

משפט וסביבה – סדנת פרופ' יובל לוי ושות'
The Prof. Yuval Levy & Co. Law and Environment Workshop

משפט וסביבה – מאמרים בדרך
Law and Environment Working Papers

5/5775

נשימה לרווחה? הרחבה וצמצום כטכניקה חקיקתית
בחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008

עמרי רחום-טוויג
אוניברסיטת תל-אביב
מרכז מיתר
(עם נמרוד אברמוב)

2 דצמבר 2014

Workshop Coordinators:

Prof. Issachar Rosen-Zvi
issirz@post.tau.ac.il

Dr. David Schorr
dschorr@tau.ac.il

מנחי הסדנה:

פרופ' יששכר רוזן-צבי
issirz@post.tau.ac.il

ד"ר דוד שור
dschorr@tau.ac.il

נשימה לרווחה? הרחבה וצמצום כטכניקה חקיקתית בחוק אוויר נקי

התשס"ח-2008

נמרוד אברמוב* ועמרי רחום-טוויג**

תקציר

ברשימה זו נמשיג ונדון בטכניקת החקיקה של הרחבה וצמצום. בפרט, נעסוק בצמצום של הגדרות תחולה רחבות ואיסורים גורפים, הנעשה על ידי דלגציה של שיקול הדעת להתוות את התחולה המדויקת של הכלל המשפטי לרשות המינהלית. חוק אוויר נקי, התשס"ח-2008 ישמש לנו מקרה מבחן באמצעותו נאפיין וננתח שלושה סוגים של דלגציה אפשרית. סוג ראשון של דלגציה מתאפיין בהגדרת רשימת שיקולים אשר בשים לב אליהם על הרשות המינהלית להפעיל את שיקול דעתה (שיקול דעת מונחה רשימת שיקולים). סוג שני של דלגציה הוא מתן שיקול דעת מוחלט לרשות המינהלית להתוות את תחולתה המדויקת של הנורמה שהוגדרה בחקיקה ראשית (שיקול דעת מוחלט). סוג שלישי ואחרון של דלגציה הוא התוויית שיקול הדעת של הרשות המינהלית באמצעות הפניית לקביעות ערכיות מוגדרות ממקור חיצוני (שיקול דעת מבוסס קו-בסיס). הרשימה תציע הסברים אפשריים לקיומה של טכניקת החקיקה המתוארת כמו יעילות, פרגמטיות ואסטרטגיה וכן ביקורות על השימוש בטכניקה זו המתבססות על גישת ה-Public Choice. בנוסף, נציג יתרונות מסוימים הגלומים בשימוש בטכניקה זו, ובפרט את האפשרות שקיים ערך הצהרתי עצמאי הנלווה להגדרות תחולה רחבות. לבסוף, נדון בהשלכות השונות של סוגי הדלגציה השונים שהוצגו כפי שהם באים לידי בחוק אוויר נקי, וזאת על ידי בחינת השפעת השימוש בהם על היחס שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת והרשות המבצעת בשים לב לעקרון ההסדרים הראשוניים ולאפשרות הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל. הדיון בהשלכות השונות של סוגי הדלגציה יאפשר לנו להציג מדרג איכותי של שימוש בכל אחד מהם ובכך להבהיר את חשיבות הניתוח העיוני-משפטי של טכניקת חקיקה זו ושל טכניקות חקיקה בכלל.

א. מבוא – תורת החקיקה וטכניקה חקיקתית.....2

ב. הגדרות תחולה רחבות וצמצומן על דרך דלגציה כטכניקה חקיקתית.....4

1. הרחבה וצמצום בחקיקה - כללי.....4

* תלמיד לתואר שני במשפטים (LL.M), אוניברסיטת ניו-יורק (NYU School of Law). ראשיתו של מאמר זה בעבודה שהוגשה במסגרת לימודי לתואר ראשון בפקולטה למשפטים בתל-אביב, במסגרת הקורס "משפט סביבתי" של ד"ר דוד שור. לולא תמיכתו הרבה שורות אלה לא היו נכתבות, ועל כך נתונה לו תודתי הכנה.

** תלמיד לתואר שלישי (Ph.D), הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב; עמית מחקר במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים.

נבקש להודות לשופט יורם דנציגר, לשופטת דפנה ברק-ארז, לפרופ' נילי כהן, לרות דגן, לשרון ידן, לאלי בלכמן, לאלרן שפירא בר-אור, לכרמל בן-צור ולליהי קושניר על הערותיהם המועילות לגרסה מוקדמת של המאמר. תודה מיוחדת ליאנה רבינוביץ', לחגי קלעי ולעומר נצר על הערותיהם החשובות לגרסה הנוכחית של המאמר. לבסוף ברצוננו להודות לחברי מערכת חוקים על עבודתם המצוינת.

6	2. הרחבה וצמצום בחקיקה רגולטורית - דוגמות
9	ג. חוק אוויר נקי כמקרה מבחן – הרחבה וצמצום על דרך הדלגציה
9	1. הרחבה
10	2. צמצום - שלושה סוגים של דלגציה
10	2א. שיקול דעת מונחה רשימת שיקולים
13	2ב. שיקול דעת מוחלט לכאורה
14	2ג. שיקול דעת מבוסס קו-בסיס (baseline)
15	ד. דיון – הסברים, ביקורות, ונקודת אור
15	1. ההסברים האפשריים לשימוש בטכניקה
17	2. ביקורות אפשריות על השימוש בטכניקה, וגישות ה-Public Choice
23	3. נקודת אור - הערך ההצהרתי הגלום בטכניקה
26	ה. השלכות אפשריות של סוגי הדלגציה
26	1. היחס בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת – הסדרים ראשוניים
32	2. היחס בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת - ביקורת שיפוטית
37	3. איזון כולל – איזו דלגציה עדיפה?
39	ו. סיכום

א. מבוא – תורת החקיקה וטכניקה חקיקתית

המונח תורת המשפט (jurisprudence) מוכר לכל מי שהחל את שנת לימודיו הראשונה לתואר במשפטים. להבדיל מכך, תורת החקיקה (legisprudence) הוא מונח המוכר למשפטנים מועטים והיה מצוי, לפחות עד העת האחרונה, בשולי השיח המשפטי האקדמי. תורת החקיקה היא שם קוד לגישות שונות המבקשות להבין ולהמשיג את התיאוריות והטכניקות העומדות בבסיס מלאכת החקיקה.¹ תורת החקיקה יוצאת נגד התפיסה לפיה מלאכת החקיקה היא תופעה פוליטית בלבד, ומבקשת להבין את המאפיינים התיאורטיים שלה כחלק מעולם המשפט.² מעבר להמשגה התיאורטית הנפרדת, אחת ממטרותיה העיקריות של תורת החקיקה היא להביא לשיפור באיכותה של מלאכת החקיקה ותוצריה.³

¹ Luzius Mader, *Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation*, 22 STATUTE L. REV. 119, 119 (2001); Luc J. WINTGENS, LEGISPRUDENCE: PRACTICAL REASON IN LEGISLATION 1 (2012).

² Luc J. Wintgens & Philippe Thion, *Introduction*, in LEGISLATION IN CONTEXT: ESSAYS IN LEGISPRUDENCE ix (Luc J. Wintgens ed., 2007); WINTGENS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1; Luc J. Wintgens, *Legisprudence as a New Theory of* Legislation 19 RATIO JURIS 1 (2006).

³ Mader, לעיל ה"ש 1, בעמ' 119; Wintgens, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1-2.

אחד ההסברים ל"התעלמות" המשפטית מתורת החקיקה נעוץ במרכזיותו של ה"לגליזם" – התפיסה לפיה התנהגות מוסרית היא נגזרת של ציות לכללים – כבסיס לשיטות המשפט.⁴ תחת תפיסה לגליסטית, החוק כתופעה משפטית נתפס כנתון מראש וכתופעה שאין צורך לתור אחר ההצדקות והמקורות לקיומה. משכך, מספר כותבים הצביעו על כך שהתורה המשפטית שמה דגש כמעט בלעדי על השופט ועל ההליך השיפוטי כתופעה שאותה יש צורך להסביר במונחים תיאורטיים ולחקור את ההיבטים הטכניים שלה.⁵ ברור, אם כן, כי אחת ממטרותיה של תורת החקיקה היא למקם את הזרקור על המחוקק כסוכן המרכזי אליו היא מתייחסת.⁶ כתיבה משפטית המתמקדת בהליך החקיקה ובמחוקק נעשית משמעותית יותר גם בישראל.⁷ יש לשער כי כתב העת הנוכחי ישמש במה מרכזית לדיונים בתחום זה.

נדרש להבהיר כי תורת החקיקה מבקשת להתייחס לתחומים רבים. בין תחומים אלו ניתן למצוא טכניקות חקיקה, ניסוח חקיקה, תקשורת חקיקתית, תהליכים חקיקתיים, ניהול של פרויקטים חקיקתיים, היבטים חברתיים של חקיקה וכמובן תיאוריה של חקיקה.⁸ ברשימה זו נבקש להתמקד בטכניקות חקיקה, ובפרט בטכניקת חקיקה הבאה לידי ביטוי בחקיקת הגדרות והוראות תחולה רחבות וצמצומן בהמשך על ידי הוראות אחרות. נדגיש כבר עתה, כי הכתיבה העוסקת בהמשגה של טכניקות חקיקה שונות ובחינה של מאפייניהן הינה מצומצמת ביותר וכי, למיטב הבנתנו, ההמשגה של הטכניקה אליה נתייחס ברשימה זו היא פרי מחשבתנו ואינה נסמכת על ספרות קיימת.⁹

לצורך המשגת טכניקת החקיקה של הרחבה וצמצום, ובפרט את ביטויי השונים של רכיב הצמצום, נבקש להתמקד בחוק אוויר נקי, התשס"ח–2008 (להלן: חוק אוויר נקי או החוק) ובהוראותיו השונות כמקרה מבחן. טענתנו תהיה כי חוק אוויר נקי, כמו גם חקיקות סביבתיות שקדמו לו, מהווה דוגמה לחקיקה המכילה הוראות והגדרות בעלות תחולה רחבה אשר מצומצמות באופן ניכר מיד בסמוך להופעתן. ואולם, בניגוד לחוקים בהם פעולת הצמצום נעשית על ידי המחוקק הראשי, נבקש להראות כי במסגרת חוק אוויר נקי פעולת הצמצום נעשית על דרך הדלגציה (אצילה).

⁴ Luc J. Wintgens (ed.), *Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence*, in LEGISPRUDENCE: A NEW THEORETICAL APPROACH TO LEGISLATION 9, 10-14 (2002).

⁵ שם; Imer B. Flores, *Constitutionalism v. Legalism: The Quest for Legisprudence*, in THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION: ESSAYS IN LEGISPRUDENCE 26 (Luc J. Wintgens ed., 2005); Wintgens & Thion, לעיל ה"ש 2, בעמ' ix; WINTGENS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1-2.

⁶ יש להבהיר כי איננו טוענים שכתובה תיאורטית מסוגים שונים מעולם לא התמקדה במחוקק כסוכן נפרד. אדרבא, תורות משפט שונות עוסקות בהגדרת מקור כוחו של המשפט או החוק וכן במגבלות המוטלות על הריבון. כך גם תחומי ידע חוץ משפטיים עוסקים לעיתים בפעולת החקיקה ובתהליכים השונים הכרוכים בה. כל שברצוננו להדגיש במסגרת המבוא לרשימה זו הוא כי קיים זרם בספרות האקדמית המשפטית המקדיש בשנים האחרונות שיח נפרד לפעולת החקיקה כפעולה משפטית וכחלק מעולם המשפט, וכי בכונתנו למקם את הדיון המוצע ברשימה זו במסגרת אותו שיח.

⁷ איתי בר-סימן טוב "דיני חקיקה" (עתיד להתפרסם, עיוני משפט לו, 2014); יניב רוזנאי "חוקי היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199 (2012); חגי קלעי "מעבר לאיזונים ובלמים – הדיאלוג בין הרשויות כבסיס לשינוי חברתי" (הרשימה זמינה בכתובת http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2438200).

⁸ Mader, לעיל ה"ש 1, בעמ' 120.

⁹ יחד עם זאת, יש לציין את כתיבתה של וסטרמן (Westerman) המתייחסת לצורת חקיקה ממשלית (governance). וסטרמן ממשיגה צורת חקיקה זו כחקיקה מכוונת מטרות אך לא מכוונת אמצעים, קרי, מגדירה את היעד אליו היא מכוונת מבלי לפרט את הדרך המתאימה להגיע אל אותו יעד. ראו: Pauline Westerman, *Governing By Goals: Governance as a Legal Style*, 1 LEGISPRUDENCE 51 (2007). במובן מסוים, גם ההמשגה אותה נערוך ברשימה זו מתייחסת למצב בו המחוקק מגדיר מטרה מסוימת אך "נכשל" בהתוויית הדרך להגשים את אותה מטרה.

זהו המקום לציין כי חוק אוויר נקי אינו עשוי מקשה אחת. מדובר בחוק רחב היקף הכולל הסדרים רבים, וגם הסדרי החקיקה המופיעים בו הם מגוונים. לצורך רשימה זו בחרנו להתמקד בשלושה סוגים של דלגציה ולהציע כלים לניתוח אשר יהיו יפים לדעתנו, בשינויים המחויבים, גם לגבי סוגים נוספים של דלגציה ולטכניקות חקיקה אחרות.

לאחר שנמשיג את טכניקת החקיקה כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק אוויר נקי, נעמוד על הערכים והרציונלים העומדים בבסיס טכניקת ההרחבה כמו גם על ביקורות אפשריות שניתן למתוח על השימוש בה. עוד נדון בנקודת אור שניתן לייחס לטכניקה המדוברת, אשר עניינה בערך ההצהרתי הנלווה לשימוש בטכניקת החקיקה הנדונה. לאחר מכן נדון בהשלכות האפשריות של פעולת הצמצום על דרך הדלגציה.

נדרש להבהיר כי איננו מתיימרים לנסות ולנבא את מידת ההצלחה של החוק דרך הדיון בטכניקה המוצגת. כידוע, הצלחתו של חוק תלויה בגורמים אין-ספור. הדבר נכון במיוחד בשדה הרגולציה הסביבתית, המושפע מרבדים נורמטיביים רבים שאינם נשלטים באופן ישיר על ידי המחוקק והממשלה.¹⁰ בחינת יישומו של חוק הלכה למעשה גם מחייבת עריכת מחקרים אמפיריים. בהתחשב בכך שמדובר בחוק המצוי בראשית דרכו, עוד מוקדם לבחון את מידת יישומו של החוק הלכה למעשה. מטרתנו במאמר זה היא צנועה יחסית, והיא להצביע על הטכניקה המדוברת ולהציג משתנים שיש לדעתנו לקחת בחשבון בעת ניסוח החקיקה והתוויית דרך הדלגציה הרצויה, בשים לב לעלויות ולתועלות של כל אחד מסוגי הדלגציה.

סדר הדיון במאמר יהיה כדלקמן: **בפרק ב** נמשיג את טכניקת החקיקה של הרחבה וצמצום ונדגים כיצד היא באה לידי ביטוי בדברי חקיקה רבים. **בפרק ג** נציג את חוק אוויר נקי כביטוי יחסית מתוחכם של טכניקה חקיקתית זו, ונדגים את הצמצום בחוק דרך הצגת שלושה סוגים של דלגציה. **בפרק ד** נערוך דיון אשר במסגרתו נציג את ההסברים האפשריים לשימוש בטכניקה, את הביקורות שניתן למתוח על השימוש בה ונזהה נקודת אור ביחס אליה. **בפרק ה** נציג את ההשלכות האפשריות של סוגי הדלגציה השונים, ונתמקד בהשפעה האפשרית של כל דלגציה על דוקטרינת ההסדרים הראשוניים ועל הביקורת השיפוטית שתופעל על ההחלטות שיתקבלו על ידי הרשות המינהלית. **בפרק ו** נסכם את הדיון.

ב. הגדרות תחולה רחבות וצמצומן על דרך דלגציה כטכניקה חקיקתית

1. הרחבה וצמצום בחקיקה - כללי

פעמים רבות המשפט (הן החקוק, הן הפסוק) בנוי על דרך של קביעת כללים וסייגים וחריגים לכללים. ניסוח כללים גורפים לכאורה וצמצומם היא שיטה חקיקתית נפוצה עד מאוד. לאמיתו של דבר, טכניקה זו נשמעת כמעט מובנת מאליה. במובן הפרוזאי ביותר, יש לשער כי קל יותר למחוקק לנסח כללים רחבים ואז בכללים אחרים לסייג את התחולה הגורפת. כך למשל, יש להניח כי פשוט יותר עבור המחוקק לנסח כלל מסוג "פעולה X אסורה", ולצידו כלל נוסף הקובע "חרף האמור לעיל, פעולה X תהיה מותרת בנסיבות המפורטות", על פני כלל הקובע כי "פעולה X אסורה בנסיבות Y ו-Z" או "פעולה X מותרת בנסיבות Y ו-Z". לכאורה, שיטת הניסוח אינה אמורה להשפיע על תחולת החוק. אולם לאמיתו של דבר, בהפרדת הכללים מבהיר המחוקק

¹⁰ לדיון ראו יאיר עמיחי-המבורגר ואורן פרוז "ניהול סביבתי עצמי: אפקטיביות, שינוי ארגוני ולקחים למערכת הרגולציה הסביבתית" מחקרי משפט כה 633 (2009).

מהו החריג ומהו הכלל, וגם בכך יש ערך, גם אם בסופו של יום התוצאה המעשית של שני הניסוחים האפשריים נראית זהה.¹¹ יחד עם זאת, נדרש להבהיר את המובן מאליו והוא כי אין מדובר בכורח לשוני או לוגי, אלא בטכניקה אפשרית בלבד.

באופן כללי, טכניקה חקיקתית של הרחבה וצמצום יכולה לבוא לידי ביטוי בשלל מקרים אפשריים. לעיתים ההרחבה והצמצום ייעשו במסגרת אותו חוק ממש.¹² לעיתים ההרחבה תיעשה בחקיקה ראשית כאשר הרשות המינהלית תוסמך לצמצם את הקביעה הגורפת. אכן, חקיקות רבות יכולות לענות על ההגדרה (הנרחבת) של הטכניקה הכללית המוצגת. ואולם, במסגרת רשימה זו לא נדון בכל חקיקה המגדירה איסורים גורפים ומצמצמת אותם. הרשימה תעסוק בקביעת כללים מרחיבים ביותר כאשר צמצומם נמסר על דרך של דלגציה לרשות המינהלית שהופקדה על יישום החוק. לצורך הדיון נתמקד בחקיקה רגולטורית, כלומר, חקיקה ראשית שעניינה הוא ברגולציה של תחום פעילות במשק (בעיקר) על ידי גופים מינהליים.¹³

יוער כי יש הסבורים שחקיקה ראשית אינה נכללת במינוחים המקובלים שניתנים לתחום של "רגולציה".¹⁴ אולם מובן הוא כי החוק המסמך את רשויות המינהל שעסוקות ברגולציה הוא המסד לעולם הרגולטורי. הסמכות היא מושג יסודי בדיני המשפט המינהלי והיא באה לידי ביטוי בעקרון חוקיות המינהל.¹⁵ מכאן, מובן הוא כי לחקיקה הראשית יש מקום נכבד ברגולציה. יחד עם זאת, חלק ניכר מהתובנות ברשימה יהיו יפות גם ביחס לטכניקה של הרחבה וצמצום בדברי חקיקה אחרים, שאינם קשורים באופן ישיר למונח

¹¹ דוגמה מעשית לכך ניתן למצוא ביחס לכלל הבסיסי הקובע את זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לאכיפת החיוב. כידוע, אכיפת חוזה כפופה לחריגים שונים, כאשר אחד מהם מתייחס לכך שאין להורות על אכיפת החוזה מטעמי צדק (סעיף 3(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971. בשיטת חקיקה מעין זו קיים חשש מובנה כי החריג יפורש באופן נרחב מה שיביא לאמיתו של דבר לעליונותו על הכלל. אולם הקביעה המשפטית ההצהרתית הגורפת לפיה הנפגע הוא שזכאי לבחור את התרופה (על פי סעיף 2 לחוק התרופות), הובילה להכרה מצומצמת בחריגים לאכיפה. לניתוח ראו נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" **עיוני משפט** לג 241 (2010); נילי כהן "בחירת המפר" (עתיד להתפרסם, 2014). כן ראו ע"א 5131/10 **אזימוב נ' בנימיני** (פורסם בנבו, 7.3.2013), בו נשללה בנסיבות אותו עניין האפשרות לסייג את זכותו של הנפגע מהפרה לאכיפת החוזה נוכח מצוקה רגשית אליה נקלעה מוכרת של נכס. קביעה זו נעשתה בין היתר על יסוד ההכרה ביחס שבין הכלל (נפגע מהפרת חוזה זכאי לאכיפת החיוב) לבין החריג (ניתן לסייג זכות זו על יסוד נסיבות חריגות המנויות בחוק). העובדה כי המחוקק הצהיר מפורשות על זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לאכיפת החיוב, תוך שבהוראה אחרת הוא התיר לכרסם בנסיבות מסוימות בזכות זו, תומכת אפוא ביצירת מדרג נורמטיבי המבהיר מהו הכלל ומהו החריג לו.

¹² דוגמה לכך ניתן למצוא במסגרת פקודת מס הכנסה. למקרא הוראות הפקודה ניתן להבין ש' 2 על תתי סעיפים מכיל את הוראות הפקודה על כל אדם בישראל ועל כל הכנסה שתצמח מכל מקור שהוא, זאת בייחוד לאור ס' 10(2) שהוא סעיף סל כללי. לצד זאת, בהמשך הפקודה מפרט סעיף 9 על תתי סעיפיו (למעלה מ-30 במספר) פטורים ממס לגבי מקורות הכנסה ופעילויות שונים. דוגמה נוספת לכך קיימת גם בחוק ההגבלים העסקיים. ראו להלן בפרק (ב2).

¹³ נדרש לציין כי הרגולציה המינהלית הפורמאלית נעשית משמעותית יותר בעידן הנוכחי נוכח ההפרטה הגוברת והולכת של שירותים רבים שסופקו בעבר על ידי המדינה. ראו דפנה ברק ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** ל 461 (2008).

¹⁴ ראו, למשל, דוד לוי-פאור, נעם גדרון וסמדר מושל "הגירעון הרגולטורי של עידן ההפרטה" **מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הפרטי לציבורי** (2013). הכותבים מספקים הגדרה רחבה למונח רגולציה: "כינון, הגבלה או הכוונה של פעילות באמצעות קביעת סטנדרטים, ניטור ואכיפה על ידי גופים מנהליים-פרטיים או ציבוריים, וזאת באמצעות חקיקה בינלאומית (סטנדרטים, הסכמים בינלאומיים), חקיקה ראשית, חקיקה משנית (תקנות) או חקיקה שלישונית (נהלים והנחיות מנהליות)". יצוין כי הכותבים מציינים במפורש כי חקיקה פרלמנטרית אינה נכללת בהגדרה זו. אולם חקיקה ראשית נכללת בהגדרה כללי שבו עושה שימוש הרגולטור.

¹⁵ דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** כרך א 97 (2010). לדיון על השינוי שחל עקרון חוקיות המינהל בשנים האחרונות ראו יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" **משפטים** מב 379 (2012). לדיון בקשר שבין עקרון חוקיות המינהל לבין עקרון שלטון החוק ראו יואב דותן **הנחיות מינהליות** 302 ואילך (1996).

המודרני של רגולציה.¹⁶ לבסוף יובהר כי הדיון בטכניקה ייעשה על יסוד הוראותיו של חוק אוויר נקי, כאשר אנו נתמקד בסוגי הדלגציה שנקבעו בו, ועל השפעתם האפשרית על יישום החוק.

אשר ל"הרחבה" בה אנו דנים, לכאורה נדרש להבחין בין קביעת הגדרות תחולה רחבות לבין קביעת איסורים (או היתרים) רחבים. עניינם של כללי תחולה הוא בשאלה באילו מצבים חל החוק. שאלה אחרת היא מהו תוכן האיסור או הכלל הבסיסי שחל באותם מצבים. כך למשל, ניתן לחשוב על חוק שתחולתו רחבה מאוד – כלומר, הוא חל על עניינים רבים ועל גורמים רבים, אך הוא קובע כלל מסויג בעל תחולה מצומצמת.¹⁷ מן העבר השני, ניתן לחשוב על חוק שתחולתו מצומצמת אך הוא קובע איסורים גורפים וחד-משמעיים (אשר מצומצמים במידה כזו או אחרת בהמשך, בחוק עצמו או במסגרת תקנות). במילים אחרות, אין קשר ישיר והכרחי בין הגדרות תחולה רחבות, לבין קביעת איסורים כוללניים ורחבים. יחד עם זאת, פעמים רבות תחולת החוק נקבעת אגב פרשנות התוכן המהותי שלו. לשם הדוגמה, חוק המים, התשי"ט-1959 אוסר על זיהום מים, ומגדיר מהו "זיהום מים" באופן נרחב ביותר: "שינוי בתכונותיהם של מים שבמקור מים מבחינה פיסיקלית, כימית, אורגנולפטית, ביולוגית, בקטריוולוגית, רדיואקטיבית או אחרת, או שינוי הגורם שהמים יהיו מסוכנים לבריאות הציבור, או עלולים לפגוע בחי או בצומח, או פחות ראויים למטרה אשר לה הם משמשים או נועדו לשמש".¹⁸ מכאן, שהיקף האיסור קובע למעשה את המצבים בהם ההוראה תחול, ובמקרה זה - בכל מצב שבו עשוי להיגרם שינוי בתכונות מים.¹⁹

מן האמור יוצא כי לעיתים קשה להבחין בין הרחבה על דרך של קביעת תחולה רחבה לבין הרחבה על דרך של קביעת איסור גורף לכאורה. לפיכך, לשם הדיון הנוכחי נתייחס להרחבה בשני מובניה, דהיינו: כללי תחולה מרחיבים ואיסורים גורפים (וצמצומם), ונבחין ביניהם לאורך הדיון במידת הצורך.

2. הרחבה וצמצום בחקיקה רגולטורית - דוגמות

כבר הבהרנו כי הטכניקה הנדונה הינה טכניקה חקיקתית מקובלת. כפי שיודגם להלן, טכניקה זו נפוצה מאוד בחקיקה רגולטורית בכלל ובתחום החקיקה הרגולטורית הסביבתית בפרט.

דוגמה אחת לשימוש בטכניקה המדוברת מחוץ למשפט הסביבתי, מצויה בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. סעיף 1 לחוק קובע כי "הסדר" הוא כל הסדר "בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". סעיף 2 מוסיף וקובע מהו הסדר כובל אשר אינו אסור על פי החוק: "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". על הגדרה מרחיבה זו מוסיף סעיף 2(ב) לחוק וקובע כי ביחס

¹⁶ התייחסותנו למשמעות המודרנית בלבד המיוחסת לרגולציה בשיח המשפטי נובעת מכך שכל חקיקה יכולה להיחשב כאקט רגולטורי מצידו של המחוקק הראשי, במובן זה שהיא נועדה להכווין את התנהגות הפרטים בחברה.

¹⁷ אנו כמובן ערים לכך שמאפייניו הבסיסיים ביותר של חוק תקף הוא כי הוא חל על הכל. לדיון ראו חיים גנו "על כלליותן של נורמות משפטיות" **עיוני משפט** טו 579 (1991). יחד עם זאת, כללים מסוימים בהסדר ספציפי עשויים להיות מעשיים ביחס לגורמים מסוימים בחברה, ולא לגבי כולם. כך למשל, הטלת אחריות פלילית על נושאי משרה חלה מטבע הדברים על נושאי משרה ורלוונטית אך ורק למי שמילא, ממלא או ימלא תפקיד מעין זה.

¹⁸ סעיף 20 לחוק.

¹⁹ לדיון בהגדרה הרחבה לזיהום מים בחוק המים ראו אלון טל "זרימה טבעית: שאלות ותשובות בדבר התאמת חוק המים למציאות סביבתית חדשה" **מחקרי משפט** כג 317, 329-330 (2007).

לרשימת עניינים (דוגמת המחיר שיידרש או חלוקת השוק) ישנה חזקה כי מדובר בהסדר כובל.²⁰ ואולם, החוק החוק מתיר לממונה לקבוע כללים לסוגי הסדרים כובלים אשר צדדים להם יהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין (מה שמכונה "פטור סוגי"), ובלבד שבאותם סוגי הסדרים יתקיימו תנאים המנויים בחוק (סעיף 15א). לצורך כך הממונה צריך לקבל את אישור "הוועדה", המורכבת מעובדי ציבור ומנציגי ציבור בעלי מומחיות רלוונטית (סעיף 23). כפי שניתן להתרשם, גם בחוק זה נקבעו הוראות תחולה רחבות ביותר, כאשר לממונה ניתן שיקול דעת לצמצום את תחולתו באמצעות הענקת פטור מקבלת אישור להסדר מבית הדין.²¹ יש לשים לב שמאחר שמדובר בצמצום על דרך של קביעת כללים לסוגים מסוימים של הסדרים, הרי שמדובר באופן מובהק בצמצום הנורמה בכללותה, ולא רק בצמצומה על ידי מתן היתר או פטור במקרים פרטניים.

בתחום המשפט הסביבתי, טכניקת החקיקה המוצגת היא מקובלת ביותר. אלא שברבים מחוקים אלו, וזאת בשונה מחוק ההגבלים העסקיים, הדלגציה נעשית באופן מוחלט, כאשר החוקים המסמיכים שותקים ביחס לשיקולים שעל הרשות המינהלית לשקול במסגרת צמצום האיסור. כך למשל, סעיף 20א לחוק המים, קובע (כאמור לעיל) הגדרה כוללת במיוחד לזיהום מים: "שינוי בתכונותיהם של מים שבמקור מים... או שינוי הגורם שהמים יהיו מסוכנים לבריאות הציבור, או עלולים לפגוע בחי או בצומח, או פחות ראויים למטרה אשר לה הם משמשים או נועדו לשמש".²² לכך מצטרפת ההגדרה המרחיבה לאיסור על זיהום מים הקבועה בסעיף 20ב(א) לחוק, לפיו: "חייב אדם להימנע מכל פעולה המזהמת מים או עלולה לגרום לזיהום מים, במישרין או בעקיפין, מיד או לאחר זמן; ואין נפקא מינה אם היה מקור המים מזהם לפני אותה פעולה ואם לאו". ואולם, סעיף 20א לאותו חוק מאפשר לקבל צו הרשאה המתיר זיהום מים, וזאת מבלי לקבוע מהם הקריטריונים לקבלת ההיתר. על כך יש להוסיף כי החוק מאפשר לשר לאיכות הסביבה להתקין תקנות מכוחו אשר יקבעו סייגים לאיסור על זיהום מים.²³ דוגמה נוספת קיימת בחוק מניעת זיהום ים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח-1988²⁴ הקובע איסור מוחלט וגורף על הזרמת פסולת לים, כאשר ההגדרות ל-"פסולת" ול-"סילוק" פסולת הינן רחבות ביותר.²⁵ אף על פי כן, גם כאן קיימת אפשרות לקבל היתר לזהם מטעם ועדה מיוחדת שהוקמה לפי החוק,²⁶ כאשר החוק שותק באשר לשאלה מהם התנאים לקבלת היתר כזה.

כפי שניתן להתרשם, ההרחבה והצמצום על דרך הדלגציה יכולים לבוא לידי ביטוי בשני מובנים עיקריים. הראשון, דוגמת חוק ההגבלים העסקיים, הוא במקרים בהם המחוקק הראשי הסמיך את הרשות

²⁰ לדיון בהגדרות הרחבות בחוק ההגבלים העסקיים ראו ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד (כה) 824 (1) (1971) (הנשיא לנדוי); אמיר ליבנה "חוק ההגבלים העסקיים: בעיות מבניות וחוקתיות בתחום ההסדרים הכובלים" משפט וממשל ח 257 (2005). יצוין כי חוק ההגבלים העסקיים משמש דוגמה נוספת לכך שלעיתים ההרחבה והצמצום ייעשו במסגרת החקיקה הראשית עצמה. כאמור לעיל, הגדרות התחולה והאיסורים הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים מנוסחים בלשון גורפת. יחד עם זאת, סעיף 3 לחוק קובע כי "על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים", ומפרט רשימה של מקרים המוחרגים מההגדרה הגורפת.

²¹ מובן כי גם האפשרות לקבל אישור מבית הדין מהווה סוג של צמצום פרטני של הנורמה, אולם כאמור לעיל, ברשימה זו נתמקד בצמצום שנעשה על ידי רשות מינהלית בלבד (ולא על ידי בית דין מינהלי דוגמת בית הדין להגבלים עסקיים).
²² סעיף 20א לחוק המים.

²³ ס' 20א(א) לחוק המים. תקנות כאלה אכן הותקנו עם השנים. ראו למשל, תקנות המים (מניעת זיהום מים) (איסור הזרמת תמלחת למקורות מים), התשנ"ח-1998; תקנות המים (מניעת זיהום מים) (מערכת להולכת שפכים), התשע"ב-2011.

²⁴ (להלן: חוק מניעת זיהום ים).

²⁵ ראו סעיפים 1 ו-2 לחוק מניעת זיהום ים. ס' 2 קובע "לא יטיל ולא יזרים אדם לים פסולת או שפכים ממקור יבשתי, בין במישרין ובין בעקיפין, אלא על פי היתר ובהתאם לתנאיו", כאשר פסולת מוגדרת בס' 1 כ"חומר מכל סוג או צורה".

²⁶ ס' 3 לחוק. מדובר בוועדה שמרבית נציגיה הם נציגי הממשלה ויתרתם נציגי ציבור. חשוב לציין שכאשר מדובר בוועדה הכפופה לכללי שקיפות ופרוצדורה מסוימים ייתכן ששיקול הדעת של הרשות המינהלית מוגבל יותר.

המינהלית לצמצם את הנורמה באופן כללי וביחס לקשת רחבה של מקרים. השני, דוגמת החוקים הסביבתיים שהוצגו, הוא במקרים שבהם הרשות המינהלית מוסמכת לצמצם את הנורמה הכוללנית על דרך של מתן היתרים פרטניים. אף על פי שמטרתו של המחוקק הראשי בבחירה בכל אחד מאופנים אלו עשויה להיות שונה, הרי ששניהם יכולים להוביל לתוצאה מעשית דומה, שהרי שימוש נרחב במתן היתרים פרטניים עשוי להוביל הלכה למעשה לצמצום הנורמה בכללותה.²⁷

כללו של דבר, כפי שניתן להתרשם, הטכניקה המוצגת משמשת בחוקים רבים. אלא שנדרש להבהיר כי אין מדובר בטכניקה הכרחית כלל ועיקר, והנה דוגמה. סעיף 20 לחוק לשכת עורכי הדין שכותרתו "ייחוד פעולות" קובע: "הפעולות המנויות להלן, לא יעשה אותן דרך עיסוק, או בתמורה אף שלא דרך עיסוק, אלא עורך דין; ואלה הפעולות: ". בהמשך לכך מונה החוק עניינים ספציפיים שרק עורכי דין רשאים לעסוק בהם.²⁸ ניתן בקלות לדמיין כי תחת ההסדר הנוכחי היה המחוקק הראשי עושה שימוש גם כן בטכניקת ההרחבה והצמצום, וקובע איסור גורף על כל מי שאינו עורך דין לעסוק, למשל, ב"עניין משפטי". במקרה כזה היה על המחוקק לקבוע הוראות מסייגות שיאפשרו לצמצם את האיסור הגורף – בין אם בחקיקה הראשית, בין אם על ידי רשות מינהלית האמונה על יישום החוק. כך בדיוק נהג המחוקק בחוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996, שעוסק אף הוא בהסדרת תחום עיסוק ובהגבלת הגורמים שרשאים לעסוק בו. כך, סעיף 3 לחוק קובע: "לא יעסוק אדם בעבודה סוציאלית אלא אם כן הוא עובד סוציאלי".²⁹ סעיף 4 לחוק מוסיף וקובע חובה דומה על מעסיקים: "לא יעסיק אדם בעבודה סוציאלית את מי שאינו עובד סוציאלי".³⁰ ואולם, סעיף 6 לחוק מסייג קביעות גורפות אלו וקובע: "על אף הוראות סעיפים 3 ו-4, השר, לאחר התייעצות עם המועצה, רשאי לקבוע כי תפקיד או משרה אשר רק בחלקם הינם עיסוק בעבודה סוציאלית, יהיה רשאי גם מי שאינו עובד סוציאלי לעשותם, ורשאי יהיה מעסיק להעסיק אדם שאינו עובד סוציאלי בתפקיד או במשרה שנקבעו כאמור".³¹ עיננו הרואות: שני חוקים שעניינם רגולציה של תחומי עיסוק, עושים שימוש ביחס לאותה מטרה בטכניקות שונות. הדבר מוכיח בבירור, כאמור, כי אין מדובר בטכניקה הכרחית, או כזו הקשורה בהכרח לתחום אסדרה מסוים.

עד כה תיארו את הטכניקה המדוברת. העובדה כי הטכניקה שהוצגה הינה נפוצה מאוד ובלתי הכרחית, מחייבת לחשוב על היתרונות ועל החסרונות שניתן לייחס לשימוש בה, וכן להשפעתה של השיטה על קידום מטרות החקיקה ועל יחסי הכוחות בין שלוש הרשויות. לשם כך נפנה לבחון את יישום הטכניקה במסגרת חוק אוויר נקי. נציין כי בשונה מהחוקים שהוצגו לעיל, בחוק אוויר נקי – שהינו מקיף ומורכב יותר מכל חוק סביבתי שקדם לו – קיימים סוגים שונים של צמצום על דרך דלגציה. על כך נפרט להלן.

²⁷ לעניין זה נציין כי עקרון השוויון מחייב כי הקריטריונים למתן היתרים או פטורים יהיו שוויוניים. מכאן ברור שהמשמעות המשפטית של מתן היתר פרטני עשויה להיות צמצום הנורמה ביחס לכל אותם מקרים שנסיונותיהם דומות. תחולת עקרון השוויון מבהירה ביתר שאת מדוע ההבחנה בין צמצום כללי של הנורמה על ידי הרשות המינהלית לבין מתן היתרים פרטניים, אינה נקייה מספקות (אף על פי שמובן הוא ששני סוגי הצמצום עשויים לעורר שאלות ייחודיות שונות).

²⁸ דוגמת "ייצוג אדם אחר וכל טיעון ופעולה אחרת בשמו לפני בתי משפט, בתי דין, בוררים וגופים ואנשים בעלי סמכות שיפוטית, או מעין שיפוטית"; "עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי בשביל אדם אחר, לרבות ייצוג אדם אחר במשא ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה" וכו'.

²⁹ סעיף 2 לחוק מגדיר "עובד סוציאלי" כך: "מי שכשיר להיות עובד סוציאלי לפי חוק זה והוא רשום בפנקס העובדים הסוציאליים".

³⁰ סעיף 2 לחוק מגדיר מהו "עיסוק בעבודה סוציאלית" כך: "עיסוק מקצועי, כמשלח יד, לשיפור תפקודם האישי והחברתי של הפרט, המשפחה והקהילה בדרך של טיפול, שיקום, ייעוץ והדרכה הנעשים בדרך כלל בידי עובד סוציאלי ובשיטות טיפול מקצועיות הנהוגות בעבודה סוציאלית".

³¹ ניתן לראות שגם בחוק זה סמכות הצמצום שניתנה לשר היא כללית ולא באמצעות מתן היתרים פרטניים.

ג. חוק אוויר נקי כמקרה מבחן – הרחבה וצמצום על דרך הדלגציה

1. הרחבה

עיון בהוראות הרבות של חוק אוויר נקי מלמד כי מדובר בחוק כוללני ומקיף. החוק מסדיר את התחום של זיהום האוויר ממקורות נייחים וקובע הסדר של היתרי זיהום ממקורות אלו (פרקים ב' ו-ג' לחוק). הוא מסדיר את הפליטות ממקורות נייחים (דוגמת כלי רכב) (פרק ה' לחוק). הוא מחייב הכנת תוכנית לאומית רב שנתית לקידום מטרות החוק (סעיף 5 לחוק). הוא אף קובע שיש להקים מערכת כלל ארצית לניטור האוויר (סעיף 7 לחוק). כמו כן, החוק מציע שלל אמצעי אכיפה במישור האזרחי, המנהלי והפילי (פרק ח' לחוק).

אשר לאופן שבו מיושמת הטכניקה החקיקתית שהוצגה בחוק אוויר נקי; תחילה, הגדרות התחולה בחוק הינן רחבות ביותר. כך למשל, סעיף 2 לחוק מגדיר מהו "זיהום אוויר" באופן נרחב: כל "נוכחות באוויר של **מזהם**, לרבות נוכחות כאמור המהווה חריגה מערכי איכות האוויר, או פליטה של מזהם המהווה חריגה מערכי פליטה".³² גם למונח "**מזהם**" מייחד החוק הגדרה רחבה. על פי אותה הגדרה, "מזהם" הוא "כל חומר המנוי בתוספת הראשונה לחוק, וכן כל חומר שנוכחותו באוויר גורמת או עלולה לגרום לסיכון או לפגיעה בחיי אדם, בבריאותם או באיכות חייהם, בנכס או בסביבה".³³

לצד ההגדרות הרחבות ל"זיהום אוויר" ול"מזהם", קבועות בחוק הגדרות תחולה והסדרים נוספים המנוסחים בלשון כללית ורחבה, ובהם האיסור על "זיהום אוויר חזק או בלתי סביר";³⁴ הגדרת "פליטה";³⁵ ו"מקורות פליטה".³⁶ מעיון בדברי ההסבר לחוק ניכר כי המחוקק עשה כן במודע, בציינו כי מוצע לקבוע לסעיפים האמורים הגדרות "מרחיבות".³⁷

הגדרות מרחיבות אלה מהוות לכאורה ביטוי מוחץ לשאפתנותו של החוק, שנועד להסדיר את תחום איכות האוויר באופן אפקטיבי ומקיף. על שאיפה זו של המחוקק ניתן ללמוד גם מנוסח סעיף המטרה בחוק. מטרת החוק מתייחסת למכלול של אינטרסים הראויים להגנה במסגרת החוק, ובכלל זה בריאות בני האדם, שמירה על הסביבה ועל המגוון הביולוגי שבה ועוד. עוד נקבע בסעיף המטרה כי החוק נועד לפעול "למען הציבור ולמען הדורות הבאים ובהתחשב בצורכיהם".³⁸ בזאת מעגן החוק, כמקור פרשני, את עקרון הקיימות (פיתוח בר-קיימא) שמקורו בעקרונות המשפט הסביבתי הבינלאומי.³⁹

³² ס' 2 לחוק אוויר נקי.

³³ ראו ס' (1) להגדרת "מזהם" בס' 2 לחוק. לעמדה המזהה בהגדרה הרחבה של "מזהם" איסור על פליטת גזי-חממה, למרות שאלו לא נמנו בתוספת הראשונה, ובניגוד למה שניתן היה להבין מן החוק, ראו דוד שור "האם כבר נחקק חוק להפחתת הפליטה של גזי חממה?" **חוקים** ג 241 (2011).

³⁴ ס' 3(א) לחוק.

³⁵ ס' 2 לחוק.

³⁶ ס' 2 לחוק.

³⁷ ראו: הצעת חוק אוויר נקי, בעמ' 127.

³⁸ ס' 1 לחוק. לדיון על אודות תחולתו הרחבה של סעיף המטרה של החוק, אגב השוואת החוק לחוקים סביבתיים אחרים, ראו מאמרו של דניאל פיש בחוברת זו: "חוק אוויר נקי – סיום ההתחלה" **חוקים** (2014).

³⁹ העיקרון מנסה לפשר בין הצורך בפיתוח כלכלי לבין הצורך בשמירה על הסביבה, בשים לב לצרכיהם של הדורות הבאים. ובמילותיו של דניאל פיש: "הרעיון ביסוד מושג זה הוא לאפשר המשך פיתוח ושימוש במשאבים, תוך מניעת פגיעה שאינה ניתנת

מבחינה מעשית, קיימת משמעות אופרטיבית לניסוח הרחב. כל פעולה שעשויה, ולו בסבירות נמוכה ביותר, לפגוע באיכותו של האוויר צפויה "להיתפס" בגדר הוראות החוק, ועל כן להיות כפופה להנחיותיו הפרטניות של הרגולטור. כמו כן, כידוע, לאופן שבו מנוסחות ההוראות וסעיף המטרה בחוק עשויה להיות השפעה מכרעת על פרשנות ההוראות הקבועות בו, והדבר כבר ניכר בפסיקה ביחס לחוק אוויר נקי.⁴⁰

אולם, כפי שגם נזכר לעיל, יש לצפות כי כאשר חוק נוקט בלשון המרחיבה את תחולתו בצורה ניכרת הרי שינקוט בהמשך גם הסדרים מצמצמים המאזנים את היקף התפרשותו. עיון מדוקדק בהסדר החקיקתי מלמד כי זו התמונה גם במקרה של חוק אוויר נקי.

במקרה של חוק אוויר נקי, פעולת הצמצום של הוראות החוק בעלות התחולה הרחבה אינה באה לידי ביטוי בהוראות מצמצמות במסגרתו, אלא בדרך של דלגציה של מלאכת הצמצום לרשות המינהלית. כפי שידגם להלן, המחוקק הראשי הסמיך את מחוקק המשנה להעניק היתרים שיאפשרו זיהום ולקבוע תקנות שיגבילו או יצמצמו את זיהום האוויר כמעט ללא יד מכוונת. הוא גם הסמיך אותו לקבוע ערכים להימצאותם של מזהמים באוויר אשר חריגה מהם תהווה "זיהום אוויר חריג". בפרק הבא נעמוד על שלושה סוגים של דלגציה הבאים לידי ביטוי במסגרת חוק אוויר נקי, כאשר לכל אחד מהם מאפיינים שונים שייבחנו בהמשך בפרק הניתוח.

2. צמצום - שלושה סוגים של דלגציה

2א. שיקול דעת מונחה רשימת שיקולים

דוגמה אחת להתוויה של שיקול הדעת המינהלי, מצויה בהסדר העוסק במקורות פליטה נייחים "טעוני היתר".⁴¹ הסדר זה, המפורט בסעיפים 17-34 לחוק, הינו המפורט ואף החשוב ביותר בחוק, ובו נתמקד לצורכי הדיון בהיבט זה של הטכניקה. באופן כללי, כפי שנסביר להלן, ניתן להגדיר צורה זו של דלגציה כ"שיקול דעת מונחה רשימת שיקולים".

על פי החוק, מקורות הפליטה הנייחים כוללים ארבע תתי-קבוצות: מקורות פליטה טעוני היתר, מקורות פליטה נייחים החייבים ברישוי לפי חוק רישוי עסקים, מקורות פליטה המנויים בתוספת הרביעית לחוק וכן קבוצה "שירית" של מקורות נייחים, הם המקורות הנייחים שלא נכללים בשלוש הקבוצות האחרות. מקורות פליטה טעוני היתר, אשר בהם נתמקד, הינם מקורות פליטה נייחים, שהמחוקק סבור שהינם בעלי פוטנציאל זיהום גבוה במיוחד – דוגמת גופי תעשייה כבדה, מפעלים בתחום האנרגיה והתעשייה המינראלית,

לשיקום בנכסי טבע ובמשאבים הטבעיים. דהיינו, פיתוח ללא כליית משאבים וללא יצירת נזקי סביבה בלתי הפיכים, אשר יותירו את העולם עני יותר". דניאל פיש **דיני איכות הסביבה בישראל** 474 (2002). העיקרון נקלט בישראל לראשונה במסגרת החלטת ממשלה: "תוכנית אסטרטגית לפיתוח בר קיימא בישראל" החלטת ממשלה מס' 246 (14.5.2003).

⁴⁰ ראו, למשל, עת"מ (מחוזי י-ם) 52163-05-13 ש.י.ר. **שלמה יוא רכב בע"מ נ' מדינת ישראל – המשרד להגנת הסביבה** (פורסם בנבו, 12.11.2013) (השופט מרזל). כן ראו עת"מ (מחוזי י-ם) 38533-06-13 ס.ה.ל. – **אלובין בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה** (פורסם בנבו, 17.7.2013) (השופט נאווה בן-אור).

⁴¹ ראו סימן ב' לפרק ד' לחוק.

הכימית וכו'. גופים אלו מנויים בתוספת השלישית לחוק, ובמובן זה היקף התחולה של ההסדר הוא מוגדר.⁴² ואולם, החוק קובע שעל מנת להתיר את פעילותם של עסקים אלו חייבים הם להצטייד בהיתר פליטה תקף.⁴³

על פי הסדר זה, לא יתקין, יחזיק או יפעיל אדם מקור פליטה נייח טעון היתר מבלי שיש לו היתר פליטה (סעיף 17(א)). ניתן להתרשם שמדובר באיסור מוחלט לכאורה, שהרי בהיעדר היתר פליטה כאמור לא יורשה הגוף המזהם לפעול כלל. הגם שההוראה לא קובעת איסור מוחלט על זיהום, מובלעת בה ההנחה כי כל הגופים המנויים בתוספת השלישית הם בבחינת מזהמים שפעילותם מחייבת קבלת היתר לפעול.⁴⁴ יתרה מכך. על פי ההוראה הכללית הקבועה בסעיף 3 לחוק, כל פליטה של מזהם (שלו כאמור ניתנה הגדרה מרחיבה ביותר) בניגוד להוראות חוק זה, יראו אותו כיצירת זיהום אוויר חזק או בלתי סביר המהווה הפרה של החוק. מכאן, שכל פליטה של מזהם בהיעדר היתר פליטה מהווה על פניו זיהום אוויר בלתי סביר. אשר לצמצום, כאמור לעיל, החוק מאפשר לממונה להעניק למקורות הנייחים טעוני ההיתר היתר זיהום. ואולם, החוק אינו מגדיר במישור מהם התנאים בהם יצטרך מקור הפליטה לעמוד בהם כדי לזכות בהיתר, או מה יהיו תנאיו. תחת זאת החוק מתווה, באמצעות רשימות שיקולים שונות, את שיקול דעתו של השר הממונה על פי החוק (השר להגנת הסביבה) לקבוע זאת, בתקנות. כפי שניתן להתרשם, מדובר בצמצום על דרך של מתן שיקול דעת מונחה שיקולים לרשות המינהלית. יש להדגיש כי שיקול הדעת שנמסר לשר בהקשר זה אינו נוגע להחלטות פרטניות בדבר מתן היתר למפעל זה או אחר, אלא להגדרת התנאים הכלליים לקבלת היתר פליטה.⁴⁵ משכך, יכולת הצמצום הנתונה לשר בהקשר זה אינה נוגעת רק לחריגים פרטניים כי אם להסדרים כלליים ורחבים שיכולים להשפיע באופן מהותי על כמות המזהמים ורמות הפליטה שיתרו על פי דין.

אשר לרשימות השיקולים השונות בחוק, כפי שנבהיר עתה, החוק כולל מספר רשימות שיקולים שונות, אשר ההבחנה ביניהן איננה ברורה די הצורך. הנה דוגמה בולטת. ההוראה המרכזית המסדירה את קביעת הכללים למתן היתרי פליטה קבועה בסעיף 19(א) לחוק. סעיף זה מטיל על השר להגנת הסביבה לקבוע בתקנות "כללים ואמות מידה" לשם מתן היתרי פליטה. סעיף 19(ב) מוסיף על הוראה זו וקובע כי "אמות מידה כאמור בסעיף קטן (א) יכללו, בין השאר, הוראות לעניין קביעת הטכניקה המיטבית הזמינה שלפיה ייקבעו התנאים בהיתר הפליטה, בהתחשב בעניינים אלה...". בסמוך לכך מפנה הסעיף לרשימת "עניינים" (תשעה במספר) אשר בהתחשב בהם ייקבעו ההוראות לעניין הטכניקה המיטבית הזמינה, דוגמת "שימוש בחומרים מעוטי סיכון"¹; "התפתחות הידע המדעי והטכנולוגי"³; "העלות והתועלת של אמצעים למניעת פליטה של מזהמים או לצמצומה המרבי"⁹ ועוד.

⁴² יצוין כי ביחס לקבוצת הייחוס הרלוונטית (מפעלים מזהמים), הרי שמדובר בהגדרה נרחבת, אף על פי שהתחולה מוגדרת וממוקדת לכאורה.

⁴³ הסדר זה מושאל למעשה מהדין האמריקני והאירופי. לסקירה השוואתית ממצה ראו מרכז המחקר והמידע של הכנסת "התמודדות כוללת עם זיהום אוויר בחקיקה של ארה"ב, של האיחוד האירופי ושל ישראל" (22.4.2007).

⁴⁴ חשוב להבהיר כי ההרחבה על דרך של קביעת כלל לפיו יש צורך בהיתר לזיהום, אינה ההרחבה הקלאסית שעניינה איסור גורף או תחולה נרחבת של האיסור. כאמור לעיל, עמדתנו היא שמדובר בהרחבה יחסית מובלעת. ואולם, גם אם מקבלים שאין לראות בהוראה האמורה משום הרחבה במובן הנדון על ידינו, נבקש לנצל את שיטת הדלגציה שנקבעה במסגרת ההסדר האמור כדי להדגים שיטות אפשריות שונות של צמצום תחולה.

⁴⁵ סעיף 19(א) לחוק קובע מפורשות כי "השר יקבע בתקנות כללים ואמות מידה, דרך כלל או לסוג מסוים של מקורות פליטה, לעניין מתן היתר פליטה".

די בקריאת הוראה פתלתלה זו כדי להבחין כי לשון החוק אינה מצטיינת בבהירות יתרה. יתרה מכך. ההסדר אינו שומר על קוהרנטיות: בעוד שסעיף 19(א) מתייחס לאמות המידה לשם עצם מתן ההיתר, סעיף 19(ב) מפנה בחזרה לאותו סעיף, אך הפעם ההתייחסות היא לתנאים שייקבעו בהיתר פליטה עצמו.

אם בכך לא די, תקנה 18(א) לתקנות אוויר נקי (היתרי פליטה), התשי"ע-2010 (אותן התקין השר מכוח סעיף 19 לחוק), מפנה בחזרה לאותה רשימת שיקולים המנויה בסעיף 19(ב) לחוק, אך הפעם, אחרת. על פי התקנה, ישמשו השיקולים לשם ההחלטה האם ליתן היתר אם לאו, והאם להתנותו בתנאים. אלא שההחלטה האם ליתן היתר כאמור או להתנותו אמורה להתקבל על יסוד רשימת שיקולים אחרת, המנויה בסעיף 20(ב) לחוק. לא זו אף זו, סעיף 22(ד) מונה רשימת שיקולים נוספת, על פיהם ייקבעו תנאי היתר הפליטה עצמו, לכשיינתן.

תיאור ההסדר המפורט (והמסורבל) המתווה את שיקול דעתו של השר לקביעת הקריטריונים לקבלת ההיתר ולקביעת תכניו, מגלה כי ההסדר לא נוסח בקפידה. כל קורא סביר ייתקל בקושי ממשי לעקוב אחר ההסדר הקבוע בחוק. הדבר נובע במישרין מהניסוח הפתלתל והבלתי קוהרנטי של החוק עצמו.

לצד ההסדר המתואר, סעיף 13 לחוק המסמיך את השר לקבוע הוראות (בתקנות) למניעה ולצמצום של זיהום ממקורות ניחים (והרי כאמור, מקורות הפליטה טעוני ההיתר הינם בראש ובראשונה מקורות פליטה ניחים), חל לצדן של אותן הנחיות, כאשר סעיף 22(ו) לחוק קובע שלא ייקבעו בהיתר פליטה הוראות מחמירות מאלה שנקבעו בתקנות לפי סעיף 13 לגבי מקור הפליטה, אלא מטעמים מיוחדים. לעמדתו של דוד שור, בכך יצר המחוקק "פירצה" רחבה, המאפשרת לעקוף את רשימת השיקולים לתנאי היתרי הפליטה בסעיף 22(ד).⁴⁶

מכל האמור לעיל יוצא, כי קיים קושי ממשי להבין מהם אמות המידה והשיקולים הרלוונטיים לצורך מתן היתר, לעומת אמות המידה והשיקולים לקביעת תנאי היתר הפליטה.

יתרה מכך, כפי שמבהיר שור במאמרו בחוברת זו, מעבר לסרבול שהוצג, החוק אימץ בהסדר האמור, בעת ובעונה אחת, שני עקרונות שמטרתם להכווין את השר בקובעו את תנאי קבלת ההיתר, העשויים אף לסתור זה את זה במישרין: עקרון הטכנולוגיה המיטבית הזמינה (best available technology) ועקרון עלות-תועלת (cost-benefit). שור מסביר את ההבדל בין העקרונות כך; לפי עקרון הטכנולוגיה המיטבית הזמינה, על ההסדרים לצמצם זיהום או סיכון לזיהום עד למינימום האפשרי בתלות בטכנולוגיה הזמינה, גם אם העלות ממניעת הזיהום כאמור עולה על התועלת המושגת מכך, ובלבד שעלות מניעת הזיהום לא תביא לסגירת מקור הזיהום. להבדיל מכך, לפי עקרון עלות-תועלת, יש להתיר כל זיהום שעלות מניעתו גדולה מהתועלת הגלומה בו.⁴⁷ כפי שניתן לראות, ההבחנה בין העקרונות היא מהותית ביותר, שכן המודלים עשויים להוביל לתוצאות שונות באשר לשאלה האם יש להתיר לגוף זה או אחר להוסיף לזהם ובאילו תנאים.⁴⁸ מכאן, שלא זו בלבד

⁴⁶ ראו בכרך זה מאמרו של דוד שור "ההסדר למתן היתרי פליטה – כללים ועקרונות סותרים" חוקים (2014).

⁴⁷ ש.ם.

⁴⁸ ש.ם.

שרשימות השיקולים כאמור אינן קוהרנטיות ואף מסורבלות, אלא שהשיקולים הנזכרים עשויים לסתור זה את זה. כפי שיובהר להלן, לעובדה זו עשויה להיות השפעה רבה על ניתוח ההסדר להלן.

לסיכום האמור, ההסדר החוקי המתווה את שיקול דעתו של השר באשר לקביעת התנאים למתן היתר ולתכני ההיתר לכשיינתן, מעורר קשיים ניכרים. מכאן, שמבחינה עקרונית, הספקטרום שבו יכולה לפעול הרשות המינהלית הוא רחב ביותר, והוא נע בין מתן היתרים לכל המעוניין בהם באופן מקל ביותר, לבין סירוב גורף לתתם. קשה להצדיק את ההבחנה בין רשימות השיקולים השונות שפורטו לעיל, וכנראה שההפניה לכל השיקולים הרלוונטיים מבלי לשקלל ביניהם ומבלי לקבוע מה יהיה עקרון העל אשר על פיו תיקבע האסדרה של הפליטה ממקורות נייחים, מקורה בקושי להגיע להסכמות בחקיקה ביחס לכך.⁴⁹

ב2. שיקול דעת "מוחלט"

עמדנו על כך שההסדר העוסק במתן היתרי פליטה מתווה באופן מסורבל את שיקול דעתו של השר הממונה באשר לעיצוב הקריטריונים המהותיים לקבלת היתר פליטה ולקביעת תנאיו על ידי מתן רשימת שיקולים שעל השר לשקול.

במקביל לאמור, במקרים אחרים מותיר החוק את הגדרות התחולה הרחבות על כן, זאת מבלי שנלווה אליהן כל הסדר מפורט וקונקרטי, המסייג את תחולתן. בעשותו כן, הותיר המחוקק שיקול דעת נרחב במיוחד לרשויות המינהליות האמונות על יישומו של החוק בפועל, לצמצם את תחולתן של הנורמות הכוללניות. זהו סוג שני של דלגציה המתאפיין ב"שיקול דעת 'מוחלט'". חשוב לציין כי שיקול הדעת המדובר כאן אינו מוחלט במובן זה שהוא כפוף לביקורת אפשרית של הרשות המחוקקת ושל בתי המשפט. כללי המשפט המינהלי עוסקים באופן מקיף בשיקול הדעת המינהלי ובהגבלות המוטלות על הפעלתו. יחד עם זאת, שיקול הדעת המתואר כאן מוחלט במובן זה שהרשות המינהלית חופשית לקבל הכרעה ללא תלות בהכוונה מצדה של הרשות המחוקקת (*ex-ante*).

דוגמה לשימוש בשיטת הסדרה זו ניתן למצוא בהסדר שחל על מקורות פליטה נייחים. כאמור לעיל, מקורות הפליטה הנייחים כוללים ארבע תתי-קבוצות: מקורות פליטה טעוני היתר (בהם דנו לעיל), מקורות פליטה נייחים החייבים ברישוי לפי חוק רישוי עסקים, מקורות פליטה המנויים בתוספת הרביעית לחוק וכן קבוצה "שיורית" של מקורות נייחים. על הקבוצה ה"שיורית" יחולו הוראות כלליות באופיין, החלות על כל מקורות הפליטה הנייחים במקביל. סעיף 14 לחוק קובע, בין היתר, כי לא יפעיל אדם מקור פליטה נייח (מהקבוצה השיורית) אלא לפי ההוראות שייקבעו בסעיף 13 לחוק. מדובר בהגדרה רחבה ביותר, שכן בהיעדר הוראות שייקבעו, חל איסור מוחלט להפעיל כל מקור פליטה נייח. סעיף 13 לחוק קובע כי השר להגנת הסביבה, באישור ועדת הפנים והסביבה של הכנסת, יקבע הוראות למניעה ולצמצום של זיהום האוויר מהמקורות הנייחים. למעשה, לאור האיסור הגורף הקיים בסעיף 14 לחוק, כל הוראה שיקבע השר לפי סעיף 13 לחוק תהווה צמצום מסוים של אותו איסור, שכן הפעלת מקור פליטה נייח בהתאם להוראות השר היא

⁴⁹ בהקשר זה מעניין לציין כי ההוראות המרכזיות העוסקות בפליטת מזהמים ממקורות נייחים לא נכללו בהצעת החוק המקורית (ראו ההפניה להצעת החוק לעיל בה"ש 12). איסור-איציק מציינת כי הדבר נבע מהצורך באישור מהיר של הצעת החוק בטרם תתפורר הכנסת ה-16, ועל כן הוסכם על פרסום נוסח מקוצר ומוסכם. הדבר מלמד בעיקרו של דבר על כך שנושא היתרי הפליטה ניצב במחלוקת ממשית בין הצדדים, וכך גם כותבת איסור-איציק במפורש. ראו ציפי איסור-איציק "חוק אויר נקי - חדשנות חקיקתית בסביבה משתנה - המאבקים וההתרחשויות שהובילו לחקיקת החוק וליוו את הליכי חקיקתו" חוקים (2014).

מותרת. החשוב לענייננו הוא כי החוק "שותק" ביחס לאופי ההסדרה הרצוי או לשיקולים שינחו את השר בבואו לקבוע את ההסדר בתקנות. במילים אחרות, השר רשאי לקבוע הוראות שיצמצמו את האיסור הקבוע בסעיף 14 בצורה מעטה או בצורה ניכרת מבלי ששיקול דעתו יוגבל בחקיקה ראשית.

חשוב להדגיש בהקשר זה כי הכפפת השר לקבלת אישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, היא מאפיין חשוב שעשוי לצמצם במידה מסוימת את שיקול דעתו הנרחב של השר הממונה ואף עשוי לרפא קשיים הכרוכים בסוג זה של דלגציה.⁵⁰ זאת, שכן משמעותו היא שחייבת להיות הסכמה מסוימת בין השר לבין הוועדה.⁵¹ יחד עם זאת, דלגציה מסוג "שיקול דעת 'מוחלט'" קיים בדברי חקיקה רבים, ולכן נבקש להשתמש בדוגמה זו כדי לבחון אותו לעומקו.

ג. שיקול דעת מבוסס קו-בסיס (baseline)

סוג אחרון של דלגציה אותו ניתן לזהות במסגרת חוק אוויר נקי הוא התוויית שיקול דעתו של השר בבואו לקבוע ערכי איכות אוויר. סעיף 6(א) לחוק מחייב את השר לקבוע "ערכים מרביים... לנוכחותם באוויר של מזהמים המנויים בתוספת הראשונה, בפרקי זמן נתונים". המחוקק הגדיר שלוש קבוצות של ערכים שעל השר לקבוע, כאשר לכל קבוצה הגדיר המחוקק מטרה העומדת בבסיסה. כך, על השר לקבוע "ערכי יעד" שהם "ערכים שחריגה מהם מהווה חשש לסיכון או לפגיעה בחיי אדם, בבריאותם או באיכות חייהם של בני אדם, בנכסים או בסביבה, לרבות בקרקע, במים, בחי ובצומח, שיש לשאוף להשיגם כיעד".⁵² בנוסף, על השר לקבוע "ערכי סביבה" ש"חריגה מהם מהווה זיהום אוויר חזק או בלתי סביר, שייקבעו על בסיס ערכי היעד והידע המדעי והטכנולוגי העדכני, ובהתחשב באפשרות המעשית למניעת חריגה מערכי היעד".⁵³ לבסוף, על השר לקבוע גם "ערכי התרעה" שהם "ערכים שחריגה מהם, בחשיפה לזמן קצר, גורמת או עלולה לגרום לסיכון או לפגיעה בבריאותם של בני אדם, ושיש לנקוט אמצעים מידיים למניעת החריגה מהם או למניעת הנזק הנובע מהחריגה".⁵⁴ נוכח ההוראה הכללית לפיה בפליטת מזהם לאוויר בניגוד להוראות החוק יש לראות משום זיהום אוויר חזק או בלתי סביר, הרי שקביעת ערכי סביבה מצמצמת את היקף האיסור הרחב לכאורה, ומתירה לגופים לפלוט מזהמים לאוויר עד לרמה מסוימת. מובן הוא שככל שייקבעו ערכים מחמירים יותר, כך הצמצום יהיה מרוכז יותר, ולהפך.

על פניו, ניתן היה לומר כי מדובר במתן שיקול דעת חופשי שהמגבלה היחידה עליו היא עמידה במטרה העומדת בבסיס כל אחת מקבוצות הערכים שנקבעו בחוק. ואולם, כפי שניתן להבין מהוראות סעיף 6(ג) לחוק, שיקול דעתו של השר אינו חופשי אלא כפוף להתוויה מסוימת. הסעיף האמור מורה כי "ערכי איכות האוויר ייקבעו, בין השאר, בהתאם להוראות הקבועות באמנות בין-לאומיות שישראל צד להן, ובשים לב, בין השאר, לערכים מקבילים לערכי איכות האוויר, הנהוגים בקרב המדינות המפותחות בעולם ולהמלצות ולהנחיות שפרסמו ארגונים בין-לאומיים, לרבות ארגון הבריאות העולמי, בעניינים אלה". ניתן להבחין כי

⁵⁰ לדיון במנגנון מעין זה של "אישור מוקדם" מצד אחת מוועדות הכנסות ראו ברוך ברכה "לקראת פיקוח פרלמנטרי על חקיקת משנה? (הצעת חוק יסוד: החקיקה, פרק ג)" **עיוני משפט** ז' 390, 413-418 (1980).

⁵¹ שם, בעמ' 415 (בו מפנה ברכה לפסק הדין בג"ץ 144/72 **ליפבסקי-הליפי נ' שר המשפטים**, פ"ד כז(1) 719, 724). אם כי על פי ברכה הוועדה אינה מוסמכת להכניס תיקונים או שינויים בטיטות התקנות או לאשר רק חלקים ממנה. שם, בעמ' 416.

⁵² ס' 6(א)(1) לחוק.

⁵³ ס' 6(א)(2) לחוק.

⁵⁴ ס' 6(א)(3) לחוק.

התוויה זו שונה באופן מהותי מזו המאפיינת את סוג הדלגציה הראשון שהוצג לעיל בכך שהיא אינה מציבה רשימת שיקולים אלא מציבה תחת זאת קו בסיס המהווה נקודת השוואה אליה השר מחויב. ההשוואה לערכי איכות אוויר הנהוגים במקורות חיצוניים לחוק שונה במהותה מהתוויית שיקול דעת על דרך של רשימת שיקולים בכך שההפניה היא למלאכת איזון שכבר נערכה והולידה תוצאה כמותית אשר ניתן "למדוד" את פעולתו של השר ביחס אליה.⁵⁵

ואולם, מנוסח הסעיף עולה כי לשר שיקול דעת נרחב ביותר לקבוע את ערכי איכות האוויר. יש לשים לב כי הסעיף מורה לשר לקבוע את הערכים "בהתאם" להוראות הקבועות באמנות בין לאומיות שישראל צד להן, ו"בשים לב" לערכים מקבילים בעולם. נוסח זה נשמע על פניו בלתי מחייב מבחינתו של השר, וגם לכך יכולה להיות משמעות. יחד עם זאת, נוכח העובדה שחוק אוויר נקי נחקק על יסוד ההסדרים הקיימים באירופה ובארצות הברית,⁵⁶ יש לשער כי אין מדובר בהוראה נטולת תוכן כי אם באיתות רציני לכך שהסדרת תחום איכות האוויר מכוח הוראות החוק צריך שתיעשה בזיקה לערכים שנקבעו במדינות אלו.

ד. דיון – הסברים, ביקורות, ונקודת אור

עד כה הצגנו את טכניקת החקיקה הקובעת הוראות תחולה מרחיבות והוראות מצמצמות ואת המופע הספציפי (והמעט מורכב) שלה במסגרת חוק אוויר נקי. בפרק זה נעמוד על הערכים והרציונלים העומדים בבסיס טכניקת חקיקה זו, נבהיר כיצד הם באים לידי ביטוי במקרה של חוק אוויר נקי, ונציע בסיס לדיון נורמטיבי בשאלת ההשלכות של הסוגים השונים של הדלגציה שתוארו לעיל.

1. ההסברים האפשריים לשימוש בטכניקה

קיימת כתיבה ענפה על אודות חלוקת הסמכויות שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת. אין בכוונתנו לסקור כאן את השיקולים הרלוונטיים לעניין זה, כי אם להתייחס באופן מצומצם יותר לרציונלים שניתן לחשוב עליהם ביחס לאצילת סמכות אסדרה לרשות המינהלית על ידי הרשות המחוקקת תוך קביעת הגדרות תחולה ואיסורים מרחיבים בחקיקה הראשית. כן נסייג ונציין כי ביחס לכל תחום אסדרה ניתן לחשוב על נימוקים ורציונלים מעט אחרים לשימוש בטכניקה. כך, מובן הוא כי אין דינה של רגולציה בנושא איכות סביבה כדינה של רגולציה בנושא הסדרת עיסוק.⁵⁷ חרף האמור, בדיון זה נצביע על מספר הסברים אפשריים שתחולתם כללית.

את הטכניקה המוצגת ניתן להסביר בראש ובראשונה במונחים של יעילות וגמישות. טענה אפשרית היא כי קביעת ההוראות המרחיבות נדרשת, בין היתר, על רקע הרצון שלא לחייב את המחוקק להידרש להכרעות עקרוניות בעצמו. כידוע, הליך החקיקה הוא איטי ומסורבל. מכאן, ניתן לטעון כי הטכניקה היא

⁵⁵ ההיזקקות לנורמות השאובות ממקורות המשפט הבינלאומי מציבה בפני המשפט המינהלי הישראלי אתגרים שזה טרם התמודד עמם או נתקל בהם. לדיון ראו דפנה ברק-ארז ואורן פרז "המשפט המנהלי בישראל והאתגר הגלובלי" **עיוני משפט** לד 93, 139 (2011). סוגיה זו היא חלק מאתגר נרחב וכללי יותר שעניינו התמודדות המשפט המינהלי הפנימי עם הליכי גלובליזציה. לדיון כללי ראו דפנה ברק-ארז **אזרח נתין צרפתי: משפט ושלטון במדינה משתנה** 36-37 (2012).

⁵⁶ ראו להלן ה"ש 141-143. ראו התיאור אצל איסר-איציק, לעיל ה"ש 49. איסר-איציק, שעמדה בראש צוות העמותה שניסח וקידם את הצעת חוק אוויר נקי, מציינת במפורש כי לנגד עיניו של המחוקק ניצב החוק המקביל האמריקני, הדירקטיבות האירופאיות וכן התקנות הטכניות למניעת זיהום אוויר של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית משנת 1986.

⁵⁷ כפי שנעשה, למשל, בחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, ובחוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996.

מאפיין טבעי של מה שמכונה בספרות האקדמית "המדינה הרגולטורית", בה הדגש הוא על רשויות מינהל הנהנות משיקול דעת נרחב תחת הכוונה מרכזית מצד הרשות המחוקקת.⁵⁸ על רקע זה, קיים דיון ענף בהצדקות לכך שהמחוקק יותיר הכרעות רבות לידיה של הרשות המינהלית.⁵⁹ ההצדקות הקלאסיות שנשמעות לעניין זה נוגעות בדרך כלל לשיקולי יעילות, גמישות ומומחיות.⁶⁰ על יסוד אותן הצדקות ממש, ניתן להסביר גם את הטכניקה המדוברת. כך, מאחר שהמחוקק אינו יכול (או אינו רוצה) להידרש בעצמו להכרעות מסוימות, על החוק להיות רחב ככל האפשר כדי לתפוס בגדרו סיטואציות שונות. במילים אחרות, אם המחוקק יגדיר הגדרות תחולה שאינן נרחבות, מתקבלת בכך הכרעה ערכית ביחס לשאלה באילו מצבים ספציפיים החוק חל, ובכך – על מי תחול ובאיזה היקף הרגולציה שתיקבע מכוחו. הכרעות מעין אלו גוזלות זמן יקר, שהוא, כידוע, משאב מוגבל ביותר מבחינת המחוקק. אם מקבלים הנחה זו, אין פלא כי לצד ההוראות המרחיבות נעשה הצמצום על דרך של דלגציה תחת הצמצום בחקיקה ראשית. זאת, שכן הסיבה לקביעת ההוראות המרחיבות זהה לסיבה אשר בשמה מעדיף המחוקק לאצול את סמכות האסדרה לרשות המינהלית מלכתחילה.

הסבר אפשרי נוסף, פרוזאי יותר, יכול להתייחס לכך שרגולציה נקשרת בעיני המחוקק (והציבור) בצורך בהקשחת עמדות, או בהצגת עמדה בלתי מתפשרת לכאורה. הדבר נכון במיוחד לגבי רגולציה על שחקנים מתוחכמים ובעלי משאבים דוגמת תאגידים גדולים. החשש כי תאגידים רבי עוצמה יצליחו להתחמק מהוראות החוק תוך מתן פרשנות מניפולטיבית להוראות החוק, קיים תמיד. על כן, כאשר המחוקק רוצה ליצור רגולציה מוגברת, נקבעות הוראות תחולה מרחיבות שיתפסו כל גורם שעשוי להיות רלוונטי לאסדרה המדוברת. על פי עמדה זו, ההגדרות המרחיבות והגורפות נועדו להוות ביטוי להקשחת עמדות,⁶¹ בעוד הצמצום נועד לאפשר יישום יעיל ואפקטיבי של ההוראות הגורפות לכאורה.

על פי הסבר נוסף, אסטרטגי, צירוף החקיקה הרחבה עם האפשרות לצמצמה, נועד דווקא לשרת את ארגוני הסביבה ואת הציבור, שכן שיטה זו מאפשרת לחוקק חוק מקיף מאוד, המותיר את סמכות הצמצום לשר הממונה. על פי עמדה זו, הסייגים הרבים בחוק הם שאפשרו לחוק לעבור "מתחת לרדאר" של הסקטור התעשייתי בהליכי החקיקה. גישה זו נסמכת על ההנחה כי מנקודת ראותם של המבקשים להחמיר ברגולציה, מעת חקיקת החוק יהיו לו "חיים משלו", ומידת הצלחתו תהיה תלויה בגופים שונים, דוגמת המשרד להגנת הסביבה ובתי המשפט. גופים אלו יפרשו את החוק, בין היתר, בהתאם להוראות התחולה הגורפות. נדרש לציין כי הערך האסטרטגי ניתן להמשגה כמשתנה המשקף את ההסתברות לחקיקת החוק, זאת שכן בהיעדר פשרה פוליטית החוק לא יזכה בתמיכה מספקת ולא יחוקק כלל. נציין כי הסבר זה עשוי לעורר קושי, שכן הוא מחייב את המסקנה כי שיטת החקיקה שאומצה מבטאת ניצחון פוליטי של ארגון אדם וטבע ודין וארגוני

⁵⁸ Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, 17 J. PUB. POL'Y 2, 139 (1997). לדיון ראו שרון ידן "חוזים רגולטוריים שווקים פיננסיים בישראל" עיוני משפט לה 447 (2012). הביקורת כלפי מה שמכונה "המדינה המינהלית" מתמקדת בעיקר בקושי הדמוקרטי הנוצר מהעברת סמכות יתרה לידי רשויות שאינן נבחרות. ראו דפנה ברק ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד 369 (2000). ראו להלן בפרק ד.

⁵⁹ לסקירה ממצה ויפה ראו דותן, לעיל ה"ש 15.

⁶⁰ שם. אשר לשיקולי מומחיות, ראוי לציין כי הרגולציה הסביבתית המקובלת נסמכת במידה ניכרת גם על שימוש בכלים כלכליים. לדיון ולביקורת על אודות השימוש הקיים בכלים אלו, ראו אורן פרז "ההשפעה של החשיבה הכלכלית על דיני איכות הסביבה בישראל: מבט ביקורתי" עיוני משפט לא 429 (2009).

⁶¹ ראו והשוו לעמדתו של טל, לעיל ה"ש 19, המתייחס לכך שחקיקות סביבתיות רבות מבקשות לקבוע קביעות ערכיות חד-משמעיות לכאורה. שם, בעמ' 330.

הסביבה הנוספים שנטלו חלק בחקיקת החוק, על פני התעשיינים.⁶² כפי שיובהר להלן, ניתן לבקר עמדה זו על פי תיאוריה של Public Choice, ולפחות מבחינה תיאורטית, יש הגיון רב בגישה ספקנית המייחסת יתרון טקטי לתאגידים רבי עוצמה אשר נטלו חלק בחקיקת החוק.⁶³

עוד הסבר לטכניקה המדוברת, שתחולתו יפה במיוחד ביחס לתחום המשפט הסביבתי, עניינו במומחיות מקצועית. ניתן לטעון כי התחום הסביבתי ובכללו תחום איכות האוויר, הוא תחום אשר פיתוחו דורש מומחיות רבה, והוא נסמך במידה ניכרת על התפתחויות מדעיות וטכנולוגיות. על כך יש להוסיף את הייחוד של תחום איכות הסביבה, אשר נדרש להתמודד בין היתר עם הקושי לצפות התפתחויות עתידיות. ההתפתחות המדעית והטכנולוגית המואצת מציבה אתגר שעיקרו בצורך למנוע, מראש, מפגעים בלתי ידועים. לעניין זה נזכיר את עקרון הזהירות המונעת, שמטרתו לתת מענה לקושי המדובר.⁶⁴ העקרון אף אומץ במישרין בסעיף המטרה בחוק אוויר נקי.⁶⁵ מטבע הדברים, התפתחויות אלו מחייבות שינוי תדיר של ההוראות הפרטניות הנקבעות, במרבית המקרים, בתקנות. לשם כך, דרושות הוראות תחולה כלליות ומרחיבות, שיכולות "לסבול" אמצעים טכנולוגיים שונים לשם התמודדות עם הסיכונים הסביבתיים המשתנים.⁶⁶ הצורך בעדכון מהיר ותדיר של ההוראות אף מחייב כי שיקול הדעת יוותר במידה רבה בידיה של הרשות המינהלית, שלא מחויבת לערוך תיקון חקיקה מפרך, איטי ומסורבל כדי לשנות את המצב המשפטי. אכן, ככלל, קיים "trade off" בין ודאות, המושגת באמצעות פירוט ובהירות, לבין גמישות. הוראות עמומות מקשות על הבנת הדין בכל רגע נתון, אך מאפשרות למלאן בתוכן עם שינוי העיתים והתפתחות המציאות הטכנולוגית.⁶⁷ מובן הוא כי הסבר זה יפה גם ביחס לתחומים אחרים הדורשים מומחיות מקצועית מיוחדת, כמו תחום ההגבלים העסקיים. מנגד, גם אם מקבלים כי הצורך בגמישות ובוודאות מחייב כי עיקר שיקול הדעת יוותר בידיה של הרשות המינהלית, ניתן להטיל ספק בקביעה כי נדרשות הגדרות תחולה כה כוללניות או איסורים גורפים כדי "לקלוט" לחוק את השינויים הטכנולוגיים העתידיים האפשריים.

2. ביקורות אפשריות על השימוש בטכניקה, וגישות ה-Public Choice

⁶² ראו את תיאורה של איסר-איציק במאמרה בכרך זה, לעיל ה"ש 49, ביחס לגורמים שנטלו חלק בחקיקת החוק: "לאורך כל הליכי החקיקה, התנהלו לגבי דיונים בפורום, שהתגבש בהרכבו הקבוע משלב הדיונים בקריאה הראשונה, ובעיקר בהכנתו לקריאה השנייה והשלישית, והיה מורכב מנציגי המשרד להגנת הסביבה ומשרד המשפטים, התאחדות התעשיינים, חברת החשמל, ואדם טבע ודין. לפורום הזה נוספו לפי העניין נציגי השלטון המקומי, משרד ממשלה נוספים (כגון משרד התשתיות הלאומיות, משרד התחבורה, משרד האוצר, משרד הבריאות, משרד הביטחון, משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, משרד הפנים ועוד), חברות התחבורה הציבורית, איגוד יבואני הרכב, וארגוני סביבה נוספים (כגון מגמה ירוקה, הקואליציה למען בריאות הציבור, חיים וסביבה ועוד)".

⁶³ לעניין זה ראוי להזכיר את מאמרו הנודע של Galanter, המסביר מדוע לגופים רבי-עוצמה יש יתרון בהליכים משפטיים. Mark Galanter, *Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC. REV. 95 (1974).

⁶⁴ לתיאור העקרון ראו בעז שנור **תביעות נזיקין סביבתיות** 61-64 (2011).

⁶⁵ סעיף 1 לחוק: "חוק זה מטרתו להביא לשיפור של איכות האוויר וכן למנוע ולמצמצם את זיהום האוויר, בין השאר על ידי קביעת איסורים וחובות בהתאם לעקרון הזהירות המונעת...".

⁶⁶ על רעיון דומה עמד זמיר, בציינו כי לא פעם מעמיד החוק לרשות מינהלית סמכות רחבה יותר מן הדרוש מבחינת האינטרס הציבורי, כאשר הסיבה לכך היא, בין היתר, "בחשש של נסחי החוק מפני תקלות או התפתחויות בלתי צפויות שעלולות להכביד על הרשות המינהלית במילוי תפקידה". ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 348 (מהדורה שנייה, 2010).

⁶⁷ יש המוצאים ביתרון זה משום חיזוק לעקרון הדמוקרטי בהליך המינהלי. לפי עמדה זו, נורמות עמומות מסוגלות לקלוט, ללא צורך בשינוי חקיקתי, את רצונו של הרוב. ראו: J. L. Mashaw, *Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions*, 1 J. L. ECON. & ORG. 81 (1985). להרחבה ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 34-48.

הנחה בסיסית ומקובלת במשפט היא כי לפרט מותר כל מה שלא נאסר עליו. להנחה זו אופי מהותי. עניינה בכך ש"גבולות הגזרה המצויים בתקנות ובחקיקה קובעים איסורים וחובות, אך ביניהם נותר המתחם בו זכאי כל אזרח לחופש בחירה ורשאי לנצל את זכותו לאוטונומיה".⁶⁸ מכאן, שהגבלות רחבות על חופש הפעולה של הפרטים הוא בלתי רצוי. להבדיל מכך, דוקטרינת ה-Ultra Vires קובעת כי בעוד שלפרט מותר כל מה שלא נאסר, לרשות המינהלית אסור מה שלא הותר.⁶⁹ מבחינה פורמאלית, די בכך שהרשות המינהלית תוסמך בחוק כדי לומר שהעיקרון נשמר. אולם מבחינה מהותית, מתן תוקף לכלל הבסיסי משמעו זיהוי בעייתיות רבה בקביעת הוראות הסמכה רחבות.⁷⁰

לכאורה, טכניקת החקיקה שהוצגה עשויה לעורר קושי ביחס לשתי הפרדיגמות המתוארות. ראשית, קביעת האיסורים הגורפים והוראות התחולה המרחיבות עשויות לסתור את ההנחה כי אין זה ראוי לקבוע הגבלות נרחבות מעבר לנדרש על חופש הפעולה של הפרט. שנית, מתן הסמכה נרחבת לרשות המינהלית לפעול לצמצום ההגדרות הכוללניות, עשוי לסתור את ההנחה הבסיסית לפיה לרשות המינהלית אסור לעשות את מה שלא הותר. ואולם, מאחר שכפי שהוסבר הוראות התחולה הנרחבות מצומצמות לאמיתו של דבר, אין לומר באופן אוטומטי כי הניסוח הרחב מטיל כשלעצמו הגבלות בלתי מידתיות על חופש הפרטים. אשר לרשות המינהלית, אין די בכך שלרשות מוענק שיקול דעת נרחב כדי לקבוע כי ההסמכה בחוק רחבה מדי. לשם כך נדרש לבחון באופן מדוקדק מהו שיקול הדעת שניתן לרשות ובאילו נושאים. במסגרת רשימה זו נבחן שאלות אלו ביחס לחוק אוויר נקי.

אשר לסמכות הרשות המינהלית לצמצום ההוראות המרחיבות, ביקורות נוקבות הושמעו ועוד יישמעו על חיזוק מעמדה הבלתי מרוסן של המדינה המינהלית בת ימינו. הביקורת הרווחת ביותר על מודל המדינה המינהלית עתירת הסמכויות מקורה בתפיסה הדמוקרטית, הרואה בעיה מובנת בהעברת סמכות אין קץ לרשויות בלתי נבחרות. זאת, הן בהיבט המוסדי של מיהות מקבל ההחלטה (המחוקק או אשת המינהל), והן בהיבט ההגנה על זכויות אדם.⁷¹ טענה אפשרית היא כי הטכניקה המדוברת מדגישה ומחדדת את הבעיה, שכן העברת שיקול דעת נרחב לידיה של הרשות המינהלית, בשילוב ההגדרות המרחיבות, יוצרים יחד כוח אסדרה אדיר בידיה של הרשות המינהלית. על פי קו מחשבה זה, ככל שהגדרות התחולה והאיסורים הקבועים בחקיקה הם כוללניים יותר, כך נמסר לידי הרשות המינהלית כוח רב יותר לשלוט על פרטים ולהצר

⁶⁸ עע"מ 1245/12 התנועה לחופש המידע נ' משרד החינוך, פסי' 18 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימי) ריבלין (פורסם בנבו, 23.8.2012).

⁶⁹ ראו למשל ע"א 1644/04 עיריית רמלה נ' מרכז סליקה בנקאית בע"מ (פורסם בנבו, 28.11.2005). זמיר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 73; ברק-ארז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 97-98.

⁷⁰ הדוגמה הבולטת ביותר להסמכה בלתי מוגבלת לרשות המינהלית ניתן למצוא בהוראת סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, הקובע את הסמכות השירותית של הממשלה.

⁷¹ לסקירה ממצה ראו דפנה ברק ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד 369 (2000).

את החופש המסור להם על דרך הכלל.⁷² בכך נותר עקרון הפרדת הרשויות ערך תיאורטי דקלרטיבי נטול תוכן של ממש.⁷³

ביקורת אפשרית נוספת היא כי שיטת ההסדרה בחוק, בדומה לחקיקות הסביבתיות שקדמו לו, עלולה ליצור רושם מוטעה ביחס להגנה הגורפת על הסביבה שהחוק מעניק לכאורה, ובאופן כללי יותר – כי הגדרות התחולה הנרחבות אגב צמצומן על דרך הדלגציה נועד ליצור רושם כוזב של רגולציה כופה. על פי עמדה זו, הוראות התחולה נוקטות ברטוריקה מחמירה, בעוד שבפועל, ההסדרים הפרטניים ושיקול הדעת הרחב שהוקנה לרשות מעמידים בספק את הסיכוי כי זו תבוא לידי ביטוי בעולם המעשה.⁷⁴ זאת, בין היתר, על רקע ההבדל בין מוסד החקיקה, שכפוף להליכים פורמאליים ולעין הציבורית, לבין מוסדות מינהליים, שפועלים באופן נמהר ושקוף פחות בהרבה.

ביקורת נוספת היא כי ההגדרות הנרחבות כשלעצמן עשויות להביא למצב של זילות הוראות החוק. הטענה היא כי ציבור המזהמים יבין את ה"קריצה" לכיוונו, ויסיק כי החוק הכוללני או שמא המחוקק, איננו מתכוון לאמור בו.⁷⁵ טענה זו נכונה במידה רבה ביחס לחלק מן החוקים הסביבתיים שקדמו לחוק אוויר נקי. דוגמה שעשויה להמחיש את הטיעון ניתן למצוא באבסורד הטמון בהגדרות הרחבות הקבועות בחוק המים, ובביקורת שהושמעה על כך בספרות המשפטית. כך למשל, טל במאמרו בנושא מציין שהוראות החוק הן כה כוללניות, עד כי מניתוח משפטי "יבש" של הוראותיו אפשר לסבור שילד אשר הטיל את מימיו בחוף הכינרת עבר על הוראות חוק המים מאחר שהוא "זיהם" מקור מים על פי החוק.⁷⁶ על פי עמדה זו, הפרשנות הדרקונית שמתקבלת מיישום הוראות התחולה הרחבות מובילות למצב של קושי ממשי ביישום החוק.

ברור הוא, שעל מידת הציות תשפיע במידה רבה מתכונת האכיפה שתפעיל הרשות ביישום החוק. אלא שניתן לגרוס כי הרשות עצמה עשויה להתקשות לאכוף הוראות חוק כוללניות מבלי שנקבעו כל אמות מידה לקביעת הנחיות פרטניות מכוחן. את דברי החקיקה מפרשות, עוד בטרם החלתם בפועל, גם הרשויות האמונות על יישומם. בהתייחס לרשויות, החשש הוא כי כל עוד ההגדרות הנרחבות נותרות על כנן מבלי שנלווה להן הסדר קונקרטי ומפורט, המסדיר בבהירות כיצד יש ליישם את החוק, ההוראות המחמירות לא יאכפו על ידיהן. ברוח זו התייחסה איסר איציק במאמרה לקושי לאכוף את ההסדרים הקבועים בחוק מניעת מפגעים:

"הניסוח 'זיהום חזק או בלתי סביר של האוויר' ללא הוראות משלימות ומקצועיות המפרטות מהו, הגם שלכאורה אפשר פרשנות

⁷² ויפים דבריה של ברק-ארז לפיהם "ככל שהסמכות היא בעלת אופי גורף יותר, כן הכפיפות הפורמאלית לחקיקה הראשית משמעותית פחות, ומהווה רק עלה-תאנה למציאות שבה קביעת הנורמות מופקדת בידי הביורוקרטיה". שם, בעמ' 374. לדיון ביקורתי בדימוי של המדינה המינהלית המאיימת על אזרחיה ראו זמיר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 103-104; דותן, לעיל ה"ש 15.

⁷³ לדיון ביקורתי ביישום העקרון במשפט הישראלי הלכה למעשה ראו יואש מייזלר "תחיית המתים של תורת הפרדת הרשויות ואזורפציה שיפוטית – חידה ופתרונה" **מאזני משפט** ז 143 (2000); קלעי, לעיל ה"ש 7.

⁷⁴ על הפער בין רטוריקה מחמירה לבין מתן עונשים קלי ערך במשפט הסביבתי הפלילי בישראל, אף כאשר הכלים הפליליים שעמדו לרשות בית המשפט הפכו מגוונים ומשמעותיים יותר, ראו אור קרסין "הענישה בעבירות איכות הסביבה, בין רטוריקה למעשה" **מחקרי משפט** כג 433 (2007).

⁷⁵ ראו והשוו לעמדתו של טל ביחס להגדרות המרחיבות בחוק המים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 330.

⁷⁶ הדבר נתפס מחמיר במיוחד נוכח אופיה הפלילי של הוראת סעיף 20 לחוק. מסיבה זו ציין טל כי יש הרואים בחוק המים חוק "דרקוני". ראו טל, לעיל ה"ש 19.

מרחיבה, הקשה מאד על יצירת אכיפה אפקטיבית על ידי משרד ממשלתי דל משאבים וחסר כוח שלטוני כמו המשרד לאיכות הסביבה (כפי שכונה אז) שהיה אמון על יישומו.⁷⁷

מובן שאין בכך כדי לטעון נגד ניסוח הגדרות רחבות כשלעצמן, כי אם נגד מצב שבו נמנעת רשות מלהתקין תקנות הניתנות לאכיפה בקלות יחסית. ברם, בהיעדר כל התוויה של אמות מידה להפעלת הוראות החוק, ובשים לב להוראות התחולה הכוללניות והאיסורים הגורפים בחוק, ניתן לסבור כי רשות מינהלית תתקשה בקביעת תקנות מכוחו ובהבאתו לידי יישום הלכה למעשה. במידה רבה, ניתן לראות בהגדרה הגורפת *סיבה* להימנעותו של השלטון מקביעת תקני סביבה קונקרטיים יותר.⁷⁸

טיעון אחר, התר אחר המוטיבציה של גורמי ציבור בהליכי החקיקה ויישומה, יזהה את הטכניקה החקיקתית המתוארת כחלק מבעיה פוליטית-מוסדית שורשית יותר, ברוח תיאוריות ה-Public Choice.⁷⁹

על פי תיאוריות ה-Public Choice, שהורטן מתחומי הכלכלה הפוליטית, השיקולים העומדים מאחורי החלטות של גופים ציבוריים ואנשי ממשל מצביעים על כך שגורמים אלו אינם פועלים לטובת הציבור אותו הם מייצגים בלבד, כי אם (גם) ממניעים פרטיים, לשם קידום ענייניהם האישיים. תיאוריית ה-Public Choice היא תיאוריית גג, שמאגדת תחתיה תיאוריות משנה רבות. אחת מהתיאוריות שעשויות להאיר את הדיון בענייננו היא תיאוריית ה-Interest-Group (קבוצות האינטרסים), לפיה קבוצות עניין, המצליחות לנצל באופן מיטבי את הזירה הפוליטית, פועלות לצד הרגולטור ומשפיעות על ההסדרים הרגולטוריים באופן שישרת את האינטרסים העצמיים שלהן.⁸⁰ ביקורת אחרת מיוחסת לאחדים מחסידי אסכולת הגישה הכלכלית למשפט על מגוון תורותיה, הגורסים כי חקיקה אינה אלא "עסקה" כלכלית בין קבוצות לחץ לבין המחוקק.⁸¹

ניתוח של תיאוריות אלו בנושא הדיון הנוכחי מחייב לחשוב מי מהגופים הפוליטיים מרוויח מטכניקת החקיקה שהוצגה. באופן כללי, הדוגלים בתיאוריות ה-Public Choice חושדים בהותרת שיקול דעת נרחב בידיה של הרשות המינהלית. טיעון ביקורתי כללי כנגד הותרת סמכויות הכוללות שיקול דעת נרחב בידי גופים מינהליים, הינו כי המוסדות המינהליים נועדו להשיא את "מחירו" של המוצר החקיקתי בעיניהן של קבוצות האינטרס.⁸² תורת "ההשתלטות על המנהל" (capture) גורסת בין השאר כי הפקדת יישומו

⁷⁷ ראו איסר-איציק, לעיל ה"ש 49.

⁷⁸ ראו, למשל טל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 330.

⁷⁹ הדיון האקדמי על אודות תיאוריית ה-Public Choice הינו אדיר בהיקפו. לסקירה ממצה של הספרות ראו: PHILIP P. FRICKEY & DANIEL A. FARBER, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION (1991). כן ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 29 ואילך; ידן, לעיל ה"ש 58. להרחבה על תיאוריית ה-Public Choice כחלק ממדעי המדינה ראו שלמה מזרחי ואסף מידיני *מדיניות ציבורית בין חברה למשפט: בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות* (2006).

⁸⁰ תיאוריה זו זכתה לדיון ענף בכתיבה בישראל. ראו, למשל: עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" *משפט וממשל* יא 317, 320-324 (2008); עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" *קרית המשפט* ז 115 (2008); יואב המר ומשה כהן אליה "שתדלנות וההליך הדמוקרטי" *עיוני משפט* לג 593 (2011). להרחבה על אודות תיאוריות נוספות, דוגמת תיאוריית הרגולטור השבוי ותיאוריית ההצבעה, ראו ידן, לעיל ה"ש 58, בפרק ד(2). כן ראו: Jonathan R. Macey, *Promoting Public-Regarding Legislation through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223 (1986).

⁸¹ ראו, למשל: RICHARD POSNER, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE 277 (1990).

⁸² ראו: Terry M. Moe, *Political Institutions: the Neglected side of the story*, 6 J. L. ECON. & ORG. 213 (1990).

והפעלתו של דבר חקיקה בידיהן של רשויות מנהליות תשפר את החוק עבור קבוצות האינטרס שכן אורך חייו של הגוף המינהלי רב יותר מזה של המחוקק, ועל כן עשוי להישמר גם לאחר שהמחוקק הוחלף. באופן זה הוא ישרת טוב יותר את האינטרסים של אותן קבוצות.⁸³ כמו כן, הרשות המינהלית אינה כפופה להליכים קשיחים של חקיקה הדורשים, בין היתר, שקיפות ושיח ציבורי ער. מובן הוא כי מבחינתם של גופים שיש להם אינטרס בחוק המדובר (ובהקשר הנוכחי – התאגידים המזהמים), מוטב כי קביעת הנורמות תיעשה בידי הרשות המינהלית ולא על ידי המחוקק.

על פי עמדה זו, טכניקת החקיקה שהוצגה אינה אלא טכניקת הסוואה, שמטרתה "לעוור" את הציבור באשר לאג'נדה האמתית המסתתרת מאחורי מהלכי החקיקה והרגולציה. בהקשר של המשפט הסביבתי, טכניקה של טשטוש מדיניות סביבתית פוגענית ידועה בספרות בתחום בשם "green-wash"⁸⁴. החשש הוא כי גופים הפוגעים בסביבה מציגים מצג שווא ביחס למדיניות האמיתית שלהם. באופן דומה, הטענה כלפי המחוקק יכולה להיות כי ההצהרות הגורפות בחוק נועדו לטשטש את האג'נדה האמיתית של המחוקק: קידום האינטרסים הצרים של הסקטור הפרטי, ובפרט של גורמי כוח במגזר התעשייתי, לטובת "הון פוליטי" ורווח אישי עבור אנשי החקיקה והמנהל.⁸⁵

אם ליישם את האמור על ענייננו, טענה אפשרית היא כי יש לראות בחקיקה המסועפת שהוצגה, על הסתירות הפנימיות הטבועות בה וסעיפי התחולה המרחיבים, משום סימן מחשיד לכך שמשוהו אמנם איננו כשורה. על פי הטענה, ניתן לסבור כי צמצום הוראות התחולה היומרותיות כפי שנעשה בפועל, יקהה בסופו של דבר את שיני החקיקה לטובת הסקטור התעשייתי, והכל בכסות של "מהפכה סביבתית" נרחבת.

הניתוח לעיל מדגים יפה את הערך שבטכניקה המדוברת עבור המחוקק. אכן, הגדרות התחולה הרחבות כוללות ערך הצהרתי ניכר. ככל שחוק נושא ערך הצהרתי הדבר רצוי מבחינתו של המחוקק שכן הוא זוכה באהדת הציבור ובהון פוליטי. הטכניקה שהוצגה מאפשרת למחוקק, מחד גיסא, להותיר את הוראות התחולה הרחבות על כנן, ומאידך גיסא, לתת לרשות המינהלית שיקול דעת רחב ביותר לצמצם את ההסדרים באופן מסוה יחסית וזאת מבלי לפגוע בערך ההצהרתי בחוק.

ברור כי חוקים רבים המבקשים להסדיר מבחינה משפטית תחומים שטרם הוסדרו קודם לכן או לשנותם באופן מהותי טומנים בחובם ערך הצהרתי מסוים ולו ברמה הבסיסית ביותר המתייחסת ל"שיח" הנוצר בין המחוקק לבין הציבור. ערך זה משמעותי במיוחד בחוקים העוסקים במטריה השנויה במחלוקת

⁸³ George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 19 J. L. & ECON. 211 (1976). התיאוריה הינה רחבה יותר, ובבסיסה ניצבת ההנחה שקבוצות אינטרס ישתלטו על הרגולטור בדרכים שונות, מכיוון שהאינטרס שלהן לא מבוזר, ולנוכח המשאבים המרוכזים בידיהן ויכולת ההתארגנות הקנויה להן.

⁸⁴ המונח מוגדר אצל Perez. ראו: Oren Perez, *Private Environmental Governance as Ensemble Regulation: A Critical Exploration of Sustainability Indexes and the New Ensemble Politics*, THEORETICAL INQUIRIES L. (2011): "Disinformation disseminated by an organization, etc., so as to present an environmentally responsible public image".

⁸⁵ הסבר אפשרי לכך ניתן למצוא בתופעת הדלת המסתובבת (Revolving Door), אשר לפיה פקידי ממשל מונעים בין השאר משאיפתם להשתלב בבוא העת במגזר הפרטי, ובכלל זה בשורות הגופים המפוקחים. נראה כי תופעה זו אינה פוסחת על שוק האנרגיה. ראו, למשל ליאור גוטמן "מהמשרד להגנת הסביבה לצדיק בינו: הדוברת של ארדן צפויה לעבוד בפיז" **כלכליסט** 14.1.2013 www.calcalist.co.il/articles/0,7340,L-3593016,00.html. לדיון ראו דיון, לעיל ה"ש 58, בעמ' 488. להרחבה על אודות החשש מפני "green-wash", ראו, למשל: Perez, לעיל ה"ש 84.

ציבורית או בכזו הנושאת מטען ערכי או מוסרי רב. ואולם, ניתן גם לחשוב כי הערך ההצהרתי אינו יכול להופיע לצד ערכים אחרים אלא אך ורק במקומם.

ההגדרה המדויקת של חקיקה הצהרתית אינה מוסכמת. בניסיון להגדיר ולנתח את מאפייניה של חקיקה הצהרתית, מנתה זיהר (Siehr) ארבע קטגוריות המאפיינות חוקים הצהרתיים: חוקים המכירים לראשונה בערך מסוים (למשל, חוקים העוסקים בהפלות), חוקים בעלי גוון מוסרי מובהק (למשל, חקיקה סביבתית), חוקים המהווים אליבי או כסות לפעילות פוליטית מסוימת או העוסקים בעיתות משבר (למשל, חוקי איסור טרור) וכן חוקים שטומנים בחובם הוראות פעולה סותרות או לא ניתן להוציאם אל הפועל.⁸⁶ על אף המחלוקת באשר להגדרתה של חקיקה הצהרתית, טענה זיהר כי מאפיין בלתי נפרד מסוג חקיקה זה הוא הניסיון "לרמות" את הקהל של אותה חקיקה ולהסתיר את עובדת שהיא אינה מגשימה את המטרות הפרקטיות שלשמן היא חוקקה. זיהר הדגישה כי במיוחד בהקשר הסביבתי, בו חקיקה בעלת גוון מוסרי מובהק שכיחה יותר, אין זה מפתיע כי דברי החקיקה טומנים בחובם הצהרה משמעותית אשר מסתירה מנגנוני הוצאה לפועל שאינם יעילים ואשר מותירים את מטרת החקיקה בלתי מוגשמת.⁸⁷ למעשה, טענה זיהר, הערך ההצהרתי של חקיקה כאמור יכול להתקיים רק כל עוד המנגנון הבלתי יעיל נותר "סמוי" שכן אם יתגלה ההצהרה הגלומה בחוק תאבד מערכה.⁸⁸ במובן זה, ניתן לחשוב שקיים מתאם בין חוקים בעלי ערך הצהרתי לבין תחולת ביקורת ה-Public Choice המבקשת לתור אחר מנגנוני הסוואה בחקיקה.

יישום תובנות אלה על טכניקת החקיקה המוצגת ברשימה זו, יכול להוביל לתוצאות שונות כתלות בסוג הדלגציה בו בוחר המחוקק להשתמש לצורך פעולת הצמצום. כך, כאשר מדובר בדלגציה מהסוג הראשון (רשימת שיקולים) נראה כי לביקורת שהוצגה לעיל יש בסיס משמעותי. ניתן בהחלט לחשוב שהערך ההצהרתי שבהגדרות התחולה הרחבות של חוק אוויר נקי מסוה, על ידי רשימות שיקולים מסורבלות הכוללות גם שיקולים סותרים, את העברת ההכרעה והאיזון הערכיים לפתחה של הרשות המינהלית.⁸⁹ ניתוח זה נכון, במידת מה, גם לסוג הדלגציה השני (שיקול דעת "מוחלט") שכן באמצעותו ניתן לרשות המינהלית כוח נרחב להכריע בשאלות ערכיות שסופן בצמצום בלתי מבוקר של הוראות התחולה הרחבות. כפי שצינו לעיל, גם במקרים שבהם הרשות המינהלית מוסמכת לתת היתרים פרטניים ולא לסייג את תחולת הנורמה על ידי קביעות כלליות, התוצאה של צמצום בלתי מבוקר של הנורמה יכולה להתקיים גם במקרים אלו. זאת ועוד. שימוש בסוגי דלגציה אלו מאפשר למחוקק להרוויח פעמיים: פעם ראשונה בכך שהוא גורף קרדיט ציבורי המתבסס על הערך ההצהרתי של חוק אוויר נקי ופעם שנייה בכך שהוא אינו פוגע בקבוצות עניין שהוא חפץ ביקרן. כן יש לזכור כי המחוקק מרוויח מקביעת הגדרות נרחבות שכן הדבר מאפשר לו להימנע מבזבוז זמן ומשאבים לניסוח הסדר קולע. מנגד, סוג הדלגציה השלישי (שיקול דעת מונחה קו-בסיס) הוא דוגמה לכך

⁸⁶ Angelika Siehr, *Symbolic Legislation and the Need for Legislative Jurisprudence: The Example of the Federal Republic of Germany*, 2 LEGISPRUDENCE 271, 294 (2008).

⁸⁷ שם, בעמ' 295-296. ראו בהקשר זה גם: Jens Newig, *Symbolic Environmental Legislation and Societal Self-Deception*, 16 ENVIRONMENTAL POLITICS 276 (2007); John P. Dwyer, *The Pathology of Symbolic Legislation*, 233 (1990) ECOLGY L.Q. (לטענה לפיה הוראות חוק הצהרתיות וגורפות מביאות לחוסר יכולת להגיע לפשרות פרגמטיות המאפשרות להוציא את דבר החקיקה אל הפועל ובכך מעבירות את ההכרעה לרשות המינהלית ולרשות השופטת).

⁸⁸ Siehr, לעיל ה"ש 86, בעמ' 296.

⁸⁹ ניתוח זה עולה בקנה אחד עם כך שכפי שצינו, הנושא של היתרי הפליטה עורר מחלוקת קשה בין הגורמים המעורבים בהליך החקיקה, ולפיכך לא נכלל בהצעת החוק הרשמית. ראו לעיל בה"ש 49.

שניתן ליישם את טכניקת החקיקה הנדונה באופן שלא יעורר בהכרח חשש להסוואה ולהעדפת קבוצות עניין. כך, כאשר הרשות המינהלית כפופה לערכים כמותיים בני-השוואה היא אינה יכולה ליצור איזון ערכי מחדש ללא תשומת לב ציבורית ולכן תתקשה לערוך הסדר חלוקתי חדש שיטיב עם קבוצות העניין הרלבנטיות.⁹⁰ אמנם גם בסוג זה של דלגציה המחוקק חסך מעצמו זמן ומשאבים הדרושים לניסוח ההסדר, והוא הסתפק בהפניה להסדרים קיימים. אולם מנקודת ראותם של התאגידים שיהיו כפופים להוראות החוק, אין מדובר בהסדר רצוי במובן זה שקיימים ערכים מספריים פומביים ברורים שעל השר הממונה להתייחס אליהם בעת קביעת ערכי הסביבה.

3. נקודת אור - הערך ההצהרתי הגלום בטכניקה

עד כה דנו, מתוך נקודת מבט ביקורתית, בערך ההצהרתי או הסימבולי שיש לייחס לטכניקה המדוברת. מעבר לעובדה שאפיון טכניקת החקיקה המוצגת וסוגי הדלגציה השונים האפשריים במסגרתה מובילים לניתוח שלם יותר של האינטרסים העומדים בבסיס פעולת המחוקק, ניתן לטעון שהערך ההצהרתי הטמון בדבר חקיקה מסוים עשוי להתקיים באופן עצמאי גם מבלי שתתלווה אליו הסוואה מכוונת של אינטרסים אחרים שהמחוקק מעוניין לקדם, או לצדה. נציג עמדה זו כעת תוך התבססות על חוק אוויר נקי והרקע שהוביל לחקיקתו.

בתמצית, חוק אוויר נקי הינו תולדה של מאבק עיקש שהחל ביוזמת חקיקה פרטית שקידם ארגון "אדם טבע ודין" לצד המשרד להגנת הסביבה. אין חולק כי האסדרה של תחום איכות האוויר בישראל בטרם חקיקת החוק הייתה דלה למדי. הכרתו המפורשת של המחוקק בכך היא שהובילה לחקיקת החוק במתכונתו הנוכחית.⁹¹ שני כלים נורמטיביים מרכזיים חלשו בשעתו על תחום איכות האוויר. האחד הוא האמנה ליישום תקנים בדבר פליטות מזהמים לאוויר⁹² אשר הכפיפה את הרשות המינהלית לשיקולים אינטרסנטיים צרים מצד מוקדי כוח בתעשייה.⁹³ הכלי השני הוא חוק מניעת מפגעים.⁹⁴ בשעתו נחשב חוק זה ככלי יעיל לאכיפה סביבתית, אך התקנות מכוחו נותרו בגדר טיוטות בלבד. יוער כי בשלב מסוים השלימה המדינה עם המצב החוקי הקיים, ועמדתה הרשמית הייתה כי די באמנה בצירוף חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968 כדי להגן באופן מספק על איכות האוויר בישראל.⁹⁵ ואולם, על רקע הבעייתיות במצב החקיקתי, ארגונים סביבתיים

⁹⁰ מובן כי ניתן לחשוב גם על שיטות צמצום אחרות שיכולות להגביל את כוחה של הרשות המינהלית לצמצם את היקף הנורמה עד בלי די. דוגמה לכך קיימת ביחס למקורות הפליטה הנייחים השיריים (אלו שלא נכללים בשלוש הקבוצות המנויות בסעיף ההגדרות בחוק), אשר ביחס אליהם השר מוסמך לקבוע הוראות למניעה ולצמצום של זיהום האוויר מהמקורות הנייחים, אך זאת רק באישור ועדת הפנים והסביבה של הכנסת (ראו סעיפים 13 ו-14 לחוק).

⁹¹ הצעת חוק אוויר נקי, התשס"ו-2005, ה"ח הכנסת 126, 126 (להלן: הצעת החוק) ("המצב החוקי הקיים מסדיר באופן חלקי ביותר ולא אחיד את הטיפול בבעיית זיהום האוויר בישראל").

⁹² הסכם שנחתם בין משרד הסביבה הישראלי לבין איגוד התעשיינים בשנת 1998.

⁹³ ראו, למשל, Dorit Keren, Alon Tal, *Greenwash or Green Gain? Predicting the Success and Evaluating the Effectiveness of Environmental Voluntary Agreements*, 14 PENN. ST. ENVTL. L. REV. 31, 74-83 (2005).

⁹⁴ לסקירה ממצה של החקיקה הרלבנטית בתחום ערב חקיקת חוק אוויר נקי ראו באתר אדם טבע ודין: www.iued.org.il/?CategoryID=319&ArticleID=213

⁹⁵ ראו איסר-איציק, לעיל ה"ש 49.

כמו גם פרטים שאיכות הסביבה קרובה לליבם, שיוועו לשינוי – זאת בפרט לנוכח כישלונות קודמים להשיגו, ולנוכח כישלון צורם במיוחד שנחל "אדם טבע ודין" בתחום הסביבתי הרחב בבג"ץ **אדם טבע ודין**.⁹⁶

בזיקה לכך, ניתן לשער כי הטכניקה החקיקתית המאפיינת את חוק אויר נקי מבטאת רצון מצד חלק ניכר מהגורמים שקידמו ונטלו חלק בהליך החקיקה לחולל "מהפיכה תפיסתית", שתעודד שינוי תודעתי בקרב מושאי החוק.⁹⁷ אמנם הגדרות רחבות כבר נקבעו בחקיקה סביבתית בעבר, אולם מעיון בסעיף המטרה של החוק, כמו גם במספר ההוראות שתחולתן רחבה ביותר, נראה כי מדובר בהצהרה חקיקתית מזן חדש. עבור אלה שרואים ערך בהטמעת "שפה סביבתית", ההגדרות הרחבות בחוק אויר נקי, מהוות נקודת אור של ממש. יצוין כי אם נחזור להגדרותיה של זיהר, הרי שחוק אוויר נקי מהווה לשיטתה חוק שניתן להגדירו "מוסרי" בהיותו חוק סביבתי שנועד לפעול לקידום סביבה נאותה. כמו כן, ניתן לטעון כי מדובר בחוק המכיר לראשונה בערך מסוים, שהרי החוקים שאסרו על זיהום האוויר בטרם נחקק החוק, נכשלו, והצהרה בחוק ביחס לחשיבות שמירה על איכות האוויר היא במידה רבה ראשונית.

ואכן, עוד בטרם הובן ההסדר החוקי המורכב בחוק אוויר נקי, עצם חקיקתו הדגישה את ניצחון הארגונים הסביבתיים על המגזר התעשייתי.⁹⁸ דניאל פיש תיאר את החוק כ"אבן דרך חשובה ביותר בהתייחסות הדין הישראלי לנושאי סביבה בכלל ולמשאב האוויר בפרט".⁹⁹ הנופך ההצהרתי הנלווה לחקיקה מסוג זה, עשוי להיות נדבך חשוב בבחינת הצלחתה, בין השאר בהתחשב בזיקה המורכבת והנודעת שבין משפט וחברה, בפרט בהתייחס לשאלות של הכוונת התנהגות.¹⁰⁰ על פי עמדה זו, קביעת ההסדרים הגורפים תוך מתן שיקול דעת נרחב לרשות המינהלית לצמצום, נועדה לשמר את המסר הגורף המשתמע מהוראות התחולה של החוק.

כדי להמחיש טענה זו נערוך אנלוגיה לתחום פרשנות הזכויות החוקתיות בישראל. כידוע, התפיסה החוקתית-פרשנית המקובלת במשפט הישראלי, בה צידד ואותה קידם הנשיא אהרן ברק, מתאפיינת במתן פרשנות רחבה לחוקי-היסוד, כאשר צמצום היקפן של הזכויות הגלומות בהם, נוכח קיומם של אינטרסים חברתיים אחרים, נעשה במישור התת-חוקתי במסגרת מבחני פסקת ההגבלה.¹⁰¹ עמדה זו איננה מובנת

⁹⁶ לדיון על אודות הליך זה ראו להלן, בפרק ה.

⁹⁷ פיש במאמרו סבור כי חקיקת החוק מהווה תגובת נגד למדיניותו השמרנית של בית המשפט העליון בהגנה צרה בלבד על הזכות לסביבה נאותה. ראו פיש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 8.

⁹⁸ ראו למשל: יעל עברי-דראל "אחרי 3 שנים: חוק 'אוויר נקי' אושר בכנסת" [Ynet](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3571604,00.html) – **סביבה** (22.7.2008) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3571604,00.html; בילי פרנקל "כנסת ירוקה: מהפכה סביבתית בבית הנבחרים" [nrg](http://www.nrg.co.il/online/1/ART1/768/026.html) – **מעריב** (1.8.2008) www.nrg.co.il/online/1/ART1/768/026.html.

⁹⁹ פיש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1.

¹⁰⁰ לסקירה יפה וממצה של האפקטיביות של המשפט ככלי הכוונת התנהגות, בפרט בהקשר הפלילי, ראו: הדר אבירם "האם המשפט משיג את מטרתו? תשובות מעולם המחקר האמפירי" **משפט חברה ותרבות – האם המשפט חשוב?** 27, 32-37 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2011). כן ראו יובל פלדמן "משפט, נורמות והתנהגות: על משתנים ממתנים, על משתנים מתווכים ועל מה שביניהם" **משפט חברה ותרבות** 71 (2011). בהקשר זה מעניין לחשוב על מאמרה של Patricia Funk, אשר התייחסה לכך שבמצבים מסוימים עשויה להיות משמעות – בראי הכוונת התנהגות – גם לחוק שהינו סמלי במהותו. המחקר שערכה Funk עסק בביטול חובת ההצבעה בשוויץ, אשר הביא לירידה חדה בכמות המצביעים. ראו Patricia Funk, *Is There An Expressive Function of Law? An Empirical Analysis of Voting Laws with Symbolic Fines*, 9 AM. L. & ECON. REV. 135 (2007).

¹⁰¹ ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפסיקות המעידות על כך ראו למשל: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פסקות 86-87 לחוות דעתו של הנשיא ברק (1995); בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פסקות 30-34, 42-43, 104-106 לחוות דעתו של הנשיא ברק (2006). על פי גישה זו, הגבלה או פגיעה בזכות מתרחשת בכל מצב שבו רשות שלטונית אוסרת או מונעת מבעל הזכות להגשימה כדי מלוא היקפה.

מאליה, ואף שנויה במחלוקת ממשית.¹⁰² אולם עמדת ברק היא כי דרך זו, המבטיחה ביקורת שיפוטית רחבה, היא שתבטיח הלכה למעשה הגנה מיטבית על זכויות אדם.¹⁰³

לכאורה, מבחינה תוצאתנית, המתמקדת בבחינת היקף ההגנה על זכויות האדם דה-פקטו, אין כל הבדל בין הגדרה רחבה של הזכות וצמצומה בדיעבד, במישור התת-חוקתי, לבין הגדרה מצמצמת של הזכות החוקתית מראש. אולם מסקנה כזו מתעלמת מהיבט חשוב ביותר בהשוואה בין ההסדרים. ניתן לטעון שישנו ערך אינטרינזי בעצם השימוש בשיח זכויות אדם, תחת בחירה בפרשנות מצרה שתוציא התדיינות רבות מתחומי ה"מגרש החוקתי". על פי הגישה החולקת, גישה המגדירה את היקף הזכויות באופן רחב יתר על המידה, סופה להביא בפועל לזילות השיח החוקתי, וכפועל יוצא, להחלשתו.¹⁰⁴ המשותף לשתי העמדות הוא כי הן יוצאות מנקודת הנחה דומה, לפיה לשיקולים של שיח מקום חשוב בקביעת מדיניות משפטית. הנה כי כן, במישור הרחב, התוצאה שתושג בכל אחת מן הגישות שהוצגה איננה זהה, והגישה המצדדת בהגדרות רחבות מראש עדיפה (לגישת ברק) ולו במישור המסר, בקריאה לציבור. כידוע, לטרמינולוגיה, היוצרת שיח, מקום מרכזי בעיצוב תודעת מושאי החוק.¹⁰⁵

כך, ייתכן שבאימוץ מודל המצדד בתחולת זכויות רחבה, גם אם זו נותרת רטורית בעיקרה, קיים ערך נורמטיבי הנובע מעצם השרשת שיח חוקתי חדש, אשר במונחיו נדרש להצדיק כל פגיעה בפרט, כל עוד זו אינה מינימאלית (*de-minimis*).¹⁰⁶ ההשוואה לזכויות חוקתיות מתחדדת מכיוון נוסף. בדומה לכך שהנורמה החוקתית-ההצהרתית מסויגת בפועל על רקע נסיבות עובדתיות קונקרטיות במסגרת פסקת ההגבלה, כך ההסדרים הסביבתיים בחקיקה כפופים לשיקול דעתן של הרשויות המנהליות. חלוקה זו תורמת ליעילות ולגמישות, אך בה בעת אינה מכרסמת ברובד ההצהרתי החזק שבחוק.

אנלוגיה נוספת לעמדה המצדדת בשיקולים של שיח רחב, גם היא במשפט החוקתי, מוצגת על ידי ברק-ארז וזכריה, המנתחים במאמרם את היחס שבין הגישה האירופית המגבילה את חופש הביטוי מפורשות באמצעות חקיקה, לעומת הגישה האמריקנית, המסרבת להגביל את חופש הביטוי במוצהר, אך מצמצמת

ראו: אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 135 (2010). לעמדתו הכללית ביחס לאיתור הזכות החוקתית ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי - פרשנות חוקתית 369-373 (1994).

¹⁰² שם.

¹⁰³ שם, בעמ' 550-551.

¹⁰⁴ P.W. Hogg, *Interpreting the Charter Rights: Generosity and Justification*, 28 OSGOODE HALL L.J. 817, 819-820 (1990). כן ראו דבריו של השופט חשין בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פסקאות 40-43 (פורסם בנבו, 14.5.2006) ("מתיחת זכויות-יסוד אל כל עבר - מעלה, מטה ולצדדים - תוך הפניית האינטרסים שבכוחם להשפיע על גבולותיהן אל-עבר פסקת ההגבלה, עלולה להביא לפגימה בשיח החוקתי, וזו עלולה להוליך בסופו של יום לצימצום ההגנה החוקתית על זכויות האדם"). כן ראו והשוו דברי הנשיא גרוניס, שם. עוד ראו דבריו של השופט סולברג בהרצאתו בכנס פתיחת המשפט באוניברסיטת חיפה, בהם ציין כי "אינפלציה של זכויות מוזילה את ערכן. המוסיף, לעיתים גורע". נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" כנס "שנת המשפט תשע"ב – סיכום והערכה", בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה (18.10.2012). ההרצאה צפויה להתפרסם בכתב העת **דין ודברים**.

¹⁰⁵ Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez, *Introduction, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW* 1, 3 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001) ("The language we employ is not merely a tool to convey thoughts... a change in terminology may have a more profound affect than a mere replacement of one word with another")

¹⁰⁶ בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד (נ) 57, 68-69 (1996); רע"ב 9552/09 **כהן נ' שירות בתי הסוהר**, פסקות 15-16 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימוס) ביניש (פורסם בנבו, 2.4.2012).

אותו בפועל, בשיטות עקיפות.¹⁰⁷ הכותבים מסבירים שלמרות שהשיטות מגיעות לתוצאה דומה, עצם האיסור על ביטויים באירופה עלול ליצור "אפקט מצנן" על חופש הביטוי. בכך טמון לגישתם היתרון המשמעותי בגישה האמריקנית, הנותרת נאמנה במישור הרטורי לשיח בדבר עליונותו של חופש הביטוי.

העמדות שהוצגו זה עתה, המייחסות משקל לשיקולי שיח ציבורי והכוונת התנהגות, מזכירות במידת מה את הרעיון הבסיסי שהוצג בשעתו על ידי מאיר דן-כהן במאמר יסוד שעניינו ההבחנה בין כללי התנהגות לבין כללי הכרעה.¹⁰⁸ הרעיון של דן-כהן הוצג בהקשר פלילי, אך תחולתו רחבה והוא ניתן ליישום בתחומי משפט נוספים.¹⁰⁹ על פי המודל של דן-כהן, הפער בין קביעות משפטיות גורפות לבין יישום מרוכך ומסויג של אותם כללים ניתן להסבר באמצעות הבחנה בין כללי התנהגות לבין כללי הכרעה. כללי התנהגות הם הכללים המופנים לציבור הרחב ומורים לו כיצד לנהוג. לעומתם, כללי הכרעה מופנים לבתי המשפט ומורים להם כיצד להכריע בעניינים המובאים לפניהם. מובן הוא כי ככל שהציבור מודע לכללי ההכרעה – הכללים הופכים למעשה חלק מכללי ההתנהגות. מכאן החשיבות הטמונה בפרסום פסקי דין. אכן, הציבור צריך לדעת, למשל, כי הפרת חוזה תזכה את הנפגע מההפרה בסעד אפקטיבי. קיימת חשיבות לכך שכללי ההכרעה יהיו ידועים לציבור הרחב, ויסייעו בהכוונת התנהגות. ואולם, חלק מכללי ההכרעה משקפים רעיונות מורכבים, שלעיתים סותרים לכאורה את כוונת המחוקק. באופן ביקורתי ניתן לומר כי לעיתים אין למחוקק רצון להביא לידיעת הציבור רעיונות סותרים כאמור. דוגמה מובהקת לכך קיימת בהגנת ה"פטור" במשפט הפלילי, המאפשרת לבתי המשפט לזכות מבצע עבירה אף על פי שביצע עבירה, משיקולי הוגנות. על מנת שלא לפגוע בתוקף של כללי ההתנהגות, בתי המשפט מפעילים חלק מכללי ההכרעה באופן עמום. בכך נשמרת "הפרדה אקוסטית" מסוימת בין כללי ההתנהגות לבין כללי ההכרעה. בכך נשמרת עוצמתם של הכללים המופנים לציבור, שמטרתם להכווין התנהגות.

ה. השלכות אפשריות של סוגי הדלגציה

כשם שבבסיס קביעתן של הוראות תחולה מרחיבות וצמצומן עומדים ערכים ורציונלים שונים, כך גם לצורה שבה נערכת פעולת הצמצום של אותן הוראות ישנן השלכות מסוימות. בחלק זה נתמקד בשתי השלכות עיקריות שיכולות לנבוע מעריכת צמצום על דרך הדלגציה בכלל ובשים לב לכל אחד מסוגי הדלגציה שהוצגו בפרט.

1. היחס בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת – הסדרים ראשוניים

על פי הגישה המקובלת במשפט הישראלי, הכנסת היא הגוף הנבחר והיא שנהנית מלגיטימיות חברתית לקבוע את ההסדרים המשפטיים במדינה.¹¹⁰ הכלל הבסיסי שהתקבל במשפט הישראלי הוא כי

¹⁰⁷ דפנה ברק-ארז ודודי זכריה "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות" עיוני משפט לה 555 (2012).

¹⁰⁸ Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984) reprinted in MEIR DAN-COHEN, *HARMFUL THOUGHTS: ESSAYS ON LAW, SELF, AND MORALITY* 37 (2002). ראו גם שי עקביא וזנר "על כלל התנהגות והכרעות שיפוטיות בהלכה ובמשפט" עיוני משפט לב 305 (2010).

¹⁰⁹ ראו למשל, כהן, לעיל ה"ש 11.

¹¹⁰ ראו, למשל, בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2006) (להלן: עניין ועדת המעקב).

המחוקק הוא שמוסמך לקבוע את ליבת ההסדר הנורמטיבי, או את ההסדרים הראשוניים, ואילו הרשות המבצעת מוסמכת לקבוע את ההסדרים המשניים, כלומר, את הסדרי הביצוע של הכרעות המחוקק.¹¹¹ כפי שמבהיר דותן, לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים שני היבטים. הראשון, **עקרון איסור הדלגציה**, אשר עניינו חוקתי, ועיקרו בכך שהוא מגביל את יכולתה של הרשות המחוקק לאצול מסמכותה לעצב עניינים מרכזיים לרשות המבצעת. השני, אותו מכנה דותן **עקרון ההסדרים הראשוניים**, הוא עיקרון מינהלי לפיו בתי המשפט מפרשים חקיקה המסמיכה את הרשויות המינהליות לפעול בתחומי אחריותן.¹¹² על פי עקרון זה, הרשות המינהלית יכולה לקבוע מדיניות ולפעול בעניינים ראשוניים, אך עליה להראות הסמכה מפורשת וברורה לכך בחוק המסמיך.

חשוב להבהיר כי גם עקרון איסור הדלגציה אינו שולל מכל וכל את האפשרות כי הרשות המבצעת תשתתף באופן כזה או אחר בפעולת החקיקה. נהפוך הוא. מוסכם כי במדינת הרווחה המודרנית קיים הכרח שהרשות המינהלית תהיה מעורבת בעיצוב החקיקה כדי להתאימה לחלוף העתים ולמצבים שונים ומגוונים שהמחוקק הראשי אינו יכול להתמודד עמם.¹¹³ מהותו של העקרון היא בכך שאל לו למחוקק הראשי לאפשר למחוקק המשנה להכריע בעניינים עקרוניים וערכיים ללא הכוונה מוגדרת המעוגנת בחקיקה ראשית, ובמילותיו של הנשיא ברק: "הענקת סמכויות חקיקה לרשות המבצעת מותרת היא, ובלבד שהרשות המחוקקת קובעת את הפרמטרים העקרוניים שבמסגרתם מוסמכת הרשות המבצעת לחוקק".¹¹⁴ מובן כי אחד הקשיים המתעוררים במסגרת כלל ההסדרים הראשוניים הוא בקביעה מהו הסדר ראשוני (הסדר עקרוני שעל המחוקק הראשי להכריע בו) ומהו הסדר משני (הסדר המוציא את ההסדר העקרוני אל הפועל ואין מניעה שייקבע על ידי מחוקק המשנה).¹¹⁵ מובן הוא שלא כל דלגציה של שיקול דעת נטול הכוונה לרשות המינהלית היא אסורה. כדי לבחון האם הדלגציה מנוגדת לכלל איסור הדלגציה נדרש לבחון מהו שיקול הדעת שהוענק לרשות המינהלית, והאם, אמנם, מדובר באצילה המנוגדת לעקרון איסור הדלגציה במובנו המקובל.¹¹⁶

¹¹¹ הראשון להמשיג עיקרון זה בספרות המשפטית הישראלית היה יצחק הנס קלינגהופר במאמרו "שלטון החוק וחקיקה משנה" **הד-המשפט** 202 (1957). לדיון במאמר ולטענה כי עקרון איסור הדלגציה הינו בגדר דין רצוי בלבד מאחר שלא ניתן להצביע על מקור פוזיטיבי משכנע לקליטת הדוקטרינה בשיטה החוקתית בישראל, ראו דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 404-405. לעמדה דומה ראו גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב 5 (2010). מנגד, יש המצביעים על כך שלהיבט זה של הדוקטרינה יסודות מושרשים בשיטה החוקתית בישראל. ראו ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" **משפטים** מב 449 (2012).

¹¹² דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 381.

¹¹³ ראו למשל עניין **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 110, בעמ' 503-504. ראו גם מדינה, לעיל ה"ש 111, בעמ' 461; דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 429.

¹¹⁴ עניין **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 110, בעמ' 504.

¹¹⁵ קושי זה העסיק את בית המשפט העליון במספר מקרים. ראו לדוגמה עניין **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 110, בעמ' 515-517 (הנשיא ברק: "ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. קיימת אי-בהירות רבה בקביעת הגבול המבחין בין שני סוגי ההסדרים); עניין **ועדת המעקב**, לעיל ה"ש 110, פסקה 37 לחוות דעתו של המשנה לנשיא חשין ("התשובה לשאלה אינה פשוטה כל-עיקר, וקו הגבול בין הסדרים אלה לבין הסדרים אלה יכול שיהיה לעיתים מטושטש משהו"). קושי זה, כמו גם קשיים יישומיים אחרים ותיאורטיים אחרים, הביא את ברק מדינה להציע כי האיסור בדבר קביעת הסדרים ראשוניים על ידי מחוקק המשנה יחול רק ביחס לקביעות הפוגעות בזכויות חוקתיות. ראו מדינה, לעיל ה"ש 111, בעמ' 463.

¹¹⁶ השוו להבחנה שעורך זמיר בין סמכות פרטנית לבין סמכות גורפת. על פי זמיר, ההבדל בין הסמכויות מתמצה במידת הפירוט של החוק, כאשר צידה השני של המטבע הוא רוחב הסמכות. דיון זה מקביל במידה רבה לדיון שאנו עורכים כאן, שכן היקף האצילה נגזר ביסודו של דבר ממידת הפירוט של ההסדר בחקיקה הראשית. ראו זמיר, לעיל ה"ש 68, בעמ' 328-329. על פי זמיר, מתן סמכות גורפת לרשות המינהלית להסדיר תחום מסוים פוגע בעקרון שלטון החוק במובנו המהותי,

בטרם נעשה זאת, נדרש לציין כי אין חפיפה מלאה בין הדיון באיסור דלגציה לבין הדיון בטכניקה החקיקתית המוצגת. כך למשל, הטכניקה המדוברת יכולה להתייחס בין היתר למצב שבו מוגדר כלל משפטי באופן רחב, כאשר צמצומו נעשה על ידי הרשות המינהלית באמצעות אמות מידה שקבע המחוקק. באופן זה, כלל איסור הדלגציה עשוי להישמר, אך הטכניקה החקיקתית עודנה בשימוש. כמו כן, ניתן לחשוב על כלל תחולה מצומצם וקולע יחסית, אשר הרשות המחוקקת אצלה את סמכותה לאיינו ללא אמות מידה לרשות המינהלית. בנסיבות מסוימות המחוקק יפר בכך את כלל איסור הדלגציה, אך הטכניקה הנדונה אינה רלוונטית. במילים אחרות, כדי לבחון את היחס בין הטכניקה המדוברת לבין העקרון נדרש לבחון את יישום הטכניקה בכל חוק וחוק, ולבדוק איזו סמכות צמצום הועברה, ובאיזה אופן, לרשות המינהלית.

ואולם, חרף העובדה שאין בין הטכניקה לבין העקרון חפיפה מלאה, קיים בין הדברים קשר הדוק. ראשית, כפי שכבר צוין לעיל, מנקודת ראותו של המחוקק, הסיבות להימנע מקביעת הסדר מפורט ולאצול סמכותו זו לידיה של הרשות המינהלית, עשויות לחפוף את הסיבות לבחור בפעולת ההרחבה בחקיקה. הסיבה לכך היא כי ניסוח כלל בעל היקף תחולה מצומצם יחסית, מאלץ את המחוקק לקבל הכרעה ערכית ביחס לשאלה על מי החוק חל מבחינה מעשית (או מהו היקף האיסור הנקבע בו), ובכך – על מי תחול ובאיזה היקף הרגולציה שתיקבע מכוחו. במובן מה, היתרונות והחסרונות שניתן לייחס לאימוץ עקרון איסור הדלגציה מזכירים, גם אם לא באופן מלא, את היתרונות ואת החסרונות שניתן לייחס לטכניקה המוצגת. שנית, השאלות הנורמטיביות שמעוררת שאלת הדלגציה דומות במהותן לשאלות שמעוררת שימוש בטכניקת חקיקה זו או אחרת, שהרי שתיהן עוסקות בטכניקת חקיקה ובהשפעות המוסדיות האפשריות של בחירה בה.

נוכח קוצר היריעה אין בדעתנו לפרט את כל שיקולי המדיניות שעשויים להיות רלוונטיים לדיון הנרחב בעקרון איסור הדלגציה.¹¹⁷ נסתפק בלציין כי הובעו דעות לכאן ולכאן.¹¹⁸ לצורך הדיון נבקש לבחון בקצרה כיצד משפיעה כל אחת משיטות הדלגציה המתוארת על יחסי הכוחות שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת, בשים לב להגדרות התחולה הרחבות.

כפי שהוסבר לעיל, הדיון בהסדרים ראשוניים נוגע בדרך כלל למצבים שבהם המחוקק הראשי נמנע מלקבוע הסדר עקרוני ואוצל את הסמכות לעשות כן לרשות המינהלית. הייחוד של שאלת ההסדרים הראשוניים בהקשר של טכניקת החקיקה המוצגת ברשימה זו, הוא בכך שעל פני הדברים נקבע הסדר מסוים בחקיקה הראשית, אך נשמרת לרשות המינהלית האפשרות לערוך אותו מחדש או לשנותו, באמצעות צמצום ההגדרות או האיסורים בהתאם לשיקול דעתה. בכך, לרשות המינהלית ניתנת האפשרות לשנות את הנורמה על ידי הגבלתה.¹¹⁹ מדובר בפן סמוי יותר של עקרון איסור הדלגציה, אשר למיטב ידיעתנו טרם זכה לתשומת לב ממשית בכתיבה המשפטית על אודות העקרון. חשוב להדגיש כי אצילה מעין זו תהיה פסולה מנקודת הראות של עקרון ההסדרים הראשוניים רק אם ניתן לזהות ששיקול הדעת שהותר בידי הרשות המינהלית הוא כזה שמאפשר לה לשנות את ההסדרים שנקבעו על ידי המחוקק באופן שיוצר הלכה למעשה הסדר

¹¹⁷ חלק מהשיקולים הרלוונטיים לדיון זה נזכרו לעיל, בפרק ד.

¹¹⁸ ראו דותן, לעיל ה"ש 15; ספיר, לעיל ה"ש 111; מדינה, לעיל ה"ש 111.

¹¹⁹ לשם הדיוק יובהר כי מדובר בשינוי של נורמה לכאורית בלבד, שכן הנורמה המעשית נקבעת לאמיתו של דבר בשילוב ההגדרות בחקיקה עם יישומן על ידי הרשות המינהלית.

ראשוני חדש. עתה נפנה לבחון האם יישום סוגי הדלגציה בחוק אוויר נקי עולים בקנה אחד עם עקרון איסור הדלגציה.

רשימת שיקולים

כאמור לעיל, במסגרת ההסדר העוסק במקורות פליטה נייחים טעוני היתר, הסמיך המחוקק הראשי את המשרד להגנת הסביבה להתיר למפעלים מזהמים במיוחד לפעול על פי היתר פליטה תקף. המחוקק הראשי פירט ברשימת שיקולים כיצד על הרשות לקבוע את הכללים ואת אמות המידה להענקת ההיתר, מה יהיה תוכנו והם להתנותו בתנאים. אלא שכאמור לעיל, רשימות השיקולים הקבועות בחוק הן מסורבלות למדי וחמור מכך – חלק מהשיקולים סותרים זה את זה. לשם הדיון נתעלם לרגע מהיישום הבעייתי של סוג דלגציה זה בחוק אוויר נקי ונתמקד בעיקרון הכללי, במסגרתו המחוקק הראשי אוצל מסמכותו ומפרט שיקולים רלוונטיים שעל הרשות המינהלית לפעול על פיהם בעת קבלת החלטותיה, וזאת לצורך צמצום התחולה הרחבה.

על רקע הביקורת המוכרת שעניינה הותרת שיקול דעת נרחב בידי הרשות המינהלית, בשנים האחרונות ניתן לראות חקיקות שונות בהן מפרט המחוקק את כל השיקולים שעשויים להיות רלוונטיים להחלטתה של הרשות המינהלית. על רעיון דומה, אם כי בהקשר אחר, עמדה דפנה ברק-ארז, בהתייחסה לתיקון מס' 7 לחוק מינהל מקרקעי ישראל. לאחר שנים בהן חוק מינהל מקרקעי ישראל לא פירט מהן המטרות או התכליות הניצבות בבסיסו, קבע התיקון כי מטרות החוק הינן "ניהול מקרקעי ישראל כמשאב לשם פיתוחה של מדינת ישראל לטובת הציבור, הסביבה והדורות הבאים, ובכלל זה להשאת עתודות קרקע מספיקות לצורכיה ולפיתוחה של המדינה בעתיד, תוך איזון ראוי בין צורכי שימור לצורכי פיתוח, ובין שיווק קרקע לשמירה על עתודות קרקע לצורכי ציבור". על ניסוח המטרה באופן זה ציינה ברק-ארז כי "כל הדברים הנכונים נאמרים כאן כעת. אבל השאלה היא למה באמת יביא החוק במתכונתו החדשה...".¹²⁰

על פני הדברים, ניתן לחשוב שכאשר המחוקק הראשי מגדיר את השיקולים שינחו את הרשות המינהלית בבואה להוציא לפועל את דבר החקיקה, אין מדובר באצילה של הסמכות לקבוע את הוראת הבסיס – ההסדר הראשוני. זאת, מכיוון שקביעת רשימת שיקולים מהווה, לכאורה, איזון מסוים שקובע המחוקק ותוחמת גבולות גזרה בהם רשאת הרשות המינהלית לפעול כדי לבצע את הוראות החוק. הנחה זו יכולה להיות נכונה כאשר המחוקק הראשי מגדיר רשימת שיקולים מצומצמת וכן הוראות בדבר המשקל שיש לתת לכל אחד מהם. ואולם, קיימים סוגים שונים של רשימות שיקולים שהמחוקק הראשי יכול לקבוע. עמדנו על כך שבמקרה של חוק אוויר נקי הוגדרה רשימת שיקולים כה רחבה, עד שקשה לומר שהמחוקק הראשי ערך איזון אמיתי ותחם את חופש הפעולה של הרשות המינהלית. הדברים נכונים ביתר שאת לגבי חקיקה סביבתית, שהיא מעצם טבעה חקיקה שנועדה לאזן בין שיקולי פיתוח לבין שיקולים סביבתיים. בחקיקה מעין זו מצופה כי המחוקק לא יסדיר רק את הפרוצדורה (קביעת מנגנון של היתרי זיהום), אלא ייקבע עמדה ערכית שעניינה איזון עקרוני בין השיקולים הרלוונטיים. יחד עם זאת, ניתן לדמיין רשימות

¹²⁰ ראו: דפנה ברק-ארז "בכבליהן של מטרות נוגדות" **ארץ אחרת** 56 (2010)

לאחרונה ראו דפנה ברק-ארז "דונם פה דונם שם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" **עיוני משפט** כא 613 (1998).
על הסמכות הגורפת של מינהל מקרקעי ישראל כפי שהייתה עד

שיקולים מצומצמות יותר, אשר יכללו שיקולים שגם אם ניתן יהיה לאזן ביניהם לא יאפשרו לחרוג ממתחם ערכי מסוים שנקבע מראש על ידי המחוקק הראשי.

אשר לחוק אוויר נקי, מצד אחד, ניתן לטעון כי באמצעות פירוט השיקולים הציב החוק לנגד עיניה של הרשות המינהלית האמונה על קבלת החלטה את כלל התכליות והאינטרסים המעורבים, באופן מפורט. אפשר שבכך תקבל הרשות החלטה "מיוחדת" או מושכלת – לפחות ברמה הקונספטואלית-כללית. אלא שעשוי להיות "צד אפל" לשיטה זו; ניתן לטעון כי דווקא מורכבותו של החוק ורמת הפירוט הנרחבת המאפיינות אותו, יקשו על הרשות המינהלית לקבוע הסדר מספק על יסוד השיקולים המפורטים. לאמיתו של דבר, רשימת השיקולים שעל המשרד לשקול בעת מתן היתר היא כה רבה ומסועפת, עד כי נראה ששיקול הדעת להסדיר את מתן ההיתר ואת תנאיו נותר באופן בלעדי בידיה של הרשות המינהלית ללא יד מכוונת של ממש.

במישור זה, החשש הוא כי פירוט כה מסורבל של רשימות השיקולים הרלבנטיות לשם החלטה האם ליתן היתר פליטה, כמוהו כלא לומר דבר, ואף חמור מכך: ניתן לסבור כי כל החלטה מינהלית ניתנת לעיגון בסט שיקולים מסוים מתוך הרשימות האמורות (ועל כך נרחיב להלן, בהתייחס להשפעת עיצוב ההסדרים על הביקורת השיפוטית).

הדברים נכונים ביתר שאת בהתחשב בכך שכפי שטוען שור, חלק מן השיקולים אף סותרים זה את זה, וכלל אין זה ברור אילו שיקולים יש לשקול על פי החוק בעת מתן היתר.¹²¹ לסתירה בין השיקולים יש לייחס חשיבות מכרעת. כאמור לעיל, המחוקק אימץ במסגרת ההסדר העוסק במקורות פליטה טעוני היתר, בעת ובעונה אחת, שני עקרונות מרכזיים: עקרון עלות-תועלת ועקרון הטכניקה המיטבית הזמינה. לכל הפחות היה מצופה מהמחוקק לבחור – בוודאי ביחס להסדר מצומצם יחסית (מקורות פליטה נייחים טעוני היתר) – בעקרון אחד אשר על פיו ינהג מחוקק המשנה. גם אם ניתן להתווכח על השאלה מהו היקף האצילה הרצוי על רקע שיקולי מדיניות שונים, נראה כי בחירה מבין אחד העקרונות ניצבת בלב ההסדר והאופן שבו ייקבעו ההיתרים על פיו. קשה לדרוש מהרשות המינהלית לקבוע מהו עיקרון-העל אשר על פיו יינתנו ההיתרים. בדברי ההסבר להצעת חוק אוויר נקי נכתב כי "בשקלול נזקי זיהום האוויר לערכים כספיים, בעיית זיהום האוויר גורמת נזק כלכלי גדול ביותר למשק".¹²² אולם השאלה המרכזית שהיה על המחוקק להכריע בה היא מהו הכלי אשר באמצעותו על הרשות המינהלית לאזן בין נזקי זיהום האוויר לבין "ערכים כספיים" בנסיבותיו של כל מקרה. לדעתנו אין קושי לקבוע כי עקרון-העל על פיו יינתנו ההיתרים מהווה הסדר ראשוני שעל המחוקק לקבוע. אלא שלא זו בלבד שהמחוקק לא הכריע מהו העיקרון השלט, הוא אף הפנה בעת ובעונה אחת לשני העקרונות, ביחס לאותו הסדר ממש. ייתכן מאוד כי הרשות המינהלית תגבש לעצמה הנחיות ותחליט מתי לעשות שימוש בכל אחד מהעקרונות בהתאם לנסיבות המקרה. אולם מובן הוא כי הדבר פותח פתח בעייתי ביותר למדיניות בלתי קוהרנטית ואחידה. מכל מקום, נראה כי הסדר זה מפר את

¹²¹ ראו בפרט את הקושי לדעת האם ניתן – בעת מתן היתר זיהום – לשקול שיקולי עלות-תועלת מכוח החוק או שמא יש להתחשב רק בשאלת הטכניקה המיטבית הזמינה. שור מייחס את היעדר הקוהרנטיות האמור לכך שחלק מן ההסדר הועתק כמעט כלשונו מהדירקטיבה האירופית בדבר "מניעה ובקרה של זיהום באופן אינטגרטיבי": Directive 2008/1/EC of the European Parliament and the Council of 15 January 2008 concerning integrated pollution prevention and control, OJ L 24, 29.1.08, p.8. ראו אצל שור, לעיל ה"ש 14.

¹²² הצעת חוק אוויר נקי, התשס"ו-2005, ה"ח הכנסת תשס"ח 126, 126.

עקרון איסור הדלגציה באופן המוצג כאן, דהיינו: באמצעות מתן אפשרות לרשות המינהלית לצמצם את הגדרות התחולה הרחבות ולקבוע בעצמה את האיזון הראשוני בין הערכים הרלוונטיים.

שיקול דעת "מוחלט"

דלגציה מסוג שיקול דעת "מוחלט", כאשר היא מתקיימת על רקע הוראות תחולה רחבות שקבע המחוקק הראשי, מעלה במלוא עוזה את סוגיית איסור הדלגציה. אולם מובן הוא כי לא כל דלגציה מסוג שיקול דעת "מוחלט" עומדת בהכרח בסתירה לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים. ניתן בהחלט לחשוב על מקרים בהם המחוקק הראשי קבע הסדר ראשוני מפורט מספיק ובחר להותיר שיקול דעת מוחלט לרשות המינהלית בכל הנוגע להוצאתו אל הפועל של אותו הסדר. אלא שכאשר ההסדר שנקבע על ידי המחוקק הוא רחב ביותר, הן בשל תחולתו הרחבה מבחינת כמות הפרטים עליהם הוא חל והן בשל תוכן הזכות או האיסור הכלולים בו, דלגציה מסוג שיקול דעת מוחלט תעביר פעמים רבות הכרעות ערכיות מהותיות לרשות המינהלית באופן שיעמוד בסתירה לעקרון איסור הדלגציה. מובן שהדבר תלוי בסוג ההסדר המדובר ובתכניו הפרטניים. אולם נראה כי כאשר חקיקה רגולטורית המנוסחת באופן כוללני מותירה שיקול דעת נרחב ביותר לרשות המינהלית, הסיכוי כי הרשות המינהלית תידרש לקביעת הסדרים שניתן לזהותם כראשוניים, הוא גבוה.

זהו גם המצב במקרה של חוק אוויר נקי. כזכור, שיקול דעת "מוחלט" מוענק לרשות המינהלית בכל הנוגע לקביעת הוראות בדבר פליטת מזהמים ממקורות פליטה נייחים מהקבוצה השיורית. בהינתן שהנורמה הרחבה שקבע המחוקק הראשי אוסרת על הפעלת כל מקור פליטה נייח, הרי שכל קביעה של מחוקק המשנה שתגדיר מהם המקרים בהם מותר להפעיל מקור פליטה נייח וכיצד, תצמצם במידת מה את ההכרעה הראשונית שנקבעה בחקיקה ראשית ותגדיר "מתחם זיהום" שלא יהיה אסור על ידי החוק. הקביעה אילו מקורות פליטה נייחים ניתן להפעיל ובאיזו מידה מהווה לדעתנו הכרעה ראשונית המסורה למחוקק הראשי. בהסדר זה, ניתנת למחוקק המשנה הסמכות המפורשת להכריע בעניין זה. אין ספק כי ההכרעה לפיה קיים צורך בצמצום זיהום האוויר ממקורות פליטה מסוימים היא הסדר ראשוני והכרעה זו, לפחות לכאורה, אכן התקבלה על ידי המחוקק הראשי. אלא שגם השאלה **באיזו מידה יש לצמצם את זיהום האוויר או האם יש למנוע אותו לחלוטין ומאילו מקורות, מהווה לדעתנו הכרעה ראשונית ועקרונית שבלעדיה אין תוחלת ממשית להכרעה הראשונה.**

בעניין זה יש מקום להסתייגות משמעותית. לאחר שהדגמנו כיצד סוג הדלגציה של מתן שיקול דעת "מוחלט" עלול להוביל במקרים רבים לסטייה מעקרון ההסדרים הראשוניים, וזאת באמצעות ההסדר הנוגע למקורות פליטה נייחים בחוק, יש להזכיר כי שיקול הדעת של מחוקק המשנה במקרה זה כפוף לאישורה של ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. ייתכן בהחלט שהתניה מסוג זה על שיקול דעתו של מחוקק המשנה מרפאת קשיים רבים הטמונים בסוג זה של דלגציה, שכן ועדה מוועדות הכנסת מהווה את זרועו הארוכה של המחוקק ולכן שומרת במידת מה על הפן הדמוקרטי של ההכרעה העקרונית. יתרה מכך, על פני הדברים, הליך אישור קביעות השר במסגרת דיוני ועדות הכנסת הינו שקוף יותר לציבור מאשר הליך התקנת תקנות שנעשה על ידי השר בלבד. לכן, ניתן לחשוב שהתניית סוג זה של דלגציה באישורו של גוף פרלמנטרי זה או אחר היא רצויה ומאפשר למחוקק הראשי לשתף את מחוקק המשנה בהכרעות עקרוניות מקצועיות מבלי לוותר קליל על השליטה בנעשה.

שיקול דעת מונחה קו-בסיס

סוג הדלגציה האחרון, שיקול דעת מונחה קו-בסיס, הוא דוגמא עקרונית טובה לכך שלא כל דלגציה עומדת בהכרח בסתירה לעקרון איסור הדלגציה. כך, הגדרת שיקול דעתה של הרשות המינהלית על ידי הפניה לנקודת השוואה מוגדרת מראש מהווה הכרעה ראשונית שמגבילה את פעולת המינהל ותוחמת אותה כך שתהיה בהתאם למתחם הערכי שקבע המחוקק הראשי. למעשה, זו הגשמה של עקרון הפרדת הרשויות ושמירה על חלוקת התפקידים בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת. הרשות המחוקקת קובעת הכרעות ערכיות ופוליטיות ומורה לרשות המבצעת להוציא הכרעות אלה אל הפועל תוך שהיא תוחמת את מרחב פעולתה מראש ואינה מותירה מקום להכרעות שיבוצעו על ידי הרשות המבצעת.

ביטוי של סוג דלגציה זה במסגרת חוק אוויר נקי עולה גם הוא, במידה רבה, עם עקרון ההסדרים הראשוניים. יחד עם זאת, ניתן גם להגדירו כיצור כלאיים. בעוד שהמחוקק הראשי הורה למחוקק המשנה לקבוע ערכי איכות סביבה לקיומם של מזהמים באוויר והנחה אותו לעשות כן בשים לב לנקודת השוואה קבועה מראש (באופן המגביל את שיקול דעתו של מחוקק המשנה באופן ניכר), הרי שנקודת השוואה שנקבעה לא נערכה על ידי המחוקק הראשי עצמו, אלא היא נקבעה על דרך של הפניה להכרעות ואיזונים של גופים אחרים בדמות ארגונים בין-לאומיים ומדינות זרות. ניתן לטעון שנתון זה אינו משליך על הדיון בחלק זה, זאת שכן גם אם המחוקק הראשי בחר לאמץ הכרעה ערכית שנקבעה כבר במסגרת אחרת הרי שעדיין מדובר בהכרעה ערכית שהתקבלה גם על ידיו. ואולם, במקרה של חוק אוויר נקי, אין מדובר בהכרעה מוגדרת וקבועה מראש כי אם, במידה רבה, ב"הצמדה" להכרעות עתידיות שיתקבלו על ידי גופים זרים.¹²³ הצמדה מעין זו מעוררת שאלות מרתקות. לצורך הדיון כאן די בכך שנציין כי ניתן לזהות בפעולה זו מאפיינים דומים מאוד לפעולת הדלגציה למחוקק המשנה וההבדל מתמצה בעיקר בזהות הגוף הנאצל. דלגציה כזו מעוררת גם היא מתחים הנוגעים לבסיס הדמוקרטי של דוקטרינת ההסדרים הראשוניים, אך מתחים אלו אינם עוסקים בחלוקת הכוחות שבין הרשויות בתוך המדינה והעיסוק בהם חורג ממטרתה של רשימה זו.

2. היחס בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת - ביקורת שיפוטית

לא ניתן לדבר על ביקורת שיפוטית על חקיקה סביבתית מבלי להזכיר את הפסיקה העקרונית של בית המשפט העליון בעניין **אדם טבע ודין**.¹²⁴ מדובר במאבק שניהל ארגון אדם טבע ודין נגד התיקון לחוק התכנון והבניה, התשכ"ט-1969.¹²⁵ חוק זה עיגן את האפשרות לערוך הליכים מקוצרים לצורך אישור תוכניות לתשתיות לאומיות. החשש שהביע הארגון היה כי קיצור ההליך לא יאפשר לגורמים האמונים על כך להכין תסקיר השפעה על הסביבה,¹²⁶ וכן כי סד הזמנים לא יאפשר הגשת התנגדויות לתוכנית. מנימוקים אלה עתר "אדם

¹²³ נושא זה מעורר כמובן שאלות כבדות משקל ביחס לשאלה האם יכול המחוקק הראשי להגביל את שיקול דעתה של הרשות המינהלית ולהכפיפה להכרעות עתידיות שיתקבלו על ידי פורומים בינלאומיים. הנושא חורג מרשימה זו. לדיון בשאלות דומות ראו ברק ארז ופרז, לעיל ה"ש 55.

¹²⁴ בג"ץ 4128/02 **אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נח(3) 503 (2004) (להלן: עניין **אדם טבע ודין**).

¹²⁵ באמצעות חקיקת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב-2002. לדיון ביקורתי על הניסיון לצמצם את זכויות שיתוף הציבור משיקולים של יעילות, ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 299-300.

¹²⁶ על חשיבותו של התסקיר ראו באתר "אדם טבע ודין":

טבע ודין" לבג"ץ, בטענה שהתיקון לחוק איננו חוקתי, בין השאר בשים לב לפגיעתו בזכות לסביבה ראויה, שהינה לעמדת הארגון זכות יסוד חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²⁷ במהלך פרשני דחה בית המשפט העליון את העמדה של הארגון, בקובעו כי הזכות לסביבה נאותה אינה זכות עצמאית המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יחד עם זאת בית המשפט העליון הבהיר כי הזכות לכבוד האדם וחירותו כוללת בחובה את הזכות למינימום של קיום אנושי, ולפיכך חוק הפוגע באיכות הסביבה באופן הגורם לפגיעה במינימום הקיום האנושי פוגע בכבוד האדם ובחירותו.¹²⁸

משמעותה של הפסיקה ביחס לחוק אוויר נקי היא כי בג"ץ לא יוכל לקבוע שההסדרים הקבועים בחוק אינם חוקתיים מחמת פגיעה בזכות לסביבה נאותה.¹²⁹ אולם גם אם היה מכיר בית המשפט העליון בערך החוקתי של הזכות לסביבה נאותה, הרי שבהתחשב בכך שחוקי הכנסת נהנים מחזקת חוקיות¹³⁰, ונוכח העובדה כי נכונותו של בית המשפט העליון לפסול חוקים היא ממילא מוגבלת,¹³¹ ברור כי הביקורת השיפוטית המינהלית על החלטות הרשויות מכוח החוק היא המשמעותית והרלוונטית ביותר לצורך הדין בביקורת שיפוטית.

אכן, צפוי שהביקורת השיפוטית בהתייחס לחוק תתרכז ואף תתמצה בבחינה מינהלית של יישומו של החוק ואכיפתו בפועל. בחוות דעתו בבג"ץ **אדם טבע ודין** הטעים הנשיא ברק כי דחיית הטענה בדבר מעמדה החוקתי של הזכות לסביבה ראויה אינה שוללת כי אינטרסים מסוימים הגלומים בה יזכו להגנה בתחומי המשפט המינהלי.¹³² האפשרות לתקוף החלטות רגולטוריות פרטניות במישור המשפט המינהלי שרירה גם במישור הפרוצדוראלי וגם במישור המהותי, באמצעות עילות השיקולים הזרים, הסבירות והמידתיות.¹³³ לאפיק המינהלי נודעת חשיבות יתרה בהקשר הסביבתי, שכן המשפט המינהלי נועד להגן על אינטרסים של יחידים ושל קבוצות אף כאשר אלו לא זכו להכרה כזכויות. באופן זה ניתן לשקול בין היתר שיקולים של הגנה על ערכי טבע, ובכך להביא לכדי מימוש תפיסה המשקפת הגנה סביבתית רחבה ומשמעותית יותר.¹³⁴

<http://old.sviva.gov.il/bin/en.jsp?enPage=BlankPage&enDisplay=view&enDispWhat=Zone&enDispWho=taskirim.&enZone=taskirim>

¹²⁷ ראו עניין **אדם טבע ודין**, לעיל ה"ש 124.

¹²⁸ עניין **אדם טבע ודין**, לעיל ה"ש 124, בעמ' 518. לדיון בשאלת חוקתיות הזכות לסביבה "בריאה" (בטרם נפסק הבג"ץ) ראו: פיש, לעיל ה"ש 39, בעמ' 65-75.

¹²⁹ זאת למעט באשר לאותה גזרה צרה של הפגיעה במינימום הדרוש לשם קיום אנושי בכבוד. כמו כן, ייתכן כי ייקבע שההסדרים בחוק פוגעים בזכויות יסוד מוכרות, דוגמת הזכות לקניין (דווקא מן הצד של התעשיינים) או הזכות לשוויון (ככל שזו מוכרת כזכות יסוד חוקתית בהקשר הנוכחי). לניתוח ביקורתי של פסק הדין ראו דפנה ברק-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" **ספר דליה דורנר** 189 (2009); נורית ענבל ועומר בכמן "...וחתיכת שמיים - בעקבות בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל" **הארץ דין** א 95 (2004).

¹³⁰ ראו, למשל, בג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, 496 (2009).

¹³¹ ראו, למשל, ביחס לפיתוח של דוקטרינת הבשלות: ילנה צ'צ'יקו "על בשלות וחוקתיות" **משפטים** מג 419 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" **עיוני משפט** לו 45 (2014).

¹³² ראו: עניין **אדם טבע ודין**, לעיל ה"ש 124, בעמ' 520. לפסק דינו של הנשיא ברק הצטרפו שישה שופטים. ביניהם הייתה השופטת ביניש, אשר הדגישה אף היא את האפשרות כי החלטה פרטנית של הועדה הארצית לתכנון ובניית תשתיות לאומיות תיפסל באמצעות שימוש בכללי המשפט המינהלי. עוד על כך ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 20.

¹³³ להרחבה ראו דפנה ברק-ארז **המשפט המינהלי** כרך ב 723-792 (2011).

¹³⁴ ברק-ארז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 19-20. להרחבה על אודות מידת התאמתו של שיח הזכויות במשפט הסביבתי ראו אריה ונגר וגלעד אוסטרובסקי "שיח הזכויות ואיכות הסביבה: הילכו שניים יחדיו?" **מעשי משפט** ב 39 (2009).

השאלה המתעוררת היא כיצד טכניקת החקיקה שתוארה תשפיע, אם בכלל, על אפיק הביקורת השיפוטית המינהלית. לצורך הדיון כאן, נתמקד בעילת הסבירות, אשר מהווה הלכה למעשה עילת הביקורת המשמעותית ביותר דרכה בוחן בית המשפט החלטות מינהליות בשנים האחרונות.¹³⁵ כידוע, עילת הסבירות עשויה להביא לפסילת החלטה מינהלית מקום בו לא ניתן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהן בהחלטתה.¹³⁶ אלא שכפי שלא כל סוג של דלגציה מעורר את אותם קשיים באשר לעקרון ההסדרים הראשוניים, כפי שהסברנו לעיל, סוגי דלגציה שונים יכולים להשפיע באופן שונה על הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל.

רשימת שיקולים

כפי שכבר צויין, גולת הכותרת של החוק מצויה בהסדר העוסק במקורות פליטה נייחים טעוני היתר. על פי החוק, על המקורות המנויים בתוספת השלישית לחוק לקבל היתר פליטה בטרם יוכלו להתקין או לעשות שימוש במקור כזה. בהקשר זה הסברנו כיצד מפנה החוק לרשימות שיקולים שונות, אשר היחס ביניהן איננו נהיר די צרכו.

מחד גיסא, דלגציה מסוג התוויית שיקול דעת על ידי רשימת שיקולים עשויה להיות החסינה ביותר מפני ביקורת שיפוטית. זאת, כאשר מדובר ברשימת כוללת של כל שיקול אפשרי אשר מחוקק המשנה יוכל להצדיק כל צמצום שייבחר לערוך באמצעות אחד השיקולים המנויים בה. ניתן להניח כי בית המשפט יתקשה לקבוע שפעולה מינהלית מסוימת אינה סבירה כאשר היא עולה בקנה אחד עם שיקולים מתוך הרשימה שקבע המחוקק. על פי עמדה זו, השיקולים המוזכרים בחוק לא רק שאינם כובלים את שיקול דעתה של הרשות – אלא אף עשויים "לחסנה" מפני ביקורת שיפוטית אפקטיבית. החשש האמור מתעצם בשים לב לעובדה שההסדרים בהם עסקינן מסורים פעמים רבות בידיהם של מומחים. המדובר בעניינים "טכניים" המצריכים מידה רבה של מקצועיות. נקל לסבור כי לבית המשפט כלי התערבות פחותים במקרים אלו.¹³⁷ ביקורת לוואי מכיוון אחר תטען כי דווקא כאשר כל השיקולים נכללים בחוק, הביקורת השיפוטית עוברת מהתמקדות בבחינת עילת השיקולים זרים (הנכללת בעילות המסורתיות) לבחינת סבירות ההחלטה – ואז מואשם בית המשפט ב"אקטיביזם" שיפוטי בלתי מוצדק, דבר המקשה בפועל על התערבותו.

מאידך גיסא, פירוט השיקולים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם היא עדיפה על מצב שבו לא נקבעים שיקולים כלל. כך, כאשר בית המשפט נדרש לבחון החלטה של הרשות, יש לפניו רשימה של פרמטרים דרכם הוא יכול להצדיק התערבות בהחלטה הנדונה. בהקשר של חוק אוויר נקי, שהוא חוק שבמהותו נועד לאזן בין צרכי פיתוח לבין הצורך בשמירה על הסביבה, ניתן לחלק את השיקולים לשיקולים "סביבתיים" ושיקולים "פיתוחיים", ולוודא כי הרשות המינהלית נתנה משקל מספק לכל אחד מסט השיקולים. סעיף

¹³⁵ לדיון בקשר שבין שחיקת עקרון חוקיות המינהל לבין השימוש ההולך והגובר בעילת הסבירות, ובהשפעת עובדה זו על נכונותו של בית המשפט לבטל החלטות הנגועות בחוסר סמכות, ראו דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 392-394.

¹³⁶ בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980).

¹³⁷ ראו, למשל: בג"ץ 68/07 רובינסון נ' מדינת ישראל, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (פורסם בנבו, 9.8.2007). בעניין זה הבהירה השופטת פרוקציה כי בשאלה האם טיפול מסוים נכלל סל הטיפולים הרפואיים על פי החוק הינה "החלטה רפואית-מקצועית במהותה, המחייבת מומחיות מקצועית. ככזו, שייכת החלטה זו לתחום המקצועי המובהק שבית משפט זה יימנע מלהתערב בו".

המטרה הרחב של החוק, המצביע בעצמו על הצורך באיזון בין שיקולי פיתוח לבין שיקולי סביבה, עשוי לשרת את בית המשפט לעניין זה.

ואולם, התמונה משתנה במקרה הנוכחי נוכח העובדה כי רשימת השיקולים מונה שיקולים הסותרים זה את זה. היעדר ההרמוניה בין השיקולים עשויה לאפשר לרשות, הלכה למעשה, להצדיק פעולות מינהליות רבות תוך הסתמכות על השיקולים המנויים בחוק. תחת הנחה זו, ניתן להעריך שדלגציה מסוג של שיקול דעת המבוסס על רשימת שיקולים סותרים או רחבים עד כדי כך שיוכלו להצדיק כל פעולה מינהלית תהיה החסינה ביותר מפני ביקורת שיפוטית. זאת, שכן ברשימת שיקולים כאמור גלומה "הכרעה" ראשונית שנעשתה בידי המחוקק מן הסוג שבית המשפט ממעט להתערב בו.

שיקול דעת מוחלט

כזכור, בכל הנוגע לזיהום מהקבוצה ה"שירית" של מקורות הפליטה הנייחים, הותיר המחוקק שיקול דעת שאינו מוגבל ברשימת שיקולים לרשות המבצעת. אפיינו את סוג דלגציה זה כשיקול דעת מוחלט לכאורה המוענק למי שאמון על ביצוע החוק. על פניו, נראה כי הענקת שיקול דעת נרחב כל כך למחוקק המשנה מהווה מכשול משמעותי ביותר לכל ניסיון ביקורת שיפוטית על החלטות המינהל. בעיה זו מכונה בספרות המשפטית בתחום "בעיית שיקול הדעת המינהלי"¹³⁸. עיקרה בקושי הרובץ לפתחו של בית המשפט, הניצב אל מול חיזוק מעמדה של המדינה המינהלית בלא כלי עבודה מתאימים (ובעיקרם כללים נורמטיביים) לשם הבטחת ביקורת ופיקוח נאותים על פעולתה. הסיבה לכך היא מוסדית. פעמים רבות נעדרים השופטים ידע ומומחיות לבחון את ההחלטה, זאת בפרט בתחום הסביבתי הדורש מידה רבה של מומחיות מקצועית, חלקה טכנית. ההנחה היא כי בהיעדר פירוט ראוי של התכליות והערכים הניצבים המנחים את שיקול דעתה של הרשות המינהלית, יתקשו בתי המשפט לפקח על הרשות המינהלית. אשר על כן, על פני הדברים, בהיעדר התוויה ברורה של השיקולים הרלוונטיים לצורך החלטות מינהליות משמעותיות מכוח החוק, יתקשה בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות הרשות.

ואולם, בהיעדר רשימת שיקולים מובנית בחקיקה הראשית, ניתן להניח שבית המשפט ימשיג סוג מסוים של פעולות מינהליות שיחרוג ממתחם הסבירות במסגרת פסיקה ממקרה למקרה. כך, בית המשפט צפוי להגדיר מתחם של סבירות אשר בסופו של יום הרשות המינהלית תצטרך לפעול בתוכו כדי לזכות בחסינות מפני תביעות. מעניין לציין כי יוצא מכך שהיעדר כל הגדרה של מרחב פעולה מסוים, למשל על ידי מתן רשימת שיקולים, דוחה את פעולת האיזון משלב החקיקה הראשית לשלב הוצאת דבר החקיקה אל הפועל. אלא שמלאכת איזון זו לא נמסרת באופן בלעדי ומוחלט לרשות המבצעת, אלא במובן מה גם לרשות השופטת שתצטרך להמשיג מערך איזונים מסוים כדי לדון בשאלת סבירות הפעולה המינהלית. כך, היעדר התוויה מצד המחוקק והיעדר רצון להשקיע משאבים על מנת להמשיג ערכים או שיקולים רלוונטיים לצורך ביצוע הכרעות פרטניות, מחייבת את שתי הרשויות האחרות בהוצאת משאבים ניכרים כדי להגיע לאיזון המבוקש. לכאורה, אפשר כי התוצאה שתושג בהיעדר דיון מתאים בכנסת מצד כל הגורמים הרלוונטיים, ובהיעדר שקיפות נאותה, יתקבלו בסופו של יום החלטות שלא יטיבו עם הציבור, ויתקשו להביא למימוש נכון ואפקטיבי של מטרת החקיקה. ואולם, בהסדר הרלוונטי בחוק אוויר נקי כפוף ההסדר לאישור ועדה בכנסת.

¹³⁸ ראו: דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 510 ואילך.

עובדה זו היא משמעותית ביותר והיא מרפאת במידת מה את הבעיה הדמוקרטית שמעורר הסדר מעין זה, כמו גם את הצורך בפעילות שקופה. אשר לביקורת השיפוטית, יש לשער כי ככל שהתקנות הן אלו שיותקפו (ולא יישומן במקרה קונקרטי), נכונותו של בית המשפט להתערב תהיה פחותה בשים לב לאישור הוועדה.¹³⁹

לסיכום הדברים, מעניין להבחין כי תחת ההנחות שהוצגו נראה שדווקא דלגציה מסוג מתן שיקול דעת מלא תהיה חסינה פחות מפני ביקורת שיפוטית מאשר דלגציה מסוג של רשימת שיקולים סותרים. זאת, מאחר שהגדרת רשימת שיקולים מובנית מהווה הכרעה של המחוקק הראשי אשר מאפשרת למחוקק המשנה, לכאורה, לפעול בלא צורך בקביעת איזון המתבסס על שיקול דעתו המוחלט. הדבר עשוי להקשות על התערבות שיפוטית ככל שהרשות המינהלית תוכל להצדיק באופן משכנע את החלטותיה באמצעות רשימת השיקולים הרלוונטית. מובן הוא כי חוסר קוהרנטיות וסתירה בין השיקולים השונים, יקשו על התערבות שיפוטית כאמור.

שיקול דעת מונחה קו-בסיס

באופן פחות מפתיע, נראה כי דלגציה מסוג השוואה לקו-בסיס תהיה נתונה לביקורת השיפוטית האפקטיבית ביותר. כזכור, במסגרת חוק אוויר נקי סוג דלגציה זה בא לידי ביטוי בהפניית מחוקק המשנה לערכי נוכחות מזהמים באוויר שנקבעו על ידי מדינות זרות וגופים בין-לאומיים. הפניה זו של המחוקק לערכים כמותיים קבועים מהווה נקודת השוואה מכומתת אליה מופנה בית המשפט, כאשר גם אם קיים "מתחם סבירות" מסוים שהרשות המינהלית רשאית לפעול במסגרתו, הרי שאותה נקודת השוואה תוחמת ומקטינה אותו ביחס לשיקול הדעת "מוחלט". יש להניח כי אם וכאשר יחרוג מחוקק המשנה מערכים הקבועים במדינות מערביות אחרות יהיה לבית המשפט קל יותר לקבוע שפעולתו הייתה בלתי סבירה.

ניתן להמחיש את טענתנו זו בדוגמה מספרית המתבססת על שני מזהמים להם קבע השר ערכי איכות אוויר בתקנות אוויר נקי (ערכי איכות אוויר) (הוראת שעה), התשס"א-2011 (להלן: התקנות). הכוונה היא למזהמים מסוג PM10 ו-PM2.5.¹⁴⁰ מזהמים אלו הוגדרו כגורמים המסוכנים ביותר לבריאות האדם מבין החומרים המזהמים הנפלטים לאוויר.¹⁴¹ יתרה מכך, הם אף הוגדרו על-ידי ארגון הבריאות העולמי כחומרים שכל ריכוז שלהם באוויר – נמוך ככל שיהיה – הוכח כמסוכן.¹⁴² מסוכנותם של מזהמים אלו הביאה ארגונים ומדינות שונות להגדיר ערכי תקרה (Limit Values) להמצאותם בריכוז מסוים באוויר. האיחוד האירופי, למשל, קבע בדירקטיבה משנת 2008 ערך תקרה שנתי של ריכוז ממוצע של 40 מיקרוגרם למטר מעוקב של PM10 ו-25 מיקרוגרם למטר מעוקב של PM2.5.¹⁴³ ארגון הבריאות העולמי קבע הנחיות חריפות יותר

¹³⁹ בג"ץ 108/70 מנור נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 442, 445 ("ירק במקרה נדיר יפסול בית המשפט חקיקת-משנה שנעשתה על ידי שר חורגת מסמכותה מטעמי אי-סבירות. לא כל שכן חקיקת משנה כזאת שזכתה לאישורה של ועדה מוועדות הכנסת, המשקפת פחות או יותר בהרכבה הסייעתי את ההרכב בכנסת"). לדיון ראו ברכה, לעיל ה"ש 50, בעמ' 417.
¹⁴⁰ חומר חלקיקי עדין מרחף שקוטר חלקיקיו קטן מ-10 ו-2.5 מיקרומטר בהתאמה.

¹⁴¹ OECD, ENVIRONMENTAL OUTLOOK TO 2030 180 (2008).

¹⁴² World Health Organization, *Air Quality and Health Fact Sheet No. 313* (September 2011) available at: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs313/en/index.html>

¹⁴³ Annex XI and XIV of the Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe, available at: <http://eur->

לנוכחותם של PM10 ו-PM2.5 באוויר, והציב תקרה של 20 ו-10 מיקרוגרם למטר מעוקב בהתאמה.¹⁴⁴ ואולם, במסגרת התקנות, השר קבע את ערכי הסביבה של PM10 על רף של 60 מיקרוגרם למטר מעוקב בממוצע שנתי.¹⁴⁵ מדובר בערך הגבוה ב-50% מהדירקטיבה האירופית וב-200% מהנחיות ארגון הבריאות העולמי.¹⁴⁶ חמורה מכך היא העובדה שהשר כלל לא קבע ערכי סביבה למזהם PM2.5, על אף שחלקיקים בגודל זה ידועים כמזיקים ביותר.¹⁴⁷

כאשר מצויים בפני בית המשפט נתונים מספריים שנקבעו על ידי ארגונים בעלי ניסיון וידע דוגמת הגופים שהוזכרו, וכאשר בהוראת חוק מפורשת נקבע כי על השר להתחשב בערכים אלו בעת קביעת הערכים המדוברים, הדבר מקל על יכולתו של בית המשפט להתערב בהחלטה. עילת הסבירות תאפשר לבית המשפט לקבוע כי השר סטה ממתחם הסבירות, ככל שלא יהיה בידיו הסבר מתקבל על הדעת לקביעת הערכים בסטייה ניכרת ממדינות מתוקנות אחרות. סיכומו של דבר, נראה כי לא ניתן לחלוק על כך שיכולתו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית אפקטיבית באפיק עילת הסבירות הינה גדולה ורחבה יותר כאשר מוצבים לפניו ערכים בני השוואה כאמור.

3. איזון כולל – איזו דלגציה עדיפה?

עד כה סקרנו את טכניקת החקיקה של הרחבה וצמצום, והראינו כיצד היא מיושמת בחוק אוויר נקי. כמו כן דנו בסוגים אפשריים שונים של דלגציה, והבהרנו את ההשלכות האפשריות של בחירה בכל אחד מהם, הן במישור היחסים שבין המחוקק לבין הרשות המינהלית, הן במישור הביקורת השיפוטית.

עתה, כדי לסכם, נגדיר את העלויות והתועלות הכרוכות בסוגי הדלגציה השונים, באופן שבו יושמו בחוק אוויר נקי. בשים לב לניתוח שהוצע בחלק העוסק בביקורת שיפוטית לעיל, ניתן לראות כיצד סוגים שונים של דלגציה עשויים להשפיע על העלויות והתועלות הנבחנות. נבחן תחילה את סוג הדלגציה של התוויית שיקול דעת על ידי רשימת שיקולים. על אף שרשימת השיקולים הרחבה אינה מהווה, כשלעצמה, איזון הנערך על ידי המחוקק, הרי שהוא נושא בעלות מסוימת בבואו להגדיר את אותה רשימת שיקולים. באופן דומה, ובהנחה שהיעדר ביקורת שיפוטית אינה תוצאה רצויה, הרי שבהתאם לניתוח שהוצע לעיל ניתן להמשיג את התועלת של התוויית שיקול הדעת בסוג דלגציה זה כתלות באיכות הרשימה שנקבעה. לגבי חוק אוויר נקי ספק אם יש תועלת רבה ברשימת השיקולים נוכח הסתירות שהצבענו עליהן לעיל. אולם מובן הוא כי קביעת

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:152:0001:01:EN:HTML. החל משנת 2015, הריכוז הממוצע

של P.M2.5 יעודכן ל-20 מיקרוגרם למטר מעוקב.

¹⁴⁴ World Health Organization, לעיל ה"ש 142.

¹⁴⁵ פריט 18 לתוספת השניה לתקנות.

¹⁴⁶ יש לציין בהקשר זה כי המאפיינים האקלימיים של מדינת ישראל מציבים אותה בנקודת פתיחה גרועה יותר מזו של מדינות אחרות במערב בשל העובדה שחלק ניכר משטחה של ישראל מוגדר כמדבר ובשל הימצאות חלקיקי אבק וחול באוויר אשר יכולים להשפיע על הערכים של PM10.

¹⁴⁷ פריט 19 לתוספת השניה לתקנות. ראו בהקשר זה גם הקואליציה לבריאות הציבור **נסיגה מחוק אוויר נקי? דו"ח מעקב: שנתיים לחוק אוויר נקי 7 (2013)**. אם כי יש לשער כי תקיפת החלטת השר במישור זה תיעשה על דרך של החובה להפעיל שיקול דעת, ולא על יסוד היעדר סבירות.

רשימת שיקולים קוהרנטית נושאת תועלת מסוימת בהקשר זה, וככל שמדובר ברשימה מצומצמת יותר התועלת עולה.

בחינה של סוג הדלגציה של מתן שיקול דעת מוחלט מעלה תוצאות מעט שונות. ניתן להניח כי מתן שיקול דעת מלא לרשות המינהלית מהווה עלות איזון אפסית למחוקק. מנגד, כאמור לעיל, שיטה זו נושאת תועלת רבה יותר מנקודת הראות של היתכנות הביקורת השיפוטית לעומת רשימת שיקולים סותרת. יחד עם זאת, כפי שכבר צוין, מתן שיקול דעת נרחב ביותר לרשות המינהלית מבלי לפרט בחקיקה ראשית אמות מידה כלשהן להפעלת שיקול הדעת, עשוי להקשות על בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית מינהלית אפקטיבית, בפרט בתחומים הדורשים מומחיות טכנית רבה. הדבר אף עשוי להקשות על הרשות המינהלית ליישם את החוק ולהוציאו אל הפועל. כאמור לעיל, הצורך בקבלת אישור ההסדר על ידי ועדה בכנסת פותר במידה מסוימת את הקושי הדמוקרטי הכרוך בהסדר. ואולם, יש לזכור כי מדובר באישור הוועדה בלבד, ועל השר יהיה לקבוע בעצמו הסדר יש מאין.

סוג הדלגציה השלישי, התוויית שיקול דעת על ידי קו-בסיס, מוליד תוצאות שונות גם הוא. כך, ניתן להניח שעלות האיזון במקרה זה גם היא שואפת לאפס שכן היא נסמכת על מלאכת איזון קודמת. מן הצד השני, התועלת הצומחת מביקורת שיפוטית קפדנית בהרבה מובילה להנחה כי התועלת שבשיקול דעת תלוי קו בסיס עולה על התועלת בשני המצבים האחרים שנסקרו. נוסף על כך, הפנייה להכרעות ערכיות שנעשות על ידי גופים בינלאומיים נושאת עימה תועלת נוספת, ייחודית יותר. כפי שמצביעים ברק-ארז ופרז, "לכבילת" שיקול הדעת על ידי מגבלות נורמטיביות חיצוניות פן משחרר. לשיטתם, הכפפת הרשות המינהלית לנורמות בינלאומיות עשויה לסייע בידי הרשות להתמודד עם לחצים אינטרסנטיים של קבוצות לחץ.¹⁴⁸ מצד שני, נוכח לשון סעיף ההסמכה, לפיו השר יקבע את ערכי הסביבה "בין השאר, בהתאם להוראות הקבועות באמנות...", לשר נותר מרחב של שיקול דעת והוא אינו כבול לחלוטין לאותם מקורות נורמטיביים.¹⁴⁹ ייתכן שנוכח הקושי הדמוקרטי שמעוררת ההפניה למקורות נורמטיביים בינלאומיים, ההפניה הבלתי מחייבת למקורות אלו מהווה איזון נאות בין השיקולים שזכרו.

לצורך הדיון הנוכחי נסתפק בכך שעמדתנו היא שמבין שלוש סוגי הדלגציה שזכרו כפי שיושמו בחוק אוויר נקי, סוג זה נראה ככזה שנושא את התועלת הרבה ביותר. בטכניקה זו נשמר הערך ההצהרתי הגלום בהוראות הגורפות, אולם הרשות המינהלית מופנית לאיזון כמותי ספציפי שנערך. נראה כי שיטה זו תסייע לרשות המינהלית לקבוע את תכני האסדרה, וכן תסייע בידי בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית מינהלית אפקטיבית על החלטות שהתקבלו בזיקה לכך.¹⁵⁰

¹⁴⁸ ברק-ארז ופרז, לעיל ה"ש 55, בעמ' 135.

¹⁴⁹ ובמילותיהם של ברק-ארז ופרז, זוהי דוגמה להפניית חוק מקומי לנורמות בינלאומיות "מבלי שאלה ימצאו את תהליך קבלת החלטות". שם, בעמ' 139.

¹⁵⁰ בנקודה זו נזכיר את מאמרו של Richard B. Stewart, *The Global Regulatory Challenge to U.S. Administrative Law*, 37 NYU J. INT'L & POL. 695 (2005), הדן בין היתר בשאלה כיצד ההפניה לנורמות בינלאומיות תשפיע על הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות פנימיות שהתקבלו בזיקה לנורמות אלו. מבין הגישות האפשריות הנזכרות אצלו, נזכיר את גישת ה-parity minus, לפיה בתי המשפט ייטו להעניק חסינות רבה יותר להחלטות שהתקבלו על יסוד סטנדרטים בינלאומיים. צדה השני של המטבע הוא כי בתי המשפט ייטו להתערב ביתר קלות בהחלטות שהתקבלו תוך התעלמות מוחלטת מסטנדרטים אלו, בפרט במצבים כמו זה הנדון לגבי חוק אוויר נקי, עת החוק המסמיך מפנה אליהם במפורש וקובע כי על השר להתחשב בהם בעת קביעת תכני האסדרה. לסקירת הגישות המוזכרות אצל Stewart ראו ברק-ארז ופרז, לעיל ה"ש 55, בעמ' 139-140.

בשים לב לכך שאחת ממטרותיה של תורת החקיקה היא המשגה רציונלית של מלאכת החקיקה שתוביל לחקיקה איכותית יותר, ניתן לראות כיצד ניתוח מן הסוג שהוצע בחלק זה יכול לשמש את המחוקק בבואו לבחור את טכניקת החקיקה המיטבית להשגת התוצאה הרצויה בעיניו.

1. סיכום

רשימה זו התמקדה בהצגת טכניקת החקיקה של הגדרות תחולה רחבות וצמצומן. עמדנו בהרחבה על טכניקה מסוימת של צמצום הגדרות התחולה באמצעות דלגציה המפקידה את פעולת הצמצום בידי הרשות המינהלית. חוק אוויר נקי שימש לנו כמקרה מבחן באמצעותו זיהינו שלושה סוגים עיקריים של צמצום על דרך הדלגציה – שיקול דעת מונחה רשימת שיקולים, שיקול דעת מוחלט ושיקול דעת מונחה קו-בסיס. המשגה של טכניקת החקיקה שהוצגה ברשימה זו וניתוח מדוקדק של פעולת הצמצום על דרך הדלגציה הינם כלים משמעותיים שיש להביא בחשבון במסגרת חשיבה עיונית ומעשית אודות תהליך החקיקה. כך, עמדנו על הרציונלים השונים העומדים בבסיסה של טכניקת החקיקה המדוברת ובעיקר עמדנו על ההשלכות האפשריות של כל אחד מסוגי הדלגציה על הממשק שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת (במסגרת עקרון ההסדרים הראשוניים) והרשות השופטת (במסגרת האפשרות לבצע ביקורת שיפוטית). ניתוח זה אפשר לנו להראות כיצד במסגרת חוק אוויר נקי בחירה בסוג דלגציה מסוים יכולה להיות פוגענית יותר ביחס לעקרונות מוסדיים אלו, באופן שיכול להקל על המחוקק לשקול את טכניקות החקיקה העומדות לרשותו באופן רציונלי שיביא לחקיקה מיטבית. בכך, ניתן למקם את תרומתה של רשימה זו בשיח התורת-חקיקתי ואנו תקווה כי ההמשגה וההבחנות שהוצעו בה יהוו בסיס להמשך דיון בטכניקות חקיקה שונות ובניתוחן.

Broadening and Narrowing as a Legislative Technique: The Case of the Clean Air Act, 2008

Nimrod Abramov & Omri Rachum-Twaig

Abstract

In this article we will conceptualize and discuss the legislative technique of broadening and narrowing. We will specifically deal with the narrowing of broad applicability definitions by delegating the discretion to conduct the accurate applicability of the legal norm to the administrative authority. The Clean Air Act, 2008, will serve as a case study through which we will characterize and examine three possible types of delegation. The first type of delegation is characterized by defining a list of consideration according to which the administrative authority should act. A second type of delegation is giving full discretion to determine the exact applicability of the legal norm to the administrative authority. The third and last type of delegation is framing the administrative authority's discretion by referring it to substantial determinations made by an external source. This article will suggest possible explanations for the existence of this legislative technique, such as efficiency, pragmatism and strategy, as well

as public choice critiques over its use. Additionally, we will present certain advantages that the use of the presented technique entails, specifically the possibility that it has an independent declarative value that follows the broad applicability definitions. Finally, we will discuss the different implication of the three types of delegation as observed within the Clean Air Act. This discussion will be done in light of the delegation's effect of the interrelations between the legislature, the administration and the judiciary. The discussion about the implications of the different types of delegation will allow us to present a qualitative ranking of the use of each delegation type and thus clarify the importance of a theoretical legal examination of the presented technique as well as legislative techniques in general.