יפתח פתח למסלולים חלופיים של בעלי עניין מסוימים, לא מרוצים, חזקים דיים או מקורבים לגורם הפוליטי? ועד כמה ראוי לעשות כן בהתחשב בשיטת הממשל הדמוקרטית?<sup>27</sup> כידוע, בעל עניין עשוי להיות בעל השפעה על הפוליטיקאי, בין שמדובר בעניין עסקי ובין שמדובר בעניין אחר כמו הגנת הסביבה, באופן שיגביל את התמריץ של בעל העניין להתפשר עם איש המקצוע.

נוכח מהותו של הליך משילות משולבת ואפיוניו בכל האמור בגיבוש אסדרה, אציע כי הרשות המינהלית תוגדר באופן כולל, הכורך את קובע המדיניות, את הפוליטיקאי ואת איש המקצוע, במשותף. בהתאם, מחויבות הרשות המינהלית לתהליך לא תתבטא באופן קונקרטי באמצעות התחייבות אישית של משתתף בהליך, אלא בשילוב של הגורמים קובעי המדיניות על בסיס השתתפות גורמי המקצוע, בהתאם לשיטה הנוהגת.

### התוצרים וסוגיית האחריות

תוצריו של הליך משילות משולבת מבוססים על ציפיות מוכוונות קונצנזוס. הערה זו עניינה בשאלת ההכללה של אסדרה בתוצרים אלה, בדגש על האחריות עליהם. הקונצנזוס, כמודגש במאמרם של אנסל וגש, עניינו באחריות כלל בעלי הזיקה לתוצרים, שמכך ינבעו מחויבותם, התמריץ שלהם ותחושת הערך וכדאיות ההשקעה. היבט זה בא לידי ביטוי בממד ה"בעלות על התהליך" אשר נדון

במאמרם של אנסל וגש.<sup>28</sup> שיתוף הפעולה, כמוצג במאמרם, משמעו גם שלבעלי הזיקה הלא-מדינתיים תהיה "אחריות אמתית לתוצאות המדיניות".<sup>29</sup> וכן, אין ציפייה מבעלי הזיקה להיות גורמים מייצגים או בעלי "מונופול ייצוגי" וייתכן שהם אזרחים פרטיים המבטאים עניין זה או אחר, על פי יכולתם, כישרונם והשקפותיהם.<sup>30</sup>

ואולם, לצד כל אלה, לרשות המינהלית נותרת האחריות המלאה, הכוללת, לאסדרה, מכוח מהותה, ומודל המשילות המשולבת יוצר פער קשה ליישוב. לא ברור כיצד תיישב הרשות את האחריות הכוללת שלה עם הציפייה כי תנהג כבעל זיקה, המחויב לתהליך, משתתף בו, בגדר המסלול הבלעדי האפשרי לגיבוש הכרעות ושאר מאפיינים המצופים ממנה. ייתכן שאחריות "שירית" של הרשות המינהלית תוכל לספק מעין אחריות, המתעוררת רק מקום שהתהליך אינו מתכנס לקראת קונצנזוס או שמתברר כי חלו ליקויים בתהליך, ניגודי עניינים, השפעה בלתי-הוגנת וכיו"ב. במקרה כזה, לא ברור כיצד יתנהל הליך משילות משולבת נוכח סמכויות יתר אלה של הרשות המינהלית המהווה צד לאותו הליך.

זאת ועוד: בהיבט המשפט המינהלי, לא מובן מהו אופי האחריות שמצופה ממשותפי ההליך, שאינם הרשות המינהלית. מהו השובר שלצד אותה "אחריות"? מהו ה"תשלום" שישלם בעל הזיקה שהשתתף בגיבוש קונצנזוס רגולטורי, אם תיווצר על פיו פגיעה באינטרס ציבורי זה או אחר? כלפי מי אחראי בעל הזיקה, מהו ההליך שבמסגרתו תתברר אחריותו ומהן ההשלכות של אותה אחריות? במיוחד לא ברור הדבר בנוגע לבעל הזיקה שהוא גורם פרטי, שאינו "מייצג", ואשר השקיע מאמצים, משאבי זמן או משאבים הומריים לא מבוטלים, ופעל בתום לב מלא ומתוך מחויבות לרעיון ולהשקפת עולם. מה משמעות האחריות המוטלת עליו? האם היא מתוספת להשקעה המשמעותית שהשקיע, ועלולה להרתיעו מלכתחילה מהשתתפות בתהליך? ומנגד – האם אחריות זו, המוטלת בשותפות על בעלי הזיקה אשר השתתפו בהליך המשילות המשולבת, מפחיתה מאחריותו המלאה של הרגולטור וממחויבותו כלפי הציבור בכללותו, כפי שהייתה מוטלת עליו בהליכי אסדרה אחרים?

לסיכום – גיבוש אסדרה והכרעות רגולטוריות נתונים לאחריות הרשות המינהלית וביסוד מהותה, סמכויותיה, התפקיד שמפקיד בידיה הציבור, ומכאן גם אחריותה לתוצרים, גם במחיר סמכויות יתר מסוימות הנתונות לה בהליך המשלב בעלי זיקה אחרים. סמכויות אלה נדרשות לה מעצם טבעה כרשות מינהלית, ויש קושי ליישכן עם ניהול הליך משילות משולבת לקביעת אסדרה בהתאם לאפיוניו כמתואר על ידי אנסל וגש.

## ה. בחינת הליכים לקביעת אסדרה וטיובם, בהשראת מודל המשילות המשולבת

בהתחשב בהערות שפורטו לעיל, אבקש להציע ראייה מחודשת על גופים והליכים המעוגנים בחקיקה הקיימת בישראל, שעניינם בגיבוש אסדרה, ואשר ניתן למצוא בהם אפיונים חלקיים של משילות משולבת, כדגם מקורב למודל זה. אציע לשקול את טיובם בהיבטים מסוימים, בהשראת מודל המשילות המשולבת, אף כי אציע להיוותר בתחום המודל המקורב בלבד.

הדין הישראלי הקים כמה גופים אשר הרכבם מבוסס על ייצוג של עניינים שונים. כך לדוגמה, מועצות ציבוריות בתחום התקשורת והתרבות כמו המועצה לשידורי כבלים ולוויין,<sup>31</sup> המועצה הישראלית לתרבות ואמנות,<sup>32</sup> מועצת הקולנוע<sup>33</sup> ומועצת המוזיאונים,<sup>34</sup> מועצת המים,<sup>35</sup> רשויות שירותים ציבוריים,<sup>36</sup> ותאגידים ציבוריים כדוגמת המועצה להשכלה גבוהה,<sup>37</sup> הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו<sup>38</sup> וכן הרשות האומית להסמכת מעבדות,<sup>39</sup> מועצות יצור וצמחים.<sup>40</sup> כבר בפירוט קצר ומדגמי זה ניתן להיווכח כי מעטים מהם הם גורמים הקובעים אסדרה, ועיקרם בעלי סמכויות אחרות, המלצות לרשות המבצעת, חלוקת משאבים תחומיים, פעילויות מקצועיות וכיו"ב. מגוון

סמכויות והסדרים אלה מאפשר להתרשם מדרכים שונות לעיגון שיתוף של הציבור, איתור הגורמים המייצגים או נותנים ביטוי לנושאים מסוימים, מידת התלות בגורם הפוליטי כגורם ממנה, דגמים שונים של סמכויות, וכן ניתן להפיק לקחים משילוב בעלי עניין בקבלת החלטות על פי מודל המעוגן בחוק. על פי עקרונות השיטה המשפטית והמינהלית בישראל, כאשר עניינו של הגוף בקביעת אסדרה, המלצה על אודות אסדרה, או פעולה אחרת כלפי כלל הציבור, ייקבע ייצוג "עניין" ולא "בעלי העניין", והגורמים החברים באותם גופים, ככלל, לא יהיו "נציגים" של בעלי העניין.<sup>41</sup> במובן זה אין המדובר, ככלל, במשילות משולבת כהגדרתה במאמרם של אנסל וגש, אלא במודל מקורב, המשלב שיח ציבורי וזוויות ידע ומומחיות שונות, אך אינו מבקש לגבש קונצנזוס עם בעלי העניין עצמם, אלא עם ייצוגים של הנושאים או העניינים.

יודגש כי הפקדתו של גוף המשלב ייצוגים של עניינים ציבוריים על גיבוש אסדרה או הצעות לאסדרה, במקום מוסדות הרשות המבצעת גופא, יידרש כאשר עניינו של הגוף כרוך במומחיות שאינה בידי הרשות המינהלית, בעניין ציבורי המאופיין בחירות כמו חופש ביטוי, חופש אקדמי, לצורך הבטחת אי-תלות וכיו"ב. עם זאת, במקרים רבים הגוף לא יהיה אלא בגדר מייצג, אשר על פי עצותיו מצופה הרשות המינהלית לפעול, אך אינה מחויבת לכך. לעמדתי, סמכותה ואחריותה של הרשות המינהלית, כמו גם עקרונות של משילות, מצדיקים, ככלל, להפקיד את גיבושה של אסדרה בידי גופים חיצוניים לרשות המינהלית רק במקרים מיוחדים.

מצד העיקרון הדמוקרטי, הבהירות המינהלית, השקיפות, תיאום הציפיות והגדרת התוצרים, יש בדגמים מקורבים אלה מענה לעקרונות היסוד שמבוקש לקדם באמצעות הליכי משילות משולבת באסדרה, כמו גם לעקרונות היסוד המשפטיים שהוצגו בפרקים הקודמים. הם תואמים את המסקנה כי הליכי משילות משולבת עולים יפה מקום שנדרש שיתוף פעולה מתמשך. עצם העיגון בדבר חקיקה של תוצריו הצפויים של ההליך ומעמדם, הגדרת העניינים המיוצגים, ההרכב המייצג והליכי המינוי, דרכי עבודת הגוף וביקורת שיפוטית – מעניקים מענה, ולו חלקי, לקשיים שהועלו לעניין יישום הליכים של משילות משולבת בקביעת אסדרה. עם זאת, יש לבחון אצל הגופים הקיימים את דרכי המינוי, על מנת לוודא כי לא פתוחה בפני הרשות המינהלית האפשרות לניתוב ההרכב להרכב "נוח", אשר עלול לעורר ספק בדבר אמינותו כמייצג מגוון אינטרסים וליבון פתוח של השאלות הצריכות דיון ואסדרה.

ניתן להיווכח כי גם העיגון בחקיקה אינו חסין מקשיים. כך, הוא עלול להפוך את הגוף למזוהה בעיני הציבור עם הרשות המינהלית עצמה, וגם גורמים שמונו כמייצגי זיקה, המשתתפים בהליך משילות משולבת קבוע, המעוגן בחוק, אינם נתפסים עוד כמייצגי זיקה אלא כחלק מן הממשל. בהקשר זה מעניין לבחון את השיח הציבורי והממשלתי בנושא הרכב ועדות התכנון והבנייה והכללת נציגים של ארגוני סיביה. הרכב זה לא ייתר דרישה ציבורית לשילוב גובר של בעלי זיקה נוספים, "ירוקים", בדיונים. בה בעת, הרכב ועדות התכנון גרר ביקורת שהתמקדה בקושי לקדם יוזמות תכנוניות וליישם את מדיניות הממשלה בגינו. גישה ביקורתית זו הניבה תיקוני חקיקה והליכים מינהליים לצמצום השתתפות נציגים אלה בוועדות התכנון.<sup>42</sup>

הדבר מעיד על המורכבות בהבניה של מוסדות משילות משולבת קבועים, אף במודל מקורב זה. זאת, הגם שגלומה בהם האפשרות להסתייע בגורמים ובבעלי זיקה שאינם חלק מן הרשות המינהלית ולהביא להחלטות טובות יותר, מאוזנות ומוסכמות. דינו של מוסד קבוע להיראות כחלק מן הרשות המינהלית, אף אם יסוד הקמתו ב"שילוביות" גמורה, ובה בעת גלום בפעילותו איום על "משילות" הממשלה ומחירים במונחי זמן ומשאבים הנלווים ל"שילוביות".

אין במאמר זה כדי להקיף את הבחינה הנדרשת של הגופים הקיימים, בהבחנה לסוגי משנה, בין שעוסקים באסדרה ובין שלא, המקיימים מידה משתנה של הליכי משילות משולבת או מקורבת, הלקחים מפעילותם, הלגיטימציה הציבורית לפעילותם כמאזנים בין האינטרסים לעניינים המיוצגים בהם והמחויבות השלטונית לפעולתם. ניתן לבחון שיפור המודלים להקמה והסדרה של גופים כאמור על פי חוק, לרבות בגיבוש אסדרה, לברר מהם המקרים המתאימים ליצירתם ודרכים לחיזוק הלגיטימיות שלהם כפורומים המשלבים גורמים ומייצגי עניין שונים מסביב לשולחן אחד. כך, ניתן לבחון את יתרונות השילוב של בעלי עניין או מייצגיו ואת חסרונותיו, על פני הגברת השקיפות והליכי השימוע לציבור, או מנגד, לפתח אמצעים ותהליכים לשמירת זיקה מתמדת בין בעלי עניין לבין ייצוגם של העניינים, ואיזון אלה מול חובת הרגולטור להבטיח את האינטרס הציבורי הכולל, הרב-ממדי.

בחינה נוספת, מנקודת המבט של גישת המשילות המשולבת, עשויה להאיר באור חדש סוגיות אלה ולהוות בסיס לטיוב פעולתם של גופים אלה או של מודל מקורב זה לצורך הקמת גופים דומים, במקרים המתאימים.

## 1. סיכום

באמצעות מטה-האנליזה המפורטת במאמרם, איתרו אנסל וגש תנאים, ובכללם תנאים תלויים, שמקדמים אפשרות לשיתוף פעולה מוצלח או מעידים על אפשרות כזו, ואלה שמעכבים או מונעים אותה, מבלי להכריע בהיותה "טובה" או "רעה". דומה כי התנאים שאיתרו, מסייעים לנתח את התהליך בפרספקטיבה של הליכי אסדרה, לאתר לאילו מהם הוא עשוי להתאים, אף אם באופן מקורב בלבד, או לטייב את השימוש בו בהקשרים אלה, ובאילו אין הוא משתלב ואינו עולה בקנה אחד עם מהותם.

במאמר זה ביקשתי להאיר את המונחים שבהם עוסקים אנסל וגש מתוך שימת דגש על ההליכים לגיבוש של אסדרה בהתאם לעקרונות המשפט המינהלי בישראל. פורטו קשיים בכל האמור בהתאמתה של משילות משולבת לעקרונות המשפט המינהלי בישראל על רקע השיטה הדמוקרטית-ייצוגית, עקרון שלטון החוק וחובתה של הרשות המינהלית להשתמש בסמכויות המוקנות לה. הוצגה העמדה שלפיה על אסדרה להיקבע על ידי הרשות המוסמכת לכך, בהתאם לדרגה הנורמטיבית שבה עסקינן, וכי הליכי משילות משולבת או מקורבים להם, מתאימים יותר לסייע בגיבוש הצעות לאסדרה ובמקרים מסוימים – לטייב קבלת החלטות פרטניות של הרגולטור כהענקת רישיונות, אישור תכניות אסדרה עצמית או גיבוש התקשרויות חוזיות של המדינה עם המגזר הפרטי (PPP). כן הוצגו ספקות שונים בדבר התאמתה של המשילות המשולבת לתפיסת ה"משילות" בשיח הציבורי הישראלי.

על רקע ההערות באשר למידת ההתאמה של משילות משולבת והתנאים להצלחתה להליכים המקובלים לקביעת אסדרה בישראל, ביקשתי להציע בחינה מחודשת של מודל מקורב למודל זה. זאת, בהתייחס לגופים שפעולתם מוסדרת בחוק, ועקרונות מסוימים ברוח המשילות המשולבת מהווים חלק אינטגרלי וקבוע מפעילותם. על פי המוצע, רק מודלים מקורבים כדוגמת מודל זה יכולים לשמש לגיבוש אסדרה ברוח עקרונות המשילות המשולבת, וגם זאת במקרים מתאימים בלבד. בחינה נוספת של ההסדרים המתקיימים בגופים אלה והלקחים שנלמדו מפעילותם, עשויים לאפשר שיפור מודל מקורב זה באותם המקרים שבהם השימוש בו מתאים, בהשראת היתרונות המיוחדים למשילות משולבת במאמרם של אנסל וגש.

**הערות**

- 1 כרים אנשל ואליסון גש "משילות משולבת הלכה למעשה" מעשי משפט ז 11 (שושנה לונדון ספיר מתרגמת, 2015) (להלן: "אנסל וגש – משילות משולבת").
- 2 דוגמאות למבעים של משילות משולבת במדינת ישראל בתחומים אחרים, שאינם אסדרה: בתי הדין לעבודה שמכהנים בהם נציגי עובדים ונציגי מעסיקים, הוועדה למינוי שופטים שמכהנים בה גם נציגי לשכת עורכי הדין; תחום אחר שניתן לבחון בהקשר למשילות משולבת הוא תחום ההתקשרויות החוזיות של המדינה עם המגזר הפרטי לבניית תשתיות ומתן שירות לציבור (חוזי PPP ושיתוף הפעולה המתקיים בין הצדדים לחוזה), ואף הם חורגים מתחום האסדרה לפי הגדרתה במאמר זה.
- 3 אנסל וגש – משילות משולבת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12.
- 4 וראו לעניין זה הגדרה דומה בהחלטתה המרכזית של הממשלה בתחום טיוב הרגולציה בהחלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (14.09.2014).
- 5 לדיון באיסור על כבילת שיקול הדעת המינהלי ראו בג"ץ 4491/13 המרכזי האקדמי למשפט ועסקים ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' עמ' 71 (פורסם בנבו, 2.7.2014), (להלן: פרשת מתווה הגז).
- 6 החלטה 476 של הממשלה ה-34 "מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי "תמר" ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי "לויתן", "כריש" ו"תנין" ושדות גז טבעי נוספים" (16.8.2015).
- 7 לדיון השוואתי נרחב, עובדתי ואקדמי בעניין דרכי הענקת יציבות והגנה על השקעות במדינות שונות, והחלופות הנהוגות במדינות שונות להתחייבות להימנע מחקיקה ראו פרשת מתווה הגז, לעיל ה"ש 5, בעמ' 65-71.
- 8 שם, בעמ' 72-73, 77-78, 80-81.
- 9 שם, בעמ' 75, 79.
- 10 שם, בעמ' 130-133.
- 11 אנסל וגש – משילות משולבת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21.
- 12 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א בעמ' 323-331, 409-410, 632-636. (מהדורה 5, 1996) (להלן: רובינשטיין ומדינה – המשפט הקונסטיטוציוני).
- 13 שם בעמ' 359-362; פרשת מתווה הגז, לעיל ה"ש 5; אפי מיכאלי, עופר סיטבון וערן צין "סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל – בין הייצוג המשפטי לייצוג הפוליטי" מעשי משפט ז 41, 41-54 (2015).
- 14 ס' 49 לחוק רשות הספנות והנמלים, התשס"ד-2004 ס"ח התשס"ד, 456, התשע"ו, ס' 644; ס' 56 לחוק הרשות לעידוד מחקר פיתוח וחדשנות טכנולוגית בתעשייה (תיקון מס' 7), התשע"ה-2015, ס"ח התשע"ה, 256 – לעניין הסדרים להעברת עובדים בשינויים מבניים כתנאי בחקיקה; ס' 47-53 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009 – לעניין הקרן שעתידי הייתה לקום לפי החלטת הממשלה שאליה מפנה החוק; ס' 166 (א) לחוק הטיס, התשע"א-2011, כדוגמה להפניה לנורמות של גורמים בין-לאומיים; וחוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994 לעניין עיגון הסכמים שחתמה הממשלה.
- 15 פרוגטיבה הנתונה לממשלה לביטול הליך חקיקה שניזום על ידה לכתחילה, בכל שלב קודם השלמתו ראו ס' 95 לתקנון הכנסת, התשכ"ח-1967.
- 16 רובינשטיין ומדינה – המשפט הקונסטיטוציוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 359-360.
- 17 שם, בעמ' 360.
- 18 בג"ץ 372/71 פראניו נ' שר הבריאות, כ"ו (1) 809; בג"ץ 295/65 הלל אופנהיימר ואח' נ' שר הפנים והבריאות, כ(1) 309.
- 19 ראו כדוגמה, סמכויות רשות החשמל, בס' 31-30 לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996; והרשות הממשלתית למים וביוב בס' 124 י"ז לחוק המים, התשי"ט-1959.
- 20 "הנחיות מנהליות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0002 (התשס"ב).

- 21 אנסל וגש – משילות משולבת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 22.
- 22 שם, בעמ' 24.
- 23 שם, בעמ' 20.
- 24 שם, בעמ' 13-14.
- 25 שם, בעמ' 21-23.
- 26 ראו על דרך האנלוגיה נושאים שאינם מתאימים לגישור לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לרבות בגין השפעה על צדדים שלישיים ב"יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1203 (60.125), בעמ' 3 (התשע"א); נסיבות ושיקולים המונעים ככלל בוררות, כנושאים בעלי השפעה על הציבור הרחב או על ציבור בלתי-מסוים ב"יישוב של סכסוכים שהמדינה צד להם באמצעות בוררות" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.1205, בעמ' 4 (התש"ע).
- 27 בעניין הביקורת המושמעת על ריחוקו של ההליך המינהלי מן האידיאל הדמוקרטי ראו פרשת מתווה הגז, לעיל ה"ש 5, עמ' 85.
- 28 אנסל וגש – משילות משולבת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20, 27.
- 29 שם, בעמ' 14.
- 30 שם, בעמ' 13.
- 31 ס' 6ב לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.
- 32 ס' 2 לחוק התרבות והאמנות, התשס"ב-2002.
- 33 ס' 2 לחוק הקולנוע, התשנ"ט-1999.
- 34 ס' 10 לחוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983.
- 35 ס' 126 לחוק המים, התשי"ט-1959.
- 36 רשות החשמל והרשות הממשלתית למים וביו, ראו ה"ש 19 לעיל.
- 37 ס' 2 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958.
- 38 ס' 2 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990.
- 39 ס' 2 לחוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז-1997.
- 40 לדוגמה, חוק מועצת הצמחים (ייצור ושיוק), התשל"ג-1973.
- 41 כך בשני התאגידים שהם רגולטורים מובהקים מבין המנויים לעיל: חברי המועצה להשכלה גבוהה אינם נציגי המוסדות להשכלה גבוהה, אלא ממונים כאקדמאים בכירים, שאינם נושאים בתפקידים ניהוליים ואינם מייצגים את המוסד שבו הם פועלים; וכמועצת הכבלים והלוויין או כמועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, לא ישתתפו בעלי זיכיון או בעלי רישיונות או נציגים שלהם. גם בגופים האחרים, ככל שהם בעלי סמכויות להציע הסדרים ואסדרה כמו מועצת הקולנוע, ימונו אנשי ציבור בהיוועצות עם גורמים בתחום, אך לא נציגי גורמים הנהנים באופן ישיר מן ההסדרים כמו נציג קרן קולנוע נתמכת או נציג ארגון המפיקים. לעומת זאת, הרשות להסמכת מעבדות ומועצות הייצור אינם בגדר רגולטורים, וניתן למצוא בהם נציגים ישירים לבעלי עניין, ואף זאת במיעוט קטן.
- 42 ראו איריס האן "הרפורמה בחוק התכנון והבנייה – היבטים סביבתיים וחברתיים" **מקרקעין** 5/ט 85, 85-98 (2010). כן ראו פניית הפורום בדמוקרטיה בתכנון לשר האוצר מיום 3.6.2015, <https://www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-4519242.00html>; וגם <https://www.acri.org.il/he/34821>

