

הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש

מאת

יואב דותן*

עם ההתפתחויות החשובות בפסיקת בתי המשפט בתחום המשפט הציבורי בעשור האחרון אפשר למנות את צמיחתו של עקרון ההסדרים הראשוניים. מטרתה של הרשימה היא לבחון את התפתחותו של עקרון ההסדרים הראשוניים במשפטנו ולהעריכה מבחינה פוזיטיבית ונורמטיבית. הטענה הראשונה במאמר היא שקיימים בפסיקת בתי המשפט שני מובנים שונים של עקרון ההסדרים הראשוניים: המובן האחד מציג את עקרון ההסדרים הראשוניים כעיקרון חוקתי שנועד להגביל את יכולתה של הכנסת להעביר מסמכויותיה לעצב עניינים מרכזיים לרשות המבצעת (איסור הדלגציה); המובן השני של העיקרון מציג אותו כעיקרון של המשפט המנהלי, שבמסגרתו דורשים בתי המשפט הסמכה מפורשת בחקיקה מסמיכה כל אימת שהכנסת מבקשת להעביר למנהל הציבורי סמכות להסדיר עניינים ראשוניים בחשיבותם. הבחנה זו מובילה לטענה השנייה שבמאמר והיא שכלל ההסדרים הראשוניים מסייע לבתי המשפט לעצב מחדש את מושג החוקיות המנהלית במשפט הישראלי, ובכך השימוש בעיקרון משלים תהליך של המרה שעבר עקרון החוקיות המנהלית בשלושת העשורים האחרונים – מעיקרון פורמליסטי קשיח, שלפיו רשויות המנהל מוסמכות לעשות אך ורק את אותן פעולות שהמחוקק הסמיך אותן לעשות, הופך עקרון החוקיות לעיקרון גמיש ודינמי, שלפיו היקפה של דרישת ההסמכה מהמחוקק לביצוע הפעולה תלוי במידה רבה בחשיבותה הכוללת של הפעולה המנהלית. הטענה השלישית שתועלה במאמר היא שעקרון איסור הדלגציה אינו חלק מהמשפט החוקתי בישראל ואינו צריך להפוך לחלק ממשפטנו הפוזיטיבי בעתיד, ולעומת זאת הפיתוח של כלל ההסדרים הראשוניים הוא התפתחות ראויה במשפט המנהלי שלנו.

* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. גרסה מוקדמת של המאמר הוצגה בסדנה למשפט ציבורי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה לשופט מישאל חשין, לעו"ד יובל רויטמן, ולעו"ד שי לוי על הערותיהם המועילות. אני מודה גם לעו"ד רננה אמיר על עבודתה המצוינת כעוזרת מחקר לעו"ד גיתית אוסטרובסקי על הסיוע במשפט הגרמני ולגב' רונה דינור על הערותיה לטיוטה הסופית. במהלך כתיבת המאמר נעזרתי רבות בהערות של עו"ד גלעד שירמן ז"ל, שכיהן באותה תקופה כעוזר הוראה שלי בקורס דיני מינהל ציבורי, והשיחות שקיימתי איתו במהלך הכתיבה תרמו רבות לעיצוב תפיסתי הנוכחית את נושא ההסדרים הראשוניים כפי שהיא באה לידי ביטוי בנוסח הסופי. אני מקדיש את המאמר לזכרו של גלעד.

מבוא. א. עלייתה ונפילתה של דוקטרינת הוירס המסורתית. 1. עקרון החוקיות הקלסי; 2. שחיקת הבסיסים האידאולוגיים של עקרון החוקיות; 3. שחיקת עקרון החוקיות בפסיקה; ב. שני מובנים של עקרון ההסדרים הראשוניים. 1. כללי; 2. מעמדו של עקרון איסור הדלגציה במשפט הישראלי; ג. הסדרים ראשוניים ודוקטרינת החוקיות החדשה. 1. כלל ההסדרים הראשוניים ופגיעה בחירויות הפרט; 2. כלל ההסדרים הראשוניים ועיצוב גבולותיה של דוקטרינת החוקיות; 3. כלל ההסדרים הראשוניים וסמכויות שירות; ד. עקרון איסור הדלגציה. 1. כללי; 2. עקרון איסור הדלגציה במשפט המשווה; 3. עקרון איסור הדלגציה – שיקולי מדיניות; 4. עקרון איסור הדלגציה – מסקנות; במקום סיכום: כלל ההסדרים הראשוניים במשפט המנהלי הישראלי.

מבוא

עם ההתפתחויות החשובות בפסיקת בתי המשפט בתחום המשפט הציבורי בעשור האחרון אפשר למנות את צמיחתו של עקרון ההסדרים הראשוניים. להבחנה בין הסדרים "ראשוניים" להסדרים "משניים" – כחלק מחלוקת התפקידים בין הרשות המחוקקת למבצעת במסגרת עקרון הפרדת הרשויות – יש שורשים היסטוריים במשפטנו, עוד מהימים הראשונים של המשפט הציבורי בישראל.¹ ואולם, לאחר שנים רבות שבהן היה השימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים רדום וזניח בפסיקה שלנו, הוא הוצג באופן מקיף וזכה לניסוח מחדש בפסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון.² מאז קנה לו העיקרון אחיזה בפסיקת בתי המשפט, והשימוש בו בעשור האחרון הולך ומתרחב.³

1 ראו יצחק הנס קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" הדי-המשפט 202 (1957); וראו בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 411, 399 (1951); בג"ץ 266/68 עיריית פתח-תקווה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824 (1968); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983); ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 552–553 (1991) (להלן: עניין פרי העמק); בג"ץ 2740/96 שניסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 504–505 (1997).
2 פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: בג"ץ רובינשטיין). להתייחסויות רטרוריות מוקדמות לעיקרון ראו למשל בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696 (1952); בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים, פ"ד י 40, 56 (1956); וראו גם ד"ר 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708, 711–712 (1982) שבו מזכיר הנשיא לנדוי את הטענה בנוגע לעיקרון כ"טענה הראויה להישמע" ובג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 507–508 (1988) שבו השופט (כתוארו אז) ברק דוחה בקצרה את הטענה בקביעה כי "שר הביטחון מודע לכך שהסמכות היא שלו [...]".

3 ראו פסקי הדין המובאים להלן בפרק ב.2.

מטרתה של הרשימה הנוכחית היא לבחון את התפתחותו של עקרון ההסדרים הראשוניים במשפטנו ולהעריכה מבחינה פוזיטיבית ונורמטיבית. הטענה הראשונה שתועלה במאמר היא שקיימים בפסיקת בתי המשפט שני מובנים שונים של עקרון ההסדרים הראשוניים: המובן האחד – שקיים בעיקר ברטוריקה של הפסיקה – מציג את עקרון ההסדרים הראשוניים כעיקרון חוקתי שנועד להגביל את יכולתה של הכנסת להעביר מסמכויותיה לעצב עניינים מרכזיים לרשות המבצעת (להלן אכנה עיקרון זה בשם איסור הדלגציה); המובן השני של העיקרון מציג אותו כעיקרון של המשפט המנהלי, שבמסגרתו בתי המשפט מפרשים חקיקה המסמיכה את רשויות המנהל לפעול בתחומי אחריותן. הניתוח האמור יוביל לטענה המרכזית השנייה של המאמר והיא שכלל ההסדרים הראשוניים מסייע לבתי המשפט לעצב מחדש את מושג החוקיות המנהלית במשפט הישראלי, ובכך השימוש בעיקרון משלים תהליך של המרה שעבר עקרון החוקיות המנהלי בשלושת העשורים האחרונים – מעיקרון פורמליסטי קשיח, שלפיו רשויות המנהל מוסמכות לעשות אך ורק את אותן פעולות שהמחוקק הסמיך אותן לעשות, הופך עקרון החוקיות לעיקרון גמיש ודינמי, שלפיו היקפה של דרישת ההסמכה מהמחוקק לביצוע הפעולה תלוי במידה רבה בחשיבותה הכוללת של הפעולה המנהלית מנקודת ראותו של בית המשפט ובגורמים נוספים. הטענה השלישית שתועלה במאמר היא שעקרון איסור הדלגציה אינו חלק מהמשפט החוקתי בישראל ואינו צריך להפוך לחלק ממשפטנו הפוזיטיבי בעתיד, ולעומת זאת הפיתוח של כלל ההסדרים הראשוניים הוא התפתחות ראויה במשפט המנהלי שלנו.

בפרק הראשון של המאמר אציג את ההתפתחויות שחלו בתפיסת עקרון החוקיות המנהלי בשלושת העשורים האחרונים. הפרק השני יבחין בין העיקרון החוקתי של איסור הדלגציה לבין הכלל המנהלי של ההסדרים הראשוניים. הפרק השלישי יעסוק בהתפתחותו של עקרון ההסדרים הראשוניים במשפט הישראלי והשלכותיו על עיצוב מושג החוקיות במשפטנו. הפרק הרביעי יעסוק בעקרון איסור הדלגציה החוקתי. ולבסוף פסיכום אעריך את השלכותיו של כלל ההסדרים על הביקורת השיפוטית בדבר פעולות המנהל בישראל.

א. עלייתה ונפילתה של דוקטרינת הורס המסורתית

1. עקרון החוקיות הקלסי

עקרון החוקיות המנהלי קובע כי כל פעולה של רשויות המנהל חייבת להיעשות על פי הסמכה ברורה בחוק. רשות מנהלית, על פי העיקרון, נהנית אך ורק מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין. ללא הסמכה סטטוטורית בת תוקף אין בכוחה של הרשות

לפעול, ואין לה אלא הסמכויות שהחוק העניק לה.⁴ ההסמכה של הרשות בחוק יכולה להיות מפורשת או משתמעת, אך בכל מקרה היא צריכה להיות הסמכה ברורה.⁵ עקרון החוקיות המנהלי הוא במובן זה אחד מהיבטיו של עקרון שלטון החוק שעל פיו על השלטון למצוא לגיטימציה למעשיו בנורמה כללית מחייבת, פרי יצירתו של המחוקק הנבחר.⁶ עקרון החוקיות המנהלי נפרד מעקרון החוקיות הפלילי – אך משלימו – שעל פיו לאדם פרטי, שהוא בעל זכויות מטבע ברייתו, מותר לעשות כל מה שלא נאסר עליו במפורש בחוק. ההבדל בין אדם פרטי לבין רשות שלטונית בא אפוא לידי ביטוי במקום שבו החוק שותק באשר לחוקיות הפעולה (כלומר איננו אוסר ואיננו מתיר). במצב כזה על פי עקרון החוקיות הפלילי מותר לאזרח לפעול ללא מורא או הפרעה. לעומת זאת לרשות המנהלית, הכפופה לעקרון החוקיות המנהלי אסור לבצע את הפעולה כל עוד המחוקק לא הסמיך אותה לעשותה.⁷ כאן המקום להדגיש כי אמנם המטרה המרכזית של עקרון החוקיות המנהלי היא למנוע מהשלטון לפגוע בחירויות הפרט, אולם העיקרון תובע בניסוחו האמור הסמכה ברורה בחוק לביצוע כל פעולה של הרשות המנהלית, לרבות כזו שאיננה פוגעת בחירויות הפרט או שהשפעתה על חירויות הפרט שולית וזניחה.⁸

2. שחיקת הבסיסים האידאולוגיים של עקרון החוקיות

עקרון החוקיות הוא היסוד של המשפט המנהלי על פי התפיסה המקובלת אצלנו, וככזה הוא גם המסד שעליו מונחת תפיסת הביקורת השיפוטית על פעולותיה של הרשות המנהלית בכללה.⁹ עקרון החוקיות גם מנביע את עילת הביקורת המרכזית על פעולות המנהל – עילת החריגה מסמכות, המהווה את הבסיס ההיסטורי והאנליטי לפיתוחן של

- 4 ראו ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35 (1997) ואסמכתאות שם; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 50 (מהדורה ראשונה, 1996) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית). להלן אכנה את דרישת הסמכות הקלסית גם בשם "דוקטרינת הוירס".
- 5 ברכה משפט מינהלי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 39–40, ה"ש 22–23.
- 6 שם, בעמ' 35. לדיון נרחב על הקשר שבין עקרון חוקיות המנהל לעקרון שלטון החוק ראו גם יואב דותן הנחיות מינהליות 302 ואילך (1996). מעיקרון זה נובעת גם המסקנה שאין להכיר בסמכויות "טבועות" של הרשות המנהלית שאין להן אחיזה בחוק. ראו זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 53–54, וברכה משפט מינהלי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 40. אך השווה הדיון בסמכויות השיוריות להלן.
- 7 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 50; ברכה משפט מינהלי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 36.
- 8 שם, בעמ' 39, ה"ש 19.
- 9 כדברי ברכה: "עקרון החוקיות הוא האלף-בית של המשפט המינהלי". ראו שם, בעמ' 35.

שאר עילות הביקורת השיפוטית.¹⁰ להלכה, אין עוררין גם כיום על תוקפם, מרכזיותם וחשיבותם של עקרון החוקיות ושל דרישת הסמכות המנהלית כאבני היסוד של המשפט הציבורי בישראל. אולם בעשורים האחרונים ניכר תהליך עקיב של שחיקה בחשיבותם של עקרון החוקיות הקלסי ושל דרישת הסמכות הסטטוטורית הברורה לכל פעולה מנהלית באשר היא. הסיבה המרכזית לשחיקה בעקרון החוקיות היא שטעמי המדיניות העומדים בבסיס עקרון החוקיות הקלסי אינם חזקים עוד כפי שהיו בעבר, ומכל מקום קיימים כיום שיקולי מדיניות חזקים המתחרים בטעמים אלו והמובילים לתהליך השחיקה האמור. להלן יובא ניתוח קצר של שיקולי המדיניות הכרוכים בנושא, ולאחר מכן נתאר את הפרמטרים השונים של השחיקה בעקרון החוקיות המסורתית.

עקרון החוקיות מבוסס על ההנחה הליברלית הקלסית שלפיה התפקיד המרכזי של המשפט הציבורי הוא להגביל את הכוח השלטוני המצוי בידי הרשות המבצעת, וזאת על פי התפיסה שכוח בלתי מוגבל המצוי בידי השלטון הוא בבחינת סכנה תמידית לחירויות הפרט. הנחה זו היא המבססת הן את עקרון הפרדת הרשויות, שלפיו יש הצדקה לפצל את הכוח השלטוני ולהפקידו בידי כמה רשויות נפרדות ואוטונומיות שיתחרו זו בזו ויפקחו זו על זו, והן את עקרון שלטון החוק, שלפיו רשויות השלטון חייבות לבצע כל פעולה מפעולותיהן על פי חוקים כלליים, קבועים מראש ומפורסמים שנוצרים על ידי המחוקק.¹¹ הנחת היסוד הליברלית, שלפיה יש לראות בשלטון – בראש ובראשונה – גורם מאיים, התאימה לאופייה ותיאורה של המדינה בתקופת המאה השמונה-עשרה והמחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה (שבה חיו אבות הליברליזם המודרני, ג'ון לוק, ג'ון סטיוארט מיל ומונטסקייה), שבה היה לממשל תפקיד מוגבל מאוד בחיי התושבים. אולם עם התפתחותה של מדינת הסעד המודרנית בסוף המאה התשע-עשרה ובמאה העשרים השתנה לחלוטין התפקיד שממלא השלטון בחיי האזרח, משום שהממשל החל למלא תפקידים רבים ולהעניק לאזרחים שירותים רבים שלא היו מוכרים במדינה הליברלית הקלסית, כגון שירותי סעד, רווחה, חינוך, בריאות, ביטוח סוציאלי ורגולציה בכל תחומי החברה והכלכלה. במילים אחרות, המדינה של תקופתנו היא בראש ובראשונה ספק שירותים בהיקף ענק, שאותו אנו מודדים לא רק על פי ה"סכנה" הנובעת

10 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 35–36, 49–52 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית – מהדורה שנייה); ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דוינגנוף ושות' בע"מ, פ"ד יג 1026, 1037 (1959); בג"ץ 290/65 אלטגר נ' ראש עיריית רמת גן, פ"ד ב 29, 33 (1966); בג"ץ 285/64 עזבון שיף נ' שר החקלאות, פ"ד יט (2) 40, 44 (1965); ת"פ (שלום י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ התשמ"ח (2) 26, 294, 302 (1987).

11 לדין מפורט ראו דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 302 ואילך והאסמכתאות שם. הנחת היסוד הזו מבססת גם את עקרון ההסדרים הראשוניים שלפיו אסור לו למחוקק להעביר לרשות המבצעת את כוחות החקיקה שלו אלא עליו לעגן ולקבוע בחוק את העקרונות המרכזיים בכל נושא ונושא. ראו לעניין זה בהמשך בפרק ב.

ממנו אלא בראש ובראשונה על פי איכות השירותים שהוא מספק. לכן אל מול השאיפה שהמשפט הציבורי יגביל את הכוח המצוי בידי הרשות המבצעת עומד אינטרס חברתי חזק לאפשר למנהל הציבורי גמישות פעולה רבה ככל האפשר, כדי לאפשר לרשויות השלטון להגשים את המטרות החברתיות העומדות בבסיס פעולתן בדרך הטובה ביותר שאפשר.¹² בנוסף, הצרכים של מדינת המנהל המודרנית מחייבים במקרים רבים הענקת סמכויות נרחבות של פיקוח למנהל הציבורי וזאת, בין היתר כדי להגן על חירויות הפרט ועל האינטרסים של הפרט מפני כוחות שחלקם של המדינה עצמה, אך חלקם האחר פועלים בשוק הפרטי (כגון תאגידים גדולים, מונופולים וכיו"ב). היינו, במציאות שבה אנו חיים לעתים יש צורך להעניק לממשלה סמכויות נרחבות וגמישות ביצועית דווקא כדי להגן על חירויות ואינטרסים חיוניים של האזרח.¹³

התהליך האמור לעיל של היווצרות מדינת הרווחה המודרנית הוא הרקע לשינויים שחלו בתפקיד של כל אחת משלוש הרשויות ובמשקל היחסי שלהן בניהול ענייני המדינה. הנחת היסוד של המודל הליברלי הקלסי היא שהמדינה צריכה להתנהל על פי חוקים מבית מדרשו של המחוקק הנבחר (עקרון שלטון החוק). כלומר, כל פעולה של הרשות המבצעת צריכה להתבצע על פי הסמכה ברורה והוראות ברורות התואמות את ההכרעות העקרוניות שהתקבלו על ידי המחוקק ובאו לידי ביטוי מפורט בחקיקה ראשית (ההסדרים הראשוניים). לרשות המבצעת, על פי תפיסה זו, שמור תפקיד שהוא ביצועי (ואפילו טכני) ביסודו, ואילו תפקידה המרכזי של הרשות השופטת הוא לוודא כי הרשות המבצעת פועלת על פי הוראותיו של המחוקק ואינה חורגת מן המנדט שניתן לה בחוק. אולם הלכה למעשה ברור כי מודל כזה, המניח כי על פעולות הממשלה להיות פעולות "ביצוע" גרידא, וכי מדיניות הממשל (למצער בעניינים החשובים והעקרוניים ביותר) צריכה להיקבע בבית המחוקקים ולבוא לידי ביטוי בחוק, איננו תואם את הרצון לאפשר לממשלה גמישות ביצועית החיונית לקיומה של המדינה המודרנית. השינויים בתפקיד הממשל בחברה הובילו לגידול עצום בהיקף ובחשיבות של הרשות המבצעת, ובהעברת מרכז הכובד של קביעת המדיניות הכללית של המדינה אליה. המשימות המוטלות על כתפי הרשות המבצעת היום מחייבות תהליך מתמיד ומורכב של איזון אינטרסים ושיקולים נוגדים, תהליך שאי אפשר ליישמו בהצלחה אם יהיה צורך לקבוע את קווי הפעולה של המנהל מראש באופן פרטני במסגרת המכשיר הקשיח והמסורבל של החקיקה הראשית.¹⁴ תפקידם של בתי המחוקקים הופך אפוא בעיקר לתפקיד של הענקת

12 שם, בעמ' 309 ואילך.

13 ראו יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 145–149 (2005).

14 ראו דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 310. בנוסף, לבתי המחוקקים בעידן המודרני חסרה הן המוטיבציה הפוליטית והן היכולת (ולו במובן הטכני והפרוזאי ביותר) לחוקק מספיק חוקים מפורטים שיוכלו "להורות" לרשות המבצעת כיצד עליה לפעול בכל אחד מאין-ספור התחומים הביצועיים שבהם היא פועלת. ראו שם, וכן האסמכתאות שם וראו גם הדיון להלן בפרק ד.3.(א).

סמכות לרשויות המנהל (להבדיל ממתן הוראות על סמך הכרעות ברורות בחוק) באמצעות חוקים המנוסחים ניסוח רחב ועמום, שכל תפקידם הוא לקבוע את המסגרת הפונקציונלית שבתוכה תפעל הרשות המנהלית (והמכונים אפוא חוקי מסגרת). חוקים אלו אינם מכילים בדרך כלל הכרעות חברתיות מהותיות אלא הם יוצרים את המסגרות שבתוכן הרשות המנהלית אמורה לקבל את ההכרעות הללו.¹⁵ בקצרה, התפקיד המרכזי של החקיקה במדינה המודרנית הוא להעניק למנהל הציבורי סמכות הנושאת עמה שיקול דעת רחב באשר לדרכי הפעולה וגיבוש המדיניות בתחום שעליו מופקדת הרשות המנהלית.

השינויים בתפיסת המדינה גם מדגישים את מורכבות המשימה העומדת בפני הרשות השופטת במדינה המודרנית. מצד אחד הצורך בפיקוח ובקרה על הכוח השלטוני לא פחת, ואף גבר, בעקבות הגידול העצום בכוחה של המדינה והעברת הסמכויות הנרחבת לידיה של הרשות המבצעת. מצד אחר הכלים שהמודל המסורתי של שלטון החוק מעמיד בידיה של הרשות השופטת הופכים למוגבלים ואף כמעט לחסרי רלוונטיות, שהרי על פי המודל המסורתי, התפקיד הבלעדי של בתי המשפט היה להבטיח כי רשויות המנהל לא יחרגו מהמנדט שניתן להן על ידי המחוקק (במסגרת דוקטרינת הוירס). אולם כאשר המחוקק מעביר לידי הרשות המבצעת סמכויות רחבות באמצעות חקיקת מסגרת, האפקטיביות של ביקורת שיפוטית על פי "גבולות החוק" קטנה פלאים. הרשות השופטת נדרשת אפוא להתמודד עם מציאות חדשה, שבה במקום "מדינת שלטון החוק" (או החוקים) "קיימת מדינת שיקול הדעת". כלומר, מצב דברים שלפיו המנהל הציבורי נהנה מסמכויות רחבות של שיקול דעת, שהחקיקה הראשית נוגעת בהן לא פעם רק בשוליים, סמכויות המאפשרות למנהל לקבוע מדיניות ולהשפיע באופנים מגוונים על אינטרסים וזכויות של האזרח. תגובתם של בתי המשפט למצב דברים זה הייתה פיתוח דוקטרינות חדשות של ביקורת שיפוטית, שגם להן השפעה ניכרת על היחס של בית המשפט לעקרון החוקיות, ועל כך להלן.¹⁶

3. שחיקת עקרון החוקיות בפסיקה

עד כה עמדתי על הסיבות לשחיקת הבסיס הרעיוני של המודל הקלאסי של עקרון החוקיות. השינויים במציאות החברתית והמנהלית באו לידי ביטוי במישור המשפטי

15 שם. ראו גם Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975).

16 לתיאור מפורט של "בעיית שיקול הדעת" ראו דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 313 ואילך.

ביחסם של בתי המשפט אל העיקרון. נסקור להלן ביטויים אחדים בפסיקת בתי המשפט לתופעת השחיקה ההדרגתית של עקרון החוקיות.¹⁷

(א) סמכויות שיוריות

כאמור, על פי עקרון החוקיות, אין לרשות המנהלית אלא סמכויות שהוענקו לה בהסמכה ברורה בחוק הנוגע לעניין. אולם כידוע קיים סוג אחד של סמכויות שאינן נובעות מחקיקה (מכל מקום, אינן נובעות מהסמכה ספציפית כלשהי בחוק) – הסמכויות השיוריות (המכונות לעתים גם סמכויות "פררוגטיביות" או "כלליות") של הממשלה.¹⁸ אלו הן סמכויות שהדין מכיר בהן בתחומים מסוימים כבסיס לפעולת הרשות המבצעת גם בהיעדר הסמכה בחקיקה. סמכויות כאלו היו נתונות לכתר האנגלי בתקופת המנדט, ובית המשפט העליון קבע כי הן נקלטו במשפטנו מכוח פקודת סדרי השלטון והמשפט.¹⁹ לאחר מכן עם חקיקת חוק-יסוד: הממשלה הראשון בשנת 1968 עוגנו הסמכויות הללו בחוק היסוד, וכיום הן מעוגנות בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, שקובע כדלקמן:

הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.²⁰

הפירוש המקובל של הסעיף הוא שבכל מקום שבו אין קיימת חקיקה ייעודית המסדירה נושא כלשהו, הממשלה (באמצעות כל אחד משרדיה) מוסמכת לפעול מכוח הסעיף במסגרת הסמכות השיורית.²¹ היינו, במקום שבו נקבע כי קיימת חקיקה המסדירה את הנושא אמורה סמכותה השיורית של הממשלה לסגת, ובית המשפט יבחן את שאלת

17 ההתפתחויות הללו הובילו לשינוי תפיסתי בנוגע למרכזיות של דוקטרינת הוריס אפילו במשפט האנגלי, מולדתו של העיקרון, עד כדי כך שיש המטילים ספק בהיותו של העיקרון כיום הבסיס העיוני והמעשי לביקורת שיפוטית על מעשי המינהל שם. ראו בעניין זה למשל Dawn Oliver, *Is the Ultra Vires Rule the Basis for Judicial Review?*, in PUBLIC LAW 543 (1987); Paul Craig, *Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review*, 57 CAMBRIDGE L.J. 63 (1998).

18 בשימוש המקובל אין למעשה הבדל בין הכינויים השונים. וראו גם מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 7 (2002), הטוענת כי אין הבדל מהותי בין המונחים, אלא שריבוי הכינויים נובע מהטשטוש המושגי הכללי האופף את הדיון בנושא.

19 בג"ץ 282/61 אל-סרוגי נ' שר הדתות, פ"ד יז 188, 191 (1963).

20 ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה, התשס"א-2003, ס"ח 158.

21 ואמנם ייתכנו שני פירושים אפשריים באשר למצבי תחולתה של הסמכות השיורית: האחד עניינו במצב שבו אמנם הוקנתה סמכות למדינה, אך לא נקבע מיהו האורגן המוסמך להפעיל אותה סמכות, ואילו במצב השני לא הוקנתה כלל סמכות למדינה, וממילא לא נקבע מיהו האורגן המוסמך. ראו בג"ץ 8600/04 שמעוני נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(5) 673, פס' 9-12 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005).

הסמכות על פי החוק האורגני המסמיך. לעומת זאת בעניינים שלא הוסדרו בחקיקה ייעודית כזו רשאית הממשלה לפעול מכוח סעיף 32. קל לראות שההכרה בסמכויותיה השירותיות של הממשלה איננה מתיישבת עם עקרון החוקיות הקלסי.²² הפסיקה אמנם קבעה מגבלות שונות בנוגע ליכולתה של הממשלה להשתמש בסמכויות השירותיות, כגון שאי אפשר להשתמש בסעיף 32 כדי להטיל מסים,²³ או במקרים של פגיעה בחירויות הפרט,²⁴ אולם ככלל, בתי המשפט הפגינו עמדה פרשנית מרחיבה ונוחה לממשלה בסוגיה המרכזית הנוגעת להיקף השימוש שאפשר לעשות בסמכויות השירותיות, כלומר כלפי השאלה אימתי קיומו של חוק ספציפי הנוגע לנושא הנדון מונע מהממשלה להפעיל את הסמכות השירותיות לצד הסמכות הסטטוטורית הרגילה (ואף בהתעלם מהמגבלות שקובע החוק הספציפי בנושא). כך למשל התעוררה השאלה אם העובדה שחוק עידוד השקעות הון, התשי"ט–1959 מעניק לממשלה (באמצעות מנהלת מרכז ההשקעות שהוקמה מכוח החוק) סמכות להעניק מענקי עידוד למפעלים המצויים בתחומי מדינת ישראל, משמעה שלממשלה אסור להעניק מענקים זהים למפעלים המצויים מחוץ לשטח המדינה (קרי בשטחים המוחזקים), וזאת מכוח סמכותה השירותית.²⁵ בית המשפט קבע כי קיומו של החוק הייעודי בתחום הסיוע להשקעות הון בתעשייה איננו מונע מהממשלה לפעול בד בבד, מכוח הסמכות השירותית, באזורים שהחוק אינו חל עליהם.²⁶ גישה

22 ראו למשל ברכה משפט מינהלי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 40. אפשר כמובן להעלות את הטענה הפורמליסטית שגם פעולה מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה היא פעולה "מכוח החוק", אך מובן שטענה כזו תרוקן את עקרון החוקיות מכל תוכן ממשי, שאז יהיה אפשר לתמצת את כל ספר החוקים בישראל לסעיף יחיד זה ועדיין לטעון כי התקיימה דרישת החוקיות. מנגד לא הייתה הפסיקה מוכנה לקבל את הטענות לפיו עצם קיומו של סעיף 32 משחרר למעשה את הממשלה מדרישות עקרון החוקיות. ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 382–384 לפסק הדין (2005); וראו גם בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 9–10, 22–27 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 27.2.2006) (להלן: בג"ץ ועדת המעקב). עם זאת קיימת דעה (המבוססת בין היתר על קיומן של הסמכויות השירותיות) שלפיה עקרון החוקיות חל על הממשלה (כלומר על רשויות השלטון המרכזי) באופן דווקני פחות מאשר על רשויות מקומיות או תאגידי סטטוטוריים. ראו למשל בג"ץ 36/51 חת נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד ה' 1553, 1557 (1951). ואכן, אפשר לטעון כי ככלל הפסיקה מדקדקת בעניין עקרון החוקיות ביחס לרשויות מקומיות יותר מאשר ביחס לממשלה, ראו למשל בג"ץ 1640/95 אילנות הקריה נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582 (1996); בג"ץ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרין, נג(1) 1 (1997); ע"א 1644/04 עיריית רמלה נ' מרכז סליקה בנקאית בע"מ (פורסם בנבו, 28.11.2005).

23 ראו למשל, בש"א (מחוזי חי') 3401/05 (ת"א 740/04) עיריית חיפה נ' דובק בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2005).

24 עניין שמעוני, לעיל ה"ש 21, פס' 9 ואילך לפסק דינו של הנשיא ברק.

25 בג"ץ 287/91 קרגל נ' מינהלת מרכז השקעות, פ"ד מו(2) 852 (1992).

26 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט גולדברג.

פרשנית דומה הפגין בית המשפט גם במקרים אחרים שבהם התעוררה השאלה אם קיומו של חוק ספציפי המסמיך בתחום הפעולה הנדון מהווה "הסדר שלילי" המונע מהממשלה להפעיל לצד החוק הסדרים מנהליים על בסיס סעיף 32 – אם לאו. כמעט בכל המקרים שבהם הגיעו שאלות כאלו לדיון סירב בית המשפט לפרש את החוק האורגני כיוצר הסדר שלילי והכשיר את פעולת הממשלה מכוח סעיף 32 באופן שאפשר למעשה לממשלה לעקוף את המגבלות הקבועות בחוק דרך מוסד הסמכויות השירותיות.²⁷

(ב) פרשנות רחבה של הסמכות סטוטוריות

פן אחר של הגמשת עקרון החוקיות המנהלי בא לידי ביטוי בגישה הפרשנית של בתי המשפט בנוגע לחקיקת הסמכה. לכאורה, על פי עקרון החוקיות הקלסי אמור בית המשפט לדקדק עם הרשות המנהלית ולוודא שהיא פועלת אך ורק בתחום הסמכות שהעניק לה המחוקק. בפועל במקרים רבים נראתה בבתי המשפט נטייה לפרש את חקיקת ההסמכה פירוש גמיש וליברלי. לכן גם פעולות שספק רב אם היה אפשר לראות בהן – על פי הקריאה המקובלת של החוק – כלולות מלכתחילה במסגרת המנדט הסטוטורי, זכו להכשר מבית המשפט. דוגמה אחת בולטת לגישה פרשנית כזו היא בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות.²⁸ בפרשה זו

27 ראו למשל בג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך, פ"ד מו(1) 53 (1991) (סיוע לחיילים משוחררים בשכר לימוד מעבר למגבלות הקבועות בחוק חיילים משוחררים, התשמ"ד-1984 והתקנות על פיו); בג"ץ 2632/94 דגניה א', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד נ(2) 715 (1996) (הסדר תשלום ל"מקורות" כספק מים מכוח הסכם עם הממשלה ובניגוד לקביעות חוק המים, התשי"ט-1959); בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647 (1995) (הכרה בסמכות המשטרה לשלוח משלחת שיטור כחלק מכוח בין-לאומי אף על פי שפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 איננה מכירה בפעילות כזו בין מטרות המשטרה); בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי הביטוח נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 181 (1999) (מתן פיצויים למגדלי פרות בגין נזקי טבע מכוח סעיף 32 ולא מכוח חוק פיצוי נפגעי אסון טבע, התשמ"ט-1989). למעשה, המקרה היחיד שבו בית המשפט קבע כי החוק האורגני יצר הסדר שלילי המונע מהממשלה לפעול במקביל לחוק על פי סעיף 32 הוא המקרה של קביעת אזורי עדיפות לאומית על פי חוק ערי ואזורי פיתוח, התשמ"ח-1988, ראו בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993) (להלן: עניין קרית גת); בג"ץ ועדת המעקב, לעיל ה"ש 22. דומה שהנטייה של בית המשפט לפרש כך את חוק ערי ואזורי פיתוח נבעה מהחשש שבתחום זה מושפעת פעולת הממשלה משיקולים פוליטיים פסולים יותר מאשר מרצון אותנטי לעמוד על קוצו של יוד בעניין עקרון החוקיות ודרישת ה"שירותיות" של סעיף 32. שאם לא כן קשה להבחין את המקרה של חוק זה מחוקים אחרים שבהם סירב בית המשפט לראות "הסדר שלילי" המונע את הפעלת הסמכויות השירותיות. כך או כך, המקרה של חוק חיילים משוחררים הוא בעניין זה החריג שאיננו מעיד על הכלל. לדיון נרחב ביחס שבין מגבלת השירותיות לעקרון ההסדרים הראשוניים ראו להלן פרק ג.3.

28 פ"ד מא(4) 337 (1987) (להלן: עניין איגוד העיתונאים).

נדונה השאלה אם חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 מסמיך את רשות השידור לממן פעולות מסוימות שלה באמצעות הצגת תשדירי שירות ומשדרי חסות (שהיו הלכה למעשה סוג של פרסומת מסחרית לטובת מוצרים ושירותים מסוימים). פרשנות דווקנית של מנדט ההסמכה של רשות השידור על פי החוק הייתה צריכה להוביל לכאורה למסקנה שלילית בעניין זה, הן משום שהחוק במקרה זה מכיל פירוט רב של המטרות שלאורן מותר לרשות השידור לפעול (שידור פרסומות או תשדירי חסות לא נמנו עם מטרות אלו), הן בשל ההיסטוריה החקיקתית של החוק והן משום שדרכי המימון של פעולות הרשות הוגדרו גם הן בחוק בפירוט (מימון ציבורי באמצעות אגרה ולא באמצעות התקשרויות עם גורמים מסחריים). זאת אכן המסקנה שאליה הגיע השופט בן-דרור, שכתב את פסק הדין העיקרי והמפורט באותו עניין. אלא שהשופט בן-דרור מצא עצמו בסופו של דבר בדעת מיעוט. שופטי הרוב ציינו כי אכן קיים "ספק" לעניין סמכותה של הרשות לאפשר שידורים כאלה,²⁹ אך ציינו כי היות שאין קיים בחוק איסור מפורש לשדר שידורי פרסומת, יש לפרש את החוק בדרך ליברלית בעניין זה.³⁰ הלכה למעשה הגישה שנקטו שופטי הרוב הפכה על פניה את הדרישה הבסיסית של עקרון החוקיות. שתיקתו של המחוקק (כלומר העובדה שהמחוקק לא אסר במפורש על הרשות לשדר תשדירי שירות) פורשה על ידי בית המשפט כהכרה במנדט של הרשות לבצע את הפעולה – בניגוד להנחה המקובלת שבבסיס עקרון החוקיות.³¹ גישה פרשנית מרחיבה ש"מותחת" את סעיפי ההסמכה הסטטוטוריים לטובת הכרה במנדט פעולה גמיש של הרשות המנהלית באה לידי ביטוי בפסקי דין נוספים, כגון בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח,³² שבו פירש בית המשפט סעיף שהתיר למפקח על הביטוח לברר תלונות מהציבור כמקור לגיטימי לסמכות רגולטיבית רחבה של

29 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט אלון.

30 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט אלון; וראו גם דברי השופט דב לוי שהצטרף לפסק דינו של השופט אלון בעניין זה: "כשאין בחוק הוראה מפורשת האוסרת [על רשות השידור] לנהוג בדרך זו, ואכן לא נמצא כזו בחוק, אל נכון משום שגם המחוקק לא רצה בכך, מדוע נבוא אנו ונעצור את מעוף העשייה בתחום זה?" [ההדרגות הוספו – י"ד].

31 ואכן, העותרים בעניין איגוד העיתונים פנו בבקשה לדיון נוסף בטענה שבית המשפט הפך את הנחת המוצא הפרשנית של עקרון החוקיות. הבקשה נדחתה על ידי הנשיא לנדוי, שקבע כי הקביעות של שופטי הרוב לעניין הסמכות היו "אמרות אגב" (ד"נ 14/87 איגוד העיתונים היומיים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 602 (1987) (להלן: ד"נ איגוד העיתונים)). זמיר מסביר את ההכרה בסמכותה של רשות השידור לשדר תשדירי חסות בעניין זה על בסיס הכרה בסמכויות עזר של הרשות המנהלית (זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 251) ומציין כי הפרשנות הרחבה שנקט בית המשפט מקורה באינטרס הציבורי שנבע מהחשש שללא תשדיריים אלו תיקלע הרשות למשבר כלכלי (שם, בעמ' 266).

32 פ"ד נה(3) 625 (2001).

המפקח לקבוע הסדרים כלליים שיחייבו את חברות הביטוח ביחסייהן עם המבוטחים.³³ לעתים שאיפתה של הפסיקה לאפשר לרשויות המנהל להפעיל סמכויות בתחומים שנראים לבית המשפט חיוניים לשירות הציבור מובילה אותה לויתור כמעט גלוי על עקרון החוקיות המסורתית. כזה הוא למשל בג"ץ 415/89 אלון נ' השירות למען הילד.³⁴ באותו עניין תקפו העותרים את החלטת המשיב לטרב לכלול אותם ברשימת המועמדים לאימוץ ילדים בטענה שהמשיבים פועלים בחוסר סמכות משום שחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 איננו אומר דבר על מכלול הפעולות הנוגעות להליכי טרום-אימוץ שנעשות (זה שנים ודרך קבע) על ידי השירות למען הילד במשרד הרווחה. הנשיא שמגר מנתח בפסק הדין את חוק אימוץ ילדים וקובע שאין בחוק כל התייחסות לתחומי הפעולה הללו. לפיכך הוא מציין כדלהלן:

המסקנה העולה מן הדברים הנ"ל מצביעה על לאקונה משפטית בתחום חיוני, חשוב ורגיש.³⁵

מובן שבהקשר של עקרון החוקיות המונח "לקונה" הוא בעל משמעות אחת ואין בלתה: הסמכות איננה קיימת במקום שהיא אמורה להימצא. לכאורה, המסקנה (הברורה) האמורה הייתה חייבת להוליך את בית המשפט למסקנה כי החלטת המשיב היא בלתי חוקית ופסולה. בפועל בית המשפט דוחה את העתירה בציינו כי לא מצא פסול מהותי בפעולת המשיבים בעניינם של העותרים, ועל כן הוא דוחה את העתירה.³⁶ פסק הדין בעניין אלון הוא דוגמה בולטת לחוסר הנכונות של בית המשפט לקבל את המסקנות הנובעות מעקרון החוקיות הקלסי במקום שבו התוצאה הקונקרטית הנובעת מהחלטת העיקרון תוביל להשלכות מעשיות שנראות לבית המשפט בלתי נסבלות.³⁷ אפשר היה להניח כי לפחות בתחום אחד, והוא ההגנה על חירויות הפרט, יישמו בתי המשפט את עקרון החוקיות הקלסי בדיוקנות. שהרי ההלכה רבת השנים היא שבתחום זה של הגבלת חירויות הפרט הבסיסיות יקפידו בתי המשפט הקפדה יתרה שתנאי לסמכות

33 שם, פס' 13-14 לפסק דינו של השופט זמיר. בית המשפט ציין כי תכלית החוק מצדיקה מתן פירוש מרחיב ללשונו. השוו גם לזמיר הסמכות המינהלית – מהדורה שנייה, לעיל ה"ש 10, בכרך א 346. זמיר מציין כי קיימת הנחה פרשנית כללית שלפיה המחוקק "מבקש לסייע בידי הרשות המינהלית למלא כראוי את התפקיד שהוא מטיל עליה", ולפיכך "בית המשפט יכול לפרש את הסמכות ביד רחבה ואף להוסיף לה סמכות משתמעת, באופן שישרת היטב את תכלית החוק".

34 פ"ד מג(2) 786 (1989).

35 שם, פס' 6 לפסק הדין (ההדגשה הוספה – י"ד).

36 שם, פס' 8-9 לפסק הדין.

37 זמיר מסביר את גישת בית המשפט כ"פרשנות מרחיבה" של החוק המסמך (על רקע האילוצים המעשיים) ומודה כי הרשות המנהלית פעלה בעניין זה "על גבול העקרון של חוקיות המינהל" (זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 259).

הפעולה של הרשות יהיה הסמכה ברורה ומפורשת מאת המחוקק.³⁸ ואולם, התבוננות בפסיקה של העשור האחרון מעלה שהנכונות להגמיש את דרישות העיקרון בדרך של פרשנות מרחיבה של סעיפי הסמכה מנהליים אינה פוסחת גם על פסיקה הנוגעת לחירויות הפרט הבסיסיות. דוגמה בולטת לעניין זה היא בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית.³⁹ השאלה שעמדה לדיון היא אם ליו"ר ועדת הבחירות יש סמכות להסדיר את תשדירי הבחירות ברדיו מטעם המפלגות המתמודדות בבחירות (כלומר, לקבוע את היקף השידורים המותר, לפקח על תוכנם וכו'). החוק הנוגע לעניין, חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט–1959, הסמיך את יו"ר הוועדה להסדיר את תשדירי התעמולה לבחירות בטלוויזיה, אך לא אמר דבר וחצי דבר על התשדירים ברדיו. בית המשפט ציין כי אי-הסדרת סמכותו של יו"ר הוועדה לפקח על השידורים ברדיו היא "תקלה חקיקתית", אך סירב לראות בכך הסדר שלילי. הנשיא ברק קבע כי "אי-השלמות" של החוק בעניין נוגדת את תכליתו של ההסדר החקיקתי והכיר אפוא בסמכות הפיקוח של יו"ר הוועדה גם על תשדירים אלו.⁴⁰ העובדה כי עסקינן בחוק המגביל הלכה למעשה את חירות הביטוי הפוליטית, שהיא אחת מחירויות הפרט החשובות ביותר, לא זכתה לכל התייחסות בניתוח הפרשני של בית המשפט.⁴¹ גישה דומה, המוכנה להפגין גמישות באשר לדרישת ההסמכה המפורשת גם כשעסקינן בחירויות הפרט הבסיסיות, באה לידי ביטוי גם במקרים אחרים בפסיקה של העשור האחרון.⁴²

38 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); ברכה משפט מינהלי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 37.

39 פ"ד נז(1) 750 (2003).

40 שם, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק.

41 בית המשפט התייחס לחופש הביטוי רק בהקשר של הדיון באופני הפעלת הסמכות, כלומר בשאלה כיצד צריך יו"ר הוועדה לאזן את חירות הביטוי עם שיקולים נוגדים במסגרת הפעלת שיקול דעתו (כלומר, לאחר שהכריע כאמור בשאלת עצם קיום הסמכות). ראו פסקאות 14 ואילך לפסק דינו של הנשיא ברק ופסקי הדין של השופטים מצא ושטרסברג-כהן.

42 ראו למשל את דבריה של השופטת דורנר בבג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, פס' 10 (2004), שלפיהם "[...] בפסיקה יש ביטוי גם לגישה דווקנית פחות [מעקרון החוקיות הקלטי], שעל-פיה רואים את הרשות המינהלית מוסמכת לפגוע בזכויות אדם אף בהיעדר קביעה מפורשת בחוק, ובלבד שסמכות זאת נדרשת להשגת תכליתו הפרטיקולרית של החוק" (היא מפנה בעניין זה לבג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 326 (1988) אם כי היא מוסיפה ומציינת כי לדעתה גישה זו אינה חלה כיום בשל חוקי היסוד החדשים (וראה בעניין זה גם את הדיון להלן בסעיף ה'). ראו עוד את גישתה של השופטת נאור בבג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פ"ד נח(2) 746, 757–760 (2004) (אמנם בדעת מיעוט), שם עמדה לדיון השאלה אם הסמכות הכללית של השר לביטחון פנים להתקין תקנות בעניין הניהול של בתי הסוהר יכולה להיות מקור לפרקטיקה המגבילה את זכותם של עצירים להיפגש עם עורכי דינם במקרים מסוימים.

חשוב להדגיש כבר בשלב זה כי אינני טוען שהדוגמאות שהובאו כאן מייצגות בהכרח את הגישה הכללית של בית המשפט ליישום עקרון החוקיות. לא חסרים מקרים גם בפסיקה של ימינו שבהם בית המשפט אוכף את העיקרון על רשויות המנהל, הר כגיגית, בתוך שהוא דוחה את הטענה שאילו צימים מעשיים וביצועיים מצדיקים ויתור על גבולות העיקרון.⁴³ אולם העובדה החשובה לעניין הטיעון המובא כאן היא שקיימים חריגים לא מעטים שבהם בית המשפט מגמיש מאוד את הגבולות של עקרון החוקיות כדי להתחשב באילו צימים מעשיים וכדי להקנות לרשויות המנהל גמישות ביצועית ובכך להגשים את תכלית החוק שמעניק לרשות המנהלית סמכות. במילים אחרות, טענתי היא כי הגם שאין ספק שבתי המשפט אינם מוותרים על עקרון החוקיות המסורתי (בוודאי לא במישור הרטורי), הם מגלים לא פעם נכונות "לכופף" את העיקרון "בשוליים" שלו לטובת גישה גמישה יותר של מושג החוקיות. זאת אפילו במקרים מסוימים שבהם משמעותה של ההכרה בסמכות המנהלית היא פגיעה בחירויות הפרט הבסיסיות.

(ג) סבירות וקריטריונים

ציינתי קודם לכן כי שחיקת הבסיסים הרעיוניים של עקרון שלטון החוק המסורתי חייבה את בתי המשפט לפתח דוקטרינות חלופיות לדוקטרינת הוירס כדי להבטיח שמוסד הביקורת השיפוטית לא ירוקן מתוכנו.⁴⁴ הדוקטרינה המרכזית שבתי המשפט פיתחו בהקשר זה החל מתחילת שנות השמונים היא עילת הסבירות.⁴⁵ עקרונית פיתוחה של עילת הסבירות אינו צריך להוביל את בית המשפט לויתור או הגמשה של דרישות הסמכות משום שעילת הסבירות פותחה במשפטנו כדרישה מצטברת שפעולת הרשות צריכה לעמוד בה נוסף על דרישת הסמכות.⁴⁶ אולם אף על פי שמבחינה לוגית אין סתירה בין דרישת הסמכות לדרישת החוקיות, מבחינה אידאולוגית קיים ביניהן מתח מובנה, משום שמבחן הוירס הקלסי הוא מבחן פורמלי. כל שבית המשפט מתבקש לעשות הוא לבחון אם פעולת הרשות מצויה בגדר הסמכות החוקית. השאלה אם הפעולה רצויה ומועילה לדעת בית המשפט או שמא היא שגויה ומזיקה איננה רלוונטית

43 ראו למשל עניין אילנות הקריה, לעיל ה"ש 22; בג"ץ 7067/07 נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 30.8.2007); בש"פ 4972/07 פואז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.3.2008); בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 47-50 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 17.3.2009); עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 42.

44 ראו לעיל סעיף 2 סיפה בפרק זה.

45 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב); בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449 (1981); בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1980) (להלן: עניין מרכז הקבלנים); בג"ץ 332/78 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד לג(2) 593 (1979).

46 עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 45, בעמ' 437.

כלל לניתוח שאלת הסמכות. לעומת זאת כאשר בית המשפט בוחן את שאלת הסבירות, על כורחו הוא נאלץ לגבש דעה בעניין רציונה של פעולת הרשות לגופו של עניין. אכן, אין פירוש הדבר שבית המשפט יפסול את פעולת הרשות המנהלית כל אימת שלדעתו הפעולה מוטעית או מזיקה, משום שעילת הסבירות מכירה ב"מתחם" של שיקול דעת שיש לרשות, שרק חריגה קיצונית ממנו תצדיק התערבות.⁴⁷ אך הערכת השאלה אם פעולת הרשות חורגת ממתחם הסבירות מחייבת את בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבצע הערכה מהותית (ברמת פירוט כלשהי) של תוכן הפעולה. יוצא שככל שבתי המשפט הרחיבו את השימוש בעילת הסבירות, כך הם התרגלו לבחון ולהעריך את פעולות המנהל הציבורי על פי קריטריונים תוכניים ומהותיים.⁴⁸ לשינוי הפרקטיקה השיפוטית היו השלכות על גישת בית המשפט לעניין הסמכות, בעיקר באותם מקרים שבהם מצד אחד מקור הסמכות של הרשות איננו ברור, או שסמכותה מוטלת בספק, ומצד אחר פעולתה לגופו של עניין נראית לבית המשפט סבירה וראויה. במצב דברים זה, על פי דוקטרינת הוירס, בית המשפט אמור לפסול את פעולת הרשות בשל הפגם בסמכות, ללא קשר לשאלת סבירות הפעולה לגופה. ואולם, ככל שבית המשפט פיתח הרגלים לבחון את פעולת הרשות לגופו של עניין, כך גברה אצל השופטים הנטייה להגמיש את דרישת הסמכות במקרי גבול. העלייה במרכזיותה של תפיסת הסבירות אצל בתי המשפט שלנו יכולה להסביר למשל את התוצאות בעניין איגוד העיתונאים⁴⁹ ובעניין אלון⁵⁰ שנותחו לעיל. בשני המקרים קיימים ספקות כבדים באשר לעצם סמכותה של הרשות לפעול כפי שפעלה, אך בשניהם בתי המשפט הגמישו את דרישת הסמכות בהדגישם כי לגופו של עניין פעולת הרשויות הנוגעות לעניין היא חיונית וחשובה. לפיתוחה של דוקטרינת הסבירות בשנות השמונים והתשעים היו השלכות נוספות על השחיקה במעמדה של דוקטרינת הוירס במשפטנו. עילת הסבירות כוללת גם דרישות הנוגעות לאופני קבלת ההחלטה על ידי רשויות מנהל. במסגרת זו בתי המשפט קבעו כי חובה על הרשות המנהלית לבצע בדיקה שיטתית של עובדות ולאסוף ראיות, להתייעץ עם הגופים הנוגעים לעניין ולקבל החלטה רציונלית ומנומקת.⁵¹ אחד הפרמטרים

47 שם, בעמ' 448–449; עניין מרכז הקבלנים, לעיל ה"ש 45, בעמ' 744; בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (1981).

48 על הסכנה שבבלבול התחומים בין ניתוח חוקיות האקט לבין בחינת הפעולה באמות מידה מהותיות (כגון סבירות ומידתיות) ראו גם דברי השופט (כתוארו אז) חשין בבג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, פס' 26 לפסק דינו (1998).

49 לעיל ה"ש 28 והטקסט שאליו היא נלווית.

50 לעיל ה"ש 34 והטקסט שאליו היא נלווית.

51 ראו למשל: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 37, 48–49 (1982); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423–426 (1994); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, פס' 48 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין

המרכזיים של גישה זו, שאפשר לכנותה "גישת הסבירות ההליכית"⁵², היה הדרישה שהפעלת שיקול הדעת של הרשות המנהלית תיעשה על יסוד קריטריונים כלליים ושוויוניים.⁵³ גם פיתוח דרישה זו לא היה צריך עקרונית להוביל בהכרח לשחיקה בדרישת הסמכות, שהרי הדרישה לפעולה על פי קריטריונים מתייחסת – עקרונית – למצבים שבהם הרשות מפעילה את סמכותה החוקית, כלומר פועלת בתחום שיקול הדעת המוקנה לה בחוק. אולם הלכה למעשה השחיקה של עקרון החוקיות הקלסי באה לידי ביטוי גם בהקשר זה, משום שבתי המשפט הראו במקרים מסוימים נטייה להקל על הרשות גם כאשר המקור לסמכותה, על פי עקרון החוקיות הקלסי, היה מוטל בספק, בצינים כי פעולת הרשות עומדת בבקורת משום שהיא נסמכת על קריטריונים כלליים ברורים ושוויוניים (הגם שכאמור מלכתחילה לא היה ברור שהקריטריונים עצמם נקבעו מלכתחילה בסמכות). דוגמה בולטת אחת לפרקטיקה כזו הוא בג"ץ 320/96 גרמן נ' עיריית הרצליה.⁵⁴ השאלה שעמדה לדיון במקרה זה היא אם רשות מקומית מוסמכת לממן הוצאות משפט של נבחר ציבור שנפתחו נגדו הליכים פליליים בגין מעשים שעשה במסגרת תפקידו. בית המשפט מזכיר בפסק דינו את הספקות הקיימים, מנקודת הראות של עקרון החוקיות, בנוגע לעצם הסמכות של רשויות מקומיות לשאת בעלויות של ההוצאות המשפטיות של נבחרי הציבור.⁵⁵ אולם לאחר מכן מציין בית המשפט כי בעניין זה קיים נוהל שגובש בחוזר משרד הפנים, וקובע כי על החוזר ההוצאות לנבחרי ציבור לקיים את הוראות הנוהל, והוסיף ואמר כי לדעתו "ראוי" שהעניין יוסדר בהסדר חקוק.⁵⁶ כלומר, קיומו של נוהל מסודר יכול, מנקודת ראותו של בית המשפט, להיות במקרים מסוימים תחליף נאות להסמכה חוקית ברורה. גישה זו של בית המשפט באה לידי ביטוי גם במקרים אחרים שבהם סמכותה החוקית של הרשות הייתה "בתחום האפור", אך נטען כי הרשות פועלת על סמך קריטריונים ברורים ומסודרים.⁵⁷

(1999). לדיון מפורט בפן זה של גישת הסבירות ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר חלק א 417 (2003).

שם. 52

ראו למשל בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705 (1989); וכן דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 367 ואילך.

פ"ד נב(2) 222 (1998). 54

שם, פס' 11 לפסק הדין. בית המשפט מתייחס בהקשר זה לפסק דין נוסף (בג"ץ 864/78 מזרחי נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד לג(2) 828 (1979)) שבו ננקטה גישה דומה.

שם, פס' 15 סיפה לפסק דינה של השופטת דורנר. 56

ראו עניין איגוד העיתונים, לעיל ה"ש 28, שבו בית המשפט מציין כי הרשות פעלה על סמך כללים שנקבעו על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט אלון); פרשת אלון, לעיל ה"ש 34, שם ציין בית המשפט כי ועדת הערר מטעם השירות למען הילד פועלת כדין על יסוד הסדר מנהלי (גם בהיעדר הסמכה ברורה בחוק לפעולתה) (שם, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא שמגר); בג"ץ 2921/03 קאופמן נ' מנהל אגף למקצועות רפואיים (פורסם בנבו, 29.4.2004) (בית

(ד) מישור הסעדים : בטלות יחסית

התפתחות חשובה נוספת המעידה על השחיקה בעקרון החוקיות הקלסי נוגעת למישור הסעדים. החומרה שהפסיקה ייחסה בעבר לפגמים של חוסר סמכות באה לידי ביטוי בסיווג ההחלטות שסמכותן פגומה כבטלות מדעיקרא, כלומר כהחלטות שבית המשפט חייב לאיין את תוצאותיהן המשפטיות, וזאת מבלי שיש לו שיקול דעת בנדון.⁵⁸ אך החל מתחילת שנות השמונים התפתחה בהדרגה התפיסה שלפיה אין עוד מקום לסיווג דיכוטומי של החלטות פגומות ל"בטלות" (בפגמים של חוקיות) ו"ניתנות לביטול" (בפגמים אחרים), אלא יש לראות בפגמים השונים בהחלטות מובילים למצב שהאקט הפגום הוא "בטל יחסית", כלומר שלבית המשפט יש שיקול דעת לבחון את התוצאה הקונקרטית הראויה של הפגם באקט בכל מקרה לגופו.⁵⁹ בשלב הראשון של ההתפתחות הזאת היו שופטים שסברו כי אי אפשר להחיל את הבטלות היחסית על פעולות שנעשו בחוסר סמכות, וזאת בשל החומרה שיש לייחס לפגמים הנוגעים לסמכות.⁶⁰ אולם לאחר מכן השתרשה הדעה שלפיה דוקטרינת הבטלות היחסית חלה גם על החלטות שנפל בהן פגם של סמכות, ואפילו מדובר בפגם חמור של היעדר סמכות.⁶¹ דוקטרינת הבטלות היחסית נועדה במוצהר להשאיר לבית המשפט שיקול דעת ולהגמיש את התוצאות שיש לייחס להחלטות מנהליות פגומות. החלטה של הדוקטרינה על פגמים של חריגה

המשפט קובע כי על נוהל של משרד הבריאות המתנה הוצאת תעודת הכרה למטפלים להיות מעוגן בהסמכה מפורשת בחוק, אך קובע כי ההצהרה על בטלות הנוהל תיכנס לתוקף רק אחרי שישה חודשים כדי לאפשר למדינה לשנות את החוק; בג"ץ 5413/07 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 16.9.2007) (בית המשפט מותיר על כנו את תוקפו של נוהל המעוגן בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות והמגביל מימון ציבורי להשתלות בחו"ל אף על פי שהוא קובע כי על הסדר כזה להיות מעוגן בחקיקה).

58 ראו למשל ע"פ 99/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 341 (1952); בג"ץ 203/57 רובינסקי נ' הפקיד המוסמך, פ"ד יב 1668 (1958). תפיסה זו יושמה גם על אקטים שהיו נגועים בפגמים חמורים אחרים של חוקיות, כגון הפרת זכות השימוע, משום שהללו הושוו על ידי הפסיקה לחוסר סמכות. ראו למשל ע"א 183/69 עיריית פתח תקווה נ' טחן, פ"ד כג(2) 388 (1969). להשלכות השונות של דוקטרינת הבטלות המוחלטת של פעולות שנעשו בחוסר סמכות ראו יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587, 592-593, 599-603 (1993); דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (1995).

59 ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות' חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337 (1981); ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות' חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645 (1982) (להלן: ד"נ שפירא).

60 ראו למשל עמדתם של הנשיא (לשעבר) לנדוי בד"נ שפירא, שם, בעמ' 660 ועמדתו של הנשיא י' כהן שם בעמ' 662-663.

61 ראו למשל ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793 (1996); רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673 (2001). להבחנה בין סוגים שונים של חוסר סמכות ראו דותן "במקום בטלות יחסית", לעיל ה"ש 58, בעמ' 591-592, 617-619.

מסמכות פירושה הלכה למעשה שייחכנו מצבים שבהם בית המשפט יגיע למסקנה כי האקט המנהלי העומד לדיון ניתן בחוסר סמכות, אך בכל זאת יחליט בית המשפט, משיקולים שונים, להשאיר את האקט בתוקפו (באורח מלא או חלקי).⁶² למשל, התפיסה המקובלת כיום על בתי המשפט היא כי גם במצבים שבהם בית המשפט מוצא שהרשות פועלת בחוסר סמכות או בחריגה מסמכות הוא רואה עצמו מוסמך להותיר לרשות מרווח זמן (שבו המצב הבלתי חוקי נמשך) עד לתיקון המצב, בין על ידי שינוי הפרקטיקה המנהלית ובין על ידי תיקון החוק המסמיך.⁶³ החלטה של דוקטרינת הבטלות היחסית על מצבים של חוסר סמכות מבטאת גם היא את הפיחות שחל במעמדה של דוקטרינת הוירס הקלסית במשפטנו.⁶⁴

(ה) ההשלכות של חוקי היסוד החדשים

ההתפתחות האחרונה (אם כי לא בסדר החשיבות) שיש לעמוד עליה בנוגע לשחיקה במעמדו של עקרון החוקיות המסורתי קשורה לחקיקתם של חוקי היסוד החדשים, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק,⁶⁵ ובמיוחד לפסקת ההגבלה הכלולה בשני חוקי יסוד אלו. כידוע, פסקאות ההגבלה בשני חוקי היסוד קובעות כי אפשר לפגוע בזכויות היסוד הכלולות בחוקים אלו רק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל" או "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".⁶⁶ לכאורה, הדרישה שפגיעה בזכויות הכלולות בחוקי היסוד תיעשה רק בחוק או על פי הסמכה מפורשת של המחוקק תואמת את דרישת החוקיות המנהלית ומחזקת אותה. אולם למעשה הכללת הפסקה האמורה בחוקי היסוד דווקא פותחת פתח לשחיקה נוספת של עקרון החוקיות,

62 בית המשפט יכול להגיע לתוצאה כזו גם באותם מקרים שבהם האקט נתקף תקיפה ישירה ולא רק בתקיפה עקיפה, כלומר במסגרת טענת הגנה במשפט פלילי וכיו"ב. ראו לדוגמה עניין קרית גת, לעיל ה"ש 27; בג"ץ 2911/94 מסאלחה נ' ועדת התכנון והבניה נחל עירון, פ"ד מח(5) 291 (1994). על ההבחנה שבין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה ראו דותן "במקום בטלות יחסית", לעיל ה"ש 58, בעמ' 604.

63 ראו למשל בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317, 323 (1990); בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224, 237 (2004) וכן זמיר הסמכות המינהלית – מהדורה שנייה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 347–348.

64 נוסף על השימוש בבטלות יחסית הגמישו בתי המשפט את התוצאות של חוסר סמכות גם במישורים דיוניים אחרים. היו מקרים למשל שבהם בתי המשפט הותירו על כנו פעולות מנהליות שהיו בבידור חסרות סמכות תוך שימוש בדוקטרינות דיוניות שונות, כגון דוקטרינת השיהוי. ראו למשל ע"מ 7142/01 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673 (2002) וכן בג"ץ 845/88 הסנה חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל הרכבת, פ"ד מד(1) 618 (1990).

65 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב–1992, ס"ח 150; חוקי-יסוד: חופש העיסוק, התשנ"ד–1994, ס"ח 90.

66 ס' 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (לאחר תיקונו בתשנ"ד); ס' 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

משום שהפסקה פותחת פתח לשאלה מהו מעמדן, בעקבות חוקי היסוד החדשים, של פעולות מנהליות הנוגדות את עקרון החוקיות (כלומר, הנעשות ללא הסמכה ברורה בחוק) אך שאינן פוגעות בזכויות המנויות בחוקי היסוד החדשים (או בחירויות הפרט בכלל). נסביר בקצרה עניין זה.

על פני הדברים, הדרישה בפסקאות ההגבלה שפגיעה בחירויות יסוד חוקתיות כגון כבוד האדם או חופש העיסוק תיעשה על פי הסמכה מפורשת בחוק, היא לכאורה מיותרת בשל עקרון החוקיות הקלסי. עוד בימים הראשונים של המשפט הציבורי שלנו (בעניין בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה הידוע) קבע בית המשפט כי ההנחה הפרשנית שמנחה אותו היא כי המחוקק לא התכוון לפגוע בחירויות הפרט הבסיסיות, הנחה שאפשר לסתור אותה רק באמירה מפורשת של המחוקק.⁶⁷ הנחה זו חלה כמובן לא רק על פגיעה בזכויות היסוד שנכללו לבסוף במסגרת חוקי היסוד, אלא על כל חירויות היסוד, ובראשן החירויות הפוליטיות של חופש הביטוי, ההפגנה וההתאגדות.⁶⁸ אמנם לאור עקרון החוקיות הקלסי כל פעולה של המנהל מצריכה הסמכה ברורה בחוק, אך ההנחה של הדוקטרינה בדבר "זכויות היסוד שאינה כתובה עלי ספר"⁶⁹ הייתה שבית המשפט ידקדק יותר באשר לרמת הבהירות של ההסמכה והספציפיות שלה במקרה שבו הפעולה המנהלית פוגעת בחירויות הפרט.⁷⁰ כך או כך, מבחינה זו הדרישה של פסקת

67 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949). וראו למשל גם דברי השופט (כתוארו אז) שמגר בעניין מיטרני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 358: "אליבא דיד, הסמכה לעניין זה משמעותה 'הסמכה מפורשת' ושלעצמי כוונתי בכך אך ורק למקרה בו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני"; פרשת פרי העמק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 560. וראו גם אורן גול "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד 386, 381 והאסמכתאות שם (1998). ראוי לציין כי בפסיקה קיימות גם גישות דווקניות פחות לעניין זה הנוטות לרכך את הדרישה שההסמכה לפגוע בזכויות תהיה מפורשת (ראו למשל בג"ץ 5936/97 לם נ' דל, פ"ד נג(4) 673, פס' 10 לפסק דינה של השופטת דורנר (1999): "קיימת גם גישה דווקנית פחות – שאף לה שורשים מסוימים בפסיקתנו – הרואה רשות מינהלית כמסמכת לפגוע בזכויות יסוד אף בהיעדר קביעה בלשון מפורשת של החוק, ובלבד שסמכות זאת נדרשת להגשמתה של התכלית הפרטיקולרית של החוק"; וכן דברי השופט (כתוארו אז) שמגר בעניין מיטרני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 360א. כמו כן צריך לציין שהשאלה מתי החוק המסמיך עומד בדרישה של הסמכה "מפורשת" או "ברורה" היא שאלה פרשנית הנתונה במידה רבה לשיקול הדעת של בית המשפט בנסיבות המקרה הספציפי.

68 ראו בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151 (1961); ע"א 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295 (1977); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

69 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962); בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1059 (1958).
70 ברכה משפט מינהלי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 39; וכן גול, לעיל ה"ש 67, 384–386.

ההגבלה לא הוסיפה לכאורה דבר להגנתן של חירויות היסוד על מה שדוקטרינת החוקיות הקלסית עשתה ממילא, אלא לכל היותר עיגנה בחוקי היסוד את הדוקטרינה הפסיקתית הקיימת.⁷¹ אולם הלכה למעשה עיגונה של דרישת ההסמכה המפורשת בפסקאות ההגבלה דווקא פתח פתח לפרשנות שהגמישה את דרישת ההסמכה. לתהליך זה שני היבטים המשתלבים זה בזה:

ההיבט הראשון הוא שהפסיקה שלאחר קבלת חוקי היסוד החדשים נטתה להדגיש את העובדה שהביסוס של דרישת ההסמכה המפורשת מקורו בפסקאות ההגבלה.⁷² מכאן גם נבעה המסקנה המתבקשת כי כאשר הפעולה המנהלית איננה מכילה פגיעה בחירויות המוגנות על ידי חוקי היסוד, בית המשפט יגמיש מאוד את דרישת ההסמכה הסטטוטורית לפעולה, הרבה מעבר למה שנדרש לכאורה על פי עקרון החוקיות הקלסי.⁷³ ההיבט השני הוא שפסקאות ההגבלה מכילות כידוע נוסף על דרישת ההסמכה המפורשת גם את הדרישה המתייחסת למידתיות הפגיעה. כלומר, דרישת ההסמכה המפורשת ודרישת המידתיות ה"צרה" הן שתי דרישות משנה של פסקאות ההגבלה. אף על פי שמדובר בשני מבחנים שונים זה מזה, בחינת הפסיקה מעלה שבתו המשפט אימצו גישה שלפיה הניתוח של דרישת ההסמכה והניתוח של המידתיות שלובים זה בזה ומשפיעים זה על זה הדדית. כך למשל בדנג"צ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון קבע לאחרונה בית המשפט כדלקמן:

[...] את הדרישה ל"הסמכה מפורשת" יש לקרוא באופן דומה ליתר תנאיה המהותיים של פסקת ההגבלה – היינו בהתאם למכלול נסיבות העניין וביניהן טיב הזכות הנפגעת, הטעמים המונחים בבסיסה ועוצמת הפגיעה בה. ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תפחת, כך גם יקטן הצורך בעמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת, וניתן יהיה להסתפק בלשון מרוככת יותר ואף בבחינת התכלית הפרטיקולרית של דבר החקיקה המסמיק. לעומת זאת, ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תגדל, כך יהיה עלינו לקרוא קריאה דווקנית יותר של דרישת ההסמכה המפורשת.⁷⁴

71 עם זאת מובן שלמרכיבים אחרים של פסקת ההגבלה הייתה חשיבות רבה, לרבות הדרישה שהפגיעה – גם כשהיא נעשית בחוק חרות – תהיה מידתית. והשווה הדיון להלן בפרק ד, 3, הטקסט להלן הצמוד לה"ש 229.

72 ראו למשל עניין לם, לעיל ה"ש 67, פס' 11 לפסק דינה של השופטת דורנר; עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, לעיל ה"ש 42, פס' 8 לפסק דינה של השופטת נאור.

73 ראו למשל בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים, פס' 28 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 8.10.2009).

74 דנג"צ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פס' 13 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, פ"ד נז(5) 673 (2003); וראו גם בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 20.8.2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי).

במילים אחרות, השילוב של דרישת ההסמכה המפורשת עם דרישת המידתיות הוביל את בית המשפט לאמץ גישה שלפיה אפשר לרכז ולהגמיש את דרישת ההסמכה המפורשת לפעולה המנהלית הפוגענית על פי ניתוח האופי המהותי של הפעולה הנוגעת בדבר (קרי: היקף הפגיעה בחירויות הפרט, החשיבות החברתית של הפעולה הפוגענית וכיו"ב).⁷⁵ יש לזכור כי דברים אלו של בית המשפט נאמרים על פעולות מנהליות שפוגעות בחירויות הפרט המעוגנות בחוקי היסוד, שגם בעניינן אפשר להגמיש את דרישת ההסמכה בתנאים מסוימים. ואם כך הוא הדבר באשר לפעולות כאלו, קל וחומר שדרישת ההסמכה החוקית תוגמש אף הרבה יותר מזה (ואולי אף תתייתר כליל) במקרים שבהם הפעולה המנהלית איננה פוגעת כלל בחירויות הפרט או שהיא פוגעת בחירויות שאינן נכללות במשרעת ההגנה של חוקי היסוד החדשים.⁷⁶

לשני ההיבטים האמורים של השחיקה בעקרון החוקיות בעקבות עיגון דרישת ההסמכה בפסקאות ההגבלה של חוקי היסוד החדשים יש קשר ישיר לפיתוח דרישת ההסדרים הראשוניים במשפטנו, ולכן עוד נוסיף לדון בהם בהמשך הרשימה.

ב. שני מובנים של עקרון ההסדרים הראשוניים

1. כללי

בחינה זהירה של הדיון בעקרון ההסדרים הראשוניים בפסיקת בתי המשפט מראה שתחת הכותרת "כלל ההסדרים הראשוניים" הפסיקה מדברת למעשה על שתי דרישות נורמטיביות שונות זו מזו בעת ובעונה אחת. הדרישה האחת קובעת כי עניינים שמסווגים כ"הסדרים ראשוניים" חייבים למצוא את פתרונם בחקיקת הכנסת, היינו שאסור לה לכנסת לאצול את ההכרעה באותם עניינים לרשות המבצעת, אלא חובתה להכריע

75 ראו גם גול, לעיל ה"ש 67, בעמ' 403–408. וראו גם הדיון להלן בפרק ב, והטקסט הצמוד לה"ש 137 להלן.

76 ראו בעניין זה את בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל, לעיל ה"ש 73, פס' 27–28 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, שבו מציין בית המשפט כי כאשר הפעולה המנהלית איננה פוגעת בזכות מוגנת, או שהפגיעה היא "מזערית", אין תחולה לדרישת ההסמכה המפורשת בחוק. וראו גם האסמכתאות המצוטטות שם: בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68–69 (1996); בג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 9 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 1.9.2005). לעניין היקף התחולה של חוקי היסוד החדשים על זכויות שאינן נכללות בהם ראו בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 526 (1994); בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 362–363 (1994).

בעצמה בשאלות המרכזיות הנוגעות לנושאים אלו ולקבוע את המדיניות הממשלית בעניינם. דרישה זו באה לידי ביטוי, למשל בדברים האלה של הנשיא ברק:

כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון 'טכנית' יותר קובע הכלל הבסיסי, כי "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים – צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים".⁷⁷

על פני הדברים ברור כי הניסוח הזה של "כלל ההסדרים הראשוניים" מופנה למחוקק משום שהוא קובע מגבלה חוקתית שעל פיה, בעניינים מסוימים (כאלו הנופלים בגדר "הסדרים ראשוניים")⁷⁸ הכנסת בעצמה חייבת לקבוע את המדיניות (או למצער את העקרונות המנחים הבסיסיים) ואסור לה לאצול את הסמכות לקביעת המדיניות לגוף אחר. לפיכך אפשר לכנות את הפן הזה של כלל ההסדרים הראשוניים בשם איסור הדלגציה.⁷⁹

77 בג"ץ רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק. וראו גם אסמכתאות נוספות המובאות שם וכן הדיון להלן בפרק ג. ראו גם גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" מחקרי משפט לב 5, 9 (2010).

78 שאלה קשה היא אילו עניינים יוגדרו כ"הסדרים ראשוניים" ומהו הקריטריון לסיווג נושאים שונים בהקשר זה. הכול מודים שאין קריטריון ברור לסיווג בעניין זה, וכי קיים "תחום אפור" נרחב שבו עניינים מסוימים יכולים להיות מסווגים לכאן או לכאן. ראו למשל עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא ברק ("ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. קיימת אי בהירות רבה בקביעת הגבול המבחין בין שני סוגי ההסדרים"); וכן בג"ץ ועדת המעקב, לעיל ה"ש 22, פס' 37–38 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין; עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 42, פס' 20 לפסק דינה של השופטת נאור. וראו הדיון להלן בפרק ג.2. ברשימה הנוכחית לא אעסוק בשאלה זו אלא אניח כי יש עניינים מסוימים שנופלים בוודאות בגדר ההגדרה של הסדרים ראשוניים. זאת ועוד, היות שלעקרון ההסדרים הראשוניים יש יותר ממוכן אחד, הרי אי אפשר לשלול את האפשרות שהגדרת הסדרים כ"ראשוניים" תשתנה על פי המובן של העיקרון שבו אנו דנים. ראו והשוו הדיון להלן בפרק ג.2 וכן הדיון להלן בה"ש 244.

79 אני עושה שימוש במונח הלועזי של איסור הדלגציה ולא במונח העברי "איסור האצילה" כדי למנוע בלבול בין העיקרון החוקתי הזה למושגים אחרים הנוגעים לאצילת סמכויות במשפט המנהלי. ראו למשל זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 518–519. המינוח הזה גם תואם במדויק את העיקרון הזהה הקיים במשפט המשווה והידוע בשם The Nondelegation Doctrine, שבו אדון בהרחבה בהמשך הפרק הנוכחי. ראו להלן פרק ד.

לצד המובן האמור של "כלל ההסדרים הראשוניים" קיים בפסיקה מובן אחר של העיקרון. לפי המובן הזה, האחר, עקרון ההסדרים הראשוניים מחייב את המחוקק שעה שהוא אוצל את סמכותו לרשות המבצעת לעסוק בעניינים "ראשוניים", שהאצילה תיעשה בלשון ברורה ומפורשת. כלומר, כדי שהרשות המנהלית תוכל לקבוע מדיניות ולפעול בעניינים "ראשוניים", עליה להראות כי קיבלה לכך הסמכה ברורה בחוק חרות. השוני בין שני המובנים של כלל ההסדרים הראשוניים הוא חשוב: על פי המובן הראשון (איסור הדלגציה) אסור למחוקק לאצול את סמכותו למנהל הציבורי בעניינים "ראשוניים", ולעומת זאת על פי המובן השני, אצילה כזו היא מותרת, ובתנאי שתיעשה באופן ברור ומפורש. לעומת העיקרון הראשון, שהוא עיקרון חוקתי המגביל את המחוקק עצמו, העיקרון השני קשור לפרשנות של סמכותן של רשויות מנהל, כלומר עיקרון הפועל במישור המשפט המנהלי ומכוון בראש ובראשונה לרשויות המנהל (שנדרשות להראות אסמכתה סטטוטורית מפורשת שעה שהן עוסקות בהסדרים "ראשוניים"). על פי מובן זה, קיימת הנחה פרשנית שלפיה הכנסת לא התכוונה להסמיך את השר לקבוע הסדרים ראשוניים, ועל כן סעיף ההסמכה יפורש בצמצום על ידי בתי המשפט (במיוחד כאשר הסעיף או ההסדר המנהלי שהותקן על פיו פוגעים בעקרונות יסוד של המשטר או מגבילים חירויות יסוד).⁸⁰ אולם ההנחה האמורה היא הנחה הניתנת לסתירה. לכן במקום שבו ההסמכה בחוק של הגורם המנהלי לקבוע את ההסדרים הראשוניים היא ברורה, לא יהיה פגם בחוקיות תקנות או הוראות מנהל המעגנות את ההסדרים הראשוניים.

כדי להדגים את השוני בין שני המובנים האמורים הבה נבחן את עובדות עניין רובינשטיין עצמו. באותו עניין החוק המסמיך, הוא חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, הסמיך בסעיף 36 את שר הביטחון כדלקמן: לפטור יוצא-צבא מחובת שירות צבאי "מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים [...] או מטעמים הקשורים בצרכי חינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים [...]".⁸¹

בית המשפט קבע כי ההסמכה האמורה צריכה להתפרש כנוגעת למקרים אינדוידואליים של הענקת פטור או הסמכה לתת פטור לקבוצות בעלות מספר מוגבל של פרטים, אך אין היא כוללת בחובה הסמכה לשר הביטחון לפטור משירות ביטחון קבוצות אוכלוסייה שלמות הכוללות אלפי יוצאי צבא, כגון הפטור הכללי שניתן לתלמידי הישיבות שתורתם אמנותם, ושהפך, לדברי בית המשפט, ל"בעיה חברתית ממדרגה ראשונה".⁸²

80 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק.

81 שם, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק.

82 שם, פס' 37 סיפה ופס' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

כעת הבה נניח כי הכנסת תתקן את סעיף ההסמכה הרלוונטי באופן שייקבע בו כי שר הביטחון רשאי לפטור משירות ביטחון מטעמי דת "יחידים, או קבוצות בציבור, יהא גודלן אשר יהא".⁸³ לפי המובן הראשון של העיקרון, לא יהיה בשינוי חקיקתי זה כדי להשפיע על התוצאה משום שעל פי עקרון איסור הדלגציה, עצם קיומו של הפטור משירות צבאי לתלמידי הישיבות צריך להיקבע על ידי הכנסת וכך גם היקפו של הפטור (עניינים שהם "הסדרים ראשוניים"), ואין הכנסת יכולה להעביר – ולו באמצעות הסמכה ברורה וגורפת – את הסמכות להכריע בעניין לשר הביטחון.⁸⁴ לעומת זאת לפי המובן השני של העיקרון, התיקון (ההיפותטי) לחוק פותר את הבעיה הפרשנית, משום שהוא מעניק הסמכה ברורה ומפורשת לשר להכריע בסוגיה.⁸⁵

אפשר להדגים את ההבדל בין שני המובנים גם בדוגמה הזאת: הבה נניח כי השאלה של זכותן של נשים להחליט לבצע הפלות מלאכותיות היא בבחינת "הסדר ראשוני" שעד היום לא הוסדר בחקיקה של הכנסת,⁸⁶ ונניח עוד כי הכנסת מחוקקת חוק שהסעיף המרכזי בו קובע כדלקמן:

שר הבריאות מוסמך להתיר הפלות מלאכותיות ולקבוע הסדרים בכל הנוגע להן, לרבות קביעת הגבלות או היתרים על אדם לבצע הפלה מלאכותית וכן כיו"ב תנאים והוראות למתן היתר כאמור.

בחוק מעין זה הכנסת מפרה ללא ספק את המובן הראשון של איסור הדלגציה, משום שהיא מתימרת להעביר באופן גורף את הסמכות לקביעת התכנים של ההסדר בעניין ההפלות לשר הבריאות. העברה כזו של "ה-buck" (בעגה האמריקאית) לשר הבריאות, וזאת בלי שהכנסת עצמה קובעת כל הנחיות מדיניות תוכניות (בנוגע לעצם קיום הזכות לבצע הפלות, למועד במהלך ההיריון שבו אפשר לבצע הפלה וכדומה), מהווה הפרה ברורה של עקרון איסור הדלגציה.⁸⁷ לעומת זאת הסעיף המסמיך האמור איננו מהווה לכאורה בעיה מנקודת ראות של המובן השני של כלל ההסדרים הראשוניים. לפיכך אם וכאשר יקבע שר הבריאות בתקנות הסדר מקיף לעניין מתן היתרים לביצוע הפלות, הגבלות על הזכות לבצען וכו', תישאל השאלה אם על פי העיקרון הפרשני של כלל

83 בפועל המחוקק אכן שינה את ההסדר החקיקתי וחוקק את החוק הידוע כ"חוק טל" (חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אמנות, התשס"ב–2002, ס"ח 521). ראו אבישי בן חיים וסמדר שמואלי "חוק טל עבר בכנסת: הפטור מגיוס עוגן בחוק" ידיעות אחרונות – ynet 23.7.2002 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2015533,00.html

84 ראו דברי הנשיא ברק בעניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 35 לפסק דינו.

85 והשוו ניתוחו של ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 13.

86 כיום ההסדר קבוע בחוק בסעיפים 312–321 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 864, ובתקנות העונשין (הפסקת הריון), התשל"ח–1978, ק"ת 3856.

87 השוו עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ההסדרים הראשוניים הסמכתו של השר בחוק כוללת בחובה את הסמכות לקבוע הסדר מפורט כאמור. דומה כי לאור הלשון הברורה והגורפת של סעיף ההסמכה המובא למעלה, התשובה לשאלה זו צריכה להיות חיובית. מכל מקום, השאלה שישאל בית המשפט תהיה קשורה לפרשנות הסעיף, והתשובה לה תהא מותנית בניסוח שנקטה הכנסת. על פי המובן הזה של העיקרון, ניסוח גורף אך ברור של הכנסת יותיר את ההסדר המנהלי על כנו. כלומר, על פי המובן השני של כלל ההסדרים, אין פסול בהסמכה גורפת אך ברורה של הרשות המבצעת להסדיר עניין המוגדר כהסדר ראשוני. זאת כמובן בניגוד למובן הראשון, שעל פיו עצם הדלגציה של ההסמכה על ידי הכנסת היא עילה לאי־חוקתיותו של החוק המסמך. להלן אכנה את המובן השני (הפרשני) של כלל ההסדרים הראשוניים – ואותו בלבד – בשם "כלל ההסדרים הראשוניים"⁸⁸ (לעומת המובן הראשון, שכאמור אותו אני מכנה "איסור הדלגציה").⁸⁹

88 כאן המקום לציין שאין לבלבל בין העיקרון הפרשני של ההסדרים הראשוניים לעיקרון אחר הנוגע לפרשנות חוקתית בכלל. לפי אותו עיקרון, בית המשפט ישתדל, ככלל, לפרש כל חוק באופן שיתיישב עם חוקתיותו. למשל, כאשר החוק ניתן לשני פירושים, שהאחד מעניק לרשות מנהלית סמכות קיצונית לפגיעה בחירויות הפרט, והאחר מוביל לפירוש מצמצם יותר של סמכות הרשות, יעדיף בית המשפט את הפרשנות המצמצמת כדי למנוע את פסילתו של החוק המסמך. לפיכך כאשר בית המשפט נדרש לפרש הסמכה סטטוטורית של רשות מנהלית המנוסחת באופן גורף, הוא עשוי לפרש את ההסמכה בצמצום כדי להציל את החוק מפסילה. וכך גם אם ההסמכה הסטטוטורית מנוסחת ניסוח מעורפל, בית המשפט עשוי לקרוא לתוך ההסמכה הנחיות תוכניות כלשהן כדי למנוע את פסילתו של החוק המסמך (ראו עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב: פרשנות החקיקה 489–490, 522–523, 527–528, 555–558 (1993)). לפיכך העיקרון הפרשני הרחב הזה תקף גם לאיסור הדלגציה, משום שבית המשפט עשוי לפרש בצמצום סעיף המעביר סמכות לרשות מנהלית כדי להימנע מהמסקנה שהופר איסור הדלגציה (ראו עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק). לעומת זאת עקרון ההסדרים הראשוניים איננו כלל חוקתי אלא עיקרון של פרשנות הסמכות מנהליות. לכן אפשר להניח שבתי המשפט ישאפו לפרש הסמכות מנהליות פירוש מצמצם על פי עיקרון זה, אולם גם בהנחה שאי אפשר לפרש את ההסמכה הגורפת בצמצום (משום שההסמכה מנוסחת בברור), הדבר לא יוביל כאמור לפסילת החוק.

89 ספיר מבחין בין שני המובנים של העיקרון בהתייחסותם לכוונת המחוקק: האחד (המובן החלש יותר) כחזקה פרשנית הניתנת לסתירה, ואילו השני, החזק יותר לטעמו כחזקה חלוטה (ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 13). הגישה המוצגת כאן זהה לגישתו של ספיר באשר למעמדו של הכלל הפרשני (המובן החלש), אולם אני מסתייג מהסיווג המינוחי המוצע על ידיו לעניין איסור הדלגציה. לדעתי השימוש במונח "חזקה חלוטה" לעקרון איסור הדלגציה מחטיא את מהותו של הכלל. זאת משום שאיסור הדלגציה הוא כלל חוקתי מהותי ולא חזקה עובדתית או משפטית (ולו חלוטה). היינו, זהו עיקרון שנובע – אליבא דהתומכים בו – מהיסודות הבסיסיים ביותר של המשטר החוקתי שלנו (ראו הניתוח להלן בפרק ד) ולא מהנחה כלשהי בדבר כוונת המחוקק. במילים אחרות, בהנחה שמדובר

2. מעמדו של עקרון איסור הדלגציה במשפט הישראלי

הטענה שאסור למחוקק להעביר את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים לראשות המבצעת איננה חדשה בשיח המשפטי בישראל. היא הופיעה לראשונה במאמר אקדמי שפרסם פרופ' הנס קלינגהופר בשנת 1956.⁹⁰ קלינגהופר כתב כי:

שלטון החוק אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, דהיינו, להעביר אליו סמכות זו.⁹¹

קלינגהופר לא ציין שום מקור פוזיטיבי לביסוס הקביעה הזאת. ולא בכדי. כפי שאראה בהמשך, בעת שנכתבו הדברים לא היה כל מקור פוזיטיבי בדין שהיה אפשר להסתמך עליו. כידוע, עם הקמת המדינה לא כוננה חוקה למדינה, וממילא אי אפשר היה לגזור את העיקרון האמור מטקסט חוקתי רשמי. המשפט הציבורי בישראל, שהיה אז בחיתוליו, התבסס באותה תקופה על המשפט הציבורי באנגליה, ואילו זה האחרון לא הכיר אז, ואיננו מכיר גם כיום, בעקרון איסור הדלגציה.⁹² במקום זאת קלינגהופר מסתמך במאמרו על מאמר קודם שהוא עצמו כתב ב-1936⁹³ ומציין כי תפיסתו החוקתית הכוללת באשר לעקרון שלטון החוק נגזרת מתורת מדרג הנורמות של המשפטן האוסטרי הנודע (ומורהו של קלינגהופר) הנס קלזן.⁹⁴

תפיסתו זו של פרופ' קלינגהופר באשר לעקרון ההסדרים הראשוניים לא זכתה להד של ממש במשפט הפוזיטיבי של אותה תקופה.⁹⁵ ראשית, ביטויה הממשי בפסיקה היה

באיסור הנובע מהמסגרת החוקתית של השיטה המשפטית, הוא איננו יכול לנבוע מפעולה או כוונה כלשהי של המחוקק או להיות תלוי בהן, משום שמדובר בעיקרון חוקתי המגביל את המחוקק עצמו. 90 קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה", לעיל ה"ש 1; המאמר פורסם שנית בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 103 (יצחק זמיר עורך, 1993) (ההפניות לעמודים יתייחסו למקור זה; להלן המאמר: קלינגהופר, להלן הספר: ספר קלינגהופר).

91 שם, בעמ' 108.

92 ראו להלן פרק ד.1(ד).

93 קלינגהופר, לעיל ה"ש 90, בעמ' 108, ה"ש 2.

94 ראו HANS KELSEN, THE PURE THEORY OF LAW (1961). על ההשפעה שהייתה לקלזן על עבודתו של קלינגהופר מעיד קלינגהופר עצמו, ראו יצחק הנס קלינגהופר "נודדים של מדען המשפט הציבורי: רשימה אוטוביוגרפית" ספר קלינגהופר, לעיל ה"ש 90, עמ' 25, 27-28 ו-38. לא מצאתי התייחסות ישירה בכתביו של קלזן לעקרון איסור הדלגציה.

95 ראו למשל עניין זקס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 702, שם בית המשפט מזכיר את העיקרון אך מציין כי בפועל לא תמיד הוא מיושם, וראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 165 (2005) (המחברים מציינים כי "בעבר נתפס הכלל בדבר הסדרים ראשוניים כמבטא את הדין הרצוי, בלא שניתנה לו משמעות מעשית"); ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 8-9.

רק בתחילת שנות השמונים. בבג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה,⁹⁶ למשל, ציין מ"מ הנשיא (כתוארו אז) שמגר:

מבחינת המדיניות החקיקתית הרצויה בכל הנוגע לחלוקת תחומים בין המחוקק הראשי לבין מחוקק המשנה, מקובלת עלי השקפתו של פרופ' ה' קלינגהופר, 'שלטון החוק וחקיקת משנה' הד המשפט 11 (תשי"ז), 202, 203, אשר לפיה – "המחוקק צריך לקבוע בעצמו, ככל האפשר, את הקווים אשר לפיהם תהא הרשות המינהלית מוסמכת להתערב בחופש הפרט, כי הרי אם הוא מניח לה להתוות אותם קווים במקומו, הריהו מרפה ומפחית ע"י כך את השפעת הפרט, שעל ידו הוא נבחר, על התווייתם [...] במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שאורגני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק" דא עקא, שהקו, לפיו יש להגביל את מחוקק המשנה לקביעת הסדרים משניים בלבד אינו מאומץ תדירות על-ידי המחוקק הראשי, אך על-אף העובדה, שתופעה זו אינה רצויה מבחינת קיומו של שלטון החוק המהותי, אין בה כשלעצמה כדי לפגום בתקפותה של חקיקת משנה. אמת המידה לתקפותה של חקיקת משנה עולה בכל מקרה מדברו של המחוקק הראשי; הוא שמתווה למחוקק המשנה את תחומי הפעולה על-ידי הקניית סמכות פוזיטיבית לבצע אקטים של חקיקת משנה בנושאים מוגדרים, ובלעדי הענקת הסמכות על-פי דברו של המחוקק הראשי אין למחוקק המשנה ולא כלום.⁹⁷

מהקטע המצוטט כאן אפשר להבין כי השופט שמגר רואה בעקרון ההסדרים הראשוניים (קרי הדרישה שקביעת ההסדרים הראשוניים תיוותר בידי המחוקק ולא תועבר לרשויות המנהל) עיקרון כללי, התואם את תפיסת שלטון החוק, ושהוא חלק מהמשפט הרצוי. ככלל, העיקרון משמש לו בסיס להערכת חוקיותה של חקיקת משנה הפוגעת בחירויות הפרט באמצעות בחינת קיומה של הסמכה חוקית ברורה לפגיעה כזו.⁹⁸ מדברי בית המשפט ברור בעליל שאין הוא רואה ביישום העיקרון בסיס לפסילתה של חקיקת המשנה, ולא כל שכן של החוק המסמיך עצמו. גישה דומה באה לידי ביטוי בפסיקה

96 עניין מיטרני, לעיל ה"ש 1.

97 שם, פס' 11 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא (כתוארו אז) שמגר (ההדגשות הוספו – י"ד).

98 על הקשר שבין עקרון ההסדרים הראשוניים לבין הדרישה להסמכה מפורשת לעניין פגיעה בחירויות הפרט ראו להלן פרק ג.1.

נוספת בשנות השמונים והתשעים. היא מתייחסת לאיסור הדלגציה בתור עיקרון ערטילאי, חלק מהמשפט הרצוי, ותו לא.⁹⁹ המפנה בהתייחסות לעקרון ההסדרים הראשוניים בפסיקה בא לידי ביטוי בפסק דינו של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין.¹⁰⁰ בפסק דינו המקיף סוקר הנשיא את מקורותיו של עקרון ההסדרים הראשוניים, את הצידוקים המתודולוגיים שלו¹⁰¹ ואת מעמדו הנורמטיבי במשפטנו. ברק מציין כי אמנם, בעבר היה העיקרון בעיקרו "כלל של פרשנות"¹⁰² ש"המחוקק רשאי היה [...] להתעלם [ממנו]",¹⁰³ אולם לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים מתחילה תקופה חדשה מבחינת מעמדו של הכלל (שאותה מכנה ברק "התקופה השנייה"), שבה חלו "שינויים מקיפים" המשפיעים על מעמדו של "הכלל הבסיסי לפיו ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית".¹⁰⁴ ברק אמנם איננו מציין במדויק מהם השינויים שחוקי היסוד החדשים חוללו במעמדו של הכלל בדבר ההסדרים הראשוניים, אך הוא קובע כי שינויים אלו יש בהם "כדי לחזק את הכלל".¹⁰⁵ למקרא פסק דינו של השופט ברק בעניין רובינשטיין לא תמיד ברור לאיזה משני המובנים שנדונו לעיל של כלל ההסדרים הראשוניים הוא מכוון (משום שפסק הדין רצוף באמירות שאפשר להסיק מהן התייחסות לכל אחד מהמובנים הללו).¹⁰⁶ עם זאת

99 ראו למשל עניין ברגר, לעיל ה"ש 51, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר; עניין רסלר, לעיל ה"ש 2, פס' 65 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק; פרשת פרי העמק, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק; בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, פס' 21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1991); בג"ץ 1520/91 וילנסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו(5) 502 פס' 15-16 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1992); בג"ץ 5129/92 קרמן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 678 (1993); בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קרוי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, פס' 5-6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1993) (להלן: עניין ק.א.ל.); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4), פס' 98 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997); עניין שנסי, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין.

100 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2.

101 שם, פס' 20-23 לפסק דינו של הנשיא ברק. הקביעות של פסק הדין ינותחו בהרחבה להלן בהמשך הפרק.

102 שם, פס' 28 רישא.

103 שם, פס' 28.

104 שם, פס' 31.

105 שם.

106 אמירות המבטאות התייחסות דווקא לעקרון ההסדרים הראשוניים, כמוכן הפרשני-מנהלי שלו, פזורות בכל פסק הדין. ראו למשל שם, פס' 26: "עיקר פועלו של הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים לא היה בשלילת כוחה של האצלת סמכות לרשות המבצעת בשל אי קיום דרישות בדבר פירוט ההסדרים הראשוניים בחקיקה הראשית. עיקר פועלו של הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים

מהרטוריקה של פסק הדין ברור כי ברק אכן רואה באיסור הדלגציה חלק מהמשפט הפוזיטיבי בישראל, החל מהמועד שבו נתקבלו חוקי היסוד החדשים. מלבד אמירות מפורשות בפסק הדין העוסקות ישירות באיסור הדלגציה,¹⁰⁷ הרי ברור כי פסק הדין מכונן – כל כולו, לפחות ברמה ההצהרתית – לקלוט, למסד ולקבע את איסור הדלגציה כחלק ממשפטנו החוקתי הפוזיטיבי. זאת אפשר ללמוד מכמה וכמה אינדיקציות מרכזיות בפסק הדין. בראש ובראשונה דן ברק בעקרונות ובטעמים התומכים בכלל בהתייחסו ישירות לאיסור הדלגציה ובהסתמכו על מובאות מהמשפט האמריקאי ומהמשפט הגרמני, שתי שיטות משפט מרכזיות שקלטו את איסור הדלגציה אל תוך משפטן החוקתי.¹⁰⁸ בנוסף, ההבחנה המרכזית שעושה ברק בין "התקופה הראשונה" (שקדמה לחוקי היסוד החדשים) ו"התקופה השנייה" (לאחר כינון חוקי היסוד בנושא חירויות הפרט) מכוונת כל כולה להדגיש את ה"שדרוג" במעמדו של הכלל – מכלל פרשני לכלל חוקתי. כלומר, ברק מציין כי אמנם הכלל היה קיים ככלל פרשני גם עובר למועד חקיקת חוקי היסוד החדשים, אולם המשמעות המתבקשת מהשינוי שעליו הוא עומד היא הקונסטיטוציונלזציה של עקרון הסדרים הראשוניים (היינו קבלת הגרסה של איסור הדלגציה). שאם לא כן, קשה לייחס נפקות לדיון בפסק הדין בשינוי במעמדו של הכלל.¹⁰⁹

למרות הרטוריקה המרחיבה בפסק הדין בעניין רובינשטיין ספק רב אם אפשר לראות בפסק הדין תפנית אמיתית ואכן פינה לקליטתו של עקרון איסור הדלגציה כחלק ממשפטנו החוקתי. למעשה, התבוננות בפסיקת בתי המשפט החל מהמועד שבו ניתן פסק הדין ועד לעצם מועד כתיבת שורות אלו מעידה לכאורה שבסופו של דבר בתי המשפט ממשיכים לראות באיסור הדלגציה עיקרון הצהרתי השייך למשפט הרצוי, כאשר הלכה למעשה הם מיישמים את כלל הסדרים הראשוניים על פי המובן השני שלו, כלומר ככלל של פרשנות הסמכות במשפט המנהלי.¹¹⁰ יש כמה סממנים שתומכים במסקנה זו.

הראשוניים היה במתן פירוש מצמצם להאצלה שהמחוקק קבע; "וכן שם, פס' 24, 28–31. באשר לאמירות המתייחסות לאיסור הדלגציה ראו להלן בפרק ד, 3, סעיפים (ב) ו-(ג).

107 ראו עניין רובינשטיין, שם, פס' 19–21.

108 שם, פס' 20–23. וראו דיון בשיקולי המדיניות להלן בפרק ד. לדיון בעמדת המשפט האמריקאי והגרמני ראו להלן פרק ד, 2, סעיפים (ב) ו-(ג) בהתאמה.

109 שם, פס' 27, 28, 31. והשוו הניתוח של ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 10–11, המראה שברק אינו מפרט בפסק הדין מהו בדיוק הקשר בין קבלתם של חוקי היסוד החדשים לבין "שדרוג" של עקרון הסדרים הראשוניים לכלל חוקתי במשפטנו.

110 למסקנה שלפיה יש לקרוא את פסק הדין בעניין רובינשטיין כמתייחס לעיקרון המנהלי שותף גם גידי ספיר. ראו ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 11. וראו גם דפנה ברק-ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד 369, 381–382 (2000). לעמדה אחרת, שלפיה עקרון איסור הדלגציה

בראש ובראשונה לא למותר לציין כי למרות הרטוריקה של פסק הדין בסופו של דבר גם בפסק הדין בעניין רובינשטיין עצמו בית המשפט איננו מיישם הלכה למעשה את עקרון איסור הדלגציה. היינו, אף על פי שבית המשפט מגיע למסקנה כי עקרון ההסדרים הראשוניים הופר בהסמכה של שר הביטחון להעניק פטור משירות צבאי לאלפי תלמידי ישיבות, הרי שבפועל בית המשפט איננו פוסל את החוק המסמך כבלתי חוקתי (ואף איננו בוחן ולו את האפשרות לפסילה כזו). במקום זאת, בפועל, בית המשפט פוסל את ההסדר המנהלי שנקבע על ידי השר אגב קביעה שהסדר זה חורג מהסמכות שהוקנתה לשר בחוק.¹¹¹ היינו, לאחר סקירת העקרונות הכלליים של משפטנו החוקתי, ומאותו רגע שבית המשפט עובר לשלב היישום ("מן הכלל אל הפרט" כפי שהנשיא ברק נוהג לכנות שלב זה), פסק דינו הוא כל כולו פסק דין שעוסק בפרשנות הסמכות המנהלית שבידי השר ולא בחוקתיות החוק המסמך.¹¹²

שנית, בחינת פסקי הדין שניתנו על ידי בתי המשפט לאחר פסק הדין בעניין רובינשטיין ושעסקו בכלל ההסדרים הראשוניים מעלה גם היא שהעיקרון נתפס ככלל כעיקרון של פירוש הסמכות מנהליות, ולא במובנו החוקתי של איסור הדלגציה. לא זו בלבד שבתי המשפט במדינת ישראל לא פסלו עד היום מעולם שום חוק בגין הפרה של איסור הדלגציה, אלא שאף אי אפשר להצביע על שום פסק דין שבו האפשרות לפסול חקיקה מטעם זה נדונה ברצינות. במילים אחרות, פסקי הדין המיישמים את הכלל בדבר ההסדרים הראשוניים אמנם חוזרים לעתים על הרטוריקה של איסור הדלגציה המופיעה בפסק הדין בעניין רובינשטיין, אך הלכה למעשה הם עוסקים אך ורק בפרשנות הסמכות

הוא, על פי פסק הדין, עיקרון חוקתי מחייב במשפטנו, ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 95, בעמ' 170.

111 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 32–42 ובמיוחד פס' 43 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 112 בית המשפט מסביר את ההימנעות מכניסה לדיון בכלל החוקתי בכך שחוק שירות ביטחון קדם לחוקי היסוד החדשים, ועל כן הוא חסין בפני אפשרות הפסילה (ראו שם, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק וראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 95, בעמ' 170). ואולם, היות שלכאורה אין כל קשר ישיר בין ניתוחו של ברק בעניין רובינשטיין להפרה של החירויות המוגנות על ידי חוקי היסוד החדשים (השוו להלן ה"ש 122). קשה להבין מדוע זו צריכה להיות עובדה מכרעת לעניין אי-השימוש בכלי החוקתי. יש הטוענים כי ההסבר להצגתו של עקרון איסור הדלגציה כחלק ממשפטנו החוקתי הוא הסבר "סוציולוגי", היינו יצירת כלי נוסף שיאפשר לבית המשפט להתערב בהכרעות מהותיות של הרשויות הנבחרות (כגון בסוגיית גיוס תלמידי הישיבות), אך זאת באופן שהתערבות תיעשה באמצעות שימוש בעיקרון מבני-פורמלי ולא על באמצעות הנמקה ערכית-מהותית. ראו בעניין זה ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 12. כך או כך, עצם העובדה שבית המשפט אפילו איננו בוחן ברצינות את שאלת החוקתיות של החוק מעידה לדעתי שלא הייתה לברק כוונה, לפחות באותו שלב, לקלוט את איסור הדלגציה למשפט הפוזיטיבי שלנו, מסקנה שמתחזקת בניתוח הפסיקה בעקבות עניין רובינשטיין, שם, וראו להלן.

מנהליות.¹¹³ בנוסף, כפי שעוד נראה להלן, במקרים רבים השימוש בעקרון ההסדרים הראשוניים נעשה על ידי בתי המשפט בד בבד עם שימוש בכלל אחר, נתיק במשפטנו, שלפיו על פגיעה בחירויות יסוד להיעשות על פי הסמכה מפורשת של המחוקק (קרי גם לפי כלל מקובל של פרשנות הסמכות מנהליות).¹¹⁴

שלישית, בפסקי דין אחדים שבהם מצאו בתי המשפט הסמכות גורפות שהוענקו לרשויות מנהל לקבוע הסדרים ראשוניים, הם אישרו את חוקיות ההסמכות הללו בציינם במפורש שהעובדה שהמנהל קיבל מהמחוקק סמכות לקבוע הסדרים כאלו אינה פוגעת בחוקיות ההסדר המנהלי (ולא כל שכן, בחוקתיות החוק המסמיך). למשל, כשהפסיקה דנה בסמכויות של מועצת מינהל מקרקעי ישראל לקבוע את המדיניות הקרקעית של מדינת ישראל על פי חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, קבע בית המשפט כדלקמן:

בפסיקת בית משפט זה פורש סעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל כמקנה למועצה סמכות רחבה באשר להתווית המדיניות הקרקעית של מינהל מקרקעי ישראל, אף על דרך קביעת הסדרים ראשוניים בגדרי החלטותיה השונות.¹¹⁵

במילים אחרות, העובדה שקביעת המדיניות הקרקעית של המדינה מסווגת על ידי בית המשפט במובהק כעניין המהווה "הסדר ראשוני" איננה שוללת את האפשרות שהמחוקק

113 ראו למשל עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 42, פס' 20 לפסק דינה של השופטת נאור; דנג"ץ 6127/00 המפקחת על הביטוח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(4) 937 (2004); בג"ץ 1539/05 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעים נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 17.2.2005) (להלן: עניין משל"ט); עניין פלונית, לעיל ה"ש 57, פס' 2 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.9.2007) (הימנעות מפסילת חוזר מנכ"ל שמכיל הסדר ראשוני מטעמים של "תקנת הציבור"); עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 74, פס' 34 לפסק דינה של השופטת נאור ופסק דינה של הנשיאה ביניש. אפשר כמובן לטעון כי בתי המשפט מעדיפים את השימוש בכלל המנהלי על פני שימוש בכלי החוקתי לאור כלל הפרשנות החוקתי הכללי שלפיו יש להימנע ככל האפשר מלפסול חקיקה במקום שאפשר לפרש אותה באופן צר (ראו לעיל ה"ש 88). עדיין אין בכך כדי להסביר את היעדרו המוחלט של כל יישום של איסור הדלגציה גם במקרים שבהם בית המשפט קובע שהאיסור הופר. ראו המשך הדיון להלן בסעיף זה בפרק זה, להלן הטקסט הצמוד לה"ש 116.

114 עניין לם, לעיל ה"ש 67; עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 760-757. וראו הדיון להלן בפרק ג.1.

115 בג"ץ 2908/05 אלסנע נ' מנהל מקרקעי ישראל, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 12.10.2008); וראו גם דברי השופט אור בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 58-59 (2002) (להלן: עניין עמותת שיח חדש); ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל מחוז ירושלים, פ"ד נג(1) 743, 757-758 (1999).

יאצול את הסמכות לקבוע הסדרים כאלה לגוף מנהלי, וזאת, בתנאי שההסמכה היא ברורה ומפורשת.¹¹⁶ למותר כמעט לציין כי על פי עקרון איסור הדלגציה אצילת סמכות כזו אינה אפשרית.

ולבסוף, כמה פסקי דין של בית המשפט העליון מן העשור האחרון עסקו בהרחבה בשאלה אם הממשלה מוסמכת לקבוע הסדרים ראשוניים במסגרת סמכויותיה השיוריות על פי סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה.¹¹⁷ השאלה של היחס בין עקרון ההסדרים הראשוניים לבין הסמכות השיורית של הממשלה עוד תידון בהמשך רשימה זו.¹¹⁸ אולם ברי כי נקודת המוצא של כל אותם פסקי דין איננה יכולה להיות עקרון איסור הדלגציה. שהרי עקרון איסור הדלגציה דורש כי הכנסת היא שתקבע בעצמה את ההסדרים הראשוניים, ואוסר עליה לאצול את הסמכות לקבוע הסדרים כאלה אפילו באמצעות הסמכה מפורשת בחוק אורגני מיוחד. נכונותו של בית המשפט בכלל לדון באפשרות שהממשלה מוסמכת לקבוע הסדרים ראשוניים אפילו ללא הסמכה סטטוטורית ספציפית (אלא מכוח המנדט הכללי של סעיף 32), מעידה היטב עד כמה בית המשפט רחוק מתפיסה יישומית של עקרון איסור הדלגציה.¹¹⁹

116 וראו גם בג"ץ 11075/04 ג'רבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט (פורסם בנבו, 5.12.2007) (בית המשפט, מפי השופטת ברלינר, אינו פוסל את האפשרות שהכנסת תעביר לוועדה לתכנון ולתקצוב (ות"ת) את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בתחום גובה שכר הלימוד לסטודנטים ועניינים אחרים בתחום תקצוב ההשכלה הגבוהה); בג"ץ 5413/07 פלונית, לעיל ה"ש 57; עניין קריתי, לעיל ה"ש 43 (בית המשפט מפי השופטת ברלינר מציין כי שאלת קיומו של שירות רפואי פרטי (שר"פ) בבתי חולים ממשלתיים היא שאלה בנוגע להסדרים ראשוניים, אך אין פסול בכך שהיועץ המשפטי לממשלה יקבע הנחיות בעניין לפחות עד שהכנסת תבחר להסדיר את העניין בחקיקה, שם, פס' 48 לפסק הדין).

117 בג"ץ ועדת המעקב, לעיל ה"ש 22 (פסק דינו המקיף של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין קובע כי קביעת אזורי עדיפות לאומית לעניין מתן הטבות ממשלתיות ליישובים באזורים אלו היא בבחינת הסדר ראשוני שהממשלה אינה מוסמכת לעשותו באמצעות סמכויות כלליות. בית המשפט בוחן את עצם השאלה אם קביעת אזורי עדיפות היא הסדר ראשוני דרך בחינת עמדת הכנסת בנושא זה. ברי שככל שמדובר בעקרון איסור הדלגציה, עמדת הכנסת אינה רלוונטית, שכן העיקרון נועד להגביל את הכנסת עצמה). וראו גם עניין שמעוני, לעיל ה"ש 21 (מחלוקת שופטים בשאלה אם הענקת מקדמות בעבור פיצויים בגין פינוי יישובים היא הסדר ראשוני, ואם אפשר להסדיר מתן מקדמות כאלה באמצעות סמכויות שיוריות).

118 ראו הדין להלן בפרק ג.3.

119 והשוו עמדתו של זמיר, המציין כי "אילו צים מעשיים" ימנעו בדרך כלל את התערבות בית המשפט לאכיפת העיקרון תוך שהוא מוסיף כי בית המשפט עשוי להתערב לאכיפת עקרון איסור הדלגציה "במקרים קיצוניים [...] שהם] בעלי חשיבות רבה והשלכה רחבה, שהכנסת מתאימה ומסוגלת להסדירם, ובמיוחד מקרים שבהם יש בהסדרים פגיעה קשה בזכויות או מקרים שבהם נפל פגם

המסקנה העולה מהדיון לעיל היא שהמובן החשוב של עקרון ההסדרים הראשוניים במשפטנו הפוזיטיבי הוא הכלל המנהלי של ההסדרים הראשוניים. על פי זה נדון בפרק הבא של הרשימה בכלל זה ובהשלכותיו על המשפט המנהלי שלנו. עם זאת מסיבות שיוברו בהמשך, לא אוותר על דיון מקיף גם בעקרון איסור הדלגציה, בפרק הרביעי של הרשימה.

ג. הסדרים ראשוניים ודוקטרינת החוקיות החדשה

כלל ההסדרים הראשוניים הוא כלל העוסק בפרשנות של הסמכות מנהליות. הכלל קובע כאמור כי בעניינים הנופלים בגדר "הסדרים ראשוניים" רשות מנהלית אינה רשאית לפעול אלא על פי הסמכה ברורה של המחוקק. היינו, המחוקק אמנם רשאי לאצול סמכות להסדיר עניינים ראשוניים לרשות מנהלית (ואינו חייב לקבוע הסדרים אלו בעצמו), אך הוא חייב לעשות זאת באופן ברור ומפורש. כלל ההסדרים הראשוניים היווה במובנו זה בסיס לדיון מסועף בפסיקה של שני העשורים האחרונים, והוא הוביל לא פעם להתערבות שיפוטית לפסילת הסדרים מנהליים שונים. עם זאת המובן האמור של הכלל והאופן שבו הוא מתייחס לדוקטרינות אחרות במשפט המנהלי שלנו ומשפיע עליהן רחוק מלהיות ברור, והוא מעורר כמה וכמה שאלות. בפרק הנוכחי אדון בהיבטים שונים של כלל ההסדרים הראשוניים.

1. כלל ההסדרים הראשוניים ופגיעה בחירויות הפרט

השאלה הראשונה שכלל ההסדרים הראשוניים מעורר היא מהו היחס שבין כלל זה לבין עקרונות המשפט המנהלי הנוגעים להגנה על חירויות יסוד. הכלל שלפיו כל פגיעה בחירויות הפרט מצריכה הסמכה ברורה מאת המחוקק הוא אחד הכללים הוותיקים ביותר במשפט המנהלי שלנו.¹²⁰ כלל זה זכה ל"שדרוג" עם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים בשנת 1992 כשנקבע בהם כי על כל פגיעה בחירויות הכלולות באותם חוקים להיעשות בחוק או על פי הסמכה מפורשת בו.¹²¹ השאלה שאפשר להעלותה בהקשר זה היא עד

משפטי נוסף, כגון הפליה בלתי חוקית" (זמיר הסמכות המינהלית – מהדורה שנייה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 217).

120 עניין מיטרני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 358–360; עניין בז'רנו, לעיל ה"ש 67; עניין פרי העמק, לעיל ה"ש 1; בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי, פ"ד יח(1) 598 (1964).

121 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"; ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בחופש

כמה הדרישה שפותחה בפסיקה באשר להסדרים הראשוניים חופפת את הכלל בדבר חירויות הפרט. במילים אחרות, האם עניינים הנחשבים להסדרים ראשוניים הם בהכרח עניינים הנוגעים לפגיעה בחירויות הפרט?

אפשר למצוא בפסיקה תימוכין מסוימים לטענה שכלל ההסדרים הראשוניים קשור בטבורו להגנה על חירויות הפרט. בראש ובראשונה בפסק הדין בעניין רובינשטיין הנשיא ברק כורך מפורשות את השינוי במעמדו של כלל ההסדרים הראשוניים בחקיקתם של חוקי היסוד החדשים וקובע כי עם חקיקתם של חוקי יסוד אלו התחזק מעמדו של הכלל.¹²² הואיל וחוקי היסוד החדשים הם חוקים שעוסקים בהגנה על חירויות הפרט, אפשר לכאורה להסיק מעמדה זו כי אכן קיים קשר הכרחי בין הכלל לבין פגיעה בחירויות. גם בפסיקה מאוחרת יותר יש תימוכין מסוימים לטענה שיש חפיפה בין כלל ההסדרים הראשוניים לבין הדרישה שפגיעה בחירויות תיעשה על פי הסמכה מפורשת בחוק.¹²³ ולעתים קרובות בתי המשפט נקטו את כלל ההסדרים הראשוניים כדי לפסול הסדרים מנהליים שפגעו בחירויות הפרט.¹²⁴

העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

122 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 30–31 לפסק דינו של הנשיא ברק. לכאורה, פסק הדין בעניין רובינשטיין שולל את הטענה שיש חפיפה מלאה בין כלל ההסדרים לבין הדרישה להסמכה ברורה באשר לפגיעה בחירויות משום שהנשיא ברק תומך בפסק הדין עצמו בפסילת ההסדר בעניין הפטור מגיוס שלא על רקע של פגיעה בחירויות. עם זאת מעניין לציין כי בפסק הדין המאוחר יותר בעניין הפטור מהגיוס (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (פורסם בנוב, 11.5.2006)) מבסס הנשיא ברק את פסק דינו לפסילת הסדר הפטור שעוגן ב"חוק טל" הידוע, בטיעון שמתן הפטור מגיוס פוגע בכבוד האדם של העותרים (נימוק שלא ננקט בעניין רובינשטיין עצמו).

123 ראו למשל עניין לם, לעיל ה"ש 67, בעמ' 683; עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 42, פס' 20–21 לפסק דינה של השופטת נאור. וראו גם בג"ץ 6061/08 בישראל נ' משרד החקלאות (פורסם בנוב, 19.8.2009) (הסמכות להטלת מסים היא הסדר ראשוני); בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים, לעיל ה"ש 73, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (תקנות בתי המשפט בעניין עיון בתיקי בתי המשפט אינן פוגעות בעקרון פומביות הדין, ולכן אינן הסדר ראשוני); רע"פ 3904/96 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 385, פס' 9 לפסק דינה של השופטת דורנר (1997) (כל נורמה הפוגעת בזכות יסוד היא הסדר ראשוני).

124 ראו למשל עניין שנסי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 481, 515–516 (שלילת הסמכות של שר התעשייה והמסחר לאצול למפקח על היהלומים סמכויות רישוי הפוגעות בחופש העיסוק); עניין חורב, לעיל ה"ש 99, פס' 98 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997) (קביעת הסדרי תנועה לנסיעה בשבת היא הסדר ראשוני משום שהיא פוגעת בחופש התנועה ובחופש מדת); עניין פרי העמק, לעיל ה"ש 1 (חיוב חבר אגודה שיתופית לקחת חלק בכיסוי גרעונות האגודה מהווה הסדר ראשוני); עניין אביאל, לעיל ה"ש 99 (כנ"ל); עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 42 (מחלוקת שופטים בשאלה אם תקנות שמגבילות זכות של אסיר להיפגש עם עורך דינו הן הסדר ראשוני); עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 74 (מחלוקת שופטים בשאלה אם כללי רשות השידור והרשות השנייה בעניין

עם זאת קשה כיום להטיל ספק בהיותו של כלל ההסדרים הראשוניים כלל עצמאי, שהיקפו משתרע הרבה מעבר לנושאים הנוגעים לפגיעה בחירויות הפרט. הפסיקה דנה בהסדרים ראשוניים ואף פסלה לא פעם החלטות מנהליות כמפרות את דרישת ההסדרים הראשוניים גם כאשר הללו לא עסקו בפגיעה בחירויות, או שהקשר של אותם הסדרים מנהליים לפגיעה בחירויות היה קלוש. בין היתר הנושאים שנדונו בהקשר זה נגעו לקביעת סדרי עדיפויות תקציביים, למתן הטבות וסובסידיות ממשלתיות, לקביעת קריטריונים לקבלת הכרעות מנהליות ולעניינים נוספים.¹²⁵ אכן, כפי שנראה להלן, למידת הפגיעה של הסדר מנהלי נתון בחירויות הפרט עשויה להיות השלכה קריטית על סיווגו כהסדר ראשוני.¹²⁶ אך כאמור השימוש בכלל ההסדרים הראשוניים בפסיקה לא היה מותנה בפגיעה בחירויות הפרט.¹²⁷

איסור שידור פרסומות פוליטיות הם הסדר ראשוני). זאת ועוד, אף על פי שממבט ראשון גישה מעין זו הייתה עשויה להיחשב גישה שמיינת את כלל ההסדרים הראשוניים (משום שהוא חופף את הכלל בעניין החירויות ולכן מוכל על ידיו), הרי למעשה אין הדבר כך, משום שכפי שנראה להלן, שימוש כזה בכלל הוא טכניקה להרחבת ההגנה החוקתית שניתנת לאותן חירויות רבות וחשובות שאינן נכללות במפורש בטקסט של חוקי היסוד החדשים. ראו הדיון להלן בסעיף 2 בפרק זה.

125 ראו למשל עניין ק.א.ל., לעיל ה"ש 99, בעמ' 203–205 (קביעה של השופט (כתוארו אז) חשין שקביעת עקרונות בעניין חלוקת סובסידיות ממשלתיות עשויה להיות הסדר ראשוני); ע"א 5532/95 מנכ"ל משרד הפנים נ' מרמלשטיין, פ"ד נ(5) 652, 655–656 (1997) (קביעת קריטריונים לקבלת גמלאות על ידי ועדת הכנסת); עניין קרמן, לעיל ה"ש 99 (הסמכה לקביעת תקנות באשר ל"כללים ולשיעורים" של גמלה מסוימת לנכה היא הסמכה רחבה לקביעת תקנות שמעבר לחוק – הסדרים ראשוניים). עניין משל"ט, לעיל ה"ש 113 (קביעת הקריטריונים לשחרור אסירים בעסקאות שבויים היא הסדר ראשוני להבדיל מהרכבת רשימת משוחררים בעסקה ספציפית). וראו עוד עניין קריתי, לעיל ה"ש 43, פס' 47–48 לפסק דינה של השופטת ברלינר (הנהגת שירות רפואי פרטי (שר"פ) בבתי חולים ממשלתיים היא הסדר ראשוני), אך השוו עמדת השופטת נאור באותו פסק דין. לעומת זאת במקרים מסוימים קבעה הפסיקה שהכרעות בענייני תקציב אינן הסדר ראשוני. ראו למשל עניין ג'רבי, לעיל ה"ש 116, בפסק דינה של השופטת ברלינר (קביעות תקציביות שנעשות על ידי המועצה להשכלה גבוהה אינן הסדר ראשוני). וראו עוד עניין עמותת שיח חדש, לעיל ה"ש 115 (החלטה של מועצת מינהל מקרקעי ישראל בדבר המדיניות הקרקעית היא הסדר ראשוני); בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, סא(3) 537 (2006) (רישום של בני זוג שנישאו בחו"ל בנישואין חד-מיניים במרשם האוכלוסין הוא הסדר ראשוני (השופט רובינשטיין בדעת מיעוט)); בג"ץ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769 (1998) (הסמכויות וההסדרים בכל הנוגע להשמדת חתולים משוטטים צריכות להיות מפורטות בחקיקה ראשית).

126 ראו למשל דברי השופטת ברלינר בעניין קריתי, לעיל ה"ש 43, פס' 47 לפסק דינה: השאלה בנוגע להיותו של הסדר מסוים הסדר ראשוני תלויה ב"מהות הסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט [...]". וראו להלן סעיף 2 בפרק זה. ראו עוד בג"ץ 8131/05 לשכת המסחר ת"א/חטיבת קופות הגמל נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 26.12.2005) (פסק דינה של השופטת נאור)

2. כלל ההסדרים הראשוניים ועיצוב גבולותיה של דוקטרינת החוקיות

מהדיון בפרק הקודם עולה כי פיתוח כלל ההסדרים הראשוניים נועד לחזק ולהרחיב את דוקטרינת החוקיות במשפטנו. קביעה זו דורשת הסבר. כלל ההסדרים הראשוניים קובע כי בעניינים בעלי חשיבות מהדרגה הראשונה המנהל הציבורי איננו יכול להסתפק בהסמכה כללית, אלא – כמו במקרה של הסמכה לפגוע בחירויות הפרט – על הפעולה המנהלית להיות מבוססת על הסמכה ספציפית ומפורשת בחוק. לכאורה היה אפשר לטעון כי על פי דוקטרינת הוירס המסורתית ה"חיזוק" האמור באמצעות כלל ההסדרים מיותר, משום שכל פעולה של המנהל הציבורי (שאיננה עניין משני הכלול בגדר "סמכויות עזר")¹²⁸ מחייבת הסמכה של המחוקק הראשי.¹²⁹ אולם כפי שכבר הראינו בפרק הראשון, יישום דוקטרינת הוירס המסורתית במשפטנו מעולם לא היה דווקא (במיוחד בכל הנוגע לסמכויותיה של הממשלה),¹³⁰ ומכל מקום, הדוקטרינה נשחקה מאוד בעשורים האחרונים. פיתוח כלל ההסדרים במשפטנו מעצב מחדש את גבולותיה של דוקטרינת החוקיות. משמעותו של הכלל החדש היא שבתו המשפט ידרשו הסמכה ברורה ומפורשת של המחוקק לרשויות המנהל בנוגע לשני סוגים עקרוניים של פעולות: הסוג הראשון הוא פעולות הפוגעות בחירויות הפרט הבסיסיות. הסוג השני הוא עניינים שאמנם אינם פוגעים בחירויות הפרט (לפחות לא ישירות), אך הם בכל זאת עניינים בעלי חשיבות ראשונה במעלה, כאלה שאי אפשר להעביר לרשות המבצעת את הסמכות להסדיר אותם בדרך עקיפה או משתמעת.

הגם שכאמור אין ספק כי כלל ההסדרים הראשוניים מרחיב את גבולות דוקטרינת החוקיות מעבר להגנה על חירויות הפרט, עדיין גבולותיו של הכלל והתנאים להפעלתו, כבסיס להתערבות שיפוטית לפסילת הסדרים מנהליים, רחוקים מלהיות ברורים. בראש ובראשונה אין בהירות ואין גם הסכמה בין השופטים בשאלה מהם הסדרים ראשוניים ומהם הקריטריונים לגיבוש הקביעה שלפיה תיחתך השאלה. חוסר הבהירות בעניין זה נובע מכמה מקורות:

(תקנות המיועדות להבטיח חיסכון פנסיוני אצל עצמאים אינן יוצרות הסדר ראשוני כל עוד אין כופות חיסכון פנסיוני אלא רק מעודדות זאת באמצעות תמריצים).

127 וראו בעניין זה גם ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 22. יצוין כי בחלק מהמקרים הללו דן בית המשפט בטענות בדבר הפרת עקרון השוויון על ידי שימוש באמצעים מנהליים, אך היו מקרים שבהם נדון כלל ההסדרים הראשוניים שלא בהקשר של הפרת עקרון השוויון. ראו למשל עניין שמעוני, לעיל ה"ש 21, בעמ' 690–691 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (מתן מקדמות לתתפנים מרצון מחבל עזה לפני ההתנתקות).

128 ראו זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 246–255.

129 גישה זו בוטאה בפסקי דין שונים בשנות החמישים והשישים. ראו למשל עניין חת, ה"ש 22 לעיל; עניין דיזינגוף, לעיל ה"ש 10; וראו גם הדיון לעיל בפרק א.1.

130 ראו לעיל פרק א, הדיון בסמכויות הכלליות בסעיף 3(א).

ראשית, עצם השימוש במונח "הסדרים ראשוניים" רחוק מלהיות אחיד בפסיקה. במקרים מסוימים משתמשת במונח באותם הקשרים שבהם הוא נדון כאן, כלומר כבסיס לפיתוח כלל שלפיו זיהוי נושא כ"הסדר ראשוני" מגביל את יכולתו של המנהל להכריע בעניינו ללא הסמכה מפורשת. לעומת זאת במקרים אחרים השימוש שבתי המשפט עושים במונח הוא שימוש ניטרלי, חסר משמעויות נורמטיביות. היינו, במקרים מסוימים בתי המשפט משתמשים במונח רק כדי לציין, במישור התיאורי, שהסדר נתון בתחום מסוים הוא ההסדר הבסיסי הקובע את כללי היסוד בתחום, בלא משמעות נורמטיבית כלשהי לקביעה כזו.¹³¹ שנית, קיימים כאמור אי-בהירות והיעדר אחידות בגישת הפסיקה באשר למהות ההסדרים שייחשבו ל"ראשוניים" כבסיס להפעלת הכלל. במקרים מסוימים הפסיקה משתמשת בהגדרות החלטיות (לכאורה לפחות) להסדרים ראשוניים, כמו הקביעה שהסדר ראשוני הוא "קבלת הכרעות עקרוניות בשאלות יסוד".¹³² אולם בפסקי דין אחרים המבחן בעניין זה הוא שילוב של כמה פרמטרים גמישים, כדברי השופטת ברלינר בבג"ץ 4253/02 קריתי נ' רובינשטיין:¹³³

[...] השאלה מתי יוגדר נושא מסויים כטעון הסדר ראשוני (שעל כן תקנות לא תפתורנה את הבעיה) אינה תמיד קלה להכרעה [...] מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט כל אלה ישפיעו על ההכרעה אם המדובר הוא בהסדר ראשוני או בהסדר מישני.

[...] בין השאר, נבחן את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל, וברי כי אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית – וקרובה היא על-פי טיבה לסמכויות ביצוע – כדין פעולה שיש בה כדי להשפיע על מיגזר שלם – אפשר על החברה כולה [...] נבחן, למשל, את תכלית הפעולה, אם נועדה היא לתכלית שנויה במחלוקת בציבור – תכלית העלולה לעורר זעם ומירמור בקרב חלקים בעם – או שמא זוכה היא להסכמה ציבורית רחבה [...] עלותה של הפעולה אף היא תשפיע [...] מידת מעורבותו של המחוקק בפעולה והשפעתו עליה [...] כך [...] עלינו לבדוק אם מדובר בפעולות שנועדו להבטיח ביצועו של חוק הנמצא

131 ראו למשל דברי השופט (כתוארו אז) חשין בעניין ק.א.ל, לעיל ה"ש 99, פס' 6 לפסק דינו: "על דרך של הסדרים ראשוניים – קבע בית-המשפט הגבוה לצדק מאז ימים ראשונים, וממשיך הוא וקובע, כללים ועקרונות להנחייתם של המדינה בחלוקת מענקים [...]". ראו גם בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא מצא (פורסם בנבו, 22.11.2004); עניין ברגר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 45; על"ע 663/90 פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי (1993).

132 ראו עניין משל"ט, לעיל ה"ש 113, פס' 4 לפסק הדין (המצטט את עניין רובינשטיין).

133 עניין קריתי, לעיל ה"ש 43.

בתהליכי חקיקה מתקדמים, או אם הפעולה נדרשת לאישור הכנסת או ועדותיה (פרשת שמעוני, פסקה 4 לחוות-דעתי). נסיבות העניין תשפוענה [...] השלב בו הובא העניין לפני בית-המשפט – אם לפני מעשה או לאחר מעשה – שכן לא הרי ביקורת והכוונה שלפני מעשה כהרי ביקורת והכוונה שלאחר מעשה (פרשת שמעוני, שם). ייבחן הצורך בדחיפותה של הפעילות – אם מדובר בפעולה דחופה שהממשלה נדרשת לעשותה בהיותה הרשות המבצעת של המדינה, או בקביעתה של מדיניות ארוכת טווח שהכנסת יכולה וצריכה להידרש להן. יינתן מישקל להסתמכות ציבור על הבטחת הממשלה, ועוד. רשימת השיקולים, למותר לומר, אין היא רשימה סגורה. ההכרעה נתונה, כאמור, לשכל הישר ולהיגיון, ובלבד שנדריך עצמנו על-פי עקרונות היסוד של שילטון החוק [...]

[...] ניסיון לדלות מתוך הקריטריונים דלעיל, את העיקריים והמרכזיים שבהם יוליך למסקנה הבאה: הסדר ראשוני 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.¹³⁴

ולבסוף, אין הסכמה בין השופטים באשר למהות הסמכויות או העניינים שבהם בדרך כלל ייטה בית המשפט לזהות הסדרים ראשוניים. השופט חשין למשל קובע בכמה וכמה פסקי דין כי קביעות מנהליות הנוגעות לחלוקת תקציבים, תמיכות ומשאבים ממשלתיים הן הסדרים ראשוניים.¹³⁵ לעומת זאת שופטים אחרים מגלים גישה מרחיבה הרבה פחות (לעניין זיהוי הסדר כ"ראשוני") בתחומים אלו.¹³⁶

ההיבט האחרון שעליו יש לעמוד בהקשר של ניתוח ההשפעה של כלל ההסדרים על עקרון החוקיות נוגע ליחס שבין חוקיות לאיזונים. עמדתי לעיל על העובדה שאחד הביטויים לשחיקה של עקרון החוקיות היה העלייה בחשיבות דוקטרינות "איזונית", כדוגמת דוקטרינת הסבירות, שהשפיעו מאוד על האופן שבו בתי המשפט יישמו את דוקטרינת החוקיות.¹³⁷ פיתוח כלל ההסדרים הראשוניים על יסוד הפרמטרים הכלליים וה"איזוניים" הללו מעצים את התופעה של הגמשת מושג החוקיות. ההכרעה ביישום

134 שם, פס' 47 לפסק דינה של השופטת ברלינר (ההדגשות הוספו – י"ד).

135 השופט (כתוארו אז) חשין בעניין ק.א.ל, לעיל ה"ש 99; עניין שמעוני, לעיל ה"ש 21, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין; בג"ץ ועדת המעקב, לעיל ה"ש 22, פס' 40–43 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (וראו בהרחבה להלן בסעיף 3 לפרק זה).

136 ראו למשל עניין שמעוני, לעיל ה"ש 21, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין גרבי, לעיל ה"ש 116, פסק דינה של השופטת ברלינר.

137 לעיל פרק א.3.ג).

דוקטרינת החוקיות מפסיקה להיות הכרעה פורמליסטית המבוססת על פרשנות חקיקה גרידא והופכת להיות תלויה באיזון כולל של פרמטרים מהותיים כמו חשיבותו הציבורית של הנושא הנדון, ההיקף הענייני של ההסדר המנהלי וכיו"ב. התפתחות זו תואמת היטב גם את ההגמשה של הראש השני של דוקטרינת החוקיות החדשה, קרי של דרישת ההסמכה המפורשת לפגיעה בחירויות יסוד.¹³⁸

3. כלל ההסדרים הראשוניים וסמכויות שיוריות

עיצובה מחדש של דוקטרינת החוקיות על ידי כלל ההסדרים משפיע באופן ישיר ונרחב על פרמטר מרכזי נוסף של הדוקטרינה והוא היקף הסמכויות השיוריות של הממשלה. הנושא של היחס בין כלל ההסדרים הראשוניים לבין הסמכויות השיוריות של הממשלה נדון בפסק דינו המקיף של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל.¹³⁹ שם בית המשפט דן בחוקיות החלטתה של הממשלה על קביעת "אזורי עדיפות לאומית" (כבסיס למתן סיוע והטבות שונות ליישובים הנמצאים באותם אזורים). חשין קובע כי החלטת הממשלה לקביעת אזורי עדיפות לאומית היא הסדר ראשוני, ולכן היא בלתי חוקית משום שנעשתה באמצעות הסמכויות השיוריות מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה.¹⁴⁰ ההלכה החשובה העולה מפסק הדין היא שעניין המסוגל כהסדר ראשוני אינו יכול למצוא את פתרונו באמצעות הסמכויות השיוריות של הממשלה, וההסמכה לקבוע הסדרים ראשוניים חייבת להיעשות במפורש בחוק הסמכה אורגני.¹⁴¹ הלכה זו תואמת היטב את העמדה המסורתית של בתי המשפט באשר לראש השני של עקרון החוקיות – הכלל בדבר פגיעה בחירויות – וסימטרית לעמדה זו.¹⁴² במילים אחרות, כמו בעניין פגיעה בחירויות, ההסמכה הסטטוטורית לקביעת הסדרים ראשוניים צריכה להיות ספציפית ומפורשת, ולכן אין היא יכולה להסתמך על הסמכויות השיוריות של הממשלה.

אף על פי שפיתוח כלל ההסדרים בהקשר של הסמכויות השיוריות תואם את הכלל בעניין החירויות, היחסים בין כלל ההסדרים למכשיר של סמכויות שיוריות מורכבים

138 לעיל פרק א.3. (ה).

139 בג"ץ ועדת המעקב, לעיל ה"ש 22.

140 יצוין כי בית המשפט מגיע למסקנה כי החלטת הממשלה פגעה שלא כדין גם בעקרון השוויון (שם, פס' 13–23 לפסק דינו של הנשיא ברק), אך המסקנה בדבר פסילת ההסדר כמפר את הכלל של ההסדרים הראשוניים עומדת בפני עצמה. ראו שם, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ופס' 64 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין.

141 ראו שם, פס' 62 לפסק הדין; וכן ראו עניין שמעוני, לעיל ה"ש 21, פס' 15–16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

142 ראו לעיל פרק א.3. (א) (וכן לעיל ה"ש 24 והטקסט שאליו היא נלווית).

וכוללים שאלות סבוכות שעדיין אין להן תשובה ברורה בפסיקה.¹⁴³ השאלה המרכזית בעניין זה נוגעת ליחסים שבין כלל ההסדרים לבין "מגבלת השיוריות" של סעיף 32.¹⁴⁴ כזכור, מגבלת השיוריות קובעת כי אי אפשר להסדיר נושא נתון באמצעות סמכויות שיוריות אם אותו נושא עצמו כבר מוסדר בחוק אורגני של הכנסת.¹⁴⁵ כלומר, להלכה לפחות, הסמכויות השיוריות אינן יכולות להוסיף או להצטרף להסדר סטטוטורי קיים בתחום נתון אלא לאפשר לממשלה לפעול רק באותם עניינים שאינם "מכוסים" על ידי חוק הסמכה אורגני. השאלה המתעוררת היא מהו היקף החפיפה בין מגבלת השיוריות לבין כלל ההסדרים. או במילים אחרות, אם ייתכנו מצבים שבהם עניין מסוים לא יהיה הסדר ראשוני אך בכל זאת הממשלה תהיה מנועה מלהסדירו באמצעות סעיף 32 משום שקיים חוק אורגני המסדיר את התחום הרלוונטי. לכאורה, ובמישור האנליטי, קשה לראות מדוע לא תיתכן תשובה חיובית לשאלה זו, שהרי שאלת היותו של עניין מסוים הסדר ראשוני (קרי עניין חשוב, מרכזי וכדומה) – לחוד, והשאלה אם התחום הרלוונטי מוסדר או מכוסה על ידי חוק אורגני קיים – לחוד.¹⁴⁶

ואולם, התבוננות שיטתית בעמדת בתי המשפט עשויה להוביל לתוצאה אחרת. כבר עמדתי לעיל על העובדה שהפסיקה הפגינה עד היום עמדה ליברלית להפליא בכל הנוגע ליישום מגבלת השיוריות. הלכה למעשה בכל המקרים שבהם עמדו לדיון הסדרים – שלא נגעו לחירויות – ושבהם הממשלה פעלה מכוח סעיף 32 להוסיף, לעדכן או לתקן הסדרים בתחומים שקיים בעניינם חוק אורגני מסמך, נמנעו בתי המשפט מלהתערב ולפסול את ההסדר בשם מגבלת השיוריות.¹⁴⁷ החרג היחיד בעניין זה היה ההסדר הממשלתי בדבר קביעת אזורי עדיפות לאומית. הסדר כזה נפסל פעם אחת על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל בשם מגבלת השיוריות,¹⁴⁸ ובית המשפט חזר ופסל הסדר ממשלתי נוסף בתחום בבג"ץ ועדת המעקב

143 ראו בעניין זה דברי ברק בעניין שמעוני, לעיל ה"ש 21, פס' 13 לפסק דינו.

144 לדיון במהותה של מגבלת השיוריות ראו לעיל פרק א.3.א. (א).

145 ראו עניין שמעוני, לעיל ה"ש 21, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

146 טלו לדוגמה את הסיטואציה שנדונה בעניין אלון, לעיל ה"ש 34 (פרק א.3.ב), שם נדונה השאלה אם קביעת סדרי קדימויות למועמדים לאימוץ ילדים מצויה בגדר סמכותו של השירות למען הילד. בפועל בית המשפט לא נזקק בפרשה זו לסעיף 32, ככל הנראה בשל מגבלת השיוריות (היינו בשל קיומו של חוק אורגני, הוא חוק אימוץ ילדים). נניח לצורך הדיון כי קביעת סדרי קדימויות לעניין האימוץ אינה הסדר ראשוני. מכאן עדיין אין נובע שהממשלה רשאית להסדיר עניין זה מכוח סעיף 32. קרי, הממשלה עדיין עשויה להיות מנועה מכוח מגבלת השיוריות להסדיר את הנושא. עם זאת ייתכן כי במצב זה יקל מאוד על בית המשפט להגיע למסקנה שהחוק האורגני מסמך את הרשות במשתמע להסדיר את הנושא (כפי שאכן קרה בעניין אלון, שם). והכול בהנחה שהחוק האורגני אינו שולל במפורש את סמכות הרשות לקבוע סדרי קדימויות כאמור.

147 ראו לעיל פרק א.3.א. (א), וכן לעיל ה"ש 26.

148 עניין קרית גת, לעיל ה"ש 27.

– הפעם תוך שימוש בכלל ההסדרים הראשוניים. ההתפתחות הפסיקתית הזו מצביעה לכאורה על נטייה של הפסיקה לגישה של חפיפה מלאה בין מגבלת השיוריות לכלל ההסדרים.

השאלה של היחס בין מוסד הסמכויות השיוריות לכלל ההסדרים הראשוניים רלוונטית במיוחד לאותן רשויות מנהל שאין להן סמכויות שיוריות, קרי רשויות מקומיות ותאגידים סטטוטוריים. לגביהן ייתכנו בהחלט מצבים שבהם תישאל השאלה עד כמה הן מוסמכות לפעול בעניינים מסוימים שאמנם אינם בהכרח הסדרים ראשוניים, אך עדיין לא ברור ממנדט ההסמכה הסטטוטורי כי יש להן סמכות להסדיר את אותם עניינים. דומה כי התשובה לשאלה זו תיחתך בסופו של דבר על סמך הפרשנות של החוק שמסמך את אותן רשויות לפעולה. ואילו ניתוח של הפסיקה העוסקת בפרשנות הסמכות של רשויות מקומיות ותאגידים סטטוטוריים מוכיח כי בדרך כלל בתי המשפט נוקטים בעניינין גישה קפדנית ומצרה הרבה יותר מאשר בעניינה של פרשנות חקיקה המסמיכה את הממשלה.¹⁴⁹

ד. עקרון איסור הדלגציה

1. כללי

בשל המסקנה שאליה הגעתי בפרק השני, שלפיה עקרון איסור הדלגציה אינו מיושם הלכה למעשה במשפטנו, היה אפשר לכאורה לסיים את הדיון בעיקרון באותו שלב. אף על פי כן אני מתכוון לדון באופן מפורט בהמשך הפרק הנוכחי בשאלה העקרונית אם יש מקום – במישור שיקולי המדיניות – להותיר עיקרון זה כחלק מהמשפט החוקתי שלנו, אפילו אם העיקרון נותר במעמד הצהרתי ובלא שבתי המשפט משתמשים בו בפועל לפסילת חוקים של הכנסת. קיימות כמה סיבות בגינן אני מקדיש מקום נרחב לדיון בעיקרון למרות מעמדו הבלתי ברור במשפטנו הפוזיטיבי:

ראשית, כפי שנאמר לעיל, אף על פי שעד כה עקרון איסור הדלגציה לא יושם במשפטנו הלכה למעשה, הרי שבשל הדברים המפורשים שנקבעו בעניין זה בפרשת רובינשטיין אי אפשר להתעלם מהעובדה שהעיקרון קנה לו אחיזה (ולו תאורטית והצהרתית) במשפטנו. עובדה זו כשלעצמה מצדיקה דיון מפורט בצידוקיו. לעקרונות חוקתיים הצהרתיים יש השלכה על דרך החשיבה והתפיסות של בתי המשפט, ועשויה

149 ראו למשל לעניין רשויות מקומיות, את עניין גרינברג, לעיל ה"ש 22; וכן את בג"ץ 7186/06 מלינובסקי נ' עיריית חולון (פורסם בנבו, 29.12.2009) (אין לעירייה סמכות להתקשר עם חברות שמירה פרטיות לאספקת שירותי שיטור בתחום שיפוטה, וכן ראו פסקי דין נוספים שמצוטטים שם באשר לסמכויות רשויות מקומיות). אך השווה גישה המרחיבה לעניין סמכויות רשות השידור בדעת הרוב בד"נ איגוד העיתונאים, לעיל ה"ש 31, בפרק א.

להיות להם השפעה רבה (ולו עקיפה) על פרשנות חוקים ועקרונות יסוד ועל החלטות של בית המשפט בנושאים שונים ומגוונים. אם איסור הדלגציה הוא בגדר "שאיפה אוטופית" המהלכת כעמוד האש לפני השיירה החוקתית שלנו – דומה שיש מקום לבחון את תוקפם של הצידוקים העקרוניים העומדים מאחורי שאיפה זו. שנית, אי-יישומו של העיקרון בפועל (כבסיס לפסילת חקיקה) עד כה איננו מבטיח שלא ייושם בעתיד. פסק דינו המפורט של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין מבטא כוונה מוצהרת להפוך את איסור הדלגציה לחלק מהמשפט הישראלי הפוזיטיבי אפילו אם בשלב הראשון לא ימהרו בתי המשפט להפכו לכלי לפסילת חקיקה ראשית. על משקל אמרתו המפורסמת של צ'קוב אפטר לומר כי ה"אקדח" (קרי הכלי העיוני לכאורה) שמוצג במערכה הראשונה, צפוי לירות בשלב כלשהו בהמשך המחזה. על כן ראוי להקדיש לעיקרון דיון יסודי.¹⁵⁰ לבסוף, גם אם אניח כאמור כי פסק הדין בעניין רובינשטיין החדיר למשפטנו עיקרון תאורטי בלתי ישים, אפשר לטעון שעצם הפער שבין קיומו של עיקרון כזה, שלכאורה הוא חלק מהמשפט הפוזיטיבי שלנו, לבין המצב בפועל שאין נוהגים על פי העיקרון – יש לו מחירים והשלכות לא רצויות על משפטנו הציבורי.¹⁵¹ מכאן שיש הצדקה להיכנס לעובי הקורה בנושא זה.

2. עקרון איסור הדלגציה במשפט המשווה

(א) הקדמה מתודולוגית

כפי שציינתי בפרק השני, רעיון איסור הדלגציה הוא רעיון חדש יחסית בשיטתנו המשפטית, לפחות ככל שהדברים אמורים בשיח הפסיקתי.¹⁵² כדי להעריך את מידת הרציות של קליטת עקרון איסור הדלגציה במשפטנו ראוי לבחון את המצב במשפט המשווה. אלא שהשימוש בכלי של המשפט המשווה איננו משימה פשוטה והוא נושא בחובו סכנות לא מעטות. רעיון איסור הדלגציה הוא חלק מהשיח במשפט החוקתי של שיטות משפטיות מעטות, שמתאפיינות דווקא בריחוק יחסי משיטת המשפט הישראלית בכל הנוגע למאפיינים הבסיסיים של שיטת המשטר והטקסט החוקתי. מכאן שהיכולת להסיק מסקנות מהמצב המשפטי בשיטות כאלה צריכה להיבחן בזהירות. להלן אתייחס בהרחבה למצב הדוקטרינה בשיטות המשפט האמריקאית והגרמנית. אתייחס דווקא

150 בספרות המשפטית מופיעות כבר כעת הצעות להשתמש באיסור הדלגציה לפסילת חקיקה של הכנסת. ראו למשל ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" חוקים ב 197, 206–207 (2010) (טענה כי סעיף 84 לפקודת המשטרה אינו חוקתי משום שהוא מפר את כלל ההסדרים הראשוניים).

151 לפער בין הרטוריקה והתאוריה החוקתית לבין הפרקטיקה הפסיקתית בנוגע לעקרון איסור הדלגציה ראו למשל Gary Lawson, *Delegation and the Original Meaning*, 88 VA. L. REV. 327, 330 (2002).

152 לעיל פרק ב.2.

אליהן משום שהן שתי השיטות היחידות (מאלו שאנו פונים אליהן בדרך כלל כבסיס להשוואה) שבהן קיים דיון של ממש בעיקרון. לאחר מכן אתייחס בקצרה למצב הדוקטרינה בשיטות המשפט המקובל, כלומר באותן שיטות משפט שקרובות מבחינת הרקע שלהן למשפט הציבורי בישראל.

(ב) המשפט האמריקאי

לעקרון איסור הדלגציה אין עיגון מפורש בחוקה האמריקאית. הבסיס הטקסטואלי להחלת איסור הדלגציה הוא הסעיף הראשון לחוקה, הקובע כי כל סמכויות החקיקה המוענקות בחוקה מופקדות בידי הקונגרס.¹⁵³ הפרשנות המקובלת לפסקה זו היא שהקונגרס מנוע מלאצול את סמכויות החקיקה שלו (*legislative powers*) לרשות המבצעת.¹⁵⁴ מכאן נובע הטיעון שהחוקה אוסרת על הקונגרס לאצול סמכויות נרחבות לרשות המבצעת בלא שהקונגרס עצמו יקבע באופן ברור את העקרונות המנחים (*intelligible principles*) שלפיהם הרשות המנהלית נדרשת לפעול שעה שהיא מפעילה את הסמכויות הסטטוטוריות, משום שיהיה בכך משום העברת "סמכויות חקיקה" לרשות המבצעת.¹⁵⁵

בין הכותבים האמריקאים קיימת מחלוקת באשר לשאלה אם ובאיזו מידה הייתה דוקטרינת איסור הדלגציה במקור חלק מהחזון של מכוני החוקה.¹⁵⁶ אולם אין כל

153 ראו U.S. CONST. art. I, § 1: "All Legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States [...]"

154 ראו Field v. Clark, 143 U.S. 649 (1982): "That Congress cannot delegate legislative power to the president is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the constitution" וראו גם Peter L. Strauss, Todd D. Rakoff & Cynthia R. Farina, *Gellhorn and Byse's, in ADMINISTRATIVE LAW: CASES AND MATERIALS* 37 et seq. (10th ed. 2003).

155 ראו: Lawson; J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States, 276 U.S. 394, 409 (1928), לעיל Uwe Kischel, *Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law*, 46 ADMIN. L. REV. 213, 216 (1994). לטענה כי היה אפשר לפרש את הטקסט החוקתי אחרת, קרי כמתיר דלגציות, ראו למשל: KENNETH C. DAVIS, *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 157 (2nd ed. 1978).

156 ראו Eric A. Posner & Adrian Vermule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. CHI. L. REV. 1721, 1732 et seq. (2002), הטוענים כי לרעיון איסור הדלגציה בנוסחו הדרווקני אין כל עיגון בהיסטוריה החוקתית האמריקאית; אך השוו, Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315, 318 (2000), לעיל ה"ש 151 – אם כי גם סנסטיין מציין כי התקשה למצוא שורשים היסטוריים ממשיים לרעיון איסור הדלגציה במסגרת המסמכים המתעדים את הרעיונות שהנחו את מכוני החוקה האמריקאית, וכי אצילות רחבות של סמכויות שיקול דעת לרשות המבצעת היו נפוצות כבר בימים הראשונים של הרפובליקה (שם, בעמ' 322–323). לטענה שאין לאיסור הדלגציה בסיס טקסטואלי או היסטורי במשפט החוקתי האמריקאי

מחלוקת באשר למעמדה הרעוע של הדוקטרינה במשפט הפוזיטיבי האמריקאי. הדוקטרינה אמנם מופיעה כחלק מהשיח החוקתי האקדמי בכל ספר לימוד של משפט חוקתי ומשפט מנהלי בארצות הברית, ונהרות של דיו נשפכו על ידי התאורטיקנים השונים שעסקו בה, אולם הלכה למעשה לאורך ההיסטוריה של המשפט החוקתי האמריקאי יישם בית המשפט העליון את הדוקטרינה כבסיס לפסילת חוק של הקונגרס רק בשני מקרים, בשנות השלושים של המאה העשרים.¹⁵⁷ שני המקרים הללו נחשבים ליוצאי דופן, משום שהחקיקה בהם כללה אצילה רחבה ביותר ובלתי מוגבלת לרשויות המנהל להסדיר את כלל הסקטור הכלכלי ללא קביעת שום סטנדרטים שינחו את הרשות,¹⁵⁸ וגם משום ששני החוקים נפסלו בתקופת ה־New Deal שעה שהמאבק הפוליטי בין הנשיא רוזוולט לבית המשפט העליון, האמון על הדוקטרינה הקונסרוטיביית הקיצונית של לוכנר, היה בשיאו.¹⁵⁹ לעומת זאת במקרים רבים אחרים (כלומר, בכל המקרים שבהם נעשו ניסיונות להביא לפסילת חוק על סמך הדוקטרינה של איסור הדלגציה מאז 1935) דחה בית המשפט העליון את הניסיונות הללו.¹⁶⁰ להלכה בית המשפט אמנם לא ויתר על הדרישה שהחוק המסמך יכלול "עקרונות מנחים" שלפיהם על המנהל להפעיל את סמכותו. אולם למעשה בית המשפט מצא "עקרונות מנחים" כאלה (המספקים את הדרישה החוקתית) גם בניסוחים הסטטוטוריים הכלליים והסתמיים ביותר, כגון שהסמכות ניתנה לרשות המנהלית כדי "לקדם את האינטרס הציבורי".¹⁶¹

- ראו גם Harold J. Krent, *Book Review: Delegation and its Discontents: Power Without Responsibility*, 94 COLUM. L. REV. 710, 734 et seq. (1994).
- Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935); A.L.A. Schechter Polutry Corp. v. 157 U.S., 295 U.S. 495 (1935).
- 158 ראו למשל דברי השופט סקליה בעניין Whitman v. American Trucking Assoc. Inc., 531 U.S. 457, 474 (2001) (להלן: עניין *Whitman v. American Trucking*). באחד משני המקרים הללו (*Schechter*) האצילה הייתה אף לגורמים מחוץ למנהל הציבורי.
- 159 ראו Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905); BERNARD SCHWARTZ, A HISTORY OF THE SUPREME COURT 190 et seq. (1993). לדיון בהשלכות של פסק הדין בעניין *Lochner v. New York*, על המשפט הישראלי ראו לאחרונה בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 7-9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 11.1.2012).
- 160 ראו דברי השופט סקליה בעניין *Whitman v. American Trucking*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 474; Lawson, לעיל ה"ש 151, בעמ' 328-330.
- 161 ראו למשל דברי השופט סקליה בדעת מיעוט בעניין *Mistretta v. U.S.*, 488 U.S. 361, 415-416 (1989); וראו גם *Touby v. U.S.*, 500 U.S. 160, 163 (1991) (בית המשפט מכשיר חוק מסמך שהעביר לתובע הכללי סמכות להוסיף סמים לרשימת הסמים האסורים על פי הקריטריון של "הגנה על ביטחון הציבור", וכן *Lawson*, לעיל ה"ש 151, בעמ' 329. אמנם היו מקרים בודדים שבהם בתי משפט נמוכים יותר פסלו חקיקה על סמך הדוקטרינה, והיו מקרים בודדים שבהם שופט המיעוט

המסמר האחרון בארון קבורתה של דוקטרינת איסור הדלגציה במשפט האמריקאי ננעץ בשנת 2001 בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין *Whitman v. American Trucking Assoc. Inc.*¹⁶² החקיקה שעמדה לדיון הייתה סעיף בחוק למניעת זיהום אוויר (ה־Clean Air Act), שהעניק לרשות להגנת הסביבה סמכות לקבוע סטנדרטים לאיכות האוויר על סמך קריטריונים "אשר נראים לרשות המנהלית [...] דרושים להגן על בריאות הציבור".¹⁶³ בית המשפט הפדרלי לערעורים קבע כי הסעיף המסמך צריך להיפסל כמפר את איסור הדלגציה משום שהוא איננו מכיל עקרונות מנחים מפורטים מספיק.¹⁶⁴ בית המשפט העליון של ארצות הברית החליט פה אחד להפוך את קביעותיו של בית המשפט לערעורים. השופט סקליה, שכתב את דעת הרוב, סקר במפורט את פסיקת בית המשפט העליון שעסקה בעקרון איסור הדלגציה. הוא קבע כי אמנם בית המשפט לא ויתר מעולם על הדרישה שהחקיקה המסמך יכיל "עקרונות מנחים", אולם גם ניסוח סטטוטורי כוללני, המכיל מושגי שסתום עמומים כגון "בריאות הציבור" או "האינטרס הציבורי", יספק את הדרישה החוקתית וימנע את התערבות בית המשפט לפסילת חקיקה של הקונגרס.¹⁶⁵ הגדיל לעשות השופט סטיבנס, בחוות הדעת המצטרפת, שהציע לבית המשפט לוותר כליל על עקרון איסור הדלגציה ולהודות בגלוי שהסמכת רשויות המנהל לחוקק חקיקת משנה היא דה פקטו הסמכת הרשות המבצעת להפעיל "סמכויות חקיקה" (במינוח החוקתי), דבר שבית המשפט צריך להכיר בלגיטימיות שלו.¹⁶⁶ לא יפלא אפוא שהכותבים האקדמיים מציינים כי פסק דין זה הותיר את דוקטרינת איסור הדלגציה במשפט האמריקאי כאות מתה.¹⁶⁷

העמדה החד־משמעית נגד אכיפה הלכה למעשה של איסור הדלגציה כפי שבאה לידי ביטוי על ידי בית המשפט בעניין *American Trucking* מותרה ספקות מעטים באשר

בבית המשפט העליון תמך בפסילת חוק על רקע זה. ראו למשל דעת היחיד של הנשיא רנקוויסט בעניין *Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 671 (1980).

162 לעיל ה"ש 158.

163 ראו סעיף 109(b)(1) לחוק שהעניק לרשות להגנת הסביבה (ה־Environmental Protection Agency – EPA) סמכות לקבוע: "ambient air quality standards the attainment and maintenance of which in the judgment of the Administrator, based on [the] criteria and allowing an adequate margin of safety, are requisite to protect the public health", 42 U.S.C. § 7409(b)(1).

164 *American Trucking Assns., Inc. v. EPA*, 336 U.S. App. D.C. 16, 175 F.3d 1027, 1034 (1999).

165 *Whitman v. American Trucking*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 475.

166 שם, בעמ' 488. אל השופט סטיבנס הצטרף השופט סאוטר.

167 ראו למשל *Lawson*, לעיל ה"ש 151, בעמ' 329.

לעתידה העגום של הדוקטרינה במשפט הפוזיטיבי, לפחות בעתיד הנראה לעין.¹⁶⁸ הכותבים האקדמיים האמריקאים המשיכו לעסוק באינטנסיביות בדוקטרינה בעוד חילוקי הדעות העזים באשר לרציונל נמשכים. קבוצה אחת של כותבים ממשיכה לתמוך ברעיון שעל בתי המשפט לאכוף על הקונגרס את הדרישה לקבוע עקרונות מהותיים בחקיקה כחלק מהליך הביקורת החוקתית (אם גם בלי לגלות אופטימיות רבה באשר לאפשרות המעשית ליישום גישה זו במציאות הקיימת).¹⁶⁹ מולם מתייצבת קבוצה רחבה של כותבים המתנגדים להחלת הדוקטרינה כחלק מהמשפט החוקתי האמריקאי באמצעות טיעונים המתייחסים למישורים שונים, החל מפרשנות חוקתית, עבור בניתוח היסטורי, דרך ניתוח של שיקולי המדיניות העומדים בבסיס העיקרון ועד לניתוח מזווית כלכלית או פוליטית של המשפט.¹⁷⁰ קבוצה שלישית של כותבים מציעה פתרונות ביניים. הללו מכירים בהיעדר אפשרות מעשית ליישם את רעיון איסור הדלגציה במציאות של מדינת המנהל המודרנית.¹⁷¹ לכן הם מציעים שבתי המשפט יפתחו גרסאות חדשות של רעיון איסור הדלגציה, שיתאימו יותר למציאות זו (ושהדמיון שלהם לכלל ההסדרים הראשוניים שפותח אצלנו בולט). כך למשל מציע תומאס מריל להחליף את רעיון איסור הדלגציה בגישה שלפיה הפרשנות הנכונה של הסעיף הראשון לחוקה היא שרק למחוקק יש סמכות מקורית ליצור חוקים מחייבים, אך אין איסור חוקתי על המחוקק לאצול את

168 כאן המקום לציין כי העמדה השלילית כלפי איסור הדלגציה הובעה דווקא על ידי השופט סקליה, הידוע בתמיכתו בגישת הפרשנות המקורית לחוקה. השופט היחיד בבית המשפט העליון שהביע נכונות "לשקול בעתיד" אפשרות ליישם את הדוקטרינה היה השופט תומאס. ראו *Whitman v. American Trucking*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 920.

169 ראו: DAVID SCHOENBROD, POWER WITHOUT RESPONSIBILITY: HOW CONGRESS ABUSES THE PEOPLE THROUGH DELEGATION (1993); Peter H. Arenson, Ernest Gellhorn & Glen O. Lawson, *A Theory of Legislative Delegation*, 68 CORNELL L. REV. (1983); וכך *Robinson*, לעיל ה"ש 151. לאסון מציין במפורש כי איננו רואה שום סיכוי להחייאת איסור הדלגציה במשפט הפוזיטיבי, וכי הוא כותב את מאמרו רק למען הדיוק ההיסטורי (שם, בעמ' 334–335).

170 ראו למשל: JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS, & GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW, 132–152 (1997); Eric A. Posner & Adrian Vermule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. CHI. L. REV. 1721 (2002); Peter H. Schuck, *Delegation and Democracy: Comments on David Schonbrod*, 20 CARDOZO L. REV. 775 (1998–1999); David Epstein & Sharyn O'Halloran, *The Nondelegation Doctrine and the Separation of Powers: A Political Science Approach*, 20 CARDOZO L. REV. 947 (1998–1999); David B. Spence & Frank Cross, *A Public Law Case for the Administrative State*, 89 GEO. L.J. 97 (2000); Richard B. Stewart, *Beyond Delegation Doctrine*, 36. AM. U.L. REV. 323 (1987). שיקולי המדיניות החוקתית העומדים בבסיס הדוקטרינה יידונו במפורט בהמשך הרשימה. ראו להלן סעיף 2 בפרק זה.

171 ראו הדיון להלן בסעיף 2.א בפרק זה.

סמכויות החקיקה שלו בתנאי שיעשה זאת באופן מפורש.¹⁷² ואילו קאס סנסטיין מציע להחליף את דוקטרינת איסור הדלגציה בכמה "קאנונים פרשניים" לחוקה, ובראשם הדרישה כי פגיעה בעקרונות חוקתיים ובחירויות הפרט מחייבת הסמכה מפורשת של המחוקק.¹⁷³

(ג) המשפט הגרמני

בניגוד למצב בארצות הברית, בגרמניה עקרון איסור הדלגציה מעוגן מפורשות בחוקה. סעיף 80(1) לחוק היסוד הגרמני (ה-Grundgesetz מ-1949) קובע כדלהלן:

The federal government, a federal minister, or the governments of the Lander, may be authorized by statute to issue regulations. Content, purpose, and scope of such authorization must be determined by the statute. The statutory basis must be specified in the regulation. If the statute provides that the authorization may be delegated further, such delegation may only be effected by regulation.

הרקע לחקיקת הסעיף הוא הניסיון המר של גרמניה בכל הנוגע לאצילות רחבות של סמכות מהרשות המחוקקת לרשות המבצעת. חוקת ויימר, שאומצה אחרי מלחמת העולם הראשונה, פורשה על ידי בית המשפט העליון כמתירה אצילת סמכויות נרחבת מהמחוקק לרשות המבצעת במקרים שבהם קיים איום ממשי לביטחון או לסדר הציבורי במסגרת הסעיפים בחוקה שהתייחסו לסמכויות חירום. אצילות נרחבות של סמכות לרשות המבצעת נחשבות לאחת הסיבות שהובילו להתמוטטותה של רפובליקת ויימר בתחילת שנות השלושים, ולהקמתו של הרייך השלישי שבמסגרתו הפרלמנט הגרמני התפרק לבסוף לחלוטין מסמכויותיו והעניק ב-1933 – באמצעות ה-Enabling Act הידוע לשמצה – לאדולף היטלר, נשיא הרפובליקה, סמכות בלתי מוגבלת "למשול" (הענקה שכללה בין היתר סמכויות חקיקה נרחבות).¹⁷⁴

172 ראו Thomas W. Merrill, *Rethinking Article I Section 1: From Nondelegation to Exclusive Delegation*, 104 COLUM. L. REV. 2097 (2004).

173 ראו Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 331. לפי סנסטיין אפוא, עוד עניינים חשובים כגון פעולה של הממשל מחוץ לגבולות המדינה, פעולה רטרואקטיבית או מתן פטורים ממס נחשבים לעניינים חשובים מספיק כדי להצדיק פרשנות צרה של החקיקה המסמיכה ולדרוש הסמכה מפורשת לנהוג בניגוד להנחות הפרשניות. ראו שם, בעמ' 333 ו-334, ה"ש 90.

174 לסקירה היסטורית נרחבת של הרקע לחקיקת סעיף 80(1) ראו: Peter H. Lindseth, *The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950*, 113 YALE L.J. 1341, 1361-1372 (2004) (להלן: Lindseth, *The Paradox*). וראו גם DAVID P. CURRIE, *THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 125-126 (1994), לעיל ה"ש 155, בעמ' 229-230.

הרגישות המיוחדת של הגרמנים בעניין אצילות סמכות רחבות מהמחוקק לרשות המבצעת באה לידי ביטוי גם בכל הנוגע ליישום של איסור הדלגציה החוקתי. בניגוד למצב בארצות הברית, בית המשפט החוקתי בגרמניה עושה שימוש מסוים באיסור הדלגציה ביחס לביקורת על חוקתיות חוקים.¹⁷⁵ כך למשל בהחלטה משנת 1958 פסל בית המשפט אצילת סמכות להתקנת תקנות בענייני מיסוי חברות כשקבע שהקריטריונים להטלת המס לא פורטו בחוק המסמיך אלא הושארו כולם לשיקול הדעת של הרשות המנהלית.¹⁷⁶ בהחלטה אחרת של בית המשפט נפסל חוק שאצל סמכות למנהל הציבורי לקבוע מדיניות באשר לחינוך מיני בבתי הספר כשבית המשפט קבע כי להחלטה כזו יש השלכה על חירויות שונות המפורטות בחוקה, ועל כן העקרונות המנחים שלה צריכים להתקבל על ידי המחוקק.¹⁷⁷

אף על פי שאיסור הדלגציה נאכף במקרים מסוימים על ידי בית המשפט החוקתי, הרי גבולותיה של הדוקטרינה במשפט הגרמני רחוקים מלהיות ברורים. הסעיף איננו אוסר אצילות רחבות של סמכות לרשות המבצעת אלא רק דורש כי הפרלמנט יקבל החלטות "בעניינים החיוניים" (*essential decisions*) בעצמו.¹⁷⁸ לא יהא מפתיע לגלות כי אין הסכמה בין הכותבים השונים באשר למשמעות המונח "חיוניים", וגם קשה לחלץ מהפסיקה גישה עקיבה בעניין. הכותבים השונים מציינים כי בדרך כלל הגישה שנוקט בית המשפט היא גישה ליברלית לטובת אישור אצילות סטטוטוריות גם כאשר הן מנוסחות בלשון רחבה ומעורפלת.¹⁷⁹ ואילו המקרים שבהם בתי המשפט אוכפים את איסור הדלגציה הם בדרך כלל מקרים שבהם החקיקה העומדת לדיון נוגעת לפגיעה בחירויות הפרט החוקתיות.¹⁸⁰ היינו, הפרשנות המקובלת של הדוקטרינה כורכת אותה עם האיסור על פגיעה בחירויות הפרט שלא באמצעות הסמכה מפורשת מאת המחוקק.¹⁸¹

(ד) המשפט האנגלי ומשפחת המשפט המקובל

שיטת המשפט האחרונה שראוי להזכירה במסגרת הסקירה המשווה היא המשפט האנגלי. בחינת התפתחותו של המשפט החוקתי האנגלי במחצית הראשונה של המאה העשרים מעלה שהסכנות שמתלוות לאצילות רחבות של סמכות מהרשות המחוקקת

175 נוסף על איסור הדלגציה הכללי בסעיף 180(1) החוקה מכילה עוד סעיפים האוסרים על האצלות סמכות לרשות המבצעת בנוגע לעניינים ספציפיים כגון ענייני תקציב (סעיף 110).

176 7BVerfGE 282 (1958) שנדונה אצל CURRIE, לעיל ה"ש 174, בעמ' 127.

177 ראו Kischel, לעיל ה"ש 155, בעמ' 231 (הדן ב-BVerfG, decision of Oct. 20 (1981)).

178 שם.

179 ראו CURRIE, לעיל ה"ש 174, בעמ' 129; Kischel, לעיל ה"ש 155, בעמ' 232.

180 שם, בעמ' 231, 238.

181 שם, בעמ' 238.

לרשות המבצעת – מנקודת הראות של עקרונות הדמוקרטיה הייצוגית והפרדת הרשויות – לא נעלמו מעיניהם של משפטנים והוגי דעות בריטיים במחצית הראשונה של המאה העשרים.¹⁸² אולם כבר בשנת 1932 הגיעה ועדה פרלמנטרית מיוחדת שבחנה את הנושא למסקנה כי הפרלמנט איננו יכול לעמוד במשימה של חקיקת חוקים בהיקף ובמידת הפירוט שנדרשים על ידי הציבור במדינה המודרנית. לכן הפתרון שאימץ המשפט הבריטי לבעיות שנוצרות מאצילת הסמכות מבוסס על אמצעי פיקוח פרלמנטריים ושיפוטניים על חקיקת משנה ולא הגבלת עצם האפשרות של אצילות כאלה.¹⁸³ כך או כך, האפשרות להגביל את הפרלמנט עצמו בנוגע לסמכות ההאצלה עומדת בניגוד לעקרון ריבונות הפרלמנט ונחשבה אפוא מחוץ לתחום הדיון החוקתי.¹⁸⁴ לעקרון איסור הדלגציה אין אפוא שריד וזכר במשפט האנגלי. וזהו גם המצב בדמוקרטיות אחרות שמשפטן הציבורי התפתח בעקבות המשפט האנגלי, כגון קנדה, אוסטרליה וניו זילנד.¹⁸⁵

(ה) המשפט המשווה – סיכום ביניים

סקירת המשפט המשווה מובילה לכמה מסקנות באשר לעקרון איסור הדלגציה: המסקנה הראשונה היא שעיקרון זה איננו חלק מהמשפט הפוזיטיבי המיושם הלכה למעשה כמעט בשום שיטה משפטית מאלו שנסקרו כאן. החריג היחיד לקביעה זו הוא המשפט הגרמני, שייחודו נובע מההיסטוריה המיוחדת (והטראומטית) של כינון החוקה הגרמנית לאחר מלחמת העולם השנייה.¹⁸⁶ בשיטת המשפט האמריקאית יש לאיסור הדלגציה קיום

182 ראו למשל LORD HEWART OF BURY, THE NEW DESPOTISM 17 (1929). וראו גם Lindseth, *The Paradox*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 1357–1354.

183 ראו הדוח של ה-Committee on Ministers Powers Report, 1932, Cmd. 4060 וכן Lindseth, *The Paradox*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 156–157.

184 W.A. ROBSON, JUSTICE AND ADMINISTRATIVE LAW 16 et seq., 34–36 (1951); Peter Lindseth, *Delegation Is Dead, Long Live Delegation: Managing the Democratic Disconnect in the European Market-Polity*, in GOOD GOVERNANCE IN EUROPE'S INTEGRATED MARKET 139, 149 (Christian Joerges & Renaud Dehousse eds., 2002); Lindseth, *The Paradox*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 1352.

185 אשר לקנדה ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 14.2(a) (4th ed. 1997) ואשר לאוסטרליה ראו SURI RATNAPLA, AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW: FOUNDATION AND THEORY 105 (2nd ed. 2007); וראו גם ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 7, ה"ש 4.

186 ראו לעיל סעיף ג בפרק זה. כאן המקום לציין כי עקרון איסור הדלגציה איננו נאכף גם בשיטת המשפט הצרפתית. חוקתה של הרפובליקה הרביעית אמנם כללה קביעה האוסרת על האספה הלאומית לאצול את סמכויות החקיקה שלה, אך הלכה למעשה סעיף זה פורש כמאפשר אצילה נרחבת של סמכויות חקיקה לרשות המבצעת (ראו Lindseth, *The Paradox*, לעיל ה"ש 174, בעמ' 1402–1400). אחת המטרות המוצהרות של ייסוד הרפובליקה החמישית וקבלת החוקה החדשה

ברמה ההצהרתית, אך הוא איננו נאכף בפועל. סקירת המשפט האמריקאי מובילה למסקנה שנייה והיא שגם בשיטות שבהן העיקרון נחשב לחלק מהמשפט החוקתי קיימים פערים ניכרים בין ההצהרות התאורטיות לבין הנכונות של בתי המשפט לאכוף אותו הלכה למעשה. פערים אלו (הקיימים גם בשיטת המשפט הגרמנית) מעוררים כשלעצמם שאלות הראויות לדיון בדבר צידוקיו ומעמדו של איסור הדלגציה. ולבסוף, סקירת המצב בשיטות המשפט המקובל מעלה שבשיטות אלו אין לאיסור הדלגציה קיום לא ברמה המעשית וגם לא ברמה ההצהרתית. היעדרו המוחלט של כל דיון באיסור הדלגציה במשפט המקובל מוביל למסקנה שלישית והיא ששיטות המשפט שבהן קיים דיון (ולו תאורטי) באיסור הדלגציה הן שיטות משפט שבהן קיימת חוקה פורמלית שלמה ואחודה, שבמסגרתה עקרון הפרדת הרשויות מעוגן במפורש בטקסט החוקתי. לעומת זאת בשיטות שהתפתחו ללא כינון מסודר של חוקה פורמלית שלמה (וזהו המצב במרבית שיטות המשפט המקובל)¹⁸⁷ אין תחולה לעיקרון. למסקנה זו יש לכאורה חשיבות לדיון במשפט הישראלי שקרוב מבחינה זו לשיטות המשפט המקובל הרבה יותר מאשר לשיטה האמריקאית או הגרמנית.

3. עקרון איסור הדלגציה – שיקולי מדיניות

עד כה דנתי במעמדו של עקרון איסור הדלגציה במשפט הפוזיטיבי. כעת הגיעה השעה לבחון את העיקרון מנקודת מבט של שיקולי המדיניות. מהם הצידוקים האפשריים לאיסור חוקתי על המחוקק להעביר את הסמכות לקבוע הסדרים "ראשוניים" למנהל הציבורי? האם רצוי ששיטת המשפט בישראל תאמץ, כחלק מהדוקטרינה של ביקורת שיפוטית-חוקתית, איסור כזה? הדיון להלן יתחיל בשיקולים הנוגעים למידת הישימות של איסור הדלגציה ולאחר מכן נדון בהיבטים העיוניים של שאלות אלו.

(א) שיקולים מעשיים

כבר לפני למעלה מארבעים שנים עמד המלומד האמריקאי הידוע קנת' דייוויס על הסיבות לכישלון המוחלט של הממשל האמריקאי (קרי המחוקקים ובתי המשפט כאחד) ליישם את הדרישה החוקתית של איסור הדלגציה.¹⁸⁸ דייוויס מסביר בספרו כי הדרישה

בשנת 1958 הייתה לחזק ולהרחיב אף יותר את סמכויות הרשות המבצעת. לפיכך חוקת 1958 אף העניקה מפורשות (בסעיף 37) לנשיא הרפובליקה סמכויות לחוקק חוקים בתחומים מסוימים. ומכל מקום, איסור הדלגציה איננו חלק מהיורספודנטייה של המועצה החוקתית בצרפת (Lindseth, *The Paradox*, שם, בעמ' 1405–1417).

187 ראו יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" משפט וממשל י 489, 504–507 (2007).

188 ראו KENNETH C. DAVIS, *DISCRETIONARY JUSTICE: A PRELIMINARY INQUIRY* 44 et seq. (1969).

החוקתית הזו נוגדת ניגוד חריף את המציאות של המנהל הציבורי במדינה המודרנית (ושעליה כבר עמדנו בפרק הראשון).¹⁸⁹ במאה העשרים נוצרו בכל המדינות המודרניות ארגוני ענק ביוורקטיים (הם רשויות המנהל) שנועדו לספק את הצרכים הללו. כדי לעשות זאת אין מנוס מלאפשר למנהל הציבורי מידה נרחבת של חופש פעולה (קרי שיקול דעת רחב – במינוח המשפטי) כדי להקנות לו גמישות ביצועית. יכולתם של בתי המחוקקים לשלוט בתהליכי קבלת ההחלטות במדינה המודרנית או להכווין אותם באמצעות ניסוח חוקים מפורטים מוגבלת ביותר, מכמה סיבות:

בראש ובראשונה לבתי המחוקקים אין יכולת ברמה הטכנית והמעשית להסדיר באמצעות חקיקה את הכמות העצומה של תהליכי קבלת ההחלטות במנהל הציבורי. בתי המחוקקים הם גופים קטנים יחסית (בהשוואה לגודל העצום של הביוורקטיה הממשלתית), המורכבים מכמה מאות נציגי ציבור נבחרים שלהם מסייע צוות מוגבל בהיקפו של עוזרים, מומחים טכניים, יועצים וכדומה. הרשות המחוקקת היא, בפשטות, קטנה מכדי שתוכל לעשות רגולציה אפקטיבית – באמצעות האמצעי הפורמליסטי והמסורבל של חקיקת חוקים – של כל מגוון הפעילות העצום של המנהל הציבורי. הפתרון של יצירת רשויות מנהליות בחוק והפקדתן, באמצעות "חקיקת מסגרת" כוללנית, על תחום פעולה נתון הוא אפוא פועל יוצא של אילוצים מבניים בסיסיים והוא הכרחי מנקודת מבט של יעילות.¹⁹⁰

סיבה נוספת היא אופיים של הליכי החקיקה בפרלמנט ושל החוקים כמכשיר רגולטיבי. חקיקה היא כאמור מכשיר פורמליסטי, מסורבל ובלתי גמיש. רבים מהתחומים שבהם פועל המנהל הציבורי הם תחומים שבהם יש שינויים טכנולוגיים, כלכליים ופוליטיים המחייבים יכולת תגובה מהירה והתאמת המדיניות לצרכים המשתנים. קביעת מטרות מפורטות לפעולה המנהלית בחקיקה איננה רצויה, משום שבשלב החקיקה אין למחוקק יכולת לצפות את המטרות המדויקות הראויות לפעולה המנהלית, ומשום שקביעות סטטוטוריות כאלו יפגעו בגמישות המנהלית. היינו, לעתים קרובות אין זה רצוי כלל לוותר על שיקול דעת מנהלי רחב בגיבוש המדיניות הציבורית, גם בהנחה שאפשר לעשות את הדבר בחקיקה.¹⁹¹

לכך מתווספת העובדה שבמקרים רבים גם אין למחוקקים רצון אמתי לקבל הכרעות מדיניות (ולו ברמה המופשטת והעקרונית ביותר). חקיקה בפרלמנט היא לא פעם תוצר

189 ראו לעיל פרק א.2. לסקירה מפורטת ראו Stewart, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1671–1682; דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 309–311.

190 Stewart, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1695–1696; דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6.
191 DAVIS, לעיל ה"ש 188, בעמ' 45. וראו גם Spence & Cross, לעיל ה"ש 170, המציינים כי אכיפת איסור הדלגציה עשויה להגביר מאוד את ההוצאות החברתיות על איסוף מידע, משום שלמחוקקים אין יכולת לאסוף ביעילות מידע הנדרש לצורך חקיקת חוקים מפורטים, ולכן יעיל יותר, במקרים רבים, להותיר למנהל הציבורי מרחב תמרון רחב.

של פשרות בין כוחות נוגדים. לא פעם המחוקקים אינם מסוגלים להגיע להסכמה באשר לדרך הראויה להסדרת תחום מסוים (אם בשל חילוקי דעות מהותיים, או משום שאין להם מוטיבציה מספקת להשקיע זמן ומשאבים פוליטיים בגיבוש הסכמה) אף על פי שיש הסכמה ביניהם על עצם הצורך להסדיר את התחום. במצב כזה אצילות סמכות רחבה לרשות המנהלית היא פתרון מתבקש.¹⁹²

על המגבלות הנוגעות לבתי המחוקקים צריך להוסיף מגבלות הנוגעות לבתי המשפט בכל הנוגע לאכיפה של עקרון איסור הדלגציה. היות שאצילות רחבות (ועמומות) של סמכות בחקיקה הן לעתים קרובות הכרחיות (ואף רצויות, לפחות מנקודת מבט של יעילות), נשאלת השאלה עד כמה אפשר לסמוך על בתי המשפט שידעו לזהות את המקרים שבהם אצילות כאלו אינן רצויות, או את המקרים שבהם אפשר לדרוש, באופן מעשי, מהמחוקק לפרט מטרות מדויקות ותנאים להפעלת הסמכות מבלי לפגוע בגמישות הביצועית וביכולתו של הממשל להשיג את מטרותיו. הטענה בעניין זה היא שלבתי המשפט עצמם אין כלים ראויים לבצע הערכה של המקרים השונים בעניין זה ולהבחין ביניהם, ומכל מקום – שאין סיבה להניח שבתי המשפט מסוגלים לבצע הערכה כזו (של העלות מול התועלת של פירוט המטרות הסטטוטוריות) טוב מהמחוקקים עצמם.¹⁹³

ולבסוף, קיים עוד הסבר (גם הוא מעשי ופרוזאי) לחוסר יכולתם של בתי המשפט לאכוף באפקטיביות את איסור הדלגציה על בתי המחוקקים. ההסבר נעוץ בכך שהעתירות בנושא זה מציבות בפני בתי המשפט דילמה קשה הקשורה לתוצאות האפשריות של ההתערבות השיפוטית. טלו לדוגמה את חוק הלוואות לדיוור, התשנ"ב–1992, שבאמצעותו הסדירה הכנסת את תחום התמיכה הממשלתית לזכאים בשוק המשכנתאות. החוק הוא חוק מסגרת טיפוסי שאינו מכיל כל פירוט של מטרות החקיקה, ומותיר לממשלה את מרבית הכרעות המדיניות החשובות בנוגע להסדרים הנוגעים למתן הלוואות בתחום הדיוור (לרבות קביעת הקריטריונים לזכאות להלוואות).¹⁹⁴ לו הייתה קיימת במשפט החוקתי שלנו דוקטרינה חוקתית מחמירה של איסור דלגציה, אפשר להניח שהחוק היה עלול להיות נתון לסיכון ממשי של פסילה בידי בית המשפט. אלא שהחוק הנדון נחקק לאחר עשרות שנים, שלאורכן התנהלה הפעילות הענפה של המדינה בתחום הסיוע במשכנתאות כל כולה ללא מסגרת סטטוטורית כלל, קרי באמצעות הסמכויות השיוריות של הממשלה. מכאן אפשר להבין עד כמה קשה

192 ש.ם.

193 Stewart, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1695, 1697. עם זאת סטיוארט תומך בכך שבתי המשפט יאכפו על המחוקקים פירוט של החקיקה המסמיכה בתחומים שבהם מקובל לראות ברשות השופטת בעלת אחריות מיוחדת, בראש ובראשונה בכל הנוגע לפגיעה בחירויות הפרט. שם, בעמ' 1697.

194 המגבלה המשמעותית היחידה הכלולה בטקסט הסטטוטורי היא לכאורה המגבלה על גובה הלוואות המותרות (ראו סעיף 2 לחוק הלוואות לדיוור). חלק מהסמכויות בחוק מותנות בהפעלתן באישור ועדת הכספים של הכנסת. ראו למשל סעיף 7 לחוק הלוואות לדיוור.

מצבו של בית משפט שבפניו תובא עתירה לפסילת החוק בשל הפרת איסור הדלגציה. בית המשפט יודע שאם יפסול את החוק, אין כל ערובה שהכנסת תשוב ותחוקק בעתיד הנראה לעין חוק מפורט יותר. היות שגם את החוק הכוללני הזה חוקקה הכנסת רק לאחר עשרות שנים שבהן פעלה הממשלה בתחום ללא כל חקיקה, ובשל הקשיים והסרבול הכרוכים בהליכי חקיקה בכלל, יש סיכוי סביר שפסילת החוק תחזיר את הגלגל לאחור, והממשלה תבחר להמשיך ולפעול בתחום המשכנתאות באמצעות הסמכויות השירותיות (אפשרות שמבחינת העקרונות שאותם אמור איסור הדלגציה לשרת היא גרועה אף יותר מהמצב הקיים על פי החוק העומד לביקורת).¹⁹⁵ יוצא שאכיפת הדוקטרינה של איסור הדלגציה מציבה את בתי המשפט במצב של "אוי לי מיצרי ואוי לי מיוצרי", מה שיכול להסביר את חוסר ההתלהבות מהאפשרות של אימוץ הדוקטרינה כחלק מהמשפט הפוזיטיבי.¹⁹⁶

השיקולים המעשיים שפורטו לעיל מסבירים היטב מדוע איסור הדלגציה איננו נאכף כיום במרבית שיטות המשפט. לכאורה חוסר הישימות של הדוקטרינה סותרת את הגולל על האפשרות שהיא תהפוך לחלק מהמשפט הפוזיטיבי שלנו, ולכן אפשר להסתפק בשיקולים במישור המעשי כבסיס לדחייתה. אולם כפי שצינתי לעיל, עקרון איסור הדלגציה נקלט במשפטנו כעיקרון הצהרתי – כמבטא את המשפט הרצוי (אם גם לא תמיד הניתן להשגה). לכן יש מקום לבחון ביסודיות את הצידוקים העיוניים העקרוניים של איסור הדלגציה.

(ב) איסור הדלגציה ושלטון החוק

בפסק הדין בעניין רובינשטיין הנשיא ברק תומך בקליטת איסור הדלגציה במשפטנו בקבעו שהאיסור נובע משלושה עקרונות יסוד מרכזיים של שיטתנו החוקתית: עקרון שלטון החוק, עקרון הדמוקרטיה הייצוגית ועקרון הפרדת הרשויות. נדון כעת בקשר שבין איסור הדלגציה לשלושת העקרונות הללו, ונפתח בעקרון שלטון החוק.¹⁹⁷

195 ראו הדיון בעקרונות היסוד הקשורים לאיסור הדלגציה להלן בסעיפים 3. (ב)–(ד) בפרק זה.
196 היה אפשר לטעון לכאורה שבית המשפט יכול לפתור את הדילמה הזו על ידי שימוש בסעיפים "מודרניים" כגון לא לפסול את החוק האוצל מיד אלא לקבוע שהבטלות היא יחסית, ולהעניק למחוקק ארכה לתקן את הדברים וכו' (ראו למשל בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003); יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005)). אולם לדעתי הקשיים והמגבלות של בתי המחוקקים בהקשר זה, כמתואר בטקסט, הם יסודיים ועמוקים הרבה יותר ממה שאפשר לפתור באמצעות סעד שיפוטי זה או אחר.

197 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 20–23 לפסק דינו של הנשיא ברק. בפסק הדין סדר הדיון הוא דיון בעקרון הפרדת הרשויות, שלטון החוק ולבסוף הדמוקרטיה. מטעמי נוחות סדר הדיון כאן בעקרונות יהיה שונה. לדיון בעקרונות החוקתיים האלו כבסיס לעקרון ההסדרים הראשוניים ראו גם

הקשר שבין עקרון שלטון החוק לבין איסור הדלגציה מוצג בפסק הדין בעניין רובינשטיין כך:

אחד מהיבטיו של עקרון שלטון החוק הוא שהחקיקה צריכה לקבוע אמות מידה ועקרונות לפעולות אנשי הרשות המבצעת. החקיקה הראשית צריכה לקבוע את ההסדרים הראשוניים, ואילו חקיקת המשנה והאקטים האינדיבידואליים צריכים לעסוק בהסדרי ביצוע.¹⁹⁸

אין ספק כי קיימים קשרים רעיוניים מסוימים בין רעיון איסור הדלגציה לבין עקרון שלטון החוק.¹⁹⁹ עקרון שלטון החוק מחייב את כפיפות השלטון לחוקים כלליים ברורים, יציבים וידועים מראש, ומחייב את השלטון להפעיל את כוחו באמצעות כללים כאלה.²⁰⁰ חוקים כאלה הם התוצר הטבעי של הליך החקיקה בפרלמנט, ולכן קיימת מידה רבה של זהות בין המטרות של עקרון איסור הדלגציה למטרות ולערכים המקודמים על ידי עקרון שלטון החוק.²⁰¹ עם זאת אין זהות בין איסור הדלגציה לעקרון שלטון החוק וגם לא יחס של הנבעה הכרחית ביניהם. קיימות דרכים אחרות להבטיח את שלטון החוק גם ללא יישום של איסור הדלגציה (שיש לו, כפי שראינו קודם לכן, מחירים חברתיים כבדים). המטרות של שלטון החוק למשל יכולות להיות מושגות על ידי שיטה שבה קיימות אצילות רחבות של סמכות למנהל הציבורי, אך המנהל הציבורי עצמו פועל על פי חקיקת משנה מפורטת, שנעשית בפיקוח פרלמנטרי ושיפוטי. מודל כזה מקדם לכאורה את ערכי שלטון החוק לא פחות ממודל שבו יש הקפדה על איסור הדלגציה.²⁰² מלבד זאת, בהנחה שהמטרה המהותית של עקרון שלטון החוק היא להבטיח שהכוח הביורוקרטי יהיה בבחינה ובפיקוח אפקטיביים, הרי איסור הדלגציה איננו הדרך היחידה (ואף לא הדרך הטובה ביותר) להבטיח זאת.²⁰³ המשפט הציבורי מעמיד אמצעי פיקוח רבים על הכוח שהחקיקה מעניקה לרשויות המנהל הציבורי, ובהם פיקוח פרלמנטרי,

פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין בבג"ץ ועדת המעקב, לעיל ה"ש 22, פס' 28–30 לפסק דינו.

198 שם, פס' 21 רישא.

199 ראו Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 320; וראו גם CURRIE, לעיל ה"ש 174, בעמ' 131. והשוו הניתוח של ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 17–18.

200 ראו לעיל פרק א.2, וכן לעיל, הטקסט הצמוד לה"ש 11.

201 ראו, Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 320.

202 ראו דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 329–335, 342–346. הספקות באשר לתוקף הטיעון באשר להנבעה הכרחית של איסור הדלגציה מעקרון שלטון החוק מתחזקים במיוחד בהקשר הישראלי אם מביאים בחשבון את העובדה שמושגי החוקיות שלנו גובשו בעקבות המודל של המשפט האנגלי, שבו עקרון הדלגציה איננו מוכר כאמור כחלק מהשיטה החוקתית. ראו לעיל בפרק ד.2.(ד). וראו גם ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 15–16.

203 ראו Schuck, לעיל ה"ש 170, בעמ' 783; DAVIS, לעיל ה"ש 188, 50–51.

פיקוח ביוורקרטי פנימי ובין-משרדי, פיקוח של רשויות ביקורת (לרבות היועץ המשפטי לממשלה, משרד המשפטים, מבקרים פנימיים, מבקר המדינה, פיקוח תקציבי של משרד האוצר וכיו"ב), חיוב רשויות המנהל לקבוע בעצמן כללים שיתחמו את פעילותן ועוד.²⁰⁴ כל אלו אמנם אינם מבטיחים פיקוח מושלם או חסר "חורים", אבל איסור הדלגציה איננו המכשיר שבאמצעותו אפשר באופן מעשי להגיע לפתרונות טובים יותר. היינו, קיימות סיבות טובות לשאוף לשפר את אמצעי הפיקוח והבקרה על הכוח העצום שמועבר מהמחוקקים למנהל הציבורי (על פי המטרות של שלטון החוק). אך הדרך לעשות זאת איננה בניסיון חסר תוחלת לכפות את הגרסה הדווקנית של איסור הדלגציה. על כך אפשר להוסיף שאכיפת עקרון איסור הדלגציה (כחלק מהמשפט הפוזיטיבי) עלולה לכאורה להחליש את מנגנון הפיקוח החשוב ביותר על רשויות המנהל – הוא הביקורת השיפוטית. איסור דווקני של דלגציות פירושו שיותר כוח יופעל דווקא על ידי המחוקקים ופחות על ידי המנהל – מוטת הפיקוח של הביקורת השיפוטית, מבחינה זו, עלולה להיות מוגבלת יותר.²⁰⁵

ולבסוף, טיעון נוסף הנוגע לקישור בין שלטון החוק לאיסור הדלגציה הוא שהעברה גורפת של כוחות החקיקה למנהל הציבורי עלולה לפגום באיכות ההחלטות משום שאמצעי הבקרה הקפדניים המקובלים בחקיקה אינם קיימים בהליכי קבלה של החלטות מנהליות. הטיעון המועלה על ידי כותבים אמריקאים התומכים בהחייאה של איסור הדלגציה²⁰⁶ הוא בעייתי משום שהוא מתעלם מהחסרונות שיש לחקיקה ראשית מפורטת (שפורטו לעיל),²⁰⁷ וגם משום שהוא מניח שהיתרונות של הליכי חקיקה יבואו לידי ביטוי גם במקום שהמחוקקים עצמם אינם מעוניינים לקבל על עצמם את מלאכת החקיקה המפורטת.²⁰⁸ ואולם, יהא אשר יהא תוקפו של טיעון זה בדיון האמריקאי, הוא נשמע חלש יחסית בהקשר הישראלי, משום שבישראל חלק ניכר מאמצעי הבקרה

204 ראו דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 338–342.

205 בניגוד לאמור בפסקה שבטקסט, אטען בסוף הפרק שעצם הצגת העיקרון של איסור הדלגציה בפסיקה נועדה דווקא להגדיל את מוטת השליטה של בתי המשפט על הרשויות הפוליטיות (ראו להלן סעיף 2 בפרק זה). אלא שהכוונה שם תהיה שקיום העיקרון בתאוריה נותן לבית המשפט עוד כלי (וגם מבסס את "הרפובליקה החוקתית" שלנו, לטובת הרחבת "החוקה" בפיקוחו של בית המשפט העליון). אבל אין פירוש הדבר שלו היה העיקרון אכן נאכף – הלכה למעשה – היה לבית המשפט יותר כוח, אלא להפך.

206 ראו למשל John F. Manning, *The Nondelegation Doctrine as a Canon of Avoidance*, 2000 *SUP. CT. REV.* 223, 239–240; JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* 77–78 (1980).

207 ראו הדיון לעיל בסעיף 3. (א) בפרק זה.

208 ראו Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 319–320; Posner & Vemulle, לעיל ה"ש 156, בעמ' 103.

בהליכי חקיקת חוק בארצות הברית שעליהם מבוסס הטיעון (כגון הצורך באישור החוק על ידי שני בתי הקונגרס ואישור הנשיא – שיש לו סמכות וטו) אינם קיימים כלל.²⁰⁹

(ג) איסור דלגציה ודמוקרטיה

הקישור שבין איסור הדלגציה לעקרון הדמוקרטיה הייצוגית זוכה לדיון נרחב בפסיקה. כך למשל מציין הנשיא ברק בעניין רובינשטיין:

דמוקרטיה משמעותה שלטון העם. בדמוקרטיה ייצוגית, העם בוחר את נציגיו, הפועלים בגדריו של הפרלמנט [...] ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של מדינה וצרכיה של חברה צריכות להתקבל על ידי נציגיו הנבחרים של העם. גוף זה נבחר על ידי העם לחוקק את חוקיו, והוא נהנה, אפוא, מלגיטימיות חברתית בפעולתו זו [...] אכן, אחד מהיבטיה של הדמוקרטיה הינו התפיסה, כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על ידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה. המדיניות של החברה צריכה להתגבש בגוף המחוקק.²¹⁰

על פני הדברים הקשר בין דמוקרטיה לאיסור הדלגציה הוא ברור, משום שהאיסור הוא עיקרון חוקתי שנועד להשאיר את כוח ההחלטה בענייני המדיניות החשובים לחברי בית המחוקקים, נבחרי הציבור, ולמנוע את העברתם לידי פקידי המנהל, שאינם נבחרים ואינם אחראים ישירות – לפי קו חשיבה זה – בפני הציבור. אולם התבוננות מעמיקה יותר מגלה סדקים רציניים בקשר שבין דמוקרטיה לאיסור הדלגציה. בהקשר זה אחלק את הדיון להלן לשני חלקים: הראשון ידון בשיקולים עיוניים כלליים הנוגעים ליחס שבין דמוקרטיה לאיסור הדלגציה כפי שהם נדונים בספרות האמריקאית שעסקה

209 לעומת זאת דווקא הליכי חקיקת משנה בישראל נתונים לבקרה קפדנית למדי (אמנם בעיקרה פנימית של הרשות המבצעת) מצד מחלקת החקיקה של משרד המשפטים, היועץ המשפטי לממשלה ומשרד האוצר. ראו "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 60.012 (התשמ"ו), כפי שפורסמו ביצחק זמיר "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" עיוני משפט יא 339 (1986). על אמצעי הבקרה הקיימים במשפט האמריקאי הפרדלי בנוגע לחקיקת משנה ראו להלן ה"ש 213.

210 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 22 רישא לפסק דינו של הנשיא ברק. וראו גם דברי המשנה לנשיא (בדימוס) חשין בבג"ץ ועדת המעקב, לעיל ה"ש 22, פס' 28. וראו עוד בג"ץ 266/68 עירית פתח תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824, 831 (1968); עניין רסלר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 502-503. הנשיא ברק מקשר את העיקרון הדמוקרטי עם איסור הדלגציה גם במובן נוסף: מושג הדמוקרטיה המהותית קשור וחופף עקרונות נוספים: הפרדת רשויות, שלטון החוק וההגנה על חירויות הפרט (ראו עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק). היבטים אלו של איסור הדלגציה נדונים בסעיפים אחרים של הפרק הנוכחי. ראו לעיל סעיף ב בפרק זה ולהלן סעיף ד בפרק זה.

בהרחבה בנושא. לאחר מכן אבחן את היישום של שיקולים אלו במציאות הדמוקרטית והפוליטית בישראל.

(1) שיקולי מדיניות כלליים

האם אכן אצילה רחבה של סמכויות לקביעת מדיניות בחקיקת מסגרת שנעשית על ידי הפרלמנט הנבחר מנוגדת לעקרון הדמוקרטיה הייצוגית? אל מול התשובה החיובית החד-משמעית שניתנת לשאלה זו בפסיקה שלנו מועלים בספרות העוסקת בנושא טיעונים שמטילים ספק בתוקף הקישור האמור.

טיעון אחד בהקשר זה הוא שהקישור בין איסור הדלגציה לדמוקרטיה ייצוגית מבוסס על תפיסה פשטנית ורדודה של מושג האחיותיות הדמוקרטית (*accountability*). דמוקרטיה איננה רק ייצוגיות ישירה אלא היא – לפי קו חשיבה זה – איזון נכון, גמיש ותלוי-הקשר ענייני בין ערכים של ייצוגיות, פונקציונליות ממשלית וקיום שיח ושיג (*deliberation*) בין חלקי הממשל השונים, בינם לבין עצמם ובינם לבין הציבור הרחב. לא בהכרח ולא תמיד איזון כזה מושג דווקא על ידי דרישה פונקציונלית קשיחה שהחלטות המדיניות העקרוניות יתקבלו על ידי המחוקק עצמו.²¹¹ הכותבים האמריקאים מציינים כי השאלה של יכולתו של הסדר ממשלי מסוים להגשים את הערך של אחריות דמוקרטית תלויה בין היתר בגורמים עובדתיים ספציפיים רבים, וכי אין כל ראייה אמפירית שדלגציות רחבות של סמכויות לרשויות המנהל פוגעות הלכה למעשה ברמת האחיותיות של תהליכי קבלת ההחלטות השלטוניות.²¹² לעתים, כך נטען, קל לאזרחים מן השורה להשמיע את קולם ולהשפיע דווקא על הליכי חקיקה (או תהליכי קבלת החלטות) מנהליים יותר מאשר על הליכי חקיקה בבית המחוקקים.²¹³ בהקשר זה מצוין כי גם אין כל סיבה להניח שעצם אצילת סמכויות נרחבות למנהל הציבורי פוגעת באופן אינהרנטי בחירויות הפרט.²¹⁴ לעתים קרובות אצילות רחבות של סמכות למנהל נעשות בעניינים אופרטיביים או טכניים (הסדרת מערכת המים למשל או איכות הסביבה וכדומה). קשה לטעון ברצינות שאצילות כאלו מסכנות את חירויות הפרט. בנוסף, לעתים

211 ראו MASHAW, לעיל ה"ש 170, בעמ' 138–140; Schuck, לעיל ה"ש 170, בעמ' 780.

212 ראו Merrill, לעיל ה"ש 172, בעמ' 2142; Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 324–326.

213 ראו Schuck, לעיל ה"ש 170, בעמ' 781–782. ראוי לציין כי בארצות הברית הליכי התקנת תקנות פדרליים כוללים הליך של שיתוף הציבור (Notice & Comment) שאינו קיים ככלל בישראל (לפירוט בעניין זה ראו דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 224–227). עם זאת שאק כולל בדבריו גם התייחסות גם להליכי החלטה מנהליים שאינם כוללים חובה פורמלית לשיתוף הציבור. ראו Schuck, שם.

214 השוו בעניין זה דבר הנשיא ברק בעניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 23 לפסק דינו, ודברי המשנה לנשיא (בדימוס) חשין בבג"ץ ועדת המעקב, לעיל ה"ש 22, פס' 26 לפסק דינו.

הכוח שניתן למנהל הוא דווקא לצורך הגנה על חירויות, כגון חוקים שמקימים רשויות שנועדו לאכוף שוויון בין-גזעי, מגדרי וכדומה.²¹⁵

טיעון שני בהקשר זה הוא שההתנגדות – בשם הדמוקרטיה – לאצילות סמכות רחבות למנהל מתעלמת מהעובדה שהחלטה על אצילת הסמכות, היקפה, תנאיה (לרבות מהות הגופים המואצלים, הסדרי הפיקוח על הפעלת הסמכות וכו') – היא כשלעצמה החלטת מדיניות עקרונית בעלת חשיבות ראשונית במעלה המתקבלת על ידי המחוקק, לא פעם אגב ויכוחים ומאבקים.²¹⁶ בניגוד להנחה המקובלת אצל משפטנים, טוענים חוקרי מדע המדינה כי החלטות על אצילת סמכות למנהל מביאות בחשבון את שאיפתם של המחוקקים להמשיך ולהשפיע על הליכי קבלת ההחלטות גם לאחר אצילת הסמכות. היינו, החלטה על אצילה היא החלטה המאזנת בין שיקולים מתחרים של יעילות יחסית (של המחוקק מחד ושל רשויות המנהל מאידך), והמטרה המרכזית של המחוקקים היא למקסם את השפעתם על דרכי עיצוב המדיניות, בין היתר באמצעות אצילת הסמכות ועיצוב אמצעי הפיקוח והבקרה על דרכי הפעלה.²¹⁷ טיעון זה מדגיש שתפיסת איסור הדלגציה מתבוננת בשאלת הדלגציה (וה"התפרקות" של המחוקק כביכול מסמכויותיו) מזווית צרה ושטחית (ובהכרח מעוותת) משום שהיא בוחנת רק את היקף האצילה (בנוסח החוק) ומתעלמת מאמצעי הבקרה והפיקוח שעשויים להיות נלווים לאצילה (כגון פיקוח פרלמנטרי על חקיקת משנה, פיקוח תקציבי וכו'), ושעשויים להפריך את הטענה שהמחוקק מבקש להתחמק מאחריות או שהוא מוותר על שאיפתו להשפיע על דרכי עיצוב המדיניות!²¹⁸ בהקשר זה מציינים חוקרי מדע המדינה כי ניסוח חוקי הסמכה רחבים הוא רק צורה אחת (ולאו דווקא האפקטיבית ביותר) של דלגציה של כוח מהמחוקק למנהל הציבורי. קיימות צורות אחרות של אצילת כוחות, ובראשן הענקת תקציבי פעולה רחבים ביותר למנהל הציבורי שהדוקטרינה הפורמליסטית של איסור הדלגציה מחטיאה אותן לחלוטין.²¹⁹ יוצא שכדי לבחון את ההיקף האמתי של העברת שיקול הדעת מן המחוקק לרשויות המנהל יש לבחון לא רק את היקף הסמכויות המואצלות (ואת מידת הפירוט של החוק המסמיך) אלא גם את ההיקף והאינטנסיביות של אמצעי הבקרה והפיקוח שהמחוקק קובע בחקיקה המסמיכה. לפיכך נטען כי בחינה אמפירית של החקיקה בארצות הברית במחצית השנייה של המאה העשרים מוכיחה כי המחוקקים דואגים לשמר את השפעתם על קביעת המדיניות בעיקר על ידי קביעת

215 ראו Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 326.

216 ראו Schuck, לעיל ה"ש 170, בעמ' 781; Posner & Vemulle, לעיל ה"ש 156, בעמ' 1748;

Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 323; וכן ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 31–32.

217 Epstein & O'Halloran, לעיל ה"ש 170, בעמ' 947, 985. וראו גם D. RODERICK KIEWIET & MATHEW D. MCCUBBINS, THE LOGIC OF DELEGATION 3 (1991).

218 Epstein & O'Halloran, לעיל ה"ש 170.

219 ראו בעניין זה KIEWIET & MCCUBBINS, לעיל ה"ש 217, בעמ' 165 ואילך.

מנגנוני פיקוח כאלה שמאפשרים להם להמשיך ולהשפיע על דרכי עיצוב המדיניות גם אחרי האצלות הסמכות.²²⁰

הדיון ביחס שבין היקף אצילת הסמכויות לאמצעי הפיקוח קשור לטיעון אחר של תומכי איסור הדלגציה והוא שאי-אכיפת הדוקטרינה על ידי בתי המשפט מאפשרת למחוקקים להתחמק מהצורך לקבל הכרעות מדיניות קשות ולשאת בתוצאות של ההכרעות הללו בפני בוחריהם.²²¹ לטיעון זה משיבים מתנגדי הדוקטרינה בכמה אופנים: ראשית, עצם אצילת ההכרעות למנהל הציבורי במצבים של מבוי סתום בבית המחוקקים איננה פסולה כשלעצמה.²²² שנית, לאור הממצאים האמפיריים הנוגעים לשאיפה של המחוקקים להמשיך ולהשפיע על עיצוב המדיניות גם לאחר האצילה (באמצעות פיקוח של ועדות של בית המחוקקים על חקיקת משנה וכו') אין סיבה להניח כי המחוקקים בכלל מעוניינים להתחמק מקבלת האחריות באמצעות האצילה, ומכל מקום האצילה איננה בהכרח אינדיקציה שהם מפסיקים את מעורבותם (וממילא גם את האפשרות שייחשבו לאחראים) להליכי קבלת ההחלטות.²²³ ולבסוף, גם בהנחה שהמחוקקים מנסים לעתים להתחמק מאחריות דמוקרטית באמצעות דלגציות, הרי אם אצילות הסמכות יובילו לתוצאות חברתיות גרועות, במסגרת "שוק הדעות הדמוקרטיות" יהיה מי שיקפיד שחברי בית המחוקקים האחראים לאצילה יישאו בתוצאות.²²⁴

(2) איסור דלגציה ודמוקרטיה בהקשר הישראלי

על פני הדברים הטיעון המבסס תמיכה באיסור הדלגציה על שיקולים דמוקרטיים חזק במיוחד בישראל, משום שבשיטת הממשל שלנו הכנסת היא הגורם היחיד הנבחר ישירות על ידי הציבור. כלומר, לכאורה הפער ברמת הייצוגיות הדמוקרטית לטובת הכנסת בהשוואה לרשות המבצעת גדול מזה שבשיטה האמריקאית, שבה הנשיא (וגם גורמים אחרים ברשות המבצעת) נבחר ישירות על ידי הציבור. אולם מנגד יש כמה סיבות טובות להטיל ספק במידת השכנוע של הטיעון הדמוקרטי בהקשר הישראלי:

ראשית, כפי שהראינו, לאיסור הדלגציה אין שריד וזכר בשיטת הממשל האנגלית. אנגליה נחשבת למולדת הדמוקרטיה ולשיטה המשמשת דוגמה ומופת לדמוקרטיה ייצוגית. חסרונו המוחלט של עקרון איסור הדלגציה במשפט האנגלי לא גרם מעולם לאיש להטיל ספק במידת הייצוגיות והוויטליות של הדמוקרטיה האנגלית. היות

Epstein & O'Halloran, לעיל ה"ש 170, בעמ' 385.

221 ראו Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452, 497, n. 204 (1989); וראו גם Arenson,

Gellhorn & Robinson, לעיל ה"ש 169, בעמ' 33.

222 ראו לעיל הדיון בפרק ד.3.(א).

223 Posner & Vemulle, לעיל ה"ש 156, בעמ' 1749.

224 שם, בעמ' 1747.

שישראל, בדומה לאנגליה, היא דמוקרטיה פרלמנטרית, ושמשפטנו הציבורי התפתח במידה רבה על יסוד הדפוסים שנקבעו במשפט האנגלי, קשה לקבל את הטענה שהעיקרון מתחייב או נגזר מהשיטה הדמוקרטית שלנו.²²⁵

שנית, אחד הטיעונים החזקים ביותר של תומכי איסור הדלגציה בארצות הברית נוגע לטענה שפקידי הרשות המבצעת חשופים להטיות וללחצים (מצד קבוצות אינטרס, בעלי ממון וכיו"ב) יותר מאשר חברי בית המחוקקים. זאת משום שהכוח הנתון בידי המחוקקים מבוזר בין מאות מחוקקים, וכל אחד מהמחוקקים הללו עומד לבחירה בשיטה שהיא ביסודה אישית, לעומת רשויות המנהל, שבהן עיקר הכוח מצוי בידי מספר קטן של בעלי סמכות, שעשויים להיות נתונים לפיתויים ולחצים מסוגים שונים מצד קבוצות אינטרס חזקות. וכך ה"יתרון" שבמישור הייצוגיות הדמוקרטית של המחוקקים על פני אנשי המנהל מצדיק – בעיני תומכי הדוקטרינה – תמיכה באכיפה דווקנית של איסור חוקתי נגד דלגציות רחבות של סמכויות למנהל משום שהוא מבטיח רמה גבוהה של אחריות ציבורית ומקטין את החשש להשתלטות של אינטרסים פרטיים או כיתתיים על הליך קביעת המדיניות הממשלית.²²⁶

השאלה אם ובאיזו מידה אצילות רחבות של סמכויות למנהל הציבורי מגדילת, מבחינה אמפירית, את הסכנה של השפעות לא רצויות או מוגזמות של בעלי אינטרסים על קביעת המדיניות הממשלית נתונה במחלוקת עזה בין הכותבים האמריקאים.²²⁷ אולם

225 והשוו Posner & Vemulle, שם, בעמ' 1753–1754, שמסבירים שקיימים גורמים רבים שיכולים להשפיע על האיכות, הוויטליות והיציבות של דמוקרטיה. היקף הפיקוח השיפוטי על דלגציות של סמכויות, קביעת מדיניות על פי רעיון איסור הדלגציה – היא – אם בכלל – גורם שולי בין שלל הגורמים שעשויים להשפיע על המציאות הדמוקרטית בחברה נתונה.

226 ראו Merrill, לעיל ה"ש 172, בעמ' 2143, ה"ש 179 ואילך; Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 321–320, ה"ש 32; ראו גם Spence & Cross, לעיל ה"ש 170, בעמ' 114.

227 ראו Merrill, לעיל ה"ש 172, בעמ' 2143 והאסמכתאות שם; וכן Posner & Vemulle, לעיל ה"ש 156, בעמ' 1747, ה"ש 90–91; Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 324, ה"ש 42 – שמציין כי דווקא פירוט ספציפי של חקיקה על ידי הקונגרס הוא לעתים קרובות תוצאה של לחצים של קבוצות אינטרס צרות ומביא בהקשר זה את אקרמן והאסלר על חוק זיהום האוויר; ראו גם Epstein & O'Halloran, לעיל ה"ש 170, בעמ' 951–953, הטוענים כי איסור אצילה רק יעביר את הכוח לוועדות של הקונגרס ויגביר בהרבה את החשיפה של הליך קביעת המדיניות ללחצים של קבוצות אינטרס; וכן Spence & Cross, לעיל ה"ש 170, בעמ' 137. ראו גם את טענתם שם, בעמ' 117–118, כי אמצעי הפיקוח שבידי הקונגרס יכולים למנוע מצבים של פער ניכר בין העדפות המדיניות של הרשות המנהלית לזו של המחוקקים; וכן את טענתם שם, בעמ' 122–123, כי מחקרים אמפיריים מפריכים את תאוריית ה"שבי" (capture) של רשויות מנהל בידי קבוצות אינטרס, והראיה הטובה ביותר לכך היא שהתעשייה הרלוונטית בדרך כלל מתנגדת נחרצות לחקיקה מקיפה האוצלת סמכויות למנהל בתחומה (לפי תאוריית השבי, התעשייה הייתה לכאורה צריכה דווקא לתמוך באצילת סמכויות לרשות הרלוונטית).

דומה כי מכל מקום המציאות הישראלית מכתובה מבט שונה (אם לא הפוך לחלוטין) על שאלה זו. בראש ובראשונה אצלנו אין קיימת שיטת הבחירות האישיות של חברי פרלמנט, אלא הבחירות הן על יסוד רשימות מפלגתיות, והמחוקקים, נבחרי הציבור, הם לא פעם דמויות אנונימיות יחסית, שהקשר הישיר בינן לבין בוחריהן חלש בהרבה מאשר בשיטה האמריקאית. לכן גם רמת הפיקוח הציבורי והדמוקרטי על דפוסי ההצבעה האישיים של כל חבר כנסת היא אפסית כמעט.²²⁸ כלומר, רמת הייצוגיות והאחריותיות הדמוקרטית של הנבחרים נמוכה בהרבה בהשוואה לשיטה האמריקאית, ואילו דפוסי ההצבעה של חברי הכנסת (לפחות בכל הנוגע לעניינים המרכזיים העומדים על סדר היום של הכנסת) הם ביסודם מפלגתיים (כלומר מבוססים על מדיניות הנקבעת על ידי הנהלת הסיעה, שיקולים קואליציוניים וכיו"ב שיקולים, שבינם לבין שיקולים של קשר ישיר בין הנבחר האינדיווידואלי לבין בוחריו אין כמעט ולא כלום). בד בבד בשיח הציבורי הישראלי החשש מפני השתלטות של קבוצות אינטרס על הליכי קביעת מדיניות הוא בדרך כלל טיעון דווקא לטובת העברת סמכויות החלטה מחברי הכנסת למנהל הציבורי, משום שהמנהל הציבורי בישראל נתפס כחשוף הרבה פחות מחברי הכנסת ללחצים של קבוצות אינטרס, שְדוֹלְנִים (לוביסטים) וכיו"ב – כוחות הפועלים מאחורי הקלעים של ההליך הדמוקרטי ומנסים להשיג לעצמם יתרונות בקביעת מדיניות הרחק מעינו של הציבור הרחב.²²⁹ הסיבות לפער האמור (לטובת המנהל) נעוצות בהיות המנהל הציבורי בישראל מורכב, ברובו, מאנשי מקצוע המשרתים במשרדי הממשלה תקופות ארוכות (ולהבדיל מרשויות המנהל בארצות הברית, שבהן מינויים פוליטיים בכל הדרגים נחשבים לתופעה נפוצה ולגיטימית), ולכן הם חשופים ככל הנראה הרבה פחות ללחצים של גורמים חיצוניים למערכת, וגם כאמור בחולשה היחסית של רמת האחריותיות הדמוקרטית והפיקוח הציבורי על הליכי החקיקה בכנסת ועל ההתנהגות של נבחרי ציבור אינדיווידואליים.²³⁰ כך או כך, הטענה שדלגציות רחבות של סמכויות חקיקה למנהל הציבורי עלולות להגביר את הסכנה לשדולנות, כיתתיות ואינטרסנטיות בהליכי קביעת מדיניות נשמעת מנותקת לחלוטין מהמציאות הציבורית בישראל.

228 וראו גם הניתוח של ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 26–28.

229 ראו למשל דפנה ברק־ארוז משפט מינהלי כרך א 325 (2010); עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" קרית המשפט ז 115, 145–146 והאסמכתאות שם (2008). למעשה גם בארצות הברית יש הטוענים כי דלגציה היא מכשיר שנועד דווקא להחליש את ההשפעה של קבוצות אינטרס, משום שללא דלגציה עיקר הכוח לקבל הכרעות מדיניות נותר בידי ועדות של המחוקק, שנתונות ללחצים של שדולנים הרבה יותר מאשר המינהל הציבורי. ראו Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 325, ה"ש 51, על סמך המחקר של אפסטיין והאלורן; Epstein & O'Halloran, לעיל ה"ש 170, בעמ' 951, 953; Spence & Cross, לעיל ה"ש 170, בעמ' 123–126.

230 להשוואה בין שיטת המינויים לשירות הציבורי בישראל ובארצות הברית ראו דוד דרי מינויים פוליטיים בישראל: בין ממלכתיות לתנועתיות 23 ואילך (1992).

ולבסוף אפשר לטעון כי דוקטרינת איסור הדלגציה חשובה לעקרונות הדמוקרטיה משום שאצילות רחבות של סמכויות מהרשות המחוקקת עשויות לשמש את הממשלה כדרך להחליש את יכולתה של האופוזיציה בכנסת לעורר דיון ציבורי בעניין חקיקה שנויה במחלוקת. טיעון זה מבוסס על שילוב של לפחות שלוש הנחות אמפיריות: הראשונה, שכוונת הממשלה לעקוף את האופוזיציה באמצעות דלגציה רחבה תיעלם מעיניה של האופוזיציה או תחליש את יכולתה להשמיע את קולה נגד הדלגציה (בהשוואה למצב שבו הממשלה מבקשת להכריע בכנסת עצמה את השאלה המהותית הנדונה). השנייה, שלאחר הדלגציה הממשלה עצמה (או רשויות המנהל) תוכל לקבל את ההכרעה המהותית באופן שייעלם מעיניהם של האופוזיציה והציבור. ההנחה השלישית היא שבאמצעות האצילה הרחבה והעמומה הממשלה יכולה להבטיח את אימוץ המדיניות הרצויה לה על ידי גורמי המנהל הציבורי שאליהם הועברה ההכרעה. בפועל אף לאחת מההנחות הללו (ולא כל שכן לשלושתן במצטבר) אין תימוכין במציאות הפוליטית והאדמיניסטרטיבית בישראל, והן נשללות גם על ידי הספרות המשפטית שעוסקת ביחסים שבין המחוקק, הרשות המבצעת והציבור בהקשר של דוקטרינת איסור הדלגציה.²³¹

לסיכום חלק זה אפשר לומר שאין שום דבר אינהרנטי לשיטה הדמוקרטית בישראל שמנביע איסור דווקני של דלגציות רחבות של סמכויות לקביעת מדיניות למנהל הציבורי או תומך בו. מבחינה היסטורית ומבנית, הדמוקרטיה הפרלמנטרית שלנו מעולם לא הייתה מבוססת על הנחה נגד דלגציות כאלו, ואילו מבחינת שיקולי המדיניות הנוגעים לתקינות ההליך הדמוקרטי, איסור על דלגציות איננו דרוש, ועשויות להיות לו דווקא השלכות שליליות. הקישור שנעשה בפסק הדין בעניין רובינשטיין בין העיקרון הדמוקרטי לעקרון איסור הדלגציה איננו עומד לדעתי במבחן הביקורת.

231 טלו למשל את החוק שהוצע לאחרונה בכנסת להעביר לוועדות קבלה של יישובים כפריים את הסמכות להימנע מלקבל מועמדים להתגורר באותם יישובים מטעמים של אי-התאמה "חברתית". החוק עורר מחאה ציבורית רחבה למדי הרבה לפני שוועדות הקבלה הללו הוסמכו והחלו לעשות את מלאכתן. ראו למשל פנייתה של האגודה לזכויות האזרח בעניין זה ליו"ר הכנסת ביום 24.11.2010 (www.acri.org.il). ההנחה השלישית איננה מתיישבת גם עם העצמאות הפוליטית היחסית שממנה נהנה המנהל הציבורי בישראל. ראו לעיל, הטקסט הצמוד לה"ש 229. לדיון נרחב בטענה שהחלטות של מחוקקים לא צול סמכות לגורמי מנהל הן עצמן החלטות פוליטיות שהמחוקקים מודעים לחשיבותן ועל פיהן מעצבים את ההיקף והתנאים של האצילה. ראו אצל Epstein & O'Halloran, לעיל ה"ש 170. נוסף על האמור בטקסט קיימים גם טעמים מעשיים חזקים להטיל ספק ביכולתם של בתי המשפט לאכוף על המחוקק את איסור הדלגציה גם בהנחה שיש טעמים דמוקרטיים שיכולים להצדיק זאת. טעמים יידונו להלן בסעיף ד בפרק זה במסגרת הדיון בהפרדת הרשויות ובמסגרת הסיכום.

(ד) איסור הדלגציה והפרדת הרשויות

מבין שלושת העקרונות החוקתיים שנדונים בהקשר של איסור הדלגציה, הפרדת הרשויות הוא החשוב ביותר, והיחיד שההנבעה של איסור הדלגציה ממנו היא ישירה והכרחית. כדברי הנשיא ברק בעניין רובינשטיין:

חיקתם של חוקים הוא תפקידה של הרשות המחוקקת [...] ועל כן [...] אם החקיקה הראשית מסמיכה את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים, בלא כל הכוונה והדרכה, יש בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. "בהתערטלותה של הכנסת מגלימת המחוקק ובהעברתה לידי האמונות של המנהל הציבורי פוגעת הרשות המחוקקת באורח חמור בעקרון הפרדת הרשויות".²³²

כידוע, יש שני מובנים לעקרון הפרדת הרשויות. המובן הראשון מתייחס להפרדה הפונקציונלית שהעיקרון תובע בין התפקידים של כל אחת מרשויות הממשל: המחוקקת, המבצעת והשופטת. דלגציה רחבה ומעורפלת של סמכויות למנהל הציבורי מפרה תביעה זו משום שהמחוקק מתפרק (למעשה, אם גם לא להלכה) מתפקידו לקבל את ההכרעות החברתיות המרכזיות בחוק (קרי: "לחוקק"); המובן השני של הפרדת הרשויות הוא עקרון האיזונים והעיצורים, המחייב כי כל כוח המופקד בידי רשות אחת יהיה מבוקר ומפוקח על ידי שתי הרשויות האחרות. חוקי הסמכה רחבים ומעורפלים פוגעים לכאורה גם בהיבט זה של הפרדת הרשויות, משום שהם מחלישים את יכולתה של הרשות השופטת והמחוקקת גם יחד לעשות שימוש בטקסט הסטטוטורי כבסיס לפיקוח וביקורת על הרשות המבצעת.²³³

יוצא שאין פסול בטענה שאיסור הדלגציה קשור בטבורו בעקרון הפרדת הרשויות ונובע ממנו. הכשל בדוקטרינה הפסיקתית נובע מעצם ההסתמכות על עקרון הפרדת הרשויות כבסיס לעיצוב כללי המשחק של המשפט הציבורי. סוד גלוי הוא שעקרון הפרדת הרשויות במובן של הפרדה פונקציונלית איננו מתקיים בשום שיטת ממשל מודרנית (ולמעשה ספק אם התקיים בגרסתו המלאה בשיטת ממשל כלשהי אי פעם).²³⁴ ולמעשה, גם השאיפה שהעיצורים והאיזונים – על פי העיקרון – יתבססו על חוקים מפורטים מבית מדרשו של המחוקק מנוגדת לחלוטין למציאות של מדינת הסעד

232 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק. הציטוט מתייחס למאמרו של פרופ' ברכה. ראו ברוך ברכה "לקראת פיקוח פרלמנטרי על חקיקת משנה" עיוני משפט ז 390, 393 (1980).

233 ראו למשל Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 319, ה"ש 25.

234 ראו למשל דברי הנשיא ברק בעניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 20 לפסק דינו.

המודרנית.²³⁵ כפי שהראינו לעיל, המציאות החוקתית הנוכחית מחייבת פיתוח רעיונות חלופיים כדי לשלוט בכוח העצום המצוי בידי רשויות המנהל, ואין כל טעם מעשי לנסות ולהגביל את היקף הכוח עצמו.²³⁶ הפנייה של הפסיקה שלנו אל רעיון איסור הדלגציה – כפרמטר של עקרון הפרדת הרשויות – מביאה אפוא לידי ביטוי תפיסה אנכרוניסטית ובלתי ראלית של דוקטרינת הפרדת הרשויות.²³⁷

לדיון בהפרדת הרשויות אפשר להוסיף עוד טיעון אחד המופיע בספרות המשפטית. הטענה היא שהשימוש שעושים בתי המשפט בעקרון הפרדת הרשויות – ולו במישור הרטורי – דווקא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, משום שהוא מעניק לרשות השופטת כוח רב מדי ובלתי מוגבל. הסיבה לכך נעוצה בגבולות העמומים של הדוקטרינה, בחוסר הבהירות בדבר השאלה מתי האיסור החוקתי על דלגציה מופר ובהשלכות מרחיקות הלכת של ההתערבות השיפוטית לפסילת חקיקה (גם במקרים הנדירים יחסית שבהם היא מתרחשת). במילים אחרות, דווקא הניסיון להחיות את הדוקטרינה המקורית של איסור הדלגציה מאיים – על פי הטיעון של מחברים מסוימים – להעצים מעבר למידה את כוחם של בתי המשפט להתערב חדשים לבקרים בפעולות חקיקה של הקונגרס, וזאת על יסודה של דוקטרינה עמומה, ללא קריטריונים חוקתיים מוגדרים מראש, ובאופן שהופך את הליך הביקורת השיפוטית באופן אינהרנטי כמעט לבלתי ניתן לחיזוי מראש.²³⁸ מובן שלו היו בתי המשפט אוכפים את הדוקטרינה בכל מקרה שבו החוק איננו כולל הכרעה בכל שאלות המדיניות החשובות, בעיה זו לא הייתה קיימת. ואולם, אכיפת הדוקטרינה בגרסה כזו משמעותה הייתה פסילתם של רוב דברי החקיקה בעולם, דבר שאינו עולה כלל על דעתם של בתי המשפט בשום שיטה. במקום זאת אפילו התומכים האדוקים ביותר של איסור הדלגציה מציעים להפעיל את הדוקטרינה רק במקרים "מסוימים" או "קיצוניים", וזאת מבלי שאפשר להצביע על קריטריונים ברורים להבחנה בין מקרים שבהם הדוקטרינה תופעל, ומתוך מודעות לקיומן של אצילות רחבות של שיקול דעת כיום כמעט בכל חקיקה מנהלית. התוצאה של הענקת כוח בלתי מוגבל ובלתי מתוחם

235 ראו דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 311, וכן ראו DENIS J. GALLIGAN, DISCRETIONARY POWERS: A LEGAL STUDY OF OFFICIAL DISCRETION (1986); ברכה משפט מינהלי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 54–55. לדיון נרחב בכישלונה של דוקטרינת הפרדת הרשויות לעמוד בדרישות המציאות החוקתית המודרנית ראו M.J.C. VILE, CONSTITUTIONALISM AND THE SEPARATION OF POWERS 371 et seq. (1967).

236 ראו הדין לעיל בסעיף ב בפרק זה וכן דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 336–341. 237 והשוו הניתוח של ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 18–22. ספיר מצייין כי לדעתו עקרון האיזונים והעיצורים איננו יכול לספק הצדקה לעקרון איסור הדלגציה, אך יכול לספק הצדקה מסוימת לכלל ההסדרים הראשוניים משום שהוא משמש כלי חשוב לאיזון הכוח המוענק למנהל הציבורי.

238 ראו Sunstein, לעיל ה"ש 156, בעמ' 321, 326–327, Schuck; לעיל הערה 170, בעמ' 790–793.

לרשות השופטת היא אפוא תוצר לוואי בלתי נמנע של החייאת דוקטרינת איסור הדלגציה, ולו בגרסתה המרוככת ביותר.²³⁹

4. עקרון איסור הדלגציה – מסקנות

הרקע לניסיון להחיל את עקרון איסור הדלגציה במשפטנו החוקתי הוא השאיפה (המובעת בגלוי בפסק דינו של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין) להדגיש את חיזוק הממד החוקתי במשפטנו עם קבלתם של חוקי היסוד החדשים.²⁴⁰ יתרון נוסף של המהלך הזה – מנקודת ראות של הרחבת הביקורת החוקתית – שהוא מסייע לבית המשפט להרחיב, בעקיפין, את רשימת הזכויות הזוכות להגנה חוקתית מלבד זו הכלולה בפועל בחוקי היסוד. זאת משום שעל פי העיקרון, אצילה גורפת של סמכות למנהל לפגוע בחירויות הפרט הללו (כמו למשל חירות הביטוי) תוכל להיחשב הפרה של עיקרון חוקתי על ידי הכנסת ולא רק הפרה של עיקרון פרשני של המשפט המנהלי.²⁴¹ אולם מהדברים שהובאו בפרק הנוכחי עולה שאין מקום לפיתוח דוקטרינה חוקתית של איסור דלגציה בישראל. כפי שהראינו, לאיסור הדלגציה אין בסיס היסטורי (או אחר) ממשי במשפט הישראלי. האיסור אמנם קשור במישור הרעיוני לכמה עקרונות יסוד של המשפט הציבורי שלנו (במיוחד לעקרון הפרדת הרשויות), אך הקישור הזה לא הוביל כמעט שום שיטת משפט בעולם (ובוודאי לא השיטות הקרובות לשיטה הישראלית) להכיר הלכה למעשה באיסור הדלגציה. הרעיון הערטילאי של איסור הדלגציה איננו יכול ואיננו צריך להחליף את הצורך בחוקה מובנית ומסודרת בישראל. במישור המעשי איסור הדלגציה הוא דוקטרינה בלתי ישימה לחלוטין, שעלולה לפגוע פגיעה אנושה בעקרונות של יעילות ממשלית, וקיימים שיקולים חזקים אחדים נגד אכיפתה, ולו במקרים נדירים וקיצוניים. אלא שהשיקולים שהובאו כאן אינם רק שיקולים מעשיים; גם במישור הרעיוני אין כל צידוק להכיר באיסור הדלגציה כחלק מהמשפט החוקתי שלנו ולו כעיקרון תאורטי או הצהרתי. אין שום צורך או יתרון מבחינת המשפט החוקתי שלנו לשאוף או לקבל הראה מהרעיון האנכרוניסטי והבלתי ישים של איסור הדלגציה משום שהרעיון איננו מקדם שום ערך חוקתי חשוב במשפטנו. אימוץ הרעיון – גם במישור הרטורי – נזקיו רבים מתועלתיו.

239 ראו לעניין זה גם את הניתוח של ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 36–38.

240 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

241 ראו למשל מדינה ווגשל, לעיל ה"ש 150, והשוו לעמדת השופטת (כתוארה אז) ביניש בבג"ץ האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 42, פס' 20 לפסק דינה.

במקום סיכום: כלל ההסדרים הראשוניים במשפט המנהלי הישראלי

עקרון "ההסדרים הראשוניים" הוא אחד החידושים החשובים במשפט הציבורי שלנו בתקופה האחרונה. במסגרת המאמר סקרתי את המובנים השונים של העיקרון. טענתי כי לעיקרון זה שני מובנים שבפסיקה משמשים בערבוביה. המובן האחד, עקרון איסור הדלגציה החוקתי, נקלט ברטוריקה השיפוטית. המובן האחר, העיקרון של פירוש הסמכות במשפט המנהלי שלנו, משמש לבתי המשפט כלי שחשיבותו הולכת וגוברת לביקורת שיפוטית על מעשי המנהל. בפרק הקודם טענתי כי אין מקום לקליטת עקרון איסור הדלגציה במשפטנו החוקתי, ולו במישור ההצהרתי, בשל שיקולים עיוניים וגם שיקולים מעשיים כבדי משקל.

השאלה הנשאלת היא אם בשל החסרונות הבולטים והבעייתיות של רעיון איסור הדלגציה יש מקום לשלול גם את פיתוח כלל ההסדרים הראשוניים במשפט המנהלי. התשובה הראשונה לשאלה זו היא שמרבית השיקולים נגד קליטתו של עקרון איסור הדלגציה אינם תופסים באשר לכלל ההסדרים הראשוניים. כלל ההסדרים המנהלי הוא פיתוח של דוקטרינת הוירס הקלסית. הוא איננו מכוון למחוקק, ואין לכאורה כל הצדקה, מנקודת ראות עיונית, להתלות את ההכרה בו בקיומה של חוקה פורמלית.²⁴² לכן יש בסיס מוצק להצגת הכלל, בידי בתי המשפט, כחלק מהמשפט המנהלי (או לפחות אין מקום לטעון להיעדר בסיס כזה במשפטנו, כפי שטענתי בדבר איסור הדלגציה). בנוסף, השיקולים המעשיים כבדי המשקל שנדונו לעיל בהקשר של איסור הדלגציה אינם רלוונטיים ברובם המכריע לעניין הכלל המנהלי (בוודאי לא באותה עצמה). הצגת הכלל במשפט המנהלי שלנו ואכיפתו באותם מקרים שבהם בית המשפט מגיע למסקנה שהמנהל הציבורי מקבל הכרעות ראשוניות במעלה ללא הסמכה מפורשת של הכנסת, איננה מאיימת לשתק את פעילות הממשל המודרני וגם איננה מחייבת את הכנסת לקבל את ההכרעות הללו בעצמה; לכל היותר היא מחייבת את הכנסת להבהיר את כוונתה לאצול את הסמכות בצורה ברורה יותר (או לחלופין היא מגבילה את יכולתו של המנהל לקבל הכרעות כאלו כל זמן שהכנסת לא תיקנה את החוק).²⁴³ אלא שעדיין נשאלת השאלה – גם בהנחה שכלל ההסדרים אינו לוקה בכל הבעייתיות הכרוכה באיסור הדלגציה – אם קיימים שיקולים ענייניים התומכים באימוצו במשפט המנהלי.

טענה אחת שמעלה ספיר לטובת אימוצו של כלל ההסדרים הראשוניים מבוססת על רציונל של דמוקרטיה. לפי הטענה, כלל ההסדרים מאפשר לבית המשפט למנוע מצב שבו הכנסת תאצול למנהל הציבורי את הכוח לקבל הכרעות ראשוניות בסתר. כלומר, כלל ההסדרים יכריח את הכנסת, כל אימת שברצונה להתפרק מסמכותה לקבוע הסדרים

242 ראו לעיל פרק ד.1. (ה).

243 השוו הדיון לעיל בפרק הקודם בסעיף 2.(א).

כאלה, לציין במפורש בחוק המסמיך כי היא מעבירה את סמכות ההכרעה למנהל הציבורי.²⁴⁴ ספק בעיניי אם הטעון הזה יכול להצדיק את כלל ההסדרים, מכמה סיבות: ראשית, לא ברור כלל שאצילות "עקיפות" או בלתי מפורשות כאלו הן בהכרח שליליות מנקודת ראות דמוקרטית. למעשה, יש מחברים שדווקא רואים באפשרות של המחוקקים להעביר את סמכות ההכרעה לגורם מנהלי, באופן המצניע את עצם האצילה, מרכיב חיובי בדמוקרטיה, במיוחד במקום שבו מדובר בשאלה ציבורית רגישה, הנתונה במחלוקת חברתית עזה, ושל מחוקקים עצמם אין אפשרות להגיע להסכמה בעניינה.²⁴⁵ וכידוע, אין חסרות שאלות כאלו בציבוריות הישראלית המפולגת והשסועה.²⁴⁶ שנית, גם בהנחה שיש חיוב, מנקודת ראות דמוקרטית, באכיפת החובה על המחוקק לחשוף במפורש אצילות, לא ברור כלל שכלל ההסדרים מבטיח חשיפה כזו. שהרי המחוקק יכול לאצול באופן "מוסווה" הכרעות ראשוניות למנהל בשתי דרכים חלופיות: הדרך האחת היא אצילה כוללת של הסמכות למנהל הציבורי (אך ללא התייחסות מפורשת לשאלה ה"ראשונית" העומדת לדיון); הדרך האחרת היא לנסח את החוק באמצעות שימוש במושגי שסתום עמומים באשר להכרעה הראשונית (כגון המונח "גיור כהלכה" בחוק השבות). לכאורה, על פי הגיונו של כלל ההסדרים, בשני המקרים על בית המשפט לפסול את האצילה ולהחזיר את הכדור לידי המחוקק. אלא שבפועל, ועל פי הדוקטרינה הפרשנית הנהוגה אצלנו, במקרה השני בית המשפט איננו צפוי לפסול את ההכרעה המנהלית על סמך כלל ההסדרים אלא לקבל על עצמו את מלאכת הפרשנות של מושג השסתום. כלומר, שהכדור במקרים כאלה עובר לבית המשפט (ואיננו חוזר למחוקק עצמו).²⁴⁷ מכאן שהמשמעות המעשית של פיתוח כלל ההסדרים היא החלשה

244 ראו ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 31. גישה זו של ספיר עשויה להשפיע גם על שרטוט תחומי ההיקף של כלל ההסדרים ועל תוכן ההגדרה של "הסדר ראשוני". בהנחה שהדגש של הכלל הוא באחריות דמוקרטית, הרי שהכלל צריך לחול בעיקר על הכרעות ערכיות עקרוניות (כגון חוקיות ההפלות או גיוס תלמידי הישיבות), ואילו שאלות אחרות שיש להן היבטים טכניים או אופרטיביים מורכבים אינן צריכות להיחשב ל"הסדרים ראשוניים" בשל האילוצים המעשיים שעליהם הצבענו למעלה (ראו לעיל פרק ד.3.א). מנגד קיימים שיקולים חזקים למדי גם נגד תפיסה "ערכית" כזו של "הסדרים ראשוניים", שעליהם אצביע בהמשך הדיון כאן.

245 ראו הדיון לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 222 וכן: Stephen Holmes, *Gag Rules and the Politics of Omission*, in *PASSIONS AND CONSTRAINTS: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY* (1995) 202.

246 ראו רות גביון המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה? 98–96 (1998); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 274–296 (2008).

247 לעניין פרשנותם של "מושגי שסתום" ערכיים ראו למשל ברק פרשנות במשפט כרך ב, לעיל ה"ש 88, בעמ' 741–742, וכן אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ד: פרשנות החוזה 222–223 (2001); מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 59–62 (1993). אכן, ספיר מנתח במאמרו מקרים רבים שבהם בית המשפט העליון אצלנו "התכחש", כדבריו, לעצם קיום האצילה

מסוימת של העצמה המצויה בידי הרשות המבצעת, אך זאת בעיקר לטובת חיזוק הרשות השופטת. במילים אחרות, המשמעות של כלל ההסדרים היא שאם המחוקק רוצה לבצע "אצילה מוסווית", הרי שאצילה כזו אפשרית אם היא מעניקה את כוח ההכרעה לבית המשפט, אך איננה אפשרית אם היא מתיימרת להעביר את הכדור לרשות המבצעת. מסקנה כזו מוליכה אותי לשאלה הבאה, והמרכזית לדעתי, באשר להערכתו של כלל ההסדרים מנקודת ראותה של מדיניות ראויה – האם יש מקום להצדיק הרחבה של היקף הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי באמצעות אימוצו של כלל ההסדרים?

התהליכים שעליהם עמדתי בפרק הראשון באשר להתפתחויות במשפט המנהלי על רקע מדינת הרווחה המודרנית, עשויים להצדיק מהלך כזה של בתי המשפט. עמדתי לעיל על חוסר ההתאמה של עקרון החוקיות הקלסי למציאות של המדינה המודרנית ועל השחיקה הרבה שחלה בעקבות זאת במעמדו של העיקרון במשפט המנהלי שלנו על רקע העלייה העצומה בכוחה של הרשות המבצעת.²⁴⁸ אפשר אפוא לראות בפיתוח של כלל ההסדרים הראשוניים מעין "תגובת נגד" מודרנית של בתי המשפט לתהליך הזה ועיצוב מחדש של דוקטרינת החוקיות באופן שתקיף לא רק פגיעה בחירויות הפרט אלא גם עניינים אחרים, מרכזיים בחשיבותם, שאינם נוגעים לחירויות – והכול כדי לקיים ביקורת אפקטיבית על הכוח הרב המצוי בידי הרשות המבצעת.²⁴⁹ במילים אחרות, אפשר לטעון כי פיתוח כלל ההסדרים הראשוניים נועד להציל את עקרון החוקיות משחיקה מוחלטת ומהפיכתו לכלל פורמלי בעל רלוונטיות מעטה בלבד בהליך הביקורת השיפוטית ב"ממלכת שיקול הדעת" במציאות הנוכחית.²⁵⁰

אכן, המהלך האמור איננו נקי מבעייתיות, משום שפיתוח כלל ההסדרים מעניק לבית המשפט עצמו כלי ביקורת רב עצמה וגמיש הרבה מעבר למה שהיה מקובל במסגרת תפיסת החוקיות הקלסית. זאת משום שבית המשפט מקבל לידיה במסגרת הפעלת הכלל את כוח ההחלטה בשאלה אילו עניינים ייחשבו ל"הסדרים ראשוניים" (קרי: למרכזיים בחשיבותם הציבורית) ואילו לאו. כלומר, הפעלת הכלל מערבת את בית המשפט בקבלת

והכריע בשאלה הראשונית בדרך פרשנית בעצמו (לרבות המקרה של הגיור). ראו ספיר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 37–42.

248 ראו לעיל פרק א.2.

249 ראו לעיל פרק ג.2. לכן עשויה להיות גם נפקות מעשית להבחנה בין גישתו של ספיר לבין הגישה המוצגת כאן. לדידו של ספיר – שמדגיש את הרציונל של אחריותיות דמוקרטית – כלל ההסדרים הראשוניים מאפשר למחוקק לאצול את ההכרעה בהסדרים כאלו למנהל הציבורי, ובתנאי שהאצילה תהיה מפורשת. הגישה המוצעת כאן היא שגם אם הסמכת הרשות המנהלית להסדיר את הנושא ה"ראשוני" עולה מפרשנות החוק אך איננה מפורשת על פני הדברים, אין בכך כשלעצמו פגם המחייב את התערבות בית המשפט, שעדיין יכול להפעיל ביקורת שיפוטית אפקטיבית על ההכרעה המתקבלת על ידי המנהל.

250 לעיל ה"ש 16 והטקסט שאליו היא נלווית.

החלטות בעלות אופי ערכי על סמך קריטריונים עמומים למדי.²⁵¹ אולם קשה לטעון שיש בכך חריג למה שממילא הפך מקובל בישראל (ובשיטות אחרות) במסגרת הליך הביקורת השיפוטית במציאות של ימינו. למעשה, אפשר לטעון כי במובן זה הכלי של כלל ההסדרים הוא בעייתי פחות מהדוקטרינות ה"איזוניות" הדומיננטיות כל כך במשפט המנהלי שלנו (כגון דרישת הסבירות ועקרון המידתיות), משום שהוא מותיר בסופו של דבר את ההחלטה בידי המחוקק עצמו, ותפקידו של בית המשפט מתמצה בזיהוי מצבים של היעדר סמכות והפניית תשומת הלב של המחוקק לכך. יוצא שהכלל המנהלי של ההסדרים הראשוניים הוא התפתחות ראויה במשפט המנהלי שלנו שנועדה, בעיקרה, להתאים את עקרון החוקיות הקלסי למציאות של מדינת המנהל המודרנית.

251 ראו דברי השופטת ברלינר המצוטטים לעיל בפרק ג.2 (לעיל ה"ש 134).