

זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?

מאת

רונן אברהם*

תקציר

מאמר זה נכתב לקראת הדיון הנוסף בעניין זליגמן אשר עלול לשמש נקודת מפנה בבחינת פרשנות הרשות המינהלית, בנסותו לכאורה לייבא את הגישה האמריקנית המעניקה מתחם של כבוד (deference) לרשות בפרשנותה. אף שפסק הדין התיימר לשנות את המצב הקיים רק ביחס לפרשנות הרשות להנחיותיה, קיים חשש כי הוא עלול להוות שלב נוסף בהליך ריסונו של בית המשפט בדרך של מתן בכורה פרשנית לרשות המינהלית בפרשנות של חקיקה ראשית וחקיקת משנה גם כן. אך ההחלטה במדרון של ממד זה – שאותו אני מכנה הממד הנורמטיבי – אינה הבעיה היחידה בו. הסכנה היא גם מהחלטה במדרונות של שלושה ממדים נוספים שאותם אני מכנה: הממד ההיררכי, הממד המהותי וממד היסודיות. החשש העיקרי הוא שבממד המהותי תינתן בכורה פרשנית לרשות שאינה מומחית גם בנושאים הקשורים בסדרי שלטון ומשפט וזכויות אדם.

באמצעות מקרה בוחן של פרשנות פרק חוזה ביטוח בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, אראה כי למעבר ל"מתחם של כבוד" עלולות להיות השלכות הרות גורל ואין מדובר במעבר אקספרסיבי בלבד. באותו המקרה פרשנותה של רשות שוק ההון, הביטוח וההיסכון (רשות אשר אינה מתמחה בהגנה על זכויות האדם) קבעה שהוראות פנימיות ועלומות של מבטח המשנה בחו"ל מספיקות כדי ליתן יחס שונה בישראל לפי חוק שוויון זכויות אנשים עם מוגבלות. פרשנות זו מאיינת את זכותם של אנשים עם מוגבלות לשוויון וחותרת תחת תכלית החוק. על בית המשפט לשמור על תפקידו ההיסטורי כמגן זכויות האדם ולא להכפיף את שיקול דעתו לעמדת הרשות במקרים כגון אלה.

בהתייחס להיבט הדוקטרינרי של הסוגיה אינני מכריע אם הגישה הראויה היא "הטיית אוזן" או מתן "מתחם של כבוד" לפרשנותה של הרשות, אלא אני מבקש להדגיש את חשיבותם של ארבעת הממדים הנ"ל בבואנו לקבוע את היחס לפרשנותה של הרשות. התבוננות בממדים אלה יחדיו מאפשרת לנו לבחון את מידת המשקל (תחת

* אני מודה לעוזר המחקר שלי ניר קרמרמן על עבודת מחקר מעולה, ליואב דותן, נטע זיו, מני מאוטנר, אסף פינק ובני שמואלי על הערותיהם המועילות, לחברי הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן על הדיון הפורה ולמערכת עיוני משפט על עבודת עריכה מעולה.

גישת "הטיית האוזן") או את דרישות הסף לשם ביכור פרשנותה של הרשות (תחת גישת "מתחם של כבוד"). ככל שפרשנות הרשות יסודית יותר, ההוראה במעמד נורמטיבי נמוך יותר, הרשות עצמאית יותר, וההוראה היא בתחום מקצועי הנוגע למומחיותה – כך ראוי להעדיף את פרשנותה. נוסף על כך, כאשר יש לפרשנות השלכות רחבות על נושאים שהם בליבת הדמוקרטיה – כגון סדרי שלטון, משפט וזכויות אדם – ראוי שבית המשפט יבחן את הדברים לעומקם בעצמו.

מבוא

- א. החוכמה המקובלת – פסק דין זליגמן מעלה חשש שפרשנות הרשות תועדף גם בתקנות ובחקיקה (הממד הנורמטיבי)
- ב. מעמד פרשנותה של הרשות המינהלית – ניתוח נורמטיבי קצר
 1. ההצדקות (על קצה המזלג) לביקורת שיפוטית על עבודת הרשות המינהלית
 2. הגישות השונות לפרשנות הרשות המינהלית
 3. ההצדקות לגישת "מתחם הכבוד"
 4. מעמדה הראוי של פרשנות הרשות – יישום בארבעת הממדים
 - א. הממד הנורמטיבי
 - ב. הממד ההיררכי
 - ג. הממד המהותי
 - ד. ממד היסודיות
 - ה. סיכום
- ג. מקרה הבוחן – ביטוח לאנשים עם מוגבלות
 1. רקע
 2. עניין פלונית
 3. מדוע אין להסתפק בהנחיות מבטח המשנה בנסיבות שבהן זכויות אדם עומדות על הכף?
 4. בחזרה לפרשנות הרשות המינהלית ביחס לחקיקה

סיכום

מבוא

בתובענה הייצוגית בעניין **זליגמן**¹, גבו חברות הביטוח (המשיבות) תשלום נוסף עבור עצם פריסת פרמיית הביטוח לתשלומים חודשיים, תשלום הנהוג להיקרא גם תת-שנתיות. התנאים לגביית תת-שנתיות נקבעו על ידי הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן: הממונה או הממונה על הביטוח) בשני חוזרים שהוציא.² טענות הצדדים הועלו ביחס לתנאים אלה, ובית המשפט המחוזי ביקש בההרה מהממונה על הביטוח להבהיר את פרשנותו לחוזרים אלה. אף שפרשנות הממונה תמכה לכאורה בטענות המשיבות, שופט בית המשפט המחוזי רחמים כהן קבע כי פרשנותו של הממונה אינה מכריעה; זאת, משום שפרשנות החוזרים היא באחריות בית המשפט, וכן משום שלשונם אינה חד-משמעית. על כן, בית המשפט המחוזי אישר את הבקשה לתובענה הייצוגית, בהתקיים "אפשרות סבירה" שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה בשל העובדה שהגבייה נעשתה שלא בהתאם לקבוע בחוזרים.³

חברות הביטוח הגישו בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון על אודות קביעה זו. בפסק דינו קבע בית המשפט העליון (מפי השופטת וילנר ובהסכמת השופטים שהם ומיניץ) כי יש לדון בבקשת הרשות ולקבל את הערעור של חברות הביטוח.⁴ בנימוקי קבלת הערעור, קבעה השופטת וילנר ברירת מחדל שלפיה אם בהליך האזרחי התבקשה פרשנות הרשות המינהלית ביחס להנחיותיה שניתנו בכרבעה כמאסדר, והיא סבירה ומתיישבת עם לשון ההנחיות – פרשנות זו תתקבל. זאת, אלא אם כן השתכנע בית המשפט בקיומם של טעמים כבדי משקל לדחיית עמדת הרשות, כגון כשעמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד ענייניים.⁵ משכך, ניתנה הבכורה לפרשנות רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן: רשות הביטוח) את

- 1 ת"א (מחוזי ת"א) 1018/08 **שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 19.7.2016) (להלן: עניין **זליגמן** במחוזי).
- 2 חוזר ביטוח 338 "ביטוח חיים – תוספת תשלום בגבייה תת-שנתית" (1.8.1982), שחל על פוליסות שהונפקו בין השנים 1982-1992 וחוזר ביטוח 419 "תעריפי ביטוח חיים" (5.2.1992), שחל על פוליסות שהונפקו משנת 1992 ואילך. את החוזרים שנדונו בעניין **זליגמן** הוציא הפיקוח על הביטוח במתכונתו דאז, כאגף במשרד האוצר. בשנת 2016 הוקמה רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן: רשות הביטוח). ראו חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (תיקון מס' 32), התשע"ו-2016, ס"ח 1254. על כן, כדי להימנע מבלבול, לאורך המאמר אשתמש בביטויים "הממונה" ו"רשות הביטוח" במקום "המפקח" ו"האגף".
- 3 ס' 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.
- 4 רע"א 9778/16 **שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 31.5.2018) (להלן: עניין **זליגמן**).
- 5 שם, פס' 40 לפסק דינה של השופטת וילנר.

הנחיותיה, ובקשת האישור לתובענה הייצוגית נדחתה. על ההחלטה בעניין **זליגמן** הוגשה בקשה לדין נוסף.⁶

בתקשורת נתפסה ההחלטה המעניקה "מתחם של כבוד" לפרשנות הרשות המינהלית בכובעה כמאסדר (במקום "הטיית אוזן" שהייתה הגישה הרווחת), ככזאת המחזקת את מעמדם של המאסדרים על חשבון כוחו המוגבל של בית המשפט.⁷ ביקורות נוספות, אשר הובאו בבלוגים משפטיים, רואות בפסיקתה של השופטת וילנר צעד בדרך לייבואה של הגישה האמריקנית לפרשנות הרשות המינהלית באופן כולל (עוד על כך בהמשך). ככלל, הביקורות גורסות כי שלוש ההבחנות לעניין מתן כבודה לפרשנות הרשות המינהלית שנעשו בעניין **זליגמן** – בין הנחיות פנימיות של הרשות לבין כאלה המיושמות בידי גורמים אחרים; בין הנחיות, תקנות והוראות נורמטיביות אחרות; ובין פרשנות בהליך אזרחי שהרשות אינה צד לו לבין יתר ההליכים (אזרחיים ומינהליים) כנגדה – נטולות היגיון פנימי, ומהוות חלק מתהליך "אמריקניזציה" כולל של המשפט המינהלי הישראלי בעניין פרשנות הסדרים נורמטיביים.⁸

החוכמה המקובלת שלפיה פסק דין **זליגמן** מעלה חשש מפני מתן כבודה פרשנית גם להוראות דין בעלות מעמד נורמטיבי גבוה יותר מהנחיות (כגון תקנות או חוקים) מייצגת רק ממד אחד של הסוגיה. החשש העמוק יותר, שאותו אנסה לאשש על ידי ראיות, הוא כי בתי המשפט עיוורים לעובדה שמדובר למעשה בסוגיה בת ארבעה ממדים. הממד הראשון, המייצג את החשש המקובל, הוא הממד הנורמטיבי, ועוסק במעמד הנורמטיבי של ההוראה שאותה מפרשת הרשות המינהלית – חקיקה ראשית, חקיקת משנה או הנחיות מינהליות; השני, הממד ההיררכי, עוסק במידת כפיפותה של הרשות ללחצים פוליטיים, ויכולתה לשרת את האינטרס הציבורי בפרשנותה; השלישי, הממד המהותי, עוסק בתוכן של ההוראה המפורשת על ידי הרשות, האם מדובר בסוגיות טכניות או בסוגיות המצויות בליבת המשטר הדמוקרטי. לבסוף, הממד הרביעי, ממד היסודיות, עוסק במידת יסודיותה של עבודת הרשות בגיבוש פרשנותה להוראה הנורמטיבית.

-
- 6 דנ"א 4960/18 שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (פורסם בנוב, 2.2.2020) (להלן: דנ"א זליגמן).
- 7 משה גורלי "האם שופט יכול להיות חכם יותר מהרגולטור? בעליון חושבים שלא" **כלכליסט** – משפט 29.7.2018 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3743237,00.html
- 8 מתן גוטמן "התקדים המסוכן של פרשת זליגמן – מתחם הפרשנות הסבירה ואימוצה של הלכת Chevron במשפט הישראלי" **ICON-S-IL Blog** 12.6.2018 (להלן: גוטמן "התקדים המסוכן של פרשת זליגמן"); אורן תמיר "לקראת אמריקניזציה של המשפט המנהלי בישראל? המהפכה הבלומה בפסק הדין בעניין זליגמן – חלק 1" **The Long March** 8.6.2018 <https://bit.ly/32xiiAL>; אורן תמיר "לקראת אמריקניזציה של המשפט המנהלי בישראל? המהפכה הבלומה בפסק הדין בעניין זליגמן – חלק 2" **The Long March** 8.6.2018 <https://bit.ly/32xqtNq> (להלן: תמיר "לקראת אמריקניזציה" 1 ו-2).

מתן בכורה לרשות מינהלית עצמאית (הממד ההיררכי)⁹ בפרשנות הנחיותיה (הממד הנורמטיבי) בנושאים טכניים הקשורים בתחום עיסוקה של הרשות (הממד המהותי), כפי שהיה בעניין זליגמן, יכול לקדם יעילות ולבטא נאמנה את טבען של הנחיות אלה כהחלטות מדיניות הנעשות לטובת הציבור, ועל כן אפשר להגן על עמדה הנותנת את הבכורה הנורמטיבית בפרשנותן לרשות. עם זאת, בעניין זליגמן דומה שלא נעשתה עבודת מטה יסודית בשאלה שעמדה במחלוקת (ממד היסודיות), אלא עמדת הרשות המינהלית בעניין זה הייתה עמומה ומשתמעת לשני פנים.¹⁰ למעשה, התחושה היא שהרשות מנסה לתרץ בדיעבד עמדת מפקח ישנה. עובדה זו מחלישה את המשקל שיש ליתן לעמדת הרשות.

כך או כך, ככל שאנו יורדים במדרג ההיררכי אל עבר רשות מינהלית הכפופה לשר ממונה (כפי שהיה עד 2016 המצב בתחום הפיקוח על הביטוח), בואכה החלטת מנכ"ל – משרת אמון שאליה ממונה אדם ישירות על ידי השר הרלוונטי – גובר החשש מלחצים פוליטיים מזדמנים ומפגיעה באינטרס הציבורי ארוך הטווח. כך למשל נטען כי החלטת מנכ"ל משרד התקשורת, שלמה פילבר, לאשר את עסקת בזק-יס, נוצרה בעקבות לחץ של הגורם הפוליטי, שר התקשורת דאז, ראש הממשלה בנימין נתניהו, ולא שירתה את האינטרס הציבורי של שמירה על התחרות אלא את האינטרס האישי של מר נתניהו.¹¹ באופן דומה, ככל שאנו עולים במדרג הנורמטיבי של הוראות הדין אל עבר תקנות וחקיקה ראשית, ואף שאפשר להעלות טיעונים דומים בדבר מתן בכורה לרשות המינהלית ביחס לפרשנות הוראות אלה, קשה יותר להצדיק קביעה כי יש ליתן את הבכורה הפרשנית לרשות. בפרשנות של תקנות, ובוודאי של חקיקה ראשית, אין לרשות המינהלית יתרון מובנה על בית המשפט כפי שיש לה בפרשנות הנחיותיה. גם בממד המהותי, ככל שמתרחקים מנושאים מקצועיים טכניים ומתקרבים לנושאים שבליבת המשטר הדמוקרטי (כגון סדרי שלטון ומשפט ובוודאי הגנה על זכויות האדם) הרי שאין ליתן את הבכורה לפרשנות הרשות (וללא ספק לפרשנותם של גופים פחות עצמאיים, אם להנחיות, אם לתקנות ובוודאי אם לחקיקה ראשית). מדוע? משום שבבסיס הרעיון הנאצל של זכויות אדם עומד הרצון שבית המשפט יספק ליחיד הגנה אל מול הרשויות, ומתן בכורה לרשות המינהלית בתחום שנועד מעצם טיבו ומהותו

9 ראו דיון להלן בפרק ב.1. וההפניות שם (הדיון בבעייתיות המובנית שבאחריות הממונה, המפקחת כתוארה אז, על שוק ההון ועל הביטוח כמרכיב בו, והסכנה שפיקוח מקביל זה טומן בבחינת הקשב שיוקצה על ידי המפקחת להגנה על ציבור המפוקחים); תיקון מס' 32 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים, לעיל ה"ש 2, והדיון שם (המעבר מאגף במשרד האוצר לרשות עצמאית בשנת 2016). בעת הדיון בבית המשפט המחוזי הפיקוח על הביטוח היה אגף במשרד האוצר. רק ב-2016 נעשה המעבר לרשות עצמאית. עם זאת, בעת הדיון בעליון כבר היה מדובר ברשות עצמאית ועל כן לאורך כל המאמר אתייחס למעמדה ההיררכי ככזה.

10 עניין זליגמן במחוזי, לעיל ה"ש 1. לפירוט הבעייתיות ראו ה"ש 186 להלן.

11 ראו ס' 66-73 לכתב האישום בת"פ (מחוזי י-ם) 67104-01-20 מדינת ישראל נ' בנימין נתניהו.

להגן מפני שרירות ליבה יש בו כדי לאיין היגיון זה.¹² לבסוף, כאשר מדובר בפרשנות אד-הוקית מבלי שנעשתה עבודת מטה מעמיקה בסוגיה (ממד היסודיות) יש להיזהר ממתן בכורה פרשנית לרשות, שכן זו יכולה להעיד על קיומו של "שבי רגולטורי" בין המאסדר למוסדריו, לפגוע בוודאות של המוסדרים בשוק, וכן לפגוע בתמריץ של הרשות לפתח מדיניות מסודרת המבוססת על שיקולים מקצועיים.

ככלל, סבורני כי היחס בין ארבעת הממדים השונים הוא כשל כלים שלובים, באופן שבו יתרונו של האחד מפצה על חסרונו של האחר. עם זאת, סבורני שבכל הנוגע לממד המהותי, כשעסקינן בסוגיות המצויות בליבת המשטר הדמוקרטי כגון בפרשנות הנוגעת לזכויות אדם או לסדרי שלטון ומשפט, על בית המשפט לשמור לעצמו את הבכורה הפרשנית גם אם שאר הממדים היו מצדיקים מתן בכורה פרשנית לרשות.

את הבעייתיות בעיוורון לארבעת הממדים אדגים באמצעות מקרה בוחן, והוא פרשנותה של רשות הביטוח לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק או חוק שוויון זכויות) ביחס להסדר המבטיח אי-הפליה של אנשים עם מוגבלות בשוק הביטוח (עניין פלונית).¹³ אומנם מדובר ברשות עצמאית (הממד ההיררכי) אך מכיוון שמדובר בפרשנות לחוק שעוסק בשוויון מדובר בשוני הבא לידי ביטוי בממד הנורמטיבי ובממד המהותי: במקום הנחיות עסקינן בחוק, ובמקום בהוראות טכניות עסקינן בליבת זכויות האדם. כפי שאציג, מתן בכורה פרשנית לרשות המינהלית במקרה זה (ביחס לחקיקה ראשית ועוד בנושא של זכויות אדם) אינה מוצדקת ובאותו המקרה תביא לפגיעה חמורה באנשים עם מוגבלות תוך הסרת אחריותן של חברות הביטוח כלפי אותה קבוצה, והכול בתמיכה של המאסדר ובניגוד גמור לכוונת המחוקק.¹⁴ אומנם מדובר בפרשנות מנומקת (ממד היסודיות), אלא שההנמקה באופן טבעי מרוכזת בהשפעות הכלכליות ופחות בפגיעה בשוויון. על כן יש אומנם מקום להתייחס לעמדת הרשות ככובד ראש, אך תוך הבנה שרשות הביטוח אינה "מונע ההפליה הזול הטוב ביותר", אלא זהו תפקידו של בית המשפט.¹⁵

איני שותף לחששות מ"אמריקניזציה" של המשפט המינהלי הישראלי, אך אני סבור כי מתן הבכורה לפרשנותה של הרשות המינהלית אינו מתמצה בחשש מבכורה לפרשנותה בדברי חקיקה. החשש שלי גדול יותר והוא שפסק הדין בעניין זליגמן מהווה שינוי גישה כללי במשפט הישראלי לעבר פסיביזם שיפוטי, באופן שישנה את מאזן הכוחות בין שלוש הרשויות עד כדי פגיעה בעקרון יסוד בדמוקרטיה הליברלית: הגנתו של בית המשפט על זכויות הפרט.

12 למעשה מדובר בהחלה נקודתית של הדוקטרינה בדבר ההסדרים הראשוניים. לזיכרון מאיר עיניים בסוגיה ראו יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" **משפטים** מב 379 (2012) (להלן: דותן "הסדרים ראשוניים"); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" **משפטים** מב 449 (2012) (להלן: מדינה "הכלל החוקתי").

13 ראו להלן פרק ג.2. וההפניות שם.

14 ראו להלן פרק ג.3. וההפניות שם.

15 ראו להלן פרק ב.4.

מהלך המאמר יהיה כדלקמן: בפרק הראשון אציג את החשש המקובל, שלפיו ההלכה בעניין זליגמן, אשר עוברת מגישה של "הטיית אוזן" לפרשנות הרשות למתן "מתחם של כבוד" לפרשנותה, תוחל בעתיד גם בפרשנות תקנות וחקיקה. בפרק השני אנתח את מעמדה הראוי של פרשנות הרשות. אציג את הגישות לפרשנותה של הרשות ואת הטעמים להעדפתן. לאחר מכן אציג בפירוט את ארבעת הממדים שהוצגו לעיל, שעליהם יש לעמוד בבואנו לבחון את מעמדה הראוי של פרשנות הרשות, ואת היחס הראוי ביניהם. בפרק השלישי אציג מקרה בוחן אשר מדגים את הבעייתיות שבמתן מעמד בכורה לרשות המינהלית בפרשנות הנוגעת לזכויות אדם (הממד המהותי), במקרה זה, זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות. אני מקווה שדוגמה זו תדגים את הסכנה שבמתן בכורה פרשנית לעמדת הרשות (אף אם זו עצמאית) בהכרעות שיפוטיות שיש להן השפעה עמוקה על זכויות הפרט של בעלי הדין.

א. החוכמה המקובלת – פסק דין זליגמן מעלה חשש שפרשנות הרשות תועדף גם בתקנות ובחקיקה (הממד הנורמטיבי)

לכאורה פסק הדין בעניין זליגמן כלל אינו מבקש לשנות דבר ביחס לפרשנות חקיקה, שהרי הוא למעשה עוסק בפרשנות הרשות המינהלית להנחיותיה. בפועל, סימנים ראשונים להחלקה במדרון הנורמטיבי החלו כבר באותו פסק דין. בפסק הדין הציגה השופטת וילנר את המחלוקת ביחס למשקל אשר ניתן לעמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית בהכרעה על יישום חקיקה, וסיכמה כי הפסיקה הישראלית בוחנת כל מקרה לנסיבותיו.¹⁶ בצורה אגבית כמעט, ועל אף היות "הדעות חלוקות לגבי כובד המשקל", קובעת וילנר כי מהפסיקה הקיימת עולה כי "מקום בו קיימת עמימות פרשנית, ולשון דבר החקיקה מאפשר פרשנויות שונות, עשויה הפרשנות של הרשות המינהלית – ככל שהיא אינה סותרת את לשון ההוראה – להכריע את הכף". יתרה מכך, השופטת וילנר קובעת כי כאשר יש לרשות המינהלית עדיפות מקצועית, יש להכביד במשקל שיינתן לפרשנותה.¹⁷

ואומנם, בטווח הזמן הקצר יחסית שעבר מאז פסק הדין, בתי המשפט בישראל החלו להחליק, אולי במכוון, במדרון הנורמטיבי והעניקו לרשות המינהלית את הבכורה גם בפרשנות חקיקה. כך למשל, בעניין מרקמן את טומשין, שבו נדונה סבירותם של מחירי השיחות הבין-לאומיות למי שאינם מנויים, העניק בית המשפט

16 עניין זליגמן, לעיל ה"ש 4, פס' 33.

17 שם, פס' 34.

המחוזי "מתחם של כבוד" לפרשנות משרד התקשורת.¹⁸ זאת, אף שהיה מדובר בפרשנות חוק,¹⁹ ואף כי משרד התקשורת כלל לא בחן את הסוגיה באופן קונקרטי. גם השופטת וילנר עצמה החליקה, מן הסתם שלא במקרה, במדרון הממד הנורמטיבי. כך למשל, שנה לאחר מתן פסק הדין בעניין **זליגמן**, כשדנה בעניין **יגאל דן**,²⁰ אזכרה השופטת וילנר את הלכת **זליגמן** ככזו אשר מורה על מתן משקל לאופן שבו רשות מפרשת דבר חקיקה – משנה או ראשית. זאת אף שבעניין **זליגמן** מעמדה של פרשנות חקיקה בידי הרשות המינהלית הוגדר, על ידי השופטת וילנר, כשנוי במחלוקת, וכלל לא היה נושא התביעה.²¹ חודש מאוחר יותר, בעניין **התאחדות תאגידי כוח אדם זר**,²² פירשה השופטת וילנר עצמה את שלוש הגישות לפרשנות הרשות המינהלית באשר לדבר חקיקה: זו שאיננה נותנת משקל לפרשנות הרשות; זו ה"מטה אוזן קשבת" לדברי פרשנות הרשות; וזו האמריקנית, המעניקה "מתחם של כבוד" (deference) לפרשנות הרשות.²³ השופטת וילנר הציגה את פסיקתה המאוחרת ככזו המיישמת באופן רחב את הגישה השנייה "[...] בואכה הגישה השלישית [...]".²⁴ האפשרות שהלכת **זליגמן** תוחל גם על פרשנות חקיקה מצאה מקום גם בעמדת היועץ המשפטי לממשלה. כך למשל, בבקשה לדיון נוסף בעניין **פיקאלי**²⁵ – בקשה

-
- 18 ת"צ (מרכז) 25061-09-16 **מרקמן את טומשין** – חברת עורכי דין נ' בוק בינלאומי בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2019).
- 19 ס' 17 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.
- 20 עע"מ 8814/17 **יגאל דן נ' עיריית תל אביב-יפו**, פס' 32 לפסק דינה של השופטת וילנר (פורסם בנבו, 26.5.2019) (להלן: עניין **יגאל דן**).
- 21 השוו לעניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 4, פס' 33: "ככלל, קיימת תמימות דעים לפיה ניתן לייחס משקל מסוים לעמדתה הפרשנית של הרשות [...]" (ההדגשה הוספה).
- 22 בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 18.6.2019) (להלן: עניין **התאחדות תאגידי כוח אדם זר**).
- 23 שם, פס' 27 לפסק דינה של השופטת וילנר.
- 24 שם, השופטת וילנר מאזכרת את פסיקתה בעניין ע"א 1057/18 **עו"ד אייל עברון נ' דוד ורדי**, פס' 3 (פורסם בנבו, 23.1.2019), שבו הצטרפה לקביעתו העקרונית של השופט עמית ביחס להיקפה של זכות הקיוזו למבטח המלווה. בהנמקתה, השופטת וילנר נותנת עדיפות פרשנית לפרשנותו של הממונה על הביטוח, כפי שזו משתקפת בחזר רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון 2016-9-5 "כללי השקעה החלים על גופים מוסדיים" (17.2.2016). זאת אף שחוזר זה, ומקל וחומר טענה לעדיפות הרשות בפרשנות החוק, לא עלו במסגרת הסיכומים של המשיב. ראו סיכומי המשיב בעניין ע"א 1057/18 **עברון נ' ורדי** (פורסם בנבו, 1.1.2019).
- 25 דנ"א 5325/19 **הכשרה חברה לביטוח בע"מ נ' אבי פיקאלי** (פורסם בנבו, 5.11.2019) (להלן: דנ"א **פיקאלי**). בהחלטה זו בית המשפט העליון, מפני השופט הנדל, אישר בקשה לדיון נוסף בעניין שנדון ברע"א 9849/17 **פיקאלי נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 4.6.2019) (להלן: רע"א **פיקאלי**).

לדין בעניין שעסק בפרשנות חוק חוזה ביטוח²⁶ – ציין היועץ המשפטי לממשלה כנימוק לבקשתו, כי לא ניתן טעם מבוסס המצדיק לדחות את עמדתה של הרשות המינהלית האמונה על נושאים אלה (במקרה דנן, שוב רשות הביטוח), ועל כן לפי הלכת זליגמן עובדה זו כשלעצמה היא, לטענתו, טעם לדין הנוסף.²⁷ כמצוין לעיל, היו שראו בפסק הדין צעד בדרך לייבוא הגישה האמריקנית, כפי שזו מתבטאת בהלכת Chevron האמריקנית.²⁸ בית המשפט העליון האמריקני פסק כי במקרים שבהם אפשר ללמוד כי לרשות מסורה גם הסמכות לפרשנות דבר החקיקה, בית המשפט ימנע מלפרש את אותו דבר חקיקה במקומה, ובמקום זאת יבחן את סבירות פרשנותה במונח החלש בלבד (שהיא איננה שרירותית וגחמנית).²⁹ ואכן, מעניין לראות כי הראשונה בבית המשפט העליון הישראלי לאזכר הלכה זו, או אילו מפסקי הדין הרלוונטיים למתחם הכבוד האמריקני, היא השופטת וילנר עצמה,³⁰ וזאת אף שתורת המשפט המינהלי בארצות הברית כלל אינה דומה לתורת המשפט המינהלי בישראל.³¹ נקודה מעניינת נוספת היא כי אף מבחינה היסטורית, המהלך שנעשה בעניין זליגמן מזכיר את זה שנעשה בארצות הברית, בכך שגם שם ההלכה המקנה "מתחם של כבוד" לרשות המינהלית בפרשנות הנחיותיה ניתנה לפני זו הנוגעת לפרשנות חקיקה.³² אלא שבעוד שהחלקה במדרון הנורמטיבי בארצות הברית ארכה שנים רבות, אצלנו היא ארכה חודשים ספורים בלבד.

עם זאת, לאחרונה, אולי בעקבות התרבות מקרי ההחלקה במדרון הנורמטיבי, נשמע בבית המשפט העליון גם קול המסייג את תחולת הלכת זליגמן. כך בעניין בירון-ביטון,³³ דחתה השופטת ברון בקשת רשות ערעור שכוונה כנגד החלטת בית המשפט

-
- 26 שם. פסק הדין עסק בפרשנות סעיף 18 לחוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981, בסוגיה שאינה טכנית (הממד המהותי), ומבלי שנראה כי הרשות עשתה עבודת מטה מיוחדת בסוגיה (ממד היסודיות).
- 27 דנ"א 5326/19 היועץ המשפטי לממשלה נ' אבי פיקאלי, פס' 59 (לא פורסם, 11.8.2019).
- 28 גוטמן "התקדים המסוכן של פרשת זליגמן" לעיל ה"ש 8; תמיר "לקראת אמריקניזציה" 1 ו-2, לעיל ה"ש 8.
- 29 Chevron U.S.A Inc. v. NRDC Inc, 467 U.S. 837 (1984) (להלן: הלכת Chevron). ההיגיון של הלכת Chevron הוחל לאחר מכן גם על פרשנות של הרשות את הנחיותיה ותקנותיה בעניין Auer. Auer v. Robbins, 519 U.S. 452 (1997). יש לציין כי גבולותיה של הלכה זו צומצמו לאחרונה על ידי בית המשפט העליון האמריקני בעניין Kisor, ואף נפסק כי זו נותרה על כנה מכוח עקרון התקדים המחייב (Stare decisis) בלבד, ראו Kisor v. Wilkie, 139 S. Ct. 2400 (2019).
- 30 עניין התאחדות תאגידי כוח אדם זר, לעיל ה"ש 22, פס' 27. חיפוש במאגר המשפטי נבו של כלל ההלכות הרלוונטיות מהמשפט האמריקני העלה כי בפסק דין זה אוזכרה לראשונה הלכה אמריקנית בעניין פרשנות הרשות.
- 31 ראו יואב דותן הנחיות מינהליות 280-223 (1996) (להלן: דותן הנחיות מינהליות).
- 32 Bowles v. Seminole Rock & Sand Co., 325 U.S. 410 (1945).
- 33 רע"א 7600/19 רז רחל בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים (פורסם בנבו, 30.12.2019) (להלן: עניין בירון-ביטון).

המחוזי שלא להורות לרשות להגנת הצרכן להציג את פרשנותה לאחת מתקנות הגנת הצרכן. השופטת ברון אומנם הכירה בכך שפנייה למאסדר לצורך פרשנות הנחיותיו שלו היא פרקטיקה מוכרת שבצידה תועלת רבה, אך נמנעה מלהגדירה כמחייבת. זאת שכן אין בית המשפט מחויב לפרשנותה של הרשות המינהלית בבחינת "כזה ראה וקדש", כדבריה.³⁴ ואכן, ימים ספורים לאחר מתן פסק הדין בעניין **בירון-ביטון** חזרה שוב השופטת ברון על רוח דבריה שם, הפעם בפסק הדין בעניין **לרנר**.³⁵ באותו פסק דין הדגישה השופטת ברון שלהלכת **זליגמן** תחולה אך ורק בפרשנות הנחיותיו של מאסדר, וכי אין בה כדי לשנות דבר ביחס לסמכותו של בית המשפט לפרש הסדרים נורמטיביים.³⁶ גם בעניין **שמעון**³⁷ ניסתה חברת הביטוח להיאחז בהלכת **זליגמן** על מנת שתתקבל פרשנותה של רשות שוק ההון ל'ס' 9 (ג) לחוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981, כפי שזו משתקפת לטענתה מהחזר נשוא הדיון. טענה זו נהדפה על ידי השופטת ברק-ארוז (בהסכמת יתר שופטי המותב, השופטים אלרון וגרוסקופף), בנימוק כי בכך "קראה אל תוכו [אל תוך פסק דין **זליגמן**] יותר מן האמור בו".³⁸ גם בעניין **ירוחימוביץ**,³⁹ שבו נדונה פרשנות הוראות המעבר לחוק חדלות פירעון, הסתמך כונס הנכסים הרשמי על ההלכה מעניין **זליגמן** כתמיכה בפרשנותו לחוק. בית המשפט (מפי הנשיאה חיות) ציין כי פרשנותו אומנם "נושאת משקל", אך "מלאכת הפרשנות של דבר חקיקה ראשית מוטלת כידוע על בית המשפט והוא אינו מחויב לאמץ בהכרח את הפרשנות המוצעת על ידי הרשות המינהלית [...]".⁴⁰

פסקי הדין הללו יש בהם אומנם סימנים המעידים על כך שבבית המשפט נשמעים קולות המבקשים לצמצם את תחולתה של הלכת **זליגמן** נוכח החשש להרחבת סמכותה של הרשות המינהלית לפרש הסדרים נורמטיביים, אך אין להסתפק בקולות אלה כדי למגר חשש זה לחלוטין. ראשית, אמירות אלה אינן מבטלות מעיקרם את דבריה של השופטת וילנר בעניין **יגאל דן** ובעניין **התאחדות תאגידי כוח אדם זר**. שנית, אמירות אלה מתמקדות בממד הנורמטיבי בלבד, מבלי להתייחס לשלושת הממדים האחרים של הסוגיה, אשר להם חשיבות מכרעת בשאלת מעמד פרשנותה של הרשות. שלישית ועיקר, אמירות אלה אינן תוחמות במדויק (ואינן מתימרות לכך) את גבולות הלכת **זליגמן** באשר למעמד פרשנות הרשות. זאת, ככל הנראה משום שדיון נוסף בעניין מתוכנן בעתיד הקרוב. ואכן, בשל הדיון הנוסף הקרב ובא קיימת דחיפות בהצגת ההשלכות השליליות האפשריות שתיגרמנה אם הלכת **זליגמן** תורחב לא רק בממד

34 שם, פס' 6.

35 רע"א 1850/19 מריה לרנר נ' די בי אס שירותי לווין (1998) בע"מ (פורסם בנבו, 7.1.2020) (להלן: עניין לרנר).

36 שם, פס' 11.

37 ע"א 9294/16 אושרת שמעון נ' איידיאיי חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.2.2020) (להלן: עניין שמעון).

38 שם, פס' 48 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

39 ע"א 6455/19 סרגיי ירוחימוביץ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 28.1.2020) (להלן: עניין ירוחימוביץ).

40 שם, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

הנורמטיבי (הנחיות מול חקיקה) אלא גם אם לא תסויג כראוי לאור הממדים הנוספים לסוגיית הפרשנות (ההיררכי, המהותי וממד היסודיות).

ב. מעמד פרשנותה של הרשות המינהלית – ניתוח נורמטיבי קצר

1. ההצדקות (על קצה המזלג) לביקורת שיפוטית על עבודת הרשות המינהלית

נקודת ההתחלה בדיוננו היא התפיסה הקלאסית שלפיה בדמוקרטיה מתקיימת הפרדת רשויות המבוססת על "איזונים ובלמים". בבסיסה של הפרדה זו טמונה התובנה שלפיה ריכוז כוח יתר בידי השלטון הוא סכנה לחירותו של היחיד, וכי בכוחה של הפרדת הרשויות וביזור כוחו של השלטון האפשרות לאזן סכנה זו.⁴¹ הגנה חוקית או חוקתית על זכויות האדם, המתבצעת בדרך כלל במערכת משפט עצמאית, נועדה גם היא להגן על הפרט מפני כוח שלטוני זה, בכך שהיא מייצרת אילוצים ביחס להחלטותיו של המחוקק. את אותה הגנה על זכויות האדם אפשר להצדיק הן על פי תאוריות דאונטולוגיות והן על בסיס תאוריות של רווחה חברתית ויעילות.⁴²

המעבר במאה העשרים למדינה רגולטורית והפרטת השירותים המסופקים על ידה שכללו עוד יותר את הבנתנו את מערכת היחסים הזו. לא עוד רק מערכת יחסים אנכית בין הפרט לשלטון, אלא משולש יחסים בין האזרח לרשות מינהלית מאסדרת; בין האזרח לגוף המוסדר; ובין הרשות המאסדרת לגוף המוסדר.⁴³ מכאן, שהקו המנחה הראוי מבחינת הרווחה החברתית לביקורת שיפוטית הוא ביצירת כללים אשר יתמרו את הרשות לפעולה מיטבית – פעולה שתגן על זכויותיהם של הפרטים מחד גיסא, ותאפשר ניהול ופיקוח יעיל של הרשות על המוסדרים מאידך גיסא.⁴⁴ דוגמה טובה לאיזון אפשר למצוא בעניין איגוד שמאי הביטוח, שבו נתקף הסדר שלפיו הפנו חברות

41 ראו למשל יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – המינהל הציבורי 91-93 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר **הסמכות המינהלית** א'); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: ברק "זכויות אדם מוגנות").

42 לסקירה של מגוון גישות להצדקת השמירה על זכויות האדם ראו ברק מדינה "משפט ציבורי" **הגישה הכלכלית למשפט** 565 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

43 אבי ליכט "התאמת המשפט המנהלי הקלאסי לרגולציה המודרנית – תחום התקשורת כמשל" **רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי** 67 (2004).

44 ראו יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219, 225-226 (2017) (להלן: רויטמן "המשפט המנהלי").

הביטוח את מבוטחיהן לשמאי-בית המועסקים על ידן, שלהם ניגוד עניינים מובנה, במקום לשמאים עצמאיים. בפסק דינו עמד השופט זמיר על החשיבות שבדרישה לאיזון הקשב של הממונה בין הציבור לבין החברות המוסדרות.⁴⁵ כאשר בוחנים את הלכת **זליגמן** כשלעצמה, ברי כי היא עוסקת במערכת יחסים זו בדיוק, בהיותה ממוענת למאסדרים, ולהוראות המיושמות על ידי המוסדרים שלהם, שחקנים מתוחכמים בשוק הפרטי, כלפי האזרחים.

איזון זה כשלעצמו איננו פשוט, שכן פערי הכוחות בין הציבור הכללי לגופים המוסדרים גדולים. התאוריה הכלכלית לרגולציה, תאוריית הבחירה הציבורית (Public choice), בוחנת את הרגולציה כשוק שבו גופים בעלי עניין "רוכשים" רגולציה מהמאסדר לטובתם על מנת שזו תשקף את האינטרס הפרטי שלהם ולא את האינטרס הציבורי.⁴⁶ הדבר מתאפשר משום שהגופים האלה מאורגנים ויעילים – וזאת להבדיל מהציבור הרחב אשר איננו מביע עניין בהליכי אסדרה אלה באותה המידה.⁴⁷ כך, עלולה להתפתח קרבה משמעותית בין שני הגורמים – המפקח והמפוקח – שמתבטאת ב"שבי רגולטורי"⁴⁸ של המאסדר לטובת הגופים המוסדרים. תאוריית הבחירה הציבורית רואה "שבי" זה כמתאפשר נוכח האינטרסים הפרטיים של המאסדר, שפעמים רבות מפיק תועלת עצמית מהיענות לבקשות המפוקחים ומצבירת מוניטין בקרב השחקנים בשדה המוסדר.⁴⁹ עם זאת, את תופעת ה"שבי הרגולטורי" אפשר גם לראות ככזו המתרחשת שלא במכוון, ונובעת מפערים בזהי האינטרס הציבורי, וזיהוי בשוגג ככזה המתיישר עם האינטרס הפרטי של המוסדר.⁵⁰ "שבי" בלתי-מכוון זה יכול להיווצר למשל בשל היות הרגולציה "תלויה מסלול", ונובעת בין היתר

45 בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, נה(3) 625, פס' 29-28 לפסק דינו של השופט זמיר (2001) (להלן: **עניין איגוד שמאי הביטוח**).

46 אפשר לעשות זאת הן על ידי הכבדה שתוציא מתחרים, או על ידי הקלה למתחרה הנקודתית, למשל. ראו George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3 (1971) (להלן: STIGLER); עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" **קריית המשפט** ז 115, 118 (2008) (להלן: כהן "הבחירה הציבורית"). ראו גם עניין **איגוד שמאי הביטוח**, שם.

47 ראו MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION* (1965); עניין **איגוד שמאי הביטוח**, לעיל ה"ש 45, פס' 29.

48 ראו למשל Stigler, לעיל ה"ש 46; Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge, *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice* 68-82 (2nd ed., 2012).

49 תועלת זו יכולה ללוש צורות רבות, וביניהן צמצום חיכוך עם המוסדרים בעתיד, השאת המוניטין של הממונה בעיני המשק המאוסדר והגדלת סיכוייו להיות מועסק בעתיד על ידי מי מהגופים המפוקחים (תופעת ה"דלת המסתובבת"). וראו כהן "הבחירה הציבורית", לעיל ה"ש 46, בעמ' 118; שרון ידין "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" **דין ודברים** ח 391, 440-439 (2015) (להלן: ידין "קצר בתקשורת"); רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'" **פורום עיוני משפט** מד (2020) (להלן: שפירא "תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'").

50 ידין "קצר בתקשורת", שם, בעמ' 439.

מנטייתו הקונגיטיבית של המאסדר להיצמד להחלטותיו הקודמות שהן מטבען "עלויות שקועות" (sunk cost).⁵¹ בין כך ובין כך, לבית המשפט ישנה האפשרות לפקח על הפער בין האינטרס הציבורי לאינטרס המיוצג על ידי המאסדר, וזאת על ידי עיגון משפטי של הליך מינהלי-רגולטורי הכולל פרקטיקות שחותרות לצמצום הטיות מודעות ולא מודעות שכאלה, ולעיתים אף על ידי בחינת ההחלטה גופה.⁵² זאת כמובן, בכפוף למגבלותיו של בית המשפט כגוף בלתי-נבחר, אשר מידת האחזיות שלו מוגבלת.⁵³ מגבלה אשר אפשר גם לראות בה כמקור אונן, בהבטיחה כי יפעל במנותק מלחצם של בעלי אינטרס.

2. הגישות השונות לפרשנות הרשות המינהלית

כאמור לעיל בקצרה, שלוש גישות כלליות קיימות בישראל לפרשנות הרשות המינהלית.⁵⁴ הגישה הראשונה, אשר כונתה על ידי הנשיא לשעבר ברק "גישת ההתעלמות", אינה מעניקה מעמד מיוחד או משקל לפרשנות החוק על ידי הרשות המינהלית. לפיה יש ליתן לפרשנותה של הרשות יחס שווה ככל בעל דין. הגישה השנייה, שלה נקרא גישת "הטיית האוזן" (בעבר "גישת שיקול הדעת השיפוטי"), מנחה את השופט לתת משקל ראוי לעמדה הפרשנית של הרשות המינהלית, אך איננה פוטרת אותו מהפעלת שיקול דעתו בבחירת הפרשנות הראויה לדין. המשקל שיש ליתן לעמדת הרשות המינהלית משתנה לפי נסיבות המקרה. גישה זו עודנה שולטת בכיפה ביחס לפרשנות חקיקה, אך מאז הלכת זליגמן כאמור היא איננה כך ביחס לפרשנות הנחיות המאסדר.⁵⁵

-
- 51 שם, בעמ' 440.
- 52 בהקשר זה, מחקר אמריקני מצא כי בתקופה שקדמה להלכת Chevron המעניקה מתחם כבוד (Judicial deference) לרשות, התערבו בתי המשפט לטובת שמירה על האינטרס הציבורי משבי בידי קבוצות אינטרסים. ראו *Thomas W. Merrill, Capture Theory and the Courts: 1967-1983*, 72 CHI.-KENT L. REV. 1039, 1087 (1997). להרחבה על אודות בחינת ההליך למול ההחלטה גופה, ראו גם הדיון בממד היסודיות, בפרק ב.4. (ד).
- 53 רויטמן "המשפט המנהלי", לעיל ה"ש 44, בעמ' 236. להתמודדות עם שאלת האחזיות של המאסדר ראו יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחזיות – מבט השוואתי" **משפט וממשל** י 489 (2007) (להלן: דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה").
- 54 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 794-795 (1993) (להלן: ברק **פרשנות החקיקה**); גם וילנר בעניין **התאחדות תאגיד כוח אדם זר**, לעיל ה"ש 22, מציינת שלוש גישות כלליות אלה.
- 55 עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 4, פס' 40; עניין **התאחדות תאגיד כוח אדם זר**, לעיל ה"ש 22, פס' 28. הגישה המעניקה מתחם סבירות נשללה בפסיקה הישראלית באופן מסורתי. ראו למשל בג"ץ 869/92 **ניסים זילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה**, מו(2)700, 692 (1992).

והשלישית, גישת "מתחם הכבוד" (נקראת גם גישת "הפירוש הסביר", "מתחם החוקיות" או "מתחם הפרשנות הסבירה"), היא גישה "מיובאת" שמקורה בדין האמריקני, כפי שהשתרשה בפרשת *Chevron*.⁵⁶ גישה זו גורסת כי על השופט לבחור בפרשנות הרשות המינהלית כל עת שזו אפשרית וסבירה, ולא דווקא בפרשנות הראויה לשיטת בית המשפט. בכך, בית המשפט נמנע מלהחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול הדעת שלו. לתפיסת המלומד דותן,⁵⁷ אין זהות בין הלכת **זליגמן** להלכת *Chevron* האמריקנית בבחינת רמת הריסון השיפוטי שבתי המשפט מפגינים. לפי דותן, הגרסה הישראלית, כפי שזו משתקפת מדבריו של פרופ' זמיר (גישת "הפירוש הסביר"), מבטאת בחינת סבירות מחמירה מזו האמריקנית.⁵⁸ ואכן, ההפניה למשפט האמריקני תמוהה משני טעמים עיקריים: ראשית, הפער התפיסתי העמוק שבין המשפט המינהלי האמריקני, אשר תופס את המחוקק כאחראי לתחימה מראש של היקף הביקורת השיפוטית של בית המשפט על המינהל; לבין המשפט המינהלי הישראלי, שבו הביקורת השיפוטית נתפסת כעיקרון חוקתי בסיסי הנובע מעקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק.⁵⁹ שנית, לאימוץ דוקטרינת *Chevron* השלכות פנים-מינהליות מגוונות למשל על מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כסמכות פירוש הדין.⁶⁰

3. ההצדקות לגישת "מתחם הכבוד"

קיימות כמה הצדקות מרכזיות להענקת מעמד בכורה לפרשנות הרשות המינהלית בכבואו של בית המשפט לפרש עמימות בחוק. הטעם העיקרי לכך הוא שפרשנות הרשות המינהלית לדבר החקיקה אינה משמשת פרשנות במובן השיפוטי של המילה, אלא **החלטת מדיניות** העומדת בפני עצמה (כך שממילא לא נוצרת תחרות בין בית המשפט לבין הרשות לעניין סמכות הפרשנות). מדובר בגישה ריאליסטית לגבי מהותה של מלאכת הפרשנות, אשר מתייחסת לפרשנות כאל סוגיה המכילה היבטי מדיניות. בסוגיות אלה יש לרשות המבצעת, שהיא מומחית לקביעת מדיניות בתחומים שעליהם

56 הלכת *Chevron*, לעיל ה"ש 29. יש שקוראים לדוקטרינה זו דוקטרינת "הפירוש הסביר" או "מתחם החוקיות", ברם דומני כי סבירות הפירוש הוא רכיב בדוקטרינה הכללית, וזו לא מתמצה בבחינת סבירותו – אלא במימוש "עקרון הכיבוד" לרגולטור, תוך הכרה בעדיפותו הפרשנית.

57 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) (להלן: דותן *Chevron* בישראל").

58 לדבריו של דותן בהקשר זה, ראו שם, בעמ' 14-16 לתיאורו של זמיר את גישת "הפירוש הסביר", ראו זמיר **הסמכות המינהלית א'**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 223-225; ראו גם עניין **התאחדות תאגיד כוח אדם זר**, לעיל ה"ש 22, פס' 27.

59 דותן *Chevron* בישראל", לעיל ה"ש 57, בעמ' 18.

60 שם, בעמ' 20. כן ראו בנוסף את ה"ש 51 (על ההפרדה האקוסטית).

הופקדה,⁶¹ יתרון מובנה על הרשות השופטת.⁶² יש הטוענים כי חזקה זו משרתת את עקרון הפרדת הרשויות באופן מהותי, שכן מדובר בהחלטות ביצועיות שבמהותן צריכות להיקבע על ידי הרשות המבצעת, בהיותן הליך קביעת מדיניות (rulemaking) ולא כזה שיפוטי (adjudication).⁶³ בישראל, לעומת זאת, שלטה בכיפה התפיסה שלפיה מדיניות ומשפט הם שדות נפרדים – הראשון שייך באופן מוחלט לפוליטיקאים ולפקידי הרשות המבצעת, והשני לבתי המשפט. פרשנות חוק, בהיותה סוגיה משפטית גרידא, מופקדת בידי בית המשפט.⁶⁴

הצדקה נוספת למתן בכורה לפרשנות הרשות שנדונה בעניין *Chevron* נובעת מהאחריותיות (accountability) של הרשות המינהלית כלפי ראש הרשות המבצעת אשר כשלעצמו הוא אחריותי כלפי העם.⁶⁵ זאת, לעומת בית המשפט שהוא גוף בלתי-נבחר ואנטי-רובני במהותו.⁶⁶ הצדקה זו נכונה ביתר שאת בארצות הברית, שבה המינהל כולו ממונה בידי הנשיא, שהוא הפקיד הרשמי היחיד שנבחר ברמה הלאומית.⁶⁷ להצדקה זו כמה מגבלות לענייננו: ראשית, הגורמים היחידים שנבחרים על ידי הציבור בישראל ברמה הלאומית הם מחוקקיו, ועל כן שאלת האחריותיות במובנה לפי *Chevron* שונה. שנית, אפילו בארצות הברית (ובאופן מקביל גם בישראל) רשויות מינהליות רבות מקבלות חופש פעולה מבלי שבאמת תהייה תלויות בנשיא האמריקני עצמו.⁶⁸ שלישית, לאחריותיות מובנים נוספים, דוגמת הדיווח לציבור ואימוץ נורמות של שקיפות.⁶⁹ התייחסות רצינית לשאלת האחריותיות דווקא עשויה לעודד דיון ביקורתי בבית המשפט, חשיפת מידע לציבור והנגשתו דרך ההליך

-
- 61 ראו- 1607, 1608 U. PA. L. REV. 1607, *The Most Knowledgeable Branch*, Cass R. Sunstein, (2016) 11; עניין זליגמן, לעיל ה"ש 4, פס' 37.
- 62 Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *The Unbearable Rightness of Auer*, 84 U. CHI. L. REV. 297, 299 (2017) (להלן: *The Unbearable Rightness of Auer*).
- 63 Antonin Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 DUKE L.J. 511, 514-15 (1989); לעיל ה"ש 31, בעמ' 256.
- 64 קולין ס' דייבר "המשפט המינהלי הישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" *משפט וממשל* ד 27, 42 (1997).
- 65 הלכת *Chevron*, לעיל ה"ש 29.
- 66 ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962). לניתוח של אחריותיותו של בית המשפט הישראלי מנקודת מבט השוואתית, ראו דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה", לעיל ה"ש 53, שם.
- 67 William N. Eskridge & Lauren E. Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*, 96 GEO. L.J. 1083, 1175 (2007).
- 68 Thomas W. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101 YALE L.J. 969, 978-979 (1992).
- 69 לתפיסתו של השופט לשעבר יצחק זמיר, לאחריותיות שני מובנים – חובת דיווח על שנעשה בעבר, והטלת אחריות על שיעשה בעתיד. יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* כרך ב – ההליך המינהלי 1059-1060 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: זמיר *הסמכות המינהלית* (ב').

השיפוט. ביקורת זו נכונה ביתר שאת בהליך התובענה הייצוגית (כפי שנדון בזליגמן), שבו מיוצג האינטרס של ציבור רחב.

לבסוף, הצדקה נוספת לגישה המעניקה את הבכורה הפרשנית לרשות נוגעת בסמכות לפרשנות. ההיגיון בבסיס הלכת *Chevron* האמריקנית, שעליה התבססה השופטת וילנר, ואשר מעניקה בכורה פרשנית גם כשמדובר בפרשנות לחוק, מעוגן בשאלת הסמכות לפרשנות החוק כפי שזו הוענקה על ידי הקונגרס – היא כוונת המחוקק. בית המשפט העליון האמריקני קבע כי כאשר נותר פער פרשני בחוק, כלומר כאשר מדובר ב"מקרה קשה", השאלה שבה צריך לדון בית המשפט איננה מהי פרשנותו של הסעיף, אלא למי מסורה הסמכות לפרשו. אם זו מסורה לרשות המינהלית, פרשנות עצמאית על ידי בית המשפט תהיה בבחינת חריגה מסמכותו ומכוונת המחוקק.⁷⁰ בישראל, לעומת זאת, למרות זליגמן,⁷¹ עדיין שלטת תפיסה שונה, שלפיה הסמכות לפרשנות הסדרים נורמטיביים מסורה באופן בלעדי לבית המשפט, כפועל יוצא של עקרון הפרדת הרשויות.⁷² בפסק דין בעניין זליגמן הוצג ריכוז סמכויותיו של המאסדר כטעם ל"מתן משקל מיוחד" לעמדתו,⁷³ אך בניגוד ל-*Chevron*, בית המשפט לא סבר שיש בכך כדי להצדיק העברה מוחלטת של הסמכות הפרשנית למאסדר.⁷⁴ מנגד, קיימים גם טיעונים רבים כנגד מתן העדפה לפרשנות הרשות (דהיינו שיש לנקוט את "גישת ההתעלמות" או "הטיית האוזן"). למשל, יש שסוברים כי עצמאות רבה מדי של הרשות יכולה לשמש דווקא בסיס לטובת פיקוח של בית המשפט עליה כדי שזה יהיה גורם מאזן לכוחה הגדול. אחרים סוברים כך מתוך רצון ליתן תמריצים טובים יותר לרשויות לפתח כללי מדיניות מסודרים. כך, לפי טענה שהושמעה בארצות הברית כנגד מתן בכורה לרשות המינהלית בפרשנות הוראות המנוסחות על ידה – מתן בכורה פרשנית לרשות עלול ליצור תמריץ לכתיבת הוראות כלליות ועמומות.⁷⁵ הוראות עמומות אלה תהיינה שנויות במחלוקת בבית המשפט, פרשנותן תזכה ל"מתחם של כבוד" ממנו, ובכך יתאפשר לרשות המינהלית הלכה למעשה להחליט על מדיניותה בצורה המותאמת למקרה הנקודתי. בכך, הרשות המינהלית תשמור על גמישות ביחס ליכולתה להבהיר את אותן הוראות במבט לאחור, ותיפגע ודאותם של המוסדרים

70 הלכת *Chevron*, לעיל ה"ש 29. בחוות דעתו של השופט Stevens (שאושרה ללא סייג על ידי כלל שופטי המותב) נקבע כי מקום שבו דבר החקיקה נותר שותק או עמום על ידי הקונגרס, בין במפורש, בין במשתמע, ישנה האצלה של הסמכות לפרשו לרשות המוסמכת. לפרשנות זו מעמד בכורה, ובית המשפט לא יחליפה בפרשנותו. שם, בעמ' 844-843.

71 ראו לעיל הדיון בעניין לרנר ועניין בירון-ביטון, בפרק א.

72 ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 58.

73 ראו עניין זליגמן, לעיל ה"ש 4, פס' 37 לפסק דינה של השופטת וילנר: "ההחלטה ליתן בידי המאסדר הן את הסמכות לקבוע מהן הנורמות שיחולו על השוק עליו הוא מפקח, הן לאכוף אותן והן לברר ולהכריע בתלונות ובסכסוכים קונקרטיים, מחזקת את ההנחה שהמאסדר נתפס על-ידי המחוקק כגורם המיטבי לקבלת החלטות ביחס לשוק המפוקח".

74 ראו עניין זליגמן, שם, פס' 38 (א).

75 ראו למשל עניין *Kisor*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 8-9.

והפרט.⁷⁶ לפי טענה זו, יצירת תמריץ לכללים המכווינים התנהגות בצורה אופטימלית, תוך שהם שומרים על ודאות ושוויון בין המוסדרים ומעודדים הסתמכות של הפרט, מחייבת את ביקורתו של בית המשפט בפרשנותו העצמאית מבלי שיינתן "מתחם של כבוד" לפרשנות הרשות.

4. מעמדה הראוי של פרשנות הרשות – יישום בארבעת הממדים

טענתי המרכזית במאמר זה היא כי בהחליטו על מעמד פרשנותה של הרשות, נדרש בית המשפט להביא בחשבון את ארבעת הממדים שעליהם אפרט להלן. אינני מכריע כיצד יש לכנות את גישת בית המשפט – "מתחם של כבוד" או "הטיית אוזן" – אלא בקריטריונים שאותם יש לשקול. אם יבחר בית המשפט בגישת "הטיית האוזן", אשר בוחנת את המשקל הראוי לפרשנותה של הרשות, ראוי שזה יינתן בהתייחס לממדים להלן; ואם יבחר בית המשפט בגישת "מתחם של כבוד", ראוי כי בטרם ייתן את "מתחם הכבוד" לרשות, יבחן האם במקרה שעומד לפניו אכן ראוי לתתו לרשות.⁷⁷ גם עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך הדיון הנוסף מתיישבת עם דברים אלה, בקוראה לאפשר חריגים נוספים לאלה שהוצגו בעניין זליגמן (שיקולים זרים וניגוד עניינים) במסגרת הפעלת הדוקטרינה.⁷⁸

אז מהם אותם ארבעה ממדים? כפי שראינו לעיל, הממד האחד נוגע בשאלת המדרג הנורמטיבי של ההוראות המפורשות בידי הרשות המינהלית (הוראות חקיקה, תקנות או הנחיות). הממד השני נוגע בשאלת המעמד ההיררכי של הרשות המינהלית (רשות עצמאית, אגף במשרד, וכו'). הממד השלישי נוגע במהותן של ההוראות הנורמטיביות השנויות במחלוקת (הוראות טכניות לעומת הוראות הנוגעות בזכויות אדם). הממד הרביעי נוגע במידת היסודיות של עבודת המטה העומדת בבסיס פרשנות הרשות. כך, ייתכן שנסבור שראוי שבית המשפט ייתן "מתחם של כבוד" לעמדת רשות עצמאית ביחס להנחיותיה ככל שאלה עוסקות בסוגיות טכניות ובוססו על עבודת מטה יסודית, אך לא בסוגיות הקשורות בזכויות אדם כגון איסור הפליה, ולא ביחס להוראות

76 The Unbearable Rightness of Auer, לעיל ה"ש 62, בעמ' 308-310. סנסטיין וורמיוול טוענים כי בארה"ב לא הותקנו בפועל הנחיות עמומות מאז גיבוש הכלל בעניין Auer, וכי קשה לאמוד את חוזקו של תמריץ זה.

77 ראו Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944). פסק הדין עוסק במקרים שבהם, בשונה מההנחה שבבסיס הלכת Chevron, לרשות לא ניתנה הסמכות לפרשנות ההוראה הנורמטיבית על פני בית המשפט – וזאת בדומה לתפיסה הנוהגת כיום בדין הישראלי, שלפיה סמכות הפרשנות מסורה לבית המשפט בלבד. לאור כך, בית המשפט העליון האמריקני קובע כי פרשנותה של הרשות יכולה להדריך את בית המשפט בלבד כתלות בתשתית העובדתית שבבסיס הנמקתה, תקפותה של הנמקה ועקביותה עם פרשנויות קודמות ומאוחרות. שם, בעמ' 140.

78 ראו עמדת היועמ"ש בדנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 6, בפס' 76-82.

נורמטיביות במדרג גבוה יותר כגון חקיקה (ובמיוחד כאמור לא בחקיקה הנוגעת לזכויות אדם).

(א) הממד הנורמטיבי

הממד הנורמטיבי תפס את מלוא תשומת הלב הציבורית ועל כן לא ארחיב עליו. אעיר רק שאפשר ורצוי לעשות, ואף נעשתה בעניין **זליגמן**, הבחנה בין הנחיות (על סוגיהן השונים), לתקנות ולחוקים. לפי ההבחנה שעומדת בבסיס ממד זה, ככל שמדובר בהוראה במדרג נורמטיבי נמוך יותר, המשקל שניתן לפרשנות הרשות יהיה גדול יותר.⁷⁹

עם זאת, אפשר לדייק את הדיון עוד יותר ולסווג את הממד הנורמטיבי על פי שני רציונלים עיקריים: מומחיות ופגיעה בזכויות.

רציונל המומחיות עוסק בגוף שלו היתרון היחסי בפרשנות של אותה הוראה נורמטיבית. לפי היגיון זה, הקו שבין הנחיות, חקיקת משנה וחקיקה ראשית ראוי שיעבור בין חקיקה ראשית, המנוסחת ונקבעת על ידי המחוקק, לבין חקיקה מינהלית (הנחיות, תקנות, חוזרים וכיוצ"ב), אשר מנוסחת על ידי גורמים מקצועיים ברשות המינהלית. לפי היגיון זה, לרשות המינהלית יתרון יחסי בפרשנות ההוראות הנורמטיביות המנוסחות בפועל על ידה, משאלה נוגעות לעבודתה השוטפת – יתרון אשר אינו קיים ביחס לחקיקה ראשית.

רציונל הפגיעה בזכויות מתייחס לעצם הנושאים המוסדרים במסגרת ההוראה הנורמטיבית. כאן, ניתן לחשוב כי משהנחיות מינהליות אינן חוצות, לפחות לפי הגדרתן הקלאסית, את המבחן להגדרתן כתקנות בנות פועל תחיקתי,⁸⁰ פוטנציאל הפגיעה בזכויות במתן משקל בכורה לפרשנות הרשות נמוך ועל כן יש לשרטט את הקו דווקא בין הנחיות מינהליות לתקנות. עם זאת, הבחנה קלאסית זו בעייתית וכפי שפרופ' דותן מראה בספרו, ההבדל העיקרי בין השתיים הוא בדרך יצירתן ובהסמכה ליצירתן בחוק ולא בתוכנן ובאופן תפקודן בשטח.⁸¹ אכן, אפשר ללמוד על הבעייתיות ברציונל

79 ראו למשל עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 4, פס' 31-36.

80 למבחני הסיווג של תקנות בנות פועל תחיקתי ראו ע"א 4275/94 **הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ** (5) 485 (1997); ע"פ 213/56 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ישעיהו וגניה אלכסנדרוביץ** 695 (1957). סוגיית סיווג חוזרי המפקח על הביטוח, למשל, עלתה בעניין ע"ש (מתוזז חיפה) 714/01 **אפרים יוסלבסקי נ' המפקח על הביטוח**, תשסד (1) 289 (2005). בפסק הדין, שעליו הוגש ערעור לעליון נמחק, נקבע כי חוזרי המפקח אינם עולים כדי תקנות בנות פועל תחיקתי, אלא נותרים בגדר הנחיות מינהליות. סוגיה זו לא נדונה מפורשות בבית המשפט העליון, ברם מעניין **זליגמן** עולה כי ישנה תמימות דעים בדין באשר לסיווגם של החוזרים כהנחיות ולא כתקנות.

81 דותן **הנחיות מינהליות**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 47-48. פרופ' דותן אף מבקר את ההבחנה בין השתיים על רקע שני היבטים נוספים – נמעניהן וקשיחותן. ביחס לנמעניהן של הוראות אלה, מבקר דותן את הטענה המקובלת שלפיה הנחיות נועדו לסייע לפקידות

לאור תפיסת דוקטרינת ההסדרים הראשוניים והמשניים בישראל, אשר למעשה מבטלת את הקורלציה הטבעית בין מעמדה הנורמטיבי של ההוראה, קרי היותה מוסדרת בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה, לבין תוכנה וחשיבותה האופרטיביים.⁸² מכל מקום, סבורני כי אין צורך לקבוע קו ברור שמצידו האחד ניתן משקל רב לפרשנות הרשות ומצידו האחר משקל נמוך, אלא יש לתת משקל שונה בהתאם למיקום של הנורמה במדרג הנורמטיבי.

(ב) הממד ההיררכי

בבואנו לשקול את הגישה לפרשנות הרשות יש להביא בחשבון את מידת כפיפות ההיררכית לגורם הפוליטי. ככל שהרשות המינהלית עצמאית יותר, כך יש יסוד להניח כי היא נתונה פחות ללחצים פוליטיים מתחלפים, וכי היא תשרת את האינטרס הציבורי ארוך הטווח, ולכן – בשל אותו אפקט מייצב – יש להוסיף במשקל לפרשנותה. נהוג לחשוב על עצמאותה המוסדית של הרשות כתלויה במבנה הסמכות שלה: שיוכה המוסדי (למשל: רגולטור משרדי, יחידת סמך הכפופה למשרד או עצמאית, רשות עצמאית, או מועצה פרופסיונלית), דרך המינוי של העומד בראש הרשות המינהלית (על ידי שר בממשלה, על ידי שר בהתייעצות עם ועדת כנסת, על ידי נשיא המדינה, על ידי עובד מדינה שהוסמך לכך, ועוד), משך כהונתו של ראש הרשות, השתייכותם

בקבלת החלטותיה, בעוד שתקנות נועדו להכווין את התנהגות הציבור. הנחיות מינהליות שעליהן הוחלה הלכת זליגמן אינן מיושמות על ידי הפקידות אלא על ידי הגורמים המפוקחים בשוק, זאת בדומה לתקנות. ביחס לקשיחותן של הנחיות אלה, מצייין דותן כי אף שניתן (ולפעמים אף חובה) לסטות מהנחיות מינהליות, אלה עלולות להיות מנוסחות בלשון סגורה (כלל), וזאת בניגוד לתקנות המנוסחות בלשון פתוחה (סטנדרט) ומהן אסור לסטות. זאת ועוד, הנחיות מינהליות רבות, ובפרט אלה מהסוג אשר חלה עליהן הלכת זליגמן, הן מחייבות ולעיתים אף גוררות סנקציה פלילית בהפרתן. אסף אקשטיין "מי מפקח על המפקחת? ואת מי היא משתפת? רשות ניירות-ערך הישראלית במבט השוואתי" **משפט ועסקים** יט 195, 203-204 (2016) (להלן: אקשטיין "מי מפקח על המפקחת?") (מצייין זאת בהקשר ההוראות שמפרסמת הרשות לניירות ערך).

עקרון ההסדרים הראשוניים והמשניים קובע כלל שלפיו מדיניות כללית ואמות מידה עקרוניות ייקבעו על ידי המחוקק. עם זאת, לאורך השנים נקבע בפסיקה כי אין מניעה עקרונית לסטות מכלל זה, וכי באפשרות הרשות המחוקקת להעביר את הסמכות לקביעת הסדר ראשוני אל הרשות המבצעת. כך, אפשר שהסדרים אלה, שלהם חשיבות נורמטיבית, יבואו לידי ביטוי בחקיקת משנה ולא בחקיקה ראשית. ראוי לציין כי ישנה מחלוקת בספרות באשר לקיומו של "כלל חוקתי" שלפיו ישנה מְטָיָה אשר העברת הסמכות לקביעתה בחקיקת משנה איננה חוקתית. ראו מדינה "הכלל החוקתי", לעיל ה"ש 12. עם זאת, נראה כי כלל זה טרם אומץ בפסיקה הישראלית. ראו דותן "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 12, בעמ' 408-409.

הארגונית של עובדי הרשות והאחריות למינויים, אופן אישור תקציב הרשות, אפיקי הבקרה, מידת הסמכויות הניתנות לרשות, ועוד.⁸³ כך למשל, נבחין בין רשות מינהלית הכפופה לדרג הפוליטי באופן ישיר, כמו במקרה של הנחיות מנכ"ל משרד ממשלתי, לעומת רשות מינהלית שהיא מאסדר עצמאי שאיננו כפוף לדרג הפוליטי, דוגמת רשות הביטוח, רשות ניירות ערך, או רשות התחרות.⁸⁴ למעשה קיים רצף של פונקציות מינהליות רלוונטיות, החל ממנכ"ל משרד ממשלתי הכפוף ישירות לשר, עובר באגף פיקוח הכפוף למשרד ממשלתי וכלה ברשות עצמאית מכוח חוק. בחינת מעמדם של אלה צריכה להתבצע תוך בחינת הנסיבות הרלוונטיות בשוק המוסדר ותוך עמידה על מאפייניו.

קריאה של פסקי דין מעלה את הסברה כי, אף אם לא במוצהר, בתי משפט בארצות הברית ובישראל (לעיתים) כבר מבצעים הבחנות המבוססות על הממד ההיררכי בהערכתם את פרשנות הרשויות השונות. כך לדוגמה נאלץ לאחרונה בית המשפט להעדיף פרשנות של רשות אחת על פני רשות אחרת בעניין **חברות התקשורת והכבלים** – דיון אחד בעשר תובענות נגד חברות הסלולר והאינטרנט וחברות הכבלים על הפרת תנאי רישיון.⁸⁵ בעניין זה עלתה לדיון שאלת חוקיותה של הפליית מחירים בין לקוחות החברה המתמקחים לאלה שאינם, והאם זו מהווה הפרה של תנאי הרישיון. במסגרת שלל ההליכים הוגשו עמדות המאסדרים הרלוונטיים לכל ענף ובשל איחוד התובענות נוצר מצב נדיר יחסית שבו בית המשפט מכריע בין עמדות שונות של כמה רשויות מינהליות באותה הסוגיה. כך, עמדת משרד התקשורת, אשר גובתה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הייתה כי הפליית המחירים מהווה הפרה של תנאי הרישיון.⁸⁶ מועצת הכבלים והלוויין, אשר נועצה בהליך קבלת החלטה זו ברשות ההגבלים

83 אורי ארבל-גנץ **רגולציה – הרשות המפקחת** 83-86 (מחקר מדיניות 37, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003); עדי אייל, ציפי אסיר-איציק ואורן פרז "רגולציה בתנאים של ביזור: בין התנגשות לסינרגיה ומבט למציאות הרגולטורית בישראל" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 213, 235-243 (משפט, חברה ותרבות, ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016); אבי בן בסט "הסמכויות של רשויות הפיקוח על שוק ההון בישראל ועצמאותן" **הפיקוח על שוק ההון** 21, 41-45 (אבי בן בסט עורך, 2007) (להלן: בן בסט).

84 למחקר המשווה בין רשויות רגולטוריות שונות, ראו בן בסט, שם, בעמ' 41-44; לניתוח מעמיק של הליך האסדרה וכפיפותה של הרשות לניירות-ערך, ראו אקשטיין "מי מפקח על המפקחת?", לעיל ה"ש 81.

85 ת"צ (ת"א) 42754-05-11 **עו"ד שלומי כהן נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 9.12.2019) (להלן: עניין **חברות התקשורת והכבלים**). ככלל, המדינה נדרשת לדבר "בקול אחד" אשר מיוצג על ידי היועץ המשפטי לממשלה. מכיוון שבמקרה זה אוחדו כמה תובענות לדיון אחד, עמדותיהן של שלוש הרשויות עמדו לבחינה אחת של בית המשפט. להרחבה על אודות שאלת הייצוג של עמדת המדינה והאם ראוי שזו תדבר בכמה קולות, ראו אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" **עיוני משפט** לח 361 (2016) (להלן: שנער "בכמה קולות מדברת המדינה").

86 עניין **חברות התקשורת והכבלים**, שם, בעמ' 40-44.

העסקיים וברשות להגנת הצרכן, גרסה כי הפליית מחירים זו, אף שאיננה חפה מקשיים ביחס לצרכנים בלתי-מידעיים, איננה הפרה של תנאי הרישיון. זאת, בהיותה מקדמת את התחרות בענפים שבהם מתנהלות קבוצות ריכוז ושבהם עלויות מעבר גבוהות. בית המשפט המחוזי (מפי השופטת אגמון-גונן) ביכר את השיקול התחרותי בהכרעה בסוגיה ופסק בהתאם לעמדת מועצת הכבלים והלוויין.⁸⁷ כאמור, ראוי שבית המשפט ייתן משקל לעמדת הרשות במסגרת ההתדיינות כתלות במידת עצמאותה, נימוקיה והרציונל שעומד מאחורי דבריה. אכן, רשות התחרות נתפסת ככזו אשר משרתת את האינטרס הציבורי בצורה עדיפה על משרד התקשורת אם בשל היותו של המשרד כפוף ללחצים פוליטיים ואם בשל היותה של רשות התחרות מאסדר כללי ולא ענפי – ומשכך כפופה פחות ללחץ מצד המוסדרים.⁸⁸

עם זאת, מדובר בדוגמה אחת וברור שעל מנת לבחון האם באמת בתי המשפט נותנים בכורה פרשנית רבה יותר ככל שהרשות עצמאית יותר, נדרש מחקר אמפירי אשר יבחן את שיעור ההיענות של בית המשפט לפרשנויות הרשויות השונות – מחקר אשר בוצע בארצות הברית, אך טרם בוצע בישראל.⁸⁹

חשוב לציין, כמובן, כי גם מאסדר אשר זוכה לעצמאות פוליטית מבנית (דבר שגורם לעלייה באפקט המייצב הנ"ל) איננו מוגן מתופעת "השבי הרגולטורי" על שלל צורתיה:⁹⁰ הוא עלול להיות מושפע משיקולי מוניטין בקרב מוסדריו, כך שיימנע מתביעה שתחשוף את מערומיו הרגולטוריים; הוא עלול להיות חשוף להשפעותיה השליליות של תופעת ה"דלת המסתובבת"; וכן הוא יכול להיכשל בזיהוי האינטרס הציבורי. למעשה מדובר כאן בסוג מסוים של עלות הסוכן "agency cost". אכן, פסק הדין המנחה בעניין **איגוד שמאי הביטוח**, אשר היה אבן דרך משמעותית בהבנתנו את מערך התמריצים של המאסדר ועלויות הסוכן הטבועות בו, עסק במאסדר עצמאי יחסית, רשות הביטוח (אז אגף במשרד האוצר).⁹¹ על כן, השאלה הרלוונטית היא אם עלויות הסוכן הללו גדולות או קטנות יותר ברשות עצמאית מאשר במאסדר שאינו

87 חשוב לציין כי נראה שבעניין זה בית המשפט מחיל גם את הרציונל שעומד בבסיס ממד היסודיות, כפי שזה נדון כאן בפרק ב.4. (ד) להלן, בהכרעתו כי עמדתה של מועצת הכבלים והלוויין מתקבלת בהיותה "מפורטת מאוד, מנומקת וסדורה" וכיוון "שהתקבלה בהתאם לכללי המשפט המינהלי". שם, בעמ' 68-69. הייחוד של תיק זה הוא בעצם המפגש בין עמדות מאסדרים שונים, אשר כאמור בה"ש 85 לעיל, איננו דבר שגרתו.

88 מיכל (שיצר) גל והילה נבו "אסדרה של קבוצת ריכוז" **דין ודברים** י' 237, 281-283 (2017).

89 ראו למשל E. Donald Elliott & Peter H. Schuck, *To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law*, 1990 DUKE L.J. 984, 1043 (1990) (להלן: Elliott & Schuck).

90 ראו דיון לעיל בפרק ב.1., ובפרט בטקסט ליד ה"ש 49 לעיל.

91 ראו עניין **איגוד שמאי הביטוח**, לעיל ה"ש 45. כמפורט לעיל בה"ש 2, מבנה הפיקוח על הביטוח השתנה בשנת 2006, מאז הפיכתו של אגף הפיקוח על הביטוח לרשות עצמאית.

עצמאי. מדובר בשאלה אמפירית שעליה, למיטב ידיעתי, אין תשובה ברורה. עם זאת, קשה למצוא סיבות לחשוב שעלויות אלה תהיינה גבוהות יותר ברשות עצמאית.⁹²

(ג) הממד המהותי

כאמור, הממד המהותי עוסק בתוכן של הנורמות שאותן נדרש לפרש. ככל שפרשנות הרשות נוגעת בתחומים שהם יותר כלליים ופחות ספציפיים לעבודתה, כך המשקל שיש ליתן לפרשנות קטן.⁹³ סבורני כי אפשר למתוח קו אשר בקצהו האחד נושאים טכניים שבהם יש לרשות את המומחיות המהותית והסמכות בפרשנותם, בהמשכו של הקו – עקרונות כלליים יותר של המשפט (דוגמת חקיקה כללית מתחום המשפט הפרטי), ובקצהו השני – פרשנויות בנושאים עקרוניים הנוגעים בליבת המשטר הדמוקרטי כמו למשל פרשנות הנוגעת לזכויות הפרט ופרשנות הנוגעת לסדרי שלטון ומשפט. בנושאים המצויים בקצה זה של הקו, אני טוען כי אין לתת לרשות המינהלית בכורה פרשנית. לעמדה זו כמה נימוקים: סמכותה של הרשות לפרשנות בנושאים הנוגעים לזכויות אדם לאור עקרון החוקיות; מומחיותו העדיפה של בית המשפט בפרשנות הסדרים הנוגעים לזכויות אדם; וכן תפקידו העקרוני של בית המשפט בהגנה על זכויות האדם ועקרון הפרדת הרשויות.

היסטורית, עקרון החוקיות (או דוקטרינת הווירס) דורש כי כל פעולה של הרשות תיעשה בהסמכה בחוק, וכזו שחסרה הסמכה – בטלה. עיקרון זה נשחק ברבות השנים, וזאת במטרה לשמר את גמישותה הניהולית של הרשות בהספקת שירותים ובהסדרת תחומי החיים, גמישות אשר נדרשה מכוח הרחבת כנפיה של המדינה כספקית שירותים.⁹⁴ אך למרות השחיקה, אשר התבטאה בהגמשת דרישת ההסמכה בחוק לפעולת הרשות, בנושא אחד, לפחות, עדיין נדרשת הסמכה מפורשת לכל פעולה בגדרו – והוא פגיעה בזכויות האדם. החרגה זו נעשית מכוח חוקי היסוד, הדורשים כי פגיעה בזכויות אלה תיעשה "לפי חוק" או "בחוק".⁹⁵ ההיגיון שעולה מתוך עקרון החוקיות, המחייב הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות אדם, הוא אנלוגי במידה רבה לדיון בפרשנות הרשות. כך, על מנת שבית המשפט ילמד על מידת סמכותה של הרשות

92 למאמר שטוען שרשות עצמאית פוגעת פחות ברווחה המצרפית לעומת ראשות שאינה עצמאית גם בהיתן שני האפקטים הנ"ל ראו Antoine Faure-Grimaud & David Martimort, *Political Stabilization by an Independent Regulator*, 282 CONTRIBUTIONS ECON. ANALYSIS 383 (2007).

93 זמיר **הסמכות המינהלית א'**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 225 (עומד על ההבדל שבין פרשנות חוק המקנה סמכות לרשות לעומת חוק כללי דוגמת חוק החוזים).

94 דותן "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 12, בעמ' 408-409.

95 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. יש אף הטוענים כי דווקא חוקי היסוד הם אלה שתורמו לשחיקת עקרון החוקיות. דותן "הסדרים ראשוניים", שם, בעמ' 397-399.

לפרשנות בתחום הנוגע לזכויות אדם, ועקב כך יעניק לפרשנותה משקל רב, נדרש כי הסמכה לרשות לעיסוק בתחום זה תילמד מפורשות מהחוק המסמיך אותה.⁹⁶ מטרתן של הוראות דין המגינות על זכויות האדם, היסטורית ומושגית, הוא לספק הגנה ליחיד למול הרשות ולהגביל את כוחה בפגיעתה בו. ניקח לדוגמה את פסק הדין בעניין **תותי אשבל**, שבו נדונו הסדרים מפלים בין נשים לגברים לגביית פרמיה עבור רכיב הגמלה (תשלום הניתן למבוטח שהגיע לגיל פרישה עד סוף חייו).⁹⁷ האם היינו מוכנים לקבל מצב שבו בית המשפט היה נותן "מתחם של כבוד" לפרשנות הרשות, אשר תמכה בהסדרים המפלים, מבלי שיבצע פרשנות של חוקי ההפליה הרלוונטיים וידון בכובד ראש בטענות הרשות? סבורני כי התשובה לכך ברורה.

גם בחינה במישור המומחיות תלמד כי ראוי שבית המשפט ישמור על הבכורה הפרשנית בנושאים הקשורים בזכויות האדם. כשם שההצדקה למתן בכורה פרשנית לרשות נובעת ממומחיותה בקביעת מדיניות, כך סוגיות שלהן השפעה על זכויות האדם, והיעדר הפליה בראשן, נמצאות דווקא בתחום מומחיותו של בית המשפט.⁹⁸ עדיפותו של בית המשפט מתבטאת במומחיותו בפרשנות הסדרים חוקיים הנוגעים בזכויות אדם, באיזון ביניהן וביצירת הרמוניה בין הדוקטרינות השונות וההגנות הניתנות. לשון אחר, בעוד שבמקרים רבים המאסדר אכן נמצא במיקום היחסי הטוב ביותר לפרש את הנחיותיו לאור מומחיותו, טענה כזו לא יכולה לעמוד למאסדר כשהנחיות הרלוונטיות נוגעות בשאלות של זכויות אדם שבהן בית המשפט – שמחויב לעקרונות חוקתיים של הגנה על היחיד למול המדינה – הוא זה שנמצא במקום הטוב ביותר לפרש את ההסדר החוקי ולקבוע האם התקיימה פגיעה בזכות והאם פגיעה זו הייתה מידתית.⁹⁹

גם במישור העקרוני, בחינה עיונית של זכויות האדם וההגנה עליהן על ידי בית המשפט, תלמד כי על בית המשפט לשמור על בכורתו הפרשנית בנושאים אלה. זכויות

96 מבחינה מושגית, סבורני כי זכויות האדם אינן מתמצות באלה המעוגנות בחוקי היסוד בלבד, אלא גם באלה המעוגנות בחוקים המעניקים קונקרטיזציה לזכויות האדם כדין הישראלי, דוגמת חוקי איסור ההפליה והשוויון למיניהם. ראו בג"ץ 6824/07 **ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המיסים**, סד (2) 479, 13-12 (2010) (קובע כי הגדרת הפגיעה בזכויות הפרט, המצויה בדוקטרינת ההסדרים הראשוניים הכללית ומעוגנת בהוראות פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד, בעלת "תחולה גם במקרה של הפעלת סמכות מינהלית הפוגעת בזכות אדם שאינה מעוגנת בחוקי היסוד").

97 ע"ע (ארצי) 26328-09-14 **הראל חברה לביטוח בע"מ נ' מירב תותי אשבל**, פס' 52 (ב), 83 (פורסם בנבו, 3.12.2019) (להלן: עניין **תותי אשבל**).

98 טענה דומה הועלתה בהקשר האמריקני ביחס לאיסור הפליה בצבא האמריקני, ראו Kelly E. Henriksen, *Gays, the Military, and Judicial Deference: When the Courts Must Reclaim Equal Protection as Their Area of Expertise*, 9 ADMIN. L.J. AM. U. 1273 (1996).

99 לטענה על מומחיותו של בית המשפט העליון, בהקשר זה בפרשנות הדין ההומניטרי הבינ"ל, ראו בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** פ"ד נח(5) 385, 393 (2004).

האדם, היסטורית ומושגית, נועדו לספק הגנה ליחיד מפני כוחה העודף של הרשות המבצעת, ומפני הפעלה שרירותית של כוח שלטוני כנגד הפרט. מתן בכורה פרשנית לרשות בעניינים אשר משפיעים על זכויות האדם של הפרט מאיינים הגנה זו. משכך, מתוקף תפקידו המוסדי של בית המשפט בהגנה על זכויות אלה, עליו לפרש, ראשית, כל הסדר נורמטיבי שעובר תחת שבט ביקורתו באופן שיביא לפגיעה הפחותה ביותר בזכויות האדם. על כן, אין ליתן לרשות בכורה פרשנית בהסדרים בעלי פוטנציאל לפגיעה בזכויות אדם, אלא על בית המשפט לפרש את החוק בצורה עצמאית באופן המגשים את ההגנה על זכויות האדם. רק כך יוכל בית המשפט להגשים באופן מהותי את תפקידו כמגן על זכויות האדם מפני כוחה של הרשות.

שאלה מעניינת שיכולה לעלות בהקשרי מומחיותה של הרשות והממד המהותי היא מידת מומחיותן של רשויות מינהליות שאמונות באופן ישיר על תכנים שנוגעים במישרין לזכויות האדם, דוגמת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה וכיוצ"ב.¹⁰⁰ ככלל, נראה כי ראוי לאפשר לרשויות כאלה להביע מומחיותן גם בהליכים שבהם עומדת במחלוקת פרשנות של הוראה נורמטיבית בעלת נגיעה לזכויות אדם – כל עוד זכויות אלה חוסות תחת סמכותה, מקצועיותה ומומחיותה של הרשות. נראה כי במהלך דברים אופטימלי, הליך שבו כמה רשויות יכולות להביע את דעתן, כאשר לחלקן מומחיות כלכלית (דוגמת רשות הביטוח) ולחלקן מומחיות במקצוע החוקתית הנדונה (דוגמת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות) יכול לסייע לבית המשפט בבחירה בפרשנות הראויה לדין.¹⁰¹ זאת, כמובן, תוך תשומת לב ליתר ממדי הסוגיה.

(ד) ממד היסודיות

באופן דומה, יש להביא בחשבון את עומקה והיקפה של חוות דעתו של המאסדר שעליה מתבססת פרשנותו. לא אחת כאשר בית המשפט נדרש לדון בעניין כלשהו, אף כזה בעל השלכות על זכויות אדם, מדובר בעניין שלו השלכות כלכליות אשר אינן בהכרח בתחום מומחיותו של בית המשפט. על בית המשפט להשתכנע מעומקה של עמדת המאסדר העומדת בבסיס עמדתו הפרשנית בטרם יעניק לה "מתחם של כבוד". עמד על כך השופט רובינשטיין בעניין צמח,¹⁰² אומנם ביחס לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי כאשר מתבקשת עמדה בהליך, "ראוי כי תוצג חוות דעת מפורטת, המתמודדת עם סוגיות שונות אשר מתעוררות בתיק, באופן שיש בו כדי להביא את

100 נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, למשל, אחראית גם על הטמעת אמנת האו"ם בדבר זכויות אנשים עם מוגבלות, שעליה ישראל חתמה ואשר אותה אשררה. United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Mar. 30, 2007, 2515 U.N.T.S. הנציבות קיבלה את האחריות להטמעת האמנה בהחלטה 5100 של הממשלה ה-32 "אשרור האמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלות" (10.9.2012).

101 ראו שנער "בכמה קולות מדברת המדינה", לעיל ה"ש 85.

102 ע"א 7187/12 ע"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל (פורסם בנבו, 17.8.2014) (להלן: עניין צמח).

התמונה המלאה בפני בית המשפט בבואו להכריע בסוגיה נתונה".¹⁰³ סבורני כי דברים אלה יפים לחוות דעתה של הרשות המינהלית בכל הליך. כך למשל בעניין **פיקאלי**, שעסק בזכור בפרשנות חוק חוזה הביטוח, הגיש הממונה על הביטוח בערעור בבית המשפט העליון חוות דעת של רו"ח (מסמך אלקובי, כפי שכונה על ידי שופטי המותב) לשם תמיכה בפרשנותו את הסעיף. אף שבמקרה זה עמדת המאסדר נתמכה בחוות דעת כלכלית, זו נבחנה לגופה על ידי בית המשפט, מבלי שניתנה לרשות עדיפות א-פריורית בפרשנותה. ואכן, השופט גרוסקופף הגיע למסקנה כי חוות הדעת – הגם שזו כלכלית במהותה – לא הייתה מעמיקה דיה כדי לבסס את מסקנת הרשות ביחס לפרשנות החוק.¹⁰⁴

בבחינת ממד היסודיות, שתי תופעות בלתי-רצויות עלולות להתרחש: הראשונה, העמסת יתר של מידע שבידי הרשות המינהלית על בית המשפט כדי לרצותו; והשנייה, שבית המשפט, באצטלה של בחינת עומקה של חוות הדעת, יבחן את שיקולי הרשות לגופם ויחליף את שיקול דעתה. את שתי התופעות האלה אפשר לאזן באמצעות "מטה-רגולציה" (Meta-regulation) או "סבירות הליכית", דהיינו בהתמקדות בשיקוח על הליך האסדרה של המאסדר יותר מאשר על החלטותיו לגופן.¹⁰⁵ ככל שהליך זה התבצע כנדרש, כך ראוי שתגבר נטייתו של בית המשפט להעניק מעמד בכורה לפרשנותה של הרשות. כך למשל, ראוי כי בית המשפט יבחן האם הרשות נועצה בגורמים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה – ואם כן, האם אלה פורטו כראוי;¹⁰⁶ האם פרשנותה של הרשות, מקום שנדרשה בכך, הייתה מבוססת ראיות (Evidence-based), והאם הרשות נזקקה לכלל המקורות הרלוונטיים להכרעה בסוגיה הפרשנית;¹⁰⁷ האם הרשות הפגינה את מומחיותה בשאלה הנדונה; האם הרשות שיתפה את הציבור בפרשנות ההוראה הנדונה;¹⁰⁸ האם פרשנותה של הרשות עמדה לבחינה מחודשת של הרלוונטיות

103 שם, בפס' ל"ח.

104 רע"א **פיקאלי**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 95-98.

105 ראו למשל Brownen Morgan, *The Economization of Politics: Meta-Regulation as a Form of Nonjudicial Legality*, 12 Soc. & Leg. Stud. 489(2003). בהקשר הישראלי הגישה שמציעה למקד את הביקורת השיפוטית בהליך נקראה "סבירות הליכית". יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר** חלק א 417 (2003).

106 עניין **צמח**, לעיל ה"ש 102, בפס' ל"ח.

107 אפשר למעשה לבצע את ההתאמה למבחן הראיה המינהלית המוכר מהמשפט המינהלי הישראלי, הקובע כי על הרשות מוטלת החובה לאסוף ראיות שימשו תשתית להחלטתה וחובה לבסס את החלטתה על ראיות מספיקות. ראו דפנה ברק־ארו **משפט מינהלי** כך א 439-460 (2010) (להלן: ברק־ארו **משפט מינהלי**). ההתאמה להקשר הפרשני-רגולטורי יכולה להיעשות על ידי קביעת רף תלוי הקשר רגולטורי (כפי שנעשה כיום בהקשרים מינהליים שונים, ראו שם), ולמרחב המוסדר שבו הרשות פועלת.

108 ראו למשל הזמנה לקבלת הערות הציבור באשר לבחינה מחודשת של גילוי דעת 1/14 של רשות ההגבלים העסקיים "איסור על גביית מחיר מופרז ע"י בעל המונופולין", (18.4.2016) **הגבלים עסקיים** 500966. לדיון בהצדקות לשיתוף הציבור ראו זמיר **הסמכות המינהלית ב'**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1021-1061; גלית עופר ואורן פרז "שיתוף

שלה;¹⁰⁹ האם הגורם הראוי מטעם הרשות חתום על חוות דעתה;¹¹⁰ האם חוות דעתה מלמדת על עמדתה באופן בהיר ולא משתמע לשני פנים; ועוד נסיבות רלוונטיות בעת שקיילת משקלה הראוי. סך ההצעות לעיל למעשה מציעות עדכון והתאמה של כללי המשפט המינהלי הנוגעים להליך הוגן למציאות הרגולטורית בהקשר הפרשני, תוך שהם דורשים מהרשות לייצר הליך קבלת החלטות ראוי שיתחקה בצורה טובה אחר האינטרס הציבורי. בצד כל זאת, ראוי לתת את הדעת מה מקורו של הידע שאותו מקבל המאסדר במסגרת ההליך, ולאילו שחקנים נגישות מיטבית אליו. זאת שכן פעמים רבות דווקא לקבוצות האינטרס, שלהן אינטרס משמעותי בהליך הרגולציה, מוטיבציה גבוהה לקחת חלק בהליך ולהטותו לטובתן.

נדבך נוסף אשר יכול להוסיף לממד היסודיות, הוא היות הפרשנות פרקטיקה מקובלת בשטח. אין דינה של פרשנות שניתנת אגב הכרעה אד-הוק בסכסוך משפטי, כדינה של פרשנות של הנחיות אשר השתרשה בפרקטיקה. גם בית המשפט עמד על הבחנה זו בפסיקותיו, ונראה כי ככלל נכון בית המשפט "להטות אוזן" לפרשנות הרשות המינהלית ככל שזו מבטאת נוהג או פרקטיקה מקובלת אשר השתרשו. הבחנה זו משרתת רציונלים נוספים, ובראשם מניעה של גיוס המאסדר לטובת מוסדריו בפרשיות נקודתיות ויצירת תמריץ לקביעת מדיניות כללית. כך למשל בעניין יגאל דן, לא ניתן משקל לפרשנותה של הרשות המינהלית (במקרה זה עיריית תל אביב) כיוון שפרשנות זו הובעה רק לאחר הגשת התביעה הייצוגית.¹¹¹ בית המשפט יצר הבחנה בין פרשנות נוהגת לכזו אד-הוק, ונראה שהבחנה זו יפה לכל פרשנות שעליה מביע הרגולטור דעתו, בטרם יקבל "מתחם של כבוד" מבית המשפט. עם זאת, אין בקיומו של נוהג פרשני כשלעצמו כדי ללמד על נכונות הפירוש, אלא יש בו כדי ללמד על היות מדיניותה של הרשות סדורה, ועל תפיסת פרשנותה כחלק מעמדתה הרשמית.¹¹²

הציבור בחוק אוויר נקי: מציאות, חזון או פיקציה? "חוקים ז' 131, 137-134 (2015).
 Oren Perez et al., *The Prospects of E-democracy: an Experimental Study of Collaborative E-rulemaking*, 15 J. INFO. TECH. & POL. 278 (2018). לחובת השיתוף בהקשר המינהלי הכללי ראו ברקארז **משפט מינהלי**, שם, בעמ' 289-327.

109 ראו Oren Perez, *Courage, Regulatory Responsibility, and the Challenge of Higher-order Reflexivity*, 8 REG. & GOVERNANCE 203 (2014).

110 עניין **שמעון**, לעיל ה"ש 3737, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

111 ראו עניין **יגאל דן**, לעיל ה"ש 20. ראו גם ע"א 3847/16 **עגלי תל שווק בקר בע"מ נ' משרד החקלאות** (פורסם בנבו, 11.3.2018) (להלן: עניין **עגלי תל**).

112 גם בעת בחינת מדיניותה הפרשנית של הרשות ואת הנוהג העומד לדיון, יש לעמוד על ההקשר שבין הרשות למוסדריה. ראו עניין **עגלי תל**, שם, פס' 11 (קביעה של השופט עמית כי במערכות יחסים מסוג תשלום אגרה יש להפחית משיקול הנוהג, וזאת בשל פערי הכוחות בין הצדדים).

(ה) סיכום

טענתי כי ארבעת הממדים המוצעים לעיל יכולים לסייע בהבחנה בין המקרים שבהם ראוי ליתן משקל גבוה לפרשנותה של הרשות לבין כאלה שלא. נראה כי בחינה של ארבעה ממדים אלה – מעמד ההוראה הנורמטיבית העומדת לפרשנות; מידת עצמאותה של הרשות המינהלית; הנושא שבו עוסקת הפרשנות; ומידת יסודיותה של עמדת הרשות – מחזקת את התובנה שלפיה פיקוח יעיל על הרשות המינהלית דורש בחינה הקשרית של פרשנותה, להבדיל ממתן מתחם של כבוד "סיטונאי" לפרשנותה. זאת, תוך מתן דגש על היתרונות היחסיים של הרשות המינהלית על בית המשפט במקרה קונקרטי, ומתן משקל ראוי לאלה בנסיבות המקרה.

כיצד יש לשקלל יחדיו את ארבעת הממדים? סבורני שלא אחת קיים יחס של כלים שלובים בין חלק מן הממדים. כך למשל, כאשר מדובר בהנחיות מנכ"ל (ממד היררכי נמוך), כאשר לפרשנות חוק (ממד נורמטיבי גבוה), והנוגע בזכויות אדם (ממד מהותי גבוה) תידרש עבודת מטה יסודית ביותר כדי שבית המשפט ייתן משקל רב לפרשנות הרשות, אם בכלל יש בכך די. לעומת זאת, כאשר מדובר בפרשנות של רשות עצמאית (ממד היררכי גבוה) להנחיותיה (ממד נורמטיבי נמוך) הנוגעים בנושאים טכניים (ממד מהותי נמוך), יוכל בית המשפט להסתפק בעמדה שאינה מנומקת כדבעי ובלבד שהיא עונה על תנאי סף מסוימים כגון שהיא אינה משתמעת לשני פנים, משקפת מדיניות סדורה ואינה סותרת מדיניות קודמת ללא נימוק.

אף אם יש באיזון בין הממדים כדי להביא למידת תחליפיות ביניהם, ברצוני לטעון כי לממד המהותי, ככל שהוא נוגע בפרשנות של הסדרים הנוגעים בזכויות אדם או בסדרי שלטון ומשפט, אין להעניק משקל בכורה לפרשנותה של הרשות. ייחודם של נושאים אלה, הן בהקשר המינהלי, העוסק בחוקיות פרשנות זו; והן בהקשר העקרוני, העוסק במומחיות לפרשנות זו ובחלוקת העבודה בין הרשויות באשר לנושאים אלה; מלמדים כי בנושאים אלה ראוי כי המילה האחרונה תאמר על ידי בית המשפט. מקרה הבוחן ידגים זאת ביתר פירוט.

ג. מקרה הבוחן – ביטוח לאנשים עם מוגבלות**1. רקע**

בפרק זה אבקש להדגים מה עלול לקרות אם בתי המשפט יפקירו את ההגנה על זכויות האדם (הממד המהותי) לפרשנותה של הרשות. אעשה זאת באמצעות פרשנות הרשות לחקיקה הנוגעת בזכותם של אנשים עם מוגבלות לשוויון. המגמה של החלת נורמות של שוויון מהמשפט הציבורי במשפט הפרטי איננה חדשה במשפט הישראלי,

אלא היא מגמה מתמשכת.¹¹³ מגמה זו החלה על ידי שימוש במונחי שסתום כמו תום לב וסבירות,¹¹⁴ והגיעה לשיאה בחקיקת חוקי איסור ההפליה למיניהם.¹¹⁵ מגמה זו לא פסחה על תחום הביטוח, עת הגדיר המחוקק בשנת 2000 את הביטוח כ"מוצר ציבורי" לצורך חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים (להלן: חוק איסור הפליה).¹¹⁶

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 העמיד לראשונה בישראל את עניינם של אנשים עם מוגבלות על סדר היום של דיני זכויות האדם בישראל. החוק מעגן זכויות אלה בפרט, ואת המחויבות החברתית לאנשים עם מוגבלות ככלל, כמבוססים על עקרון השוויון, ערך האדם וכבודו.¹¹⁷ החוק נועד "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות וכבוד תוך מיצוי מלוא יכולתו".¹¹⁸ בשל חשיבותו הוכר החוק ככזה ה"דובר אלינו בלשון נאצלה כמוהו כחוקי יסוד", כדברי המשנה לנשיא מישאל חשין.¹¹⁹

הלכה למעשה, החוק ביטא שינוי תפיסה ביחס לאנשים עם מוגבלות – מגישה של חסד לגישה המבוססת על זכויות אדם ואזרח, באופן ששם דגש על אי-נגישותה של החברה לאנשים עם צרכים מיוחדים והדרתם מתוכה.¹²⁰ עם זאת, מרבית ההסדרים בחוק הנוגעים להנגשת שירותים שונים, וביניהם – לעניינינו – ההסדר הנוגע לחווה הביטוח, חוקקו רק במסגרת התיקון השני לחוק, במרץ 2005.¹²¹ סעיף 19 לה(א) בסימן ח' לחוק קובע בכלליות כי מתן יחס שונה בחווה ביטוח לא יהווה הפליה אם הוא (1) מבוסס על נתונים אקטואריים, נתונים סטטיסטיים, מידע

113 ראו ברק "זכויות אדם מוגנות", לעיל ה"ש 41; נילי כהן "השוויון" מול חופש החוים "משפט א 131 (1993); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה-165, 179-175 (1999); עלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי 63-66 (2007).
114 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 650-649 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית); ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989).

115 ראו למשל חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה); חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה).

116 ס' 2 לחוק איסור הפליה ("שירותים פיננסיים" - ... וביטוח).

117 ס' 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק שוויון זכויות).

118 ס' 2 לחוק שוויון זכויות.

119 בג"ץ 6790/98 ענת אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים פד (נב), 323 (1998).

120 דן אורן נטע דגן "המהפכה החקיקתית בתחום הנגישות" נגישות החברה הישראלית לאנשים עם מוגבלות בפתח המאה ה-21 135 (דינה פלדמן, יעל דניאלי להב ושמואל חיימוביץ עורכים, 2007).

121 חוק שוויון זכויות (תיקון מס' 2), התשס"ה-2005, ס"ח 288.

רפואי, או מידע אחר, שהם (2) אמינים ורלוונטיים להערכת הסיכון הביטוחי המסוים, (3-ו) מתן יחס זה סביר בנסיבות העניין.¹²² יתרה מכך, החוק קובע חובת הנמקה למסורב,¹²³ הכוללת את "תמצית בסיס הנתונים, אם המבטח התבסס עליהם במתן ההחלטה, וכן תמצית המידע שעליהם התבסס". נוסף על כך, על מנת שתקום חזקה לטובת המתלונן שלפיה הופלה על ידי המבטח, החוק מסתפק בהוכחת סירוב לבטח, יחס שונה או התניה של תנאי שאיננו נדרש.¹²⁴ על בסיס חזקה זו עובר למבטח נטל ההוכחה כי הסירוב אכן מבוסס על אותו מידע רלוונטי שהוזכר לעיל.¹²⁵

יש לציין כי ההסדר הקבוע בחוק החליף את זה שקדם לו בחוק איסור הפליה.¹²⁶ זאת, בכונה "להעניק קונקרטיזציה לאיסור הפלייתם של אנשים עם מוגבלות בתחום הביטוח, שהיה קיים גם לפני התיקון לחוק, ולמנוע החלטות שרירותיות מצד חברות הביטוח בעת בחינת צירופו של אדם עם מוגבלות לביטוח".¹²⁷ כידוע, חוק איסור הפליה מאפשר להפלות רק אם הדבר מתחייב מאופי המוצר, דהיינו רק במקרים נדירים.¹²⁸ בכל הנוגע לביטוח של אנשים עם מוגבלות המחוקק בחר לפרט את ההסדר הקבוע בחוק איסור הפליה על ידי החלפתו בהסדר המסוים הקבוע בחוק שוויון זכויות. כפי שאבהיר בהמשך, פרשנות ראויה להסדר המסוים שבחוק חייבת להתבסס על הבנה שהוא נועד לאזן בין השיקול האקטוארי (אשר קיים באופן מובנה בכל ביטוח ואשר לפיו נקבעת פרמיה המותאמת לסיכון של האדם בעל המוגבלות (Risk Classification)),¹²⁹ לבין השיקול שבשמירה על נגישותם של אנשים עם מוגבלות לביטוח ובכך על כבודם. לאור ההיסטוריה החקיקתית הספציפית של חוק שוויון זכויות (ככזה שנתן קונקרטיזציה להסדר הכללי בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים), יש לפרש בצמצום את החריג המאפשר ליתן יחס שונה לבעל מוגבלות כך שיחס שונה יינתן לאנשים עם מוגבלות ככל האפשר רק כשהדבר מתחייב מאופי המוצר הביטוחי, כפי שהיה במקור בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים.

-
- 122 ס' 19 לה(א) לחוק שוויון זכויות.
- 123 ס' 19 לה(ז)(1) לחוק שוויון זכויות.
- 124 ס' 19 לו לחוק שוויון זכויות. השוו לס' 6 לחוק איסור הפליה.
- 125 ס' 19 לו לחוק שוויון זכויות.
- 126 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון מס' 2), התשס"ו-2006, ס"ח 288, 332 (תיקון עקיף לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000).
- 127 היועץ המשפטי לממשלה **עמדה בעניין תא"מ 11025-09-17 פלוגית נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ** (2019), ס' 20 (להלן: עמדת היועמ"ש). ראו פרוטוקול ישיבה מס' 318 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-16, 22-24 (3.1.2005).
- 128 ס' 3(ד) לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. לדיון במונח "מתחייב" ראו רונן אברהם "מדוע פעולה המיטיבה עם אדם יכולה בהחלט להפלותו – תגובה על מאמרו של פרופ' דני סטטמן" **עיוני משפט** מב 283, 311 (2019) (להלן: אברהם "תגובה למאמרו של פרופ' סטטמן").
- 129 בפשטות, השיקול האקטוארי הוא הצורך באיזון סך הפרמיה הנגבית עם סך התביעות לביטוח.

2. עניין פלונית¹³⁰

בפרשה זו, התלויה ועומדת לפתחו של בית משפט השלום, מדובר באישה חולת סוכרת אשר חברת הביטוח סירבה לבטחה בביטוח סיעודי בתנאים זהים לאלה שהוצעו לאחיה התאום שאינו חולה סוכרת. בנימוקיה לסירוב, התבססה חברת הביטוח על ספר הנחיות החיתום של מבטח המשנה (להלן: ספר מבטח המשנה או הנחיות מבטח המשנה) בלבד, אשר הורו, לטענת חברת הביטוח, על שלילת הכיסוי.¹³¹ רשות הביטוח, הן במסגרת הכרעתה העקרונית,¹³² והן במסגרת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך הקונקרטי בעניינה של פלונית,¹³³ הביעה את עמדתה כי הנחיות מבטח המשנה הן בגדר "מידע אחר" שהוא אמין ורלוונטי להערכת הסיכון המסוים (תנאים 1–2 לעיל) לעניין ס' 19 לה(א) לחוק, שהוא, כאמור לעיל, הסעיף המתיר יחס שונה בחוזה ביטוח.¹³⁴ כך, פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה מאפשרת לחברות הביטוח לבצע שני דברים: ראשית, לדחות כליל מבוטחים או לתת להם יחס שונה על בסיס הנחיות מבטח המשנה בלבד; ושנית, להסתפק בהנמקה

130 תא"מ 11025-09-17 פלונית נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 11.4.2019) (להלן: עניין פלונית).

131 מבטחי המשנה הם חברות ביטוח גדולות (רובן ככולן זרות), שלהן מעבירה חברת הביטוח סל של סיכונים שאותם הן נוטלות במקומה. זאת, בשל יתרון הגודל והידע, שכן מבטח המשנה פועל בכמה שוקים ומול מספר רב של לקוחות בסיכון דומה. כך, חברות ביטוח מקומיות מעבירות, במסגרת חוזה (Treaty) עם מבטח המשנה, סיכונים שאותם חברת הביטוח המקומית לא נוטלת, מטעמי היעדר ניסיון או ידע. תהליך החיתום נעשה לפי הקווים המנחים של מבטח המשנה המוגדרים בספר הנחיותיו, מבלי שקיים קשר ישיר עם המבוטח או סיכון ספציפי למבטח המשנה.

132 הכרעה עקרונית ביחס לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות" (חוות דעת של משרד האוצר – אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון, 12.2.2015). יוער בהקשר זה כי עמדת חברות הביטוח עובר להכרעה העקרונית הייתה כי הן אינן מחויבות כלל במתן ההפניה להנחיות מבטח המשנה שלהן וזאת מטעמי סודיות מסחרית. סוגיה זו הובאה לפתחו של בית המשפט במסגרת תביעת הפליה נגד חברות הביטוח, וזה קבע כי יש לגלות את החלקים הרלוונטיים בספרי מבטח המשנה בשלב גילוי המסמכים. בעקבות הכרעה זו נכתבה הכרעה עקרונית של רשות הביטוח, כתוארה אז – אגף הפיקוח על הביטוח במשרד האוצר. ראו ת"צ 43232-05-12 פלוני ואח' נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ ואח' (פורסם בנוב, 17.9.2013) (החלטה המורה על גילוי המסמכים). את החוזר פרסם הפיקוח על הביטוח כאגף במשרד האוצר, אך בעניין פלונית, לעיל ה"ש 130, כבר הוקמה רשות הביטוח. ראו חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים, לעיל ה"ש 2 (פירוט על אודות המעבר מאגף במשרד האוצר לרשות עצמאית).

133 עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 127. עמדתו הוגשה מכותו של היועץ המשפטי לממשלה להתייצב בהליך אזרחי הקבועה בס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].

134 עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 127, פס' 46.

המפנה לעצם קיומן של הנחיות אלה (מבלי שתוכנן ייחשף) לצורך עמידה בחובת הגילוי המנויה בחוק.

פרשנותה של הרשות המינהלית (במקרה זה הן רשות הביטוח והן היועץ המשפטי לממשלה) מבוססת על שני אדנים.

האדן הראשון – היועץ המשפטי לממשלה טוען כי קביעתו עולה בקנה אחד עם פרשנות המונח "מידע אחר" (תנאי 1 לעיל). פרשנות זו, לשיטתו, מורכבת מיסודו האובייקטיבי של החוק, שמגלם את ערכיו ועקרונותיו, ומיסודו הסובייקטיבי – כלומר, כוונת המחוקק.¹³⁵

את היסוד הסובייקטיבי של המונח "מידע אחר" שואב היועץ המשפטי לממשלה מתוך ההיסטוריה החקיקתית כפי שזו נלמדת מדיוניה של ועדת הכנסת. בדיונים אלה נטען כי ספרי מבטח המשנה הם מידע רלוונטי לצורך מתן יחס שונה לאנשים עם מוגבלות.¹³⁶ בהמשך אדון בצורה ביקורתית בפרשנות היועץ המשפטי לממשלה, אך אעיר כבר עתה כי הדבר מעט תמוה לאור העובדה שלא הוגשו דברי הסבר להצעת החוק לתיקון חוק שוויון זכויות התומכים בפרשנות זו, וכי ניכר מפרוטוקול הדיון כי יו"ר הוועדה, שלו יוחסה ההסכמה להסדר זה, דווקא אינו מכיר את ספר מבטח המשנה.¹³⁷

בבחינת היסוד האובייקטיבי של הסעיף, ושל הביטוי "מידע אחר" כנגזרת שלו, היועץ המשפטי לממשלה סובר שהשימוש בהנחיות מבטח המשנה מתחייב מאופי השירות הביטוחי, ועל כן נשמר עקרון השוויון תוך התאמתו למבנה ולאופי הביטוח.¹³⁸ את הראיה לכך שהחוק לא התכוון לשנות את אופי שירות הביטוח מוצא היועץ המשפטי לממשלה בהסדר המצוי בס' 19 ע לחוק שוויון הזדמנויות, שהוא, לדיו, הסדר שלילי להחלת חובות נוספות על חברות הביטוח. ההסדר האמור כופה ביטוח בתנאי מינימום במקרים של סירוב למכירת פוליסת ביטוח חיים למטרת הלוואה לדויר שנמכרת לאנשים עם מוגבלות. לפי היועץ המשפטי לממשלה, הסעיף הוא חריג לכלל שממנו אפשר ללמוד על הכלל.¹³⁹ גם כאן מתעוררת תמיהה, שהרי בבחינת היסוד האובייקטיבי של הסעיף דווקא מבהירה כי ברור שהמחוקק לא התכוון שחוק שוויון

135 עמדת היועצ"מ, ש"ש, פס' 43. ראו גם אהרן ברק "עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 1 (שלום לרנר, ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002) (להלן: ברק עקרונות כלליים של פרשנות המשפט).

136 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 219 של ועדת העבודה הרווחה והבריאות, הכנסת ה-16, 31-29 (11.7.2004).

137 ראו ש"ש, בעמ' 31 (עולה בבירור כי יו"ר הוועדה, שאול יהלום, שומע על הנחיותיו של מבטח המשנה לראשונה בדיון זה. דברי היו"ר: "מי יודע? אם זה ספר רציני – אני לא מכיר את העניין – שכל חברות הביטוח בכל העולם פועלות לפיו, יכול להיות שהממונה על הביטוח יגיד: אין לו בריחה."); הצעת חוק שוויון זכויות (תיקון מס' 2), התשס"ה-2005, נספח כ-2951/א'.

138 עמדת היועצ"מ, ש"ש, לעיל ה"ש 127, פס' 43-46.

139 עם זאת, אינני סבור שמדובר בטענה אנלוגית, כיוון שהסדר הכופה ביטוח שונה מהותית מהדרישה לאיזון בהפליה הסטטיסטית המתאפשרת מכוח החוק ובדרישה להוכחת שונות רלוונטית. אפרט על כך בהמשך גם כן.

זכויות יהיה אות מתה בשוק הביטוח ולא ישנה כלל את המציאות שהייתה קודם לכן, שבה החלטת מבטח המשנה שלא לבטח אנשים עם מוגבלות הייתה סוף פסוק. האדן השני – היועץ המשפטי לממשלה (בהסתמך על רשות הביטוח) טוען כי ספרי מבטח המשנה, שהוא גוף הממלא פונקציה הכרחית בשוק הביטוח הישראלי, הם "מידע אמין ורלוונטי לצורך הערכת הסיכון הביטוחי המסוים" (תנאי 2 לעיל).¹⁴⁰ לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, תחום הביטוח הסיעודי מתאפיין באי-ודאות גדולה, ובכמות נתונים מועטה בשוק הישראלי;¹⁴¹ מבטח המשנה, בהיותו חשוף למידע מכמה חברות ביטוח ישראליות, וכן מחשיפתו לשווקים נוספים, פותר את שאלת אי-הוודאות על ידי מחקר סטטיסטי מקיף המבוסס הן על השוק בישראל והן על שווקים זרים, המקנה לו בסיס נתונים רחב. על כן, טוען היועץ המשפטי לממשלה, מדובר בגוף מקצועי ואמין שהנחיותיו הן בבחינת מידע אמין כהגדרת החוק.

באשר לשאלת פרשנות התיבות **הסיכון הביטוחי המסוים** שבסעיף 19 לה(א) (הסיפא של תנאי 2 לעיל), עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי יש לראות בספרי מבטח המשנה **כרלוונטיים לסיכון הביטוחי המסוים** הנדון בתביעה – הסיכון להידרש לטיפול סיעודי – בשל שיקולי מדיניות הנוגעים לאופן שבו מתנהל השוק. כך, לפי היועץ המשפטי לממשלה, שוק הביטוח הסיעודי כולו נסמך על הנחיות מבטח המשנה לקביעת תנאי החיתום, ועל כן דרישה לחשיפת הנתונים האלה תפגע באופן שבו שוק הביטוח מתנהל ובחופש התקשורתן של חברות הביטוח.¹⁴²

נראה כי ברור לאן הדברים עתידיים להתגלגל מכאן אם תוחל הלכת **זליגמן**. פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה לחוק שווין זכויות, המבטאת את עמדת רשות הביטוח,¹⁴³ גורם מקצועי בתחום אשר פרשנותו הועדפה במקרים רבים נוספים (כולל בעניין **זליגמן**),¹⁴⁴ עלולה להיות מועדפת גם כאן. אלא שקשה לקבל במקרה זה את

140 כדרישת חוק שווין זכויות, ראו ס' 19 לה(א) לחוק שווין זכויות.

141 עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 127, פס' 32-36.

142 מחוות דעתו של היועמ"ש בולטת בהיעדרה ההתייחסות להיתו של יחס זה "סביר בנסיבות העניין", שהוא מרכיב נוסף הנדרש מכוח סעיף 19 לה(א) להתרת הבחנה בין מבוטחים. אפשר לשער שהיעדר התייחסות למרכיב זה נובע מעמדתו של היועמ"ש שהגורם המוסמך להכריע באשר ליישום תנאי הסבירות בנסיבות העניין במקרה הקונקרטי הוא בית המשפט. אך אם כך הדבר, מדוע בית המשפט לא ערך בירור ספציפי בסוגיה זו? עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 127. סעיף החוק המלא, כולל ההוראה בדבר היות היחס סביר, אוזכר ראשית בפס' 21.א. התייחסות נוספת ניתנה בפס' 44 – הכול מבלי להידרש לסבירותו של יחס זה.

143 עמדת הרשות ניתנת באמצעות היועץ המשפטי לממשלה, כיוון שלזה סמכות התייצב בהליך מכוח ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. גם בעניין **זליגמן** פרשנות הרשות הובאה באמצעות פרקליטות מחוז תל אביב, כבאת כוחו של היועץ המשפטי לממשלה. ראו עניין **זליגמן** במחוזי, לעיל ה"ש 1. להרחבה ראו שנער "בכמה קולות מדברת המדינה", לעיל ה"ש 85, בעמ' 363-365.

144 במקרים שבהם הועדפה פרשנות החוק של הרגולטור בהיותו גורם מקצועי ראו למשל עניין **התאחדות תאגידי כוח אדם זר**, לעיל ה"ש 22; למקרה שבו הודגשה מקצועיותו של

פרשנותה של הרשות המינהלית. ובצורה כללית יותר, קשה להלוּם עדיפות פרשנית במקרים של זכויות אדם, כמו במקרה שלנו של אנשים עם מוגבלות, ועל כן אין ליתן בכורה לפרשנות הרשות המינהלית, אפילו היה מדובר בהנחיות הרשות עצמה. למותר לציין כי להלכה זו ישנה חשיבות החורגת מעניין **פלונית**, בהיותה חולשת על כלל התיקים שיכריעו בשאלת מעמדן של הנחיות מבטח המשנה – דוגמת **אלמונים נ' הראל**, אשר יידון בהמשך.¹⁴⁵

3. מדוע אין להסתפק בהנחיות מבטח המשנה בנסיבות שבהן זכויות אדם עומדות על הכף?

אנסה כעת לשכנע כי פרשנותם של היועץ המשפטי לממשלה ושל רשות הביטוח מפירה את האיזון שיוצר חוק שוויון זכויות בין הערכת הסיכון במסגרת השיקול האקטוארי לבין ההגנה על זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות, ולא במפתיע נותנת משקל יתר לשיקול האקטוארי ומשקל חסר לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות. אדגים את טענתי שהפרשנות שמציע המאסדר מתעלמת ממוגבלות החוק המתחייבות מחוק שוויון זכויות, ומותירה את אוכלוסיית האנשים עם מוגבלות בפועל ללא הגנה משפטית ראויה.

אך תחילה, כדי להבין את הקושי בעמדת הרשות במקרים כגון **פלונית יש להבין את השיקול האקטוארי העומד בבסיס הנחיית מבטח המשנה וחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה לגביהם.**

השיקול האקטוארי ומגבלותיו

אקטואריה בבסיסה היא מדע ניהול סיכונים בתנאי אי-ודאות. מטרת האקטואריה לאפשר לחברות הביטוח להעריך באופן מהימן את מידת הסיכון של כל מבוטח, אשר ישוקף בשיעור הפרמיה שתקבע לו. הדיפרנציאציה בין המבוטחים וסיכוניהם כפי שבאה לידי ביטוי בפרמיה מובנית במנגנון הביטוח, ומטרתה למנוע שתי תופעות שליליות ביחס לביטוח – ברירה שלילית (Adverse selection) וסיכון מוסרי (Moral

הפיקוח על שוק ההון, הביטוח והחיסכון ראו רע"א 8014/09 דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' חיים פרידמן (פורסם בנבו, 21.4.2011).

145 ת"צ 60255-12-17 אלמונים נ' חברת הראל לביטוח בע"מ (לא פורסם, 29.3.2020) (להלן: עניין אלמונים נ' הראל) (דחיית בקשה לסילוק על הסף ואישור גילוי פרוטוקולי החיתום של המשיבות). מעניין לציין כי אף שההליך בעניין **פלונית** תלוי ועומד בעת הגשת בקשה זו, היועץ המשפטי לממשלה נמנע מהתייצבות בהליך זה גם כן, תוך שהוא מבהיר ש"אין בכך כדי לשנות מעמדתו כפי שהוגשה בהליך האחר". שם, פס' 8.

146. **ברירה שלילית** בביטוח מתרחשת כאשר לביטוח מגישים מועמדות אנשים בעלי סיכון גבוה אשר אינו ידוע לחברת הביטוח בשל אינפורמציה א-סימטרית בינם ובין המבטחת. מכיוון שהמבטחת אינה יכולה להבחין בינם לבין בעלי הסיכון הנמוך, היא גובה מכולם מחירי אחיד כך שבפועל המבוטחים בעלי הסיכון הגבוה מסובסדים על ידי מבוטחים בעלי סיכון נמוך. בטווח הארוך, תחת הנחות מסוימות, 147 המבוטחים בעלי הסיכון הנמוך אשר משלמים מחיר גבוה מהסיכון שלהם יעדיפו לצאת מהביטוח ויישארו בו לבסוף רק מבוטחים בעלי סיכון גבוה – דבר שעלול להביא לקריסת שוק הביטוח. 148 כמו הברירה השלילית, **הסיכון המוסרי** נובע גם הוא מתמחור שאיננו מותאם לסיכון וגם הוא נובע מבעיית אינפורמציה א-סימטרית, אך הפעם באשר להתנהגות המבוטח **לאחר** שנחתם חוזה הביטוח. 149 בהתקיים תמחור שאינו דיפרנציאלי ביחס לסיכון שיוצר המבוטח, קיים חשש שהמבוטחים יפעלו ברמת זהירות מתחת לאופטימלית. 150

אף שהערכת סיכונים וקביעת מחיר דיפרנציאלי הן יעילות ולעיתים אף הכרחיות לפעילותו של הביטוח, הן אינן חזות הכול. תמחור דיפרנציאלי הוא למעשה תמחור מפלה סטטיסטית. הפליה סטטיסטית היא הפליה המבוססת על מתאם סטטיסטי מוכח בין השתייכות של פרט לקבוצה לבין מאפיין רלוונטי לסיכון הביטוחי. 151 אף בהיות ההפליה מבוססת על שוני סטטיסטי, כאשר היא פועלת נגד קבוצות מוחלשות, היא יכולה לשרת כוונות מפלות נוספות, כמו גם לפגוע בעקרון השוויון ככלל. 152 כך לדוגמה בעבר חברות ביטוחי חיים סירבו לקבל הומוסקסואלים בשל המתאם בין השתייכות לקהילה לבין שכוחות נשיאת נגיף ה-HIV, מה ששירת סטיגמות נוספות כנגדם. 153 העובדה שהערכת סיכונים היא יעילה כלכלית אין משמעותה שחברת

146 ראו ירון אליאס **דיני ביטוח** (מהדורה שלישית, 2016) (להלן: אליאס **דיני ביטוח**); רונין אברהם "ביטוח" **הגישה הכלכלית למשפט** (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן: אברהם "ביטוח").

147 להרחבה ראו Ronen Avraham et al., *Understanding Insurance Anti-Discrimination Laws*, 87 S. Cal. L. Rev. 195, 205 (2014) (להלן: Ronen Avraham et al.).

148 George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488 (1970). עם זאת, חשוב לציין, כי אין ביטוח שאין בו סכסוך צולב כלשהו בין מוצרי הביטוח. ראו אברהם "ביטוח", לעיל ה"ש 146.

149 Ronen Avraham et al., לעיל ה"ש 147, בעמ' 204. ראו גם עניין **תותי אשבל**, לעיל ה"ש 97.

150 Ronen Avraham et al., שם, בעמ' 206-207.

151 משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקה בית המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" **משפט וממשל** יז 147, 174-172 (2016) (להלן: כהן-אליה "על היסוד הנפשי").

152 שם. ראו גם אברהם "תגובה למאמרו של פרופ' סטמן", לעיל ה"ש 128.

153 משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" **עבודה, חברה ומשפט** יא 195, 200 (2005); Neil Cobb, *Queer(ed) Risks: Life Insurance, HIV/AIDS, and the 'Gay Question'*, 37 J. L. & Soc. 620 (2010).

הביטוח יכולה לנהוג כאוות נפשה. אילו שוויון היה יעיל, לא היה שום צורך לחוקק חוקי איסור הפליה. העובדה שמחוקקים בחרו לחוקק חוקי איסור הפליה משקפת הכרעה פוליטית כי יעילות כלכלית אינה בהכרח חזות הכול.¹⁵⁴ מכאן, כשעסקינן ב"קבוצות מוגנות" יש להגביל את מידת ההפליה הסטטיסטית בשיקולי שוויון והיעדר הפליה.¹⁵⁵

ואכן, הפסיקה שעסקה בביטוח ופנסיה הבחינה בין שוני סטטיסטי רלוונטי לכזה המפלה ומבוסס סטריאוטיפים. בעניין **אלחנתי** לדוגמה,¹⁵⁶ שבו נדונו הסדרי חלוקת פנסיות שארים מכוח חוק ההבראה, נקבע כי ההסדר שלפיו אלמן מקבל פחות כספים מאלה שאלמנה תקבל מכוח החוק הוא הסדר מפלה.¹⁵⁷ נקבע כי השוני מבוסס סטריאוטיפים ותפיסות חברתיות שעבר זמנן, כמו זו שלפיה אישה היא מפרנסת משנית ומשכך נזקקת ליתר סיוע. כך, הגם שבהחלט ייתכן כי בפועל מן הבחינה הסטטיסטית בממוצע אלמנות זקוקות לתמיכה כספית גדולה יותר משל אלמנים, ההסדר הוכרז כפסול בהיותו משרת כוונות מפלות בהקשרים אחרים, ומנציח את הסטריאוטיפים נגד נשים.¹⁵⁸

עם זאת, המחוקק הכיר בכך שיכולים להתקיים מקרים חריגים שבהם בכל זאת יש לאפשר הפליה, בהיות הדבר **מתחייב** מאופי המוצר הביטוחי. ואכן בעניין **תותי אשבל**,¹⁵⁹ מצא בית הדין הארצי לעבודה לסייג את איסור ההפליה ולהתירה מקום שמתקיימים כשלי שוק אשר עלולים למוטט את שוק הביטוח עצמו. כך, בית הדין הארצי הצדיק את ההבחנה בין נשים לגברים בכל הנוגע לגבייה עבור רכיב הגמלה (תשלום הניתן למבוטח שהגיע לגיל פרישה עד סוף חייו) ככזה המבוסס על שוני רלוונטי. למסקנה זו הגיע בית המשפט לאור קיומו של שוני מובהק בתוחלת החיים בין גברים לנשים בעת יציאתם לגמלאות בצירוף העובדה כי עם היציאה לגמלאות מותרת משיכה הונית של יתרת הקרן. התעלמות מנתונים אלה עלולה להביא למצב של ברירה שלילית של מבוטחיה הגברים אל מחוץ לביטוח, שכן יהיה להם עדיף למשוך את יתרת הקרן בצורה הונית ולקבל מקרן מתחרה קצבה חודשית גבוהה יותר המתאימה לתוחלת החיים הנמוכה יותר של גברים. במצב כזה חברות הביטוח היו נשאות עם ציבור

154 לדין בייעילות של איסור הפליה, ראו ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" **עלי משפט** ג 37 (2003).

155 ראו אליאס **דיני ביטוח**, לעיל ה"ש 146, בעמ' 288-290.

156 בג"ץ 2911/05 **משה אלחנתי נ' שר האוצר**, סב(4) 406, פס' 36 לפסק דינה של השופטת (כתוארה דאז) חיות (2008) (להלן: עניין **אלחנתי**).

157 שם, בפס' 26 ו-34.

158 ראו כהן-אליה "על היסוד הנפשי", לעיל ה"ש 151, בעמ' 172-174. ראו גם אברהם "תגובה למאמרו של פרופ' סטטמן", לעיל ה"ש 128, בעמ' 300.

159 עניין **תותי אשבל**, לעיל ה"ש 97.

מבוטחות-נשים אשר היו זכאיות לקבל קצבאות גבוהות יותר מסך היתרה שנותר בקרן ואשר לא הייתה מספיקה להן, דבר שעלול היה להביא לקריסת הקרן.¹⁶⁰ לסיכום נקודה זו, העובדה שהשיקול האקטוארי דוחף לכיוון של הפליית אנשים עם מוגבלות איננו סוף הדין אלא רק תחילתו. את העובדה הזו יש לאזן אל מול השאיפה לשוויון כך שחריגים לשוויון יוכרו ככל האפשר רק במקרים נדירים שבהם הדבר מתחייב. כעת אפנה לניתוח האיזון הראוי בחוק שוויון זכויות בין השיקול האקטוארי לשיקולי השוויון.

"מידע אחר", "אמין ורלוונטי להערכת הסיכון הביטוחי המסויים", ו-"סביר בנסיבות העניין"

בחוק איסור הפליה נקבע חריג לאיסור ההפליה כאשר "הדבר מתחייב מעצם טיבו ומהותו של המוצר".¹⁶¹ לעומת זאת כפי שראינו לעיל בהסדר הנוגע לביטוח בחוק שוויון זכויות, החריג לאיסור ההפליה לכאורה רך יותר ומאפשר להפלות בהתקיימותם של שלושת התנאים המצטברים.¹⁶² כשלעצמו, הסדר זה נראה כהחלשת ההגנה על אנשים עם מוגבלות בחוק, בשל החלפת הדרישה להוכיח כי היחס המפלה מתחייב מעצם הביטוח (כפי שקבוע בחוק איסור הפליה), בדרישה להוכיח יחס סביר מהמבטח, המבוסס על נתונים אמנים ורלוונטיים (כפי שקבוע בחוק שוויון זכויות). אם אין בהחלשה לשונית זו די, באה הכרעת רשות הביטוח, המשתקפת בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ומחלישה עוד יותר את ההגנה על אנשים עם מוגבלות בכך שהיא הופכת את התנאי ההכרחי (כי היחס השונה יהיה מבוסס על נתונים אמנים ורלוונטיים) לתנאי מספיק. כיצד? משום שהכרעת רשות הביטוח אינה מעניקה שום משקל לתנאי הנוסף – שהדבר סביר בנסיבות העניין. בכך, רשות הביטוח מעניקה חזקת סבירות למבטח המשנה, דבר שאינו מתקבל על הדעת, בוודאי כשעל הכף מונח עקרון השוויון. מקובלת עליו הטענה כי הנחיות מבטח המשנה הן "מידע אחר" כהגדרתו בחוק.¹⁶³ אולם בשום פנים ואופן אין להגדירן מראש ובצורה גורפת כרלוונטיות, אמינות ובוודאי שאין ליתן להן חזקת סבירות עבור כל פוליסות הביטוח, כפי שעולה מגישת היועץ המשפטי לממשלה והממונה על שוק הביטוח. הגדרת הנחיות מבטח המשנה כתואמות

160 שם, פס' 34(ב) (הסבר על אפקט הברירה השלילית), ופס' 83-93 (מדגים את המשקל של טענה זו בהנמקת בית הדין). כמו כן, על הבחנה זו אפשר לחשוב ככזו שאיננה יוצרת כוונה מפלה בהקשרים אחרים, אלא מבטאת שוני רלוונטי קיים.

161 ס' 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה. הוראה דומה מופיעה בהסדר הכללי ביחס לשירותים בס' 119 לחוק שוויון זכויות.

162 ס' 19 להחוק שוויון זכויות (נתוני סא"ר: נתונים סטטיסטיים, אקטואריים ורפואיים). להרחבה על אודות תנאים אלה ראו תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הודעת מבטח בדבר מתן יחס שונה לאדם או בדבר סירוב לבטחו), התשע"ו-2016.

163 ס' 19 לחוק שוויון זכויות.

את הדרישה בחוק מעניקה הלכה למעשה מעין חזקת אמינות, רלוונטיות וסבירות למבטח המשנה – גוף פרטי הפועל במחשכי ניכר, אשר עקרון השוויון ויישומו בישראל אינם בראש מעייניו.

מן הבחינה הפרשנית, צדק היועץ המשפטי לממשלה בהבחנתו כי בפרשנות חוק יש לבחון הן את היסוד האובייקטיבי והן את היסוד הסובייקטיבי של הסעיף. אלא שמן הבחינה הסובייקטיבית ראינו שאין שום יסוד לטענה שהנחיות מבטחי המשנה גוברות תמיד על עקרון השוויון, ומן הבחינה האובייקטיבית דווקא מתחייב איזון בין ההפליה הסטטיסטית הנדרשת לצורכי יציבות אקטוארית ובין ההגנה בחוק על זכויות האדם, בראשן השוויון.¹⁶⁴ כפי שהובהר לעיל, איזון כזה יבוא על סיפוקן אם חברות הביטוח תידרשנה למשל להוכיח, כפי שמצווה החוק, כי המידע שמכוחו הן מבחינות בין מבוטחים הוא אמין ורלוונטי לסיכונן של המבוטח הספציפי ושהדבר סביר בנסיבות העניין. זאת להבדיל מעמדת היועץ המשפטי לממשלה היוצרת כאמור חזקת אמינות, רלוונטיות וסבירות לטובת מבטח המשנה, דבר שיגרום לכך שמבטחי המשנה כלל לא ידרשו מעיקרא להבהיר את האמינות והרלוונטיות של אותו מתאם סטטיסטי העומד בבסיס הערכת הסיכון, וחברות הביטוח לא תידרשנה להגן עליו.

קחו למשל מצב היפותטי, שבו מבטח משנה מנחה חברות ביטוח בישראל לגבות פרמיה גבוהה יותר מערבים או ממזרחים, או חמור מכך, שלא לבטחם כלל. המידע הנאסף, אשר הוביל את מבטח המשנה למסקנה זו, ייוותר חסוי מעיני הציבור. האם מישהו היה מעלה על הדעת שעל בית המשפט לסגת למול עמדה פרשנית כזו? סבורני כי התשובה לכך שלילית.

את התימוכין הפרשני לגישתי אפשר למצוא גם בנטלי ההוכחה המנויים בחוק. לא בכדי קבע המחוקק כי נטל ההוכחה שמתן היחס השונה מוצדק, יחול על המבטח, אלא שלפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה המבטח פטור אפילו מחובת הנמקה רצינית.¹⁶⁵ השוו זאת למצב השורר בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה הקובע מסגרת להיפוך נטל השכנוע למעסיק בהינתן הבאת בדל ראיה להפליה מחמת מוגבלות.¹⁶⁶ בבג"ץ מחמלי, אשר עסק בהפליה בעבודה של אדם עם מוגבלות, קבע בג"ץ כי נוכח תכליות חוק שוויון זכויות בשמירה על זכותם ושילובם של אנשים עם מוגבלות, נטל ההוכחה על המעסיק במקרה של הפליה בעבודה של אדם עם מוגבלות מחייב הוכחה של "מאמצים

164 יש הטוענים כי במקרים הנוגעים לזכויות אדם, יש לשים את הדגש על יסודו האובייקטיבי של הסעיף. ברק עקרונות כלליים של פרשנות המשפט, לעיל ה"ש 135, בעמ' 7-8.

165 ס' 19 לחוק שוויון זכויות.

166 ס' 9 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. לדיון בנטלי הראיה תחת חוק זה ראו, למשל, בג"ץ

1758/11 אורית גורן נ' הום סנטר ובית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 17.5.2011);

דנג"ץ 4191/97 אפרים רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 350-352;

(2000); שרון רביץ-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את

קיומה" הפרקליט מד 529, 539-543 (2000).

אקטיביים כנים וישרים [...] לבצע את ההתאמות הנדרשות לשם שילובו [...]”¹⁶⁷. בג"ץ לא מסתפק במדיניות סבילה להוכחה שכזו, אלא מציב רף גבוה למעסיק על מנת להבטיח את שילובם של אנשים עם מוגבלות. דברים אלה יפים גם בענייננו, כשם שמוטלות על מעסיק עלויות להתאים את מקום עבודתו לאדם עם המוגבלות, כך גם ראוי לקבוע כי הפניה סתמית לספרי מבטח המשנה אינה מספקת לשם התגברות על איסור ההפליה שבחוק.

על החשיבות של שקיפות נתוני מבטח המשנה אפשר ללמוד גם מטעונו של הוועד למלחמה באיידס, אשר צורף כידיד בית המשפט (Curie amicus) בעניין **פלונית** שבו אנו עוסקים.¹⁶⁸ לטענת הוועד, נשאי HIV נדחים כמעט כליל בנגישות לשירותי ביטוח, ולהנמקת סירובן משתמשות חברות הביטוח בהנחיות מבטחי המשנה.¹⁶⁹ הדוגמה המובהקת לבעייתיות שבכך, לדברי הוועד, היא הפליה בביטוח החיים. זאת כיוון שביטוח החיים נחשב ענף ביטוחי שבו חישובי הפרמיה פשוטים יחסית, בהתבססותם ככלל על חישובי תוחלת החיים של המבוטח. בניגוד למחקרים קיימים בעולם, הקובעים כי ההבדל בתוחלת החיים בין נשאים ובין שאינם נשאים איננו משמעותי,¹⁷⁰ ובניגוד לנהוג אצל מבטחים ומבטחי משנה אחרים בעולם המבטחים נשאי HIV,¹⁷¹ נטען כי חברות הביטוח בישראל אינן מבטחות נשאי HIV, אף לא בביטוחים בסיסיים כביטוח חיים – המבוסס כאמור על הערכת תוחלת חיים של המבוטחים. אם תאושר פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה (המשקפת את עמדת הממונה), לא תיוותר כל אפשרות לדעת מה הנימוק לסירוב זה; כך שאפילו דיון בשאלות מהותיות אלה, על אודות מידת הרלוונטיות של המידע שעליו התבססה ההחלטה, לא יתקיים.

לבסוף, דוגמה נוספת המדגימה את האבסורד שבחזקת הסבירות שניתנת למבטחי המשנה אפשר לראות בעניין **אלמונים נ' הראל**, שבו הוגשה תובענה ייצוגיות נגד כמה חברות ביטוח וקופות חולים בגין סירוב לבטח קטינים על הרצף האוטיסטי בהסתמך, שוב, על הוראות מבטח המשנה. באותו המקרה, בית המשפט דווקא הסכים לחשוף בפני התובעים את ה"מידע האחר" שעליו התבססו מבטחי המשנה, דבר שאפשר לתובעים להגיש לבית המשפט שתי חוות דעת, האחת אקדמית והשנייה אקטוארית, אשר מעלות ספק כבד בדבר עדכניותן של הנחיות מבטח המשנה ביחס לאוטיזם והיותן

167 בג"ץ 6069/10 **רמי מחמלי נ' שרות בתי הסוהר**, פס' 35 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 5.5.2014) (להלן: **בג"ץ מחמלי**).

168 טיעוני ידיד בית המשפט, הוועד למלחמה באיידס, בעניין תא"מ 11025-09-17 **פלונית נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ** (לא פורסם, 6.11.2019, bit.ly/2WraSKA).

169 פס' 19-20.

170 בהנמקתם נעזרו במחקרים קיימים. ראו שם, בה"ש 13.

171 שם, פס' 34 ו-36.

"מידע אחר" אמין ורלוונטי לסיכון המסוים, וזאת משום שהנחיות אלה גילמו בכיורר גישה ארכאית לאוטזים, אשר נדחתה משכבר בספרות המקצועית.¹⁷² אכן, ראוי שברירת המחל של בתי המשפט תהיה לחשוף בפני התובעים את "המידע האחר" שעליו התבסס מבטח המשנה תוך הבטחה כי המידע יישאר סודי בידי התובע בלבד כפי שנעשה בעניין אלמונים נ' הראל שהוזכר לעיל. באותו העניין, בית המשפט אף אישר את הבקשה לגילוי פרוטוקולי החיתום מהמשיבות שסירבו למסורם.¹⁷³ במקרים חריגים ביותר שבהם בית המשפט סבור שהדבר בלתי-אפשרי, אזי הרע במיעוטו הוא לדרוש מחברת הביטוח תצהיר ממנכ"ל החברה המאשר כי חברת הביטוח בחנה כמה מבטחי משנה, ושנעשה מאמץ לבחור במבטח משנה אשר מיטיב עם אוכלוסיית האנשים עם המוגבלות בטרם נבחר אחד שאיננו. אפשרות ביניים היא לדרוש מחברת הביטוח להוכיח כי אין שום מבטח משנה שמוכן לבטח ביטוחים הנמכרים לאנשים עם מוגבלות,¹⁷⁴ או לספק לבית המשפט תצהיר ממנכ"ל חברת ביטוח המשנה כי החברה תעזוב את ישראל אם תחויב לבטח אנשים עם מוגבלות, ואפילו אם יותר לה לגבות פרמיה גבוהה יותר.

ברור כי יש בכך להטיל עלויות על חברות הביטוח, אולם כדבריו של הנשיא לשעבר א' ברק, "הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית", זאת משום ש"שוויון עולה כסף".¹⁷⁵ לסיכום, עולה כי הסתמכות עיוורת על הנחיותיו של מבטח המשנה יוצרת מעין "מקלט שוויון" (באנלוגיה למקלט מס) לחברות הביטוח. כך, חברות הביטוח יכולות לחסות בצילו של מבטח משנה זו, אשר זכויות האדם בישראל אינן בראש מעייניו. זאת, מבלי שיידרשו לדין וחשבון מהותי על כך שהן מפלות אנשים עם מוגבלות.¹⁷⁶

דוגמה זו ממחישה את הסכנה במתן בכורה נורמטיבית למאסדר כשמדובר בהוראות המגנינות על זכויות אדם. המאסדר הלך שבי אחר היתרונות הכלכליים שעליהם הצביעו המבטחים בישראל באשר להסתמכות על מבטחי המשנה, תוך שהוא

172 עניין אלמונים נ' הראל, לעיל ה"ש 145 (אישור גילוי נוהלי החיתום של מבטחי המשנה ואישור המצאת פרוטוקול חיתום של קופ"ח מכבי).

173 שם.

174 השו"ר לרע"א 3260/10 חתמי לויס נ' אליהו סלוצקי (פורסם בנבו, 15.9.2013), שבו נעשתה דרישה דומה בהקשר אחר.

175 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 114, בעמ' 528. אף שכיבוד זכויות האדם דורש נשיאה במעמסה הכספית, חשוב לזכור שבשאלה על מי תגולגל עלות זו – על חברות הביטוח (מקום שבו ישולם ממטח רווחיהן) או על צרכני הביטוח (מקום שבו תשלום זה יגולגל אליהם). אם אכן מדובר בשוק תחרותי שבו חברות הביטוח אינן יכולות לשאת בהשקעה זו, ייתכן שנכון לסבסד מימון מחקר זה על ידי שימוש במיסוי מדינתי. שאלה חשובה זו חורגת מגדרי מאמר זה.

176 בהרבה מהמקרים חברות ביטוח לא מבטחות אנשים עם מוגבלות בשל חוסר רצון או תמריץ כלכלי להעריך את הסיכון שלהם. לעיתים, הדבר כרוך בעלויות מחקר שחברה אחת איננה יכולה או מסוגלת לעמוד בהן, או במוגבלות נדירה שעליה נאגר מידע דל. מבטח המשנה הוא בבחינת "פתרון קסם" לעול האינפורמציה המוטל על המבטחים. ראו גם אליאס דיני ביטוח, לעיל ה"ש 146, בעמ' 294.

מפקיר את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות. בפרק הבא אדון בסוגיה זו בצורה כללית יותר.

4. בחזרה לפרשנות הרשות המינהלית ביחס לחקיקה

משהוצג החשש שבקבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כלשונה וכתוכנה בעניין **פלונית**, יכולים אנו להיווכח בהשלכות הקשות שיהיו ליישום הלכת **זליגמן**, בהנחה שזו תוחל גם על פרשנות הרשות המינהלית בחקיקה ועוד כזו הנוגעת לזכויות אדם אשר מטבעה נועדה להגן על האזרח מפני הרשות (ובשל "השבי הרגולטורי" – למעשה גם מפני חברות הביטוח). טענתי היא כי אין להחיל במקרים כאלה חזקה פרשנית לטובת הרשות המינהלית.

ניתוח הפרשנות המוצעת של היועץ המשפטי לממשלה בעניין **פלונית** לאור הלכת **זליגמן** מצביע כי אפשר לקבוע בקלות שפרשנות זו "מתיישבת עם הלשון של החוק", קרי היות נתונים אלה "רלוונטיים ואמינים" לצורך הסיכון הביטוחי המסוים. אף שמדובר במושג שסתום, קיים סיכוי לא מבוטל שבית המשפט יאמץ פרשנות זו כסבירה או לכל הפחות, לא ידחה אותה בשל איסבירות קיצונית.¹⁷⁷ זאת, שכן אפשר לסבור שהרשות נתנה את המשקל לכלל השיקולים הרלוונטיים,¹⁷⁸ ושפרשנותה חוסה במסגרת הפרשנויות האפשריות שלשון הסעיף מאפשרת.¹⁷⁹ משכך, ככל שתוחל גישת "מתחם הכבוד" גם ביחס לפרשנות חקיקה, קיים חשש שבית המשפט ייטה לקבל פרשנות היועץ המשפטי לממשלה באשר לאנשים עם מוגבלות כסבירה, ואפילו מדובר בחקיקה המגינה על זכויות האדם.

על פי **זליגמן**, נדרשים קיומם של "טעמים כבדי משקל" כדי לדחות עמדת מאסדר סבירה ואפשרית. על פניו, נראה כי אפשר היה להכריע כי עניינם של אנשים עם מוגבלות בישראל ושמירה על זכויותיהם עונים להגדרת "טעם כבד משקל". עם זאת, הגדרתו של בית המשפט לטעמים אלה דורשת שכנוע כי הם נבעו משיקולים שאינם ענייניים או נגזעים בניגוד עניינים.¹⁸⁰ ספק אם יש במקרה זה טעמים שכאלה; ועל כן נראה כי פרשנותו של המאסדר הייתה מתקבלת במשטר פרשני כזה.

וכיצד הדברים יפורשו תחת גישת "הטיית האוזן"? סבורני כי בגישה זו יש כדי להגדיל את ההסתברות שבית המשפט יגיע לתוצאה הראויה, והיא כי הפניה סתמית

177 להסבר רחב על אודות הפעלת עילת הסבירות כיום ראו דפנה ברקארז **משפט מינהלי** כרך ב 723-769 (2010); מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 773, 797 (2013).

178 ע"מ 7335/10 **משרד הביטחון, קצין התגמולים נ' משה לופו** (פורסם בנבו, 29.12.2013).

179 עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 4, פס' 40 ("מתיישבת עם לשון ההנחיות"); ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 794-795.

180 עניין **זליגמן**, שם, פס' 40.

להנחיותיהם של מבטחי המשנה היא בלתי-מספקת לשם עמידה בתנאי ס' 19 לה לחוק שוויון זכויות.

בעבר, אף בלי ראיות לניגוד עניינים מכוון, הוכיח בית המשפט את יכולתו לפסוק נגד הרשות ולהגן על הציבור. כך למשל בתובענה ייצוגית בעניין דוידי,¹⁸¹ הפכה הממונה את הנחיותיה שלה לאות מתה כשתמכה בעמדת חברות הביטוח, אך בית המשפט לא נתן לעמדתה מתחם של כבוד אלא נכנס לגופם של דברים. בעניין דוידי נדונה פוליסת ביטוח סיעודי שבה הוכנס סייג הקובע כי הכיסוי מתחיל רק לאחר סיום האשפוז בבית החולים. סייג זה לא גולה באופן נאות למבוטחים, על אף היותו סייג מהותי לזכותם כמבוטחים; וזאת למרות חוזר של רשות הביטוח אשר קובע כי כל חריגה מהפוליסה הסטנדרטית דורשת גילוי נאות. גם בעניין דוידי כמו בעניין זליגמן, בית המשפט ביקש את פרשנות רשות הביטוח, וזו טענה כי לא ראתה "[...] בסייג האשפוז שינוי או צמצום של הגדרת מקרה הביטוח".¹⁸² למרבה המזל, בית המשפט לא קיבל את עמדת המאסדר (שחפפה בחלקים המהותיים לזו של חברות הביטוח) ואישר את התובענה כייצוגית.

יתרה מכך, כפי שפירטתי לעיל, לבית המשפט עדיפות מובהקת בפרשנות המערך הנורמטיבי הכולל של זכויות האדם בישראל. המאסדר, במקרה זה רשות הביטוח, אף שהוא בעל סמכות מעין-שיפוטית הנוגעת להפליה, מתמקד באופן טבעי בהשלכות של מעשיה על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח וברווחת המבוטחים כצרכנים, ופחות בהגנה על זכויות אדם באופן רחב.¹⁸³ נוסף על כך, לרשות האמונה על יישום החוק, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, לא ניתנה הזדמנות שווה להביע דעתה בתיק זה, וחוות דעתה איננה משתקפת מזו של היועץ המשפטי לממשלה. על כן, סבורני כי במקרה של הסדר הביטוח בחוק שוויון זכויות, אין להעדיף את פרשנותו של המאסדר, אשר לבית המשפט עדיפות ברורה עליו במקרים מעין אלה.

סיכום

פסק הדין בעניין זליגמן עלול לשמש נקודת מפנה בבחינת פרשנות הרשות המינהלית, בנסותו לכאורה לייבא את הגישה האמריקנית, כפי שזו הותוותה בפסק דין *Chevron* ובפסקי דין אחרים, המעניקה מתחם של כבוד (deference) לרשות בפרשנותה. אף שפסק הדין התיימר לשנות את המצב הקיים רק ביחס לפרשנות הרשות להנחיותיה, קיים חשש כי הוא עלול להוות שלב נוסף בהליך ריסונו של בית המשפט בדרך של מתן בכורה פרשנית לרשות המינהלית בפרשנות של חקיקה ראשית וחקיקת

181 ת"צ (ת"א) 55012-05-14 יוכבד דוידי נ' דקלה – חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 24.12.2018) (להלן: עניין דוידי).

182 שם, פס' 34.

183 ס' 60 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (סמכות לברר תלונות הציבור, כולל בנושאי הפליה); הנטייה הטבעית של המאסדר להעדיף שיקולי יציבות נדונה בעניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 45, פס' 28-29 לפסק דינו של השופט זמיר.

משנה גם כן. אך ההחלקה במדרון הממד הנורמטיבי אינה הבעיה היחידה בו. הסכנה היא גם מהחלקה במדרונות אחרים: הממד ההיררכי, הממד המהותי וממד היסודיות. עיקר החשש הוא שתינתן בכורה פרשנית לרשות שאינה מומחית גם בנושאים הקשורים בסדרי שלטון ומשפט וזכויות אדם, דהיינו בממד המהותי.

כפי שדנתי לעיל, לגישה המעדיפה את פרשנות המאסדר להנחיותיו טעמים רלוונטיים, שהם כורח המציאות הרגולטורית הקיימת – הצורך בניהול יעיל, המורכבות של ההוראות המפורשות והיותן החלטות מדיניות אשר ראוי שיבוצעו בידי הרשות המינהלית, אשר לה מידת אחריות גבוהה מזו של בית המשפט.

ברם, אין הדבר נכון באותה המידה עבור פרשנות חקיקה, שבה לרוב המאסדר כלל לא היה מעורב, ובוודאי לא עבור הוראות נורמטיביות (כולל הנחיות הרשות) הנוגעות לזכויות אדם, שבהן לבית המשפט יתרון מוסדי ברור. הוראות אלה נועדו הרי להגן על הפרט מפני הרשות, ובעקיפין (בשל בעיית "השבי הרגולטורי") גם מפני גופים חזקים במשק. מתן העדפה פרשנית לרשות בהיבטים אלה מאיין היגיון זה.

יש הטוענים כי בפועל בתי המשפט בישראל ממילא נותנים עדיפות לפרשנות הרשות המינהלית כדבר שבשגרה, וכי אפשר ממילא להגדיר את המצב הקיים ככזה שיש בו חזקה לטובת פרשנות הרשות.¹⁸⁴ אף ששאלה זו קריטית להבנה האם בכלל ישנה נפקות למעבר הדוקטרינרי ל"מתחם הכבוד", טרם נערך בישראל מחקר אמפירי בנושא.¹⁸⁵

אך גם אם בישראל יתחוויר כי מדובר בשינוי אקספרסיבי בלבד, הרי שהעובדה שבית המשפט העליון מכיר מפורשות בככורה שהוא נותן לפרשנות הרשות לדבר חקיקה, משנה את האופן שבו הערכאות הנמוכות יותר וכן האזרחים תופסים את היחסים בין הרשויות ואת מחויבות בית המשפט להגן על זכויות האדם. ועל זאת יש להלין.

אלא שכפי שהראיתי באמצעות מקרה בוחן של פרשנות פרק חוזה ביטוח בחוק שוויון זכויות, למעבר ל"מתחם של כבוד" עלולות להיות השלכות הרות גורל ואין מדובר במעבר אקספרסיבי בלבד. במקרה שהוצג, פרשנותה של רשות הביטוח (רשות אשר אינה מתמחה בהגנה על זכויות האדם) קבעה שהוראות פנימיות ועלומות של מבטח המשנה בחו"ל מספיקות כדי ליתן יחס שונה בישראל לפי חוק שוויון זכויות. זוהי פרשנות אשר מאיינת את זכותם של אנשים עם מוגבלות לשוויון וחותרת תחת תכלית החוק. על בית המשפט לשמור על תפקידו ההיסטורי כמגן זכויות האדם ולא להכפיף את שיקול דעתו לעמדת הרשות.

184 זמיר **הסמכות המינהלית א'**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 228.

185 בארה"ב, שבה גישת מתחם הכבוד נוהגת, ישנם מחקרים לכאן ולכאן ביחס לשאלת ההשפעה של הדוקטרינה על ההתערבות בפועל של בית המשפט העליון ובתי הדין הפדרליים לערעורים. לדיון כללי ראו Richard J. Pierce Jr., *What Do the Studies of Agency Actions Mean?*, 63 ADMIN. L. REV. 77 (2011) Elliot & Schuck, לעיל ה"ש 89, בעמ' 1030, 1058.

בהתייחס להיבט הדוקטרינרי של הסוגיה, כפי שכבר ציינתי לעיל, אין בכונתי להכריע האם הגישה הראויה היא "הטיית אוזן" או מתן "מתחם של כבוד" לפרשנותה של הרשות, אלא להדגיש את חשיבותם של ארבעה ממדים אלה בבואנו לקבוע את היחס לפרשנותה של הרשות. התבוננות בממדים אלה יחדיו מאפשרת לנו לבחון את מידת המשקל (תחת גישת "הטיית האוזן") או את דרישות הסף לשם ביכור פרשנותה של הרשות (תחת גישת "מתחם הכבוד"). ככל שפרשנות הרשות יסודית יותר, ההוראה במעמד נורמטיבי נמוך יותר, הרשות עצמאית יותר, וההוראה היא בתחום מקצועי הנוגע למומחיות – כך ראוי להעדיף את פרשנותה. נוסף על כך, מקום של פרשנות יש השלכות רחבות על נושאים שהם בליבת הדמוקרטיה – כגון סדרי שלטון, משפט וזכויות אדם – ראוי שבית המשפט יבחן את הדברים לעומקם בעצמו. לבסוף, לא ניתן לסיים מבלי לחזור לפרשת זליגמן עצמה. לכאורה, לאור הניתוח שהצגתי לעיל אפשר היה לחשוב שראוי לתת "מתחם של כבוד" לפרשנות הרשות ביחס לפרשנות החוזר המסדיר את גביית תת-השנתיות, שהרי מדובר בפרשנות של רשות עצמאית (הממד ההיררכי) להנחיותיה (הממד הנורמטיבי), בנושא שהוא טכני, ובוודאי שאינו בעל השלכות רחבות על נושאים שהם בליבת המשטר הדמוקרטי (הממד המהותי).

עם זאת, כפי שעולה מהניתוח לעיל, כדי ליתן "מתחם של כבוד" במקרים מסוג זה ראוי שעמדת הרשות תהיה חד-משמעית ומנומקת כדבעי (ממד היסודיות). בעניין זליגמן, עמדת הרשות שהוגשה במסגרת ההליך הייתה דו-משמעית ("ניתן לפרש", משמע שניתן לפרש אחרת), עמומה ("אין מניעה לגבות"); האם דעת הרשות אינה נוחה מהגבייה הזו?), ולא מנומקת דיה.¹⁸⁶ זאת ועוד, קיים חשש כי עמדת המאסדר בזליגמן סותרת עמדת מאסדר בהליך אחר¹⁸⁷ – דבר אשר אם יוכרע כממצא עובדתי, מעלה חשש שעמדתה הנוכחית של רשות הביטוח נועדה לכאורה לכסות על כשל פיקוחי רב-שנים.¹⁸⁸ במצב דברים זה קשה יותר להצדיק מתן "מתחם של כבוד" לרשות. דומני, על כן, שהיה ראוי כי בית המשפט היה בוחן לעומק את הדברים לגופם.

186 ראו עניין זליגמן במחוזי, לעיל ה"ש 1, עמ' 6-8 (מתאר את עמדת המפקח על הביטוח כמשתמעת לשני פנים).

187 ס' 40 להשלמת הטיעון מטעם העותרים בדנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 6 (טענה שהועלתה גם במסגרת נספח ולתשובת העותרים לבקשת הרשות לערער בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 4, שלפיה בתיק אחר ציין המאסדר כי המונח "תעריף" בחוזר נשוא הדיון בעניין זליגמן הוא "שם אחר לפרמיית הביטוח המיועדת עבור הכיסוי הביטוחי", כדברי המאסדר. פרשנות זו סותרת לדברי המבקשים את פרשנות המאסדר בעניין זליגמן, שכן לטענתם היא מייחדת את התעריף לכיסוי הריסק בלבד, במובחן ממרכיב החיסכון).

188 ראו שפירא "תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'", לעיל ה"ש 49, עמ' 9.