

ביקורת שיפוטית על חקיקת-משנה והמקרה הפרטי המיוחד

מאת

יואב דותן

א. מבוא

האם רשות מנהלית, בשעה שהיא בוחנת בקשה שבאה לפניה, רשאית לחרוג מתקנות שהתקינה משום שבנסיבות העניין הקונקרטי הנדון יישום התקנות יצור תוצאה בלתי סבירה ויגרום עוול לאזרח המבקש? ההלכה הפסוקה במשפטנו משיבה בשלילה לשאלה זו. תקנות נחשבות לנורמות קשירות, שכל זמן שאין פגם בחוקיותן, הן חלות בכל תוקפן על כל מקרה הנופל לגדרן ללא יוצאים מהכלל. ברשימה הנוכחית ברצוני לקרוא תיגר על הלכה זו. לשם כך אבחן את בסיסה העיוניים ותימוכיה המעשיים מנקודת מבט ביקורתית ואציע להחליפה בהסדר אחר. לשיטתי, רשות מנהלית רשאית גם רשאית לנקוט גישה מיוחדת, בניגוד לאמור בתקנות באותו נושא, במקרים יוצאים מהכלל; כל זאת, בתנאי שמתקיימים תנאים מסוימים, במישור המהותי והדיוני, כפי שיפורטו במהלך הרשימה.

ב. הדין הקיים

1. תיאור הדין – גישת הסבירות הכוללת

בשיטת המשפט בישראל קיימים שני סוגים של כללים מנהליים: תקנות והנחיות מנהליות. אלו האחרונות הן כללים מנהליים בלתי פורמליים. יצירתן אינה מחייבת הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי, והרשות המנהלית רשאית לסטות מהן כל אימת שהדבר נראה לה מועיל ורצוי לצורך פתרון השאלה הקונקרטית העומדת בפניה¹. לעומת זאת, תקנות הן כללים מנהליים פורמליים. יצירתן מחייבת הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי. משהותקנו תקנות על ידי הגורם המוסמך לכך, הן

1 בג"צ 80/54 נחומובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד ח 1491, 1496; בג"צ 160/58 שניידר נ' רשות הפיתוח, פ"ד יג 891, 895; בג"צ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד כה(1) 767, 774-775; בג"צ 223/88 שפטל נ' היעץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 357, 371-372; בג"צ 301/85 ישראל ואח' נ' נשיאת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד מ(1) 159, 160-161; וכן, י' זמיר "הנחיות מינהליות" (הנחיית היעץ המשפטי לממשלה מס' 60.013, אפריל 1986) הפרקליט לח 24, 28, 37-40.

נחשבות לכללים בעלי "תוקף של דין מחייב", הגורמים לשינוי המשפט הנוהג במדינה.²

עם זאת, תקנות כפופות לביקורתם של בתי-המשפט, בהתאם לעקרונות הכלליים של פיקוח בתי-המשפט על מעשי רשויות המינהל הציבורי הן לגבי עצם ההחלטה לגבי השימוש בסמכות ההתקנה,³ הן לגבי ההליכים ליצירת התקנות ופירסומן⁴ והן לגבי תוכן התקנות עצמן. התקנות כפופות לכל העילות המקובלות של הביקורת השיפוטית: אסור להן לחרוג מד' אמותיו של החוק המסמיך או לעמוד בסתירה להוראות החוק.⁵ תקנות שהתקין המינהל תיפסלנה גם אם המטרות שעומדות בבסיסן זרות למטרותיו של החוק המסמיך או אם מניעי הרשות המתקינה נגועים בשיקולים זרים או בחוסר תום-לב.⁶ חקיקת-משנה גם אינה יכולה לפגוע, ללא הסמכה מפורשת בחוק, בחירויות האזרח, בכללי הצדק הטבעי, או ליצור אפליה פסולה.⁷

- 2 ע"פ 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ ואח', פ"ד יא 695, 701; ע"א 146/59 זמורות, חב' דרום אמריקאית להחשבות ולהעשיה בע"מ נ' היועץ המשפטי, פ"ד יד 1441; בג"צ 596/75 מכבי תל אביב — אגודה לספורט ולהתעמלות נ' רשות השידור, פ"ד (1) 772, 776; בג"צ 5309/91 גורן נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד מו(2) 233, 235-234; וכן, י' זמיר "חקיקת משנה — נוהל והנחיות" (הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 60.012, נובמבר 1985) עיוני משפט יא (תשמ"ו) 339, 348 (להלן: זמיר); כ' ברכה משפט מיתלהי (תשמ"ז, א) 76 ואילך, 249 ואילך (להלן: ברכה).
- 3 בג"צ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309; בג"צ 637/79 יצחק נ' שר החקלאות ואח', פ"ד לד(2) 442, 443; בג"צ 297/82 ברנר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29; בג"צ 537/81 שטנגר ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד לה(4) 673, 681; בג"צ 359/81 אילן נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד לו(4) 110; וכן, ברכה, בעמ' 177 ואילך.
- 4 ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193; בג"צ 384/66 פוקסמן נ' המפקח על התעבורה, פ"ד כג(2) 330; בג"צ 653/79 עזריאל ואח' נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה ואח', פ"ד לה(2) 85; בג"צ 388/84, בג"צ 27/85 מורדי ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לט(2) 645; ברכה, בעמ' 193 ואילך. עם זאת, הליכי היצירה של חקיקת-משנה אינם כפופים לחובת השמיעה. ראה בג"צ 3,9/58 ברמן ואח' נ' שר-הפנים, פ"ד יב 1493; בג"צ 103/77, 542/76 קונסורציום אינטרנשיונל בע"מ נ' מנהל משרד התקשורת, פ"ד לא(3) 477, 486. והשווה בעניין זה ברק, להלן הערה 5, בעמ' 473; זמיר, בעמ' 362-363, 374 ואילך.
- 5 ראה, למשל, בג"צ 146/58 שוסטאק נ' המועצה המקומית נהריה, פ"ד יג 219; ע"א 80/184 איגלר ואח' נ' המגן חב' לביטוח בע"מ, פ"ד לה(3) 518, 523; בג"צ 186/85 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 101; בג"צ 491/86 עיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מא(1) 757, 768-769; זמיר, בעמ' 366-367; א' ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" הפרקליט כא (השכ"ה) 463 (להלן: ברק).
- 6 בג"צ 98/54 לזרוביץ ואח' נ' המפקח על המזונות ואח', פ"ד י 40; בג"צ עיריית תל-אביב-יפו, לעיל הערה 5, בעמ' 377-771; ברק, בעמ' 467 ואילך.
- 7 בג"צ 337/81 מיטרגי ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לז(3) 337, 359-360; בג"צ עיריית תל-אביב-יפו, לעיל הערה 5, בעמ' 771; ברק, בעמ' 466-467.

חקיקת־משנה כפופה גם לדרישת הסבירות המנהלית. אך ההלכה החלה בענין זה מבחינה בין תקנות לבין אקטים אינדיבידואליים, והיא דורשת פירוט מדוקדק; שכן לנקודה זו יש חשיבות לניתוח שיובא בהמשך: ככלל, תקנות צריכות לעמוד במבחן הסבירות, שאם לא כן בית־המשפט יתערב כדי לפסול אותן. ואולם הלכה היא, כי בית־המשפט יפגין יתר ריסון וזהירות בנוגע לתקנות מאשר לגבי אקטים מנהליים אחרים. כדי שתקנות יפסלו כבלתי סבירות, חוסר סבירותן צריך להיות קיצוני ובוטה.⁸

זאת ועוד — וזו הנקודה החשובה לעניינו — סבירותן של תקנות נמדדת לא על פי התוצאה שהן גורמות במקרה קונקרטי כלשהו, אלא מנקודת מבט כוללת, היינו: אפילו אם תקנות גורמות לתוצאה בלתי סבירה ובלתי צודקת בעליל במקרה קונקרטי מוגדר, או בכמה מקרים כאלו, אך ברוב המקרים הנופלים בגדרן אין הדבר כך — יימנע בית־המשפט מלפסול את התקנות כבלתי סבירות, וכדברי השופט שמגר בבג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה:

אין להסיק מסקנה בדבר סבירותה של תקנה, לאור יישומה למקרה הקונקרטי בלבד, מבלי שפונים ושוקלים יחד עם זה גם את מטרותיה הלגיטימיות הכוללת. הסבירות גם כאן איננה מושג אבסולוטי אלא מושג יחסי, ועל כן יכול שיווצר מצב שבו יפחת המשקל שיש לייחס לפגיעה בפרט הנובעת מן התקנה, וזאת אם מציבים מולו את המדיניות שבאה לידי ביטוי בתקנה ושיש לה יסוד ומסד בחקיקה הראשית המסמיכה.⁹

8 ע"א 311/57 הירעץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיונוף בע"מ, פ"ד יג 1026, 1039: בג"צ 492/73 שפייר ואח' נ' המועצה להסדר הימורים בספורט ואח', פ"ד כט(1) 22, 26: בג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד ל(2) 94, 106-107: בג"צ 653/79 עזריאל ואח' נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה ואח', פ"ד לה(2) 85, 99 ואילך. בג"צ 83/82 (כ"ש 757/82) לשכת המסחר תל־אביב־יפו נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לו(4) 265, 271-272: בג"צ 451/83 רסקו סחר בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 134, 137: בג"צ 571/81 הפטקה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(3) 477, 487. אך השווה דברי השופט ברק בבג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לו(3) 29, 34-35; ובבג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(1) 421, 444; וכן ברק, בעמ' 472, 478. וראה גם א' זמיר "עילת אי הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (חשמ"ב) 291, 320 (להלן: א' זמיר).

9 פ"ד ל(2) 94, 106. ראה גם בג"צ 332/62 שפיר נ' שר האוצר ואח', פ"ד יז 574: בג"צ 409/78 אבליך נ' שר התקלאות ואח', פ"ד לג(1) 823; בג"צ 359/82 אילן נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד לו(4) 110; בג"צ 376/81 לוגסי ואח' נ' שר התקשורת ואח', פ"ד לו(2) 449, 463. לעתים החילו בתי־המשפט את הגישה הזו גם על אקטים מינהליים כלליים, הגם שלא היו בבחינת חקיקת־משנה. ראה, למשל, בג"צ 64/87 פסנון נ' מדינת ישראל־משרד הבטחון־אגף השיקום ואח', פ"ד מא(2) 499, 502 (שם הוחלה גישה זו על ההסכם בין הממשלה לבין המוסד לביטוח לאומי, שנעשה בהתאם לסעיף 200(א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], חשכ"ח-1968); וכן בג"צ 764/87 התאחדות האיכרים בישראל נ' שר החקלאות, פ"ד מג(1) 309, וע"א 438/88 ברק נ' ועדת הירשום לפנקס הפסיכולוגים ואח', פ"ד מד(1) 661, 671-672 (בהם יושמה הגישה על מדיניות מנהלית). להלן אכנה הלכה זו בשם דרישת הסבירות הכוללת. והשווה בג"צ 230/78, 96/79 שהם ואח' נ' שר הפנים ואח',

גישה זו של בתי-המשפט לא נשארה בגדר השקפה עיונית גרידא, אלא היו מקרים שבהם בית-המשפט דחה ניסיון של אורח לתקוף את סבירותן של תקנות תוך שימוש בנימוק זה, הגם שציין בפסק-דינו כי התוצאה מקפתת בפועל את העותר, גורמת לו אי צדק והיא בלתי סבירה לגביו. כך, למשל, בבג"צ 134/76 שרעבי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי-הדין ואח'י¹⁰. העותר, סטודנט למשפטים, השתחרר משירות מילואים ממושך במלחמת יום-הכיפורים ימים ספורים לפני מועד הבחינות באוניברסיטה. הוא הגיש בקשה לקיצור תקופת התמחותו, כך שיוכל לקבל רשיון לעריכת-דין מיד לאחר שיעמוד בבחינות של לשכת עורכי-הדין. המשיבים סירבו לבקשה, בהסתמך על כללי לשכת עורכי-הדין, שהתירו קיצור תקופת ההתמחות רק למי שבחינותיו נעשו ממש בזמן השירות הצבאי.

העותר ניסה לתקוף את סבירות הכללים, אך בית-המשפט דחה את עתירתו בהסתמך על ההלכה נשוא דיונו. בית-המשפט גם הוסיף וקבע, כי עניינו של העותר ראוי להתחשבות וכי "אילו אימצה המועצה את מחשבתה קצת יותר, כדי להושיע גם לחיילים במצבו המיוחד של העותר, היה עולה בידה להמציא פתרון נאות לבעייתו... בלי לפתוח פתח רחב מדי למקרים אחרים, פחות ראויים"¹¹. האם גישה זו של בתי-המשפט מוצדקת? האם היא מתחייבת מעקרונות יסוד של המשפט הציבורי או משיקולי מדיניות כבדי משקל? כדי לענות על שאלות אלו עלינו לנסות ולהתחקות אחרי השיקולים המבססים אותה.

2. השיקולים העומדים בבסיס הדין הקיים וביקורתם

מי שיחפש בפסקי-הדין יתקשה בדרך כלל למצוא דיון של ממש בשיקולים העומדים מאחורי הנכונות של בתי-המשפט להקריב את עניינו הצודק של העותר הקונקרטי שבא לפנייהם על מזבח שמירת תוקפן של תקנות הגורמות לו עוול. לגופו של עניין, ניתן כמובן להעלות שורה של שיקולים התומכים לכאורה בגישה קשיחה כזו. שיקולים אלו הם העומדים בדרך כלל מאחורי הצורך לעשות שימוש בנורמות משפטיות כלליות ומחייבות: יציבות הדין, צפיותו, עקיבותו וכן עקרונות של שוויון והרצון "לשמור על השורות" ולמנוע הטיות של שיקול הדעת המנהלי משיקולים בלתי רלבנטיים או לטובת גורמים "המקורבים למלכות". מעמדם של שיקולים אלו והשלכותיהם לגבי השאלה העומדת לדין עוד יידונו בהמשך, אלא שבפסקי-הדין הם נזכרו רק לעתים רחוקות (אם בכלל), וגם אז –

פ"ד לר(3) 208, 217 א; בג"צ 82/245 חכם נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח', פ"ד לו(1) 18:

בג"צ 82/243 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד לו(1) 757, 780.

פ"ד ל(3) 493.

10 שם, בעמ' 498. וראה גם, למשל, בג"צ אילן, לעיל הערה 9; בג"צ 702/81 מינצר נ' הוועד

11 המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל ואח', פ"ד לו(2) 1, שיידון בהרחבה בהמשך הרשימה.

בקיצור נמרץ¹². הרושם העולה מקריאת פסקי-הדין הוא, שהשופטים נוטים להניח כרבר המובן מאליו כי תקנות הן נורמות קשיחות, שלא הרשות המנהלית ולא בית-המשפט רשאים להתיר סטייה מהן במקרים קונקרטיים בעייתיים.

דומה כי מקורה של הנחה זו של השופטים נעוץ לא בעובדה שהשיקולים המבססים את ההלכה הקיימת הם כה ברורים מאליהם עד כי אין כל צורך לפרט אותם (וכפי שאראה להלן, הם אינם כאלה), אלא בתפישה מסוימת של בתרי המשפט לגבי מוסד התקנות בכללותו. תפישה זו מבוססת על ההשקפה המסורתית, שלפיה תקנות הן מעין שלוחות של רצונו של המחוקק הריבוני עצמו יותר מאשר פעולות מנהליות רגילות.

לפי השקפה זו – שיש לה עדיין מהלכים בפסקי-הדין ובכתבי מלומדים – המצב האידיאלי, התואם את עקרונות המשפט הציבורי, הוא, שכל פעולות החקיקה במדינה ייעשו על ידי הרשות המחוקקת. פעולות חקיקה הנעשות על ידי הרשות המבצעת נתפשות כתופעה חריגה שהיא בבחינת "הכרח בל יגונה". היינו: תקנות הן תופעה המשמשת הפרה של ה"מונופול" של המחוקק הראשי על החקיקה (מונופול המבוסס בעצמו על התפישה המסורתית של הפרדת הפונקציות הממשליות, יותר מאשר על איזונים ועיצורים, שכל אחת מרשויות הממשל תפעיל כלפי הפעולות של רעותה)¹³.

מתוך השקפה זו נגזרים שני עקרונות התייחסות של בית-המשפט לחקיקת-משנה. העיקרון הראשון הוא, שיש להקפיד הקפדה יתירה על כך שחקיקת-המשנה לא תחרוג ותתפשט מעבר למה שהרשות המחוקקת עצמה הרשתה במפורש. מכאן ניתן להבין הן את ההקפדה היתירה של בתי-המשפט על כך שחקיקת-המשנה תתאם באופן מדויק את המגדט שנקבע בחוק המסמך על ידי המחוקק הראשי¹⁴.

12 ראה, למשל, בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 444 (שם מוזכר השופט ברק בהקשר זה, כי אקט כללי יוצר ציפיות בקרב הציבור, אך באותה נשימה הוא מטיל ספק אם יש בכך כדי להקנות לחקיקת-משנה מעמד מיוחד מבחינת היקף הביקורת השיפוטית); וכן בג"צ שרעבי, לעיל הערה 10, בעמ' 498 (שם מוזכר הרציונל של יציבות הדין). יוצא מהכלל בעניין זה הוא הדין של השופט אלוך בנושא בפסק-הדין מינצור, לעיל הערה 11, בעמ' 13 ואילך.

13 ראה, למשל, ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" הדי-משפט 11 (תשי"ז) 202, 203, 205; ברכה, בעמ' 76; י' זמיר "חקיקה מינהלית – מחיר היעילות" משפטים ד (תשל"ב-תשל"ג) 63, 70; P.P. Craig; 70, 63 K.C. Davis *Discretionary Justice* (1969) chapter 2; Administrative Law (Oxford, 2nd ed., 1989) 10. השקפה זו היא גם המקור לקביעה השכיחה כי אצילת סמכויות משנה בהיקף רחב מהמחוקק הראשי לרשויות המנהל "פוגעת בעקרון שלטון החוק". ראה ברכה, בעמ' 95; והערות 115 ו-116 שם; קלינגהופר, בעמ' 205.

14 ראה דברי השופט לנדוי בבג"צ 302/82, 306 חילו ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד כו(2) 169, 176: "אין מחוקק אלא הכנסת ואין מחוקק-משנה אלא מכוח חקיקת הכנסת..." ודברי השופט שמגר בבג"צ מיטרגי, לעיל הערה 7, בעמ' 357-358: "...בלעדי הענקת הסמכות על פי דברו של המחוקק הראשי אין למחוקק המשנה ולא כלום" – המצוטטים בבג"צ עיריית תל-אביב-יפו, לעיל הערה 5, בעמ' 768.

הן את הדרישה כי הסמכות להתקנת תקנות תיגזר אך ורק מקביעה מפורשת בעניין זה של המחוקק הראשי, ולא מתוך עצם ההסמכה של המינהל לפעול ולהסדיר תחום פעולה מסוים.¹⁵

העיקרון השני הנובע מהשקפה זו, והרלבנטי במיוחד לענייננו, הוא, שהואיל וחקיקת-משנה נעשית בהסמכתו המפורשת של המחוקק הראשי ומתייחסת לפונקציה השייכת עקרונית לתחום פעולתו, הרי בתי-המשפט מצווים להתייחס אליה בריסון מופגן ובוהירות יתר, משום שהיא נושאת עמה "סממנים" של דבר המחוקק הריבוני עצמו.

לפי עיקרון זה, ניתן להסביר שורה של הלכות לגבי תקנות — מהן שהיה להן תוקף בעבר ובוטלו בינתיים ומהן העומדות ושרירות עד עצם היום הזה; חלקן עוסקות בשאלת הביקורת השיפוטית וחלקן נוגעות בעניינים אחרים. נזכיר בקצרה כמה מההלכות אלו: ראשית, יש להזכיר כי עצם ההזדקקות לעילת הסבירות ככלי לביקורת שיפוטית של תקנות היתה בבחינת חידוש של ממש מצד בתי-המשפט בישראל. למעשה, באנגליה הכפיפות של חקיקת-משנה של הממשל המרכזי לדרישת הסבירות מוטלת בספק גם כיום.¹⁶ שנית, כפי שכבר נאמר, ההלכה שלפיה היקף הביקורת של בתי-המשפט על חקיקת-משנה הוא צר יותר בהשוואה לביקורת על אקטים מנהליים אחרים היא שרירה וקיימת בשיטתנו, ורק קולות מעטים נשמעו להטיל בה ספקות.¹⁷

ההשקפה המייחסת מעמד מיוחד לתקנות באה לידי ביטוי בתחומים נוספים: בתי-המשפט בארץ נטשו כבר בשלב מוקדם את ההלכה שלפיה בתי-המשפט אינו מוסמך לצוות על רשות מנהלית לעשות שימוש בסמכות ההתקנה שבירה¹⁸, אך עד היום אינם מוכנים לאכוף הבטחה מנהלית מצד מתקין התקנות לעשות שימוש

15 ראה האסמכתאות לעיל, בהערה 2. שינוי בעניין זה יחול עם כניסתו לתוקף של חוק יסוד: הממשלה (שהתקבל ב-1992). סעיף 47(א) לחוק קובע: "ראש הממשלה או שר הממונה על ביצועו של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו". יוצא, שעל פי החוק, הדרישה להסמכה מפורשת להתקנת תקנות בחוק האורגני הספציפי אינה קיימת לגבי שרים. והשווה י' זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א (תשנ"ב) 81, 107.

16 ראה ברק, בעמ' 471 ליד הערה 61; וכן S.A. de Smith *Judicial Review of Administrative Action* (London, 4th ed., 1980) 354-356; J. Beatson and M.H. Matthews *Administrative Law - Cases and Materials* (Oxford, 2nd ed., 1989) 690-693.

17 ראה לעיל הערה 8. בהקשר זה ניתן גם להזכיר את ההלכה שלפיה כאשר התקנות העומדות לביקורת זכו לאישור הכנסת או של אחת מוועדותיה, או היקף הביקורת של בתי-המשפט יהיה אפילו צר יותר, אם כי עקרונית מבחן הסבירות יחול גם לגבי תקנות כאלו. ראה, למשל, בג"צ 162/72 קינרוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 238, 241; בג"צ 310/80 דרור הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד לה(1) 253; בג"צ 667/78 ארגון סחורי ירושלים ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לג(1) 831; בג"צ 571/81 הפטקה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(3) 477, 487; וכן א' זמיר, בעמ' 322-323.

18 ראה האסמכתאות לעיל, בהערה 3; וכן ברכה, בעמ' 185, המציין כי בתי-המשפט בישראל הקרימו את עמיתיהם באנגליה בעניין זה.

בסמכותו זו. הלכה היא, כי "איש אינו מוסמך וגם אינו יכול להבטיח מראש את תוכנו של מעשה חקיקה, בין חקיקה ראשית ובין חקיקת משנה, המסור כולו בידי הגוף המחוקק"¹⁹. עמדה זו של בתי-המשפט רחוקה לכאורה מלהיות מובנת מאליה; שהרי, כידוע, מאז באה לעולם הלכת סאיטקס הידועה, הלכה והשתרשה במשפטנו התפישה שלפיה רשות מנהלית חייבת לקיים הבטחה שנתנה במסגרת סמכויותיה החוקיות, ובתנאי שאין לה צידוק מחאים לשנות את ההבטחה או לבטלה²⁰, ובתי-המשפט אכפו לא פעם על רשויות המינהל לקיים הבטחות שנתנו²¹. ואם, מחד גיסא, בית-המשפט יכול לאכוף על המינהל לקיים הבטחות שנתן, ומאידך גיסא הוא רשאי לכופף את המינהל לעשות שימוש בסמכות ההתקנה — מדוע אין הוא רשאי לחייב את הרשות המוסמכת לעשות שימוש בסמכות ההתקנה לפי הבטחה שנתנה?!

אפילו קיימים טעמי מדיניות ענייניים היכולים להצדיק גישה כזו (כגון שאין זה רצוי לחייב את הרשות להתקין נורמה כללית, רק בגלל הבטחה שניתנה לפרט), הרי ניתן לומר כי בתי-המשפט, שחזרו שוב ושוב על ההלכה, לא כתנו את השאלה לגופה בתשומת לב יתירה. הם פשוט נסחפו אחרי ההנחות המסורתיות בדבר "קדושתן" המיוחדת של התקנות המבדילה אותן משאר פעולות המנהל, והריטוריקה של בתי-המשפט בציטטה לעיל מדגימה זאת: התקנת התקנות נתפשת כ"מעשה חקיקה" המסור כולו בידי "הגוף המחוקק" מבלי שמי שאמר את הדברים טורח להבחין בין מתקין התקנות לבין המחוקק הראשי הריבוני. תפישה זו לגבי מוסד התקנות היא העומדת ביסוד נכונותם של בתי-המשפט להשלים עם מצבים שבהם חקיקת-משנה, שהיא סבירה לכאורה במרבית המקרים אשר היא מתייחסת אליהם, גורמת עוול לאזרח הפונה כדי להעמיד את תוקפה במבחן. אכן, במישור שיקולי המדיניות עשויים להיות שיקולים שיצדיקו גישה כזו במקרה כזה או אחר (ובכך נדון בהמשך), אלא שבתי-המשפט אינם נכנסים כלל לדיון בשיקולים אלו. הם מניחים, כי כשם שאין להם סמכות להרהר אחרי

19 בג"צ 356/83 לידור האגודה להגנת בעלי בתים ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד לח(1) 610, 602. וראה גם ע"א 753/77 אשדוד ויקוק מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לר(2) 184, 182; בג"צ 653/79 עזריאל ואח' נ' מנהל אגף הרישור, משרד התחבורה ואח', פ"ד לה(2) 85, 94-95; בג"צ 698/80 קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לה(1) 617, 631. 20 בג"צ 135/75, 321/75 סאיטקס בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673, 676. 21 בג"צ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות ואח', פ"ד לב(3) 742; בג"צ 69/80 חירם נ' שר הבטחון, פ"ד לה(4) 505; בג"צ 787/86 אלגרבל ואח' נ' ראש עיריית רחובות ואח', פ"ד מא(1) 236; בג"צ 636/86 נחלת זבוטינסקי מושב עובדים נ' שר החקלאות ואח', פ"ד מא(2) 701; בג"צ 903/87 מצגר נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מב(2) 773. במקרה אחד אף אכף בית-המשפט על המינהל לקיים הבטחה, הגם שנותן ההבטחה לא היה בעל הסמכות באותו עניין. ראה בג"צ 142/86 "דישק" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות ואח', פ"ד מ(4) 521; וכן א' שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים יד (תשמ"ה) 286, 255. ואילך.

תוצאות קונקרטיות קשות הנגרמות כתוצאה מהחלת חוק של הכנסת על מקרה פרטי כלשהו, כך אין הם יכולים להרהר אחרי היקף תחולתן של תקנות הגורמות לתוצאות דומות.

אלא שתקנות אינן חוק, והצידוקים היכולים לעמוד מאחורי גישה של "יקוב הדין את ההר" לגבי חקיקה של הכנסת אינם בהכרח טובים לסיטואציות שבהן תקנות יוצרות תוצאות קונקרטיות בלתי סבירות. לא רק שבמישור הקונסטיטוציוני אין בעניין זה כל מגבלה על סמכותו של בית-המשפט להתערב ולהכיר בחריג לתקנות מסוימות (בניגוד למצב לגבי חקיקה ראשית²²), אלא שגם מבחינת הליכי היצירה של הנורמות קיים הבדל בולט בין תקנות לבין חקיקה ראשית. זו האחרונה נעשית במסגרת הליך חקיקתי מורכב ויסודי. לעומת זאת, יצירתן של תקנות במשפטנו אינה כרוכה (בדרך כלל) בשום הליך פורמלי מחייב, למעט פרסום ברשומות. ברוב המקרים יצירת התקנות אינה כרוכה בשיתוף הציבור או בהיוועצות רגולרית עם גורמים מנהליים וחורף מנהליים, ואינה נוקטת אף לאישור של הכנסת, אלא אם כן החוק האורגני המסמך את מחוקק-המשנה מורה על כך מפורשות²³. יוצא, שהאמצעים הבאים להבטיח כי יצירת הנורמה נעשתה בהליך יסודי ומדוקדק, תוך ניסיון מקיף לחזות את כל המקרים שבהם היא עשויה לתול,

22 לצורך הדיון בחריגה מתקנות איני נוקט כל עמדה לגבי השאלה, האם יש לבית-המשפט סמכות להורות על אי קיום חוק, כאשר הדבר יוצר תוצאה קשה במקרה הקונקרטי הנדון. עם זאת, מן הדין להזכיר כי כיום לא מעטים הם המלומדים המשיכים בחיוב על שאלה זו. ראה, למשל, ח' גנו "ביסוס חובת הציות לחוק" משפטים י' (תשמ"ח) 353, 387-389; וכן M.R. Kadish and S.H. Kadish *Discretion to Disobey* (Stanford, 1973) chapter 2 (להלן: קדיש); F. Schauer *Playing by the Rules* (Oxford, 1991) 196-206 (להלן: שאור). כך או כך: נקודת המוצא של שיטתנו היא כי לבית-המשפט אין סמכות לבטל חוקים (למעט במקרה שבו חוק רגיל סותר הוראות מסוימות בחוקריסוד), ומגבלה זו אינה קיימת, כידוע, לגבי חקיקת-משנה (ראה להלן).

23 י' זמיר "חקיקה מינהלית – מחיר היעילות", לעיל הערה 13, בעמ' 65-66; וכן זמיר. לעומת זאת, באנגליה הליך יצירת התקנות כפוף לפיקוח פרלמנטרי (ראה סקירה מפורטת בעניין זה אצל ברכה, בעמ' 276 ואילך והאסמכתאות שם). בדין הפדרלי האמריקני, הליכי יצירה של כללים מינהליים נעשים במסגרת הליך של שיתוף הציבור, היינו: הנוסח המוצע של הכללים מחפזס ברכים, תיתנת הזדמנות לכל אזרח לשלוח הערות והשגות לגבי ההצעה. הרשות היוצרת את הכללים חייבת לכלול, במסגרת הנוסח הסופי של הכללים, הצהרה מפורטת, הכוללת התייחסות להשגות שהועלו בפניה תוך כדי ההליך – והכול על פי ה- K.C. Davis *Administrative Procedure Act* (1946) 5 U.S.C. Sec. 553 *Administrative Law Treatise* (2nd ed., Louisiana Un. Press, 1978) I Sec. 6.25 p. 570 (להלן: דייוויס); וכן *Portland Cement v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375 (D.C. Cir. et seq. (1973) 417 U.S. 924 (1973).

אינם קיימים במקרה של חקיקת-משנה – בניגוד לחקיקה ראשית²⁴.
נוסף על כך, ניתן לטעון כי הגישה השיפוטית האמורה לגבי תקנות לוקה באנומליה מסוימת, שהרי – כפי שכבר נאמר – גם בתי-המשפט עצמם אינם חולקים על כך שיש בסמכותם לפסול תקנות בשל אי סבירותן. היינו: כאשר בית-המשפט מוצא שתקנה מסוימת היא בלתי סבירה לכל דבר ועניין, הוא רשאי לפסול את חוקיותה מניה וביה. מה שבתי-המשפט לא היו מוכנים לעשות הוא לפסול תקנה משום שהיא בלתי סבירה במקרים מסוימים כאשר הפסילה תתייחס לאותם מקרים בלבד. לכאורה גישה זו תמוהה, שהרי אם בתי-המשפט מוכן לקחת על עצמו את המשימה והאחריות לקבוע כי תקנות מסוימות הן בלתי סבירות לכל דבר ועניין ואין להן כל תוקף משפטי, הרי לכאורה מקל-וחומר בית-המשפט יכול לקבוע כי התקנה יוצרת תוצאה בלתי סבירה במקרה הספציפי הנדון ולכן אין ליישם אותה על אותו מקרה. מבחינת היקף התערבותו של בית-המשפט בפעולות הרשות המנהלית דומה כי ההתערבות במקרה השני היא נרחבת פחות מאשר במקרה הראשון²⁵.

24 שינוי חשוב בעניין זה יביא עמו חוק יסוד: הממשלה החדש (מ'1992). על פי סעיף 48(א) לחוק, תקנות שהתקין ראש הממשלה או שר והקובעות ענישה פלילית בשל הפרתן – לא ייכנסו לתוקפן אלא אם אושרו, לפני פרסומן, על ידי ועדה מועדוה הכנסת שהנושא נמצא בתחום אחריותה. התקנות יראו כמאושרות אם הועדה לא החליטה דבר תוך שלושים יום מיום הנחת התקנות לפנייה. עם זאת, ספק אם השינוי הצפוי צריך להיות בעל השפעה מכרעת על מערך השיקולים הכללי בנוגע לטיפול במקרים מיוחדים; הפיקוח הפרלמנטרי עשוי לתרום לאיכותה של חקיקת-המשנה, ובודאי למימדה של הגשמת רצון הציבור באמצעותה, אך ספק אם פיקוח כזה יקטין במידה של ממש את הצורך להתמודד עם מצבים קונקרטיים מיוחדים שלא נצפו על ידי מתקין התקנות.

25 יצוין כי אם במקרה מסוים התקנה יוצרת תוצאה שהיא אולטרא-וירס, הרעת נותנת כי בית-המשפט יהיה חייב להתערב ולפסול את התקנה כולה או לפחות את אותו חלק או היבט שלה המוביל לתוצאה כזו. ראה בג"צ 163/53 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1074; בג"צ 146/58 שווסטאק נ' המועצה המקומית נהריה, פ"ד יג 219; א' זמיר, בעמ' 325-327. האפשרות של פסילת חלק מתקנה בשל אי סבירות, אגב השארת חלק אחר של התקנה בתוקף, נזכרת אף היא אצלנו במספר מועט ביותר של פסק-דין. ראה ע"א 6/66 שם טוב קלו ואח' נ' עיריית בת ים, פ"ד כ(2) 327, 332; ע"א 1439/90 מדינת ישראל (רכבת ישראל) נ' הו"ם – חברה לביטוח בע"מ ואח', פ"ד מז(2) 346, 379. ואולם אין בפסק-דין אלו כדי לערער את המעמד של הלכת הסבירות הכללית במשפטנו (ראה ע"א 1439/90 הנ"ל, בעמ' 373-375), שכן דובר בהם בפסילה של חלק מתקנה המחייבם לכלל המקרים הנופלים בגדר אותה תקנה, ולא בהכרה בחריג המחייבם למקרים ספציפיים מסוימים בלבד.

אני מתעלם בהקשר זה מטענה אפשרית נוספת, והיא שהבסיס העיוני להתערבות בית-המשפט בעילת הסבירות הוא עקרון חוסר הסמכות עצמו, חזאת על פי הפיקציה שלפיה "המחוקק לא התכוון להסמיך את מחוקק המשנה לפעול בחוסר סבירות". אמנם, לפרופוזיציה זו יש עיגון מסוים בפסק-הדין (ראה בג"צ דרור הדרום, לעיל הערה 17; ובג"צ עיריית תל-אביב-יפו, לעיל הערה 5, בעמ' 773. וראה גם א' זמיר, בעמ' 307-310) אך דומה כי הפסיקה שלנו לגבי הסבירות כבר "עברה" את השלב ההתחלתי הזה של גיבוש העילה. כך או כך, הטענה האמורה אינה מוסיפה דבר לדיון, והלכה למעשה היא טאוטולוגית; שכן על פיה

זאת ועוד: מנקודת ראות פונקציונלית דומה שדווקא ההתערבות להכרה בחריג לתקנות במקרים הספציפיים הולמת ומתאימה הרבה יותר לאופיה של הביקורת השיפוטית ושל ההליך בבית-המשפט בכללו. התערבות כזו היא לכאורה בעייתית הרבה פחות מאשר התערבות שיפוטית שתוצאתה היא פסילת האקט הכללי לחלוטין. הסיבות לכך נעוצות באופיו המוסרי של בית-המשפט ובמגבלותיו של ההליך השיפוט.

מלומדים רבים שעסקו בסוגיית התערבותו של בית-המשפט במעשי המינהל מאוחדים בדעתם, כי המגזר הבעייתי ביותר מבחינת הביקורת השיפוטית הוא כאשר בית-המשפט בא להעריך את סבירותה של מדיניותו הכוללת של המנהל. ההליך השיפוט מיועד בראש ובראשונה להכרעה בשאלות קונקרטיות על סמך כללים מקדמיים קיימים. לפי הטענה, אין הוא מתאים לקבלת הכרעות לגבי בעיות של מדיניות חברתית או כלכלית כוללת, המערבות ניגוד אינטרסים במישורים רבים והמצריכות איסוף מידע בקנה-מידה רחב והערבות מקצועיות מורכבות.²⁶

מבחינה זו דומה כי ההליך השיפוט מתאים הרבה יותר לדיון דווקא בסבירות התוצאה שהתקנות יוצרות במקרה הקונקרטי הנדון בפניו מאשר בסבירות הכוללת של התקנות. כך, למשל, אם הרשות המוסמכת לקביעת מכסות לגידול פטימים שינתה את מדיניותה ואת כלליה, כך שהמכסות הניתנות לחקלאים במושב מסוים קוצצו באופן דרסטי, הרי קל יותר לבית-המשפט להעריך את סבירות הכללים לגבי המקרה הנדון בפניו מאשר את סבירותה הכוללת של המדיניות הכללית החדשה באותו תחום;²⁷ שהרי לגבי הכרעה זו (הראשונה) יש לבית-המשפט את כל הנתונים המשפטיים והעובדתיים (הנוגעים למקרה הספציפי), והטיפול בהחלטת עקרונות של דין ומדיניות על הנתונים של המקרה המובא בפניו הוא לחם חוקן של בית-המשפט.

אכן, אין פירוש הדבר כי ההכרעה לגבי הסבירות של התקנות במקרה הספציפי הנדון היא בהכרח עניין פשוט, משום שאם בית-המשפט מגיע למסקנה כי התוצאה הקונקרטית של התקנות בעניין שלפניו אינה סבירה ובהתאם לכך הוא מכיר (בטכניקה כזו או אחרת, כפי שעוד נפרט להלן) בחריג לתקנות — הרי גם להחלטה כזו עשויות להיות השלכות כלליות על כלל הסקטור הרלבנטי, שלבית-

ניתן לטעון כי "המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות לישים תקנות על מקרים ספציפיים באופן לא סביר" או להיפך וכו'.

26 ראה, למשל, D.L. Horowitz *The Courts and Social Policy* (Washington D.C., 1977) 34-35; R. Cranston *The Legal Foundations of the Welfare State* (London, 1985) 246-247; J. Jowell "The Legal Control of Administrative Action" 178 *Public Law* (1973) 213-214; A. Baldwin and C. McCruden *Regulation and Public Law* (London, 1987) 64-66. במסגרת הדיון הנוכחי אין צורך לבחון את המשמעות הכוללת של טענות אלו. הן תומכות בטענה שבטקסט רק במוכן זה אם יש מקום כי בית-המשפט יפגין ריסון מיוחד, הרי אין טעם לכך שריסון כזה יתייחס דווקא לגבי הטיפול במקרים מיוחדים. ראה בג"צ דישון, לעיל הערה 14.

המשפט יהיה קשה להעריכן, או לעקוב אחריהן לאחר שיתן את פסקתו.²⁸ במובן זה, גם ההכרה בחריג ה"קונקרטי" מחייבת את בית-המשפט במידה מסוימת להיכנס לתחום של שיקולי המדיניות הכלליים של הרשות המנהלית. אולם גם כך, היקף השיקולים שבית-המשפט צריך להביאם בחשבון יהיה תמיד מוגבל יותר מאשר אם הוא נדרש לגבש עמדה לגבי סבירותן של התקנות לכל דבר ועניין. זאת ועוד: לא תמיד התערבות בית-המשפט בנוגע לסבירות התוצאות של התקנות במקרה המובא לפניו כורכת עמה השלכות כלליות רחבות. לעתים מגזר השיקולים שבית-המשפט נדרש להתייחס אליהם לצורך מסקנה כזו הוא צר ביותר.²⁹ אלא שבית-המשפט נוקטים, כאמור, גישה של "הכול או לא כלום": או שהתקנות הן בלתי סבירות לחלוטין ולכן דינן להיפסל, או שהתקנות הן חוקיות ויישמו הר כגיגית על כל מקרה הנופל בגדר תחולתן. הם מונעים מעצמם את אפשרות הביניים: לקבוע כי התקנות הן סבירות ברוב המקרים הנופלים בגדרן, אך יוצרות תוצאות לא סבירות במקרים מסוימים, ולכן יש לפסול את החלתן על אותם מקרים יוצאים מהכלל. אך האם יש הכרח לאמץ גישה כזו? והאם לא ניתן לאמץ גישה אחרת לפי שיקולי המדיניות החלים על סוגיית החריגים לתקנות? בכך יידון חלקו הבא של המאמר.

ג. שיקולי מדיניות

1. כללים וחריגים

כאשר גוף מנהלי בוחר להסדיר תחום פעולה מסוים באמצעות כללים משפטיים מדויקים, אזי יש לבחירה כזו יתרונות מובהקים, ולצדם חסרונות וסכנות מסוימים. השימוש בכללים מפורטים ומדויקים עשוי להבטיח אחידות ועקיבות בפעולה המנהלית ולהגביר את צפיותה, כך שישפר את הביטחון המשפטי של האזרח ואת יכולתו לכלכל את מעשיו מראש. שימוש בכללים עשוי לשרת גם את אינטרס השוויון, למנוע הטיות לא רצויות של שיקול הדעת המנהלי ולאפשר ביקורת חיצונית על מעשי הרשות המבצעת.³⁰

28 ראה הודחין, לעיל הערה 26, בעמ' 54-56; בולדווין ומקדון, לעיל הערה 26, בעמ' 66. 29 טלו, לדוגמה, את עניין שרעבי שנדון לעיל, ליד הערה 10: החריג שבית-המשפט יכול היה להכיר בו שם היה חריג צר ביותר: הוא יכול היה להתייחס, למשל, לכל מי שהשתחרר משירות צבאי ימים ספורים לפני הכתיבה (בהתאם לנתונים של המקרה הקונקרטי). קשה לקבל את הטענה שהיקף הבחינה שבית-המשפט צריך לעשות כדי להגיע לתוצאה כזו הוא מעבר ליכולתו, ובוחאי שאין מדובר בהחלטה מורכבת יותר מהחלטות אחרות שבית-המשפט מקבל כאשר הוא בא להכריע – על פי גישת הסבירות הכוללת – בסבירותן של תקנות. וראה בעניין זה את הדיון להלן בסעיף 27.

30 ראה י' זמיר "הנחיות מינהליות", לעיל הערה 1, בעמ' 25, 28-30; D.J. Galligan; 157-161; 148-149; Discretionary Powers (Oxford, 1986) (להלן: גאליגן); Lon Fuller; 81 (1969) The Morality of Law; גיזאל, לעיל הערה 26, בעמ' 184-191, וכן בג"צ 160/58 שניידר ואח' נ' מנהל רשות המיתות ואח', פ"ד יג 891, 895; בג"צ 134/67 רענו ואח' נ' משרד התחבורה ואח', פ"ד כא(2) 710, 717.

עם זאת, השימוש במערכת כללים מפורטים, מדויקים וקשיחים נושא עמו גם חסרונות וסכנות לא מעטים. ראשית, טבעם של כללים הוא שלא ניתן למנוע לחלוטין את תחולתם במקרים שהדבר אינו רצוי ואינו מקדם את המטרות המהותיות של הפעולה המנהלית. לא ניתן גם להגיע למצב שבו הכללים יצליחו לחול על כל המקרים שבהם היה מקום להחילם לאור מטרות אלו, היינו: כללים מותרים אחריהם בהכרח "מקרי שוליים", שבהם הכלל יביא לתוצאה לא רצויה. ככל שיוצר הכללים לא יאמץ את מוחו וישקיע מזמנו בניסוחם, הוא לא יצליח למנוע לחלוטין קיומה של תופעה זו; תמיד יהיו מצבים שלא נצפו על ידו בעת יצירת הכללים או אף שלא יכול היה לצפותם משום שהם תולדה של שינוי נסיבות שאירע לאחר שהכללים באו לעולם.³¹

זאת ועוד: השימוש שרשות מנהלית עושה במערכת כללים מפורטים וקשיחים עשוי לשאת עמו מחיר כבד. הדבר עלול לגרום לסירבול בפעולה הביורוקרטית, להוביל את הפקיד לנקוט יחס פורמליסטי ודווקני בעת מילוי תפקידו ועל ידי כך לגרום לניכור בינו לבין הציבור שהוא אמור לשרתו. אם הפעלת שיקול דעת ללא כללים ברורים נושאת עמה סכנה של שרירות במובן של קפריזות והטיות לא לגיטימיות, הרי היצמדות ל"ספר הכללים" המנהלי נושאת עמה שרירות מסוג אחר ועלולה להביא את המינהל לחיכוכים ולעימותים עם הציבור הרחב ולאובדן אימון הציבור בו.³²

אחת השיטות המקובלות לרכך את ההשלכות הלא רצויות הללו היא לעשות שימוש באמצעים שנועדו לאפשר חריגה מהכללים במקרים שהחלתם מעוררת בעיה מיוחדת. המדובר בשורה של טכניקות שונות, המובילות כולן לתוצאות דומות. להלן נסקור כמה מהטכניקות המקובלות בהקשר זה.³³

2. טכניקות של חריגה מכללים

דרך אחת לאפשר את הגמשתן של תוצאות הכללים במקרים מיוחדים היא על ידי כך שיוצר הכללים עצמו כלל בהם סעיף חריג מיוחד המאפשר לגורם המיישם את

31 ראה שאוואר, לעיל הערה 22, בעמ' 31 ואילך; וכן D. Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1685, 1688-1690.

32 W.H. Simon "Legality, Bureaucracy and Class in the Welfare System" 92 *Yale L.J.* (1983) 1198, 1201-1213, 1233; J.F. Handler, "Discretion in Social Welfare: The Uneasy Position of the Rule of Law" 92 *Yale L.J.* (1982-1983) 1270 הערה 30, בעמ' 172.

33 P.H. Schuck "When the Exception Becomes the Rule: Regulatory Equity and the Formulation of Energy Policy" *Duke L.J.* (1984) 167-168 (להלן: שאק). דרך חלופית לחריגה מכללים היא הימנעות מלכתחילה מלהשתמש בכללים ולקבוע במקומם רק סטנדרטים כלליים ומעורפלים שינחו את שיקול הדעת של מקבל ההחלטה. על ההבדל בין כללים לסטנדרטים ראה קנדי, לעיל הערה 31, בעמ' 1687-1688; מ' מאוסנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ח) 321, 325 והאסמכתאות שם.

הכללים (או לגורם אחר שהוסמך במיוחד לשם כך, כגון "ועדת חריגים" מיוחדת) להגיע לתוצאה שונה מהכללים במקרים קונקרטיים מסוימים. לעתים סעיף החריג רק מסמין את אותו גורם לסטות מהכללים, ולעתים הוא גם מנחה אותו באמצעות סטנדרט כללי כלשהו לגבי האופן שבו עליו להפעיל את סמכותו (כגון סטנדרט הסבירות או ההיתר לסטות מהאמור בכלל "מטעמי צדק מיוחדים")³⁴.

השימוש בסעיפי חריג הוא "דרך המלך" להשגת תוצאה של חריגה מכללים, ואין חולק על הלגיטימיות שלה. אך לצד דרך זו קיימות שורה של טכניקות נוספות להגמשת התוצאות של הכללים, גם כאשר הם אינם כוללים – על פי נוסחם – סעיפים המתירים במפורש את החריגה.

הטכניקה הראשונה בהקשר זה היא פרשנות מגמתית של הכלל הרלבנטי. לעתים, כאשר בית-המשפט (או הרשות המנהלית עצמה) נוכחים כי הכללים שבהם מדובר מובילים לתוצאה קשה או בלתי רצויה, הם ינסו למנוע תוצאה זו באמצעות פרשנות מגמתית של הכלל. אכן, לעתים די בכך שהפרשן יתחקה אחרי התכלית של הנורמה כדי למנוע את התוצאה הלא רצויה, אך לעתים הוא נאלץ להזקק ל"לוליינות" של ממש בפרשנותו. במצבים מעין אלו מעשה הפרשנות נועד הלכה למעשה להשיג תוצאה של חריגה מהכללים, הגם שלא תמיד הפרשן יהיה מוכן להודות בכך במפורש³⁵.

טכניקות אחרות של חריגה מהכללים פועלות במישור ההחלה, הביצוע והאכיפה של הנורמות. כך, למשל, כע"פ 104/72 ראב"י מדינת ישראל³⁶ נדון עניינו של צו הנוגע לרישוי עסקים, שלפיו כל עסק שבו נוהלו משחקים הפך לעסק הטעון רישוי, ולפי הצו ניהול עסק כזה ללא רשיון נעשה עבירה פלילית. הצו פורסם, והוחל באופן מיידי גם על כל מי שניהל כבר קודם לפרסומו עסק מסוג זה, ומכוחו הועמד המערער לדין. בית-המשפט קבע כי הצו הוא בלתי סביר מבחינה זו שלא הותקנו בו הוראות מעבר לגבי עסקים קיימים. בהתאם לכך הוא קבע, כי הוא אינו מורה על ביטול הצו, אלא רק מורה על "הפסקת הביצוע" של

34 לדוגמא: תקנות שמורות הטבע (סדרים והתנהגות), תשל"ט-1979, קובעות כי "הרשות (היא רשות שמורות הטבע) רשאית להחיר בהיתר מיוחד ביצוע כל פעולה האסורה על פי תקנות אלה אם הדבר דרוש לקיומם ולהתפתחותם התקינים של החי או הצומח, לשמירה על מצב הקרקע בשמורה או למילוי תפקידה על פי סעיף 33 לחוק, או לצורך אחר כפי שייקבע בחוק". וראה גם בג"צ 416/76 עמיצור נ' ראש עיריית פתח-תקוה ואח', פ"ד לא(1) 833, 838.

35 ראה למשל בג"צ 303/60 שילדהיז נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד טו 521. שם התעלם בית-המשפט מנוסח של פריט שבחוספת לפקודת תעריף המכס והפטורים, 1937, כדי למנוע תוצאה שלפיה נכה המשוחק בשתי רגליו לא יוכל לקבל פטור ממכס למכונת שירכוש אלא אם יוכל לנהוג במכונת בעצמו. בצדק מציין א' זמיר, בעמ' 522, כי קשה לראות כיצד ניתן להגיע לתוצאה כזו על ידי "פרשנות" של אותו סעיף.

36 פ"ד כו(2) 412.

הצו לגבי אותם בעלי עסקים קיימים שהגישו בקשה לקבלת רשיון עסק תוך חודש מיום פרסום הצו וכל עוד לא התקבלה תשובת הרשות לבקשתם³⁷. כמו "אי ביצועה" של חקיקת-משנה, הרי לעתים נוקטות הרשויות האחריות שיטת אי אכיפה של נורמות מסוימות. כידוע, רשויות אכיפת החוק נהנות משיקול דעת רחב לגבי הפעלת סמכויותיהן. לעתים קרובות נעשה שימוש בשיקול דעת זה כדי למנוע תוצאה של אכיפת החוק במקרים קונקרטיים בעייתיים³⁸. אי אכיפה שיטתית של נורמה מסוימת לגבי סוג מסוים של מצבים שהיא חלה עליהם פירושה הלכה למעשה הכרה בחריג לנורמה לגבי אותו סוג מקרים. לדוגמא: אם תקנות התעבורה קובעות כי המהירות המקסימלית המותרת בכביש בין-עירוני היא 90 קמ"ש, אך במשטרת התנועה הארצית מתפתחת פרקטיקה שלפיה אין אוכפים את דרישת התקנות לגבי מי שנוסע בכביש אשדוד-תל-אביב במהירות שמתחת ל-105 קמ"ש – אזי התוצאה המעשית היא שנוצר חריג לתקנה הרלבנטית³⁹. טכניקה נוספת הנוגעת לעניין היא זו המאפשרת לבית-המשפט להתערב ולפסול באופן חלקי תקנה שאינה עומדת במבחני הביקורת השיפוטית. טכניקה זו ננקטת על ידי בית-המשפט כאשר הוא מגיע למסקנה כי החלטה של תקנה יוצרת תוצאות שאינן עומדות במבחני הביקורת, אך זאת רק לגבי חלק מהמקרים שעליהם היא חלה. במקרה כזה בית-המשפט עשוי להעדיף פסילת חלק מהתקנה ולהשאיר חלק אחר שלה בתוקפו. השימוש בטכניקה זו מותנה בכך שניתן להפריד באופן רציונלי ובהיר בין שני החלקים: החוקי והבלתי כשר⁴⁰. למעשה, שימוש בטכניקה זו של הפסילה החלקית בכל הנוגע לתקנות שאינן סבירות עומד בסתירה

37 שם, בעמ' 418. ראה גם א' זמיר, בעמ' 327. יש לשים לב לכך שהקריטריון של חודש ימים הוא קריטריון שבית-המשפט עצמו יצר, ולא היה לו כל עיגון בחקיקה שנגעה לנושא הנדון. לכך תהיה חשיבות להמשך הדיון. השווה בג"צ 396/82 ה.ש.י. – המגדר העשיות פלדה בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד לז(1) 44; בג"צ 197/83 סיטאר אופנה בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד לז(2) 388; בג"צ 899/86 אדגר העשיות טכסטיל בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד מב(1) 74; בג"צ 409/88, 411 ועד הסטודנטים הישראליים הלומדים רפואה באיטליה ואח' נ' שרת הבריאות ואח', פ"ד מג(1) 5; בג"צ 233/87 המרכז ללימודי אופטיקה ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות ואח', פ"ד מב(3) 430.

38 לעתים שיקול הדעת במישור האכיפה מוסדר במפורש בחוק (ראה, למשל, חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיפים 61-67, 231), אך לעתים קרובות מופעל שיקול דעת במישור אכיפת חוקים או תקנות שלא על בסיס הסמכה ברורה ומסודרת, בהקשרים המעוררים שאלות נכבדות לגבי עצם חוקיות הפרקטיקות הללו. הסוגיה של הפעלת שיקול דעת מנהלי מצד הרשויות האחריות על אכיפת החוק הפלילי במדינת ישראל ובמדינות אחרות זכתה לאחרונה להארה ולדין מקיף בספרה של ר' גביון, שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק (תשנ"א). (להלן: גביון).

39 השווה בג"צ 487/81 מ.ש.ב. בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד לו(2) 278; וכן ע"פ 1925/86 מדינת ישראל נ' קולנוע דקל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 22.9.89).

40 טכניקה זו מכונה גם עקרון "העיפרון הכחול", ראה א' זמיר, בעמ' 325-327.

להלכה נשוא דיוגנו בדבר דרישת הסבירות הכוללת לגבי תקנות, וממילא השימוש שעשתה הפסיקה בטכניקה זו בהקשר של תקנות לא סבירות היה נדיר⁴¹.

הטכניקה האחרונה שנוכר בהקשר זה היא סטייה מכללים. פירוש הדבר, כי לגורם המיישם את הכללים יש סמכות שאינה תלוייה בקיום הרשאה מפורשת בנוסח הכללים, או בפרשנות זו או אחרת שלהם, להימנע מליישם את הכלל במקרים מסוימים ולאמץ פתרון שונה בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי. טכניקה זו אינה מוכרת כמשפטנו לגבי תקנות⁴², אך היא מקובלת לגבי הסוג הנפוץ השני של כללים שיוצר המנהל: הנחיות מנהליות⁴³.

בין הטכניקות השונות של חריגה מכללים יש הבדלים מסוימים. כך, למשל, האפשרות לחרוג מהכלל על פי "סעיף חריג" מותנית ומוגבלת בהתאם לנוסח הסעיף ולדרישותיו של יוצר הכללים. לא כך הוא המצב כאשר המדובר בכללים שניתן לסטות מהם. כללים כאלו נחשבים – מעצם מהותם – לכללים גמישים, ולכן נוסח הכללים עצמו אינו יכול למנוע את הסטייה מהם⁴⁴.

עם זאת, מנקודת ראות פונקציונלית ומעשית ההבדלים בין הטכניקות הללו אינם גדולים. כל הטכניקות הללו מיועדות להכניס אלמנט של גמישות בעת יישום מערכת כללים מדויקים על מקרים פרטיים⁴⁵. אכן, מבחינה פורמלית יש הבדל בין "פרשנות" של תקנה לבין "סטייה" ממנה, או "פסילה חלקית" שלה, אך מבחינתו של האזרח שעניינו נדון התוצאה היא אותה תוצאה. כך, למשל, בעניין פסקהדין ראב, אחת היא אם נראה את החלטת בית-המשפט בתור התערבות לפסילה חלקית של אותו אלמנט בתקנות, שהיה בלתי סביר, או שנראה את התערבותו כמכוססת

41 ראה ע"פ ראב, שנדון לעיל, ליד הערה 36. לעומת זאת, אין כל מניעה לעשות שימוש במבחן

כשהוא מתייחס לתקנות שהן חלקית אולטרא וירס. ראה לעיל הערה 25.

42 אך השווה בג"צ שהם, לעיל הערה 9.

43 ראה האסמכתאות לעיל הערה 1.

44 ראה קדיש, לעיל הערה 22, בעמ' 184-185, עם זאת, לנוסח הכללים עשויה להיות השפעה על מרחב שיקול הדעת של הרשות לסטות, גם כשמדובר בכללים שהם מעצם מהותם כללים גמישים (כגון הנחיות מנהליות). לדוגמה: אם הנחיות מנהליות כוללות סעיף המתייחס לאפשרות של סטייה והמתנה אותה בקיומם של תנאים מהותיים ודיוניים מסוימים, הרי מרחב התמרון של הרשות לסטות מההנחיות שלא על פי אותם תנאים הוא מוגבל ביותר. ראה בג"צ 340/84 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' רשות שדות התעופה ואח', פ"ד לח(3) 354, 359-358; ה"פ (ת"א) 420/87 מיקרו דף בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"מ חשמ"ח (2) 485, 492-496, ה-496.

45 לגבי טכניקות שונות של חריגה מכללים והשוואות ביניהן ראה שאק, לעיל הערה 33, בעמ' 167-168; וכן C.S. Diver "The Optimal Precision of Administrative Rules" 93 Yale L.J. (1984) 65 (להלן: דיבר).

על "פרשנות" שלפיה התקנות אינן חלות על מי שכבר היה לו עסק של משחקים קודם לפרסום התקנות.⁴⁶

זאת ועוד: לכל הטכניקות של חריגה מכללים יש תוצאת לוואי חשובה נוספת: כל חריגה של הרשות (או של בית-המשפט) מכלל משפיעה בהכרח לא רק על המקרה הקונקרטי הנדון, אלא גם על כל מקרה דומה שיובא בפני הגוף המחליט בעתיד. לפי זה החריגה יוצרת בהכרח שינוי מסוים בכללים הקיימים, משום שנוצרת בעקבותיה תת-קטגוריה חדשה של מקרים, שהטיפול בהם שונה מהטיפול במקרים האחרים הכלולים במסגרת הכלל.

לדוגמא: כשבית-המשפט החליט בעניין ראב כי החלת הצו על פעולותיו של המערער, שניהל עסק של משחקים עוד לפני התקנת הצו, היא בלתי סבירה — ממילא, חלה מסקנה כזו בהכרח על כל בעלי העסקים שמצבם היה זהה לזה של המערער.⁴⁷ זו בוודאי היתה גם התוצאה לו הבנו את ההחלטה באותו עניין בתור "פרשנות" של היקף התחולה של הצו הרלבנטי.

מסקנה זו לא תשתנה אם נשנה במעט את עובדות המקרה ונניח כי הרשות המנהלית באותו עניין החליטה, ביוזמתה, שלא לאכוף את הצו ולא להגיש תובענה פלילית כנגד המערער; שהרי מכוח עקרונות השוויון והאחידות ביישום החוק הרשות היתה מצווה לנהוג כך גם לגבי כל בעל עסק אחר שמצבו דומה. או בהנחה שהצו עצמו כלל "סעיף חריג" שהיה מאפשר לרשות שלא להגיש תובענות נגד בעלי העסקים, ובעל הסמכות היה מכיר בחריג כזה בעניינו של המערער — גם אז כל בעל עסק אחר שעניינו דומה לזה של המערער היה זכאי, עקרונית, ליהנות גם הוא מיחס דומה.⁴⁸

46 א' זמיר, בעמ' 326. במובן אחד ניתן לעשות הבחנה בין הטכניקות הללו: בחלק מהן החריגה מהכלל נעשית באופן גלוי ומפורש (כגון במקרה של שימוש בסעיף חריג), ואילו באחרות החריגה נעשית במידה רבה "מתחת לשולחן" (כגון במקרים שבהם הרשות נמנעת מלאכוף את התקנות במקרים מסוימים). להבחנה זו עוד נחזור בהמשך הדיון.

47 ואכן, כך פסק בית-המשפט במפורש, ראה עמ' 418 לפסק-הדין.

48 ניתן לטעון כי מבחינה פורמלית השינוי שיצר החריג בשני המקרים האחרונים (קרי: במקרה של החלטה להפעיל סעיף חריג או שלא לאכוף את הנורמה) מתרחש לא במישור של התקנות עצמן (פירושן או מעמדן החוקי), אלא במישור של המדיניות המנהלית לגבי הפעלתן ואכיפתן של התקנות. במובן זה שני מקרים אלו שונים משני המקרים הראשונים (החלטה של בית-המשפט לגבי אי סבירות יישומו של הצו על מקרה מסוים, או פרשנות הצו באופן שימנע את תחולתו על אותו מקרה). אך מבחינה מעשית התוצאה היא זהה, וגם במישור המושגי ניתן לומר כי המערך הנורמטיבי הכולל המתייחס לאותה תת-קטגוריה של מקרים השתנה (באותו אופן) בכל ארבעת הסיטואציות. והשווה ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441, 454 (דעת המיעוט של השופט חשין).

אכן, לעתים ייקשה על האזרח לממש במישור המעשי את ההשלכות של יצירת החריג בעניינו של אחר שנחננו דומים לשל⁴⁹, אך אין בכך כדי לפגוע במסקנה במישור המושגי, שלפיה כל חריג לכלל נושא עמו (לפחות פוטנציאלית) כלל חדש – המתייחס לתת-קטגוריה מסוימת של מקרים פרטיים, שנדונו קודם להכרה בחריג תחת הכלל המקורי – אך לאחר יצירתו חל עליהם כלל חדש ושונה, הנובע מהחריג עצמו⁵⁰.

3. היתרונות והחסרונות של חריגים לכללים

להיזקקות לחריגים לכללים יש כמובן יתרונות, ולצדם – חסרונות. טכניקות החריג מעניקות למערך הכללים המנהליים גמישות המסייעת להשיג באופן טוב יותר את מטרות הכללים, גם באותם מקרי שוליים, שבהם יישום הכלל כמות שהוא יחטיא את המטרה⁵¹. הן מונעות עיוותים ותוצאות קשות הנובעות

49 לא תמיד יכול כל מי שמצבו דומה ליהנות הלכה למעשה מיישום שוויוני של הנורמה הכללית הנובעת מחריג שהוכר במקרה קודם. זאת הן מהטעם הפרואי, שלא תמיד הוא יכול לדעת על ההחלטה החריגה, הן משום שלעתים יהיה קשה לאכוף את העיקרון הזה כבג"צ, משום שההכרה בזכות העמידה של העותר בעניינים כאלו אינה מובטחת. ראה בג"צ 100/64 מטעי עמק הארזים נ' הועדה המחוזית לבנין ולתכנון עיר, ירושלים, פ"ד יח(2) 278; בג"צ 99/67 "דן" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד כא(1) 473, 475; בג"צ 546/80 קרדי נ' ראש עיריית פתח תקוה ואח', פ"ד לה(3) 664, 671. אך השווה בג"צ 298/78 אולפני הרצליה בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד לג(2) 739, 744; בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו(1) 191, 203-205; בג"צ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהל מרכז השקעות ואח', פ"ד מו(2) 852, 856 ואילך. זאת ועוד. גם במישור הרין המהותי לא תמיד יוכל האזרח להעלות טענת אפליה בכל הנוגע להפעלת סמכויות אכיפת הרין של הרשות המנהלית. וראה כללית בעניין זה, י' דותן, "הפליה לטובת אחר" משפט וממשל א (תשנ"ג) 489.

50 ניתן לטעון שיש הכולל בין מצב שבו בית-המשפט פוסל חלק מדבר חקיקה (למשל: סעיף-משנה מסוים בחקנה) לבין מצב שבו, בעת ההחלטה על פסילה חלקית כזו, נדרש "ניסוח מחדש" של אותו דבר חקיקת-משנה, שאז התערבות בית-המשפט עשויה להיחשב התערבות גסה יותר בסמכותו של מחוקק-המשנה מאשר במקרה של פסילה של החקנה (השווה א' זמיר, בעמ' 326 וכן ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבנין בע"מ ואח', פ"ד מג(1) 183, 204). לדעתי, מידת ההתערבות של בית-המשפט, כשהוא עושה שימוש בכל אחת מהטכניקות שהוצגו כאן, היא דומה. ההחלטה על הכרה בחריג יוצרת, כאמור, תת-קטגוריה של מקרים שלגביהם יתייחס החריג. זוהי תוצאה הכרחית, הנובעת מהכרה בחריג, והיא גורמת במישור המושגי לשינוי מסוים בחקנות הקיימות, משום שהתוצאה המשפטית (לגבי מקרים הדומים למקרה החריג) משתנה. שינוי כזה במצב המשפטי אינו חלף כלל בנוסח המקורי של החקנות או בשאלה הטכנית, האם בעקבות ההכרה בחריג יש צורך לעשות שינוי בניסוח המילולי שלהן. וראה גם הדיון להלן, ליד הערה 81.

51 A. Downs *Inside Bureaucracy* (Boston, 1967) 64; A. Dunshire *Control in a Bureaucracy* (Oxford, 1978, Vol 2) 111-112.

מהקשיחות של מערך הכללים, והן יכולות אף להעלות ולשפר את רמת השוויון המהותי בטיפול במקרים השונים. זאת משום שמערכת כללים קשיחה מדי עשויה לתת "טיפול שווה למקרים שונים", ובכך לגרום לאי צדק⁵².

שימוש בטכניקות של חריגה מכללים עשוי גם לסייע לרשות ליישם ולאכוף את כלליה ביתר אפקטיביות, ובהשקעה נמוכה יותר; זאת משום שהגמשת הכללים עשויה למנוע התנגדות של הסקטור שעליו חלים הכללים ל"גזירות שלא ניתן לעמוד בהם". אכיפה של מערכים רגולטיביים תלויה במידה רבה בשיתוף פעולה של הציבור הנוגע לעניין. מערכת כללים קשיחה ושרירותית עשויה לעורר התנגדות עזה בקרב הסקטור המוסדר ולהקשות על אכיפת הכללים והשגת מטרותיהם. במצב כזה נוצרים לחצים על הרשות המנהלית, והיא נאלצת לא פעם לסגת בה ולשנות את הכללים חדשות לבקרים או להעלים עין מהפרות מסוימות, בעקבות הלחץ הציבורי. אם מערך הכללים כולל מראש אפשרות להכיר בחריגים, ניתן למנוע את התופעות השליליות הללו⁵³.

לעומת זאת, ההיזקקות לחריגים לכללים נושאת עמה גם סיכונים. ראשית, הדבר מאיים לפגוע בערכי הצפיות והביטחון המשפטי בתחום הרלבנטי. אם הרשות המנהלית חורגת חדשים לבקרים מכלליה, יש בכך כדי לפגוע בערכים אלו שמערך מדיק ומפורט של כללים מיועד להגן עליהם.

שנית, שימוש נרחב מדי באפשרות לחרוג מהפתרונות המעוגנים בכללים עשוי לפגוע באחידות הפעולה של הרשות המנהלית ולגרום לסחף במדיניותה, עד לריקונה מכל חוכן של ממש⁵⁴. ולבסוף, חריגה מכללים נושאת עמה את הסכנות האופייניות לשימוש בשיקול דעת בלתי מוגבל: משוא פנים, פרוטקציוניזם, העדפות של סקטורים המקורבים לרשות המנהלית ופגיעה ביכולת לקיים ביקורת

52 דיבר, לעיל הערה 45, 71-72; J.M. Sellers "Regulatory Values and the Exceptions Process" 93 *Yale L.J.* (1984) 938, 944-946 (להלן: סלרס); Note "Violations by Agencies of their Own Regulations" 87 *Harvard L. Rev.* (1974) 629, 640. להבחנה בין המובן המהותי של עקרון השוויון לבין המובן הפורמלי שלו במשפטנו ראה בג"צ 81/260, 246 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 1; בג"צ 141/82 רובעשטיין ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד לז (3) 141; בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח', פ"ד לז (3) 17.

53 סלרס, לעיל הערה 52, בעמ' 950; וכן A.C. Aman "Administrative Equity: An Analysis of Exception to Administrative Rules" *Duke L.J.* (1982) 277, 303-304 (להלן: אמן).

54 ראה אמן, לעיל הערה 53, בעמ' 323 ואילך; שאק, לעיל הערה 33, בעמ' 283-284; וכן R.A. Kagan *Regulatory Justice* (New York, 1978) 13, 62-63, 77. לעתים התוצאה של "סחף" במדיניות, עקב השימוש בסעיפי-חריג, איננה מקרית אלא תוצאה של מחשבה תחילה מצד הרשות המנהלית. היינו: יתכנו מקרים שבהם הרשות תהיה מעוניינת ליישם באופן סלקטיבי מדיניות כללית כלשהי, מבלי לחשוף את הדבר בפומבי. אחת הדרכים לעשות זאת היא על ידי יצירת "ועדת חריגים", שתוכל להעניק פטור מתחולת הכללים לכל המקרים שנופלים בגדר קטיגוריה מסוימת. בדרך זו סעיף החריג משמש מכשיר להגשמת מדיניות נסתרת של הרשות.

חיצונית על הליך המנהלי של קבלת ההחלטות⁵⁵.

4. התועלת בהכרה באפשרות של חריגים מתקנות – מסקנות

ביניים

מניתוח שיקולי המדיניות שהובא לעיל עולה, כי במקרים רבים הגמשה של מערך כללים מנהליים בדרך של שימוש בטכניקות של חריגה מכללים עשויה לשאת עמה תוצאות חיוביות חשובות לצד סיכונים מסוימים, אלא שאת הסיכונים הללו ניתן למנוע, ברוב המקרים על ידי בחירה בהליך החריג המתאים ונקיטת שורה של אמצעים דינמיים ומהותיים.

כך, לדוגמא, את הסכנות שהליכי החריג יאפשרו תופעות של שיקולים זרים, העדפת מקורבים וכד' ניתן למנוע על ידי כך שהליך ההכרה בחריגים יהיה פומבי, פורמלי ומסודר, הנתון לביקורת של גוף אוניברסלי (כגון בית-המשפט), או שהסמכות להכיר בחריגים מלכתחילה תהיה מופקדת בידי גוף כזה⁵⁶; ואת הסכנה לערכי הצפיות והביטחון המשפטי שתגרור ההכרה בחריגים, ניתן לצמצם כמידה רבה אם הדרישה המהותית לגבי הכרה בחריגים תהיה כי הדבר ייעשה אך ורק במקרים מעטים יחסית ויוצאי דופן שלא נצפו על ידי מי שקבע את הכללים מלכתחילה. ואילו בעניינים שבהם הסכנה העיקרית היא שהכרה בחריגים תביא לסחף במדיניותה המקורית של הרשות, הרי ניתן להפקיד את הסמכות להכיר בחריגים בידיהם של האחראים על עיצוב המדיניות, והם אלו שיוכלו להציב את ההגדרות ככגון דא.

55 שאק, לעיל הערה 33, בעמ' 284. ניתן לטעון, כי אין להגזים כהערכת הסכנות הללו ככל שמדובר בהכרה באפשרות של חריגה מתקנות במשפטנו, משום שחלק ניכר מהסמכויות החשובות הנתונות בידי המנהל הציבורי שלנו כיום מופעלות ממילא שלא במסגרת של תקנות, אלא במסגרת של הנחיות מנהליות שהן מלכתחילה כללים גמישים. כך, לדוגמא, הסמכויות להקצאת כספי ציבור למוסדות העוסקים בחינוך ובתרבות (ראה חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, סעיף 3א); הסמכויות המוקנות למנהל מקרקעי ישראל בכל הנוגע להקצאת מקרקעין לצורכי שונים (ראה חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, סעיף 3); מרבית הסמכויות המוקנות למשרדי הממשלה בתחומי הסעד, הרווחה והטיפול באוכלוסיות הנזקקות לסיוע; וכן הסמכויות הנוגעות לטיפול בקליטת עולים – כל אלה הן רק מקצת הדוגמאות לסמכויות חשובות ביותר, המצויות בידי רשויות המינהל, שהפעלתן אינן נעשית להלכה או למעשה באמצעות תקנות. במקצת הנושאים הללו (ובנושאים חשובים אחרים) קיימות תקנות, אך הן מסדירות רק אספקטים טכניים ופרוצדורליים, בעוד שהנושאים החשובים ביותר (כגון סוג והוכאות לתמיכה והקיפן או הקצאה בתחום הרלבנטי) אינו מוסדר בתקנות, אלא בהנחיות מנהליות (ראה, למשל, ד' שניט, "זכויות המפגרים בישראל" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 303, 323 ואילך).

56 ראה סלרס, לעיל הערה 52, בעמ' 945 ואילך; וכן J.F. Handler "Discretion in Social Welfare: The Uneasy Position of the Rule of Law" 92 *Yale L.J.* (1983) 1270, 1279 et seq.

ניתן כמובן להעלות מול הגישה המובאת כאן את הטענה, כי למרות כל האמצעים שיינקטו בעניין זה, עדיין התפישה שלפיה למינהל הציבורי מותר שלא לקיים (ולו במקרים מעטים) את תקנותיו כנוסחן וכלשונן, היא תפישה לא רצויה ומסוכנת. במישור המעשי – נטען – כי למרות כל "אמצעי הזהירות" שפורטו לעיל, לא יהיה ניתן למנוע לחלוטין את ההשלכות הלא רצויות של החריגה. במישור המושגי – כך יטען הטוען – תפישה זו מטשטשת את הגבול בין "מותר" ל"אסור" ובין הציות לדין (קרי: לתקנות המנהל) לבין הפרתו. לכך, אין זה רצוי, מנקודת הראות של שלטון החוק, להכיר מבחינה עקרונית באפשרות של רשויות המינהל שלא לקיים את תקנותיהן.

לדעתי, אין לקבל טענות אלו. אין בסיס לחשש כי הליך מסודר ופומבי של אפשרות חריגה מתקנות יגביר תופעות של משוא פנים, אפילו והעדפות מקורבים. למעשה, ההיפך הוא הנכון; במקרים רבים דווקא מערך של תקנות מפורטות ונוקשות, שאינן מאפשרות לכאורה, כל חריגה, עלול ליצור תופעות כאלו בהיקף נרחב. הסיבה לכך היא, שמערך נוקשה מדי של כללים יוצר לחצים חזקים על הרשות המנהלית להכיר בחריגים, ואלו אכן נוצרים לא באופן פורמלי, פומבי ומסודר, אלא "מתחת לשולחן", שלא על ידי גורם שהוסמך לכך, והרחק מפיקוחו של בית-המשפט או כל גוף אחר אמור לפקח על פעולותיהן של רשויות המנהל⁵⁷. טלו, לדוגמא, את התקנות השונות המוצעות בנוגע לעסקים של "בתי אוכל" ואולמי שמחות, מכוח חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968. התקנות כוללות עשרות ומאות דרישות פרטניות לגבי תנאים שונים להפעלת העסק, לרבות, למשל, את שיעור התיקרה במחסנים ובחדרי השירות, את היקף השטחים החופשיים שיישאר במטבח לאחר התקנת הציוד והריהוט, את המרחק המינימלי בין הדלפק לבין הכניסה, את גודל הכיור לשטיפת "כלים גדולים" בעסק מסוג "אולם שמחות"⁵⁸ ועוד כיצא באלה הוראות לרוב לגבי פרטי הפרטים הרלבנטיים – לדעת מתקין התקנות – לנושא התברואה והניקיון בעסקים מסוג זה.

למרות היעדר נתונים אמפיריים בנושא, קשה להניח כי הסקטור שהתקנות פונות אליו אכן מצליח לקיים תמיד את מאות הדרישות הפרטניות שלהן בכל מקרה ומקרה. סביר להניח, כי חלק מן הדרישות הללו אינו מקיים במקרים כאלו או אחרים, אם משום שדרישות התקנות אינן ריאליות או אינן מעודכנות ואם משום שהתנאים השוררים בבית עסק קונקרטי אינם מאפשרים לו קיום דרישה זו

57 ראה דייוויס, לעיל הערה 23, בעמ' 162 ואילך; קנדי, לעיל הערה 31, בעמ' 1700-1701 וכן R. Baldwin and J. Hawkins "Discretionary Justice: Davis Reconsidered" *Public Law* 570, 592-593 (1984).

58 תקנות רישוי עסקים (תנאי תברואה נאותים לבתי אוכל), התשמ"ג-1983, סעיפים 5(א), 13(א)3(ב) וסעיף 31(4) לתוספת.

או אחרת. הלכה למעשה, מערך רגולטיבי מסוג זה מציב מדי יום ביומו את הרשות המנהלית (או המפקחים מטעמה) בפני השאלה, האם ומתי לאכוף את התקנות, היינו: באילו מקרים לעמוד על אכיפה דווקנית של התקנה ובאילו מקרים להפגין גמישות ולהכיר בחריגים.⁵⁹

ואולם, הואיל והתקנות עצמן אינן יוצרות כל הליך מסודר של חריגה והואיל ובשיטת המשפט שלנו לא מוכרת עד היום האפשרות המשפטית להכיר בחריגים, בהיעדר עיגון מפורש בתקנות (או בחוק) – הרי החריגים בעניין זה נוצרים באופן לא פורמלי (אם לא לומר "פרטיזני" ממש): מי שמקבל את ההחלטה הוא בדרך כלל המפקח מטעם הרשות כ"שטח", המכיר בחריג על ידי כך שהוא מעלים עין מהפרה כזו או אחרת של התקנות; היינו: ההחלטות על חריגות מתקבלות בדרגים הנמוכים ביותר של הארגון המנהלי, באופן לא פורמלי וללא כל הליך מסודר של קבלת החלטות.⁶⁰

מצב עניינים כזה צופן בחובו את כל "הרעות התולות" שדיני המינהל הציבורי אמורים למנוע אותן: ההחלטות לגבי החריגים מתקבלות באופן ספורדי וללא כל זיקה לעקרון השוויון: ההליך אינו חשוף לביקורת מצד הציבור או בתי-המשפט (ואף אין כל ביטחון כי קיים לגביו פיקוח מצד דרג בכיר יותר בתוך הרשות המנהלית עצמה), וממילא החשש מפני תופעות של פרוטקציוניזם, משוא פנים וכיוצא באלה הוא ממשי הרבה יותר מאשר כמצב שבו יתקיים הליך מסודר אשר יאפשר, במקרים המתאימים, חריגה מהתקנות.⁶¹ אין מקום להכביר מלים גם לגבי הנזק שמציאות כזו גורמת ליחס של הציבור לחובת הציות לחוק, בכלל, ולאימון שהוא רוחש לרשויות המנהל, בפרט.

יוצא, שהשאלה העומדת בפנינו במקרים רבים איננה האם לאפשר לרשויות

59 אחד התחומים שבו נעשו מחקרים רבים המאשרים את הטענה לגבי קיום שיקול דעת נרחב לדרגי השדה של המנהל הציבורי בכל הנוגע לאכיפת הדין, הוא התחום של שיקול דעת משטרחי ושיקול הרעת של רשויות התביעה בנוגע לאכיפת החוק הפלילי. ראה, למשל, דייווידס, לעיל הערה 23, בעמ' 84 ואילך; גביון, פרק 41; וכן S. Krantz and B. Gilman, *Police Policymaking* (Lexington, 1979) 12-14 ופרק שני שם.

60 ראו בג"צ 844/86 דותן נ' הייעץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מה(1) 219, 226. דרך מקובלת להתמודד עם הבעיות ששיקול דעת מנהלי יוצר בתחום אכיפת הדין היא על ידי קביעת הנחיות כלליות שיסדיר את דרכי הפעלת שיקול הרעת (ראה האסמכתאות לעיל, הערה 1, וכן גביון, בעמ' 153-157 והאסמכתאות שם; וכן בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד פ"ד מו(3) 501, 512-515). אלא, שדווקא השימוש בהנחיות מנהליות בהקשר זה מחזק את הטענה המובא בטקסט; שהרי, כידוע, הנחיות הן נורמות גמישות שניתן לסטות מהן, ועצם השימוש בהן, כתחליף או כתוספת למערך החקיקה הפורמלי בנושא מסוים, מרגיש את ההכרח בהגמשה של אותן חקנות.

61 סיטואציות שבהן יש לפקיד המנהל שיקול דעת בנוגע לאכיפת הדין עלולות להניב גם השחתת מידות כפשוטה. ותוכית, למשל, פרשת השוחד שבה היו מעורבים אחדים מעובדי מחלקת-הפיקוח של עיריית תל-אביב ושנגעה להפעלה (או הימנעות מהפעלה) של סמכויות האכיפה של חוקר-עור עירוניים לגבי עסקים בתחנה האוטובוסים המרכזית של תל-אביב.

הכינהל לחרוג מתקנותיהן, אלא מהי הדרך העדיפה בעניין זה: הליך מסודר ומוכר של קבלת החלטה על ידי גורם מתאים, ותוך כדי פיקוח ובקרה, או מצב שבו אין לכאורה שום אפשרות לחרוג מהתקנות; אך למעשה חריגות כאלו נעשות "מתחת לשולחן", באופן שההחלטה מתקבלת על ידי פקידים בדרג מנהלי נמוך, ללא כל פיקוח ושלא בהתאם להליך מסודר.

מכל האמור לעיל לא נובע בהכרח כי אפשר חריגה מתקנות הוא תמיד שיטת פעולה רצויה ומרעילה. ניתן להניח, כי בתחומי פעולה מסוימים יהיה עדיין יתרון למערך נוקשה של כללים מפורטים שאין מתירים לחרוג מהם. ואולם מה שבוודאי לא נובע מהניתוח הוא שיש צידוק לאמץ תפישה כוללת, שלפיה רק משום שרשות מנהלית מסוימת התקינה תקנות, פירוש הדבר כי יש להתייחס לתקנות אלו כאל כללי ברזל שאין מהם חריגה⁶².

לדעת, ההיפך הוא הנכון: נקודת המוצא לבחינת כל מערך של כללים מנהליים צריכה להיות כי בכל מערך כזה ימצא "שסתום" כלשהו אשר יניח הגמשה של הכללים באמצעות אפשרות חריגים במקרים יוצאי דופן שבהם יישום הכלל גורר תוצאה קונקרטית קשה, וזאת נוסף על נקיטת האמצעים המתאימים (שעוד יפורטו להלן) להבטיח ש"השסתום" הזה לא ינוצל לרעה.

אכן, יהיו מקרים שבהם יש צידוק לקיום מערך תקנות שאינו מאפשר כל חריגה. אך כדי להצדיק גישה כזו, יש להראות כי היא מתחייבת משיקולי מדיניות בעלי משקל הקיימים בתחום העניינים הרלבנטי. זאת ועוד: קיומו של מערך כללים נוקשה כזה המשפיע על עניינו של האזרח מטיל אחריות כבדה על הרשות שניסחה את הכללים. ככל שהכללים יהיו נוקשים בשלבי היישום, כן גדלה האחריות של הרשות לעשות מאמץ עליון – בעת שהיא מנסחת את הכללים – להבטיח כי הם לא יגרמו עוול לציבור הנוגע בדבר, היינו: כאשר יוצר התקנות בא לקבוע מערך שלא יהיו לו חריגות, עליו להיות מודע לאחריות שהוא לוקח בכך על עצמו⁶³.

אלא, דומה, שהמציאות היא הפוכה: הלכה למעשה התופעה של תקנות

62 טענה שניתן להעלות בהקשר זה היא, שלרשות המנהלית יש, לעתים, בחירה בין שני סוגים של כללים: תקנות והנחיות, ואלו האחרונות הן נורמות גמישות (ראה בג"צ 311/59 אפרת-מסרופי, שותפות רשימה נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד יד 1457, 1460-1459). לפי זה, אם הרשות בחרה לעגן את כלליה באמצעות תקנות ולא לעשות שימוש בהנחיות, אזי היא התכוונה להקנות לכלליה קשיחות ויש להכיר בלגיטימיות של בחירתה זו. אלא שטיעון זה אינו משכנע מכמה סיבות: ראשית, רמת המודעות של אנשי מנהל ומשפטנים לגבי האופי ה"נורמטיבי" של הנחיות מנהליות היא כה נמוכה, עד שספק אם מבחינה זו ניתן לייחס משמעות להחלטה להסדיר עניין כלשהו באמצעות אחד משני סוגי הכללים, וספק אם המניע לבחירה בסוג זה או אחר של כללים קשור להיבט זה שלהם. שנית, אפילו היתה לרשות כוונה לייחס לכלליה קשיחות מוחלטת בשעה שעיגנה אותם בתקנות, עדיין אין מקום לראות בכך שיקול מכריע בשל השיקולים המובאים בטכסט לטובת הגמשה של מוסד התקנות המנהליות. וראה להלן, ליד הערה 76.

63 השווה סלרס, לעיל הערה 52, בעמ' 941-942.

המנוסחות ברשלנות ומתעלמות מההשלכות שהן עלולות ליצור מבחינת האזרח, מלווה לא פעם גם בהקניית קשיחות נורמטיבית מוחלטת לאותו מערך של תקנות. טלו, לדוגמא, את כללי לשכת עורכי-הדין (רישום מתמחים ופיקוח על התמחות), תשכ"ב-1962, שנדונו בבג"צ 702/81 מינצר נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בישראל ואח'י⁶⁴. כלל 3 לכללים אלו (על פי נוסחו בעת שנדונה העתירה) קבע, כי תחילת תקופת ההתמחות תיחשב לפי היום הנזכר בהודעת המאמן כיום תחילת ההתמחות בפועל או התאריך שבו נתקבלה בקשה בלשכה – והכול לפי התאריך המאוחר. כלל 3(ב) "הגמיש" את הדרישה האמורה בכך שאפשר ללשכה לאשר כיום תחילת ההתמחות "מטעמים מיוחדים שירשמו" את התאריך הנזכר בהודעת המאמן, אף אם הוא מוקדם לתאריך שבו נתקבלה הבקשה בלשכה, ובלבד שהבקשה נתקבלה תוך 15 יום ממועד תחילת ההתמחות בפועל. אלא שבמקרה שנדון בפסק-הדין מינצר ההודעה בעניינו של העותר לא התקבלה לא לפני תחילת ההתמחות בפועל וגם לא שבועיים לאחר מכן. עקב שכחה או טעות לא דווח על שינוי מקום התמחותו (כנדרש על פי הכללים), כמעט עד לתאריך שבו הוא היה אמור לסיים את ההתמחות, כשנה לאחר אותו תאריך.

יוצא, שלפי כללי הלשכה עמד העותר להפסיד כשנה של התמחות, רק משום ששכח לדווח על תחילת ההתמחות (אצל המאמן החדש) למשרדי הלשכה. נקל לראות כי הכללים האמורים של הלשכה הם דוגמא מובהקת למערך נוקשה עד כדי קיצוניות ושרירות של תקנות. על פי הכללים, טעות משרדית או טעות של שכחה מובילה לתוצאה שלפיה המתמחה עלול לאבד שנה שלמה (או יותר) מתקופת ההתמחות הקובעת (שכתוצאה מכך משמעותה בפועל היא אוכדן של תקופת זמן דומה של עבודה בתור עורך-דין⁶⁵) – והכול בשל טעות טכנית שנעשתה בתוס'לב. הלשכה גם לא טרחה להתיר אפשרות כלשהי של חריגה מהתוצאות הללו של הכללים (למעט עניין 15 יום, שגם לגביהם נדרשים "טעמים מיוחדים" – כלשון הכללים).

ומהם הטעמים לנוקשות קיצונית זו של הכללים הללו? מהן אותן סכנות נוראיות שהיו מתרגשות על הקהילה המשפטית לו כללו כללי הלשכה סעיף שהיה מאפשר לה להכיר בחריג במקרים מעין אלו, כמו, למשל, חריג שהיה מאפשר להכיר בתקופת התמחות שהמתמחה שכח לדווח עליה, בתנאי שהוא היה יכול להוכיח מעל לכל ספק סביר כי ההתמחות "הבלתי מדווחת" אכן קיימה בפועל? האם היתה נפגעת כאן היציבות המשפטית? או היכולת של המתמחים, מאמניהם או מוסדות הלשכה לכלכל את צעדיהם על פי הכללים? וכאשר הלשכה היתה

64 פ"ד לו(2) 1.

65 היינו: התוצאה המעשית שיוצרים הכללים היא, שהסנקציה על טעות כזו זהה או קרובה (מבחינת משמעותה הכלכלית עבור המתמחה) לסנקציה של שלילת רשיון עריכת-הדין שלו למשך שנה תמימה. הלכה למעשה, מוסדות השיפוט של הלשכה אינם משיתים במקרים רבים סנקציה בחומרה כזו גם על עורכי-דין שסרחו והורשעו בפלילים בשל עבירות שונות הכרוכות בחפיקים.

מקימה ועדת חריגים מיוחדת לעניין זה, שדיוניה היו פתוחים, לציבור והחלטותיה מפורסמות ברבים, האם היתה נוצרת סכנה של פרוטקציוניזם או העדפת מקורבים (מעבר לסכנות שממילא קיימות במצבים מעין אלה דווקא כאשר הכללים יוצרים גזירות שלא ניתן לעמוד בהן)?

זאת ועוד: כמה שנים לפני שנדון עניין מינצר, הובאו אותם כללים עצמם לפני בית-המשפט בהקשר דומה⁶⁶. בית-המשפט התייחס לכללים וקבע כי ניתן לומר על כלל 3 האמור שהוא נוקשה במידה בלתי סבירה. הוא הוסיף וציין (באמרת אגב) כי לו התבקש לעשות זאת, היה שוקל להכריז על הכלל כמעשה חקיקת-משנה בלתי סביר⁶⁷. ואולם המשיבים, שלא טרחו מלכתחילה להשקיע מאמץ ומחשבה בניסוח הכללים, לא הזדרזו לתקן את המעוות גם לאחר הביקורת החריפה שהשמיע בית-המשפט. הגם שעניין מינצר הובא לפני בית-המשפט כשלוש שנים לאחר הדיון באותה עתירה, לא חל מאז שום שינוי בכללים הרלבנטיים.

המקרה של פסק-הדין מינצר הוא דוגמא לתופעה שאינה נדירה אצל רשויות שיש להן סמכויות של התקנה: הרשות מנסחת כללים פשטניים היוצרים תוצאות חמורות, שמתקין התקנות הסביר היה ללא ספק צריך לחזותם⁶⁸ — אם לא מראש, אזי לפחות לאחר שהעניין הגיע בפעם הראשונה לדין כבית-המשפט. אלא שמי שנושא בתוצאות של מחדלה של הרשות אינו היא עצמה אלא האזרח שאתרע מזלו והמקרה שלו שיין לסוג מקרים שהכללים המנהליים לא הביאו בחשבון, והוא הראשון שהובא בפני בית-המשפט.

מבחינת הרשות עצמה, הבחירה בניסוח של כללים פשטניים, קשיחים וגורפים עשויה להיות בחירה נוחה: היא מצריכה מאמץ אינטלקטואלי מינימלי בניסוח הכללים וגם עשויה להקל עליה (במקרים מסוימים) ליישם את הכללים או לפקח על יישומם. מה להם לפרנסי לשכת עורכי-הדין לבזבז את זמנם ולהוגיע את מוחותיהם בניסוח כללים מפורטים שיביאו בחשבון את כל המצבים ההיפותטיים שהכללים עלולים לחול עליהם או להעסיק את עצמם בדיונים בבקשות חריג ספציפיות — אם מי שישלם בסופו של דבר את המחיר הוא אותו מתמתה כיש-גדא שטפסו לא הגיעו משום מה למשרדי הלשכה?

מעבר לחוסר הצדק שתפישה רגולטיבית כזו יוצרת יש לה היבט שלילי נוסף: פסק-הדין בעניין מינצר הוא דוגמא להחצנת עלויות מצד הגוף המנהלי על

66 בג"צ 824/78 אלרואי נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד לג(1) 54.

67 שם, בעמ' 56. וראה בג"צ מינצר, לעיל הערה 11, שם דחה בית-המשפט את הטענה שהכללים אינם סבירים על בסיס נוסחת "אי הסבירות הכוללת" נשוא דיונו (בעמ' 7-9).

68 דוק! בניגוד לרברי השופטת נתניהו בפסק-הדין (שם, בעמ' 8 למעלה) המקרה של מינצר אינו "מקרה-גבול": זהו מקרה שבו הכללים אכן יוצרים תוצאה קשה, אך אין בו שום דבר "גבולי", משום שגם שינוי קל בתוכן הכללים (למשל, לעניין משך החקופה המותרת שבין תחילת ההתמחות לבין ההודעה על כך ללשכה) לא היה מושיע את העותר. והשווה למקרה שרעבי, לעיל הערה 10 והטקסט לידה.

הסקטור המוסדר על ידי התקנות ועל בית-המשפט. הרשות המנהלית השיגה חיסכון במשאבים ובמאמצים בשלב שבו נוסחו הכללים, אך התוצאות הן כללים פשטניים הגוררים תוצאות בעייתיות. כללים כאלו מגבירים את מספר הסכסוכים המשפטיים שיובאו לערכאות ומחייבים את הסקטור המוסדר להשקיע משאבים בהתדיינות, ואת בית-המשפט – להשקיע זמן ומאמץ כדי למנוע או לרכך תוצאות מעין אלו (כל זאת בהנחה כמובן שבית-המשפט, כשהוא נתקל במצבים כאלו, אינו מוכן לנקוט גישה פשטנית ודווקנית תוך התעלמות מוחלטת ממצוקתו של הפרט שעניינו עומד לדיון).⁶⁹

זאת ועוד: לא פעם, בעקבות הדיון המשפטי במקרה המיוחד, הרשות המנהלית מתקנת את כלליה כך שהם כוללים מעתה ואילך פתרון סביר גם למקרים מהסוג שנדון בבית-המשפט.⁷⁰ אך אם בית-המשפט עצמו לא חש להושיע את האזרח שפנה לבית-המשפט (באמצעות הכרה "דה-פקטו" בחרג לתקנות) נוצר מצב הבא (כפי שאכן היה בעניין מינצר): האזרח שעניינו נדון הוא שפנה לבית-המשפט ונשא בעלויות של ההתדיינות המשפטית, שבעקבותיה האיר בית-המשפט את עיני הרשות המנהלית (ובלשון יותר עממית: "עשה עבורה את העבודה", שלא נעשתה מראש בעת ניסוח הכללים), כך שאתרים שמצבם דומה ייהנו מעתה ואילך מכללים מתוקנים שיעניקו פתרון לבעייתם. אך העותר עצמו לא זוכה ליהנות מכך, כלומר: הגם שאותו אזרח הוא שנשא בעלויות הישירות של שיפור הכללים, הוא עצמו לא יזכה לכך שהכללים המשופרים יחולו על עניינו. האם הכרח להגיע לתוצאות כאלו? דומה כי ממה שנאמר עד כה ברור, כי היא אינה מתחייבת לא משיקולי מדיניות הנוגעים לנושא של הפעלת כללים מנהליים ולא משיקולים חוקתיים הנוגעים למעמדה של חקיקת-משנה. נותר לי עוד להצביע על המסגרת שבה יש לעגן את הפתרון החלופי להלכה הקיימת.

ד. הפתרון המוצע

הפתרון הראוי לבעיה של תקנות היוצרות תוצאות לא סבירות ולא צודקות במקרים קונקרטיים הוא לאפשר חריגה מהתקנות במקרים כאלו. הפתרון המוצע צריך להתמודד עם שורה של שאלות בארבעה מישורים עיקריים: הראשון, מהי הטכניקה העדיפה של חריגה מכללים? השני, מהן הדרישות המהותיות שהחלטה לחרוג מתקנות צריכה לעמוד בהן? השלישי, מיהו הגוף שיוסמך להכיר בחריגים? ולבסוף, מהו ההליך הדיוני הראוי לעגן בו את החריגה מתקנות? נדון בנושאים אלה בסדרם.

69 ראה דיבר, לעיל הערה 45, בעמ' 102-104; וכן I. Erlich and R. Posner "Economic Analysis of Legal Rulemaking" 3 J. of Legal Studies (1974) 257, 277 et seq.

70 ואכן, מה שלא עשתה הלשכה בעקבות פסק-הדין אלרואי, נעשה לבסוף בעקבות פסק-הדין מינצר. ראה התיקון לכלל 3 לכללי הלשכה האמורים משנת תשמ"א. וראה, למשל, גם את פסק-הדין שמיזר, לעיל הערה 8, בעמ' 28א.

1. הטכניקה העדיפה להריגה מתקנות

מוכן שהמצב הטוב ביותר הוא, אם הרשות תעגן מראש את האפשרות להכיר בחריגים במסגרת הכללים עצמם (או אף בחוק המסמך) במסגרת הליך מסודר, הכפוף לביקורת חיצונית והחשוף לעיני הציבור. מערכי תקנות הכוללים בתוכם סעיפי-חריג הממלאים תנאים אלו עשויים לפתור כליל את הבעיה של "המקרה הפרטי המיוחד" באותם תחומים שהם מתייחסים אליהם. זאת ועוד: תפקידם של בתי-המשפט לוודא, כי תקנות של המינהל יעמדו בדרישה מינימלית של גמישות סבירה, היינו: במקום שבו קיים מערך קשיח מדי של תקנות, רשאי בית-המשפט לחייב את הרשות המנהלית לשנות את תקנותיה כך שהן יכללו "שסתום" אשר יאפשר הגמשה של הכללים במקרים מיוחדים. אכן, ככלל, בית-המשפט יימנע מלהכתיב לרשות המנהלית את תוכן תקנותיה⁷¹. אך לעתים (כמו, למשל, במקרה של מינצ'ר) קשיחות התקנות עולה כדי חוסר סבירות, ויש אפוא מקום לכך שבית-המשפט יתערב לכוף את הרשות להגמיש את תקנותיה מכאן ולהבא, אפילו אם המקרה הספציפי העומד בפניו אינו מצדיק כשלעצמו יחס מיוחד⁷².

השאלה היא, מהו הפתרון המועדף כאשר התקנות עצמן אינן כוללות סעיפי-חריג, ובכל זאת מובא בפני הרשות המנהלית, או בפני בית-המשפט, מקרה היוצר תוצאה בעייתית. מהדברים שנאמרו בסעיף הקודם עולה, כי מבין הטכניקות האפשריות להכרה בחריגים יש עדיפות ברורה לאלו שבהן ההכרה בחריג היא גלויה ופורמלית ונעשית בהליך חוקי מסודר על פני טכניקות של הכרה בחריגים באורח מוסווה ולא פורמלי "מתחת לשולחן".

לאמור: במקום שבו התקנות עצמן אינן כוללות סעיף-חריג מתאים, עדיף להכיר בריש גלי בסמכות הרשות המנהלית לחרוג מתקנותיה (ובתנאי שהדבר ייעשה במסגרת הליך דיוני מתאים; וראה להלן), ולא להסתפק בהשלמה (או בהעלמת עין) מהפעלת פרקטיקות לא פורמלית, כגון הימנעות של הרשות

71 ברכה, בעמ' 186-187 והאסמכתאות שם.

72 *U.S. v. Storer Broadcasting Co.*, 351 U.S. 192, 205 (1956); *Southwest Pa. Cable Inc. v. FCC*, 514 F.2d 1343, 1347 (D.C. Cir. 1975); *U.S. v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157 (1968); M. Asimow "Public Participation in the Adoption of Interpretative Rules and Policy Statements" 75 *Mich. L. Rev.* (1977) 520, 572 משפט בארה"ב כפו על רשויות-מנהל לחרוג מתקנותיהן מטעמי צדק ראה *County of Alameda v. Weinberger*, 520 F.2d 344, 351 (9th Cir. 1975); *Grahl v. U.S.*, 336 F.2d 199, 206 (Ct. Cl. 1964) וכן דיוויס, לעיל הערה 23, כך שני, סעיף 7.21, בעמ' 102.

מאכיפת התקנה באותו מקרה בעיית⁷³. מאותם שיקולים עדיף שבמקרים המתאימים תחרוג הרשות בגלוי מהתקנות ולא תנסה להסוות את קיום החריג מאחורי "פרשנות", שאין בינה לבין ההתחקות אחרי התכליות המקוריות של התקנה ולא כלום⁷⁴. לפיכך, יתרכז הדיון להלן בתנאים ובפרוצדורות הנוגעות לחריגה של רשויות המינהל מתקנותיהן, שהיא, כאמור – לשיטתי – פתרון לגיטימי ואף רצוי כאשר התקנה יוצרת תוצאות קשות ובלתי סבירות במקרים קונקרטיים.

2. הדרישות במישור המהותי

מי שלמקרא הדברים מקבל את הרושם כי לדעתי יש מקום להפוך את תקנות המינהל לנומרות גמישות, שיותר משהן מחייבות את המינהל הן משמשות "הנחיה" או "עצה ידיונית" לפקיד – טועה. הכרה בחריג לתקנות צריכה להישאר בגדר מכשיר שאמנם עומד לרשות המינהל ובתיהמשפט, אך זאת רק במקרים חריגים ונדירים יחסית ורק כאשר מתקיימים שורה של תנאים. בראש ובראשונה, השימוש בסמכות צריך להיעשות בזהירות רבה, ורק במקרים שבהם יישום התקנות על המקרה הקונקרטי יוצר תוצאה בלתי סבירה ובלתי צודקת כאופן מובהק. אכן, לשיטתי, די בכך שהתקנה אינה סבירה בנסיבות המקרה הקונקרטי (ואין צורך שתיצור אי סבירות לגבי כל דבר ועניין) – אך עדיין נדרש שבמסגרת זו תתקיים אי הסבירות. בהקשר זה רצוי להדגיש, שההכרה באפשרות לחרוג מתקנות אינה הופכת אותן לזהות, או אף לדומות, להנחיות מנהליות. הסיבה לכך היא, שסטייה מההנחיות (שאמנם, חלות גם עליה מגבלות שונות במישור המהותי והדיוני⁷⁵) אינה תלויה כלל בכך שההנחיה יוצרת אי סבירות; היינו: כאשר עומדים בפני הרשות

73 ניתן לטעון כי יש יתרון מסוים לפרקטיקות בנוגע לאי אכיפת החוק החסריות מעיני הציבור, משום שפרסומן ברבים עלול לגרום להגברת העבריינות באותו תחום (ראה גבזון, לעיל הערה 38, בעמ' 452-458 והאסמכתאות שם; וכן M. Dan Cohen "Decision Rules and Conduct Rules - On Acoustic Separation in Criminal Law" 97 *Harvard L. Rev.* (1984) 625. מנגד, אי פרסום של פרקטיקות בנוגע לאכיפת החוק נוגדת מושכלות יסוד של שלטון החוק. לאחרונה דחה בית-המשפט העליון את הטענה האמורה כצידוק להימנעות מפרסום ברבים של הנחיות פרקטיות המדינה שהכילו קריטריונים לגבי הגשת כתבי-אישום פליליים. ראה בג"צ אפרתי, לעיל הערה 62. כך או כך: אפילו תתקבל הגישה המוצעת לגבי היתרונות של הכרה ישירה באפשרות לחרוג מתקנות, עדיין לא יהיה בכך כדי לחסל כליל את התופעה, הנפוצה עד מאוד, של פרקטיקות לא פורמליות במישור אכיפת החוק. יש חשיבות רבה למציאת פתרון מתאים לסוגיה חשובה זו, והדבר מצדיק התייחסות החורגת מעבר לעניין הנדון ברשימה הנוכחית.

74 כמו במקרה של בג"צ שילדהווי, לעיל הערה 35.

75 למגבלות החלות על רשות מנהלית המבקשת לסטות מההנחיות ראה האסמכתאות לעיל, הערה 44, וכן י' דוחן הנחיות מנהליות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור שהוגש לסינאט של האוניברסיטה העברית בשנת תשנ"ג) 76-81, 88-90, 256-261.

המוסמכת שני פתרונות, ששניהם סבירים, אך אחד מהם הוא עדיף על רעהו – הרשות רשאית לסטות מהנחיותיה. לא כך הוא המצב לעניין חריגה מתקנות: אם הפתרון הנובע מהתקנות הוא סביר, אין לשום גוף סמכות להכיר בחריג. הסמכות קמה רק כאשר החריגה מתחייבת מדרישות הסבירות (כפי שאני מבין אותו). יוצא, כי בעוד שלגבי הנחיות מנהליות יש מרחק רב בין סיטואציה המאפשרת לרשות לסטות מהנחיותיה לבין סיטואציה שבה הרשות חייבת לעשות כן⁷⁶ – לא כך הוא הדבר לגבי חריגה מתקנות. הרשות רשאית לחרוג מתקנותיה רק במקום שהדבר מתחייב מדרישות החוק והסבירות ותואם שיקולי צדק אלמנטריים.

שנית, החריגה מהתקנות מותרת אך ורק אם היא פועלת לטובת האזרח. אין להתיר חריגה מהנחיות באופן הפוגע באזרח הנוגע לעניין. תקנות הן חלק מהדין הנוהג והמחפסם ברכים. הן יוצרות ציפיות, והאזרח רשאי לכלכל על פיהן את צערי. החריג לתקנות נועד להקל ולשפר את מצבו של האזרח לגבי הפתרון הכלול בהנחיות, ולא להיפך. האזרח רשאי להסתמך על התקנות, ואין לעשות שימוש בחריג באופן שיפגע בציפיות הנשענות על נוסח התקנות כפי שפורסם ברשומות. לפי זה, אין להתיר חריגה מתקנות לטובתו של פלוני אם הדבר פוגע באופן משמעותי באינטרסים המהותיים של אלמוני, הנסמכים על התקנות⁷⁷.

ולבסוף: כל החלטה להכיר בחריג לתקנות צריכה לעמוד בדרישה שניתן לכנותה דרישת ההכללה הרציונלית. כפי שנאמר לעיל, כל אימת שהרשות המנהלית או בית-המשפט מכירים בחריג לתקנות לגבי מקרה קונקרטי המובא בפניהם, יש להכרה זו גם השלכות כלליות מסוימות, משום שבעקבות ההחלטה נוצר הלכה למעשה כלל חדש, הנוגע לכל המקרים הדומים למקרה הנדון שיובאו בפני הרשות המנהלית בעתיד⁷⁸; היינו: ההחלטה לחרוג מהתקנה יצרה כלל חדש, שחל (מבחינה פוטנציאלית לפחות) על קבוצת מקרים מסוימת, שקודם לכן היתה

76 לעניין פסיקה שהכירה בלגיטימיות של סטייה מהנחיות מנהליות ראה, למשל, בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לר (3) 729; בג"צ 528/81 "ספרא" – ספרים וכתבי עת נ' שר הבריאות ואח', פ"ד לז (3) 561; בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (1) 421. אף אחת מהחלטות הסטייה בפסקי-הדין הללו לא היתה עומדת במבחן הנדרש כדי להצדיק חריגה מתקנות בהתאם לגישה המוצעת כאן (לו הכללים כאותו עניין עוגנו בתקנות).

77 ראה גם להלן הערה 92 והטקסט לידה.

78 אין להוציא מכלל אפשרות, כי חריגה מתקנות בעניין פלוני תשפיע גם על עניינו של אלמוני שנדון בפני הרשות קודם לקבלת ההחלטה בעניינו של פלוני. זאת בתנאי שמהות העניין שבו מדובר היא כזו שאלמוני יכול להגיש, לאחר קבלת ההחלטה על החריג, בקשה נוספת לרשות המנהלית – והכול במגבלות של עקרון הסופיות של החלטות מנהליות. ראה בג"צ 795/79 668/80 המועצה המקומית גור ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה ואח', פ"ד לו (1) 561; ע"א 433/80 נכסי י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים תל-אביב, פ"ד לז (1) 337. לעניין זה אין ספק כי קבלת ההחלטה על יצירת חריג כאותו סוג מקרים עשויה להיות "שנייה נסיבות" שיצדיק דיון מחדש בכקשות מחדשות שהוכרעו לרעת בעליהן קודם לקבלת אותה החלטה.

מוכרעת על סמך התקנה עצמה. אך הלכת הסטייה יצרה מעין תקדים, המשנה את הפתרון המשפטי לגבי אותו סוג מקרים.

דרישת ההכללה הרציונלית פירושה, כי הגורם המחליט על החריגה מהתקנה יעמיד למבחן לא רק את ההחלטה הקונקרטית, אלא גם את הכלל התקדימי הנובע ממנה; היינו: מחובתו לבדוק האם הכלל הזה כשלעצמו הוא סביר, האם הוא ניתן לישום במישור המעשה והאם לא קיימים שיקולי מדיניות כלליים כבדי משקל כנגד פריצת גדר התקנות באותו תחום דיון.

טלו, לדוגמא, את בג"צ 516/86 שהינו נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח' ⁷⁹. שם הועמדה לדיון סבירות הדרישה שלפיה כדי שנכה אשר אינו מסוגל לנהוג בעצמו יהיה זכאי ליהנות מהלוואה עומדת ולגימלת-ניידות, על קרוב משפחה המתגורר עם הנכה באותו בניין לנהוג ברכבו של הנכה ⁸⁰. העותר התגורר בתחילה עם אחיו, שנהג עבורו ברכב באותה דירה, אך משהאח התחתן הוא עבר להתגורר בדירה נפרדת בבניין שממול דירתו של הנכה. לפיכך, שלל המוסד את זכאותו לגימלת-ניידות.

בית-המשפט התערב וקבע כי עמדת המוסד אינה סבירה וכי בשל עובדות המקרה העותר זכאי ליהנות מגמלתו. הוא הורה למשיבים לנסח את דרישותיהם מחדש ולקבוע קו גבול אחר, סביר יותר, למרחק בין מקום מגוריו של קרוב המשפחה הנוהג עבור הנכה לבין מקום מגוריו של הנכה הזכאי לגימלת-ניידות. אך ברורה העובדה שמיד עם מתן פסק-הדין, ועוד טרם נוסחה שום נורמה חדשה מצד המשיבים – יצר פסק-הדין עצמו נורמה כזו; היינו: מובן כי אם למחרת הינתן פסק-הדין תבוא לפני הרשות בקשה נוספת שנתונה דומים (כלומר: שהקרוב הנוהג מתגורר ממול לבניין שבו מתגורר הנכה המבקש) – חובתה של הרשות המוסמכת לאשר את הבקשה. פירוש הדבר, שפסק-הדין יצר מעין דרישת מינימום כללית חדשה שעל המשיבים לעמוד בה: בכל מקרה שבו הנכה וקרובו מתגוררים זה מול זה. הוא זיהה תת-קטגוריה נוספת של מקרים שגם הם צריכים – על פי אמת-המידה של הסבירות – ליהנות מקצבת-הניידות: לא רק נכים

79 פ"ד מד(1) 143.

80 הדרישה עוגנה בהסכם שנכרת בין הממשלה לבין המוסד לביטוח לאומי, שנעשה מכוח סעיף 200(א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], חשכ"ח-1968. ספק אם ההסכם עצמו הוא חקיקת-משנה במובן המלא של המונח, שכן אמנם ההסמכה לעשותו מצוינת מפורשות בחוק, אך לא חלה עליו ככל הנראה דרישת הפרסום ברשומות, והחיקוק המסמך גם אינו קובע כל פרוצדורה אחרת לעשייתו. כך או כך: בית-המשפט לא קבע מסמרות בשאלה המעמד הנורמטיבי של ההסכם, אך החיל עליו את דרישת הסבירות הכללית. ראה עמ' 147-148 לפסק-הדין.

המתגוררים עם קרוב המשפחה הנוהג ברכב באותו בניין, אלא גם (לפחות) כל אותם מקרים שבהם הקרוב והנכה מתגוררים זה מול זה⁸¹.

יש לשים לב לכך, כי מדרישת ההכללה הרציונלית לא נובע בהכרח שהכלל אשר יעלה מההכרה בחריג חייב להיות כלל ברור וחד יותר מאשר הכלל הכלול בתקנות המקוריות; שהרי הסבירות של תקנות אינה נמדדת אך ורק לפי קנה-המידה של בהירותן. כך, למשל, ייתכן כי הכלל הנובע מפסיקת בית-המשפט בעניין שהיטו (זכאות גם במקרה של מגורים "ממול") יוצר יותר עמימות לגבי "מקרי שוליים" מאשר הכלל הדורש מגורים באותו בניין. ואולם אם לגופו של עניין הכלל האמור סביר יותר, העובדה שהוא כולל שוליים שהם במידת מה עמומים יותר, אינה עילה להימנע מהכרה בחריג. אם נרצה להדגים נקודה זו באמצעות דוגמא אבסורדית, הרי ניתן לומר כי הכלל הברור ביותר שניתן לנסח בתחום זה הוא זה שלפיו נכים לא ייהנו כלל מקצבאות-ניידות. זהו כלל ברור ובהיר שניתן ל"חתוך" לפיו (תרתי משמע) את כל הבקשות לקצבת-ניידות, אך מוכן שמכאן לא עולה כי זהו הכלל הסביר ביותר לגופו של עניין.

לעומת זאת, דרישת ההכללה הרציונלית מחייבת כי הכלל העולה מקביעת החריג יהיה ניתן ליישום הלכה למעשה. כך, למשל, במקרה אחר סירב בית-המשפט להתערב בסעיף אחר של אותו הסכם בין הממשלה למוסד לביטוח הלאומי, ששונה על ידי הרשויות המוסמכות, כך שנכה צה"ל, הזכאי למלווה צמוד במשך כל שעות היממה, לא יוכל בן זוגו לשמש בתור מלווה בשכר וליהנות מכל התנאים וההטבות הסוציאליות הכרוכות בכך. בית-המשפט קיבל את טענת המשיבים, כי ההסדר קודם לשינוי, שהתיר אפשרות כזו, הכיל פיתוי לנכה להעסיק את בן זוגו כמלווה (משום שהדבר השתלם מבחינה כלכלית) אף אם אין בן הזוג מסוגל להעניק לו את הטיפול המקצועי שלו הוא ראוי⁸².

בית-המשפט ציין, כי ייתכן שבמקרה הפרטי של העותרים לא היה כל פסול בהסדר שהיה קיים קודם לשינוי, אך נקודת המבט הכללית של המשיבים היא מוצדקת וסבירה⁸³. האם מבחינה עקרונית ניתן היה לחרוג מהתקנה לטובת העותרים הקונקרטיים? דומה כי בשל דרישת ההכללה הרציונלית התשובה היא שלילית; שהרי מהו הכלל הכללי שהיה נובע מהכרה בחריג כזה? כלל כזה היה צריך להתייחס בהכרח לנתונים מורכבים ובעייתיים, כגון הערכה מהי מערכת היחסים בין הנכה לבן זוגו והאם בן הזוג אכן מסוגל ומעוניין להעניק לנכה טיפול המקביל לזה של אח מקצועי. נקל לראות כי קשה, אם לא בלתי אפשרי, להפעיל

81 סביר להניח, שהכלל הנובע מפסק-הדין רחב יותר וחל גם על מקרים נוספים, כגון כאשר הנכה וקרובו מתגוררים בבניינים הסמוכים זה לזה (ואכן, בית-המשפט ציין שאינו מתכוון לנסח את הכלל המדויק בעניין זה וכי זוהי משימתה של הרשות המוסמכת (ראה להלן, הדין כסעיף 31)). כך או כך: היקף הכלל הנובע מפסק-הדין הוא לפחות מה שנובע מהרציו הישיר שלו לגבי כל המקרים הוהים למקרה של העותר עצמו.

82 בג"צ 64/87 פסנון נ' מדינת ישראל, משרד הבטחון, אגף השיקום ואח', פ"ד מא(2) 499.

83 שם, כעמ' 502-503.

קריטריון כזה בתור אמת־מידה כללית בידי הרשויות המטפלות בנכים. ואם אכן כך הוא הדבר, עצם העובדה שבמקרה הקונקרטי הוכח לבית־המשפט כי הפתרון של החריגה מהכללים הוא אכן עדיף אינה עילה להכיר בחריג; שכן, כאמור, הוא אינו עומד במבחן ההכללה הרציונלית. היינו: לא ניתן לזהות תת־קטגוריה כללית של מקרים, הדומים לזה שהובא בפני בית־המשפט ושלגביהם ניתן להחיל הסדר השונה מהכלל הרגיל, באופן מעשי וסביר.⁸⁴

השוני בין הגישה המוצעת לבין גישת הסבירות הכוללת שבדין הקיים אינו נעוץ בכך שלשיטת בית־המשפט נדרש להתעלם מראייה כוללת של מערך התקנות שבו מדובר, אלא בכך שלדעתי, איזון האינטרסים הראוי בין צורכי הכלל לאינטרסים של הפרט מחייב את בית־המשפט לבחינה מורכבת יותר של סבירות חקיקת־המשנה: כאשר תקנה יוצרת תוצאה בלתי סבירה, אין מקום להתנחם בעובדה שמקרה זה שייך לקבוצה של מקרים מעטים וכי ברוב המקרים התקנות מובילות לתוצאות סבירות. השאלה התשובה היא, האם ניתן להציע כלל נוסף על זה הכלול בתקנות, שיתן פתרון סביר במישור המעשי לאותה קבוצת מקרים קונקרטיים, מבלי לפגוע בסבירותו של ההסדר המנהלי הכללי באותו תחום. אם התשובה לשאלה זו היא חיובית, הרי המסקנה היא שהתקנות המקוריות אינן עומדות במבחן הסבירות, ושומה על הגורם הדין בשאלה להכיר בחריג לאותן תקנות.⁸⁵

ניתן לטעון, כי הגישה המוצעת מטילה על בית־המשפט נטל כבד, משום שהיא מחייבת אותו להעמיד את עצמו בנעליו של מחוקק המשנה. תשובתי לכך היא, כי בית־המשפט, בבואו לבחון את סבירותן של תקנות, מבצע ממילא, במישור המושגי, בחינה שאינה פחות מורכבת; שהרי דווקא על פי ההלכה הנוהגת של דרישת הסבירות הכוללת, בית־המשפט צריך להעריך את התקנות שבהן מדובר בהקשר הנושאי הכולל של תחום הפעולה המנהלי, ואילו מה שהגישה המוצעת מוסיפה לבחינה זו היא רק התייחסות מזווית ראייה כללית להשלכות של המקרה הקונקרטי הנדון. אולם, כאמור, דווקא לגבי המקרה הקונקרטי עומדים בפני בית־המשפט הנתונים המלאים והמדויקים, וכיצוע ה"אקסטרפולציה" המושגית מהמקרה הזה לאותה קבוצה של מקרים דומים לו נמצאת – לדעתי – בהחלט בהישג ידו וביכולתו של הגורם הדין ביישום התקנות.

לכך יש להוסיף, כי לעתים יש הצדקה להימנע מחריג לתקנות, גם כאשר התוצאה היא פגיעה בצדק מנקודת הראות של המבקש הקונקרטי, משום שקיימים

84 מעבר לכך, הפתרון שנבע מכללי המשיבים גם לא גרם באותו מקרה אי צדק ועוול בולט לעותרים, כך שממילא לא היה מקום להכיר כאן בחריג לכלל הרגיל.

85 השווה ע' קנט הנחת היסוד למטאפיזיקה של המידות (תרגום ה"ש ברגמן, מאגנס, תש"י) 37 ואילך; I. Kant *Critique of Practical Reason* (Trans. L.W. Beck, Ross-Merrill, 1956) 33 וכן א' לבונטין "פרשנות – אקלימים וסינתזה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (המכון למחקרי חקיקה של האוניברסיטה העברית, תשנ"ג) 269, 279.

שיקולים כלליים כבדי משקל כנגד "פתיחת פתח" כלשהו לאי קיום התקנות הקבועות באותו עניין; היינו: גם בהנחה שבמישור המושגי והמעשי ניתן להציע כלל שיטתל טוב יותר במקרים מהסוג של המקרה הנדון, הרי לעצם ההכרה בחריג כלשהו לתקנות הקיימות באותו עניין עשויות להיות השלכות שליליות כבדות משקל מנקודת ראות כללית (אפילו כשהחריג עצמו לכאורה סביר, מעשי וצודק).⁸⁶

ואולם העובדה כי זהו מצב העניינים במקרים מסוימים שבהם בית-המשפט נתקל בתקנות הגוררות חוסר סבירות ואי צדק במקרה שלפניו אינה מובילה למסקנה כי בכל מקרה חריגה מתקנות תוביל לתוצאות כאלו. לשיטתי, מחובתו של בית-המשפט (ושל הרשות המנהלית המיישמת את התקנות) לבחון, כל אימת שהשאלה מתעוררת, את מאזן השיקולים המתקיים בנושא זה ולא לפעול על פי אקסיומה שלפיה כל חריגה מתקנה תוביל בהכרח לתוצאות כלליות הרות אסון מנקודת ראות של היכולת ליישם בהצלחה את תקנות הרשות באותו תחום פעולה.⁸⁷

3. הגורם המנהלי המתאים להכרה בחריגים

כפי שכבר נאמר, האפשרות להכיר בסמכותה של רשות מנהלית לחרוג, במקרים המתאימים, מתקנות, נושאת עמה לא רק יתרונות (שאני טורח להדגישם לאורך המאמר), אלא גם סיכונים ובעיות לא מעטות.⁸⁸ כדי להתמודד עם הסכנות הללו יש לדאוג להפעלתה באופן מוסדר ומבוקר. בהקשר זה יש לדון תחילה בדרג המנהלי שיוסמך לקבל החלטות בענייני חריגה, ולאחר מכן אתיחס לשאלת הפרוצדורה המתאימה לקבלת החלטות מסוג זה.

86 כמדומה שאלו היו השיקולים שעמדו מאחורי פסק-דינו של בית-המשפט במקרה הטרגי שנדון בבג"צ 30/82 מעיין ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לו(2) 477. העותר, חולה סרטן שאפסו סיכוייו להתרפא לפי השיטות הרפואיות המוכרות, תקף את החלטת המשיב שלא להתיר לו לנסות טיפול חדשני שעדיין לא אושר בהתאם לתקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים), תשל"ח-1978. בית-המשפט ציין, כי מצבו הטרגי של העותר היה מצדיק אולי פתרון קונקרטי מעבר ל"חוק היבש" ואולם החשש הוא שהכרה באפשרות כזו יהיו לה השלכות כלליות מרחיקות לכת, משום שהדבר ישמש פתח לתופעה שבה חולים במצוקה ובני משפחותיהם יתפתו לנטוש את שיטות הרפואה המאושרות לטובת טיפולים שאין עליהם פיקוח בתרופות מסוכנות ויחשפו גם לניצול כלכלי בירי שלטונים למיניהם שיציעו להם "תרופות פלא" חסרות תועלת בעבור הן עתק (שם, בעמ' 484-485). וראה גם, למשל, בג"צ 764/87 התאחדות האיכרים בישראל נ' שר החקלאות ואח', פ"ד מג(1) 309, 317-316.

87 השווה שאוואר, לעיל הערה 22, בעמ' 196 ואילך.

88 ראה הדין לעיל בסעיף 31.

באשר לשאלה מהו האורגן המתאים בתוך הרשות המנהלית לקבל החלטות לחריגה מתקנות, יש להביא בחשבון כמה שיקולים⁸⁹: ראשית, הגם שההחלטה לחרוג מתקנה היא בראש ובראשונה החלטה יישומית קונקרטית – אין זה רצוי שהיא תתקבל על ידי הדרגים הנמוכים של הרשות אם הם העוסקים בקבלת החלטות יישומיות שגרתיות; שהרי בניגוד להחלטות הנוגעות ליישום תקנות כלשונן, החלטה לחרוג מתקנה היא יוצאת דופן ומורכבת. היא מערבת לא רק שיקולים הנוגעים למקרה הקונקרטי, אלא גם שיקולים כלליים, הנוגעים לכלל המערך הרגולטיבי שבו מדובר. לפיכך, מן הראוי שהחלטה זו תתקבל בדרג מנהלי בכיר יחסית, המסוגל, מבחינת נסיונו וכישוריו, להעריך ולשקול החלטות בדרגת מורכבות מיוחדת. אך האם פירוש הדבר הוא, כי הגורם היחיד המוסמך לקבל החלטה כזו הוא הרשות שהתקינה את התקנות? לכאורה ניתן להשיב בחיוב על שאלה זו, שהרי אם החלטה לחרוג מתקנה היא הלכה למעשה שינוי התקנות הקיימות (שיש לו השלכות כלליות על סוג מקרים מסוים), הרי ניתן לטעון כי רק הדרג שהוסמך בחוק להתקין תקנות צריך להיות מוסמך לקבל החלטות בעלות משמעות כזו. לדוגמא: אם שר מסוים התקין את התקנות על פי חוק, הרי הוא בלבד מוסמך לקבל את ההחלטה על חריגה מהן⁹⁰.

ואולם לדעתי, אין לקבל טיעון זה: "שינוי" התקנות שבו מדובר הוא שינוי דה־פקטו, שהוא תוצאה לוואי של החלטה יישומית קונקרטית. מבחינה זו אין כל שוני בין החלטה לחרוג מתקנות לבין החלטה לפרש אותן בדרך כזו או אחרת. ההיווצרות של "שינויים" מסוג זה היא פועל יוצא של פעולת היישום של הכללים, ויש להתייחס אליה בהתאם לנסיבות.

אין גם חשש ממשי, שההכרה באפשרות של גורמים בתוך הרשות המנהלית לחרוג מתקנות בעת יישומן תהיה מקור לעקיפת סמכויותיו ולפגיעה במעמדו של הגורם שהוסמך ליצור את התקנות. ברוב המקרים הגורם היוצר את התקנות הוא גורם בכיר העומד בראש ההיררכיה הארגונית של הרשות. לגורם כזה יש אמצעים

89 הדיון בטקסט מחייס למצב שבו הרשות המנהלית שבה מדובר היא ארגון גדול המעסיק מספר גדול של פקידים בעלי דרגה נמוכה המקבלים החלטות יישומיות מדי יום על סמך תקנות. מובן שלעמים אין זה המצב, והגוף המקבל את ההחלטות היישומיות מסוגל, בשל הרכבו ועומס העבודה המוטל עליו, לקבל בעצמו את החלטת החריגה. כך, למשל, אם ההחלטות היישומיות באותו עניין מתקבלות על ידי טריבונל מנהלי מסוים, אין כל סיבה שאותו טריבונל לא יוכל להכריע גם בבקשות לחריגה מהתקנות.

90 מבחינה פורמלית ניתן לכאורה לעגן את הטיעון הזה בסעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הקובע כי "הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל – משמעה גם הסמכה לתקן, לשנות, להחלות או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה". ואולם לדעתי, אין לסעיף תחולה על הסוגיה הנדונה בטקסט, משום שהוא עוסק בפרשנות של הסמכות סטטוטורית להתקין תקנות (או לחת הוראות מנהל); ואילו אנו עוסקים בשינוי משתמע ועקיף של תקנות, עקב קבלת החלטה לחרוג מהן אגב קבלת החלטה יישומית קונקרטית. בלשון סעיף 1 לחוק הפרשנות ניתן לומר, שקיים "בעניין הנדון או בהקשר דבר שאינו מחייב עם חוק (הפרשנות)".

לרוב (במישור המנהלי והמשמעותי) לכופ את רצונו על הדרגים הכפופים לו, וחזקה על אלו האחרונים שלא ימהרו לפעול בניגוד להוראותיו ומדיניותו. יתירה מזו: אם אכן קיימת אפשרות לפעולות במישור היישומי של התקנות שיסכלו את כוונת יוצרן, הריהי קיימת דווקא אם הגורמים האחראים על יישום התקנות נוקטים טכניקות לא פורמליות של חריגה מהתקנות (כלומר: אי אכיפה של התקנות במקרים מסוימים וכדו'). לכן, גם כמובן זה הליך פורמלי ומסודר של חריגה מתקנות רצוי ומועדף על פני מצב שבו לא תהיה קיימת אפשרות כזו. יוצא, שיש מקום לכך כי החלטה על חריגה מתקנות תתקבל על ידי גורם מנהלי בעל משקל ודרגה, מעבר לדרגי השדה הנמוכים של הרשות המנהלית, העוסקים ביישומן היומיומי של התקנות, אך אין הכרח כי הגורם המתקין את התקנות עצמו יקבל את ההחלטה. רצוי שבכל גוף מנהלי העוסק בהפעלת תקנות יהיה גוף מיוחד, כגון "ועדת חריגים" מיוחדת, שאליו יופנו עניינים מסוג זה.

4. הדרישות במישור הדיוני

בשל הבעייתיות והייחוד של החלטה לחרוג מתקנות יש מקום לנקוט שורה של אמצעים דיוניים כדי לקדם את פני הסיכונים שהיא נושאת עמה⁹¹. בראש ובראשונה יש להבטיח במידת האפשר, כי הליך קבלת ההחלטה על חריגה מתקנות יהיה פתוח לציבור (למשל: על ידי הודעה מראש על כוונתה של "ועדת חריגים" בעניין מסוים לדון בבקשה לחרוג מתקנה מסוימת ופתיחת דיוני הוועדה לציבור הרחב). הטעם לכך הוא, שהליך כזה נושא עמו סכנה של מתן העדפה לפנים משורת הדין לאזרח שעניינו הקונקרטי נדון. ממילא הבלם היעיל ביותר כנגד סכנה כזו הוא הקפדה על פומביות ההליך. זאת ועוד: אם ההחלטה בנוגע לחריגה מהתקנות לטובתו של המבקש עשויה להשפיע לרעה על עניינם של אחרים (למשל: על עניינם של מתחרים מסחריים שלו⁹²), חובתה של הרשות לנקוט את האמצעים המתאימים כדי להבטיח את ייצוגם בהליך כזה. חובתה של הרשות המנהלית לדאוג גם לחשיפה של ההחלטה נשוא ההליך. כפי שהוסבר לעיל, כל החלטה בנוגע לחריגה מהנחיות נושאת עמה השלכות כלליות פוטנציאליות על אנשים נוספים מלבדו של האזרח שעניינו התברר. לפיכך, חובתה של הרשות המנהלית לדאוג לכך שאותם אנשים היכולים ליהנות גם הם מהחריג יוכלו לדעת על ההחלטה. הליכי החשיפה של ההחלטה צריכים להיות מבוססים על שני שלבים: בשלב הראשון יש לדאוג לפרסום ההחלטה עצמה

91 ראה סלרס, לעיל הערה 52, בעמ' 947 ואילך. והשווה לעניין החובות הדיוניות המיוחדות בהליך סטייה מהנחיות מנהליות: דותן, לעיל הערה 75, בעמ' 88 ואילך, 259-261 והאסמכתאות שם; וכן לגבי המצב באנגליה: [1975] *Peyps v. London Transport Executive*

1. W.L.R. 234, 238: *R. v. Werck Commissioner* [1976] 3 All E.R. 8

92 ראה בג"צ קרגל והאסמכתאות הנוספות לעיל הערה 49.

באמצעות הודעה על עצם קבלתה ותוכנה הכולל⁹³, תוך העמדתה לעיון הציבור. בשלב השני מן הראוי שרשות תעגן את הכלל הנובע מהסטייה בתוכן התקנות עצמן, באמצעות נקיטת ההליך המתאים לחיקוק התקנות⁹⁴.

כנגד המודל הדיוני המוצג כאן להליך ההכרה בחריג ניתן להעלות שתי טענות: ראשית, ניתן לטעון כי הדרישות הדיוניות הללו מסורבלות מדי ועלולות ליצור הכבדה בלתי רצויה על הרשות המנהלית. אך למעשה אין הדבר כך: החלטות על סטייה מתקנות הן בסופו של דבר החלטות שהן, מחד גיסא, בעלות חשיבות, ומאידך גיסא, החלטות שאינן שכיחות. לפיכך, כשם שהרשות נדרשת לנקוט את ההליכים המתאימים כשהיא יוצרת תקנות או משנה אותן, כך יש מקום לדרוש ממנה לנקוט צעדים מיוחדים במקרה של סטייה מתקנות, המוליכה בפועל לתוצאה דומה⁹⁵.

שנית, ניתן לטעון כי בשל המורכבות של הדרישות הדיוניות הללו להליך ההכרה בחריג, הופך ההליך הזה למעשה להליך שינוי לכל דבר של התקנות ומתעוררת השאלה מה ה"רבותא" שבהצעת הליך זה? כלומר: מה ההבדל בין הליך ההכרה בחריג, כמוצע, לבין האפשרות ליוזם שינוי בתקנות (ולו גם הליך שינוי "רטוראקטיבי" שיוכל לחול גם על המקרה, או המקרים, שבעטיים נתעורר הצורך לתקן את התקנות) כל אימת שמתעורר בכך צורך?

ואולם יש לשים לב לכך, שגם בהנחה כי הליך ההכרה בחריג על ידי הרשות המנהלית מתאפיין בדרישות דיוניות משמעותיות, שאינן נופלות לכאורה (בסופו

93 לדעתי, הודעה כזו צריכה להתפרסם בספר התקנות עצמו (או בילקוט הפרסומים). אך בכך אין די (ראה הדו"ח השנתי של מבקר המדינה מס' 40 (1990) 459, 462 בעניין "רשומות – עריכתן, פרסומן והפצתן"). אם בנושא הרלבנטי קיימת דרך פרסום יעילה ומהירה יותר, חובתה של הרשות לעשות גם בה שימוש. לדוגמה: החלטה של לשכת עורכי-הדין לחרוג מכלליה בעניין משך תקופת ההתמחות של מי שנעדר מתקופת התמחותו היעדרות ארוכה מסיבה שאינה מוסרית בכללים (ראה כללי לשכת עורכי הדין (רישום מתמחים ופיקוח על התמחותם), תשכ"ב-1962, סעיף 11), מן הדין שתתפרסם גם על לוחות המודעות בפקולטאות למשפטים ובמשרדי לשכת עורכי-הדין ברחבי הארץ.

94 חובתה של הרשות המנהלית לנקוט צעדים דומים לחשיפת ההחלטה והפצתה בסקטור הרלבנטי ולחיקוק תקנותיה, גם אם החלטת הסטייה התקבלה בעקבות דיון בבית-המשפט; ורצוי שכתב-המשפט עצמו, כשהם מגיעים לתוצאה כזו, יקפידו על כך שהרשות תנקוט בעקבות פסק-הדין את הצעדים המתאימים.

95 קיים לכאורה שיקול אחד כבד משקל נגד הצבת דרישות דיוניות תובעניות מדי לגבי הליכים של החלטה על חריגה מהנחיות: הדבר עשוי לעתיד את רשויות הקנהל להמשיך ולעשות שימוש מוגבר בפרקטיקות לא פורמליות של חריגה (ובמיוחד באמצעים של אכיפה סלקטיבית של תקנות). ואולם לדעתי, ניתן להסיק מכך מסקנה הפוכה: שיקול זה מצטרף לשיקולים אחרים (הנוגעים לעקרונות של מיהל תקן, שוויון והצורך לקיים בקרה חיצונית על הפעולה המנהלית) התומכים בכך שגם פרקטיקות של אכיפה סלקטיבית והחלטות על אי אכיפה של תקנות (כמו גם חוקים של הכנסת) יתקבלו בהליכים שיש עליהם פיקוח ציבורי. ראה לעיל הערה 37.

של דבר) מהדרישות לגבי יצירה או שינוי "רגיל" של התקנות⁹⁶, הרי עדיין קיים שוני חשוב בין הליך ההכרה בחריג לבין הליך שינוי תקנות בדרך הרגילה. השוני נעוץ בכך, ש"החקיקה" בעקבות החריג הולכת מהפרט אל הכלל – מהסיטואציה הקונקרטית והיריאלית המובאת בפני הרשות אל הכלל התקדימי הנובע ממנה. דרך החשיבה ומרכז תשומת הלב של יוצר הכלל מתמקדת בסיטואציה מוגדרת. הכלל הוא תוצאה של ההכרעה הקונקרטית, ולא הגורם לה. דרך החשיבה המאפיינת את ההליך הזה שונה מדרך החקיקה ה"כוללנית" המאפיינת את הליכי התקנת התקנות הרגילים אצלנו, ומשלימה אותה⁹⁷. ההכרה באפשרות לחרוג מתקנות נושאת עמה אפוא שינוי מושגי לא רק לגבי שאלת יישום תקנות, אלא גם לגבי שאלת יצירתן ודרך פיתוחן של תקנות על ידי רשויות המינהל הציבורי.

ה. סוף דבר

הניגוד בין שורת הדין למידת הצדק במקרה הקונקרטי ימיו כימי המשפט עצמו, וכרובות בו שאלות פילוסופיות, מוסריות ואנליטיות כבדות משקל. ואולם, בהקשר של חריגה מתקנות לא סבירות במקרים קונקרטיים מיוחדים אין צורך להכריע בכל השאלות הללו. לא העכבות הנובעות מיחסים בין בית-המשפט למחוקק במישור החוקתי ולא החשש מפני הפרת כללי הריסון השיפוטי בעת בחינתו של האקט המנהלי אינם צריכים למנוע בחינה של הנשוא מנקודת ראות עניינית ופונקציונלית.

96 הלכה למעשה הכרה בחריגים על ידי המנהל, כמוצע, תיעשה כהליך גמיש יותר מאשר הליך של שינוי התקנות. הליך כזה הוא הליך "נקודתי", היכול להסתיים במהירות, כאשר ההחלטה מתקבלת על ידי גורם בדרגי הביניים של הרשות המנהלית, וללא צורך במעורבות של הגורם רם-הדרג שהתקין את התקנות. הסרכול הדיוני מתייחס למעשה, ברובו לשאלת עיגון התקדים הנובע מההחלטה והפיכתו לחלק מ"הדין הנוהג" של הרשות, יותר מאשר להליך הקונקרטי על התריגה הראשונית; והדין בטקסט נועד לענות על ההסתייגויות האפשריות לגבי ענין זה.

97 ואכן, בדין הפדרלי האמריקני מוכרות שתי הדרכים הללו גם יחד כחלופות לגיטימיות ליצירת ה"דין" המנהלי על ידי הרשות המנהלית. הרשות יכולה ליצור כללים בדרך "חקיקתית" (דרך בפרוצדורה המכונה Rulemaking), אך גם יכולה לבחור לפתח את כלליה באופן "מעין-שיפוטי" הדרגתי על ידי קבלת שורה של החלטות קונקרטיות (Orders) הקשורות ביניהן בקשר תקדימי וכפופות לחובת אפשר העיון. פרוצדורה כזו מכונה Adjudication. ראה Administrative Procedure Act (1946) 5 U.S.C. Sec. 551(6)-(7), 552(a)(2)(A), 556-557: SEC v. Chenery Corp., 332 U.S. 194 (1947); Gellhorn, Byse, Strauss & Others לגבי היתרונות והחסרונות של כל פרוצדורה וכן לגבי השוני התפיסתי הכרוך בשימוש בכל אחת מהן כבסיס ליצירת חקיקה מנהלית ראה D.L. Shapiro "The Choice Between Rulemaking and Adjudication in the Development of Administrative Policy" 78 Harv. L. Rev. (1965) C.S. Diver "Policy Paradigms in Administrative Law" 95 Harv. L. Rev. ;921, 929-942 (1981) 393.

כללים נורמטיביים הם כלי העבודה העיקריים של המשפטן, ומטבע הדברים הוא מפתח כלפיהם יחס של כבוד. הצעה שלפיה המשפטן רשאי – ואולי אף מחויב – לתרוג מהכללים במקרים מסוימים צפויה שתיתקל בתגובה בלתי נמנעת של רתיעה אינסטנקטיבית. השאלה החשובה היא, האם (לפחות ככל שהדבר נוגע לתקנות שיוצר המינהל הציבורי) קיימים שיקולים מדיניים ומוסריים כבדי משקל התומכים בתגובה כזו או שמא היא תוצר של הרגלי חשיבה, שאולי הגיע הזמן לבודקם.

ואכן, המטרה העיקרית של הרשימה הנוכחית היתה להביא לכך שהמשפטן ואיש המינהל יוכלו להציג לעצמם את השאלה הזו, בשעה שהם נוכחים לדעת כי תקנות שהם מופקדים על יישומן מובילות הלכה למעשה לתוצאה בלתי סבירה הגורמת עוול לאזרח. זאת, במקום לצאת מנקודת מוצא אקסיומטית שלפיה שאלת גמישות התקנות ומאזן שיקולי המדיניות הכרוך בה כלל אינה מתעוררת לפניהם, ולכן כל שנותר להם הוא להשלים עם התוצאה הגרועה והמעוולת, לנסות "לעקם" את הכללים באמצעות פרשנות לא לגיטימית או ל"עקוף" אותם באמצעות טכניקה לא פורמלית במישור האכיפה.

1

2

3
