

## שני מושגים של ריסון – וסבירות

מאת

יואב דותן\*

למרות המרכזיות של עילת הסבירות במשפטנו, הרי המהות של העילה ותכניה רחוקים מלהיות ברורים, והדיון בה סובל מעמימות, אי-בהירות מושגית ויישומית והיעדר היקבעות (indeterminacy). במאמר אני טוען כי כדי לפצח את 'הקופסא השחורה' של הסבירות עלינו להתמקד בניחוח של מונח אחר, הקשור בטבורו לסבירות, אך שהדיון בו הוזנח עד כה במידה רבה – הוא המונח 'ריסון' (deference). עוד אני טוען כי הדרך להבין את מהותו של מונח הריסון היא לבחון את מידת ההסכמה, או אי ההסכמה של הגורם המבקר (בית המשפט) עם העמדות של הגורם המבוקר (הרשות המנהלית). ניתוח המונח ריסון מנקודת ראות כזו מוביל למסקנה כי צריך להבחין בין שני מודים של ריסון. המוד הראשון הוא **ריסון של אי-הסכמה** שלפיו בית המשפט בוחן את העמדות של הרשות המנהלית לגופן, ומחליט האם מידת אי-ההסכמה שלו לגופו של עניין עם שיקולים אלו גוברת או נסוגה בפני שיקולים מסדר שני (content-independent considerations) התומכים בריסון. המוד השני הוא **ריסון של הימנעות**, שבמסגרתו בית המשפט בוחן בשלב הראשון את עוצמת השיקולים מסדר שני התומכים בריסון, ורק לאחר מכן, בוחן את ההחלטה לגופה, כאשר היקף הבחינה מעוצב, מלכתחילה, על ידי השיקולים מסדר שני, הנוגעים לריסון.

סקירה של פיתוח עילת הסבירות מנקודת המבט של עיקרון הריסון מצביעה על העובדה שיש שני מודלים מרכזיים של סבירות במשפטנו. את המודל הראשון אני מכנה 'סבירות של מופרכות' שעל פיו בית המשפט מתערב רק במקרים שבהם ההחלטה המנהלית היא 'בלתי סבירה באופן קיצוני' עד כדי כך שהיא מופרכת על-פניה. מודל זה של הסבירות שלט בכיפה במשפט שלנו עד לתחילת שנות השמונים, ובמסגרתו עילת הסבירות היתה קשורה בטבורה לעילת חוסר-הסמכות שהייתה עילת הביקורת השיפוטית העיקרית באותה תקופה. מודל המופרכות תואם היטב, במישור האנליטי, את מוד הריסון של הימנעות. לעומתו, קיים מודל אחר של סבירות, שאני מכנה אותו הסבירות האיזונית. מודל זה הוצג לראשונה בפסק הדין הידוע בעניין דפי זהב, והפך למודל הדומיננטי בשיח הסבירות מאותו שלב ואילך. מודל זה תואם, במישור האנליטי את מוד הריסון של אי-ההסכמה.

במאמר מובאת סקירה של התפתחות הסבירות במשפטנו תוך שימוש במודל האנליטי המוצג. טענתי היא כי גם כיום, למרות שלהלכה הפסיקה מחוייבת – במישור הרטורי – לסבירות האיזונית, לא פעם היא עושה שימוש, למעשה, במוד הריסוני של ההימנעות. עובדה זו יכולה להסביר את חוסר העקביות של יישום עילת הסבירות במשפטנו, חוסר עקביות שבא לידי ביטוי בפסקי דין שונים, ולעיתים אף בעמדות של שופטים שונים ביחס לאותו מקרה עצמו. במאמר מובאות דוגמאות שונות ליישום של שני המודים של הריסון בפסיקה שעוסקת בסבירות ובחלק האחרון אני מציע קווי מתאר נורמטיביים לבחירה במוד הריסון הראוי ביחס לסוגים שונים של החלטות מנהליות.

**מבוא. א. התפתחות עילת הסבירות במשפטנו.** 1. התקופה המוקדמת: סבירות של מופרכות. 2. המפץ של 'דפי זהב': הצגת הסבירות האיזונית. 3. הסבירות אחרי דפי זהב. **ב. ניתוח אנליטי: על ריסון, אי-הסכמה וסבירות.** 1. שיקול דעת, ריסון וסבירות. 2. ריסון ואי-הסכמה. 3. ריסון והימנעות. 4. בין הימנעות לאי-הסכמה: הבחנה קטגוריאלית או ספקטרום. 5. ריסון של הימנעות עם חריגים במצבי קיצון. 6. ההבחנה בין שני סוגי הריסון ושיקולים פרשניים. **ג. יישום המודל האנליטי למשפט בישראל.** 1. הערה מתודולוגית מקדמית. 2. סבירות של מופרכות וריסון של הימנעות. 3. סבירות איזונית כריסון של אי-הסכמה. 4. סיכום ביניים: המהפכה של דפי זהב

ושחיקת עיקרון הריסון. 5. שני מובנים של ריסון בפסיקת בית המשפט: עניין אלקאסס. ד.  
הבחירה בין שני מודים של ריסון. ה. סיכום.

## מבוא

ספק אם יש חולקים על כך שעילת הסבירות היא בעלת מעמד מרכזי במשפט המינהלי ובשיטת המשפט שלנו בכלל. היום שבו הוצגה לראשונה עילת הסבירות בבג"ץ דפי זהב הידוע, סימן את אחד השלבים המרכזיים בהתפתחות המהפכנית של המשפט המינהלי בשנות השמונים.<sup>1</sup> להצגה של עילת הסבירות 'החדשה' בפסק דין זה היו השלכות מרחיקות לכת לא רק על פניה של הביקורת השיפוטית על פעולת המנהל החל מאותו שלב, אלא גם על התפתחות המשפט שלנו בכלל, על היקף המעורבות של המערכת המשפטית בחיים הציבוריים והפוליטיים בישראל, ועל פניה של החברה הישראלית.<sup>2</sup> ההשלכות של הצגת עילת הסבירות החדשה, חרגו בהרבה מהדיון בעילה זו עצמה. הן השפיעו בצורה דרמטית על אופני הביקורת של בית המשפט על החלטות מנהליות ושינו באופן דראסטי את מהותם והיקפם של כללים רבים אחרים של המשפט המנהלי, לרבות עיצובם מחדש של דוקטרינת החוקיות המנהלית ושל עיקרון שלטון החוק.<sup>3</sup>

למרות המרכזיות של עילת הסבירות במשפטנו, הרי המהות של העילה ותכניה רחוקים מלהיות ברורים, ולמעשה, ניתן לומר, שגם היום, כארבעים שנה לאחר הצגתה בעניין דפי זהב, רב הנסתר על הנגלה. האופי העמום של מונח הסבירות מקשה מאוד על כל מי שמנסה לצקת לתוכו תכנים קונקרטיים ברורים, ואילו הנוסחאות האיזוניות הרחבות שבהן הפסיקה המיישמת את העילה עושה שימוש גם הן אינן מסירות, הלכה למעשה, את אי הבהירות לגביה. אלו התומכים בגישה רחבה בנוגע לעילת הסבירות נוטים להדגיש את החשיבות הרבה שלה בביצור מעמדו של בית המשפט כגורם המבקר את דרכי הפעלת הכוח השלטוני. לעומתם, המבקרים את השימוש הנרחב בעילה מדגישים את העמימות הרבה שלה, את אי הבהירות של המינוח האיזוני, ואת התכונה של אי-היקבעות (indeterminacy) המלווה, באופן אינהרנטי, את הדיון בסבירות.<sup>4</sup> טענתם המרכזית היא, שבניגוד להצהרות הרווחות אצל בתי המשפט המיישמים את העילה, השימוש הנרחב בעילת הסבירות שוחק קשות את עיקרון היסוד של הביקורת השיפוטית – הוא עיקרון הריסון.<sup>5</sup>

ברשימה הנוכחית בכוונתי לנסות ולתפוס את שור הסבירות בקרניו. כלומר, לנתח את מהותו של מונח הסבירות. טענתי העיקרית היא שכדי להבין את תכניה של עילת הסבירות עלינו להתמקד דווקא בניתוח מהותו של עיקרון הריסון השיפוטי. הבנה טובה יותר של עיקרון הריסון, והבחנה אנליטית בין

\* פרופסור מן המניין וראש הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש אדווין א' גודמן באוניברסיטה העברית.  
<sup>1</sup> בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(1) 421 (להלן עניין דפי זהב). דיון מפורט בפסק הדין יובא בחלק השני של רשימה זו.

<sup>2</sup> די לציין, בתור דוגמה, שהעיקרון שלפיו נושא משרה (לרבות שר, ואולי אף ראש ממשלה) נדרש להתפטר מכהונתו בעקבות הגשת כתב אישום נגדו מבוסס על עילת הסבירות, ראו בג"ץ 3094/93 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421-422 (1993) וכן Yoav Dotan, "Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances", 19 *Theoretical Inquiries in Law* 705, 720-721 (2018).

<sup>3</sup> דוקטרינת החוקיות המנהלית המסורתית, שאני מכנה אותה לאורך המאמר גם כ"דוקטרינת הוירס" או עיקרון החוקיות, גורסת כי כל פעולה של המנהל הציבורי מחייבת הסמכה ברורה בחוק. העיקרון הוצג במשפטנו בבג"ץ 36/51 חת נ' עיריית חיפה, פ"ד ה 1553 בעמ' 1557 (1951). ראו גם למשל בש"פ 4972/07 פואז נ' מדינת ישראל (2008) פסקה 6; רע"א 2558/16 פלוגית נ' קצין תגמולים – משרד הביטחון (2017), פסקה 37; וכן יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* 50 (מהדורה שניה, 2010) 73 (להלן: **זמיר**).

על ההשלכות של פיתוח עילת הסבירות על המהות והחשיבות של עילת חוסר הסמכות ועל המשך התפתחותה של דוקטרינת הוירס במשפטנו ראו יואב דותן, "הסדרים ראשוניים ועיקרון החוקיות החדש", *משפטים* תשע"ב-2002, 379, 392-394 (להלן: דותן – הסדרים).

<sup>4</sup> ראו להלן הערה 33 וטכסט.

<sup>5</sup> ראו להלן הערה 33 וטכסט.

מובנים שונים של ריסון, יכולה להוות את המפתח לפיצוח של 'הקופסא השחורה' של הסבירות. במרכז הרשימה תעמוד טענתי כי קיימים שני מובנים שונים של ריסון, והם ריסון של אי-הסכמה וריסון של הימנעות, וכי כל אחת משתי הגרסאות האפשריות של הסבירות מתייחסת ומקבילה לסוג אחר של ריסון. עוד אטען כי כאשר בית המשפט שלנו אימץ, בעניין דפי זהב את עילת הסבירות האיזונית הוא החליף למעשה תפיסה אחת של ריסון שיפוטי בתפיסה אחרת.

מהלך הדיון במאמר יהיה כדלהלן: **בחלק הראשון** אסקור את ההתפתחות של עילת הסבירות במשפטנו, תוך דגש על 'המפץ' שהעילה עברה בתחילת שנות השמונים בפסק הדין דפי זהב. **בחלק השני** יובא הניתוח האנליטי. אציג שם את הקשר שבין שלושת הקדקודים של הדיון: שיקול דעת, ריסון וסבירות. לאחר מכן אתמקד בניתוח של המונח ריסון שיפוטי. אטען כי הדרך להבין את מהותו של מונח הריסון היא לבחון את מידת ההסכמה, או אי ההסכמה של הגורם המבקר (בית המשפט) עם העמדות של הגורם המבוקר (הרשות המנהלית). ניתוח המונח ריסון מנקודת הראות של שאלת ההסכמה מוביל למסקנה כי צריך להבחין בין שני מודלים של ריסון: ריסון של אי-הסכמה וריסון של הימנעות. ולאחר מכן, אסקור את המשותף והשונה לשני המודלים הללו. **בחלק השלישי** של המאמר איישם את המודל האנליטי הזה על פיתוח עילת הסבירות במשפטנו. טענתי המרכזית היא כי המעבר שעשה בית המשפט בעניין דפי זהב מהסבירות 'הישנה' (שאותה אכנה 'סבירות של מופרכות') לסבירות 'החדשה' האיזונית, היה למעשה מעבר קלאסי במוד הריסון השיפוטי, כלומר מעבר מריסון של הימנעות לריסון של אי-הסכמה.<sup>6</sup> אסקור בהתאם את ההשלכות של המעבר הזה שביצע בית המשפט, שהעיקרית ביניהן היא צמצום רבתי של הריסון השיפוטי ביחס להחלטות של רשויות המנהל. החלק **הרביעי** של המאמר יכיל ממד נורמטיבי. על סמך הניתוח האנליטי וההיסטורי אנסה לבחון את ההצדקות לשימוש בכל אחד מהמודלים של ריסון בתחומים השונים של הביקורת השיפוטית, ואציע כיוונים לקביעת קווי התייחסות ביניהם לעתיד לבוא.

## א. התפתחות עילת הסבירות במשפטנו

### 1. התקופה המוקדמת: סבירות של מופרכות

עילת הסבירות לא נולדה במשפטנו בפסק הדין דפי זהב. המונח 'סבירות' ביחס לאקטים מנהליים, לפחות כמטבע לשון, היה קיים במשפט המנהלי שלנו כבר בשנות החמישים והששים.<sup>7</sup> במהלך השנים, בתי המשפט התייחסו, במקרים מסויימים לאפשרות של פסילת אקטים מנהליים, שהיו נגועים, בין היתר, ב'אי-סבירות' או ב'חוסר סבירות'. ואולם, השימוש שנעשה במונח הסבירות שונה בתכלית, משורה ארוכה של מישורים

<sup>6</sup> חשוב להדגיש כבר בשלב זה שאינני טוען שהשינוי שהוכנס לתכנים ולמובנים של תפיסת הסבירות ומוד הריסון השיפוטי בעניין דפי זהב היה שינוי מוחלט, אלא שבאותו שלב הוצג מושג חדש של סבירות. כפי שנראה להלן, גם בתקופות מאוחרות יותר תפישות הסבירות השונות והמודים של הריסון משמשים זה לצד זה במקרים רבים, ראו הערה 96 להלן וטכסט.

<sup>7</sup> ראו למשל, בג"ץ 80/54 נוחימבסקי נ' שר המשפטים, פ"ד ה' 1491, 1496 (בית המשפט מצייין כי המבקש תקף תקנות שהתקין שר המשפטים "הן את חוקיות עשייתן והן לגופן מבחינת סבירותן"); ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' דזינגוף, פ"ד יג' 1026, 1039-1037 (1959) (סקירת עמדת המשפט האנגלי לעניין פסילת חוקי עזר בשל אי-סבירות); בג"ץ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר המשפטים והתעשייה, פ"ד טז' 197, 208 (1961) (דברי השופט ויתקון, בפסק הדין המצטרף: "מצווים אנו...לבדוק, אם אין בפעולה השלטונית משום שרירות, הפליה או אי-סבירות מובהקת"); בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז' 20, 30 (1962); בג"ץ 264/66 "השעמו" מפעלי הפקק לבידוד נ' שר העבודה, פ"ד כ(4) 768, 770 (1966); ע"א 6/66 שם טוב קלו נ' עיריית בת-ים, פ"ד כ(2) 327, 331 (1966) (איזכור האפשרות העקרונית לפסול חוק עזר עירוני מחמת אי סבירות); דיון בבג"ץ 175/66 "אורן חברה להנסה וקבלנות בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כ(3) 634, 639 (1966) (התייחסות לאפשרות של פסילת מעשה מנהלי "בלתי סביר בעליל"); בג"ץ 162/72 קינרוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 238, 241-242 (1973) (דיון בטענת חוסר סבירות של תקנות); ע"א 492/73 שפיזר נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פ"ד כט(1) 22, 26 (1974) ("הפסיקה של בית-משפט זה מאפשרת לפסול חקיקת-משנה מכל סוג מחמת אי-סבירות, אפילו נעשתה על-ידי גוף נבחר או רשות ממשלתית בכירה כמו שר או הממשלה כולה, ולו גם באישורה של ועדה מועדות הכנסת").

ובחינות, מהשימוש המוכר לנו כיום בעילת הסבירות. להלן, אסקור את מאפייני הסבירות הישנה (זו שהיתה מקובלת עד תחילת שנות השמונים). כפי שאראה, קיים חוט מקשר מרכזי אחד בין כל המישורים הללו.

**ראשית**, יהיה זה אולי מוגזם לומר שהשימוש בחוסר סבירות באותן שנים היה נדיר, אך ללא ספק השימוש וההתייחסויות בביטוי 'סבירות' בפסיקה לא היה נפוץ, ובמיוחד אם משווים זאת לשימוש שעשו בתי המשפט באותה תקופה בעילות אחרות כגון, חוסר סמכות, שיקולים זרים או הפליה.<sup>8</sup> כמעט למותר לציין שמצב דברים זה השתנה באופן מהפכני בתקופה שלאחר שנות השמונים, שלאורכה, מצבים שבהם בית המשפט לא נדרש לדיון בסבירות הפכו מהמצב הרגיל, למצב החריג.<sup>9</sup>

**שנית**, עילת הסבירות – ככל שזכתה להתייחסות – היתה שולית במשפט המינהלי שקדם לדפי זהב, משום שנחשבה לעילה **שיורית**. השיוריות של העילה באה לידי ביטוי בכך שבדרך כלל בית המשפט היה דן בטענות לגבי אי סבירות של אקטים מינהליים (בדרך כלל דובר בחקיקת משנה ובמיוחד בחוקי עזר עירוניים),<sup>10</sup> בד בבד ובכפיפה אחת עם הדיון בפגמים אחרים בחוקיות האקט המינהלי. כלומר, בית המשפט היה מגיע לדיון בטענות של סבירות רק לאחר שהיה בוחן, קודם לכן, את ההתקיימות של העילות המרכזיות יותר, של חוסר סמכות, שיקולים זרים, הפליה וכיו"ב. מסקנה של חוסר סבירות היתה נלווית בדרך כלל, למסקנה מוקדמת שלפיה האקט הנדון פסול ממילא באחת או יותר מהעילות הללו. או, במלים אחרות, המונח 'אי סבירות' יוחס על ידי בתי המשפט למצבים שבהם האקט המינהלי היה פגום מלכתחילה, וחוקיותו היתה 'מנוקבת ככברה' מעיקרו של דבר, כך שהתיבה 'חוסר סבירות' שהוצמדה לאקט כזה, נועדה רק לתת משנה תוקף לפגימות היסודיות האחרות הקיימות ממילא.<sup>11</sup> לפחות עד תחילת שנות השבעים, בית המשפט לא היה מוכן להגיע למסקנה, שניתן לפסול אקט מינהלי למרות שהוא תקין מכל בחינה אחרת, אך לוקה בחוסר סבירות.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> כך לדוגמה חיפוש במאגר נבו של המלים [סבירות, אי סבירות או חוסר סבירות] מעלה תוצאות בודדות עד סוף שנות הששים, כמה עשרות תוצאות בשנות השבעים וקפיצה חדה בנתונים (למעלה מ-200 תוצאות) בשנות השמונים והמשך העלייה החדה (למאות אחדות של תוצאות) בשנות התשעים ובעשורים שלאחר מכן. צריך להתייחס לנתונים הללו בזהירות משום שבמאגר, במיוחד העשורים הראשונים, כלולים נתונים המתייחסים רק לפסקי דין שפורסמו (אם כי הדבר נכון גם לגבי פסיקה בשנות השמונים) וגם משום שהמספר הכללי של פסקי הדין בבג"ץ עלה גם הוא במהלך השנים (ראו Yoav Dotan, *Lawyering for the Rule of Law: Government Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel*, Cambridge 2014, 25 הללו כדי לשקף היטב את העלייה במרכזיות של עילת הסבירות בפסיקה שלנו החל מתחילת שנות השמונים. וראו גם מרגית כהן, "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחרות", ספר אור (עורכים אהרן ברק, רון סוקול, עודד שחם, נבו 2013) 795, 773 [להלן – כהן].

<sup>9</sup> לכך ניתן להוסיף את העובדה שלאורך התקופה לא היה ברור כלל ש'סבירות' היא מונח שצריך לשמש את בתי המשפט במסגרת הביקורת השיפוטית, ולא חסרו אמרות בפסיקה ששללו מדעיקרא את הרלוונטיות של 'סבירות' ההחלטה להליך הביקורת. ראו למשל עניין לחם חן, הערה 7 לעיל, בעמ' 202 ("סבירות המדיניות הזו היא ענין לכנסת בפניה אחראית הממשלה ואין על בית-המשפט הזה להתערב בדבר"); עניין דזינגר, לעיל ה"ש 7, 1034; עניין לזרוביץ, הערה 10 להלן, בעמ' 51. וראו גם הערות ברוח זו בבג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 666-666 (1977).

<sup>10</sup> החשיבות של ביקורת על חקיקת עזר עירונית לעניין פיתוח עילת הסבירות נבעה מכך שהתפיסה השלטת במשפט האנגלי היתה שהיקף הביקורת השיפוטית על רשויות מקומיות היה רחב באופן משמעותי בהשוואה להיקף הביקורת על הממשלה (שנהנתה מחסינויות שונות וגם מהעובדה שהיו בידיה סמכויות פררוגטיביות). בהתאם, גם בפסיקה שלנו נשמעו לא פעם הדים לעמדה שלפיה, ככל שבחינת הסבירות מהווה כלי בידי בית המשפט הרי ניתן להפעילו רק ביחס לחוקי עזר עירוניים (ראו למשל עניין דזינגר, הערה 7 לעיל, בעמ' 1034 המצטט דברים שנאמרו בבג"ץ 98/54, 104/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40, 51 ("יראה הדבר, כי באותו אופן לא יבדוק בית המשפט את מידת היעילות או הסבירות שבפעולה כזאת, להוציא את מבחן הסבירות של חוקי-עזר"), וכן עמ' 6-1035 שם. ראו גם ע"פ 247/55 בן-בשט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 716, 720 (1956); למעשה, פסילת חקיקת עזר עירונית בשל אי-סבירות היתה קיימת כבר בבתי המשפט של ארץ ישראל המנדטורית, ראו בג"ץ 129/57 מנשי נ' שר הפנים, פ"ד יב 209, 214 (1958).

<sup>11</sup> ראו למשל עניין דזינגר, הערה 7 לעיל, בעמ' 1037 ("אבל מה פירושו של 'בלתי מתקבל על הדעת'? – אם למשל ימצא בית המשפט שהם חד-צדדיים ובלתי שווים בפעולתם כלפי מעמדות שונים; אם הם בלתי צודקים בעליל; אם הם מראים כוונה רעה; אם יש בהם משום התערבות מטרידה או התערבות חינם כזו בזכויות..."). מצב דברים זה גם הוביל לטענה אחרת והיא ש'סבירות' איננה אלה שם כולל (ובלתי מדויק) לכל עילות הפסלות האחרות (או למצבים שבהן עילות אלה משמשות זו לצד זו בערבוביה), ראו יצחק זמיר, *משפט מינהלי, רשימות לפי הרצאות* 137 (גדעון קריב ואמנון שור עורכים, 1964); איל זמיר, "עילת אי הסבירות במשפט המינהלי", *משפטים* יב (תשמ"ב) 291, 297.

<sup>12</sup> ראו הניתוח אצל כהן, לעיל הערה 8, בעמ' 795 וכן דפנה ברק-ארז, *משפט מינהלי* (2010) 24-723 (להלן: ברק-ארז); השוליות של העילה באה לידי ביטוי גם בהיקף הכתיבה האקדמית עליה. לעומת שפע הכתיבה האקדמית שעסקה בסבירות החל מתחילת שנות השמונים, התקשיתי למצוא מאמרים אקדמיים שעסקו בנושא קודם לכן. חריג בולט אחד לאמור הוא מאמר שכתב אהרן

**שלישית**, וחשוב יותר, חוסר העצמאות של עילת הסבירות בתקופה זו נבע ממרכיב מרכזי אחד של דוקטרינת הביקורת השיפוטית בתקופה זו והוא שטענת חוסר הסבירות היתה למעשה לא יותר מאשר **רכיב של טענת חוסר הסמכות**. זאת משום שלפי התפיסה שנהגה אז, **מקור הסמכות** של בית המשפט לבחון ולפסול אקטים מינהליים שהיו נגועים בחוסר סבירות לא נבע מעיקרון עצמאי כלשהו של המשפט המנהלי (פשיטא, שעיקרון כזה כלל לא היה קיים), אלא הוא היה מבוסס על **הנחה פרשנית, שלפיה המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לקבל החלטות, או להתקין תקנות וחוקי עזר, שהם בלתי סבירים בעליל**. ראוי לציין כי לעילת הסבירות לא היה שום ייחוד מבחינה זו, משום שגם עילות הביקורת האחרות על שיקול הדעת המנהלי כגון שיקולים זרים והפלייה היו מבוססות על הנחות פרשניות דומות.<sup>13</sup> הקשר הזה בין טענת חוסר הסבירות לדוקטרינת הוירס הוא קריטי להבנת מהותה של עילת הסבירות בתקופה שקדמה **לדפי זהב**.<sup>14</sup> כאשר העותר העלה טענה לפי ההחלטה המנהלית היא 'בלתי סבירה', הוא טען למעשה כי ההחלטה היא **כל כך מופרכת, מעוותת, קיצונית, ובלתי סבירה עד כי 'לא יעלה על הדעת' שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית להחליט כפי שהחליטה**. ובהתאם, טענת חוסר הסבירות באותה תקופה היתה לא יותר מאשר טענת חוסר סמכות, המבוססת על ניתוח **פרשני** של החוק המסמיך מחד גיסא, והצבעה על התוצאות הקשות והלא סבירות של ההחלטה הקונקרטית – מאידך גיסא.<sup>15</sup> מובן, שההנחה הפרשנית הזו, כמו כל הנחה פרשנית (שאיננה חזקה חלוטה) – ניתנה להפרכה. ואכן, כאשר בתי המשפט ניתחו טענות של חוסר סבירות, הם עשו זאת על סמך ניתוח פרשני, ולא פעם נדחו טענות של חוסר סבירות על סמך עיון פרשני בחוק המסמיך.<sup>16</sup> כפי שנראה בהמשך לנקודה זו של הקשר בין חוסר סמכות לסבירות (וניתוקו בשלב המאוחר יותר) יש השלכות מקיפות על התכנים של תפיסת הסבירות ועל מוד הריסון השיפוטי הכרוך בתפיסות השונות.

הנקודה **הרביעית** נוגעת **לתכנים ולמהות** של עילת הסבירות. אלו נובעים מהמאפיין הקודם שעליו עמדתי לעיל. הביסוס של עילת הסבירות על ההנחה הפרשנית בדבר כוונתו של המחוקק המסמיך הוא שעיצב את תכני העילה ומהותה. בתי המשפט ראו את עצמם מוסמכים לפסול מעשי מנהל כבלתי סבירים, רק

ברק עצמו, ראו אהרן ברק, "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה", הפרקליט כא (תשכ"ה) 463, מאמר שבו מקדיש דיון בהיקף של כעמוד אחד לעילת הסבירות (שם, עמ' 471-472). לא למותר לציין כי במאמר, הדיון בסבירות שומר אמונים לתפיסה שהיתה קיימת בפסיקה באותה תקופה לפיה הסבירות היא כלל פרשני. וראו גם, יצחק זמיר, הערה 11 לעיל 136-145; נתן מאיר, "על מעמדה של חקיקת המשנה", עיוני משפט א' (תשל"ב) 374, 376. אכן, כפי שנראה להלן, במהלך שנות השבעים החל להסתמן שינוי מסוים בשאלה זו של 'עצמאות' עילת הסבירות. אך, ככלל, הגישה השלטת באותה תקופה היתה שכל הדיון בסבירות הוא במידה רבה תוצר לוואי של הדיון בפגמים אחרים שבהם ההחלטה הנתקפת לוקה.

<sup>13</sup> ראו למשל עניין לורוביץ, הערה 10 לעיל; בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו, פ"ד טו 2101 (1962); בג"ץ 80/54 נוהימובסקי נ' שר הפנים, פ"ד ח 1491 (1954); ולמעשה הדבר נכון גם לגבי עילות הביקורת הדיוניות כגון כללי הצדק הטבעי ראו ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398, 403 (1969). וראו גם; יואב דותן, "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן, *אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית*, (מגנס, ירושלים תש"ס) 24.

<sup>14</sup> הפיתוח של טענת חוסר הסבירות כתוצאה לוואי של טענת האולטרא-וירס על ידי הפסיקה בישראל נעשה בעקבות עמדת הפסיקה האנגלית שבאה לידי ביטוי בשני פסקי הדין המרכזיים בעניין זה והם *Kruse v. Johnson* (1898) 2 Q.B. 91 וההלכה הידועה בעניין וודנסבורי *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.* (1948) 1 K.B. 223, 229. נוסחת הסבירות של המשפט האנגלי. הפסיקה שעסקה באי-הסבירות בתקופה זו הירבתה לצטט את שתי ההלכות הללו, ראו למשל עניין דזינגוף, הערה 7 לעיל, 1034 ו-1038; עניין בן בשט, הערה 10 לעיל, 723 (1956); בג"ץ 129/57 מנשי, לעיל הערה 10 בעמ' 215; ד"ר 13/58 עיריית תל-אביב-יפו נ' לובין, יג 118, 122 (1959); בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 102-103 (1976) להלן: עניין דקה). לסקירה מקיפה של התפתחות המשפט האנגלי ראו כהן, הערה 8 לעיל, עמ' 781 ואילך.

<sup>15</sup> ראו למשל עניין דזינגוף, לעיל הערה 7 לעיל, בעמ' 1037 ("אני רואה את העיקר בזה, שענין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות..."); בג"ץ 129/57 מנשי נ' שר הפנים, פ"ד יב 209, 214 (1958) ("במקרה זה טענת אי-הסבירות צמודה לטענה ששיקול-הדעת חורג ממסגרת ההסמכה ובעצם היא טענה של אולטרה וירס ועמ' 215 שם"במידה ובא-כוח המבקש טוען, שעל העירייה היה לשקול את הנסיבות הקיימות באופן אחר...הרי זו טענה של אי-סבירות שבינה לבין טענת חריגה מסמכות אין ולא כלום, ובית המשפט הזה לא ייזקק לה ולא יתערב"); עניין בן בשט, לעיל הערה 10 לעיל, 721 ("תקנות כאלה בלתי סבירות הן והן ultra vires"); ד"ר 13/58 עיריית תל-אביב-יפו נ' לובין, יג 118, 122 (1959); בג"ץ 14/66 אולמי הנשיאים בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כ(1) 658, 669 (1966); עניין קלו, לעיל הערה 7 לעיל, בעמ' 331, ע"פ 217/68 זוראמקס בע"מ נ' מ.י., פ"ד כב(2) 363, 363 (1968).

<sup>16</sup> ראו למשל עניין קינרוס, הערה 7 לעיל, 242 (דחיית טענה לגבי חוסר סבירות של חקיקת משנה תוך שבית המשפט קובע כי "השימוש שעשתה הממשלה בסמכותה, לא זו בלבד שאינו נוגד את רוח חוקי הגנת הדייר, אלא שהוא בא כתוצאה ישירה של הוראה מפורשת בחוק"); עניין שפינזר, הערה 7 לעיל, 26-27.

באותם מקרים שבהם לא ניתן היה להניח שהמחוקק התכוון להסמיך את רשויות המנהל לפעול כפי שפעלו. כדי לגבש מסקנה כזו בית המשפט היה צריך להגיע למסקנה כי 'לא יעלה על הדעת' שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לפעול כפי שפעלה. ומכאן נובע, שעל מנת שהאקט המנהלי יוכר כבלתי סביר הוא צריך להיות כה בלתי סביר עד כי, למרות שלשון החוק מסמיכה לכאורה את הרשות לפעול כפי שפעלה, הרי, מתבקשת המסקנה כי הסמכה כזו אינה קיימת. ומכאן, שהמשמעות של הביטוי 'בלתי סביר' היתה רק אקט שהוא **קיצוני ומופרך על פניו**, כלומר, כזה, שלא ייתכן שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לעשותו. ואכן, הביטויים שרווחו בפסיקה הדגישו שכתנאי למסקנה של חוסר סבירות ההחלטה המנהלית צריכה להיות 'מופרכת', 'מעוותת', בלתי צודקת 'בעליל',<sup>17</sup> בלתי מתקבלת על הדעת,<sup>18</sup> כזו שלא ניתן למצוא לה 'הצדקה בעיני אנשים הגיוניים'<sup>19</sup> וכיו"ב. ביטויים שהדגישו את הקיצוניות, המופרכות והחריגות הנדרשת כדי שבית המשפט יגיע למסקנה של אי סבירות, וגם את הדרישה שאלו יהיו בולטות על פני הדברים.<sup>20</sup>

במהלך שנות השבעים החלו להסתמן שינויים מסויימים בעמדה של בית המשפט ביחס לעילת הסבירות. לא מדובר, אמנם, בשינויים דרמטיים, אך ניתן לומר שבית המשפט החל להגמיש במידה מסויימת חלק מהפרמטרים של הסבירות שנדונו לעיל. בראש וראשונה, השימוש בסבירות נעשה נפוץ יותר מאשר בשני העשורים הקודמים.<sup>21</sup> שנית, בית המשפט החל לדון באופן ישיר ולהתלבט בשאלה של מעמדה 'העצמאי' של העילה, כלומר, בשאלה האם ניתן לפסול החלטות מנהליות בשל חוסר סבירות, גם כאשר ההחלטה איננה לוקה בחוסר סמכות, שיקולים זרים, הפליה וכיו"ב.<sup>22</sup> עם זאת, הקישור המובהק של דרישת הסבירות לדוקטרינת הוירס ממשיך לאפיין את הפסיקה בשנות השבעים לכל אורך אותו עשור.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> למשל, עניין דזינגנוף, הערה 7 לעיל, בעמ' 1037; עניין בן בשט, לעיל הערה 10, בעמ' 421; עניין קלן, הערה 7 לעיל, 331; עניין אורן, לעיל הערה 7, בעמ' 639; עניין שפייזר, הערה 7 לעיל, 26 (התערבות בעילת הסבירות רק כאשר עלול להיגרם "עוול בולט שאין לו תקנה בדרך אחרת").

<sup>18</sup> למשל עניין מנשץ, הערה 10 לעיל, 215; עניין דזינגנוף, הערה 7 לעיל, 1037 ו-1039.  
<sup>19</sup> עניין דזינגנוף, שם ובעמ' 1039 ("שאם 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 שעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידי השר"); עניין קלן, שם; עניין בן בשט, לעיל הערה 10, 721; עניין אורן, שם.

<sup>20</sup> ראו גם את עניין קנרוס, הערה 7 לעיל, בעמ' 241 ("קשה להעלות על הדעת מקרה שבו עשויה טענה של אי-סבירות נגד חקיקת-משנה מהסוג הנדון להצליח, אלא אם ברור לחלוטין שהיא בלתי-צודקת בצורה משועת ואין לה כל בסיס עובדתי, ציבורי או חברתי."); עניין דקה, 103 ("אי-סבירות קיצונית ביותר").

<sup>21</sup> ראו הערה 8 לעיל.

<sup>22</sup> פסק הדין שמשקף בצורה המובהקת ביותר את ההתפתחויות הללו הוא פסק דינו של השופט שמגר בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, הערה 14 לעיל. בפסק הדין, שעסק בסבירות של תקנת תעבורה שהגבילה את האפשרות של מי שהחזיק ברישיון במונית בשותפות עם אחר לקבל רישיון חדש ונפרד לעצמו, אלא בתום 10 שנים מיום החזרת הרישיון המקורי כולל סקירה מקיפה לגבי תכניה ומעמדה של עילת הסבירות. שמגר קובע כי למרות שבדרך כלל יש חפיפה בין חוסר-סבירות לבין פגמים אחרים כגון, הפליה ושיקולים זרים, הרי אי הסבירות יכולה "גם להתגלות כאשר היא בגפה" (שם, עמ' 106-105). ואולם, מעבר לכך, שני הפרמטרים המרכזיים של גישת המופרכות, הם הקישור האינהרנטי בין הסבירות לחוסר הסמכות והדרישה למופרכות קיצונית וזועקת כתנאי להתערבות שיפוטית עומדים בעינם בפסק הדין (ראו עמ' 96, 101 ו-103 שם).

<sup>23</sup> ראו גם כהן, הערה 12 לעיל, 795. ביטוי מובהק לקשר הזה מהווים פסקי דין שבהם נדונו טענות של אי סבירות של חקיקת משנה כאשר הרשות המתקינה טענה כי הגישה שאומצה בתקנות תואמת את הגישה של המחוקק המסמיך ולפיכך אין מקום שבית המשפט יהרהר אחרי סבירותן. כל זמן שטענת אי הסבירות מבוססת על הנחה פרשנית, הרי ההנחה הזו ניתנת לסתירה על ידי קביעה ברורה של המחוקק שנותן גושפנקא לגישה שאימצ מחוקק המשנה, ולכן, לפי ההיגיון של המודל הזה, אין מקום שבית המשפט יבחן, מלכתחילה, את שאלת סבירותן או אי סבירותן של התקנות. ואכן, בשורה של פסקי דין שדנו במצבים כאלה לאורך שנות השבעים, בתי המשפט דחו טענות של חוסר סבירות כאשר השתכנעו שגישת הרשות המנהלית מעוגנת בחוק עצמו, ואף קבעו שבמצבים כאלה אין מקום שבית המשפט יזקק לניתוח שאלת סבירותן של התקנות. ראו בג"ץ 108/70 מנור נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 442, 445 (1970); בג"ץ 120/73 טוביס נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(1) 757, 760-759 (1973); ע"א 439/76 הסתדרות מכבי ישראל נ' מדינת ישראל (הלשכה לשיקום נכים), פ"ד לא(1) 770, 778-779 (1977); בג"ץ 580/77 הסתדרות הסוחרים הכללית בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לב(2) 780, 782 ("גם חוק בלתי-סביר הוא חוק מחייב, ובמסגרת הסמכויות על-פיו יכול ויביא לידי התקנת תקנה שהיא מחייבת כמותו, אם כי אותה אי-סבירות בדקה גם בה - לא מפני שהתקנה נעשית סברה, אלא מפני שאי-סבירותה נתרפאה מראש בחוק שעל-פיו הותקנה."); בג"ץ 310/80 דרור הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה(1) 254, 262 (1980) (פסק דין זה הוא אולי מעניין במיוחד משום שברק יש בו בהרכב והסכים לפסק דינו של השופט בכור, כאשר פסק הדין ניתן שבעות ספורים לפני פסק הדין בעניין דפי זהב). אך השו, נתן מאיר, "על מעמדה של חקיקת משנה", עיוני משפט א (תשל"ב) 374, 376-377 (המחבר טען כי מסקנה גם אם חקיקת משנה נסמכת על הוראות ברורות בחקיקה ראשית ומאמצת פתרון שמעוגן בחוק עדיין אין בכך כדי להגן עליה מפסילה בשל אי סבירות. הוא מסתמך על דברי השופט חיים כהן בהמ" 349/65 חברת השגחה בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד יט(4) 356, 361-362 (1965). אלא שבאותו מקרה לא היתה

## 2. המפץ של 'דפי זהב': הצגת הסבירות האיזונית

על רקע זה, של תפיסה ברורה ומוגדרת של מקורותיו, בסיסו ותכניו של מבחן הסבירות שהיה קיים בפסיקה עד לסוף שנות השבעים, מופיע פסק דינו של השופט ברק בעניין דפי זהב כרעם ביום בהיר.<sup>24</sup> פסק הדין עסק בהחלטה של רשות השידור להאריך חוזה שלפיו נהנתה המשיבה מזיכיון בלעדי להשגת פרסומות ברדיו עבור הרשות ללא מכרז. ספק, אם עובדות המקרה הצדיקו דיון נרחב בעילת הסבירות, ואולם ברק ניצל את ההזדמנות שניתנה לו כדי לשטוח, על פני כעשרה עמודים את תיזה הסבירות החדשה.<sup>25</sup> ברק מציג את התיזה שלו כמבוססת על ארבע פרופוזיציות עיקריות: הראשונה, קובעת כי חוסר סבירות 'שלעצמו' הוא עילה לפסילת החלטות (קרי, שסבירות היא עילה עצמאית); השנייה, שחוסר הסבירות נמדד 'באמות מידה אובייקטיביות';<sup>26</sup> השלישית, שחוסר הסבירות צריך להיות 'מהותי או קיצוני';<sup>27</sup> והרביעית, החשובה מכולן, מתייחסת לסבירות כמביאה לפסילת 'שיקול דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטה'.<sup>28</sup> 'הנוסחה' האיזונית הזו אשר בהמשך פסק הדין ברק מפרט את מהותה ויסודותיה בהרחבה,<sup>29</sup> היא, על פני הדברים, החידוש המשמעותי ביותר של פסק הדין.

כבר עם הצגת מבחן הסבירות האיזונית, בפסק הדין דפי זהב הוא זכה לביקורת נמרצת ונוקבת מפיו של הנשיא לנדוי שהיה אחד מחברי ההרכב. לנדוי הקדיש מקום נרחב בפסק דינו לגישתו של ברק תוך שהוא טורח להבהיר את ההבדל בין המבחן הישן שדרש שההחלטה תהיה "מופרכת מעיקרה ובשל כך בלתי-סבירה לחלוטין", לבין המבחן האיזוני הרחב של ברק.<sup>30</sup> הוא מציין כי המבחן האיזוני עשוי להוביל את בית המשפט לבחון, באופן בלתי אמצעי וללא כל הגבלה את יעילותה ורציונותה של הפעולה המנהלית, כלומר,

טענה שחקיקת המשנה היא בלתי סבירה אלא שהפתרון שאומץ בתקנה אינו תואם את הפתרון (הלא סביר) שאימץ המחוקק (ובכל אופן הטענה נדחתה על ידי השופט כהן). כך או כך, פסקי הדין בשנות השבעים אימצו כאמור גישה נחרצת בעניין זה. והשווה הערה 45 להלן וטכסט.

<sup>24</sup> הדיוק ההיסטורי מחייב לציין כי למעשה דפי זהב איננו פסק הדין הראשון שבו הציג ברק את גישת הסבירות החדשה. כחצי שנה קודם לכן ניתן פסק הדין בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729 (1980) שבו הציג ברק, בקצירת האומר, ובדעת יחיד, את התפיסה לפיה הסבירות האיזונית היא אחת מעילות הביקורת המרכזיות של המשפט המנהלי (ראו שם, עמ' 744-745), ואף זכה על כך לקיתון של צוננין מצידו של השופט אלון (שם, 753-754). אלא שבאותו עניין המחלוקת בין השופטים נסבה על היקף התחולה של כללי המשפט הציבורי על גופים שאינם שלטוניים מובהקים ופחות על תכנה של העילה עצמה. לא למותר לציין גם שבהצגת הגישה האיזונית ברק הסתמך על משפט אחד שנכלל בפסק דינו של שמגר בעניין דקה שלפיו הסבירות עשויה להתעורר גם כאשר "לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך בלתי-סבירה לחלוטין." (ראו עניין דקה, 105) אשר מוצג אצל ברק כמצב שבו עובד הציבור "נתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל" (עניין מרכז הקבלנים, 744). וראו גם, זמיר, הערה 11 לעיל. כך או כך, עניין מרכז הקבלנים היה לא יותר מאשר 'קדימון' לפסק הדין המרכזי שבו הוצגה התיזה הברקית במלוא היקפה – הוא דפי זהב. ראו גם ברק-ארו, 732-730.

<sup>25</sup> מוקד הדיון נסב סביב השאלה האם מותר לרשות לחדש את ההתקשרות עם הזכיין הקיים ללא מכרז או שמא מוטלת עליה חובה להעניק הזדמנות שווה לכל העוסקים בתחום. כלומר, דובר, ביסודו של דבר, בשאלה שהייתה צריכה להיחתך, בראש וראשונה, על פי עיקרון השוויון. ואולם, בא כוח העותרת הסתמך, בין היתר, על הדברים שקבע ברק לעניין הסבירות בפרשת מרכז הקבלנים, הני"ל, דבר שהוביל את הנשיא לנדוי, שכתב את פסק הדין להסתייג נמרצת מאותם דברים (ראו, עניין דפי זהב בעמ' 430). פסק דינו המקיף של ברק בא אפוא כתגובה לאותה הסתייגות של לנדוי (ראו, שם, בעמ' 431). ברק מנמק את הרלוונטיות של הסבירות לדיון, בין היתר, בכך שרשות השידור סטתה מהנחיה פנימית בנושא, ושסטייה כזו נדרשת להיות סבירה (שם, 433). אלא, שהדיון בסבירות החלטה 'רגילה' של הרשות שונה מאוד מהדיון בסבירות של סטייה מהנחיה, ראו יואב דותן, הנחיות מנהליות (תשנ"ג) 396-404, 35-534 (להלן: דותן-הנחיות).

<sup>26</sup> את הטענה כי חוסר הסבירות הוא מונח 'אובייקטיבי' נמדד באמות מידה אובייקטיביות מבסס ברק על הקביעה כי אמת המידה למדידת הסבירות אינה עמדתו של בית המשפט אלא בית המשפט קובע אותה בהתאם למה שעובד הציבור הסביר היה מחליט (שם בעמ' 436). כבר בטכסט של פסק הדין ניכרים אצל ברק ספקות עצמיים ביחס לתוקף ולמשמעות של קביעה זו שכן הוא מודה, מיד בהמשך, כי "אין לחדד, כי ההכרעה הסופית היא בידי בית המשפט..." (שם, שם). וראו גם בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 483, 515 (1990). הטענה זכתה לביקורת נוקבת בספרות, ראו מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב (תשמ"ב) 102, 122. לדיון ספקני במיוחד באובייקטיביות של הסבירות ראו חיים גנו, "שיקול דעת שיפוטי לאהרן ברק", משפטים יח (תשמ"ט) 509, 516 ואילך וראו גם סולברג, הערה 33 להלן, פס' 32.

<sup>27</sup> ראו הדיון בטכסט ליד הערה 39 להלן. (ההדגשה הוספה, י.ד.).

<sup>28</sup> שם, בעמ' 434 למעלה. נוסחת האיזון מתוארת בהמשך כמצב שבו "הרשות המוסמכת נותנת את המשקל הראוי, כלומר, המשקל המתבקש על-פי פירושה של הנורמה החקיקתית אותה מבצעת הרשות המינהלית, לאינטרסים השונים הבאים בחשבון. איזון זה אינו סביר, אם הרשות המוסמכת אינה נותנת משקל ראוי לאינטרסים השונים.", שם בעמ' 439 (גם כאן ההדגשות הוספו).

<sup>29</sup> שם, 439-42. לסקירה מקיפה של עילת הסבירות האיזונית במשפטנו ראו ברק-ארו, 725 ואילך.

<sup>30</sup> עניין דפי זהב, 431-430.

להביא לבחינה שיפוטית de-novo של החלטות המנהל ובכך לקעקע את יסודותיו של עיקרון הריסון.<sup>31</sup> והוא קובע כי "די לנו בנוסחאות מקובלות אלה [קרי מבחן המופרכות] ואין צורך להוסיף עליהן נוסחה חדשה בדבר מתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל – נוסחה העלולה לערב את בית המשפט בבדיקת תבונתה ויעילותה של ההחלטה המינהלית."<sup>32</sup> כמו לנדוי, גם שופטים אחרים וגם המבקרים האקדמיים שביקרו באותה תקופה ובמהלך השנים את דוקטרינת הסבירות האיונית התמקדו בעמימות של מבחן הסבירות האיונית, בחוסר ההיקבעות שלו, בכך שהוא מעניק לבית המשפט מנדט בלתי מוגבל, הלכה למעשה, לאכוף את השקפותיו והעדפותיו על רשויות השלטון, בכך שהוא אינו מאפשר הנחייה ברורה לרשות המנהלית כיצד לנהוג, ובכך גורם לאי-ודאות קשה בתחום המשפט הציבורי בכללו.<sup>33</sup> ואילו המחלוקת שנמשכה במידה מסויימת בין השופטים שנקראו ליישם את המבחן הזה התמקדה בעיקרה בשאלה של 'עצמאות' עילת הסבירות, כלומר בשאלה עד כמה ניתן לפסול החלטות מנהליות בשל חוסר סבירות שלעצמו.<sup>34</sup>

אלא, שמי שמתמקד רק בעמימות וחוסר – ההיקבעות (indeterminacy) של הנוסחה האיונית (או בשאלת החפיפה שלה לעילות אחרות) – מתמיץ נקודה מרכזית אחרת והיא, שכבר בשלב הראשוני הזה של הצגת הסבירות החדשה בדפי זהב, מבחן האיון של ברק מנתק את הדיון בסבירות מדוקטרינת הוירס. בניגוד לסבירות הישנה שהתבססה על הנחה פרשנית פשוטה למדי שלפיה המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות לקבל החלטות מופרכות, הניסוח האיוני הרחב של ברק מטשטש, כבר מהרגע הראשון, את הקשר בין מבחן הסבירות לבין דוקטרינת החוקיות. אמנם, ניתוק הקשר איננו מוחלט, באותו שלב מוקדם. ברק טורח לציין כי אותו איון 'ראוי' שבית המשפט אמון על אכיפתו קשור לימסגרת החקיקתית הקבועה על ידי המחוקק.<sup>35</sup> ואולם, ברור כבר מהשלב הראשון, שאותה 'מסגרת חקיקתית' היא מונח רחב ועמום הרבה יותר, ומחייב את בית המשפט הרבה פחות, מאשר הדרישה הקפדנית לאיתור כוונת המחוקק על פי מבחן הסבירות הישנה. ייאמר מיד, שעצם השימוש של ברק במינוח כזה של 'המסגרת החקיקתית' (במקום 'כוונת

<sup>31</sup> שם בעמ' 430 ("...אם החלטתו של עובד הציבור תעמוד לבחינה על-ידי בית המשפט על-פי מבחן אובייקטיבי של מה שנראה לו, לבית המשפט, כעומד במבחן הסבירות בכל הנסיבות, שבהן נתקבלה ההחלטה המינהלית. בדרך זו נגיע עד מהרה לבחינה עניינית של ההחלטה מחדש (de novo), כאילו מקיים בית המשפט דיון חוזר בנכונות ההחלטה.").

<sup>32</sup> שם, 431.

<sup>33</sup> פסק הדין הבולט לעניין זה הוא פסק דינו המקיף של השופט אלון בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד (מח) 1991) 749. אלון ותוקף בצורה חריפה את עילת הסבירות האיונית (כמו גם מרכיבים אחרים בגישתו של ברק, לעניין השפיטות ותחולת כללי המשפט הציבורי על גופים שאינם שלטוניים טהורים). הוא מגדיר את חילוקי הדעות בינו לבין ברק כחילוקי דעות לגבי "תפיסות יסוד בדרכם של השיפוט ושל השופט..." (שם בעמ' 814), הוא מקעקע את הטענה שהשופט, המפעיל את עילת הסבירות (ומונחי שסתום אחרים שברק פיתח) יכול להפעילה באופן אובייקטיבי, המנותק מהשקפותיו האישיות (שם, 815) ותוקף את ההקבלה שעושה ברק בין 'חוקיות' האקט המנהלי לבין סבירותו (שם, 817). הביקורת על העמימות וחוסר ההיקבעות של מבחן הסבירות האיוני אפיינה גם את הכתיבה האקדמית בנושא, ראו למשל מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 102, במיוחד עמ' 106-107 ("...הנטייה הנוכחית היא לקראת החבה בלתי מוגבלת למעשה של ההתערבות השיפוטית בגוף שיקול הדעת המינהלי...הרחבה זו הופכת על פניהן הלכות ותיקות ומושרשות); משה לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדיון המינהלי", עיוני משפט (התשמ"ט-1989) 5, 8-9; רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת (1994) 7, 10-12; דותן, הערה 13 לעיל 24-22. ביקורת דומה על הסבירות האיונית הובעה בפסיקה גם בשלבים מאוחרים יותר במיוחד בפסק דינו של השופט גרוניס בבג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה (2007) (פס' 9-10 לפסק דינו). גרוניס ביקר את השינוי במונח של עילת הסבירות בעניין דפי זהב (כינורמת עלי' ש'בלעה לתוכה...עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר..." (שם בפס' 9) וקבע כי בהיקפה הנוכחי היא נמצאת "ברמת ההפשטה הגבוהה שלה...[ה]מעצמה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא מגבירה את אי הודאות המשפטית", שם שם). לאור חוסר ההיקבעות של מבחן הסבירות האיונית (שלדבריו מתעצב אך בשלב התוצאה של הכרעת השופט בתהליך של reverse engineering, הוא מציע 'לקחת עם קב חומטי' את הטענה שבית המשפט אינו שם שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת (שם בפס' 10)). וראו גם דברי השופט סולברג בבג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ – אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפט נ' ממשלת ישראל (2016) (פס' 15) ("הסבירות פנים רבות לה, וגם הראוי הריהו תלוי בעיני המתבונן. מה שנתפס בעיני האחד כבלתי-סביר באופן קיצוני, נחזה בעיני חברו כסביר וראוי.") וכן דבריו בדג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית נ' שר הפנים (2017) (פס' 36). ביקורת דומה השמיע סולברג גם בהרצאה פומבית, ראו נעם סולברג, "פרשנות סבירות ומידתיות", הרצאה בכנס העמותה למשפט ציבורי (6.12.19) (<https://www.inn.co.il/News/News.aspx/420404>) בפס' 26, ("שוב ושוב אנחנו אומרים שלא נבוא בנעלי הרשות המינהלית, ולא נמיר את שיקול-דעתה בשיקול-דעתנו, אבל נודה על האמת שלא אחת אנחנו עושים כך. על מנת לעמוד על שורש העניין, עלינו לחזור 39 שנה אחורה, אל פסק הדין המפורסם בעניין דפי זהב.").

<sup>34</sup> ראו יצחק זמיר, הערה 11 לעיל, 137-138; כהן, הערה 8 לעיל, 795; ברק-ארז, הערה 12 לעיל, בעמ' 24-723.

<sup>35</sup> שם, 439.

המחוקק' וכד') אינו מפתיע, משום שהוא תואם היטב את המגמה הכללית של שינוי רבתי של תורת הפרשנות הכללית ופיתוחה של גישת הפרשנות 'התכליתית', שהיא אולי הפרויקט המרכזי ביותר בתורת השפיטה של ברק בכלל (ובמובן זה, ניתן לראות את המהלך ביחס לעילת הסבירות כתוצר לוואי, של המהפכה שהכניס בתורת הפרשנות). ואולם, יהא הדבר אשר יהא, מנקודת הראות של מבחן הסבירות, הרי הפן המרכזי של הגישה החדשה הוא ניתוק של הדיון בסבירות מהדיון בדוקטרינת החוקיות. וזוהי הסיבה לכך שניתן לומר, שבאותם עמודים המציגים את גישת הסבירות האיזונית, ברק מציג למעשה לא רק 'עוד עילת ביקורת', ולא רק עילה 'עצמאית' לביקורת החלטות מנהליות. אלא, הוא מציג למעשה משפט מנהלי חדש. אם, עד לאותה נקודה הביקורת השיפוטית המנהלית התחילה – וגם הסתיימה, בעיקרון החוקיות המנהלי (כלומר, בדוקטרינת הוירס) – הרי בנקודת המפץ של דפי זהב מציג ברק, בפעם הראשונה, מודל של ביקורת שיפוטית שמנותק מדוקטרינה זו. במלים אחרות, עד לאותה נקודה, היה ברור לחלוטין, שמקור הסמכות של בית המשפט לפסול החלטות מנהליות – באופן בלעדי – הוא התפקיד החוקתי של בית המשפט – על פי המודל הדייסיאני של המשפט המנהלי האנגלי – לוודא שרשויות המנהל אינן חורגות מסמכויותיהן.<sup>36</sup> מאותו שלב ואילך, התפקיד של בית המשפט הופך להיות תפקיד רחב יותר, קרי, לוודא שרשויות המנהל פועלות על פי עיקרון רחב של סבירות איזונית, ומקור הסמכות החוקתית של בית המשפט לבצע את התפקיד הזה הופך להיות עמום הרבה יותר.

נקודה מרכזית זו במשמעות של הצגת גישת הסבירות החדשה בעניין דפי זהב הוחמצה, במידה רבה, על ידי מי שעסקו בסבירות באותה תקופה, ובמיוחד על ידי מבקריה. וניתן לומר כי התהליך של שחיקת הקשר שבין עילת הסבירות לדוקטרינת הוירס נותרה, לאורך כל השנים בצל.<sup>37</sup> אלא, שהפניית הזרקור לנקודה זו היא חיונית לדעתי לדיון, בין היתר משום שהיא משליכה על המישורים האחרים של הדיון בהבדלים שבין שני מבחני הסבירות, הישן והחדש ובמיוחד על השינוי **בתוכנים המהותיים** של הסבירות. בעוד שעילת הסבירות הישנה – המבוססת על ההנחה הפרשנית – הכירה באפשרות לפסול אקטים מנהליים רק במצבים שבהם אי סבירותה של ההחלטה המנהלית היתה בולטת וקיצונית עד כדי מופרכות, הרי נוסחת האיזון הרחבה שהוצגה בדפי זהב ריככה באופן דראסטי את הדרישה הזו. כבר בעת הצגתה של העילה מידת חוסר הסבירות הנדרשת – בעיני בית המשפט – על מנת שיחליט לפסול את ההחלטה הוצגה באופן מעומעם. מצד אחד, ברק מקפיד לציין לאורך פסק הדין כי אין די בחוסר סבירות 'סתם' כדי להביא לפסילת ההחלטה, וכי בית המשפט מכיר ב'מתחם הסבירות' כלומר בטווח מסויים (שרוחבו, כמובן, אינו ברור, ותלוי לחלוטין בעמדתו של כל בית משפט שיושב לדין בכל עניין ועניין) שבתוכו עשויות להיות החלטות מנהליות שונות זו מזו, באופן שעדיין לא יוביל להתערבות שיפוטית.<sup>38</sup> מצד שני, ברק מקפיד לאורך פסק הדין להימנע מכל מחויבות לנוסחה הלשונית שתובעת שהסטייה ממתחם הסבירות תהיה 'קיצונית' (שלא לדבר על 'קיצונית ביותר' וכיו"ב). הוא מסכם את דבריו בעניין זה כשהוא מציין כי "אין לו צורך" בחוות דעתו זו לקבוע האם הסטנדרט הראוי להתערבות בית המשפט הוא סטנדרט של "סטייה מהותית" או "סטייה קיצונית" מאותו מתחם סבירות דמיוני.<sup>39</sup> בהתחשב בכך שנוסחאות איזון הן ממילא עמומות, בלתי-נקבעות, ותלויות בעמדתו

<sup>36</sup> לתיאור של מודל הוירס הקלאסי באנגליה ראו Paul Craig, *Administrative Law* (4<sup>th</sup> ed. Clarendon, 1999) p. 4-7 וכן דותן – הסדרים, הערה 3 לעיל, 381-382. וראו גם, יואב דותן, **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** (2021) (טרם פורסם) פרק 11 בסעיפים 11.2 ו-11.3.

<sup>37</sup> אך השוו כהן, הערה 8 לעיל, 5-794 (מאמר שנכתב, אמנם, בשלב מאוחר הרבה יותר) וכן, יואב דותן, "שני מובנים של סבירות", ספר שמגר (עורך יגאל מרזל, 2003) 459, 464. לצד התהליך של שחיקת הקשר בין מבחן הסבירות לבין דוקטרינת הוירס, הצגתה של עילת הסבירות החדשה גרמה גם לשחיקה הדרגתית ולהמרה של התכנים של דוקטרינת הוירס ושל עילת חוסר הסמכות אצלנו, ראו דותן – הסדרים, הערה 3 לעיל, שם.

<sup>38</sup> ראו למשל דברי השופט סולברג, לעיל הערה 33, שם. וראו גם ברק-ארז בעמ' 764 "מתחם הסבירות אינו אלא פרי יצירתו של בית המשפט עצמו, אשר ברצותו – מרחיב, וברצותו – מקצר."

<sup>39</sup> עניין דפי זהב, 439. עמדה זו של ברק עומדת בניגוד בולט לקביעה של שמגר בעניין דקה לעיל שלפיה המצב שיוביל להתערבות בית המשפט בעילת הסבירות צריך להיות כזה שבו המשקל שניתן לשיקולים השונים הוא "בפרופורציה כה מעוותת [...] עד

העתידי של בית המשפט בכל עניין ספציפי לגופו, הרי ניתן לומר כי הניסוח הרחב והלא-מחייב של נוסחת האיזון של דפי זהב, מבהיר היטב לקורא כי מאותו שלב ואילך, היישום של עילת הסבירות מהווה 'משחק חדש' לחלוטין בשדה המשפט המנהלי.

### 3. הסבירות אחרי דפי זהב

מבחן הסבירות האיזונית לא הפך למבחן השולט בכיפה בבת אחת מיד לאחר פסק הדין בעניין דפי זהב. לאורך שנות השמונים המתודולוגיה של בית המשפט בתחום זה הייתה מעורבת. היו פסקי דין, במיוחד במחצית הראשונה של שנות השמונים, שהמשיכו לשמור אמונים למבחן הסבירות הישן, כלומר, למבחן המופרכות שמבוסס על ההנחה הפרשנית.<sup>40</sup> לעומתם, פסקי דין אחרים, במיוחד אלו שניתנו על ידי ברק עצמו, אימצו את המבחן החדש במלוא המרץ, כמבחן שמחליף את המבחן הקודם, ללא כל התייחסות ליסודותיו של האחרון.<sup>41</sup> לצד זאת, קיימים פסקי דין באותה תקופה שמאמצים מבחן מעורב או פוסחים על שני הסעיפים.<sup>42</sup> ואולם, בהדרגה אך בבטחה ובמהירות יחסית, משתלטת המתודולוגיה החדשה על יישומה של עילת הסבירות. התהליך הזה בא לידי ביטוי, בראש וראשונה, בשימוש ההולך וגובר בנוסחת האיזון הרחבה של דפי זהב ללא התייחסות או אזכור של מבחן המופרכות. בד בבד, מתרחש תהליך מקביל של ניתוק הדרגתי של עילת הסבירות מדוקטרינת הוירס. אם עד אמצע שנות השמונים פסקי דין לא מעטים ממשיכים לדון בחוסר סבירות כ'מקרה פרטי' של חוסר סמכות, הרי לקראת סוף אותו עשור, וביתר שאת אחריו, הולך הקישור בין סבירות לחוסר סמכות ונעשה נדיר יותר, והחל מתחילת שנות התשעים הוא נעלם לחלוטין.

ביטוי מובהק לתהליך הזה של ניתוק בין עילת הסבירות לבין ההנחה הפרשנית בדבר כוונת המחוקק הוא בג"ץ 1555/90 חיים לבעלי חיים נ' מנהל השירותים הווטרינריים<sup>43</sup> שניתן בסוף אותו עשור. כאן עמדה לדיון הכרזה של המשיב, מכוח פקודת הכלבת, על כל אזורי הארץ כנגועים בכלבת (הכרזה המהווה חקיקת משנה), דבר שהוביל לתוצאות קיצוניות (כגון, איסור גורף טוטלי ותמידי על מגע כלשהו בין כלבים בכל אזורי הארץ!). היה ברור, מצד אחד, שההסדרים העולים מן ההכרזה יוצרים מצב בלתי סביר באופן קיצוני.<sup>44</sup> ואולם, מצד שני, היה ברור גם שהתוצאות הללו של ההכרזה נובעות, בראש ובראשונה, מהניסוח הגורף של הפקודה עצמה. כלומר, שהתוצאה הקיצונית והלא סבירה בחקיקת המשנה תאמה לחלוטין את ההסדר שנקבע על ידי המחוקק הראשי. בעידן הסבירות הישנה, המבוססת על ההנחה הפרשנית, היה די בעובדה זו כדי לשלול את התערבות בית המשפט בגין חוסר-סבירות. אלא, שבעניין חיים לבעלי חיים, טענת

שהמסקנה הסופית הופכת מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי סבירה לחלוטין, עניין דקה, לעיל הערה 14, 105. כלומר, בניגוד לנוסח האיזון של שמגר ששומרת אמונים למסגרת של דוקטרינת הוירס ומנוסחת באופן צר ומובהק, נוסחת האיזון של ברק אינה כוללת לא מחויבות ברורה לדוקטרינת הוירס ולא ניסוח צר שמתייחס למצבים מובהקים וקיצוניים.

<sup>40</sup> ראו למשל בג"ץ 184/80 אייגלר נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לח(3) 518, 523 (1981); בג"ץ 571/81 הפטקה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(3) 477, 487 (1982); בג"ץ 356/83 לידור האגודה להגנת בעלי בתים, דירות ורכוש פרטי בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד לח(1) 602, 611-12 (1984);

<sup>41</sup> למשל בג"ץ 127/80 אודם נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לח(2) 118, 121 (1980).

<sup>42</sup> כך למשל, פסקי הדין של שמגר בתקופה זו מאמצים, מצד אחד, את גישת 'מתחם הסבירות' של ברק, אך משמרים את הדרישה לכך שהסטייה ממתחם הסבירות תהייה 'קיצונית' (בהתאם לקביעתו של שמגר בעניין דקה), ראו למשל בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לח(2) 85, 99 (1980); בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 454 (1981). לגישה מעורבת ראו גם ע"א 620/82 מועצת עיריית הרצליה נ' רשף, פ"ד לז(4) 57, 67 (1983).

<sup>43</sup> בג"ץ 1555/90 'חיים לבעלי חיים' – האגודה הישראלית נגד ניסויים אכזריים בבעלי חיים נ' מנהל השירותים הווטרינריים במשרד החקלאות, פ"ד מח(1) 83 (1990).

<sup>44</sup> ראו, שם בעמ' 85.

המשיב כי ההכרזה מגשימה היטב את מטרתו של המחוקק בפקודה, לא הצילה את ההכרזה לא מבחינתה בעילת הסבירות, ולא מהאפשרות של פסילתה על ידי בית המשפט.<sup>45</sup>

התהליך הזה של העלייה במרכזיות של עילת הסבירות החדשה גם באופן מוחלט, וגם באופן יחסי לדוקטרינת הוירס, ועל חשבונה, לא הסתיים בכך שעילת הסבירות החדשה הוכרה כעילה 'עצמאית' שניתקה לחלוטין מחבל הטבור של דוקטרינת הוירס. אלא, הוא נמשך ביתר שאת גם אחרי תחילת שנות התשעים. בסוף שנות השמונים, ברק כבר התייחס לסבירות לא רק כעילת ביקורת מנהלית, אלא כמבחן 'ערכי', וכלל את הסבירות כאחד מ'ערכי היסוד של השיטה המשפטית' שלנו.<sup>46</sup> כלומר, הוא ייחס לסבירות לא רק ממד ערכי חשוב, אלא גם מעמד שהוא, לפחות במידה מסוימת, **על-חוקי**.<sup>46</sup> בד בבד, בכתבתו האקדמית החלו מופיעות התייחסויות לעילת הסבירות, כעילת היסוד המרכזית והבסיסית של הביקורת השיפוטית, היינו, העילה ששאר העילות מבוססות עליה ונכללות בתוכה.<sup>47</sup> כלומר, עילת הסבירות, שבמקורה היתה מקרה פרטי של עילת חוסר-הסמכות, ולאחר מכן עילה עצמאית הקיימת **לצידה** של דוקטרינת הוירס, הופכת בתקופה זו לעילה המרכזית שבמידה רבה **מחליפה** אותה בתור עילת היסוד של המשפט המינהלי. זאת, לא רק במובן האמפירי, של היקף השימוש בעילת הסבירות בכל התחומים והמישורים של הביקורת השיפוטית המנהלית, אלא גם במישור המושגי והעקרוני.<sup>48</sup> אם נוסיף לכך את התהליך המאסיבי של שחיקת דוקטרינת הוירס עצמה ועיצובה מחדש, בצלמה ובדמותה של עילת הסבירות, בתור עילה של 'חוקיות איזונית' – הרי ניתן להבין את היקף המהפך שחוללה במשפט המנהלי שלנו עילת הסבירות האיזונית כפי שהוצגה על ידי ברק בעניין **דפי זהב**.<sup>49</sup>

## ב. ניתוח אנליטי: על ריסון, אי-הסכמה וסבירות

בחלק הקודם עמדתי על כך שלאורך ההיסטוריה של פיתוח עילת הסבירות בפסיקה ניתן להצביע על שני מובנים של הסבירות שהם שונים לכאורה זה מזה. האחד הוא המובן המוקדם של הסבירות כמבחן המופרכות הצמוד בטבורו לדוקטרינת הוירס, והשני הוא המבחן האיזוני שהוצג על ידי השופט ברק בעניין **דפי זהב**.<sup>50</sup> ואולם, האם באמת שני המבחנים הללו שונים באופן משמעותי זה מזה? ואם כן הדבר, במה

<sup>45</sup> ראו שם בעמ' 87-88. בפועל, בית המשפט נמנע מביטול ההכרזה, אך הורה למשיב להנהיג בה שינויים מהותיים. והשוו לדיון בטכסט והערה 23 לעיל.

<sup>46</sup> ראו בג"ץ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד (מב) 309, 338 (1988) ("המבחן ליעילות הוא טכני. המבחן לסבירות הוא ערכי. ו-330 ("בנוסף לכך הפנה בית המשפט העליון לא פעם אל תום הלב, הצדק הטבעי, ההגינות, הסבירות, אי-משוא הפנים, העדר ניגוד עניינים וכיוצא בהם עקרונות יסוד, שכל חוק מונח כמשתלב לתוכן וכמגשים אותו"; "ההדגשה הוספה, י.ד.). והשוו לביקורת של אלון, בעניין ז'רז'בסקי, הערה 33 לעיל, בעמ' 775 ("עקרון הסבירות... אין מקומו בגליה הערכית של מערכת המשפט ואין מקורו בתפיסות תרבות ומוסר... ואף אינו קרוב רחוק של עקרונות יסוד של מערכת המשפט. (").

<sup>47</sup> ראו אהרן ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה על עקרונות היסוד", ספר זוסמן (תשמ"ד) 791, 802 ("רבות ממשבצות האחריות המנהלית הקיימות, ניתן לראות כמקרה פרטי של עקרון הסבירות. כך, למשל, בכלל בדבר איסור השרירות או ההפליה ניתן לראות דוגמה לחוסר סבירות מנהלית. (").

<sup>48</sup> ראו דברי השופט חשין בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד (נג) 728, 763 (1999) ("משבאה לאוויר העולם כעילה כוללת-כול, השתלטה עילת הסבירות [...] על כל סביבותיה, ואבותיה הקדמונים באו לחסות בצלה. (" כאן המקום להבהיר שהניתוק של הדיון בסבירות משורשיה ההיסטוריים בעילת חוסר הסמכות אין פירושו שבתי המשפט הפסיקו לראות בחוק המסמך מקור אפשרי, ולעיתים אף מרכזי בניתוח סבירותן של החלטות מנהליות. כלומר, גם כיום, כשבית המשפט בוחן את הסבירות הוא פונה לא פעם לחוק המסמך ולפרשנותו על מנת לעמוד על השיקולים הרלוונטיים שצריכים לשמש בהליך 'האיזון' ואף לגבי המשקל הרב או המועט שיש לייחס לשיקול זה או אחר (ראו למשל בר"מ 7216/18 Alqasem נ. משרד הפנים (2008) שנדון בהמשך הרשימה (חלק ג-5 להלן)). אלא, שמקור הלגיטימציה של התהליך הזה הפסיק להיות ההנחה הפרשנית, אלא הוא נעשה בהתאם למתודולוגיה של הסבירות החדשה, כפי שעוצבה בדפי זהב, כלומר, בחינה עצמאית של בית המשפט לגבי המשקל 'הראוי' שיש ליחס לכל שיקול תוך היעזרות ב'מסגרת החקיקתית', בהתאם למבחן של **דפי זהב**. ראו הדיון בחלק ב-6 להלן.

<sup>49</sup> לדיון בשחיקת דוקטרינת הוירס אל מול עליית הסבירות המהותית, והתפתחות תפיסת החוקיות האיזונית, ראו ד"ר 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (2009) (פס" 13) וכן דותן - הסדרים הערה 3 לעיל, 398-399.

<sup>50</sup> קיים עוד מובן אחד של סבירות בפסיקה, מבחן שפותח הנוגע להבניה רציונלית של תהליכי קבלת החלטות. לפי מבחן זה, רשות מנהלית חייבת לבצע הליך מחשב רציונלי ומסודר, הכולל איסוף שיטתי של העובדות, ניתוח נתונים, שקילת חלופות פעולה, גיבוש מדיניות כללית וכד' כל אימת שהיא באה לקבל החלטה במסגרת סמכותה, ראו למשל בג"ץ 987/94 יורנט קווי זהב (1992) בע"מ

בדיוק בא לידי ביטוי השוני הזה? הנוסחאות הלשוניות שבהם עושים בתי המשפט שימוש בתור 'עילות' הביקורת השיפוטית, ובוודאי אלו הנוגעות לסבירות, הן עמומות, מעורפלות, בלתי-נקבעות וחמקמקות באופן המקשה מאוד על מי שמנסה לצקת לתוכן תכנים קונקרטיים מוגדרים, כאלה שיכולים לשמש עזר למי שמנסה לפעול על פיהן באופן אחיד, עקבי, נהיר ורציונלי. אפשר כמובן לומר שמבחן המופרכות הוא מבחן 'צרי' יותר מהמבחן האיזוני הרחב, וכי הוא מותיר לבית המשפט פחות מקום להתערבות בשיקול הדעת המינהלי, אבל כיצד מתבטא השוני בין שני המבחנים? דומה, שהנוסחאות הלשוניות עצמן, אינן מספקות לנו הסבר ברור, לא לגבי התוכן המהותי של כל אחת מהנוסחאות הללו, ולא לגבי התוצאות הקונקרטיות של החלתן במקרה נתון זה או אחר.

בחלק הנוכחי ברצוני להתמודד עם הקשיים הללו ולהציע ניתוח אנליטי, שיכול להסביר את השוני באופני הפעולה של שני מבחני הסבירות. ואולם, כדי לפצח את 'הקופסה השחורה' של הסבירות, כך אטען, עלינו להתמקד תחילה בתכנים של מונח אחר, המשמש, לצד הסבירות, כאדן מרכזי של הדיון בביקורת השיפוטית, והוא המונח **ריסון שיפוטי**.<sup>51</sup> כידוע, עקרון הריסון הוא העיקרון החשוב והבסיסי ביותר של הביקורת השיפוטית. אין לכם פסק דין שבו בית המשפט ניגש למלאכת הביקורת השיפוטית בלי שישטח, בפתח הדיון, את הקביעה לפיה, ככלל, בית המשפט אינו שם את שיקול דעתו במקום זה של הרשות המוסמכת שהחלטתה עומדת לביקורת.<sup>52</sup> שני המונחים הללו, סבירות וריסון, קשורים זה לזה בטבורם, קשר שבא לידי ביטוי, למעשה, בכל פעם שאנו מבקשים להחיל את מבחן הסבירות על החלטה מנהלית כלשהי. ואולם, בעוד שהמובן של הסבירות היה נושא לדיונים רבים בפסיקה ובספרות המשפטית, המהות והמובנים של המונח ריסון זכו למעט מאוד תשומת לב.<sup>53</sup> טענתי העיקרית היא שהבנה של המונח ריסון היא חיונית לצורך ההבנה של המובנים שונים של הסבירות וההבחנה ביניהם. ובהתאם, במהלך הדיון כאן אקדיש מקום נרחב לעניין זה.

### 1. שיקול דעת, ריסון וסבירות

במרכז דיוננו עומדים זה לצד זה שלושה מונחים: שיקול דעת, ריסון וסבירות. אלה הם מונחים שמשמשים זה לצד זה בכל פעם שבית המשפט עושה שימוש בעילת הסבירות והם קשורים בטבורם זה בזה. ככל שבית המשפט נוהג בריסון ביחס להחלטה המנהלית, כך ניתן לומר שגרסת הסבירות שהוא מאמץ היא 'מרוככת' יותר, ותובענית פחות, וכך גם מרחב שיקול הדעת שהוא מותיר לרשות המנהלית הוא רחב יותר. ולהיפך, ככל שבית המשפט מפעיל את הסבירות באופן נמרץ ותובעני יותר, כך, ניתן לומר שקטן הריסון שהוא נוהג ביחס לשיקול הדעת המנהלי, כלומר מרחב שיקול הדעת של הרשות המוסמכת מצטמצם. לכן, בכדי להיכנס לעובי הקורה של הניתוח עלינו להגדיר תחילה את שני המונחים הללו, המשמשים לצד הסבירות: שיקול דעת וריסון.

**שיקול דעת** הוא החופש שיש לבעל סמכות שלטונית, לבחור בין קווי פעולה חילופיים במתחם החוקיות. וניתן גם לומר ששיקול הדעת הוא מרחב הפעולה או ההחלטה שקיים בידיו של בעל הסמכות

<sup>51</sup> שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994). המובן הזה של הסבירות, שאני מכנה אותו 'סבירות הליכית' שונה בתכלית מהסבירות המהותית שבה אני דן במאמר הנוכחי, ראו דותן, הערה 37 לעיל.

<sup>52</sup> המונח העברי 'ריסון' הוא תרגום של המונח deference באנגלית. יש הטוענים כי השימוש במילה ריסון בהקשר זה אינו מדויק או מוצלח במיוחד, ולכן עדיף לעשות שימוש במונח 'הנסגה' (ראו עב"י (מחוזי ת"א) 56780-07-18 עיריית ירושלים נ' פלוני, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.12.2018); אהרון ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 488 (2010). ברשימה הנוכחית אצמד למינוח הרווח.

<sup>53</sup> ראו למשל ברק-ארז, לעיל הערה 12, 619

Yoav Dotan, "Deference and Disagreement in Administrative Law" 71(4) *ADMINISTRATIVE LAW REVIEW* 761, 763-764 (2019) (להלן: Dotan-Deference). הניתוח של המונח ריסון המוצג בחלק זה מבוסס על הניתוח שם.

לאור הכללים המחייבים החלים על הפעלת סמכותו.<sup>54</sup> ככל ששיקול הדעת של בעל הסמכות הוא 'רחב' יותר, כך יש לו יותר חופש לבחור בין חלופות שונות ופתרונות שונים במסגרת הפעלת סמכותו ומבלי שכלל מחייב כלשהו יגביל את אותו שיקול דעת.

**ריסון**, לעומת זאת, הוא מצב שבו גורם ביקורת כלשהו, קרי גורם שיש לו סמכות להתערב בהחלטתה של הרשות המוסמכת, מחליט להימנע מהתערבות כזו מטעמים או שיקולים מסויימים שקשורים בעובדה שהגורם המבוקר כבר קיבל החלטה בעניין. כאשר, למשל, בית משפט מחליט להימנע מהתערבות בהחלטה של שר מסוים, פירוש הדבר שבית המשפט בחן את החלטתו של השר, ולמרות שיש לו סמכות עקרונית לפסול את החלטת השר, הוא החליט להימנע מלעשות כן. כלומר, בית המשפט הגיע לפתרון שהוא **שונה** מזה שהיה **עשוי** להגיע אליו, ושיש לו סמכות להגיע אליו – לו החליט להתערב בהחלטה – משום שהחליט לרסן את עצמו. או, במלים אחרות, בית משפט שמחליט לרסן את עצמו, מגיע לפתרון שהוא **עשוי** **היה שלא להגיע אליו**, לו היה מחליט בעניין באופן עצמאי (קרי, לו היה נכנס לנעליה של הרשות, ומקבל בעצמו את ההחלטה), אך הוא נמנע מלעשות כן משום שהרשות המוסמכת היא שקיבלה את ההחלטה בנושא הנדון.<sup>55</sup>

נקודה נוספת, ומרכזית בחשיבותה, לגבי המונח ריסון הוא שריסון מערב תמיד **שיקולים נטולי תוכן** (content-independent considerations). עניין זה טעון הסבר. כאשר אנו עוסקים בשיקולים שמניעים החלטות אנושיות ניתן להבחין בין שני סוגים של שיקולים. הסוג הראשון (המכונה גם שיקולים מסדר ראשון) נוגע לתוכן ההחלטה המתקבלת. לדוגמא, ההחלטה על בחירת המדיניות הנכונה להילחם במגפת הקורונה מושפעת משיקולים מדעיים, משיקולים של בריאות הציבור, משיקולים כלכליים (העלות של שיתוק המשק עקב הטלת הסגר על כלל האוכלוסייה) וכיו"ב. ואולם, קיים גם סוג אחר של שיקולים שאינם נוגעים לתוכן ההחלטות אלא לשיקולים חוקיים, מבניים, ליחסים בין הגורמים השונים מקבלי ההחלטה וכד'. כלומר, אלו שיקולים שמי שמחליט על המדיניות צריך להביא בחשבון לא כשיקולים הנוגעים ישירות לשאלת המדיניות הנדונה, אלא הם נובעים מכך **שגורמים אחרים**, כגון המחוקק, הגורם הממונה על הגורם המחליט או גורמים הפועלים במקביל אליו, וכד', **גיבשו עמדה בנושא**. למשל, כשמשרד הבריאות מגבש מדיניות ביחס למגפת הקורונה, הוא עשוי להביא בחשבון את העמדה של משרד הביטחון, של ראש הממשלה, או אף את עמדות הציבור באותו נושא. ככל שמקבל ההחלטה מביא בחשבון את עמדת הגורמים האחרים **משום שזו עמדתם** (ולא משום שהוא בהכרח מסכים או מזדהה עם עמדה זו לגוף העניין), הרי מדובר בשיקולים נטולי תוכן המשפיעים על ההחלטה.

שיקולים מהסוג האחרון רלוונטיים במיוחד להחלטות של גורמי בקרה וביקורת. כך, לדוגמא, שר הבריאות עשוי לקבל הצעה לדרך פעולה שהציעו לו גורמי המקצוע במשרדו, לא משום שהוא בטוח שדרך הפעולה הזו היא הטובה ביותר, אלא משום שזו ההמלצה של גורמי המקצוע. וכך, גם ראש הממשלה עשוי לקבל את עמדתו של שר הבריאות, לא משום שהוא עצמו מסכים עם השיקולים התוכניים שעומדים בבסיסה אלא משום שאינו רוצה לחרוג לתחומו של שר הבריאות, או משום שהוא חושש מהתגובה הקואליציונית אם ינהג אחרת, או משום שכך, על פי הייעוץ שקיבל, מחייב החוק. שיקולים מעין אלו, הקרויים גם שיקולים 'מסדר שני' מתאפיינים בכך שאינם נוגעים ישירות לתוכן ההחלטה העומדת לבחינה,

<sup>54</sup> ראו עניין דפי זהב, 436 ואסמכתאות שם; דותן-הנחיות, לעיל הערה 25, 365 ואסמכתאות שם.  
<sup>55</sup> ראו (2008) 1072, 1061, NOTRE DAME L. REV. 83 Paul Horwitz, *Three Faces of Deference*, וכן Dotan – Deference עמי 766-767.

אלא הם פועלים במישור נפרד.<sup>56</sup> החלטה של הגורם המבקר לרסן את עצמו ביחס להחלטתו של הגורם המבוקר (או אפילו מצב שבו הגורם המבקר **שוקל** לרסן את עצמו כאמור) היא החלטה שבה מעורבים שיקולים נטולי תוכן (אם כי לא בהכרח רק שיקולים כאלה, ראו להלן), משום שבהליך כזה הגורם המבקר (למצער) שוקל את עצם העובדה שהגורם המבוקר כבר קיבל החלטה בנושא, כלומר מביא בחשבון שיקול שהוא נטול תוכן.

## 2. ריסון ואי-הסכמה

נקודה מרכזית נוספת שיש לעמוד עליה כדי להבין את מהותו של המונח ריסון קשורה להסכמה, או לאי-ההסכמה בין הגורם המבקר לגורם המבוקר. טענתי היא **שריסון איננו יכול להתקיים בתנאים של הסכמה מוחלטת** בין שני הגורמים הללו לגבי מערך השיקולים מהסדר הראשון הכרוך בהחלטה מסויימת. נדגים זאת באמצעות הדוגמא הבאה: נניח ששר הבריאות מטיל על מנכ"ל משרדו משימה להכין תכנית מפורטת למיגון של הצוותים הרפואיים בבתי החולים בזמן מגפת הקורונה. ונניח עוד שלאחר זמן לא רב המנכ"ל אכן מגיש לשר מסמך מקיף המכיל לפרטי פרטים את תכניתו. השר, קורא את התכנית בעיון, מזמן לפגישה את המנכ"ל ואומר לו: "קראתי בעיון את תכניתך. זוהי תכנית מצויינת, שאני מסכים לכל מה שנאמר בה. ולכן, אני מרסן את עצמי ולא מתערב בה". נקל להראות שהמשפט האמור הוא חסר היגיון. אם השר מסכים ב-100% עם עמדת המנכ"ל הוא אינו צריך וגם אינו יכול 'לרסן' את עצמו ביחס להחלטת המנכ"ל. ובכל אופן, איננו יכולים לדעת, במצב כזה, האם השר ריסן את עצמו או לא. השימוש במונח ריסון בהקשר זה הוא חסר משמעות. אם נסביר זאת באמצעות המונחים בהם השתמשו לעיל, נאמר שהיות וקיימת זהות מוחלטת בין השר למנכ"ל לגבי השיקולים מהסדר הראשון, לא ברור כלל האם השר הביא בחשבון שיקולים כלשהם מסדר שני הנוגעים לריסון, או מה היה משקלם של השיקולים הללו. זאת משום שגם אם משקל השיקולים הללו היה אפס (כלומר לא היה שום ריסון) עדיין השר היה מגיע בדיוק לאותה תוצאה.

לעומת זאת, במצבים של **אי-הסכמה** לגבי שיקולים מסדר ראשון המונח ריסון מקבל משמעות ברורה. אם נמשיך לעשות שימוש בדוגמא לעיל כאשר השר אומר למנכ"ל: "עיינתי בתכניתך. יש לי לא מעט השגות, ולדעתי תכנית זו רחוקה מלהיות אופטימלית. אך בכל זאת, החלטתי לנהוג בריסון ולפעול על פי תכניתך" – יש להפעלת הריסון משמעות ברורה מאוד. למרות שבמישור השיקולים מהסדר הראשון עמדתו של השר שונה (אולי בתכלית) מזו של המנכ"ל לגבי הדרכים העדיפות למיגון הצוותים הרפואיים, בכל זאת, שיקולים מסדר שני, הובילו את השר לנהוג בריסון ולפעול על פי התכנית שהציע המנכ"ל. זאת ועוד, קיים מתאם בין מידת אי ההסכמה במישור התוכני לבין עוצמת הריסון שהגורם המבקר צריך להפעיל.<sup>57</sup> אם, למשל, השר חולק על תכנית המנכ"ל בעניינים שוליים או שעמדותיהם קרובות למדי – קל יהיה לשר להפעיל ריסון. לעומת זאת, אם, לגופו של עניין השר סבור שתכנית המנכ"ל היא בעייתית ושגויה, יהיה לו קשה הרבה יותר לנהוג בריסון. במצבים כאלה הריסון 'כואב' לגורם המבקר ועולה' מבחינתו יותר. ניתן לומר,

<sup>56</sup> אחד המקרים המובהקים של שיקולים (או סיבות) נטולות תוכן המנחות קבלת החלטות הוא קיומם של כללים מחייבים החלים על ההחלטה הרלוונטית. בהתאם לאבחנתו המפורסמת של יוסף רוז, כאשר אנו מציינים לכלל משפטי מחייב, אנו פועלים על פי סיבה שהיא נטולת תוכן (קיום כלל מחייב), ובאופן בלתי תלוי בעמדתנו לגופו של עניין לגבי הנכונות של הפעולה או רציונה, ראו JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 35–37 (1986) וראו גם Dotan-Deference, הערה 53 לעיל, 767-769.

<sup>57</sup> בדוגמא הנדונה כאן של היחסים בין השר והמנכ"ל אני מתייחס לשר בתור הגורם המבקר ולמנכ"ל בתור הגורם המבוקר. ניתן לטעון כי יחסי שר – מנכ"ל הם יחסיים היררכיים בתוך הארגון המנהלי (משרד הבריאות) וכי השר איננו 'גורם ביקורת'. ואולם, ריסון הוא צורת בחינה שמתקיימת בסוגים רבים של יחסים בין גורמי החלטה שונים, לרבות בין ממונה לבין כפוף בארגונים היררכיים, ולכן, מבחינה זו ניתן לראות גם בקרה היררכית, המבוצעת על ידי הממונה, כמקרה מאפיין שמסייע לדון במהותו של המונח ריסון.

אפוא, כי כמידת אי-ההסכמה בין שני הגורמים כך עוצמת הריסון שהגורם המבקר צריך להפעיל, על מנת להגיע למסקנה של אי התערבות בהחלטת הגורם שקיבל את ההחלטה המקורית.

מהדיון לעיל עולות שתי מסקנות הכרוכות זו בזו ביחס למהותו של המונח ריסון. הראשונה, שיש, כאמור, קשר הדוק בין מידת אי ההסכמה בין העמדות והשיקולים מסדר ראשון של הגורם המבקר והמבוקר לבין היקף הריסון של הגורם המבקר. השנייה, הנובעת ממנה, היא שעל מנת להעריך, באופן מהימן את עצם קיומו של ריסון בהליך מסוים ואת היקפו ועוצמתו, אנו זקוקים למידע מהימן לגבי עמדות הבסיס, לגופו של עניין, של שני הגורמים הללו, המבקר והמבוקר. אם יש לנו מידע מהימן כזה, אזי ניתן יהיה להעריך את היקף הריסון (במקום שבו נהגו בריסון). אפשר להדגים זאת באמצעות הדוגמא המספרית הבאה. נניח שבית המשפט השלום הטיל על נאשם בעבירה של שוד בנק 4 שנות מאסר. בבית המשפט לערעורים, ציינו השופטים כי, לדעתם, העונש הראוי הוא 5 שנות מאסר, אך החליטו לא להתערב בהחלטה המקורית של בית המשפט דלמטה, משיקולים של רצון לכבד את הכרעת הערכאה המקורית ולא לעודד ערעורים שיטילו נטל דיוני כבד על ערכאות הערעור. במצב דברים זה אנו יודעים (בהנחה שהצהרות השופטים בפסקי דינם מהימנות עלינו) שהשיקולים נטולי התוכן הללו מסדר שני לטובת ריסון בין ערכאות 'שווים' במשקלם (לפחות) לפער של שנת מאסר אחת, או 20% מהעונש (ותיאורטית), אם יהיה לנו מאגר גדול מספיק ומגוון מספיק של החלטות כאלה של בתי משפט לערעורים נוכל, עקרונית, להגיע למסקנות מדויקות לגבי גבולות הריסון של ערכאת הערעור במצבים כאלה). ואולם, בדרך כלל וברוב המקרים, אין לנו נתונים מהימנים ומדויקים כאלה על עמדות הבסיס, למצער לא אלה של הגוף המבקר. ומכאן ניתן להבין את הקשיים בקביעות הנוגעות ל'היקף' הריסון הנהוג בבתי משפט ואף לגבי עצם השאלה האם בכלל בית המשפט המבקר הפעיל ריסון בהחלטה כזו או אחרת.

### 3. ריסון והימנעות

בחלק הקודם טענתי כי ריסון אינו יכול להתקיים בתנאים של הסכמה מוחלטת בין הגורם המבקר לגורם המבוקר. ואולם, האם הפעלת ריסון מחייבת בהכרח אי הסכמה? התשובה לשאלה זו היא לדעתי שלילית משום שלצד מצבים של הסכמה ואי-הסכמה בין המבוקר למבקר קיים מצב נוסף והוא מצב של היעדר הסכמה. נדגים זאת באמצעות הדוגמא שבה עשינו שימוש לעיל. נניח שמנכ"ל משרד הבריאות מגיש את תכניתו לשר ולאחר כמה ימים הוא פוגש את השר ושואל אותו מה עמדתו לגבי התכנית. השר עונה לו כדלקמן: "הייתי מאוד עסוק בימים האחרונים ולא היה לי זמן אלא לעיין בתכנית ברפרוף. אבל, אני סומך עליך כאיש מקצוע ב-100%, ולכן מבחינתי אתה יכול לקדם את התכנית". האם ניתן לומר כי במקרה כזה השר ריסן את עצמו? התשובה לדעתי חיובית, ואולם הריסון שהשר הפעיל כאן שונה מאוד מהריסון במקרה של אי-ההסכמה לעיל. כאן קשה לומר שהשר הסכים או לא הסכים עם השיקולים התכנים, מסדר ראשון, שעמדו בבסיס התכנית. אלא ששיקולים מסדר שני, כגון, העובדה שזמנו של השר היה מוגבל, והעובדה שהוא סומך על המקצועיות של המנכ"ל, גרמו לו להימנע מלשקול שיקולים כאלה מלכתחילה. לכן, אני מכנה ריסון מהסוג הזה כריסון של הימנעות.

ההבדל העיקרי בין ריסון של אי-הסכמה לריסון של הימנעות נעוץ בתפקיד של השיקולים נטולי התוכן בהליך ההחלטה של הגורם המבקר והיחס בינם לבין השיקולים התכניים. בריסון של אי-הסכמה הגורם המבקר בוחן לעומק את החלטתו של הגורם המבוקר, כלומר, את השיקולים מסדר ראשון שעומדים בבסיס ההחלטה, ומשלב בבחינה הביקורתית גם את השיקולים נטולי התוכן, כאשר הוא מעמיד אותם זה מול זה. לדוגמא, השר שוקל, מצד אחד, את הנקודות התכניות החלשות (והחזקות) לדעתו בתכניתו של

המנכ"ל, ומצד שני, את השיקול של המקצועיות של המנכ"ל, העובדה שהוא האחראי האופרטיבי על התחום הרלוונטי וכיו"ב. כלומר, הגורם המבקר שוקל את כל השיקולים הללו, התכניים ונטולי התוכן **באותו מישור ובאותו שלב**, והחלטתו היא תוצאה של עימות ואיזון של כל השיקולים השונים זה מול זה. לעומת זאת, התפקיד של השיקולים נטולי התוכן במצב של הימנעות הוא שונה. השיקולים נטולי התוכן נשקלים על ידי הגורם המבקר **בשלב הראשון**, ועוצמתם היא זו שמכתיבה האם ועד כמה הגורם המבקר נכנס, מלכתחילה, לבחינה של השיקולים התכניים. אם נמחיש זאת באמצעות הדוגמא לעיל, עוצמת השיקולים נטולי התוכן (עד כמה השר בוטח במקצועיות של המנכ"ל, עד כמה זמנו של השר קצר וכו') מכתובה **מלכתחילה** את הזמן שיקדיש לקריאת החוברת שמכילה את התכנית ואת **עומק** הבחינה, כלומר, את **היקף השקילה** של השיקולים התכניים העומדים ביסוד התכנית.<sup>58</sup> מכאן, שריסון של הימנעות הוא תמיד הליך החלטה **דו-שלבי**. בשלב הראשון הגורם המבקר שוקל, על סמך שיקולים נטולי תוכן, מה יהיה היקף הביקורת והבחינה של השיקולים התכניים, כאשר רק לאחר מכן, בהתאם לתוצאה בשלב הראשון, הוא בוחן, בשלב השני, את השיקולים התכניים עצמם.<sup>59</sup>

#### 4. בין הימנעות לאי הסכמה: הבחנה קטגוראלית או ספקטרום

הבחנתי לעיל בין שני מצבים (מודים) של ריסון: ריסון של אי-הסכמה וריסון של הימנעות. ואולם, עד כמה הבחנה זו היא חדה וברורה? והאם מדובר כאן בשתי קטגוריות מובחנות לחלוטין של ריסון, או שמא עסקינן **בקשת** (ספקטרום) של מצבים, כאשר מצד אחד, עומד מצב 'טהור' של אי-הסכמה, ומהצד השני מצב טהור של הימנעות, ובין שניהם יש קשת של מצבי ביניים: התשובה לשאלה זו היא לדעתי מורכבת, ותלויה במידה רבה באופן שבו אנו מבינים את השאלה. אין ספק כי במציאות, במקרים רבים, הליך ההחלטה של הגורם המבקר עשוי לערב את שני סוגי הריסון, בין באופן שבו מופעל הריסון, בין במישור הזמן ובין במישור התוצאה הסופית. ניתן למשל לתאר הליך שבו הגורם המבקר מחליט בתחילה, על סמך שיקולים חזקים מסדר שני להיכנס לבחינה קצרה ומוגבלת של תוכן החלטתו של הגורם המבוקר, ואולם, לאחר מכן, ספקות מסויימים שמתעוררים אצלו גורמים לו להיכנס לעובי הקורה (כלומר, אם לחזור לדוגמא של שר הבריאות והמנכ"ל, לקרוא את החוברת, המכילה את תכנית המאבק בקורונה, באופן יסודי ומעמיק, ולמרות כוונותיו מלכתחילה רק לעבור בפרוף על תוכנה). ואפשר להעלות על תוכנה. ואפשר להעלות על הדעת מצבים הפוכים, כאשר הגורם המבקר מתכוון, מלכתחילה, להיכנס לעובי הקורה אך לאחר שהחל לבחון את ההחלטה, השתכנע במקצועיות המופלגת של הגורם המבוקר, והחליט לסיים במהירות את הבחינה. וייתכנו כמובן מצבי ביניים מורכבים נוספים אחרים לעניין זה. זאת ועוד, למורכבות של תמונת היחסים בין שני המצבים הללו ניתן להוסיף את העובדה שפעמים רבות מי שמתבונן בהליך הזה מבחוץ, יהיה קשה מאוד לדעת באיזה מוד של ריסון עשה הגורם המבקר שימוש (ויתכן בהחלט שאף לגורם המבקר עצמו יהיה קשה לשים את האצבע על התשובה המדויקת בעניין זה).

<sup>58</sup> כאן המקום להעיר כי המודל המוצע כאן תקף ללא תלות במהות או בסוג של השיקולים נטולי התוכן העומדים בבסיס הריסון. שיקולים כאלה יכולים להיות שיקולים מוסדיים (למשל, מבנה חלוקת הסמכויות בין הגורם המבוקר והמבקר), שיקולים אפיסטמיים (למשל: העובדה שהגורם המבוקר הוא מומחה בנושא הנדון והגורם המבקר לא) שיקולים של פוליטיקה פנים מוסדית (כגון, החשש של הגורם המבקר כי הגורם המבוקר יתפטר אם לא תתקבל עמדתו) או שיקולים אחרים. לסווג השיקולים נטולי התוכן אין השפעה על המודל האנליטי המוצג כאן, ראו Dotan – Deference, הערה 53 לעיל, עמ' 775-776.

<sup>59</sup> חשוב להדגיש כי הדוגמא שאני עושה בה שימוש כאן בטכסט היא של מערכת היחסים בין שני גורמים בתוך הרשות המבצעת, מקבל ההחלטה הראשוני (המנכ"ל) והגורם המבקר (השר). ואולם, המודל האנליטי המוצג כאן רלוונטי במלוא היקפו גם ליחסים שבין הרשויות, כלומר למקרה שבו הגורם מקבל ההחלטה הוא הגורם המוסמך ברשות המבצעת, ואילו הגורם המבקר הוא בית המשפט. אמנם, **סוג** השיקולים נטולי-התוכן עשוי להיות שונה במידת מה כשמדובר בביקורת שיפוטית (לדוגמא, שיקולים מרכזיים נטולי תוכן עשויים להיות שיקולים הכרוכים בפרשנות החוק המסמך, ראו להלן סעיף 6) ואולם, אין בכך כדי לפגוע ברלוונטיות של המודל האנליטי ביחס ליחסים שבין בית המשפט המבקר לרשות המוסמכת במסגרת הביקורת השיפוטית. וראו הערה 96 להלן.

ואולם, המורכבות של התמונה האמפירית איננה צריכה לגרוע מהחשיבות של עצם עריכת ההבחנה העקרונית, במישור המושגי והאנליטי, בין שני סוגי הריסון הללו. בין אם נאמץ תפיסה שלפיה מדובר בשתי קטגוריות מובחנות לחלוטין זו מזו, ובין אם נתאר את שני סוגי הריסון כשני 'מודלים' תיאורטיים שכל אחד מהם יכול להסביר לעיתים רק חלק מהתמונה האמפירית לגבי מצבים במציאות, שהם בדרך כלל מורכבים (או מעורפלים), עדיין חשוב מאוד להבחין ביניהם. זאת משום שההבחנה בין שני המצבים העקרוניים הללו יכולה לסייע לנו להבין טוב יותר את אותה מציאות, גם אם היא לעיתים מורכבת.

## 5. ריסון של הימנעות עם חריגים במצבי קיצון

לא פעם סטנדרטים של ריסון מנוסחים באמצעות הצגת סטנדרט כללי ולצדו חריג אשר אמור להיכנס לפעולה במצבי קיצון שאמורים להיות יוצאי דופן ונדירים יחסית. דוגמאות אופייניות הן כאשר בית המשפט מצהיר כי ימנע מהתערבות בהחלטות מדיניות של הרשות המנהלית אלא אם כן ההחלטה היא "מופרכת בעליל",<sup>60</sup> או "שגויה על פניה", או "שרירותית וקפריזית",<sup>61</sup> או "בלתי סבירה באופן קיצוני". כלומר, אלה הם סטנדרטים של ריסון שמנוסחים באופן שמשלב את הסטנדרט הריסוני הכללי של אי התערבות, יחד עם חריגים שנועדו לפעול במקרי קיצון.<sup>62</sup>

המבנה והניסוח של סטנדרטים כאלה מצביעים על ריסון של הימנעות. זאת משום שהם מכוונים את גורם הביקורת להליך בחינה דו-שלבי. קודם כל, עליו להימנע מבחינה יסודית או מעמיקה מדי של ההחלטה העומדת לביקורת, וזאת משיקולים מסדר שני, ורק לאחר שהשיקולים הללו עיצבו את הדרך שבה עליו לבחון את ההחלטה, ובמסגרת האופן הצר שבו הוא אמור לבחון את אותה החלטה, נכנס לפעולה החריג, במקרים הקיצוניים ובהתאם לאופן שבו החריג מוגדר.<sup>63</sup> יחד עם זאת, ניתן לכאורה לטעון כי למעשה, בעצם הצבת החריג, מעצבי הסטנדרט פתחו פתח לכך שהגורם המבקר יבחן את ההחלטה לגופה, ובכך, למעשה מטשטש קו ההבחנה בין ריסון של הימנעות לריסון של אי-הסכמה.

לדעתי, אין לקבל את הטענה האמורה. העובדה שהגורם המבקר, לאחר שהוא מפעיל את הסטנדרט הכללי של אי ההתערבות, המעוצב, שלעצמו, על ידי שיקולים נטולי תוכן, בוחן, בשלב השני, את התקיימות החריג, אינה הופכת את תהליך הבחינה הביקורתית לריסון של אי-הסכמה.<sup>64</sup> עדיין, שיקולים נטולי תוכן הם שעיצבו את היקף הבדיקה המוגבלת בשלב הראשון, וגם כאשר גורם הביקורת בוחן את התקיימות החריג, הוא עושה זאת במסגרת ובאספקלריא של פרדיגמת ההימנעות שהוכתבה על ידי שיקולים אלו. כדי להבהיר זאת אפשר להזקק שוב לדוגמת שר הבריאות והמנכ"ל לעיל. כאשר שר הבריאות בוחן את התכנית שהגיש לו המנכ"ל, במסגרת ריסון של אי-הסכמה, הרי הוא נדרש לבחון ביסודיות את כל השיקולים התכניים שעומדים בבסיס התכנית, ומגבש לגביהם עמדה מסויימת (שגם היא מבוססת, בהכרח על שיקולים תכניים). כלומר, כדי שגורם הביקורת יגבש עמדה במסגרת בחינה של אי-הסכמה בהכרח צריכה להיות

<sup>60</sup> למשל, שמגר בעניין דקת, ראו הערה 14 לעיל.

<sup>61</sup> זהו סטנדרט הריסון שנקבע בחוק הפרוצדורה המנהלית הפדרלי בארה"ב המתיר התערבות שיפוטית לגבי אקט מינהלי שהוא שרירותי או קפריזי ("arbitrary, capricious, an abuse of discretion or otherwise not in accordance with law") ראו Administrative Procedure Act (1945) Sec. 706(2)(A).

<sup>62</sup> כאן המקום להעיר כי עצם המושג של ריסון מותר לגורם המחליט תמיד שיקול דעת מסוים לחרוג מהגישה הריסונית, אחרת, אין מדובר בריסון. היינו, אם הכללים שחלים על הגורם המבקר קובעים כי בהתקיים תנאים מסוימים הוא חייב לרסן את עצמו (קרי להימנע מלהתערב) בכל מקרה, הרי למעשה אין מדובר כאן בריסון, אלא במצב שבו, בהתקיים אותם תנאים, אין לגורם המבקר סמכות להתערב, ראו Dotan-Deference, 777-778.

<sup>63</sup> על כן, גם סטנדרט הריסון של פסק הדין האמריקני הידוע בעניין Chevron הוא סטנדרט של הימנעות, ראו Dotan-Deference עמ' 788-793 והשוו בג"ץ 2875/18 התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל (2019) פס' 27.

<sup>64</sup> מן הראוי לשים לב לכך שהטענה שאני מעלה כאן היא טענה במישור האנליטי גרידא, ולא במישור האמפירי. היינו, במישור האמפירי יתכן בהחלט שגורמי ביקורת מסוימים, למרות שהם מפעילים, ברמה ההצהרתית, סטנדרט ריסון מסויים, יגלוש' אגב הפעלת הסטנדרט למוד אחר של ריסון (ראו הדיון להלן בחלק ג-1).

לגורם הביקורת תפיסה **משלו** לגבי התכנית 'הנכונה' או 'האידיאלית' להדברת נגיף הקורונה (ועמדה זו, לגופו של עניין, היא זו שמעצבת מבחינתו את היקף או מידת אי-ההסכמה שלו ביחס לתכנית שהגיש המנכ"ל).<sup>65</sup> לעומת זאת, כאשר מוד הריסון הוא מוד של הימנעות, אין לשר עמדה תכנית מגובשת לגבי הפתרון 'הנכון' או התכנית 'הראויה' (או למצער, לא צריכה להיות לו עמדה כזו) וזאת גם כאשר הוא בוחן האם יש בתכנית אלמנטים בעייתיים, תקלות בולטות על פני הדברים וכיו"ב מרכיבים שיגרמו להפעלת סטנדרט חריגי הקיצון. ניתן לומר כי, בעוד שכאמור במוד של אי-ההסכמה לשר חייבת תמונה מגובשת לגבי איך צריכה התכנית להיראות, הרי במוד של הימנעות עם חריגי קיצון צריכה להיות לו רק תפיסה מסויימת לגבי איך תכנית כזו **לא** צריכה להיראות. היינו, מהם אותם חריגים בולטים (למשל, סטיה בולטת מהמסגרת התקציבית, סתירה מובהקת למדיניות הממשלה) שיהפכו לאותם 'דגלים אדומים' שיצדיקו את התערבות, במסגרת חריגים כאלה.

#### 6. ההבחנה בין שני סוגי הריסון ושיקולים פרשניים

במקרים רבים שבהם הגורם המבקר בוחן את החלטתו של הגורם המבוקר תהליך הבחינה מערב פרשנות של הנורמות המשפטיות (או האחרות) החלות על הפעולה הרלוונטית. כך, לדוגמא, כאשר שר הבריאות בוחן את התכנית שמנכ"ל משרדו הכין להיערכות למאבק בנגיף הקורונה, הבחינה הזו עשויה להיות מושפעת מנורמות שנקבעו מראש לגבי התכנית, כגון, החקיקה או החלטות הממשלה שהורו למשרד הבריאות כיצד לפעול בנושא. ובהתאם, הן הגורם המבוקר והן הגורם המבקר עשויים להידרש לשאלה של הפרשנות של הנורמות הללו בעת שהם מקבלים החלטות. השאלה היא, מהן ההשלכות של ההיזקקות לפרשנות נורמות על סוג הריסון שמופעל על ידי הגורם המבקר.<sup>66</sup> דומה שהתשובה לשאלה זו איננה חד-משמעית. כלומר, למסגרת הנורמטיבית של פרשנות הנורמות המגדירות את מרחב שיקול הדעת של הגורם המחליט יכולה להיות השפעה על מוד הריסון הרלוונטי בשלב הביקורת על ההחלטה אך השפעה זו אינה בהכרח קונקלוסיבית.

מצד אחד נורמות מחייבות החלות על תהליך החלטה מסוים מהוות מקרה קלאסי של 'סיבות מוציאות', כלומר של שיקולים חזקים שהם נטולי-תוכן, ושהשפעתם על תהליך ההחלטה היא שהגורם המחליט נמנע (או עשוי להימנע) משקילת השיקולים התכניים אך בשל קיומן של הנורמות המחייבות.<sup>67</sup> בהתאם, כאשר הביקורת מצד הגורם המבקר מתמקדת באכיפת הכללים המחייבים, ניתן לראות בכך, תבנית ביקורת התואמת היטב את המודל של ריסון של הימנעות. כך, כאשר שר הבריאות מודיע למנכ"ל המשרד כי החליט לפסול חלק מסויים בתכניתו משום שהחלק הזה עומד 'בניגוד למדיניות הממשלה', השאלה האם ועד כמה השר מסכים, לגופו של עניין, עם שיקולי המנכ"ל, אינה באה לידי ביטוי כלל בהליך הביקורת, משום שהחלטת ההתערבות מבוססת (למצער, על פני הדברים) אך ורק על בחינה 'חיצונית', מצד השר של התאמת הפעולה לנורמה החיצונית שנקבעה במדיניות הממשלה. בהתאם, אם השר מאמץ לו תבנית

<sup>65</sup> ראו לעיל הדיון בחלק ג-3.

<sup>66</sup> הדיון כאן עוסק בהשפעה של שיקולים פרשניים של הגורם המבקר על הביקורת שהוא מפעיל והיקף הריסון ביחס לשיקול הדעת של הגורם המבוקר. שאלה זו שונה, במידת מה, מהשאלה האם ובאיזו מידה יש מקום להפעיל ריסון ביחס לשיקולים הפרשניים של הגורם המבוקר, אם כי ההבחנה בין שתי השאלות רחוקה מלהיות פשוטה. לשאלה של היקף הריסון השיפוטי ביחס לשיקולים פרשניים של רשויות מנהל ראו יואב דותן, "שברון בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ." עיוני משפט באינטרנט (2020).

<sup>67</sup> ראו הערה 56 לעיל. וראו J. RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS (1975) 48 וראו Michael S. Moore, AUTHORITY, LAW, AND RAZIAN REASONS, 62 S. Cal. L. Rev. 827, 854-855 (1989) ("...the decision-strategy interpretation would make exclusionary reasons 'ordinary (first-order) reasons not to consider the merits of the case (i.e., not to perform a certain mental act).")

פעולה לפיה הוא מתערב בהחלטות המנכ"ל אך ורק במקרים שבהם החלטות אלו נוגדות את מדיניות הממשלה, ניתן לראות בתבנית פעולה כזו כתואמת היטב את מוד הריסון של הימנעות.

מן הצד השני, דומה, שעצם ההיזקקות לפרשנות של נורמות חיצוניות במסגרת הליך הביקורת, אינה שוללת לחלוטין את האפשרות של הפעלת מוד ריסון של אי-הסכמה. במיוחד זהו מצב הדברים כאשר המסגרת הנורמטיבית החלה על פעולת הגורם המבוקר מעניקה לו שיקול דעת רחב, וכאשר אותה מסגרת מושפעת מתכליות מגוונות שעשויות לעמוד במתח או בניגוד זו אל זו. נדגים זאת באמצעות הדוגמא של החלטות הממשלה ביחס למאבק בקורונה. נניח כי הממשלה הורתה למשרד הבריאות להכין תכנית למאבק בקורונה שתכלול במהירות האפשרית את קצב ההדבקה של המחלה, אך זאת תוך פגיעה מינימלית בהיקף הפעילות הכלכלית והחברתית במשק. שתי התכליות הללו עומדות בניגוד חזיתי זאת מול זאת. ולכן, הן הגורם המבוקר (מנכ"ל המשרד) והן הגורם המבוקר בדוגמא הנדונה, השר, צריכים לעמת אותן זו מול זו ולערוך 'איזון' ביניהן. הפרשנות של הנורמות החלות על הפעולה עשויה להשפיע על המשקל שהפרשן נדרש לייחס לכל שיקול, והדברים אמורים הן לגבי הגורם המבוקר והן לגבי הגורם המבוקר. במצב דברים כזה, עצם העובדה שהגורם המבוקר עושה שימוש בשיקולים פרשניים, תוך כדי הליך הביקורת, אינה שוללת את העובדה שהוא עשוי לפעול על פי המודל של ריסון של אי-הסכמה. במצב דברים כזה ניתן לטעון כי כאשר הגורם המבוקר מפרש את הנורמות הוא בפועל בוחן לעומק את החלטת הגורם המבוקר ואת שיקוליו השונים. אכן, שיקולים פרשניים עשויים להשפיע על מרחב שיקול הדעת של הגורם המבוקר, כפי שהגורם המבוקר תופס אותו. ואולם, במצב, שהוא שכיח בעולם המשפט המינהלי, שבו מרחב שיקול הדעת שנקבע על ידי הנורמות המסמיכות את הגורם המבוקר הוא רחב, והנורמות החלות על הפעולה מושפעות מתכליות מגוונות וסותרות,<sup>68</sup> השיקולים הפרשניים עשויים להיות חלק אינטגרלי מהליך ביקורת שמתנהל על פי קווי המתאר של ריסון של אי-הסכמה, ולא דווקא לעמוד בסתירה לו. כלומר, שינקודת האיזון בין השיקולים הנוגדים, כפי שהגורם המבוקר רואה אותה, תהווה נקודת מוצא להערכה ולביקורת של האיזון שערך הגורם המבוקר.<sup>69</sup>

## ג. יישום המודל האנליטי למשפט בישראל

### 1. הערה מתודולוגית מקדמית

לאחר הצגת המודל האנליטי הגיעה העת לבחון את יישום המודל הזה על המשפט המנהלי, כלומר, על הדרך שבה בתי המשפט עושים שימוש בעילת הסבירות. אולם, קודם לכן יש מקום להעיר הערה מתודולוגית מקדמית שתעסוק במעמד של הטענות שאביא בהמשך הרשימה. מה שמשותף לסטנדרטים של ריסון ולמובנים השונים של סבירות הוא שהם מנוסחים באופן כללי ומופשט. סטנדרטים כאלה סובלים באופן אינהרנטי מעמימות, ערפול וחוסר היקבעות. בהתאם, אין קשר הכרחי בין הדרך שבה סטנדרט מסוים (למשל 'אי סבירות קיצונית' או 'ריסון מוגבר') מנוסח בפסק דין מנחה, או אף בפסק דין ספציפי כלשהו לבין הדרך שבה הסטנדרט מיושם, הלכה למעשה, על ידי בית המשפט במקרים אחרים או אף באותו מקרה שבו מופיע הניסוח הכללי. בית המשפט יכול להצהיר, למשל, שהוא מתכוון לנקוט זהירות וריסון מירביים במקרה מסוים (או ליישם הלכה כללית שהורתה על ריסון מוגבר במקרים מעין אלה), אך בפועל להתערב ולפסול את ההחלטה המנהלית (או להיפך, להצהיר שהוא אינו נוקט ריסון מוגבר, אך להימנע מהתערבות),

<sup>68</sup> ראו דותן-הנחיות, הערה 25 לעיל, 313-320.

<sup>69</sup> ראו הערה 49 לעיל וכן להלן הדיון בהחלטת העליון בעניין אלקאסם בחלק ג-5 להלן ה"ש 108 וטכסט.

כאשר מי שבוחן מהצד את ההחלטה עשוי לחלוק על הדרך שבה בית המשפט תיאר את מה שעשה בפועל במקרה נתון זה או אחר. הדרך שבה מתוארת פעולת בית המשפט בעניין זה היא תמיד בעיני המתבונן.

יש שורה ארוכה של סיבות שבעטיין לא ניתן לקבוע קביעות מוחלטות בתחום זה של הערכה של קיום ריסון שיפוטי או מידת הריסון שאותה הפגין בית המשפט. בראש וראשונה, כאמור, מושג הריסון עצמו והסטנדרטים השונים של ריסון סובלים ממופשטות, ערפול וחוסר היקבעות. שנית, מידת הריסון, או היעדר הריסון, של בית המשפט תלויים בציפיות המתבונן. פסק דין מסויים של בג"ץ ביחס למדיניות הצבא בשטחים המוחזקים יכול להיראות לפלוני 'אקטיביסטי' ונעדר כל ריסון, בעוד שאלמונית תטען כי פסק הדין מהווה דוגמה לריסון מוגזם ולפאסיביות שיפוטית קיצונית. זאת, בהתאם לציפיות של כל אחד מהם לגבי התפקיד שעל בג"ץ למלא ביחס לפעילות הצבא בשטחים.<sup>70</sup> שלישית, לאור היחסיות, חוסר הדיוק והערפול של המונחים בתחום זה, צריך לקחת בעירבון מוגבל מאוד גם הצהרות שיפוטיות לגבי הריסון או מידת הריסון ואף לגבי סוג הסטנדרט שבית המשפט מיישם. בית המשפט עשוי לקבוע בפסק דינו שהוא מיישם סטנדרט ריסון (או סבירות) מסוים (למשל, התערבות רק במקרים קיצוניים ביותר) אך בפועל, להתערב ולהפוך את החלטה של רשות מסוג שקודם לכן, בתי משפט אחרים, או אף אותו בית משפט, סירבו להתערב בה. הפער בין הפן ההצהרתי בפסק הדין לבין הפן התוצאתי עשוי להיווצר בכוונת מכוון מצד בית המשפט (שעשוי לשאוף ליצור מראית עין של ריסון גם כאשר הוא אינו קיים), אך הוא עשוי להיווצר גם מבלי משים, משום שבית המשפט עצמו מתכוון להחיל סטנדרט אחד אך בפועל מיישם סטנדרט אחר.<sup>71</sup> רביעית, בהתאם לתבנית שהצענו בחלק הקודם, על מנת לגבש דעה על היקף הריסון שבית המשפט נוהג בו, עלינו, למצער, להיות בעלי מידע על עמדות הבסיס, לגופו של עניין (קרי: מידת אי ההסכמה שלו לגישה או לתוצאה של ההחלטה המנהלית).<sup>72</sup> ואולם, ברובם המוחלט של המקרים אין לנו מידע כזה ובית המשפט אינו מספק לנו אותו (פשיטא, משום שאינו אמור כלל לעסוק, במסגרת כלל הריסון, בעמדתו שלו לגבי הפתרון הראוי לגופו של עניין).

מכל הסיבות הללו קשה מאוד, ואולי בלתי אפשרי, לקבוע קביעות מוחלטות, או לטעון טענות אמפיריות מדויקות כאשר אנו מנתחים פסקי דין שעוסקים בעיקרון הריסון.<sup>73</sup> בהתאם, גם טענות לפיהן בית המשפט החיל, במקרה נתון, סטנדרט א' של ריסון ולא סטנדרט ב', או טענות, שככלל, אימוצו של סטנדרט ריסון נתון יביא לפחות התערבות שיפוטית בהחלטות מנהליות מסוג מסויים בהשוואה לסטנדרט אחר – סובלות גם הן ממגבלות דומות.<sup>74</sup> ואולם, אין פירוש הדבר שלא ניתן להעלות בהקשר זה שום טענות. הטענות שאטען להלן מתייחסות למודלים השונים של הריסון, כמודלים **אפשריים** לניתוח אנליטי של פסקי דין של בית המשפט. כלומר, אנסה להראות כי הניתוח האנליטי שהובא בחלק הקודם **יכול** לשמש כלי מתאים להסבר של ההתפתחות של גישת הפסיקה שלנו לאורך השנים לגבי עילת הסבירות (התפתחות שאותה סקרתי בחלק הראשון). הטענות הללו אינן טענות שמתיימרות לקבוע קביעות אמפיריות 'חזקות'

<sup>70</sup> זוהי גם הסיבה שהמונח 'אקטיביזם שיפוטי' נחשב למונח רב משמעי, סתירתי, עמום, שאין הסכמה לגבי תוכנו או הדרך למדוד אותו, ראו למשל Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism,"* 92 CAL. L. REV. 1441, 1442 (2004); Frank H. Easterbrook, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?*, 73 U. COLO. L. REV. 1401, 401 (2002). ואמרתו הקולעת של סנסטיין כי קיימת הסכמה מעטה לגבי משמעותו של המונח אקטיביזם שיפוטי, אך יש הסכמה על כך שהמדובר בדרך כלל במילת גנאי, ראו Cass R. Sunstein, *RADICALS IN ROBES* 42 (2005).

<sup>71</sup> ראו להלן הדיון בחלק ג-5 לגבי פסק הדין אלקאסם, טכסט אחרי הערה 106 להלן.

<sup>72</sup> ראו לעיל חלק ב-2.

<sup>73</sup> לדיון בקשיים הכרוכים בעריכת מחקרים אמפיריים בנוגע למודים של ריסון ראו Dotan - Deference עמ' 796-798 והערות שם.

<sup>74</sup> כך למשל אין הסכמה בין החוקרים האמריקניים לכך שאימוץ סטנדרט הריסון המוגבר של בפסק הדין בעניין שברון (*Chevron*) (1984) 467 U.S. 837 *U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.* הוביל בפועל להקטנת היקף ההתערבות של בתי המשפט הפדרליים בארה"ב בהחלטות של רשויות מנהל, ראו Dotan - Deferece עמ' 800.

אלא רק כאלה שמנסות להדגים כיצד המודל האנליטי שפותח בחלק השני עשוי לספק כלים נוחים להסבר והבנה של התפתחות הפסיקה בתחום.

## 2. סבירות של מופרכות וריסון של הימנעות

בהתאם למודל שהוצג בחלק הקודם ניתן להראות כי הסבירות הישנה, זו שכיניתי סבירות של מופרכות היא סטנדרט ביקורת שעונה היטב לפרמטרים של ריסון של הימנעות. כאשר בית המשפט מצהיר כי מבחן הסבירות יוביל להתערבות רק במקרים בהם הסבירות היא 'קיצונית ביותר' ורק כאשר ברור לחלוטין כי הפעולה המנהלית היא "בלתי צודקת בצורה משועת" או "כה בלתי-הגיונית ובלתי-נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה"<sup>75</sup> וכיוצא באלה, ניסוחים ששימשו את בית המשפט עד לפסק הדין בעניין דפי זהב<sup>76</sup> – הרי ניתן לומר שניסוח כזה מצביע בבירור על תפיסה של ריסון של הימנעות. כלומר, כשבית המשפט מיישם את עילת הסבירות הוא בשלב הראשון מציב לעצמו מגבלה משמעותית בכל הנוגע להיקף ועומק הבחינה של האקט המנהלי. הצבת המגבלה הזו מבוססת על שיקולים נטולי תוכן העומדים בבסיס עיקרון הריסון (בראש וראשונה התפיסה שלפיה עילת הסבירות מבוססת על הנחה פרשנית שביסודה עומדת דוקטרינת הוריס).<sup>77</sup> כלומר, שתפקידו של בית המשפט **מלכתחילה** הוא להגביל את בחינת הסבירות רק במקרים שבהם ההחלטה המנהלית היא מופרכת על פניה או סובלת מחוסר סבירות כה קיצוני, עד כי לא ניתן להניח שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לקבל החלטה כזו. רק לאחר שבית המשפט הציב לעצמו את המגבלה הזו הוא מתפנה, בשלב השני, לבחון האם ההחלטה הקונקרטית אכן עומדת בתנאים המחמירים הנדרשים על מנת להוביל להתערבות שיפוטית. היקף הבחינה הזו הוא **מלכתחילה** צר ומוגבל, משום שגבולותיו עוצבו על ידי ההחלטה העקרונית, שהתקבלה בשלב הראשון, להגביל את היקף הבדיקה, וזאת לאור השיקולים המוסדיים (נטולי התוכן) שמעצבים את סטנדרט הריסון. בית המשפט שמפעיל סטנדרט כזה אינו אמור להיכנס לעומק שיקוליה של הרשות, לערוך שקלא וטריא של כל היבטי ההחלטה, לשקול בעצמו את השיקולים התוכניים שעומדים בבסיס ההחלטה ולגבש לגביהם עמדה. אלא, הבחינה השיפוטית של האקט היא, מלכתחילה, צרה ומוגבלת, לאור שיקולים חזקים – נטולי תוכן – המצדיקים ריסון שיפוטי.

## 3. סבירות איזונית כריסון של אי-הסכמה

לעומת מבחן המופרכות, מבחן הסבירות האיזונית שהוצג על ידי השופט ברק בעניין דפי זהב מנוסח באופן שונה בתכלית. על פי המבחן הזה הרשות המנהלית נדרשת "לאזן את האינטרסים השונים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על ידי המחוקק"<sup>78</sup>. במסגרת הפעלת המבחן בית המשפט נדרש לוודא כי הרשות המנהלית נתנה את המשקל 'הראוי' לכל אחד מהשיקולים השונים הנוגעים להחלטה. או כפי שברק עצמו הציג את מהותה של הסבירות בפסיקה מאוחרת יותר:

סבירות היא לעולם פועל-יוצא של הגורמים הרלוואנטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים. מושג הסבירות מניח תפיסה פלורליסטית, המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים והמבקשת לאזן ביניהם על-ידי מתן משקל "ראוי" ליחסים הפנימיים שביניהם (...). משקלם "הראוי" של הגורמים

<sup>75</sup> הניסוחים לקוחים מפסק הדין בעניין דקה, ראו הערה 14 לעיל.

<sup>76</sup> ראו הדיון בחלק א-1 טכסט אחרי הערה 17.

<sup>77</sup> ראו לעיל טכסט ליד הערה 12.

<sup>78</sup> דפי זהב, שם, 439.

הרלוואנטיים. של הגורמים הרלוואנטיים נקבע על-פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה), אשר סברותה עומדת לבחינה.<sup>79</sup>

הדרישה לאיזון 'ראוי' בין כל השיקולים הרלוואנטיים הנוגעים להחלטה מופנית אמנם לרשות המנהלית המוסמכת, אבל ברור בעליל שהוא מצביע גם על תפקידו של בית המשפט בהפעלת המבחן. היינו, בית המשפט הוא זה שצריך לוודא שהרשות שקלה את כל השיקולים הרלוואנטיים ונתנה לכל אחד מהם את המשקל 'הראוי'. ולכן, על בית המשפט עצמו לשקול את כל השיקולים התכניים הנוגעים להחלטה המנהלית לגופו של עניין (קרי, אלו שעמדו בפני הרשות המנהלית כשקיבלה את ההחלטה, ואולי גם כאלה שלא עמדו בפניה<sup>80</sup>), לקבוע מהו המשקל הראוי שיש לייחס לכל אחד מהם, ולאחר מכן להשוות את המשקל שניתן לכל שיקול על ידי הרשות המנהלית למשקל 'הראוי' בעיניו של בית המשפט.

נקל להראות כי היישום של הביקורת השיפוטית על פי עילת הסבירות האיזונית תואם היטב את מודל הריסון של אי-הסכמה. כאשר בית המשפט בוחן את ההחלטה המנהלית הוא בוחן לגופם את השיקולים התכניים שהרשות המנהלית שקלה, והוא נדרש לבחון את המשקל שניתן לכל שיקול בהשוואה לאמת המידה 'הראויה' שבית המשפט עצמו קבע. כלומר, בית המשפט נדרש לבחון, לגבי כל שיקול ושיקול, את 'המרחק' שבין המשקל שניתן בפועל על ידי הרשות המנהלית לבין זה שבית המשפט מייחס לו, ולאחר מכן, לעשות את התהליך הזה גם לגבי ההחלטה כולה, כלומר, להעריך את היחס בין המשקל שניתן בפועל לשיקולים השונים למשקל 'הראוי' בעיני בית המשפט. המרחק הזה, בין המשקל שניתן בפועל לכל שיקול לבין המשקל הראוי בעיני בית המשפט – משקף באופן מובהק את **עצמת אי-ההסכמה** של בית המשפט עם ההחלטה המנהלית לגופה. אמנם, לא כל סטייה קלה מהמשקל הראוי לשיקול זה או אחר אמורה להוביל להתערבות שיפוטית, אבל, בכל מקרה, בית המשפט חייב לגבש עמדה יסודית לגבי המשקל הראוי לכל שיקול ושיקול ולגבי היחסים בין השיקולים הרלוואנטיים במסגרת ההחלטה הסופית. זאת ועוד, בניגוד לסבירות של מופרכות, בית המשפט איננו מגביל את עצמו מראש, על בסיס שיקולים נטולי תוכן, לגבי היקף הבחינה. אלא, הוא מגבש את דעתו לגבי אפשרות ההתערבות רק לאחר שבחן באופן יסודי את מידת אי ההסכמה שלו עם ההחלטה המנהלית לגופו של עניין, כלומר לאחר בחינה יסודית של השיקולים התכניים העומדים בבסיס ההחלטה המנהלית. כלומר, השיקולים נטולי התוכן הקשורים לריסון נכנסים לפעולה במקביל, ואולי גם אחרי שבית המשפט כבר שקל היטב את כל השיקולים התכניים הנוגעים להחלטה העומדת לביקורת.

#### 4. סיכום ביניים: המהפכה של דפי זהב ושחיקת עיקרון הריסון

כאשר השופט ברק הציג את מבחן הסבירות האיזונית 'החדשה' בפסק הדין דפי זהב הוא נתקל בלא מעט ביקורת הן מצד חבריו לכס השיפוט והן בכתביה האקדמית. הביקורת כוונה בעיקרה לכך שמבחן הסבירות האיזונית שוחק עד דק את עיקרון הריסון.<sup>81</sup> ברק הכחיש נמרצות את הטענות הללו. הוא ניסה להמעיט בהיקף השינוי שהכניס בעילת הסבירות ולטעון שמבחן הסבירות שהוא מציג שומר אמונים לזה שהיה קיים

<sup>79</sup> בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 485 (1990); וראו עוד, למשל, בג"ץ 987/94 יורונט, הערה 50 לעיל, בעמ' 22; וע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, (פס' 37).

<sup>80</sup> במשפט האמריקני קיים כלל קשיח שלפיו כאשר בית המשפט בוחן את חוקיות ההחלטה המנהלית הוא חייב לעשות זאת על סמך 'התיק המנהלי' (Record) שגובש על ידי הרשות המוסמכת במהלך ההליך המנהלי המקורי. כלומר, אסור לצדדים לטעון טענות או להביא ראיות שלא הועלו במקור ואינן נכללות בתיק המנהלי. לעומת זאת במשפט המנהלי בישראל אין כלל קשיח כזה, ולכן, במקרים מסויימים בית המשפט עשוי לשקול טיעונים או אף להביא בחשבון ראיות שלא הובאו במקור בפני הרשות עצמה, ראו Michael Asimow & Yoav Dotan, "Open and Closed Judicial Review of Agency Action: The Conflicting U.S. and Israeli Approaches", 64 AM. J. COMP. L. 521 (2016).

<sup>81</sup> ראו הפניות בהערה 33 לעיל.

בפסיקה, או לפחות שומר אמונים ליסודות שנקבעו קודם לכן.<sup>82</sup> הוא התמודד עם הטענה שהסבירות האיזונית סותרת את הדרישות של עיקרון הריסון על ידי הצגת הטיעון של מתחם הסבירות, כלומר, בטענה שבית המשפט המבקר שומר על עיקרון הריסון דרך הגבלת התערבותו רק להחלטות מנהליות שסוּטות ממתחם הסבירות.<sup>83</sup>

הניתוח שהצגנו כאן מאפשר לנו כעת לקחת חלק בויכוח הזה לגבי ההשלכות של הסבירות החדשה על עיקרון הריסון. כזכור, הדרישה הבסיסית של עיקרון הריסון, כפי שנוסחה בפסיקה, היא שבית המשפט "לא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת." אלא, שהניתוח שהובא כאן מדגים היטב את העובדה שמבחן הסבירות האיזונית מחייב את בית המשפט לא רק להיכנס לבחינה מעמיקה של השיקולים התכניים, מסדר הראשון, הנוגעים להחלטה הרלוונטית, אלא שלמעשה, במסגרת המבחן בית המשפט נדרש לבצע **שיחזור מלא של הליך המחשב המנהלי**.<sup>84</sup> לכן, לפחות במובן זה נראה שהטענות של ממבקי הסבירות האיזונית, שלפיהן היא מרוקנת את עיקרון הריסון מתוכו, אינן מופרכות כלל וכלל.<sup>85</sup> כלומר, הסבירות האיזונית מעקרת את עיקרון הריסון לפחות במובן זה שהיא כן דורשת מבית המשפט 'לשים את שיקול דעתו' – כלומר **לבצע את בדיוק את אותו הליך מחשב שמבצעת הרשות המנהלית**, קרי שקילת כל השיקולים התכניים וייחוס משקל כזה או אחר לכל אחד מהם, ובכך, נסתרת דרישת היסוד של עיקרון הריסון כפי שהיא מנוסחת בפסיקות בית המשפט. ובכל אופן, הגם שלא ניתן לומר באופן נחרץ כי בעקבות דפי זהב בית המשפט זנח לחלוטין את עיקרון הריסון, הרי מוד הריסון שהוא מפעיל השתנה בתכלית. כלומר, המהפך של דפי זהב הוא החלפה של מוד צר של ריסון של הימנעות במבחן רחב ותובעני של ריסון של אי-הסכמה.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> ראו עניין דפי זהב בעמ' 434 ("בעשרות רבות של פסקי-דין הזר בית המשפט העליון וקבע, כי החלטה מינהלית נבחנת, בין השאר, על-פי מבחן הסבירות."). לטענה דומה לפיה בעניין דפי זהב בית המשפט "...לא יצר עילה "חדשה" אלא רק הבהיר [את] הדין ששרר קודם לכן" ראו זמיר 3559.

<sup>83</sup> שם, בעמ' 437-436.

<sup>84</sup> ראו לדוגמה בג"ץ 341/81 מושב בית עובד מושב להתיישבות חקלאית שיתופית נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו(3) 349, 354-356 (1982) (שם קבע השופט ברק כי החלטת המפקח על התעבורה שלא לאפשר קו ישיר בין מושב בית עובד לבין הערים נס ציונה ורחובות היא סבירה. החלטתו של השופט ברק מושתת על בחינת השיקולים אותן בחן המפקח על התעבורה – השיקול התעבורתי של בני המושב והשיקול הציבורי-תקציבי ושמה נערך איזון ראוי בין השניים). ראו גם את פסק דינו של השופט ג'ובראן (בדעת מיעוט) בעניין בג"ץ 4289/00 אברמוביץ הדי נ' ראש ממשלת ישראל (2009) (פס' 31-30) שם הוא סוקר בפרוטרוט שבעה שיקולים שהיו צריכים להנחות את חברת הרובע היהודי בהחלטתה להעביר נכסים לידי ישיבת אש תורה וקובע, לגבי כל אחד מהם, מה היה המשקל שהחברה היתה צריכה לייחס להם; פסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ 7542/05 פורטמן נ' שר התחבורה (2007) (פס' 32 ואילך); בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט (2017) (שם השופט דנציגר, בדעת רוב, מנתח לעומק את מדיניות המשיבים שבמסגרתה הוטלה הגבלה קשיחה על אורך ההעסקה של עוזרים משפטיים ומגיע למסקנה שהאיזון בין השיקולים שבבסיס ההחלטה אינו סביר. השופט סולברג, בדעת מיעוט מאשים את עמיתיו כי הם "באים בנעליה של נציבות המדינה" (פס' 17 לפסק דינו). בעניין ע"מ 1036/16 נציגות הבית המשותף ברחוב הסנונית 10, הרצליה נ' משרד התיירות (פורסם בנבו, 27.5.2018) בוחן השופט שהם (בדעת מיעוט) מתווה של הועדה המקומית לתכנון ובנייה והאם ארכה איזון ראוי בין השיקולים העומדים ביסוד המתווה. זאת למרות שקודם לכן מדגיש כי הוא אינו משמש כטריבוטל תכנוני (שם, פס' 59, 70-75 לפסק דינו). עוד ראו ע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה כפר ורדים (2014) (פס' 29-33), שם בית המשפט פסק כי החלטת המועצה המקומית לא להקים מקווה לטבילה נגוע בחוסר סבירות קיצונית. ההחלטה נסמכת על מניית השיקולים התומכים והנוגדים להקמת מקווה ביישוב ובחינת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים; כמו כן, בעניין בג"ץ 232/16 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל (2016) (פס' 27 ואילך) שם נדונה כשירותו של אריה דרעי לכהן כחבר כנסת לאחר שהורשע בפלילים, בהן בית המשפט את השיקולים שהתנגדו למינויו של דרעי, וביניהם חומרת מעשיו, הזמן שחלף מביצוע העבירה וכו'.

<sup>85</sup> מאותם טעמים גם הטענה לגבי קיום 'מתחם' של סבירות כתשובה לביקורת על הסבירות האיזונית אינה יכולה לעמוד משום שעל מנת לגבש את גבולות המתחם על בית המשפט לקבוע את נקודת האמצע של המתחם – שהיא, הלכה למעשה, בדיוק נקודת האיזון האופטימלית בין השיקולים השונים, כלומר, מגלמת את עמדתו המהותית המדויקת של בית המשפט לגופו של עניין. והשוו דברי השופט גרוניס בבג"ץ 5853/07 אמונה, לעיל הערה 33, שם ודברי השופט סולברג בבג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ, הערה 33 לעיל, שם.

<sup>86</sup> מן הראוי להוסיף לקביעה בטכסט כי אינני טוען כי בפסק הדין דפי זהב עצמו בית המשפט ביצע מהפך טוטאלי במישור הברונולוגי, כלומר, שאחרי פסק הדין בית המשפט זנח לחלוטין את מוד הריסון של ההימנעות לטובת שימוש אבסולוטי בריסון של אי-הסכמה. כפי שנראה להלן, מצב הדברים בפועל רחוק מכך. אלא, טענתי היא שבפסק הדין הוצגה תפיסה חדשה של ריסון, שהחל מאותו שלב החלה לתפוס מקום מרכזי בפסיקה, וכי הרטוריקה השיפוטית של דפי זהב מעודדת שימוש במוד אי-הסכמה. עם זאת, אפילו כיום, יש לא מעט מקרים שבהם בפועל בית המשפט עושה שימוש בריסון של הימנעות, ראו הערה 107 להלן וטכסט.

זאת ועוד, המעבר שנעשה בדפי זהב מריסון של הימנעות לריסון של אי-הסכמה חופף באופן מושלם ומתאים מבחינה אנליטית ורעיונית לתהליך של ניתוק עילת הסבירות מדוקטרינת הוירס שעליו עמדנו לעיל.<sup>87</sup> הליך הניתוח המשפטי על פי דוקטרינת הוירס הוא פורמליסטי, והשיקולים ששולטים בו הם שיקולים נטולי-תוכן מובהקים. בית המשפט אמור להתמקד בשאלה אחת בלבד והיא האם החוק הסמיך את הרשות לבצע את הפעולה שביצעה. הניתוח הזה מנותק לחלוטין משאלות הנוגעות למידת התבונה או הרציות של הפעולה, כלומר משקילה ואיזון בין שיקולים תוכניים לגופו של עניין.<sup>88</sup> בהתאם, כל זמן שהסבירות נתפסה כקשורה בטבורה לדוקטרינת הוירס, הרי אין זה מפתיע, שגם הליך הניתוח, והפעלת הריסון על ידי בית המשפט בעת שדן בסבירות, תאם את הפרמטרים של ריסון של הימנעות, וזאת תוך הכרה באפשרות של חריגים צרים שיופעלו (אם בכלל) במקרים נדירים וקיצוניים, אחרי שבית המשפט הציב לעצמו גבולות צרים של התערבות בשל אותם שיקולים נטולי-תוכן.<sup>89</sup> מבחינה זו הניתוק של הסבירות מדוקטרינת הוירס הוא למעשה הכרחי מבחינה אנליטית, כדי לאפשר לבית המשפט להפעיל, במסגרת ביקורת הסבירות, את מוד הריסון של אי-הסכמה. כלומר, רק כאשר הסבירות נתפסת כעילה נפרדת, עצמאית,<sup>90</sup> ואיזונית, יכול בית המשפט לגשת באופן ישיר לאיזון 'חופשי' בין כלל השיקולים השונים שעשויים להשפיע על הניתוח במסגרת ריסון של אי-הסכמה.<sup>91</sup>

יש מקום להדגיש כבר בשלב זה כי אין להבין מהדברים האמורים כי לדעתי פיתוח גישת הסבירות האיזונית הוא בהכרח התפתחות שלילית במשפט המינהלי שלנו. ניתן לטעון כי לאור ההרחבה העצומה של שיקול הדעת המנהלי והתגברות כוחה של הרשות המבצעת בית המשפט היה חייב לפתח כלים איזוניים בעלי עוצמה כדי להתמודד עם 'בעיית שיקול הדעת המינהלי'<sup>92</sup> ובד בבד ניתן לטעון כנגד הגישה הריסונית של הימנעות, כי היא מחמיצה לחלוטין את התהליך הזה ומותירה את בית המשפט ללא כלים לביקורת אפקטיבית על תחומים רבים של החלטות שלטוניות. מכל מקום, הדיון בטכסט נועד להפנות זרקור לעצם המעבר שבית המשפט עשה, ולא לנקוט בעמדה נורמטיבית חזקה ביחס לרציות של המעבר הזה.<sup>93</sup>

## 5. שני מובנים של ריסון בפסיקת בית המשפט: עניין אלקאסם

הצגת גישת הסבירות האיזונית בפסק הדין דפי זהב הובילה למהפך בתפיסת הריסון של בית המשפט והחלפה של מוד הריסון של הימנעות במוד ריסון של אי-הסכמה. אלא, שלמרות שהחל משנות השמונים מבחן הסבירות האיזוני הוא המבחן הדומיננטי בפסיקה, אין פירוש הדבר שלא ניתן למצוא פסקי דין שמיישמים בפועל גישה צרה יותר שתואמת, הלכה למעשה, את מוד ההימנעות. כבר הסברתי לעיל כי כשעסקינן במודים של ריסון עשוי להתקיים פער בין ההצהרות של בית המשפט לגבי מודל הריסון או היקף הריסון שאותו הוא מאמץ לבין מה שהוא עושה בפועל.<sup>94</sup> למרות שמבחן הסבירות האיזונית שולט אצלנו בכיפה ברטוריקה השיפוטית מאז שנות השמונים לא פעם ניתן לאבחן בפסיקה מקרים שבהם בית המשפט מפגין גישה ריסונית של הימנעות.<sup>95</sup> מכאן, שבפועל, ניתן לזהות בפסיקה שלנו שימוש בשני המודים הללו

<sup>87</sup> ראו סעיף א.1. טכסט החל מהערה 13 לעיל.

<sup>88</sup> ראו דותן, הערה 36 לעיל, פרק 12 בסעיף 1.1, וכן הערה 56 לעיל.

<sup>89</sup> לעיל סעיף ב.5.

<sup>90</sup> ראו סעיף ב.2. טכסט אחרי הערה 34 לעיל.

<sup>91</sup> ראו סעיף ב.3. טכסט ליד הערה 59 לעיל.

<sup>92</sup> ראו דותן-הנחיות, לעיל הערה 25, 309-315.

<sup>93</sup> לשאלה של מתי יש הצדקה לאמץ כל אחד מהמודים של הריסון אתיחס בהמשך, ראו חלק ד להלן.

<sup>94</sup> ראו לעיל חלק ג-1.

<sup>95</sup> ראו למשל בג"ץ 6406/00 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נח(1) 433 (2001) (בנוגע לעתירת העותרת כנגד תעריפיה כפי שנקבעו על ידי המשיבים בתקנות אומר בית המשפט, בין היתר ביחס לטענת הסבירות: "פירושו של דבר שבית-המשפט אינו אמור לשקול במאזניים את העמדה של העותרת כנגד העמדה של המשיבים כדי להחליט איזו עמדה סבירה יותר. אין זה תפקידו של בית-המשפט, אלא תפקידם של המשיבים, שהרי החוק הקנה להם את סמכות ההחלטה, להם ולא לבית-המשפט; במסגרת זאת הוקנה להם שיקול-דעת, ושיקול-הדעת חל גם על השאלה מהי העמדה הסבירה יותר בנסיבות

של ריסון: אי הסכמה והימנעות כשהם משמשים זה לצד זה, ועשויים להוביל לתוצאות שונות מאוד זו מזו.<sup>96</sup>

בחלק הנוכחי ברצוני להדגים את הדבר באמצעות שימוש בדוגמה של פרשה אחת שנדונה לאחרונה בבתי המשפט והיא פרשת לארה אלקאסם. עניין אלקאסם הוא מקרה בוחן טוב להדגמת טענותי משום שהוא נדון פעמיים על ידי שתי ערכאות שיפוטיות שונות: פעם על ידי בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, ופעם בערעור מנהלי על ידי בית המשפט העליון, כאשר שני פסקי הדין הללו הגיעו לתוצאות שונות לחלוטין למרות שעמדו בפניהם בדיוק אותה תשתית סטטוטורית ואותם נתונים עובדתיים, וכאשר שניהם ניתנו בהפרש זמנים קצר ביותר.<sup>97</sup>

אלקאסם היתה סטודנטית באוניברסיטת פלורידה שלאחר סיום לימודיה לתואר ראשון הגישה בקשה להתקבל ללימודי תואר שני בתכנית לזכויות אדם וצדק מעברי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. בקשתה התקבלה והאוניברסיטה אף העניקה לה מלגת לימודים. היא פנתה לקונסוליה הישראלית במיאמי וקיבלה אשרת כניסה לישיבה ארעית (המיועדת לתלמידים) לשנה. אלא, כשהגיעה לנמל התעופה בן גוריון ועברה תשאול על ידי נציגי הממשלה כניסתה סורבה משום שהמשרד לעניינים אסטרטגיים הגיע למסקנה שהיא פעילת BDS. החלטת הסירוב נסמכה על הוראת סעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 כפי שתוקן ב-2017 שקבע כי השר לא יעניק רישיונות כניסה וישיבה למי שפרסמו קריאה פומבית להטלת חרם על ישראל.<sup>98</sup> במישור העובדתי החלטה נסמכה על כך שאלקאסם היתה חברה במהלך לימודיה בארגון סטודנטים שעסק ב-BDS ואף כיהנה בשנים 2016-2017 כנשיאת הארגון, אם כי היא טענה כי חדלה

המקרה ("). עוד ראו למשל ע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים, פ"ד (נט) 145 (2004), באותו עניין הפך בית המשפט העליון את החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים שקיבל עתירה כנגד תוצאות מכרז בטענה כי המשיבה לא נקטה בשיטת חישוב המחיר הנכונה והציע תחתייה שיטה שונה. בית המשפט העליון כאמור הפך את ההחלטה באומרו כי שיטת החישוב שבה נקטה הערשות איננה כה בלתי סבירה עד כי מקימה היא עילה להתערבות (שם, פס' 22 לפסק דינה של השופטת בייניש), וכן את דבריו של השופט חשין בבג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל (2004) (פס' 5 לפסק דינו: "במה יקדם אותנו עיקרון זה [הסבירות] אם סוברים אנו - וכך סובר אני - כי למעט שיקולים שניתן לראותם כשיקולי שחיתות או מעין-שחיתות רשאי ומסמך הוא ראש הממשלה לשקול (כמעט) כל שיקולים שהם: שיקולי מדינה, שיקולי פוליטיקה, שיקולים אישיים; ואם כך בסבירות - במידתיות לא-כל-שכן. הוא הדין באשר להנחיות השיקולים הענייניים, הנחיות איסור משוא פנים ושרירות וכי". אכן, כפי שחוויתי דעתי למעלה, למעט שיקולי שחיתות ושיקולי מעין-שחיתות, אתקשה לראות בית-משפט מתערב בהליך העברתו של שר מכהונתו. הליך זה נתון לשיפוט הכנסת ושותפי הקואליציה, לשיפוטם - בעיקרם של דברים - ולא לשיפוטו של בית-המשפט".

<sup>96</sup> דוגמה טובה נוספת לשימוש מוגבר במוד של הימנעות בפסיקה מהתקופה האחרונה יכולים לשמש פסקי הדין שבג"ץ נתן במרוצת השנה האחרונה בכל הנוגע להגבלות השונות שהוטלו על מגזרים שונים במשק ובחברה בעקבות מגפת הקורונה. למרות שההגבלות שהטילה הממשלה בעקבות הקורונה היו הגבלות קשות ביותר, ולמרות שלא היה חולק על כך שההגבלות הללו פגעו, לעיתים בצורה קשה בחירויות יסוד שונות (ראו להלן חלק ד טכסט ליד הערה 118 וכן הערה 121 להלן) הרי הגישה הכללית של בית המשפט היתה גישה מרוסנת שתואמת היטב תפיסה של הימנעות, תוך הדגשת התפקיד המרכזי של הממשלה בקביעת המדיניות בתחום הכלכלי והמשקי, והתפקיד המוגבל שיש לבית המשפט. פעם אחר פעם חזרה על עצמה המימרה כי "בבוא בית המשפט לבקר החלטה של הרשות, אין הוא מתיימר להיכנס בנעליה ולקבל תחתייה החלטות אשר בתחום מומחיותה. אין דרכו של בית משפט זה להתערב בענייני מדיניות של הרשות והדברים אמורים במיוחד כאשר מדובר במדיניות המתבססת על נתונים מקצועיים מובהקים, וההחלטה היא בעלת אופי מקצועי מובהק הנתונה לסמכותה ולמומחיותה של הרשות.", בתור המוטו המרכזי של הליך החלטה השיפוטי, ראו למשל בג"ץ 2233/20 המועצה המקומית פרדס חנה נ' משרד הבריאות (2020.3.26, פס' 17); בג"ץ 2199/20 פשה נ' משרד הבריאות (2020.3.24, פס' 6); בג"ץ 2435/20 לוונטהאל נ' ראש הממשלה (2020.7.4, פס' 17); בג"ץ 2589/20 לשכת רואי החשבון בישראל נ' ממשלת ישראל (2020.4.30, פס' 19); בג"ץ 2394/20 באמונתו יחיה נ' ראש הממשלה (2020.6.4, פס' 16); בג"ץ 3432/20 טרקלין אולמות ואירועים - אולמי מונדיאל נ' ממשלת ישראל (2020.7.6, פס' 10); בג"ץ 2382/20 לשכת יועצי המס בישראל נ' ראש הממשלה (2020.7.28, פס' 8). העובדה ששיקולים נטולי התוכן הנחו את בית המשפט לכל אורך הליך הביקורת באה לידי ביטוי בהדגשה של בית המשפט כי התפיסה הריסונית היא "נקודת המוצא וגם נקודת הסיום" של הליך הביקורת (ראו למשל עניין לשכת רואי החשבון, הנ"ל בפס' 19 וכן בג"ץ 2397/20 טיקוצקי נ' ממשלת ישראל (2020.5.12, פס' 10). בג"ץ 5254/20 תל ית אירועי יוקרה בע"מ נ' ממשלת ישראל (2020.7.18, פס' 12).

<sup>97</sup> ראו עמ"מ 18-10-11002-10 alqasem נ' משרד הפנים (12.10.2019) (להלן: פסק הדין המחוזי) ובר"מ 7216/18 Alqasem נ' משרד הפנים (18.10.2018) (להלן: פסק הדין בבג"ץ). למעשה, לפני שהעניין הגיע לבית המשפט המחוזי הוא נדון בפני ערכאה נוספת והיא בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1962 (ערר ת"א 5604-18 אלקאסם נ' משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה (4.10.2018)).

<sup>98</sup> ראו חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, תיקון 28 מיום 14.3.2017 (להלן: חוק הכניסה או החוק). נוסח הסעיף קבע כי לא יינתנו רישיונות על פי החוק לאדם "אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם, פרסם ביועין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, או התחייב להשתתף בחרם כאמור." ס"ק 2(ה) הותיר לשר סמכות להעניק בכ"ז אשרה במקרים כאלה "מטעמים מיוחדים שיירשמו".

מפעילות בארגון כבר בחודש אפריל 2017 והצהירה כי אינה תומכת עוד בתנועת ה-BDS. לא היתה מחלוקת כי הארגון שהעותרת היתה חברה בו עסק בפעילות BDS והמשיבים טענו שהעובדה שאלקאסם מחקה את ההיסטוריה של פעילותה ברשתות החברתיות עובר להגעתה לישראל מחלישה את המשקל של הצהרתה על ניתוק הקשר בינה לבין התנועה. הם גם סירבו להתרשם מאינדיקציות שאלקאסם הציגה לשינוי בעמדותיה ביחס למדינה כגון העובדה שבשנה שקדמה להגעתה נרשמה ולמדה קורסים במרכז ללימודים יהודיים באוניברסיטת פלורידה וכן בקשרים שיצרה עם מרצים מהאוניברסיטה עברית שאף המליצו על קבלתה ללימודים.<sup>99</sup>

אלקאסם הגישה בתחילה ערר על החלטת הסירוב לבית הדין המוסמך על פי חוק הכניסה שדחה את הערר בהסתמך על כך שהיא מילאה תפקיד בכיר בארגון הסטודנטים ועל כך שלא הוכחו "טעמים מיוחדים" כנדרש בחוק להתיר את כניסתה בנסיבות כאלה,<sup>100</sup> והעניין הונח לפתחו של בית המשפט לעניינים מינהליים במסגרת ערעור מינהלי.<sup>101</sup> בפסק דין יסודי ומפורט השופט יקואל דוחה את הערעור המינהלי. פסק דינו נפתח בשורה של קביעות נחרצות לגבי היקף שיקול הדעת הרחב הנתון על פי חוק הכניסה לשר הפנים, והיקף הביקורת הצר הנתון לערכאות הביקורת השיפוטיות בבואן לבחון החלטות על פי החוק.<sup>102</sup> כלומר, עוד לפני שבית המשפט נכנס לפירוט של השיקולים בהחלטת הרשות שמובילים אותו להחלטת אי ההתערבות הוא מדגיש את העובדה ששיקולים מוסדיים (נטולי תוכן) הם שמנחים אותו ומכתיבים מראש היקף ביקורת צר של בית המשפט. בית המשפט מציין גם כי התקיים הליך מנהלי תקין בעניינה של המערערת שבמסגרתו נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים.<sup>103</sup> רק לאחר מכן, הוא ניגש לבחינת השיקולים התכניים עצמם וטענות הצדדים לגביהם.<sup>104</sup> כשהוא דן בשיקולים התכניים, בית המשפט מדגיש כי גם השיקולים העומדים לטובת המערערת, כגון הצהרתה בדבר הפסקת הפעילות בארגון, ועמדת האוניברסיטה לטובת התרת כניסתה נשקלו היטב על ידי המשיבה, וכי מול השיקולים הללו עומדים שיקולים נגדיים.<sup>105</sup> כלומר, בית המשפט מתייחס לשיקולים התכניים בעיקר מבעד לפריזמה של השיקולים המוסדיים, נטולי התוכן, המכתיבים בחינה מצומצמת של השיקולים הללו. הוא ממשיך ומדגיש כי אין בבחינה שלו בכדי לבטא עמדה לגופו של עניין לגבי נכונות ההחלטה, או היעילות של השימוש בסעיף 2(ד) לחוק ככלי למלחמה בחרם,<sup>106</sup> והוא מסכם את פסק דינו בקביעה שהשאלה המרכזית בפסק הדין היא "סמכות המדינה... להפעיל את שיקול דעתה" בנושא הנדון וכי הפעלת הסמכות "נטועה עמוק בתוך מתחם הסבירות המנהלי".

פסק דינו של בית המשפט המחוזי מהווה אפוא דוגמא טובה לשימוש בריסון של הימנעות. אמנם, פסק הדין עושה שימוש ברטוריקה האיזונית ובמונחים כגון "מתחם הסבירות" האופייניים לגישת הסבירות האיזונית, שהיא השולטת בכיפה באופן בלעדי ביחס לעילת הסבירות כיום (ויש בו גם מקומות מסויימים

<sup>99</sup> ראו פסק הדין בבג"ץ פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל. העובדות הנוגעות לפעילותה של אלקאסם במרכז ללימודים יהודיים מופיעות רק בפסק הדין של בג"ץ, ואינן נזכרות בפסק הדין המחוזי.

<sup>100</sup> כאמור בס"ק 2(ה) לחוק, ראו הערה 98 לעיל. ערר (ת"א) 5604-18 הני"ל, לעיל הערה 97.

<sup>101</sup> העובדה שהעניין הגיע לבית המשפט לעניינים מנהליים בדרך של ערעור (ולבג"ץ, כערכאה שהיא למעשה ערכאה ביקורת שלישית) עשויה לחזק את הטענה לטובת גישה ריסונית מצד הערכאות השיפוטיות (ראו סעיף 20 לפסק הדין המחוזי, והשוו זמיר, 64-2561. ואולם שאלה זו מצויה מחוץ לתחום הדיון הנוכחי.

<sup>102</sup> ראו פס' 10 לפסק הדין המחוזי.

<sup>103</sup> שם, פס' 13.

<sup>104</sup> כאן המקום להדגיש כי אינני טוען כאן טענה אמפירית לגבי קשרים סיבתיים. יתכן, שהצגת השיקולים נטולי התוכן היא שהובילה את בית המשפט לבחינה צרה של שיקולי הרשות ויתכן שההצגה של שיקולים כאלה היא רק תוצאה של החלטה מקדמית שבית המשפט קיבל בעניין זה. כפי שכבר ציינתי אין אפשרות, בוודאי לא במסגרת הנוכחית, להתחקות באופן מדויק אחרי מהלך המחשב השיפוטי. אלא, כוונתי היא רק להציג את פסק הדין כביטוי להפעלה של מוד ריסון מסויים.

<sup>105</sup> שם, פס' 18 ופס' 20 בהתאמה.

<sup>106</sup> שם, בפס' 21,

שבהם נראה שבית המשפט 'גלש' בפועל לשימוש בגישה כזו.<sup>107</sup> ואולם, הלכה למעשה, פסק הדין מעיד על אימוץ גישה ריסונית של הימנעות. בית המשפט מדגיש מלכתחילה כי הוא חייב לבחון את ההחלטה המנהלית בפריזמה ריסונית לאור שיקולים נטולי תוכן, כגון, היקף שיקול הדעת הרחב הנתון לשר על פי החוק, ולאחר מכן, בוחן את השיקולים התכניים מבעד לאספקלריא של השיקולים המוסדיים, נטולי התוכן, הללו תוך שימת דגש על התפקיד הצר של הביקורת השיפוטית וחוסר הרלוונטיות של עמדתו שלו, לגופו של עניין, להליך הבחינה הזה.

ואולם, כאשר עניינה של אלקאסם מגיע לבית המשפט העליון נהפכת הקערה על פיה. בשלוש חוות דעת מפורטות קובעים שופטי בג"ץ כי החלטת שר הפנים לסרב לבקשת הכניסה של אלקאסם חורגת ממתחם הסבירות ודינה ביטול. בפסק הדין העיקרי, שאותו כתב השופט הנדל, הוא מנתח בפרוטרוט את התכלית של התיקון בחוק הכניסה ומגיע למסקנה כי תכלית הסעיף צופה פני עתיד, כלומר שהסעיף נועד למנוע ממי שמבקש לנצל את שהותו בארץ לקידום מטרות החרם על ישראל, אך לא על מי שפעלו בעבר לקידום מטרות כאלו ואין נשקפת מהם סכנה כזו בהווה.<sup>108</sup> לאחר מכן הוא עובר לניתוח מפורט של השיקולים השונים הנוגעים להפעלת שיקול הדעת של השר ושל עובדות המקרה שלגביהן יש ליישם את השיקולים האמורים. פסק הדין שם דגש על הדלות של הראיות לגבי היקף הפעילות לקידום החרם שבפעילות הארגון ובפרט ביחס להיקף פעילותה המוגבל של המערערת במסגרת הארגון, תוך שהוא מדגיש דווקא לעומתם את פעילותה במסגרת המרכז ללימודים יהודיים באוניברסיטת פלורידה בשנה שקדמה להגעתה.<sup>109</sup> גישה דומה של ניתוח ישיר של העובדות והשיקולים הנוגעים להחלטה תוך שימת דגש על שיקולים הפועלים כנגד מסקנתו של השר בולטת גם אצל שני השופטים הנוספים בבג"ץ.<sup>110</sup> בשום מקום בפסק הדין אין התייחסות מפורשת לדרישת הריסון השיפוטית ביחס לשיקול דעתו של השר, ומכל מקום, אין שום סממנים לכך שכאשר שופטי בג"ץ בחנו את ההחלטה הם העמידו בפני עצמם שיקולים חזקים, נטולי תוכן, כנגד אפשרות ההתערבות.<sup>111</sup>

מי שקורא בזה אחר זה את פסק דינו של שופט בית המשפט המחוזי ולאחר מכן את חוות הדעת של שופטי בג"ץ יתקשה להסביר את הפער ביניהם. דומה, ששני פסקי הדין הללו, שנכתבו ביחס לאותה תשתית סטטוטורית ועובדתית ובהפרש של ימים ספורים זה מזה, מתנהלים ביקומים מקבילים. שני פסקי הדין מבוססים על ניתוח של סבירות, אבל התוכן של העילה והאופן של הפעלתה בכל אחד מהם הוא שונה לחלוטין. פסק הדין של בית המשפט המחוזי הוא, כאמור, דוגמא אופיינית להפעלת ריסון של הימנעות. לעומת זאת, חוות הדעת של שופטי בג"ץ הם מקרה מובהק של אימוץ מוד ריסון של אי הסכמה. כלומר, בית המשפט שוקל באופן ישיר את השיקולים שהרשות המנהלית עצמה שקלה, ומגיע למסקנה, שלמרות שקיימים שיקולים מוסדיים, נטולי תוכן, כנגד התערבות, הרי משקלם של שיקולים אלו נסוג אל מול אי-

<sup>107</sup> ראו פסי' 19 סיפא לפסק הדין, שם בית המשפט קובע כי "באיזון בין הסתמכות המערערת על אשרת שהייה שניתנה לה, לבין החשש כי תנצל את שהייתה בישראל לקידום קריאות להטלת חרם, יש להעדיף את אינטרס הציבור למוגנות מפני עוולות...". וראו גם פסי' 20 לפסק הדין שמהאמור בו ניתן לכאורה לייחס לבית המשפט הסכמה, לגופו של עניין, עם עמדת המשיבים ("לא שוכנעתי כי ההחלטה שהתקבלה, בנסיבותיה האישיות הייחודיות של המערערת, עלולה להתרעע כד כד סטודנטים ואנשי אקדמיה נוספים מליטול חלק בפעילויות אקדמיות בישראל. כל מקרה נבחן כפי נסיבותיו שלו. לא כל סטודנט ואיש אקדמיה מכהן בתפקידים משמעותיים בארגון חרם על מדינת ישראל, או על גורמים המזוהים עמה ולא כל סטודנט ואיש אקדמיה מסתיר את ההיסטוריה לפעילותו ברשתות החברתיות באופן העולה בקנה אחד עם התנהלות המזוהה עם פעילי BDS").

<sup>108</sup> ראו פסי' 9-12 לפסק דינו של הנדל וכן פסי' 4 לפסק דינה של ברוך ופסי' 14-4 לפסק דינו של פוגלמן שגם הוא הקדיש חלק ניכר מפסק דינו לפרשנות הסעיף המסמך.

<sup>109</sup> שם, פסי' 15 לפסק דינו של הנדל.

<sup>110</sup> השופטת ברוך מדגישה את הנזק לאוניברסיטה ולחופש הביטוי האקדמי (ראו פסי' 5-3 לפסק דינה) והשופט פוגלמן מדגיש גם הוא שההחלטה אינה משרתת את תכליות הסעיף ואת הפגיעה בקשרים האקדמיים של האוניברסיטה (פסי' 17 לפסק דינו) וראו הדיון להלן בחלק ד.

<sup>111</sup> המקום היחיד שבו יש התייחסות לשיקולים כאלה הוא כאשר השופט הנדל סוקר את טיעוני המשיבים, ראו פסי' 5 לפסק דינו. כאמור, אינני טוען שום טענה של סיבתיות בנוגע לניסוחים המילוליים בפסק הדין, ראו הערה 104 לעיל.

ההסכמה של השופטים לדרך שבה הרשות המוסמכת הפעילה את שיקול דעתה. מעניינת במיוחד היא העובדה שלמרות הפער העצום בין שני פסקי הדין, פסק דינו של בג"ץ אינו כולל ולו מילה אחת של ביקורת ביחס לפסק הדין המחוזי. היינו, שופטי בג"ץ לא קבעו שהשופט יקואל טעה בניתוח המשפטי או ביישום דוקטרינת הביקורת על שיקול הדעת של השר. והסיבה לכך היא כנראה שגם לשיטתם בית המשפט המחוזי לא טעה בדבר. הוא רק הפעיל מוד אחד של ריסון – הימנעות, בעוד ששופטי בג"ץ החליטו להפעיל במקרה הזה מוד אחר ותובעני יותר – מוד של אי-הסכמה. כלומר, פרשת אלקאסם היא דוגמה טובה לכך שכאשר בית המשפט מיישם את עילת הסבירות, עומדים בפניו שני מסלולים חילופיים, שכל אחד מהם מגולם במוד שונה של ריסון והיקף התערבות. הבחירה שבית המשפט עושה בין שני המודים של הסבירות איננה בהכרח דיכוטומית, וכפי שהראינו קיימים בהחלט מצבים שבהם שני המודים יכולים לשמש זה לצד זה באותו תהליך קבלת החלטות.<sup>112</sup> עם זאת, הבחירה שבית המשפט עושה – גם אם היא נעשית בלא התייחסות מפורשת ואף בחוסר מודעות – עשויה להכריע את תוצאת ההליך. השאלה המתעוררת היא מה גורם לבית המשפט לבחור דווקא במוד מסוים של ביקורת ולא באפשרות החלופית. לשאלה זו אתייחס להלן.

#### ד. הבחירה בין מודים של ריסון

עד כה עסקתי בשני סוגי הריסון במישור האנליטי. הצבעתי על העובדה שכאשר בית המשפט מיישם את עילת הסבירות, הרי התכנים של העילה הזו תואמים שתי תפיסות שונות של ריסון, כאשר התפיסות הללו משמשות זו לצד זו, ומשפיעות על האופן שבו מעצבת הסבירות את עמדת בית המשפט ביחס להחלטות מנהליות. ואולם, כיצד בית המשפט עושה את ההחלטה לבחור במסלול זה או אחר? כלומר, מהם הגורמים המשפיעים על ההחלטה המקדמית החשובה הזו לגבי מוד הריסון השיפוטי? ומה צריכים להיות קווי התייחסות של כל אחד מסוגי הריסון?<sup>113</sup> דיון מקיף בשאלות אלו חורג מגדר הדיון ברשימה הנוכחית, משום שהוא מחייב דיון מקיף בעיקרון הריסון, בתכליות שלו, ובמושכלות היסוד של היחסים שבין בית המשפט לבין רשויות המנהל הציבורי.<sup>114</sup> במסגרת הדיון הנוכחי אסתפק בהצבעה על קווי מתאר ראשוניים שיכולים לסייע לנו לגבש עמדה בנושא. מן הראוי להדגיש כי קווי המתאר הללו אינם מהווים, בהכרח קריטריונים מכריעים לטובת מוד ריסון זה או אחר. זאת, בראש וראשונה משום שמארג השיקולים לטובת אימוץ גישה כזו או אחרת של ריסון הוא מורכב יותר ממה שניתן להציג במסגרת הנוכחית.<sup>115</sup> כמו כן, חשוב להדגיש כי הכרעה בין מוד כזה או אחר של ריסון איננה בהכרח הכרעה דיכוטומית. שהרי, כפי שכבר נאמר לעיל, לעתים קרובות, הליך ביקורת מסוים עשוי להכיל מרכיבים של שני המודים שהוצגו, כזה או אחר הם מעורבים, ועלולים להצביע על כיוונים מנוגדים.<sup>116</sup>

שיקול מרכזי אחד שיכול להצביע לטובת אימוץ מוד מינימליסטי של ריסון, כלומר לטובת ריסון של אי-הסכמה הוא השאלה האם ובאיזו מידה ההחלטה המנהלית כרוכה בפגיעה **בחירויות הפרט**. מן

<sup>112</sup> ראו הדיון בחלק ב-4 לעיל וכן הערה 107 לעיל.

<sup>113</sup> ההחלטה באיזה סוג של ריסון ומהו היקף הביקורת השיפוטית מכונה בעגה האמריקנית *Chevron Step Zero*. זאת, בהתייחס לפסק הדין המרכזי שעיצב את תפיסת הריסון הוא פסק הדין הידוע בעניין שברון (*Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)). בשברון נקבע כי ההחלטה של בית המשפט, שעה שהוא בא לבקר קביעה פרשנית של רשות מנהלית נעשית בשני שלבים. אלא, שקאס סנסטיין, במאמר מפורסם, הצביע על העובדה שעוד קודם להפעלת השלב הראשון בית המשפט צריך להחליט מלכתחילה האם להפעיל את הסטנדרט הריסוני של שברון או לבחור בסטנדרט ריסון מרוכז יותר, ראו Cass R. Sunstein, *Chevron Step Zero*, 92 VA. L. REV. 187, 188 (2006) וראו Dotan-Deference בעמ' 799.

<sup>114</sup> דיון כזה אני עורך במקום אחר, ראו דותן, הערה 88 לעיל, חלק ראשון במיוחד פרקים 5, 6 ו-9.

<sup>115</sup> בין היתר, הבחירה במוד הריסון עשויה להיות תלויה בנוסח החוק המסמך את הרשות ובשיקולים פרשניים, ראו סעיף 6.ב לעיל.

<sup>116</sup> ראו הדיון בחלק ב-4 לעיל.

המפורסמות היא שלבתי המשפט יש תפקיד מיוחד, במסגרת החוקתית שלנו, כמו של כל מדינה דמוקרטית, בכל הנוגע להגנה על חירויות היסוד. על כן, ככל שעסקינן בפגיעה בחירויות, וככל שהחירויות הן בסיסיות יותר, והפגיעה בהן, כתוצאה מהחלטה המנהלית היא תמורה יותר, כך גובר התפקיד שעל בית המשפט למלא. ובהתאם, השיקולים המוסדיים נטולי-התוכן הכרוכים בהחלטות כאלה מצביעים לטובת ריסון שיפוטי מינימלי. לכן, ככלל, כאשר עסקינן בפגיעה בחירויות הפרט אין מקום להפעלת מוד הריסון המוגבר של הימנעות, משום שהשיקולים המוסדיים, נטולי התוכן, מצביעים דווקא לכיוון של הרחבת הפיקוח השיפוטי על ההחלטה המנהלית, ובד בבד, השיקולים המקובלים כנגד התערבות שיפוטית בשיקול הדעת המנהלי, כגון היעדר המומחיות של בית המשפט והיעדר לגיטימציה דמוקרטית להתערבות מאבדים ממשקלם.<sup>117</sup> כלומר, במצבים כאלה יש מקום להיזקק למוד הריסון של אי-הסכמה. לעומת זאת, כאשר האינטרס הנפגע של האזרח הוא אינטרס שאינו עולה כדי חירות יסוד, ובמיוחד באותם מצבים שהמדובר באינטרס שהשיטה המשפטית רואה אותו כאינטרס קל ערך, כגון 'טובת הנאה' שאינה עולה כדי זכות משפטית של ממש – הרי ההצדקה לעשות שימוש במוד הריסון של הימנעות גוברת.<sup>118</sup>

ההבחנה הזו בין חירויות יסוד לבין אינטרסים נחותים יותר בחשיבותם גם יכולה לספק הסבר לפער בין בית המשפט המחוזי לבין בית המשפט העליון בעניין אלקאסם שנדון לעיל. בית המשפט המחוזי מדגיש בפסק דינו כי לאלקאסם, כאזרחית זרה, שאינה תושבת ישראל, אין כל זכות להיכנס לשטח המדינה.<sup>119</sup> לעומת זאת, שופטי בג"ץ שמו דגש על העובדה שהחלטת שר הפנים פגעה בחירויות יסוד, ובראשן חופש הביטוי. זאת משום שההחלטה פגעה ביכולת של האוניברסיטה העברית והסגל שלה לפתח קשרים אקדמיים בינלאומיים עם מוסדות אקדמיים בחו"ל.<sup>120</sup> במלים אחרות, המיצוב של ההחלטה בעניין אלקאסם כהחלטה הנוגעת לחירויות הפרט יכולה לספק הסבר מדוע החליטו שופטי בג"ץ להמיר את מוד הריסון התובעני של ההימנעות במוד ביקורתי הרבה יותר של אי-הסכמה.<sup>121</sup>

מן הצד השני, קיימות החלטות שלגביהן דומה שמוד הריסון של הימנעות הוא המתאים ביותר. אלו למשל החלטות מדיניות כללית של רשויות המנהל ובמיוחד אלו המערבות מומחיות מקצועית, טכנולוגית או כלכלית. כך לדוגמה מה צריך להיות המיקום של שדה התעופה הבינלאומי החדש של ישראל או מהי האסטרטגיה החינוכית לשיפור ברמת הלימודים המדעיים בבתי הספר הן החלטות שלגביהן קיימים שיקולים חזקים לטובת הפעלת ריסון שיפוטי מוגבר.<sup>122</sup> אלו הם שיקולים נטולי תוכן הקשורים ליחסים המוסדיים בין בית המשפט לבין הרשות המנהלית, שיקולים הקשורים ליתרונות האפיסטמיים המובהקים של הרשות המנהלית (מומחיות, גישה למידע, כלים למחקר ולבירורים עובדתיים וכיו"ב) וגם שיקולים של היתרון של הרשות בתחום הלגיטימציה הדמוקרטית מצביעים לכיוון ההצדקה להחיל על החלטות כאלה את מוד הריסון של ההימנעות.<sup>123</sup> לכן, עמדת המוצא של בית המשפט היא שהיקף הביקורת של החלטות

<sup>117</sup> ראו הערה 33 לעיל.

<sup>118</sup> ראו למשל דג"ץ 204/13 צלאח נ' שרות בתי הסוהר (2015) (במיוחד פסי' 13 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס; וכן פסקי הדין של השופטים מלצר ושהם (שם) לגבי הסיווג של לימודים אקדמיים של אסירים כטובת הנאה ולא כזכות.

<sup>119</sup> ראו פסק הדין המחוזי בפסי' 10 "שיקול הדעת הנתון לרשות המנהלית הוא רחב, משיסודו בריבונות המדינה להחליט מי יבוא בשעריה." וראו גם פסי' 19.

<sup>120</sup> ראו במיוחד פסי' 3-5 לפסק דינה של השופטת ברון.

<sup>121</sup> החלטות הנוגעות לחירויות הפרט נבחנות לא פעם תוך שימוש במבחני המידתיות ולא לפי עילת הסבירות. ניתוח השאלה מהו מוד הריסון הרלוונטי למידתיות חורג מהדיון כאן. ואולם, בהתאם למה שנאמר בטכסט, לא צריכה להיות בעיה לבית המשפט ליישם, במסגרת מבחן המידתיות (ובמיוחד במסגרת 'מבחן המשנה' השלישי של מידתיות צרה) מוד ריסון של אי-הסכמה. לעניין הדמיון בין מבחן הסבירות (האיזונית) למבחן המידתיות הצרה ראו בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (2011) 191-192 וכן ברק-ארז, 784.

<sup>122</sup> ראו הערה 96 לעיל.

<sup>123</sup> שאלות מדיניות רחבות שלגביהן לכל התערבות שיפוטית יש השלכות רחב במישורים רבים ושונים מכונות לעתים בעיות רב-קודקודיות, ולגביהן יש הצדקות חזקות במיוחד לריסון שיפוטי ראו למשל בג"ץ 7721/96 אגוד שמאי הביטוח נ' המפקח על

כאלה – במסגרת בחינת סבירות המדיניות של הרשות – צריך להיות מוגבל, כלומר, שמוד הריסון הרלוונטי הוא מוד ריסון של הימנעות.<sup>124</sup>

בתווד, בין שני סוגי ההחלטות לעיל מצויות החלטות אינדוידואליות של רשויות מנהל שאינן נוגעות ישירות לחירויות יסוד או שהפגיעה בחירויות הכרוכה בהן היא שולית. לגבי החלטות כאלה השיקולים נטולי התוכן החזקים לטובת ריסון שיפוטי הם חלשים יותר, בדרך כלל, מאשר במקרה של החלטות מדיניות כלליות. זאת משום שלבית המשפט קל יותר להעביר ביקורת על החלטה אינדוידואלית לסרב לבקשת רישיון עסק של פלוני, מאשר לדון בכל ההיבטים ובכל מישורי השפעה של מדיניות הרישוי הכללית של הרשות בתחום נתון. מאידך, השיקולים נטולי התוכן לטובת התערבות, אלו הנוגעים ליתרון המוסדי היחסי של בית המשפט בכל הנוגע להגנה על חירויות הפרט אינם חזקים כמו במקרה של פגיעה ישירה בחירויות יסוד. לכן, יש להניח כי השיקולים שיכתיבו את הבחירה של מוד הריסון שבו יבחר בית המשפט יהיו תלויים בנתונים נוספים כגון, הפרשנות של החקיקה המסמיכה את הרשות, מידת המומחיות המקצועית הכרוכה בהחלטה, סוג האינטרסים הציבוריים שעשויים להיות מושפעים ממנה, וכיוצא באלה שיקולים שעשויים להכתיב את היקף הריסון של בית המשפט ביחס להחלטה המנהלית.<sup>125</sup>

## ה. סיכום

ברשימה הנוכחית טענתי שהדרך להבנת המהות והתוכן של הסבירות המנהלית, והדרך שבה היא מיושמת בפסיקה, עוברת דרך בחינה אנליטית של המובנים של עיקרון הריסון המנהלי. הבחנתי בהקשר זה בין שני מודלים (מודים) של ריסון: ריסון של הימנעות וריסון של אי-הסכמה, וטענתי כי הדרך שבה מיושמת עילת הסבירות בפסיקה ניתנת להסבר באמצעות השימוש בשני המודלים הללו של הריסון. אכן, הרטוריקה של הפסיקה היא אחידה, אבל, הלכה למעשה, הדרכים שבה בית המשפט מיישם את העקרונות המופשטים עשויות להיות שונות מאוד זו מזו. ההבחנה המוצעת בין מודים של ריסון עשויה להבהיר לא רק את המשמעויות השונות של הסבירות באופן מופשט, אלא אף לספק תובנות טובות יותר לדרך שבה הולכים בתי המשפט הלכה למעשה. האתגר העומד לפתחו של בית המשפט הוא להכריע מהם השיקולים שינחו אותו לגבי מוד הריסון הראוי במקרים פרדיגמטיים שונים. המודל האנליטי שהוצע כאן איננו מתיימר לתת מענה מלא לאתגר הזה, אבל הוא מציע קווי מתאר ראשוניים שיכולים לסייע לבתי המשפט שעה שהם בוחרים את דרכי ההתמודדות עמו.

**הביטוח (2000) (פס' 19 לפסק דינו של זמיר); בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל (2008); בג"ץ 3677/09 איגוד שמאי הביטוח נ' המפקח על הביטוח (2010).**

<sup>124</sup> ראו פסקי הדין בהערה 96 לעיל. עם זאת, לא למותר לציין כי השיקולים שמוצגים כאן הם כאמור קווי מתאר כלליים בלבד לקבלת ההכרעה לגבי מוד הריסון הראוי ואין בהם כדי למצות את המורכבות של הכרעה כזו. החלטות מדיניות כלליות עשויות לפגוע באופן חריף למדי בחירויות הפרט והדוגמא של החלטות הנוגעות למיגור מגפת הקורונה – תוכיח. לפיכך, גם לגבי החלטות כאלה (או החלטות הנוגעות למדיניות כללית בתחומי המשק והכלכלה בכלל) לא ניתן לקבוע באופן אפריורי ומוחלט שיש להחיל לגביהן ריסון של הימנעות, אלא הדבר תלוי בשורה של פרמטרים, האם ובאיזו מידה החלטה כזו פוגעת בזכויות, עד כמה החלטה כזו היא החלטה המערבת שיקולים טכנולוגיים, רפואיים או כלכליים וכו'.

<sup>125</sup> ראו חלק ב-6 לעיל. לדיון כללי בשיקולים הנוגעים להיקף הריסון – ראו דותן, הערה 114 לעיל.