

## חקיקה מינהלית: מחיר היעילות \*

מאת

פרופ' יצחק זמיר

### מבוא

אכסניה מכובדת זאת – ועדת השרים לעידוד היעול במשק – מומינה דברים בשבח היעילות. אכן, בלב שלם אפשר וצריך להסביר חשיבותה של היעילות המינהלית, שהיא חוסכת משאבים, מקדמת שרותים ומשפרת את איכות החיים. כל מה שנעשה בכיוון זה, אף אם הרבה נעשה, עדיין אין בו די, וחובה לשאוף ולפעול בהתמדה להגברת היעילות. אך כיוון שדברים כאלה נאמרו כבר ועוד יאמרו מלוא חופניים, ארשה לעצמי הפעם לדבר כבעל איפכא מסתברא, ולהצביע דווקא על הסכנות הכרוכות ברדיפה אחרי היעילות.

כאשר אנחנו סוקרים, מנקודת הראות של היעילות, את הרשויות המרכזיות של השלטון במדינה, מיד מתגלה היתרון של המינהל הציבורי. הרשות המחוקקת, על-פי טבעה, אינה ערוכה ואינה שואפת ליעילות מירבית. פרסום הצעות החוק ברבים, שיתוף מספר גדול של נבחרים בהליכי החקיקה, שלוש הקריאות במליאה, הדיונים הממושכים בוועדות, הוויכוחים והלחצים מצד קבוצות המצויות מתוך לבית המחוקקים, כל אלה דרושים ורצויים מבחינות רבות, אך הם גוזלים זמן רב, גוררים פשרות, ולפעמים פוגמים ברמת החקיקה. הרשות השופטת אף היא אינה רואה את היעילות כמטרה ראשונה במעלה אלא, בתחרות בין צדק ליעילות, היא נותנת עדיפות לצדק. זה טעמם של סדרי הדין המורכבים ודיני הראיות המסובכים, שאף כי הם מאריכים ומייקרים את ההתדינות, אין מסלקים אותם, כיוון שרואים בהם צורך לעשיית משפט כראוי. כנגד זה, הרשות המינהלית שמה לה את היעילות לאמת-מידה.

עבור המינהל הציבורי היעילות היא לא רק אמת-מידה אלא גם מקור לכוח. בגלל היעילות היחסית של המינהל החלו מועברות לידי יותר ויותר סמכויות, לא רק בתחום המינהל הטהור אלא גם בתחומי השפיטה והחקיקה, על חשבון התורה בדבר הפרדת הרשויות.

\* רשימה זאת מתבססת על הרצאה שניתנה בערב עיון על יחסי גומלין בין חקיקה ומינהל, אשר אורגן על-ידי ועדת השרים לעידוד היעול במשק, ונהקיים בירושלים ביום 5 ביולי 1971. באותו ערב נשאו דברים שר העבודה יוסף אלמוגי, היועץ המשפטי לממשלה מאיר שמגר, מנכ"ל משרד הקליטה הלל אשכנזי, חבר הכנסת ד"ר יחזקאל בדר ופרופ' יצחק זמיר. כל הדברים שנאמרו אותו ערב נכללו בחוברת שהוצאה (בספטמבר 1971) מטעם ועדת השרים לעידוד היעול במשק והופצה בחוג מוגבל. הערות השוליים ברשימה זאת הוספו לצורך הפרסום במשפטים.

תהליך זה פקד את כל המדינות, ובכללן את ישראל, כתופעה הנובעת בהכרח מן התפישה החדשה של תפקיד המדינה. שוב אין רואים את המדינה רק כמנגנון המכוון להבטיח את הסדר והבטחון. היא קיבלה על עצמה תפקיד מרכזי בעיצוב החיים של כל אדם, אם על-ידי קביעת כללי-התנהגות מרובים בענייני חברה וכלכלה, ואם על-ידי הספקת שירותים בתחומי החינוך, הבריאות, השיכון, הביטוח, התקשורת ועוד. הרשות המחוקקת והרשות השופטת, הפועלות עדיין במידה רבה באותה מתכונת שעוצבה לפני מאות שנים, נמצאו בלתי כשירות להתמודד עם תפקיד זה. ולכן החלה הרשות המחוקקת מעניקה סמכויות ביד רחבה למינהל הציבורי. אפשר להניח כי המחוקק נהג כך בעיקר בשל תחושת אחריות: הוא פנה למינהל הציבורי משום שסבר כי זוהי הרשות המתאימה ביותר לביצוע יעיל של התפקידים החדשים. אך דומה כי המחוקק הונע גם, לעתים אולי בלא משים, על-ידי תחושה של חוסר-אונים, אפשר אולי לומר תסביך של נחיתות, בנושא היעילות. כאילו נעשתה היעילות ערך עליון וכאילו מטבע הדברים מצוייה היעילות כולה בידי המינהל הציבורי. תחושה כזאת עלולה לתפוס מקומו של שיקול זהיר בדבר חלוקת התפקידים הראוייה בין המינהל הציבורי לבין הרשויות האחרות ובדבר החשיבות של היעילות בהשוואה לערכים אחרים.

מכל מקום, עובדה היא שהרשות המחוקקת שרוייה בתהליך של נסיגה בפני המינהל הציבורי, וכבר אין היא רחוקה ממצב של כניעה מוחלטת. כמעט כל סמכות שהמינהל הציבורי יבקש לעצמו או לאחד הגופים הקשורים בו תאושר על-ידי המחוקק, לעיתים קרובות בלשון רחבה שאין בה כמעט תנאים והגבלות, ואף בלי לבדוק היטב אם אמנם לגופו של ענין יש צורך להפקיד סמכות רחבה כל כך בידי המינהל. נראים הדברים כאילו הרשות המחוקקת ויתרה על נסיונות לייעל ולהתאים עצמה לצרכים החדשים, השלימה עם עמדה של משניות בהשוואה למינהל, והיא מניחה לעצמה להיסחף בדרך הקלה של העברת העומס והאחריות אל המינהל.

ספר החוקים מלמד שאכן כך המצב בתחומי המינהל, השפיטה והחקיקה. אפשר היה להצביע על החסרונות והסכנות הטמונות במצב זה לגבי כל אחד מתחומים אלה. אך, לשם יעילות, אתרכנו בתחום החקיקה בלבד.

### למהות החקיקה המינהלית

כידוע, סמכויות החקיקה המופקדות בידי המינהל הציבורי נבדלות מבחינות אחדות מסמכויות החקיקה שבידי הרשות המחוקקת. כדי להבדיל ביניהן מקובל לקרוא לדברי החקיקה של המינהל בשם חקיקת-מינהל. אך צריך להימנע מטעות: בנושאים רבים החקיקה של המינהל אינה משנית בחשיבותה. בעצם, אין לך כמעט נושא שאינו מוסדר בחלקו על-ידי תקנות. יתירה מזאת, לעיתים האזרח אין לו כמעט ענין עם החוק אלא רק עם התקנות. כך, לדוגמא, דיני התעבורה הקובעים את כללי הנהיגה מצויים רובם ככולם בתקנות; הזראות החשובות מבחינת ההקלאי לענין הזנים לגידול, המלחמה במחלות, השימוש במים, היצוא, ועוד, אף אלה מרוכזות בעיקרן בתקנות; ואדם שיש לו עסק עם אחד הנמלים, אין הכרח שיכיר את חוק רשות הנמלים, אך צריך הוא לדעת את תקנות הנמלים. תקנות אלה ואחרות הרי הן, מבחינת האזרח, כחוקים: הן מסדירות התנהגות, מטילות איסורים, קובעות עונשים. באחת, זוהי חקיקה של ממש. אולי מוטב,

## חקיקה מינהלית: מחיר היעילות

לכן, כדי להבדילה מן החקיקה של הכנסת, לקרוא לה חקיקה מינהלית ולא חקיקת-משנה. כדי להמחיש את משקלה של החקיקה המינהלית אפשר לסיף ולומר כי בכמותה היא עולה פי עשרה על החקיקה של הכנסת.

טעמה וצידוקה של החקיקה המינהלית, בהיקף רחב כל כך, נעוצים בשאיפה ליעילות. וכך מוסברים הדברים בדרך כלל:

(א) התפקידים המתרבים והולכים של המדינה מחייבים חקיקה בכמות גדולה עד כדי כך שהכנסת, במבנה הקיים שלה ובסדרים הנהוגים בה, לא היתה מסוגלת לעמוד בעומס החקיקה. אף היום אין מלאכתה של הכנסת קלה ואין עתותיה פנויות. נקל לתאר את פני הדברים לו היתה הכנסת נדרשת לחוקק כמות גדולה פי עשר. במינהל הציבורי, כנגד זה, מתפוררות סמכויות החקיקה בין מספר רב של שרים ורשויות אחרות, דבר המאפשר לחוקק במהירות סבירה.

(ב) מלאכת החקיקה דורשת כיום, לעיתים מזומנות, מומחיות מיוחדת, כגון בנושאי רפואה, הנדסה, הקלאות וכדומה. מומחיות כזאת אינה מצוייה, בדרך כלל, בכנסת. משום כך, וכדי שהחקיקה תהא טובה, ראוי שתיעשה במקום בו מצוייה המומחיות הנדרשת, קרי: במסגרת המינהל הציבורי.

(ג) כיוון שהחקיקה שוב אינה מסתפקת בקביעת עקרונות כלליים, אלא מסדירה תחומים רחבים בפרטי פרטים, יש צורך שתהיה גמישה. פרטים, להבדיל מעקרונות, נזקקים לשינוי לעתים קרובות. החקיקה של הכנסת, כידוע, קשה לעשותה וקשה לשנותה. ואילו החקיקה המינהלית, שהיא משוחררת מן הכבלים המסורתיים של החקיקה הראשית, ניתנת לעשייה ולשינוי בקלות ובמהירות.

אכן יש הרבה אמת בטעמים אלה. ומשום כך צריכים אנו להשלים עם כך שחלק גדול מאוד מן החקיקה יעשה כתופעה של קבע, לא על-ידי הרשות המחוקקת, אלא על-ידי הרשות המינהלית. ובסופו של חשבון אין עלינו להתייחס לתופעה זאת כאל רעה שראוי להלחם בה, אף לא כאל רע הכרחי, אלא כאל התפתחות חיובית המקדמת את החברה.

אולם, דווקא משום שהחקיקה המינהלית נעשתה תופעה של קבע, ומשום שמבחינה מעשית חשיבותה רבה כל כך, טובה עלינו לבדוק היטב אם ההסדרים המתיתחיים לחקיקה זאת מניחים את הדעת. החקיקה המינהלית, יש לזכור, התפתחה ללא תכנון, כפתרון מאולתר לבעיות שנתגלו פה ושם. ללא ספק, הגיעה כבר השעה לערוך ביקורת יסודית של המערכת העניפה שצמחה כגידול פרא. ביקורת כזאת מגלה, לדעתי, ליקויים חמורים. אני מבקש להצביע על הליקויים בשלושה עניינים מרכזיים: ראשית, דרכי החקיקה המינהלית; שנית, היקף החקיקה המינהלית; שלישית, הביקורת על החקיקה המינהלית.

### דרכי החקיקה המינהלית

דומה שבין סוגי הסמכויות המוענקות למינהל הציבורי אין סמכות שכה פשוט וקל להפעיל אותה כמו סמכות החקיקה. בדרך כלל בא החוק וקובע כי שר פלוני (או נושא-משרה אחר) רשאי להתקין תקנות לעניין מסויים<sup>1</sup>. זה ותו לא. מבחינה משפטית פירושו

1 על מקרים בהם החוק העניק את הסמכות להתקין תקנות לרשות אחרת וכן על מקרים בהם החוק העניק את הסמכות לשר אך הסמיך אותו לאצול סמכות זאת לאחר, ראה Aharon

של דבר כי השר רשאי להסתגר במשרדו, לנסח את התקנות הנראות לו, לחתום עליהן ולשלוח אותן לפרסום,<sup>2</sup> ומשפורסמו התקנות הן מקבלות תוקף מחייב. אכן, למעשה התמונה שונה. בדרך כלל מנוסחות התקנות על-ידי היועץ המשפטי של המשרד בשיי-תופם של אנשי המשרד המומחים לדבר, הן נשלחות לשם תיאום וביקורת למשרד המשפטים, ולעיתים אף מתייעצים באישים או גופים שמחוץ למינהל הציבורי. אך, אפילו כך, אין ההסדר מגיח את הדעת. קודם כל, עצם הפער בין ההלכה לבין המעשה אינו רצוי, וחשוב יותר, שיתופו של הציבור בחקיקה המינהלית מוגבל ביותר. בדרך כלל ההתייע-צויות הקודמות לחקיקה המינהלית נעשות במסגרת המינהל הציבורי, וגם כאשר הן חורגות ממסגרת זאת, הן נערכות עם גופים או אנשים שהמינהל, על-פי שיקולים שלו, בחר לפנות אליהם בענין זה. לדעתי אין זה מספיק.

טול, לשם השוואה, את החקיקה של הכנסת. כידוע, הצעות החוק מתפרסמות ברבים, הציבור באמצעות גבחריו בכנסת משתתף בדיונים ובניסוח של החוקים, כלי התקשורת משמשים להבעת דעה וביקורת מן השלבים הראשונים של החקיקה, ואף ניתנת כרגיל הזדמנות לגופים שיש להם עניין מיוחד בחוק המוצע להביא השגותיהם בפני ועדה של הכנסת. אם תהליך מסובך וממושך זה אין בו הכרח, והוא רק משקף מסורת חסרת טעם, מן הראוי לשנותו מיסודו, ובדרך זאת לייעל את הליכי החקיקה בכנסת, וכתוצאה אולי אף לצמצם את הצורך בחקיקה מינהלית. אולם אין הדבר כך. גם אם ניתן לייעל בדרך זאת את הליכי החקיקה בכנסת, אין כל נטייה לצמצם את שיתופו של הציבור בחקיקה. להיפך, נטייה רווחת היא בעולם, ונטייה חיובית ביסודה, לשתף את הציבור במידה גדלה והולכת בפעילות השלטונית. שיתוף כזה מחייב, בראש וראשונה, להביא לידיעת הציבור את ההצעות לחקיקה, לאפשר הבעת דעות על החקיקה המוצעת, ולהת-חשב בדעות המובעות. זהו ביטוי חיצוני מובהק להבדל בין משטר דמוקרטי אמיתי לבין משטר אוטוקרטי. ואם דברים אלה נכונים לגבי בית המחוקקים, שהוא גבחר לתפקיד זה של חקיקה, מסתבר שהם חלים אף, בבחינת קל וחומר, על עובדי ציבור שלא נבחרו לחוקק.

שיתופו של הציבור בחקיקה המינהלית, בין אם הוא נעשה במישרין או באמצעות התייעצות בגופים המייצגים את הציבור או חלקים של הציבור המעוניינים במיוחד בנושא החקיקה, יש לו, מעבר לחשיבות העקרונית, גם חשיבות מעשית מרובה. המינהל הציבורי בוחן את החקיקה, כמו כל ענין אחר, מנקודת ראות מיוחדת לו, וכל כמה שיתן דעתו על הצרכים והרצונות של האנשים עליהם תחול החקיקה, אין הוא יכול לשים עצמו במקומם. הם מכירים את עניניהם טוב ממנו, ועל-ידי שיתופם בהליך החקיקה עשויות להתגלות למינהל עובדות חשובות שלא היה ער לקיומן, קשיים אפשריים בביצוע, וכדומה. בסיכום עשוייה לצאת מתחת ידו מלאכה מתוקנת יותר. ונוסף לכך, המינהל זקוק, בתחום זה כמו בתחומים אחרים, לשיתוף פעולה מצד הציבור בביצוע המדיניות וההחלטות שלו. על-ידי שיתופו של הציבור בחקיקה, מובטחת למינהל מידה רבה יותר

Barak, "Subordinate Legislation," in *Studies in Israel Legislative Problems, Scripta Hierosolymitana*, vol. 16 (Jerusalem, 1966, G. Tedeschi and U. Yadin, eds.), p. 219 at pp. 227-229. ראה גם, בענין אצילת הסמכות להתקין תקנות בנוה-פועלי תחיקתי, חוק יסוד: הממשלה, סעיף 31(ב) ר"ה).

2 לפי סעיף 17 של פקודת הפרשנות (נוסח חדש).

#### חקיקה מינהלית: מחיר היעילות

של הבנה ורצון טוב מצדם של האנשים הנוגעים בדבר, ובסופו של עניין היעילות המינהלית עשויה לצאת נשכרת בתחום הביצוע.

יהיה ודאי מי שיטען כי גם אם יש צורך לשתף את הציבור כאשר מדובר בחקיקה הקובעת עקרונות רחבים, אין צורך בכך כאשר מדובר בחקיקה המסדירה ביצוע עקרונות אלה בדרך של קביעת פרטים ופרטי פרטים. אך טענה כזאת לוקה בטעות כפולה. ראשית, מבחינתו של האזרח הרבה פעמים נודעת חשיבות מעשית רבה יותר לפרטי הביצוע מאשר לעקרונות. הוא מושפע, לדוגמא, מן האיסור לפתוח מקלט רדיו לאחר חצות יותר מאשר מן האיסור להקים רעש בלתי-סביר, או מן האיסור לנהוג ברכב מעל המהירות מסוימת יותר מאשר מן האיסור לנהוג ברשלנות. לכן, אם חובת השיחוף של הציבור באה לשם תכלית מעשית, ולא רק כדי להקנות תדמית נאה למשטר, צריך להחיל אותה גם על קביעת פרטים ולא רק על קביעת עקרונות. ושנית, רבים מחוקי הכנסת מעניקים למינהל הציבורי סמכות רחבה המגיעה כדי קביעת עקרונות כלליים, כגון הסמכות לקבוע בצווים אם סוחרים חייבים לנהל ספרים או להגיש דיגים-יחשבונו לרשות המינהלית, או להעניק שירותים לכל דורש, או למכור סחורה רק במחיר שנקבע על-ידי עובד ציבור. ומה טעם להבחין, לעניין שיחופו של הציבור בחקיקה, בין עקרונות שמקומם בחוקים של הכנסת לבין עקרונות שמקומם בחקיקה מינהלית?

לכאורה, טעם אחד קיים ועומד, והוא הטעם שהביא להענקת סמכות למינהל הציבורי, כלומר, הצורך ביעילות. אם, כך ניתן לומר, תחיל על החקיקה המינהלית אותם הליכים החלים על הכנסת, תעשה אותה מסורבלת כמו החקיקה של הכנסת, תרוקן אותה מכל יתרון, ושוב לא יהיה בה כדי לשרת את מטרתה. ואכן, כיוון שהוסכם כי יש צורך בחקיקה מינהלית, נובע מכך בהכרח שהליכי החקיקה יהיו פשוטים ומהירים יותר מאלה הנהוגים בכנסת. אך בשום פנים ואופן לא נובע מכך שהחקיקה המינהלית צריכה, כפי שלמעשה מקובל היום ברוב המקרים, להיות פטורה כמעט מכל כבלים באשר לדרכי החקיקה. קיימות דרכים אחדות שאפשר ואף רצוי ללכת בהן, והן מצויות בין שני הקצוות, כלומר, בין המסלול המייגע בו מתקדמים חוקי הכנסת לבין מסלול המרוצים בו דוהרת החקיקה המינהלית. יתכן אמנם כי שינוי הדרך המקובלת כיום יפגע במידת-מה ביעילות החקיקה המינהלית. דומה הדבר להצבת תמרורים בדרך, המכוונים את הנהג וכופים עליו לעיתים להאיט ולצפות לצדדים, לעיתים לעצור קמעא, ולעיתים אף לסטות אל דרך צדדית, שלכאורה יש בכך כדי להאריך את משך הנסיעה. אך תימרור כזה, אם הוא מתוכנן היטב, בסופו של דבר מועיל לתנועה.

נסיון העבר מלמד שקיימת נטייה מצד המינהל הציבורי להגזים בחומרת התוצאות העלולות לנבוע מהטלת הגבלות על סדרי הפעולה שלו. כך היה, לדוגמא, לעניין הכלל המחייב רשות מינהלית, לפני שהיא מקבלת החלטה בעלת אופי שפיטתי, לתת לאזרח הנוגע בדבר הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו בפני הרשות. כאשר בתי המשפט החלו מרחיבים תחולתו של כלל זה על החלטות בעלות אופי מינהלי טהור, נשמעו קולות שהזהירו מפני שיתוק המינהל הציבורי. אך בינתיים הטילו בתי המשפט את חובת השמיעה על כל רשות מינהלית העומדת לפגוע בזכותו של אזרח<sup>3</sup>, ואין שום יסוד לומר כי עקב כך נשתבשה פעולתן של הרשויות המינהליות. בדומה לכך היה המינהל הציבורי

3 בג"צ 3/58 ברמן נ. שר הפנים, י"ב פד"י, 1493.

אחוז פחד מפני החובה להודיע לאזרח את גימוקי ההחלטה המינהלית. אך משהוטלה חובה זאת מכוח החוק<sup>4</sup>, אמנם בסייגים מסויימים, נתברר כי היעילות המינהלית לא נפגעה. להיפך, נראה כי במקרים אלה, ובמקרים דומים אחרים, הועילו החובות שהוטלו על המינהל לשפר את פעולתו, וללא ספק קידמו אותו במילוי התפקיד המרכזי שלו, הוזה אומר, מתן שירות לציבור.

אגב אזרחי ראוי לציין שדוגמאות אלה יש בצידן לקח נוסף. מסתבר שלא רק הרשות המחוקקת מוגבלת על-ידי כללים המתייחסים לסדרי העבודה שלה, אלא כך אף הרשות המינהלית, במידה שהדברים מתייחסים לסמכויות שלה בתחום הביצוע ואף, במידה גדולה יותר, בתחום השפיטה. ורק בתחום החקיקה, שמכחינות רבות הוא חשוב יותר מן התחומים האחרים, פטורה הרשות המינהלית כמעט לגמרי מכללים כאלה. האם ההסבר לכך הוא שדווקא סמכות החקיקה, להבדיל מסמכות הביצוע או סמכות השפיטה, צריכה כתנאי להצלחה יעילות ללא סייג?

ניתן להשיב על שאלה זאת בדרך של השוואה למצב השורר במדינות אחרות. והנה מתברר שהרבה מדינות מתוקנות, בהן החקיקה המינהלית מפותחת לא פחות מאשר בישראל, קבעו כללים מכללים שונים לגבי דרכי החקיקה. דוגמא מאלפת, אם כי לא רגילה, גותנת ארה"ב. שם קובע חוק פדרלי משנת 1946 (ובדומה לכך קובעים אף התוקים אצל רבות מן המדינות המרכיבות את הפדרציה) כי, כפוף לסייגים מסויימים, כל רשות מינהלית המתכוונת להתקין תקנות חייבת, ראשית, לפרסם בעתון הרשמי הודעה המציינת את הנוסח או התוכן או לפחות תיאור הנושאים של התקנות המתוכננות, ושנית, לתת הודמנות לכל אדם מעוניין להשתתף בהליכי ההתקנה בדרך של הגשת טענות. על-פי רוב יוצאת הרשות ידי חובה כשהיא מקבלת טענות והצעות בכתב. אך לעתים בא החוק ודורש כי בעניין מסויים לא יותקנו תקנות אלא לאחר שהרשות ערכה חקירה ודרישה בפומבי, בה ניתנת הודמנות להשמיע טענות בע"פ, ולפעמים אפילו להשמיע ולחקור עדים, בדומה למקובל במשפט פומבי<sup>5</sup>.

שיטה כזאת עלולה לעורר אצל איש המינהל הציבורי בישראל פחד מפני שיתוק. אפשר לראות חזיונות בדבר הצפת הרשות המוסמכת בגלים של טענות ודרישות, שיהיה צורך לבדוק אותן ברצינות, לשנות את הנוסח המוצע של התקנות שוב ושוב, וכל זה במחיר כבד של זמן, משאבים ויעילות. אך דומה, והגסיון בארה"ב מאשר, שפחד כזה אין לו יסוד. רק אנשים וגופים מעטים, שיש להם ענין מיוחד בנושא הנדון, מטריחים עצמם להגיב על פרסום כוונה להתקין תקנות, ותגובות מצד אלה יש בהן, לעיתים קרובות, כדי לשפר את הנוסח הסופי של התקנות ולסייע בביצוע יעיל שלהן. ונוסף לכך, המחוקק האמריקאי, שאיגו נוטה לזלזל ביעילות המינהלית, נתן לבו לענין זה וקבע בחוק סייגים, לפיהם אין חובת הפרסום הלה כלל לגבי רשויות מסויימות או בנסיבות מסויימות. בין היתר, אין חובת הפרסום הלה כאשר הרשות מוצאת שפרסום מוקדם ושמיעת טענות מצד הציבור יהיו "בלתי-מעשיים, בלתי-דרושים או מנוגדים לטובת הציבור". אולם, במקרה כזה, חייבת הרשות לתת בגוף התקנות הסבר להחלטה להימנע

4 החוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט—1958.  
 5 Administrative Procedure Act, 1946, s. 4. And see K. C. Davis, *Administrative Law Text* (1959), pp. 101 et seq. For the text of the Administrative Procedure Act, see *ibid.*, p. 563

## חקיקה מינהלית: מחיר היעילות

מזן הפרסום המוקדם<sup>6</sup>. הסדר זה נוהג בארה"ב כבר עשרים וחמש שנים והמינהל, מסתבר, הסתגל אליו ואינו מתכוון לפעול לביטולו.

אף בישראל מלמד הנסיון כי השיתוף של גופים ואנשים המצויים מחוץ למינהל בתהליך החקיקה המינהלית אינו מטיל על המינהל נטל שאי-אפשר או בלתי-כדאי לעמוד בו. יש שנקבע בחוק כי לא יהיה תוקף לתקנות המותקנות מכוח אותו חוק עד אשר תאושרנה על-ידי ועדה של הכנסת הנוגעת בדבר, ויש שהחוק קובע כי שר לא יתקין תקנות לפי אותו חוק אלא לאחר שהתייעץ עם גופים מסויימים<sup>7</sup>. לא שמענו שהסדרים כאלה, הנהוגים בישראל מזה זמן רב, פוגעים בצורה ממשית ביעילות החקיקה המינהלית.

אך אין להסתפק בהוראות מסוג זה, הפזורות היום בספר החוקים, משום שעדיין הן בבחינת יוצא מן הכלל המלמד על הכלל. הוראות החוק הקובעות חובת התייעצות לפני התקנת תקנות, לדוגמא, מתייחסות על-פי רוב לתקנות בתחום יחסי העבודה (כאן מוטלת חובה על שר העבודה להתייעץ עם ארגון העובדים המייצג את המספר הגדול ביותר של עובדים במדינה ועם ארגונים יציגים של מעבידים שלדעת השר הם נוגעים בדבר) או בתחום החקלאות (כאן מוטלת חובה על שר החקלאות להתייעץ בוועדות שתורכבנה על-ידו מנציגי ציבור ועובדי מדינה). יתכן כי העובדה שחובת התייעצות מוטלת דווקא בתחומים אלה מוסברת במשקל הרב, בעיקר מן הבחינה המדינית, של הארגונים הפעילים בהם. אך ודאי שהסבר זה אינו הופך את חובת התייעצות למיותרת מבחינה עניינית כאשר מדובר בתחום המסחר, או החינוך, או הצרכנות, או הגנת הסביבה, או תחומים אחרים. ובדומה לכך, החובה לקבל אישור של ועדה מוועדות הכנסת לפני מתן תוקף לתקנות אף היא חלה, בדרך כלל, בתחומים מוגבלים, על-פי רוב לגבי תקנות הקובעות מסים או היטלים שונים ולעתים לגבי תקנות המסדירות יחסי עבודה. ושוב הדרישה לאישור ועדת הכספים של הכנסת לתקנות העוסקות במסים ניתן אולי לראותה כשריד של ההתנגשות ההיסטורית בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת בשאלת הסמכות להטיל מסים, ואולי צריך להסבירה בתחושה של הרשות המחוקקת שהתקציב עדיין הוא עניין רגיש וחשוב במיוחד. אך מבחינת האזרח תקנות המטילות איסורים המתייחסים, למשל, למשלוח ידו, אפשר שחשיבותן תהיה רבה יותר או פגיעתן קשה יותר מזו של תקנות המגדילות מס.

לסיכום, נראה כי רצוי להרחיב במידה רבה את ההסדרים המחייבים שיתופו של הציבור בחקיקה המינהלית, עד שיהפכו מחריג לכלל רחב. לענין זה קיימות שיטות שונות: זו הנהוגה בארה"ב; אלה הקיימות בהיקף מוגבל בישראל; ושיטות אחרות, כגון זו הפועלת בצרפת, לפיה חובה היא להביא את הנוסח המוצע של תקנות מסויימות להתייעצות וביקורת של מועצת המדינה, שהיא גוף המורכב ממומחים שיש להם מעמד של אי-תלות כלפי המינהל הציבורי<sup>8</sup>. קשה לומר איזוהי הטובה בשיטות. בעצם, מתקבל על הדעת שאין שיטה אחת שתהיה הטובה ביותר לכל הנסיבות, אלא שיטה מסויימת עשויה להצליח בעניין אחד ושיטה אחרת עשויה להצליח בעניין אחר. אפשר, לכן,

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> See Aharon Barak, "Subordinate Legislation," *op. cit.*, note 1, at pp. 231-234, 245  
<sup>8</sup> André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif* (4 ième ed., 1967), 8  
tome 1, p. 74

לנהוג כאן בגמישות. אך חשוב העקרון הדורש כי החקיקה המינהלית לא תיעשה בחשאי בין התומות של המינהל הציבורי, כאילו מדובר בתוכנית סודית אשר המטה הכללי של הצבא מכין לשם התקפה על אויב, אלא בגלוי ואגב שיתופו של הציבור אליו תתייחס החקיקה.

### היקף החקיקה המינהלית

כל הדברים שנאמרו בעניין הצורך בחקיקה מינהלית לא נאמרו כדי להמעיט מן הערך הנודע עדיין לחקיקה הראשית. אכן, הכנסת אינה מסוגלת ומסתמא אף אינה צריכה לעסוק בפרטי הביצוע של עקרונות כלליים, במיוחד כאשר קביעת הפרטים דורשת מומחיות מיוחדת, כאשר הם צפויים לשינויים תכופים, או כאשר הם צריכים להיקבע במהירות יחסית. אך 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, ויתירה מ זאת, תשמיט את הבסיס לאופי הדמוקרטי של המשטר. משטר בו הרשות המחוקקת מעבירה את תפקיד החקיקה, במובן זה של קביעת עקרונות כלליים, לידי המינהל הציבורי, ישאר משטר דמוקרטי רק בשם ותדמית, ולא למעשה.

דעה מבוססת היא שהעקרון של שלטון החוק מחייב כי הרשות המחוקקת תקבע היא בעצמה את העקרונות, את ההסדרים הראשוניים, ואילו המינהל יוסמך לקבוע בדרך של חקיקה רק את פרטי הביצוע, את ההסדרים המשניים. דעה זו היא כלל משפטי במדינות שונות, למשל בארה"ב, בהן החוקה מגבילה את סמכותה של הרשות המחוקקת, ואחת ההגבלות, כפי שפורשה על-ידי בתי המשפט, מונעת בעד הרשות המחוקקת להסמיך את המינהל הציבורי לקבוע הסדרים ראשוניים. זהו, בעצם, מותר הרשות המחוקקת מן הרשות המינהלית.<sup>9</sup>

בישראל, כמו באנגליה, בה אין הרשות המחוקקת מוגבלת על-ידי חוקה, אין הכנסת מנועה מלהעביר למינהל הציבורי סמכויות חקיקה רחבות וגורפות ככל שתוצה, ובכלל זה סמכות לקבוע בתקנות הסדרים ראשוניים ואפילו הסדרים הנוגדים את הוראות החוק עצמו. אף-על-פי כן יש לשלול בתכלית, מן הבחינה התברתית, חוקים המסמיכים את המינהל הציבורי לקבוע הסדרים ראשוניים. הכנסת, אף שאינה חייבת בכך מן הבחינה המשפטית, צריכה לרסן את עצמה, לטובתה היא ולטובתה של החברה במובן הרחב, ולהקפיד ככל האפשר כי החקיקה המינהלית תוגבל לקביעת הסדרים משניים. במיוחד כך, כל זמן שהחקיקה המינהלית יכולה להעשות, בדרך כלל, בלי לשתף את הציבור, בלי להתיעץ במומחים מחוץ למינהל, ובלי לקבל אישור מוקדם של ועדה מועדות הכנסת.

למעשה, למרבה הצער, לא כך הם פני הדברים: לעיתים קרובות הכנסת מסמיכה את המינהל לקבוע בתקנות הסדרים ראשוניים<sup>10</sup>. אכן, ראשית חטאת בממשלה, המוציאה

9 ראה ד"ר ת. קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", *הדיהמשפט*, חוברת 11 (מאי 1957), עמ' 202–207; וחוברת 12–13 (יוני 1957), עמ' 222–226.

10 ראה ד"ר ת. קלינגהופר, "תקנות praeter legem" ("מחוץ לחוק"), *הדיהמשפט*, חוברת 14 (יולי 1957), עמ' 254–257. ראה גם, Aharon Barak, "Subordinate Legislation," *op. cit.*



מתחת ידיה הצעות חוק שאינן מפורטות די הצורך, אך הכנסת היא הנותנת גושפנקא להצעות אלה, על-פי רוב בלי לדרוש פירוט נוסף. לעיתים נוהגת כך הכנסת משום שהנושא נראה לה מסובך<sup>11</sup>, לעיתים — משום שנוח לה כך מבחינה פוליטית<sup>12</sup>, ולעיתים, כך נראים הדברים, סתם כך, ללא ערנות מספקת ליחס הנאות בין חקיקה ראשית לחקיקה משנית, ואולי בשל חוסר סבלנות להתמודד עם הבעיות, ויתכן אפילו מתוך תחושת התבטלות מסויימת בפני המינהל.

והנה דוגמא קיצונית, אמנם לא של חוק, אלא של הצעת חוק, אך הצעה אשר, כמו הצעות חוק אחרות, רבים סיכוייה להתקל בכנסת ללא שינויים גדולים. המדובר בהצעת חוק הסעד המשפטי, תשל"א—1970<sup>13</sup>. המבוא להצעת החוק מסביר את חשיבות הסעד המשפטי למעוטי יכולת; מציין שגם היום מקיים משרד המשפטים לשכות סעד משפטי; אך, כך אומר המבוא, עד כה "ניתן הסעד בחסד ולא בזכות". ומה, אם כן, הבשורה הטמונה בהצעת החוק? אפשר לסכם את עיקרה של ההצעה הקצרה במשפט אחד: שר המשפטים, בהסכמת שר האוצר, רשאי להסדיר את ענין הסעד המשפטי בתקנות. ההצעה עצמה אפילו אינה קובעת זכותו של אדם בצרך לקבל סעד כזה. התקנות הן שתקבענה את העניינים בהם ינתנו שירותים משפטיים, את היקף השירותים המשפטיים שינתנו למבקשים למיניהם, את התנאים למתן שירותים אלה, ובעצם את כל העניינים החשובים בנושא זה<sup>14</sup>. אין ספק, תקנות כאלה יהיה בהן משום שיפור ממשי בהשוואה למצב הקיים, בו מתן הסעד המשפטי מסור, ללא כל מסגרת או הגבלה תחיקתית, לשיקול

11 note 1, at pp. 225-226. לעיתים הכנסת אף מרחיקה לכת ומעניקה סמכות להתקין תקנות העומדות בניגוד לחוק. דוגמא קיצונית היא הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום לפי סעיף 9 של פקודת סדרי שלטון ומשפט, תשי"ח—1948. על תקנות אלה ראה י. ה. קלינגהופר, "על תקנות-שעת-חירום בישראל", ספר חבל לפנחס רוזן (ירושלים, תשכ"ב, עורך: חיים כהן), עמ' 86—121.

12 למשל, החוק למניעת מפגעים, תשכ"א—1961 (הידוע בשם חוק כנוביץ). על חוק זה אמר השופט לגדוי כי "החוק כולו הוא 'חוק מסגרת' טיפוסי. הכנסת לא עשתה בו את מלאכת החקיקה עד תומה, אלא קבעה רק מסגרת או שלד והשאירה למחוקקי המשנה את התפקיד להעלות עור וגידים על השלד... הכנסת הביעה את דעתה מראש שללא התקנת התקנות ישמר החוק ערטילאי ובלתי שלם": בג"צ 295/65 הלל אופנהיימר ואח' נ. שר הפנים והבריאות, כ' פד"י (1), 309, 333.

13 ראה, לדוגמא, הצעת חוק הבחירות למועצת הרבנות הראשית, תשל"א—1971, הי"ח 955 עמ' 285. בעת הדיון על הצעה זאת בכנסת אמר חבר הכנסת אברמוב: "החוק הזה הוא ריק מתוכן. יש בו מסגרת, ומסגרת בלבד. לא צפינו לחוק שיסמך את שר הדתות למלא תפקיד המוטל על הכנסת עצמה, אלא לחוק בעל תוכן" (דברי הנפת מיום 21.7.71, כרך 61, עמ' 3412). במקרה זה, כאילו היה זה יוצא-מן-הכפל הבא לאשר את הכלל, לא נתקבלה הצעת החוק על-ידי הכנסת. ראה גם פרופ' ראיבן ירון, להצעת "חוק ביטוח בריאות, תשל"א—1971", במחין סוציאלי, חוברת 2 (דצמבר 1971), עמ' 35, בעמ' 40—41.

14 הי"ח 907, עמ' 21. בינתיים נתקבלה ההצעה בשינויים קלים. ראה חוק הסיוע המשפטי, תשל"ב—1972, סה"ח 654, עמ' 95.

15 מבחינה זאת דומה הצעת חוק הסעד המשפטי, תשל"א—1970, לחוק שירותי הסעד, תשי"ח—1958. חוק זה אינו קובע מי יחשב נזקק ואפילו אינו קובע זכותם של נזקקים, ולו רק זכות מסוייגת, לקבלת סעד. עניינים יסודיים אלה נקבעו על-ידי שר הסעד בתקנות שירותי הסעד (דרכי טיפול בנזקקים), תשי"ך—1960, ובתקנות שירותי הסעד (מבחני נזקקות), תשל"ל—1970. ואילו חוק שירותי הסעד, תשי"ח—1958, עוסק בעיקר בחובותיו של נזקק, כגון ענין החזרת סעד על-ידי בעל אמצעים או על-ידי אדם ששוקם.

דעתם של אנשי המינהל. אך, כיוון שקיימת נכונות לשנות את המצב הקיים, שלכל הדעות אינו משביע רצון, האם אין זה ראוי שהכנסת עצמה תקבע ותגדיר, ולו רק באופן כללי, את עצם הזכות? במקרה זה אי-אפשר לומר כי המדובר בענין טפל בחשיבותו, או בענין בו דרושה מומחיות מיוחדת שאינה מצוייה בידי הכנסת, או בענין המחייב חקיקה מהירה ושינויים תכופים. ממדינות אחרות, בהן הוענקה בחוק הזכות לסעד משפטי, ניתן ללמוד כי אפשר ואף רצוי לקבוע את ההסדרים הראשוניים של נושא זה בחוק עצמו.<sup>15</sup>

עמדתו של בית המשפט העליון כלפי חוקי-מסגרת, הכתמלאים תוכן על-ידי חקיקה מינהלית, באה לידי ביטוי בצורה ברורה בקשר לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים תשי"ח—1957. אף זהו חוקי-מסגרת הנותן סמכויות עצומות לשרי הממשלה בתחום הכלכלה. על-פי חוק זה רשאי שר באמצעות צווים (ומבלי שיהיה עליו להתייעץ בגוף כלשהו או לקבל אישור, מוקדם או מאוחר, של ועדה מועדות הכנסת) להסדיר, להגביל ולאסור ייצורם של מצרכים, הנהלתם של מפעלים אשר לדעתו עוסקים בפעולה חיונית, עשייתם של שירותים שהוכרו על-ידי כשירותים ברי-פיקוח, לקבוע מחירים מכסימליים, רווחים מכסימליים או שכר מכסימלי למצרכים או שירותים, ועוד. למעשה החוק מאפשר לשרים לנהל את כלכלת המדינה באמצעות צווים. ואין החוק מגביל ואומר לשרים על-פי אלו עקרונות יפעילו את סמכויותיהם, למשל הסמכות לקבוע שכר מכסימלי. קיים אמנם עקרון אחד כזה: החוק קובע (בסעיף 3) כי "לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה, אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, או למניעת הפקעת שיערים וספרות". אך עקרון זה רחב וגמיש כל כך עד שהוא מאבד כמעט את כל ערכו. והנה מעשה שהיה. לשר החקלאות התברר כי ראוי להסדיר את פעולותיהם של בתי המטבחים במדינה, כיוון שהם בלתי סניטריים, אינם יעילים, ומשום כך אף יקרים מדי. לצורך זה הוציא שר החקלאות תקנות מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, ובהן נקבע כי רוב בתי המטבחים במדינה, שהתנהלו על-ידי רשויות מקומיות על-פי היתרים כדון, חייבים להיסגר, ולא יופעלו במדינה אלא מעט בתי מטבחים גדולים. תקנות אלה הותקפו בפני בית המשפט הגבוה לצדק. בפסק הדין<sup>16</sup> קבעו השופטים זוסמן וויחקון כי אינם רשאים לבטל את התקנות, משום ששר החקלאות לא חרג ממסגרת הסמכות הרחבה שהוענקה לו בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים. אך השופטים נתנו ביטוי ברור למורת-רוחם. וכך אמרו:<sup>17</sup> "בענין דנא נעשה הסדר דרסטי המיועד לשנות פני ענף כלכלי שלם. עבודות ההכנה נמסכו שנים רבות, אך לא שמענו מפי סגן פרקליט המדינה, מה מנע את המשיב מלהביא את העניין בפני הכנסת כדי שימצא בה הסדר החיקתי כיאות. אוהרה שהשמענו [בפסק-דין קודם], מפני הסכנה של פגיעה בעקרון של שלטון החוק, לא הועילה. חקיקת משנה בעניין עקרוני ורב חשיבות, מכוח חוק הסמכה,

15 ראה, לדוגמא, לגבי המצב באנגליה, the Legal Aid and Advice Act, 1949 (c. 51), the Legal Aid Act, 1960 (c. 28) and the Legal Aid Act, 1964 (c. 30) ולגבי המצב בצרפת, Loi no. 72-11 du 3 janvier 1972, Instituant l'aide judiciaire (J.O. 5 janv., p. 167) וראה גם אפרים סלנט, "סעד משפטי לנוקעים", הפרקליט, כרך כ"ז (ספטמבר 1971), עמ' 364—371.

16 בג"צ 266/68 עיריית פתח-תקוה ואח' נ. שר החקלאות, כ"ב פד"י (2), 824.

17 בעמ' 831.

## חקיקה מינהלית: מחיר היעילות

עלולה להביא עלינו משטר דמוקרטי פורמלי גרדא. משטר דמוקרטי פרלמנטרי אמיתי מחייב שחקיקה תיעשה בבית המחוקקים". השופט השלישי במשפט זה, חיים כהן, אף הרחיק לכת והביע דעתו בעד ביטול התקנות. ואלה דבריו<sup>18</sup>: "מצווים אנחנו ועומדים להקפיד על כך הקפדה יתירה שלא תושג גבולה של הכנסת, וכתורת הדמוקרטיה ייעשה. קפדוריה של חקיקה בדרך התקנת תקנות או עשיית צווים יכול והיא מהירה ופשוטה, אך לא בכל מקרה היא סבירה".

### הביקורת על החקיקה המינהלית

החקיקה המינהלית, כיוון שהיא חקיקת-משנה, נתונה כידוע לביקורת של בתי המשפט. בית המשפט, אם ימצא כי החקיקה המינהלית חרגה ממסגרת הסמכות שנקבעה לה בחוק הכנסת, רשאי להצהיר כי אין לה כל תוקף. אך הביקורת באמצעות בית המשפט מוגבלת מבחינות רבות ולכן, עם כל חשיבותה הרבה, אינה מספיקה. שהרי בית המשפט אינו בודק את החקיקה המינהלית בצורה שיטתית, אלא הוא דן רק באותם עניינים שנתגלגלו ובאו בפניו כתוצאה מיוזמתו של פלוני או אלמוני, ומטבע הדברים שעניינים רבים אינם מגיעים אליו כלל. ואף כאשר עולה בפניו השאלה אם תקנה מסוימת הותקנה כדיון, לעיתים עבר כבר זמן רב מאז התקנה, ואפילו יקבע בית המשפט כי התקנה אינה חוקית, אפשר שבינתיים נגרם נזק ניכר. וחשובה מכל אלה ההגבלה החלה על היקף הביקורת על-ידי בית המשפט: הוא צריך לצמצם עצמו לביקורת משפטית, כלומר, לברר אם הרשות שהתקינה את התקנה לא חרגה מן הסמכות (במובן הרחב של ביטוי זה) כפי שהוענקה לה בחוק<sup>19</sup>; וכיוון שלעיתים קרובות הסמכות מוענקת בלשון רחבה כל כך, ממילא מצטמצם בהתאם היקף הביקורת המשפטית.

בשל המגבלות החלות על הביקורת באמצעות בתי המשפט, וכמו כן כפועל יוצא מן העובדה שהמינהל הציבורי מפעיל את סמכויות החקיקה כשלוח של הכנסת, יש צורך בקיום ביקורת ממשית מצד הכנסת על התקנות לאחר שהותקנו. אכן, להלכה מוסמכת הכנסת לבקר את החקיקה המינהלית, אך ההסדרים המתייחסים לביקורת זאת לקויים עד כדי כך שלמעשה כמעט שאין היא קיימת<sup>20</sup>. הכנסת אינה מוסמכת לבטל תקנות אלא באמצעות חוק. וכיוון שחקיקת חוק הרי זה עניין מסובך כל כך, אין הכנסת משתמשת כלל בסמכות החקיקה שלה לצורך ביקורת על התקנות.

דרך נוספת לביקורת תקנות קבועה בתקנון הכנסת. לפי סעיף 13 של התקנון מוסמכת כל ועדה מן הוועדות הקבועות של הכנסת לדון בתקנות לאחר שהותקנו<sup>21</sup>. אך גם

18 בעמ' 833.

19 הביקורת המשפטית המופעלת כלפי תקנות דומה בהיקפה לביקורת המשפטית המופעלת כלפי מעשי מינהל אחרים, והיא מאפשרת לבית המשפט לפסול תקנות, לדוגמה, בעילה של מטרה זרה או חוסר סבירות. ראה ד"ר ברק, "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" הצרפליט, כרך כ"א (אוגוסט 1965), עמ' 463-478. אך בדרך כלל אין בית המשפט מבקר את המדיניות שביסוד התקנות מבחינת התבונה או היעילות שלה.

20 See Barak, 'Subordinate Legislation,' *op. cit.*, note 1, at pp. 246-247.

21 וזו לשונו של סעיף 13: "תפקידי ועדה קבועה בתחום העניינים המסורים לה הם: דיון בהצעות חוק, בתקנות לאחר שהותקנו, בבקשות של תושבים שהוגשו לממשלה והועברו על ידיה לכנסת לדיון ומסקנה, וכל ענין אחר אשר ימסר לדיונה על-ידי הכנסת. (ב) הועדה

סמכות זאת כמעט שאינה מופעלת. ניתן להציע הסברים אחדים לכך: ועדות הכנסת עמוסות עבודה אחרת; ממילא אין לוועדה של הכנסת סמכות לבטל תקנות, אלא רק לדון בהן, ולכל היותר יכולה הוועדה להניח את מסקנותיה על שולחן הכנסת; וייתכן גם שוועדות הכנסת אינן מייחסות את החשיבות הראויה להפקיד זה של ביקורת תקנות. אם כך ואם כך, עובדה היא שהכנסת, לאחר שהעניקה סמכות להתקין תקנות, בדרך כלל אין היא בודקת כיצד הופעלה הסמכות למעשה. זהו מצב חמור, במיוחד משום שהכנסת נוהגת, כפי שנאמר, להעניק סמכות לקבוע בתקנות הסדרים ראשוניים ואין היא נוהגת לדרוש כי התקנות יותקנו לאחר התייעצות או כפוף לאישור של ועדה מועדות הכנסת. תוצאה אהת של מצב זה היא שבתי המשפט רואים לעיתים צורך וצידוק להרחיב את היקף הביקורת המופעלת מצידם על תקנות. להלכה נשארים בתי המשפט בתחום הביקורת המשפטית, אך למעשה אין הם נמנעים מלבקר את המטרות ולעיתים אף את המדיניות של החקיקה המינהלית. במצב הקיים יש חיוב וחשיבות בביקורת כזאת. אך, ביסודו של דבר, אין זה רצוי: ביקורת כזאת מן הראוי שתופעל על-ידי הכנסת ולא על-ידי בתי המשפט.

מסתבר שמשרד המשפטים הכיר בכך שהמצב בעניין זה צריך שינוי. טיוטא של הצעת חוק יסוד: חקיקה, אשר הוכנה לאחרונה במשרד המשפטים<sup>22</sup>, מציעה שינוי כזה. לפי ההצעה (סעיפים 17–20) תהיה הכנסת רשאית לבטל תקנות בנות פועל תחיקתי שפורסמו ברשומות, באמצעות החלטה (ולא רק באמצעות חוק, כפי הדין כיום); לשם כך יהיה כל חבר כנסת רשאי, תוך שלוש יום מיום שפורסמו התקנות ברשומות, להציע בכתב לוועדה של הכנסת, שנקבעה לכך לפי תקנון הכנסת, לבטל את התקנות; והוועדה, לאחר שנתנה לשר הנוגע בדבר הודמנות להשמיע טענותיו, תחליט תוך ששים יום לאחר הגשת ההצעה אם להניחה על שולחן הכנסת; הונחה ההצעה על שולחן הכנסת, תקבע הכנסת בהחלטה אם לבטל את התקנות; הסדר זה, מוסיפה טיוטת החוק, לא יחול על סוגים מסויימים של תקנות, כדלקמן: תקנות שהותקנו באישורה או בהסכמתה של ועדה מועדות הכנסת או בהתייעצות עם ועדה כזאת, או תקנות שעות-חרום, או תקנות שעליהן נקבעה בחוק דרך אחרת של פיקוח הכנסת, או תוקי עזר של רשויות מקומיות. הצעה זאת מנסה להתמודד עם בעיה קשה ובשל כך יש לקדם אותה בברכה. יהוד עם זאת אפשר לפקפק אם אמנם הפיקוח של הכנסת, בדרך המוצעת, יהיה ממשי הלכה למעשה. מן הבחינה המעשית הקושי העיקרי בהפעלת הפיקוח נעוץ במתכונת הפעולה של הכנסת: ראשית, מליאת הכנסת עמוסה מכדי שתוכל לעסוק ברצינות בפיקוח על תקנות; ושנית, הצעה לבטל תקנות, כאשר תובא בפני מליאת הכנסת ממילא תובא גם בפני הציבור הרחב, ולכן מיד תעורב בעניין היוקרה של השר האחראי לתקנות ויתעורר הפיתוי להפעיל את המשמעת הקואליציונית כדי לדהות את הצעת הביטול. משום כך, יתכן כי עדיף היה, כדי להקנות ממשות לפיקוח, להסמיך את ועדת הכנסת הנוגעת בדבר, היא עצמה וללא צורך להביא את הענין בפני הכנסת ותאי העתונות, לבטל את התקנות. כפי שהנסיון מלמד, הדיון במסגרת הוועדה עשוי להיות ענייני יותר,

רשאית לדרוש מאת השר הנוגע בדבר הסברה וידיעות בעניין שנמסר לדיונה או שנכנס לתחום תפקידיה, והשר חייב, בעצמו או על-ידי נציגו, למסור את ההסברות או הידיעות המבוקשות.

22 נוסח ההצעה פורסם ברבים: ראה הפרקליט, ברך כ"ז (מארס 1971), עמ' 140.

#### חקיקה מינהלית: מחיר היעילות

ומושפע פחות משיקולים של מאבק מפלגתי, מאשר הדיון במליאת הכנסת. בהתאם, מתרבים גם הסיכויים שהוועדה, בלי שתצטרך להפעיל את הסמכות לבטל תקנות, תוכל להגיע את השר לתקן או לבטל את התקנות הוא בעצמו. הענקת סמכות כזאת לוועדה של הכנסת תיראה אולי קיצונית מבחינה עקרונית ומסוכנת מבחינה מעשית. אך הרי סמכות כזאת דומה לסמכות המוענקת כיום מכוח חוקים אחדים לוועדות הכנסת, לתת או למנוע אישור לתקנות המותקנות לפי חוקים אלה לפני שהן מקבלות תוקף. איש אינו טוען כי ועדות הכנסת עושות שימוש בלתי-ראוי בסמכות זאת. אכן, בגלל הרכב ועדות הכנסת וחוש האחריות של חברי הכנסת, אפשר להניח כי גם סמכות לבטל תקנות, אם תוקנה לוועדה, תופעל בזהירות רבה. ומכל מקום אפשר להוסיף, ליתר בטחון, כי אם החליטה ועדה לבטל תקנות יהיה השר הנוגע בדבר רשאי להביא את החלטת הוועדה בפני מליאת הכנסת על מנת שהיא תחליט בדבר באופן סופי. מתקבל על הדעת כי למעשה רק לעיתים נדירות יהיה צורך להעסיק את מליאת הכנסת בבדיקת החלטה כזאת של ועדה מוועדות הכנסת.

אולם גם במתכונת המועצה בטייטה של חוק יסוד: חקיקה, יש משום התקדמות ניכרת: מצד אחד, עצם העובדה שחוק יסוד יעסוק במפורט בענין זה של פיקוח על החקיקה המינהלית עשויה להגביר את העניין של הציבור, ובפרט של חברי הכנסת, בנושא זה; ומן הצד השני, כל הסדר של פיקוח שיקבע בחוק היסוד עשוי להשפיע על המינהל הציבורי כגורם מרסן בהפעלת סמכויות החקיקה שלו.<sup>23</sup>

#### סיכום

מן הבחינה המשפטית החקיקה המינהלית הרי היא, כמדומה, סמל ודוגמה ליעילות. המינהל הציבורי מוציא מתחת ידו ללא הרף תקנות וצווים בכמויות עצומות, כמעין המתגבר, וכל זה ללא מאמץ נראה לעין. בדרך כלל מקנים לו החוקים סמכות רחבה להתקין אותן תקנות שתידרשנה כדי שיוכל לבצע את מדיניותו ותוכניותיו ואפילו, אם נראה כי עשוי להיות צורך בכך, לקבוע הסדרים ראשוניים בעניינים שלא נדונו לגופם בכנסת. סמכויות חקיקה אלה רשאי המינהל להפעיל, על-פי רוב, מהיום למחר, בלי שיהיה חייב להתייעץ עם גופים שעשוי להיות להם עניין מיוחד בתקנות, או לפרסם ברבים נוסח מוקדם של התקנות כדי שהציבור יוכל להכין עצמו לקראתן ואולי אף להגיב עליהן, או לקבל אישור לבוסח התקנות מטעם ועדה של הכנסת או גוף אחר כלשהו. ומשהותקנו התקנות, ניתנת למינהל הסמכות לשנותן באותה קלות ומהירות בה הותקנו.<sup>24</sup> אולם, אם המינהל עצמו אינו מוצא לנכון לשנותן, אין הוא צריך להיות מודאג מביקורת של הכנסת, שמא יתגלה בה כי התקנות אינן טובות מטעם זה או אחר, כיוון שביקורת כזאת למעשה אינה קיימת. בקיצור, בתחום החקיקה המינהל הציבורי

23 על הצעות אחרות להגברת הפיקוח של הכנסת על החקיקה המינהלית, ובעיקר הצעה כי בדרך כלל לא ינתן תוקף לתקנות אלא לאחר אישורן על-ידי ועדה של הכנסת הנוגעת בדבר, ראה Barak, "Subordinate Legislation," *op. cit.*, note 1, at pp. 248-251. וראה גם J. E. Kersell, *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation (The United Kingdom, Australia, New Zealand and Canada)*, (London, Stevens & Sons, 1960), *Passim*.

24 לפי סעיף 16(1) של פקודת הפרשנות (נוסח חדש).

הינו אדון בביתו, הרשות נתונה לו לפעול בתכליתיות וכמעט ללא כבלים, לא רק בהשוואה לחקיקה של הכנסת, אלא גם בהשוואה לסמכויות אחרות המופעלות על-ידי המינהל עצמו.

מצב זה יכול בהחלט למצוא לו מליצים: מצד אחד, יש בו היתרונות של תכליתיות ויעילות; ומן הצד השני, אין שום יסוד לומר כי המינהל הציבורי עושה בו שימוש מכוון לרעה. חזקה על הרשויות המינהליות כי, שעה שהן מפעילות את סמכויות החקיקה הרחבות שלהן, הן מכוונות מעשיהן אך ורק לטובתו של הציבור. יתירה מזאת, גראה שבדרך כלל הן מתייחסות לסמכויות החקיקה שלהן בכובד ראש ומוציאות מלאכה מתוקנת מתחת ידיהן. ואף-על-פי כן צריך לשנות את המצב.

ראשית דבר, השאיפה ליעילות, אף שהיא, ורק היא, מצדיקה הענקת סמכויות חקיקה רחבות למינהל הציבורי, אין היא מחייבת כלל ועיקר שסמכויות אלה תהיינה כל כך רחבות, כל כך משוחררות מכבלים. להיפך, לא זו בלבד שהיעילות הנדרשת עשויה לשאת כבלים מסויימים, אלא יתכן שבסופו של דבר היעילות אף תצא נשכרת מכך. לדוגמא, בדרך כלל אין דחיפות ואין סודיות בהתקנת תקנות, ומשום כך לא ייפגע שום צורך מעשי אם לפני התקנת התקנות תינתן הודעה לציבור, או הודעות לגופים מעוניינים, על הכוונה להתקין תקנות, כדי שהציבור יוכל להגיב ולהציע או לפחות להתכונן לתקנות. כנגד זה, פרסום מוקדם כזה, ובעקבותיו קיום התייעצויות ועיון בהערות שתתקבלנה, עשוי בהחלט לשפר את התקנות מבחינת תוכןן וליצור אווירה של שיתוף פעולה שתקל על הגשמת התקנות. ועוד, אם תופעל ביקורת ממשית מצד הכנסת על תקנות לאחר שהותקנו, הרי חזקה שעצם הידיעה על אפשרות של ביקורת כזאת תדרבן ליתר יסודיות וזהירות בהכנת התקנות, ואף זאת לטובה.

אולם, אפילו אם המצב הקיים הוא הרצוי להשגת היעילות המירבית בתחום החקיקה המינהלית, עדיין צריך לדרוש שינוי המצב, שכן מחיר היעילות גראה גבוה מדי.

תמציתו של משטר דמוקרטי היא שהחקיקה נעשית על-ידי העם. הדמוקרטיה הישירה, בה החקיקה נעשית על-ידי העם במישרין, פינתה מקומה מתוך הכרח לדמוקרטיה העקיפה, בה החקיקה נעשית על-ידי נציגים שנבחרו לשם כך. ועכשיו, לנגד עינינו, מתנוונת הדמוקרטיה העקיפה, ובמקומה עולה ופורחת הבירוקרטיה כגורם מרכזי בחקיקה.

תדמיתה של הרשות המחוקקת, שממילא מוטלים עליה צללים, נפגעת גם מעובדה זאת שחלק נכבד מאוד מן החקיקה נעשה על-ידי המינהל הציבורי ללא שיתוף שלה, ללא פיקוח מצידה וכנראה ביעילות רבה יותר. אין לזלזל בתדמית וביוקרה של הרשות המחוקקת, שהיא אבן-יסוד של המשטר הדמוקרטי. אך, מעבר לכך, ביקורת מצד הרשות המחוקקת על החקיקה המינהלית דרושה גם מכחינה עניינית, שכן פגם חמור הוא שסמך כויות רחבות וחשובות כל כך של המינהל הציבורי, ודווקא בתחום החקיקה, נתונות למידה קטנה כל כך של ריסון ופיקוח.

משום כך, צריכה הכנסת להקפיד ובמידת האפשר לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים, ובדרך כלל להניח לחקיקה המינהלית רק את קביעת ההסדרים המשניים; היא צריכה גם למצוא דרכים לשתף בהליכי החקיקה המינהלית, בעיקר בדרך של פרסום מוקדם והתייעצויות, את הציבור או אותם חלקים של הציבור שיש להם ענין מיוחד בתקנות המתוכננות; והיא צריכה, נוסף לכך, להפעיל פיקוח ממשתי על תקנות לאחר שהותקנו. זהו, לכל הפחות, מחיר הדמוקרטיה.