

## חקיקת משנה

ברוך ברכה\*

א. הערות פתיחה. ב. פרק ב' להצעה: "תקנות": 1. הסמכות להתקין תקנות; 2. תיקון וביטול; 3. פירסום; 4. תחילת תוקף. ג. פרק ג' להצעה: "פיקוח הכנסת על תקנות": 1. כללי; 2. ההסדר לפי פרק ג' להצעה; 3. פיקוח הכנסת על תקנות - הסדר חלופי. ד. חוק-יסוד: הממשלה מהתשנ"ב. ה. הצעת חוק-יסוד: החקיקה מהתשנ"ג. ו. הערות סיכום.

### א. הערות פתיחה

1. בדין הישראלי לא קיים חוק מסגרת, המתמודד עם שאלות היסוד הנוגעות לחקיקת המשנה. קיימים, כמובן, הסדרים המסדירים חלק מאותן שאלות כגון: מעמדה של איתה חקיקה,<sup>1</sup> פירסומה,<sup>2</sup> וכניסתה לתוקף.<sup>3</sup> בולטים בהעדרם הסדרים כלליים הנוגעים להליכי ההתקנה ולפיקוח הולם על התקנות מעבר לפיקוח השיפוטי. מצב זה הינו מוזר במיוחד נוכח החשיבות העצומה של חקיקת המשנה בחיי היום-יום הן מבחינת היקפה והן מבחינת טיפולה בנושאים שאינם בהכרח משניים.<sup>4</sup> הצעת חוק-יסוד: החקיקה<sup>5</sup> באה למלא חסר זה בדין הנוהג. בהצעה מצוי הסדר בעל

- \* פרופ' למשפטים, דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.  
תודתי לגב' שולמית אלמוג, עוזרת הוראה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, על עזרתה בעיבודה של רשימה זו.
1. ראה סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] נ"ח 2: "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק".
  2. שם, סעיף 17. נוסחו מובא בהערה 31 להלן.
  3. שם.
  4. להיקפה העצום של חקיקת המשנה ולחשיבותה ראה ב' ברכה, משפט מינהלי (תשמ"ז), 81-95. ואכן, ספק רב אם המינוח המקובל - "חקיקת משנה" - הינו הולם לתאור החקיקה בה עסקינן. ראה י' זמיר, "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות", משפטים ד (תשל"ב-ל"ג) 63, 64.
  5. הי"ח התשנ"ב, 147.

אופי כללי המתייחס לתקנות, וזאת לצד ההסדרים שעניינם חוקי-יסוד, חוקים "רגילים" ותקנות לשעת חירום. בכך זוכות התקנות למקומן הראוי במפה התחיקתית, וכעמדת מוצא נראית לי גישתו של בעל ההצעה ראוייה.

הצעת חוק-היסוד כוללת שני פרקים העוסקים בסוגייתנו: האחד (פרק ב') דן בהיבטים כלליים מסויימים הנוגעים למעמדם של התקנות ולהליכי קבלתן. האחר (פרק ג') – עניינו פיקוח פרלמנטרי עליהן.<sup>6</sup> אדון בהם כסדרם.

## ב. פרק ב' להצעה: "תקנות"

### 1. הסמכות להתקין תקנות

2. מכוח עקרון חוקיות המינהל ובהתאם לתפיסה החוקתית המקובלת עלינו בדבר ריבונות הכנסת, הכנסת היא המקור הבלעדי לסמכויות חקיקה. בסיגנונו המיוחד של השופט זילברג בפסק-דין ישן (אמנם, בהקשר אחר):

אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה.<sup>7</sup>

כך גם השופט ברק בפסק-דין חדש:

סמכות החקיקה נתונה בישראל לכנסת, אשר מהווה את "בית הנבחרים" של המדינה (סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת) ואת "הרשות המחוקקת" שלה (סעיף 7 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948). אין לרשות המבצעת סמכויות חקיקה, אלא אם כן המחוקק הראשי הסמיכן לכך.<sup>8</sup>

הצעת חוק-היסוד מאמצת עיקרון חוקתי זה בסעיף 13 (א)-(ג) שלה:

(א) חוק יכול שיסמיך את הממשלה או שר משריה להתקין תקנות לביצוע החוק או לענין אחר שנקבע בהסמכה.

6. לאחר שנאמרו הדברים ביום העיון פורסם חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב, 214, ובו הוראות אחדות הנוגעות לחקיקת משנה. כמו-כן אימצה הממשלה בינתיים הצעה חדשה לחוק-יסוד: החקיקה (ה"ח התשנ"ג, 91), האמורה להחליף את ההצעה הנדונה. בסוף הרשימה אתיחס בקצרה לשני מסמכים אלה.

7. ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785, 819.

8. ע"א 524/88, 525 "פרי העמק" אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח', פ"ד מה (4) 529, 553 (להלן – עניין פרי העמק).

(ב) חוק יכול שיסמיך להתקין תקנות לביצוע החוק או לענין אחר גם רשות או גוף שהוקמו בחוק או נושא משרה או ממלא תפקיד בהם.  
(ג) השר הממונה על ביצוע חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו, אם לא הוסמך אדם אחר להתקינן.

3. באשר להיקף סמכות ההתקנה, נוהגת הכנסת להסמיך בחוק רשות, בדרך-כלל שר, להתקין תקנות לביצועו של הראשון. תקנות אלה – "תקנות ביצוע" (secundum legem) – קובעות הסדרים משניים, שעה שעקרונותיו של ההסדר שבו מדובר קבועים בחוק המסמיך. עם-זאת, מרבה הכנסת לאצול לרשויות המינהל גם סמכויות התקנה "מחוץ לחוק" (praeter legem), קרי: סמכויות שמכוחן ניתן לא רק לעסוק בביצועו של ההסדר אלא לקבוע גם את תוכנו ואת הקריטריונים להפעלתו. ויש שהמחוקק יוצא מגדרו ומקנה לנאצלו את הכוח לגבור על הוראותיו שלו, היינו: להתקין "בניגוד לחוק" (contra legem).<sup>9</sup>

הסמכת מחוקק המשנה להתקין מחוץ לחוק ובניגוד לחוק אינה תואמת את הדין הרצוי מבחינת עקרון שלטון החוק במשמעותו המהותית:

עיקרון זה משמעותו, בין השאר, כי ההסדרים החוקיים יבטיחו איוון ראוי בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל. איוון זה מצדיק, בתחום חקיקת המשנה, כי ההסדרים הראשוניים ייקבעו על-ידי המחוקק הראשי ולא על-ידי מחוקק משנה. על-כן, רק תקנות ביצוע עולות בקנה אחד עם שלטון חוק מהותי. לעומת זאת, תקנות בניגוד לחוק פוגעות בשלטון החוק המהותי... . הן פוגעות במשטר הדמוקרטי, בהחליפן "משטר דמוקרטי-פרלמנטרי" ב"משטר דמוקרטי-פורמלי"<sup>10</sup>...

אך עקרונות של דין רצוי לחוד ומציאות של דין מצוי לחוד. הלכה למעשה, בנתונה של מדינת הסעד המודרנית אין לך מחוקק דמוקרטי, שאינו מרבה לאצול מסמכויות החקיקה שלו למחוקקי משנה למיניהם מעל ומעבר לתחום הצר של תקנות הביצוע. ואכן, כיום מוסט הדגש מעצם ההתנגדות לאצילת סמכויות חקיקה אל עבר קביעתם של הסדרים, שיבטיחו פיקוח הולם על הפעלתן של אלה על-ידי נאצלו של המחוקק הראשי.<sup>11</sup>

9. ראה י' ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", הר המשפט 11 (תשי"ז) 202, 254,

ו-12 (תשי"ז) 222, 223, ו-14 (תשי"ז) 254.

10. השופט ברק בעניין פרי העמק (לעיל הערה 8).

11. ראה עמ' 421 להלן.

הצעת חוק-היסוד פוסעת בעקבות הדין הקיים בכל הנוגע להיקף ההסמכה להתקין. סעיף 13(א) שלה מכיר, כזכור, בכוחו של חוק להקנות סמכות "להתקין תקנות לביצוע החוק או לענין אחר שנקבע בהסמכה". כך גם סעיף 13(ב). היינו: בצד תקנות ביצוע ניתן להקנות סמכות להתקין תקנות לענין אחר ובכך נפתח הפתח לסמכות להתקין תקנות מחוץ לחוק<sup>12</sup> ובניגוד לחוק.

הכרה מפורשת זו באפשרות להסמיך התקנה מחוץ לגדרן של תקנות ביצוע מונעת בעיה חוקתית שעלולה הייתה להתעורר נוכח הוראת סעיף 1 להצעת חוק-היסוד:

הרשות המחוקקת היא הכנסת; דבר חקיקה של הכנסת הוא חוק; חוק יכול שיהיה חוק-יסוד.

מכיוון שהרשות המחוקקת היא הכנסת, ניתן היה לטעון שבהתערטלה מסמכויות חקיקה – על-ידי אצילתן בחוק של סמכויות התקנה ראשוניות – חורגת הכנסת בכשירותה המחוקקת מהוראת סעיף 1, אותה קבעה בכשירותה המכוננת ולפיכך – חוק כאמור סותר את חוק-היסוד ודינו – בטלות.<sup>13</sup> טענה ברוח זו התקבלה בארצות-הברית על רקע ההוראה החוקתית המציבה שם את הקונגרס בתור הרשות המחוקקת.<sup>14</sup> מבחינת הדין המוצהר, דוגל עדיין בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בתורת ה-"non-delegation" שאימצה אותה טענה, הגם שהלכה למעשה זו תורה שאין מורין לפיה וניתן לאמר ששבקה חיים לכל חי.<sup>15</sup> כך או כך, כאמור, נוכח ההוראה הברורה שבסעיף 13(א)-(ב) להצעת חוק-היסוד, לא תהא על המחוקק הישראלי הגבלה חוקתית באשר להיקפה של הסמכות התחוקתית המואצלת.

4. הרשויות להן רשאי יהיה המחוקק להעניק סמכויות התקנה, לפי ההצעה, הן הממשלה ושריה<sup>16</sup> וכן "רשות או גוף שהוקמו בחוק או נושא משרה או ממלא תפקיד

12. אשר לתקנות בניגוד לחוק ראה גם סעיף 14 להצעה: "תקנה הסותרת הוראה של חוק – בטלה, זולת אם הותרה הסתירה בחוק". הסעיף יוצא מהנחה שבכוחו של חוק להתיר סתירה כאמור.

13. סעיף 5(ד) להצעת חוק-היסוד יחד עם סעיף 35 המוסיף הוראות לסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד, 78.

14. Art. I, s.1: "All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives". ראה: *Panama Refining Co. v. Ryan* 293 U.S. 388 (1935); *Schechter Corp. v. United States* 295 U.S. 495 (1935)

15. ראה ב' ברכה, (לעיל הערה 4), 90-92. לניסיונות בשנים האחרונות להחיות התורה האמורה ראה: 61-64 (1991), 3rd ed., B. Schwartz, *Administrative Law* (Boston).

16. סעיף 13(א).

בהם<sup>17</sup>. גם כיום מוענקות סמכויות התקנה לרשויות כאמור. עם-זאת מהוראת סעיף 13(א) – ועוד יותר מההשוואה בינה לבין זו שבסעיף 13(ב) – עולה, שלא ניתן יהיה להקנות סמכות כאמור לעובדי מדינה, קרי: לפקידים הנתונים למרותם של הממשלה או של שר. בכך מונע בעל ההצעה תופעה, שהייתה נפוצה בממשל המנדטורי עת נהגו פקידים בכירים מסמכויות התקנה שהוענקו להם בפקודות<sup>18</sup>.

תוצאה זו הינה רצויה, שכן אין להסכים לכך, שסמכויות החקיקה המוענקות מהכנסת אל עבר הממשלה ושריה – האחראים ישירות בפני הכנסת – ימשיכו להתדרדר כלפי מטה במערכת הבירוקרטית ויגיעו לפקידים שיפעלו על תקן מחוקק. זאת ועוד: משמוענקת סמכות התקנה לפקיד הריהו בגדר "רשות מוסמכת", ולפי הלכות המשפט המינהלי עליו להפעיל שיקול-דעת עצמאי גם כלפי הממונים עליו בצמרת הרשות המבצעת, קרי: הממשלה ושריה<sup>19</sup>. אין להעלות על הדעת, שפקיד יחוקק שלא ברוח מדיניות השר, העומד בראש המשרד, והממשלה, האחראית חוקתית על הנעשה במשרדה בפני הכנסת<sup>20</sup>.

אך אם היטיב בעל ההצעה לעשות כשמנע מעובדי מדינה לעסוק גלימת מחוקק, קשה להבין מה טעם ראה להתיר, ללא מגבלות, אפשרות מסירת הגלימה לעובדיהן של רשויות או גופים סטטוטוריים<sup>21</sup>. ייתכן ששאף להכיר בכוחו של חוק להקנות סמכויות התקנה לגורם נבחר ברשות כאמור (למשל, ראש עיר). אם כן, יש לאמר זאת במפורש ולצמצם היקף תחולתו של סעיף 13(ב). אחרת, ניתן יהיה, למשל, להסמיך את המנהל הכללי של רשות שרות התעופה להתקין תקנות, אך לא ניתן יהיה לגמול בסמכות כאמור למנהל הכללי של משרד התחבורה. והשאלה היא: מה היגיון בדבר?

5. סעיף 13(ג) להצעה עומד להכניס שינוי משמעותי בהסדרי ההסמכה של מחוקקי המשנה. כיום, אין הוראת דין כללית המסמיכה את מאן-דהוא להתקין תקנות, והכוח

17. סעיף 13(ב).

18. ראה, למשל, סמכויותיו של המנהל הכללי של משרד הבריאות, בין השאר מכות פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976, נ"ח 594, סעיף 61; פקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], תשל"ט-1979, נ"ח 614, סעיף 65; פקודת המילדות, חא"י כרך ב, (ע) 903, (א) 931, סעיף 19. בדוגמא זו, מכיוון שמשרד הבריאות אינו בגדר "רשות או גוף שתוקמו בחוק" – לצורך סעיף 13(ב) להצעה – יש לאמר, שלא ניתן יהיה להסמיכו להתקין תקנות, והוא הדין בנושאי תפקידים בו (בדוגמא שלנו – המנהל הכללי של המשרד).

19. ראה, למשל, בג"צ 70/50 מיכלין ואח' נ' שר הבריאות ואח', פ"ד ד 319. וראה ב' ברכה, (לעיל הערה 4), 193-194.

20. הלכה למעשה מוגבל חופש הפעולה של הפקיד המתקין, שכן במרבית המקרים מכפיף המחוקק את תקנותיו של הראשון לאישורו של השר הממונה על ביצוע החוק: ב' ברכה, שם, 198. אך בכיוון ההפוך אין משמעות הדבר שהפקיד חייב לציית לשר, כשהאחרון חפץ בתקנות הנחונות לסמכותו של הראשון.

21. ראה סעיף 13(ב) להצעה.

לעשות כן חייב לנבוע מהוראת הסמכה ספציפית.<sup>22</sup> נראה גם שהוראה, הממנה רשות (למשל, שר) "לבצע חוק זה" – אין די בה כדי ללמוד הימנה על הכוח להתקין תקנות.<sup>23</sup> האמת חייבת להאמר, שמצב משפטי זה לא גרם לתופעה של חוקים, הוועקים לתקנות ביצוע ואין מושיע. נהפוך הוא: מחוקקי המשנה הפוטנציאליים מקרב הרשות המבצעת יודעים להפעיל השפעתם על המוסד המחוקק, וזה אינו חוסך הוראות המסמיכות את מי מהם – על-פי-רוב, שר – להיות ממונה על ביצוע החוק "ולהתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו". והנה, בעל ההצעה, בסעיף האמור, שואף לקצר הדרך וללמדנו שמעצם מינויו של שר על ביצוע חוק נובעת גם סמכותו "להתקין תקנות לביצועו, אם לא הוסמך אדם אחר להתקין". זו תהא סמכות התקנה, שמקורה בחוק-היסוד עצמו. והשאלה היא: מה טעם בהוספתה, שעה שההסדר הקיים – המחייב, כאמור, הוראת הסמכה ספציפית – לא גרם לתקלה כלשהי?

שאלה זו מקבלת משנה תוקף נוכח תקלות, הסמונות בהוראה החריגה עצמה. ראשית, במישור העקרוני: העתקת סמכויות חקיקה מהכנסת – גם בתחום הביצוע – חייבת להיות תולדה של שיקול הרעת של המחוקק, מתוך מודעות וערנות לכך, שהוא מכניס גורמים מתחום הרשות המבצעת לחצריה של הרשות המחוקקת. אין להסכים להוראת הסמכה "על החלק" המצויה בחוק-היסוד והמופעת מיידית עם הענקת סמכות הביצוע לשר. שנית, יש שחוק קובע, גם באשר לתקנות ביצוע, הליכים האמורים ליתן תשובה לשיקולים חוקתיים חשובים, כמו שיתופו של המחוקק עצמו במלאכת ההתקנה. כך, למשל, מסמך סעיף 40 לחוק רשות נאות מרפא, התשל"ג-1973,<sup>24</sup> את שרי התיירות והבריאות (הממונים על ביצועו) להתקין תקנות ביצוע באישור ועדת הכלכלה של הכנסת. וכך גם סעיף 47 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965,<sup>25</sup> המסמך את שר הפנים (הממונה על ביצועו) להתקין תקנות כאמור באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. אימוצו של הסדר, לפיו מינויו של שר על ביצוע החוק משמעותו גם הסמכתו של השר להתקין תקנות ביצוע, עלול

22. בישראל אינה מצויה הסמכה כוללת וגורפת של הרשות המבצעת (הממשלה) לחוקק חקיקת משנה... על-כן, יש לעגן כל חקיקת משנה בהסמכה מיוחדת המצויה בחקיקה הראשית: השופט ברק בעניין טרי העמק (לעיל, הערה 8).

23. ראה ב' ברכה (לעיל הערה 4), 79-78. אך ראה י' זמיר, "הסמכות המינהלית", משפט וממשל א (תשנ"ב-נ"ג) 81, 107 הערה 63, 125, הסבור שאין להגיע למסקנה שלילית גורפת כמצויין בטקסט. אליבא דזמיר, המסקנה בדבר קיומו של כוח או העדרו תלויה בפרשנות החוק הממנה את השר לביצועו, קרי: אם לא ניתן ללמוד מהחוק על הסדר שלילי בנדון, עדיף להכיר בקיומו של אותו כוח, שניתן לעגנו אף בהוראת סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302 (הוראה שעניינה "סמכות עזר"). בהקשר זה יש לציין, שבדבריו המצוטטים בהערה 22 לעיל, מפנה השופט ברק למסקנה המובאת בספרי (לעיל הערה 4, בעמ' 80) בדבר העדר כוח כאמור. הניתוח בספר, שם, 79-78, מתייחס גם לסעיף 17(ב) הנ"ל תוך דחייתו כמקור אפשרי לכוח ההתקנה בענייננו.

24. ס"ח תשל"ג, 181.

25. ס"ח תשכ"ה, 270.

להביא לעקיפתם של הליכים מהסוג המוזכר, שכן ה"נורמה" שתגבש היא שאין צורך להוסיף הוראת הסמכה להתקין ודי בהוראת הביצוע; ממילא תיפגע המודעות לצורך להוסיף הוראה מפורשת שעניינה הסמכה להתקין תקנות ביצוע בכפוף לאותם הליכים. ושלישית, ייתכן שאין צורך ענייני בתקנות ביצוע ודי במינויו של השר לביצוע החוק (בהקשר המינהלי שאינו מחייב טיפול נורמטיבי).<sup>26</sup> מה טעם לכפות על ההסדר סמכות להתקין תקנות ביצוע?  
באחת: מן הראוי הוא למחוק את הוראת סעיף 13(ג) להצעה.

## 2. תיקון וביטול

6. סעיף 13(ד) להצעה מאמץ את העיקרון הידוע, שלפיו הפה שהתקין יכול להיות גם הפה שיבטל:

מי שהתקין תקנות מוסמך לתקנן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהתקינן.

הוראה דומה בעיקרה לזו המוצעת קיימת כיום בסעיף 15 לחוק הפרשנות:

הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקנן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה.

אלא שזה האחרון חל, כאמור בסעיף 1 לחוק, "כל עוד אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה".  
נוכח הסייג שבסעיף 1 ייתכנו מקרים בהם לא תוכר הסמכות בסעיף 15. סייג זה אינו צמוד לסעיף 13(ד) להצעה.<sup>27</sup> אכן, מכיוון שבאקט תחיקתי (תקנות) עסקינן, נדירים יהיו המקרים בהם תהא הצדקה להקנות לו סופיות:

תקנות אינן יוצרות מעשה בית דין (res judicata): מתקין התקנות יכול בכל עת לשנותן או לבטלן. בזה קרובות התקנות לחוקים פורמליים, כי הרי כלל ידוע הוא שבכוחו של המחוקק לתקן או

26. ראה, למשל, חוק האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, תשכ"א-1961, ס"ח 193, סעיף 13: "שר החינוך והתרבות ממונה על ביצוע חוק זה".  
27. עם היכנסו של חוק-היסוד לתוקף, לא תהא לסעיף 15 לחוק הפרשנות תחולה על תקנות, שכן לפי סעיף 34 להצעה, יוחלף סעיף 15 הנ"ל כך שיחול אך על הוראות מינהל.

לבטל אותם, בתוקף העקרון החוקתי *lex posterior derogat legi priori*<sup>28</sup>

אך אין לשלול לחלוטין אפשרות שהמחוקק יהא בדעה, שיש "לשריין" את התקנות כנגד מתקינן. למשל, כאשר הן אמורות לקבוע הסדר כלכלי, שאינדרס מרכזי לגביו הוא שלא ישתנה, וזאת כדי לעודד את הציבור להיכנס לגדרו של אותו הסדר.<sup>29</sup> ואף אם ההסדר המותקן הוא בר-תיקון וביטול, עשוי המחוקק להיות בדעה, שיש לסייג את האפשרות לעשות כן מבחינת בעל הסמכות או הליכי הפעלתה.<sup>30</sup> קשה למצוא היגיון בהגבלת כוחו של המחוקק ללכת בדרך זו במקרה נתון או לחייבו לחלופין, ליזום תיקון של חוק-היסוד תוך התגברות על שריונו. נראה, אפוא, שיש להבהיר בסעיף 13(ד) להצעה, שהאמור בה הוא "בכפוף להוראות החוק המסמיך".

### 3. פירסום

7. סעיף 15(א) להצעת חוק-היסוד נותן ביטוי לעקרון הפומביות בהקשר לתקנות:

תקנות יחתמו בידי מי שהתקינן ויפורסמו ברשומות, זולת אם נקבעה בחוק הוראה אחרת לענין דרכי הפרסום.

בכך מאמץ בעל ההצעה את ההסדר הקיים כיום בסעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] באשר לפירסומן של תקנות בנות-פועל תחיקתי.<sup>31</sup> יש לשים לב לכך, שסעיף 15(א) מותיר למחוקק מרווח תמרון בחוק רק באשר ל"דרכי הפרסום" - קרי: לקבוע חך

28. ה' קלינגהופר משפט מנהלי (תשי"ז), 87.

29. לדוגמה, לפי סעיף 3(ב) לחוק שטרי-חסכון צמודי-דולר, תשי"א-1951, "שר האוצר יקבע בתקנות, את סך כל ערכם הנקוב של שטר-חסכון של כל סדרה וסדרה, דרכי פריונם ומועדיו, ושיעורי הריבית שלהם או גדילת קרנם בכל שנה, ובלבד שסך כל הריבית או הגדילה עד למועד הפדיון לא יעלה על ממוצע 3.5 אחוז מן הערך הנקוב לכל שנה". ולפי סעיף 3(ד) לחוק, "תקנות לפי סעיף זה יותקנו לגבי כל סדרה של שטרי-חסכון לפני הוצאתה, ולא יהיו ניתנות לשינוי".

והשווה חוק הסדרים במשק המדינה (היטלים וארנונה), התשנ"א-1991, ס"ח 72, סעיף 12, שנדון בבג"צ 4472/90, 5399 מועצה מקומית אורנית ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו (1) 95, 98-99.

30. ראה, למשל, חוק איגודי ערים, תשט"ו-1955, ס"ח 48, סעיף 16א.

31. "תקנות בנות-פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה". בהקשר זה יש לציין שהמונח "תקנה" בחוק-היסוד לכשיתקבל משמעותו "הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת-פעל תחיקתי": חוק הפרשנות, סעיף 3.

פירסום חלופית לרשומות – אך לא כאשר לעצם הפירסום. כמלים אחרות, חוק לא יוכל להסמיך את מתקין התקנות להתקין "תקנות סתר", דבר שלפי הדין הקיים, בהעדר שריון חוקתי לחובת הפירסום, נתון לכוחה של הכנסת.<sup>32</sup> בכך יזכה עקרון הפומביות לשריון. ברם, כדי להבטיח שחוק-היסוד יימצא מברך – ולא תימצא בו פירצה שבגינה ייצא מקלל – יש למנוע מצב, בו ייתלה המחוקק בהוראה בדבר "דרכי הפרסום" כדי לפגוע בעקרון הפומביות, למשל על-ידי שיאפשר פירסום התקנות בעיתון חסר תפוצה או ב"דרך" אחרת שתמנע גישה אפקטיבית אליהן. לפיכך, יש לנסח את הסיפא של סעיף 15(א) כך שיאמר

...וזולת אם נקבעה בחוק הוראה אחרת לעניין ררכי הפירסום, ויש בה כדי להבטיח את פומביותן.

8. ואם בפירסום עסקינן, יש לציין בצער, שבעל ההצעה לא מצא לנכון להסדיר הנושא של פירסום מוקדם של טיוטת התקנות. סעיף 3 להצעה עוסק בפירסומה ברשומות של הצעת חוק ומעלה בכך לדרגה של חובה חוקתית הסדר, שפעל עד כה ללא עיגון סטטוטורי.<sup>33</sup> נוכח חשיבותה הרבה של החקיקה מבית היוצר של רשויות המינהל, יש מקום לדעה, שאותם שיקולים חוקתיים המחייבים פירסומה של הצעת חוק פועלים בזירה גם בהקשר לטיטוטת תקנות, לפחות אלו מביניהן הקובעות הסדרים ראשוניים. למותר לציין, שחובה זו יש לסייג בחריגים מתאימים, למשל, כאשר הפירסום המוקדם יפגע בהסדר המותקן. בעיצובם של אלה ניתן להיעזר בהוראה המפורטת הקיימת בנדון ב-Administrative Procedure Act האמריקני.<sup>34</sup>

לדעתי, ניתן לבסס את חובת הפירסום המוקדם גם כיום בהלכה הפסוקה, המבטיחה את זכות הטיעון כחלק מכללי הצדק הטבעי.<sup>35</sup> עם-זאת בתי-המשפט לא הלכו בדרך זו

32. עם-זאת, גם כיום אין המחוקק נוהג לפטור מחובת הפירסום אלא מחובת הפירסום ברשומות. לפי פרשנותו של בית-המשפט העליון, משמעותה של הוראת פטור כזו היא שחובת הפירסום אינה נפגעת, הגם שמימושה אינו חייב להיות תוך הזקקות לרשומות: "כל מעשה-תחיקה, ולענין זה אין נפקא מינה אם הוא חוק או מעשה חקיקת-משנה טעון פרסום ברבים... ואפילו אם יש בחוק הוראה מפורשת הפוטרת אותו מעשה-תחיקה מפרסום ברשומות. אין חוקי סתר במדינת ישראל. כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה-תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין זאת אומרת שמותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והגשמתה בגנזי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק. והדברים ידועים לכל בר-בי-רב" (השופט ח' כהן בע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2204-2205).

33. ראה ב' ברכה (לעיל, הערה 4), 199 הערה 1.

34. 5 U.S.C. s. 533.

35. ראה בהרחבה B. Bracha, "The Right to be Heard in Rule Making Proceedings in

והותירו את הליכי ההתקנה מחוץ לתחום התחולה של אותה זכות.<sup>36</sup> הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מכירות בצורך להרחיב את הפירסום המוקדם של טיוטת התקנות.<sup>37</sup> שאלה היא עד כמה מיושמות אותן הנחיות הלכה למעשה. כך או כך, אין בהן כדי לענות לצורך לעגן החובה בדין ולאפשר לציבור המעוניין גישה לטיוטת התקנות מבעוד מועד, כדי שיוכל להתכונן להן ולהביע עמדתו בפני הרשות המתקינה באשר להסדר אותו היא עומדת לאמץ. עוגן זה – לפחות בחלקו העקרוני – מן הראוי היה שיוטל בפרק ה"תקנות" של חוק-היסוד המוצע.

#### 4. תחילת תוקף

9. סעיף 16 להצעת חוק-היסוד קובע כדלקמן:

- (א) תחילתן של תקנות תהא ביום פרסומן, אם לא נקבע בהן או בחוק מועד אחר לענין תחילתן.  
 (ב) הוראת עונשין בתקנה לא תחול על מעשה שנעשה לפני פרסומה.  
 (ג) ...

סעיף-קטן (א) מאמץ את הדין הקיים באשר לתחילת תוקפן של תקנות, קרי: החוק המסמיך ואף הן עצמן רשאים להעניק להן מועד תחילה השונה מיום הפירסום, לרבות מועד הקודם לאותו יום. שתקו החוק או התקנות בנדון, תחילתן ביום פירסומן.<sup>38</sup> סעיף-קטן (ב) מקדם את ההסדר המוצע צעד גדול קדימה בהבטחת עקרון ודאות החוק כהיבט מרכזי של שלטון החוק: הוראת עונשין בתקנה לא תזכה בתחולה רטרואקטיבית; הוראת תחולה כאמור היא מעבר לכוחו של מתקין התקנה והוא הדין במחוקק עצמו, אם יתיימר לעשות כן בחוק. בהקשר זה מחדש סעיף 16(ב) להצעה לעומת ההסדר הקבוע כיום בסעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש].

England and in Israel: Judicial Policy Reconsidered", 10 *Fordham Int' L.J.* 613. (1987)

36. Ibid, p. 618-620; ב' ברכה (לעיל, הערה 4), 224-223.

37. הנחיה 60.012 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה. במישור העקרוני קובעת ההנחיה (סעיף 21.1): "מן הראוי להרחיב את הפירסום המוקדם של טיוטת תקנות באופן שימצא איזון בין הצורך לשפר את ההליך הדמוקרטי בתחום התקנת התקנות. איזון כזה אומר שטיוטת תקנות לא תפורסם אלא באותם מקרים בהם נודעת חשיבות מיוחדת לפירסום ואין שיקולים של ממש נגד הפירסום". ראה, במישור הקונקרטי, סעיף 21.2 להנחיה. לפירסום נוסף של ההנחיה ראה י' זמיר, "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – חקיקת משנה: נוהל והנחיות", עיוני משפט יא (תשמ"ו-מ"ז) 339.

38. ראה סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]. לדיון בדין הקיים ראה ב' ברכה (לעיל,

אך אם הצעידנו בעל ההצעה קדימה יחסית לדין הקיים, הרי הובילנו אחורה בהשוואה להסדרו שלו בגלגוליה הקודמים של הצעת חוק-היסוד. כך, הכיר סעיף 19(א) להצעה בנוסחה מהתשל"ח<sup>39</sup> בכוחו של מתקין התקנות להקנות ליצירתו מועד תחילה שונה מיום הפירסום.<sup>40</sup> יחד-עם-זאת, כדי שמועד זה יקדם ליום הפירסום (קרי: שלתקנות תהא תחולה רטרואקטיבית), היה צורך, מכוח סעיף 19(ב), בחוק שיסמיק את המתקין לעשות כן. כל זאת, בנוסף להוראת סעיף 19(ב),<sup>41</sup> המקבילה לסעיף 16(ב) להצעה הנדונה. יש להצטרף על כך, שבהצעה האחרונה הושמש הצורך בחוק הסמכה לשם התקנה רטרואקטיבית. פגיעתה של זו עלולה להיות קשה בפרט גם אם התקנות אינן עונשיות (אלא, למשל, עניינן במיסוי). יש לשאוף להחזרת עטרת תחילה ליושנה, קרי: לאמץ את ההסדר שנקבע בהצעה מתשל"ח.<sup>42</sup>

### ג. פרק ג' להצעה: "פיקוח הכנסת על תקנות"

#### 1. כללי

10. בפרק זה טמון עיקר החידוש שבהצעה: הסדר מסגרת לפיקוח פרלמנטרי על תקנות. בזוכרנו את המציאות, בה מרבה המחוקק לאצול מסמכויותיו התחקיות – גם כאשר הן בעלות אופי ראשוני – לנאצלו בקרב רשויות המינהל, יש לאותו פיקוח חשיבות ממדרגה ראשונה במניעת התמוטטותה של ריבונותו המהותית של הראשון. ואכן, זה מכבר השלימו המשטרים הדמוקרטיים עם שיתופה של הרשות המבצעת במלאכת החקיקה; מאמציהם מתרכזים עתה במניעת ההשתלטות של אותה רשות על אותה מלאכה.<sup>43</sup> פיקוח פרלמנטרי הולם הוא אחד מאמצעי המניעה והוא בעל פוטנציאל רב של יעילות למטרה זו. בלי להיכנס בשלב זה לפרטי ההסדר המוצע, יש לברך את בעל ההצעה על עצם המודעות לצורך להתמודד באורח שיטתי עם הנושא.

התמודדות זו אינה מגת חלקו של המשפט הישראלי עד כה.<sup>44</sup> אין להסיק מכך שהפיקוח בו עסקינן זר למחוקק. לא פעם קובע הוא הוראה, המערבת אותו במלאכת ההתקנה.<sup>45</sup>

הערה 4 בעמ' 270-282.

39. ה"ח התשל"ח, 326.

40. "תחילתן של תקנות ביום פרסומן, אם לא נקבע בהן מועד אחר לענין זה".

41. "לא תהיה תחילתה של תקנה לפני פרסומה אלא אם הסמיק החוק להתקינה כך".

42. וכך גם סעיף 17 להצעה בגירסתה מתשל"ו: ה"ח תשל"ו, 133.

43. השווה א' ברק, "שלטון החוק", קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו (הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים והנהלת בתי-המשפט, ש' שטרית עורך, תשל"ז) 15, 23: "במדינת סעד אין מנוס ממתן סמכויות חקיקה מהותיות לרשות המבצעת. אך, כדי לשמור על שלטון החוק, יש לדאוג לקיומה של ביקורת על חקיקת המשנה".

44. ראה ב' ברכה, "לקראת פיקוח פרלמנטרי על חקיקת משנה? (הצעת חוק-היסוד: החקיקה, פרק ג')", עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ס) 390, 423.

45. ראה בהרחבה שם, בעמ' 413-420.

הקושי הוא שבהעדר הסדר מסגרת בנרין, הטיפול אינו שיטתי ולא פעם קשה להבין מה טעם מצא המחוקק להכפיף תקנות מסוימות לפיקוח הכנסת ולשחרר אחרות מעולו; ובאותה מידה קשה לא פעם להבין מדוע במקרה נתון בחרה הכנסת אמצעי פיקוח מסוים להבדיל מאחר. ואכן, להוציא תקנות הנכנסות לגדרו של חוק-יסוד: משק המדינה,<sup>46</sup> נתונות אחרות לטיפול בלתי אחיד, כאשר לא אחת פועלים שיקולים מקריים באשר לשיתופה של הכנסת בקבלתן. על רקע זה לא ייפלא, שתחומים בעלי חשיבות ממדרגה ראשונה נתונים לשליטתו המלאה של מחוקק המשנה, בעוד שחלקו של המחוקק הראשי לגביהם מצטמצם בהפקדתם לשליטתו של הראשון.<sup>47</sup>

באותם מקרים, בהם קובעת הכנסת את מעורבותה במלאכת התקנת התקנות, הרי מעורבות זו היא בדרך-כלל באמצעות ועדות הבית ולא תוך היוקקות לשירותי המליאה. אותה מעורבות היא מקדמית, במסגרת הליכי ההתקנה, ובה הוועדות נדרשות לא פעם ליתן אישורן לסיוטת התקנות, שבלעדיו אין התקנות עולות למעמר של דין. בכך נבדל הפיקוח הפרלמנטרי המקובל בארץ ממקבילו האנגלי. לזה האחרון חשיבות לענייננו, שכן נראה שעמד מול עיניו של בעל ההצעה שעה שקבע את פרק ג' שבה. נעמוד עליו בקצרה.

11. באנגליה קיים הסדר מפותח למדי של פיקוח פרלמנטרי על חקיקת משנה. קיימות שם דרכי פיקוח רבות ומגוונות, אולם שתי העיקריות הן ה-"affirmative resolution" ("שיטת ההחלטה החיובית"), וה-"negative resolution" ("שיטת ההחלטה השלילית").

46. ס"ח תשל"ה, 206. לפיקוח לפי חוק-היסוד ראה נ' ברכה (לעיל, הערה 45), 413-415.  
 47. דוגמא מובהקת לכך היא חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, ס"ח 24, המקנה סמכויות תחיקתיות ראשוניות בהיקף נרחב ביותר לשרים, שעה שהפעלת הסמכויות - בחלק מכריע - אינה נתונה לפיקוח פרלמנטרי. ואכן, בית-המשפט העליון מתח לא פעם ביקורת חריפה ביותר על הפעלת סמכויות תחיקתיות מכוח החוק תוך עקיפת חקיקת הכנסת. ראה: ע"פ 156/63 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוסטרייכר, פ"ד יז 2088, 2096; בג"צ 266/88 עיריית סתח תקוה ואח' נ' שר החקלאות, פ"ד כב (2) 824, 831 ("...לא שמענו... מה מנע את המשיב מלהביא את הענין בפני הכנסת כדי שימצא בה הסדר תחיקתי כיאות. אזוהרה שהשמענו בע"פ 156/63 ... מפני הסכנה של פגיעה בעיקרון של שלטון החוק, לא הועילה" - דברי השופטים ויתקון וזוסמן); בג"צ 790/78, המ' 375/79 רחן ואח' נ' שר המסחר והתעשייה והתיירות ואח', פ"ד לג (3) 281, 293; בג"צ 256/88 מראינוסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח', פ"ד מד (1) 46-43, 19; בג"צ 344/89 ח.ס.ה-סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד מד (1) 456, 462-467. בעניין רחן הנ"ל מוסיף השופט ברק, שם (לאחר מתיחת ביקורת על ההסדר הקיים לפי החוק בענייננו): "מן הראוי הוא כי האחראים לכך ישקלו אמצעים שונים לתיקון האמור, לרבות אפשרות של ביקורת פרלמנטרית על השימוש שנעשה בסמכויות על-פי חוק הפיקוח".

האחרונה מתאפיינת בהנחת התקנות על שולחן בתי הפרלמנט, אשר חבריהם רשאים ליוזום החלטה לביטולן תוך ארבעים יום. ללא "החלטה שלילית" של אחד הבתים, תישארנה התקנות בתוקף.<sup>48</sup> שיטת ההחלטה החיובית, מבטיחה פיקוח פרלמנטרי הדוק יותר. על-פיה מונחת סיוסת התקנות על שולחן בתי הפרלמנט, וכניסתן לתוקף מותנית באישורם. ללא אישור כאמור לא תיכנסנה התקנות לתוקף.

לרשות חברי הפרלמנט עומדת ה-Joint Committee on Statutory Instruments (הידועה בשמה: Scrutiny Committee), שמתפקידה לבחון את כל התקנות או סיוסות התקנות שיש להניחן מכוח חוק על שולחן הפרלמנט, ולסנן מביניהן את אלה המעוררות בעיות חוקתיות לפי אחת מ"עילות הדיווח" המפורסות בהחלטה שהקימה את הוועדה, שאז מדווחת היא לחברי הפרלמנט על הבעייתיות שנתגלתה. תוך היוזקות לשירותיה של ועדה זו יכולים חברי הפרלמנט להפעיל ביתר יעילות את שיטת הפיקוח המתאימה שלה; כפופות התקנות בהן מדובר.<sup>49</sup>

## 2. ההסדר לפי פרק ג' להצעה

12. שיטת הפיקוח המוצעת בפרק ג' משלבת בין פרוצדורת "ההחלטה השלילית" הנוהגת באנגליה לבין המקובל עד כה בארץ בתחום הפיקוח; קרי: היוזקות לוועדות הקבועות של הכנסת. סעיף 17(א) להצעה קובע את העיקרון הבסיסי, לפיו -

הכנסת רשאית, בהחלטה, לבטל תקנות.

אין מדובר, אפוא, בפיקוח מקדמי, עובר לכניסת התקנות לתוקף, אלא בפיקוח "לאחר מעשה", כאשר האחרונות כבר תקפות. סעיף 17(ב) קובע את ההליך להפעלת סמכות הביטול:

הצעת הביטול תוגש ליושב ראש הכנסת בידי 30 חברי הכנסת לפחות תוך 30 יום מיום פרסומן, והוא יעבירנה לוועדה מועדות הכנסת שהתקנות נמצאות בתחום עניניה; קיבלה הוועדה את ההצעה, תביאנה לאישור הכנסת; ההלסת הכנסת לבטל תקנות תינתן תוך 60 יום מיום הגשת הצעת הביטול; לשר שהתקין את התקנות או לשר הממונה על מתקין התקנות תינתן הזדמנות

<sup>48</sup>. Statutory Instrument Act, 1946, s.5.

<sup>49</sup>. לדיון נרחב בשיטת הפיקוח הנוהגת באנגליה ראה: J.E. Kersell, *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation* (London, 1960) 43-67; H.W.R. Wade, *Administrative Law* (Oxford, 6th ed., 1988) 886-893.

נאותה לסעון טענותיו בוועדה ובמליאת הכנסת לפני קבלת החלטותיהן.

קיבלה הכנסת החלטת ביטול, כאמור בסעיף 17, היא תפורסם ברשומות תוך עשרה ימים מקבלתה ותוקפה יהיה מיום הפירסום או מתאריך מאוחר יותר שייקבע בהחלטה.<sup>50</sup> "ביטול תקנות בידי הכנסת אין בו כדי לפגוע בתוקפו של מעשה שנעשה מכוח התקנות לפני ביטולן".<sup>51</sup>

ולבסוף, לפי סעיף 19 להצעת חוק-היסוד, אין הסדר הפיקוח הקבוע בה בענייננו חל על תקנות הכפופות לפיקוח מליאת הכנסת או אחת מוועדותיה, על הוראות ופקודות המחייבות בצבא ושנקבעו בחוק או מכוחו, על חוקי עזר של רשויות מקומיות, על תקנות של גופים אחרים שנתכוננו בבחירות על-פי דין ועל תקנות לשעת חירום.

13. עם כל החיוב שבהכללת פרק בדבר פיקוח פרלמנטרי על חקיקת משנה, יש להצטרף על פרטיו של ההסדר בחוק-היסוד המוצע. הפגם הזועק מאותם פרטים הוא באי-ישימותה של השיטה המוצעת לצורך פיקוח שיטתי ויעיל על מעשי ידיהם של מחוקקי המשנה.

הנחת המוצא שביסוד פרק ג' להצעה היא שחברי הכנסת עוברים בעקביות ובשיטתיות על תוכנו של קובץ התקנות, שאז יוכלו לדלות מהמפרסם בין דפיו את התקנות הבעייתיות ולהפעיל כלפיהן את אמצעי הפיקוח שבסעיף 17. הנחה זו מנותקת מהמציאות. ללא סיועה של ועדה מתאימה, הנעזרת במומחים, אין לצפות מחברי המוסד המחוקק שיגווסו דרכם בים ההסדרים המותקנים, יסגנו מביניהם את אלה המחייבים תקיפה פרלמנטרית ויספיקו להביאם לדיון בפרוצדורה הקבועה באותו סעיף. קושי מעשי זה מקבל משנה חריפות בהתחשב בכך, שיש לשכנע 30 מחברי הבית להצטרף ליוזמת התקיפה. כל זאת – בפרק הזמן הקצר של 30 יום מתאריך הפירסום של התקנות ברשומות. באנגליה – הימנה אומצה הפרוצדורה הישילית<sup>52</sup> בה עסקינן – מונחות על שולחן הפרלמנט תקנות הכפופות לפיקוח פרלמנטרי מכוח חוק, שאז עוברות הן את הסינון המוקדם של ה-Scrutiny Committee. אצלנו, לפי ההסדר המוצע, מנגנון חיוני זה להצלחת שיטת הפיקוח – אינו בנמצא.

זאת ועוד: אם כבר גוייסו 30 חברי-כנסת (רבע מחברי הבית!), כדי ליזום החלטת ביטול של התקנות, מה טעם להעביר יוזמהם לאישור ועדה, שאם לא יושג לא ניתן יהיה להמשיך בהליכי הביטול? והרי מרגע הגשתה של הצעת הביטול ליושב-ראש הכנסת לשם העברתה לוועדה ועד להשלמת הדיון במליאה (גם לאחר הדיון בוועדה) עומדים לרשות הכנסת בסך-הכל 60 יום!

נראה, אפוא, ששיטת הפיקוח המוצעת תיתן אולי מענה לאותן תקנות חריגות שזכו לתהודה ציבורית עובר להתקנתן או מיד לאחר פירסומן. בכך אין רבותא, שכן תקנות

50. סעיף 18(א) להצעה.

51. סעיף 18(ב) להצעה.

אלה עשויות להגיע גם כיום לדיון במליאה או בוועדותיה תוך היוקקות לאמצעי הפיקוח הכלליים ה"רגילים" – שלא בהקשר המיוחד של תקנות – העומדים לרשות הבית, הגם שאין בהם את חוד התנית של ביטול בדרך של החלטה כמוצע בסעיף 17 הנדון.<sup>52</sup> לא "למען" תקנות הריגות אלה יש צורך בהסדר המוצע; הלה חייב, כאמור, לאפשר פיקוח שיטתי ושוטף על מלאכת התקנת התקנות כדי לוודא שאלה הטעונות ביקורת יגיעו לתודעתם של חברי הכנסת ושאר האחרונים ימצאו זאת לנכון, יפעילו מנגנון יעיל, כדי למנוע יציאתם לשוק של הסדרים שאינם מקובלים על המוסד המחוקק. ההסדר המוצע בפרק ג' אינו קובע שיטת פיקוח כזו.

### 3. פיקוח הכנסת על תקנות – הסדר חלופי

14. נוכח הפגמים בהסדר הפיקוח הקבוע בפרק ג' להצעה, יש לחתור להסדר חלופי, שיבטיח פיקוח שיטתי וממשי על תקנות. בהודמנות קודמת הצעתי הסדר כזה,<sup>53</sup> תוך הבהרת פרטיו.<sup>54</sup> להלן סיכום קצר של עיקריו:

- א. נקודת המוצא היא הכלל הרפואי הידוע ש-"prevention is better than cure". ברוח זו יש לשאוף למודעות מירבית של חברי הכנסת לסעיפי ההסמכה בהצעת חוק. זו ההודמנות ליתן את הדעת להיקף הרצוי של האצילה ולהליכי ההתקנה. לפיכך יש להבטיח, שהסעיפים האמורים ילכו בדברי הסבר של מגיש ההצעה, בהם ינסה לשכנע את חברי הבית בצורך בשיתופו – ובהיקף שיתופו – של מחוקק המשנה בקביעת ההסדר שבו מדובר.
- ב. טיוטת תקנות תוגח על שולחן הכנסת זמן מספיק (למשל, 30 יום) לפני פירסומן ברשומות. לכנסת תהא סמכות לדחות אותה טיוטה או לאמצה בנוסח שייראה לה. באותה מידה תהא הראשונה רשאית, בהחלטה, לבטל ולתקן תקנות לאחר כניסתן לתוקף.
- ג. תקנות "לענין אחר" (במשמעות סעיף 13 (א)-(ב) להצעת חוק-היסוד) ושאינן בניגוד לחוק (קרי: תקנות ראשוניות "מחוץ לחוק") לא ייכנסו לתוקף אלא אם אושרו ב"החלטה חיובית" על-ידי ועדה מוועדות הכנסת, שהחוק המסמך נמצא בתחום ענייניה.
- ד. תקנות בניגוד לחוק לא ייכנסו לתוקף לפני אישורן בהחלטה חיובית על-ידי המליאה.

52. להיוקקות לאמצעי הפיקוח הפרלמנטריים ה"רגילים" בעניינו ראה ב' ברכה (לעיל, הערה 44), 407-405.

53. שם, 430-428, מקום בו מובא נוסחו של ההסדר המוצע.

54. שם, 428-423.

ה. תקנות "דחופות" - או שפירסום מוקדם של סיוסתן יפגע בהסדר המותקן - יפורסמו מיידית ברשומות ללא הנחה מוקדמת ובלבד שיונחו מיד לאחר מכן. תוקפן של אלה מביניהן שהן מחוץ לחוק או בניגוד לחוק יפקע, אם לא יאושרו תוך פרק זמן סטטוטורי (למשל, 30 יום) מפירסומן על-ידי הוועדה המתאימה של הכנסת או המליאה (בהתאמה).

#### ד. חוק-יסוד: הממשלה מהתשנ"ב

15. חוק-היסוד החדש יחול על בחירת ראש הממשלה ועל כינון הממשלה החל מהבחירות הבאות לכנסת, קרי: החל מהבחירות לכנסת הארבע-עשרה ואילך.<sup>55</sup> תחילתן של שאר הוראותיו של חוק-היסוד תהא ביום שייכנס לכהונתו ראש הממשלה שנבחר כאמור.<sup>56</sup> לענייננו יש להזכיר את סעיפים 47-48.

16. סעיף 47, שכותרתו "תקנות", קובע כדלקמן:

(א) ראש הממשלה או שר<sup>57</sup> הממונה על ביצועו של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו.  
(ב) חוק יכול שיסמך את ראש הממשלה או שר להתקין תקנות בענין שנקבע בהסמכה.

בעיקרון, מאמץ סעיף-קס"א) אותה גישה, הבאה לביטוי בסעיף 13(ג) להצעת חוק-יסוד: החקיקה, דהיינו, הענקת סמכות לביצועו של חוק מביאה, מכוח חוק-היסוד, להענקת סמכות להתקין תקנות ביצוע.<sup>58</sup> גישה זו, כאמור, אינה נראית לי רצויה.<sup>59</sup>

55. סעיף 63(א) לחוק-היסוד.

56. סעיף 63(ב). חוק-היסוד נתקבל בכנסת ביום 18.3.92 ופורסם ברשומות ב-14.4.92. ראה הערה 6 לעיל.

57. לפי חוק-היסוד החדש ראש הממשלה אינו "שר". ראה סעיף 3(א): "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים". זאת בניגוד לחוק-יסוד: הממשלה (ס"ח תשכ"ח, 226) שעודו בתוקף. סעיף 5(א) לזה האחרון קובע: "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים".

58. הגם שניסוחו של סעיף 47(א) אינו כה ברור בהקשר לראש הממשלה, יש להניח שהכוונה היא שהאחרון יהא רשאי להתקין רק כאשר החוק שבו מדובר מסמך את ראש הממשלה לבצעו.

59. ראה לעיל, עמ' 416-417.

מכוח סעיף-קטן(ב) ניתן יהיה להסמיך את ראש הממשלה ושרים "להתקין תקנות בענין שנקבע בהסמכה", קרי: להתקין גם "מחוץ לחוק" ו"בניגוד לחוק". זאת בדומה לאמור בסעיף 13(א) להצעת חוק-יסוד: החקיקה.<sup>60</sup>

17. סעיף 48 לחוק-היסוד, שכותרתו "פיקוח הכנסת על חקיקת המשנה", קובע כדלקמן:

(א) תקנות שהתקינו ראש הממשלה או שר והקובעות ענישה פלילית בשל הפרתן, לא ייכנסו לתוקף אלא אם כן אושרו, לפני פרסומן, על ידי ועדה מועדות הכנסת שהנושא נמצא בתחום אחריותה; לא החליטה הועדה בדבר אישור התקנות או דחייתן בתוך שלושים ימים מן היום שהתקנות נמסרו לה, יראו את התקנות כאילו אושרו.

(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לפגוע בהוראות חוק-יסוד או חוק אחר הדנות בתקנות.

מכוח האמור בסעיף-קטן (ב) ברור, שהאמור בסעיף-קטן (א) הוא בנוסף להוראות אחרות - בחוק-יסוד או בחוק - באשר לפיקוח פרלמנטרי. ואכן, סעיף-קטן (א) מכסה תחום חלקי ביותר, קרי: תקנות, הקובעות "ענישה פלילית בשל הפרתן". בהעדר הוראה אחרת בחוק המסמיך, היקף הסמכות העונשית של מתקין התקנות קבוע בסעיף 16(2) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש],<sup>61</sup> בכל מקרה התקנות ה"עונשיות" יהיו כפופות לפיקוח הכנסת לפי סעיף 48(א) לחוק-היסוד.

60. עם-זאת, יש לשים לב לכך, שלפי סעיף 13(א) האמור ניתן להסמיך גם את הממשלה להתקין. סעיף 47 לחוק-היסוד אינו מזכיר את זו האחרונה. אם אכן נועד אותו סעיף למצות את נושא ההסמכה להתקין בתחום טיפולו של חוק-היסוד - והלה עוסק בממשלה, בראש הממשלה ובשרים - נראה שניתן להסיק מכאן שחוק לא יוכל להסמיך את הממשלה בענייניו. שאלה היא מה טעם בדבר. גם לפי חוק-היסוד דנן "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה" (סעיף 1). בהחלט ייתכנו מקרים, בהם רגישותו של ההסדר מושא סמכות ההתקנה מחייב להפקיר עליו דווקא את הממשלה. כך המצב כיום. ראה ב' ברכה (לעיל, הערה 4), 96. אין סיבה להוציא את הממשלה מהזירה לפי חוק-היסוד החדש.

61. "מקום שהחוק מעניק לרשות את הסמכות להתקין תקנות, יהיו ההוראות הבאות חלות לגבי התקנתן וכוח פעולתן של תקנות אלו, אם אין כוונה אחרת משתמעת - מותר לקבוע בתקנות, כי כל העובר על הוראה מהוראותיהן, יהא צפוי לקנס שנקבע בתקנות או לתקופת מאסר שנקבעה בהן או לשני הענשים כאחד, ובלבד שהקנס לא יעלה על הקנס הקבוע בסעיף 40 (2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ותקופת המאסר לא תעלה על ששה חודשים; והוא כשאין באותו חוק הוראה אחרת".

הרישא של הסעיף האחרון עלול להוביל למסקנה המוסעית, שתנאי לכניסתו לתוקף של התקנות הנכנסות לגדרו הוא החלטה "חיובית" - קרי: "אישור" - של הוועדה המתאימה בכנסת. בא הסיפא ומבהיר שהסעיף עוסק בהחלטה "שלילית". במלים אחרות: רוצה הוועדה לדרוח התקנות, שטיוטתן הונחה בפניה, רשאית היא לעשות כן תוך 30 יום מתאריך ההנחה. שתקה הוועדה, רואים אותה כמי שאישרה התקנות. בכך מוקחה מאד עוקצו של הפיקוח לפי הסעיף הנדרון. ובכלל, לפי הקונסטרוקציה הקבועה בו, קשה להבין מתי תיוס הוועדה "אישור" (ממשי-אקטיבי) של התקנות. לראש הממשלה או לשר המתקינים אין כל סיבה לבקש אותו אישור, שכן דין שתיקה כדין אישור. חבר-כנסת המתנגד לתקנות ייוס החלטת דחייה. מתי תבוא, אפוא, יוזמת אישור?

אם חרד המחוקק מחקיקה מינהלית (קרי: בתקנות)-עונשית, טוב יעשה, אם יחייב החלטת אישור "חיובית", שאז יטרחו הגורמים המתקינים ליוס דיון בוועדה ולשכנעה לתת ברכתה למעשי ידיהם. בכל מקרה, שיטת הפיקוח הקבועה בסעיף 48(א) כמעט שאינה מוכרת להליכי הפיקוח הפרלמנטרי הנוהגים כיום.

#### ה. הצעת חוק-יסוד: החקיקה מהתשנ"ג

18. זו גירסה רביעית של חוק-היסוד המוצע. לענייננו יש לציין בצער, שיש בה נסיגה בנושא חוקתי חשוב משהושמט הימנה הפרק שעניינו פיקוח הכנסת על תקנות. זאת - בניגוד לגירסאות מהתשל"ח ומהתשנ"ב. כל שגותר בנושא זה הוא סעיף 12 שלפיו -

הכנסת רשאית לפקח על תקנות, אם בהליכי אישור, אם בהליכי ביטול, כפי שייקבע בחוק.

הוראה זו הינה חסרת כל משמעות ואף מיותרת. אין כל ספק - גם ללא שירותיו הטובים של סעיף 12 - שהכנסת "רשאית" לפקח על תקנות. ייתכן שבעל ההצעה נשא עיניו לפסיקה בארצות-הברית מהעשור האחרון בה נקבע, שהוראת חוק, המכפיפה תקנות

אם תאומץ הצעת חוק-יסוד: החקיקה, תוחלף הוראת סעיף 16(2) הנ"ל (ראו סעיף 32(3) להצעה) בהוראה מקבילה, המופיעה בסעיף 13(ה): "מי שהוסמך להתקין תקנות רשאי לקבוע בהן כי דינו של העובר על הוראה מהוראותיהן - מאסר לתקופה שלא תעלה על ששה חרשים או קנס שלא יעלה על הסכום שנקבע לכך בחוק". שאלה היא אם גם ההוראה דגן חלה בהעדר הוראה אחרת בחוק המסמך, זאת נוכח סעיף 13(א)-(ב) להצעה. האם הסמכה "לענין אחר שנקבע בהסמכה" יכולה להשתרע גם על הסמכה להתקנה עונשית שהעונש מכותה יהא תמור או קל ממסגרת המאסר הקבועה בסעיף 13(ה)ז בכל מקרה גובה הקנס ייקבע בחוק. בהעדר הוראה אחרת תחול הוראת סעיף 61 א לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 ("קנס שנקבע בתקנות בשל עבירה עליהן לא יעלה על 4,500 שקלים חרשים, אלא אם כן נקבע בחוק סכום אחר לענין זה"). שתיתוסף מכוח סעיף 33 להצעת חוק-היסוד.

ל-"legislative veto" הינה כלתי חוקתית; וכדי למנוע תוצאה זו קבע הראשון את שקבע.<sup>62</sup> אך הפסיקה האמריקאית ניתנה על רקע הסדר חוקתי<sup>63</sup> שאין לו ולא כלום עם מקבילו הישראלי גם לכשיאומץ חוק-היסוד המוצע. ומכיוון שאין כל מניעה חוקתית לפקח, אין גם צורך להסמיך חוקתית לפקח. גם לכשיתקבל חוק-היסוד, השאלה האמיתית במציאות התחיקתית שלנו לא תהא זו בדבר סמכותה של הכנסת לחוקק חוק בנושא הפיקוח אלא הפעלת הסמכות כך שאכן תחוקק חוק כאמור, שיונחה על-ידי שיקולים חוקתיים ושתיקבע בו שיטה לביקורת שוטפת ויעילה על מעשי ידיהם של מחוקקי המשנה. נראה שבעל ההצעה אוהו ברעה שאין להסדיר הנושא הנדון בחוק-יסוד, האמור להוות פרק בחוקה, אלא שיאה אותו נושא לחוק, הגם שסעיף 12 אינו מורה על חקיקת חוק מסגרת כאמור. כך או כך, בהצעת חוק הליכי החקיקה, התשנ"ג-1993,<sup>64</sup> המתפרסמת עם הצעת חוק-היסוד ובהתאם לאמור בו,<sup>65</sup> קיימת התייחסות לענייננו. סעיף 17(א) להצעה קובע הסדר דומה לזה המופיע כיום בסעיף 48(א) לחוק-יסוד: הממשלה מהתשנ"ב. דברי הביקורת שהובאו בהקשר לאחרון נכונים באותה מידה באשר לראשון.<sup>66</sup> לביקורת זו יש להוסיף, שנוכח חשיבותה המעשית של חקיקת המשנה, היקף התפרסותה והסכנות הטמונות בה לריבונותה המהותית של הכנסת, ומכאן גם לשלטון החוק<sup>67</sup> – חיוני הוא שתמצא הסדרה, לפחות מבחינת עקרונות המסגרת, בחוק-היסוד. הפיקוח הפרלמנטרי שייך ללא ספק לאותם עקרונות. זאת ועוד: מכיוון שמדובר בשיטת פיקוח שתופעל על-ידי הכנסת ומכיוון שיש להבטיח שרוב בבית – רוב הימנו נהנית הרשות המבצעת שאינה ששה למעורבות של הכנסת בהליכי ההתקנה – לא יסטה בחוק מאותה שיטה, המקום הטבעי לאימוצה של זו האחרונה הוא בחוק-יסוד: החקיקה.<sup>68</sup>

62. פסק-הדין המנחה בעניין זה הוא I.N.S. v. Chadha 103 S. Ct. 2764 (1983). לדיון בפסק-הדין ובאלו שבאו בעקבותיו ראה: ב' ברכה (לעיל, הערה 4), Schwartz, 230-229, supra, note 15, at 218-221. וראה דברי ההסבר של בעל ההצעה בצמידות לסעיף 12 הנדון (ה"ח התשנ"ג, בעמ' 94): "... יש צורך לעגן את סמכותה של הכנסת לפקח על התוכן של התקנות...".

63. קרי: ההוראה בחוקה בדבר שיתופו של הנשיא בהליכי החקיקה של הקונגרס. בהפעילו הליכי הפיקוח פועל הקונגרס כמחוקק תוך עקיפת הנשיא ולפיכך אותם הליכים הינם בלתי חוקתיים. ראה בעיקר Chadha, (supra, note 62), at 2769-2788.

64. ה"ח התשנ"ג, 99.

65. ראה סעיפים 2-3, 11 להצעת חוק-היסוד.

66. ראה טקסט שלאחר הערה 61 לעיל. סעיף 17(ב) משחרר מתחולת סעיף קטן (א) תקנות הנכנסות לגדרו של האחרון, אם שר בדעה שיש דחיפות בהתקנתן. במקרה כזה רשאי הוא, באישור ראש הממשלה, להתקין התקנות בלי מסירתן המוקדמת לוועדה וזו רשאית, תוך 30 יום, לבטלן.

67. ראה עמ' 413 לעיל.

68. סעיף 18 להצעה מוציא מתחום תחולתו תקנות מסוימות בדומה להוראת סעיף 19 להצעת חוק-היסוד מהתשנ"ב. ראה עמ' 424 לעיל.

19. בסוגיית הפירסום קובע סעיף 11 להצעת חוק-היסוד מהתשנ"ג כדלקמן:

תקנות יפורסמו ברשומות; הוראות בדבר סדרי הפירסום, הנוסח המחייב שלהן וכן הוראות בדבר תחילתן - ייקבעו בחוק.

חובת הפירסום משודיינת, אפוא, חוקתית בדומה להוראה המקבילה מהתשנ"ב.<sup>69</sup> אלא שבניגוד לזו האחרונה, המחייבת פירסום ברשומות "זולת אם נקבעה בחוק הוראה אחרת לעניין דרכי הפירסום", אין סעיף 11 מותיר למחוקק חופש תימרון באשר ל"דרכי הפירסום" אלא אך באשר ל"סדרי הפירסום". מכאן שבכל מקרה חובת הפירסום תמוצה רק על-ידי היוקקות לרשומות. והנה קובע סעיף 15 (א) להצעת חוק הליכי החקיקה, ש"תקנות ייחתמו בידי מי שהתקינן ויפורסמו ברשומות, זולת אם נקבעה בחוק הוראה אחרת לעניין דרכי הפירסום". הסיפא של הסעיף הוא מעבר לכוחו של החוק המוצע וחורג מהוראת סעיף 11 לחוק-היסוד המוצע. בכל מקרה, ספק אם יש הצדקה לקדושת היתר שמעניק הסעיף האחרון לפירסום ברשומות ואין סיבה שלא להותיר למחוקק מרווח תימרון באשר ל"דרכי הפירסום". יש לחזור, אפוא, להוראת סעיף 15(א) להצעת חוק-היסוד מהתשנ"ב, שתייתר את הוראת סעיף 15(א) להצעת החוק מהתשנ"ג.

20. בנושא תחילת התוקף חוזר סעיף 11 להצעת חוק-היסוד המצוטט לעיל, יחד עם סעיף 9(ו) שלה וסעיף 16(א) להצעת חוק הליכי החקיקה, בעיקרו של דבר, על ההסדר מהתשנ"ב,<sup>70</sup> תוך נסיגה כאן, כמו שם, מההסדרים המוצעים הקודמים, לפיהם הסמכה בחוק היא תנאי להתקנה רטרואקטיבית.<sup>71</sup>

21. מצד אחר, יש לשים לב לשינוי מרחיק לכת המוצע בנוסח מהתשנ"ג בדבר היקף ההסמכה האפשרי של מחוקק המשנה, שינוי שספק אם נתנו את מלוא הדעת עליו. לפי סעיף 10 להצעה - "תקנה הסותרת הוראה של חוק - בטלה". בגירסאות המוצעות הקודמות של הוראה זו הובהר, שתוצאת הבטלות לא תחול, אם הותרה הסתירה בחוק.<sup>72</sup> האם כוונת בעל ההצעה מהתשנ"ג היא, שהכנסת לא תהא רשאית להסמיך את נאצליה להתקין בניגוד לחוק (להוציא תקנות לשעת חירום לגביהן

69. סעיף 15(א). וראה עמ' 418-419 לעיל.

70. הגם שבסעיף 16(א) להצעה מהתשנ"ב נקבע עקרון המוצא החוקתי לפיו תאריך הפירסום הוא תאריך הכניסה לתוקף, אלא-אם-כן נקבע אחרת בחוק או בתקנה; בסעיף 11 לגירסה מהתשנ"ג מושאר הכל לקביעתו של חוק. ואכן, סעיף 16 להצעת חוק הליכי החקיקה חוזר על עקרון המוצא דלעיל. מעשית אין שוני אך במישור החינוכי-סימבולי נראית ההוראה מהתשנ"ב עדיפה.

71. ראה עמ' 420-421 לעיל.

72. ראה: סעיף 15 להצעה מהתשל"ו; סעיף 17 להצעה מהתשל"ח; סעיף 14 להצעה מהתשנ"ב.

ישנו פרק מיוחד?<sup>73</sup> נוכח הכמות העצומה של הסמכות כאלה כיום, מעבר להסדרי חירום,<sup>74</sup> ספק רב אם זו הכוונה. אם יישאר סעיף 10 כמות שהוא, לא ניתן יהיה, כנראה, לאמר שהוראות סעיף 9(א)-(ב) – לפיהן ניתן להסמיך את מחוקק המשנה להתקין גם "לענין אחר שנקבע בהסמכה" – יפתרו הבעיה, נוכח ההוראה החד-משמעית בסעיף 10. האחרון מחייב, אפוא, מחשבה נוספת מצד יוזמיו.<sup>75</sup>

### ו. הערות סיכום

22. נושא התקנות ראוי לו שיוסדר בחוק-יסוד: החקיקה. במסגרתו של זה ראוי הוא שיוסדר נושא הפיקוח הפרלמנטרי. ראוי להם, לאמונים על מלאכת החקיקה שבהתמודדם עם סוגיית החקיקה בחוק-היסוד לא יתחמקו מהתמודדות עם הנושא הנדון ברשימה זו, נושא שהוא בלב ליבה של שיטתנו החוקתית ושהשפעתו מכרעת על ריבונותה של הכנסת כבית הנבחרים ועל היבטו המהותי של עקרון שלטון החוק.

73. פרק ג' להצעה.

74. ראה ב' ברכה (לעיל, הערה 4), 88-89.

75. צמצום נוסף באשר לכוחו של מחוקק המשנה לפי הצעת חוק-היסוד מהתשנ"ג ייגרם מהוראת סעיף 9(ה) שלה, לפיו לא תנבע מעצם ההסמכה להתקין תקנות גם הסמכות להטיל בהן עונש מאסר בגין הפרתן. למטרה אחרונה זו יהא צורך שמחוקק המשנה יוסמך "לכך במפורש בחוק". ראה גם סעיף 22 (ד) להצעה. הסמכה להטיל עונש מאסר כאמור עולה מסעיף 13(ה) להצעה מהתשנ"ב. וראה סעיף 9(ו) להצעת חוק-היסוד מהתשנ"ג: "עונש מאסר שנקבע בחוק בשל הפרת הוראה שבתקנה לא יעלה על ששה חודשים".

---