

פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה

א. פיקוח באמצעות כללי פרשנות

פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה נעשה במסגרת הדוקטרינה של אולטרא-וירס (ultra vires)¹. בתי המשפט² בודקים אם מחוקק המשנה לא חרג מהמסגרת שהותוותה לו על ידי המחוקק הראשי, ושמוצאים הם חריגה מסמכות. מכריום הם על חקיקת המשנה כבטילה ומבוטלת (void ab initio)³.

מקובל להבחין בין חריגה 'פרוצסואלית' מהסמכות לבין חריגה 'סובסטנטיבית' מהסמכות⁴. בראשונה לא מקיים מתקין התקנות הוראות מחייבות⁵ המופיעות בחוק המסמיך בענין אופן התקנת התקנות. בשנייה, אין למצוא בחוק המסמיך הרשאה לקבוע את ההסדר שנקבע בחקיקת המשנה. שעה שהחוק המסמיך מחייב את מחוקק המשנה להתייעץ עם פלוני לפני שהוא מתקין תקנותיו, והוא אינו עושה כן, לפנינו חריגה פרוצסואלית מהסמכות⁶. שעה שהחוק מסמיך את מחוקק המשנה 'להסדיר' מקצוע, ומחוקק המשנה 'אוסר' קיום המקצוע, לפנינו חריגה

1. סעיף 16 (4) לפקודת הפרשנות קובע כי "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק". אסור לה לתקנה לעמוד בסתירה לחוק המסמיך ולכל חוק אחר. כאשר התקנה עומדת בסתירה לחוק המסמיך מתעוררת בעית האולטרה וירס. לא כן כאשר התקנה נמצאת במסגרת החוק המסמיך אך עומדת בסתירה לחוק אחר. במקרה אחרון זה הבעיה האמיתית היא היחס בין החוק המסמיך לבין אותו חוק אחר. אם בכוונו של החוק המסמיך לגבור על החוק האחר. כי או בטל זה האחרון מכללא, ועל כן תקנות מכוח החוק המסמיך יכולות לקבוע הסדרים העומדים בניגוד להסדרי החוק המבוטל. אם לעומת זאת, החוק האחר גובר על החוק המסמיך, הוא יגבר גם על חקיקת המשנה המוצאת מכוח החוק המסמיך. כך או כן, הבעיה אינה יחס חקיקת המשנה לחקיקה הראשית (היא בעית האולטרה וירס) אלא בעית היחס בין החקיקה הראשית לבין עצמה.

2. כל בית משפט מוסמך לבדוק תקנות במבחן האולטרה וירס, ולא רק בית הדין הגבוה לצדק: ראה למשל ע"פ 74/58 י. מ. ג' הורנשטיין (פד"י י"ד, 373); ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז (פד"י ט"ו, 2193).

3. על כן תתכן הן תקיפה ישירה והן תקיפה עקיפה על חקיקת המשנה.

4. ראה: Griffith and Street, Principles of Administrative Law, 3rd ed. (1963), p. 105.

5. לאור ההבחנה בין הוראות מחייבות (imperative or mandatory) לבין הוראות מדריכות (directory): ראה Griffith and Street, *op cit.*, p. 107. אה גם ע"א 87/50 ליבנו נ' ליפשיץ (פד"י א, 57).

6. ראה בג"ץ 15/56 1970 נ' שר הפנים (פד"י י"א, 1213).

טובסטנטיבית מהסמכות.⁷ בשני המקרים, הקביעה המשפטית שלפנינו חריגה מסמכות, נקבעת בהתאם לפרשנות החוק המסמך.⁸ בשני המקרים, השאלה שיש להשיב עליה היא אחת: כלום הסמך המחוקק הראשי את מחוקק המשנה לנהוג כפי שנהג.

כיון שבעית האולטרה-וירס קשורה בפירוש החוק המסמך, הרי הקביעה אם חקיקת משנה פלונית חורגת ממסגרת החוק המסמך היא ספציפית למקרה הנדון, ואין ללמוד ממנה על חקיקת משנה היונקת מחוק מסמך אחר.⁹ כדי להתגבר על האינדיבידואליות של כל מקרה יצרו לעצמם בתי המשפט מספר כללי פרשנות כלליים, התואמים כל מקרה של טענת אולטרה-וירס. כללי פרשנות כלליים אלה באים לסייע לבתי המשפט לשער את כוונת המחוקק בחוק המסמך. בעזרתם קובעים בתי המשפט את היקף ההסמכה שניתנה למחוקק המשנה. רק לשון מפורשת בחוק המסמך, או לשון המשתמעת ממנו בהכרח, יש בכוחה לדהוק הצידה השערה שיפוטית מעין זו.

יצירה כללי פרשנות כלליים אלה לא באה רק כדי ליעל את עבודת השפיטה או להכניס בה אחדות או לעשות מלאכת השופטים קלה. מטרתה העיקרית לשמש מכשיר רב ערך בפיקוח על חקיקת המשנה כדי להגן על זכויות הפרט בה במידה שנטית בתי המשפט היא ליצור כללי פרשנות המצירים את סמכויות מחוקק המשנה כפי שנתיהדו בחקיקה הראשית, בה במידה גובר הפיקוח של בתי המשפט על חקיקת המשנה. לעומת זאת, אם נטית בתי המשפט היא לתת פירוש מרחיב להסמכת מחוקק המשנה, הרי הפיקוח של בתי המשפט על חקיקת המשנה מצטמצם, וחריזות הפרט נשארות ללא הגנה מקיפה.

היקף הסמכות של מחוקק המשנה, כפי שהוענקה לו בחקיקה הראשית, אינו ענין חד משמעי וניתן לפירושים שונים. הבחירה בין האלטרנטיבות האפשריות השונות ניתנת בידי השופט, והיא נעשית לאור כללי הפרשנות, כשם שיצירת האלטרנטיבות היא מעשה חקיקה של המחוקק הראשי, כן הבחירה בין האלטרנטיבות האמורות היא מעשה חקיקה של השופט.¹⁰ חקיקה זו היא מטבעה של כל שיטה משפטית, ואין על כן לבוא בטרוניה אל השופטים כי ביצירת כללי הפרשנות האמורים הם חורגים מסמכותם ולוקחים על עצמם תפקידי חקיקה שלא נתיהדו להם. נפנה עתה לכללי הפרשנות הכלליים שנוצרו על ידי בתי המשפט לקביעת סמכותה של חקיקת המשנה, ונבדוק את היקפם ומגמתם.

7. ראה להלן.

8. ראה דברי השופט כהן בבג"ץ 241/60 כדורש נ' רשט החברות (פד"י ט"ו, 1151, 1171).

9. כך למשל נקבע בבג"ץ 112/61 מלמד נ' הרשות המוסמכת לפי חוק נכי רדיפות הנאצים (פד"י ט"ו, 1830) כי תקנה 26 לתקנות נכי רדיפות הנאצים (קביעת דרגת נכות), תשי"ח-1957 היא אולטרה וירס לחוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, אך היא היתה תקיפה אילו הוצאה מכת חוק הביטוח הלאומי, תשי"ד-1953.

10. כפי שאומר פרופ' קלינגהופר ב"שלטון החוק וחקיקת משנה", הד המשפט, חוב' 11, עמ' 204: "במרוצת הזמנים קבעו בתי-המשפט ופיתחו כללים הלכתיים מסויימים המסדירים את השימוש בשיקול דעת... כל הכללים האלה מהווים גורמות כלליות שנוצרו ע"י הפסיקה הרשות השופטת עתה כאן פעולה בדומה לפעולות של המחוקק". ראה גם זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", ספר יובל לפנחס רוזן, תשכ"ב, עמ' 147, 153.

ב. כלל ראשון – אמון במינהל

נקודת המוצא של בתי המשפט היא כי חקיקת המשנה היא תופעה הכרחית במדינת ישראל¹¹. על כן מגמת היסוד של בתי המשפט היא להכשיר את חקיקת המשנה, ולא לפסלה¹². הנטייה היא לא לצמצם את הסמכות של מחוקק המשנה, אלא לסייע למחוקק הראשי בהשתחררות מנטל החקיקה הכבד¹³. נטייה זו מבוססת על יחס האמון של בתי המשפט למעשה המינהל בכללם, ולמעשה התחיקה של המינהל בפרט¹⁴.

לדעתנו אין הצדקה לנטייה זו. אמת הדבר, חקיקת משנה היא ענין הכרחי¹⁵, אך הכרה בעובדה זו אין פירושה הכרה בהסרת כבלי הפיקוח מעל חקיקת המשנה. במקום שהמחוקק מסמיך את המינהל לקבוע הסדרים ראשוניים ללא כל פיקוח פרלמנטרי, על בתי המשפט מוטל התפקיד לשמש גורם מפקח ושומר על זכויות הפרט. המינהל מצליח בקלות יתירה לשכנע את הגוף המחוקק להעביר אליו סמכויות חקיקה בעניינים ראשוניים¹⁶, ואין מקום לסייע בנסף בענין זה מצד בתי המשפט. אין כל הצדקה תיאורתית להבחין בין מעשה תחיקה של המינהל לבין אקטים אינדיבידואליים של המינהל לענין יחס האמון של בתי המשפט.

נראה כי לעיתים לא באו הצהרות חגיגיות אלה של בתי המשפט אלא לשם כיסוי לפעולותיהם הממשיות של בתי המשפט בפיקוח על חקיקת המשנה. הן ניתנו בתקופה בה הגישה המקובלת היתה כי אין להתערב בחקיקת המשנה ובאי כדי להמתיק את גולת ההתערבות. אם הצהרות אלה של בית המשפט מצליחות למנוע פעולת גומלין של המחוקק בדרך של הצרה סטטוטורית על חפש ההתערבות, יש לברך עליהן. בסופו של דבר, החשוב הוא מה בתי המשפט עושים ולא מה הם אומרים. לעומת זאת, במקום שהצהרות חגיגיות אלה של בתי המשפט מכריעות את הכף, לטובת הסרת הפיקוח של בתי המשפט, אין להצדיקן. דוגמא לתוצאה בלתי רצויה זו הינו כלל הפרשנות שקבעו בתי המשפט לפיו בחפשמ אחר כוונת המחוקק בחקיקה ראשית בלתי ברורה, רשאים הם ללמוד על כוונה זו מתוך חקיקת המשנה עצמה¹⁷. תהא ההצדקה לכלל זה אשר תהא במקום

11. ראה בג"ץ 13/51 אסמאעיל נ' תל מונד (פד"י ה', 783).

12. בג"ץ 57/53 טבק הויז נ' עירית חיפה (פד"י ז', 701, 707).

13. בג"ץ 268/52 ספוניקוב נ' בית הדין למשמעת והמפקח הכללי של משטרת ישראל (פד"י ז', 656, 662).

14. בג"ץ 98/54 לודוביץ נ' המפקח על המזונות (פד"י י', 40, 48). לענין זה אין נפקא מינה אם מחוקק המשנה הינה רשות מקומית או רשות מרכזית: ראה 311/57 י. מ. נ' דיזינגוף ושות' (שי"ם בע"מ) (פד"י י"ג, 1026).

15. ראה בג"ץ 13/51 הנ"ל; בג"ץ 77/58 סחן בע"מ נ' שרת העבודה (פד"י י"ג, 80); בג"ץ 268/52 הנ"ל.

16. ראה קלינגהופר, שם, בעמ' 254.

17. ראה למשל בג"ץ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית נ' שרת העבודה (פד"י ו', 237, 246); עמ"מ 8/57 פלוני נ' המועצה המשפטית (פד"י י"ב, 900, 904).

שהמחוקק הראשי ומחוקק המשנה הם אותו אורגן.¹⁸ אין לה הצדקה במקום שחקיקת המשנה נעשית על ידי אורגן שאינו זהה עם המחוקק הראשי. אין כל עדיפות לפירושו של מחוקק המשנה על פני כל פירוש אחר. בשיטה המשפטית שלנו לא ניתן כח פרשנות אוטנטית של החוקים בידי המינהל. הסמכות לפרש חוקים היא בידי בתי המשפט, ואין הם רשאים להשתחרר ממנה. אכן, לאחרונה סטו מכלל זה¹⁹, ויש לקוות כי יתמידו בסטייה זו.

ג. כלל שני – חופש הפרט

בבואם לחשוף את כוונת המחוקק יניחו בתי המשפט כי הוא לא נתכוון להסמיך את מחוקק המשנה להגביל את חפש הפרט²⁰ כדי שמחוקק המשנה יוסמך להגביל את חפש הפרט יש צורך במלים מפורשות, או שהדבר משתמע באופן ברור מתוך מגמתו ומטרתו הכללית של החוק המסמיך.²¹ את זכותו הטבעית של הפרט לחפש אין לשלול או לגרוע, אלא על פי הוראת חוק ברורה וחד-משמעית.²² כך, למשל, הוחלט כי במקום שמחוקק המשנה הוסמך 'להסדיר'²³ או 'לקבוע ולהסדיר'²⁴ או 'לטפל'²⁵ בעסק של הפרט, אין מחוקק המשנה רשאי לאסור את העסק. עקרון כלל זה חל על כל האקטים של המינהל, בין אם אלה אקטים אינדיבידואליים ובין אם אלה אקטים כלליים.²⁶ והוא חל על כל הרשויות המתקינות חקיקת משנה, בין אם אלה רשויות מקומיות ובין אם אלה רשויות מרכזיות.²⁷

כהשלמה לכלל הפרשנות האמור קיים כלל פרשנות שני לפיו יניחו בתי המשפט כי המחוקק הראשי לא נתכוון להסמיך את מחוקק המשנה לפגוע בזכויות מוקנות של הפרט, אלא אם כן נקבע הדבר במפורש בחוק המסמיך.²⁸ כלל פרשנות שני זה יונק כוחו מהעקרון הכללי כי אין לפרש חוק חדש כבא לשלול

18. כגון הנציב העליון בתקופת המנדט. הוא שהתקין את הפקודות והוא שהתקין לעיתים את התקנות. ראה בג"ץ 161/52 חברת המזקקים של איי בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (פד"י ז' 113, 119).

19. ראה בג"ץ 157/63 בוקסבאום נ' שר האוצר (פד"י י"ח, 115).

20. בג"ץ 199/60 רייף נ' הממונה על מחוז הצפון (פד"י ט"ה, 869).

21. בג"ץ 144/58 בינון נ' עיריית לוד (פד"י י"ג, 339).

22. בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש (פד"י י"ב, 264). עקרון זה אינו חל לענין כללי הדיון, כך למשל ניתן לכבול באמצעות תקנת דיון את חופש התנועה של הפרט, ובלבד שזו באה לממש סעד שניתן לו בדין המהותי: ע"א 303/57 רייך נ' המר (פד"י י"א, 1362).

23. בג"ץ 144/58 הנ"ל.

24. בג"ץ 199/60 הנ"ל.

25. בג"ץ 200/57 הנ"ל.

26. בבג"ץ 200/57 נרון אקט אינדיבידואלי, ופסק הדין צוטט כאמכתא בבג"ץ 199/60 בו נרון אקט כללי.

27. בג"ץ 199/60 הנ"ל.

28. בג"ץ 40/55 צ'יליבו נ' קצין התגמולים (פד"י ט', 1228, 1234).

זכויות מוקנות, אלא אם כן הדבר נאמר בו במפורש.²⁹ אם זהו הדין לגבי פעולת החקיקה הראשית, קל וחומר שכך הוא הדין לגבי חקיקת המשנה השואבת כוחה מהחקיקה הראשית.

בתי המשפט לא הפעילו כלל פרשנות זה בסוגיית הרטרואקטיביות של חקיקת המשנה. במרבית המקרים, חקיקת משנה רטרואקטיבית פוגעת בזכויות מוקנות. ניתן היה לצפות כי בתי המשפט יפסלו חקיקת משנה רטרואקטיבית שאינה מסתמכת על הוראה מפורשת בחוק המסמך. לא כן נהגו בתי המשפט. הם הכשירו חקיקת משנה רטרואקטיבית שלא שאבה כוחה מהוראה מפורשת בחוק המסמך.³⁰ ואף הכשירו לגבי תקופה שקדמה לצאת החוק המסמך.³¹ לאור כלל הפרשנות האמור בהס לפגיעה בזכויות מוקנות אין הצדקה לתוצאה זו. זאת ועוד: בדונם באקטים אינדיבידואליים הפוגעים בזכויות מוקנות קבעו בתי המשפט כי אין לחת להם תוקף למפרע אלא אם כן יש בענין זה הוראה מפורשת בחוק המסמך.³² אין כל יסוד הגיוני להבדיל, לענין הרטרואקטיביות, בין אקט אינדיבידואלי לבין אקט כללי.

ד. כלל שלישי – מטרה זרה

עקרון פרשנות יסודי במשפטנו הינו העקרון כי במקום שהפירוש המילולי ברור, אין להרהר אחר כונת המחוקק.³³ בהתאם לכלל פרשנות זה היה על בתי המשפט לקיים חקיקת משנה הנופלת למסגרת החקיקה הראשית לפי מבחן מילולי-היצוני, אפילו המטרה אותה התכוון מחוקק המשנה להגשים שונה ממטרת המחוקק הראשי (מטרה זרה). אם במקום שלשון החוק ברורה אין שואלים למטרת המחוקק הראשי, ממילא אין מקום לשאול למטרת מחוקק המשנה. לא כן נהגו בתי המשפט. בכל הנוגע לחקיקת המינהל³⁴ הם קבעו כי המבחן לאולטררה-וירס אינו רק מבחן מילולי-היצוני, אלא יש להתחשב במטרת החקיקה.³⁵ חקיקת משנה הנעשית מתוך מטרה זרה תפסל.³⁶ אומר השופט ברנזון בפסק דין מנחה בסוגיה זו³⁷: „בכוחו של בית משפט זה (בית הדין הגבוה לצדק) לבדוק ולבחון

29. ע"א 22/56 כהן ג' קצין התגמולים (פד"י י', 1378).

30. ראה בג"ץ 21/51 בינבונים ג' עיריית תל-אביב (פד"י ו', 375).

31. ראה ע"א 10/55 אלעל ג' עיריית תל-אביב (פד"י י', 1586). כמו כן נפסק כי ניתן לתת לחקיקת משנה תוקף רטרואקטיבי אפילו לא נקבע בה – בחקיקת המשנה – הדבר במפורש:

ראה בג"ץ 271/60 ציטאט ג' עיריית רמת-גן (פד"י ט"ו, 383).

32. ראה ע"א 231/51 לוטקר ג' וייס (פד"י ח', 1064); בג"ץ 29/55 ד"ן ג' שר הדתות (פד"י ט', 1001).

33. ע"א 308/60 ייגר ג' מדינת ישראל (פד"י ט"ו, 333).

34. עקרון המטרה הזרה התקבל בתחילה בנוגע לאקטים אינדיבידואליים של המינהל, ורק בשלב מאוחר יותר הוחל בנוגע לאקטים כלליים של המינהל.

35. כדברי השופט זוסמן בד"ג 16/61 רשט החברות ג' קרדוש (פד"י ט"ו, 1210, 1217). „גורם ראשון במעלה לגילוי כונת המחוקק, חשוב מלשונו, הוא הנושא הנדון ומהות הענין שלמענו ניתן לרשות מינהלית שיקול דעת“.

36. בג"ץ 98/54 לזרוביץ ג' הספקח על המזונות (פד"י י', 40).

37. שם, בעמ' 47.

את פעולות השלטונות לא רק כפי שהם נראים לעין מבחינת הסמכות החוקית הפורמלית, אלא גם לעיצומו של ענין, אם השימוש שנעשה בסמכות בדין יסודי, היינו אם הוא נעשה – בין השאר – בתום לבב על יסוד שיקולים כשרים ולמטרה שלמענה הוענקה הסמכות. לשון אחרת, בית משפט זה בודק, כרגיל, הן את הצורה החיצונית והן את המהות הפנימית של מעשי השלטונות. את הקליפה והתוך גם יחד, ולא ישאיר על מכונם מעשים העטופים אמנם בלבוש חיצוני כשר אלא שתוכנם אינם כשרים... רשאי אף בית משפט זה להתערב על יסוד בקשתו של איש נפגע, ולפסול גם דברי חקיקה של השלטונות הנעשים מכוח סמכות סטטוטורית לא רק מטעמי חריגה פורמלית מד' אמות של מסגרת החוק מעניק הסמכות, אלא גם מטעמים אחרים, כגון: מניע נפסד או שימוש בסמכות למטרה שאינה שייכת לענין".

בקביעת כלל פרשנות זה העמיקו בתי המשפט את פיקוחם על חקיקת המשנה. נראה, כי כדי למנוע תגובת זעם של המינהל באמצעות השפעה על החקיקה הראשית, הוסיפו בתי המשפט כי במקום שמתקיים המבחן המילולי-חיצוני הם יניחו כי מתקיים גם המבחן הפנימי-עניני, ועל האזרח המתלונן יהיה לשכנע אותו כי לא כן הדבר, דבר שיקשה עליו לאור יחס האמון של בתי המשפט למינהל.³⁸

על מנת להתגבר על הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק³⁹ על חקיקת המשנה⁴⁰ באמצעות העקרון של מטרה זרה, אפשר לנקוט בשתי דרכים: האחת, לצמצם את סמכותו של בית הדין הגבוה לצדק; האחרת, להגביל את יכולת ההתערבות של בית המשפט על ידי ניסוח סעיפי הסמכה בלשון רחבה וסובייקטיבית. הדרך הראשונה אינה מעשית מבחינה פוליטית, ותתקל בהתנגדות חריפה הן מצד דעת הקהל והן מצד בית המשפט, שיתן פירוש מצמצם ביותר לכל ניסוח להגביל סמכותו⁴¹ לא נותרה אלא הדרך האחרת, אשר בה נוקט המחוקק הישראלי⁴². בחשפו תהליך זה של צמצום יכולת ההתערבות של בית המשפט, אומר השופט זוסמן⁴³: „נוסחאות מנוסחאות שונות הומצאו במרוצת הזמן על ידי נסחי

38. שב, בעמ' 48, 51. שאלה היא אם חוק לתיקון סדרי המינהל (תנמקות), תשי"ט–1959, המעביר במקרים מסויימים את נטל ההוכחה על המנהל חל על חקיקת משנה של המינהל.

39. כפי שראינו, להלכה רשאי כל בית משפט לפסול חקיקת משנה שהיא אולטררה-זורס, אך למעשה נעשה הדבר בעיקר על ידי בית הדין הגבוה לצדק.

40. הדברים האמורים להלן נכונים גם לגבי אקטים אינדיבידואליים של המנהל.

41. ראה עמדתו של בית המשפט העליון בענין „פסקת הסופיות“, כפי שתוארה בקלינגהופר, החלטות סופיות של טריבונלים מינהליים, „הד המשפט“, חוב' 17/18, עמ' 332.

42. אומר פרופ' קלינגהופר: „אין גם לשער כי המחוקק, לכשיראה שגורמים מדיניים ותועלתיים הולכים ומסתמנים לתוך ההלכות הפסקות המכוונות להסדיר את שימוש רשויות המינהל בשיקול דעתו הסטטוטורי, יישב כחיבוק ידיים ולא ישמור על חופש הפעולה שהוא עצמו, וכמתחנן, מסר לאומיניסטרציה“. „שלטון החוק וחקיקת משנה“, עמ' 204.

43. די' 16/61 רשט החברות נ' כרוזש (פד"י ט"ו, 1210, 1217).

החקיקה כדי להצר באמצעותן את צעדי בית המשפט המפקח על מעשי המינהל. כאשר נקטו לצורך כך לשון ברורה ומפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים ושללו את סמכותו של בית המשפט לדון בדבר... נדחית סמכותו של בית משפט זה מפני מצוות המחוקק. מה שאין כן כאשר בחר המחוקק בנוסחה מעורפלת שבה ביקש, אולי, להשיג אותה מטרה בעקיפין. נוסחה זו היא 'שיקול הדעת הסובייקטיבי' או 'שיקול דעת מוחלט' שניתן לרשות. לכאורה, אין בכך כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט, אך הכוונה היא, כי בבואו לדון בענין לא ימצא בית המשפט עילה להתערב, מחמת 'החלטיות' הכה שניתן בידי הרשות המינהלית. זו היא נוסחה מעורפלת של ביטול סמכותו של בית משפט זה, בדרך עקיפין, על ידי הפיכתה לכלי ריק".

רבים הם סעיפי ההסמכה הרחבים והסובייקטיביים בחקיקה שלנו⁴⁴. דוגמה מובהקת לשמוש זה הינו חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957⁴⁵. שבא במקום תקנות הגנה ותקנות שעת חרום בענין הפיקוח על המזונות. סעיף 3 לחוק קובע כי, "לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה, אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, או למניעת הפקעת שיערים וספרות". החוק מגדיר "פעולה חיונית"⁴⁶ כ"פעולה הנראית לשר כחיונית להגנת המדינה, לבטחון הציבור, לקיום אספקה סדירה או שירותים סדירים, להגדלת היצוא או להגברת הייצור, לקליטת עולים, או לשיקום חיילים משוחררים או נכי מלחמה".

בתי המשפט בישראל ניצבו בפני ברירה קשה, הלוותר בענין זה על הפיקוח על המינהל או לא? ביחוד גבר הקושי באותם המקרים בהם הסמכות של המינהל נוסחה בלשון של "שיקול דעת מוחלט" (absolute discretion). אם המונח "מוחלט" אינו בא לשלול מבתי המשפט את בדיקת הכוונה של המינהל, והתאמתה לכוונת החוק המסמיך, מה היא באה לומר? ואם תאמר כי אין היא מעלה ואין היא מורידה, הרי שהנדן עושה מלים בחוק למיותרות, בניגוד לכלל הפרשנות כי⁴⁷ "חוקה על המחוקק שאין הוא מרבה מילים ללא טעם ותכלית וכי... לכל מילה ומילה שיצאה מפי המחוקק טעם ותכלית משלה".

כאשר הגיעה השאלה להכרעה בפני בית המשפט העליון הכריע הרוב לטובת הגישה השומרת על פיקוח בתי המשפט על המינהל, והמאפשרת פסילת מעשי מינהל הנעשים מתוך מטרה זרה⁴⁸, גם אם הסמכות שהוענקה למינהל

44. ראה למשל סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הקובע כי שר רשאי להתקין תקנות שעת חרום, ככל אשר יראה לו לטובת הגנת המדינה בטחון הצבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים.

45. ס"ח 240, תשי"ח, עמ' 24.

46. סעיף 1 לחוק.

47. כג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשט ההברות (פד"י ט"ו, 1151, 1171).

48. הענין שנדון בפני בית המשפט העליון היה באקט אינדיבידואלי, אך בית המשפט העליון בפסק דינו לא הבחין בינו לבין אקט כללי, ואף הסתמך על אסמכתאות בהן נדונו אקטים כלליים. אין ספק על כן כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין לענין אקטים אינדיבידואליים תופעל גם לגבי אקטים כלליים, שהם נושאי מאמר זה.

מנוסחת בלשון רחבה וסובייקטיבית⁴⁹. נושא הדיון היה חוק שהעניק לרשם החברות סמכות לסרב רשום חברה in his absolute discretion⁵⁰, שופט המיעוט, השופט כהן, סבר כי⁵¹: „במקום שהמחוקק העניק לרשות מוסמכת פלוניית שיקול דעת 'מוחלט' רשאית היא לשקול-דעתה גם לענין הנמצא מחוץ לאותה המטרה אשר לשמה הוענק לה שיקול הדעת; ובית משפט זה לא יתערב בכגון דא אלא באותם המקרים אשר בהם לא היה שיקול דעת כלל, לא מוחלט ולא אחר". הנשיא, השופט אולשן, סבר לעומת זאת, כי במקום שהמינהל משתמש „בשיקול דעתו המוחלט בשטח שבינו לבין החוק המעניק את שיקול הדעת, אין ולא כלום ולא יכזב להיוון ספק כי לא לשם כך העניק לה המחוקק את שיקול הדעת”⁵², יפסול בית המשפט שיקול דעת זה. לעומת זאת, „אם קיים ספק — והדברים משתמעים לכאן ולכאן ואין מקום לחשוד בכוונות פסולות — סבור אני כי נוכח שיקול הדעת המוחלט לא יתערב בית המשפט, כי יש להניח שהמחוקק בהעניקו שיקול דעת מוחלט לרשות המבצעת נתן בה אמון, בישרה ובסבירותה, גם לפתור את הספק הזה”⁵³. השופט זוסמן לא היה מוכן לסייג את כוח ההתערבות של בית המשפט העליון במעשי המינהל רק למקרים בהם אין ספק בכוונת החוק המסמיק. לדעתו, על בית המשפט לקבוע את כוונת החוק המסמיק, ומשקבעה יבדוק אם המינהל פעל מתוך מטרה זו. לענין בדיקה זו אין כל הבדל בין שיקול דעת אובייקטיבי לבין שיקול דעת סובייקטיבי⁵⁴, ואף לא לסוגים שונים של שיקול דעת סובייקטיבי. אומר השופט זוסמן⁵⁵: „שיקול דעת שניתן לרשות מינהלית — אפילו הוא מוחלט — צמוד תמיד לחובה שהרשות חייבת למלאה, היינו לתפקידי המינהל שלמענם הוסמכה הרשות לפעול לפי שיקול דעתה; ככל שהחופש לבחור יכול להיות גדול, לעולם לא יהיה בלתי מוגבל. שרירות לב, מעשה שנעשה מתוך מניעים סובייקטיביים, שדבר אין להם עם צרכי המינהל, חורג מגדר שיקול דעת. מי רשאי לנהוג לפי שיקול דעתו, חייב לנהוג תוך מניעים השייכים לענין ואינו רשאי לנהוג תוך שרירות לב, כאשר תאווה נפשו... שרירות לב... אינה העילה היחידה לביטול מעשה הרשות... אף שימוש בשיקול הדעת תוך רדיפה אחרי מטרה 'זרה' הינו חריגה מן הגבולות שניצבו למינהל על ידי המחוקק”.

ראינו, איפוא, כי בשלב ראשון פסקו בתי המשפט כי בדיקת האולטרה-וירס של מעשי המינהל תעשה לפי מבחן ענייני-פנימי ולא לפי מבחן היצוגי

49. דיני 16/61 רשם החברות נ' כרדוש (פד"י ט"ז, 1210). היה זה דיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 241/60 הנ"ל.

50. סעיף 14 לפקודת החברות שזו לשונה:

“The registrar shall submit the memorandum to the High Commissioner who may in his absolute discretion either authorise or refuse the incorporation of the company”.

51. שם, בעמ' 1222.

52. שם, בעמ' 1223.

53. שם, שם.

54. שם, בעמ' 1218.

55. שם, בעמ' 1216.

מילולי⁵⁶. תגובה על כך באה בשלב השני, בו ניסה המינהל באמצעות המחוקק להגביל את חופש ההתערבות של בית המשפט על ידי ניסוח רחב וסובייקטיבי של סעיפי ההסמכה⁵⁷. בא השלב השלישי, בו הזרו בתי המשפט ופסקו כי יהיה שיקול הדעת רחב וסובייקטיבי כאשר יהיה, אם הוא מופעל לשם מטרה זרה, הוא יפסל. עתה אנו עומדים לפתחו של השלב הרביעי. היוזמה עברה למחוקק: היגביל את חפשי ההתערבות של בתי המשפט או שמא ישלים עם בקורת זו?

ה. כלל רביעי – סבירות

אחד מכלל הפרשנות החשובים שקבעו בתי המשפט בישראל לענין חקיקת המשנה הינו כי הם יניחו כי המחוקק לא הסמיך את מחוקק המשנה להתקין חקיקת משנה בלתי סבירה (unreasonable)⁵⁸. אומר השופט ברנזון בפסק דין מנחה בסוגיה זו⁵⁹: „אם ימצא בית המשפט כי חקיקת המשנה היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר־דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה, כי אז יצטרך לאמור שמעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח כזה בידי השר. חקיקת המשנה אינה מתקבלת על הדעת והיא מחוץ לתחום הסמכות”. חקיקת משנה בלתי סבירה תהיה במסגרת הסמכות רק כשיש בענין זה הוראה בחוק המסמיך⁶⁰.

בקבעם כלל פרשנות זה הרחיבו בתי המשפט בישראל את פיקוחם על חקיקת המשנה מעבר לפיקוח המקובל באנגליה⁶¹. בישראל תיפסל חקיקת משנה העומדת בניגוד למבחן הסבירות, ואין נפקא מינה אם זו חקיקת משנה של רשויות מקומיות או של רשויות מרכזיות⁶².

אף כאן, בדומה למקרים אחרים, המתיקו בתי המשפט את הגלולה המרה. ראשית, הם חזרו והצהירו כי⁶³: „אם לגבי פירושו של חוק עזר של רשות מקומית נוהגים בתי המשפט בהתאפקות ובנדיבות מכסימלית ולא ישללו את תקפו מחמת אי סבירות אלא במקרה קיצוני ביותר, הרי לגבי חקיקת־משנה משרדית הנעשית על ידי שר הנתון לביקורת ישירה של הכנסת או על ידי מי שכפוף לשר ונתון גם הוא באמצעות השר לביקורת של הכנסת, לא כל שכן”; שנית, בית המשפט הדגיש כי בבדיקת הסבירות לא יבדוק את היעילות המינהלית של מעשה המינהל⁶⁴. „ולא ינסה לשים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות המוסמכת ולא יכפה את דעתו הוא על אלה שהמחוקק נתכוון לסמוך על תבונתם והגיונם, על ידיעתם ונסיונם בחיי המעשה; בקיצור – על שיקול דעתם הם

56. ראה הערת שוליים 35, לעיל.

57. ראה הערת שוליים 42, לעיל.

58. ע"א 311/57 י.ח. ב' דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ (פר"י י"ג, 1026).

59. שם, בעמ' 1039.

60. שם, בעמ' 1037.

61. אשר למצב המשפטי באנגליה, ראה Griffith and Street, *op. cit.*, p. 122.

62. ע"א 311/57 ה"ל.

63. שם, בעמ' 1039.

64. שם, שם.

המבוסס על ידיעת המצב לאישורו מכל הבחינות והתנאים המחייבים, לדעתם, את חקיקתה של חקיקת המשנה המסויימת ולא האחרת"; שלישית, בתי המשפט הדגישו כי אי הסבירות צריכה להיות בולטת ומכרעת, עד כדי כך "שאדם בר דעת ולא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה"⁶⁵.

שלוש ההגבלות האמורות אינן מצמצמות באופן מהותי את היקף ההתערבות של בית המשפט. אין הן מיוחדות לעילה של חוסר סבירות. השופט ברנזון עצמו מציין כי⁶⁶ "קשה להבדיל באופן מהותי בין מבחן הסבירות לבין המבחנים האחרים המקובלים לפסילת אקט מינהלי כמו חוסר-תום-לב, נקיטת שיקולים בלתי כשרים, השגת מטרה זרה לענין וכו', שכולם אינם אלא צורות שונות לבדיקת ענין החריגה מסמכות".

ג. כלל חמישי – צדק טבעי

כלל פרשנות ידוע הוא, כי בפרשנו את כוונת המחוקק לא נייחס לו כוונה לפגוע בעיקרי הצדק וההגיון⁶⁷. מכאן מתבקש כלל הפרשנות, כי אין לייחס למחוקק את הכוונה לפגוע בכללי הצדק הטבעי. על כן, כאשר המחוקק מסמין את מחוקק המשנה להתקין תקנות, אין לפרש הסמכה זו כמאפשרת פגיעה בכללי הצדק הטבעי, שהרי אם החוק עצמו אינו מתפרש כעומד בניגוד לכללי הצדק פשיטא שאין לפרש כך את סמכותו של מתקין התקנות. מכאן חייבים לנבוע שני כללי פרשנות נוספים, האחד ביחס לתוכן חקיקת המשנה והאחר ביחס לאופן התקנתה. כלל הפרשנות הראשון חייב להיות – כלשונו של השופט זילברג בפסק דין מנחה בסוגיה זו⁶⁸ – "כי כל תקנה הפוגעת בעיקרי הצדק הטבעי, היא חסרת תוקף, מפני שהיבטים אלו לצאת מתוך ההנחה, כי המחוקק, במסרו למי שהוא את הסמכות להתקנת התקנות, לא ייפה את כוחו של זה להתקין תקנות הפוגעות בצדק הטבעי. אילו אימץ לו המחוקק את הוראת התקנה ההיא, ועשה אותה חלק של החוק, כי אז כמובן לא יכולנו לבוא עמו בטרזניה על הפגיעה ההיא, ולא יכולנו לבטל בעטייה את החוק. כי המחוקק – הכל שרי ליה, ואין אנו רשאים לימר לו: מה תעשה! אולם כאן ענין לנו לא להוראת חוק, אלא לתקנה. מקורה הוא בהסכמה כללית, סתמית, ומכיון שכך, עלינו לפרש את הסתום ולומר: חוקה על המחוקק שלא ירצה לפגוע בעקרונות של צדק ויושר". כלל הפרשנות השני חייב להיות כי אין לייחס למחוקק את הכוונה כי מתקין התקנות רשאי להתקין בדרך הפוגעת בכללי הצדק הטבעי.

65. שם, שם.

66. שם, בעמ' 1038.

67. עמ"מ 9/55 ער"ד פלוני ג' יו"ד וחברי המועצה המשפטית (פד"י י', 1720, 1736). ראה גם Maxwell, On Interpretation of Statutes, 14th ed. p. 250. במשפט המקובל האנגלי היתה בתחילה השקפה כי חוק העומד בניגוד לכללי הצדק הטבעי הינו בטל ומבוטל. כיום, שעה שתורת עליונות הפרלמנט שלטה, אין עוד מקום לכלל נוקשה זה, והוא הפך להיות כלל של פרשנות בדבר כוונתו המשיערת של המחוקק.

68. עמ"מ 9/55 הג"ל, בעמ' 1735.

שני כללי פרשנות אלה לא נתקבלו על דעת הפסיקה הישראלית. דברי השופט זילברג שצוטטו לעיל היא דעת מיעוט. השופט ברנזון, שופט הרוב, דחה את תחולת כללי הצדק הטבעי לענין תכן חקיקת המשנה, באומרו: ⁶⁹ „עקרונות אלה אין להם עליונות או עדיפות על פני חוק חרות. בית המשפט נותנים להם תוקף באותם המקרים שאין הוראת חוק נוגדת, ונראה לי כי אין נפקא מינה אם ההוראה מצויה בחקיקה ראשית או בחקיקת-משנה. ביחס לחקיקת משנה, יכולה כמובן להתעורר השאלה אם היא בגדר הסמכות שהוענקה למחוקק-המשנה בחקיקה המסמיכה, אבל כרגיל אין לבחינתה של שאלה זו ולעקרונות הצדק הטבעי ולא כלום”. באשר לתחולת כללי הצדק הטבעי על אופן חקיקת המשנה, פסק השופט זילברג עצמו באמרת אגב כי ⁷⁰ „אין גוף אדמיניסטרטיבי רשאי לפגוע באזרח מכוח הוראה מסויימת, אלא אם כן ניתנה לו תחילה אפשרות הוגנת להשמעת הגנתו. חובה זו כמובן, אינה חלה על פעולות תחיקתיות”.

נראה לנו, כי בדחותם כללי פרשנות אלה, צמצמו בתי המשפט את היקף הפיקוח על חקיקת המשנה ללא הצדקה. לדעתנו, חקיקת משנה הפוגעת, מבחינת תכנה, בכללי הצדק הטבעי הינה בלתי סבירה, שכן — בלשונו של השופט ברנזון — „אדם בר דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה” ⁷¹. זאת ועוד: אם בתי המשפט פוסלים חקיקת משנה הנעשית לשם מטרה זרה ⁷², על שום מה לא יפסלו חקיקת משנה הנעשית מתוך משוא פנים? האין משוא פנים מניח מטרה זרה? ההלכה היא כי בשלילת רשיונו של האזרח חייבת הרשות המוסמכת לתת הזדמנות נאותה לאזרח הנפגע להשמיע טענותיו ⁷³. על שום מה תשלל מאזרח זה, ומאלפי אזרחים אחרים זכות זו אם שלילת הרשיון היא כללית ולא אינדיבידואלית? מהו היסוד ההגיוני להבדיל כאן בין אקט אינדיבידואלי לבין אקט כללי? אמת הדבר, מתן זכות טיעון לכל אזרח ללא כל סייגים והגבלות עשוי להכביד על המינהל, ולשבש את דרכי הביצוע. אך עובדה זו אין ככוחה לשלול את זכות הטיעון בכלל. כל כוחה של עובדה זו בהטלת סייגים והגבלות על זכות מוכרת. אם ההלכה מונעת מרשות מוסמכת מנוי אדם מעונין בתוצאות המשפט כחבר בית דין מינהלי, על שום מה תוכל אותה רשות מוסמכת לעקוף איסור זה על ידי כך שהמינוי ייקבע לא בצו אינדיבידואלי אלא בצו כללי?

ז. כלל ששי — פרסום

גישה פרשנית מיוחדת גילה בית המשפט בענין פרסום חקיקת המשנה. מחד גיסא הרחיק הוא לכת וקבע כי חובת הפרסום חלה גם במקום שזו אינה

69. שם, בעמ' 1733. אליו הצטרף השופט חשין בעמ' 1728.

70. בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים (פד"י י"ב, 1493, 1509).

71. ניתן להסביר עמדת בית המשפט בעמ"מ 9/55 הנ"ל בכך שבאותה עת לא נפסקה עדיין הפסיקה המכירה בכך כי ניתן לבחון חקיקת משנה של שרים במבחן זמבירות. הסבר זה אין ככוחו להצדיק פסיקה זו לאחר ההכרה בעקרון הסבירות כאמור.

72. ראה העלת שוליים 36, לעיל.

73. ראה בג"ץ 210/52 הנ"ל, וכן בג"ץ 136/54 פולאק נ' הרצוג (פד"י ט', 155, 167).

קבועה בחוק⁷⁴; מאידך גיסא צמצם את חובת הפרסום למרות שצמצום זה אינו עולה מלשון החוק⁷⁵.

הוראה כללית בענין פרסום חקיקת משנה מצויה בסעיף 17 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש), הקובעת:⁷⁶

„תקנות בנות פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה“.

היראה זו היא „מצוה“ ולא רק „מנחה“. תקנות בנות פועל תחיקתי שאינן מתפרסמות ברשומות הן void ab initio ואין זה מעלה ואין זה מוריד אם יוכח כי בפועל ידעו על תכנן⁷⁷. תקנה בת פועל תחיקתי היא זו המקיימת את שני המבחנים הבאים:⁷⁸ „ראשית, כי תקבע התקנה נורמה משפטית, ותביא בדרך זו לשינוי במשפט הנוהג במדינה, ושנית, כי תהא זאת נורמה כללית או מופשטת/ היינו נורמה המופנית אל הציבור כולה או לפחות אל חלק בלתי מסוים ממנו, שלא נקבע לפי שמותיהם של המיועדים אליהם מכוונת התקנה“.

קביעת מנהל המכס והבלו והדבר סימני הזיהוי שסחורות טעונות מס קניה חייבות לשאת טעונה פרסום בעתון הרשמי, שכן מתקיימים בה שני המבחנים האמורים: קביעה זו היא נורמה משפטית, שכן בלעדי סימון זה אסור המסחר באותה סחורה, ונורמה זו היא כללית, שכן היא מופנית לכל אדם המוכר את המצרך⁷⁹. הנחיות פנימיות אינן תקנות בנות פועל תחיקתי ואין חובה לפרסמן בעתון הרשמי, שכן אין הן קובעות כל נורמה⁸⁰. לעומת זאת, רשיון אינדיבידואלי, קובע אמנם נורמה⁸¹, אך אין הוא מופנה אל מספר בלתי מסוים של אנשים, ועל כן אין חובה לפרסמו בעתון הרשמי. קביעת מקום כמקום חניה מוסדר בו אסורה חניה ללא תשלום אגרה הינה בת פועל תחוקתי, שכן נקבעה כאו נורמה (איסור חניה ללא תשלום) ונורמה זו היא כללית ומופנית לכל אורה בעל מכונית⁸². כדי שתקנה תהיה נורמה משפטית — כלומר, תקיים את התנאי הראשון — חייבת השפעתה להיות ישירה ולא עקיפה⁸³. מכאן, שהכרזה על רחוב כעל רחוב

74. ראה ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האו (פד"י ט"ו, 2193), דברי השופט כהן.

75. ראה ע"א 563/61 אצלגן נ' עיריית תל-אביב (פד"י ט"ז, 1356).

76. ראה זמיר, חובת הפרסום של תקנות, „הפרקליט“, כרך כ"א, 5. לענין תקנות לשעת חרום, אלה חייבות פרסום אפילו אינן בנות פועל תחיקתי: סעיף 10 (ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח—1948.

77. ע"פ 213/56 י. מ. נ' אלכסנדרוביץ (פד"י י"א, 695).

78. ע"פ 213/56 הנ"ל, בעמ' 701.

79. ע"פ 213/56 הנ"ל.

80. ראה בג"ץ 212/60 דנון נ' שר המשפטים (פד"י י"ד, 2258). ראה גם זמיר, חובת הפרסום של תקנות, „הפרקליט“, כרך כ"א, 5.

81. רשיון הינו תקנה: בג"ץ 153/58 מזרחי נ' מנהל חטיבת המזון (פד"י י"ג, 57).

82. ע"פ 74/58 י. מ. נ' הורנשטיין (פד"י י"ד, 373).

83. ע"א 563/61 הנ"ל. מכאן שמינוי רשות מוסמכת אינו דורש פרסום ברשומות, שכן אין הוא מביא לידי שינוי במשפט הנוהג במדינה: בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק (א פ (ע) 33).

ציבורי — שבעקבותיה מוחלים דינים אזרחיים ופיליליים על בעלי בתים באותו רחוב — אינה נורמה, שכן השינוי במשפט המדינה הינו עקיף. כדי שתקנה תהיה כללית — כלומר, שתקיים את התנאי השני — היא חייבת להיות מופנית אל מספר בלתי מסוים של אנשים. מכאן, שהוראת שר האוצר אל סוחרים במטבע זר לפיה עליהם למכור לירה ישראלית בפחות דולרים מאשר קודם — הוראה שמשמעותה הכלכלית הינה פיתוח המטבע — אינה מקיימת תנאי זה, שכן היא מופנית אל סוחרים הקבועים בשמותיהם ובמעניהם.⁸⁴

חובה כללית זו של פרסום אינה חלה כאשר בחוק ספציפי יש הוראה מפורשת הפוטרת מחובת הפרסום.⁸⁵ גם במקרה אחרון זה אסורה חקיקת סתר. „כל מעשה חקיקה... טעון פרסום ברבים... אפילו אם יש בחוק הוראה מפורשת הפוטרת אותו מעשה-חקיקה מפרסום. אין חוקי סתר במדינת ישראל. כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה חקיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אך אין זאת אומרת שמותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנזי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק“⁸⁶.

בתי המשפט בישראל שומרים בקפדנות על חובת הפרסום, ורואים בחובה זו אחד מסימני שלטון החוק.⁸⁷ עם זאת, במקום שיש פטור מפורש מחובת הפרסום אין בתי המשפט יכולים להטיל חובה זו. דברי בית המשפט שצוטטו לעיל בענין חקיקת סתר משקפים מדיניות ציבורית בריאה, אך אין בכוחם לפסול חקיקת משנה שלא פורסמה ושאינן חובה סטטוטורית לפרסומה. על הכנסת לבטל את הפטור מפרסום, ולהגבילו רק לאותם המקרים בהם יש הכרח בטחוני בכך, כך, למשל, אין למצוא כל הצדקה לכך כי חקיקת משנה של עיריות תהיה פטורה במקרים מסוימים מחובת הפרסום.⁸⁸

השמירה הקפדנית של בתי המשפט על חובת הפרסום אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה כי אין לפרסם בעתון הרשמי תקנה שהשפעתה על משפט המדינה היא עקיפה ולא ישירה.⁸⁹ שכן יש בהלכה זו משום צמצום בלתי מוצדק של חובת הפרסום. בהתאם להלכה זו, יש לפרסם בעתון הרשמי נורמה הנוגעת ישירות לזכויות ולחובות של האזרח, אך אין חובה לפרסם נורמה המהווה תנאי מוקדם להפעלת נורמה כאמור. בהתאם להלכה זו, יש לפרסם בעתון הרשמי נורמה הקובעת כי בני עיר פלוגית חייבים בתשלום מס חדש, אך אין לפרסם בעתון הרשמי נורמה הקובעת כי בני שכונה אלמונית יסופחו לעיר הפלוגית, למרות שתוצאת הסיפוח היא הגדלת המס.⁹⁰ כך, למשל, יש לפרסם בהתאם

84. ע"א 196/63 קרן מושבי הפועל המזרחי ב' סגל (פד"י י"ז, 2391, 2398).

85. ראה למשל סעיף 107 לפקודת בתי הוואר.

86. דברי השופט כהן בע"א 421/61 הנ"ל.

87. נראה לנו כי אין להסתפק בפרסום ברשומות. פרסום זה מגיע לעורכי דין בלבד. יש לחשוב על פרסום יעיל יותר, כגון, בעתונות היומית והמקצועית.

88. ראה סעיף 343 לפקודת העיריות (נוסח חדש).

89. ע"א 563/61 הנ"ל.

90. בענין זה קיים פטור מפורש מפרסום בפקודת העיריות.

להלכה זו תקנה לשעת חרום הנוגעת לזכויות הפרט⁹¹, אך אין לפרסם את הכרזת מועצת המדינה הזמנית כי קיים בארץ מצב של חרום⁹². התוצאה היא כי גורמה כללית, המהווה תנאי להפעלת גורמות אחרות, אינה חייבת בפרסום. תוצאה זו אינה מניחה את הדעת. חובת הפרסום, מן הדין כי תחול, וביתר שאר, על הנורמה הכללית האמורה. היש הצדקה לכך, כי בעוד שיש חובה לפרסם בעתון הרשמי צו המטיל אגרת אשפה, אין חובה זו חלה על צו המביא לפיחות המטבע?

ה. סיכום

בתי המשפט בישראל מקיימים פיקוח משפטי נרחב על חקיקת המשנה אין הם מסתפקים בבדיקה חיצונית-מילולית, אלא בודקים גם את תוכן חקיקת המשנה, אם אין בה פגיעה בזכויות הפרט, אם היא לא נעשתה במטרה זרה ואם היא סבירה. בדיקה זו נעשית בכל חקיקת המשנה, הן המקומית והן המרכזית, ואף בחקיקת משנה המנוסחת במונחים כללים וסובייקטיביים. עם זאת, בתי המשפט לא ניצלו את מלוא כוח הבקורת שהוענק בידיהם. הם נמנעו מלפסול חקיקת משנה רטרואקטיבית, וחקיקת משנה הפוגעת בכללי הצדק הטבעי, למרות שאפשר לראות חקיקת משנה זו כבלתי סבירה. בכך הם יצרו הבחנה בין אקטים אינדיבידואליים (בהם יתערב בית המשפט) לבין אקטים כלליים (בהם לא יתערב בית המשפט). הבחנה זו אינה מוצדקת. עילות ההתערבות באקטים אינדיבידואליים חייבות להזדהות לעילות ההתערבות באקטים כלליים. הזדהות זו קיימת בכל הנוגע לעילות כמו פגיעה בזכויות הפרט, מטרה זרה וחוסר סבירות, ועל כן מן הדין להחילה גם על הרטרואקטיביות ופגיעה בכללי הצדק הטבעי.

מגמת בתי המשפט היא להרחיב את היקף הפיקוח על חקיקת המשנה. מגמה זו נובעת, בין השאר, בשל שני שיקולים עיקריים: ראשית, כתי המשפט נכחו לדעת כי מלאכת הפיקוח על חקיקת המשנה נופלת בעיקר על שכמם, וכי מלבדם אין כל פיקוח יעיל אחר⁹³. במקום שהכנסת אינה מפקחת חייב בית המשפט לספק כדי להגן על זכויות הפרט; שנית, הנסיון מאז קום המדינה לימד כי המינהל אינו מרסן את עצמו, ומשהדל להגביר סמכויותיו, ולהרחיב התערבותו בחיי הפרט. מכאן, שיחס האמון של בתי המשפט למינהל שהיה קיים בעבר, שוב אינו מוצדק באותה מידה.

מבחינה משפטית-טכנית מעטים המעצורים על כוח הבקורת של בית המשפט, וזאת בעיקר משני טעמים: ראשית, כבר ראינו כי בקורת בתי המשפט נעשית בדרך של כללי פרשנות הבאים לחשוף את מטרת המחוקק. כל עוד לשון החוק אינה מורה באופן ברור על כוונה זו, חפשי בית המשפט ליחס למחוקק כוונה משוערת. כך, למשל, קבעו בתי המשפט כי אין הם בודקים את

91. חובה זו קיימת גם מכוח סעיף 10 (ג) לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ה-1948.

92. זהו הדין לפי הלכת אצלאן. למעשה קובע סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ה-1948 כי יש לפרסם בעתון הרשמי את ההכרזה על מצב החרום.

93. הפיקוח הפרלמנטרי על חקיקת המשנה מחבטא בישראל בשתי דרכים: פיקוח מליאת הכנסת ופיקוח ועדות הכנסת. הפיקוח הראשון אינו יעיל והפיקוח השני אינו מקיף.

היעילות של האקט המינהלי, להבדיל מהוקיותו.⁹⁴ קביעה זו היא פרי של ריסוך עצמי, ואינה מחויבת מבחינה משפטית-טכנית. כשם שבתי המשפט קבעו כי אין ליחס למחוקק את הכוונה להסמיך את המינהל ליצור אקטים בלתי סבירים, כן ניתן לייחס למחוקק את הכוונה שהמינהל לא יוכל ליצור אקטים בלתי יעילים. לשון אחר: ניתן לראות בחוסר יעילות אספקט של חוסר סבירות; שנית, בעקבות המשפט האנגלי, אף אצלנו יצירת הכללים הסובסטיביים של המשפט המינהלי נעשית בדרך של פירוש הסמכות הפרוצדוראלית של בית המשפט. המינהל אינו חייב באותם ענינים שאין לבית המשפט סמכות שיפוט עליהם.⁹⁵ בדומה, המינהל כפוף לאותם ענינים שלבית המשפט סמכות לדון בהם ולתת סעד. המשפט הסובסטיביבי הינו פרי המשפט הפרוצדוראלי. ככל שהסמכות הפרוצדוראלית רחבה יותר, כן גדל כח הפיקוח של בית המשפט. לאור הנחה זו, מעטים המעצורים על היקף התערבות בית המשפט, שכן בית המשפט הגבוה לצדק מוסמך לדון.⁹⁶ בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר.

ההגבלה על התערבות בית המשפט במעשי המינהל בכלל, ובחקיקת המשנה בפרט, אינה נובעת משיקול משפטי-טכני. מקורה העיקרי⁹⁷ מצוי בחשש של בית המשפט כי הגברת הפיקוח על חקיקת המשנה לא תישאר לאורך ימים ללא מענה מטעם המינהל. המינהל, הרואה עצמו נפגע מפיקוח בתי המשפט, מנסה לכבול את בית המשפט כבילה סטטוטורית על ידי פניה לגוף המחוקק. בשיטה כמו שלנו, בה הגוף המחוקק נוטה לקבל את פניית המינהל, עשוי הפיקוח המוגבר של בית המשפט להתקל בפעולת גומלין של המחוקק. נסיון העבר מלמד, כי לחשש זה יש יסוד. כבר ראינו, כי הגברת ההתערבות של בית המשפט הביאה לידי כך שסמכויות המינהל נוסחו באופן סוביקטיבי, ובכך נעשה נסיון להגביל את כוח ההתערבות של בית המשפט. בעוד שנסיון זה לא עלה יפה, הרי נסיונות אחרים של המינהל השיגו מטרחהם. כך, למשל, לא הוכרה בתחילה חובה של המינהל לנמק החלטותיו.⁹⁸ במשך הזמן יצרו בתי המשפט חובה זו,⁹⁹ והיו בודאי פוסלים מעשה מינהל בלתי מנומק. בא המחוקק ונתן לחובת ההנמקה לבושי

94. ראה בג"ץ 311/60 מילר נ' שר החברה (פד"י ט"ז, 1989).

95. ראה ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש (פד"י ט"ז, 1210, 1215). אומר השופט זוסמן: "מקובלני מן המשפט האנגלי, כי שתי השאלות, תחום סמכותו של בית המשפט לפקח על מעשה הרשות ולהתערב בו על ידי הצווים הפרודגטיביים מזה, ותקפו של המעשה או בטלותו מזה, אחוזות ושלובות הן אחת בשניה. אמנם לכאורה לא תיקבע מידת תקפו של מעשה הרשות על פי הלכות סדרי הדין, אלא על ידי המשפט המינהלי המהותי, אך הא בהא תליא: כל אימת שאין בית המשפט רשאי להתערב בדבר, מעשה הרשות שריר וקיים".

96. סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957.

97. שיקול חשוב אחר — שלא זה המקום להרחיב הדיבור עליו — הינו האופי הלא דמוקרטי ב"חקיקת שופטים".

98. ראה בג"ץ 16/48 ברון נ' שרי מחשלת ישראל הזמנית (ב' פ' 405).

99. ראה בג"ץ 143/56 אחניני נ' המפקח על החברה (פד"י י"א, 370).

סטטוטורי¹⁰⁰, אשר לתוקף החלטה בלתי מנומקת נקבע בחוק כי זו אינה בטילה¹⁰¹, אלא רק מעבירה את נטל ההוכחה בדומה בתחילה לא הוכרה חובת המינהל לערוך מכרזים. במשך הזמן פתחו בתי המשפט את דיני המכרזים¹⁰², ופסלו מכרזים וחוזים שנערכו בניגוד לכבלי בתי המשפט¹⁰³. לאחרונה הוצע כי דיני המכרזים של רשויות ציבוריות יקבעו בחוק של הכנסת. הצעת החוק קובעת כי העדר מכרז או פגיעה בדיני המכרז אינה פוגעת בתוקף החוזה¹⁰⁴.

מכאן, שהגברת הפיקוח של בתי המשפט על חקיקת המשנה הינו תפקיד עדין וקשה של בית המשפט. "הכמה רבה וחוש מיוחד במינו דרושים לכך שיעלה בידי השופטים להושיט עזרה לפרט עד אותו גבול שאפשר להגיע אליו מבלי להתגרות במחוקק, כלומר, מבלי להביא לידי תגובות תחקיתיות של הרחבה וחזוק מוגברים של חופש פעולתו של המינהל, תגובות שיהיה בהן כדי לרפות עוד יותר את שלטון החוק"¹⁰⁵. לא כל מה שאפשרי מבחינה משפטית-טכנית רצוי גם מבחינת המדיניות הציבורית.

לאור גישה זו ספק אם הגיע הזמן להעמקת התערבות בית המשפט ביעילות המינהל. מאידך גיסא, משהוכרו עילות התערבות באקטים אינדיבידואליים אין כל חשש להרחיבם גם לעבר אקטים כלליים. כשם שהמינהל התרגל לכך כי אקטים מינהליים – בין אינדיבידואליים ובין כלליים – בלתי סבירים, ובעלי מטרה זרה, הם בטלים ומבוטלים, וכשהם שהתרגל לכך כי אקט מינהלי אינדיבידואלי רטרואקטיבי הפוגע בזכויות הפרט ואקט אינדיבידואלי הפוגע בכללי הצדק הטבעי אינו תופס, כן יתרגל לכך, כי גם אקט מינהלי כללי רטרואקטיבי ופוגע בכללי הצדק הטבעי אינו תופס.

ד"ר אהרון ברק

100. חוק לחיקון סררי המנהל (הנמקה), תשי"ט-1959.

101. סעיף 6 לחוק הנ"ל.

102. ראה זמיר, "דיני מכרזים ציבוריים", הפרקליט, כרך כ', עמ' 226.

103. בג"ץ 316/63 גזית ושחם, חברה לבנין בע"מ נ' רשות הנמלים.

104. ראה הצעת חוק זכסי המדינה (הזמנת עבודות ורכישת טובין), תשכ"ג (תזכיר), סעיף 33: "הככם שנתתם על ידי מומין לא יהא פסול בשל כך בלבד שהוא נעשה שלא על פי הוראות חוק זה".

105. קלינגהופר, שם, בעמ' 204.