

משפט חוקתי חקיקה	הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
חקיקת משנה: נוהל והנחיות	תאריך: י"ז חשון התשמ"ו, 1 נובמבר 1985 עדכון: י"ד חשון התשס"ד, 9 נובמבר 2003 מספר הנחיה: 2.3100 (60.012)

תוכן העניינים

1	חקיקת משנה: מהות והיקף	1
1	1.1 התקנות כחקיקה	
1	1.2 הצורך בתקנות	
1	1.3 היקף התקנות	
2	1.4 סדרי התקנת התקנות	
3	הגדרת תקנות	2
3	2.1 הגדרת "תקנה" בפקודת הפרשנות	
3	2.2 הגדרת "תקנה" בחוק הפרשנות	
4	2.3 תקנות בנות פועל תחקיקתי	
4	סוגי התקנות	3
4	3.1 שלושה סוגי תקנות	
4	3.2 תקנות בהתאם לחוק	
5	3.3 תקנות מחוץ לחוק	
5	3.4 תקנות בניגוד לחוק	
5	היחס הראוי בין חקיקה ראשית לחקיקת משנה	4
5	4.1 שלטון החוק וחקיקת משנה	
6	4.2 המצב הרצוי והדין בישראל	
7	4.3 הנחיה לנסחים: היחס הראוי בין חקיקה ראשית לחקיקה משנית	
9	הסמכות להתקין תקנות	5
9	5.1 הצורך בהסמכה מפורשת בחוק	
9	5.2 הענקת סמכות לשר הממונה על ביצוע החוק	
9	5.3 הענקת סמכות לרשויות אחרות	
10	5.4 הנחיה לנסחים: הענקת הסמכות לשר ולא לרשויות אחרות	
11	העברת הסמכות להתקין תקנות: אצילה ונטילה	6
11	6.1 אצילת הסמכות לפי חוק יסוד: הממשלה	
12	6.2 אצילת הסמכות במקרים אחרים	
12	6.3 נטילת הסמכות	

12	7. החובה להתקין תקנות	7
12	7.1 סמכות חובה להתקין תקנות	
13	7.2 סמכות רשות להתקין תקנות	
13	7.3 הנחיה לנסחים : הכנת התקנות ללא שיהוי	
14	8. חוק שלא הותקנו תקנות לביצועו	8
14	8.1 החוק אינו ניתן לביצוע ללא תקנות	
14	8.2 החוק ניתן לביצוע אף ללא תקנות	
14	9. יזום תקנות	9
14	9.1 החובה לשקול את הצורך בהפעלת הסמכות	
15	9.2 החובה להפעיל את הסמכות במהירות הראויה	
16	9.3 תפקיד היועץ המשפטי במשרד הממשלתי	
16	10. נוהל משרדי	10
16	10.1 תפקיד היועץ המשפטי במשרד הממשלתי בהכנת התקנות	
17	10.2 נוהל משלים למשרד הממשלתי	
17	10.3 תפקידו של חשב המשרד	
17	10.4 אישור החשב או המנהל הכללי על תקצוב הוצאות	
18	11. טיוטת התקנות	11
18	11.1 שיתוף בין-משרדי מכוח הוראה בחוק	
18	11.2 תיאום בין-משרדי כדרישה של מינהל תקין	
18	11.3 תיאום עם משרדי ממשלה שיש להם עניין ישיר בתקנות	
20	11.4 תיאום בין-משרדי במקרה של דחיפות או סודיות	
20	11.5 תקנות המטילות אגרות	
20	12. סדרי ההתקנה לפי החוק	12
20	13. התייעצות	13
20	13.1 חובת התייעצות מכוח החוק	
21	13.2 התייעצות עם גופים מעוניינים שלא מכוח חוק	
23	13.3 התייעצות עם הממונים על החקיקה במשרד המשפטים	
23	14. שם התקנות	14
23	14.1 שם רגיל לתקנות	
24	14.2 השם בתיקון תקנות	
25	14.3 שמות אחרים לתקנות	
25	15. מקור הסמכות	15
26	16. מסגרת הסמכות	16
26	16.1 על היועץ המשפטי במשרד הממשלתי להנחות בדבר מסגרת הסמכות	
26	16.2 חריגה מן הסמכות	
27	16.3 תוצאות החריגה מן הסמכות	

28	מבנה התקנות	17
28	17.1 . המתכונת	
28	17.2 . סעיף הגדרות	
29	17.3 . תאריך וחתימה	
29	17.4 . נספחים	
29	17.5 . הערת הסבר בשולי התקנות	
31	הוראות עונשין	18
31	18.1 . עונש על הפרת התקנות	
33	18.2 . הנחיה לנסחים : עדיפות להוראת עונשין מפורשת	
33	קביעת אגרות	19
33	19.1 . הסמכות לקבוע אגרות	
34	19.2 . עדכון שיעורי אגרות	
35	מועד תחילתן או סיומן של תקנות	20
35	20.1 . מועד התחילה הרגיל : יום הפרסום	
35	20.2 . תחילה מאוחרת ליום הפרסום	
36	20.3 . תחילה מוקדמת (רטרואקטיבית) ליום הפרסום	
37	20.4 . הוראות שעה	
38	פרסום מוקדם של טיוטת התקנות	21
39	אישור התקנות על-ידי רשות נוספת	22
39	22.1 . דרישת החוק לקבלת אישור	
39	22.2 . הנחיה לנסחים : מתי לקבוע בחוק דרישה לאישור התקנות על-ידי רשות נוספת	
40	22.3 . הליכי האישור	
40	המגבלות על שיקול הדעת של מתקין התקנות	23
40	23.1 . המגבלות לסוגיהן	
42	23.2 . ביקורת בית המשפט על שיקול הדעת של מתקין התקנות	
43	נוהל הטיפול במשרד המשפטים	24
44	פרסום התקנות	25
44	25.1 . חובת הפרסום של תקנות	
45	25.2 . חריגים לחובת הפרסום	
46	25.3 . הנחיה : הצורך לפרסם ברשומות או בדרך חלופית	
47	תיקון וביטול תקנות	26
47	26.1 . הסמכות לתקן ולבטל תקנות	
48	26.2 . הנחיות לגבי תיקון וביטול תקנות	
48	26.3 . תיקון טעות	

49	חוקי עזר	27
49	27.1. הסמכות להתקין חוקי עזר לרשויות מקומיות	
50	27.2. מגבלות הלכתיות על הסמכות להתקין חוקי עזר	
50	27.3. הדרך להתקנת חוקי עזר	
51	27.4. פרסום חוקי עזר	
52	תקנות שעת-חירום	28
52	28.1. הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום	
53	28.2. המטרות של תקנות שעת-חירום	
54	28.3. הדרך להתקנת תקנות שעת-חירום	
54	28.4. תקנות שעת-חירום בסכסוכי עבודה	
55	28.5. ביטול תקנות שעת-חירום	
56	28.6. הארכת תוקפן של תקנות שעת-חירום	
57	נספח א'	
57	רשימת ביקורת לשימוש היועץ המשפטי של הרשות המתקינה לפני מתן לשר לחתימה	
58	נספח ב'	
58	מכתב נלווה לתקנות הנשלחות לפרסום מאת היועץ המשפטי של המשרד המתקין את התקנות אל הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים.	

חקיקת משנה: נוהל והנחיות

נוהל זה חל על תקנות כמשמעותן בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, המותקנות או המאושרות על-ידי רשות ממשלתית או על-ידי תאגיד סטטוטורי, ובשינויים המחויבים גם על הוראות מינהל, כמשמעותן בסעיף 3 האמור

1. חקיקת משנה: מהות והיקף**1.1. התקנות כחקיקה**

תקנות על-פי מהותן הן דבר חקיקה. יש המכנים אותן בשם חקיקת משנה או חקיקה משנית, להבדיל מן החקיקה הראשית, הנעשית על-ידי הכנסת, ויש המכנים אותן בשם חקיקה מינהלית, כיוון שהן מותקנות, דרך-כלל, על-ידי רשויות המינהל הציבורי, להבדיל מחוקים הנחקקים על-ידי הרשות המחוקקת.

1.2. הצורך בתקנות

הסמכות להתקין תקנות נגזרת מן הסמכות של כנסת לחוקק חוקים, ואף כי הכנסת מופקדת על החקיקה, ולכאורה ניתן היה לומר שכל החקיקה צריכה להיעשות על-ידי הכנסת, נוהגת הכנסת, כמו בתי מחוקקים במדינות אחרות, להסמיך את המינהל הציבורי לחוקק באמצעות תקנות. מקובל להסביר זאת בטעמים אחדים:

- (א) הכנסת היתה מתקשה ביותר לעמוד, בכוחות עצמה, בעומס החקיקה המרובה הנדרשת כיום;
- (ב) בעניינים רבים דורשת החקיקה, בעיקר בפרטיה, מומחיות המצויה אצל המינהל הציבורי, ולעתים קרובות אינה מצויה בכנסת;
- (ג) פרטי החקיקה דורשים לעתים תיקונים תכופים ומהירים, ואילו תיקון חוק, להבדיל מתיקון תקנות, הוא ביסודו תהליך מורכב וממושך.

1.3. היקף התקנות

תחיקה באמצעות תקנות מקובלת כמעט בכל נושא ונושא בהיקף רחב מאוד. מבחינה כמותית עולות התקנות עשרת מונים על החוקים. השוו, לעניין זה, את קובץ התקנות בשנה כלשהי עם ספר החוקים באותה שנה. לעתים קרובות, אין ההסמכה להתקין תקנות מוגבלת לקביעה של פרטי ביצוע, שעל-פי טיבם הם צריכים להיקבע על-ידי המינהל הציבורי, אלא היא מאפשרת או אף מחייבת את המינהל הציבורי לקבוע עקרונות והסדרים ראשוניים.

בפועל תחומים שונים מוסדרים כמעט באופן מלא על-ידי תקנות. ראו לדוגמא, תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984, תקנות התעבורה, התשכ"ח - 1968, תקנות הנמלים, התשל"א - 1971, והצווים לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח - 1957. מבחינת האזרח יש דמיון רב בין תקנות אלה לבין חוקים, שכן אלה כמו אלה קובעים באופן מחייב כללי התנהגות, איסורים ועונשים.

1.4. סדרי התקנת התקנות

עם זאת, מלאכת החקיקה על-ידי הכנסת מוסדרת בפירוט רב בתקנון הכנסת, בדרך המאפשרת דיון יסודי בציבור ובכנסת, ואילו חקיקת-המשנה, לא זו בלבד שהיא נעשית שלא על-ידי הרשות המחוקקת, אלא שבדרך-כלל היא יכולה להיעשות בפשטות ובמהירות רבה, ללא פרסום מוקדם או דיון ציבורי. אכן הפשטות והמהירות הן תכונות נדרשות וחיוניות של חקיקת המשנה. עם זאת, יש במצב זה יסוד לטענות אלה: ראשית, שדרך חקיקת המשנה סוטה יתר על המידה מן הדרך הדמוקרטית; ושנית, שדרך חקיקת המשנה אין בה כדי להבטיח שיקול מספיק, התחשבות ראויה בציבור ורמה טובה. משום כך מן הראוי שהמינהל הציבורי יקבע לעצמו נהלים שיהיה בהם כדי לענות, במידה מסוימת, על טענות אלה ולגשר במידת מה על הפער הקיים, במובן זה, בין החוקים לתקנות.

ביטוי אחד לתחושת הצורך בביקורת ציבורית על השימוש שנעשה בסמכות להתקין תקנות היא הדרישה שהתקנות לא ייכנסו לתוקף אלא לאחר שאושרו על-ידי ועדה מועדות הכנסת. בשני העשורים האחרונים קובע המחוקק דרישה זאת במספר גדל והולך של חוקים. בדרך זאת ניתן ביטוי בולט לכך שהתקנות על-פי מהותן הן דבר חקיקה. מאידך, בדרך זאת נעשית הכנסת, במובן מסוים, שותפה לממשלה בביצוע, ולכן גם באחריות לביצוע, של החוקים. יש הסוברים כי דרך זאת יש בה חסרונות, הן מן הבחינה העיונית והן מן הבחינה המעשית, וכי משום כך אין זה רצוי ללכת בה אלא במקרים מיוחדים. עם זאת, ברור כי השימוש בדרך זאת מבטא את התחושה שחקיקת המשנה בצורה הפשוטה שבה היא נעשית כיום, עלולה לסטות מן הראוי והרצוי בעיני המחוקק. יש מקום להתחשב בתחושה זאת ולמצוא את השיטה שתבטיח איזון נאות בין הצורך בהתקנת התקנות במהירות וביעילות לבין הצורך בהתחשבות ראויה בעקרונות הדמוקרטיה.

נוהל זה מכוון גם למטרה זאת. על חקיקת המשנה בישראל, ראו, בין היתר:

A. Barak, "Subordinate Legislation", 16 Scripta Hierosolymyitana 219 (1966)

ב' ברכה, **משפט מינהלי** (התשמ"ז); י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (התשנ"ו).

2. הגדרת תקנות**2.1. הגדרת "תקנה" בפקודת הפרשנות**

"תקנה" הוגדרה בשעתו בסעיף 1 לפקודת הפרשנות, הגדרה רחבה, שנכללו בה:

"תקנה, כלל, חוק עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר, שניתנו מאת כל רשות בארץ-ישראל או בישראל, בין לפני תחילת תוקפה של פקודה זו ובין לאחריה, מכוח חוק, או מכוח אקט של פרלמנט הבריטי או מכוח דבר המלך במועצה, לרבות צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר שניתנו על יסוד תקנה, כלל או חוק עזר כאמור".

הגדרה זאת כללה, לא רק הוראות וכללים בעלי אופי תחיקתי, אלא גם הוראות וצווים שתחולתם מוגבלת לאדם אחד או למקרה מסוים, ובכלל זה רשיונות והיתרים למיניהם. ראו לדוגמא, בג"צ 153/58 מזרחי, ואח' נ' מנהל חטיבת המזון, ואח', פ"ד יג(1) 57. כאשר המחוקק התכוון, בפקודת הפרשנות, רק לתקנות בעלות אופי תחיקתי, להבדיל מתקנות אחרות, אמר זאת במפורש. ראו סעיף 17 לפקודה הקובע את תחילת התוקף ואת חובת הפרסום ברשומות של "תקנות בנות פועל תחיקתי".

2.2. הגדרת "תקנה" בחוק הפרשנות

חוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, שינה את ההגדרה של "תקנה". כיום מוגדרת "תקנה", בסעיף 3 לחוק זה, כך:

"הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת-פעל תחיקתי".

הוראות אחרות, שנכללו בהגדרה של "תקנה" בפקודת הפרשנות, נכללות עכשיו בהגדרה של "הוראת מינהל", שהוספה בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, וזה לשונה:

"הוראה או מינוי - לרבות הודעה, מודעה, רשיון, היתר וכיוצא באלה - שניתנו בכתב מכוח חוק ואינם בני-פעל תחיקתי".

יש לציין שלפי סעיף 1 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, על "מלים וביטויים שבחיקוקים והוראות מינהל שניתנו לפני תחילת חוק זה לא יחול סעיף 3 אלא יוסיפו לחול ההגדרות שבסעיף 1 לפקודת הפרשנות".

יש להוסיף ולציין שלפי סעיף 2 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, הגדרות שבחיקוק, ובכלל זה הגדרות שבסעיף 3 לחוק זה, חלות רק "אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה".

2.3. תקנות בנות פועל תחיקתי

הביטוי "תקנות בנות פועל תחיקתי" בסעיף 17 לפקודת הפרשנות פורש על-ידי בית המשפט העליון בע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא(1) 695, 701, מפי השופט זוסמן, כך:

"סימני ההיכר של תקנה כזו שניים הם: ראשית: כי תקבע התקנה נורמה משפטית, ותביא בדרך זו לשינוי במשפט הנוהג במדינה. ושנית: כי תהא זאת נורמה כללית או "מופשטת", היינו נורמה המופנית אל הציבור כולו, או לפחות אל חלק בלתי מסוים ממנו, שלא נקבע לפי שמוותיהם של המוענים אליהם מכוונת התקנה, ואילו תקנה אשר אין בה כל נורמה, או שיש בה נורמה אשר לא הופנתה אל הציבור "בעילום שם", אלא באורח קונקרטי לאדם מסוים הנקרא בשמו, או לאנשים מסוימים הנקראים בשם, וכל תקפה מתמצה לגבי אדם זה או אנשים אלה, תקנה כזו אינה תקנה בת-פעל תחיקתי הטעונה פרסום, לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות".

בית המשפט העליון סמך ידו על הלכה זאת בפסקי דין נוספים ויש להניח כי הלכה זאת חלה גם על הגדרת הביטוי "תקנה" בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981 (ראו למשל, רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485).

3. סוגי התקנות**3.1. שלושה סוגי תקנות**

את התקנות ניתן לחלק, על-פי מהותן, לשלושה סוגים כדלקמן:

(א) תקנות בהתאם לחוק (בלע"ז Secundum legem)

(ב) תקנות מחוץ לחוק (בלע"ז Praeter legem)

(ג) תקנות בניגוד לחוק (בלע"ז Contra legem)

נציג כל אחד מסוגים אלה לפי סדר זה.

3.2. תקנות בהתאם לחוק

תקנות בהתאם לחוק (הקרויות גם בשם תקנות ביצוע) הן תקנות הקובעות הוראות לביצוע הסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק עצמו. כידוע, בדרך-כלל מופיעה בסופו של חוק הוראה כדלקמן: "שר (פלוגי) ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות לביצועו"¹. סמכות כזאת אינה מאפשרת למתקין התקנות לחרוג מגבולות ההסדר הראשוני שנקבע בחוק, או להסדיר בתקנות עניין שלא הוסדר כלל בחוק, אלא היא מגבילה אותו לקביעת דרכים ופרטים לביצוע ההסדרים אשר נקבעו בחוק בקווים כלליים. עם זאת, לעתים הגבול בין הסדר ראשוני לבין הוראות לביצוע הסדר כזה מטושטש. ראו גם להלן סעיף 5.2.

¹ בחוקים חדשים, הנוסח הוא "שר (פלוגי) ממונה על ביצוע חוק זה".

3.3. תקנות מחוץ לחוק

לעתים קרובות, המחוקק מעניק סמכות להתקין תקנות בעניין שלא נקבע לו הסדר ראשוני בחוק עצמו. במקרה כזה המחוקק מסתפק בכך שהוא מציין את הנושא בלבד, לפעמים בתוספת הסדרים חלקיים, ומסמך את מתקין התקנות להסדיר אותו נושא בדרך של קביעת הסדרים ראשוניים בתקנות עצמן, ובלבד שהתקנות לא יעמדו בסתירה להוראות החוק. כך, חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד - 1984, בסעיף 108, קובע כי "שר המשפטים רשאי להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנהוג לפני בתי משפט, רשמים ולשכות ההוצאה לפועל, במידה שלא נקבעו בחוק"; וחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח - 1957, מסמך שר להכריז על מצרך מסוים כעל מצרך בר-פיקוח ועל שירות מסוים כעל שירות בר-פיקוח, ולהסדיר בצו את ייצורו ומכירתו של מצרך בר-פיקוח או את עשייתו של שירות בר-פיקוח (סעיפים 4 ו- 5).

3.4. תקנות בניגוד לחוק

בסוג זה של תקנות מסמך המחוקק את מתקין התקנות לקבוע הוראות בניגוד להוראות החוק.

דוגמא מובהקת לכך הן תקנות שעת-חירום לפי סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה. בסעיף 39(ג) נקבע כי "תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים...". הסמכה להתקין תקנות בניגוד לחוק מצויה גם בחוקים אחרים. כך לדוגמא, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה - 1996 מסמך את השר, באישור ועדת העבודה והרווחה, להתקין תקנות לביצוע הסכמים מסוימים בין ממשלת ישראל לבין מדינת חוץ "אף בסטיה מהוראות חוק זה" (סעיף 374 לחוק).

על סוגי התקנות ראו י' ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", **הד המשפט** 11, (תשי"ז), 202, 222, 254. (וראו גם בג"צ 6971/98, 6972 פריצקי, ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(1), 763)

4. היחס הראוי בין חקיקה ראשית לחקיקת משנה**4.1. שלטון החוק וחקיקת משנה**

יש הגורסים כי עקרון שלטון החוק מחייב שההסדרים הראשוניים יקבעו על-ידי הרשות המחוקקת עצמה, ואילו הרשות המבצעת תהיה רשאית לקבוע בחקיקה המשנית רק הסדרים משניים, לביצוע ההסדרים הראשוניים שנקבעו בחקיקה הראשית. לשון אחרת, מן הראוי שהרשויות המינהליות יוסמכו להתקין אך ורק תקנות מן הסוג הראשון, כלומר תקנות

בהתאם לחוק, ולא יוסמכו להתקין תקנות מחוץ לחוק או תקנות בניגוד לחוק. כדי להבטיח שהרשות המחוקקת לא תסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות מחוץ לחוק או תקנות בניגוד לחוק, צריך שתהא חוקה, הכובלת את הרשות המחוקקת, ובה ייקבע כי רק הרשות המחוקקת מוסמכת לקבוע הסדרים ראשוניים, ואין היא רשאית לאצול סמכות זאת לרשות המבצעת. אכן, כך נקבע בחוקות של מדינות אחדות. לעניין זה ראו "ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", לעיל.

בהוראות שבחוק יסוד: חופש העיסוק (סעיף 4) ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8), הסמיך המחוקק את הרשות המבצעת לפגוע בזכויות רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש (או בתקנות לפי חוק כאמור); חוק יסוד: משק המדינה (סעיף 1א), קובע כי מסים, מילואות חובה, אגרות ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או בתקנות.

4.2. המצב הרצוי והדין בישראל

באופן עקרוני רצוי שהמחוקק עצמו יקבע, במידת האפשר בנסיבות העניין, את העקרונות הכלליים ואת ההסדרים הראשוניים, ולא יניח עניין זה למתקין התקנות. המשטר הדמוקרטי, על-פי מהותו, מחייב שהעקרונות הכלליים, הקובעים את אורח החיים, ייקבעו דרך-כלל בחקיקה ראשית, על-ידי בית הנבחרים, ולא בחקיקה משנית, על-ידי המינהל הציבורי.

אמנם סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות קובע כי "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק." אולם הוראה זאת אין בה, כמובן, כדי לשלול את סמכותו של המחוקק לקבוע בחוק כלשהו סמכות להתקין תקנות מחוץ לחוק או אף תקנות בניגוד לחוק. זאת, פרט לאמור לעיל, לגבי ההוראות הקבועות בחוקי היסוד. לעניין זה ראו בג"צ 231/73, ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כז(2) 785, 787-788. יצוין, כי לא אחת קבע בית המשפט העליון כי "ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע על-ידי הכנסת ואילו מחוקק המשנה צריך לעסוק בהסדרים המשניים" (בג"צ 266/68 עיריית פתח-תקוה נ' שר החקלאות, פ"ד כב(2) 824, 831; בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5), 481, 504-505; ע"א 524/88 "פרי העמק" נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 552, 529; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1; בג"צ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 518; בג"צ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, ואת' פ"ד נה(1) 769, 789.

מן הראוי, בייחוד בנושאים הפוגעים בזכויות יסוד, שההסדר יהיה קבוע בחקיקה ראשית. עם זאת, חוק יכול להסמיך את מחוקק המשנה במפורש לקבוע הסדרים הפוגעים בזכויות יסוד באמצעות חקיקת משנה. ואולם, בית המשפט עשוי לפסול חקיקת משנה אם לא תוסק כוונה כזו מדברי המחוקק הראשי.

4.3. הנחיה לנסחים: היחס הראוי בין חקיקה ראשית לחקיקה משנית

(א) מן הראוי שהנסחים של הצעות חוק במשרדי הממשלה יתנו דעתם לגבי כל הצעת חוק, לשאלת היחס הראוי בין חקיקה ראשית לחקיקה משנית. העיקרון המנחה לעניין זה הוא שרצוי כי החוק עצמו יקבע את ההסדרים הראשוניים, ככל שהדבר ניתן על-פי מהות הנושא בנסיבות העניין, ואילו מתקין התקנות יוסמך לקבוע בתקנות רק הסדרים משניים (כלומר, תקנות ביצוע). על כך אמר מ"מ הנשיא שמגר (כתארו אז) בבג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 357.

"מבחינת המדיניות החקיקתית הרצויה בכל הנוגע לחלוקת תחומים בין המחוקק הראשי לבין מחוקק המשנה, מקובלת עלי השקפתו של פרופ' ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", הד המשפט 11 (התשי"ז) 202, 203, אשר לפיה -
"המחוקק צריך לקבוע בעצמו, ככל האפשר, את הקווים אשר לפיהם תהא הרשות המינהלית מוסמכת להתערב בחופש הפרט, כי הרי אם הוא מניח לה להתוות אותם קוים במקומו, הריהו מרפה ומפחית על-ידי כך את השפעת הפרט, שעל ידו הוא נבחר, על התווייתם... במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שארגוני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק".

רצוי, אם כן, להימנע ככל שניתן מחוקי-מסגרת או מסעיפי-מסגרת, המניחים את קביעת ההסדרים הראשוניים למתקן התקנות, אלא אם כן קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים חקיקה כזאת, כגון, כאשר מדובר בעיקר בקביעת פרטים בעלי אופי טכני שהתקנתם דורשת מיומנות מיוחדת או שאין להם חשיבות מעשית או עקרונית ניכרת, או בקביעת הסדרים הצריכים שינוי לעתים תכופות, או בהסדרים החייבים על-פי מהותם להיקבע בדחיפות.

(ב) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק עיגנו עקרונות שהיו מקובלים כבר בפסיקה. לאמור, באופן מיוחד ראוי להימנע מחקיקת מסגרת, או מהסתמכות על חקיקה כזאת לצורך קביעת הסדרים ראשוניים בתקנות, בנושאים בעלי חשיבות מיוחדת או רגישות מיוחדת, כמו חירויות היסוד של האדם. אין להגביל זכות יסוד חוקתית באמצעות תקנה ללא הסמכה מפורשת, בחוק העומד באמות המידה של פסקת ההגבלה (ראו למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221).

בהתאם לגישה זאת נוטה בית המשפט להניח כי חוק המקנה סמכות להתקין תקנות בלשון כללית לא נתכוון להסמיך את מתקין התקנות לפגוע בחירות האדם. כדי שניתן יהיה לפגוע בחירות האדם על-ידי תקנות, צריך שהחוק יקנה למתקין התקנות סמכות כזאת באופן ברור, כאמור בחוקי היסוד האמורים.

וכך אמר בית המשפט העליון, מפי מ"מ הנשיא שמגר, בבג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358:

"בשל המעמד החוקתי המיוחד של זכות יסוד, ייבדק באופן קפדני וזהיר, אם אכן יש ללמוד מן הסמכה של המחוקק הראשי, אם היא קיימת, כי היתה מונחת ביסודה הכוונה להעניק למחוקק המשנה את הכוח לשנות מגבלותיה והיקפה הקיימים של זכות יסוד. כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא, כפועל יוצר מן האמור לעיל, כי היא תפורש באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות יסוד."

בהתאם לכך נקבע באותו פסק דין כי אין תוקף לתקנות האוסרות על אדם לשמש מורשה בשכר של בעלי כלי רכב, לצורך בדיקה ורישוי של כלי הרכב במשרד הרישוי, על יסוד הוראה כללית בפקודת התעבורה.

וראו גם בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 בעמ' 302-303, 305, 306, 308. במשפט זה נבדקה שאלת הסמכות לעשות חוקן לאסירים כדי לחפש ולגלות אם הבריו סמים לבית הסוהר. הנשיא לנדוי אמר (בעמ' 308): "את הנושא הזה אין להסדיר, מפאת הפגיעה בזכות לפרטיות גופו של אדם, בדרך הנחיות מינהליות ואף לא בדרך חקיקת משנה אלא רק בדרך חקיקה ראשית או מכוח הסמכה ברורה בחקיקה ראשית".

בהמשך נעשה כך, עם חקיקת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו - 1996.

ג) מקום שהנסח של הצעת חוק רואה צורך, בנסיבות העניין, לקבוע בהצעת החוק סמכות להתקין תקנות שיהיה בהן משום הסדר ראשוני או משום פגיעה בזכותו של אדם, רצוי, במידת האפשר, להוסיף ולקבוע הוראה בדבר המטרה והשיקולים העיקריים שינחו את מתקין התקנות. לדוגמא, חוק רישוי עסקים, התשכ"ח - 1968, פותח ואומר בסעיף 1:

(א) שר הפנים, רשאי לקבוע בצווים עסקים טעוני רישוי ולהגדירם, כדי להבטיח בהם מטרות אלה או מקצתן:
 (1) איכות נאותה של הסביבה ומניעת מפגעים ומטרדים;
 (2) מניעת סכנות לשלום הציבור והבטחה מפני שוד והתפרצות;
 (3) בטיחות של הנמצאים במקום העסק או בסביבתו;
 (4) מניעת סכנות של מחלות בעלי חיים ומניעת זיהום מקורות מים בחמרי הדברה, בדשנים או בתרופות;
 (5) בריאות הציבור, לרבות תנאי תברואה נאותים;
 (6) קיום הדינים הנוגעים לתכנון ולבניה ולשירותי כבאות.
 (ב) היתה אחת ממטרות הרישוי מטרה כמפורט להלן, טעון הצו התייעצות -
 "...

סעיפים אחרים של חוק זה, המקנים סמכות להתקין תקנות שיש בהן משום הסדרים ראשוניים, מציינים את המטרות לשמן ניתן להתקין את התקנות. כך, לדוגמא, קובע סעיף 9 לחוק:

"שר הפנים רשאי להתקין לעסקים טעוני רישוי או לסוגים מהם, תקנות להבטיח סידורים נאותים למניעת דליקות בחצרי העסק ובסביבותיהם ולכיבויין, לרבות הטלת חובה להחזיק ציוד, מיתקנים וחמרים לכיבוי דליקות".

ד) ככלל, יש להימנע מהענקת סמכות בחוק להתקין תקנות בניגוד לחוק.

5. הסמכות להתקין תקנות

5.1 הצורך בהסמכה מפורשת בחוק

אין להתקין תקנות אלא על יסוד הסמכה מפורשת בחוק. סעיף 37 לחוק יסוד: הממשלה קובע ששר הממונה על ביצועו של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו וכי חוק יכול להסמיך את ראש הממשלה או שר להתקין תקנות בעניין שנקבע. בכך השתנה המצב המשפטי הקודם, שבו לא היה בנמצא חוק שהעניק סמכות כללית לשר להתקין תקנות לביצועו של כל חוק המסור לאחריותו, ואין עוד צורך כיום בהוראה שנהגה בחוקים, ראו סעיף 3.2 לעיל.

5.2 הענקת סמכות לשר הממונה על ביצוע החוק

לעתים קרובות קובע החוק, באותו סעיף או בסעיפים נפרדים, סמכות להתקין תקנות למטרות מסוימות. הסמכה נוספת זאת ניתנת על-פי רוב לשר הממונה על ביצוע החוק. כאמור, כיום, אין צורך לקבוע בכל חוק שהשר רשאי להתקין תקנות לביצועו. הדבר קבוע במפורש בסעיף 37 לחוק יסוד: הממשלה.

מובן, אם כן, שבדרך-כלל הסמכות המוקנית בחוק להתקין תקנות למטרות מסוימות אינה גורעת מן הסמכות המוקנית באותו חוק, בלשון כללית, להתקין תקנות לביצוע החוק. סעיף 16(3) לפקודת הפרשנות קבע: "היתה הסמכות נתונה להתקין תקנות גם למטרה כללית וגם למטרות מיוחדות הנגררות עמה, אין פירוט המטרות המיוחדות בא לגרוע מכללותה של הסמכות הנתונה לגבי המטרה הכללית." פסקה זאת בוטלה על-ידי חוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, ולא נחקקה מחדש. טעמו של דבר ניתן בדברי ההסבר להצעת חוק הפירושים, התש"ם - 1980, כדלקמן: "הוראת פסקה (3) מובנת מאליה, ומוצע שלא לחדשה". ראו הצעות חוק התש"ם, מס' 1456, עמ' 225, 236.

5.3 הענקת סמכות לרשויות אחרות

אף שעל-פי רוב מוענקת הסמכות להתקין תקנות לשר, לעתים היא מוענקת לעובד ציבור בדרג נמוך יותר או אף לגוף מחוץ לממשלה. כך לדוגמא, חוק מס ערך מוסף, התשל"ו - 1975 מסמיך את מנהל המכס ומע"מ לקבוע טפסים הדרושים לביצוע החוק (סעיף 140), פקודת מס-הכנסה מעניקה סמכויות התקנה לנציב מס-הכנסה (למשל, סעיפים 9(ב16)א, 64ב(ה), 102(ז), 103(י), 103(ט) וחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א - 1961, מעניק ללשכת עורכי הדין סמכות להתקין תקנות (הקרויות בשם "כללים") בעניינים שונים (בסעיפים 32, 65, 94, 109 ועוד).

5.4. הנחיה לנסחים: הענקת הסמכות לשר ולא לרשויות אחרות

(א) דרך-כלל רצוי שהחוק יעניק את הסמכות להתקין תקנות לשר ולא לרשות אחרת.

טעמים אחדים לכך:

(1) הסמכות להתקין תקנות הרי היא מן הסמכויות החשובות ביותר של המינהל הציבורי, ובאופן עקרוני ככל שהסמכות חשובה יותר, ראוי שהיא תופקד בידי דרג מינהלי גבוה יותר.

(2) לעתים קרובות, הסמכות להתקין תקנות כרוכה בשיקולי מדיניות אשר ראוי כי ישקלו על-ידי מי שעומד בראש המערכת.

(3) האחריות של שר, בפני הממשלה ובפני הכנסת, היא בלתי מסויגת כאשר מדובר בסמכות המופעלת על ידו באופן אישי, ומן הראוי שבגלל חשיבותה של החקיקה המינהלית תוטל על השר, בעניין זה, אחריות רחבה כזאת.

לפיכך רצוי להימנע מהקניית הסמכות להתקין תקנות לעובדי ציבור אחרים, ואפילו הם עובדי מדינה בכירים, גם כאשר מדובר בתקנות המסדירות נושא מקצועי המצוי בתחום הידיעה של מומחים לדבר, ולא בתחום הידיעה האישית של השר. במקרים כאלה, כמו בכל מקרה אחר, רשאי השר להיוועץ במומחים ולאמץ את דעתם. ראו בג"צ 39/49 פישל נ' הרמטכ"ל, פ"ד ב 664; בג"צ 77/58 טחן בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד יג 80. עם זאת, גם במקרים אלה ראוי שהמדיניות תיקבע על-ידי השר עצמו.

(ב) הוא הדין לגבי תאגידי ציבוריים, המוקמים מכוח חוק מחוץ למסגרת הממשלה, אך נתונים להכוונה ופיקוח בדרכים שונות על-ידי הממשלה, כגון, רשות הנמלים והרכבות, לשכת עורכי הדין, ועוד. בדרך-כלל תאגידי כאלה מקבלים מן המחוקק סמכויות רחבות בתחום שעליו הם מופקדים. אולם הסמכות להתקין תקנות באותו תחום ראוי שתופקד, באופן עקרוני, בידי השר הממונה על התאגיד. הענקת הסמכות לשר מוסיפה ערובה לכך שהעקרונות על-פיהם יפעל התאגיד ייקבעו תוך התחשבות נאותה בטובת הציבור, מעבר לטובת התאגיד, ושומרת על האחריות המהותית של הממשלה בפני הכנסת.

במקרים הראויים ניתן לקבוע בחוק דרך שתשתף הן את התאגיד והן את השר בהתקנת תקנות. כך, לדוגמא, ניתן לקבוע כי שר יתקין את התקנות לאחר התייעצות עם התאגיד, או שהתקנות יותקנו על-ידי התאגיד אך לא יכנסו לתוקף אלא אם כן יאושרו על-ידי שר, וכיוצא בזה. ראו, לדוגמא, חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א - 1961, סעיף 109; חוק רשות הנמלים והרכבות, התשכ"א - 1961, סעיף 22; חוק בנק ישראל, התשי"ד - 1954, סעיפים 34, 49, 53.

(ג) לעתים, קובע החוק כי הסמכות להתקין תקנות לביצוע החוק מוקנית לשני שרים ביחד.

כך לדוגמא, חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט - 1969, קובע בסעיף 43(א), כי שר המשפטים ושר העבודה והרווחה ממונים על ביצועו; חוק לנשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר, התשנ"ז - 1996 קובע כי שר המשפטים והשר לבטחון פנים ממונים על ביצועו חוק זה והם רשאים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו. דומה לכך המצב בו החוק מעניק את הסמכות להתקין תקנות לשר אחד "בהסכמתו" של שר שני.

הניסיון מלמד כי הסדר כזה עלול לגרום קשיים מרובים ולעתים אף לסכל ביצוע נאות של החוק. מטעם זה תוקן החוק למניעת מפגעים, התשכ"א - 1961, שבעבר קבע שלשני שרים יחד יש סמכות להתקין תקנות לביצוע החוק (שר הבריאות ושר הפנים). כיום הסמכות לפי חוק זה מסורה לשר אחד בלבד, השר לאיכות הסביבה.

לפיכך, גם במקרים שנושא התקנות נוגע לשני משרדים, רצוי להפקיד את הסמכות להתקין תקנות בידי שר אחד, הוא השר שמרכז הכובד של התקנות מצוי בתחום משרדו, אלא אם כן יש צורך ברור להעניק את הסמכות לשני השרים במשותף. כדי לתת ביטוי לעניין של שר נוסף בנושא התקנות, אפשר להתנות את תקנת התקנות בהתייעצות אם אותו שר. כך נעשה למשל בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א - 1981, המעניק את הסמכות להתקין תקנות לשר המשפטים בהתייעצות עם שר העבודה והרווחה ובחוק איסוף ופינוי פסולת למחזור, התשנ"ג - 1993 המעניק את הסמכות לשר לאיכות הסביבה בהתייעצות עם שר הפנים. על חובת ההתייעצות ראו להלן סעיף 13. החובה להתייעץ מאפשרת, במקרה של מחלוקת ממשית בין שני השרים בנושא חשוב, להביא את הנושא לדיון בממשלה או בועדת שרים או, אולי, בדרך אחרת.

ד) בעניינים בעלי חשיבות מיוחדת או רגישות מיוחדת ניתן לקבוע כי התקנות יותקנו על-ידי הממשלה או על-ידי שר באישור הממשלה.

6. העברת הסמכות להתקין תקנות: אצילה ונטילה

6.1 אצילת הסמכות לפי חוק יסוד: הממשלה

בדרך-כלל רשאי שר לאצול את סמכותו, למעט סמכות להתקין תקנות, שאינה ניתנת לאצילה. וכך קובע בעניין זה סעיף 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה:

סמכות הנתונה לאחד השרים על-פי חוק או שהועברה לו על-פי סעיף 31(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה, או בסייגים, לעובד ציבור."

אמנם סעיף 33(ה) לאותו חוק קובע כי "הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה." כלומר, ייתכן שמתוך חוק מסוים,

המקנה לשר סמכות להתקין תקנות, תשתמע כוונה שהשר רשאי לאצול סמכות זאת לאחר. אך יש להניח כי רק בנסיבות מיוחדות, ועל יסוד טעמים כבדי משקל, ניתן יהיה להסיק כוונה כזאת מן החוק.

6.2. אצילת הסמכות במקרים אחרים

השאלה אם ניתן לאצול את הסמכות להתקין תקנות במקרים בהם אין תחולה לסעיף 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה תלויה, בהעדר הוראת חוק מפורשת בעניין זה, בכוונת החוק בכל מקרה, כפי שהיא נלמדת מתוך הנסיבות המיוחדות של המקרה. כך הדבר, לדוגמא, כאשר הסמכות להתקין תקנות מוקנית בחוק לעובד ציבור שאינו שר, או לרשות מקומית, או לתאגיד ציבורי אחר. אין לומר באופן גורף כי אצילה כזאת אסורה, והיו מקרים בהם בית המשפט יאשר את האצילה. ראו, לדוגמא, ע"פ 74/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' הורנשטיין, פ"ד יד 368. אולם ניתן, כנראה, לומר כי בשל מהותן וחשיבותן של התקנות, הנטיה צריכה להיות נגד האפשרות לאצול סמכות להתקין תקנות, וסעיף 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה יש בו כדי ללמד על נטיה זאת. וראו בג"צ 347/84 עיריית פתח תקוה נ' שר הפנים, פ"ד לט(1) 813; בג"צ 2303/90, 9709 פיליפוביץ, ואח' נ' רשם החברות, ואח', פ"ד מו(1) 410, 420; ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית, פ"ד נ(5), 485, 533-534.

6.3. נטילת הסמכות

לעומת זאת, נראה כי שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי בדרך-כלל ליטול לעצמו סמכות להתקין תקנות המוקנית על-ידי אותו חוק לעובד ציבור אחר. וכך קובע לעניין זה סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה:

"שר הממונה על ביצועו של חוק, רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על-פי אותו חוק לעובד מדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת".

נראה שאין צורך בהחלטה נפרדת של השר ליטול לעצמו את הסמכות מכוח סעיף אלא הוא רשאי להפעיל את הסמכות בכל עת, ללא החלטה קודמת בעניין הנטילה, ועצם הפעלת הסמכות כוללת את הנטילה. ראו ע"פ 41/54 היועץ המשפטי לממשלה נ' וייס, פ"ד ח 1553; בג"צ 170/81 סלמה נ' ראש המועצה המקומית טורעאן, פ"ד לו(2) 433, 439. בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1.

7. החובה להתקין תקנות

7.1. סמכות חובה להתקין תקנות

על-פי רוב מוקנית הסמכות להתקין תקנות בלשון של רשות (כגון, "השר רשאי להתקין תקנות לביצוע החוק"). אולם לעתים מוקנית סמכות זאת בלשון של חובה. כך, לדוגמא, נקבע בסעיף 5 לחוק למניעת מפגעים, התשכ"א - 1961 (ס"ח 1622 התשנ"ז, עמ' 136), כדלקמן: "השר יתקין, בתקנות, כללים לביצוע הסעיפים 2-4, ובין השאר רשאי הוא לקבוע מהם רעש, ריח או זיהום אויר, חזקים או בלתי סבירים."

סעיף זה נדון על-ידי בית המשפט העליון בבג"צ 295/65 אופנהיימר, ואח' נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309. בית המשפט פסק כי סעיף זה (כנוסחו בעת מתן פסק-הדין) מטיל על השרים חובה להתקין תקנות וכי בית המשפט מוסמך לצוות על השרים לקיים חובה זאת. בהתאם לכך ציווה בית המשפט על השרים להתקין, בכל המהירות הראויה, כללים לביצוע סעיף 2 של אותו חוק. השוו בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429.

7.2. סמכות רשות להתקין תקנות

מה הדין כאשר חוק מקנה את הסמכות להתקין תקנות בלשון של רשות? בפסקי דין אחדים נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלה זאת. ראו בג"צ 265/68 אגודת האינג'ינרים והארכיטקטים בישראל נ' שר העבודה, פ"ד כג(1) 132, 138; בג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, 155; בג"צ 537/81 עו"ד שטנגר נ' ממשלת ישראל, פ"ד לה(4) 673, 681-682. אך בבג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים (פ"ד לז(3) 29), נפסק כי מבחינה עקרונית אין הבדל, לעניין זה, בין סמכות-חובה לבין סמכות-רשות. כלומר, בית המשפט יכול לצוות על הרשות להתקין תקנות גם כאשר הסמכות מוענקת לה בלשון של רשות. בפסק דין זה אמר השופט ברק (בעמ' 35):

"רשות מינהלית, המסרבת לעשות שימוש בסמכות הרשות הנתונה לה ומסרבת להתקין אקט מינהלי כללי, חייבת לבסס סירוב זה באמות המידה המקובלות. עליה להראות כי החלטתה זו נעשית מתוך שיקולים סבירים, וכי אין בה שרירות והפליה וכיוצא בכך עילות הפוסלות מעשה מינהלי. אכן, אם חוסר סבירות בהתקנתה של תקנה יש בו כדי להביא לבטלותה של התקנה, הרי גם חוסר סבירות באי-התקנתה יש בו כדי להביא לבטלות ההחלטה שלא להתקנה."

מכאן גם עולה בבירור שאם ההחלטה שלא להתקין תקנות עומדת במבחנים רגילים לעניין הפעלת שיקול דעת מינהלי, יימנע בית המשפט מלהתערב בהחלטתה, כפי שהוא נוהג במצב כזה לגבי כל החלטה מינהלית אחרת. ראו, לדוגמא, בג"צ 359/82 אילן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לו(4) 110.

7.3. הנחיה לנסחים: הכנת התקנות ללא שיהוי

מן הראוי שלא להשהות את ההכנה וההתקנה של תקנות הנדרשות לביצוע החוק, בין אם הסמכות להתקין את התקנות נקבעה בלשון של חובה ובין אם נקבעה בלשון של רשות. בהעדר תקנות עשויות הרשויות המינהליות המופקדות על ביצוע החוק למצוא עצמן ללא

מדיניות וכללים לגבי דרכי הביצוע, והן נזקקות, כל אחת מהן בתחומה, לאלתר ולפעול לפי הבנתה. הצורך במדיניות, כמו הדרישה לאחידות ולשוויוניות, מחייבים התקנת התקנות בהקדם. רצוי להתחיל בהכנת התקנות אפילו לפני שנסתיימו הליכי החקיקה של החוק המסמך. עבודת ההכנה של התקנות בשלב זה עשויה גם לגלות בעיות ולקויים בניסוח של הצעת החוק בנושא זה ולאפשר תיקונים מבעוד זמן. צורך מיוחד בהתקנה מהירה של תקנות קיים באותם מקרים בהם החוק, או חלק מן החוק, אינו ניתן לביצוע כל זמן שלא הותקנו התקנות לביצועו. ראו גם להלן סעיף 9 - יזום תקנות.

8. חוק שלא הותקנו תקנות לביצועו

8.1 החוק אינו ניתן לביצוע ללא תקנות

חוק המקנה סמכות להתקין תקנות לביצוע, ותקנות כאלה לא הותקנו, האם ניתן לבצע את החוק? התשובה תלויה בלשון החוק ובנסיבות העניין.

דוגמאות להוראות חוק שאינן ניתנות לביצוע כל עוד לא הותקנו תקנות לביצוען ראו בבג"צ 35/62 בכר נ' שר הבטחון, פ"ד טז 806, 808; בג"צ 222/68, המ' 15/69, חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, 154-155; לה/0-22 המוסד לביטוח לאומי - דבורה כרמלי, פד"ע ו 371, 376; וראו גם חילוקי דעות בשאלה זאת, בג"צ 303/63 הרמתי נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד יח(2) 356, 358, 360.

8.2 החוק ניתן לביצוע אף ללא תקנות

לעומת זאת, במקרים רבים ניתן, הלכה למעשה, לבצע חוק אף שלא הותקנו תקנות לביצועו. כך נפסק, לדוגמא, בע"פ 484/62 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד יז 491. באותו מקרה נתברר כי שר התחבורה לא התקין תקנות בנוגע לרישום כלי רכב לא מנועיים. אף כל פי כן קבע בית המשפט כי אין אדם רשאי לנהוג כלי רכב כזה אלא אם כן נרשם, וחובה עליו לפנות אל רשות הרישוי כדי שתרשום את כלי הרכב בדרך שתקבע.

מקרה כזה, בו דרך הביצוע צריכה להיקבע על-ידי רשות מינהלית, ללא מסגרת והנחיה של תקנות כפי שמתבקש מן החוק, מדגיש את החשיבות של התקנת תקנות, אף אם העדר התקנות אין בו כדי למנוע ביצוע החוק.

9. יזום תקנות

9.1 החובה לשקול את הצורך בהפעלת הסמכות

כאמור לעיל (סעיף 7.3), רצוי להתחיל בהכנת התקנות בשלב מוקדם, ואפילו לפני שנסתיימו הליכי החקיקה של החוק המסמך. מכל מקום, שר או רשות אחרת שהוענקה להם סמכות להתקין תקנות, חייבים לנקוט יוזמה תוך זמן סביר לאחר שהחוק העניק סמכות זאת, ולשקול מתי וכיצד להפעיל את הסמכות. בבג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 46, אמר מ"מ הנשיא שמגר כי הקניית הסמכות מחייבת מיניה וביה גם נקיטת עמדה פעילה מצד מי שהסמכות הוענקה לו, והוסיף:

"נקיטת עמדה עניינה בדיקתו של הצורך בהפעלת הסמכות, ואם בעל הסמכות מחליט להשיב על שאלה זו בחיוב, צריכה גם להישקל דרך הפעלתה של הסמכות. בעל הסמכות עלול להיחשב למי שחוטא לחובתו, אם הוא מותיר את הסמכות, שהוקנתה לו, כאבן שאין לה הופכין במובן זה שאינו נותן דעתו עליה מטוב ועד רע, בין לחיוב ובין לשלילה, ואינו שוקל כלל אם ואימתי יפעילנה... נטילת סמכות על מנת שלא להשתמש בה לעולם היא פסולה מעיקרה... והוא הדין באשר להזנחת התחום, אשר הקניית הסמכות נועדה לשרתו."

החובה לנקוט יוזמה ולשקול את הצורך בהתקנת תקנות חלה גם על סמכות-רשות. באותו פסק דין אמר מ"מ הנשיא שמגר (בעמ' 47):

"גם כאשר המחוקק לא קבע חובה להפעיל סמכות בדרך מוגדרת, נולדת וקמה יחד עם הקניית הסמכות גם החובה לשקול את עצם הצורך וההצדקה להפעלתה של הסמכות." (ההדגשות אינן במקור)

9.2. החובה להפעיל את הסמכות במהירות הראויה

סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, קובע:

"הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות."

הוראה זאת אינה מבחינה בין סמכות מינהלית בדרך-כלל לבין סמכות להתקין תקנות. וראו בג"צ 303/63 הרמתי נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד יח(2) 356, 360.

החובה לפעול במהירות הראויה מתייחסת לשני שלבים: קודם כל, חובה לשקול במהירות הראויה אם יש מקום להפעיל את הסמכות; ואם התשובה חיובית, חובה להפעיל את הסמכות במהירות הראויה.

עם זאת, מקום שהחוק מעניק סמכות-חובה להתקין תקנות, לא מתעוררת כלל השאלה אם יש מקום להפעיל את הסמכות, אלא השאלה היחידה היא מתי להפעיל את הסמכות, כלומר, מה היא המהירות הראויה באותו עניין.

השאלה מה היא המהירות הראויה בעניין מסוים מותנית בנסיבות של אותו עניין. בין נסיבות אלה יש ליחס חשיבות רבה לשאלה אם חוק ניתן לביצוע ללא תקנות. על כך ראו לעיל סעיף 8.

אם החוק אינו ניתן לביצוע ללא תקנות, ובמיוחד כאשר החוק מקנה לאדם זכות שאין אפשרות לממשה לפני שיותקנו תקנות, הרי זה בדרך-כלל שיקול חשוב בעד הפעלה מהירה של הסמכות להתקין תקנות. ראו, לדוגמא, דיון לה/0-22 המוסד לביטוח לאומי - דבורה כרמלי, פד"ע ו 371, 376.

9.3. תפקיד היועץ המשפטי במשרד הממשלתי

היועץ המשפטי במשרד הממשלתי יתן דעתו לעניין התקנות כבר בשלב של הכנת החוק או חקיקת החוק. אולם משנתקבל החוק בכנסת, חובתו של היועץ המשפטי לבדוק ביוזמתו, בהקדם האפשרי, את הסמכויות להתקין תקנות המוענקות באותו חוק אם לשר הממונה על ביצוע החוק ואם לרשויות אחרות, ולהחליט מה הם הצעדים הנדרשים להפעלת הסמכויות.

היועץ המשפטי יכתוב בעניין זה לשר, למנהל הכללי של המשרד או לרשות המוסמכת להתקין תקנות, לפי העניין, בדבר החובה לבדוק במהירות הראויה את הצורך בהתקנת התקנות ולנקוט בפעולות המתחייבות מבדיקה זאת.

היועץ המשפטי יקיים מעקב אחר התקדמות הפעולות להתקנת התקנות על-ידי הרשות המוסמכת לכך.

נוסף לכך, יבדוק היועץ המשפטי, מזמן לזמן, את כל החוקים הנמצאים בתחום אחריותו של המשרד, ולא רק את החוקים החדשים, כדי לברר אם קיים צורך בהתקנת תקנות, או בתיקון תקנות שכבר הותקנו, לפי חוקים אלה, ולפי הצורך יכתוב לרשות המוסמכת בעניין זה.

10. נוהל משרדי

10.1. תפקיד היועץ המשפטי במשרד הממשלתי בהכנת התקנות

היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי או יועץ משפטי אחר באותו משרד שייקבע לצורך זה (להלן, בסעיף זה, היועץ המשפטי) ירכז את הפעילות של המשרד בקשר להתקנת תקנות במשרד, בין בדרך-כלל ובין באופן חלקי, לפי נושאי חקיקה או לפי חלוקה אחרת (כגון, חלוקה לפי יחידות סמך של המשרד כפי שייקבע בכל משרד).

היועץ המשפטי ירכז גם את המגעים בין המשרד לבין משרדי ממשלה אחרים או גופים אחרים (כגון, ועדות של הכנסת או גופים פרטיים שיש להם מעמד בנוגע להתקנת התקנות) לצורך התייעצות, קבלת הסכמה או אישור, וכן עניינים אחרים הקשורים להתקנת התקנות שבתחום אחריותו.

על היועץ המשפטי לשלוח את טיוטת התקנות לאחר קבלת הערות כל המשרדים הרלוונטיים ולפני החתמת השר לממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים. לפירוט, ראו סעיפים 11.3, (24)

10.2. נוהל משלים למשרד הממשלתי

היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי יכול להכין נוהל משלים להתקנת תקנות שיסדיר, מתוך התאמה להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, פרטים מיוחדים בקשר להתקנת תקנות באותו משרד. בנוהל המשרדי ניתן לקבוע את חלוקת האחריות בין היועצים המשפטיים באותו משרד, לפי השתייכות ארגונית או לפי נושאי חקיקה; הגורמים המקצועיים במשרד, אם יחידות מינהליות ואם נושאי משרות, האחראים להתקנות תקנות, לפי חוקים או לפי חלוקה אחרת; הסדרים לתיאום בין יחידות מינהליות ונושאי משרות במשרד; נוהל הטיפול בהכנת התקנות, כולל תפקידו של חשב המשרד בבדיקת ההוצאות הכספיות הצפויות כתוצאה מהתקנת התקנות; ועוד.

10.3. תפקידו של חשב המשרד

לעתים קרובות, כתוצאה מהתקנת תקנות נוספת עבודה למשרד, ועמה גם הוצאות כספיות שגרתיות, כגון, הוצאות עבור חומרי משרד, דואר וטלפון, וכיוצא באלה. אך לעתים התקנת תקנות גוררת הוצאה כספית מיוחדת, כגון, הוספת תקנים, תמיכה כספית בגופים או בפעולות מחוץ למשרד, ועוד. משנראה לגורם המקצועי במשרד, העוסק בהכנת תקנות, כי צפויה הוצאה כספית מיוחדת כאמור, יודיע על כך לחשב המשרד בשלב מוקדם של הכנת התקנות. כמו כן ישלח היועץ המשפטי אל חשב המשרד את טיוטת התקנות במועד שבו היא צריכה להישלח למשרדי ממשלה אחרים שיש להם עניין ישיר בהתקנת התקנות. על כך ראו להלן סעיף 11.3.

חשב המשרד יבדוק אם יש כיסוי תקציבי להוצאה הכספית הצפויה כתוצאה מהתקנת תקנות. מצא חשב המשרד שאין כיסוי תקציבי כאמור, יודיע על כך בהקדם למנהל הכללי של המשרד או לגורם אחר במשרד שנקבע לצורך זה. כמו כן יודיע על כך חשב המשרד, אם יהיה עליו לעשות זאת לפי הנחיות החשב הכללי, לחשב הכללי או לגורם אחר במשרד האוצר, כפי שיקבע בהנחיות החשב הכללי.

10.4. אישור החשב או המנהל הכללי על תקצוב הוצאות

סעיף 40(א) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה - 1985, קובע לאמור:

"תקנות או הוראות מינהל שבביצוען כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה לא יותקנו אלא אם כן ההוצאה או ההתחייבות תוקצבו בחוק התקציב השנתי לשנת הפעלתן הראשונה."

"תקנה" ו"הוראת מינהל" הוגדרו בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981. ראו לעיל סעיף 2.2.

על יסוד הוראה זאת, כל יועץ משפטי למשרד ממשלתי, השולח אל הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים תקנות או הוראות מינהל (כולל מינוי למשרה חדשה) לצורך פרסום ברשומות (אם בקובץ התקנות ואם בילקוט הפרסומים), נדרש לציין במכתב הלוואי הנשלח על ידו, כי ההוצאה או ההתחייבות להוצאה מתקציב המדינה, הכרוכה בביצוע התקנה או הוראת מינהל בשנה הראשונה, תוקצבו, או שביצוען אינו כרוך בהוצאה או בהתחייבות להוצאה.

לפני שהיועץ המשפטי מציין במכתבו אל הממונה על חקיקת המשנה כאמור, יקבל אישור על כך מחשב המשרד או מן המנהל הכללי של המשרד. הנחיה זאת אינה חלה באותם מקרים בהם ברור מאליו כי ביצוע התקנה או הוראת המינהל אינו כרוך בהוצאה או בהתחייבות להוצאה מתקציב המדינה.

11. טיוטת התקנות

11.1 שיתוף בין-משרדי מכוח הוראה בחוק

לעתים מחייב החוק במפורש שיתופו של משרד אחר בהתקנת התקנות, אם בדרך של התייעצות ואם בדרך של הסכמה. דוגמא לכך הוא המקרה בו קובע החוק כי שני שרים ביחד ממונים על ביצועו של חוק והם רשאים להתקין תקנות לביצועו. מקרים אלה ידונו בנפרד להלן: על חובת ההתייעצות ראו להלן סעיף 12; ועל הצורך לקבל הסכמה או אישור ראו להלן סעיף 22.

11.2 תיאום בין-משרדי כדרישה של מינהל תקין

גם בהעדר הוראה בחוק, המחייבת שיתוף בין-משרדי בהתקנת התקנות, דורש המינהל התקין כי יקויים תיאום בין-משרדי בעניין זה. עקרון יסודי במבנה החוקתי בישראל, המעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה הוא כי הממשלה אחראית בפני הכנסת אחריות משותפת. משום כך, ומשום שהתקנת תקנות על-ידי משרד אחד עשויה להשפיע על עניינים המצויים בתחום אחריותו של משרד אחר, נדרש תיאום בין משרדי הממשלה. התקנת תקנות על-ידי משרד אחד ללא תיאום כזה עלולה לפגוע במשרדים אחרים ואף בציבור הרחב. הנוהל לתיאום בין-משרדי נועד למנוע תקלות מינהליות ופגיעה בטובת הציבור.

11.3 תיאום עם משרדי ממשלה שיש להם עניין ישיר בתקנות

(א) המשרד העוסק בהכנת תקנות יקבע מבעוד זמן את משרדי הממשלה שיש להם עניין ישיר באותן תקנות. השאלה מי הם משרדי הממשלה שיש להם עניין ישיר בתקנות מסוימות תלויה בכל מקרה בנושא ובתוכן של התקנות. באופן כללי ניתן לומר שאם התקנות עשויות להשפיע באופן מעשי, במהלך הדברים הצפוי, על נושא המצוי בתחום סמכותו של משרד אחר, צריך לראות אותו משרד כמי שיש לו עניין ישיר בתקנות.

(ב) האחריות לקיום קשר עם המשרדים שיש להם עניין ישיר בתקנות מסוימות, ובכלל זה ההחלטה מי הם משרדים אלה, מוטלת על היועץ המשפטי של המשרד המתקין את התקנות או בידי יועץ משפטי אחר באותו משרד שנקבע לצורך זה (להלן, בסעיף זה, היועץ המשפטי). היועץ המשפטי יברר עם הגורם המקצועי במשרד, העוסק בהכנת התקנות, מי הם המשרדים הממשלתיים שיש להם עניין ישיר בתקנות. הודעה על הכנת התקנות תישלח למשרדים אלה על-ידי היועץ המשפטי, אלא אם כן הסדיר כי ההודעה תישלח על-ידי הגורם המקצועי העוסק בהכנת התקנות. רצוי שהודעה כאמור תישלח בשלב מוקדם של הכנת התקנות כדי לתת למשרדים שיש להם עניין ישיר בתקנות, וכן גם לממונה על חקיקת-המשנה במשרד המשפטים, די זמן ללמוד את הנושא ולהכין את הערותיהם. ככל שנושא התקנות מורכב יותר, וככל שההשפעה הצפויה של התקנות על משרד אחר גדולה יותר, כן חשוב יותר להודיע לאותו משרד בשלב מוקדם ככל שניתן על הכנת התקנות.

(ג) היועץ המשפטי ישלח טיוטה של התקנות למשרדים שיש להם עניין ישיר בתקנות, עם מכתב לוואי שבו יבקש הערות עד למועד שיהיה נקוב במכתב. לאחר קבלת הערות כל המשרדים הרלוונטיים, תישלח הטיוטה לממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים עם העתק לידיעת הממונה על החקיקה בתחום הרלוונטי במשרד המשפטים ("רפרנט"), תוך ציון מיוחד לדחיפות העניין, אם קיימת.

(ד) לא נתקבלו הערות ממשרד מסוים לטיוטת התקנות עד למועד הנקוב במכתב-הלוואי, יראו אותו משרד כאילו אין לו התנגדות לתקנות בנוסח המוצע.

(ה) העיר המשרד הערות לטיוטת התקנות והערותיו לא נתקבלו, כולן או מקצתן, תימסר הודעה על כך לאותו משרד על-ידי היועץ המשפטי במשרד המכין את התקנות בהקדם האפשרי, ולפחות שבוע אחד לפני שיעביר את התקנות לחתימת הרשות המתקינה, כדי לאפשר לאותו משרד שהערותיו לא נתקבלו לשקול את עמדתו וצעדיו. משרד זה יכול, במצב כזה, לנקוט באחד הצעדים הבאים:

(1) ליזום קשר בין שני המשרדים בדרג מינהלי בכיר, עד דרג השרים, בניסיון להגיע לכלל הסכמה;

(2) להביא את המחלוקת בפני ראש הממשלה או להעלות את הנושא על סדר היום של הממשלה, בהתאם לתקנון עבודת הממשלה.

צעדים אלה, כשהם לעצמם, אין בהם כדי לחייב את המשרד המכין את התקנות לעכב את המשך הטיפול בהתקנת התקנות.

11.4. תיאום בין-משרדי במקרה של דחיפות או סודיות

במקרה שדחיפות מיוחדת או סודיות מיוחדת מונעות תיאום עם המשרדים שיש להם עניין ישיר בתקנות כאמור בסעיף 11.3, ימצא היועץ המשפטי דרך ההולמת את נסיבות המקרה, כדי להביא לידי תיאום בין-משרדי, במידת האפשר באותן נסיבות, כגון באמצעות פגישה או שיחת טלפון.

11.5. תקנות המטילות אגרות

תקנות המטילות אגרות צריכות לקבל גם אישור מוקדם של ועדת האגרות הבין-משרדית. ראו להלן סעיף 19.1.

12. סדרי ההתקנה לפי החוק

לעתים קובע החוק הוראות בעניין סדרי ההתקנה (הפרוצדורה) של תקנות מסוימות, כגון, התייעצות מוקדמת עם רשות מינהלית או עם גוף אחר, קבלת אישור של רשות מינהלית או של גוף אחר, ועוד. לדוגמא, סעיף 8 לחוק מקורות אנרגיה, התש"ן - 1989, קובע כי שימוש בסמכות מכוח חוק זה בכל עניין הנוגע לבטיחות הבניה וההפעלה של כור גרעיני להפקת חשמל תיעשה בכפוף להוראות כל דין ולאחר התייעצות עם ראש הממשלה.

חובה לקיים את סדרי ההתקנה, כפי שנקבעו בחוק. אי קיום הוראות חוק מסוג זה (יש קוראים לכך חריגה פרוצסואלית מן הסמכות) עלול לפגום בחוקיות התקנות, עד כדי כך שהתקנות עלולות להיחשב בטלות מעיקרן. עם זאת, אפשר שאי קיום הוראה מסוג זה, שאינה יורדת לשורש הסמכות, לא יגרום לבטלות התקנות. לעניין זה מקובלת הבחנה בין הוראות מחייבות (מנדטוריות), לבין הוראות מנחות (או מדריכות), שסטיה מהן לא תגרום לפסלות התקנות. השאלה אם הוראה מסוימת היא הוראה מחייבת או הוראה מנחה, תלויה בכל מקרה בלשון החוק, במהות ההוראה וביתר נסיבות העניין. ראו, לדוגמא, בג"צ 123/75 אור נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד (1) 628, 635, 636; ע"פ 390/69 רוזנבלום נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(2) 330.

13. התייעצות

13.1. חובת התייעצות מכוח החוק

א) מקום שהחוק דורש התייעצות, כתנאי להתקנת תקנות, הימנעות מלהתייעץ עלולה לפסול את התקנות. בבג"צ 384/66 פוקסמן נ' המפקח על תעבורה, פ"ד כא(2) 221, 225, פסק בית המשפט העליון:

"החובה המוטלת על-ידי המחוקק על רשות מינהלית להתייעץ עם גוף מסוים לפני הפעלת סמכותה מהווה סייג חשוב לסמכותה החוקית, ובית המשפט אף יבטל תחיקת-משנה משום חריגה מסמכות, אם מחוקק המשנה לא קיים את חובת ההתייעצות הקודמת המוטלת עליו על-פי חוק חרות".
(ראו האסמכתאות המובאות שם. ראו גם בג"צ 379/71 לוי נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד כו(1) 785, 790).

חובת ההתייעצות הקבועה בחוק מחייבת "התייעצות ממשית" (בג"צ פוקסמן הנזכר לעיל). התייעצות זו משמעה כי על הגורם המתייעץ להקשיב לעצה "בנפש קולטת" ו"בלב פתוח ובנפש חפצה", כלשון בית המשפט העליון, אף כי אינו חייב לקבלה כמות שהיא (בג"צ 265/68 אגודת האינג'ינרים והארכיטקטים בישראל נ' שר העבודה, פ"ד כג(1) 132, 140-141; בג"צ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לה(2) 85, 96). על חובת ההתייעצות ראו בהרחבה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0001 "חובת התייעצות מכוח חוק", ו- 1.1550 "כינון הועד המנהל של רשות השידור ומליאתה".

ב) ההתייעצות תיעשה בשלב ובאופן שיאפשר לגוף המייעץ להעיר הערותיו בעניין התקנות, ובמידת הצורך גם לקיים דיון עם המשרד המכין את התקנות, לפני שהמשרד יגבש את עמדתו בעניין זה. לכל המאוחר תשלח לגוף המייעץ טיוטת התקנות במועד שבו היא אמורה להישלח למשרדי ממשלה אחרים שיש להם עניין ישיר בתקנות, ותינתן לו אותה הזדמנות להעיר הערותיו, כאמור לעיל בסעיף 11.3(ג).

ג) לא נתקבלו ההערות של הגוף המייעץ, כולן או מקצתן, יחול ההסדר הקבוע לעיל בסעיף 11.3(ה), בשינויים המחויבים.

13.2. התייעצות עם גופים מעוניינים שלא מכוח חוק

א) משרדי הממשלה נוהגים במקרים רבים לקיים התייעצות, במהלך ההכנה של תקנות, עם גופים שיש להם עניין מיוחד בנושא התקנות, בין עניין ישיר של הגוף עצמו ובין עניין עקיף של הגוף, כמייצג ציבור העשוי להיות נפגע או מושפע בדרך אחרת מן התקנות. התייעצות כזאת, אף שאינה נדרשת על-ידי החוק ואף אינה נזכרת בחוק, אינה פסולה. ראו בג"צ 308/76 מנדל שרף נ' שר האוצר, פ"ד ל(3) 390. להיפך, התייעצות כזאת יש לה חשיבות מבחינות אחדות:

(1) היא תואמת את העיקרון הדמוקרטי הדורש שיתוף הציבור בחקיקה;

(2) היא עשויה להוסיף למשרד מידע ושיקולים שיש בהם כדי להשפיע על תוכן התקנות; (3) היא עשויה לעודד שיתוף פעולה מצד הגופים והאנשים אליהם מכוונות התקנות, בביצוע התקנות לאחר שהותקנו.

לפיכך ראוי לקיים התייעצות כזאת במקרים בהם עשויות התקנות להשפיע באופן ניכר על המצב המשפטי או על עניין כלכלי או חברתי, של ציבור מסוים או גופים מסוימים. חשיבות מיוחדת נודעת לכך במקרים בהם התקנות אמורות לקבוע הסדרים ראשוניים.

בנושא חשוב באופן מיוחד - תקנות בעניין חומרים מסוכנים - נקבע בהחלטות ממשלה כי: (1) כל התקנה בעניין חומרים מסוכנים ופגעי טבע תהיה בידיעת ועדת ההיגוי הבין-משרדית לחומרים מסוכנים ולפגעי טבע. (2) כל התקנה בעניין חומרים רדיואקטיביים או ציוד רדיואקטיבי תהיה בהתייעצות עם הועדה לאנרגיה אטומית.

(ב) היועץ המשפטי במשרד הממשלתי יכין, בתיאום עם הגורמים המקצועיים המופקדים על הכנת התקנות, רשימה של גופים עמם ראוי לקיים קשר במהלך ההכנה של התקנות. ניתן להכין רשימה אחת לכל סוגי תקנות שבסמכות משרד או רשימות אחדות לסוגים שונים של תקנות. בדרך-כלל ראוי לכלול ברשימה כזאת גופים שלדעת המשרד יש להם מעמד כמייצגים של ציבור בעל עניין ממשי ומיוחד בתקנות, מבחינה כלכלית או חברתית, כמו כן יש לשקול אם ראוי לכלול ברשימה גם גופים שיש להם עניין כללי בתקנות, אך אין הם מייצגים באופן מיוחד את הציבור אליו מכוונות התקנות, כגון לשכת עורכי הדין והמועצה הישראלית לצרכנות.

(ג) המשרד יוכל, לפי שיקול דעתו, להקים ועדות מייעצות לעניין התקנת תקנות, ולהתייעץ בהן במקום לקיים קשר עם גופים שונים כאמור לעיל בפיסקה ב'. ניתן להקים ועדה מייעצת אחת לכל סוגי התקנות שבסמכות המשרד או ועדות אחדות לסוגים שונים של תקנות. ועדה מייעצת תכלול נציגים של גופים או צבורים שלדעת המשרד יש להם עניין ממשי ומיוחד בתקנות, מבחינה כלכלית או חברתית. הרכבה של ועדה מייעצת ייקבע על-ידי המנהל הכללי של המשרד, בתיאום עם היועץ המשפטי במשרד, אם לא נקבעה דרך אחרת בנוהל המשרדי.

(ד) בדרך-כלל, אם המחוקק קבע חובת התייעצות עם גוף מייצג את הציבור המעוניין בתקנות, אין צורך לקיים התייעצות או קשר אחר עם גופים נוספים כאמור לעיל בפסקאות ב' ו'ג'. כך הדבר, לדוגמה, לעניין התקנת תקנות לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה - 1995. חוק זה מקים מועצה שאחד מתפקידיה לייעץ לשר העבודה והרווחה בבואו להתקין תקנות (סעיף 12(2)), ולפי תקנות הביטוח הלאומי (מועצת המוסד), התשי"ח - 1958, מורכבת המועצה מנציגים של משרדי ממשלה, נציגי עובדים, מעבידים, עובדים עצמאיים וארגוני נשים, מומחים ועוד. כך הדבר גם לפי חוק המים, התשי"ט - 1959. חוק זה קובע כי לא יותקנו תקנות בדבר אגרות בעד רשיונות, היתרים ושירותים

אלא לאחר התייעצות עם מועצת המים (סעיף 159), ומוסיף וקובע (בסעיף 126) כי לפחות שני שלישים מחברי המועצה יהיו נציגי ציבור, ובהם נציגי צרכנים ונציגי ספקים. עם זאת, ייתכן שבמקרים מיוחדים יהיה טעם לקיים התייעצות, נוסף להתייעצות עם הגוף המייעץ שנקבע בחוק, עם גורם מעוניין שאינו מיוצג באותו גוף. ראו גם סעיף 9 לחוק הגנת הצומח, התשט"ז - 1956.

ה) הקשר עם הגוף או עם ועדה מייעצת כאמור לעיל בפסקאות ב' ו' ייעשה בשלב ובאופן שיראו למשרד בהתחשב בנסיבות העניין, ומתוך מגמה לאפשר לגוף או לוועדה להעיר את הערותיהם לפני שהמשרד יגבש את עמדתו לעניין התקנות. בדרך-כלל מן הראוי יהיה לשלוח לגוף או לוועדה את טיוטת התקנות במועד שבו היא אמורה להישלח למשרדי ממשלה אחרים שיש להם עניין ישיר בתקנות, כאמור לעיל בסעיף 11.3 (ג).

ו) ההנחיות דלעיל, בדבר התייעצות עם גופים מעוניינים שלא מכוח החוק, לא יחולו אם טעמים של סודיות או דחיפות מונעים התייעצות כאמור, אלא במידה שהדבר אפשרי, לדעת המשרד, בנסיבות המקרה.

13.3. התייעצות עם הממונים על החקיקה במשרד המשפטים

אם מתעוררת בעיה משפטית בעלת חשיבות רבה או קושי מיוחד, במהלך ההכנה של התקנות, יוכל היועץ המשפטי האחראי לפנות אל משרד המשפטים ולהתייעץ עם הממונה על החקיקה באותו תחום ("הרפרנט") או, באמצעותו, עם עובד אחר במשרד המשפטים. דבר ההתייעצות יצוין במכתב הנלווה לתקנות הנשלח לממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים (ראו בנספח).

כמובן, הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים ייוועץ ביוזמתו עם הממונה על החקיקה בתחום זה או אחר במשרד המשפטים, לפני העניין, בכל מקרה בו יראה צורך בכך.

14. שם התקנות

14.1. שם רגיל לתקנות

א) בדרך-כלל יהיה שם התקנות זהה לשם החוק אשר מכוחו הותקנו התקנות, כאשר במקום המילה "חוק" תבוא המילה "תקנות", (או "צו" או "כללים" וכיוצא בזה, לפי העניין, כאמור להלן), והשנה תהא השנה שבה הותקנו התקנות. לדוגמא, מכוח חוק רואי חשבון, התשט"ו - 1955, הותקנו תקנות רואי חשבון, התשט"ז - 1955.

כאשר תקנות מותקנות מכוח מספר מקורות סמכות (ראו להלן פרק 15), יסתמך שם התקנות על החוק העיקרי שעליו נסמכת התקנה בשם התקנה וכל החוקים האחרים יצוינו בפתח. אזכורו של החוק העיקרי יקדים את אזכורם של שאר החוקים בפתח. לדוגמא:

שם: תקנות הגנת הפרטיות (אגרות), התשמ"א - 2000
פתיח: "בתוקף סמכותי לפי סעיף 36 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981 (להלן - החוק), באישור שר האוצר לפי סעיף 39 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה - 1985, ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, אני מתקין תקנות אלה."

שם: תקנות ניירות ערך (אגרת בקשה למתן היתר לפרסום תסקיף), התשנ"ה - 1995
פתיח: "בתוקף סמכותי לפי סעיפים 55 ו - 56 (א) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח - 1968 ולפי סעיף 130 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד - 1994, בהתייעצות עם הרשות ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, אני מתקין תקנות אלה."

(ב) כאשר התקנות עוסקות בנושא מיוחד מתוך הנושאים שבהם עוסק החוק, יתווסף לשם התקנות, לפני ציון השנה, נושא התקנות בסוגרים. לדוגמא: תקנות רואי חשבון (התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע), התשכ"ה - 1965. דוגמא שגויה: מכוח חוק הרשויות המקומיות (גמלאות לראש רשות וסגניו), התשל"ז - 1977, הותקנו תקנות בשם "תקנות גמלאות לראש רשות וסגניו (אישור תוספות קבועות), התש"ך - 1959." שמן הנכון צריך להיות "תקנות הרשויות המקומיות (גמלאות לראש רשות וסגניו) (אישור תוספות קבועות), התש"ך - 1959." דוגמא שגויה נוספת: "תקנות העסקת נכי מלחמה, התשי"א - 1951", שהותקנו לפי חוק החיילים המשוחררים (החזרה לעבודה), התשי"ט - 1949, ושמן הנכון צריך להיות "תקנות החיילים המשוחררים (החזרה לעבודה) (העסקת נכי מלחמה), התשי"א - 1951."

14.2. השם בתיקון תקנות

בתיקון תקנות יינתן לתקנות המתקנות שם כשם התקנות המתוקנות ובסוגריים יצוין "תיקון". לדוגמא: תקנות רואי חשבון (תיקון), התשכ"ח - 1968. בתיקון נוסף של אותן תקנות, בתחומי אותה שנת כרד, יצוין בסוגרים גם המספר הסידורי של התיקון, כלומר (תיקון מס' 2), וכן הלאה. לדוגמא: תקנות ... (תיקון), התשמ"ד - 1984; תקנות ... (תיקון מס' 2), התשמ"ד - 1984; תקנות ... (תיקון מס' 3), התשמ"ד - 1984.

בשנה הבאה אחריה, התשמ"ה לדוגמא, יתחיל מניין התיקונים שוב מ-(תיקון), (תיקון מס' 2) וכו'. ראו הודעת מערכת רשומות, ק"ת התשמ"ט, עמ' 1464, שביטלה את ההודעה בעניין המספור הרב-שנתי, אשר פורסמה בעקבות הנחיה 60.012 המקורית (שהנחיה זו מעדכנת אותה), בק"ת התשמ"ו, עמ' 184.

14.3. שמות אחרים לתקנות

(א) **"צו"**. אין לקרוא לתקנות בשם "צו" אם אין דבר שייחד אותן מתקנות רגילות אחרות. תקנות יקראו בשם "צו" אם החוק, בהעניקו סמכות להתקין את התקנות, נוקט בלשון "צו". לדוגמא, פקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז - 1976, קובעת בסעיף 62(א) כי שר הבריאות רשאי לקבוע "בצו" אגרות בעד רשיון או היתר, ומכוח סמכות זאת הותקן צו הרופאים (אגרות רשיון והיתר זמני), התשמ"ד - 1984. לרוב, הוספת שמו של חיקוק לרשימה (בתוספת של חוק) תיעשה באמצעות צו (ראו למשל סעיף 55(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד - 1984).

הערה: מן הראוי שנסחי החוקים ינקטו לשון אחידה ויימנעו מלכנות תקנות רגילות בשם "צווים" או בשמות בלתי מקובלים אחרים.

(ב) **"חוק עזר"**. תקנות המותקנות על-ידי רשות מקומית בעיקר (עיריה או מועצה מקומית) נקראות בשם "חוקי עזר". **הערה:** מן הראוי להימנע מן השימוש בשם "חוק עזר" לתקנות המוצאות על-ידי גופים אחרים.

(ג) **"תקנון"**. תקנות המוצאות על-ידי גוף לקביעת סדרי העבודה של אותו גוף נקראות בשם "תקנון". לדוגמא, תקנון עבודת הממשלה מכוח סעיף 31(ו) לחוק יסוד: הממשלה, תקנון האקדמיה ללשון העברית מכוח סעיף 7 לחוק המוסד העליון ללשון העברית, התשי"ג - 1953, תקנון אגודות ספורט מכוח סעיף 10 לחוק הספורט, התשמ"ח - 1988.

(ד) **"כללים"**. תקנות המותקנות על-ידי תאגיד שהוקם מכוח חוק כדי להסדיר תחום מקצועי מסוים, והוא מורכב בעיקרו מנציגים של גופים או אנשים הפועלים באותו תחום, נקראות בשם "כללים". לדוגמא: כללי המועצה להשכלה גבוהה (הכרה במוסדות), התשכ"ד - 1964, שהוצאו מכוח חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח - 1958; כללי המועצה לייצור ולשיווק של אגוזי אדמה (פיקוח על הסחר באגוזי אדמה), התשכ"ב - 1962, שהוצאו מכוח חוק המועצה לייצור ולשיווק של אגוזי אדמה, התשי"ט - 1959; כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו - 1986, שהוצאו מכוח חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א - 1961.

15. מקור הסמכות

יש לציין בפתיח לתקנות, מתחת לשמן, את מקור הסמכות להתקנת תקנות, בין אם זה חוק ובין אם זו תקנה. הותקנו התקנות מכוח מקורות אחדים, יש לציין את כולם. כמו כן, אם דורש החוק התייעצות או אישור כתנאי להתקנת התקנות, יש לציין כי דרישת החוק בעניין זה קוימה. לדוגמא:

"תקנות שירותי הובלה, התשס"א - 2001
בתוקף סמכותי לפי סעיפים 5(ג), 7, 9, 14, 16, 22, 24, ו - 26 לחוק
שירותי הובלה, התשנ"ז - 1997, לעניין הפרק השלישי בהסכמת ראש
הממשלה והשר לאיכות הסביבה, ולעניין תקנות 24 ו - 25 באישור שר

האוצר לפי סעיף 39 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה - 1985, ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, אני מתקין תקנות אלה:

עם זאת, אם מקור הסמכות לא צוין, או נפלה טעות בציון המקור, נראה שאין בכך כדי לפסול את התקנות, ובלבד שהיתה סמכות להתקנת התקנות. ראו בג"צ 222/61 כמו-תעש חיפה נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד טז 297, 299.

הסמכות להתקנת התקנות יכולה להיות סמכות מפורשת, סמכות כללית לביצוע או סמכות הנובעת מעצם העובדה שהשר ממונה על חוק (לפי סעיף 31 לחוק יסוד: הממשלה)².

16. מסגרת הסמכות

16.1. על היועץ המשפטי במשרד הממשלתי להנחות בדבר מסגרת הסמכות

יש להקפיד על כך שהתקנות לא יחרגו ממסגרת הסמכות שהוענקה למתקין התקנות. האחריות בעניין זה מוטלת על היועץ המשפטי במשרד הממשלתי, שינחה את הגורם המקצועי העוסק בהכנת התקנות ויבדוק את התקנות גם מבחינה זאת לפני שהן מועברות לחתימתו של מתקין התקנות.

במקרה של ספק יוכל היועץ המשפטי להתייעץ עם הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים (שמתפקידו לבדוק ראשית עניין זה), או, באמצעותו, עם עובד אחר במשרד המשפטים.

16.2. חריגה מן הסמכות

"חריגה מסמכות בקשר לחקיקת משנה" אמר השופט שמגר, "יכול שתהיה חריגה מבחינת ההליכים הקובעים בחוק המסמך, כגון כאשר שר פלוני חייב להיוועץ ברשות פלמונית לפני התקנת התקנה ולא עשה כן; יכול, מאידך, שהחריגה תהיה מהותית, היינו הפסול יהיה בתוכן הדברים שנקבעו בחקיקת המשנה גופא. חריגה מהותית מסמכות בכגון דא יכול שתבטא בהתקנת תקנה שהוראותיה אינן במסגרת ד' האמות, כפשוטן, של הסעיף המסמך בחוק החרות, ויכול שהחריגה מסמכות תבטא באי-סבירותו של התוכן, כי הרי הנחה היא שהמחוקק לא נתכוון להעניק סמכות להתקין תקנות שהן בלתי סבירות" (בג"צ 186/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 101).

על חריגה מסמכות מבחינת ההליכים הקובעים בחוק המסמך, ראו לעיל סעיף 12; ועל חריגה מסמכות מבחינת הסבירות ראו להלן סעיף 23.

החריגה המהותית מן הסמכות, במובן של קביעת כלל או הסדר אשר לפי לשון החוק המסמך לא נכלל במסגרת הסמכות שהוענקה למתקין התקנות, עשויה להיות ברורה וגלויה לעין.

מקרים כאלה הם, למעשה, נדירים. יותר שכיח הדבר שהחריגה המהותית מן הסמכות נובעת מפרשנות מוטעית של לשון החוק המסמיך. כך, למשל, פסק בית המשפט שחוק המסמיך את מתקין התקנות "להסדיר" את העיסוק במקצוע מסוים, אין לפרשו כמעניק סמכות "לאסור" כליל את העיסוק באותו מקצוע. ראו, לדוגמא, בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 360.

עם זאת, בדרך-כלל יהיה בית המשפט נוטה לפרש את הוראות החוק, המעניקות סמכות להתקין תקנות, באופן מרחיב, כך שהתקנות לא ייפסלו בשל חריגה מן הסמכות. בבג"צ 571/81 הפטקה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ל"ו(3) 477, 486, אמר לעניין זה השופט דב לוי:

"כלל גדול הוא בהלכות פרשנות של דבר חקיקה, כי בית המשפט, המתבקש לבחון תקפותה של חקיקת משנה, יהיה נוטה להכשירה וליתן לה תוקף ולא לפסלה, שהרי יש להעמיד את מחוקק המשנה בחזקתו, כי הוא מבקש לפעול בגדר סמכות שהוענקה לו. בית המשפט גם לא יהיה נוטה, דרך-כלל, לצמצם את מרחב הסמכות שהעניק המחוקק הראשי למחוקק המשנה על דרך פירוש מצמצם של סמכויותיו. ודאי שבית המשפט ינהג כך, כאשר קיים פירוש סביר ומתקבל על הדעת, אשר על-פיו ניתן היה להקנות למחוקק המשנה את הסמכות, על-פיה פעל למעשה בהתקינה את תקנותיו".

16.3. תוצאות החריגה מן הסמכות

תקנות החורגות מן הסמכות שנקבעה בחוק אין להן תוקף. עם זאת, אפשר שהחריגה מן הסמכות תהיה מוגבלת לעניין אחד מתוך עניינים אחדים המוסדרים בתקנות. אותו עניין, בו קיימת החריגה מן הסמכות, אין לו תוקף. אולם האם יפסלו, בעקבותיו, גם יתר העניינים המוסדרים באותן תקנות?

לעתים, ניתן לקבוע כי רק אותו עניין בו קיימת חריגה מן הסמכות יהיה בטל, ואילו יתר העניינים המוסדרים באותן תקנות לא יפגעו ויעמדו בתקפם, ראו, לדוגמא, בג"צ 146/58 שוסטאק נ' המועצה המקומית נהריה, פ"ד יג 219. במשפט זה פסק בית המשפט כי עירייה שהתקינה חוק עזר בעניין היטל לצרכי סעד לא היתה מוסמכת להקים באותו חוק עזר ועדות הערכה וועדות ערעורים, ולכן חלק זה של חוק העזר בטל בשל חריגה מן הסמכות, אולם אותו חלק של חוק העזר המחייב בתשלום ההיטל מצוי בגדר הסמכות ועומד בתוקפו.

במהלך השנים התפתחה בפסיקה הישראלית הלכת הבטלות היחסית, המוחלת מאז בתחום המשפט המינהלי (ראו למשל ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 267: "תקנה אשר עומדת בניגוד לחוק - כפופה לתרופות המשפט המינהלי, הקובעות תוצאה של בטלות מלאה או בטלות יחסית". וכן ראו ד' ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי", משפטים כד (תשנ"ה) 519).

² על גבולות הסמכות של תקנות ביצוע ראו בג"צ 614/99 סמי שלום שטרית נ' רשם המפלגות (לא פורסם).

אולם דרך זאת, לפיה מופרד החלק הבטל מן החלק התקף, אינה אפשרית בכל מקרה, יש מקרים בהם ביטול חלק מן התקנות גורם לכך שכל יתר החלקים של התקנות לא יהיו ניתנים לביצוע. לשון אחרת, ייתכן שלאחר ביטול חלק מן התקנות, לא יהיה לחלק שנותר קיום עצמאי, אם מבחינה הגיונית ואם מבחינה מעשית. במקרה כזה מן הכרח יהיה לראות את כל התקנות הבטלות. ראו, לדוגמא, בג"צ 571/81 הפטקה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(3) 491, 477.

השאלה אם ניתן להפריד בין אותו חלק בתקנות החורג מן הסמכות לבין החלק הנותר של התקנות, ולצמצם את הבטלות רק לחלק החורג מן הסמכות, תלויה בכל מקרה בנסיבות העניין. מקום שביית המשפט קבע בפסק דין סופי כי תקנות מסוימות בטלות בשל חריגה מן הסמכות, כולן או חלקן, יש לבטל אותן בהקדם ובאופן רשמי, לפי העניין, על-ידי הרשות שהתקינה אותן, ולפרסם את הביטול באותה דרך בה פורסמו התקנות לראשונה.

17. מבנה התקנות

17.1. המתכונת

א) על שם התקנות, ראו לעיל סעיף 14. על ציון מקור הסמכות להתקין תקנות, ראו לעיל סעיף 15.

ב) תקנות שיש בהן סעיפים רבים, מן הראוי לחלק אותן לפרקים, ואם מספר הסעיפים גדול במיוחד יש לשקול אם ראוי לחלק אותן חלוקה נוספת. כך, לדוגמא, תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, מחולקות ל"חלקים", "פרקים", "סימנים" ו"סעיפים", וכל אחד מהם יש לו מספר ושם. המספרים הניתנים לפרקים רצים מתחילת התקנות ועד סופן, ואין למספר אותם מחדש בכל חלק וחלק, וכך אף לגבי מספרי הסעיפים התקנות.

הסעיף עצמו יחולק, לפי הצורך, לסעיפים קטנים (מסומנים באותיות האלף-בית, לפי הסדר), וסעיף קטן יחולק, לפי הצורך, לפסקאות (מסומנות במספרים, לפי הסדר). יכול שסעיף יחולק לפסקאות בלא שיש לו סעיפים קטנים, אם באה לפניהן רישא משותפת. סעיפי תקנות נקראים "תקנות" ו"תקנות-משנה" ואילו בחוק, בכללים ובצווים ייקראו "סעיפים" ו"סעיפים קטנים". לסעיפים קטנים ולתקנות משנה לא יהיו סעיפים קטנים אלא פסקאות בלבד, שלפניהן רישא משותפת.

17.2. סעיף הגדרות

בתקנות בהן יש צורך בהגדרות, ירוכזו ההגדרות בסעיף 1 בהן. (או בראש פרק או סימן בתקנות, אם ההגדרות מובאות לצורך אותו פרק או סימן בלבד). יש להימנע משימוש בהגדרה

לצורך קביעת הוראה מהותית. ראו בג"צ 563/75 רסלר נ' שר האוצר, פ"ד (2) 337, 341. בהקשר זה יש לקחת בחשבון את סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, הכולל רשימת הגדרות של ביטויים נפוצים ואין צורך להגדיר מה שכבר הוגדר בחוק המסמך (סעיף 2 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981).

17.3. תאריך וחתימה

בסוף התקנות יבוא התאריך בו נחתמו. אם התקנות נחתמו על-ידי יותר מרשות אחת, כגון על-ידי שני שרים, יבוא התאריך של החתימה האחרונה. אם התקנות צריכות גם אישור או הסכמה, כגון אישור של ועדה מועדות הכנסת או הסכמה של שר אחר, יהיה תאריך חתימת השרים, כמובן, מאוחר למועד האישור או ההסכמה, משלא נתגבשה סמכותם לחתום אלא אחר כך. בצד התאריך תבוא החתימה של הרשות המתקינה, ואם יש יותר מרשות מתקינה אחת, כגון שני שרים, יבואו החתימות של רשויות אלה.

על כל פנים, לכל תקנות יש תאריך חתימה אחד, זה של החותם האחרון - אם היו מספר חותמים, ותאריך זה יהיה כמובן מאוחר לאישור שניתן בוועדה בכנסת, אם ניתן.

17.4. נספחים

בתקנות ארוכות ומורכבות מומלץ לצרף, בראש התקנות, תוכן עניינים מפורט. בתוספת לתקנות יש לצרף, לפי הצורך, טפסים ונספחים אחרים. ראו, לדוגמא, תקנות חמרי נפץ (מסחר, העברה, ייצור, החסנה ושימוש), התשנ"ד - 1994.

17.5. הערת הסבר בשולי התקנות

א) לעתים יש טעם מיוחד להוסיף לתקנות הערת הסבר מטעם הרשות המתקינה את התקנות, כגון, כאשר התקנות מותקנות על רקע אירוע מיוחד, או כאשר הן נועדו להשיג מטרה מיוחדת שאינה עולה בבירור מתוך נוסח התקנות, או כאשר הסבר עשוי להנחות את הרשות הנוגעת בדבר או גורמים מעוניינים אחרים בקשר לביצוע התקנות. כך, לדוגמא, עשויה להיות תועלת בהערת הסבר כאשר התקנות מותקנות בעקבות החלטה או הערה של בית המשפט, וכיוצא בזה. ראוי לציין כי בשנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה היה מקובל לפרסם מפעם לפעם הערות הסבר לתקנות. ראו, לדוגמא, עתון רשמי מס' 11 מיום כ"א בתמוז התש"ח - 28 ביולי 1948, תוספת ב עמ' 41; עתון רשמי מס' 18, מיום כ"ז באב התש"ח - 1 בספטמבר 1948, תוספת ב, עמ' 91; עתון רשמי מס' 42, מיום י"ג בטבת התש"ט - 14 בינואר 1949, תוספת ב עמ' 129. דוגמא מאוחרת יותר ניתן למצוא בק"ת התשמ"ו 601, הערת הסבר מטעם משרד הבטחון בחוברת שהכילה סדרת חיקוקים בעניין תגמולי נכים, או בק"ת התש"ס, עמ' 556 לעניין סדרת חיקוקים פרי עבודת ועדה ציבורית לרפורמה במס.

ב) היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי המתקין את התקנות ישקול בכל מקרה אם יש מקום להוסיף לתקנות הערת הסבר. החליט היועץ המשפטי להוסיף הערת הסבר, ינסח אותה בקיצור, תחת הכותרת "הערת הסבר מטעם משרד...", וישקול אם יש צורך, בנסיבות העניין, לבקש אישור מאת השר או מאת המנהל הכללי של המשרד לנוסח ההערה.

ג) הערת ההסבר תועבר לממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים יחד עם נוסח התקנות החתומות המוגשות לפרסום ברשומות.

ד) הערת הסבר תפורסם ברשומות כהערת שוליים בעמוד הראשון של התקנות או כהערה בסוף התקנות.

ה) הערת הסבר אינה נחשבת חלק מן התקנות, אך היא עשויה לסייע בהבנה ובפרשנות של התקנות.

18. הוראות עונשין**18.1. עונש על הפרת התקנות**

הפרת הוראות שנקבעו בתקנות היא עבירה פלילית לפי מקורות אחדים:

(א) החוק המסמיך

לעתים, קובע החוק המסמיך כי הפרת הוראה מהוראות התקנות היא עבירה. לדוגמא, חוק הצלילה הספורטיבית, התשל"ט - 1979, קובע בסעיף 10:

"(א) העובר על הוראה מהוראות חוק זה או התקנות על-פיו, או אינו ממלא אחרי צו הפסקה מינהלי, דינו מאסר שנה או קנס 100,000 לירות. (ב) הורשע אדם בעבירה על חוק זה או התקנות על-פיו, רשאי בית במשפט, בנוסף לכל עונש, לצוות על שלילת תעודה או רשיון שניתנו לו לפי חוק זה, לתקופה שיקבע בית המשפט או לצמיתות."

כך הדבר גם כאשר החוק המסמיך אינו קובע במפורש כי הפרה של הוראות התקנות מהווה עבירה, אלא רק זאת שעבירה "לפי" החוק דינה מאסר או קנס. חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו - 1986, לדוגמא, קובע סעיף 46(א)(1) כי מי ש"לא מילא חובה המוטלת עליו בחוק זה או לפיו", דינו מאסר שנתיים. עונש זה מוטל גם על מי שלא מילא חובה המוטלת עליו בתקנות שהותקנו לפי חוק זה. מסקנה זאת עולה מסעיף 9 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, הקובע לאמור:

"הביטוי "לפי", לעניין חיקוק פלוני, או ביטוי כיוצא בו - משמעו גם לפי תקנות שהותקנו מכוחו של החיקוק."

יש להיזהר בדרך זאת של קביעת עונש בחוק עצמו עוד לפני שהתקנות הותקנו, בשל החשש שעונש גורף ואחיד (כגון מאסר לתקופה מסוימת) לא יהיה הולם עבירה על תקנה זו או אחרת, שטיבה טרם ידוע.

קביעת עונש גורף בחוק ראשי מתאימה רק כאשר התקנות קובעות פרטים טכניים לגבי העבירה (למשל, עוצמות רעש באיכות סביבה). לעומת זאת, כשהיסודות הבסיסיים של העבירה קבועים בתקנות, אין זה ראוי ככלל שייקבע עונש חמור מחצי שנה (וזאת, מכוח סעיף 2(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977).

(ב) אישור תקנות עונשיות

סעיף 2 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 קובע כי:

"(א) הסמכות להתקין תקנות לביצוע חוק, כוללת אף את הסמכות לקבוע עבירות על התקנות ועונשים על עשייתן; ואולם, עונש מאסר שנקבע בתקנה, תקופתו לא תעלה על ששה חודשים, ואם נקבע עונש קנס - לא יעלה שיעורו על הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום."

(ב) תקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשים טעונות אישור ועדה של הכנסת."

יודגש, כי בכל מקרה אין לחוקק חקיקה פלילית, שיש בה ענישה למפרע, (המנוגדת לסעיף 3 לחוק העונשין, התשל"ז - 1997).

כאמור בסעיף 37(א) לחוק יסוד: הממשלה, שר הממונה על ביצועו של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו. סעיף 2 לחוק העונשין, המובא לעיל, מתייחס גם לתקנות של גורמים אחרים, פרט לשרים (ראו סעיף 5.3 לעיל).

לפי סעיף 21א לחוק-יסוד: הכנסת, תקנות שהתקין שר הקובעות ענישה פלילית בשל הפרתן, לא ייכנסו לתוקף אלא אם אושרו, לפני פרסומן, על-ידי ועדה מועדות הכנסת שהנושא נמצא באחריותה, או אם הועדה שהתקנות נמסרו לה לא החליטה בדבר אישור התקנות או דחייתן, תוך 45 ימים מן היום בו נמסרו לה (סעיף 21א(א) לחוק יסוד: הכנסת). סעיף 2(ב) לחוק העונשין, קובע הוראה דומה, שחלה גם על תקנות שהותקנו על-ידי בעל סמכות שאיננו שר. בסעיף 2(ב) האמור, לא קיימת ברירת המחדל של האישור תוך 45 ימים (היחס בין שתי הוראות אלה לא הובהר עד תום, ויש כוונה ליזום תיקון אשר יקבע הסדר ברור יותר, ויישב את הסתירה ביניהן). דבר האישור יצוין בכותרת התקנות, ומקום שחלים הן סעיף 21א לחוק היסוד והן סעיף 2(ב) לחוק העונשין, שניהם יצוינו בכותרת.

על מנסח התקנות להיות מודע גם לקיומו של סעיף 286 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, הקובע כי:

"המפר הוראת חיקוק במזיד, במעשה האסור לפי אותו חיקוק או בהימנעות ממעשה שעשייתו נדרשת לפי אותו חיקוק, והדבר נוגע לציבור, דינו - מאסר שנתיים; והוא, אם אין נראית מאותו חיקוק כוונה לעונש אחר על הפרתו."

ללא סנקציה ספציפית תחול לכאורה הוראת חוק זו הקובעת ענישה חמורה. יש להקפיד איפוא שלא להותיר הוראות פליליות ללא סעיף סנקציה, זולת אם הסנקציה המפורטת בחוק כוללת גם סנקציה לעובר על תקנות שלפיו או על הפרות שלו הנדונות בתקנות. זאת, כדי למנוע תחולה לא מכוונת של סעיף 286 לחוק העונשין.

ג) התקנות

אפשר שהתקנות עצמן יקבעו כי מי שמפר את הוראות התקנות עובר עבירה. בדרך-כלל מתקין התקנות מוסמך לקבוע עונש, אף אם אין על כך הוראה מפורשת בחוק המסמך, מכוח ההוראה הכללית בסעיף 2 לחוק העונשין, הנזכר לעיל. במקרה זה, עונש המאסר שייקבע בתקנות, לא יעלה על ששה חודשים, ואם נקבע עונש קנס - לא יעלה שיעורו על הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום, לפי סעיף 61(א)(1)

לחוק העונשין. קנס זה מתעדכן מפעם לפעם, לפי השינויים שחלו במדד המחירים לצרכן, בצו המוצא על-ידי שר המשפטים מכוח סעיף 64 לחוק העונשין.

18.2. הנחיה לנסחים: עדיפות להוראת עונשין מפורשת

נסח החוק, המעניק סמכות להתקין תקנות, יתן דעתו לשאלת העונש בשל הפרת התקנות. אם בנסיבות העניין נראה כי אין להסתפק בעונש שניתן לקבוע בתקנות עצמן מכוח סעיף 2 לחוק העונשין, יש לקבוע הוראה בחוק המסמיך שתקבע עונש חמור יותר (לעניין זה, ראו לעיל סעיף 18.1(א) (סיפא)). כמו כן, יש מקום לשקול אם ראוי לקבוע, לגבי עבירה מסוימת, עונש מסוג אחר, כגון שלילה זמנית של רשיון. ראו, לדוגמא, חוק הצלילה הספורטיבית, התשל"ט - 1979, סעיף 10. בכל מקרה, אם אין הוראת עונשין מפורשת בחוק המסמיך, יש לקבוע בתקנות עצמן סעיף עונשין, ואין לסמוך על הוראת העונשין הקבועה בסעיף 286 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

19. קביעת אגרות

19.1. הסמכות לקבוע אגרות

(א) לעתים נותן החוק סמכות לקבוע בתקנות אגרות בעד שירותים, תעודות וכיוצא בזה. כך, לדוגמא, נאמר בסעיף 17(א) לחוק האזרחות, התשי"ב - 1952.

"שר הפנים ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו, לרבות תשלום אגרות והפטור מתשלומן".

(ב) לעניין זה קובע סעיף 1 לחוק יסוד: משק המדינה לאמור:

**"(א) מסים, מלוות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעורם לא ישונו, אלא בחוק או על-פיו; הוא הדין לגבי אגרות.
(ב) מסים, מלוות חובה, תשלומי חובה אחרים ואגרות המשתלמים לאוצר המדינה, ושיעוריהם לא נקבעו בגוף החוק ולא נקבעה בחוק הוראה שקביעתם בתקנות טעונה אישור הכנסת או ועדה מועדונית, קביעתם בתקנות טעונה אישור מראש או תוך התקופה הקבועה לכך בחוק - בהחלטת הכנסת או בהחלטת ועדת מועדונית שהכנסת הסמיכה לכך".**

הכנסת החליטה, לפי סעיף 1(ב) לחוק יסוד: משק המדינה להסמיך את ועדת הכספים לאשר תקנות הקובעות שיעורי אגרות, למעט שיעורי אגרות המשתלמות בשל הליכים בבתי משפט, בבתי דין ובלשכות ההוצאה לפועל, שיאושרו על-ידי ועדת החוק, חוק ומשפט. ראו ילקוט הפרסומים 2588, התש"ס, עמ' 538.

(ג) לפי החלטה של ועדת השרים לענייני כלכלה (החלטה כל/76 מיום 7.3.76), ועדת האגרות הבין-משרדית "תטפל בכל האגרות אשר לפי חוק יסוד: משק המדינה יש להביאן לאישור

ועדה של הכנסת (במגמה לנהוג על-פי מדיניות פיסקלית אחידה, תוך התחשבות במטרות שלשמן הוטלו האגרות ובשיקולים ענייניים אחרים). הטלת אגרה חדשה וכל שינוי באגרות יובאו לדיון בוועדה על-ידי יוזמי ההצעה (נציג המשרד הגובה את האגרה או נציג האוצר). "אותה החלטה מוסיפה וקובעת כי "לאחר החלטת הוועדה על האגרה, יפנה השר המוסמך אל ועדת הכספים של הכנסת (אם אין ועדה אחרת שאישורה נדרש) ויבקש את אישורה."

ד) התקנות המטילות אגרות חייבות באישורים כדלקמן, כקבוע בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה - 1985 :

"39. הטלת מסים, אגרות ותשלומי חובה אחרים המשתלמים לאוצר המדינה ושינוי שיעוריהם טעונים אישורו של שר האוצר, בנוסף לאישורים הדרושים לפי כל דין אחר."

"30. הטלת מסים, אגרות ותשלומי חובה אחרים המשתלמים לתאגיד ושינוי שיעורם טעונים אישורו של שר האוצר בנוסף לאישורים הדרושים לפי כל דין אחר."

על שר האוצר לאשר כל מס, אגרה ותשלום חובה אחר, בין אם הם משולמים לאוצר המדינה (סעיף 39 לחוק) ובין אם לתאגיד (סעיף 30 לחוק), כהגדרתו בסעיף 21 לחוק. (תאגיד שהוקם בחוק או מכוח סמכותו של שר שניתנה בחוק, והוא מוסד של המדינה או שהממשלה משתתפת בתקציבו, במישרין או בעקיפין, או שחבריו או חברי הנהלתו - כולם או מקצתם - מתמנים בידי הממשלה או בידי שר (למעט בנק ישראל, רשות מקומית וחברה ממשלתית), וכן חברה מוגבלת בערבות או הקדש, אשר שר או ראש רשות מקומית ממנה להם דירקטור או נאמן, לפי העניין).

למסים, אגרות ותשלומי חובה אחרים המשולמים לאוצר המדינה נדרש גם אישור ועדה של הכנסת, כאמור לעיל (החלטת ועדת השרים לענייני כלכלה משנת 1976).

19.2. עדכון שיעורי אגרות

בשל שינויים בערך המטבע יש צורך לעדכן את שיעורי האגרות לעתים מזומנות. לצורך זה יש לקבוע הוראה מיוחדת בתקנות, המאפשרת שינוי שיעורי האגרות, בהתאם לשינויים שחלו במדד המחירים לצרכן (או, אולי, מדד אחר), על-ידי הודעה מינהלית (הודעה על עדכון אגרות בתקנות תפורסם בקובץ התקנות ולא בילקוט פרסומים, משום שהוא מהווה תיקון של תקנות, אף שאין לשנות בהן דבר פרט לסכום). כיום, המדיניות היא לעדכן את שיעורי האגרה מדי שנה. לטיבה וכשרותה של הוראת הצמדה למדד ראו בג"צ 563/75 רסלר נ' שר האוצר, פ"ד ל(2) 337, 342, 343.

לפי סעיף 1(ב) לחוק יסוד: משק המדינה, הוראה מעין זאת בתקנות טעונה אישור של ועדה מועדות הכנסת. כך נחסך הצורך לקבל אישור הוועדה לכל תיקון של סכומים בתקנות שהוא רק פרי שינויים במדד.

20. מועד תחילתן או סיומן של תקנות**20.1. מועד התחילה הרגיל: יום הפרסום**

סעיף 17 לפקודת הפרשנות קובע לאמור:

"תקנות בנות פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תוקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בעניין זה."

הוראה הקובעת מועד מוקדם יותר או מאוחר יותר לתחילת תוקפן של תקנות יכולה להיקבע בתקנות עצמן, ולא דווקא בחוק המסמיך. ראו גם סעיף 10(ג) לפקודת סדר השלטון והמשפט, התש"ח - 1948.

אם יש כוונה שהתקנות יקבלו תוקף שלא ביום פרסומן ברשומות, אלא במועד מוקדם או מאוחר יותר, יש לציין במפורש (בדרך-כלל בסוף התקנות) את המועד לתחילת תוקפן.

לעניין זה קובע סעיף 21 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, לאמור:

"שעת תחילת תקפו של חיקוק היא בשעה 00.01 של יום תחילתו."

20.2. תחילה מאוחרת ליום הפרסום

(א) אף שלפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות המועד הרגיל לתחילת התוקף של תקנות הוא יום הפרסום ברשומות, רצוי לקבוע מועד מאוחר יותר לתחילת התוקף. לעניין זה יש מקום להבדיל בין חוק לבין תקנה. כידוע, הליכי החקיקה של חוק נמשכים בדרך-כלל זמן ניכר, לאחר שהצעת החוק פורסמה ברבים, והם נעשים בחלקם בפומבי. לכן יש סיפק בידי הציבור הנוגע לנושא החוק להכין עצמו, במידת הצורך, למועד בו החוק ייכנס לתוקפו, שהוא על-פי רוב מועד הפרסום ברשומות. המצב שונה לגבי תקנות, שמלאכת ההכנה שלהן נעשית בדרך-כלל ללא פרסום, ולכן אין הציבור יודע על הכוונה להתקין אותן, ואף אינו יכול להכין עצמו לקראת כניסתן לתוקף, עד שהן מתפרסמות ברשומות. משום כך יש טעם, במקרים רבים, לדחות את המועד בו ייכנסו התקנות לתוקפן לפרק זמן סביר שלאחר פרסומן.

(ב) לפיכך, במקרה הרגיל, אם אין דחיפות או טעם מיוחד אחר למתן תוקף מיידי לתקנות, ייקבע בתקנות מועד לתחילת תוקפן שיהיה שלושים ימים מיום פרסומן ברשומות, בנוסח זה: "תחילתן של תקנות אלה שלושים ימים מיום פרסומן".

(ג) אפשר להימנע מקביעת מועד מאוחר לתחילת תוקפן של תקנות, ובדרך זאת יתחיל תוקפן ביום פרסומן ברשומות, במקרים אלה:

- (1) מן החוק המסמיך עולה, במפורש או במשתמע, כי התקנות יכנסו לתוקפן ביום פרסומן. ראו, לדוגמא, חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו - 1996, סעיף 23, לעניין מחירים מרביים.
- (2) התקנות אינן מטילות חובות אלא מקנות זכויות או קובעות הסדרים שתחולתם המיידית אינה עלולה לגרום פגיעה ממשית.
- (3) קיים צורך ענייני במתן תחולה מיידית לתקנות, כגון, בשל חשש מפני ניצול לרעה של פרסום מוקדם להסדרים בענייני מסים או מחירי מצרכים.
- (4) קיימות נסיבות מיוחדות הדורשות שהתקנות יכנסו לתוקפן ביום פרסומן.
- (5) כשרוצים דווקא שלא יחולו הוראות מכוח החוק המסמיך הקובע תחילה מאוחרת ליום הפרסום. ראו לדוגמא, חוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965, סעיף 15.

ד) סבר היועץ המשפטי במשרד הממשלתי המתקין את התקנות כי בנסיבות העניין יש הצדקה לתחילת תוקפן של התקנות ביום פרסומן ברשומות, יציין את הטעם לכך במכתבו אל הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים, והממונה על חקיקת המשנה יוכל, במקרים של ספק, לבקש את עמדתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה הנוגע בדבר (כפי שייקבע במשרד המשפטים).

20.3. תחילה מוקדמת (רטוראקטיבית) ליום הפרסום

א) בעיה מיוחדת כרוכה בקביעת תחולה מוקדמת, כלומר תחולה למפרע, של התקנות. בדרך-כלל תחולה למפרע של תקנות, כמו של חוקים, אינה רצויה. ראוי שמתקין התקנות יימנע במידת האפשר ממתן תחולה למפרע לתקנות, אפילו אם החוק המסמיך מתיר זאת. במיוחד ראוי להקפיד על כך כאשר התקנות קובעות עבירה פלילית (שאו תחולתן הרטוראקטיבית מנוגדת לסעיף 3 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977), או תשלום חובה על מצרך שכבר נמכר או על שירות שכבר ניתן, או כאשר התחולה למפרע עלולה לפגוע באופן ממשי בזכויותיו של אדם בדרך אחרת (שאו תחולתן הרטוראקטיבית עלולה לפגוע מעבר לנדרש בזכויות הקבועות בחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

להתייחסות הפסיקה לחקיקת משנה החלה למפרע ראו, בין היתר; בג"צ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד נ(3) 837 (בו מסתמנת גישה חדשה בבית המשפט העליון, בנוגע למעמדה של חקיקת משנה רטוראקטיבית); בג"צ 1149/95 ארקן תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון, תק-על 2000(4), 452 ודנג"צ 9411/00, 5/01 ארקן תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון (פס"ד חלקי מיום 21.5.03, טרם פורסם); ע"א 4275,6230/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, ואח', פ"ד נ(5) 485; בג"צ 5290/97 עזרא, ואח' נ' השר לענייני דתות, ואח', פ"ד נא(5) 410.

(ב) אף שהחוק מתיר בדרך-כלל למתקין התקנות לקבוע תחולה למפרע, כאמור, עדיין החלטתו לעשות כן צריכה לעמוד במבחנים המשפטיים המקובלים לגבי כל החלטה מינהלית, ובעיקר מבחן הסבירות. בהתאם לכך פסק בית המשפט, כי תחולה למפרע של תקנות עשויה להיות בלתי סבירה, ולפיכך אף בלתי תקפה, אם בשל אורך הזמן, אם בשל פגיעה בזכויות ואם מטעם אחר. השאלה אם אמנם התחולה למפרע פוסלת את התקנות, או את התחולה למפרע של התקנות, תלויה בכל מקרה, בנושא בלשון ובכוונה של התקנות, או החוק המסמיך. ראו בג"צ 21/51 בינבוים נ' עיריית תל-אביב, פ"ד ו 375; ע"א 10/55 "אל על" נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד י 1586; ע"א 311/57 היועץ המשפטי נ' דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026; בג"צ 563/75 רסלר נ' שר האוצר, פ"ד ל(2) 337; בג"צ 338/81 בוצר נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(1) 185; בג"צ 1827/92 התאחדות התעשיינים בישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו (4), 368.

(ג) סבר היועץ המשפטי במשרד הממשלתי המתקין את התקנות כי בנסיבות העניין יש טעם מיוחד ומספיק למתן תחולה למפרע לתקנות, בהתחשב בהלכה המשפטית בעניין זה, יציין את הטעם במכתבו אל הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים והממונה על חקיקת המשנה יפנה את התקנות והמכתב, בצירוף עמדתו, אל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה הנוגע בדבר (כפי שייקבע במשרד המשפטים). כדי שיברר ויחליט אם התחולה למפרע עומדת במבחן המשפטי וראוי לאשר אותה.

(ד) על אף האמור בסעיף-קטן (ג), הממונה על חקיקת המשנה רשאי לאשר, הוא בעצמו, את התחולה למפרע של תקנות, במקרים הבאים:

(1) התקנות נחתמו על-ידי הרשות המתקינה ואושרו (אם יש צורך באישור) לפני המועד שנקבע בהן לתחילת תוקפן, אך הפרסום השתהה בשל תקלה מינהלית, ובלבד שהשיהוי בפרסום לא יעלה על ימים מעטים ולא צפויה פגיעה בזכויותיו של אדם ממתן התחולה למפרע.

(2) התחולה למפרע נועדה להיטיב או לסלק תקלה ואינה עלולה לגרום פגיעה ממשית.

20.4. הוראות שעה

תיקון לתקנות שבסופו נאמר "תקפן של תקנות אלה עד יום...", כשהכוונה לתקנות המתקנות, נוטה להישכח, כאשר התיקונים משולבים בגוף התקנות בעוד הוראת השעה נשארת חיצונית (בפרסומים מחוץ לרשומות).

הדרך הנכונה, אם כן, היא לא לכתוב את התקנות הנדונות (תיקון) בכותרתן, אלא (הוראת שעה), ולהתקיין כחיקוק חיצוני לתקנות העיקריות, הקובע שבתקופה שמיום מסוים עד יום אחר, יראו בתקנות פלוניות כאילו במקום התקנה המקורית נאמר התיקון. כאשר יפוג תוקף

התיקון, יחזור הנוסח המקורי לתוקף. אם לא כן, הנוסח המקורי - שאמור לחזור ולחול בתום תקופת התיקון - עלול להישמט וליצור תקלות. וראו סעיף 22(1) לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, הקובע כי "ביטולו של דין אין כוחו יפה להחיות דבר שלא היה לו תוקף בשעה שהביטול נכנס לתקפו".

היועץ המשפטי של המשרד הממונה על החוק מכוחו הותקנו התקנות אחראי לקיים מעקב אחרי הוראות השעה, ולבחון, מספר חודשים לפני תום תקופת התוקף של הוראת השעה, האם יש צורך בהארכתה או בפעולות אחרות המתחייבות מפקיעת הוראת השעה.

21. פרסום מוקדם של טיוטת התקנות

(א) יש שקבועה בחוק המסמיך חובת פרסום מוקדם (למשל, ההסדר הקבוע בסעיף 38 לחוק המים, התשי"ט - 1959; הפרסום המוקדם לפי סעיף זה אינו חייב להיות ברשומות), ויש שבשל נושא התקנות נודעת חשיבות מיוחדת לפרסום מוקדם. כך למשל, כאשר התקנות קובעות הסדר ראשוני ומקיף, שיש בו חידוש משמעותי או השפעה ממשית על ציבור ניכר (כגון, זכויות יסוד, הגנת הצרכן, איכות הסביבה, תעבורה, בטיחות).

(ב) הפרסום המוקדם אינו צריך להביא את הנוסח המלא של טיוטת התקנות (אם כבר קיימת טיוטה כזאת), אלא די בכך שיביא את תמציתן או עיקריהן, תוך הדגשת החידושים, הפגיעה הממשית בזכויות או חשיבות מעשית מבחינה אחרת. כן יצוין בפרסום הגורם שאליו יש להפנות תגובות ופרק הזמן שנקבע לשם כך. הפרסום עצמו כדאי שיעשה באופן שיגיע לידיעת הציבור הרחב או הציבור בו עוסקות התקנות, כגון בכלי-התקשורת, באתר האינטרנט של המשרד, כנספח בקובץ התקנות או בכל דרך אחרת, לפי העניין, ובלבד שתהא יעילה מבחינת מטרת הפרסום. רצוי להפנות את תשומת לב הציבור לפרסום באמצעות מודעה בעתון או הודעת דובר.

(ג) להלן דוגמא לנוסח של פרסום מוקדם, בהתאם לאמור לעיל, המתייחסת לתקנות התעבורה (תיקון מס' 3), התשמ"ב - 1982, שפורסמו בק"ת התשמ"ב, עמ' 830:

"מודיעים בזה על כוונתם של שר התחבורה ושר הבריאות להתקין תקנות בדבר איסור נהיגה במצב של שכרות ובדיקת שכרות.

ואלה עיקרי התקנות:

1. ייאסר על אדם לנהוג ברכב אם הוא שיכור. התקנות מגדירות שכרות לעניין זה.
2. שוטר שיחשוב בנהג שהוא שיכור יהיה רשאי לדרוש ממנו להיבדק בדיקת נשיפה בו במקום או למסור דוגמא של דם או שתן לבדיקת מעבדה.
3. הראתה בדיקת נשיפה שקיים ריכוז אלכוהול אסור, יהיה הנבדק רשאי לבדוק בדיקת דמו במעבדה.
4. סירוב נהג להיבדק לפי דרישת שוטר יהיה עבירה פלילית.

התקנות ייכנסו לתקפן שנה מיום פרסומן ברשומות.

עותקים של הצעת התקנות נמצאים אצל דובר משרד התחבורה שברחוב _____ ירושלים וכן ב- _____, וניתן לקבלם על-ידי פניה במקום או בכתב.

המעוניין להתייחס להצעה יפנה הערותיו ליועץ המשפטי של משרד התחבורה, רחוב _____ ירושלים, תוך 21 יום מיום פרסום הודעה זו.

22. אישור התקנות על-ידי רשות נוספת

22.1. דרישת החוק לקבלת אישור

לעתים קובע החוק כי תקנות, המותקנות על-ידי הרשות שהוסמכה לכך בחוק טעונות אישור או הסכמה של רשות נוספת, בדרך-כלל שר או ועדה של הכנסת, ולעתים - הממשלה או גוף אחר. אישור או הסכמה כאלה (ונראה שלעניין זה אין הבדל בין אישור להסכמה) מהווים בדרך-כלל תנאי למתן תוקף לתקנות. ראו בג"צ 144/72 ליפסקי-הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 724, 722.

כמו כן, אפשר שהחוק ידרוש כי תקנות יובאו "לידיעה" של ועדה מועדות הכנסת. ראו, לדוגמא, סעיף 145(ג) לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו - 1975, וסעיף 8(ז)(2) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד - 1994.

22.2. הנחיה לנסחים: מתי לקבוע בחוק דרישה לאישור התקנות על-ידי רשות נוספת

(א) כאשר קיים טעם מיוחד להעניק סמכות להתקנת תקנות לא לשר אלא לגוף חיצוני, כגון, תאגיד המופקד על הסדר העיסוק במקצוע מסוים, מן הראוי, ככלל, להתנות את התקנת התקנות באישור של השר הנוגע בדבר.

(ב) אם נושא התקנות יש בו עניין ממשי למשרד ממשלתי נוסף, רצוי לקבוע כי התקנות יותקנו בהתייעצות עם השר המופקד על אותו משרד. בדרך-כלל התייעצות די בה כדי להביא לידי הסדר מוסכם על שני השרים. במקרה שלא מושג הסדר מוסכם, האפשרות נתונה לשר המעוניין בכך להביא את המחלוקת לדיון בפני ראש הממשלה, ועדת שרים או אף מליאת הממשלה. לפיכך רק במקרים מיוחדים יהיה מקום להתנות את סמכותו של שר להתקין תקנות בהסכמתו של שר אחר. ראו לעיל סעיף 5.4(ג).

(ג) אין מקום לדרוש את אישור הממשלה, כתנאי להתקנת תקנות על-ידי שר, אלא בנושאים בעלי חשיבות או רגישות מיוחדת.

(ד) הדרישה שתקנות יאושרו על-ידי ועדה של הכנסת, לפני שיינתן להן תוקף, מעוררת בעיה. מצד אחד, כיוון שמדובר בחקיקת משנה, יש טעם במעורבות כזאת של הרשות המחוקקת.

מן הצד השני, המעורבות הפעילה של הכנסת בפעילות השוטפת של המינהל הציבורי עשויה לעורר בעיות מבחינות אחדות.

בדרך-כלל, נראה שאין הצדקה לדרוש אישור של ועדה מועדות הכנסת לתקנות ביצוע, הקובעות הסדרים משניים להוראות החוק, אלא רק לתקנות הקובעות הסדרים ראשוניים, שעשויה להיות להן חשיבות עקרונית או מעשית ניכרת, וכן במקרה שהחוק מסמיך התקנת תקנות בניגוד להוראות החוק. ואולם, כיום יש נטיה גוברת והולכת לדרוש אישור לתקנות בועדה מועדות הכנסת. מה גם שבשל ההיבט העונשי של תקנות (גם כאלה שהחוק המסמיך לא דורש אישורן בועדה), טענות מרביתן ממילא אישור ועדה מועדות הכנסת. רצוי איפוא - אם ניתן - לאמץ במקרה כזה מודל כמו זה הקבוע סעיף 18(ג) לחוק הספורט, התשמ"ח - 1988.

22.3. הליכי האישור

א) כאשר תקנות טעונות אישור או הסכמה של שר, יש צורך באישור או הסכמה של השר באופן אישי, ואין השר רשאי לאצול לאחר את סמכותו לתת אישור או הסכמה. ההסכמה או האישור יינתנו בחתימת השר, על גבי מכתב המופנה אל השר המתקין או בשולי התקנות. במקרים יוצאים מן הכלל, כגון כשקיימת דחיפות מיוחדת בהתקנת התקנות, רשאי השר המתקין לקבל את האישור או ההסכמה בעל פה, ובלבד שבהקדם האפשרי יתקבל האישור או ההסכמה גם בכתב ויתועד. היועץ המשפטי למשרד הממשלתי השולח לממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים תקנות לפרסום, ושחתימת השר - שאישורו או הסכמתו נדרשים - אינה מופיעה על גבי התקנות, יצרף לתקנות את מכתב האישור או ההסכמה, או תצלום המכתב.

ב) כאשר התקנות טעונות אישור או הסכמה של ועדת מועדות הכנסת או של גורם אחר שאיננו שר, היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי יקבל את האישור או ההסכמה בכתב חתום על-ידי יושב ראש הועדה, מזכיר הועדה או היועץ המשפטי לועדה³, ובגורם אחר - בכתב חתום על-ידי אותו גורם או מי שהוסמך לכך מטעמו, ויצרף לתקנות הנשלחות לפרסום את מכתב האישור או ההסכמה, או תצלום המכתב.

23. המגבלות על שיקול הדעת של מתקין התקנות

23.1. המגבלות לסוגיהן

הסמכות המוענקת על-ידי החוק להתקין תקנות כרוכה בדרך-כלל בשיקול דעת רחב. שיקול דעת זה מאפשר לתת בתקנות ביטוי למדיניות הממשלה, ולתקן את התקנות מזמן לזמן, לפי

³ יצוין, שמאחר שאישורי ועדות לתקנות נשלחים לרוב לשר המתקין, על היועץ המשפטי של המשרד לדאוג להשגת האישור מלשכת השר.

הצורך, כדי לתת ביטוי לשינויים שחלו במדיניות. אולם שיקול הדעת, רחב ככל שיהיה, ואף אם הוא מוקנה לשר או לממשלה, כפוף להלכות פסוקות המטילות מגבלות על אופן השימוש בשיקול הדעת. בעיקרון, ההלכות המגבילות את שיקול הדעת המינהלי בדרך-כלל חלות גם על שיקול הדעת הכרוך בהתקנת תקנות. לפיכך על מתקין התקנות להיות מודע למגבלות אלה במהלך ההכנה של התקנות. המגבלות נובעות מן העיקרון המחייב שמירה על מסגרת הסמכות. עיקרון זה קובע, כידוע, שכל רשות מינהלית, ובכלל זה רשות שהוסמכה להתקין תקנות, חייבת לפעול בתוך מסגרת הסמכות אשר הוענקה לה, כפי שנקבעה בחיקוק. חריגה ממסגרת הסמכות (אולטרה וירס) עלולה לפסול את המעשה המינהלי, בין אם מדובר בצו אישי ובין אם מדובר בתקנה כללית, ואפשר אף לעשותו בטל מיסודו. החריגה מן הסמכות עשויה להתבטא בסטייה מן הדרך שנקבעה בחוק להתקנת התקנות (יש קוראים לה חריגה פרוצסואלית) (על חריגה כזאת ראו לעיל סעיף 12); היא עשויה להתבטא גם בחריגה מגבולות העניין שמתקין התקנות הוסמך להסדירו (יש קוראים לה חריגה מהותית או סובסטנטיבית) (על חריגה כזאת ראו לעיל סעיף 16.2). אולם, נוסף לכך, החריגה מן הסמכות, במובן רחב של ביטוי זה, עשויה להתבטא אף בהפעלת שיקול הדעת על-ידי מתקין התקנות, בתוך גבולות הסמכות כפי שהותוו על-ידי לשון החוק, באופן שאינו מתיישב עם הכוונה המשוערת של החוק. את החובה להפעיל את שיקול הדעת בהתאם לכוונת החוק ניתן לחלק לסוגים אחדים. ואלה העיקריים שבהם:

(א) מטרת החוק

חובה על מתקין התקנות לפעול כדי לשרת את מטרת החוק, כפי שניתן לברר אותה מן החוק עצמו, ולהימנע מהפעלת סמכותו כדי להשיג מטרה זרה. וכך אמר השופט ברנזון בבג"צ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40, 47:

"בכוחו של בית משפט זה (בית המשפט הגבוה לצדק) לבדוק ולבחון את פעולות השלטונות לא רק כפי שהם נראים לעין מבחינת הסמכות החוקית הפורמלית, אלא גם לעיצומו של עניין, אם השימוש שנעשה בסמכות בדין יסודו, היינו אם הוא נעשה - בין השאר - בתום לב על יסוד שיקולים כשרים ולמטרה שלמענה הוענקה הסמכות. לשון אחרת, בית המשפט זה בודק, כרגיל, הן את הצורה החיצונית והן את המהות הפנימית של מעשי השלטונות, את הקליפה והתוך גם יחד, ולא ישאיר על מכונם מעשים העטופים אמנם בלבוש חיצוני כשר אלא שתוכם אינו כשר... רשאי אף בית משפט זה להתערב על יסוד בקשתו של איש נפגע, ולפסול גם דברי חקיקה של השלטונות הנעשים מכוח סמכות סטטוטורית לא רק מטעמי חריגה פורמלית מד' אמות של מסגרת החוק מעניק הסמכות, אלא גם מטעמים אחרים, כגון: מניע נפסד או שימוש בסמכות למטרה שאינה שייכת לעניין."

(ב) שיקולים ענייניים

חובה על מתקין התקנות לשיקול רק שיקולים השייכים לעניין ולהתעלם משיקולים זרים, כלומר, שיקולים שאינם שייכים לעניין. השאלה מה הם שיקולים ענייניים ומה הם שיקולים זרים תלויה בכל מקרה בלשון החוק המסמך, במהות הנושא המוסדר, במעמד

ובכשירות של הרשות המוסמכת, ובנסיבות נוספות המיוחדות למקרה הנדון. בדרך-כלל ניתן לומר כי שיקולים זרים נובעים ממטרה זרה, או מובילים למטרה זרה, ולפיכך הם פסולים גם מטעם זה.

ג) סבירות

חזקה שהמחוקק התכוון כי מתקין התקנות יפעל באופן סביר, ולכן אי-סבירות קיצונית יש בה כדי לפסול את התקנות. בעניין זה אמר השופט ברנזון בע"א 311/57 היועץ המשפטי נ' דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1039:

"אם ימצא בית המשפט כי חקיקת המשנה היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה, כי אז יצטרך לאמור שמעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח כזה בידי השר. חקיקת המשנה אינה מתקבלת על הדעת והיא מחוץ לתחום הסמכות."

ראו גם בג"צ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94; בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, ואח', פ"ד לה(1) 421; בג"צ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2), 147. וראו גם מ' שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", **משפטים** י"ב 102; א' זמיר, "עילת אי הסבירות במשפט מינהלי", **משפטים** י"ב 291.

23.2. ביקורת בית המשפט על שיקול הדעת של מתקין התקנות

בית המשפט מוסמך לבקר את אופן ההפעלה של שיקול הדעת הכרוך בהתקנת תקנות, כשם שהוא מוסמך לבקר את שיקול הדעת המינהלי בדרך-כלל. הביקורת יכולה להיעשות, לפי נסיבות העניין, בדרך של תקיפה ישירה על-ידי עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק או עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, תביעה לפסק הצהרתי או צו מניעה בבית משפט מחוזי או ערעור לבית משפט או לבית דין מינהלי, וכן בדרך של תקיפה עקיפה במסגרת הליך פלילי או הליך אזרחי בבית המשפט. ראו י' זמיר, **השפיטה בעניינים מינהליים** (הוצאת המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשל"ה, 1975). עם זאת, יש לציין את הגישה הזהירה המקובלת בדרך-כלל על בית המשפט כשהוא מבקר את שיקול הדעת הכרוך בהתקנת תקנות, המאושרות בועדה מועדות הכנסת, כפי שנעשה כיום לגבי רוב התקנות.

ראו בג"צ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2), 147, בו נקבע, כי:

"זהירות מיוחדת ינהג בית המשפט קודם שיתערב בחקיקת-משנה שזכתה לאישורה של ועדה מוועדות הכנסת. הטעם לכך הוא, שחקיקת-משנה אשר נתאשרה כאמור יש שהיא נתפסת כ"חקיקה עקיפה מטעם הכנסת עצמה" (כביטוי של השופט ברנזון בבג"צ 108/70 מנור, ואח' נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 442, בעמ' 445). כלל זה, המחייב אמת-מידה של זהירות מיוחדת ביחס ליכולת ההתערבות בחקיקת-משנה שאושרה על-ידי ועדה מוועדות הכנסת, היה נר לרגלי בית המשפט גם בפרשיות נוספות ... משמעותו של כלל זה איננה שבאישורה על-ידי ועדה מוועדות

הכנסת יש כדי לחסן חקיקת-משנה, שהיא בלתי סבירה בעליל, מפני ביטול על-ידי בית המשפט. אכן, בידי בית המשפט לפסול חקיקת-משנה מחמת אי-סבירות גם אם אושרה על-ידי ועדה מוועדות הכנסת, אלא שבית המשפט "לא ימהר לשלול מטעם זה את תקפה של חקיקת-משנה כזאת ... אלא כאמצעי אחרון במקרה קיצוני ביותר...". " (שם, עמ' 172)

הגישה הזהירה של בית המשפט, כאמור, אינה אמורה להקל על מתקין התקנות במהלך ההתקנה, אלא עליו להקפיד הקפד היטב על קיום כל המגבלות המוטלות על שיקול הדעת, כמוסבר לעיל בסעיף 23.1.

24. נוהל הטיפול במשרד המשפטים

א) כאמור לעיל (סעיף 11.3(ג)), טיוטה של התקנות עם הסברים מפורטים על התכלית ועל החסר שנתגלה בקיים, תישלח אל הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים (עם העתק לרפרנט הרלוונטי במשרד המשפטים), לעיון והערות, לאחר שנתקבלו הערות משרדי ממשלה אחרים שיש להם עניין ישיר בתקנות. בשלב הסופי, לפני העברת התקנות לחתימה, יבדוק היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי המתקין את התקנות, את הליכי ההתקנה, כדי לברר אם כולם בוצעו כהלכה.

ב) בארכיב המחלקה על חקיקת המשנה ייפתח תיק נפרד לתקנות, עם קבלת טיוטת התקנות למשרד המשפטים. הטיוטה תסומן בסימן מיוחד, שיהיה מורכב מן האותיות ח"מ ומספר סידורי. סימון זה יופיע לאחר פרסום התקנות ברשומות מתחת לתאריך החתימה. התיק ישמש לכל התיקונים והנגזרות באותו עניין מכאן ואילך. **בהמשך הטיפול יש לציין מספר זה בכל פניה.**

ג) סבר הממונה על חקיקת המשנה כי מן הראוי לבקש הערות ממשרד ממשלתי נוסף או מגוף אחר, ראוי הוא לבקש מן המשרד המתקין את התקנות לשלוח את התקנות לאותו משרד או גוף, לצורך קבלת הערות תוך פרק זמן שיקבע.

ד) בשלב בדיקת הטיוטה ואישורה יבדוק הממונה על חקיקת המשנה שהתקנות עומדות במבחן החוקיות, שאין הן לוקות מבחינת התחולה למפרע (ראו לעיל סעיף 20) או פגומות בחוסר סבירות קיצוני (ראו לעיל סעיף 23). כן יבדוק שהתקנות ערוכות ומנוסחות כראוי.

בשלב הפרסום יבדוק הממונה על חקיקת המשנה שנתקיימו בתקנות סדרי ההתקנה שנקבעו בחוק, לרבות התייעצות - אם נדרשת (ראו לעיל סעיפים 12 ו- 13), ואישורים אחרים הדרושים על-פי החוק, לרבות אישור תקציבי (ראו לעיל סעיף 10.4).

במידת הצורך יקיים הממונה על חקיקת המשנה בירורים עם היועץ המשפטי במשרד הממשלתי שהכין את התקנות, או עם גורם אחר באותו משרד.

ה) הממונה על חקיקת המשנה יחזיר את הטיוטה עם אישורו, ובמקרה המתאים עם תיקוני ניסוח לפי הצורך, בכפוף לאמור בס"ק ו' להלן.

ו) (1) סבר הממונה על חקיקת המשנה כי התקנות שבטיוטה שהועברה אליו אינן עומדות באחת הדרישות המפורטות בס"ק ד' לעיל, יציג את עמדתו בפני היועץ המשפטי למשרד הממשלתי שהכין את התקנות ויציע לו לתקן את התקנות בדרך שתכשיר אותן מבחינה משפטית, אם הדבר אפשרי.

(2) חלק היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי על עמדת הממונה על חקיקת המשנה רשאי הוא לפנות למשנה ליועץ המשפטי לממשלה הנוגע בדבר לקבלת הנחייתו.

ז) לאחר שהתקנות נחתמו על-ידי הרשות המתקינה, וניתן להן אישור או הסכמה אם הדבר נדרש על-פי החוק, יעביר היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי המתקין את התקנות (או אחד המשפטנים של אותו משרד שהוסמך לכך על-ידי היועץ המשפטי) עותק מקורי חתום ומאושר כנדרש והעתק נוסף אל הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים (לעניין האישור או ההסכמה של גורם חיצוני, ראו לעיל סעיף 22.3).

התקנות יהיו מודפסות על נייר סמל המדינה, ויצורף אליהן מכתב של היועץ המשפטי או משפטן אחר כאמור, שבו יכללו הודעה בדבר קיום התייעצות, אם החוק מחייב התייעצות (ראו לעיל סעיף 13.1), אישור לעניין התקצוב (ראו לעיל סעיף 10.4) וכן הערות נוספות לפי העניין. מתכונת למכתב כאמור ראו להלן בנספח.

ח) לאחר החזרת התקנות החתומות על-ידי המשרד היוזם לשם פרסומן יבדוק שנית הממונה על חקיקת המשנה את נוסח התקנות, אם השתנו מאז בדיקת טיוטתן.

ט) הממונה על חקיקת המשנה ישלח העתק חתום של התקנות החתומות, שאושרו על-ידיו לפרסום ברשומות. המקור של התקנות, חתום בידי הרשות המתקינה, יישמר בתיק הנוגע לעניין במשרד המשפטים.

י) האמור בפרק זה יחול גם במקרה שהתקנות הועברו לכתחילה כשהן חתומות.

פרסום התקנות .25

חובת הפרסום של תקנות .25.1

א) חובת הפרסום של תקנות נקבעה בסעיף 17 לפקודת הפרשנות בלשון זאת:

"תקנות בנות פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בעניין זה."

לפי סעיף זה מוגבלת חובת הפרסום לתקנות בנות פועל תחיקתי, שכן לפי ההגדרה של "תקנה" בסעיף 1 לפקודת הפרשנות נכללים בביטוי גם צווים אישיים לסוגיהם. להגדרה של "תקנה" כיום, לפי חוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, ראו לעיל סעיף 2.2. ראו גם סעיף 10 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח - 1948.

(ב) סימני ההיכר של תקנה, החייבת פרסום לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות נדונו לעיל בסעיף 2.3.

(ג) על משמעות הפרסום ברשומות נאמר בסעיף 34 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971, כך:

"דבר שפורסם ב"רשומות" חזקה שנעשה כראוי, והוא הדין בכל דבר שפרסם המדפיס הממשלתי אף שלא ברשומות."

ראו גם סעיף 10 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח - 1948.

(ד) מקום שמוטלת חובה לפרסם תקנות ברשומות, והתקנות לא פורסמו כנדרש, אין תוקף לתקנות, אפילו כלפי אדם שידע על התקנות בדרך כלשהי. ראו ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 702.

25.2. חריגים לחובת הפרסום

(א) לעניין חובת הפרסום של תקנות, לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות, מבחינה הפסיקה בין הנורמה לבין נתון עובדתי המאפשר הפעלת הנורמה, ומטילה את חובת הפרסום רק על הנורמה. הבחנה זאת נקבעה לראשונה בצורה ברורה בע"פ 402/63 רונן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 172. שם נפסק כי ההחלטה להציב תמרוך תנועה במקום מסוים אינה אלא נתון עובדתי המפעיל נורמה ולכן אין חובה לפרסמה ברשומות. וראו בג"צ 508/83 מעוף נתיבי אויר בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד לח(3) 533, 545 (קביעת נתיב טיסה); ד"נ 24/84 מעוף נתיבי אויר בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד לח(3) 551. ראו גם י' זמיר, "חובת הפרסום של התקנות", הפרקליט כ"א (התשכ"ה), 5.

יש פעמים בהם חובת הפרסום אינה מוגבלת לרשומות. כך למשל, סעיף 23 לחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו - 1996, מאפשר אלטרנטיבת פרסום בעתונים, הגם שהנוסח המחייב הוא זה שמתפרסם ברשומות.

(ב) לעתים קובע החוק במפורש פטור מחובת הפרסום ברשומות, כגון צווים לפי חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו - 1986 (סעיף 55(ב) לחוק). ברור שהוראה כזאת, בהיותה הוראה מיוחדת, גוברת על ההוראה הכללית בסעיף 17 לפקודת הפרשנות. עם זאת, בדרך-כלל לא יהיה זה ראוי לסמוך על הוראה כזאת כדי להימנע מפרסום בדרך אחרת שיהיה בה כדי להביא את התקנה לידיעת הנוגעים בדבר. בע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד

טו 2193, נדון סעיף 107(2) לפקודת בתי הדואר (כיום, סעיף 120 לחוק רשות הדואר, התשמ"ו - 1986) הקובע כי תקנות מסוימות "אינן טעונות פרסום ברשומות". על כך אמר השופט חיים כהן (בעמ' 2204):

"כל מעשה תחיקה, ולעניין זה אין נפקא מינה אם הוא חוק או מעשה חקיקת משנה, טעון פרסום ברבים - לא רק לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות, ולא רק לפי סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח - 1948; ואפילו אם יש בחוק הוראה מפורשת הפוטרת אותו מעשה-תחיקה מפרסום ברשומות. אין חוקי סתר במדינת ישראל. כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין חוקי סתר במדינת ישראל. כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין זאת אומרת שמותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנזי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק." (ראו גם דברי השופט זוסמן, שם, בעמ' 2206-7).

יצוין, כי בחוק רשות הדואר, התשמ"ו - 1986, נקבע כי אף שתקנות מסוימות אינן טעונות פרסום ברשומות, עליהן להיות פתוחות לעיון הציבור בכל סניפי הדואר (סעיף 120(ג) לחוק).

25.3. הנחיה: הצורך לפרסם ברשומות או בדרך חלופית

הפרסום ברשומות נעשה בקובץ התקנות (ק"ת). פרט לקובץ זה קיימים קבצי תקנות נוספים: ק"ת חש"ם (חיקוקי שלטון מקומי) - ראו גם סעיף 28.4; ק"ת שיעורי מק"ח (מסים, קניה, חובה) - צווי תעריף המכס, צווי היטל סחר וכיו"ב.

א) מן הראוי שדברי חקיקה, כולל חקיקת משנה, יגיעו או יוכלו להגיע בדרך קלה לידיעתם של אנשים עליהם הם חלים. על כך בנויה ההנחה שהחוק ידוע ועל כך גם בנוי הכלל שאי ידיעת החוק אינה מהווה הגנה לנאשם. ההנחה שכל אדם יודע או יכול לדעת את החוק היא הבסיס המוסרי לדרישה שכל אדם יציית לחוק. משום כך יש להימנע מהוראות חוק הפוטרות תקנות מחובת הפרסום ברשומות, להוציא מקרים בהם טעמים מיוחדים תומכים בבירור בפטור כזה, כגון טעמים של בטחון המדינה. במקרים החריגים, בהם יש הצדקה להוראת חוק הפוטרת תקנות מחובת הפרסום ברשומות, יש לקבוע בחוק הוראה המחייבת פרסום בדרך אחרת, שתהיה תואמת את נסיבות העניין. כך לדוגמא, חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א - 1951, קובע בסעיף 11ב לאמור:

"לא תאשר רשות מוסמכת תכנית להתקנת מקלט או להגדלתו אלא אם התכנית מתאימה למפרטים הטכניים ולמפרטים אחרים שנקבעו בתקנות בדרך-כלל, לסוג מקלטים או למקלט מסוים; תקנות לפי סעיף זה אינן טעונות פרסום ברשומות אלא יובאו לידיעת הנוגעים בדבר בדרך שיורה עליה שר הבטחון."

וסעיף 15(ז) לאותו חוק קובע:

"ראש הגא רשאי לקבוע הוראות בדבר אופן השימוש במקלט ציבורי או במחסה ציבורי, וכללי ההתנהגות של בני אדם הנמצאים בהם לשם מחסה. הוראות אלה אין חובה לפרסמן ברשומות, אלא יוצגו באופן הנראה לעין בכניסה למקום או בתוך המקום שעליו הן חלות."

ראוי להדגיש אף כי הוראות חוק אלה פוטרות מחובת הפרסום ברשומות, עדיין הן דורשות שיהיה פרסום תכליתי ויעיל, כלומר, שדבר התקנות יובא לידיעת הנוגעים בדבר. לדוגמאות נוספות ראו פקודת הדרכים (רוחבן והתוויתן), סעיף 4 (צו האוסר ביצוע עבודות לאורך דרך: אפשר "לפרסמו בין תושבי האיזור הנפגע בצורה שתִישר בעיני שר העבודה"); פקודת העיריות, סעיף 186 (תקנות בעניין קצבאות לעובדי העיריה: יש להודיע ברשומות על התקנתן ועותקים שלהן יהיו מצויים במשרדי העיריה לעיון).

ב) גם כאשר החוק קובע פטור מחובת הפרסום של תקנות ברשומות, מן הראוי שהיועץ המשפטי של המשרד הממשלתי ישקול, בכל מקרה, אם בנסיבות המקרה יש טעם המונע פרסום ברשומות. אם אין טעם כזה, מן הראוי שהיועץ המשפטי יפעל לפרסום התקנות ברשומות.

ג) לחלופין, גם אם החוק קובע פטור מחובת הפרסום ברשומות, ואינו מטיל חובה לפרסם בדרך אחרת, וקיים טעם המונע פרסום ברשומות, עדיין יש למצוא ולנקוט דרך של פרסום, בהתאם לנסיבות, שתביא את התקנות לידיעת הציבור הנוגע בדבר. משרד התקשורת, לדוגמא, נוהג לפרסם תקנות שונות במדריך הדואר.

ד) כמו כן, כאשר מדובר בנתון עובדתי המפעיל נורמה, ולא בנורמה עצמה, בדרך-כלל ראוי למצוא דרך שתביא לידיעת הנוגעים בדבר את קביעת הנתון העובדתי, שבעקבותיו הופעלה הנורמה. כך, לדוגמא, הצבת תמרור תנועה ברחוב מסוים יש בה כדי להביא לידיעת הציבור הנוגע לעניין את דבר הפעלת הנורמה באותו רחוב. במקרים אחרים ניתן אולי להסתפק בשלט המודיע על תחולתו של דין מסוים במקום שהשלט הוצב, או בהודעה בעתון, יומי או מקצועי, הכל לפי העניין.

וראו באופן כללי על פרסום תקנות, ב' ברכה, "פרסום חקיקת משנה: בדיקת הדין הקיים והמוצע במשקפיים השוואתיים", **עיוני משפט** ז' (התש"ל"ט), 168.

26. תיקון וביטול תקנות

26.1 הסמכות לתקן ולבטל תקנות

סעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, קובע לאמור:

"הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה."

סמכות זאת מותנית בשלושה תנאים עיקריים:

(א) הסמכות לתקן או לבטל את התקנות צריכה להיות מופעלת בידי אותה רשות המוסמכת להתקין את התקנות.

(ב) התיקון או הביטול חייב להיעשות כפי שנקבע בחוק המסמיך, כנוסחו בעת תיקון התקנה על כן, תקנה שפורסמה ברשומות, אין לתקן או לבטל אותה אלא בדרך של פרסום ברשומות (ראו ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז פ"ד ט"ו 2193); תקנה שאין להתקינה אלא לאחר התייעצות, אין לתקנה או לבטלה אלא לאחר התייעצות (ראו בג"צ 265/68 אגודת האינג'נרים והארכיטקטים בישראל נ' שר העבודה, פ"ד כ"ג (1) 132). ואולם, כאשר קיימת חובת אישור הנובעת ממאפייני התקנה, התיקון אינו מושפע מהאופן בו תוקנו התקנות המקוריות. על כן, בעוד קביעת עבירה פלילית בתקנות טעונה אישור ועדה של הכנסת לפי סעיף 2(ב) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 ולפי סעיף 21א(א) לחוק יסוד: הכנסת. הוראות אלה אינן מחייבות קבלת אישור הועדה בעת ביטול איסור פלילי (וראו פרק 18 לעיל) ובדאי שלא בעת ביצוע תיקון אחר בתקנות שאינו נוגע לקביעת עבירה או ביטולה.

(ג) הסמכות לתקן או לבטל תקנות מכוח סעיף 15 לחוק הפרשנות חלה, כפי שנקבע בסעיף 1 לאותו חוק, "אם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב" עם סמכות זאת.

26.2. הנחיות לגבי תיקון וביטול תקנות

(א) לעניין השם של תקנות מתקנות, ראו לעיל סעיף 14.2. בביטול תקנות יינתן לתקנות המבטלות שם כשם התקנות אותן מבטלים, ולאחריו יצוין בסוגרים "ביטול".

(ב) אם תיקון התקנות מתייחס למספר ניכר של סעיפים, יש לשקול אם אין זה ראוי, כדי להקל על הנזקק לתקנות, לבטל את התקנות הקיימות ולהתקין תקנות חדשות שישלבו את התיקונים הנדרשים.

26.3. תיקון טעות

(א) נתגלתה טעות בנוסח התקנות, בין שפורסם ברשומות ובין שטרם פורסם ברשומות, יתמסר הודעה על כך לממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים, כדי שיבחן האם המדובר בטעות שיש לתקנה תחת הכותרת "תיקון טעות".

(ב) תיקון טעות, בין אם נפלה במשרד לפני החתימה על התקנות ובין אם נפלה בעת הטיפול במשרד המשפטים או בבית הדפוס לאחר החתימה על התקנות, יעשה על-ידי מערכת רשומות, בתיאום עם היועץ המשפטי של המשרד שהתקין את התקנות, ויתפרסם

ברשומות, תחת הכותרת "תיקון טעות" ושם התקנות בכותרת משנה, ללא חתימה של מתקין התקנות. תוקף התיקון למפרע, מן היום בו קיבלו התקנות את תוקפן, בלי שיהיה צורך לציין זאת במפורש.

ג) לעניין זה טעות, אותה ניתן לתקן בדרך האמורה, היא כל טעות הדפסה, טעות בתחביר, באיות או בפיסוק, וטעות טכנית אחרת, ובלבד שברור כי מדובר בטעות ותיקון הטעות נועד לבטא נאמנה את הכוונה הברורה של מתקין התקנות בעת ההתקנה, להבדיל משינוי הכוונה במועד מאוחר יותר.

ד) כל תיקון מסוג אחר צריך להיעשות בדרך המקובלת לתיקון תקנות. ראו לעיל סעיף 26.1.

ה) התעורר ספק אצל הממונה על חקיקת המשנה אם הטעות משמעותית, יקבל את חוות-דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה).

27. חוקי עזר

27.1. הסמכות להתקין חוקי עזר לרשויות מקומיות

סמכותה של מועצת עירייה להתקין חוקי עזר נקבעה בסעיף 250 לפקודת העיריות בלשון זאת:

"מועצה רשאית להתקין חוקי עזר כדי לאפשר לעירייה ביצוע הדברים שהיא נדרשת או מוסמכת לעשותם על-פי הפקודה או כל דין אחר או לעזור לה בביצועם, או כדי לדרוש מבעל נכס או מחזיקו לבצע באותו נכס עבודה הנחוצה למטרה האמורה."

וסעיף 258 לאותה פקודה מוסיף וקובע:

- (א) אישרה המועצה חוק עזר, יחתום עליו ראש העירייה וחוק העזר יפורסם ברשומות.
- (ב) לא יפורסם חוק עזר כאמור בסעיף קטן (א), אלא כעבור ששים ימים מהיום שהביא ראש העירייה את חוק העזר לידיעת השר; הודיע השר או מי שהסמיכו לכך כי אין לו התנגדות לחוק העזר, יפורסם חוק העזר אף לפני תום מועד זה.
- (ג) השר רשאי תוך התקופה האמורה בסעיף קטן (ב), להורות על עיכוב פרסום חוק העזר ובלבד שלא יחליט כאמור אלא לאחר שהשר או מי שהוא הסמיכו לעניין זה פירט את הסתייגויותיו ונתן לראש העירייה או למי שהוא הסמיכו לכך הזדמנות לטעון את טענותיו נגד עיכוב פרסום חוק העזר.
- (ד) עיכב השר פרסום חוק עזר כאמור בסעיף קטן (ג), רשאי הוא לעשות אחת מאלה:
- (1) להורות על ביטול העיכוב;
 - (2) לפסול את חוק העזר מנימוקים שיפרט;
 - (3) להחזיר את חוק העזר עם הערותיו למועצה לדיון מחדש.
- (ה) ביטל השר את הוראתו לעכב את פרסום חוק העזר, יפורסם חוק העזר ברשומות.

בעבר נדרש אישורו הפוזיטיבי של שר הפנים לכל חוק עזר (או תיקון לו). כיום יש לשר הפנים סמכות להתערב בחוק העזר ולשנותו, אך אם לא עשה כן, חוק העזר ייכנס לתוקף לאחר פרסומו ברשומות, ללא אישור.

לעומת זאת, ישנם מקרים בהם נקבע במפורש בחוק כי נדרשים הסכמה או אישור של שר או שרים מסוימים להתקנת חוק עזר (למשל, סעיף 77 לפקודת התעבורה; סעיף 11 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח - 1968; סעיף 6 לחוק הסדרת מקומות רחצה, התשכ"ד - 1964). בטרם יועבר החוק למשרד המשפטים יש לקבל את אישור הגורם הרלוונטי, כמצוין בחוק המסמיך. במקרים כאלה אין די באזכור פקודת העיריות, ויש לציין בחוק העזר גם את החוק המסמיך.

ראו הוראות נוספות לעניין חוקי עזר של עיריות בפרק שלושה-עשר של פקודת העיריות. הוראות דומות חלות לגבי התקנת חוקי עזר על-ידי רשויות מקומיות מסוגים אחרים, ראו: לגבי מועצות מקומיות - פקודת המועצות המקומיות, סעיף 22; לגבי איגודי הערים - חוק איגודי ערים, התשט"ו - 1955, סעיף 14. (פרט לסעיף 14 לחוק איגודי ערים, הסעיפים הנזכרים לעיל תוקנו כפי שתוקן סעיף 258 לפקודת העיריות).

רשויות מקומיות מוסמכות להתקין חוקי עזר בנושאים מסוימים מכוח חיקוקים נוספים, לדוגמא, מכוח פקודת התעבורה, סעיף 77, וחוק שירותי הכבאות, התשי"ט - 1959, סעיף 37.

27.2. מגבלות הלכתיות על הסמכות להתקין חוקי עזר

לפי הפסיקה, מוטלות מגבלות מסוימות על הסמכות להתקין חוקי עזר, שאף כי לא נקבעו במפורש בחוק המסמיך, הן משתמעות מכוונת החוק. כך, לדוגמא, נפסק כי רשות מקומית אינה רשאית להפעיל את סמכותה לשם השגת מטרה דתית (כגון שמירת שבת או כשרות) משום שזאת היא "בעיה כללית וארצית, שאינה מיוחדת למקום מסוים, ופתרונה נתון לסמכותו הייחודית של המחוקק הארצי": בג"צ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה בוני העיר נתניה, פ"ד ח 1524, 1531). ראו גם בג"צ 72/55 פרייד נ' עיריית תל-אביב, פ"ד י 734, 741; ע"א 6/66 קלו נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי העיר בת-ים, פ"ד כ(2) 327.

סעיף 42 לפקודת הפרשנות קובע כי "אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של המדינה, או להטיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו במפורש". לפי סעיף זה, אין בפקודת העיריות או בפקודת המועצות המקומיות כדי להטיל חובות על המדינה אלא מקום שהדבר נקבע במפורש, ולכן, בהעדר הסמכה מפורשת כאמור, אין בכוח חוק עזר להטיל חובה על המדינה.

27.3. הדרך להתקנת חוקי עזר

(א) בדרך-כלל, אין המועצה של רשות מקומית רשאית לאצול לגוף או אדם אחר, אפילו במסגרת הרשות המקומית, את הסמכות להתקין חוקי עזר. ראו בג"צ 347/84 עירית פתח-

תקוה נ' שר הפנים, פ"ד לט(1) 813. ראו גם ע"פ 74/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' הורנשטיין, פ"ד יד 365. השוו לעניין אצילת הסמכות להתקין תקנות בדרך-כלל, לעיל סעיף 6.

ב) לאחר שמועצת הרשות המקומית החליטה להתקין חוק עזר, יועבר חוק העזר אל משרד הפנים, לבדיקה עניינית במינהל השלטון המקומי (במיוחד מן הבחינה התקציבית) ולבדיקה משפטית בלשכת היועץ המשפטי. עם סיום הבדיקה, יועבר חוק העזר לשר הפנים להבעת התנגדות או אי-התנגדות, והכל בכפוף לתקופה של שישים הימים, המוקצבת על-פי חוק. לעתים, נדרש בחוק אישורו של שר הפנים או שר אחר, כמפורט לעיל. משניתנה הודעת שר הפנים כי אין לו התנגדות לחוק העזר, או שמחלפה תקופת 60 הימים, ולאחר שניתן אישור השר הרלוונטי - אם היה צורך בכך, מועבר חוק העזר לממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים, לבדיקה ופרסום.

ג) סעיף 262 לפקודת העיריות מסדיר התקנה של חוקי עזר לדוגמא כדלהלן:

"(א) השר רשאי לפרסם ברשומות חוק עזר לדוגמה, ורשאית מועצה, בהחלטה, לאמץ חוק עזר כזה בלי שינויים.
 (ב) החליטה מועצה לאמץ חוק עזר לעצמה, תודיע על כך לשר וההודעה על האימוץ תפורסם ברשומות.
 (ג) ביטל או שינה השר חוק עזר לדוגמה שפורסם כאמור, לא יפגע הביטול או השינוי בחוק העזר שאימצה לה מועצה והדבר ייאמר בהודעת הביטול או השינוי.
 (ד) סעיף זה אינו חל על חוק עזר לפי סעיף 77 לפקודת התעבורה."

יצוין, שסעיף 25א לפקודת המועצות המקומיות לא תוקן כפי שתוקן סעיף 262 הנזכר לעיל. בעוד שבחוקי עזר של עיריות, הודעה בדבר אימוץ חוק העזר תפורסם על-ידי הרשות המקומית עצמה, במועצות מקומיות על השר לפרסם הודעה כאמור.

בפועל פורסמו חוקי עזר לדוגמא במספר ניכר של נושאים, כגון, לעניין הריסת מבנים מסוכנים (קובץ התקנות 2858 התשל"ב, עמ' 1278), שווקים (קובץ התקנות 2938 התשל"ג, עמ' 373), ניקוי מדרכות (קובץ התקנות 3142 התשל"ד, עמ' 756), אחזקת מקלטים (קובץ התקנות 3431 התשל"ו, עמ' 453), וראו תיקון חוקי עזר לדוגמא (קובץ התקנות 3535 התשל"ו, עמ' 1734). ניתן לקבל מן הלשכה המשפטית במשרד הפנים רשימה מלאה של חוקי העזר לדוגמא. באימוץ חוקי עזר לדוגמא יש תועלת מבחינות אחדות, ובכלל זה מבחינת החסכון במשאבים, האיכות של חוק העזר והאחידות של ההסדר, ולפיכך רצוי לעודד אימוץ חוקי עזר לדוגמא, אלא אם כן קיימות נסיבות מיוחדות המונעות זאת.

27.4. פרסום חוקי עזר

חוקי העזר מתפרסמים במדור מיוחד של קובץ התקנות ("חיקוקי שלטון מקומי"). רצוי שכל רשות מקומית תכין אוגדן ובו חוקי העזר של אותה רשות ותקפיד לעדכן אותו מזמן לזמן. ברוב הערים הגדולות ובחלק מן המועצות המקומיות קיימים אוגדנים של חוקי העזר. לפי

סעיף 263 לפקודת העיריות "עותקים של חוקי עזר יוחזקו במשרדי העיריה ויהיו מצויים למכירה לציבור".

היועצים המשפטיים של הרשויות המקומיות מופנים גם לנוהל אישור ופרסום חוקי עזר שפרסם היועץ המשפטי של משרד הפנים.

28. תקנות שעת-חירום

28.1. הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום

(א) סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה, מעניק סמכות להתקין תקנות שעת-חירום כדלהלן:

"(א) במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת-חירום כדי להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת-חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והבטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

(ב) ראה ראש הממשלה כי לא ניתן לכנס את הממשלה וכי קיים צורך דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת-חירום, רשאי הוא להתקין או להסמיך שר להתקין.

(ג) תקנות שעת-חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק.

(ד) אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

(ה) לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

(ו) תוקפן של תקנות שעת-חירום יפקע כעבור שלושה חדשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על-ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

(ז) תקנות שעת-חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

(ח) חדל מצב החירום להתקיים, יוסיפו תקנות שעת-חירום להתקיים לתקופת תוקפן אך לא יותר מ-60 ימים מסיום מצב החירום; תקנות שעת-חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן.

"

הודעה כי במדינה קיים מצב של חירום פורסמה ברשומות ביום י"ב באייר התש"ח (21.5.1948) והיא עמדה בתוקפה מאז ועד 1997. מאז הכנסת האריכה מתקופה לתקופה את ההכרזה על מצב החירום (על-פי סעיף 49 לחוק יסוד: הממשלה, שכיום הוא סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה).

(ב) חוק יסוד יכול לשלול או להגביל את הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום. לדוגמא, חוק יסוד: הממשלה עצמו קובע בסעיף 41 כי: "על אף האמור בכל דין, אין בכוחן של תקנות-שעת-חירום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים." הוראה דומה קבועה בסעיף 44 לחוק יסוד: הכנסת, בסעיף 22 לחוק יסוד: השפיטה ובסעיף 6 לחוק

יסוד : חופש העיסוק (הוראת היציבות בסעיף 12 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו קובעת זאת בסיוג). בעבר, שעה שהסמכות להתקין תקנות היתה קבועה בפקודת סדרי השלטון והמשפט יכול היה שהוראה כזאת תיקבע גם בחוק רגיל. ראו, לדוגמא, סעיף 3 לחוק מסי מכס ובלו (שינוי התעריף), התש"ט - 1949; סעיף 149 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב] התשכ"ט - 1969.

28.2. המטרות של תקנות שעת-חירום

(א) הממשלה מוסמכת כאמור בחוק היסוד להתקין תקנות שעת חירום "כדי להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים". כאמור, אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

(ב) הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום מנוסחת בלשון רחבה ומקנה לממשלה שיקול דעת רחב, בין היתר בשאלה אם יש צורך בהתקנת תקנות כאלה לשם "קיום האספקה והשירותים החיוניים." כך, לדוגמא, נפסק כי שר הפנים (כאשר עוד היו שרים מוסמכים להתקין תקנות שעת-חירום) לא שקל שיקולים פסולים או בלתי סבירים כשהתקין תקנות שעת-חירום שמטרתן היתה, בין היתר, לקיים את השירותים הניתנים על-ידי בית נוער באחת העיריות (בג"צ 735/80 ניצן נ' ראש העיר תל-אביב-יפו, פ"ד לה(1) 555, 557). כמו כן, נפסק כי שידורים של תעמולת בחירות לכנסת ברדיו ובטלוויזיה הם בגדר שירות חיוני לעניין זה (בג"צ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה(3) 233). ראו גם בג"צ 188/79 הועד הארצי של עובדי המוסד לביטוח לאומי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לג(2) 449.

(ג) עם זאת, הסמכות להתקין תקנות שעת חירום אינה בלתי-מוגבלת, וכמו כל סמכות אחרת של רשות מינהלית אף היא כפופה לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק. ראו, לדוגמא, פסקי הדין המובאים בסעיף-קטן (ב) לעיל. העובדה שהסמכות מנוסחת בלשון של שיקול דעת רחב ("סובייקטיבי") אין בה כדי לשלול את סמכות הביקורת של בית המשפט.

(ד) בפסיקה מאוחרת יותר, פורשה הסמכות על דרך הצמצום. כל אימת שניתן לפנות לחקיקה רגילה, יש להעדיף דרך זו על-פני התקנת תקנות שעת-חירום. הסמכות להתקין תקנות שעת-חירום, דווקא משום שהיא רחבה וקיצונית כל כך, מחייבת ריסון עצמי. אין לשכוח כי מדובר בסמכות של שעת חירום כפשוטה, וכי רק מטעם זה - החירום - קיבל על עצמו המחוקק, את סעיף 39(ג) לחוק יסוד : הממשלה, שלפיו "תקנות שעת-חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים...".

ראו בג"צ 6971/98, 6972 פריצקי, ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(1), 763, 781 : "האמצעי הנבחר צריך לפגוע בערכי היסוד, בעקרונות יסוד או בזכויות יסוד ... - במידה הפחותה ביותר". אכן, שיקול הדעת בשאלה זאת מוקנה אף הוא לממשלה, ובית המשפט לא יתערב בנקל בשיקול דעת זה. ראו בג"צ 372/84 קלופפר נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד

לח(3) 233, 237-238. עם זאת, עדיין צריכה הממשלה להנחות עצמה להעדיף דרך אחרת, כגון חקיקה רגילה או הכרעה שיפוטית, אם הנסיבות מאפשרות להסתפק בכך. לדוגמא, במקרה של שביתה בשירות חיוני מן הראוי לשקול אם אפשר להסתפק בתביעה לקבלת צו מניעה נגד השובתים מבית הדין לעבודה. על כל מקרה להיות מטופל בהתאם לנסיבותיו.

ה) אם לאחר שיקול מתגבשת הדעה כי יש צורך בתקנות שעת-חירום, מן הראוי לשקול את האפשרות שיחד עם התקנת התקנות תוגש לכנסת הצעת חוק רגילה, בנוסח התקנות, כדי שהכנסת תוכל לדון ולהחליט בהקדם אם להחליף את התקנות בחוק רגיל, בנוסח התקנות או בנוסח שונה, או לבטל את התקנות במועד שתקבע. עמדה זו התקבלה בבג"צ 2994/90 פורז נ' מ"י, פ"ד מד(3) 317. שם גם נקבע שתקנות שעת חירום הן חסרות תוקף, משום שניתן היה להשיג את המטרה שבהתקנתן, באמצעות חקיקה רגילה של הכנסת.

28.3. הדרך להתקנת תקנות שעת-חירום

א) שר המבקש להציע לממשלה להתקין תקנות שעת-חירום יתאם את הדבר תחילה באמצעות היועץ המשפטי של משרדו עם היועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה, בדרך-כלל באמצעות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה) יתן אישורו לכך שניתן מבחינה משפטית להתקין תקנות שעת-חירום בנסיבות אלה.

נוסח התקנות המוצעות יונח על שולחן הממשלה, ואין זה די לקבל החלטה עקרונית על התקנת תקנות שעת-חירום.

ב) הדיון בממשלה בהצעה להתקין תקנות שעת-חירום יכול שיעשה בדרך של משאל טלפוני, בהתאם לסעיף 21(א) לתקנון הממשלה. עם זאת, אין זה מקובל ואף אין זה ראוי שהממשלה תאשר הוצאת תקנות שעת-חירום במשאל טלפוני, אלא אם קיימת דחיפות מיוחדת המצדיקה זאת, כפי שקורה לעתים, לדוגמא, בסכסוכי עבודה בשירותים חיוניים.

ג) אישרה הממשלה התקנת תקנות שעת-חירום, תודיע על כך מזכירות הממשלה מיד לממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים, ויביא אליו, בהקדם האפשרי, את נוסח התקנות (חתום על-ידי ראש הממשלה) לצורך פרסום, או ינקוט בפעולה אחרת כפי שיסוכם עם הממונה. כן תעביר מזכירות הממשלה עותק לועדת החוץ והבטחון של הכנסת, סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

28.4. תקנות שעת-חירום בסכסוכי עבודה

א) השימוש בתקנות שעת-חירום בקשר לשירותי עבודה חיוניים הוכר ואושר על-ידי בית המשפט העליון (ראו את פסקי הדין המאוזכרים לעיל בסעיף 28.2), בעבר הוא היה אמצעי רגיל מדי בעת שביתות או עיצומים. אולם, כיום הנטייה היא להימנע ככל הניתן מנקיטת

צעד דרסטי זה. בנוסף, שלא כבעבר, הממשלה, ולא שרים בודדים, היא המוסמכת להתקין תקנות שעת חירום לעניין זה.

(ב) השימוש בתקנות שעת-חירום לעניין שירותי עבודה חיוניים נדון בפירוט בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה לטיפול בסכסוכי עבודה בשירות המדינה (הוצאה כחוברת על-ידי משרד המשפטים בחודש ינואר 1984, מס' 21.588). להלן פרטים אחדים מתוך הנחיה זאת:

(1) לפני שיוחלט להתקין תקנות שעת-חירום בעניין שירותי עבודה חיוניים תיבדק במשרד המשפטים שאלת האפשרות להשתמש באמצעים אחרים כדי להבטיח את מתן השירות.

(2) אם הוחלט להתקין תקנות שעת-חירום לעניין שירות עבודה חיוני, יש להקפיד על כך שמספר העובדים או סוג העובדים שייקראו לשירות מכוח התקנות ייקבע לפי הנדרש לקיום השירות החיוני (ולאו דווקא לפי הנדרש לקיום השירות במתכונת הרגילה שלו), ובהתאם לכך יודיע השר לממשלה, כשהוא מבקש כי תתקין את התקנות, מהו מספר העובדים או סוג העובדים שיקראו לשירות מכוח התקנות.

בהנחיה האמורה נקבע גם נוהל מפורט בעניין קריאת עובדים לשירות מכוח התקנות, כולל מסירת הצווים לעובדים, וכן בעניין אכיפת התקנות.

(ג) הממונה על חקיקת המשנה, במשרד המשפטים יפנה את היועץ המשפטי של המשרד המציע את התקנות אל נוסח של תקנות שעת-חירום לעניין שירות עבודה חיוני שפורסם ברשומות, שבו רצוי להשתמש בשינויים המתאימים לסוג השירות ולנסיבות העניין.

28.5. ביטול תקנות שעת-חירום

(א) לפי סעיף 39(ו) לחוק יסוד: הממשלה, תוקפן של תקנות שעת-חירום יפקע כעבור שלושה חדשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על-ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

(ב) אם חלף הצורך בתקנות שעת-חירום לאחר שהותקנו, כגון שסכסוך העבודה שבגינו הותקנו התקנות מסתיים או חלה בו הפוגה והעובדים שבו לעבודה, על הממשלה לבטל אותן לאלתר, ולא להמתין עד שיפוג תוקפן בתום שלושה חודשים מיום התקנתן. הדבר רצוי לא רק מטעמים עקרוניים, כלומר שלא תהיינה בתוקף תקנות שעת חירום שאין בהן צורך, אלא גם מטעמים מעשיים. הטעם המעשי הוא בעיקר זה, שביטול תקנות שעת חירום כאשר אין בהן יותר צורך, כגון לאחר חודש, מאפשר לחזור ולהתקין את התקנות אם שב ונתחדש הצורך, וזאת עד לתקופה של שלושה חודשים. אם לא ייעשה כן, והתקנות

יעמדו בתוקפן שלושה חודשים אף כי חלפה העילה להתקנתן, ובסמוך למועד הפקיעה יתעורר מחדש הצורך בתקנות שעת חירום באותו עניין, שוב אי אפשר יהיה להתקין תקנות כאלה, אלא יהיה הכרח להיזקק לחוק רגיל. הדבר נובע מן ההסדר שנקבע בחוק באשר להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום, ועל כך להלן.

28.6. הארכת תוקפן של תקנות שעת-חירום

לשם שלמות התמונה, נתייחס כאן גם לנושא זה, אף שעניינו כמובן חקיקה ראשית בכנסת.

(א) פירושו של סעיף 39(ו) לחוק יסוד: הממשלה, הוא שאי אפשר להאריך תוקפה של תקנת שעת חירום באמצעות תקנת שעת חירום. בדומה לכך, כשפוקע או עומד לפקוע תוקפה של תקנת שעת חירום, אי אפשר להתקין תקנת שעת חירום חדשה, באותו עניין ובאותו נוסח, שהרי למעשה אין הבדל בין תקנה חדשה כזאת לבין תקנה המאריכה תוקפה של התקנה שהגיעה שעתה. גם אי אפשר לעקוף או להתחמק מאיסור זה על-ידי התקנת תקנה חדשה שתהיה שונה בפרטים מסוימים מן התקנה שתוקפה פקע או עומד לפקוע, אם בעיקרו של דבר אלו הן אותן תקנות המסדירות אותו נושא. בעניין זה יש להקפיד, שכן המגבלה העיקרית על הסמכות הקיצונית להתקין תקנות שעת חירום, שכוחן גובר על כוחו של חוק, היא המגבלה של הזמן. ההנחה היא שפרק זמן של שלושה חודשים צריך להספיק כדי שהכנסת תוכל להחליט אם יש צורך בהסדר שנקבע בתקנות שעת-חירום, ואם כן תקבע אותו בחוק רגיל. אם, לעומת זאת, תוכל הממשלה להאריך את תוקפן של תקנות שעת-חירום, בדרך זו או אחרת, תהיה בכך סכנה שאת מקומו של שלטון החוק יתפוס שלטון של צווים מינהליים. ראו י' ה' קלינגהופר, "על תקנות שעת חירום בישראל", **ספר יובל לפנחס רוזן** (1962) עמ' 86, 96 ואילך.

(ב) עם זאת, גם לאחר שעברו שלושה חודשים ופקע תוקפן של תקנות שעת חירום, אפשר יהיה להתקין תקנות שעת חירום חדשות על-ידי הממשלה אם אין בכך, באופן מהותי, משום הארכת התוקף של התקנות שתוקפן פקע. אפשרות זאת תלויה בנסיבות המקרה. כך, לדוגמא, ניתן להתקין תקנות חדשות אם באופן ענייני ואמיתי מדובר בנושא חדש. אם למשל מתקיימים תקנות שעת חירום בקשר לסכסוך עבודה מסוים, אי אפשר יהיה לאחר שעברו שלושה חודשים ופקע תוקפן, להוציא תקנות שעת חירום חדשות בקשר לאותו סכסוך. במקרה כזה יידרש חוק של הכנסת. ראו, לדוגמא, חוק לקיום תקפן של תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים של רנטגנאים), התש"ס - 1980 (ס"ח התש"ס, עמ' 65); אך אם מדובר בסכסוך אחר ושונה, ואפילו עם אותה קבוצת עובדים, ניתן יהיה להוציא תקנות שעת-חירום חדשות. לעניין זה קובעת המהות האמיתית, ולא הצורה החיצונית, של הנושא ושל התקנות. וראו י' ה' קלינגהופר, "על תקנות שעת חירום בישראל", **ספר יובל לפנחס רוזן** (1962) עמ' 86, 99.

נספח א'רשימת ביקורת לשימוש היועץ המשפטי של הרשות המתקינה לפני מתן לשר לחתימה

1. האם נבדק מקור הסמכות להתקין את התקנות ונמצא כי טיוטת התקנות אינה חוגרת מן הסמכות? (סעיף 16)
2. א. האם נשלחה טיוטת התקנות אל משרדי הממשלה שיש להם עניין ישיר בתקנות?
ב. האם נשלחה טיוטה אל הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים? (סעיף 11) עם העתק לרפרנט במשרד המשפטים?
3. מקום שהחוק המסמיך מחייב התייעצות, האם קוימה התייעצות כנדרש? (סעיף 13.1)
4. האם קוימה התייעצות עם גופים חיצוניים שיש להם עניין מיוחד בנושא התקנות? (סעיף 13.2)
5. האם ההערות שהגיעו ממשרדי הממשלה ומן הגופים עמם קוימה התייעצות נבדקו והאם ההערות שהוחלט לקבלן שולבו בנוסח התקנות?
6. האם נתקבל אישור מאת חשב המשרד או מנכ"ל המשרד בדבר תקצוב ההוצאות בשנה הראשונה להפעלת התקנות, בהתאם לסעיף 40 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה - 1985? (סעיף 10.4)
7. האם קוימה התייעצות עם הממונה על החקיקה (הרפרנט) במשרד המשפטים? (סעיף 13.3)?
8. האם התקנות חולקו לפרקים וכיו"ב? (סעיף 17.1)?
9. האם יש מקום לתוכן עניינים, טפסים או נספחים לתקנות? (סעיף 17.4)
10. האם יש מקום להערת הסבר לתקנות? (סעיף 17.5)
11. האם נקבעו הוראות עונשין בהתאם לנסיבות העניין? (סעיף 18)
12. האם האגרות קובעות שיעורי אגרות, האם נתקבל אישור שר האוצר לפי סעיף 39 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה - 1985, לעניין אגרות המשתלמות לאוצר המדינה, או אישור שר האוצר לפי סעיף 30 לחוק יסודות התקציב, לעניין אגרות המשתלמות לקופת תאגיד.
בתקנות הקובעות שיעורי אגרות, האם נקבעו הוראות בדבר עדכון שיעורי האגרות? (סעיף 19.2)
13. האם נקבע מועד תחילה לתקנות? (סעיף 20)
14. מקום שהחוק המסמיך מחייב אישור או הסכמה של רשות נוספת (כגון, שר נוסף או ועדה מועדות הכנסת), האם נתקבל האישור הנדרש? (סעיף 22)
15. מקום שהחוק המסמיך פוטר מחובת הפרסום ברשומות, האם נקבעה הדרך בה יובאו התקנות לידיעת הנוגעים בדבר? (סעיף 25)

נספח ב'**מכתב נלווה לתקנות הנשלחות לפרסום מאת היועץ המשפטי של המשרד המתקין את התקנות אל הממונה על חקיקת המשנה במשרד המשפטים.**

אל: הממונה על חקיקת המשנה, משרד המשפטים
מאת: היועץ המשפטי למשרד....

הנדון: תקנות**הוראת מינהל**

... מצורפים בזה שני עותקים (מקור והעתק) של התקנות / הוראת המינהל שבנדון, לצורך פרסום ברשומות. להלן פרטים בקשר להתקנתן בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

1. חובת התייעצות מכוח החוק המסמך - התייעצות עם
קוימה ביום ועם קוימה ביום
2. חובת תיאום בין-משרדי גם שלא מכוח חובה שבחוק, קוימה עם
ועם
3. התייעצות עם גופים נוגעים בדבר - קוימה עם ועם
4. אישור/הסכמה (מחק את המיותר) של שר / ועדת
של הכנסת / אחר ניתן ביום
5. תקציב הוצאות - נתקבל **מחשב המשרד אישור** על כך שההוצאה או ההתחייבות להוצאה מתקציב המדינה הכרוכה בביצוע התקנות / הוראת המינהל (מחק את המיותר) לשנת ההפעלה הראשונה - **תוקצבה / המנהל הכללי של המשרד מאשר** כי התקנות / הוראת המינהל **אינן כרוכות** בהוצאה או בהתחייבות להוצאה מתקציב המדינה.
6. בחינת מועמד שלא נבחר בהליך של מכרז או מעין מכרז - המינוי נבדק על-ידי (יש לסמן את הגורם הבודק): הועדה לבדיקת מינויים לפי סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה - 1975 / ועדת המינויים בראשות נציב שירות המדינה / הועדה המייעצת לעניין מינויים בכירים / היועץ המשפטי למשרד לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1500.
7. המועד לתחילה הוא
8. הערות:
(כאן יינתנו הסברים, בין היתר, לבקשה מן המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לאשר החלה רטרואקטיבית).

בברכה,

שם מלא
תפקיד
חתימה

תאריך