

# *Chevron* בישראל?

## סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות

ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ

מאת

**יואב דותן\***

### תקציר

אחד העקרונות החשובים של שיטת המשפט בישראל ושל המשפט הציבורי הוא שהסמכות לפרש נורמות משפטיות היא בידי הרשות השופטת. במישור המשפט המינהלי הביטוי של עיקרון זה הוא שבניגוד להחלטות מינהליות אחרות, קביעות פרשניות של רשויות מינהל אינן נהנות מריסון שיפוטי בכלל, או שרמת הריסון שיפעיל בית המשפט היא מצומצמת ביותר. גישת המשפט בישראל עומדת בניגוד לדוקטרינה האמריקנית המעוגנת בהלכת *Chevron*. לפי דוקטרינה זו, במקרה של עמימות בנוסח החוק יותיר בית המשפט לרשות המינהלית מרווח פרשני ניכר ויתערב רק אם הפירוש שנקטה הרשות הוא בלתי-סביר. פסק הדין בעניין **זליגמן** ופסיקה נוספת של בית המשפט העליון בתקופה האחרונה מצביעים על תמורות מסוימות שחלות בגישת בית המשפט לשאלת היקף הביקורת השיפוטית על קביעות פרשניות של רשויות מינהליות. בהקשר זה, יש אמרות בפסיקה שמהן אפשר להסיק שבית המשפט שוקל לאמץ, בהקשרים מסוימים, את הגישה האמריקנית.

ברשימה הנוכחית בכוונתי להפנות זרקור להלכה האמריקנית, ולהצביע, מחד גיסא, על התובנות שאפשר להסיק מהיורספודנציה האמריקנית העשירה בתחום זה, ומאידך גיסא, על הקשיים הכרוכים באימוץ הגישה האמריקנית למציאות החוקתית והמינהלית של המשפט הישראלי. טענתי המרכזית האחת היא כי דוקטרינת *Chevron* מבוססת על הנחה שלפיה במקום שבו החוק מותיר שולי עמימות, הרי הוא מבטא כוונה של הקונגרס לאצול את הסמכות הפרשנית לרשויות המינהל ולא לרשות השופטת. זאת לאור היתרונות של הרשות המינהלית על פני בית המשפט במישור המומחיות המקצועית ובמישור הייצוגיות הדמוקרטית. הנחה זו אינה תואמת את הנחות היסוד של שיטת המשפט בישראל שלפיהן הסמכות הפרשנית של חוקים נתונה בידי הרשות השופטת, ואינה כפופה לאפשרות של אצילה בהוראת המחוקק. טענה מרכזית שנייה

---

\* פרופ' מן המניין ומופקד הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש אדווין א' גודמן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

היא שקליטת דוקטרינת Chevron בישראל עשויה לקעקע את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של החוק כלפי כל רשויות המינהל, ובכך, גם כן, היא אינה מתיישבת עם מושכלות היסוד של המשפט הציבורי שלנו. ולבסוף, אני מצביע על כך שהשיקולים המגבילים את האפשרות לקלוט את דוקטרינת Chevron בישראל חלים במלוא התוקף בכל הנוגע לפרשנות חקיקה ראשית, אך אינם בהכרח חלים, ובוודאי לא באותה עוצמה, לגבי פרשנות של נורמות מינהליות כגון תקנות והנחיות על ידי רשויות המינהל.

אין ספק כי המשפט הישראלי יוכל להיות מועשר מהחשיפה לדוקטרינת Chevron, גם אם יישום ישיר שלה למשפט הישראלי אינו תואם חלק מהנחיות היסוד של המשפט הציבורי שלנו בעת הזו.

## מבוא

כל רשות מינהלית שמפעילה סמכויות סטטוטוריות נדרשת, כמעט בהכרח, לפרש את החוק שמכוחו היא פועלת, ולכן, קביעות פרשניות הן חלק בלתי-נפרד מעבודתן של רשויות המינהל. לפיכך, כאשר בית המשפט נדרש לבקר את חוקיותן של פעולות הרשות, הרי לא פעם הוא צריך להעביר תחת שבט ביקורתו גם קביעות פרשניות של רשויות מינהל. השאלה של היקף הביקורת השיפוטית על קביעות פרשניות איננה חדשה כלל ועיקר במשפט המינהלי שלנו, אפשר לומר שהיא מלווה את המשפט המינהלי בישראל כבר מימי הראשונים.<sup>1</sup> ואולם, לאחרונה דומה כי אפשר לזהות "עליית מדרגה" ברמת העניין שהשאלה מעוררת בפסיקת בית המשפט העליון. שלושה פסקי דין שניתנו בשנתיים האחרונות עסקו בשאלה באופן ישיר, תוך שהם מציבים, כל אחד בדרכו, חלופה אפשרית שיש בה פוטנציאל מהפכני ביחס לדוקטרינה הנוהגת.<sup>2</sup> החשיבות שבית המשפט מייחס לסוגיה באה לידי ביטוי בכך שהוא אישר לאחרונה בקשה לדיון נוסף באחד מהמקרים הללו – עניין זליגמן.<sup>3</sup>

- 1 כך למשל, ההבחנה בין טעות פרשנית "רגילה" לבין טעות פרשנית הנוגעת לשורש סמכותה של הרשות המינהלית, קרי השאלה המכונה jurisdictional error היא אחת הסוגיות המרכזיות שהעסיקו את בתי המשפט והמלומדים באנגליה במשך מאות שנים, ובעקבותיהם גם את המשפט הישראלי לאחר קום המדינה. ראו במשפט האנגלי Anisimic Ltd. v. Foreign Compensation Commission, [1968] 2 Q.B. 862 CA (Civ. Div.), 887-905; PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 477-84 (7th ed., 2012) ובמשפט הישראלי בג"ץ 69/55 בולוס נ' שר הפיתוח, פ"ד י 673, 680 (1956); בג"ץ 359/66 גיתיה נ' הרבנות הראשית ומועצה הדתית ירושלים, פ"ד כב(1) 299, 290 (1968).
- 2 פסקי הדין הם ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2018) (להלן: עניין זליגמן); ע"א 3847/16 עגלי תל שווק בקר בע"מ נ' משרד החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 11.3.2018) (להלן: עניין עגלי תל שווק) ובג"ץ 2875/18 התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.6.2019) (להלן: עניין תאגידי כוח אדם).
- 3 דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2.7.2019).

הגישה המקובלת במשפט שלנו עד לעת האחרונה הייתה שהיקף הביקורת השיפוטית על קביעות פרשניות של רשויות מינהל הוא רחב מאוד ואולי אבסולוטי. כלומר, שהיקף הריסון השיפוטי ביחס לקביעות כאלו הוא מצומצם ביותר, ולעיתים אף אפסי.<sup>4</sup> זאת, בניגוד לכלל הבסיסי של הביקורת השיפוטית, הוא כלל הריסון. נקודת המוצא של הביקורת השיפוטית היא כי בית המשפט "לא ישים שיקול דעתו במקום זה של הרשות המוסמכת".<sup>5</sup> כלל הריסון השיפוטי חל על קביעות של רשויות מינהל המבטאות הפעלת שיקול דעת של הרשות המינהלית בקביעת מדיניות או בקבלת החלטות קונקרטריות המיישמות מדיניות כללית ואף ביחס לקביעות עובדתיות של רשויות מינהל. ואולם, כלל הריסון לא הוחל על קביעות פרשניות של רשויות מינהל. לגביהן נפסק כי בית המשפט, שעה שהוא עוסק במלאכת פרשנות הדין, חייב לבצע את מלאכת הפרשנות בעצמו ולהגיע לפירוש הנכון של הדין – ולא להשאיר את המלאכה לרשות המינהלית.<sup>6</sup>

אומנם, לפי הגישה הזו בית המשפט לא נדרש להתעלם מהפרשנות המינהלית לחלוטין. הוא רשאי להביא בחשבון את העובדה שהרשות המינהלית אימצה גישה פרשנית מסוימת, ולהשתמש בפירוש המינהלי לפחות ככלי עזר, שעה שהוא עצמו עוסק בפרשנות הדין. ואולם, הגישה השלטת בפסיקה הייתה שהאחריות האולטימטיבית לפרשנות הדין מוטלת על בית המשפט, ובהתאם, חובתו להגיע לפירוש הנכון ביותר של הדין. הפירוש הנוהג אצל הרשות המינהלית יכול, כאמור, לסייע לבית המשפט במלאכת הפרשנות, וככזה, בית המשפט נהג, במקרים מסוימים, לייחס לו משקל מסוים, במיוחד כאשר היו כמה אפשרויות פרשניות שהיו שוות בעיניו.<sup>7</sup> ואולם, בסופו של דבר, אם לדעת בית המשפט הפירוש שנקטה הרשות היה

4 ראו למשל דברי השופט חשין בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999) (להלן: עניין סטמקה), פס' 8: "כשאני לעצמי, דומני כי המשקל הנודע לפירושה של הרשות – באשר הוא – הינו משקל קל כנוצה: קל כנוצה ובהיבט אף כבד כנוצה. בראש ובראשונה, נאמר, כי לא נוכל להתעלם מההשפעה הפסיכולוגית הנודעת לפירוש הרשות. פירוש הרשות המוסמכת היה לפני העלות השאלה לפני בית המשפט, ובית המשפט לא יוכל להתעלם – ולו בתת־מודע – מן הפירוש שקנה לו אחיזה שנים רבות [...] ואולם, בכפוף להערת־הקדמה זו, דעתי היא כי פירושה של הרשות לחוק – באשר הוא – ראוי שייוודע לו משקל מועט ביותר".

5 ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב, 620-621 (2010) והאסמכתאות שם.  
6 ראו בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 305 (1987); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 550 (1990); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 762 (1993); בג"ץ 779/92 סלמה נ' ראש עיריית נצרת, פ"ד מז(5) 187, 183 (1993); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 803-796 (1993).

7 ראו למשל בג"ץ 333/68 מפעלי מושבי הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד כג(1) 508, 512 (1969); בג"ץ 6395/98 אלקושי נ' קצין התגמולים, פ"ד נד(1) 454, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ביניש (2000); ע"א 2512/93 איתורית

נחות, מבחינת הניתוח הפרשני, בהשוואה לפירוש אחר, שהיה נכון לדעתו, הרי בית המשפט היה צריך להעדיף את הפירוש הנכון. אומנם, לא ניתן לומר שגישה זו הייתה מקובלת בפסיקה ללא עוררין, והיו לה חולקים וחריגים מסוימים, במיוחד כאשר הדין שפירושו נדרש עסק בעניינים טכניים מובהקים או מקצועיים.<sup>8</sup> ואולם, ככלל, גישת "הפירוש הנכון" הייתה, ובמידה מסוימת עודנה, הגישה המקובלת בפסיקת בתי המשפט.

לא קשה להבין את התמיכה שממנה נהנית גישת "הפירוש הנכון" במשפט שלנו. תפיסה זו תואמת לכאורה היטב את מושכלות היסוד של המשפט הציבורי בישראל. על פי תורת הפרדת הרשויות, הרשות השופטת היא זו הנושאת באחריות לפרשנות הדין ועליה להכריע בסכסוכים הנוגעים לפרשנותו. זאת ועוד, בניגוד לעיסוק במדיניות, בעניינים מקצועיים או ביצועיים, שלגביהם יש לרשות המבצעת יתרון מובהק של מקצועיות על פני בתי המשפט, פרשנות הדין היא מלאכה שבה מתמחים המשפטנים. לכן, בענייני פרשנות, לא רק שהשופטים אינם סובלים מנחיתות מקצועית בהשוואה לאנשי מינהל, אלא שלאור השכלתם וניסיונם, הם נהנים מעדיפות כפרשנים של הדין. מכאן, שהטעמים הקלאסיים של עקרון הריסון אינם מתקיימים, לפחות לכאורה, ביחס לקביעות פרשניות. הרשות השופטת אינה סובלת לא מבעיה של מקצועיות ולא מבעיה של לגיטימציה פוליטית שעה שהיא נוטלת את האחריות הבלעדית (או למצער, העיקרית) בנוגע לקביעות פרשניות. טעמים אלו יכולים להסביר היטב את כוח המשיכה האינטואיטיבי החזק שיש לגישה כזו אצל המשפטן שבוחן, ממבט ראשון, את שאלת היקף הביקורת השיפוטית על קביעות פרשניות.

אלא, שכאמור, לאחרונה נראה שהתמיכה שלה זוכה גישת "הפירוש הנכון" בפסיקת בית המשפט העליון מתערערת. התערערות זו נובעת לא רק מכך שבית המשפט מתחיל לשקול, לפחות בהקשרים מסוימים, גישות חלופיות וגמישות יותר ביחס להיקף הביקורת על פרשנות דינים, ובראשן הגישה שלפיה בית המשפט צריך ליחס משקל של ממש לפרשנות הרשות בעת שהוא מכריע לגבי פרשנות הדין,<sup>9</sup> אלא

**שירותי תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 252, 261 (1997); רע"א 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, פ"ד נב(5) 385, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ביניש (1998); ע"א 976/06 מרום נ' נציבות מס הכנסה – פקיד שומה באר-שבע, פס' 38 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 6.11.2008); והשוו לעמדתו החולקת של השופט דנציגר שם.

8 ראו למשל דברי השופט חשין בעניין **סטמקה**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 743. החולק הבולט ביותר על גישת "הפירוש הנכון" היה השופט זמיר, שדגל בכך שעל בית המשפט לקבל את פרשנותה של הרשות המינהלית כל זמן שהיא סבירה בעיני בית המשפט (גישת "הפירוש הסביר"), ראו יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך א, 223-228 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר). זמיר גם טען כי, הלכה למעשה, גישת "הפירוש הסביר", יושמה לא פעם על ידי הפסיקה, גם אם לא באופן מפורש. ראו שם, בעמ' 226-227.

9 ראו במיוחד עניין **תאגידי כוח אדם**, לעיל ה"ש 2, פס' 27 לפסק דינה של השופטת וילנר (הטייט "אוזן קשבת לפרשנותה של הרשות המינהלית, כשיקול אחד מיני רבים"); עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 2, פס' 33-34 לפסק דינה של השופטת וילנר (מתן משקל לפרשנות

בעיקר מכך שבית המשפט מתחיל לדון, באופן גלוי, באלטרנטיבה "חזקה" ומובהקת לגישת "הפירוש הנכון" – היא גישת המשפט האמריקני המגולמת בדוקטרינה של פסק הדין הידוע בעניין *Chevron v. NRDC*.<sup>10</sup> דוקטרינת *Chevron* דוגלת בריסון שיפוטי חזק ביחס לקביעות פרשניות של רשויות מינהל ועצם העובדה שהיא נדונה על ידי בית המשפט אצלנו כחלופה אפשרית לדין הקיים, לפחות בהקשרים מסוימים, נושאת עימה פוטנציאל של שינוי מהפכני בתחום זה בישראל.<sup>11</sup> אולם, פוטנציאל השינוי הזה מרחיק הרבה מעבר לדיון בסוגיה הספציפית של היקף הביקורת על פרשנות מינהלית. זאת משום שהיקף ההשפעה של דוקטרינת *Chevron* במשפט האמריקני משתרע הרבה מעבר לסוגיה ספציפית זו, כפי שאראה בהמשך.

ברשימה זו אין ככוונתי להיכנס לדיון מקיף לגבי הדין הרצוי בישראל בשאלה של היקף הביקורת השיפוטית על קביעות פרשניות של רשויות מינהל,<sup>12</sup> מטרתי מצומצמת יותר. ככוונתי לבחון את הפוטנציאל ואת ההשלכות של יישום דוקטרינת *Chevron* במשפט המינהלי הישראלי. **בחלק הראשון**, אסקור את התפתחות הדין האמריקני, את ההשלכות של הלכת *Chevron* על המשפט המינהלי בארצות הברית ואת הטעמים העומדים ביסוד הלכה זו. **בחלק השני**, אבחן את הנחות היסוד שעליהן מבוססת דוקטרינת *Chevron*, ואעמת אותן עם הנחות היסוד של המשפט הציבורי בישראל. אדון בהשלכות השונות של אימוץ דוקטרינת *Chevron* בשיטת המשפט והממשל האמריקנית וזאת במיוחד בכל הנוגע לחלוקת הכוחות והסמכויות בין הרשויות השונות ובתוך הרשות המבצעת. במסגרת חלק זה אבחן גם את ההשלכות הפוטנציאליות של אימוץ גישה דומה בישראל על חלוקת הכוחות בין זרועות הממשל אצלנו, בתוך הרשות המבצעת, תוך התמקדות בהשפעות על מעמדו והיקף סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה. ולבסוף, **בחלק השלישי**, אדון בהבחנה בין סוגים שונים של נורמות חקיקה ראשית, תקנות והנחיות מינהליות ביחס לאפשרות להחיל את דוקטרינת *Chevron* בישראל.

הטענות העיקריות שאעלה במאמר הן כדלהלן: ראשית, אטען כי לשאלה של היקף הביקורת השיפוטית על פרשנות מינהלית יש השלכות רחבות על המשפט המינהלי. השלכות אלו נוגעות, בין היתר, לשאלות יסוד של חלוקת הסמכויות והכוחות בין הרשויות השונות בשיטת ממשל נתונה. שנית, אטען כי דוקטרינת *Chevron* מבוססת על טעמים והנחות יסוד מסוימות שקיימות במשפט הציבורי האמריקני, אך נוגדות את מושכלות היסוד של המשפט הציבורי בישראל. בהתאם, אטען כי בתי המשפט שלנו לא יוכלו לאמץ גישה כזו מבלי להעמיד למבחן ממשי שורה של עקרונות יסוד של

הרשות במצב של עמימות פרשנית); עע"מ 8814/17 דן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פס' 32 לפסק דינה של השופטת וילנר (פורסם בנבו, 26.5.2019) (להלן: עניין דן) (כנ"ל, חזקה פרשנית לטובת הרשות בנוגע לרברי חקיקה שאותם היא מיישמת).

10 *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) (להלן: עניין *Chevron*).

11 ראו במיוחד עניין **תאגדי כוח אדם**, לעיל ה"ש 2, פס' 27 לפסק דינה של השופטת וילנר.

12 לדיון מקיף בעניין זה, ראו יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי חלק ראשון**, פרק 5 (טרם פורסם) (להלן: דותן).

המשפט הציבורי שלנו. ולכן, צעד כזה, גם אם ייעשה באופן חלקי או מוגבל יאיים, למעשה, על התוקף של עקרונות יסוד אלו. לבסוף, אטען כי לשינוי – בוודאי שינוי קיצוני – בהיקף הביקורת על קביעות פרשניות יהיו השלכות מרחיקות לכת גם על חלוקת הסמכויות בין הרשויות (במיוחד בין הרשות השופטת לרשות המבצעת), אך גם על חלוקת הסמכויות בתוך הרשות המבצעת. גם מסיבה זו, אטען כי בתי המשפט אצלנו יתקשו מאוד לאמץ את התפיסה של Chevron אל תוך המשפט הציבורי בישראל. לפני שאגש לדיון לגופו אעיר עוד שלוש הערות מקדמיות:

**ההערה הראשונה** נוגעת לעצם ההתמקדות שלי בחלופה של Chevron כמושא מרכזי לדיון בהתפתחות הפסיקה בישראל. אפשר להטיל ספק ברלוונטיות מעיקרא של המשפט האמריקני לגבי הדיון בישראל ולטעון כי לאור השוני העמוק בשיטת המשפט בכלל, בשיטת המשפט המינהלי בפרט, וברקע הפוליטי, הממשלי והתרבותי השונה כל כך בארצות הברית ביחס לישראל, אין מקום ליחס חשיבות מרכזית כל כך למצב במשפט האמריקני, אלא צריך למקד את הדיון במשפט המינהלי הישראלי, על עקרונותיו ומאפייניו. אין בעיניי ספק כי אפשר היה לקיים את הדיון בסוגיית היקף הביקורת על פרשנות מינהלית תוך התמקדות בדיון הישראלי.<sup>13</sup> ואולם, לדעתי יש חשיבות רבה להפנות זרקור דווקא למצב במשפט האמריקני וזאת מכמה סיבות. ראשית, לאור ההיקף העצום והעומק של הירוספודנציה האמריקנית בסוגיה יהיה זה מצער אם העיסוק המשפטי אצלנו – למצער בכתיבה האקדמית – יתעלם מגוף עצום זה של מקורות. שנית, ההפניה למשפט האמריקני אין פירושה בהכרח קריאה לגזור גזירה שווה מהשיטה האמריקנית לשיטה שלנו. למעשה, ההיפך הוא, במידה רבה, הנכון. היינו, ההשוואה שאעשה כאן, תהיה בעיקרה השוואה לצורך הנגדה. שלישית, העיסוק המקיף והאינטנסיבי בסוגיה זו במשפט האמריקני יכול להועיל לקורא הישראלי לפחות במובן אחד, שכן הוא יאיר את עיני הקורא לגבי המרכזיות והחשיבות של הדיון הזה לגבי המשפט המינהלי ושיטת המשפט בכללו, ואכן, כאמור, זו אחת המטרות המרכזיות של הרשימה. ולבסוף, דומה שלאור העובדה שבית המשפט העליון עצמו מציב לאחרונה את דוקטרינת Chevron כחלופה המצויה "על השולחן", הדיון היסודי ב-Chevron הוא כבר לא רק מושא לצחצוחי חרבות של המבקרים האקדמיים.

**ההערה השנייה** נוגעת לסוג הנורמות שפרשנותן עומדת לדיון. הלכת Chevron עצמה מתייחסת לפרשנות של חקיקה ראשית, אלא שבד בבד עם התפתחות הלכת Chevron, התפתחה במשפט האמריקני גישה דומה גם לגבי נורמות מינהליות, כלומר נורמות המצויות נמוך יותר במדרג הנורמטיבי, כאלו הנוצרות על ידי המינהל הציבורי עצמו: תקנות והנחיות. השיקולים הנוגעים לריסון השיפוטי ביחס לקביעות פרשניות לגבי כל אחד מסוגי הנורמות אינם בהכרח זהים, ולמעשה יש ביניהם הבדלים משמעותיים. עם זאת, קיימים גם קשרים לא מבוטלים בדיון הזה לגבי כל אחד מסוגי הנורמות והמתחים התיאורטיים הגלומים בהלכת Chevron, הדומים למתחים שקיימים בהלכת זליגמן המתהווה. גם ההתפתחויות האחרונות בפסיקה שלנו התנהלו בפסים

13 ראו למשל הדיון היסודי והמעמיק בסוגיה זו אצל זמיר, לעיל ה"ש 8.

דומים. כלומר, התזוזה המסתמנת בעמדת בית המשפט ניכרת ביחס לכל סוגי הנורמות השונים, אף שבית המשפט דאג להבחין היטב בין הדברים.<sup>14</sup> לאור העובדה שפסק דין Chevron מוכר לקהילייה המשפטית הרחבה ויש לגביו כתיבה אקדמית ענפה, הרי אפשר להשתמש בתובנות שנצברו ביחס לדוקטרינת Chevron, בשינויים המחויבים, גם לגבי התפתחות המשפט בישראל.

**ההערה השלישית והאחרונה** מתייחסת למישור המתודי. הטענות שאעלה במסגרת הרשימה יהיו בעיקרן טענות פוזיטיביות. כלומר, אבחן את היכולת ליישם את העקרונות של Chevron במשפט הישראלי מבחינת התאמתם למושכלות היסוד ולדוקטרינות של המשפט הקיים. טענתי העיקרית תהיה, כאמור, שקשה מאוד ליישב את דוקטרינת Chevron עם תפיסות היסוד של המשפט הציבורי שלנו. ובהתאם, אעריך כי בית המשפט יימנע, בסופו של דבר, מלאמץ אותה. אין ברשימה הזו טענה חזקה לגבי הרציות או ההעדפה של גישה כזו או אחרת מנקודת ראות נורמטיבית.<sup>15</sup>

## חלק ראשון: המשפט האמריקני

### דוקטרינת Chevron

בעניין Chevron, עמדה לדיון פרשנותו של חוק זיהום האוויר האמריקני (Clean Air Act). החוק קבע יעדים שונים להקטנת הפליטה של חומרים מזהמים שונים לאוויר. היעדים הללו חושבו על בסיס של הקטנת הזיהום באחוזים, בהשוואה לכמות הפליטה בנקודת זמן נתונה במועד חקיקת החוק.<sup>16</sup> החובה להפחית את הפליטה הוטלה בחוק על כל "מקור זיהום" (source). אלא, שהחוק עצמו, לא הגדיר כלל מונח זה. הרשות המינהלית המוסמכת (Environmental Protection Agency –EPA) גיבשה תפיסה פרשנית שלפיה אם במפעל מסוים, או אפילו בחברה שמנהלת כמה מפעלים, הייתה הפחתה כוללת של רמת הזיהום (באחוזים) בהיקף הנדרש בחוק – הרי די בכך, ואין החוק מחייב הפחתה ברמה הנדרשת בכל יחידה הפולטת זיהום בנפרד. לדוגמה, אם נניח שיש במפעל אחד שלוש ארובות זהות שפולטות חומר מסוים, והחוק דורש עמידה ביעד של הפחתה של 10% מהזיהום בתוך חמש שנים, אזי אפשר להתייחס לכל שלוש הארובות כאל "מקור" אחד, ואז, די בכך שהמפעל הפחית 30% מהפליטה בארובה

14 ראו במיוחד עניין **תאגדי כוח אדם**, לעיל ה"ש 2, פס' 27-28 לפסק דינה של השופטת וילנר. בפרשה זו בית המשפט עסק בפרשנות מינהלית של חקיקה ראשית, בעוד שבעניין **עגלי תל שוק**, לעיל ה"ש 2, נדונה קביעה פרשנית ביחס לתקנות ואילו בעניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 2, עמדה לדיון קביעה פרשנית ביחס להנחיות מינהליות של הממונה על הביטוח ושוק ההון. וראו גם עניין דן, לעיל ה"ש 9. שם אומנם עמדה לדיון פרשנות של חקיקת משנה, אך בית המשפט קבע כי יש מקום לתת משקל לפרשנות הרשות הן לגבי חקיקה ראשית והן לגבי חקיקת משנה.

15 לדיון הנורמטיבי ראו דותן, לעיל ה"ש 12, שם אני מביע תמיכה באימוץ גישת "הפירוש הסביר" במשפטנו.

16 ראו עניין Chevron, לעיל ה"ש 10, בעמ' 840-841.

אחת (אך לא שינה דבר בשתי הארובות האחרות) כדי לעמוד ביעד הסטטוטורי (תפיסה פרשנית זו כונתה "תפיסת הבועה" (bubble concept) משום שהיא התייחסה לכל מקורות הזיהום במפעל מסוים כאל יחידה אחת). השאלה הייתה האם הפירוש האמור של המונח "מקור זיהום" שנקטה הרשות עומד בביקורת שיפוטית. בית המשפט הפדרלי בערכאה הראשונה פסל את החוק, וקבע, שהפרשנות הראויה של החוק היא שחובה על מפעלים מזהמים לעמוד ביעד הסטטוטורי בכל מקור זיהום (קרי יחידת ייצור אנרגיה) בנפרד. בית המשפט העליון הפך קביעה זו על פיה, וקבע סטנדרט חדש להיקף הביקורת השיפוטית על פרשנות מינהלית. ההלכה של *Chevron* מתומצתת בדברים הבאים של השופט סטיבנס:

When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute.<sup>17</sup>

הגישה של *Chevron* היא אפוא, שבמקום שבחוק קיימת אי-בהירות פרשנית יש לרשות המינהלית **מרווח סבירות פרשני רחב** בין אפשרויות פרשניות שונות. בית המשפט יתערב בקביעה הפרשנית בחוק רק אם היא נוגדת במפורש קביעה ברורה בחוק. כאן המקום להדגיש כי רמת הריסון שהסטנדרט של *Chevron* מחיל ביחס לקביעות פרשניות של רשויות מינהל היא מופלגת, ודומה לסטנדרט של "מתחם הסבירות" המוחל במשפט שלנו לגבי קביעות של רשויות בענייני מדיניות כלכלית וכיו"ב.<sup>18</sup> די בכך שהפירוש שנקטה הרשות אינו נראה לבית המשפט בלתי-סביר, כדי שיהיה עליו לרסן עצמו ולהימנע מהתערבות גם אם קיים פירוש אחר של הדין שנראה לבית המשפט נכון הרבה יותר.<sup>19</sup>

17 שם, בעמ' 842-843.

18 ראו למשל בג"ץ 366/81 **לשכת מפעילי אוטובוסים לחיור נ' שר האוצר**, פ"ד לז(2) 115, 118 (1983); בג"ץ 7871/07 **רפאל רשות לפיתוח אמצעי לחימה בע"מ נ' שר האוצר**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2011) וראו גם ברק-ארז, לעיל ה"ש 5, בעמ' 622-624.

19 בכך, סטנדרט הסבירות הזה נבדל ומרוסן יותר בהשוואה לסטנדרט "הפירוש הסביר" שיש לו הדים מסוימים בפסיקה אצלנו. ראו עניין **תאגידי כוח אדם**, לעיל ה"ש 2, פס' 28-



ההשלכות של דוקטרינת Chevron במשפט האמריקני

Chevron נחשב לפסק הדין החשוב ביותר שניתן אי פעם בתחום המשפט המינהלי על ידי בית משפט אמריקני (ובוודאי בחמישים השנה האחרונות),<sup>20</sup> לכוז שיצר מהפכה רבתי בתפיסת הביקורת השיפוטית, מהפכה שגבולותיה חורגים בהרבה מהשאלה הספציפית של היקף הביקורת השיפוטית על קביעות פרשניות.<sup>21</sup> ההשלכות המיידיות של Chevron היו הקטנת היקף ההתערבות של בתי המשפט הפדרליים בקביעות פרשניות של רשויות מינהל ובהחלטות מינהליות בכלל.<sup>22</sup> סטנדרט הריסון

27. שם, מבחינה השופטת וילנר בין שני הסטנדרטים וקובעת כי הסטנדרט הריסוני של Chevron יכול לחול במשפט שלנו אך ורק לגבי פרשנות של רשות מינהלית לגבי הנחיותיה שלה. לעניין סטנדרט "הפירוש הסביר" ראו גם הדיון אצל זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 225-226. לדיון במהות ההבחנה בין סטנדרטים שונים בהקשר זה ראו Yoav Dotan, *Deference and Disagreement in Administrative Law*, 71 ADMIN. L. REV. 761 (2019) (להלן: Dotan).
- 20 ראו: Antonin Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 DUKE L. J. 511, 512. וראו STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES 247 (6th ed. 2006); Cass R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 COLUM. L. REV. 2071, 2075 (1990) (להלן: סנסטיין 1990); Jack M. Beermann, *End the Failed Chevron Experiment*; Now: *How Chevron Has Failed and Why It Can and Should Be Overruled*, 42 CONN. L. REV. 779, 782 (2010) (להלן: Beermann); Thomas W. Merrill, *Justice Stevens and the Chevron Puzzle*, 106 NW. U. L. REV. 551, 552-53 (2012).
- 21 סנסטיין ציין כי "Chevron also appeared to have imperialistic aspirations, cutting across countless areas of substantive law and the full range of procedures by which agencies might interpret statutory law". Cass R. Sunstein, *Chevron Step Zero*, 92 VA. L. REV. 187, 189 (2006) (להלן: סנסטיין 2006); ראו גם סנסטיין 1990, לעיל ה"ש 20, בעמ' 2075, וראו הדיון להלן. לא למותר לציין כי לאחרונה ניכרת שחיקה מסוימת במעמד של דוקטרינת Chevron בפסיקה האמריקנית, ראו למשל Michigan v. EPA, 135 S. Ct. 2699 (2015), ומושמעת עליה ביקורת בפסיקה ובספרות, לסקירה ראו Cass R. Sunstein, *Chevron as Law*, 107 GEO. L. REV. 1613, 1615-17 (2019) (להלן: סנסטיין 2019). יש אף המערערים על מעמדה מנקודת ראות חוקתית, ראו למשל, Beermann, PHILIP HAMBURGER, IS ADMINISTRATIVE LAW UNLAWFUL? (Univ. of Chicago Press, 2015). עם זאת, אין בביקורת הזו כדי לפגוע, בראייה כוללת, במעמד המרכזי והאיתן שיש לדוקטרינה במשפט המינהלי האמריקני, ראו Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *The Unbearable Rightness of Auer*, 84 U. CHI. L. REV. 297 (2017) (להלן: Sunstein & Vermeule).
- 22 ראו למשל Peter H. Schuck & E. Donald Elliott, *To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law*, 1990 DUKE L.J. 984, 1026 (1991); William N. Eskridge, Jr. & Lauren E. Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*, 96 GEO. L.J. 1083 (2008) (להלן: Eskridge & Baer). עם זאת היו מחקרים שחלקו על מסקנה זו והטילו ספק בטענה ששברון גרם בפועל לירידה כלשהי בשיעור היחסי של התערבויות שיפוטיות בהחלטות

של *Chevron* אומנם לא הוחל על כל קביעה פרשנית אלא רק על מצבים שבהם הקונגרס העניק לרשות המינהלית הסמכה רחבה לקבוע קביעות שיש להן תוקף של דין (force of law) כלומר, בעיקר לפרשנות הנעשית במסגרת הפעלת סמכויות חקיקת משנה.<sup>23</sup> לעומת זאת, החלטות מינהליות אחרות (כגון עמדות פרשניות במסגרת קבלת החלטות אינדיווידואליות או הנחיות פרשניות) אינן נהנות מהריסון של *Chevron*. אבל גם לגבי קביעות פרשניות כאלו החיל בית המשפט סטנדרט ביקורת ריסוני חזק למדי.<sup>24</sup> בית המשפט העליון החיל גישה דומה לריסון של *Chevron* גם בכל הנוגע לפרשנות תקנות או לנורמות מינהליות אחרות שנוצרות על ידי רשויות המינהל עצמן.<sup>25</sup> מעבר להשלכות המיידיות של *Chevron* בתחום המשפט המינהלי היו לפסק הדין השלכות רחבות היקף במשפט הציבורי האמריקני. זאת משום שפסק הדין שרטט מחדש את הגבולות של חלוקת העבודה והאחריות בין שלוש זרועות הממשל. בראש וראשונה, *Chevron* קרא תיגר על התפיסה המסורתית של דוקטרינת הפרדת הרשויות שלפיה פרשנות הדין מצויה באחריותה הבלעדית של הרשות השופטת. בכך, פסק הדין הציג תפיסה חדשה לגבי חלוקת הסמכויות החוקתית בין שלוש הרשויות. לא בכדי *Chevron* מוגדר על ידי רבים כעומד בניגוד למושכלות היסוד של המשפט החוקתי האמריקני כפי שגובשו בפסק הדין הידוע בעניין *Marbury v. Madison*<sup>26</sup> (שבו נקבע כי בית המשפט, ולא המחוקק, הוא הפרשן המוסמך של החוקה).

- 
- מינהליות, ראו Joseph L. Smith & Emerson H. Tiller, The Strategy of Judging: Evidence from Administrative Law, 31 J. LEGAL. STUD. 61, 81 (2002).
- 23 *Christensen v. Harris* וכן *United States v. Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001) (Chevron) County, 529 U.S. 576 (2000) לא חל על פרשנות המעוגנת בגילוי דעת של רשות מינהלית שאינו מהווה הפעלת סמכות התקנה). אך השוו *Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212 (2002) (שם בית המשפט מביע דעה הפוכה לגבי התחולה של דוקטרינת *Chevron* על הנחיות מינהליות פרשניות). וראו סקירה אצל Kristin E. Hickman, *Chevron At 30: Looking Back And Looking Forward: The Three Phases Of Mead*, 83 *FORDHAM L. REV.* 527 (2014) וראו גם Eskridge & Baer, לעיל ה"ש 22.
- 24 זהו סטנדרט הריסון הכללי בדין האמריקני הידוע כ-Skidmore Deference ( *Skidmore v. Skidmore* ) (Swift, 323 U.S. 134 (1944)), ראו Eskridge & Baer, לעיל ה"ש 22. וראו גם David Zaring, Reasonable Agencies, 96 *VIRG. L. REV.* 135, 145 (2010). ההבדל בין הסטנדרט הריסוני המוגבר של *Chevron* לבין הסטנדרט הריסוני המתון יותר ראו Zaring, שם, בעמ' 146 וראו הדיון אצל Dotan, לעיל ה"ש 19. הסטנדרט הריסוני הזה (המופחת בהשוואה ל-*Chevron*) דומה מאוד לגישת "הפירוש הסביר" הקיימת במשפט שלנו, ראו לעיל ה"ש 7 והטקסט המפנה אליה.
- 25 ראו: *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452, 461 (1997) (quoting *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410, 414 (1945)). (להלן: הלכת *Auer*).
- 26 ראו: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1803) (להלן: עניין מרבורי) ("It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.") וראו סנסטיין 2006, לעיל ה"ש 21, בעמ' 190. ("Chevron might well be seen not only as a kind of counter-Marbury, but even more fundamentally as the administrative state's very own *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819) permitting agencies

נוסף על כך, פסק הדין הציג תפיסה חדשה לגבי מהותה של פרשנות משפטית וההבחנה בינה לבין קביעת מדיניות. ההכרה בסמכות הרחבה של רשויות מינהל לפרש את החוק, תוך הקטנת תפקידו של בית המשפט בפרשנות חקיקה מינהלית, מביאה לידי ביטוי תפיסה הרואה בפרשנות המשפטית כחלק מהמלאכה הסטנדרטית של רשויות מינהל במסגרת הפעלת שיקול דעתן הסטטוטורי. כלומר, *Chevron* מערער על עצם ההבחנה בין פרשנות חוק לבין מדיניות.<sup>27</sup> הוא מכיר בכך שבמציאות המורכבת של המדינה המינהלית המודרנית, פרשנות הדין היא חלק אינטגרלי מהליך קביעת מדיניות על ידי הרשות המינהלית, הליך שבו שיקולים של מומחיות מקצועית, ידע טכנולוגי, היכולת לאסוף עובדות בצורה שיטתית ממספר רב של מקורות, והכרת האילוצים המעשיים הנלווים לאכיפת החוק – הם לא פחות חשובים מאשר הניתוח המשפטי העיוני שנועד להקנות משמעות לנורמה משפטית נתונה. להתייחסות לפרשנות הדין כחלק בלתי-נפרד מהליך קביעת המדיניות המינהלית יש, כשלעצמה, השלכות רחבות היקף. אחת מההשלכות החשובות הללו היא ההכרה בכך ששינויים במציאות העובדתית, או אף במציאות הפוליטית, כאלו שיכולים באופן לגיטימי להביא לשינוי המדיניות המינהלית – עשויים אף להצדיק במקביל שינוי בעמדותיה הפרשניות של הרשות. היינו, אם פרשנות הדין נתפסת כחלק מהליך של קביעת מדיניות, הרי אין פסול בכך שכאשר הרשות מעוניינת לשנות את מדיניותה, היא עשויה במסגרת זו לשנות גם את עמדותיה הפרשניות לגבי הדין החל על פעולותיה. שינוי כזה יכול כאמור לבוא בעקבות התפתחויות עובדתיות או טכנולוגיות חדשות, אך גם, עקרונית, עקב שינויים בתפיסה הערכית של הרשות, למשל, בשל חילופי גברי בראשות הרשות המינהלית, ואף עקרונית, בשל שינוי פוליטי שנגרם עקב חילופי ממשל.<sup>28</sup>

to do as they wish so long as there is a reasonable connection between their choices and congressional instructions").

27 ראו: Cass R. Sunstein, *Chevron as Law*, 107 GEO. L. REV. 1613, 1626 (2019).

28 ראו דברי בית המשפט בעניין *Chevron*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 865-866, וראו גם סנסטיין 1990, לעיל ה"ש 20, בעמ' 2089-2090. דוגמה טובה לשינוי בקביעה פרשנית של רגולטור שמבטא שינוי במדיניות היא עמדתו של הממונה על התחרות הכלכלית לגבי המשמעות של הביטוי "מחיר הוגן" בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988. וראו גילוי הדעת 1/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (09.04.2014) הגבלים עסקיים 500603, לעומת גילוי הדעת 1/17 של הממונה על ההגבלים העסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.02.2017) הגבלים עסקיים 501194. בהקשר זה, ראו תומר גנון "דיויד גילה יוצא למתקפה נגד ההתקפות של מיכל הלפרין" [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3686453,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3686453,00.html), 20.4.2016.

### הטעמים לדוקטרינת Chevron והנחות היסוד העומדות בבסיסה

דוקטרינת Chevron נתפסת בכתיבה האקדמית האמריקנית כתוצר בלתי-נמנע של עלייתה של המדינה המינהלית (The Administrative State) במחצית הראשונה של המאה העשרים. כל זמן שסמכויות המדינה ורשויות המינהל היו מוגבלות בהיקפן, התפיסה כי בתי המשפט הם אלו הקובעים "מהו הדין" לא עוררה בעיות מיוחדות. ואולם, עם עלייתו של המערך העצום של רשויות המינהל הציבורי הפדרלי ובמיוחד של רשויות המינהל העצמאיות (independent agencies) שקיבלו לידיהן מערך מורכב ומסובך של סמכויות וחובות על מנת להגשים את תפקידיהם הרגולטוריים, האפשרות להסתמך על פרשנות שיפוטית כבסיס להנחיית המינהל הציבורי הפכה ללא מעשית.<sup>29</sup> בהתאם, הרציונל המרכזי של דוקטרינת Chevron הוא הנחה שיפוטית של אצילת סמכות פרשנית מטעם הקונגרס לרשויות המינהל הציבורי. כלומר, הדוקטרינה מבוססת על ההנחה כי במקום שבו הקונגרס לא קבע קביעה נחרצת וברורה בחוק, הרי הוא התכוון לאצול את הסמכות לפרש את החוק לרשויות המינהל ולא לבתי המשפט.<sup>30</sup> הנחה זו איננה מבוססת על חקירה פרשנית דקדקנית של כל חוק ספציפי שמחוקק הקונגרס (אם כי היא בהחלט ניתנת לסתירה על סמך סממנים ברורים בחוק זה או אחר),<sup>31</sup> אלא מדובר בהנחה כללית שנובעת מהיתרון המוסדי היחסי של רשויות המינהל על בתי המשפט בכל הנוגע לפרשנות מונחים עמומים או לא ברורים במארג המורכב של החקיקה המינהלית, העוסקת בהענקת סמכויות לרשויות המינהל. הנחה זו קשורה גם למרכיב של הדוקטרינה שנדון לעיל והוא התפיסה שלפיה במציאות המינהלית המורכבת אי-אפשר להבחין בין פרשנות הדין לבין מדיניות, אלא יש לראות בפרשנות כזו קביעה של מדיניות מינהלית. ואם כך הוא הדבר, הרי יש לרשויות המינהל יתרונות ניכרים על בית המשפט בכל הנוגע לקביעת מדיניות כזו. היתרונות הללו קשורים למומחיות של הרשות המינהלית, ליכולות העדיפות שלה בתחומים

29 ראו סנסטיין 1990, לעיל ה"ש 20, בעמ' 2079; וראו גם Jonathan T. Molot, Reexamining Marbury in the Administrative State: A Structural and Institutional Defense of Judicial Power over Statutory Interpretation 96 Nw U.L. Rev. 1239, 1251 (2002).

30 ראו עניין Chevron, לעיל ה"ש 10, בעמ' 843-844 וכן U.S. v. Haggar Apparel, 526 U.S. 380, 392-93 (1999) Smiley v. Citibank (S.D.), N.A., 517 U.S. 735, 740-41 (1996) גם סנסטיין 1990 לעיל ה"ש 20, בעמ' 2076, 2086-2087. וראו גם Thomas W. Merrill & Kristin E. Hickman, Chevron's Domain, 89 Geo. L.J. 833, 836 (2001) (& Hickman). כאן המקום לציין כי לא כל הכותבים האמריקנים מסכימים כי יש לבסס את דוקטרינת Chevron על הנחת אצילת סמכויות מצד הקונגרס, ואולם גם אלו החולקים בעניין זה מסכימים כי זוהי הגישה השלטת במשפט האמריקני, ראו למשל Mark Seinfeld, Chevron's Foundation, 86 Notre Dame L. Rev. 273, 275 (2011).

31 האינדיקציות הללו לכוונה אחרת של הקונגרס נובעות בראש וראשונה מניתוח פרשני של החוק המסמיך, ככל שהחוק ברור יותר בנקודה שעומדת לדיון, כך קל יותר לסתור את ההנחה שהקונגרס התכוון להשאיר לרשות המינהלית את ההחלטה בעניין, ראו עניין Chevron, לעיל ה"ש 10, בעמ' 845.

המקצועיים והטכנולוגיים ולהיכרות שלה עם המציאות המינהלית ועם ההשלכות המעשיות והעלויות במישור האכיפה של כל בחירה פרשנית.<sup>32</sup> בד בבד, יש לרשות המינהלית גם יתרון ברור על פני בית המשפט, ככל שההכרעה הפרשנית מייצגת עמדות ערכיות, משום שרמת הלגיטימציה הדמוקרטית שלה גבוהה יותר מזו של בית המשפט.<sup>33</sup>

כאן המקום להפנות את תשומת הלב לעוד הנחה, בסיסית אף יותר, העומדת ביסוד תאוריית האצילה של *Chevron*. זוהי ההנחה היסודית של המשפט החוקתי האמריקני שלפיה הקונגרס הוא הגורם המוסמך לעצב את היקף הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל הציבורי. היינו, במשפט האמריקני היקף הביקורת השיפוטית על אקטים מינהליים נתפס כחלק אינטגרלי מהתוכנית שיצר המחוקק, במסגרת החוק המסמך, ביחס למנגנוני הביקורת על הרשות המינהלית. רק במסגרת התפיסה הזו אפשר להבין כיצד, מלכתחילה, הקונגרס רשאי בכלל "לאצול" את הסמכות לפרש חקיקה לרשות המינהל (במקום לבית המשפט).<sup>34</sup> במילים אחרות, המשפט הציבורי האמריקני איננו רואה את סמכות הביקורת של בתי המשפט על פעולות המינהל הציבורי כסמכות חוקתית הנתונה לבית המשפט, אלא ככל שעסקינן בסמכות הביקורת במישור המינהלי – הרי הביקורת הזו נתפסת כחלק מהמארג הכללי של אצילת הסמכויות מהמחוקק למינהל הציבורי.<sup>35</sup> כשם שהמחוקק מעניק לרשות המינהלית סמכות בחוק, כך הוא רשאי לעצב כרצונו ולפי תוכניותיו את מנגנוני הביקורת השונים שיפקחו על דרכי הפעלת הסמכות על ידי הרשות המוסמכת – ובכלל זה, המנגנון של הביקורת השיפוטית – ויגבילו אותן. רצה המחוקק – ירחיב את הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות מסוימות במסגרת חוק הסמכה נתון. רצה – יצמצם את הביקורת השיפוטית או אף ישלול אותה כליל ביחס לסוגי החלטות מסוימים. הואיל והמחוקק הוא השולט בכל עניין הנוגע לעיצוב התוכנית הכוללת של פעולת הרשות במסגרת החוק המסמך, לרבות מנגנון הביקורת השיפוטית, הרי יש לקונגרס סמכות "לנטר" גם את הסמכות לפרש את החוק עצמו, ולהעביר אותה – אם יחפוץ בכך – מבית המשפט לרשות

32 שם, בעמ' 865.

33 שם, שם; וראו גם סנסטיין 2019, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1628.

34 ראו Merrill & Hickman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 836; וכן Elizabeth Garrett, *Legislating*, *Chevron*, 101 MICH. L. REV. 2637, 2639 (2003).

35 ראו למשל David S. Rubinstein, "Relative Checks": Towards Optimal Control of Administrative Power, 51 Wm. & Mary L. Rev. 2169, 2224 (2010); Nicholas Q. Rosenkranz, Federal Rules of Statutory Interpretation, 115 Harv. L. Rev. 2085, 2086 (2002). הנחה בסיסית זו היא גם התשובה לטענה התוקפת את דוקטרינת *Chevron* כמי שעומדת נגד מושכלות היסוד החוקתיות של פסק דין *Marbury* (ראו לעיל ה"ש 26 והטקסט המפנה אליה). היינו, *Chevron* אינו סותר את הסמכות הפרשנית החוקתית של הרשות השופטת משום שהוא עוסק בביקורת שיפוטית מינהלית ולא בביקורת חוקתית, והביקורת הזו איננה נתפסת כחלק "מהמנדט החוקתי" של הרשות השופטת כפי שהוכר בעניין *מרבורי*, ראו Garrett, לעיל ה"ש 34.

המינהלית המוסמכת.<sup>36</sup> ומכאן, גם האפשרות לבסס את דוקטרינת Chevron על הנחה כללית כזו, שלפיה המחוקק בוחר, בדרך כלל, במקרים של עמימות פרשנית, להעביר את הסמכות לפרש את החוק לרשות המינהלית, ולא לבית המשפט.

## חלק שני: Chevron בישראל?

### הנחות היסוד של Chevron במבחן המשפט הישראלי

הבחינה שנעשתה לעיל ביחס לעקרונות ולנחות היסוד המבססים את דוקטרינת Chevron במשפט האמריקני מצביעה על הקושי לקלוט תפיסה כזו לתוך המשפט הישראלי. זאת משום שהנחות היסוד שמבססות את הדוקטרינה אינן מתקיימות בשיטה שלנו. התפיסה שהתגבשה אצלנו החל מראשית שנות השמונים, וביתר שאת לאחר קבלת חוקי היסוד ב-1992 היא שהביקורת השיפוטית, לרבות הביקורת על מעשי המינהל, היא עיקרון חוקתי בסיסי הנובע מעקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק.<sup>37</sup> תפיסה זו גורסת שהסמכות הפרשנית נתונה בידי הרשות השופטת והמחוקק אינו רשאי להשאירה בידו או לאצלה לרשות המבצעת.<sup>38</sup>

תפיסת היסוד הזו של שיטת המשפט שלנו יכולה להסביר היטב לא רק את דוקטרינת השפיטות הרחבה בישראל (שהיא רחבה בהרבה מזו הקיימת במשפט האמריקני וברוב שיטות המשפט) אלא גם את העמדה של המשפט שלנו לגבי הוראות חוק שנועדו לשלול או להגביל את היקף הביקורת השיפוטית. בניגוד לגישה האמריקנית שלפיה למחוקק יש חופש לעצב את היקף הביקורת השיפוטית המינהלית כרצונו, וכחלק מהתבנית הסטטוטורית הכוללת בנושא נתון, התפיסה של המשפט הישראלי היא כי כל ניסיון של המחוקק להגביל או לשלול את היקף הביקורת השיפוטית – מעורר באופן מיידי שאלה חוקתית. לפי התפיסה השלטת אצלנו, הסמכות של בתי המשפט לבקר את מעשי המינהל נובעת מהוראות סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה,<sup>39</sup> כלומר, מעוגנת ב"חוקה" שלנו. אשר על כן, כל הוראת חוק כזו, שמיועדת להשפיע על היקף הביקורת השיפוטית עומדת לכאורה בניגוד להוראת סעיף 15 ולכן תוקפה מוטל, למצער, בספק.<sup>40</sup>

36 ראו Rubinstein, לעיל ה"ש 35, בעמ' 2227-2228. וראו גם דותן, לעיל הערה 12, בפרק 7.

37 ראו דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 519 (1988).

38 ראו אהרון ברק פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה 65 (התשנ"ג) (להלן: ברק).

39 ס' 15 לחוק יסוד: השפיטה.

40 ראו בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, פ"ד מה(5) 445, פס' 8-6 (1991); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' י"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, פס' 4-5 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003). אומנם, עד היום בית המשפט לא פסל חקיקה כזו שנועדה להגביל את היקף הביקורת השיפוטית או לצמצם אותה, אך אין כל ספק שלפחות

הפער הניכר הזה בין תפיסות היסוד של המשפט שלנו לגבי מקורה ו"מיקומה" של הסמכות הפרשנית במארג של שלוש הרשויות, במסגרת דוקטרינת הפרדת הרשויות, לבין הגישה האמריקנית, מצביע על העובדה שלא ניתן לקלוט את דוקטרינת Chevron, לפחות לא, כמות שהיא, על כרעיה ועל קרֶבָה, לרבות הנחות היסוד העומדות בבסיסה, בלי שהדבר יחולל שינוי רבתי בתפיסות היסוד ביחס לביקורת השיפוטית אצלנו.<sup>41</sup> אם הסמכות לפרש חוקים כמשפט שלנו היא מעין סמכות "טבועה" הנתונה לרשות השופטת כעקרון יסוד חוקתי, אזי המחוקק אינו יכול לאצול אותה לרשות המבצעת – משום שמלכתחילה היא אינה נמצאת בידי, והיא גם איננה יכולה להיות בידי משום שהדבר נוגד מושכלות יסוד של המשפט החוקתי שלנו.

בטרם אסיים את הדיון בחלק זה ראוי להוסיף עוד שתי הערות הבהרה. ראשית, אין להסיק ממה שאמרתי לעיל כל עמדה נורמטיבית לגבי העדיפות של שיטה אחת על רעותה. למעשה, לדעתי, הנחות המוצא של המשפט האמריקני לענין זה עדיפות על אלו של המשפט הישראלי. כלומר, אין סיבה לכך שלמחוקק, כחלק מקביעת המסגרת הכוללת של תבנית הפעולה המינהלית, לא תהיה שליטה גם על היקף הביקורת השיפוטית המינהלית (ולהבדיל מהביקורת במישור החוקתי) באותה מסגרת, אלא שהדיון בשאלה זו חורג מהדיון הנוכחי, שמטרתו רק להצביע על אי-ההתאמות של Chevron למציאות המשפטית הקיימת אצלנו.<sup>42</sup>

שנית, העובדה שהנחות היסוד של דוקטרינת Chevron אינן תואמות את אלו של המשפט הציבורי שלנו אין פירושה שאין כל מקום לשקול את קליטת הגישה הזו, כלומר גישה של ריסון מוגבר ביחס לקביעות פרשניות של רשויות מינהל, בתחומים מסוימים, או שכלל לא צריכה להיות לה השפעה על עיצוב עמדת המשפט הישראלי בנושא. אפשר להצדיק את הריסון של Chevron ביחס לקביעות פרשניות בתחומים מסוימים בטעמים אחרים, שחלקם יכולים להתקיים גם במציאות הישראלית. כך

לפי הגישה המובעת על ידי ברק בכתיבתו האקדמית, הוראה כזו נוגדת את החוקה, ראו ברק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 66, שם הוא דן בדוגמאות מהדין בדרום אפריקה שבה נפסלו ניסיונות של המחוקק להשפיע על היקף הביקורת כנוגדים את החוקה. ראו גם דפנה ברק-ארוז משפט מנהלי כרך ד – משפט מנהלי דיוני 51-52 (התשע"ז); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 182-183 (התשס"ה) (להלן: רובינשטיין ומדינה).

41 כאן המקום להדגיש שאינני טוען שבית המשפט איננו יכול לשנות את תפיסת היסוד הזו, על ידי הסגת שיקול דעתו לטובת שיקול הדעת הפרשני של הרשות המינהלית, אלא שלא סביר בעיניי שהוא ירצה לנקוט צעד כזה שמגביל את היקף הסמכות הפרשנית שבידי השופטים, ראו אורן תמיר "לקראת אמריקניזציה של המשפט המנהלי בישראל? המהפכה הבלומה בפסק הדין בעניין זליגמן – חלק 2 "The Legal Long March (8.6.2018). <https://katr.net/8ea286>

42 ראו דותן, לעיל ה"ש 12, בפרק 7. וראו, רונן אברהם "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" פורום עיוני משפט מד 14 (2020) (להלן: אברהם), הדן בהבדלים בין ארה"ב לבין ישראל, בנוגע לאחריותיות (accountability) של הרשות המינהלית כלפי הציבור.

למשל, אפשר לטעון כי יש מקום לריסון שיפוטי מובהק ביחס לקביעות פרשניות של רשויות רגולטוריות עצמאיות הנוגעות לסעיפי חוק או לתקנות בתחומים טכניים או מקצועיים מובהקים.<sup>43</sup> ואפשר גם לטעון כי בתחומים כאלו, שבהם נתונה לרשויות הרגולטוריות סמכות רחבה לעצב מדיניות, יש הצדקה להחיל את התפיסה של *Chevron* שלפיה גם פרשנות של סעיפים המנוסחים באופן רחב, עמום או בלתי-ברור, צריכה להיות נתונה, בראש וראשונה, לסמכות הרשות המינהלית במסגרת עיצוב מדיניותה הרגולטורית.<sup>44</sup> ובעניין זה, יש מקום לקבל את הרעיון של דוקטרינת *Chevron* שלפיה קו הגבול בין פרשנות למדיניות הוא מטושטש מאוד במקרים כאלה.<sup>45</sup> הדברים שנאמרו אין בהם כדי לשלול כל אפשרות ליישם תפיסה כזו בדין אצלנו, אלא רק להצביע על כך שהבסיסים הרעיוניים הנקיטת צעדים אינם יכולים להיות זהים לאלו שבמשפט האמריקני מהסיבות שנדונו.

### ההשלכות של *Chevron* על חלוקת הכוחות בתוך הרשות המבצעת

עד כה דנתי במשמעויות ובהשלכות של דוקטרינת *Chevron* במישור היחסים שבין שלוש זרועות הממשל. ואולם, ל-*Chevron* היו השלכות חשובות גם על חלוקת הסמכויות והכוחות בתוך הרשות המבצעת. התפיסה של *Chevron* שלפיה, במקרים רבים, קיימת יותר מאפשרות חוקית אחת לפרש את הדין, והראייה של פרשנות כהחלטה של מדיניות גרמה לביזור של הכוח המינהלי והסטה שלו מהמשפטנים, לאנשי המקצוע והמומחים לעניינים מדעיים וטכנולוגיים. גישת "הפירוש הנכון" היחיד של החוק מעניקה כוח ליועצים המשפטיים של הרשות המינהלית, שהם המומחים בפרשנות החוק. לעומת זאת הגישה הפלורליסטית של *Chevron* העבירה

43 ראו אברהם, שם, בעמ' 21.

44 ראו דברי בית המשפט בעניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 2, פס' 34, 37. וראו רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'" **פורום עיוני משפט** מד 12-13 (2020) (להלן: שפירא), המעלה חשש שהדבר יעוות את התמריצים של הרגולטור, לנסח מלכתחילה את הוראותיו בבהירות.

45 מנגד, אפשר לטעון כי התפיסה שלפיה צריך לתת לרשות מינהלית מרחב לעצב את פרשנות הדין ואף לשנות פרשנות במצבים שבהם היא מעוניינת לשנות מדיניות, מתאימה יותר למבנה המיוחד של הממשל האמריקני שבו קיימת הפרדה ברורה במישור החוקתי והפוליטי בין הרשות המבצעת לחוקקת, כזו שמקשה מאוד על המינהל הציבורי לזוים שינויי חקיקה בקונגרס כתוצאה משינוי בתפיסות המדיניות של הממשלה. לעומת זאת, בשיטות פרלמנטריות כמו באנגליה או בישראל, הממשלה נהנית מרוב בפרלמנט ולכן קל לה, באופן יחסי, לזוים שינויי חקיקה שיאפשרו שינויים במדיניות הממשלתית, ראו Robert C. Dolehide, *A Comparative "Hard Look" at Chevron: What the United Kingdom and Australia Reveal About American Administrative Law*, 88 TEX. L. REV. 1381 (2010).



חלק ניכר מן הכוח הזה למעצבי המדיניות המקצועיים בתוך רשויות המינהל ולמומחים הטכנולוגיים.<sup>46</sup>

אם ניישם את התובנה הזו למציאות של המשפט הציבורי בישראל אזי המסקנה הבלתי-נמנעת היא שליישום – ולו חלקי – של דוקטרינת Chevron אצלנו עשויות להיות השלכות רחבות היקף על מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. כידוע, היועץ המשפטי לממשלה נושא בשלושה תפקידים מרכזיים במערך הממשלתי שלנו: התפקיד התביעתי, התפקיד הייעוצי והתפקיד הייצוגי.<sup>47</sup> בתפקידו הייעוצי היועץ הוא "הפרשן המוסמך" של החוק, שעמדתו הפרשנית מחייבת את כל הרשות המבצעת, וזאת כל זמן שביית המשפט המוסמך לא פסק אחרת.<sup>48</sup> מעמדו זה כפרשן המוסמך של הדין, כפי שעוגן בפסיקת בית המשפט העליון, הוא מרכיב מרכזי במעמדו של היועץ במערך הממשלתי והפוליטי שלנו, והוא חיוני לתפקודו בתור "שומר הסף" האמון על חוקיותן של פעולות הממשלה ושאר זרועות הרשות המבצעת. ואולם, מעמד זה של היועץ תלוי בטבורו בתפיסה הקיימת של פרשנות הדין אצלנו, כלומר בגישה של "הפירוש הנכון" לחוק. השיטה שלנו מניחה שיש לדין פירוש אחד, שהוא ורק הוא הפירוש הנכון, ושהדרך לברורו היא פרשנות משפטנית, כלומר המצריכה מומחיות משפטית. לכן, אמון עליה המערך המשפטי של המדינה שהיועץ עומד בראשו. רק על יסוד ההנחה הזו ניתן לסמוך את ההיררכיה המשפטית של כפיפות כל רשויות המינהל, לרבות אלו הפוליטיות, לקביעותיו המשפטיות של היועץ.

אימוץ של גישת Chevron מאיים להפוך סדרי עולם מבחינה זו. שהרי, ראשית, לפי Chevron, במקרים רבים אין לדין פירוש אחד נכון, אלא ייתכנו כמה פירושים שונים זה מזה – שכולם מצויים בתוך מתחם הסבירות הפרשני. זאת ועוד, גישת Chevron תופסת כאמור את הפרשנות כהלך שאיננו בהכרח משפטי טהור, אלא כהלך של קביעת

46 ראו E. Donald Elliott, Chevron Matters: How the Chevron Doctrine Redefined the Roles of Congress, Courts and Agencies in Environmental Law, 16 VILL. ENVTL. L.J. 1, 11-12, 16 (2005); Elizabeth Magill & Adrian Vermeule, Allocating Power within Agencies, 120 YALE L.J. 1032, 1046 (2011); סנסטיין 2006, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2599.

47 ריכוז סמכויות דומה לא קיים בארצות הברית. ייצוג המדינה בפני בית המשפט העליון נמצא בסמכותו הבלעדית של ה-Solicitor General שהוא פקיד בכיר במשרד המשפטים, וכפוף אומנם פורמלית לתובע הכללי (Attorney General) אך נהנה מרמת עצמאות מקצועית גבוהה, ראו REBECCA MAE SALOKAR, THE SOLICITOR GENERAL: THE POLITICS OF LAW 77 (1999). לעומת זאת סמכויות התביעה מצויות בידי התובע הכללי ואילו סמכויות הייעוץ מבוזרות בין מחלקות הממשל השונות והרשויות העצמאיות. בניגוד לישראל, הן התובע הכללי והן ה-Solicitor General ממונים על ידי הנשיא וכפופים לאפשרות של פיטורין על ידיו.

48 בג"ץ 73/85 סיעת כך נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985) (להלן: עניין סיעת כך); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אורחים למען מינהל תקין וטהור המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 476 (1993); בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.10.2008); בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, פס' 23 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.6.2016) (להלן: עניין גיני).

מדיניות, ולכן, אין גם בהכרח למשפטנים יתרון כלשהו בתהליך הזה, אלא הדרך להגעה לפרשנות הרצויה עשויה להיות דווקא תוצאה של ניתוח של שיקולים מקצועיים, טכנולוגיים, שיקולי מדיניות ואולי אפילו שיקולים פוליטיים מסוימים – כלומר, זהו תהליך שבו היתרון המקצועי עשוי להימצא דווקא אצל אנשי המקצוע או קובעי המדיניות בתוך הרשות ולא דווקא אצל היועצים המשפטיים. ומכאן, קצרה הדרך לערעור משמעותי על מעמדו וסמכותו הקיימים של היועץ המשפטי לממשלה כלפי רשויות המינהל. נתאר לעצמנו שיח ושיג לגבי פרשנות סעיף מסוים בין רשות מינהלית, כגון הממונה על התחרות לבין אנשי היועץ המשפטי. נניח שהרשות אוזנת בפירוש א' בעוד שהיועץ סבור שהפירוש הנכון לדין הוא דווקא פירוש ב'. במצב דברים זה קל מאוד יהיה לאנשי הרשות לטעון כלפי היועץ כי אפילו אם הפירוש שהם אווזים בו אינו הפירוש הנכון לדעת היועץ – הוא עדיין פירוש אפשרי המצוי במתחם הסבירות הפרשני. למעשה, הם יוכלו לטעון אף מעבר לכך, ולומר **שעצם העובדה** שהרשות המוסמכת אוזנת בפירוש הזה, הופכת אותו, לפחות **לכאורה**, לפירוש המצוי במתחם הסבירות, אפילו אם, תאורטית, הוא אינו הפירוש "הנכון ביותר" לדין.<sup>49</sup> אנשי הרשות יוכלו לטעון כי הם בעלי מומחיות ובעלי הסמכות לעצב מדיניות בתחום הרלוונטי, והם אלו "המכירים את השטח" ואת ההשלכות של כל פרשנות במישור האכיפתי, מה שמעניק דווקא להם יתרון "פרשני" – במסגרת גישת *Chevron* – על פני המשפטנים באגף הייעוץ והחקיקה. ומכאן, קצרה הדרך למצב שבו רשויות המינהל יוכלו לוותר כמעט כליל על היועצות ביועץ המשפטי לממשלה בשעה שהן מקבלות החלטות או מגבשות מדיניות.

אומנם, יטען הטוען, שאם עמדתה הפרשנית של הרשות מצויה **מחוץ** למתחם הסבירות הפרשני, או שהיא נוגדת באופן ברור את לשון החוק, הרי עמדה זו לא תעמוד, בסופו של דבר, במבחן הביקורת השיפוטית בבית המשפט. ואולם, כאן המקום להבהיר נקודה מרכזית בנוגע למעמדו הנוכחי של היועץ בתור "הפרשן המוסמך" של הדין. כל הרבותא של המעמד שהוקנה ליועץ המשפטי לממשלה בהקשר זה היא דווקא לגבי אותם מקרים **שאינם** מגיעים לבית המשפט (קרי, רוב רובם של המקרים שבהם נדרשת פרשנותו של היועץ המשפטי או הכרעתו בסוגיה משפטית כלשהי). כשהעניין מגיע לבית המשפט, ממילא בית המשפט מוסמך לבחון את השאלה הפרשנית מחדש, ולאמץ או לדחות את עמדת היועץ.<sup>50</sup> במילים אחרות, המעמד המחייב שהוקנה לעמדות המשפטיות של היועץ כלל רשויות המינהל נועד במיוחד להסדיר ולהבטיח את חוקיות פעילות המינהל "פנימה" כלומר, באופן בלתי-תלוי ישירות בקיום התדיינות

49 זאת אף שחזקת החוקיות של החלטות המינהל חלה רק על עניינים עובדתיים או על עניינים דינמיים ואינה חלה על קביעות פרשניות של הרשות, ראו יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך ד – סדרי הביקורת והמשפטית 2781 (2017).

50 ראו למשל עניין **גיני**, לעיל ה"ש 48, שם בית המשפט דחה, בבג"ץ המקורי, את עמדתו הפרשנית של היועץ והעדיף את עמדתה של הרשות המוסמכת. הרבנות הראשית. אך השוו דנג"ץ 5026/16 **גיני נ' הרבנות הראשית לישראל** (פורסם בנבו, 12.9.2017), שם נהפכה הקערה על פיה.

משפטית או בהתערבות שיפוטית. וכאמור, אימוץ של דוקטרינת *Chevron* אצלנו צפוי לערער את אמות הסיפים של המערך המשפטי הקיים.<sup>51</sup> זאת ועוד, המעמד הפרשני המחייב שניתן לעמדות ולהנחיות של היועץ המשפטי לממשלה הוא חיוני לא רק מבחינת מערך הייעוץ המשפטי אלא מבחינת מערכת המשפט כולה, ובראש וראשונה בג"ץ. כאן המקום להזכיר כי המעמד המחייב הזה שהוקנה לעמדותיו של היועץ, אינו מעוגן בחקיקה, אלא נובע באופן אולטימטיבי מפסיקה של בג"ץ עצמו – ולא בכדי.<sup>52</sup> זאת משום שמנקודת הראות של בג"ץ, היועץ המשפטי ומערך הייעוץ המשפטי, הם מכשיר חיוני לאכיפה של שלטון החוק ועקרונות המשפט הציבורי על המערך הממשלתי בישראל. בכל הנוגע למעמד של קביעותיו המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ איננו "סוכן נייטרלי" אלא הוא הגוף שמצוי, בסופו של דבר, בראשה של פירמידת שלטון החוק בישראל. ולכן, מנקודת הראות של בג"ץ, קיים אינטרס מוסדי חזק לכך שקביעותיו של היועץ המשפטי לממשלה יחייבו את כל רשויות הממשל, משום שקביעות אלו מייצגות, בסופו של דבר, את הדין המינהלי בכללו, ואת עקרונות המשפט הציבורי כפי שבג"ץ עצמו עיצב אותם לאורך השנים.<sup>53</sup> זאת ועוד, בשיטת הממשל בישראל, שבה מערך הייעוץ המשפטי הוא אחד ממנגוני הביקורת החשובים ביותר על הרשות המבצעת, ובהיעדר בלמים ואיזונים הקיימים בשיטות אחרות, כגון שני בתי מחוקקים או חוקה פורמלית כתובה, להחלשה של מעמד היועץ יש השלכות מרחיקות לכת. ולכן, גם מבחינה זו, של ראיית חלוקת הכוחות הבין-מוסדית, וחלוקת הכוחות הפנימית בתוך הרשות המבצעת – לא

51 לעומת זאת, אפשר לטעון כי מבחינה אחת אימוץ של *Chevron* הוא נוח ליועמ"ש, וזאת כאשר הוא ממלא את תפקידו הייצוגי, כלומר מייצג את המדינה בפני הערכאות המינהליות. כלומר, קיים כאן מתח מסוים. כאשר היועמ"ש מגן על פעולות הרשות לבג"ץ, אימוץ של דוקטרינת *Chevron* דווקא יסייע לו להגן על פעולות המינהל משום שהוא מעלה את הרף הנדרש להתערבות בית המשפט. לעומת זאת, כאשר פניו של היועמ"ש אינן מופנות "החוצה" (כלומר לבית המשפט) אלא לתוך המינהל פנימה, דוקטרינת *Chevron* יוצרת מבחינתו בעיה כמתואר בטקסט. אפשר גם לטעון כי מבחינתו של היועמ"ש המצב האידיאלי היה אם הייתה מתקיימת "הפרדה אקוסטית", כלומר שהיועמ"ש יוכל לטעון בעת ובעונה אחת את דוקטרינת *Chevron* בכובעו הייצוגי, אך בלי להיות כפוף אליה בכובעו הייעוצי. אלא שלדעתי הפרדה אקוסטית כזו איננה מעשית, ובסופו של דבר, המחירים שהיועמ"ש עלול לשלם במישור הפנים-מינהלי בשל אימוץ *Chevron* עולים בהרבה על היתרונות שאימוץ הדוקטרינה יעניק לו בכובעו הייצוגי.

52 עניין **סיעת כך**, לעיל ה"ש 48, שם. וראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 40, בעמ' 1002. לא זה המקום להיכנס לבחינה מעמיקה של המהות והתוקף של קביעת בג"ץ לגבי מעמדן "המחייב" של חוות הדעת של היועץ. הרשימה הנוכחית מתמקדת, כאמור, בבחינה פרויטיבית של הדין הקיים, ולא בביקורת נורמטיבית עליו.

53 לדיון נרחב בקשר המוסדי שבין בג"ץ לבין מערך הייעוץ המשפטי ראו Yoav Dotan, *Lawyering For The Rule Of Law: Government Lawyers And The Rise Of Judicial Power*. In Israel (2014).

יהיה קל למערכת המשפט שלנו "לעכל" את התפיסה של Chevron, ובוודאי לא לקלוט את הדוקטרינה על כרעיה ועל קרבה.

## חלק שלישי: ההבחנה בין חקיקה ראשית לבין נורמות מינהליות

עד כה הדתי ב-Chevron כדוקטרינה ריסונית כללית הנוגעת לקביעות פרשניות של רשויות המינהל, אלא שיש מקום להבחין לעניין זה בין פרשנות של חקיקה ראשית לבין פרשנות של נורמות מינהליות: תקנות והנחיות.<sup>54</sup> הלכת Chevron עצמה עסקה, כאמור, בהיקף הביקורת השיפוטית על פרשנות של רשות לחקיקה הראשית המסמיכה אותה לפעול. השיקולים המשפטיים-חוקתיים, כמו גם שיקולי המדיניות הכלליים הנוגעים לפרשנות של נורמות מינהליות אינם זהים לאלו השולטים בפרשנות של חקיקה ראשית. אומנם, לצד התפתחות דוקטרינת Chevron במשפט האמריקני, בתי המשפט שם אימצו הלכה ריסונית דומה גם לגבי פרשנות של נורמות מינהליות בהלכת Auer.<sup>55</sup> ואולם, הכול מודים שאף על פי שהתוצאה של שתי ההלכות הללו, בשורה התחתונה, דומה, כלומר היא מאמצת סטנדרט ריסוני חזק של "מרחב סבירות" פרשני בשתייהן, הרי השיקולים העקרוניים והטעמים הנוגעים להיקף הביקורת על נורמות מינהליות אינם בהכרח זהים לאלו העוסקים בפרשנות של חקיקה ראשית.<sup>56</sup> הצבעתי לעיל על העובדה שאימוץ הגישה של Chevron לגבי פרשנות חקיקה ראשית תעורר שאלות נכבדות הנוגעות לחלוקת הכוחות והסמכויות, במישור החוקתי, בין שלוש הרשויות, ועל כך שגישת Chevron עומדת לכאורה בסתירה (או לפחות במתח) ביחס לעיקרון הבסיסי שלפיו האחריות האולטימטיבית לפרשנות הדין מצויה בידיה של הרשות השופטת. הקושי הזה איננו מתעורר, בוודאי שלא באותה עוצמה, בכל הנוגע לפרשנות של תקנות, ולא כל שכן, בנוגע להנחיות מינהליות. הטעם העיקרי

54 לגבי ההבחנה בין תקנות להנחיות במשפטנו ראו יואב דותן **הנחיות מינהליות** 39-50 (התשנ"ג).

55 הלכת Auer, לעיל ה"ש 25. למען הדיוק צריך להוסיף כי הלכת Auer תיקפה ויישמה הלכה מוקדמת הרבה יותר שהייתה לגבי פרשנות תקנות קיימת במשפט האמריקני עוד לפני השינויים המפליגים שהוכנסו בו בשנת 1946 עם חקיקת חוק הפרוצדורה המינהלית האמריקני ה- Administrative Procedure Act היא הלכת Bowles v. Seminole Rock & Sand Co., 325 U.S. 410, 414 (1945).

56 כאן המקום לציין כי למרות השוני בין שתי הסוגיות, הרציונל המרכזי של הלכת Auer מבוסס, בסופו של דבר, על ההנחה שרשויות המינהל שעה שהן מפרשות מונחים עמומים בנורמות מינהליות עושות זאת במסגרת המנדט הסטטוטורי שלהן, ראו Kisor v. Wilkie 139 S. Ct. 2400, 2412 (2019) ("We have explained Auer deference [...] as rooted in a presumption about congressional intent—a presumption that Congress would generally want the agency to play the primary role in resolving regulatory ambiguities.") גם Sunstein & Vermeule (להלן: עניין Kisor), לעיל ה"ש 21.

להכיר בצורך בריסון שיפוטי ביחס לקביעות פרשניות של רשויות מינהל המתייחסות לתקנות או להנחיות, הוא שהרשות המינהלית היא זו שניסחה את הנורמות המינהליות, היא זו שמודעת לכוונה ולתכלית של הנורמות המינהליות והיא זו שנהנית מהידע המקצועי ומהמומחיות הכרוכה באכיפת הנורמות המינהליות וביישומן, ולכן, מן הראוי לייחס משקל משמעותי לדרך שבה הרשות מפרשת את אותן נורמות.<sup>57</sup> לכך אפשר להוסיף את העובדה שנורמות מינהליות עוסקות לא פעם בעניינים מקצועיים או טכניים מובהקים, דבר שמבליט עוד יותר את יתרון המומחיות של הרשות המינהלית. לכך נוספת העובדה שאכיפת נורמות מינהליות היא חלק מהפרקטיקה היומיומית של הרשות המינהלית האמונה על מלאכת יישום הנורמות, פרקטיקה שלא פעם יוצרת מציאות נתונה בשוק מסוים או בתחום מסוים, ואיתה גם ציפיות של צדדים רבים לכך שאותה מדיניות תימשך, או למצער לא תשתנה בפתאומיות.<sup>58</sup> גם מסיבות אלו ראוי שבתי המשפט יחסו, קודם שהם באים להפוך קביעות פרשניות כאלו על פיהן. מובן, שגם אימוץ הלכה ריסונית בעניין הזה איננה מונעת מבית המשפט להתערב במקרים שבהם הוא סבור שפרשנות הנורמות המינהליות נוגדת את החוק, או שהיא בלתי-סבירה בעליל לאור נוסח הנורמות ולאור מה שבית המשפט רואה כתוצאה מתחייבת מעקרונות הפרשנות המקובלים. אך כל זמן שהגבולות הללו אינם נחצים, יש טעמים חזקים לייחס משקל ממשי לפרשנות המינהלית (בין שהביטוי לכך הוא אימוץ של דוקטרינה ריסונית חזקה כמו זו של Chevron ו-Auer ובין שמדובר בדוקטרינה ריסונית מוגבלת יותר, כמו דוקטרינת "הפירוש הסביר").<sup>59</sup> כך או כך, ההתנגדויות המבוססות על עקרונות חוקתיים כגון הפרדת הרשויות וכו' הן משכנעות הרבה פחות לגבי נורמות מינהליות, וכך גם החשש לפגיעה בעקרונות הללו עקב אימוץ גישה שיפוטית מרוסנת לגביהן.

לעומת זאת, הכרה במרחב פרשני הנתון לרשויות מינהל ביחס לפרשנות נורמות מינהליות מעלה שיקולי נגד מסוימים שאינם קיימים ביחס לפרשנות חקיקה ראשית. ראשית, אפשר לטעון כי, בניגוד לחקיקה ראשית, לרשויות המינהל יש שליטה מלאה בנוסח של תקנות והנחיות והן גם יכולות לשנות אותן כרצונן.<sup>60</sup> מבחינה זו, כך הילוכו

57 ראו דברי ביהמ"ש בעניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 2, פס' 37. וראו גם עניין *Kisor*, לעיל ה"ש 56, שם ("Agencies (unlike courts) can conduct factual investigations, can consult with affected parties, can consider how their experts have handled similar issues over the long course of administering a regulatory program").

58 ראו עניין **תאגיד כוח אדם**, לעיל ה"ש 2, פס' 29 וראו עניין *Kisor*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 2413. וראו שרון רדין "פרשנות החוזה הרגולטורי: בעקבות הלכת זליגמן" **פורום עיוני משפט** מד 10-11 (2020).

59 ראו עניין **תאגיד כוח אדם**, לעיל ה"ש 2, פס' 27-28. להבדל שבין הריסון של *Chevron* לבין גישת "הפירוש הסביר" ראו לעיל ה"ש 19.

60 שיקול זה נכון תמיד וביתר שאת לגבי הנחיות מינהליות אך לא תמיד לגבי תקנות משום שלעיתים התקנת תקנות מותנית באישור או בהסכמה של גורמים שמחוץ לרשות המבצעת, כגון אישור של ועדת הכנסת לנוסח תקנות וכד'.

של הטיעון, יש אולי מקום להגביל את מרחב התמרון הפרשני של הרשות לגבי נורמות כאלו דווקא משום שרשויות המינהל הן אלו שניסחו את הנורמות ורשאיות לשנות אותן כרצונן, בדומה לכלל הפרשני הידוע שבמקרה של אי-בהירות יש לפרש מסמך כנגד מי שניסח אותו.<sup>61</sup> שנית, אפשר לטעון שאם נתיר לרשות מרחב גמישות פרשני לגבי תקנות והנחיות הרשות, יהא בכך כדי לתת לרשות כוח מוגזם שיש חשש שינוצל לרעה. היינו, אחד הרעיונות הבסיסיים העומדים ביסוד הפרדת הרשויות הוא השאיפה למנוע ממי שיצר כללים משפטיים לשנות אותם תוך כדי יישום הכללים.<sup>62</sup> זאת ועוד, גישה כזו אף עלולה לתמרץ רשויות מינהליות להימנע מלקבוע כללים ברורים, ולהרבות בשימוש במונחים עמומים בכלליהן.

דומה שהשיקולים הללו, עם כל חשיבותם, מצדיקים פיקוח שיפוטי על יישום תקנות והנחיות בידי רשויות המינהל אך לא שלילה של ריסון שיפוטי מעיקרא. חשוב שבית המשפט יהיה מודע לחששות הללו ויתערב במקרים שבהם מתקיים החשש שהרשות משתמשת לרעה במרחב הפרשני הניתן לה, למשל כדי להעלות עמדה פרשנית שלא יושמה בפועל על ידה קודם לכן, רק כדי להשיג יתרון במהלך התדיינות משפטית (ולהבדיל מעמדה פרשנית מוצקה ששימשה את הרשות הלכה למעשה ללא קשר להתדיינות זו או אחרת).<sup>63</sup>

## סיכום

פסק הדין בעניין זליגמן ופסיקה נוספת של בית המשפט העליון בתקופה האחרונה מצביעים על תמורות מסוימות שחלות בגישת בית המשפט לשאלת היקף הביקורת השיפוטית על קביעות פרשניות של רשויות מינהליות. ברשימה קצרה זו לא ביקשתי לנתח את כל השאלות המורכבות שסוגיה זו מעוררת, אלא רק להפנות זקוק להלכה האמריקנית, ולהצביע, מחד גיסא, על התובנות שאפשר להסיק מהיורספונדציה האמריקנית העשירה בתחום זה, ומאידך גיסא, על הקשיים הכרוכים באימוץ הגישה האמריקנית למציאות החוקתית והמינהלית של המשפט הישראלי. טענתי המרכזית האחת הייתה כי דוקטרינת *Chevron* מבוססת על הנחה שלפיה במקום שבו החוק מותיר שולי עמימות, הרי הוא מבטא כוונה של הקונגרס לאצול את הסמכות הפרשנית לרשויות המינהל ולא לרשות השופטת. זאת לאור היתרונות של הרשות המינהלית על פני בית המשפט במישור המומחיות המקצועית וגם במישור הייצוגיות הדמוקרטית. הנחה זו אינה תואמת את הנחות היסוד של שיטת המשפט בישראל שלפיה הסמכות הפרשנית של חוקים נתונה בידי הרשות השופטת, ואינה כפופה לאפשרות של אצילה בחוק בהוראת המחוקק. טענה מרכזית שנייה היא שקליטת דוקטרינת *Chevron* בישראל עשויה לקעקע את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה בתור הפרשן המוסמך

61 ראו שפירא, לעיל ה"ש 44, שם.

1 CHARLES LOUIS DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU, THE SPIRIT OF LAWS, 151- 62 52 (Thomas Nugent trans., 1748); ROBERTO MANGABEIRA UNGER, LAW IN MODERN SOCIETY, 177 (1976).

63 ראו דברי בית המשפט בעניין *Kisor*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 2418-2416.

של החוק כלפי כל רשויות המינהל, ובכך, גם כן, היא אינה מתיישבת עם מושכלות היסוד של המשפט הציבורי שלנו. ולבסוף, הצבעתי על כך שהשיקולים המגבילים את האפשרות לקלוט את דוקטרינת Chevron בישראל חלים במלוא התוקף בכל הנוגע לפרשנות חקיקה ראשית, אך אינם בהכרח חלים, ובוודאי לא באותה עוצמה, לגבי פרשנות של נורמות מינהליות, תקנות והנחיות על ידי רשויות המינהל. אין ספק בעיניי כי המשפט הישראלי יוכל להיות מועשר מהחשיפה לדוקטרינת Chevron, גם אם יישום ישיר שלה למשפט הישראלי אינו תואם חלק מהנחיות היסוד של המשפט הציבורי שלנו בעת הזו.