

## שני מושגים של ריסון – וסבירות

מאת

יואב דותן\*

למרות מרכזיותה של עילת הסבירות במשפטנו, מהותה של העילה ותכניה רחוקים מלהיות ברורים, והדיון בה סובל מעמימות, מאי-בהירות מושגית ויישומית ומהיעדר היקבעות (indeterminacy). במאמר אני טוען כי כדי לפצח את "הקופסה השחורה" של הסבירות עלינו להתמקד בניתוח 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 ה"ריסון" היא לבחון את מידת ההסכמה או אי-ההסכמה של המוסד המבקר (בית המשפט) עם עמדותיו של הגוף המבקר (הרשות המנהלית). ניתוח המונח ריסון מנקודת ראות כזאת מוביל למסקנה כי צריך להבחין בין שני מודים של ריסון: המוד הראשון הוא **ריסון של אי-הסכמה**, ולפיו בית המשפט בוחן את העמדות של הרשות המנהלית לגופן ומחליט אם מידת אי-ההסכמה שלו לגופו של עניין עם שיקולים אלו גוברת על שיקולים מסדר שני (content-independent considerations) התומכים בריסון או נסוגה בפניהם. 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 באמצעות השיקולים מסדר שני הנוגעים לריסון. סקירה של פיתוח עילת הסבירות מנקודת המבט של עקרון הריסון מצביעה על העובדה שיש שני מודלים עיקריים של סבירות במשפטנו. את המודל הראשון אני מכנה "סבירות של מופרכות", ועל פיו בית המשפט מתערב רק במקרים שבהם ההחלטה המנהלית היא "בלתי סבירה במידה קיצונית" עד כדי כך שהיא מופרכת בעליל. מודל זה של הסבירות שלט בכיפה במשפט שלנו עד לתחילת שנות השמונים, ובמסגרתו עילת הסבירות הייתה 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 אגב שימוש במודל האנליטי המוצג. טענתי היא כי גם כיום, אף שלהלכה הפסיקה מחויבת – במישור הרטורי – לסבירות האיזונית, לא פעם היא משתמשת למעשה במוד הריסוני של הימנעות. עובדה זו יכולה להסביר את חוסר העקיבות של יישום עילת הסבירות במשפטנו, חוסר עקיבות שבא לידי ביטוי בפסקי דין שונים, ולעיתים אף בעמדות של שופטים שונים בנוגע לאותו מקרה עצמו. במאמר מובאות דוגמאות שונות ליישום שני המודים של הריסון בפסיקה שעוסקת בסבירות, ובחלק האחרון אני מציע קווי מתאר נורמטיביים לבחירה במוד הריסון הראוי לסוגים שונים של החלטות מנהליות.

\* פרופסור מן המניין וראש הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש אדווין א' גודמן באוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לדקלה שמבדל על עבודתה המצויינת כעוזרת מחקר.

**מבוא. א. התפתחות עילת הסבירות במשפטנו.** 1. התקופה המוקדמת: סבירות של מופרכות. 2. המפץ של "דפי זהב": הצגת הסבירות האיונית. 3. הסבירות אחרי "דפי זהב". **ב. ניתוח אנליטי: על ריסון, על אי-הסכמה ועל סבירות.** 1. שיקול דעת, ריסון וסבירות. 2. ריסון ואי-הסכמה. 3. ריסון והימנעות. 4. בין הימנעות לאי-הסכמה: הבחנה קטגוריאליה או ספקטרום. 5. ריסון של הימנעות עם חריגים במצבי קיצון. 6. ההבחנה בין שני סוגי הריסון ושיקולים פרשניים. **ג. יישום המודל האנליטי במשפט בישראל.** 1. הערה מתודולוגית מקדמית. 2. סבירות של מופרכות וריסון של הימנעות. 3. סבירות איונית כריסון של אי-הסכמה. 4. סיכום ביניים: המהפכה של "דפי זהב" ושחיקת עקרון הריסון. 5. שני מובנים של ריסון בפסיקת בית המשפט: עניין אלקאסם. **ד. הבחירה בין מודים של ריסון. ה. סיכום.**

## מבוא

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

למרות מרכזיותה של עילת הסבירות במשפטנו, הרי מהותה של העילה ותכניה רחוקים מלהיות ברורים, ולמעשה ניתן לומר שגם היום, כארבעים שנה לאחר הצגתה בעניין דפי

- 1 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980). דיון מפורט בפסק הדין יואב להלן בפרק ב.
- 2 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). כן ראו Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19 THEORETICAL INQ. L. 705, 720–721 (2018).
- 3 דוקטרינת החוקיות המנהלית המסורתית, שאני מכנה אותה לאורך המאמר גם "דוקטרינת היריס" או עקרון 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, 1557 (1951). כן ראו למשל בש"פ 4972/07 פואז נ' מדינת ישראל, פס' 6 (נבו 2008.3.20); רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 2017.11.5); יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* כרך א 73 (מהדורה שנייה מורחבת 2010). על השלכותיו של פיתוח עילת הסבירות על מהותה ועל חשיבותה של עילת חוסר הסמכות ועל המשך התפתחותה של דוקטרינת היריס במשפטנו ראו יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועיקרון החוקיות החדש" *משפטים* מב 379, 392–394 (2012) (להלן: דותן "הסדרים").

**זהב**, רב הנסתר על הנגלה. אופיו העמום של מונח הסבירות מקשה מאוד על כל מי שמנסה לצקת לתוכו תכנים קונקרטיים ברורים, ואילו הנוסחאות האיזוניות הרחבות שבהן משתמשת הפסיקה המיישמת את העילה, גם הן אינן מסירות הלכה למעשה את אי-הבהירות בעניינה. אלו התומכים בגישה רחבה בנוגע לעילת הסבירות נוטים להדגיש את חשיבותה הרבה בביצור מעמדו של בית המשפט כמוסד המבקר את דרכי הפעלת הכוח השלטוני. לעומתם, המבקרים את השימוש הנרחב בעילה מדגישים את עמימותה הרבה, את אי-הבהירות של המינוח האיזוני ואת התכונה של אי-היקבעות (indeterminacy), המלווה אינהרנטית 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 עקרון היסוד של הביקורת השיפוטית – הוא עקרון הריסון.<sup>5</sup>

במאמר הנוכחי 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 עקרון הריסון השיפוטי. הבנה טובה יותר של עקרון הריסון והבחנה אנליטית בין מובנים שונים של ריסון יכולות להיות המפתח לפיצוח "הקופסה השחורה" של הסבירות. במרכז המאמר 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: **בפרק הראשון** אסקור את התפתחותה של עילת הסבירות במשפטנו, בהדגשת ה"מפץ" שהעילה עברה בתחילת שנות השמונים בפסק הדין **דפי זהב**; **בפרק השני** יובא הניתוח האנליטי. אציג שם את הקשר שבין שלושת הקודקודים של הדיון: שיקול דעת, ריסון וסבירות. לאחר מכן אתמקד בניתוח המונח "ריסון שיפוטי". אטען כי הדרך להבין את מהותו של מונח הריסון היא לבחון את מידת ההסכמה או אי-ההסכמה של המוסד המבקר (בית המשפט) עם העמדות של הגוף 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 לשני המודלים הללו ואת השונה ביניהם; **בפרק השלישי** של המאמר איישם את המודל האנליטי הזה בפיתוח עילת הסבירות במשפטנו. טענתי המרכזית היא כי המעבר שעשה בית המשפט בעניין **דפי זהב** מהסבירות ה"ישנה" (שאותה אכנה "סבירות של מופרכות") לסבירות ה"חדשה" האיזונית, היה למעשה מעבר קלאסי במוד הריסון השיפוטי, כלומר מעבר מריסון של הימנעות לריסון של אי-הסכמה.<sup>6</sup> אסקור כאן את

4 ראו להלן ה"ש 33 והטקסט הסמוך לה.

5 שם.

6 חשוב להדגיש כבר בשלב זה שאינני טוען שהשינוי שהוכנס לתכנים ולמובנים של תפיסת הסבירות ומוד הריסון השיפוטי בעניין **דפי זהב** (לעיל ה"ש 1) היה שינוי מוחלט, אלא שבאותו שלב הוצג מושג חדש של סבירות. כפי שנראה להלן, גם בתקופות מאוחרות יותר תפיסות הסבירות השונות והמודים של הריסון משמשים זה לצד זה במקרים רבים (ראו להלן ה"ש 96 והטקסט הסמוך לה).

השלכותיו של המעבר הזה שביצע בית המשפט, שהעיקרית שבהן היא צמצום רבתי של הריסון השיפוטי ביחס להחלטות של רשויות המנהל; הפרק 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 התיחום 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" בנושא אקטים מנהליים, לפחות כמטבע לשון, היה קיים במשפט המנהלי שלנו כבר בשנות החמישים והשישים.<sup>7</sup> במהלך השנים התייחסו בתי המשפט במקרים מסוימים לאפשרות של פסילת אקטים מנהליים שהיו נגועים, בין היתר, ב"אי-סבירות" או ב"חוסר סבירות". ואולם, השימוש שנעשה במונח הסבירות שונה בתכלית, ממישורים ומבחינות רבים, מהשימוש המוכר לנו כיום בעילת הסבירות. להלן אסקור את מאפייני הסבירות הישנה (זו שהייתה מקובלת עד תחילת שנות השמונים). כפי שאראה, קיים חוט מקשר מרכזי אחד בין כל המישורים הללו.

**ראשית**, אולי יהיה 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 שינוי מהפכני

7 ראו למשל בג"ץ 80/54 נוחימבסקי נ' שר המשפטים, פ"ד ח 1491, 1496 (1954) (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' דיוניגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1037-1039 (1959) (סקירת עמדת המשפט האנגלי לעניין פסילת חוקי עזר בשל אי-סבירות); בג"ץ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד טו 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). ראו גם בג"ץ 264/66 "השעמון" 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) (אזכור האפשרות העקרונית לפסול חוק עזר עירוני מחמת אי-סבירות); דיון בבג"ץ 175/66 י" 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 (1972) (דיון בטענת חוסר סבירות של תקנות); ע"א 492/73 שפיזור 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 מועדורת הכנסת").

8 כך לדוגמה חיפוש במאגר נבו של המילים "סבירות", "אי-סבירות" או "חוסר סבירות" מעלה תוצאות ספורות עד סוף שנות השישים, כמה עשרות תוצאות בשנות השבעים וקפיצה חדה בנתונים (יותר מ-200 תוצאות) בשנות השמונים והמשך העלייה החדה (למאות אחדות של תוצאות) בשנות התשעים

בתקופה שלאחר שנות השמונים, שלאורכה הפכו מצבים שבהם בית המשפט לא נדרש לדיון בסבירות מהמצב הרגיל למצב החריג.<sup>9</sup>

**שנית**, עילת הסבירות – ככל שזכתה להתייחסות – הייתה שולית במשפט המנהלי שקדם לדפי זהב, משום שנחשבה לעילה **שיורית**. השיוריות של העילה באה לידי ביטוי בכך שבדרך כלל היה בית המשפט דן בטענות בדבר אי-סבירות של אקטים מנהליים (בדרך כלל דובר בחקיקת משנה ובמיוחד בחוקי עזר עירוניים)<sup>10</sup> בד בבד ובכפיפה אחת עם הדיון בפגמים אחרים בחוקיות האקט המנהלי. כלומר, בית המשפט היה מגיע לדיון בטענות של סבירות רק לאחר שהיה בוחן קודם לכן את התקיימות העילות המרכזיות יותר, של חוסר סמכות, שיקולים זרים, הפליה וכיו"ב. מסקנה של חוסר סבירות הייתה נלווית בדרך כלל למסקנה מוקדמת שלפיה האקט הנדון פסול ממילא באחת או יותר מהעילות הללו. או במילים אחרות, המונח "אי-סבירות" יוחס בבתי המשפט למצבים שבהם האקט המנהלי היה פגום מלכתחילה, וחוקיותו הייתה "מנוקבת ככברה" מעיקרו של דבר, והתיבה "חוסר סבירות" שהוצמדה לאקט כזה נועדה רק לתת משנה תוקף לפגמות היסודיות האחרות הקיימות ממילא.<sup>11</sup> עד תחילת שנות השבעים לפחות לא היה בית המשפט מוכן להגיע

ובעשורים שלאחר מכן. צריך להתייחס לנתונים הללו בזהירות משום שבמאגר, במיוחד בעשורים הראשונים, כלולים נתונים המתייחסים רק לפסקי דין שפורסמו (אם כי הדבר נכון גם לפסיקה בשנות השמונים), וגם משום שהמספר הכללי של פסקי הדין בבג"ץ גדל גם הוא במהלך השנים. ראו YOAV DOTAN, *LAWYERING FOR THE RULE OF LAW: GOVERNMENT LAWYERS AND THE RISE OF JUDICIAL POWER IN ISRAEL* 25 (2014). עדיין יש בנתונים הללו כדי לשקף היטב את העלייה במרכזיותה של עילת הסבירות בפסיקה שלנו מתחילת שנות השמונים. ראו גם מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחרות" **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 773, 795 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים) (2013).

9 על כך 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 חי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 202 ("סבירות המדיניות הזו היא ענין לכנסת בפניה אחראית הממשלה ואין על בית-המשפט הזה להתערב בדבר"); עניין **דיזינגוף**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1034; בג"ץ 98/54 **לזרוביץ נ' המפקח על המזונות**, פ"ד י 40, 51 (1956). כן ראו הערות ברוח זו בבג"ץ 112/77 **פוגל נ' רשות השידור**, פ"ד לא(3) 665-666 (1977).

10 חשיבותה של ביקורת על חקיקת עזר עירונית לעניין פיתוח עילת הסבירות נבעה מכך שהתפיסה השלטת במשפט האנגלי הייתה שהיקף הביקורת השיפוטית על רשויות מקומיות היה רחב במידה ניכרת מהיקף הביקורת על הממשלה (שנהנתה מחסינויות שונות וגם מהעובדה שהיו בידיה סמכויות פרוגרטיביות). גם בפסיקה שלנו נשמעו לא פעם הדים לעמדה שלפיה ככל שבחינת הסבירות משמשת את בית המשפט ככלי הרי ניתן להפעילו רק באשר לחוקי עזר עירוניים. ראו למשל עניין **דיזינגוף**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1034-1036 (המצטט דברים שנאמרו בעניין **לזרוביץ**, שם, בעמ' 51: "נראה הדבר, כי באותו אופן לא יבדוק בית-המשפט את מידת היעילות או הסבירות שבפעולה כזאת, להוציא את מבחן הסבירות של חוקי-עזר"). 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 הייתה קיימת כבר בבתי המשפט של ארץ ישראל המנדטורית. ראו בג"ץ 129/57 **מנשי נ' שר הפנים**, פ"ד יב 209, 214 (1958).

11 ראו למשל עניין **דיזינגוף**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1037 (השופט ברנזון מביא שם מדבריו של הלורד רוסק בעניין Kruse v. Johnson, [1898] 2 QB 91: "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

למסקנה שניתן לפסול אקט מנהלי אף שהוא תקין מכל בחינה אחרת, אך לוקה בחוסר סבירות.<sup>12</sup>

**שלישית**, וחשוב יותר, חוסר העצמאות של עילת הסבירות בתקופה זו נבע ממרכיב מרכזי אחד של דוקטרינת הביקורת השיפוטית בתקופה זו והוא שטענת חוסר הסבירות הייתה למעשה לא יותר מרכיב של טענת חוסר הסמכות, משום שלפי התפיסה שנהגה אז, מקור הסמכות של בית המשפט לבחון ולפסול אקטים מנהליים שהיו נגועים בחוסר סבירות לא נבע מעיקרון עצמאי כלשהו של המשפט המנהלי (פשיטא, שעיקרון כזה לא היה קיים כלל), אלא הוא היה מבוסס על הנחה פרשנית שלפיה המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לקבל החלטות או להתקין תקנות וחוקי עזר שהם לא 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 והפליה, 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

- צודקים בעליל; אם הם מראים כוונה רעה; אם יש בהם משום התערבות מטרידה או התערבות חנים 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 בערכוביה). ראו יצחק זמיר **משפט מינהלי – רשימות לפי הרצאות** חלק א 137 (גדעון קריב ואמנון שור עורכים 1964) (להלן: זמיר **משפט מינהלי**); איל זמיר "עילת אי הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 291, 297 (1982).
- 12 ראו הניתוח אצל כהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 795. כן ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 723–724 (2010). שוליותה של העילה באה לידי ביטוי גם בהיקף הכתיבה האקדמית עליה. לעומת שפע הכתיבה האקדמית שעסקה בסבירות מאז תחילת שנות השמונים, התקשיתי למצוא מאמרים אקדמיים שעסקו בנושא קודם לכן. חריג בולט אחד לאמור הוא מאמר שכתב אהרן ברק עצמו, ראו אהרן ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" **הפרקליט** כא 463 (1965) (שבו הוא מקדיש דיון בהיקף של כעמוד אחד לעילת הסבירות (שם, בעמ' 471–472)). לא למותר לציין כי הדיון במאמר בסבירות שומר אמונים לתפיסה שהייתה קיימת בפסיקה באותה תקופה ולפיה הסבירות היא כלל פרשני. ראו גם זמיר **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 136–145; נתן מאיר "על מעמדה של חקיקת המשנה" **עיוני משפט** א 374, 376 (1971). אכן, כפי שנראה להלן, במהלך שנות השבעים החל להסתמן שינוי מסוים בשאלה זו של "עצמאות" עילת הסבירות. אך ככלל, הגישה השלטת באותה תקופה הייתה שכל הדיון בסבירות הוא במידה רבה תוצר לוואי של הדיון בפגמים אחרים שבהם ההחלטה הנתקפת לוקה.
- 13 ראו למשל עניין **לזרוביץ**, לעיל ה"ש 9; בג"ץ 262/62 **פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו**, פ"ד טו 2101 (1962); עניין **נוחמובסקי**, לעיל ה"ש 7. למעשה הדבר נכון גם לעילות הביקורת הדיוניות (כגון כללי הצדק הטבעי). ראו ע"א 183/69 **עירית פתח תקוה נ' טחון**, פ"ד כג(2) 398, 403 (1969). ראו גם יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 5, 24 (רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים התש"ס) (להלן: דותן "אקטיביזם").
- 14 פיתוחה של טענת חוסר הסבירות כתוצא לוואי של טענת האולטרז'ורס בפסיקה בישראל נעשה בעקבות עמדת הפסיקה האנגלית שבאה לידי ביטוי בשני פסקי הדין העיקריים בעניין זה. ראו עניין *Johnson*, לעיל ה"ש 11, ואת ההלכה הידועה בעניין *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.* [1948] 1 KB 223 (C.A.) (שבה עוצבה נוסחת הסבירות של המשפט האנגלי). הפסיקה שעסקה באי-הסבירות בתקופה זו הרבתה לצטט את שתי ההלכות הללו. ראו למשל עניין **דיזינגוף**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1034, 1038; עניין **בן בשט**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 723; עניין **מנשי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 215; ד"נ 13/58 **עיריית תל-אביב-יפו נ' לובין**, פ"ד יג 118, 122 (1959); בג"ץ 156/75

שלפיה ההחלטה המנהלית היא "בלתי סבירה", הוא טען למעשה כי ההחלטה מופרכת, מעוותת, קיצונית ולא סבירה כל כך ש"לא יעלה על הדעת" שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית להחליט כפי שהחליטה. וכך, טענת חוסר הסבירות באותה תקופה הייתה לא יותר מטענת חוסר סמכות המבוססת על ניתוח פרשני של החוק המסמיך מחד גיסא, והצבעה על התוצאות הקשות והלא סבירות של ההחלטה הקונקרטי מאידך גיסא.<sup>15</sup> מובן שההנחה הפרשנית הזאת, 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. ביסוס עילת הסבירות על ההנחה הפרשנית בדבר כוונתו של המחוקק המסמיך הוא שעיצב את תוכני העילה ומהותה. בתי המשפט ראו עצמם מוסמכים לפסול מעשי מנהל כלא סבירים רק באותם מקרים שבהם לא היה אפשר להניח שהמחוקק התכוון להסמיך את רשויות המנהל לפעול כפי שפעלו. כדי לגבש מסקנה כזאת היה בית המשפט צריך להגיע למסקנה כי "לא יעלה על הדעת" שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לפעול כפי שפעלה. ומכאן נובע שעל מנת שהאקט המנהלי יוכר כלא סביר הוא צריך להיות כה לא סביר עד כי אף שלשון החוק מסמיכה לכאורה את הרשות לפעול כפי שפעלה, הרי מתבקשת המסקנה כי הסמכה כזאת אינה קיימת. ומכאן משמעות הביטוי "לא סביר" הייתה רק אקט שהוא קיצוני ומופרך בעליל 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",

דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 102–103 (1976). לסקירה מקיפה של התפתחות המשפט האנגלי ראו כהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 781 ואילך.

15 ראו למשל עניין דיזינגוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1037 ("אני רואה את העיקר בזה, שענין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות"); עניין מנשי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 214 ("במקרה זה טענת אי-הסבירות צמודה לטענה ששיקול-הדעת חורג ממסגרת ההסמכה ובעצם היא טענה של אולטרה וירס"); שם, בעמ' 215 ("במידה שבא-כוח המבקש טוען, שעל העיריה היה לשקול את הנסיבות הקיימות באופן אחר [...] הרי זו טענה של אי-סבירות שבינה לבין טענת חריגה מן הסמכות אין ולא כלום, ובית-המשפט הזה לא יזקק לה ולא יתערב") (ההדגשה הוספה). ראו גם עניין בן בשט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 721 ("תקנות כאלה בלתי-סבירות הן והנן ultra vires"); עניין לובין, לעיל ה"ש 14; בג"ץ 14/66 אולמי הנשיאים בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כ(1) 658, 669 (1966); עניין קלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 331; ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343, 363 (1968).

16 ראו למשל עניין קינרוס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 242 (דחיית טענה בדבר חוסר סבירות של חקיקת משנה כשבית המשפט קובע כי "השימוש שעשתה הממשלה בסמכותה, לא זו בלבד שאינו נוגד את רוח חוקי הגנת הידיר, אלא שהוא בא כתוצאה ישירה של הוראה מפורשת בחוק"); עניין שפייר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 26–27.



"לא צודקת בעליל",<sup>17</sup> לא מתקבלת על הדעת,<sup>18</sup> כזו שלא ניתן למצוא לה "הצדקה בעיני אנשים הגיוניים"<sup>19</sup> וכיו"ב. ביטויים שהדגישו את הקיצוניות, את המופרכות ואת החריגות 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 מסוימים בעמדתו של בית המשפט בנוגע לעילת הסבירות. אומנם אין מדובר בשינויים דרמטיים, אך ניתן לומר שבית המשפט החל להגמיש במידה מסוימת חלק מהפרמטרים של הסבירות שנדונו לעיל. בראש ובראשונה השימוש בסבירות נעשה נפוץ יותר מבשני העשורים הקודמים.<sup>21</sup> שנית, בית המשפט החל לדון ישירות ולהתלבט בשאלה של מעמדה ה"עצמאי" של העילה, כלומר בשאלה אם ניתן לפסול החלטות מנהליות בשל חוסר סבירות גם כאשר ההחלטה איננה לוקה בחוסר סמכות, בשיקולים זרים, בהפליה וכיו"ב.<sup>22</sup> עם זאת הקישור המובהק של דרישת הסבירות לדוקטרינת הוירס ממשך לאפיין את הפסיקה בשנות השבעים לכל אורך אותו עשור.<sup>23</sup>

17 ראו למשל שם, בעמ' 26 (התערבות בעילת הסבירות רק כאשר עלול להיגרם "עוול בולט שאין לו תקנה בדרך אחרת"). כן ראו עניין **דיזינגוף**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1037; עניין **בן בשט**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 721; עניין **קלו**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 331; עניין **אורן**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 639.

18 ראו למשל עניין **מנשי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 215; עניין **דיזינגוף**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1037, 1039.

19 שם ("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"). ראו גם עניין **קלו**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 327; עניין **בן בשט**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 721.

20 ראו עניין **קינרוס**, לעיל ה"ש 7, 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 משוועת ואין לה כל בסיס עובדתי, ציבורי או חברתי"); עניין **דקה**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 103 ("אי־סבירות קיצונית ביותר").

21 ראו לעיל ה"ש 8.

22 פסק הדין שמשקף בצורה המובהקת ביותר את ההתפתחויות הללו הוא פסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר בעניין **דקה**, לעיל ה"ש 14. פסק הדין, שעסק בסבירותה 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 על תכניה ומעמדה של עילת הסבירות. שמגר קבע כי אף שבדרך כלל יש חפיפה בין חוסר סבירות לבין פגמים אחרים, כגון הפליה ושיקולים זרים, הרי אי־הסבירות יכולה "גם להתגלות כאשר היא בגפה" (שם, בעמ' 105–106). ואולם, מלבד זאת שני הפרמטרים העיקריים של גישת המופרכות, שהם הקישור האינהרנטי בין הסבירות לחוסר הסמכות והדרישה למופרכות קיצונית וזועקת כתנאי להתערבות שיפוטית, עומדים בעינם בפסק הדין (שם, בעמ' 96, 101, 103).

23 ראו כהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 795. ביטוי מובהק לקשר הזה הם פסקי דין שבהם נדונו טענות של אי־סבירות של חקיקת משנה כאשר הרשות המתקינה טענה כי הגישה שאומצה בתקנות תואמת את גישתו של המחוקק המסמיך, ולפיכך אין מקום שבית המשפט יהרהר אחרי סבירותן. כל זמן שטענת אי־הסבירות מבוססת על הנחה פרשנית, הרי ההנחה הזאת ניתנת לסתירה בקביעה ברורה של המחוקק שנותן גושפנקה לגישה שאימץ מחוקק המשנה, ולכן לפי ההיגיון של המודל הזה, אין מקום שבית המשפט יבחן, מלכתחילה, את שאלת סבירותן או אי־סבירותן של התקנות. ואכן, בכמה וכמה פסקי דין שדנו במצבים כאלה לאורך שנות השבעים דחו בתי המשפט 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);



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

על רקע זה של תפיסה ברורה ומוגדרת של מקורותיו, בסיסיו ותכניו של מבחן הסבירות שהיה קיים בפסיקה עד לסוף שנות השבעים ותואר בפרק הקודם, מופיע פסק דינו של השופט (כתוארו אז) 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 תזת הסבירות החדשה.<sup>25</sup> ברק מציג את התזה שלו כמבוססת על ארבע פרפוזיציות עיקריות: הראשונה

בג"ץ 120/73 טוביס נ' ממשלת ישראל, פ"ד כו(1) 757, 759–760 (1973); ע"א 439/76 הסתדרות מכבי ישראל, מרכז קופת-חולים מכבי נ' מדינת ישראל, 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) 782, 780 (1978) ("גם חוק בלתי-סביר הוא חוק מחייב, ובמסגרת הסמכויות על-פיו יכול ויביא לידי התקנת תקנה שהיא מחייבת כמותו, אם כי אותה אי-סבירות דבקה גם בה – לא מפני שהתקנה נעשית סברה, אלא מפני שאי-סבירותה נתרפאה מראש בחוק שעל-פיו הותקנה"). ראו גם בג"ץ 310/80 דרור הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה(1) 253, 262 (1980) (פסק דין זה הוא אולי מעניין במיוחד משום שהשופט (כתוארו אז) ברק ישב בו בהרכב והסכים לפסק דינו של השופט בכור, כאשר פסק הדין ניתן שבועות ספורים לפני פסק הדין בעניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 1). אך השוו מאיר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 377–376 (המחבר טען כי 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 (כתוארו אז) 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 הייתה טענה שחקיקת המשנה היא לא סבירה, אלא שהפתרון שאומץ בתקנה אינו תואם את הפתרון (הלא סביר) שאימץ המחוקק (ומכל מקום הטענה נדחתה בידי השופט כהן)). כך או כך, פסקי הדין בשנות השבעים אימצו כאמור גישה נחרצת בעניין זה (והשוו להלן ה"ש 45 והטקסט הסמוך לה).

24 הדיוק ההיסטורי מחייב לציין כי למעשה עניין **דפי זהב** (לעיל ה"ש 1) איננו פסק הדין הראשון שבו הציג ברק את גישת הסבירות החדשה. כחצי שנה קודם לכן ניתן פסק הדין בבג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(3) 729, 744–745 (1980), שבו הציג ברק, בקצירת האומר וברדעת יחיד, את התפיסה שלפיה הסבירות האיזונית היא אחת מעילות הביקורת העיקריות של המשפט המנהלי, ואף זכה על כך לקיתון של צוננין מצידו של השופט (כתוארו אז) אלון (שם, בעמ' 753–754). אלא שבאותו עניין נסבה המחלוקת בין השופטים על היקף התחולה של כללי המשפט הציבורי על גופים שאינם שלטוניים מובהקים ופחות על תוכנה של העילה עצמה. לא למותר לציין גם שבהצגת הגישה האיזונית הסתמך ברק על משפט אחד שנכלל בפסק דינו של שמגר בעניין **דקה** (לעיל ה"ש 14, בעמ' 105), 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 לבלתי-סבירה לחלוטין", אשר מוצג אצל ברק כמצב שבו עובד הציבור "נתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל" (עניין **מרכז הקבלנים**, שם, בעמ' 744). ראו גם זמיר **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 11. כך או כך, עניין **מרכז הקבלנים** (שם) היה לא יותר מאשר "קדימון" לפסק הדין המרכזי שבו הוצגה התיזה הברקית במלוא היקפה – הוא פסק הדין בעניין **דפי זהב** (לעיל ה"ש 1). ראו גם ברק-ארז, לעיל ה"ש 12, בעמ' 730–732.

25 מוקד הדיון היה השאלה אם מותר לרשות לחדש את ההתקשרות עם הזכיין הקיים ללא מכרז, או שמא מוטלת עליה חובה להעניק הזדמנות שווה לכל העוסקים בתחום. כלומר, ביסודו של דבר דובר בשאלה שהייתה צריכה להיחתך, בראש וראשונה, על פי עקרון השוויון. ואולם, בא כוח העותרת הסתמך בין היתר על הדברים שקבע ברק לעניין הסבירות בעניין **מרכז הקבלנים הנ"ל**, דבר שהוביל את הנשיא

קובעת כי חוסר סבירות "כשלעצמו" 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>; הרביעית, 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>. ה"נוסחה" האיונית הזאת אשר בהמשך פסק הדין ברק מפרט את מהותה ואת יסודותיה בהרחבה,<sup>29</sup> היא על פני הדברים החידוש החשוב ביותר של פסק הדין.

כבר עם הצגת מבחן הסבירות האיונית, 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 כשהוא טורח להבהיר את ההבדל בין המבחן הישן שדרש שההחלטה תהיה "מופרכת מעיקרה ובשל כך בלתי סבירה לחלוטין", לבין המבחן האיוני הרחב של ברק.<sup>30</sup> הוא מציין כי המבחן האיוני עשוי להוביל את בית המשפט לבחון, באופן בלתי אמצעי וללא כל הגבלה, את יעילותה ורציונותה של הפעולה המנהלית, כלומר להביא לבחינה שיפוטית de-novo של החלטות המנהל, ובכך לקעקע את יסודותיו של עקרון הריסון.<sup>31</sup>

לנדוי, שכתב את פסק הדין, להסתייג נמרצות מאותם דברים (עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 430). פסק דינו המקיף של ברק בא אפוא כתגובה לאותה הסתייגות של לנדוי (שם, בעמ' 431). ברק מנמק את הרלוונטיות של הסבירות לדיון, בין היתר בכך שרשות השידור סתה מהנחיה פנימית בנושא, ושסטייה כזאת נדרשת להיות סבירה (שם, בעמ' 436). אלא שהדיון בסבירות החלטה "רגילה" של הרשות שונה מאוד מהדיון בסבירות של סטייה מהנחיה. ראו יואב דותן **הנחיות מינהליות** 396–404, 534–535 (1996).

26 את הטענה כי חוסר הסבירות הוא מונח "אובייקטיבי" הנמדד ב"אמות מידה אובייקטיביות" מבסס ברק על הקביעה כי אמת המידה למדידת הסבירות אינה עמדתו של בית המשפט, אלא בית המשפט קובע אותה לפי מה ש"עובד הציבור הסביר" היה מחליט (עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 439). כבר בטקסט של פסק הדין ניכרים אצל ברק ספקות עצמיים בנוגע לתוקף ולמשמעות של קביעה זו, שכן הוא מודה, מייד בהמשך, כי "אין לכחד, כי ההכרעה הסופית היא בידי בית המשפט" (שם, בעמ' 441). וראו גם בג"ץ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(2) 485, 515 (1990). הטענה זכתה לביקורת נוקבת בספרות, ראו למשל מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 102, 122 (1982). לדיון ספקני במיוחד ב"אובייקטיביות" של הסבירות ראו חיים גנו "שיקול-דעת שיפוטי לאהרן ברק" **משפטים** יח 509, 516 (1988); נעם סולברג "פרשנות סבירות ומידתיות" פס' 32 (הרצאה בכנס העמותה למשפט ציבורי, במלון דן כרמל, חיפה 6.12.2019 <https://bit.ly/39v0RTo>).

27 ראו הדיון להלן בטקסט הסמוך לה"ש 39 (ההדגשה הוספה).

28 עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 437. נוסחת האיון 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. איוון זה אינו סביר, אם הרשות המוסמכת אינה נותנת משקל ראוי לאינטרסים השונים" (שם, בעמ' 445, ההדגשות הוספו).

29 שם, בעמ' 444–447. לסקירה מקיפה של עילת הסבירות האיונית במשפטנו ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 12, בעמ' 725 ואילך.

30 עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 431–432.

31 שם, בעמ' 431–432 ("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 בכוננות ההחלטה").

והוא קובע כי "די לנו בנוסחאות מקובלות אלה [קרי מבחן המופרכות] ואין 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 בעמימותו של מבחן הסבירות האיונית, בחוסר ההיקבעות שלו, בכך שהוא מעניק לבית המשפט מנדט לא מוגבל, הלכה למעשה, לאכוף את השקפותיו ואת העדפותיו על רשויות השלטון, בכך שהוא אינו מאפשר הנחיה ברורה לרשות המנהלית כיצד לנהוג, ובכך גורם לאי-ודאות קשה בתחום המשפט הציבורי בכללו.<sup>33</sup> ואילו המחלוקת שנמשכה במידה מסוימת 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 כשלעצמו.<sup>34</sup>

32 שם, בעמ' 432.

33 פסק הדין הבולט לעניין זה הוא פסק דינו המקיף של המשנה לנשיא אלון בבג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991). אלון תוקף בחריפות 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 שבינו לבין ברק חילוקי דעות באשר ל"תפיסות יסוד בדרכם של השיפוט ושל השופט" (שם, בעמ' 813), הוא מקעקע את הטענה שהשופט, המפעיל את עילת הסבירות (ומונחי סתום אחרים שברק פיתח), יכול להפעילה באופן אוניברסיטלי, המנותק מהשקפותיו האישיות (שם, בעמ' 814) ותוקף את ההקבלה שעושה ברק בין "חוקיות" האקט המנהלי לבין סבירותו (שם, בעמ' 816). הביקורת על העמימות וחוסר ההיקבעות של מבחן הסבירות האיוני אפיינה גם את הכתבה האקדמית בנושא. ראו למשל שקד, לעיל ה"ש 26, במיוחד בעמ' 106–107 ("שהנטייה הנוכחית היא לקרוא הרחבה בלתי מוגבלת למעשה של ההתערבות השיפוטית בגוף שיקול הדעת המינהלי, וכי הרחבה זו הופכת על פניהן הלכות ותיקות ומושרשות"); משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" עיוני משפט יח 5, 8–9, 11–14 (1989); רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 20, 7, 10–12 (1994); דותן "אקטיביזם", לעיל ה"ש 13, בעמ' 22–24. ביקורת דומה על הסבירות האיונית הובעה בפסיקה גם בשלבים מאוחרים יותר, במיוחד בפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס בבג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פס' 9–10 (נבו 6.12.2007) (גרוניס ביקר את השינוי במובן של עילת הסבירות בעניין דפי זהב (לעיל ה"ש 1) כ"נורמת על" ש"בלעה לתוכה [...] עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר", וקבע כי בהקפה הנוכחית היא נמצאת "ברמת ההפשטה הגבוהה שלה [...] [ה]מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא מגדילה את אי הוודאות המשפטית". בשל חוסר ההיקבעות של מבחן הסבירות האיונית (שלדבריו מתעצב אך בשלב התוצאה של הכרעת השופט בתהליך של Reverse Engineering, הוא מציע "לקבל עם קב חומטין" את הטענה שבית המשפט אינו שם שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת). ראו גם את דברי השופט סולברג בבג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ – אורחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פס' 15 (נבו 1.3.2016), ובדנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פס' 36 (נבו 26.10.2017) ("הסבירות פנים רבות לה, וגם הראוי הריהו תלוי בעיני המתבונן [...] מה שנתפס בעיני האחד כבלתי-סביר באופן קיצוני, נחזה בעיני חברו כסביר וראוי"). ביקורת דומה השמיע סולברג גם בהרצאה פומבית, ראו סולברג, לעיל ה"ש 26, פס' ("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").

34 ראו זמיר משפט מינהלי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 137–138; כהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 795; ברק-ארוז, לעיל ה"ש 12, בעמ' 723–724.

אלא שמי שמתמקד רק בעמימות ובחוסר ההיקבעות (indeterminacy) של הנוסחה האיזונית (או בשאלת החפיפה שלה לעילות אחרות) – מחמיץ נקודה מרכזית אחרת והיא שכבר בשלב הראשוני הזה של הצגת הסבירות החדשה בדפי זהב מבחן האיזון 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 האיזוני הרחב של ברק מטשטש, כבר מהרגע הראשון, את הקשר שבין מבחן הסבירות לבין דוקטרינת החוקיות. אומנם ניתן הקשר איננו מוחלט באותו שלב מוקדם. ברק טורח לציין כי אותו איזון "ראוי" שבית המשפט אמון על אכיפתו קשור ל"מסגרת 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 מהדרישה הקפדנית לאיתור כוונת המחוקק על פי מבחן הסבירות הישנה. ייאמר מייד שעצם השימוש של ברק במינוח כזה של "המסגרת החקיקתית" (במקום "כוונת המחוקק" וכד') אינו מפתיע, משום שהוא תואם היטב את המגמה הכללית של שינוי רבתי של תורת הפרשנות הכללית ופיתוחה של גישת הפרשנות ה"תכליתית", שהיא אולי הפרויקט המרכזי ביותר בתורת השפיטה של ברק בכלל (ובמובן זה ניתן לראות במהלך בעניין עילת הסבירות תוצר לוואי של המהפכה שהכניס בתורת הפרשנות). ואולם, יחיד הדבר אשר יהא, מנקודת הראות של מבחן הסבירות, הרי הפן המרכזי של הגישה החדשה הוא ניתוק הדיון בסבירות מהדיון בדוקטרינת החוקיות. זוהי 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 גם משפט מנהלי חדש. אם עד לאותה נקודה הביקורת השיפוטית המנהלית התחילה – וגם הסתיימה – בעקרון החוקיות המנהלי (כלומר בדוקטרינת הוירס), הרי בנקודת המפץ של דפי זהב מציג ברק, בפעם הראשונה, מודל של ביקורת שיפוטית שמנותק מדוקטרינה זו. במילים 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 הפך תפקידו של בית המשפט לרחב יותר, קרי לוודא שרשויות המנהל פועלות על פי עיקרון רחב של סבירות איזונית, ומקור הסמכות החוקתית של בית המשפט לבצע את התפקיד הזה הפך להיות עמום הרבה יותר.

נקודה מרכזית זו במשמעותה 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 נותר

35 עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 445.

36 תיאור של מודל הוירס הקלאסי באנגליה ראו P.P. CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 4-7 (4th ed. 1999); דותן "הסדרים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 381-382. ראו גם יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי ס' 11.2-11.3 (צפוי להתפרסם ב-2022) (להלן: דותן ביקורת שיפוטית).

לאורך כל השנים בצל<sup>37</sup> אלא שהפניית הזקוק 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 בתכנים המהותיים של הסבירות. לעומת עילת הסבירות הישנה המבוססת על ההנחה הפרשנית שהכירה באפשרות לפסול אקטים מנהליים רק במצבים שבהם אי-סבירותה של ההחלטה המנהלית הייתה בולטת וקיצונית עד כדי מופרכות, נוסחת האיזון הרחבה שהוצגה בדפי זהב ריכזה במידה דרסטית את הדרישה הזאת. כבר בעת הצגתה של העילה הוצגה מידת חוסר הסבירות הנדרשת – בעיני בית המשפט – על מנת שיחליט לפסול את ההחלטה במעומעם. מצד אחד הקפיד ברק לציין לאורך פסק הדין כי אין די בחוסר סבירות "סתם" כדי להביא לפסילת ההחלטה, וכי בית המשפט מכיר ב"מתחם הסבירות", כלומר בטווח מסוים (שרוחבו כמובן אינו ברור ותלוי לחלוטין בעמדתו של כל בית משפט שיושב לדין בכל עניין ועניין) שבתוכו עשויות להיות החלטות מנהליות שונות זו מזו בלא שהשוני יוביל להתערבות שיפוטית.<sup>38</sup> מצד אחר ברק נמנע לאורך פסק הדין מכל מחויבות לנוסחה הלשונית שתובעת שהסטייה ממתחם הסבירות תהיה "קיצונית" (שלא לדבר על "קיצונית ביותר" וכיו"ב). הוא סיכם את דבריו בעניין זה בצינו כי "אין לו צורך" בחוות דעתו זו לקבוע אם 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 העתידית 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 הוא "משחק חדש" לחלוטין בשדה המשפט המנהלי.

### 3. הסבירות אחרי "דפי זהב"

מבחן הסבירות האיזונית לא הפך למבחן השולט בכיפה בבת אחת מייד לאחר פסק הדין בעניין דפי זהב. לאורך שנות השמונים הייתה המתודולוגיה של בית המשפט בתחום זה מעורבת. היו פסקי דין, במיוחד במחצית הראשונה של שנות השמונים, שהמשיכו לשמור

37 אך השוו כהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 794–795 (מאמר שאומנם נכתב בשלב מאוחר הרבה יותר); יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א 417, 418, 420 (אהרן ברק ואח' עורכים 2003) (להלן: דותן "שני מושגים"). לצד התהליך של שחיקת הקשר בין מבחן הסבירות לבין דוקטרינת הוירס, גרמה הצגתה של עילת הסבירות החדשה גם לשחיקה הדרגתית של דוקטרינת הוירס ושל עילת חוסר הסמכות ולהמרת התכנים שלהן אצלנו. ראו דותן "הסדרים", לעיל ה"ש 3.

38 ראו למשל דברי השופט סולברג, לעיל ה"ש 26, פס' 26. כן ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 12, בעמ' 764 ("מתחם הסבירות אינו אלא פרי יצירתו של בית המשפט עצמו, אשר ברצותו – מרחיב, וברצותו – מקצר").

39 עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 439. עמדה זו של ברק בולטת בניגודה לקביעתו של שמגר בעניין דקה (לעיל ה"ש 14, בעמ' 105), שלפיה המצב שיוביל להתערבות בית המשפט בעילת הסבירות צריך להיות כזה שבו המשקל שניתן לשיקולים השונים הוא "כפרופורציה כה מעוותת [...] עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי-סבירה לחלוטין". כלומר, בניגוד לנוסחת האיזון של שמגר ששומרת אמונים למסגרת של דוקטרינת הוירס שניסוחה צר ומובהק, נוסחת האיזון של ברק אינה כוללת לא מחויבות ברורה לדוקטרינת הוירס ולא ניסוח צר שמתייחס למצבים מובהקים וקיצוניים.

אמונים למבחן הסבירות הישן, כלומר למבחן המופרכות שמבוסס על ההנחה הפרשנית.<sup>40</sup> לעומתם, פסקי דין אחרים, במיוחד אלו שנתן 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 שאימצו מבחן מעורב או פסחו על שתי הסעיפים.<sup>42</sup> ואולם, בהדרגה אך בבטחה ובמהירות יחסית, השתלטה המתודולוגיה החדשה על יישומה של עילת הסבירות. התהליך הזה בא לידי ביטוי, בראש ובראשונה, בשימוש ההולך וגובר בנוסחת האיזון הרחבה של **דפי זהב** ללא התייחסות או אזכור של מבחן המופרכות. בד בבד התרחש תהליך של ניתוק הדרגתי של עילת הסבירות מדוקטרינת הוירס. אם עד אמצע שנות השמונים הוסיפו פסקי דין לא מעטים לדון בחוסר סבירות כ"מקרה פרטי" של חוסר סמכות, הרי לקראת סוף אותו עשור, וביתר שאת אחריו, הלך הקישור בין סבירות לחוסר סמכות ונעשה נדיר יותר, ובתחילת שנות התשעים הוא נעלם לחלוטין.

ביטוי מובהק לתהליך הזה של ניתוק בין עילת הסבירות לבין ההנחה הפרשנית בדבר כוונת המחוקק הוא בג"ץ **חיים לבעלי-חיים**,<sup>43</sup> שניתן בסוף אותו עשור. כאן עמדה לדיון הכרזה של המשיב, מכוח פקודת הכלבת, על כל אזורי הארץ נגועים בכלבת (הכרזה המהווה חקיקת משנה), דבר שהוביל לתוצאות קיצוניות (כגון איסור גורף טוטלי ותמידי על מגע כלשהו בין כלבים בכל אזורי הארץ!). מצד אחד היה ברור שההסדרים העולים מן ההכרזה יוצרים מצב לא סביר במידה קיצונית.<sup>44</sup> ומצד אחר היה ברור שהתוצאות הללו של ההכרזה נובעות, בראש ובראשונה, מהניסוח הגורף של הפקודה עצמה. כלומר, שהתוצאה הקיצונית והלא סבירה בחקיקת המשנה תאמה לחלוטין את ההסדר שקבע 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** לא הצילה טענת המשיב – כי ההכרזה מגשימה היטב את מטרותיו של המחוקק בפקודה – את ההכרזה לא מבחינתה בעילת הסבירות ולא מהאפשרות של פסילתה בבית המשפט.<sup>45</sup>

התהליך הזה של העלייה בחשיבותה של עילת הסבירות החדשה גם באופן מוחלט וגם יחסית לדוקטרינת הוירס, ועל חשבונה, לא הסתיים בכך שעילת הסבירות החדשה הוכרה

40 ראו למשל ע"א 184/80 איגלר נ' המגן חברה לכיטוח בע"מ, פ"ד לה (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, 611–612 (1984).

41 ראו למשל בג"ץ 127/80 אודם נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה (2) 118, 121 (1980).  
42 כך למשל פסקי הדין של שמגר בתקופה זו מאמצים מצד אחד את גישת "מתחם הסבירות" של ברק, ומשמרים, מצד אחר את הדרישה שהסטייה ממתחם הסבירות תהיה "קיצונית" (לפי קביעתו של שמגר בעניין דקה, לעיל ה"ש 14). ראו למשל בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, פ"ד לה (2) 85, 99–100 (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).

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

44 שם, בעמ' 85.

45 שם, בעמ' 87–88. בפועל, בית המשפט נמנע מביטול ההכרזה, אך הורה למשיב להנהיג בה שינויים מהותיים. והשוו לדיון לעיל בה"ש 23 ובטקסט הסמוך לה.

כעילה "עצמאית" שניתקה לחלוטין מחבל הטבור של דוקטרינת הורס. אלא הוא נמשך, וביתר שאת, גם אחרי תחילת שנות התשעים. בסוף שנות השמונים כבר התייחס ברק לסבירות לא רק כעילת ביקורת מנהלית אלא גם כמבחן "ערכי" וכלל את הסבירות עם "ערכי היסוד של השיטה" המשפטית שלנו. כלומר, הוא ייחס לסבירות לא רק ממד ערכי חשוב אלא גם מעמד שהוא, לפחות במידה מסוימת, על-חוקי.<sup>46</sup> בד בבד החלו מופיעות בכתיבתו האקדמית 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 הייתה מקרה פרטי של עילת חוסר הסמכות, ולאחר מכן עילה עצמאית הקיימת לצידה של דוקטרינת הורס, הפכה בתקופה זו לעילה המרכזית שבמידה רבה החליפה אותה בתור עילת היסוד של המשפט המנהלי 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 על כך את התהליך המאסיבי של שחיקת דוקטרינת הורס 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 שהציג אותה ברק בעניין דפי זהב.<sup>49</sup>

46 ראו בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 338 (1988) ("המבחן לייעילות הוא טכני. המבחן לסבירות הוא ערכי") ושם, בעמ' 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 אותן") (ההדגשה הוספה). והשוו לביקורת של אלון בעניין ז'רד'בסקי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 774 ("עקרון הסבירות [...] אין מקומו בגלריה הערכית של מערכת המשפט, ואין מקורו בתפיסות תרבות ומוסר; [...] ואף אינו קרוב רחוק של עקרונות יסוד של המערכת המשפטית").

47 אהרן ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן – לזכרו של יואל הכהן זוסמן נשיא בית המשפט העליון 71, 79–80 (התשמ"ד) ("ברבות ממשבצות האחריות המינהלית הקיימות, ניתן לראות כמקרה פרטי של עקרון הסבירות. כך למשל, בכלל בדבר איסור השרירות או ההפליה ניתן לראות דוגמא לחוסר סבירות מינהלית").

48 ראו דברי השופט חשין בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 777 (1999) ("משבאה לאוויר העולם כעילה כוללת-כול, השתלטה עילת הסבירות [...] על כל סביבותיה, ואבותיה הקדמונים באו לחסות בצלה"). כאן המקום להבהיר שניתוק הדין בסבירות משורשיה ההיסטוריים בעילת חוסר הסמכות אין פירושו שבתי המשפט הפסיקו לראות בחוק המסמך מקור אפשרי, ולעיתים אף מרכזי, בניחות 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 ה"איוון" ואף לעניין המשקל הרב או המועט שיש לייחס לשיקול כזה או אחר (ראו למשל בר"מ Alqasem 7216/18 נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו) 18.10.2018) (להלן: עניין אלקאסם בבג"ץ), שנדון להלן בתת-פרק 5.ג). אלא שמקור הלגיטימציה של התהליך הזה הפסיק להיות ההנחה הפרשנית, והוא נעשה לפי המתודולוגיה של הסבירות החדשה, כפי שעוצבה בעניין דפי זהב (לעיל ה"ש 1), כלומר בחינה עצמאית של בית המשפט בנוגע למשקל ה"ראוי" שיש לייחס לכל שיקול בהתבססות על "המסגרת החקיקתית", לפי המבחן של דפי זהב (ראו את הדיון להלן בתת-פרק 6.ב).

49 לדיון בשחיקת דוקטרינת הורס אל מול עליית הסבירות המהותית והתפתחות תפיסת החוקיות האיזונית ראו דנג"ץ 9411/00 ארקן תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש-עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, פס' 13 (2009); דותן "הסדרים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 398–399.



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

בפרק 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 הקשור בטבורו לדוקטרינת הוירס, והשני הוא המבחן האיזוני שהציג השופט ברק בעניין **דפי זהב**.<sup>50</sup> ואולם, האם באמת שני המבחנים הללו כה שונים זה מזה? ואם כך הדבר, במה בדיוק בא לידי ביטוי השוני הזה? הנוסחאות הלשוניות המשמשות את בתי המשפט בתור "עילות" הביקורת השיפוטית, ובוודאי אלו הנוגעות לסבירות, הן עמומות, מעורפלות, בלתי נקבעות וחמקמקות, והדבר מקשה מאוד על מי שמנסה לצקת תכנים קונקרטיים מוגדרים, כאלה שיכולים להיות לעזר למי שמנסה לפעול על פיהן באופן אחיד, עקיב, נהיר ורציונלי. אפשר כמובן לומר שמבחן המופרכות "צר" מהמבחן האיזוני הרחב, וכי הוא מותיר לבית המשפט פחות מקום להתערבות בשיקול הדעת המנהלי, אבל כיצד מתבטא השוני בין שני המבחנים? דומה שהנוסחאות הלשוניות עצמן אינן מספקות לנו הסבר ברור לא בדבר התוכן המהותי של כל אחת מהנוסחאות הללו ולא בדבר התוצאות הקונקרטיות של החלתן במקרה נתון זה או אחר.

בפרק 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 שיטח, בפתח הדיון, את הקביעה שלפיה, 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. הקשר ביניהם בא לידי ביטוי למעשה בכל פעם שאנו מבקשים להחיל את מבחן הסבירות על החלטה מנהלית כלשהי. ואולם, לעומת מובנה של הסבירות, שהיה נושא לדיונים רבים בפסיקה ובספרות המשפטית, מהותו ומובניו של המונח ריסון זכו למעט מאוד

50 קיים עוד מובן אחד של סבירות בפסיקה, מבחן שפותח בנוגע 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 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' 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 "שני מושגים", לעיל ה"ש 37).

51 המונח העברי "ריסון" הוא תרגום של המונח *deference* באנגלית. יש הטוענים כי השימוש במילה ריסון בהקשר זה אינו מדויק או מוצלח במיוחד, ולכן מוטב להשתמש במונח "הנסגה" (ראו עב"י (מחוזי ת"א) 56780-07-18 **עיריית ירושלים נ' פלוני**, פס' 7 (נבו 2.12.2018); אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 488 (2010)). במאמר הנוכחי איצמד למינוח הרווח.

52 ראו למשל ברק-ארז, לעיל ה"ש 12, בעמ' 620.

תשומת לב.<sup>53</sup> טענתי העיקרית היא שהבנת המונח ריסון היא חיונית לצורך הבנת המובנים השונים של הסבירות ולהבחנה ביניהם. לכן אקדיש מקום נרחב לעניין זה במהלך הדיון כאן.

### 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 משתמש בעילת הסבירות והם קשורים זה בזה בטבורם. ניתן לומר כי ככל שבית המשפט נוהג בריסון רב יותר בהחלטה המנהלית, כך גרסת הסבירות שהוא מאמץ "מרוככת" יותר ותובענית פחות, וכך גם מרחב שיקול הדעת שהוא מותיר לרשות המנהלית רחב יותר. ולהפך, ככל שבית המשפט מפעיל את הסבירות באופן נמרץ ותובעני יותר, כך קטנה מידת הריסון שהוא נוהג בשיקול הדעת המנהלי, כלומר מרחב שיקול הדעת של הרשות המוסמכת מצטמצם. לכן כדי 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 חלופיים במתחם החוקיות. וניתן גם לומר ששיקול הדעת הוא מרחב הפעולה או ההחלטה שקיים בידיו של בעל הסמכות לפי הכללים המחייבים החלים על הפעלת סמכותו.<sup>54</sup> ככל ששיקול הדעת של בעל הסמכות "רחב" יותר, כך החופש שיש לו לבחור בין חלופות שונות ופתרונות שונים במסגרת הפעלת סמכותו ומבלי שכלל מחייב כלשהו יגביל את אותו שיקול דעת רב יותר.

לעומת זאת **ריסון** הוא מצב שבו גוף ביקורת כלשהו, קרי גוף שיש לו סמכות להתערב בהחלטתה של הרשות המוסמכת, מחליט להימנע מהתערבות כזאת מטעמים או משיקולים מסוימים שקשורים בעובדה שהגוף 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, ואף שיש לו סמכות עקרונית לפסול אותה, 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 במילים אחרות, בית משפט שמחליט לרסן את עצמו מגיע לפתרון **שאוּלַי לא היה מגיע 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>

53 ראו Yoav Dotan, *Deference and Disagreement in Administrative Law*, 71 ADMIN. L. REV. 761, 763–764 (2019) (להלן: Dotan, *Deference*) והאסמכתאות המופיעות שם. הניתוח של המונח ריסון המוצג בפרק זה מבוסס על הניתוח שם.

54 ראו עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 441 והאסמכתאות המופיעות שם; דותן **הנחיות מינהליות**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 365 והאסמכתאות המופיעות שם.

55 Paul Horwitz, *Three Faces of Deference*, 83 NOTRE DAME L. REV. 1061, 1072 (2008). כן ראו Dotan, *Deference*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 766–767.

נקודה נוספת, ומרכזית בחשיבותה, בנוגע למונח ריסון היא שריסון תמיד מערב **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. לדוגמה, ההחלטה על בחירת המדיניות הנכונה להילחם במגפת הקורונה מושפעת משיקולים מדעיים, משיקולים של בריאות הציבור, משיקולים כלכליים (העלות של שיתוק המשק בגלל הטלת הסגר על כלל האוכלוסייה) וכיו"ב. אולם קיים גם סוג אחר של שיקולים שאינם נוגעים לתוכן ההחלטות אלא לשיקולים חוקיים, מבניים, ליחסים בין הגופים השונים מקבלי ההחלטה וכד'. כלומר, אלו שיקולים שמי שמחליט על המדיניות צריך להביאם בחשבון לא כשיקולים הנוגעים ישירות לשאלת המדיניות הנדונה אלא כנובעים מהעובדה **שגופים אחרים**, כגון המחוקק, הגוף הממונה על הגוף המחליט או גופים הפועלים לצידו וכד', **גיבשו עמדה בנושא**. למשל, כשמשרד הבריאות מגבש מדיניות בנוגע למגפת הקורונה, הוא עשוי להביא בחשבון את העמדה של משרד הביטחון, של ראש הממשלה או אף את עמדות הציבור באותו נושא. כשמקבל ההחלטה מביא בחשבון את עמדת הגופים 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 מוסדות בקרה וביקורת. לדוגמה, שר הבריאות עשוי לקבל הצעה לדרך פעולה שהציעו לו אנשי המקצוע במשרדו לא משום שהוא בטוח שדרך הפעולה הזאת היא הטובה ביותר, אלא משום שזו ההמלצה של אנשי המקצוע. וכך, גם ראש הממשלה עשוי לקבל את עמדתו של שר הבריאות לא משום שהוא עצמו מסכים עם השיקולים התוכניים שעומדים בבסיסה, אלא משום שהוא אינו רוצה לחרוג לתחמו 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, אלא הם פועלים במישור נפרד.<sup>56</sup> בהחלטה של הגוף המבקר לרסן את עצמו בנוגע להחלטתו של הגוף המבוקר (או אפילו מצב שבו הגוף המבקר **שוקל** לרסן את עצמו כאמור) מעורבים שיקולים נטולי תוכן (אם כי לא בהכרח רק שיקולים כאלה, ראו להלן), משום שבהליך כזה הגוף המבקר (למצער) שוקל את עצם העובדה שהגוף 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-הסכמה, בין הגוף המבקר לגוף המבוקר. טענתי היא ש**ריסון איננו יכול**

56 אחד המקרים המובהקים של שיקולים (או סיבות) נטולי תוכן המנחים קבלת החלטות הוא קיומם של כללים מחייבים החלים על ההחלטה הרלוונטית. לפי הבחנתו המפורסמת של יוסף רו, כאשר אנו מצייתים לכלל משפטי מחייב, אנו פועלים על פי סיבה שהיא נטולת תוכן (קיום כלל מחייב), ובלא תלות בעמדתנו לגופו של עניין כאשר לנכונות הפעולה או רציותה. ראו JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 35-37 (1986). ראו גם Dotan, *Deference*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 767-769.

**להתקיים בתנאים של הסכמה מוחלטת** בין שני הגופים הללו בדבר מערך השיקולים מהסדר הראשון הכרוך בהחלטה מסוימת. נדגים זאת באמצעות הדוגמה הזאת: נניח ששר הבריאות מטיל על מנכ"ל משרדו משימה להכין תוכנית מפורטת למיגון הצוותים הרפואיים בבתי החולים בזמן מגפת הקורונה. ונניח עוד שלאחר זמן לא רב המנכ"ל אכן מגיש לשר מסמך מקיף המכיל את תוכניתו הפרטי פרטים. השר קורא את התוכנית בעיון, מזמן לפגישה את המנכ"ל ואומר לו: "קראתי בעיון את תוכניתך. זוהי תוכנית מצוינת, שאני מסכים לכל מה שנאמר בה, ולכן אני מרסן את עצמי ולא מתערב בה". נקל להראות שהמשפט האמור הוא חסר היגיון. אם השר מסכים הסכמה מלאה עם עמדת המנכ"ל, הוא אינו צריך וגם אינו יכול "לרסן" את עצמו בנוגע להחלטת המנכ"ל. ומכל מקום, איננו יכולים לדעת, במצב כזה, אם השר ריסן את עצמו או לא. השימוש במונח ריסון בהקשר זה הוא חסר משמעות. אם נסביר זאת באמצעות המונחים שבהם השתמשו לעיל, נאמר שהיות שקיימת זהות מוחלטת בין השר למנכ"ל בעניין השיקולים מהסדר הראשון, לא ברור כלל אם השר הביא בחשבון שיקולים כלשהם מסדר שני הנוגעים לריסון, או מה היה משקלם של השיקולים הללו, משום שגם אם משקל השיקולים הללו היה אפס (כלומר לא היה שום ריסון), היה השר מגיע בדיוק לאותה תוצאה.

לעומת זאת במצבים של אי-הסכמה בעניין שיקולים מסדר ראשון, המונח ריסון מקבל משמעות ברורה. אם נמשיך להשתמש בדוגמה שלעיל כאשר השר אומר למנכ"ל: "עיינתי בתוכניתך. יש לי לא מעט השגות, ולדעתי תוכנית זו רחוקה מלהיות אופטימלית, אך בכל זאת החלטתי לנהוג בריסון ולפעול על פי תוכניתך" – יש להפעלת הריסון משמעות ברורה מאוד. אף שבמישור השיקולים מהסדר הראשון עמדתו של השר שונה (אולי בתכלית) מזו של המנכ"ל בעניין הדרכים העדיפות למיגון הצוותים הרפואיים, בכל זאת שיקולים מסדר שני הובילו אותו לנהוג בריסון ולפעול על פי התוכנית שהציע המנכ"ל. זאת ועוד, קיים מתאם בין מידת אי-ההסכמה במישור התוכני לבין עוצמת הריסון שהגוף המבקר צריך להפעיל.<sup>57</sup> אם למשל השר חולק על תוכנית המנכ"ל בעניינים שוליים או שעמדותיהם קרובות למדי – קל יהיה לשר להפעיל ריסון. לעומת זאת אם לגופו של עניין השר סבור שתוכנית המנכ"ל היא בעייתית ושגויה, יהיה לו קשה הרבה יותר לנהוג בריסון. במצבים כאלה הריסון "כואב" לגוף המבקר ו"עולה" מבחינתו יותר. ניתן לומר אפוא כי כמידת אי-ההסכמה בין שני הגופים, כך עוצמת הריסון שהגוף המבקר צריך להפעיל על מנת להגיע למסקנה של אי-התערבות בהחלטת הגוף שקיבל את ההחלטה המקורית.

מהדיון לעיל עולות שתי מסקנות הכרוכות זו בזו בנוגע למהותו של המונח ריסון: הראשונה, שיש כאמור קשר הדוק בין מידת אי-ההסכמה שבין העמדות והשיקולים מסדר ראשון של הגוף המבקר והמבוקר לבין היקף הריסון של הגוף המבקר; השנייה, הנובעת

57 בדוגמה הנדונה כאן של היחסים בין השר למנכ"ל אני מתייחס לשר בתור הגוף המבקר ולמנכ"ל בתור הגוף המבוקר. ניתן לטעון כי יחסי שר-מנכ"ל הם יחסים הייררכיים בתוך הארגון המנהלי (משרד הבריאות), וכי השר איננו "גוף ביקורת". ואולם, ריסון הוא צורת בחינה שמתקיימת בסוגים רבים של יחסים בין גופי החלטה שונים, לרבות בין ממונה לבין כפוף בארגונים הייררכיים, ולכן מבחינה זו ניתן לראות גם בבקרה הייררכית המבוצעת בידי הממונה מקרה מאפיין שמסייע לדון במהותו של המונח ריסון.

ממנה, היא שעל מנת להעריך במהימנות את עצם קיומו של ריסון בהליך מסוים ואת היקפו ועוצמתו, אנו זקוקים למידע מהימן על עמדות הבסיס, לגופו של עניין, של שני הגופים הללו, המבקר והמבוקר. אם יש לנו מידע מהימן כזה, אזי יהיה אפשר להעריך את היקף הריסון (במקום שבו נהגו בריסון). אפשר להדגים זאת באמצעות הדוגמה המספרית הזאת: נניח שבית משפט השלום הטיל על נאשם בעבירה של שוד בנק ארבע שנות מאסר. בבית המשפט לערעורים ציינו השופטים כי לדעתם העונש הראוי הוא חמש 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 (ותאורטית, אם יהיה לנו מאגר גדול מספיק ומגוון מספיק של החלטות כאלה של בתי משפט לערעורים נוכל, עקרונית, להגיע למסקנות מדויקות בדבר גבולות הריסון של ערכאות 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 ולעצם השאלה אם בכלל הפעיל בית המשפט המבקר ריסון בהחלטה כזו או אחרת.

### 3. ריסון והימנעות

בפרק הקודם טענתי כי ריסון אינו יכול להתקיים בתנאים של הסכמה מוחלטת בין הגוף המבקר לגוף 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 היעדר הסכמה. נדגים זאת באמצעות הדוגמה ששימשה אותנו לעיל. נניח שמנכ"ל משרד הבריאות מגיש את תוכניתו לשר ולאחר כמה ימים הוא פוגש את השר ושואל אותו מה עמדתו כלפי התוכנית. השר עונה לו כדלקמן: "הייתי עסוק מאוד בימים האחרונים ולא היה לי זמן אלא לעיין בתוכנית ברפרוף. אבל אני סומך עליך כאיש מקצוע ב-100%, ולכן מבחינתי אתה יכול לקדם את התוכנית". 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 התוכניים, מסדר ראשון, שהיו בבסיס התוכנית. 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 ריסון של הימנעות.

ההבדל העיקרי בין ריסון של אי-הסכמה לריסון של הימנעות נעוץ בתפקידם של השיקולים נטולי התוכן בהליך ההחלטה של הגוף המבקר וביחס שבינם לביין השיקולים התוכניים. בריסון של אי-הסכמה הגוף המבקר בוחן לעומק את החלטתו של הגוף המבוקר, כלומר את השיקולים מסדר ראשון שעומדים בבסיס ההחלטה, ומשלב בבחינה הביקורתית גם את השיקולים נטולי התוכן, כאשר הוא מעמיד אותם זה מול זה. לדוגמה, השר שוקל

מצד אחד את הנקודות התוכניות החלשות (והחזקות) לדעתו בתוכניתו של המנכ"ל, ומצד אחר את השיקול של מקצועיותו של המנכ"ל, העובדה שהוא האחראי האופרטיבי לתחום הרלוונטי וכיו"ב. כלומר, הגוף המבקר שוקל את כל השיקולים הללו, התוכניים ונטולי התוכן באותו מישור ובאותו שלב, והחלטתו היא תוצאה של עימות כל השיקולים השונים זה עם זה ואיזון ביניהם. לעומת זאת תפקידם של השיקולים נטולי התוכן במצב של הימנעות הוא שונה. השיקולים נטולי התוכן נשקלים על ידי הגוף המבקר בשלב הראשון, ועוצמתם היא שקובעת אם ועד כמה הגוף המבקר נכנס, מלכתחילה, לבחינת השיקולים התוכניים. אם נמחיש זאת באמצעות הדוגמה שלעיל, עוצמת השיקולים נטולי התוכן (עד כמה השר בוטח במקצועיותו של המנכ"ל, עד כמה זמנו של השר קצר וכו') קובעת מלכתחילה את הזמן שיקדיש לקריאת החוברת שמכילה את התוכנית ואת עומק הבחינה, כלומר את היקף השקילה של השיקולים התוכניים שביסוד התוכנית.<sup>58</sup> מכאן שריסון של הימנעות הוא תמיד הליך החלטה דו-שלבי: בשלב הראשון הגוף המבקר שוקל, על סמך שיקולים נטולי תוכן, מה יהיה היקף הביקורת והבחינה של השיקולים התוכניים, ורק לאחר מכן, לפי התוצאה שבשלב הראשון, הוא בוחן, בשלב השני, את השיקולים התוכניים עצמם.<sup>59</sup>

#### 4. בין הימנעות לאי-הסכמה: הבחנה קטגוריאלית או ספקטרום

הבחנת לעיל בין שני מצבים (מודים) של ריסון: ריסון של אי-הסכמה וריסון של הימנעות. נשאלת השאלה עד כמה הבחנה זו היא חדה וברורה, ואם 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 האחר מצב טהור של הימנעות, ובין שניהם יש קשת של מצבי ביניים. התשובה לשאלה זו היא לדעתי מורכבת ותלויה במידה רבה כיצד הובנה השאלה. אין ספק כי במקרים רבים במציאות הליך ההחלטה של הגוף המבקר עשוי לערב את שני סוגי הריסון, בין באופן שבו מופעל הריסון בין במישור הזמן ובין במישור התוצאה הסופית. ניתן למשל לתאר הליך שבו הגוף המבקר מחליט בתחילה, על סמך

58 כאן המקום להעיר כי המודל המוצע תקף ללא תלות במהות או בסיווג של השיקולים נטולי התוכן שבבסיס הריסון. שיקולים כאלה יכולים להיות שיקולים מוסדיים (למשל מבנה חלוקת הסמכויות בין הגוף המבוקר למבקר), שיקולים אפיסטמיים (למשל העובדה שהגוף המבוקר הוא מומחה בנושא הנדון והגוף המבקר לא), שיקולים של פוליטיקה פנים-מוסדית (כגון החשש של הגוף המבקר כי הגוף המבוקר יתפטר אם לא תתקבל עמדתו) או שיקולים אחרים. לסיווג השיקולים נטולי התוכן אין השפעה על המודל האנליטי המוצג כאן. ראו Dotan, Deference, לעיל ה"ש 53, בעמ' 775–776.

59 חשוב להדגיש כי הדוגמה שאני משתמש בה כאן בטקסט היא של מערכת היחסים בין שני גורמים בתוך הרשות המבצעת, מקבל ההחלטה הראשוני (המנכ"ל) והגוף המבקר (השר). ואולם, המודל האנליטי המוצג כאן רלוונטי במלוא היקפו גם ליחסים שבין הרשויות, כלומר למקרה שבו הגוף מקבל ההחלטה הוא הגוף המוסמך ברשות המבצעת, ואילו הגוף המבקר הוא בית המשפט. אומנם סוג השיקולים נטולי התוכן עשוי להיות שונה במידת מה כשמדובר בביקורת שיפוטית (לדוגמה, שיקולים מרכזיים נטולי תוכן עשויים להיות כרוכים בפרשנות החוק המסמך. ראו להלן בתת-פרק ב.6), אולם אין בכך כדי לפגוע ברלוונטיות של המודל האנליטי ליחסים שבין בית המשפט המבקר לרשות המוסמכת במסגרת הביקורת השיפוטית (ראו להלן ה"ש 96).

שיקולים חזקים מסדר שני, להיכנס לבחינה קצרה ומוגבלת של תוכן החלטתו של הגוף המבוקר, אולם לאחר מכן ספקות מסוימים שמתעוררים אצלו גורמים לו להיכנס לעובי הקורה (כלומר אם לחזור לדוגמה של שר הבריאות והמנכ"ל, קריאה יסודית ומעמיקה בחוברת המכילה את תוכנית המאבק בקורונה למרות כוונותיו הראשונות רק לעבור ברפרוף על תוכנה). ואפשר להעלות על הדעת מצבים הפוכים, כאשר הגוף המבקר מתכוון, מלכתחילה, להיכנס לעובי הקורה אך לאחר שהחל לבחון את ההחלטה השתכנע במקצועיות המופלגת של הגוף 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 למי שמתבונן בהליך הזה מבחוץ יהיה קשה מאוד לדעת באיזה מוד של ריסון השתמש הגוף המבקר (וייתכן שאף לגוף המבקר עצמו יהיה קשה להצביע על התשובה המדויקת בעניין זה).

ואולם, מורכבות התמונה האמפירית איננה צריכה לגרוע מחשיבותו של עצם עריכת ההבחנה העקרונית, במישור המושגי והאנליטי, בין שני סוגי הריסון הללו. בין שנאמץ תפיסה שלפיה מדובר בשתי קטגוריות מובחנות לחלוטין זו מזו, ובין שנתאר את שני סוגי הריסון כשני "מודלים" תאורטיים שכל אחד מהם יכול להסביר לעיתים רק חלק מהתמונה האמפירית של מצבים במציאות, שהם בדרך כלל מורכבים (או מעורפלים), עדיין חשוב מאוד להבחין ביניהם, 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 ולצידו חריג אשר אמור להיכנס לפעולה במצבי קיצון שאמורים להיות יוצאי דופן ונדירים יחסית. דוגמאות אופייניות הן כאשר בית המשפט מצהיר כי יימנע מהתערבות בהחלטות מדיניות של הרשות המנהלית אלא אם 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 שניסוחם משלב את הסטנדרט הריסוני הכללי של אי-התערבות עם חריגים שנועדו לפעול במקרי קיצון.<sup>62</sup>

המבנה והניסוח של סטנדרטים כאלה מצביעים על ריסון של הימנעות משום שהם מכוננים את גוף הביקורת להליך בחינה דו-שלבי: קודם כול עליו להימנע מבחינה יסודית

60 למשל השופט שמגר בעניין דקה, לעיל ה"ש 14.

61 זהו סטנדרט הריסון שנקבע בחוק הפרוצדורה המנהלית הפדרלי בארצות הברית המתיר התערבות שיפוטית בנוגע לאקט מינהלי שהוא שרירותי או קפריזי. ראו Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. §706(2)(A) ("arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law").

62 כאן המקום להעיר כי עצם המושג של ריסון תמיד מותיר לגוף המחליט שיקול דעת מסוים לחרוג מהגישה הריסונית, שאם לא כן, אין מדובר בריסון. היינו, אם הכללים שחלים על הגוף המבקר קובעים כי בהתקיים תנאים מסוימים הוא חייב "לרסן" את עצמו (קרי להימנע מלהתערב) ככל מקרה, הרי למעשה אין מדובר כאן בריסון אלא במצב שבו, בהתקיים אותם תנאים, אין לגוף המבקר סמכות להתערב (ראו Dotan, Deference, לעיל ה"ש 53, בעמ' 771-778).



או מעמיקה מדי של ההחלטה העומדת לביקורת, 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 ולפי הגדרתו של החריג.<sup>63</sup> עם זאת ניתן לכאורה לטעון כי למעשה בעצם הצבת החריג פתחו מעצבי הסטנדרט פתח לבחינת הגוף המבקר את ההחלטה לגופה, ובכך למעשה מיטשטש קו ההבחנה בין ריסון של הימנעות לריסון של אי-הסכמה.

לדעתי, אין לקבל את הטענה האמורה. העובדה שלאחר שהגוף המבקר מפעיל את הסטנדרט הכללי של אי-ההתערבות, המעוצב כשלעצמו באמצעות שיקולים נטולי תוכן, הוא 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 גוף הביקורת בוחן את התקיימות החריג, הוא עושה זאת במסגרת ובאספקלריה של פרדיגמת ההימנעות שקבעו שיקולים אלו. כדי להבחיר זאת אפשר להיזקק שוב לדוגמה שלעיל של שר הבריאות והמנכ"ל. כאשר שר הבריאות בוחן את התוכנית שהגיש לו המנכ"ל במסגרת ריסון של אי-הסכמה, הרי הוא נדרש לבחון ביסודיות את כל השיקולים התוכניים שבבסיס התוכנית ומגבש בעניינם עמדה מסוימת (שגם היא מבוססת בהכרח על שיקולים תוכניים). כלומר, כדי שגוף הביקורת יגבש עמדה במסגרת בחינה של אי-הסכמה, הכרחי שתהיה לגוף הביקורת תפיסה משלו בדבר התוכנית ה"נכונה" או ה"אידיאלית" להדברת נגיף הקורונה (ועמדה זו, לגופו של עניין, היא שמעצבת מבחינתו את היקף או מידת אי-ההסכמה שלו בנוגע לתוכנית שהגיש המנכ"ל).<sup>65</sup> לעומת זאת כאשר מוד הריסון הוא מוד של הימנעות, אין לשר עמדה מגובשת בנוגע לפתרון ה"נכון" או לתוכנית ה"ראויה" (או למצער לא צריכה להיות לו עמדה כזאת) גם כאשר הוא בוחן אם יש בתוכנית אלמנטים בעייתיים, תקלות בולטות על פני הדברים וכיוצא באלה מרכיבים שיגרמו להפעלת סטנדרט חריגי הקיצון. ניתן לומר כי כאמור במוד של אי-הסכמה צריכה להיות לשר תמונה מגובשת של התוכנית הרצויה ואילו במוד של הימנעות עם חריגי קיצון צריכה להיות לו רק תפיסה מסוימת איך תוכנית כזאת לא צריכה להיראות. היינו, מהם אותם חריגים בולטים (למשל סטייה בולטת מהמסגרת התקציבית, סתירה מובהקת למדיניות הממשלה) שיהפכו לאותם "דגלים אדומים" שיצדיקו את התערבותו במסגרת חריגים כאלה.

63 על כן גם סטנדרט הריסון של פסק הדין האמריקני הידוע בעניין *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984), הוא סטנדרט של הימנעות. ראו *Dotan, Deference*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 788–793. והשוו בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל**, פס' 27 לפסק דינה של השופטת וילנר (נבו 18.6.2019).

64 ראוי לשים לב שהטענה שאני מעלה כאן היא במישור האנליטי גרידא ולא במישור האמפירי. היינו, במישור האמפירי ייתכן שגופי ביקורת מסוימים, אף שהם מפעילים ברמה ההצהרתית סטנדרט ריסון מסוים, "יגלשו" אגב הפעלת הסטנדרט למוד אחר של ריסון (ראו את הדיון להלן בתת-פרק 1.1).

65 ראו את הדיון להלן בתת-פרק 3.1.

## 6. ההבחנה בין שני סוגי הריסון ושיקולים פרשניים

במקרים רבים שבהם הגוף המבקר בוחן את החלטתו של הגוף המבוקר תהליך הבחינה מערב פרשנות של הנורמות המשפטיות (או האחרות) החלות על הפעולה הרלוונטית. לדוגמה, כאשר שר הבריאות בוחן את התוכנית שמנכ"ל משרדו הכין להיערכות למאבק בנגיף הקורונה, אפשר שהבחינה הזאת תושפע מנורמות שנקבעו מראש לתוכנית, כגון החקיקה או החלטות הממשלה שהורו למשרד הבריאות כיצד לפעול בנושא. וכך הן הגוף המבוקר והן הגוף המבקר עשויים להידרש לשאלה של פרשנות הנורמות הללו בעת שהם מקבלים החלטות. השאלה היא מהן ההשלכות של ההיזקקות לפרשנות נורמות על סוג הריסון שמפעיל הגוף המבקר.<sup>66</sup> דומה שהתשובה לשאלה זו איננה חד-משמעית. כלומר, למסגרת הנורמטיבית של פרשנות הנורמות המגדירות את מרחב שיקול הדעת של הגוף 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 הן מקרה קלאסי של "סיבות מוציאות", כלומר של שיקולים חזקים שהם נטולי תוכן, ושהשפעתם על תהליך ההחלטה היא שהגוף המחליט נמנע (או עשוי להימנע) משקילת השיקולים התוכניים אך בשל קיומן של הנורמות המחייבות.<sup>67</sup> וכאשר הביקורת מצד הגוף המבקר מתמקדת באכיפת הכללים המחייבים, ניתן אפוא לראות בכך תבנית ביקורת התואמת היטב את המודל של ריסון של הימנעות. למשל, כאשר שר הבריאות מודיע למנכ"ל המשרד כי החליט לפסול חלק מסוים בתוכניתו משום שהחלק הזה "מנוגד למדיניות הממשלה", השאלה אם 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. לכן, אם השר מאמץ לו תבנית פעולה שלפיה הוא מתערב בהחלטות המנכ"ל אך ורק במקרים שבהם החלטות אלו נוגדות את מדיניות הממשלה, ניתן לראות בתבנית פעולה כזאת תואמת היטב את מוד הריסון של הימנעות.

מן הצד האחר, דומה שעצם ההיזקקות לפרשנות של נורמות חיצוניות במסגרת הליך הביקורת אינו שולל לחלוטין את האפשרות של הפעלת מוד ריסון של אי-הסכמה. זהו מצב הדברים בייחוד כאשר המסגרת הנורמטיבית החלה על פעולת הגוף המבוקר מעניקה לו שיקול דעת רחב, וכאשר אותה מסגרת מושפעת מתכליות מגוונות שעשויות להיות במתח זו

66 הדיון כאן עוסק בהשפעתם של שיקולים פרשניים של הגוף המבקר על הביקורת שהוא מפעיל ועל היקף הריסון בנוגע לשיקול הדעת של הגוף המבוקר. שאלה זו שונה במידת מה מהשאלה אם ובאיזו מידה יש מקום להפעיל ריסון על השיקולים הפרשניים של הגוף המבוקר, אם כי ההבחנה בין שתי השאלות רחוקה מלהיות פשוטה. לשאלה של היקף הריסון השיפוטי על שיקולים פרשניים של רשויות מנהל ראו יואב דותן "Chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד 1 (2020) <https://bit.ly/3EGFVaJ>

67 ראו לעיל ה"ש 56 (1975); 48 (1975); JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS 48 (1975); ראו גם 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)'")

עם זו או מנוגדות זו לזו. נדגים זאת באמצעות הדוגמה של החלטות הממשלה בנוגע למאבק בקורונה. נניח כי הממשלה הורתה למשרד הבריאות להכין תוכנית למאבק בקורונה שתכלול במהירות האפשרית את קצב ההדבקה של המחלה, אך בפגיעה מינימלית בהיקף הפעילות הכלכלית והחברתית במשק. שתי התכליות הללו מנוגדות חזיתית זו לזו, ולכן הן הגוף המבוקר (מנכ"ל המשרד) והן הגוף המבקר בדוגמה הנדונה (השר) צריכים לעמת אותן זו עם זו ולאזן ביניהן. הפרשנות של הנורמות החלות על הפעולה עשויה להשפיע על המשקל שהפרשן נדרש לייחס לכל שיקול, והדברים אמורים הן על הגוף המבקר והן על הגוף המבוקר. במצב דברים כזה העובדה שהגוף המבקר משתמש בשיקולים פרשניים בהליך הביקורת אינה שוללת את העובדה שהוא עשוי לפעול על פי המודל של ריסון של אי-הסכמה. במצב דברים כזה ניתן לטעון כי כאשר הגוף המבקר מפרש את הנורמות, הוא בפועל בוחן לעומק את החלטת הגוף המבוקר ואת שיקוליו השונים. אכן, שיקולים פרשניים עשויים להשפיע על מרחב שיקול הדעת של הגוף המבוקר, כפי שהגוף המבקר תופס אותו. ואולם, במצב, שהוא שכיח בעולם המשפט המנהלי, שבו מרחב שיקול הדעת שקובעות הנורמות המסמיכות את הגוף 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 לסתור אותה. כלומר, "נקודת האיזון" בין השיקולים הנוגדים, כפי שהגוף המבקר רואה אותה, תהיה נקודת מוצא להערכה ולביקורת של האיזון שערך הגוף המבוקר.<sup>69</sup>

## ג. יישום המודל האנליטי במשפט בישראל

### 1. הערה מתודולוגית מקדמית

לאחר הצגת המודל האנליטי הגיעה העת לבחון את יישום המודל הזה במשפט המנהלי, כלומר על הדרך שבה בתי המשפט משתמשים בעילת הסבירות. אולם קודם לכן יש מקום להעיר הערה מתודולוגית מקדמית שתעסוק במעמדן של הטענות שאביא בהמשך המאמר. המשותף לסטנדרטים של ריסון ולמובנים השונים של סבירות הוא שהם מנוסחים ניסוח כללי ומופשט. סטנדרטים כאלה סובלים אינהרנטית מעמימות, מערפול ומחוסר היקבעות. לפיכך, 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 בבית המשפט במקרים אחרים או אף באותו מקרה שבו מופיע הניסוח הכללי. בית המשפט יכול להצהיר למשל שהוא מתכוון לנקוט זהירות וריסון מרביים במקרה מסוים (או ליישם הלכה כללית שהורתה על ריסון מוגבר במקרים מעין אלה), אך בפועל להתערב ולפסול את ההחלטה המנהלית (או להפך, להצהיר שהוא אינו נוקט ריסון מוגבר, אך להימנע מהתערבות), כאשר מי שבוחן מהצד את ההחלטה עשוי

68 דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 25, בעמ' 313–320.

69 ראו לעיל ה"ש 49, וכן את הדיון בהחלטת בית המשפט העליון בעניין אלקאסם להלן בתת-פרק 5.ג.

לחלוק על הדרך שבה בית המשפט תיאר את מה שעשה בפועל במקרה נתון זה או אחר. הדרך שבה מתוארת פעולתו של בית המשפט בעניין זה היא תמיד בעיני המתבונן. יש סיבות רבות שבעטיין לא ניתן לקבוע קביעות מוחלטות בתחום זה של הערכה של קיום ריסון שיפוטי או של מידת הריסון שאותה הפגין בית המשפט. בראש ובראשונה, כאמור, מושג הריסון עצמו והסטנדרטים השונים של ריסון סובלים ממופשטות, מערפול ומחוסר היקבעות. שנית, מידת הריסון או היעדר הריסון של בית המשפט תלויים בציפיות המתבונן. פסק דין מסוים של בג"ץ בעניין מדיניות הצבא בשטחים המוחזקים יכול להיראות לפלוני "אקטיביסטי" ונעדר כל ריסון, ואילו אלמונית תטען כי פסק הדין הוא דוגמה לריסון מוגזם ולפאסיביות שיפוטית קיצונית. הכל על פי הציפיות של כל אחד מהם בנוגע לתפקיד שעל בג"ץ למלא בעניין פעילות הצבא בשטחים.<sup>70</sup> שלישית, בשל היחסיות, חוסר הדיוק והערפול של המונחים בתחום זה צריך להתייחס בעירבון מוגבל מאוד גם להצהרות שיפוטיות בדבר הריסון או מידת הריסון ואף בדבר 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 ההחלטה 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, לפי התבנית שהצעתו בפרק 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 בעניין 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 בעקרון הריסון.<sup>73</sup> כך גם טענות שלפיהן בית המשפט החיל במקרה נתון סטנדרט א של ריסון ולא סטנדרט ב, או טענות שככלל אימוצו של סטנדרט ריסון נתון יביא להתערבות שיפוטית פחותה בהחלטות

70 זוהי גם הסיבה שהמונח "אקטיביזם שיפוטי" נחשב לרב־משמעי, סתירתי ועמום, ואין הסכמה על תוכנו או על הדרך למדוד אותו. ראו למשל Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of* "Judicial Activism", 92 CAL. L. REV. 1441, 1442 (2004) וראו גם Frank H. Easterbrook, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?*, 73 U. COLO. L. REV. 1401, 1401 (2002). כאמרתו הקולעת של סנסטיין כי קיימת הסכמה מעטה בדבר משמעותו של המונח אקטיביזם שיפוטי, אך יש הסכמה שמדובר בדרך כלל במילת גנאי. ראו CASS R. SUNSTEIN, *RADICALS IN ROBES: WHY EXTREME RIGHT-WING COURTS ARE WRONG FOR AMERICA* 42 (2005).

71 ראו את הדיון להלן בתת־פרק 5.1, בטקסט הסמוך לה"ש 106.

72 ראו לעיל תת־פרק ב.2.

73 לדיון בקשיים הכרוכים בעשיית מחקרים אמפיריים בנוגע למודים של ריסון ראו Dotan, *Deference*, בעמ' 796–798 והערות שם.

מנהליות מסוג מסוים לעומת סטנדרט אחר – סובלות 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 בפרק הקודם יכול לשמש כלי מתאים להסבר התפתחותה של גישת הפסיקה שלנו לאורך השנים בעניין עילת הסבירות (התפתחות שאותה סקרתי בפרק הראשון). הטענות הללו אינן מתיימרות לקבוע קביעות אמפיריות "חזקות" אלא רק מנסות להדגים כיצד המודל האנליטי שפותח בפרק השני עשוי לספק כלים נוחים להסבר ולהבנה של התפתחות הפסיקה בתחום.

## 2. סבירות של מופרכות וריסון של הימנעות

לפי המודל שהוצג בפרק הקודם ניתן להראות כי הסבירות הישנה, זו שכינית סבירות של מופרכות, היא סטנדרט ביקורת שעומד היטב בפרמטרים של ריסון של הימנעות. כאשר בית המשפט מצהיר כי מבחן הסבירות יוביל להתערבות רק במקרים שבהם הסבירות היא "קיצונית ביותר", ורק כאשר ברור לחלוטין כי הפעולה המנהלית היא "בלתי-צודקת בצורה משוועת" 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 ניכרת בכל הנוגע להיקף הבחינה של האקט המנהלי ולעומקה. הצבת המגבלה הזאת מבוססת על שיקולים נטולי תוכן הקיימים בבסיס עקרון הריסון (בראש ובראשונה התפיסה שלפיה עילת הסבירות מבוססת על הנחה פרשנית שביסודה דוקטרינת הוירוס).<sup>77</sup> כלומר, תפקידו של בית המשפט **מלכתחילה** הוא להגביל את בחינת הסבירות רק למקרים שבהם ההחלטה המנהלית היא מופרכת בעליל או סובלת מחוסר סבירות כה קיצוני עד כי לא ניתן להניח שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לקבל החלטה כזאת. רק לאחר שבית המשפט הציב לעצמו את המגבלה הזאת הוא מתפנה, בשלב השני, לבחון אם ההחלטה הקונקרטית אכן עומדת בתנאים המחמירים הנדרשים על מנת להוביל להתערבות שיפוטית. היקף הבחינה הזאת הוא **מלכתחילה** צר ומוגבל, משום שגבולותיו עוצבו בהחלטה העקרונית, שהתקבלה בשלב הראשון, להגביל את היקף הבדיקה, בשל השיקולים המוסדיים (נטולי התוכן) שמעצבים את סטנדרט הריסון. בית משפט שמפעיל סטנדרט כזה אינו אמור להיכנס לעומק שיקוליה של הרשות, לערוך שקלא וטריא של כל היבטי החלטה, לשקול בעצמו את השיקולים התוכניים שבבסיס החלטה ולגבש בעניינם

74 כך למשל אין הסכמה בין החוקרים האמריקנים שאימוץ סטנדרט הריסון המוגבר בפסק הדין בעניין *Chevron* (לעיל ה"ש 63) הוביל בפועל להקטנת היקף ההתערבות של בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית בהחלטות של רשויות מנהל. ראו *Dotan, Deference*, שם, בעמ' 796–798.

75 הניסוחים לקוחים מפסק הדין בעניין **דקה**, לעיל ה"ש 14.

76 ראו את הדיון לעיל בתת-פרק 1.A, בטקסט הסמוך לה"ש 17.

77 ראו לעיל ה"ש 12 והטקסט הסמוך לה.

עמדה. אלא הבחינה השיפוטית של האקט היא מלכתחילה צרה ומוגבלת בשל שיקולים חזקים – נטולי תוכן – המצדיקים ריסון שיפוטי.

### 3. סבירות איזונית כריסון של אי-הסכמה

לעומת מבחן המופרכות, מבחן הסבירות האיזונית שהציג השופט ברק בעניין דפי זהב מנוסח ניסוח שונה בתכלית. על פי המבחן הזה, הרשות המנהלית נדרשת "לאזן את האינטרסים השונים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על-ידי המחוקק".<sup>78</sup> בהפעלת המבחן בית המשפט נדרש לוודא כי הרשות המנהלית נתנה את המשקל ה"ראוי" 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 ה"ראוי" של הגורמים הרלוואנטיים נקבע על-פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה), אשר סבירותה עומדת לבחינה.<sup>79</sup>

אומנם הדרישה לאיזון "ראוי" בין כל השיקולים הרלוואנטיים הנוגעים להחלטה מופנית לרשות המנהלית המוסמכת, אבל ברור בעליל שהוא מצביע גם על תפקידו של בית המשפט בהפעלת המבחן. היינו, בית המשפט הוא שצריך לוודא שהרשות שקלה את כל השיקולים הרלוואנטיים ונתנה לכל אחד מהם את המשקל ה"ראוי". לכן על בית המשפט עצמו לשקול את כל השיקולים התוכניים הנוגעים להחלטה המנהלית לגופו של עניין (קרי אלו שעמדו לפני הרשות המנהלית כשקיבלה את ההחלטה, ואולי גם כאלה שלא עמדו לפניו),<sup>80</sup> לקבוע מהו המשקל הראוי שיש לייחס לכל אחד מהם, ולאחר מכן להשוות את המשקל שנתנה הרשות המנהלית לכל שיקול למשקל ה"ראוי" בעיניו של בית המשפט. נקל להראות כי יישום 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 התוכניים שהרשות המנהלית שקלה, והוא נדרש לבחון את המשקל

78 עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 445.

79 עניין גנור, לעיל ה"ש 26, בעמ' 514. כן ראו למשל עניין יורונט, לעיל ה"ש 50, בעמ' 433; ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 37 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 14.9.2010).

80 במשפט האמריקני קיים כלל קשיח שלפיו כאשר בית המשפט בוחן את חוקיות ההחלטה המנהלית הוא חייב לעשות זאת על סמך "התיק המנהלי" (Record) שגיבשה הרשות המוסמכת במהלך ההליך המנהלי המקורי. כלומר, אסור לצדדים לטעון טענות או להביא ראיות שלא הועלו במקור ושאינן נכללות בתיק המנהלי. לעומת זאת במשפט המנהלי בישראל אין כלל קשיח כזה, ולכן במקרים מסוימים בית המשפט עשוי לשקול טיעונים או אף להביא בחשבון ראיות שלא הובאו במקור לפני 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).

שניתן לכל שיקול בהשוואה לאמת המידה ה"ראויה" שבית המשפט עצמו קבע. כלומר, בית המשפט נדרש לבחון, בנוגע לכל שיקול ושיקול, את ה"מרחק" שבין המשקל שנתנה הרשות המנהלית בפועל לבין זה שבית המשפט מייחס לו, ולאחר מכן להחיל את התהליך הזה על ההחלטה כולה, כלומר להעריך את היחס שבין המשקל שניתן בפועל לשיקולים השונים למשקל ה"ראוי" בעיני בית המשפט. המרחק הזה שבין המשקל שניתן בפועל לכל שיקול לבין המשקל הראוי בעיני בית המשפט משקף במובהק את **עוצמת אי-ההסכמה** של בית המשפט עם ההחלטה המנהלית לגופה. אומנם לא כל סטייה קלה מהמשקל הראוי לשיקול זה או אחר אמורה להוביל להתערבות שיפוטית, אבל בכל מקרה בית המשפט חייב לגבש עמדה יסודית בדבר המשקל הראוי לכל שיקול ושיקול ובדבר היחסים בין השיקולים הרלוונטיים במסגרת ההחלטה הסופית. זאת ועוד, בניגוד לסבירות של מופרכות, בית המשפט איננו מגביל את עצמו מראש, על בסיס שיקולים נטולי תוכן, בדבר היקף הבחינה, אלא הוא מגבש את דעתו בנוגע לאפשרות ההתערבות רק לאחר שבחן ביסודיות את מידת אי-ההסכמה שלו עם ההחלטה המנהלית לגופו של עניין, כלומר לאחר בחינה יסודית של השיקולים התוכניים שבבסיס ההחלטה המנהלית. הווה אומר, השיקולים נטולי התוכן הקשורים לריסון נכנסים לפעולה בד בבד עם שקילתו היסודית של בית המשפט את כל השיקולים התוכניים ואת משקלם היחסי הראוי בעיניו, ואולי אף אחרי שבית המשפט כבר שקל היטב את כל השיקולים הללו.

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

כאשר השופט ברק הציג את מבחן הסבירות האיזונית ה"חדשה" בפסק הדין **דפי זהב**, הוא נתקל בלא מעט ביקורת הן מצד חבריו לכס השיפוט והן בכתיבה האקדמית. הביקורת כוונה בעיקרה לכך שמבחן הסבירות האיזונית שוחק עד דק את עקרון 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 בפסיקה, או לפחות ליסודות שנקבעו קודם לכן.<sup>82</sup> הוא התמודד עם הטענה שהסבירות האיזונית סותרת את הדרישות של עקרון הריסון באמצעות הצגת הטיעון של מתחם הסבירות, כלומר בטענה שבית המשפט המבקר שומר על עקרון הריסון דרך הגבלת התערבותו רק להחלטות מנהליות שסוּטות ממתחם הסבירות.<sup>83</sup>

הניתוח שהוצג כאן מאפשר כעת להשתתף בוויכוח הזה בדבר השלכותיה של הסבירות החדשה על עקרון הריסון. כזכור, הדרישה הבסיסית של עקרון 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

81 ראו את ההפניות לעיל בה"ש 33.

82 עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 437 ("בעשרות רבות של פסקי-דין הזר בית המשפט העליון וקבע, כי החלטה מינהלית נבחנת, בין השאר, על-פי מבחן הסבירות"). לטענה דומה שלפיה בעניין **דפי זהב** (שם) בית המשפט "לא יצר עילה חדשה" אלא רק בהחיר [את הדין ששרר קודם לכן] ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה 3559 (2020).

83 עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436-437.



מחייב את בית המשפט לא רק להיכנס לבחינה מעמיקה של השיקולים התוכניים, מסדר הראשון, הנוגעים להחלטה הרלוונטית, אלא שלמעשה, במסגרת המבחן בית המשפט נדרש לבצע שחזור מלא של הליך המחשב המנהלי.<sup>84</sup> לכן לפחות במובן זה נראה שהטענות של מבקרי הסבירות האיזונית, שלפיהן היא מרוקנת את עקרון הריסון מתוכן, אינן מופרכות כלל וכלל.<sup>85</sup> כלומר, הסבירות האיזונית מעקרת את עקרון הריסון לפחות במובן זה שהיא כן דורשת מבית המשפט "לשים את שיקול דעתו" – כלומר לבצע בדיוק את אותו הליך מחשב שמבצעת הרשות המנהלית, קרי שקילת כל השיקולים התוכניים וייחוס משקל כזה או אחר לכל אחד מה – ובכך נסתרת דרישת היסוד של עקרון הריסון כפי שהיא מנוסחת בפסיקת בית המשפט. מכל מקום, הגם שלא ניתן לומר נחרצות כי בעקבות דפי זהב בית המשפט לחלוטין את עקרון הריסון, הרי מוד הריסון שהוא מפעיל השתנה בתכלית. כלומר, המהפך

84 ראו לדוגמה בג"ץ 341/81 מושב בית עובד מושב להתיישבות חקלאית שיתופית נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו(3) 356–354, 349 (1982) (שם קבע השופט (כתוארו אז) 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 שבחן המפקח על התעבורה – השיקול התעבורתי של בני המושב והשיקול הציבורי-תקציבי ושמה נערך איזון ראוי בין השניים). ראו גם את פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (בדעת מיעוט) בבג"ץ 4289/00 הדי נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 30–31 (נבו 10.12.2009) (שם הוא סקר בפרוטרוט שבעה שיקולים שהיו צריכים להנחות את חברת הרובע היהודי בהחלטתה להעביר נכסים לישיבת אש תורה וקבע, בעניין כל אחד מהם, מה היה המשקל שהחברה הייתה צריכה לייחס להם). ראו גם את פסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ 7542/05 פורטמן נ' שר התחבורה, פס' 32 ואילך (נבו 11.2.2007); בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, פס' 17 לפסק דינו של השופט דניצ'גר (נבו 20.7.2017) (שם הוא ניתח, בדעת רוב, לעומק את מדיניות המשיבים שבמסגרתה הוטלה הגבלה קשיחה על אורך ההעסקה של עוזרים משפטיים והגיע למסקנה שהאיזון בין השיקולים שבבסיס ההחלטה אינו סביר. השופט סולברג, בדעת מיעוט, האשים את עמיתיו כי "הם באים בנעליו של נציב שירות המדינה"). בעע"מ 1036/16 נציגות הבית המשותף ברחוב השונית 10, הרצליה נ' משרד התיירות (נבו 27.5.2018) בחן השופט שהם (בדעת מיעוט) מתווה של הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ואם ערכה איזון ראוי בין השיקולים שביסוד המתווה, אף שקודם לכן הדגיש כי הוא אינו משמש "טריבוטל תכנוני" (שם, פס' 59, 70–75). עוד ראו עע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים, פס' 29–33 (נבו 9.9.2014) (שם פסק בית המשפט כי החלטת המועצה המקומית לא להקים מקווה לטבילה נגועה בחוסר סבירות קיצוני. ההחלטה נסמכת על מניית השיקולים התומכים והנוגדים להקמת מקווה ביישוב ובחינת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים); בג"ץ 232/16 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 27 ואילך לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (נבו 8.5.2016) (שם נדונה כשירותו של אריה דרעי לכהן כחבר כנסת לאחר שהורשע בפלילים, ובית המשפט בחן את השיקולים שהתנגדו למינויו של דרעי, ובהם חומרת מעשיו, הזמן שחלף מביצוע העבירה וכו').

85 מאותם טעמים גם הטענה בדבר 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 לדברי השופט (כתוארו אז) גרוניס בבג"ץ אמונה (לעיל ה"ש 33), ולדברי השופט סולברג בבג"ץ תנועת אומ"ץ (לעיל ה"ש 33).

של דפי זהב הוא החלפה של מוד צר של ריסון של הימנעות במבחן רחב ותובעני של ריסון של אי-הסכמה.<sup>86</sup>

זאת ועוד, המעבר שנעשה בדפי זהב מריסון של הימנעות לריסון של אי-הסכמה חופף במלואו את התהליך של ניתוק עילת הסבירות מדוקטרינת הוריס שעליו עמדנו לעיל ומתאים לו מבחינה אנליטית ורעיונית.<sup>87</sup> הליך הניתוח המשפטי על פי דוקטרינת הוריס הוא פורמליסטי, והשיקולים ששולטים בו הם שיקולים נטולי תוכן מובהקים. בית המשפט אמור להתמקד בשאלה אחת בלבד והיא אם החוק הסמיך את הרשות לבצע את הפעולה שביצעה. הניתוח הזה מנותק לחלוטין משאלות הנוגעות למידת התבונה או הרציות של הפעולה, כלומר משקילה של שיקולים תוכניים לגופו של עניין ומאיונים.<sup>88</sup> לכן, כל זמן שהסבירות נתפסה כקשורה בטבורה לדוקטרינת הוריס, הרי לא מפתיע שגם הליך הניתוח והפעלת בית המשפט את הריסון בעת שהוא דן בסבירות, תאם את הפרמטרים של ריסון של הימנעות אגב 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 ניתוק הסבירות מדוקטרינת הוריס 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 ואיזונית,<sup>90</sup> יכול בית המשפט לגשת ישירות 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 פיתוח גישת הסבירות האיזונית הוא בהכרח התפתחות שלילית לדעתי במשפט המנהלי שלנו. ניתן לטעון כי בשל ההרחבה העצומה של שיקול הדעת המנהלי והתגברות כוחה של הרשות המבצעת היה בית המשפט חייב לפתח כלים איזוניים בעלי עוצמה כדי להתמודד עם "בעיית שיקול הדעת המנהלי",<sup>92</sup> ובד בבד ניתן לטעון נגד 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 בטקסט נועד להפנות זרקור לעצם

86 ראוי להוסיף לקביעה בטקסט כי אינני טוען כי בפסק הדין בעניין **דפי זהב** (לעיל ה"ש 1) עצמו בית המשפט ביצע מהפך טוטאלי במישור **הכרונולוגי**, כלומר שאחרי פסק הדין זנח בית המשפט 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, שלמן אותו 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 משתמש בריסון של הימנעות (ראו להלן ה"ש 109 והטקסט הסמוך לה).

87 ראו לעיל תת-פרק א.1, הטקסט הסמוך לה"ש 13 לעיל ואילך.

88 דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 36, ס' 12.1, וכן לעיל ה"ש 56.

89 ראו לעיל תת-פרק ב.5.

90 ראו לעיל תת-פרק ב.2, בטקסט הסמוך לה"ש 34.

91 ראו לעיל תת-פרק ב.3, בטקסט הסמוך לה"ש 59.

92 דותן **הנחיות מינהליות**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 309–315.

המעבר שבית המשפט עשה, ולא לנקוט עמדה נורמטיבית מוצקה בנוגע 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 ולהחלפה של מודד הריסון של הימנעות במודד ריסון של אי-הסכמה. אלא שאף שמשנות 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 מודד ההימנעות. כבר הסברתי לעיל כי כשעסקינן במודדים של ריסון, עשוי להיות פער בין ההצהרות של בית המשפט בדבר מודל הריסון או היקף הריסון שאותו הוא מאמץ לבין מה שהוא עושה בפועל.<sup>94</sup> אף 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 המודדים הללו של ריסון: אי-הסכמה והימנעות, כשהם משמשים זה לצד זה ועשויים להוביל לתוצאות שונות מאוד זו מזו.<sup>96</sup>

93 לשאלה מתי יש הצדקה לאמץ כל אחד מהמודדים של הריסון אתיחס להלן בפרק ד.

94 ראו לעיל תת-פרק ג.1.

95 ראו למשל בג"ץ 6406/00 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת**, פ"ד נח(1) 433, 434 (2001) (בנוגע לעתירת העותרת נגד העריפיה כפי שקבעו המשיבים בתקנות אומר בית המשפט, בין היתר בנוגע 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 המקרה"); ע"מ 7357/03 **רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ**, פ"ד נט(2) 145, פס' 22 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2004) (באותו עניין הפך בית המשפט העליון את החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים שקיבל עתירה נגד תוצאות מכרו בטענה שהמשיבה לא נקטה את שיטת חישוב המחיר הנכונה והציע תחתיה שיטה שונה. בית המשפט העליון כאמור הפך את ההחלטה באומרו כי שיטת החישוב שנקטה הרשות איננה כה בלתי סבירה עד כי מקימה היא עילה להתערבות). כן ראו את דבריו של השופט (כתוארו אז) חשין בבג"ץ 5261/04 **פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 446, פס' 5 (נבו 26.10.2004) ("במה יקדם אותנו עיקרון זה [הסבירות] אם סוברים אנו – וכך סובר אני – כי למעט שיקולים שניתן לראותם כשיקולי שחיתות או מעין-שחיתות רשאי ומוסמך הוא ראש הממשלה לשקול (כמעט) כל שיקולים שהם: שיקולי מדינה, שיקולי פוליטיקה, שיקולים אישיים? ואם כך בסבירות – במידתיות לא-כל-שכן. הוא הדין באשר להנחיית השיקולים הענייניים, הנחיית איסור משוא פנים ושרירות וכו'. אכן, כפי שחיויתי 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").

96 דוגמה טובה נוספת לשימוש מוגבר במודד 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. אף שההגבלות שהטילה הממשלה בעקבות הקורונה היו קשות ביותר, ואף שלא היה חולק על שההגבלות הללו פגעו, לעיתים קשה, בחירויות יסוד שונות (ראו להלן פרק ד, בטקסט הסמוך לה"ש 120, וכן ה"ש 123), הרי הגישה הכללית של בית המשפט הייתה מרוסנת ותאמה

בפרק הנוכחי ברצוני להדגים את הדבר באמצעות פרשה אחת שנדונה לאחרונה בבתי המשפט והיא פרשת **לארה אלקאסם**. עניין **אלקאסם** הוא חקר מקרה טוב בהדגמת טענותיי משום שהוא נדון פעמיים, בשתי ערכאות שיפוטיות שונות: פעם בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, ופעם בערעור מנהלי בבית המשפט העליון, ושני פסקי הדין הללו הגיעו כל אחד לתוצאה שונה לחלוטין מזו של האחר אף שעמדו לפנייהם בדיוק אותה תשתית סטטוטורית ואותם נתונים עובדתיים, ושניהם ניתנו בהפרש זמנים קצר ביותר.<sup>97</sup>

אלקאסם הייתה סטודנטית באוניברסיטת פלורידה שלאחר סיום לימודיה לתואר ראשון הגישה בקשה להתקבל ללימודי תואר שני בתוכנית לזכויות אדם וצדק מעברי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. 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 אצל נציגי הממשלה סורבה כניסתה משום שהמשרד לעניינים אסטרטגיים הגיע למסקנה שהיא פעילת BDS. החלטת הסירוב נסמכה על הוראת סעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל, 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 ההחלטה נסמכה על היותה של

היטב תפיסה של הימנעות, בהדגשת 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 תחתיה 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 ההחלטה השיפוטי. ראו בג"ץ 2435/20 **לונטהל נ' ראש הממשלה**, פס' 17 (נבו 7.4.2020); בג"ץ 2233/20 **המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור נ' משרד הבריאות** (נבו 26.3.2020); בג"ץ 2199/20 **פשה נ' משרד הבריאות**, פס' 6 (נבו 24.3.2020); בג"ץ 2589/20 **לשכת רואי חשבון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פס' 19 (נבו 30.4.2020). ראו גם בג"ץ 2394/20 **באמנתו יחיה נ' ראש הממשלה** (נבו 16.4.2020); בג"ץ 3432/20 **טרקלין אולמות ואירועים – אולמי מונדיאל נ' ממשלת ישראל**, פס' 10 (נבו 7.6.2020); בג"ץ 2382/20 **לשכת יועצי המס בישראל נ' ראש הממשלה**, פס' 8 (נבו 28.7.2020). העובדה ששיקולים נטולי תוכן הנחו את בית המשפט לכל אורך הליך הביקורת באה לידי ביטוי בהדגשה של בית המשפט כי לפי התפיסה הריסונית "נקודת המוצא היא גם נקודת הסיום" של הליך הביקורת. ראו למשל עניין **לשכת רואי חשבון**, שם, פס' 19; בג"ץ 2397/20 **דורון, טיקוצקי, קנטור, גוטמן, נס, עמית גרוס עורכי דין נ' ממשלת ישראל**, פס' 10 (נבו 12.5.2020); בג"ץ 5254/20 **תל ים אירועי יוקרה בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פס' 12 (נבו 17.8.2020).

97 ראו עמ"ץ (מחוזי ת"א) 11002-10-18 **Alqasem נ' משרד הפנים** (נבו 12.10.2018) (להלן: עניין **אלקאסם במחוזי**); עניין **אלקאסם כבג"ץ**, לעיל ה"ש 48. למעשה, לפני שהעניין הגיע לבית המשפט המחוזי הוא נדון לפני ערכאה נוספת והיא בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה או החוק), ראו ערר (כניסה לישראל ת"א) 5604-18 **אלקאסם נ' רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו 4.10.2018).

98 ראו חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 28), התשע"ז-2017, ס"ח 458. נוסח סעיף 2(ד) לחוק הכניסה קבע כי לא ינתנו רישיונות על פי החוק לאדם "אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורו, פרסם ביועין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות

אלקאסם חברה במהלך לימודיה בארגון סטודנטים שעסק ב-BDS והיא אף כיהנה, בשנים 2016–2017, כנשיאת הארגון, אם כי היא טענה כי חדלה מפעילות בארגון כבר בחודש אפריל 2017 והצהירה כי אינה תומכת עוד בתנועת ה-BDS. לא הייתה מחלוקת כי הארגון שהעותרת הייתה חברה בו עסק בפעילות BDS, והמשיבים טענו שהעובדה שאלקאסם מחקה את ההיסטוריה של פעילותה ברשתות החברתיות עובר להגעתה לישראל מקטינה את המשקל של הצהרתה על ניתוק הקשר בינה לבין התנועה. הם גם סירבו להתרשם מאינדיקציות שאלקאסם הציגה לשינוי בעמדותיה כגון העובדה שבשנה שקדמה להגעתה נרשמה לקורסים במרכז ללימודים יהודיים באוניברסיטת פלורידה ולמדה בהם וכן הקשרים שיצרה עם מרצים מהאוניברסיטה העברית בירושלים שאף המליצו על קבלתה ללימודים.<sup>99</sup> אלקאסם הגישה בתחילה ערר על החלטת הסיור לבית הדין המוסמך על פי חוק הכניסה, וזה דחה 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 מנהליים במסגרת ערעור מינהלי.<sup>101</sup> בפסק דין יסודי ומפורט דחה השופט יקואל את הערעור המינהלי. פסק דינו נפתח בכמה וכמה קביעות נחרצות בדבר 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 השיקולים בהחלטת הרשות שמובילים אותו להחלטת אי-ההתערבות הוא הדגיש את העובדה ששיקולים מוסדיים (נטולי תוכן) הם שמנחים אותו וקובעים מראש היקף ביקורת צר של בית המשפט. בית המשפט ציין גם כי התקיים הליך מנהלי תקין בעניינה של המערערת שבו נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים.<sup>103</sup> רק לאחר מכן הוא ניגש לבחינת השיקולים התוכניים עצמם ולטענות הצדדים בעניינם.<sup>104</sup> כשהוא דן בשיקולים התוכניים הדגיש בית המשפט כי גם השיקולים לטובת המערערת, כגון

חרם, התשע"א–2011, או התחייב להשתתף בחרם כאמור". ס"ק 2(ה) הותיר לשר סמכות להעניק בכל זאת אשרה במקרים כאלה "מטעמים מיוחדים שיירשמו".

99 ראו עניין **אלקאסם בבג"ץ**, לעיל ה"ש 48, 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).

100 ראו ס' 2(ה) לחוק הכניסה; ערר (ת"א) 18-5604, לעיל ה"ש 97.

101 העובדה שהעניין הגיע לבית המשפט לעניינים מנהליים בדרך של ערעור (ולבג"ץ, כערכאה שהיא למעשה ערכאת ביקורת שלישית) עשויה לחזק את הטענה לטובת גישה ריסונית מצד הערכאות השיפוטיות. ראו עניין **אלקאסם במחוזי**, לעיל ה"ש 97, פס' 20; והשוו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד – סדרי הביקורת המשפטית 2561–2564 (2017). ואולם שאלה זו מצויה מחוץ לתחום הדיון הנוכחי.

102 עניין **אלקאסם במחוזי**, לעיל ה"ש 97, פס' 10.

103 שם, פס' 13.

104 כאן המקום להדגיש כי אינני טוען כאן טענה אמפירית בדבר קשרים סיבתיים. ייתכן שהצגת השיקולים נטולי התוכן היא שהובילה את בית המשפט לבחינה צרה של שיקולי הרשות, וייתכן שהצגתם של שיקולים כאלה היא רק תוצאה של החלטה מקדמית שבית המשפט קיבל בעניין זה. כפי שכבר ציינת, אין אפשרות, בוודאי לא במסגרת הנוכחית, להתחקות במדויק על מהלך המחשב השיפוטי. אין כוונתי אלא להציג את פסק הדין כביטוי להפעלה של מוד ריסון מסוים.

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 התייחס לשיקולים התוכניים בעיקר מבעד לפריזמה של השיקולים המוסדיים, נטולי התוכן, הקובעים בחינה מצומצמת של השיקולים הללו. הוא המשיך והדגיש כי אין בבחינה שלו כדי לבטא עמדה לגופו של עניין באשר לנכונות ההחלטה או ליעילות השימוש בסעיף 2(ד) לחוק ככלי למלחמה בחרם,<sup>106</sup> וסיכם את פסק דינו בקביעה שהשאלה המרכזית בפסק הדין היא "סמכות המדינה, [...] להפעיל את שיקול דעתה"<sup>107</sup> בנושא הנדון וכי הפעלת הסמכות "נטועה עמוק בתוך מתחם הסבירות המנהלי".<sup>108</sup>

פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוא אפוא דוגמה טובה לשימוש בריסון של הימנעות. אומנם פסק הדין השתמש ברטוריקה האיזונית ובמונחים כגון "מתחם הסבירות" האופייניים לגישת הסבירות האיזונית, שהיא השולטת הבלעדית בכיפה בנושא עילת הסבירות כיום (ויש בו גם מקומות מסוימים שבהם נראה שבית המשפט "גלש" בפועל לשימוש בגישה כזו).<sup>109</sup> ואולם, הלכה למעשה פסק הדין מעיד על אימוץ גישה ריסונית של הימנעות. בית המשפט הדגיש 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 בחן את השיקולים התוכניים מבעד לאספקלריה של השיקולים המוסדיים, נטולי התוכן, בהדגשת התפקיד הצר של הביקורת השיפוטית וחוסר הרלוונטיות של עמדתו שלו, לגופו של עניין, להליך הבחינה הזה.

ואולם, כאשר עניינה של אלקאסם הגיע לבית המשפט העליון נהפכה הקערה על פיה. בשלוש חוות דעת מפורטות קבעו 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 ניתח בפרוטרוט את התכלית של התיקון בחוק הכניסה והגיע למסקנה כי הכלית 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

105 עניין אלקאסם במחוזי, לעיל ה"ש 97, פס' 18, 20 (בהתאמה).

106 שם, פס' 21.

107 שם, פס' 22.

108 שם.

109 שם, פס' 19 (בית המשפט קובע כי "באיזון בין הסתמכות המערערת על אשרת השהייה שניתנה לה, לבין החשש כי תנצל את שהייתה בישראל לקידום קריאות להטלת חרם, יש להעדיף את אינטרס הציבור למוגנות מפני עוולות"). וראו גם שם, פס' 20 שמהאמור בה ניתן לכאורה לייחס לבית המשפט הסכמה, לגופו של עניין, עם עמדת המשיבים ("לא שוכנעתי כי ההחלטה שהתקבלה, בנסיבותיה האישיות הייחודיות של המערערת, עלולה להרתיע כדי כך 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").

נשקפת מהם סכנה כזאת בהווה.<sup>110</sup> לאחר מכן הוא עבר לניתוח מפורט של השיקולים השונים הנוגעים להפעלת שיקול הדעת של השר ושל עובדות המקרה שבעניינן יש ליישם את השיקולים האמורים. פסק הדין הדגיש את דלות הראיות הנוגעות להיקף הפעילות לקידום החרם שבפעילות הארגון ובייחוד להיקף פעילותה המוגבל של המערערת במסגרת הארגון, כשלעומתם הוא הדגיש דווקא את פעילותה במרכז ללימודים יהודיים באוניברסיטת פלורידה בשנה שקדמה להגעתה.<sup>111</sup> גישה דומה של ניתוח ישיר של העובדות והשיקולים הנוגעים להחלטה בהדגשת השיקולים הפועלים נגד מסקנתו של השר בולטת גם אצל שני השופטים הנוספים בבג"ץ.<sup>112</sup> בשום מקום בפסק הדין אין התייחסות מפורשת לדרישת הריסון השיפוטי בנוגע 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, נגד אפשרות ההתערבות.<sup>113</sup>

מי שקורא פסק דינו של שופט בית המשפט המחוזי ואת חוות הדעת של שופטי בג"ץ בזה אחר זה יתקשה להסביר את הפער ביניהם. דומה ששני פסקי הדין הללו, שנכתבו בעניין אותה תשתית סטטוטורית ועובדתית ובהפרש של ימים ספורים זה מזה, מתנהלים ביקומים מקבילים. שני פסקי הדין מבוססים על ניתוח של סבירות, אבל תוכן העילה ואופן הפעלתה בכל אחד מהם שונים לחלוטין אלה מאלה. פסק הדין של בית המשפט המחוזי הוא כאמור דוגמה אופיינית להפעלת ריסון של הימנעות. לעומת זאת חוות הדעת של שופטי בג"ץ הן מקרה מובהק של אימוץ מוד ריסון של אי-הסכמה, כלומר בית המשפט שקל ישירות את השיקולים שהרשות המנהלית עצמה שקלה והגיע למסקנה שאף שקיימים שיקולים מוסדיים, נטולי תוכן, נגד התערבות, הרי משקלם של שיקולים אלו נסוג בפני אי-הסכמה 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 על פסק הדין המחוזי. היינו, שופטי בג"ץ לא קבעו שהשופט יקואל טעה בנייתו 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. שופטי 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 לפניו שני מסלולים חלופיים, שכל אחד מהם מגולם במוד שונה של ריסון והיקף התערבות. הבחירה של בית המשפט בין שני המודים של הסבירות איננה

110 עניין **אלקאסם בבג"ץ**, לעיל ה"ש 48, פס' 9–12 לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון, פס' 4–14 לפסק דינו של השופט פוגלמן (שגם הוא הקדיש חלק ניכר מפסק דינו לפרשנות הסעיף המסמך).

111 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל.

112 השופטת ברון מדגישה את הנזק לאוניברסיטה ולחופש הביטוי האקדמי (שם, פס' 3–5 לפסק דינה); השופט פוגלמן מדגיש גם הוא שההחלטה אינה משרתת את תכליות הסעיף ואת הפגיעה בקשרים האקדמיים של האוניברסיטה (שם, פס' 17 לפסק דינו). כן ראו את הדיון להלן בפרק ד.

113 המקום היחיד שבו יש התייחסות לשיקולים כאלה הוא בסקירתו של השופט הנדל את טיעוני המשיבים, (שם, פס' 5 לפסק דינו). כאמור, אינני טוען שום טענה של סיבתיות בנוגע לניסוחים המילוליים בפסק הדין (ראו לעיל ה"ש 104).



בהכרח דיכוטומית, וכפי שהראיתי, אכן קיימים מצבים שבהם שני המודים יכולים לשמש זה לצד זה באותו תהליך קבלת החלטות.<sup>114</sup> עם זאת בחירתו של בית המשפט – 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 הזאת תואמים שתי תפיסות שונות של ריסון, המשמשות זו לצד זו ומשפיעות על האופן שבו מעצבת הסבירות את עמדת בית המשפט כלפי החלטות מינהליות. ואולם, מה מביא את בית המשפט להחלטה לבחור במסלול זה או אחר? כלומר, מהם הגורמים המשפיעים על ההחלטה המקדמית החשובה הזאת בדבר מוד הריסון השיפוטי? ומה צריכים להיות קווי התייחסות של כל אחד מסוגי הריסון?<sup>115</sup> דיון מקיף בשאלות אלו חורג מגדר הדיון במאמר הנוכחי, משום שהוא מחייב דיון מקיף בעקרון הריסון, בתכליות שלו ובמושכלות היסוד של היחסים שבין בית המשפט לבין רשויות המנהל הציבורי.<sup>116</sup> בדיון הנוכחי אסתפק בהצבעה על קווי מתאר ראשוניים שיכולים לסייע לנו לגבש עמדה בנושא. ראוי להדגיש כי קווי המתאר הללו אינם בהכרח קריטריונים מכריעים לטובת מוד ריסון זה או אחר, בראש ובראשונה משום שמארג השיקולים לטובת אימוץ גישה כזאת או אחרת של ריסון הוא מורכב ממה שניתן להציג במסגרת הנוכחית.<sup>117</sup> כמו כן חשוב להדגיש כי הכרעה בין מוד כזה או אחר של ריסון איננה בהכרח דיכוטומית, שהרי כפי שכבר נאמר לעיל, לעיתים קרובות הליך ביקורת מסוים עשוי להכיל מרכיבים של שני המודים שהוצגו.<sup>118</sup>

שיקול מרכזי אחד שיכול להצביע לטובת אימוץ מוד מינימליסטי של ריסון, כלומר לטובת ריסון של אי-הסכמה, הוא השאלה אם ובאיזו מידה ההחלטה המנהלית כרוכה בפגיעה בחירויות הפרט. מן המפורסמות הוא שלבתי המשפט יש תפקיד מיוחד במסגרת

114 ראו את הדיון לעיל בתת-פרק ב.4. כן ראו לעיל ה"ש 109.

115 ההחלטה באיזה סוג של ריסון ומהו היקף הביקורת השיפוטית מכונה בעגה האמריקנית "Chevron Step Zero", בהתייחס לפסק הדין המרכזי שעיצב את תפיסת הריסון – פסק הדין הידוע בעניין *Chevron*, לעיל ה"ש 63 (שם נקבע כי ההחלטה של בית המשפט שעה שהוא בא לבקר קביעה פרשנית של רשות מנהלית נעשית בשני שלבים). אלא שסנסטייין הצביע במאמר מפורסם על העובדה שעוד קודם להפעלת השלב הראשון על בית המשפט להחליט אם להפעיל את הסטנדרט הריסוני של שברון או לבחור בסטנדרט ריסון מרוכך יותר. ראו Cass R. Sunstein, *Chevron Step Zero*, 92 VA. L. REV. 187, 188 (2006). ראו גם Dotan, *Deference*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 799.

116 דיון כזה אני עורך במקום אחר. ראו דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 36, בחלק הראשון (במיוחד פרקים 5, 6, 9).

117 בין היתר, הבחירה במוד הריסון עשויה להיות תלויה בנוסח החוק המסמך את הרשות ובשיקולים פרשניים (ראו לעיל תת-פרק ב.6).

118 ראו את הדיון לעיל בתת-פרק ב.4.

החוקתית שלנו, כמו של כל מדינה דמוקרטית, בכל הנוגע להגנה על חירויות היסוד. על כן כשעסקינן בפגיעה בחירויות, ככל שהחירויות הן בסיסיות יותר, והפגיעה בהן מן ההחלטה המנהלית חמורה יותר, כך גובר התפקיד שעל בית המשפט למלא והשיקולים 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, וברבד השיקולים המקובלים נגד התערבות שיפוטית בשיקול הדעת המנהלי, כגון היעדר המומחיות של בית המשפט והיעדר לגיטימציה דמוקרטית להתערבות, מאבדים ממשקלם.<sup>119</sup> כלומר, במצבים כאלה יש מקום להיזקק למוד הריסון של אי-הסכמה. לעומת זאת כאשר האינטרס הנפגע של האזרח אינו עולה כדי חירות יסוד, ובמיוחד באותם מצבים שמדובר באינטרס שהשיטה המשפטית רואה בו אינטרס קל ערך, כגון "טובת הנאה" שאינה עולה כדי זכות משפטית של ממש – הרי ההצדקה להשתמש במוד הריסון של הימנעות גוברת.<sup>120</sup>

ההבחנה הזאת בין חירויות יסוד לבין אינטרסים נחותים יותר בחשיבותם יכולה לספק הסבר גם לפער שבין בית המשפט המחוזי לבין בית המשפט העליון בעניין **אלקאסם** שנדון לעיל. בית המשפט המחוזי הדגיש בפסק דינו כי לאלקאסם, כאזרחית זרה שאינה תושבת ישראל, אין כל זכות להיכנס לשטח המדינה.<sup>121</sup> לעומת זאת שופטי בג"ץ הדגישו את העובדה שהחלטת שר הפנים פגעה בחירויות יסוד, ובראשן חופש הביטוי, משום שההחלטה פגעה ביכולתם של האוניברסיטה העברית בירושלים ושל הסגל שלה לפתח קשרים אקדמיים בין-לאומיים עם מוסדות אקדמיים בחו"ל.<sup>122</sup> במילים אחרות, מיצוב ההחלטה בעניין **אלקאסם** כהחלטה הנוגעת לחירויות הפרט יכולה לספק הסבר מדוע החליטו שופטי בג"ץ להמיר את מוד הריסון התובעני של הימנעות במוד ביקורתי הרבה יותר של אי-הסכמה.<sup>123</sup>

מנגד, קיימות החלטות שבעניינן דומה שמוד הריסון של הימנעות הוא המתאים ביותר. אלו למשל החלטות של מדיניות כללית של רשויות המנהל ובמיוחד אלו המערבות מומחיות מקצועית, טכנולוגית או כלכלית. לדוגמה, החלטות בשאלות כמו מה צריך להיות מיקומו של שדה התעופה הבין-לאומי החדש של ישראל או מהי האסטרטגיה החינוכית

119 ראו לעיל ה"ש 33.

120 ראו למשל דנג"ץ 204/13 **צלאח נ' שרות בתי הסוהר** (נבו 14.4.2015) (בייחוד פס' 13 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס, וכן פסקי הדין של השופטים מלצר ושהם) בעניין הסיווג של לימודים אקדמיים של אסירים כטובת הנאה ולא כזכות.

121 עניין **אלקאסם במחוזי**, לעיל ה"ש 97, פס' 10 ("שיקול הדעת הנתון לרשות המנהלית הוא רחב, משיסודו בריבונות המדינה להחליט מי יבוא בשעריה"). כן ראו שם, פס' 19.

122 ראו במיוחד עניין **אלקאסם בבג"ץ**, לעיל ה"ש 48, פס' 3–5 לפסק דינה של השופטת ברון.

123 החלטות הנוגעות לחירויות הפרט נבחנות לא פעם במבחני המידתיות ולא לפי עילת הסבירות. ניתוח השאלה מהו מוד הריסון הרלוונטי למידתיות חורג מהדין כאן. ואולם, לפי מה שנאמר בטקסט, 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**, 191–192 (נבו 13.4.2011); ברק-ארז, לעיל ה"ש 12, בעמ' 784.

לשיפור ברמת הלימודים המדעיים בבתי הספר הן כאלה שקיימים בענייני שיקולים חזקים לטובת הפעלת ריסון שיפוטי מוגבר.<sup>124</sup> אלו הם שיקולים נטולי תוכן הקשורים ליחסים המוסדיים שבין 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 יתרונה של הרשות בתחום הלגיטימציה הדמוקרטית מצביעים לכיוון ההצדקה להחיל על החלטות כאלה את מוד הריסון של ההימנעות.<sup>125</sup> לכן עמדת המוצא של בית המשפט היא שהיקף הביקורת של החלטות כאלה – במסגרת בחינת סבירות המדיניות של הרשות – צריך להיות מוגבל, כלומר שמוד הריסון הרלוונטי הוא מוד ריסון של הימנעות.<sup>126</sup>

בתוך, בין שני סוגי ההחלטות לעיל, מצויות החלטות אינדוידואליות של רשויות מנהל שאינן נוגעות ישירות לחירויות יסוד, או שהפגיעה בחירויות הכרוכה בהן היא שולית. אשר להחלטות כאלה השיקולים נטולי התוכן החזקים לטובת ריסון שיפוטי הם חלשים בדרך כלל מאלה שבמקרה של החלטות מדיניות כלליות, משום שלבית המשפט קל להעביר ביקורת על החלטה אינדוידואלית לסרב לבקשת רישיון עסק של פלוני, יותר משקל לו לדון בכל ההיבטים ובכל מישורי ההשפעה של מדיניות הרישוי הכללית של הרשות בתחום נתון. לעומת זאת 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 שיקבעו 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 לקבוע את היקף הריסון של בית המשפט בנוגע להחלטה המנהלית.<sup>127</sup>

124 ראו לעיל ה"ש 96.

125 שאלות מדיניות רחבות שבעניינן לכל התערבות שיפוטית יש השלכות רוחב במישורים רבים ושונים מכוונות לעיתים בעיות רב-קודקודיות, ובאשר אליהן יש הצדקות חזקות במיוחד לריסון שיפוטי. ראו למשל בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625, פס' 19 לפסק דינו של השופט זמיר (2001); בג"ץ 3071/05 **לוזון נ' ממשלת ישראל** (נבו) 28.7.2008; בג"ץ 3677/09 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקח על ביטוח ושוק ההון** (נבו) 7.12.2010.

126 ראו את פסקי הדין המוזכרים לעיל בה"ש 96. עם זאת לא למותר לציין כי השיקולים שמוצגים כאן הם כאמור קווי מתאר כלליים בלבד לקבלת ההכרעה בדבר מוד הריסון הראוי, ואין בהם כדי למצות את מורכבותה של הכרעה כזאת. החלטות מדיניות כלליות עשויות לפגוע פגיעה קשה למדי בחירויות הפרט והדוגמה של החלטות הנוגעות למיגור מגפת הקורונה – תוכיח. לפיכך גם בנוגע להחלטות כאלה (או החלטות הנוגעות למדיניות כללית בתחומי המשק והכלכלה בכלל) לא ניתן לקבוע אפריורי ובאופן מוחלט שיש להחיל בענייני ריסון של הימנעות, אלא הדבר תלוי בכמה וכמה פרמטרים, אם ובאיזו מידה החלטה כזאת פוגעת בזכויות, עד כמה החלטה כזאת מערבת שיקולים טכנולוגיים, רפואיים או כלכליים וכו'.

127 ראו לעיל תת-פרק ב.6. לדיון כללי בשיקולים הנוגעים להיקף הריסון ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 36.

## ה. סיכום

במאמר הנוכחי טענתי שהדרך להבנת המהות והתוכן של הסבירות המנהלית והדרך שבה היא מיושמת בפסיקה עוברות דרך בחינה אנליטית של המובנים של עקרון 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 שבהן 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 מהו 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 עימו.