

הסדרים ראשוניים

מאת
גדעון ספיר*

תקציר

איסור האצלת סמכות להכרעה בעניינים ראשוניים מן המחוקק לרשות המבצעת מהווה עיקרון חוקתי בכמה מדינות. בישראל הוא נהנה ממעמד של חוקה פרשנית הניתנת לסתירה, וזו קיבלה בשנים האחרונות משנה תוקף. אולם יש מדינות מערביות שבהן האיסור אינו קיים. גם בארצות-הברית יש המטילים ספק בנחיצותו ומתנגדים להפעלתו. במאמר אני פורש את הטענות השונים בעד ונגד אימוצו של העיקרון, ומציע שתי תובנות טנטטיביות: (א) אין הצדקה לשדרוגו של העיקרון למעמד של חוקה חלוטה, אך יש הצדקה לשמירה על מעמדו כחוקה פרשנית הניתנת לסתירה; (ב) יש להבחין בין שני דגמים של האצלה – האצלה גלויה והאצלה נסתרת. השנייה בעייתית יותר מהראשונה, ובכל מקרה יש לפוסלה.

א. מבוא

ב. העיקרון

1. העיקרון בישראל

(א) מגמת התחזקות

(ב) הסברים אפשריים להתחזקות

2. הבחנות

(א) חזקת איסור מול איסור מוחלט

(ב) האצלה גלויה מול האצלה נסתרת

ג. טענות בעד העיקרון

1. בהירותן של הנורמות ומניעת שרירות מצד המנהל

2. שלטון החוק

3. הפרדת רשויות

4. הגנה על זכויות הפרט

5. מניעת השפעה לא-הוגנת

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי לדפנה ברק-ארוז על הערותיה המועילות, ולרומן זינגרד על עזרתו במחקר.

6. הכרעה דמוקרטית
7. דמוקרטיה עשירה
- ד. טיעונים נגד העיקרון
 1. מקצועיות
 2. הכשל האנטי-רובני
 - (א) מדוע הכשל רלוונטי
 - (ב) דיגמות
 - (ג) השוואה לארצות-הברית
 - (ד) לאיזו מסקנה מוביל הכשל האנטי-רובני בהקשר של איסור ההאצלה?
- ה. סיכום ומסקנות

א. מבוא

איסור האצלת סמכות להכרעה בעניינים ראשוניים מן המחוקק לרשות המבצעת (להלן: עקרון איסור ההאצלה או העיקרון) מהווה עיקרון חוקתי בכמה מדינות.¹ בישראל הוא נהנה ממעמד של חוקה פרשנית הניתנת לסתירה, וזו קיבלה בשנים האחרונות משנה תוקף. יש הטוענים כי העיקרון כבר מעוגן במסמכים החוקתיים בישראל כעיקרון מחייב, ולא רק כחוקה, וקוראים לבית-המשפט לעשות בו שימוש ככזה.² יהא מעמדו העכשווי של העיקרון

1 לעמדות שונות בשאלה אם עקרון איסור ההאצלה כלול בחוקה האמריקאית ראו, למשל: Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. CHI. L. REV. 1721 (2002); Larry Alexander & Saikrishna Prakash, *Reports of the Nondelegation Doctrine's Death are Greatly Exaggerated*, 70 U. CHI. L. REV. 1297 (2003); Gary Lawson, *Delegation and Original Meaning*, 88 VA. L. REV. 327, 335–353 (2002). בגרמניה העיקרון מעוגן בחוקה ונאכף על-ידי בית-המשפט לחוקה. ראו: DAVID P. CURRIE, *THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 125–134 (1994).

2 ראו אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821, 829 (2001); אריאל בנדור "חוקי-היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה 15, 17 (1999). לדעה שונה ראו את דבריו של המשנה לנשיא חשין בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, תק"על (1)2006 2562 (2006), ס' 22 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין (2006) (להלן: עניין ועדת המעקב): "למותר לומר כי המושגים 'בית נבחרים', 'בית מחוקקים' ו'הרשות המחוקקת' – אלה תיאוריה של הכנסת – וכמותם 'רשות מבצעת', ככינויה של הממשלה, אין ניתן להפיק מהם, באשר הם, את מיתווה סמכויותיהן של הכנסת ושל הממשלה ואת קו הגבול החוצץ בין סמכויות לסמכויות. אכן, לבחינת תחום התפרשותן ותחום גבולותיהן של סמכויות הכנסת והממשלה – ובגידרי סמכויותיה של הממשלה: לתיחום גבולותיה של

אשר יהא, נדמה שקיים קונסנזוס מקיר לקיר בדבר הצדקתו. שופטים ומלומדים מציגים אותו ומצביעים על יתרונותיו.³ אולם עיון בספרות המשווה מלמד כי יש מדינות מערביות שבהן עקרון איסור ההאצלה אינו קיים.⁴ עוד מתברר שגם אצל אחותנו הגדולה שמעבר לים יש רבים המטילים ספק בנחיצותו, ואף כאלה המתנגדים בתוקף להפעלתו. התחזקותו של עקרון איסור ההאצלה בישראל בשנים האחרונות וההצעה להופכו לעיקרון חוקתי מחייב מזמינות אפוא דיון מעמיק בהצדקותיו.

לנוכח אופיו הראשוני של הדיון בהקשר הישראלי, עיקר המאמץ במאמר זה יושקע בהבהרת הטיעונים השונים בעד ונגד אימוצו של העיקרון. תכליתו העיקרית של המאמר היא להציב סימני שאלה ותהיות, ולא להציע מסקנות נחרצות. עם זאת, אבקש בכל-זאת להציע שתי תובנות טנטטיביות:

- הסמכות השירורית – שומה עלינו לבחון וללמוד את עיקרי היסוד המהווים תשתית לשיטת המשפט החוקתית הנוהגת בישראל, שרק כך נדע לקרוא את מפת הסמכויות כהילכתה.³
- ראו, למשל, ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" הד המשפט (תשי"ז-תשי"ח) 202, 203 (נדפס מחדש בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 105, 108 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: ספר קלינגהופר)); יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" משפטים ד 63 (1972) (להלן: זמיר "מחיר היעילות"); יצחק זמיר "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – חקיקת משנה: נוהל והנחיות" עיוני משפט יא 339, 344-348 (1986); אהרן ברק "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה 5, 7 (2000); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 257-258 (1993); דפנה ברק-ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד 369 (2000); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 318-319 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות יסוד 163-171 (2005).
- בקנדה אין איסור האצלה, למעט אולי הגבלה מקומית של האצלה בתחום המיסוי. ראו: PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 14.2(a) (4th ed. 1997) ("In Canada there is no requirement that 'legislative' and 'executive' powers be exercised by separate and independent bodies. A delegation cannot be attacked on the ground that it confers 'legislative' power on the executive branch of government")⁴ המצב דומה. ראו: SURI RATNAPALA, AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW: FOUNDATIONS AND THEORY 105-109 (2nd ed. 2007) ("the Australian High Court, despite having full judicial review power, has declined to impose on Parliament any significant constraint on its competence to delegate its legislative power to the executive"; שם, Australian Communist Party v. Commonwealth (1951) 83 C.L.R. 1 ("It is well established that the so-called separation of powers under the Constitution does not preclude the Parliament from authorizing, in the widest and most general terms subordinate legislation under any of the heads of its legislative power"; שם, בעמ' 106); דבריו של השופט Fullagar, 256-257.

א. אין הצדקה לשדרוגו של עקרון איסור ההאצלה למעמד של חוקה חלוטה, אך יש הצדקה לשמירה על מעמדו כחוקה פרשנית הניתנת לסתירה.
 ב. יש להבחין בין שני דגמים של האצלה – האצלה גלויה והאצלה נסתרת. השנייה בעייתית יותר מהראשונה, ובכל מקרה יש לפוסלה.

מבנה המאמר כדלקמן: בפרק ב אצביע על מגמת התחזקותו של עקרון איסור ההאצלה בישראל בשנים האחרונות, אבחן שני הסברים למגמה זו: משפטי-פורמלי וסוציולוגי, ואחדד שתי הבחנות שייעשה בהן שימוש במאמר: האחת בין חוקת איסור לבין איסור מוחלט, והאחרת בין האצלה גלויה לבין האצלה נסתרת. בפרק ג אציג שורה של טיעונים שהועלו בישראל בעד אימוץ העיקרון. אצביע על חולשותיהם, אך אנסה להבהיר מדוע – גם אם הם אינם משכנעים – הם מבססים בכל-זאת את שתי התובנות דלעיל. בפרק ד אבחן שני טיעונים אפשריים נגד העיקרון, אדחה את הראשון ואקבל את השני, אך אטען שגם הוא עולה בקנה אחד עם שתי התובנות.

ב. העיקרון

1. העיקרון בישראל

(א) מגמת התחזקות

כפי שהגדיר פרופ' קלינגהופר – מגינו הראשון והנחרץ ביותר של עקרון איסור ההאצלה – העיקרון דורש כי "פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק... וכי קביעת אותם הסדרים תהא בסמכותו הייחודית של המחוקק ולא תועבר אל שלטונות מינהליים."⁵
 העיקרון מופיע בגרסות שונות בפסיקתו של בית-המשפט העליון החל בשנותיה הראשונות של המדינה.⁶ אולם, כפי שמציינים רובינשטיין ומדינה, בעשורים הראשונים "נתפס הכלל בדבר הסדרים ראשוניים כמבטא את הדין הרצוי, בלא שניתנה לו משמעות מעשית".⁷ גם היקף תחולתו של הכלל היה מוגבל, ונגע בעיקר באיסור קביעת הסדרים בהתבסס על טיעונים דתיים או מתוך מטרה להגן על רגשות דתיים.⁸ בעשורים האחרונים

5 קלינגהופר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 203.

6 ראו, למשל, בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696 (1952).

7 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 165.

8 ראו, למשל, בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר נתניה, פ"ד ח(2) 1524 (1954); בג"ץ 155/60 אלעזר נ' ראש העיר בתיים, פ"ד יד(3) 1511 (1960). להבחנה בין חקיקה על בסיס טיעונים דתיים לבין חקיקה מטעמי הגנה על רגשות דתיים ראו דני סטטמן וגדעון ספיר "האם מדינה ליברלית רשאית לפעול מתוך הסתמכות על שיקולים דתיים?" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט כה(1) 2009).

גובר כוחו של העיקרון הן מבחינת מידת נכונותו של בית-המשפט לעשות בו שימוש והן מבחינת היקף פרישתו.⁹ בית-המשפט מחיל חזקה פרשנית שלפיה אין בכוונת המחוקק להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים, ועושה כל שביכולתו לפרש את ההסמכה שנתן המחוקק למנהל באופן מצמצם, שלא יאפשר למנהל להכריע בעצמו בסוגיות חברתיות חשובות או בעניינים הכרוכים בפגיעה בחירויות-יסוד.¹⁰ בין הפרשיות שבהן עשה בית-המשפט שימוש בחזקה הפרשנית בולט במיוחד עניין רובינשטיין,¹¹ שבו פסל בית-המשפט העליון את ההסדר שהנהיג שר הביטחון בדבר דחיית השירות לבחורי ישיבות שתורתם אומנותם. לפרשה זו נודעת חשיבות רבה לא רק בשל משמעותה מרחיקת-הלכת, אלא גם משום שבית-המשפט התייחס בה לטעמים שעליהם הוא מבסס את מדיניות ההחמרה באכיפת החזקה הפרשנית.

(ב) הסברים אפשריים להתחזקות

הסבר משפטי פורמלי

חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, קובע את חובת שירות הביטחון. בצד הטלת החובה, החוק מעניק סמכות לשר הביטחון לדחות שירות ביטחון או לפטור ממנו. סעיף 36 לחוק קובע כי השר רשאי לעשות כן "...מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים". במשך שנים ארוכות נהג שר הביטחון לדחות את שירות הביטחון של תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם", תוך שהוא מבסס את סמכותו על עילת "הטעמים האחרים". בעניין רובינשטיין השתמש בית-המשפט בעקרון איסור ההאצלה כמכשיר לפסילת הסדר הפטור לבחורי

9 עם זאת, רובינשטיין ומדינה צודקים בקביעתם כי נכונותו של בית-המשפט לעשות שימוש בעקרון איסור ההאצלה היא מהוססת ובלתי-אחידה. למשל, בית-המשפט קובע כי קביעת הסדר-יסוד בתחום קרנות הפנסיה הינה עניין ראשוני, אך חרף זאת הוא אינו מתערב בהסדרים שנקבעו על-ידי המנהל. ראו בג"ץ 2878/96 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 587 (1998) (השופט זמיר: "קרנות הפנסיה, ובעצם כל קופות הגמל לחיסכון פנסיוני, הן מוסד בעל חשיבות עצומה, מבחינה חברתית כמו גם מבחינה כלכלית. לכן, מן הראוי היה שהסדר החיצוני של קרנות אלה ייקבע בחוק באופן שיטתי ומקיף. אך למרבה התמיהה, עדיין אין חוק כזה"); בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 519 (1999) (השופט ביניש (כתוארה אז): "אכן חשיבותו העצומה של מוסד הפנסיה, הן בהיבט חברתי והן בהיבט הכלכלי, מחייבת חקיקה מקיפה של הכנסת; גם אם חקיקה זו מחייבת הכנה מורכבת וממושכת אין לדחותה עד אין קץ").

10 התחזקות כוחו של עקרון איסור ההאצלה ניכרת גם במספר המקרים שבהם העיקרון מוזכר בפסיקה. בדיקה בפדאור שנעשתה במאי 2007 העלתה 24 מופעים של הביטוי "הסדרים ראשוניים" בתיקים שנפתחו משנת 1995 ואילך, לעומת 11 בלבד בין השנים 1980-1994.

11 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין).

ישיבות מגיוס לצה"ל.¹² בית-המשפט קבע כי קריאת סעיף 36 לאור העיקרון מחייבת פרשנות מצמצמת של ההסמכה הניתנת לשר הביטחון, באופן השולל ממנו את הסמכות לקבוע הסדר עקרוני בעניין כלל בחורי הישיבות.

השימוש בעיקרון היה טעון הסבר, שכן עניין רובינשטיין היווה רק תחנה אחת בשורה ארוכה של עתירות שעסקו בנושא, ובעתירות קודמות כבר ניסו העותרים להשתמש בעיקרון לכיסוס עתירתם אך נכשלו.¹³ הנשיא ברק, שכתב את חוות-הדעת העיקרית בתיק, נדרש אפוא להסביר מה הוביל לשינוי. שתי תשובות היו לו. הראשונה הייתה שבזמן שחלף התרחבו ממדיה של תופעת הפטור, ונתון זה מחזק את אופייה הראשוני של הבעיה.¹⁴ בדבריו אלה הוא מניח למעשה שגם בקבוצת ההסדרים הראשוניים יש מדרג מסוים של ראשוניות, ומדרג זה משפיע על מידת הנחישות בהפעלת העיקרון כחוקה פרשנית. נימוקו השני מתמקד לא בהגברת ראשוניותו של ההסדר, אלא בהתחזקותו של עקרון איסור ההאצלה עצמו:

"בתקופה הראשונה היווה הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים אחד מכללי המשפט הציבורי בישראל. הוא היה חלק מהמשפט המקובל 'נוסח ישראל'. הוא היווה, בעיקרו של דבר, כלל של פרשנות. על-פיו, חוקה פרשנית היא כי הסמכת המינהל לחקיקת משנה או להוראות מינהל, היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד... התקופה השנייה מתחילה עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם... יש בחוקי היסוד על דבר זכויות האדם כדי לחזק את הכלל הבסיסי. חיזוק זה מתבטא בכך כי החוקה הפרשנית, שלפיה ההנחה הינה שתכליתו של החוק לא הייתה להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מקבלת עוצמה נוספת."¹⁵

ודוק, ברק אינו טוען שהמהפכה החוקתית שדרגה את עקרון איסור ההאצלה למעמד של

12 ש.ם.

13 הטענה הועלתה לראשונה על-ידי השופט לנדוי בד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708, 711-712 (1982). לנדוי ציין כי "זו... טענה, שלדעתי ראוייה היתה להישמע", אך לא הכריע בה שכן היא לא נידונה בפסק-הדין מושא העתירה לדיון הנוסף ולא נכללה בבקשה לדיון נוסף. בעקבות דבריו של לנדוי החלו העותרים להתבסס על הטענה, אך נדחו, כאמור. ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988) ("נראה לי, כי הצדק עם העותר, כי רצוי היה הדבר, מכוח עקרונותיו של 'משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי', כי הכנסת תנקוט עמדה מפורשת בשאלת דחיית גיוסם של בחורי ישיבות, ולא תסתפק בהסמכה כללית וגורפת של שר הביטחון ליתן דחיית שירות 'מטעמים אחרים'... בסוגיה שלפנינו לא נקט המחוקק דרכים אלה, והשאיר את ההסדרים הראשונים (טעמים אחרים) בידי שר הביטחון בלבד. עם זאת, אין אני סבור, כי ניתן לומר, שהימנעותה של הכנסת מלקבוע ההסדרים הראשונים והימנעותה מהטלת פיקוח על הסדריו של שר הביטחון, משמעותן שלילתה של אותה הסמכה כללית... את רצונה זה של הכנסת עלינו לכבד"; שם, ס' 65 לחוות-דעתו של השופט ברק (כתוארו דאז).

14 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 11, פס' 41 לחוות-דעתו של הנשיא ברק.

15 שם, פס' 27-31 לחוות-דעתו של הנשיא ברק.

חוקה חלוטה, כלומר, אין מדובר בפסילה מוחלטת של האצלה בעניינים ראשוניים. השינוי שברק מכריז עליו צנוע יותר: העיקרון לא יצא מגדר חוקה הניתנת לסתירה, אלא שמכאן ואילך, כדי לסתור את החוקה ולהסיק האצלה, אי-אפשר להסתפק בפחות מאשר ניסוח מפורש, כזה שאי-אפשר בשום אופן לפרש לשני פנים.¹⁶

בדבריו ברק מקשר בין חוקי-היסוד החדשים לבין שדרוגו של עקרון איסור ההאצלה, אך אינו מפרט מהו בדיוק הקשר. שדרוגו של העיקרון אינו יכול להיות מעוגן באופן ישיר בחוקי-היסוד החדשים, שכן העיקרון אינו כלול בחוקי-היסוד הללו באופן מפורש או אף על-דרך הפרשנות. אולם ניתן להציע שני פירושים אחרים לדברי ברק, המקשרים באופן עקיף בין "המהפכה החוקתית" לבין שדרוג העיקרון. לפי הפירוש הראשון, תכליתו של העיקרון היא הגנה על זכויות אדם,¹⁷ ולפיכך משעה שהגנה על זכויות אלה שודרגה, הדבר מבטא בעקיפין כוונה כללית יותר מצד הכנסת לשדרג גם את העיקרון, אשר תכליתו לפי הנטען זהה. לפי הפירוש השני, שדרוגו של העיקרון נובע מהשינוי שחל במעמדה של פירמידת הנורמות. פירמידה זו, הקובעת את המדרג בין דברי החקיקה השונים, התקיימה בעבר במלואה רק בתיאוריה, שכן בהעדר חוקה היה אפשר להפעילה רק ביחסים שבין חקיקה ראשית לבין חקיקת-משנה. עם חקיקתם של חוקי-היסוד, הנהנים ממעמד חוקתי, נכנס "דייר" גם למדרגה העליונה של הפירמידה, דבר שמוסיף לתוקפה. אך פירמידת הנורמות מבחינה בין דברי החקיקה השונים לא רק לפי משקלם השונה, אלא גם לפי זהותה של הרשות השלטונית שאמורה לטפל בכל אחד מהם ולפי התכנים שכל אחד מהם אמור לכלול: בראש הפירמידה ניצבת חוקה, שעוסקת בעקרונות-היסוד ונוצרת על-ידי המכונן; באמצעה חקיקה ראשית, שעוסקת בהסדרים ראשוניים ואמורה להיווצר על-ידי המחוקק; ובתחתיתה חקיקת-משנה, שעוסקת בהסדרים משניים ונוצרת על-ידי הרשות המבצעת. ייתכן שלדעת ברק, השלמת הפירמידה בהיבט המדרגי מעניקה משנה תוקף גם לשני היבטיה האחרים – נתון שמשמעו גם חיזוק מעמדו של עקרון איסור ההאצלה, אשר אוכף את ההבחנה בין חקיקה ראשית לבין חקיקת-משנה הן מבחינה תוכנית והן מבחינה זהותו של הגורם היוצר.¹⁸

הסבר סוציולוגי

התנהלותו של בית-המשפט העליון מתאפיינת בעשורים האחרונים בנכונות הולכת וגוברת לבחון באופן מהותי את פעולותיהן של רשויות השלטון האחרות.¹⁹ חקיקתם של

16 לפרשנות אחרת של פסק-הדין, שממנה משתמע כי עקרון איסור ההאצלה שודרג בו למעמד של חוקה חלוטה, ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 170.

17 ראו את הדיון בפרק 4 להלן.

18 אך ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 381, המציינת כי גם לאחר חקיקתם של חוקי-היסוד לא מצאה חוקת האיסור "כל ביטוי בפסיקה... של בית-המשפט. אדרבה, בעניין חורב נדחתה הטענה בדבר ההסדרים הראשוניים, תוך הפניה להסדר של דחיית השירות של בחורי הישיבות!"

19 לסקירה ולהערכה ראו, למשל, רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי:

חוקי-היסוד בענייני זכויות אדם בשנת 1992, והפרשנות המרחיבה ביותר שנתן בית-המשפט למהלך זה, סיפקו לבית-המשפט כלי משמעותי להרחבת הביקורת המהותית. אולם, כפי שצפה נשיא בית-המשפט העליון לשעבר משה לנדוי כבר בשנת 1971,²⁰ כניסתו של בית-המשפט העליון למגרש המשחקים הפוליטי הובילה לערעור תדמיתו הניטרלית של בית-המשפט, וכפועל יוצא מכך לפגיעה בלגיטימציה הציבורית שממנה נהנה בית-המשפט.²¹ האקדמיה המשפטית בישראל לא השמיעה כמעט את קולה נגד שינוי החזית של בית-המשפט,²² אך במערכת הפוליטית, ובקרב מגזרים מסוימים בציבור הישראלי, הולך וגובר עם השנים חוסר הנחת, בלשון המעטה, מהתנהלותו של בית-המשפט, וגוברים הקולות לקצץ את כנפיו.

בנסיבות אלה נהפך עקרון איסור ההאצלה לכלי אטרקטיבי במיוחד בעבור בית-המשפט. השימוש בו מאפשר לבית-המשפט להמשיך להתערב בהכרעות פוליטיות שאינן נראות בעיניו, אך להציג את התערבותו ככזו שאינה מבוססת על הפעלת שיקול-דעת ערכי חזק מצידו. לדוגמה, פסק-הדין בעניין רובינשטיין רווי בהתבטאויות ערכיות, שמהן משתמע בצורה ברורה ביותר מהי עמדתו של בית-המשפט בעניין הסדר הפטור לבחורי ישיבות.²³ עם זאת, בסופו של יום בית-המשפט פוסל את ההסדר הקיים לא בשל הפגם הערכי שהוא מוצא בו, אלא מן הטעם של העדר סמכות, וזאת תוך שימוש בעקרון איסור ההאצלה. השימוש בעיקרון מאפשר אם כן לבית-המשפט להמשיך להתערב בשיקול-דעתן של רשויות השלטון האחרות, תוך הפעלת שיקול-דעת ערכי עצמאי, תוך מזעור המחיר הפוליטי הכרוך בסוג כזה של התערבות.

-
- בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (התש"ס) (להלן: אקטיביזם שיפוטי); אשר מעוז "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית משפט" פלילים ח 389 (1999); דפנה ברק-ארו "בג"ץ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה(2) 219 (1996); זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה" משפט וממשל ה 235 (1999).
- 20 משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כז 30 (1971).
- 21 ראו, למשל, מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח 211, 232-233 (1997) ("מעמדה של הרשות השופטת בתוך המסגרת החוקתית אינו מצוי מחוץ לגדרות המחלוקת הפוליטית. היפוכו של דבר: אחת ההשלכות הבולטות של 'המהפכה החוקתית'... היא גרירת בית המשפט ללב המחלוקת הפוליטית... במציאות חדשה זו, שוב אין שופטי בית המשפט העליון נחשבים על ידי כל הציבור כפוסק אובייקטיבי במחלוקות משפטיות. חלקים ניכרים בציבור, ובפרט הציבור החרדי, רואים את המערכת המשפטית האזרחית כמשתתף אקטיבי בוויכוח הפוליטי").
- 22 למעט חריגים מעטים. ראו, למשל, רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997).
- 23 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 11. הדברים ברורים לא רק בחוות-דעתו של השופט חשין, אלא גם בחוות-הדעת העיקרית שכתב הנשיא ברק.

2. הבחנות

(א) חוקת איסור מול איסור מוחלט

כאמור לעיל, עקרון איסור ההאצלה נהנה כיום בישראל ממעמד של חוקה הניתנת לסתירה. זאת, להבדיל ממעמד של חוקה חלוטה. אילו היה לעיקרון מעמד של חוקה חלוטה, כל האצלה מן המחוקק לרשות המבצעת של קביעת הסדרים ראשוניים הייתה בטלה. לעומת זאת, המעמד של חוקה הניתנת לסתירה פירושו שאם הוכחה, למעלה מכל ספק, כוונת האצלה מהמחוקק לרשות המבצעת, כִּי־אז החוקה נסתרת וההאצלה תקפה. ניתן להדגים את ההבדל בין השתיים תוך שימוש בדוגמה של הסדר הפטור לבחורי ישיבות. כאמור, בית־המשפט העליון פסל את ההסדר הקיים בעניין בהתבסס על העיקרון. הוא קבע שקריאת סעיפי החוק לאור העיקרון מחייבת פרשנות מצמצמת של ההסמכה הניתנת לשר הביטחון, באופן השולל ממנו את הסמכות לקבוע הסדר עקרוני בעניין כלל בחורי הישיבות. בית־המשפט הורה למחוקק לשבת על המדוכה ולעגן את ההסדר שייקבע בחקיקה ראשית. הכנסת פעלה בהתאם, וקבעה בחוק הסדר מפורט בעניין.²⁴ אך נביח שהכנסת הייתה פועלת בדרך שונה, ובמקום לחוקק חוק מפורט היא הייתה מתקנת את החוק הקיים ומסמיכה את שר הביטחון, מפורשות ובלשון שאינה משתמעת לשני פנים, לקבוע את המדיניות – ואת ההסדר הנובע ממנה – בעניינם של בחורי ישיבות. במצב המשפטי הנוהג כיום, שלפיו עקרון איסור ההאצלה נהנה ממעמד של חוקה הניתנת לסתירה בלבד, היה זה סוף־פסוק מבחינת אפשרות הפעלתו של העיקרון. בית־המשפט היה יכול לתקוף את החוק בעילות תקיפה מהותיות, אך לא היה יכול לפוסלו בעילה של האצלה לא־ראויה. המצב היה שונה אילו נהנה העיקרון ממעמד של חוקה חלוטה. במקרה כזה היה בית־המשפט יכול לפסול את החוק בשל הסתירה בינו לבין העיקרון.²⁵

(ב) האצלה גלויה מול האצלה נסתרת

האצלה גלויה היא הפשוטה מבין השתיים: המחוקק מעניק במפורש לרשות המבצעת את הסמכות להכריע בעניין מסוים.²⁶ האצלה נסתרת כשמה כן היא – אין בה העברה מפורשת מצד המחוקק של הסמכות להכריע. כל שהמחוקק עושה הוא ניסוח הנורמה בשפה עמומה. לכאורה, המשימה המוטלת על כתפי הרשות המבצעת במקרה כזה אינה להחליט, אלא רק לפרש החלטה שהתקבלה על־ידי המחוקק, ופרשנות חקיקה היא משימה לגיטימית

24 ראו חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, ס"ח 521.
 25 שאלה מעניינת, שלא נוכל להתייחס אליה כאן, היא אם גם לעקרון איסור ההאצלה יש מקום להצמיד פסקת הגבלה, כמו לזכויות המהותיות.
 26 דוגמה טובה להאצלה גלויה תמצא בס' 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, ס"ח 57, המסמיך את מועצת מקרקעי ישראל לקבוע את "המדיניות הקרקעית", מבלי שהחוק קובע דבר ברמה המהותית. להתייחסות ביקורתית לחוק ראו, לאחרונה, דפנה ברק־ארו "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"צ הקרקעות החקלאיות" המשפט 291 (2005).

שהרשות המבצעת נדרשת לבצע באופן שגרתי. אך כל זאת רק לכאורה. למעשה, להבדיל ממקרים אחרים שבהם נדרשת פרשנות אגב יישום חקיקה, כאן הצורך בפרשנות תוכנן מראש על ידי המחוקק, אשר השאיר במכוון את השאלה המהותית בלתי־מוכרעת. לשון אחר, האצלה נסתרת מתרחשת במקרים שבהם המחוקק מנסח את החוק בעמימות במכוון, באופן שלא רק מאפשר לרשות המבצעת להכריע בשאלה השנויה במחלוקת בטרם תוכל להפעיל את החוק, אלא למעשה מחייב אותה לעשות זאת.²⁷

דוגמה טובה להאצלה נסתרת ניתן למצוא בהסדריו של חוק השבות.²⁸ חוק זה מעניק לכל יהודי באשר הוא זכות, אוטומטית כמעט, להתאזרח במדינת־ישראל. השאלה מיהו יהודי לצורכי חוק השבות נושאת ללא ספק אופי ראשוני. אולם חרף אופייה הראשוני, מעולם לא הוכרעה השאלה על־ידי הכנסת. כאשר התקבל החוק בשנת 1950, לא נכללה בו כלל הגדרה ל"יהודי". אולם גם לאחר שתוקן החוק בשנת 1970, בעקבות פרשת שליט המפורסמת,²⁹ לא הוכרעה השאלה במלואה. המחוקק הגדיר "יהודי" כבן לאם יהודייה או כמי שהתגייר, אך לא הבהיר איזה גיור יוכר לצורכי החוק.

לפחות בפעם השנייה, ההימנעות מהגדרה מדויקת לא הייתה פרי היסח־הדעת. היא שיקפה ניסיון של המחוקק להתחמק מן הצורך להכריע בשאלה מהותית השנויה במחלוקת עמוקה בקרב הציבור בישראל.³⁰ עיון בדיוני הכנסת עובר לתיקון חוק השבות מלמד כי הניסוח העמום של הגדרת "יהודי" בתיקון לחוק השבות נבחר במטרה לעקוף את המחלוקת שהתגלעה בין המפלגות האורתודוקסיות לבין מתנגדיהן בשאלה אם גיורים קונסרווטיביים או רפורמיים יוכרו לצורכי חוק השבות. בהעדר הסכמה נבחרה נוסחה עמומה, שכל אחד יכול להבינה כרצונו.³¹ המשמעות המעשית של בחירה זו הייתה האצלה נסתרת של הסמכות

27 לתיאור השימוש בכלי זה כאמצעי להתחמקות מכוונת מקבלת החלטה, תוך הסוואת עצם ההתחמקות, ראו: DAVID SCHOENBROD, POWER WITHOUT RESPONSIBILITY: HOW CONGRESS ABUSES THE PEOPLE THROUGH DELEGATION 170 (1993).

28 חוק השבות, התש"י-1950, ס"ח 159 (להלן: חוק השבות).

29 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970) (להלן: פרשת שליט).

30 יש הטוענים כי ההימנעות מהגדרה בשלב חקיקת החוק לא נבעה מרצון להתחמק מן המחלוקת, אלא מהנחתם של מייסדי המדינה שהדבר אינו נחוץ. כך, למשל, כתב שופט בית־המשפט העליון משה זילברג: "אין נודעת חשיבות מרובה כל כך לדיוק ההגדרה המשפטית. כי חוק השבות, סוף סוף לא לסכסוכים ולמשפטים נוצר. מטרתו היא שיבת בנים לגבולם, ואם אדם הרואה עצמו יהודי מבקש לעלות ארצה, ושלטונות העלייה ישוכנעו, על פי כל ראייה סבירה שהיא, כי אמנם יהודי הוא, ודאי לא ינעלו את שערי הארץ בפניו." משה זילברג המעמד האישי בישראל 349 (מהדורה רביעית, 1965). ראו גם את דבריו של שר המשפטים שפירא בדיון בכנסת עובר לתיקון החוק בשנת 1970: "חברי מועצת המדינה הזמנית לא העלו כנראה על דעתם שהמונח לאום עלול אי פעם להוות בעיה משפטית מסובכת. כנראה לא נתנו דעתם על מכלול הבעיות הכרוכות בנישואי תערובת." ד"כ 56, 723 (התש"ל).

31 ראו את הוויכוח שהתנהל במליאת הכנסת סביב הניסיון לבסס הגדרה ברורה יותר במהלך הקריאה הראשונה להעברת התיקון לחוק, שם, בעמ' 723-787.

להכריע בשאלת תוקפם של גיורים קונסרוטיביים ורפורמיים לשר הפנים, המופקד על ביצועו של חוק השבות.

ג. טיעונים בעד העיקרון

אשדות של מילים נשפכו מקולמוסיהם של שופטים בישראל לתיאור הבעייתיות שבהאצלת סמכויות להכריע בעניינים ראשוניים מן המחוקק לרשות המבצעת. הללו משתמשים בשפע של ביטויים חריפים בגנותה של ההאצלה, ומציגים שורה של טיעונים שתומכים לדעתם באיסורה. הפרק הקרוב יוקדש לתיאור תמציתי של טיעונים אלה ולבחנתם במבט ביקורתי. סדר הצגת הטענות נקבע בהתאם למידת חשיבותם בעיני הכותב, לפי סדר עולה: תחילה הטענות המשכנעים פחות, ואחר כך הטענות החזקות יותר.

1. בהירותן של הנורמות ומניעת שרירות מצד המנהל

הטיעון הראשון לטובת עקרון איסור ההאצלה הוא שאימוצו נדרש כדי למנוע שרירות וחוסר בהירות בפעולות המנהל. כפי שהסביר הנשיא שמגר: "כפשוטו ובעיקרו מתייחס ביטוי זה [שרירות]... למעשה שנעשה על-ידי רשות, מבלי לתת את הדעת לנתונים ולנימוקים שלפניה, תוך הסתמכות על כוחה השלטוני ותו לא. לא המירמה שולטת בכיפה במעשה השרירות אלא העדר התחשבות וחוסר תשומת הלב."³² חוסר הבהירות הוא פגם נפרד, אך הוא קשור לשרירות במובן זה שהוא יוצר תנאים נוחים לפעולה שרירותית. בהעדר אמות-מידה בהירות, קל יותר לבעל הסמכות להכריע באופן שרירותי. הטענה היא שכפיית המחוקק להכריע בעצמו בשאלות בעלות אופי ראשוני תביא לידי הבהרת העקרונות שלפיהם המנהל צריך לפעול, וכך תקטן הסכנה שהוא יפעל באופן שרירותי. רציונל זה³³ אינו משכנע. הוא אינו יכול להסביר את הטיפול השונה שיש לתת, לפי ההצעה, להסדרים ראשוניים ולהסדרים משניים. החשש שהרשות המבצעת תפעל בחוסר בהירות ובשרירות רלוונטי ביחס להסדרים משניים לא פחות מאשר ביחס להסדרים ראשוניים, ובכל-זאת איש אינו מעלה על הדעת לאסור על המנהל לטפל בהסדרים משניים. על טענה זו ניתן אולי להשיב שהחשש מפני שרירות וחוסר בהירות קיים אומנם גם בהסדרים ראשוניים וגם בהסדרים משניים, אך הנזק שייגרם משרירות ומחוסר בהירות בהסדרים ראשוניים חמור יותר מאשר בהסדרים משניים, בגלל חשיבותם השונה של העניינים המוסדרים בכל אחד מן התחומים. ההבדל בפוטנציאל הנזק הוא שמסביר את השוני בטיפול בהאצלה בעניינים ראשוניים ובהאצלה בעניינים משניים.

32 בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 460 (1982).

33 ראו, למשל, עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 2, ס' 35 לחוות-דעתו של השופט חשין ("שני טעמים עיקריים לעיקר-תשתית זה: אחד, להגן ככל הניתן על חירויות הפרט מפני שרירות השלטון...") (ההדגשה הוספה).

תשובה זו הייתה מספקת אילו היה אפשר להראות שאכן קיימת עדיפות מבחינה מעשית לאיסור האצלה מהמחוקק לרשות המבצעת על התרת האצלה תוך התמודדות עם סכנת השרירות וחוסר הבהירות במסגרת הפיקוח על פעולת הרשות המבצעת. אך לא ברור שיש עדיפות כזאת. איסור האצלה הוא רק דרך אחת לטפל בסכנת השרירות וחוסר הבהירות. תרופה אחרת שפיתח בית-המשפט לסכנה זו – תרופה אשר נאכפת דרך קבע ביחס להחלטות מנהליות בהסדרים משניים – היא הדרישה מן המנהל לקבוע נורמות ברורות ומנומקות ולפרסמן.³⁴ מתן היתר למחוקק להאציל לרשות המבצעת סמכויות בעניינים ראשוניים אינו שקול למתן היתר לרשות המבצעת להחליט בעניינים אלה באופן שרירותי וללא אמות-מידה ברורות ומנומקות. גם אם נאפשר האצלה בעניינים ראשוניים, נוכל עדיין לאכוף על המנהל בעניינים אלה את הדרישה לקביעת נורמות ברורות ומנומקות ולפעולה לפיהן.³⁵ לא ברור מהו היתרון של השארת העניין בידי המחוקק על אכיפת החובה לקבוע אמות-מידה ברורות על הרשות המבצעת.³⁶ לכן לא ברור מדוע יש להתעקש על עקרון איסור האצלה, ולא להסתפק בתרופה החלופית של אכיפת החובה על המנהל לקבוע אמות-מידה ברורות ולפעול לאורן.

2. שלטון החוק

"שלטון החוק... אינו מרשה למחוקק לוותר לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים, דהיינו, להעביר אליו סמכות זו. כל מסירה של הסמכות האמורה לרשות מינהלית מנוגדת לשלטון החוק. מקום בו שורר שלטון החוק, אין המחוקק חפשי לבחור בין שתי הדרכים, דהיינו לכבול בעצמו את המינהל על-ידי חקיקת הסדרים ראשוניים, או להסמיך את המינהל לעשות תחתיו מלאכה תחיקתית זו; אלא שומה עליו לקבוע הסדרים אלה בכבודו ובעצמו. עקרון שלטון החוק דורש כי כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי, וכי קביעת אותם הסדרים תהא בסמכותו הייחודית של המחוקק ולא תועבר אל שלטונות מינהליים."³⁷

34 אכן, בעניין ועדת המעקב, שם, קבלו העותרים הן על העדר חקיקה ראשית והן על חוסר הבהירות והשרירות שיש לטעמם באמות-המידה שקבעה הממשלה. ברור שאלה קווי טיעון נפרדים, ופתרון בעיית השרירות וחוסר הבהירות יכול לבוא על פתרונו גם מבלי לשלול מן הממשלה את הסמכות לקבוע אמות-מידה בנושא.

35 ניתן גם לנקוט גישה מחמירה יותר ולחייב את הרשות המבצעת להסדיר את העניין הראשוני בדרך של חקיקה פורמלית, כלומר, בדרך של התקנת תקנות.

36 לגישה המעדיפה אכיפת דרישות פרוצדורה על פעילות המנהל במקום איסור האצלה ראו: Lisa Schultz Bressman, *Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State*, 78 N.Y.U. L. REV. 461 (2003).

37 ספר קלינגהופר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 108.

את עקרון שלטון החוק מקובל לחלק, לפחות בישראל,³⁸ לשני עקרונות-משנה: שלטון החוק המהותי ושלטון החוק הפורמלי. את עקרון איסור ההאצלה ניתן לתלות הן בפן המהותי של שלטון החוק³⁹ והן בפן הפורמלי שלו. בפן המהותי נטפל בהמשך. כעת נבחן את האפשרות לתלות את עקרון איסור ההאצלה בפן הפורמלי של עקרון שלטון החוק. גם לפן זה יש כמה היבטים,⁴⁰ אשר הרלוונטי מביניהם לענייננו הוא עקרון חוקיות המנהל. מקובל לכלול בעקרון חוקיות המנהל שני עקרונות-משנה: כל פעולה של הרשות המבצעת טעונה הסמכה מצד המחוקק, וכל פעולה הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם טעונה הסמכה מפורשת. כדי לבסס את עקרון איסור ההאצלה על עקרון חוקיות המנהל, עלינו להניח שעקרון חוקיות המנהל כולל עקרון-משנה שלישי השולל הסמכה בעניינים ראשוניים.

הניסיון לבסס את עקרון איסור ההאצלה על עקרון חוקיות המנהל הוא בעייתי. עקרון חוקיות המנהל מבוסס על ההנחה כי שימוש בכוחות מצד השלטון פוגע בחירותו של האזרח, וכי פגיעה זו ניתנת להצדקה רק אם הציבור נתן לה את הסכמתו.⁴¹ אומנם, במדינה המודרנית אין אפשרות לקבל הסכמה באופן ישיר, אלא רק בעקיפין, באמצעות המחוקק, אולם גם ב"דמוקרטיה עקיפה" זיהויו של ציבור האזרחים כמקור הסמכות בעינו עומד. הצבת הסמכתם של האזרחים כתנאי מוקדם ללגיטימיות של פעולות שלטוניות יכולה להסביר לא רק את דרישת ההסמכה, אלא גם את הדרישה לקיומה של הסמכה מפורשת כתנאי להכשרת פעולה מנהלית הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם. הסבירות לכך שהאזרחים יסכימו לפגיעה בזכויות הפרט שלהם נמוכה מן הסבירות לכך שהם יסכימו להגבלות אחרות שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות אדם. משום כך, במקרים של פגיעה בזכויות אדם אי-אפשר להסתפק בהסמכה כללית (ובוודאי לא בפיקציה של סמכויות שיוריות או סמכויות-עזר) כבסיס להנחת הסמכה מצד ציבור האזרחים, אלא יש לוודא הסמכה כזאת בדרך של הסמכה מפורשת.

38 לדיון במושג "שלטון החוק" ראו: Richard H. Fallon, Jr., *The Rule of Law as a Concept*

in Constitutional Discourse, 97 COLUM. L. REV. 1 (1997)

39 ראו, למשל, את דבריו של השופט חשין (כתוארו אז) בבג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 504 (1997) ("עקרון שלטון החוק במובנו המהותי מורנו, כי 'הסדרים ראשוניים' חייבים למצוא את מקומם בחוק הכנסת, וכי תקנות לא נועדו, בעיקרן, אלא לביצועם של חוקים בלבד. זה עמוד-האש, זה עמוד-הענן, המורים אותנו הדרך לילה ויום – ובעקבותיהם נלך" (ההדגשה הוספה)).

40 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 266-284.

41 רובינשטיין ומדינה מציעים שתי תכליות אחרות לעקרון חוקיות המנהל – מניעת שימוש לרעה בכוח על-ידי רשויות המנהל, והשאפה שהכרעות ערכיות יתקבלו על-ידי גוף המייצג את ציבור האזרחים. ראו שם, בעמ' 163. איני חולק על חשיבותם של שני היעדים, אלא שלדעתי הם מכוסים על-ידי עקרונות אחרים המוצעים כבסיס לאיסור ההאצלה. כדי לבדל בין העקרונות השונים, עדיף לטעון את חוקיות המנהל בהצדקה האחרת שאני מציע בגוף הטקסט. נוסף על כך, נראה שלפחות הנימוק השני שרובינשטיין ומדינה מציעים מְשווה לעקרון איסור ההאצלה נופך מהותי, אך כאמור, לפחות בישראל, מקובל לקטלגו כפורמלי. נתון זה מעניק יתרון נוסף לרציונל בעל האופי הפורמלי שאני מציע להעמיד בבסיס העיקרון.

ההסבר לעיל מבהיר מדוע עקרון חוקיות המנהל מחייב הסמכה מצד המחוקק לכל פעולה מנהלית והסמכה מפורשת לכל פעולה הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם. אולם הוא אינו מסביר מדוע יש לכלול בעקרון חוקיות המנהל גם איסור האצלת סמכויות בעניינים ראשוניים. בניגוד לשני הכללים האחרים, המתמקדים בצורך להשיג את הסמכת המחוקק, איסור האצלת סמכויות בעניינים ראשוניים שולל מן הרשות המבצעת את הסמכות להכריע בעניינים אלה גם אם המחוקק נתן לכך את הסמכתו המפורשת. אם מקור הסמכות הוא בידי האזרחים, ואם המחוקק מייצג את ציבור האזרחים, הוא צריך להיות ריבוני להאציל את סמכותו לרשות המבצעת גם בעניינים ראשוניים.

עקרון חוקיות המנהל אינו יכול לבסס איסור מוחלט של האצלת סמכויות בעניינים ראשוניים מן המחוקק לרשות המבצעת. אולם הוא עשוי לבסס תביעה מחמירה פחות, שלפיה כדי להכשיר האצלה של סמכויות בעניינים ראשוניים, אי אפשר להסתפק בהסמכה מכללא, אלא יש צורך בהסמכה מפורשת. ההיגיון זהה לזה העומד בבסיס הדרישה להסמכה מפורשת כתנאי לקניית סמכות מצד הרשות המבצעת כאשר הפעלתה כרוכה בפגיעה בזכויות אדם – דרישה אשר מעוגנת כיום בפסקות ההגבלה שבחוקי היסוד החדשים.⁴² מכיוון שהסדרים ראשוניים חשובים יותר לציבור האזרחים מאשר הסדרים משניים, הסבירות לכך שהאזרחים יסכימו לוותר על שליטתם בעניינים אלה נמוכה, ולכן אין להסיק ויתור מצידם אלא אם כן נתנו לכך את הסמכתם המפורשת. במילים אחרות, עקרון חוקיות המנהל אינו מצדיק את הפיכתו של עקרון איסור ההאצלה לחוקה חלוטה, אך הוא מסביר מדוע יש לתת לו מעמד של חוקה הניתנת לסתירה.

3. הפרדת רשויות

עקרון הפרדת הרשויות מניח שלכל אחת משלוש הרשויות יש תפקיד משלה: למחוקק יש סמכויות חקיקה, לרשות המבצעת יש סמכויות ביצוע, ולרשות השופטת יש סמכויות שפטיה. על-פי הנטען, ההכרעה בהסדרים ראשוניים נושאת אופי חקיקתי, ולכן העברתה לרשות המבצעת תפגע בעקרון הפרדת הרשויות.⁴³

הניסיון לבסס את עקרון איסור ההאצלה על עקרון הפרדת הרשויות הוא בעייתי. לפי ההגדרה המקובלת, פעולה חקיקתית נושאת שני סימני זיהוי: נורמטיביות וכלליות.⁴⁴ הכרעה בהסדרים ראשוניים כוללת את שני סימני הזיהוי הללו. אולם סימנים אלה קיימים לא רק בהכרעות בעניינים ראשוניים, אלא גם בהכרעות בעניינים משניים, ואיש אינו מציע לשלול מהרשות המבצעת את הסמכות להתקין תקנות בעניינים אלה. עקרון איסור ההאצלה, האוסר האצלת סמכות להסדיר עניינים ראשוניים, אינו יכול להתבסס אפוא על זיהוי הסדרה כזאת כפעולה חקיקתית. אם הרשות המבצעת ממילא מחוקקת, עקרון

42 לדיון בהגיונה של הדרישה ובהיסטוריה שלה בישראל ראו אורן גול "פגיעה בזכויות יסוד בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381 (1997).

43 לדיון בעקרון הפרדת הרשויות ראו יואב דותן הנחיות מנהליות פרק רביעי (1996).

44 ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא(2) 695 (1957).

הפרדת הרשויות לבדו אינו יכול להסביר מדוע יש למנוע אותה מלחוקק דווקא בעניינים ראשוניים.⁴⁵

על טענה זו ניתן להשיב שאכן, מבחינה מושגית, עקרון הפרדת הרשויות אינו יכול להצדיק הבחנה בין האצלת סמכויות להכרעה בעניינים ראשוניים לבין האצלה דומה ביחס לעניינים משניים. אולם ההיגיון העומד מאחורי עקרון הפרדת הרשויות – ביזור הכוח בין רשויות השלטון השונות, מתוך חשש שריכוזו בידי רשות אחת יעניק לאותה רשות כוח רב ויהפוך אותה לאיום על ציבור האזרחים – רלוונטי לענייננו. המדינה המודרנית אולי אינה מיישמת בדיוקנות את עקרון הפרדת הרשויות, אך היא מקפידה בהחלט על פיזור הכוח בין גורמי השלטון השונים, וזאת במסגרת העיקרון המקביל של "בלמים ואיזונים".⁴⁶ לענייננו, מנקודת המבט המקפידה על פיזור הכוח ככלי להגנת האזרח מפני השלטון, יש בהחלט היגיון בהבחנה בין האצלה של הסמכות להכרעה בעניינים ראשוניים לבין האצלה דומה בעניינים משניים. הפקדת הסמכות להכרעה בעניינים ראשוניים בעייתית יותר מהאצלה בעניינים משניים, משום שהיא מקפידה בידי הרשות המבצעת כוח רב יותר מאשר האצלה בעניינים משניים. משום כך הגיוני להבחין בין השתיים, לאסור את הראשונה ולהתיר את השנייה.⁴⁷

45 התשובה הסטנדרטית לטענה זו היא שפריצת המסגרת ומתן היתר לרשות המבצעת לחוקק נובעים מאילוץ. יצחק זמיר, למשל, מסביר כי "הרשות המחוקקת... אינה מסוגלת לחוקק במהירות הראויה, ובמומחיות הנדרשת, את כל החקיקה הנדרשת לביצוע התפקידים שהיא מטילה על הרשות המבצעת. במיוחד כך בישראל, שצרכים בלתי-רגילים של ביטחון לאומי, קליטת עליה ובניית המשק, דורשים גם, לטובת הציבור, סמכויות בלתי-רגילות". יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 68-69 (1996). אולם גם אם טענה זו נכונה, צריך להסביר מדוע לאחר פריצת המסגרת האנליטית חשוב להתעקש על איסור האצלה בעניינים ראשוניים. תשובתו של הנשיא ברק לכך היא ש"אם הכנסת הינה 'הרשות המחוקקת', הרי כך הסמכה לחקיקת משנה המבצעת את העקרונות ואמות המידה הבסיסיות (ההסדרים הראשוניים) שנקבעו בדבר החקיקה הראשי, עולה בקנה אחד עם עיקרון זה... לעומת זאת, אם החקיקה הראשית מסמיכה את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים, בלא כל הכוונה והדרכה, יש בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות." עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 11, פס' 20 לחוות דעתו של הנשיא ברק. אולם תשובה זו אינה מספקת את ההסבר הדרוש, אלא קובעת קביעה ללא הנמקה.

46 על חוסר האפשרות המעשית ליישם את עקרון הפרדת הרשויות, על העדר הצורך בו לשם הגנה על החירות, על ההבחנה בינו לבין עקרון הבלמים והאיזונים ועל חשיבותו של האחרון, ראו, למשל: Laurence Claus, *Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation*, 25 OXFORD J. LEGAL STUD. 419 (2005). יצוין שיש הטוענים כי "המדינה המנהלית" המודרנית נטשה לחלוטין את עקרון הפרדת הרשויות, אפילו לפי המודל המרוכך של בלמים ואיזונים. לביקורת חריפה בכיוון זה בהקשר האמריקאי ראו: Gary Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative State*, 107 HARV. L. REV. 1231 (1994).

47 לפיתוח הטענה בזכות עקרון איסור האצלה בשם עקרון הבלמים והאיזונים ראו, למשל, SCHOENBROD, לעיל ה"ש 27, בעמ' 107-118.

גם טענה זו אינה מספקת טעם טוב להחלת איסור נוקשה על האצלה. רעיון הבלמים והאיזונים, כשמו כן הוא, מתמקד פחות בשאלה איזו רשות מוסמכת לבצע מה, ועוסק יותר במרכיבי הפיקוח והתלות ההדדית בין רשויות השלטון השונות. מנקודת־מבט זו, השאלה אם קיימים מנגנוני איזון ופיקוח שירסנו את מי שקובע בפועל את ההסדרים הראשוניים חשובה יותר מן השאלה מי מוסמך לקובעם. גם אם נאפשר האצלת סמכות לקביעת הסדרים ראשוניים מן המחוקק לרשות המבצעת, ייוותרו עדיין בידי שתי רשויות השלטון האחרות כלי איזון ופיקוח רבים, וניתן לחשוב גם על יצירתם של כלים נוספים למטרה זו. להלן פירוט קצר של כלים (קיימים או פוטנציאליים) הנתונים בידי הרשות המחוקקת והרשות השופטת לצורך איזון ופיקוח על הרשות המבצעת.

ראשית, הסמכות המקורית לקבוע הסדרים ראשוניים אינה נתונה בידי הרשות המבצעת, אלא בידי הרשות המחוקקת. היא ניתנת להעברה רק בדרך של האצלה. העובדה שהסמכות המקורית מופקדת בידי המחוקק משמשת כלי איזון ראשון במעלה.⁴⁸ על נתון זה יש להוסיף את העובדה שגם לאחר שהרשות המבצעת הסדירה עניין ראשוני שהסמכות להסדרתו הואצלה לה על־ידי המחוקק, המחוקק רשאי תמיד להתערב ולקבוע הסדר שונה בחקיקה.⁴⁹

48 ראו: Thomas W. Merrill, *The Constitutional Principle of Separation of Powers*, 1991 SUP. CT. REV. 225, 251–255 (1991).

49 לטיעון כזה בהקשר האוסטרלי ראו RATNAPALA, לעיל ה"ש 4, בעמ' 107 (המצטטת את דעת השופט Dixon, אשר קבע ב"Victorian Stevedoring and General Contracting Co. Pty. Ltd v. Dignan, (1931) 46 C.L.R. 73 at 102" כ"י: "subordinate legislation which remains under parliamentary control is lacking the independence and unqualified authority which is an attribute of true legislative power... [Control exists so long as parliament retains the capacity] to take the matter back into its own hands" בארצות־הברית הוסדרה סמכותו של המחוקק לבחון את החלטותיה של הרשות המבצעת במסגרת Congressional Review of Agency Rulemaking Act 5 U.S.C. §§ 801–808 (1994). אך ראו: David Schoenbrod, *Delegation and Democracy: A Reply to My Critics*, 20 CARDOZO L. REV. 731 (1999), הטוען שהניסיון האמריקאי מלמד כי המחוקק אינו שש להתערב גם אם הוא אינו מסכים, ובקיצור – שסמכות הביקורת אינה אפקטיבית. ראו גם SCHOENBROD, לעיל ה"ש 27, בעמ' 101, ה"ש 13, שם נטען כי למחוקק קשה לחוקק חוק נגדי, ולכן שתיקתו אינה יכולה לשמש אינדיקציה להסכמה. לעומתו טוען שוק (Schuck) כי לעצם העובדה שלמחוקק יש סמכות לבקר את החלטותיה של הרשות המבצעת יש השפעה חיובית על תהליך קבלת ההחלטות במנהל. ראו: Peter H. Schuck, *Delegation and Democracy: Comments on David Schoenbrod*, 20 CARDOZO L. REV. 775, 786 (1999). טיעונו של שוק דומה מבחינת מבנהו לטיעון שהעלה יואב דותן ביחס להשפעתה של עצם ההכרזה על סמכותו של בג"ץ לבקר את החלטות המנהל בענייני השטחים על דרך קבלת ההחלטות בתחום זה ועל תוכנו. ראו יואב דותן "בג"ץ באינתיפאדה" ספר זמיר 399, 438–439 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי, לעיל ה"ש 19, 5, בעמ' 56–57.

אל כלי הפיקוח והאיוון הנתונים בידי הרשות המחוקקת מצטרפים אמצעי הפיקוח הנתונים בידי בית המשפט. בית המשפט יוכל לקיים הן ביקורת הליכית – קרי, לבחון אם הסמכות אכן הואצלה ואם הליך חקיקת המשנה נעשה כהלכה – והן ביקורת מהותית.⁵⁰ נראה כי הסדרת העניין על ידי הרשות המבצעת דווקא תחזק את הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית – הן בפן המהותי והן בפן ההליכי – בהשוואה להצדקה החלשה יותר שניתן להציע לביקורת שיפוטית על הסדרים ראשוניים, כאשר אלה נקבעים על ידי המחוקק. נכון להיום בית המשפט העליון נמנע כמעט לחלוטין מלהתערב במקרים שבהם נפלו פגמים בהליכי החקיקה של הכנסת, גם כאשר אלה פגעו בצורה קשה ברצינותו של ההליך ובתפקידו להבטיח החלטה שקולה ומבוססת.⁵¹ בהקשר זה ראוי לציין במיוחד את סירובו של בית המשפט להתערב בתופעת "חוקי ההסדרים", הכורכים יחד חבילה עצומה של עניינים מהותיים באופן המונע אפשרות לדון בהם ברצינות לפני הכרעה.⁵² בניגוד לנטייתו לא להתערב בהפרת דרישות ההליך בענייני חקיקה ראשית, בית המשפט מגלה נכונות רבה להתערב בעבודתה של הרשות המבצעת במקרה שבו נופלים פגמים בהליך המנהלי. הבדל זה אינו מקרי, אלא מובן ואף מתחייב מן המעמד השונה שיש לשתי הרשויות המבוקרות. אם הפיקוח השיפוטי על עמידה בדרישות ההליך בהכרעות של הרשות המבצעת הוא קפדני יותר מהפיקוח על הדרישות המקבילות אצל המחוקק, אזי אפשר שההכרעה ברשות המבצעת לא רק שאינה בעייתית יותר מאשר הכרעה ברשות המחוקקת, מן הזווית של ביזור הכוח בין רשויות השלטון השונות, אלא אולי אף עדיפה עליה.⁵³

מעמדן השונה של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת מנקודת מבט דמוקרטית מרחיב לא רק את היקף הביקורת ההליכית שבית המשפט יכול להפעיל ביחס לפעולותיה של הרשות המבצעת, בהשוואה להיקפה ביחס לפעולות המחוקק, אלא גם את היקפה של הביקורת המהותית שבית המשפט יכול להפעיל ביחס להחלטותיה של הרשות המבצעת. ההרחבה תבטא הן בעוצמת ההפעלה של עילות הביקורת הקיימות⁵⁴ והן בהוספת עילות ביקורת. הלגיטימיות של החלטות המחוקק נובעת מהיותו גוף ייצוגי דמוקרטי, ואילו הלגיטימיות של החלטות הרשות המבצעת נשענת על מידת ההיגיון שלהן. לכן, למשל, יהיה

50 שונברוד טוען כי הביקורת השיפוטית אינה יכולה לשמש תחליף להליך הפוליטי. ראו Schoenbrod, לעיל ה"ש 27, בעמ' 108–109. אבל הטיעון שלנו הוא שהביקורת השיפוטית על המנהל טובה מן הביקורת השיפוטית על המחוקק.

51 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, כרך ב – רשויות השלטון ואזרחות, בעמ' 730.

52 ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004) (להלן: עניין ארגון מגדלי העופות).

53 לדעה שונה ראו: Nadine Strossen, *Delegation as a Danger to Liberty*, 20 *CARDOZO L. REV.* 861 (1999).

54 בית המשפט התבטא לא אחת בדבר הצורך לנהוג ריסון בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. הבולט בהתבטאויותיו בכיוון זה הוא השופט זמיר. ראו, למשל, את דבריו של זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68 (1996).

קל יותר להצדיק שימוש באבן-הבוהן של סבירות ביחס להחלטותיה של הרשות המבצעת מאשר ביחס להחלטותיו של המחוקק.

עקרון הבלמים והאיזונים אינו יכול לבסס איסור מוחלט של האצלת סמכויות בעניינים ראשוניים מן המחוקק לרשות המבצעת. גם אם תוכל הרשות המבצעת לקנות לעצמה סמכות חקיקה בעניינים אלה, יהיה אפשר עדיין לאזן את תוספת הכוח באמצעות מבחר של כלי פיקוח ואיזון, קיימים או פוטנציאליים, שיכולים לשמש תחליף טוב לא פחות – ואולי אף טוב יותר – לעקרון איסור ההאצלה ככלי למניעת הצטברות הכוח בידי זרוע שלטונית אחת. עם זאת, בדומה להצדקה מעקרון חוקיות המנהל, נראה שגם ההצדקה מעקרון הפרדת הרשויות עשויה להטות את הכף לטובת שמירה על מעמדו של עקרון איסור ההאצלה כחוקה פרשנית הניתנת לסתירה באמצעות הסמכה מפורשת.⁵⁵ ויתור מוחלט על עקרון איסור ההאצלה בעניינים ראשוניים והפעלת כללי ההאצלה הרגילים גם על עניינים אלה יאפשרו לרשות המבצעת לקנות סמכות בקלות רבה מדי, וימנעו מהמחוקק ומבית-המשפט כלי איזון חשוב. לעומת זאת, הצבת דרישה להסמכה מפורשת כתנאי להאצלת סמכות בעניינים ראשוניים תחזק את היקף הפיקוח על פעולותיה של הרשות המבצעת – הן מצד המחוקק, שהסכמתו המפורשת תידרש כתנאי להפעלת הסמכות, והן מצד בית-המשפט, שיוכל להפעיל ביקורת שיפוטית אפקטיבית למדי גם באכיפת דרישה זו.

4. הגנה על זכויות הפרט

כדי לקשור בין עקרון איסור ההאצלה לבין שמירה על זכויות הפרט, יש להשיב על שתי שאלות: הראשונה – מהו הקשר בין הסדרים ראשוניים לבין זכויות הפרט? והשנייה – מדוע הכרעה של המחוקק בעניינים ראשוניים מסוכנת פחות לזכויות אלה מאשר הכרעה דומה על-ידי הרשות המבצעת? נבחן את שתי השאלות כסדרן.

הקשר בין הסדרים ראשוניים לבין זכויות אדם אינו מובן מאליו. הוא היה מובן אילו הוגדרו ההסדרים הראשוניים כהסדרים הכרוכים בפגיעה בזכויות אדם. אולם נראה ברור שפגיעה בזכויות אדם אינה תנאי הכרחי להגדרת עניין כהסדר ראשוני. אם כך, הרציונל צר מדי, במובן זה שהוא אינו מספק טעם לאיסור האצלה במקרה של הסדרים ראשוניים שאינם כרוכים בפגיעה בזכויות אדם.

על הסתייגות זו ניתן אולי להשיב כי בהקשר של הדיון הנוכחי יש לפרש את המושג "פגיעה בזכויות אדם" ככולל לא רק פגיעה בזכויות הספציפיות המופיעות במסמכי זכויות אדם חוקתיים, אלא כל הגבלה של חופש הפעולה שיש לאדם. אולם גם קריאה מרחיבה זו

55 ס' 37(א) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158, מעניק לשר הממונה על ביצועו של חוק סמכות גורפת להתקנת תקנות לצורך ביצועו, גם ללא הסמכה מפורשת לכך בחוק. דרישת הסמכה מפורשת כתנאי להאצלת סמכות בעניינים ראשוניים משמעה החרגת העניינים הראשוניים מן ההסמכה הגורפת הזו. כשם שהסמכות הכללית להתקין תקנות לצורך ביצועו של חוק אינה חלה במקרים שבהם התקנות פוגעות בזכויות אדם, שאז יש צורך בהסמכה מפורשת, כך היא לא תחול במקרים שבהם התקנות מסדירות עניינים ראשוניים.

של המושג "פגיעה בזכויות אדם" אינה רחבה דייה. יש עניינים שההכרעה בהם אינה כרוכה בהגבלה של חופש הפעולה, גם במובנו הרחב, ובכל-זאת מקובל לראותם כמהותיים – למשל, החלטות בנוגע ליעדי תקציב.⁵⁶ כדי שיהיה אפשר לבסס את עקרון איסור ההאצלה על הרצון להגן על זכויות הפרט, יש לבצע הרחבה נוספת: אומנם לא כל הכרעה מהותית גוררת הגבלה ישירה של חופש הפרט, אפילו במובנו הרחב, אך היא גוררת בהחלט הגבלה עקיפה. למשל, החלטה על יעדי תקציב משפיעה על בחירותיהם של האזרחים, והחלטה על היקף התקציב רלוונטית להיקף המס שייגבה מן האזרחים. הטענה בניסוחה החדש היא אפוא שהחלטות בעלות אופי ראשוני, גם אם הן אינן משליכות באופן ישיר על האוטונומיה של הפרט, משפיעות בצורה משמעותית על חייו של כל אזרח, ועל-כן יש חשיבות לכך שהן יתקבלו באופן שיגן בצורה המיטבית על האינטרס שלו.

גם אם קיים קשר בין הסדרים ראשוניים לבין זכויות הפרט, כדי להצדיק את עקרון איסור ההאצלה בשם ההגנה על זכויות הפרט עלינו להניח שהכרעה של הרשות המבצעת בעניינים ראשוניים מעוררת סכנה גדולה יותר לחירויות הפרט (במובן הרחב) מאשר הכרעה של המחוקק באותם עניינים. מה יכול להיות הנימוק לכך?

תשובה אפשרית אחת היא שבעוד המחוקקים נבחרים על-ידי האזרחים, ולכן נתונים בפיקוחם, בעל-תפקידים ברשות המבצעת אינם כפופים לפיקוח ישיר של הציבור, והדבר מעורר חשש שהם יעשו שימוש לרעה בכוחם השלטוני – אם לטובת עצמם ואם לקידום האינטרס הספציפי שהם מופקדים עליו – במחיר פגיעה באינטרסים כלליים של החברה.⁵⁷ על נכונותה של טענה זו ניתן בהחלט להתווכח. בבסיסה עומד המושג "אחריותיות" (accountability), על חשיבותו הרבה למערכת ממשל תקינה הפועלת לקידום האינטרסים של אזרחיה.⁵⁸ אך השאלה על איזו מרשויות השלטון ניתן לאכוף אחריותיות רבה יותר – על המחוקק או על הרשות המבצעת – שנויה במחלוקת בשיח האקדמי. נדמה שלפחות במאה העשרים ידה של הדעה שלפיה למנהל המקצועי והמיומן יש דווקא יתרון על המחוקק במונחי אחריותיות הייתה על העליונה.⁵⁹ גם כיום יש לדעה זו חסידים רבים, אשר מטילים

56 ראו, למשל, בג"ץ 8600/04 ראשי-המועצה האזורית חוף עזה נ' ראשי-הממשלה, פ"ד נט(5) 673 (2005), ס' 3 לחוות-דעתו של השופט חשין (כתוארו אז) ("... אם חוק התקציב מעניק סמכות לממשלה להוציא כך-וכך מיליארדי שקלים, בלא שיש בנמצא חוק ספציפי ומפורט הקובע תנאים וסייגים ומדיניות ספציפיים – קרא: בלא שנחקק חוק הקובע הסדרים ראשוניים – שקול המעשה לדלגציה של סמכות החקיקה מן הכנסת לממשלה. וכזאת לא ייכון במשטר דמוקרטי הבנוי על עקרון ביזור הסמכויות").

57 ראו, למשל: JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 131–134 (1980); THEODORE J. LOWI, THE END OF LIBERALISM: THE SECOND REPUBLIC OF THE UNITED STATES 92–126 (1979).

58 לדיון במושג "אחריותיות" ראו, לאחרונה: PUBLIC ACCOUNTABILITY: DESIGNS, DILEMMAS AND EXPERIENCES (Michael W. Dowdle ed., 2006) (hereinafter: PUBLIC ACCOUNTABILITY).

59 ראו: Michael W. Dowdle, *Public Accountability: Conceptual, Historical, and Epistemic Mappings*, in PUBLIC ACCOUNTABILITY, *ibid.*, 1, at 6–7 ("For most of the

ספק ביכולתה של מערכת הבחירות הדמוקרטית לבסס מנגנון פיקוח יעיל על פעילותם של הנבחרים, וטוענים כי למדרג הביורוקרטי יש סיכויים טובים יותר לבסס אחריותיות.⁶⁰ אולם גם אם נסכים לקבל את הדעה המנוגדת שלפיה על נבחרי-ציבור ניתן לאכוף אחריותיות רבה יותר מאשר על פקידי שלטון, ספק אם ניתן לבסס על קביעה זו את איסור ההאצלה, לפחות במדינת-ישראל. יש לזכור כי להבדיל מארצות-הברית, שבה החלטות המנהל מתקבלות על-ידי פקידי שלטון, בישראל עיקר הכוח של הרשות המבצעת נתון בידי הממשלה והשרים או בידי פקידים הכפופים למרותם. אותם שרים הם נבחרי-ציבור, ולא פקידים, בגלל השיטה הפרלמנטרית הישראלית, שבה הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת.⁶¹ אם הבסיס לאיסור ההאצלה הוא הגנה על עקרון האחריותיות, טעם זה מתאים אולי לארצות-הברית, אך לא לישראל.

טענה אפשרית אחרת לטובת איסור האצלה מן הכנסת לרשות המבצעת היא שמסוכנותה הפחותה של הכנסת נובעת לא מן העובדה שהיא חייבת בדין-וחשבון לציבור, אלא מאופיו של תהליך קבלת ההחלטות המתקיים בה. הליך החקיקה ברשות המחוקקת מורכב ומסורבל, וכפי שמציינת השופטת דורנר, "דווקא סרבולה של פעולת החקיקה הראשית... מהווה ערובה מוסדית מסויימת לכך שזכויות-יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש".⁶² בניגוד

twentieth Century... one particular modality of public accountability — that of bureaucracy — has enjoyed a privileged, *primus inter pares* status when it came into .conflict with other modalities")

60 ראו, למשל: JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS & GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW 132 (1997) (hereinafter MASHAW, GREED, CHAOS & GOVERNANCE); Jerry L. Mashaw, *Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions*, I. J. L. ECON. & ORG. 81, 95–99 (1985) (hereinafter: Mashaw, *Prodelegation*) כן ראו Schuck, לעיל ה"ש 49, 783–790.

61 אכן, בארצות-הברית טיעון האחריותיות מועלה לא רק כטעם להתנגדות להאצלה, אלא גם כבסיס לדרישה להכפיף את כל הסוכנויות המנהליות למרותו של הנשיא. להצגת הטיעון ולדיון בו ראו, למשל: Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, *The President's Power to Execute the Laws*, 104 YALE L.J. 541 (1994); Steven G. Calabresi & Kevin H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, 105 HARV. L. REV. 1153 (1992). ראוי לציין כי כשם שיש הדוחים את טענת האחריותיות כטעם לאיסור האצלה, כך יש הדוחים אותה כטעם להכפפת הסוכנויות למרותו של הנשיא. ראו, למשל: Edward Rubin, *The Myth of Non-Bureaucratic Accountability and the Anti-Administrative Impulse*, in PUBLIC ACCOUNTABILITY, *supra* note 58, 52, at 71

62 בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נג(4) 673, 684 (1999). לדיון בטענה זו בהקשר האמריקאי ראו, למשל, SCHOENBROD, לעיל ה"ש 27, בעמ' 29; Strossen, לעיל ה"ש 53; John F. Manning, *The Nondelegation Doctrine as a Canon of Avoidance*, 2000 SUP. CT. REV. 223 (2000); John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Our Supermajoritarian Constitution*, 80 TEX. L. REV. 703, 770–780 (2002)

להסדר המפורט מאוד של השלבים השונים הנדרשים כתנאי ללידתה של חקיקה ראשית, אין כיום חוק המטיל חובה דומה גם ביחס לחקיקת-משנה. גם על טענה זו ניתן לחלוק. ברור שהקשיים הכרוכים בהעברת הצעת חוק דרך כל שלבי החקיקה מסוגים לא מעט הצעות חוק בעייתיות, אך אין סיבה להניח שדבר זה לא יתאפשר גם במסגרת הרשות המבצעת. אומנם אין בישראל חוק המסדיר הליכי חקיקת-משנה בדומה להסדר החוקי החל על חקיקה ראשית, אולם נתון זה אינו הכרחי, ובהחלט ניתן ואף ראוי לשנותו, ולעגן בחוק דרישות הליך מפורטות כתנאי להכשרתה של חקיקת-משנה.⁶³ עוד יש לזכור כי גם בהעדר הסדר מפורט בחוק, בית-המשפט העליון יצר (בעיקר בעידן שקדם להתמקדות השיפוטית במשחק החוקתי) מערכת מסועפת של דרישות שמחשקות את ההליך המנהלי ואשר מטרתן להבטיח את רצינותו ואת תקינותו. ייתכן שמערכת דינים זו אינה כה מסועפת כמו מקבילתה העוסקת בהליכי חקיקה ראשית, ואפשר שמן הנמנע להקשיחה באותה מידה מטעמי יעילות שלטונית,⁶⁴ אולם אין לכאורה מניעה להחמיר את הסטנדרטים, לפחות ביחס להליכי חקיקת-משנה הנוגעים בהכרעות בעניינים ראשוניים. זאת ועוד, יש היגיון בטענה שהאצלת עניין מן המחוקק לרשות המבצעת לא רק שאינה מחלישה את ההגנה על זכויות אדם, אלא דווקא מחזקת אותה באמצעות הפיקוח השיפוטי. כפי שהוסבר לעיל, נכון להיום בית-המשפט העליון נמנע כמעט לחלוטין מלהתערב במקרים שבהם נפלו פגמים בהליכי החקיקה של הכנסת, גם כאשר אלה פגעו בצורה קשה ברצינותו

63 החוק המקביל בארצות-הברית מחייב את המנהל לפרסם את הצעת התקנה, לאפשר לציבור להגיב עליה בכתב או בעל-פה, ולצרף לתקנה בנוסחה הסופי דברי הסבר להגיונה. החוק גם מעניק לפרטים הנפגעים מהתקנה זכות ליזום ביקורת שיפוטית. ראו: U.S.C. § 553 (1988) (Judicial review) §§ 701–706 (Rulemaking); להצדקת ההאצלה בארצות-הברית על בסיס חובות הליך אלה ראו Mashaw, *Prodelegation*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 99. לטענה כי המנהל לומד כיצד לחמוק מביקורת, ולכן דרישות ההליך אינן משיגות את מטרתן, ראו, למשל: Harold H. Bruff, *Legislative Formality, Administrative Rationality*, 63 Tex. L. Rev. 207, 239 (1984); MARTIN M. SHAPIRO, WHO GUARDS THE GUARDIANS? JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATION 151–155 (1985).

64 אחד השיקולים המרכזיים לטובת האצלת הסמכות להסדיר עניינים במסגרת הרשות המבצעת הוא הצורך להתגבר על החסם ברשות המחוקקת ולאפשר להסדיר ביעילות את שלל העניינים הטעונים הסדרה במדינה המודרנית. המשפט המנהלי הפנים אל תוך עיקריו את ערך היעילות, ומוכן לתת לו משקל רב גם כאשר הוא מצוי במתח עם ערך ההגיונות. ראו, למשל, זמיר "מחיר היעילות", לעיל ה"ש 3. אך ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 410: "חובות פרוצדורליות נוספות בהליך המינהלי אכן יכולות לייקר ולעכב את ההליך, אולם צפויות ליצור תהליך איכותי יותר של קבלת החלטה, שאולי ימנע טעויות והתדיינות יקרות בהמשך. בהקשר זה ניתן לחזור ולהזכיר כי לא רק לדמוקרטיה יש מחיר, כי אם גם לביורוקרטיה, שאינה מזוהה כיום רק עם יעילות ורציונליות בהתאם לתפיסתו הקלסית של Weber אלא במידה רבה גם עם חוסר יעילות וקביעות מחשבתית. אדרבה, כללים שעניינם טיעון והתנגדות תורמים גם להעשרת התשתית העובדתית של ההחלטה, ומבחינה זו הופכים את ההליך ליעיל יותר."

של ההליך ובתפקידו להבטיח החלטה שקולה ומבוססת. כפי שצוין, הבדל זה אינו מקרי, אלא מובן ואף מתחייב מן המעמד השונה שיש לשתי הרשויות המבוקרות. אם הפיקוח השיפוטי על עמידה בדרישות ההליך בהכרעות של הרשות המבצעת הוא קפדני יותר מהפיקוח על הדרישות המקבילות אצל המחוקק, אזי אפשר שההכרעה ברשות המבצעת לא רק שאינה בעייתית יותר מאשר הכרעה ברשות המחוקקת, מן הזווית של שמירה על האינטרס של האזרח, אלא אולי אף עדיפה עליה.⁶⁵

5. מניעת השפעה לא-הוגנת

אחד הטיעונים הבולטים בספרות האמריקאית נגד האצלת סמכויות בעניינים ראשוניים מן המחוקק לרשות המבצעת הוא החשש מפני השפעה לא-הוגנת של קבוצות-אינטרסים על החלטות המנהל.⁶⁶ הגרסה המוקדמת של הטיעון ביססה את החשש על מערכת היחסים ארוכת-הטווח בין הסוכנות המופקדת על תחום מסוים לבין הגורמים אשר מוסדרים ומפוקחים על-ידיה, אשר עלולה להוביל בסבירות גבוהה לשיתוף-פעולה.⁶⁷ שיתוף-הפעולה ינבע לא רק מהקשר ארוך-הטווח, אלא גם מצפייתם של אנשי הסוכנות להשתלב בענף במשרות מכניסות לאחר פרישתם מהשירות הציבורי. כפועל יוצא מכך תעלה מדיניות המנהל לאורך זמן בקנה אחד עם העדפותיהם של הגורמים המוסדרים, ולא עם הערכים והיעדים שלשמן נמסרה למנהל סמכות ההסדרה והפיקוח. גרסה מאוחרת ומתוחכמת יותר של הטיעון מתבססת על התיאוריה של קבוצות בעלי-עניין (Interest Group Theory), שלפיה מידת ההשפעה של קבוצת בעלי-עניין על קובעי המדיניות נגזרת מהעלות הכרוכה בהתארגנותה לצורכי השפעה אפקטיבית.⁶⁸ הטענה בהקשר שלנו היא שעלות ההשתלטות של קבוצת-אינטרסים על המנהל נמוכה מן העלות המקבילה ביחס למחוקק, ולפיכך המנהל חשוף יותר מן המחוקק להשפעות זרות שאינן עולות בקנה אחד עם האינטרס הציבורי.⁶⁹ למיטב ידיעתנו, במדינת-ישראל לא נעשה שימוש רב בטיעון זה להצדקת איסור ההאצלה,⁷⁰ ולדעתי טוב שכן. נדמה שגם בארצות-הברית מידת הפופולריות של הטיעון

65 עמדה זו עולה לכאורה בקנה אחד עם ההשקפה שלפיה ביקורת שיפוטית הכרחית להגנה על זכויות אדם בשל העדר האפשרות להסתמך בעניין זה על המחוקק.

66 לדיון ראו, למשל: Thomas W. Merrill, *Capture Theory and the Courts: 1967–1983*, 72 CHI.-KENT. L. REV. 1039, 1050–1052 (1997); David B. Spence & Frank Cross, *A Public Choice Case for the Administrative State*, 89 GEO. L.J. 97, 121–122 (2000).

67 ראו: MARVER H. BERNSTEIN, *REGULATING BUSINESS BY INDEPENDENT COMMISSION* 157–160 (1955).

68 ראו, למשל: NEIL K. KOMESAR, *IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY* 54–58 (1994); MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS* 10–12, 46–47 (2nd ed. 1971).

69 ראו, למשל, SCHOENBROD, לעיל ה"ש 27, בעמ' 111–112.

70 אך ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 26 (המצביעה על האצלת הסמכות לקביעת המדיניות הקרקעית

נמצאת בירידה. יש שהצביעו על מנגנוני הפיקוח הרבים על פעילותו של המנהל כאמצעי יעיל דיו למניעת השפעה לא־נאותה.⁷¹ ניתן לטעון גם שהעלות הנמוכה הכרוכה בהשתתפות בהליך המנהלי, בהשוואה לעלות המקבילה בהליכים ברשות המחוקקת, משמשת דווקא טעם לכך שקבוצות רבות ומגוונות יותר יוכלו להשתתף בהליך, וכך למנוע את השתלטותן של הקבוצות העשירות.⁷² גם הגרסה המוקדמת של הטיעון אינה משכנעת. ייתכן אולי שאנשי מנהל מרכזיים יושפעו מהסיכוי להשתלב בעתיד במשרה מכניסה בענף שהם מופקדים עליו, אולם גם למחוקקים יש אינטרס דומה. למשל, רק לאחרונה פרשו כמה פוליטיקאים מובילים במיטב שנותיהם מן הפעילות הציבורית בישראל, והשתלבו חיש מהר במערכת העסקית במדינה. זאת ועוד, להבדיל מאנשי המנהל, המחוקקים הם נבחרים־ציבור ועומדים לבחירה חוזרת. אומנם ההסדרים בתחום המימון הפוליטי בישראל נוקשים למדי, אך חרף זאת כל מחוקק זקוק לתמיכה בכסף ובשווה־כסף מגופים עשירים ובעלי השפעה.⁷³ יתר על כן, קבוצות־האינטרסים השונות אינן חייבות להשתלט על כל המחוקקים, אלא על השחקנים המרכזיים בלבד – למשל, על ראשי ועדות־משנה.⁷⁴ לדוגמה, ועדת החוקה, חוק ומשפט שוקדת זה שנים אחדות על ניסוח טיוטת חוקה מלאה. והנה, בכנסת השבע־עשרה, בישיבותיה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, ישב דרך קבע, בצד יושב־ראש הוועדה ובמעמד של המומחה בה"א־הידיעה, נציג של המכון הישראלי לדמוקרטיה – גוף עתיר ממון והשפעה,⁷⁵ בעל השקפת־עולם מגובשת ושנויה במחלוקת בעניין שעל הפרק. אין ספק

בישראל למועצת מנהל מקרקעי ישראל כגורם מרכזי לפגיעה בשוויון במובנו הפורמלי והמהותי בתחום הקצאת הקרקעות). עם זאת, נדמה שגם ברק־ארו תולה את עיקר הבעיה לא בעובדה שהחלטות מתקבלות במנהל, ולא במחוקק, אלא בהעדר דרישות הליך ראיות לקבלת החלטות במנהל ("יש מקום לתקווה שהליך הוגן – פתוח ומשתף – יוכל להניב תוצאות טובות יותר לפחות בנוגע להתווייתן של החלטות מדיניות חדשות"; שם, בעמ' 309).

71 ראו, למשל: JAMES Q. WILSON, BUREAUCRACY: WHAT GOVERNMENT AGENCIES DO AND WHY THEY DO IT 235–294 (1989); Thomas H. Hammond & Jack H. Knott, *Who Controls the Bureaucracy? Presidential Power, Congressional Dominance, Legal Constraints, and Bureaucratic Autonomy in a Model of Multi-Institutional Policy-Making*, 12 J. L. ECON. & ORG. 119, 119–120 (1996).

72 לטיעון מקביל בזכות הרחבת שיקול־הדעת של בית־המשפט ראו: Thomas W. Merrill, *Does Public Choice Theory Justify Judicial Activism After All?* 21 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 219 (1997).

73 ראו, למשל, Spence & Cross, לעיל ה"ש 66, בעמ' 123.

74 לטענה שאכיפה דווקנית של עקרון איסור ההאצלה תחזק את כוחן של ועדות־המשנה בקונגרס האמריקאי ראו: DAVID EPSTEIN & SHARYN O'HALLORAN, DELEGATING POWERS: A TRANSACTION COST POLITICS APPROACH TO POLICY MAKING UNDER SEPARATE POWERS 237–238 (1999).

75 עדות נוספת לעוצמתו של המכון ניתן להביא מעובדת אזכורו בהסכם הקואליציוני שנחתם

שהשפעתו האדירה של גוף זה על תוכני החוקה המתגבשת מונעת הזדמנות שווה לבעלי השקפות נוגדות.

מכל הסיבות הללו נדמה כי החשש שהאצלת סמכויות בעניינים ראשוניים מן הרשות המחוקקת למנהל תוביל לכיבוש (capture) המנהל על-ידי קבוצות-אינטרסים, באופן שהחלטותיו יתעלמו מהאינטרס הציבורי, אינו משכנע. לא בכדי נטען בארצות-הברית כי ההוכחות האמפיריות לטענת ההשפעה הלא-מאוזנת הן חלשות למדי.⁷⁶

6. הכרעה דמוקרטית

"הכנסת יכולה וחייבת למלא את התפקיד המרכזי שלה, בלעדיו אין כמעט טעם לקיומה, והוא התפקיד של קביעת העקרונות הכלליים בדרך של חוק. אם הרשות המחוקקת תתחמק מטעם כלשהו מתפקיד זה היא תחטא לשליחותה, תחתור תחת עצם קיומה, ויתרה מזאת, תשמיט את הבסיס לאופי הדמוקרטי של המשטר. משטר בו הרשות המחוקקת מעבירה את תפקיד החקיקה, במובן זה של קביעת עקרונות כלליים, לידי המינהל הציבורי, יישאר משטר דמוקרטי רק בשם ותדמית, ולא למעשה."⁷⁷

ב-30 באפריל 2006 בין קדימה לש"ס. בס' 35-37 להסכם נקבע: "הממשלה תקים ועדה בנושא שירותי הדת היהודיים במגמה להבטיח רמה נאותה של שירותים דתיים... הועדה וכמות הצוות המקצועי יבחנו גם את הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, שלפיה יקבעו שירותי הדת שהמדינה מספקת לאזרחיה היהודיים, בשלוש רמות..." (ההדגשה הוספה) (www.knesset.gov.il/docs/heb/coal2006shas.htm). ככל שידיעתי משגת, המכון לדמוקרטיה מעולם לא פרסם הצעה מן הסוג המתואר בהסכם הקואליציוני. ההצעה נהגתה לפני שנים על-ידי ועדה ממלכתית, בראשותו של חיים צדוק, שעסקה בנושא. ראו הדר ליפשיץ וגדעון ספיר "שירותי הדת היהודיים בישראל – דיון נורמטיבי וניהולי לקראת רפורמה" מחקרי משפט כג 117, 173-175 (2006).

76 לטיעון בדבר הבסיס האמפירי הרעוע של הטענה ראו: PAUL J. QUIRK, INDUSTRY INFLUENCE IN FEDERAL REGULATORY AGENCIES 4-21 (1981); Steven P. Croley, *Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process*, 98 COLUM. L. REV. 1, 52-56 (1998); Mark Kelman, *On Democracy-Bashing: A Skeptical Look at the Theoretical and "Empirical" Practice of the Public Choice Movement*, 74 VA. L. REV. 199, 238-268 (1988).

77 זמיר "מחיר היעילות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 70. ראו גם עניין ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 52, פס' 10 לחוות-דעתה של השופטת ביניש (כתוארה אז) ("הגישה שלפיה ההכרעות והנורמות העקרוניות המחייבות את האזרחים צריכות להתקבל הן מבחינה פורמאלית והן מבחינה מהותית על ידי בית המחוקקים ולא על ידי הרשות המבצעת... לא רק מעוגנת בעקרון הפרדת הרשויות כי אם נובעת היא מתפיסתה של הדמוקרטיה עצמה ומאופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל"); דבריו של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 11, בעמ' 508 ("דמוקרטיה משמעותה שלטון העם. בדמוקרטיה ייצוגית, העם בוחר את נציגיו,

הנימוק הסטנדרטי לטובת הכרעה דמוקרטית הוא כדלקמן: (א) ההכרעה במחלוקת בעניינים ראשוניים היא בעייתית מבחינה מוסרית, בשל ההשלכות שיש לה על חייהם של מי שהתנגדו לה; (ב) במערכת מדינית הכרעה במחלוקת היא בלתי-נמנעת; (ג) הכרעה כזאת ניתנת להצדקה אם לכל המשתתפים ניתנה הזדמנות שווה להשפיע על התוצר הסופי. לדעתי, קיים קושי לבסס את איסור ההאצלה על עקרון ההכרעה הדמוקרטית, וזאת משתי סיבות שיוצגו להלן.

ההחלטה על האצלה היא החלטה דמוקרטית

כדי לבסס את עקרון איסור ההאצלה – לא רק כחוקה הניתנת לסתירה, אלא גם כחוקה חלוטה נגד האצלה – על הטיעון הדמוקרטי, יש לעבור כברת-דרך. לכאורה, כל מה שניתן להצדיק בשמו של הטיעון הדמוקרטי הוא הדרישה שהרשות המחוקקת תסמיך מפורשות את הרשות המבצעת להכריע בעניין. אם המחוקק, שהוא נציג הציבור, מחליט להאציל סמכות לרשות המבצעת, ההחלטה התקבלה בצורה דמוקרטית.

על קושי זה היה אפשר אולי להשיב שהחלטת הרשות המחוקקת להאציל סמכות אינה משקפת בהכרח הסכמה ציבורית. כל אחד מן המחוקקים נבחר כדי לייצג את ציבור בוחריו, אולם בצד ייצוג האינטרס של הבוחר, למחוקק יש גם אינטרס עצמי, שעלול להיות במתח עם חובתו לייצג את בוחריו. שאיפתו של מחוקק היא להיבחר לכהונה נוספת,⁷⁸ ולשם מימושה עליו לשמור על מעגל התמיכה בו ואף להרחיבו. את המטרה הזו הוא יכול לקדם, בין היתר, באמצעות הימנעות מהבעת עמדות ברורות. אחת הדרכים המאפשרות למחוקק לעמעם את עמדותיו היא האצלת הסמכות להכריע לרשות המבצעת. בהתאם, ייתכן שהחלטת הרשות המחוקקת להאציל סמכות לרשות המבצעת אינה משקפת את הסכמת הרוב, אלא נובעת מרצונו של המחוקק לשמור על עמימות לצרכיו שלו. אם חשש זה מבוסס, ניתן להבין את עקרון איסור ההאצלה כמכשיר שתפקידו להגן על העיקרון הדמוקרטי מפני האינטרס העצמי הנוגד של המחוקקים.⁷⁹

כנגד הסבר זה ניתן לטעון ששקלולו של האינטרס העצמי של המחוקקים אינו אמור לשנות את המסקנה שניתן לחלץ מהחלטתו להאציל סמכות. הטענה בעד איסור האצלה הייתה שהאצלה אינה משקפת בהכרח את רצון הבוחרים, אלא עשויה לנבוע מן האינטרס של המחוקקים להרחיב את מעגל התמיכה בהם. אולם גם האצלה עלולה לגבות מחיר מן המחוקק במונחים של תמיכה עתידית, שכן אם הרוב אינו מסכים להאצלה, הוא יעניש את המחוקק שהאציל ויסרב לתמוך בו בעתיד. אם טענה זו נכונה, יוצא שגם לאחר שהאינטרס

הפועלים בגדריו של הפרלמנט... ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של מדינה וצרכיה של חברה צריכות להתקבל על-ידי נציגיו הנבחרים של העם".

78 אחת משאלות המחקר המעסיקות את אנשי מדע המדינה היא איזה משני הגורמים בולט יותר בפעילותם של מחוקקים – הרצון להיבחר מחדש או השיקול האידיאולוגי. ראו, למשל, Rubin, לעיל ה"ש 61, בעמ' 69.

79 ראו, למשל, Schoenbrod, לעיל ה"ש 49, בעמ' 740.

העצמי של המחוקק מובא בחשבון, בחירה של המחוקק להאציל מעידה עדיין שהחלטה זו זוכה בהסכמת הרוב, מה שמחזיר את הדיון לקושיית המוצא.⁸⁰ הטענה האחרונה מבוססת על ההנחה כי מאוכזבי ההתחמקות מהכרעה מתקזזים עם מאוכזבי ההכרעה. אולם הנחה זו נכונה רק אם שני צידי המשוואה מאוזנים, וקביעה כזאת אינה הכרחית. גם אם סביר להניח שהחלטה להאציל תאכזב חלק מן המצביעים הפוטנציאליים של המחוקק, ייתכן בהחלט שמחירה במונחים של אובדן תמיכה עתידית נמוך מן המחיר הכרוך בהבעת עמדה ברורה במחלוקת.⁸¹ אם כפות המאזניים נוטות לטובת האצלה, מחוקק אשר תאב לבחירה מחודשת יעדיף להאציל, ולא להיחשף. באופן שהדברים הוצגו עד כה, תקפותו של הטיעון הדמוקרטי כבסיס להתנגדות להאצלה תלויה בשאלה מה מסוכן יותר למחוקק שתאב לבחירה מחודשת – להאציל או לבטא עמדה ברורה. אי אפשר להכריע בשאלה ללא בחינה אמפירית,⁸² אולם נדמה שגם ללא בחינה אמפירית אפשר להציע אינטואיציה ראשונית לטובת הטלת איסור לפחות על האצלה נסתרת. בהאצלה גלויה הרשות המחוקקת מעבירה את הסמכות להכריע לידי הרשות המבצעת במפורש. לפי דברינו, החלטה כזאת כרוכה במחיר מסוים במונחים של אובדן תמיכה. מי שדעתו אינה נוחה מהתחמקותו של המחוקק מהכרעה עלול להעניש אותו בבחירות הבאות. בהאצלה נסתרת המחיר נמוך יותר, ואולי אף אינו קיים, שכן האצלה כזו מאפשרת למחוקק להתכחש לעצם פעולת האצלה, בטענה שהוא דוקא החליט.⁸³ אם שימוש בהאצלה נסתרת מקטין או מבטל את המחיר שהמחוקק משלם בעבורה, אזי יש היגיון, מנקודת מוצא דמוקרטית, לפסול האצלה כזאת, ולתבוע מהרשות המחוקקת האצלה גלויה כתנאי להקניית הסמכות לרשות המבצעת להכריע בעניינים ראשוניים.

80 ראו MASHAW, GREED, CHAOS & GOVERNANCE, לעיל ה"ש 60, בעמ' 139 (The Dynamics of accountability apparently involve voters willing to vote upon the basis of their representative's record in the legislature. Assuming that our current representatives in the legislature vote for laws that contain vague delegations of authority, we are presumably holding them accountable for that at the polls. How is it that we are not (being represented?)

81 ההשוואה בין מחירה של החלטה על האצלה למחירה של החלטה לגופו של עניין תלויה, בין היתר, במשתנה אחר, והוא מידת החשיפה הציבורית שנלווית לכל אחת מהן. הגיוני להניח שהחלטה לגופו של עניין תהיה בעלת בולטות גבוהה יותר משום שהיא נוגעת בעיקרי המחלוקת. ראו Schoenbrod, לעיל ה"ש 49, בעמ' 749 (It is human nature to care more about what a particular piece of legislation does to one directly rather than whether the process by which the legislation is passed will do indirect harm by undermining democracy in the long run)

82 לשונברוד יש עמדה ברורה: מחיר ההאצלה נמוך יותר. ראו Schoenbrod, לעיל ה"ש 27, בעמ' 170-173.

83 כפי ששונברוד מסביר, המחוקק יכול להסוות את החלטתו להאציל באמצעות חקיקה עמומה, אשר נראית כאילו קבעה הסדר אך בפועל התחמקה מקביעה. שם, בעמ' 170.

הרצון להבטיח שפעולת ההאצלה תגבה מהמחוקק את המחיר הראוי, ובכך תבטיח שהחלטה של הרשות המחוקקת להאציל תשקף את הסכמת הרוב, עשוי להצדיק לא רק דרישה להאצלה גלויה ושלילה של האצלה נסתרת, אלא גם הוספת דרישה שלפיה הרשות המחוקקת תגדיר בפירוט את היקף הסמכות שניתנת לרשות המבצעת (להלן: הגדרת היקף הסמכות). נראה ברור למדי, למשל, שאם לפעולת ההאצלה של הסמכות לפטור מחובת שירות צבאי תתלווה אמירה שהדבר עשוי לכלול טעמים דתיים ולאפשר לשר לתת פטור גורף לכלל בחורי הישיבות, אזי מודעותו של הציבור למשמעותה של ההאצלה תהיה רבה יותר מאשר אם פעולת ההאצלה תנוסח בנוסח העמום של "טעמים אחרים". טעמים של הגברת המודעות הציבורית למעשה ההאצלה ולמשמעותיותו עשויים להצדיק הטלת דרישה נוספת, לצד פסילת ההאצלה הנסתרת והדרישה להגדרת היקף הסמכות. הדרישה הנוספת היא לחייב את הרשות המחוקקת להסביר מהן הסיבות שהניעו אותה להאציל לרשות המבצעת את הסמכות להכריע בעניינים שעל הפרק ולהימנע מלהסדירם בעצמה (להלן: הצגת הסיבה להאצלה). הטלת חובה נוספת זו תיתן לציבור פיסת מידע נוספת שתאפשר לו להחליט אם הוא שבע־רצון מהחלטת המחוקק להאציל או שהוא מתנגד לה.⁸⁴

גם החלטה של הרשות המבצעת היא החלטה דמוקרטית

ההסתייגות הראשונה מן הניסיון לבסס את איסור ההאצלה על העיקרון הדמוקרטי הייתה שהחלטה של הרשות המחוקקת להאציל סמכות לרשות המבצעת עומדת אף היא בדרישות הדמוקרטיה. אומנם זו הכרעה מסדר שני, ולא מסדר ראשון, אך בכל־זאת הכרעה. טיעון נוסף היכול להסביר מדוע האצלה לרשות המבצעת אינה מנוגדת לעיקרון הדמוקרטי הוא שגם החלטה של הרשות המבצעת היא החלטה דמוקרטית. כפי שכבר צוין לעיל, בישראל, כאשר מואצלת סמכות מן הרשות המחוקקת לרשות המבצעת, היא מופקדת בדרך־כלל בידי אחד השרים, וגם במקרים שבהם היא מוענקה לרשות מנהלית כלשהי, בדרך־כלל יש שר הרשאי ליטול את סמכותה של אותה רשות.⁸⁵ המשמעות היא שהחלטות עקרוניות שמתקבלות על־ידי הרשות המבצעת ניתנות לייחוס לממשלה, וזו הרי מכהנת מכוח אמון הכנסת. מכאן, לכאורה, שגם אם ההחלטה העקרונית מתקבלת על־ידי הרשות המבצעת, היא מבוססת על עמדת הרוב ברשות המחוקקת, כמתבקש מן העיקרון הדמוקרטי.⁸⁶

84 Schoenbrod, לעיל ה"ש 27, מציע להוסיף כחובה גם מתן הסבר בדבר הרווח שיצמח מההאצלה במונחים של זמן וכסף, אולם הצעה זו נראית לי קשה ליישום, במיוחד בהקשר הישראלי.

85 דעה נוספת שרלוונטית לענייננו – אשר בה מחזיק דווקא החסיד הגדול ביותר של איסור ההאצלה השופט מישאל חשין – היא הדעה שלפיה ראוי לצמצם את עצמאות שיקול־הדעת במערכות יחסים מדרגיות שבהן הממונה מוסמך ליטול את הסמכות ממי שבידו היא הופקדה בחוק. לפי דעה זו, השר יכול להכתיב את עמדותיו לרשות המוסמכת גם מבלי ליטול ממנה את סמכותה. ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 156–158 (1997).

86 בהקשר האמריקאי הטענה מנוסחת ביחס לאופיו הדמוקרטי של מוסד הנשיאות. ראו MASHAW, GREED, CHAOS & GOVERNANCE, לעיל ה"ש 60, בעמ' 153.

לדעתי, גם אם בטענה זו נגד הניסיון לבסס את עקרון איסור ההאצלה על העיקרון הדמוקרטי יש ממש, היא משכנעת יותר במקרה של האצלה גלויה, ופחות בהאצלה נסתרת. בהאצלה גלויה זהותו של מקבל החלטה ברורה. הרשות המבצעת היא שמוסמכת להחליט, היא שתישא באחריות הציבורית בגין החלטה, ובעקבותיה גם המפלגות אשר על תמיכתן היא מתבססת.⁸⁷ בהאצלה נסתרת, לעומת זאת, לא ברור כלל מי החליט: הרשות המחוקקת יכולה להתחבא מאחורי הניסוח העמום, ואילו הרשות המבצעת יכולה לטעון שהיא אינה מחליטה, אלא רק מפרשת החלטה שהתקבלה על-ידי הרשות המחוקקת. במקרה שבו אי-אפשר לומר בבירור מי החליט, אין גם מי שמשלם את המחיר הציבורי הכרוך בהחלטה השנויה במחלוקת. במקרה כזה העיקרון הדמוקרטי יוצא חסר, ומכאן טעם טוב לפסילת האצלה נסתרת.

7. דמוקרטיה עשירה

הטיעון הדמוקרטי שהוצג לעיל כבסיס אפשרי לעקרון איסור ההאצלה הוא טיעון רוה, וכפי שהובהר, בכך טמונה חולשתו בהקשר שלנו. ההכרעה צריכה להתקבל בדרך של הכרעת רוב, אולם אין הבדל מהותי בין הכרעה של הרוב לגופו של עניין לבין הכרעה שלו להפקיד את הסמכות להכריע לגופו של עניין בידי גוף אחר. אולם במקום הגדרה רוה זו של דמוקרטיה ניתן להציע הגדרה עשירה יותר של המושג. כוונתי אינה ל"דמוקרטיה מהותית", אשר טוענת את המושג "דמוקרטיה" בשורה שלמה של ערכים סובסטנטיביים,⁸⁸ אלא לגרסת-ביניים – בין דמוקרטיה רוה לדמוקרטיה מהותית – אשר מתמקדת בערך סובסטנטיבי אחד: הערך של דיון והשתתפות ציבוריים. לפי תפיסה זו, דמוקרטיה כוללת לא רק את הדרישה שההכרעה המתקבלת תשקף את עמדת הרוב, אלא גם את הדרישה ששאלות משמעותיות, אשר התשובה להן שנויה במחלוקת, יידונו ברצינות על-ידי הציבור בטרם יוכרעו בדרך של רוב.⁸⁹ תפיסה כזאת של דמוקרטיה, הרואה ערך בדיון ובהכרעה ציבוריים

87 ניתן לטעון כי יש בכל-זאת עדיפות להחלטה המתקבלת ברשות המחוקקת על החלטה ממשלתית מבחינת האפשרות לייחסה למחוקקים ספציפיים. בהחלטה חקיקתית איש מן המחוקקים אינו יכול לחמוק מאחריות, בפרט אם ניתן חופש הצבעה, מה שקורה לעיתים במחלוקות בעניינים עקרוניים ולמשל, בהצבעה על חוק טל נתנו מפלגות הקואליציה, למעט הליכוד, חופש הצבעה לחבריהן – ראו חיים שיבי וגבי ברון "מתגייסים לקראת ההכרעה" ידיעות אחרונות – כותרת 23.07.2002, 6-7. לעומת זאת, החלטה ממשלתית מאפשרת חזרה אחורה למפלגות המכוננות את הממשלה, אך לא בהכרח לחברי-כנסת ספציפיים המשתייכים לאותן מפלגות. אומנם, הממשלה מכהנת מכוח אמונו של כל אחד מהם, אולם הם יכולים לטעון שתמיכתם היא גלובלית, ואילו נדרשו להצביע בשאלה הקונקרטית, הם היו מחליטים אחרת.

88 ראו, למשל, ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 90-93.

89 לכתובה ברוח טענה זו ראו, למשל, Lowi, לעיל ה"ש 57, בעמ' 125-126; Ely, לעיל ה"ש 57, בעמ' 131-134; Schoenbrod, לעיל ה"ש 27, בעמ' 10.

בשאלות עקרוניות, לא רק מעניקה זכות לציבור להשתתף בהליך ההכרעה בשאלות כאלה, אלא גם מטילה עליו חובה – מוסרית, אם לא חוקית – לממש את זכותו הלכה למעשה. תפיסה עשירה זו של דמוקרטיה עולה בוודאי בקנה אחד עם השקפת העולם הרפובליקאית, שרואה ערך אינטרינזי בהשתתפותו של כל אזרח בתהליך קבלת ההחלטות הקולקטיבי.⁹⁰ יש רגליים לטענה שהיא מתחייבת גם מנקודת מבט ליברלית, אשר מעמידה במרכז את ערך האוטונומיה, ובכך מבטאת העדפה של הכרעה אישית (וקולקטיבית) על ניסיון לחמוק ממנה.⁹¹ ייתכן שניתן לבסס גם על שיקולים תועלתניים, שלפיהם הדיון הציבורי משמש מכשיר אפקטיבי לשיכוך מתחים וליישובן של מחלוקות בדרך של פשרה.⁹² אם דמוקרטיה כוללת לא רק את המגבלה של הכרעה בדרך של רוב, אלא גם את הדרישה שהכרעת הרוב תבוא לאחר דיון ציבורי מלא, ניתן להבין מדוע האצלת הסמכות להכריע בשאלות ראשוניות מן הרשות המחוקקת לרשות המבצעת אינה לגיטימית גם אם היא זוכה בתמיכה ציבורית. מכאן שדמוקרטיה עשירה מצדיקה התנגדות לא רק להאצלה נסתרת, אלא גם להאצלה גלויה, ומצדיקה לא רק חוקת איסור, אלא איסור חלוט של האצלת הסמכות להכריע בעניינים ראשוניים מן הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. כנגד הטענות מן הדמוקרטיה העשירה ניתן להעלות שני טיעוני-נגד. ראשית, גם אם החלטה במסגרת הרשות המחוקקת מבטיחה קיומו של דיון ציבורי, ניתן לחשוב על יצירתה של מערכת כללים שתבטיח קיומו של דיון ציבורי גם ברשות המבצעת. מערכת כזאת קיימת בארצות הברית, ולכאורה אין שום סיבה עקרונית המונעת אפשרות ליצור כזאת גם בישראל.⁹³ שנית, השארת הסמכות הבלעדית להכריע בעניינים מהותיים בידי הרשות

90 ראו, למשל: AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT 52–164 (1996); MICHAEL J. SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY 5–6 (Cambridge, Mass., 1996).

91 תיאור כזה של המתבקש מערך החירות ניתן לדעתי לבסס על הבחנתו של ישעיהו ברלין בין חירות שלילית לחירות חיובית. מרכיב ההשתתפות עולה בקנה אחד עם רעיון החירות החיובית. ראו ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חירות 170 (יעקב שרת מתרגם, תל-אביב, התשמ"ז).

92 השימוש ברציונל זה מסביר את אחת ההגדרות המוצעות ל"הסדרים ראשוניים", ככאלה העוסקים בנושאים השנויים במחלוקת ציבורית חריפה. ראו, למשל, את דבריו של המשנה לנשיא חשין בעניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 2, פס' 38 לחוות-דעתו: "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." ראו גם את דבריו של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 11, בעמ' 527–528.

93 לדיון במצב הקיים בישראל, ולהצגת אפשרויות שונות לחיזוק המימד הדמוקרטי בהחלטות המתקבלות על-ידי המנהל, ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 383 ואילך (אשר דנה, בין היתר, בשיתוף הציבור בהליך המנהלי על-דרך הענקת זכויות טיעון והשתתפות באמצעות כללי פומביות רחבים ובאמצעות מינויים ייצוגיים). בהקשר האמריקאי יש הטוענים כי לאחר שמערכת הכללים נוצרת, יש להחלטה המתקבלת על-ידי הרשות המבצעת אפילו יתרון,

המחוקקת אינה מהווה ערובה לקיומו של דיון משמעותי. הכרעות רבות מתקבלות ברשות המחוקקת ללא כל דיון רציני. אחת הטקטיקות המשמשות בישראל להעברת חקיקה חפוזה היא שימוש במנגנון "חוק ההסדרים", הכורך באחת עניינים רבים מבלי שמתקיים בעניינם דיון רציני ומבלי שחשיבותם נחשפת לעין הציבור. כפי שציינתי לעיל, בית-המשפט העליון נמנע עד כה מהתערבות בפרקטיקה בעייתית זו, ואמות-המידה שהציב להתערבות עתידית הן נמוכות עד כדי כך שספק אם התערבות כזאת תרחש אי-פעם. ניתן כמובן לטעון שכשם שאפשר לקבוע כללים שיבטיחו דיון ברשות המבצעת עובר לקבלת החלטה, כך ניתן לשדרג את הפיקוח השיפוטי על דרך קבלת ההחלטות ברשות המחוקקת, ובמסגרת זו לאכוף עליה את החובה לקיים דיון ממצה לפני קבלת החלטה בעניין ראשוני. אולם בהמשך לקו הטיעון שכבר הוזכר לעיל, נראה שיש גבול למידת האגרסיביות שיוכל בית-המשפט להפעיל בהתערבו בדרך קבלת ההחלטות ברשות המחוקקת. יוצא שבאופן פרדוקסלי-משהו, הטלת איסור נוקשה על האצלת סמכות הכרעה בעניינים ראשוניים בשם ההגנה על רעיון הדמוקרטיה העשירה עלולה להשיג את המטרה ההפוכה מזו שלשמה האיסור נועד.

הטיעון מן הדמוקרטיה העשירה אינו יכול לבסס איסור מוחלט של האצלה בעניינים ראשוניים. עם זאת, הוא עשוי בכל-זאת להטות את הכף לטובת שמירה על מעמדו של עקרון איסור ההאצלה כחוקה פרשנית הניתנת לסתירה ושלילה גמורה של האצלה נסתרת. גם אם הרשות המחוקקת יכולה לחמוק מדיון רציני אף אם נכפה עליה להכריע בעצמה ולא להאציל, וגם אם ניתן למצוא דרכים להבטיח שהדיון ברשות המבצעת יהיה מעמיק ודמוקרטי, הוספת דרישה שהרשות המחוקקת תבהיר שהיא אינה מחליטה ושהיא מאצילה את הסמכות להכריע בעניין המסוים לרשות המבצעת עשויה לחזק את המימד הדמוקרטי שבהחלטת הרשות המחוקקת. הדרישה להודאה ברורה מצד המחוקק שהוא אינו מחליט, כתנאי להכשרת האצלה (שלילת האצלה נסתרת), תחזק את המימד הדמוקרטי גם בהחלטת הרשות המבצעת. היא תמנע מהרשות המבצעת את האפשרות לעקוף את החובה – שאני מציע להטיל עליה – להפעיל פרוצדורת החלטה דמוקרטית, בטענה שהיא רק מפרשת החלטה שהתקבלה ברשות המחוקקת ואינה נדרשת להחליט בעצמה, ולכן אינה חייבת להפעיל את הפרוצדורה.

כפי שהצעתי לעיל במסגרת הדיון בטיעון מן הדמוקרטיה, לדעתי מן הראוי לצרף לשלילת ההאצלה הנסתרת שתי דרישות נוספות: הגדרת היקף הסמכות, שבמסגרתה תחויב הרשות המחוקקת להבהיר בדיוק מהי מסגרת הסמכות שהוענקה לרשות המבצעת ומהם הנושאים העומדים על הפרק; והצגת הסיבה להאצלה, שבמסגרתה תחויב הרשות המחוקקת להסביר מהן הסיבות שהניעו אותה להאציל לרשות המבצעת את הסמכות להכריע בעניינים שעל הפרק ולהימנע מלהסדירם בעצמה. צירוף הדרישות הללו מתבקש גם לנוכח הטיעון

מזווית-ראייה רפובליקאית, על החלטה המתקבלת ברשות המחוקקת. ראו, למשל: Mark Seidenfeld, *A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARV. L. REV. 1511 (1992). ראו גם Schuck, לעיל ה"ש 49, בעמ' 781. אך ראו Schoenbrod, לעיל ה"ש 49, בעמ' 763, אשר חולק על כך וסבור כי ההשתתפות הפוליטית של האזרח הקטן מוגבלת ביותר כאשר זירת הדיון עוברת מהמחוקק לרשות המבצעת.

מן הדמוקרטיה העשירה. חיובה של הרשות המחוקקת להגדיר את היקף הסמכות ולהציג את הסיבה להחלטתה להאציל יבטיח שהרשות המחוקקת לא תוכל לנער את חוצנה מן השאלה שעל הפרק ללא דיון מסודר ומעמיק, ותחזק את הסיכוי שהרשות המבצעת תדון באופן דמוקרטי בנושאים שהוגדרו.

ד. טיעונים נגד העיקרון

בכתיבה השיפוטית והאקדמית בישראל מושמעת תמיכה מקיר לקיר באימוץ עקרון איסור ההאצלה. בארצות הברית, לעומת זאת, הדעות חלוקות, ובפועל ידם של המתנגדים להפעלת העיקרון על העליונה.⁹⁴ בפרק זה אנסה להיעזר בכתיבה האקדמית האמריקאית כדי לברר אילו טיעונים ניתן להעלות נגד העיקרון. אתאר שני טיעונים – הטיעון מן המקצועיות והטיעון מן הכשל האנטי־רובני. את הראשון אציע לדחות, ואת השני אציע לקבל באופן חלקי.

1. מקצועיות

אחד הטיעונים המושמעים בשיח האמריקאי נגד אכיפתו של עקרון איסור ההאצלה הוא טיעון המקצועיות, שלפיו לרשות המבצעת, בהשוואה למחוקק, יש הרבה יותר ידע מקצועי וכוח־אדם הדרושים לקבלת החלטות בעניינים מהותיים.⁹⁵ לטיעון זה יש שתי חולשות לפחות. ראשית, ייתכן שלטובת הרשות המבצעת עומד יותר כוח־אדם מקצועי ומיומן מאשר למחוקק, אך ניתן בהחלט לחשוב על שינוי המציאות באופן שיבטיח כי למחוקק יינתנו שירותי ייעוץ ומידע בויקה לעניינים העומדים על סדר־יומו. חלק מן המכשירים כבר קיימים במערכת הישראלית, והוספתם של אחרים היא בגדר האפשר.⁹⁶ שנית, טיעון המקצועיות נוגע אולי בעניינים מסוימים שיקוטלגו כראשוניים, אך אינו רלוונטי לרוב העניינים שסוגו בפסיקה כראשוניים. בעניינים אלה משקלו של המימד המקצועי אינו הגורם החשוב היחיד, ובחלק ניכר מן המקרים גם לא המרכזי. שתי הסוגיות שהבאתי לעיל כדוגמות לעניינים ראשוניים – שירות של בחורי ישיבות בצה"ל

94 נצחונם של המתנגדים מתבטא בעובדה שאף־על־פי שהעיקרון מעולם לא נזנח באופן רשמי, בפועל עשה בו בית־המשפט העליון האמריקאי שימוש לפסילת חקיקה ראשית פעמיים בלבד – שתייהן בשנת 1935. ראו Lawson, לעיל ה"ש 1.

95 ראו: STEVEN S. SMITH ET AL., THE AMERICAN CONGRESS 129–133 (4th ed. 2006).

96 למשל, החל בשנת 2000 פועל בכנסת מרכז מחקר ומידע, המסייע לחברי־הכנסת בעניינים המקצועיים השוטפים. נוסף על כך, ועדת כנסת יכולה להזמין לדיוניה אדם אשר מומחה בנושא שבו היא דנה (ס' 106 לתקנון הכנסת, י"פ 590, התשכ"ח. www.knesset.gov.il/rules/heb/Template.asp?sFileNm=bchap6.htm#21). לטיעון דומה בהקשר האמריקאי ראו Schoenbrod, לעיל ה"ש 27, בעמ' 120.

ומיהו יהודי (או גר) לצורכי חוק השבות – מהוות דוגמות טובות לעניינים ראשוניים שבהם השקפת העולם הערכית ממלאת תפקיד מרכזי בתהליך ההכרעה. רצוי שמקבלי ההחלטות בעניינים אלה יצטיידו בנתונים מקצועיים רלוונטיים בטרם יחליטו, אך בסופו של דבר אין זה רק לגיטימי שהחלטתם תתקבל על בסיס שיקולים ערכיים, אלא אפילו מתבקש שכך יהיה. מקצועיותם של אנשי המנהל לא רק שאינה מספקת כאשר על הפרק עומדות החלטות בעניינים ערכיים, אלא שהיא עלולה אף להשפיע לרעה על יכולתם להכריע בצורה ראויה בעניינים כאלה, בשל המשקל המופרז שהם עלולים לתת לשיקולים המקצועיים על-חשבון השיקולים הערכיים.⁹⁷ לפחות בעניינים אלה, נימוק המקצועיות אינו יכול לשמש טעם טוב להצדקת האצלה.

2. הכשל האנטי-רובני

(א) מדוע הכשל רלוונטי

כידוע, אחד הטיעונים המרכזיים נגד מתן סמכות לבית-המשפט לפסול חקיקה ראשית הוא הכשל האנטי-רובני. לטיעון זה יש שני ניואנסים: לפי הראשון, פסילת חוק בהתבסס על הוראות החוקה מכפיפה את הדור הנוכחי לערכיהם של דורות קודמים; ולפי השני, פעולה כזאת מאפשרת לבית-המשפט לאכוף על הציבור את ערכיו שלו גם כאשר אלה אינם תואמים את ערכי הרוב.⁹⁸ אכיפת איסור על האצלת סמכויות בעניינים ראשוניים משמעה הענקת סמכות לבית-המשפט לפסול חקיקה ראשית. משום כך יש לבחון את מידת הרלוונטיות של הכשל האנטי-רובני גם לענייננו. האם אכיפת האיסור אינה מעוררת את הכשל האנטי-רובני כפי שמעורר השימוש בסמכות הפסילה על בסיס תוכני?⁹⁹ לכאורה הבעיה אינה מתעוררת כלל, שכן להבדיל ממקרה של פסילת חקיקה בשל תוכנה, כאן הביקורת השיפוטית אינה נוגעת כלל בערכים שהחוק מבטא, אלא עוסקת רק בזהות הגוף שיחליט. כפי שהוסבר בפרק הקודם, אחת ההצדקות העיקריות לאכיפתו של עקרון איסור ההאצלה היא הצורך להבטיח ששאלות מהותיות יוכרעו באורח דמוקרטי. אכיפה זו דומה לביקורת ההליכית, אשר גם המתנגדים למעורבותו ההולכת וגוברת של בית-המשפט המודרני בפעולותיה של הרשות המחוקקת, דוגמת ג'ון אילי (Ely), נוטים לחייב.¹⁰⁰ מכאן שהעיקרון לא רק שאינו מחליש את העיקרון הרובני, אלא למעשה מחזק אותו.

97 ראו, למשל: ("Indeed, we have some reason for thinking that specialization, which is the very ground for the influence of policy elites, may itself impair their capacity for moral judgment") ROBERT A. DAHL, DEMOCRACY AND ITS CRITICS 337 (1989)

98 להצגת שני הכשלים ולדיון בהם ראו גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה", משפטים 98, 349, 354-356 (2007).

99 אכן, אילי מזכיר את איסור ההאצלה כאחד המקרים שבהם בית-המשפט צריך להתערב. ראו Ely, לעיל ה"ש 57, בעמ' 131-134, 177.

אולם תשובה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. אכיפת האיסור על האצלת הסמכות להכריע בעניינים ראשוניים מחייבת את בית המשפט להחליט שתי החלטות חשובות. ראשית, עליו לקבוע אם העניין שהסמכות להכריע בו הואצלה נושא אופי ראשוני; ושנית, עליו לבחון אם הרשות המחוקקת האצילה סמכות מבלי להכריע בעניין או שמא בטרם האצילה היא קבעה עקרונות מנחים מספקים, באופן שמוותר לרשות המבצעת רק את משימת השלמתם של ההסדרים המשניים. אין בנמצא הגדרה פשוטה לעניינים ראשוניים,¹⁰⁰ ונראה שגם לשאלה איזו החלטה של הרשות המחוקקת בעניינים ראשוניים תספק את דרישת הסף של קביעת מדיניות עקרונית אין תשובה אחידה שניתן להפעיל על כל מקרה.¹⁰¹ חוסר הבהירות האופף את שתי השאלות, ואופיין האד-הוקי של התשובות להן, מעניקים לבית המשפט שיקול-דעת רחב ביותר בבואו להחליט אם להתערב ולפסול מעשה האצלה או לאשרו. רוחבו של שיקול-הדעת השיפוטי מעורר חשש שבית-המשפט ישתמש בו כמסווה לביקורת שיפוטית מהותית. אם החלטתה של הרשות המבצעת נראית לו, הוא יכול לנקוט אחת משתי הדרכים הבאות: האחת – לטעון שאין מדובר בעניין ראשוני; והאחרת – לקבוע כי מדובר אומנם בעניין ראשוני, אך הרשות המחוקקת הציבה עקרונות מספקים והרשות המבצעת פעלה לפיהם. אם החלטת הרשות המבצעת אינה נראית לו, הוא יכול לנקוט אחת מאותן שתי דרכים בדיוק, רק בכיוון ההפוך: לפסול את ההחלטה ולהחזיר את הכדור לידי הרשות המחוקקת, בטענה שמדובר בהאצלה לא-לגיטימית של הסמכות להכריע בעניינים ראשוניים, או לקבוע כי המחוקק קבע עקרונות מספקים (ולכן מדובר בהאצלה לגיטימית), אך אלה עומדים בסתירה לעמדתה של הרשות המבצעת. הדרך השנייה מעניקה לבית-המשפט כוח רב במיוחד: עם השימוש בה החלטת הרשות המבצעת מתבטלת, אך הסמכות להכריע אינה חוזרת למחוקק (כפי שיקרה אם ישתמש בדרך הראשונה), אלא בית-המשפט הוא שקובע בעצמו את תוכן ההסדרים. מגוון אפשרויות זה הפתוח לפני בית-המשפט הופך

100 ראו עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 2, פס' 37 לחוות-דעתו של המשנה לנשיא חשין (א"כ), באומרנו כי הסדרים ראשוניים הם אותם הסדרים שעל-פי עצם טיבם ראוי להם שהכנסת תקבעם, וכי גופם של ההסדרים ונסיבות העניין יכריעו, נקלעים אנו לטאוטולוגיה-משהו; בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, 790 (1999) ("הסדרים ראשוניים הינם אותם הסדרים שבהיותם נוגעים לנורמות התנהגות החלות על כלל הציבור או לשאלות-יסוד בחיינו, נצפה כי המחוקק הראשי יקבע אותם בחוק... הגדרה זו להסדרים ראשוניים הינה הגדרה מעגלית-משהו, ואיתורם של אותם הסדרים ראשוניים ייעשה מעת-לעת ומעניין לעניין"). להגדרה דומה לזו שחשין מציע ולהודאה במעגליותה בהקשר האמריקאי ראו Lawson, לעיל ה"ש 1, בעמ' 361.

101 ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 11, פס' 24 לחוות-דעתו ("רמת ההפשטה של ההסדר הראשוני משתנה מעניין לעניין. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כן אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה הראשית הקובע, ולו רק באופן כללי, את מהות הפגיעה או את היקף הפגיעה בחירות. כאשר אובייקט ההסדר הוא נושא מורכב, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק ברמת הפשטה גבוהה").

את השימוש בעקרון איסור ההאצלה לנגוע בכשל האנטי-רובני לא פחות מאשר פסילת חוק מטעמים מהותיים. ואם יטען הטוען כי מדובר בחשש-שווא ובספקולציה שאין לה כל אחיזה במציאות, אדגים להלן כיצד בית-המשפט העליון בישראל עשה שימוש בפועל בשתי דרכי ההתחמקות שתוארתי זה עתה – התכחשות להאצלה או התכחשות לאופייה הראשוני של הסוגיה.

(ב) דוגמות

התכחשות להאצלה

בראשית המאמר הצגתי את הימנעותה של הרשות המחוקקת מהגדרה ברורה של "יהודי" לצורכי חוק השבות כדוגמה להאצלה נסתרת של שאלה עקרונית. במהלך הדיונים לקראת תיקון חוק השבות בשנת 1970 התעוררה בכנסת ובציבור הרחב המחלוקת אם להכיר במסגרת החוק גם בגיורים קונסרוויטיביים ורפורמיים או להגביל את אפשרות הגיור לגיורים אורתודוקסיים בלבד. אך חרף המודעות למחלוקת ולצורך להכריע בה, לא נקטה הרשות המחוקקת עמדה ברורה בלשון החוק, ובכך השאירה את ההכרעה בידי הממשלה. כל זאת, חרף מחאותיו של אחד מחברי-הכנסת, אשר טען נגד חבריו כי אין זה מכובד להשאיר את השאלה פתוחה.¹⁰²

במקום אחר תיארנו את מגוון הגישות העקרוניות שנקטו שופטי בג"ץ השונים בהתמודדותם, במהלך השנים, עם השאלה שהונחה לפתחם.¹⁰³ אך הנתון המפתיע לצורכי הדיון כאן הוא שאיש מן השופטים לא נדרש במפורש לסוגיית ההסדרים הראשוניים. זאת, אף שחלק מפסקי-הדין בעניין מיהו יהודי ניתנו בעידן שבו התחדדה המודעות השיפוטית לחשיבותו של עקרון איסור ההאצלה ולאפשרות השימוש בו. חרף זאת, שניים מבין השופטים – השופט טירקל והנשיא ברק – התייחסו לעניין באופן עקיף. לטירקל הייתה עמדה ייחודית:

"לדעתי, תוצאת ביטולה של הלכת פונק שלזינגר היא שנוצר 'חלל חקיקתי' בחוק המרשם שעל המחוקק למלאו בהגדרה חדשה לדיבור 'שנתגייר', או בהנחיה מפורשת לפקיד הרישום. בהיעדר חקיקה כזאת אין משמעות חוקית כלשהי לדיבור 'שנתגייר' שבסעיף 4 ב לחוק השבות וכאילו לא נכתב כלל. ממילא אין נפקות להודעה ולתעודה שמקבל פקיד הרישום לצורך רישום ראשון, וכן אין להן נפקות לצורך פסק דין הצהרתי שמטרתו שינוי הרישום. מכאן, שאחרי ביטולה של ההלכה אין פקיד הרישום רשאי לרשום דבר בפרטי הרישום של הלאום והדת."¹⁰⁴

102 כוונתנו לחברי-הכנסת שלום כהן, אשר טען: "בנושא המצפוני החמור ביותר של העם היהודי ושל מדינת ישראל אנו הולכים לחוקק חוק שהנקודה העיקרית בו אינה ברורה... רבותי, אין זה מכובד... אם רוצים אתם להעביר את החוק הזה, העבירוהו כך שיהיה ברור. אל תתחמקו. הכריעו." ד"כ 57, 1134-1135 (התש"ל).

103 ראו שחר ליפשיץ וגדעון ספיר "מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי? על פרשת שליט ותפקידו הראוי של בית המשפט בחברה דמוקרטית" מחקרי משפט כב 269 (2006).

104 בג"ץ 5070/95 נעמת תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721, 767-768 (להלן: פרשת נעמת).

טירקל קובע כי אין לביטוי "התגיייר" משמעות, ולכן אין להפעיל את הסעיף התלוי בו עד שיבהיר המחוקק את כוונתו. אולם עמדה זו אינה ברורה. לא פעם נוצר צורך להשתמש בכלי פרשנות כדי לצקת תוכן בחוק. מדוע לא נאפשר לרשות המבצעת לעשות זאת גם כאן? יש היגיון בהתנגדותו של טירקל רק אם היא מבוססת על שתי הנחות: הראשונה, שמדובר בשאלה ראשונית (הנחה שמופיעה במפורש בדבריו), והשנייה, שאין זה ראוי שהרשות המבצעת תחליט בעניינים ראשוניים. במילים אחרות, טירקל אומנם אינו עושה שימוש מפורש באיסור ההאצלה או בחוקה נגדו, אך כדי שטיעונו יוכל לעמוד, יש לקרוא לתוכו את הגיונו של עקרון איסור ההאצלה.

ברק נוקט דרך שונה מזו של טירקל לפתרון המתח עם עקרון איסור ההאצלה: "איננו קובעים את היש' (התוכן המדויק של מהות הגיור בישראל). כפי שצינינו, היש' עשוי להיקבע במפורש במפורט על ידי המחוקק. עם זאת – וכל עוד הכנסת לא אמרה את דברה – איננו מצויים בחלל משפטי. פתרון לבעיית היש' מצוי בחוק השבות המגדיר יהודי מיהו. אם המחוקק לא יוסיף על דברו זה, לא יהא מנוס מהכרעה שיפוטית בעניין זה על פי ההגדרה הקיימת."¹⁰⁵

ברק אינו נדרש לעקרון איסור ההאצלה משום שלדעתו לא הייתה כאן האצלה כלל, שכן המחוקק החליט בעצמו. יהיה אומנם קל יותר לפעול בעניין אם המחוקק יבהיר את כוונותיו במפורש, אולם גם אם לא יעשה זאת, יש בלשון החוק ובהיסטוריה החקיקתית שלו כדי לאפשר את הבנת כוונתו. חיזוק להבנה זו בדברי ברק ניתן למצוא בדברי התמיכה שכתב לפירוש שהציעה המדינה בסופו של יום, בפרשת טושביים, כאשר אמר שפירוש זה הולם את ההיסטוריה החקיקתית.¹⁰⁶ באמצעות הקביעה הראשונית שהמחוקק הכריע בעניין, ובאמצעות הקביעה בדיעבד שהכרעת הרשות המבצעת עולה בקנה אחד עם הכרעת המחוקק, השכיל ברק לנווט את הרשות המבצעת להחלטה הטובה בעיניו, ולאשררה משהתקבלה. כל זאת, כאמור, בעניין שהנסיבות האופפות אותו מעידות באופן ברור שהמחוקק נמנע מלהחליט בו.

התכחות לאופייה הראשוני של השאלה שעל הפרק

- מיהו יהודי – התנהלותו של בית המשפט סביב המחלוקת בעניין מיהו יהודי מדגימה היטב גם את האסטרטגיה השנייה העומדת לרשות בית המשפט במקרה שבו הוא מבקש להתחמק מהפעלת עקרון איסור ההאצלה, קרי, האסטרטגיה הכרוכה בהתכחות לאופייה הראשוני של השאלה שעל הפרק. כידוע, השאלה מיהו יהודי רלוונטית לא רק לצורכי שבות, אלא גם לצורכי מרשם האוכלוסין. גם בשאלה זו קיימת מחלוקת, וגם

105 בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1995), פס' 7 לחוות דעתו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק.

106 בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 721 (2005), פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

בשאלה זו נמנע המחוקק מלהכריע. תחילה לא נכללה בחוק כל הגדרה ל"יהודי",¹⁰⁷ ובשנת 1970, עם תיקון חוק השבות, תיקן המחוקק גם את חוק המרשם והוסיף הגדרה ל"יהודי", אך ההגדרה שאימץ היא אותה הגדרה עמומה שנבחרה לצורכי חוק השבות.¹⁰⁸ בעוד שבעניין השבות השתדל בית-המשפט לאורך זמן להימנע מהכרעה, בעניין המרשם קיבל בית-המשפט הכרעות – הן לפני תיקון החוק והן לאחריו.¹⁰⁹ שופטי הרוב צידדו בעמדתם של העותרים שביקשו להירשם כיהודים לצורכי חוק המרשם, ודחו את עמדתה של הרשות המבצעת, תוך שהם מציינים כי אין בהחלטתם משום נקיטת עמדה במחלוקת המהותית בשאלה מיהו יהודי, שכן רישום הלאום במרשם האוכלוסין הוא נטול ערך מבחינה ראייתית.¹¹⁰ הנמקתם של שופטי הרוב לגבי רישום הלאום התבססה על רציונל שבית-המשפט פיתח לראשונה ככלי להצדקת כפייתם של פקידי המרשם לרשום כנשואים זוגות שנישאו בנישואים אזרחיים במדינה זרה או על-ידי קונסול של מדינה כזאת. גם כאן קבע בית-המשפט כי ההחלטה אינה עוסקת במהות.¹¹¹ לנוכח הצלחת הטקטיקה בשני עניינים אלה (שבות ורישום מעמד אישי), הרחיב בית-המשפט את השימוש בה לכמה עניינים נוספים, כגון כפיית משרד הפנים לרשום את ילדיהם של בני-זוג בני אותו מין גם כילדיו של בן-הזוג שאינו ההורה הטבעי, וזאת בהתבסס על פסק-דין זר,¹¹² ולאחרונה גם בכפיית רישום כנשואים של בני-זוג מאותו מין שנישאו במדינה שלפי חוקיה הנישואים תקפים.¹¹³ בכל המקרים ביסס בית-המשפט את קביעתו על הטענה שלהחלטה אין משמעות אופרטיבית מעבר לעצם המרשם. במילים אחרות, בית-המשפט הכחיש את אופייה הראשוני של השאלה. כפי שהסברנו במקום אחר, טיעונו של בית-המשפט בדבר העדר המשמעות של פעולת הרישום אינו מחזיק מים במישור התוצאה, וככל הנראה גם אינו מבטא בכנות את תפיסתו האמיתית של בית-המשפט.¹¹⁴ חרף נסיונות ההסוואה שבית-המשפט עושה, ברור שמדובר בהחלטה בעלת חשיבות עקרונית ממדרגה ראשונה, וגם בית-המשפט מבין זאת כנראה. החלטה כזאת היה ראוי שתתקבל על-ידי המחוקק, ולא על-ידי בית-המשפט.

● שחרור מחבלים – מדינת-ישראל מחזיקה במתקני כליאה אלפי מחבלים, שרובם המכריע השתתפו בפיגועי טרור כמתכננים או כמבצעים, ואשר חלק לא-מבוטל מהם

107 חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס"ח 466 (להלן: חוק המרשם).

108 ס' 3 לחוק השבות (תיקון מס' 2), ס"ח התש"ל 34.

109 לפני תיקון החוק – בפרשת שליט, לעיל ה"ש 29; ולאחר התיקון – בפרשת נעמת, לעיל ה"ש 104.

110 לדיון ברציונל ראו ליפשיץ וספיר, לעיל ה"ש 103, פרק ד.

111 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963).

112 בג"ץ 1779/99 ברנר קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000). כאן נעשה הדבר תוך התעלמות מהעובדה – אשר הודגשה על-ידי שופט המיעוט זועבי (שם, בעמ' 381, מול האות ד) – שלפי חוק המרשם, לרישום ההורות יש ערך ראייתי.

113 בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, תק-על 2006(4) 1725 (2006).

114 ליפשיץ וספיר, לעיל ה"ש 103, פרק ד.

עם "דם על הידיים". רובם הגדול עברו הליך שיפוטי מסודר, שבמסגרתו הורשעו ונגזר דינם. ברגיל, עברייני שנשפט נושא את עונשו, בכפוף לסמכות המוקנית בחוק לנשיא המדינה להקל בעונשו או לחון אותו. אולם מעמדם של המחבלים הכלואים בישראל שונה. מדי פעם בפעם הממשלה מחליטה על שחרור המוני של מחבלים, אם בתמורה להישג טובסנטטיבי או כחלק ממחווה שתכליתה הבעת רצון טוב. באורח קבע מוגשות לבג"ץ עתירות נגד פעולות שחרור אלה, בין היתר על-ידי קרובי-משפחה של נרצחים בפגיעי טרור.¹¹⁵ בין הטענות שהעותרים מעלים כלולה גם הטענה שהממשלה נעדרת סמכות להחליט בעניין. תשובתה הסטנדרטית של הממשלה היא שהיא פועלת מכוח הסמכות השיורית שהוקנתה לה בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה. על כך משיבים העותרים שמקור סמכות זה אינו מספק לנוכח העובדה שמדובר בהסדר ראשוני, והסדר כזה, כמקובל בישראל, טעון הכרעה ברשות המחוקקת או לכל-הפחות הסמכה מפורשת מן המחוקק. בית-המשפט העליון דוחה טענה זו על הסף:

"החלטת הממשלה במקרה שלפנינו אינה נופלת לגדר אותם המקרים הנתפסים כהסדר ראשוני. אין בה קבלת 'הכרעות עקרוניות בשאלות יסודיות...' עניין לנו בגיבוש קריטריונים ובהרכבת רשימה המונה 500 אסירים. אין בכך כדי לגבש הסדר מקיף בנושא שחרור אסירים. פעולות אלה אף אינן מגיעות כדי שחרור האסירים. עניין זה נתון לסמכות אחרים (נשיא המדינה ומפקדי האזורים יהודה ושומרון ועזה). בנסיבות אלה גיבוש רשימת האסירים, במסגרת ניהול משא ומתן מדיני, אכן מעוגנת בסמכות השיורית של הממשלה."¹¹⁶

תשובתו של בית-המשפט נראית תמוהה, בלשון המעטה. חלקה השני חסר שחר לחלוטין. האם יעלה על הדעת שהנשיא או מפקדי הצבא ידחו את שיקול-דעתה של הממשלה ויטרפדו את המהלך? נדמה שגם בית-המשפט עצמו מבין כי מדובר בתשובת-שווא, ואולי לכן הוא מכנה אותה "תשובה משפטית-פורמלית".¹¹⁷ חלקה הראשון משונה אף הוא, שכן הוא מתייחס רק למרכיב אחד בפעולות הממשלה ומתעלם ממרכיב אחר. הממשלה אכן קובעת אמות-מידה ומגבשת רשימה, אולם זאת אחרי שהחליטה על עצם השחרור. כפי שציינתי לעיל, קשה להגדיר במדויק מהו עניין ראשוני, אולם שחרור סיטוני של אסירים הינו צעד מרחיק-לכת העומד במתח עם עקרונות בסיסיים של ענישה ושל ממשל. אם החלטה בעניין זה אינה בעלת אופי ראשוני, קשה לראות איזו החלטה תיחשב לראשונית. זאת ועוד, במקרים רבים בית-המשפט מביא כראיה לכך שמדובר בעניין בעל אופי ראשוני את העובדה שבעניינים דומים נדרשה הכנסת לעניין

115 ראו, למשל, בג"ץ 1539/05 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעי נ' ראש הממשלה, תק-על 2005 (1) 2063 (2005) (להלן: משל"ט הראשון); בג"ץ 5272/05 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעי נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005 (2) 2789 (2005) (להלן: עניין משל"ט השני).

116 עניין משל"ט הראשון, שם, פס' 4 לפסק-הדין.

117 עניין משל"ט השני, לעיל ה"ש 114, פס' 11 לחוות-דעתו של השופט חשין.

במסגרת חקיקה ראשית.¹¹⁸ למרות זאת, בהקשר של שחרור מחבלים בית-המשפט דוחה טענה דומה, וקובע כי "אין בכך ששחרור אסירים קולקטיבי הוסדר בעבר בהסדר ראשי כדי למנוע מהמשלה להפעיל את סמכותה השירותית, בהעדר הסדר ראשי קיים".¹¹⁹

(ג) השוואה לארצות-הברית

תיארת לעיל שני כלים העומדים לרשותו של בית-משפט המעוניין לנווט את התוצאה בשאלה שעל הפרק כרצונו. הכלי הראשון הוא התכחשות להאצלה, תוך קביעה שהמחוקק קבע עקרונות מספיקים. מכשיר זה מאפשר לבית-המשפט לקבל או לדחות את החלטת הרשות המבצעת: במקרה שבו החלטת הרשות המבצעת נראית לו, יאמר בית-המשפט כי היא עולה בקנה אחד עם הכרעת המחוקק, ואילו במקרה שבו היא אינה נראית לו, יאמר בית-המשפט כי היא עומדת בסתירה להחלטת המחוקק. הכלי השני הוא הפעלה פְּרִירִנִית (סלקטיבית) של המבחן לזיהוי עניינים ראשוניים: במקרה שבו החלטת הרשות המבצעת נראית לו, יאמר בית-המשפט כי אין מדובר בעניין ראשוני, ואילו במקרה שבו היא אינה נראית לו, הוא יפסול את ההכרעה בטענה שמדובר בעניין ראשוני שאת הסמכות להכריע בו אי-אפשר להאציל או שיש להאצילה בצורה מפורשת.

מעניין שהחשש מפני שימוש בכלי המניפולציה השני הוא ככל הנראה אחד הטעמים המרכזיים להתנגדות של רבים מן המלומדים בארצות-הברית לאכיפה דווקנית של עקרון איסור ההאצלה האמריקאי (The Non-Delegation Doctrine) ולהימנעותם של שופטי בית-המשפט העליון האמריקאי מהפעלתו.¹²⁰ פרשנות זו עולה בקנה אחד עם דברים מפורשים שאומר, למשל, השופט סקליה (Scalia) בפסקי-דינו.¹²¹

118 ראו, למשל, עניין ועדת המעקב, לעיל ה"ש 2, פס' 61-62 לחוות-דעתו של המשנה לנשיא חשין.

119 עניין משל"ט הראשון, לעיל ה"ש 114, פס' 4 לפסק-הדין.

120 המלומדים סנסטיין וורמול, למשל, טוענים כי: "The Court's reluctance to use the nondelegation doctrine seems to be rooted, in part, in the institutional concern that courts could not draw sensible lines between permitted and prohibited delegations." Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*, 101 MICH. L. REV. 885, 887 (2003).

121 השופט סקליה אומר כי בית-המשפט מכיר בכך שברגע שיש האצלה שמוותרת, "the debate over unconstitutional delegation becomes a debate not over a point of principle but over a question of degree." *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 415 (1989) (Scalia, J., dissenting). Furthermore, "the limits of delegation must be fixed according to common sense and the inherent necessities of [government]... [Because this determination requires consideration of factors] both multifarious and (in the nonpartisan sense) highly political... [the Court has] almost never felt qualified to second-guess Congress regarding the permissible degree of policy judgment that can be left to those executing or applying the law." *Ibid.*, at 416.

גם לסכנה מפני הפעלה של כלי המניפולציה הראשון ניתן להביא ראיה מן הניסיון האמריקאי, אם כי כאן הסכנה מתחזרת לא מהימנעותו של בית-המשפט, אלא דווקא מאופן פעולתו. באחת ההלכות המפורסמות של בית-המשפט העליון האמריקאי בסוגיית ההסדרים הראשוניים – הלכת Chevron¹²² – קבע בית-המשפט האמריקאי מבחן דו-שלבי לבחינת החלטותיה של הרשות המבצעת בבואה לפרש חקיקה עמומה. בשלב הראשון בית-המשפט בוחן אם המחוקק דיבר בלשון ברורה או השאיר עמימות שהרשות המבצעת עשויה למלא. אם לדעת בית-המשפט המשמעות ברורה, היא זו שגוברת. לעומת זאת, אם המסקנה היא שהמשמעות עמומה, בית-המשפט בוחן, בשלב שני, אם הפרשנות שנתנה הרשות המבצעת לחוק הגיונית. בית-המשפט העליון האמריקאי ניצל פעמים רבות את המבחן הכפול שהוצע בהלכת Chevron כדי להתערב בהחלטות של הרשות המבצעת, תוך שהוא קובע, באופן מאולץ למדי, כי לשון החוק ברורה דייה ולכן אין מקום לעבור משלב א של הלכת Chevron לשלב ב. מעניין שדווקא השופט סקליה – אשר מסתייג, כפי שצוין לעיל, מהפעלת העיקרון בשל החשש מפני הפקדת כוח בלתי-מרוסן בידי בית-המשפט בתחום זה – הוא מן השופטים שנוקטים בתדירות גבוהה את הטקטיקה של מציאת בהירות במקום שבו נקט המחוקק לשון עמומה, ובכך הוא נוטל לעצמו כוח רב, בדיוק מהסוג שממנו הוא מבקש לכאורה להימנע.¹²³

יש הטוענים כי טקטיקה זו של בית-המשפט האמריקאי מְחִיָּה את עקרון איסור ההאצלה (המונח האמריקאי הוא כאמור non-delegation). כך, למשל, טוענת ברסמן (Bressman):

“The Court's efforts to find clarity where none exists, while perhaps not faithful applications of Chevron, are nonetheless understandable as a form of nondelegation review. By denying agencies the discretion to interpret ambiguous terms as they see fit, the Court effectively may block the delegation of policymaking authority.”¹²⁴

לדעתי, טענה זו מוטעית מיסודה. מטרתו של איסור ההאצלה היא לשמור את ההחלטות המהותיות בידי הרשות המחוקקת. הכחשת עמימות הניסוח, במקרים שבהם בחר המחוקק במכוון בניסוח עמום מבלי שהכריע באמת בשאלה שעל הפרק, אינה משיגה את המטרה של החזרת ההכרעה למחוקק, אלא מעבירה את ההכרעה לידי בית-המשפט. אפשר אולי

Chevron, U.S.A. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984) 122
(להלן: הלכת Chevron).

Babbitt v. Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon, 515 U.S. 687, 736 (1995) (Scalia, J., dissenting); Maislin Indus. V. Primary Steel Inc., 497 U.S. 116, 136–138 (1990) (Scalia, J., concurring); I.N.S. v. Cardozo-Fonseca, 480 U.S. 421, 452–455 (1987) (Scalia, J., concurring) 123

Lisa Schultz Bressman, *Schechter Poultry at the Millennium: A Delegation Doctrine for the Administrative State*, 109 YALE L.J. 1399, 1411–1412 (2000) 124

להבין את רצונו של בית-המשפט להימנע מהפקדת שיקול-דעת רחב מדי בידי הרשות המבצעת, אבל הטקטיקה שבה הוא בוחר מובילה לתוצאה קשה לא פחות מזו שהוא מבקש למנוע. מדובר בלא יותר מאשר הכרעה שיפוטית המבוססת על ערכי השופט, כלומר, בחיזוק מעמדו של בית-המשפט על-חשבון שתי הרשויות האחרות. ההכרעה השיפוטית במקרים אלה היא בעייתית במיוחד. בניגוד למקרים אחרים שבהם בית-המשפט מכריע, אך לפחות חושף את השיקולים הערכיים שהנחו אותו בהכרעתו, כאן מדובר בהכרעה נסתרת מצידו של בית-המשפט: בית-המשפט מתכחש להכרעה שביצע, וממילא אינו חושף את השיקולים שהביאו אותו להחלטתו. סוג כזה של הכרעה שיפוטית מסתיר את מעורבותו של שיקול-דעת חזק מצד בית-המשפט, ובכך מעכב את התפתחות הדיון בשאלת הלגיטימיות של החלטתו ובשאלת ההיגיון שעומד בבסיסה.

(ד) לאיזו מסקנה מוביל הכשל האנטי-רובני בהקשר של איסור ההאצלה?

בפסקות הקודמות ניסיתי להסביר מדוע חרף חזותו ה"הליכית" של עקרון איסור ההאצלה, אכיפתו מפקידה בידי בית-המשפט מידה רבה של שיקול-דעת חזק בעניינים מהותיים. אם אני צודק, יוצא שגם עיקרון זה נגוע בכשל האנטי-רובני הכרוך בביקורת שיפוטית. אך מהי המסקנה שיש להסיק מעובדה זו? אפשרות אחת היא לבטל לחלוטין את העיקרון. ביטול העיקרון יאפשר למחוקק לאצול מסמכותו לרשות המבצעת ללא כל מגבלה. בפסקות הבאות אסביר מדוע אפשרות זו אינה רצויה לדעתי, ומדוע עדיפה עליה עמדת-הביניים – אשר נוהגת כיום בישראל – שלפיה עקרון איסור ההאצלה תקף אך מעמדו כשל חזקה הניתנת לסתירה, ולא של חזקה חלוטה.

הנחת-המוצא של הדיון היא שיש תועלת באימוצו של עקרון איסור ההאצלה. אלמלא כן, לא היה בו כל טעם. הבעיה היא שהתועלת כרוכה במחיר של הענקת שיקול-דעת חזק לבית-המשפט. אולם בעיית שיקול-הדעת החזק חמורה, לדעתי, רק אם ניתן לעיקרון מעמד של חזקה חלוטה. אם חזקת איסור ההאצלה ניתנת להפרכה על-ידי המחוקק, חלק גדול מן הבעיה נעלם.

נוכרי: החשש הוא שבית-המשפט ישתמש באיסור באופן מניפולטיבי, תוך שימוש בשני כלים אפשריים. הכלי הראשון הוא התכחשות להאצלה, תוך קביעה שהמחוקק קבע עקרונות מספקים: במקרה שבו החלטתה של הרשות המבצעת נראית לו, יאמר בית-המשפט כי היא עולה בקנה אחד עם אותם עקרונות, ואילו במקרה שבו היא אינה נראית לו, יאמר בית-המשפט כי היא עומדת בסתירה להם ולכן דינה להתבטל. הכלי השני הוא הפעלה פרייבטית של המבחן לזיהוי עניינים ראשוניים: במקרה שבו החלטת הרשות המבצעת נראית לו, יאמר בית-המשפט כי אין מדובר בעניין ראשוני, ואילו במקרה שבו היא אינה נראית לו, הוא יפסול את ההכרעה בטענה שמדובר בעניין ראשוני שאת הסמכות להכריע בו אי-אפשר להאציל.

מבין שני הכלים, רק השני (הפעלה פרייבטית של המבחן לזיהוי עניינים ראשוניים) נובע באופן בלעדי מהסמכת בית-המשפט לפסול האצלה בעניינים ראשוניים. בכלי הראשון (התכחשות להאצלה) יוכל בית-המשפט להשתמש בין אם הוא הוסמך לפסול האצלה בעניינים ראשוניים ובין אם לאו. הבה נניח, למשל, ששר הפנים היה מציע הגדרה מהותית

ל"יהודי" שאינה נראית לבית המשפט. או אז היה בית המשפט יכול לפסול את ההגדרה בטענה שהיא אינה עולה בקנה אחד עם מטרת החוק, וזאת מבלי להשתמש כלל באיסור ההאצלה.

אם זמינותו של כלי המניפולציה הראשון אינה תלויה במעמדו של עקרון איסור ההאצלה, עלינו לבחון את העיקרון רק בזיקה ליצירתו של כלי המניפולציה השני. נדמה שעוקצו של הכלי יינטל ממנו אם נחליש את העיקרון ונעניק לו מעמד של חוקה פרשנית בלבד. במקרה כזה, גם אם יפסול בית המשפט החלטה של הרשות המבצעת בטענה שהיא נוגעת בעניין ראשוני שהסמכות להסדירו לא הואצלה לרשות המבצעת, יוכל המחוקק להפוך את קביעתו של בית המשפט בדרך של האצלה מפורשת. במילים אחרות, אם עקרון איסור ההאצלה נהנה ממעמד של חוקה הניתנת לסתירה, זכות המילה האחרונה נשארת בידי המחוקק. לדוגמה, כפי שהסברתי לעיל, לאחר שפסל בית המשפט את הסדר דחיית השירות של בחורי הישיבות שהנהיג שר הביטחון, יכלה הכנסת לבחור להאציל לשר את הסמכות לקבוע את ההסדר בעניין, הפעם בצורה מפורשת. במקרה כזה, החוקה הפרשנית נגד האצלה הייתה נסתרת, שר הביטחון היה קונה סמכות, ובית המשפט לא היה יכול להתערב בה מטעמים של חוסר סמכות. ודוק, אימוץ עמדת הביניים – קרי, קבלת העיקרון במעמד של חוקה הניתנת לסתירה, ולא של חוקה חלוטה – לא ימנע אפשרות להפעלה מניפולטיבית של החוקה על ידי בית המשפט. בית המשפט יוכל להתעלם מן החוקה במקרה שבו מדיניותה של הרשות המבצעת תיראה לו, ולהשתמש בחוקה ככלי לביטול המדיניות רק כאשר זו תהיה לצנינים בעיניו. עם זאת, העובדה שהמחוקק יוכל להתגבר על בית המשפט באמצעות האצלה מפורשת מחלישה את הנוק – במונחים של פגיעה בדמוקרטיה – הכרוך בפוטנציאל המניפולציה. לדעתי, שקלול הנוק המזערי הכרוך באימוץ הגרסה החלשה של עקרון איסור ההאצלה אל מול התועלת הצומחת מאימוץ גרסה זו של העיקרון מטה את הכף לטובתה.

ה. סיכום ומסקנות

בשנים האחרונות בית המשפט העליון מחזק את עקרון איסור ההאצלה. העיקרון טרם יצא אומנם מגדר חוקה פרשנית, אך משקלה של החוקה הולך וגובר. יש הטוענים כי הגיעה העת לערוך שדרוג נוסף של העיקרון, ולהעניק לו מעמד של חוקה חלוטה. במאמר זה ניסיתי להסביר מדוע יש לקדם בברכה את חיזוקו של העיקרון אך לדחות את הקריאה לשדרוג הנוסף. הטעמים התומכים בחיזוקו של העיקרון אינם מצדיקים את שדרוג הנוסף. שדרוג כזה לא רק שאינו נחוץ, אלא גם בלתי-רצוי. חרף חזותו ה"הליכית" של איסור ההאצלה, אכיפתו מפקידה בידי בית המשפט מידה רבה של שיקול-דעת חזק בעניינים מהותיים. הפיכתו לחוקה חלוטה תאפשר לבית המשפט לעשות שימוש בכוחו להשגת התוצאה המהותית הנראית בעיניו מבלי שייאלץ לחשוף את היסוד המהותי בהכרעתו – אפשרות שמן הראוי לחסום.

עוד גרסתי במאמר כי במסגרת הדיון העקרוני בסוגיית ההאצלה של הסמכות להכריע

בעניינים ראשוניים, יש להבחין בין שני סוגים של האצלה – האצלה סמויה והאצלה גלויה. טענתי כי האפשרות והצורך להסתפק בשדרוג מתון של העיקרון תקפה ביחס להאצלה גלויה בלבד. לעומת זאת, האצלה סמויה בעייתית עד-מאוד, משום שהיא מאפשרת לשתי הרשויות – המחוקקת והמבצעת – לחמוק מאחריות להחלטה שהתקבלה, עד כדי כך שאין מנוס משלילתה המוחלטת של ההאצלה הסמויה, תוך הענקת הסמכות לפסילתה לבית-המשפט.

לבסוף, טענתי כי במסגרת ההאצלה המפורשת, המתבקשת מאימוץ החוקה הפרשנית, יש לחייב את הרשות המחוקקת להגדיר בפירוט את היקף הסמכות המואצלת לרשות המבצעת ואת הסיבות שהניעו את המחוקק להאציל סמכות זו. חובות אלה יבטיחו שפעולת ההאצלה תגבה מהמחוקק את המחיר הפוליטי הראוי, ובכך יחזקו את הסיכוי שהחלטה של הרשות המחוקקת להאציל תשקף את הסכמת הרוב.