

דיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט בעניין "עילת הסבירות"

דברי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט

ציבורי-מנהלי), ד"ר גיל לימון

נושא שקשה להפריז בחשיבות שלו. עמדתה העקרונית של היועצת המשפטית לממשלה בנוגע להצעות לביטול עילת הסבירות פורטה בחוות הדעת שהגישה לשר המשפטים בחודש פברואר האחרון.

בדבריי בפני הוועדה אבקש להתמקד בסוגיות המרכזיות המתעוררות לדיון בקשר להצעה שמונחת לדיון בפנינו, שקובעת כי "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".

תיקון החקיקה הזה הונח בפני הוועדה במסגרת של **תיקון לחוק יסוד: השפיטה**, באופן שיכול לטעת את הרושם כאילו אנחנו עוסקים בשאלה שנוגעת להיקף הסמכויות של בית המשפט, וביחסי הגומלין בין הרשות השופטת לרשות המבצעת.

אבל זו ממש לא השאלה שעומדת על הפרק.

הנושא הוא **אחר לחלוטין**.

מה שעומד על הפרק הוא החובה שמוטלת על הממשלה, על ראש הממשלה, על שרי הממשלה ועל נבחרי ציבור אחרים **לנהוג בסבירות**.

סבירות היא בראש ובראשונה חובה שמוטלת על הדרג הנבחר ועל כלל רשויות המדינה.

במשפט הציבורי של מדינת ישראל משמעותה של חובת הסבירות היא שעל רשות מנהלית המקבלת החלטה מוטלת **חובה** לתת משקל ראוי בנסיבות העניין לכל העובדות הרלוונטיות ולכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים להחלטתה, ולאזן ביניהם בצורה נכונה.

מתן משקל נמוך מדי או גבוה מדי, **באופן קיצוני**, לשיקול מסוים עלול להביא לפגם בהחלטה המנהלית.

מעצם קיומה של החובה הזו נגזרת עילת הפיקוח השיפוטי, שהיא הכלי שמאפשר לבתי המשפט לבקר את עמידתן של רשויות השלטון בחובת הסבירות המוטלת עליהן.

ההבחנה הזו חשובה במיוחד, מאחר שהשימוש **בעילת הסבירות** על-ידי בתי המשפט מייצג שברי אחוזים – פרומיל, מתוך השימוש היומיומי והשוטף של רשויות המנהל **בחובת הסבירות**.

ההחלטות המובאות בסופו של דבר בפני בתי המשפט הן רק **טיפה בים** ההחלטות המנהליות המתקבלות על-ידי הממשלה, שריה ועובדיה מידי יום.

השופט מישאל חשין ז"ל טבע באחד מפסקי דינו את הביטוי הקולע: **"באין דיין ייעלם אף הדין עמו"**.¹

ובהתאמה לנושא שבו אנו עוסקים – באין עילת סבירות ביחס לבחינת החלטותיהם של נבחרי הציבור תיעלם עמה אף חובתם לפעול בסבירות.

לכן, השאלה אותה עלינו לשאול את עצמנו היום היא קודם כל – האם מוצדק **לפטור** את הממשלה ואת נבחרי הציבור מהחובה לפעול בסבירות, והאם הדבר ייטיב עם האינטרס הציבורי.

כי זו תהיה התוצאה המרכזית של החקיקה המבוקשת. בגיבוש המענה לשאלה הזו, עלינו לזכור שהחלטה שאינה מקיימת את דרישת הסבירות היא גם החלטה שרירותית.

על כן, מה שעומד על הפרק זה מתן "אור ירוק" לממשלה, לראש הממשלה, לשריה ולנבחרי ציבור אחרים – ולהם בלבד – לקבל החלטות שרירותיות, כלומר החלטות שמתעלמות מעובדות ומשיקולים רלבנטיים או שנותנות משקל מוגזם באופן קיצוני לחשיבותם של שיקולים זניחים.

אילו ההצעה הייתה מבקשת לטפל באופן אמיתי במורכבויות של עילת הסבירות, ובהחלט ישנן מורכבויות כאלה, שאעמוד עליהן בהמשך – היא הייתה עוסקת קודם

¹ ע"א 733/95 ארפל אלומיניום נ' קליל תעשיות, פ"ד נא(3) 577 (1997), פסקה 31 לפסק דינו של השופט חשין.

כל בהגדרת חובת הסבירות במשפט המנהלי, ולא עושה זאת באמצעות תיקון לחוק יסוד: השפיטה.

אולם, ההצעה אינה מתייחסת כלל לעקרון הבסיסי – עיגון חובת הסבירות, הגדרתה והתמודדות עם גבולותיה והמורכבות שלה.

במקום זאת, ההצעה כוללת מרכיב אחד בלבד, בעל השלכות קשות ביותר – חסימה מוחלטת של ביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות, בהתבסס על זהות מקבל ההחלטה, וכל זאת ביחס להחלטות שמתקבלות על-ידי הדרג הממשלתי הגבוה ביותר, אשר מטיבן הן בעלות המשמעות הרבה ביותר לציבור.

בהקשר הזה, ההצעה אינה מסתפקת בכך שבית המשפט לא ייתן צו בעילה של סבירות, אלא היא קובעת שהוא כלל לא ידון בסבירות ההחלטה.

הדבר מלמד שתכלית ההצעה היא יצירת "חור שחור" נורמטיבי, שגבולותיו הרבה יותר רחבים מהקשיים אותם מעוררת עילת הסבירות.

כפי שאסביר להלן, עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה היא כי המשמעות של "החור השחור" הנורמטיבי שיווצר היא פגיעה קשה בערכים בסיסיים של הדמוקרטיה הישראלית – תקינות פעילות המנהל, טוהר המידות של השירות

הציבורי, הגינותו של השלטון ביחסיו מול הפרט ובכלל, ושלטון החוק.

חובת השלטון לנהוג בסבירות מהווה ערובה חשובה לשמירה על כל אלה. ביטולה, מבלי שמוצע תחליף אחר לשמירה על אותם עקרונות וערכים, יפגע ביכולתו של בית המשפט להגן על הפרט מפני שרירות שלטונית.

הביטול אף יפגע ביכולת של הייעוץ המשפטי הציבורי לקדם את השמירה על שלטון החוק; שכן עילת הסבירות לא רק מאפשרת ביקורת שיפוטית בדיעבד על ההחלטה המנהלית, אלא היא גם מכוונת את הגורם המחליט בקבלת ההחלטה מלכתחילה.

הלכה למעשה, במרבית המקרים בהם עומדות על הפרק החלטות שרירותיות ובלתי סבירות באופן קיצוני, הן "נבלמות" לרוב עוד במהלך גיבושן, על-ידי אנשי הייעוץ המשפטי לממשלה, המשמשים כשומרי סף מפני הפרת החובות המוטלות על הרשות המנהלית.

אבקש להדגים את הדברים במספר הקשרים:

1. **תחום המינויים הממשלתיים** – אם מפכ"ל המשטרה מבקש למנות לתפקיד בכיר במשטרה אדם שיש לו הרשעות בעבירות פליליות חמורות או עבירות משמעת בתחום טוהר המידות, תוך התעלמות או מתן משקל נמוך לפגיעה שתיווצר במינהל התקין ובאמון הציבור, בהחלט

ייתכן שבשל עילת הסבירות הוא לא יוכל לעשות זאת –
ובצדק.

אבל אם **שר או ראש רשות מקומית** (ככל שהחוק יוחל גם עליו) יבקש לעשות את אותו הדבר, הרי שביום שאחרי חקיקת החוק שבפנינו, לא תעמוד בפניו שום מגבלה לעשות כן.

תחום המינויים הממשלתיים, בדגש על הבכירים שבהם, יהיה פרוץ **למינויים שפוגעים בטוהר המידות ובמנהל התקין**, ובסופו של דבר, הדבר יפגע בציבור כולו. זהו פתח להשחתה של השירות הציבורי ולפגיעה באמון הציבור בו.

ויודגש, הרוב המכריע של המינויים **המשמעותיים** בשירות הציבורי הם מינויים שנעשים ע"י שרים או ע"י הממשלה כולה. בממשלה המכהנת, כמעט עשירית מההחלטות הממשלה שהתקבלו עד כה, עסקו במינויים לתפקידים שונים.

הקושי המתואר נכון גם להחלטות על **פיטוריהם** של בעלי תפקידים בכירים שמונו על-ידי הממשלה, חלקם ממלאים תפקידים רגישים של שומרי סף ורגולטורים מקצועיים.

ההגנות המשפטיות הקיימות מפני סיום שירותי של תפקידם של אלה, בראשן עילת הסבירות, מאפשרות

להם לתפקד באופן עצמאי לטובת האינטרס הציבורי.
מניעת ביקורת שיפוטית על החלטות פיטורין כאמור
בעילת הסבירות עלולה לפגוע בעצמאותם של שומרי הסף
הללו ובסופו של יום – באינטרס הציבורי.

2. **המגבלות החלות על פעולת הממשלה בתקופת בחירות –**

אם הממשלה תבקש למשל ערב בחירות להוריד מחירים
של מוצרים בפיקוח ללא הצדקה מקצועית, אך ורק
לצורך קמפיין הבחירות, תוך מתן משקל נמוך לחובה
לפעול באיפוק ובריסון בתקופה זו – הדבר עלול להיחשב
לחריגה מהחובה לפעול בסבירות.

עילת הסבירות היא הכלי המרכזי שמאפשר למנוע
החלטות ממשלה ערב בחירות שכל תכליתן עידוד הצבעה
בשביל הממשלה היוצאת.

ביום שאחרי חקיקת הצעת החוק שלפנינו, בית המשפט
יתקשה לאכוף את דיני האיפוק והריסון החלים על
פעולת הממשלה בתקופת בחירות, וחברי הממשלה יוכלו
לעשות שימוש במשאבים הממשלתיים לצרכים
פוליטיים.

3. **התעלמות מעמדות מקצועיות – חוקים רבים מטילים על**

הממשלה או על השרים חובת היוועצות בגופים
מקצועיים או בבעלי תפקידים טרם קבלת החלטה בעניין
מסוים.

כך, למשל, שר הפנים נדרש להיוועץ במועצה הארצית

לתכנון ובנייה לגבי הפעלת סמכויות שונות; שר האנרגיה נדרש להיוועץ במועצת הנפט לפני קבלת החלטות למתן זכויות נפט; ומאסדר שהוא שר נדרש להיוועץ עם הממונה על התחרות טרם קבלת החלטות לפי חוק צמצום הריכוזיות.

החלטה מנהלית המתעלמת כליל מעמדת הגורם המקצועי המייעץ, בהעדר שיקולים כבדי משקל המצדיקים זאת, יכולה להיחשב לבלתי סבירה. ביום שאחרי חקיקת החוק, ובהעדר חובה לפעול בסבירות, אנו עלולים לעמוד בפני מציאות שבה עמדות מקצועיות יאבדו מחשיבותן, אנשי מקצוע יאבדו ממעמדם, ושיקולים פוליטיים שאינם רלוונטיים להחלטה עצמה יקבלו משקל מכריע, אולי אפילו בלעדי, בעבודת הממשלה על כלל זרועותיה.

4. **הימנעות מהפעלת סמכות** – במצב המשפטי הקיים, אם שר מחליט **להימנע** לאורך זמן וללא הצדקה מהפעלת סמכותו בהקשרים שונים, למשל, להימנע באופן מכוון מהתקנת תקנות מסוימות או ממינוי בעלי תפקידים ובוחר להשאיר יחידות ממשלתיות ללא מי שיעמוד בראשן, באופן שגורם לשיתוק הפעולה הממשלתית, עילת הסבירות היא זו שמאפשרת התערבות שיפוטית בכך.

הדוגמאות האלה מלמדות על כך שבמקרים רבים, התפקיד

של חובת הסבירות הוא למנוע מצב שבו שיקולים פוליטיים יזכו בבכורה בקבלת החלטות שלטוניות על פני שיקולים מקצועיים – במינויים, בתקופת בחירות, בדחיית עמדות מקצועיות, ובהימנעות מהפעלת סמכות שלטונית, ובתחומים נוספים.

לא תמיד השיקולים הפוליטיים הללו גלויים לעין, ובמקרים שכאלה, אחד התפקידים של עילת הסבירות – כפי שתואר ע"י השופט שטיין באחד מפסקי הדין – הוא בכך שהיא "מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עימות המסד העובדתי".²

חשוב להדגיש שהדוגמאות שהבאתי אינן דוגמאות תיאורטיות בעולם דמיוני. בשנים האחרונות, נתקלנו באירועים שכאלה, בכל תחומי עבודת הממשלה. הם גם לא מייחדים ממשלה מסוימת.

ביטול עילת הסבירות **ישלול** כלי חיוני למניעת אותן החלטות חריגות, שהן שרירותיות, מבוססות על שיקולים פוליטיים, לא מקצועיות ובלתי מאוזנות. החלטות שהנפגע מהן הוא הציבור כולו.

ההצעה **מסירה אפוא אמצעי פיקוח** בעל חשיבות רבה מעל הדרגים הנבחרים, אך מהצד השני, היא לא מציעה

² בג"ץ 8949/22 שיינפלד נ' הכנסת.

אלטרנטיבה בדמות הסדרה של החובות המוטלות על הרשויות המנהליות, ובהן סטנדרטים מהותיים המחייבים את גורמי המנהל לתת משקל ראוי וסביר לכלל השיקולים הרלוונטיים להחלטותיהם.

בתוך כך, חשוב לומר, שעילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית אכן מעוררת **מורכבויות**, בהיותה כוללת מרכיבים עמומים.

לא בכדי, גם בפסיקה וגם בכתובה האקדמית קיימות גישות שונות לגבי עילת הסבירות.

בית המשפט מודע למורכבויות הללו, ומאז הלכת **דפי זהב** משנת 1980, שאימצה את הפרשנות הרחבה יחסית של עילת הסבירות, וביתר שאת בשנים האחרונות, **לבית המשפט תפקיד חשוב בריסון האפשרות להתערבות שיפוטית מכוח עילת הסבירות**.

כך, בית המשפט הכיר כבר לפני שנים רבות בקיומו של "מתחם סבירות", שבו קיים מגוון של החלטות סבירות אשר הרשות המנהלית יכולה לקבל בנסיבות העניין.

בית המשפט גם חוזר פעם אחר פעם בפסיקתו על כך שלרשות המנהלית נתון שיקול דעת לבחור את ההחלטה הרצויה בעיניה מבין ההחלטות המצויות במתחם הסבירות, ושבית המשפט לא ייכנס בנעליה ולא יחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו שלו.

יתר על כן, התערבות שיפוטית בהחלטות המנהל לא תיעשה בגין חריגה בעלמא ממתחם הסבירות. בית המשפט הגביל את התערבותו אך למקרים שבהם ההחלטה נגועה בחוסר סבירות "קיצוני".

עוד נפסק כי מתחם ההחלטות הסבירות העומד בפני רשות מנהלית יהא **רחב יותר** בהחלטות אשר מערבות שיקולים פוליטיים או כרוכות בהתוויית מדיניות; בהחלטות שנוגעות לסוגיות מנהליות פנימיות של הרשות או שמאושרות על-ידי הכנסת או ועדה מוועדותיה; ובהחלטות אשר מתקבלות על-ידי גורמים מקצועיים ומומחים.

לפי הפסיקה, ככל שמתחם הסבירות רחב יותר, כך מצטמצם מתחם ההתערבות השיפוטי בהחלטה, והוא יהא שמור למקרים חריגים ביותר.

כך לדוגמא, בתקופת התפרצות נגיף הקורונה, בית המשפט העליון דחה עתירות רבות נגד מדיניות הממשלה במסגרת ההתמודדות עם הנגיף, וככלל נמנע מהתערבות בהחלטות אלה, אשר עירבו שיקולים מקצועיים, ונועדו לתת מענה לצרכים דחופים בתקופת חירום זו.

בית המשפט העליון גם דחה עתירות רבות נגד החלטות מדיניות בענייני אוכלוסין והגירה, נוכח שיקול הדעת הרחב הנתון לממשלה בעניינים אלה.

דוגמא נוספת לתחום שבו בית המשפט העליון נקט בגישה

מצמצמת היא בכל הנוגע להתערבות באופן שבו הממשלה בוחרת לקיים הליכי בירור ביחס לאירועים רגישים, בדגש על עתירות שביקשו להביא להקמת ועדות חקירה ביחס לאירועים שונים.

בית המשפט העליון גם ממעט עד מאד מלהתערב בהחלטות מנהליות הנוגעות למדיניות כלכלית, המבוססת על שיקולים מקצועיים ועל סדרי עדיפויות תקציביים וציבוריים.

במקרים אלו ובמקרים רבים אחרים בהם בית המשפט דחה עתירות המבוססות על עילת הסבירות, לא רק שהגישה הזהירה של בית המשפט ביחס לעילת הסבירות אפשרה לממשלה לפעול באותו טווח רחב של "מתחם הסבירות", אלא שקיומה של פסיקה מנומקת וסדורה, המסבירה ומגבה את ההחלטה הממשלתית, גם נתן לממשלה "**חותמת כשרות**" ולגיטימציה ציבורית באשר לסבירות פעולתה.

זאת ועוד, גם כשבית המשפט מוצא כי הייתה חריגה קיצונית ממתחם הסבירות, הוא מעדיף לא פעם להחזיר את הנושא לרשות, על מנת שזו תדון בו בשנית, תוך הבאה בחשבון של העובדות או של השיקולים שמהם התעלמה, ובכך נמנע מהפעלת שיקול דעת במקום הגורם המנהלי המוסמך.

הזהירות הנוהגת בביקורת שיפוטית בעילת הסבירות מבטאת את **הכבוד** שהרשות השופטת מעניקה לשיקול

דעתן של רשויות המנהל בהפעלת הסמכויות הנתונות להן כדין, והיא נובעת מתפיסה של הפרדת רשויות המקיימות ביניהן איזונים ובלמים ראויים, כמו גם מהשלכותיו הפוטנציאליות של ביטול החלטה מנהלית על ציפיות, זכויות ואינטרסים ציבוריים.

גישה זהירה דומה ננקטת גם על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה, בבואו לבחון החלטות מנהליות, בפרט, החלטות של הדרג הנבחר.

מציעי התיקון הנדון מבקשים להיתלות בהצעתם בעמדתו של **כבוד השופט סולברג**, אשר באה לידי ביטוי בכתובתו האקדמית, לפיה יש להבחין בין החלטות המתקבלות על-ידי דרגים מקצועיים, לגביהן התערבותו של בית המשפט בעילת הסבירות היא לגיטימית ומוצדקת, ובין החלטות המתקבלות על-ידי דרג נבחר (ממשלה, שרים וראשי רשויות מקומיות), אשר תיבחנה רק בראי עילות הביקורת ה"מסורתיות", וכן בראי עילת המידתיות, ככל שיהיה בהן כדי לפגוע בזכויות אדם.

הבחנה זו מנומקת בכך, שהחלטות הדרג הנבחר הן על פי רוב החלטות המשקפות מדיניות, המבוססת על תפיסת עולם ערכית ומקצועית ואילו ביקורת שיפוטית המבוססת על עילת הסבירות המהותית, הרחבה והעמומה, אינה הולמת החלטות אלה, פוגעת בגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות ונעדרים ממנה מומחיות והכשר

דמוקרטי.

ואולם, הניסיון מלמד שרק חלק מצומצם משורת ההחלטות שהדרג הנבחר מקבל מדי יום הן אכן החלטות הנוגעות למדיניות רוחבית ואשר משקפות הכרעות ערכיות המבוססות על אידיאולוגיה ותפיסת עולם.

למעשה, חלק ניכר מהחלטות הדרג הנבחר – הן בממשלה והן בשלטון המקומי – הן החלטות יישומיות-מקצועיות בתחומים מוגדרים, ולעתים בסוגיות נקודתיות. חלק גדול מהסמכויות הללו איננו מערב פגיעה בזכויות אדם, כך שעילת המידתיות איננה רלוונטית לגביהן.

כאמור לעיל, המינויים הבכירים כולם עוברים את אישורה של הממשלה.

בנוסף, הממשלה מוסמכת לפי דברי חקיקה שונים לקבל החלטות ביצועיות, כדוגמת אישור החלטות של המועצה הארצית לתכנון ולבניה בדבר תכנית מתאר ארצית, הכרזה על מתחם מועדף לדיור, ועוד.

אשר לשרים, הרי שהם אחראים למשל להתקנת תקנות בתחומים מקצועיים שבהם מטפל משרדם.

הם גם אחראים לרבים מהמינויים במשרדיהם, ובכלל זה לעתים גם של פקידות בדרג נמוך ובינוני.

השרים גם מוסמכים לקבל החלטות בנושאים מעשיים רבים:

1. **העמדה לדין משמעת של שופט או דיין – שר המשפטים**
מוסמך להגיש קובלנה משמעתית נגד שופט (סעיף 18(א)
לחוק בתי המשפט) ונגד רבני ערים (לפי חוק שירותי הדת
היהודיים (נוסח משולב) תשל"א-1971) והשר לשירותי
דת מוסמך (בהתייעצות עם נשיא בית הדין הרבני הגדול)
להגיש קובלנה משמעתית נגד דיין (סעיף 21(א) לחוק
הדיינים). על רקע זה, נפסק בבג"ץ 7150/16 **המרכז
הרפורמי לדת ומדינה** (21.9.2020), מפי השופט שטיין, כי
החלטה שלא להעמיד לדין את הרב אליהו איננה סבירה.
2. **סמכויות שר הפנים בתחום התכנון והבנייה – סמכות**
להאריך מועד להגשת תביעת פיצויים עקב תכנית פוגעת
(סעיפים 198-199 לחוק התכנון והבנייה); סמכות
להסמיך ועדה מקומית מסוימת כוועדה מקומית
עצמאית עם סמכויות מורחבות יותר (סעיף 31א לחוק
התכנון והבנייה); סמכות לקבוע את מרחב התכנון של
ועדה מקומית ולשנות את גבולותיו; סמכות למתן פטור
מהיטל השבחה לשטח מסוים (סעיף 19(ב)(2) לתוספת
השלישית לחוק התכנון והבנייה).
3. **סמכויות שר הפנים בתחום השלטון המקומי – אישור**
חוקי עזר עירוניים (בג"ץ **המרכולים בשבת**); אישור
תקציבה של עירייה שאינה איתנה; מינוי גובה ממונה
לעירייה בנסיבות מסוימות וקביעת שכרו.

4. **סמכויות שר האנרגיה בתחום האנרגיה – החלטה בעניין**
היתר לייצוא גז טבעי ממאגר; החלטה לתת היתר הפקה
ממאגר הצמוד למאגר אחר, ללא תיאום עם בעל הזכות
במאגר השני.

5. **סמכויות שר התקשורת בתחום התקשורת – מתן רישיון**
להקמת מערכת רדיו טלפון נייד בשיטה התאית; מתן
רישיון לאספקת שירותי בזק או לביצוע פעולת בזק,
הטעונים רישיון לפי חוק התקשורת (בזק ושידורים);
הענקת סמכויות וחסינויות לפי סעיף 4(ו)(1) לחוק
התקשורת (בזק ושידורים).

אלו דוגמאות בודדות למאות ולא לפי הסמכויות הביצועיות
שמוקנות בחוק לממשלה ולשרים.

פשוט צריך לפתוח את ילקוט הפרסומים ולראות כמה
החלטות ביצועיות של הממשלה והשרים מופיעות שם.

סמכויות נרחבות בעניינים ביצועיים קנויות גם לנבחרי
ציבור ברשויות המקומיות.

לפי המתווה, ביחס לכל אותן מאות סמכויות פרטניות
שנתונות לממשלה, לשרים ולנבחרי ציבור בשלטון המקומי,
החלטות שיתקבלו יהיו **חסינות** מפני ביקורת שיפוטית,
ולמעשה – **פטורות מקיומה של חובת הסבירות, רק בגלל**
זהותו של המחליט.

כלומר, ההחלטות יעמדו בתוקפן גם אם התקבלו באופן

שנותן משקל זניח לשיקולים משמעותיים שהשפעתם על הנושא היא רבה, או שנותן משקל משמעותי לשיקולים זניחים, שהשפעתם על הנושא היא קלושה.

יתר על כן, מתן "חסינות" מפני ביקורת שיפוטית אך ורק בשל זהותו של מקבל ההחלטה, ללא קשר לאופי ההחלטה, עלול להוביל להרחבת ה"חסינות" באמצעות "אשרור" בדיעבד של החלטות פרטניות המתקבלות בידי דרגים מקצועיים – על-ידי השר הממונה, באופן שיוביל לכך שחובת הסבירות לא תחול באופן מעשי גם ביחס להחלטות מנהליות פקידותיות ופרטניות.

ההצעה הנוכחית עלולה אפוא למנוע ביקורת שיפוטית על מגוון עצום של החלטות מנהליות פרטניות ומקצועיות, ו"לחסן" החלטות שרירותיות, פוגעניות ומופרכות על פניהן.

התוצאה של מצב שכזה עלולה להיות גם איון המשקל המקצועי בקבלת החלטות של מכלול המנגנון הממשלתי, במגוון תחומי החיים הציבוריים, ומתן עדיפות מוחלטת לשיקולים פוליטיים.

את המחיר על כך ישלם הציבור הרחב.

חשוב להדגיש – כתיבתו האקדמית של השופט סולברג, עליה מסתמכים מציעי התיקון, אינה קוראת לתיקון חקיקה שיבטל את סמכות בית המשפט לבקר את

החלטותיהם של נבחרי ציבור בעילת הסבירות, ובוודאי שאינה עוסקת בתיקון של חוק יסוד: השפיטה, באופן בו הדברים מוצעים כעת.

למעשה, בפסיקתו של השופט סולברג ניתן למצוא טכניקות שונות לצמצום תחולתה של עילת הסבירות ביחס להחלטותיהם של נבחרי הציבור, שאינן כרוכות בביטולה כליל, למשל, באמצעות הבחנה בין סבירות תהליכית ומהותית;³ ובאמצעות קביעה כי השימוש בעילת הסבירות ביחס להחלטות כאמור צריך שיעשה בצמצום רב, ובלשונו – "עם קב חֶמְטִין"⁴.

כפי שצוין בוועדה כבר אתמול, עילת הסבירות איננה עילה חדשה, והיא אף לא נוצרה "יש מאין" על-ידי בית המשפט העליון. מדובר כידוע בעילה שנוצרה **במשפט הבריטי** ואשר שימשה את בית המשפט העליון להתערבות בהחלטות שרירותיות עוד מראשית ימי המדינה.

מהסקירה שהוכנה על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה אף עולה כי עילת הסבירות קיימת בשורת מדינות בעולם במתכונות שונות, כאשר בחלקן המגמה בפסיקה היא דווקא להרחיב את היקפה.

אני מבקש גם להזכיר שאף שאנו עוסקים כאן היום בהצעה שהיא לכאורה מתוחמת ומגודרת, היא למעשה רק רכיב

³ בג"ץ 4252/17 ח"כ ג'בארין נ' הכנסת.

⁴ בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ נ' ממשלת ישראל (מינוי מנדלבליט לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה).

אחד מרפורמה כללית ורחבה הרבה יותר, שלא עוסקת רק בעילות ההתערבות המינהליות.

כפי שגם ציינתי בישיבה הראשונה של ועדה זו שהוקדשה לשינויים מתוכננים במערכת המשפט, מדובר **בהצעה אחת מתוך שורה של הצעות שנכללו במסגרת אותה "רפורמה"**, אשר מחזקות ומשלימות זו את זו ואשר אם תאושרנה – הדבר יחליש באופן מהותי או אפילו יבטל את הערובות שקיימות בשיטתנו המשפטית לשמירת שלטון החוק ויהפוך את הרשות המבצעת לרשות שיש עליה הרבה פחות איזונים ובלמים, אם בכלל.

אם הצעות אלו יתקבלו כולן, כך סיכמתי את דבריי, **הממשלה לא תהיה מעל לחוק, אלא היא תהיה החוק ממש.**

אין לי אלא לחזור לסיום על דברים אלה, גם ביחס להצעה המונחת על שולחן הוועדה כעת – כשלעצמה וכחלק ממכלול ההצעות אשר דומה כי עתידות לבוא.

לסיכום הדברים, איננו מבקשים להתעלם מהקשיים הטמונים ביישומה של עילת הסבירות לאורך השנים. קשיים אלו נובעים מכך שמדובר בעילה פסיקתית בלתי-מובנית שגבולותיה, מטבע הדברים, אינם מוגדרים מראש.

בהחלט ניתן וגם חשוב לבקר פסק דין זה או אחר, בו נעשה שימוש נרחב יתר על המידה בעילה זו.

אולם קושי ביישומה של העילה והזהירות הנדרשת בה, אינם מצדיקים את ביטולה.

ניתן למשל לחשוב על הסדרת חובת הסבירות של רשויות השלטון, במסגרת הסדר המתייחס גם לאופי ההתערבות השיפוטית האפשרית במקרים בהם מופרת אותה חובה, ואשר כולל את הבניית שיקול הדעת השיפוטי ביישומה, על מנת להביא לצמצום השימוש בה במקרים בהם הדבר מתחייב.

חוק יסוד: השפיטה הוא בוודאי לא האכסניה המתאימה להסדר שכזה.

הביטול של חובת הסבירות כן שלא תחול על דרג נבחר, שמשמעותו היא, בין היתר, "חיסון" גם של החלטות שרירותיות, הוא אמצעי קיצוני ביותר ובלתי קביל. יהיה בו כדי להותיר את הציבור חשוף לשרירות ללא אמצעים אפקטיביים להתמודד איתה, במקרים בהם עילות שיפוטיות אחרות לא יתנו מענה.

כפי שתיארתי, מדובר במאות ואלפי החלטות שלטוניות, ועל כן הפיקוח הפרלמנטרי איננו יכול לתת חלופה אפקטיבית לביקורת השיפוטית.

בכך, ההצעה הנוכחית דומה להצעות נוספות לתיקון חוקי יסוד בהן הכנסת עסקה בחודשים האחרונים – כמו, ביטול הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד מבלי לקבוע מהם חוקי

יסוד, וביטול הביקורת השיפוטית על מינוי שרים מבלי לקבוע את תנאי הכשירות למינוי. דהיינו, הצעות שמבטלות איזונים ובלמים חשובים בשיטתנו הדמוקרטית, מבלי להסדיר ערובות, חלופות או הסדרה רחבה של הנושא – הצעות שיוצרות "חורים שחורים נורמטיביים" בשיטת המשפט הישראלית.

לעמדתנו, אם כן, הצעה זו – אם תתקבל – תבטל ערובה חשובה המבטיחה שהשלטון יפעל בהגינות ובהיעדר שרירות כלפי הפרט. היא תפגע פגיעה קשה בערכים דמוקרטים בסיסיים, כמו תקינות פעילות המנהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, שלטון החוק ואמון הציבור.

משכך, עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה היא שאין מקום לקידום ההצעה ולפיכך אנחנו מתנגדים לה.