

פיקוח ציבורי על פעילות פרטית*

יצחק זמיר**

הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית (הקרוי באנגלית regulation) הינו אחד התפקידים העיקריים של כל מדינה. הוא מורכב משני חלקים: ראשית, הסדרה של פעילות פרטית בתחומים שונים באמצעות כללים הנקבעים בחוק, בתקנות ובהוראות מנהל; שנית, אכיפת הכללים באמצעות מנגנונים שונים, חלקם מנגנונים המשמשים לאכיפת החוק בדרך-כלל, בעיקר המערכת לאכיפת החוק הפלילי, וחלקם מנגנונים מיוחדים שהוקמו והוסמכו לצורך אכיפה של כללי הפיקוח.

הפיקוח הציבורי מפותח מאוד בישראל. אין כמעט תחום של פעילות כלכלית או חברתית שאינו נתון בפיקוח ציבורי. הפיקוח תופס את חלק-הארי של ספר החוקים, ומהווה חלק מרכזי של הפעילות השלטונית. אף-על-פי-כן הוא הוונח מאוד בישראל, הן במחקר המשפטי והן בפסיקה של בית-המשפט. מאמר זה מבקש לתת תמונה כללית ובסיסית של הפיקוח הציבורי הקיים בישראל מן הבחינה המשפטית.

המאמר מציג את הדפוסים המקובלים של הפיקוח לפי התחיקה ועל-פי הפרקטיקה: הסדרי הפיקוח; המקורות המשפטיים של הפיקוח; הסוגים העיקריים של מנגנוני הפיקוח, ובכלל זה הפיקוח באמצעות גופים פרטיים; והסמכויות המוקנות למנגנונים אלה לצורך הרתעה, מניעה וענישה.

פיקוח ציבורי על פעילות פרטית יוצר דילמה. מצד אחד, יש צורך בפיקוח כזה כדי למנוע שימוש לרעה בכוח פרטי, לתקן כשל שוק, להסדיר שימוש במשאבים מוגבלים ולהבטיח רמה ראויה של מצרכים ושירותים. צורך זה קיים גם

* המאמר נכתב בעקבות הרצאה בכנס השנתי של העמותה למשפט ציבורי שנערך באשקלון ביום 28.11.2002. אני מבקש להודות לטנה שפניץ, משנה ליועץ המשפטי לממשלה, לדידי לחמן-מסר, משנה ליועץ המשפטי לממשלה, ולד"ר יגאל מרזל, רשם בית-המשפט העליון, שקראו את טיוטת המאמר והעירו הערות חשובות שתרמו לשיפורו. כמו-כן אני מבקש להודות ליצחק בם, תלמיד לתואר השני בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, שסייע לי בכתיבת המאמר. לבסוף, תודתי נתונה גם לחברי המערכת של כתב-העת משפט ועסקים על עבודת העריכה של המאמר.

** שופט (בדימוס) של בית-המשפט העליון.

במסגרת מדיניות (היא המדיניות הנוהגת כיום) של הפרטת שירותים ציבוריים. אולם מצד אחר, הפיקוח פוגע בזכויות אדם, ובעיקר בחופש העיסוק ובזכות הקניין, שהינן זכויות חוקתיות. לפיכך מתעוררת שאלה אם הפגיעה בזכויות עומדת מבחינה משפטית במבחן החוקתיות. נוסף על כך, לפיקוח עשויות להיות תוצאות שליליות מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית – למשל, בשל הפגיעה בתחרות החופשית ובתרבות החופש. בפועל קיימת נטייה שלטונית להטיל פיקוח גם כאשר אין בו צורך ממשי, ולהעניק למנגנון הפיקוח סמכויות מפליגות. חשוב למצוא את האיזון הראוי בכל תחום, בהתאם לנסיבותיו המיוחדות, כדי שיאופשר הפיקוח היעיל הנדרש לטובת הציבור אך יימנע פיקוח מיותר או פיקוח עודף, שיש בו כדי להזיק למשק הלאומי ולמרקם החברתי.

מבוא

1. עיקרי הפיקוח

2. היקף הפיקוח והשלכותיו

פרק א: הצורך בפיקוח

1. הרקע והטעם לפיקוח

2. מדינה מוסדרת

3. מדינה מופרטת

4. גבולות הפיקוח

(א) הצורך בפיקוח בתקופת ההפרטה

(ב) תחומים שאין בהם צורך בפיקוח

פרק ב: הסדרי הפיקוח

פרק ג: מקורות הפיקוח

1. חוקים

2. תקנות

(א) הסדרים ראשוניים בתקנות

(ב) הצורך בהסמכה מפורשת

3. הוראות מנהל

פרק ד: מנגנון הפיקוח

1. מנגנון ציבורי

(א) משרד ממשלתי

(ב) רשות נפרדת

(ג) רשות המשרד

2. מנגנון פרטי

3. מנגנון משולב

פרק ה: סמכויות הפיקוח

1. היקף הסמכויות
 2. הרתעה, מניעה וענישה
- פרק ו: סיכום

מבוא

פיקוח מאפיין כל שלטון: לא רק שלטון אוטוקרטי, אלא גם שלטון דמוקרטי. כל שלטון נוהג לקיים גם פיקוח פנימי וגם פיקוח חיצוני. הפיקוח הפנימי נעשה במערכת השלטון פנימה: ראשי השלטון מפקחים על הכפופים להם במסגרת השלטון.¹ הפיקוח החיצוני יוצא ממערכת השלטון החוצה: אנשי השלטון מפעילים פיקוח על פעילותם של אנשים פרטיים מחוץ למסגרת השלטון. מאמר זה דן רק בפיקוח חיצוני.

פיקוח חיצוני של השלטון על פעילות פרטית קיים מאז ומעולם. אין זו מליצה או גוזמה. דוגמה וראיה לכך אפשר למצוא כבר בספר בראשית.² כאמור בספר זה, מייד לאחר שיצר אלוהים את אדם וחוה, הוא החליט לפקח עליהם, כלומר, על כל אוכלוסיית העולם. הפיקוח הוטל על הפעילות הבסיסית ביותר שלהם: על האכילה. אלוהים קבע כי אדם רשאי לאכול מכל העצים בגן־עדן, אך הוסיף וקבע כי אסור לאדם לאכול מעץ־הדעת. הוא הודיע על כך לאדם בצו, והזהירו כי אם יאכל מעץ־הדעת, באותו יום מות ימות. אדם וחוה הפרו את הצו, ואלוהים החליט להענישם. הוא היה יכול להמיתם, כפי שהזהיר, אך העדיף להטיל עליהם עונש אחר – גירוש מגן־עדן.

1. עיקרי הפיקוח

סיפור גן־עדן מקפל בקרבו את תורת הפיקוח כולה על רגל אחת. וכי מה הוא פיקוח? הפיקוח מורכב משני שלבים עיקריים. בשלב הראשון השלטון (בדרך־כלל הרשות המחוקקת אך לעיתים קרובות גם הרשות המבצעת) קובע הסדרים לפעילות אנושית. על־פירוב הוא קובע הסדרים לפעילות בתחום העסקי או המקצועי, אך לא־פעם הוא קובע

1 הפיקוח הפנימי נעשה בדרכים שונות: הוראות פנימיות, הנחיות מנהליות, אצילת סמכות השומרת בידי האוצל את הכוח לתת הוראות ולפקח על הנאצל, נטילת סמכות על־ידי שר ועוד. ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו-1996) 509 ואילך.

2 בראשית, ב, ג. סיפור גן־עדן, שאפשר לראות בו דוגמה לפיקוח, מעלה שאלות אשר ראוי בדרך־כלל לשאול לגבי פיקוח שלטוני על פעילות פרטית. בין היתר, ראוי לשאול אם יש הצדקה לפיקוח על פעילות מסוימת; מהי תכלית הפיקוח; אם הסדר הפיקוח הולם את תכלית הפיקוח; ואם העונש על הפרת ההסדר אינו עולה על המידה הנדרשת.

הסדרים לפעילות בתחום אחר, כגון בתחום החברתי. לצורך זה הוא מחליט תחילה אם ראוי להסדיר את הפעילות בתחום מסוים, ולאחר־מכן, אם הוא מחליט בחיוב, הוא קובע את ההסדר שיחול על הפעילות באותו תחום. הוא קובע, למשל, איסור לפעול באותו תחום ללא היתר מן השלטון, או את התנאים והאופן שבהם צריך לקיים פעילות מסוימת, וכיוצא באלה. את השלב הזה ניתן לכנות "הסדרה" (regulation). בשלב השני השלטון (בדרך־כלל הממשלה או גופים ציבוריים אחרים, כגון רשויות מקומיות ותאגידים ציבוריים למיניהם) מקיים מעקב ובקרה אחר הפעילות בתחום המוסדר, באמצעות מפקחים, דו"חות ותלונות, כדי לברר אם ההסדר שנקבע נשמר למעשה. אם מתברר לשלטון כי ההסדר הופר, הוא מחליט אם לנקוט אמצעים של אכיפה או ענישה בגין ההפרה. את השלב הזה ניתן לכנות "פיקוח" (inspection).

ספק אם יש שם הולם המתאר כראוי את צירופם של שני השלבים יחדיו. באנגליה מקובל לכנות את שני השלבים גם־יחד regulation, כלומר, "הסדרה" – המושג "הסדרה" כולל שם גם את הפיקוח. אולם בישראל מקובל, גם בחקיקה וגם בפסיקה, לכנות את שני השלבים גם־יחד "פיקוח" – המושג "פיקוח" כולל בארץ גם את ההסדרה. כך, לדוגמה, חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים³ וחוק הפיקוח על עסקי הביטוח.⁴ לפיכך אדבר גם אני על פיקוח, במובן הרחב הכולל את שני השלבים, כלומר, גם את שלב ההסדרה.

הפיקוח הנעשה במתכונת זאת הינו חלק מן המנהל הציבורי. זהו מנהל עקיף, להבדיל ממנהל ישיר. מנהל עקיף ומנהל ישיר משמשים את המנהל הציבורי כדרכים לשרת את הציבור. מה ההבדל ביניהם? מנהל ישיר משמש את המנהל הציבורי כדי לספק, הוא בעצמו, מצרכים ושירותים לאוכלוסייה. לדוגמה, המנהל הציבורי מספק שירותי ביטחון (באמצעות צבא ומשטרה), בריאות (באמצעות בתי־חולים ממשלתיים) והינוך (באמצעות בתי־ספר ממלכתיים), סולל כבישים ומניח מסילות־ברזל, מייצר כלי־נשק (באמצעות מפעלי תעשייה השייכים לשלטון), מייבא מזון (באמצעות חברות מסחריות השייכות לשלטון) ועוד. בדרך זאת המנהל הציבורי יכול להבטיח כי האוכלוסייה תקבל מצרכים ושירותים חיוניים ברמה ראויה. לעומת זה, מנהל עקיף משמש כדרך לשרת את הציבור באמצעות גופים פרטיים. הוא משמש בעיקר כדי להבטיח כי מצרכים ושירותים שגופים פרטיים מספקים לאוכלוסייה – באמצעות מפעלי תעשייה, חברות מסחריות, חנויות ומשרדים למיניהם – יהיו ברמה ראויה.⁵ לצורך זה מוטל פיקוח ציבורי על הפעילות הפרטית.⁶

3 חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, ס"ח 24 (להלן: חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים).

4 חוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981, ס"ח 208 (להלן: חוק הפיקוח על עסקי הביטוח).

5 על ההבחנה בין מנהל ישיר לבין מנהל עקיף ראו הנס קלינגהופר משפט מינהלי (תשי"ז-1957) 112. בדרך־כלל ההבחנה בין מנהל ישיר לבין מנהל עקיף ברורה, אך לא תמיד. בין היתר, ייתכן שאותו גוף ציבורי (יהיה זה משרד ממשלתי או גוף ציבורי אחר)

2. היקף הפיקוח והשלכותיו

הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית מעוגן בדרך-כלל בחוקים.⁷ החוקים מסדירים באמצעות כללים פעילות חוקית וראויה, כגון פעילות רגילה בתחום התכנון והבנייה; הקמה ותפעול של בנקים, חברות ביטוח ועסקים אחרים; ניהול של מוסדות בריאות וחינוך, וכדומה. מקובל לכנות חוקים כאלה "חוקים מסדירים" (רגולטוריים).⁸ החוקים המסדירים משתייכים לתחום המנהלי יותר מאשר לתחום הפלילי.⁹ אומנם הגיבוי לכללים שנקבעו

-
- יספק שירות מסוים לציבור (כמנהל ישיר) ובמקביל יקיים פיקוח (כמנהל עקיף) על הספקת שירות מאותו סוג על-ידי גופים פרטיים. לדוגמה, משרד החינוך מספק בעצמו שירותי חינוך במסגרת בתי-הספר הממלכתיים, ובמקביל מפקח על הספקת שירותי חינוך על-ידי בתי-ספר פרטיים. ראו חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ס"ח 137, וחוק הפיקוח על בתי הספר, התשכ"ט-1969, ס"ח 180 (להלן: חוק הפיקוח על בתי-הספר).
- 6 הפיקוח אינו הדרך היחידה של המנהל הציבורי להשפיע על ההיקף, המהות והרמה של מצרכים ושירותים שגופים פרטיים מספקים לאוכלוסייה. דרך נוספת היא תמיכות והטבות למיניהן. בדרך זאת המנהל הציבורי יכול לפתח ולהשפיע על פעילות תרבותית (על-ידי מענקים למוזיאונים, לתיאטראות, לספריות וכיוצא באלה), כלכלית (למשל, על-ידי סובסידיות ליצרנים או ליצואנים, מחירים מוזלים של מים או קרקע לצרכנים מסוימים או לשימושים מסוימים) או חברתית (באמצעות תמיכה בעמותות צדקה, במוסדות דתיים וכדומה). מאמר זה אינו עוסק בדרך זאת.
- 7 החוק הוא בכל מקרה המקור הראשוני של הפיקוח, אך הוא יכול להסמיך גם רשויות מנהליות להטיל פיקוח או לקבוע הסדרי פיקוח באמצעות תקנות והוראות מנהל. ראו להלן פרק ג.
- 8 בע"פ 725/97 קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי, פ"ד נב(1) 749, בעמ' 764-765 (להלן: עניין קלקודה), אמר השופט חשין: "עיקרם של אותם חוקים [כלומר, חוקי הפיקוח בתחומי החקלאות - י' ז'] הוא בהסדרים המינהליים שהם קובעים. החוקים הם חוקים-מסדירים - חוקים-רגולטיביים. כך, למשל, קביעתן של מכסות ייצור ושיווק הינה מעיקרי אותם חוקים, והצורך לפקח על קיומן של המכסות הינו צורך מובנה וחיוני לעצם קיומו של ההסדר." ראו עוד להלן בפרק ה.
- 9 גם חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין), וכן חוקים עונשיים אחרים, מטילים פיקוח על פעילות פרטית. אולם יש הבדל מהותי בין חוקים אלה, שהינם חוקים פליליים במהותם, לבין החוקים המסדירים, שהינם חוקים מנהליים במהותם. ההבדל הוא שהחוקים הפליליים נועדו למנוע התנהגות פרטית שהינה פסולה ביסודה, ואפשר לומר אף אנטי-חברתית, כגון רצח ושווד. התנהגות כזאת מכונה mala in se. מאמר זה אינו עוסק בפיקוח באמצעות חוקים פליליים, אלא רק בפיקוח באמצעות חוקים מסדירים. חוקים אלה מתייחסים להתנהגות שהינה כשרה ביסודה, ואפילו חיובית מבחינה חברתית, כגון פעילות רגילה בתחום הבנייה, התעשייה והמסחר. אומנם גם לפעילות כזאת יש גבולות והגבלות, והחוקים מגינים עליהם בין היתר באמצעות איסורים פליליים, אולם התנהגות

בחוקים אלה ניתן, בין היתר, באמצעות עונשים פליליים, שכן הפרת הכללים נחשבת בדרך-כלל לעברה פלילית. אולם חוקים אלה שונים במהותם מחוק העונשין, העוסק רק בפעילות פסולה ואסורה.

החוקים המסדירים מכוונים לעיתים קרובות להגן על אנשים פרטיים ועל הציבור כולו מפני נזק הנובע משימוש בלתי-מקצועי, רשלני או זדוני, בכוח המצוי בידי גורמים פרטיים, יהא זה כוח כלכלי, מקצועי או אחר. הם מכוונים גם לא-פעם לקדם את האיכות של מצרכים ושירותים שגורמים פרטיים מספקים לציבור, להסדיר הקצאה ראויה של משאבים ציבוריים או להשיג מטרה ציבורית אחרת. לצרכים אלה הם מקנים סמכויות פיקוח לרשויות שונות במסגרת המנהל הציבורי. לדוגמה, הם מקנים סמכויות פיקוח לרשויות כאלה כדי להבטיח שרופאים וחשמלאים יהיו בעלי הכשרה מקצועית נאותה ויעשו את עבודתם באופן ראוי; שמפעלי תעשייה ידאגו לבטיחות של מכוונות מסוכנות; שמונופולים לא ינצלו לרעה את הכוח הכלכלי שלהם; שחברות אוטובוסים ייתנו שירות ראוי גם בקווים שאינם רווחיים; שמצרכים ושירותים חיוניים יסופקו לציבור באופן שוויוני ובמחירים סבירים; ועוד. הפיקוח הציבורי על הפעילות הפרטית בעניינים אלה, ובעניינים רבים נוספים, נועד לשרת את האינטרס הציבורי.¹⁰

אך זה רק צד אחד של מטבע הפיקוח. מצד אחר, הפיקוח פוגע בזכויות אדם. הוא יכול לפגוע בחופש הביטוי מכוח פקודת העיתונות, המקנה לשר הפנים (בסעיף 19) סמכות להפסיק הופעת עיתון שפרסם דבר העלול לסכן את שלום הציבור; הוא יכול לפגוע בחופש

המפרה איסורים אלה, שמכונה mala prohibita, מהווה עברה מסוג שונה. עברות מסוג זה, שבדרך-כלל אין עימן קלון, הינן במהותן עברות מנהליות יותר מאשר עברות פליליות. על עברות מנהליות ראו להלן את הדברים הצמודים להערות 315-320.

10 הפיקוח על פעילות פרטית מופעל בדרך-כלל על-ידי רשויות של המנהל הציבורי, אך לא רק על-ידי רשויות כאלה. לדוגמה, הכנסת יכולה לפקח על פעילות פרטית לא רק בדרך של חקיקה הקובעת נורמות, אלא גם בדרך של שאילתות במליאת הכנסת ודיונים בוועדות הכנסת. הביקורת של מבקר המדינה חלה בין היתר - מכוח סעיף 9 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958, ס"ח 92 - על גופים פרטיים הנתמכים במישרין או בעקיפין על-ידי הממשלה או על-ידי גוף מבוקר אחר. גם העיתונות הכתובה והמשודרת עוקבת אחר פעילות פרטית, חוקרת אותה ומדווחת עליה כאשר יש בה עניין לציבור. כמו-כן, בית-המשפט פועל בדרכים שונות כדי שפעילות פרטית לא תפגע באופן בלתי-ראוי באינטרס ציבורי, ולפיכך אפשר לומר כי גם בית-המשפט מקיים פיקוח ציבורי על פעילות פרטית. כך הוא יכול לעשות גם במסגרת התדיינות פרטית - לדוגמה, באמצעות כללים בדבר תקנת הציבור בתחום דיני החוזים או בדבר רשלנות בתחום דיני הנזיקין. בהקשר זה ראוי לציין במיוחד את ההלכה שקבע בית-המשפט בדבר הדין החל על גופים דו-מהותיים, כלומר, על גופים פרטיים שיש להם גם מהות ציבורית או תפקיד בעל אופי ציבורי. לפי הלכה זאת, גופים דו-מהותיים עשויים להיות כפופים לכללים מסוימים מן המשפט הציבורי, כגון הכלל בדבר שוויון. על ההלכה בדבר גופים דו-מהותיים ראו להלן הערה 114. ראו גם זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 479.

ההפגנה מכוח פקודת המשטרה,¹¹ המתנה קיום אספות ותהלוכות בקבלת רישיון; הוא יכול לפגוע בחופש ההתאגדות מכוח חוק העמותות,¹² הקובע סייגים לרישום עמותה; הוא יכול לפגוע בזכות הקניין מכוח חוק התכנון והבנייה,¹³ הקובע כי בתוכנית מתאר ניתן לקבוע איסורים, הגבלות או תנאים לשימוש בקרקע; והוא יכול לפגוע בזכויות אחרות מכוח חוקים אחרים. עם זאת, על-פי-רוב הקורבן העיקרי של הפיקוח הוא חופש העיסוק, שחוקי-יסוד: חופש העיסוק הקנה לו מעמד של זכות חוקתית.¹⁴ רוב חוקי הפיקוח פוגעים בחופש להקים ולנהל עסקים או בחופש לעסוק במקצוע.¹⁵ השאלה המרכזית המלווה את משטר הפיקוח היא מהו האיזון הראוי בין אינטרס הציבור לבין זכויות הפרט. הפיקוח מופעל על-ידי רשויות שונות של המנהל הציבורי. הוא מופעל באופן שגרתי על-ידי משרדי הממשלה בתחומים רבים, כגון: הבריאות, החינוך, החקלאות, התחבורה, המסחר וכן הלאה. אולם הפיקוח אינו מוגבל למשרדי הממשלה. הוא מופעל גם על-ידי רשויות מקומיות. לדוגמה, הרשויות המקומיות מפקחות על הקמה ועל התנהלות של עסקים מכוח חוק רישוי עסקים,¹⁶ ועל תכנון ובנייה מכוח חוק התכנון והבנייה.¹⁷ נוסף על כך קיימות רשויות אחרות, שיש להן קיום משפטי נפרד, המפעילות פיקוח על פעילות פרטית, כל אחת בתחום סמכותה. כאלה הן, לדוגמה: המועצה להשכלה גבוהה, הפועלת מכוח חוק המועצה להשכלה גבוהה;¹⁸ בנק ישראל, הפועל מכוח חוק בנק ישראל;¹⁹ ורשות ניירות-ערך, הפועלת מכוח חוק ניירות-ערך.²⁰ מכיוון שכך, אין זה נכון לדבר על פיקוח ממשלתי ואף לא על פיקוח שלטוני, אלא מן הראוי לדבר על פיקוח ציבורי.²¹

-
- 11 סעיף 84 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, הנ"ח 390 (להלן: פקודת המשטרה [נוסח חדש]).
- 12 סעיף 3 לחוק העמותות, התש"ם-1980, ס"ח 210 (להלן: חוק העמותות).
- 13 סעיף 63 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307 (להלן: חוק התכנון והבנייה).
- 14 חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד-90.
- 15 הפיקוח יכול להיות מוטל גם על התנהגות בתחום הפרטי, להבדיל מפעילות עסקית או מקצועית, אם יש בה כדי לגרום נזק לאחרים או לפגוע בדרך אחרת באינטרס ציבורי. לדוגמה, החוק להסדרת הפיקוח על כלבים, התשס"ג-2002, ס"ח 216 (להלן: חוק הפיקוח על כלבים), מטיל פיקוח על בעלי כלבים בנוגע לטיפול בכלבים. על חוק זה ראו להלן את הדברים הצמודים להערה 100. אולם הפיקוח על התנהגות בתחום הפרטי הינו מצומצם בהשוואה לפיקוח על פעילות בתחומים העסקי או המקצועי.
- 16 חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968, ס"ח 204 (להלן: חוק רישוי עסקים).
- 17 חוק התכנון והבנייה, לעיל הערה 13.
- 18 חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958, ס"ח 191 (להלן: חוק המועצה להשכלה גבוהה).
- 19 חוק בנק ישראל, התשי"ד-1954, ס"ח 192.
- 20 חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 234 (להלן: חוק ניירות-ערך).
- 21 במדינה דמוקרטית אין שליטים או נשלטים. לפיכך אין הצדקה לדבר על שלטון, אלא

הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית הינו תפקיד מרכזי של המנהל הציבורי. הוא חל על רוב התחומים של הפעילות המקצועית והעסקית, ואף על תחומים אחרים, והוא מתרחב בהתמדה לתחומים נוספים. דומה כי רוב החוקים בספר החוקים עוסקים בפיקוח כזה באופן חלקי, ולא מעטים עוסקים בו באופן מלא. לפיקוח נודעת השפעה רבה על מהלך החיים של אנשים פרטיים וכן על ניהול העסקים של גופים פרטיים. הוא משפיע במישרין על חייהם של אנשים וגופים הכפופים לפיקוח, והוא משפיע בעקיפין על חייהם של כל היתר, שהרי הפיקוח נועד לשרת את הציבור באופן כללי. היקפו ועוצמתו של הפיקוח הציבורי במדינה המודרנית גדולים עד כדי כך שיש המכנים את המדינה של היום "המדינה המסדרת" או "המדינה המסדרת" (the regulatory state).

מדינת ישראל אינה יוצאת מן הכלל. להפך, הפיקוח הציבורי בישראל אף עולה על הפיקוח הציבורי במדינות רבות. אולם בישראל הפיקוח הציבורי, בניגוד לחשיבות הרבה שלו מבחינה מעשית, הינו נושא מוזנח מאוד מבחינה עיונית. קיימים פסקי-דין מעטים בלבד העוסקים בפיקוח; עד לאחרונה לא נערך שום מחקר על הפיקוח מבחינה משפטית;²² ודומה כי אין אפילו מאמר אחד המציג את הפיקוח ודן בבעיותיו באופן שיטתי.²³ במאמר זה אני מבקש להעלות את שאלת הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית אל סדר-היום של הדיון הציבורי. אפשר וראוי לדון בשאלה זאת מבחינות שונות: חברתית, כלכלית ומשפטית. מכיוון שזהו מאמר ראשון בישראל על נושא הפיקוח הציבורי מבחינה משפטית, אין הוא מתיימר להקיף את כל הנושא, שהינו תחום רחב מאוד; לדון בכל הבעיות העקרוניות והמעשיות המתעוררות בתחום זה, שהינן רבות, מגוונות וקשות; או להציג תזה מרכזית לעניין המטרות, האמצעים וההגבלות של הפיקוח הציבורי. למאמר זה יש מטרה צנועה יותר: לתת מסגרת ולהציג תמונה, ראשונית וכללית, בנושא הפיקוח

ראוי לדבר על מנהל ציבורי, שתפקידו לשרת את הציבור. בהתאם לכך אדבר מכאן ואילך על פיקוח ציבורי, ולא על פיקוח שלטוני.

22 לאחר שהושלמה כתיבת הטיוטה של מאמר זה, פרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה מחקר על הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית (נייר-עמדה מס' 37): אורי ארבל (בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן) רגולציה – הרשות המפקחת (2003). נייר-עמדה זה מגדיר כרגולטור כל רשות שיש לה סמכות לעשות רגולציה ושום סמכות אחרת. שם, בעמ' 58. הגדרה זאת, לדעתי, צרה יתר על המידה. מכל מקום, אני כולל בגדר הרשויות המפקחות (הרגולטוריות) רשויות שיש להן גם סמכויות שמחוץ לתחום הרגולציה.

23 במדינות אחרות הפיקוח הציבורי הינו נושא חשוב במחקר על המנהל הציבורי, ובכלל זה במחקר המשפטי על נושא זה. על הפיקוח (הרגולציה) בארצות-הברית ובאנגליה ראו, באופן כללי, ארבל, שם, בעמ' 42-65 וכן ברשימת המקורות בעמ' 135-141. עוד על הפיקוח באנגליה ובארצות-הברית ראו: Stephen Breyer *Regulation and Its Reform* (1982); Robert Baldwin & Christopher McCrudden *Regulation and Public Law* (1987); Paul P. Craig *Administrative Law* (3rd ed., 1994) 81-113, 211-242; Carol Harlow and Richard Rawlings *Law and Administration* (2nd ed., 1997) 295-390.

הציבורי מבחינה משפטית, כדי לשמש תשתית, או נקודת מוצא, למאמרים נוספים שיבדקו לעומק בעיות ספציפיות בתחום זה. מאמר זה מבקש אם כן להציג תמונה כללית של הדינים, ההלכות ומקצת הבעיות הקשורות לפיקוח, לפי הנושאים הבאים: הצורך בפיקוח (פרק א); הסדרי הפיקוח (פרק ב); מקורות הפיקוח (פרק ג); מנגנון הפיקוח (פרק ד); סמכויות הפיקוח (פרק ה).

פרק א: הצורך בפיקוח

1. הרקע והטעם לפיקוח

שאלת הצורך בפיקוח ציבורי על פעילות פרטית הינה שאלה מורכבת.²⁴ התשובה תלויה במידה רבה בהשקפת העולם. יש הדוגלים במעורבות רחבה של המנהל הציבורי בפעילות הפרטית, ובכלל זה באמצעות פיקוח ציבורי, וכנגדם יש הדוגלים במעורבות מצומצמת. בסופו של דבר, היקף הפיקוח הציבורי, הלכה למעשה, משקף איזון בין השקפת העולם לבין הנסיבות המיוחדות בכל מקרה.

מכל מקום, נראה כי מוסכם שבחברה דמוקרטית אין מקום לפיקוח ציבורי על פעילות פרטית אלא אם כן הוא נדרש כדי לשרת צורך ציבורי.²⁵ זאת ועוד, נראה כי מוסכם שבנסיבות מסוימות, כגון במקרה של כשל שוק, יש צורך בפיקוח כזה. גם בית המשפט בישראל הכיר בצורך זה בתחומים שונים. כך, לדוגמה, אמר בית המשפט בעניין איגוד שמאי ביטוח בישראל לגבי הצורך בפיקוח בתחום של ביטוח רכב:²⁶

“הבעיה מורכבת וחשובה גם אם היא מוגבלת לתחום של ביטוח רכב. אולם בפועל הבעיה חורגת מתחום זה. היא מעוררת את הבעיה הכללית

24 על שאלה זאת ראו ארבל, שם, בעמ' 15-41.

25 אפשר שפיקוח ציבורי יוטל על פעילות פרטית לאו דווקא כדי לשרת צורך ציבורי. מאז ומתמיד היו מדינות שהטילו פיקוח כזה כדי לשרת צורך צר של השלטון עצמו, להבדיל מן הציבור הרחב. פיקוח כזה, המאפיין מדינות טוטליטריות, נועד על-פי-רוב להגן על השלטון, ולעיתים גם לשרת אינטרס כלכלי של השלטון. הפיקוח עשוי להיות, כמו השלטון עצמו, פיקוח מוחלט, עד כדי פיקוח על הבעת דעות. ביטוי ספרותי לפיקוח כזה ראו בספרו של ג'ורג' אורוול 1984. אולם ברור כי פיקוח שלא נועד לשרת את הציבור, אף אם הוא מתעטף במחלצות של טובת הציבור, אינו מתיישב עם עיקרי הדמוקרטיה, לא במישור העקרוני ואף לא במישור המשפטי.

26 בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 630-631, דברי השופט זמיר (להלן: עניין איגוד שמאי ביטוח).

של פיקוח מטעם המדינה על חברות עסקיות, בעיקר חברות גדולות שיש להן עוצמה כלכלית וחברתית רבה, המספקות לציבור שירותים ומצרכים, לא פעם שירותים ומצרכים חיוניים, כמו ביטוח, בנקאות, חשמל, דלק, תחבורה ותקשורת. בעיית הפיקוח על חברות כאלה טרם נדונה באופן ישיר ומקיף על ידי בית המשפט זה. הבעיה, שהיא חלק מבעיית הצרכנות, חשובה מאוד מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית. היא קיבלה ממד מיוחד במדינה המודרנית, ובכלל זה מדינת ישראל. במדינה המודרנית, ואולי נכון יותר לומר בעולם המודרני, שוררים תנאים נוחים להתפתחותן של חברות גדולות המספקות שירותים ומצרכים חיוניים. החברות רוצות רווחיות, והרווחיות נובעת מן הצרכן. האינטרס של החברה והאינטרס של הצרכן מתמודדים זה כנגד זה. בהתמודדות זו קיים פער כוחות בין החברה לבין הצרכן. אם ההתמודדות נערכת בזירה של חופש החושים, ורק החברה והצרכן נמצאים בזירה, אין לצרכן סיכוי סביר בהתמודדות. חופש החושים, במצב כזה, הוא לעתים קרובות חופש של החברה להכתיב תנאים לצרכן. התוצאה הצפויה היא לא רק פגיעה בצרכן כפרט, אלא בסופו של חשבון גם פגיעה בציבור כולו: הציבור נאלץ לצרוך שירותים ומצרכים ברמה נמוכה יותר מן הראוי והאפשרי ובמחירים גבוהים יותר. זהו לקח שנלמד מן המדינה המתירנית (laissez faire) של המאה התשע־עשרה. המדינה המתירנית הותירה את הזירה הכלכלית להתמודדות בין הספק לבין הצרכן וכן גם להתמודדות בין המעביד לבין העובד על בסיס של חופש חושים רחב מאוד, כמעט ללא מעורבות של המדינה. התאוריה הייתה שכוחות השוק, ובעיקר כוחות של היצע וביקוש, יספיקו כדי להסדיר כראוי את היחס בין כלל הספקים לבין כלל הצרכנים, ללא צורך במעורבות של המדינה. אך התוצאה הייתה ניצול, עוני ופיגור עמוק ורחב. המסקנה המעשית הייתה כי המדינה המתירנית והעיקרון של חופש חושים כמעט בלתי מוגבל נכשלו. במקום המדינה המתירנית התפתחה, בעיקר באירופה, מדינת הרווחה (welfare state). מדינת הרווחה שמה לעצמה מטרה לקדם את הרווחה של כל האוכלוסיה, ובמיוחד לקדם את הרווחה של שכבות חלשות באוכלוסיה. מטרה זאת כללה אספקה של שירותים ומצרכים חיוניים בתנאים סבירים לכל האוכלוסיה. מכאן נבע הצורך בפיקוח מטעם המדינה על אספקת שירותים ומצרכים. לצורך זה נחלצה המדינה במהלך המאה העשרים לחוקק כללים ולהקים מוסדות לפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים לציבור.

בית המשפט נתן ביטוי לצורך הציבורי בפיקוח על פעילות פרטית גם בתחומים אחרים. לעיתים הצורך בפיקוח קיים משום שמדובר במשאב מוגבל. כך, לדוגמה, לגבי תחום התקשורת המשודרת. בית המשפט הציג שני טעמים עיקריים התומכים בצורך לקיים

פיקוח בתחום זה. ראשית, התדרים המשמשים את השידור הינם משאב ציבורי מוגבל, שאינו מספיק לכל המעוניינים, ולכן יש להסדיר את הקצאת התדרים ולקבוע תנאים שעיקר תכליתם מניעת הפרעות בשידור. שנית, קיים צורך להבטיח פלורליזם תקשורתי, שימנע מונופול בשוק הדעות ויאפשר ביטוי למירב הדעות.²⁷ לעיתים קיים צורך בפיקוח כדי להבטיח תנאים ראויים להספקת שירות חיוני. לדוגמה, לגבי הפיקוח בתחום התחבורה הציבורית אמר בית-המשפט כי "שירות הסעות מיוחדות במוניות שירות חיוני הוא לציבור... שירות חיוני נדרש - במהלך הדברים הרגיל - להסדר על פי דין, שרק כך ניתן להבטיחו כיאות ובאורח מיטבי", ולפיכך יש הצדקה להטיל פיקוח על המחירים של הסעות כאלה.²⁸ ולגבי הפיקוח שנקבע בחוק הגנת הצרכן²⁹ אמר בית-המשפט כי "החוק בא להבטיח כי העוסק לא ינצל את מעמדו הכלכלי העדיף על-מנת להתעשר שלא כדין על חשבונם של הצרכן".³⁰

אכן, דומה כי אין מי שיחלוק על עצם הצורך - ואפשר לומר אפילו ההכרח - בקיום פיקוח ציבורי בתחומים מסוימים. למשל, לשם פיקוח נפש מוצדק לאפשר פיקוח ציבורי בתחום בטיחות הבנייה, הנסיעה בדרכים והתעופה האזרחית. השאלה החשובה היא, אם כן, לא עצם הפיקוח, אלא עוצמת הפיקוח, כלומר, באילו תחומים ראוי להטיל פיקוח, ומה מידת הפיקוח הראויה בכל תחום.

התשובה לשאלה זאת תלויה, בין היתר, ביחס בין המנהל הישיר לבין המנהל העקיף. קיים יחס הפוך בין היקף המנהל הישיר לבין היקף המנהל העקיף. כלומר, ככל שהיקף המנהל הישיר גדול יותר כן היקף המנהל העקיף, ובכלל זה גם היקף הפיקוח הציבורי, קטן יותר. לדוגמה, היקף הפיקוח הציבורי על הפעילות הפרטית בתחום החינוך ובתחום הבריאות יהיה מצומצם באופן יחסי אם החינוך והבריאות יהיו בעיקרם שירותים ממלכתיים הניתנים על-ידי משרדי הממשלה.³¹

מה קובע את היקף המנהל הישיר? היקף המנהל הישיר משקף בכל מדינה תנאים

27 בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 651-652 (להלן: עניין אורון). ראו גם ע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי.) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97, 118 (להלן: עניין חדשות ישראל).

28 ע"פ 2454/01 שהרבני נ' משרד התחבורה, פ"ד נו(3) 175, 182-183, דברי השופט חשין. עוד על הצורך בפיקוח על מוניות ראו בג"ץ 4769/95 מנחם ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235. לגבי הפיקוח בתחום החקלאות ראו עניין קלקודה, לעיל הערה 8, שם; ולגבי הפיקוח בתחום הביטוח ראו ע"א 391/89 וייסנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(1) 837, 855.

29 חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248 (להלן: חוק הגנת הצרכן).

30 ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 598, דברי השופט שטרסברג-כהן. ראו גם רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל - מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(1) 168.

31 שירותים ממלכתיים, כגון שירותי חינוך או שירותי בריאות הניתנים על-ידי משרדי הממשלה, כפופים כמובן גם הם לפיקוח; אולם ככל שמדובר בפיקוח מנהלי, הפיקוח על שירותים כאלה הינו פנימי, ולא חיצוני. על פיקוח פנימי ראו זמיר, לעיל הערה 1, שם.

מקומיים שעודדו התפתחות של שירותים ממלכתיים או בלמו אותה, ובכלל זה גם אידיאולוגיה חברתית. לדוגמה, במדינות קומוניסטיות, שבהן שלטה אידיאולוגיה קולקטיביסטית, נתן השלטון עדיפות למנהל הישיר: הוא סיפק בעצמו את רוב המצרכים והשירותים הנדרשים, והשאיר לפעילות פרטית מרחב מצומצם בלבד. לעומת זה, בדמוקרטיה מערבית, שבהן רווחת תפיסה ליברלית, הבכורה ניתנה לפעילות הפרטית: התפיסה הליברלית מגבילה את תפקיד השלטון ומעודדת פעילות פרטית ככל שאין בה נזק לציבור. ומה המצב בישראל?

2. מדינה מוסדרת³²

היישוב היהודי בארץ-ישראל פיתח בתקופה שלפני הקמת המדינה שירותים ציבוריים, כגון שירותי חינוך ושירותי בריאות, בהיקף רחב. השירותים ניתנו על-ידי מוסדות מרכזיים של היישוב היהודי, כגון הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, ההסתדרות הכללית של העובדים והרשויות המקומיות, שהיו מוסדות מעין-רשמיים של המדינה-שבדרך. אפשר לומר כי בנסיבות של אותה תקופה הייתה זאת צורה של מנהל ישיר. הסיבות להתפתחות המנהל הישיר באמצעות המוסדות של היישוב היהודי היו מגוונות. קודם-כל, הממשלה המנדטורית לא הייתה מעוניינת – ומכל מקום לא פעלה – לפתח שירותים ציבוריים באופן שיספק את צרכיו ושאיפותיו של היישוב היהודי. אולם באותה תקופה לא היה בארץ-ישראל הון פרטי שהיה מסוגל ומעוניין לספק את השירותים הנחוצים, כגון שירותי חינוך ושירותי בריאות, בהיקף וברמה הנדרשים. נוסף על כך, האידיאולוגיה החברתית השלטת ביישוב היהודי, ובאופן בולט בהנהגת היישוב, הייתה אידיאולוגיה סוציאליסטית, ואולי נכון יותר לומר קולקטיביסטית, שנתנה עדיפות לציבור על הפרט: בדרך-כלל דחקו צורכי ציבור את צורכי הפרט, ופעילות ציבורית נחשבה לרצויה יותר מיוזמה פרטית.

מדינת-ישראל ירשה מן היישוב היהודי בארץ-ישראל מנהל ישיר בהיקף רחב. מצב זה נראה אז טבעי ואפילו רצוי. המדינה השלימה עם מצב זה, לא פעלה לצמצם את המנהל הישיר ולהחליף אותו בשירותים פרטיים, ואף הרחיבה אותו. לדוגמה, היא הוסיפה למנהל הישיר את הביטוח הלאומי, את שירות התעסוקה, בניית שיכונים לעולים חדשים ועוד.

מדינת-ישראל ירשה מן היישוב היהודי בארץ-ישראל גם את האידיאולוגיה החברתית. העדיפות שניתנה לאינטרס הציבורי בהתאם לאידיאולוגיה זאת השפיעה גם על היקף המנהל העקיף. המדינה ראתה צורך וצידוק בקיום פיקוח ציבורי על פעילות פרטית, ואף בהרחבתו בהדרגה לתחומים נוספים של פעילות, כדי לשרת מטרת ציבוריות שונות: לאפשר תכנון של הייצור במשק הלאומי, להסדיר את השיווק של מצרכים, למנוע הפקעת מחירים, להבטיח רמה מקצועית ראויה וכיוצא באלה.

התוצאה הייתה שמדינת-ישראל, אף שהוקמה ותפקדה כדמוקרטיה מערבית, נעשתה מדינה מפקחת ברמה גבוהה, שלא הייתה מקובלת בדמוקרטיה מערבית. רשת צפופה של

32 על הפיקוח (רגולציה) בישראל ראו, באופן כללי, ארבל, לעיל הערה 22, בעמ' 66 ואילך.

חוקים ותקנות רבים מספור הטילה פיקוח ציבורי על תחומים רבים של פעילות עסקית. כדי לתת תמונה על היקף הפיקוח, הנה רשימה חלקית של חוקים ששמותיהם מעידים עליהם כי הפיקוח הציבורי הוא התכלית העיקרית שלהם: החוק לפיקוח על יצוא הצמח ומוצריו;³³ חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים,³⁴ וחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים;³⁵ חוק הפיקוח על מעונות;³⁶ חוק הפיקוח על בתי-הספר;³⁷ חוק הפיקוח על המטבע;³⁸ חוק הפיקוח על עסקי הביטוח;³⁹ וחוק הרשות לפיקוח חקלאי.⁴⁰ חוקים רבים נוספים עוסקים בעיקר בפיקוח ציבורי על פעילות עסקית. הנה אחדים מהם: חוק ניירות-ערך;⁴¹ חוק הגנת הצרכן;⁴² חוק ההגבלים העסקיים;⁴³ חוק רשות העתיקות;⁴⁴ חוק משק החשמל;⁴⁵ חוק משק הגז.⁴⁶ אפשר להוסיף חוקים רבים שפורו בהם גם הוראות פיקוח. זאת ועוד, רשימת החוקים לבדה אינה נותנת תמונה שלמה על היקף הפיקוח הציבורי על הפעילות העסקית. כדי להשלים את התמונה יש להוסיף תקנות וצווים רבים מאוד המטילים פיקוח בתחומים שונים או קובעים בהם את פרטי הפיקוח. די לציין, לדוגמה, את חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים,⁴⁷ שהינו בעיקרו חוק-מסגרת, ואשר מכוחו הוצאו מאות צווים שהטילו פיקוח ציבורי בתחומים רבים של פעילות עסקית. התוצאה היא שרוב התחומים של הפעילות העסקית כפופים לפיקוח ציבורי.

המצב דומה גם לגבי פעילות מקצועית. חוקים רבים אוסרים עיסוק במקצוע זה או אחר ללא רישיון, מתנים את קבלת הרישיון בכשירות ובמבחנים, ומטילים הגבלות על העיסוק במקצוע. ראו, לדוגמה, את פקודת הרופאים,⁴⁸ חוק החשמל,⁴⁹ חוק רואי-חשבון⁵⁰ וחוק

-
- 33 החוק לפיקוח על יצוא הצמח ומוצריו, התשי"ד-1954, ס"ח 137.
 34 חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, לעיל הערה 3.
 35 חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996, ס"ח 192.
 36 חוק הפיקוח על מעונות, התשכ"ה-1965, ס"ח 48.
 37 חוק הפיקוח על בתי-הספר, לעיל הערה 5.
 38 חוק הפיקוח על המטבע, התשל"ח-1978, ס"ח 108.
 39 חוק הפיקוח על עסקי הביטוח, לעיל הערה 4.
 40 חוק הרשות לפיקוח חקלאי, התשמ"ח-1988, ס"ח 106 (להלן: חוק הרשות לפיקוח חקלאי).
 41 חוק ניירות-ערך, לעיל הערה 20.
 42 חוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 29.
 43 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים).
 44 חוק רשות העתיקות, התשמ"ט-1989, ס"ח 88 (להלן: חוק רשות העתיקות).
 45 חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996, ס"ח 208 (להלן: חוק משק החשמל).
 46 חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002, ס"ח 55 (להלן: חוק משק הגז).
 47 חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, לעיל הערה 3.
 48 פקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976, הנ"ח 653.
 49 חוק החשמל, התשי"ד-1954, ס"ח 190.
 50 חוק רואי חשבון, התשט"ו-1955, ס"ח 26.

רישוי בעלי-מלאכה.⁵¹ התוצאה היא שגם רוב התחומים של הפעילות המקצועית כפופים לפיקוח ציבורי.

קיימים תחומים נוספים שאינם קשורים לפעילות עסקית או מקצועית, כגון פעילות תרבותית או ספורטיבית, אשר נתונים בכל-זאת אף הם בפיקוח ציבורי. אחת הדוגמות לפיקוח כזה היא חוק הספורט.⁵² דוגמה נוספת היא חוק העמותות,⁵³ אשר מסדיר את הקמתם ותפקודם של גופים ללא מטרת רווח, ומקנה לרשם העמותות סמכויות פיקוח שונות על עמותות.⁵⁴

הפיקוח הציבורי על הפעילות הפרטית הינו לעיתים כללי ורופף, אך לעיתים קרובות הוא מפורט והדוק. הדבר נכון לא רק בתחומים מרכזיים של פעילות עסקית או מקצועית, אלא גם בתחומים שוליים של פעילות כזאת.⁵⁵

אפשר לומר, לסיכום, כי מדינת-ישראל מתאפיינת במעורבות ציבורית ברמה גבוהה. מצד אחד, היא ירשה מנהל ישיר בהיקף רחב ואף הרחיבה אותו במידה רבה. מצד אחר, היא גם הרחיבה מאוד את המנהל העקיף, ובכלל זה את הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית, עד כדי כך שהוא מקיף כיום את רוב התחומים של הפעילות העסקית והמקצועית, ומתפשט גם לתחומים אחרים. אכן, מדינת-ישראל הינה דוגמה מובהקת של מדינה מוסדרת, מיום שהוקמה ועד היום. אולם נראה כי בשנים האחרונות מסתמנת תפנית במגמת המעורבות הציבורית שהייתה שלטת במדינה מאז הוקמה. המגמה החדשה נוטה לעודד את הפעילות הפרטית ולצמצם את המעורבות הציבורית. היא באה לידי ביטוי הן במישור הרעיוני והן במישור המעשי. כיצד היא משפיעה על הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית?

3. מדינה מופרטת

בשנים האחרונות נחשפו לעין כל מגבלות וחסרונות של המנהל הישיר, ונודעה לכך השפעה על ההתייחסות אליו במישור הרעיוני, וכן על היקפו במישור המעשי. ראשית, התברר כי קצרה ידו של המנהל הציבורי לספק שירותים מסוימים בזמן הנדרש ובאופן הראוי, ובכלל זה שירותים שנחשבו עד לאחרונה לשירותים מתאימים, ואף הכרחיים כמעט, למנהל ישיר. סיבה אחת לכך היא המצוקה התקציבית וסדר העדיפויות הלאומי. קיימים פרויקטים גדולים ומורכבים שאף-על-פי שיש להם חשיבות לאומית,

51 חוק רישוי בעלי מלאכה, התשל"ז-1977, ס"ח 118 (להלן: חוק רישוי בעלי-מלאכה).

52 חוק הספורט, התשמ"ח-1988, ס"ח 122.

53 חוק העמותות, לעיל הערה 12.

54 אליעזר גולדברג "הפיקוח על מגזר הצדקה בראי ביקורת המדינה" המשפט 16 (2003) 9.

55 כדוגמה לפיקוח הדוק ראו את חוק ניירות-ערך, לעיל הערה 20, והתקנות לפי חוק זה; וכן את חוק הקייטנות (רישוי ופיקוח), התש"ן-1990, ס"ח 155, והתקנות לפי חוק זה.

המנהל הציבורי אינו מעוניין או אינו מסוגל לממנם בזמן נתון, ולכן הוא נזקק להון פרטי כדי להקים ולתפעל אותם. דוגמות עכשוויות לכך הן "כביש חוצה ישראל", מנהרת הכרמל והרכבת הקלה בתל-אביב. בשל סיבה זאת, או בשל סיבות אחרות, המנהל הציבורי מוכן במקרים אלה, ובמקרים דומים, לוותר על התפקיד המסורתי שלו, כגון התפקיד של סלידת כבישים ומסילות-ברזל, ולמסור את ההקמה והניהול של הפרויקט לגוף פרטי.⁵⁶ לאחרונה, לדוגמה, התקבל חוק תאגידי מים וביוב,⁵⁷ המסדיר (לפי סעיף 1) הקמת "חברות לשירות ציבורי, שתפקידן העיקרי יהיה לתת שירותי מים וביוב בתחומיהן". אף שבשלב הראשון יהיו החברות בבעלות רשויות מקומיות, החוק מסדיר את האפשרות להעביר בשלב מאוחר יותר את השליטה בהן לידי אחרים, לרבות גורמים פרטיים. והנה דוגמה קיצונית. זה מקרוב החליטה הממשלה על הפרטה חלקית של שירות בתי-הסוהר. ועדת המכרזים הבין-משרדית פרסמה הזמנה פומבית להגשת הצעות להקמה ותפעול של בית-סוהר על-ידי גוף פרטי.⁵⁸ אם אפשר וראוי להפריט בתי-סוהר, מה הגבול להפרטה? מכל מקום, ההפרטה מצמצמת את חלקן של המנהל הציבורי בהספקת שירותים לציבור.⁵⁹

שנית, התברר כי בתחומים מסוימים השירות שהמנהל הציבורי נותן לציבור אינו חסכוני, אינו יעיל או פשוט אינו טוב. גם כאן הסיבה היא לעיתים מחסור במשאבים כספיים ובכוח-אדם, אך קיימות סיבות נוספות. סיבה אפשרית אחת היא נהלים גרועים או הנהלה גרועה. סיבה שכיחה אחרת היא העסקת עובדים שאינם ברמה ראוייה, אם בשל משכורות נמוכות ואם בשל שיקולים פוליטיים, או קשיים בפיטורי עובדים רשלניים. במקרים רבים תורם לכך מעמד של מונופול בהספקת השירות על-ידי המנהל הציבורי, ללא תחרות עסקית ולכן אף ללא הנדסה (מוטיווציה) להתייעל. דוגמה בולטת היא שירות הטלפונים, שניתן במשך שנים רבות על-ידי משרד התקשורת. רק לאחר שהוצא השירות ממשרד התקשורת והועבר אל חברה מסחרית, ואף שבשלב זה היא חברה ממשלתית עדיין, הצליח השירות לספק טלפון לכל דורש בזמן קצר ובמחיר סביר. דוגמות נוספות: המבחן השנתי לכלי-רכב לצורך חידוש רישון הרכב, שהועבר ממשרד התחבורה למוסכים

56 ראו מבקר המדינה דוח שנתי 53ב (2002) 229 ואילך ("שיתוף המגזר הפרטי בפיתוח תשתיות ציבוריות").

57 חוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001, ס"ח 454 (להלן: חוק תאגידי מים וביוב).

58 הארץ 6.1.2003.

59 כך, בשל מגבלותיו של המנהל הציבורי במשאבים כספיים ובכוח-אדם, גוברת הנטייה להפנות לגופים פרטיים לא רק פרויקטים עתירי-הון או עתירי-טכנולוגיה, אלא אף תפקידים פשוטים ושגרתיים שעד לפני זמן קצר היה המנהל הציבורי עצמו ממלא. לדוגמה, חלק ניכר מתפקידי האבטחה השוטפת במוסדות ציבוריים (לרבות משרדי הממשלה), ואפילו תחנות-משטרה) ובגופים פרטיים נמסרים לידי חברות שמירה פרטיות, בהסכמתה של המשטרה ואפילו בשיתוף-פעולה עימה. כך המצב גם לגבי שירותים של פינוי אשפה, שירותי ניקיון במשרדי הממשלה, שירותי הוצאה לפועל בהנהלת בתי-המשפט ועוד.

פרטיים; הספקת מידע ממרשם החברות, שהועברה ממשדד המשפטים לחברות פרטיות; ועוד.⁶⁰

הניסיון במקרים אלה ואחרים, בישראל כמו במדינות אחרות, הוביל רבים למסקנה כי המנהל הציבורי אינו מתאים – בגלל בעיות הטבועות במהות המנהל הציבורי – להספקת שירותים שיש להם גם אופי עסקי, ומכל מקום, שהמשק הפרטי יעיל יותר מן המנהל הציבורי בהספקת שירותים שהציבור יכול ומוכן לממן. ניסיון זה שימש בסיס ומניע למדיניות ההפרטה, שהתפתחה תחילה במדינות הים עד שהגיעה גם למדינת ישראל, לפני כעשרים שנה, והתקבלה כאן כאופנה שקשה לעמוד בפניה. מדיניות ההפרטה באה לידי ביטוי בדרכים שונות: ראשית, המדינה מעבירה שירותים שונים (כלומר, את עצם הפעילות ואת הנכסים הנלווים אליה) מידי המנהל הציבורי לידי גורמים פרטיים; שנית, המדינה מסתייעת בגורמים פרטיים לצורך מתן שירותים על-ידי המנהל הציבורי; שלישית, המדינה נמנעת מראש מלקבל על עצמה את ההקמה והניהול של מפעלים או שירותים מסוימים, מתוך כוונה שהמפעלים יוקמו והשירותים יינתנו על-ידי גורמים פרטיים; ורביעית, המדינה מאפשרת לגורמים פרטיים, ולעיתים אף מעודדת אותם, להתחרות בשירותים הניתנים על-ידי המנהל הציבורי. מדיניות ההפרטה והדרכים ליישומה אינן מוגבלות למדינה, אלא קיימות גם אצל רשויות מקומיות וגופים ציבוריים אחרים.⁶¹

מדיניות ההפרטה, שקיבלה מעמד של תפיסה רעיונית או אידיאולוגיה חברתית, הטביעה חותם על תפיסת היחס הראוי בין המדינה לבין האזרח. בין היתר היא תרמה לגיבוש תפיסה חדשה של תפקיד המנהל הציבורי. לפי תפיסה זאת, המנהל הציבורי אינו צריך לתת שירותים שהמשק הפרטי מסוגל לספק באופן יעיל וראוי.⁶² בהתאם לכך,

60 החלטה של המנהל הציבורי להפריט שירות מסוים הינה החלטה מנהלית, ולכן היא כפופה לכללים החלים בדרך-כלל על החלטות מנהליות. לדוגמה, ההפרטה חייבת להיעשות תוך שמירה על עקרון השוויון. בעניין זה ראו בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשלי"צ 1986 בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808 (להלן: עניין קומפיוטסט).

61 על ההפרטה בישראל ראו מבקר המדינה דו"ח שנתי 52 (2001) 327 ואילך. ראו גם: זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 167-168, 433-434; דפנה ברק-ארוז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" עיוני משפט כה (התשס"ב) 503, 514 ואילך.

62 כנגד תפיסה זאת, שהינה תפיסה כלכלית ביסודה, ניצבת תפיסה שונה, שהינה תפיסה חברתית ביסודה. לפי התפיסה החברתית, גם כאשר מתברר כי יעיל יותר או זול יותר לספק שירות מסוים באמצעות גוף פרטי, אין זה אומר עדיין כי ראוי להעביר שירות זה מן המנהל הציבורי אל המשק הפרטי. אכן, היעילות והמחיר הינם שיקולים חשובים, אך לא בלעדיים. יש לאזן שיקולים אלה כנגד שיקולים חברתיים, ערכיים ולאומיים אחרים. לעיתים ראוי לשלם מחיר במונחים כלכליים כדי לשרת ערכים חברתיים, כגון נגישות ושוויון בקבלת שירותים. המתח בין שתי התפיסות בא לידי ביטוי לאחרונה בקשר לשאלה אם ראוי שמשדד הבריאות יסגור את רשת תחנות "טיפת חלב" שהוא מקיים זה שנים רבות, על-מנת שקופות החולים יספקו שירות זה למבוטחיהן. משדד האוצר ביקש להפריט את השירות, כחלק מן התוכנית הכלכלית שלו, ואף כלל הוראות לצורך זה בהצעת חוק

התפקיד העיקרי של המנהל הציבורי, לצד הספקת שירותים חיוניים שהמשק הפרטי אינו מתאים או אינו ערוך לספק, הוא לפקח על הספקת יתר השירותים על-ידי המשק הפרטי. לשון אחר, לפי תפיסה זאת רצוי שהמנהל הישיר יצמצם – ככל האפשר מבלי לפגוע באיכות השירות לציבור – ושאת מקומו יתפוס המנהל העקיף, שיבטיח כי הפעילות הפרטית לא תפגע באינטרס הציבורי. דימוי מקובל בהקשר זה מתאר את המדינה כסירה בלב ים, שבה יושבים גם אנשי המנהל הציבורי וגם אנשים פרטיים. לפי דימוי זה, המנהל הציבורי אינו צריך לחתור במשוטים, אלא מן הראוי שיניח את החתירה לאנשים פרטיים, ואילו הוא יעמוד ליד הגה הסירה וינווט אותה אל היעד הנכון. ומן הדימוי אל הנידון: מן הראוי שהמדינה תאפשר לאנשים וגופים פרטיים לפעול על-פי כללי המשק החופשי, כדי לספק מצרכים ושירותים ככל שניתן ונדרש, ואילו המנהל הציבורי יתמקד בניווט הפעילות הפרטית אל היעד של טובת הציבור, ובכלל זה בפיקוח על אותה פעילות פרטית. בהתאם לכך, ראוי שהמנהל הציבורי יתפרק מן התפקידים של הספקת שירותים, ככל שהדבר מעשי ומשתלם, יעביר אותם לגורמים פרטיים, ויסתפק בפיקוח על הספקת השירותים.⁶³ אפשר אולי לכנות מדינה המתנהלת לפי תפיסה זאת "מדינה מופרטת" (privatized state).

התפיסה של מדינה מופרטת מתבססת, כאמור, על הכישלון היחסי של המנהל הישיר בהספקת שירותים מסוימים, אך היא מתבססת גם על תשתית רעיונית שהתפתחה בתקופה האחרונה באופן מקביל, ואולי אף באופן בלתי-תלוי. התשתית הרעיונית נובעת מתפיסה

התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, ה"ח 262, 396 (להלן: הצעת חוק התוכנית להבראת כלכלת ישראל). על הצעה זאת ראו רותי סיני "ביקורת: סגירת 'טיפת חלב' תסכן בריאות הילדים – ולא תחסוך כסף" הארץ 14.5.2003, 8א. בסופו של דבר חזר בו משרד האוצר מתוכניתו בעניין זה, בשל לחץ ציבורי, ובינתיים ימשיכו תחנות "טיפת חלב" לפעול במסגרת משרד הבריאות.

63 מה הגבול להפרטה? תהליך ההפרטה בישראל, כמו במדינות נוספות, טרם מיצה את עצמו ככל הנראה. עם זאת, יש כבר סימנים להתפכחות מן המחשבה שהפרטה הינה פתרון-קסם לבעיית היעילות של המנהל הציבורי. לדוגמה, הדעה הרווחת באנגליה היא שההפרטה של שירות הרכבות שם לא הצליחה (ויש אומרים אף שהיא נכשלה באופן מוחלט) מבחינת השירות (ובמיוחד המחיר) לציבור, ועובדה היא שחלק משירות הרכבות חזר לידי הממשלה. כמו-כן יש מהלכים לטענה שההפרטה מיטיבה עם השכבות המבוססות במשק הפרטי, אך מזניחה את השכבות החלשות בחברה, ואף מכרסמת במהותה של מדינת הרווחה. כך, רבים טוענים כי הפרטת בתי-הסוהר תפגע בתנאי החיים של אסירים, וכי הפרטת הרפואה הציבורית תפגע בבריאותם של חולים עניים, שאינם יכולים לשלם את מחיר הרפואה הפרטית. על השאלה אילו שירותים ראוי להפריט, ובאיזה אופן, ראו ברק מדינה "חוקה כלכלית, הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל ופוליטיקה (אריאל בנדור ויואב דותן עורכים, עתיד להתפרסם).

אינדוידואליסטית של החברה, להבדיל מתפיסה קולקטיביסטית. בניסוח קיצוני, תמציתה של התפיסה הקולקטיביסטית היא שהפרט צריך לשרת את הכלל, ואילו תמציתה של התפיסה האינדוידואליסטית היא שהכלל צריך לשרת את הפרט. פועל יוצא מהתפיסה האינדוידואליסטית הוא, בין היתר, שהכלל אינו צריך להתערב בחיי הפרט אלא אם כן יש לכך טעם טוב, ואולי יש לומר, שהכלל אינו צריך להתערב בחיי הפרט אלא אם כן יש בכך כדי לשרת, בחשבון אמיתי, את טובתם של כלל הפרטים. שתי תפיסות אלה מתמודדות זו עם זו בכל חברה, והתוצאה, המשקפת את מאזן הכוחות, קובעת את המציאות החברתית.

המאזן בין התפיסה הקולקטיביסטית לבין התפיסה האינדוידואליסטית השתנה בתקופה האחרונה במדינות רבות, וכך גם בישראל. התפיסה הקולקטיביסטית, שידה הייתה על העליונה בישראל במשך שנים רבות, לפני הקמת המדינה ולאחר הקמתה, נמצאת בנסיגה מפני התפיסה האינדוידואליסטית. מצד אחד, משקלו של הפרט עולה, ועימו עולה גם משקלם של ערכים כגון זכויות האדם, הגשמה עצמית ויוזמה פרטית. מצד אחר, משקלו של הכלל יורד, ועימו יורד גם משקלם של ערכים כגון סולידריות חברתית, הגשמה לאומית ושירות הציבור.

התפתחות זאת באה לידי ביטוי בולט בשינויים שחלו בתחומים שונים: בהנהגה המדינית, במעמדה של הסתדרות העובדים, בהשפעתה של התנועה הקיבוצית ובאווירה הציבורית. כל אלה פעלו לחיזוק השוק החופשי, הבנוי על פעילות פרטית, על-חשבון השוק הציבורי, הבנוי על מעורבות ממשלתית. בהתאם למגמה זאת, אימצה הממשלה באופן רשמי מדיניות של הפרטה, והכנסת נתנה לכך גושפנקה בחוק.⁶⁴ עובדי ציבור, בעיקר במשרד האוצר, חברו לנבחרי ציבור במגמה להקטין את חלקו של המנהל הציבורי בהספקת שירותים לציבור. יותר ויותר שירותים שניתנו על-ידי המנהל הציבורי עוברים לידי המגזר הפרטי, ולעיתים לידי המגזר השלישי, כלומר, לעמותות ציבוריות למיניהן. אפשר לומר כי תהליך ההפרטה שעובר על ישראל, ואשר נמצא עדיין בעיצומו, הינו לא רק תהליך ארגוני ועסקי, אלא גם תהליך רעיוני ונפשי.⁶⁵

64 חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 7), התשנ"ג-1993, ס"ח 162, המוסיף לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח 132, את פרק ח: הפרטה (סעיפים 59א ואילך), שעניינו הפרטה של חברות ממשלתיות. ראו גם את הצעת חוק התוכנית להבראת כלכלת ישראל, לעיל הערה 62, בעמ' 293 ואילך.

65 בע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נד(2) 433, 446, אמרה השופטת שטרסברג-כהן: "במדינה דמוקרטית בעלת כלכלה חופשית - וישראל בכלל זה - מסתמנת מגמה לצמצם ככל האפשר את מעורבות הממשלה בחיי אזרחי המדינה ולכרסם בריכוזיות שבהענקת שירותים על-ידי המדינה ולבצע הפרטה בדרגות שונות, באופן שהמדינה מוציאה מידיה ענפים שבהם ראוי, רצוי ואפשרי שגופים אחרים יפעלו, גם אם בהוראותיהם של חוקים המסדירים את אופן פעילותם ואת אופייה. מגמה זו נובעת מן ההשקפה הליברלית שלפיה ראוי להשאיר בידי הממשלה את פעילותה הריבונית"

התפיסה האינדיווידואליסטית משתקפת, במיוחד בתקופה האחרונה, גם בפסיקה של בית־המשפט. בית־המשפט העלה על נס את זכויות האדם כפרט, והוא מגן עליהן בנחישות מפני פגיעה על־ידי המדינה. כבוד האדם, ובמרכזו האוטונומיה של הפרט, נהיה ערך מרכזי. האיום העיקרי על כבוד האדם בא מצד המנהל הציבורי, שמקובל לכנותו – באופן התואם את התפיסה האינדיווידואליסטית – "שלטון".⁶⁶ לכן השלטון נתפס כחשוד, מעין רע הכרחי, שראוי לפקח עליו ולהצר את צעדיו, כדי שלא יפגע ללא הצדקה בזכויות האדם. ברוח זאת הדגיש בית־המשפט את תפקידה הסביל של המדינה, ובמיוחד של המנהל הציבורי, כלומר, את החובה להימנע מפגיעה בזכויות האדם אלא אם כן יש לכך הסמכה בחוק והצדקה עניינית. מדובר בזכויות אדם כגון חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש התנועה וחופש העיסוק, שמקובל לקרוא להן זכויות אזרחיות.⁶⁷ לעומת זה, המעיט בית־המשפט לעסוק בתפקידה הפעיל של המדינה, כלומר, בחובה המוטלת עליה לספק לכל אדם תנאים סבירים של חיים בכבוד, ובכלל זה רמת־סף של שירותי בריאות וחינוך, מקום מגורים ואפשרות לעבוד. אף אלה הן זכויות אדם, שמקובל לקרוא להן זכויות חברתיות. לזכויות החברתיות יש חשיבות עצומה, שאינה נופלת מזו של הזכויות האזרחיות, מבחינת השכבות החלשות בחברה, אשר נזקקות באופן מיוחד לסיוע ולהגנה מצד המנהל הציבורי ומצד מערכת המשפט. וכי מה חשיבותן של הזכויות האזרחיות לגבי אדם רעב או אדם ללא קורת־גג או אדם חולה שאינו יכול לקבל טיפול רפואי?

זכויות חברתיות מחייבות מעורבות רבה של המנהל הציבורי. ללא מעורבות כזאת אי־אפשר להבטיח, לדוגמה, שירותי בריאות ושירותי חינוך לכל אדם. אולם הזכויות החברתיות טרם זכו בהכרה או במעמד ראוי.⁶⁸ יש לכך השלכה גם על מעמדו של המנהל

שלטונית ולהפקיד את כל מה שאיננו בא בגדרם של אלה בידי גופים עצמאיים קיימים, או מוקמים למטרות אלה, המתמחים באותם תחומים שבהם מתבצעת פעילותם. הדברים נכונים גם לגבי שירותים חיוניים המחייבים הסדרתם בחוק הקובע הוראות להפעלת אותם שירותים לרבות פיקוח על־ידי הרשויות המוסמכות."

66 ראו, לדוגמה, את סעיף 11 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק־יסוד זה." הוראה דומה מצויה בסעיף 5 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, לעיל הערה 14. האם סביר או רצוי במדינה דמוקרטית שהרשות המחוקקת, המייצגת את העם, הרשות המבצעת, הפועלת כנאמן של הציבור, והרשות השופטת, המגינה על זכויות האדם, ייקראו "שלטון"?

67 בין היתר הכליל בית־המשפט את חופש התחרות העסקית בגדר חופש העיסוק, והביע תמיכה חזקה בחופש התחרות והסתייגות מפגיעה של המדינה בחופש זה. ראו, לדוגמה, עניין אורון, לעיל הערה 27, שם.

68 חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל הערה 66, וחוק־יסוד: חופש העיסוק, לעיל הערה 14, מקנים מעמד של זכויות חוקתיות לזכויות אזרחיות בלבד. הצעות שהוגשו לכנסת לחוקק חוק־יסוד: זכויות חברתיות לא צלחו עד כה. עם זאת, ראוי לציין כי לאחרונה התגברה בפסיקתו של בית־המשפט העליון המגמה לקדם את הזכויות החברתיות ככל שהחוק מאפשר. ראו, לדוגמה: בג"ץ 3457/95 זכריה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(5) 441;

הציבורי: מתן מעמד ראוי לזכויות החברתיות היה מחזק גם את מעמדו של המנהל הציבורי כנגד התפיסה המבקשת לצמצם את מעורבותו בחיי המשק והחברה. לסיכום, שתי מגמות מעצבות את היחס שבין הפעילות הציבורית לבין הפעילות הפרטית. מצד אחד, המנהל העקיף הלך והתחזק. למן הקמת המדינה קיים פיקוח ציבורי רחב והדוק על פעילות פרטית בתחומים רבים, והפיקוח אף התרחב והעמיק מאז ועד היום. מצד אחר, המנהל הישיר הולך ונחלש. מכיוון שהמנהל הציבורי לא הצליח לספק שירותים שונים באופן יעיל וראוי, החלה תנועה של הפרטה, בגיבוי של הממשלה והכנסת, אשר מובילה להעברת שירותים שונים מן המנהל הציבורי, בדרכים שונות, אל המשק הפרטי. תנועת ההפרטה נמצאת בעיצומה, והמנהל הישיר נמצא בנסיגה. מה היחס הראוי בין שתי מגמות אלה? בהקשר הנידון, השאלה היא אם ראוי לחולל שינוי גם בהיקף הפיקוח הציבורי על הפעילות הפרטית. האם הכישלון היחסי של המנהל הציבורי בהספקת שירותים מסוימים, שכתוצאה ממנו חל צמצום במנהל הישיר, מוביל למסקנה שראוי לצמצם גם את המנהל העקיף, ובכלל זה את הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית?

4. גבולות הפיקוח

(א) הצורך בפיקוח בתקופת ההפרטה

על רקע תנועת ההפרטה, ובגיבויה של התפיסה האינדיווידואליסטית, נשמעת טענה כי ראוי לצמצם את הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית ככלל, ובתחומים שהופרטו בפרט. אכן, ברור לכל שקיימים תחומים שבהם פעילות פרטית בלתי־מפוקחת עלולה לגרום נזקים חמורים, ולכן מוסכם כי בתחומים כאלה המצב המצוי, שבו קיים פיקוח ציבורי הדוק, הוא גם המצב הרצוי. כדוגמות בולטות אפשר לציין את העיסוק ברפואה ואת העיסוק בחומרי־נפץ. אולם בתחומים אחרים, לפי הטענה, ובמיוחד בתחומים של פעילות עסקית מובהקת, כגון עסקי ביטוח, המצב שונה. בתחומים כאלה, שבהם נודעת חשיבות מיוחדת ליוזמה, לתחרות ולגמישות, ראוי לסמוך בעיקר על כללי השוק החופשי, ובמיוחד על התחרות העסקית. אלה יצליחו, גם ללא פיקוח ציבורי, לסלק מן השוק גופים שאינם פועלים ברמה מקצועית נאותה, גופים שגובים מחירים מופרזים וגופים המנצלים לרעה עמדת מונופול או יחסי תלות. מכל מקום, מעורבות רבה של המנהל הציבורי בתחומים אלה עלולה לסרב ולחכיד את הפעילות הפרטית, לגרוע מן היתרונות של השוק

בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433; בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834. על הזכויות החברתיות ראו גם: יוסף מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון (2000, כרך שני) 45; גיא מונדלק "זכויות חברתיות־כלכליות בשיח החוקתי החדש" ספר ברנזון (2000, כרך שני) 183.

החופשי, וכתוצאה מכך לפגוע גם בטובת הציבור. כך במיוחד בתחומים שהופרטו, שהרי בהם התבררו חסרונותיו של המנהל הציבורי. אם יוטל פיקוח ציבורי הדוק בתחומים אלה, יהיה בכך כדי להחזיר את המנהל הציבורי, בדלת האחורית, כשחקן מרכזי אל המגרש שממנו הוצא. דוגמה לכך הם שירותי הבזק, שהועברו ממשרד התקשורת לחברות מסחריות, כגון חברת בוק וחברת בוק בינלאומי. חברות אלה הוכפפו לפיקוח הדוק על-ידי משרד התקשורת, כפי שנקבע בחוק התקשורת⁶⁹ וברשת צפופה של תקנות וצווים שהוצאו מכוח חוק זה. פיקוח כזה, לפי הטענה, עלול לפגוע באופן ממשי במטרת ההפרטה, ולכן ראוי לצמצמו במידה רבה.

טענה מעין זאת הועלתה לפני בית-המשפט ונידונה בו, כמדומה בפעם הראשונה, בעניין איגוד שמאי ביטוח בישראל.⁷⁰ בעניין זה התברר כי קיים הסדר שלפיו חברות הביטוח דורשות מן המבוטחים, במקרה של נזק לרכב, לפנות לצורך שומת הנזק אל שמאי-בית המועסקים כעובדים של חברות הביטוח, ולא אל שמאים עצמאיים. איגוד שמאי הביטוח והמועצה הישראלית לצרכנות עתרו לבית-המשפט בטענה כי הסדר זה נגוע בניגוד עניינים, וכי הוא נוגד את התכלית של חוק הפיקוח על עסקי הביטוח.⁷¹ חברות הביטוח השיבו כי ההסדר מתבסס על החוזה שבין חברת הביטוח לבין המבוטח, שיש בו גם יתרונות למבוטח, כגון הנחה בפרמיית הביטוח, ואין צורך במעורבות של המפקחת על הביטוח בהסדר זה או צידוק לכך. בית-המשפט שאל את עצמו: "האם לא חל פיתוח בתכלית של חוק הפיקוח נוכח הנסיגה בשנים האחרונות מן התפיסה של מדינת הרווחה אל עבר התפיסה של מדינת התחרות?"⁷² על כך השיב בית-המשפט בשלילה, וכך אמר:⁷³

"הטענה שראוי לרופף את הפיקוח על הביטוח כתוצאה טבעית ורצויה של הנטייה לעודד שוק חופשי, אינה נכונה מבחינה עניינית. להיפך, יש מקום לטענה שדווקא השינוי שהתרחש לאחרונה באופי המדינה, ברוח השוק החופשי, מגדיל את חשיבות הפיקוח. חופש אינו הפקרות. לכן התפרקות המדינה מן התפקיד של ספק שירותים ומצרכים צריכה להיות מלווה בפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים על-ידי המשק הפרטי. השוק החופשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית. אסור לשכוח את הלקח המר של המדינה המתירנית, שאפשרה לכוח כלכלי לגרום, תחת הסיסמה של חופש, הרבה

69 חוק התקשורת (בוק ושידורים), התשמ"ב-1982, ס"ח 218 (להלן: חוק התקשורת).

70 עניין איגוד שמאי ביטוח, לעיל הערה 26, בעמ' 625.

71 חוק הפיקוח על עסקי הביטוח, לעיל הערה 4.

72 עניין איגוד שמאי ביטוח, לעיל הערה 26, בעמ' 648.

73 שם, בעמ' 650, דברי השופט זמיר. על הצורך בפיקוח בתחום הבנקאות ראו סיני דויטש "הגנת הצרכן הבנקאי: מכוח חוק או מכוח קודים אתיים – מה עדיף?" הפרקליט מו

(2002) 241.

עושה ועוול. דווקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים. במסגרת היחסים בין חברות הביטוח לבין המבוטחים, החלשים הם המבוטחים. ההגנה על המבוטחים מחייבת פיקוח על חברות הביטוח כיום לא פחות מאשר לפני חמישים שנה."

בית-המשפט נתן תשובה גם לטענה כי הדרך הטובה ביותר לשרת את טובת הציבור, ולמנוע שימוש לרעה בכוח כלכלי, היא הדרך של תחרות חופשית. אין ספק כי בדרך-כלל תחרות חופשית משרתת את טובת הציבור, וכי יש בה כדי להחליש את דרישת הפיקוח ובנסיבות מסוימות אף לייתר כליל את הצורך בפיקוח, ולפיכך ראוי לעודד את התחרות. אכן, בית-המשפט הכיר בחשיבותה של תחרות חופשית, ואף פסק כי במובן מסוים היא חלק מן הזכות החוקתית לחופש העיסוק.⁷⁴ עם זאת, תחרות חופשית אינה מבטלת את הצורך בפיקוח ציבורי. כפי שאמר בית-המשפט:⁷⁵

"איני סבור שנכון לומר כי לתחרות חופשית יש יתרון על פני פיקוח ממלכתי. תחרות חופשית אינה תרופת פלא נגד ניצול כוח עודף של חברת ביטוח כלפי מבוטח. הפיקוח הממלכתי נדרש גם בשוק תחרותי כדי לקדם את תכלית החוק, לפחות במקרים בלתי נמנעים של כשל שוק. לכן יש צורך גם בתחרות חופשית וגם בפיקוח יעיל. אכן, אסור שהפיקוח ימנע תחרות חופשית, אך צריך שהוא יתווה גבולות של הגינות גם במצב של תחרות חופשית."

בהקשר אחר אמר בית-המשפט כך:⁷⁶

"בבסיס מדיניות של צמצום פיקוח ממשלתי בתחום מסוים עומדת השאיפה שהתחרות החופשית תעלה את רמת הרווחה החברתית... ההנחה היא שהתוצאה המושגת במשטר של פיקוח מרכזי יעילה פחות מן התוצאה המושגת באמצעות שוק תחרותי. להנחה זו יש, כמובן, תוקף רק בתנאי שוק המאפשרים תחרות חופשית אמיתית. כאשר גם אחרי הסרת הפיקוח המרכזי נותרת שליטה של גוף פרטי בשוק, קיימת בידיו היכולת לגרוף את כל רווחי התחרות ולשפר את מצבו על חשבון המתחרים והצרכנים. תוצאה כזו מוטל על הרשות למנוע."

74 עניין אורון, לעיל הערה 27, שם.

75 עניין איגוד שמאי ביטוח, לעיל הערה 26, בעמ' 654, דברי השופט זמיר.

76 בג"ץ 1869/95 חברה להובלת דלק בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(5) 559, 571, דברי השופט טירקל.

אכן, בלשון בית־המשפט, "אין לראות בתחרות החופשית חזות הכול, מכיוון שלא תמיד מאפשרים תנאי השוק את השגת יתרונותיה".⁷⁷ מטעם זה, ומטעמים נוספים, התחרות החופשית אינה מבטלת את הצורך בפיקוח ציבורי.⁷⁸

יש להבחין בין הצורך להעביר שירותים מסוימים מידי המנהל הציבורי לידי גורמים פרטיים לבין הצורך לקיים פיקוח ציבורי על אותם שירותים. גם אם מתברר כי המנהל הציבורי אינו מתאים – ואולי אף לא הצליח – לספק שירות מסוים באופן ראוי, אין פירוש הדבר כלל ועיקר כי הוא אינו מתאים או לא יצליח לפקח על מתן אותו שירות על־ידי גוף פרטי. זה ההבדל בין מנהל ישיר לבין מנהל עקיף. מדינה יכולה בדרך־כלל לוותר על מנהל ישיר כדרך להספקת שירותים בעלי אופי כלכלי או עסקי, אך היא אינה יכולה לוותר על המנהל העקיף – ושום מדינה לא ויתרה עליו – כאמצעי לפיקוח על הספקת שירותים כאלה על־ידי גופים פרטיים. למנהל הישיר ולמנהל העקיף יש אומנם תכלית משותפת, הלא היא טובת הציבור, אך דרכים נפרדות מובילות אל התכלית המשותפת. אם מתברר כי הספקת שירות מסוים על־ידי גוף פרטי יעילה יותר ומועילה יותר לציבור מאשר הספקתו על־ידי המנהל הציבורי, יש טעם להעדיף את השירות הפרטי על השירות הציבורי; אך אם מתברר כי הספקת השירות הפרטי ללא פיקוח ציבורי עלולה לפגוע בציבור, יש טעם להטיל עליה פיקוח ציבורי.⁷⁹

לעניין זה אין הבדל בין שירות שהיה פרטי מאז ומתמיד לבין שירות שהיה ציבורי אך הופרט לאחרונה. גם שירות שהופרט מצדיק ואף מחייב פיקוח ציבורי אם מתברר שללא פיקוח כזה יפגע האינטרס הציבורי באופן משמעותי.⁸⁰ כך, לדוגמה, לגבי הבדיקות השנתיות של כלי־רכב לצורך חידוש רשיון הרכב. תקינות הרכב הינה שאלה של חיים ומוות. לכן ברור כי יש לעשות את הבדיקות באופן יסודי ואחראי, ואסור שבגלל שיקולים

77 שם, בעמ' 572. ראו גם בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג' 423.

78 עם זאת, כמובן, ההחלטה בשאלה אם להעדיף תחרות חופשית או פיקוח ציבורי בתחום מסוים, וכן בשאלת היחס בין התחרות החופשית לבין הפיקוח הציבורי בתחום מסוים, מופקדת בכל מקרה בידי הכנסת ובידי הממשלה, ולא בידי בית־המשפט. בית־המשפט אינו בודק את תבונת ההחלטה, אלא רק את השאלה אם נפל פגם משפטי בהחלטה. ראו בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו' (1) 235, 268.

79 יתרה מזו, ייתכן שקיימים תחומים שאין בהם כיום פיקוח, ומן הראוי, מטעמים של הגנה על הציבור, להטיל בהם פיקוח. לדוגמה, ייתכן כי ראוי להטיל פיקוח מיוחד על ייצור הסיגריות, כדי להפחית את החומרים המזיקים הנכללים בהן, ובדרך זאת לצמצם את הנזק שהעישון גורם לבריאות הציבור.

80 גם באנגליה, אל תהליך ההפרטה של גופים ציבוריים שסיפקו שירותים לציבור – כגון שירותי תקשורת, רכבות, גז ועוד – התלוותה הטלת פיקוח על הגופים המופרטים, בדרך של הסדרים שנקבעו בחוק, במטרה להגן על האינטרס הציבורי. ראו: David Foulkes, *Administrative Law* (8th ed., 1995) 45–48.

של רווח כספי ייעשו הבדיקות באופן לא־יסודי ולא־אחראי. משום כך, כאשר הוחלט כי ביצוע הבדיקות יועבר ממשד התחבורה אל מוסכים פרטיים, היה מוצדק, ואף הכרחי, לכפוף את המוסכים לפיקוח שיבטיח כי הבדיקות ייעשו באופן הראוי.⁸¹

(ב) תחומים שאין בהם צורך בפיקוח

דומה כי בהעדר חשש לפגיעה משמעותית באינטרס ציבורי, אין צורך להכפיף שירות ציבורי שהופרט – קל וחומר כל שירות פרטי אחר – לפיקוח ציבורי. לדוגמה, המדינה מחליטה לוותר על המונופול שהיה לה בייבוא חיטה, ולאפשר לגופים פרטיים לייבא מצרך זה על בסיס של תחרות עסקית. האם יש הצדקה להטיל על ייבוא זה פיקוח מיוחד, השונה מן הפיקוח המוטל על ייבוא מצרכים בדרך־כלל?

התשובה היא שקיימים תחומים של פעילות פרטית שאין בהם צורך אמיתי בפיקוח ציבורי, וקיימים תחומים נוספים שבהם צורך זה חלש, וכשהוא ניצב מול שיקולים אחרים, כגון הצורך לעודד תחרות עסקית או המחסור במשאבים הנדרשים למנגנון פיקוח, אין הוא מצדיק הטלת פיקוח ציבורי. הדבר נכון לא רק בתחומים פרטיים במיוחד, כגון התחום של חיי המשפחה או התחום של פעילות דתית, אלא גם בתחומים מקצועיים ועסקיים. בכל תחום, הכלל הראוי הוא שאין להטיל פיקוח ציבורי על פעילות פרטית אם אין צורך ציבורי בפיקוח כזה. זאת ועוד, ראוי לצאת מהנחה שאין צורך בפיקוח, ומי שטוען אחרת, עליו הראיה.

במישור המעשי הנהח זאת מתבססת קודם־כל על עלות הפיקוח, וכפועל יוצא מכך על יעילות הפיקוח. מכיוון שהמשאבים הציבוריים מוגבלים ואינם עונים על כל הצרכים, ומכיוון שפיקוח יעיל מחייב משאבים רבים, יש לשקול בכובד־ראש את סדר העדיפויות בטרם מחליטים להטיל פיקוח בתחום מסוים. האם השקעה במנגנון פיקוח בתחום מסוים חשובה ומועילה לאינטרס הציבורי יותר מאשר השקעה בתשתית או בחינוך, לדוגמה? ככל שהפיקוח מתפרש לתחומים נוספים, המחסור במשאבים מורגש יותר וכתוצאה מכך הפיקוח יעיל פחות, בבחינת תפסת מרובה – לא תפסת.⁸²

במישור העקרוני ההנחה נגד הטלת פיקוח מתבססת בעיקר על הערך של זכויות אדם, ובמיוחד חופש העיסוק. ככל שהפיקוח מתרחב לתחומים נוספים, וככל שהוא מתהדק בתחום זה או אחר, גם הפגיעה בזכויות האדם מתרחבת. פיקוח רחב, המתבסס על רשת

81 על הצורך בפיקוח ציבורי על פעילות פרטית למטרה של הגנת הצרכן ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן (2001, כרך א – יסודות ועקרונות), במיוחד שער ראשון: הגנת הצרכן – הצדקה, מטרות ויעדים, עמ' 17 ואילך.

82 נוסף על כך, הסדר פיקוח אשר נקבע בחוק אך אינו מיושם באופן יעיל על־ידי מנגנון פיקוח גורם נזק מבחינות שונות: הוא גורם לזילות החוק; הוא מטעה אנשים, ביוצרו רושם כוזב כי שירות מסוים או מצרך מסוים מפקחים כראוי כפי שנדרש על־פי החוק, ומחליש את ערנותם של הצרכנים; ועוד.

צפופה של איסורים והגבלות, יוצר חברה ממושטרת וגורם מחנק חברתי. ככל שמנגנוני הפיקוח בחברה מתרבים, נעים פחות לחיות בה, ואף זה שיקול חשוב שיש להביאו בחשבון לפני שמטילים פיקוח או מהדקים פיקוח בתחום מסוים.

עקרון החופש אינו רק תפיסה חברתית ההולמת מדינה דמוקרטית, אלא גם נורמה משפטית הנובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומחוק-יסוד: חופש העיסוק. חוק-יסוד: חופש העיסוק, המעלה את חופש העיסוק למעלה של זכות חוקתית, אוסר פגיעה בחופש העיסוק, אלא אם כן התקיימו תנאים מסוימים שנקבעו בחוק-היסוד. וכך גם לגבי פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות.⁸³ לפיכך, בכל מקרה, לפני שמוטל פיקוח ציבורי הפוגע בחופש העיסוק או בזכות חוקתית אחרת, יש לברר אם התקיימו התנאים שלפי חוק-היסוד מתירים פגיעה כזאת.

בהקשר זה יש להביא בחשבון שאף בהעדר פיקוח ציבורי קיימים הסדרים משפטיים שמיועדים למנוע פגיעה בזכויות ולפצות על פגיעה כזאת, ויש בהם כדי להחליש את הצורך בפיקוח. כאלה הם, בין היתר, דיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט. דינים אלה מאפשרים במובן מסוים פיקוח פרטי. פיקוח כזה עשוי להיות יעיל כלפי הגוף המפוקח משום שהוא נתון בידי גורם מעוניין באופן אישי וישר, כלומר, בידי מי שעלול להיפגע או נפגע בפועל מן הגוף המפוקח, ומבקש להגן על עצמו. למשל, החשש של גוף עסקי מפני תביעת נזיקין בגין רשלנות או בגין הפרת חובה חקוקה עשוי להיות, בנסיבות מסוימות, יעיל לא פחות ממחלקה של מפקחים. קיימת גם צורה נוספת של פיקוח פרטי, הוא הפיקוח על-ידי הגוף המפוקח עצמו, שיש לו אינטרס עצמי בפיקוח. פיקוח כזה, כלומר פיקוח פנימי, נעשה בצורות שונות של ביקורת פנימית. לעיתים הוא נעשה בצורה של ביקורת ממוסדת על-ידי עובד או מחלקה שתפקידם לקיים ביקורת פנימית. ביקורת כזאת נעשתה מקובלת במיוחד בתקופה האחרונה.⁸⁴ לדוגמה, בנקים נוהגים לקיים ביקורת פנימית כדי למנוע, בין היתר, מעילה בכספי לקוחות או צורות אחרות של שחיתות. ביקורת כזאת עשויה לעיתים להיות תחליף – או לכל-הפחות השלמה חשובה – לפיקוח הציבורי.⁸⁵ כמו-כן יש להביא בחשבון תחליפים אפשריים נוספים לפיקוח ציבורי. אפשר,

83 סעיף 4 ("פסקת ההגבלה") לחוק-יסוד: חופש העיסוק, לעיל הערה 14. הוא הדין לגבי פיקוח ציבורי הפוגע בזכות חוקתית אחרת, כגון זכות הקניין. ראו סעיף 8 ("פסקת ההגבלה") בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל הערה 66.

84 חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992, ס"ח 198, מחייב כל "גוף ציבורי" כהגדרתו בחוק, לרבות גוף נתמך שהממשלה משתתפת בתקציבו במישרין או בעקיפין, לקיים ביקורת פנימית. בפועל גם גופים פרטיים שאינם נחשבים ל"גוף ציבורי" מקיימים ביקורת פנימית.

85 סגן המפקח על הבנקים בבנק ישראל, אבי וישנביץ, אמר לאחרונה בהרצאה פומבית את הדברים הבאים: "מערכת ההסדרה הרגולטורית והמערך המתקדם ביותר של תשתיות מידע, כלי מדידה ועוזרי ניהול לא ייקחו לעולם את מקומם של שיקול הדעת העסקי ושל הזהירות והשמרנות הבנקאית." מתוך מוטי בסוק "סגן המפקח על הבנקים: רגולציה אינה תחליף

למשל, להקים ארגון רצוני (וולונטרי) בתחום מסוים (דוגמת איגוד של בעלי-מקצוע מאותו תחום), אשר יפעיל מערכת של כללי אתיקה בצד מנגנון לאכיפתם.⁸⁶ החשיבות המעשית של הפיקוח הפרטי מצדיקה טיפוח דרכים ומנגנונים לצורך פיקוח כזה, כגון טיפוח התובענה הייצוגית, כהשלמה לפיקוח הציבורי.⁸⁷ מעבר לכך, דרכים ומנגנונים של פיקוח פרטי עשויים לייתר או לפחות להחליש את הצורך בפיקוח ציבורי, וכך, יחד עם שיקולים נוספים, לגבור על השיקולים בעד הטלת פיקוח ציבורי בתחום מסוים או לפחות לצמצם את היקף הפיקוח הציבורי הדרוש באותו תחום.

דוגמה לתחום כזה הוא התיווך במקרקעין.⁸⁸ חוק המתווכים במקרקעין הינו דוגמה מייצגת לבעייתיות העולה מפיקוח ציבורי על פעילות פרטית. בשכבר הימים היה בישראל חוק שהסדיר את התיווך במקרקעין: פקודת הסרסורים. אולם הכנסת לא מצאה חפץ בפקודה זאת, שממילא הייתה אות מתה, וביטלה אותה בשנת 1984.⁸⁹ מאז, כל המעוניין היה רשאי לתווך בעסקה של מכירה או השכרה של דירה, בית או מקרקעין אחרים. שוק התיווך במקרקעין היה "פרוץ", בלשונם של מתווכים ותיקים. לטענתם, השוק הפרוץ היווה כר פורה לפעילות תיווך של אנשים בלתי-כשירים ולא-אחראיים, וכתוצאה מכך נגרם לא-פעם נזק רב ללקוחות. לפיכך, זמן קצר לאחר שבוטלה פקודת הסרסורים, פנו ארגונים

לזהירות הבנקאית" הארץ כלכלה 11.6.2003, 83. עוד נכתב כי "הוא [סגן המפקח על הבנקים] הדגיש כי הרגולטור והוראותיו מהווים רק צלע אחת במנגנון הפיקוח והבקרה על פעילות התאגיד הבנקאי - לפיכך יש לחזק, באופן קבוע, את פונקציות הפיקוח האחרות, הבקרה העסקית השוטפת, הביקורות הפנימיות, הדירקטוריון ורואה החשבון החיצוני". העיתון מצטט את סגן המפקח על הבנקים באומרו: "הסדרה מתקדמת ככל שתהיה ואכיפה פיקוחית דקדקנית ככל שניתן, לא סביר שיוכלו לפצות על חללים, אם חלילה ייווצרו, בתחומי אחריותן של צלעות הפיקוח והבקרה הנוספות אשר פועלות לצד הרגולטור."

86 מנגנונים כאלה קיימים, לדוגמה, בתחום של סחר ביהלומים ובתחום של ראיית-חשבון.
87 על תובענה ייצוגית כדרך לפיקוח על פעילות עסקית ראו, בין היתר: ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584; רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נו(3) 220 (להלן: עניין א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ). בעניין האחרון ציין בית-המשפט, בעמ' 236 ו-268-269, את התועלת הטמונה בתובענה ייצוגית, בעיקר בהיבט של הגנה על אדם כנגד גופים כלכליים או גופים שלטוניים בעלי עוצמה המתעשרים לא כדין על-חשבון הפרט, ואת חשיבותה כגורם התורם להשגת שוויון במאזן הכוחות ביניהם. אף-על-פי-כן פסק בית-המשפט, ברוב דעות, כי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220, אינה יכולה לשמש בסיס לתובענה ייצוגית. לפי פסק-הדין, רק הוראות חוק מפורשות, דוגמת ההוראות בפרק 11 לחוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 29, מאפשרות הגשת תובענה ייצוגית. בימים אלה מתנהל דיון נוסף על פסק-דין זה בבית-המשפט העליון (דנ"א 5161/03).

88 חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996, ס"ח 70 (להלן: חוק המתווכים במקרקעין).

89 חוק לביטול דינים שנושנו, התשמ"ד-1984, ס"ח 94, סעיף 7 לתוספת.

של מתווכים במקרקעין למשרד המשפטים בבקשה שהממשלה תציע חוק אשר יסדיר את התיווך במקרקעין, כלומר, חוק שיאסור עיסוק בתיווך ללא רישיון ויתנה את קבלת הרישיון בבחינות מקצועיות. משרד המשפטים סירב, בסוברו כי הבקשה נבעה בעיקר מן האינטרס של המתווכים לצמצם את התחרות העסקית בתחום התיווך, שפגעה במעמד ובהכנסה של המתווכים הוותיקים. אינטרס זה, לדעת המשרד, לא הצדיק חוק שיסדיר את העיסוק בתיווך. להפך, ההנחה הייתה שהאינטרס הציבורי יצא נשכר מעצם התחרות העסקית. לפיכך השאלה העיקרית שעלתה במשרד המשפטים הייתה אם הנוק לציבור שעלול להיגרם אם התיווך במקרקעין לא יוסדר בחוק גובר על התועלת שתצמח לציבור משוק חופשי. קשה להשיב על שאלה כזאת באופן מדעי ומדויק. התשובה תלויה באיזון של שיקולים שקשה למדוד או לכמת אותם, ולכן היא מתבססת בעיקרו של דבר על הערכה. משרד המשפטים העריך, על יסוד איזון כזה, כי אין הצדקה לחוק שיסדיר את התיווך במקרקעין. עמדתו של משרד המשפטים הייתה כי הנוק שעלול להיגרם לציבור בהעדר חוק כזה אינו חמור, במיוחד משום שהתיווך במקרקעין, כמו כל עיסוק, כפוף לדיני החוזים, דיני הגזיקין ודינים נוספים. מכל מקום, לדעת משרד המשפטים, הנוק אינו גובר על העיקרון של חופש העיסוק ועל היתרון של תחרות חופשית.

אולם הלחץ מטעם ארגוני המתווכים במקרקעין להסדיר בחוק את התיווך במקרקעין נמשך עד שנשא פרי. בשנת 1992 הוגשה לכנסת הצעת חוק פרטית, מטעם חברי הכנסת הגי מרום ואברהם פורו, שקבעה כי אדם לא יהיה רשאי לתווך בעסקת מקרקעין אלא אם כן התמלאו בו תנאים מסוימים, ובכלל זה אם עמד בבחינות מיוחדות וקיבל רישיון מוועדה מיוחדת.⁹⁰ יומי החוק טענו כי החוק נדרש כדי להגן על הציבור מפני ניצול על-ידי מתווכים בלתי-מקצועיים ובלתי-אמינים, במיוחד לנוכח המציאות שנוצרה עם העלייה הגדולה מברית-המועצות לשעבר.⁹¹ הצעת החוק התקבלה בכנסת בקריאה ראשונה ברוב של שישה חברי-כנסת, ללא דיון ובלא מתנגדים.⁹² אולם ההצעה נותרה שנויה במחלוקת, ובעת הדיון בכנסת בקריאות השנייה והשלישית הובעה התנגדות חזקה להצעה.⁹³ חברי הכנסת דדי צוקר, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, שהתבקש להציג את ההצעה,

90 הצעת חוק מתווכים במקרקעין, התשנ"ב-1992, ה"ח 2136, 388 (להלן: הצעת חוק המתווכים במקרקעין).

91 בדברי ההסבר להצעת חוק המתווכים במקרקעין, שם, נאמר בין היתר כך: "עם בוא גלי העליה מבריה"מ נוצרה בעיה אמיתית. חלק גדול מהעולים אינם מכירים את המציאות הישראלית ואין להם כלים לשפוט ולהעריך את הנכס המוצע להם למכירה או להשכרה. כמו כן, אין הם בקיאים בתנאים הנוגעים לרכישת דירות בישראל. חוסר ידע זה מנוצל לרעה, למרבית הצער, במספר מקרים לא מועט. אף על פי שחופש העיסוק הוא ערך חשוב, ובדרך כלל אין להגביל את האפשרות של אדם לעסוק בעבודה, הרי שבנסיבות שנוצרו עקב גל העליה אין מנוס מחקיקה שתסדיר את הנושא."

92 דברי הכנסת התשנ"ב, מיום 17.3.1992, עמ' 3845.

93 דברי הכנסת התשנ"ו, מיום 9.1.1996, עמ' 3034 ואילך.

הודיע כי הוא מתנגד לה משום שהיא אינה מתיישבת עם פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. גם חבר-הכנסת דן מרידור, שכיהן כשר המשפטים בעת הגשת ההצעה לכנסת כארבע שנים קודם לכן, הודיע כי בשעתו החליטה הממשלה להתנגד להצעה, וכי הוא מחזיק בהתנגדות הן משום שההצעה פוגעת בחופש העיסוק בניגוד לחוק-היסוד והן משום שהיא בלתי-ראויה. לדבריו, "החוק הזה נועד רק ליצור גילדה סגורה למתווכים. המדינה שלנו הולכת בכיוון כלכלי הפוך. אני חושב שאנחנו לא צריכים לתת יד לחוק הזה. הוא מזיק לכלכלה ולמשק. הוא מונע תחרות. הוא סוגר מקצוע שלא צריך להיות סגור".⁹⁴ אף-על-פי-כן התקבל החוק.

חוק המתווכים במקרקעין⁹⁵ קובע בסעיף 2 כי "לא יעסוק אדם בתיווך במקרקעין, אלא אם כן הוא בעל רשיון ובהתאם להוראות חוק זה". בהמשך קובע החוק, כפי שמקובל בחוקי פיקוח, הוראות והגבלות לגבי תיווך במקרקעין: מינוי רשם, בחינות ותנאים אחרים לקבלת רישיון, אגרת רישיון, הגבלות על פרסום ועוד.

קבלת החוק לא סילקה לדעתי את הספק בדבר עצם הצורך בחוק. השאלה הינה עקרונית: מה מידת הפגיעה הצפויה לציבור מעיסוק בלתי-מוסדר, בתחום זה או אחר, שיש בה כדי להצדיק חוק שיטיל פיקוח ציבורי על העיסוק? אם די בפגיעה הצפויה בתחום התיווך במקרקעין להצדיק פיקוח ציבורי בתחום זה, לרבות חיוב בקבלת רישיון, האם אין להטיל פיקוח דומה גם על תיווך במכירת מכוניות, על עסקי שדכנות, על עבודה כשמרטה, על עיסוק בגינון, ועוד ועוד?

יש מקום לחשוש מפני נטייה של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת להטיל פיקוח ולהרחיב את הפיקוח על פעילות פרטית בעילה של הגנה על אינטרס ציבורי מבלי לבדוק כראוי את הצורך בפיקוח, שכן בפועל הטלת פיקוח או הרחבת הפיקוח ללא צורך אמיתי גורמות נזק לאינטרס הציבורי. לכן יש לדרוש מן הממשלה ומן הכנסת איפוק רב בהטלת פיקוח ציבורי או בהידוק פיקוח כזה בתחום מסוים. האיפוק מחייב בדיקה קפדנית לפני הטלת הפיקוח, כדי לברר מה הנזק הצפוי לציבור בהעדר פיקוח. הוא מחייב גם מעקב לאחר שהוטל הפיקוח, כדי לברר את הצורך בהמשך הפיקוח: האם הפיקוח אכן נעשה הלכה למעשה? האם הוא יעיל? מה מחיר המנגנון המופקד על הפיקוח? האם התועלת הצומחת מן הפיקוח שקולה כנגד הנזק הנובע מן הפגיעה בשוק החופשי?⁹⁶ במקרים

94 דברי הכנסת התשנ"ו, מיום 29.1.1996, עמ' 3770.

95 חוק המתווכים במקרקעין, לעיל הערה 88.

96 באנגליה נעשה מאמץ מיוחד על-ידי הממשלה, למן שנת 1985, לבדוק את הסדרי הפיקוח על פעילות פרטית בתחומים שונים, כפי שהונהגו מכוח חוקים ותקנות, במטרה לרופף את הפיקוח מקום שיימצא כי אין הוא נדרש לטובת הציבור או כי הוא מכביד יתר על המידה את ההתפתחות הכלכלית והעסקית. עמדת הממשלה קיבלה ביטוי אף בחוק: Deregulation and Contracting Out Act (1994). חוק זה מקנה לשרים סמכות רחבה (ובלתי-מקובלת) לבטל בתקנות (שהינן תקנות "בניגוד לחוק") הוראות של הסדרי פיקוח שנקבעו בחוק, אם לדעתו של השר ההסדר מכביד באופן בלתי-ראוי את העיסוק בתחום

מסוימים מעקב כזה עשוי ללמד שמן הראוי לבטל או לצמצם את הפיקוח (בתהליך שנקרא דה־רגולציה) בתחום מסוים.⁹⁷

אכן, מעקב אחר הפיקוח בתחום התיווך במקרקעין מחזק את הספק שהיה מלכתחילה בדבר הצורך, מבחינת האינטרס הציבורי, לחוקק את חוק המתווכים במקרקעין. מתברר כי על־פי החוק הוקם במשרד המשפטים מנגנון לעריכת בחינות מקצועיות בתיווך מקרקעין, למתן רישיונות למתווכים ולגביית אגרות שנתיות בעבור הרשיונות; אולם אין למנגנון זה, ואף לא ליחידה אחרת במשרד המשפטים, שום סמכויות פיקוח או אכיפה, לא להלכה ולא למעשה. אכיפת החוק מופקדת בעיקר בידי המשטרה, שתפקידה להגיב על מקרים של הפרת החוק ובעיקר להעמיד לדין מתווכים ללא רישיון, אך סדר העדיפויות של המשטרה אינו מאפשר לה להתפנות לאכיפת החוק. וכך אירע שמאז נחקק החוק לא הוגש אף לא אישום אחד נגד אדם שעסק בתיווך מקרקעין ללא רישיון. המצב כיום הוא, אם כן, שקיים חוק, יש גם מנגנון רישום מכוח החוק, המתווכים נדרשים לשלם אגרת רישיון, אך שוק התיווך פרוץ כמעט כפי שהיה לפני החוק.⁹⁸ על רקע מצב זה אפשר כמדומה להפיק את הלקח שמלכתחילה לא היה ראוי לחוקק את חוק המתווכים במקרקעין.

לא היה טעם להרחיב את הדיבור על חוק המתווכים במקרקעין אילו היה זה חוק יחיד במינו או חוק יוצא־דופן, כחריג המלמד על הכלל. אולם נראה כי חוק זה רק מדגים את הנטייה להטיל פיקוח ולהרחיב פיקוח, באמצעות חוק או תקנות, על יסוד תחושה שיש בכך צורך כדי להגן על אינטרס ציבורי, אף אם אינטרס כזה לא הוכח. אם נדרשת דוגמה נוספת, הנה חוק שהתקבל בכנסת זה מקרוב, בשעת הדמדומים של הכנסת היוצאת: חוק

מסוים או ניהול עסק בתחום זה. החוק מקנה לשרים גם סמכות לתת הוראות למנגנוני פיקוח, כדי להבטיח פיקוח הוגן ושוויוני, וכן סמכות להרשות בתקנות העברה או אצילה של תפקידים וסמכויות מגופים ציבוריים לגופים פרטיים. ראו: John Francis Garner, *Garner's Administrative Law* (8th ed., 1996) 53.

97 הנסיבות עשויות לחייב הדרגתיות בתהליך הדה־רגולציה. ראו בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 270.

98 מצב שבו הכנסת מקבלת חוק ואחר כך אין משאבים מספיקים ליישמו או לאכיפתו הינו תופעה שחוזרת על עצמה בהקשרים שונים. הכנסת יודעת על כך ומשלימה עם כך, ולא־פעם נראה שהיא אפילו אינה מתעניינת בכך. ככלל, דומה שהכנסת אינה מייחסת חשיבות מספקת לשאלה מה יקרה בפועל לחוק שיצא מתחת ידיה, ואילו הממשלה מקצה את המשאבים המוגבלים לאו דווקא לפי סדר העדיפויות של שלטון החוק. לדוגמה, בעת הדיון בכנסת בהצעת חוק המתווכים במקרקעין (לעיל הערה 90), בקריאות השנייה והשלישית, אמר חבר־הכנסת דן מרידור, שכיהן כשר המשפטים בשעה שההצעה הוגשה לכנסת כארבע שנים קודם לכן: "שאלנו את משרד המשפטים: יש לכם תקציב לאכוף את זה? יש לכם תקנים? אמרו: אין לנו." ראו דברי הכנסת התשנ"ו, מיום 9.1.1996, עמ' 3048. אף־על־פי־כן, לא היה בכך כדי לעכב את המשך הדיון או למנוע את קבלת החוק. יש להתחשב במציאות זאת בעת הדיון בהצעה לחוקק חוק פיקוח, משום שחוק פיקוח ללא מנגנון אכיפה כמוהו כמכונת ללא מנוע.

הפיקוח על כלבים.⁹⁹ חוק זה מטיל על הבעלים של כל כלב (ולאו דווקא כלב מסוכן) משטר פיקוח הדוק ונוקשה. בין היתר, הבעלים של כל כלב חייב לקבל (תמורת אגרה) רישיון להחזקת הכלב, לחדש את הרישיון כל שנה, לסמן את הכלב על-ידי רופא וטרינר באמצעות סימון תת-עורי בשבב אלקטרוני או בסימון מיוחד אחר, להודיע לרופא וטרינר מוסמך על שינוי במקום מגוריו הקבוע, על העברת הכלב לבעלים אחרים או על מות הכלב, ולמנוע בעד הכלב את היציאה מתחום חצריו אלא אם כן הוא מוחזק באמצעות רצועה שאת אורכה וטיבה יקבע השר; ומי שאינו מקיים הוראות אלה, או הוראות אחרות בחוק, דינו מאסר או קנס. הצעת-החוק מסבירה את הצורך לקיים פיקוח כזה בסכנה הטמונה בכלבים.¹⁰⁰ אך החוק מטיל את הפיקוח לא רק על כלבים מסוכנים, שלגביהם הוא מוסיף הוראות מיוחדות, אלא על כל כלב. ומי שיודע לשאול, ישאל: האם באמת יש הצדקה, לדוגמה, להטיל על בעליו של כלב-שעשועים, שאין בו כל סכנה, חובה להודיע על שינוי במקום מגוריו הקבוע, על העברת הכלב לבעלים אחרים ועל מות הכלב, ולהטיל עליו אחריות פלילית אם אין הוא מקיים חובה זאת? האם משרד האוצר יקצה (והאם ראוי שיקצה) את המשאבים הנדרשים כדי למנות את הפקידים שירשמו מפי כל הבעלים של כל הכלבים את כל המידע הנדרש, וכדי לנהל, כפי שהחוק דורש, "מרכז רישום ארצי, לרישום כלבים, פרטי בעליהם והרשיונות שניתנו?" האם יש סיכוי מעשי שהרשויות המקומיות יקיימו את החובה שהחוק מטיל עליהן להעמיד לרשות הווטרינר העירוני "אמצעים מספקים לצורך מסירת דיווחים למרכז הרישום וקבלת דיווחים ממרכז זה?" והאם המשטרה אכן תתפנה כדי לחקור ולתבוע את העבריינים לדין פלילי על הפרת ההוראות של חוק זה? לנוכח הניסיון, אפשר להניח כי עד-מהרה יתברר שחוק זה, לפי השפה המדוברת, הינו כאילו-חוק, המטיל כאילו-פיקוח וגורם לאלפי אזרחים מהוגנים ליהפך לכאילו-עבריינים, כאשר גם המשטרה כאילו-מצפצפת על החוק. אולם לא הכל כאילו: ביוורקרטיה לשמה הינה בגדר ודאות.¹⁰¹

לסיכום, לפני שהמחוקק מטיל פיקוח ציבורי על תחום מסוים של פעילות פרטית, מן הראוי שיברר היטב את שאלת הצורך הציבורי בפיקוח. שאלה זאת הינה קודם-כל שאלה ערכית. היא כרוכה בהשקפת-עולם בדבר התפקיד הראוי של המדינה, וכפועל יוצא מכך

99 חוק הפיקוח על כלבים, לעיל הערה 15, התקבל בכנסת ביום י"ב בטבת התשס"ג (17 בדצמבר 2002), בעיצומה של מערכת הבחירות לכנסת השש-עשרה, כנראה בשל חשיבותו ודחיפותו של החוק.

100 ראו את דברי ההסבר להצעת החוק להסדרת הפיקוח על כלבים, התשנ"ח-1998, ה"ח 382 (להלן: הצעת חוק הפיקוח על כלבים).

101 אין בכך כדי לומר שאין מקום לחוק הקובע פיקוח על בעלים של כלבים מסוכנים, כפי שאכן נקבע בחוק זה. השאלה היא אם חוק המטיל פיקוח רחב והדוק על כל הבעלים של כל הכלבים, כפי שנקבע בחוק זה, אינו פוגע בזכויות במידה העולה על הנדרש. כמו-כן שאלה היא אם חוק רחב כל-כך, שאין אפשרות מעשית לאוכפו כראוי, אינו פוגע בצורך המצומצם של פיקוח על כלבים מסוכנים, שאותו היה ניתן לאכוף.

בדבר היחס הראוי בין המנהל הציבורי לבין אדם פרטי. השאלה הינה גם שאלה מעשית. היא תלויה בהיקף המשאבים הציבוריים, במהות הצרכים הציבוריים ובסדר העדיפויות הלאומי. המדיניות הכללית בשאלת הפיקוח הציבורי ראוי שתקבע על בסיס דיון ציבורי. על בסיס כזה ראוי לקבוע את סדר העדיפויות, את היקפו של המנהל הישיר ואת תנופת ההפרטה. האם, למשל, יש להטיל פיקוח רק במקרה של כשל שוק, או שמא יש להטילו גם לצורך חלוקה ראויה של משאבי טבע מוגבלים, ואולי גם כדי לשפר שירותים לציבור ולהזוילם? בישראל, מכיוון שהזירה הציבורית נשלטת במידה רבה על ידי שאלות של בטחון פנים ומדיניות חוץ, אין כמעט דיון ציבורי בשאלת תפקידה של המדינה, בהיקף הרצוי של ההפרטה ובעוצמת הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית. לפיכך ההכרעה בשאלות אלה מתקבלת על יסוד נסיבותיו המסוימות של כל מקרה, ללא מדיניות ברורה ושיטתית.

בהעדר מדיניות כללית לגבי הפיקוח הציבורי, יש לבדוק בכל מקרה ומקרה, לנוכח נסיבותיו, מה הנזק הצפוי לציבור מפעילות פרטית בתחום הנידון ללא פיקוח, מה התועלת הצפויה מפיקוח ציבורי באותו תחום, ומה העלות של הפיקוח במונחים כספיים ואחרים. סיסמות בדבר צורך ציבורי בפיקוח אינן תחליף נאות לבדיקה רצינית של הטענות בעד ונגד פיקוח. ההחלטה חייבת לשקף את האיזון הראוי בין השיקולים הנוגעים בעניין – ראשית, לגבי השאלה אם ראוי להטיל פיקוח בתחום מסוים, ושנית, לגבי שאלת עוצמתו של הפיקוח באותו תחום.

לבסוף, השאלה אם ראוי להטיל פיקוח בתחום מסוים, ואם כן מה עוצמת הפיקוח הדרושה, צריכה בדיקה גם מבחינה משפטית. מבחינה זאת השאלה היא אם הסדר הפיקוח שנקבע (או מתוכנן) יעמוד במבחן החוקיות.¹⁰² התשובה תלויה במהותו של הסדר הפיקוח בכל מקרה ומקרה. אפנה אם כן להציג באופן כללי את הסדרי הפיקוח מבחינה משפטית.

102 השאלה היא, בין היתר, אם הפיקוח הוטל – כנדרש על-ידי חוקי-יסוד: חופש העיסוק לעיל הערה 14, וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל הערה 66 – בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו, באופן ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. לדוגמה, בדברי ההסבר להצעת חוק הפיקוח על כלבים, לעיל הערה 100, נאמר כי בשל הסכנה הטמונה בהזקתם של כלבים מסוגים מסוימים, הוראות החוק תואמות את ההוראות של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל חוקי-יסוד: חופש העיסוק. ראו ה"ח התשנ"ח-1988, 383. אולם מכיוון שהוראות החוק אינן מוגבלות להתזקת כלבים מסוגים מסוימים, שאלה היא אם אין הן פוגעות בזכויות חוקתיות במידה העולה על הנדרש. על כך ראו להלן את הדברים הצמודים להערה 130.

פרק ב: הסדרי הפיקוח

המשפט החל על הפיקוח הציבורי מורכב משני חלקים עיקריים. החלק הראשון והעיקרי כולל את הסדרי הפיקוח. הסדר פיקוח קובע את משטר הפיקוח על פעילות פרטית בתחום מסוים. הוא כולל איסורים והגבלות על ניהול עסק (כגון ניהול מרפאה), על עיסוק מקצועי (כגון עיסוק ברפואה) או על פעילות אחרת (כגון פעילות של עמותה). זאת הסדרה (regulation) במובן הצר של הביטוי. החלק השני (שיידון להלן בפרק ד) עוסק באכיפה של הסדר הפיקוח. הוא נועד לגבות את הסדר הפיקוח במנגנון פיקוח המצויד בסמכויות פיקוח והטלת עונשים בגין הפרה של הוראות ההסדר. זהו פיקוח במובן הצר של הביטוי. שני החלקים יחדיו – הסדר הפיקוח (ההסדרה) ומנגנון הפיקוח (האכיפה) – מהווים את הפיקוח במובן הרחב של הביטוי.¹⁰³

הסדר הפיקוח אמור לשקף את מטרת הפיקוח. יש (בעיקר בתקופה האחרונה) שהחוק קובע את מטרת הפיקוח בלשון מפורשת בסעיף מיוחד, הוא סעיף המטרה. לדוגמה, חוק משק הגז¹⁰⁴ קובע כי מטרת החוק הן אלה:

- (1) ליצור תנאים לפיתוח ענף הגז הטבעי בישראל באמצעות המגזר הפרטי ולקיום תחרות בענף זה, בהתאם למדיניות הממשלה בתחומי הכלכלה והאנרגיה;
- (2) להסדיר את הפעילות במשק הגז הטבעי באופן שיאפשר השקעות בו ומתן שירותים ברמת איכות, אמינות וזמינות נאותים, ובשים לב לשיקולי יעילות;
- (3) להבטיח שמירה על הבטיחות בפעילויות במשק הגז הטבעי, והכל בתחומים המפורטים בחוק זה.

יש גם שמטרת הפיקוח, אף שלא נקבעה בסעיף מטרה, עולה בבירור מלשונם של סעיפים אחרים בחוק.¹⁰⁵ מכל מקום, גם כאשר המטרה אינה עולה בבירור מלשון החוק,

103 חוק פיקוח כולל בדרך-כלל את שני החלקים גם-יחד: את הסדר הפיקוח ואת מנגנון הפיקוח. ראו, לדוגמה, חוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 43, וחוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 29. אולם אפשר שהסדר הפיקוח ייקבע בחוק אחד, ואילו מנגנון הפיקוח ייקבע בחוק אחר. ראו, לדוגמה, חוק העתיקות, התשל"ח-1978, ס"ח 76, וחוק רשות העתיקות, לעיל הערה 44; וכן החוק לפיקוח על יצוא הצמח ומוצריו, התשי"ד-1954, ס"ח 137, וחוק הרשות לפיקוח חקלאי, לעיל הערה 40.

104 סעיף 1 לחוק משק הגז, לעיל הערה 46.

105 לדוגמה, סעיף 61 לחוק התכנון והבנייה, לעיל הערה 13, קובע את המטרות של תוכנית מתאר מקומית.

לפיקוח המוטל בחוק יש מטרה, והרשות המנהלית המופקדת על הפיקוח חייבת להנחות את עצמה על-פי מטרה זאת.¹⁰⁶

כל חוק פיקוח קובע הסדר פיקוח בתחום מסוים, דוגמת ההסדר בתחום ניירות-הערך שנקבע בחוק ניירות-ערך.¹⁰⁷ מכיוון שההסדר נועד להגשים את המטרה המיוחדת של החוק לנוכח הנסיבות והצרכים בתחום המוסדר, ההסדר משתנה מחוק לחוק.¹⁰⁸ יש חוק המסתפק בפיקוח רופף, שמידת מעורבותו בפעילות המפוקחת קטנה, ואין הוא מכביד את הפעילות השוטפת. לדוגמה, לפי חוק המתווכים במקרקעין,¹⁰⁹ אסור לעסוק בתיווך ללא רישיון, אך קבלת הרישיון אינה כרוכה בתנאים קשים, והעיסוק בתיווך לאחר קבלת הרישיון אינו כרוך בהגבלות קשות. לעומת זה, לפי חוק רישוי עסקים,¹¹⁰ קבלת רישיון לבית-עסק, ואפילו לעסק פשוט כגון חנות מכולת או בית-קפה, מותנית בקבלת היתר מרשויות אחדות, וניהול העסק כרוך על-פירוב בהגבלות ותנאים רבים, שחלקם נקבעו בחוק עצמו, חלקם בתקנות לפי החוק וחלקם בגוף הרישיון. פיקוח הדוק ומכביד עוד יותר מוטל, למשל, על ייעוץ השקעות וניהול תיקי השקעות, לפי חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות.¹¹¹ בין היתר, החוק מתנה את העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות בקבלת רישיון, קובע רשימה של פעילויות אסורות על בעל הרישיון, מחייב אותו לערוך הסכם בכתב עם כל לקוח ולכלול בהסכם עניינים רבים המפורטים בחוק, לגלות ללקוח עניינים שונים, להימנע מהעדפות מסוימות ומקבלת טובות-הנאה מסוימות, לנהל את התיקים בדרך שנקבעה בחוק, למסור דיווח ללקוח במתכונת שנקבעה, ועוד.

הפיקוח הציבורי המוטל על-ידי חוק על פעילות פרטית, הדוק ככל שיהיה, אינו עושה את הגוף הפרטי לגוף ציבורי. כדברי השופטת שטרסברג-כהן לגבי שירותים חיוניים הניתנים על-ידי גופים פרטיים, המחייבים את הסדרתם בחוק וכן פיקוח על-ידי הרשויות

106 רשימת המטרות שפורטו בחוק, אם פורטו, אינה בהכרח רשימה סגורה. השאלה אם ניתן להוסיף מטרה לרשימת המטרות שפורטו בחוק הינה שאלה של פרשנות החוק. ראו, לדוגמה, בג"ץ 7365/95 האחים בולוס – חברה לייצור שיש וגרניט בע"מ נ' מרכז ההשקעות, פ"ד נ(2) 89, 98. ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט (1993), כרך שני: פרשנות החקיקה) 304–305.

107 חוק ניירות-ערך, לעיל הערה 20.

108 עם זאת, יש נושאים משותפים לחוקי פיקוח שונים, וייתכן שיש מקום לחוקק חוק מיוחד ("חוק-מסגרת") שיקבע בנושאים כאלה הסדר (או מודל) שיחול על חוקי פיקוח אחדים. באנגליה, לדוגמה, נחקק חוק הקובע תקנים של שירות ללקוחות של חברות ממשלתיות שהופרטו, כגון חובה המוטלת על החברה לקבוע הליך של בירור תלונות של לקוחות: Garner, *supra* note 96, at pp. 52–53.

109 חוק המתווכים במקרקעין, לעיל הערה 88.

110 חוק רישוי עסקים, לעיל הערה 16.

111 חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, ס"ח 416 (להלן: חוק ניהול תיקי השקעות).

המוסמכות: "הסדרתם של שירותים כאלה במסגרת חוקים אינה הופכת את הגופים המפעילים את השירותים ומספקים אותם לגופים שלטוניים או לגופים מטעמם, המפעילים סמכות ריבונית, ואין היא הופכת את אספקת השירות - היא חיוני ככל שיהא - לשירות מטעם המדינה ולצרכיה."¹¹² זאת ועוד, הפיקוח הציבורי המוטל על-ידי חוק על פעילות פרטית, כגון פיקוח המתבסס על מתן רישיון לניהול עסק, אינו אומר כי הגוף הפרטי ממלא תפקיד ציבורי על-פי דין. קודם-כל, הפיקוח הציבורי אינו הופך עיסוק פרטי לתפקיד ציבורי. לדוגמה, מנהל תיקי השקעות, הפועל על-פי רישיון לפי חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות,¹¹³ אינו ממלא תפקיד ציבורי. לעיתים אומנם הפעילות הפרטית הינה בעלת מהות ציבורית, ללא קשר לפיקוח הציבורי. כך, לדוגמה, פעילותן של חברת החשמל וחברה קדישא. לפיכך אפשר שהגוף הפרטי ייחשב לגוף "דו-מהותי", וכתוצאה מכך יוטלו עליו דינים מסוימים מדיני המנהל הציבורי.¹¹⁴ אולם הפיקוח הציבורי על פעילותו של גוף כזה אינו אומר, כשהוא לעצמו, שפעילותו של גוף זה הינה ציבורית על-פי דין. לדוגמה, בעל חנות מכולת שפועל לפי רישיון מכוח חוק רישוי עסקים,¹¹⁵ ואשר נתון בפיקוח ציבורי, אינו פועל על-פי דין; הוא פועל מכוח זכות-היסוד שלו, כלומר חופש העיסוק, והדין רק מסדיר את פעילותו. לכן פעילות כזאת אינה נתפסת ברשתו של סעיף 15(ד)2 לחוק-יסוד: השפיטה,¹¹⁶ המקנה לבית-המשפט הגבוה לצדק סמכות לבקר אנשים וגופים "הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". הסמכות לבקר פעילות כזאת, למרות הפיקוח הציבורי על הפעילות, נתונה לבית-המשפט האזרחי.¹¹⁷

מתחם הפיקוח הציבורי רחב מאוד, ומאפשר גיוון רב בהסדרי הפיקוח. ההבדלים בהסדרי הפיקוח, ובכלל זה בעוצמת הפיקוח, בין חוק פיקוח אחד לחוק פיקוח אחר נובעים בדרך-כלל מן ההבדלים בין תחום לתחום מבחינת העיסוק המוסדר, ובעיקר מבחינת הנזק הצפוי מעיסוק ללא פיקוח ראוי. ההבדלים בין תחום לתחום יכולים בדרך-כלל הן להסביר והן להצדיק את ההבדלים בין פיקוח לפיקוח, אך לא תמיד. לעיתים עוצמת הפיקוח בתחום מסוים אינה מבטאת איזון ראוי של האינטרסים הכרוכים בהטלת הפיקוח בתחום זה. קיימת סכנה של הפרת האיזון הראוי בתחום מסוים בשל מתן משקל-יתר לאינטרס של הגנה על הציבור מפני הנזק הצפוי מעיסוק שאינו מפקח כראוי. כדי לשרת אינטרס זה ולהעניק

112 ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נד(2) 433, 446.

113 חוק ניהול תיקי השקעות, לעיל הערה 111.

114 ראו, לדוגמה, לגבי חברת החשמל, בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (להלן: עניין מיקרו דף); ולגבי חברה קדישא, ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464. ראו גם זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 479.

115 חוק רישוי עסקים, לעיל הערה 16.

116 חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

117 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי הדתי העל-יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, פ"ד מז(2) 661.

לציבור הגנה מרבית, או מתוך היענות לקבוצת-לחץ שיש לה אינטרס משלה, אפשר שהחוק יהדק את הפיקוח ויטיל יותר ויותר איסורים והגבלות. אולם פיקוח הדוק יתר על המידה, גם אם הוא משרת את האינטרס של הגנה על הציבור, עלול לפגוע באינטרסים אחרים של הציבור. לא זו בלבד שהוא מחמיר את הפגיעה בזכויות האדם ובתרבות החופש, הוא עלול אף לפגוע ברווחה הכלכלית, ולא רק של הציבור הכפוף לפיקוח, אלא של כל הציבור. הוא עלול להכביד את הפעילות הפרטית בתחום המפוקח, וכתוצאה מכך לפגוע גם ביעילות ובאיכות של השירות הניתן לציבור, לשבש יזמות ויזומה, להקטין תחרות ולהעלות מחירים. כתוצאה מכך אפשר כי שכרו של הציבור יצא בהפסדו. חוק המטיל פיקוח עודף, שאינו מאזן כראוי בין האינטרסים השונים הנוגעים בעניין, הינו חוק לקוי מבחינה עניינית. נוסף על כך הוא יכול להיות פגום גם מבחינה משפטית – למשל, אם הוא אינו מעוגן בדין כנדרש או אם הוא פוגע בחופש העיסוק או בזכות חוקתית אחרת במידה העולה על הנדרש. על כך בפרק שלהלן.

פרק ג: מקורות הפיקוח

מבחינה משפטית, הסדר פיקוח חייב להיות מעוגן בדין, שכן אין לפגוע בזכויות אלא מכוח דין. בהתאם לכך, המקורות העיקריים של הסדר פיקוח הם חוקים, תקנות והוראות מנהל.¹¹⁸

118 עם זאת, בפועל יכולה הממשלה, וכך גם גופים ציבוריים אחרים, לקיים פיקוח על פעילות פרטית לא מכוח חוק, תקנות או הוראות מנהל, אלא באמצעות חוזים. לדוגמה, המדינה או גוף ציבורי אחר יכולים לערוך חוזה עם גוף פרטי להזמנת שירות או מצרך, ולקבוע בחוזה תנאי שכל העובדים מטעם אותו גוף יהיו תושבי ישראל ולא עובדים זרים, או לערוך חוזה להספקת מצרכים ובו תנאי שהצד הפרטי לחוזה ייתן עדיפות לתוצרת ישראל. חוזה כזה מאפשר למדינה או לגוף ציבורי אחר, כצד לחוזה, לקיים פיקוח על פעילותו של הצד הפרטי לחוזה, ובאמצעות הפיקוח לשרת מטרה ציבורית. דוגמה לפיקוח כזה מצויה בבג"ץ 7217/95 עמותת חברות הסיעוד בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נא(3) 561 (להלן: עניין עמותת חברות הסיעוד בישראל), שם ביקש המוסד לביטוח לאומי להטיל פיקוח על רמת השירות הניתן למבוטחים על-ידי חברות הסיעוד באמצעות הוראות בהסכם שייחתם בעקבות המכרז בין המוסד לבין כל חברה שתזכה בו. בעניין זה פורסמה ידיעה מאת רותי סיני "ארגונים חברתיים עוברים לאכיפה: גלחמים במעסיקים על זכויות העובדים" הארץ חברה 23.2.2003, 8א, שבה נאמר כך: "במשרד העבודה מודעים למגבלות האכיפה שלהם... ואולם היועץ המשפטי במשרד, עורך הדין תומר מוסקוביץ, טוען כי כדי לאכוף את כל חוקי העבודה נדרשים אלפי פקחים. התפישה שבה הוא דוגל – ושמיושמת

1. חוקים

החוק הינו דרך-המלך לקביעת הסדר פיקוח. אכן, על-פי-רוב הסדר פיקוח נקבע, לפחות כהסדר ראשוני, בחוק עצמו. אולם גם בדרך-המלך יש לנהוג בזהירות, שכן דרכו של הסדר פיקוח שהוא פוגע בזכויות חוקתיות, ובמיוחד בחופש העיסוק. על-פי חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אסור שחוק יפגע בזכות חוקתית, אלא אם כן הוא מקיים את התנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה.¹¹⁹ ואלה התנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה (בסעיף 4) שבחוק-יסוד: חופש העיסוק:

”אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.”

אם חוק פיקוח אינו מקיים את אחד התנאים שבפסקה זאת, או בפסקה המקבילה (סעיף 8) בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בית-המשפט מוסמך לבטל את החוק או הוראה בחוק, לפי העניין.¹²⁰

בזמן האחרון בשינויי חקיקה שנוסחו במשרדו – היא אכיפה פרטית מסוג אחר. למשל, בחוק שכר מינימום וחוק עובדים זרים נקבע, כי אדם שמבקש להתקשר בחוזה עם גוף ציבורי חייב להצהיר שלא הורשע בחמש השנים האחרונות בעבירות על שני חוקים אלה. ההצהרה נעשית על ידי רואה חשבון או עורך דין ובכך הם והמעסיק אוכפים על עצמם את החוק. סעיף דומה קיים בחוזה קבלני כוח אדם, שבהם המעסיק חייב להוכיח שהוא משלם לעובדיו כדין – גם זאת באמצעות הצהרת רואה חשבון שבודק את ספריו.¹²¹ פיקוח כזה, המתבסס על חוזה, הינו נושא בפני עצמו במסגרת דיני החוזים המנהליים, ואינו נכלל במסגרת מאמר זה.

119 אפשר גם שחוק יפגע בחופש העיסוק אם הוא עונה על התנאים שנקבעו בסעיף 8(א) (“פסקת ההתגברות”) לחוק-יסוד: חופש העיסוק, לעיל הערה 14. סעיף זה אומר כך: “הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהוא תקף על-אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.” מאמר זה אינו עוסק בפסקת ההתגברות, אלא בפסקת ההגבלה בלבד.

120 ע”א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי, פ”ד מט(4) 221. יש הבדל חשוב בין שני חוקי-היסוד לעניין סמכותו של בית-המשפט לבטל הוראת חוק הפוגעת בזכות חוקתית בניגוד לתנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קיימת הוראה של שמירת דינים (סעיף 10), הקובעת כי “אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד”. גם בחוק-יסוד: חופש העיסוק קיימת הוראה שנועדה לשמר את תוקפם של דינים ישנים, אך היא מוגבלת בזמן (עד יום 14.3.2002), והזמן חלף ולא הוארך.

יש להניח כי רק במקרים נדירים ימצא בית-המשפט כי חוק פיקוח, שתכליתו מניעת נזק מן הציבור, פוגע בזכות חוקתית באופן שאינו הולם את ערכיה של מדינת-ישראל או שתכליתו אינה ראויה.¹²¹ לעומת זה, קיימת אפשרות ממשית שהסדר פיקוח יפגע בזכות חוקתית (על-פירוב יהיה זה חופש העיסוק) במידה העולה על הנדרש, בניגוד לפסקת ההגבלה. אכן, מבין שלושת התנאים המהותיים בפסקת ההגבלה, התנאי החשוב מבחינה מעשית הוא בדרך-כלל תנאי המידתיות.

המידתיות, כפי שנקבע בפסיקה, הינה עילת ביקורת המורכבת משלוש עילות-משנה (או מבחנים), שבכל אחת מהן יש כדי לבטל חוק, תקנה או הוראת מנהל.¹²² עילת-המשנה הראשונה היא התאמה. עילת-משנה זו דורשת שיהיה קשר של התאמה בין האמצעי לבין המטרה, כלומר, שהחוק (או התקנה או הוראת המנהל, לפי העניין) יבחר אמצעי מתאים להשגת מטרתו. זהו מבחן הגיוני. אם המחוקק (או הרשות המנהלית, לפי העניין) בחר אמצעי שמבחינה הגיונית אינו מסוגל להשיג את מטרת החוק, יש מקום לומר כי האמצעי שנבחר אינו מידתי ולכן אינו חוקתי. עילת-המשנה השנייה מתייחסת לעוצמה. היא דורשת כי האמצעי שנבחר לא יפגע בזכותו של אדם מעבר למידה הנדרשת כדי להשיג את מטרת החוק. זהו ביסודו מבחן כמותי. אם ניתן להשיג את מטרת החוק על-ידי אמצעי מתון יותר, שפגיעתו קלה באופן יחסי, יש לבחור באמצעי זה. אם נבחר אמצעי פוגעני יותר, יש בדרך-כלל מקום לומר כי בנסיבות המקרה זהו אמצעי בלתי-מידתי, ומשום כך גם בלתי-חוקתי. לבסוף, עילת-המשנה השלישית היא המידתיות במובן הצר. במובן זה מבחן המידתיות הינו מבחן ערכי. הוא בוחן את הפגיעה שתיגרם לאדם על-ידי האמצעי שנבחר כנגד התועלת שתצמח לציבור מאותו אמצעי, ומעריך את היחס בין הפגיעה לבין התועלת. אם מתברר כי הפגיעה הצפויה חמורה ואילו התועלת החזויה מזערית, עד כדי כך שאין יחס סביר ביניהן, יש מקום לומר כי האמצעי אינו מידתי, ומכאן שהוא אינו חוקתי.¹²³

מה החשיבות המעשית של עילת המידתיות לצורך ביקורת החוקתיות של חוקי פיקוח? מבחינה מעשית, חוק פיקוח יעמוד בדרך-כלל במבחן של עילת-המשנה הראשונה, הדורשת התאמה בין המטרה לבין האמצעי, כלומר, שהאמצעי יהיה מסוגל מבחינה הגיונית להשיג

121 על התכלית הראויה שיש בה כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית ראו, לאחרונה, בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 264-273. כדוגמה לחוק הפוגע בחופש העיסוק לתכלית שאינה ראויה ראו עניין אורון, לעיל הערה 27, שם. תכלית החוק במקרה זה הייתה להעניק רישיון וזיכיון לתחנות-רדיו שפעלו ללא רישיון וזיכיון כדן, ותכלית זאת, כפי שפסק בית-המשפט, "אינה ראויה בעליל".

122 ראו, לדוגמה: בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 1412; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל).

123 על עילות-המשנה של עילת המידתיות ראו גם: יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב (1994) 109, 130-133; דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון (2000, כרך ב) 281.

את מטרת החוק. שהרי מבחינה הגיונית עצם הטלת הפיקוח בחוק, וכן גם אמצעי הפיקוח המקובלים בחוק, כגון רישוי, מתאימים להשגת המטרה העיקרית של החוק, שהיא מניעת הנזק הצפוי כתוצאה מהעדר פיקוח.¹²⁴

כנגד זה, אפשר שחוק פיקוח לא יעמוד במבחן של עילת-המשנה השלישית, הדורשת יחס סביר בין עוצמת הנזק לפרט כתוצאה מן השימוש באמצעי שנבחר לבין מידת התועלת לציבור שתצמח מאותו אמצעי.¹²⁵ לדוגמה, יש מקום לשאול אם חוק המתווכים במקרקעין¹²⁶ עומד במבחן זה. מלכתחילה היה ספק אם מאזן התועלת כנגד הנזק הצדיק הטלת פיקוח בחוק על תיווך במקרקעין. בדיעבד, לאחר שהחוק עומד בתוקפו כבר שנים אחדות, הספק רק התחזק.¹²⁷ עם זאת, ועל-אף הספק, יהיה קשה לבטל את החוק בשל חוסר מידתיות. ראשית, בית-המשפט רואה עצמו מצווה לנהוג איפוק רב בביטול חוקים, בשל המעמד הנכבד של חוק.¹²⁸ שנית, ובאותו כיוון, בית-המשפט קבע כי רק חוסר מידתיות קיצוני, החורג ממתחם המידתיות, יצדיק ביטול חוק.¹²⁹ חוק המתווכים במקרקעין, אף אם מלכתחילה היה ראוי שלא יבוא לעולם, קשה לומר כי הוא לוקה בחוסר מידתיות קיצוני עד כדי כך שיש להעבירו מן העולם. נראה כי דברים אלה נכונים לגבי חוקי פיקוח ככלל: יהיה קשה לבטל חוק פיקוח בעילת-המשנה השלישית.

עילת-המשנה השנייה, מסתבר, הינה החשובה מבין עילות-המשנה מבחינה מעשית. היא בוחנת, לנוכח עוצמת הפגיעה של האמצעי שנבחר, אם לא היה ניתן להשיג את מטרת החוק על-ידי אמצעי מתון יותר, שפגיעתו קלה יותר.¹³⁰ אכן, ספר החוקים גדוש הסדרי פיקוח חריפים, המטילים איסורים קשים על פעילות פרטית, וכן סמכויות קיצוניות המוקנות לרשויות מנהליות לצורך אכיפת ההסדרים. הרושם המתקבל מספר החוקים הוא שבמקרים רבים המחוקק נוטה לחזק את הסדרי הפיקוח באיסורים ובסמכויות כדי לשרת את מטרת הפיקוח באופן מרבי, ובמיוחד כדי לסתום היטב פרצות אפשריות בהסדר הפיקוח, אף אם יש בכך כדי להחמיר את הפגיעה בזכויות אדם. איזון זהיר בין האינטרס הציבורי לבין זכויות האדם היה עשוי, במקרים רבים, למתן את האיסורים והסמכויות שנקבעו בהסדר הפיקוח. במקרים אלה, אם בית-המשפט משתכנע כי היה ניתן למתן את הפגיעה בזכויות מבלי לפגוע באופן מהותי במטרת החוק, הוא עשוי לבטל הוראת חוק הפוגעת בזכויות במידה העולה על הנדרש.

הנה דוגמה. חוק המתווכים במקרקעין¹³¹ קובע בסעיף 14 כי מתווך במקרקעין יהיה

124 דוגמה לחוק הפוגע בחופש העיסוק מבלי שהוא עומד בתנאי של פסקת ההגבלה בדבר התאמה בין המטרה לבין האמצעי ראו עניין אורון, לעיל הערה 27, בעמ' 666.

125 לדוגמה ראו שם, בעמ' 668-669.

126 חוק המתווכים במקרקעין, לעיל הערה 88.

127 ראו לעיל את הדברים הצמודים להערה 98.

128 ראו, לדוגמה, פסק-דין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל הערה 122, בעמ' 386-389.

129 ראו, לדוגמה, שם.

130 ראו, לדוגמה, עניין אורון, לעיל הערה 27, בעמ' 667.

131 חוק המתווכים במקרקעין, לעיל הערה 88.

זכאי לדמי תיווך מאת לקוח רק אם התקיימו תנאים מסוימים – בין היתר, אם הוא היה בעל רישיון לפי חוק זה בשעה שעסק בתיווך. לפי סעיף זה, מתווך שלא היה בעל רישיון לא יהיה זכאי לדמי תיווך אף אם הביא את לקוחו לידי התקשרות בעסקת מקרקעין, וגם אם על-פי החוזה ביניהם הוא זכאי לדמי תיווך. ואילו הלקוח, אף שיצא נשכר מן העסקה ועל-פי החוזה הוא חייב לשלם דמי תיווך, יוצא פטור מכל תשלום, כזוכה מן ההפקר. לכאורה יש בכך אי-צדק. מדוע אם כן נקבע כך בסעיף 14 לחוק? נראה כי כוונת הסעיף היא להמריץ מתווכים לקבל רישיון, ולהעניש מתווכים שנמנעו מלקבל רישיון. אכן, ייתכן כי הסעיף ממציא אמצעי יעיל לאכיפת חובת הרישוי, אולם האם הוא מתיישב עם דרישת המידתיות? גם אם הסעיף עונה על עילת-המשנה הראשונה, הדורשת התאמה בין האמצעי שנבחר לבין מטרת החוק, ספק אם הוא עונה על עילת-המשנה השנייה, השוללת אמצעי קיצוני שפגיעתו קשה במיוחד מקום שהיה ניתן להסתפק באמצעי מתון שפגיעתו קלה יותר. כאן הטיל החוק, בסעיף 15, עונש פלילי של מאסר וקנס על מי שעסק בתיווך ללא רישיון. האם ראוי להוסיף על כך עיצום (סנקציה) אזרחי של שלילת התמורה המגיעה למתווך על-פי החוזה? אפשר לכאורה להוסיף בשם היעילות עונש על-גבי עונש ועיצום על-גבי עיצום, וכך להגביר את היעילות כהנה וכהנה. אולם, כפי שחוקי-היסוד קובעים, רדיפת היעילות נעצרת בגבול המידתיות. זאת ועוד, ייתכן שהעיצום של שלילת דמי התיווך אינו עונה גם על עילת-המשנה השלישית, הדורשת יחס ראוי בין הנוק לפרט לבין התועלת לציבור. אם אכן כך, סעיף 14 לחוק חורג מן המידתיות גם לפי עילת-משנה זאת. דוגמה זאת יכולה גם ללמד על טשטוש אפשרי של הגבולות בין עילת-המשנה של עילת המידתיות. למרות ההבדל בין עילת-המשנה מבחינה עיונית, לא-פעם קשה להבדיל ביניהן מבחינה מעשית. כך היה בעניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל.¹³² כאן נידונה שאלת החוקתיות של חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות.¹³³ חוק זה הטיל פיקוח הדוק על העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות. טענת העותרים הייתה כי יש לבטל הוראות שונות בחוק מכיוון שהן פוגעות בחופש העיסוק בניגוד לחוקי-יסוד: חופש העיסוק. הדיון התמקד בעילת המידתיות. בית-המשפט בדק את הוראות החוק, ומצא כי הן פוגעות בחופש העיסוק אך אינן חורגות מן המידתיות, אף לא לפי אחת מעילות-המשנה של המידתיות, להוציא הוראת המעבר שבחוק. הוראת המעבר קבעה כי חובת הבחינות לצורך קבלת רישיון לעסוק בניהול תיקי השקעות לא תחול על מי שעסק בניהול תיקי השקעות שבע שנים לפחות לפני תחילת החוק. השאלה לפני בית-המשפט הייתה אם הפגיעה של הוראה זאת בחופש העיסוק של מי שעסק בניהול תיקי השקעות פחות משבע שנים, ולפיכך מוטלת עליו חובת הבחינות, הינה פגיעה מידתית. בית-המשפט השיב כי פגיעה כזאת חורגת מן המידתיות. הוא קבע כי מן הראוי להתחשב בניסיון של מי שעסק בניהול תיקי השקעות תקופה קצרה משבע שנים, כגון חמש שנים, ולפטור אותו באופן חלקי מחובת הבחינות או לחלופין, לפי העניין, לתת לו רישיון זמני לתקופה

132 עניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל הערה 122, שם.

133 חוק ניהול תיקי השקעות, לעיל הערה 111.

שתאפשר לו להכין את עצמו לבחינות. אולם בית-המשפט, שהציג בנפרד כל אחת מעילות-המשנה של המידתיות, לא ראה צורך לקבוע באופן ברור כי החריגה מן המידתיות של הוראת המעבר נובעת מעילת-המשנה מסוימת זו או אחרת. הוא בדק את הוראת המעבר כשהוא כורך את עילות-המשנה זו בזו, עד שנראה כי לדעתו הוראת המעבר לא עמדה אף באחת מעילות-המשנה, ועל בסיס זה ביטל את ההוראה.¹³⁴

לסיכום, החוק הינו דרך-המלך לקביעת הֶסדר פיקוח, אך בית-המשפט עשוי לבטל הוראה בחוק פיקוח אם היא חורגת מן המידתיות או אם היא נוגדת את חוק-היסוד מבחינה אחרת.

עכשיו יש לברר אם ניתן לקבוע הֶסדר פיקוח גם בתקנות.

2. תקנות

(א) הֶסדרים ראשוניים בתקנות

בגלל הסרבול הכרוך בחקיקה ראשית, ובכלל זה בתיקוני חקיקה, יש יתרון מבחינת הממשלה לחקיקה משנית, שהינה עדיין הליך פשוט ונוח, ולכן קיים פיתוי להעדיפה על חקיקה ראשית. כך גם לגבי הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית. אכן, גם בתחום הפיקוח, חקיקה משנית הינה מכשיר יעיל וראוי לצורך קביעת הֶסדרים משניים על יסוד הֶסדרים ראשוניים שנקבעו בחקיקה ראשית. אולם יש לא מעט מקרים בתחום זה שבהם חקיקה משנית משמשת גם לצורך קביעת הֶסדרים ראשוניים. במקרים אלה החוק עצמו אינו קובע את הסדרי הפיקוח, אפילו לא בקווים כלליים, אלא מסתפק בהסמכת רשות מנהלית, בדרך-כלל שר, לקבוע בתקנות את הסדרי הפיקוח, לרבות הֶסדרים ראשוניים. התוצאה במקרה כזה היא שהמקור לפיקוח, מבחינה מהותית, אינו חקיקה ראשית, אלא חקיקה משנית. האם אפשר וראוי שחקיקה משנית תטיל פיקוח הפוגע בזכויות?

חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים¹³⁵ הינו דוגמה בולטת. זהו חוק מרכזי בתחום הפיקוח, אך הוא חוק-מסגרת בלבד. הוא אינו מטיל פיקוח, לא על מצרכים ולא על שירותים, אך הוא מקנה סמכות רחבה להטיל פיקוח. לפי החוק (סעיף 4), כל שר שהממשלה הסמיכה אותו לכך רשאי "להכריז על מצרכים ועל שירותים כמצרכים או שירותים בני-פיקוח", וכן (סעיף 5) להסדיר בצו את ייצורו ושיווקו של מצרך, את ניהולו של מפעל העוסק בפעולה חיונית, את העשייה של שירות בר-פיקוח ועוד, בדרך של קביעת איסורים והגבלות, רישוי ופיקוח, ועוד. הלכה למעשה, במשך שנים רבות עשו השרים שימוש נרחב בסמכות שחוק זה מקנה להם, בין היתר כדי להטיל פיקוח בתחומים שקודם לכן היו פטורים מפיקוח. לדוגמה, צו שהוציא שר התחבורה בשנת 1970 מכוח חוק

134 עניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל הערה 122, בעמ' 410-413. ראו גם עניין אורון, לעיל הערה 27, שם.

135 חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, לעיל הערה 3.

זה הטיל פיקוח על מוסכים ומפעלים לכלי-רכב.¹³⁶ צו זה מטיל על מוסכים ומפעלים לכלי-רכב חובה לקבל רישיון (המותנה, בין היתר, בתשלום אגרה שנתית) מן הרשות, קרי, ממנהל אגף מסוים במשרד התחבורה (נוסף, כמובן, על רישיון לפי חוק רישוי עסקים);¹³⁷ מסמיך את הרשות לקבוע תנאים ברישיון; מחייב העסקת מנהלים מקצועיים ומסדיר הקמת ועדה שתסמיך מנהלים מקצועיים; וכן קובע כי הרשות "תהיה רשות מבצעת לביצוע צו זה והיא רשאית לתת כל הוראות שלדעתה יש בהן צורך לביצועו". צווים נוספים שהוצאו מכוח חוק זה הטילו פיקוח בתחומים נוספים: חניונים,¹³⁸ מספרות,¹³⁹ התקנת מעליות ומתן שירות למעליות,¹⁴⁰ ועוד.¹⁴¹ בכל תחום ותחום הטיל הצו איסורים והגבלות, והחוק קבע כי הפרת הוראה של צו גוררת עיצומים, ובכלל זה עונשי קנס ומאסר.¹⁴²

והנה דוגמה נוספת: חוק רישוי בעלי-מלאכה,¹⁴³ חוק זה מסמיך (בסעיף 1) את שר המסחר והתעשייה לקבוע בצווים מלאכות טעונות-רישוי "כל אימת שלדעתו דרוש הדבר מטעמים של בריאות הציבור או בטיחות הציבור או הגנה על הצרכן". החוק מוסיף ומסמיך את השר לקבוע בצו את מהותה והיקפה של המלאכה הטעונה רישוי, את התנאים שניתן להתנות ברישיון לעיסוק במלאכה, כללים בדבר אתיקה מקצועית ובדבר הקמת ועדות משמעת, ועוד. מי שעוסק ללא רישיון במלאכה שנקבעה בצו כמלאכה טעונת-רישיון, או פועל בניגוד לתנאי הרישיון, צפוי לעונש של מאסר או קנס.¹⁴⁴

מצב זה, שבו הפיקוח מוטל על-ידי חקיקה משנית, הקובעת גם את ההסדרים הראשוניים ואף מטילה עונשים פליליים על הפרת ההסדרים, אינו ראוי מבחינה עקרונית. כדברי השופטת דורנר:¹⁴⁵

136 צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (מוסכים ומפעלים לכלי רכב), תש"ל-1970, ק"ת 2186 (מיום 27.8.1970).

137 חוק רישוי עסקים, לעיל הערה 16.

138 ק"ת התשכ"ז 2022, מיום 31.3.1967, 1947.

139 ק"ת התשל"ז 3670, מיום 1.3.1977, 1043.

140 ק"ת התשמ"ד 4583, מיום 29.1.1984, 862.

141 ראוי לציין כי בשנים האחרונות בוטלו בהמלצת משרד המשפטים עשרות צווים שהוצאו במשך שנים רבות מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, לעיל הערה 3, אשר קבעו הסדרי פיקוח בתחומים רבים, בעיקר צווים שהוצאו על-ידי שר המסחר והתעשייה ועל-ידי שר החקלאות. עם זאת נותרו עדיין בתוקף צווים מסוג זה.

142 על ההיסטוריה והמהות של חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, שם, ועל ההפסיקה על-פיו, ראו בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481, 497 ואילך (להלן: עניין שנסי).

143 חוק רישוי בעלי-מלאכה, לעיל הערה 51.

144 לא ברור אם בפועל, במשך השנים הרבות שבהן החוק עומד בתוקף, אכן הוצאו צווים לפי חוק זה. אם לא, האם אין בכך כדי לעורר ספק בעצם הצורך לקבוע בחוק הסדר פיקוח על בעלי-מלאכה נוסף על ההסדרים הקיימים לפי חוקים אחרים?

145 בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 684 (להלן: עניין לם).

"אמנם, ייתכן כי פגיעה בחופש העיסוק בתחיקת משנה, ולא כל שכן בחזורי מנכ"ל או בסוגים אחרים של הנחיות מינהליות, היא יעילה יותר. שכן, במרבית המקרים הליך החקיקה בכנסת הוא מורכב, ממושך ויקר יותר מן ההליך המינהלי, אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום שבו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות האדם. דווקא 'סרבולה' של פעולת החקיקה הראשית, והתנאתה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם, מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש."

אכן, מטעם זה החליט היועץ המשפטי לממשלה, בשנות השמונים הראשונות, להתנגד באופן עקרוני להטלת פיקוח על עיסוק באמצעות צווים מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים או מכוח חוקים אחרים המקנים סמכות כללית להתקין תקנות בתחום מסוים.¹⁴⁶

(ב) הצורך בהסמכה מפורשת

חקיקה משנית המטילה פיקוח בתחום מסוים עשויה להיות לא רק בלתי־ראויה, אלא גם בלתי־חוקית, ולכן גם בטלה. היא עשויה להיות בלתי־חוקית, ראשית, על־פי אחת מעילות הביקורת החלות על כל החלטה מינהלית, כגון חריגה מסמכות, מטרה פסולה, שיקולים זרים, חוסר סבירות ועוד. שנית, חקיקה משנית אינה יכולה לפגוע באחת מן הזכויות שעוגנו בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק־יסוד: חופש העיסוק, מבלי לקיים את התנאים (המהותיים) שנקבעו בפסקת ההגבלה, כלומר, אם היא אינה הולמת את ערכיה של מדינת־ישראל, לא נועדה לתכלית ראויה או פוגעת בזכות במידה העולה על הנדרש. שלישית, ואף זה תנאי (פורמלי) בפסקת ההגבלה, אין לפגוע בזכויות המעוגנות בחוק־יסוד "אלא בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".¹⁴⁷

146 ראו, לדוגמה, פקודת בריאות העם, 1940, אשר שימשה מקור לעשרות תקנות שהטילו פיקוח על העיסוק בתחומים רבים, כגון תקנות בריאות העם (עוסקים בסיעוד בבתי חולים), התשמ"ט-1989, ק"ת 227, ותקנות בריאות העם (רישום מרפאות), התשמ"ז-1987, ק"ת 1213. העיסוק באופטומטריה הינו דוגמה מעניינת. בשעתו הוסדר העיסוק באופטומטריה על־ידי צו שהוצא מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים: צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (עיסוק באופטומטריה), התש"ם-1980. הסדרת העיסוק באופטומטריה באמצעות צו הותקפה לפני בית־המשפט הגבוה לצדק, לנוכח העמדה העקרונית של משרד המשפטים נגד הסדרת עיסוק באמצעות צו, הודיע משרד הבריאות לבית־המשפט כי העיסוק באופטומטריה יוסדר בחוק. ראו את דברי ההסבר להצעת חוק העיסוק באופטומטריה, התש"ן-1990, ה"ח 119, וכן את חוק העיסוק באופטומטריה, התשנ"א-1991, ס"ח 191. עמדה זאת של משרד המשפטים נותרה כפי שהייתה מאז ועד היום.

147 סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל הערה 66, וסעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, לעיל הערה 14.

מה פירוש "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"? ברור כי כוונת הפסקה היא לאפשר פגיעה בזכות לא רק בחוק, אלא גם בתקנות.¹⁴⁸ אולם מה פירוש הדרישה שההסמכה בחוק תהיה "מפורשת"?

השופט דורנר השיבה על-דרך השלילה, באמרת-אגב, כי הוראה בחוק הקובעת כי שר פלוני יהיה ממונה על יישום החוק ויהיה רשאי להתקין תקנות לצורך כך, אין בה כדי להסמיך את השר להתקין תקנות הפוגעות בחופש העיסוק, שכן "ככלל, אין לפרש חוק כפוגע או כמסמיך לפגוע בחופש העיסוק, זולת אם הדבר נקבע בו במפורש".¹⁴⁹ אולם בדברים אלה אין רבותא, שכן כבר קודם לכן, וללא קשר לפסקת ההגבלה, פסק בית-המשפט כי הסמכות להתקין תקנות ביצוע היא סמכות לקבוע בתקנות הסדרים משניים להסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק, ולא את ההסדרים הראשוניים עצמם, ואין היא כוללת סמכות לפגוע בזכות.¹⁵⁰ הווי אומר, לא היה צורך בפסקת ההגבלה כדי לקבוע שסמכות להתקין תקנות ביצוע אין בה כדי לאפשר פגיעה בחופש העיסוק או בזכות חוקתית אחרת, ולכן יש להניח שלא לצורך זה נועדה האמירה בפסקת ההגבלה כי אין לפגוע בזכות חוקתית אלא בחוק או "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו". אם כך, השאלה חוזרת למקומה – לאיזה צורך נועדה הפסקה?

לפי פירוש מילולי, פסקת ההגבלה דורשת כי החוק המסמיך יאמר במפורש שהרשות המתקינה רשאית לפגוע בחופש העיסוק או בזכות חוקתית אחרת למטרה מסוימת או באופן מסוים, או למצער, שהוא יאמר באופן מפורש שהרשות המתקינה רשאית לפגוע בחופש העיסוק או בזכות חוקתית אחרת מבלי לציין לאיזו מטרה או באיזה אופן.¹⁵¹ זהו פירוש יפה מבחינה עקרונית, ויש אף מקרים, ראויים לשבח, שבהם הלכה הכנסת בדרך זאת.¹⁵² עם זאת, זהו פירוש קשה מבחינה מעשית. תקנות רבות פוגעות בזכויות, לרבות בחופש העיסוק, על יסוד הוראת הסמכה בחוק שאינה אומרת במפורש כי הרשות המתקינה רשאית לפגוע גם בזכויות, חוקתיות או אחרות. האם, כפי שמתבקש מן הפירוש הדווקני, כל

148 השוו סעיף 9 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302 (להלן: חוק הפרשנות): "הביטוי 'לפי', לענין חיקוק פלוני או ביטוי כיוצא בו – משמעו גם לפי תקנות שהותקנו מכוחו של החיקוק."

149 ראו עניין לם, לעיל הערה 145, בעמ' 684. ראוי לציין כי השופט דורנר סייגה את דבריה באמירה המצוטטת, ואמרה שכך הדברים "ככלל". מהו אם כן היוצא-מן-הכלל?
150 ראו: ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים, פ"ד מה(4) 529, 553552 (להלן: עניין פרי העמק); ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס, פ"ד מח(3) 641, 660659; בג"ץ 1912/97 ריש, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650, 655–656.

151 פירוש זה התקבל על דעת בית-המשפט בפסקי-דין אחדים, אך נראה כי רק באמרות-אגב, מבלי לפסוק הלכה בשאלה זאת. ראו, לדוגמה, עניין לם, לעיל הערה 145, בעמ' 684–685, 691.

152 ראו, לדוגמה, סעיף 74 לחוק התקשורת, לעיל הערה 69.

התקנות האלה בטלות אם הן פוגעות בחופש העיסוק או בזכות חוקתית אחרת? יתרה מזו, כפי שמתבקש מן הפירוש הדווקני, לא יהיה אפשר מכאן ולהבא להתקין תקנות הפוגעות בחופש העיסוק או בזכות חוקתית אחרת, אלא אם כן יקנה החוק סמכות כזאת בלשון מפורשת. במציאות הקיימת זוהי, ככל הנראה, תוצאה בלתי־נסבלת. ראשית, במקרים רבים יש הצדקה מבחינת האינטרס הציבורי להגביל זכויות בתקנות, ולא דווקא בחוק, אם בשל העלות הגבוהה של חוק ואם בשל הגמישות הרבה של תקנות. שנית, אין זו דרכו של המחוקק לקבוע בלשון מפורשת כי הרשות המתקינה מוסמכת לפגוע בזכויות, ואין יסוד להניח שהמחוקק ישנה את דרכו. שלישית, לא תצמח תועלת מכך שהמחוקק יתחיל לקבוע, מעשה שגרה, כי הסמכות להתקין תקנות כוללת היתר לפגוע בזכויות. במצב זה נראה כי הפירוש המילולי הינו בגדר גזרה שהציבור לא יעמוד בה.¹⁵³

זאת ועוד, אין יסוד לאמירה כי כוונת החוק או תכלית החוק מחייבות פירוש מילולי. חוק־היסוד דורש אומנם הסמכה "מפורשת", אולם יש לזכור ולהזכיר כי גם לפני חוק־היסוד משנת 1992 הייתה זו הלכה שאין לפגוע בחופש העיסוק או בזכויות אחרות באמצעות תקנות אלא אם כן יש לכך הסמכה מפורשת בחוק עצמו.¹⁵⁴ והנה, בפועל, הלכה זאת לא גררה ביטול סיטוני של תקנות שפגעו בזכויות ללא הסמכה מפורשת בחוק. להפך, לא־פעם הכיר בית־המשפט בתוקפן של תקנות כאלה.¹⁵⁵ לכן אפשר לשער, על רקע זה, כי המחוקק של חוק־היסוד בשנת 1992 לא ראה מניעה לתת ביטוי להלכה זאת בפסקת ההגבלה, מתוך הנחה שבית־המשפט ימשיך ללכת בדרך שבה הלך עד אז, ומבלי לחשוש שבית־המשפט יתחיל מכאן ולהבא לבטל תקנות הפוגעות בזכויות חוקתיות אם החוק המסמך לא קבע בלשון מפורשת שהתקנות יכולות לפגוע בזכויות. אולם, אם כך, מה הפירוש הראוי לדרישה של פסקת ההגבלה כי ההסמכה לפגוע בזכות חוקתית תהיה "מפורשת"? בית־המשפט טרם נתן תשובה לשאלה זאת.¹⁵⁶ השופטת

153 ראו אורן גול "פגיעה בזכויות־יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד (תשנ"ח־1998) 381. שם, בעמ' 382, נאמר: "במאמר זה אראה כי המגבלה הפורמלית הקבועה בחוק־היסוד בישראל [כלומר, הדרישה שהפגיעה בזכות תהיה "בחוק" או "לפי חוק כאמור מכות הסמכה מפורשת בו"] היא מחמירה הרבה יותר מהמקבילות לה בחוקות דומות בעולם. החמרה זו אינה רצויה. כיוון שכך, יש להיזהר מפני פרשנות שתחמיר עוד יותר את התנאים שלא לצורך."

154 ראו, לדוגמה, בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו(3) 337, 353 (להלן: עניין מיטרני), מפי הנשיא שמגר: "נקודת המוצא, המקובלת בחברה חופשית, היא, כי אדם רשאי לעסוק בכל עבודה או משלח יד, כל עוד לא נקבעו לגביהם הגבלות או איסורים, ואלו האחרונים אין להטילם ולקיימם אלא לפי הוראתו המפורשת של החוק." ראו גם ברק, לעיל הערה 106, בעמ' 558-561.

155 ראו, לדוגמה: בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 460; פסק־דין שנסי, לעיל הערה 142, בעמ' 504-505, 520; בג"ץ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769, 792.

156 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט (1994), כרך שלישי: פרשנות חוקתית) 501.

דורנר אמרה כי "קיימת גם גישה דווקנית פחות – ואף לה שורשים מסויימים בפסיקתנו – הרואה רשות מינהלית כמוסמכת לפגוע בזכויות יסוד אף בהיעדר קביעה בלשון מפורשת של החוק, ובלבד שסמכות זאת נדרשת להגשמתה של התכלית הפרטיקולרית של החוק".¹⁵⁷ אולם היא הביעה ספק אם גישה זאת תקפה לנוכח הלשון של פסקת ההגבלה, הדורשת הסמכה "מפורשת". גם לדעתי יש ספק אם די בכך שהפגיעה בזכות נדרשת לשם הגשמת התכלית הפרטיקולרית של החוק המסמיך. מדוע? לדעתי, התנאי שהפגיעה בזכות נדרשת לשם הגשמת התכלית הפרטיקולרית של החוק המסמיך הינו אומנם תנאי הכרחי, אך אין הוא תנאי מספיק. כיצד? לא היה צורך בפסקת ההגבלה כדי לומר שאין תקנה יכולה לפגוע בזכות חוקתית אלא אם כן הדבר נדרש לשם הגשמת התכלית הפרטיקולרית של החוק המסמיך. שהרי גם כאשר מדובר בפגיעה בזכות שאינה מעוגנת בחוק יסודי, כגון חופש הביטוי או חופש ההתאגדות, אין תקנה יכולה לפגוע בזכות אם הדבר אינו נדרש לשם הגשמת התכלית הפרטיקולרית של החוק המסמיך. אם הפגיעה בזכות אינה נדרשת לשם הגשמת התכלית הפרטיקולרית של החוק המסמיך, תיחשב הפגיעה בדרך-כלל, לפי הפירוש הנכון של החוק המסמיך, לחריגה מסמכות. אם כך, יוצא שגישה זאת, האומרת בפועל כי תכלית משתמעת שקולה כנגד הסמכה מפורשת, מעוררת קושי כפול: ראשית, היא מרוקנת מתוכן את הדרישה של פסקת ההגבלה שההסמכה תהיה "מפורשת"; שנית, היא מצמצמת במידה רבה את ההגנה שחוק היסוד מעניק לזכויות חוקתיות (בהשוואה לזכויות אחרות) מפני פגיעה על-ידי תקנות.¹⁵⁸

מה אם כן הפירוש הראוי לדרישה שההסמכה לפגוע בזכות חוקתית באמצעות תקנות תהיה "מפורשת"? לדעתי, כאמור, ראיה מפוכחת של המציאות והכרת המצב במדינות אחרות אינן מאפשרות פירוש מילולי של דרישה זאת, שלפיה החוק צריך לומר בלשון מפורשת כי הסמכות של השר להתקין תקנות כוללת סמכות לפגוע בזכויות חוקתיות או בזכויות ככלל או בזכות מסוימת. לכן אין מנוס מפרשנות תכליתית. אולם את התכלית יש לחפש לא בחוק המקנה סמכות להתקין תקנות, אלא בפסקת ההגבלה של חוק היסוד,

157 עניין לם, לעיל הערה 145, בעמ' 685. גישה זאת באה לידי ביטוי במאמרו של גזל, לעיל הערה 153, בעמ' 403: "ההסמכה... יכול גם שתהיה מפורשת מכוח תכלית מפורשת. כלומר, כאשר ברור שלשם השגת תכלית החוק נדרשת הגבלה על זכות היסוד, הרי שההסמכה מפורשת."

158 גזל, שם, מבקש להקנות משמעות מעשית לדרישה שההסמכה תהיה "מפורשת", על-ידי כך שמצד אחד הוא מוכן לאפשר פגיעה בזכות אם הדבר נדרש לשם הגשמת התכלית הפרטיקולרית של החוק המסמיך, אך מצד אחר אין הוא מוכן לאפשר פגיעה כזאת אם הדבר נדרש רק לשם הגשמת תכלית כללית של שיטת המשפט, כגון עקרונות השוויון והצדק. אולם נראה לי כי בדרך-כלל לא תהיה בהקשר הנידון משמעות מעשית להבחנה בין התכלית הפרטיקולרית לבין התכלית הכללית, שכן יהיה זה מקרה נדיר, אם בכלל, שהפגיעה בזכות לא תידרש לשם הגשמת התכלית הפרטיקולרית של החוק המסמיך אך תידרש לשם הגשמת תכלית כללית של שיטת המשפט.

שהרי היא הצריכה פירוש. השאלה היא, אם כן, מה התכלית של פסקת ההגבלה הדורשת כי ההסמכה לפגוע בזכות תהיה "מפורשת"? אין ספק שהתכלית, ברמה של הפשטה, היא להגן על הזכויות החוקתיות, בין היתר בדרך של צמצום האפשרות לפגוע בזכויות אלה באמצעות תקנות. הדרישה שההסמכה תהיה "מפורשת" הינה ביטוי – או אמצעי – למימוש תכלית זאת. בהתאם לתכלית זאת, יש להבחין בין פגיעה באמצעות תקנות בזכות חוקתית לבין פגיעה באמצעות תקנות בזכות אחרת, באופן שיכביד את הפגיעה בזכויות חוקתיות. לשם כך אין די בבירור התכלית הפרטיקולרית של החוק המסמיך את השר להתקין תקנות, בין היתר משום שחוק זה אינו מבחין בין פגיעה בזכות חוקתית לבין פגיעה בזכות אחרת. צריך, אם כן, לקבוע מבחנים שייתנו ביטוי לתכלית הדרישה של פסקת ההגבלה כי ההסמכה לפגוע בזכות חוקתית באמצעות תקנות תהיה "מפורשת". מבחנים אלה טרם נקבעו באופן מוסמך. סביר להניח שבית המשפט יפתח מבחנים כאלה באופן הדרגתי, כדרכו של המשפט המקובל.

בשלב זה כל שניתן לעשות הוא להציע מבחנים אפשריים לצורך זה. אחד המבחנים האפשריים הוא מבחן ההסדר הראשוני. מהו מבחן זה? באופן עקרוני (נכון יותר לומר: באופן אידיאלי), היה ראוי שהכללים הקובעים את המותר והאסור ייקבעו על ידי הרשות המחוקקת, ולא על ידי הרשות המבצעת, כלומר, בחוק ולא בתקנות. אולם באופן מעשי, בגלל המגבלות של הרשות המחוקקת, אין זה אפשרי, ויש אומרים שאף אין זה רצוי. מכיוון שכך, באים המלומדים ואומרים כי ראוי לכל הפחות שההסדר הראשוני, הקובע את העקרונות הכלליים, ייקבע בחוק, ואילו התקנות יקבעו רק הסדרים משניים, שהינם בגדר יישום של ההסדר הראשוני, כפי שהולם את תפקידה של הרשות המבצעת. אולם, כפי שהתברר, בגלל המגבלות של הרשות המחוקקת ובגלל מורכבותו של המנהל הציבורי, אף זה אינו מעשי. בפועל, במקרים רבים החליט המחוקק כי יש מקום להסדיר תחום מסוים של פעילות פרטית, אך הסתפק בהסמכה כללית להסדיר את התחום באמצעות תקנות, מבלי שהוא עצמו קבע את ההסדר הראשוני.¹⁵⁹ בית המשפט, אף שהביע את דעתו כי מבחינה עקרונית ראוי שהסדרים ראשוניים ייקבעו בחוק ולא בתקנות, השלים עם מצב זה.¹⁶⁰ בעניין שנסי,¹⁶¹ לדוגמה, הביע בית המשפט את דעתו כי הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בתקנות, דוגמת הסמכות המוקנית לשרים בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים,¹⁶² אינה מתיישבת אומנם עם העיקרון של שלטון החוק, אך עם זאת, כפי שאמר השופט חשין, "מורכבות החיים חייבה אותנו להשלים עם קיומם של הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה".¹⁶³ אכן, למן הקמת המדינה, במשך עשרות שנים, לא היה ולו

159 ראו: ברק, לעיל הערה 106, בעמ' 528; ברוך ברכה משפט מינהלי (1986, כרך א) 84-86; יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" משפטים ד (תשל"ב) 63, 70-71.

160 ראו, לדוגמה, עניין פרי העמק, לעיל הערה 150.

161 עניין שנסי, לעיל הערה 142, שם.

162 חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, לעיל הערה 3.

163 עניין שנסי, לעיל הערה 142, בעמ' 505. מכיוון שהמחוקק לא נענה לקריאה חוזרת ונשנית

מקרה אחד שבו ביטל בית-המשפט תקנות משום שהן קבעו הסדר ראשוני, ולא רק הסדר משני.

כך היה עד שנתן בית-המשפט, לפני שנים אחדות, את פסק-הדין בעניין רובינשטיין נ' שר הביטחון.¹⁶⁴ במשפט זה התברר כי ההסדר אשר פוטר תלמידי ישיבות משירות צבאי (או דוחה את השירות) מתבסס על החלטה של שר הביטחון מכוח הסמכה כללית בחוק שירות ביטחון,¹⁶⁵ מבלי שהחוק עצמו קבע הסדר ראשוני בעניין זה. בית-המשפט פסק כי ההסדר שנקבע על-ידי שר הביטחון כהסדר כללי, להבדיל ממתן פטור אישי על יסוד הנסיבות של כל מקרה, הינו הסדר ראשוני הפוגע בעקרון השוויון, והסדר כזה חייב להיקבע בחוק עצמו. וכך אמר הנשיא ברק:¹⁶⁶

"הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא לא מעבר למידה הדרושה – צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמאלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה. הנה-כ"כ, הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע, מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט."

אפשר אם כן לומר כי הלכה היא שהסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות, אם הם בגדר הסדרים ראשוניים, חייבים להיקבע על-ידי הרשות המחוקקת, ולא על-ידי הרשות המבצעת.¹⁶⁷ עם זאת, שאלה היא אם ההלכה שנפסקה בעניין רובינשטיין הינה הלכה גורפת, במובן זה שכל הסדר ראשוני, בכל עניין, חייב להיקבע בחוק עצמו, ואין להסתפק בהסמכה כללית שנקבעה בחוק לקבוע הסדר כזה בתקנות. בית-המשפט טרם נתן תשובה לשאלה זאת. לדעתי, המציאות מכתובה את התשובה. התשובה היא שהלכה גורפת כזאת תהיה מנותקת מן המציאות, בישראל כמו במדינות אחרות, ולכן היא בלתי-מעשית ואף

של בית-המשפט לצמצם את הסמכויות הרחבות לקבוע הסדרים ראשוניים בתקנות, דוגמת אלה המוקנות לשרים בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, הביע השופט חשין את דעתו כי יהיה ראוי שבית-המשפט ילך בדרך של פרשנות צרה המצמצמת את הסמכויות המוקנות בחוק זה. שם, בעמ' 510-511.

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

165 חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, ס"ח 107.

166 עניין רובינשטיין, לעיל הערה 164, בעמ' 513. ראו גם עניין לם, לעיל הערה 145, בעמ' 683-684.

167 בעניין רובינשטיין קבעה הרשות המבצעת הסדר ראשוני על-ידי הוראת מנהל, אך אין ספק שהלכה זאת תופסת ברשתה גם הסדר ראשוני שנקבע על-ידי תקנות, וכך אף נאמר במפורש בעניין רובינשטיין, שם.

בלתי-אפשרית.¹⁶⁸ לגבי העבר, הלכה גורפת כזאת הייתה מחייבת ביטול בקנה-מידה רחב של תקנות רבות הקובעות כיום הסדרים ראשוניים בתחומים רבים. ולגבי העתיד, אין יסוד להניח שהכנסת תהיה מסוגלת לקבוע את ההסדרים הראשוניים בכל מקרה של פגיעה בכל זכות. לכן לא יהיה מנוס אלא להחיל את ההלכה שנפסקה בעניין רובינשטיין באופן מבוקר ובררני.¹⁶⁹ משמע, בית-המשפט יצטרך להביא בחשבון, בכל מקרה ומקרה, את לשון החוק המסמיך ואת תכלית החוק, וכן, מצד אחד, את מהות ההסדר שנקבע בחוק, ובכלל זה הפגיעה של ההסדר בזכויות או באינטרסים, ומצד אחר, את נפקות הדרישה שהכנסת עצמה תקבע את ההסדר הראשוני. צריך לאזן בין כל אלה באופן שימנע פגיעה חמורה בזכות או באינטרס באמצעות תקנות, ועם זאת לא יטיל על הכנסת נטל שהיא תתקשה לעמוד בו. במסגרת זאת ייתכן שיהיה ראוי להבחין בין פגיעה בזכות חוקתית לבין פגיעה בזכות אחרת. כיצד? על-ידי כך שהדרישה שהחוק עצמו יקבע את ההסדר הראשוני תחול ככלל רק במקרה של פגיעה מהותית בזכות חוקתית, להבדיל מפגיעה בזכות אחרת.¹⁷⁰

נראה כי יש טעם להבדיל בין זכות חוקתית לבין זכות אחרת בהקשר של מבחן ההסדר הראשוני. ראשית, יש בכך כדי לחזק את ההגנה על זכויות חוקתיות בהשוואה להגנה על זכויות אחרות, כפי שמתבקש מן המעמד הנעלה של זכויות חוקתיות. שנית, יש בכך כדי להקנות משמעות לדרישה של פסקת ההגבלה שזכות חוקתית לא תיפגע על-ידי תקנות אלא על יסוד הסמכה "מפורשת". שהרי אם החוק עצמו קובע בעניין מסוים הסדר ראשוני שיש בו פגיעה בזכות חוקתית, ומוסיף ומסמיך שר או רשות אחרת להתקין תקנות באותו עניין, אפשר לומר כי יש בכך הסמכה מפורשת בחוק עצמו לפגוע באותה זכות באמצעות תקנות.¹⁷¹

עם זאת, יש לתת את הדעת למשמעות המעשית של החלת מבחן ההסדר הראשוני בכל מקרה שבו החוק מקנה סמכות להתקין תקנות שיש בהן כדי לפגוע בזכות חוקתית. הסדרי

168 לגבי המצב במדינות אחרות השוו גזל, לעיל הערה 153, בעמ' 403. 169 ראו, לדוגמה, בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 59-60.

170 עם זאת, אין בכך כדי למנוע החלת הדרישה הזאת גם במקרים מיוחדים של פגיעה מהותית בזכות שאינה חוקתית. בעניין רובינשטיין, למשל, ההוראה של שר הביטחון פגעה בעקרונות השוויון, שלא נקבע במפורש כזכות חוקתית בחוק-היסוד (אם כי יש דעה שעקרונות השוויון הינו חלק מכבוד האדם, ואם כך אזי הוא זכות חוקתית לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

171 שאלה נפרדת היא מה מידת הפירוט הנדרש מהסדר ראשוני בחוק עצמו. אין הכרח שההסדר הראשוני שנקבע בחוק יהיה מלא ומפורט. באופן עקרוני, די בכך שהוא קובע עקרונות כלליים או שיקולים מרכזיים, או מתווה באופן אחר את הדרך להסדר שייקבע בתקנות. מידת הפירוט הנדרש מהסדר ראשוני עשויה להשתנות מעניין לעניין על-פי מהות העניין; מהות הזכות הנפגעת; עוצמת הפגיעה בזכות; האינטרס הציבורי המצדיק את הפגיעה; השאלה אם הסדר הפיקוח מצריך מיוחדות ועד כמה הכנסת מתאימה לקבוע את פרטי ההסדר; וכיוצא באלה.

פיקוח פוגעים בדרך-כלל בחופש העיסוק או בזכות חוקתית אחרת. אם כך, המסקנה היא שבדרך-כלל אין לקבוע הסדר פיקוח בתקנות אלא אם כן הוא מתבסס על הסדר ראשוני שנקבע בחוק עצמו. פירוש זה של פסקת ההגבלה, הדורשת כי הסמכה לפגוע בזכות חוקתית באמצעות תקנות תהיה "מפורשת", הינו פירוש ראוי מן הבחינה של שלטון החוק, אך הוא גם פירוש תובעני מן הבחינה של הכנסת. הכנסת לא הקפידה לנהוג על-פי מבחן זה בעבר.¹⁷² האם תצליח לנהוג על-פי מבחן זה בעתיד?

מבחן אפשרי אחר הוא מבחן הביקורת השיפוטית. על-פי מבחן זה, הביקורת השיפוטית על פגיעה בזכות חוקתית באמצעות תקנות תהיה קפדנית יותר מאשר הביקורת השיפוטית על פגיעה באמצעות תקנות בזכות שאינה חוקתית. אכן, כיום בית-המשפט אינו עושה הבחנה כללית לעניין הביקורת השיפוטית בין מקרים של פגיעה בזכות חוקתית לבין מקרים של פגיעה בזכות שאינה חוקתית. אולם מבחן כזה אפשרי.¹⁷³ מבחן כזה לא יהיה אומנם בגדר פירוש מילולי של הדרישה בפסקת ההגבלה, שלפיה הפגיעה בזכות חוקתית באמצעות תקנות צריכה להיות מכוח הסמכה "מפורשת", אולם כאמור, דומה כי אין דרך מעשית לתת פירוש מילולי לדרישה זאת, ולכן צריך, ואף ראוי, לתת לה פירוש תכליתי. פירוש האומר כי הביקורת השיפוטית על פגיעה באמצעות תקנות בזכות חוקתית תהיה קפדנית יותר מאשר ביקורת על פגיעה באמצעות תקנות בזכות שאינה חוקתית הולם ככל הנראה את התכלית של פסקת ההגבלה בחוקי-היסוד.

יש להודות שגם מבחן ההסדר הראשוני וגם מבחן הביקורת השיפוטית אינם נותנים תשובה יפה לשאלת הפירוש של הדרישה שהפגיעה בזכות חוקתית תהיה מכוח הסמכה "מפורשת", אלא תשובה מאולצת, ולכן יש טעם לחפש תשובה טובה יותר.

172 על-פי מבחן ההסדר הראשוני ניתן לטעון, בין היתר, כי הצווים המטילים פיקוח על תחומי פעילות שונים מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, לעיל הערה 3, אינם עומדים במבחן של פסקת ההגבלה, משום שהם אינם מתבססים על הסדר ראשוני שנקבע בחוק עצמו. על צווים אלה ראו לעיל את הדברים הצמודים להערות 135-142. לדיון בשאלה זאת ראו גם דויטש, לעיל הערה 73, בעמ' 538-549.

173 מבחן מעין זה נוהג במשפט ארצות-הברית. אף שהמצב הקיים בארצות-הברית לגבי המבחנים של הביקורת השיפוטית הינו מורכב, אפשר לומר כי בית-המשפט בארצות-הברית נוהג להפעיל ביקורת קפדנית במיוחד (Strict Scrutiny) במקרה של פגיעה בזכות-יסוד המעוגנת בחוקה (Fundamental Right). בעוד ביקורת שיפוטית רגילה מתבססת על מבחן הסבירות (Rational Basis Scrutiny), הביקורת על חוקיותם של חוקים הפוגעים בזכויות-יסוד מתבססת על המבחן של צורך ציבורי "לוחץ" שאינו מאפשר להסתפק באמצעי מתון יותר (Compelling State Interest). ראו: John E. Nowak & Ronald D. Rotunda *Constitutional Law* (5th ed., 1995) 601.

3. הוראות מנהל

הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית נעשה בדרך-כלל, בפועל, על-ידי רשות מנהלית באמצעות הוראות מנהל: צווים אישיים, היתרים ורשיונות, ובהם תנאים מוקדמים ותנאים מאוחרים, חקירות וחיפושים, קבלת דיווחים והוצאת הנחיות, ועוד. פעמים רבות ההוראה מוצאת בכתב, לעיתים היא ניתנת בעל-פה, ואפשר גם שההוראה תהיה מובלעת במעשה, כגון חיפוש בחצרים או תפיסת מסמכים.¹⁷⁴

על-פי העיקרון של חוקיות המנהל, הפיקוח באמצעות הוראות מנהל צריך להתבסס על הוראות כלליות, אם בחוק עצמו ואם בתקנות לפי חוק, ללא הסמכה לפקח, בחוק או בתקנות, אין סמכות לפקח. כך נפסק, לדוגמה, בעניין לם.¹⁷⁵ כאן החליט משרד החינוך, התרבות והספורט לשנות את מדיניותו לגבי ההכרה במאבחים של ליקויי למידה. עד שנת 1996 הכיר המשרד במאבחים דידיקטיים, שלמדו בקורסים מיוחדים שניתנו על-ידי המשרד, עמדו בבחינות וקיבלו מן המשרד רישיון של מאבחן, אולם באותה שנה החליט המשרד, והודיע בחוזר מנכ"ל, כי הוא יכיר רק באבחנה שניתנה על-ידי פסיכולוגים חינוכיים. החלטה זאת איימה לנשל את המאבחים הדידיקטיים מפרנסתם, שכן האבחון של ליקויי למידה נעשה בעיקר בעבור משרד החינוך. בעתירה של מאבחים דידיקטיים נגד החלטה זאת נטען כי החלטה פוגעת בחופש העיסוק שלהם בניגוד לחוק-יסוד: חופש העיסוק. בית-המשפט קיבל את הטענה וביטל את החלטה, כפי שגובשה בחוזר מנכ"ל, מכיוון שהיא לא התבססה על הסמכה בחוק (שלא התייחס כלל לעיסוק באבחון של ליקויי למידה) או בתקנות. כדברי השופט דורנר:¹⁷⁶

"לא ניתן היה לשלול ממאבחים את חופש העיסוק באבחון של ליקויי למידה אך מכוון חוזרי מנכ"ל שהתקבלו במסגרת סמכויות הביצוע הכלליות הקבועות בחוקי החינוך. פגיעה כזאת בחופש העיסוק, בנפרד מהצדקתה המהותית, טעונה קביעה בחוק, ולפחות הסמכה מפורשת בו."

אולם, ישאל השואל, האם אין לרשות מנהלית סמכות טבועה (אינהרנטית), אף ללא

174 "הוראת מנהל" מוגדרת בסעיף 3 לחוק הפרשנות, לעיל הערה 148, כך: "הוראה או מינוי - לרבות הודעה, מודעה, רשיון, היתר וכיוצא באלה - שניתנו בכתב מכוח חוק ואינם בני-פעל תחיקתי". הגדרה זאת, כאמור בסעיף 2 לאותו חוק, חלה אם "אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה". בהקשר הנדון אני משתמש בביטוי "הוראת מנהל" במובן רחב יותר מזה המשתקף מן ההגדרה שבסעיף 3 לחוק הפרשנות, כלומר, במובן הכולל כל צורה של הוראה אישית, בכתב או בעל-פה, לרבות מעשה שאינו הוראה במובן המקובל של הביטוי, כגון כניסה לחצרים או תפיסת מסמכים.

175 עניין לם, לעיל הערה 145, שם.

176 שם, בעמ' 685.

הסמכה מפורשת בחוק או בתקנות, לקיים פיקוח כלשהו על פעילות פרטית בתחום העניינים שהיא מופקדת עליהם? לדוגמה, אם החוק הקנה לרשות מסוימת סמכות לתת רשיון עיסוק בתחום מסוים, מבלי שהוסיף והקנה לה סמכות פיקוח, האם אין לה סמכות טבועה לפקח על הפעילות של בעל הרשיון באותו תחום?

לאחרונה עלתה השאלה במשפט עמותת חברות הסיעוד בישראל.¹⁷⁷ במשפט זה התעוררה השאלה, בין היתר, אם המוסד לביטוח לאומי רשאי לקיים פיקוח על חברות פרטיות המספקות, על-פי הזמנה של המוסד לביטוח לאומי ובמימונו, שירותי סיעוד למבוטחים של המוסד הנוקקים לסיעוד. לפי סעיף 232 לחוק הביטוח הלאומי,¹⁷⁸ המוסד לביטוח לאומי קובע אם מבוטח פלוני זכאי לגמלת סיעוד, ואם קבע כך, הוא מודיע ואת לוועדה מקצועית, המוקמת על-פי חוק זה, והיא קובעת איזו חברה תספק למבוטח את שירותי הסיעוד שייקבעו. והנה, יום אחד בא המוסד והחליט לקבוע באמצעות מכרו רשימה מוגבלת של חברות פרטיות שיספקו את שירותי הסיעוד, שמקרבן תבחר הוועדה המקצועית את החברה שתיתן את השירותים בכל מקרה ומקרה, ואותה חברה תספק את השירותים בתנאים שייקבעו בהתאם למכרו בין החברה לבין המוסד. מדוע קיבל המוסד החלטה כזאת? בשל רצונו לקיים פיקוח על החברות המספקות את שירותי הסיעוד למבוטחים – הן פיקוח בשאלה אם החברה ראויה לספק שירותים כאלה, וכפועל יוצא מכך להיכלל ברשימת החברות המספקות שירותים למוסד, והן פיקוח לגבי התנאים שבהם תספק החברה את השירותים. אולם חברות הסיעוד, שראו את עצמן נפגעות מהחלטת המוסד, עתרו לבית המשפט וטענו כי לפי חוק הביטוח הלאומי אין למוסד סמכות לקיים פיקוח כזה, שכן סעיף 232 לחוק מקנה את הסמכות לקבוע מי ייתן את שירותי הסיעוד לא למוסד, אלא לוועדה המקצועית. האומנם? על כך השיב בית המשפט:¹⁷⁹

"במינהל תקין, הגוף המממן פעילות מסוימת זכאי לפקח על דרכי הוצאת הכספים: אם הכספים מוצאים למטרות שלהן יועדו ואם מוצאים הם כראוי מכל בחינה אחרת. כך הוא במינהל פרטי, ולא-כל-שכן כך הוא במינהל ציבורי. אכן, זכותו של הפרט לפקח על דרכי הוצאת כספיו הופכת לחובה מקום שהמדובר הוא בגוף ציבורי. לשון אחר: גוף ציבורי המוציא כספים, לא אך זכותו היא, חובתו היא, לפקח על דרכי הוצאת הכספים, שהרי לא את כספיו-שלו הוא מוציא אלא את כספו של הציבור. וכנאמן על כספו של הציבור, חייב הוא גוף ציבורי להשגיח בשבע עיניים כי הכספים שבידו יוצאו כדין וכהלכה. זכות וחובה אלו החלות על כל גוף ציבורי תחולנה מאליהן על המוסד

177 עניין עמותת חברות הסיעוד בישראל, לעיל הערה 118.

178 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 210.

179 עניין עמותת חברות הסיעוד בישראל, לעיל הערה 118, בעמ' 569-570, דברי השופט חשין.

לביטוח לאומי אף-הוא. פירוש הדברים הוא, שעל-פי מושכלות ראשונים זכאי הוא המוסד לביטוח לאומי – זכאי הוא, אף חייב – לפקח על דרכי השימוש בכספים שהוא מוציא. ולענייננו: חייב הוא לפקח על דרכי השימוש בכספים שהוא מוציא לשירותי סיעוד לנוקקים. זכות וחובה אלו מובנות הן במערכת, ואין הן נדרשות לכלל הוראה מפורשת בחוק. נלמדות הן ומובנות הן מעצמן. אדרבא: אם בכוונת המחוקק לשלול זכות וחובה אלו, נצפה כי יורנו על-כך מפורשות ובאורה חדי-משמעי.¹⁸⁰ [ההדגשות במקור]

ועוד אמר בית-המשפט בהקשר זה:¹⁸⁰

"המוסד מחזיק בידו סמכות פיקוח כללית על ביצועם של שירותי הסיעוד, כיאה למי שאחראי אחריות כוללת למתן שירותי הסיעוד. והגם שהוועדות המקצועיות הן הקובעות את זהותו של נותן השירותים – כדבר סעיף 232(ב) לחוק – אין הדבר גורע מסמכותו של המוסד לבדוק אם נותן השירותים פועל כהלכה וכנדרש ממנו. סמכות זו לפיקוח על נותני השירותים זמנה הוא, אמנם, לאחר קביעת זהותו של נותן השירותים, ואולם מבחינת המהות משתלבת היא בפיקוח הכולל של המוסד לביטוח לאומי על נותני השירותים, בין מראש ובין בדיעבד. אכן, הוועדה המקצועית היא הקובעת את זהותו של נותן השירותים במקרה זה או אחר – לפי כישוריו והתאמתו – אך הפיקוח הכולל נתון בידי המוסד לביטוח לאומי, ופיקוח כולל משמיע, בין השאר, סמכות לערוך מראש רשימה של נותני שירותים."

ומכאן השאלה: אם, כדברי בית-המשפט, "המוסד מחזיק בידו סמכות פיקוח כללית על ביצועם של שירותי הסיעוד" אף שאין הוראה בחוק המקנה לו סמכות כזאת בלשון מפורשת, האם המסקנה היא שסמכות פיקוח כללית מוקנית לכלל רשות מנהלית – כל רשות בתחום תפקידה – אף שאין בחוק הוראה המקנה לה סמכות כזאת? לכאורה כן. אולם אם התשובה חיובית, מה יהיה על העיקרון של חוקיות המנהל? לדעתי, התשובה שלילית, כלומר, אין לרשות מנהלית סמכות פיקוח כללית אלא אם כן הקנה לה החוק סמכות כזאת, ובגבולות שהחוק קבע. תשובה זאת נובעת מן העיקרון של חוקיות המנהל. עיקרון זה אינו מתיישב עם הרעיון שרשות מנהלית רשאית להפעיל סמכות טבועה (inherent power), או סמכויות ממשל כלליות, אף ללא הסמכה בחוק.¹⁸¹ לכן גם סמכות פיקוח צריכה הסמכה בחוק. עם זאת, אין בכך כדי לומר שהמוסד לביטוח

180 שם, בעמ' 570, דברי השופט חשין.

181 ראו זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 52-53.

לאומי במקרה הנידון, או כל רשות מנהלית אחרת במקרים אחרים, אינם רשאים לקיים פיקוח בתחום שהם מופקדים עליו אלא אם כן הקנה להם החוק המסמיך סמכות פיקוח בלשון מפורשת. הכיצד? התשובה היא שבמקרה הנידון, וכך גם במקרים אחרים לפי חוקים אחרים, נתונות סמכויות פיקוח מסוימות לרשות מנהלית אף ללא הוראה מפורשת בחוק המסמיך, באחת משתי דרכים.

הדרך הראשונה היא דרך הפרשנות. אפשר, במקרים הראויים, לפרש את הוראת החוק המקנה לרשות המנהלית סמכות מסוימת, כגון סמכות רישוי, באופן המקנה לרשות גם סמכות משתמעת לקיים פיקוח בקשר לאותה סמכות. סמכות משתמעת הינה סמכות על-פי דין כמו סמכות מפורשת, והיא מתיישבת ללא קושי עם העיקרון של חוקיות המנהל.¹⁸² פסק-הדין בעניין עמותת חברות הסיעוד בישראל יכול לשמש דוגמה. בפסק-דין זה הסתמך בית-המשפט, בין היתר, על סעיף 230(1) לחוק הביטוח הלאומי. סעיף זה מסמיך את המוסד לבדוק אם הזכאי לשירותי סיעוד "מקבל את שירותי הסיעוד בהיקף וברמה שנקבעו לו". מה פירוש הדבר? בית-המשפט השיב לאמור:¹⁸³

"פירוש הדברים הוא, כי גם לאחר שהוועדה המקצועית קובעת את שירותי הסיעוד שהמבוטח זכאי להם – את שירותי הסיעוד ואת מי שיעניק אותם שירותים – מוסמך הוא המוסד לביטוח לאומי לבדוק אם הכול מתנהל כשורה. אין זאת אלא שלאחר קביעתו של הזכאי לשירותי סיעוד, אין המוסד לביטוח לאומי מפנה את הזירה ואין הוא מעביר את שרביט הניהול לוועדות המקצועיות."

אולם הדרך של סמכות משתמעת אינה יכולה להוביל את הרשות המנהלית אלא כברת-דרך קצרה. שהרי כלל פרשני הוא שאין רשות מנהלית מוסמכת לפגוע בזכותו של אדם אלא מכוח סמכות מפורשת.¹⁸⁴ בהתאם לכך יש לומר כי בית-המשפט לא ייטה לפרש הוראת חוק באופן המקנה לרשות מנהלית סמכות משתמעת, לרבות סמכות פיקוח, אלא אם כן מדובר בסמכות שאינה פוגעת בזכותו של אדם. בדיקת הכשירות של חברה פרטית המבקשת לספק שירותים לרשות מנהלית, בדרך של בקשת מסמכים ופרטים מן החברה, הינה דוגמה לסמכות כזאת. אולם בית-המשפט לא ייטה להקנות לרשות מנהלית, על-דרך פרשנות, סמכות משתמעת להיכנס לחצרים של אדם ולתפוס מסמכים, לצורך פיקוח, ללא הסכמתו.

הדרך השנייה שבה מוקנות לרשות מנהלית סמכויות פיקוח מסוימות אף ללא הוראה

182 שם, בעמ' 255.

183 עניין עמותת חברות הסיעוד בישראל, לעיל הערה 118, בעמ' 570, דברי השופט חשין.
184 ראו, לדוגמה: עניין מיטרני, לעיל הערה 154, בעמ' 358; בג"ץ 5073/91 טאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192, 210.

מפורשת בחוק המסמיך היא הדרך של סמכויות-עזר. לכל רשות מנהלית מוקנות סמכויות-עזר מכוח סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות,¹⁸⁵ הקובע כך:

”הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת.”

סמכויות-עזר כוללות גם סמכויות פיקוח. אפשר לכלול בהן, לדעתי, גם את סמכות הפיקוח שנידונה בעניין עמותת חברות הסיעוד בישראל, כלומר, הסמכות של המוסד לביטוח לאומי לפקח על החברות הפרטיות המספקות שירותי סיעוד על-פי הזמנת המוסד. והנה דוגמה נוספת: עניין מלון נורדאו פלזיה.¹⁸⁶ כאן נדרש בית-המשפט לפירוש הוראת חוק שהקנתה לרשות מנהלית סמכות לתת היתר לייבוא מכונות וחומרים הדרושים למפעל מאושר. במקרה הנידון ניתן היתר כזה לחברה מסוימת לצורך הקמת מלון, אך הרשות המנהלית הוסיפה להיתר תנאי שקבע כי החומרים שייובאו יישמשו רק אותה חברה, ולא יועברו לגוף אחר. תנאי זה אפשר לרשות המנהלית לקיים פיקוח על החברה, כדי לוודא שהחברה לא תשתמש בהיתר אלא לתכלית ההיתר. אולם החוק שהסמיך את הרשות לתת היתר לא הקנה לה סמכות לקבוע תנאים בהיתר, ואף לא סמכות פיקוח על השימוש בהיתר לאחר שניתן. על בסיס זה טענה החברה, לאחר שהועמדה לדין פלילי על הפרת התנאי בהיתר, כי הרשות לא הייתה מוסמכת לקבוע תנאי כזה. בית-המשפט לא קיבל את הטענה, אלא אימץ את התשובה מטעם הרשות המנהלית, וכך אמר:¹⁸⁷

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

185 חוק הפרשנות, לעיל הערה 148.

186 ע"פ 107/58 היועץ המשפטי נ' מלון נורדאו פלזיה בע"מ, פ"ד יג 1345 (להלן: עניין מלון נורדאו פלזיה).

187 שם, בעמ' 1358, דברי השופט אגרנט. סעיף 26 לפקודת הפרשנות הוחלף על-ידי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, לעיל הערה 148. ראו גם בג"ץ 4497/00 הסדרות העובדים הכללית החדשה נ' שר האוצר, פ"ד נו(3) 608, 618 (להלן: עניין הסדרות העובדים החדשה).

למטרה ממטרות החוק הנדון. לשם חיזוק השקפה זו הסתמך בא־כוח המערער על סעיף 26 לפקודת הפרשנות..."

סמכות פיקוח המוקנית לרשות מנהלית כסמכות־עזר, מכוח סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, הינה סמכות המוקנית במישרין על־ידי חוק, ומכאן שהיא מתיישבת עם העיקרון של חוקיות המנהל. לא זו אף זו, סמכות פיקוח מוקנית לרשות מנהלית לפי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות רק כאשר, לפי לשון הסעיף, קיימת "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו". הסמכה כזאת נובעת בהכרח, לפי העיקרון של חוקיות המנהל, מן החוק המסמיך. מכאן שסמכות פיקוח לפי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות נובעת בעקיפין גם מן החוק המסמיך.

אולם סמכות פיקוח שהיא סמכות־עזר, מכוח סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, הינה סמכות מוגבלת. סעיף זה מקנה סמכויות־עזר רק "במידה המתקבלת על הדעת". מה פירוש? כפי שנפסק, סמכות־עזר, כשהיא לעצמה, אינה מגיעה כדי סמכות לפגוע בזכותו של אדם.¹⁸⁸ משמע, סעיף זה מקנה לרשות מנהלית סמכויות פיקוח רק במידה שאין בה כדי לפגוע בזכותו של אדם. אכן, יש סמכויות כאלה, אולם בדרך־כלל פיקוח ציבורי על פעילות פרטית כרוך גם בפגיעה בזכותו של אדם – אם בחופש העיסוק, אם בזכות הקניין, אם בצנעת הפרט ואם בזכות אחרת. משום כך הפיקוח הציבורי דורש בדרך־כלל גם מקור מיוחד בחוק או בתקנות, נוסף על המקור הכללי המקנה סמכויות־עזר, כלומר, נוסף על סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות.

פרק ד: מנגנון הפיקוח

הסדר פיקוח הקובע הגבלות ואיסורים על פעילות פרטית בתחום מסוים, יהא מקור ההסדר אשר יהא, צריך גם מנגנון פיקוח שיוקנו לו סמכויות לאכוף את ההסדר. את ההבדל בין הסדר פיקוח לבין מנגנון פיקוח אפשר לתאר כהבדל בין פיקוח מראש (באמצעות הסדר הקובע נורמות של התנהגות) לבין פיקוח בדיעבד (הבודק את קיום הנורמות שנקבעו בהסדר).

הצורך במנגנון פיקוח מאפיין את המשפט הציבורי, להבדיל מן המשפט הפרטי. בתחום המשפט הפרטי, הכלים המסדירים את היחסים בין פרט לפרט, כגון דיני חוזים, דיני נזיקין או דיני קניין, אינם צריכים בדרך־כלל מנגנון מיוחד לאכיפת הכללים נוסף על

188 על סמכויות־עזר לפי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, ובכלל זה על הסייג המונע שימוש בסמכות־עזר לצורך פגיעה בזכותו של אדם, ראו זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 246–255.

בית המשפט. הפרט הנפגע מהפרת הכללים, הוא עצמו המנגנון המגיב על ההפרה, ובמידת הצורך הוא המפעיל את בית המשפט כמנגנון אכיפה. לעומת זה, בתחום המשפט הציבורי, הכללים שמסדירים את היחסים בין הפרט לציבור, ואשר קובעים הגבלות ואיסורים על פעילות פרטית כדי להגן על אינטרס ציבורי, צריכים בדרך-כלל מנגנון פיקוח, נוסף על בית המשפט. מנגנון זה אמור לברר (ביוזמת המנגנון או על יסוד תלונות) אם הכללים הופרו, ולנקוט צעדים כדי למנוע הפרה או המשך הפרה, או כדי להגיב על הפרה בדרך של הליכים עונשיים או בדרך אחרת. ללא מנגנון כזה אין בדרך-כלל אכיפה יעילה של הכללים, וללא אכיפה יעילה, הכללים עלולים להיות מיותרים ולעיתים אף מזיקים. לכן, בהעדר מנגנון יעיל לאכיפת הכללים, ספק אם יש טעם לקבוע כללים, גם אם הם כללים ראויים.¹⁸⁹

בעניין תשלובת אלוני¹⁹⁰ נידונה טענה בדבר אכיפה לא-שוויונית של חוק התקנים¹⁹¹ על-ידי מכון התקנים, שהוקם על-פי חוק זה. בפסק-הדין התריע השופט חשין¹⁹² –

”על המכה האנושה שמחדלי-אכיפה עלולים להביא על עצם קיומו של שלטון החוק. חוק שהרשויות אינן עושות לאכיפתו כהילכתו, יפה היה לו שלא נחקק משנחקק. חוק שאינו נאכף מוטב לו שלא ייחקק, משייחקק ולא ייאכף. חוקים לא נועדו לצדיקים גמורים. ומי שאינו צדיק גמור, אל נביאנו לידי ניסיון שמא יחטא. חוק המבווה בשער בת-רבים יביא לרפיון גם מעבר לתחומיו, ובית המשפט לא ישלים עם תופעה זו.”

אכיפת הכללים שנקבעו בחוק הפיקוח היא התפקיד העיקרי של מנגנון פיקוח. לדוגמה, רשות ההגבלים העסקיים מוסמכת, לפי חוק ההגבלים העסקיים,¹⁹³ לנהל חקירה בשאלה אם הוראה של החוק הופרה או עומדת להיות מופרת, ולצורך זה להיכנס לחצרים, לערוך חיפוש, לתפוס חפצים ואף לעצור חשודים לצורך העמדתם לדין פלילי.¹⁹⁴

189 עיקרון זה תקף בעיקר כאשר קיים פיתוי חזק, כלכלי או אחר, לא לקיים את הכללים. אולם קיימים חריגים חשובים לעיקרון זה. לכללי המשפט עשוי להיות משקל עצמי שאינו מותנה באכיפה, ואפשר שמודעות רחבה לכללים, הכרה בחשיבותם של הכללים ובצורך בהם, ותגובה ציבורית הולמת על מקרים של הפרת הכללים, די יהיה בהם להבטיח שהציבור הרחב יקיים אותם אף בהעדר מנגנון מיוחד לאכיפתם. כך, לדוגמה, הכללים האוסרים קטיפת פרחים מוגנים או עישון באוטובוסים.

190 בג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1 (להלן: עניין תשלובת ח. אלוני).

191 חוק התקנים, התשי"ג-1953, ס"ח 30.

192 עניין תשלובת ח. אלוני, לעיל הערה 190, בפסקה 16. ראו גם רע"פ 1520/01 שוויצר נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, פ"ד נו(3) 595, 604.

193 חוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 43.

194 אכיפת הכללים על-ידי מנגנון פיקוח כפופה כמובן לכל ההלכות החלות על החלטות

התפקיד של אכיפת הכללים שנקבעו בחוק הפיקוח אינו בהכרח תפקידו היחיד של מנגנון הפיקוח. נוסף על כך אפשר שיהיה לו גם תפקיד של הסדרה (regulation). בתפקיד זה הוא יכול לקבוע כללים נוספים או כללים משלימים לכללים שנקבעו בחוק הפיקוח, בדרך של הוראות או הנחיות לגופים המפוקחים, כדי לקיים את תכלית החוק. בדרך-כלל יש למנגנון הפיקוח הן תפקיד של אכיפה והן תפקיד של הסדרה, אולם יש מנגנונים שעיקר תפקידם הוא אכיפה, ויש מנגנונים שעיקר תפקידם הוא הסדרה. ההבדל בין מנגנון למנגנון נובע מלשון החוק, מתכלית החוק, ממהות העניין המוסדר ומן הפרקטיקה כפי שהתפתחה בפועל. לדוגמה, הרשות להגבלים עסקיים הינה בעיקר מנגנון אכיפה, אף שהאכיפה מובילה גם להסדרה; ואילו המפקח על הביטוח, הפועל מכוח חוק הפיקוח על עסקי הביטוח,¹⁹⁵ הינו בעיקר מנגנון הסדרה, אף שהוא עוסק גם באכיפת הכללים שנקבעו לפי חוק הפיקוח. באשר לזה האחרון, חוק הפיקוח על עסקי הביטוח קובע (בסעיף 61) כי המפקח על הביטוח מוסמך "להורות למי שהתלונה עליו לתקן ליקוי שהעלה הברור, בין למקרה שעליו התלונה ובין בדרך כלל". בית-המשפט פסק, בין היתר על יסוד סעיף זה, כי המפקח על הביטוח מוסמך לקבוע גם הסדרים כלליים לצורך תיקון סוג של ליקוי.¹⁹⁶ אומנם, אם החוק אינו מסמיך את מנגנון הפיקוח להוציא תקנות, ההוראות היוצאות מן המנגנון הינן בגדר הנחיות בלבד; אך בדרך-כלל, בשל מעמדו של הגוף המפקח כלפי הגוף המפוקח, יש להנחיות כאלה משקל רב, הקרוב למשקלן של תקנות.

כמו-כן, מנגנון הפיקוח יכול להתקשר בהסכם עם גוף מפוקח, שלפיו הגוף המפוקח יקבל על עצמו לקיים הסדר שנקבע בהסכמה, וגם הגוף המפוקח יראה את עצמו קשור להסדר זה – למשל, שהוא ימנע מהליכי אכיפה אם הגוף המפוקח מקיים את ההסדר המוסכם.¹⁹⁷

מנגנון הפיקוח צריך להיות מותאם בכל עניין למהות העניין. כך גם סדרי העבודה של המנגנון.¹⁹⁸ לדוגמה, מנגנון הפיקוח לעניין כללי הנסיעה וכללי החנייה של מכוניות צריך

מנהליות, כגון ההלכות בדבר שיקולים ענייניים, סבירות ומידתיות. בהקשר זה חשובה במיוחד ההלכה האוסרת אכיפה פרירנית (סלקטיבית). ראו בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג (3) 289.

195 חוק הפיקוח על עסקי הביטוח, לעיל הערה 4.

196 עניין איגוד שמאי ביטוח, לעיל הערה 26, בעמ' 642. ראו גם עניין הסתדרות העובדים החדשה, לעיל הערה 187, בעמ' 618, וכן את הדברים הצמודים להערה 300.

197 הסכם כזה יכול להיערך בהתאם להוראת חוק. ראו, לדוגמה, סעיף 250 לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 43. על-פי סעיף זה, בית-הדין להגבלים עסקיים או בית-המשפט המוסמך רשאים לתת להסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין אדם אחר תוקף של צו. הסכם בין הגוף המפוקח לבין גוף מפוקח יכול להיערך גם בהעדר הוראת חוק כזאת, ואז עשוי להיות לו תוקף של חוזה מנהלי או הבטחה מנהלית, לפי נסיבות המקרה.

198 לעיתים קרובות החוק המקים מנגנון פיקוח קובע כי המנגנון יקבע לעצמו את סדרי העבודה שלו, אם הללו לא נקבעו בחוק או בתקנות מכוח החוק. ראו, לדוגמה, סעיף 8 לחוק מועצת הפירות (ייצור ושיווק), התשל"ג-1973, ס"ח 310. אף אם אין הוראה כזאת

להיות שונה ממנגנון פיקוח על עיסוק מקצועי – למשל, ברפואה או בעריכת־דין. זאת ועוד, מנגנון עולה כסף. לכן ההיקף והעוצמה של המנגנון משקפים לא רק את מהות העניין, אלא גם את סדר העדיפויות של הקצאת המשאבים המוגבלים של המנהל הציבורי. סדר העדיפויות מבטא את החשיבות היחסית של העניין, אך כך גם גורמים נוספים, כגון עמדה פוליטית, קבוצות־לחץ ועוד. בגלל סדר העדיפויות, אפשר שעניין מסוים, אף אם הוא חשוב מבחינה חברתית, לא יזכה במשאבים הנדרשים לצורך הקמה של מנגנון פיקוח או לצורך תפעול יעיל של המנגנון. בעניינים אלה אכיפת הכללים מוטלת כברירת־מחדל על המנגנון הכללי המופקד על אכיפת כל הכללים, כלומר, המשטרה. כך המצב, לדוגמה, בנוגע לאכיפת הכללים המסדירים תיווך במקרקעין. חוק המתווכים במקרקעין¹⁹⁹ קובע (בסעיף 2) שאסור לעסוק בתיווך במקרקעין ללא רישיון, ומוסיף וקובע (בסעיף 15) שהפרת האיסור הינה עברה פלילית שדינה מאסר וקנס. אולם החוק לא הקים מנגנון מיוחד לפיקוח על האיסור, אלא הותיר למעשה את אכיפת האיסור בידי המשטרה. אולם המשטרה עמוסה בתפקידים רבים וחשובים, והמשאבים המוגבלים שלה אינם מאפשרים לה לפעול באופן יעיל לאכיפת כל החוקים. סדר העדיפויות של המשטרה נותן קדימות לשמירה על בטחון הציבור ולמניעת עבירות חמורות. לכן, בפועל, אין המשטרה אוכפת את האיסור החל על תיווך במקרקעין ללא רישיון.²⁰⁰ המצב דומה במקרים רבים גם לגבי חוקי פיקוח אחרים שקבעו כללים המגבילים פעילות פרטית מבלי להקים מנגנון מיוחד לפיקוח על הכללים²⁰¹ או מבלי שהוקצו המשאבים הנדרשים לצורך תפקוד יעיל של מנגנון כזה.²⁰² במקרים אלה יש מקום לשאלה אם שכרו של החוק לא יצא בהפסדו.²⁰³

- בחוק המקים את מנגנון הפיקוח, עדיין נתונה למנגנון הסמכות לקבוע לעצמו את סדרי העבודה מכוח סעיף 17(א) לחוק הפרשנות, לעיל הערה 148.
- 199 חוק המתווכים במקרקעין, לעיל הערה 88.
- 200 ראו לעיל את הדברים הצמודים להערה 98.
- 201 ראו, לדוגמה, חוק רישוי בעלי־מלאכה, לעיל הערה 51, הקובע איסור לעסוק במלאכה טעונת־רישוי כבעל־מלאכה עצמאי ללא רישיון מאת השר ובהתאם לתנאי הרישיון, ומטיל עונש על הפרת האיסור, אך אינו מקים כל מנגנון לאכיפת האיסור.
- 202 כך, לדוגמה, לגבי החובה לרשום מאגר מידע ולהשתמש בו אך ורק למטרה שלשמה הוקם, לפי סעיף 8 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 218. לפי סעיף 10(ד) לחוק זה, "שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, יקים בצו יחידת פיקוח שתפקח על מאגרי המידע, רישומם ואבטחת המידע בהם; גודלה של היחידה יותאם לצורכי הפיקוח". אולם בפועל הוקצו ליחידה זאת משאבים מצומצמים בלבד, שאינם מאפשרים לה לקיים פיקוח מקיף ויעיל.
- 203 יעילות הפיקוח תלויה לא רק בסמכויות המוקנות למנגנון הפיקוח ובמשאבים המוקצים לצורך תפקודו, אלא גם בגורמים נוספים, המשתנים ממנגנון למנגנון, כגון: המידע והמומחיות המצויים בידי מנגנון הפיקוח בהשוואה לאלה המצויים בידי הגופים המפוקחים; מידת הקרבה בין מנגנון הפיקוח לבין הגופים המפוקחים, אשר עשויה לסייע למנגנון הפיקוח אך לעיתים קרובות דווקא משבשת את תפקודו הראוי; שיתוף־הפעולה בין מנגנון

מנגנון פיקוח המוקם מכוח חוק פיקוח הינו בדרך-כלל מנגנון ציבורי המהווה חלק מן המנהל הציבורי. אולם יש מקרים, ולאחרונה הם הולכים ומתרבים, שבהם המנהל הציבורי, ולעיתים החוק עצמו, מעדיף להטיל את הפיקוח, ולו באופן חלקי, על מנגנון פרטי.

1. מנגנון ציבורי

(א) משרד ממשלתי

ספר החוקים מקים מנגנוני פיקוח מסוגים שונים. הסוג הראשון, שהיה מקובל על המחוקק מאז ומתמיד ושהינו הסוג השכיח ביותר עד היום, הוא המנגנון הממשלתי. מנגנון זה מורכב מעובדי מדינה, שלעיתים קרובות מכנים אותם "מפקחים". עובדים אלה מאורגנים במסגרת יחידה במשרד ממשלתי, בראשות עובד מדינה בכיר, ויש להם סמכויות פיקוח מיוחדות מכוח החוק. לדוגמה, חוק ארגון הפיקוח על העבודה²⁰⁴ קובע כי יוקם שירות פיקוח על העבודה, שתפקידו, בין היתר, לפקח על קיום חיקוקים שישומם הופקד בידי שר העבודה. מנגנון השירות מורכב ממפקחי עבודה שממונים על-ידי שר העבודה ואשר כפופים למפקחי עבודה אזרחיים, ובראשם מפקח עבודה ראשי. כל אלה מאורגנים במסגרת מחלקה לפיקוח על העבודה במשרד העבודה והרווחה, והחוק מקנה להם סמכויות פיקוח רחבות.²⁰⁵ והנה דוגמה נוספת. חוק הגנת הצרכן²⁰⁶ קובע כללים להגנה על צרכנים מפני יצרנים ועוסקים, מטיל עונשים על הפרת הכללים, ומפקיד את הפיקוח על יישום הכללים, לרבות טיפול בתלונות על הפרת הכללים, בידי הממונה על הגנת הצרכן, שהינו עובד בכיר במשרד התעשייה והמסחר. החוק מקנה סמכויות פיקוח רחבות לממונה על הגנת הצרכן או למי שהוא הסמיך לעניין זה, ובכלל זה לעובדי מדינה הכפופים לממונה.²⁰⁷ במתכונת דומה פועל גם המפקח על הביטוח לפי חוק הפיקוח על עסקי הביטוח.²⁰⁸ חוק זה מקים גם ועדה מייעצת ומועצה מייעצת, שייעצו לשר האוצר ולמפקח על הביטוח בכל עניין הנוגע בביטוח.²⁰⁹ לעיתים החוק מוסיף הוראה שניתן להשיג על החלטות או צווים המוצאים על-ידי מפקח לפני הממונה על המפקח, או לערער עליהם לפני ועדת ערעורים

הפיקוח לבין גופים אחרים במנהל הציבורי; מידת התמיכה שבית-המשפט נותן למנגנון הפיקוח בדרך של פרשנות לגבי הסמכויות המוקנות לו, ועוד.
204 חוק ארגון הפיקוח על העבודה, התשי"ד-1954, ס"ח 202 (להלן: חוק ארגון הפיקוח על העבודה).

205 שם, סעיפים 31.

206 חוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 29.

207 שם, סעיפים 19-22.

208 חוק הפיקוח על עסקי הביטוח, לעיל הערה 4.

209 שם, סעיפים 2, 4, 6.

או בית-דין.²¹⁰ בהעדר הוראה כזאת, החלטות או צווים כאלה כפופים לביקורת שיפוטית לפני בית-המשפט הגבוה לצדק או לפני בית-המשפט לעניינים מנהליים.

(ב) רשות נפרדת

מנגנון פיקוח מסוג שונה הוא זה המוקם על-ידי חוק כגוף עצמאי (באופן יחסי), מחוץ למסגרת של משרד ממשלתי, במיוחד לצורך פיקוח בתחום מסוים. תפקידו העיקרי ואולי אף הבלעדי של גוף זה, הנקרא בדרך-כלל "רשות", הוא הפיקוח.²¹¹ רשויות מסוג זה קיימות זה שנים רבות במדינות אחרות. בארצות-הברית עיקר הפיקוח הפדרלי נעשה על-ידי רשויות מסוג זה.²¹² ישראל אימצה סוג זה של מנגנון פיקוח בשינויים מסוימים. דוגמה למנגנון מסוג זה היא הרשות לניירות-ערך שהוקמה מכוח חוק ניירות-ערך.²¹³ חוק זה קובע הסדר מקיף למסחר בניירות-ערך, הכולל הגבלות ותנאים להצעת ניירות-ערך לציבור, ומקים את הרשות לניירות-ערך, שתפקידה (לפי סעיף 2 לחוק) הוא "שמירת עניניו של ציבור המשקיעים בניירות-ערך". הרשות מורכבת מחברים הממונים על-ידי שר האוצר לתקופה של שלוש שנים, אך היא פועלת כתאגיד עצמאי, המבוקר על-ידי מבקר המדינה. החוק מקנה לרשות סמכויות שונות, לרבות סמכות פיקוח על הבורסה, והיא מקיימת אף מחלקת חקירות כדי לבדוק חשדות לביצוע עבירות בניגוד לחוק זה.

הקמת רשות מיוחדת שתפקידה העיקרי הוא לקיים פיקוח בתחום מסוים, ואשר נמדדת על-פי הצלחת הפיקוח, יש בה כדי לייעל את הפיקוח. היא יכולה גם לשמש מסגרת לאיחוד וריכוז של הפיקוח בתחומים קרובים וקשורים זה לזה, ובדרך זאת להוסיף ולשפר את

210 ראו, לדוגמה: חוק ארגון הפיקוח על העבודה, לעיל הערה 204, סעיפים 7, 8; חוק לפיקוח על יצוא של בעלי חיים ושל תוצרת מן החי, התשי"ז-1957, ס"ח 44, סעיף 108.

211 המחוקק נוהג להקים רשות - שהינה גוף נפרד מן המשרד הממשלתי ועצמאי באופן יחסי - לא רק לצורך פיקוח על פעילות פרטית, אלא גם לצורך מתן שירותים ציבוריים או ביצוע משימות ממלכתיות אחרות. ראו רשויות כאלה, לדוגמה, בחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ס"ח 106, בחוק רשות העתיקות, לעיל הערה 44, ובחוק רשות הנמלים, התשכ"א-1961, ס"ח 145. על רשויות אלה, שמקובל לכנותן "תאגידים ציבוריים", ראו זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 381-410.

212 חוקים שונים בארצות-הברית הקימו רשויות עצמאיות לצורך פיקוח, שמקובל לקרוא להן Independent Regulatory Agencies, אשר כל אחת מהן מופקדת על הפיקוח בתחום מסוים: בתחום המסחר, התקשורת, העבודה, התעופה, ניירות-ערך ועוד. על רשויות אלה ראו: Bernard Schwartz *Administrative Law* (3rd ed., 1991) 15; Peter L. Strauss *An Introduction to Administrative Justice in the United States* (1989) 89-92.

213 חוק ניירות-ערך, לעיל הערה 20.

הפיקוח ואף להזילו. כך, לדוגמה, נאמר בדברי ההסבר להצעת חוק הרשות לפיקוח חקלאי:²¹⁴

"הפיקוח על ביצוע החוקים בתחום משרד החקלאות נעשה כיום רובו ככולו בידי המועצות החקלאיות, כשכל אחת מהן פועלת על פי הסמכויות שהוענקו לה בחוק הנוגע אליה, וכאשר ההסדרים הם של פיקוח בידי יחידות תקן או באמצעות קבלנים. מצב זה גורם לפיצול מיותר ועל כן גם לחוסר יעילות, לכפילות ולבזבוז משאבים... על פי ההצעה תוקם רשות שתהווה גוף מרכזי אשר בידי יהיו כל סמכויות הפיקוח, לרבות לענין מועצות חקלאיות שאינן מיוצגות ברשות, ושתפקידו יהיה לפעול לאכיפת החוקים שבאחריותו של משרד החקלאות ולמניעת עבירות על הוראותיהם."

על יסוד הצעה זאת התקבל חוק הרשות לפיקוח חקלאי.²¹⁵ הרשות שהוקמה לפי חוק זה היא תאגיד, שחבריו מייצגים גופים הנוגעים בעניין, וכל תפקידו (לפי סעיף 5 לחוק) הוא "הפעלת פיקוח לעניין עבירות לפי חיקוקי המועצות החקלאיות ולפי חיקוקי החקלאות". מצב דומה קיים גם בתחומים נוספים, שבהם הופקד הפיקוח הציבורי בידי רשויות שהוקמו במיוחד לצורך הפיקוח מחוץ למסגרת של משרדי הממשלה.²¹⁶ האם יש מקום למסקנה כי פיקוח באמצעות רשות נפרדת עדיף על פיקוח באמצעות משרד ממשלתי?

לכל סוג של מנגנון פיקוח יש יתרונות וחסרונות בעניין העצמאות, העלות, היעילות ועוד. אחד החסרונות הבולטים של פיקוח באמצעות משרד ממשלתי נובע מן השליטה של השר, כאישיות פוליטית, במנגנון הפיקוח. שליטה זאת מאפשרת לשר, בקלות יחסית, להשתמש במנגנון הפיקוח לצרכים פוליטיים.²¹⁷ אכן, הרצון להרחיק את הפיקוח מן

214 הצעת חוק הרשות לפיקוח חקלאי, התשמ"ח-1988, ה"ח 89 (להלן: הצעת חוק הרשות לפיקוח חקלאי).

215 חוק הרשות לפיקוח חקלאי, לעיל הערה 40.

216 ראו, לדוגמה, חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התשנ"ז-1990, ס"ח 58 (להלן: חוק הרשות השנייה), וחוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז-1997, ס"ח 156. הועלתה גם הצעה להוציא את הפיקוח על הבנקים ממסגרת בנק ישראל, ואת הפיקוח על שוק ההון ועל הביטוח ממסגרת משרד האוצר, ולהקים רשות אחת שתאחד את הפיקוח על הבנקים, שוק ההון והביטוח.

217 לדוגמה, בשעתו נשמעה טענה כי שירות הפיקוח על העבודה במשרד העבודה והרווחה העדיף את הפיקוח על קיום הוראות החוק האוסרות עבודה בשבת על הפיקוח על קיום הוראות אחרות בחוקי העבודה. כמו-כן נשמעה טענה כי העובדה שהממונה על הגנת הצרכן פועל במסגרת משרד התעשייה והמסחר, שאחד מתפקידיו הוא לטפח את התעשייה

הפוליטיקה היה אחד המניעים החשובים להקמת רשויות לצורך פיקוח בתחומים מסוימים, כגון המועצה להשכלה גבוהה לפי חוק המועצה להשכלה גבוהה,²¹⁸ והרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו לפי חוק הרשות השנייה.²¹⁹

נוסף על כך, קיים חשש מפני יחסי קרבה שעשויים להתפתח בין מנגנון הפיקוח לבין הגופים המפוקחים, שהינם לעיתים קרובות גופים חזקים, מתוחכמים ומאורגנים היטב, להבדיל מן הציבור הרחב, שבדרך-כלל אינו מאורגן ואף אינו מיוצג כראוי לפני מנגנון הפיקוח. כפי שאמר בית-המשפט, בהקשר של הפיקוח על הביטוח, "תופעה ידועה היא במדינות רבות שמוסדות פיקוח ממלכתיים בתחומים שונים מפתחים יחסי קרבה עם הגופים המפוקחים עד כדי פגיעה בתכלית הפיקוח".²²⁰

אלה חסרונות גדולים של הפיקוח הממשלתי, אולם הניסיון מלמד שהקמת רשות נפרדת אינה בהכרח פתרון-קסם המסלק חסרונות אלה. מתברר כי בדרך-כלל כוחו של שר רב דיו לקיים השפעה רבה גם על רשות נפרדת, ולהטותה, אם ירצה, לכיוון המועדף עליו.²²¹ הנה, לראיה, רשות השידור והרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. שתי רשויות אלה הוקמו כגופים נפרדים מן הממשלה בכוונה להרחיקן מן הזירה הפוליטית. אולם זה מקרוב התברר בבית-המשפט כי החברים בשתי הרשויות מונו על בסיס פוליטי בניגוד לכוונת החוק.²²² מינוי פוליטי פותח שער להשפעה פוליטית. מצד אחר, מכיוון שהרשות הינה תאגיד נפרד ולכאורה עצמאי, האחריות של השר ליתן דין-וחשבון לפני הכנסת והציבור לגבי תפקוד הרשות (accountability) נחלשת מאוד. כמו-כן, הניסיון אינו נותן יסוד לאמירה כי הפקדת הפיקוח בידי רשות נפרדת מחסנת את הרשות מפני קשר הדוק יתר על המידה עם הגופים המפוקחים. האם אף-על-פי-כן רשות נפרדת עדיפה כמנגנון פיקוח על משרד ממשלתי?

המקומית, מכבידה על הממונה לפקח כנדרש על תעשיינים. ראו גם עניין איגוד שמאי ביטוח, לעיל הערה 26, בעמ' 651.

218 חוק המועצה להשכלה גבוהה, לעיל הערה 18.

219 חוק הרשות השנייה, לעיל הערה 216.

220 עניין איגוד שמאי ביטוח, לעיל הערה 26, בעמ' 652, דברי השופט זמיר. באנגליה מקובל לדבר בהקשר זה על מנגנון פיקוח "שבוי" (Regulatory Capture) בידי הגופים המפוקחים, במובן זה שהוא תשוף להשפעה חזקה של גופים אלה. ראו: Craig, *supra*, note 23, at p. 237.

221 על ההשפעה האפשרית של שר על רשות נפרדת (ולעניין זה אין הבדל בין רשות שהוקמה לצורך פיקוח לבין רשות שהוקמה לצורך מתן שירות) ראו זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 410-402.

222 בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 525-526; בג"ץ 3073/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נד(3) 529, 544. בשני פסקי-הדין ביטל בית-המשפט את מינויים של חברי המועצה משום שהמינוי נעשה ללא התייעצות כנדרש על-ידי החוק.

(ג) רשות המשרד

נראה כי לאחרונה חלה נסיגה בנטייה להפקיד את הפיקוח בידי רשות נפרדת המוקמת במיוחד לצורך זה מחוץ למשרד הממשלתי. סוג חדש של מנגנון פיקוח בא לעולם, כיצור כלאיים בין מנגנון ממשלתי לבין רשות נפרדת. אבטיפוס של מנגנון זה הוא הרשות להגבלים עסקיים. חוק ההגבלים העסקיים²²³ קבע הוראות בעניין הסדרים כובלים ומונופולים, ולאחר זמן גם בעניין מיוזג חברות, והוסיף וקבע כי הפיקוח בעניינים אלה יופקד בידי ממונה על הגבלים עסקיים שימונה על ידי הממשלה מקרב העובדים במשרד התעשייה והמסחר. במשך שנים פעל הממונה בראש מחלקה רגילה במסגרת משרד התעשייה והמסחר, אולם תיקון לחוק הקים רשות הגבלים עסקיים, וקבע כי הממונה יהיה מנהל הרשות.²²⁴ הרשות אינה תאגיד עצמאי ונפרד מן המשרד הממשלתי, להבדיל מרשות ניירות-ערך ורשויות פיקוח אחרות, ועובדי הרשות הינם עובדי המדינה. עם זאת, החוק מקנה לרשות מעמד מיוחד, שונה מן המעמד של מחלקה ממשלתית ודומה למעמד של יחידת-סמך ממשלתית. החוק קובע (בסעיף 41א) כי תקציב הרשות ייקבע בחוק התקציב בסעיף תקציב נפרד, וכי מנהל הרשות יורשה (יחד עם חשב הרשות) לייצג את המדינה בעסקות על-מנת לקיים את ההוראות של חוק זה, וכן להעסיק עובדים לפי חוזה מיוחד. המעמד המיוחד נועד להקנות לרשות מידה של עצמאות, ובדרך זאת לשפר את תפקודה. כאמור בדברי ההסבר להצעת-החוק: "כדי להקנות לממונה על הגבלים עסקיים עצמאות וחופש פעולה מינהלי כדרוש לביצוע תפקידיו המורכבים, מוצע להקים רשות הגבלים עסקיים שהוא יעמוד בראשה."²²⁵ אכן, נראה כי הקמת הרשות שיפרה את הפיקוח על ההגבלים העסקיים.

הצלחת הרשות להגבלים עסקיים הניעה את הממשלה, ובעקבותיה את הכנסת, לאמץ סוג זה של מנגנון פיקוח בתחומים נוספים. כך, לדוגמה, נעשה בחוק משק החשמל,²²⁶ שמטרתו (לפי סעיף 1 לחוק) היא "להסדיר את הפעילות במשק החשמל לטובת הציבור". החוק מקים (בסעיף 21) את "הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל". בדברי ההסבר להצעת-החוק נאמר: "הרשות תפעל במסגרת משרד האנרגיה והתשתית ולא תהיה תאגיד נפרד. הרשות תקבע את תעריפי החשמל ואת רמת השירות של בעל רשיון ספק שירות חיוני באופן בלתי תלוי ועצמאי."²²⁷ הרשות מורכבת מחמישה חברים, חלקם נציגי

223 חוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 43.

224 סעיף 13 לחוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ד-1994, ס"ח 42.

225 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ד-1993, ה"ח 16, 25.

226 חוק משק החשמל, לעיל הערה 45.

227 דברי ההסבר להצעת חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996, ה"ח 448, 458. דברי ההסבר מוסיפים (שם) כי הרשות, אף שהיא פועלת במסגרת משרד ממשלתי, אמורה להיות "גוף מקצועי אוטונומי".

הממשלה וחלקם נציגי הציבור, הממונים על-ידי הממשלה לתקופה של שלוש שנים. יושב-ראש הרשות הינו עובד מדינה הממונה על-ידי הממשלה לתקופה של חמש שנים. תקציב הרשות נקבע בחוק התקציב השנתי בסעיף תקציב נפרד, ויושב-ראש הרשות ממונה עליו, וכן מורשה (יחד עם חשב הרשות) לייצג את הממשלה בעסקות שונות.²²⁸ במתכונת דומה הוקמו גם "הרשות לשירותים ציבוריים - מים וביוב" וכן רשות הגז הטבעי במשרד התשתיות הלאומיות.²²⁹

לאחרונה ניטש ויכוח ציבורי על הצעה (שמקורה במשרד התקשורת) לבטל את משרד התקשורת ולהעביר את תפקידי הפיקוח שלו, וכן את אלה של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ושל המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, לרשות חדשה שתוקם על-ידי חוק במיוחד לצורך הפיקוח בתחום התקשורת המשודרת.²³⁰ בסופו של ויכוח החליטה הממשלה לאשר את ההצעה ולהקים רשות לאומית לתקשורת (במקום משרד התקשורת), במתכונת דומה למתכונת של הרשות להגבלים עסקיים, במסגרת משרד התעשייה והמסחר. על-פי ההחלטה, יהיו ברשות שישה חברים ויושב-ראש שימונה על-ידי ראש הממשלה, ולצידה תפעל מועצה ציבורית בת אחד-עשר חברים, שתפקח על תוכן השידורים.²³¹ אולם הוויכוח בשאלה טרם תם: האם הקמת רשות אחת לתקשורת, במקום משרד התקשורת והמועצות הקיימות כיום, תשפר את הפיקוח ותשרת את טובת הציבור בתחום התקשורת המשודרת? מהי המתכונת הראויה של הרשות לתקשורת? מעבר לכך, האם פיקוח באמצעות רשות שהינה בפועל מחלקה (מעין יחידת-סמך) במשרד ממשלתי עדיף על פיקוח באמצעות רשות נפרדת? איזו מתכונת יעילה יותר במניעת השפעה פוליטית על תפקוד הרשות? הדעות חלוקות, והן יבואו בוודאי לידי ביטוי בדרך הארוכה שתוביל מהחלטת הממשלה עד לחוק שיקים רשות לאומית לתקשורת.²³²

228 על רשות זאת, ועל רשויות פיקוח דומות, ראו מבקר המדינה, לעיל הערה 56, בעמ' 89-92.
229 חוק תאגידי מים וביוב, לעיל הערה 57, סעיפים 80 ואילך; חוק משק הגז, לעיל הערה 46, סעיפים 56-66. ראו גם, לאחרונה, חוק רשות הספנות והנמלים, התשס"ד-2004, ס"ח 456, סעיפים 82.

230 ראו, בין היתר: ארנון צוקרמן "דרושה מעורבות ממשלתית - רשות לאומית לתקשורת תוכל לאזן בין האינטרס העסקי והציבורי" הארץ 22.12.2002, ב2; גבי וימן "המודל המעוקר - הקמת רשות לאומית לתקשורת תכפיף את כלל השידור לניהול עסקי-מסחרי" הארץ 23.12.2002, ב2; יובל קרניאל "כולם נכשלו - להובלת התקשורת נחוץ גוף מקצועי, לא ריבוי של רשויות ומועצות ציבוריות" הארץ 26.12.2002; ענת באלניט "שומר מסך בודד" הארץ גלריה 13.1.2003, ד5.

231 הארץ 6.1.2003.

232 לבית-המשפט הגבוה לצדק הוגשה עתירה נגד החלטת הממשלה להקים רשות לאומית לתקשורת: בג"ץ 1395/03 איגוד שחקני המסך נ' ממשלת ישראל. ביום 11.5.2003 קיבלו העותרים את המלצת בית-המשפט הגבוה לצדק בדבר משיכת עתירתם בהיותה עתירה מוקדמת.

אכן, אין תשובה מוסמכת או מוסכמת לשאלה איזהו מנגנון הפיקוח הטוב ביותר מבין הסוגים השונים של המנגנונים. הדעת נותנת שאין תשובה אחת שתתאים לכל התחומים ולכל הצרכים של הפיקוח הציבורי. בפרט, אין יסוד לומר כי המתכונת החדשה של רשות שבפועל אינה גוף נפרד, אלא מחלקה מיוחדת במשרד ממשלתי, דוגמת הרשות להגבלים עסקיים, הינה המתכונת המוצלחת ביותר לפיקוח בכל תחום ותחום, וסביר להניח כי היא הולמת את צורכי הפיקוח בתחומים מסוימים אך לא בהכרח בתחומים אחרים. לכל סוג של מנגנון יש מאפיינים משלו, ומאפיינים אלה עשויים להיחשב ליתרון חשוב בתחום אחד אך ליתרון לא־משמעותי ואולי אף לחיסרון בתחום אחר. לדוגמה, העלות הנמוכה באופן יחסי של מנגנון ממשלתי, בהשוואה לרשות נפרדת, עשויה להיות שיקול מכריע כאשר מדובר בפיקוח בתחום שאין לו חשיבות חברתית או כלכלית גדולה ואשר אינו דורש מספר רב של מפקחים. כנגד זה, בתחום חשוב ורגיש, המחייב ניתוק מרבי מהשפעה פוליטית, עשויה להיות עדיפות לרשות נפרדת מן המשרד הממשלתי על מחלקה ממשלתית רגילה, ושיקול העלות עשוי להיות זניח. שיקולים נוספים עשויים להשפיע על הבחירה בסוג המנגנון, כגון אם צפוי ניגוד עניינים בקרב המשרד הממשלתי בין תפקיד הפיקוח לבין תפקידים אחרים של המשרד; אם הפיקוח מחייב רמה גבוהה של מקצועיות, וכתוצאה מכך העסקה של בעלי־מקצוע בחוזים מיוחדים; ושיקולים נוספים כיוצא באלה.²³³

זאת ועוד, בכל מקרה, גם לאחר הבחירה בסוג זה או אחר של מנגנון פיקוח על יסוד השיקולים המיוחדים לפיקוח הנדרש באותו מקרה, עדיין אפשר וראוי להתאים את המנגנון, באמצעות הוראות מיוחדות בחוק, לתנאים ולצרכים של הפיקוח במקרה הנידון. לדוגמה, ניתן לקבוע בחוק הוראות בדבר תנאי כשירות מיוחדים ליושב־ראש ולחברים ברשות הפיקוח, כדי לצמצם את הסכנה של מינויים פוליטיים.²³⁴ כמו־כן אפשר לקבוע

233 המועצה לתאגידי ציבוריים שליד משרד המשפטים הוציאה, בחודש יוני 2003, דין־וחשבון המציג, בין היתר, את השיקולים להקמת סוגים שונים של תאגידי ציבוריים, ביניהם גם תאגיד הממלא תפקידי פיקוח והסדרה. על סוג זה של תאגיד הדו"ח אומר (בעמ' 33) כך: "כעקרון ראוי להותיר את הפיקוח וההסדרה בידיה של הממשלה, והקמת תאגיד ציבורי מסוג זה צריכה להיות בבחינת חריג. לאור העובדה שתאגיד ציבורי מתאפיין בשיתוף הציבור בהנהלתו, אין בדרך כלל מקום לשתף בעבודת הפיקוח את נציג הציבור ("המפוקח"), ויש בכך אף לגרום לחשש לניגוד עניינים. בנוסף, כפי שצויין לעיל, מילוי תפקידי פיקוח כרוך במתן סמכויות להתערבות שלטונית בענייני הפרט. סמכויות כאלה ראוי שיוטלו, ככלל, על הממשלה עצמה. עם זאת, שיקולים שיכולים להצדיק הקמת גוף כזה הם: (1) מדובר בתאגיד בו ראוי שהממשלה לא תהיה הגורם הקובע את המדיניות באופן שוטף, או שיש חשיבות במניעת השפעה ממשלתית על ביצוע הפיקוח וההסדרה; (2) קיימת חשיבות לשיתוף נציגים של גופים ציבוריים או נציגים אחרים מחוץ לממשלה בקביעת המדיניות או דרכי הפיקוח וההסדרה; (3) דרכי הפיקוח וההסדרה ניתנות להגדרה ברורה בחוק."

234 ראו, לדוגמה, חוק משק החשמל, לעיל הערה 45, סעיפים 22, 39.

הוראות בדבר ניגוד עניינים ובדבר הגבלות לאחר פרישה,²³⁵ וכן הוראות לחיזוק העצמאות של יושב-ראש הרשות.²³⁶

כיום, הבחירה בין הסוגים השונים של מנגנוני הפיקוח נעשית באופן לא-שיטתי. היא נעשית בכל מקרה לגופו על יסוד הערכת המצב באותו מקרה, ולא בהכרח על רקע התמונה הכללית של היתרונות והחסרונות של כל סוג מנגנון, ומכל מקום לא על יסוד מדיניות כוללת לגבי מנגנוני הפיקוח. בהעדר מדיניות כזאת, אין תשתית ראויה להחלטה, לדוגמה, בדבר המנגנון העדיף לפיקוח בתחום התקשורת המשודרת. האם רשות שהינה בפועל מחלקה במשרד ממשלתי עדיפה במקרה זה על רשות שהינה תאגיד נפרד מן המשרד הממשלתי? הציבור טרם נחשף לדיון בשאלת היתרונות והחסרונות של רשויות פיקוח מסוגים שונים. דיון כזה דרוש כדי לברר את ההשלכות של היתרונות והחסרונות של כל סוג על ההכרעה בשאלה מהי הרשות המתאימה לפיקוח בתחום התקשורת המשודרת. כיום התשובה אינה ברורה. מן הראוי שיתקיים דיון ציבורי בשאלה זאת לפני שתגובש התשובה.²³⁷

2. מנגנון פרטי

יש עניינים שבהם הפיקוח על פעילות פרטית מופעל על-ידי מנגנון פרטי, כלומר, על-ידי אנשים או גופים פרטיים. פיקוח כזה הינו למעשה הפרטה של פיקוח ציבורי. אולם בפועל אין זו אלא הפרטה חלקית, מכיוון שהמנגנון הפרטי אינו מקיים פיקוח מלא ועצמאי, אלא נותן שירותי פיקוח לגוף הציבורי המופקד על-פי החוק על הפיקוח, והגוף הציבורי הוא הנושא באחריות הראשית לפיקוח. לכן גם בעניינים אלה יש מקום לדבר על פיקוח ציבורי. עם זאת, בעניינים כאלה מתעוררת שאלה אם מותר על-פי דין, ועד כמה מותר על-פי דין, להסתייע בגורמים פרטיים לצורך פיקוח ציבורי.

שאלה זאת התעוררה בעניין הנפלינג.²³⁸ באותו משפט נידון חוק-עזר של עיריית אשדוד שהסמיך את ראש העירייה למנות "מפקחים" לצורך אכיפת הוראות שנקבעו בחוק-העזר בדבר שעות הפתיחה והסגירה של בתי-עסק בתחום העירייה. לפי חוק-העזר,

²³⁵ שם, סעיפים 23, 28.

²³⁶ שם, סעיף 40.

²³⁷ מכל מקום, ראוי לבדוק באופן יסודי ורחב (אולי על-ידי ועדת מומחים שתמונה לעניין זה) את האפשרות להגביר את המקצועיות והעצמאות של רשויות פיקוח, בין שהן חלק מן המשרד הממשלתי ובין שיש להן מעמד נפרד מן המשרד הממשלתי, ובין היתר את האפשרות למנוע פוליטיזציה של רשויות כאלה (באמצעות מינויים פוליטיים או באמצעות מעורבות שוטפת של השר הממונה בפעילותה של הרשות), וזאת אולי בדרך של חוק שיחול באופן כללי על רשויות פיקוח. חוק כזה יוכל גם להקים מועצה אחת לכל רשויות הפיקוח, שתתאם ביניהן ותסייע להן, בדומה למועצה לתאגידיים ציבוריים שליד משרד המשפטים.

²³⁸ בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לו(2) 537 (להלן: עניין הנפלינג).

"מפקח" הוא "אדם שראש העירייה מינהו בכתב למלא תפקיד של מפקח לענין חוק עזר זה". ראש העירייה מינה לתפקיד זה, בין היתר, אנשים פרטיים שהיה להם עניין אישי בשמירת השבת בעיר. בית-המשפט פסל את המינוי. וכך אמר השופט שמגר:²³⁹

"ההגדרה האמורה נוקטת לשון 'אדם', מבלי לחייב לכאורה תנאים או כשירויות נוספים, אך מהקשרו של העניין ומאופיו של המינוי מתחייב, לדעתי, כי מפקח כאמור יהיה עובד, הנתון למרותה של העירייה, אשר במסגרתה הוא פועל ואשר מטעמה הוא מבקש לאכוף את החוק, ואת מלותיו של חוק העזר יש לפרש בכפיפות להוראות המסגרת, העולות מן החוק המסמיך." [ההדגשה הוספה]

מדוע נובע פירוש כזה מהקשרו של העניין ומאופיו של המינוי? השופט שמגר השיב לאמור:²⁴⁰

"אין זה מתקבל על הדעת, כי סמכויות סטטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאיננו משרת במערכת שכוננה על-פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת, ואשר מעמדו, חובותיו וזכויותיו מתמצים אך ורק בכך שנמסרו לידי סמכויות ביצוע, כפי שהן עולות, למשל, מחוק העזר; והוא, כמובן, כל עוד לא קבע המחוקק מפורשות אחרת. יכול שרשות בעלת סמכויות פיקוח סטטוטוריות לא תהיה חלק מן הרשות המבצעת דווקא, וניתן ליטול לדוגמה את המשרה של מבקר המדינה ושל אלה העוזרים לידו, אך במקרה כאמור מגדיר המחוקק לא רק את מכלול הסמכויות אלא גם יוצר מעמד קבוע ומוגדר על-פי חוק ומתאר את הזיקה לזרועות השלטון ואת הבקרה העולה ממנה. במקרה שלפנינו מדובר באדם פרטי, שהתנדב למלא במשך שעות מסוימות בשבוע תפקידי פיקוח שלטוניים, ואשר לו הוענקה, לשם ביצוע תפקידו, זכות הכניסה וסמכויות פיקוח נוספות, כאשר כל זיקתו אל הרשות היא כתב המינוי שבידו, מבלי שהוא חב חובה כלשהי כלפי הרשות, ומבלי שזו יכולה להפעיל כלפיו את מרותה. דומה הדבר לכך, לו הוענקו סמכויות של שוטר לידי מי שאיננו חלק מחיל המשטרה ואף איננו משרת במסגרת ארגונית דומה, הנתונה למרות השלטונות, ותופעה כגון זו איננה מתקבלת על הדעת ואף נוגדת

239 שם, בעמ' 540.

240 שם, בעמ' 541. השופט שינבויים הסכים עם השופט שמגר, אך השופט יהודה כהן חלק עליו, והביע את דעתו כי אין מניעה על-פי דין למנות אדם פרטי כמפקח לעניין חוק-העזר הנידון.

את עקרונותיו של שלטון החוק ושל כללי המינהל התקין אשר, כאמור לעיל, חייבים להיות פועל יוצא ממנו.

בקיצור, מפקח צריך להיות עובד העירייה, הכפוף להוראות ולהגבלות שפקודת העיריות מחילה על עובדי העירייה – בין היתר בנוגע לניגוד עניינים ולדין משמעתי – וכן גם לשליטה של ראש העירייה.

פסקי-הדין בעניין הנפלינג קובע הלכה.²⁴¹ אולם מה הלכה זאת קובעת? ברור כי אין היא מונעת את המחוקק מלהטיל תפקיד של פיקוח על אדם או גוף פרטיים או להסמיך גוף ציבורי להטיל עליהם תפקיד של פיקוח. אכן, יש מקרים שבהם החוק עצמו מאפשר, במפורש או במשתמע, מילוי תפקיד ציבורי, ובכלל זה גם תפקיד פיקוח, על-ידי גורם פרטי. לדוגמה, חוק איסור הלבנת הון²⁴² קובע בסעיף 11(א) כך:

"(1) לשם פיקוח על ביצוע הוראות חוק זה ימנה הממונה מפקחים אשר יפעילו את סמכויותיהם לגבי הגוף שבפיקוח לפי חוק זה.
(2) מי שאינו עובד ציבור לא יתמנה כמפקח אלא אם כן משטרת ישראל לא התנגדה למינוי מטעמים של שלום הציבור."

והנה דוגמה נוספת. חוק רישוי עסקים²⁴³ קובע בסעיף 16 לאמור:

"רשות הרישוי או נותן האישור רשאים להסתייע בבעלי מקצוע שקיבלו הסמכה לפי חוק זה, שאינם עובדי מדינה או עובדי הרשויות המקומיות, לענין עמידתו של עסק בתנאים שנקבעו לפי סעיף 7 ובדרישות החוק והתקנות החלים עליו."

אפשר להביא דוגמות נוספות מתחומים אחרים שבהם החוק מתיר שיתוף גורמים פרטיים במילוי תפקידים ציבוריים.²⁴⁴

241 כמה וכמה פסקי-דין הלכו בעקבותיו – לדוגמה: ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 104; רע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו נ' עורקבי, פ"ד מח(2) 397, 406.

242 חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, ס"ח 293 (להלן: חוק איסור הלבנת הון).

243 חוק רישוי עסקים, לעיל הערה 16.

244 ראו, לדוגמה, בג"ץ 6194/97 נקש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(5) 433. כמו-כן, סעיף 46 לחוק רשות הדואר, התשמ"ו-1986, ס"ח 79, מסמיך את רשות הדואר להעסיק בדרך של מיקור-חוץ (outsourcing) מחלקי דואר וסוכני דואר שאינם עובדים של רשות הדואר. המחוקק מוכן להפריט, בהקשרים מסוימים, אפילו תפקידי שפיטה – ראו את תפקיד "המשקם" לפי חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב-1992, ס"ח 118.

נראה כי לעניין זה אין הבדל של ממש בין תפקידי פיקוח לבין תפקידים ציבוריים אחרים. אכן, הצורך לשתף גורמים פרטיים בתפקידי פיקוח היה קיים מאז ומתמיד, והוא בא לידי ביטוי, הלכה למעשה, בתחומים שונים, ביניהם אפילו תחום השיטור ותחומים קרובים. לדוגמה, פקודת המשטרה מקימה את "המשמר האזרחי", הכולל, בין היתר, "מי שנתקבל למשמר כמתנדב לפי כללים שיקבע השר".²⁴⁵ צורך זה בולט במיוחד לאחרונה, כפועל יוצא מתנועת ההפרטה. אם, למשל, יוקם נמל "פרטי" או בית-סוהר "פרטי", שיופעלו על-ידי גופים פרטיים, ייתכן שהגוף הפרטי יקבל, על-פי חוק, גם סמכות (ולו סמכות חלקית) לפקח על קיום החוקים המסדירים, לפי העניין, ניהול נמל או ניהול בית-סוהר.²⁴⁶ אכן, בדרך זאת הלך המחוקק כאשר החליט לסלול כבישי-אגרה. חוק כביש אגרה (כביש ארצי לישראל)²⁴⁷ קובע כי הזיכיון להפעלת כביש ארצי לישראל (הידוע בשם "כביש חוצה ישראל") יינתן לחברה פרטית, והוא מוסיף וקובע כי לבעל הזיכיון יינתנו סמכויות שונות לעניין הפעלת הכביש.²⁴⁸

העובדה שחוקים שונים קובעים במפורש אפשרות של הטלת תפקיד של פיקוח, הכרוך בהפעלת סמכויות פיקוח, על גורמים פרטיים אומרת כי המחוקק אינו סבור שמבחינה עקרונית יש לפסול שיתוף גורמים פרטיים בתפקידי פיקוח. אם כך מבחינה עקרונית, מתעוררת השאלה מתי וכיצד ראוי, מבחינה מעשית, להטיל תפקידי פיקוח על גורמים פרטיים. מסתבר כי התשובה תלויה באיוון של שיקולים ואינטרסים. מצד אחד, יש להביא בחשבון את השיקולים העקרוניים שהוצגו בעניין הנפלינג.²⁴⁹ נגד הטלת תפקיד פיקוח על אדם או גוף פרטיים, ובעיקר את העובדה שגורם פרטי אינו כפוף בדרך-כלל למרות

245 פקודת המשטרה [נוסח חדש], לעיל הערה 11, פרק רביעי: 1. המשמר האזרחי, סעיפים 49א-49ה. ראו גם חוק שירותי הכבאות, התשי"ט-1959, ס"ח 199, סעיפים 1, 7, 20, 21, וכן תקנות שירותי כבאות (מינוי והעסקה של כבאים-מתנדבים), התשמ"ו-1986. חוק זה מסדיר את השירות של "כבאי מתנדב", שהוא (לפי ההגדרה בסעיף 1 לחוק) "אדם שהתחייב למלא תפקיד ביחידת-כבאים, שלא בשכר, בתנאים שנקבעו בתקנות". נוסף על כך, סעיף 24 לחוק מסמיך מפקד כבאים "לגייס" לכיבוי שרפה כל אדם המצוי בקרבת מקום לשרפה. ראו גם את דברי ההסבר להצעת חוק הרשות לפיקוח חקלאי, לעיל הערה 214, שם נאמר כי עד אותו זמן נעשה הפיקוח על קיום החוקים בתחום משרד החקלאות, בין היתר, "באמצעות קבלנים".

246 ראו בג"ץ 6662/94 חורש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 372, 378, 381.

247 חוק כביש אגרה (כביש ארצי לישראל), התשנ"ה-1995, ס"ח 490.

248 שם, בסעיף 7: "לבעל הזכיון יהיו נתונות לענין הפעלת כביש האגרה, הסמכויות הבאות - (1) סמכות של רשות תימרור מקומית כמשמעותה בפקודת התעבורה; (2) סמכויות להצבה, להפעלה ולהחזקה של מיתקנים ומכשירים לגביית אגרה; (3) סמכות לגבות אגרה באמצעות תג חיוב או אמצעים אחרים, וכן סמכות לגבות דמי גבייה, פיצוי והחזר הוצאות, הכל לפי הוראות חוק זה ותווה הזכיון." ראו גם סעיף 12: "סמכויות לענין איכפת תשלום". ראו גם חוק כביש אגרה (מנהרות הכרמל), התשנ"ה-1995, ס"ח 493.

249 עניין הנפלינג, לעיל הערה 238, בעמ' 540.

מנהלית ולדין משמעותי החלים על עובדי הציבור; אולם מצד אחר, יש להביא בחשבון שיקולים מעשיים בעד הטלת תפקיד פיקוח על אדם או גוף פרטיים, כגון הצורך להעסיק בתפקיד כזה מומחים שאינם נמנים עם עובדי הגוף המפקח, או מגבלות של משאבים כספיים או של מצבת העובדים. המאזן תלוי בנסיבות של כל עניין.

שאלה נוספת היא אם אין לעשות מאזן כזה גם בעניינים שבהם החוק אינו אומר באופן ברור אם מותר או אסור להטיל תפקיד פיקוח על אנשים או גופים פרטיים. שהרי מבחינה מעשית גם בעניין כזה אפשר שצורכי הפיקוח, ולפיכך גם טובת הציבור, יצדיקו הטלת תפקיד פיקוח, ולו באופן חלקי ומבוקר, על אנשים וגופים פרטיים. אכן, באופן עקרוני התשובה היא כי ניתן וגם ראוי לערוך מאזן כזה גם בעניינים כאלה.²⁵⁰

התשובה לשאלה אם ניתן להטיל תפקיד של פיקוח על אנשים או גופים פרטיים בעניין מסוים שבו אין תשובה ברורה בחוק עצמו נתונה בידי בית-המשפט, על-דרך הפרשנות, לפי נסיבות העניין. בית-המשפט התמודד לא-פעם עם המתח הקיים בשאלה זאת בין עקרונות משפטיים, שלפיהם ראוי שתפקידים ציבוריים יופקדו בדרך-כלל בידי עובדי ציבור, לבין שיקולים מעשיים, שלפיהם נדרש לעיתים שיתוף גורמים פרטיים במילוי תפקידים ציבוריים. התשובה שנתן בית-המשפט, לאחר איוון בין אלה לבין אלה, פותחת שער רחב לשיתוף גורמים פרטיים במילוי תפקידים ציבוריים, ובכלל זה תפקידי פיקוח.²⁵¹ פסק-דין מנחה בשאלה זאת ניתן בעניין פיליפוביץ.²⁵² רשם החברות במשרד המשפטים נהג לתת בשני המשרדים שלו, בירושלים ובתל-אביב, שירות של תדפיסי נתונים על חברות, מתוך המאגר הממוחשב שהוא מנהל, תמורת אגרה. לאחר שהתברר כי השירות שניתן היה מוגבל ואיטי, ולא עמד בדרישות של המעוניינים, החליט הרשם לתת את השירות במקומות שונים ברחבי הארץ (נוסף על ירושלים ותל-אביב) באמצעות שלוש

250 לדוגמה, שיקולים של צורכי פיקוח הניעו את היועץ המשפטי לממשלה, במשך שנים רבות, להסמיך עורכי-דין פרטיים כנציגיו, על-פי סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]), לצורך הגשת אישומים וניהול משפטים פליליים לפי חוק התכנון והבנייה, לעיל הערה 13, ולפי חוקים נוספים. לאחר ששקל מחדש את צורכי הפיקוח בעניין זה, החליט היועץ המשפטי לממשלה לשנות את המצב ולצמצם מאוד את העסקתם של עורכי-דין פרטיים לצורך זה. החלטה זו של היועץ המשפטי לממשלה עמדה בביקורתו של בית-המשפט העליון. ראו בג"ץ 8340/99 גורלי כוחן ושות' - משרד עורכי דין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79.

251 שיתוף גורמים פרטיים במילוי תפקידים ציבוריים או העברת תפקידים ציבוריים לגורמים פרטיים נעשים בדרך-כלל באמצעות חוזים. כאנגליה מקובל לכנות התקשרות בחוזים כאלה "Contracting Out". חוזים כאלה הינם, על-פי מהותם, חוזים מנהליים הכפופים למשטר של שניות נורמטיבית: מצד אחד, חלים עליהם דיני החוזים הכלליים, ומצד אחר, חלים עליהם דינים מיוחדים מתוך דיני המנהל הציבורי. על השניות הנורמטיבית של חוזים מנהליים ראו זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 213-218.

252 בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410 (להלן: עניין פיליפוביץ).

חברות פרטיות שנבחרו בהליך דמוי-מכרז. חברה אחרת, שביקשה אף היא לתת שירות זה לציבור, טענה בבית-המשפט כי פקודת החברות, המטילה על הרשם חובה להעמיד (תמורת אגרה) נתונים על חברות לעיונו של כל אדם, אינה מרשה לרשם להעביר חובה זאת לחברות פרטיות. לפי הטענה, העברת החובה מן הרשם לחברות הינה אצילה אסורה של סמכות. בית-המשפט השיב על טענה זאת ואמר כי השאלה אם מותר או אסור לאצול סמכות תלויה בפירוש של החוק המסמיך. קיימת אומנם חוקה (פרוזומפציה) פרשנית נגד אצילה, אולם חוקה זאת ניתנת לסתירה. כיצד? השופט ברק השיב:²⁵³

”בהקשר זה יש לקחת בחשבון, בין השאר... את היקף שיקול-הדעת הניתן לבעל הסמכות (תוך הבחנה בין סמכות של שיקול-דעת לסמכות שבחובה), את מהות הסמכות (תוך הבחנה בין סמכויות שיפוטיות, חקיקתיות, ביצועיות), את השפעתה של הסמכות על זכויות האדם ושלום הציבור ואת הצרכים המעשיים והיעילות המינהלית.”

ההלכה היא, אם כן, כי אפשר שחוק יתיר לרשות מוסמכת, לא רק במפורש אלא גם במשתמע, לאצול את סמכותה לגורם אחר באופן מלא או באופן חלקי.²⁵⁴ הלכה זאת חלה על סמכויות ביצוע בדרך-כלל, ובכלל זה גם על סמכויות פיקוח. נראה כי היא מאפשרת אצילה של סמכות פיקוח לא רק במסגרת המנהל הציבורי, אלא גם לגורמים פרטיים, אם כי, בדרך-כלל, החוקה נגד אצילת הסמכות קשה יותר לסתירה כאשר מדובר באצילה לגורם פרטי.²⁵⁵ לסיכום, מבחינה עקרונית אין מניעה לאצילה של תפקיד פיקוח מגוף ציבורי לגורם פרטי, אם כי מבחינה מעשית אצילה כזאת אפשרית רק בנסיבות מיוחדות. בעניין פיליפוביץ הגיע בית-המשפט למסקנה כי “מעמדו של הרשם, מהות תפקידו, האחריות הרבה הכרוכה בכך לציבור כולו, הצורך בביקורת פרלמנטרית ומיניסטריאלית שוטפת – כל אלה מובילים למסקנה, כי סמכות הרשם היא אישית לו ואינה ניתנת לאצילה.”²⁵⁶ אולם אצילת הסמכות, באופן מלא או חלקי, הינה רק אחת הדרכים לשיתוף גורם פרטי במילוי תפקיד ציבורי. דרך אחרת, שפתוחה לפני גוף ציבורי גם כאשר הדרך של אצילה חסומה בפניו, היא הדרך של הסתייעות בגורם פרטי (שאינה מגיעה כדי אצילה) במילוי התפקיד. על-דרך זאת אמר השופט ברק בעניין פיליפוביץ כך:²⁵⁷

253 שם, בעמ' 428.

254 על ההלכה בדבר אצילת סמכות ראו, באופן כללי, זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 517 ואילך.

255 ראו עניין פיליפוביץ, לעיל הערה 252, בעמ' 424. ראו גם: ברוך ברכה משפט מינהלי (1996, כרך ב) 169; רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי (1996) 93-96.

256 עניין פיליפוביץ, שם, שם, דברי השופט ברק.

257 שם, בעמ' 422. לדעתי, אפשר וראוי לומר כי ההסתייעות בגורם אחר (ציבורי או פרטי) לצורך הפעלת הסמכות מעוגנת בסעיף 17(ב) (“סמכויות עזר”) לחוק הפרשנות, לעיל הערה 148. על סעיף זה ראו זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 246-247.

"בעוד שחוקה היא על חוק כי תכליתו אינה להסמיך את בעל הסמכות לאצול את סמכותו לאחר, אין חוקה כי תכלית החוק היא למנוע מבעל הסמכות לקבל מאחר סיוע לביצוע הסמכות. נהפוך הוא: חוקה על החוק שהעניק את הסמכות, כי תכליתו הינה לאפשר לבעל הסמכות להיעזר באחרים לביצוע סמכותו. חוקה זו נובעת ממצאות החיים והשלטון. ריבוי הפעילות השלטונית, הסיבוך שבה, התשתית העובדתית המקיפה המשמשת לה בסיס, כל אלה מחייבים, למען יעילות פעולת השלטון, כי הרשות השלטונית תוכל להיעזר באחרים בביצוע תפקידיה ותוכל להפעיל את סמכותה באמצעות זולתה. חוקה על המחוקק, שעה שהוא מעניק סמכות לרשות שלטונית, כי הוא מניח שסיוע זה יתבקש ויתקבל. היקפה של העזרה המותרת משתנה מעניין לעניין ומתפקיד לתפקיד."

בהתאם לכך נפסק בעניין פיליפוביץ²⁵⁸ כי מותר לרשם החברות להסתייע בחברות פרטיות לצורך מילוי תפקידו, וכי במקרה הנידון ההסתייעות בחברות אינה מגיעה כדי אצילה ולכן אין בה פגם.²⁵⁹

לתוצאה דומה הגיע בית המשפט בעניין מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה בע"מ.²⁶⁰ כאן נידון סעיף 21א לחוק ביטוח בריאות ממלכתי,²⁶¹ הקובע כי "שירותי הבריאות לתלמידים בבתי ספר... יינתנו בידי משרד הבריאות". בית המשפט אמר כי פירוש לשוני של סעיף זה עשוי לתמוך במסקנה שמשרד הבריאות חייב לתת את השירות בעצמו, וכי אין הוא רשאי לתת את השירות באמצעות גורמים חיצוניים. אולם פירוש תכליתי של הסעיף מוביל למסקנה הפוכה: כוונת החוק לא הייתה אלא להטיל אחריות ישירה על משרד הבריאות, אך לא הייתה כל מניעה מצידו כי השירותים בפועל יינתנו על ידי גוף שלישי מטעם המדינה. התוצאה היא, אם כן, כי שירותי הבריאות יכולים להינתן גם על ידי רופאים, אחיות וכוחות עזר למיניהם המועסקים על ידי גורם פרטי, ובלבד שיהיו נתונים "לשליטה בידי משרד הבריאות", שיהיה "אחראי לביצוע ראוי ונאות".²⁶²

בעניין פיליפוביץ²⁶³ ובעניין מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה²⁶⁴ אישר אומנם

258 עניין פיליפוביץ, שם, שם.

259 ראו גם: בג"ץ 5012/97 מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה בע"מ נ' משרד הבריאות, פ"ד נב(1) 49, 73, דברי השופטת שטרסברג-כהן (להלן: עניין מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה); בג"ץ 6394/97 שוינברג נ' רשם החברות, פ"ד נה(1) 614.

260 ראו עניין מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה, שם, שם.

261 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156.

262 עניין מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה, לעיל הערה 259, בעמ' 64-67, דברי השופט חשין. אולם, הוסיף בית המשפט, מכיוון שכך, חובה על משרד הבריאות לפרסם מכרז להספקת שירותי הבריאות לבתי-הספר.

263 עניין פיליפוביץ, לעיל הערה 252, בעמ' 422.

264 עניין מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה, לעיל הערה 259, שם.

בית־המשפט הסתייעות בחברה פרטית לצורך מתן שירותים, ולא לצורך פיקוח על פעילות פרטית, אולם מפסקי־דין אחרים עולה כי בית־המשפט מוכן לאשר הסתייעות בגורמים פרטיים גם לצורך תפקידי פיקוח. הנה, לדוגמה, עניין קומפיוטסט.²⁶⁵ במשפט זה דן בית־המשפט בבדיקה השנתית של כלי־רכב שחובה לקיימה, על־פי תקנות התעבורה, התשכ"א-1961, כתנאי לחידוש רשיון רכב. בדיקות אלה נערכות במסגרת הפיקוח המופעל על־ידי משרד התחבורה על בטיחות הנסיעה. וכה אמר בית־המשפט:²⁶⁶

"בימים עברו החזיק משרד התחבורה והפעיל בעצמו במספר מקומות ברחבי הארץ מכונים שלו לבדיקות לשם רישוי של כלל כלי הרכב טעוני הרישוי במדינה. לימים, באמצע שנות השישים, עם הגידול באוכלוסיה בכלל והתעצמות ציי הרכב הנעים בדרכי הארץ בפרט, העביר משרד התחבורה בהדרגה את המשימה ואת האחריות לביצוע הבדיקות לגורמים פרטיים, שהוסמכו לכך."

לצורך זה קבע משרד התחבורה אמות־מידה למתן היתר לגורמים פרטיים להקים תחנות לבדיקת כלי־רכב. על־פי אמות־מידה אלה סירב משרד התחבורה לתת היתר כזה לחברה העותרת. העותרת תקפה את אמות־המידה, אך העתירה נדחתה. בהקשר הנידון ראויים להישמע דבריו של בית־המשפט על ביצוע הבדיקה של כלי־הרכב על־ידי גורמים פרטיים. לדבריו, "ניהול תחנת בדיקה, אשר מוסמכת לאשר את תקינות הרכב בשם משרד התחבורה, הינה בבחינת 'פונקציה שלטונית מובהקת'". העברת הבדיקה לידיים פרטיות אינה משנה את אופייה השלטוני של פונקציה זאת. קיימות ראיות שונות לכך. בין היתר, "תחנת הבדיקה מאשרת את תקינות הרכב על גבי טופס הנושא את שם מדינת ישראל. התחנות מחוברות למאגר מידע ממשלתי."²⁶⁷ אף־על־פי־כן לא ראה בית־המשפט כל פגם בכך שפונקציה שלטונית זאת מופקדת בידי חברות פרטיות.

דוגמה נוספת אפשר למצוא בעניין התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל.²⁶⁸ כאן דן בית־המשפט בהחלטה של משרד התחבורה להסמיך את "מ.מ.ס.י. מועדון מכוניות וסיירות בישראל" (המאוגד כעמותה) להוציא רשיונות נהיגה בין־לאומיים, תעודות רישוי רכב ואישורים רשמיים אחרים, ובסירובו של המשרד להסמיך באופן דומה חברה אחרת העוסקת במתן שירותים לסוכני נסיעות המאוגדים במסגרת העותרת. בית־המשפט ציין כי מ.מ.ס.י. פועל "כזרועה הארוכה של רשות הרישוי, שבעצמה איננה עוסקת כלל בהוצאת רשיונות ומסמכים אחרים מן הסוגים הללו". האם רשות הרישוי הייתה רשאית להסמיך את

265 פסק־דין קומפיוטסט, לעיל הערה 60.

266 שם, בעמ' 811, דברי השופט דב לוין.

267 שם, בעמ' 816-817, דברי השופט דב לוין.

268 בג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מו(1) 543 (להלן: עניין התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל).

מ.מ.ס.י. להוציא רשיונות? התשובה היא שההסמכה של מ.מ.ס.י. מתבססת על תקנה מסוימת בתקנות התעבורה,²⁶⁹ הקובעת כי השר רשאי להסמיך "תאגיד" לצורך זה.²⁷⁰ אולם אפשר עדיין לטעון כי תקנה זאת אינה חוקית משום שהיא מעבירה תפקיד שלטוני לגורם פרטי. טענה זאת לא הועלתה לפני בית-המשפט, ובית-המשפט לא הכריע בה. עם זאת, ראוי להביא מתוך פסק-הדין את הדברים הבאים:²⁷¹

"הוצאתם של רשיונות נהיגה בינלאומיים... היא בגדר פונקציה שלטונית מובהקת. על השלטון אין מוטלת כל חובה לאפשר למאן שהוא לעסוק בכך. שאלה אחרת היא, אם רשאי השלטון להטיל ביצוע הפונקציה הזאת על רשות פרטית. שאלה זו, כאמור, לא הוצגה בעתירה, אך על-פי המבחנים שנקבעו בבג"צ 2303/90, 3709 הנ"ל [עניין פיליפוביץ' – ז'], נראה שניתן להשיב עליה בחיוב: הוצאתו של רשיון נהיגה בינלאומי איננה מצריכה הפעלת שיקול-דעת, אלא בדיקת מסמכים המעידים על קיומה של הכשירות הפורמאלית הנדרשת, ובמילוי תפקידים מסוג זה מותר לרשות להיעזר גם בגורמים חיצוניים."

3. מנגנון משולב

המסקנה היא כי בפועל תפקידי פיקוח מופקדים לעיתים בידי גורמים פרטיים, וכי בית-המשפט, במקרים שהובאו לפניו, לא ראה בכך טעם לפגם. אולם אין יסוד למסקנה גורפת שכל תפקיד פיקוח, תהא מהותו אשר תהא, יכול להיות מופקד בידי גורם פרטי. מסקנה כזאת אינה מתיישבת עם ההלכה שנפסקה בעניין הנפלינג,²⁷² שבו פסל בית-המשפט מינוי של מפקחים פרטיים. מכאן עולה השאלה: מהם גבולות ההלכה שנפסקה במשפט הנפלינג? לדעתי, התשובה היא כדלקמן:

ראשית, יש לזכור את הנסיבות של משפט הנפלינג. השאלה במשפט זה הייתה אם ראש העירייה רשאי להסמיך אנשים פרטיים כמפקחים על קיומו של חוק-עזר שקבע ימים ושעות לפתיחה וסגירה של בתי-עסק. יש להדגיש, קודם-כל, שמדובר בהסמכה, משמע,

269 תקנות התעבורה, התשכ"א-1961, ק"ת 1425.

270 עניין התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל, לעיל הערה 268, בעמ' 545-546.

271 שם, בעמ' 550, דברי השופט מצא. ראו גם רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 (להלן: עניין צ'רטוק), שדן בהסדר שנעשה על-ידי משרד התחבורה, שלפיו נהגים שחויבו על-פי דין להשתתף בקורס השתלמות בנהיגה, כתנאי לחידוש רשיון הנהיגה שלהם, ישתתפו בקורס הניתן (תמורת תשלום) על-ידי המכון הארצי לתחבורה שהוקם על-ידי המועצה הארצית למניעת תאונות בע"מ. בית-המשפט אמר (בעמ' 885) כי "עצם העובדה כי הפעולה השלטונית מבוצעת כאן על-ידי גוף פרטי, איננה גורעת מאופייה השלטוני בנסיבות המקרה".

272 עניין הנפלינג, לעיל הערה 238, שם.

במינוי לתפקיד ציבורי שיש עימו סמכויות ציבוריות; ועל כך יש להוסיף שמדובר בתפקיד הדומה במהותו לתפקיד של שוטר, במובן זה שהוא מוביל להגשת אישום פלילי. אין אומנם הכרח להגביל את ההלכה לנסיבות אלה, ואפשר לכאורה להרחיבה, על-פי ההיגיון שבבסיסה, לנסיבות אחרות. אולם לפני שמרחיבים את ההלכה יש לברר את ההבדל בין הנסיבות של עניין הנפלינג לבין המקרה הנידון, ולשקול אם מוצדק עדיין, לנוכח ההבדל, להחיל את ההלכה על המקרה הנידון. בהקשר זה חשוב לציין כי שיתוף של גורמים פרטיים בתפקידי פיקוח יכול להיעשות לא בדרך של הסמכה, אלא בדרך של אצילה חלקית של סמכות או בדרך של הסתייעות בהפעלת הסמכות.²⁷³ כמו-כן, האצילה או ההסתייעות יכולות להיעשות בקשר לתפקיד ששונה במהותו מתפקיד של שוטר ואשר רחוק בתוצאתו מהליך פלילי. כזה הוא המקרה, לדוגמה, כאשר משרד התחבורה מסתייע במוסך פרטי לעריכת בדיקות של כלי-רכב²⁷⁴ או בחברה פרטית להוצאת רשיונות נהיגה בין-לאומיים.²⁷⁵ ההבדל בין מקרים אלה לבין המקרה בעניין הנפלינג גדול, ולכן אין יסוד להסתמך במקרים אלה על הלכת הנפלינג ולומר כי היא מונעת שיתוף גורם פרטי בתפקיד פיקוח. הנסיבות שונות ולכן הדין שונה.

שנית, גם בנסיבות דומות לנסיבות של עניין הנפלינג לא יהיה נכון בהכרח להחיל את הלכת הנפלינג, משום שהיסודות שהלכת הנפלינג מתבססת עליהם, אף שהינם חשובים, הינם יחסיים. הלכה זאת מתבססת קודם-כל על פירוש ההוראות בפקודת העריות, שהינה מקור הסמכות של חוק-העזר. מכאן, שבכל מקרה יש לבדוק ולפרש את הוראות החוק המסמיך, לפי ההקשר והתכלית של אותו חוק. ייתכן שבמקרה אחר לא תשתמע מן החוק כוונה למנוע הסמכה של גורם פרטי למילוי תפקיד פיקוח. מעבר לכך, ההלכה מתבססת על העיקרון שאין זה ראוי להעניק לאדם פרטי סמכות שיש עימה "זכות הכניסה וסמכויות פיקוח נוספות, כאשר כל זיקתו אל הרשות היא כתב המינוי שבידו, מבלי שהוא חב חובה כלשהי כלפי הרשות, ומבלי שזו יכולה להפעיל כלפיו את מרותה", ומבלי שיש עליו "שליטה ופיקוח, הנובעים מן המבנה של המסגרת הארגונית".²⁷⁶ זהו עיקרון חשוב, אך ככל עיקרון הוא אינו עיקרון מוחלט, אלא יש לשקול אותו, בכל מקרה ומקרה, כנגד עקרונות מתנגשים ואינטרסים סותרים. למשל, משקלו של עיקרון זה פוחת אם ברור לגמרי שהוא יגרום למחדל חמור באכיפת חוק ולפגיעה קשה בטובת הציבור. והרי בפסקי-דין רבים הבהיר בית-המשפט כי ראוי לאזן בין עקרונות וזכויות, אפילו זכויות-יסוד, לבין שיקולים של יעילות מנהלית ותועלת לציבור. המציאות מלמדת ששיתוף גורמים פרטיים בתפקידי פיקוח הינו לא-פעם בגדר כורח מעשי או לכל-הפחות משרת את טובת הציבור. זאת ועוד, שיתוף גורמים פרטיים בתפקידי פיקוח נעשה לא-פעם

273 האפשרות לאצול סמכות והאפשרות להסתייע בהפעלת סמכות, וההבדל ביניהן, נידונו בעניין פיליפוביץ. ראו לעיל את הדברים הצמודים להערות 256–259.

274 ראו עניין קומפיוטסט, לעיל הערה 60.

275 ראו עניין התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל, לעיל הערה 268, בעמ' 550.

276 עניין הנפלינג, לעיל הערה 238, בעמ' 541.

לא על בסיס עסקי, אלא על-דרך של התנדבות לשירות ציבורי, כביטוי של אזרחות טובה, כגון התנדבות למשמר האזרחי, לשירותי כבאות ועוד. טובת הציבור דורשת לעודד התנדבות כזאת כל עוד אין בה משום ניגוד עניינים.²⁷⁷ שלישית, לעיתים ניתן להתגבר על החסרונות הטבועים בשיתוף גורמים פרטיים בתפקידי פיקוח, כפי שבאו לידי ביטוי בעניין הנפלינג. אחת הדרכים להתגבר על חסרונות אלה היא חוק של הכנסת. חוק יכול להכפיף אדם פרטי המקבל על עצמו תפקיד פיקוח מטעם גוף ציבורי למרות מנהלית במסגרת אותו גוף ציבורי, לדין המשמעותי החל על עובדי גוף זה, ולאסור לפעול בניגוד עניינים.²⁷⁸ ניתן גם להתגבר על חסרונות אלה, במידה רבה, באמצעות הוראות מתאימות (לרבות ערביות, אם יש צורך בכך) בהסכם שבו הגוף הציבורי מעביר תפקיד של פיקוח לגוף פרטי, כגון בהסכם המסדיר בדיקות של כלי-רכב על-ידי מוסך פרטי בעבור משרד התחבורה.²⁷⁹ רביעית, גם בהעדר הסדרים מיוחדים, בחוק או בהסכם, הקובעים תנאים והגבלות לגורם פרטי המקבל על עצמו תפקיד פיקוח, גורם זה כפוף במילוי התפקיד לכללי המשפט המנהלי החלים על עובדי ציבור, כגון הכללים בדבר שיקולים זרים, סבירות, שוויון וכיוצא באלה.²⁸⁰ גם בכך יש כדי להקטין את החשש מפני הפעלת תפקידי פיקוח על-ידי גורמים פרטיים.

277 בהקשר זה ראוי לציין, בין הנסיבות המיוחדות בעניין הנפלינג, שם, כי למתנדבים באותו מקרה היה גם עניין אישי באכיפת חוקי-העזר: חלק מן המתנדבים היו בעלי-תפקידיים באגודות שהיה להן עניין מיוחד בשמירת השבת, וחלקם טענו שפתיחת עסקים בשבת פוגעת מבחינה כלכלית בעסקיהם. ראו שם, בעמ' 538. אכן, בית-המשפט ציין את החשש מפני ניגוד עניינים כאחד הטעמים להחלטתו. ראו שם, בעמ' 542.

278 לדוגמה, פקודת המשטרה [נוסח חדש], לעיל הערה 11, המאפשרת גיוס מתנדבים למשמר האזרחי שליד המשטרה, קובעת (בסעיף 749) כי "חובותיו, זכויותיו, סמכויותיו, חסינויותיו וכפיפותו לשיפוט ולדין משמעותי של חבר המשמר בשעת מילוי תפקידו יהיו כשל שוטר, בשינויים שיקבע השר בצו". חוק איסור הלבנת הון, לעיל הערה 242, המאפשר למנות כמפקח גם "מי שאינו עובד ציבור", קובע (בסעיף 11(א)(3)) כי "לא יתמנה מפקח אלא אם כן קיבל הכשרה מתאימה כפי שיקבע הממונה".

279 בעניין הנפלינג, לעיל הערה 238, בעמ' 544, הביע השופט יהודה כהן את דעתו, כדעת מיעוט, "שגם לגבי מפקח שלא בא משורות עובדיה של הרשות המקומית אין הממונים חסרי אונים, ומקרהו של העותר הרביעי [שמינויו כמפקח בוטל - י' ז'] יוכיח. אני סבור, כדעת בא-כוח המשיבים, כי היד הממנה היא היד המוסמכת לבטל את המינוי, ומפקח, שאינו סר למרות ראש העירייה, נוטל על עצמו סיכון של פיטורין מתפקידו". בעניין מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה, לעיל הערה 259, בעמ' 66, קבע בית-המשפט כי משרד הבריאות רשאי לספק שירותי בריאות לתלמידים בבתי-הספר באמצעות גורמים פרטיים, על-פי הסכם ביניהם, אך הוסיף כי "שומה על משרד הבריאות לפקח על השירות הרפואי הניתן, ולוודא כי שירות ראוי הוא".

280 ראו, לדוגמה: עניין מיקרו דף, לעיל הערה 114, בעמ' 454; ע"א 4275/94 הבורסה לניירות

הגיעה השעה לרכז את עיקרי הדברים. העיקר הוא כי יש להכיר בכך שגופים ציבוריים רבים, ובכלל זה משרדי הממשלה, נזקקים לגורמים פרטיים לצורך מילוי תפקידים ציבוריים שונים, ביניהם גם תפקידי פיקוח ציבורי. צורך זה לא נוצר על-ידי תנועת ההפרטה; הוא נוצר על-ידי בעיות פנימיות – ואפשר לומר בעיות מבניות – של המנהל הציבורי. תנועת ההפרטה רק נותנת ביטוי לצורך זה, אם כי נוסף על כך היא נותנת לו גם הכשר עיוני וחברתי. מכל מקום, נראה שאין זה מעשי, וכנראה גם אין זה רצוי, לפסול מבחינה עקרונית ובאופן גורף את עצם שיתופם של גורמים פרטיים במילוי תפקידים של פיקוח ציבורי.

מבחינת הדין, עניין הנפלינג²⁸¹ אינו קובע הלכה נוקשה האוסרת באופן גורף שיתוף של גורמים פרטיים בתפקידי פיקוח. הלכת הנפלינג חלה רק בנסיבות המיוחדות של אותו משפט ובנסיבות דומות להן באופן מהותי. נסיבות דומות התקיימו, לדעת בית-המשפט המחוזי, בעניין הפניקס הישראלי.²⁸² במשפט זה נידון, בין היתר, סעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים,²⁸³ הקובע כי "הממונה [על ההגבלים העסקיים], או מי שהוא הסמיך לכך", רשאי בתנאים מסוימים לנהל חקירה על יסוד חשד לביצוע עברה פלילית. בנסיבות של המקרה הנידון, ראה הממונה הכרח לעצמו להעסיק חוקרים פרטיים לצורך ניהול חקירה מסוימת, ולצורך זה אף ביקש וקיבל את הסכמתה של פרקליטת המדינה. בהתאם לכך הסמיך הממונה שני חוקרים פרטיים לצורך ניהול החקירה, ועל יסוד אותה חקירה הוגש אישום פלילי בבית-המשפט המחוזי בירושלים. במשפט טענו הסנגורים לפני בית-המשפט כי עצם הסמכתם של חוקרים פרטיים על-ידי הממונה הייתה בלתי-חוקית. בית-המשפט הסתמך בפסק-הדין על הלכת הנפלינג, ובהתאם להלכה זאת קבע כי הסמכת החוקרים הפרטיים אכן הייתה בגדר חריגה מן הסמכות של הממונה (אם כי, הוסיף בית-המשפט וקבע, לנוכח תורת הבטלות היחסית, אין בפגם זה כדי לגרום בטלות של הליכי החקירה).²⁸⁴ אולם בנסיבות שונות יכולים לעלות שיקולים שונים שיש בהם כדי לגבור על השיקולים שהוצגו בעניין הנפלינג, באופן שיוביל למסקנה שונה.

ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד (5) 485, 507. ראו גם זמיר, לעיל הערה 1, בעמ' 446-453.

281 עניין הנפלינג, לעיל הערה 238.

282 ת"פ 417/97 (ירושלים) מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ ואח' (להלן: עניין הפניקס הישראלי). פסק-הדין ניתן על-ידי השופט דוד חשין ביום 18.12.2001. ראו גם את החלטת-הביניים המפורטת, באותו תיק, מיום 7.11.1999, שפורסמה בפ"מ תשנ"ח(2) 326.

283 חוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 43.

284 עניין הפניקס הישראלי, לעיל הערה 282, פסקות קכא ואילך. ראו גם פסקות 36 ואילך של החלטת-הביניים. בסופו של הליך הורשעו הנאשמים. על פסק-הדין הוגש ערעור לבית-המשפט העליון. הערעור תלוי ועומד עדיין.

התשובה לשאלה אם ראוי לשתף גורמים פרטיים בתפקידי פיקוח, על בסיס עסקי או על בסיס התנדבותי, תלויה בנסיבות המקרה. במסגרת הנסיבות יש מקום לבדוק את לשון החוק המסמיך ולברר את תכלית החוק; יש לייחס משקל לשאלה אם מדובר בהסמכה של אדם פרטי, כלומר במינויו כבעל סמכות, או באצילה חלקית של סמכות על-ידי בעל הסמכות לגורם פרטי או רק בהסתייעות של בעל הסמכות בגורם פרטי מבלי להעביר לגורם זה את שיקול-הדעת של בעל הסמכות; יש חשיבות למהות הסמכות, ובעיקר לשאלה אם היא כרוכה בפגיעה בזכויות, ובמיוחד בזכויות חוקתיות, ואם על-פי מהותה היא סמכות שיטור שיש בה כדי להפלייל אדם; מן הראוי גם לוודא שאין חשש של ניגוד עניינים; ולשקול שיקולים נוספים כיוצא באלה. המאזן של כל השיקולים הנוגעים בעניין הוא שיכריע בעד או נגד שיתופם של גורמים פרטיים. זאת ועוד, הכרעה בעד שיתופם של גורמים פרטיים עשויה להיות מותנית בצעדים שונים, מוקדמים או מאוחרים, כדי להבטיח כי הגורם הפרטי לא יהיה נגוע בניגוד עניינים, כי הוא יהיה כפוף למרות ולבקרה של בעל הסמכות, וכי הוא ימלא את התפקיד שהוטל עליו באופן נאות. אם אין אפשרות מעשית להבטיח זאת באופן יעיל ולאורך זמן, יש בכך שיקול כבד, ואולי מכריע, נגד שיתוף גורמים פרטיים.²⁸⁵

דוגמה לדרך שבה ראוי לשקול את האפשרות לשתף גורמים פרטיים בתפקיד פיקוח, לנוכח הנסיבות המיוחדות של המקרה, מצויה בעניין פריצקי.²⁸⁶ במרכזו של משפט זה עמד סעיף 7 לחוק התכנון והבנייה,²⁸⁷ הקובע את ההרכב של הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה. על-פי סעיף זה, הרכב הוועדה כולל, בין היתר, "חמישה חברים שימנה שר הפנים על פי המלצות של הרשויות המקומיות שבאותו מחוז". השאלה שעמדה לפני בית-המשפט הייתה אם סעיף זה מחייב למנות כחברי הוועדה המחוזית רק חברים במועצה של רשות מקומית או עובדים של הרשות המקומית, או שהוא מתיר גם למנות אנשים חיצוניים לרשות המקומית, כפי שנעשה במקרה הנידון. שאלה זאת דומה לשאלה שעמדה לפני בית-המשפט בעניין הנפלינג, אך נסיבות המקרה שונות באופן מהותי מאלה שהיו בעניין הנפלינג.

285 ראו גם דין וחשבון הוועדה בנושא העסקת קבלנים (העסקה של כח אדם בשירות המדינה מחוץ לתקן ושלא במעמד עובדים) (יושב-ראש - המשנה ליועץ המשפטי לממשלה טנה שפנין, התשנ"א-1991). ועדה זאת ביררה את השאלה באילו נסיבות ובאילו תנאים אפשר וראוי שמשרד ממשלתי יסתייע בקבלנים (שמחוץ למשרד) במילוי תפקידיו. בנספח לדין-וחשבון צירפה הוועדה דוגמות לתפקידים שאין למוסרם לידי קבלן, לתפקידים שניתן למוסרם לידי קבלן ולתפקידים (לרבות תפקידי פיקוח) שניתן למוסרם לידי קבלן באופן חלקי.

286 בג"ץ 5848/99 פריצקי, ח"כ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נד(3) 5. ראו גם בג"ץ 685/00 פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(3) 44. על פסק-דין זה התקיים דיון נוסף: דנג"ץ 5361/00 פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, ניתן ביום 4.1.2005).

287 חוק התכנון והבנייה, לעיל הערה 13.

האם ראוי לפסוק גם בנסיבות אלה כפי שנפסק בעניין הנפלינג? הדעות בקרב השופטות נחלקו. השופטת דורנר הסתמכה על הלכת הנפלינג, ועל יסוד השיקולים באותו משפט ושיקולים נוספים, ובעיקר החשש מפני ניגוד עניינים, החליטה כי הפירוש הנכון של הסעיף מונע מינוי אנשים פרטיים כחברים בוועדה המחוזית. השופטת ביניש תמכה בפירוש זה, כשהיא מאזכרת את השיקולים שהובאו בעניין הנפלינג, אך ציינה כי אין זה פירוש נוקשה, וכי במקרים חריגים ויוצאי-דופן אפשר למנות כחבר בוועדה גם אדם שאין לו זיקה מוסדית או ארגונית לרשות המקומית, כלומר, אדם פרטי. ואילו השופטת פרוקצ'יה, בדעת מיעוט, ציינה כי הלכת הנפלינג נפסקה בנסיבות שונות ולכן אינה חלה בנסיבות המקרה הנידון, וכי לגוף העניין אין בלשון החוק או בתכלית החוק דבר המונע מינוי אדם שאינו עובד או נבחר של הרשות המקומית כחבר בוועדה המחוזית. חילוקי-דעות אלה הינם לגיטימיים, טבעיים כמעט, לנוכח מורכבות הבעיה. אולם חשוב לציין דווקא את המכנה המשותף לדעות השונות שהובעו בפסק-הדין, והוא הניתוח היסודי של לשון החוק, של תכלית החוק ושל השיקולים הנוגעים באותו מקרה, כבסיס להחלטה אם ניתן לשתף אנשים פרטיים בתפקידי הפיקוח בנסיבות המיוחדות של המקרה. זאת הדרך שבה ראוי להחליט בשאלת שיתופם של גורמים פרטיים בתפקידי פיקוח גם בנסיבות אחרות.

פרק ה: סמכויות הפיקוח

מנגנון פיקוח צריך סמכויות פיקוח.²⁸⁸ סמכויות פיקוח משרתות שתי מטרות עיקריות: הראשונה היא אכיפת הסדר הפיקוח שנקבע בחוק או בתקנות; והשנייה – השלמת ההסדר שנקבע בחוק או בתקנות על-ידי הוראות והנחיות. בדרך-כלל קשה להתוות גבול ברור בין השתיים.²⁸⁹

1. היקף הסמכויות

חוק המקים מנגנון פיקוח מצידד בדרך-כלל את המנגנון בסמכויות פיקוח.²⁹⁰ סמכויות

288 סמכויות פיקוח אינן סוג בפני עצמו של סמכויות מנהליות, אלא סמכויות מנהליות מסוגים שונים, כגון סמכויות של רישוי, ציווי, חקירה ועוד, המשמשות את הרשות המנהלית לצורך פיקוח. על הסוגים השונים של סמכויות מנהליות ראו זמיר, לעיל הערה 1, פרק 10: "הסמכויות למיניהן".

289 ראו לעיל את הדברים הצמודים להערות 193 – 196.

290 אף שעיקר הפיקוח נעשה באמצעות סמכויות המוקנות על-ידי חוק לרשות מנהלית או

הפיקוח שונות מעניין לעניין, כשם שמנגנון הפיקוח שונה מעניין לעניין, על-פי מהות העניין. עם זאת, יש גרעין של סמכויות פיקוח שחוקי הפיקוח מקנים בדרך-כלל למנגנון פיקוח. אלה הן הסמכות לחקור אדם, הסמכות להיכנס לחצרים פרטיים (אם כי הכניסה לבית-מגורים מחייבת צו שיפוטי), הסמכות לתפוס חפצים ומסמכים הקשורים לחשד שנעברה עברה על החוק, ועוד.²⁹¹ נוסף על אלה, חוקי הפיקוח עשויים להוסיף סמכויות מיוחדות למנגנון הפיקוח, ככל שנדרש על-פי צורכי העניין.²⁹²

הנה שתי דוגמות, מתוך דוגמות רבות, לסמכויות פיקוח שנקבעו בחוק. חוק ארגון הפיקוח על העבודה²⁹³ קובע כי שר העבודה ימנה מפקחי עבודה, ומסמיך כל מפקח כזה להיכנס "בכל עת לכל מקום שיש לו יסוד להניח כי מועבדים בו בני אדם", לבדוק במקום

למפקחים מטעם הרשות, הפועלים בתחום המשפט הציבורי, קיים גם מעין-פיקוח (או פיקוח דה-פקטו) הנעשה על-ידי אנשים פרטיים בכלים של המשפט הפרטי. פיקוח כזה יכול להיעשות, לדוגמה, באמצעות תביעה רגילה בנוזיקין נגד גוף מפוקח, בעילה של הפרת חובה חקוקה או בעילה של רשלנות או בעילה אחרת, בגין נזק שנגרם כתוצאה מהפרת כלל מכללי הפיקוח שנקבעו בחוק. פיקוח כזה יכול להיעשות גם באמצעות תובענה ייצוגית. תובענה ייצוגית אפשר להגיש לפי הוראת חוק המתירה הגשת תובענה כזאת בהקשר מסוים, כגון פרק 11 לחוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 29, או פרק 11 לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 43. ראו, לדוגמה: ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד (נו2) 787; עניין צ'רטוק, לעיל הערה 271. כמו-כן, ארגונים אורחיים שונים, כגון אגודות צרכנים, אגודות לשמירה על איכות הסביבה או אגודות להגנה על זכויות העובד, עשויים לקיים פיקוח בתחומים שונים של פעילות פרטית, לעיתים באמצעות תביעות משפטיות, לעיתים באמצעות הפגנות או משמרות-מחאה, ולעיתים באמצעים אחרים. ראו, לדוגמה, רותי סיני "ארגונים חברתיים עוברים לאכיפה: נלחמים במעסיקים על זכויות העובדים" (כותרת-משנה: "המצב הכלכלי עשוי להגביר האכיפה הפרטית - אבל זו שנויה במחלוקת גם בקרב ארגוני זכויות האדם") הארץ 23.2.2003, א8. נוסף על כך, לפני אדם או גוף פרטי שנפגע מהפרה של הסדר פיקוח על-ידי גוף פרטי פתוחה בעניינים מסוימים הדרך להגיש קובלנה פלילית פרטית נגד הגוף הפוגע. ראו, לדוגמה, סעיף 11(א) בחוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961, ס"ח 58. ראו גם סעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], לעיל הערה 250. אולם מאמר זה אינו דן בפיקוח כזה, שאפשר לכנותו פיקוח פרטי, להבדיל מן הפיקוח הציבורי.

291 לעיתים קרובות חוק המקים מנגנון פיקוח מקנה למנגנון סמכויות חקירה לפי סעיפים 2 ו-3 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) או לפי סעיפים 119 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, ס"ח 28, וכן סמכויות תפיסה מתוך הפרק הרביעי של פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

292 לדוגמה, חוק תאגידי מים וביוב, לעיל הערה 57, מקנה (בסעיף 130) לממונה לפי חוק זה סמכות להטיל "עיצום כספי" על אדם שהפר הוראות בחוק זה. על הסמכות לפי חוק זה ראו עוד להלן את הדברים הצמודים להערה 323.

293 חוק ארגון הפיקוח על העבודה, לעיל הערה 204.

כזה את המתקנים והתהליכים, לברר את הסיבות לתאונות-עבודה, לחקור כל אדם הנמצא במקום ולרשום פרוטוקול על החקירה, לבדוק כל פנקס ומסמך, ליטול דוגמות ולצלם עצמים, ולתת צווים מסוימים. חוק הרשות לפיקוח חקלאי²⁹⁴ קובע כי אם יש למפקח "יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לביצועו של הפיקוח החקלאי", הוא מוסמך לעצור כל כלי-הובלה ולערוך בו חיפוש, להיכנס לכל מקום לצורך חיפוש (אם כי לצורך כניסה לבית-מגורים נדרש צו חיפוש מאת שופט), לתפוס כל חפץ (לרבות כלי-הובלה) אם יש למפקח יסוד סביר להניח כי נעברה באמצעותו עברה שהפיקוח החקלאי חל עליה, לדרוש ידיעות, פנקסים ותעודות, ואם הוסמך לכך על-ידי השר לבטחון פנים – לחקור כל אדם בשל עברה על החוק המטיל פיקוח חקלאי.²⁹⁵ ניתן לומר, על יסוד הוראות הפיקוח בחוקים אלה ובחוקים אחרים, כי בדרך-כלל המחוקק מגלה הבנה לצורכי הפיקוח, מעוניין לאפשר פיקוח יעיל, ולשם כך מעניק לרשות המופקדת על הפיקוח ולמפקחים עצמם את הסמכויות הנדרשות ביד רחבה ובפירוט רב.²⁹⁶

גם בית-המשפט מגלה בדרך-כלל הבנה לצורכי הפיקוח וגישה חיובית לסמכויות הפיקוח. הפיקוח, על-פי טיבו, עלול אומנם לפגוע בזכויות חוקתיות ובזכויות אדם נוספות: בזכות הפרטיות, בזכות הקניין, בחופש העיסוק ובזכויות אחרות. עם זאת, מכיוון שהמחוקק מטיל את הפיקוח לתכלית ראויה בדרך-כלל, היא התכלית של הגנה על הציבור, ומכיוון שאין להשיג תכלית זאת ללא פיקוח יעיל, בית-המשפט נוטה לשרת את תכלית הפיקוח בדרך של פרשנות רחבה, ככל שנדרש בנסיבות העניין לצורך פיקוח יעיל.²⁹⁷ נטייה זאת באה לידי ביטוי, לדוגמה, בעניין איגוד שמאי ביטוח בישראל.²⁹⁸ כאן

294 חוק הרשות לפיקוח חקלאי, לעיל הערה 40.

295 מי שמפריע למפקח להשתמש בסמכויות פיקוח עובר עברה פלילית, אם לפי החוק המקנה את סמכויות הפיקוח ואם לפי חוק העונשין. ראו, לדוגמה, חוק ארגון הפיקוח על העבודה, לעיל הערה 204. ראו גם חוק העונשין, לעיל הערה 9, סעיף 288א ("הפרעה לעובד הציבור").

296 מן הצד האחר, בית-המשפט מצפה כי הרשות המופקדת על הפיקוח תפעיל את סמכויות הפיקוח כפי שנדרש בנסיבות המקרה. ראו, לדוגמה, עניין תשלובת ח. אלוני, לעיל הערה 190. לשאלה אם מחדל או רשלנות בהפעלת סמכויות פיקוח, שכתוצאה מהם נגרם נזק לאדם פרטי, עשויים לבסס עילה לתביעה בנוזיקין נגד הרשות המופקדת על הפיקוח, ראו: ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45; ע"א 653/97 חברת מרכז ברוך וצפורה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נג(5) 817. ראו גם ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק שני) משפט וממשל ג (תשנ"ה) 55, 64-78.

297 בין היתר פסק בית-המשפט כי מקום שהמחוקק הקנה לרשות מנהלית סמכות לתת רישיון, כגון רישיון ייבוא, "יש לייחס למחוקק את הכוונה לקיים פיקוח על שטח העניינים שבו נוגעת אותה פעולה, כדי למנוע סיכול המטרות שהיו לנגד עיניו ושיש לו עניין בהן". בהתאם לכך הרשות המנהלית מוסמכת, על-דרך הפרשנות, להתנות ברישיון גם תנאים מאוחרים. ראו עניין מלון נורדאו פלדה, לעיל הערה 186, בעמ' 1358.

298 עניין איגוד שמאי ביטוח, לעיל הערה 26, שם.

נידונה המשמעות של סעיף 60(א) לחוק הפיקוח על עסקי הביטוח,²⁹⁹ הקובע כי המפקח על הביטוח יברר את "תלונות הציבור", ושל סעיף 61, המסמיך את המפקח "להורות למי שהתלונה עליו לתקן ליקוי שהעלה הברור, בין למקרה שעליו התלונה ובין בדרך כלל". חברות הביטוח המשיבות במשפט זה טענו כי סעיפים אלה מסמיכים את המפקח לבדוק ולתת החלטה שמתייחסת למקרה מסוים לפי תלונה מסוימת, ואינם מסמיכים אותו להוציא הוראות כלליות ולקבוע הסדרים כלליים לחברות הביטוח. בית-המשפט דחה טענה זאת, כשהוא מסתמך הן על לשון החוק והן על תכלית החוק, שהיא, בראש ובראשונה, להגן על המבוטחים. בהתאם לכך אמר בית-המשפט:³⁰⁰

"לאור תכלית זאת, לא יהיה זה ראוי לתת לסמכות המפקחת פירוש צר, דהיינו להגביל את סמכות המפקחת לברור תלונה שהוגשה על-ידי מבוטח, להבדיל מתלונה שהוגשה על-ידי אדם או גוף אחר, או למנוע בעד המפקחת להורות על תיקון ליקוי באופן כללי ולחייב אותה לטפל באותו ליקוי באופן פרטני, פעם אחר פעם, כל פעם על יסוד תלונה חדשה, במאות ואלפי תלונות של מבוטחים. פירוש צר כזה ימנע הגנה נאותה מציבור המבוטחים בניגוד לתכלית החוק. לכן גם מטעם זה הפירוש הצר אינו פירוש ראוי."

דוגמה נוספת, קיצונית יותר, ניתנה בעניין קלקודה.³⁰¹ במשפט זה התעוררה שאלה לגבי סעיף 21 לחוק הרשות לפיקוח חקלאי,³⁰² הקובע כי אדם חייב למסור למפקח, לפי דרישתו, ידיעות, פנקסים ותעודות אחרות שלדעת המפקח יש במסירתם כדי להבטיח את קיומו של הפיקוח החקלאי: האם סעיף זה גובר על זכותו של אדם לא להפיל את עצמו?³⁰³ בית-המשפט השיב בחיוב. וכך אמר:³⁰⁴

299 חוק הפיקוח על עסקי הביטוח, לעיל הערה 4.
300 שם, בעמ' 643, דברי השופט זמיר. ראו גם: רע"א 2512/90 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער, פ"ד מה(4) 405, 419; בר"ע (ת"א) 2656/02 גולדברג לאורנס נ' ביטוח ישיר איי די איי חברה לביטוח בע"מ, דינים מחוזי לד(1) 76. השוו: בג"ץ 7824/98 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נד(3) 577; דנג"ץ 6127/00 המפקחת על הביטוח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(4) 937.

301 ראו עניין קלקודה, לעיל הערה 8, שם.

302 חוק הרשות לפיקוח חקלאי, לעיל הערה 40.

303 לשאלה זאת אין מקום, כמובן, כאשר החוק מקנה במפורש חסינות מפני הפללה עצמית. חסינות כזאת מוקנית גם בחוק הרשות לפיקוח חקלאי, שם, בסעיף 20(ג), לגבי "חקירה" של "אדם" על-ידי מפקח. אולם חוק זה אינו מחיל את החסינות על מסירת ידיעות, דוגמות, פנקסים ושאר תעודות למפקח. להפך, לגבי מסירת מידע כזה, שהיא הנושא שבנידון בעניין קלקודה, לעיל הערה 8, החוק מטיל חובה, בסעיף 21, למסור אותם למפקח לפי דרישתו.

304 ראו עניין קלקודה, לעיל הערה 8, בעמ' 765, דברי השופט חשין.

"אין צורך בהעמקת יתר כדי להבין ולידע כי בלא פיקוח הדוק וצמוד לא ניתן לקיים משטר של הסדר-מינהל (בתחום החקלאות ובכלל), וכי בלא שהרשות תקנה סמכות לקבל מידע ככל הניתן על הייצור והשיווק, לא יקום ולא יהיה פיקוח. מכאן הסמכויות הניתנות לרשות הפיקוח... קריאת הסמכויות המוקנות לרשות הפיקוח כמכלול תולכנו למסקנה כי בהיעדר סייג לסמכותו של מפקח לדרוש הצגתם של מסמכים – סייג מעין זה הקבוע בצדה של הסמכות לחקור אדם, כהוראת סעיף 20(ג) לחוק – חייב אדם להציג מסמכים כאשר יידרש, גם אם יש בהם כדי להפלילו. חקירות אלו, הגם שצבועות הן בצבע של עבירה פלילית, הינן מינהליות בעיקרן, והן מלבנתו של חוק הרשות. הפרת הנחקר חסינות-מהפללה לעניין הצגתם של מסמכים – כך, למשל, לעניין חשד שפלוני עבר על מכסתו – דמית למי שרוקן כלי מתוכנו."

ובהמשך אמר בית-המשפט, באותה רוח, כך:³⁰⁵

"נזכור כי המשטר המינהלי של קביעת מכסות בנוי כל-כולו על מסמכים שהיצרנים והמשווקים חייבים בהם: כך לעניין גידול, כך לעניין שיווק וכו'. לא יתואר פיקוח יעיל וראוי (בין השאר) אלא לאחר בדיקתם של מסמכים והצלבת האמור בהם עם האמור במסמכים אחרים. על רקע זה נקל לתאר כיצד יפוזן הפיקוח לכל-רוח – כמוהו כסביון-סבא בשלהי קיץ – אם תינתן לנחקר ולחשוד חסינות-מהפללה לעניין חיובם להציג מסמכים לחוקר. לא נוכל להגזים בחשיבות חובתו של נחקר להציג מסמכים לחוקר, ודומה שלא תהא זו הפרזת-מילים אם נאמר כי סמכות החקירה היא בליבתו ומליבתו של החוק. נדע מכאן, כי בהיעדר סייג מפורש לעניין חסינות-מהפללה, תכליתו של החוק מוליכה אותנו אל-מסקנה כי נחקר הנדרש להציג מסמכים לא תעמוד לו טענה של חסינות-מהפללה."

אכן, פירוש מרחיב. פירוש כזה מרחיב את גבולות הסמכות. עם זאת, אין הוא בא על-חשבון שלטון החוק. יש עדיין גבולות לסמכות, ובית-המשפט יקפיד עם הרשות שלא תחרוג מהם. יש מקום להקפיד עם הרשות במיוחד משום שהחוק נוהג להקנות את סמכויות הפיקוח, שפגיעתן בזכויות עלולה להיות קשה, לעובדי ציבור רבים, ויש מקום לחשוש מפני שימוש בלתי-ראוי בסמכות. מכל מקום, כמובן, סמכויות הפיקוח כפופות לאותן הלכות המגבילות את השימוש בסמכויות מנהליות בדרך-כלל, כלומר, להלכות בדבר

305 עניין קלקודה, שם, בעמ' 766, דברי השופט חשין. ראו גם עניין חדשות ישראל, לעיל הערה 27, שם. השו"ר ע"פ 4574/99 מדינת ישראל נ' לגזיאל, פ"ד (2) 289.

שיקולים זרים, סבירות, מידתיות וכיוצא באלה.³⁰⁶ אומנם, גם בנוגע לסמכויות הפיקוח, כמו בנוגע לסמכויות אחרות, בית-המשפט לא ישים את שיקול-הדעת שלו במקום שיקול-הדעת של הרשות המנהלית.³⁰⁷ בכלל זה, בית-המשפט לא יורה לרשות המנהלית אילו סמכויות, מבין סמכויות הפיקוח המוקנות לרשות, יש להפעיל במקרה מסוים.³⁰⁸ עם זאת, בית-המשפט יבקר את שיקול-הדעת שהופעל על-ידי הרשות המנהלית כדי לברר אם נפל בו פגם משפטי, ואם אכן נפל בו פגם כזה, הוא עשוי להתערב בהחלטת הרשות ולצוות עליה לפעול בדרך מסוימת, לפי נסיבות המקרה, ובכלל זה לצוות עליה כיצד להפעיל את סמכות הפיקוח.³⁰⁹

מכל מקום, בית-המשפט לא יתיר לרשות ליטול לעצמה סמכות שהחוק לא הקנה לה, ואשר אי-אפשר לראות בה סמכות-עזר, אף אם יש בה כדי לייעל את הפיקוח. ברוח זאת פסק בית-המשפט בעניין שיר הצפון.³¹⁰ הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נהריה נתנה לחברת שיר הצפון היתר בנייה. היא צירפה להיתר, בהתאם לתקנות התכנון והבנייה, תנאים בנוגע לבנייה בנושאים של בטיחות, הגנה על הסביבה ועוד. נוסף על כך היא צירפה להיתר דרישה להפקדת ערבות כספית "להבטחת מילוי כל תנאי ההיתר". האם היא רשאית לדרוש ערבות כזאת? הוועדה המקומית טענה כי רשימת התנאים שפורטו בתקנות התכנון והבנייה אינה רשימה ממצה, וכי ניתן להוסיף עליה תנאים שלא פורטו בתקנות. בית-המשפט קיבל טענה זאת. אי-לכך, הוסיפה הוועדה המקומית וטענה, מן הראוי לאפשר לה להוסיף גם תנאי בעניין ערבות כספית, שיש בו כדי לייעל את הפיקוח ולהבטיח את קיום יתר התנאים. אולם בית-המשפט לא קיבל טענה זאת. הוא קבע שתכלית החוק אינה מצדיקה הוספת תנאי זה, שאינו מתייחס לעצם הבנייה, ולכן אין להרשות תנאי זה אלא אם כן קבע זאת החוק במפורש. וכך אמר בית-המשפט:³¹¹

"המחוקק בוחר להעניק, מדי פעם בפעם, לרשויות הנוכרות בחקיקה

306 ראו, לדוגמה: בג"ץ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661; בג"ץ 2074/95 אגודת טכנאי השיניים בישראל נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד נג(3) 451.

307 ראו, לדוגמה, ע"א 2701/00 הדר נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד נו(1) 200.
308 ראו, לדוגמה, עניין תשלובת ח. אלוני, לעיל הערה 190, בעמ' 20. ראו גם בג"ץ 10202/01 ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(5) 713.

309 בעניין איגוד שמאי ביטוח, לעיל הערה 26, בעמ' 643-644, ציין בית-המשפט שקיימות שלוש דרכים עיקריות להתערבות בית-המשפט בהחלטת הרשות: דרך של התערבות צרה, דרך של התערבות רחבה ודרך-ביניים.

310 ע"א 630/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נהריה נ' שיר הצפון חברה לבניה בע"מ, פ"ד נב(3) 399.

311 ש"פ, בעמ' 412, דברי השופט אריאל. שאלה דומה התעוררה בעניין א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, לעיל הערה 87.

הרלוונטית את תפקיד הפיקוח על קיומו של החוק. פיקוח, מעצם הגדרתו, יכול לקבל גוון פסיבי או אקטיבי לפי האופי המוקנה לו על-ידי המחוקק. אולם, אין לטעות, לעניין זה, בין התפקיד, לתכלית החוק ולהקניית סמכויות בעלמא לרשות, רק משום שהוא תואם את הגדרת התפקיד כפי שהרשות רואה זאת. חוק התכנון והבניה הינו חלק ממערכת חקיקה כללית המחויבת לעקרון חוקיות המינהל. פועל יוצא הוא שסמכויות פיקוח אקטיביות יכולות לקום רק במקום שבו הוקנו סמכויות אלה במפורש.³¹²

2. הרתעה, מניעה וענישה

לקראת סיום, ראוי להוסיף הערות אחדות על המטרות של סמכויות הפיקוח. סמכויות פיקוח, כמו סמכויות אכיפה וענישה ככלל, נועדו בראש ובראשונה לשרת מטרה של הרתעה מפני הפרה של הסדרי הפיקוח. הצלחת הפיקוח נמדדת בעיקר על-פי הצלחת ההרתעה. אולם התנאי לכך שסמכויות הפיקוח יצליחו להיות סמכויות מרתיעות הוא שיוקם, כבר בשלב הראשון, מנגנון פיקוח גדול וחזק די הצורך להשריש את הנורמות שנקבעו בהסדר הפיקוח. אם כך ייעשה, יהיה אפשר לאחזר-מכן להקטין ולהחליש את מנגנון הפיקוח באופן הדרגתי ומבוקר. תהא זו טעות ללכת בדרך ההפוכה, כלומר, להקים מלכתחילה מנגנון קטן וחלש, מתוך מחשבה שאם יתברר לאחר זמן כי יש צורך בכך, יוגדל המנגנון ויחוזק. גישה כזאת עלולה לגרום יחס של זלזול כלפי הנורמות החדשות שנקבעו בהסדר הפיקוח, ולאחר זמן יהיה קשה הרבה יותר לשרש יחס זה, ויהיו דרושים משאבים רבים יותר לצורך זה. אף-על-פי-כן קורה כי בשל אילוצים תקציביים וסדרי עדיפויות, הממשלה אינה מקצה משאבים מספיקים להקמת מנגנון פיקוח יעיל, וכתוצאה מכך נפגעת רמת האכיפה של הנורמות שנקבעו בהסדר הפיקוח.

סמכויות פיקוח נועדו לשרת שתי מטרות עיקריות נוספות. ראשית, יש סמכויות פיקוח המשמשות את מנגנון הפיקוח באופן ישיר לאכיפת הסדר הפיקוח, כלומר, למניעת הפרה של הוראות ההסדר. כאלה הן, לדוגמה, סמכותו של מפקח עבודה להוציא צווים אשר אוסרים שימוש במכונות או בחומרים מסוימים או מחייבים לפעול באמצעים מסוימים לשם הרחקת סכנה, וסמכותו של יושב-ראש ועדה מקומית לתכנון ולבנייה לתת צו הפסקה מנהלי או צו הריסה מנהלי במקרה של בנייה בלתי-חוקית.³¹² חוק המקנה סמכות כזאת מוסיף בדרך-כלל הוראה המקנה זכות, למי שנפגע מהפעלת הסמכות, לביקורת שיפוטית על הצו בדרך של השגה מנהלית, ערר לבית-דין מנהלי, דרישת אישור מבית-משפט או הגשת ערעור לבית-משפט. בהעדר הוראה כזאת, פתוחה הדרך לביקורת שיפוטית על הצו לפני בית-המשפט הגבוה לצדק.

312 חוק ארגון הפיקוח על העבודה, לעיל הערה 204, סעיף 6; חוק התכנון והבנייה, לעיל הערה 13, סעיפים 224 ו-238א.

שנית, רוב סמכויות הפיקוח משמשות את מנגנון הפיקוח כדי לברר אם הסדר הפיקוח נשמר, ואם מתברר כי ההסדר הופר – לאסוף את הראיות הנדרשות כדי לנקוט אמצעים עונשיים נגד המפר. כאלה הן, בין היתר, סמכויות החקירה, החיפוש, הצילום והתפיסה של מסמכים. האמצעים העונשיים הם בדרך-כלל עונשים פליליים. חוק הקובע הסדר פיקוח נוהג להוסיף ולקבוע כי הפרה של ההסדר הינה עברה פלילית וכי עונשה הוא קנס או מאסר. גם אם חוק הפיקוח לא קבע כי הפרת ההסדר הינה עברה פלילית, אפשר שתהיה זאת עברה פלילית על-פי חוק העונשין.³¹³

בהתחשב במספרם העצום של הסדרי הפיקוח בתחומים רבים, וכן בהיקפם ובעוצמתם, אפשר להניח כי במקרים רבים יש יסוד לנקוט הליכים פליליים בגין הפרת ההסדרים. אולם נראה כי בפועל המקרים שבהם נפתחים הליכים פליליים בגין הפרה של הסדרי פיקוח הינם מעטים באופן יחסי. הסיבות לכך הן, כנראה, המשאבים הרבים הנדרשים לניהול הליך פלילי, והעומס הכבד המוטל על המשטרה, פרקליטות המדינה ובתי-המשפט בשל ריבוי ההליכים הפליליים בעברות חמורות. הרושם הכללי הוא שרמת האכיפה של רבים מחוקי הפיקוח הינה נמוכה.³¹⁴

מצב זה, וכן שיקולים עקרוניים, מעוררים את השאלה אם הליך פלילי הוא הדרך הראויה והיעילה ביותר לתגובה על הפרה של הסדר פיקוח. תשובה לשאלה זאת ניתנה בדברי ההסבר להצעת חוק העברות המנהליות. וכך נאמר בהם:³¹⁵

”ההתפתחות הגדולה של העת החדשה, בתחומים רבים של חיי החברה והמשק, הביאה עמה גם מספר גדול של חוקים חדשים המסדירים תחומים אלה, ובין היתר קובעים עונשים על הפרת ההסדרים. בעקבות חוקים אלה גדל מאוד גם ההיקף של חקיקת-המשנה, הכוללת תקנות המותקנות בידי שרים או רשויות אחרות וחוקי-עזר המוצאים בידי רשויות מקומיות, ואף אלה קובעים בדרך כלל עבירות ועונשים. התוצאה היא שבעשרות השנים האחרונות גדל לאין שיעור המספר הכולל של עבירות פליליות בספר החוקים ובקובץ התקנות. רוב העבירות הפליליות שנתווספו לאחרונה כאמור שונות באופיין מן העבירות הפליליות המסורתיות. לענין זה מקובל להבחין בין שני סוגים עיקריים של עבירות פליליות. על הסוג הראשון נמנות עבירות שמקובל

313 חוק העונשין, לעיל הערה 9, סעיף 286 (“הפרת חובה חקוקה”) וסעיף 287 (“הפרת הוראה חוקית”).

314 עבירות תעבורה הינן בגדר חריג המלמד על הכלל. הסיבה לריבוי ההליכים הפליליים בגין עבירות תעבורה נעוצה במנגנוני האכיפה המיוחדים לעבירות אלה, בעיקר משטרת התנועה ובתי-המשפט לתעבורה, שאינם אופייניים להסדרי פיקוח אחרים.

315 הצעת חוק העבירות המנהליות, התשמ”ה-1995, ה”ח 59 (להלן: הצעת חוק העבירות המנהליות).

לראות בהן פגיעה במוסר ואף קלון, כגון גניבה, שוד, תקיפה או אונס. לפי טבע הדברים, מעשים מסוג זה נחשבו עבירה פלילית בכל זמן ובכל מקום. אלה הן עבירות בעלות אופי פלילי מובהק, בלע"ז הן קרויות בשם Mala in se.

על הסוג השני של עבירות נמנים מעשים שלא היה מקובל לראות אותם כעבירה, ובדרך כלל אף לא כמעשים שיש עמם פגיעה במוסר או קלון, עד שהמחוקק אסר אותם. לפיכך הן קרויות בלע"ז בשם Mala prohibita. אלה הן, בדרך כלל, עבירות הנובעות מהסדרים חדשים באופן יחסי, שהונהגו על-ידי המחוקק בתחומים שונים, כגון נקיון ובריאות, בטיחות בדרכים ובמפעלים, תכנון ובניה, מסחר ומחירים, מיסוי וכיוצא באלה. עבירות אלה, שפעמים רבות נכשלים בהן אנשים במהלך עסקים רגיל, הן לעתים קרובות עבירות של אחריות מוחלטת הנוצרות אף בהעדר כוונה פלילית. המחוקק ראה צורך לקבוע עונשים על עבירות אלה כאמצעי לאכיפה של ההסדרים שנקבעו בחוק לטובת הציבור או חלק מן הציבור, כדי לקבוע דפוסי התנהגות חדשים ולהרתיע מפני הפרתם. לעבירות מסוג זה נקרא להלן בשם 'עבירות מינהליות'.

לאחר-מכן מפרטים דברי ההסבר את החסרונות העיקריים של ההליך הפלילי: המשאבים הרבים הנדרשים לקיום הליך פלילי; העדיפות הניתנת למלחמה בעבירות חמורות, וכתוצאה מכך הפגיעה הקשה באכיפת החוקים המסדירים; העומס המוטל על המערכת של אכיפת החוק; והכתם של הרשעה פלילית, שאינו הולם עברה מינהלית. בהמשך נאמר בדברי ההסבר כך:

"בשל חסרונות אלה של דרכי הענישה המקובלות, נעשה ניסיון למצוא דרכים חילופיות של ענישה על עבירות מינהליות. במדינות אחדות, ובהן שוויצריה וגרמניה המערבית, נתקבלו חוקים מיוחדים לענין זה. המכנה המשותף לחוקים אלה הוא, שמעשים המוגדרים כעבירות מינהליות אינם נדונים, בדרך כלל, בהליכים פליליים, אלא מענישים עליהם באמצעות קנסות המוטלים בידי עובדי ציבור שהוסמכו לכך."

לפיכך הוצע לחוקק את חוק העבירות המנהליות, שיקבע אפשרות של ענישה מינהלית בגין הפרת הוראות של חוקים מסדירים, כתחליף לענישה פלילית. אכן, חוק העבירות המנהליות³¹⁶ קובע הסדר מקיף של ענישה מינהלית, באמצעות קנסות מינהליים המוטלים על-ידי מפקחים ורשמים בגין עבירות מינהליות. עבירות מינהליות

316 חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985, ס"ח 31 (להלן: חוק העבירות המינהליות).

הן (לפי סעיף 1 לחוק) עברות (שנקבעו בתקנות) על חוקים המנויים בתוספת לחוק או על תקנות שהותקנו לפי חוקים אלה. משנקבעה עברה מסוימת כעברה מנהלית, אין היא חדלה להיות עברה פלילית, ותובע רשאי עדיין להגיש כתב-אישום בשל עברה כזאת, אולם (כפי שנקבע בסעיף 15 לחוק) רק "כאשר הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שירשמו, ובלבד שטרם שולם קנס מינהלי בשל אותה עבירה". על כך אמר בית-המשפט כי בעברה מנהלית חובה בדרך-כלל לנקוט הליך מנהלי, ורק במקרים חריגים ניתן להגיש אישום פלילי לבית-המשפט.³¹⁷

התוספת לחוק העברות המנהליות פירטה, עם חקיקת החוק, רשימה של שלושים ושניים חוקים מסדירים, ביניהם חוקי פיקוח מובהקים³¹⁸ וחוקים אחרים הכוללים הוראות פיקוח.³¹⁹ החוק קובע (בסעיף 4) כי "שר המשפטים רשאי להוסיף או לגרוע חוק מן התוספת, בהסכמת השר הממונה על ביצועו של אותו חוק ובאישור [ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת]". הכוונה הברורה של החוק היא שבאופן הדרגתי יוספו לתוספת חוקים מסדירים רבים, כדי להשיג את המטרה של שינוי הדרך הרגילה לאכיפת החוקים המסדירים מדרך פלילית לדרך מנהלית. אולם במשך השנים לא התגלתה נכונות רבה להוסיף חוקים לתוספת, אולי בשל חוסר היעילות של המנגנון לגביית קנסות מנהליים, ולפיכך התרחבה התוספת בקצב איטי. כיום התוספת מונה חמישים ושבעה חוקים. זהו מספר נכבד, אך המטרה טרם הושגה. גם כיום הדרך של עברה פלילית הינה הדרך היחידה לאכיפה של חוקי פיקוח רבים. הסבת האכיפה של חוקי פיקוח מן הדרך של עברה פלילית אל הדרך של עברה מנהלית עשויה לייעל את הפיקוח.³²⁰ מן הראוי, על-כן, להמשיך להוסיף חוקי פיקוח לתוספת. במקביל, מן הראוי לייעל את המנגנון לגביית קנסות מנהליים. היעד הוא שההליך המנהלי יהיה דרך רגילה לאכיפה של חוקי פיקוח, להוציא מקרים חריגים שנסיונותיהם מצדיקות הליך פלילי.

317 בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 509; בג"ץ 2126/99 דה ס נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נד(1) 468.

318 חוק איסור אפיית לילה, התשי"א-1951, ס"ח 61 (החוק בוטל בשנת 1998; ראו חוק איסור אפיית לילה (ביטול), התשנ"ח-1998, ס"ח 266); חוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983, ס"ח 128; חוק ארגון הפיקוח על העבודה, לעיל הערה 204; פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התשל"ל-1970, הנ"ח 337; פקודת בריאות העם, 1940; ועוד.

319 כגון פקודת המכס, 1957, ופקודת מס הכנסה [נוסח חדש], הנ"ח 120.
320 בן ציון ציטרין "רשות ני"ע פועלת להפיכת עבירות פליליות לאזרחיות ומינהליות" הארץ 4.3.2003, ג 111. בידיעה נכתב כדלקמן: "רשות ניירות ערך מתכננת מהפכה בהגברת האכיפה, שבמרכזה המרת עבירות פליליות לעבירות אזרחיות ומינהליות, הטלת כופר והפעלת צווי מניעה... לדבריה [של יועצת בכירה ליושב-ראש הרשות לניירות-ערך], האכיפה הפלילית אינה מתאימה עוד לטיפול ברוב העבירות... הניסיון שצברה הרשות בתחום קרנות הנאמנות הצדיק את הפיכת העבירות למינהליות ורמת העבירות ירדה... מנכ"ל איגוד החברות הציבוריות, גד סואן, אומר בתגובה כי הפיכת עבירות פליליות לאזרחיות ומינהליות ושימוש בקנסות יסייעו בהגברת האכיפה והתייעלות המערכת."

אפשר להסדיר את האכיפה המנהלית של חוק פיקוח, בדרך דומה לזו של חוק העברות המנהליות, גם בחוק הפיקוח עצמו. חוק הפיקוח יכול לקבוע הוראות המסמיכות את הגוף המפקח לפי אותו חוק להטיל עיצומים כספיים, שהינם במהותם קנסות מנהליים, על הפרה של הוראות הפיקוח. לדוגמה, לפי חוק מס ערך מוסף,³²¹ ניתן במקרים מסוימים לא רק להגיש אישום פלילי, אלא גם לחייב בכפל מס (לפי סעיף 50(א)) ואף להטיל קנס מנהלי (לפי סעיף 95(א)).³²² בדרך דומה הולך גם חוק תאגידי מים וביוב.³²³ החוק קובע (בסעיפים 130-137) כי הממונה לפי אותו חוק רשאי, אם יש לו "יסוד סביר להניח" כי אדם הפר הוראות או כללים מסוימים לפי אותו חוק, להטיל על אותו אדם קנס בשיעור מסוים; ואם הפר הוראות או כללים אחרים, וכן בהפרה נמשכת או בהפרה חוזרת - להטיל קנסות בשיעורים גבוהים יותר. הקנס יוטל על-ידי הממונה לאחר שניתנה לאותו אדם הזדמנות להשמיע את טענותיו, והוא ניתן לערעור לפני בית-משפט השלום. בדרך זאת אפשר לקבוע בחוק הפיקוח הוראות לאכיפה מנהלית המתאימות במיוחד לעניין הנידון. בעניינים מסוימים דרך זאת עשויה להיות עדיפה, מטעם זה, על הדרך של חוק העברות המנהליות.³²⁴

כך או כך, מכיוון שההצלחה של חוק פיקוח נמדדת בדרך-כלל בהצלחת האכיפה של הוסדר הפיקוח, מן הראוי לבדוק את מצב האכיפה של חוקי הפיקוח, ואם האכיפה לקויה, מן הראוי לברר את האפשרות לנקוט אמצעים שונים מן האמצעים הקיימים לצורך האכיפה של הוסדר הפיקוח, ובמיוחד את האפשרות להעניק סמכות למנגנון הפיקוח להטיל קנסות מנהליים.

פרק ו: סיכום

הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית הינו תפקיד מרכזי של כל משטר. הוא מורכב משני חלקים עיקריים: הראשון - הסדרה של פעילות פרטית באמצעות כללים הנקבעים בחוקים, בתקנות ובהוראות מנהל; והשני - אכיפת הכללים, הכוללת הן מניעה של הפרת הכללים והן ענישה על הפרה כזו. המטרה הראשית של הפיקוח היא להגן על האינטרס הציבורי מפני שימוש לרעה בכוח פרטי, כגון הכוח של בעל-מקצוע או הכוח של בעל עסק, ולשפר

321 חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, ס"ח 52.

322 באופן עקרוני, אין מניעה להגיש אישום פלילי בגין מעשה ובמקביל להטיל בגינו גם קנס מנהלי, ובלבד שהמשקל של העיצומים יעמוד במבחן המידה הראויה. ראו ע"א

1497/01 הובר נ' הממונה האזורי מע"מ, חיפה, פ"ד נו(5) 947.

323 חוק תאגידי מים וביוב, לעיל הערה 57.

324 ראו גם חוק משק הגז, לעיל הערה 46, סעיף 77.

את האיכות של שירותים ומצרכים שגורמים פרטיים מספקים לכלל הציבור. הצורך בפיקוח כזה גבר לאחרונה בעקבות תנועת ההפרטה, המעבירה תפקידים ומפעלים, במדינת ישראל כמו במדינות אחרות, מן המנהל הציבורי אל גורמים פרטיים.

הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית נחשב לחיוני ומועיל, אך הוא גם פוגע ומאיים. בראש ובראשונה טמונה בו סכנה לזכויות היסוד של האדם, ובמיוחד לחופש העיסוק. פיקוח עודף עלול להזיק גם למשק הלאומי ולמרקם החברתי. מכאן הצורך למצוא את האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי בקיום הפיקוח לבין הנזק לפרט, ובעקיפין גם לציבור, הטמון בקיום פיקוח במידה העולה על הנדרש.

במדינת ישראל קיים מאז ומתמיד פיקוח רחב ועמוק. הוא משתרע כמעט על כל הפעילות העסקית והמקצועית, וכן על תחומים רבים של פעילות חברתית. תנועת ההפרטה לא צמצמה – ולא ראוי שתצמצם – את היקף הפיקוח. עם זאת, היקף הפיקוח, המצוי והרצוי, והבעיות הכרוכות בפיקוח לא נחקרו כמעט. מאמר זה מבקש לתת תמונה כללית של המצב המשפטי בתחום הפיקוח, הלכה למעשה, ולהציג בעיות אחדות בתחום הפיקוח.

הפיקוח מוטל בדרך-כלל על-ידי חוק אשר קובע הסדר פיקוח בתחום מסוים, למשל בתחום העיסוק בניירות-ערך, ולעיתים קרובות גם מקים מנגנון מיוחד לפיקוח על ההסדר. בישראל קיימים חוקים רבים כאלה, העוסקים בפיקוח בנושא בלעדי או עיקרי.

חוק פיקוח פוגע בדרך-כלל בזכות היסוד של האדם, על-פי-רוב בחופש העיסוק. מכיוון שכך, הוא חייב לעמוד בדרישות שנקבעו בפסקת ההגבלה של חוקי היסוד, ובמיוחד בדרישת המידתיות, כתנאי לפגיעה בזכויות היסוד. לעיתים קרובות החוק מסמיך רשות מנהלית, על-פי-רוב שר, להטיל פיקוח באמצעות תקנות ולקבוע הסדר פיקוח הפוגע בזכויות יסוד בתחום מסוים. או-אז מתעוררות שתי שאלות: ראשית, אם נדרש שהחוק עצמו יקבע את ההסדר הראשוני של הפיקוח; ושנית, אם ההסמכה שניתנה בחוק לפגוע בזכות הינה הסמכה "מפורשת", כנדרש בחוקי היסוד.

החוקים והתקנות הקובעים הסדרי פיקוח מיושמים בדרך-כלל באמצעות הוראות מנהל על-ידי מנגנוני פיקוח מסוגים שונים. מנגנון הפיקוח נקבע בכל חוק בהתאם לצורך ובהתחשב במשאבים שהוקצו לאכיפת ההסדר שנקבע באותו חוק. על-פי-רוב החוק מקים מנגנון ציבורי. יש שהמנגנון מוקם במתכונת של מחלקה במשרד ממשלתי, המפעילה פקחים, ויש שהוא מוקם במתכונת של תאגיד נפרד, דוגמת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. לשאלה מהי המתכונת העדיפה אין תשובה ברורה. מכל מקום, המנגנון הציבורי לוקה לעיתים קרובות במשאבים דלים, הפוגעים באכיפה, ולעיתים גם בפוליטיזציה הנובעת מן השר הממונה על המנגנון. בשל כך הולכת ומתרחבת המגמה להסתייע גם במנגנון פרטי לצורך האכיפה של הסדרי פיקוח. אולם השאלה העולה היא אם ניתן, ועד כמה ניתן, למסור את תפקיד הפיקוח – בדרך של אצילה או בדרך אחרת – לגורם פרטי.

מנגנון הפיקוח מצויד בדרך-כלל, מכוח חוק הפיקוח, בסמכויות רחבות של אכיפה: חקירה, חיפוש, תפיסה, ציווי ועוד. סמכויות אלה משמשות לצורך מניעה ולצורך ענישה. הענישה נעשית על-פי-רוב בדרך של הליך פלילי, אולם דרך זו יקרה, ממושכת ומורכבת.

המשאבים הכספיים של החברה אינה מספיקים להבטחת אכיפה יעילה של חוקי הפיקוח הרבים בדרך זאת. דומה שדרך זאת גם אינה הולמת מקרים שגרתיים של הפרת הסדר פיקוח. מכל מקום, חוקי פיקוח רבים אינם נאכפים כראוי. עדיף ללכת במקרים כאלה בדרך של אכיפה מנהלית, ולא פלילית, ובעיקר בדרך של קנסות מנהליים המוטלים על-ידי מנגנון הפיקוח.

לסיכום, הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית, כפי שהוא קיים בישראל, משפיע במידה רבה על אורחות החיים של כל אדם ועל מרקם החיים של החברה כולה. יש תועלת בפיקוח כזה, אך יש סכנה בפיקוח שאינו יעיל, ויש גם נזק בפיקוח עודף. כדי להגיע לאיזון ראוי, יש לחקור קודם-כל באופן שיטתי את הבעיות הקיימות בתחום הפיקוח מבחינה משפטית ומבחינות אחרות. עד כה הוזנח תחום זה במחקר.