הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית

עמיחי כהן*

מאמר זה עוסק ביחס שבין שיטת הפרשנות השלטת במשפט הישראלי – שיטת הפרשנות התכליתית – לבין צורת הניתוח הכלכלית־הפוליטית־המשפטית המכונה "הבחירה הציבורית" (Public Choice). שתי טענות מרכזיות מובאות במאמר זה. הטענה הראשונה היא כי גישת הבחירה הציבורית יכולה להצדיק אימוץ של שיטה מסוימת של פרשנות תכליתית על־ידי בתי־המשפט. בתי־המשפט יכולים לתקן כמה מהליקויים בפעולות החקיקה והמִנהל אם יפנימו את הביקורת של גישת הבחירה הציבורית וישתמשו בכלי הפרשנות על־מנת לתקנם. הטענה השנייה היא כי בתי־המשפט בישראל לא הלכו בדרך זו, אף שהיו להם ההזדמנויות לעשות כן. בתי־המשפט נוטים להתעלם מהתובנות של גישת הבחירה הציבורית.

המאמר מדגים את הטענות האמורות תוך התייחסות למוסד אחד – מכון התקנים הישראלי. המאמר מנתח שורה של פסיקות שעסקו בהחלטות שונות של מוסד זה, ומראה כיצד היה בית־המשפט יכול להשתמש ברעיונות מתחום הבחירה הציבורית בפסיקותיו, ואף־על־פי־כן בחר ברוב המקרים לא לעשות כן. בסופו של דבר המאמר מציע דרכים אחדות שבהן יוכל בית־המשפט לאמץ כמה נקודות־מבט של גישת הבחירה הציבורית.

* מרצה, הקריה האקדמית אונו. ברצוני להודות למשתתפי הכנס "משפט וכלכלה במשפט הישראלי" שנערך באוניברסיטת בר־אילן, ובמיוחד לד"ר ניר קידר. נעזרתי גם במסמכים שסופקו לי על־ידי עורכי־הדין יהודה רסלר, יפה דולב, ד"ר רענן הר־זהב וליאור כ"ץ, מעתירות שהיו מעורבים בהן. אני מבקש להודות להם על סיועם ונכונותם. כן ברצוני להודות לקורא האנונימי ולחברי מערכת **משפט וממשל** על הערותיהם וסיועם בעריכת המאמר.

הקדמה. א. הבחירה הציבורית – מבוא קצר: 1. תיאוריית קבוצות־האינטרס; 2. גישות פרשניות והבחירה הציבורית – פרשנות תכליתית. **ב. פסקי־הדין בעניין מכון התקנים**: 1. מכון התקנים – תיאור כללי; 2. פסיקותיו של בית־המשפט ביחס למכון התקנים – הצגה כללית. **ג. פרשנות תכליתית "ישראלית" והבחירה הציבורית**: 1. פרשנות תכליתית ככלי ליישום תובנות מגישת הבחירה הציבורית; 2. מה בית־המשפט יכול לעשות? **סיכום**.

הקדמה

גישת הפרשנות התכליתית היא הגישה הפרשנית השלטת בתיאוריה השיפוטית של מדינת־ישראל. גישה פרשנית זו מבוססת על כתיבה ענפה ומעמיקה, ומזוהה בעיקר עם מפתחה והמקדם האקדמי הבולט שלה, נשיא בית־המשפט העליון בדימוס פרופ' אהרן ברק.[1] מאז הוצגה, נהפכה שיטת הפרשנות התכליתית לגישה השלטת בעולם המשפט הישראלי, וזאת למרות כמה ביקורות שהושמעו כלפיה.[2]

מאמר זה הוא ניסיון להתמודד עם גישת הפרשנות התכליתית מכיוונה של גישת "הבחירה הציבורית" (Public Choice) – היא הניתוח השוקי של הפוליטיקה בכלים כלכליים. מצד אחד, אטען כי ענפים מסוימים של גישת הבחירה הציבורית תומכים באימוץ גישת הפרשנות התכליתית או לכל־הפחות היבטים מסוימים שלה. גישת הבחירה הציבורית מספקת הצדקה נוספת לגישת הפרשנות התכליתית ולאקטיביזם השיפוטי הנלווה אליה. מן הצד האחר, אטען כי גישת הפרשנות התכליתית בלבושה הישראלי, מבית־מדרשו של הנשיא בדימוס ברק, מתעלמת מתובנות שעולות מגישת הבחירה הציבורית. את הפער בין היכולת לבין היישום אסביר בפערי מידע, בהתנגדות עקרונית ובאפקט של כיסוי וחיפוי הנלווה לפרשנות התכליתית.

מבנה המאמר הוא כדלקמן. ראשית, לאחר הקדמה קצרה זו, אתאר בקצרה את גישת הבחירה הציבורית. לאחר־מכן אציג שורה של פסקי־דין שמעורב בהם מוסד מנהלי אחד – מכון התקנים הישראלי. אבחן את פסקי־הדין, אבקר אותם, ואנסה להציע כיצד גישת הבחירה הציבורית הייתה ניגשת למצבים המתוארים בהם. כל זאת תוך הסתמכות על תיאוריות הפרשנות של גישת הבחירה הציבורית. בחלקו האחרון של

---

[1] הפיתוח המרכזי של שיטת הפרשנות התכליתית במשפט נעשה על־ידי ברק בספריו הבאים: אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית (1993); אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (2003) (להלן: ברק **פרשנות תכליתית**).

[2] לדוגמה הבולטת לניתוח של גישה זו ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** כו 737 (2002). קידר מזכיר כמה ביקורות אפשריות על גישת הפרשנות התכליתית, אך התעניינותו המרכזית היא בהיסטוריה שלה, ולא בביקורת עליה. ראו גם עומר שפירא **תורת המשפט: פרקי מבוא** 297-336 (2007).

המאמר אנסה להסביר מדוע אין גישת הפרשנות התכליתית הישראלית משתמשת בתובנות מתחום הבחירה הציבורית אלא במקרים יוצאים מן הכלל.

א. הבחירה הציבורית – מבוא קצר

אין בדעתי לתאר כאן את מכלול הגישות המרכיבות את גישת הבחירה הציבורית.[3] נסתפק כאן בהבהרה קצרה של העקרונות הכלליים של גישה זו.

ניתן להגדיר את מגוון הגישות המרכיבות את 'הבחירה הציבורית' כ"מחקר כלכלי של קבלת החלטות מדיניות",[4] או במילותיו של חוקר אחר: "עלינו לנסות תמיד להבין תוצאות פוליטיות כפונקציה של התנהגות של יחידים המונעים על-ידי אינטרס עצמי."[5] מדובר אם כן ביישום אוסף של גישות שונות מתחום מדעי הכלכלה אל העולם הפוליטי. המשותף לכל אותן גישות הוא שהן מעמידות במרכז הניתוח את האדם הרציונלי (מחוקק, שופט, מנהל או אזרח) הפועל להשאת אינטרסים. למעשה, עיקר המחקר הקשור לבחירה הציבורית התמקד בשלושה רבדים מרכזיים: תיאוריית ההצבעה;[6] ניתוח ההשפעה של קבוצות-אינטרס על תוצאות ההליך הציבורי – חקיקה, מִנהל ושיפוט; וניתוח היחסים בין רשויות השלטון השונות, תוך שימוש בתורת המשחקים.[7]

---

3 בדעתי לעשות כן במקום אחר. ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית בישראל" (צפוי להתפרסם ב**קרית המשפט** ז (2007-2008)). מטעם זה גם איני מתכוון לעסוק כאן בביקורת הנרחבת והמעמיקה שהושמעה על גישת הבחירה הציבורית. לתיאור נרחב בעברית של גישת הבחירה הציבורית שהתפרסם לאחרונה ראו שלמה מזרחי ואסף מידני **מדיניות ציבורית בין חברה למשפט: בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות (2006)**, בעיקר בפרק השני. ספר זה מתמקד בעיקר בהצגת גישת הבחירה הציבורית כפי שהתפתחה במדע המדינה ובסוציולוגיה, ולוקה בחסר מסוים ביחס לתיאור התפתחותה של גישה זו בהקשר המשפטי, אף שהוא מתיימר לעסוק ביחס שבין בית-המשפט לבין המחוקק. למשל, אין כמעט התייחסות בספר לנושא הפרשנות, העומד במרכזו של מאמר זה.

4 DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE II 1 (1989).

5 JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW 11 (1997). כוונתו של Mashaw, כפי שעולה במפורש מספרו, אינה בהכרח שפוליטיקאים מתעלמים מהרצון להשיג תועלת חברתית, אלא שניתן להכניס גם את רצונו של הפוליטיקאי לשפר את מצב החברה למסגרת האינטרסים שהוא מבקש לקדם.

6 תיאוריית ההצבעה עוסקת בצורה שבה החלטות מתקבלות כאשר פרטים רבים משתתפים בקבלתן. יש בה פן פוזיטיבי (כיצד אכן מתקבלות החלטות קולקטיביות) ופן נורמטיבי (כיצד על פרטים לקבל החלטות קולקטיביות כאשר לכל פרט יש מומחיות אחרת והעדפות שונות).

7 החלוקה שאני מציע כאן מבוססת בחלקה על החלוקה המוצעת אצל MASHAW, לעיל ה"ש 5, ואצל: DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A

במאמר זה אדגיש בעיקר את תובנותיה של גישת הבחירה הציבורית הקשורות לתיאוריית קבוצות-האינטרס (Interest-Group Theory) וליחס שבין רשויות השלטון לבין קבוצות-האינטרס.[8]

1. תיאוריית קבוצות-האינטרס

(א) השפעתן של קבוצות-האינטרס

תיאוריית קבוצות-האינטרס מציבה במרכז הדיון את השאלות הבאות: לטובת מי המדינה פועלת? מי מרוויח מפעולתה? ומהם הגורמים המניעים אותה לפעול כפי שהיא פועלת? סקרים מגלים כי אזרחים רבים יותר ויותר סבורים כי לפחות פעולות מסוימות של המדינה מושפעות מאינטרסים של קבוצות או משפחות מסוימות.[9] תיאוריית קבוצות-האינטרס מעניקה ביטוי מלומד ופורמלי יותר לטענה זו.

תיאוריית קבוצות-האינטרס מניחה כי חלק ניכר מפעולתן של רשויות השלטון (הרשות המחוקקת והרשות המבצעת כאחד) מושפע על-ידי קבוצות קטנות הפועלות

(1991) CRITICAL INTRODUCTION. אף שניתן כמובן להציג חלוקות אחרות בין הזרמים השונים, נראה לי שמבחינה מתודית זו החלוקה הברורה ביותר. כיוון מדויק יותר הוא לתת שמות שונים לזרמים השונים בתיאוריית הבחירה הציבורית, על-פי החלוקה המקובלת בתחום מדע המדינה. יש המסווגים את תיאוריית ההצבעה לקטגוריה של Social Choice, את תיאוריית קבוצות-האינטרס לקטגוריה של Public Choice, ואת היחסים המוסדיים בין הרשויות לתחום ה-Positive Political Theory. לצורך מאמר זה אני רואה תועלת מועטה בלבד בקטגוריזציה של התחומים. לחלוקה דומה, אך מכיוונים אחרים, ראו מזרחי ומידני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 65-75.

8 לשם הנוחות אכנה מעתה את ה-Public Choice "גישה", ואת הניתוח המבוסס על קבוצות-האינטרס "תיאוריה". אלה, כמובן, רק צורות ביטוי המביעות את העובדה שהבחירה הציבורית אינה צורת ניתוח אחידה, אלא כוללת מגוון של תיאוריות, הצעות וניתוחים, אשר ההבדלים ביניהם רבים.

9 לגבי אמון הציבור בפוליטיקאים בישראל ראו אשר אריאן, פזית בן-נון ושלומית ברנע **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2004** 34 (2004), שלפיו רק כ-46% מהישראלים נותנים אמון בכנסת. לנתונים עדכניים בדבר אמון הציבור בכנסת, שלפיהם רק 33% מהציבור נותנים בה אמון, ראו אשר אריאן, ניר אטמור ויעל הדר **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2007** 42 (2007). לגבי האמון של הציבור האמריקאי ראו: KARL T. KURTZ, ALAN ROSENTHAL & CLIFF ZUKIN, CITIZENSHIP: A CHALLENGE FOR ALL GENERATIONS (2003), *available at* www.cpn.org/topics/youth/k12/pdfs/NCSL_Citizenship.pdf. מדובר בסקר הטוען כי רוב גדול של הציבור הבוגר בארצות-הברית סבור כי הממשלה פועלת לטובת קבוצות-אינטרס, וכי ההערכה של הציבור האמריקאי לממשלתו חזרה כמעט לרמה שלפני פיגועי ספטמבר 2001. לעניין זה ראו: THE PEW RESEARCH CENTER, PUBLIC SOURS ON GOVERNMENT AND BUSINESS (2005), *available at* people-press.org/reports/pdf/261.pdf.

להשאת האינטרס העצמי שלהן (קבוצות־אינטרס).[10] קבוצות־אינטרס אלה אפקטיביות במיוחד משום שקוטנן מאפשר התארגנות תוך שמירה על עלויות עסקה והעברת מידע נמוכות יחסית. כפי שהראה Mancur Olson, קבוצות קטנות בעלות זהות אינטרסים גבוהה אינן חשופות לבעיית ״הרוכב החופשי״ (free rider), שהיא הבעיה המרכזית של התארגנות קבוצתית.[11] בעיית ״הרוכב החופשי״ עוסקת בנטייתו של כל אדם רציונלי להימנע מהעלויות הכרוכות בביצוע פעולה מסוימת, אם התועלת מאותה פעולה יכולה להיות מושגת כאשר אחרים פועלים, מבלי שהוא צריך לשאת בעלויות. היות שבני־אדם פועלים בצורה רציונלית או קרובה לה, פעילות קולקטיבית בקבוצות גדולות אינה יכולה להצליח. לטענתו של Olson, ככל שהקבוצה גדולה יותר כן קטֵנה נכונותו של כל אחד מחברי הקבוצה להשקיע מאמץ בפעולה המשותפת, אם התמורה לפעילותו היא התמורה הקולקטיבית בלבד.[12]

הצד האחר של המטבע הוא הקלות היחסית שבה קבוצות קטנות ומאורגנות יכולות להשפיע על תהליך החקיקה ועל מדיניות ממשלתית או מנהלית.[13] היות שלרוב הציבור אין אינטרס חזק להשתתף במערכת הדמוקרטית, מלבד אולי ביום הבחירות,[14] קל לקבוצה קטנה ומאורגנת להשפיע על תוצאות ההליך. קבוצות קטנות הפועלות לטובת אינטרס צר ומוגדר יכולות להשפיע על דעותיהם של הפוליטיקאים באמצעות תרומות למערכת בחירות, שליטה במידע (שתדלנות), הבטחות לתמיכה מאורגנת בעתיד ועוד.[15]

---

10 ראו, למשל: Richard A. Epstein, *Toward a Revitalization of the Contract Clause*, 51 U. CHIC. L. REV. 703, 710–717 (1984); Jonathan R. Macey, *Promoting Public – Regarding Legislation through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223 (1986).

11 MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965).

12 שם.

13 Macey, לעיל ה״ש **10**.

14 ענף שלם של הבחירה הציבורית עשה מאמץ לנתח את ההצבעה הדמוקרטית בכלים כלכליים. הפרדוקס הבסיסי שגישת הבחירה הציבורית מציגה נוגע בעצם ההצבעה: אם הסיכוי של אדם יחיד להשפיע על תוצאות הבחירות הוא קטן מאוד עד אפסי, אזי מה מניע אנשים רציונליים להצביע? בסופו של דבר, חלק ניכר מהאנשים מצביעים בגלל העלות הקטנה של ההצבעה ביום הבחירות, ובשל טעמים אחרים. אולם פעילות פוליטית, המחייבת השקעת מאמץ רב יותר, היא באמת נחלתם של אנשים ספורים – בעיקר אלה שיש להם הרבה מה להרוויח, קרי, קבוצות־האינטרס. ראו: John H. Aldrich, *When Is It Rational to Vote?*, *in* PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 373 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

15 לתיאור הנסיונות ליצור מודלים פורמליים לתיאור השפעתן של קבוצות־אינטרס ראו: David Austen-Smith, *Interest Groups: Money, Information and Influence*, *in* PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 296 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

טעות נפוצה היא להניח כי גישת הבחירה הציבורית מניחה שהפוליטיקאי מושחת יותר מכל אדם אחר, או **שכל** פעולותיו אינן לטובת הציבור. למעשה, יש הטוענים כי ההפך הוא הנכון.[16] הפוליטיקאי הוא אדם רציונלי הפועל לשם בחירתו מחדש – תנאי שבלעדיו אין סיכוי להמשך פעולתו בזירה פוליטית דמוקרטית שיש בה בחירות תכופות יחסית.[17] הפוליטיקאי מזהה את טובת הציבור על-פי **עוצמת** ההעדפות של הבוחרים, המועברת אליו על-ידי קבוצות-האינטרס. במסגרת זו הוא מנסה לנווט את דרכו בין הרצון להיבחר לבין הקושי לזהות מהי בדיוק טובת הציבור. פוליטיקאים לוקים במחסור רב במידע, ובכל מקרה יש פערי מידע לרעת הפוליטיקאים בינם לבין הגורמים המבקשים להשפיע על החקיקה.[18] התוצאה היא שהמידע העיקרי המהווה את הבסיס להחלטתו של נבחר הציבור מגיע מקבוצות המעוניינות להשפיע על החלטתו.[19]

לפי התומכים בתיאוריית קבוצות-האינטרס, עוצמתן של קבוצות-האינטרס, בשילוב עם הקלות היחסית שבה ניתן להשפיע על תוצאותיו של הליך שרק מעטים מתעניינים בו, מביאה לידי כך שחלק ניכר מהחקיקה הכלכלית והחברתית במדינה מושפע מאינטרסים של קבוצות מצומצמות. קבוצות אלה פועלות לקידום האינטרסים שלהן עצמן, ולאו דווקא לקידום האינטרס החברתי הכללי. התוצאה המתקבלת היא לעיתים קרובות חקיקה המוטה לטובת אינטרסים של קבוצות מסוימות, ולא לטובת כלל הציבור. בפועל, חקיקה שמקודמת על-ידי קבוצות-אינטרס נוטלת עושר מהציבור ומעבירה אותו לידי קבוצות קטנות. המונח המקצועי לרווחים אלה הוא rent, ופעולתן של הקבוצות ליצירת רווחים כאלה נקראת rent-seeking.[20]

---

[16] Brennan & Hamlin אף טוענים כי פוליטיקאים פועלים ממניעים של מוסר או של חיפוש הטוב. ראו: GEOFFREY BRENNAN & ALAN HAMLIN, DEMOCRATIC DEVICES AND DESIRES (2000). אך יש הרואים עמדה זו שלהם כ"רוויזיוניסטית" ביחס לזרם המרכזי של הבחירה הציבורית, והם עצמם אף נוטים לקבל הגדרה זו. ראו: Thomas Christiano, *Is Normative Rational Choice Theory Self-Defeating?* 155 ETHICS 122 (2004).

[17] מזרחי ומידני, לעיל ה"ש 3, בעמ' **64**.

[18] לדיון בעניין זה ראו, למשל: Geoffrey Brennan & James M. Buchanan, *Is Public Choice Immoral? The Case for the "Nobel" Lie*, 74 VA. L. REV. 179, 180 (1988).

[19] השיטה המקובלת לנסות לשפר את המידע העצמאי של המחוקק היא הקמת מערכת איסוף מידע עצמאית לבית-המחוקקים. למערכת זו יש השפעה מסוימת על איזון המידע, אבל בוודאי אין היא מבטלת את יתרונות המידע של קבוצות-האינטרס. המערכת המלאה ביותר קיימת בקונגרס האמריקאי (GAO – U.S. Government Accountability Office). מערכת דומה הוקמה בישראל בשנות התשעים על-ידי יושב-ראש הכנסת דאז אברהם בורג. לתיאור מלא של ה-GAO ותפקידיו ראו: www.gao.gov.

[20] לתיאור ולסיכום של הספרות הכלכלית בנושא ראו: Robert D. Tollison, *Rent Seeking*, *in* PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 252 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

לפי חלק מן התומכים בגישת הבחירה הציבורית, הפתרון היחיד לבעיית ההשתלטות של קבוצות-אינטרס על תהליך החקיקה וההכרעה המנהלית הוא הקטנת הממשלה או הוצאתה מהשוק, ועל-ידי כך הסרת האפשרות של קבוצות קטנות ליטול עושר מקבוצות גדולות.[21] בכך גישת הבחירה הציבורית מתואמת, כמובן, עם גישות כלכליות המטיפות להקטנת הממשלה ולהתערבות מינימלית שלה בשוק הפרטי. בשל כך זוהתה גישת הבחירה הציבורית עם הימין הכלכלי האמריקאי, ובמידה רבה היוותה את התשובה הימנית למחקר המשפט המרקסיסטי, המקודם על-ידי החוגים התומכים בגישת ה-critical legal studies.[22] למעשה, גישת הבחירה הציבורית מהווה עד היום את אחת התיאוריות הפוליטיות המרכזיות המנחות את הכתיבה בתחום מדע המדינה והמשפט בארצות-הברית.

(ב) קבוצות-האינטרס והשפעתן על תהליך החקיקה והמִנהל

תיאוריית קבוצות-האינטרס עוסקת לא רק בניתוח הביקוש וההיצע של המוצר החקיקתי, אלא גם בניתוח ייצורו: כיצד הפוליטיקאי – איש הציבור המייצר את המוצר החקיקתי – משיג את היכולת לספק את דרישותיהן של קבוצות-האינטרס, ומהם הכלים העומדים לרשותו לשיפור המוצר שהוא מספק על-מנת להעלות את מחירו בשוק. האינטרס הברור של המחוקק הוא לחזק את כוח החקיקה על-מנת למנוע הפיכה שלה בעתיד על-ידי גורמים מתנגדים, לאחר הפסד אפשרי בבחירות עתידיות. על-ידי כך המחוקק משפר את המוצר שהוא מוכר, שכן אורך חייו יהיה רב יותר מתקופת שלטונו של הפוליטיקאי.[23] ממילא, מחירו של המוצר החקיקתי עולה. תיאוריית קבוצות-האינטרס עסקה רבות בשאלה כיצד הפוליטיקאי מאריך את חיי המוצר שהוא מוכר.

דרך חשובה להארכת חיי המוצר החקיקתי היא יצירת מוסד מנהלי שאורך חייו ארוך מזה של הפוליטיקאי, אשר ידאג לשמר את האינטרסים שמאחורי החוק.[24] ההנחה היא כי לאחר שיוקם הגוף המנהלי, הוא יקדם את האינטרס של קבוצות-האינטרס אף אם הפוליטיקאי יוחלף.[25] ההנחה מבוססת על תורת "ההשתלטות על המִנהל", המזוהה

---

[21] גישה זו מכונה "גישת ה-Chicago School" מכיוון שרבים מתומכיה היו מאנשי בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו.

[22] לתיאור מלא ראו MASHAW, לעיל ה"ש 5, בעמ' **110**.

[23] מכאן הספקולציות לגבי הקיבוע החוקתי של זכויות מסוימות. ראו, למשל: Lynn A. Stout, *Strict Scrutiny and Social Choice: An Economic Inquiry into Fundamental Rights and Suspect Classifications*, 80 GEO. L.J. 1787 (1992).

[24] ראו: Terry M. Moe, *Political Institutions: The Neglected Side of the Story*, 6 J. L. ECON. & ORG. 213 (1990).

[25] מובן שההנחה המובלעת כאן היא שהגוף המנהלי ייצור לעצמו מבנה שיוכל להתגבר על עמדתו של המחוקק בעתיד. עמדה זו אינה מקובלת על כל חוקרי המִנהל מתחום הבחירה הציבורית. ראו, למשל: Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll & Barry R.

יותר מכל עם איש מדע המדינה ג'ורג' סטיגלר.[26] סטיגלר טוען כי דרך מרכזית של המחוקק לשפר את המוצר החקיקתי שהוא מוכר היא הפקדת הפעלתו בידי רשות מנהלית, שנהפכת לגוף בעל אינטרס בשימור עצמי. היתרון של גוף מנהלי כזה הוא כפול: ראשית, הוא מאריך את חיי החקיקה; ושנית, הוא משרת את האינטרסים של קבוצת־האינטרס שעליה הוא אמור לפקח. כך, למשל, הגוף האמור לפקח על קביעת המחירים של מונופול טבעי מסוים הוא בדרך־כלל ״שבוי״ של אותו מונופול, והאינטרסים שלהם דומים.

2. גישות פרשניות והבחירה הציבורית – פרשנות תכליתית

השפעתה המרכזית של גישת הבחירה הציבורית בתחום המשפטי הייתה בניתוח דרכי החקיקה ובשאלות של מדיניות משפטית ראויה לנוכח ניתוח זה. כאשר עברה גישת הבחירה הציבורית לשאלות של מדיניות משפטית ראויה, התרחש גם מעבר טבעי, מבלי משים כמעט, מניתוח פוזיטיבי לניתוח נורמטיבי של התנהגות המוסדות השיפוטיים.[27] חוקרי הבחירה הציבורית נהפכו לא רק למנתחי המצב, אלא גם לתיאורטיקאים המבקשים להשפיע על המבנה הראוי של המוסדות ועל היחסים הראויים ביניהם.[28] תחום מחקר מרכזי בהקשר זה היה הוויכוח בדבר מקומם של בתי־המשפט ושל הביקורת השיפוטית על מעשי החקיקה והמִנהל. להלן אקיים דיון בשאלות אלה.

(א) העיקרון – תפקידו של בית־המשפט

מהו תפקידו של בית־המשפט כאשר ניתוח על־פי גישת הבחירה הציבורית מעלה כי יש מקום לחשד שפעולה מסוימת של רשות ציבורית נעשתה לא על־מנת לקדם מטרה ציבורית, אלא על־מנת לקדם אינטרס של קבוצת־אינטרס?

---

[26] Weingast, *Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies*, 75 VA. L. REV. 431 (1989). George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3 (1971); Sam Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J. L. & ECON. 211 (1976).

[27] למעשה, כל ענפי הניתוח הכלכלי של המשפט עברו שינוי דומה. בראשית הדברים התמקדו חוקרי הניתוח הכלכלי של המשפט בתיאור פוזיטיבי, מתוך טענה כי בתי־המשפט פועלים בצורה יעילה. כיום חלק ניכר מחוקרי הניתוח הכלכלי של המשפט מכירים בכך שלמעשה אין הוכחות כי בתי־המשפט או המחוקק אכן מתנהגים בצורה יעילה. ממילא, חלק גדול מהמחקר בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט החל להתמקד בתיאורים נורמטיביים המבוססים על אמת־המידה של יעילות – כיצד ראוי שהמשפט יתנהג.

[28] לניתוח מעבר היסטורי זה ראו: Maxwell L. Stearns, *Restoring Positive Law and Economics: Introduction to Public Choice Theme Issue*, 6 GEO. MASON L. REV. 709 (1998).

שאלה זו נוגעת בשאלת־יסוד בתחום תפקידו של בית־המשפט במדינה דמוקרטית. האם תפקידו של בית־המשפט הוא לפרש את החוק כפי שהמחוקק התכוון לחוקקו, או שמא עליו לתקן את תקלות המחוקק ולהתאים את פרשנות החוק למטרות חברתיות ראויות. חלק ניכר מן התומכים בגישת הבחירה הציבורית ראו את בית־המשפט כמוגבל לפרשנות החוק במובנו המקורי, ללא שום יכולת להתערב בהכרעת המחוקק. עמדה זו הובילה לאימוץ גישה פרשנית המכונה ״ניאו־טקסטואליזם״ (Neo-Textualism) או ״הפרשנות הלשונית החדשה״. שיטה פרשנית זו טוענת כי יש לחזור אל פרשנות מסורתית טקסטואלית,[29] המקיימת בצורה נכונה יותר את היחס שבין המחוקק לבין בית־המשפט. תפקידו של בית־המשפט אינו לנסות לתקן את מעשיו של המחוקק, אלא להביא את רצונו לידי ביטוי. היות שאת רצונו של המחוקק אין באפשרותנו לדעת, אין לנו אלא להסתמך על הטקסט בלבד, שהוא הכלי היחיד שבאמצעותו השופט מקבל את הוראותיו מהמחוקק.[30]

הגישה הפרשנית הטקסטואלית מקובלת על דעת רבים מכיוון שהיא מתאימה לתפיסתם ביחס לתפקידו של בית־המשפט. יש בה כבוד ראוי לנורמות המיוצגות על־ידי המחוקק, הצבה של מִדרג ברור בין מוסדות נבחרים לבין מוסדות ממונים, והותרה של סמכות ההכרעה בידי המחוקק.[31] אם הפוליטיקאי עושה פעולה לטובת קבוצת־אינטרס, כי־אז הגישה הטקסטואלית חושפת פעולה זו, אולם בתי־המשפט צריכים לייצג את החלטת המחוקק כלשונה. המועד לתיקון העוול – ולהענשת הפוליטיקאי – הוא מועד הבחירות.[32]

---

[29] לדיון נרחב בגישה זו ראו William N. Eskridge, *The New Textualism*, 37 UCLA L. Rev. 621 (1990). עוד ראו: Antonin Scalia, A Matter of Interpretation 17–27 (Amy Gutmann ed., 1997). לתמיכה בפרשנות טקסטואלית מכיוונה של גישת הבחירה הציבורית ראו: Franck H. Easterbrook, *Statutes' Domain*, 50 U. Chic. L. Rev. 533 (1983).

[30] אין לזהות בהכרח גישה זו עם ריסון שיפוטי. בפן הקיצוני שלה, התומך בפרשנות חוקתית טקסטואלית, המשמעות היא לעיתים התעלמות מוחלטת מהתפתחויות, משינויים ומפסקי־דין שהתקבלו במהלך ההיסטוריה. זוהי גישה מהפכנית, הרואה בשיבה אל המקור הטקסטואלי את הבסיס גם מקום שניתן לזהות התפתחויות במציאות, בגישות הציבור ובעקרונות החוקתיים. תומכיה הפרשניים של הגישה השתמשו בעיקר בטקסט החוקתי על־מנת לקדם ערכים שמרניים ו״חזרה״ אל עקרונותיהם של האבות המייסדים של החוקה. הדבר בולט במיוחד בפסיקותיהם של שופטי בית־המשפט העליון האמריקאי Antonin Scalia ו־Clarence Thomas.

[31] ראו, למשל: Cheryl Boudreau, Mathew D. McCubbins & Daniel B. Rodriguez, *The Judge as a Fly on the Wall: Interpretive Lessons from the Positive Political Theory of Legislation* (San Diego Law School Legal Studies Research Paper No. 06-12, 2005), *available at* papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=705362.

[32] כפי שכתב ג'ון הרט אלי: "If we can just get the legislators to legislate we'll be able to understand their goals well enough. I'm not saying we may not still end up

שיטת הפרשנות הטקסטואלית, על-אף התמיכה הרבה שהיא זוכה בה בארצות-הברית, אינה מתאימה לבתי-המשפט הישראליים. בתי-המשפט הישראליים, ובמיוחד בית-המשפט העליון, אינם נוטים לראות את עצמם ככפופים לחלוטין לכוונת המחוקק, בצורה שתוכל לתמוך בקבלת שיטת פרשנות טקסטואלית. להפך – זה שנים רבות מדגיש בית-המשפט העליון, בראשות נשיאו בדימוס אהרן ברק, את תמיכתו בגישת פרשנות "תכליתית", המעניקה לבית-המשפט העליון כוח רב יותר בפרשנות החוק. לפיכך אעבור כעת לבחינת עמדותיהם של מלומדים בארצות-הברית שניסו לשלב את תיאוריית קבוצות-האינטרס עם גישות פרשניות תכליתיות. עמדות אלה מבוססות על ההנחה כי תפקידו של בית-המשפט אינו רק "לשקף" את הכרעת המחוקק, אלא גם – מקום שניתן – להביא לידי תיקון מסוים של העוולות שעשה המחוקק.

(ב) פרשנות תכליתית והבחירה הציבורית

גישת הפרשנות התכליתית המודרנית מבוססת במידה רבה על גישת הפרשנות התכליתית המסורתית משנות החמישים והשישים, הקשורה בטבורה לתורת ההליך המשפטי.[33] הנחת-היסוד של גישת הפרשנות התכליתית המסורתית הייתה כי החוק חוקק על-ידי מחוקק סביר, שהתכוון לתכליות סבירות. גישת הפרשנות התכליתית המסורתית עסקה בזיהוי התכליות הללו ובהתאמתן למציאות משתנה, ובעיקר לתפקודן של הרשויות האדמיניסטרטיביות. הבעיה שגישת הפרשנות התכליתית נתקלה בה היא שהבחירה הציבורית שוללת כמובן את הטענות הללו. יש הטוענים כי לחוק אין מטרות, היות שהוא מורכב מפשרות שונות, ובכל מקרה אי-אפשר לזהות את המטרות הללו. ככל שניתן לזהות את המטרות – הרי אלה הפוכות מהמטרות שבית-המשפט מקדם. התכלית האמיתית של החוק היא קידום אינטרסים של קבוצות, ולא תכלית ציבורית.[34]

התנגשות זו בין הנחות-היסוד של הפרשנות התכליתית מבית-מדרשו של "ההליך המשפטי" לבין התובנות שהוצגו על-ידי גישת הבחירה הציבורית הייתה מן הגורמים שהובילו לערעור הגישה הפרשנית המסורתית[35] ולעלייתן של גישות פרשניות חדשות-ישנות בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית, ככל שזה הלך ונהפך לשמרני יותר למן סוף שנות השישים ועד ימינו אלה.[36] ככל שהתמנו לבית-המשפט שופטים שמרנים

---

with a fair number of clowns as representatives, but at least then it will be because clowns are what we deserve." JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST 134 (1980).

33 קידר, לעיל ה"ש 2.

34 MASHAW, לעיל ה"ש 5.

35 קידר, לעיל ה"ש 2.

36 בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בשנות השישים היה אולי הליברלי ביותר שהיה מעולם. השופטים Warren, Black, Douglas, Clark, Brennan, Fortas ו-Marshall הרחיבו את תחולת הזכויות שבחוקה עד קצה הגבול. יתר על כן, הממשל הליברלי של

יותר ויותר, הלכה הפרשנות התכליתית ואיבדה את קסמה. השופטים אימצו בהדרגה מדיניות שיפוטית הנצמדת לטקסט ולמילים – הן בפרשנות החוקה האמריקאית והן בפרשנות החוק.[37]

התגובה הליברלית על מתקפות אלה על הפרשנות התכליתית הייתה הכרה מסוימת בצורך לפרש את החוק תוך התחשבות בתובנות של הבחירה הציבורית. כלומר, גישות אלה הלכו בכיוון של הרחבת תפקידו של בית-המשפט לתיקון **מוגבל ומצומצם** של התקלות שנגרמו במהלך פעולת החקיקה. במהלך שנות השמונים עלו כמה הצעות בכיוון זה: היו שעסקו בצורך של בית-המשפט לאמץ כללי פרשנות שימנעו את ההשלכות הגרועות ביותר של חקיקה המושפעת מאינטרסים של קבוצות-אינטרס;[38] והיו שפשוט קראו לבתי-המשפט לפרש את החוק בצורה שתתגבר על חקיקה לטובת קבוצות-אינטרס.[39] המשותף לכל הנסיונות הללו הוא המתח בין הרצון להעניק לבית-המשפט תפקיד של תיקון המחוקק לבין השאיפה לשמור על העיקרון הבסיסי של הכרה בעליונות החקיקה ותפיסת בית-המשפט ככפוף למחוקק.

הפיתוח המלא ביותר של גישת פרשנות תכליתית המפנימה את התובנות של גישת הבחירה הציבורית היא זו של ויליאם אסקרידג׳ ושותפיו לכתיבה.[40] לפי גישה זו, יש כמה סוגים של חוקים שיכולים להגיע לבית-המשפט:[41] חלקם עתיקים, חלקם חדשים, חלקם נראים כפועלים לטובת הכלל, וחלקם נראים כפועלים לטובת קבוצת המיעוט. השאלה שהשופט הפרשן צריך לשאול את עצמו היא היסטורית וצופה פני עתיד כאחד:

הנשיאים קנדי וג׳ונסון היה יכול לקדם באין מפריע את תוכניותיו החברתיות בעידודו של בית-המשפט.

37 ראו, למשל, את דעת המיעוט של השופט Scalia בפסק-הדין Chisom v. Roemer, 501 U.S. 380 (1991), וכן את דעתו (שהתקבלה כדעת הרוב) בפסק-הדין West Virginia Hospitals v. Casey, 499 U.S. 83 (1991).

38 Cass R. Sunstein, *Naked Preferences and the Constitution*, 84 COLUM. L. REV. 1689 (1984).

39 Macey, **לעיל ה״ש 10**.

40 ראו בעיקר: William N. Eskridge, *Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VIR. L. REV. 275 (1988); William N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, 135 U. PENN. L. REV. 1479 (1987); William N. Eskridge & Phillip R. Frickey, *Supreme Court 1993 Term – Foreword: Law as Equilibrium*, 108 HARV. L. REV. 26 (1994); William N. Eskridge & John Ferejohn, *Super-Statutes*, 50 DUKE L.J. 1215 (2001); William N. Eskridge & John Ferejohn, *Structuring Lawmaking to Reduce Cognitive Bias: A Critical View*, 87 CORNELL L. REV. 616 (2002).

41 למעשה, אסקרידג׳ משתמש בחלוקה שהוצעה על-ידי וילסון. ראו: JAMES Q. WILSON, BUREAUCRACY: WHAT GOVERNMENT AGENCIES DO AND WHY THEY DO IT 75–83 (1989).

האם החוק היה ראוי (כלומר, ייצג אינטרס ציבורי ראוי) בשעה שהתקבל, והאם החוק ראוי לנוכח התפיסות השוררות בחברה כעת?

ניתוח מלא של גישתו של אסקרידג' חורג ממטרותיו של מאמר זה. לשם המשך הדיון אביא להלן רק את החלוקה הבסיסית שהוא עושה בין חוקים או מעשים שונים של המְנהל והממשלה, ואת התגובות הראויות של בית-המשפט לגביהם. אסקרידג' מחלק את החוקים ומעשי המְנהל על-פי השאלה מי עתיד לשאת בעלות החוק ומי עתיד להפיק את התועלת ממנו (ראו טבלה 1).

טבלה 1: הפרשנות הטיפולוגית על-פי אסקרידג'

	עלות מבוזרת	**עלות מרוכזת**
תועלת מבוזרת	סכנה: החוק לא יתוקן מרגע שנוצר, ולא יותאם למצבים חדשים. תגובה: על בתי-המשפט להרחיב את תחולת החוק ולפרש אותו באופן שיחול גם על מצבים חדשים. אזהרה: על בתי-המשפט להיזהר מיצירת חריגים לטובת קבוצת-אינטרס.[42]	סכנה: קבוצות-אינטרס ינסו להשתלט על המוסד האחראי לאכיפה. הסכנה היא שהחוק ייעשה בעצם כלי למניעת תחרות בין קבוצות. תגובה: על בתי-המשפט לפתח הליכים שיאפשרו לקבוצות שונות לטעון, לעודד שימוש בהליכי שימוע וטיעון, ולמנוע השתלטות של קבוצות מסוימות, על-מנת לשמור על התכלית המקורית.[43]
תועלת מרוכזת	סכנה: מדובר בניסיון של קבוצה מרוכזת להשתלט על נכס ציבורי באמצעות החוק. תגובה: על בתי-המשפט לפרש את החוק בצמצום, באופן שימזער את התועלת של קבוצת-האינטרס.	סכנה: ה״דיל״ החוקי נהפך פעמים רבות למעוות לאורך השנים. תגובה: בתי-המשפט יכולים לעדכן את ה״דיל״. אזהרה: עדיף לא להתערב, אלא במקרים שבהם ברור כי הקבוצות

[42] דוגמה קלסית לחוקים כאלה הם חוקי המס, אשר לכאורה עלותם מבוזרת על-פני האוכלוסייה, אך קבוצות-אינטרס מצליחות כידוע ליצור בהם פטורים וחריגים לטובתן.

[43] הדוגמות מתחום מכון התקנים המופיעות במאמר זה הן במידה רבה המחשה של מקרה כזה. מכון התקנים נועד במקורו למטרה ציבורית של הגנה על הצרכן, אך במקרים מסוימים הצליחו קבוצות-אינטרס להביא לידי קידום האינטרסים שלהן דרך מכון התקנים.

	עלות מבוזרת	עלות מרוכזת
	אזהרה: אל לבית-המשפט לפעול בצורה שתעקר את החוק מכל היגיון ציבורי.[44]	אינן מסוגלות לתקן את ה"דיל" בעצמן.[45]

שיטתו של אסקרידג', יותר משהיא מכוונת ליצירת מסקנות מוחלטות לגבי פרשנות ראויה של בית-המשפט, כוללת אם כן שורה של כללי-אצבע ואזהרות לבית-המשפט. גישתו של אסקרידג' מכירה בכך שהיא נורמטיבית:[46] היא מנסה למצוא את הדרך הנכונה לתיקון המערכת הפוליטית, ולהניעה לעבוד על-פי כללים. בניגוד לפרשנות תכליתית קלסית, אין הכללים המדוברים כללים של פרוצדורה בלבד, אלא יש גם כללים ומבחנים נורמטיביים. הפרשנות התכליתית החדשה אינה פוזיטיביסטית; היא רק סבורה שנורמות טובות צריכות להיות מיוצרות על-ידי המחוקק, ואילו תפקידו של בית-המשפט הוא לתקן את המחוקק כאשר זה שוגה באופן גס.[47]

אולם התרומה המרכזית ביותר של אסקרידג' היא טענתו כי בית-המשפט אינו יכול להשתמש באותה שיטת פרשנות לחוקים כולם. כל חוק צריך להיות מפורש על-ידי בית-המשפט בצורה שונה. כל חוק צריך להיבחן על-פי השאלה מה היו האינטרסים ביצירתו ולטובת מי הוא פועל. יתר על כן, גישתו של אסקרידג' מעודדת את השופט לבחון כל מקרה לגופו. לכל מקרה יש את ההקשרים העובדתיים שלו. חוק שנחקק במציאות מסוימת יכול להיות מנוצל בהמשך על-ידי כוחות אינטרסנטיים על-מנת לקדם מטרות שונות לחלוטין. על השופט, המפרש את החוק, להיות מודע לתהליכים ההיסטוריים העוברים על החוק לאורך חייו, ולשינויי המציאות שיכולים להשפיע עליו.

---

44 דוגמה לחקיקה מעין זו היא החקיקה המעניקה לחברות הסלולר פטור מבקשת אישור מוועדות תכנון ובנייה להצבת אנטנות, דבר השולל מהאזרחים את האפשרות להביע התנגדות להצבת האנטנות ולתוצאותיו של חוק זה. מובן מאליו כי מטעמים פוליטיים יימנעו בדרך-כלל פוליטיקאים ממתן גושפנקה חקיקתית להסדרים כאלה, ויעדיפו להשאירם עמומים.

45 דוגמה לחוק מעין זה הוא חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב-1992, ס"ח 118, שהיווה את התשתית לפסק-הדין שניתן בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995). חוק זה מהווה הֶסדר בין שתי קבוצות-לחץ חזקות – הבנקים והחקלאים. במקרה כזה אסקרידג' מנחה את בית-המשפט לא להתערב בהסכם ששתי הקבוצות הגיעו אליו, כפי שאכן נהג בית-המשפט בפרשה לעיל. הסכם כזה נחשב ליעיל כשלעצמו, מפני שהוא מהווה תוצאה של משא-ומתן חופשי בין קבוצות. ראו: Gary S. Becker, *A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence*, 98 Q. J. ECON. 371 (1983).

46 William N. Eskridge & Gary Peller, *The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form*, 89 MICH. L. REV. 707 (1991).

47 FARBER & FRICKEY, לעיל ה"ש 7.

בהמשך המאמר אבקש להראות כי ניתן ליישם תובנות מגישת הבחירה הציבורית בכלל, ומתיאוריית קבוצות-האינטרס בפרט, לגבי חקיקה ופסיקה בישראל. ניתוח כזה יעניק מימד-עומק נוסף לחוק, לפסקי-הדין המפרשים אותו ולביקורת האפשרית על פסקי-הדין. אני מבקש להתמקד בניתוח פסקי-דין שעסקו במוסד אחד – מכון התקנים הישראלי. תחילה אציג את פסקי-הדין, את עמדת בית-המשפט ואת הפרשנות ה״סטנדרטית״ לפסקי-דין אלה; לאחר-מכן אבקר את הפרשנות המקובלת; בעקבות זאת אציע שיטה פרשנית נוספת על-פי גישות פרשניות מבית-המדרש של הבחירה הציבורית; ואסיים בכמה הערות לגבי הבעיות העולות מגישת הפרשנות התכליתית.

ב. פסקי-הדין בעניין מכון התקנים

על-מנת להדגים כמה מהתובנות שעלו בחלקו הקודם של המאמר, בחרתי להתמקד במוסד מנהלי אחד – מכון התקנים – ובפסקי-דין של בית-המשפט העליון שעסקו בפעולותיו. מכון התקנים, כפי שיוצג כאן, אינו מקרה יוצא-דופן או מיוחד. הוא מייצג במידה רבה חלק גדול מהמוסדות המנהליים, והיה אפשר לבחור גם מוסדות מנהליים אחרים ולהתמקד בהם. הן לגבי מכון התקנים עצמו, והן לגבי פסקי-הדין העוסקים בו, אציג כמה פנים של דיון. לפן הראשון אקרא ״ניתוח פורמלי״, שמשמעותו כאן דיון פשוט (אך לא פשטני) במוסד או בעקרונות של פסק-הדין כפי שהם משתקפים מהחוק או מפסקי-הדין עצמם. לאחר-מכן אציע קריאה של החוק ושל פסקי-הדין הממקמת את מכון התקנים בהקשר ניתוחי של הבחירה הציבורית, ואראה כיצד ניתוח זה יכול להשפיע על הקריאה הפשוטה. בשלב השלישי אראה כיצד שימוש בפרשנות תכליתית על-פי גישת הבחירה הציבורית היה יכול להוסיף עומק לפסיקת בית-המשפט.

1. מכון התקנים – תיאור כללי

(א) הגישה הפורמלית

מכון התקנים הוא גוף ממשלתי ישראלי שתפקידו לקבוע תקנים מחייבים, וכן תקן ״סתם״, אשר כהגדרתו של השופט זמיר ״שמור לבעליו לטובתו״, דהיינו, אין לו תוקף מחייב, אלא הוא מעיד על איכותו של המוצר.[48] פעילותו של מכון התקנים נוגעת בכל

[48] ראו בג״ץ 7023/93 **איגוד יצרני העץ נ׳ שר התעשיה והמסחר**, ס׳ 2 לפסק-דינו של השופט זמיר (לא פורסם, 7.12.1994). מכון התקנים הוא תאגיד ממלכתי אשר הוקם ופועל על-פי חוק התקנים, התשי״ג-1953, ס״ח 30 (להלן: חוק התקנים). תפקידי המכון ומטרותיו מוגדרים בס׳ 2א לחוק התקנים כך:

> מטרת המכון היא תקינה והבטחת רמה נאותה של טיב המצרכים, אם בקביעת תקנים ואם בדרך אחרת, ורשאי הוא, בין השאר, לערוך מחקרים, סקרים ובדיקות של חמרים, מוצרים ומיתקנים, לאשר מפרטים וכללים טכניים ולעודד את השימוש

אחד מתחומי החיים. תווי-התקן של מכון התקנים מופיעים כמעט על כל מוצר המיוצר בישראל, וגם רוב המוצרים המיובאים לישראל נדרשים לעבור בדיקת איכות במכון התקנים או לזכות בהכרה ממנו לתו-התקן הזר שהם אוחזים בו. סביר להניח שקונה המבקש לרכוש מוצר המיוצר בישראל או מיובא אליה, ואשר יש לו פוטנציאל כלשהו לגרום נזק, יבדוק אם למוצר יש תו-תקן או תווית המעידה כי הוא משווק "באישור מכון התקנים".

מובן שבמהלך העבודה, ובעת שמירה על איכות המוצר ובטיחותו, מכון התקנים צפוי להתעמת עם יצרנים ויבואנים המבקשים להקטין את עלות הייצור, השיווק והרישוי של מוצרים שונים. מטבע הדברים, חלק מסוים ממחלוקות אלה מגיע אל בתי-המשפט.

(ב) ניתוח אפשרי על-פי גישת הבחירה הציבורית

לפי תיאוריית קבוצות-האינטרס, מכן התקנים הוא מוסד "חשוד". אין הכוונה כי ידוע מראש על האינטרסים של מכון התקנים, אלא כי מבנה המכון ותפקידיו אמורים להדליק נורית-אזהרה מעל החלטותיו. הפונקציה של תקנים משמשת דוגמה קלסית לרגולציה של השוק, להעדפת ייצור מקומי על ייצור זר או להעדפת יצרן אחד על יצרן אחר.[49] נוסף על כך, באופן מסורתי התנהג מכון התקנים, המשלב את פעולתו עם היצרנים הישראליים, כגוף המגן על התעשייה הישראלית.[50] מועצת המכון נשלטה למעשה על-ידי נציגי היצרנים המקומיים,[51] וחלק ניכר מפעולות המכון נועדו להגן על

בהם, ולקיים השגחה על ייצור מצרכים בהתאם לכללים שקבע וכן לעסוק באיסוף מידע, מיונו והפצתו.

49 ראו, למשל: JOHN H. JACKSON, THE WORLD TRADING SYSTEM: LAW AND POLICY OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS 221–224 (1997). יש להקדיש אולי מילים אחדות להבהרת נקודה זו: מדינות רבות פועלות עדיין מתוך תפיסה כלכלית מרקנטליסטית, הגורסת כי יש להגביל את הייבוא למדינה עד כמה שניתן, על-מנת לשמור על יציבותם של היצרנים המקומיים. הדרך הקלסית להגבלת הייבוא היא המכס. אלא שלמן אמצע המאה העשרים הולכים ומתבטלים מחסומי המכס עקב התחייבויות שמדינות נוטלות על עצמן בהסכמי סחר. כך גם בישראל. מרגע שמחסומי הסחר נופלים, מדינות מנסות להגביל את הסחר בדרכים חלופיות. אחת הדרכים המקובלות ביותר היא קביעת תקנים וסטנדרטים הנראים כמגינים על טובת הציבור אך למעשה מגינים על הייצור המקומי מפני ייבוא מתחרה. ביטול תקנים מפלים והרמוניזציה בין-לאומית של התקינה הם אפוא מהחשובים שבאתגרים העומדים בפני יצירת מערכת של מסחר חופשי בין-לאומי.

50 ס' 7 לחוק התקנים קובע כי תקן ייקבע בהתייעצות עם ארגוני יצרנים. מובן מאליו שעיקר היצרנים הנהנים מהאפשרות להיות חלק מפעילות המכון הם היצרנים הישראליים. בשל כך ברור כי היצרנים הישראליים הם הנהנים העיקריים מפעולתו של המכון.

51 עד לשנת 2005 היה במועצת המכון נציג אחד בלבד לאיגוד לשכות המסחר, המייצג את היבואנים. בשנת 2005 הוגדל מספר החברים במועצת המכון לשמונים ותשעה. מתוך אלה לאיגוד לשכות המסחר יש שבעה נציגים, לעומת כארבעים הממונים על-ידי גופים

יצרנים מקומיים.[52] יתר על כן, מכון התקנים עצמו לא רק קובע את התקנים, אלא אף מפעיל מעבדות שיבדקו את העמידה בתקנים. לפיכך המכון נמצא בניגוד עניינים מובנה: מצד אחד, הוא קובע את הדרישות; ומצד אחר, חלק ניכר מתקציבו של המכון מורכב מבדיקות שהוא עורך על-פי הקביעות שלו עצמו.[53] כלומר, האינטרס שלו הוא להמשיך לשמור על שליטתו במקור מכניס זה, בין היתר מטעמים כלכליים. מכל הטעמים האמורים, בחינת פעילותו של מכון התקנים על-פי גישת הבחירה הציבורית, ובמיוחד על-פי תיאוריית קבוצות-האינטרס, תיעשה בזכוכית-מגדלת ומנקודת מוצא של חשד. איני יודע, כמובן, שמכון התקנים אכן פועל בצורה שאינה תואמת באופן מוחלט את האינטרס הציבורי. הטענה היא כי לנוכח הרקע האמור לעיל יש מקום לחשוד בפעילותו של מכון זה, וכפי שאראה להלן – ראוי גם שבית-המשפט יעשה כן.

משרד התעשייה והמסחר, אשר מייצג גם את היבואנים ואחראי גם לביסוס הסחר הבין-לאומי של ישראל, כפוף פחות לדרישותיהם של היצרנים הישראליים. משרד התעשייה והמסחר תמך בדרך-כלל במדיניותה ממשלת ישראל, אשר תמכה בפתיחת המשק הישראלי לתחרות.[54] החלטת הממשלה קבעה כי תיבחן באופן כללי הפחתת התקינה לגבי ייבוא של מוצרים לישראל, וכן כי המונופול של מכון התקנים יחוסל על-ידי מתן הרשאה לבדיקות על-ידי מכונים פרטיים אחרים. המחלוקת בין מכון התקנים לבין משרד התעשייה והמסחר בדבר הנחיצות של שורה ארוכה של תקנים הייתה בסיס

המזוהים עם התעשייה המקומית (התאחדות התעשיינים, התעשייה הקיבוצית, תעשיית האלקטרוניקה, התאחדות הקבלנים והבונים בישראל, ועוד). ראו ס' 2(ד) ו-7 לתקנון מכון התקנים הישראלי, התשס"ג-2002, ק"ת 133 (להלן: תקנון מכון התקנים). בוועד הפועל של המכון יש לאיגוד לשכות המסחר, החל בשנת 2005, שלושה נציגים בלבד מתוך עשרים ושמונה, לעומת אחד-עשר נציגים של גופים המזוהים עם התעשייה המקומית.

52 ראו את הדברים הבאים, שנכתבו במאמרו של גרישה דייטש "אכיפת התקנים – לשמירה על האיזון" **מת"י** 78, 11 (1995):

> עד לאחרונה, אכן ניתן היה לדבר על מצב לא שוויוני במוצרים שלגביהם קיים תקן רשמי. מוצרים אלה, כאשר הם מוצרי יבוא, היו חייבים לעבור את ביקורת מכון התקנים עוד בהיותם בנמל. מוצר שלא עמד בדרישות התקן – לא אושר לשיווק. לעומתם, המוצרים המקבילים המקומיים יצאו לשוק ללא בדיקה, והאכיפה נעשתה כאשר המוצר כבר היה בשוק, בדרך כלל על-ידי לקיחת דגימות אקראיות (למעבדות מכון התקנים או למעבדה מאושרת אחרת) או על בסיס תלונות של צרכנים. מובן, שמצב זה העניק יתרון התחלתי מובהק למוצרים הישראליים, מה גם שהאכיפה היזומה בשוק היתה מצומצמת ביותר.

53 ראו הוועדה לבחינת מדיניות התקינה בישראל **סיכום והמלצות** – **דו"ח ביניים** ס' 13-17 (1994) (עותק שמור בידי המחבר) (להלן: דוח ועדת סורק). דוח ועדת סורק הוגש לשר התעשייה והמסחר בתאריך 7.6.1994. ראו גם איגוד לשכות המסחר **לשנות את מדיניות התקינה בישראל: הצעה לרפורמה** 9 (עותק שמור בידי המחבר).

54 החלטה 2199 של הממשלה ה-28 "הגברת התחרות במשק: מוצרים תעשייתיים: הפחתת החובה בבדיקות תקינה ביבוא מוצרים" (16.8.2000) (עותק שמור בידי המחבר). החלטה זו עסקה בפירוט רב בצורך בהפחתת התקנים ובליברליזציה של הסחר הבין-לאומי.

לחלק גדול מהפסיקות, ביניהן כאלה שחשפו במפורש את המחלוקת בין שני גופים ממשלתיים אלה.

2. פסיקותיו של בית-המשפט ביחס למכון התקנים – הצגה כללית

להלן תיאור קצר של שלושה פסקי-דין העוסקים במכון התקנים,[55] אשר אשתמש בהם על-מנת להדגים את הטיעונים שהובאו לעיל. ראשית אציג את פסק-הדין בקריאתו ה"פורמלית". בשלב השני אציג את החשדות שגישת הבחירה הציבורית מעלה לגבי פסק-הדין.

(א) פסק-הדין בעניין שקיות התה[56]

(1) קריאה פורמלית

החל בשנות השישים נאסר בישראל שיווק של שקיות אריזה הסגורות בסיכה (staple). האיסור, אשר נקבע בצו של שר התעשייה והמסחר,[57] פורש כאוסר גם שיווק תה בשקיות הסגורות בסיכות, והותר רק שיווק של שקיות תה הסגורות בהדבקה וכיוצא בזה. החל באמצע שנות השמונים גובּה האיסור בתקן שהוציא מכון התקנים, ואשר שר התעשייה הכריז עליו כתקן רשמי מחייב.

באמצע שנות התשעים, עם הליברליזציה הכללית בסחר החוץ של ישראל, החלה בחינה מקיפה של מדיניות התקינה.[58] לשם כך הוקמה ועדה מיוחדת, אשר קבעה, בין היתר, כי איסור ייבואן של שקיות תה סגורות בסיכה אינו נחוץ, וקראה לביטולו.[59] שר התעשייה והמסחר אכן ביטל את הצו האוסר שיווק שקיות סגורות בסיכה, אולם מכון התקנים סירב לבחון מחדש את התקן שהוא היה מופקד על הוצאתו, ועמד על הדרישה

---

[55] פסקי-דין נוספים העוסקים במכון התקנים אינם שונים במהותם מפסקי-הדין שנבחרו. בחרתי בפסקי-דין מסוימים שבהם ניתן להוכיח בבירור את הטענות הנובעות מגישת הבחירה הציבורית.

[56] בג"ץ 1934/95 **תה ויסוצקי (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד מט(5) 625 (1996) (להלן: עניין **שקיות התה**).

[57] ס' 2א(א) לצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (איכות מזון), התשי"ח-1958, ס"ח 878, מורה כך: "לא יחזיק אדם, לשם עסק, מזון ארוז מראש (prepacked) בשקיק המיועד להספקה לצרכן, לא יעביר לאחר בכל דרך מדרכי ההעברה את הבעלות על מזון ארוז כאמור או את ההחזקה בו ולא יקבלו אלא אם השקיק סגור." בס' 2(א)(ב) נקבע כי "לענין סעיף זה, 'סגירה' – סגירה בחום או על ידי הדבקה בדבק או בדרך אחרת, למעט סגירה בסיכות מתכתיות (staples) אשר סגירתן היא על ידי קיפול הקצוות שלהן לאחר חדירתן לתוך השקיק."

[58] לתיאור של שינויים אלה במדיניות הסחר הישראלית ראו, למשל, אריה רייך "ההיסטוריה של השתתפות מדינת ישראל בגאט"ט ובארגון הסחר העולמי" **ארגון הסחר העולמי וישראל: משפט, כלכלה ופוליטיקה** 53 (אריה רייך עורך, 2006).

[59] עניין **שקיות התה**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 642.

לשקיות סגורות בהדבקה דווקא. לבסוף כפה שר התעשייה והמסחר את דעתו על מכון התקנים, וביטל בעצמו את רשמיות התקן על־פי סמכותו הקבועה בחוק, בלי תמיכתו של מכון התקנים.[60] חברת התה הישראלית ויסוצקי עתרה נגד השימוש של השר בסמכותו. העתירה נדחתה על־ידי בג״ץ, בפסק־דין מפורט של השופט מצא. השופט מצא קבע כי לשר יש סמכות לבטל הכרזה על רשמיות של תקן, ובכך להופכו לבלתי־מחייב. כמו־כן קבע השופט כי לנוכח המלצותיה של ועדת סורק שהוזכרה לעיל,[61] ולמרות התנגדותו של מכון התקנים, ההחלטה של השר סבירה.

(2) ניתוח אפשרי על־פי גישת הבחירה הציבורית

כזכור, פסק־הדין עוסק בביטולו של תקן רשמי המחייב שיווק של שקיות תה בסגירה על־ידי הדבקה, ולא על־ידי סיכה. הנהנית המרכזית מתקן זה הייתה חברת ויסוצקי, יצרנית התה הישראלית המובילה. חברת ויסוצקי פיתחה מכונות מיוחדות להדבקת שקיות תה. החברה ניצלה את העובדה שכמה ממתחרותיה הבין־לאומיות הגדולות[62] השתמשו בטכנולוגיה של סגירת שקיות התה בסיכה, פשוט מפני שהדרישה לסגירת שקיות התה בהדבקה הייתה ייחודית לישראל. הייצור המקומי של תה ויסוצקי הוגן, אפוא, באמצעות תקינה מקומית – אולי האמצעי הידוע ביותר להגנה על ייצור מקומי באופן שאינו מכסי.

כאמור, עם הצטרפותה של ישראל לארגון הסחר העולמי החל מהלך של ליברליזציה בדרישות התקנים המחמירות בישראל. דווקא בגלל מיצובו הבעייתי של מכון התקנים, לא הייתה בררה בידי שר התעשייה והמסחר אלא להסתמך על ועדות חיצוניות, אשר קראו לביטול הגבלות שונות. בין היתר, כאמור, נקבע כי איסור ייבואן של שקיות תה סגורות בסיכה אינו סביר. לנוכח המבנה של מכון התקנים ועקרון ההגנה על הייצור המקומי שהנחה אותו,[63] סירב מכון התקנים לבחון מחדש את התקן שהוא היה מופקד על הוצאתו, ועמד על הדרישה לשקיות סגורות בהדבקה דווקא. את נימוקיו לצורך בהשארת המצב הקיים פרש מכון התקנים בהחלטת הוועדה המרכזית לתקני מזון מיום **31.8.1994**:

---

60 מכון התקנים הוא הממונה הבלעדי על קביעת תקנים על־פי ס׳ 6 לחוק התקנים, אלא שעל־פי ס׳ 8 לחוק התקנים, על־מנת שהתקן ייהפך למחייב (דהיינו, שייצוּר, ייבוא או שיווק של מוצר יחייב ״תו־תקן״) יש צורך בהכרזה על התקן כרשמי על־ידי שר התעשייה והמסחר. השר יכול כמובן גם לבטל הכרזה קיימת (ס׳ 15 לחוק הפרשנות, התשמ״א־1981, ס״ח 302, קובע כי כל סמכות לתקן משמעה גם סמכות לבטל תקינה).

61 דוח ועדת סורק, לעיל ה״ש 53.

62 למשל, חברת התה Lipton.

63 ראו את האמור לעיל בטקסט ליד ה״ש 49 ואילך.

לדחות את בקשת אגוד לשכות המסחר להתיר שימוש בסיכות בשקיקי
תה בגלל הנימוקים הבאים:
- התעשייה המקומית והיבואנים ערוכים לשיווק שקיקים ללא סיכות.[64]

מכון התקנים מודה אפוא במפורש כי תקן שקיות התה נועד להגן על היצרן המקומי, ולא לצורכי בטיחות, ומסרב לשנות את עמדתו. לשר התעשייה והמסחר לא נותרה ברירה כי אם לכפות את עמדתו על מכון התקנים על-ידי ביטול רשמיות התקן.

תיאור זה של עמדתו של מכון התקנים מבהיר היטב את מעמדו כ״רשות שבויה״ בידי היצרנים המקומיים. כוחם של היצרנים המקומיים במכון התקנים רב עד כדי כך שהוא גובר על כוחו של שר התעשייה והמסחר – האחראי הפוליטי והאדמיניסטרטיבי על המכון. במאמר מוסגר אעיר כי שאלה מעניינת היא מדוע שינה שר התעשייה והמסחר את עמדתו – או למעשה מדוע שינתה הממשלה כולה את עמדתה – בדבר נחיצותו של התקן. לכאורה, כיצד תסביר תיאוריית קבוצות-האינטרס את השינוי בעמדת הפוליטיקאים? מדוע הם פועלים בניגוד לעמדתה של קבוצת-האינטרס? בירור שאלה זו מצוי מחוץ לתחומי הדיון של מאמר זה. השינוי יכול שקרה עקב לחצים שהופעלו על-ידי יבואנים וגורמים אחרים שעמדו ליהנות מפתיחת הייבוא, עקב לחץ ציבורי או בעקבות הערכה כי הרווח למדינת-ישראל מהגדלת הייצוא יהיה גדול מן ההפסד בפתיחת הייבוא. בין כך ובין כך, העובדה היא ששינוי הדעות הפוליטי לא הביא לידי שינוי עמדתו של מכון התקנים, אשר נותר כרשות שבויה בידי היצרנים המקומיים. אכן, כפי שתיארנו לעיל, זו בדיוק מטרתה של הקמת רשות מנהלית – קיבוע כוח בידי קבוצת-אינטרס שיעמוד בפני שינוי דעות פוליטי.

(3) הערכת פסק-הדין על-פי פרשנות תכליתית והבחירה הציבורית

פסק-דינו של השופט מצא תואם גישות פרשניות מבית-המדרש של גישת הבחירה הציבורית. ראשית, לגבי זיהוי הבעיה, השופט מצא זיהה נכון כי מכון התקנים משתמש בסמכותו באופן המקדם תועלת של קבוצה צרה (יצרן התה המקומי) על-חשבונה של קבוצה רחבה, הלא היא ציבור הצרכנים שירוויחו מריבוי המבחר. המִנהל הוא אפוא רשות שבויה, שיש להתייחס אליה בחשדנות.

לעניין פרשנות החוק, השופט מצא בחר לפרש בצמצום את סמכות קביעת התקנים של מכון התקנים, ובה-בשעה לפרש בהרחבה את סמכותו של השר לגבור על הכרעת המכון. השופט מצא קבע כי החוק אינו מעניק למכון התקנים שום סמכות לחייב את השר, וכי קיום מטרות החוק מחייב מתן סמכות לשר להתגבר על מכון התקנים.

פסק-הדין בעניין **שקיות התה** חשוב מסיבה נוספת. הנטייה האינטואיטיבית של שופטים היא לקבוע כי פוליטיקאים הם הסכנה האמיתית למקצועיות בקבלת

[64] עניין **שקיות התה**, לעיל ה״ש 56, ס׳ 5 לפסק-הדין.

ההחלטות בשירות הציבורי. לפיכך רבים קוראים ופועלים לביסוס עצמאותן של הרשויות המנהליות מפני הכוחות הפוליטיים הנבחרים. פסק-הדין בעניין **שקיות התה** מזהה – בצורה נכונה, לדעתי – כי לא תמיד זה המצב. גם רשות מנהלית אינה פועלת רק מטעמים מקצועיים. אין היגיון לראות תמיד את הרשות המנהלית כמקצועית וכנקייה מאינטרסים, ואילו את הפוליטיקאים כרודפים אחר אינטרסים. כשם שיש פוליטיקאים המבקשים לקדם מטרות ציבוריות ופוליטיקאים הפועלים מאינטרסים אישיים, כך גם ברשויות ציבוריות אחרות יש הפועלים לקידום מטרה ציבורית ויש הפועלים לטובת קידום אינטרסים של קבוצות מסוימות.

מבחינתו של בית-המשפט, היתרון בעניין **שקיות התה** היה העובדה שזיהוי טביעות-האצבע של היצרנים המקומיים היה פשוט וקל, ולמעשה התעלמות של בית-המשפט מהאינטרסים הייתה מחייבת אותו למאמץ ניכר. החלטתו של מכון התקנים הייתה מנוגדת לכל החומר הרפואי והבטיחותי בעולם. אין בעולם מקרה מתועד אחד שבו נגרם נזק מסיכה של שקית תה, ואין גם שום מדינה בעולם האוסרת סגירת שקיות תה בסיכה. נוסף על כך, מכון התקנים פירט בהחלטתו במפורש כי הוא פועל על-מנת להגן על יצרנים מקומיים. יתר על כן, מכון התקנים לא הופיע כלל בבית-המשפט כדי להגן על החלטתו, ועל כך ספג קיתונות של ביקורת מאת השופט מצא. בקיצור, בית-המשפט לא נדרש כאן לאומץ רב או לתובנות מתוחכמות על-מנת להגיע אל המסקנה הפשוטה שעל-פיה מכון התקנים פעל כאן בשירות היצרן המקומי.

אלא שעובדות אלה, אשר הקלו על בית-המשפט בעניין **שקיות התה**, רק מוכיחות כי פסק-דין זה הוא היוצא מן הכלל. מקום שיש ראיות חותכות, בית-המשפט אינו יכול להתעלם מהן. בצירוף לראיות אחרות, היו העובדות המתוארות בפסק-דין זה אמורות להבהיר לבית-המשפט העליון את מעמדו של מכון התקנים. אלא שפסיקות מאוחרות יותר מראות כי בית-המשפט בחר לא להשתמש בתובנה העובדתית הברורה העולה מפסק-הדין בעניין **שקיות התה**. להלן דוגמה בהירה לפסיקה מעין זו.

(ב) פסק-הדין בעניין אכיפת תקן המרצפות[65]

(1) קריאה פורמלית

העתירה בעניין **אכיפת תקן המרצפות** עסקה בבעיית האכיפה של תקן המרצפות הישראלי על יצרנים מרצועת-עזה. תקן רשמי למרצפות – הקובע את הרכב החומרים בהן ואת חוזקן ואיכותן – הוצא עוד בתחילת שנות השבעים. בשנת 1995 הוצא נוסח אחרון ומחמיר של התקן, והוא נהפך גם לתקן רשמי. באמצע שנות התשעים, לאחר חתימת הסכמי אוסלו, נתקל מכון התקנים בבעיה בלתי-צפויה. עם תחילת יציאתה ההדרגתית של ישראל מרצועת-עזה, בעקבות הסכם ״עזה ויריחו תחילה״, איבד מכון

[65] בג״ץ 53/96 **תשלובת ח. אלוני בע״מ נ׳ שר התעשיה והמסחר**, פ״ד נב(2) 1 (1998) (להלן: עניין **אכיפת תקן המרצפות**).

התקנים את יכולת הפיקוח על יצרני המרצפות בעזה. אלה החלו להעביר לישראל מרצפות זולות מאוד, ככל הנראה באיכות נחותה, אשר מטבע הדברים לא עמדו בתקן. באופן רגיל מכון התקנים אינו נתקל בבעיה כזו, היות שמוצר שאינו מיוצר בישראל נבדק בנקודת הכניסה לישראל (נמל, מעבר גבול וכולי). אלא שלגבי מוצרים שיוצרו ברשות הפלסטינית נקבע כי לא יראו בהם מוצרים מיובאים, וזאת על-פי חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994.[66] חוק זה, המיישם גם את הפרוטוקול הכלכלי שנחתם בפריז בין ישראל לבין אש"פ,[67] קובע כי מעבר של טובין משטחי הרשות הפלסטינית לישראל לא ייחשב ייבוא.[68] התוצאה, לדעת משרד התעשייה והמסחר, היא שאי-אפשר לבדוק את המרצפות בנקודת הייבוא, אלא רק בנקודות השיווק.

טענתם המרכזית של העותרים הייתה כי למרות העובדה שהסכמי אוסלו קובעים כי מעבר של סחורות מעזה לישראל אינו ייבוא, יש לראות במרצפות המיוצרות בעזה מוצר מיובא לצורך בדיקת עמידתן בתקן. הטעם המרכזי לטענתם של העותרים היה שבדיקות בנקודות השיווק אינן נעשות כמעט בכלל, ועקב כך אין לאמיתו של דבר כל אפשרות לבדוק את עמידתן של המרצפות בתקן אלא בנקודת הגבול, קרי, בנקודת הכניסה לישראל מהרשות הפלסטינית.

פסק-הדין של השופט חשין קיבל את העתירה. בפסק-דינו קבע השופט חשין כי על המדינה לאכוף את התקן הישראלי על המרצפות המיוצרות בעזה. חשין הורה למדינה לערוך בדיקות נרחבות למרצפות המיוצרות בעזה. לשיטתו של חשין, מוצרים מרצועת-עזה אינם נחשבים אומנם מוצרי ייבוא על-פי החוק הישראלי, אבל מכיוון שישראל אינה יכולה לסמוך על הרשות הפלסטינית שתבדוק את המוצרים במקום ייצורם, יש להקפיד יותר בבדיקת עמידתם בתקן.[69] הדבר הסביר ביותר, קבע השופט חשין, הוא

---

[66] ס"ח 58 (להלן: חוק יישום הסכמי-הביניים).

[67] "פרוטוקול בדבר יחסים כלכליים בין ממשלת ישראל לבין אש"פ המייצג את העם הפלשתיני" **הרבעון לכלכלה** 95, 160 (1995) (להלן: הסכם פריז). הסכם פריז צורף כס' VI להסכם הביניים הישראלי-פלשתיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 32, 1067 (נחתם ב-1995).

[68] ההוראה נקלטה אל החוק הישראלי. ס' 5 לחוק יישום הסכמי-הביניים קובע: "לענין דיני היבוא יחולו הוראות סעיף 1א לחוק מס ערך מוסף, בשינויים המחוייבים." דיני הייבוא כוללים איסור ייבוא של מוצר ללא תו-תקן שהונפק מחוץ לישראל, אולם ס' 1א(א) לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1996, ס"ח 52, קובע כי "לגבי מכירת טובין, העברת טובין ומתן שירותים – (1) לא יראו בהעברת טובין מישראל לאזור, מישראל לשטחי עזה ויריחו, מאזור לישראל ומשטחי עזה ויריחו לישראל משום יצוא ויבוא".

[69] השופט חשין קבע כי בדיקה מקיפה כזו אינה בדיקה של מוצר ייבוא, אלא בדיקה ככל בדיקה שראוי לעשות למוצר המשווק בישראל, על-מנת לבדוק אם הוא עומד בתקן הרשמי. ראו עניין **אכיפת תקן המרצפות**, לעיל ה"ש 65, פס' 12 לפסק-הדין.

לבדוק אותם כאשר הם עוברים את הגבול בין ישראל לרשות הפלסטינית.[70] הקביעה החוקית כי מעבר מוצרים מהרשות לישראל אינו נחשב ייבוא, אין משמעותה שאין ליצור מערכת בדיקה למוצרים אלה.

(2) ניתוח אפשרי על-פי גישת הבחירה הציבורית

כזכור, פסק-הדין בעניין **אכיפת תקן המרצפות** עוסק באכיפת תקן על יצרני מרצפות מרצועת-עזה המבקשים לשווק את תוצרתם לישראל. תקן המרצפות הוא דוגמה בולטת לתקן שמטרתו – ולמצער השפעתו – היא הגבלת התחרות. פסק-הדין מציין במפורש את עמדת המדינה כי לתקן זה אין מקום, ודינו להתבטל.[71] את התקן הישראלי יש לקרוא במקביל לידוע לנו על קרטל המרצפות שנחשף בשנת 1997.[72] ניתוח מנקודת-מבט כלכלית של הרגולציה מעלה את ההיפותזה הבאה: כעניין שבעובדה, יצרני המרצפות הישראליים עשו ביניהם קרטל שמטרתו להגדיל את רווחיהם. רווחים גבוהים מושכים אל השוק יצרנים, יבואנים ומשווקים חדשים. על-מנת למנוע כניסת מתחרים זולים, יש לחסום את כניסתם אל השוק. התקן המחמיר שהוכרז על-ידי מכון התקנים הביא לידי הגבלת כניסתם של מתחרים.[73]

יודגש: לדעת משרד התעשייה והמסחר, התקן לא היה נחוץ כלל. בשנת 1998, כאשר ניתן פסק-הדין, כבר הורה החוק לעידוד הצמיחה על ביטול חלק ניכר מהתקנים הרשמיים, כאלה שאין שום נימוק של טובת הציבור מאחוריהם.[74] המדינה הודיעה במפורש לבית-המשפט כי תקן המרצפות הוא אחד התקנים העומדים להתבטל. כלומר,

---

[70] השופט חשין לא הורה למדינה במפורש לבדוק את המוצרים במעבר הגבול, אלא רק לוודא שהתקן ייאכף. הצעתו הייתה לבדוק את המוצרים במעבר הגבול, ונראה שזו ההצעה ההגיונית היחידה לנוכח חוסר האפשרות לבדוק את המרצפות לאחר שכבר נכנסו לישראל ושווקו לקבלנים. שם.

[71] המדינה עצמה הודיעה לבית-המשפט כי אין כל סיבה לתקן מבחינת מדיניות ציבורית ראויה, ולפיכך הוא עתיד להתבטל מאליו. שם, פס' 18 לפסק-הדין.

[72] לתיאור מלא של קרטל המרצפות והשפעותיו ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 366/99 **מדינת ישראל נ' סבירסקי**, תק-מח 2002(1) 736 (2002). רוב העותרות בעניין **אכיפת תקן המרצפות** היו חברות בקרטל המרצפות: תשלובת ח. אלוני בע"מ, רצף, מוצרי מלט קיסריה ועוד.

[73] קרטל הינו הסכם בין היצרנים להגבלת התחרות ביניהם. התוצאה הישירה של קרטל היא עלייה ברווח של היצרנים (על-חשבון הצרכנים). מובן כי ככל שהרווח עולה, גם הַהֶניעה של יצרנים נוספים להיכנס אל השוק עולה. בשוק תחרותי, שאין בו חסמי כניסה משמעותיים, הקרטל צפוי לכישלון בגלל חוסר יכולת לספק את רצונם של כל היצרנים. על-מנת לבצר קרטל, יש אפוא ליצור חסמי כניסה משמעותיים ביותר, שימנעו מיצרנים נוספים כניסה מהירה לשוק. תקן מחמיר הוא אחת הדרכים הקלסיות לביצור קרטל.

[74] חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1998, ס"ח 48.

היה ברור לכל הצדדים, ואף לבית-המשפט, כי לתקן אין זכות קיום, וכי ההגנה שהוא מעניק ליצרנים הקיימים מגבילה את התחרות בצורה בלתי-ראויה.

הייבוא של מרצפות זולות מעזה חתר תחת הקרטל של יצרני המרצפות. היה ברור כי ייבוא זה יוביל בהכרח לתחרות אשר עלולה למוטט את קרטל המחירים. יצרני המרצפות נאלצו להתמודד עם מצב חדש שהפר את שיווי-המשקל בשוק: מצד אחד, אם העברת מרצפות המיוצרות בעזה לישראל אינה נחשבת ייבוא, כי-אז מכון התקנים אינו יכול לאכוף באופן יעיל את התקן המחמיר, המונע תחרות חיצונית לקרטל; מצד אחר, לא היה סביר ככל הנראה לצרף את יצרני המרצפות בעזה לקרטל. לנוכח נחיתותם של אלה האחרונים, הדרך היחידה שלהם לחדור לשוק הייתה ייצור מרצפות זולות שיימכרו במחיר זול. שוב – אין כל מידע ודאי כי מכון התקנים אכן היה מודע לקיומו של קרטל המרצפות או שהוא פעל במודע במסגרת זו. גם אין צורך להוכיח זאת. ייתכן שהקרטל השתמש במכון התקנים בלא ידיעתו.

אלא שלגבי העותרים – חברי הקרטל – הדברים ברורים למדי: יש לפחות מקום לחשוד כי טענות העותרים אינן נובעות מרצון לשרת את טובת הציבור, אלא את הקרטל המשותף. חשד זה, כפי שנראה להלן, אינו מופיע כלל בפסק-הדין.

(3) הערכת פסק-הדין על-פי פרשנות תכליתית והבחירה הציבורית

כפי שתיארתי לעיל, הרקע לעניין **אכיפת תקן המרצפות** היה מאבקם של יצרני המרצפות לשמירת קרטל המרצפות באמצעות הצבת חסמי כניסה. עובדות אלה אינן מופיעות כלל בפסק-הדין של השופט חשין. יש לציין כי קרטל המרצפות כבר נחשף אומנם בשנת 1997, אך פסקי-הדין שהרשיעו את המשתתפים בקרטל ניתנו בשנת 1999, כלומר, רק לאחר מתן פסק-הדין בענייננו (1998). לפיכך ניתן לטעון כי בית-המשפט היה יכול – ואף צריך – להתעלם מכתבי-האישום (אשר כבר הוגשו) ומן המידע בדבר חשיפת הקרטל.[75]

לשיטתי, גם ללא המידע בדבר קרטל המרצפות, אשר היה כאמור בידי בית-המשפט באופן חלקי בלבד, היה על בית-המשפט להציב את תקן המרצפות בחזקת "חשוד", וזאת מהטעמים הבאים: ראשית, הידע שהיה קיים בבית-המשפט מפסק-הדין בעניין **שקיות התה** (שניתן רק שנתיים קודם לפסק-הדין בעניין **אכיפת תקן המרצפות**), בדבר האינטרסים המנחים את מכון התקנים,[76] היה צריך להעלות חשד בדבר מעורבותו של

[75] מצד אחר ניתן לטעון, כמובן, שאם בית-המשפט מעוניין לברר את העובדות לאשורן, עליו לעשות זאת לא רק לאור פסקי-דין חלוטים, שכן אז חלק מהעובדות נסתרות מעיניו לחלוטין. גם מידע שאינו מוכח צריך לפחות להדליק נורית-אזהרה מעל עתירה, ובעניין **אכיפת תקן המרצפות** ניתן לומר שכתבי-האישום היו צריכים להדליק אור אדום בוהק.

[76] איש מן השופטים לא ישב בשני המותבים, אולם פסק-הדין היה ידוע בוודאי לשופטי בית-המשפט העליון.

מכון התקנים; שנית, העובדה שמשרד התעשייה והמסחר עצמו קרא לביטול התקן; שלישית, העובדה שכל העותרות היו יצרניות של מרצפות, ולא היה ביניהן ארגון צרכנים כלשהו הטוען לפגיעה עקב המרצפות המיובאות;[77] לבסוף, החשד העקרוני, כפי שתואר לעיל, בדבר מהותה של תקינה ישראלית ייחודית בדבר איכות מרצפות.

אולם בית-המשפט התעלם כאמור מסימני-אזהרה אלה. אפילו עמדת המדינה כי התקן מיותר – עובדה שהוצהרה בריש גלי על-ידי המדינה – לא השפיעה על גישתו הפרשנית של בית-המשפט. השופט חשין התייחס אליה ב״הערה״, אשר כל-כולה נועדה להראות כי הוא מתעלם מהטענה ואינו מעניק לה חשיבות כלשהי.[78] השופט חשין התייחס למקרה כאל מקרה נקי מאינטרסים. למעשה, כפי שאראה להלן, עמדתו כלפי החוק הייתה **הפוכה בדיוק** מהעמדה המומלצת על-ידי תיאוריית קבוצות-האינטרס.

כזכור, חוק יישום הסכמי-הביניים קובע למעשה כי בין ישראל לרשות הפלסטינית יתקיים שוק משותף, וכי מעבר של סחורות בין שני השווקים לא ייחשב ייבוא או ייצוא כלל. תיאוריית הסחר החופשי קובעת כי שוק משותף כזה הינו כלי לחיזוק שני השווקים המשותפים. הדוגמה הבולטת ביותר לשוק משותף כזה היא כמובן הקהילה האירופית, היוצרת שוק משותף בין כל המדינות החברות באיחוד האירופי. מדיניותן של הממשלה והכנסת, שהתבטאה בחתימה על הסכמי-הביניים ובחקיקת החוק ליישומם, קבעה רצון לשתף את השוק הישראלי עם השוק הפלסטיני.[79] בעיית הרמוניזציה של תקנים היא בעיה ידועה בשווקים משותפים ובדיני הסחר החופשי. בקהילה האירופית נקבע כי מדינה חייבת להכיר במוצר שיוצר במדינה אחרת כראוי לשיווק,[80] אלא אם כן

---

77 לטיעון זה יש להתייחס כמובן בזהירות, שהרי אין בו הוכחה חד-משמעית לכאן או לכאן, אבל ניתן בהחלט לראות בו שיקול במסגרת השיקולים.

78 ראו עניין **אכיפת תקן המרצפות**, לעיל ה״ש 65, בעמ׳ 13-14. כך כתב השופט חשין בסוף פסק-דינו:

> לטענת המדינה תקן המרצפות הוא אחד מן התקנים הרשמיים שהכרזתם כתקנים רשמיים תיבטל ותעבור מן העולם ביום 1 בנובמבר 1998. ומשיפקע התקן, כך מוסיפה המדינה וטוענת, תישמט מאליה הקרקע מתחת לעתירתן של העותרות. טענה זו לאו טענה היא, ועליה נאמר כך: אשר היה – היה, אשר הווה – הווה, אשר יהיה – יהיה. ועד אשר יהיה מה שיהיה – אם אמנם יהיה – חובה היא המוטלת על המדינה לאכוף את החוק ההווה גם על מרצפות-עזה. התקן הרשמי הוא לעת הזו תקן רשמי; תקן רשמי גורר אחריו חובות וזה החוק המחייב במקומנו. אמרנו, פירטנו ומה לנו שנחזור על הדברים.

79 איני טוען, כמובן, שזו הייתה הסיבה היחידה לחתימה על הנספח הכלכלי להסכמי-הביניים (הסכם פריז), אלא רק כי זה היה שיקול מדיניות חשוב בקבלתו. ראו הסכם פריז, לעיל ה״ש 67.

80 Case 120/78 Rewe-Zentrale AG. v. Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein 3 E.C.R. 649 (1979).

יש טעם – מרשימה סגורה של טעמים – לא להכיר בו.[81] בית־הדין האירופי, התומך בהרחבת השוק המשותף, פעל במיוחד נגד ההגבלות המוטלות במעברי הגבול, וראה בהן חתירה נגד השוק המשותף.[82]

השופט חשין, כאמור, התעלם מכל אלה. תפיסת הסחר הבין־לאומי של חשין נראית דומה יותר לתפיסה המרקנטליסטית שכמעט אבד עליה הכלח. לפי גישה זו, תפקידה של המדינה להגן על היצרנים המקומיים מפני ייבוא מתחרה. חוק יישום הסכמי־הביניים נתפס על־פי גישה זו כחוק שתועלתו מועטה ביותר: זהו חוק המועיל בעיקר לרשות הפלסטינית, באפשרו לסחורות פלסטיניות להיכנס בקלות לשוק הישראלי, ולפיכך יש לפרשו בצמצום. קביעת החוק כי מוצרים פלסטיניים אינם מוצרי ייבוא מפורשת בצמצום, באופן שאינו שולל את בדיקתם במעבר הגבול.

על־פי גישת הבחירה הציבורית, אין זה ברור כלל שניתוחו של השופט חשין נכון. ניעזר בהצעתו של אסקרידג' לפרשנות חוק שהובאה לעיל.[83] אם החוק ליישום הסכמי־הביניים נועד להרחיב את הסחר החופשי, אזי זהו חוק אשר תועלתו מבוזרת (בין הצרכנים הנהנים מהחוק) ועלותו מרוכזת (מוטלת על היצרנים שהשווקים שלהם נפתחים). חוק כזה הוא חוק חיובי, אך במיוחד לגביו אסקרידג' מציע לחשוד שמא קבוצת־אינטרס מנסה להשתלט על מוסד מנהלי אשר יוכל לסייע לה למנוע מהקבוצות הרחבות את קבלת התועלת שהחוק מתיימר להעניק להן. דווקא כאן שימוש באזהרתו של אסקרידג' היה צריך להניע את בית־המשפט לבחון בשבע עיניים אם קבוצת־האינטרס העומדת לשלם את מחיר החקיקה אינה משתלטת על המִנהל במטרה להגן על עצמה. בית־המשפט היה יכול להבין על רקע זה גם את עצם קביעת התקן.

אציין כי גם פרשנות מילולית־טקסטואלית של החוק הייתה יכולה להוביל בקלות למסקנה כי אין לערוך כל בדיקה מיוחדת למרצפות המיוצרות בעזה. כיבוד הכרעת המחוקק והיצמדות ללשון החוק, הקובעת כי מעבר סחורות מעזה אינו ייבוא, הייתה אמורה להוביל את בית־המשפט למסקנה כי אין להטיל על כניסת המרצפות מעזה לישראל כל הגבלה במעבר הגבול.

השופט חשין השתמש אומנם בפרשנות תכליתית בפסק־דינו, אבל התכלית שבה השתמש היא מסוג התכליות הכלליות, המתעלמות מהנתונים הספציפיים של המקרה. השופט חשין קבע כי התכלית הרלוונטית כאן היא תכלית השוויון לפני החוק. את השוויון הוא מיישם בצורה פורמלית: היות שיצרנים מקומיים מקיימים את התקן, יש לוודא שגם יצרנים בעזה המשווקים בישראל יקיימו את התקן. שימוש כזה בפרשנות תכליתית, כך אטען, מתעלם מההקשר שבו ניתן פסק־הדין. תכלית השוויון במקרה זה

---

81 הטעמים כוללים, למשל, בעיות במיסוי, פגיעה בקניין רוחני, פגיעה בבריאות הציבור וכולי.

82 ראו: Paul Craig & Gráinne De Búrca, EU Law: Text, Cases and Materials (2003) 582–593 ופסקי־הדין המאוזכרים שם.

83 ראו טבלה 1 לעיל ליד ה״ש 42 ואילך.

ריקה מתוכן. הרי ברור שאין לדבר על שוויון באכיפת החוק כאשר מצד אחד נמצא קרטל חזק, הנעזר ברשות מנהלית שבויה, ומצד אחר נמצאים **הצרכנים**, המבקשים לקנות מוצר זול יותר, אף אם באיכות פחותה. התכלית הכללית העומדת בבסיס פרשנות החוק אינה אלא כסות להתעלמות ממילות החוק, מכוונת המחוקק ומהגיונם התכליתי של הדברים בהקשרם.

(ג) פסק-הדין בעניין רישוי מעבדות פרטיות

(1) קריאה פורמלית

בשנת 2001 עתרו לבג"ץ איגוד לשכות המסחר ומכון איזוטופ (מכון פרטי לבדיקות) ותקפו את אי-נכונותו של משרד התעשייה והמסחר לאפשר למכון פרטי לשמש מכון לבדיקת עמידתם של מוצרי ייבוא בתקן.[84] פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש][85] הסמיכה את שר התעשייה והמסחר להסדיר צו ייבוא של טובין. השר קבע בצו היבוא החופשי[86] כי מכון התקנים הוא הגורם היחיד המוסמך לערוך בדיקות עמידה בתקן.

העותרים ביקשו לקבוע כי הן חוק התקנים, הקובע כי יש אפשרות לקיים בדיקות על-ידי מעבדות מאושרות,[87] והן חוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות[88] מלמדים כי פרשנות נכונה של מכלול החוקים היא כי אין לשר סמכות לפסול לחלוטין את פעולתן של מעבדות פרטיות. שרת התעשייה והמסחר, ולאחר-מכן שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, התנגדו לכך בתוקף.

בית-המשפט דחה את העתירה. בפרשנות החוק המסמיך קבע בית-המשפט כי לשר התעשייה והמסחר יש למעשה שיקול-דעת מוחלט כמעט בשאלה מי רשאי להעניק את האישורים. לגופו של עניין קבע בית-המשפט כי הנמקתו של השר ראויה, היות שהוא הסתמך על כמה שיקולים:[89] ראשית, מכון התקנים הוא מכון ציבורי, ולפיכך האינטרס שלו הוא ציבורי בלבד; שנית, מכון פרטי הוא גוף שהנאמנות שלו אינה ידועה; שלישית, רישוי של מכונים פרטיים יפתח מסע של השוואות בין מכונים, ומירוץ אל התחתית מבחינת איכות העמידה בתקן.

---

84 בג"ץ 7428/01 **איגוד לשכות המסחר בישראל נ' שרת התעשיה והמסחר**, תק-על 2005(2) 2833 (2005) (להלן: עניין **רישוי מעבדות פרטיות**).

85 פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל"ט-1979, ס"ח 625.

86 צו היבוא החופשי, התשל"ח-1978, ק"ת 1774.

87 ס' 12 לחוק התקנים.

88 חוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז-1997, ס"ח 186. חוק זה חוקק על-מנת לאפשר הפרטה של חלק מהשירותים הניתנים על-ידי מעבדות ממשלתיות, על-ידי הקמת רשות מוסמכת שתפקח עליהם.

89 עניין **רישוי מעבדות פרטיות**, לעיל ה"ש 84, ס' 46 לפסק-הדין.

(2) ניתוח אפשרי על-פי גישת הבחירה הציבורית

העתירה של איגוד לשכות המסחר עוסקת, כאמור, באי-נכונותו של משרד התעשייה והמסחר לאפשר למכון פרטי לשמש מכון לבדיקת עמידה של מוצרי ייבוא בתקן. עמדתו של מכון התקנים בעניין זה ברורה: **ראשית**, כפי שכבר ציינו, מכון התקנים פועל למעשה להגנת האינטרס של היצרנים הישראליים מול ייבוא מתחרה. מתן אפשרות למעבדות פרטיות לבדוק את מוצרי הייבוא ייצור תחרות, ולא יהיה אפשר להעמיד דרישות שהן מעבר לנדרש על-פי התקן. **שנית**, יש מקום לחשוד כי מכון התקנים מבקש לשמור על מעמדו המונופוליסטי. ככל גוף מנהלי, הוא מונחה גם על-ידי הרצון לשמור על כוחו, על תקציבו (המבוסס בחלקו על הכנסות מבדיקות עמידה בתקן) ועל סמכויותיו. אין לצפות לכל עמדה אחרת ממכון התקנים.

עמדתם של שרי התעשייה והמסחר,[90] כפי שהיא מובאת בפסק-הדין, בעייתית מכמה סיבות: **ראשית**, השר מעניק מונופול לגוף ממשלתי בתחום הייבוא – תחום שחשוף במיוחד למניפולציה שלטונית. **שנית**, ההסדר האוסר על מעבדות פרטיות לפקח על הייבוא נראה בעייתי במיוחד, מכיוון שלמעבדות פרטיות ניתן היתר לאשר עמידה בתקן לגבי חברות ישראליות.[91] כלומר, ההגבלה היא רק לגבי אישורים של ייבוא, ולא לגבי אישורים של ייצור ישראלי. אכן, אחת העותרות בתיק זה הייתה חברה ישראלית (איזוטופ) אשר מחזיקה בהסמכה לבחינת עמידה בתקנים ישראליים למוצרים המיוצרים בישראל עצמה. **שלישית**, ואולי אירונית מכל, היא ההנמקה הממשלתית בתשובה לעתירה. בתשובה לעתירה טען משרד התעשייה והמסחר כי בפועל בדיקת מכון התקנים היא כלי שלטוני, ולפיכך אין להפריטו.[92] אולם טענה זו של הפרקליטות מסגירה, לשיטת הבחירה הציבורית, את הטעם האמיתי שמאחורי עמדתם של שרי התעשייה והמסחר.

כפי שאמרתי, שרי התעשייה והמסחר תומכים בשנים האחרונות באופן עקרוני בליברליזציה של הסחר הבין-לאומי של ישראל, ושל השוק הישראלי בפרט. ייתכן שעמדה זו אומצה מטעמים של טובת הציבור, מטעמים של תמיכה בקבוצות-אינטרס של יבואנים וכולי. בין כך ובין כך, עמדה זו הביאה את שרי התעשייה והמסחר לידי עימות עם מכון התקנים בכמה מקרים, כאשר מכון התקנים מייצג את העמדה המסורתית השומרת על האינטרסים של היצרנים המקומיים הוותיקים.

אולם העתירה בעניין **רישוי מעבדות פרטיות** מתיימרת להשיג מטרה רחבה בהרבה מאשר השגת נקודות במאבק בין השר לבין מכון התקנים. הסמכת מעבדות פרטיות היא

---

90 העמדה ננקטה באופן עקבי על-ידי כמה שרי תעשייה ומסחר.

91 פסק-הדין עוסק בבדיקות לאישור יבוא בלבד, בעוד שבין העותרים הייתה מעבדה מאושרת לצורך בדיקה של מוצרים המיוצרים בישראל. ראו עניין **רישוי מעבדות פרטיות**, לעיל ה"ש 84, פס' 2 לפסק-הדין.

92 לא למותר לציין כי מדובר באותה ממשלה המבקשת להפריט את שירות בתי-הסוהר. ראו ס' 128ז לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, ס"ח 459.

תחילת ההפרטה של מערכת התקנים כולה, דבר שיוציא מידי השר את השליטה במערכת הבדיקות. ייתכן שהשר הספציפי תומך כעת בליברליזציה של הסחר, אך אין ספק שהוא אינו מתכוון לוותר על השליטה בנושא התקנים כולו. מכון התקנים מבטיח לא רק שליטה במדיניות העכשווית, אלא גם – כפי שהסברנו לעיל – יכולת לקבע מדיניות עתידית. שר התעשייה והמסחר צריך אינטרס חזק ביותר על-מנת לאפשר הפרטה כזו.[93] אי-אישור פעולתן של מעבדות פרטיות הוא אפוא אינטרס משותף של מכון התקנים ושל שר התעשייה והמסחר, המעוניין להשאיר את מכון התקנים ואת תחום התקינה תחת פיקוחו.

אחת התובנות הבסיסיות של גישת הבחירה הציבורית היא שמערכת ביורוקרטית בעלת כוח מונופוליסטי יכולה לקבוע לעצמה מדיניות אשר אינה עולה בקנה אחד עם המדיניות הרשמית המוצהרת.[94] יתר על כן, פעמים רבות המוסדות הנבחרים מעבירים סמכויות בכוונה למוסדות לא-נבחרים, על-מנת שאלה יעשו פעולות אשר נוגדות את ההצהרות הפורמליות של המוסדות הנבחרים, וזאת כדי לחסוך מהנבחרים עימות ומבוכה.[95]

נראה שבמידה רבה זה המצב כאן. הממשלה אומנם החליטה על פתיחה מוחלטת של השוק לייבוא ועל הסרת הדרישה לתקן ישראלי למעט במקום שהדבר הכרחי, אבל העברת הסמכות אל שר התעשייה והמסחר, וממנו אל מכון התקנים כמונופול בשאלות התקינה, חותרת תחת מטרה מוצהרת זו.[96]

---

93 מובן שאם הסבר זה נכון, עולה השאלה מדוע אימצה מדינת-ישראל מערכת של הפרטה בשנים האחרונות. התשובה לכך מורכבת, ואין זה המקום לעסוק בשאלה זו. אומַר רק שבעיקרון יש הגזמה ניכרת בחשיבותה של ההפרטה במדינת-ישראל. ההפרטה בישראל מגיעה בדיוק במקביל לפעולותיהן הנרחבות של רשויות אכיפת החוק נגד מינויים פוליטיים על-ידי הפוליטיקאים. יוצא אם כן שהתועלת לפוליטיקאים מהחזקת חברות ממשלתיות וגופים שונים קטַנה, מכיוון שממילא קשה להם יותר למנות את אנשי-שלומם לראשות גופים אלה. בהעברת נכסים ליידיים פרטיות יש הרבה יותר מקום לפוליטיקאי להשפיע, מכיוון שההעברה מלווה בדרך-כלל על-ידי פיקוח רגולטורי הדוק (לדוגמה, מועצת הכבלים והלוויין או הרשות לשירותים ציבוריים חשמל), אשר מאפשר לפוליטיקאי שליטה מסוימת בנכס המופרט. בכל מקרה, אין דוגמות להפרטה של מערכת רגולציה דוגמת מכון התקנים, מה שמראה כי השליטה בגופים אלה חשובה עדיין לפוליטיקאים.

94 לסיכום כללי של הספרות בנושא זה ראו: Ronal Wintrobe, *Modern Bureaucratic Theory*, *in* PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 429 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

95 ראו McCubbins, Noll & Weingast, לעיל ה״ש 25, וכן: Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll & Barry R. Weingast, *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*, 3 J. L. ECON. & ORG. 243 (1987).

96 פסק-הדין האחרון בשרשרת הפסיקות של בית-המשפט העליון בעניין מכון התקנים – בג״ץ 7961/03 **טלרון תעשיות (1979) בע״מ נ׳ שר התעשיה המסחר והתעסוקה**, תק-על **2005**(3) **1023** (**2005**) (להלן: עניין **טלרון**) – מדגים יפה נקודה זו. לא במפתיע, עובדות המקרה דומות לעובדות המקרים הקודמים. שר התעשייה והמסחר אימץ תקן שנקבע על-

(3) הערכת פסק-הדין על-פי פרשנות תכליתית והבחירה הציבורית

בית-המשפט דחה כאמור את העתירה. בפרשנות החוק המסמיך קבע בית-המשפט כי לשר התעשייה והמסחר יש למעשה שיקול-דעת מוחלט כמעט בשאלה מי רשאי להעניק את האישורים המעידים על עמידה בתקן. לגופו של עניין קבע בית-המשפט כי הנמקתו של השר ראויה, היות שהוא הסתמך על כמה שיקולים שאותם הערין בית-המשפט כרלוונטיים.[97]

טיעונים אלה הם טיעונים קלסיים המושמעים נגד פתיחת שוק לתחרות, טיעונים שנדחו אפילו על-ידי בית-המשפט העליון עצמו במקרים אחרים.[98] מובן שמטרותיו העקרוניות של מכון התקנים, כפי שהן מופיעות בתקנון המכון, הן מטרות ציבוריות. מכון התקנים אמור להגן על הצרכנים, על בטיחות השימוש במוצר ועל איכות הסביבה.[99] אלא שבחינת מטרות המכון מגלה רק חלק קטן מהתמונה. מכון התקנים, כפי שבית-המשפט כבר נוכח במקרים קודמים, פועל לעיתים על-פי אינטרס של יצרנים מקומיים. הוא גם פועל בניגוד עניינים שמקורו בהסתמכותו התקציבית על בדיקות שהוא עורך למוצרי ייבוא.[100] בכל מקרה, הוא בוודאי אינו יכול להיחשב כגוף שרק האינטרס הציבורי לנגד עיניו.

פרשנות על-פי גישת הבחירה הציבורית הייתה יכולה להוביל את בית-המשפט לפחות להטלת ספק בטיעון שעל-פיו מכון התקנים פועל משיקולים ציבוריים בלבד.

ידי מכון התקנים, וקבעו כתקן רשמי. התקן מיועד רק למצברים מיובאים שאינם מותקנים כמצברים מקוריים במכוניות מיובאות. מצברים מקוריים אינם צריכים לעמוד בתקן. המצברים המיובאים עומדים בתקן האירופי, וגם עומדים בעיקרון בתקן הישראלי. אלא שבחינה שלהם מול התקן הישראלי עולה ליבואני המצברים ממון רב, והדבר מפחית מכושר התחרות שלהם. בפועל, אם כן, הדרישה מגבילה את התחרות של המצבר המיובא מול המצבר המיוצר בייצור מקומי. יתר על כן, הכרה בתקן האירופי תייתר במידה רבה את פעולתו של מכון התקנים עצמו בנושא זה. עובדות אלה היו אמורות להדליק נורית-אזהרה חריפה מעל תקן המצברים. אולם בית-המשפט בירר את העניין, וקבע כי למעשה מטרתו האמיתית של התקן היא להגן על איכות הסביבה.

97 ראו את האמור לעיל בטקסט ליד ה"ש 89.

98 בג"ץ 4387/99 **מועדון מכוניות וסיירות בישראל נ' שר התחבורה** (לא פורסם, 15.11.1999).

99 ס' 1 לתקנון מכון התקנים. המטרה המפורשת היחידה שניתן לפרשה כמעניקה סמכות להגן על היצרנים המקומיים מופיעה בס' 1(1)(ה) לתקנון מכון התקנים – "להגן על היצרנים והצרכנים מפני תחרות בלתי הוגנת של מוצרים בעלי סימון מטעה או בעלי איכות או טיב פעולה לקויים".

100 אחת ההבחנות המוקדמות ביותר של החוקרים מגישת הבחירה הציבורית ביחס לפעולתם של מוסדות מנהליים הייתה כי מטרתם היא להשיא את תקציבם. WILLIAM A. NISKANEN, BUREAUCRACY AND REPRESENTATIVE GOVERNMENT (1971). מחקרים מאוחרים יותר מיתנו עמדה זו, אך השאת התקציב מהווה עדיין ללא ספק מרכיב חשוב בהבנת פעולתו של כל מוסד מנהלי.

גם את שיקול-דעתו של שר התעשייה והמסחר היה אפשר לבחון בכלים מחמירים יותר. פרשנות תכליתית על-פי גישת הבחירה הציבורית הייתה אמורה להוביל את בית-המשפט לבחינת ההשפעה של פסיקתו. האם התועלת לציבור אכן גדֵלה מכך שרק מכון התקנים מוסמך לבדוק את מוצרי הייבוא? או שמא מדובר כאן בגוף שמנסה לשמור על מעמדו, ואשר פועל תחת לחץ של יצרנים ישראליים המבקשים להשאיר את רמת הבדיקות ברמה הגבוהה ביותר האפשרית, מעבר לזו הנדרשת, על-מנת להגביל את הייבוא? לנוכח ההיסטוריה של מכון התקנים, ייתכן שבית-המשפט היה יכול להעלות יותר מחשד שמדובר כאן בשימוש בשיקול-דעת לטובת המעטים, ובניגוד לאינטרסים של הרבים, וכי חובתו של בית-המשפט להתערב.

(ד) סיכום-ביניים

לכאורה, שורת פסקי-הדין שתוארו אינה עקבית: פעם אחת (בעניין **שקיות התה**) בית-המשפט פוסק לטובת העותרים כאשר הוא מקבל את עמדתו של שר התעשייה והמסחר כנגד עמדתו של מכון התקנים; בפעם אחרת (בעניין **אכיפת תקן המרצפות**) הוא פוסק לטובת העותרים כנגד משרד התעשייה והמסחר, ומחייב אותו לערוך בדיקות; ובפעם השלישית (בעניין **רישוי מעבדות פרטיות**) הוא פוסק לטובת שר התעשייה והמסחר, המגן לכאורה על האינטרס הציבורי בסרבו להעניק רישיון למעבדה פרטית. בית-המשפט נראה כפוסק בכל עניין לגופו.

הצעתי היא לקרוא את פסקי-הדין מבעד למשקפיים של תיאוריית קבוצות-האינטרס. איני טוען כי זו הקריאה היחידה האפשרית או אפילו הסבירה ביותר. טענתי היא כי קריאה על-פי תיאוריה זו מציגה נקודת-מבט נוספת על פסיקותיו של בית-המשפט העליון, אשר יש להביאה בחשבון בעת הערכת הפסיקה. איני יודע, כמובן, אם מכון התקנים אכן פעל בשירות האינטרסים של הייצור המקומי או מאינטרס של שימור עצמי. אני יכול רק להצביע על חשש מבוסס כי אכן כך קרה. טענתי אינה נוגעת ברפורמה במערכת המנהלית של מדינת-ישראל, אשר חלק ממוסדותיה פועלים בוודאי לטובת אינטרס ציבורי, וחלקם מגינים על האינטרס שלהם או על אלה של קבוצות-האינטרס שלשם ההגנה עליהן הם נוצרו.[101] מאמר זה אינו קורא אפוא לרפורמה במערכת המִנהל. מטרתו של מאמר זה היא להציע כי למערכת המשפט יכול להיות תפקיד בביקורת על המערכת המנהלית – תפקיד אשר בתי-המשפט אינם מודעים לו תמיד או אינם מוכנים תמיד ליטול על עצמם.

ראינו כי קריאה מדוקדקת של פסיקותיו של בית-המשפט העליון מבססת ביקורת על החלטותיו. איני מתכוון להכריע כי בית-המשפט העליון טעה בפסיקתו בעניין **אכיפת תקן המרצפות** או בעניין **רישוי מעבדות פרטיות**.[102] כל שרציתי להראות הוא כי

[101] קיימים מוסדות אשר באופן מסורתי מקובל לראותם כפועלים למען אינטרס ציבורי – למשל, הממונה על ההגבלים העסקיים.

[102] ראו לעניין זה גם עניין **טלרון**, לעיל ה״ש 96.

גישת הבחירה הציבורית, ובמיוחד תיאוריית קבוצות-האינטרס, מטילות צל על פסיקה זו, או לפחות מחייבות את בחינתה מחדש.

הצעות אלה מעלות כמה שאלות-יסוד בנוגע לתפקידו של בית-המשפט על-פי גישת הבחירה הציבורית. מה היה על בית-המשפט לעשות? מה ניתן לצפות ממנו שיעשה? באילו כלים עליו להשתמש?[103] אכן, כמה מן ההצעות הרדיקליות והחשובות ביותר מבית-מדרשה של גישת הבחירה הציבורית התמקדו בתפקידם של בתי-המשפט.[104] אפנה עתה לבירור תפקידו של בית-המשפט במסגרת זו בישראל.

ג. פרשנות תכליתית "ישראלית" והבחירה הציבורית

הצגתי לעיל שלושה פסקי-דין. טענתי כי בשניים מהם היה בית-המשפט צריך לשקול שיקולים מתחום הבחירה הציבורית, ולא עשה כן. טענתי היא כי פסקי-דין אלה הם רק מדגם מייצג. בפסקי-דין אחרים שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון בעניין מכון התקנים, הציג בית-המשפט עמדה דומה.[105] במקרה אחד – עניין **שקיות התה** – הצדקתי את עמדתו של בית-המשפט. פסק-דין זה הוא היוצא מן הכלל המעיד על הכלל, שכן בסיטואציה המתוארת בו הייתה עמדתו של מכון התקנים בוטה עד כדי כך שבית-המשפט לא היה יכול להתחמק מביקורת עליה. אך מכון התקנים ומוסדות אחרים לא שבו מאז לפרוש את טעמיהם לפני בית-המשפט בצורה כה כנה, ופסק-דין דוגמת עניין **שקיות התה** לא חזר על עצמו מאז.

יתר על כן, נטייתו של בית-המשפט לתת אמון בגוף המציג לפניו מטרות "ציבוריות" חוזרת על עצמה גם לגבי מוסדות אחרים. לא אוכל להביא כאן דוגמות רבות. אציין רק שניתן לזהות תהליכים דומים של התעלמות מאינטרסים, לרבות אינטרסים עצמיים, של גופים המתיימרים לייצג אינטרסים ציבוריים גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון ביחס ללשכת עורכי-הדין.[106]

---

[103] לצורך הדיון בחלק זה של המאמר אניח כאן כי לבית-המשפט העליון עצמו אין אינטרס מובהק בתוצאת הפסיקה, דהיינו, בית-המשפט עצמו מקבל את פסיקותיו בתום-לב ולגופו של עניין. הנחה זו אינה נקייה מספקות, כמובן, ובחלקו האחרון של המאמר אכן נוותר על הנחה זו.

[104] ראו, למשל, MASHAW, לעיל ה"ש 5, בעמ' 50-80. Mashaw מציע להעניק לבית-המשפט סמכות לבטל חוקים מכוח Rationality Review, על-מנת להתגבר על החוקים הבוטים ביותר המעבירים עושר מהרוב למיעוט.

[105] ראו, למשל, עניין **טלרון**, לעיל ה"ש 96.

[106] ראו שחר אלדר "הזכות לסוס בלי מושכות: על הקשר בין הזכות לייצוג על ידי עורך דין ומעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין" **קרית המשפט** ו 441 (2006); עלי זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי: על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה" **משפטים** לב 43 (2001); רון שפירא "המקצוענות של החינוך המשפטי" **מחקרי משפט** יז 263 (2001).

שאלה חשובה היא אם מדובר בכשל נקודתי של בית-המשפט או שמא מדובר כאן בעניין עקרוני. האם שיטת הפרשנות הישראלית יכולה להכיל את התובנות של הבחירה הציבורית? לכאורה, גישת הפרשנות המקובלת בישראל היא זו התכליתית. להלן נראה כי גישה זו מתאימה ליישום גישת הבחירה הציבורית.

1. פרשנות תכליתית ככלי ליישום תובנות מגישת הבחירה הציבורית

במאמר חשוב שהתפרסם לפני שנים אחדות תיאר ד"ר ניר קידר את עליית הפרשנות התכליתית במשפט הישראלי.[107] קידר מתאר את התשתית התיאורטית ואת שורשיה האינטלקטואליים של גישת הפרשנות התכליתית, ולאחר-מכן מתמקד בטעמים לעליית כוחה של הפרשנות התכליתית. קידר מתאר את המהלך של עליית הפרשנות התכליתית כתגובה על איבוד האמון ברשויות השלטון. באמצעות כלליה של הפרשנות התכליתית – שימוש בכלים של תכליות אובייקטיביות ונורמטיביות של חוקים ספציפיים ושל מעשי החקיקה בכלל – בית-המשפט יכול להתגבר על טעמים לא-ענייניים שהשתרבבו לחקיקת החוק.

למעשה, גישה זו של פרשנות תכליתית מקבלת את הטענות המרכזיות של גישת הבחירה הציבורית. תפקידו של בית-המשפט הוא "לתקן" את מעשה המחוקק. מדוע אם כן לא אימץ בית-המשפט את התובנות של גישת הבחירה הציבורית אלא במקרים שבהם לא הייתה לו כמעט ברירה אלא לעשות כן (דוגמת עניין **שקיות התה**) מכיוון שעמדת הרשות הייתה כה בוטה? לדעתי קיימים ארבעה טעמים מרכזיים לכך שגישת הפרשנות התכליתית בישראל לא אימצה את גישת הבחירה הציבורית אל תוכה, כמפורט להלן.

(א) פרשנות תכליתית כגישה בעלת קצוות פתוחים

הגישה הפרשנית התכליתית המקובלת בישראל שונה במידת-מה מזו הקלסית שאומצה על-ידי חוקרים מזרם ההליך המשפטי ותלמידיהם.[108] גישת הפרשנות התכליתית שאומצה בישראל כוללת שורה ארוכה של מרכיבים, ולפיכך שיוכה לגישות אחרות לוקה בהכרח בפשטנות.

הניתוח האנליטי המקיף ביותר של גישת הפרשנות התכליתית הוא כמובן של הפרופסור אהרן ברק. בשורה של ספרים ומאמרים פרש ברק את משנתו, שעל-פיה גישה פרשנית תכליתית היא הגישה הפרשנית המתאימה לעולם שבו מודרניות ופוסט-מודרניות משמשים בצוותא.[109] לשיטתו של ברק, פרשנות תכליתית היא גישה פרשנית

---

[107] קידר, לעיל ה"ש 2. לתיאור מקיף נוסף של גישת הפרשנות התכליתית ושל הביקורת עליה ראו שפירא, לעיל ה"ש 2.

[108] למשל, גישתו של Eskridge, במאמרו *Politics without Romance*, לעיל ה"ש **40**. לתיאור גישה זו ראו גם את הדיון לעיל בס' א2(ב) למאמר.

[109] ראו, למשל, ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש **1**.

הכוללת למעשה את כל המרכיבים של גישות פרשניות אחרות. נקודת המוצא שלה היא לשון הטקסט, אך זו נקודת המוצא בלבד, ולא נקודת הסיום.[110] ברק סבור כי פרשנות תכליתית צריכה להביא בחשבון, מעבר לטקסט, מגוון של גורמים נוספים, ביניהם הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק והתכליות האובייקטיביות.[111]

כפי שציינו קידר ואחרים, הבעיה המרכזית של גישת הפרשנות התכליתית היא עמימותה לגבי התוצאות האפשריות.[112] ברק שולל סדרה ארוכה של גישות פרשניות המובילות בוודאות יחסית לתוצאה פרשנית בת-צפייה. כחלופה להן הוא מציג גישה פרשנית המותירה שיקול-דעת פרשני בידי השופט הפרשן. גישת הפרשנות התכליתית מתאימה לאישיותו השיפוטית של ברק דווקא מכיוון שהיא מותירה בידי השופט מרווח שיקול-דעת עצום.[113]

---

[110] **שם, בעמ' 136.**

[111] שם, בעמ' 132: "התכלית על פי גישתי היא קונסטרוקציה משפטית, בדומה למושגים כמו בעלות, זכות או חובה. בגיבושה נעשית אינטגרציה בין היבטים סובייקטיביים (תכלית סובייקטיבית; כוונת היוצר; טלאולוגיה סובייקטיבית) לבין היבטים אובייקטיביים (תכלית אובייקטיבית; כוונת היוצר הסביר וערכי היסוד של השיטה; טלאולוגיה אובייקטיבית)." לתיאור מלא ראו קידר, לעיל ה"ש 2.

[112] למשל, הפרשנות התכליתית מורה על פנייה לכל הנסיבות סביב חקיקת החוק (ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 188); היא מתעלמת ממוקדם ומאוחר (שם, בעמ' 189) ומתירה תנועה חופשית כמעט בין הלשון לבין ההקשר (שם, בעמ' 190). הפתרון לסתירה בין תכליות מתחרות הוא באיזון ראוי, ולא במִדרג (שם, בעמ' 200). ברק מנסה להגביל את העמימות בטענה כי קיימות חזקות, וכי חזקות אלה מגבילות את שיקול-הדעת (שם, בעמ' 228), אבל דווקא הדוגמה שהוא נותן מוכיחה את ההפך. ברק מוכיח את טענתו כי שיקול-הדעת השיפוטי מוגבל בעזרת פסק-הדין בבג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד 871 (1953). אך כידוע, כאשר הועמדה נוסחת האיזון של עניין **קול העם** במבחן לגבי סגירת עיתונים של ערביי ישראל, דומה שיישומה היה בעייתי מאוד, וכלל לא ברור שנוסחת האיזון יושמה באותה צורה. ראו, למשל, בג"ץ 541/83 **עסלי נ' הממונה על מחוז ירושלים**, פ"ד לז(3) 837 (1983); בג"ץ 562/86 **אל-חטיב נ' הממונה על מחוז ירושלים**, פ"ד מ(3) 657 (1986); אילן סבן "השפעת בית המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל" **משפט וממשל** ג 541 (1996).

[113] על כך אמר השופט טירקל בדנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661, 734 (1996):

> אחרי הדברים האלה תוהה אני מה הטעם בניסיון לשקול במאזני משפט את הערכים המתנגשים, או בניסיון ללכת ב'דרך מדרכי המשפט'; כאשר משקל הערכים משתנה לפי האוחז ביד מידת משפט, כאשר ניתן לבחור בין מספר דרכים וכאשר בדרך אחת אף ניתן להגיע לתוצאות שונות. גם בפסקי הדין של חברי לדעה מוצגת יותר מ'דרך משפטית' אחת שבה אפשר להגיע לתוצאה שאליה הגיעו, שאינה נופלת ב'משפטיותה' מן הדרכים שבהן הלכו החולקים עליהם. אם כך הדבר, מה הועילו ההולכים בדרך זאת?
>
> יותר מכך. אם אכן יש יותר מ'דרך משפט' אחת, כיצד תיעשה הבחירה בין הדרכים השונות ובין היעדים השונים שאליהם מובילה כל דרך? האם גם בחירה זאת מוכתבת על ידי 'הדין'? בסוגיות סבוכות, כזו שלפנינו, אין גאומטריה משפטית

לנוכח דברים אלה קשה קצת להתייחס לשאלה אם גישת הפרשנות התכליתית, כפי שהיא מוצגת על-ידי ברק, תומכת בגישת הבחירה הציבורית או מתנגדת לה. גישת הפרשנות התכליתית מותירה כאמור שיקול-דעת עצום בידי השופט. היא קובעת רק כללים פתוחים מאוד, ולפיכך אינה מאמצת גם את כללי ההכוונה של אסקרידג', למשל, שהיו מחייבים הנחיה מראש לשופטים בדבר השיקולים שעליהם להביא בחשבון. הנחיה כזו יכולה להיראות כצמצום מסוים של שיקול-הדעת של השופטים, בעיקר בנוגע להליך שיקול-הדעת שעליהם לנקוט.

(ב) דחייה מפורשת של הבחירה הציבורית

בספרו **פרשנות תכליתית במשפט**, שהוא התיעוד המאוחר ביותר של תורתו הפרשנית, מתייחס ברק בקצרה בלבד לגישת הבחירה הציבורית. ברק דוחה את העמדה הקיצונית שעל-פיה נבחרי ציבור פועלים משיקולים של כדאיות אישית בלבד, וטוען כי פעולה אישית אינה יכולה להסביר שורה ארוכה של פעולות מתחום השלטון האופייניות למשטר הדמוקרטי.[114] לא למותר לציין כי לשופטים ברק אף אינו מוכן לייחס ולו שמץ שמצה של פעולה מאינטרסים עצמיים.[115]

דחייה קצרה זו שוגה בהערכת ״הבחירה הציבורית״ בשני מישורים: ראשית, כפי שכבר תיארתי, הטענה כי נבחרי ציבור פועלים רק מטעמים אנוכיים אינה הטענה המקובלת, ובוודאי לא ההכרחית, ביחס לבחירה הציבורית.[116] הטענה המקובלת יותר היא שנבחרי ציבור פועלים **גם** על-פי האינטרסים האישיים שלהם, בדומה לאנשים בשוק הפרטי, ואולי אף פחות מהם. ביחסו עמדה קיצונית לאנשי הבחירה הציבורית, ברק הופך גישה זו לקריקטורה של הגישה האמיתית, מה שמקל עליו כמובן להתקיפה. במישור השני, אף שברק מודה כי ייתכן שיש גורמים אינטרסנטיים המשפיעים על חקיקה מסוימת, הוא אינו מוכן ללכת בכיוון שהציע אסקרידג' וליישם שיטות פרשנות שונות לגבי חוקים שונים. כלומר, ברק מציג את שיטתו הפרשנית כמותאמת לכל סוג של חקיקה.

המחייבת תוצאות חד משמעיות. שלא כחבריי שסברו כך, אין אני יכול להצביע על פתרון **אחד**, או פתרון 'נכון יותר', שניתן ליישמו במקרה שלפנינו. פסקי הדין שלפנינו מראים יפה כיצד ניתן להציב ערכים שונים במקום כל איבר בנוסחה הנבחרת. מול הקביעות שעליהן סומכים שופטים הדוגלים בהשקפה אחת, ניתן להעלות קביעות מנוגדות.

[114] ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה״ש **1**, בעמ' **297**.

[115] למעשה, הקדיש ברק ספר שלם להוכחת הטענה כי שופטים הינם מקצוענים נטולי אינטרסים אישיים. ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית (2004)**. ראו גם: Aharon Barak, *Forward: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARV. L. REV. 16 (2002).

[116] ראו את האמור לעיל בטקסט ליד ה״ש **16**.

הטעם השני לאי-ההתחשבות בתובנות מתחום הבחירה הציבורית הוא אם כן רתיעה עקרונית מקבלה מפורשת של תובנותיה.

(ג) הנטייה של הפרשנות התכליתית לתכליות עקרוניות

שיטת הפרשנות התכליתית, אף שהיא מאפשרת גישה אל מקורות היסטוריים ובירור של תכלית החקיקה, אינה מחייבת נבירה כזו.[117] עיקר החזקות המוצעות על-ידי ברק בניתוח הפרשנות התכליתית הן חזקות מהתחום **העקרוני**.[118] עקרונות-היסוד של השיטה, התאמה לחוק הבין-לאומי וכולי – אלה הכלים המרכזיים האמורים להדריך את השופט. כלים דוגמת היסטוריה חקיקתית, כוונת המחוקק או בעיות מציאותיות המשתלבות בתהליך החקיקה אינם עומדים במקום גבוה בסדר העדיפויות.

פרשנות המבוססת על הבחירה הציבורית מחייבת את השופט דווקא להתעמק במציאות הסובבת את החוק הספציפי. התהליך, המציאות, הפרטים הקטנים האופפים את ההליך הציבורי – אלה לחם-חוקה של תורת הניתוח והפרשנות על-פי הבחירה הציבורית. קבלת הפרשנות של הבחירה הציבורית תחייב אם כן את בית-המשפט ללכת בכיוון שגישת הפרשנות התכליתית הישראלית אינה מעודדת אותו. להפך – ניתן לומר כי לפרשנות התכליתית הישראלית יש אפקט של הסתרה וכיסוי של המציאות הספציפית. אם כל חוק מפורש ממילא על-פי תכליות כלליות ועקרוניות, כי-אז אין צורך להתעמק בפרטים שהובילו לחקיקתו ובאינטרסים שמילאו תפקיד בעיצובו. כך השופט יכול לפטור את עצמו מלהתעמק בהיסטוריה של החוק, ולעבור ישירות לדיון העקרוני. גישת הבחירה הציבורית מציעה כמובן גישה הפוכה בדיוק: על השופט לבדוק לא תכליות עקרוניות והצדקות כלליות, אלא פעולות ספציפיות, כוונות ומטרות נסתרות.

(ד) נטייתו של בית-המשפט להימנע מהתערבות בנושאים מקצועיים-כלכליים

לבתי-משפט, גם לאלה האקטיביסטים, יש נטייה ידועה לא להתערב במדיניות הממשלה בנושאים כלכליים ומקצועיים.[119] דוגמה אחת ידועה לנטייה זו היא המהפך

---

[117] ברק קובע כי אחד הגורמים שעל השופט להביא בחשבון הוא הרקע החברתי וההיסטורי הכללי של החוק. ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 417. אך ברק מביא רק דוגמות מעטות לנבירה כזו, ובוודאי אינו קובע לה כל כלל מנחה.

[118] שם, בעמ' 421-427.

[119] לכמה פסיקות ראו בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004); בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר** (טרם פורסם, 12.12.2005). לדיון כללי ראו רות גביזון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 25 (יובל רבין ויובל שני עורכים, 2004). עוד בקובץ זה ראו יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות", שם, בעמ' 69; וכן מיכאל אטלן "מודל לדוגמה של הזכות לתנאי קיום נאותים", שם, בעמ' 395.

שעבר בית-המשפט העליון בארצות-הברית. למן ימי ה-New Deal, שבהם עסק בית-המשפט העליון האמריקאי בהרחבה בביקורת החקיקה הכלכלית,[120] עברה המערכת המשפטית מהפכה. הערת-השוליים של השופט Stone בפסק-הדין בעניין *Carolene Products*[121] העבירה את בית-המשפט העליון האמריקאי להתמקדות בביקורת המבוססת על ערכים, ולמעשה חסמה את התערבותו בתחום הכלכלי לאורך שנים רבות.[122] בית-המשפט מיקד את התערבותו בתחום הערכי, והותיר את התחום הכלכלי לשליטתן הבלעדי של הרשויות האחרות.

חלוקה זו בין התחום הערכי לבין התחום הכלכלי נכונה במידה מסוימת גם בישראל. אמת שאינה צריכה כמעט הוכחה היא רמת ההתערבות הגבוהה של בית-המשפט העליון בפעולות של גופים ממשלתיים בתחום הערכי. בשורה של פסיקות הכריז בית-המשפט כי הוא מתעמת עם הפרשנות הנטענת על-ידי הרשות. כך, בסדרת פסקי-הדין בעניין הגיור, דחה בית-המשפט העליון את כל הפרשנויות שהוצעו על-ידי המדינה לעניין המונחים ״יהודי״ ו״גיור״ אשר בחוק השבות.[123] מהלך נוסף של אימוץ פרשנות תכליתית כנגד צורכי ביטחון נעשה בכמה פסיקות של בית-המשפט העליון בשנים האחרונות, במיוחד בהקשר של הסכסוך הישראלי-ערבי. כך אסר בית-המשפט שימוש

---

[120] כמה פסיקות ידועות של בית-המשפט העליון בארצות-הברית בראשית המאה העשרים פסלו חוקים כלכליים אשר נחקקו לטובת העובדים. כך, למשל, בעניין Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905), פסל בית-המשפט את החוק המגביל את שעות העבודה של האופים בקובעו כי הוא נוגד את עקרון חופש החוזים. בעת ה-New Deal פסל בית-המשפט שורה של חוקים, עד אשר שינה את עמדתו וחדל להתערב. כדוגמות לפסילת חוקים ראו: Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935) (פסילת חוק המתיר לנשיא לפעול על-פי שיקול-דעתו כדי לשלוט בשוק הדלק); A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935) (פסילת חוק המתיר לנשיא לאמץ כללים של ״תחרות הוגנת״ על-פי שיקול-דעתו). פסיקות מאוחרות יותר של בית-המשפט העליון האמריקאי הראו כי הוא ויתר על הניסיון לבלום חקיקה בנושאים כלכליים. ראו, למשל: West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

[121] United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152–153 fn. 4 (1938). הערת-שוליים זו היוותה את הבסיס לתיאוריה החוקתית המודרנית בדבר תפקידו של בית-המשפט. לניתוח של הערת-השוליים, חשיבותה ההיסטורית ותוצאותיה ראו: Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713 (1985).

[122] לניתוח מלא ראו ELY, לעיל ה״ש 32.

[123] ראו בג״ץ 2597/99 **טושביים נ' שר הפנים**, פ״ד נט(6) 721 (2005) (שעל-פיו המונח ״יהודי״ בחוק השבות כולל גיור שנעשה ב״קפיצה״ לחוץ-לארץ).

בכוח בחקירות של שירות הביטחון הכללי,[124] וכך אסר בג"ץ החזקת עצורים מחיזבאללה כקלפי-מיקוח.[125]

לעומת זאת, פסקי-הדין של בית-המשפט העליון אימצו הגבלות שונות המצמצמות את תחום התערבותו של בית-המשפט בנושאים בעלי משמעות כלכלית. הכלי המרכזי לצמצום מעורבות זו הוא "מתחם הסבירות", המשמש את בית-המשפט ככלי להימנעות מהתערבות בנושאים שבהם יש רשות מנהלית המקבלת החלטה על בסיס מקצועי, אשר בית-המשפט אינו רואה עילה מנהלית להתערב בה. ממתחם הסבירות זוכות ליהנות במיוחד רשויות מנהליות שבית-המשפט רואה אותן כמקצועיות. כך זכה מכון התקנים בהכרה בשיקול-דעתו, וכך גם לשכת עורכי-הדין,[126] היועץ המשפטי לממשלה וכן שורה ארוכה של גופים נוספים.[127]

בדומה לכך אימץ בית-המשפט הישראלי במידה רבה את העמדה האמריקאית שעל-פיה בנושאים כלכליים כלליים קשה יותר לבית-המשפט להתערב, בעיקר משום שהתערבות כזו מכניסה אותו לתחום של ניהול מדיניות הממשלה.[128] על טיעון זה

---

[124] בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (1999) (הגנת הצורך במשפט הפלילי אינה כוללת סמכות למתן היתר לשימוש בכוח בחקירות של עצורים).

[125] דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721 (2002) (יש לשחרר עצורים לבנונים שהוחזקו כ"קלפי-מיקוח" לטובת משא-ומתן על שחרור רון ארד).

[126] ראו, למשל, בג"ץ 9596/02 **פיצוי נמרץ – המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים נ' שר המשפטים**, פ"ד נח(5) 792 (2004).

[127] ראו, למשל, בג"ץ 7611/01 **מכבי מגן אגודה שיתופית לביטוח הדדי נגד מחלות בע"מ נ' שר האוצר**, ס' 19 לפסק-הדין (טרם פורסם, 20.8.2006):

> הנה כי כן, חוק הפיקוח הקנה למפקח על הביטוח סמכות להחליט בבקשה למתן רישיון מבטח ובענין זה יש לציין כי הלכה היא שלרשות מינהלית נתון שיקול דעת וטווח פעולה בתחום סמכותה. בית המשפט ייטה שלא להתערב בהחלטת הרשות המינהלית, המבוססת על תפיסתה המקצועית, אלא אם ההחלטה לוקה בפגמים דיוניים או מהותיים כחוסר סבירות קיצוני, הסתמכות על שיקולים זרים או פסולים, התעלמות משיקולים ענייניים או ייחוס משקל שאינו ראוי לשיקולים השונים. בזוכרנו כללי יסוד אלה של המשפט המינהלי נפנה לבחון את טענות העותרות בענין שלפנינו.

כן ראו בג"ץ 7510/05 **לוטן נ' שר התעשיה המסחר והתעסוקה**, ס' 23 לפסק-הדין (טרם פורסם, 23.5.2006), לעניין שיקול-דעתו של רשם האדריכלים:

> הלכה היא, כי שאלת הכשירות לעסוק במקצועות עיוניים הינה שאלה מובהקת לשיקול-דעתה המקצועי ולמומחיותה המקצועית של הרשות המקצועית המוסמכת לכך וכי בית-משפט זה לא יטה לשים את שיקול-דעתו במקום שיקול-דעתה של הרשות שהוסמכה לכך על-פי דין לקבל החלטות בנושא מסוים ובמיוחד כשמדובר בתחום מקצועי.

[128] מובן כי החלוקה בין התחום הכלכלי לתחום הערכי אינה מוחלטת, היות שעניינים כלכליים וערכיים מעורבים זה בזה. היא גם אינה בינרית – יש נושאים רבים על הספקטרום הפרוש

נמתחה ביקורת מכמה כיוונים. מבלי להיכנס לנכונות הביקורת, ברור שמדיניות זו מהווה מחסום מפני התערבות של בית-המשפט בנושאים אלה.

תיאוריית קבוצות-האינטרס מניחה כי קבוצות-אינטרס ייווצרו בעיקר (אם כי בוודאי לא רק) סביב נושאים שיש בהם ערך כלכלי. כלומר, קבוצות-האינטרס חזקות ביותר דווקא בנושאי חקיקה שהעניין הכלכלי עומד במרכזם. לשימוש בטיעונים בדבר מתחם הסבירות ובמחסומי המקצועיות ועניניי המדיניות הכלכלית, כפי שהובאו לעיל, יש השפעה מכרעת על מניעת ההתערבות בעניינים שיש בהם עניין כלכלי לקבוצות-האינטרס. במילים אחרות, המחסומים שהציבו בתי-המשפט מפני התערבות בנושאים אלה מונעים את ההתערבות בדיוק בנושאים שבהם גישת הבחירה הציבורית הייתה ממליצה על התערבות.

הסיבה הרביעית לכך שגישת הפרשנות התכליתית בישראל לא אימצה את גישת הבחירה הציבורית היא אם כן העדפתו של בית-המשפט להימנע מהתנגשות עם המחוקק, בעיקר בנושאים בעלי משמעות כלכלית, שהם עיקר הנושאים שקבוצות-האינטרס עוסקות בהם.

2. מה בית-המשפט יכול לעשות?

בית-המשפט העליון נמנע אם כן מלהתערב בשיקול-דעתם של מוסדות מנהליים אשר מטרותיהם הינן "ציבוריות" באופן מוצהר. הוא אינו חודר מבעד למעטה התכליתי שרשויות ציבוריות אלה עוטות על עצמן אלא במקרים שבהם הדבר מתבקש בצורה קיצונית. אף שייתכן שבית-המשפט מודע באופן עקרוני לכך שקבוצות-אינטרס מסוגלות להשפיע על החקיקה ועל החלטותיהם של המוסדות המנהליים, אין הדבר מופיע בפסיקתו בצורה מפורשת, וברוב הפסיקה אף לא בצורה משתמעת. הפרשנות התכליתית מנוצלת על-ידי השופטים להתאמת הפסיקה לתכליות העקרוניות של השיטה, ולא לבחינה של החקיקה ושל פעולות המִנהל באופן שיאפשר זיהוי פעולות של קבוצות-אינטרס ופיצוי על כך במידת האפשר. סקירת הפסיקה בנושא מכון התקנים הדגימה את הבעייתיות הטמונה בשיטת פרשנות זו. להלן אנסה להציע הצעות ראשוניות בדבר האופן שבו בית-המשפט יכול לאמץ אל תוך הפרשנות התכליתית תובנות מתחום הבחירה הציבורית.

(א) הצורך להיזהר משימוש נרחב מדי בגישת הבחירה הציבורית

בטרם אפרוש את הצעותיי אבקש להציב כמה תמרורי-אזהרה מפני שימוש-יתר בגישת

על שולחנו של השופט, מהם כלכליים יותר או פחות, ומהם ערכיים יותר או פחות. הטענה גם אינה מוחלטת – אין חסימה מוחלטת של התערבות בתי-המשפט בארצות-הברית בעניינים כלכליים. טענתי היא כי כעניין של נטייה, בתי-המשפט נוטים להתערב יותר בהחלטות המחוקק בעניינים של מוסר, ערכים וזכויות אדם, ופחות בעניינים שהם כלכליים במהותם.

הבחירה הציבורית בכלל ובתיאוריית קבוצות-האינטרס בפרט.[129]

ראשית, גישת הבחירה הציבורית מחייבת הצבת היפותזות והשערות לגבי הגופים המשפיעים על תהליך החקיקה, אולם לא תמיד יש לבית-המשפט הכלים לעשות כן. הסתמכות-יתר על השערות כאלה עלולה לחסום לחלוטין את יישומו של כל חוק. ניסיון ארוך-שנים של מחקרים בתחום הבחירה הציבורית הראה כי מספר מצומצם מאוד של מחקרים הצליח להראות השפעות ודאיות של קבוצות-אינטרס על החקיקה.

שנית, יש לזכור כי גישת הבחירה הציבורית מייצגת את הימין הכלכלי בארצות-הברית, הסבור כי כמעט כל רגולציה מיותרת. כלומר, גישת הבחירה הציבורית אינה חפה מרקע אידיאולוגי. במהותה זוהי גישה הרואה בממשלה גוף מיותר או למצער גוף שיש לצמצם את פעילותו בצורה נרחבת. נדמה שבישראל העמדה שונה. ביקורתם של אנשי מדע המדינה בישראל היא דווקא נגד חוסר המשילות של הממשלה.[130] יש להקפיד אם כן שאימוץ עמדותיה של גישת הבחירה הציבורית ביחס לפעילות הממשלתית לא ישתמע כאימוץ של עמדה הרואה בממשלה תופעה שלילית.[131]

שלישית, יש הטוענים כי גישת הבחירה הציבורית היא בבחינת "נבואה המגשימה את עצמה", דהיינו: ככל שבתי-המשפט ישתמשו יותר בכלי הבחירה הציבורית כן ייטו פוליטיקאים ואנשי מִנהל לפעול בצורה המקדמת את האינטרס העצמי שלהם. על-פי גישה זו, לכל צורת ניתוח פוזיטיבית יש גם השפעה נורמטיבית, משום שהיא הופכת פעולות מסוימות ללגיטימיות על-פי ההיגיון של "כך עושים כולם".

רביעית, בשיטה האדוורסרית בית-המשפט אינו גוף חוקר, והוא מוגבל במידה רבה מאוד לטיעונים ולראיות המובאים לפניו על-ידי בעלי-הדין. במצב כזה קשה מאוד לבית-המשפט לאסוף את הנתונים הדרושים לו כדי לבחון סיטואציה נתונה ולפרש חוק נתון מבעד למשקפיה של גישת הבחירה הציבורית. דברים אלה נכונים במיוחד לגבי ההליך בבג"ץ, שבו קשה יותר להביא ראיות לפני בית-המשפט, והדיון מתנהל ברובו על-פי תצהירים.

(ב) הצעות ראשוניות לדיון

לגישת הבחירה הציבורית אין מונופול על האמת, וקיימים בוודאי מקרים רבים שבהם היא מעלה חשדות שאין להם ביסוס. אלא שהתעלמות מתובנותיה של גישה זו היא בבחינת טמינת ראש בחול. אין משמעות הדבר שכל פסק-דין בעניינים כלכליים חייב

---

[129] לדיון נרחב יותר בחסרונותיה של גישת הבחירה הציבורית ראו כהן, לעיל ה"ש 3.

[130] ראו, למשל, גדעון דורון **משטר נשיאותי לישראל** 40 (2006); מזרחי ומידני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 105-112.

[131] איני מבקש לקבוע כאן עמדה ביחס לשאלת גודלה הרצוי של הממשלה. טענתי היא כי ביקורת של בית-המשפט על תפקוד הממשלה אינה חייבת להצביע על התנגדות כללית לממשלה גדולה. אולם גם מי שתומך בממשלה גדולה חייב להכיר בסכנות הטמונות בממשלה כזו, כפי שגישת הבחירה הציבורית מצביעה עליהן.

להתבסס על תובנות בדבר קבוצות-אינטרס והשתלטות על המִנהל, אולם השופטים צריכים להיות פתוחים לטיעונים מסוג זה, וליישם את הלקחים במקומות המתאימים. על השופטים להיות מודעים לאפשרויות אלה ולהביאן בחשבון בקביעותיהם.

(1) האם ראוי שבית-המשפט יתערב?

אין זו המסגרת המתאימה לדיון בוויכוח עתיק-היומין על תפקידו של השופט מול המחוקק, ובשאלה אם ראוי כי השופט ״יתקן״ טעויות שנעשו על-ידי המחוקק בתהליך החקיקה או על-ידי פקיד המִנהל בתהליך קבלתה של החלטה מנהלית.[132] טענתי היא כי חלק מקבלת הפרשנות התכליתית כשיטת הפרשנות השלטת בישראל היא מניה וביה קבלה של תפקיד השופט כמי ש״מתקן״ – באמצעות כלים של פרשנות ויצירה – את אשר יצר המחוקק. השאלה אם זה אכן תפקידו של השופט נענתה זה כבר בחיוב במשפט הישראלי בקול ברור וצלול.[133] מובן מאליו שהשופט אינו יכול להשתמש בשיקול-הדעת השיפוטי שלו בלא כל הגבלה, אבל כל עוד הוא פועל במסגרת מתחם השיקולים הלגיטימיים, אין כל בעיה שיביא לידי תיקון תוצאות בעייתיות של החקיקה או המִנהל. גם אם יש מקום להתמודד עם השאלה אם זו הגישה הראויה, אין ספק שזו הגישה הפוזיטיבית השלטת.

הנקודה המרכזית שאני מבקש להעלות לדיון היא מידת התאמתם של בתי-המשפט לדיון המבוסס על גישת הבחירה הציבורית. הטיעונים המרכזיים נגד האקטיביזם השיפוטי מבוססים על התערבות-היתר של בית-המשפט בתחום שכיניתי אותו ״ערכי״. אכן, שופטים אינם נבחרים לתפקידם על בסיס השקפת-העולם האידיאולוגית שלהם, ולפיכך יש אולי טעם לפגם בכך שהם מבססים פסיקות בתחומים ערכיים על אמות-המידה המוסריות האישיות שלהם. אולם גישת הבחירה הציבורית מבקשת מבית-המשפט להתערב בתחום שונה לחלוטין – תחום שהוא פרוצדורלי בעיקרו. גישת הבחירה הציבורית מבקשת מבית-המשפט לבחון אם הכרעת המחוקק או הכרעת המִנהל אכן מייצגות את הכרעת הרוב, ואינן למעשה דרך להשתלטות של המיעוט על משאבי הרוב. בחינה זו היא פרוצדורלית בעיקרה, ופרוצדורה היא בדיוק תחום מומחיותם של השופטים. השופטים נבחרים על-סמך מומחיותם בכל הנוגע להבחנה

---

[132] לתיאור מקיף של פולמוס זה ראו שפירא, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 243-336.

[133] עמדה זו הינה אינטואיטיבית – וניתן לומר אקסיומטית כמעט – במשפט הישראלי, עד כדי כך שלמעשה אין כמעט הרהור וערעור אחריה, אף כי בוודאי יש מקום לעשות זאת. חשוב לציין כי עמדה זו אינה קשורה בהכרח לדיון בדבר סמכותו של בית-המשפט לבטל חוק. אף מי שסובר כי בית-המשפט צריך להגביל את סמכותו בביטול חוקים אינו מתנגד בוודאי לסמכותו של בית-המשפט לנקוט שיטה של פרשנות יצירתית על-מנת לקרב את החוק לתכליות העקרוניות של המשפט הישראלי.

בפרוצדורה ראויה. על-כן נראה לי שאף מי שמתנגד לאקטיביזם שיפוטי בתחומים ערכיים יוכל לשקול מחדש את עמדתו ביחס להתערבות בתחומים שאינם ערכיים.[134]

(2) הביקורת בנושאים כלכליים-מקצועיים ומתחם הסבירות

כפי שציינתי לעיל, עיקר השימוש בכלי הניתוח הלקוחים מגישת הבחירה הציבורית הוא בתחום הכלכלי, ובמיוחד בביקורת על חקיקה או על החלטות מִנהל בתחומים שמתאפיינים במומחיות מקצועית, ואשר זוכים על-כן בהגנה מפני התערבות של בית-המשפט.

הגנה מקצועית זו ראויה למבט נוסף על-ידי בית-המשפט. כפי שטענתי לעיל, גופים מקצועיים מוקמים לעיתים על-מנת להימלט מביקורת חיצונית על פעולותיהם, ופעמים רבות הם פועלים בשירות של קבוצת-אינטרס כזו או אחרת. אמירה של בית-המשפט כי הגוף הינו גוף מקצועי אינה צריכה לפיכך להוות הגנה לגוף כזה מפני התערבות. להפך – גוף מקצועי צריך לעורר מידה של חשד בבית-המשפט.

מובן שגישה זו מעמידה בסימן שאלה את עקרון-היסוד של ״מתחם הסבירות״, אשר חלק ניכר מהמשפט המנהלי הישראלי מבוסס עליו. לשיטתי, על בית-המשפט לאזן בין עקרון מתחם הסבירות, המעניק שיקול-דעת רחב לגוף המנהלי, לבין עקרון החשד. חובתו של אזרח במדינה דמוקרטית, קובע החוקר Jonathan Macey, היא לחשוד בשלטון כי פעולותיו נעשות לא לטובת האזרח. Macey כינה עיקרון מנחה זה ״התער של Macey״[135] – כעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר מטרותיו של השלטון. על בית-המשפט לאמץ גרסה זהירה של עיקרון זה. את סבירות פעילותו של המִנהל יש לאזן אל מול הדרישה שהאזרחים רשאים להציב לפני בית-המשפט כי יחשוד במניעיו של המִנהל.

(3) מבחני האיזון

מובן שלא יהיה זה מומלץ, ולו מטעמים של יעילות שיפוטית, לנצל כל תיק בג״ץ העוסק בפעילות של המִנהל למחקר על הגוף המנהלי.[136] כפי שציינתי לעיל, אין זה הכרחי שגישת הבחירה הציבורית מנתחת נכון את מניעי המִנהל. נוסף על כך, ריבוי ניתוחים המצמידים לאנשי המִנהל אינטרסים שאינם ממין העניין עלול לגרום

---

134 גישתי מבוססת על גישתו של ELY, לעיל ה״ש **32**, בעמ׳ **88-101**. Ely סבור כי ההצדקה להתערבותו של בית-המשפט על-פי החוקה האמריקאית היא בעיקרה שימור ההליך הדמוקרטי, דהיינו, מטרתה להביא לידי כך שדעת הרוב תישמע.

135 על משקל ״התער של אוקום״ – העיקרון הקובע כי בהינתן שני הסברים לתופעה מסוימת יש לאמץ את זה המניח את מספר ההנחות הקטן ביותר כתנאי לנכונותו.

136 בשיחות שקיימתי עם Jerry L. Mashaw מאוניברסיטת Yale, שהוא אחד מגדולי חוקרי המשפט המנהלי בארצות-הברית, טען Mashaw כי הזמן שיידרש לחוקר על-מנת להבין לאשורם את דרך פעילותו של מוסד מנהלי מסוים ואת המניעים לצורת פעולה זו יהיה שלוש שנים לכל-הפחות.

לדמורליזציה בגופים מנהליים. גרוע מכך – ניתוח־יתר כזה עלול להביא לידי אימוץ של נורמת התנהגות שתתאים לניתוח, דהיינו, נורמה של קידום אינטרס אישי בלבד, במקום האינטרס הציבורי.

בשל כך על בתי־המשפט לאמץ גישה חשדנית רק מקום שיש ״ראשית חשד״ המצדיקה זאת. ״ראשית חשד״ יכולה להיווצר באחד משני מקרים עיקריים: היסטוריה של חשד, ופוטנציאל ניצול בולט. המקרה הראשון פשוט יחסית: מקום שכבר הוכח לבית־המשפט במקרה קודם – אשר סביר שהיה בוטה במיוחד – כי רשות מסוימת פעלה מאינטרס שאינו אינטרס כלל־ציבורי, על בית־המשפט לבחון בקפידה את פעולותיה של אותה רשות, לפחות עד שיוכח לו כי הרשות תיקנה את דרכיה.

המקרה השני סבוך יותר: כיצד על בית־המשפט לאתר אותם מקרים שבהם יש פוטנציאל גבוה להתממשותו של תרחיש השתלטות של קבוצת־אינטרס? בנקודה זו אין לנו אלא להיעזר בהנחיותיו של אסקרידג׳: חשד מיוחד צריך להתעורר מקום שיש חוק אשר מעביר באופן מובהק עושר מרוב למיעוט, או לחלופין חוק הנחזה כיוצר תועלת מבוזרת אלא שהוקם מוסד מנהלי מיוחד על־מנת ליישמו. אין ספק שהנחיות אלה גמישות, אך הן מנוסחות כך בכוונה. כל ניסיון להגדיר מתחם התערבות בצורה מדויקת יותר יביא לידי ״עקיפת״ כללי ההתערבות על־ידי קבוצות־האינטרס. אין לנו אלא להשאיר בידי השופט, ובידי האינטואיציה שלו, את היכולת להכריע בכל מקרה לגופו. די לנו שהשופטים יביאו בחשבון את האפשרות של פעילות על־פי גישת הבחירה הציבורית, ויהיו מוכנים לשקול את הנחותיה במקרה מסוים, מבלי שיהיה צורך להכריע מראש בדבר נכונותן של הנחות אלה.

יש להדגיש כי ההצעות המובאות לעיל אינן קריאה לבית־המשפט לבטל חקיקה מטעמים של פגיעה כלכלית־תועלתנית ברוב לטובת מיעוט.[137] ראשית, כאמור, אין כל ערובה שהשופט מבין לאשורו את ההקשר של החוק. השופט גם אינו חוקר, היסטוריון או כלכלן, היכול להעריך לבדו את הטעמים שבעטיים חוקק החוק. מרווח הטעות כאן עצום. בשל כך הקריאה במאמר זה לשופטים היא רק לשקול טיעונים מתחום הבחירה הציבורית, להיות מוכנים לדון בסוג טיעונים מעין זה. שנית, גם אם נניח כי שופט זיהה חוק או פעולת מִנהל אשר מונעים לדעתו על־ידי קבוצת־אינטרס, אין בדרך־כלל צורך בהתערבות בוטה מדי. חקיקה המושפעת מקבוצת־אינטרס תיטה לנקוט לשון עמומה, על־מנת שהשפעתה של קבוצת־האינטרס לא תבלוט על פני החוק. לפיכך די בדרך־כלל בפרשנות מתאימה של בית־המשפט לתקן את הטעון תיקון.

[137] זאת, אף שהיו שהציעו הצעות מעין אלה. ראו MASHAW, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 50-80. מאמר זה מצומצם לטיעון בדבר הצורך בביקורת של בית־המשפט על חקיקה שגלומה בה תועלת כלכלית לקבוצות־אינטרס. מובן שיש מקום להתייחס גם לניתוח על־פי הבחירה הציבורית של חקיקה מסוגים אחרים, ובדעתי לעשות זאת במקום אחר.

סיכום

בחינת שורת הפסיקות של בית־המשפט ביחס למכון התקנים, כפי שהובאה לעיל, מראה כי חוץ מאשר במקרים קיצוניים, שבהם לא הייתה לו בררה כמעט, נמנע בית־המשפט העליון בישראל מלאמץ אל תוך שיטת הפרשנות שלו קריאה המתחשבת בתיאוריית קבוצות־האינטרס. קריאת החלטותיו של בית־המשפט ביחס למכון התקנים מגלה כי על־אף השימוש המוצהר בפרשנות תכליתית בחלק מהפסיקות, בפועל המונח ״פרשנות תכליתית״ לא הביא בהכרח לידי יישום תובנות בדבר ההשפעות שיש לקבוצות־אינטרס על תהליך החקיקה, ועוד יותר מכך על תהליך קבלת ההחלטות המנהלי. בחלק מפסקי־הדין התמצתה הפרשנות התכליתית בקריאת התכליות המוצהרות של מכון התקנים. כלומר, אף שהפרשנות התכליתית במובנה הרחב — הישראלי ה״ברקי״ — יכולה באופן עקרוני להוביל לראייה רחבה יותר של מערכת הגורמים המשפיעים על פרשנות בית־המשפט, אין כל הכוונה למערכת כי תעשה זאת.

חלק ממעורבותו של האזרח במערכת הדמוקרטית היא היכולת לחשוד בתהליכי השלטון בצורה מושכלת. פרשנות תכליתית שאינה מתחשבת בגורמים האמיתיים המשפיעים על החקיקה — פוגמת ביכולת זו. פרשנות תכליתית כזו מסתירה מעיני האזרח את ההשפעות של התהליך על התוצאה הסופית. האזרח (כמו־גם האקדמאי וכולי) נוטה להאמין כי הוא מוגן על־ידי בית־המשפט, אשר יכול לתקן את הכשלים בתהליך החקיקה. ולא היא.

עם כל המגבלות, בית־המשפט הוא מוסד מתאים שיכול ליטול על עצמו את המשימה לקיים ניתוח אשר מתחשב, בין היתר, גם בעקרונות מתחום גישת הבחירה הציבורית.