

הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי

מאת

מיכל שקד *

א. מבוא. ב. היקפה המסורתי של ביקורת בג"צ. ג. הידוק הביקורת השיפוטית. ד. ביקורת בג"צ על סבירותם של אקטים מינהליים. ה. תורת הסבירות המינהלית – סקירה. ו. תורת הסבירות – מהותה, השפעתה ויחסה אל המשפט המצוי. ז. איוון אינטרסים. ח. השתקפות המסקנות ההחששות בפסיקה הלכה למעשה. ט. תורת הסבירות ועולת הרשלנות. י. מסקנות והערות נוספות. יא. סיכום.

א. מבוא

1. ספרו המפורסם של פרופ' דה-סמית (De Smith) על הביקורת השיפוטית על פעולות מינהליות פותח במשפט הבא: "Judicial review of administrative action is inevitably sporadic and peripheral".¹ ולא בכדי אומר הוא כך. אין מקום לסבור שאמירתו מרפת הידיים של דה-סמית נובעת מכך שהביקורת השיפוטית התפתחה באנגליה לאט יותר מאשר במקומות אחרים, או מכך שהוא הסתייג מן "האופנה העכש" ווית של אקטיביזם שיפוטי".² למשל, פרופ' לואיס יפה (Louis Jaffe), התומך בביקורת שיפוטית הדוקה, משמיע דברים דומים: "But it will be said, finally, that judicial review is not an effective instrument of supervision and control".³ למרות אמונתו החזקה בכוחה של מערכת המשפט להגן על הפרט מפני שימוש לרעה בכוח השררה של השלטון, יש לזכור כי כוח זה הוא מוגבל מטבעו. ההגבלה היא בראש וראשונה פרי כורח. הביקורת השיפוטית היא אקראית, מאחר שבית המשפט אינו יוזם אותה, אלא ניטל עליו להמתין לפנייתו של עותר מתאים. הביקורת השיפוטית היא שולית, שכן גם בית המשפט הגמרץ ביותר אינו יכול להשפיע השפעה ממשית על תוכנו של פעולות השלטון. בית המשפט פועל במסגרות שיפוטיות, ואלה הן

* סגן בכיר לפרקליט המדינה.

1 De Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (London, 4th ed., 1980) 3.

2 שם, בעמ' 48.

3 Louis B. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action* (Boston, 1965) 325.

מסגרות מסורבלות ויקרות. הכלים שבידיו הם קטנים וחלשים. בנוסף לכך, מערכות הממשל והמינהל אמנם נתונות לפיקוחו של בית המשפט, אולם עוצמתן גדולה מעוצמתו. אולם, אופייה המוגבל של הביקורת השיפוטית אינו רק פרי של כוח, אלא גם פרי רצון. הביקורת השיפוטית שוכנת בשולי העשייה הממשלית והמינהלית, לא רק משום מגבלות וחולשה המונעות ממנה את האפשרות לרדת לזירת העשייה, אלא גם, ואולי בעיקר, משום שהיא אינה מבקשת לרדת אליה.

קיימים כמה טעמים להגבלתה מרצון של הביקורת השיפוטית. הממשל והמינהל עוסקים קודם כל בקבלת הכרעות פוליטיות, כלכליות, חברתיות ומדיניות, אשר בדרך כלל אינן מתאימות לבירור שיפוטי, ואינן הולמות את טבעו השיפוטי של בית המשפט ואת הטכניקות שבאמצעותן הוא פועל. כמו כן, קרבה יתרה של בית המשפט אל התחום הפוליטי עלולה לפגוע במעמדו האפוליטי של בית המשפט, שממנו הוא שואב חלק נכבד מכוחו ומיוקרתו. כמו כן, על-פי עקרון הפרדת הרשויות, יש להיזהר משלילת סמכויות ממוסדות דמוקרטיות ומוסמכים והעברתן למוסד שאינו מתמנה באופן דמוקרטי. בנוסף לכך, ביקורת שיפוטית יתרה עלולה להביא לפיצול בין קבלת הכרעות ובין האחריות להן ולביצוען; וניתן למנות טעמים נוספים.

לפיכך, אין בית המשפט יכול ואין הוא שואף ליטול על עצמו סמכויות ותפקידים בתחומים של קביעת מדיניות וביצועה. אלא מסורים בידיהם של המערכת הפוליטית ושל המינהל הציבורי, והביקורת השיפוטית אינה באה לשים את דעתם של שופטים במקום דעתן של הרשויות המוסמכות. כלומר, הרשות המבצעת היא הקובעת מדיניות ומבצעת אותה, ובית המשפט מפקח על חוקיות פעולותיה של הרשות המבצעת. בניסוח המקובל — תוכנו של פעולות הרשות המבצעת, להבדיל מחוקיותן, אינו מעניינה של הרשות השופטת.⁴

ברור שזוהי הצגה פשטנית, שכן ההבחנה בין תוכנו של האקט המינהלי ובין חוקיותו אינה חדה, חלוקת הסמכויות בין הרשות המבצעת ובין הרשות השופטת אינה בהירה, ואין תשובה ברורה לשאלה מהו תפקידו של בית המשפט המינהלי. הנכון הוא, שהיקף הביקורת השיפוטית גמיש ומשתנה מפעם לפעם ומנושא לנושא, על-פי נתונים כלכליים וחברתיים, השקפות, כוחות פוליטיים והלכידות. מבחינה משפטית, היקפה הבלתי ברור וחסר היציבות של הביקורת השיפוטית מתבטא בעיקר בכך, שעילות הביקורת מצטיינת בשוליים רחבים של אי-הדאות, ומאפשרות שיעורים שונים של התערבות שיפוטית בשיקול הדעת המינהלי.

אך אסור שהעדר גבולות ברורים יטשטש את העיקר, והעיקר הוא שכאמור לעיל מבחינת המצב המצוי ומבחינת המצב המקובל כרצון, הרשות המבצעת היא "השותף הבכיר" בקביעת מדיניות וביצועה, ובתחום זה בית המשפט הוא "שותף זוטרי", ומצד שני בית המשפט הוא בעל הדעה הסופית והמכרעת בעניין חוקיות פעולותיה של הרשות המבצעת.

ראוי להזכיר שזוהי התפיסה המקובלת והמושרשת, שכן קיים רושם לפיו מתחילה להסתמן גישה הרואה במגבלותיה של הביקורת השיפוטית מכשולים ומטרד גרידא,

4. לסקירות כוללות ראה יפה, שם, עמ' 320—327; Wade, *Administrative Law* (Oxford, 4th ed., 1980) 36—39.

שרצוי לסלקם, ולייעד לביקורת השיפוטית מקום במרכזה של העשייה הממשלית והמינהלית.⁵

ב. היקפה המסורתי של ביקורת בג"צ

2. באופן מסורתי, האופן שבו חפס בג"צ את תפקידה ומקומה של הביקורת השיפוטית היה בהתאם לתפיסה המקובלת. הפסיקה מגלה כמובן גישות שונות וגוונים שונים של התערבות שיפוטית בפעולות הרשות המבצעת ובשיקול דעתה, וכל ניסיון להכללה יהיה לוקה בטעויות גסות. אולם היתה זו, באופן עקרוני, התערבות מרוסנת. בית המשפט נרתע מהעמדת שיקול דעתו במקום שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות. הוא לא ביקש ליטול לעצמו תפקיד של "מינהל על". התערבותו היתה נתונה בגבולות, ומטרתה היו פחות או יותר ידועות או ניתנות לצפייה מראש.

התופעות העיקריות הראויות לציון בהקשר זה היו, לדעת, אלה: ראשית, בית המשפט נהג להצהיר שוב ושוב כי הוא אינו יושב כערכאת ערעור על רשויות המינהל, שאינו מעמיד את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות המוסמכת, שאינו דן de novo בהחלטות מינהליות וכיו"ב. בהצהרות כאלה ביטא בית המשפט את מדיניותו השיפוטית, והן אף תרמו לכך שנדיניות זו תימשך.

שנית, כאשר התערב בית המשפט בפעולות הרשות המבצעת, הוא עשה כן על-פי עילה מוכרת של ביקורת שיפוטית, כגון הפרת זכות, חריגה מסמכות, חוסר תום-לב, הפליה, טעות בדין וכיו"ב. בהעדר עילה, לא היה בית המשפט מתערב. אמנם טבען הגמיש של עילות הביקורת השיפוטית איפשר "מתיחה" מסוימת, אולם ה"מתיחה" האפשרית היא מוגבלת. לפיכך, השתתת הביקורת השיפוטית על עילות אחדות ומוכרות הציבה לה גבולות והעניקה לה צביון.

שלישית, עניינים אחדים נחשבו כמסורים בידיה של הרשות המבצעת ובית המשפט לא התערב בהם. אפשר להצביע על שורה ארוכה של עקרונות וכללים שהותירו לרשות המבצעת חופש פעולה, כגון הכלל לפיו בג"צ אינו בוחן "יעילות ותבונה"⁶, הכלל לפיו בג"צ אינו מורה לרשות אילו אמצעים (חוקיים) לנקוט על מנת להשיג מטרה פלונית⁷, הכלל לפיו בג"צ אינו מתערב באופן שבו הרשות מנהלת את עסקיה הכלכליים⁸, הכלל לפיו שיקול דעת מוחלט או "סובייקטיבי" הוא רחב יותר משיקול דעת "אובייקטיבי" או "רגיל"⁹ ועוד. אמנם, גם בעניינים כאלה לא היו גבולותיה של הביקורת השיפוטית חדים, ובכל זאת היו לה גבולות. לדוגמה, העיקרון האומר שבג"צ אינו מתערב במדיניות, אולם מפקח על ביצועה לא היה אף פעם בהיר או נקי מספקות, אך היו לו משמעות ותוכן ממשיים.

5 למשל, בג"צ 802/79 פמרה נ' מפקד יו"ש ואח', פ"ד (4) 1, 5; בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השירות, פ"ד לה (1) 421, 428.

6 בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 1989, 1996.

7 בג"צ 171/69 פילצר ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד כד (1) 113, 124; בג"צ 314/78 אנכריה ואח' נ' מועצת הפירות ואח', פ"ד לב (3) 794.

8 בג"צ 321/60 לחם חי נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד טו 197, 202; בג"צ 298/70 פולק נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד כה (2) 3, 8.

9 ד"ג 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209.

ג. הידוק הביקורת השיפוטית

3. בשנים האחרונות חלים במשפט המינהלי שינויים מהירים מסוגים שונים. לא זה המקום לפרטם, ודי להצביע על כך שזוהי תופעה כוללת ורבת-פנים¹⁰. המשפט המינהלי מצוי היום בתקופה "אקטיבית"¹¹, והאקלים הנוכחי הוא של הידוק הפיקוח של בית המשפט על פעולותיה של הרשות המבצעת. הריסון השיפוטי נחלש. גישתו של בג"צ כיום קרובה יותר לגישה ערעורית מאשר לגישה המקובלת של ביקורת שיפוטית. הרתיעה מדיון de novo בהחלטות מינהליות נתעמעמה. קיימת נטייה לבטל באופן מפורש או משתמע עקרונות וכללים שהציבו בעבר גבול להתערבות בג"צ בשיקול הדעת המינהלי. הרושם הוא, שבית המשפט אינו נרתע מלקבל על עצמו תפקיד של "מינהל על"¹².

השאלה המרכזית העומדת כאן לדיון — הגברת ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת המינהלי — היא מהו טיבה של ההתערבות השיפוטית דהיום. גבולותיה הישנים של הביקורת השיפוטית מיטשטשים או נמחקים, והשאלה היא מה הם גבולותיה החדשים. בית המשפט נוטש את מקומו בשולי הזירה ומתחיל להתקרב לתוכה, והשאלה החשובה ביותר היא מה הן מגמותיו ומה הן המטרות המדריכות אותו בכך.

ד. ביקורת בג"צ על סבירותם של אקטים מינהליים

4. במספר לא מבוטל של פסקי דין מן השנים האחרונות בחן בג"צ את שיקול דעתה של הרשות על-פי אמות מידה בלבדיות של הגיון, צדק, יעילות וכיו"ב. במקרים כאלה העביר בית המשפט למעשה תחת שבט ביקורתו את סבירותם של האקטים המינהליים, בין שהשתמש במפורש במונח "סבירות", ובין שהשתמש במונחים אחרים, כגון "שרירות" או "צדק". דוגמאות יובאו בהמשך.

10 כדוגמאות לשינויים כאלה די להצביע על הרחבת זכות העמידה: בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 429; על נכונותו הגוברת של בג"צ להכריע בשאלות עובדתיות: בג"צ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הכמחון ואח', פ"ד לד (3) 706; על הרחבת חובותיו הפרו-צטואליות של המנהל: בג"צ 685/78 עומרי מחמוד נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד לג (1) 767; על התערבות בהחלטות הכנסת: בג"צ 306/81 פלאסו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118.

11 אמנם השינויים אינם עשויים מעור אחד. לדוגמה: מצד אחד קיימת הרחבת הזכות להישמע (בג"צ 865/78 הנ"ל), ומצד שני רוככו התוצאות הדרכוניות של אי-שמיעה (ע"פ 768/80 שפירא ושות' נ' מדינת ישראל, טרם פורסם).

12 נראה, שדי בכמה מפסקי הדין החדשים על מנת להמחיש את התופעה: בעבר נמנע בג"צ מכניסה לגופם של שיקולי היועץ המשפטי לממשלה אם להעמיד לדין (בג"צ 4/64 ונגאר נ' היועץ, פ"ד יח (1) 29; בג"צ 746/80 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 43). כיום נראה, שבג"צ עשוי לבחנם (בג"צ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי ואח', פ"ד לד (2) 634, 631). בעבר נמנע בג"צ מהתערבות בשיקולי שר הפנים בכניסה לישראל (בג"צ 482/71 קלרק ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד כז (1) 113), ולאחרונה סטה מכך. (בג"צ 802/79 סמרה, לעיל הערה 5). שיקולי תכנון ערים נחשבו כמצויים בידי רשויות התכנון (בג"צ 185/62 אנודת ת.ד.ת.ק. נ' הוועדה המחוזית לכניה ולתכנון, פ"ד יז (1) 272) ולאחרונה התערב בית המשפט בשיקולי תכנון (בג"צ 468/80 חברת נבות להשקעות ומימון, טרם פורסם).

הדבר המשותף להכרעות הללו הוא, שלא ניתן לבססן על עילה מעילותיה המוכרות של הביקורת השיפוטית, אלא זוהי ביקורת שיפוטית על סבירות "בפני עצמה". כפי שיבואר, מבחינת כלליו המסורתיים של המשפט המינהלי התערבות בית המשפט היתה חסרת בסיס. על מנת שיהיה לה בסיס, יש צורך בתורות משפטיות חדשות. עד כה נעשה רק ניסיון יחיד לפתח תורה כזו, וזוהי תורת הסבירות המינהלית, על-פי שני פסקי דין שכבר היו לפסקי דין מנחים, בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים נ' ממשלת ישראל ואח' 18 (להלן: מרכז הקבלנים) ובג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור 14 (להלן: דפי זהב).

יש להדגיש, שלא כל פסקי הדין הנדונים שנפסקו על בסיס בחינת סבירותו של האקט המינהלי שעמד על הפרק התבססו על תורת הסבירות ה"עיונית". אולם יובהר, שרק אם מקבלים את תורת הסבירות של מרכז הקבלנים ודפי זהב, ניתן להסביר מבחינה משפטית את עמדת בית המשפט באותם פסקי דין.

5. די בסקירה של חלק מפסקי הדין החדשים הללו על מנת להיווכח שהנטייה הנוכחית היא לקראת הרחבה בלתי מוגבלת למעשה של ההתערבות השיפוטית בגוף שיקול הדעת המינהלי, וכי הרחבה זו הופכת על פניהן הלכות ותיקות ומושרשות. דוגמאות לפטיקה הנוגדת הלכות מושרשות הן פסק דין פמרה 15, שבו העביר בית המשפט תחת שבט ביקורתו את סבירותו "בפני עצמו" של שיקול הדעת המינהלי, למרות שהסמכות המינהלית היתה סמכות שבשיקול דעת מוחלט, ולמרות שהרשות היתה פטורה אפילו מחובת הנמקה, ולא נימקה את החלטתה; פסק דין קוקרן 16, שבו חדרה הביקורת השיפוטית של גוף שיקול הדעת המינהלי "בפני עצמו" לתחום של שיקולים דיפלומטיים; פסק דין דפי זהב, שבו בחנו שופטי הרוב ית סבירות החלטת המינהל במובן של יעילותה ותבונתה של הרשות בניהול עסקיה הכלכליים 17; פסק דין מרכז הקבלנים, שבו בחן השופט ברק את סבירותו של מטרת כלכליות 18 (בלא לפרש מהי ה"סבירות"); ופסק דין סאי טקס (השני) 19, לפיו עשוי בג"צ לבחון את השיקולים העומדים ביסוד שינוי מדיניות כלכלית, (בלא שפורט גם שם מה פירושה של "סבירות"). פסקי דין אלה ואחרים דוגמתם מלמדים, שגם המבצרים החוקים ביותר של סמכויותיהן של רשויות הממשל והמינהל קורסים תחת התערבות בג"צ בסבירות שיקול הדעת, ושוב אין הגבלה על מידת התערבותו של בג"צ בו. בנוסף לכך מלמדים פסקי הדין מן התקופה האחרונה כי התערבות בג"צ בגוף שיקול הדעת המינהלי איננה מוגבלת לתחומים אחדים אלא היא כוללת ואיננה מותנית

13 פ"ד לד (3) 729.

14 פ"ד לה (1) 421.

15 לעיל, הערה 1.

16 בג"צ 518/79 קוקרן נ' הוועדה לפי סעיף 29 לחוק נכמי נפקדים, תשי"ז-1950 ואח', פ"ד לד (2) 326.

17 השווה לבג"צ 311/60 מילר (לעיל, הערה 6).

18 השווה לבג"צ 210/52 רהיבי לכל ואח' נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד ו 795.

19 בג"צ 332/78 סאי טקס קרפוריישן בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד לג (2) 593, עליו תור השופט ברק במרכז הקבלנים (לעיל, הערה 13). השווה בג"צ 298/70 פולק (לעיל, הערה 8), ובג"צ 321/75, 135 סאי טקס ואומן ואח' נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל (1) 673.

בכל תנאים. ניתן להצביע על שורה ארוכה של פסקי דין שבהם העביר בית המשפט תחת שבט ביקורתו את סבירותו של החלטות בלא שהיתה לכך כל עילה פרט לכך שהחלטת הרשות נראתה לבית המשפט בלתי מוצדקת או בלתי מתקבלת. על הדעת (אף-על-פי שכאמור, לא בכל פסקי הדין הללו ציין בית המשפט במפורש שעילת הסבירות היא הבסיס המשפטי להכרעתו).

כך בחן בית המשפט שיקולי עסקים (בפסק הדין קונפורציום)²⁰, תכנון ערים (בפסק הדין נבות)²¹, חינוך (בפסק הדין פרנק)²² ואפילו את תוכנו של שידור טלוויזיה (בפסק הדין אברון)²³ — זאת כאשר אמת המידה היחידה היתה "סבירות בפני עצמה". לענין זה, די בכך שעומד בפני בית המשפט עותר בעל זכות עמידה דיונית, כלומר בעל אינטרס לגיטימי (מרכז הקבלנים), וייתכן שאין צורך אפילו באינטרס על מנת לפתוח את בית המשפט לבחינת סבירות, ודי בעתירה ציבורית (פגל)²⁴, (שירן)²⁵.

ההתערבות המאסיבית הזאת, המוחקת את גבולותיה המוכרים של הביקורת השיפוטית — כל פסק דין שהוזכר (ואחרים שלא הוזכרו) עומד בניגוד להלכה פסוקה או הלכות פסוקות — היא היא פניה של הפסיקה הקונקרטית לגבי "סבירותם" של אקטים מינהליים. נראה, שדי בסקירה הקצרה שהובאה כאן על מנת ללמד שווה ביקורת שיפוטית חדשה, השונה מאוד מזו שהכרנו.

ה. תורת הסבירות המינהלית — סקירה

6. תורת הסבירות המינהלית שפותחה במרכז הקבלנים וברפי זהב היא הצד העיוני של המגמה החדשה שתוארה — של התערבות שיפוטית גוברת בגוף שיקול הדעת המינהלי.

7. במרכז הקבלנים עתרו העותרים, ארגונים ואנשים שעיסוקיהם בתחומי הבנייה והתעשייה לבנייה, למנוע כריתת הסכם בין המדינה ובין חברות זרות בדבר הקמת מפעלים לבנייה טרומית ובנייה מתועשת בארץ. השאלה היתה האם המדינה חייבת לאפשר לעותרים להתחרות על קבלת העסקה. העותרים תמכו את עתירתם, בין היתר, בשתי טענות. האחת, "זכות מתן הזדמנות שווה" לתחרות; השנייה, העסקה המתוכננת אינה כדאית.

על-פי המשפט שבתוקף לא היתה עילה להתערבות בג"צ. ההלכות הקיימות קבעו מפורשות, שהרשות חופשית בדרך כלל לבחור לעצמה את בעלי חוויה ואינה חייבת לערוך תחרות²⁶. האינטרס של העותרים, אינטרס כלכלי של הגנה מפני תחרות מסחרית, לא נחשב אינטרס המוגן במשפט ולא העניק לעותרים זכות משפטית להתחרות בתחרות

20 בג"צ 140/80 קונפורציום נ' שר התקשורת (טרם פורסם).

21 בג"צ 468/78 נבות (לעיל, הערה 12).

22 בג"צ 615/80 פרנק ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד לה (1) 416.

23 בג"צ 266/81 אברון נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (3) 502.

24 בג"צ 217/80 פגל נ' שר הפנים (לעיל, הערה 10).

25 בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365.

26 פסק דינו של השופט י' כהן במרכז הקבלנים (לעיל, הערה 13), בעיקר עמ' 741 והאסמכתאאות שם.

הזרות²⁷. העתירה לא היתה אפוא לאכיפת זכות קיימת, אלא ליצירתה של זכות חדשה, וכל השופטים סירבו ליצור זכות חדשה כזו²⁸. טענתם של העותרים על כך שהעסקה המתוכננת לא היתה כדאית היתה טענה על חוסר יעילות או חוסר תבונה, וכאמור, הלכה פסוקה היא כי "יעילות השימוש בשיקול הדעת ומידת תבונתו – להבדיל מחוקיותו – אינו ניתן לבדיקה על ידי בית משפט זה"²⁹. טענות העותרים לגוף העסקה המתוכננת היו, על-פי המינוח המקובל, טענות על "חוסר סבירות", ולפי ההלכה שנפסקה בידי מ"מ הנשיא לנדוי (כתוארו אז) בשני פסקי דינו המנחים בפרשת פוגל³⁰ ובפרשת אולפני הרצליה³¹, בג"צ אינו בוחן את שיקולי הרשות וסבירותם כאשר אין בידי העותר זכות מהותית שנפגעה.

בקיצור – על דרכם של העותרים לקבלת הסעד עמדו מכשולים כבדי משקל. השופטים יי כהן ואלון אכן החליטו, שיש לדחות את העתירה בלא ליתן בה צו על תנאי, על-פי הדין הקיים.

השופט ברק חלק על גישתם של חבריו. בפסק דינו קבע, שאין הרשות המינהלית רשאית לבחור את בעלי חוויה כרצונה, אלא בדרך כלל היא חייבת "להעניק הודמנות שווה למתחרים פוטנציאליים", אם כי לחובה זו יש חריגים ו"הכל תלוי בנסיבות העניין". אך לגופה של העתירה הצטרף השופט ברק למסקנתם של חבריו. אף הוא דחה את העתירה בלא מתן צו על תנאי, בנימוק, שהעסקה הנידונה היוותה חריג לחובת מתן ההודמנות למתקשרים פוטנציאליים, עקב מטרתה (הכנסת מתחרים חדשים לשוק)³².

חשיבותו העקרונית של פסק דינו של השופט ברק היא בכך שכאן נקבע לראשונה שבית המשפט יעביר תחת שבט ביקורתו השיפוטית את סבירותם של מעשי המינהל על-פי עתירתו של כל בעל "זכות עמידה", גם אם אין בידו זכות מהותית שנפגעה או עילת ביקורת שיפוטית מן העילות המוכרות. בוותרו על הדרישה לזכות מהותית כתנאי מוקדם לכך שבית המשפט יבחן את סבירות האקט המינהלי, שינה השופט ברק מקביעותיו של מ"מ הנשיא לנדוי בפסקי דינו בפרשות פוגל ואולפני הרצה. בפסק דינו לא הרחיב השופט ברק את הדיבור על משמעות המונח "חוסר סבירות", אלא הסתפק באמירת הדברים האלה:

"אין לזהות החלטה בלתי יעילה וחסרת תבונה עם החלטה בלתי סבירה. שני אנשים סבירים עשויים להגיע להחלטות שונות ומנוגדות על יסוד אותה מערכת עובדתית

27 מרכז הקבלנים, שם עמ' 740, מפי השופט יי כהן; בג"צ 231/60 ארגון ארצי לשיווק צמנים נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד יו(1) 319.

28 יצוין, שהמשפט המנהלי אמנם שונה מיתר ענפי המשפט, בכך שהוא אינו מצמצם לאכיפת זכויות פרטיות, אלא קיימות בו עילות של ביקורת שיפוטית "טהורה", המותנות רק בקיומו של עותר בעל זכות עמידה, כגון חריגה מסמכות או חוסר תום לב. אולם העותרים לא ביקשו לבסס את עתירתם על אף אחת מן העילות הללו.

29 בג"צ 311/60 מילר (לעיל, הערה 6).

30 בג"צ 112/77 פוגל ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לא(3) 657.

31 בג"צ 292/78 אולפני הרצליה בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד לג(2) 739.

32 ראוי להעיר, שבמסגרת זו אין מקום להתייחס לעצם השאלה האם יש מקום להטיל על הרשויות חובת מכרז כוללת. זוהי שאלה חשובה בזכות עצמה, ויש בה פנים לכאן ולכאן, שכמה מהם נדונו בעיקר בפסק הרוב במרכז הקבלנים (לעיל, הערה 13).

מבלי שהחלטתו של מי מהם תהיה בלתי סבירה, יכול ואדם יטעה טעות סבירה. מושג הסבירות הוא מושג טכני ומשמעותו החלטתו של עובד ציבור שעובד סביר במקומו לא היה צריך להגיע אליה, כגון שעובד הציבור נתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להשקל".⁸³

8. בפסק דין דפי זהב, שהוא פסק הדין המרכזי של תורת הסבירות, פיתח השופט ברק את התורה שהחל בה במרכז הקבלנים. גם כאן עמדה על הפרק השאלה "האם הרשות חייבת לתת הזדמנות שווה למתחרים פוטנציאליים". רשות השידור החליטה להאריך את זכייתה של חברה בשם "שפ"ב" לארגונה ולביצועה של הפרסומת בשידורי ישראל. העותרת טענה, שיש לתת לה הזדמנות להתחרות על קבלת הזיכיון. מצבה המשפטית של העותרת היה כמצבם של העותרים במרכז הקבלנים.

הגשיא לנדוי דחה את העתירה, ובין היתר דחה את הטענה בדבר קיומה של "חוקה של חובת מכרו, ואם המדינה טוענת כנגד חוקה זו עליה חובת הראיה"⁸⁴, ואת תורתו החדשה של השופט ברק, וחזר על העמדה שנקט בפסק דין פוגל ובפסק דין אולפני הרצליה.

לעומת זאת חזר השופט ברק על ההלכה שקבע במרכז הקבלנים, על-פיה "רשות מינהלית המבקשת להתקשר בחוזה צריכה בדרך כלל לתת הזדמנות שווה להתקשרות פוטנציאלית"⁸⁵, אם כי יש לכך חריגים. לגופו של מקרה קבע, שיש לדחות את העתירה, מן הטעם שאין לומר כי החלטת המשיבה להאריך את הזיכיון בלי לבחון הצעות אחרות אינה סבירה, אלא רשות שידור סבירה עשויה לסבור שזוהי העסקה הטובה.⁸⁶

חשיבותו של פסק הרוב בדפי זהב (השופטת בן-פורת הצטרפה ככל הנראה לפסק דינו של השופט ברק) היא בכך, שכאן המשיך בית המשפט בפיתוחה של תורת הסבירות וביארו את מטרותיה.

מטרותיה של "תורת הסבירות", הנותנת בידי בית המשפט עילה לפסול אקטים מינהליים "בלתי סבירים", הן לדברי השופט ברק בדפי זהב, כדלקמן:

"מטרת המשפט המינהלי היא, בין השאר, למצוא איזון ראוי בין האינטרס של המינהל הציבורי להגשמת מטרותיו לבין האינטרס של היחיד לשמירת זכויותיו".⁸⁷

עילת חוסר הסבירות באה לשרת מטרה כפולה:

"באמצעות עקרון זה (הסבירות) מובטחת מחד גיסא מציאת איזון ראוי בין צרכי היחיד לבין צרכי הכלל, וגיתן מאידך גיסא בידי הרשות השיפוטית אמצעי ביקורת על פעולות הרשות המינהלית".⁸⁸

ועוד:

33 שם, בעמ' 744.

34 דפי זהב (לעיל, הערה 14), בעמ' 431.

35 שם, בעמ' 449.

36 שם, בעמ' 449-450.

37 שם, בעמ' 447-448.

38 שם, שם.

"מתן אמצעי פיקוח אוביקטיבי שאינו מותנה במניע פסול של הרשות המינהלית תורם תרומה חשובה לפיקוח שיפוטי על שיקול הדעת המינהלי".³⁹

הטלת "חובת סבירות" על הרשות המינהלית מיועדת אפוא לשרת שתי מטרות: לאפשר לבית המשפט "לאזן אינטרסים" בחברה; להעניק בסיס משפטי להתערבות רחבה יותר של בית המשפט בשיקול הדעת המינהלי. בכך מייעד פסק דין דפי זה לבית המשפט סמכות ותפקיד המתחרים בסמכויותיהם ובתפקידיהם של נבחרי ציבור ועובדי הציבור, וכמו כן הוא רואה בהגברת ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת המינהלי מטרה ראויה בפני עצמה.

תוכנה של תורת הסבירות והמבנה המשפטי שלה מושגים על ארבע פרופוזיציות שהציג השופט ברק. פרופוזיציות אלה משקפות, לדבריו, הן את המשפט המצוי והן את המשפט הרצוי, וסיכומן הוא כלהלן:

ראשית, "חוסר סבירות כשלעצמו הוא עילה לפסילתו של שיקול דעת מינהלי".⁴⁰ עקרון הסבירות נותן בידי בית המשפט כוח לפסול החלטות מינהליות הפגומות, לדעתו, בחוסר סבירות "בפני עצמו", שהוא "חוסר סבירות שאיננו גורר אחריו חוסר תום לב או שרירות — או עילות מוכרות אחרות לפסילת המעשה המינהלי".⁴¹

שנית, "חוסר הסבירות נמדד באמות מידה אוביקטיביות".⁴² כלומר, "המלה האחרונה" בשאלת "סבירותו" של שיקול הדעת המינהלי נתונה בידי בית המשפט.

שלישית, "חוסר סבירות הפוסל שיקול דעת מינהלי הוא חוסר סבירות מהותי או קיצוני". הרשות אינה נטולה לגמרי שיקול דעת. קיים "מתחם סבירות" שבו רשאית הרשות לבחור בין האפשרויות השונות, אולם תחומיו של "המתחם" נקבעים בכל מקרה בידי בית המשפט. לפיכך, במקרה שבית המשפט מגיע למסקנה, על-פי העובדות, מטרות האקט המינהלי והחוק — במידה שקיים חוק, שהרשות חרגה מן "המתחם", וסטתה "סטייה מהותית או קיצונית" מ"סטנדרד ההתנהגות המקובל על רשות סבירה בנסיבות העניין" — בית המשפט עשוי לפסול את החלטתה כבלתי סבירה.

רביעית, "עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה". עקרון איזון האינטרסים מגשים את המטרה של עילת חוסר הסבירות, והוא הנותן, כנראה, תוכן למונח "חוסר סבירות". על-פי עיקרון זה, אם הרשות נתנה "משקל ראוי" ל"אינטרסים שיש להביאם בחשבון", החלטתה סבירה. אך במקרה שבית המשפט מגיע למסקנה שהרשות עיוותה את משקלם הראוי של האינטרסים הרלוונטיים, הרי שהרשות חרגה מ"מתחם הסבירות", ובית המשפט עשוי לפסול את החלטתה.

9. תורת הסבירות היא אפוא מודל שממלאי התפקידים העיקריים שבו הם "עובד המדינה הסביר" (או הרשות המינהלית הסבירה) ו"סטנדרד ההתנהגות של עובד המדינה הסביר" (או של הרשות הסבירה) בנסיבות העניין, ו"איזון אינטרסים". המודל הנדון על מרכיביו העיקריים הוא חידוש במשפט המינהלי, אשר, למיטב

39 שם, שם.

40 שם, בעמ' 437.

41 שם, בעמ' 438.

42 שם, בעמ' 437.

ידיעתו, לא סבר מעולם שקיים "סטנדרד התנהגות סביר" של "עובד מדינה סביר". ההקשר האסוציאטיבי של אלה הוא לדיני הנזיקין. תורת הסבירות המינהלית עשויה להיראות כניסיון לאמץ למשפט המינהלי את עולת הרשלנות הנזיקית⁴³. "האדם הסביר" של דיני הנזיקין מיתרגם ל"עובד המדינה הסביר" (או "הרשות הסבירה"). "סטנדרד ההתנהגות הסבירה" הנדרש בדיני הרשלנות מיתרגם במשפט המינהלי ל"סטנדרד ההתנהגות של עובד הציבור (או הרשות הציבורית) הסביר בנסיבות העניין". ההבדל בין עולת הרשלנות ובין תורת הסבירות הוא בכך, ש"סטנדרד ההתנהגות" בנזיקין הוא נוקשה, ואין למזיק "שיקול דעת" לחרוג ממנו, ואילו במשפט המינהלי, שם נתון ככלות הכל לרשות איזה שהוא שיקול דעת, "סטנדרד הסבירות" נבחן במידה מסוימת של גמישות, קיים "מתחם סבירות" והרשות רשאית לחרוג מן המתחם בתנאי שהחריגה אינה מוגזמת.

ו. תורת הסבירות — מהותה, השפעתה ויחסה אל המשפט המצוי

10. הפרופוזיציות של דפי זהב אומרות כזכור, שתורת הסבירות משקפת את המשפט המצוי. השאלה הראשונה היא אם דפי זהב משקף את המשפט המצוי או סוטה ממנו. התשובה הברורה (והידועה) היא, שדפי זהב סוטה מן המשפט המצוי.

11. אין ספק בכך, שהעיקרון לפיו שיקול הדעת המינהלי חייב להיות סביר הוא עיקרון המושרש במשפט⁴⁴, וכפי שאומר פרוס' דה-סמית: "To cast doubt on this proposition is in itself to invite misunderstanding"⁴⁵. כמו כן אין ספק בכך, שקיימת אסכולה הגורסת כי "אי סבירות כשלעצמו" מהווה עילת התערבות, אם כי קיימת גם גרסה שונה. בשל חשיבותה של נקודה זו, ראוי להתעכב עליה.

באנגליה וייד (Wade) ודה-סמית חלוקים בדעותיהם בדבר קיומה של עילת "חוסר סבירות טהור". וייד, התומך בביקורת שיפוטית הדוקה, גורס שעילה כזו קיימת⁴⁶, ואילו דה-סמית, המסתייג מיתר אקטיביזם, גורס שקל יותר להביא דוגמאות היפותטיות ל"חוסר סבירות בפני עצמו" מאשר להצביע על פסקי דין קונקרטיים⁴⁷. המחלוקת אינה מפתיעה, שכן אפילו פסק דינו של השופט לורד גרין (Lord Greene) בפרשת *Wednesbury*⁴⁸, הנחשב כאבן היסוד של "אי הסבירות בפני עצמו", פתוח לשני פירושים נוגדים:

"It is true to say that if a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could have ever come to it, than

43 לפחות רמז לכך יש בדפי זהב, שם, בעמ' 443-444.

44 דה סמית (לעיל, הערה 1), בעמ' 346.

45 שם, בעמ' 347.

46 וייד (לעיל, הערה 4), בעמ' 350.

47 דה סמית (לעיל, הערה 1), בעמ' 353.

48 *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Co.* [1948] 1 K.B. 223.

the courts can interfere, ... but to prove a case of that kind would require something overwhelming" ⁴⁹.

תלוי כמובן אם מסתכלים ברישא או בסיפא. בדפי זהב מובא פסק דין *Wednesbury* כאסמכתא לקיומה של עילת "חוסר סבירות בפני עצמו", ומבחן היסוד של תורת הסבירות "האם עובד ציבור סביר היה עשוי לקבל, בנסיבות הענין, אותה החלטה", הוא כמעט חזרה מדויקת על דברי השופט גרין (M.R. Greene). לעומת זאת, דה-סמית אומר שפסק הדין: "Wittled down the requirement of reasonableness till it seemed all but disappeared" ⁵⁰.

לא כאן המקום להתעכב על כלל הסיבות שבגללן קשה לקבוע האם קיימת במשפט המינהלי (הן באנגליה והן בישראל) עילה של "חוסר סבירות בפני עצמו". די לומר, שאחת הסיבות נעוצה בכך שעילות הביקורת השיפוטית אינן מוגדרות היטב, ואין להן מיון ברור. לדוגמה, נאמנים לשיטותיהם השונות לגבי היקפה הרצוי של הביקורת השיפוטית, וייד ממיין את פסק הדין בעניין *Williams v. Giddy* ⁵¹ כ"חוסר סבירות טהור" ⁵², ואילו דה-סמית ממיין אותו כ"התנהגות מינהלית העולה כדי סירוב להפעיל סמכות" ⁵³.

כוחם של דברים אלה יפה גם לפסקי הדין המובאים בדפי זהב כאסמכתאות לפרו-פוזיציה לפיה קיימת במשפט המינהלי המצוי עילה של "חוסר סבירות בפני עצמו". למשל, פסק הדין בעניין בן חיים ⁵⁴ ניתן מסתמא למיון כ"חוסר סבירות בפני עצמו", אולם לפחות שופטי הרוב שם (ברנזון וחי' כהן) פירשו בפסקי דינם באותו עניין מכלול שלם של עילות ונימוקים, החל משיקול זר ועשיית אנלוגיה לסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), ועד לפגיעה בחופש העיסוק. אמנם, גם "אי סבירות" נזכר שם כמה פעמים. גם שני פסקי הדין האחרים שהביא שם השופט ברק, אם ניתן למינם כ"חוסר סבירות בפני עצמו", ניתן גם למינם על-פי עילות אחרות.

ניתן לומר אפוא, שהפרופוזיציה הראשונה, כפי שנוסחה בפסק דין דפי זהב, היא בעלת אחיזה במשפט המינהלי המסורתי, אם כי כאמור ניתן לטעון גם אחרת.

12. אולם, אחיזה זו אינה יכולה לעגן את דפי זהב במסגרת המשפט המינהלי המוכר, שכן "חוסר סבירות בפני עצמו" שבדפי זהב שונה מ"חוסר סבירות בפני עצמו" הקיים (אם הוא קיים) במשפט המינהלי המצוי. על מנת להיווכח בכך, די להצביע על כך שפסק הרוב בדפי זהב בחן את השאלה האם עסקה פלונית היא סבירה מבחינה מסחרית, שאלה שכאמור נחשבה תמיד כמצויה מחוץ לתחום טיפולו של בית המשפט הגבוה לצדק.

49 שם, בעמ' 230.

50 דה סמית (לעיל, הערה 1), בעמ' 352.

51 *Williams v. Giddy* [1911] AC 381. באותו מקרה החליטה הרשות להעניק לעובד שלה מענק פרישה בסך פני אחד לשנה, ובית המשפט ביטל את החלטתה.

52 וייד (לעיל, הערה 4), בעמ' 450.

53 דה סמית (לעיל, הערה 1), בעמ' 353.

54 בג"צ 294/75 בן חיים נ' מנהל מוקדני ישראל, פ"ד (1) 412. באותו מקרה פסל בג"צ דרישה לקבלת אישור ממושרד הבריאות כתנאי להשתתפות במכרז לרכישת קרקע להקמת מרכז רפואי, מכרז שפרסם מנהל מוקדני ישראל על-פי התחייבותו בעתירה קודמת לבג"צ.

הפער בין דפי זהב ובין המשפט המינהלי המצוי געוץ בכך, שבאופן כללי אין להקיש מקיומה של עילת "חוסר סבירות" במובן פלוני על קיומה של עילת "חוסר סבירות" במובן פלמוני. השאלה האמיתית לעניין בחינת היחס בין תורת הסבירות על-פי דפי זהב ובין המשפט המינהלי שקדם לה צריכה להיבחן לא בעזרת עצם השימוש במונח "סבירות" או תכיפות השימוש בו, אלא על-פי הנסיבות שבהן בג"צ בוחן את סבירות האקט המינהלי ועל-פי המטרות שלשמן הוא בוחנה. על מנת להמחיש זאת, די להתבונן בדוגמאות אחדות:

העובדה שבג"צ קבע, למשל, שאין בידי הרשות נימוק "סביר" (כלומר נימוק המבוסס מבחינה עובדתית, מסוג מותר ובעל משקל מספיק) למנוע הפצת מידע לציבור⁵⁵, אינה מלמדת שהוא יבחון את השאלה האם עסקה כלכלית פלונית היא "סבירה", דהיינו "כדאית", או שהוא יתערב ב"סבירותו" של תכנון בנין ערים באין בפניו שאלה משפטיות. ובאמת, בעבר מיאן בית המשפט לבחון "סבירות" כזו⁵⁶. העובדה, שבג"צ בחן את "סבירות" סירובו של מנהל בית כלא להתיר לאסיר לקרוא את ה"קפיטל" של מארקס וספרות דומה⁵⁷ אינה מלמדת שהוא יבחון האם כללי מועצת הפירות לשיווק שקדים היא האמצעי ה"סביר" להבטחת מטרות החוק⁵⁸, או מהו האמצעי הסביר למנוע גניבות ממלוחי יהלומים⁵⁹, ובעבר אכן מיאן בית המשפט לערוך בדיקות כאלה.

13. דפי זהב, המאפשר לבחון את סבירותן הכלכלית של עסקאות מסחריות, את סבירותן התכנונית של תכניות בניין ערים, את סבירותם של אמצעים להשגת מטרה חקיקתית וכיו"ב, יצר "קפיצה" בהיקף הביקורת השיפוטית, וזאת על-ידי הרחבת השימוש במונח "סבירות" לנסיבות חדשות ולמטרות חדשות. הטענה היא כי הדבר נתאפשר בשל כך שהגדבר היסודי של תורת הסבירות — מושג "חוסר הסבירות" — הוא מונח כוללני ומעורפל, החסר תוכן מוגדר. שכן פעולה "בלתי סבירה" אינה אלא פעולה שאסור לרשות המינהלית לעשותה, או פעולה ש"אינה מתקבלת על הדעת". כמו שאומר פרופ' וייד:

"'Unreasonableness' covers a multitude of sins... the one principle that unites them is that powers must be confined within the true scope and policy of the act"⁶⁰.

וכך עולה גם מדברי השופט גרין בפסק דין Wednesbury:

"נכון הוא שיש להפעיל שיקול דעת בסבירות. מה פירוש הדבר? משפטים הקרובים לפראזיולוגיה המשמשת בהקשר של הפעלת שיקול דעת סטטוטורי משתמשים לעתים קרובות במונח "חוסר סבירות" באופן כוללני למדי. מונח זה

55 בג"צ 243/62 אולפני הפרטה בישראל בע"מ נ' לוי נרי ואח', פ"ד טז 2407.

56 בג"צ 185/62 ת.ד.ח.ק. (לעיל, הערה 12).

57 בג"צ 144/74 רמי לבנה נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד כח(2) 686.

58 בג"צ 314/78 אנגריה (לעיל, הערה 7).

59 בג"צ 790/78 רוזן ואח' נ' שר המפחר התעשייה והתיירות ואח', פ"ד לג(3) 281.

60 לעיל, הערה 4, בעמ' 347.

שימש לעתים קרובות, ומשמש לעתים קרובות, לתיאורם של הדברים שאסור לעשותם⁶¹. (תרגום שלי. מ"ש).

כך באנגליה וכך גם בישראל, גם בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק, "חוסר סבירות" הוא מונח רווח, וכפי שהראה השופט ברק בפסק דינו בדפי זהב, קיימים לפחות עשרות פסקי דין שבהם השתמש בג"צ במונח "סבירות" בהקשר זה או אחר, החל מטענות בעובדה⁶² ועד לחוסר תום לב⁶³. אך גם בפסיקת בג"צ "אי סבירות" הוא "מונח סל" המבטא מכלול שלם של איסורים ושל דברים "שאינם מתקבלים על הדעת"⁶⁴.

יצוין, שהטענה האמורה אינו בגדר חידוש, שכן בפסק דינו בדפי זהב, עמד הנשיא לנדוי על טבעו הסתום והכוללני של המונח "סבירות", וכנראה אף ראה בכך את שורש המחלוקת באשר להיקפה של ביקורת הסבירות במשפט המצוי⁶⁵.

14. מאחר שה"סבירות" היא "מונח סל", הרי שהשימוש בו כבסיס לתורה כוללת של ביקורת שיפוטית פותח פתח להרחבה ניכרת של היקף הביקורת השיפוטית, על דרך של נטיעת תוכן חדש במונח ה"סבירות". כך אמנם עשה פסק הרוב בדפי זהב.

15. על טיבה של ההרחבה אעמוד מיד. אך קודם לכן מן הראוי לציין כי תורה הנשענת רובה ככולה על המונח "סבירות" ומושגים הנגזרים ממנו, היא תורה מסוי כנת, כיוון שהיא מהווה צירוף של לבוש חיצוני מוכר יחד עם מהות מעורפלת. תורת הסבירות של דפי זהב מנוסחת במונחים מושרשים ורווחים, באמצעות נוסחאות מוכרות, וקיימת אנלוגיה חיצונית בינה ובין תורה מוכרת — הרשלנות הנזיקית. צורתה החיצונית עשויה אפוא לטשטש את העובדה שהיא מושתתת על מונח היכול לסבול כל משמעות כמעט, טשטוש העשוי להביא, ביודעין או מבלי משים, להרחבה בלתי מבוקרת של ההתערבות השיפוטית בגוף שיקול הדעת המינהלי.

נראה, שגם בדברים אלה אין משום חידוש, שכן גם על הסכנה הזו הצביע הנשיא לנדוי בפסק דינו בדפי זהב, באמרו שהוא ירא מן הסכנות הטמונות בשימוש במונח "חוסר סבירות"⁶⁶.

16. אמרגו, שה"סבירות" של דפי זהב שונה מן ה"סבירות" על-פי המשפט המינהלי המסורתי. השאלה המרכזית בסוגיית השפעתו של פסק דין דפי זהב על היקף הביקורת השיפוטית היא אפוא במה שונה השימוש שעושה תורת הסבירות במונח ה"סבירות" מן השימוש שעשה בו המשפט המינהלי קודם לכן.

לשם המחשת ההבדל נחזור לדפי זהב. העתירה הוכרעה כאמור על-פי השאלה האם התלטת רשות השידור להאריך את הזיכיון הקודם היתה "סבירה" מבחינה כלכלית

61 לעיל, הערה 48, בעמ' 230.

62 בג"צ 329/60 נואם ג' ועדת השחרורים, פ"ד טו 27.

63 בג"צ 231/63 רמף בע"מ ג' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד יז 2730.

64 טבעו הכוללני והמעורפל של המונח "חוסר סבירות" מסביר גם הוא, כך נראה, את המחלוקת בשאלת קיומה של עילת "חוסר סבירות" בפני עצמו.

65 דפי זהב (לעיל, הערה 14), בעמ' 431.

66 שם.

ועסקית. בעבר לא היה בג"צ נזקק כלל לשאלה זו, כיוון שהעותרת לא הראתה כל עילה משפטית לבחינת שיקול הדעת המינהלי לגופו, ושאלות כלכליות ועסקיות אינן בתחום טיפולו של בג"צ. אך המצב היה שונה אילו, למשל, היתה העותרת טוענת כי ההחלטה עומדת בניגוד להבטחה, או אילו היתה העותרת באה בטענת הפליה במקרים היפותטיים כאלה ייתכן שבית המשפט היה בוחן גם את כדאיות העסקה לצורך הכרעה בטענות הללו.

האמור ממחיש, כך אני מקווה, את מה שנאמר קודם לכן, לפיו היקף הביקורת השיפוטית על סבירות שיקול הדעת המינהלי, דהיינו השימוש שעושה המשפט המינהלי במונח "סבירות", נקבע לא על-פי מונחים או על-פי עצם בחינת סבירות שיקול הדעת המינהלי, אלא על-פי הנסיבות שבהן נבחן שיקול הדעת המינהלי לגופו, והמטרות שלשמן נבחן.

כאשר סוקרים את הפסיקה מתברר, שבעבר נהג בג"צ לבחון "סבירות" בנסיבות שונות ולמטרות שונות. לדוגמה, בג"צ התערב ב"סבירותו" של אקט מינהלי שפגע בזכות משפטית מהותית; או כאשר לא היה בידי הרשות "נימוק סביר" לסטות מהנחיות פנימיות; או כאשר ההבחנה שביקשה הרשות להבחין בין פלוני לפלמוני היתה "בלתי סבירה" ולא היתה זו אלא הפליה; או כאשר "אי סבירות" של נימוקי הרשות הביאה להטלת ספק בכנותם ועוד. בחלק מן המקרים פגע האקט המינהלי בזכות קגויה; באחרים הוא הוליד עילת פסלות שאינה תלויה בזכות, כגון חוסר תום לב או קפריזיות; במקרים אחרים עמד האקט בניגוד להוראות דין.

המשותף לכל המקרים שבהם העביר בג"צ תחת שבט ביקורתו את סבירות שיקול הדעת המינהלי הוא בכך, שבמקרים כאלה הוא עשה זאת לצורך הכרעה בכללים ובנורמות משפטיים שמקומם בתחומים שעליהם מופקד בג"צ, כגון אכיפת זכויות פרטיות, פירוש וביצועו הנכון של דין וכיו"ב.

במשפט המצוי (עד לדפי זהב) חוסר סבירות כנימוק לפסילת אקט מינהלי היה אפוא חוסר סבירות משפטי. בג"צ לא בחן את שיקול הדעת המינהלי לגופו, אלא אם באה טענה לפיה האקט המינהלי, בהיותו בלתי סביר, עמד בניגוד לדין, או פגע שלא כדין בזכות או הוליד עילת פסלות מוכרת כגון חוסר תום לב או הפליה⁶⁷. זהו המצב בכל האסמכתאות המתייחסות ל"סבירות" שהביא השופט ברק בפסק דינו בדפי זהב. בכל המקרים הללו היו לעותרים עילות משפטיות, ובכולם שימשה הסבירות לצורך בחינתן של גורמות משפטיות מוכרות.

ראוי לציין, שאפילו אלה התומכים בגישה שיפוטית "אקטיביסטית" גורסים כי "אי סבירות" נבחנת באמות מידה משפטיות. כך עולה מגישתו של ויד⁶⁸, וכך סובר גם פרופ' יפה, הגורס שקיימת מעין עילת חוסר סבירות בפני עצמו, ומוסיף:

"אפשר שיש לרשות שיקול דעת לא רק לקבוע ממצאי עובדה, אלא גם לבחור את הדין. פירוש הדבר, שהיא יכולה לבחור בכלל שבית המשפט לא היה בוחר

67 היו לכך חריגים, אולם למיטב ידיעתי הם היו בודדים ולא השתלבו בפסיקה הכללית, אלא נכון היה לראותם כהתערבות יתר. ראה לדוגמה בג"צ 175/70 כנוביץ ואח' נ' מנהל התעופה האזרחית, פ"ד כו(1) 588.

68 ראה סעיף 13 לעיל.

בו מלכתחילה. אבל, אם בית המשפט משוכנע שהרשות בחרה בכלל הגוגד באופן ברור (לדעת בית המשפט) את מטרת החוק, בית המשפט יורה לרשות לפעול בהתאם לחוק⁶⁹. (התרגום שלי. מ"ש).

וזהו, ככל הנראה, גם עמדתו של השופט שמגר בפסק הדין בג"צ 156/75 פאוזי דקה⁷⁰.

לעומת זאת, חוסר הסבירות שבתורת הסבירות הוא חוסר סבירות המנותק מכללים, מנורמות ומטבע משפטיים. זהו חוסר סבירות שאינו קשור ב"עילת-פסלות אחרת"⁷¹; הוא אינו תלוי בכך שתהא לעותר זכות משפטית⁷². אם קיים חוק (הקובע נוסחה מפורשת או משתמעת לאיוון אינטרסים), בית המשפט כמובן יתחשב בו⁷³, אולם נראה שהחוק אינו תנאי הכרחי, ובג"צ מוסמך לבחון "סבירות" על-פי "העובדות ומטרת האקט". "חוסר הסבירות" של תורת הסבירות הוא חוסר סבירות "בפני עצמו" במלוא מובן המלה. הוא מסמך את בג"צ לפסול כל החלטה מינהלית מכל שיקול שהוא. הטענה היא, שבכך ניתקת תורת הסבירות מן המשפט המינהלי המוכר.

ראוי לציין, שהפער הגל, שבין תורת הסבירות ובין המשפט המינהלי המוכר, הוא, ככל הנראה, שורש המחלוקת בין הנשיא לנדוי בפסקי דינו בפרשות פיגל, אולפני הרצליה ודפי זהב, ובין השופט ברק בפסקי דינו במרכז הקבלנים וברפי זהב. מן האמור לעיל עולה, שבעניין תיאורו של המשפט המצוי, הכף נוטה לגרסתו של הנשיא לנדוי, אם כי יש יסוד לומר שניסוחו של הנשיא, לפיו בית המשפט אינו בוחן "סבירות" אלא אם יש לעותר זכות מהותית או חירות (על-פי מיונו של הוהפלד), הוא צר מדי, כיוון שבמשפט המצוי בודק, כאמור, בית המשפט את סבירותו של האקט המינהלי לא רק במקרים של פגיעה בזכות מהותית או בחירות, אלא גם במקרים אחרים כגון פגיעה בהוראות דין, או בחובותיו של המינהל כלפי הציבור ולא דווקא כלפי הפרט⁷⁴.

17. מכאן שהתורה שפותחה בדפי זהב היא תורה מהפכנית. ההבדל שבין הסבירות במשפט המינהלי המסורתי, דהיינו ה"סבירות המשפטית", ובין הסבירות על-פי דפי זהב, דהיינו ה"סבירות הבלתי משפטית", הוא הבדל רב משמעות. בשלב זה די לציין את המשמעויות העיקריות.

ראשית, כאשר הסבירות נבחנת לצורך עילה משפטית, בית המשפט מבקר את חוקיותו (legality) של האקט המינהלי. לעומת זאת, כאשר הוא מתערב באי-סבירות על-פי

69 לעיל, הערה 3, בעמ' 184–185.

70 בג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 105, וראה דפי זהב (לעיל, הערה 14), בעמ' 439.

71 דפי זהב, שם, בעמ' 438.

72 מרכז הקבלנים (לעיל, הערה 13), בעמ' 745.

73 דפי זהב (לעיל, הערה 14), בעמ' 444–445.

74 הנשיא אמר אמנם, בשולי פסק דינו בדפי זהב, כי "נראה שלמעשה עמדותינו אינן כה מנוגדות, ושהמחלוקת מתמצית במידה רבה בענין שבמינוח" (שם, בעמ' 432). עם כל הכבוד, נראה לי שהמחלוקת אינה על מינוח אלא היא דווקא מחלוקת מהותית. העמדות הן עמדות מנוגדות, ודווקא המינוח — בשונה מן המהות — משותף. לעניות דעתי, יש בדברי הנשיא כדי להסביר את הסכנה הטמונה בשימוש במונח "הסבירות" כבסיס לעילת התערבות.

תורת הסבירות, הריהו מתערב במדיניות הרשות ובתוכן פעולותיה (merits). התערבות של המערכת השיפוטית במדיניותה ובתוכן מעשייה של הרשות המבצעת נחשבת, על-פי עקרונותיו היסודיים של המשפט המינהלי, לחידת המערכת השיפוטית אל תחומים לא לה, שכן עקרונות היסוד אומרים שעניינו של בית המשפט הוא בחוקיות ולא במדיניות ותוכן:

"But the court's duty is to confine itself strictly to the question of legality. If the administrative authority has acted within its poyers and according to the law, it is no business of the court to interfere"⁷⁵.

שנית, כאשר בג"צ בוחן "אי סבירות" משפטית, נקודת המוצא, נקודת הכובד והמסגרת הם משפטיים, ולפיכך יכול בג"צ להכריע בשאלות ובטענות שבפניו על-פי כללים וכלים משפטיים, התואמים את טבעו, כישוריו ותפקידיו. לא כן ב"חוסר הסבירות בפני עצמו" של תורת הסבירות. כאן השאלות אינן משפטיות, ולפיכך גם הטיפול בהן אינו יכול לשאת אופי משפטי.

שלישית, בעבר היו שני שלבים בבחינת סבירותה של החלטה מינהלית. בשלב הראשון בחן בית המשפט האם קיימת עילה משפטית לכאורה להתערבותו, ורק אם התשובה לכך היתה חיובית עבר בית המשפט לשלב השני, ונכנס לבחינת הסבירות עצמה.

תורת הסבירות מבטלת את השלב הראשון, ומותירה רק את השלב השני (שהוא "מתחם הסבירות"). אם להיזקק שוב לאנלוגיה מדינית הנזיקין, תורת הסבירות היא "עוולת הרשלנות" שסילקו ממנה את השאלה "האם המזיק חב חובת זהירות לניזוק". לדעתי, ההרחבה הגורפת שתורת הסבירות מרחיבה את ההיקף הפוטנציאלי של התערבות שיפוטית בגוף שיקול הדעת המינהלית הנובעת בין היתר או אף בעיקר מכך.

18. לסיכום, תורת הסבירות המינהלית יוצרת עילת ביקורת שיפוטית חדשה. היא מושתתת על בסיס חדש וסוטה מעקרונות המשפט המינהלי. בהתאם לה, הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המינהלי אינה מוגבלת לביקורת חוקיותם של מעשי המינהל, אלא היא מעניקה לבית המשפט סמכות לבקר גם את תוכנו של האקט המינהלי, את מדיניות הרשות, את תבונתה ויעילותה. לכאורה, זוהי עילה גורפת, ובאופן פוטנציאלי היא מאפשרת התערבות שיפוטית חסרת הגבלה, שאינה כפופה אלא לריסון העצמי השיפוטי ("מתחם הסבירות"). בכוחה להפוך את בית המשפט ל"מינהל על", ולהטילו אל זירת הפוליטיקה, הממשל והמינהל. לפיכך, כשאמר השופט ברק ש"היה כולל את כל עילות הביקורת תחת הכותרת של חוסר סבירות", הוא נקט, כך נראה, לשון המעטה.

ז. איזון אינטרסים

19. המסקנה היסודית הנובעת משלוש הפרופוזיציות הראשונות של דפי זהב, לפיה תורת הסבירות היא תורה של התערבות שיפוטית גורפת, סויגה לעיל במלה "לכאורה",

75 וייד (לעיל, הערה 4), בעמ' 38.

בשל האמור בפרופוזיציה הרביעית: "עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול דעת מינהלי אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה"⁷⁶. נראה, שיש לראות את עקרון איוון האינטרסים כעיקרון הבא להגדיר את מטרתה של תורת הסבירות, לקבוע את תוכנה, ועל-ידי כך לגבשה ולתחום לה תחומים⁷⁷.

אולם הטענה היא, שעקרון איוון האינטרסים אינו מצליח לעשות את תורת הסבירות לתורה מגובשת בעלת תוכן ותחומים; ויותר מזה, הטענה היא שעקרון איוון האינטרסים משקף את פרידתה של תורת הסבירות מן העקרונות והכללים של המשפט המינהלי המוכר, בכך שהוא מעביר את הדיון מ"זכויות" ל"אינטרסים", ובכך הוא מוותר על כללים ונורמות משפטיים.

20. אפתח במעבר מ"זכויות" ל"אינטרסים". במשפט המינהלי המסורתי פגיעה "בלתי סבירה" בזכות הפרט מהווה במקרים אחדים עילה להתערבות בג"צ בשיקול הדעת המינהלי, שכן ההגנה על זכויות הפרט מפני פגיעה שלטונית ומינהלית בלתי מוצדקת היא אחד מתפקידי החשובים של בג"צ.

המשפט המינהלי מכיר בזכויות מסוגים שונים שמשקליות שונים, ובחינת ה"סבירות" משתנה בהתאם לכך. זכות ההתאגדות⁷⁸, הזכות להפיץ ולקבל מידע⁷⁹ וזכותו של הפרט לכך שהרשות תמלא את הבטחותיה⁸⁰, הן כבדות משקל, והרשויות אינן רשאיות לפגוע בהן אלא מנימוקים כבדי משקל. בשונה מכך, זכותו של הפרט לכך שהרשות תפעל בהתאם להנחיות פנימיות⁸¹ משקלה קל, ודי ב"נימוק סביר" על מנת לפגוע בה. המכנה המשותף לכלל הזכויות הוא, שכולן אינטרסים המוגנים במשפט. לפיכך, כאשר המשפט מייחס לאינטרס כלשהו ערך מטעם זה או אחר, הוא מעניק לו מעמד של זכות, ובכך הוא מעניק לו הגנה. במשפט המינהלי, לומר שיש לאדם זכות כלפי הרשות פירושו לומר שהרשות אינה רשאית להתעלם ככל שתאבה נפשה מן האינטרס המוגן, ובית המשפט יגן במקרים מתאימים על האינטרס נשוא הזכות מפני פגיעה בלתי מוצדקת.

מצבם של אינטרסים פרטיים שאינם זכויות שונה לחלוטין. המשפט המינהלי המסורתי אינו מייחס להם ערך אמספיק כדי להעניק להם מעמד של זכויות, אינו דורש מן הרשות להתחשב בהם והוא אינו מגן עליהם מפני פגיעה שלטונית (שאינה פסולה בפני עצמה). פגיעה שפוגעת הרשות, ואפילו פגיעה קשה, באינטרס שאינו בעל מעמד של זכות משפטית כלפיה, איננה עילה להתערבות בג"צ בשיקול הדעת המינהלי, ולפיכך לא יבחן בית המשפט את "סבירותו" של אקט מינהלי רק משום שעומד לפניו עותר בעל

76 דפי זהב (לעיל, הערה 14), בעמ' 437, 444–447.

77 אם כי בנקודה זו פסק דין דפי זהב אינו ברור. ניתן להבין ממנו גם שהעיקרון של איוון האינטרסים הוא דוגמה אחת בלבד לתוסר סבירות. אם לכך נתכוון השופט ברק, אזי תורת הסבירות היא תורה של התערבות טוטלית (פרט לריסון השיפוטי), בלא כל "לכאורה".

78 ד"נ 16/61 כרדרש (לעיל, הערה 9).

79 בג"צ 243/62 אולפני הפרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי (לעיל, הערה 55).

80 בג"צ 321/75, 135 פאי טקס ואומן (לעיל, הערה 19); בג"צ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות ואח', פ"ד לב (3) 742.

81 בג"צ 143/64 ארמו נ' עמידר ואח', פ"ד יח (3) 51.

אינטרס פגוע. לדוגמה, כאשר שר מתקין חקנות, הוא אינו חייב להביא בחשבון שיקוליו את העובדה שהחקנות יפגעו בביצוע התחייבויות חוזיות כלפי העותר⁸², ובית המשפט לא יודקק לשאלה האם פגיעתן של החקנות בהתחייבויות החוזיות היא "סבירה". החקנות פוגעות באינטרס של העותר, אולם אין לעותר זכות משפטית.

מכאן, שאמירתו התמציתית של הנשיא לנדוי בפסק דין פוגל⁸³, כי "שאלה רבה היא בעיני, אם העותרים יכולים לבוא בפנינו בטענותיהם על חוסר סבירות, באין בידם זכות מהותית אשר נפגעה", משקפת את גישתו העקיבה מימים ימימה של בג"צ, שבפסקי הדין שלו שזורים מקרים רבים שבהם נקבע שאין עילה להתערבותו של בית המשפט, מאחר שאין לעותר זכות מהותית⁸⁴.

בסרבו להיכנס לבחינת סבירותה של הסרת הצבע מסרטי טלוויזיה מיובאים, בפסק דין פוגל, הכריע אפוא הנשיא לנדוי על-פי גישתו וכלליו המושרשים של המשפט המינהלי. כך גם השופט י' כהן, כשפסק במרכז הקבלנים כי: "הכלל הוא, שאף אם התקשרות חוזית של הממשלה עם ראובן יכולה לגרום תוצאות כלכליות חמורות לשמעון אין לשמעון כל זכות לדרוש שדעתו תשמע לפני ההתקשרות החוזית, ואין לו כל עילה לפניה לבית המשפט"⁸⁵.

21. החידוש שהכניס עקרון איוון האינטרסים של דפי זהב, המכיר גם באינטרסים שאינם זכויות, הוא כלהלן: זכויות נבדלות כאמור מאינטרסים גרידא בכך שיש להן מעמד משפטי, ואילו לאינטרסים (שאינם זכויות) אין מעמד משפטי. הנובע מכך הוא, שכאשר בג"צ בוחן (במקרים מתאימים) את סבירותו של אקט מינהלי הפוגע בזכות, הריהו בוחן סבירות בהקשר של נורמה משפטית, דבר התואם כאמור את גישתו של המשפט המינהלי המסורתי. לעומת זאת, כאשר בג"צ בוחן את סבירותו של אקט מינהלי הפוגע באינטרס גרידא, הריהו בוחן סבירות מחוץ להקשר של נורמה משפטית, סבירות שאינה נוגעת לחוקיות האקט, אלא לתוכנו, וזאת בחריגה מן המשפט המינהלי המוכר.

תורת הסבירות, שאינה מצמצמת את בחינת הסבירות לכללים ונורמות משפטיים בלבד, אינה מבחינה, ולשיטתה אכן אין מקום שתבחין, בין זכויות ובין אינטרסים החסרים מעמד משפטי. לגבי דידה, עילת התערבות המיועדת להגן על זכויות, כוחה יפה גם לאינטרסים גרידא. בדרך זו נוצר עקרון איוון האינטרסים.

עקרון איוון האינטרסים משקף אפוא את ההרחבה הגורפת של כללי המשפט המינהלי, על-פי תורת הסבירות, על-ידי כך שהיא מתרגם "זכויות" ל"אינטרסים". אם יש צורך

82 בג"צ 898/79, 893, 879 אפא"י ואח' נ' שר התעשייה המסחר והתיירות ואח', פ"ד לד (2) 449.

83 בג"צ 112/77 פוגל (לעיל, הערה 30).

84 לדוגמה: בג"צ 341/65 ארגון לשיווק צמיגים (לעיל, הערה 27); בג"צ 7/64 בן איסו נ' משרד השיכון, פ"ד יח (1) 223; בג"צ 193/64 המנדלים נ' ראש המועצה אעפלין, פ"ד יט (1) 617; בג"צ 388/66 שמש נ' נציבות שירות המדינה ואח', פ"ד כ (4) 735; בג"צ 344/61 ועקנין ודהאן נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד כא (1) 501; בג"צ 371/71 חברת ניימן בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד כה (2) 566; בג"צ 293/78 גרפר נ' ראש אכ"א, פ"ד לב (2) 374; בג"צ 754/79 ב"מ למסחר פיטמן בע"מ נ' משרד הפנים, פ"ד לד (2) 445.

85 מרכז הקבלנים (לעיל, הערה 13), בעמ' 745.

בראייה לכך, ניתן למצאה הן בעובדה שהשופט ברק אמר למעשה עוד במרכז הקבלנים⁸⁶, שאינו רואה הבדל בין זכות לאינטרס, והן בעובדה שכל האסמכתאות שהביא בדפי זהב כאסמכתא לקיום עקרון איוון האינטרסים מתייחסות לזכויות יסוד⁸⁷.

22. עקרון איוון האינטרסים מדגיש וממחיש את החידוש המהפכני שבתורת הסביבה רות: מבחינת בית המשפט, עקרון איוון האינטרסים הוא הענקת סמכות גורפת להתערב בשיקול הדעת המינהלי, ועל כך כבר עמדנו. מבחינת הרשות המינהלית, עקרון איוון האינטרסים מטיל עליה חובה כוללת להביא בחשבון שיקוליה "אינטרסים" חסרי מעמד משפטי. עד כה היתה הרשות חייבת להתחשב בזכויות מסוימות, ורשאית להתחשב באינטרסים (לגיטימיים וולנטריים) שאינם זכויות. מעתה (אם דפי זהב הוא ההלכה) חייבת הרשות להתחשב גם בהם ולתת להם משקל "ראוי", שאם לא כן עשוי בית המשפט לפסול את ההחלטה. זוהי תפנית חדה.

23. לכאורה, עקרון איוון האינטרסים פחות מעורפל ויותר מגובש מסתם "חוסר סבירות". אך דא עקא, נראה שדי בעיון שטחי כדי להיווכח בכך שעקרון איוון האינטרסים (אינטרסים שאינם זכויות) הוא נוסחה שקשה לישמה. אפשר להראות זאת בכמה דרכים, אך נראה שדי בפשוטה שבהן.

עקרון איוון האינטרסים מטיל כאמור על הרשות המינהלית חובה "לתת משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה". הרשות חייבת אפוא להתחשב באינטרסים שונים, ועם זאת ברור שהרשות אינה חייבת להתחשב בכל האינטרסים המושפעים מהחלטותיה. פעולות מינהליות משפיעות בלא הרף על כל מיני אינטרסים: כלכליים, חברתיים ופוליטיים; חומריים, רגשיים ואידאולוגיים; אינטרסים של יחיד או של רבים; אינטרסים חשופים ונשואי פנים; ואינטרסים קלי-ערך ונקלים. לאקטים מינהליים שונים יש השפעות שונות. למשל, אקט כללי משפיע אחרת מאקט אינדיווידואלי. גם הקשרים בין האקט המינהלי לאינטרס אינם אחידים — יש השפעות ישירות, השפעות עקיפות, והשפעות עוד יותר עקיפות. גם התוצאות שונות — יש הבדל בין אקט מינהלי המשנה את מצבו של ראובן לרעה, ובין אקט מינהלי שאינו משנה את מצבו לטובה, ושניהם שונים מאקט המשנה לטובה את מצבו של מתחרהו המסחרי של ראובן. ואם לא די בכך, במקרים רבים מאוד אין הרשות יודעת כלל מה הם האינטרסים המושפעים, מי הם בעליהם ומה טעותיהם, אלא אם כן קיים מנגנון סטטוטורי או מינהלי מתאים (דוגמת זה שבחוק התכנון והבניה, תשכ"ה—1965). אולם, מנגנונים כאלה יש ליצור, והם יקרים ומסורבלים.

לפיכך, עד שבאים לשקול את האינטרסים, יש להבחין בין אלה שיש להביאם בחשבון ובין כל היתר.

אולם, איך ממיינים אינטרסים רבים כל כך, שונים כל כך, שכולם בעלי מעמד משפטי אחד, דהיינו חסרי מעמד? מה הם העקרונות, הכללים והמבחנים שיורו לרשות, או יאפשרו לבית המשפט להורות לרשות, אילו אינטרסים היא חייבת להביא בחשבון ואילו לא?

86 שם, שם.

87 דפי זהב (לעיל, הערה 14), בעמ' 445.

למשל, מע"צ משנה תוואי של דרך, והדבר פוגע בגישה למספר גדול של חלקות גובלות. האם עליה להביא זאת בחשבון? ⁸⁸ תחרות היא הדרך הטובה ביותר לקבל את ההצעה הטובה ביותר במקרה מסוים, האם חובה היא "לתת הזדמנות" לכל המתחרים הפוטנציאליים? ⁸⁹ אם כן, כלום פירוש הדבר שמכאן ואילך אסורים "מכרזים סגורים" שלפיהם נעשות כידוע רוב ההזמנות הממשלתיות הגדולות? רשות נתנה רישיון לחפירות ארכיאולוגיות והדבר מועזע את החרדים. האם הרשות חייבת לתת משקל ראוי לרגשותיהם, ולשקול את ביטול הרישיון? ⁹⁰ רשות השידור עומדת לפתוח בהקרנת "עמוד האש". האם עליה לתת "משקל ראוי" לרגשות קיפוח של העותרים, ולדעותיהם השליליות על הקונספציה ההיסטורית שביסוד הסדרה? ⁹¹ מה נובע מפסק דין סמרה? ⁹² האם נובע ממנו שיש להתיר ישיבת קבע בישראל לכל "מקרה הומני הריג", למשל לפליטים או לאנשים הבאים מארצות שהרעב שורר בהן? האם "אינטרס הומני חריג" מצומצם רק לכניסה לישראל, או שהוא חל, למשל, גם על עלובי החיים הזקוקים לקיוסק?

אם עקרון איזון האינטרסים הוא בעל משמעות, צריכה להיות שיטה משפטית, ולו מינימלית, להשיב על שאלות כאלה. אולם שיטה כזו אין, שכן תורת הסבירות אינה נותנת לכך אפילו קצהו של חוט. אין בה ובמטרותיה נקודת אחיזה לקביעת עקרונות ומבחנים משפטיים שיורו לרשות באילו אינטרסים עליה להתחשב. בכלל, קשה ביותר לראות כיצד אפשר לקבוע עקרונות ומבחנים משפטיים לטיפול סובסטיבי בגורמים החרדים מימד משפטי.

נראה שדי בכך, ואפשר להניח לשאלות הקשות יותר – האם וכיצד ניתן לייחס במשפט "משקל ראוי" לאינטרסים שהמשפט אינו מייחס להם ערך, ואינו מעניק להם מעמד של זכות משפטית.

24. עקרון איזון האינטרסים הוא אפוא נוסחה, שאפשר לומר עליה שהיא מבטאת רעיון כולל לגבי מטרות המשפט בכלל, ואפשר להסכים לכך שהיא יכולה להיות מטרה של המשפט המינהלי. אולם היא אינה יכולה להיות בסיס משפטי הולם לביקורת שיפוטית על שיקול דעת הרשות המינהלית, שכן היא כוללת ומעורפלת מדי. אם מבקשים למלא את עקרון איזון האינטרסים בתוכן משפטי, יש ליצור לשם כך תורה נוספת או תורות נוספות.

אולם, וזה העיקר: בינתיים תורה כזו אינה קיימת ותורת הסבירות חיה, ומופ"עלת מפעם לפעם, למרות שאין לה כללים סובסטיביים, כלומר אין היא נותנת בידי בית המשפט עקרונות וכללים שינחורו וידריכוהו ⁹³. התוצאה היא, שבית המשפט מכריע בשאלות שבמהלוקת על-פי דעותיהם ותחושות הצדק של שופטי ההרכב. החשש הוא, שדבר זה עלול להביא לויתור על כל אמות מידה משפטיות אובייקטיביות.

88 בג"צ 264/66 "השעמוך" מפעלי הפקק לכירדור נ' שר העבודה ואח', פ"ד (4) 768.

89 רפי זהב (לעיל, הערה 14).

90 בג"צ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית (טרם פורסם).

91 בג"צ 1/81 שידן (לעיל, הערה 25).

92 לעיל, הערה 5.

93 ראה לאחרונה בג"צ 112/81 זילבר ובניו נ' עיריית באר שבע ואח', פ"ד (4) 458, 461.

ה. השתקפות המסקנות והחששות בפסיקה הלכה למעשה

25. עיון בפסיקה מן התקופה האחרונה מלמד, לדעתי, כי החששות שהועלו לעיל מפני איבוד אמות מידה משפטיות אובייקטיביות אינו חשש בעלמא, אלא לפנינו נטייה המתחילה להסתמן בפסיקת בית המשפט. התמונה המצטיירת היא, כלשונו של טניסון: "A wilderness of single instances."⁹⁴

26. הדבר מתבטא קודם כל בכך, שהביקורת השיפוטית על "סבירות" של שיקול הדעת המינהלי היא כזאת, שקשה מאוד לדלות ממנה מהו העיקרון או המבחן המשפטיים שעליהם ביסס בית המשפט את החלטתו, וממילא קשה לאמוד את ערכו התקדימי. כזאת היא, למשל, ההכרעה בפרשת קוקרן⁹⁵, שם קבע בית המשפט כי העניין נשוא העתירה מעורר שאלות נכבדות על יחסי חוץ, בלי לגמק את קביעתו זו, שעמדה בניגוד לקביעתו של שר החוץ, לפיה לא היו כרוכים בעניין שיקולים של יחסי חוץ. הדוגמה הקיצונית ביותר היא, כנראה, ההכרעה בפרשת קונסורציום⁹⁶, שם קבע בית המשפט מה הם דמי היתר "סבירים מבחינה כלכלית" בלי לגמק כלל את הכרעתו. אולם, אפילו בפסק דינו של השופט ברק בעניין פגל⁹⁷, שבו נפסק שהחלטת שר הפנים שלא לקבוע שעון קיץ היא סבירה, שכן "השר התחשב בגורמים כולם, לא הפחית בגורם פלוני יתר על המידה, ולא העלה גורם אלמוני יתר על המידה", לא בואר כיצד נקבע שהגורמים ששקל השר הם כל הגורמים הרלוונטיים, ומה הם העיקרון או אמת המידה לקביעת משקלם הראוי של כל הגורמים הרבים והשונים המושפעים מאי-קביעת שעון קיץ.

פסקי דין מן התקופה האחרונה אינם מגלים את הטעמים לכך שבית המשפט מתחשב (כלומר, מצווה על הרשות להתחשב) באינטרס זה או אחר. אכן, כאשר האינטרס הוא אינטרס מוגן במשפט, אין צורך לגמק את הדרישה להתחשב בו. אולם, אינטרסים שאינם מוגנים, כגון אינטרס של מתחרה מסחרי, או אינטרס של בעל קרקע המציע לשנות תכנית מתאר מקומית, או אינטרס של מי שמבקש לשבת ישיבת קבע בישראל, נראה שהדרישה להתחשבות בהם אינה מובנת מאליה, ויש לבארה.

27. התופעה האופיינית השנייה בפסיקה בג"צ מן התקופה האחרונה היא קיומן של החלטות שאינן מתיישבות זו עם זו. מצד אחד קיימת, כפי שפורט לעיל, פסיקה של התערבות כמעט טוטלית בשיקול הדעת המינהלי. לעומתה קיימת פסיקה שבה גילה בית המשפט איפוק שיפוטי הצועד בנתיבי מסורתו הנושנה של המשפט המינהלי, שהגיע בכמה מקרים לדרגה גבוהה מאוד של איפוק שיפוטי. הכוונה היא למקרים שבהם דחה בית המשפט עתירות, לפעמים אף בלא ליתן בהם צווים על תנאי, בקבעו קביעות כגון שקיימים תחומים שאינם פתוחים לביקורת שיפוטית, או שבית המשפט לא יצווה על הרשות לעשות מעשה שאין עליה חובה משפטית לעשות, או שיש לרשות שיקול דעת בלתי מוגבל⁹⁸.

94 Aylmer's Field, Line 441 (לעיל, הערה 4), בעמ' 21.

95 בג"צ 518/79 קוקרן (לעיל, הערה 16).

96 בג"צ 140/80 קונסורציום (לעיל, הערה 20).

97 בג"צ 217/80 פגל (לעיל, הערה 10).

98 בג"צ 464/78 צדיקי נ' משרד השיכון, פ"ד לב (3) 698; בג"צ 217/80 פגל (לעיל, הערה 10).

חוסר האיזון בין ההכרעות השונות בולט במיוחד בנושאים של פגיעה בזכויות העותרים ובמקרים שבהם הרשות מפעילה שיקול דעת "רגיל": הדעת נותנת, שבית המשפט יבחון מקרים של פגיעה בזכויות יסוד ביתר קפדנות משיבחון מקרים שבהם העותר חסר כל זכות, וכמו כן צפוי היה שבית המשפט יתערב בשיקול דעת "רגיל" ביתר קלות מאשר בשיקול דעת "מוחלט". התמונה האמיתית שונה. כפי שראינו, מצד אחד התערב בית המשפט בשיקול דעת מוחלט או סובייקטיבי, ובעניינים שנחשבו מאז ומתמיד לכאלה שבית המשפט אינו מתערב בהם, וזאת אפילו כאשר לא נפגעה כל זכות של העותר, או שזכויותיו נפגעו פגיעות עקיפות בלבד. מצד שני, דווקא בעתירות שעניינן פגיעות בזכויות, ואפילו פגיעות ישירות וקשות בזכויות יסוד, נקט בית המשפט מידה גדולה של "איפוק שיפוטי", ולא גילה כל "אקטיביזם"⁹⁹.

ט. תורת הסבירות ועולת הרשלנות

28. כאמור, עילת חוסר הסבירות על-פי מרכז הקבלנים ודפי זהב מעוררת רושם של ניסיון לאמץ אל המשפט המינהלי את עולת הרשלנות הגזיקית. כבר הערנו על כך, שהדמיון החיצוני בין עילת חוסר הסבירות ובין עולת הרשלנות עשוי לתרום לטשטוש טבעה הגורף של עילת חוסר הסבירות. עתה ראוי להתייחס לצדה האחר של אותה תופעה: הדמיון בין השתיים עשוי לעורר ציפייה לכך שכמו שעולת הרשלנות התפתחה מנוסחת מסגרת לשיטה משפטית בעלת עקרונות וכללים (שאמנם אינם נקיים מקשיים ומאי-בהירויות), כך יהא גם גורלה של עילת חוסר הסבירות. טענתי היא, שקשה לקוות שכך יהיה לגבי תורת הסבירות, וזאת משלושה טעמים עיקריים.

ראשית, הן בדיני הגזיקין והן במשפט המינהלי, ה"סבירות" משמשת כמדד להתנהגות. אולם, בעוד שבדיני הגזיקין מודדים באמצעותה התנהגות זהירה, הרי במשפט המינהלי מודדים באמצעותה תבונה, יושר, הגינות, יעילות וכו'. דהיינו מגוון רחב מאוד של שיקולים.

שנית, עולת הרשלנות מכריעה בין צרכים (או אינטרסים) פחות או יותר ידועים, פחות או יותר מוסכמים, וכאשר אינם מוסכמים הוויכוח בדרך כלל מוגדר וידוע: בין הצורך להגן על גוף ורכוש מפני פגיעה בלתי זהירה ובין הצורך שלא לפגוע באינטרסים חשובים לא פחות, כגון תקינות חיי התעשייה והמסחר וכיו"ב, אשר דרישה לזהירות יתר תפגע בהם יתר על המידה.

לא כן עילת חוסר הסבירות, המבקשת "לאזן אינטרסים" לשמה, כאשר האינטרסים הם רבים, שונים, וייתכן שאף אינם ידועים, דהיינו עילה שאין לה אף מינימום של הבהירות, הודאות וההסכמה שיש לעולת הרשלנות.

מפי השופט ח' כהן; בג"צ 879/79 אפא"י (לעיל, הערה 82), מפי השופט ויתקון; בג"צ 754/79 ב"מ למסחר פיסמן בע"מ (לעיל, הערה 84), מפי השופט ח' כהן; בג"צ 512/80 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית (לעיל, הערה 90), מפי השופט י' כהן. 99 בג"צ 292/80 משה לוי נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לה (1) 57; בג"צ 377/80 ד"ר עיראקי נ' שר הבריאות ואח', פ"ד לה (1) 650; בג"צ 879/79 אפא"י, שם; ע"א 224/79 דיאמנט נ' שר הבריאות, פ"ד לה (2) 424; בג"צ 296/80 בוקובזה נ' שר הפנים, פ"ד לה (1) 492.

שלישית, עילת חוסר הסבירות היא כאמור מעין "עוולת הרשלנות" שסילקו ממנה את "חובת הזהירות" והותירו רק את "סטנדרד הזהירות". שיקולים אלה מלמדים, לעניות דעתי, שאם עוולת הרשלנות נתקלת בקשיים לא קטנים של גיבוש ויציקה לכללים משפטיים, הרי עילת חוסר הסבירות, שיסודותיה אינם ידועים כמעט כלל, על אחת כמה וכמה.

י. מסקנות והערות נוספות

29. כאמור, מטרתה של עילת חוסר הסבירות הן ליצור בסיס משפטי להתערבות רחבה של בג"צ בשיקול הדעת המינהלי על מנת לאזן אינטרסים, ואת מטרתה אלה היא משיגה. בניגוד למשפט המינהלי המוכר, היא מסמיכה את בית המשפט להתערב בשיקול הדעת המינהלי התערבות גורפת.

מבחינה פורמאלית היה בג"צ מוסמך גם בעבר לפסוק לגבי כדאיות עסקאות בתכנון ערים ובתוכן שידורים, שכן סמכותו אינה מוגבלת אלא בהגבלות שהוא מגביל את עצמו. בג"צ אינו חורג אפוא מסמכותו כאשר הוא דן *de novo* בהחלטות מינהליות, פוסק בנושאים שבמדיניות או בנושאים שבמומחיות וקובע שהחלטה זו או אחרת היא כה מופרכת מבחינה מסחרית, תכנונית, חברתית, הומניטרית וכד', עד שיש לפסלה. אולם, מי שגורס שכך יפעל מעתה ואילך בית המשפט הגבוה לצדק, חייב להביא בחשבון שזהו שינוי מהפכני, ושתורת הסבירות מטילה על בית המשפט "תפקידים שבית המשפט לא קיבל על עצמו מעולם עד כה"¹⁰⁰, הנחשבים באופן מסורתי כמצויים מחוץ לתחומיה המקובלים והלגיטימיים של התערבות המערכת השיפוטית במעשי הרשות המבצעת. הגימוקים כבדי המשקל נגד הרחבה יתרה של תפקידו המסורתי של בית המשפט כוחם יפה גם בימים אלה, כאשר חלה שחיקה גדולה באמון במוסדות הדמוקרטיים ובעקרון הפרדת הרשויות.

30. זאת ועוד. בשאלות משפטיות בית המשפט הוא הפוסק האחרון, ועל כך אין עוררין. מכאן, כאשר בית המשפט משוכנע שעליו להכריע בשאלות שטבען אינו משפטי, כגון כדאיות עסקאות או תוכן שידורים, לצורך הכרעה בחוקיותו של אקט מינהלי, הוא עשוי להכריע בהן, למרות שאינן בתחום כישוריו, ולמרות שדעתו בשאלות כאלה אינה עדיפה אולי על דעתם של הדיוטות¹⁰¹. במקרים כאלה ההכרעה הבלתי משפטית היא לגיטימית, שכן היא הכרחית (לדעת בית המשפט) לצורך הכרעה משפטית. אולם, כאשר בית המשפט פוסק בנושא כלכלי, חברתי וכיו"ב מחוץ להקשר משפטי, שאלה היא היש לכך הצדקה.

כאן מתעוררים שני חששות עיקריים. האחד — ניסוחה המשפטי של עילת חוסר הסבירות עשוי לטשטש את העובדה שנושא כלשהו, שאינו משפטי ואינו צריך לנושא משפטי אחר, מצוי מחוץ לתחום כישוריו של בית המשפט¹⁰². לדוגמה, הקביעה בדפי

100 דפי זהב (לעיל, הערה 14), בעמ' 432.

101 בג"צ 1/81 שירן (לעיל, הערה 25).

102 ראה את הרצאתו של פרופ' ברק על שלטון החוק, שניתנה בימי עיון לשופטים בשנת תשל"ו (קובץ הרצאות לשופטים בשנת תשל"ו, 15). שם ייחס פרופ' ברק (שכיהן אז כיועץ המשפטי

זהב לפיה תחרות היא בדרך כלל הדרך היעילה ביותר לקבלת ההצעה הטובה ביותר: נראה, שהכלכלנים, שהם בני הסמכא בנושא, יאמרו כי בחירת מערכת הכללים שבמסגרתם תקבל הממשלה את ההצעה הטובה ביותר היא בעיה קשה מאוד, אשר על מנת להחליט בה יש צורך באינפורמציה רבה ומגוונת, וכי בעולם המסחר המסובך של ימינו, כאשר עסקאות מורכבות הן עניין יומיומי, כלל לא ברור מהי הדרך היעילה ביותר לקבל את ההצעה הטובה ביותר, וכלל לא ברור מהי ההצעה הטובה ביותר. זהו נושא כלכלי מורכב אשר בשנים האחרונות נכתבה עליו ספרות נרחבת.¹⁰³

החשש השני הוא מכך שטענות מוצדקות כלפי בית המשפט יגררו אחריהן טענות שאינן מוצדקות, שכן הציבור מתקשה להבחין בין התערבות בשיקול הדעת המינהלי לצורך הכרעה משפטית בין התערבות "סתם". הדבר עלול לפגוע במטרות ובערכים החשובים שבית המשפט מופקד על שמירתם. לפיכך, עד שבית המשפט בא להכריע בענייני כלכלה, תכנון וכיו"ב, שבהם אין הוא יכול, עקב טבעם של התחומים וטבעם של כישוריו וכליו, להועיל הרבה, מן הראוי לתת את הדעת למחיר הצפוי בעקרונות שלטון התוק, ביסודות הדמוקרטיה, בזכויות יסוד, בהגנה על קבוצות מיעוט. אפשר שסכנה כזו נראית כיום רחוקה מאוד, אולם חומרתה, אם תתממש, גדולה כל כך, שיפה לגביה זהירות יתר.

בנוסף לכך, נראה שיש לחשוש מכך שתורת הסבירות מגדילה את הפער הקיים בין המשפט המינהלי ובין המשפט האזרחי והמשפט הפלילי. כבר עתה קיימים פערים ואי-התאמות מכבידים בין המשפט המינהלי ובין ענפי משפט אלה. לאחרונה בא הדבר לכלל ביטוי בקריאתו של השופט י' כהן להכניס —

"שנוי יסודי בדרכי הפיקוח של בית המשפט על פעולות הממשל, ואם שנוי זה לא יבוא בדרך חקיקה מן הראוי שבית משפט זה ינסה לקבוע הלכות חדשות וברורות, שיתירו את הקשרים הסבוכים, שנוצרו ברבות הימים בשטח המשפט המינהלי, ואשר יש להם השלכות, לעתים לא רצויות, לשטחי משפט אחרים"¹⁰⁴.

אולם, יש חשש כי תורת הסבירות תגדיל את הפערים בין ענפי המשפט השונים. כך, כבר היום, מצבו של עותר בבג"צ עשוי להיות טוב ממצבו של תובע במשפט

לממשלה) למשפטנים בכלל ולשופטים במיוחד "כישורים לבנות שיטה משפטית טובה יותר וצודקת יותר", שפירושה, כפי שביאר שם, איזון בין צורכי הפרט ובין צורכי הכלל, ותיאורם כ"חוד החנית של השאיפה לדין רצוי יותר וטוב יותר" וכ"ארכיטקטים של השנוי החברתי". אולם מקובל לחשוב, שהמשפטנים בכלל והשופטים בפרט הם קבוצה שמרנית, שאינה מתאימה לשמש כחוד חנית לשינוי חברתי, וכי כישוריהם אינם כל כך רחבים. ראה למשל: Devlin, *The Judge as a Lawmaker* (1979); Griffith, *The Politics of the Judiciary* (1977) 187-216.

L. Hurwicz, "On Allocation Attainable Through Mass Equilibria" in: J. J. 103 Laffont (ed.) *Aggregation and Revelation of Preferences* (North Holland, 1979); J. Riley & Zeckhauser, *Optimal Selling Strategies When to Haggle, When to Hold Firm* (J.F.K. School of Government, Harvard University, April 1980); E. Maskin & J. Riley, *Auctioning an Indivisible Object* (J.F.K. School of Government, Harvard University, April 1980).

104 ע"פ 768/80 שפירא (לעיל, הערה 11).

אורחי. תורת הסבירות, שאינה תלויה בנורמות וכללים משפטיים, עלולה להחריף את המצב.

31. יתרה מזו, קיימת היום נטייה להחיל את כללי המשפט הציבורי גם על הליכים אזרחיים: "האקט המינהלי הוא אחד, כללי המשפט הציבורי חלים אף בבית המשפט האזרחי, ואין הם מיוחדים לבית המשפט הגבוה לצדק"¹⁰⁵. אם כך הוא, הרי המסקנה ההגיונית היא, שבהליך אזרחי בין הפרט ובין הרשות יוכל אחד הצדדים לסמוך על עילת חוסר הסבירות, ומכאן שלא רק בית המשפט העליון בהרכבו המצומצם והמובחר יכול לבטל מעשים והחלטות הנראים בעיניו בלתי סבירים בפני עצמם, אלא כל שופט בישראל יכול לבטל אקטים אינדיווידואליים או כלליים, הנראים בעיניו "בלתי סבירים" מכל סיבה שהיא. אם יתממש הדבר, תהיה זו תוצאה קשה למינהל ולמשפט. אם לא יתממש, יגדל הפער בין ענפי המשפט.

32. כאמור, תורת הסבירות חסרה כלים וטבע משפטיים. דבר זה הוא החושף אותה לביקורת שהיא, לעניות דעתי, הביקורת הקשה ביותר: "The affairs of men are to be governed with serene and impartial uniformity which is the essence of the idea of law". אמר קרדוזו במסתו המפורסמת על טבעו של ההליך השיפוטי¹⁰⁶. במובן זה תורת הסבירות לוקה מבחינת "The essence of the idea of law" דהיינו מבחינת הסממנים הדרושים לתורת משפטית: אחידות, סדר, עקיבות, ודאות¹⁰⁷. עקב טבעה המעורפל האי עלולה להביא לאוסף החלטות בודדות וסובייקטיביות, המוכרעות באופן צר על-פי נסיבות המקרה הנדון ודעות השופטים, אשר אינן נשענות על עקרונות וכללים, ואינן מתמזגות לכלל מסכת אחת. ברם (כפי שנאמר בארצות-הברית בהקשר של ניתוח ביקורתי על גישתו ה"אקטי-ביסטית" של ה"Warren Court"):

"...judicial decisions is not fiat but principles which bind the judges as well as the litigant and which apply consistently among all men today, and also yesterday and tomorrow... they (these points) are the faith to which we lawyers are dedicated"¹⁰⁸.

תורת הסבירות מעניקה לבית המשפט מידה גבוהה ככל שניתן להעלות על הדעת של סמכות ושל גמישות. ובכך היא מאפשרת יותר פיקוח שיפוטי על פעולות הממשל והמינהל. אולם, המחיר המשפטי עלול להיות גבוה מדי. כאשר בית המשפט לא יוכל לסמוך את החלטותיו על שיטה משפטית בעלת עקרונות וכללים, אלא יסמוך אותן רק על עובדות המקרה ועל דעותיהם של שופטי ההרכב, שוב לא תהיה זאת עשיית משפט. בית המשפט יחדל למלא תפקיד שיפוטי ויתחיל לתפקד כ"מועצת אנשים

105 מרכז הקבלנים (לעיל, הערה 13), בעמ' 747; בג"צ 341/80 דוויק נ' מנהל שירותי הרואר, פ"ד לה (2) 197; ע"פ 768/80 שפירא, שם.

106 Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (22nd ed., Clinton, Mass., U.S.A., 1964) 36.

107 שם, בעמ' 67.

108 Archibald Cox, *The Warren Court* (1968) 21-22 108.

חכמים". המחיר גבוה מדי למשפט, וגבוה מדי לבית המשפט שכן, בלשונו של לורד דולין (Lord Devlin):

"If the judge leaves the law, and makes his own decisions, even if in substance they are just, he loses the protection of the law, and sacrifices the appearance of impartiality which is given by adherence to the law"¹⁰⁹.

ובניסוחו של לורד סקארמן (Lord Scarman) (בביקורת על התערבות "אקטיביסטית" של לורד דנינג):

"If people and the parliament come to think that the judicial power is to be confined by nothing other than the judge's sense of what is right... confidence in the judicial system will be replaced by fear of it becoming uncertain and arbitrary in its application"¹¹⁰.

33. התופעה הזאת חמורה בכל ענף משפטי. במשפט המינהלי היא מקבלת חומרה מיוחדת. וזאת מכמה טעמים:

ראשית, השאלה המרכזית של המשפט המינהלי — מהי מידת ההתערבות הראויה של הרשות השופטת בסמכויות הרשות המבצעת — היא מורכבת, עדינה, אין לגביה קונסנסוס, והיא אף אינה שאלה משפטית בלבד, אלא גם שאלה קונסטיטוציונית ופוליטית. לפיכך, ראוי הוא שגבולות ההתערבות ייקבעו באופן זהיר, ובמידת האפשר באופן אחיד ומנקודת מבט רחבה. תורת הסבירות, המותירה את שאלת היקף ההתערבות לשיקול דעת בית המשפט ממקרה למקרה, עלולה לסכל את המגמה הרצויה. שנית, מזה זמן רב מורגש כמדומה צורך בגיבושן של נורמות משפטיות בתחום פעולתו של המינהל הציבורי. תורת הסבירות עלולה להביא לויתור על הניסיון לגבש הלכות קיימות למערכת משפטית כוללת.

שלישית, אחד מתפקידי העיקריים של בג"צ הוא לקבוע נורמות וסטנדרטים אשר יחייבו את המינהל הציבורי וידריכוהו בפעולותיו. בין היתר מטעם זה מופקד המשפט המינהלי בידי בית המשפט העליון, למרות הלחץ והעומס שבו נתון בית המשפט. אולם החלטותיו של בג"צ ב"סבירות", אפילו כאשר הן נכונות ומועילות לגופן, אין בהן, בשל טיבן הבלתי משפטי, כדי לשמש הנחיה למינהל. תוצאה גלוית לכך היא זו שמצד אחד בג"צ מוצף בעתירות מיותרות¹¹¹, ומצד שני אורח שאיגו פונה לבג"צ, ולרוב אנשים נמנעים כידוע מהליכה לערכאות, עלול למצוא את עצמו חסר תרופה.

רביעית, וזהו העיקר, אי הוודאות עצמה: בשנים האחרונות הולכת ונוצרת תחושה לפיה לא ניתן לצפות באופן סביר אילו ממעשיה של הרשות המינהלית יעמדו בביקורת שיפוטית, ואלו מהם ייפסלו. בכל הזהירות הראויה, קיים חשש מכך שמידת אי-הוודאות הכרוכה בעילת חוסר הסבירות היא כה גדולה, עד שהיא עלולה להוביל לשרירות-לב שיפוטית. שכן העומס המוטל על בית המשפט, המחסור בכלים טכניים,

.Devlin, "Judges and Law Makers", 39 (1976) M.L.R. 4 109

.Duppont Steel Ltd. v. Sirs, (1980) W.L.R. 142, 169 110

111 מרכז הקבלנים (לעיל, הערה 13), בעמ' 753.

ליקויי המינהל, הרצון לסייע לאדם העומד בפני בית המשפט וטוען שקופת, דוחפים את בית המשפט, כאשר אין עקרונות וכללים שידריכוהו, לעשות "צדק" כמיטב יכולתו, על-פי המקרה הקונקרטי העומד בפניו ולפי הרגשת השופטים.

מתופעה זו יש להיזהר בשבע עיניים. בג"צ מופקד על נשמת אפה של הדמוקרטיה, על לב לבו של שלטון החוק. הוא השומר של הפרט ושל הציבור מפני שרירות לבו של המינהל ומפני הפגיעה בשלטון החוק. בשל כך עליו להקפיד הקפדה יתרה על כך שהחלטותיו תהיינה נקיות אף ממראית עין של שרירות-לב. בית המשפט הוא השומר על הצדק ועל השוויון. הוא השומר עלינו מפני השררה ושרירות הלב. עליו אין שומרים. שומה עליו לשמור על עצמו.

יא. סיכום

34. ברור, שאיש אינו מציע "להקפיד" את מטרותיה ותחומיה של ביקורת בג"צ על שיקול הדעת המינהלי. לא רק משום שהתרגלנו לזהות, באופן כמעט אוטומטי, "אקטיביזם" שיפוטי עם מושגים נאורים של קדמה, שלטון החוק, טובת הפרט וכיו"ב, אלא גם משום שיש משום אמת בזהויות, שכן ביקורת שיפוטית רופפת מאפשרת שימוש לרעה בכוח השלטון הנתון לרשויות הממשל והמינהל, ומפקיר עניינים ובני אדם שיש להגן עליהם.

טענותיו היסודיות של דיון זה אינן כנגד עצם הרחבת הביקורת השיפוטית, ואף לא כנגד עצם קיומה של נטייה לאקטיביזם שיפוטי. הטענות היסודיות הן למעשה שתיים:

הטענה האחת היא, שאין הצדקה לראות באקטיביזם שיפוטי מטרה בפני עצמה, וכי אין זה מן הראוי שהביקורת השיפוטית תבקש להיות בלתי מוגבלת.

הטענה השנייה היא, כי אין זה מן הראוי להעמיד את הביקורת השיפוטית, יהיו מטרותיה ומגמותיה אשר יהיו, על מסגרות כוללניות ומעורפלות, החסרות עקרונות וכללים משפטיים, אשר הפעלתן נשענת על נסיבות המקרה ושיקול דעת בית המשפט בלבד.

ברור, שקטונתי מלנסות להציע תחליף לדפי זהב. אולם, ייתכן שאין בעצם צורך בתחליף. ייתכן שדי לחזור על דבריהם של השופט אלון¹¹² ושל הנשיא לנדוי¹¹³, לפיהם הדרך הנכונה היא הליכה מן הפרט אל הפרט בלא הכללות חדשות. נראה, שהדרך הנכונה ביותר לפיתוח ולגיבושה של הביקורת השיפוטית על גוף שיקול הדעת המינהלי היא על-ידי פיתוחן וגיבושן של זכויות הפרט ושל חובות הרשות.

35. כל היתר הן שאלות רחבות אשר המשפט, היוריספרודנציה, השקפות עולם ודעות פוליטיות משמשים בהן בערבוביה.

ביקשתי להצטמצם במידת האפשר בצדם המשפטי של הדברים, בתקווה שההיבטים האחרים, שאולי הם היותר חשובים, ימצאו להם אכסניות נאותות מזו.

112 שם, בעמ' 753.

113 דפי זהב (לעיל, הערה 14), בעמ' 432.