

פתח דבר

בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ: לקראת הכרעה בדיון הנוסף בבית המשפט העליון

מאת

אלאא חאג' יחיא ודורין לוסטיג*

המחלוקת בפרשת זליגמן נוגעת לשאלת המשקל הראוי שעל בית המשפט לתת לעמדת הרגולטור בפרשנות שלו להנחיותיו של הרגולטור. השופטת וילנר קבעה בפסק דינה כי מתחם הסבירות ביחס לפעולותיו של רגולטור הוא רחב מאוד, כך שברירת המחדל תהיה לתת מעמד גבוה לפרשנותו.¹ כנגד פסיקה זו הוגשה ביוני 2018 בקשה לקיום דיון נוסף בהרכב מורחב. הבקשה התקבלה והדיון התקיים ביום 26 ביולי 2020 ואף שודר בשידור חי.²

פסק הדין בעניין זליגמן מהווה פרשת דרכים חשובה במשפט המינהלי הישראלי. סיפורו של פסק הדין טומן בחובו, במידה רבה, שתיים מתמורות המפתח שחוזה המשפט המינהלי הישראלי בשלושת העשורים האחרונים: עליית המדינה הרגולטורית, והתגברות המחלוקת הציבורית על אודות מוסד הביקורת השיפוטית ומעמדו של בית המשפט העליון. בפרק א' נציג את עליית המדינה הרגולטורית כהקשר מרכזי להבנת המחלוקת המשפטית בפרשת זליגמן. בפרק ב' נאפיין את צירי המחלוקת בין כותבי המאמרים בסימפוזיון באמצעות המסגרת המושגית של בעיית הנציג. בפרק ג' נסכם בהפניית הזרקור לחשיבותו של פסק הדין בהקשר הרחב יותר הנוגע למוסד הביקורת השיפוטית בישראל ולמאבק על מעמדו של בית המשפט העליון.

* אלאא חאג' יחיא היא עורכת "פורום עיוני משפט", תלמידת מחקר במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; דורין לוסטיג היא מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, עורכת אקדמית של כתב העת "עיוני משפט"; הכותבות מבקשות להודות לחברי וחברות מערכת עיוני משפט יצחק בומבך, אלון מלאבר ושקד טורם על הערותיהם המצוינות לרשימה זו.

1 רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2018) (להלן: עניין זליגמן). רשימה זו נכתבה בטרם ניתן פסק הדין בדנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2.2.2020).

2 ראו אבישי גרינצייג "שידורי העליון: למה השופט מלצר בוחר לשדר דיון שאף אחד לא ביקש לראות" גלובס – דין וחשבון 13.7.2020

www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001335658

א. פרשת זליגמן בראי התמורות ביחסי מדינה-שוק-חברה בישראל

בעשורים האחרונים שינתה המדינה המינהלית בישראל את פניה.³ מקום המדינה ועד לשנות השמונים עוצב המינהל הציבורי בישראל, במידה רבה, על פי מודל ווסטמיניסטר, שבו הרשות המבצעת היא היררכית ועיקרי רשויות השלטון מופקדות בידי משרדי הממשלה, אשר נשלטים ומונחים, בתורם, על ידי השרה הרלוונטית.⁴ ההיגיון המארגן של פעילות רבה במדינה המינהלית בישראל ביטא תפיסה המזוהה עם מדינת הרווחה המודרנית.⁵ בתקופה זו היה המינהל הציבורי בישראל הממונה הכמעט מוחלט על הפעילות הכלכלית והחברתית במשק; מפא"י החזיקה במקדי ההשפעה הכלכליים והחברתיים; קידום המשק היה חלק מתהליך פיתוח המדינה עצמה.⁶ המפנה

- 3 למקורות מרכזיים על אודות עליית מודל המדינה הרגולטורית ראו Gianfranco Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, 17 J. PUB. POL'Y 139 (1997); Michael Moran, *Changes in the Mode of Governance*, 32 BRIT. J. POL. SCI. 391 (2002); John Braithwaite, *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, BRIT. J. CRIMINOLOGY 222 (2000); David Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION (David Levi Faur ed., 2011). לדיון בעברית הקושר בין המושג רגולציה לבין עליית המדינה הרגולטורית ראו אילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" **משפט חברה ותרבות - מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 47 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016) (המאמר להלן: הוכמן, חספר ולרגמן; הכרך להלן: **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות**). על המדינה הרגולטורית בהקשר הישראלי ראו אורי ארבל-גנץ **רגולציה – הרשות המפקחת** (מחקר מדיניות 37, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003); עדי אייל, **ציפי איסר-איציק ואורן פרז "רגולציה בתנאים של ביוזר: בין התנגשות לסינרגיה ומבט על המציאות הרגולטורית בישראל" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 213; אסף אקשטיין "מי מפקח על המפקחת? ואת מי היא משתפת? רשות ניירות ערך הישראלית במבט השוואתי" **משפט ועסקים** יט 195 (2016).
- 4 יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219 (2017) (להלן: רויטמן).
- 5 לדיון במדינת הרווחה הישראלית ראו אברהם דורון "משטר הרווחה במדינת ישראל: מגמות השינוי והשלכותיהן החברתיות" **סוציולוגיה ישראלית** ה(2) 417 (2003); זאב רוזנהק "דינמיקה של הכלה והדרה במדינת הרווחה הישראלית: בניית מדינה וכלכלה מדינית" **דורות, מרחבים, זהויות: מבטים עכשוויים על חברה ותרבות בישראל** 317-349 (עורכים: חנה הרצוג, טל כוכבי, שמשון צלניקר, 2007).
- 6 לדיון נרחב בתהליכי הפרטה ובנסיבות שהובילו לצמצום במדיניות הרווחה בישראל ראו **מדיניות ההפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי** (יצחק גל-נור ואמיר פז-פוקס עורכים, 2015); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" **משפטים** 287 (התשס"ז); דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** ל(3) 461 (2008); דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" **עבודה, חברה ומשפט** ח 209 (2001); יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" **משפט ועסקים** 63 (2005); הילה שמיר "הפרטה:

הפוליטי של שנת 1977 והתוכנית הכלכלית לייצוב המשק שגובשה בשנת 1985 סימנו מגמת שינוי ביחסי מדינה-שוק-חברה בישראל. מאפייניו של המעבר הזה נדונו בהרחבה בספרות והם כוללים שינויים בהיגיון הרגולטורי המנחה את התנהלות המוסדות המדינתיים: דעיכה במדיניות רווחה לטובת פיתוח הפרטה ופיקוח על השוק, והתחזקות העמדה האידיאולוגית הדוגלת בעליונות השווקים ובחשיבותם להשאת הרווחה החברתית.⁷ תהליכי ההפרטה ביטאו אפוא שינוי בתפיסת תפקידיה של המדינה: ממדינה המספקת שירותים לאזרחיה, למדינה רגולטורית שמסדירה את פעולת השוק ותפקידיה מונחה בעיקר על ידי היגיון כלכלי של מניעת כשלי שוק ותיקונם.⁸ המעבר האמור אינו מעבר מלא ממודל אחד לאחר, אלא מעבר למודל הכולל דגמי משטר שונים.⁹

המציאות המורכבת של עליית מודל המדינה הרגולטורית מחייבת ניתוח משפטי תלוי הקשר, המביא בחשבון את עיצובו של המנגנון המינהלי, ההיגיון הנורמטיבי שמנחה את פעילותו והיחסים בינו לבין מוסדות ורשויות אחרים.¹⁰ כיצד, אם בכלל, השפיע ההקשר המוסדי של מודל המדינה הרגולטורית על פסיקת בית המשפט העליון בעניין **זליגמן**? הרקע המשפטי לפסק הדין הוא ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לקבל בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד כמה חברות ביטוח גדולות בישראל. הבקשה הוגשה בטענה כי חברות הביטוח גבו שלא כדין תשלום המכונה "תת-שנתיות" עבור פריסה לתשלומים חודשיים של פרמיית הביטוח. בבקשה נטען כי חברות הביטוח חרגו מהגבייה המתרת על פי החוזרים שהוציא המפקח על הביטוח אשר הסדירו תשלום זה. הצדדים נחלקו בשאלת הפרשנות הראויה של החוזרים. פרשת **זליגמן** עסקה, אם כך, בהקשר רגולטורי שהולם את מודל המדינה הרגולטורית: משולש היחסים שבין האזרח (התובעים בתובענה הייצוגית) לרשות הרגולטורית (המפקח על הביטוח); בין האזרח (התובעים) לגוף המוסדר (חברות הביטוח); ובין הרשות הרגולטורית (המפקח על הביטוח) לגוף המוסדר (חברות הביטוח). אף שעמדת המפקח תאמה לעמדת חברות הביטוח, קבע בית המשפט המחוזי כי פרשנות זו של המפקח איננה מכרעת משום שלשונם של החוזרים אינה חד-משמעית

המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית הסוהר הפרטי" **עיוני משפט** לה 747 (2013); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545, פס' 18-10, 31-20, 43-33, 54-47, 56 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009).

7 ש.ם.
8 דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה הרגולטורית: ממושג רזה וחד-ממשי למושג עבה ורב-ממדי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות**, לעיל ה"ש 3 בעמ' 26-37.
9 לוי-פאור, ש.ם. לדיון נרחב בהתפתחות מושג הרגולציה ובכלל זה מושג המדינה הרגולטורית ראו הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 3.
10 יובל רויטמן סבור בהקשר זה כי "השינוי האמור בדרך פעולתה של המדינה – שניתן לתארו, גם בהקשר הישראלי, כעלייתה של המדינה הרגולטורית – מצדיק בחינה מחדש של עקרונות היסוד של המשפט המנהלי הישראלי וכן של הדוקטרינות בענפיו השונים". ראו רויטמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 221.

וכן מכיוון שפרשנות החוזרים היא באחריות בית המשפט. ואכן, בסופו של דבר אימץ בית המשפט המחוזי את הנטען בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. בהליך הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, קבעה השופטת וילנר, בהסכמת השופטים דוד מינץ ואורי שהם, כי יש להורות על ביטול האישור של התובענה הייצוגית. על פי השופטת וילנר:

מקום בו התבקשה והתקבלה עמדתו של הרגולטור בהליך אזרחי בנוגע לפרשנות שיש ליתן להנחיותיו, בשלב ראשון על בית המשפט לבחון האם עמדה זו מתיישבת עם לשון ההנחיות והאם הפרשנות שהציע הרגולטור היא סבירה. זאת, בשים לב לכך שמתחם הסבירות ביחס לפעולותיו של הרגולטור בתחום מומחיותו הוא, כאמור, רחב ביותר. אם מצא בית המשפט כי עמדתו של הרגולטור סבירה ומתיישבת עם לשון הנחיותיו, ברירת המחדל תהיה לאמץ עמדה זו.¹¹ עד לפסק הדין בעניין **זליגמן** נהג בית המשפט "להטות אוזן" לעמדת הרגולטור ולהעניק לה משקל, אם כי לא מכריע. על פי החלטתה של השופטת וילנר בעניין **זליגמן**, עמדת הרגולטור תקבל "מתחם של כבוד" (deference) ככל שהיא נתמכת בלשון החוק ואינה מושפעת משיקולים זרים. הכרעה זו מזכירה במידה רבה את הלכת *Chevron* האמריקנית ומעוררת שאלות רבות.¹²

האם אפשר להסביר את עמדת בית המשפט בעניין **זליגמן** על רקע ההקשר המוסדי והרעיוני שכרוך בעליית מודל המדינה הרגולטורית? האם ראוי כי השינויים במערכת היחסים שבין הרשות הרגולטורית, הציבור והגורמים המוסדרים יניבו צמצום של היקף הביקורת השיפוטית? כיצד משפיעים מרכיבים פרוצדורליים נוספים, כמו העובדה שמדובר בהליך של תובענה ייצוגית וקיומה של ערכאה קודמת – בתי המשפט לעניינים מינהליים – כערכאת הברור הראשונה של הסוגיה, על עמדת בית המשפט העליון בסוגיה? בפרק הבא נבחן את "**בעיית הנציג**" כמסגרת מושגית אפשרית לבחינת שאלות אלה ובעזרתה נתאר את עמדותיהם השונות של ארבעת כותבי המאמרים בסימפוזיון.

ב. פרשת זליגמן ובעיית הנציג בעידן המדינה הרגולטורית

המטרה המרכזית בפעולת רשויות המדינה היא קידום האינטרס הציבורי.¹³ אתגרים משמעותיים, דוגמת הנטייה לעריצות הרוב או השפעתן של קבוצות אינטרס מאורגנות היטב, מקשים על ייצוג האינטרס הציבורי על ידי הגורמים הנבחרים. הפקדת סמכויות

11 עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 40.

12 ראו: *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

13 הגדרת האינטרס הציבורי אינה ברורה בהכרח ועשויה להיות שנויה במחלוקת או נתונה בתהליך של גיבוש ודיאלוג. כך, למשל, מגדירה דפנה ברק-ארז את המשפט המינהלי כיצירת מסגרת נורמטיבית שמתאימה להחלטות המאזנות בין אינטרסים נוגדים. דפנה ברק-ארז "אינטרסים נוגדים וניגוד אינטרסים במשפט המנהלי" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 209 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים) (2009).

שלטוניות בידי גורם שאינו נבחר מחריפה את בעיית הנציג. בעיית הנציג שאיתה התמודד המשפט המינהלי הקלאסי במודל ווסטמיניסטר נבעה מהאצלת סמכויות שלטוניות מהגורם הנבחר לגורם שאינו כזה.¹⁴ במודל זה, בעיית הנציג נובעת מהחשש שפעולת הרשות השלטונית לא תקדם את האינטרס הציבורי ותיעשה בלא אחריות. בעיית הנציג מצויה לכאורה במתח עם מאפיין מרכזי של מודל המדינה הרגולטורית: הפקדת קבלת החלטות שלטוניות בידי מומחים מקצועיים, שאינם נבחרים. המודל מתבסס על ההנחה שהם הגורמים הטובים ביותר לעצב מדיניות שתקדם את האינטרס הציבורי. יתרה מכך, על פי המצדדים במודל המדינה הרגולטורית, מדיניות הנתונה לשליטתם של גורמים נבחרים, מאופיינת בקושי להתחייב לתהליכים שלא ניתן לגרוף בגינם רווחים אלקטורליים בסבב הבחירות הבא. לחלופין, המבנה המוסדי של המדינה הרגולטורית (רשויות רגולטוריות עצמאיות) וזוהת מקבלי ההחלטות (מומחים מקצועיים) עשויים להתגבר על בעיית הנציג בשל מחויבותם למדיניות ארוכת טווח לטובת האינטרס הציבורי.¹⁵ בהקשר הזה, ניתן אף לטעון שהכרעת המחוקק לטובת שיקול דעתו של הרגולטור בתחומים מסוימים היא ביטוי להכרעת הציבור ביחס לסוגיה ועל כן אינה מצויה במתח עם העיקרון הדמוקרטי של ייצוג הציבור.¹⁶

אחד הדיונים הראשונים של המשפט הישראלי בבעיית הנציג התעורר בפרשת מיכלין בראשית שנות החמישים.¹⁷ בפרשה זו ביקש ז' פוגל, פקיד באגף המחירים במשרד האספקה והקיצוב, להגביל את מחירי התרופות באמצעות החלת צו אספקה רפואית (מחירים מכסימליים) התש"י-1950. מר מיכלין, ועוד 25 נציגי פירמות אחרים, טענו כי הצו ניתן בחוסר סמכות. בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי משנמסרה לפקיד הסמכות להפעיל את שיקול דעתו, הרי הוא מחויב לעשות כן ואינו מחויב להישמע להוראותיו של מישהו אחר, "אם פקיד כזה יפעל על-פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה".¹⁸ השופט דונקלבלום ראה בהכרעת המחוקק לטובת שיקול הדעת של הפקיד הצדקה לעיגון שיקול דעתו העצמאי: "[...] אם ניתנת סמכות לפקיד ידוע לשקול ולהחליט על דעת עצמו ולפי שיקול דעתו הוא, הרי איננו מחויב לפעול על פי הוראות שקיבל מאת הממונים עליו".¹⁹

14 לידון כללי בבעיית הנציג בהקשר המינהלי ראו: FRANK VIBERT, THE RISE OF THE UNELECTED: DEMOCRACY AND THE NEW SEPARATION OF POWERS (2007).

15 ראו: Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, 17 J. Pub. Pol'y 139, 152 (1997).

16 טיעון זה מותנה, במידה רבה, בטיב ההסמכה הקבועה בחוק. לשון החוק נתונה לפרשנות ועל כן ספק אם יש בטיעון זה לברו כדי להתמודד באופן ממצה עם בעיית הנציג בהקשר הזה.

17 בג"ץ 70/50 מיכלין ואח' נ' שר הבריאות ואח' פ"ד ד 319 (1950) (להלן: עניין מיכלין).

18 שם, בעמ' 323.

19 שם, בעמ' 324.

הלכת מיכלין זכתה לביקורת נרחבת בספרות.²⁰ יצחק זמיר טען, למשל, כי: "שר או מנכ"ל משרד לא יכול לנהל את ענייניו ביעילות אם במסגרת תחומי המשרד יש 'מובלעות ריבוניות' שאין עליהן מרות אלא מרותו של הדין".²¹ ואולם בחינת המקרה בראי בעיית הנציג יכולה להניב מסקנות אחרות. מר מיכלין היה חלק מקבוצה של תעשיינים בתחום התרופות שניהלו משא ומתן עם הדרג הפוליטי בקשר למחירי התרופות.²² ייתכן שהמשא ומתן האמור הניב תוצאה שעשויה הייתה להיטיב עם האינטרס הציבורי. אולם, הליך קבלת ההחלטות המתואר מעורר גם את החשש בדבר השפעה בלתי-ראויה ובלתי-פרופורציונלית של קבוצת האינטרס של אותן "26 פירמות" על מקבלי ההחלטות בדרג הפוליטי. ייתכן אפוא שדווקא עצמאותו של הפקיד פוגל ביחס לעמדת הדרג הפוליטי אפשרה לו לנקוט עמדה המגינה על האינטרסים של ציבור הצרכנים המבוזר ומיטיבה, בשל כך, עם הציבור בכללותו. פתרון בעיית הנציג בהקשר המינהלי אינה מחייבת מתן עדיפות לעמדת הדרג הפוליטי המרכיב את הרשות המבצעת כאמצעי היחיד לצמצום גירעון דמוקרטי. ניתן אף לטעון שמתחים בין הדרג המקצועי לפוליטי בשאלות הנוגעות למדיניות עשויים לחזק את משטר האזיונים והבלמים ולתרום לביזור הכוח השלטוני ועל ידי כך לקדם את הדמוקרטיה. אך אין בכך די. החשש הנגדי ביחס להשפעתן האפשרית של קבוצות אינטרס על הגורם המינהלי שאינו נבחר מעצים את חשיבותה של ביקורת שיפוטית על החלטותיו.

למעלה מיובל חלף מאז פרשת מיכלין ועד לפרשת זליגמן. תפקידה של הביקורת השיפוטית בשמירה על הליך קבלת החלטות עצמאי של הרשות המינהלית בעידן המדינה הרגולטורית נדון בהרחבה בפסק דינו של השופט זמיר בעניין **איגוד שמאי הביטוח**, תוך שימת דגש על ההקשר של עליית המדינה הרגולטורית.²³ בפרשת **איגוד שמאי הביטוח** עמד השופט זמיר על חשיבות ניתוח היחסים המוסדיים והחברתיים שבין המפקחת על הביטוח (הרשות הרגולטורית) ציבור המפוקחים (הלוא הן חברות הביטוח) הציבור ושמאי הביטוח.²⁴ בשני המקרים – **מיכלין ואיגוד שמאי הביטוח** –

20 ברוך ברכה **משפט מנהלי** כרך ב 94-95 (התשנ"ו); אריאל בנדור "משפט מינהלי מול המציאות" **מחקרי משפט** טו 365, 369-374 (2000).

21 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 943 (2011).

22 כפי שמתואר בפסק הדין בעניין **מיכלין**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 320: "הבקשה הוגשה על ידי 26 פירמות, של יבואנו צרכי רפואות ומכשירים רפואיים או סוחרים סיטונאיים במצרכים אלה. הבקשה מכילה פרטים רבים על מו"מ ארוך שהתנהל בין המבקשים או באי כוחם מצד אחד לבין מחלקות ממשלתיות שונות הדנות בענין. אין לנו צורך להכנס לפרטי מו"מ זה. די אם אומר, כי לדברי המבקשים היו חלוקי דעות בין מחלקות שונות של הממשלה וכי ניתנו להם הבטחות שונות ע"י שרים והעומדים בראש מחלקות מסוימות וכי תוך מו"מ זה באו כל המעוניינים לידי הסכמה עקרונית בדבר הרווחים המכסמליים לגבי מצרכים שונים [...]"

23 בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625 (2001) (להלן: **עניין איגוד שמאי הביטוח**). לדיון בתמורות הרצויות בעקרון עצמאות שיקול הדעת בעידן המדינה הרגולטורית ראו רויטמן, לעיל ה"ש 4 בעמ' 219, 245-255.

24 **עניין איגוד שמאי הביטוח**, שם.

ניכרת השפעתן של קבוצות אינטרס מאורגנות היטב. מדוע הדגיש השופט זמיר את השפעתם של בעלי העניין בניתוח המשפטי של **איגוד שמאי הביטוח** בהשוואה לפרשת **מיכלין**? ייתכן שאפשר להצדיק את ההבחנה בכך שבפרשת **מיכלין** הגורם המושפע מקבוצת האינטרס הוא הדרג הפוליטי ובידיו מסורה ההכרעה הדמוקרטית בשאלות של מדיניות. איננו סבורות שמהלך הטיעון הזה משכנע. כפי שציינו לעיל, הדרג הפוליטי מחויב לאינטרס הציבורי הכולל, ולא לטובתם של בעלי עניין כאלה ואחרים. ייתכן שהסבר נוסף להבחנה קשור להכרעה המפורשת של המחוקק, הבאה לידי ביטוי בחקיקה המקימה ומסמיכה את הפעילות של רשויות רגולטוריות, לטובת עצמאות גדולה יותר של הרשות המינהלית. **באיגוד שמאי הביטוח** תרגם בית המשפט את הכרעת המחוקק לטובת עצמאותן המוסדית של הרשויות הרגולטוריות לעמדה המחייבת שמירה מוקפדת יותר על עצמאות שיקול דעתן **באמצעות החלת ביקורת שיפוטית על החלטותיהן** (בניגוד לפסק הדין בענין זליגמן). ייתכן שהשינוי המשתמע בעמדתו של השופט זמיר אינו קשור אך או בעיקר להקשר המוסדי של המדינה הרגולטורית אלא לשינויים רעיוניים ותיאורטיים. התגברות מגמות של הפרטה ועליות המדינה הרגולטורית בשנות השמונים לוותה, לא אחת, בהשפעתם הגוברת של מושגי היסוד של תיאוריית הבחירה הציבורית – שבי רגולטורי,²⁵ הבחירה הרציונלית ובעיית הפעולה המשותפת²⁶ – על שיקולים הנוגעים לגיבוש מדיניות ציבורית ואכיפתה. פרשת **איגוד שמאי הביטוח** נקראת כמי שנלקחה מספרי הלימוד של מלומדי תיאוריית הבחירה הציבורית. השופט זמיר מנתח בפסק הדין את מערכת היחסים המתמשכת והקרובה שבין הרשות לבין ציבור המפוקחים ועומד על האפשרות שהיא תטה את שיקול דעתה של הרשות הרגולטורית לטובת המפוקחים בצורה שלא בהכרח תהלים את טובת הציבור. בעיית הנציג, כפי שתיאר אותה השופט זמיר, נקשרה באותו מרקם יחסים מוסדי וחברתי. פסק הדין מסיק, לבסוף, כי ביקורת שיפוטית היא הכרחית דווקא במציאות של מודל המדינה הרגולטורית וזאת בשל נטיית הרשויות המינהליות להכריע לטובת ציבור המפוקחים ולא לטובת הציבור בכללותו.

מאמרו של **רונן אברהם**, אשר פותח את הסימפוזיון, מאמץ חלק ממסגרת הניתוח של זמיר ומציע ארבעה ממדים שיש לתת עליהם את הדעת בבואנו לקבוע את היחס לפרשנותה של הרשות: הממד ההיררכי, הממד הנורמטיבי, הממד המהותי וממד היסודיות. ככל שהרשות עצמאית יותר (הממד ההיררכי), רמת המומחיות והערך המוסף של הפרשן ביחס להוראה, וכן לעצם הנושאים שמוסדרים במסגרת ההוראה הנורמטיבית (הממד הנורמטיבי), ההוראה היא בתחום מקצועי וטכני הנוגע למומחיותה של הרשות הרגולטורית (הממד המהותי) ונעשתה עבודה יסודית בגיבושה (ממד היסודיות) – כך ראוי להעדיף את פרשנותה. נוסף על כך, כאשר לפרשנות יש השלכות רחבות על נושאים שהם בליבת המשטר הדמוקרטי – כגון סדרי שלטון,

25 ראו: J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2(1) THE BELL JOURNAL OF ECONOMICS AND MANAGEMENT SCIENCE 3 (1971)

26 ראו: MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION

משפט וזכויות אדם – ראוי שבית המשפט יבחן את הדברים לעומקם בעצמו. באמצעות מקרה בוחן של פרשנות חוזה ביטוח בחוק שוויון זכויות, אברהם מראה כי למעבר ל"מתחם של כבוד" עלולות להיות השלכות משמעותיות בכל הנוגע לתפקידו ההיסטורי והמרכזי של בית המשפט כמגן על זכויות האדם.²⁷

מאמרו של **רועי שפירא** עוסק באופן ישיר בבעיית הנציג של רגולטור הנדרש לפרש הנחיות שהוא עצמו ניסח. שפירא מנתח כיצד תוכנות מתוך תיאוריית הבחירה הציבורית יכולות לסייע לבית המשפט להכריע בשאלה הפרשנית שעומדת ביסוד פרשת **זליגמן**. כך, למשל, מציע שפירא כי בנסיבות שבהן המרוויחים הם קבוצת לחץ מרוכזת (חמש חברות ביטוח) והעלויות מפוזרות על פני ציבור רחב לא-מידוע ולא-מאורגן (חמישה מיליון מבוטחים) פרשנות הרגולטור עלולה להיות מוטת לטובת המרוויחים. זיהוי המרוויחים והמפסידים מרמז אפוא על נסיבות שבהן יש להיזהר ממתן עמדת בכורה אוטומטית לעמדת הרגולטור. כמו כן, מנתח שפירא את האופנים שבהם שיקולי מוניטין עלולים לתמרץ את הרגולטור לאמץ עמדה פרשנית המיטיבה עם המוניטין שלו ולא בהכרח עמדה פרשנית נכונה משיקולי מדיניות רחבים יותר. יתרה מכך, פרשנות הרגולטור נוטה להעדיף פונקציית מטרה אחת, ובפרט שהיא מדידה יותר ובולטת להבנה עבור הציבור הרחב והגורמים הנבחרים, על פני ריבוי תכליות. לאור נטייה זו, במקרים שבהם הרגולטורית נדרשת לשקול שיקולי יציבות, היא תטה לתעדוף-יתר של יציבות הגופים המפוקחים על פני שיקולים אחרים באופן שחותר תחת האינטרס הציבורי ומחריף את בעיית הנציג. שפירא דן גם בהשפעה האפשרית של הלכת **זליגמן** כתמריץ לנסח בעמימות הנחיות מינהליות ובהשלכות השליליות של השפעה זו. הנחיות עמומות יקשו על האזרחים הלא-מעורבים לזהות פגיעה אפשרית באינטרסים שלהם ובה בעת יזמינו לחץ מתמיד מצד קבוצות האינטרס להטות את פרשנות ההנחיות כדיעבד לטובת התעשייה המפוקחת. לבסוף, מדגיש מאמרו של שפירא את חשיבות מנגנון התביעה הייצוגית ככלי מאזן ומשלים לאכיפה רגולטורית ומדגיש את הזהירות הנדרשת ביחס לחסימתו כערוץ חשוב לבחינה ומניעה של כשלים רגולטוריים.²⁸

מאמריהם של אברהם ושפירא מתמודדים עם הנסיבות שבהן החלטת הרגולטור תסטה מהאינטרס הציבורי ותעורר את בעיית הנציג. **שרון ידין** מתמקדת בהיבטים הנוגעים להליך גיבוש הרגולציה בעידן המדינה הרגולטורית, המתאפיין במעבר מרגולציה של ציווי ושליטה ("מלמעלה") להליכים אחרים דוגמת רגולציה הסכמית שמתבססת על משא ומתן בין הצדדים או רגולציה-עצמית ששחקנים שונים מחילים על עצמם. בעוד שהלכת **זליגמן** מניחה כי הרגולטור הוא המנסח הבלעדי של הנורמה הרגולטורית, ידין מתמקדת במאמרה בחשיבותה של רגולציה הסכמית ומצביעה על כך שלעיתים קרובות המפוקח מנסח, בשיתוף עם הרגולטור, את ההוראות הרלוונטיות

27 ורנן אברהם "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" **פורום עיוני משפט** מד (2020).

28 ראו רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תוכנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'" **פורום עיוני משפט** מד (2020) (להלן: שפירא).

לפעילותו. נוסף על כך, סכסוכים העוסקים בפרשנותם של חוזים רגולטוריים מערבים לא פעם כמה רגולטורים, המחזיקים בעמדות פרשניות שונות ואף סותרות. כיצד ניתן לאפיין את בעיית הנציג במצבים של רגולציה הסכמית או רב-קודקודית ולהתמודד עימה? ידין סבורה כי החשש מפני שבי רגולטורי במסגרת תהליך הגיבוש והאכיפה של חוזים רגולטוריים מעורר בעיית לגיטימציה ציבורית ועל כן ראוי, לדעתה, כי בחביעות של צדדים שלישיים – דוגמת תובענות ייצוגיות נגד חברות – הפרשן הבלעדי והעצמאי של חוזים רגולטוריים יהיה בית המשפט.²⁹ עם זאת, לאור תרומתה הפוטנציאלית הנרחבת של עמדת הרגולטור במישור העובדתי והמשפטי לסכסוכים הקשורים בפרשנותה של רגולציה הסכמית, ראוי כי היא תושמע בהליכים המתקיימים בפני בית המשפט.

הסימפוזיון נחתם במאמרו של **יאב דותן** אשר מפנה את הזרקור למשמעותה של הלכת *Chevron* האמריקנית בהקשר הישראלי. דותן מסביר כי הלכת *Chevron* מתמודדת עם בעיית הנציג הגלומה בהותרת מרחב פרשני ניכר לרשות המינהלית על ידי כך שהיא מפרשת את העמימות בחוק כביטוי לכוונת הקונגרס לאצול את הסמכות הפרשנית לרשות המינהלית ולא לרשות השופטת. הגישה האמריקנית ב-*Chevron* גם מדגישה את יתרונות הרשות המינהלית על פני בית המשפט במישור המומחיות המקצועית. לעמדתו של דותן לא ניתן לפתור את בעיית הנציג בישראל בהתבסס על אותה הנמקה. קליטת דוקטרינת *Chevron* בישראל, לפי דותן, מאתגרת עקרון יסודי חוקתי במשפט הישראלי שלפיו סמכותו הפרשנית של בית המשפט היא סמכות טבועה; המחוקק אינו יכול לאצול אותה מכיוון שהיא אינה מצויה בידי מלכתחילה. שיקולי מומחיות דווקא מטעים את הכף לטובת פרשנות בית המשפט כי פרשנות הדין היא מלאכה שבה מתמחים משפטנים.³⁰ נוסף על כך, אימוץ הלכת *Chevron* עשוי לקעקע את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה בתור הפרשן המוסמך של החוק כלפי כל רשויות המינהל. המשמעות האפשרית של הכרעה כזו היא "ביזור של הכוח המינהלי והסטה שלו מהמשפטנים, לאנשי המקצוע והמומחים לעניינים מדעיים וטכנולוגיים".³¹ מאחר שמנקודת הראות של בג"ץ, היועץ המשפטי ומערך הייעוץ המשפטי הם מכשיר חיוני לאכיפה של שלטון החוק ועקרונות המשפט הציבורי, הלכת *Chevron* היא בבחינת אתגר מהותי למושכלות היסוד של המשפט הישראלי. עם זאת, דותן סבור כי השיקולים החוקתיים המובהקים כנגד החלת דוקטרינת *Chevron* בישראל ביחס לפרשנות חקיקה ראשית אינם חלים בעוצמה זהה ביחס לפרשנות של נורמות מינהליות. בהקשר זה דותן סבור כי יש לנקוט ריסון שיפוטי מבלי לוותר על קיומו של פיקוח שיפוטי כדי למנוע מצבים, שחלקם נידונו בהרחבה במאמריהם של אברהם, ידין ושפירא, שבהם הרשות משתמשת לרעה במרחב הפרשני שניתן לה.

29 ראו שרון ידין "פרשנות החוזה הרגולטורי: בעקבות הלכת זליגמן" פורום עיוני משפט מד (2020).

30 יואב דותן *Chevron* בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד (2020).

31 שם, עמ' 16.

ג. פרשת זליגמן ומשבר הלגיטימציה של בית המשפט העליון

הדיון האקדמי בשאלת הלגיטימיות של המהפכה החוקתית בישראל הפך, בעיקר בעשור האחרון, לוויכוח פוליטי המזהה את בית המשפט העליון עם קבוצת אינטרס צרה שמשתמשת בכוחה השיפוטי כדי לקדם את סדר יומה על חשבון האינטרס הציבורי הרחב.³² בהקשר זה מושמעת תדיר הביקורת הקלאסית על אודות בעיית הנציג של בית המשפט, הלא הוא הקושי האנטי-רובני, שלפיו מעורבותו של בית המשפט בהכרעות ציבוריות אינה ראויה בשל היותו גוף לא נבחר.³³ מבקריו של בית המשפט העליון טוענים כי בית המשפט משתמש באופן בלתי-מרוסן בכוחו ודוחק, בתוך כך, את רגליה של הרשות המבצעת מלבצע את תפקידיה ומלקדם את המדיניות שלשמה נבחרה (בעיית המשילות).³⁴ את עמדת בית המשפט בפרשת זליגמן אפשר להסביר על רקע ביקורות אלה: האין זו תגובה אפשרית, אולי טבעית, למשבר הלגיטימציה המוסדית שבו נתון בית המשפט? אכן, סמכות בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות המינהלית אינה מצויה בלב המחלוקת הציבורית שנוגעת לבית המשפט העליון. האחרונה מתמקדת בביקורת שיפוטית חוקתית על חקיקת הכנסת. עם זאת, הכרעת בית המשפט בפרשת זליגמן לטובת ריסון שיפוטי בהחלת ביקורת שיפוטית על פרשנותן של הנחיות מינהליות עשויה להתפרש כבחירה לא מקרית באסטרטגיה של ריסון שיפוטי על רקע המתקפות שבהן נתון בית המשפט בשנים האחרונות.

32 על הוויכוח על אודות מעמדו של בית המשפט העליון והזיקה לעליית הפופוליזם בישראל ראו עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ** (Mordechai & Yaniv Roznai, A Nadiv, (2020) *Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel* 77 Adam Shinar, *Democratic Backsliding, Subsidized Speech*, ;MD. L. Rev. 244 (2017) Gila ;and the New Majoritarian Entrenchment, AM. J. COMP. L. (forthcoming 2020) .Stopler, *Semi-Liberal Constitutionalism*, 8(1) GLOBAL CONSTITUTIONALISM 94 (2019)

33 ראו: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH 16-17 (2d ed. 1986); Robert A. Dahl, *Decisionmaking in a Democracy: The Supreme Court as a National Policymaker*, 6 J. PUB. L. 279 (1957); LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW (2004); Mark Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 STUD. AM. POL. DEV. 35 (1993); Michael Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 VA. L. REV. 1 (1996); 1 MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999); Jeremy Waldron, *The Core Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2005); Keith Whittington, "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court, 99 AM. POL. SCI. REV. 583 (2005).

34 ראו איילת שקד "מסילות אל המשילות" **השילוח** 1, 37, 46-45 (2016).

אך זוהי אינה הקריאה האפשרית היחידה של המהלך השיפוטי בפרשת **זליגמן**. המשבר הפוקד את בית המשפט בשנים האחרונות נקשר לא אחת לעליית הפופוליזם בישראל ובמדינות רבות אחרות ברחבי העולם. מאפיין מרכזי של הפופוליזם של המאה העשרים ואחת הוא דחיקת מוסדות רבים מתהליכי עיצוב המדיניות הציבורית לטובת רשות מבצעת שאינה נתונה לבקרה ואיזון.³⁵ עם זאת, בישראל, כמו במדינות אחרות בעולם, נוטים הפופוליסטים לתקוף את המוסדות אך בה בעת לפעול באמצעותם.³⁶ כך ניתן להבין, למשל, את המאבק שניטש בשאלת המינויים לבית המשפט העליון, זהות מבקר המדינה, פרקליטות המדינה ומוקדי כוח מוסדיים נוספים בדמוקרטיה הישראלית. המאבק על עתידם, על עצמאותם ועל זהותם של המוסדות השלטוניים בדמוקרטיה הישראלית הוא מאבק מרכזי בעידן הפופוליסטי.

לכאורה, כאמור, מהדהדת עמדת בית המשפט בפרשת **זליגמן** את רוחות השעה הקוראות לבית המשפט לפנות את מקומו מקדמת הבמה הציבורית בישראל. בחירה באסטרטגיית נסיגה מטעמים של לחץ ציבורי אינה ראויה וספק אם תסייע בחיזוק מעמדו של בית משפט כרשות עצמאית הפועלת ללא משוא פנים. עצמאותו של בית המשפט היא ערך נורמטיבי חיוני לקיומה של דמוקרטיה מתפקדת. האם הלכת **זליגמן** מאותתת על מהלך של נסיגה מדעת של בית המשפט לטובת גורמים שלטוניים אחרים מתוך חשש מעימותים עם הרשות המבצעת, עם הרגולטורים או עם הציבור? הגם שזו קריאה אפשרית של מהלך בית המשפט ב**זליגמן** ניתן להציע גם פרשנויות נוספות. ראשית, עמדת השופטת וילנר בפרשת **זליגמן** לא בהכרח מזכה את בית המשפט בנקודות בקרב על אמון הציבור. מושגי המפתח של תיאוריית הבחירה הציבורית כמו שבי רגולטורי או דלתות מסתובבות נקשרים בעידן הפופוליסטי עם הביקורת על שחיתות מוסדית ועל הצורך בהשבת הכוח מהפקידות הבריורקרטית לעם.³⁷ ההכרעה ב**זליגמן** היא לטובת הרגולטור, ובכלל זה לטובת חברות הביטוח. זיהוי בית המשפט עם האינטרסים הצרים של בעלי ההון אשר עשו, אולי, יד אחת עם הרגולטור כדי שהאחרון יפרש את הנחיותיו לטובתם מחלישה את דימויו הציבורי ואת מעמדו של בית המשפט העליון כמי שמחויב להגן על האינטרסים של הקבוצות המוחלשות למול כוחם היחסי של בעלי העניין והרשות המינהלית.

שנית, הכרעתו של בית המשפט בעניין **זליגמן** עשויה לבטא עמדה שלפיה הרגולטור חשוף פחות ללחצים ולהשפעתן של קבוצות אינטרס בהשוואה לבתי המשפט. עמדה זו אינה מכוונת בהכרח לשאלת עצמאותו של בית המשפט העליון. ההכרעה נוגעת לבתי המשפט המינהליים המופקדים על אישורן של תובענות ייצוגיות, נשוא התביעה ב**זליגמן**. נוסף על כך, קריאה של עמדת בית המשפט העליון בהקשר הבין-מוסדי מעלה כמה השערות: האם בית המשפט העליון פועל כאן כדי להצר את

35 ראו: Cas Mudde, *The Populist Zeitgeist*, 39 Gov. & Oppos. 541, 542-563 (2004).

36 ראו: JAN-WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM? (2017).

37 זהו מהלך טיעון מרכזי בדיון הציבורי בבריטניה לטובת יציאתה מהאיחוד האירופי (הברקזיט).

הביקורת השיפוטית של בתי המשפט המינהליים? האם עמדתו, שצמצמה את ערוץ התביעה הייצוגית כנגד החלטותיהם של רגולטורים,³⁸ נועדה גם לתמוך כנגד השימוש במנגנון התובענה הייצוגית, ואם כן, מדוע? פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **זליגמן** אולי מאותתת על החשש של בית המשפט העליון כי בתי משפט בערכאות נמוכות יותר יתקשו להפעיל ביקורת שיפוטית עצמאית בעידן של פופוליזם או מרמזת על מתחים אפשריים בין הערכאה המחוזית לעליונה על רקע התקת היבטים מרכזיים של הדיון במשפט הציבורי ועיצוב המשפט המינהלי מבית המשפט העליון לבתי המשפט המינהליים.

קריאה אוהדת יותר של פסיקת בית המשפט תראה בפרשת **זליגמן** פרק נוסף בשורת פסקי דין שנועדו לחזק מוסדות ורשויות ציבוריות שונות בדמוקרטיה הישראלית על מנת לאזן את התחזקותה הניכרת של הרשות המבצעת הנבחרת.³⁹ כך, למשל, ניתן לקרוא את המהלך לחיזוק כוחו של הרגולטור בפרשת **זליגמן** עם פסקי דין נוספים של בית המשפט העליון לטובת עצמאותה של הרשות המחוקקת⁴⁰ או לחיזוק מעמדה האוטונומי של הרשות המקומית בהכרעות עקרוניות הנוגעות לקהילה שעליה היא אמונה.⁴¹ קריאה של מהלכים אלה במקובץ, הגם שבדין לא תוכננו כחלק ממהלך כולל, חושפת תשובה מסקרנת של בית המשפט למגמת היחלשותה של הדמוקרטיה הישראלית ושחיקת עצמאותם של המוסדות השלטוניים ברשויות השונות, מגמה שאפשר לכנותה, בהשאלה מכתרת מאמרו המשפיע של מני מאוטנר,⁴² "ירידת שיח הערכים ועליית המוסדות" בפסיקת בית המשפט העליון בישראל.

38 כפי שמסביר רועי שפירא בהרחבה במאמרו לסימפוזיון זה, "המשמעות האופרטיבית של אימוץ הלכת **זליגמן** היא שדי בכך שהרגולטור יסבור שהגופים המפוקחים לא התנהלו באופן בעייתי כדי לחסום אפשרות שימוש בכלי התביעה הייצוגית". ראו שפירא, לעיל ה"ש 28, בעמ' 14.

39 למהלך טיעון ברוח זו ראו איל בנבנישתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצום" **עיוני משפט** לב 277, 289-292 (התשע"א).

40 ראו למשל בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 06.08.2017); בג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת** (פורסם בנבו, 23.03.2020); לדיון על אודות חיזוק הכנסת באמצעות פסיקת בית המשפט ראו Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, 51(4) VERFASSUNG UND RECHT IN ÜBERSEE 415-436 (2018-2019).

41 דג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 26.10.2017).

42 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503 (1993).