

המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית

יובל רויטמן*

השאלה העיקרית הנבחנת במאמר היא עד כמה עקרונותיו וכלליו של המשפט המנהלי הישראלי, על ענפיו השונים, נותנים מענה לאתגרים שעלייתה של המדינה הרגולטורית מעוררת. בהתאם לגישה שלפיה יש לפעול להתאמתו של המשפט המנהלי הכללי להקשרים השונים של פעילות המנהל הציבורי, המאמר בוחן את מידת התאמתו של המשפט המנהלי הישראלי למציאות שבה מתרחב השימוש ברגולציה שלטונית ככלי לקידומה של מדיניות ממשלתית.

ראשיתו של המאמר בהצגת עלייתה של המדינה הרגולטורית ובסקירת התמורות העיקריות הנובעות מכך ביחס לפעילותה של המדינה המנהלית המודרנית, ובכלל זה עליית כוחו והשפעתו של המגזר הפרטי. בחלקו השני של המאמר נבחן את תפקידה של הביקורת השיפוטית במציאות שבה לצד החשש מפני פגיעה של רשויות השלטון בזכויותיו של הפרט קיימות נסיבות שבהן על הביקורת השיפוטית לתמרץ את הפעלת הכוח השלטוני על-מנת להגן על זכויותיו של הפרט מפני פגיעה בהן מצד גורמים פרטיים. חלקו השלישי והאחרון של המאמר דן בדוקטרינות קונקרטיות של המשפט המנהלי בישראל, ובוחן את מידת התאמתן למציאות של המדינה הרגולטורית בישראל.

מאמר זה מבקש לחשוף, במישור הדסקריפטיבי, את האופן שבו המשפט המנהלי בישראל התאים את עצמו לשינויים שהתחוללו עם עלייתה של המדינה הרגולטורית בישראל, ולהציע, במישור הפרספקטיבי, שינויים נוספים שראוי לאמצם.

מבוא. א. העידן הרגולטורי של המדינה המנהלית המודרנית: 1. המדינה המנהלית המודרנית; 2. עלייתה של "המדינה הרגולטורית"; 3. תמורות הנובעות מעלייתה של המדינה הרגולטורית. ב. תפקידה של הביקורת השיפוטית: 1. הפרדת רשויות וביקורת שיפוטית מרסנת; 2. ממשליות

* תלמיד לתואר דוקטור בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, במסגרת מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים. אני מבקש להודות לזמר בלונדהיים, לדפנה ברק-ארז, לגרשון גונטובניק, לאלון חספר, לאבי ליכט ולנדיב מרדכי על הערותיהם מאירות-העיניים. כן אבקש להודות לחברי המערכת של משפט וממשל, לקורא האנונימי ולעורכי הכרך על הערותיהם הנוקבות והמועילות. האמור במאמר זה משקף את דעתו האישית של הכותב.

ראויה וביקורת שיפוטית מתמרצת. ג. עיון מחדש בדוקטרינות של המשפט המנהלי בישראל: 1. מבוא; 2. מישור הסמכות – על עקרון החוקיות החדש; 3. הצורך ב"תחייה מחדש" של עקרון עצמאות שיקול-הדעת; 4. תשתית עובדתית נאותה במדינה הרגולטורית; 5. ביקורת שיפוטית על מחדלי אכיפה. ד. סיכום.

מבוא

נטען כי אנו חיים בעידן "המדינה הרגולטורית"¹. ביטוי נפוץ זה מבטא את המעבר ממעורבות ישירה של השלטון בהספקת מצרכים ושירותים לציבור למעורבות עקיפה, בדרך של רגולציה² על המגזר הפרטי.³ השינוי אינו מוחלט, כמובן, אלא עניין של מידה, שהרי גם בעבר עשתה המדינה שימוש ברגולציה ככלי לקידום מדיניות ממשלתית,⁴ וגם כיום המדינה מעורבת במישרין בהספקת מצרכים ושירותים לציבור.⁵ אלא שניתן לזהות, הן בישראל והן במדינות רבות ברחבי העולם, את הרחבת השימוש ברגולציה השלטונית ככלי לקידום של המדיניות הממשלתית.⁶

-
- 1 Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17 WEST EUR. STUD. 77 (1994). מאמרו של מיונה בישר את התגברות העיסוק האקדמי בתחום הרגולציה, בפרט באירופה. דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך א 22 (2010); שרון ידן **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים** 21 (2016).
- 2 השאלה מהי הפרשנות הנאותה למונח "רגולציה" זוכה בספרות המקצועית בתשובות מגוונות. לסקירה מקיפה של המשמעויות השונות שניתנו למונח "רגולציה" ראו David Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 3 (David Levi-Faur ed., 2011). לצורך הדיון הנוכחי נאמץ את ההגדרה המוצגת על-ידי לוי-פאור, גדרון ומושל, שעל-פיה רגולציה היא "כל חקיקה מינהלית (תקנות, נהלים, סטנדרטים, הנחיות וצווים) שמעצבת או מכוננת התנהגות פרטים, קבוצות או ארגונים בתוך הגוף הרגולטורי ומחוץ לו". דוד לוי-פאור, נעם גדרון ומושל "הגירעון הרגולטורי של עידן ההפרטה" מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי 439, 443 (יצחק גל-נור, אמיר פורוקס ונעמיקה ציון עורכים, 2015). הגדרה זו פוסעת בנתיב שפילס פיטר סלזניק (Selznick) בהגדרה שכבר זכתה בתהודה רבה, שעל-פיה רגולציה היא "sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community". ראו Peter Selznick, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES 363, 363 (Roger G. Noll ed., 1985). לדיון כללי ראו שרון ידן "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה 6 (2014).
- 3 יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" **משפט ועסקים** ב 67, 70 (2005).
- 4 שם, בעמ' 78.
- 5 כך, לדוגמה, המדינה מופקדת על הספקת חשמל, מים, שירותי דואר ושירותי רכבת באמצעות חברות ממשלתיות.
- 6 לתיאור כללי של התעצמותה והתרחבותה של הרגולציה ככלי לקידום מדיניות בישראל ראו זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 78.

לשינוי שחל בדפוס הפעילות של המדינה המנהלית המודרנית ולהתגברות הפונקציות הרגולטוריות התלוותה כתיבה אקדמית נרחבת.⁷ ניתן לזהות כתיבה ענפה בנושא זה בתחומים המשותטיים למדעי החברה (בפרט בגדריהם של מדעי הכלכלה, המדינה והסוציולוגיה). כן קיים עיסוק ניכר ברגולציה השלטונית במסגרת הכתיבה האקדמית בתחום המשפט.⁸ הועלתה אף הטענה כי ניתן לזהות התפתחותה של דיסציפלינה מדעית חדשה, בין-תחומית, המוקדשת לחקר הרגולציה, כתחום ידע הניצב בפני עצמו.⁹ בכל הנוגע במשפט הציבורי בישראל, רבות דובר על השפעת עלייתה של המדינה המנהלית המודרנית,¹⁰ אך הדיון ברגולציה השלטונית מצוי עדיין בראשיתו.

השאלה העיקרית שאבקש לבחון בגדרו של המאמר היא עד כמה עקרונותיו של המשפט המנהלי בישראל נותנים מענה למאפייניה הייחודיים של "המדינה הרגולטורית". מעצם טיבו, המשפט המנהלי מושפע – וראוי שיושפע – מהתפתחויות בדפוסי הפעולה של רשויות השלטון.¹¹ אכן, "תכונה... של המשפט המנהלי, שהופכת את הדיון בו למורכב, היא היותו תחום חדש יחסית, הפושט ולובש צורה עם ההשתנות בדפוסי הפעולה של המדינה המודרנית".¹² השינוי האמור בדרך פעולתה של המדינה – שניתן לתארו, גם בהקשר הישראלי, כעלייתה של המדינה הרגולטורית – מצדיק בחינה מחדש של עקרונות-היסוד של המשפט המנהלי הישראלי וכן של הדוקטרינות בענפיו השונים. הניתוח במאמר כולל רכיב תיאורי (דסקריפטיבי), שעיקרו בחינת האופן שבו הושפעה עד עתה התפתחותו של המשפט המנהלי הישראלי ממאפייניו הרגולטוריים של השלטון בישראל, ורכיב פרספקטיבי, שעיקרו בחינת האופן שבו על המשפט המנהלי להמשיך להתפתח, על-מנת ליתן מענה לאתגרים שהמדינה הרגולטורית מציבה בפניו.

נהוג לומר כי "המשפט המנהלי הוא אחד".¹³ על-פירוב אמירה זו מיועדת לבטא את העדר התלות של תחולת המשפט המנהלי בערכאה שיפוטית כזו או אחרת. אלא שניתן לבחון אמירה זו מכיוון נוסף, והוא אם ראוי שעקרונות המשפט המנהלי יחולו באותו אופן בהקשרים

7 ראו, לדוגמה, THE POLITICS OF REGULATION – INSTITUTIONS AND REGULATORY REFORMS FOR THE AGE OF GOVERNANCE (Jacint Jordana & David Levi-Faur eds., 2004); THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION (Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge eds., 2010); HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION (David Levi-Faur ed., 2011).

8 ראו, לדוגמה, ANTHONY I. OGUS, REGULATION: LEGAL FORM AND ECONOMIC THEORY (1994).

9 Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11.

10 ברק-ארז משפט מנהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11.

11 השוו דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 464 (2008) (להלן: ברק-ארז "המשפט הציבורי של הפרטה") ("מכיוון שהפרטה נהפכה לתופעה מרכזית בזירה השלטונית, על המשפט הציבורי להתאים את עצמו לתמורות שהיא מחוללת ברשויות, וכן לפתח נורמות שיחולו על יוזמות הפרטה ויכוונו את עיצובן").

12 ברק-ארז משפט מנהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 55.

13 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4837/12 פלונים נ' השר לביטחון פנים, פס' 4 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 19.11.2013).

חברתיים ומקצועיים שונים.¹⁴ אחד האתגרים העיקריים הניצבים כיום בפני העוסקים במשפט המנהלי, בישראל ומחוץ לה, הוא הבנת האופן שבו יש ליישם את עקרונותיו בהקשרים השונים שבהם הוא נדרש. הטענה היא כי "המשפט המינהלי המצוי הוא, לעת עתה, כללי מדי, ולכן יש לפעול להתאמתו המיטבית למאפיינים ולצרכים של ההקשרים התחומיים השונים של פעילות המינהל הציבורי".¹⁵ על רקע האמור הושמעה הקריאה "לפתח תובנה כללית בדבר החינויות שנובעת לקידום רפורמה הקשורת תחומית כוללת במשפט המינהלי".¹⁶ לא הרי המשפט המנהלי בנסיבות שבהן פרט מוחלש, השרוי במצוקה כלכלית, מתמודד עם מנגנון ביורוקרטי סבוך כהרי המשפט המנהלי בנסיבות שבהן תאגידים פרטיים, רבי עוצמה ומשאבים, מעלים טענות נגד רשויות השלטון הנדרשות לפקח על פעילותן. על רקע הציווי האמור, יש מקום לבחון את מידת התאמתו של המשפט המנהלי הישראלי להקשר הרגולטורי.¹⁷ ניתן אם כן לומר כי מאמר זה מבקש לפסוע בנתיב הנחוץ לגיבושו של המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית.¹⁸

סדר הדיון יהיה כדלהלן: בפרק הראשון אציג את עלייתה של המדינה הרגולטורית ואעמוד על כמה ממאפייניה המרכזיים. בפרק השני אעמוד על מאפייניה של הביקורת השיפוטית במדינה המנהלית המודרנית, ואדגיש את תפקידה של הביקורת השיפוטית בקידום ממשלות ראויה. בפרק השלישי אעבור מהדיון הכללי לדיון קונקרטי בדוקטרינות של המשפט המנהלי. הדיון הנוכחי הוגבל בשלושה מובנים: ראשית, התמקדותי רק בחלק מההיבטים שבהם חוללה עלייתה של המדינה הרגולטורית שינוי בדפוס הפעילות של המדינה המנהלית המודרנית. ניתן בוודאי להציג שינויים נוספים. כך, לדוגמה, לא עסקתי בתופעה של "קפיטליזם רגולטורי", ובכלל זה ברגולציה אשר נערכת על-ידי גופים פרטיים ומופנית כלפי רשויות מדינה

14 ראו אייל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי 35 (2013). פלג עוסק בשאלה "אילו התאמות ותוספות יש להכניס במשפט המינהלי הכללי המצוי, כדי שיתאים באופן מיטבי למאפיינים ולצרכים של המפגש המתקיים בין פרטים עניים ומינהל הרווחה". בהקבלה, החיבור הנוכחי בוחן את האופן שבו יש לעצב את המשפט המנהלי הכללי על-מנת שיהלום את ה"מפגש" המתקיים בין גופי הרגולציה, הגופים המפוקחים והציבור הרחב.

15 שם. עמדה על כך גם ברק-ארוז, בציינה כי "יש מקום [במשפט המנהלי] להבחנה בין תחומי פעילות שונים, שבהם אופן הפעלתם של הכללים חייב להיות מושפע מן ההקשר". ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 16.

16 פלג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 36.

17 בהקשר האמריקאי הציע קס סנסטין – כבר לפני כעשרים וחמש שנים – כי תעוצב חוקה ייעודית למדינה הרגולטורית. באופן מעשי הוא הציג מערך של כללי פרשנות למדינה הרגולטורית. Cass R. Sunstein, *After the Rights Revolution – Reconceiving the Regulatory State* (1990) 231 (להלן: Sunstein, *Reconceiving the Regulatory State*).

18 לכתיבה חלוצית בתחום ראו זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", לעיל ה"ש 3 (המתמקד בפעילותם של גופי הרגולציה עצמם, להבדיל מהפיקוח השיפוטי על פעילות זו); ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 55 ואילך; הילה שמיר "הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי" עיוני משפט לה 747, 788 (2013) (לגבי הצורך בפיתוח דוקטרינה משפטית שתמודד כראוי עם מהלכי הפרטה מדפוסים שונים, תוך בחינה של המסגרת הפיקוחית המתלווה אליהם).

וכלפי גופים פרטיים אחרים.¹⁹ כמו-כן לא עסקתי בהשפעת הגלובליזציה על הרגולציה השלטונית, ובכלל זה בכרסום שחל בריבונות המדינה בדרך של הכפפת הרגולציה המדינתית לרגולציה הנקבעת על-ידי ארגונים בין-לאומיים.²⁰ שנית, דיון הקשרי מלא מחייב לעסוק בהבדלים בין גופי הרגולציה השלטוניים במישורים שונים (לדוגמה, בעיצובם המוסדי של גופים אלה – הן ברובד הפורמלי והן ברובד הלא-פורמלי).²¹ שלישי, הדיון מתמקד רק בכמה דוקטרינות של המשפט המנהלי הישראלי, מתוך רצון להעמיק בדיון זה. אין מדובר בסקירה כוללת של השפעת עלייתה של המדינה הרגולטורית על המשפט המנהלי הישראלי, אשר מטבע הדברים חייבת להיעשות בצורה מקיפה יותר. כפי שנאמר: "לא עליך המלאכה לגמור, ולא אתה בן חורין ליבטל ממנה".²² אני תקווה כי הדיון הנוכחי יצית מחשבה מחודשת ביחס לדוקטרינות נוספות של המשפט המנהלי.

א. העידן הרגולטורי של המדינה המנהלית המודרנית

1. המדינה המנהלית המודרנית

אנו חיים במדינה מנהלית. ביטוי זה מבטא את המידה הניכרת שבה המדינה – באמצעות המנגנון המנהלי הנרחב העומד לרשותה – משפיעה על ענייני הפרט והכלל.²³ הביטוי "המדינה המנהלית" מבטא גם את התעצמותה של הרשות המבצעת כרשות הדומיננטית מבין שלוש רשויות השלטון העיקריות. נטען כי לרשות המבצעת יש יתרונות מוסדיים על הרשות השופטת והרשות המחוקקת, ובכלל זה יכולתה לפעול במקצועיות, במהירות, ובמקרים המתאימים גם בחשאי, וכי יתרונות אלה מצדיקים הפקדת סמכויות נרחבות בידיה.²⁴ אכן, הרשות המבצעת במדינות שונות ברחבי העולם מחזיקה כיום בעוצמה ניכרת. יש אף הטוענים

19 המונח "קפיטליזם רגולטורי" הוטבע על-ידי דוד לוי-פאור, וכבר זכה בתהודה משמעותית. הוא מבקש לחרוג מתחומה של המדינה, ומתאר את התופעה של גופים חוץ-מדינתיים (ובכלל זה תאגידים פרטיים וארגונים חוץ-ממשלתיים, לאומיים ובין-לאומיים) המעורבים ברגולציה של פעילות פרטית. ראו David Levi-Faur, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, 598 ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 12 (2005); JOHN BRAITHWAITE, *REGULATORY CAPITALISM – HOW IT WORKS, IDEAS FOR MAKING IT WORK BETTER* (2008).

20 ראו דפנה ברק-ארז ואורן פרו "המשפט המנהלי בישראל והאתגר הגלובלי" עיוני משפט לד 93 (2011).

21 ראו Yair Sagy, *A Triptych of Regulators: A New Perspective on the Administrative State*, 44 AKRON L. REV. 425 (2011).

22 משנה, אבות ב, טז.

23 יצחק זמיר המשיג את התופעה האמורה באמצעות הביטוי "המהפכה המינהלית", אשר לדבריו "יחד עם המהפכה המדעית, הביאו את הקידמה והרווחה שאפיינו את החיים במאה העשרים". יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* כרך א 34 (מהדורה שנייה, 2010).

24 יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" *משפטים* ד 63 (1972). ראו גם איל בנבנשתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" *ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה* 119 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) ("למרות מאמצי ההפרטה, גם כיום מעטים הם תחומי הפעילות שאינם נשלטים או לפחות מוסדרים על ידי רשות מינהלית זו או אחרת").

כי עוצמה זו אינה מאוזנת כנדרש על-ידי רשויות השלטון האחרות.²⁵ דברים אלה תקפים ביתר שאת בישראל, שבה "בולטות מרכזיותה של הממשלה ועצמתה במיוחד, בתחומים הפוליטיים והכלכליים... ובראש וראשונה משום האיום הבטחוני המתמיד והקצאת המשאבים הניכרת הנובעת ממנו".²⁶

המדינה המנהלית המודרנית – בישראל ובמדינות נוספות – פעלה בעבר בעיקר בדפוס של מיסוי והוצאה (Tax & Spend).²⁷ באמצעות משאבים כספיים ויכולות ארגוניות שעמדו לרשותה, הייתה המדינה מעורבת באופן ישיר בהספקת מצרכים ושירותים לציבור.²⁸ על מעורבות זו נמתחה ביקורת עזה. נטען כי "המדינה אינה מהווה מסגרת מוצלחת לפעילות משקית",²⁹ וכי "נכסים שהמדינה מנהלת ושירותים שהיא מספקת הם לעתים קרובות יקרים יותר ויעילים פחות מפעילות דומה של גופים פרטיים".³⁰ על רקע זה נשמעו קריאות להסגת המדינה ממעורבות ישירה בפעילות משקית ולקידומה של מדיניות הפרטה, שתכליתה להעביר פעילות משקית מהמגזר הציבורי למגזר הפרטי.³¹ קריאות אלה זכו בתהודה ממשית, והנביעו שינוי מהותי בדפוס הפעילות של המדינה המנהלית המודרנית.

2. עלייתה של "המדינה הרגולטורית"

במהלך העשורים האחרונים, וביתר שאת למן ראשית שנות השמונים של המאה העשרים, ניתן לזהות שינוי מהותי בדרך פעולתה של המדינה המנהלית: תחת המנהל הישיר בא המנהל העקיף. המדינה הפחיתה את מידת מעורבותה בהספקה ישירה של מצרכים ושירותים לאזרח, והרחיבה את מעורבותה העקיפה באמצעות הסדרה של פעילות פרטית, בדפוס של קביעת כללי רגולציה ואכיפתם. כך נעשה במדינות רבות ברחבי העולם, וכך נעשה בישראל, שבה "חל שינוי ביחס [שבין המנהל הישיר לבין המנהל העקיף] לטובת המינהל העקיף, והוא בולט במיוחד מתחילת המאה העשרים ואחת, בעקבות הפרטה רחבה של גופים ושירותים ציבוריים".³² התפיסה היסודית היא כי השוק החופשי ייטיב לספק לציבור מצרכים ושירותים, בכפוף לפיקוח ממשלתי, שיפעל לתיקונם של כשלי שוק ("רגולציה כלכלית") ולקידומן של

25 לדין בהקשר האמריקאי ראו BRUCE ACKERMAN, THE DECLINE AND FALL OF THE AMERICAN REPUBLIC (2010); ERIC POSNER & ADRIAN VERMEULE, THE EXECUTIVE UNBOUND: AFTER JACK GOLDSMITH, POWER AND CONSTRAINT: THE MADISONIAN REPUBLIC (2011). אך ראו THE ACCOUNTABLE PRESIDENCY AFTER 9/11 (2012). לתיאור כללי בהקשר הישראלי ראו יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" *שערי משפט* ו' 293, 295 (2013).

26 גד יעקבי *הממשלה* 23 (1980).

27 בארצות-הברית התמונה שונה. רשויות השלטון שם נמנעו באופן יחסי ממעורבות ישירה בהספקת מצרכים ושירותים לציבור הרחב, ופעילות הממשל התבצעה בעיקרה, עוד מסוף המאה התשע-עשרה, בכלים רגולטוריים. ראו לוי-פאור, גדרון ומושל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 442.

28 לסקירה כללית ראו ברק-ארו "המשפט הציבורי של הפרטה", לעיל ה"ש 11.

29 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 40.

30 שם.

31 דפנה ברק-ארו אזרח, נתין, צרכן – משפט ושלטון במדינה משנתה 37 (2012) (להלן: ברק-ארו אזרח, נתין, צרכן).

32 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 35.

מטרות חברתיות ראויות ("רגולציה חברתית").³³ תפיסה זו משקפת ניסיון לאתר דרך-ביניים בין מדינת "שומר לילה" מינימליסטית לבין משק מתוכנן, אשר תאפשר יוזמה פרטית, מחד גיסא, ותבטיח תכליות חברתיות וכלכליות נחוצות, מאידך גיסא.³⁴ נדבך מרכזי בעלייתה של "המדינה הרגולטורית" בישראל טמון במדיניותן העקבית של ממשלות ישראל, למן שנות השמונים של המאה קודמת, שביקשה לקדם הפרטה של פונקציות שלטוניות.³⁵ בכך סטו ממשלות ישראל "מן המדיניות שמשלה בכיפה בשלושים השנים הראשונות של המדינה... [שבהן נהגה] מעורבות ממשלתית משמעותית בחיים הכלכליים".³⁶ מדיניות ההפרטה יושמה בדרכים שונות, ולרוב נלוותה אליה ההכרה כי אין די בקיומם של מנגנונים שוקיים להבטחת האינטרס הציבורי, אלא יש צורך בפיקוח ממשלתי כזה או אחר על הפעילות המופרטת.³⁷ הכרה זו נבעה, בין היתר, מכך שישראל לוקה בהעדר תחרות אמיתית במגזרים רבים של המשק.³⁸

הביטוי "עלייתה של המדינה הרגולטורית" מבקש לבטא את התעצמותה של הרגולציה השלטונית כאחד הכלים העומדים לרשות המדינה המנהלית. המדינה המנהלית הייתה גם קודם לכן. השינוי התחולל בדומיננטיות של כלי הרגולציה כאמצעי לקידום המדיניות השלטונית. אולם שינוי זה לא גרע מיכולתה של המדינה המנהלית להמשיך להשתמש בכלי השפעה נוספים העומדים לרשותה.³⁹ ניתן לעסוק בהתעצמותם של הרכיבים הרגולטוריים בפעילותה של המדינה המנהלית בכמה מישורים: ראשית, ניתן לזהות תחומים שבהם הייתה המדינה מעורבת בעבר באופן ישיר, כמי שהייתה מופקדת במישרין על הספקת מצרך או שירות מסוים, ואילו כיום, לאחר תהליך הפרטה, השירות או המצרך מסופקים על-ידי גורם פרטי, והמדינה מעורבת באופן עקיף, כרגולטור של אותה פעילות פרטית; שנית, ניתן לזהות תחומים שהתהוו

33 לסקירה כללית של תכליות הרגולציה השלטונית ראו ברק-ארז משפט מנהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 22.

34 גיימס פרידמן טוען כי האומה האמריקאית לא גיבשה הסכמה עקרונית לגבי מידת מעורבותה של הממשלה בפעילות הכלכלית. עם זאת, לדבריו, במישור המעשי התגבשה הסכמה לכך שהמידה הראויה של מעורבות ממשלתית נעה באזור-הביניים שבין כלכלה מתוכננת לבין כלכלה משוחררת ממעורבות ממשלתית, בין קרל מרקס לבין אדם סמית. JAMES O. FREEDMAN, CRISIS AND LEGITIMACY: THE ADMINISTRATIVE PROCESS AND AMERICAN GOVERNMENT 33 (1980). ג'וזף סינגר טוען כי אף שבאופן פורמלי קיימת מחלוקת עזה סביב נחיצותה של הרגולציה השלטונית, בפועל ניתן לזהות הסכמה רחבה על מאפייניה היסודיים ואף על נחיצותה. JOSEPH WILLIAM SINGER, NO FREEDOM WITHOUT REGULATION – THE HIDDEN LESSON OF THE SUBPRIME CRISIS (2015).

35 לסקירה כללית של תופעת ההפרטה ראו ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה", לעיל ה"ש 11.

36 ברק-ארז אורח, נתין, צרכן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 79.

37 דוד לוי-פאור "יותר תחרות, יותר רגולציה: 'מהפכת התקשורת' בישראל ותפקיד המדינה" פוליטיקה 4, 27 (1999).

38 הוועדה להגברת התחרותיות במשק המלצות סופיות והשלמה לדו"ח הביניים 13 (2012).

39 לסקירה כללית של אמצעי השפעה העומדים לרשותה של המדינה המנהלית ראו THE TOOLS OF GOVERNMENT: A GUIDE TO THE NEW GOVERNANCE (Lester M. Salamon ed., 2002); CHRISTOPHER C. HOOD & HELEN Z. MARGETTS, THE TOOLS OF GOVERNMENT IN THE DIGITAL AGE (2007).

בשנים האחרונות ועוצבו מלכתחילה בדפוס של פעילות פרטית המפוקחת על-ידי המדינה; שלישית, יש תחומים שהיו בעבר מחוץ להישג-ידה של המדינה, בתחום האוטונומיה של הפרט, אך עם השנים הוכללו בתחום מעורבותה של המדינה.⁴⁰

3. תמורות הנובעות מעלייתה של המדינה הרגולטורית

(א) עליית כוחו והשפעתו של המגזר הפרטי

השינוי בדפוס פעילותה של המדינה המנהלית המודרנית הוביל לכמה שינויים שיש ליתן להם את הדעת. שינוי אחד הוא התעצמות המגזר הפרטי, עליית כוחו והתרחבות השפעתו. עלייתה של המדינה הרגולטורית היא תולדה, בין היתר, של ההכרעה הדרמטית להעדיף ככלל את המגזר הפרטי על המגזר הציבורי בכל הנוגע בהספקת מצרכים ושירותים לציבור. יותר ויותר מקטעים של המשק מופקדים בידי המגזר הפרטי. התוצאה היא העברת עוצמה והשפעה מהמגזר הציבורי למגזר הפרטי. רווחתו של הציבור הרחב מושפעת כיום במידה ניכרת מהתנהלותם של תאגידי פרטיים רבי עוצמה, המחזיקים במשאבים כספיים וארגוניים חסרי תקדים. לתופעה זו מצטרף תהליך הגלובליזציה, המוביל להגברת השפעתם של תאגידי בין-לאומיים על הנעשה ברמה המדינתית. העברת העוצמה מהמגזר הציבורי – המרוסן באמצעות הכלים הדמוקרטיים המוכרים – אל המגזר הפרטי, הלאומי והבין-לאומי, מעוררת את החשש לניצול לרעה של אותה עוצמה לטובת ציבור מצומצם של בעלי עניין.⁴¹

יש המבקשים לרכך את משמעותו של התהליך האמור על יסוד הטענה כי מעורבות המדינה לא פחתה, אלא רק לבשה "מלבוש" חדש, וכי הרגולציה השלטונית מרסנת את המגזר העסקי ומפקחת על פעילותו. בטענה זו יש בוודאי טעם, אלא שמשקלה מוגבל. הספרות המקצועית מכירה בהקשר זה בתופעה של "כשל רגולטורי". מתעורר החשש שמא לא יהא בכוחן של רשויות המדינה לפקח בצורה נאותה על המגזר העסקי. יתרה מזו, מתעורר החשש שמא המגזר העסקי יעשה שימוש בעוצמה העומדת לרשותו על-מנת לסכל קיומו של פיקוח אפקטיבי ולהתאים את הפיקוח לצרכיו, תוך העדפתם על האינטרסים של הציבור הרחב. לעיתים למגזר הפרטי יש אינטרס לגרום להקלה ברגולציה, שעלותה לשוק הפרטי גבוהה, ולעיתים האינטרס שלו הפוך – להוביל להכבדה ברגולציה, על-מנת להרתיע מתחרים פוטנציאליים מכניסה למגזר מסוים. עיקרם של דברים הוא שלמגזר הפרטי יש אינטרס מובהק להשפיע על פעולותיהם של גופי הרגולציה. הדברים אף גובשו לכלל תיאוריה כוללת שעל-פיה מתקיים "שוק" של "סחורה רגולטורית" שקבוצות אינטרס מתחרות ומתמקחות עליה באמצעות מתן

40 כך, לדוגמה, הרחיבה המדינה את מעורבותה בפעילותו של המגזר הפרטי על-מנת להגן על זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ולקדם את שילובם בשוק העבודה. לסקירה כללית ראו שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 79 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

41 בהקשר זה נטען כי ריכוז של כוח כלכלי נוטה להתלכד עם ריכוז של כוח פוליטי, באופן שמוביל להתפתחות מוקד של עוצמה כלכלית ופוליטית אשר מערערת את הלגיטימיות הדמוקרטית של השלטון ומקימה חשש ליסודות הדמוקרטיים של המשטר. ראו Joseph Fishkin & William E. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution*, 94 BOSTON U. L. REV. 669, 673–674 (2014).

הטבות מסוגים שונים לדרג הפוליטי ולגופי הרגולציה.⁴² תיאוריה נוספת העוסקת בתופעה האמורה היא תיאוריית הלכידה (capture theory), המדברת על הסמיכות הרבה שנוצרת בין הגוף המפקח לבין הגורמים המפוקחים, שבמסגרתה מופעלות פרקטיקות שונות (דוגמת "הדלת המסתובבת")⁴³ שתפקידן להבטיח כי הפקידים הממשלתיים יפעלו לטובת אינטרסים של שחקן מסוים במגזר העסקי.⁴⁴ יש אף הטוענים כי לגופים המפוקחים יש יתרונות מוסדיים על הציבור הרחב, ובכלל זה עדיפות בגישה למידע, המאפשרים להם להטות את גופי הרגולציה לכיוונם.⁴⁵

ניטול לדוגמה את משק החשמל. כל עוד חלק-הארי של ייצור החשמל, הולכתו, חלוקתו והספקתו לצרכן בוצע על-ידי חברת החשמל לישראל בע"מ, כחברה ממשלתית, מעורבותו של המגזר הפרטי במשק זה הייתה מוגבלת. הרפורמה במשק החשמל, שהעיסוק בה החל באמצע שנות התשעים, מיועדת לייצר הפרדה בין מקטעי הייצור, ההולכה, החלוקה וההספקה, תוך הגברת מעורבותו של המגזר הפרטי, בפרט במקטע הייצור, והכנסת תחרות למשק זה. ניתן להניח כי ככל שתתקדם הרפורמה כן תגבר מעורבותו של המגזר הפרטי במשק החשמל. במקביל ניתן להעריך כי ייווצרו בעלי עניין פרטיים, שיבקשו להשפיע על התנהלותם של גורמי המדינה הרלוונטיים, ובכלל זה על הגוף הממשלתי המופקד על קביעת תעריפי החשמל (רשות החשמל). עוד ניתן להניח כי תזוהה תנודה של פקידים מהגופים המפוקחים אל עבר גופים פרטיים הפועלים במשק החשמל. כן ניתן להניח – והדברים כבר באים לידי ביטוי במציאות – כי קידום התחרות במשק החשמל לא יתמזה במעורבות של גורמים מקומיים, אלא שתאגידים בין-לאומיים, מרובי עוצמה והשפעה, יהיו מעורבים אף הם במשק החשמל. שינוי דפוס הפעילות של רשויות המדינה ועליית כוחו של המגזר הפרטי מחייבים אם כן חשיבה מחודשת על עקרונות המשפט המנהלי המסדירים את הפעילות האמורה.

(ב) עליית המודל של גוף רגולציה עצמאי

שינוי משמעותי נוסף הוא הפקדת סמכויות שלטוניות, ובכלל זה סמכויות רגולטוריות, בידי גופים מקצועיים הנהנים – במידה כזו או אחרת – מעצמאות ביחס לדרג הפוליטי הנבחר. התפיסה הרווחת כיום במדינות רבות ברחבי העולם היא כי הפקדת סמכויות רגולטוריות בידי

42 תיאוריה זו פותחה על-ידי ג'ורג' סטיגלר (Stigler) וסם פלטמן (Feltman), וזכתה בכותרת "התיאוריה הכלכלית של הרגולציה" (economic theory of regulation). ראו Bruce Yandle, *Bootleggers and Baptists in the Theory of Regulation*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 25, 29 (David Levi-Faur ed., 2011).

43 יואב המר ומשה כהן-אליה "שתדלנות וההליך הדמוקרטי" עיוני משפט לג 593, 612 (2011).

44 לתיאור של תופעת "הדלת המסתובבת" בהקשר הישראלי ראו שרון ידין "חוזים רגולטוריים בשוקים פיננסיים בישראל" עיוני משפט לה 447, 488 (2012) (להלן: ידין "חוזים רגולטוריים"); צבי זרחיה "סערה בוועדת הכספים: רוב הרגולטורים נקנים על ידי הטייקונים בשיטת הדלת המסתובבת" *TheMarker* 5.6.2013 www.themarker.com/news/politics/1.2038577; אליס ברזיס "איפה הכסף? תקוע בדלת המסתובבת" *כלכליסט* 31.5.2013 [www.calcalist.co.il/local/31.5.2013](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3603845,00.html).

45 ראו Mark Seidenfeld, *Bending the Rules: Flexible Regulation and Constraints on Agency Discretion*, 51 ADMIN. L. REV. 429, 464 (1999).

גופים מקצועיים, מתמחים ועצמאיים, משפרת את התפקוד, היעילות והאמינות הרגולטוריות, מבלי לגבות מחיר משמעותי במישורי הלגיטימיות הדמוקרטית והאחריותיות הפוליטית.⁴⁶ גופים אלה נתפסים כאמצעי המתאים להתמודדות עם האתגרים המורכבים שהמדינה הרגולטורית מציבה בפני רשויות השלטון. בין היתר הם יכולים לרכוש ניסיון, ידע ומומחיות במשק המפוקח; יש להם גמישות יחסית המאפשרת להם להגיב במהירות על שינויים שמתחוללים באותו משק; והם יכולים לקיים פיקוח מתמשך ורחב-היקף. פעמים רבות גופים אלה נהנים מסמכויות נרחבות, הכוללות בעת ובעונה אחת סמכויות ביצועיות, מעין-שיפוטיות, חקיקתיות ומעין-חקיקתיות.⁴⁷ החל בראשית שנות התשעים ניתן לזהות מיסוד נרחב של גופי רגולציה עצמאיים ככלי מוסדי עיקרי במשטרי רגולציה.⁴⁸ בהקשר זה נטען כי הביורוקרטיה של המדינה המנהלית המודרנית עברה טרנספורמציה ל"רגולוקרטיה" (regulocracy), קרי, למבנה אדמיניסטרטיבי המעניק מעמד ייחודי לפקידים המחזיקים בכוחות רגולציה משמעותיים.⁴⁹ נטען כי מהלך זה הינו חלק מתופעה נרחבת של הפקדת סמכויות שלטוניות בידי פקידים שאינם נבחרים ציבור (תופעה שכונתה על-ידי פרנק וייברט "The Rise of the Unelected").⁵⁰ טעם עיקרי ביסודה של מגמה זו הוא הרצון להפקיד סמכויות רגולציה בידי גופים שמרוחקים מהדרג הפוליטי הנבחר, ואשר כפועל יוצא מכך מרוחקים משיקולים פוליטיים קצרי-טווח. בהקשרים שונים נעשה שימוש בעיצוב מוסדי זה על-מנת להקרין כלפי גופים עסקיים, לאומיים ובין-לאומיים, כי הרגולציה של השוק שהם פועלים בו נעשית על-ידי גוף מקצועי המנותק משיקולים פוליטיים.⁵¹

תפיסה זו אינה נקייה מביקורת. יש הטוענים כי האימוץ הנרחב של הדפוס המוסדי של גוף רגולציה עצמאי ברחבי העולם אינו מושגת על טעמים שבמהות, אלא על חיקוי גרידא. גוף הרגולציה העצמאי נתפס כמוסד לגיטימי מבחינה חברתית, אף שמעולם לא הונח ביסוס מספק למידת תרומתו בפועל לאיכותה וליעילותה של הרגולציה השלטונית.⁵² נטען כי הפקדת סמכויות רגולטוריות בידי גופים עצמאיים עלולה להוביל לעלייה במורכבותן המוסדית של רשויות השלטון, לקשיי תיאום, לעלויות עסקה גבוהות ולפגיעה בפוטנציאל קיומו של פיקוח פוליטי אפקטיבי. נוסף על כך, פעמים רבות המודל ה"אידיאלי" של גוף הרגולציה העצמאי אינו מאומץ בפועל, אלא עובר אדפטציה לתנאים הפוליטיים והתרבותיים הייחודיים לכל

- 46 להצגת הגישה המקובלת בתחום זה והביקורת כלפיה ראו Tom Christensen & Per Laegreid, *The New Regulatory Orthodoxy: A Critical Assessment*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 361 (David Levi-Faur ed., 2011).
- 47 ראו את דעת המיעוט של הנשיא ג'ון ג' רוברטס (Roberts) בפרשת City of Arlington v. Federal Communications Commission, 569 U.S. ____ (2013).
- 48 Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11.
- 49 שם, בעמ' 7.
- 50 FRANK VIBERT, THE RISE OF THE UNELECTED: DEMOCRACY AND THE NEW SEPARATION OF POWERS (להלן: VIBERT, DEMOCRACY AND THE NEW SEPARATION OF POWERS) (2007).
- 51 ראו ROBERT BALDWIN & CHRISTOPHER MCCRUDDEN, REGULATION AND PUBLIC LAW 3 (1987).
- 52 ראו FABRIZIO GILARDI, DELEGATION IN THE REGULATORY STATE – INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES IN WESTERN EUROPE 102 (2008).

מדינה ומדינה.⁵³ נטען כי אימוץ מותאם זה פוגם ביכולתו של גוף הרגולציה למלא באופן מיטבי את המוטל עליו. כמו-כן קיים פער בין האימוץ הפורמלי של הדפוס של גוף רגולציה עצמאי לבין הפרקטיקה הרגולטורית בפועל.⁵⁴ במילים אחרות, פעמים רבות, על-אף הפקדת סמכויות רגולטוריות בידי גוף רגולציה עצמאי, נותרת בידי הדרג המיניסטריאלי יכולת השפעה ניכרת על עיצוב המדיניות הרגולטורית. נטען בהקשר זה כי הפקדת סמכויות רגולציה במישור הפורמלי בידי גופים עצמאיים נועדה לאפשר לדרג הפוליטי להשתחרר מאחריות ולהסיט אשמה, תוך שהוא מותיר בידיו במישור המעשי את יכולת ההשפעה על עיצוב המדיניות.⁵⁵ על-אף קווי הביקורת האמורים, המגמה במדינות רבות היא כאמור להפקיד סמכויות רגולטוריות בידי גופי רגולציה עצמאיים. בספרות המקצועית יש ספרות ענפה לגבי תופעת ה"חלחול" הגלובלי של הדפוס המוסדי של גוף הרגולציה העצמאי.⁵⁶ בישראל, לעומת זאת, ניתן לזהות רתיעה מסוימת מייסודם של גופי רגולציה עצמאיים.⁵⁷ כך, סמכויות רגולטוריות מקיפות מסורות עדיין למשרדי הממשלה.⁵⁸ כן נעשה שימוש בדפוס מוסדי של יחידה במשרד ממשלתי הנהנית מעצמאות (שהיא לעיתים עצמאות דה-יורה בלבד) מכוח חוק המורה על הקמתה.⁵⁹ לצד האמור, גם בישראל ניתן לזהות קשת רחבה של גופי רגולציה שאמורים להפעיל את שיקול-הדעת המסור להם באופן מקצועי ובמנותק משיקולים פוליטיים.⁶⁰

(ג) ההזדקקות לכללים פורמליים ולאכיפתם

מאפיין נוסף של המדינה הרגולטורית הוא ההסתייעות בכללים פורמליים ככלי להסדרת פעילותם של הגופים המפוקחים.⁶¹ המשמעות המקובלת של המונח "רגולציה" מתייחסת

- 53 Christensen & Laegreid, לעיל ה"ש 46, בעמ' 365.
- 54 MARTINO MAGGETTI, REGULATION IN PRACTICE (2012).
- 55 CHRISTOPHER HOOD, THE BLAME GAME: SPIN, BUREAUCRACY, AND SELF-PRESERVATION IN GOVERNMENT 88–89 (2011).
- 56 Jacint Jordana, David Levi-Faur & Xavier Fernandez, *The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Institutional Emulation and the Restructuring of Modern Bureaucracy* (paper presented at the panel "Regulatory Capitalism" of the IV ECPR General Conference, at Pisa, Italy, Sep. 6–8, 2007).
- 57 גופי הרגולציה העיקריים המעוצבים בדפוס של גוף רגולציה עצמאי הם הפיקוח על הבנקים בבנק ישראל ורשות ניירות-ערך.
- 58 משרדי ממשלה מרכזיים הפועלים כרגולטורים הם משרד התקשורת, המשרד להגנת הסביבה, משרד התחבורה, משרד הבריאות ומשרד האוצר.
- 59 דוגמאות לכך הן המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, הפועלת במשרד התקשורת; רשות החשמל ורשות המים, הפועלות במשרד האנרגיה והמים; ורשות ההגבלים העסקיים, הפועלת במשרד הכלכלה. דגם מוסדי זה מעורר קשיים לא-מבוטלים, ובפרט מתח אינהרנטי בין גוף הרגולציה, הנהנה מעצמאות מכוח הדין, לבין השר הממונה, המבקש להשפיע על מדיניותו של גוף הרגולציה, ככלי למימוש האחריות המוטלת עליו. נעסוק בכך בהמשך הדברים.
- 60 משרד ראש הממשלה גיבש רשימת רגולטורים הפועלים בישראל. ראו אורה קורן "הממשלה אישרה את הרפורמה להפחתת הרגולציה" *TheMarker* 14.9.2014 www.themarker.com/news/macro/1.2433234.
- 61 לתיאור מקומה הנכבד של ההסתייעות בכללים פורמליים במדינה הרגולטורית המודרנית ראו FRANK VIBERT, THE NEW REGULATORY SPACE – REFRAMING DEMOCRATIC GOVERNANCE 14 (2014).

לקביעת חקיקה מנהלית (חקיקת-משנה) שתכליתה להשפיע על התנהגותם של הגופים המפוקחים. המשמעות הישירה של הסטת המדינה ממעורבות ישירה במשק למעורבות עקיפה היא התגברות הצורך להשתמש בכללים משפטיים שיאסדרו את פעילותם של הגופים המפוקחים. אם במציאות של "מנהל ישיר" המדיניות הממשלתית מיושמת באמצעות הארגון הממשלתי, כאשר מדובר ב"מנהל עקיף" יש להסתייע במתן הוראות לגופים המפוקחים ובאכיפתן של הוראות אלה. מקובל לדבר בהקשר זה על רגולציה בדפוס של "ציווי ושליטה" (Command & Control).⁶² עיקרה של טכניקה רגולטורית זו בפרסום כלל משפטי המתווה את המותר והאסור בתחום מסוים. כלל זה מגובה באיום בסנקציות (פליליות או אזרחיות) שיינקטו אם הוא יופר. מקובל לומר כי טכניקה זו מורכבת משלושה שלבים עיקריים: שלב עיצוב הכללים (standard setting); שלב המעקב אחר קיום הכללים (information gathering and monitoring) ושלב אכיפת הכללים (behavior modification).⁶³ אין מדובר בשלבים נפרדים לחלוטין, שכן מתקיימים ביניהם יחסי-גומלין.⁶⁴

ביקורת עוזה הוטחה בטכניקה רגולטורית זו. נטען כי היא מנביעה כללי רגולציה סבוכים וקשיחים; עודף רגולציה; התערבות מוגזמת בחופש הפעולה של מנהלי הגופים המפוקחים; ופגיעה ביוזמה, בתחרות ובחדשנות בתחום העסקי. כן נטען כי רגולציה בדפוס זה חשופה ביתר שאת לסכנת לכידתם של הרגולטורים על-ידי בעלי עניין אישי.⁶⁵ עוד נטען כי טכניקה רגולטורית זו אינה יעילה, שכן היא מחילה כללי התנהגות אחידים על קשת רחבה של גופים מפוקחים, ללא התייחסות למאפיינים הקונקרטיים של כל גוף מפוקח.⁶⁶ לבסוף, נטען כי אכיפתם של כללים אלה, שהם סבוכים ומורכבים על-פירוב, כרוכה בעלות משמעותית. על רקע האמור יש שטענו כי תם העידן של רגולציה בדפוס של ציווי ושליטה, וכי אנו מצויים בעידן של רגולציה "רכה" (soft regulation), קרי, רגולציה המבוססת על תמריצים כלכליים ועל

62 אנו מתמקדים בחלק זה ברגולציה הנעשית בדפוס של ציווי ושליטה, אולם לצד דפוס זה יש דפוס רגולציה נוספים. כך, לעיתים נעשה שימוש בחוזים שלטוניים ככלי רגולטורי. ראו ידן "חוזים רגולטוריים", לעיל ה"ש 44. כמו-כן יש כללי רגולציה המעוצבים על-ידי המגזר המפוקח עצמו (רגולציה עצמית), לעיתים אגב מעורבות של המדינה (רגולציה עצמית מפוקחת). ראו Cary Coglianesi & David Lazer, *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, 37 LAW & SOC'Y REV. 691 (2003) הדיון (החשוב) בדפוס רגולציה אלה חורג מגדר מאמר זה.

63 CHRISTOPHER HOOD, HENRY ROTHSTEIN & ROBERT BALDWIN, *THE GOVERNMENT OF RISK* 23 (2001); Colin Scott, *Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design*, 2001 PUBLIC LAW 329.

64 כך, לדוגמה, רגולציה מעוצבת לעיתים כ"שיחה" מתמשכת המתנהלת – אגב תהליך הפיקוח והאכיפה – בין גוף הרגולציה השלטוני לבין המגזר המפוקח. ראו Julia Black, *Regulatory Conversations*, 29 J. L. & SOC'Y 163 (2002). דוגמה נוספת, המתמקדת בשלב האכיפה, היא של גוף רגולציה שלטוני המסתייג ממדיניות רשמית הקבועה בכלל רגולציה פורמלי, ועל-כן מקדם בפועל מדיניות שונה באמצעות מדיניות האכיפה שהוא נוקט.

65 הטענה היא, כמפורט לעיל, שנוצרת סמיכות רבה בין המפקח לבין המפוקחים, אשר חושפת את הראשון לסכנת לכידה. זאת, בעיקר בניסבות שבהן גוף הרגולציה נאלץ להסתמך על שיתוף-הפעולה של הגופים המפוקחים בעיצוב הכללים ובאכיפתם, בין היתר על רקע הזדקקותו למידע המצוי ברשות הגופים המפוקחים.

66 OGUS, לעיל ה"ש 8, בעמ' 155.

שיתוף-פעולה בין המפקח למפוקח.⁶⁷ אולם בטענה זו אין ממש. רגולציה בדפוס של ציווי ושליטה תופסת עדיין מקום מרכזי בארגז הכלים העומד לרשות גופי הרגולציה, בוודאי בישראל.⁶⁸

מעבר לנטייתם של מוסדות בכלל, ושל גופי רגולציה בפרט, לפעול במתווה שכבר נוסה בעבר (גישה של תלות-נתיב),⁶⁹ רגולציה בדפוס של ציווי ושליטה מאפשרת לעשות שימוש בכוחו הכופה של החוק על-מנת לחייב את הגופים המפוקחים, באופן מידי ובתחולה רחבה, לפעול בהתאם לסטנדרט התנהגות מצופה, תוך הטלת איסור על חריגה מסטנדרט זה. רגולציה בדפוס של ציווי ושליטה משקפת לציבור הרחב פעולה נחושה, המיועדת להתמודד עם אתגר קונקרטי. לבסוף, קביעת כלל רגולציה ברור משדרת כי פעולה בניגוד לכלל אינה לגיטימית. זאת, להבדיל מרגולציה כלכלית, שממנה עולה כי הפרת הכלל לגיטימית, הגם שהיא כרוכה בעלות כספית.

גם טכניקות רגולטוריות אחרות עשויות להיות מופעלות בדרך של קביעת כללים ואכיפתם. כך, רגולציה של מידע, שאינה עוסקת בפעילותם של הגופים המפוקחים אך מחייבת אותם לפרסם מידע על-אודות פעילות זו, יכולה לעורר אתגרים דומים לאלה של ציווי ושליטה.⁷⁰ גם רגולציה המבוססת על ביצועים (performance-based regulation) מחייבת לקבוע את תנאיה בכללים, אשר ייבדקו וייאכפו על-ידי גוף הרגולציה השלטוני. גם רגולציה העושה שימוש בתמריצים כלכליים מחייבת קביעת כללים מפורטים שיסדירו את אופן הענקתו של התמריץ הכלכלי, וכן פעולות לבדיקת עמידתם של הגופים המפוקחים בתנאים שנקבעו. האמור אף הוביל לטענה כי הפער בין רגולציה בדפוס של ציווי ושליטה לבין רגולציה בדפוס של תמריצים כלכליים אינו כה גדול.⁷¹ מן האמור ברור כי בפעולתם של גופי רגולציה שמור מקום מרכזי לקביעתם של כללים ולאכיפתם.⁷²

67 ראו, לדוגמה, Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342, 343 (2004).

68 אור קרסין יישום אפקטיבי של מדיניות סביבתית – עידוד הציות וייעול האכיפה 36 (2009).

69 הכתיבה על-אודות גישה של תלות-נתיב היא נרחבת. ראו, לדוגמה, Lucian Bebchuk & Mark J. Roe, *A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance*, 52 STAN. L. REV. 127 (1999).

70 OGUS, לעיל ה"ש 8, בעמ' 121.

71 שם, בעמ' 253.

72 נטען כי תהליך דומה התרחש בתוך המנהל הציבורי עצמו. בעבר התנהל המנהל הציבורי בהקשרים מסוימים באופן לא-פורמלי, בצורה דומה להתנהלותו של "מועדון חברים", אולם עם השנים התחוללה "יורודיפיקציה" של מערכת היחסים בקרב גופי המנהל הציבורי, תוך התבססות הולכת וגוברת על נהלים כתובים, כדרך להסדרת התנהגות. היבט מסוים של שינוי זה הוא מיסוד הפיקוח הפנים-ממשלתי, לרבות באמצעות הקמת יחידות ייעודיות שכל תכליתן היא לוודא כי יחידות הממשלה השונות פועלות בהתאם לכללים שנקבעו. לתיאור כללי של התופעה ראו CHRISTOPHER HOOD, COLIN SCOTT, OLIVER JAMES, GEORGE JONES & TONY TRAVERS, *REGULATION INSIDE GOVERNMENT: WASTE-WATCHERS, QUALITY POLICE, AND SLEAZE-BUSTERS* (1999). לתיאור התופעה ביחס לבריטניה ראו MICHAEL MORAN, *THE BRITISH REGULATORY STATE: HIGH MODERNISM AND HYPER-INNOVATION* (2007). לתיאור ראשוני של הפיקוח המתבצע בתוך הרשות המבצעת ראו רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה", לעיל ה"ש 25, בעמ' 302.

(ד) מעבר ממיסוי והוצאה להטלת "עלות רגולטורית"

כפי שפורט לעיל, היבט מרכזי של המדינה הרגולטורית הוא מעבר מפעילות שלטונית בדפוס של מיסוי והוצאה לפעילות שלטונית בדפוס של קביעת כללי רגולציה ואכיפתם. "עלותה" של המדינה הרגולטורית כוללת בעיקר עלויות ציות (compliance costs), המוטלות על הגופים המפוקחים, לצד עלויות מנהליות (administrative costs) – הנובעות מההליכים של קביעת כללי הרגולציה, הפיקוח על יישומם ואכיפתם – אשר מוטלות על רשויות השלטון.

השינוי האמור מערער את מנגנוני הפיקוח המקובלים על פעילות השלטון. במהלך השנים התגבשו דרכים לפיקוח על פעילות בדפוס של מיסוי והוצאה, לרבות פיקוח פרלמנטרי על עריכת תקציב המדינה. אם בעבר עלות פעילותה של המדינה באה לידי ביטוי בהוצאה כספית ישירה, במדינה הרגולטורית טרם גובשה תפיסה מסודרת של "תקציב רגולטורי", שיוכל לשקף את סך העלויות והתועלות הגלומות ברגולציה השלטונית. תופעת-לוואי של מצב זה היא הקושי להעריך את ההשפעות החלוקתיות של כללי הרגולציה החלים. מן האמור עולה כי אחת ההשפעות של עליית המדינה הרגולטורית היא הפיכת המדיניות הממשלתית לשקופה פחות לציבור הרחב.⁷³ ניתן לזהות מאמצים ראשונים להתמודדות עם קושי זה. כך, לדוגמה, בבריטניה קודמה מדיניות של "אחד בפנים, אחד בחוץ" (one in, one out), שעל-פיה תנאי לקביעת כלל רגולציה חדש, המטיל עלויות על המגזר העסקי, הוא ביטול כלל רגולציה קיים והסרת עלויות הציות הכרוכות בו. כן הועלתה הצעה לקביעת תקציב רגולטורי שיגביל את סמכויות הרגולציה של רשויות השלטון.⁷⁴ כלי מרכזי נוסף הוא שימוש בתסקיר השפעה רגולטורית לכלל רגולטורי מוצע.⁷⁵

השינויים בדרך הפעולה של המדינה המנהלית כפועל יוצא מעלייתה של "המדינה הרגולטורית" מחייבים מחשבה מחדש על עקרונות המשפט המנהלי כמו-גם על תפקידה של הביקורת השיפוטית. נעבור לכך כעת.

ב. תפקידה של הביקורת השיפוטית**1. הפרדת רשויות וביקורת שיפוטית מרסנת**

אחד מעיקרי המשטר הדמוקרטי בישראל הוא תורת הפרדת הרשויות, בדפוס של "איזונים ובלמים". מקובל לומר כי ביסודה של תורת הפרדת הרשויות ניצב הרצון להגן על חירותו של הפרט באמצעות הגבלת כוחו של השלטון ומניעת ריכוז הכוח השלטוני בידי רשות שלטונית

73 למימד מסוים של חוסר שקיפות במדינה הרגולטורית ראו ידין "חוזים רגולטוריים", לעיל ה"ש 44, בעמ' 471.

74 על-פי הצעת מדיניות זו, ייקבע תקציב רגולטורי שיגביל את סך העלות למגזר המפוקח שיהיה אפשר להטיל במסגרת הרגולציה השלטונית בתקופה מסוימת. Better Regulation Executive, *Regulatory Budgets: A Consultation Document* (2008), <http://www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/board/fsa081005a.pdf>

75 ראו יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 425 (מסדרת משפט, חברה ותרבות, ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

אחת כל-יכולה.⁷⁶ מן האמור נגזר תפקידה המסורתי של הביקורת השיפוטית, והוא להבטיח את זכויות היסוד של הפרט אל מול הרשויות הפוליטיות – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.⁷⁷ התפיסה המקובלת של הפרדת הרשויות בישראל מעוררת קשיים אנליטיים ומעשיים רבים.⁷⁸ בהקשר הנדון ראוי להדגיש כי היא אינה נותנת ביטוי מלא ליכולתו של השלטון למלא כראוי את המשימות המוטלות עליו. גישה זו מקשה פעולה שלטונית מתואמת שתיתן מענה לאתגרים שרשויות השלטון ניצבות בפניהם, ובכלל זה אתגר ההגנה על חירותו של הפרט מפני כרסום בה על-ידי גופים פרטיים.⁷⁹ כך, גישה זו אינה נותנת מענה שלם לחשש שחירותו של הפרט וזכויות נוספות של הציבור ייפגעו כתוצאה מפעולות בלתי-מרוסנות של גורמים המשתייכים למגזר הפרטי, המחזיקים כאמור בעוצמה לא-מבוטלת.⁸⁰

ביקורת זו מחייבת חשיבה מחודשת על תורת הפרדת הרשויות, ובהקשרו של הדיון הנוכחי – על הביקורת השיפוטית על הרשויות הפוליטיות. במסגרת האמור, על הביקורת השיפוטית לשלב את קידום היעילות השלטונית עם ההגנה על חירותו של הפרט ועל זכויותיו. ניתן להסתייע בגישה שהוצעה על-ידי אדריאן ורמיול (Vermeule) בספרו חוקת הסיכונים (THE CONSTITUTION OF RISK).⁸¹ ורמיול טוען כי התכלית של המשפט החוקתי, ושל המשפט הציבורי באופן כללי, היא להסדיר סיכונים פוליטיים – הן סיכונים משמעותיים ונדירים, דוגמת הפיכה שלטונית, והן סיכונים שוטפים, "יומיומיים", דוגמת קיפוח מיעוטים, שחיתות פוליטית וציבורית או כשלים במישור המקצועי של הדרג הפקידותי.⁸² אלה, לדבריו, סיכונים מ"סדר שני", קרי, כאלה שנובעים מעיצוב מוסדות השלטון ומחלוקת העוצמה והסמכות להכריע במחלוקות חברתיות (שהם סיכונים מ"סדר ראשון", לדבריו).⁸³ בתוך המסגרת התיאורטית האמורה ורמיול מציע תפיסה חוקתית קונקרטיה, שעל-פיה יש לשקול את כלל הסיכונים

- 76 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 65 ("הדמוקרטיה, שתכליתה לשרת את האדם, אמורה להבטיח בראש ובראשונה את חירות האדם. הסכנה העיקרית לחירות נובעת מן השלטון. ככל שהשלטון חזק יותר וככל שהוא פטור מכבלים וביקורת, כך גם גדלה הסכנה לחירות. כדי להקטין את הסכנה יש להחליש את השלטון. אחת הדרכים לכך היא חלוקה של כוח השלטון בין רשויות אחדות. זהו העיקרון של הפרדת הרשויות על רגל אחת").
- 77 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 421 (1995).
- 78 ראו Eoin Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State* (2011); רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה", לעיל ה"ש 25, בעמ' 296.
- 79 ביטוי מובהק לתפיסה זו נתן השופט לואי ברנדייס (Brandeis) בדעת המיעוט הנודעת שלו בפרשת *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 293 (1926).
- 80 William N. Eskridge, Jr. & John Ferejohn, *A Republic of Statutes: The New American Constitution* (2013).
- 81 Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk 2* (2014). תכלית המהלך של ורמיול היא להטמיע במחשבה החוקתית את התפיסות של "ניהול סיכונים" ושל "ניתוח עלות-תועלת", שצמחו בדיון על-אודות הרגולציה השלטונית. לתיאור תפיסה זו ברובד הרגולטורי ראו Cass R. Sunstein, *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment* (2002); Christopher Hood, Henry Rothstein & Robert Baldwin, *The Government of Risk – Understanding Risk Regulation Regimes* (2004).
- 82 Vermeule, לעיל ה"ש 81.
- 83 שם, בעמ' 2–3.

הפוליטיים הרלוונטיים, ולהעניק לכל סיכון וסיכון את משקלו הרלוונטי בהתחשב במכלול נסיבות העניין. זאת, להבדיל מתפיסה הנוטה באופן אינהרנטי לכיוונו של סיכון פוליטי מסוים, ובפרט, בהקשר הנדון, תפיסה המוטה לכיוון הגנה על חירותו של היחיד.⁸⁴ הבנת התפקיד החיובי של השלטון – ובכלל זה, בהקשר של המדינה הרגולטורית, הבנת התפקיד החיוני של הכוח הציבורי בריסון הכוח הפרטי ובדאגה לרווחתו של הפרט ולחירותו – מחייבת תפיסה חוקתית מעודכנת, המציעה הסדרים אשר מבטיחים את חירותו של היחיד, מצד אחד, אך גם את יכולתו של השלטון לקדם בייעילות את המטרות שלנגד עיניו, מצד אחר.

2. ממשליות ראויה וביקורת שיפוטית מתמרצת

התפיסה המקובלת של תורת הפרדת הרשויות הנביעה כאמור ביקורת שיפוטית המתמקדת בריסון כוחן של רשויות השלטון האחרות. החשש הוא מפני פעולה של רשויות השלטון ומפני השפעתה האפשרית על חירותו של היחיד. תפיסה רחבה יותר, שבבסיסה ניצב הרצון להבטיח כי השלטון ימלא את התפקידים המוטלים עליו, ובפרט את תפקידיו הרגולטוריים, מחייבת חשיבה מחדש על טיבה של הביקורת השיפוטית. היא מחייבת להבחין בין נסיבות שבהן יש צורך בריסון כוח שלטוני, שנעשה בו שימוש לרעה, לבין נסיבות שבהן על הביקורת השיפוטית לתמרץ את הפעלת הכוח השלטוני, שכן דווקא מחדלה של הרשות המבצעת הוא הפגום.⁸⁵ ידועים בהקשר זה דבריו של השופט תורגוד מרשל (Marshall) בחוות-דעתו בפרשת *Heckler v. Chaney* הנודעת:

[O]ne of the very purposes fueling the birth of administrative agencies was the reality that governmental refusal to act could have just as devastating an effect upon life, liberty, and the pursuit of happiness as coercive governmental action.⁸⁶

הביקורת השיפוטית אינה יכולה להסתפק בריסון עצמתה של הרשות המבצעת. היא נדרשת לעסוק בקידום פעולה מיטבית של רשויות המנהל הציבורי.⁸⁷ בהקשר זה מהדהדת קריאתו של וודרו וילסון (Wilson) כי לצד העיסוק המתמשך, והמוצלח, בריסון הכוח הביצועי, יש להפנות

84 שם, בעמ' 10.

85 השווה אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" משפט וממשל יז 9 (2016). בחיבור זה ברק מפתח, בין היתר, את התפיסה של "זכותו של הפרט להגנה מפני צדדים שלישיים" (שם, בעמ' 13). הטענה היא כי יש ליתן מענה במישור החוקתי למחדליה של המדינה בהגנה על הפרט מפני פגיעה הנגרמת על-ידי צדדים שלישיים.

86 *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821, 851 (1985).

87 *R. v. Lancashire County Council, ex p. Huddleston*, 2 All ER 941, 945 (1986) ("[A] השווה new relationship between the courts and those who derive their authority from the public law, one of partnership based on a common aim, namely the maintenance of the highest standards of public administration") ראו גם VIBERT, DEMOCRACY AND THE NEW SEPARATION OF POWERS, לעיל ה"ש 50, בעמ' 73.

את המבט אל עבר שיפור יכולותיו של השלטון לפעול בצורה אפקטיבית למילוי היעדים הציבוריים.⁸⁸

עלייתה של המדינה הרגולטורית והתעצמות כוחו של המגזר הפרטי מחדדות הבנה זו. כאמור, חל "שינוי טקטוני" במערך הכוחות במסגרת הליך הביקורת השיפוטית: לא עוד פרט כזה או אחר העותר נגד מדינה כל-יכולה ומבקש כי בית-המשפט ירסן את עוצמתה וימתן את הפגיעה בו. בהקשר הרגולטורי אין עוד מקום לגישה הרומנטית לגבי מערכת היחסים שבין האזרח לבין הרשות המנהלית, שעל-פיה לרשות יש הכוח, המידע והסמכויות ואילו האזרח נעדר יכולת השפעה של ממש.⁸⁹ התמונה במדינה הרגולטורית מורכבת יותר. מדובר, לכל-הפחות, במשולש כוחות הכולל את הציבור הרחב והחברה האזרחית, את רשויות המדינה ואת המגזר העסקי. במציאות זו תפקידו של בית-המשפט הוא מורכב. בהקשרים מסוימים עליו להתמיד בתפקידו המסורתי, ולרסן את רשויות השלטון מפני פגיעה במידה העולה על הנדרש בזכויותיהם של פרטים. אולם בהקשרים אחרים עליו לעודד את רשויות השלטון לפעול במסגרת התפקידים הרגולטוריים המוטלים עליהן, על-מנת להגן על זכויות הציבור הרחב, ובדרך זו למתן – ולו במידת-מה – את חוסר השוויון שבין הציבור הרחב לבין הגופים המפוקחים.⁹⁰

בהקשר זה מתעורר החשש שמא הליך הביקורת השיפוטית ישמש את בעלי העניין על-מנת לקדם את ענייניהם האישיים על-חשבון הציבור הרחב. יש להיות מודעים להשפעתם של המשאבים העומדים לרשות הגופים המפוקחים על ההליך השיפוטי. לגופים המפוקחים יש אפשרות גישה לייעוץ משפטי איכותי, ויכולת להשקיע משאבים ניכרים בקיומם של הליכים משפטיים שתכליתם לסכל את מאמצייהם של גופי הרגולציה לקדם את האינטרס הציבורי. לגופים המפוקחים יש ידע נרחב ביחס להסדרה הנקבעת על-ידי הרשות, ויכולת לרכוש את שירותיהם של יועצים – אשר חלקם היו בעבר חלק מגוף הרגולציה הרלוונטי – שיהיו מסוגלים להתמודד עם רגולציה מורכבת וסבוכה בתחומים טכניים שבהם לציבור הרחב יש נגיעה מועטה בלבד. על רקע האמור נטען כי "החלת כללי המשפט המנהלי הקלאסי, כולל הביקורת השיפוטית, על מערכת היחסים בין הרשות לחלק מן הגופים המוסדרים עלולה לחטוא לתכלית של המשפט המנהלי, מביאה להגנת יתר על הגופים המוסדרים, וזאת על חשבון האינטרס של הציבור הרחב".⁹¹

88 Woodrow Wilson, *The Study of Administration*, 2 POL. SCI. Q. 197, 206 (1887).

89 אבי ליכט "התאמת המשפט המנהלי הקלאסי לרגולציה המודרנית – תחום התקשורת כמשל" רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי 67 (2004).

90 כן ראו CHRISTOPHER F. EDLEY, JR., *ADMINISTRATIVE LAW – RETHINKING JUDICIAL CONTROL OF BUREAUCRACY* (1990). אדלי מצדד בביקורת שיפוטית אשר משמשת לקידום ממשליות ראויה, ובכלל זה עוסקת באופן מתמשך ואינטנסיבי בעיצוב נאות של רשויות המגזר הציבורי (שם, בעמ' 213 ואילך). לביקורת על גישה זו ראו, לדוגמה, Alexandra A.E. Shapiro, *Book Note: Administrative Law – Rethinking Judicial Control of Bureaucracy by Christopher F. Edley, Jr.*, 91 COLUM. L. REV. 701 (1991).

91 ליכט, לעיל ה"ש 89, בעמ' 68.

התבוננות מחודשת על תפקידה של הביקורת השיפוטית במדינה הרגולטורית חייבת להיעשות תוך מודעות למאפייניה של הביקורת השיפוטית. שופטים אינם נבחרים ציבור. בית המשפט הוא מוסד לא-רובני (counter-majoritarian institution). מעבר לכך, לבית-המשפט יש הבנה מועטה יחסית בסוגיות מקצועיות מורכבות כמו אלה המתעוררות במדינה הרגולטורית המודרנית.⁹² מצד אחר, בית-המשפט והשופטים המרכיבים אותו – בוודאי בישראל – רגישים פחות לבעיית הלכידה, בין היתר דווקא על רקע העדר התמחותם בתחום הקונקרטי, וכן על רקע ניתוקם היחסי מהווי היומיום והעובדה שהכהונה השיפוטית נמשכת לרוב שנים רבות.⁹³ על רקע האמור אף נטען (ביחס לארצות-הברית) כי במציאות שבה הרשות המחוקקת נשלטת על-ידי אינטרסים צרים, דווקא בתי-המשפט משקפים בצורה נאותה יותר את האינטרס הציבורי הרחב, ועל-כן עליהם לנקוט גישה פעילה יותר.⁹⁴ בשנים לב למתואר, הביקורת השיפוטית נדרשת לפסוע בנתיב המורכב שבין החשש מהתערבות-יתר בשיקול-דעת מקצועי לבין החשש מהתערבות-חסר במקרים שבהם עולות טענות לפעולה מטעמים פוליטיים או אישיים פסולים; בין הרצון להבטיח החלטות מקצועיות, המשקפות מדיניות של הדרג הפוליטי, לבין החלפת שיקול-הדעת המקצועי בשיקול-דעתו של בית-המשפט. על בית-המשפט להיות מודע לתפקידו המתמרן, ולא להסתפק בביקורת שיפוטית מרוסנת.⁹⁵

ג. עיון מחדש בדוקטרינות של המשפט המנהלי בישראל

1. מבוא

על רקע המסגרת התיאורטית שהוצגה לעיל – הן בכל הנוגע בעלייתה של "המדינה הרגולטורית" והן, בתמצית, בכל הנוגע בביקורת שיפוטית מתמרצת – אפנה לעסוק כעת בדוקטרינות קונקרטיות של המשפט המנהלי בישראל. אתמקד בארבע דוקטרינות עיקריות: עקרון חוקיות המנהל ופרשנות הסמכות המסורה לגופי הרגולציה השלטוניים; הצורך "להחיות מחדש" את עקרון עצמאות שיקול-הדעת, על רקע הדפוס המוסדי של גופי הרגולציה העצמאיים; עקרון התשתית העובדתית, במציאות של מרדף בלתי-פוסק של רגולטור אחר

92 Eduardo Jordão & Susan Rose-Ackerman, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review*, 66 ADMIN. L. REV. 1, 4 (2014). איני עוסק ביחס שבין בתי-המשפט הכלליים לבין ערכאות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות מתמחות, דוגמת בית-הדין להגבלים עסקיים. ראו Diane P. Wood, *Generalist Judges in a Specialized World*, 50 S.M. U. L. REV. 1755 (1997).

93 Daniel A. Farber, *Preventing Policy Default: Fallbacks and Fail-safes in the Modern Administrative State*, 121 YALE L.J. F. 499, 512 (2012).

94 Patrick Luff, *Captured Legislatures and Public-Interested Courts*, 2013 UTAH L. REV. 519, 541.

95 אי-אפשר להידרש בגדרו של חיבור זה למכלול המאפיינים המוסדיים של הביקורת השיפוטית, ובפרט להשוואה בין יתרונותיה וחסרונותיה לבין אלה של גופי פיקוח אחרים הפועלים במדינה הרגולטורית, ובראשם, בהקשרנו, הפיקוח המנהלי-הפנימי (לרבות הפיקוח המשפטי-הפנימי).

גופים מפקחים; וביקורת שיפוטית על רכיב האכיפה בפעולותיהם של גופי הרגולציה. הבחירה להתמקד בארבע דוקטרינות בלבד היא פועל יוצא מהיקף הדיון.

2. מישור הסמכות – על עקרון החוקיות החדש

(א) עלייתה של המדינה הרגולטורית ועקרון החוקיות

עקרון חוקיות המנהל הוא אבן הראשה של המשפט המנהלי. עיקרו הוא הדרישה שפעולותיה של רשות מנהלית ייעשו על יסוד הסמכה ברורה בחוק, במיוחד כאשר מדובר בפעולות הפוגעות בזכויות יסוד של הפרט.⁹⁶ עיקרון זה מהווה את התשתית לביקורת השיפוטית על רשויות המנהל הציבורי. זאת, כפועל יוצא מהתפיסה, שהוצגה לעיל, שעל-פיה "התפקיד המרכזי של המשפט הציבורי הוא להגביל את הכוח השלטוני המצוי בידי הרשות המבצעת, וזאת על פי התפיסה שכוח בלתי מוגבל המצוי בידי השלטון הוא בבחינת סכנה תמידית לחירויות הפרט".⁹⁷

עלייתה של המדינה המנהלית המודרנית ערערה את ההצדקה שביסוד התפיסה האמורה. במציאות שבה השלטון מופקד על הספקת מצרכים ושירותים לציבור בהיקף נרחב, יש אינטרס שהביקורת השיפוטית לא תתמקד בהגבלת יכולת הפעולה של השלטון, אלא בקידום מיטבי של מילוי התפקידים הציבוריים המוטלים על רשויות השלטון. עלייתה של המדינה הרגולטורית חיזקה מגמה זו. יואב דותן מציין כי "הצרכים של מדינת המנהל המודרנית מחייבים במקרים רבים הענקת סמכויות נרחבות של פיקוח למנהל הציבורי וזאת, בין היתר כדי להגן על חירויות הפרט ועל האינטרסים של הפרט מפני כוחות שחלקם של המדינה עצמה, אך חלקם האחר פועלים בשוק הפרטי".⁹⁸

על רקע מציאות זו נטען בכתיבה האקדמית כי חלה שחיקה בעקרון החוקיות.⁹⁹ לטעמי, עקרון חוקיות המנהל עבר תהליך של קונטקסטואליזציה, כך שבנסיבות שבהן ערכאת הביקורת השיפוטית משתכנעת כי הרשות המנהלית פועלת לקידום אינטרס ציבורי לגיטימי, היא נכונה לפרש בהקשר הנדון את החקיקה המסמיכה בצורה רחבה. כך, ניתן לזהות נכונות שיפוטית לפרש בצורה רחבה את הסמכות המוקנית לרשות מנהלית כאשר מדובר בסמכות של גוף רגולטורי המיועדת לקדם את האינטרס הציבורי.¹⁰⁰ אין כוונת הדברים שיש לזנוח את עקרון החוקיות או שניתן להכיר בפעולה של רשות רגולטורית החורגת מגדר הסמכות הקבועה בחוק.

96 ראו ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 97; יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012) (להלן: דותן "הסדרים ראשוניים").

97 דותן "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 96, בעמ' 383.

98 שם, בעמ' 384.

99 שם, בעמ' 385.

100 יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לז 287, 311 (2007). לדוגמה רלוונטית בהקשר האמריקאי ראו EPA, 549 U.S. 497 (2007). בפרשה זו הפך בית-המשפט העליון האמריקאי החלטה קודמת שקבעה כי הסדרה של פליטת גזי חממה אינה בתחום סמכותה של הסוכנות להגנת הסביבה. בית-המשפט העליון פסק כי לא זו בלבד שהדבר מצוי בסמכותה של הסוכנות, אלא שהחלטה לא להסדיר את הסוגיה מטעמי מדיניות אינה כדוין, שכן נשקלו שיקולים שאינם ממין העניין.

הכוונה הינה שעל הביקורת השיפוטית לאמץ גישה פרשנית גמישה בכל הנוגע בהיקף הסמכות המוקנית לגופי הרגולציה השלטוניים.¹⁰¹ יצחק זמיר ציין בהקשר זה כי "בדרך-כלל המחוקק מגלה הבנה לצורכי הפיקוח, מעוניין לאפשר פיקוח יעיל, ולשם כך מעניק לרשות המופקדת על הפיקוח ולמפקחים עצמם את הסמכויות הנדרשות ביד רחבה ובפירוט רב. גם בית המשפט מגלה בדרך-כלל הבנה לצורכי הפיקוח וגישה חיובית לסמכויות הפיקוח. הפיקוח על-פי טיבו עלול אומנם לפגוע בזכויות חוקתיות ובזכויות אדם נוספות... עם זאת, מכיוון שהמחוקק מטיל את הפיקוח לתכלית ראויה בדרך-כלל, היא התכלית של הגנה על הציבור, ומכיוון שאין להשיג תכלית זאת ללא פיקוח יעיל, בית המשפט נוטה לשרת את תכלית הפיקוח בדרך של פרשנות רחבה, ככל שנדרש בנסיבות העניין לצורך פיקוח יעיל".¹⁰² הדברים באו לידי ביטוי בפסק-דינו של השופט זמיר בבג"ץ איגוד שמאי ביטוח בישראל.¹⁰³ בפרשה זו נקבע כי "לא יהיה זה ראוי לתת לסמכות [של גוף הרגולציה השלטוני] פירוש צר, דהיינו להגביל את סמכות [נ...] פירוש צר כזה ימנע הגנה נאותה מציבור המבוטחים בניגוד לתכלית החוק. לכן גם מטעם זה הפירוש הצר אינו פירוש ראוי".¹⁰⁴

101 ראו בהקשר זה את הכתיבה על-אודות פסיקותיו של השופט ג'ון פול סטיבנס (Stevens). הטענה היא כי בנסיבות שבהן סבר השופט סטיבנס כי גוף הרגולציה השלטוני פועל לקידום האינטרס הציבורי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בחקיקת הקונגרס, הוא היה נכון לפרש בהרחבה את סמכותו. לעומת זאת, בנסיבות שבהן הוא סבר כי גוף הרגולציה השלטוני פועל בניגוד לתכלית הציבורית שביסוד החקיקה המסמיקה, הוא נקט גישה מצמצמת. ראו Kathryn A. Watts, *From Chevron to Massachusetts: Justice Stevens's Approach to Securing the Public Interest*, 43 U.C. DAVIS L. REV. 1021, 1053 (2010). המחברת טוענת כי גישתו של השופט סטיבנס תואמת את החזקה הפרשנית שעל-פיה יש לפרש דברי חקיקה המיועדים להגן על האינטרס הציבורי הניצב ביסודם בהתאם לתכליתם (remedial purpose canon). שם, בעמ' 1057.

102 זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 147.

103 בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001).

104 שם, בעמ' 642. ראו גם בג"ץ 355/86 שחף שירותי תעופה בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מ(4) 729 (1986).

(שבו קבע בית-המשפט כי הסמכה כללית של שר התחבורה "לסרב לתת רישיון, אם ראה... [כי] מתן הרישיון עלול לפגוע בהסדר משק התעופה או בתיכנונו", כלשון ס' 5 לחוק רישוי שירותי התעופה, התשכ"ג-1963, די בה לאפשר הגבלה של מספר בעלי הרישיונות להפעיל קו טיסה לעיר אילת); בג"ץ 5872/07 איגוד מפקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פס' 35 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 27.10.2010) (פרשנות רחבה בנוגע לסמכותה של מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו לקבוע בהוראות זיכיון אפשרות להטיל עיצומים כספיים על זכייני; בית-המשפט מבהיר כי פרשנות רחבה זו ננקטת "על מנת ליצוק משמעות אופרטיבית לסמכויות שהוקנו למועצה ולאפשר לה פיקוח אפקטיבי על בעלי הזיכיונות"). כן ראו בג"ץ 1405/14 סלוין נ' המשנה למנכ"ל משרד הבריאות (פורסם בנבו, 7.8.2014). בפרשה זו נדונה החלטה של מנכ"ל משרד הבריאות להורות לעותר להפסיק את פעילותו בתחום רפואי מסוים (תחום התרפיה התאית). מצד אחד, בכל הנוגע בשאלת הסמכות להגביל עיסוק, החזיק בית-המשפט בגישה מצמצמת, בקובעו כי לצורך הגבלת עיסוק יש צורך בהסמכה מפורשת, ובנסיבות העניין לא היה מנכ"ל משרד הבריאות מוסמך להורות כאמור. מצד אחר, בהערת-אגב (obiter dictum), התייחס בית-המשפט למחלוקת בין הצדדים בשאלה אם הטיפול הרפואי שנקט העותר מנוגד לרגולציה הרלוונטית. העותר הציע פרשנות מצמצמת, וטען כי פעילותו הרפואית – המתבצעת בתחום חדשני – אינה אסורה. בית-המשפט צידד בפרשנות התכליתית הרחבה שהוצעה על-ידי המדינה, בציינו כי "יש היגיון בטענה כי גמישות רגולטורית זו מתבקשת לנוכח השינויים המהירים בטכנולוגיה הרפואית" (שם, פס' 44 לפסק-דינה של המשנה

מהגישה העקרונית המוצגת ניתן לגזור מסקנה נוספת, והיא שיש לפרש הוראת חוק המקנה סמכות לגוף רגולציה כמקנה גם סמכות משתמעת לקיים פיקוח בקשר לאותה סמכות. גישה זו עולה מפסק-הדין בפרשת מלון נורדאו פלז'ה.¹⁰⁵ כאן נדרש בית-המשפט לפרש הוראת חוק שהקנתה לרשות מנהלית סמכות לתת היתר לייבוא מכוונות וחומרים הדרושים למפעל מאושר. במקרה הנדון ניתן היתר לחברה מסוימת לצורך הקמת מלון, אך הרשות המנהלית הוסיפה להיתר תנאי שקבע כי החומרים שייבאו ישמשו רק אותה חברה, ולא יועברו לגוף אחר. תנאי זה אפשר לרשות המנהלית לקיים פיקוח, כדי לוודא שהחברה לא תשתמש בהיתר אלא למטרותיו. החוק שהסמיך את הרשות לתת היתר לא הקנה לה סמכות לקבוע תנאים בהיתר, ואף לא סמכות פיקוח על השימוש בהיתר לאחר שניתן. על-אף האמור פסק בית-המשפט כדלקמן:

מקום שמטיל חוק איזה שהוא חובה על האזרח – בטרם יבצע פעולה מסוימת – לקבל רשיון לכך מאת השלטונות, יש לייחס למחוקק את הכוונה לקיים פיקוח על שטח העניינים שבו נוגעת אותה פעולה, כדי למנוע סיכול המטרות שהיו לנגד עיניו ושיש לו ענין בהן. על כן, כאשר חוק כזה מקנה לפקיד מסויים סמכות לתת רשיון כנ"ל או לסרבו, פירוש הדבר, כי הוטל עליו התפקיד לקיים את הפיקוח האמור, והוא לא יוכל למלא את תפקידו זה בלי שיהיה לו גם הכוח להתנות ברשיון, שהוא אומר לתתו, אותם התנאים שמילויים דרוש כדי להבטיח שמטרות החוק יוגשמו ולא ייעשו פלסטר. מכאן, שהסמכות לתת

לנשיא נאור). אך ראו את הגישה המחמירה שנקטה בעע"מ 6856/13 הרשות הממשלתית למים ולביוב ג' ועדת ערר לתכנון ולבניה מחוז מרכז (פורסם בנבו, 4.8.2014). בפרשה זו נדון ערעור של גורמי מדינה שונים, שדרשו לבטל החלטה של ועדת ערר ליתן היתר בנייה לתחנת תדלוק. זאת, על רקע הטענה כי יש בכך כדי לסכן את איכות המים בקידוח סמוך. בית-המשפט דחה את הערעור, בקובעו כי לא קמה לוועדת הערר סמכות למנוע את מתן היתר הבנייה. המשנה לנשיא נאור העירה כי "עמדתי איננה כי האינטרס העסקי של יזם פרטי בהקמת תחנת דלק גובר על האינטרס הציבורי למים נקיים. אך גם כאשר הרגולטור פועל מנימוקים שלהבנתו הם ראויים מבחינה ציבורית, עליו לעשות כן בדרך שהתווה החוק, ולא בדרך שנקטה כאן... יש חשיבות גם לדרך בה מושגת תוצאה הנראית לרשות ראויה, ולא רק להשגת התוצאה. השגת התוצאה אינה יכולה לבוא על חשבון הקניין הפרטי בלא פיצוי הולם" (שם, פס' 12 לפסק-דין של המשנה לנשיא נאור). ניתן להבין פסק-דין זה על רקע נסיבותיו. המדינה סירבה לקדם תיקון של התוכנית שחלה במקום באופן שיקנה פיצוי לבעל המקרקעין. על רקע זה נדחתה דרישתה (החריגה) של המדינה כי רשויות התכנון יימנעו ממתן היתר מכוח תוכנית קיימת. ברי כי ככל שנמצא כי פעולה מסוימת שרשות רגולטורית מבקשת לנקוט היא בניגוד לדין, אין לאפשר אותה. השאלה הנשאלת היא אופן קביעת המותר והאסור, קרי, התוויית גבולות סמכותה של הרשות הרגולטורית. השוו זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 149.

¹⁰⁵ ע"פ 107/58 היועץ המשפטי לממשלה ג' מלון נורדאו פלז'ה בע"מ, פ"ד יג 1345 (1959). לפרשנות מרחיבה בנוגע לסמכותה של המשטרה להסדיר את תחום האבטחה הפרטית ראו ע"מ 9187/07 לוזון ג' משרד הפנים (פורסם בנבו, 24.7.2008).

רשיון לעשיית פעולה מסויימת טומנת בחובה גם את הכוח להתנות בו תנאים שיש להם זיקה למטרה ממטרות החוק הנדון.¹⁰⁶

על רקע הניתוח האמור מעניין לבחון את פסק-דינו של בית-המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Brown & Williamson Tobacco Corp.*¹⁰⁷ השאלה שהתעוררה בפרשה זו הייתה אם סמכותו של ה-FDA מכוח ה-Food, Drug, and Cosmetic Act, משתרעת גם על מוצרי טבק. אף שהיה מוסכם על שופטי הרוב כי מוצרי טבק גורמים נזק בריאותי ממשי, הם פירשו את החוק המסמיך ככזה שאינו מסמיך את ה-FDA לעסוק בעניין. בשוליה של חוות-דעת הרוב ציינה השופטת אוקונור (O'Connor) כי הגם שהיא מודעת לחומרת הבעיה שעומדת ביקש ה-FDA להתמודד, בפרט בקרב ילדים ומתבגרים, אין בכך כדי להצדיק את הרחבת סמכותו מעבר לנתון לו, לתפיסתה, מכוח החוק. שופטי המיעוט סברו אחרת. השופט ברייר (Breyer) הבהיר כי יש לבחון את החוק המסמיך במבט רחב, ככזה שמיועד להגן על בריאות הציבור, וכי על רקע האמור יש לפרש את הוראותיו.¹⁰⁸ הבנת ההשלכות של עליית המדינה הרגולטורית מצדיקה דעה זו ואת העדפתה על התפיסה המצמצמת שהוצעה על-ידי שופטי הרוב.

(ב) גישה הקשרית בפרשנות הסמכות

ניתן לעגן את הדיון לעיל בהתפתחות עדכנית במשפט המנהלי, והיא הדיון במימד ההקשרי בכל הנוגע בדרישת ההסמכה המפורשת. בשנים האחרונות התפתחה גישה המגלה רגישות להקשר של הפעלת הסמכות בעת פרשנות של היקף ההסמכה. מבשרת גישה זו היא הנשיאה ביניש בפסק-דין "המפקד הלאומי".¹⁰⁹ בפרשה זו נדונה השאלה מה צריכה להיות מידת הספציפיות של ההסמכה על-מנת שתיחשב "הסמכה מפורשת", כדרישתה של פסקת ההגבלה בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. הנשיאה ביניש קובעת כי דרישה ההסמכה המפורשת צריכה להישקל על יסוד מהותה של הזכות הנפגעת; הטעמים שבבסיס הזכות וחשיבותה החברתית היחסית; עוצמת הפגיעה בזכות; וההקשר שבו בוצעה הפגיעה. לדבריה:

אכן, הדרישה ל"הסמכה מפורשת" בחוק אינה נושאת משמעות קבועה והכרחית אחת. עליה להיות מופעלת מתוך רגישות להקשר הדברים ולמכלול נסיבות העניין. בהתאם לכך, טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, עוצמת הפגיעה בה, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים – כל אלה ראוי שישפיעו

106 פרשת מלון נורדאו פלז'ה, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1358. ראו גם ס' 12 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. השוואת אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד 381 (1998).

107 *Food and Drug Administration v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000).

108 *United States v. Article of Drug Bacto-* בפרשת *Unidisk*, 394 U.S. 784, 798 (1969), שם נקבע כי יש להעניק לחוק המסמיך פרשנות ליברלית שתהלוך את תכליתו הכוללת להגן על בריאות הציבור.

109 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008).

על אופן הפרשנות והיישום של דרישת "ההסמכה המפורשת" בפסקת ההגבלה.¹¹⁰

הדברים האמורים, שהובעו בדעת מיעוט בפרשת "המפקד הלאומי", אומצו בפסיקה מאוחרת יותר.¹¹¹ בפרשת מנאע¹¹² העיר בהקשר זה השופט פוגלמן כי "מתן פרשנות 'גמישה' שאינה 'דוקנית' לכלל הפסיקתי בדבר הסמכה ברורה ומפורשת, ונקיטה בגישה 'הקשרית', שלפיה מידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת משתנה בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת, למידת הפגיעה בה, לתכלית החוק ולמכלול הנסיבות, מקדמת הרמוניה פרשנית, והיא מוצדקת גם מטעמים מהותיים, באשר היא מתאפיינת בגמישות ובחוסר דוגמטיות, כמתחייב משיח הזכויות, ומאזנת בין הטעמים המצדיקים הגבלת זכויות אדם רק בחקיקה ראשית, לבין ערכים נגדיים של יעילות מינהלית ומרחב פעולה אפקטיבי".¹¹³ הנשיאה ביניש, שנמתה אף היא עם הרכב השופטים שדנו בפרשה, ראתה לנכון לסייג את דבריה בפרשת "המפקד הלאומי" בנסיבות שבהן מדובר ב"סמכויות אכיפה פוגעניות". לדבריה, "ככלל יש לפרש סמכויות אכיפה פוגעניות המקנות לרשות כח כפייה באופן מצמצם המחייב קיומה של הסמכה מפורשת".¹¹⁴ שוב – גם כאן ראוי לשקול הבחנה בין נסיבות שבהן האכיפה נעשית מול פרט לבין נסיבות שבהן מדובר באכיפה של נורמות רגולטוריות כלפי תאגיד רב עוצמה. גישתה של הנשיאה ביניש מתמקדת במאפיין אחד – טיב הסמכות – בעוד בגדרי הגישה המוצעת מומלץ לשקול את מכלול הנסיבות הרלוונטיות ואת הקשר הדברים.

הגישה ההקשרית נדרשת ליתן ביטוי לעלייתה של המדינה הרגולטורית. יש להרחיב או לחדד את קשת השיקולים שיש לשקול כאשר בוחנים את מידת ההקפדה על דרישת ההסמכה המפורשת, ולכלול במסגרתם גם נסיבות שבהן מדובר בסמכות רגולטורית. יש לנקוט גישה פרשנית מרחיבה בכל הנוגע בהכרה בסמכותם של גופי רגולציה לפעול לשם קידום האינטרס הציבורי תוך הפעלת פיקוח על גופים עסקיים פרטיים. ראוי לזכור בהקשר זה כי השפעתם של גופים עסקיים פרטיים בעלי עוצמה רבה על הליכי החקיקה וחקיקת-המשנה צריכה אף היא להוות שיקול בעד פרשנות מרחיבה של הסמכות. זאת, על בסיס התפיסה כי בנסיבות שבהן קשה לצפות לשינוי של ההסדר החקיקתי יש לפרש את הסמכות המסורה לרשות המנהלית בצורה רחבה.¹¹⁵ יתרה מזו, גישה גמישה בכל הנוגע במישור הסמכות נדרשת גם בשל הצורך

110 שם, פס' 12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

111 ראו, לדוגמה, דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש-עיריית ראשון לציון, פ"ד נז(5) 673 (2003); בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה (פורסם בנבו, 7.10.2008); ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 122.

112 בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010).

113 שם, פס' 15 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

114 שם, פסק-דינה של הנשיאה ביניש.

115 השוו Farber, לעיל ה"ש 93, בעמ' 503, 506. המחבר טוען כי התערבותו של בית-המשפט בפרשת *Massachusetts v. EPA* (לעיל ה"ש 100) הייתה נחוצה בעיקר על רקע המבוי הסתום שבו נמצאה הרשות המחוקקת. לדבריו, "כל עוד לא ישכיל הקונגרס לנקוט פעולה אפקטיבית, תהיה התוכנית שתעוצב על-ידי ה-EPA המנגנון העיקרי לשליטה בפליטת גזי החממה בארצות-הברית".

להתמודד עם מציאות מורכבת אשר משתנה באופן תדיר ומציבה כל העת אתגרים חדשים בפני רשויות המדינה בכלל ובפני גוף הרגולציה בפרט.¹¹⁶

(ג) עקרון החוקיות והגבלת יכולת ההסתייעות של הרשות בגופים פרטיים

עד כה עסקתי בהיבטים שבהם נדמה כי הפסיקה הכירה, גם אם לא בצורה מלאה, בהשפעת עלייתה של המדינה הרגולטורית, והייתה נכונה לגלות גמישות בכל הנוגע בפרשנות סמכותה של הרשות המנהלית כאשר היא פועלת כרגולטור של גופים פרטיים. אלא שניתן לזהות גם הקשרים שבהם נקט בית-המשפט גישה שמרנית יותר.

המורכבות האמורה באה לידי ביטוי במחלוקת בין השופטים סולברג ופוגלמן בפרשת איגוד האינטרנט הישראלי.¹¹⁷ כמוקד פרשה זו ניצבה פרשנותו של סעיף 229 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר הסמיך מפקדי מחוזות במשטרת ישראל להורות על סגירתו "של מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או הימורים". בעבר נעשה שימוש בסמכות המנהלית המעוגנת בסעיף זה על-מנת להורות על סגירת מקומות הימורים פיזיים. משטרת ישראל ביקשה לעשות שימוש בסמכות זו על-מנת להגביל גישה לאתרי אינטרנט המשמשים להימורים. זאת, באמצעות הוצאת צו המורה לספקיות הגישה לאינטרנט להגביל את הגישה בישראל לאתרי ההימורים. בית-המשפט היה נכון לפסוע את הצעד העיקרי הנדרש, ולקבוע כי "פרשנות תכליתית של החקיקה האמורה, ברוח הזמן והקדמה הטכנולוגית... יכולה להובילנו למסקנה... שלפיה ניתן להחיל את סעיף 229 לחוק העונשין גם 'בעולם הווירטואלי'".¹¹⁸

המחלוקת בין השופטים, שהובילה לדחיית ערעורה של המשטרה, עסקה בשאלת סמכותה של המשטרה להורות לצד שלישי – ספקיות הגישה לאינטרנט – לבצע את הפעולה (הטכנית) של הגבלת הגישה לאתרי הימורים באינטרנט. במסגרת חוות-דעתו (שאליה הצטרף הנשיא גרוניס), הכיר השופט פוגלמן בכך שאין מדובר באצילת סמכויות המשטרה לגורם פרטי, אלא ניתן לראות בכך, במישור העקרוני, משום הסתייעות מותרת. אולם לצד האמור הטעים השופט פוגלמן כי מאחר שמדובר בצו הכופה על ספקיות הגישה לאינטרנט להגביל את הגישה, יש צורך בהסמכה מפורשת. בלשונו של השופט פוגלמן, "הטלת חובה – שסנקציה בצידה – מחייבת עיגון בחקיקה. בהיעדר אסמכתה מפורשת בחוק – אין אפשרות להטיל על גורם פרטי לבצע פעולות עבור הרשות".¹¹⁹

השופט פוגלמן נמנע מלדון, בגדרי חוות-דעתו, במעמדן הייחודי של ספקיות הגישה לאינטרנט ובהשלכה האפשרית של מעמד זה על הדיון בשאלת הסמכות.¹²⁰ שירותי אינטרנט

116 Baldwin & McCrudden, לעיל ה"ש 51, בעמ' 5.

117 ע"ס 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (פורסם בנבו, 24.3.2013). בפרשה זו ייצגתי את המערערים במסגרת תפקידי כפרקליט במחלקת הבג"צים שבפרקליטות המדינה. לא למותר לציין כי האמור בטקסט משקף את דעתי האישית בלבד.

118 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

119 שם, פס' 16 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (ההדגשה הוספה).

120 חוות-דעת הרוב מעוררת שאלות נוספות. נציין, בתמצית, כי בית-המשפט אינו דן כלל בעובדה שספקיות הגישה לאינטרנט אינן צד שלישי ובלתי-מעורב, וכי השירותים שהן מספקות הם המאפשרים את ביצוע העברות הפליליות הכרוכות בניהול אתר הימורים באינטרנט. גם אם אין זה

בישראל מסופקים על-ידי גופים פרטיים, הפועלים בפיקוח וברישי ממשלתיים. במילים אחרות, חלף האפשרות של הספקת שירותי אינטרנט באמצעות משרד ממשלתי,¹²¹ הוחלט לאפשר את הספקת השירות באמצעות גופים פרטיים, הפועלים מכוח רישיון המוענק להם על-ידי המנהל הציבורי ותחת פיקוחו. משרד התקשורת הוא גוף הרגולציה הייעודי המופקד, בין היתר, על שוק האינטרנט. ספקיות הגישה לאינטרנט פועלות מכוח רישיון המוענק להן על-ידי שר התקשורת, מתוקף הסמכות המסורה לו בסעיף 4 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

אילו ניתנו שירותי האינטרנט באמצעות משרד ממשלתי, ברי כי לא היה מתעורר כל קושי של שיתוף-פעולה בין משטרת ישראל לבין המשרד הממשלתי. הקושי בהקשר הנדון התעורר דווקא משום שהספקת שירותי האינטרנט הופקדה בידיים של גופים פרטיים. אלא שנדמה כי הבחירה להפקיד בידי גופים פרטיים את התפקיד (בעל המאפיינים הציבוריים) של הספקת שירותי אינטרנט, מן הראוי שתשפיע על הפרשנות הנאותה של היקף הסמכות המסורה למשטרה. אין מדובר ב"גורם פרטי" מובהק, אלא בגורם בעל מאפיינים ציבוריים לא-מבוטלים. לאחר שבית-המשפט "חוצה את הרוביקון", במובן זה שהוא קובע כי סעיף 229 לחוק העונשין חל גם על אתר מקוון המשמש להימורים, נדמה שהקביעה כי סמכותה של המשטרה חלה גם על ספקיות הגישה לאינטרנט, שהן היחידות שיכולות לממש את הסמכות האמורה, היא נדרשת.¹²² נדמה שלכך מתכוון השופט סולברג, בדעת המיעוט, בקובעו כי "לא ניתן לומר כי אין סעיף בחוק אשר מקנה סמכות. אין צורך בהסדרה ראשונית של הסוגיה. פרשנות הסעיף מובילה למסקנה כדלעיל, כי הוא אכן חל גם על המרחב הווירטואלי".¹²³ השופט סולברג מוסיף בהקשר זה כי "אם מוסמכת המשטרה לסגור כליל אתרי הימורים בלתי-חוקיים באינטרנט, לבטח היא מוסמכת לחסום או להגביל את הגישה אליהם... הסמכה לסגור (ולא כל שכן כשהסגירה אינה אפשרית), משמעה גם מתן סמכויות לחסימת הגישה".¹²⁴ יודגש כי אין מדובר בסיטואציה רגולטורית "מן השורה", שכן המשטרה אינה גוף רגולציה במתכונת המקובלת של הדברים. אלא שיש בפרשה זו כדי לשקף את האתגרים החדשים שהמדינה המנהלית נדרשת להתמודד עימם במציאות מופרטת ומפוקחת.

ספקיות הגישה לא היו צד להליכים. העתירה לבית-המשפט המחוזי נגד צווי הגבלת הגישה הוגשה על-ידי איגוד האינטרנט הישראלי כעותר ציבורי.¹²⁵ השופט סולברג קבע כי ניתן

ראוי בנסיבות אלה לנקוט צעדים פליליים נגד ספקיות גישה, על כך שלא פעלו מיוזמתן להגבלת הגישה לאתרי הימורים באינטרנט, יש לדרוש מהן לסייע למשטרת ישראל, הפועלת מכוח סמכותה על-פי דין, בהגבלת הגישה האמורה.

121 ראוי לציין כי האפשרות ששירותי האינטרנט יסופקו על-ידי משרד ממשלתי נתפסת כתיאורטית בלבד.

122 השוו זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 345: "האמירה שדרושה סמכות מפורשת, ואין די בסמכות משתמעת, אינה כלל מהותי אלא רק חזקה פרשנית... אין להוציא מכלל אפשרות שגם כוונה משתמעת תוכל להתגבר על החזקה, ובלבד שהכוונה תהיה ברורה לגמרי".

123 פרשת איגוד האינטרנט הישראלי, לעיל ה"ש 117, פס' 44 לפסק-דינו של השופט סולברג.

124 שם, פס' 53 לפסק-דינו של השופט סולברג.

125 המדינה טענה כי יש לדחות את העתירה על הסף, שכן איגוד האינטרנט הישראלי נעדר זכות עמידה, והוא בבחינת מי ש"מתעבר על ריב לא לו". השופט סולברג קובע כי די בטעם זה להצדיק

ללמוד מכך שספקיות הגישה אינן מתנגדות למימושם של צווי הגבלת הגישה. השופט פוגלמן אינו מוכן לקבל הנחה זו. אבל גם אם נניח שספקיות הגישה מתנגדות לסייע למשטרת ישראל במימושם של צווי הגבלת הגישה, מתעוררת השאלה אם התנגדות זו היא כדין. השופט סולברג מכיר במעמדן הייחודי של ספקיות הגישה. הוא מציין כי "ספקי הגישה נושאים באחריות ציבורית, בשים לב לרישיון שהוענק להם מטעם המדינה, הם גם יושבים על צומת מרכזי ('Internet points of control') ובנסיבות אלה מוצדקת הפעלת צווי הגבלת הגישה באמצעותם".¹²⁶ ניתן לפרש דברים אלה כעוסקים בפרשנות באשר להיקף סמכותה של משטרת ישראל, ברוח הטיעון העיקרי שפורט לעיל. כלומר, ניתן לפרש דברים אלה כמטילים חובה מכוח הדין על ספקיות הגישה לסייע למשטרת ישראל.¹²⁷ ספקיות הגישה פועלות כאמור מכוח רישיון המוענק להן על-ידי המדינה, והן יושבות כאמור על צומת-דרכים קריטי באינטרנט. ניתן אם כן לומר שהן בבחינת גופים דו-מהותיים.¹²⁸ מעמד זה מנביע חובה לסייע למשטרה במימוש סמכותה על-פי דין.¹²⁹

הפרשה האמורה ממחישה את הצורך לעדכן את כללי המשפט המנהלי לאור השינוי שחל בדפוס הפעילות של המדינה המנהלית. הנכונות להיעזר בגופים פרטיים לצורך קיום תפקידים שלטוניים ושלטוניים למחצה מחייב חשיבה מחדש על ההבחנה בין הפרטי לציבורי ועל ישימותן של הדוקטרינות המסורתיות במציאות המשתנה.

את קבלת ערעורה של המדינה. אף-על-פי-כן הוא ממשיך ודן בשאלה המהותית שהתעוררה בפרשה זו, ומוצא כי יש לקבל את עמדתה של המדינה. השופט פוגלמן, לעומתו, סבור כי יש להכיר בזכות העמידה של איגוד האינטרנט הישראלי, ועל רקע זה הוא מוסיף ודן בסוגיה המהותית, ומכריע כי יש לדחות את הערעור. עמדת הנשיא גרוניס בעניין זה מעוררת קושי. הנשיא גרוניס מבקש לא להביע עמדה בשאלת זכות העמידה, ומציין כי הוא פוסע בדרכו של השופט סולברג בהקשר זה. עם זאת, בכל הנוגע בעמדה המהותית הוא מצטרף לעמדתו של השופט פוגלמן. אלא שבעוד השופט סולברג יכול להימנע מהטענה שהעלתה המדינה בדבר העדר זכות העמידה, לנוכח הכרעתו בסוגיה המהותית לקבל את ערעור המדינה, הנשיא גרוניס מחויב להכריע בשאלת זכות העמידה, משהוא סבור כי בסוגיה המהותית יש לקבל את עמדתו של איגוד האינטרנט הישראלי.

126 שם, פס' 45 לפסק-דינו של השופט סולברג.

127 ייתכן שחובה זו לסייע למשטרה במימוש סמכותה על-פי דין עולה גם מנוסח הרישיון המיוחד שהוענק לספקיות הגישה על-ידי משרד התקשורת. ברישיון הגנרי של ספקיות הגישה מצוין מפורשות כי "בפעילות של בעל הרישיון לא יהיה מעשה או מחדל העלול... לפגוע בטובת הציבור". לנוכח סעיף זה ניתן לטעון כי בעל הרישיון חייב לשתף פעולה עם צו של המשטרה המורה על הגבלת הגישה לאתר הימורים הפועל בצורה בלתי-חוקית בישראל.

128 לסקירה כללית ראו אסף הראל גופים דו-מהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008).

129 גישה דומה עמדה ביסוד קביעתו של בית-המשפט – בבג"ץ 5413/07 פלוגית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד סב(2) 856, פס' טו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (2007) – כי מנכ"ל משרד הבריאות מוסמך להורות לקופות-החולים, בהנחיות פנימיות, להימנע מלממן השתלות איברים בחוץ-לארץ כאשר קיים חשש שהאיברים הושגו בסחר. בית-המשפט קבע כי הגם שמדובר בנושא שהיה ראוי להסדירו בחקיקה, אין מקום לביטול ההנחיות הקיימות בשל עקרון תקנת הציבור.

3. הצורך ב"תחייה מחדש" של עקרון עצמאות שיקול-הדעת

(א) הלכת מיכלין ועקרון עצמאות שיקול-הדעת

עלייתה של המדינה הרגולטורית מן הראוי שתטלטל גם את עקרון עצמאות שיקול-הדעת.¹³⁰ משמעותו של עיקרון זה היא שהרשות המוסמכת מחויבת להפעיל את שיקול-הדעת המסור לה בעצמה, וכי היא "אינה ממלאת את תפקידה הציבורי כראוי, כשהיא מסכימה להפוך את עצמה לעושה דברם של אחרים".¹³¹ מקובל לומר כי עיקרון זה עוגן במשפט הישראלי בפסק-הדין בפרשת מיכלין.¹³² באותה פרשה טענו העותרים כי יש להורות על בטלותו של צו פיקוח על מחירים שניתן על-ידי הפקיד המוסמך בניגוד למדיניות הממשלה. העתירה נדחתה. נקבע כי "אם חוק מעניק כח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה ועל כל פנים אינו מחויב להשמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו – ולא לאחרים – את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת".¹³³ בית-המשפט הוסיף וקבע, באמרת-אגב, כי "יש אסמכתא לדעה, כי, אם פקיד כזה יפעל על פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה".¹³⁴ זאת תמציתו של עקרון עצמאות שיקול-הדעת – הגורם המוסמך אינו מחויב להישמע להוראות שניתנו לו, גם אם אלה ניתנו על-ידי גורם בכיר ממנו; יתר על כן, בנסיבות שבהן פעל הגורם המוסמך על-פי הנחייתו של גורם בכיר ממנו, נפל פגם בהחלטתו.

(ב) הקריאות לביטולה של הלכת מיכלין ולהגמשת הדוקטרינה

על עקרון עצמאות שיקול-הדעת נמתחה ביקורת עזה בפסיקה ובספרות המשפטית. נטען כי ההלכה הקיימת נוקשה, ואינה עולה בקנה אחד עם האילוצים של חיי המעשה.¹³⁵ יצחק זמיר – המבקר הבולט ביותר של ההלכה – טען כי "[ההלכה גורמת ל]פגיעה קשה מבחינה מעשית במינהל הציבורי. אין שר או מנהל כללי שיוכל לנהל משרד ביעילות ובאחריות אם במסגרת המשרד תפעלנה רשויות מוסמכות, כמין מובלעות ריבוניות, שאין עליהן מרות אלא מרותו של הדין".¹³⁶ כן נטען כי ההלכה מציבה רף ציפיות לא-מציאותי, שכן קשה לצפות שהדרג המנהלי המקצועי יעמוד כנגד עמדת הממונים עליו, בפרט בנסיבות שבהן הרשות המוסמכת תלויה – לצורכי קידום מקצועי, תקציבי ועוד – בהנהלת המשרד ובשר העומד בראש המשרד.¹³⁷ עוד נטען כי אין יסוד לכך ש"חיסונה" של הרשות המוסמכת מפני התערבותם של דרגים מקצועיים הניצבים מעליה במנגנון המשרדי נחוץ לשם שמירה על מומחיותה של אותה רשות. בעניין זה

130 ראו ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159.

131 בג"ץ 24/56 רוטשטיין נ' המועצה המקומית, הרצליה, פ"ד י 1205, 1211 (1956).

132 בג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד 319 (1950).

133 שם, בעמ' 323.

134 שם. ראו גם בג"ץ 193/58 חברת אורתופדיה רוזנברג בע"מ נ' הרופא הראשי המוסמך, מחלקת

השיקום, משרד-הבטחון, פ"ד יג 1654, 1658 (1959).

135 אריאל בנדור "משפט מינהלי מול המציאות" מחקרי משפט טו 365, 369–374 (2000).

136 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 943.

137 שם.

הטעים זמיר כי "ההלכה שוללת כפיפות של הרשות המוסמכת להוראות של כל ממונה, ובכלל זה הוראות של ממונה שאינו שר פוליטי או אישיות פוליטית אחרת, אלא ממונה מקצועי, כגון מנהל מחלקה או מנהל אגף במשרד הממשלתי. מה ההצדקה לכך? ... גם אם ייתכנו מקרים שבהם שר יבקש להתערב בהחלטה של רשות מוסמכת על יסוד שיקולים פסולים, אפשר להניח כי אלה יהיו מקרים חריגים. ראוי להניח שבדרך כלל ההתערבות של השר תהיה מבוססת על שיקולים ענייניים, מתוך רצון לקדם מדיניות ממשלתית".¹³⁸ לבסוף, נטען כי ההלכה הקיימת עומדת בסתירה לעיקרון הדמוקרטי היסודי שעל-פיו ראוי לה למדיניות שתעוצב על-ידי הדרג הפוליטי, ולא על-ידי דרגים מקצועיים ממונים. בהקשר זה הועלתה הטענה כי ההלכה הקיימת עומדת בסתירה לעיקרון האחירות המיניסטריאלית.¹³⁹

הביקורת העזה שנמתחה על עקרון עצמאות שיקול-הדעת והרציונלים שבבסיסה חלחלו והובילו להגמתו בפסיקת בתי-המשפט.¹⁴⁰ ראשית, נפסק כי שר או גורם ממונה אחר יכולים להשפיע על הרשות המוסמכת תוך שימוש באמצעי שליטה עקיפים, דוגמת נטילת סמכויות. נוסף על כך נפסק כי שר ראוי להשפיע על פעולתה של הרשות המוסמכת על-דרך התקנת תקנות, מכוח סמכותו על-פי דין.¹⁴¹ שנית, נפסק כי גם אם דרג ממונה מנוע מלידת הוראות חד-משמעיות לרשות המוסמכת, הרשות עצמה רשאית להתייעץ עם גורמים נוספים ולהתחשב בדעותיהם.¹⁴² שלישית, נפסק כי פקידי הרשות המבצעת נדרשים "להביא בחשבון" את

138 שם, בעמ' 944. הנחתו של זמיר כי רק במקרים חריגים יבקש שר להתערב בהחלטה של רשות מוסמכת על יסוד שיקולים פסולים אינה מובנת מאליה. נדמה כי היא אינה נותנת את המשקל המתאים למיקומו הייחודי של השר בצומת-הדרכים שבין הפוליטי למנהלי, ולמעריך הלחצים המופעל על השר כאישיות פוליטית הנדרשת לשוב ולהיבחר לתפקיד.

139 שם, בעמ' 164.

140 ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 162. ברק-ארז מציינת בהקשר זה כי "ההתלבטויות באשר להיקף הפעלתו של העיקרון מהוות דוגמה מובהקת להתנגשות של שיקולים דמוקרטיים ושל שיקולי מומחיות בעיצוב כלליו של המשפט המינהלי". בהינתן שהיישום העיקרי של עקרון עצמאות שיקול-הדעת הוא המתח שבין שר ממונה לבין פקיד מוסמך הפועל בכפיפות לו, ניתן להציג את עקרון עצמאות שיקול-הדעת בצורה רחבה יותר כנקודת מפגש ייחודית בין המקצועי לפוליטי, בין הדרג המנהלי לבין הדרג המיניסטריאלי.

141 ראו בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לה(2) 85 (1980).

142 היבט זה התעורר (כבר) בבג"ץ 74/51 המרכז הארצי של ארגוני הקבלנים והבונים בישראל נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ה 1544 (1951). בפרשה זו נדון סירובם של המשיבים להקציב לעותר הראשון מלט מתוצרת מקומית (שהיה באותה עת מוצר בר-פיקוח) לצורכי בנייה המבוצעת על-ידי חבריו. המדיניות שהובילה להחלטה הנדונה התקבלה על-ידי הממשלה, על שר המסחר והתעשייה הוטל ליישם את ההחלטה האמורה, והיישום בפועל נעשה באמצעות הפקיד המוסמך. נפסק כי "אין כל רע בכך שהפקיד החייב להחליט בשאלה כלשהי יקבל עצה או הדרכה מפי אחרים, בתנאי כי ההחלטה הסופית שלו תהיה" (שם, בעמ' 1550). לעצם העניין נפסק כי "במקרה שלפנינו קבעה הממשלה את מדיניותה לגבי חלוקת חמרי בנין בעת ובעונה אחת עם מינויו של מר נוי בתורת רשות מוסמכת, ולמעשה הוא נתמנה כדי לבצע את המדיניות הנ"ל. בקבלו את המינוי הסכים, איפוא, מר נוי למדיניות האמורה ועשאה למדיניות שלו. ראינו ושמענו את מר נוי בתא העדים והוא עשה עלינו רושם של אדם היודע את אשר לפניו, ואין אנו מקבלים את הטענה כי את רצונם של אחרים הוא עושה, ללא שיקול דעת משלו" (שם). למעשה, ההנמקה אינה אחידה: מצד אחד, ניתן לתארה כהכרה בכך שהממשלה רשאית להנחות את הפקיד המוסמך; מצד אחר, ניתן לתארה כהכרה בכך שהפקיד המוסמך רשאי להיוועץ עם גורמים נוספים ולשמוע את עמדתם.

מדיניות הממשלה בעת קבלת החלטות בעניינים המסורים לסמכותם.¹⁴³ רביעית, בית-המשפט היה מוכן להשלים בנסיבות מסוימות גם עם נסיבות שבהן הגורם המוסמך פעל על יסוד הנחיה מפורשת מצד דרג ממונה, גם כאשר לא דובר במדיניות כללית בלבד.¹⁴⁴ מן האמור לעיל הולך ומתבהר כי נוצר פער (או שמא נאמר – נפערה תהום) בין עקרון עצמאות שיקול-הדעת במתכונתו המקורית לבין גרסתו המרוככת והמעודנת בפסיקתו של בית-המשפט העליון וכן ביישומו הלכה למעשה על-ידי רשויות המנהל הציבורי.¹⁴⁵ הפער שנוצר משקף את חוסר הבהירות בכל הנוגע במערכת היחסים הראויה בין הדרג הפוליטי לבין הדרג המנהלי הכפוף לו, ואת העדר ההסדרה המספקת של זיקות-הגומלין שבין הפוליטי למקצועי בתוככי הרשות המבצעת.

שיאה של מגמה זו תוארה בחוות-דעתו של השופט חשין בפרשת חורב.¹⁴⁶ בפרשה זו נדונה החלטתו של המפקח הארצי על התעבורה להגביל את התנועה בשבתות בכביש ראשי בירושלים. את החלטתו זו קיבל המפקח לאחר שחזר בו מעמדתו המקורית בנושא בעקבות שכנוע מצידו של השר והתייעצות נוספת עם אנשי-מקצוע. השופט חשין, בדעת יחיד, הגיע למסקנה כי מטעמים מעשיים אין מקום לשמר את ההלכה האוסרת מתן הוראות לרשות מוסמכת, כאשר הלכה זו, לגישתו, אינה עומדת במבחן המציאות, לפחות בכל הנוגע ביחסים שבין שר לבין רשות מוסמכת הכפופה לו. בלשונו, "מקום ששר רשאי ומוסמך ליטול סמכותה של רשות מוסמכת, רשאי ומוסמך הוא להורות אותה רשות מה תחליט ומה תעשה. וביקורתו של בית-המשפט תהיה לגופה של ההחלטה ולא לגופה של המחליט".¹⁴⁷

יוער כי בסופו של יום התקבלה העתירה וניתן צו מוחלט, שכן נמצא כי הפקיד המוסמך לא שקל את בקשת הארגון העותר באופן קונקרטי על רקע מדיניות הממשלה. השופט מישאל חשין נדרש להכרעה זו במסגרת חוות-דעתו בפרשת חורב, בציינו כי "הממשלה עשתה החלטת-מדיניות חשובה, אך החלטה זו אינה מחייבת את איש-המינהל. אלא מה, נתמזל מזלה של הממשלה ודעתו של מר נוי הייתה כדעתה". בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התעבורה, פ"ד נא(4) 157 (1997).

143 ראו בג"ץ 309/70 בן עמי נ' שר הדואר, פ"ד כד(2) 528 (1970).

144 בבג"ץ 213/52 שטיין נ' שר-הפנים, פ"ד ו 867 (1952) נדונה החלטה של הממונה על המחוז, מתוקף תפקידו כרשות מוסמכת, לבטל את רשיונו של העותר להוציא לאור עיתון. העותר טען כי ההחלטה בלתי-חוקית מכיוון שהממונה על המחוז קיבל אותה על יסוד הוראה מפורשת של שר הפנים. בית-המשפט אמר שספק אם יש לראות את מכתבו של שר הפנים אל הממונה על המחוז כהוראה המחייבת לבטל את הרשיון. בית-המשפט הוסיף וציין כי "אפילו נניח שהמכתב הנ"ל הכיל פקודה מפורשת לבטל את הרשיון, – ואפילו נצא מהנחה, כי לכותב המכתב לא היתה סמכות לתת פקודה כזו – האם זה מונע את [הממונה על המחוז] לבדוק את נכונות העובדה עליה מסתמכת ה'פקודה' הזאת ולאחר שנוכח בנכונות העובדה הזאת לשקול את הדבר ולבוא לידי מסקנה שאכן יש לבטל את הרשיון?" (שם, בעמ' 870). על בסיס פסק-דין זה קובע זמיר כי "גם כאשר גלוי כי הממונה נתן לרשות המנהלית הוראה, וגם אם ידוע כי הרשות פעלה כפי שנאמר בהוראה, עדיין עשוי בית המשפט לדבוק בחוקה שהרשות המנהלית שקלה בדעתה והגיעה באופן עצמאי למסקנה וזה להוראה" (זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 947).

145 ברק-ארוז מציינת בהקשר זה כי "הגשמתה של ההלכה בנושא של מתן הוראות לרשות מוסמכת תרמה להמשכיותה... זוהי תוצאה רצויה". ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 166.

146 פרשת חורב, לעיל ה"ש 142.

147 שם, בעמ' 158. ברק-ארוז ביקרה את חוות-דעתו זו של השופט חשין. לדבריה, בחוות-הדעת לא ניתן משקל מספיק לחשיפת הלחצים המכוונים אל הרשות המוסמכת, שהיא על-פירוב בעלת

לצורך המחשת מורכבותו של העניין ניתן להיעזר במחלוקת שהתעוררה בין הנשיא אהרן ברק לשופטת אילה פרוקצ'יה אגב פסק-הדין בפרשת עוזני.¹⁴⁸ במקרה זה נבחנה החלטתו של מנהל רשות הנמלים והרכבות לא להאריך את כהונתו של מנהל הרכבת בשל התנגדותו של שר התחבורה. על-פי החוק, ההחלטה אמורה להיות מובאת לאישורו של שר התחבורה, כשלב שלישי, אך רק לאחר שהתקבלה על-ידי מנהל הרשות, בשלב הראשון, ומועצת הרשות, בשלב השני. בנסיבות העניין החליט מנהל הרשות לא לתמוך בהארכת מינויו של עוזני משום שהוא ידע כי השר מתנגד לכך. השאלה שהתעוררה הייתה אם פעולה זו לא ביטאה התנערות מהחובה להפעיל שיקול-דעת עצמאי. בית-המשפט קיבל את העתירה, בקובעו כי באופן עקרוני אין לקבל תכתיבים מן השר בנושא המינוי. עם זאת, הנשיא ברק, בהסכמת השופט ריבלין, קבע כי המנהל היה רשאי להתחשב בעמדת השר כשיקול רלוונטי (להבדיל מקבלת תכתיבים מהשר). בהקשר הרלוונטי למאמר זה הטעים ברק כי אין מדובר בסיטואציה של יחסים בין שר לבין פקיד מוסמך הכפוף לו. רשות הנמלים והרכבות היא תאגיד סטטוטורי. היא נפרדת מבחינה מוסדית מהמשרד הממשלתי הרלוונטי – משרד התחבורה. הקמת התאגיד הסטטוטורי נועדה להגשים עצמאות יחסית של התאגיד ממעורבות ישירה של הדרג הפוליטי בהחלטותיו. בסיטואציה זו מערכת היחסים שבין התאגיד לבין השר דומה למערכת היחסים שבין גוף רגולציה לבין הדרג המיניסטריאלי. בנסיבות אלה, לכאורה, ההצדקה להגנה על הרשות המוסמכת היא החזקה ביותר, שכן לחצים פוליטיים שמטרתם להשפיע על עיצוב המדיניות הציבורית ועל החלטות מנהליות אינם לגיטימיים. על רקע האמור ציין ברק כי הלכת מיכלין אינה חלה כלל, וכי ביקורתו של חשין בפרשת חורב אינה רלוונטית. ברק מצייין כי על המנהל להפעיל את שיקול-דעתו באופן עצמאי. עם זאת, הוא נכון לקבוע כי המנהל רשאי – ואף חייב – להידרש לעמדתו של השר הממונה כאחד השיקולים שעליו להביא בחשבון. ברק קובע בהקשר זה כי "גם אם עמדתו של השר אינה מכרעת, היא מהווה שיקול שיש להתחשב בו".¹⁴⁹ נעיר כי הגם שיייתכן כי עמדתו של הנשיא ברק נכונה מבחינה אנליטית, היא מעוררת קושי.¹⁵⁰ ברק מתעלם מהחשש להשפעה פוליטית פסולה של השר. הוא מטיל על הפקיד

הידע המקצועי. מעשה (גלוי) של נטילת סמכות מעניק ביטוי פומבי למחלוקת שקיימת בין הדרג הפוליטי לבין הדרג המקצועי הכפוף לו, ובכך חושף את השר לביקורת ציבורית. ביקורת זו אינה קיימת בנסיבות שבהן הדרג המקצועי המוסמך פועל על יסוד הנחיותיו (הסמויות) של הדרג הפוליטי. ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 198.

148 בג"ץ 6673/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 799 (2001) (להלן: פרשת עוזני).

149 שם, בעמ' 809.

150 קושי דומה משתקף גם מפסק-הדין בבג"ץ 4870/90 הסתדרות הרוקחים בישראל – ענף בתי המרקחת נ' שר הבריאות, פ"ד מה(4) 717 (1991). באותה פרשה דובר בהחלטתו של מנכ"ל משרד הבריאות להתיר פתיחת בית-מרקחת בסמיכות לבית-מרקחת אחר. המנכ"ל מינה ועדה שתמליץ לו בנושא, אך הועלתה טענה כי השר השפיע השפעה פסולה על המנכ"ל. אחת האינדיקציות לטענה זו הייתה פגישה שנערכה בין השר לבין אנשי סופרפארם, שבה נכח גם המנכ"ל. "בפגישה זו הביעו אנשי סופרפארם את משאלותיהם ובסיכומה נרשם סיכום, לפיו השר עומד להביא לפני הכנסת הצעת חוק לביטול סעיף 20 לחוק [המתנה פתיחת בית-מרקחת סמוך לאתר באישור] ובינתיים ידונו בוועדות על הקמת סופרפארם בן-אזור מושא העתירה" (שם, בעמ' 723). בית-המשפט מצייין כי "אינני רואה, כיצד ניתן להסיק מפגישה זו לחץ כלשהו. הדברים

המוסמך משימה בלתי-אפשרית: עליו להיפגש עם השר, עליו להביא בחשבון את טיב היחסים הצפויים בין השר לבין המועמד לתפקיד, אולם אסור לו להכפיף את שיקול-דעתו לשיקול-דעת השר. לא זו אף זו, ברק מוסיף ומציין כי "עמדת השר היא רלוונטית, ויש להעניק לה משקל ראוי רק אם שיקוליו של השר הם כדין. על-כן אם ביסוד עמדתו השליילית של השר למועמד פלוני עומדים שיקולים פסולים... אל לו למנהל הרשות להעניק לשיקול פסול זה כל משקל. יעמוד המנהל על טוהר שיקוליו הוא, ואל יאפשר לשר להשיג בעקיפין (באמצעות השפעה על שיקוליו של המנהל) את שאינו מוסמך להשיג במישרין (על-ידי סירוב שלא כדין לאשר החלטת מועצה)".¹⁵¹ מעמדה זו עולה כי מנהל הרשות רשאי (ואולי אף חייב) להיפגש עם השר, לשמוע את דעתו ולהביאה בחשבון, אולם אין הוא רשאי להכפיף את שיקול-דעתו לשיקול-דעת השר, והוא אף נדרש להבחין בין עמדת שר הנשענת על שיקולים ענייניים לבין עמדת שר הנשענת על שיקולים שאינם ענייניים.

השופטת פרוקצ'יה, בעמדת יחיד, ביטאה עמדה החלטית יותר נגד התערבות אפשרית של השר בשיקול-דעתה של הרשות המוסמכת, בקובעה כי אין להביא בחשבון את עמדתו של השר בתהליך קבלת ההחלטה, אלא יש להסתפק בהבאת ההחלטה לאישורו בסופו של ההליך. פרוקצ'יה מציינת כי "כל שלב בסדר הפעולות בהליך המינוי צריך להישמר בנפרד מהשלב הבא אחריו ולהתבצע על טוהרת שיקול-הדעת של הגורם המוסמך המופקד עליו, ואין מקום להיפוכו של סדר השלבים, של הקדמת המאוחר למוקדם או של עירובו של גורם מוסמך המופקד על שלב מתקדם בהליך המינוי בשלב הקודם לו בסדר הדברים".¹⁵² ביסודה של חלוקה אנליטית זו מונחת תכלית מעשית – "למנוע עירובם של שיקולים לא ענייניים בהליך המינוי, ובתוכם שיקולים פוליטיים".¹⁵³ פרוקצ'יה מודעת לסיכון של השפעה לא-לגיטימית של השר. היא מסתמכת על דברים שכתב יצחק זמיר, שלפיהם "לא פעם המסגרת שנקבעה בחוק הינה מעורפלת וגמישה במידה המאפשרת לשר להרחיק לכת, אולי מעבר לכוונת החוק, ועם זאת למראית עין לא לחרוג מן המסגרת",¹⁵⁴ ומציינת כי "הסיכונים שעליהם מדבר השופט זמיר קיימים גם בענייננו. חשוב אפוא לקבוע אמת-מידה אשר תבטיח, במידת האפשר, שלא תסוכל הפעלת סמכותו של הגורם המוסמך על-ידי הבא אחריו בסדר הפעולות בהליך המינוי".¹⁵⁵ פרוקצ'יה מחדדת בפסק-דינה את החשיבות שיש לפרוצדורה של קבלת החלטות להבטחת עצמאותו של שיקול-הדעת המנהלי, ומבירה בסיום דבריה כי שמירה על סדר הדברים הנכון יקשה על השר לקבל עמדה לא-מקצועית, שכן תובא לאישורו עמדה מקצועית אשר מנותקת משיקול-דעתו, וסירוב שלו לאשרה יזכה בבולטות תקשורתית וייראה כמהלך

שנרשמו מעידים בדיוק על המצב שהיה אז: מגמה לשינוי החוק מכאן ופעולה לפי המצב החוקי הקיים עד לשינויו – מכאן" (שם). האמור מעורר קושי. מדוע נפגש השר עם הפונים בטרם הושלמה עבודת המטה המקצועית? מדוע השתתף המנכ"ל בפגישה זו? בית-המשפט צודק שאי-אפשר להוכיח אחרת, אך האם אין בעצם התנהלותה של הפגישה כדי לעורר חשד בעניין?

151 פרשת עוזני, לעיל ה"ש 148, בעמ' 809.

152 שם, בעמ' 813.

153 שם.

154 שם, בעמ' 815 (ציטוט מתוך זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 408).

155 פרשת עוזני, לעיל ה"ש 148, בעמ' 815.

חריג. פסק-דינה של פרוקציה משקף תפיסה מורכבת לגבי היחס בין המקצועי לבין הפוליטי. ההכרעה הסופית מסורה אומנם לדרג הפוליטי, אולם על הדרג המקצועי לפעול במנותק ממנו ולהביא לפניו את המלצותיו. בצורה כזו תובא העמדה של הדרג המקצועי בצורה נקייה, והדרג הפוליטי יהיה חשוף לביקורת ציבורית אם וכאשר יבקש להופכה.¹⁵⁶

חשוב להדגיש כי חוסר ההתלהבות של בית-המשפט משימורו של עקרון עצמאות שיקול-הדעת במתכונת שנקבעה בהלכת מיכלין בא לידי ביטוי לא רק בהגמשתה של הדוקטרינה המשפטית, אלא גם – ובעיקר – בהעלמת-עין מהעדר הציות לה על-ידי רשויות המנהל הציבורי. זמיר טוען בהקשר זה כי "הלכה לחוד ומעשה לחוד. אם יש רשויות מוסמכות במסגרת המשרד הממשלתי שמקבלות על עצמן להפעיל את סמכותן בניגוד לדעת השר הממונה על המשרד, נראה שאין הן אלא יוצא מן הכלל המלמד על הכלל. מציאות זאת מתריסה נגד הלכת מיכלין יותר מכל טענה אחרת: לא זו בלבד שההלכה לוקה בביסוס המשפטי וקשה ליישב אותה עם ההיגיון, העיקרון ההיררכי והרעיון הדמוקרטי, אלא שאף אין היא מעשית ובפועל הרי היא בדרך כלל בבחינת הלכה ואין מורין כן".¹⁵⁷ ובהמשך, "הלכת מיכלין היא אפוא בסך הכל הצגה, לא אמיתית ולא מכובדת, ונוסף על כך גם מזיקה".¹⁵⁸ כפי שמציינת ברק-ארז, "נסיון החיים חוזר וחושף את הצלחתו של הדרג הפוליטי להשלטת עמדתו על הדרג המינהלי המקצועי".¹⁵⁹ בנסיבות אלה, כאשר רווחת הטענה כי עקרון עצמאות שיקול-הדעת אינו הולם את המציאות המנהלית המודרנית ואף אינו ישים הלכה למעשה, אין פלא שבית-המשפט נמנע מלפתח כלים דוקטרינריים ומוסדיים חדשים שיאפשרו להגן על עצמאותה של הרשות המוסמכת מפני פגיעתו של הדרג הממונה בה.

(ג) מציאות מוסדית חדשה והצורך "להחיות" את עקרון עצמאות שיקול-הדעת

(1) מציאות מוסדית חדשה

הדיון שתואר לעיל נערך על רקע הדומיננטיות של מודל וסטמינסטר המסורתי, שהתבסס על רשות מבצעת הייררכית ואינטגרטיבית, ועל הפקדת עיקר סמכויות השלטון בידי משרדי הממשלה השונים, אשר נשלטים ומונחים על-ידי השר הרלוונטי. בהתאם למודל האמור, ראש הממשלה והשרים הבכירים נהנים מהשפעה מכרעת על נציגי מפלגותיהם בממשלה ובכנסת, וכפועל יוצא מכך מהשפעה ניכרת על עיצוב המדיניות הממשלתית ומלגיטימיות פוליטית ניכרת.¹⁶⁰ שרים אלה נושאים באחריות כלפי הכנסת וכלפי הציבור הרחב. האמור בא לידי ביטוי, בין היתר, בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה ("סעיף המהות"), הקובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", ובנוהג לקבוע בדברי חקיקה כי שר משרי הממשלה ממונה על יישום החוק ורשאי להתקין תקנות בכל הנוגע ביישומו. בנסיבות אלה ניתן להבין את הנכונות

156 ראו יצחק גל-נור, ג'ניפר אושר ואלמה גדות-פרז הסביבה הפוליטית של קביעת מדיניות ציבורית בישראל 14 (2012).

157 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 944.

158 שם, בעמ' 945.

159 ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 170.

160 ראו רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה", לעיל ה"ש 25, בעמ' 296.

לאפשר לשרי הממשלה להשפיע על עיצוב המדיניות בתחומים המסורים לסמכותם, ובכלל זה להשפיע על פקידים בעלי סמכות עצמאית מכוח הדין הכפופים להם מבחינה ניהולית, תוך סטייה מהלכת מיכלין. האמור בא לידי ביטוי גם ברמה החוקתית בסעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה, המסמיך שר הממונה על יישומו של חוק ליטול לעצמו כל סמכות הנתונה על-פי אותו חוק לעובד המדינה, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, ו"אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק".

באמור לעיל מתחולל שינוי עם עלייתה של המדינה הרגולטורית. מודל וסטמינסטר המסורתי הולך ומתערער עקב מגמה גוברת של פרגמנטציה. הממשלה איבדה במידת-מה את הבלעדיות שהייתה נתונה לה כגורם המופקד על עיצוב מדיניותה של הרשות המבצעת, וכיום ניתן לזהות מוקדים שונים של קבלת החלטות בתוך הרשות המבצעת עצמה. בין היתר יש נטייה להפקיד סמכויות שלטוניות בידי גופים מקצועיים הנהנים – במידה כזו או אחרת – מעצמאות ביחס לדרג הפוליטי הנבחר. האמור בא לידי ביטוי בהיווסדם של גופי רגולציה אשר פועלים במרחק-מה מהשר הממונה ונדרשים להפעיל את שיקול-דעתם באופן עצמאי. ודוק, העיצוב המוסדי משקף גישה תיאורטית הרואה חשיבות בעצמאותו של גוף הרגולציה השלטוני. במילים אחרות, יש הכרעה של המחוקק – שמתבססת על טעמים שבמהות ואשר מהווה מענה לקשיים שהובעו לעיל – בדבר שימוש בגופים עצמאיים בתוככי המשרד הממשלתי או בסמיכות לו.¹⁶¹ פרקטיקה מוסדית זו צריכה למצוא ביטוי בדוקטרינה המשפטית.

טעמים מספר עומדים ביסוד הפקדתן של סמכויות רגולציה בידי גופים עצמאיים (במידה כזו או אחרת). טענה עיקרית היא שעצמאותו של גוף הרגולציה נדרשת על-מנת לשדר אמינות כלפי בעלי הון פרטיים ששוקלים להשקיע מכספם, ואשר עתידים להיות מושפעים במידה ניכרת מהרגולציה השלטונית.¹⁶² טענה נוספת היא שלעיתים יש רצון להבטיח כי משימה מסוימת תהא במוקד תשומת-הלב של הגוף המוסדי הנדרש למלאה, ולא בשולי המשימות המוטלות עליו.¹⁶³ בדרך זו ניתן גם לעודד התמקצעות ורכישת מומחיות. נוסף על כך יש הטוענים כי הניתוק מהפוליטיקה מבטיח את האינטרסים של הציבור הרחב, להבדיל מהאינטרסים של בעלי ההון.

במקביל ניתן לזהות את הגברת השימוש בגופים עצמאיים, הנפרדים מהמשרד הממשלתי, גם בהקשרים נוספים. כך, לדוגמה, ניתן לזהות מגמה של הקמת סוכנויות ביצוע עצמאיות, הפועלות בנפרד מהמשרד הממשלתי הרלוונטי. תהליך זה נועד להוביל להפרדה בין המשרד הממשלתי, המופקד על עיצוב המדיניות הציבורית, לבין סוכנות הביצוע העצמאית, המופקדת

161 החשיבות של חיזוק עצמאותם של גופי הרגולציה השלטוניים הודגשה ברוח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי (ועדת טרכטנברג), אשר המליצה, בין היתר, על "חיזוק עצמאותן של סוכנויות רגולציה, באופן שיביא לקבלת החלטות על בסיס מקצועי על ידי גורמים בעלי ידע ומומחיות נדרשים, תוך איזון שמאפשר לממשלה ולשר האחראי להתערב, בשקיפות ציבורית, בהחלטות רוחביות שהן בעיקרן בעלות אופי מדיניותי ושאינן נוגעות למפוקח ספציפי או מקרה ספציפי". ראו דו"ח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי 169 (2011) www.hidavrut.gov.il/sites/default/files/%20%D7%A1%D7%95%D7%A4%D7%99.pdf.

162 BALDWIN & McCRUDDEN, לעיל ה"ש 51, בעמ' 3.

163 שם, בעמ' 4.

על יישומה המקצועי של מדיניות זו. בהקשר הישראלי מדובר בעיקר בשימוש בחברות ממשלתיות ככלי ליישום המדיניות הממשלתית. עקרון עצמאות שיקול-הדעת מגולם, בהקשר זה, בעקרונות-יסוד של הממשל התאגידי, שעל-פיהם החברה הממשלתית פועלת באמצעות אורגנים נפרדים הנדרשים להפעיל את שיקול-הדעתם באופן עצמאי, תוך התמקדות בטובת החברה. עיקרון זה בא לידי ביטוי גם בעקרונות המעוגנים בהוראות חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, אשר מחייב את החברה הממשלתית, בין היתר, לפעול "לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת לפעול חברה לא-ממשלתית, זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הוועדה, שיקולי פעולה אחרים".¹⁶⁴ החוק גם מגביל באופן פורמלי את יכולתו של השר הממונה להתערב בניהולה השוטף של החברה, ובכלל זה קובע תקופות כהונה קצובות לדיקטור בחברה ממשלתית, אלא אם כן נקבע כי הלה אינו ממלא את תפקידו כראוי.¹⁶⁵ התהוותה של מציאות מוסדית חדשה זו מחייבת לשוב ולהיזקק להלכה בדבר עצמאות שיקול-הדעת. במציאות המוסדית שנוצרה אי-אפשר עוד לקבל התערבות של השר הממונה בפעילותו של גוף הרגולציה העצמאי בנסיבות שבהן אין הצדקה לכך. הדבר חותר תחת ההצדקות שניצבו מלכתחילה ביסוד עיצובו של המבנה המוסדי של גוף הרגולציה העצמאי. בכל הנוגע בגופי רגולציה עצמאיים, הרצון להבטיח את עצמאותם מחייב את "תחייתו מחדש" של עקרון עצמאות שיקול-הדעת. יודגש כי יישומו של העיקרון צריך להיעשות תוך תשומת-לב למאפיינים הקונקרטיים של גוף הרגולציה הנבחר, וייתכן בהחלט שיש מקום להבחנות בין גופי רגולציה שונים במישור זה.

(2) "תחייתו" מחדש של עקרון עצמאות שיקול-הדעת

עלייתה של המדינה הרגולטורית וצמיחת הדפוס המוסדי של גוף רגולציה עצמאי מחייבות כאמור חשיבה מחדש על עקרון עצמאות שיקול-הדעת. ראוי בהקשר זה לעמוד על התועלות הגלומות בעיקרון זה, אשר הוצנעו בשיח השיפוטי. ראשית, עקרון עצמאות שיקול-הדעת תורם תרומה חשובה לחיזוק הגורמים המקצועיים במארג הגופים המנהליים. העיקרון מסייע בקבלתן של החלטות המבוססות על מומחיות, ומנטרל, לפחות באופן חלקי, השפעות פוליטיות שעשויות בהקשרים מסוימים להתבסס "על אינטרסים צרים, מפלגתיים או אחרים".¹⁶⁶ שנית, עקרון עצמאות שיקול-הדעת בסיטואציה של גופי רגולציה תורם לביזור הכוח המנהלי. הביזור מאפשר קיומה של ביקורת הדדית של הרשויות המוסמכות השונות זו על זו, ומבטא בכך את הרעיון של הפרדת רשויות בתוך הרשות המנהלית (שמהווה תחליף חלקי לאידיאל של הפרדת

164 ס' 4(א) לחוק החברות הממשלתיות.

165 ס' 22(א)(6) לחוק החברות הממשלתיות. דוגמה לכך היא תחום התחבורה, שם יש הבחנה ברמה הפורמלית בין המשרד הממשלתי (משרד התחבורה והבטיחות בדרכים), המופקד על עיצוב המדיניות, לבין כמה חברות ממשלתיות (חברת נתיבי ישראל – החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ; חברת נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ; חברת נתיבי איילון בע"מ וחברת כביש חוצה ישראל בע"מ), המופקדות על יישום המדיניות. על-אף האמור, אין זה ברור אם ההפרדה האמורה אכן נשמרת בפועל או שמא השר הממונה משפיע באופן ממשי גם על התנהלותן השוטפת של החברות הממשלתיות. סוגיה זו טעונה מחקר נפרד.

166 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 944.

רשויות). סוגיה זו התעוררה מפורשות עוד בפרשת מיכלין, כאשר השופט דונקלבלום ציין: "איך אפשר, שואל [בא-כוח העותרים], שפקידים יהיו רשאים לפעול לפי שיקול דעתם בלי להיות קשורים בהוראות הממשלה בזמן שהיא היא הנושאת באחריות? התשובה לטענה זו פשוטה היא: קיימים מוסדות ושלטונות, אשר החוק מעניק להם את הסמכות לפעול על דעת עצמם. סמכויות אלה ניתנות בלי פגיעה באחריות הממשלה, ואם יתברר, כי מוסדות או שלטונות כאלה סטו מקו המדיניות שהותווה ע"י הממשלה או הכנסת, יהא זה מענינה של הממשלה או הכנסת לתקן את המעוות בדרכים מתאימות, אבל אין זה מתפקידו של בית המשפט למצוא תרופה למצב שנוצר ע"י כך כל זמן שהפעולות נעשות בתוך מסגרת החוק".¹⁶⁷ שלישית, יש בכך גם כדי לתרום לפלורליזם של דעות, לנוכח קיומם של כמה מוקדי החלטות. רביעית, ההלכה עשויה לתרום לשקיפות המנהלית, במובן זה שהיא עשויה לסייע בחשיפת חילוקי-הדעות בין הדרג הפוליטי לבין הדרג המקצועי, וכך לאפשר דיון ציבורי בעניין.

מן האמור לעיל עולה הנחיצות של הבטחת עצמאותם של גופי הרגולציה בנסיבות מסוימות אל מול השפעתו של הדרג הפוליטי הממונה. למעלה מכך, הבטחת עצמאותם של גופי הרגולציה מתחייבת גם מהכרעת המחוקק להפקיד סמכויות רגולטוריות בידי גופים הנהנים מעצמאות ביחס לדרג המיניסטרילי.¹⁶⁸ מדובר באתגר לא-פשוט. במשך שנים ארוכות התרגל המשפט המנהלי בישראל "לחיות בלי ולהרגיש עם" עקרון עצמאות שיקול-הדעת. "החייאתו" של עקרון עצמאות שיקול-הדעת יכולה להיעשות, בראש ובראשונה, באמצעות יישום נוקשה של ההלכה שנקבעה בפרשת מיכלין, תוך בחינה מחדש של ההגמשות השונות שנקבעו בפסיקה. אלא שנדמה כי הניסיון שהתגבש מאז ניתן פסק-הדין בהלכת מיכלין מלמד כי בדוקטרינה המשפטית כשלעצמה אין די. הבטחת עצמאותם של גופי רגולציה היא מלאכה משותפת של הרשויות המחוקקת, המבצעת והשופטת. להלן יוצעו מחשבות ראשוניות בהקשר זה.

ראשית, במישור החוקתי, מוצע כי הכנסת, בשבתה כרשות המכוננת, תשקול את תיקונו של סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה. כפי שפורט לעיל, הוראה חוקתית זו מסמיכה "שר הממונה על ביצועו של חוק" ליטול לידי סמכויות המסורות מכוח החוק האמור לעובדי המדינה, "אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק". אומנם, בדרך של פרשנות משפטית ניתן לקבוע כי בנסיבות של שר הממונה על יישומו של חוק המקנה סמכויות רגולטוריות לעובדי מדינה חל ככלל החרג של כוונה אחרת משתמעת. אולם נדמה כי ראוי לעצב את הסעיף מחדש, כך שייקבע בו בצורה מפורשת כי שר אינו רשאי ליטול סמכויות של גוף רגולציה עצמאי. הבהרה זו תסיר

167 פרשת מיכלין, לעיל ה"ש 132, בעמ' 324.

168 לצד האמור יש להיות ערים ל"פרדוקס של עצמאות הרגולטור" שתואר על-ידי סנסטין, אשר עלול להוביל לרגישות-יתר של גופי הרגולציה העצמאיים להשפעה פוליטית ולהשפעתם של בעלי עניין פרטיים. Cass R. Sunstein, *Paradoxes of the Regulatory State*, 57 U. CHI. L. REV. 407, 426, 439 (1990). מעבר לכך שמדובר בשאלה שמחייבת בירור אמפירי מעמיק, החורג מגדרו של מאמר זה, יש כלים – במישור המשפטי ובמישור העיצוב המוסדי – שיכולים לשמר את עצמאות הרגולטור בד בבד עם שיפור עמידתו בפני לחצים של בעלי עניין. ראו, לדוגמה, Rachel E. Barkow, *Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design*, 89 TEXAS L. REV. 15 (2010).

ספקות ותייצר הכרעה נורמטיבית ברורה, שתקרין על מערכת היחסים בפועל בין השר לבין גופי הרגולציה השלטוניים, אשר מתנהלת כיום בעמימות נורמטיבית ותפקודית לא־מבוטלת. בכך גם תצעד הכנסת צעד ראשון לכיוון "חוקה חדשה למדינה הרגולטורית".¹⁶⁹ שנית, במישור החקיקה, מוצע כי הכנסת, בשבתה כרשות המחוקקת, תייצר "בהירות נורמטיבית" בכל הנוגע בחלוקת הסמכויות בין השר לבין גופי הרגולציה הפועלים מכוח חקיקה שהוא ממונה על יישומה. החקיקה כיום עמומה פעמים רבות, בין היתר כפועל יוצא מעיצובה בדרך של פשרות פוליטיות.

דוגמה מובהקת לחוסר בהירות קונסטטואלית מן הסוג האמור היא חוק משק החשמל, התשנ"ו–1996, ומערכת היחסים, המשתקפת מהוראותיו, בין שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים והמשרד שהוא עומד בראשו לבין הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל (להלן: רשות החשמל).¹⁷⁰ חוק משק החשמל ביקש לקדם רפורמה במשק החשמל, הכוללת, בין היתר, כניסה של שחקנים פרטיים למשק החשמל, שנשלט עד לחקיקת החוק (ואף לאחר־מכן) על־ידי חברת החשמל לישראל בע"מ, שהינה חברה ממשלתית. במסגרת זו הוקמה רשות החשמל, שנועדה לשמש רגולטור מרכזי במשק החשמל, בפרט בכל הנוגע ב"קביעת תעריפים" שישולמו לשחקנים השונים במשק החשמל. עצמאותה של רשות החשמל אל מול הדרג הפוליטי נתפסה כחשובה באופן מובהק ליצירת מהימנות כלפי המגזר הפרטי. אלא שבחינה של הוראות החוק המסמיך מלמדת על יצירת ערבוב בין הסמכויות המסורות לשר לבין הסמכויות המסורות לרשות החשמל. עירוב סמכויות זה הוא פועל יוצא מפשרה פוליטית בין אלה התומכים בהקמתה של רשות חשמל עצמאית ומקצועית לבין אלה התומכים בחיזוק מעמדו של הדרג הפוליטי ובהכפפת רשות החשמל לעמדתו של השר. חוסר הבהירות ביחס למארג היחסים שבין השר לבין רשות החשמל בא לידי ביטוי, בין היתר, בכך שהענקתו של כל רישיון במשק החשמל על־ידי רשות החשמל טעונה אישור של השר.¹⁷¹ על המחוקק להיות מודע לקושי הגלום באי־בהירות כזו בחוק המסמיך, ולפעול ליצירת יתר בהירות, שתקדם פעולה תקינה של הרשויות השונות ואחריותיות כלפי הציבור הרחב.

נוסף על כך מוצע כי הרשות המחוקקת, בבואה לעצב את החוק המסמיך, תעגן "הגנות" אפקטיביות לבעלי־התפקידים בגוף הרגולציה העצמאי, אשר יסדירו את מערכת היחסים שבין הדרג המיניסטריאלי לבין הדרג המקצועי. בהקשר זה מקובל לקבוע הגנות מפני פיטורים, אולם נדמה כי בכך אין די. יש להביא בחשבון את הרצון להבטיח את עצמאותו של גוף הרגולציה גם בכל הנוגע בשלב המינוי. ייתכן שיש מקום גם לספק לגופי הרגולציה העצמאיים כלים להתמודדות עצמאית מול הדרג המיניסטריאלי, לרבות התניית החלטות מיניסטריאליות

169 השו"ש SUNSTEIN, RECONCEIVING THE REGULATORY STATE, לעיל ה"ש 17; Fishkin & Forbath, לעיל ה"ש 41, בעמ' 673.

170 הדברים נכתבו לפני חקיקתו של חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2015 ו־2016), התשע"ו–2015. ס' 36 לחוק זה מבקש להסדיר, למצער במישור ההצהרתי, את חוסר הקוהרנטיות המתואר בטקסט בכל הנוגע במערכת היחסים בין השר לבין הדרג המקצועי.

171 ס' 4(ב) לחוק משק החשמל קבע בהקשר זה בצורה מפורשת כי "רישיון ייכנס לתוקפו לאחר שאושר בידי השר".

מסוימות בהסכמתו של גוף הרגולציה, בבחינת הפרדת רשויות פנימית בתוך הרשות המבצעת, כך ש"אמביציה תתנגש באמביציה". רעיון זה ראוי לפיתוח נפרד. שלישיית, במישור הביקורת השיפוטית, ככל שמדובר בגוף רגולציה יש ליישם בראש ובראשונה, כפי שהוצג לעיל, גישה מחמירה בכל הנוגע בעקרון עצמאות שיקול-הדעת. במסגרת זו על הרשות השופטת – ועל היועץ המשפטי לממשלה, כפרשן המוסמך של הדין ברשות המבצעת – לגלות גישה חשדנית כל אימת שנראה כי השר הממונה התערב בפעולותיה של רשות רגולטורית עצמאית לא בנסיבות שבהן הדין מאפשר זאת. אין להסתפק בחזרה מושכלת להלכת מיכלין, כמוצע לעיל, אלא יש צורך בפיתוח כלים משפטיים חדשים שיאפשרו להבטיח את עצמאות שיקול-הדעת של הגורמים המוסמכים. כך, לדוגמה, ניתן להטיל חובת גילוי מוגברת על מערכת היחסים שבין השר לבין גוף הרגולציה. בהקשר זה מן הראוי לחזור לדבריה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת עוזני, המצביעה על כך שלעיתים יש חשיבות בהוצאת מערכת היחסים שבין הדרג המיניסטריאלי לבין הדרג המקצועי "אל האור". יש לפעול לכך שמעשה ההתערבות הפוליטי של הדרג המיניסטריאלי יהיה פומבי.¹⁷²

4. תשתית עובדתית נאותה במדינה הרגולטורית

(א) ביסוס ההחלטה המנהלית על תשתית עובדתית נאותה

רשות מנהלית חייבת לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית נאותה.¹⁷³ בלשונו של יצחק זמיר, "רשות מינהלית שמפעילה את שיקול דעתה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין ומחליטה על יסוד תחושה בעלמא, או שדעתה נחושה להגיע לתוצאה מסוימת ללא תלות בעובדות המקרה, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק. במקרה זה ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירות".¹⁷⁴ בחינת התשתית העובדתית שניצבת ביסוד החלטתה של רשות מנהלית נעשית על יסוד אמת-מידה של סבירות.¹⁷⁵ במילים אחרות, כאשר רשות מנהלית מקבלת החלטה, עליה לקבוע מה היא התשתית העובדתית העומדת ביסוד החלטתה. החובה היא לנקוט "מידה של זהירות ורצינות בהליך של קביעת העובדות, בהתאם לנסיבות של כל

172 ראו לעיל ליד ה"ש 156. דוגמה לאמור היא הוראות חוק משק החשמל בכל הנוגע בקביעת מדיניות על-ידי שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים. כל אימת שהשר מבקש לקבוע מדיניות בעניינים המפורטים בס' 57 לחוק, עליו להיוועץ עם רשות החשמל, שהיא הדרג המקצועי הרלוונטי במשרד. לאחר גיבוש המדיניות, על השר לפרסמה באתר האינטרנט של המשרד, ולאחר-מכן על רשות החשמל לפרסם את הייעוץ שניתן על-ידיה לשר, בהתאם לס' 21א לחוק. למנגנון האמור עשויה להיות תרומה להבטחת שיח ושיג הולם בין הדרג המקצועי לבין הדרג הפוליטי, ולהבטחת ביקורת פרלמנטרית, ציבורית ומשפטית. עם זאת, מנגנון זה כפוף כמובן להבטחת עצמאותה של רשות החשמל, כך שתביע לפני השר את עמדתה המקצועית האמיתית גם בנסיבות שבהן היא יודעת כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם עמדותיו.

173 ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 439; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994).

174 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1120.

175 ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 446; יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים כרך א 417, 468 (2003).

מקרה, ובכלל זה בהתחשב גם בעומס העבודה, במשאבים המצויים ובסדרי העדיפות של הרשות.¹⁷⁶ קביעת התשתית העובדתית כפופה לביקורת שיפוטית, ועליה להימצא במתחם הסבירות.¹⁷⁷ החובה האמורה משרתת שתי תכליות עיקריות: ראשית, היא מיועדת לשפר את הרציונליות של רשויות המנהל הציבורי ואת איכות ההחלטה המנהלית, שכן חזקה כי החלטה שהתקבלה לאחר איסוף מלוא המידע הקשור לעניין תהא טובה יותר מהחלטה שהתקבלה על יסוד תחושה או הטיה; שנית, החובה האמורה אף פועלת נגד קבלת החלטה על יסוד לחץ פסול, פוליטי או אחר, שכן היא אינה מאפשרת החלטה שרירותית.

(ב) התשתית העובדתית במדינה הרגולטורית

כיצד יש ליישם את החובה לבסס את ההחלטה המנהלית על תשתית עובדתית נאותה במדינה הרגולטורית? ביחס להחלטות רגולטוריות ניתן לטעון כי לנוכח העובדה שהן משפיעות לרוב על זכויות יסוד חוקתיות (ובכלל זה על זכות הקניין וחופש העיסוק) ועל אינטרסים כלכליים משמעותיים של הגופים המפוקחים, אמת-המידה החלה היא מחמירה, ועשויה להגיע כדי דרישה לראיות עובדתית "ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות".¹⁷⁸ דרישה לתשתית עובדתית משכנעת עשויה לעלות גם מן העובדה שהחלטות רגולטוריות עשויות לרוב לפגוע בהסתמכות או בציפייה של הגופים המפוקחים או להוביל לשינוי בסטטוס-קוו הקיים.¹⁷⁹ הדרישה השיפוטית לתשתית עובדתית נאותה, ואף ברורה, חד-משמעית ומשכנעת, נראית דרישה ראויה, המקדמת רציונליות ביורוקרטית. יטען הטוען כי זו אמת-המידה הנדרשת (והמצופה) מגופי רגולציה, שה-*raison d'être* שלהם הוא מומחיותם ומקצועיותם.

בהקשר הרגולטורי הדרישה לתשתית עובדתית נאותה משרתת תכלית נוספת, והיא מניעת השפעה פסולה של בעלי עניין.¹⁸⁰ כפי שפורט לעיל, לעלייתה של המדינה הרגולטורית נלווית התעצמות של המגזר העסקי. למגזר העסקי יש אינטרס ניכר להשפיע על גופי הרגולציה השלטוניים, וקיים כאמור חשש שהוא יעשה שימוש בעוצמה העומדת לרשותו על-מנת לסכל

176 פרשת יורונט, לעיל ה"ש 173, בעמ' 426.

177 משמעות הדברים היא כי על ערכאת הביקורת השיפוטית להימנע מלקבוע תשתית עובדתית חלופית לזו שנקבעה על-ידי הרשות המנהלית. ככל שערכאת הביקורת השיפוטית סבורה כי נפלה טעות בתשתית העובדתית שנקבעה על-ידי הרשות המנהלית, עליה להורות על ביטול ההחלטה המנהלית ועל השבת העניין לבחינתה של הרשות המנהלית המוסמכת. בתי-המשפט אינם מקפידים על כלל זה, אלא לעיתים קובעים את התשתית העובדתית הרלוונטית על יסוד הטענות שהועלו לפנייהם. בכך הם חורגים לכאורה מהגבולות הלגיטימיים של הביקורת השיפוטית.

178 ראו בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 899 (2004): "לא די בכך שתהיינה בפני הרשות המינהלית ראיות המאששות על-פי תוכנן את מסקנותיה. אם יש בהן פגיעה בזכויות קיימות, לרבות זכויות קנייניות, הן צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות כדי שיוכלו להוות תשתית להחלטה. כגודל הזכות העלולה להיפגע כן גודלה ועוצמתה של הראיה הנדרשת". ראו גם בג"ץ 2445/06 איזוטסט בע"מ נ' הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, פס' 49 לפסק-דינו של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 31.5.2009).

179 ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 449.

180 לתיאור מקיף של ההליך המנהלי ככלי להתמודדות עם השפעתם של בעלי עניין ראו STEVEN P. CROLEY, REGULATION AND PUBLIC INTERESTS – THE POSSIBILITY OF GOOD REGULATORY GOVERNMENT 258 (2008).

קיומו של פיקוח רגולטורי אפקטיבי, ועל-מנת להתאים את הפיקוח הרגולטורי לצרכיו, תוך העדפתם על האינטרסים של הציבור הרחב. נטען כי הדרישה לתשתית עובדתית נאותה מקשה השפעה בלתי-רצויה של בעלי עניין כאמור. היא מקשה עריכת "עסקאות" בין המפקח למפוקח אשר סותרות את האינטרס הציבורי, שכן היא מחייבת – בצוותא עם חובת ההנמקה – להציג את הבסיס לקבלת ההחלטה המנהלית.

ביטוי לגישה השמה דגש בחשיבות גיבושה של תשתית עובדתית נאותה עובר לאימוצה של מדיניות רגולטורית ניתן למצוא בגישת הרפורמה הרגולטורית, המכונה גם "גישת הרגולציה המיטיבית" (better regulation approach). טכניקה מרכזית במסגרת גישה זו היא תסקיר ההשפעה הרגולטורית (regulatory impact assessment – RIA).¹⁸¹ זהו כלי מתודולוגי לעריכת בדיקה שיטתית בדבר השפעתו הצפויה של כלל רגולציה מוצע, ולבחינת חלופות עיקריות לרגולציה האמורה.¹⁸² מעצם טבעו, תסקיר ההשפעה הרגולטורית מחייב קבלת החלטה באופן מושכל, לאחר שהוצגו החלופות השונות להשגת התכלית ונערך ניתוח המשווה בין החלופות השונות. חלקו העיקרי של תסקיר ההשפעה הרגולטורית הוא ניתוח עלות-תועלת של כלל הרגולציה המוצע.¹⁸³ במסגרת חלק זה נבחנות השפעותיו הצפויות של כלל הרגולציה המוצע על המגזר העסקי המפוקח, על ציבור הצרכנים ועל בעלי עניין נוספים. ניתוח עלות-תועלת יכול לבוא לידי ביטוי בתיאור פשוט של ההשפעות על בעלי העניין השונים או לחלופין בכימות מספרי מלא של ההשפעות השונות, שתוצאתו המיוחלת היא השוואה מספרית בין סך התועלות הגלומות בכלל הרגולציה המוצע לבין סך עלויותיו. במבט ראשוני, ומבלי שאנו נדרשים לביקורת ביחס לאמור, המתודולוגיה הכמותית אמורה לבסס את התשתית העובדתית הניצבת ביסוד ההחלטה, ולסייע למקבלי ההחלטות להעריך את דרכי הפעולה הפתוחות לפנייהם.

181 לתיאור ולניתוח ביקורתי של גישת הרפורמה הרגולטורית ראו רויטמן "הרפורמה הרגולטורית – בין הגלוי לסמוי", לעיל ה"ש 75.

182 התסקיר, ככלל, כולל את הרכיבים הבאים: (1) תיאור הבעיה המצדיקה את ההתערבות הרגולטורית – רצוי שתכליתה של ההתערבות הרגולטורית תהיה ממוקדת, ניתנת למדידה, בת-השגה, מציאותית וקצובה בזמן; (2) תיאור החלופות השונות שנשקלו כדרך לפתרון הבעיה שתוארה, לרבות דרכי התערבות שאינן רגולטוריות – חלק זה כולל לעיתים תיאור של העלויות והתועלות של החלופות שנבחנו, ובכל מקרה מתייחס לשאלה מדוע הרגולציה הקיימת אינה נותנת מענה הולם לבעיה שתוארה; (3) תיאור הליך ההיוועצות שנערך עם בעלי העניין הנוגעים בדבר, ובכלל זה הציבור הרחב והמגזר המפוקח; (4) תיאור החלופה המועדפת, תוך פירוט השפעותיה העיקריות – לרבות ניתוח עלות-תועלת – והנמקה מדוע היא הועדפה על החלופות האחרות שנבחנו; (5) תוכנית למעקב, לניטור ולבקרה בדיעבד של כלל הרגולציה המוצע. תסקיר ההשפעה הרגולטורית מובא ככלל לידיעת הציבור הרחב. הספרות העוסקת באופן עריכתו של תסקיר ההשפעה הרגולטורית היא עשירה ביותר. לסקירה כללית ראו Kai Wegrich, *Regulatory Impact Assessment: Ambition, Design and Politics*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 397, 400 (David Levi-Faur ed., 2011).

183 לסקירה כללית ראו Stuart Shapiro, *The Evolution of Cost-Benefit Analysis in US Regulatory Decisionmaking*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 385 (David Levi-Faur ed., 2011).

(ג) מבט מפוכח על החובה להסתמך על תשתית עובדתית נאותה

מן האמור לעיל מצטיירת תמונה שעל־פיה תועלת רבה גלומה בחובה לגבש תשתית עובדתית נאותה עובר לקבלת ההחלטה המנהלית. אולם בחינת העניין על רקע עלייתה של המדינה הרגולטורית מציגה תמונה שונה.¹⁸⁴ דרישה מכבידה לגיבוש תשתית עובדתית מקיפה עלולה בנסיבות מסוימות להטות את הכף לטובת זכויות ואינטרסים של גופים מפוקחים על־חשבון האינטרסים של הציבור הרחב; היא עלולה להקשות על גוף הרגולציה להתמודד עם שינויים תכופים בדרך הפעולה של הגופים המפוקחים ובתמורות המתרחשות במציאות החברתית והכלכלית; היא נשענת על הנחות־יסוד, שאינן מבוססות בהכרח, בדבר יכולתו העדיפה של גוף הרגולציה (בהשוואה לגופים המפוקחים) בכל הנוגע באפשרויות הגישה למידע; ובנסיבות רבות היא מבטאת העדפה, בלתי־מוצדקת בהכרח, לסטטוס־קוו. להלן נציג הקשרים אחדים שבהם ראוי לשקול הקלה בדרישה לגיבוש תשתית עובדתית נאותה המופנית כלפי גוף הרגולציה.¹⁸⁵ ראוי להדגיש כי מדובר בקו טיעון לא־פשוט: מצד אחד, אין רצון שהקלת הדרישה לגיבוש תשתית עובדתית תוביל את הרשות המנהלית לפעולה לא־רצינית ולא־מקצועית, ולהסתמכות על גישה שיפוטית מקילה כהצדקה להתרשלות במילוי תפקידה; מצד אחר, אין הצדקה לכך שהציבור הרחב יישא במלוא התוצאה הנגזרת מכך שבנסיבות מסוימות הרשות המנהלית אינה יכולה, מטעמים שונים, לגבש תשתית עובדתית מלאה.

1. ההליך הרגולטורי כמדרף תמידי – יש הקשרים שבהם ניתן לתאר את ההליך הרגולטורי כמדרף תמידי של חתול אחרי עכבר. במטפורה זו ה"חתול" הוא כמובן גוף הרגולציה, ואילו ה"עכבר" הוא למעשה מספר רב של גופים מפוקחים, הפועלים לקידום האינטרסים הפרטיים שלהם תוך שהם עושים לעיתים שימוש בפרצות בכללי הרגולציה או מנצלים עיוותים באכיפתה. כל אימת שגוף הרגולציה מבקש לתקן את הפרצות בכללי הרגולציה או לשפר את דרכי אכיפתם, מתוך מטרה לקדם את האינטרס הציבורי, הגופים המפוקחים, לעיתים כהרף־עין, משנים את דפוס פעולתם.

קושי יסודי במציאות האמורה הוא הפערים בחובות המשפטיות המוטלות על הצדדים: בעוד הגופים המפוקחים, שהינם גופים פרטיים, חופשיים מכבלי של המשפט הציבורי, גוף הרגולציה נדרש לקיים את הוראותיו. בהקשר הנדון, בעוד גוף הרגולציה נדרש לבסס תשתית עובדתית נאותה להחלטותיו, הגופים המפוקחים אינם חייבים ליתן דין וחשבון באשר לפעולותיהם, הנתפסות כחלק מהפררוגטיבה העסקית שלהם. הם אינם נדרשים להציג ולהצדיק את התשתית העובדתית הניצבת ביסוד פעולותיהם. נוצרת אי־הלימה בין ה"פברות" שבה גוף הרגולציה פועל לבין "קלות" פעולתם של הגופים המפוקחים. התוצאה היא יתרון מובהק לגופים המפוקחים, המסוגלים לסכל את נסיונותיו של הרגולטור לקדם את האינטרס הציבורי. ניתן לגשר במידת־מה על הפער האמור על־ידי החמרה בדרישות המופנות אל הגופים

184 ראו ברק־ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 276.

185 יש לציין כי גם בפרשת יורונט, לעיל ה"ש 173, קבע בית־המשפט כי המבחנים שנקבעו על־ידי אינם נוקשים, וכי יש לפעול בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. הדיון בטקסט מהווה קונקרטיזציה של האמור בשים לב למערכת היחסים שבין גוף הרגולציה לבין הגופים המפוקחים.

המפוקחים, וזאת במסגרת תורת הגופים הדו-מהותיים.¹⁸⁶ אולם ספק אם בכך יהיה מענה שלם לקושי האמור. ראשית, ספק אם שימוש נרחב בתורת הגופים הדו-מהותיים ביחס לגופים מסחריים פרטיים עולה בקנה אחד עם הצדקותיה המקוריות של תורה זו. שנית, וזה העיקר, פתרון מוצע זה מתבסס במידה ניכרת על נקיטת הליכים אזרחיים על-ידי אנשים פרטיים שייפגעו מהתנהלותם של הגופים המפוקחים. מלכתחילה השימוש ברגולציה שלטונית יסודו בהבנה כי אי-אפשר להסתפק בהליכים אזרחיים בבתי-המשפט ככלי לפיקוח על גופים מסחריים פרטיים, וכי יש צורך בפעולה שיטתית ומאורגנת לצורך כך.¹⁸⁷

2. **פערי מידע בין גוף הרגולציה לגופים המפוקחים** – יש הטוענים, בהקשרים שונים, כי לרשויות המנהל הציבורי יש עדיפות על גופים פרטיים מבחינת המשאבים המסורים להן והמידע העומד לרשותן. בהקשר הרגולטורי נטען כי עדיפות זו באה לידי ביטוי בטכניקה של ציווי ושליטה, ובסמכות הפורמלית המסורה לגופי הרגולציה לעצב כללים כופים המתווים את המותר והאסור. היבט נוסף הוא סמכותם של גופי רגולציה לדרוש מידע מהגופים המפוקחים. גישה שונה מוצעת על-ידי קולין סקוט, הטוען כי מן הראוי לדבר על "מרחב רגולטורי" (regulatory space), שבו משאבי הרגולציה מבוזרים בין גופי מדינה לבין גופים פרטיים שונים. לתפיסתו, מן הראוי להרחיב את הדיון מהתמקדות בסמכות הפורמלית לפרסם כללים כופים, אשר מסורה לגופי הרגולציה מכוח הדין, למשאבי רגולציה נוספים, ובכלל זה לגישה למידע, למשאבים כספיים וליכולות ארגוניות.¹⁸⁸ לטענתו, השילוב של יכולות ארגוניות עם גישה למידע מעניק לגופים המפוקחים עוצמה (לא-פורמלית) לא-מבוטלת גם בהקשר של עיצוב כללי רגולציה פורמליים או אכיפתם. האמור בא לידי ביטוי גם ביכולתם של הגופים המפוקחים להשפיע על תמונת המצב המדעית הרלוונטית להחלטה המנהלית.¹⁸⁹ טשטוש הפערים בין המפקח למפוקח מערער את הדרישה המכבידה לתשתית עובדתית.

דוגמה מובהקת לאמור היא פיקוח על מחירים. מדובר בסיטואציה שבה הרגולטור נדרש לקבוע מחיר הוגן למוצר המשווק על-ידי גופים פרטיים. טכניקה מקובלת היא לקבוע את עלות הייצור ולהוסיף עליה רווח סביר. הקושי הוא שעיקר המידע ביחס לעלות הייצור מצוי בידי הגופים המפוקחים. בנסיבות שבהן עלויות הייצור עולות, הגופים המפוקחים פונים לגוף הרגולציה, ושבים ופונים אליו, בדרישה להעלאת המחיר המפוקח. המצב שונה כמובן בנסיבות שבהן עלות הייצור יורדת. הגופים המפוקחים עושים כל שאלא ידם על-מנת לעכב את הפחתת המחיר

186 השו"ע"א 1094/95 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' כיס-ניר שירותי תעופה בע"מ, פ"ד נה(1) 634, 647 (1997). ראו דותן ומדינה, לעיל ה"ש 100, בעמ' 311; אסף הראל "גוף דו-מהותי כיציר כפיו של המחוקק – בראי חוק הספורט, תשמ"ח-1988" עלי משפט ט 455, 419 (2011).

187 השו"ע דותן ומדינה, לעיל ה"ש 100, בעמ' 315.

188 Scott, לעיל ה"ש 63.

189 ראו, לדוגמה, THOMAS O. MCGARITY & WENDY E. WAGNER, BENDING SCIENCE – HOW SPECIAL INTERESTS CORRUPT PUBLIC HEALTH RESEARCH (2008).

המפוקח, ובמסגרת זאת הם עשויים להעלות טענות בדבר הצורך לבסס כל הפחתת מחיר על תשתית עובדתית נאותה.¹⁹⁰

האמור בא לידי ביטוי בפרשת חברת דלק.¹⁹¹ בגדרה של פרשה זו נדונה החלטתם של שר האוצר ושר התשתיות הלאומיות, האנגרייה והמים – בהתאם להחלטתה של ועדת המחירים – להפחית את "מרווח השיווק" הנכלל במחיר הדלק הנמכר בתחנות התדלוק, אשר אמור לשקף את הוצאות השיווק של חברות הדלק. טענה עיקרית שעלתה במסגרת העתירה הייתה כי הנתונים ששימשו את ועדת המחירים לשם קביעת מרווח השיווק לא היו עדכניים. בסופו של יום הורה בית-המשפט על דחיית העתירה, אלא שהתמונה העובדתית שנחשפה אגב הדיון המשפטי היא של עיכובים חוזרים ונשנים, מצד הגופים המפוקחים, במסירת מידע לרשויות המדינה. בית-המשפט ציין בהקשר זה, מפי המשיבים, כי "מאז שהחל הליך הבחינה בשנת 2008, חברות הדלק גררו רגליים ולא שיתפו פעולה עם מינהל הדלק לשם סיום הליך הבחינה. כתוצאה מכך הבדיקה נמשכה פרק זמן ארוך במיוחד. כל עוד הליך הבדיקה נמשך וההחלטה טרם ניתנה, חברות הדלק נהנו ממרווח שיווק גבוה מן הראוי".¹⁹² על רקע האמור דחה בית-המשפט את טענת העותרים כי היה מקום לקבוע הוראת-מעבר בצו שהפחית את מרווח השיווק. בהעדר עתירה "הפוכה", נמנע בית-המשפט מלבחון את השאלה אם אין מקום לחייב את חברות הדלק להשיב חלק מהסכומים שנגבו על-ידיהם ביתר, כפי שעולה מהצהרת המשיבים שצוטטה.

נשאלת השאלה כיצד רשות רגולטורית נדרשת לפעול בנסיבות שבהן התשתית העובדתית העומדת לרשותה היא חלקית אולם כל עיכוב בקבלת ההחלטה בעניין משמעותו האפשרית היא גבייה ביתר של סכומי-עתק מהציבור הרחב. בנסיבות אלה יש מקום לבחון את הסוגיה על רקע תפיסה של תשתית עובדתית יחסית. ספק אם בנסיבות אלה יש מקום להעדיף דווקא את הסטטוס-קוו. יש לבחון את התשתית העובדתית המצדיקה את הישארותו על כנו של המצב הקיים; את התשתית העובדתית המצדיקה את שינוי המצב הקיים; ואת הנזק והתועלת הטמונים בכל אחת מחלופות אלה. שיקול נוסף שיש להביא בחשבון הוא היקף המשאבים שיש להשקיע לשם איסוף מידע נוסף. יש ליצור הלימה בין המשאבים הנדרשים לגיבושה של התשתית העובדתית הנדרשת לבין הסוגיה הנבחנת. ניתן גם לשקול שיקולים רחבים יותר, דוגמת הרצון להבטיח את שיתוף-הפעולה של הגופים המפוקחים, ובכלל זה מסירת מידע מלא ומפורט מטעמם. ראוי לאפשר לגופים המפוקחים לפעול גם ללא מידע מלא, ככל שהדבר נובע מחוסר שיתוף-פעולה מלא של הגופים המפוקחים. דרך נוספת שבה הרשות הרגולטורית יכולה לפעול היא העברת נטל הבאת הראיות לגוף המפוקח, על-ידי קביעה כי הרשות הרגולטורית תפעל בדרך מסוימת אלא אם כן תובא תשתית עובדתית סותרת.

3. "מעבדה רגולטורית" ותשתית עובדתית – האתגרים שהמדינה המנהלית המודרנית ניצבת בפניהם מחייבים את רשויות המנהל הציבורי לא "לשקוט על השמרים", אלא לנקוט גישה

190 STEPHEN BREYER, REGULATION AND ITS REFORM 37 (1994).

191 בג"ץ 6271/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 26.11.2012).

192 שם, פס' 24 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

יוזמת, יצירתית ובעלת מעוף. כפועל יוצא מכך ניתן לזהות התפתחות גישה של "נסיינות מנהלית". בהקשר זה בולטת בריטניה, שזכתה בכינוי "מעבדה רגולטורית"¹⁹³.

תפיסה זו מצדיקה מתן אפשרות לרשות המנהלית להתנסות, ובכלל זה לקבל החלטות על יסוד תשתית עובדתית חלקית, ולעיתים אף חסרה. דרישה מכבידה לתשתית עובדתית חונקת יוזמה ומעכבת נסיינות מנהלית. מובן כי בד בבד יש להגביל את תוקפה של המדיניות המנהלית, ולחייב את הרשות המנהלית במעקב אחר יישומה של המדיניות הרגולטורית ובניטור השלכותיה. תפיסה זו באה לידי ביטוי בבריטניה, שם הנחתה הממשלה את הרשויות הרגולטוריות לקבוע תאריך תפוגה (sunset clause) לכלל רגולציה המטיל עול על המגזר העסקי המפוקח.¹⁹⁴ תכליתה של מדיניות זו היא להבטיח שהרשויות יערכו בדיקה עיתית אם כלל הרגולציה נחוץ עדיין.¹⁹⁵ חשוב להעיר כי האמור צריך ללכת יד ביד עם נכונות לאפשר לרשות הרגולטורית לטעות, כל עוד מדובר בטעות שנעשתה בתום לב, כפועל יוצא ממאמץ רגולטורי להתנסות בדרך פעולה חדשה, וכאשר הסיכון הנלווה לטעות הוערך מראש ונבחן. דוגמה נוספת לסיטואציה שבה מתקבלות החלטות רגולטוריות על יסוד תשתית עובדתית חלקית היא עקרון הזהירות המונעת (the precautionary principle).¹⁹⁶ עיקרון זה עוסק בסיטואציה שבה קיימת אי-ודאות מדעית ביחס לתוצאותיה השליליות של פעולה מסוימת הנתפסת כמסוכנת. יישום נוקשה של עקרון התשתית העובדתית בסיטואציה זו עלול להנביע גישה נמנעת, בהעדר יכולת לבסס פעולה מנהלית על מבחן עלות-תועלת. עקרון הזהירות המונעת, לעומת זאת, מצדיק נקיטת פעולת מניעה, גם אם יש בה כדי לפגוע בזכויותיו של גורם

193 ראו JAMISON E. COLBURN, THE POSSIBILITY OF EXPERIMENTALIST ADMINISTRATIVE AGENCIES (2007).

194 HM GOVERNMENT, SUNSETTING REGULATIONS: GUIDANCE (2011).
 195 על פני הדברים דרישה זו משקפת מדיניות ראויה, הנגזרת מחובתה של כל רשות מנהלית לשוב ולשקול את החלטותיה מזמן לזמן. עם זאת, מדיניות זו כרוכה בעלות משמעותית, שכן היא מחייבת את גופי הרגולציה להשקיע משאבים לצורך בחינה חוזרת של כללי הרגולציה הנקבעים על-ידיהם. בחינה חוזרת זו עלולה גם להסיט את תשומת-ליבם של גופי הרגולציה מהאתגרים העדכניים העומדים לפתחם. נוסף על כך, מדיניות זו מעוררת את החשש להתעצמות השפעתן של קבוצות אינטרס פרטי על הרגולציה השלטונית. החשש הוא שההתגייסות הציבורית שהובילה לגיבוש הרגולציה השלטונית מלכתחילה לא תתגבש מחדש בשעת בחינתה של הרגולציה מחדש, ואז קבוצות של בעלי עניין, הפועלות באופן מתמשך במגזר הרלוונטי, ישפיעו יותר על אופן עיצובה של הרגולציה. חלופה לכך יכולה להיות חיוב לשוב ולשקול את המדיניות מדי תקופה אך ללא קביעה של תאריך תפוגה מחייב.

196 לתיאור ביקורתי של עקרון הזהירות המונעת ראו CASS R. SUNSTEIN, LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE (2005). ליישום הדוקטרינה במשפט הישראלי ראו בג"ץ 466/07 גלאון – מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, פס' 24–34 לפסק-דין של השופט מלצר (2012); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם בנוב, 12.11.2015). לביקורת על יישומה של דוקטרינת הזהירות המונעת בהקשר הנדון ראו ברק מדינה "מחירם של שולי ביטחון רחבים" עורך הדין 14, 66, 67 (2012). דוגמה נוספת לקבלת החלטות מנהליות על יסוד תשתית עובדתית חלקית היא קבלת החלטות בשעת לחימה (שהיא סיטואציה ייחודית בכל הנוגע בחשש לפגיעה באינטרסים בעלי חשיבות לאומית ואישית). ניתן להניח כי גם בסיטואציות דחופות אחרות, דוגמת טיפול רפואי דחוף או טיפול באסון-טבע, מתחייבת קבלת החלטות על בסיס מידע חלקי.

כזה או אחר. עקרון הזהירות המונעת משקף סיטואציה שבה על-אף מאמצים מדעיים ניכרים, כל שניתן להציג הוא חשש מפני פעולה מסוימת, ולא הוכחה מדעית משכנעת דייה. לעיתים קרובות חוסר הוודאות טמון דווקא בהערכת מידת יעילותו של הצעד הרגולטורי שהרשות מבקשת לנקוט. בסיטואציות חברתיות מורכבות קשה מאוד להעריך את אופן ההשפעה ומידת ההשפעה של צעד רגולטורי נדרש, וניתן לעשות כן רק אגב יישומו בעולם המעשה. רק מידת ההצלחה בפועל של הצעד הרגולטורי במתן מענה לקושי החברתי יכולה לספק את התשובה לשאלה אם הסיבה המשוערת היא אכן שעמדה ביסוד הקושי הרגולטורי אם לאו. גם בכך יש כדי לתמוך באפשרות לקבל החלטה על יסוד תשתית עובדתית שאינה מלאה. דוגמה למורכבות האמורה של עיצוב כלל רגולציה בסביבה של חוסר ודאות עובדתית היא הדיון המשפטי שהתקיים בארצות-הברית בנוגע להסדרת פרסום גרפי על-גבי חפיסות סיגריות. בהתאם להוראותיו של החוק למניעת עישון במשפחה ולפיקוח על טבק (Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act 2009), הוסמך מנהל המזון והתרופות האמריקאי (Food and Drug Administration – FDA) לאסדר מוצרי טבק. זאת, על-מנת להתמודד עם סוגיות הנוגעות בבריאות הציבור, לרבות השימוש בטבק על-ידי אנשים צעירים, ולהתמודד עם ההתמכרות לטבק. לצורך כך הסדיר החוק לא רק את מכירתם של מוצרי הטבק, אלא גם את פרסומם ושיווקם. במסגרת זו נדרש הממשל לחייב את חברות הטבק להצמיד לעטיפות של סיגריות תיאורים גרפיים הממחישים את ההשפעות הבריאותיות השליליות הכרוכות בעישון. התעוררה השאלה אם החלטת ה-FDA נשענת על תשתית עובדתית מספקת. היה ברור כי יש מידע נרחב על-אודות ההשפעה השלילית של עישון על בריאות הציבור. עם זאת, מידת ההשפעה של התצלומים הגרפיים לא הייתה ברורה. קס סנסטין (Sunstein), שכינה באותה עת בתפקיד ראש המשרד למידע ולעניינים רגולטוריים (Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA), הגוף הממשלתי המופקד מטעם הנשיא על המדיניות הרגולטורית, העיד כי המדיניות בתחום זה התבססה במידה רבה על השערה. לדבריו, "הממשל נדרש לעיתים לפעול במציאות שבה יש אי-ודאות ניכרת ביחס לתועלות ולעלויות [של מדיניות ממשלתית מוצעת]"¹⁹⁷.

בתי-המשפט הפדרליים היו חלוקים לגבי חוקיותה של מדיניות זו. בית-המשפט הפדרלי לערעורים במחוז קולומביה הורה על ביטול התקנה, כפי שהותקנה על-ידי ה-FDA.¹⁹⁸ בית-המשפט הכיר בכך שה-FDA גיבש תשתית עובדתית לכך שהתצלומים הגרפיים במתכונת שנקבעה יכולים לעורר מחשבות שליליות ביחס לעישון, ואף יכולים לעורר נסיונות להפסקת עישון. עם זאת, נקבע כי לא הונחה תשתית עובדתית מספקת, שכן לא הוכח כי התצלומים הגרפיים יובילו בפועל להורדת שיעור המעשנים בטווח הזמן הארוך. לעומת זאת, דעת הרוב

197 Cass R. Sunstein, Simpler – The Future of Government 131 (2013). ספק בעיניי אם התשתית העובדתית שגיבש ה-FDA עובר לעיצוב המדיניות הייתה נתפסת בישראל כבלתי-מספקת. כך, לדוגמה, ה-FDA ערך מחקר מקוון מקיף שכלל אלפי נשאלים, וכן בחן את המדיניות במדינות נוספות.

198 R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Food & Drug Administration, 845 F. Supp. 2d 266, 275 (D.D.C. 2012).

בבית-המשפט הפדרלי במחוז השישי ביטאה גישה שונה.¹⁹⁹ אומנם, במוקד פסק-דינו עמדה קביעת הסעיף המסמיך, ולא המדיניות הקונקרטית שנקבעה. עם זאת, מחוות-דעת הרוב משתקפת תפיסה שנכונה לקבל את התשתית העובדתית שהוצגה לעיל כמניחה את הדעת בכל הנוגע בשימוש בתצלומים גרפיים על-גבי חפיסות סיגריות כאמצעי לגיטימי להעברת מידע על-אודות הסיכונים הכרוכים בעישון וככלי להפחתת העישון בקרב צעירים ובני-נוער. פרשה זו, שהוצגה בקצרה, משקפת את הדילמות הסובבות את יישומו של עקרון התשתית העובדתית במציאות רגולטורית סבוכה. פרשה זו ממחישה את הכבלים המשפטיים המקשים על המפקח לקדם את האינטרס הציבורי. כך, אף שקיים מידע ברור על-אודות ההשפעה השלילית (בעיקר במישור הבריאותי) של עישון סיגריות, בפרט על-ידי קטינים,²⁰⁰ המדינה מתקשה להתמודד עם העניין, וצעדים שונים שהיא נוקטת נתקלים במכשולים משפטיים לא-מבוטלים.²⁰¹ מן הצד האחר, נמצא כי חברות הטבק נוקטות פרקטיקות שמכוונות לקטינים, במישרין או בעקיפין, ואשר תכליתן לשמר ואף להרחיב את השימוש במוצרי טבק בקרב אוכלוסייה זו.²⁰² בנסיבות אלה הצבת רף גבוה לתשתית העובדתית הנדרשת כתנאי לקידום רגולציה שלטונית מעוררת קושי, שכן היא מסכלת את קידומה של המדיניות הממשלתית או לכל-הפחות מובילה לעיכובה במשך תקופה משמעותית.

5. ביקורת שיפוטית על מחדלי אכיפה

(א) מבוא

לפיקוח השיפוטי יש תפקיד לא רק בריסון כוחו של השלטון, מחשש שמא יפגע יתר על המידה בזכויות-יסוד של הפרט, אלא גם בחיוב השלטון לפעול להגנת האינטרס הציבורי והזכויות המוקנות לציבור הרחב. תפקיד זה חיוני במציאות שבה קיים חשש לפגיעה בזכויותיו של הפרט לא רק על-ידי השלטון, אלא גם על-ידי גופים פרטיים המחזיקים בעוצמה ניכרת וביכולת השפעה מכרעת על גורלו של הפרט. במובן זה יש חשיבות לביקורת שיפוטית המתמקדת גם במחדליהן של רשויות השלטון בכל הנוגע בשמירה פעילה על זכויות הפרט ועל האינטרס הציבורי.²⁰³ חשיבותו של הפיקוח השיפוטי בהקשר זה מתחדדת על רקע אופיים המוסדי של בתי-המשפט, ובפרט על רקע החשש המופחת ללכידתם על-ידי קבוצות של בעלי עניין צר.²⁰⁴ הפן היוזם של הביקורת השיפוטית חיוני ביחס לכל אחד משלבי הרגולציה (עיצוב הכללים, הפיקוח על קיומם ואכיפתם). כך, בנסיבות שבהן רשות רגולטורית נמנעת מלקבוע כללים

199 *Discount Tobacco City & Lottery, Inc. v. U.S.*, 674 F.3d 509 (6th Cir. 2012)
 200 הוכח כי קיימת תשתית עובדתית רחבה בדבר ההשפעות השליליות של עישון, בפרט בשנות הקטניות. על רקע האמור אף פסק בית-המשפט העליון האמריקאי כי האינטרס של המדינה במניעת שימוש בטבק בגיל הקטניות הוא מהותי. ראו *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 553 U.S. 525, 564 (2001).
 201 פרשת *Discount Tobacco City*, לעיל ה"ש 199, בעמ' 562.
 202 שם, בעמ' 541.
 203 *CAROL HARLOW & RICHARD RAWLINGS, LAW AND ADMINISTRATION 2* (3rd ed. 2009).
 204 לעיל ליד ה"ש 93–94.

שיסדירו בעיה שהתעוררה בתחום המסור לטיפול, יש בכך קושי שיכול להצדיק מעורבות שיפוטית, וכך גם בנסיבות שבהן נקבע כלל רגולציה שיכול ליתן מענה לבעיה שהתעוררה אולם הרשות הרגולטורית נמנעת מלאוכפו, מטעמיה שלה. בגדרו של חלק זה אתמקד בפיקוח השיפוטי על מחדלי אכיפה של גופי רגולציה.²⁰⁵ אכיפה חלקית וחסרה היא רעה חולה. היא יכולה להעיד על השפעה פסולה של קבוצות אינטרס פרטי;²⁰⁶ היא יכולה לנבוע מלחצים פוליטיים פסולים; והיא יכולה ללמד על פגם במומחיות ובמקצועיות של גוף הרגולציה השלטוני. אכיפה חלקית יכולה לפגום בכללי הרגולציה הראויים ביותר. יש ביכולתה לסכל את השגת התכליות הניצבות ביסוד הרגולציה השלטונית. אכיפה נאותה חיונית להשגת תכליותיה של הרגולציה.²⁰⁷

בהקשר הישראלי יש לפן זה חשיבות מיוחדת. האכיפה של כללי רגולציה מופקדת בידי רשת נרחבת של גופים, ובכלל זה משרדי ממשלה, רשויות מקומיות וגופי רגולציה ייעודיים. ניתן לזהות קשת רחבה של תחומים שבהם הכללים הפורמליים הכתובים עלי ספר מניחים את הדעת אולם אכיפה חלקית וחסרה שומטת את הבסיס תחתיהם, ומותירה את האינטרס הציבורי מופקר. זו דוגמה נוספת לפער שבין המשפט בספרים למשפט בפעולה. יש לכך דוגמאות רבות. העיתונות מתריעה מפעם לפעם על מחדלי אכיפה של רשויות השלטון בישראל,²⁰⁸ מבקר המדינה עוסק בכך,²⁰⁹ וקיימת כתיבה אקדמית בנושא.²¹⁰ כפי שנראה, עתירות בנושא אף מובאות לעיתים קרובות לפתחו של בית-המשפט הגבוה לצדק.²¹¹ בית-המשפט נדרש, חדשות

205 מבחינה אנליטית היה ראוי לעסוק באופן סדור, בגדרו של המאמר הנוכחי, גם בביקורת השיפוטית על אופן עיצובם של כללי הרגולציה, לצד הביקורת השיפוטית על אופן אכיפתם. אולם מפאת מגבלות המקום נתמקד בשלב של אכיפת הכללים. ראוי להעיר כי בשיח המשפטי מושם דגש רב בשלב עיצוב הכללים. הדיון בפיקוח החוקתי על חקיקה ראשית הוא רב, וגם הדיון בפיקוח על חקיקת-המשנה (הן הפיקוח השיפוטי והן הפיקוח הפרלמנטרי) הוא פורה. לעומת זאת, הדיון בשלב של אכיפת הכללים הוא חלקי וחסר.

206 דיון זה נערך במסגרת מה שכוונה על-ידי איל בנבנשתי "כשל הגנת הרוב". ראו איל בנבנשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצומם" עיוני משפט לב 277 (2010). תחום האכיפה רגיש במיוחד להשפעה של אינטרסים זרים, שכן לרוב אין בנמצא מידע נגיש על-אודות פעולות האכיפה הנעשות על-ידי הרשות, ובוודאי לא לגבי המניע לפעולות אכיפה חסרות, אם היו.

207 ROBERT BALDWIN & MARTIN CAVE, UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE 96 (1999). כן ראו בג"ץ 6243/08 התנועה לשמירת אדמות הלאום נ' שר הבטחון, פס' 22 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2.12.2010).

208 ראו אריק מירובסקי "תקני הבנייה בישראל טובים, אבל אין מי שיאכוף אותם" הארץ 15.3.2001. www.haaretz.co.il/misc/1.1166752.

209 ראו, לדוגמה, מבקר המדינה דוח שנתי 64א – לשנת 2013 283 (2013) (בעניין הטיפול בתחנות דלק פירטיות).

210 ראו Guy Davidov, *Enforcement Problems in Informal Labor Markets: A View from Israel*, 27 COMP. LABOR L. & POL'Y J. 3 (2006); יעקבי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 18 ("הפער בין החוקים לבין מידת אכיפתם ומימושם במציאות מצביע על מידת שלטון החוק, לבד ממשמעותו של פער זה באשר לאופי התרבות הלאומית והחברתית של המדינה הדמוקרטית").

211 ההגמשה הניכרת במחסום של זכות העמידה הקלה הגשת עתירות מסוג זה, שכן אלה מוגשות לרוב על-ידי עותרים ציבוריים, דהיינו, ארגונים חוץ-ממשלתיים שפועלים לקידומו של אינטרס ציבורי כזה או אחר, ואשר טוענים כי האכיפה של הוראות הדין בתחום זה לוקה בחסר.

לבקרים, להורות לרשויות מדינה שונות למלא את חובתן לאכוף את החוק על גופים ואנשים פרטיים. טענה חוזרת ונשנית בעתירות אלה היא כי הוטלה על רשות קונקרטיה החובה לאכוף חוק מסוים אך היא אינה מקיימת את חובתה, באופן מלא או חלקי. אלא שהמענה השיפוטי הניתן על-ידי בית-המשפט הוא חלקי.²¹² הדוקטרינה המשפטית אינה ברורה, ויש בה כדי ליצור חוסר סימטרייה בין המעמד המוענק לטענות המועלות על-ידי גורם מפוקח נגד פעולות אכיפה הנעשות כלפיו לבין טענות המועלות בגין מחדלי אכיפה הפוגעים באינטרסים של הציבור הרחב.

(ב) מבט על הדוקטרינה המשפטית

(1) אופייה הייחודי של הסמכות לאכוף את החוק

החובה המוטלת על רשות מנהלית לאכוף את החוק היא סמכות בעלת אופי מיוחד. מצד אחד, ככלל, רשות המופקדת על אכיפתו של חוק אינה יכולה להחליט על דעת עצמה כי היא נמנעת לחלוטין מאכיפתו.²¹³ מצד אחר, החובה לאכוף את החוק אינה מוחלטת, אלא נגזרת, בצורה כזו או אחרת, מהמשאבים המוקצים לרשות לצורך כך ומסדר העדיפויות שנקבע על-ידיה. ממאפייניה הייחודיים של הסמכות לאכוף את החוק משתמע לכאורה כי לרשויות האכיפה מסור שיקול-דעת רחב. רוחבו של שיקול-הדעת מעורר קושי. קושי זה עשוי להתעורר בהקשר של אכיפה פרייבטית, אולם סוגיה זו אינה במוקד הדיון הנוכחי.²¹⁴ הקושי שבו נתמקד הוא זה שעשוי להתעורר בהקשר של אכיפה חסרה. מתעוררת השאלה מהו הדין ביחס לגוף רגולציה המסתפק ברמת אכיפה נמוכה, באופן כללי או בהקשר מסוים, ומה תפקידה של הביקורת השיפוטית בהקשר זה.

(2) "יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק... או יימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי-סביר"

בתי-המשפט, ובפרט בית-המשפט הגבוה לצדק, נדרשו ליתן מענה לעתירות שבהן נטען כי רשות מנהלית אינה מקיימת את חובתה לאכוף את החוק. אמת-המידה שגובשה בפסיקה היא כי "כדי שבית המשפט יתערב ברמת האכיפה של חוק זה או אחר, צריך שהרשויות המוסמכות

212 ישראל אינה ייחודית בכך. גם במדינות אחרות הפיקוח השיפוטי על גופי הרגולציה בכל הנוגע במימד האכיפתי הוא חלקי. כך, נטען כי הפיקוח על האכיפה באוסטרליה אינו קיים למעשה. Hannes Schoombee & Lee McIntosh, *Watching over the Watch-Dogs: Regulatory Theory and Practice, with Particular Reference to Environmental Regulation* (unpublished)

213 ידועה כמובן החלטתו של חיים כהן, בעת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה, להנחות את המשטרה "שלא לחקור חשד בדבר קיום יחסים הומוסקסואליים בין אנשים מבוגרים בהסכמה ובצנעה, ולפרקליטות המדינה שלא להעמיד אדם לדין פלילי בגין יחסים כאלה". ראו יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז' 623, 624–625 (2005). מדובר ביוצא-מן-הכלל שאינו מעיד על הכלל.

214 לדין בסוגיה זו ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית (2008).

יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק... או יימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי-סביר".²¹⁵ הדברים באו לידי ביטוי בהיר בפסק-דינו של השופט יצחק זמיר בפרשת שקם.²¹⁶ בגדרה של פרשה זו נטען כי על רשויות המכס לאכוף ביתר תקיפות את דיני המכס בכל הנוגע בהסדר "פטור ושמור" בחנויות הדיוטי-פרי. העתירה נדחתה, תוך שבית-המשפט מבהיר את אמת-המידה בכל הנוגע בהתערבות שיפוטית באופן הפעלתן של סמכויות אכיפה:

התפקיד של אכיפת החוק מוטל על הרשויות המוסמכות של המינהל הציבורי, ולא על בית-המשפט. בידי הרשויות המוסמכות מופקדים המשאבים הנדרשים לאכיפת החוק. משאבים אלה לעולם אינם מספיקים לצורך אכיפה מלאה של כל החוקים. לכן, שומה על הרשויות המוסמכות לכלכל את צעדי האכיפה במסגרת המשאבים, בהתאם למדיניות אכיפה ולפי סדרי עדיפות המשתנים עם הנסיבות. תפקידו של בית-המשפט בתחום זה מוגבל. הוא אינו אמור לבוא במקום הרשות המוסמכת ולקבוע בעבורה תכנית פעולה לאכיפת החוק. הוא גם לא ייתן הצהרה כללית ומופשטת, כפי שהעותרת מבקשת, שחובה על הרשות המוסמכת לאכוף את החוק.²¹⁷

העתירה נדחתה, אף שהתמונה שהוצגה לפני בית-המשפט הייתה שהאכיפה הנעשית על-ידי המדינה אינה מלאה. בית-המשפט היה ער לכך: "אכן, הדעת נותנת כי גם היום האכיפה אינה מלאה. למרבה הצער, זה המצב, בעיקר בגלל אילוצים של משאבים, בהרבה תחומים נוספים. אך העובדה שהאכיפה אינה מלאה אינה אומרת שהאכיפה, כפי שהיא כיום, לוקה בפגם משפטי המצדיק התערבותו של בית-המשפט".²¹⁸

בפרשת ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל²¹⁹ הוצפה לפני בית-המשפט סוגיית תחנות הדלק הפירטיות. גופי הרגולציה השלטוניים הציגו לפני בית-המשפט את פעולות האכיפה השונות שהם נוקטים כלפי תחנות הדלק הפירטיות, ועל רקע זה נדחתה העתירה. בית-המשפט חזר על הקביעה בפרשת פילבר ובפרשת שקם כי הוא יתערב ברמת האכיפה של חוק זה או אחר רק בנסיבות שבהן הרשויות המוסמכות התנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק או נמנעו באופן בלתי-סביר ממילוי חובתן זו. פרשה זו מעוררת קושי, שכן לא הייתה מחלוקת בין הצדדים – וכך אף נקבע בפסק-הדין – כי "ברחבי ישראל פועלות עשרות תחנות דלק שלא כחוק וללא פיקוח", כי תחנות דלק אלה הן "מקור למפגעים קשים ולסכנה בטיחותית מובהקת", וכן כי המשיבים "היו יכולים לעשות יותר בתחום האכיפה".²²⁰ פרשה זו מלמדת על

215 בג"ץ 6579/99 פילבר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 1.11.1999). ליישום בהקשר של פיקוחו של השלטון המרכזי על השלטון המקומי ראו בג"ץ 7625/15 גובו מערכות מידע מקוון בע"מ נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 10.5.2016).

216 בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד (1) 112 (2000).

217 שם, בעמ' 125.

218 שם, בעמ' 126.

219 בג"ץ 10202/01 ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז (5) 713 (2003).

220 שם, בעמ' 719–720.

הקושי המוסדי שבית-המשפט ניצב בפניו בכל הנוגע בביקורתו על האופן שבו הרשויות פועלות לאכיפת דברי חקיקה, בפרט כאשר אין מדובר במחדל ספציפי וקונקרטי, אלא בטענות המועלות כלפי מדיניות האכיפה הכוללת של הרשויות. לצד זאת סבר בית-המשפט כי יש ערך בהבאת הסוגיה לפניו, שכן לטענתו היה בכך כדי להמריץ את הרשויות לפעול לצורך אכיפתו של אותו חוק: "אפשר שעתירה זו כבר השיגה את מטרתה במובן זה שהיא דרבנה את הרשויות השונות להגביר את מאמצי האכיפה".²²¹

בשנים האחרונות ניתן לזהות ריבוי של עתירות העוסקות באכיפת דיני התכנון והבנייה.²²² עתירות אלה מעוררות היבטים ייחודיים, שאין זה המקום לדון בהם. מכל מקום, גם בתחום זה ניתן לזהות גישה שיפוטית דומה. כך, אחת הפרשות הראשונות שבהן התבקש בית-המשפט ליתן סעד נגד רשויות אכיפה היא פרשת לנדאו.²²³ בית-המשפט התבקש להורות לרשויות אכיפת החוק לפעול להריסת מבנים שהוקמו לא כדין במזרח ירושלים ואשר הוצאו נגדם צווי הריסה, וכן שהן "ישנו את מדיניותן] 'לפיה אין אוכפים את דיני התכנון והבניה במזרח ירושלים'".²²⁴ בית-המשפט הורה על דחייתה של העתירה, בעיקר על יסוד עילת-הסף בדבר עתירה כוללנית.²²⁵ כן נקבע כי בית-המשפט אינו הזירה המתאימה לבידור טענות העותרים.²²⁶ בית-המשפט נשען על אופייה הייחודי של סמכות האכיפה, ככזו המערבת שיקולים תקציביים ושיקולים של סדרי עדיפויות, כטעם נוסף לדחייתה של העתירה:

נניח שבית המשפט יוציא במקרה זה את הצו המבוקש על-ידי העותרים. או אז תתעורר השאלה באיזה קצב יש לבצע את צווי ההריסה; תוך כמה זמן; מניין יושג המימון הנדרש לצורך הביצוע: האם על חשבון האכיפה של חוקים אחרים? ואם כן – איזה מהם? או אולי על חשבון סעיפי הוצאה אחרים, כמו שירותי חינוך, תברואה או ניקיון? ומה הדין אם העירייה לא תצליח למצוא, מבחינה משפטית או מבחינה מעשית, את מקורות המימון הנדרשים בתקציב השנה? האם יהיה מקום לנקוט הליכים של ביזיון בית המשפט אם צווי ההריסה

221 שם, בעמ' 720. דפוס פעילות זה, שניתן לכנותו "עתירה מתגלגלת", משפיע על הדינמיקה השוררת בפועל בין בית-המשפט לבין רשויות האכיפה. כך, לדוגמה, עד אשר בית-המשפט מורה על דחייתה של עתירה הדנה באכיפה, הוא עשוי לדרוש הסברים נוספים מהרשות. ראו אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" משפט וממשל יד 377, 379 (2012).

222 ראו, לדוגמה, בג"ץ 1555/06 קינג נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 15.5.2006).

223 בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403 (1994).

224 שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט זמיר.

225 בית-המשפט ציין כי הוא אינו יכול ליתן סעד שיפוטי לגבי מספר כה רב של מקרים, כפי שנדונו בעתירה, כאשר העובדות הקונקרטיות בדבר כל צדו אינן מונחות לפניו.

226 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט זמיר. בית-המשפט ציין כי מאחר שטרונגייט העותרים היא כלפי המדיניות העקרונית של עיריית ירושלים, "זירת המאבק נגד מדיניות מצויה, בדרך כלל, במקום שבו המדיניות נקבעת ואף צריכה להיקבע, קרי, במועצת העירייה, במשרדי הממשלה, בכנסת ובדעת הקהל. בית המשפט אינו זירה מתאימה או יעילה למאבק כזה. כך הדבר במיוחד במקרה כמו המקרה שלפנינו, שבו עצם השאלה מהי המדיניות שנויה במחלוקת עובדתית, והקצף יוצא נגד הפראקטיקה, שאף היא נושא לוויכוח, עובדתי ואחר". שם, פס' 19 לפסק-דינו של השופט זמיר.

לא יבוצעו כולם תוך חצי שנה? תוך שנה? או אולי תוך שנתיים?... ואפשר היה להוסיף ולהכביר שאלות כהנה וכהנה, שהן כשלעצמן מלמדות על הבעייתיות הנלווית למתן סעד כוללני כמו זה המתבקש בעתירה זאת.²²⁷

דוגמה נוספת ואחרונה בהקשר זה היא פסק־הדין בפרשת קינג.²²⁸ עתירה זו עסקה בבנייה בלתי־חוקית, בחפירה ללא היתר ובקבורת מתים לא כדין באזור המכונה "קרן העופל", הסמוך לחומה המזרחית של הר הבית בירושלים העתיקה. עתירה זו משתייכת לקבוצת העתירות ה"מתגלגלות". במהלך התקופה שבה הייתה העתירה תלויה ועומדת לפני בית־המשפט, הלכה המדינה והרחיבה את ההתחייבויות שנטלה על עצמה לאכוף את החוק באזור. ניתן ללמוד על כך מפסק־דינו של בית־המשפט, אשר קבע כך:

במתחם דרך העופל התבצעה בניה בלתי חוקית, וכן חפירה ללא היתר וקבורת מתים שלא כדין. עמדתה הראשונית והבלתי מספקת של המדינה היתה כי אף שיש לנסות ולמנוע התרחבות נוספת של בית הקברות, אין לפנות מתים מן הקברים ואף אין למנוע קבורה במבני קבורה קיימים נוכח רגישותו של המקום. לאחר דיונים נוספים בהם נטלו חלק כל הגורמים הרלוונטיים שינתה המדינה את עמדתה והחליטה כי בנוסף לפעולות אכיפה אפקטיביות למניעת חפירה של מבני קבורה חדשים, תסייע משטרת ישראל לעיריית ירושלים במניעת קבורה נוספת במתחם, הכל בכפוף לשיקולים קונקרטיים של בטחון ושל סדר ציבורי. עוד התחייבה המדינה כי יוענק סיוע משטרה לצורך הוצאה לפועל של תוכנית גידור, גינון והסדרה של מתחם קרן העופל... מתוך התשובות שהגישו המשיבים לאחר הוצאת הצו על תנאי אנו למדים כי המדינה עומדת בהתחייבותה... לא ראיתי מקום לקבוע כי לעת הזו (להבדיל מן ההתנהלות שקדמה להגשת העתירות) המדינה גוררת רגליים באכיפת החוק ובשמירה על יעודו של השטח על פי תוכניות המתאר... בנסיבות אלה אני סבורה כי העתירות מיצו את עצמן ואין טעם להותירן תלויות ועומדות בפנינו.²²⁹

שוב, אמת־המידה שנקבעה על־ידי בית־המשפט היא אם מדובר ב"גרירת רגליים" – ביטוי מטפורי לכלל שעל־פיו בית־המשפט לא יתערב בהחלטות של רשויות האכיפה כל עוד אלה לא התנערו מאחריותן לאכוף את החוק.

(ג) קשיים בדוקטרינה המשפטית הנוהגת

(1) עמימותה של הדוקטרינה המשפטית הנוהגת

עד היום לא התנהל דיון ביקורתי בדוקטרינה המשפטית המסדירה את הפיקוח השיפוטי על החלטות בתחום האכיפה. קושי עיקרי טמון בחוסר הבהירות של אמת־המידה המשפטית שאימץ בית־המשפט. כפי שפורט לעיל, נפסק כי "כדי שבית המשפט יתערב ברמת האכיפה של

²²⁷ שם, פס' 12 לפסק־דינו של השופט זמיר.

²²⁸ בג"ץ 7192/04 קינג נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 19.7.2009).

²²⁹ שם, פס' 9 לפסק־דינה של השופטת חיות (ההדגשות הוספו).

חוק זה או אחר, צריך שהרשויות המוסמכות יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק... או יימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי-סביר.²³⁰ אולם קיים פער משמעותי בין התנערות מוחלטת מהחובה לאכוף את החוק לבין הימנעות בלתי-סבירה ממילוי החובה. מדובר בשתי אמות-מידה נפרדות המציבות סטנדרט שונה בפני הרשות האוכפת. אמת-המידה הראשונה מקילה מאוד, ומסתפקת בכך שהרשות תציג בעת הביקורת השיפוטית פעולות מינימליות שנקטה על-מנת לאכוף את החוק. אמת-המידה השנייה מקילה פחות, ומאפשרת לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית יותר כלפי מחדלי אכיפה של הרשות.

קושי מרכזי נוסף גלום בשימוש בעקרון הסבירות ככלי לביקורת שיפוטית על רשויות אכיפת החוק. על עקרון הסבירות נמתחה ביקורת רבה בהקשרים שונים.²³¹ קו ביקורת מרכזי הוא שהרשות השופטת אינה הגוף המוסדי המתאים על-מנת להעריך את סבירותה של הפעולה המנהלית, וכי ההכרעה בעניין זה ראוי שתיוותר בידי רשויות המנהל הציבורי, המחזיקות בידע ובמומחיות הנדרשים לצורך כך. הטענה היא כי דברים אלה יפיים ביתר שאת ביחס לסמכות לאכוף את החוק, שכן מדובר בסמכות ייחודית, המערכת שיקולי מדיניות, שיקולי תקציב והכרעה ביחס לסדרי עדיפויות.

(2) מעגל הקסמים – עתירה כוללנית או פרטנית?

כפי שפורט לעיל, בתי-המשפט דחו על הסף עתירות העוסקות במדיניות האכיפה על יסוד עילת הכוללניות, תוך קביעה כי על בית-המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו רק מקרים קונקרטיים של העדר אכיפה.²³² בהמשך לכך הוגשו עתירות בגין העדר אכיפה בהקשר של מבנים ספציפיים שנבנו לא כדין.²³³ אלא שאמת-המידה המשפטית שעל-פיה נבחנו עתירות אלה הייתה במישור הכללי, קרי, אם רשות האכיפה התנערה לחלוטין מחובתה לאכוף את החוק או נמנעה באופן בלתי-סביר ממילוי חובתה זו. על רקע האמור מתעוררת השאלה: אם ממילא הדיון הוא בהקשר הכולל, מדוע העותר נדרש להצביע על מחדל אכיפה קונקרטי?

(3) הגדרת המגזר הנאכף

שאלה חשובה ומורכבת היא כיצד ניתן להגדיר את "תחום האכיפה" הנבחן על-ידי בית-המשפט. תשובה לשאלה זו עשויה להשפיע באופן ניכר על אופן עריכתה של הביקורת השיפוטית. טלו, לדוגמה, את פרשת קינג, אשר עסקה כאמור בבנייה לא כדין ב"דרך העופל", הסמוכה לחומה המזרחית של הר הבית. האם יש לבחון את פעולות האכיפה של הרשויות השונות באזור זה באופן נפרד או שמא יש לראותן כחלק מפעולות האכיפה של דיני התכנון והבנייה באזור מזרח ירושלים? האם יש לבחון את פעולות האכיפה שם רק במסגרת הטיפול

230 פרשת פילבר, לעיל ה"ש 215.

231 ראו את המחלוקת שהתעוררה בין שופטי ההרכב בגדרו של בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445 (2007).

232 ראו, לדוגמה, את פסק-הדין בפרשת לנדאו, לעיל ה"ש 223.

233 ראו, לדוגמה, בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 20.8.2014).

בקברים שנבנו לא כדין או שמא יש לבחון אותן במסגרת הטיפול הכולל בבנייה בלתי-חוקית? ואולי יש לבחון זאת כחלק מאכיפת דיני התכנון והבנייה בירושלים כולה או לחלופין כחלק מהאכיפה בתחום הר הבית וסביבותיו בלבד? וכולי. הגדרת רוחב היריעה עשויה להשפיע באופן מכריע על התוצאה השיפוטית. נניח כי עיריית ירושלים מקיימת אכיפה אגרסיבית ואפקטיבית כלפי בנייה במזרח ירושלים אך החליטה, מטעמים שונים, לא להתמקד בבנייה הבלתי-חוקית ב"דרך העופל", והותירה אותה בסוף סדר העדיפויות שלה. האם אי-אפשר לומר במקרה זה כי הרשות לא התנערה מחובתה לאכוף את החוק? לעומת זאת, אם נגדיר את תחום האכיפה הרלוונטי כאכיפה בהר הבית וסביבותיו, ויימצא כי האכיפה באזור זה לוקה ביותר, ייתכן שהתוצאה הסופית תהא שונה בתכלית. במילים אחרות, לאופן שבו ייקבע רוחב היריעה יש השפעה מכרעת על תוצאת הביקורת השיפוטית.

בית-המשפט אינו מקיים דיון בסוגיה זו, ואינו מבהיר כיצד הוא תוחם את תחום האכיפה הרלוונטי. בחלק מהמקרים בית-המשפט מדבר על אכיפתו של חוק קונקרטי. אמת-מידה זו לוקה בכך שבנסיבות מסוימות היא רחבה מדי ואילו בנסיבות אחרות היא צרה מדי. אמת-מידה זו רחבה מדי כאשר מדובר בחוק אחד הקובע הסדרים שונים בתחומים רבים. כך, לדוגמה, אין תועלת בדיבור על-אודות אכיפת חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה–1965, שכן הוא חל על ריבוי מצבים ונסיבות. לעומת זאת, אמת-מידה זו צרה מדי כאשר הסדרי האכיפה בתחום מסוים קבועים בכמה דברי חקיקה שונים, והתמקדות בחוק קונקרטי אינה מאפשרת להתמודד עם המציאות שהווייתה. כך, לדוגמה, סוגיית תחנות הדלק הפירטיות, שאוזכרה לעיל, מהווה הפרה של דינים שונים.

(4) העדר סימטרייה שיפוטית – העדפת המגזר המפוקח

כאמור לעיל, אמת-המידה הנורמטיבית שעל-פיה נבחנים מחדלים של גופי המנהל הציבורי בתחום האכיפה היא מקילה. אמת-מידה זו מובילה לריסון שיפוטי ניכר ככל שמדובר באכיפה חלקית. לעומת זאת, כאשר ההחלטה הנתקפת היא החלטה לאכוף את החוק על המגזר המפוקח, בית-המשפט מפעיל את מבחני המשפט המנהלי במלואם. על החלטה לאכוף דבר חקיקה כלפי המגזר המפוקח לעמוד בשורה ארוכה של מבחנים משפטיים, המבקשים להבטיח כי הפגיעה בזכויותיו של המפוקח אינן חורגות ממבחני הסבירות ההליכית והמהותית, כפי שנקבעו בפסיקת בית-המשפט.²³⁴ המצב האמור משקף הטיה משמעותית בפסיקתו של בית-המשפט לטובת המגזר המפוקח.²³⁵ זכותו של מי שנפגע מפעולה שלטונית לביקורת שיפוטית היא כיום עקרון-יסוד של המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי. ככל שמדובר במגזר המפוקח, מוכרת וידועה זכותו לנקוט הליכים משפטיים נגד צעדי האכיפה הננקטים על-ידי הרשות הרגולטורית. בית-המשפט בוחן את פעולת האכיפה שהתקבלה במבט מחמיר, בין היתר משום שכמעט תמיד ניתן להציג את מעשה האכיפה כפוגע באחת מזכויות-היסוד. לעומת זאת,

²³⁴ ראו דותן "שני מושגים של סבירות", לעיל ה"ש 175.

²³⁵ Glen Staszewski, *The Federal Inaction Commission*, 59 EMORY L.J. 369, 370 (2010); Lisa Schultz Bressman, *Judicial Review of Agency Inaction: An Arbitrariness Approach*, 79 NYU L. Rev. 1657, 1692 (2004).

בנסיבות שבהן יוזמי ההליך השיפוטי הם ארגונים ציבוריים, וכאשר מדובר באכיפה חלקית, הפוגעת בעיקר בציבור הרחב, הביקורת השיפוטית היא רכה.²³⁶ חוסר הסימטרייה האמור מהווה תמריץ נוסף מבחינת גופי הרגולציה להיעתר לדרישותיהם של הגופים המפוקחים ולהעדיפם על האינטרסים של הציבור הרחב. אכן, בנסיבות שבהן רשות רגולטורית נדרשת להתלבט ביחס לצעד אכיפתי שעלול לעורר מחלוקת, היא שמה בוודאי לנגד עיניה את העובדה שבפועל עלול להתעורר קושי במסגרת הביקורת השיפוטית רק אם היא תחליט לנקוט צעד רגולטורי נוקשה.

טענה דומה הועלתה כלפי פסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקאי בהקשר זה.²³⁷ פסק-הדין המרכזי בסוגיה הנדונה, *Heckler v. Chaney*,²³⁸ קבע חזקת העדר ביקורת שיפוטית כאשר מדובר בעתירה המופנית כלפי מחדלי אכיפה. השופט מרשל, בדעת יחיד, השמיע ביקורת עזה על קביעה זו.²³⁹ סנסטין טען באותה רוח כי "הטעמים העומדים ביסודו של הליך הביקורת השיפוטית חלים באותה עוצמה כאשר מדובר בביקוח על פעולות ועל מחדלים של הרשות".²⁴⁰ סנסטין הדגיש כי אין להבחין בין הזכויות הנפגעות כפועל יוצא מאכיפה מוגזמת – זכויות הקניין והעיסוק, שהן זכויות המוכרות מראשית ימיו של המשפט המקובל – לבין הזכויות שנקבעו בחקיקה הרגולטורית, אשר נפגעות כאשר האכיפה היא חלקית וחסרה.²⁴¹

(ד) כיצד ניתן להיחלץ מהמיצר?

מן האמור עולה כי הפיקוח השיפוטי על אכיפה רגולטורית התנהל עד כה בעמימות דוקטרינרית לא-מבוטלת, תוך שבית-המשפט נוקט גישה מרוסנת. בשים לב למקום המרכזי השמור לאכיפה במדינה הרגולטורית, מתעוררת השאלה אם יש להמשיך באותו מתווה או שמא יש לשנות כיוון. לעת הזו נסתפק בהצבעה על הנתיבים השונים שהדוקטרינה יכולה לפסוע בהם.

Melissa F. Wasserman, *Deference Asymmetries: Distortions in the Evolution of Regulatory Law*, 93 TEX. L. REV. 625 (2015). לטענת וסרמן, ניתן לזהות בביקורת השיפוטית הטיה לטובת הגופים המפוקחים והעדפה של האינטרסים שלהם על האינטרס הציבורי הרחב. יסודה של העדפה זו, לגישתה, בחוסר אחידות במידת הריסון של הביקורת השיפוטית ביחס להחלטות הפוגעות בגופים מפוקחים לעומת החלטות הפוגעות בציבור הרחב.

Cass R. Sunstein, *Reviewing Agency Inaction After Heckler v. Chaney*, 52 U. CHI. L. REV. 653, 666 (1985). טענה דומה הושמעה גם לגבי בריטניה – ראו Philip Norton, *Regulating the Regulatory State*, 57 PARLIAMENT. AFF. 785, 790 (2004).

פרשת *Heckler v. Chaney*, לעיל ה"ש 86.

שם, בעמ' 851.

Sunstein, *Reviewing Agency Inaction*, לעיל ה"ש 237, בעמ' 656.

סנסטין טוען כי פסק-הדין בפרשת *Heckler v. Chaney* הוא אחד מבין שורה של פסקי-דין שבהם הגביל למעשה בית-המשפט העליון האמריקאי את זכויותיהם של ציבור הנהנים מהחקיקה הרגולטורית. Sunstein, *Reviewing Agency Inaction*, לעיל ה"ש 237, בעמ' 667.

(1) ריסון שיפוטי

כפי שתואר, בתי-המשפט נוהגים כיום באיפוק ניכר כאשר הם דנים בעתירות בנוגע לאי-אכיפה. האמור בא לידי ביטוי ב"מבחן ההתנערות", כפי שהוצע בפסיקה.²⁴² ניתן אף לפסוע צעד נוסף, ולטעון כי עתירות בדבר אי-אכיפה הן ככלל בלתי-שפיטות.²⁴³ המצדדים בריסון שיפוטי טוענים כי על בתי-המשפט למזער את מעורבותם בתחום זה, על רקע העדר המומחיות של בתי-המשפט בתחום זה, ועל רקע הזיקה שבין תחום האכיפה לבין שיקולי תקציב ומדיניות, שאינם מתאימים להכרעה שיפוטית. גישה זו עולה בקנה אחד עם גישת המשפט האמריקאי, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת *Heckler v. Chaney*,²⁴⁴ שבגדרה נקבע כי סמכויות אכיפה מסורות לחלוטין לשיקול-דעתה של הרשות. בעקבות פסק-הדין בפרשת *Heckler v. Chaney* השתרשה התפיסה שעל-פיה תנאי לקיום ביקורת שיפוטית הוא קיומה של אמת-מידה משפטית שעל בסיסה ניתן להעריך את מדיניות האכיפה השלטונית. המשמעות היא שהאחריות לקביעת היקף הפיקוח השיפוטי על גופי האכיפה מסורה לרשות המחוקקת, ולא לרשות השופטת. בניסיונות שבהן הרשות המחוקקת נמנעת מלקבוע סטנדרט שעל-פיו ניתן להעריך את מדיניות האכיפה, בית-המשפט נדרש לגלות ריסון שיפוטי ולהימנע מלהעביר את מדיניות האכיפה תחת שבט ביקורתו.

גישת הריסון השיפוטי מעוררת קושי. היא אינה עולה בקנה אחד עם התפיסות המשפטיות המקובלות בישראל. היא מותירה "חור שחור" משמעותי בתחום האכיפה, ומבדילה תחום זה, ללא הצדקה של ממש, מיתר פעולותיו של המנהל הציבורי, הכפופות לביקורת שיפוטית.²⁴⁵ ככל שאנו מניחים כי אחד מתפקידיה של הביקורת השיפוטית הוא לפקח, מטעם הרשות המחוקקת, על הרשות המבצעת, קשה לקבל את הטענה כי בעת חקיקתם של חוקי אכיפה הכוונה היא שחוקים אלה ייאכפו ברמה המינימלית המשתקפת ב"מבחן ההתנערות". אכן, אין הבדל בין אכיפה מוגזמת לבין אכיפה בחסר בכל הנוגע בצורך לאכוף את רצון הכנסת על הרשות המבצעת.²⁴⁶

(2) להחזיר את המחוקק למשחק

גישה שנייה מבקשת להתבונן על הסוגיה מנקודת-מבט שונה – דוקטרינת ההסדרים הראשוניים. על-פי דוקטרינה זו, "המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות (הסדרים

242 ראו לעיל ליד ה"ש 215.

243 ראו Antonin Scalia, *Responsibilities of Regulatory Agencies Under Environmental Laws*, 24 Hous. L. Rev. 97, 107 (1987).

244 פרשת *Heckler v. Chaney*, לעיל ה"ש 86.

245 המלומד האמריקאי לואיס ג'פה (Jaffe) כתב בהקשר זה כי "זמינותה של הביקורת השיפוטית היא תנאי הכרחי – מבחינה פסיכולוגית, אם לא מבחינה לוגית – לשיטה של כוח מנהלי המתיימר ליהנות מלגיטימיות כמו-גם מתקפות משפטית". LOUIS L. JAFFE, *JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION* 320 (Little, Brown. 1965).

246 מן הצד האחר, ניתן לטעון כי המחוקק בישראל מודע לפרשנות המשפטית המקובלת, וכי אילו ביקש כי הביקורת השיפוטית תנקוט סטנדרט שונה, הוא היה אומר זאת במפורש, ומשנה את הסטטוס-קוו הקיים בעניין זה.

ראשוניים) צריכות להיקבע בדבר חקיקה ראשי²⁴⁷. הטענה היא כי דוקטרינה זו והטעמים העומדים ביסודה מצדיקים עיגון של סטנדרט האכיפה הנדרש בחקיקה ראשית. תפקידו של בית-המשפט, על-פי גישה זו, הוא להבטיח כי הרשות המבצעת עומדת בסטנדרט האכיפה שנקבע על-ידי המחוקק. בארצות-הברית נקבע כי כל אימת שחוק קובע הנחיות ברורות לגבי האופן שבו יש להפעיל את שיקול-הדעת באכיפה, תפקידו של בית-המשפט הוא לאכוף הנחיות אלה.²⁴⁸ עם זאת, גם בנסיבות אלה בתי-המשפט מחילים אמת-מידה מרוסנת ביותר, והם אף מוגבלים בסעד שביכולתם לתת.²⁴⁹

גישה זו מעוררת אף היא קושי. בראש ובראשונה, היא עומדת בסתירה חזיתית לאופן שבו עוצבו רוב הסדרי האכיפה בישראל, אם לא כולם. ככלל, המחוקק בישראל אינו קובע מהו סטנדרט האכיפה המבוקש, ומותיר סוגיה זו להכרעתה של הרשות המבצעת. קבלת הגישה האמורה תחייב את המחוקק להידרש לכל הסדרי האכיפה שנקבעו על-ידי ולשנותם. שנית, אימוצה של גישה זו יחייב את הרחבתה של דוקטרינת ההסדרים הראשוניים ללא עיגון ברור בדין, בפרט כאשר אין מדובר במדיניות הפוגעת בזכות-יסוד של הפרט. שלישית, אין זה ברור כי מבחינה מוסדית עדיף שדווקא המחוקק הוא שיקבע את יעדי האכיפה, ולא הרשות המבצעת עצמה, לנוכח היכרותה עם ה"שטח" ולנוכח הצורך בשיקול-דעת תדיר על-מנת להתמודד עם מציאות משתנה.

(3) עניין של סבירות

חלופה נוספת, המשתקפת במידת-מה מדרך התנהלותו של בית-המשפט העליון עד כה, היא בחינת פעולות האכיפה של הרשות המנהלית באמצעות עילת הסבירות. כידוע, רשות מנהלית נדרשת לפעול בסבירות. עילת הסבירות היא מעיקר-העיקרים של המשפט המנהלי בישראל. עילה זו באה לידי ביטוי בדוקטרינה הקיימת, אשר הציגה, כעילה אפשרית להתערבות בפעולות אכיפה, הימנעות בלתי-סבירה של הרשות ממילוי חובתה לאכוף את החוק. עם זאת, אין די בנכונות שיפוטית לבחון את פעולותיה של רשות האכיפה באמצעות עילת הסבירות. עיקר הקושי טמון בשאלה כיצד יש ליישם את עקרון הסבירות בהקשר של סמכויות אכיפה. בשלב זה נסתפק בהצגת דילמות אחדות המתעוררות בהקשר זה.

דילמה אחת, שכבר תוארה לעיל, ואשר מתעוררת בשלב מוקדם של הברור השיפוטי, נוגעת בהגדרת פעולת האכיפה שסבירותה נבחנת. האם יש לבחון את סבירותה של פעולת אכיפה קונקרטית אשר ננקטת או אינה ננקטת על-ידי הרשות? שמא יש להרחיב את נקודת-המבט ולבחון את סבירות כלל פעולותיה של הרשות לאכיפת הוראותיו של חוק מסוים? האם יש לבחון את פעולותיה של הרשות לאכיפת החוק במרחב גיאוגרפי מסוים? וכדומה.

דילמה שנייה נוגעת בהבדל שבין התמקדות בפעולות אכיפה לבין התמקדות בתוצאותיהן של פעולות האכיפה. הגישה הראשונה מתמקדת בפעולות האכיפה שנקטו על-ידי הרשות

247 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 515 (1998).

248 *Armstrong v. Bush*, 924 F.2d 282, 295 (D.C. Cir. 1991); *Doyle v. Brock*, 821 F.2d 778 (D.C. Cir. 1987).

249 ראו *Staszewski*, לעיל ה"ש 235, בעמ' 381.

המנהלית. הגישה השנייה מתמקדת בסוגיה החברתית שהאכיפה מיועדת ליתן לה מענה. היא מבקשת לבחון לא את פעולות האכיפה שנקטה הרשות, אם אכן נקטה, אלא את ממדי התופעה שהאכיפה מבקשת להתמודד עימה.²⁵⁰ ניטול, לדוגמה, את התופעה של תחנות-דלק בלתי-חוקיות. הגישה הראשונה תבקש לבחון כמה פעולות אכיפה בוצעו על-ידי הרשויות – כמה דוחות הוענקו, כמה קנסות הוטלו, כמה תחנות בלתי-חוקיות פונו. לעומת זאת, הגישה השנייה תבחן את ממדי התופעה, דהיינו, אם הרשות הצליחה להפחית את מספר התחנות הבלתי-חוקיות הפועלות ברחבי ישראל.

גם אם נכריע בין הגישות האמורות, תתעורר דילמה נוספת, שלישית, בשאלה כיצד יש ליישמן. ניטול, לדוגמה, את הגישה המתמקדת בתוצאות האכיפה. האם אמת-המידה השיפוטית צריכה להיות מיגור התופעה שהאכיפה נועדה להילחם בה או שמא יש לבחור באמת-מידה מחמירה פחות, הדורשת רק ריסון של התופעה האמורה? מתעוררות גם שאלות סבוכות הנוגעות ביכולת לאסוף נתונים על-אודות התופעה הנבחנת. לעומת זאת, אם נאמץ את הגישה המתמקדת בפעולות האכיפה, האם די בכך שהרשות המנהלית תוכיח כי היא משתדלת לאכוף את החוק ברצינות או שמא עליה להראות פעולות אכיפה בהיקף נרחב?

עשויות להתעורר דילמות נוספות ביחס ליישום מבחן הסבירות בהקשר של עתירות בדבר אי-אכיפה. ייתכן שיש מקום להבחין בהקשר זה בין סוגים שונים של עתירות בדבר אי-אכיפה, ובפרט בין עתירות הנוגעות בגוף רגולציה הנדרש להחיל את פיקוחו על הציבור הרחב (דוגמת פיקוח על יישומם של דיני התכנון והבנייה) לבין עתירות הנוגעות בגוף רגולציה המפקח על פעילותם של כמה שחקנים עיקריים. בסיטואציה אחרונה זו ניתן ביתר קלות ליישם את עקרון הסבירות בכל הנוגע בפעילות אכיפה קונקרטיה.²⁵¹ הדיון השיפוטי נמנע עד כה מלעסוק בסוגיות אלה. עלייתה של המדינה הרגולטורית והתגברות השימוש בכלים של ציווי ושלטיה מחייבות להרחיב את הדיון בעתירות בדבר אי-אכיפה, ולחדד את הדוקטרינה המשפטית באופן שיתווה את גבולות הביקורת השיפוטית בהקשר זה.

(4) פיקוח חוץ-שיפוטי

ואולי הפתרון מצוי בכלל מחוץ לכותלי בתי-המשפט? על רקע הביקורות שהוטחו כלפי הביקורת השיפוטית, ובכלל זה הטענה כי בתי-המשפט אינם המוסד המתאים לקיים ביקורת שיפוטית על מחדלי אכיפה של רשויות המנהל הציבורי, הוצע לייסד גוף לא-שיפוטי שיפקח על רשויות המנהל הציבורי ויאתר את מחדליהן, ובכלל זה מחדלי אכיפה.²⁵² גוף כאמור יוכל

250 ראו, לדוגמה, את פסק-הדין בעע"ס 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 25.6.2013). פרשה זו עסקה בשאלת אופן אכיפתו של חוק-עזר עירוני שהורה על סגירת עסקים שונים ביום שבת. בית-המשפט העליון, מפי הנשיאה נאור, לא הסתפק בצעדי האכיפה שבוצעו על-ידי העירייה (הטלת קנסות מנהליים), אלא ביקש לבחון אם צעדים אלה מובילים בפועל לאכיפתו של חוק-העזר. משנמצא כי הקנסות המנהליים אינם מובילים לתוצאה הנדרשת, הורה בית-המשפט לעירייה לשקול אם יש כלי אכיפה נוספים העומדים לרשותה, ואם יש לעשות בהם שימוש בנסיבות העניין.

251 השוו פרשת איגוד מפיקי סרטים, לעיל ה"ש 104.

252 Staszewski, לעיל ה"ש 235.

להבטיח שהרשות הרגולטורית מטפלת בצורה נאותה בסמכויות האכיפה המסורות לה, ובכלל זה לוודא שהיא מאמצת הנחיות מתאימות, לברר תלונות פרטניות ביחס למחדלי אכיפה שלה, ולהביא לידיעת הדרג הפוליטי והציבור הרחב מחדלי אכיפה של רשויות המנהל הציבורי. גוף כאמור יוכל להציע דרכי פעולה שייתנו מענה למחדלי אכיפה, ובכלל זה להעלות הצעות שיש להן משמעות תקציבית. ניתוח מפורט של הצעה זו חורג מגדרי המאמר הנוכחי.

(5) תפיסה תהליכית – חיוב הרשות לקבוע תוכנית אכיפה

הרתיעה מפני התערבות שיפוטית באופן קביעתם של סדרי העדיפויות בתחום האכיפה אינה מחייבת נסיגה מוחלטת של בית-המשפט. כאשר בית-המשפט קובע כי נפל פגם משפטי באכיפתו של דין כלשהו, הוא יכול לתת סעד מוסדי המחייב את הרשות המנהלית לקבוע תוכנית אכיפה, שאופן יישומה ייבחן על-ידי בית-המשפט. ההכרה כי גופי האכיפה נהנים משיקול-דעת רחב, וכי הם מקבלים הכרעות משמעותיות, מצדיקה מדיניות שיפוטית המחייבת אותם לקבוע בצורה ברורה את אמות-המידה המשמשות אותם בעת הפעלת שיקול-הדעת שלהם.²⁵³ יש להחיל על גופי האכיפה את החובה לפרסם את הסטנדרטים המנחים את פעולותיהם ולפעול בהתאם לסטנדרטים אלה.

ניתן להקיש בעניין זה מהדיון בספרות המקצועית ברגולציה עצמית מפקחת (enforced self-regulation) ובמט-רגולציה (meta-regulation).²⁵⁴ אחד הביטויים של גישות אלה הוא חיוב הפירמה המפוקחת לקבוע תוכנית לאכיפה פנימית של יעדים רגולטוריים מסוימים. תוכנית זו טעונה אישור של הגורם המפקח, שרשאי לאשרה או לדחותה. המחויבות של הגורם המפקח היא להבטיח את מיסודה של תוכנית האכיפה, ולפקח על יישומה בפועל. בצורה דומה, במסגרת הביקורת השיפוטית ניתן לחייב את הרשות הרגולטורית להציג לבית-המשפט תוכנית אכיפה הולמת, שתעמוד בסטנדרטים שנקבעו לעיל, ובכלל זה להציג את הדרך שבה היא תפעל ליישומה. תפקידו של בית-המשפט בהקשר זה יהיה לבחון את עמידת התוכנית כולה בסטנדרט המשפטי שנקבע, ובמידת הצורך לפקח על יישומה.

ד. סיכום

הגיעה העת שהשיח על-אודות עלייתה של המדינה הרגולטורית יחדור אל הדוקטרינה המשפטית בתחום המשפט המנהלי. השינויים שחלים בתבניתה של המדינה המנהלית – ובכלל זה עליית כוחו של המגזר הפרטי, התגברות השימוש בגופי רגולציה עצמאיים, התגברות השימוש בכלי של ציווי ושליטה, והטלתה של עלות רגולטורית – מחייבים חשיבה מחודשת על מערכת היחסים שבין הביקורת השיפוטית לבין מוסדות המדינה המנהלית, ובפרט אלה המופקדים על הרגולציה השלטונית.

MALCOLM K. SPARROW, THE REGULATORY CRAFT: CONTROLLING RISKS, SOLVING PROBLEMS, AND MANAGING COMPLIANCE 27 (2000) 253

Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10. 254

בגדרו של מאמר זה הוצגו השינויים האמורים בתבניתה של המדינה המנהלית. כן נבחן, באופן ראשוני, תפקידה של הביקורת השיפוטית במדינה הרגולטורית המודרנית, ונבחנה השפעת האמור על דוקטרינות נבחרות של המשפט המנהלי הישראלי. הדיון אינו מלא. יש צורך לבחון שינויים נוספים המתחוללים אגב עלייתה של המדינה הרגולטורית. יש צורך לבחון גם דוקטרינות נוספות של המשפט המנהלי. כך, לדוגמה, יש צורך להקדיש מאמץ משמעותי לדיון בהליך המנהלי על רקע העלייה בכוחו של המגזר העסקי ובפוטנציאל השפעתו על רשויות המדינה. עסקנו בכך באופן ראשוני אגב הדיון בחובתה של הרשות המנהלית לגבש תשתית עובדתית נאותה, אולם בכך אין די. יש צורך בגיבוש תיאוריה של ההליך המנהלי שתהא מודעת להשפעתו הפוטנציאלית של המגזר הפרטי ותמודד עם האמור.²⁵⁵

בהקשר האמור ראוי שדיון עתידי יבחן את מידת ההטיה של עקרונות המשפט המנהלי לטובת הגופים המפוקחים, ואת העדפתם על הציבור הרחב. מהדיון לעיל מצטיירת בהקשר זה תמונה מורכבת. במישור הסמכות כבר החל המשפט המנהלי להפנים את המעבר מציאות שבה תפקידו העיקרי היה לשמש גורם מרסן של השלטון, לשם הבטחת חירותו של הפרט, למציאות שבה חירות הפרט מושפעת מפעילותם של גופים עסקיים, המפוקחים על-ידי רשויות מנהליות שיש לפרש בהרחבה את סמכויותיהן. במישור ההליך הוצג הפער הקיים בין הדרישות המכבירות החלות על הרשות המנהלית במישור התשתית העובדתית לבין חופש הפעולה המסור לגופים המפוקחים. פער דומה ניתן לאתר גם ביחס לחובת ההנמקה. כן ראוי לבחון את הפער שבין זכות הטיעון המסורה לגופים המפוקחים בכל הנוגע בהחלטות פרטניות העלולות לפגוע באינטרס או בזכות שלהם לבין אי-מתן הזכות לציבור להשמיע את טענותיו ככל שמדובר בחקיקת-משנה שמשנה מציאות רגולטורית באופן שמשפיע על ציבור רחב של אזרחים. במישור שיקול-הדעת הוצג הפער בין הגופים המפוקחים, אשר פעולת אכיפה שעלולה לפגוע בהם נדרשת לעמוד במבחני הסבירות והמידתיות, לבין הציבור הרחב, אשר מחדלי אכיפה שפוגעים בו נדרשים לעמוד רק באמת-המידה הגמישה של התנערות מוחלטת מהחובה לאכוף את החוק או הימנעות בלתי-סבירה ממילוי החובה האמורה. אכן, הביקורת השיפוטית אינה יכולה להתמקד רק בפעולות של גופי רגולציה העלולות לפגוע בגופים המפוקחים מעבר לנדרש; עליה לעסוק גם במחדלים של גופי הרגולציה הפוגעים באינטרסים של הציבור הרחב.²⁵⁶ במישור ההליך המשפטי יש לבחון מחדש את סדרי עריכתו, ובפרט את נגישותו לציבור הרחב. דווקא בהקשר זה ניתן לזהות היבטים מסוימים המעוצבים באופן שנותן מענה לציבור הרחב (ראו, לדוגמה, את הדרישה לאגרה קבועה בסכום נמוך יחסית,²⁵⁷ את הרחבת זכות העמידה כך שעותר ציבורי רשאי להביא את טענותיו לפני בית-המשפט גם

255 השוּו CROLEY, לעיל ה"ש 180.

256 השוּו Staszewski, לעיל ה"ש 235, בעמ' 370 ("federal courts are often reluctant to conduct meaningful judicial review of agency inaction").

257 לטיעון על-אודות נגישותו של בג"ץ לציבור הרחב ראו יואב דותן "קדם-בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז 159, 163 (2004).

בהעדר עותר קונקרטי, ואת הגבלת סכום ההוצאות המוטל על עותר ציבורי²⁵⁸). מאידך גיסא, ההליך המשפטי עצמו הוא עניין מורכב, בפרט בתחומים רגולטוריים, שכרוך בעלויות לא־מבוטלות. כך, לצורך ביסוסה של טענה משפטית יש צורך לעיתים קרובות בהגשת חוות־דעת מקצועית, שעלותה גבוהה. בגדרה של הביקורת השיפוטית המנהלית אין זה נהוג למנות מומחה מטעמו של בית־המשפט שיבחן את הסוגיה שבמחלוקת.²⁵⁹ מורכבותו של ההליך המשפטי, והעלות הכספית הממשית הכרוכה בניהולו, מגבילות את נגישותו לציבור הרחב.²⁶⁰ נוסף על כך יש כמובן יתרון לבעלי ממון בכל הנוגע ברכישת שירותים משפטיים איכותיים. שחקנים חוזרים בעלי ממון יכולים גם להחליט אימתי הם יתפשרו ואימתי הם ידחפו להכרעה שיפוטית, ובדרך זו להוביל לפיתוח ההלכה בכיוון הפועל לטובתם.²⁶¹ ראוי גם לבחון את מידת השפעתן של קבוצות אינטרס פרטי על הליך מינוים של שופטים ועל קידומם במערכת המשפטית.²⁶²

מעבר לכך, גם כאן הדוקטרינה המשפטית טרם הטמיעה את השינויים שחלו בעקבות עלייתה של המדינה הרגולטורית. כך, לדוגמה, ניתן לזהות הטיה ברורה לטובת הגופים המפוקחים בגדרה של ההלכה הדורשת את צירופם כמשיבים של כלל הגורמים הנוגעים בעניין: הלכה זו תחייב לצרף גוף מפוקח כצד לעתירה רלוונטית; לעומת זאת, צירופו של הציבור הרחב לא יידרש, גם אם זכויותיו עלולות להיפגע כפועל יוצא מבירור תוקפה המשפטי של החלטה שלטונית. מחשבה מחודשת על עקרונותיו של המשפט המנהלי, בשים לב לשינוי בדפוס ההתנהלות של רשויות השלטון ולעלייתה של המדינה הרגולטורית, חייבת להידרש גם להיבט זה. הביקורת השיפוטית, כאשר היא מפרשת את עקרונות המשפט המנהלי בסיטואציה הרגולטורית, נדרשת, לכל־הפחות, לאזן את שדה המשחק בין השחקנים השונים. מעבר לכך, בית־המשפט נדרש למלא תפקיד פעיל בקידומה של ממשליות ראויה, ובהקשר זה, לדוגמה, לסייע בביצורו של עקרון עצמאות שיקול־הדעת בכל הנוגע בגופי רגולציה עצמאיים, וכן בקידום מדיניות אכיפה נאותה הנותנת ביטוי הולם לאינטרס הציבורי. כל אלה ועוד מהווים את אבני־היסוד של המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית.

258 ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" **משפטים על אתר** 35 ו' 35 (2013).

259 בר"ם 3186/03 **מדינת ישראל נ' עין דור**, פ"ד נח(4) 754, פס' 9 לפסק־הדין (2004).
260 ייתכן שראוי לשקול בהקשר זה גישה לא־סימטרית להטלת הוצאות משפט, כך שקבלת עתירה שהוגשה בשם אינטרס ציבורי תזכה את העותר בהוצאות משפט בשיעור ניכר, ואילו דחייתה של העתירה תוביל לחיובו בהוצאות בשיעור מוגבל.

261 Marc Galanter, *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *LAW & SOC'Y REV.* 95, 114 (1974).

262 השו, בהקשר האמריקאי, Nancy Sherer, Brandon L. Bartels & Amy Steigerwalt, *Sounding the Fire Alarm: The Role of Interest Groups in the Lower Federal Court Confirmation Process*, 70 *J. POL.* 1026, 1038 (2008). ניתן לקוות כי בישראל אין השפעה כאמור.