

הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע "הסדרים ראשוניים" בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר

מאת

ברק מדינה*

החיבור הוא תגובה לשני מאמרים שפורסמו לאחרונה, ובהם ביקורת על דוקטרינת ההסדרים הראשוניים. הגישה המוצעת כאן היא שלדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים מעמד חוקתי, כלומר היא מגבילה את כוחה של הכנסת לאצול סמכויות מסוימות לרשות המבצעת. זהו כלל חוקתי שהסעד בגין הפרתו הוא לרוב שלילת הסמכות של הגוף המינהלי לפעול, אף אם החוק מסמיך את הרשות המינהלית לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים. בחיבור זה מוצע לבסס את הדוקטרינה על זכות ההשתתפות השווה של האזרחים ועל מהותה של ההכרה בזכויות חוקתיות.

הקדמה. א. המעמד החוקתי של הדוקטרינה. ב. אכיפה שיפוטית מוגבלת של הדוקטרינה: איסור על אצילת הסמכות להחליט על פגיעה בזכויות חוקתיות. ג. הצדקות להכרה בדוקטרינה ככלל חוקתי וכעקרון יסוד של השיטה. סיכום.

הקדמה

הדוקטרינה בדבר "הסדרים ראשוניים" ידועה זה מכבר כאחד מעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי. בישראל הייתה לה עדנה בפסק הדין בעניין רובינשטיין,¹ שניתן בשנת 1998, שם נקבע מכוחה כי שר הביטחון אינו מוסמך לפטור משירות ביטחון תלמידי ישיבה שתורתם אמנותם. אך הכרעה זו, כמו גם פסקי הדין האחרים שניתנו בנושא בשנים האחרונות, הותירה ספקות באשר לתוכנה של הדוקטרינה ובעיקר באשר למעמדה הנורמטיבי: מה דינה של חקיקה אשר במפורש או במשתמע אוצלת לגוף ברשות המבצעת את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים? האם דוקטרינת ההסדרים הראשוניים היא בעלת מעמד חוקתי, במובן זה שהיא אוסרת על הכנסת (או לפחות מגבילה את כוחה) להסמיך גוף אחר לקבוע הסדרים ראשוניים בתחום מסוים? מהו

* מופקד הקתדרה ע"ש לורנס ד. ביל, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה ליואב דותן ולחברי מערכת כתב העת משפטים על הערותיהם החשובות.
1 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

למשל דינו של סעיף 84 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, שבו הוסמך מפקד משטרת המחוז לקבוע באילו מקרים יש לקבל רישיון כתנאי לקיום הפגנה ומהם התנאים שבהם יינתן הרישיון?

בית המשפט טרם הכריע בסוגיה זו באופן ברור.² באחרונה נתברכנו בשני מאמרים מאירי עיניים הבוחנים את הדוקטרינה בחינה ביקורתית – מאמרו של גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים", שהתפרסם בשנה שעברה בכתב העת עיוני משפט,³ ומאמרו של יואב דותן, "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", המתפרסם בחוברת זו של כתב העת משפטים.⁴ כפי שאפשר ללמוד מכתובה קודמת של המחברים, שניהם מבקרים תקיפים של מעורבות שיפוטית רחבה בהכרעות חברתיות: דותן משליך יהבו בעיקר על המינהל הציבורי,⁵ ואילו ספיר מייחס חשיבות רבה לשיג ושיח הפוליטי בכנסת.⁶ עם זאת שניהם שוללים את העמדה שיש להעניק לדוקטרינה הנדונה מעמד חוקתי. לשיטתם, הכנסת אינה מוגבלת בכוחה לאצול לגוף ברשות המבצעת את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים, והדוקטרינה נועדה רק לתחום את הסמכויות של הרשות המינהלית.⁷ אצילת הסמכות היא הכרעת מדיניות שאינה צריכה להיות מסווגת כבלתי מותרת. ספיר סבור שמכוח הדוקטרינה הנדונה רשות מינהלית רשאית לקבוע הסדרים ראשוניים רק אם "הוכחה, למעלה מכל ספק, כוונת האצלה מהמחוקק לרשות המבצעת",⁸ והוא מציע לקבוע שלרשות מינהלית סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים רק אם זו הוענקה לה במפורש על ידי המחוקק (בלשונו, בדרך של "האצלה גלויה", בשונה מ"האצלה נסתרת").⁹ דותן מציע לצמצם את הדוקטרינה אף יותר ולהתיר גם אצילה משתמעת, וכך ההכרעה בדבר סמכותו של גוף ברשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים תתבסס על

- 2 בכמה מקרים ציין בית המשפט במפורש כי הוא נמנע מלהכריע בסוגיה זו. ראו למשל בג"ץ 6061/08 ישראלי נ' משרד החקלאות, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.8.2009); בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25, 58 (2002).
- 3 גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010).
- 4 יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012).
- 5 ראו למשל יואב דותן הנחיות מינהליות (1996); דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 437–440.
- 6 ראו למשל גדעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד 256–261 (2010); ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 30–35.
- 7 בלשונו של ספיר, הדוקטרינה אינה קובעת "חזקה חלוטה". ראו ספיר "הסדרים ראשוניים", שם, בעמ' 13. ובלשונו של דותן, היא אינה קובעת "איסור דלגציה" בעל מעמד חוקתי. ראו דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 443.
- 8 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 13.
- 9 שם, בעמ' 13–15, 30–35.

פירושו של החוק הרלוונטי ועל "איזון כולל של פרמטרים מהותיים כמו חשיבותו הציבורית של הנושא הנדון, ההיקף הענייני של ההסדר המינהלי וכיו"ב".¹⁰ ברשימה קצרה זו אני מבקש להציע עמדה שונה. אני סבור שלדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים מעמד חוקתי, כלומר היא מגבילה את כוחה של הכנסת לאצול סמכויות מסוימות לרשות המבצעת. הסעד בגין הפרתו של הכלל החוקתי הזה הוא אמנם לרוב שלילת הסמכות של הגוף המינהלי לפעול אף אם יש בו, במפורש או במשתמע, הסמכה לרשות המינהלית לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים, אך אין מניעה שבמקרים מתאימים יוכרו גם על בטלות החוק המעניק הסמכה כאמור. הדוקטרינה הזו מעוגנת בחוקה הכתובה של מדינת ישראל (חוקי היסוד) רק ביחס לחלק מן המקרים הבאים בגדרה – אלה שבהם מדובר בפגיעה בזכות חוקתית. במקרים אלה תנאי להכרה בתוקפה של פגיעה בזכות חוקתית הוא לא רק קביעה בחוק המתירה את הפגיעה אלא גם פירוט בחוק של ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים. בהקשרים שבהם אין מדובר בפגיעה בזכות חוקתית, הדוקטרינה אינה נאכפת על ידי בית המשפט ככלל חוקתי (משום שכלל הנראה אינה מעוגנת בחוק יסוד) אלא רק משמשת, במסגרת פרשנות הסמכות של הרשות המינהלית, כאחת התכליות הכלליות שיש לייחס לכל דבר חקיקה. אך גם בהקשרים אלה הדוקטרינה נמנית עם עקרונות היסוד של השיטה, וההימנעות מאכיפה שיפוטית של הציות לה אינה גורעת מן החובה המוטלת על הכנסת לפעול על פיה.

דותן וספיר מציגים טענות שונות שנועדו לבסס את העמדה שהחלת הדרישה שהכנסת תקבע בחקיקה את ההסדרים הראשוניים אינה צפויה להבטיח תוצאות טובות יותר מבחינת הליכי קבלת ההחלטות או מבחינת תוכן של ההכרעות השלטוניות – הגנה טובה יותר על זכויות חוקתיות או קידום האינטרס הציבורי. אני סבור שההכרעה בנכונות של טענות אלה של דותן ושל ספיר תלויה במשתנים רבים שקשה להעריך את עצמתם. בלתי נמנעת כאן התבססות על הערכות אינטואיטיביות באשר לתוצאות הצפויות אם הדוקטרינה תיאכף לעומת אלה הצפויות אם הכנסת תורשה לאצול לרשות המינהלית את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים, למשל להחליט אם לפגוע בזכויות חוקתיות ובאילו תנאים. ההערכה שלי בעניין זה שונה מזו של דותן ושל ספיר, אך עמדתי שיש להכיר במעמד חוקתי של הדוקטרינה מבוססת בעיקר על טיעונים אחרים, לא־תוצאתניים: טיעון אחד מבוסס על הזכות להשתתף בהכרעות חברתיות, והאחר נגזר ממהותה של ההכרה בזכויות חוקתיות.

בתמצית, הטיעון הראשון הוא שלכל אזרח זכות להשתתף, באמצעות נציגיו בבית המחוקקים, בהכרעות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות ובהכרעות חברתיות חשובות. זכות זו (*the right to political participation*), שיש הרואים בה "זכות של כל הזכויות",¹¹ נגזרת מן ההכרה בכבוד האדם. זהו הבסיס העיקרי לקביעה המפורסמת של ג'ון לוק,

10 דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 416–417.

11 JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 232–254 (1999).

שלפיה הסמכות לחוקק אינה כוללת את הסמכות להעניק סמכות חקיקה לגוף אחר.¹² הזכות של כל אזרח להשתתף בהכרעות חברתיות היא בעלת חשיבות אינטרינזית, ומעמדה אינו משתנה לפי ההערכה אם בהקשר נתון יש פרוצדורת הכרעה טובה יותר. נובעת ממנה הכרה בחובה המוטלת על בית הנבחרים להכריע בסוגיות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות ובסוגיות אחרות בעלות חשיבות ציבורית. ה"מנדט" של הכנסת הוא מוגבל, במובן זה שאין הוא כולל סמכות להחליט כי מוסד אחר הוא שיכריע בסוגיות מסוימות. הטיעון השני, המתמקד במקרים של פגיעה בזכות חוקתית, הוא שהכרה בזכות חוקתית משמעה קביעה שאם אין מתגבשת הסכמה של הרוב באשר לשאלה אם מוצדק לפגוע בזכות בנסיבות נתונות, אין לפגוע בזכות. סתירת החזקה שמעשה שלטוני הפוגע בזכות אינו תקף מחייבת הסכמה המוצאת ביטוי בחקיקה באשר לתנאים שבהם מוצדק לפגוע בזכות החוקתית. לכן תנאי הכרחי להכרה בתוקפה של פגיעה בזכות חוקתית הוא קביעה במפורש בחוק של ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים. החזקה כי פגיעה בזכות חוקתית היא בלתי מוצדקת ולכן אסורה היא עצמה בעלת מעמד חוקתי. חקיקה שלפיה מותר לפגוע בזכות בלא לייחד קביעה זו לנסיבות מפורשות כלשהן ובלא לקבוע את ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים, כדוגמת סעיף 84 לפקודת המשטרה שהוזכר לעיל, היא חקיקה המתיימרת לבטל את החזקה האמורה, ולפיכך חורגת מסמכותה של הכנסת כרשות מחוקקת.

לאור זאת אני סבור שראוי לשמר את המוסכמה החוקתית שהתגבשה בשנים האחרונות (כלומר, הפרשנות המקובלת של החוקה כפי שהיא באה לידי ביטוי בהתנהגות של הכנסת ושל גופי השלטון האחרים) אשר מוצאת ביטוי בחקיקה של הכנסת בשנים האחרונות, שניכרת בה הימנעות כמעט מוחלטת מאצילה לרשויות המינהל לקבוע הסדרים ראשוניים. ככל שמדובר באכיפה השיפוטית של חובת הציות לדוקטרינה, זו מוגבלת כאמור למקרים שבהם מדובר בפגיעה בזכות חוקתית, משום שעיגון הדוקטרינה הוא בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹³ ולא בהסדר כללי יותר. משום כך בית המשפט אינו צפוי להכריז על בטלותה של החלטה של הכנסת להסמיך את הממשלה להקצות משאבים בתחום מסוים (ולשם כך אפשר להסתפק אפילו בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה,¹⁴ בדבר סמכויותיה ה"כלליות" או ה"שיוריות" של הממשלה)

12 John Locke, *The Second Treatise of Government*, in TWO TREATISES OF GOVERNMENT 285, § 141 at 381 (Peter Laslett ed., 2nd ed. 1967): "The power of the *Legislative* being derived from the People by a positive voluntary Grant and Institution, can be no other, than what that positive Grant conveyed, which being only to make *Laws*, and not to make *Legislators*, the *Legislative* can have no power to transfer their Authority of making *Laws*, and place it in other hands"

13 ס"ח התשנ"ב, 150.

14 ס"ח התשס"א, 158.

ולהותיר לה לקבוע את אמות המידה להקצאה (אף שכאמור הדבר מפר את הדוקטרינה). אולם בית המשפט אינו צפוי להכיר בחוקיותה של הסמכת הממשלה להחליט אם להחיל אמת מידה שיש בה משום פגיעה בזכות חוקתית, למשל פגיעה בזכות לשוויון, כגון העדפת יישובים שרוב תושביהם יהודים על פני יישובים שרוב תושביהם ערבים בקביעת מפת אזורי עדיפות לאומית.¹⁵ בדומה לכך: בית המשפט לא ימנע מן הכנסת להסמך גוף מינהלי לקבוע את אופן ההקצאה של איברים להשתלה ולא יחייבה לקבוע בחקיקה את אמות המידה שלפיהן תיערך ההקצאה, אך הוא יתערב, בין בדרך של שלילת סמכות המינהל ובין בדרך של פסילת החוק עצמו, אם הכנסת תבקש למשל להסמך את הגוף המינהלי להעניק עדיפות בתור להשתלה לאנשים שהסכימו מראש שלאחר מותם יתרמו איברי גופם להשתלה, היות שככל הנראה יש באמת מידה זו פגיעה בזכות החוקתית לחופש דת.¹⁶ לא תועיל בהקשר זה גם לשון מפורשת בחוק, המתיימרת להסמך את הרשות המינהלית (או גוף אחר) להחליט אם להחיל אמת מידה הפוגעת בזכות חוקתית. סדר הדיון הוא זה: תחילה אדון בשאלת המעמד החוקתי של הדוקטרינה לפי המשפט הקיים (פרק א). לאחר מכן אתייחס להבחנה בין מעמדה של הדוקטרינה כאחד מעקרונות היסוד של השיטה לבין היקפה המוגבל ככלל הנאכף בדרך של ביקורת שיפוטית, וזאת בנוגע למקרים שבהם יש פגיעה בזכות חוקתית (פרק ב). לבסוף אציע כמה הצדקות להענקת מעמד חוקתי לדוקטרינה (פרק ג). כמתחייב ממסגרת שהיא בעיקרה תגובה, הדיון המובא כאן הוא תמציתי למדי ואינו כולל התייחסות להיבטים חשובים הנדונים במאמרים של ספיר ושל דותן, ובהם סקירה היסטורית של התפתחות הדוקטרינה במשפט הישראלי ודיון במעמדה של הדוקטרינה בשיטות משפט אחרות.

א. המעמד החוקתי של הדוקטרינה

הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים קובעת כי תנאי להפעלת סמכויות שלטוניות מסוימות הוא קביעתן על ידי המחוקק. המחוקק אינו רשאי להעביר את סמכות החקיקה שלו לגוף אחר. עליו לקבוע בחקיקה את העקרונות שלפיהם תופעל הסמכות הרלוונטית. כמו עקרונות יסוד אחרים, גם עיקרון זה אינו מוחלט. בנסיבות שבהן קיימת הצדקה לכך, הכנסת רשאית לסטות ממנו. הבחינה אם הסטייה מן הדוקטרינה מוצדקת בנסיבות העניין צריכה להתבסס על מכלול של גורמים, ובהם מהי הסמכות שבה מדובר ("מהות ההסדר,

15 ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערכים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסק

דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 27.2.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב).

16 ראו בעניין זה להלן ה"ש 54 והטקסט שאליו היא גלוית.

השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט");¹⁷ האם הפעולה נועדה "לתכלית שנויה במחלוקת בציבור – תכלית העלולה לעורר זעם ומירמור בקרב חלקים בעם – או שמא זוכה היא להסכמה ציבורית רחבה";¹⁸ באיזו מידה מתקיים בעניין הנושא הנדון החשש מפני הטיה בקביעת ההסדרים הראשוניים על ידי גורמים שונים; מהי מידת הפירוט בחקיקה של ההסדרים הראשוניים; באיזו מידה הגוף שלו אצלה הכנסת את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים הוא גוף "פלורליסטי", שיש בו ייצוג לציבור; מהו האופן שבו נדרש בעל הסמכות לקבוע את ההסדרים הראשוניים, כגון אם הוטל על הסמכות לעגן את ההסדרים הראשוניים בחקיקת משנה; מהם אמצעי הפיקוח שהכנסת הותירה בידיה באשר לתוכנם של ההסדרים הראשוניים שייקבעו על ידי בעל הסמכות ועוד.

אחת הטענות המרכזיות של דותן היא שהדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים אינה מגבילה את כוחה של הכנסת, כלומר אינה בעלת מעמד חוקתי. לשיטתו, גם לאחר פסק הדין בעניין רובינשטיין הכנסת אינה מוגבלת כלל בכוחה לאצול לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. דותן סבור שתחולתה של הדוקטרינה היא רק לעניין הפרשנות של היקף סמכותה של הרשות המינהלית, כלומר אין היא אלא "כלל של פרשנות הסמכות במשפט המינהלי".¹⁹ ספיר נוקט גישה דומה וסבור כי "איסור ההאצלה נהנה כיום בישראל ממעמד של חזקה הניתנת לסתירה [...] [ש]פירושו שאם הוכחה, למעלה מכל ספק, כוונת האצלה מהמחוקק לרשות המבצעת, כִּי־אז החזקה נסתרת וההאצלה תקפה".²⁰ כאמור, במקרים אחדים ציין בית המשפט במפורש כי הוא נמנע מלהכריע בסוגיה זו.²¹ אני מבקש להציע שאפשר לפרש את הפסיקה הקיימת באופן המלמד שלדוקטרינה מעמד חוקתי: הכנסת אינה רשאית לאצול לגוף אחר את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. לכל הפחות אינני סבור שהטיעונים של דותן ושל ספיר כי יש לפרש את הפסיקה הקיימת באופן המלמד שלדוקטרינה הנדונה אין מעמד חוקתי הם משכנעים.

17 עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 15, פס' 37 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. ראו גם בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 47 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 17.3.2009): "הסדר ראשוני [קרי: קביעתו בחקיקה ראשית – ב"מ] יהיה דרוש ככלל, מקום בו מדובר בהסדרת תחום או נושא מהותי (בהבדל מתכלית מצומצמת ונקודתית), כאשר מדובר בפגיעה ממשית בזכויות יסוד [...] וכאשר מדובר בנושא המעורר מחלוקת בציבוריות הישראלית"; בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פס' 47 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010): "שאלת קיומה של הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות בגדרו של דבר החקיקה, תילמד תוך איוון בין התכליות השונות העומדות ביסודו, שבגדרו, יילקחו בחשבון, בין היתר, חשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת, מידת הפגיעה בה ומכלול נסיבות העניין".

18 עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 15, פס' 38 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

19 דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 407.

20 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 13.

21 ראו בעניין זה לעיל ה"ש 2.

דותן וספיר מציעים, כל אחד בנפרד, שלושה נימוקים עיקריים לביסוס עמדתם. נימוק אחד הוא ניסוח הדוקטרינה בפרשת רובינשטיין. ספיר מצטט בהקשר זה את דבריו האלה של הנשיא ברק:

בתקופה [שקדמה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו] הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים [...] היווה, בעיקרו של דבר, כלל של פרשנות. על-פיו, חזקה פרשנית היא כי הסמכת המינהל [...] היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד [...] [בתקופה שלאחר חקיקת חוק היסוד], יש בחוקי היסוד על דבר זכויות האדם כדי לחזק את הכלל הבסיסי. חיזוק זה מתבטא בכך כי החזקה הפרשנית, שלפיה ההנחה הינה שתכליתו של החוק לא הייתה להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מקבלת עוצמה נוספת.²²

מכאן מסיק ספיר כי "העיקרון לא יצא מגדר חזקה הניתנת לסתירה [...]".²³ לעומתו, דותן אינו כה נחרץ, ואף שהוא מצייץ כי "פסק הדין רצוף באמירות שאפשר להסיק מהן התייחסות לכל אחד מן[שני] המובנים" האפשריים של הדוקטרינה, הוא מכיר בכך ש"פסק הדין מכוון – כל כולו, לפחות ברמה ההצהרתית – לקלוט, למסד ולקבע את איסור הדלגציה כחלק ממשפטנו החוקתי הפוזיטיבי".²⁴

אני מסכים עם דותן בעניין זה. פסק הדין של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין מבחין בבירור בין התקופה שקדמה לחקיקת חוק היסוד, שבה היה לדוקטרינה מעמד פרשני בלבד, לבין התקופה שלאחריה, שבה לדוקטרינה מעמד חוקתי. הציטוט שהובא לעיל מפסק הדין, ואשר עליו מסתמך ספיר, עוסק אך ורק במקרה של חוק שנחקק לפני כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן כפוף ל"פסקת שימור הדינים" שבחוק היסוד. אשר לחוק כזה הנשיא ברק מבטא כאן את העמדה שביטא גם במקרים אחרים, ולפיה חקיקת חוק היסוד אמנם אינה פוגעת בתוקפה של חקיקה שקדמה לחוק היסוד אך משפיעה על פרשנותה ולפיכך על המובן שלה.²⁵ אין ללמוד מכאן על תוקפם של חוקים שנחקקו לאחר 25 במרס 1992, מועד כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאינם עולים בקנה אחד עם דוקטרינת ההסדרים הראשוניים. כאמור, הנשיא ברק נמנע מלקבוע במפורש אם לדוקטרינה מעמד חוקתי, וזאת רק משום שהוראת החוק שנדונה שם – סעיף 36 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות

22 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 517–518, 523. הדברים מובאים אצל ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 10.

23 ספיר "הסדרים ראשוניים", שם, בעמ' 11.

24 דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 406–407.

25 למשל, דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653–654 (1995).

ביטחון) – נחקקה לפני כניסתו לתוקף של חוק היסוד. 26 אגב, בספרו "מידתיות במשפט" ברק אינו מותיר ספקות בעניין זה: הוא טוען שם במפורש כי לדוקטרינה מעמד חוקתי, וחוק שמפר אותה אינו חוקתי.²⁷

הטיעון שמציג דותן לתמיכה בעמדתו הוא שבפסקי הדין השונים נמנע בית המשפט מלהכריז על בטלותו של החוק המסמיך את הרשות המינהלית לקבוע הסדרים ראשוניים, והסתפק, במקרים מתאימים, בשלילת התוקף של מעשייה של הרשות המינהלית. דותן מציין שזו הייתה התוצאה בעניין רובינשטיין עצמו וכן בכמה וכמה פסקי דין שיישמו את הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים.²⁸ אני מוצא כמה קשיים בטיעון הזה כבסיס להוכחת הטענה שבמשפט הישראלי אין לדוקטרינה הנדונה מעמד חוקתי. ראשית, כפי שכבר הובהר לעיל, העוגן הפורמלי של הדוקטרינה הוא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך בית המשפט נמנע מליישם את ההיבט החוקתי שלה באשר להוראות חוק שהתקבלו לפני כניסתו לתוקף של חוק היסוד. כך היה כאמור בעניין רובינשטיין עצמו, וכך היה כמעט בכל המקרים שבהם נדונה הטענה להפרת הדוקטרינה. אין ללמוד מכך דבר לעניין תוקפה של חקיקה שאינה מוגנת מכוח פסקת שימור הדינים. שנית, הוראות החוק שנדונו בפסקי הדין השונים אינן כוללות הסמכה מפורשת לרשות המינהלית לקבוע הסדרים ראשוניים. המקרה הטיפוסי הוא של סעיפי הסמכה המנוסחים בלשון כללית. סעיפים כאלה אינם בלתי חוקתיים "על פניהם", שהרי הם יכולים להתפרש כמבטאים הסמכה לקבוע הסדרים משניים בלבד. משום כך אין בהכרח הצדקה להכריז על בטלותם, ואפשר להסתפק בכך שיינתן להם מובן שיבטיח כי לא תנבע מהוראות אלה הפרה של הדוקטרינה הנדונה.²⁹

26 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 522. זהו הנימוק שהובא גם במקרים האחרים שבהם נמנע בית המשפט מלהכריע בעניין זה. ראו למשל עניין קיבוץ שדה נחום, לעיל ה"ש 2, פס' 31 לפסק דינו של השופט אור: "גם בענייננו קודם מועד החקיקה המסמיכה את המינהל [...] למועד חקיקתם של חוקי היסוד, על-כן גם בפסק-דין זה אשאיר את הדיון בשאלת היקף השפעתם של חוקי היסוד על אפשרותה של הכנסת להסמיך רשות מינהלית להסדיר 'הסדרים ראשוניים' בצריך עיון".

27 אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 151 (2010): "הוראה מפורשת בחוק עצמו כי ההסדרים הראשוניים ייקבעו בחקיקת-משנה אינה חוקתית". ראו גם שם, בעמ' 148–149.

28 דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 408–409.

29 הנה כמה דוגמאות לכך: בבג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004) נשלל תוקפה של הוראה בחקיקת משנה שהגבילה את זכותו של אסיר להיפגש עם עורך דינו, מן הטעם ש"עוצמתה של הזכות העלולה להיפגע מן ההגבלות שנקבעו בתקנה 29(ב), ומהות הפגיעה מחייבות הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה הראשית, ואין די בהסמכה הכללית שבסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר [...] חשיבותה של הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית היא בהיותה תוצר של שיג ושיח פרלמנטרי, אשר במהלכו ניתנת הדעת על מכלול השיקולים החוקתיים הצריכים לעניין הספציפי, וכן להסדרים אלטרנטיביים הבאים בחשבון,

שלישית, מבחינה מעשית אין כמעט הבדל בין הקביעה כי הוראת חוק מסוימת בטלה לבין הקביעה שרשות שלטונית אינה רשאית לפעול בעניין מסוים חרף ההסמכה שהכנסת התיימרה להעניק לה. הקביעה שלדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים מעמד חוקתי משמעותה שלכנסת אסור לחוקק חוק שבו היא אוצלת לרשות מינהלית את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בתחום מסוים, או שלכנסת אין כוח להעניק לרשות מינהלית סמכות לפעול בתחום מסוים בלא לקבוע את ההסדרים הראשוניים. המובן הראשון הוא אמנם חזק מעט יותר מן המובן השני, אך מבחינה מעשית ההבדל ביניהם הוא לרוב איננו מהותי. גם המובן השני מבטא כלל חוקתי, פשוט משום שגם במסגרתו כוונת הכנסת או תכלית החוק אינן מעלות ואינן מורידות. גם אם הפרשנות הנכונה של החוק היא שיש בו הסמכה לרשות המינהלית לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים (למשל, משום שכך נאמר במפורש בחוק), אין בכך כדי להועיל, והדין הוא שהרשות המינהלית אינה מוסמכת לפעול בתחום הנדון. דוגמה לכך אפשר ללמוד מן ההכרעה בעניין רובינשטיין: כזכור, בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון נקבע כי שר הביטחון רשאי לפטור אדם משירות ביטחון "אם ראה לעשות כן [...] מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים". יש כאן לשון

ובכך היא נבדלת מהסמכה כללית" (שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות). לא היה מקום להכריז על בטלותו של סעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב–1971 (שממילא מוגן מכוח פסקת שימור הדינים), שכן הוא קובע הוראה כללית, שאפשר לפרשה באופן שתקנה סמכות לקבוע הסדרים משניים בלבד: נקבע שם שהשר מוסמך להתקין תקנות לצורך "כל ענין אחר שפקודה זו מורה שאפשר להתקין לו תקנות וכל ענין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו, שלומם ויעילותם של סוהרים, ניהולם הטוב של בתי סוהר ומשמעתם ומשמורתם הבטוחה של אסירים בתחום בתי סוהר ובשעת עבודתם מחוץ לתחום בתי סוהר". דוגמה אחרת היא בג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פס' ט"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.9.2007), שם קבע בית המשפט כי "האכסניה הראויה" להטלת הגבלות על מימון ציבורי להשתלות איברים בחו"ל היא בחקיקה ולא בחוזר מנכ"ל, אך מכאן לא נבעה המסקנה שיש להכריז על בטלותו של סעיף 11 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994, שכן אין בו הסמכה לקבוע הסדרים ראשוניים. בסעיף זה נקבע כי "שר הבריאות רשאי לקבוע כי שירות בריאות מסוים הכלול בסל שירותי הבריאות יכול שיינתן במדינת חוץ, בהתקיים נסיבות רפואיות מיוחדות, וכן רשאי הוא לקבוע את התנאים והנהלים לכך ואת שיעור ההשתתפות הכספית של המבוטח בעד השירות". הדברים דומים גם באשר לסעיף 36 לחוק שירות ביטחון שהוזכר לעיל ובאשר לקביעה בעניין מנאע, לעיל ה"ש 17, כי סעיפים 4 ו-5 לפקודת המסים (גביה), התשל"ג–1973, ס"ח 679, אינם מסמיכים את רשויות הגבייה לגבות חובות מס וביטוח לאומי באמצעות עיכוב החייב במחסום דרכים ועיקול רכבו של חייב שאינו משלם את חובו על אתר. לבסוף, בעניין קריתי, לעיל ה"ש 17, לא הורה בית המשפט על בטלותה של פעילות שלטונית אלא דחה את העתירה להורות לממשלה להסדיר בחקיקת משנה הפעלה של שירותי רפואה פרטיים (שר"פ) בבתי החולים הציבוריים, בין היתר מכוח הקביעה שהדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים מחייבת להסדיר זאת בחקיקה. ממילא לא נדרש כאן לפסול תוקפו של חוק כלשהו.

מפורשת, או לפחות כמעט מפורשת, המסמיכה את השר להעניק פטור מחמת טעמים שימצא לנכון. הקביעה כי יש לייחס להוראה זו מובן השולל מן השר סמכות להעניק פטור מחמת לימודים בישיבה שקולה כנגד הקביעה כי היומרה של הכנסת להעניק לשר שיקול דעת רחב ובלתי מוגבל למעשה בטלה.³⁰ לאור זאת אני סבור שאין ללמוד מן הפסיקה הקיימת כי לדוקטרינה הנדונה אין מעמד חוקתי.

טיעון נוסף שמציע דותן הוא העובדה שבית המשפט נמנע לא אחת מלאכוף את הדוקטרינה האמורה.³¹ אך גם טיעון זה אינו נראה לי נקי מספקות. ראשית, במקרים מסוימים בית המשפט נהג כך מכוח החלטת גרסה מסוימת של הכלל בדבר "בטלות יחסית" או "בטלות מושגית". כך היה למשל בעניין ההגבלות בתחום של מימון ציבורי להשתלת איברים בחוץ לארץ.³² שנית, יש לזכור כי בדומה לדוקטרינות חוקתיות אחרות גם הדוקטרינה הנדונה אינה מוחלטת: הכנסת רשאית לסטות מן האיסור לאצול את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים (במינוח המקובל, הכנסת רשאית "לפגוע" בכלל החוקתי) אם קיימת לכך הצדקה בנסיבות העניין ("פסקת הגבלה שיפוטית").³³ נכונותו של בית המשפט להתיר "פגיעה" בכלל במקרים מסוימים אינה שוללת את ההכרה

30 כידוע, דרך דומה ננקטת לעתים גם בהקשרים אחרים. דוגמה מובהקת לכך היא אכיפת האיסור על מתן תוקף למפרע לחקיקה הפוגעת המטילה סנקציות פליליות. גם בתחום זה הסתפק בית המשפט עד כה במה שמוצג כפרשנות הוראות הדין באופן שייחוס להן מובן של הימנעות מהחלה למפרע כאמור תחת הכרזה מפורשת על בטלות הוראות אלה, בהתבסס על ההנחה שהתוצאה ממילא זהה. ראו למשל בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, פס' 27–28 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (2004): "חבריי סוברים, כל אחד מהם בדרכו ובסיגנונו, כי הוראת הרטרואקטיוויות שבסעיף 20 לחוק ההסדרים – הוראה בטלה היא מעיקרה [...] לפירוש המבקש לפצל בין סוגים שונים של בעלי זכויות [...] תוך צמצום תחולתו של סעיף 20 רק למי שלא הסתמכו על הוראת תיקון 5 שלחוק ההלוואות, אין לדעת חבריי 'עיגון מינימאלי בטקסט', ומהווה הוא לגירסתם [...] הלכה למעשה, שינוי של לשון החוק [...] (ה)חורגת מגבולותיה הלגיטימיים של הפעילות הפרשנית [...]". כשאני לעצמי, תמיהה גדולה אחזה בי, ושאלתי עצמי מהי אותה 'תאמת-מחוקק שאחזה בחבריי כך לפתע, שמא ייאמר עלינו, חלילה, כי פרצנו גדר ועברנו את גבולות האפשר והמותר' [...] והרי בפעילות מעין-זו של 'מחוקק' עוסקים אנו מפקידה לפקידה".

31 דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 409–410.

32 עניין פלונית, לעיל ה"ש 29, שם נקבע כי אף ש"האכסניה הראויה" להסדרת הסוגיה היא בחקיקה, הרי משיקולים של "תקנת הציבור" אין מקום לפסול את חוזר המנכ"ל שהסדיר את העניין. ראו גם, בהקשר דומה, בג"ץ 5785/03 גרבאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2003). בעניין קריתי, לעיל ה"ש 17, ציין בית המשפט כי במקרים מתאימים אפשר להסדיר תחום מסוים באופן זמני בתקנות, ש"לאורן יוכל להיבחן ההסדר, כאמצעי מטרים להסדרתו בחקיקה ראשית, על הצד הטוב ביותר". ראו שם, פס' 48 לפסק דינה של השופטת ברלינר.

33 למשל, ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003). לדיון ראו למשל ברק, לעיל ה"ש 27, בעמ' 173–191.

בתוקפה של ההגבלה עצמה.³⁴ שלישית, העובדה שבמקרים מסוימים בית המשפט אכן נמנע, באופן שקשה להצדיקו, מלאכוף את הדוקטרינה, אינה מלמדת דבר לעניין המעמד החוקתי של הדוקטרינה. מדובר במקרים שבהם לא אכף בית המשפט את הדוקטרינה גם כאמצעי פרשני של המשפט המינהלי, וכשם שאין ללמוד ממקרים אלה שהדוקטרינה אינה חלק מן המשפט הקיים בהקשר זה, כך גם באשר למעמדה החוקתי.³⁵ לסיכום עניין זה: אני סבור שאין מניעה לפרש את הפסיקה שניתנה בנושא בשנים האחרונות כמבטאת את התפיסה שדוקטרינת ההסדרים הראשוניים היא בעלת מעמד חוקתי, במובן זה שהיא מגבילה את כוחה של הכנסת. בית המשפט אמנם טרם פסל במפורש חוק של הכנסת על סמך הדוקטרינה הנדונה, אך זאת בין משום שלא היה בכך

34 כדוגמה לכך אפשר לציין את דג"ץ 6127/00 המפקחת על הביטוח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(4) 937 (2004), שם נקבע כי אין פגם בהסמכה הגורפת שניתנה למפקח על הביטוח מכוח סעיף 18 לחוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981, "לקבוע תנאים והגבלות" ברישיון מבטח "ולשנות תנאים והגבלות שנקבעו בו", זאת בשל הצורך להקנות למפקח על הביטוח "את הסמכות לקיים פיקוח אפקטיבי על התנהלותו של ענף הביטוח ולהגן על ציבור הצרכנים". ראו שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט אור.

35 דוגמה למקרה שקשה להסבירו היא בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997), שם הוכרה סמכותו של המפקח על התעבורה לחסום כבישים לתנועה בשבת מטעמים שאינם "תחבורתיים" אלא מטעם של הגנה על רגשותיהם של אנשים דתיים, אף שההסמכה בחוק היא כללית מאוד ואינה כוללת הסמכה לחסום כבישים לתנועה מטעם זה (סעיף 170) לפקודת התעבורה [נוסח חדש]). הנשיא ברק קבע שם כך: "השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם המשטר המשפטי הקיים, המעניק למפקח על התעבורה את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בעניין תנועה – לרבות סגירת רחובות בשבת בשל שיקולים שברת – הוא בלתי חוקי בשל כך שההסדרים הראשוניים אינם מעוגנים בחקיקה הראשית. על שאלה זו התשובה היא בשלילה [...] פקודת התעבורה [נוסח חדש] הסמיכה את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים. אין זה רצוי. אך זה חוקי. דין זה נשמר גם אחרי כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. התרופה היא בידי המחוקק. בכל הנוגע לנו, עלינו לפרש את הדין הקיים, על יסוד ההנחה, כי המפקח על התעבורה הוא בעל סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בכל הנוגע לסגירת רחובות מטעמים שברת. זאת עשיתי". ראו שם, פס' 98 לפסק דינו של הנשיא ברק. קביעה זו מסבירה מדוע אין בית המשפט מוסמך לפסול את החוק – פסקת שימור הדינים – אף אם הוא מעניק למפקח את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים, אך אין בפסק הדין הסבר מהו הבסיס לפרשנות כי בסמכותו של המפקח לקבוע הסדרים ראשוניים. סעיף 170) לפקודה מסמיך את השר לקבוע תקנות בדבר "הסדר התעבורה וקביעת כללים לשימוש בדרכים בשביל כלי רכב, הולכי רגל ואחרים, לרבות לעניין צמצום זיהום האוויר [...]". ותקנה 17 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, שהתקנה מכוח סמכות זו, מסמיכה את המפקח על התעבורה "לקבוע הסדר תנועה", המוגדר, בתקנה 1, כ"תמרוור וכל סימן או אות, או התקן בנוי, סלול או מוצב כדין בדרך או מופעל בה [...]". קשה להבין מהו הבסיס לקביעה שיש לפרש את ההוראות הכלליות מאוד הללו כהסמכה לקבוע הסדרים ראשוניים בהקשר של חסימת כבישים לתנועה לשם הגנה על רגשות דתיים. עם זאת, כאמור בטקסט, אני סבור שאין ללמוד מכאן דבר לעניין המעמד החוקתי של הדוקטרינה.

צורך והיה אפשר להגיע לתוצאה זהה בדרך של פרשנות החוק באופן שלא תנבע ממנו הסמכת הרשות המינהלית לקבוע הסדרים ראשוניים, ובין משום שהחוק שנדון חסה בגדר פסקת שימור הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאמור לעיל, עיון בחקיקת הכנסת של השנים האחרונות מלמד שהכנסת רואה עצמה מחויבת לדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים. החקיקה של השנים האחרונות מאופיינת בביורור בקביעתם של הסדרים ראשוניים בהימנעה מאצילה גורפת של סמכות לרשות המינהלית, ובוודאי מהסמכה מפורשת לקבוע הסדרים ראשוניים.

ב. אכיפה שיפוטית מוגבלת של הדוקטרינה: איסור על אצילת הסמכות להחליט על פגיעה בזכויות חוקתיות

הסוגיה העיקרית שבה עוסקים הן דותן והן ספיר היא השאלה אם יש מקום לדוקטרינה החוקתית בדבר הסדרים ראשוניים שהמענה לה משפיע כמובן על הקביעה כיצד יש לפרש את החוקה שלנו. בעיקרו של דבר, הם מציעים שלושה סוגים של טיעונים: ראשית, קיימים קשיים מעשיים ניכרים ליישם את הדוקטרינה; שנית, אין לדוקטרינה עיגון נאות בחוקי היסוד; שלישית, אין זה רצוי למנוע מן הכנסת לאצול למינהל את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים על יסוד שיקולי מדיניות שונים. בשורות הבאות אתייחס לטיעונים הללו. בתמצית, אני סבור ששני הטיעונים הראשונים הם משכנעים, אך יש להם מענה טוב, בדרך של תיחום האכיפה השיפוטית של הדוקטרינה למקרים שבהם מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות. לעומת זאת אינני סבור שסוג הטיעונים השלישי מוצדק, שכן יש טעמים טובים להחלת הדוקטרינה.

הפסיקה שעסקה בדוקטרינה אימצה את המינוח שטבע הנס קלינגהופר בדבר הבחנה בין הסדרים "ראשוניים" לבין הסדרים "משניים". אך דומני שמינוח זה אינו משקף במדויק את התפתחות הדוקטרינה בפסיקה בישראל, וההבחנה המוחלטת למעשה היא בין הסדרים שהחלתם פוגעת בזכויות חוקתיות לבין הסדרים שאינם גורמים פגיעה שכזו. כאמור, השימוש בביטוי "הסדרים ראשוניים" בפסיקה מקורו בדבריו של קלינגהופר: "[...] במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שאורגני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק".³⁶ לפי הגדרה זו, ההבחנה היא בין עקרונות היסוד להפעלת הסמכות לבין הסדרים שנועדו ליישם את העקרונות הללו.³⁷ הסדרים ראשוניים הם

36 יצחק הנס קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" הד-המשפט 202, 203 (1957); פורסם שנית בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 105, 108 (יצחק זמיר עורך, 1993).

37 למשל, בלשונו של השופט Rhenquist, בדברים שצוטטו גם בעניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק: "[...] Congress [should] lay down the general policy and standards

שקובעים את ההכרעות העיקריות ("המדיניות הכללית") באשר להפעלת הסמכות, שבעניינן מסור שיקול דעת רחב, ואילו הסדרים משניים מיישמים את ההכרעות הללו, ולפיכך היקף שיקול הדעת בקביעתן הוא מצומצם. בלשונו של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין, "[...] הסדר ראשוני קיים מקום שמתוך החוק עצמו – על-פי פרשנותו בדרכי הפרשנות המקובלות – ניתן להסיק את המיתחם שבגדריו פועלת הרשות המבצעת, ואת הכיוון, העיקרים או התכלית שאמורים להנחות את הרשות המבצעת בפעולתה".³⁸

כמפורט בהמשך, אני סבור שיש טעמים טובים להכיר בדוקטרינה זו, בהגדרתה הרחבה שתוארה לעיל, כאחד מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. עם זאת אני מסכים עם דותן שקיימים קשיים ניכרים לאכוף את הדוקטרינה כאשר היא מוגדרת בדרך זו. בין היתר אין זה ברור מהי מידת הפירוט של העקרונות להפעלת הסמכות השלטונית הנכללת בגדר ההסדרים הראשוניים, ואין זה ברור כיצד יש להתייחס לשימוש בהוראות כלליות בחקיקה ("מושגי שסתום"), שמנחות את הרשות המינהלית הנחיה כללית באשר לאופן הפעלת הסמכות.³⁹ על זה נוסף קושי מעשי: היקף הפעילות של המינהל הציבורי הוא עצום, ואין אפשרות מעשית לקבוע בחקיקה את מכלול ההסדרים הראשוניים הנחוצים להפעלת סמכויות אלה אם מבקשים להבטיח רמה סבירה של פירוט ההסדרים הראשוניים. בלשונו של דותן: "[...] לבתי המחוקקים אין יכולת, ברמה הטכנית והמעשית, להסדיר באמצעות חקיקה את הכמות העצומה של תהליכי קבלת ההחלטות במינהל הציבורי [...] הרשות המחוקקת היא, בפשטות, קטנה מדי מכדי שתוכל לעשות רגולציה אפקטיבית – באמצעות האמצעי הפורמאליסטי והמסורבל של חקיקת חוקים – של כל מגוון הפעילות העצום של המינהל הציבורי".⁴⁰ דוגמה אחרת היא בתחום המחדלים: גם החלטה שלטונית שלא לפעול בתחום מסוים (כגון שלא לספק מימון ציבורי למוצר או לשירות כלשהו) יכולה להיות בעלת חשיבות ציבורית רבה, ולפי גישה מסוימת אף עלולה להיחשב פגיעה בזכויות חוקתיות.⁴¹ אפשר שהחלת הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים – ולמעשה אפילו החלת דרישת הסמכות – על מקרים מסוג זה תהיה בלתי ניתנת ליישום. הבעיה כאן אינה החשש מפני הצפת בית המשפט בעתירות לבירור החוקיות של מחדלים מסוג זה אלא היעדר האפשרות המעשית להסדיר מחדלים מסוג זה בחקיקה.

that animate the law, leaving the agency to refine those standards, 'fill in the blanks' or apply the standards to particular cases", *Industrial Union Dept. v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 675 (1980).

38 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק.

39 ראו בהקשר זה דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 445.

40 שם, בעמ' 429.

41 לדיון ראו למשל יואב דותן וברק מדינה "חוקיות הפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287 (2007).

לבסוף, קיימת גם בעיה למצוא בחוקי היסוד עיגון חוקתי נאות לדוקטרינה במובנה הרחב. אם הדוקטרינה מבוססת על ההבחנה בין הסדרים ראשוניים לבין הסדרים משניים, קשה לבסס את ההכרה בה ככלל חוקתי על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דותן מציין בהקשר זה כי "[...] כלל ההסדרים הראשוניים הוא כלל עצמאי, שהיקפו משתרע הרבה מעבר לנושאים הנוגעים לפגיעה בחירויות הפרט [...] אכן [...] למידת הפגיעה של הסדר מינהלי נתון בחירויות הפרט עשויה להיות השלכה קריטית על סיווגו כ'הסדר ראשוני'. אך כאמור השימוש בכלל ההסדרים הראשוניים בפסיקה לא היה מותנה בפגיעה בחירויות הפרט".⁴² כידוע, בית המשפט נמנע עד כה מלהכיר בכללים חוקתיים בהסתמך על סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת⁴³ ("הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה" או סעיף 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949, שלפיו "לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'") או על סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה ("הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה"),⁴⁴ והוא נמנע מכך גם בהקשר הנוכחי. כאמור, בית המשפט העדיף להסתמך בהקשר זה על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך לא כל הפעלת סמכות שלטונית כרוכה בפגיעה

42 דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 413. ראו גם ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 22-23.

43 ס"ח התשי"ח, 69.

44 הדוגמה הידועה היא פסק הדין בעניין הקמת בית סוהר בניהול פרטי בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים (ע"ר) נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009), שם בחר בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית (ומכוחה להכריז על בטלות החוק) על סמך הקביעה שההפרטה גורמת פגיעה בזכויות לחירות ולכבוד האדם של האסירים (המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ונמנע במפורש מלהסתמך על סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה. הנשיאה ביניש ציינה בהקשר זה כך: "[...] נראה כי [...] סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי 'הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה', הוא סעיף הצהרתי בעיקרו, שנועד לקבוע באופן עקרוני את תפקידיה של הממשלה בשיטת המשטר בישראל. משכך ישנו קושי לבסס עליו טענות כנגד חוקתיות הפרטתם של שירותים ממשלתיים שונים. מקורו של הקושי האמור הוא בכך שסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה אינו קובע מפורשות תפקידים או תחומי פעילות פרטניים, שהאחריות לביצועם היא אחריות בלעדית של הממשלה. יחד עם זאת, ועל אף הקושי הנזכר – ובמיוחד בהתחשב בתפיסתנו בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי – אנו נוטים לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות, אותן הממשלה כרשות המבצעת של המדינה חייבת לבצע בעצמה ואסור לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים [...] כמובן, שקבלת פרשנות מעין זו תחייב לשרטט באופן ברור את גבולותיו של אותו 'גרעין קשה'; שכן ניתן להניח כי אין מניעה חוקתית מפני הפרטת חלק מכריע מהשירותים שמספקת המדינה, ועניין זה מצוי בעיקרו במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת [...] זאת ועוד, העדרה של פסקת הגבלה מפורשת בחוק-יסוד: הממשלה מעורר את השאלה כיצד יש לבחון את חוקתיותה של הוראת חקיקה 'רגילה', שנטען כי היא מנוגדת להוראה בחוק-יסוד: הממשלה". ראו שם, פס' 63 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות ופס' 17 לפסק דינו של השופט לוי.

בזכויות חוקתיות, כלומר בזכויות המוגנות מכוח חוק יסוד זה. בהתחשב בעמדה שלפיה כוחה של הכנסת מוגבל רק מכוח הוראות שבחוקי היסוד, קיים קושי להכיר בדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים ככלל חוקתי הניתן לאכיפה על הכנסת בדרך של ביקורת שיפוטית.

אני סבור שהקשיים הללו מצדיקים תחימה של תחולת הדוקטרינה ככלל חוקתי הנאכף בדרך של ביקורת שיפוטית, באמצעות הקביעה שהאיסור על אצילתה של סמכות הכנסת לקבוע הסדרים ראשוניים ייאכף רק באשר להפעלת סמכויות שיש בהן משום פגיעה בזכויות חוקתיות (וכן באשר למקרים שבהם נוצר "מנהג חוקתי" המחייב זאת).⁴⁵ הנשיא ברק ביטא עמדה ברוח זו בפסק דינו בעניין רובינשטיין, בצינו כי "[...] הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע, מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט".⁴⁶ כזכור, הנשיא ברק מוצא עיגון לכלל החוקתי הזה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואף מכאן אפשר ללמוד על הזיקה שבין הסדר ראשוני לבין פגיעה בזכות חוקתית.⁴⁷ עם זאת גישתו של הנשיא ברק בהקשר זה אינה חד-משמעית: מצד אחד הדגיש כי מתן הפטור מצה"ל לתלמידי ישיבות פוגע בזכות לשוויון, שכן הפטור "[...] גורם להפליה קשה ולתחושת קיפוח עמוקה",⁴⁸ ומכאן אפשר ללמוד שהדרישה להסדרה בחוק של הענקת הפטור מבוססת על ההכרה שיש בו משום פגיעה בזכות חוקתית (כפי שאכן נקבע במפורש בפסק הדין שדן בחוק שנחקק בעקבות זאת).⁴⁹ מצד אחר ציין הנשיא ברק כי מה שמייחד את הנושא הנדון, ומצדיק את החלת הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים בעניינו הוא שהנושא "[...] מעורר שאלות עקרוניות, חברתיות וצבאיות סבוכות [...]

45 דוגמה עיקרית לכך היא באשר לצורך בהחלטה – ולעתים אף בחוק – של הכנסת כתנאי להתקשרות המדינה באמנות בין-לאומיות הכרוכות בהעברת שטחים שברביבונות המדינה או בהחזקתה לריבונות זרה. ראו בעניין זה בג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(1) 37, 42 (1992); בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 466, 470–472 (2001). לדיון ראו למשל אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כך ב: רשויות השלטון ואזרחות 918–921 (מהדורה שישית, 2005); ברק מדינה ויובל שני "חלוקת סמכויות בהליך כריתת אמנות: עקרונות יסוד" הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל: ניתוח ביקורתי והצעה לרפורמה 5 (משה הירש עורך, 2009).

46 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 513.

47 ברק מציין בספרו בהקשר זה: "חוק האוצל למחוקק-המשנה או למבצע הוראות מינהל סמכות או שיקול דעת להגביל זכות אדם חוקתית – ולעניין זה לא צריכה להיות חשיבות למהותה של הזכות, לחשיבותה ולמידת הפגיעה בה – בלא לקבוע את ההסדרים הראשוניים באשר לתוכן ההגבלה, אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה". ראו ברק, לעיל ה"ש 27, בעמ' 148–149.

48 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 527.

49 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

בשאלה לאומית נוקבת זו צריכה להכריע הכנסת.⁵⁰ אין זה ברור אפוא אם ההחלטה היא שבהיעדר קביעת עיקרי הפטור בחקיקה ההסדר אינו חוקי משום שהפטור פוגע בזכות החוקתית לשוויון או משום שהענקת הפטור מעוררת "שאלה לאומית נוקבת". דותן וספיר סבורים שתחולתה של הדוקטרינה אינה מוגבלת לפעולות שלטוניות שיש בהן משום פגיעה בזכויות חוקתיות, ונראה שעיקר ביקורתם מכוון להרחבה זו של הדוקטרינה.⁵¹ אמנם בפסיקה יש לא מעט אמירות שמהן נובעת החלה רחבה של הדוקטרינה, שאינה מוגבלת להכרה בקיומה של פגיעה בזכות חוקתית,⁵² אך בחינה מקרוב של המקרים שבהם יושמה הדוקטרינה ונקבע מכוחה כי הרשות המינהלית אינה רשאית להפעיל סמכויות מסוימות, מלמדת שמדובר במקרים שבהם המעשה השלטוני מבטא פגיעה בזכות חוקתית.

אני סבור אפוא שתוכנה של הדוקטרינה ככלל חוקתי הנאכף בדרך של ביקורת שיפוטית מוגבל, או לכל הפחות ראוי שיהיה מוגבל, למקרים שבהם מדובר בפגיעה בזכות חוקתית. יש לשים לב שהפעלת כוח שלטוני עלולה לפגוע בזכויות חוקתיות, ולכן הפעלתה טעונה קביעה של הסדרים ראשוניים בחקיקה, בשתי דרכים עיקריות: האחת, הפעלת הכוח השלטוני מגבילה את חירותו של הפרט לפעול בתחום ה"מכוסה" מכוח זכות חוקתית; השנייה, אופן ההפעלה של הסמכות השלטונית (למשל, הקצאת משאב כלשהו) פוגע בזכות חוקתית (למשל מופעלת אמת מידה הפוגעת בזכות לשוויון). האפיק הראשון הוא פשוט למדי: תנאי להפעלת הכוח השלטוני הוא קביעה של המחוקק כי מוצדק לעשות כן בתנאים מסוימים תוך פירוט ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים. באפיק השני הפעלת הכוח השלטוני אינה פוגעת בהכרח בזכות חוקתית, ולפיכך היא אינה כפופה לדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים (לפחות לא ככלל חוקתי הנאכף בדרך של ביקורת שיפוטית). הדוקטרינה באה לידי ביטוי כאמור רק אם הכנסת מבקשת להסמיך את הרשות המינהלית להחליט אם להפעיל את סמכותה בדרך הפוגעת בזכות חוקתית. הנה כמה דוגמאות לכך.

דוגמה אחת כבר הוזכרה לעיל – קביעת עדיפות בתור להשתלת איברים. הפעלת הסמכות השלטונית בהקשר זה אינה פוגעת בהכרח בזכויות חוקתיות. למשל, אם אמת המידה המוחלת היא על פי מידת הדחיפות של הצורך בהשתלה (כגון העדפת החולה שהסיכון לחייו הוא הגבוה ביותר אם האיבר לא יושתל בגופו), אין בכך פגיעה בזכות חוקתית של איש מן הזקוקים להשתלה.⁵³ משום כך אף שבאופן עקרוני מוטלת על

50 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 528.

51 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 22–23; דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 413.

52 ראו ההפניות לכך אצל ספיר ואצל דותן, שם.

53 לדיון בסוגיה אם יש לראות בכך משום פגיעה בזכות חוקתית ראו להלן, הטקסט שאליו נלווית ה"ש 59.

הכנסת החובה לקבוע את אמות המידה לקביעת העדיפות בתור להשתלת איברים, בית המשפט אינו צפוי לשלול את תוקפה של הסמכה, מפורשת או משתמעת, מאת הכנסת לרשות השלטונית הרלוונטית להחיל את אמת המידה האמורה. לעומת זאת החלתה של אמת מידה המתחשבת בגילם של המועמדים להשתלה (כגון העדפת חולים צעירים) או בנכונותם של החולה או משפחתו שלאחר מותם ייקצרו איבריהם להשתלה היא פגיעה בזכות חוקתית (במקרה הראשון פגיעה בזכות לשוויון על יסוד גיל, ובשני ככל הנראה פגיעה בחופש הדת). משום כך הסמכה בחוק להחיל אמות מידה מסוג זה היא תנאי הכרחי (אף שכמובן לא תנאי מספיק) להכרה בתוקפה של מדיניות המבוססת עליה.⁵⁴ ההבחנה הרלוונטית כאן אינה רק בין הסדרים ראשוניים למשניים: גם קביעת התור לפי מידת הדחיפות של ההשתלה היא הסדר ראשוני, שהרי היא קובעת את עקרון היסוד שלפיו מופעלת הסמכות. לעניין הביקורת השיפוטית נחוץ תחילה להבחין בין החלת אמות מידה הפוגעות בזכות חוקתית לבין כאלה שאינן פוגעות בה, ורק באשר לראשונות נדרשת קביעת ההסדרים הראשוניים בחקיקה.⁵⁵ דוגמה שנייה שמביא דותן היא של הפלות.⁵⁶ לפי הגישה המקובלת, איסור לבצע הפלה פוגע בזכות חוקתית.⁵⁷ משום כך תוקפו של איסור כזה מותנה בקביעתו בחקיקה.

54 לפי ההסדר שנקבע בהקשר זה בסעיף 9(ב)(4) לחוק השתלת אברים, התשס"ח–2008, ועדת היגוי למרכז השתלות, שממנה שר הבריאות, הוסמכה "לקבוע הנחיות לעניין הקצאה של אברים [...] ובלבד שבעת הקצאת אברים כאמור יובאו בחשבון, בין השאר, שיקולים אלה: (א) הסכמת אדם, בחייו, לנטילת אבר לאחר מותו כאמור בסעיף 28, אם הוא או בן משפחתו מדרגה ראשונה זקוקים להשתלת אבר; (ב) תרומת אבר שניטל מאדם לפי חוק האנטומיה והפתולוגיה, אם בן משפחתו מדרגה ראשונה זקוק להשתלת אבר; (ג) תרומת אבר שניטל מאדם בחייו, שלא לנתרם מסוים, אם אותו אדם או בן משפחתו מדרגה ראשונה זקוקים להשתלת אבר". לדיון בסוגיות קרובות בטרם הוסדר העניין בחוק ראו למשל ע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 1 (1986); עניין פלונית, לעיל ה"ש 29.

55 דוגמה דומה שמזכיר דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 430–431, היא הלוואות ציבוריות לדיור. מכוח חוק הלוואות לדיור, התשנ"ב–1992, לרשות המינהלית שיקול דעת רחב מאוד לקבוע את אמות המידה להענקת הלוואות לדיור (ולקבוע בהקשר זה גם את "ההסדרים הראשוניים") כל עוד אמות המידה שלפיהן נקבעת הזכאות להלוואה אינן פוגעות בזכות חוקתית. זה המצב למשל באשר לקביעת זכאות לפי נזקקות. לעומת זאת אמת מידה המבוססת על מאפיין "חשוד", בין ישירות (כגון גיל) ובין בעקיפין (כגון שירות צבאי, כאשר יש מתאם גבוה מספיק בין אמת המידה הזו לבין אמת המידה ה"חשודה" בדבר לאום), נדרשת לשם כך הסמכה בחוק. הדרישה היא שהמחוקק יתיר לרשות המינהלית (בין במפורש ובין במשתמע) לפגוע כך בזכויות חוקתיות. עם זאת יש לציין כי בית המשפט דחה, באופן לקוני, טענה ברוח זו: בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 13.12.2006).

56 דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 402–403.

בהקשר זה אין די בהסמכתו של המחוקק גוף כלשהו לקבוע אם להטיל איסור לבצע הפלות, ואם כן – באילו תנאים להתיר לבצע הפלה. על המחוקק לקבוע בעצמו אם מוצדק לפגוע בזכות החוקתית של האישה שלא להמשיך בהיריון, ואם הוא נמנע מלעשות כן, אין כאן הסמכה מספקת לפגוע בזכות.⁵⁸ אם נקבע בחוק שאסור לבצע הפלה אלא אם התקבל היתר מאת גוף מינהלי כלשהו, בית המשפט אינו צפוי לאסור על הגוף האמור לקבוע אמות מידה מסוימות למתן ההיתר ככל שאין בהן משום פגיעה בזכות החוקתית שהיא נפרדת מן הפגיעה הנובעת מן האיסור שבחוק. לעומת זאת הגוף המינהלי אינו רשאי לקבוע אמות מידה הפוגעות בזכות חוקתית, ותידרש קביעה שלהן בחקיקה תוך פירוט ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים.

דוגמה שלישית היא לעניין פטור משירות בצה"ל. מתן סמכות כללית לשר להעניק פטור משירות בצה"ל אינה מונעת מן השר לקבוע אמות מידה למתן הפטור שאין בהן משום פגיעה בזכויות חוקתיות, למשל פטור מטעמים רפואיים או נסיבות אישיות מיוחדות. אך אין בהסמכה כללית כזו די כדי להסמיך את השר להעניק פטור על יסוד אמות מידה שיש בהן פגיעה בזכויות חוקתיות, אף אם נאמר בחוק במפורש כי השר רשאי להעניק פטור על יסוד כל אמת מידה שהיא, אפילו אם יש בה משום פגיעה בזכות חוקתית.

לפני סיום הדיון בסוגיה זו אני מבקש להוסיף שתי הערות: ראשית, הגישה המוצעת כאן תוביל לצמצום היקפה של הדוקטרינה הנאכפת בדרך של ביקורת שיפוטית רק אם תיושם גישה מצמצמת כלפי השאלה אילו מעשים גורמים פגיעה בזכות חוקתית. לפי הגישה המקובלת בפסיקה בישראל, כל הגבלה (ובלבד שאינה "עניין של מה בכך") של חופש הפעולה של הפרט או גריעה מאינטרס שלו הנכלל בגדר הזכות צריכה להיות מוכרת כ"פגיעה" בזכות החוקתית. הגורם היחיד המובא בחשבון לשם הכרעה אם מעשה שלטוני כלשהו "פוגע" בזכות חוקתית הוא ההכרעה אם נגרע דבר מה מן האינטרס המוגן מכוח הזכות.⁵⁹ אך תיתכן גם גישה שונה, שלפיה חשובה לא רק התוצאה של המעשה השלטוני אלא גם האופן שבו נגרמה התוצאה.⁶⁰ במינוח המקובל בעקבות קאנט

57 זו למשל הגישה המקובלת בארצות הברית, מכוח הקביעה כי איסור על הפלה פוגע בזכות לפרטיות. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). ראו, למשל, Laurie Shrage, Abortion and Social Responsibility: Depolarizing the Debate (2003).

58 דוגמה רומה היא ההסדר שנקבע בסעיף 84 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, בנוגע לרישוי הפגנות, שכבר הוזכר לעיל, שם הסמיך המחוקק קציני משטרה לקבוע אם תוחל בכלל דרישה לקבלת רישיון להפגין. אני סבור שהוראה זו מפרה את הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים. ראו ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" חוקים ב 197, 206–208 (2010).

59 ביטוי מובהק לכך אפשר למצוא בגישתו של אהרן ברק. ראו למשל ברק, לעיל ה"ש 27, בעמ' 135–140.

60 למשל, F.M. Kamm, Intricate Ethics: Rights, Responsibilities, and Permissible Harm 28–29 (2007); Adil Ahmad Haque, *Torture, Terror, and the Inversion of Moral*

הזכות החוקתית לכבוד היא ביטוי לאילוף האוסר על התייחסות אל אדם כאל "אמצעי בלבד" להשגת תכליות נלוות חיצוניות.⁶¹ במילים אחרות, ההכרעה במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית אינה כוללת בהכרח רק מרכיב אחד – התוצאתי (האם נגרע דבר מה מן האינטרס המוגן) – אלא מרכיב נוסף, שעניינו ההערכה אם האופן שבו פעל השלטון (או נמנע מלפעול) מבטא הפרה של אילוף דאונטולוגי. דוגמה לכך היא הגישה שהציגו חלק מן השופטים באשר לחוקיותו של איסור על שידור בטלוויזיה של תשדיר פרסומת בנושא פוליטי, ולפיה אין בכך כלל פגיעה בחופש הביטוי.⁶² כפי שפירטתי במקום אחר, אני סבור שיש טעמים טובים לתמיכה ביישום הגישה האחרונה.⁶³ על טעמים אלה אפשר להוסיף את זה שהוזכר לעיל – החלתה של גישה זו בהקשר הנוכחי מאפשרת להתמודד עם הקשיים המעשיים הנובעים מהחלה רחבה יותר של הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים.

שנית, הגישה המוצעת כאן מאפשרת להציע קווים מנחים לדיון בשאלה מהו הסעד הראוי בגין הפרתה של הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים: באילו נסיבות אין להסתפק בשלילת כוחה של הרשות המינהלית לפעול, ויש להכריז על בטלותו של החוק המתיימר להעניק לרשות המינהלית סמכות גורפת לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים? באופן עקרוני, הנטייה המקובלת היא להימנע מהכרזה על בטלות החקיקה ולהסתפק בסעדים שזו התוצאה המעשית הנובעת מהם, כלומר להסתפק בסעד הראשון. עם זאת ייתכנו נסיבות שבהן יש להחיל גם את הסעד השני. מדובר במצבים שבהם הפגיעה בזכות החוקתית נגרמת לא רק מכך שהרשות המינהלית פועלת באופן הפוגע בזכויות, אלא גם מעצם ההסמכה הגורפת בחקיקה לעשות כן. מדובר בעיקר במצבים שבהם הענקת סמכות גורפת לרשות המינהלית לפגוע בזכויות כראות עיניה היא בעלת השפעה

Principle, 10 NEW CRIM. L. REV. 613, 634 (2007): "Victims have an interest not only in what happens to them but also in what permissibly may be done to them, not only in their fate but also in their status"

61 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות 95 (משה שפי מתרגם, 1965): "[...] הצווי המעשי יהיה כדלקמן: עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד". לדיון ראו למשל דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 545 (2001): "כבוד כיחס מוסרי [...] לבני האדם [...] אין מחיר, שכן ערכם הוא פנימי, אובייקטיבי ומוחלט, ובלתי-תלוי ברצון אנושי מקרי".

62 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 6 (7) לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 20.8.2008): "[...] ההסדרה המינהלית של הפרסומת בתשלום על ידי רשויות התקשורת, המונעת ביטוי פוליטי במסגרת תשדירים אלה, אינה כרוכה בפגיעה חוקתית בחופש הביטוי, ולכן אינה מצריכה מעבר לשלב השני של הבחינה החוקתית, הכורך דיון חוקתי בנוסחת האיזונים של פסקת ההגבלה"; ראו גם שם, פס' 9 ואילך לפסק דינה.

63 ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה': בעקבות ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010)" (עתיד להתפרסם במשפט ועסקים יד, 2012). ראו גם להלן, הטקסט שאליו נלווית ה"ש 83.

מידית מהותית על זכויות חוקתיות. הדבר יכול לנבוע ממה שמקובל לכנות "השפעה מצננת" של ההסמכה הגורפת הניתנת לרשות המינהלית או מחמת פגיעה אחרת הנגרמת מעצם הענקת כוח שזוה לגוף כלשהו. דוגמה ידועה לכך היא פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר, שם נקבע שעצם ההסמכה של גוף פרטי לפגוע בזכויות היא פגיעה בזכות החוקתית לחירות.⁶⁴

לסיכום, אני סבור שהדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים, שלפיה מוטלת על הכנסת החובה לחוקק, כלומר לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים להפעלת סמכויות שלטוניות, היא עקרון יסוד של השיטה הדמוקרטית שלנו. על הכנסת מוטלת החובה לפעול לפי עיקרון זה ולפי עקרונות אחרים הנכללים בגדר החוקה הבלתי כתובה של מדינת ישראל, ובהם שלטון החוק, הפרדת הרשויות, האיסור על חקיקה למפרע ועוד. בה בעת האכיפה השיפוטית של דוקטרינה זו צריכה להיות מוגבלת למצבים שבהם מדובר בפגיעה בזכות חוקתית. בהקשרים אחרים יש להעניק לה מעמד כעיקרון פרשני בלבד, בהסתמך על התפיסה שלפיה יש לפרש את החקיקה על פי החזקה שתכליתה לקדם את עקרונות היסוד של השיטה. כמו כן בית המשפט יימנע מחיובה של רשות שלטונית לפעול אם היא בוחרת להימנע מכך בשל היעדר קביעה של ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים בחקיקה.⁶⁵

ג. הצדקות להכרה בדוקטרינה ככלל חוקתי וכעקרון יסוד של השיטה

כידוע, לפי פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד על זכויות האדם, "אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי יסוד זה אלא בחוק [...] או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".⁶⁶ השאלה הטעונה בירור היא מה טיבה של דרישה זו. עקרונית, הוראה זו יכולה להתפרש בצמצום באופן שתנבע ממנה רק חובה לקבוע בחוק את דבר הפגיעה (או אפילו את סמכותו של גוף כלשהו להחליט אם לפגוע בזכות כלשהי), או בהרחבה באופן שההסמכה הנדרשת מכוח הוראה זו כוללת גם את הקביעה של ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים לפגיעה

64 עניין המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 44. לגישה שונה בהקשר זה ראו בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012), שם נדחתה על הסף עתירה נגד תוקפו של סעיף 33 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, מכוח הקביעה כי בטרם הופעלה הסמכות שהוענקה לשר האוצר לשלול תקצוב מגוף שהוציא הוצאה לשם קידום אחת המטרות המנויות שם, העתירה אינה בשלה להכרעה, בהיעדר תשתית עובדתית קונקרטית. בית המשפט דחה שם את הטענה כי די ב"השפעה המצננת" האפשרית של החוק כדי להצדיק החלת ביקורת שיפוטית "מופשטת".

65 למשל, עניין קריתי, לעיל ה"ש 17.

66 ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בזכות החוקתית. למשל, ברוח האמור לעיל, הענקת פטור משירות בצה"ל למי ש"תורתו אמנותו" – על סמך הקביעה בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון – מקיימת את דרישת ההסמכה בחוק במובנה הצר. אולם אין די בהוראה זו לפי המובן המרחיב של דרישת ההסמכה בחוק. לשם כך נדרשת קביעה מפורשת בחוק כי השר מוסמך לפטור משירות בצה"ל את מי ש"תורתו אמנותו", ונדרש פירוט של הנורמות העיקריות המסדירות את הפעלת הסמכות הזו.

כאמור, דותן וספיר מעלים טיעונים נגד הדוקטרינה, או לפחות נגד הענקת מעמד חוקתי לדוקטרינה. חלק מן הטיעונים שלהם מכוונים נגד האכיפה השיפוטית של הדוקטרינה בהקשרים שבהם אין מדובר בפגיעה בזכות חוקתית, והצעת לעיל מבטאת אימוץ של ביקורת מסוג זה. עם זאת דומני שאפשר להבין את מרבית טיעוניהם של דותן ושל ספיר כמכוונים לשלילת הענקת מעמד חוקתי לדוקטרינה גם בהקשרים אלה, וגם נגד ההכרה בה כנמנית עם עקרונות היסוד של השיטה. בשורות הבאות אני מבקש להתייחס לטיעוני הביקורת העיקריים של דותן ושל ספיר ולהציג שני טיעונים לתמיכה בדוקטרינה.

ספיר מבקר את הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים על יסוד הטענה שהכרה בה כעילה לביקורת שיפוטית יוצרת חשש "שבית-המשפט ישתמש באיסור באופן מניפולטיבי",⁶⁷ שכן יישומה של הדוקטרינה כרוך בהפעלת שיקול דעת רחב. הטענה היא כי "במקרה שבו החלטת הרשות המבצעת נראית לו, יאמר בית-המשפט כי אין מדובר בעניין ראשוני, ואילו במקרה שבו היא אינה נראית לו, הוא יפסול את ההכרעה בטענה שמדובר בעניין ראשוני שאת הסמכות להכריע בו אי-אפשר להאציל".⁶⁸ אף דותן מציין שאכיפה שיפוטית של הדוקטרינה מעניקה "כוח בלתי מוגבל ובלתי מתוחם לרשות השופטת".⁶⁹ אני סבור שהטענה שמסיבה זו אין להכיר בדוקטרינה כעיקרון משפטי מחייב היא מרחיקת לכת ואין לקבלה. רבים מעקרונות היסוד של השיטה מאופיינים במרחב גדול של שיקול דעת שיפוטי, ודאי כאשר מכירים בכך שבנסיונות נתונות עקרונות שונים עלולים "להתנגש" ותידרש הכרעה איזה מהם גובר. הקביעה שאין להכיר בדוקטרינה רק משום שהיא מנוסחת כ"עיקרון" ולא כ"כלל" אינה מבוססת במידה מספקת. הספרות בסוגיה זו עשירה מאוד, והמסקנות הנובעות ממנה רחוקות מלהיות כה חד-משמעיות כפי שעולה מן הטיעון האמור. בין היתר ידוע שגם דוקטרינות המנוסחות לכאורה כ"כללים" כוללות מרחב גדול של שיקול דעת בהפעלתן, וחמור מכך, דווקא במקרים אלה נוטה בעל הסמכות לנסות ולהסתיר את עצם ההפעלה של

67 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 44.

68 שם.

69 דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 442–443.

שיקול דעת ביישום הדוקטרינה, שלא כמו במקרה שבו מדובר ב"עיקרון".⁷⁰ יתר על כן, אם מקבלים את החשד המובלע בדבריו של ספיר, שלפיו בית המשפט יכריע לפי מידת אהדתו את החלטת הרשות המבצעת ולא לפי השאלה אם ההחלטה היא כדין, הדבר משמיט את הבסיס מתחת ללגיטימיות של ביקורת שיפוטית באופן כללי ולא רק באשר לזו של אכיפת הדוקטרינה הנדונה כאן.

ההצדקה הבסיסית להחלת הדוקטרינה במקרה של פגיעה בזכויות חוקתיות נובעת ממהותה של הכרה בזכויות. מקובל לסבור שתכליתה העיקרית של הכרה בזכויות חוקתיות היא הספקת הגנה נאותה על אינטרסים מסוימים או הטלת מגבלה נרחבת על השלטון שלא להפר אילוצים דאונטולוגיים. על פי זה אפשר לסבור שהדרישה לקביעתם בחוק של ההסדרים הראשוניים כתנאי להכרה בתוקפה של פגיעה בזכות חוקתית היא אמצעי להבטיח הגנה נאותה על הזכות (וזאת כמובן נוסף על אמצעים אחרים, ובהם החלת ביקורת שיפוטית). הטענה היא שהדרישה שבית המחוקקים יקבע, בדרך של חקיקת חוק, כי מוצדק לפגוע בזכות החוקתית בנסיבות מסוימות צפויה לספק לזכויות הגנה רבה יותר מזו שהייתה מושגת אלמלא החלטה והסתפקות בהסמכה כללית של הרשות המינהלית להחליט על פגיעה בזכות חוקתית.

טענה זו מבוססת על כמה הערכות אמפיריות שדותן וספיר מטילים ספק בסבירותן. בין היתר ספיר טוען שאין כל ערובה לכך שחיובה של הכנסת לחוק הסדר מפורט יבטיח דיון פתוח ורציני בסוגיות העומדות על הפרק, כפי שאפשר ללמוד למשל מן השימוש התכוף במנגנון חוק ההסדרים במשק המדינה.⁷¹ דותן וספיר דוחים גם את הסברה שקביעת מדיניות על ידי גופי מינהל עלולה להיות שרירותית ולהתבסס על נורמות בלתי ברורות, בציינם כי גם ההליך המינהלי כפוף (או צריך להיות כפוף) לדרישות של "סבירות הליכית" ולחובה לקבוע מראש את אמות המידה שלפיהן מופעלת הסמכות ולפרסמן, ובאלה די להערכתם כדי לבטל את החשש לשרירותיות בהפעלת הסמכות השלטונית.⁷² שניהם גם טוענים שדווקא גופי המינהל, בהיותם עובדי מדינה, חשופים פחות מחברי בית המחוקקים להשפעותיהן של קבוצות אינטרסים⁷³ ונהנים מיתרון בתחום המקצועי. משום כך הסיכוי שהחלטות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות

70 למשל: Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379 (1985); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Larry Alexander, *Constitutional Rules, Constitutional Standards, and Constitutional Settlement: Marbury v. Madison and the Case for Judicial Supremacy*, 20 CONST. COMMENT. 369 (2003).

71 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 33–34.

72 שם, בעמ' 15–16, 25; דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 393–394, 432.

73 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 26–28; דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 438–439.

יהיו מוצדקות גבוה יותר אם ההחלטות יתקבלו על ידי גופי מינהל ולא על ידי הכנסת.⁷⁴ לבסוף, דותן וספיר שוללים גם את החשש שאצילת הסמכות למינהל לקבוע הסדרים ראשוניים תביא לריכוז מסוכן של כוח בידי הרשות המבצעת, שכן האצילה אינה שוללת את סמכותו של המחוקק להגיב לפעילות המינהל בדרך של חקיקת חוק ובאמצעות הפעלת אמצעי פיקוח אחרים, ובכלל זה אישור חקיקת משנה, קביעת תקציבים וכדומה.⁷⁵

הטיעונים הללו נראים לי סבירים, אך אינני משוכנע שדי בהם כדי לשלול את האפשרות שאכיפת החובה לקבוע את ההסדרים הראשוניים בחקיקה תניב תוצאות טובות יותר. הניסיון בישראל בעשורים האחרונים עשיר במקרים שבהם בעת שהכנסת נמנעה מלהסדיר פעילות מסוימת בחקיקה נקטו גופים שונים ברשות המבצעת צעדים שפגעו בזכויות חוקתיות פגיעה חמורה וקשה ללא כל ביקורת פרלמנטרית נאותה. התחום של נקיטת אמצעים במסגרת המאבק בטרור, ובכלל זה הפעלת אמצעי לחץ בחקירת חשודים בפעילות טרור, הוא דוגמה מובהקת לכך.⁷⁶ דוגמה אחרת היא מדיניות הקצאת תקציבים וקרקעות על ידי הממשלה.⁷⁷ מן הניסיון שנצבר בישראל אפשר לאפיין להערכתתי שתי תופעות עיקריות: האחת, הסדרה בחקיקה של מדיניות שלטונית הפוגעת בזכות חוקתית היא גורם מרסן של ממש. הליך החקיקה מחייב, מעצם טיבו, היוקרות לטיעונים מן הסוג הידוע כ"public reason", כלומר טיעונים שאינם מבוססים על אינטרסים צרים של מגזר זה או אחר אלא משקפים תפיסת צדק עקרונית. לעומת הגוף המינהלי המופקד, מטבע הדברים, על קידום מטרות מסוימות בלבד (כגון ביטחון, יציבות כלכלית וכדומה), הדיון בכנסת נערך בהתחשב במגוון השיקולים הרלוונטיים. המעורבות הרבה מאוד של הממשלה בהליך החקיקה מבטיחה את היתרונות הרבים שבמעורבות רשויות המינהל, והדיון הפתוח בהשתתפות גופים המייצגים אינטרסים רלוונטיים תורם לא אחת תרומה חשובה מאין כמותה. בנוסף, הצורך לעגן בחקיקה מפורשת הסדרים הפוגעים בזכויות הוא בעל "השפעה מצננת" על גופי מינהל, הנכונים לתמוך בנקיטת צעדים מסוימים בחדרי חדרים (כגון הפעלת אמצעי לחץ בחקירה, ואף עינויים), אך נמנעים מכך במסגרת הליך חקיקה.

74 שם, בעמ' 429, 439. ספיר דווקא מסתייג מטענה זו. ראו ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 35–36.

75 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 21–20; דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 436. משום כך דותן מצייין כי אין מקום להתמקד אך ורק בשאלה אם ההסדרים הראשוניים נקבעו בחקיקה אלא יש לבחון גם את ההיקף והאינטנסיביות של אמצעי הבקרה והפיקוח שהמחוקק קובע בחקיקה המסמיכה". ראו שם.

76 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817 (1999).

77 למשל, עניין קיבוץ שדה נחום, לעיל ה"ש 2.

התופעה השנייה הנלמדת מן הניסיון שנצבר הוא שהכנסת אינה נוטה להחיל ביקורת נוקבת על החלטות הממשלה, ונדירים המקרים שבהם הכנסת מחוקקת חוק לשם שינוי מדיניות ממשלתית. הטעם העיקרי לכך ברור וידוע – לממשלה מובטח רוב קואליציוני, וקשה מאוד לחוקק חוק בניגוד לעמדת הממשלה, בוודאי בנושא בעל חשיבות רבה. אמנם במקרים מסוימים נמנעות ועדות של הכנסת לאשר הצעות לחקיקת משנה שמגישים שרים, אך אלה מקרים נדירים יחסית, והם נובעים במידה לא מעטה מן העובדה שהדיון בחקיקת המשנה מתקיים כל כולו בוועדה של הכנסת ולא במליאה. הכנסת אינה נוהגת להחיל פיקוח על מינויים בשירות הציבורי. כמו כן, לאור כך שחוק התקציב מאושר לרוב כמקשה אחת, הכנסת אינה מפקחת על הקצאת תקציבים לרשויות ספציפיות, ולפיכך גם הדרישה להסמכה תקציבית אינה משיגה את היעד של החלת ביקורת פרלמנטרית על החלטות הרשות המבצעת. בה בעת, כפי שכבר הוזכר לעיל, ניכרת בכנסת מגמה מובהקת של הימנעות מחקיקת חוקים שיש בהם משום אצילת הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים לגופי מינהל. המגמה מתבטאת בתהליך הדרגתי, שאפשר לייחסו לפחות בחלקו להכרעות השיפוטיות בתחום הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים. אכן, הכנסת אינה ממהרת להסדיר בחקיקה פעולות שלטון, לא מעטות, שעדיין אינן מוסדרות או שמבוססות על הוראות חוק כלליות מאוד שאין בהן הסדרה מפורטת, אך באותם מקרים שבהם הכנסת מחוקקת, היא כוללת בחקיקה הסדרים מפורטים למדי. חיוב הממשלה לעגן בחקיקה את הפעלת סמכויותיה, למצער במקרים שיש בכך משום פגיעה בזכות חוקתית, הוא אפוא בעל משמעות מעשית רבה.

עם זאת אינני מתיימר לטעון כי אפשר לבסס באופן מספק את הסברה שאכיפת הדוקטרינה תבטיח בהכרח, בכל ההקשרים, הגנה טובה יותר על זכויות חוקתיות או תבטיח תוצאות טובות יותר מבחינת קידום האינטרס הציבורי או אף איכות הליך קבלת ההחלטות. ההכרעה בעניין זה תלויה במשתנים רבים שקשה למדוד אותם ולהעריך את עצמתם. דומה שהתבססות כאן על הערכה אינטואיטיבית באשר לתוצאות הצפויות של אכיפת הדוקטרינה לעומת אלה הצפויות אם הכנסת תאצול לרשות המינהלית את הסמכות להחליט אם לפגוע בזכויות חוקתיות ובאילו תנאים – היא בלתי נמנעת.⁷⁸ עם זאת אני מבקש להציע כאן הצדקה להכרה במעמד חוקתי של הדוקטרינה המבוססת על שני טיעונים לא-תוצאתניים: טיעון אחד נגזר ממהותה של ההכרה בזכויות חוקתיות והאחר מבוסס על הזכות להשתתף בהכרעות חברתיות. אדון בשני הטיעונים הללו בסדרם.

טיעון ראשון: ההכרה בזכות החוקתית מחייבת להעניק לדוקטרינה מעמד חוקתי. בעיקרו של דבר, זכות חוקתית היא קביעה של חזקה כי מעשים שלטוניים מסוימים –

78 ההערכה בעניין זה בוודאי תלויה גם בתרבות הפוליטית ובמאפייני פעילותה של הכנסת, כגון קיומן של בחירות מקדימות במפלגות. ראו איל בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 797, 798–813 (2001).

ובענייננו מעשים הגורמים "פגיעה" בזכות החוקתית – אסורים. במבט ראשון ההכרה בזכויות עשויה להיראות בעיקרה טכנית: היא נועדה לייתר את הצורך לחזור בכל מקרה ומקרה לעקרונות הבסיסיים שבגינם מוכרות זכויות מסוימות. היא יוצרת מסקנת ביניים (או הנחת עבודה) שלפיה עד שיוכח אחרת מעשה שלטוני הפוגע בזכות מוסרית הוא בלתי מוצדק. כלומר, הקביעה שמעשה שלטוני פוגע בזכות מוסרית היא דרך מקוצרת לקבוע שהמעשה הנדון אינו מוצדק לאור עקרונות יסוד מסוימים שבהתבסס עליהם הוכרה הזכות.⁷⁹ אולם הקביעה כי לזכות מוסרית כלשהי מעמד של זכות חוקתית מקנה למהלך של הכרה בזכויות ממד מהותי – של יצירת מסגרת להסכמה לאומית. כידוע, לאנשים שונים תפיסות יסוד שונות באשר לאמות המידה שלפיהן יש לבסס החלטות שלטוניות, והקביעה של זכויות חוקתיות אמורה לשמש בסיס להסכמה עקרונית, אף אם עמומה במידת מה, באשר לאמת המידה לשיפוט נורמטיבי.⁸⁰ במילים אחרות, הקביעה של זכויות חוקתיות נועדה לשמש בסיס להסכמה רחבה שמעשה הפוגע בזכות חוקתית הוא לכאורה בלתי מוצדק אף אם פרטים שונים בחברה מבססים את הקביעה הזו על טעמים שונים ואולי אפילו סותרים. ניסוח ידוע של טיעון זה הוא זה של יוסף רו:⁸¹

Assertions of rights are typically intermediate conclusions in arguments from ultimate values to duties [...] The fact that practical arguments proceed through the mediation of intermediate stages so that not every time a practical question arises does one refer to ultimate values for an answer is [...] of crucial importance in making social life possible, not only because it saves time and tediousness, but primarily because it enables a common culture to be formed round shared intermediate conclusions, in spite of a great degree of haziness and disagreement concerning ultimate values.

מגישה זו נובעת מסקנה חשובה באשר לקביעה באילו נסיבות יש להכיר בקיומה של "פגיעה" בזכות חוקתית. כאמור לעיל, לפי הגישה, שמצאה לה אחיזה רבה בפסיקה בישראל (ובדמוקרטיה רבות), סכסוכים רבים מתורגמים באופן מידי ל"שיח של זכויות" על סמך ההגדרה של פגיעה בזכות חוקתית כגריעה (אם מכוונת ואם בלתי מכוונת, אם עקב מעשה שזו תכליתו ואם כתוצאה לוואי של המעשה, אם במעשה ואם במחדל)

79 לפי מינוח מקובל, הקביעה שמעשה פוגע בזכות היא "placeholder" לאוסף של טיעונים מסוימים שמכוחם המעשה הנדון הוא לכאורה בלתי מוצדק.

80 ביטוי מפורט לגישה זו ניתן על ידי ג'ון רולס, JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993). לביקורת נגד טיעון זה באשר לתפקיד החברתי של הכרה בזכויות ראו למשל Andrei Marmor, *On the Limits of Rights*, 16 LAW & PHIL. 1 (1997).

81 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 181 (1986).

מאינטרס כלשהו הזוכה להגנה.⁸² גישה שכזו שוללת למעשה מעמד נורמטיבי כלשהו מן הזכויות החוקתיות, שכן עיקר הדיון נערך בשלב השני של הבחינה החוקתית, שבו בוחנים אם יש הצדקה לפגיעה בזכות. גישה כזאת גם מחמיצה את האפשרות להגשים את השאיפה להשגת הסכמה לאומית באמצעות ההכרה בזכויות חוקתיות. תכליתה האמורה של הכרה בזכויות חוקתיות מחייבת הגדרה מצומצמת יותר של מעשים שבהם מוכרת "פגיעה" בזכות חוקתית. הגדרה אפשרית מתבטאת במה שמוכר כגישה בדבר זכויות חוקתיות כביטוי לאילוצים דאונטולוגיים. מכוחה יש לברר מהו היקפם של האילוצים המוסריים המוטלים על המדינה, ועל פי זה לקבוע אם המעשה (או המחדל) של המדינה הוא פגיעה בזכות חוקתית. גישה זו מעניקה משקל נורמטיבי רב לשלב הראשון של הבחינה החוקתית, שכן הקביעה שמעשה שלטוני מסוים מפר אילוץ דאונטולוגי יוצרת חזקה כי המעשה אינו מוצדק, ויידרשו נסיבות מיוחדות לשם הצדקתה. החלת גישה זו מאפשרת ל"שיח הזכויות" לממש את תכליתו כמסגרת לגיבוש הסכמה רחבה להכרעה במחלוקות חברתיות.⁸³

חזרה להקשר הנדון כאן, מן התפיסה הזו באשר למהותן של זכויות חוקתיות נובעות לפחות שתי מסקנות: ראשית, הכרה בזכות חוקתית משמעה קביעה מהי בררת המחדל אם אין מתגבשת הסכמה של הרוב באשר לשאלה אם מוצדק לפגוע בזכות בנסיבות נתונות. החזקה שמעשה שלטוני הפוגע בזכות אינו תקף קובעת שבררת המחדל היא שבהיעדר הסכמה של הרוב שבתנאים מסוימים מפורשים כלשהם מוצדק לפגוע בזכות (ובהיעדר הסכמה שאין זה מוצדק לעשות כן), הפגיעה בזכות אינה מותרת. סתירת החזקה מחייבת הסכמה המוצאת ביטוי בחקיקה באשר לתנאים שבהם מוצדק לפגוע בזכות החוקתית. מכאן המסקנה שתנאי הכרחי להכרה בתוקפה של פגיעה בזכות חוקתית הוא חקיקה הקובעת במפורש את תנאיה של הפגיעה ("הסדרים ראשוניים").

שנית, החזקה כי פגיעה בזכות חוקתית היא בלתי מוצדקת ולכן אסורה היא עצמה בעלת מעמד חוקתי. תוכנה של החזקה הוא שבאופן כללי, אם אין מתייחסים לנסיבות קונקרטיות כלשהן, אסור לפגוע בזכות החוקתית. חקיקה הקובעת קביעה כללית שמותר לפגוע בזכות, בלא לייחד קביעה זו לנסיבות מפורשות כלשהן ותוך הענקת סמכות לגוף אחר כלשהו לפגוע בזכויות בנסיבות שימצא לנכון כמתאימות, היא חקיקה המתיימרת לבטל את החזקה. היות שחזקה זו היא מהותו של העיגון החוקתי של הזכות, הכנסת – כרשות מחוקקת – אינה רשאית לבטלה. חקיקה המתיימרת לבטל את החזקה באמצעות קביעה כללית כי מותר לפגוע בזכות בתנאים שרשות מינהלית כלשהי תמצא לנכון, חורגת מסמכותה של הכנסת כרשות מחוקקת.

82 לאפיון (ביקורת) דומה של הגישה הנוהגת ראו למשל Grégoire C.N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* 88 (2009).

83 לדיון בסוגיה זו ראו מדינה, לעיל ה"ש 63.

במילים אחרות, אפשר לראות בדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים ביטוי להבחנה בין סתירת החזקה בדבר אי-חוקתיות הפגיעה בזכות יסוד לבין ביטול החזקה. במקרה שבו הכנסת קובעת הסדר הפוגע בזכות חוקתית, תוך פירוט ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים, היא מבטאת בכך את עמדתה כי בנסיבות העניין יש לסתור את החזקה האמורה. זהו מהלך הנכלל בגדר סמכותה של הכנסת, שהרי ההגנה על הזכויות החוקתיות אינה מוחלטת, וממילא החזקה בדבר אי-חוקתיות של פגיעה בהן אינה חלוטה. לעומת זאת במקרה שבו הכנסת קובעת קביעה כללית כאמור, בלא לפרט את ההסדרים הראשוניים, היא מתיימרת לבטל את החזקה. הכנסת אינה מוסמכת לקבוע שגורם שלטוני כלשהו פטור מן החובה לכבד זכות חוקתית כלשהי. במינוח הפורמלי שנקבע בפרשת בנק המזרחי,⁸⁴ זוהי קביעה שיש בה "שינוי" של הסדר הקבוע בחוק יסוד (כאן, עיגון חוקתי של הזכות) החורג מסמכותה של הכנסת כרשות מחוקקת, ולא "פגיעה" בלבד בהסדר שבחוק יסוד.

נבחן למשל חקיקה הקובעת כך: "שר הביטחון מוסמך לפטור משירות ביטחון כל מי שימצא לנכון, אף אם יש בדבר משום פגיעה בזכות החוקתית לשוויון". אם מדיניות מסוימת של הענקת פטור אמנם פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, מוחלת החזקה שלפיה הענקת הפטור אינה תקפה. לשם סתירת החזקה נדרשת החלטה של הכנסת כי בנסיבות קונקרטיות כלשהן מוצדק לפגוע בזכות החוקתית. נוסח החוק שהובא בדוגמה זו אינו מבטא קביעה כי מוצדק לפגוע בזכות לשוויון בנסיבות קונקרטיות; יש כאן קביעה גורפת המתיימרת לבטל את החזקה כי פגיעה בזכות לשוויון אסורה. זהו הסדר שנועד לשחרר את שר הביטחון מן החובה לכבד את הזכות לשוויון בלא שהכנסת קובעת מהם הסוגים של הסדרי הפטור משירות הפוגעים בשוויון שלגביהם היא סבורה שמוצדק לפגוע בזכות. חקיקה מותרת היא רק חקיקה ה"פוגעת" בזכות, כלומר חקיקה הקובעת נסיבות מפורשות שבהן השר מוסמך להעניק פטור משירות חרף הפגיעה הנובעת מכך בזכות החוקתית לשוויון.

דותן וספיר מתייחסים לסוגיית הלגיטימיות של החלטה של המחוקק שלא להחליט לגופו של עניין אלא להסתפק באצילת הסמכות להחליט לגוף אחר, ואינם מוצאים בכך פגם. לשיטתם, הטענה כי אין לאפשר למחוקק לשמור על עמימות מבוססת על הסברה שהדבר מאפשר לרוב להתחמק מלשאת במחיר הפוליטי של החלת הסדר לא פופולרי ובה בעת להביא לידי החלתו של ההסדר, באמצעות הסמכת המינהל הציבורי להחליט על כך. דותן וספיר טוענים שסברה זו אינה בהכרח מבוססת, שהרי גם הסמכה כאמור עלולה להשית על הרוב נשיאה במחיר פוליטי, ולפיכך ככל שהמטרה היא להבטיח שהחלטות הכנסת אכן מבטאות את העדפות הציבור, אין הצדקה לאסור אצילה כאמור

84 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 407 (1995).

(לפחות ככל שהיא נעשית בגלוי).⁸⁵ דותן מציין עוד כי במקרים שבהם אין מתגבשת הסכמה באשר למדיניות הרצויה, האצילה היא לא פעם פתרון הכרחי ורצוי.⁸⁶ אני סבור שככל שמדובר בהחלטות שיש בהן משום פגיעה בזכויות חוקתיות, אין בטיעונים מסוג זה כדי להצדיק את אי-החלת הדוקטרינה. כאמור, הימנעות מכוונת מהחלטה ובה בעת הסמכת גוף אחר להחליט על פגיעה בזכויות חותרת תחת מהות ההגנה החוקתית על זכויות. תנאי ללגיטימיות של פגיעה בזכות חוקתית הוא גיבוש הסכמה לאומית – בדרך של תמיכת הרוב בכנסת – שמתקיימות נסיבות המצדיקות את הפגיעה, תוך פירוט הנסיבות הללו. אלמלא כן החלטת הכנסת מתימרת לבטל את הזכות החוקתית, וזאת אין היא מוסמכת לעשות.

טיעון שני: הזכות להשתתף בהכרעות חברתיות. בסיס שני להצדקת המעמד החוקתי של הדוקטרינה הוא ההכרה בזכותו של כל אזרח להשתתף – באמצעות נציגיו בבית המחוקקים – בהכרעות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות ובדבר הכרעות חברתיות יסודיות. זכות זו (*the right to political participation*) נגזרת מן ההכרה בכבוד האדם. ביסוד תפיסה זו קיימת עמדה מהותית כלפי זכות ההשתתפות בהכרעות פוליטיות, שלפיה זכות זו ממומשת רק אם נציגי הציבור, הם ולא אחרים, מחוקקים וקובעים הסדרים ראשוניים. הקביעה הזו אינה מבוססת על הערכות אמפיריות אם בנסיבות נתונות (בזמן ובהקשר נתונים) הדרך המיטבית להשיג תוצאות שונות (כגון ייצוג האינטרס של הבוחרים, מתן דין וחשבון לציבור הבוחרים, הגנה טובה יותר על חירויות הפרט, איכות הדיון ועוד) היא באמצעות החלטה של בית הנבחרים או באמצעות אצילת סמכות ההכרעה לגוף אחר כלשהו.⁸⁷ זוהי קביעה הנובעת מן ההכרה בזכות ההשתתפות עצמה.⁸⁸

85 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 30–31; דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 437.

86 שם, בעמ' 430.

87 הדיונים מסוג זה הם כמובן רבים מאוד. לסקירה מקיפה של טיעונים מרכזיים בהקשר זה ראו למשל ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF WALDRON, לעיל ה"ש 11, בעמ' 133–143; REASON (2009).

88 ראו, ברוח זו, בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, פס' 10 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2004): "הגישה שלפיה ההכרעות והנורמות העקרוניות המחייבות את האזרחים צריכות להתקבל הן מבחינה פורמאלית הן מבחינה מהותית על-ידי בית המחוקקים ולא על-ידי הרשות המבצעת, [...] נובעת היא מתפיסתה של הדמוקרטיה עצמה ומאופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל"; עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 15, פס' 32 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין: "[...] הכנסת נבחרה בידי העם להכריע בסוגיות יסוד של המדינה, ולא נמצא לנו כי רשאית להתנצל את סמכותה זו ולהעבירה לממשלה. אם תכפיף את רצונה לרצונה של הממשלה; אם תסיג את רצונה מפני רצון הממשלה; תמעל הכנסת בתפקידה ובאמון שנתן בה העם"; עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 508: "[...]

בהתייחסו לטיעון בדבר זכות ההשתתפות הפוליטית טוען ספיר כי "אם המחוקק, שהוא נציג הציבור, מחליט להאציל סמכות לרשות המבצעת, ההחלטה התקבלה בצורה דמוקרטית".⁸⁹ דותן מציג טיעון דומה, בציינו כי גם החלטה של בית המחוקקים לאצול את סמכות ההחלטה לגוף במינהל היא החלטת מדיניות,⁹⁰ ובמינוח המוצע כאן, אף זהו מימוש מספיק של זכות ההשתתפות בהחלטה. אולם ההכרעה בעניין זה אינה יכולה להתבסס רק על המישור הפורמלי. למשל, החלטה של הכנסת למנות גוף אחר כלשהו כבית המחוקקים אף היא יכולה להיות מסווגת כהחלטה ש"התקבלה בצורה דמוקרטית", ובכל זאת מוסכם על הכול שהיא חורגת מסמכותה של הכנסת.⁹¹ ה"מנדט" של הכנסת מוגבל, במובן זה שאין הוא כולל סמכות להחליט כי מוסד אחר הוא שיכריע בסוגיות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות. הסמכות לחוקק אינה כוללת את הסמכות להעניק סמכות חקיקה לגורם אחר.

לזכות ההשתתפות חשיבות אינטרינזית, ומעמדה אינו משתנה על פי ההערכה אם בהקשר נתון יש פרוצדורת הכרעה טובה יותר, כגון אצילת סמכות ההכרעה ל"מועצת חכמים" מקצועית כלשהי. אכן, זכות זו אינה נהנית בהכרח מעדיפות נורמטיבית על פני זכויות אחרות, ואין בה כדי לשלול הטלת מגבלות חוקתיות על הרשות המחוקקת ואכיפתן בדרך של ביקורת שיפוטית, וגם אין מתחייב ממנה חיובם של הנציגים להצביע על פי העדפותיהם של בוחריהם.⁹² אולם נובעת ממנה הכרה בחובה המוטלת על בית הנבחרים להכריע בסוגיות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות. כאמור לעיל, דותן וספיר מציינים בהקשר זה כי גם ההליך המינהלי כפוף (או צריך להיות כפוף) לדרישות של "סבירות הליכית", ובכלל זה לחובה לשתף את הציבור בהליכי הקביעה של חקיקת המשנה שבה נקבעים ההסדרים הראשוניים על ידי המינהל.⁹³ אינני סבור שהליכים מסוג זה, אף אם יאומצו, מבטיחים מימוש נאות של זכות ההשתתפות השווה של האזרחים.

אחד מהיבטיה של הדמוקרטיה הינו התפיסה, כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על-ידי הגוף שנבחר על-ידי העם לקבל הכרעות אלה".

89 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 29. לגישתו של ספיר, "אם מקור הסמכות הוא בידי האזרחים, ואם המחוקק מייצג את ציבור האזרחים, הוא צריך להיות ריבוני להאציל את סמכותו לרשות המבצעת גם בעניינים ראשוניים". ראו שם, בעמ' 18. לעמדה דומה ראו Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. CHI. L. REV. 1721 (2002).

90 דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 436.

91 לטיעון דומה ראו Larry Alexander & Saikrishna Prakash, *Reports of the Nondelegation Doctrine's Death Are Greatly Exaggerated*, 70 U. CHI. L. REV. 1297, 1299–1300 (2003).

92 ידועה בהקשר זה אמירתו של אדמונד בורק, "Your representative owes you, not his industry only, but his judgment", Edmund Burke, *Speech to the Electors of Bristol*, in THE WORKS OF THE RIGHT HONORABLE EDMUND BURKE 2, 10 (1826).

93 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 15–16, 25; דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש", לעיל ה"ש 4, בעמ' 393–394, 432.

מעורבות הציבור בהליכים מינהליים מוגבלת מטיבה, ובעיקר אין בה אפשרות להסתמך על נבחר ציבור, המייצגים את ציבור האזרחים בקבלת ההחלטה. תיתכן טענה שלפיה אם מכירים בזכות ההשתתפות השווה, הרי שאצילת הסמכות לרשות מינהלית לקבוע הסדרים ראשוניים היא "פגיעה" בזכות חוקתית של כל אחד מן האזרחים. גישה כזו הייתה יכולה לשמש בסיס לטענה שהדוקטרינה מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ככל שזכות ההשתתפות השווה נגזרת מן הזכות לכבוד, ולהצדיק את האכיפה השיפוטית של הדוקטרינה גם במקרים שבהם הפעולה השלטונית שבה מדובר אינה כרוכה בפגיעה בזכויות חוקתיות. אינני סבור שיש לקבל גישה זו. אצילת הסמכות לרשות המינהלית אכן גורעת מן האינטרס של הפרט להשתתף, באמצעות נציגיו, בהכרעות החברתיות. אולם כאמור לעיל, הקביעה אם מעשה שלטוני הוא "פגיעה" בזכות חוקתית אינה צריכה להתבסס אך ורק על הקביעה אם נגרע דבר מה מן האינטרס המוגן של הפרט אלא גם על ההערכה אם המעשה נועד לגרום פגיעה כזו ואף על יסודות נוספים. אינני סבור שיש לראות בכל אצילה מי שגורמת "פגיעה" בזכות החוקתית להשתתפות שווה.

הטענה המוצגת כאן היא אפוא זו: הדוקטרינה הנידונה מבטאת אידאל, עיקרון חוקתי שצריך להנחות את הכנסת בפעולתה. על הכנסת לשאוף שכלל ההכרעות החברתיות החשובות, לרבות אלה שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות חוקתיות, יתקבלו בדרך של חקיקה, הכוללת פירוט של ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים. הדבר נובע מן ההכרה בכך שדרך פעולה זו מבטאת מימוש של זכות ההשתתפות השווה של האזרחים. העיקרון החוקתי הזה הוא כמובן בעל חשיבות רבה בפרשנות היקף הסמכות של רשויות המינהל. עם זאת יש להכיר בקשיים הכרוכים באכיפה שיפוטית מלאה של העיקרון החוקתי הזה, שמוליכים למסקנה כי אף שהעיקרון החוקתי הוא רחב, האכיפה השיפוטית שלו צריכה להיות תחומה למקרים שבהם הפעלת הסמכות השלטונית גורמת פגיעה בזכויות חוקתיות, כאמור לעיל.

סיכום

הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים היא עקרון יסוד של השיטה הדמוקרטית. במקרים רבים קיים קושי מעשי להגשימו, אך אין להסיק מזה שאין להכיר בו כעקרון יסוד וכאידאל שיש לשאוף אליו. על הכנסת מוטלת חובה לקבוע בחקיקה את ההסדרים הראשוניים הנחוצים להפעלת סמכויות שלטוניות שהיא מבקשת להעניק לרשות המבצעת. במקרים מתאימים יש הצדקה שלא ליישם עיקרון זה, ובהם מוטל על הכנסת הנטל להראות כי קיימים צידוקים טובים לאצילת הסמכות לרשויות המינהל. בשל טעמים מעשיים ונורמטיביים קיים קושי לאכוף את הדוקטרינה בדרך של ביקורת

שיפוטית, ומשום כך אפשר להצדיק את היסוסו של בית המשפט באכיפתה בהקשרים שבהם אין מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות. הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים היא כלל חוקתי, שהסעד בגין הפרתו הוא לרוב שלילת סמכותו של הגוף המינהלי לפעול, אף אם הפרשנות הנכונה של החוק היא שיש בו הסמכה לרשות המינהלית לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים. בה בעת במקרים מתאימים יש מקום להכריז על בטלות החוק האוצל לרשויות המינהל (או לגורמים פרטיים) את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים.