

מסמך הכנה מס' 6 – הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)

טיוטת הצעת חוק-יסוד: השפיטה בנוסח שהוצע על-ידי יו"ר הוועדה, כללה שורה של תיקונים אשר פורטו במסמך ההכנה הכללי מיום 27.1.2023. בדיוניה הקודמים דנה הוועדה בתיקונים העוסקים בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, בשלילת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, בהגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ובפסקת ההתגברות.

הנוסח המונח כעת על שולחן הוועדה עוסק בהגבלת עילת הביקורת השיפוטית שעניינה **חוסר סבירות**, ככל שהיא נוגעת לדרג נבחר – ראש הממשלה, הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים.

להלן התייחסות הייעוץ המשפטי לוועדה לרקע הרלוונטי ושאלות המוצעות לדיון בסוגיה זו.

רקע כללי

1. עד עתה דנה הוועדה בתיקוני חקיקה שעניינם קביעת גדריה של הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. ואולם, הביקורת השיפוטית העיקרית שמקיים בית המשפט על רשויות השלטון האחרות היא **הביקורת המינהלית על פעולת הממשלה – הרשות המבצעת**. ביקורת זו נועדה לקיים את שלטון החוק במובנו הבסיסי – להבטיח כי הרשות המבצעת פועלת במסגרת החוק, וכן להגן על האזרח מפני פגיעה בו על-ידי השלטון.

2. סמכות ביקורת זו הוקנתה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ) עוד בתקופת המנדט. עם קום המדינה היא עוגנה בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948, בהמשך בחוק בתי המשפט, התשי"ז–1957, ולבסוף בשנת 1984 בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. כיום, סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות המדינה נובעת בעיקרה מסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, המעניקים לבג"ץ סמכות לדון בעניינים "אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר" (ס"ק (ג)) וכן "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול" (ס"ק (ד)(2)).

3. מכוח סמכות זו, מבקר בג"ץ (ובתי המשפט לעניינים מינהליים, מכוח סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000) את פעולות הרשות המבצעת כדי להבטיח שרשויות המינהל פועלות על-פי חוק וכדי להגן על הפרטים מפני פגיעה בזכויותיהם ובאינטרסים מוגנים שלהם, במסגרת מה שמכונה "ביקורת מינהלית". התפתחות עילות הביקורת המינהליות נעשתה בעיקרה בפסיקה בהתבסס על עילות הביקורת של המשפט המקובל האנגלי, על עקרון שלטון החוק, ועל היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית השומרת על זכויות הפרט של אזרחיה (זאת החל מפסקי הדין המכוננים משנות החמישים, דוגמת בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים** (1953); ובג"ץ 144/50 **ד"ר שייב נ' שר הביטחון** (1951)).

4. ניסיונות שנעשו בעבר להסדיר בחקיקה את חובות המינהל הציבורי, שמהן ייגזרו עילות הביקורת המינהלית, הן בשנות השמונים, בהצעת חוק שניסח חה"כ (פרופ') קלינגהופר בשיתוף משרד המשפטים,

והן לפני כעשור בתזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המנהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד–2014) – לא הבשילו לכדי חקיקה, ולכן כיום עקרונות המשפט המינהלי ועילות הביקורת השונות, ובהן גם עילת הסבירות, מעוגנות בעיקרן בפסיקה. **בנסיבות אלה, רשימת חובות המינהל ועילות הביקורת השיפוטית הנגזרות מהן אינה רשימה סגורה או סדורה.**

5. מקובל לומר כי החובות החלות על רשויות המינהל שמהן גם נגזרות עילות הביקורת המינהלית כוללות **שלוש רגליים**:

- **הרגל הראשונה – הסמכות** – זאת מכוח **עקרון חוקיות המינהל**, ולפיו ההחלטה המינהלית צריכה להתקבל **במסגרת הסמכות** שהוענקה לרשות בחוק, ופעולה החורגת מגדר הסמכות שהוענקה לרשות היא פסולה (מה שמכונה "אולטרה-וירס").

- **הרגל השנייה** – תקינות **הלך קבלת ההחלטה המינהלית** – ההחלטה המינהלית צריכה להתקבל בהליך תקין, כלומר: בתוך **זמן סביר** או במועדים שנקבעו בחוק לעניין זה; לאחר שניתנה למי שנפגע מההחלטה **זכות טיעון**; על בסיס **תשתית עובדתית** מלאה ומבוססת; לאחר שהרשות **נימקה** את החלטתה כראוי; **ללא משוא פנים** או **ניגוד עניינים** וכיוצא באלה דרישות הליכיות.

- **הרגל השלישית** – אופן הפעלת **שיקול הדעת** שביסוד ההחלטה המינהלית. בהפעלת הסמכות המינהלית שיקול הדעת של הרשות אינו בלתי מוגבל, ועליה לפעול בתום לב, על יסוד מכלול השיקולים הענייניים ותוך הימנעות משקילת שיקולים זרים, בשוויון ובמידתיות.

6. **עקרון הסבירות**, כפי שהתפתח בפסיקה, נוגע בעיקרו של דבר ברגל **השלישית** של השיקול הדעת המינהלי. ככל שמדובר בהפעלת שיקול הדעת המינהלי, חובת הסבירות משמעה כי הרשות נדרשת להבטיח **איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה המינהלית.**

ואולם, עקרון הסבירות משפיע גם על שתי הרגליים הנוספות של החובות החלות על רשויות המינהל – על **ההליך המינהלי**, משחלק מהחובות הליכיות מוגדרות על בסיס מושג הסבירות – קיומה של **תשתית סבירה** של נתונים (על יסוד ראיות מינהליות – ראיות **שרשות סבירה** הייתה מסתמכת עליהן), פעולה בתוך **זמן סביר** וכיוצא באלה (מה שמכונה בפי פרופ' דותן "סבירות הליכית", ראו: יואב דותן, "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – מאמרים** חלק א 417 (2003) (להלן: דותן **בספר שמגר**)).

כמו כן, עקרון הסבירות אף התפרש כקשור **לשאלת הסמכות**, מתוך הנחה כי לרשות יש חובה להפעיל את סמכותה החקוקה בצורה סבירה, משום שהמחוקק לא התכוון להסמיך אותה לפעול בצורה "בלתי מתקבלת על הדעת" (מה שמכנה פרופ' דותן "אי סבירות של מופרכות", ראו: יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא 673, 676-680 (2022) (להלן: דותן **במשפטים**)).

7. יובהר כי **מהחובה של הרשות המינהלית לפעול בסבירות**, נגזרת **עילת הסבירות** כעילה לביקורת שיפוטית של החלטותיה. על כן, עריכת שינויים בעילת הסבירות כעילה לביקורת מינהלית, מצריכה לבחון את ההשלכות של הגבלת עילת הביקורת האמורה גם על **חובת הרשות לנהוג בסבירות.**

8. עילת הסבירות התפתחה מבחינה היסטורית במשפט המקובל האנגלי כעילת ביקורת על **חוקי עזר**, המאפשרת לפסול חוקי עזר שהם כה בלתי מתקבלים על הדעת, עד שאין להניח שרשות סבירה הייתה

מקבלת אותם, או שהוקנתה לה סמכות לכך. מבחינה זו דובר בעילה שהייתה בעלת זיקה לעילת הביקורת הבסיסית ביותר על הרשות המינהלית – **חריגה מסמכות**.

9. פסק הדין האנגלי הקלאסי המוזכר בהקשר זה הוא פסק הדין בעניין ¹Wednesbury שבו נבחן חוק עזר עירוני שקבע שהצפייה בקולנוע בימי ראשון אסורה למי שגילו צעיר מחמש עשרה; בפסק הדין נקבע כי אפשר לתת סעד לעותר אם ההחלטה היא – "So unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it" (שם, בעמ' 234).

10. גם בישראל, במהלך העשורים הראשונים לקיומה של המדינה נפסלו במספר מקרים חוקי עזר וחוקת משנה אחרת בשל חוסר סבירות, וזאת במובן של ¹Wednesbury, כלומר: משום שתוכנם היה "בלתי מתקבל על הדעת", או כלל "אי צדק בולט". ראו למשל, ע"א 311/57 **היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ** (1959), בו ביטל בית המשפט צו של שר התחבורה, משום שהטיל על חברות הספנות תשלום חובה בתוקף למפרע לתקופה של מעל שנה. בית המשפט הדגיש באותו מקרה, בהתבסס על המשפט האנגלי, כי "**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 זה בידי השר. חקיקת המשנה אינה מתקבלת על הדעת והיא מחוץ לתחום הסמכות" (שם, בעמ' 1037).²

11. משנות ה-70 למאה הקודמת החלה מגמה של הרחבה מסוימת של עילת הסבירות "הקלאסית", למשל, בפסק הדין של השופט (כתוארו אז) שמגר בבג"ץ 156/75 **דקה נ' שר התחבורה** (1976) ובדעת יחיד של השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל** (1980).

12. ואולם, פסק הדין שנתפס כנקודת מפנה בפרשנות של עילת הסבירות הוא פסק הדין בעניין **דפי זהב** משנת 1980 (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור** (1980)). אף כי יש הגורסים כי גם פסק דין זה הוא למעשה לא חידוש אלא המשך פיתוח של העילה בפסיקה המוקדמת.³

13. מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב**, התפיסה המקובלת במשפט הישראלי היא כי עילת חוסר סבירות יכולה להתקיים **כעילה עצמאית** – יחידה – לפסילת החלטה מינהלית, גם אם אינה כרוכה בעילת התערבות נוספת דוגמת חוסר סמכות, הפליה פסולה או שיקולים זרים, וזאת אם שיקול הדעת המינהלי "**אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה**" (באופן מהותי או קיצוני).

בפסק הדין בעניין **דפי זהב** הודגש כי חוסר הסבירות נמדד **באמות מידה אובייקטיביות**, במובן זה שהמבחן הוא מה ראוי שיעשה **מקבל החלטה הסביר** ולא מה ראוי בעיניו של בית המשפט; כי השופט **אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו**; כי לרשות ישנו "**מתחם של סבירות**" – קרי: טווח שלם של החלטות אפשריות שבית המשפט לא יתערב בהן, וכי פסילת מעשה המינהל תיתכן רק כשמדובר **בחוסר סבירות מהותי או קיצוני** – **כשהרשות המינהלית קיבלה החלטה החורגת ממתחם הסבירות**, מתחם הכולל בתוכו מספר דרכי פעולה אפשריות.

¹ Associated Provincial Picture Houses Ltd. V. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223

² ראו עוד לעניין זה למשל, ע"פ 217/68 **יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל** (1968), במסגרתו בוטלה הרשעה בשל הפרה, שלא הייתה מחלוקת שהתקיימה, של סעיף בחוק עזר של עיריית רמת גן.

³ ר' למשל: יצחק זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות? (תגובה להרצאתו של פרופסור קרצמר)" **משפטים** יט 563, 566 (1990), וראו גם: איל זמיר "עילת אי הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 291 (1982), המסביר כי "אינני סבור שבפסק הדין בעניין **דפי זהב** פותחה דוקטרינה חדשה כלשהי, אלא נעשה בו ניסיון לנתח ולגבש עילת ביקורת קיימת" (שם, בעמ' 291).

14. לאורך השנים החיל בית המשפט את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות על תחומים שונים בפעולת הרשות המינהלית (גם אם, מטבע הדברים, במרבית המקרים העתירה לפסול החלטה מינהלית על יסוד חוסר סבירות קיצונית נדחתה). כך למשל, החיל בית המשפט את עילת הסבירות בהקשר של החלטות מינהליות שעירבו שאלה של פגיעה באינטרסים או זכויות של פרטים אל מול היבטים תקציביים או אינטרסים אחרים. למשל, בית המשפט פסל בשל חוסר סבירות קיצוני החלטה של עיריית ירושלים למקם בית ספר בסמוך למפעל מתכות מזהם היוצר סיכון בריאותי לילדים, החלטה של המועצה המקומית בכפר ורדים שלא להקים מקווה לנשים, והחלטה של שר הביטחון שלא למגן את "כיתות האם" בבתי הספר בעוטף עזה, אלא להסתפק בהקמת מרחבים מוגנים לשם מתן ביטחון לתלמידים.⁴

במקרים אחרים החיל בית המשפט את עילת הסבירות על החלטות מינהליות שפגעו באינטרס ההסתמכות או הציפייה של אזרחים ששינו את מצבם לרעה בהתבסס על החלטה קודמת של הרשות. למשל, בית המשפט פסל החלטה לשלול סובסידיה למעונות יום לילדי אברכים, באמצע שנה, באופן שהוחל למעשה רטרואקטיבית, ובלא הוראת מעבר והודעה מוקדמת שתאפשר להם לכלכל את צעדיהם.⁵

בית המשפט החיל את עילת הסבירות גם ביחס להחלטות היועץ המשפטי לממשלה בעניין העמדה לדין. כך למשל, קבע בית המשפט בפסק הדין התקדימי בעניין גנור כי ההחלטה שלא להעמיד לדין בנקאים ורואי חשבון אשר ועדת חקירה ממלכתית מתחה ביקורת חריפה על התנהלותם בפרשת ויסות מניות הבנקים בשנות ה-80, לוקה בחוסר סבירות קיצוני.⁶

בנוסף, החיל בית המשפט את עילת הסבירות ביחס להחלטות שנגעו למינויים (או המשך כהונה) של עובדי השירות הציבורי ונבחרים ציבור שנחשדו או הורשעו בביצוע עבירות פליליות או שנטען כי נפל פגם אתי חמור בהתנהלותם. כך למשל, התקבלו עתירות שקבעו כי הימנעותו של ראש הממשלה מקבלת החלטה על העברה מתפקיד של שר וסגן שר שהוגשו נגדם כתבי אישום בעבירות של טוהר מידות לוקה בחוסר סבירות קיצונית וכך גם התקבלה עתירה נגד חידוש החוזה האישי של מנהל אגף הרישוי במשרד התחבורה, שהורשע בדין משמעתי בגין קבלת תעודת בוחן נהיגה מבלי הכשרה ומתן היתרים להוראת נהיגה וניהול בית ספר לנהיגה שלא כדין.⁷

15. ככלל, יישום עילת הסבירות משתנה בהתאם להקשר שבו מדובר – סוג הרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה, מהותה של ההחלטה שבה מדובר ונסיבות נוספות. כך למשל, נפסק כי גורם בעל אופי פוליטי-ייצוגי ייחנה ממתחם סבירות רחב יותר מאשר גורם מינהלי ממונה (ראו למשל, בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (1997), בעמ' 60-57); כי החלטות שמקבלות אישור פרלמנטרי, דוגמת חקיקת משנה באישור ועדה של הכנסת, נהנות ממתחם סבירות רחב יותר (ראו למשל,

⁴ עע"מ 5634/09 ג'לאל נ' עיריית ירושלים (2009); עע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (2014); בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון (2007).

⁵ בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (2022). יצוין כי השופט שטיין (בדעת מיעוט בעניין זה) פסל את ההחלטה הרטרואקטיבית שלא על סמך עילת הסבירות. ראו עוד, למשל: בג"ץ 3363/91 רפל נ' שר הביטחון (1991), במסגרתו החזיר בית המשפט ל"רשויות הצבא", לבחינה נוספת, החלטה של ראש אכ"א שלא להציב עתודאים בתפקידים ייעודיים למקצועותיהם, אלא לשבץ אותם ביחידות השדה, בנימוק שלא ניתן משקל הולם בקבלת ההחלטה לאינטרסים ולהסתמכות של העתודאים.

⁶ בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה (1990).

⁷ בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (1993) (פרשת דרעי הראשונה); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל (1993) (פרשת פנחסי); בג"ץ 7542/05 פורטמן נ' מאיר שטרית, שר התחבורה (2007). ראו עוד, למשל, את פסק הדין התקדימי בנושא בבג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון (1993), שם נפסל מינוי למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון בשל עדות שקר ושיבוש הליכי משפט בעת שירותו בשב"כ. בצד זה יצוין כי בג"ץ גם דחה שורה ארוכה של עתירות בעניין מינויים או אי העברה מכהונתם של שרים וסגני שרים שנפל, לכאורה, פגם בהתנהלותם, וקבע כי ההחלטות הנתקפות מצויות במתחם הסבירות.

בג"ץ 7198/21 איגוד נותני שירותים פיננסיים נ' ממשלת ישראל, פס' 22 לפסק הדין (2021); כי החלטה המתקבלת בידי גורם מקצועי בעל מומחיות מיוחדת ייחנה ממתחם סבירות רחב יותר (ראו למשל, בג"ץ 5263/16 נשר – מפעלי מלט ישראליים נ' המשד להגנת הסביבה, פס' 11 לפסק הדין (2018)); כן נפסק שכאשר החלטה היא בעלת אופי מורכב או תוך הסתמכות על חוות דעת של מומחים, מתחם הסבירות יהיה רחב יותר (ראו למשל, לעניין נושאים תכנוניים, בג"ץ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פס' 12 לפסק הדין (1991)) וכיוצא באלה.

המחלוקת בפסיקה ובין מלומדים בעניין עילת הסבירות

16. למרות אימוצה של עילת הסבירות כעילה מרכזית בביקורת המינהלית של בית המשפט על פעולות הרשות המבצעת, נמתחה עליה לאורך השנים ביקורת בידי חלק מהשופטים – לרבות הנשיא לנדוי בפסק הדין בעניין דפי זהב (וכך גם הנשיא גרוניס והשופטים סולברג ושטיין). הדים למחלוקת בקרב השופטים בעניין זה ניתן למצוא גם באקדמיה בין מומחים בתחום המשפט המינהלי.

17. בין היתר, המבקרים את השימוש בעילת הסבירות "האיזונית" טענו כי מדובר במבחן עמום החותר תחת עקרונות של ריסון ואי התערבות בשיקול הדעת המינהלי. לשיטתם, מדובר במבחן המעניק לבית המשפט מנדט נרחב להחלפת שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו, תוך אכיפת השקפותיו והעדפותיו על רשויות השלטון, ותוך קביעה עבור הרשות מהו האיזון "הנכון" בין השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה נשוא הביקורת, במקום שאיזון זה ייעשה בידי הדרג הנבחר.

כמו כן, נטען כי בית המשפט נעדר מומחיות לבקר את החלטותיהם של גורמי המינהל הציבורי השונים וכי בהיותו גוף שאינו נבחר הוא גם אינו נהנה מלגיטימציה דמוקרטית לבקר הכרעות מדיניות שהתקבלו בידי נבחר הציבור. לבסוף, נטען כי מבחן הסבירות הוא מבחן עמום ולא ברור, ולכן השימוש בו אינו מאפשר להנחות בצורה ברורה את הרשות המינהלית כיצד לנהוג, ומוביל לאי וודאות בתחום המשפט הציבורי.

(ראו למשל, דותן במשפטים, בעמ' 683 וההפניות המובאות שם, בה"ש 33; יואב דותן, הנחיות מינהליות, 520-526 (1996)).

18. מנגד, המצדדים בהחלת עילת הסבירות בצורתה הנוכחית הדגישו, בין היתר, כי השימוש בעילת הסבירות תרם לקידום נורמות של הגינות שלטונית בישראל, כי יש לעילת הסבירות תפקיד חשוב בהגנה על הפרט במקום שהפגיעה בו לא נעשתה בשם שיקול פסול, אך אין מוענק משקל מספק לאינטרסים שלו, או במצבים שבהם בית המשפט סבור שהרשות המינהלית פעלה בשל שיקולים זרים אך שיקולים אלה מוסתרים. עוד נטען כי, ככלל, עילת הסבירות מוחלת רק במצבים שבהם ההחלטה לוקה בחוסר סבירות קיצונית וכי בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של הרשות בשיקול דעתו.

כמו כן, נטען כי המומחיות של בית המשפט לבקר את רשויות השלטון אינה שונה מן המומחיות שהוא נדרש לגלות בבואו לבחון את פעולתם של גורמים מקצועיים רבים אחרים (דוגמת פעולתם של רופאים בתביעות רשלנות רפואית, אשר גם שם נדרשת בחינת סטנדרט של "סבירות" לצורך הכרעה).

19. בנוסף, נטען כי בשל ההתגברות בכוחה והיקף שיקול דעתה של הרשות המבצעת בעשורים האחרונים נדרש בית המשפט לפתח כלים חזקים יותר לביקורת מינהלית, וכי הגישה שהייתה נהוגה בעבר, הייתה מותירה את בית המשפט ללא כלים אמיתיים לבקר את השלטון בתחומים רבים. לבסוף, נטען כי לאחר שניתנו מאות פסקי דין המיישמים את עילת הסבירות (בין אם נקבע שהחלטה נמצאת בתוך מתחם הסבירות ובין אם לאו), קשה לומר שהעילה עמומה כשם שהייתה בעבר.

(ראו באופן כללי, דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 769-723 (2010); דוד קרצ'מר, "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" **פלילים** ה' 121 (1996); זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי", **הפרקליט** לט 507, 507 (1990)⁸).

20. לבסוף יודגש כי גם בקרב המבקרים את השימוש בעילת הסבירות, הדעה הרווחת היא שאין לבטל את עילת הסבירות כליל, אלא יש מקום לצמצם את השימוש בה. כך למשל, **פרופ' דותן** סבר שיש הצדקה לשימוש בעקרון הסבירות "הרחב" כאשר עסקינן **בהגנה על חירויות הפרט**. לעמדתו, לבתי המשפט יש יתרון מוסדי על פני הרשויות הפוליטיות והמינהליות בכל הנוגע להגנה על זכויות הפרט, וזה אף מהות תפקידו במשטר הדמוקרטי. לעומת זאת, כשמדובר בהחלטות מורכבות של מדיניות, ובמיוחד כאלה המערבות ענייני מומחיות, אין הצדקות כאלו, ולכן במצבים אלה יש להחיל את עילת הסבירות במובנה הצר של ה"מופרכות" שהוזכר לעיל. לבסוף, לשיטתו, בתוך מצויות החלטות אינדיבידואליות של רשויות המינהל שנוגעות לפרט אך אינן מערבות חירויות יסוד, למשל החלטה על הענקת רישיון, ושלגביהן מידת הריסון של בית המשפט צריכה להשתנות לפי ההקשר הספציפי (**דותן במשפטים**, בעמ' 711).

גישה דומה הביע נשיא בית המשפט העליון לשעבר **גרונניס**, אף כי אצלו דובר **ברעיון שלא פורט לכדי נוסחה ברורה** ("השימוש בעילה של חוסר סבירות יהא מוצדק במקרים קיצוניים, ואך ורק כאשר מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר, ובמיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם")⁹.

לבסוף, לעניין גישתו של **השופט סולברג**, העומדת גם ביסוד הצעת החוק דנן, ראו להלן.

משפט משווה

21. הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות בכלל, ועילת הסבירות בפרט, במדינות המשפט המקובל – ובמיוחד באנגליה, קנדה ואוסטרליה – עברה בשנים האחרונות שינויים משמעותיים מתוך מגמה כללית של הרחבת "ארגז הכלים" של בית המשפט בבואו לבחון את החלטות הרשות המבצעת. בדומה, גם במדינות המשפט הקונטיננטלי ובמשפט האיחוד האירופאי, הורחב "ארגז הכלים" בעיקר דרך השימוש בעילת המידתיות. ההתפתחות של עילות אלה נעשתה בפסיקה, ולא נתקלנו בשיטה משפטית שבהן קיימת מגבלה חקוקה על השימוש בעילת הסבירות המונעת החלטה במקרים מסוימים.

22. **באנגליה**, כאמור, פסק הדין הידוע בהקשר של הסבירות הוא פסק הדין בעניין **Wednesbury** משנת 1948. באותו מקרה יישם בית המשפט מבחן סבירות בצורה דווקנית ומצומצמת, ולפיה רשות נהגה בחוסר סבירות רק אם "לא יכול להיות" שגוף סביר יקבל את החלטה שבה מדובר. ואולם, מבחן זה הורחב בשנות ה-80 וה-90, באמצעות מבחן ה-"anxious scrutiny", לפיו כאשר החלטה המינהלית מערבת

⁸ יש לציין כי פרופ' סגל אף סבר עילת הסבירות אינה רחבה דייה, וכי הרתיעה של בית המשפט מהשימוש בעילת הסבירות מביאה דווקא לפגיעה שלא לצורך בזכויות, וכי עדיפה בעיניו האפשרות לחייב את הרשות בבחירת האמצעי הפוגעני פחות, תחת האמצעי הדרסטי שבחרה בו, גם במקום שהאחרון מצוי במתחם הסבירות.

⁹ בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פסקה 9 לחוות דעתו (2007).

פגיעה בזכויות יסוד (fundamental rights), בית המשפט יעביר עליה ביקורת "קפדנית יותר" של סבירות.¹⁰ על-פי המבחן הפסיקטי, ככל שהפגיעה בזכויות אדם גדלה, כך גם בית המשפט ידרוש הצדקה חזקה יותר כדי לקבוע שהחלטה סבירה.¹¹ בתי המשפט באנגליה הכירו במהלך השנים גם בכך שהעילות המינהליות השונות (דוגמת שיקולים זרים, פגם הליכי וחוסר חוקיות) חופפות במקרים רבים את עילת הסבירות עד שקשה להפריד ביניהן. בנוסף, לאחר חקיקת ה-Human Rights Act (1998),¹² בתי משפט באנגליה החלו לעשות שימוש מקביל לעילת הסבירות גם במבחני המידתיות, במקרים בהם ההחלטה המינהלית מערבת פגיעה בזכויות אדם, והיחס בין שתי העילות לא התחדד בפסיקה.¹³

23. **בקנדה**, במשך עשרות שנים נעשה שימוש בעילת הסבירות כעילת ביקורת מינהלית, ולאחרונה, בשנת 2019, ניתן פסק דין משמעותי ביותר בכל הנוגע להחלת עילת הסבירות – פסק הדין בעניין Vavilov,¹⁴ אשר הגדיר מחדש את עילת הסבירות וקבע אמות מידה ברורות ליישומה. בכלל זה, הודגש בפסק הדין כי בית המשפט יקבע שהחלטה אינה סבירה כשהנמקה לה לא הייתה רציונלית והגיונית (rational and logical) או כאשר ההחלטה אינה "מוצדקת" (justified), **בשים לב למכלול הנסיבות העובדתיות והמשפטיות הרלוונטיות**. יצוין כי באותו פסק דין בית המשפט הוסיף וקבע כי עילת הסבירות תהיה ברירת המחדל לביקורת שיפוטית בקנדה, וזאת לעומת העילה ה"פולשנית" יותר של "נכונות" – correctness שחלה במקרים מסוימים – אשר מאפשרת לבית המשפט לקיים דיון חוזר בנכונות ההחלטה, ולהחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו של בית המשפט.

בנוסף, בית המשפט הדגיש כי לצד הכבוד שבתי המשפט צריכים להעניק למקבלי ההחלטות ברשות המבצעת, נדרש שההחלטות יהיו שקופות, מובנות ומנומקות. למרות שקשה עדיין לאמוד את ההשלכות של פסק הדין, יש הטוענים כי הגישה החדשה תחייב את הרשות לעמוד ברף גבוה יותר כדי לצלוח את מבחן הסבירות החדש.¹⁵

24. **באוסטרליה** נחשבה עילת הסבירות במשך שנים כעילת ביקורת מצומצמת, בדומה לאופן ניסוחה בהלכת Wednesbury. ואולם, מאז פסק דין Li בשנת 2013,¹⁶ הורחבה עילת הסבירות בצורה משמעותית. יצוין כי עוד קודם לפסק דין זה, בתי המשפט באוסטרליה החלו להתרחק מהמבחן הצר של Wednesbury. בהתאם לכך, נקבע בפסיקה שניתן לפסול בשל חוסר סבירות החלטה שנתנה משקל יתר לשיקול מסוים או שלא נתנה משקל מספק לשיקול אחר.¹⁷ לצד זאת, בשורה של תחומים נקבע בחוק שהביקורת תהיה ביקורת "on the merits" – ביקורת רחבה (דה-נובו) על ההחלטה המינהלית על ידי טריבונלים שונים,

¹⁰ R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay (1987) AC 514.

¹¹ R v Ministry of Defence, ex parte Smith [1996] QB 517 at 554 : "The more substantial the interference with human rights, the more the court will require by way of justification before it is satisfied that the decision is reasonable in the sense outlined above".

¹² Smith and Grady v UK (1999) 29 EHRR 493.

¹³ Keyu v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, [2015] UKSC 69.

¹⁴ Canada v Vavilov, 2019 SCC 65.

¹⁵ Daly, Paul, Big Bang Theory: Vavilov's New Framework for Substantive Review. in Flood and Daly eds., Administrative Law in Context (4th ed, 2021).

¹⁶ Minister for Immigration and Citizenship v Li, (2013) HCA 18

¹⁷ Freckelton, Administrative Decision-Making in Australian Migration Law (2015), Chapter 5. Judicial Review of Administrative Decisions – General Principles, p. 190.

ובעיקר על ידי בית הדין המנהלי (Administrative Appeals Tribunal), שיש לו סמכות בנוגע ליותר מ-400 חוקים.

25. **במדינות אירופה**, סבירות נחשבת עילת ביקורת מינהלית שולית יחסית. ואולם, במקומה ניתן לראות שם (בפרט בגרמניה, צרפת ובבית הדין האירופי לזכויות אדם) התפתחות ניכרת של עילת המידתיות, אשר במקרים רבים נחשבת כעילה מקבילה. בנוסף, במדינות אירופה יש תפיסה מצמצמת ביחס לאופן שבו רשאי המינהל להפעיל סמכויות חקיקתיות התלויות בהפעלת שיקול דעת, באופן המאפשר להחיל על הרשות ביקורת על "חריגה מסמכות" הדומה במהותה לזו שמוחלת באמצעות עילת הסבירות (ראו, רון שפירא, "על סבירותה של עילת הסבירות", **רשות הרבים** (התשפ"ג), בעמ' 2).

ההסדר המוצע

1. תיקון סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:

15 "ד1) על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם."

26. כלומר, על-פי הנוסח המוצע, רשות שיפוטית לא תוכל לדון או להחיל על דרג נבחר את עילת הסבירות.

נקודות לדיון

27. כאמור במסמכי ההכנה הקודמים, ככל שהתיקון המוצע בנוגע לעילת הסבירות יצטרף לתיקוני חקיקה נוספים הנוגעים ליחסים שבין שלוש רשויות השלטון, יש מקום לבחון את ההצעה על רקע מכלול התיקונים כדי להגיע למסקנה באשר לאופן השפעתו – והשפעת צבר התיקונים – על האיזון ביניהן.

28. באופן ספציפי, באשר לתיקון המוצע ביחס לעילת הסבירות מוצע כי הוועדה תיתן דעתה לסוגיות הבאות:

(1) מהן ההצדקות להגבלת עילת הסבירות ומהן ההשלכות של הגבלתה באופן קטגורי בחקיקה?

29. שאלה יסודית אשר מוצע כי הוועדה תיתן דעתה עליה היא: האם יש הצדקה להטיל מגבלות חקיקתיות על עילת הסבירות?

30. אכן, כמפורט לעיל, נמתחו לאורך השנים ביקורות שונות על אופן התפתחותה של עילת הסבירות במשפט הישראלי ועל היקפה הרחב, ומנגד הובאו נימוקים עקרוניים שונים התומכים בפיתוחה של עילת הסבירות. **מוצע כי הוועדה תיתן את דעתה לנימוקים אלה ותשקול אם לאור מכלול השיקולים קיימת הצדקה להגביל את עילת הסבירות.**

31. מעבר לכך, בהקשר הנוכחי ההצעה העומדת לפתחה של הוועדה אינה כוללת רק **צמצום** של האופן שבו מופעלת עילת הסבירות בידי בית המשפט (למשל – בקביעה כי בהחלטות מסוימות ניתן יהיה להתערב רק בסטנדרט "צר" של "מופרכות" שהוזכר לעיל), אלא **מוצע בה כי המחוקק ימנע בצורה קטגורית את השימוש בעילה זו** – תוך קביעה כי **על בית המשפט ייאסר "לדון"** בסבירות ההחלטות של נבחר ציבור. מוצע לתת את הדעת להשלכות האפשריות של גישה זו:

(א) פטור מביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות מסוימות

32. **ראשית**, מניעת החלת עילת הסבירות ביחס לקטגוריה מסוימת של החלטות או ביחס למקבלי החלטות מסוימים, עלולה להוביל למתן פטור מביקורת שיפוטית על שורה של החלטות מינהליות, שבהן לא מתקיימות אחת מעילות הביקורת האחרות, וזאת אף במצבים קיצוניים שבהם גם לפי הגישות המצמצמות ביותר היה מקום לפסול את ההחלטה בשל חוסר סבירות.

התוצאה עלולה להיות פגיעה ביכולתו של בית המשפט למלא את תפקידו בקידום נורמות שלטון תקינות וביכולתו להגן על פרטים. זאת במקום שהפגיעה לא נעשתה בזכות חוקתית מוגדרת (שם ניתן להחיל את עילת המידתיות), או בשם שיקול פסול, אך מוענק משקל זניח לשיקולים רלוונטיים (למשל, לעמדה של המומחים הנוגעים לעניין), או במצבים שבהם הרשות המינהלית פעלה בשל שיקולים זרים או שרירות אך שיקולים אלה מוסתרים ומוצנעים (כפי שהסביר השופט שטיין (אשר גישתו ביקורתית כלפי אופן התפתחות עילת הסבירות בפסיקה): "...דוקטרינת הסבירות קובעת כי החלטה מינהלית אשר נראית, על פניה, בלתי סבירה במידה קיצונית היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא איננו גלוי לעין" [...]). בפועל במתכונת שירית זו, דוקטרינת הסבירות מביאה תועלת חברתית מרובה: היא מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי¹⁸.

במצב כזה, ביטול עילת הסבירות עלול **י' ליצור חלל ריק במיתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה** (עניין **אמונה**, פסי' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). הדוגמה המובהקת לכך מצוייה בתחום המינויים ושמירה על טוהר המידות בכל הרמות של השירות הציבורי, שם עילת הסבירות שימשה באופן מובהק כעילה העיקרית המאפשרת במצבי קיצון לפסול את ההחלטה המינהלית.

33. בהקשר זה יש גם לתת את הדעת לכך שלא במקרה גם במדינות המשפט המקובל, אשר בתחילת דרכן הסתמכו על עילת הסבירות בגרסתה המצומצמת יותר, יש דווקא מגמה של הרחבת עילת הסבירות. זאת, בין היתר, על רקע הגידול הניכר בכוחה של הרשות המבצעת במדינה המודרנית ובמורכבות פעילותה, ושיקול הדעת הנרחב המוקנה לה בתחומים רבים המקשה על השימוש בעילות הקלאסיות של "חריגה מסמכות" (ראו: יואב דותן, **הנחיות מינהליות**, בעמ' 510-511).

34. יתר על כן, כאמור לעיל, מרבית החובות המוטלות על רשויות המינהל בישראל הן במידה רבה פרי יצירה שיפוטית. ניסיונות שנעשו בעבר לעגן את עיקרי המשפט המינהלי בחקיקה **לא צלחו**. בכלל זה, למשל בתזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המנהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, הוצע במפורש בסעיף 8 לתזכיר שכותרתו "הפעלת שיקול דעת **בסבירות**" לקבוע כי "רשות מנהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שנתנה משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הנוגעים לעניין".

35. בנסיבות אלה, יש חשש שהגבלתה של **עילת** הסבירות ביחס לקטגוריה מסוימת של מקבלי החלטות עלולה להיתפס אף כהכרעה הפוטרת, ברמה העקרונית או ברמה המעשית, את אותם מקבלי החלטות **מחובת** הסבירות ומהצורך לפעול תוך שקילה ואיזון ראוי בין השיקולים הנוגעים לעניין.

¹⁸ בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסי' 35 לפסק דינו (2023); וראו למשל, גם בחוות דעתו בעניין **זילבר**.

(ב) אי בהירות בכל הנוגע לעילות ביקורת נוספות הכרוכות בעילת הסבירות

36. בנוסף, בהיעדר הסדרה חקיקתית כוללת של חובות הרשות המינהלית ועילות הביקורת המינהלית, הגבלת ההחלה של עילת הסבירות בלא כל הבהרה באשר לעילות הביקורת המינהלית המותרות, עלולה ליצור אי בהירות בכל הנוגע למעמדן של עילות ביקורת נוספות הכרוכות בעילת הסבירות או הנובעות ממנה.

37. **באשר לעילות הביקורת המהותיות** – העילה של איסור שקילת שיקולים זרים קרובה במאפייניה לעילת הסבירות משגם היא עוסקת בשיקולים שמקבל ההחלטות שקל בעת הפעלת שיקול הדעת המינהלי, ובמשקל שהוענק להן (שיקול זר הוא שיקול שנשקל אך היה מקום להעניק לו משקל אפס בהחלטה). כך גם, עילת **המידתיות** לעתים מתפרשת כחופפת את עילת הסבירות, או למצער, המבחן השלישי שבה (מידתיות במובן "הצר") נתפס כמבחן הדומה במהותו למבחן הסבירות, ובמקרים לא מעטים בתי המשפט בוחנים במקביל את עמידת ההחלטה המינהלית במבחני הסבירות והמידתיות (ראו למשל, בג"ץ 7311/02 **האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע** (2011); נעם סולברג, "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים", 37, 55 **השילוח**, פברואר 2019 (להלן: **סולברג בהשילוח**)).

38. **באשר לעילות הביקורת ההליכיות** – רבות מן החובות הקשורות בהליך המינהלי כרוכות במושג הסבירות, מה שמכונה על-ידי פרופ' דותן, סבירות הליכית. בראשן החובה של רשות מינהלית להפעיל את שיקול דעתה בהתבסס על "ראיה מינהלית" המוגדרת כראיה או נתון שרשות **סבירה** הייתה סומכת עליה לצורך קבלת החלטה, החובה של הרשות לפעול בתוך **זמן סביר** וכיוצא באלה.

39. בנסיבות אלה, הגבלת השימוש בעילת הסבירות בלא הסדרה חקיקתית של היחס שבין עילה זו לבין עילות ביקורת החופפות במידה כזאת או אחרת לעילת הסבירות עלולה ליצור אי ודאות פרשנית ואי בהירות בהחלת התיקון המוצע, ולעורר שאלות בנוגע לסמכות השיפוטית לבקר החלטות של הרשות המבצעת גם בעילות אחרות, אם הן קרובות או חופפות. כך למשל, האם שלילת היכולת לדון בסבירות החלטתו של שר מונעת מתן צו כשחוסר הסבירות נובעת מהעדר תשתית עובדתית מספקת להחלטתו?

40. סיכומו של דבר, מוצע כי הוועדה תיתן דעתה להצדקה העקרונית להגביל את השימוש בעילת הסבירות בחקיקה ולהשלכות שעשויות לנבוע מקביעת הגבלה כזאת – הן בכל הנוגע למתן פטור מביקורת שיפוטית אפקטיבית ביחס להחלטות מסוימות, והן בכל הנוגע לאי הוודאות שעלולה להיווצר ביחס שבין עילות הביקורת השונות.

(2) האם יש מקום להגביל את החלת העילה ביחס לכל החלטה של דרג נבחר?

41. ביסוד הנוסח המוצע עומדת ההבחנה שניתן למצוא לה ביטוי בפסיקתו ובכתיבתו האקדמית של השופט סולברג – בין החלטות המתקבלות בידי הדרג הנבחר (ממשלה, שרים ונבחר ציבור אחרים) ובין החלטות המתקבלות על-ידי דרגים נמוכים יותר ברשות המבצעת.

42. **השופט סולברג** הביע את דעתו העקרונית שיש לצמצם את השימוש בעילת הסבירות ולהותירה למקרים חריגים בלבד, אף מבלי לקבוע הגבלות קונקרטיות בהקשר זה. ואולם, נוכח הקושי המעשי "לעודד" גישה מסוג זה הציע להבחין לעניין עילת הסבירות **בין דרג נבחר ובין דרג מקצועי** ולאפשר החלה של עילת הסבירות רק ביחס להחלטות של הדרג המקצועי, מתוך תפיסה כי ביקורת שיפוטית על בסיס עילת הסבירות בנוסחה הרחב "אינה הולמת ביקורת שיפוטית על החלטות המשקפות הכרעה ערכית-מקצועית של דרג נבחר. היא פוגעת בגרעין הקשה של הפרדת הרשויות. נעדרים ממנה שני היסודות... מומחיות

והכשר דמוקרטי... אדם שאינו מרוצה מהחלטת הדרג הנבחר יכול להביע את מחאתו בקלפיי" (סולברג בהשילוח, בעמ' 53-54).

עם זאת, השופט סולברג עצמו הדגיש כי אין בהגבלה זו כדי למנוע בחינת מעשי מינהל הפוגעים בזכויות אדם, גם כאשר מדובר בהחלטות של הדרג הנבחר, וזאת באמצעות שימוש בעילת המידתיות.

43. ביסוד הבחנה זו עומדות שתי הנחות – האחת, כי ההחלטות של הדרג הנבחר הן מטבען החלטות מדיניות בעלות אופי ערכי-מקצועי יותר, אשר בהן כעניין מעשי לבית המשפט אין בהכרח יתרון על פני נבחר הציבור, וכעניין עקרוני – אין לו לגיטימציה דמוקרטית, כגורם שאינו נבחר, להמיר את שיקול דעתו של נבחר הציבור בשיקול דעתו השיפוטי. השנייה, כי בניגוד לדרג המקצועי-פקידותי, דרג נבחר שקיבל החלטות שאינן סבירות, חשוף ל"מחיר האלקטורלי" הכרוך בכך ולהחלפתו בבחירות, וכן לביקורת פרלמנטרית על פעולתו.

44. ואולם, שתי ההנחות הללו אינן נקיות מספק:

ראשית, בפועל, רבות מן ההחלטות של הדרג הנבחר, ובפרט של השר הבודד, הן החלטות ספציפיות בענייניו של הפרט (למשל, החלטת שר הפנים בעניין כניסה לישראל) ואינן החלטות באשר למדיניות עקרונית בעלת מימד ערכי. מעבר לכך, גם החלטות מדיניות בעלות השלכות רחבות יותר, יכולות לעורר שאלה של פגיעה בזכויות או אינטרסים של הפרט.

שנית, בהתחשב במורכבות פעולתה של הרשות המבצעת בעידן הנוכחי, קשה לראות בקיומן של בחירות (או בפיקוח פרלמנטרי) כגורמי בקרה מספקים היכולים לבחון בצורה אפקטיבית את אלפי ההחלטות המינהליות שמקבלים נבחרי הציבור מדי שנה. בסופו של דבר, הבוחרים אינם מגבשים את דעתם ביחס לשר או לרשימה מסוימת בהתבסס על החלטה מינהלית מסוימת אלא מתמקדים באופן טבעי בשאלות כלליות של מדיניות או התאמה לתפקיד, ובמיוחד בשיטת הבחירות בישראל שהיא רשימתית ולא אישית (שפירא, בעמ' 1-2).

שלישית, במקרים לא מעטים גם החלטות "מקצועיות" במהותן מובאות לאישור בלבד של הדרג הנבחר – אישור שר או אישור מליאת הממשלה.

רביעית, אי החלת עילת הסבירות ביחס להחלטות מינהליות של הדרג הנבחר עלולה ליצור תמריץ לרשות המבצעת להעביר החלטות "בעייתיות" מהכרעתו של הפקיד המקצועי הרלוונטי לשר הנוגע בעניין כדי למנוע בחינה של סבירותן.

45. יתר על כן, מכיוון שעילת הסבירות המקורית בגרסתה המצומצמת (גישת Wednesbury), חלה בעיקר על חקיקת עזר המותקנת על-ידי רשות מקומית, ועל חקיקת משנה המותקנת בידי שר, הגבלת עילת הסבירות באופן גורף ביחס לנבחרי ציבור – רשויות מקומיות (המחוקקות חוקי עזר) או שרים (המתקינים תקנות), תוביל אף לביטול עילת הסבירות "הצרה" שהייתה קיימת בישראל (ובמדינות המשפט המקובל) עשרות שנים, ושהיה קונצנזוס נרחב לגבי הלגיטימיות שלה.

46. נוכח האמור, וככל שהוועדה מבקשת להגביל בחקיקה את השימוש בעילת הסבירות, מוצע לשקול אימוץ מודל חלופי למודל המוצע. חלופה אפשרית להגבלת עילת הסבירות היא לא לצמצמה ביחס לכלל ההחלטות המתקבלות על-ידי הדרג הנבחר אלא רק ביחס לסוג מסוים של החלטות (בדומה לגישתו הכללית של פרופ' דותן למשל).

כמו כן, בכדי להבטיח שקיפות והליך קבלה ראוי של החלטה הפטורה מעילת הסבירות, מוצע לשקול יצירת מנגנונים הליכיים חלופיים שיחולו על מקבלי ההחלטות ביחס להחלטות אלה, דוגמת – תיעוד מפורט של החלטתם, חובת הנמקה מוגברת, וכיוצא באלה. זאת כדי להפחית מהחשש שאי החלת עילת הסבירות תפגע באיכותה של ההחלטה המינהלית ותפטור את הרשות מקיום איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים בעת קבלת ההחלטה.

(3) שאלות פרטניות המתעוררות ביחס לנוסח המוצע

47. הנוסח המוצע אף מעורר שורה של שאלות מעשיות הנוגעות לפרשנותו ולאופן החלתו:

48. ראשית, בנוסח מוצע להגביל את האפשרות לדון בעילת סבירות כנגד "הממשלה, ראש הממשלה, שר משריה או נבחר ציבור אחר". מוצע כי הוועדה תדון בשאלה מי נכלל בתיבה "נבחר ציבור אחר". כך למשל, סעיף 28א לחוק המפלגות מגדיר "נבחר ציבור" כך: "ראש הממשלה, שר, סגן שר, חבר הכנסת, ראש רשות מקומית או חבר מועצת רשות מקומית".

49. החלת התיקון על ראשי ערים ומועצות מקומיות עולה בקנה אחד עם הרציונל הדמוקרטי העומד בבסיס גישתו של השופט סולברג שאומצה בהצעה. עם זאת, כאמור לעיל, היא אינה עולה בקנה אחד עם ההתפתחות ההיסטורית של עילת הסבירות שצמחה דווקא כעילת ביקורת על חוקי עזר של רשויות מקומיות וחקיקת משנה.

50. שנית, האם אין מקום להחריג מגדר ההגבלה, החלטות המתקבלות על-ידי ממשלת מעבר? מעצם טיבה, ממשלת מעבר מצויה ב"גרעון דמוקרטי" משאינה נהנית עוד מאמון הכנסת ואף יש לה תמריץ לקבל החלטות כדי לקבוע "עובדות בשטח" לפני הבחירות, ולקדם את סיכויי הרשימות המרכיבות אותה להיבחר. מכאן שבמצב שבו ממשלה מכהנת כ"ממשלת מעבר", גובר הצורך בפיקוח על פעולתה ופוחתת משמעותית הלגיטימציה הדמוקרטית להחרגתה מעילת הסבירות. מוצע כי הוועדה תיתן דעתה לכך.

51. שלישית, שר רשאי לאצול מסמכויותיו לעובד ציבור למעט הסמכות להתקין תקנות (לפי סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה) או ליטול סמכויות הנתונות לעובד המדינה כשסמכויות אלה מוקנות בחוק שהשר ממונה עליו (סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה). האם ההגבלה המוצעת בתיקון תחול ביחס להחלטות המתקבלות על-ידי עובד הציבור שהואצלו לו על-ידי שר? האם היא תחול ביחס לסמכויות הנתונות לעובד המדינה שניטלו בידי השר?