

הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה*

יצחק זמיר**

מאמר זה מוקדש לנשיא (בדימוס) אהרן ברק, שהעלה את התרומה העיקרית לקידומה ולפיתוחה של עילת המידתיות כעילה מרכזית במשפט הציבורי של ישראל – תחילה בפסקי-הדין שכתב בנושא זה, ולאחרונה בספרו על המידתיות במשפט.

דרך מקובלת להתפתחות המשפט היא תיאורטיזציה של הפרקטיקה. בדרך זו נוצרת תיאוריה אשר מציגה את המכנה המשותף לפסקי-דין בנושא מסוים, ומצביעה על כלל שמנחה את בית-המשפט באותו נושא. תיאוריה כזאת, שאפשר לכנותה "תיאוריה תיאורית", נוצרת על-פירוב באקדמיה, אך לעיתים היא נוצרת בבית-המשפט במסגרת פסקי-הדין. נושאים נכבדים בתחום המשפט המנהלי זכו בתיאורטיזציה של הפרקטיקה מידי בית-המשפט, ביניהם השפיטות, הסבירות, המידתיות והתוצאה היחסית. הכללים שהוצגו על-ידי בית-המשפט בנושאים אלה לא היו – ולא ביקשו להיות – כללים חדשים, אלא שיקפו פרקטיקה קיימת. אף-על-פי-כן פשטה בציבור הרחב, ובאופן חלקי גם בקהילה המשפטית, דעה שבית-המשפט קבע בנושאים אלה, באמצעות תיאוריה יצירתית, כללים חדשים שנועדו לאפשר לו – ומכל מקום מאפשרים לו – מעורבות מוגברת בעניינים שלטוניים שאינם ענייניו של בית-המשפט. מעורבות זו נתפסת כאקטיביזם שיפוטי, המערער את ההפרדה הראויה בין רשויות השלטון.

* מאמר זה הוא פיתוח של הרצאה שנישאה בכנס שנערך במרכז הבינתחומי הרצליה ביום 10.4.2011 לכבוד השקת ספרו של אהרן ברק על מידתיות במשפט, להלן ה"ש" 1. אני מודה לחברי מערכת **משפט ועסקים** (לעורך אור דיסקין ולחברי המערכת טל כספי ותומר מגל) על הערות מאלפות ששיפרו את המאמר.

** שופט (בדימוס), בית-המשפט העליון; פרופסור (אמריטוס), האוניברסיטה העברית בירושלים.

דעה זו נובעת מכשל בהבנת התיאוריה: תיאוריה תיאורית נתפסת בטעות כתיאוריה יצירתית. טעות היא לייחס את המעורבות השיפוטית בעניינים שלטוניים לתיאוריה שהוצגה בפסקי-הדין של שנות השמונים והתשעים בנושא השפיטות או בנושא הסבירות או בנושא אחר כלשהו, שכן מעורבות כזאת הייתה אפשרית גם על-פי הפרקטיקה בשנות החמישים. היקף המעורבות השיפוטית הוא פועל יוצא ממדיניות שיפוטית, ולא מתיאוריה משפטית.

בפועל, אף שהביקורת השיפוטית על רשויות השלטון התרחבה והעמיקה למן הקמת המדינה, כתוצאה של התפתחות חברתית, בישראל כמו במדינות אחרות, דווקא הביקורת על החלטות שלטוניות שיש להן אופי פוליטי מובהק או מרכיב חזק של מדיניות נותרה מרוסנת ומוגבלת. התיאורטיזציה של הפרקטיקה היא תהליך טבעי ומבורך בעולם המשפט. היא עושה את המשפט לגלוי וברור יותר, מחזקת את הביטחון המשפטי, מקילה את נגישותו של המשפט ומשמשת בסיס טוב לפיתוחו.

מבוא

- פרק א: מקורות המשפט – בית-המחוקקים ובית-המשפט
- פרק ב: בית-המשפט כמקור משפט – פרקטיקה ותיאוריה
- פרק ג: תיאורטיזציה של כלל המידתיות
1. מקורו של כלל המידתיות
 2. התיאוריה בדבר כלל המידתיות
- פרק ד: תיאורטיזציה של כלל השפיטות
1. מקורו של כלל השפיטות
 2. התיאוריה בדבר כלל השפיטות
- פרק ה: תיאורטיזציה של התוצאה היחסית
1. המצב לפני כלל התוצאה היחסית
 2. התיאוריה בדבר התוצאה היחסית
- פרק ו: תיאורטיזציה של כלל הסבירות
1. מקורו של כלל הסבירות
 2. התיאוריה בדבר כלל הסבירות
- פרק ז: תיאורטיזציה של כללים נוספים
- סיכום

מבוא

הדיון על ספרו החדש של פרופ' אהרן ברק, **מידתיות במשפט**¹, עורר עניין רב והציף שאלות נכבדות. אכן, מידתיות היא הנושא החם במשפט הציבורי – הן בדיני חוקה והן בדיני מנהל ציבורי. בדיני חוקה דומה כי אין מקרה שבו בית-המשפט דן בחוקתיותו של חוק לאור חוק-יסוד מבלי להידרש לבחינת מידתיותו של החוק. המידתיות היא כלל מבוקש ומשומש גם בדיני המנהל הציבורי – היא עומדת בשורה הראשונה של הכללים החשובים, יחד עם כלל השוויון וכלל הסבירות.

בספרו על מידתיות במשפט הקים פרופ' ברק מבנה מפואר על בסיס איתן, שאותו הניח, כנשיא בית-המשפט העליון, בפסקי-הדין שכתב על המידתיות, החל בפסקי-הדין המכונן משנת 1996 בעניין **בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**². לכאורה, המידתיות, כעילה לביקורת החלטות מנהליות, צמחה מפסקי-דין זה. אם כך, יש בזה כדי להוסיף נדבך לטענה הרווחת נגד בית-המשפט העליון כי בהנהגתו של הנשיא ברק קידם אקטיביזם שיפוטי. לפי טענה זו, בית-המשפט יצר כלים משפטיים חדשים מתוך מטרה להגביר את מעורבותו בעניינים שלטוניים, מעבר לתחום הראוי לרשות השופטת. כלל המידתיות, שהוא לכאורה כלי כזה, אינו כלל יחיד. מצטרפים אליו כללים אחרים, ביניהם כלל השפיטות וכלל הסבירות. אומנם ברור וידוע כי אלה כללים ישנים, אך לפי הטענה, בית-המשפט יצק בהם בשנות השמונים תוכן חדש ושונה, אשר אפשר להרחיב את מעורבותו אל מעבר למה שהיה מקובל עד אז.

טענה זו מעוררת שורה של שאלות: מה באמת מקורם של כללים אלה? האם הם שונו בשנות השמונים? אם כן, באיזה אופן ובאיזו מידה? ובעיקר, האומנם הרחיבו כללים אלה את היקף הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות?

מאמר זה דן בשאלות אלה. הוא מבקש לברר את מקורו של כלל המידתיות, ולאחר-מכן את מקורם של כלל השפיטות, כלל התוצאה היחסית וכלל הסבירות. לגבי כל אחד מכללים אלה הוא בוחן את השאלה אם פסיקתו של בית-המשפט העליון למן שנות השמונים שינתה את מהות הכלל, ואם היא הרחיבה בפועל את הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות. התשובה המוצעת במאמר היא שבפועל לא שינתה הפסיקה המאוחרת את הכללים הקודמים, ולא ביקשה להרחיב את הביקורת השיפוטית, אלא רק הוסיפה תיאוריה שהסבירה את הפרקטיקה שנהגה כבר קודם לכן.

1 אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 7 (2010) (להלן: ברק **מידתיות במשפט**).

2 בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1 (1996) (להלן: עניין **בן-עטייה**).

פרק א: מקורות המשפט – בית-המחוקקים ובית-המשפט

על-פי העיקרון הדמוקרטי, יצירת משפט היא תפקידו של בית-הנבחרים, מפאת היותו מייצג העם. אכן, כך קובע החוק בישראל: הכנסת היא בית-הנבחרים, ומתוקף מעמד זה היא גם הרשות המחוקקת, כלומר, היא הקובעת את החוקים.³ על-פי עיקרון זה, כך אפשר לטעון, בית-המחוקקים צריך להיות מקורם של כל כללי המשפט, ואילו בית-המשפט, בהתאם לעיקרון של הפרדת הרשויות, צריך רק לפרש וליישם את הכללים היוצאים מבית-המחוקקים.

אולם גם אם זהו עיקרון ראוי בעולם אוטופי, ברור שהמציאות בעולם שבו אנו חיים רחוקה מאוד מעיקרון זה, עד כדי כך שהעיקרון נאלץ להתאים את עצמו למציאות: הוא מכיר בכך שהמשפט נוצר בכמה דרכים, ולא רק בדרך של חוקים היוצאים מבית-המחוקקים, ובהתאם לכך יש למשפט מקורות אחדים.⁴

הלכה למעשה, הרבה מן המשפט בישראל – מבחינה כמותית חלק-הארי של המשפט – נוצר מחוץ לכנסת. חלק גדול, מבחינה כמותית גדול עשרת מונים מחלקה של הכנסת, נוצר על-ידי הממשלה, כמו-גם על-ידי גופים אחרים שהם חלק מן הרשות המבצעת, באמצעות חקיקת-משנה: תקנות, חוקי-עזר וצווים מסוגים שונים.⁵ חלק אחר של המשפט, אשר אף הוא כנראה גדול יותר מבחינה כמותית מן החוקים של הכנסת, נוצר על-ידי בית-המשפט בדרכים שונות, ובעיקר באמצעות פרשנות.⁶ הכנסת, כמובן, מודעת למצב זה. יתר על כן, לא זו בלבד שהיא משלימה עם זאת, נראה שהיא גם מעוניינת ואפילו נזקקת ליצירת משפט הן על-ידי הרשות המבצעת והן על-ידי בית-המשפט. כך הדבר משום שהכנסת, כמו כל בית-מחוקקים בעולם, אינה מסוגלת ליצור אלא כללי משפט מופשטים ורחבים. רק הרשות המבצעת ובית-המשפט מסוגלים, כל אחד מהם בדרכו, לפרוט את הכללים הרחבים היוצאים מן הכנסת, ואף ליצור כללים נוספים, באופן שייתן מענה לבעיות ולצרכים של הפרט ושל הכלל.

מכל מקום, עובדה היא שכללי משפט רבים נוצרים על-ידי בית-המשפט – לעיתים על בסיס של חוק, בדרך של פרשנות, אך לא פעם גם ללא בסיס כזה, אלא באופן ברור כיצירה עצמאית.⁷ הדבר בולט במיוחד בדיני המנהל הציבורי הכלליים, להבדיל מדינים מיוחדים. הדינים המיוחדים הם אלה החלים על סמכות מסוימת המוקנית לרשות

3 ס' 7 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948; ס' 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949, ס"ח 1; ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

4 יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** פרק 13 (1990). ראו גם חיים ה' כהן **המשפט** פרק 5, עמ' 193 ואילך (מהדורה שנייה, משה ברש עורך, 1996).

5 יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" **משפטים** ד 63 (1972).

6 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית (1992) (להלן: ברק **פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית**). קיימים, כידוע, מקורות משפט נוספים: מנהג מקומי, מנהג בין-לאומי, אמנות בין-לאומיות ועוד. על מקורות המשפט ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 101.

7 ברק **פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית**, לעיל ה"ש 6 בעמ' 427 ואילך.

מסוימת: הם קובעים מה סמכותה של אותה רשות, על מי היא חלה, כיצד להפעיל אותה ועוד. דינים מסוג זה נקבעים כמעט תמיד בחוק. כך, למשל, חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, קובע את הדינים המיוחדים המסדירים את תפקודם של מוסדות תכנון, וחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, קובע את הדינים המסדירים את תפקודו של המוסד לביטוח לאומי. כנגד זאת, הדינים הכלליים חלים על סמכויות מנהליות מכל הסוגים ועל רשויות מנהליות ככלל, ככל שהדינים המיוחדים אינם מסדירים את תפקודן. דינים אלה נקבעו על-פירוב על-ידי בית-המשפט, בתהליך איטי, פסק-דין אחר פסק-דין. הם קובעים, לדוגמה, כי כל רשות מנהלית חייבת להפעיל את סמכותה במהירות הראויה, להכין תשתית של עובדות, לשמוע אדם שעלול להיפגע מהחלטתה, לשקול רק שיקולים ענייניים ולנמק את החלטותיה.⁸

תפקידו של בית-המשפט ביצירת משפט בולט באופן מיוחד בתחום הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות. בתחום זה נקבעו כמעט כל הכללים על-ידי בית-המשפט, ובכלל זה גם עילות הביקורת השיפוטית: חריגה מסמכות, טעות של עובדה, טעות של דין, שיקולים זרים, חוסר סבירות ועוד. לשון אחר, בדרך-כלל בית-המשפט – ולא המחוקק – הוא אשר קבע וקובע מהם הפגמים שיש בהם כדי לפסול החלטה מנהלית, וכן מהן התוצאות של פגמים אלה. כך לא רק בישראל, בעקבות המשפט האנגלי, אלא באופן מפתיע גם במדינות שבהן הדינים נקבעים על-פירוב על-ידי המחוקק, ולא על-ידי בית-המשפט – לדוגמה, בצרפת.⁹

8 בתחום זה חל בתקופה האחרונה, בעיקר לאחר מלחמת-העולם השנייה, שינוי במדינות רבות. במדינות אלה – ביניהן גרמניה, שווייץ, נורווגיה, שוודיה ועוד – התקבלו חוקים המסדירים את ההליך המנהלי באופן כללי, על-פירוב על יסוד כללים שנקבעו קודם לכן על-ידי בית-המשפט. אך מדינת-ישראל מפגרת בתחום זה: אין בה חוק הקובע את סדרי ההליך המנהלי באופן כללי, וקיימות בה, כחריג המלמד על הכלל, רק הוראות מעטות המסדירות היבטים מסוימים של ההליך המנהלי. כאלה הן, לדוגמה, ס' 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302, המחייב כל רשות מנהלית להפעיל את סמכותה "במהירות הראויה", וכן ס' 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, ס"ח 147 (להלן: החוק לתיקון סדרי המינהל), המחייב כל עובד ציבור, בתנאים שנקבעו בחוק, להודיע "למבקש בכתב את נימוקי סירובו". גם הוראות אלה צמחו מכללים שנקבעו קודם לכן על-ידי בית-המשפט. כך, לדוגמה, החוק לתיקון סדרי המינהל נחקק בעקבות פסק-הדין שניתן בבג"ץ 143/56 אחגיג' נ' המפקח על התעבורה, פ"ד יא 370 (1957) (להלן: עניין אחגיג'). על סדרי ההליך המנהלי בישראל ובמדינות אחרות ראו יצחק זמיר "לקראת חוק סדרי המינהל – הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות" משפטים יב 334 (1982). במשרד המשפטים עוסקים זה זמן בניסוח הצעה לחוק סדרי ההליך המנהלי.

9 L. NEVILLE BROWN & JOHN. S. BELL, FRENCH ADMINISTRATIVE LAW 175 (5th ed. 1998) אין להסיק מכך שעילות הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות אינן מתאימות או אינן ראויות להסדרה באמצעות חוק. כך, לדוגמה, בארצות-הברית החוק הפדרלי בדבר פרוצדורה מנהלית משנת 1946 מפרט, בס' 10, את עילות הביקורת השיפוטית. ראו: Federal Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 706 (1966). גם בישראל הוכנה במשרד המשפטים, בשנות השמונים, הצעת חוק להסדרת השיפוט בעניינים מנהליים, אשר כללה גם פירוט של עילות ביקורת שיפוטית, אך ההצעה

בית-המשפט יכול ליצור משפט בשתי דרכים עיקריות. את הדרך הראשונה, שהיא גם הדרך השכיחה, אפשר לכנות "דרך האבולוציה". בדרך זו, אשר טיפוסית למשפט המקובל, הכלל המשפטי נוצר בתהליך איטי והדרגתי ממקרה למקרה, מתפתח מתקדים לתקדים, ללא הצהרה חגיגית בדבר יצירת כלל חדש, ולא פעם אף ללא מודעות לכך שמתרחש תהליך של יצירת כלל חדש, ואף ללא תמונה סופית של הכלל אשר הולך ונוצר. בתהליך כזה אין אפשרות לציין מועד מדויק כיום הולדתו של הכלל. רק בסוף הדרך ניתן, בדיעבד, לסקור ולהבין את תהליך היצירה של הכלל. כך, לדוגמה, נוצרו הכלל בדבר שימוע לפני קבלת החלטה והכלל בדבר ניגוד עניינים המונע החלטה. הכלל נוצר על-דרך פרשנות של חוק מסוים במקרה מסוים, ולאחר-מכן בעוד מקרה ובעוד מקרה – אחד שמבסס את הכלל או מפתח אותו, ואחר שמחריג את הכלל או מסייג אותו – עד שאפשר לסכם שורה ארוכה של מקרים ולומר: הנה צמח לנו כלל חדש, ולצידו יוצאים-מן-הכלל.

את הדרך השנייה שבה נוצרים כללי משפט בפסיקה אפשר לכנות, בהשאלה ממדעי הטבע, "דרך המוטציה". בדרך זו, שהיא חריגה במשפט המקובל, כלל חדש נוצר באופן ברור, ולא פעם אפילו באופן מוצהר, בבת-אחת בפסק-דין מסוים. בפסק-דין כזה בית-המשפט מגיע למסקנה כי המצב הקיים אינו טוב, אם משום שהוא פרוץ ואינו מוסדר על-ידי כלל כלשהו ואם משום שהוא מוסדר על-ידי כלל שאינו ראוי, ולכן מתעורר צורך לקבוע לו הסדר ראוי. לצורך זה בית-המשפט קובע בפסק-הדין בלשון מפורשת כלל חדש – לעיתים כלל שמשנה את הכלל הקיים, ולעיתים כלל שנכנס לחלל משפטי ויוצר יש מאין. פסק-דין זה הוא, הלכה למעשה, יום הולדתו של הכלל החדש. בפועל נוצרו בדרך זו כללים חשובים במשפט הציבורי של ישראל, ביניהם גם כללים חשובים בתחום הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי.¹⁰

אולם דרך שנייה זו, הסוטה מן הדרך המסורתית ומן ההיגיון הפנימי של המשפט המקובל, היא דרך חריגה גם במשפטה של ישראל. דרך-המלך של יצירת משפט על-ידי בית-המשפט בישראל היא דרך האבולוציה. בדרך זו, כאמור, בית-המשפט יוצר משפט

נגנזה בשל התנגדות מצד בית-המשפט העליון. ראו יצחק זמיר "השפיטה בעניינים מינהליים: הצעה לרפורמה" משפטים יז 187 (1987).

10 ראו, לדוגמה, בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 888 (1953) (להלן: עניין "קול העם") (נוסחת "הוודאות הקרובה" לצורך הגנה על חופש הביטוי); עניין אחגיגי, לעיל הש"ש 8 (חובת ההנמקה של החלטות מנהליות); בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20 (1962) (חובת השוויון במכרז); בג"ץ 79/63 טרודלר נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועדה חקלאית למועצה המקומית רמת-השרון, פ"ד יז 2503 (1963) (ביטול החלטה מנהלית בשל טעות של דין שאינה גלויה על-פני החלטה); בג"ץ 337/66 פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון, פ"ד כא(1) 69 (1967) (זכות העיון במסמכי הרשות); בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כח(2) 449 (1974) (פיצויי כסף בבג"ץ). על הדרכים ליצירת משפט על-ידי בית-המשפט ראו גם, באופן כללי, אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית פרקים 7–8 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית).

לשיעורין: פסק-דין ועוד פסק-דין ועוד פסק-דין. זאת הפרקטיקה. הפרקטיקה היא, אם כן, מקור משפט.

אולם לעיתים דווקא תיאוריה המתארת ומסבירה את הפרקטיקה, ובמסגרת זו גם מנסחת כלל הצומח מן הפרקטיקה, היא הנחשבת מקור המשפט. לפיכך, כדי לדעת אל-נכון מהו מקור המשפט בעניין מסוים – למשל, בעניין המידתיות – חשוב להבחין בין הפרקטיקה לבין התיאוריה. מהו, אם כן, היחס בין השניים?

פרק ב: בית-המשפט כמקור משפט – פרקטיקה ותיאוריה

תיאוריה היא הסבר של הפרקטיקה. כך, באופן ברור, במדעי הטבע. היא נותנת הסבר לתופעות טבע שונות אשר בלעדי התיאוריה לא היו מובנות. כך גם במדעי החברה, ובכלל זה גם במשפט.¹¹ למשל, תיאוריה אחת יכולה להסביר כיצד בית-המשפט יוצר כללי משפט, ותיאוריה אחרת יכולה להסביר באילו נסיבות בית-המשפט פוסל חוזה בשל חוסר תום-לב. לעיתים תיאוריות שונות מתמודדות ביניהן בניסיון להסביר, כל אחת בדרכה, תופעה אחת. כך, למשל, קיימות תיאוריות שונות המסבירות בדרכים שונות מדוע וכיצד בית-המשפט פוסל חוקים היוצאים מבית-המחוקקים.¹² במקרה כזה, מהי התיאוריה העדיפה? התשובה היא: התיאוריה הנכונה, כלומר, התיאוריה המסבירה את התופעה באופן אמין ומדויק. לא בכל מקרה אפשר לומר בוודאות איזו מבין התיאוריות הקיימות היא התיאוריה הנכונה, ולא פעם נדרש זמן כדי לברר ולקבוע כי תיאוריה מסוימת היא-היא התיאוריה הנכונה.

פרקטיקה ללא תיאוריה עשויה להיראות בלתי-מובנת, ולעיתים גם להיות בלתי-צפויה ואף להיחשב שרירותית. יש בכך כדי לפגוע במטרות המשפט: בשאיפת המשפט לרציונליזציה, להבדיל ממקורות; בדרישה הבסיסית שבית-המשפט יפעל על-פי כללים,

11 ויקיפדיה מגדירה "תאוריה" כך: "במדע, תאוריה היא מערך שלם ושיטתי של רעיונות המתאר ומסביר תופעה מסוימת או קבוצת תופעות בעלות קשר" (נדלה ב-23.4.2012 מתוך תאוריה/he.wikipedia.org/wiki/). הערך Theory בנוסח האנגלי של ויקיפדיה ארוך ומפורט יותר. בין היתר נאמר שם על היחס בין תיאוריה לבין פרקטיקה כך: "A classical example of the distinction between theoretical and practical uses the discipline of medicine: Medical theory and theorizing involves trying to understand the causes and nature of health and sickness, while the practical side of medicine is trying to make people healthy. These two things are related but can be independent, because it is possible to research health and sickness without curing specific patients, and it is possible to cure a patient without knowing how the cure worked" (נדלה ב-8.5.2012 מתוך en.wikipedia.org/wiki/Theory).

דברים דומים ניתן לומר על היחס בין תיאוריה לבין פרקטיקה בתחום המשפט.
12 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).

ולא על יסוד קפריזה; וברצון שההכרעה בסכסוך לא רק תהיה אובייקטיבית, אלא גם תיראה כזו. הפרקטיקה חוטאת למטרות המשפט כאשר בית־המשפט מכריע בסכסוך פעם אחר פעם, לאורך זמן, על יסוד מושג סתום, כגון "תום־לב" או "סבירות", שבית־המשפט מיישם על־פי מה שהוא רואה כחוש מומחיות, ואפילו כאשר הוא פוסק את הדין על יסוד תקדים, כלומר, משום שכך פסק בית־המשפט במקרה דומה, להבדיל מכלל האומר מראש, בצורה ברורה וגלויה, מהי התנהגות מותרת ומהי התנהגות אסורה. למשל, הצדדים לסכסוך מבקשים – וזכאים – לדעת מראש מהי התנהגות המגיעה כדי חוסר תום־לב, כדי שיוכלו להעריך, מראש ובדיעבד, אם התנהגות מסוימת, כגון התנהגות המיוחסת לאחד הצדדים, נגועה בחוסר תום־לב. אכן, ייתכן שהתשובה חבויה בפרקטיקה. אולם כל זמן שאין מוציאים אותה משם, כמו בתהליך של זיקוק, היא עלולה להיות כספר החתום.

התיאוריה אמורה לעשות סדר בפרקטיקה: למשל, היא יכולה לעשות, על יסוד הפרקטיקה, קטגוריזציה של צורות התנהגות שיש לראות בהן חוסר תום־לב. כתוצאה מכך, ערב רב של מקרים, שלכאורה אין בהם שיטה וסדר, מסתדרים בקבוצות לאורך כללים המסתעפים מעיקרון משותף. עצם ההצגה של פרקטיקה בצורה שיטתית, הגיונית ומובנת, כפי שתיאוריה אמורה לעשות, יכולה לחולל פלאים: היא עשויה לחשוף כלל שהיה נסתר בתוך פרקטיקה מסועפת וממושכת (כפי שקורה לא פעם בשיטת המשפט המקובל), לעשותו מוכר, נפוץ וחשוב, ובכך כאילו להעניק לו חיים חדשים. היא יכולה להפוך כלל שנראה מסובך או מעורפל לכלל ברור ומובן. בלשון של דימוי אפשר לומר כי התיאוריה דומה לפריצת דרכים בג'ונגל, המסייעת לאדם למצוא את דרכו בסבך ולהגיע אל יעדו בקלות ובמהירות יחסית. היא מאפשרת לעשות במשפט שימוש מושכל ויעיל הן לצורך תכנון מראש והן לצורך בקרה בדיעבד. עצם המודעות הרחבה לכלל, הצומחת מן התיאוריה, מקדמת את הציות לכלל, ובכך גם מקדמת את הוודאות, הסדר הציבורי והיציבות החברתית. בסך־הכל, התיאוריה עושה את המשפט לנגיש ולמועיל יותר. אכן, כפי שאמר פעם השופט ברק, אין דבר פרקטי יותר מתיאוריה טובה.¹³

עם זאת, התועלת הטמונה בתיאוריה אינה מבטיחה עדיין יחס אוהד כלפיה, במיוחד מצד קהילת השופטים. מבחינה זו יש שוני בין קהילה לקהילה. מדינות היבשת האירופית, שבנו את שיטת המשפט שלהן על בסיסה של שיטת המשפט הרומי, המתאפיינת בהפשטה ובהכללה, מתייחסות לתיאוריה בהערכה ומייחסות לה חשיבות רבה, אולי אף יותר מאשר לפסיקה. התיאוריה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בעיקר בספרי משפט שנכתבו על־ידי מלומדים שזכו במעמד נכבד בקהילה המשפטית, היא מקור חשוב לפיתוח המשפט. היא יכולה להנחות את בית־המחוקקים בבואו ליצור כללים רחבים, ואת בית־המשפט בבואו ליישם את הכללים במקרה למקרה. דרך־המלך של

13 בג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 856 (1991). ראו גם ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 173 ("פילוסופיה טובה היא עניין פרקטי מאד... אי אפשר לעשות הרבה רק עם פילוסופיה טובה. קשה לעשות דבר בלעדיה").

המשפט במדינות אלה, מן התיאוריה אל הכללים ומהם אל יישום פרטני, היא הדרך של דוקציה.

כנגד זאת, שיטת המשפט של אנגליה, הלא היא שיטת המשפט המקובל, ידועה בגישתה הפרגמטית. היא אינה נוטה להפשטה, אלא מעדיפה המחשה. המושג "מדינה", למשל, בא לידי ביטוי בדמות הכתר, כלומר, המלך. בהתאם לכך, המשפט המקובל של אנגליה לא התפתח על בסיס תיאוריה (אפשר אפילו לומר שהוא גילה עוינות לתיאוריה), וגם לא על בסיס כללים שמקורם בבית-המחוקקים. הוא נוצר בעיקר באמצעות פסקי-דין פרטניים שבהם הכריע בית-המשפט בכל מקרה על-פי השכל הישר, חוש הצדק ונסיבות המקרה. הכלל נוצר כאילו מעצמו, מתוך פרקטיקה מצטברת של מקרים רבים. מתוך המקרים נלמד הכלל המקשר בין המקרים. זאת דרך של אינדוקציה. בדרך זו, כדי להצביע על הכלל, צריך להציג את המקרים (לשון אחר – את התקדימים) אחד לאחד.

עם זאת, גם לפי שיטת המשפט המקובל אפשר שהכלל הצומח מתוך הפרקטיקה ימצא את ביטויו לאחר זמן בתיאוריה. התיאוריה מציגה את הפרקטיקה, מסבירה אותה ומראה כיצד היא משקפת כלל מסוים, אשר עד אז היה חבוי כביכול בין דפיהם של פסקי-הדין. אפשר, אם כן, לומר בהכללה כי בשיטת המשפט של היבשת האירופית התיאוריה מצמיחה פרקטיקה, ואילו בשיטת המשפט המקובל של אנגליה הפרקטיקה מצמיחה תיאוריה.

כיצד התיאוריה נוצרת? השופט הטיפוסי באנגליה אינו נוטה לעסוק בתיאוריה. נוח לו ודי לו להסתמך על תקדימים של בית-המשפט בדרך של היקש או אבחון. פיתוח התיאוריה על בסיס הפרקטיקה נחשב באנגליה תפקיד קלסי של האקדמיה המשפטית. האקדמיה המשפטית ממלאת תפקיד זה בעיקר באמצעות מאמרים בכתבי-עת מקצועיים ובספרי הדרכה לאנשי משפט.

בית-המשפט בארץ-ישראל הלך, בהשפעת השלטון הבריטי, באותו כיוון, ובעקבותיו הלך גם בית-המשפט במדינת-ישראל. אך במשך הזמן חל שינוי מסוים בכיוון. השינוי חל לא באקדמיה המשפטית, שעסקה כל השנים בתיאורטיזציה של הפרקטיקה, אלא בקרב השופטים. הללו החלו לקבל על עצמם יותר ויותר גם את התפקיד של גיבוש תיאוריה על בסיס הפרקטיקה, כחלק מפסקי-הדין, ומתן תוקף לתיאוריה בפסקי-הדין עצמו. היה זה תהליך איטי, סמוי כמעט, שנמשך שנים רבות. היה קשה להבחין בו, וקשה גם להסבירו. ייתכן שהוא הושפע מן העובדה שחלק גדול מן השופטים בישראל עד סוף שנות השבעים קיבלו את הכשרתם המשפטית במדינות היבשת האירופית, שבהן לתיאוריה היה מעמד נכבד, וייתכן גם שהוא הושפע מן הקשר ההדוק ששרר בקהילה המשפטית הקטנה של ישראל בין השופטים לבין אקדמאים, שהיה לא רק קשר מקצועי, אלא גם קשר אישי.¹⁴

14 ראו יצחק זמיר "האליטה המשפטית" אליטות חדשות בישראל 137 (אליעזר בן-רפאל ויצחק שטרנברג עורכים, 2007) (להלן: זמיר "האליטה המשפטית").

מכל מקום, תהליך זה הואץ ונעשה בולט לעין לאחר שנפתחה הדרך, בסוף שנות השבעים, למינוי משפטנים מן האקדמיה, ללא כל ניסיון שיפוטי קודם, לשופטים בבית-המשפט העליון.¹⁵ מינויים של משפטנים מן האקדמיה לבית-המשפט העליון תרם לתיאורטיזציה של השיפוט במובן זה שפסקי-דין שניתנו על-ידי שופטים בעלי רקע אקדמי היו לא פעם מעין שילוב של פסקי-דין במתכונת הקלסית עם מאמר מדעי. שופטים אלה נוטים, כפי שהיו מורגלים באקדמיה, לחפש ולמצוא שיטה והיגיון בפרקטיקה הקיימת בעניין הנידון, לסדר את פסקי-הדין הפרטניים במסגרת תיאוריה כללית, ובמידת האפשר לגזור ממנה כלל. נטייה זו עברה והשפיעה במשך הזמן גם על שופטים אחרים. היא הייתה בולטת באופן מיוחד בפסיקתו של השופט (ולימים הנשיא) אהרן ברק. לפסיקה שלו, במיוחד לזו שבנתה תיאוריה על יסוד הפרקטיקה, הייתה השפעה עצומה על התפתחות המשפט.

לתיאוריה אשר צומחת בבית-המשפט ומקבלת ביטוי בפסקי-דין יש ערך מוסף, מעבר לתועלת הטמונה בתיאוריה שצומחת באקדמיה. תיאוריה שצומחת באקדמיה, גם אם היא תיאוריה נכונה, השפעתה מוגבלת, ומכל מקום איטית. לעיתים היא אינה זוכה בהכרה כלל, ולעיתים היא צריכה שנים עד שתזכה בהכרה. לעומת זאת, תיאוריה שמקבלת גושפנקה של בית-המשפט בפסקי-דין עשויה להשפיע באופן מיידי – ואם היא מקבלת צורה של הלכה, אף לחייב – ובכך לקדם את פיתוחו של המשפט באופן יעיל ומהיר יותר.

התפתחות זו, כלומר התיאורטיזציה של הפסיקה, קשורה להתפתחות דומה שחלה במתכונתה (ואפשר אולי לומר "בצורתה") של הפסיקה. התפתחות מקבילה זו הושפעה כנראה גם היא משילובם של אקדמאים בקרב השופטים. המתכונת הקודמת של הפסיקה הייתה תכליתית מאוד: פסקי-הדין הטיפוסי היה ממוקד בהצגה תמציתית של עובדות המקרה, בהצגת הדין החל על העניין הנידון וביישום הדין על עובדות המקרה. מתכונת זו, שהיא המתכונת הקלסית של פסקי-דין, היא עדיין המתכונת השלטת – וגם הרצויה – ברוב פסקי-הדין. אך למן שנות השמונים בולטים בפסיקה של בית-המשפט העליון גם פסקי-דין במתכונת חדשה: פסקי-דין העוסקים בנושאים חדשים, מורכבים או רגישים. בפסקי-דין כאלה, שהם מעטים באופן יחסי, בית-המשפט אינו מכריע במחלוקת כמו האורקל מדלפי, על יסוד דין סתום המוטל מגבוה כגורת גורל, אלא הולך בדרך אחרת: לפני שהוא מגיע לחרוץ את הדין, הוא מבקש להסביר לקורא – ולא רק לעורך-הדין, אלא גם לבעל-הדין, ובעצם לציבור הרחב – הן את הדין והן את עצמו. לשם כך הוא מוסיף רכיבים לפסקי-הדין, עושה אותו לבעל אופי עקרוני יותר וגם הגיוני יותר וברור יותר, ומקרב אותו למתכונת של מאמר. פסקי-דין במתכונת זו עשוי להציג, בין היתר, את הרקע והתכלית של הדין החל על העניין, את הבעייתיות המתעוררת במקרה הנידון, את

15 הראשון מקרב האקדמיה המשפטית שמונה לשופט בבית-המשפט העליון (בשנת 1978) היה פרופ' מנחם אלון. אחריו מונו פרופ' אהרן ברק (בשנת 1978), פרופ' יצחק זמיר (בשנת 1994) ופרופ' יצחק אנגלרד (בשנת 1997). משפטנים מן האקדמיה מוצגים מאז, באופן קבוע, כמועמדים למינוי לשופטים בבית-המשפט העליון.

האפשרויות השונות הפתוחות לפני בית-המשפט, את התלבטותו של השופט באופן אישי בין האפשרויות, ואת השיקולים שהנחו אותו בדרך להכרעת הדין.¹⁶ מתכונת זו מצמיחה פסקי-דין ארוכים ומורכבים יותר, מצד אחד, אך גם פסקי-דין הכתובים ככל האפשר בשפה שווה לכל נפש, מצד אחר. היא עומדת בניגוד למתכונת של פסקי-דין קדומים, דוגמת אלה שניתנו על-ידי בית-המשפט באנגליה לפני מאה שנה ואפילו חמישים שנה, שהיו כתובים בז'רגון שלא היה מובן אלא ליודעי ח"ן. בית-המשפט באנגליה היה מדבר, בתחום הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי, על צווים פררוגטיביים מסוג מנדמוס (mandamus), צרטיוררי (certiorari) או קו וורנטו (quo warranto), עטורים בביטויים לטיניים מסתוריים, כמו מרשם רפואי שרק מומחה יכול לפענח. מתכונת זו פינתה את מקומה אט-אט למתכונת חדשה, גם באנגליה אך יותר מכך בישראל. הרעיון מאחורי המתכונת החדשה של פסקי-הדין הוא שבית-המשפט, כמו כל שליח ציבור, פועל כנאמן מטעם הציבור, ולכן חייב להציג לפני הציבור דין-וחשבון מלא ומובן על החלטותיו – מובן לא רק לאנשי-מקצוע, אלא גם לציבור הרחב.¹⁷ מתכונת זו של פסקי-דין, אשר משתלבת בתופעת התיאורטיזציה של הפסיקה, בולטת אף היא באופן מיוחד בפסיקתו של השופט ברק.

תיאוריה טהורה המוצגת במאמר מדעי או בפסקי-דין מסתפקת בהסברת הפרקטיקה. היא מתארת את המצב המשפטי הקיים, ומנסה למצוא בו שיטה והיגיון, ובדרך זו לחשוף את המכנה המשותף למקרים רבים, כלומר, את הכלל שהיה נסתר מן העין. היא עשויה להסביר, למשל, שבית-המשפט הפוסק פעם אחר פעם בעניין מסוים בדרך מסוימת מפעיל למעשה כלל מסוים, גם אם אינו אומר זאת במפורש. תיאוריה כזאת מתייחסת בעיקר לעבר. מבחינה זו, אם לערוך השוואה לתיאוריה בתחום המדע, אפשר לומר כי היא דומה לתיאוריה המסבירה תופעה של הטבע, כגון ליקוי-חמה או רעידת-אדמה, אשר עד אז לא הייתה מובנת. אפשר לכנות תיאוריה כזו "תיאוריה תיאורית".

אולם יש שהתיאוריה אינה מסתפקת בהסברת הפרקטיקה, אלא מעוניינת בשינויה. לצורך זה היא עשויה גם לבקר את הפרקטיקה, קרי את המצב המשפטי הקיים, להסביר את הבעיות או החסרונות הגלומים בה, ולהציע שינוי, אם בדרך של יצירת כלל חדש ואם

16 ראו עוד זמיר "האליטה המשפטית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 153–155.

17 המתכונת התיאורטית של פסקי-דין מעוררת גם טענות נגד בית-המשפט. בין היתר, פסקי-דין כאלה נוטים להיות ארוכים באופן יחסי, לעיתים אף ארוכים מאוד. הטענה הנובעת מכך כפולה: ראשית, פסקי-דין ארוכים מכבידים על הקורא, ובמיוחד על עורך-הדין המבקש תשובה קצרה ופשוטה; שנית, כתיבתם של פסקי-דין כאלה גוזלת מבית-המשפט זמן יקר, ולכן מאריכה את משך ההתדיינות בבית-המשפט העליון. התשובה לטענות אלה אף היא כפולה: ראשית, המתכונת התיאורטית של פסקי-דין באה לידי מימוש רק בפסקי-דין מעטים, ולמעשה מעטים מאוד באופן יחסי, ולכן היא אינה מכבידה ואינה מאריכה את ההליכים בבית-המשפט אלא באופן שולי בלבד; שנית, תרומתה של המתכונת התיאורטית של פסקי-דין לפיתוחו של המשפט ואף ליישומו היא רבה מאוד, ושקולה כנגד כל חיסרון של מתכונת זו. ראו מנחם מאוטנר **ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** 39–36, 162 (1993); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 153–157 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: **זמיר הסמכות המינהלית**).

בדרך של שינוי כלל קיים. תיאוריה כזאת, גם אם יש לה בסיס בעבר, צופה פני עתיד. אם לערוך השוואה לתחום המדע, אפשר לומר כי היא דומה להמצאה מדעית, כגון יצירת מכונה מסוג חדש או גילוי תרופה חדשה למחלה. היא אינה תיאוריה טהורה. אני מכנה אותה "תיאוריה יצירתית"¹⁸.

המבחן של תיאוריה תיאורית הוא מבחן האמת: האם היא מתארת באופן נכון את המצב הקיים? על-פירוב התשובה ניתנת – לעיתים רק לאחר זמן – באמצעות ניסויים או סקירה של מקרים פרטניים. כנגד זאת, מבחנה של תיאוריה יצירתית הוא מבחן ההצלחה: האם היא מצליחה לשפר את המצב הקיים? התשובה תינתן לאור הניסיון שיצטבר. לא פעם מדובר בתיאוריה מעורבת, שיש בה גם תיאור וגם יצירה. תיאוריה כזאת נדרשת לעמוד במבחן כפול: מבחן האמת ומבחן ההצלחה.

על רקע זה אפשר לפנות לבירור השאלה מהו מקורם של כללים שונים שצמחו במשפט הישראלי, ובראשם כלל המידתיות. קודם-כל שאלה היא אם המקור נעוץ בבית-המחוקקים או בבית-המשפט. לשאלה זו נודעת חשיבות לא רק עיונית, אלא גם מעשית. בין היתר, מידת הגמישות המוקנית לבית-המשפט ביישומו ובפיתוחו של כלל היא רבה יותר לגבי כלל שנוצר על-ידי בית-המשפט מאשר לגבי כלל שיצא מבית-המחוקקים.

פרק ג: תיאורטיזציה של כלל המידתיות

1. מקורו של כלל המידתיות

בדרך-כלל עילות הביקורת, דוגמת עילת הסבירות ועילת השוויון, נוצרו על-ידי בית-המשפט בתהליך ממושך, ואי-אפשר להצביע על מועד מסוים שבו נוצרה העילה. המידתיות, לעומת זאת, היא מקרה נדיר של עילת ביקורת המעוגנת בחוק: פסקת ההגבלה בחוקי-היסוד משנת 1992 קובעת את האפשרות של ביקורת שיפוטית על הוראת חוק אם היא פוגעת בזכות חוקתית, בין היתר, במידה העולה על הנדרש.¹⁹ נראה, אם כן, כי למידתיות יש תעודת לידה ותאריך לידה. האומנם?

התשובה היא שפסקת ההגבלה בחוקי-היסוד משנת 1992 לא יצרה את עילת המידתיות. כבר זמן רב קודם לכן התקיימה המידתיות כעילה לביקורת החלטות מנהליות, אף שלא הוכרה בשם המפורש "מידתיות"²⁰. פסקת ההגבלה בחוקי-היסוד

18 אפשר גם, כמובן, שתיאוריה יצירתית המציעה לאמץ כלל משפטי חדש, להקים מוסד משפטי או לשנות את המצב המשפטי בדרך אחרת, לא תהיה מבוססת על פרקטיקה מקומית, אלא על פרקטיקה במדינה אחרת או אף על חשיבה מופשטת.

19 ס' 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 8 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

20 על תולדותיה של עילת המידתיות ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, פרק 7. בין היתר נכתב

משנת 1992 אימצה את המידתיות מתחום המשפט המנהלי והחילה אותה, כעילה לביקורת חוקים, גם בתחום המשפט החוקתי.²¹ בית-המשפט ציין זאת במפורש כאשר הסתמך לראשונה על המידתיות כעילת ביקורת על חוק מכוח חוק-יסוד: חופש העיסוק.²²

בשאלת מקורה של עילת המידתיות יש להבחין, אם כן, בין המשפט החוקתי לבין המשפט המנהלי. במשפט החוקתי נוצרה המידתיות, כעילה לביקורת חוקיותם של חוקים, בחוק-היסוד משנת 1992. לפני חוק-היסוד אלה לא היה בית-המשפט מוסמך לבקר ולפסול חוק על יסוד עילה זו. מכאן שהמקור הראשוני והעיקרי של המידתיות במשפט החוקתי הוא חוק-היסוד. עם זאת, חוק-היסוד לא יצקו תוכן בעילה זו: מה פירוש פגיעה בזכות חוקתית במידה העולה על הנדרש? בחוק-היסוד אין תשובה מפורשת. אך התשובה נמצאה לבית-המשפט מן המוכן במשפט המנהלי. בית-המשפט נטל את התוכן שגובש במשפט המנהלי והרכיבו על העילה שנוצרה במשפט החוקתי. אמרו מעתה: הפסיקה שיצרה את עילת המידתיות במשפט המנהלי היא מקור משני של עילת המידתיות במשפט החוקתי. אפשר לומר כי המידתיות במשפט החוקתי היא בת-תערובת.²³

אף שברור כי מקורה של עילת המידתיות במשפט המנהלי הוא הפסיקה, לא ברור מתי וכיצד יצרה הפסיקה את המידתיות. על פני הדברים נראה כאילו המידתיות נוצרה בפסיקה של שנות התשעים, אך בדיקה לעומק של הפסיקה מגלה ממצאים אחרים. לכאורה, הצעד הראשון בביוגרפיה של המידתיות נעשה בפסק-הדין בעניין **תורקמאן** בשנת 1993.²⁴ במשפט זה ביטל בית-המשפט החלטה של המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון להרוס בית מסוים משום שהתגורר בו תושב שהורשע בפעילות עוינת

שם כי "היסודות המרכיבים את המידתיות היו במשך שנים רבות כל אחד בנפרד חלק מהמשפט המינהלי הישראלי" (שם, בעמ' 258).

21 תחולתה של המידתיות לפי חוק-היסוד משנת 1992 מוגבלת. היא יכולה אומנם לשמש את בית-המשפט לא רק לצורך ביקורת חוקתיותו של חוק, אלא גם לצורך ביקורת חוקיותו של החלטות מנהליות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 7200/02 די.בי.אס שירותי לווין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לווין, פ"ד נט(6) 21, 45 (2005). אולם היא מוגבלת על-ידי חוק-היסוד להגנה על זכויות חוקתיות המעוגנות בחוק-היסוד אלה, ואינה מעניקה הגנה לזכויות אחרות שאינן נכללות בחוק-היסוד.

22 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 436 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("בעבר נזקקנו לעקרון המידתיות במשפט המינהלי... עתה ניתן לו מעמד חוקתי").

23 יש בכך הוכחה אחת מני רבות לקשר ההדוק הקיים בישראל בין המשפט החוקתי לבין המשפט המנהלי ולהשפעה ההדדית של ענפי משפט אלה זה על זה. הסיבה העיקרית לכך היא שחלק נכבד של המשפט החוקתי בישראל, ובעצם כל החלק המסדיר את זכויות-היסוד, נוצר תחילה, בהעדר חוקה, במסגרת המשפט המנהלי.

24 בג"ץ 5510/92 **תורקמאן נ' שר הביטחון**, פ"ד מח(1) 217 (1993) (להלן: עניין **תורקמאן**). לפסק-דין זה קדם מאמר חלוצי, שאף אוזכר בפסק-הדין בעניין **תורקמאן**: זאב סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507 (1990) (להלן: סגל "עילת העדר היחסיות"). במאמר זה הציג פרופ' סגל, לראשונה בישראל, את עילת "העדר היחסיות".

שגרמה למותו של אדם. בפסק-דין קצר מאוד קבע בית-המשפט כי בנסיבות המקרה המפקד הצבאי צריך להסתפק באטימת הבית, להבדיל מהריסתו. מדוע? השופט ברק השיב: "נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי 'לא יחסי' – ועל-כן גם לא סביר – בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור... יש לנקוט את האמצעי הדראסטי פחות – שאף הוא חמור ביותר – של אטימה חלקית." 25 פסק-הדין לא היה יומרני ולא נרָאָה חדשני. הוא אינו מציג את המידתיות כעילה חדשה. למעשה, הוא מתבסס על עילה קיימת ומוכרת, היא עילת הסבירות, ומציג פגיעה "לא-יחסית" כמקרה פרטני של "אי-סבירות" 26. עם זאת, נראה כי בפסק-דין זה הוטמן הזרע שלאחר זמן קצר הצמיח באופן מפורש את עילת המידתיות. 27

כבר בשנת 1994, במשפט יורונט, 28 בהסתמכו על משפט תורקמאן (לעיל) ועל ספרות מקצועית, פסל בית-המשפט החלטה מנהלית לאחר שקבע, בלשון מפורשת, כי היא אינה עומדת במבחן המידתיות. וכה אמר:

"גם אם הפגיעה בחופש העיסוק של העותרות הייתה נתמכת על-ידי שיקולים ענייניים ומבוססת על תשתית ראויה של עובדות, עדיין צריך היה לדרוש

25 עניין תורקמאן, שם, בעמ' 220. על פסק-דין זה ראו זאב סגל "סמכות בטחוניות, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית" משפט וממשל א 477 (1993) (להלן: סגל "סמכות בטחוניות, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית").

26 גם פרופ' סגל, במאמרו משנת 1990, אמר על עילת "העדר היחסיות" כי "ניתן לראות בה ענף או קטגוריה של עילת אי הסבירות" (סגל "עילת העדר היחסיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 513). גם במאמרו משנת 1993 עדיין ראה פרופ' סגל את "העדר היחסיות" כ"ענף מיוחד, ומתפתח בינתיים במסגרת עילת האי-סבירות" (סגל "סמכות בטחוניות, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 25, בעמ' 478). עם זאת, הוסיף פרופ' סגל, "כליאה זו של עילת העדר היחסיות במסגרת עילת אי-הסבירות אינה נראית בעיני" (שם, בעמ' 483). ראו גם: Itzhak Zamir, *Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality*, 11 TEL AVIV U. STUD. L. 131, 135 (1992): "Proportionality may, thus, be considered one of several categories of unreasonableness. Indeed, it seems that neither in England nor in Israel has proportionality developed to be considered a distinct ground of review. In Israel, however, it has recently been employed more extensively and explicitly than before, and it may be speculated that it will be further developed, to become a ground of review on its own merits... It is submitted that the time is ripe to give it formal recognition as a ground of review also in Israel"

27 בעניין תורקמאן, לעיל ה"ש 24, וכן במאמריו של פרופ' סגל, לעיל ה"ש 24 ו-25, דובר על עילה בשם "יחסיות" או "העדר יחסיות". שם זה לא נרָאָה לי הולם את מהות העילה. סמוך לאותו זמן הזדמן לי לשאול את השופט חיים כהן, מבית-המשפט העליון, כיצד, לדעתו, ראוי לתרגם מאנגלית את שם העילה proportionality, והוא השיב על-אתר: מידתיות. "מידתיות" נרָאָה לי שם הולם ומוצלח, ומייד השתמשתי בו: יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 130 (1994) (להלן: זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה").

28 בג"ץ 987/94 יורונט קורי זהב (1992) בע"מ ג' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994) (להלן: עניין יורונט).

המשיבה כי הפגיעה תהיה רק במידה הראויה, כלומר, במידה שאינה עולה על הנדרש. דרישה כזאת משקפת את היחס הראוי בין אמצעי לבין המטרה: אל לה לרשות מינהלית לנקוט אמצעי שפגיעתו קשה מעבר לנדרש כדי להשיג את המטרה. זוהי דרישת המידתיות (proportionality)... המידתיות צריכה לשמש אמת מידה לרשות המינהלית גם כאשר היא באה להחליט אם לתת רישיון או אם לקבוע תנאים ברישיון.²⁹

בפסק-דין זה ניתקה עצמה עילת המידתיות באופן רשמי מעילת הסבירות, כמו-גם מכל עילה אחרת, ונעשתה עילה העומדת ברשות עצמה.

אולם פסק-הדין במשפט יורונט אימץ את עילת המידתיות רק באופן כללי, מבלי לפרט את היסודות המרכיבים את העילה. את הצעד הנוסף של פירוט היסודות של עילת המידתיות עשה בית-המשפט, באמצע שנת 1996, במשפט **בן-עטייה**.³⁰ כאן הציג המשנה לנשיא ברק את שלושת מבחני-המשנה (או היסודות) המרכיבים את העילה באופן מפורט אחד לאחד: מבחן-המשנה הראשון – "נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי... האמצעי צריך להוביל באופן ראציונאלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונאלי"; השני – "האמצעי שהמינהל בוחר בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר... זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה"; השלישי – "האמצעי שהמינהל בוחר בו אינו ראוי, אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת התכלית. זהו מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות 'במובן הצר')".³¹

מבחני-המשנה המרכיבים את עילת המידתיות אינם המצאה ישראלית. הם הועתקו כאמור מן המשפט הגרמני: ממנו הם התפשטו ואומצו על-ידי שיטות משפט שונות – למשל, על-ידי בית-המשפט העליון של קנדה, על-ידי בית-המשפט האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג, וכן על-ידי בית-המשפט העליון בישראל.³²

29 שם, בעמ' 435 לפסק-דינו של השופט זמיר. פסק-הדין הסתמך גם על מאמרי, שפורסם זמן קצר קודם לכן, ואשר בו מוצגת עילת המידתיות, כפי שהיא נהגת במשפט הגרמני, על שלושת יסודותיה: יסוד ההתאמה, יסוד הצורך ויסוד המידתיות עצמה. ראו זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", לעיל ה"ש 27, בעמ' 130.

30 עניין **בן-עטייה**, לעיל ה"ש 2.

31 שם, בעמ' 12–13. מעניין שגם פסק-הדין בעניין **בן-עטייה** לא קבע עדיין את עילת המידתיות כעילה עצמאית בהסכמה ובנחרצות. כנגד עמדתו של המשנה לנשיא ברק, אשר ביטל את ההחלטה המנהלית על יסוד עילת המידתיות, הגיע השופט קדמי לאותה תוצאה לאחר שקבע כי ההחלטה "נגועה בחוסר סבירות קיצוני" (שם, בעמ' 8); ואילו השופט השלישי בהרכב, השופט טל, שהצטרף לתוצאה, קבע גם הוא כי ההחלטה "לוקה באי-סבירות", אך הוסיף כי הוא מקבל גם את הנמקתו של המשנה לנשיא ברק "בדבר העברת השיקול המינהלי בכור המבחן של מידת 'המידתיות'" (שם, בעמ' 9).

32 זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", לעיל ה"ש 27, בעמ' 130.

למעשה, שלושת מבחני-המשנה הם שלוש עילות נפרדות ושוונות. הראיה היא שבית-המשפט עשוי לפסול החלטה מנהלית על יסוד כל אחד ממבחני-המשנה מבלי להיזקק למבחן-משנה נוסף. אולם לשלושתם יש מכנה משותף, שכן כולם נובעים מבחינה רעיונית ממושג המידתיות, ובמשפט הגרמני שלושתם מסתופפים תחת קורת-הגג של עילת המידתיות. לכן הם התקבלו גם בישראל, כמו בעסקת-חבילה, כשלוחות של עילה אחת. אולם מבחינה מהותית אין הבדל בין ראייתם באופן זה לבין ראייתם כשלוש עילות נפרדות.

מכל מקום, פסק-הדין במשפט **בן-עטייה**, ובכלל זה שלושת מבחני-המשנה, נעשה פסק-הדין המוביל בנושא המידתיות, ופסקי-דין רבים מאוד הסתמכו עליו מאז ועד היום. לאחר פסק-דין זה התגבשה עילת המידתיות והתפתחה כעילה עצמאית עקב בצד אגודל, מפסק-דין לפסק-דין, על-פי דרכו של המשפט המקובל.³³

בהתאם לכך הרושם הרווח הוא שעילת המידתיות נולדה לאחר היריון קצר במועד ידוע: שניים או שלושה פסקי-דין שניתנו בתוך תקופה קצרה: בשנים 1993 עד 1996. אבל למעשה, עילת המידתיות עברה תקופת דגירה ממושכת מאוד עד שנולדה וקיבלה מעמד ושם באופן רשמי. אומנם, עד שניתן פסק-הדין במשפט **יורונט**³⁴ לא היה שום פסק-דין שדיבר על מידתיות בשמה המפורש או קבע כי המידתיות היא עילת ביקורת עצמאית. אולם היו פסקי-דין שביקרו ואף פסלו החלטות מנהליות בשל חוסר מידתיות על-פי המבחנים של עילת המידתיות המקובלים כיום, אף אם מבלי לקרוא לה בשם המפורש, וזאת לצד עילה נוספת או לעיתים אף כעילה יחידה.³⁵

נכון אומנם שבשנים הראשונות לאחר הקמת המדינה נטה בית-המשפט לא להתערב בשיקול-דעתן של רשויות מנהליות, ובכלל זה גם לא על יסוד טענה של חוסר מידתיות.³⁶ אולם כבר בשנות החמישים, כאשר החל בית-המשפט לבדוק את שיקול-הדעת המנהלי, ובכלל זה לברר אם הרשות המנהלית ערכה איזון ראוי בין השיקולים הנוגעים בעניין, הוא קיבל על עצמו לבדוק גם את מידתיותה של החלטת הרשות.

33 על המידתיות באופן כללי ראו דליה דורנר "מידתיות" ספר **ברנון** כרך ב 281 (אהרן ברק וחיים ברנון עורכים, התש"ס); ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 370; אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי** כרך III – עילות ההתערבות 263 (טובה אולשטיין עורכת, 2008) (להלן: שרגא ושחר **המשפט המינהלי – עילות ההתערבות**); דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** 771 (2010) (להלן: ברק-ארוז **משפט מינהלי**).

34 ראו עניין **יורונט**, לעיל ה"ש 28.

35 בעניין **יורונט**, שם, בעמ' 435, אמר השופט זמיר כי "המידתיות היא כלל מקובל וחשוב במדינות שונות, בענפי משפט שונים, ובכלל זה במשפט המינהלי. היא נוהגת במשפט ישראל מאז ומתמיד, בענפים שונים, לעתים מכוח התחיקה ולעתים מכוח הפסיקה". ראו גם ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 258: "היסודות המרכיבים את המידתיות היו במשך שנים רבות כל אחד בנפרד חלק מהמשפט המינהלי הישראלי."

36 ראו, לדוגמה, בג"ץ 5/48 **לין נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב**, פ"ד א 58, 78 (1948); בג"ץ 31/48 **יכימוביץ נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה, 1939 ו-1945**, פ"ד ב 198, 202–203 (1949); בג"ץ 107/49 **בוכמן את שולין, שותפות רשומה כחוק נ' הממונה על מחוז חיפה**, פ"ד ד 243, 246 (1950).

אפשר לומר כי זרע המידתיות נבט כבר בשנת 1953, במשפט "קול העם".³⁷ במשפט זה פסל בית-המשפט החלטה של שר הפנים להשעות את הופעתו של עיתון מכיוון שהתפרסמו בו דברים שהיו עלולים, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור. החלטת השר נפסלה על בסיס של איזון אינטרסים, כלומר, משום שהשר לא נתן לשיקול של חופש הביטוי משקל כבד יותר מאשר לשיקול של הסדר הציבורי, כפי שנדרש בנסיבות המקרה. היה אפשר לנסח אותו רעיון גם אחרת: החלטתו של שר הפנים הייתה פסולה משום שהנוק שהיא גרמה לחופש הביטוי היה גדול יותר מן התועלת שהיא הביאה לסדר הציבורי. בנוסח כזה ניתן לומר, בלשון המקובלת כיום, כי החלטת השר נפסלה משום שהיא לא עמדה במבחן-המשנה השלישי של עילת המידתיות, הוא מבחן המידתיות במובן הצר, כלומר, משום שפגיעתו של האמצעי שנבחר על-ידי הרשות המנהלית קשה בהרבה מן התועלת שהוא מביא.³⁸ אפשר לומר כי החלטת השר נפסלה גם משום שהיא לא עמדה במבחן-המשנה השני של עילת המידתיות, כלומר, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. כראיה אפשר להביא את דבריו של בית-המשפט:

"אפילו השתכנע השר, שהסכנה שנגרמה על-ידי הפרסום 'קרובה לודאי', רצוי הדבר, כי ישקול היטב אם היא רצינית במידה המצדיקה את השימוש בכוח הדרסטי של הפסקת העתון, שהכיל את הדברים הפסולים, או אם אינה קיימת שהות מספקת המאפשרת לעשות פעולה אפקטיבית לשם ביטול ההשפעה הנפסדת העולה מהם, בדרכים פחות חריפות, כגון על ידי ברור, הכחשה והסבר נגדי."³⁹

אפשר להביא דוגמות נוספות לפסילת החלטות מנהליות בשל חוסר מידתיות, כגון בשל אפשרות שהייתה פתוחה לפני הרשות המנהלית להשתמש באמצעי קיצוני פחות או פוגע פחות. דוגמה אחת לכך היא פסק-הדין שניתן בשנות השישים במשפט כורי.⁴⁰ במשפט זה נידון צו של שר הפנים שקבע כי המועצה המקומית כפר יסף, אשר לא מילאה את תפקידיה כראוי, תורד ממעמד של מועצה מקומית (א) למעמד של מועצה מקומית (ב). בית-המשפט החליט לבטל צו זה, וכך הסביר זאת: "הסמכות לכך [כלומר,

37 ראו עניין "קול העם", לעיל ה"ש 10.

38 על שלושת מבחני-המשנה של עילת המידתיות ראו לעיל בה"ש 31.

39 עניין "קול העם", לעיל ה"ש 10, בעמ' 892 (השופט אגרנט). דוגמה נוספת לשימוש מורכב (ומוסווה) במבחן-המשנה השני ובמבחן-המשנה השלישי של עילת המידתיות, תחת הכותרת של איזון אינטרסים, הוא בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987) (להלן: עניין לאור), שם אמר השופט ברק (בעמ' 438) כך: "יש לנקוט אמצעי של איסור מלא אך כאמצעי אחרון. יש להקדים לו אמצעים חריפים פחות..." זהו בפועל מבחן-המשנה השני של עילת המידתיות. עוד אמר השופט ברק (בעמ' 436): "השאלה היא תמיד, אם גודל הנוק, כשהוא מקוּוּז על ידי הסיכוי שהוא לא יתרחש, מצדיק את הפגיעה בזכות האזרח לשם מניעת הסכנה." זהו בפועל מבחן-המשנה השלישי של עילת המידתיות.

40 בג"ץ 14/65 כורי נ' שר הפנים, המועצה המקומית כפר יסף, פ"ד יט(2) 322 (1965).

הסמכות להוריד את מעמדה של מועצה מקומית] נתונה לו [כלומר, לשר הפנים], כאמור, הן בפקודת הפרשנות והן בסעיף 12 לפקודה [היא פקודת המועצות המקומיות, 1941]. אבל אם יש את רצונו להשתמש בסמכותו זו, המרחיקה לכת, לשם השגת מטרה אשר להשגתה קבע לו המחוקק סמכות אחרת, פחות מרחיקה לכת, התערב יתערב בית-משפט זה ויכפה עליו את השימוש בסמכות הפחותה שלשם כך נוצרה ושעל-ידי שימושו בה ישיג את המטרה הנכספת.⁴¹

מבחן המידתיות של החלטות מנהליות החל להופיע יותר ויותר בפסיקתו של בית-המשפט העליון בעיקר למן שנות השמונים. לדוגמה, במקרה אחד, שבו דן בית-המשפט בהחלטת שר לאסור ייבוא מוצרים מסוימים לישראל, אמר בית-המשפט כי חובה על השר לשקול, בין היתר, את "היחס בין המטרה לבין האמצעי", והוסיף ואמר כך:

"האמצעי שננקט – היינו, הגבלת מקור הרכישה לסוכן ראשי בישראל דווקא – הוא מרחיק לכת וקיצוני באופיו ואינו קשור להשגת הביטחונות הדרושים לצרכן או למניעת הונאה... ניתן להשיג כל אותן מטרות ממש או ניתן להבטיח קיום אותם תנאים או אף קיומם של תנאים מפורטים יותר ומשופרים יותר, וזאת מבלי להטיל איסור החלטי על קבלת רישיון יבוא על ידי מי שאינו סוכן ראשי. הווה אומר, הענקת המונופולין לסוכן הראשי היא בגדר שימוש באמצעי מרחיק לכת, הפוגע בחופש העיסוק של הפרט, מבלי שהאינטרס הציבורי מחייב זאת או מצדיק זאת."⁴²

במקרה אחר אמר בית-המשפט כך:

"במסגרתה של תקנה 119 [לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945] עצמה מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל בהחרמה בלבד, עבור להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה. אך טבעי הוא, כי חומרתו של האמצעי, הננקט על-ידי המפקד הצבאי, תהא קשורה בחומרתו של המעשה, שבוצע על-ידי הדייר, וכי רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה."⁴³

41 שם, בעמ' 334 לפסק-דינו של השופט חיים כהן. זהו, בפועל, מבחן-המשנה השני של עילת המידתיות, כלומר, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. השופט כהן הוסיף כי הצו הוצא על-ידי השר "ללא סיכוי סביר של השגת המטרה הסבירה שהמועצה תמלא תפקידיה כדין" (שם, בעמ' 335). זהו, בפועל, מבחן-המשנה הראשון של עילת המידתיות, כלומר, מבחן האמצעי המתאים. על מבחנים אלה ראו לעיל ליד ה"ש 31.

42 בג"ץ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456, 468, 470 (1990) (פסק-דינו של הנשיא שמגר) (ההדגשה במקור).

43 בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אוזר יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982) (פסק-דינו של

במקרה נוסף אמר בית-המשפט כי "מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על-ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת"⁴⁴.

המסקנה המתבקשת היא, ראשית, שעילת המידתיות נוצרה על-ידי בית-המשפט, ולא על-ידי בית-המחוקקים, ושנית, שעילה זו משמשת את בית-המשפט לצורך ביקורת שיפוטית על המנהל הציבורי כבר תקופה ארוכה, אם לא מאז ומתמיד. אומנם, בשעתו לא נקב בית-המשפט את שמה המפורש, אך בפועל היא שימשה אותו, במובן זה שהוא היה מוכן לפסול החלטה מנהלית אם מצא שהיא בלתי-מידתית – למשל, אם מצא כי אין קשר הגיוני בין ההחלטה לבין המטרה שהיא אמורה לשרת או כי היא פוגעת בזכות אדם מעבר למידה הנדרשת להשגת המטרה. מכיוון שכך, שלושת פסקי-הדין המכוננים בנושא המידתיות, כלומר פסקי-הדין בפרשות **תורקמאן**, **יורונט** ו**בן-עטייה**,⁴⁵ אשר במבט ראשון נראה כי הם שיצרו את עילת המידתיות יש מאין, הלכו בדרך שכבר הייתה בשימוש שנים רבות קודם לכן. בלשון מקובלת אפשר לומר כי הם לא המציאו את הגלגל; הם רק חשפו אותו. בכך, אם להמשיך באותה מטפורה, הם עשו את הגלגל לשימושי, נפוץ ויעיל. על כך ארחיב את הדיבור להלן.

2. התיאוריה בדבר כלל המידתיות

פסקי-הדין בפרשות **תורקמאן**, **יורונט** ו**בן-עטייה** (לעיל) הם, מצד אחד, דוגמה מובהקת לתהליך שגרתי של פיתוח המשפט על-ידי בית-המשפט. בתהליך זה פסקי-הדין – כמעט כל פסקי-דין – מוסיף משהו למשפט הקיים, אם מעט ואם הרבה. זאת הפרקטיקה של

השופט ברק). ראו גם בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מו(1) 860, 858 (1992).

44 בג"ץ 2994/90 פורו נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317, 322–321 (1990) (פסק-דין של השופט לוי). ראו מקרים נוספים שבהם אימץ בית-המשפט את רעיון המידתיות מבלי לנקוב את השם "מידתיות" כעילת ביקורת בפני עצמה: ע"פ 277/81 הלוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 369, 381–382 (1984); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 412 (1984); ע"א 404/80 בני עטרות מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 30, 47 (1984); בג"ץ 281/82 שילה-אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לז(1) 95, 100–99 (1982); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 279, 316 (1985); בג"ץ 233/86 בן יצחק נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 505, 511 (1986); עניין לאור, לעיל ה"ש 39, בעמ' 438; בג"ץ 5304/92 פרי"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותה נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, 759 (1993); בג"ץ 779/92 סלאמה נ' ראש עיריית נצרת, פ"ד מז(5) 183, 186 (1993).

45 ראו לעיל ה"ש 24, 28 ו-2, בהתאמה.

המשפט.⁴⁶ מצד אחר, פסקי-דין אלה הם גם דוגמה מובהקת לתהליך נוסף, קרוב אך שונה, של הרכבת תיאוריה על-גבי הפרקטיקה.⁴⁷ המעבר של כלל מן הפרקטיקה אל התיאוריה הוא משמעותי וחשוב: גם אם אין הוא משנה את מהותו של הכלל, הוא משנה את פני הכלל. הוא עשוי להפוך כלל בלתי-מוכר, או כמעט בלתי-מוכר, לכלל מוכר, ולעיתים גם מפורסם ומבוקש. המועד שבו כלל עובר מן המישור של פרקטיקה אל המישור של תיאוריה יכול להיחשב, בלשון של דימוי, מועד ההתבגרות של הכלל, כאילו עבר טקס חניכה שהקנה לו מעמד עצמאי במערכת המשפט.

כלל המידתיות, אשר לא נוצר בפסקי-הדין בפרשות **תורקמאן**, **ירונט** ו**בן-עטייה**, עשה בפסקי-דין אלה את המעבר מן הפרקטיקה אל התיאוריה. קודם לכן פסל בית-המשפט החלטות מנהליות מסוימות בהזדמנויות שונות, ובכל פעם נראָה כי הוא פוסק על-פי נסיבותיו המיוחדות של המקרה או על-פי עילת הסבירות, עד שבא בית-המשפט והסביר כי למקרים אלה יש מכנה משותף המבדיל אותם ממקרים אחרים, וכי בפועל זהו כלל משפטי בפני עצמו שעניינו מידתיות. תיאוריה זו שינתה את מעמדו של הכלל: אומנם גם קודם לכן הוא היה קיים, אך הוא נחבא אל הכלים ולכן גם לא היה ידוע כמעט.

במאמר שפרסמתי בשנת 1994, לפני שניתנו פסקי-הדין בפרשות **ירונט** ו**בן-עטייה**, אמרתי כך:

"מי שקרא את פסקי-הדין של בית-המשפט הגבוה לצדק גם בין השורות, יכול היה להיווכח כי, בפועל, אימץ בית-המשפט מאז ומתמיד את עיקרון המידתיות. אולם בכל פסקי-הדין הסתתרה המידתיות מאחורי עילה אחרת, כגון חוסר סבירות או איזון אינטרסים, ומכל מקום – נותרה בת בלי שם. לכאורה, מה רע בכך, אם בסופו של דבר מוביל הפגם, בשם זה או בשם אחר, לביטול ההחלטה? התשובה היא, ראשית, כי עילת המידתיות, כפי שהיא מוכרת ומופעלת במדינות אחרות, חשובה מכדי שתיבלע בעילות אחרות. היא ראויה להכרה כעילה עצמאית. שנית, המידתיות שונה באופן מהותי מעילות אחרות."⁴⁸

אכן, כיום ברור כי פסקי-הדין בפרשות **ירונט** ו**בן-עטייה** – ובמיוחד פסקי-הדין בעניין **בן-עטייה**, שהציג גם את שלושת מבחני-המשנה של עילת המידתיות – שינו את מעמדו של כלל המידתיות, ובכך שינו גם את פני המפה של הביקורת השיפוטית. פסקי-הדין בעניין **בן-עטייה** עיצבו את כלל המידתיות משתי בחינות. ראשית, הוא הקנה לו

46 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 230.

47 על התיאורטיזציה של הפסיקה ראו לעיל פרק ב.

48 זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", לעיל ה"ש 27, בעמ' 132. השוני בא לידי ביטוי בשלושת מבחני-המשנה של עילת המידתיות, שיש בהם, בהשוואה לעילות אחרות, גם תפיסה מיוחדת של הסמכות המנהלית וגם גישה אנליטית לביקורת על הפעלת הסמכות.

מעמד עצמאי, כעילה שיכולה להתפתח לפי דרכה ובהתאם לתכליתה, ולא תחת צילה ומגבלותיה של עילה אחרת, כגון סבירות, שיש לה תכלית שונה. שנית, בהציגו את מבחני-המשנה של עילת המידתיות, עשה בית-המשפט את העילה למוכנת וברורה הרבה יותר, ולכן גם לצפויה ונגישה הרבה יותר. כיצד? עד פסקי-הדין בפרשות יורונט ובן-עטייה, האפשרות לבטל החלטה מנהלית משום שהיא פוגעת באדם מעבר למידה הנדרשת, או משום שהנזק שהיא גורמת עולה במידה רבה על התועלת שהיא מביאה, לא הייתה ידועה אלא למתי מעט. עצם חשיפתה של אפשרות זו בצורה ברורה ומוכנת עושה אותה לנגישה ומושכת.

זה בדיוק מה שהתיאוריה של המידתיות עשתה לפרקטיקה של המידתיות. עובדה היא שעילת המידתיות, אשר קודם לכן היה צריך לחפשה בנרות בתוך ערמת הפסיקה, נעשתה כמעט בבת-אחת, למן פסקי-דין אלה, לבולטת, לאופנתית, ואולי אף לחשובה מכל עילות הביקורת השיפוטית.

זהו מעשה ידיה של תיאוריה תיאורית – תוצאה של עצם החשיפה של פרקטיקה קיימת. והרי לפנינו הוכחה לכך שתיאוריה כוחה עימה להפוך כלל רדום ומוזנח לכלל חי ותוסס, ופרקטיקה שולית – לפרקטיקה מרכזית.⁴⁹

אולם בפועל התיאוריה כפי שהוצגה בפסקי-הדין בעניין בן-עטייה התקבלה על-ידי הקהילה המשפטית כאילו היא תיאוריה יצירתית, כלומר, כאילו בית-המשפט יצר בפסקי-הדין בעניין בן-עטייה עילה חדשה ללא שורשים ישנים. תופעה זו חוזרת על עצמה מפעם לפעם. כדי להמחיש זאת, אציג את התופעה גם בהקשר של כללים אחרים, ותחילה בהקשר של כלל השפיטות.

פרק ד: תיאורטיזציה של כלל השפיטות

1. מקורו של כלל השפיטות

כלל השפיטות קיים בשמות שונים במדינות רבות מאז ומתמיד, כנראה.⁵⁰ הוא קובע כי יש עניינים מסוימים שאינם מתאימים להכרעה על-ידי בית-המשפט או לשון אחר – שהם בלתי-שפיטים (unjusticiable). אלה הם בעיקר עניינים הנוגעים ברשויות המרכזיות של המדינה, כגון הכנסת והממשלה, ביחסים בתוך כל רשות וביחסים בין הרשויות, וכן

49 לכאורה, התיאוריה בדבר המידתיות היא תיאוריה מעורבת, המשלבת תיאוריה תיאורית עם תיאוריה יצירתית. כיצד? לכאורה היא יוצרת – תחת קורת-הגג של המידתיות, שהייתה קיימת כבר קודם לכן – את שלושת מבחני-המשנה של המידתיות. אולם גם מבחני-המשנה אינם המצאה חדשה, שכן שורשיהם נטועים כבר בפסיקה ישנה. ראו, לדוגמה, ה"ש 35 ר-40–44 לעיל.

50 בארצות-הברית הוא נקרא בדרך-כלל political questions; באנגליה – prerogative power; בצרפת – actes de gouvernement. על כלל השפיטות בישראל ראו זמיר **הסמכות המינהלית**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 122.

עניינים הנוגעים במדיניות ברמה גבוהה המתאפיינת ברגישות רבה, כגון יחסיה הבינ-לאומיים של המדינה. כאשר עניין כזה מגיע אל בית-המשפט, בית-המשפט עשוי לדחות אותו על הסף, אף מבלי לדון בו לגוף העניין, מחמת אי-שפיטות. כלל זה חל גם בישראל, והוא מקובל למן הקמת המדינה. ביטוי בולט ומפורסם לכלל זה ניתן במשפט ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל.⁵¹ במקרה זה התבקש בית-המשפט להכריע בטענה כי נשיא המדינה, שנדרש להטיל על אחד מחברי-הכנסת את התפקיד של הרכבת ממשלה חדשה, הפר את החובה שהוטלה עליו בעניין זה על-ידי סעיף 9 לחוק המעבר, התש"ט-1949. אך בית-המשפט קבע כי עניין זה הוא בלתי-שפיט. כפי שאמר בית-המשפט: "יש כאן יחסים שלפי טיבם הם מחוץ לתחום השיפוט: הם שייכים ליחסים בין נשיא המדינה, הממשלה והכנסת, היינו לרשויות האקסקוטיבית והפרלמנטרית... יש למצוא את התרופה באמצעים פרלמנטריים, היינו בתגובת הכנסת כלפי ממשלה..."⁵² אולם מהו המבחן הקובע בשאלה אם עניין מסוים הוא "בלתי-שפיט"? בית-המשפט אמר: התשובה נקבעת "לפי חוש המומחיות של המשפטן".⁵³ מה פירוש? אם לומר את האמת, בית-המשפט הודה כי בעניין זה קצרה ידו ואין לו תשובה: למעשה, אין מבחן.⁵⁴ כלומר, בפועל בית-המשפט קבע שכל שופט יחליט בכל עניין כפי שיראה לנכון אם לדון בו או לדחותו על הסף משום שלתחושתו הוא אינו מתאים להכרעה שיפוטית.

יוצא שבית-המשפט מפקיר סמכות חשובה כל-כך, המאפשרת לשלול את זכות-היסוד של התדיינות בבית-משפט, ללא כלל משפטי. השופט מפעיל סמכות זו כמו שופט בימים קדומים, שהיה יושב בשער העיר וחורץ גורלות לפי חוש הצדק שלו. אם זה משפט, הרי זה משפט פרימיטיבי. בלשון המשפט המנהלי אפשר לומר שבנושא השפיטות הקנה בית-המשפט לשופט שיקול-דעת מוחלט שאינו מוגבל ואינו מוסדר בכללים. אפשר גם לתמוה על כך שבית-המשפט, אשר קבע כי לשום רשות ציבורית אין שיקול-דעת מוחלט, אפילו כאשר החוק מתיימר להקנות לה שיקול-דעת כזה, החליט כי לו עצמו יש שיקול-דעת כזה.

במשך שנים רבות השלים בית-המשפט עם כלל השפיטות בנוסח-לא-נוסח זה, ומכל מקום לא טרח לברר ולהבהיר אותו ככל האפשר, כלומר, להבהיר מדוע בית-המשפט מושך את ידו מעניינים מסוימים, ומה מייחד עניינים אלה דווקא.⁵⁵

51 בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801 (1951) (להלן: עניין ז'בוטינסקי).

52 שם, בעמ' 814 (פסק-דינו של הנשיא זמורה).

53 שם.

54 בית-המשפט מסתמך על מובאה מפסק-דין של בית-המשפט העליון בארצות-הברית, ומציין כי "יש הודאה כנה מצד השופט המלומד בחוסר האפשרות השכלית של הגדרה מדוייקת ומוחלטת". שם, בעמ' 813.

55 ראו, לדוגמה, את דבריו של ממלא-מקום הנשיא זילברג בבג"ץ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309, 328 (1966): "תמה אני אם ימצא אי-פעם חכם בעולם שיוכל להגדיר בדיוק את משמעותו של ביטוי זה [כלומר, השפיטות]... עצם הפניה אל 'חוש המומחיות של המשפטן'... עוטפת את המושג בהילה של ערפל ומסתורין, ומראה כי 'בתורת הנגלה' אין למצוא

2. התיאוריה בדבר כלל השפיטות

המצב השתנה בשנת 1986 במשפט **רסלר נ' שר הביטחון**.⁵⁶ כאן הוגשה לבית-המשפט עתירה לפסול החלטה שקיבל שר הביטחון מכוח סמכות שהוקנתה לו בסעיף 28 של חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשי"ט-1959, הפוטרת אברכי ישיבות מן השירות בצבא. שר הביטחון התנגד לעתירה, בין היתר, בטענה שהעניין בלתי-שפיט. בית-המשפט, בפסק-דינו של השופט ברק, התמודד עם טענת השפיטות ושאל: מה מסתתר מאחורי חוש המומחיות של המשפטן? מה מניע את בית-המשפט למשוך את ידו מעניינים מסוימים וכאילו להתפרק מתפקידו? ומה הם עניינים אלה?

בתשובה הציע בית-המשפט תיאוריה. התיאוריה הבחינה בין שני מובנים של טענת שפיטות: שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית. טענת השפיטות הנורמטיבית אומרת כי עניין מסוים אינו ניתן להכרעה משפטית, כלומר, המשפט אינו נותן תשובה לשאלה הטמונה באותו עניין. בית-המשפט דוחה טענה זו. הוא אומר כי למשפט יש עמדה – ולכן הוא גם מציע תשובה – לגבי כל צורה של התנהגות אנושית, במובן זה שהוא קובע אם ההתנהגות חוקית או בלתי-חוקית. מבחינה זו, המשפט בכלל והכלל במשפט.⁵⁷ בהתאם לכך יש למשפט תשובה גם לשאלה אם במקרה הנידון החלטתו של שר הביטחון חוקית או בלתי-חוקית: התשובה נובעת מן הפירוש של סעיף 28 לחוק שירות ביטחון. לכן אפשר לומר כי בשום מקרה אין יסוד לטענה של אי-שפיטות נורמטיבית.

המצב שונה לגבי טענה של אי-שפיטות מוסדית. לטענה זו יש יסוד בנסיבות מסוימות. היא בנויה על ההנחה כי יש עניינים אשר אף-על-פי שבית-המשפט מוסמך לדון בהם, ויש ביכולתו לפסוק אם ההתנהגות בעניין הנידון חוקית או בלתי-חוקית, עדיף שהם יוכרעו על-ידי רשות אחרת, דוגמת הכנסת, ולא בהכרח על יסוד שיקולים משפטיים. כאלה הם, לדוגמה, עניינים פנימיים של הכנסת ויחסי חוץ של המדינה. אומנם, גם לגבי עניינים כאלה ניתן לומר – ואכן יש מדינות האומרות – כי מבחינה עקרונית תפקידו של בית-המשפט הוא לדון ולפסוק בכל מקרה שבו נטען כי רשות של המדינה פועלת באופן בלתי-חוקי, ואין להוציא מכלל זה מוסדות חשובים או עניינים רגישים.⁵⁸ אולם מבחינה מעשית יש שיקולים המניעים את בית-המשפט להימנע מדיון ומהכרעה בעניינים מסוימים שאפשר להגדירם באופן פשטני כעניינים בעלי אופי פוליטי מובהק. בעניינים כאלה עצם ההכרעה של בית-המשפט – היא תוכנה אשר יהא – עלולה לפגוע בתדמיתו של בית-המשפט כגוף ניטרלי, שאינו מעורב בעניינים פוליטיים,

ניתוח מדויק, משפטי, להשגת תוכנו. "כן ראו את דבריו של השופט שמגר בבג"ץ 561/75 **אשכנזי נ' שר הביטחון**, פ"ד ל(3) 309, 319 (1976): "דעתי היא, כי נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו – אינם שפיטים."

56 בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988) (להלן: **עניין רסלר**).

57 ראו את דבריו של השופט ברק (שם, בעמ' 477): "כל פעולה הינה מותרת או אסורה בעולם המשפט. אין פעולה שהמשפט לא חל עליה."

58 ראו ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 282.

וכתוצאה מכך לפגוע גם באמון הציבורי בבית-המשפט.⁵⁹ אפשר לציין שיקולים נוספים נגד מעורבותו של בית-המשפט בעניינים כאלה: יחס הכבוד ההדדי בין שלוש הרשויות המרכזיות; הרצון להימנע מיריבות בין הרשויות, שעלולה לפגוע גם בבית-המשפט; ועוד. דוגמה מובהקת לעניינים כאלה, שאינם רבים ואף אין להרבות בהם, הם עניינים של התנהלות פנימית בכנסת. אולם, כפי שאמר בית-המשפט, "רשימתם של מקרים כאלה אינה סגורה".⁶⁰

התיאוריה בדבר השפיטות, כפי שבאה לידי ביטוי במשפט רסלר, מקובלת כיום על בית-המשפט כמייצגת נכונה את כלל השפיטות.⁶¹ תיאוריה זו היא תיאוריה תיאורית, ולא תיאורית יצירתית. היא הסבירה מה שבית-המשפט נוהג לעשות מאז ומתמיד: היא לא יצרה את כלל השפיטות ולא שינתה אותן.⁶² לדוגמה, בעניין

59 עניין רסלר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 495–496.

60 שם, בעמ' 496. ראו גם את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 579 (2006) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד העניינים בישראל): "היקפה של דוקטרינת חוסר השפיטות המוסדית בישראל אינו ניכר. על גבולותיה אין הסכמה. כשלעצמי, סבור אני כי יש להכיר בה אך בגבולות מצומצמים מאוד..." לניתוח מעניין של ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית לבין שפיטות מוסדית, כפי שהוצגה בפסק-הדין בעניין רסלר, ראו אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכל שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" משפט וממשל ו 591, 596 (2003).

61 ראו, לדוגמה, בג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר-הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199, 203–204 (2000); בג"ץ 6029/99 פולארד נ' ראש-הממשלה ושר הביטחון, פ"ד נד(1) 241, 248 (2000); בג"ץ 9056/00 קליינר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נה(4) 703 (2001) (להלן: עניין קליינר); עניין הוועד הציבורי נגד העניינים בישראל, לעיל ה"ש 60, פס' 48 לפסק-דינו של הנשיא ברק. על כלל השפיטות באופן כללי ראו גם ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 275; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 182 (מהדורה שישית, 2005); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך II – עליות הסף 79 (טובה אולשטיין עורכת, 2008). כלל אחר, אשר שונה מבחינה עקרונית מכלל השפיטות אך דומה לו מבחינה מעשית, הוא הכלל האומר כי בית-המשפט לא ימנע את עצמו מלדון בעניינים שיש להם אופי פוליטי מובהק, אך בפועל יימנע בדרך-כלל מלהתערב בהם לגוף העניין, משום שבעניינים כאלה מוקנה לרשות המוסמכת שיקול-דעת רחב מאוד. על הקשר בין שני כללים אלה ראו את דבריו של השופט ויתקון בבג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, 166 (1970) (להלן: עניין חוגים לאומיים). שני כללים אלה יכולים לשמש את בית-המשפט בערבוביה, אפילו באותו פסק-דין. ראו, לדוגמה, בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455, 471–472, 480 (2001).

62 אפשר למצוא את שורשיה של תיאוריה זו בפסיקה קודמת. הנה, לדוגמה, דברים שאמר השופט ויתקון בעניין חוגים לאומיים, שם, בעמ' 165: "יש מקום לבדוק אם הסכסוך נופל לגדר הדברים אשר אי-אפשר להכריע בהם בלי הכרעה מדינית תחילתית הנתונה בעליל לשיקול דעת בלתי-שיפוטי, או שאי-אפשר שיחליט בו בית-משפט באופן עצמאי בלי להביע חוסר התחשבות עם ענפי מימשל שווי-דרגה, או שלגביהם יש צורך בלתי-רגיל לכבד, ללא הרהור, החלטה מדינית שכבר נעשתה, או שבהם עלולה להיווצר מבוכה מהכרזות שונות מטעם מחלקות שונות על אותה שאלה. הקטגוריות הללו מתייחסות, בין היתר, לעניינים שבתחום מדיניות החוץ או הביטחון."

ז'בוטינסקי⁶³ נדחתה העתירה, למעשה, לא משום שהיא הייתה בלתי-שפיטה מבחינה נורמטיבית, שהרי התשובה לעתירה הייתה טמונה בסעיף 9 לחוק המעבר, אלא משום שהיא הייתה בלתי-שפיטה מבחינה מוסדית. כך היה גם בפסקי-דין אחרים שבהם החיל בית-המשפט את כלל השפיטות כדי לדחות עתירה.⁶⁴

חשוב להבין זאת, בין היתר, כדי ליישם את כלל השפיטות במקרים אחרים באופן ראוי ויעיל. אכן, התיאוריה שהציג בית-המשפט בפסק-דין **רסלר** הבהירה מעט את הערפל הסמיך סביב כלל השפיטות, ובכך תרמה גם לוודאות המשפטית, שכן היא הוציאה את המבחן הנורמטיבי מתחום הדיון ומיקדה את הדיון במבחן המוסדי בלבד. זאת תרומה חשובה לפיתוח המשפט – קודם-כל במישור העיוני, ולצד זה גם במישור המעשי. וכי היה עדיף שבית-המשפט ימשיך לחרוץ את הדין, כמו בשנים קודמות, על יסוד האמירה-שאינה-אומרת-כלום שכן לוחש לו חוש המומחיות? עם זאת, יש לחזור ולהדגיש כי בית-המשפט לא ביקש ליצור – ובפועל גם לא יצר – כלל חדש. אפשר לומר, כמטפורה, כי התיאוריה רק הציבה מראה מול הפרקטיקה.⁶⁵ היא עומדת, אם כן, במבחן של תיאוריה תיאורית, הוא מבחן האמת.⁶⁶

אולם בעיני רבים התמונה של פסק-הדין בעניין **רסלר**, כפי שהצטיירה במראה, הייתה שונה לגמרי: לא תמונה של תיאוריה תיאורית, המשקפת את הפרקטיקה הקיימת, אלא תמונה של תיאוריה יצירתית, המשנה באופן מהותי את כלל השפיטות. עד-מהרה הועלתה ונפוצה טענה כי פסק-הדין – וליתר דיוק השופט ברק – ביטל את כלל השפיטות ששימש את בית-המשפט במשך שנים רבות כדי למנוע התדיינות בשאלות בעלות אופי פוליטי מובהק, ובמקומו קבע כלל חדש: הכל שפיט. לפי הטענה, הכלל החדש קובע כי אין נושא, פוליטי ככל שיהיה, שבית-המשפט יסרב לדון בו. יתרה מזו,

63 עניין ז'בוטינסקי, לעיל ה"ש 51.

64 ראו, לדוגמה, בג"ץ 186/65 רינר נ' ראש הממשלה, שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(2) 485 (1965). במקרה זה דחה בית-המשפט עתירה שבה התבקש למנוע משגריר גרמניה בישראל את הכניסה לארץ בגלל שירותו בצבא הגרמני במלחמת-העולם השנייה. זאת, כדברי השופט זוסמן, משום ש"הענין לא היה ענין משפטי אלא ענין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה מידה משפטי" (שם, בעמ' 487). עם זאת, ברור כי בית-המשפט היה יכול לקבוע שמן הבחינה הנורמטיבית ההחלטה לקבל את השגריר התקבלה במסגרת סמכותה של הממשלה, וכי לא נפל בה כל פגם משפטי. משמע, בפועל העתירה נדחתה בשל אי-שפיטות מן הבחינה המוסדית. ראו גם עניין **קליינר**, לעיל ה"ש 61, שבו קבע בית-המשפט במפורש כי השאלה שלפניו שפיטה מבחינה נורמטיבית אך אינה שפיטה מבחינה מוסדית.

65 הלכה למעשה, בעניינים בעלי אופי פוליטי מובהק ובעניינים אחרים של מדיניות לאומית, המסורים להחלטת הממשלה או להחלטת הכנסת, בית-המשפט אינו נוטה להתערב לאחר פסק-הדין בעניין **רסלר** יותר מאשר לפני פסק-דין זה. הוא נוטה לדחות עתירות בעניינים כאלה אם מחמת אי-שפיטות מוסדית, אם בטענה שהוא אינו רואה עצמו מתאים להכריע בשאלות כאלה (שזה למעשה כלל השפיטות בעטיפה שונה), ואם משום שלרשות המוסמכת ניתן שיקול-דעת רחב מאוד, עד כדי כך שאי-אפשר כמעט למצוא בו פגם של שיקולים זרים או פגם אחר. כך או כך, מבחינת התוצאה, להערכתו, פסק-דין **רסלר** לא שינה את המצב.

66 על מבחן האמת של תיאוריה תיאורית ראו לעיל אחרי ה"ש 18.

הטענה כי השופט ברק קבע שהכל שפיט שימשה הוכחה חותכת כביכול לביקורת מרחיקת-לכת יותר: שבית-המשפט נוקט מדיניות חדשה של "אקטיביזם" (ויש שאמרו "אימפריאליזם") שיפוטי. משמע, בית-המשפט זנח את המדיניות המאופקת והנכונה של הימנעות ממעורבות בשאלות בעלות אופי פוליטי מובהק, שאפיינה את בית-המשפט עד שנות השמונים, ואימץ לעצמו מדיניות חדשה אשר מערכת את בית-המשפט בעניינים לא לו ומשבשת את היחסים הראויים בין בית-המשפט לבין המערכת הפוליטית.

ביקורת זו, שפסק-הדין בעניין **רסלר** שימש אותה שוב ושוב כבסיס וכהוכחה, הועלתה ללא הרף מכל עבר: לא רק מקרב אישים במערכת הפוליטית, אלא גם מקרב הקהילה המשפטית, ולא רק מקרב עורכי-הדין, אלא גם מקרב האקדמאים. היא הכתה שורש בציבור הרחב, אשר שאל בכנות: האם זה הגיוני או מעשי לומר שהכל שפיט?⁶⁷

יש מקום לתמוה על התפתחות זו. **ראשית**, השופט ברק לא אמר שהכל שפיט במובן זה שכל עניין מתאים וראוי להכרעה על-ידי בית-המשפט. הוא לא אמר זאת בפסק-הדין בעניין **רסלר** ולא בכל מקום אחר, ואף אינו חושב כך. אכן, הוא אמר בפסק-דין זה כי מבחינה נורמטיבית יש למשפט עמדה לגבי כל צורת התנהגות, במובן זה שהוא יכול לקבוע אם היא חוקית או אינה חוקית, ובכך הוא צדק, כמובן.⁶⁸ אבל עם זאת הוא גם אמר באותו פסק-דין כי יש עניינים מסוימים אשר אף-על-פי שבית-המשפט מסוגל לומר גם בהם אם ההתנהגות חוקית או לא, הם בלתי-שפיטים מבחינה מוסדית, ולכן בית-

67 לביקורת ההלכה בעניין השפיטות בעקבות פסק-הדין בעניין **רסלר** ראו, לדוגמה, יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 5, 13–15 (התש"ס) (להלן: דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ"); רות גביוון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 69, 86–88, 102–106. נוסף על כך הושמעה ביקורת רחבה ונוקבת על "אקטיביזם שיפוטי" של בית-המשפט, המתבטא בתפיסה שהכל שפיט, בתקשורת הכתובה והמשודרת וב"שיחות סלון". מניסיון אישי אני יכול להעיד כי הדעה שבית-המשפט (ובעצם השופט ברק) קבע כי הכל שפיט, במובן זה שאין עניין תחת השמש שאינו מתאים ואינו ראוי להכרעה על-ידי בית-המשפט, הייתה רווחת ומוששת בציבור הרחב, ובכלל זה בקרב ציבור המשפטנים, עד כדי כך שלא היה אפשר להפריכה כמעט.

68 אף שברור כי השופט ברק צדק בכך שהמשפט יכול לומר על כל צורה של התנהגות אנושית אם היא חוקית או בלתי-חוקית, עמדתו זו חשופה לביקורת האומרת כי תחום רחב של התנהגות אנושית (למשל, יחסי אישות בין בני-זוג) מצוי מחוץ לתחום המשפט, ולכן בתחום זה אין מקום לשאול מהי עמדת המשפט: המשפט אינו מבקש להסדיר התנהגות אנושית בתחום זה, ואף אין זה ראוי שהוא יסדיר אותו, שכן זהו תחום האוטונומיה של האדם. ראו, לדוגמה, אשר מעוז "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית משפט" **פלילים** ח 389, 397 (1999). אולם לדעתי, גם אם נקבל ביקורת זו, אין בה כדי להשפיע על שאלת השפיטות של התנהגות שלטונית, שכן לגבי רשויות שלטונית ברור – וכמדומה גם מוסכם על הכל – שאין לשום רשות סמכות לעשות מעשה אלא אם כן הקנה לה המשפט את הסמכות לעשותו, במפורש או במשתמע. כך קובע העיקרון הבסיסי של חוקיות המנהל. לכן, לדעתי, לגבי רשויות השלטון כולן אין קיום לאי-שפיטות נורמטיבית, כפי שנאמר בפסק-הדין בעניין **רסלר**.

המשפט יימנע מלדון בהם לגוף העניין.⁶⁹ הוא ציין כדוגמה ענייניים פנים-פרלמנטריים, והוסיף כי הרשימה של עניינים מסוג זה אינה סגורה.

שנית, טעות היא לומר כי בית-המשפט קבע בפסק-דין **רסלר** הלכה חדשה, שבה הוא משחרר את עצמו בשאלת השפיטות מריסון עצמי שהציב גבול כביכול, עד שנות השמונים, למעורבותו בעניינים בעלי אופי פוליטי מובהק. אולם האמת היא שעד שנות השמונים לא הציבה ההלכה כל גבול למעורבותו של בית-המשפט בעניינים כאלה, שהרי היא הסמיכה אותו להתערב או לא להתערב בעניין מסוים לפי "חוש המומחיות" של המשפטן. החוש האישי של השופט, כמבחן יחיד, הוא משפט גרוע. משפט טוב שואף לנתב את החוש האישי של השופט בדרך ברורה וידועה: דרך רציונלית של כללי התנהגות. אכן, את זאת בדיוק ביקש בית-המשפט לעשות בפסק-דין **רסלר**. הוא לא הרחיב את המרחב שהיה פתוח לפני השופט – אשר לא היה לו גבול, כאמור, ולכן גם לא היה אפשר להרחיבו – אלא רק סימן לפני השופט את הדרך שבה יש ללכת במרחב זה.

שלישית, אם בודקים את הפסיקה של בית-המשפט עד שנות השמונים בשאלת מעורבותו בעניינים בעלי אופי פוליטי מובהק, בהשוואה לפסיקתו למן שנות השמונים, מתברר, לדעתי, כי מעורבותו של בית-המשפט בעניינים כאלה כבר בשנות התמישים, ואף לאחר-מכן, לא הייתה פחותה ממעורבותו למן שנות השמונים ועד היום. גם מבחינה זו אין יסוד לטענה כי כלל השפיטות, כפי שהוצג במשפט **רסלר**, שימש מכשיר בידי בית-המשפט לקידום האקטיביזם השיפוטי.⁷⁰

אף-על-פי-כן, הטענה המוטעית שפסק-הדין של השופט ברק במשפט **רסלר** קבע

69 לדוגמה, בבג"ץ 9070/00 **חברת-הכנסת לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נה(4) 812, 800 (2001), אמר הנשיא ברק: "אנו מכירים באי-שפיטות – מוסדית; אנו מכירים בכך שלא כל סכסוך שבית-המשפט מוסמך להכריע בו ראוי לו לבית-המשפט להכריע בו." כך גם בספרו **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 276: "לא הכול שפיט. אני עצמי הכרתי לא פעם בהליכים שאינם שפיטים". ראו עוד שם, בפרק 11.

70 נכון שלמן שנות השמונים בית-המשפט ממעט, כעניין שבמדיניות שיפוטית, לדחות על הסף עתירות שיש להן אופי פוליטי מובהק, ומגלה נכונות רבה יותר לדון בהן לגוף העניין. אולם למען שלמות התמונה יש להוסיף שתי הערות. ראשית, מדיניות זו אינה נובעת מפסק-הדין בעניין **רסלר**, שלא שינה את ההלכה כאמור, אלא מ"חוש המומחיות של המשפטן", אשר נותר על כנו גם לאחר פסק-דין זה. "חוש המומחיות" עבר שינוי במשך הזמן, כפי שקורה לעיתים מזומנות בנושאים שונים. על הסיבות האפשריות לשינוי זה ראו דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 67, בעמ' 15; שמעון שטרית **על השפיטה – מערכת הצדק במשפט** 461–464 (דב איכנולד עורך, 2004). זהו שינוי של הפרקטיקה במסגרת התיאוריה. התיאוריה אמרה כי מבחן השפיטות הוא מבחן מוסדי (ולא מבחן נורמטיבי), ובית-המשפט מפעיל מבחן זה, בתקופה האחרונה, באיפוק ובצמצום. שנית, מבחינת התוצאה אין בפרקטיקה העכשווית כדי לשנות את המצב. אף שבית-המשפט מוכן יותר לדון לגוף העניין גם בעתירות שיש להן אופי פוליטי מובהק, הוא נוטה עדיין לדחות אותן לאחר דיון לא פחות מאשר בשנים רחוקות, בעיקר על יסוד הטענה כי שיקול-הדעת הרחב של הרשות המוסמכת אינו מצדיק התערבות של בית-המשפט. ראו עוד זמיר **הסמכות המינהלית**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 122–130.

שהכל שפיט, ובכך ביטל למעשה את מחסום השפיטות, גרמה נזק כבד לתדמיתו של בית־המשפט ולאמון הציבור בבית־המשפט. נזק זה נמשך עד היום, ומזין חדשות לבקרים הצעות ודרישות שונות ומשונות לשינויים בשיטת הבחירה של שופטים, במעמדו של בית־המשפט העליון וגם בהיקף סמכויותיו.⁷¹

לדעתי, הביקורת על בית־המשפט בשאלת השפיטות בעקבות פסק־דין **רסלר**, והנזק שנגרם בעקבות ביקורת זו לבית־המשפט, ובעקיפין גם לעיקרון של שלטון החוק, נובעים במידה לא־מבוטלת מכשל בהבחנה בין תיאוריה תיאורית שאינה משנה את הפרקטיקה, היא התיאוריה שהוצגה בפסק־דין **רסלר**, לבין תיאוריה יצירתית שיוצרת כלל חדש, אשר יוחסה לפסק־דין **רסלר** בטעות.

אפשר אומנם להעלות נגד בית־המשפט טענה בדבר מעורבות־יתר בעניינים שעל־פי מהותם אינם שפיטים, ולבסס ביקורת זו לאו דווקא על פסק־דין **רסלר**, אלא על הפרקטיקה המצטברת של בית־המשפט. ביקורת זו, אף שאינה מקובלת עליי, היא ביקורת לגיטימית, שראוי לדון בה בכובד־ראש. אולם הביקורת שהזינה את המסע הציבורי נגד בית־המשפט, ואשר בלטה במיוחד בקרב הממסד הפוליטי, מתוך כוונה מוצהרת להחליש את מעמדו של בית־המשפט ולהפחית את כוחו, התבססה במידה רבה על הטענה הקליטה שבית־המשפט קבע במשפט **רסלר** כי הכל שפיט, ובכך נטל לעצמו סמכויות לא לו על־חשבון הרשויות הנבחרות. טענה מוטעית זו פעלה כסיסמה קולעת – אשר יכולה לבוא במקום בירור ענייני ופרטני גם אם אין היא נכונה – והצליחה לכרסם באמון הציבור בבית־המשפט.

פרק ה: תיאורטיזציה של התוצאה היחסית

1. המצב לפני כלל התוצאה היחסית

לאחר הקמת המדינה הייתה מקובלת בבית־המשפט בישראל, בעקבות המשפט האנגלי, תיאוריה בדבר תוצאתם של פגמים משפטיים שנפלו בהחלטות מנהליות, שאפשר לכנותה "התיאוריה בדבר בטלות מוחלטת". בהתאם לתיאוריה זו נחלקו כל הפגמים המשפטיים שנפלו בהחלטות מנהליות לשני סוגים עיקריים: הסוג האחד כלל חוסר סמכות ופגמים נוספים בעלי מהות דומה, כגון פגם חמור במינויה או בהרכבה של רשות מנהלית; והסוג האחר כלל את כל יתר הפגמים – טעות של דין וטעות של עובדה בתוך מסגרת הסמכות, פגם בסדרי ההליך ועוד. התוצאה של פגם בהחלטה המנהלית הייתה תלויה, לפי אותה תיאוריה, בסוג שאליו השתייך הפגם. בהתאם לכך, פגם של חוסר סמכות או פגם שקול לחוסר סמכות גרם לתוצאה של בטלות מוחלטת, כלומר, הפך את ההחלטה המנהלית לבטלה מעיקרה, כאילו לא באה לעולם (במשפט האנגלי: void או

71 על הצעות אלה ראו זמיר **הסמכות המינהלית**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 142.

void ab initio). כנגד זאת, פגם מן הסוג השני גרם לתוצאה של נפסדות, כלומר, ההחלטה המנהלית נהפכה לניתנת לביטול, אך נותרה תקפה וקיימת עד אשר תבוטל, אם תבוטל, על-ידי בית-המשפט (במשפט האנגלי: voidable).⁷²

תיאוריה זו הייתה מוטעית מתחילתה. הפרקטיקה של בית-המשפט, באנגליה וגם בישראל, מעולם לא תאמה את התיאוריה הזו. אומנם במקרים מסוימים – על-פי-רוב מקרים פשוטים וברורים – הסתמך עליה בית-המשפט, אך במספר רב של מקרים הוא התעלם ממנה וחרץ את התוצאה לפי נסיבות המקרה באופן שנראה לו נכון וצודק.

התיאוריה הייתה לא רק מוטעית, אלא גם מזיקה. ראשית, היא גרמה נזק כבד לתיאוריות אחרות זורעה בלבול רב בתחום המשפט. בין היתר היא הרסה את התיאוריה בדבר הסמכות המנהלית, כלומר, בדבר מושג הסמכות. הסמכות המנהלית, על-פי התיאוריה, היא תחום מוגדר של פעילות שהופקד על-ידי החוק בידי הרשות המנהלית. אולם כדי לאפשר בטלות של החלטות שלקו בפגם חמור בתוך תחום הסמכות, הרחיב בית-המשפט את מושג הסמכות אל מעבר לשכל הישר. כך, למשל, נפסק כי הפרה של חובת השימוע מגיעה כדי חוסר סמכות. לדוגמה, בית-המשפט פסק כי עירייה שהחוק הסמיך אותה לפטר עובד, והיא פיטרה עובד כפי שהוסמכה אך מבלי לאפשר לו שימוע מוקדם, פעלה בחוסר סמכות. יתרה מזו, בית-המשפט הוסיף ופסק, בהתאם לתיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת, כי הפיטורים בטלים מעיקרם, כאילו לא נעשו כלל, ולכן העובד זכאי לקבל את משכורתו מן העירייה מיום שבו החליטה העירייה לפטר, וזאת אף שבפועל הוא לא עבד בעירייה במשך שנים אחדות.⁷³ הנה דוגמה נוספת: כאשר מצא בית-המשפט לנכון לפסוק כי החלטה מסוימת בטלה מעיקרה מחמת חוסר סבירות קיצוני, אף שלכאורה היא לא חרגה מגדר הסמכות, הוא ראה צורך לומר כי החלטה כזאת "היא מחוץ לתחום הסמכות".⁷⁴ מדוע? משום "שמעולם לא נתכוון המחוקק לתת כח כזה בידי השר".⁷⁵ אולם אם כך, העקביות מחייבת לומר שכל פגם משפטי – כולל ניגוד עניינים, טעות של דין ושיקולים זרים – הוא "מחוץ לתחום הסמכות", שהרי ברור כי "לא נתכוון המחוקק לתת כח" בידי הרשות המנהלית לפעול בניגוד לדין. אולם אם כל פגם גורם לחוסר סמכות, אזי מה המשמעות של חלוקת הפגמים לאלה החורגים מן הסמכות ולאלה הנשארים בתחום הסמכות? התוצאה היא שהתיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת נעשתה מנותקת מן הפרקטיקה.

שנית, התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת גרמה נזק גם במקרים שבהם נפל בהחלטה מנהלית פגם אמיתי של חוסר סמכות, אך בית-המשפט היה סבור כי לנוכח נסיבות המקרה לא יהיה זה ראוי לפסוק שההחלטה בטלה מעיקרה. במקרה כזה מצא בית-המשפט את עצמו נאלץ להתעלם מן התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת או לעקוף

72 לדוגמה בולטת, המסבירה תיאוריה זו, ראו את פסק-דינו של השופט זוסמן בע"א 183/69 עיריית פתח תקווה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398, 402 (1969) (להלן: עניין טחן).

73 שם.

74 ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1039 (1959) (להלן: עניין דיזנגוף).

75 שם.

אותה בדרכים נפתלות – למשל, לדחות את העתירה ולהשאיר על כנה החלטה שניתנה תוך חריגה מן הסמכות משום שהעתירה הוגשה בשיהוי או מפני ששיקולי צדק מונעים את ביטול ההחלטה או מחמת טעם אחר. לדוגמה, אם חוק קובע שרשות מנהלית רשאית להפעיל סמכות במועד מסוים, והרשות מפעילה את סמכותה לאחר מועד זה, אזי לכאורה זו פעולה שאינה בסמכות, והיא צריכה להיחשב בטלה מעיקרה. אולם, כפי שהתברר, לא פעם הסטייה מן המועד שנקבע בחוק, בפרט כאשר היא הייתה קלה בלבד, לא הצדיקה תוצאה חמורה כל-כך.⁷⁶ אי-לכך המציא בית-המשפט באנגליה – ובעקבותיו הלך גם בית-המשפט בישראל – מושג מוזר: "הוראת חוק מנחה", להבדיל מ"הוראת חוק מחייבת". מהי הוראה מנחה? זאת הוראה שהרשות אמורה לקיים, אך בית-המשפט מוכן לעבור לסדר-היום גם על הפרתה, ומכל מקום הפרת ההוראה אינה פגם משפטי הגורר את ביטול ההחלטה. מתעוררת שאלה: האם זה הגיוני או רצוי לומר שחוק אינו מחייב, והרשות המנהלית תדע שהיא יכולה להפר את החוק מבלי להיפגע ומבלי שהחלטתה תבוטל, וכל זאת בגושפנקה של בית-המשפט? לדעתי, התשובה שלילית בהחלט. מכל מקום, מהו המבחן המבדיל בין חוק מנחה לבין חוק מחייב? בית-המשפט לא נתן תשובה לכך. זהו, יש לומר, פרי באושים של התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת.⁷⁷

כך גם לגבי חובת השימוע. לאחר שבית-המשפט פסק כי הפרה של חובת השימוע כמוה כפעולה בחוסר סמכות, התברר לו כי יש מקרים שבהם הפרה כזאת אינה מצדיקה פסק-דין של בטלות מוחלטת. לכן התחיל בית-המשפט לקבוע סייגים האומרים כי לא כל הפרה של חובת השימוע גוררת בטלות מוחלטת. לדוגמה, אם מתברר לבית-המשפט בדיעבד כי לאדם שנפגע מן ההחלטה המנהלית לא היו טענות חזקות שהיה בהן כדי לשנות את ההחלטה, או אם ההחלטה ניתן תוקף זמני בלבד, אזי יש בכך כדי להשאיר את ההחלטה בתוקפה.⁷⁸

היו דרכים נוספות שבהן הלך בית-המשפט כדי להימנע מן התוצאות החמורות שנבעו מן התיאוריה שהבחינה בין פגם של חוסר סמכות, הגורם לבטלות מוחלטת, לבין פגמים אחרים, הגורמים לנפסדות בלבד. כך, בין היתר, פסק בית-המשפט כי בהעדר סמכות ניתן, בנסיבות מסוימות, להכיר בסמכות דה-פקטו; כי יש מקום להבחין בין פגם טכני לבין פגם מהותי; ועוד.⁷⁹

76 ראו, לדוגמה, ע"א 78/83 הינדס נ' מנהל מס שבת, תל אביב, פ"ד לט(2) 57, 61 (1985); ע"א 390/82 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לויט, פ"ד מ(1) 265, 269 (1986).

77 ראו, לדוגמה, ע"א 1842/97 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פ"ד נד(5) 15, 37–40 (להלן: עניין מנחמי מגדלי דוד). על ההבחנה בין הוראות חוק מחייבות לבין הוראות חוק מנחות ראו עוד להלן בתת-פרק 2.

78 ראו, לדוגמה, בג"ץ 130/68 הראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(1) 241, 322 (1969); בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת השחורים, פ"ד לב(3) 161, 167–168 (1978) (להלן: עניין דרעי).

79 על ההבחנה בין בטלות הנובעת מחוסר סמכות לבין נפסדות הנובעת מפגם אחר, ועל הדרכים שבהן הלך בית-המשפט כדי להימנע מתוצאות לא-רצויות של הבחנה זו, ראו ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 796.

נוסף על כך, מעל כל העניינים המנהליים מרחפת הסמכות הכללית של בג"ץ לדחות מעל פניו כל עתירה, גם אם היא מוכיחה שהרשות המנהלית פעלה לא כדין, על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט, שהרי "סמכותו של בית-משפט זה בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק היא סמכות שבשיקול-דעת"⁸⁰. אכן, יש לזכור כי סמכות בג"ץ, כפי שנקבעה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, היא "לדון בעניינים... שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". בהתאם לכך, גם כאשר עתירה מוכיחה כי רשות מנהלית חרגה מסמכותה, אין בכך כדי לחייב בטלות מוחלטת של החלטת הרשות, אלא בית-המשפט רשאי עדיין לדחות את העתירה משיקולי "צדק"⁸¹. אומנם איש לא בדק, ולכן גם איש אינו יודע, כמה עתירות נדחו על-ידי בית-המשפט, לא פעם על הסף, מפאת שיקולי צדק או שיקולים דומים – למשל, שהפגם בהחלטה המנהלית לא ירד לשורש העניין או שהוא גרם פגיעה קלה בלבד. אולם נראה כי עתירות רבות נדחות על-ידי בית-המשפט בשל שיקולים מעין אלה, לאחר דיון קצר בפסק-דין קצר שעל-פירוטו אינו מתפרסם. בפועל, אם כן, נהג בית-המשפט מאז ומתמיד להחליט מה הסעד הראוי במקרה מסוים על יסוד הנסיבות המיוחדות של המקרה, תוך התחשבות באינטרסים המעורבים, כולל האינטרס הציבורי, ושקילת שיקולים של הגינות וצדק, ולא על יסוד התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת.

לסיכום, בין התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת לבין הפרקטיקה היה תמיד פער גדול מאוד. על-כן יש לומר כי תיאוריה זו לא הייתה נכונה, ודי בכך לשלול את תוקפה. אכן, מי שלא היה בקי בפרקטיקה, וסמך על תיאוריה זו, היה עלול להיווכח כי טעה ולשלם מחיר על טעותו; ואילו מי שהיה בקי בפרקטיקה, וידע שאי-אפשר לסמוך על תיאוריה זו, נותר מבולבל, שכן לא הייתה תיאוריה אחרת שהיה בה כדי להסביר את הפרקטיקה ולהנחות את המעוניין.

2. התיאוריה בדבר התוצאה היחסית

על רקע זה נוצרה תיאוריה חדשה, שהתנערה באופן מפורש מן התיאוריה הישנה בדבר הבטלות המוחלטת. מקובל לכנות את התיאוריה החדשה בשם "התוצאה (או הבטלות) היחסית". היא משקפת היטב את הפרקטיקה, כפי שנהגה במשך כל השנים, ולדעתי היא גם משרתת את צורכי המעשה ומקדמת שיקולי צדק. ביסוד התיאוריה מונחת הבחנה בין שני מישורים: מישור הפגם ומישור התוצאה, כלומר, הסעד. בכל מישור פועלים שיקולים שונים לתכלית שונה. לכן החלטה במישור הפגם אינה מכתיבה את ההחלטה במישור הסעד. הסעד בגין הפגם אינו תלוי בסיווג הפגם, אלא נגזר מנסיבות המקרה

80 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 581 (2005).

81 מקרה קיצוני מסוג זה היה בג"ץ 36/68 בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617 (1968). במקרה זה הוגשה עתירה נגד סירוב של הרשות המוסמכת לתת לעותר רשיון ציד. פסק-הדין אמר רק זאת: "קטילת בעלי חיים לצורך ספורט אינה מן הדברים שבית משפט זה רואה עצמו חייב, מטעמי צדק, להגן עליהם" (שם). על פסק-דין זה ראו יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212 (1970).

הנידון: תכליתו של החוק המסמיך; חומרת הפגם בנסיבות המקרה; הנזק שעלול להיגרם לאדם הנוגע בדבר, לצד שלישי או לציבור הרחב; שיקולים של שלטון החוק; מועד תקיפתה של ההחלטה המנהלית; זהותו של התוקף; דרך התקיפה, דהיינו, אם היא תקיפה ישירה או תקיפה עקיפה; שיקולי צדק; ושיקולים נוספים. בהתאם לכך, אפשר שטעות של דין או פגם בסדרי ההליך או פגם אחר שנפל במסגרת הסמכות יובילו לבטלות מוחלטת של החלטה מנהלית; כנגד זה, אפשר שפגם של חוסר סמכות או פגם דומה אחר לא יובילו לביטול ההחלטה; ואפשר גם שלנוכח נסיבות מיוחדות של המקרה יתאים בית-המשפט תוצאה מיוחדת לפגם – תוצאה שהיא בין בטלות מוחלטת של ההחלטה לבין השארת ההחלטה כפי שהיא בתוקף. למשל, אפשר שבית-המשפט יפסוק כי החלטה תהיה בטלה רק ממועד מסוים בעתיד, שהיא תהיה בטלה רק כלפי אדם מסוים, שהיא תחול בשינויים או בתנאים מסוימים, וכיוצא באלה.⁸²

התיאוריה בדבר התוצאה היחסית קיבלה ביטוי בולט בפסקתו של בית-המשפט העליון במחצית השנייה של שנות התשעים, בפסק-דין אחדים שהציגו אותה בשם המפורש ובאופן מפורט.⁸³ היא זכתה מייד בקבלת-פנים חמה מצד בית-המשפט. פסק-דין רבים – עשרות, אם לא מאות – הסתמכו עליה בהקשרים שונים, ודומה שלא היה שופט בבית-המשפט העליון שהסתייג ממנה. כיום אפשר לומר שהיא נעשתה הלכה מקובלת, במקומה של התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת, אשר ככל הנראה שבקה חיים.

אולם ההלכה בדבר התוצאה היחסית לא זכתה בקבלת-פנים דומה מצד האקדמיה המשפטית, אשר קיבלה אותה בהסתייגות. נראה כי ההסתייגות נבעה בעיקר מן התפיסה שהיא משונה את המצב המשפטי. אם ההלכה החדשה משנה את המצב המשפטי, אזי מתעוררת מאליה השאלה אם היא עדיפה על ההלכה הקודמת, כלומר: האם היא יוצרת מצב טוב יותר? בתשובה הועלו נגדה טענות שונות. בין היתר הועלתה טענה שההלכה בדבר התוצאה היחסית מחלישה את הוודאות המשפטית, משום שאי-אפשר לדעת מראש כיצד יאזן בית-המשפט בכל מקרה בין נסיבות המקרה, ולכן אי-אפשר עוד להניח מראש כי פגם חמור בהחלטה מנהלית יעשה את ההחלטה בטלה מעיקרה. טענה נוספת אומרת שההלכה בדבר התוצאה היחסית מגלה סלחנות כלפי הרשות המנהלית, משום

82 על התיאוריה בדבר התוצאה היחסית ראו, בין היתר, רע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 637 (2000) (להלן: **עניין הראל**); רע"פ 2413/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה(4) 673 (2001) (להלן: **עניין גיספן**). ראו גם ברק-ארו **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 33, פרק 22.

83 התיאוריה כונתה תחילה "הבטלות היחסית", וזאת בשל הסתמכות על פסק-דין ישן שהשתמש בשם זה. ראו את דבריו של השופט יצחק כהן בעניין **דרעי**, לעיל ה"ש 78, בעמ' 168: "בטלות החלטה בגלל פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי אינה מוחלטת אלא רק יחסית". מאוחר יותר, לאחר התלבטות, הציע בית-המשפט להשתמש בשם אחר, מדויק יותר: "התוצאה היחסית". ראו עניין **גיספן**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 689. ברור כי בטלותה של החלטה מנהלית, בין בטלות מלאה ובין בטלות יחסית, היא רק אחת התוצאות שהתיאוריה מאפשרת, לצד תוצאות אחרות, כגון דחיית המועד של תחילת ההחלטה. לכן, לדעתי, השם "תוצאה יחסית" מטיב לתאר את התיאוריה. מכל מקום, שני השמות מקובלים כיום, הן בפסיקה והן בספרות.

שגם אם הרשות פעלה לא כדין, אפשר שבית-המשפט ישאיר את החלטתה בתוקפה, על-חשבון זכויות האזרח.⁸⁴

לדעתי, טענות אלה נובעות מכשל בהבחנה בין תיאוריה תיאורית לבין תיאוריה יצירתית.⁸⁵ התיאוריה בדבר התוצאה היחסית היא תיאוריה תיאורית, ולא תיאוריה יצירתית. כלומר, היא לא באה לשנות את הפרקטיקה שהייתה קיימת עד אז, אלא רק להסבירה ולהציגה כפי שהיא באמת.⁸⁶ היא עומדת במבחן הקובע של כל תיאוריה, כלומר, היא אומרת אמת, להבדיל מן התיאוריה הקודמת, שהייתה בעיקר אחיזת-עיניים. התיאוריה בדבר התוצאה היחסית אומרת לציבור בלשון ברורה וגלויה: בפועל כך נהגנו עד כה, אף שלא אמרנו זאת במפורש, ועכשיו אנו אומרים זאת באופן ברור, כדי שכל המעוניין ידע ולא יופתע. בכך בית-המשפט ממלא את חובתו כנאמן ציבורי, ובכך הוא מגביר את הוודאות המשפטית, מיטיב לשרת את האינטרס הציבורי וגם מקדם את עשיית הצדק בכל מקרה לפי נסיבות המקרה.

עם זאת, נכון שבעקבות התיאוריה בדבר התוצאה היחסית, אף שהיא תיאוריה תיאורית, חל בהדרגה שינוי גם בפרקטיקה המשפטית. הוא שאמרנו: תיאוריה נכונה

84 לטענות אלה ולטענות נוספות כלפי ההלכה בדבר התוצאה היחסית ראו ברק-ארז **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 826–832; יואב דותן "במקום בטלות יחסית" **משפטים** כב 587 (1993); דפנה ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות" **ספר יצחק זמיר – על משפט ממשל וחברה** 283 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); רענן הר-זהב "הכאוס מאיים להשתלט" **הפרקליטים** 3, 35 (2001). לדעתי, לטענות אלה יש תשובות טובות. לטענה בדבר הוודאות המשפטית התשובה היא כי המצב שהיה קיים קודם לכן – למשל, בשנות השבעים והשמנים – אולי נראה טוב יותר להלכה אך היה גרוע יותר למעשה. הוא היה גרוע יותר משום שהתיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת הייתה פיקציה במידה רבה, ולכן היא הייתה עלולה להטעות את המתדיין בבית-המשפט, ולמקד את טענותיו בשאלה של סיווג הפגם שנפל בהחלטה המנהלית, במקום לכוון את טענותיו לנסיבות המיוחדות של המקרה ולשיקולים הקשורים לנסיבות אלה, שהם השיקולים שתמיד הדריכו את בית-המשפט בדרך להכרעת הדין. כיום, לעומת זאת, התיאוריה בדבר התוצאה היחסית, מכיוון שהיא משקפת את הפרקטיקה, מכוונת את המתדיין היישר אל המטרה: היא אומרת לו מהו סוג הטענות שעשויות להכריע את הדין. בכך היא מקדמת את הוודאות המשפטית. לטענה בדבר הסלחנות הטמונה בתיאוריה בדבר התוצאה היחסית התשובה היא שבמקרים רבים, ואולי אף על-פירוב, תיאוריה זו פועלת לטובת האזרח. כיצד? המקרים שבהם החלטה מנהלית נגועה בפגם בולט של חוסר סמכות, שיש בו כדי להפוך את החלטה לבטלה מעיקרה, הם מעטים באופן יחסי. ברוב המקרים החלטה לוקה בפגם קל יותר, העושה אותה לנפסדת בלבד. במקרים כאלה, ראשית, גם לפי התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת לא הייתה ודאות משפטית, שכן השאלה אם לבטל את החלטה הייתה מסורה לשיקול-דעת רחב של בית-המשפט לאור נסיבות המקרה. שנית, במקרים כאלה התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת פעלה בדרך-כלל נגד האזרח, שכן הרשות המנהלית הייתה יכולה לעיתים קרובות לצאת ללא פגע בזכות ההלכה בעניין הוראות חוק מנחות או בזכות ההלכה שמנעה תקיפה עקיפה של החלטות מנהליות בגין פגם שאינו גורם בטלות מוחלטת. לנוכח התיאוריה בדבר התוצאה היחסית, אין עוד מקום להלכות אלה.

85 על ההבחנה בין תיאוריה תיאורית לבין תיאוריה יצירתית ראו לעיל אחרי ה"ש 17.

86 פסק-דין של השופט זמיר בעניין **גיספן**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 685: "תורת הבטלות היחסית אינה חדשה; היא היתה קיימת, אף כי לא מוכרת, זה זמן רב, אולי מאז ומתמיד."

משקפת את הפרקטיקה, אך גם משפיעה על הפרקטיקה. בהתאם לכך, בעקבות יצירת התיאוריה בדבר התוצאה היחסית נשחקו, וכמעט קרסו, תיאוריות אחדות שצמחו כגידולי-פרא מן התיאוריה הקודמת בדבר הבטלות המוחלטת. הנה שתי דוגמות:

א. **הוראות חוק מנחות** – תיאוריה אחת, שאומצה במשפט הישראלי מן המשפט האנגלי, מבחינה בין הוראות חוק "מחייבות" לבין הוראות חוק "מנחות". הוראת חוק "מנחה" יכולה להיות, למשל, הוראת חוק הקובעת כי רשות מנהלית מסוימת מוסמכת לקבל החלטה מסוימת עד מועד מסוים. אם הרשות קיבלה החלטה כזאת לאחר המועד שנקבע בחוק, יש לומר, לפי השכל הישר, כי היא חרגה מסמכותה. על-פי התיאוריה (הישנה) בדבר הבטלות המוחלטת, התוצאה המתבקשת היא שהחלטה כזאת בטלה מעיקרה. אולם, כפי שהתברר לבית-המשפט פעם אחר פעם, ייתכנו מצבים שבהם תוצאה כזאת לא תהיה מוצדקת, ואף תזיק מן הבחינה של טובת הציבור או מבחינה אחרת. כך יכול להיות, לדוגמה, אם הסטייה מן המועד הייתה שולית, אם הייתה לה הצדקה בנסיבות המקרה או אם היא לא גרמה כל נזק. כדי לחמוק מן ההלכה המחייבת לבטל החלטה כזאת, כפי שנובע מן התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת, פסק בית-המשפט כי יש סוג של הוראות חוק שהפרתן על-ידי רשות מנהלית אינה פוגעת בתוקף החלטותיה של הרשות, וכינה הוראות מסוג זה "הוראות מנחות".⁸⁷

ההבחנה בין הוראות חוק מחייבות לבין הוראות חוק מנחות, אף שהיא נובעת מצורך אמיתי ומוצדק להתחמק מן התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת, היא הבחנה מבישה, שכן באופן עקרוני כל הוראת חוק צריכה להיות מחייבת, להבדיל מהמלצה בלבד. אין מנוס אלא להתייחס להבחנה זו כאל פרי באושים של תיאוריה מוטעית. אכן, באחד מפסקי-הדין יצא בית-המשפט נגד הבחנה זו, וכה אמר (מפי השופט חשין):

"הבחנה זו שבין מחדל 'פרוצדורלי' לבין מחדל 'מהותי' – הבחנה שתועלתה מעטה היא – מזכירה לנו הבחנה שנהגה בזמנה ולעתים נוהגת היא אף בימינו. כוונתנו להבחנה שבין הוראות 'מחייבות' ('imperative', 'obligatory', 'mandatory') לבין הוראות 'מנחות' ('directory', 'instructive')... הבחנה זו שבין שני סוגי הוראות-חוק – הוראות-חוק שעל פניהן זהות הן בלשונן – מקורה הוא במשפט האנגלי, וייעודה למנוע בטלותם של מעשים מסוימים (על הרוב – מעשי מינהל) אך בשל הפרת חובה שהחוק הורה עליה. מתוך רצון – רצון טוב וראוי – למנוע בטלותם של מעשים והחלטות – בשל התוצאות הבלתי רצויות שבטלות גוררת אחריה, לכאורה – יצרו בתי-המשפט הבחנה זו בקובעם כי הפרתה של הוראה 'מנחה' – להבדילה מהוראה 'מחייבת' – אין בה כדי להביא לביטולם של מעשה או של החלטה.

87 על ההבחנה בין הוראות חוק מחייבות לבין הוראות חוק מנחות ראו גם לעיל אחרי ה"ש 76. ראו גם זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1114–1115.

לשון אחר, הגם שחוק פלוני מדבר בלשון של חובה, 'תרגמו' בתי-המשפט – תרגמו וסיווגו – הוראה פלונית, בהקשר מסוים, כהוראה 'מנחה', וזה היה הכלי ששימש אותם בדרכם שלא להכריז על מעשה או על החלטה כבטלים מעיקרם – כך, במקום שהכרעה מעין-זו נראתה בעיני בית-המשפט חמורה יתר-על-המידה, חמורה ובלתי ראויה בהקשר מסוים.⁸⁸

אולם, מקשה השופט חשין בהמשך דבריו:

"אם אמנם למטרה זו יועדה זוגיות זו של הוראה מחייבת – הוראה מנחה, מה היה להם לבתי המשפט שראו צורך להידרש למתווך זה ביניהם לבין הדברים האמיתיים?... הכלל הנכון אינו בקלסיפיקציה זו של מצווה-מנחה אלא 'הכלל תלוי בתכליתו ובמטרתו של החוק'.⁸⁹

ברוח זו קבע הנשיא ברק באותו פסק-דין (בהסכמת השופט אנגלרד) את הכלל הנכון, באומרו כי "גם הפרה לא מהותית הפרה היא. אך לא כל הפרה של הוראות החוק מובילה לביטול החלטת המינהל. עלינו להבחין בין חובתה של הרשות המינהלית לבצע פעולה פלונית לבין התוצאות הנובעות מאי-ביצועה של אותה פעולה... עלינו להבחין בין הפרת הכלל לבין הסעד בגין הפרתו".⁹⁰ זוהי, בתמצית, התיאוריה של התוצאה היחסית, ואליה התכוון הנשיא ברק.⁹¹ התיאוריה בדבר התוצאה היחסית פוטרת את בית-המשפט מן הצורך להסתמך על ההבחנה בין הוראות חוק מחייבות לבין הוראות חוק מנחות. אכן, זניחת התיאוריה הישנה בדבר הבטלות המוחלטת שומטת את הקרקע גם מן התיאוריה, שצמחה ממנה, בדבר הוראות חוק מנחות, והיא הולכת ודועכת.⁹² עניין זה הוא דוגמה אחת, ולא יחידה, לנזק שעלול להיגרם על-ידי תיאוריה מוטעית כנגד הטובה הצומחת מתיאוריה נכונה.⁹³

88 עניין מנחמי מגדלי דוד, לעיל ה"ש 77, בעמ' 37.

89 שם, בעמ' 37–38 (ההדגשה במקור).

90 שם, בעמ' 22–23.

91 ראו את האסמכתות המובאות על-ידי הנשיא ברק שם, בעמ' 22–23.

92 בית-המשפט טרם השתחרר לגמרי מן ההבחנה בין הוראות חוק מחייבות לבין הוראות חוק מנחות, והוא עדיין משתמש – לעיתים באותו פסק-דין עצמו – גם בתיאוריה זו וגם בתיאוריה בדבר התוצאה היחסית. ראו, לדוגמה, ע"מ 1386/04 המועצה הארצית להכנון ובנייה נ' עמותת נאות ראש העין, ע"ר, פס' 31–38 (טרם פורסם, 20.5.2008); בג"ץ 6827/07 ראש עיריית ערד נ' שר הפנים, פס' 12 (טרם פורסם, 2.1.2008). עם זאת, נראה כי השימוש של בית-המשפט בהבחנה זו נעשה דליל ונדיר יותר ויותר, ובמקומו נעשה שימוש רגיל ותדיר בתיאוריה בדבר התוצאה היחסית.

93 לתהליך שבו ההבחנה בין הוראות מחייבות לבין הוראות מנחות מפנה את מקומה לכלל בדבר התוצאה היחסית נודע יתרון נוסף. ההבחנה בין הוראות מחייבות לבין הוראות מנחות שחקה את ההרתעה של רשויות מנהליות מפני זלזול בהוראות חוק "מנחות", שהפרתן אינה מבטלת את

ב. **תקיפה עקיפה** – הכלל החל על תקיפה עקיפה של החלטה מנהלית מספק דוגמה נוספת. מהי תקיפה עקיפה? בתקיפה ישירה אדם עותר או מערער לבית-המשפט במטרה מוצהרת לבטל החלטה מנהלית בטענה שהחלטה בלתי-חוקית. לעומת זאת, בתקיפה עקיפה שאלת חוקיותה של החלטה מנהלית מתעוררת רק באופן עקיף, במסגרת הליך משפטי שנועד למטרה אחרת, כגון אישום פלילי או תובענה אזרחית. הנה שתי דוגמות של תקיפה עקיפה. דוגמה ראשונה: אדם עומד לדין פלילי באשמה שהפר הוראה של תקנה או הוראה של שוטר, והוא טוען להגנתו כי אותה הוראה ניתנה ללא סמכות, ולכן לא היה לה תוקף משפטי, ומשום כך גם לא הופרה הוראה חוקית. במקרה כזה, כדי להכריע בדין, על בית-המשפט לפסוק תחילה אם אותה הוראה תקפה ומחייבת. דוגמה שנייה: אדם נתבע בהליך אזרחי לשלם לרשות מנהלית היטל מסוים, והוא טוען כי הרשות לא הייתה מוסמכת לקבוע היטל זה. בית-המשפט נדרש לפסוק אם טענתו של הנתבע נכונה, שאם כן, היסוד לתביעה נשמט. על מקרים אלה ומקרים דומים ניתן לומר כי בעוד תקיפה ישירה משמשת מעין חרב, תקיפה עקיפה משמשת מעין מגן.⁹⁴

תקיפה עקיפה של החלטות מנהליות הייתה אפשרית מאז ומתמיד, ואף קיבלה עיגון בחוק בתי המשפט.⁹⁵ היא שכיחה, מקובלת בכל הערכאות ובכל הקשר, ולכן גם חשובה מאוד מבחינה מעשית. אולם התקיפה העקיפה הייתה כפופה להגבלה קשה. היא הייתה אפשרית, כפי שנקבע בהלכה הפסוקה, רק כאשר ההחלטה המנהלית הייתה בטלה מעיקרה (void), ולא הייתה אפשרית כאשר ההחלטה הייתה רק נפסדת (voidable). לפי אותה הלכה, ביטולה של החלטה נפסדת יכול להיעשות אך ורק בתקיפה ישירה. יוצא, אם כן, שאם אדם טוען בתקיפה עקיפה כי החלטה מנהלית נגועה בפגם שעשה אותה נפסדת, אך לא בטלה מעיקרה, יש לדחות את הטענה, שכן ההחלטה עדיין תקפה, ולכן היא גם מחייבת כאילו היא חוקית למהדרין.

דוגמה בולטת להלכה זו היא פסק-הדין בעניין **טחן**.⁹⁶ במקרה זה נתבעה עירייה בהליך אזרחי לשלם את שכרו של אדם שהועסק כעובד העירייה אך פוטר מעבודתו שנים אחדות קודם לכן. כאשר העירייה טענה להגנתה כי היא אינה חייבת בתשלום שכרו של העובד עקב ההחלטה לפטרו, העלה התובע את הטענה שהחלטת הפיטורים הייתה בטלה משום שהעירייה הפרה את חובת השימוע. בית-המשפט

ההחלטה המנהלית, ואילו הכלל בדבר התוצאה היחסית מחזק את ההרתעה, שכן התוצאה של הפרת כל הוראה – גם כזו שסווגה קודם לכן כהוראה מנחה – תלויה בנסיבות המקרה. הנסיבות עשויות להצדיק ביטול החלטה מנהלית גם בשל הפרת הוראה שנחשבה, ואף הוכרזה, כהוראה מנחה בלבד. 94 על תקיפה עקיפה ראו יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** פרק 4 (מהדורה ראשונה, 1975); ברק-ארוז **משפט מנהלי**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 822–826.

95 ס' 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198, שכותרתו "סמכות נגירת", קובע כי "הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר".

96 עניין **טחן**, לעיל ה"ש 72.

קבע כי תקיפה עקיפה כזאת אפשרית רק אם החלטת העירייה הייתה בטלה מעיקרה, כלומר, אם הפרה של חובת השימוע דינה כחוסר סמכות. וכך אמר: "אם הפיטורין לא היו בטלים מדעיקרא, אלא רק ניתנים לביטול, כל עוד לא בוטלו, שרירים הם וקיימים. מי יכול היה לבטלם? רק בית-משפט זה בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק... ההבדל בין בטלות מדעיקרא לבין ביטול על-ידי בית-המשפט המוסמך לכך הוא, שבטלות מדעיקרא חושפת את מעשה הרשות בפני התקפת-עקיפין בכל הליך ולא רק להתקפה ישירה בבית-המשפט הגבוה לצדק."⁹⁷

הלכה זו צמצמה מאוד את האפשרות ואת התועלת של תקיפה עקיפה. אכן, אפשר לומר שהיא הייתה הגיונית לנוכח התיאוריה בדבר הבטלות המוחלטת, ועם זאת יש לומר כי היא הייתה לא-ראויה. היא אפשרה תקיפה עקיפה גם במקרה של פגם זניח אם היה אפשר לסווגו כחוסר סמכות, כגון פגם קל במינוי הרשות המוסמכת, וכנגד זה היא לא אפשרה תקיפה עקיפה במקרה של פגם חמור אם לא היה אפשר לסווגו כחוסר סמכות, כגון במקרה של טעות בולטת בפירושו החוק. במקרה כזה היא חייבה את בית-המשפט לדחות את העתירה, ובכך גם לתת גושפנקה להחלטה מנהלית פגומה ורעה, וזאת רק בשל סיווג פורמלי, ובעצם סיווג מיותר.

אכן, התיאוריה בדבר התוצאה היחסית אמרה כי המלך הוא עירום: הסיווג הפורמלי של פגמים – מצד אחד, פגם של חוסר סמכות העושה את ההחלטה לבטלה, ומצד אחר, פגמים אחרים העושים את ההחלטה לנפסדת – הוא מיותר. בכך נסתלק גם ההיגיון שהיה מונח ביסוד ההלכה שמנעה תקיפה עקיפה בגין פגם שאינו חוסר סמכות. מכיוון שההלכה בדבר התוצאה היחסית מאפשרת לבית-המשפט להחליט כי גם פגם שאינו נחשב חוסר סמכות עשוי להצדיק ביטול החלטה מעיקרה, אין היגיון למנוע בעד בית-המשפט מלבדוק בתקיפה עקיפה גם פגם כזה, כדי להחליט, לאור נסיבות המקרה, מה התוצאות הראויות של הפגם.

אפשר לומר כי התיאוריה בדבר התוצאה היחסית שמטה את הקרקע מתחת ההגבלה שצמצמה את האפשרות של תקיפה עקיפה לפגם של חוסר סמכות. אומנם, בית-המשפט טרם ביטל הגבלה זו בלשון מפורשת, ויש עדיין מקרים שבהם הוא מפעיל הגבלה זו. אך אפשר להבחין בתהליך שבו היא הולכת ומתערערת. התהליך החל לפני שנים רבות בפסקי-דין שהביעו הסתייגות מהגבלה זו ללא קשר להלכה בדבר התוצאה היחסית,⁹⁸ ונראה כי הוא הואץ בעקבות ההלכה בדבר התוצאה היחסית. בהדרגה הולכת ומתגבשת הדעה שראוי לאפשר תקיפה עקיפה בכל טענה שאפשרית בתקיפה ישירה.⁹⁹

97 פסק-דין של השופט זוסמן, שם, בעמ' 402, 404.

98 ראו את פסק-דין של השופט ברנזון בע"א 120/60 הלפרין נ' קוצנינסקי, פ"ד טו 705, 709–710 (1961); את פסק-דין של הנשיא שמגר בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 557 (1986); את פסק-דין של השופט ברק בבג"ץ 727/85 נוצר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 589, 597 (1987); ואת פסק-דינם של השופטים ברק וגולדברג ברע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו, פ"ד מד(3) 812, 819–820 (1990).

99 רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365, 371–372 (1999); עניין גיספן,

אין פירוש הדבר שאחת היא אם החלטה מנהלית נבחנת בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה. קיים עדיין – וצריך להתקיים – הבדל ביניהן. בית-המשפט עשוי לקבוע, לאור ההלכה בדבר התוצאה היחסית, כי בנסיבות המקרה הנידון הדרך הנכונה לתקוף החלטה מסוימת בטענה של פגם מסוים היא הדרך של תקיפה ישירה, להבדיל מתקיפה עקיפה. בהתאם לכך אפשר שבית-המשפט יסרב להושיט בתקיפה עקיפה סעד שהוא היה מוכן להושיט בתקיפה ישירה.¹⁰⁰ אולם, וזאת ההתפתחות החשובה בעקבות ההלכה בדבר התוצאה היחסית, נראה שכיום בית-המשפט יהיה מוכן באופן עקרוני לבדוק בתקיפה עקיפה כל פגם המיוחס להחלטה המנהלית, מבלי להתייחס לסיווג אפשרי של הפגם, ולהחליט בדבר התוצאה של הפגם לגוף העניין, לפי נסיבות המקרה הנידון. לדעתי, הגיע הזמן שבית-המשפט גם יצהיר בלשון מפורשת שזאת ההלכה.

ההלכה המסדירה את התקיפה העקיפה היא דוגמה נוספת לנזק שתיאוריה מוטעית יכולה לגרום ולכוחה של תיאוריה נכונה לתקן את הנזק.

פרק ו: תיאוריזציה של כלל הסבירות

1. מקורו של כלל הסבירות

הסבירות היא עילה מקובלת לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות.¹⁰¹ עם זאת, היא עילה שנויה במחלוקת, אולי יותר מכל עילת ביקורת אחרת. למעשה, טוענים נגדה שהיא בלתי-סבירה. יתרה מזו, היא משמשת עילה רווחת לביקורת קשה על בית-המשפט עצמו. כך, יש הטוענים שבית-המשפט משתמש בעילה זו – ואולי אפילו יצר אותה – כדי להתערב בעניינים שלטוניים לא לו, ובעיקר בעניינים שראוי להניח אותם להחלטתן של הממשלה או הכנסת ללא מעורבות של בית-המשפט. זוהי ליבת הטענה בדבר משפטיוזציה. דוגמה מובהקת, המובאת לא פעם כאישוש לטענה, היא פרשת פיטוריו של שר הפנים לשעבר אריה דרעי: כאשר היועץ המשפטי לממשלה החליט להעמיד את דרעי לדין פלילי באשמה של קבלת שוחד, וראש הממשלה סירב להעביר את השר

לעיל ה"ש 82, בעמ' 689–692; ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 817, 859 (2003); בג"ץ 1890/10 פרח נ' משרד החינוך, התרבות והספורט, פס' 7 (טרם פורסם, 13.5.2010).
 100 ראו, לדוגמה, עניין הראל, לעיל ה"ש 82, בעמ' 646–650; ע"א 9379/03 צ'רני נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 822, 856 (2006).
 101 על המושג "סבירות" בעולם המשפט, ולא רק בתחום המשפט המנהלי, ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 250–254; ועל המושג "סבירות" במשפט המנהלי ראו שם, בעמ' 366–369.

מכהונתו בשל שיקולים פוליטיים, פסק בג"ץ כי החלטתו של ראש הממשלה היא בלתי-סבירה, וציווה עליו להעביר את השר מכהונתו בממשלה.¹⁰² הביקורת בעניין הסבירות, הגורסת כי עילה זו מאפשרת לבית-המשפט מעורבות-יתר בעניינים שלטוניים, נוהגת לייחס את לידתה של העילה במתכונת זו לפסק-הדין של השופט ברק במשפט דפי זהב משנת 1980.¹⁰³ אולם לדעתי, גם בעניין זה הביקורת אינה מבחינה כראוי בין שני הסוגים של תיאוריה: תיאוריה תיאורית ותיאוריה יצירתית. מדוע?

אין ספק שהסבירות החלה את דרכה כעילה לביקורת שיפוטית לא בשנות השמונים, אלא שנים רבות קודם לכן. כמו עילות ביקורת אחרות, היא נקלטה בישראל מן המשפט האנגלי. פסק-דין מנחה בעניין זה ניתן כבר בשנת 1951 במשפט **בינבוים**,¹⁰⁴ המסתמך על פסק-דין אנגלי שניתן בשנת 1898. במשפט זה התבקש בית-המשפט לפסול חוק-עזר עירוני שהטיל מס עסקים בתוקף למפרע. מהי סמכותו של בית-המשפט במקרה כזה? על כך השיב השופט אגרנט:

"דעתנו היא, כי מן הדין לבחון תמיד גם עניין זה – כמו עניין תוקפם של חוקי עזר בדרך כלל – לפי קנה-המידה, אם ההוראה הרטרופקטיבית היא בלתי הגיונית או בלתי מתקבלת על הדעת. כלומר, השאלה תהא, במקרים אלה, אם יש בה, בהוראה ממין זה – וכאן נוכל לנקוט לשונו של הלורד Russell במשפט *Kruse v. Johnson* (1898) 2 Q. B. D. 91, 99 – משום אי-צדק בולט, או משום התערבות כה קשה בזכויותיהם של אלה הנתונים למרותו של חוק העזר הנדון, עד כדי שאנשים בני דעת לא היו מצדיקים אותה, ובית המשפט היה נחלץ לומר: המחוקק מעולם לא התכוון שלחוק עזר כזה יינתן תוקף למפרע; ההוראה המביאה לתוצאה זו היא בלתי הגיונית ויש לראותה כבטלה ומבוטלת."¹⁰⁵

עילת הסבירות, כפי שהיא מוצגת בפסק-דין זה, מקנה לבית-המשפט סמכות בלתי-מוגבלת כמעט לפסול כל הוראה בחוק-עזר עירוני אם לפי שיקול-דעתו של בית-המשפט היא "בלתי הגיונית או בלתי מתקבלת על הדעת" או אם יש בה משום "אי-צדק בולט" או פגיעה "קשה" מאוד בזכות אדם. לא חלף זמן רב ובית-המשפט החיל עילה זו גם על תקנות של שרים בלשון רחבה לא פחות. וכך אמר השופט ברנזון בשנת 1959 במשפט **דיזנגוף**: "מבחן זה של סבירות, מה פירושו?... הייתי אומר, 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 שמעולם לא נתכוון המחוקק

102 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל).

103 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב).

104 בג"ץ 21/51 בינבוים נ' עיריית תל-אביב, פ"ד ו 375 (1952) (להלן: עניין בינבוים).

105 השופט אגרנט השתמש בביטוי "בלתי הגיונית או בלתי מתקבלת על הדעת". רק לאחר שנים אחדות השתמשו הביטויים "סבירות", "חוסר סבירות" ו"בלתי-סבירה" (שם, בעמ' 385–386).

לתת כוח כזה בידי השר. חקיקת-המשנה אינה מתקבלת על הדעת והיא מחוץ לתחום הסמכות.¹⁰⁶ אם כך לגבי חקיקת-משנה, קל וחומר כך לגבי החלטות מנהליות אחרות. אכן, הלכה למעשה הפעיל בית-המשפט את מבחן הסבירות בהיקף רחב זה כלפי החלטות מנהליות מכל הסוגים.¹⁰⁷

עילת הסבירות נקלטה במשפטה של ישראל כבר עם הקמת המדינה. היא נקלטה בהיקף רחב זה, בהבנה ובהסכמה, כעילת ביקורת נפרדת וראויה לצד עילות אחרות, כגון שיקולים זרים ומטרה פסולה.¹⁰⁸ אם כך, מה התרחש בשנות השמונים שגרם לשפיכת קיתונות של ביקורת על עילה זו מאז ועד היום?

טענה רווחת היא שבשנות השמונים הפכה עילת הסבירות את עורה. כיצד? לפי הטענה, בית-המשפט הוסיף אז לארגן כלי הביקורת השיפוטית עילה חדשה, המאפשרת לו ביקורת רחבה ועמוקה יותר, במסווה של עילת הסבירות הישנה והמוכרת לטוב. התוצאה היא, לפי טענה זו, שתחת הכותרת של עילת הסבירות חוסות כיום למעשה שתי עילות: עילת הסבירות הישנה, זאת שקיבלה ביטוי במשפט **בינבונים** ובמשפט **דיזנגוף** בשנות החמישים, ועילת סבירות חדשה, שקיבלה ביטוי במשפט **דפי זהב** משנות השמונים.

מהי, אם כן, עילת הסבירות ה"חדשה" שקיבלה ביטוי במשפט **דפי זהב**? השופט ברק הציג את העילה כך:

"על הרשות המינהלית לאזן את האינטרסים השונים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על-ידי המחוקק. איזון זה הוא סביר, אם הרשות המוסמכת נותנת את המשקל הראוי, כלומר, המשקל המתבקש על-פי פירושה של הנורמה החקיקתית אותה מבצעת הרשות המינהלית, לאינטרסים השונים הבאים בחשבון. איזון זה אינו סביר, אם הרשות המוסמכת אינה נותנת משקל ראוי לאינטרסים השונים. ושוב: על-פי פירושו של החוק, עשוי להיווצר מתחם של סבירות שבמסגרתו

106 עניין **דיזנגוף**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1039.

107 ראו, לדוגמה, עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 103. לעיתים בית-המשפט מדקדק וקובע כי מבחן הסבירות דורש חוסר סבירות "קיצוני", כלומר, שכדי לפסול החלטה אין די בחוסר סבירות "רגיל". לפי מבחן זה, לצורך פסילת החלטה נדרש שהחלטה תהיה בלתי-סבירה עד כדי כך ששום רשות סבירה לא הייתה מקבלת אותה. ראו, לדוגמה, עניין **דיזנגוף**, לעיל ה"ש 74. אולם בפועל, לא פעם פסל בית-המשפט החלטה מבלי לקבוע שהיא בלתי-סבירה באופן "קיצוני", ולמעשה אפשר להצביע על החלטות שנפסלו אף שלא היה אפשר לומר ביושר כי שום רשות סבירה לא הייתה יכולה לקבלן. נראה על-כן שנכון ומדויק יותר לומר כי מבחן הסבירות דורש שהחלטה תהיה מחוץ ל"מתחם הסבירות". פירושו של דבר, כפי שבית-המשפט הסביר לא פעם, שבכל מקרה קיים מתחם של סבירות, שיש בו מקום ליותר מהחלטה אחת, ובית-המשפט לא יפסול החלטה בשל חוסר סבירות אם היא נמצאת במתחם זה, גם אם היא אינה לטעמו. ראו, לדוגמה, עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 103, בעמ' 445.

108 על עילת הסבירות באופן כללי ראו רענן הר-זהב **המשפט המינהלי הישראלי** 473 (1996) (להלן: הר-זהב **המשפט המינהלי הישראלי**); שרגא ושחר **המשפט המינהלי – עילות ההתערבות**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 219; ברק-ארוז **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 723.

כל איזון אשר ייעשה על-ידי הרשות המינהלית יהא ראוי, שכן כל יחס בין האינטרסים השונים נופל למסגרת החקיקתית הקבועה על-ידי המחוקק. איזון שנעשה מחוץ לתחום זה הוא בלתי סביר, ובית המשפט יתערב בדבר.¹⁰⁹

אם כך, מה הבעיה הנובעת מעילת הסבירות ה"חדשה", כפי שבאה לידי ביטוי במשפט דפי זהב? אפשר לתת תשובה תמציתית מפיו של פרופ' יואב דותן. פרופ' דותן מציג את עילת הסבירות, כפי שנוסחה במשפט דפי זהב, ואומר:

"דוקטרינת הסבירות פותחה על מנת לענות על מגבלות של כלי ביקורת מיושנים יותר. אך היא עצמה מעוררת שורה של קשיים רציניים. בולטת לעין העובדה כי ביקורת 'סבירות' ההחלטה המנהלית, מאיימת באופן מוחשי ביותר על העיקרון הבסיסי ביותר של הביקורת השיפוטית: עקרון הריסון... אין כל קריטריון מקדמי, ברור וידוע, המנחה את השופט בקבלת החלטתו בדבר הסבירות. שהרי כפי שנאמר, בניגוד לעילות ביקורת אחרות, דוקטרינת הסבירות איננה קשורה לתשתית סטטוטורית מוגדרת, ואין שום כללים (בין כאלו שנעשו בידי המחוקק או בידי מחוקק המשנה) המכילים הנחיה של ממש לשופט בעת שהוא מחליט לגבי סבירותה של החלטה שלטונית. גם הנחיה שפותחה בפסיקת בתי המשפט עצמם לא קיימת בדרך כלל, שכן מבחן הסבירות תלוי תמיד 'בנסיבות העניין' ואלו משתנות ממקרה למקרה. מכאן מובן החשש כי המושג סבירות יהפוך כלי בידי השופטים להחליף בפועל – באצטלה של ביקורת 'משפטית' – את הרשות השלטונית המוסמכת בקבלת ההכרעות המדיניות והערכיות שהמחוקק העניק לה את הכוח לקבל."¹¹⁰

כדי לבחון טענה זו, ראוי לברר תחילה כיצד צמחה העילה ה"חדשה". התשובה היא שהעילה במתכונת שנוסחה במשפט דפי זהב לא נבטה בבית-המשפט, ולכן גם אין זה מדויק מבחינה עובדתית לומר כי היא פותחה על-ידי בית-המשפט כדי להתגבר על מגבלות של כלי ביקורת מיושנים יותר. היא צמחה באקדמיה במסגרת הרצאות על המשפט המנהלי שניתנו בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים בשנת התשכ"ד (1963–1964). במסגרת זו נעשה ניתוח תיאורטי של הפרקטיקה הקיימת בקשר לעילת הסבירות, ללא כוונה לשנות את הדין הקיים או להוסיף כלי ביקורת בידי בית-המשפט, אלא אך ורק מתוך רצון להבין ולהסביר את העילה ה"ישנה", שהייתה מקובלת למן שנות החמישים.

109 עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 103, בעמ' 445.

110 דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 67, בעמ' 23.

2. התיאוריה בדבר כלל הסבירות

הניתוח התיאורטי הציג שני צדדים (או שני סוגים) של עילת הסבירות: **מצד אחד**, עילת הסבירות היא עילת תוצאה. עילת תוצאה עשויה לפסול החלטה מנהלית מחמת התוצאה – כלומר, בשל ההחלטה עצמה או תוצאתה של ההחלטה – משום שהיא כשלעצמה בלתי-סבירה, ולא דווקא מחמת פגם מסוים בהליך שהוביל להחלטה, כגון שיקולים זרים או מטרה פסולה. אומנם, לא פעם אפשר להניח כי אי-הסבירות היא תוצאה של פגם מסוים בהליך, כגון שיקולים זרים או מטרה פסולה. אך לעיתים קרובות קשה להוכיח פגם כזה. לכן די בכך שההחלטה עצמה היא בלתי-סבירה על פניה לאפשר את פסילתה. אכן, עילת הסבירות מאפשרת לפסול החלטה משום שהיא "בלתי הגיונית או בלתי מתקבלת על הדעת" או "משום אי-צדק בולט" או בגלל "התערבות קשה" בזכות אדם, כלשונו של פסק-הדין במשפט **ביננבוים**, או משום שהיא "בלתי-הגיונית ובלתי-נסבלת" עד כדי כך שהיא יוצאת אל "מחוץ לתחום הסמכות", כלשונו של פסק-הדין במשפט **דיזנגוף**.¹¹¹ במקרים מסוג זה, אף שעילת הסבירות נראית עילה עצמאית לפסילת החלטה מנהלית, בפועל היא משמשת בעיקר הוכחה משתמעת לקיומה של עילה אחרת, כגון שיקולים זרים או מטרה פסולה. אפשר אולי לומר כי במקרים מסוג זה עילת הסבירות אינה עילה ראשית, אלא עילה משנית.

אולם יש גם **סוג שני** של מקרים שבהם בית-המשפט עשוי לפסול החלטה מנהלית בעילת הסבירות. מהו סוג זה? ייתכן שרשות מנהלית תשקול שיקולים ענייניים בלבד ותכוון את דעתה למטרה כשרה, וההליך המנהלי לא יהיה פגום מחמת שום עילה אחרת, ובכל-זאת החלטת הרשות תהיה בלתי-סבירה באופן קיצוני. כיצד, אם כן, הגיעה הרשות המנהלית להחלטה בלתי-סבירה כל-כך? ניתן להסביר זאת בכך שהרשות, אף ששקלה רק שיקולים ענייניים, נתנה לאחד השיקולים משקל בלתי-סביר, כלומר, משקל כבד באופן קיצוני או משקל קל באופן קיצוני, וכתוצאה מכך התקבלה החלטה בלתי-סבירה באופן קיצוני.

הנה דוגמה קיצונית. חוק מסוים קובע כי רשות מנהלית, שסמכותה לתת רשיונות לנהיגה במונית, רשאית למנוע רישיון כזה מאדם שיש לו "עבר פלילי". נניח שהרשות דוחה בקשה לרישיון כזה משום שמבקש הרישיון נמצא אשם פעם אחת, לפני שנים אחדות, בעברת חניה או אפילו בעבירה של נהיגה במהירות מופרזת. אומנם עבר פלילי הוא שיקול ענייני אצל הרשות, אך הרשות חייבת לתת לשיקול זה משקל הולם, ולאזן אותו כראוי כנגד שיקולים ענייניים אחרים. אם הרשות מסרבת לתת רישיון על יסוד שיקול זה, תוך שהיא נותנת משקל שולי לשיקולים ענייניים אחרים, כגון השיקול של חופש העיסוק, ברור שהיא נותנת משקל לא-ראוי – ואפשר גם לומר משקל בלתי-סביר – לשיקול ענייני. התוצאה של מתן משקל לא-ראוי לשיקול ענייני יכולה להיות החלטה בלתי-סבירה. במקרה מסוג זה יש לומר כי פסילת החלטה מחמת חוסר סבירות אינה נובעת מעילה אחרת, כגון התחשבות בשיקולים זרים או התעלמות משיקולים ענייניים,

111 על עניין **ביננבוים**, לעיל ה"ש 104, ועל עניין **דיזנגוף**, לעיל ה"ש 74, ראו לעיל בתת-פרק 11.

אלא נובעת ממתן משקל לא-ראוי לשיקול ענייני או מאיזון לא-ראוי בין השיקולים הענייניים. אומנם בדרך-כלל קשה, ואולי אף אין זה אפשרי, להוכיח מה בדיוק היה המשקל שנתנה הרשות לכל שיקול ענייני, וכיצד בדיוק היא איזנה בין השיקולים הענייניים. אולם עצם ההחלטה שהתקבלה, בהיותה בלתי-סבירה על פניה, יכולה להעיד שגם אם ברור ומוסכם כי הרשות התבססה על שיקולים ענייניים בלבד, המשקל שנתנה או האיזון שערכה היו פגומים.¹¹²

לפי תיאוריה זו, שני סוגים אלה נכללים בעילת הסבירות. אין בהם "ישן" ו"חדש". שניהם היו קיימים זה לצד זה מאז ומתמיד. התיאוריה המבחינה ביניהם לא נועדה ליצור כלל חדש או לשנות כלל ישן, אלא רק להסביר, כפי שהאקדמיה נוהגת, פרקטיקה קיימת. לא חלפו אלא שנים מעטות עד שבית-המשפט אימץ לעצמו תיאוריה זו. הוא עשה זאת בפעם הראשונה בשנת 1976 במשפט דקה.¹¹³ וכך אמר שם השופט שמגר:

"ניתן לומר כי בדרך-כלל מתבטא חוסר-הסבירות בתופעות שיש להן גם קיום עצמאי כעילות העלולות, בנסיבות נתונות, לפגום בתקפה של תקנה; כוונתי לכך שחוסר-הסבירות מתבטא תדירות באפליה פסולה, בהבאה בחשבון של שיקולים הזרים לעניין, באי-הבאה בחשבון של שיקול מטריאלי וכדומה... אולם למרות העובדה שאי-הסבירות מוצאת ביטוי, בעיקרה, בתופעות אשר להן גם קיום עצמאי כמדדים על-פיהם נבחנים שיקולים של רשות סטטוטורית, יכולה אי-הסבירות גם להתגלות כאשר היא בגפה: לדוגמה, יכול שייווצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטרילית שיקול זה, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לעניין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי-סבירה לחלוטין."¹¹⁴

הדברים התקבלו בשקט, וכנראה גם בהסכמה. בעצם, מדוע לא? הרי ברור על פניהם שהם נאמרו רק כתיאוריה המסבירה את הפרקטיקה. כך היה במשך שנים אחדות, עד שאותם דברים נאמרו פעם נוספת במשפט דפי זהב, ואז הם עוררו סערה, שלא חלפה עד היום. במשפט זה עמדה למבחן החלטה של רשות השידור לחדש זיכיון לפרסומת משודרת בקול ישראל לתקופה נוספת. הטענה שהועלתה לפני בית-המשפט הייתה שהחלטת הרשות לחדש את הזיכיון מבלי לקיים מכרז בנוגע לזיכיון היא בלתי-סבירה במידה שמצדיקה את ביטולה. מבחינת התוצאה, כל השופטים הסכימו שהחלטת הרשות אינה בלתי-סבירה במידה המצדיקה את ביטול ההחלטה. עם זאת, מבחינה עקרונית,

112 ראו יצחק זמיר משפט מינהלי – רשימות לפי הרצאות שניתנו בשנת תשכ"ד-1964 כרך א 140 (גדעון קריב ואמנון שור עורכים, התשל"ג).

113 בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94 (1976).

114 שם, בעמ' 105.

נחלקו השופטים בדעותיהם לגבי מהותה של עילת הסבירות. השופט ברק הציג ארבע "פרופוזיציות" שונות המרכיבות את העילה, וסיכם את עמדתו כך:

"לעתים קרובות זוזר וקשור חוסר סבירות בעילת פסלות נוספת, כגון שחוסר הסבירות גורר אחריו שרירות... או הפליה... עם זאת, מקובל על בית-משפט זה, כי עילת חוסר הסבירות עומדת על רגליה היא, ואין היא חייבת להשתזר בעילה אחרת, ואין היא חייבת להביא לגיבושה של עילת פסלות אחרת..."¹¹⁵

מתי, אם כן, עילת הסבירות היא עילה עצמאית, ה"עומדת על רגליה היא" ללא קשר או היוקקות לעילות אחרות, כגון שרירות או הפליה? התשובה: כאשר הרשות המנהלית כשלה במתן משקל ראוי לשיקולים הענייניים ובאיזון ראוי בין שיקולים אלה, עד כדי כך שהחלטתה יוצאת אל מחוץ למתחם הסבירות. כדברי השופט ברק: "במסגרת מבחן הסבירות נבחנת גם השאלה, אם הרשות המינהלית איזנה כראוי אינטרסים שונים הראויים להישקל".¹¹⁶ השופטת בן-פורת הסכימה עם השופט ברק,¹¹⁷ אך הנשיא לנדוי הסתייג ואמר: "אני ירא מאי-ההבנות שהשימוש במושג הסבירות בהקשר זה עלול להוליד".¹¹⁸ הוא ציין כי ההלכה הקיימת מאפשרת לבטל החלטה מנהלית אם היא בלתי-סבירה עד כדי כך שאפשר לומר עליה שהיא שרירותית, או אם היא התקבלה על יסוד שיקולים שאינם שייכים לעניין, והוסיף: "די לנו בנוסחאות מקובלות אלה, ואין להוסיף עליהן נוסחה חדשה בדבר מתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל – נוסחה העלולה לערב את בית המשפט בכדיקת תבונתה ויעילותה של החלטה המינהלית."¹¹⁹

האם ביקש השופט ברק בפסק-דין זה לחדש הלכה בעניין הסבירות באופן שיאפשר לבית-המשפט להתערב מכאן ולהבא בעניינים שמהם התנזר קודם לכן? האם בפועל עשה זאת השופט ברק? התשובה לשתי השאלות שלילית. השופט ברק הביא שורה של פסקי-דין ישנים וחשובים נוסף על פסק-הדין של הנשיא שמגר במשפט דקה (לעיל), ובכלל זה גם פסיקה של השופט לנדוי, שבהם פסל בית-המשפט החלטות מנהליות אך ורק מחמת איזון לא-ראוי בין שיקולים ענייניים, אף שלא ציין את עילת הסבירות בלשון מפורשת.¹²⁰ השופט ברק ציין שכך נוהג גם בית-המשפט באנגליה. ברור, אם כן, שהשופט ברק לא ביקש להמציא כלל חדש או לשנות כלל ישן, אלא רק לתאר ולהסביר

115 עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 103, בעמ' 438–439.

116 שם, בעמ' 445.

117 שם, בעמ' 449–450.

118 שם, בעמ' 431.

119 שם, בעמ' 432.

120 שם, בעמ' 445–446. אחד מאותם פסקי-דין הוא פסק-הדין הידוע של השופט אגרנט בעניין "קול העם", לעיל ה"ש 10. פסק-דין נוסף הוא פסק-הדין הידוע של השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407 (1962). בפסקי-דין אלה בוטלו החלטות מנהליות משום שלא נהנו משקל ראוי לחופש הביטוי.

פרקטיקה מבוססת.¹²¹ אין תמה, על-כן, שהתיאוריה שהציג השופט ברק במשפט דפי זהב התקבלה בפסיקה, ובית-המשפט חזר עליה פעמים רבות מספור, ואין ספק שהיא מבטאת את ההלכה המקובלת מאז ועד היום.¹²²

עם זאת, המחלוקת העקרונית שבאה לידי ביטוי בפסקי-הדין של הנשיא לנדוי, מצד אחד, ושל השופט ברק, מצד אחר, לא ירדה מעל סדר-היום הציבורי מאז ועד היום. הנשיא לנדוי לא השלים עם ההלכה כפי שנוסחה על-ידי השופט ברק במשפט דפי זהב, ובצעד יוצא-דופן מתח עליה ביקורת בכתב-עת משפטי.¹²³ רבים וטובים הצטרפו לביקורת זו – בספרים, במאמרים ובהתבטאויות אחרות בעיתונות הכתובה ובעיתונות המשודרת.¹²⁴ היא מזינה, מעבר לעניין הסבירות, ביקורת קשה על מעמדו ותפקודו של בית-המשפט העליון, ואף מועלית מדי פעם כמעט לצמצום סמכותו של בית-המשפט, במטרה להפחית את מעורבותו בעניינים שלטוניים שונים.

קשה להבין את המחלוקת שבין הנשיא לנדוי לבין השופט ברק, וקשה עוד יותר להבין את הביקורת הרווחת על עילת הסבירות. לדעתי, עמדתו של הנשיא לנדוי לוקה בכך שהוא ראה את פסקי-הדין של השופט ברק כאילו הוסיף עילת ביקורת חדשה שלא הייתה קיימת עד אז, ומכיוון שכך, הציג את השאלה המתבקשת אם יש בכלל צורך בעילה חדשה. אולם מכיוון שהשופט ברק לא התיימר להמציא עילה חדשה, ובפועל לא הוסיף עילה חדשה, אלא רק תיאוריה המסבירה פרקטיקה קיימת, השאלה שניתן וראוי להציג היא אם התיאוריה נכונה, להבדיל מן השאלה אם יש צורך בעילה חדשה. אכן, הנשיא לנדוי עצמו, במחשבה שנייה, לאחר שקרא את פסקי-הדין של השופט ברק, אמר דברים שמשטטים – אם לא מבטלים – את המחלוקת ביניהם. וכך אמר הנשיא לנדוי "אחרי העיון בחוות דעתו" של השופט ברק:

- 121 בעניין דפי זהב, לעיל ה"ש 103, בעמ' 437, ציין השופט ברק שכל "הפרופוזיציות" העולות מן הפסיקה לגבי עילת הסבירות, ובהן גם זאת בדבר איזון האינטרסים, "לא רק שהן משקפות, לדעתי, את המשפט המצוי, אלא הן מהוות אף הסדר רצוי בתחום המשפט המינהלי". ראו גם איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 291 (1982). במאמר זה מציג פרופ' זמיר את תולדותיה ומהותה של עילת הסבירות, מנתח את המחלוקת בין הנשיא לנדוי לבין השופט ברק במשפט דפי זהב, ומציג את מסקנתו בעניין הנידון בפתח המאמר: "אינני סבור שבפסק הדין בעניין דפי זהב פותחה דוקטרינה חדשה כלשהי, אלא נעשה בה ניסיון לנתח ולגבש עילת ביקורת קיימת."
- 122 על עילת הסבירות באופן כללי ראו הר-זהב **המשפט המינהלי הישראלי**, לעיל ה"ש 108, בעמ' 473; שרגא ושחר **המשפט המינהלי – עילות ההתערבות**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 219; ברק-ארז **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 723.
- 123 משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" **עיוני משפט** יד 5 (1989).
- 124 ראו, בין היתר, מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 102, 107 (1982); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" **תיאוריה וביקורת** 5, 25, 27–25 (1994); אשר מעוז "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית-משפט" **פלילים** ח 389, 401 (1999); גביוון, לעיל ה"ש 67, בעמ' 88–90; יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – מאמרים** חלק א 417, 419 (טובה אולשטיין עורכת, 2003); ברק-ארז **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 767.

"נראה לי, שלמעשה עמדותינו אינן כה מנוגדות, ושהמחלוקת מתמצית במידה רבה בעניין שבמינוח: אם אמנם לא בסבירות ההחלטה המדובר אלא בסבירות הרשות המינהלית המחליטה, ואם אמנם קיים 'מתחם של סבירות', ואם מידת הסבירות בהקשר זה אינה כמידת הסבירות הידועה לנו מדיני נזיקין, כי אז פג החשש, שמא יובנו הדברים שלא כהלכה, כאילו החלטה מינהלית תבוטל כל אימת שהשופט הפוסק ימצא בה פגם של חוסר סבירות כמשמעות המונח הזה בלשון בני-אדם."¹²⁵

אולם גם אם המחלוקת בין השופטים ירדה מרמה של מחלוקת עקרונית לרמה של מחלוקת מינוחית, ואף ש"פג החשש, שמא יובנו הדברים שלא כהלכה", עדיין לא נתקררה דעתו של הנשיא לנדוי ולא נסתלקה הסתייגותו, והיא באה לידי ביטוי מייד בהמשך דבריו: "עדיין עומד אני על דעתי שניתן למנוע סכנת אי-הבנות, שמפניה אני חושש, אם נסתפק בקטגוריות שהיו מקובלות עד כה כעילות לפסילת החלטה מינהלית."¹²⁶

מסתבר כי הנשיא לנדוי הוטרד עדיין מחשש כפול. ראשית, נראה שהוא סבר עדיין כי פסק-הדין של השופט ברק יוצר "קטגוריה" חדשה כעילה לפסילת החלטות מנהליות. אם אכן כך, אזי זאת טעות, לדעתי: אין יסוד עובדתי לומר כי פסק-דין זה יצר קטגוריה "חדשה" של עילת ביקורת שיפוטית.¹²⁷ שנית, נראה שהוא חשש מעצם התיאוריה, גם אם היא אינה יוצרת "קטגוריה" חדשה, מפני שיש בה הכללה שעלולה להיראות כאילו היא יוצרת כלל חדש, ובכך היא יוצרת "סכנת אי-הבנות".¹²⁸ חשש כזה אופייני לשופטים מבית-היצר של המשפט האנגלי, אשר רגילים לפיתוח המשפט באופן פרטני, ממקרה מוחשי אחד למקרה מוחשי נוסף, ולכן חושדים בכל תיאוריה, משום שהיא מציעה כללים מופשטים. אולם לדעתי, "סכנת אי-הבנות" אינה גדולה בדרך-כלל, ובוודאי אינה גדולה בתחום המשפט המנהלי יותר מאשר בתחום משפטי אחר, ומכל

125 עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 103, בעמ' 432-433.

126 שם, בעמ' 433.

127 גם באנגליה השמרנית של אמצע המאה העשרים, שממנה קלט המשפט הישראלי את עילת הסבירות, וכך באנגליה עד היום, לעילת הסבירות נודעת משמעות כפולה: ראשית, היא יכולה לשמש הוכחה משתמעת לעילת ביקורת אחרת, כגון שיקולים זרים או מטרה פסולה; שנית, היא יכולה לשמש עילה עצמאית, גם בהעדר עילה אחרת, כאשר ההחלטה המנהלית כשלעצמה היא בלתי-סבירה באופן קיצוני. ראו: PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 532 (6th ed. 2008).

128 ראו את דבריו של הנשיא לנדוי בעניין דפי זהב, לעיל ה"ש 103, בעמ' 432: "לי נראה, שמוטב, כי נלך גם להבא בסוגיה רגישה זו מן הפרט אל הפרט, ללא הכללות חדשות העלולות אך לעורר תקוות שווא בלב האזרח, שלא בא על סיפוקו בהחלטה מינהלית..." אכן, ברור כי אין זה ראוי שבית-המשפט יציג הכללה לפני שהלך מפרט לפרט וצבר מספיק פרטים שעליהם ניתן לבסס הכללה. אך לדעתי, בשאלת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית נצברו מספיק פרטים בפסקי-דין שניתנו במשך שנים רבות, באופן שיש בו כדי להצדיק – ולטעמי אף לדרוש – הכללה. ההכללה בעניין דפי זהב הייתה מבוססת לא רק על היגיון משפטי, אלא גם על ניסיון שיפוטי ממושך.

מקום אינה שקולה כנגד התועלת הטמונה בהכללה – בתחום המשפט המנהלי כמו בכל תחום משפטי אחר. ויתור על "הכללה" בגלל "סכנת אי-הבנות" הוא כמובן ויתור על מכשיר חשוב ומועיל לפיתוח המשפט.

זאת ועוד, נכון שבדרך-כלל מצב פרטני, שאינו כפוף להכללה, נוח יותר לבית-המשפט, משום שיש בו מידה רבה יותר של חופש פעולה, ועל-פי-רוב חובת ההנמקה המוטלת על בית-המשפט קלה יותר. כך הדבר גם בנוגע לעילת הסבירות. לפי ההלכה ה"ישנה", כפי שנוסחה במשפט **בינבויים** ובמשפט **דיזנגוף**,¹²⁹ די היה בכך שפסק-דין המבטל החלטה מנהלית מחמת חוסר סבירות ייתן הנמקה האומרת באופן לקוני וסתמי כי בנסיבות המקרה, לדעתו של בית-המשפט, ההחלטה המנהלית בלתי-סבירה או בלתי-צודקת באופן קיצוני. אבל במקרה כזה השאלה מתעוררת מעצמה: מה עושה את ההחלטה בלתי-סבירה או בלתי-צודקת כל-כך? בית-המשפט לא היה צריך לפרט או להסביר. בעל-הדין נדרש לסמוך בעיניים עצומות על חוש המומחיות של בית-המשפט. אולם פסק-דין כזה נראה שרירותי, אינו משכנע ואינו מעורר אמון, ומכל מקום אינו מקיים מבחינה מהותית את חובת ההנמקה. לחובת ההנמקה נודעת חשיבות ממדרגה ראשונה. היא מוטלת על בית-המשפט גם כדי להוביל אותו אל פסק-דין מבוסס ורציונלי, וגם כדי להראות לבעלי-הדין, למוסד המוסמך לבקר את פסק-הדין ולציבור הרחב שפסק-הדין אכן מבוסס ורציונלי. בשל חשיבות ההנמקה היא הוטלה במקרים רבים כחובה גם על עובדי ציבור, אם על-ידי החוק לתיקון סדרי המנהל ואם על-ידי בית-המשפט.¹³⁰ עובד ציבור לא יצא ידי חובת ההנמקה אם יבסס החלטה באופן סתמי על תחושה אישית שההחלטה סבירה או צודקת או שבקשת האזרח בלתי-סבירה או בלתי-צודקת. בית-המשפט יפנה אל עובד הציבור דרישה לנמק מה עושה את ההחלטה או את הבקשה לסבירה או בלתי-סבירה, לצודקת או לבלתי-צודקת: אילו שיקולים הביא בחשבון וכיצד איזן בין השיקולים? דרישה זו מופנית אל עובד הציבור הן לגבי שיקול-הדעת שהפעיל והן לגבי הנמקת ההחלטה שנתן. דרישה כזאת בית-המשפט צריך להפנות גם כלפי עצמו. הוא צריך להסביר קודם-כל לעצמו, ולאחר-מכן גם לכל המעוניין באמצעות פסק-הדין, מתי ומדוע ניתן לפסול החלטה מחמת חוסר סבירות. מהו התהליך ומהו ההיגיון המובילים את בית-המשפט למסקנה שהחלטה מנהלית היא בלתי-סבירה? פסקי-הדין במשפט **בינבויים** ובמשפט **דיזנגוף**, ופסקי-הדין שהלכו בעקבותיהם, לא נתנו תשובה. הם הסמיכו את בית-המשפט לתת תשובה באופן פרטני, בכל מקרה לפי נסיבותיו, בהתאם לתפיסת הסבירות או הצדק של השופט, ללא צורך בהסבר נוסף. אפשר אולי להסתפק בתשובה כזאת בשלב היולי של המשפט. אולם בשלב מתקדם יותר המשפט צריך לתת תשובה בדרך של הכללה, והכללה היא תוצר טבעי של

129 על פסקי-הדין בעניין **בינבויים**, לעיל ה"ש 104, ובעניין **דיזנגוף**, לעיל ה"ש 74, ראו לעיל בתת-פרק 11.

130 על חובת ההנמקה המוטלת על עובדי ציבור ראו זמיר **הסמכות המינהלית**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1269.

תיאוריה. פסק־הדין בעניין **דפי זהב** התמודד עם השאלה והציע תיאוריה שסיפקה את התשובה. לדעתי, התיאוריה שהוצעה נכונה, והתשובה שניתנה טובה.

אם התשובה שניתנה בפסק־הדין בעניין **דפי זהב** נפסלת, משום שיש בה הכללה או בגלל טעם אחר, מה נותר? נותרה ההלכה ה"ישנה", כפי שנוסחה במשפט **בינבונים** ובמשפט **דינגוף**. הלכה זו משאירה את החלטה בעניין הסבירות לחוש המומחיות של בית־המשפט, ללא הסבר מה עושה החלטה לבלתי־סבירה. היא גם משאירה ללא תשובה את השאלה אם ניתן לפסול החלטה אשר אין בה שיקולים זרים אך המשקל שניתן בה לשיקול ענייני ומרכזי היה בטל בשישים. מצד אחד, השכל הישר מחייב שיהיה אפשר לפסול החלטה במקרה כזה, שהרי מתן משקל מזערי או אפילו סמלי לשיקול מרכזי הוא מעשה קרוב מאוד, מבחינה הגיונית ומעשית, להתעלמות משיקול ענייני. מצד אחר, אם ניתן לפסול החלטה במקרה כזה, אזי כיצד ניתן להסביר את הפסילה אם לא בפגם של איזון לא־ראוי בין השיקולים הענייניים, כפי שנאמר בפסק־הדין בעניין **דפי זהב**?

עם זאת, חשוב להבהיר: התיאוריה שהוצעה בפסק־הדין בעניין **דפי זהב** אינה מחסנת את בית־המשפט מפני ביקורת בנושא הסבירות. ביקורת כזאת היא לא רק לגיטימית, אלא גם רצויה. אולם טעות היא לבסס את הביקורת על כשל בהבנת פסק־הדין בעניין **דפי זהב**, כאילו הוא יצר עילת ביקורת חדשה שנועדה להרחיב – או להרחיב בפועל – את מעורבותו של בית־המשפט בהחלטות שלטוניות. ביקורת כזאת לא רק מוטעית, אלא גם מסיטה את הדיון מן השאלה הנכונה, ובכך גם פוגעת באפקטיביות של הדיון. הביקורת צריכה להתמקד בשאלה האמיתית והחשובה: האומנם בית־המשפט מרבה בתקופה האחרונה להתערב בעניינים שלטוניים שאינם מתאימים למעורבות של בית־משפט? אכן, אפשר לטעון שבית־המשפט הולך בתקופה האחרונה בדרך של "אקטיביזם שיפוטי". הטענה היא שדרך זו אינה ראויה. לדעתי, הטענה מוטעית.¹³¹

אולם גם אם נניח שהיא נכונה, אין לייחס זאת לתיאוריה בדבר הסבירות, כפי שהוצגה בפסק־הדין בעניין **דפי זהב**, או להלכה ה"חדשה" הנובעת מתיאוריה זו. הרי ברור שבית־המשפט היה יכול ללכת באותה דרך, ואף ביתר קלות, ללא פסק־הדין בעניין **דפי זהב**, תוך שהוא מסתמך על ההלכה ה"ישנה", כפי שנפסקה במשפט **בינבונים** ובמשפט **דינגוף**. לשון אחר, התערבותו של בית־המשפט בכל החלטה שלטונית אפשרית לפי ההלכה ה"ישנה" לא פחות – ואולי אף יותר – מאשר לפי ההלכה ה"חדשה".¹³² משמע,

131 נכון שהביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי התפתחה והתרחבה במשך השנים – לא רק משנות השמונים, אלא באופן הדרגתי ורצוף מהקמת המדינה. זאת התפתחות טבעית של המשפט, הנובעת במידה רבה מהתפתחות חברתית, והיא דומה להתפתחותה של הביקורת השיפוטית בדמוקרטיאות אחרות. ככלל זו התפתחות חיובית, לדעתי. ראו, לדוגמה, לגבי המצב באנגליה, שמקובל לראות בה מודל של שמרנות: Jeffrey Jowell, *Administrative Law*, in THE BRITISH CONSTITUTION IN THE TWENTIETH CENTURY 373, 387 (Vernon Bogdanor ed., 2004): "...the position had been reached where virtually no state power was unreviewable. And the courts were increasingly ready to extend their categories of review"

132 דוגמה לכך היא פרשת פיטוריו של שר הפנים דרעי, שמקובל להציגה כמקרה מובהק של התערבות לא־ראויה מצד בית־המשפט, בעילה של חוסר סבירות, בהחלטה שלטונית בעלת אופי פוליטי. ראו

השאלה אם ראוי לבית-המשפט להתערב בהחלטה שלטונית מסוימת אינה תלויה בהלכה, אלא במדיניות השיפוטית. לכן, אם יש ביקורת על בית-המשפט בעניין זה, יש להפנותה לא להלכה בדבר הסבירות, אלא למדיניות השיפוטית. לצורך זה יש לבדוק את המדיניות השיפוטית כפי שהיא מיושמת ממקרה למקרה, ושום תועלת לא תצמח מביטול ההלכה ה"חדשה".

מעבר לכך, לדעתי גם אין זה נכון לומר כי ההלכה ה"חדשה", כפי שנוסחה במשפט **דפי זהב**, הובילה למעשה (גם אם ללא כוונה תחילה) למעורבות גוברת של בית-המשפט בהחלטות שלטוניות בעלות אופי פוליטי. ראשית, אין זה נכון לומר כי לפני משפט **דפי זהב** לא התערב בית-המשפט, בעילה של חוסר סבירות, אלא בהחלטות מנהליות ברמה נמוכה או בהחלטות נטולות אופי פוליטי.¹³³ שנית, בפועל, לאחר משפט **דפי זהב**, בית-המשפט אינו מבטל החלטות מחמת חוסר סבירות אלא במקרים מעטים, ולדעתי אין יסוד לומר שלאחר משפט זה הוא הרחיב את מעורבותו בהחלטות שלטוניות. הנה כך אומר פרופ' דותן:

"קיימים לא מעט תחומי ביקורת שבהם מושג הסבירות לא שינה הרבה את התמונה הכללית של ריסון שיפוטי מוגבר. הכוונה בעיקר לתחומים של ביקורת בג"ץ על החלטות בתחום של מדיניות תכנון, תקצוב, כלכלה, הענקת זיכיונות ורישיונות וכיו"ב החלטות שאינן נושאות עמן ממד 'קונסטיטוציוני' מובהק. דומה, למרות שאין בידינו נתונים שיטתיים, כי המספר היחסי של החלטות ההתערבות בתחומים אלו לא גדל... יוצא, שהחשש שפיתוח העילה יוביל בהכרח להתמוטטות כוללת – הלכה למעשה – של מסורת הריסון השיפוטי – לא אומת עד כה."¹³⁴

עניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 102. במשפט זה, כזכור, קבע בית-המשפט כי החלטתו של ראש הממשלה לא להעביר מכהונתו את שר הפנים, אף שהלה נחשד בקבלת שוחד, היא בלתי-סבירה ולכן גם פסולה. לדעתי, ברור לגמרי שבית-המשפט, לאחר שראה לנכון לפסול את החלטת ראש הממשלה, לא נזקק כלל לפסק-הדין בעניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 103, אלא היה יכול לבסס את פסילת ההחלטה על פסק-הדין בעניין **בינבוים**, שאפשר פסילת החלטה אם היא "בלתי הגיונית או בלתי מתקבלת על הדעת", או על פסק-הדין בעניין **דיזנגוף**, שאפשר פסילת החלטה אם היא "בלתי הגיונית ובלתי נסבלת". על פסק-הדין בעניין **בינבוים**, לעיל ה"ש 104, ובעניין **דיזנגוף**, לעיל ה"ש 74, ראו לעיל בתת-פרק 11.

133 ראו, לדוגמה, עניין **"קול העם"**, לעיל ה"ש 10, שם ביטל בית-המשפט החלטה בעלת אופי פוליטי של שר הפנים משום שאיזון האינטרסים שערך השר היה פסול, שכן השר לא נתן לשיקול של חופש הביטוי את המשקל הראוי. בכך הפעיל בית-המשפט, מבחינה מהותית, את עילת הסבירות. ראו גם ע"פ 217/68 **יוראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד כב(2) 343 (1968), שם דן בית-המשפט בהחלטה של עירייה לאסור פתיחת תחנות דלק בשבת, שהייתה לה חשיבות רבה במישור החברתי ובמישור הפוליטי, וביטל אותה מחמת חוסר סבירות, שכן ההחלטה הייתה בגדר "נטל שאין הציבור יכול לעמוד בו".

134 דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 67, בעמ' 25. פרופ' דותן מוסיף כי בתחומים מסוימים

גם אין יסוד לומר שפסק-הדין בעניין דפי זהב הרחיב את שיקול-הדעת שעילת הסבירות מקנה לבית-המשפט. אולי אפילו להפך, שכן פסק-הדין מנחה את בית-המשפט לא להסתפק בחוש המומחיות כאשר הוא פוסק כי החלטה מסוימת היא בלתי-סבירה, אלא לברר קודם-כל לעצמו, ולאחר-מכן גם להסביר בפסק-הדין, מדוע ההחלטה בלתי-סבירה, כלומר, לציין מהם האינטרסים הלגיטימיים (או השיקולים הענייניים) המעורבים בעניין הנידון ומהו האיזון הראוי בין אינטרסים אלה. צורך זה לברר, לאזן ולנמק את פסילת ההחלטה בשל חוסר סבירות, או את דחיית העתירה, משפר את הליך השפיטה ועושה את פסק-הדין לסובייקטיבי וסתום פחות ולרציונלי ומובן יותר.

אכן, נותר עדיין בידי בית-המשפט שיקול-דעת רחב בשאלת הסבירות. אולם לא זו בלבד ששיקול-דעת זה אינו רחב יותר משיקול-הדעת שהיה בידי בית-המשפט בשאלה זו מאז ומתמיד, הוא אף אינו רחב יותר משיקול-הדעת המוקנה לבית-המשפט בעילות אחרות שאין עליהן עוררים. לדוגמה, לבית-המשפט נתון שיקול-דעת רחב גם בשאלת תכליתו של החוק (מהי תכלית החוק המכתיבה את השיקולים הענייניים של הרשות?), בשאלת השיקולים הענייניים (מהם השיקולים הענייניים של הרשות לאור תכלית החוק?) ובשאלת המידתיות (למשל, אם הנזק שההחלטה המנהלית תגרום שקול כנגד התועלת הטמונה בה?).

קיצורו של דבר, פסק-הדין בעניין דפי זהב לא עשה את מה שהביקורת הרווחת על עילת הסבירות מייחסת לו. הוא רק הציג תיאוריה המסבירה את הפרקטיקה שנהגה קודם לכן. בכך, כדרכה של תיאוריה, הוא קידם את המשפט: הוא עשה את כלל הסבירות למובן, הגיוני וצפוי יותר, כפי שנדרש מכלל משפטי.

פרק ז: תיאורטיזציה של כללים נוספים

תהליך התיאורטיזציה לא פסח על כללים נוספים בתחום המשפט המנהלי. גם לגבי כללים אלה, אף שהתיאוריה ביקשה לתאר את הפרקטיקה, לא פעם היא נתפסה בטעות כאילו היא קובעת כלל חדש ומשנה את הפרקטיקה.

כך קרה, לדוגמה, לתיאוריה בדבר ניגוד עניינים. תיאוריה זו הוצגה על-ידי השופט ברק בפסק-הדין בעניין **סיעת הליכוד**.¹³⁵ פסק-דין זה דיבר לראשונה על הכלל בדבר

עשה בג"ץ שימוש רב יותר בעילת הסבירות – "בעיקר התחומים של אכיפת נורמות ציבוריות ועקרונות של שמירת החוק על הסקטור המנהלי, הפוליטי והמפלגתי", ובכלל זה בתחום המינויים למשרות ציבוריות (שם). השאלה אם התערבות בג"ץ בתחומים אלה מוצדקת שנויה במחלוקת. לדעת, בתמונה הכוללת, התשובה חיובית. ראו גם מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 165, 187–193 (התש"ס).

135 בג"ץ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקה נ' מועצת עיריית פתח-תקה**, פ"ד (2) 566 (1980).

ניגוד עניינים – הוא הסביר את תכליותיו של הכלל, ניתח את יסודותיו (ובכלל זה את ההבחנה בין ניגוד אישי לבין ניגוד מוסדי) והציג את החריגים לו. זהו, ללא ספק, פסק-דין מנחה. לכן גם מתייחסים אליו לא פעם כאילו הוא קבע כלל חדש, הוא הכלל בדבר ניגוד עניינים. אך בפועל הוא עושה תיאורטיזציה לכלל ישן, הוא הכלל הידוע בדבר משוא-פנים: הוא מציג את הכלל הישן בלבוש חדש, ובכלל זה מעניק לו שם חדש, מתאים יותר מן השם הישן. אין הוא מבטל בכך את הפסיקה הקודמת שניתנה תחת הכותרת של "משוא-פנים", ואין הוא פותח דף חדש, ריק מן הפסיקה הקודמת. להפך, הפסיקה הקודמת אמורה להשתבץ בתוך הדף שהתיאוריה פתחה, כמו גזירים המשתבצים בתצורה ובכך יוצרים תמונה שלמה וברורה.¹³⁶

פסק-הדין של השופט שמגר במשפט **ברגר** הוא דוגמה נוספת.¹³⁷ פסק-דין זה מציג "שלבים בסיסיים חיוניים" של הליך מנהלי: מנקיטת עמדה על-ידי הרשות המנהלית בשאלת הצורך בהפעלת סמכותה, דרך איסוף נתונים ובדיקת משמעותם, ועד מתן החלטה מנומקת. פרופ' דותן מכנה זאת "הבניה רציונלית של הליכי קבלת החלטות", ואומר: "דרישת ההבניה הרציונלית היא, כאמור, דוקטרינה שיפוטית חדשה יחסית, היא אינה מופיעה כלל בפסקי הדין של בג"ץ עד תחילת שנות השמונים, וגם היא מהווה כלי רב עוצמה להרחבת הביקורת של בתי המשפט על המנהל הציבורי."¹³⁸ אולם בפועל השלבים של ההליך המנהלי, כפי שהם מוצגים בפסק-הדין בעניין **ברגר**, נקבעו כבר קודם לכן, והם מפוזרים על-פני הפסיקה הישנה. כך, לדוגמה, החובה המוטלת על הרשות המנהלית לשקול את הצורך בהפעלת סמכותה,¹³⁹ וכך גם החובה לנמק את החלטתה.¹⁴⁰ אמרו מעתה: פסק-הדין בעניין **ברגר** (ופסקי-דין שהלכו בעקבותיו¹⁴¹) לא יצר דוקטרינה חדשה, אשר נועדה להרחיב או להחייב בפועל את הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי, אלא יצר תיאוריה המתארת נאמנה פרקטיקה קיימת.

אפשר לומר, אם כן, שבמערכת המשפט קיימת תנועה מתמדת מפרקטיקה לתיאוריה. כאשר הפרקטיקה מתבססת ומסתעפת, מגיע הזמן שבו היא בשלה להניב תיאוריה, ואז

136 ראו יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 231, 225 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).

137 בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29, 46–49 (1983).

138 דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 67, בעמ' 26.

139 ראו, לדוגמה, את דבריו של השופט זילברג בבג"ץ 35/48 **מ. ברסלב ושות' בע"מ נ' שר-המסחר-והתעשייה**, פ"ד ב 330, 334 (1949): "לא יוכל הפקיד שלא לעיין כלל בבקשת האזרח, או לעיין בה שטחית – ולזרוק אותה הסלה. שומה עליו, על פקיד המדינה, לעיין בכושר ראש בכל בקשה המובאת לפניו, עד כמה שהיא נתונה בתחום סמכותו, ולהחליט בה: (א) בהתחשבו עם כל מסיבות הענין, (ב) בהתחשבו אך ורק במסיבות הענין גופו."

140 ראו, לדוגמה, את דבריו של השופט ברנזון בעניין **אחגיגי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 372: "מן הדין הוא שהמשיב יתן נימוקים לכל החלטה התלויה בשיקול-דעת, שיש בה כדי לפגוע באזרח."

141 ראו, לדוגמה, את דבריו של השופט זמיר בעניין **יורונט**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 423: "מפסקי הדין של בית-משפט זה עולה תמונת ההליך המוביל ליצירת תשתית של עובדות כבסיס להחלטה המינהלית. הליך זה צריך לעמוד בארבעה מבחנים. ואלה הם:..."

גם גובר הצורך בתיאוריה. אם התיאוריה נכונה – כלומר, אם היא מתארת את הפרקטיקה באופן נאמן – אזי היא שלב טבעי בהתפתחות המשפט. התיאוריה, כאמור, לא רק מתארת פרקטיקה קיימת, אלא גם משפיעה על הפרקטיקה לעתיד. מכיוון שהתיאוריה עושה את הפרקטיקה הקיימת מובנת יותר והגיוינית יותר, היא גם מקילה על בית-המשפט להשתחרר מכללים ישנים שאינם נדרשים או אינם מתיישבים עם התיאוריה, וגם מסייעת לו לפתח את המשפט בכיוון הנכון לאור התיאוריה. על-כן יש לעודד פיתוח תיאוריות על יסוד הפרקטיקה – אם במסגרת האקדמיה ואם על-ידי בית-המשפט – לגבי כללים נוספים שטרם זכו בתיאוריה ואשר השימוש בהם הוא לכן מהוסס ובעייתי לא פעם. כזה הוא, למשל, הכלל הקובע כי שרירות פוסלת החלטה מנהלית.¹⁴² מהי שרירות? אין לכך תשובה ברורה בפסיקה או בספרות.¹⁴³ כזה הוא גם הכלל הקובע כי גופים פרטיים מסוימים (שמקובל לכנותם "גופים דרמהטיים") כפופים לדואליות נורמטיבית.¹⁴⁴ אך מהו אפיונם של גופים אלה ומהם הכללים החלים עליהם? עדיין אין לכך תשובה ברורה בפסיקה או בספרות.¹⁴⁵ שאלות אלה ממתנות לתיאוריה. ייתכן שנדרשת פרקטיקה נוספת בעניינים אלה כדי ליצור בסיס מספיק לפיתוח תיאוריה.

עם זאת, גם בתיאוריה יש חסרונות וסכנות, אף אם היא תיאוריה נכונה. אחת מהן היא הסכנה שתיאוריה מסוימת, גם אם היא מתכוונת לתאר פרקטיקה קיימת, תיחשב כאילו היא קובעת כלל חדש. הניסיון מוכיח שכנה זו. תוצאה אפשרית מכך היא שהתיאוריה תגרום ניתוק מן הפרקטיקה הקודמת, כאילו היא פותחת פרק חדש, ובכך תגרום לאיבוד הידע שנרכש עד אז. בין היתר היא עלולה להדיח ממעמדם – ובמשך הזמן אף להשכיח – תקדימים ישנים שעדיין חשובים ומועילים. תוצאה אפשרית נוספת היא שנגד התיאוריה, מתוך מחשבה שהיא יוצרת כלל חדש, תועלה טענה כי אין צורך בכלל חדש, ובעקבות זאת תתעורר גם ביקורת על בית-המשפט. אכן, כך קרה לגבי

142 ראו, לדוגמה, את דבריו של הנשיא לנדוי בעניין דפי זהב, לעיל ה"ש 103, בעמ' 432: "החלטה שרירותית לא תוכל לעמוד, על-פי אחת מעילות הפסלות שבית-משפט זה הכיר בהן מאז ומתמיד."

143 על מושג השרירות במשפט המנהלי ראו שרגא ושחר **המשפט המינהלי – עילות ההתערבות**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 185.

144 ראו, לדוגמה, את דבריו של המשנה לנשיא אלון בע"א 294/91 **חברת קרישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 492 (1992): "גוף שאופיו הוא דרמהוטי... יחולו עליו הן כללי המשפט הפרטי והן נורמות המשפט הציבורי. הנורמות והכללים האמורים יופעלו תוך התחשבות באופיו המיוחד של הגוף, ולייחוד זה השפעה הן על העקרונות מתחום המשפט הפרטי והן על הנורמות מתחום המשפט הציבורי." אך מהו גוף שאופיו דרמהוטי? על כך אמר המשנה לנשיא אלון: "אין אני רואה צורך, ואולי גם לא ניתן הדבר, להציב מבחנים ברורים ומוצקים לבחינת השאלה, אימתי ייחשב גוף כדרמהוטי" (שם, בעמ' 490). על תחולתה של הדואליות הנורמטיבית על גופים פרטיים ראו זמיר **הסמכות המינהלית**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 529.

145 ראו, בין היתר, ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, פ"ד מט(3) 196, 207 (1995); ע"מ 7151/04 **הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל נ' דץ**, פ"ד נט(6) 433, 446–447 (2005). ראו גם אסף הראל **גופים דרמהוטיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי** (טובה אולשטיין עורכת, 2008).

התיאוריות בדבר השפיטות, התוצאה היחסית והסבירות. הניסיון מלמד שביקורת כזאת, אף אם אין לה יסוד, עלולה לגרום נזק רב לבית-המשפט ולמערכת המשפט כולה.¹⁴⁶ תוצאות כאלה אינן הכרחיות. לעיתים הן פוסחות על תיאוריה מסוימת, ולעיתים אף ניתן למנוע אותן מראש.¹⁴⁷ בין היתר ניתן אולי למנוע כשל בהבנת התיאוריה אם התיאוריה עצמה תדגיש במילים מפורשות וברורות, בגוף התיאוריה עצמה, כי מדובר רק בתיאור של פרקטיקה קיימת, ולא ביצירת כלל חדש. מכל מקום, לדעתי, תוצאות כאלה, גם אם יש בהן נזק, אינן שקולות כנגד התועלת הרבה הטמונה בתיאוריה. לכן גם אין הן צריכות להכשיל או להאט את התנועה מפרקטיקה לתיאוריה – לא בתחום המשפט המנהלי ולא בכל תחום אחר של המשפט.

סיכום

תיאוריה טהורה היא תיאור של פרקטיקה. תיאוריה טיפוסית בתחום המשפט מקבצת מספר רב של פסקי-דין העוסקים בנושא אחד, מחפשת את המכנה המשותף שלהם, ומבקשת להסיק מהם את הכלל שבפועל הנחה את בית-המשפט בפסקי-דין אלה. היא אמורה לברר את הרקע לכלל, להציג את רכיביו של הכלל ואת החריגים לו, לבחון את הצלחתו של הכלל לנוכח תכליתו, ועוד. תיאוריה כזאת, שאפשר לכנותה "תיאוריה תיאורית", צריכה לעמוד במבחן אחד: היא צריכה להיות נכונה. בתיאוריה טמונה תועלת רבה. היא עשויה לחשוף כלל נסתר – אשר אף שנוהגים על-פיו אין הוא מוכר במידה מספקת – ובכך להגביר את הפומביות והוודאות, שהן

146 על השפיטות ראו לעיל בתת-פרק ד; על התוצאה היחסית ראו לעיל בפרק ה; ועל הסבירות ראו לעיל בפרק ו.

147 כך, לדוגמה, התיאוריה בדבר המידתיות, אף שהתקבלה בציבור ואפילו בקהילה המשפטית כאילו היא יוצרת כלל חדש, לא נתקלה בתגובה שלילית, אלא נקלטה במהירות ובקלות במערכת המשפט. אפשר לתמוה על כך, שכן לכאורה המידתיות נותנת לבית-המשפט מכשיר יעיל לביקורת שיפוטית בכל העניינים ובכל הרמות, לרבות ביקורת חוקתיותו של חוק, ומקנה לבית-המשפט שיקול-דעת רחב מאוד. מדוע, אם כן, ניצלה המידתיות (להבדיל, למשל, מן הסבירות) מתגובה עוינת? התשובה אינה ברורה. ייתכן שהדבר מקרי, אך ייתכן גם שיש לכך סיבה. בין היתר, פסקי-הדין שיצר מודעות רחבה למידתיות בקרב הציבור, ובכלל זה בקרב הממסד הפוליטי, היה פסקי-הדין שבו קבע בית-המשפט לראשונה כי הוא מוסמך לבטל הוראת חוק הנוגדת הוראה של חוקי-יסוד הקובע זכויות אדם: עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12. עצם האפשרות שבית-המשפט יבטל חוק של הכנסת מיקדה את תשומת-הלב הציבורית והאפילה בדיון הציבורי על עניין המידתיות. כמו-כן, עילת המידתיות, כפי שאומצה בפסיקה, נשענה על הוראה מפורשת בחוק-היסוד, שקבע כי אין לפגוע בזכות חוקתית אלא אם כן, בין היתר, הפגיעה היא "במידה שאינה עולה על הנדרש". נוסף על כך יש לציין כי עילת המידתיות הוצגה על-ידי בית-המשפט מלכתחילה כעילה מוכרת שעמדה במבחן במדינות נכבדות. אפשר גם שהעילה, המנוסחת בצורה לוגית ופרטנית, נתפסה בשל כך כעילה מידתית וראויה.

אבני-יסוד של שיטת המשפט, לתרום לשוויון לפני החוק, לשפר את נגישותו של המשפט, ונוסף על כך גם לבסס תשתית טובה לפיתוח הכלל. תיאורטיזציה של הפרקטיקה בתחום המשפט נחשבת תפקיד קלסי של האקדמיה המשפטית. בישראל זלג תפקיד זה גם אל בית-המשפט, במיוחד לאחר שהוחל, בשנות השבעים, למנות אנשי אקדמיה לכהונה כשופטים בבית-המשפט העליון. אכן, כללים חשובים במשפט המנהלי זכו בתיאורטיזציה על-ידי בית-המשפט העליון. הכלל בדבר המידתיות הוא אחת הדוגמות: פסקי-הדין שהציגו בשנות התשעים את המידתיות כעילת ביקורת, ועשו אותה לעילה מרכזית בביקורת השיפוטית, שיקפו פרקטיקה שהתקיימה בבית-המשפט כבר קודם לכן. כך גם כללים נוספים, דוגמת כלל השפיטות, כלל הסבירות וכלל התוצאה היחסית.

לצד תיאוריה תיאורית קיימת גם תיאוריה יצירתית. תיאוריה כזאת מבקשת בעיקר לשנות את הפרקטיקה, כדי לשפר את המצב המשפטי. תיאוריה יצירתית צריכה לעמוד במבחן ההצלחה, קרי, להוכיח כי אכן יש בה כדי לשפר את המצב הקיים. לעיתים תיאוריה תיאורית נתפסת כתיאוריה יצירתית. לשון אחר, אף שהתיאוריה מבקשת רק להסביר את הפרקטיקה (למשל, להציג כלל שהפרקטיקה מיישמת זה זמן), היא נתפסת כאילו היא מנסה לשנותה (כאילו היא יוצרת כלל חדש). זאת תופעה מוכרת. אכן, לבוש חדש יכול לשנות מראה ולהקשות את הזיהוי. מכל מקום, כך קרה לכללים אחדים בתחום הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי: לכלל המידתיות, לכלל הסבירות, לכלל השפיטות, לכלל התוצאה היחסית ולכללים נוספים. כללים אלה זכו בתיאורטיזציה על-ידי בית-המשפט בשורה של פסקי-דין מנחים בשנות השמונים והתשעים. בפסקי-דין אלה הציג בית-המשפט, לגבי כל אחד מן הכללים, תיאוריה שהסבירה פרקטיקה קיימת. אף-על-פי-כן נטען לעיתים קרובות כי בית-המשפט יצר בפסקי-דין אלה כללים חדשים. יתרה מזו, טענה רווחת היא שכללים אלה נוצרו על-ידי בית-המשפט כדי לשמש אותו – ומכל מקום שבפועל הם משמשים אותו – להרחבת הביקורת השיפוטית על החלטות שלטוניות. בין היתר נטען כי באמצע שנות השמונים קבע בית-המשפט באחד מפסקי-הדין כי הכל שפיט, ובכך פתח את השער לביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות אשר קודם לכן נחשבו בלתי-שפיטות, וכי הוא אף הוסיף ויצר בפסקי-דין אחר עילת ביקורת חדשה, תחת הכותרת הישנה של עילת הסבירות, המאפשרת לפסול כל החלטה שלטונית שאינה עומדת במבחן של איזון אינטרסים. כללים אלה, לפי הטענה, הובילו את בית-המשפט למעורבות גוברת, מיותרת ומזיקה, בהחלטות שלטוניות שאינן מתאימות לדיון ולהכרעה בבית-המשפט, בעיקר משום שיש להן אופי פוליטי מובהק או מרכיב חזק של מדיניות שלטונית. הטענה היא כי מעורבות זו, שמקובל לכנותה "אקטיביזם שיפוטי", משבשת את היחסים הראויים בין הרשויות המרכזיות במדינה, פוגעת באמון הציבור ומערערת את מעמדו של בית-המשפט.

נכון שהביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי התרחבה והעמיקה במרוצת השנים. עם זאת, לדעתי, אין בכך כדי לבסס ביקורת על מעורבות לא-ראויה של בית-המשפט

בהחלטות שלטוניות למן שנות השמונים, ומכל מקום אין בכך כדי להצדיק את הביקורת על הכללים שהוצגו בפסקי-הדין בשנות השמונים והתשעים. מדוע?

ראשית, הביקורת השיפוטית על החלטות שלטוניות התרחבה והעמיקה במרוצת כל השנים מאז הוקמה המדינה, ולא דווקא למן שנות השמונים. אפשר להביא רשימה מרשימה של פסקי-דין משנות החמישים והשישים שחוללו מהפכות זוטא בהיקפה ובמהותה של הביקורת השיפוטית, בוודאי לא פחות מפסקי-הדין של שנות השמונים והתשעים. זו דרכו של המשפט – ואפשר להוסיף כי זו גדולתו של המשפט – שהוא מתפתח בתהליך אבולוציוני ומתאים את עצמו כל הזמן לשינויים באורח החיים ולהתפתחות בתפיסה החברתית, כדי לשרת כראוי את תכליות המשפט. כך בכל תחומי המשפט, וכך גם בתחום המשפט הציבורי. בתחום המשפט הציבורי הרחבת הביקורת השיפוטית, שמטרתה להגן על העיקרון של שלטון החוק, היא תהליך מוכר ומקובל בדמוקרטיה המערבית. הוא נובע בעיקר משינויים יסודיים באורח החיים, בתרבות החברה ובתפיסת התפקיד של בית-המשפט כלפי השלטון בעידן המודרני. לפי תפיסה זו, השלטון חייב לפעול בכל מעשיו מתוך כפיפות לערכי-היסוד של חברה דמוקרטית, ותפקידו של בית-המשפט הוא לפקח על השלטון שלא יעשה שימוש פסול בכוח שהציבור הקנה לו. לפיכך התרחבותה של הביקורת השיפוטית, כשהיא לעצמה, אינה סיבה טובה לביקורת על בית-המשפט.

שנית, אף שהביקורת השיפוטית על החלטות שלטוניות התרחבה והעמיקה מאז הוקמה המדינה, דווקא הביקורת על החלטות שלטוניות שיש להן אופי פוליטי מובהק או רכיב חזק של מדיניות שלטונית נותרה מרוסנת ומוגבלת. אומנם חל שינוי ממשי – ולדעתי חיובי מאוד – בפתיחותו ובנגישותו של בית-המשפט, לאחר שהוא הוריד במידה רבה את המחסום של זכות העמידה, פתח את השער לפני עתירות ציבוריות, ומוכן בדרך-כלל לשמוע טענות גם נגד החלטות שלטוניות כאלה. אולם על-פירוב, מתוך ריסון עצמי, בית-המשפט דוחה עתירות נגד החלטות כאלה, אם משום שהן בלתי-שפיטות ואם משום שהן מתבססות על שיקול-דעת רחב, שהוא אינו רואה לנכון להתערב בו. אי-לכך, בפועל, למן שנות השמונים היו רק מקרים מעטים שבהם ביטל בית-המשפט החלטות כאלה, בעילת הסבירות או בעילה אחרת, ואשר ניתן לומר לגביהם כי ייתכן שהוא היה נמנע מכך בשנים שלפני כן. אכן, במקרים אלה יש מקום לשאלה אם מעורבותו של בית-המשפט הייתה ראויה. שאלה זו שנויה במחלוקת. לדעתי, גם אם יש יסוד לביקורת במקרה זה או אחר, בסך-הכל התשובה חיובית, כלומר, מעורבותו של בית-המשפט הייתה ראויה. מכל מקום, מקרים אלה הם מעטים, ואפשר לומר שהם חריגים, ואני סבור שהם אינם מצדיקים את הביקורת הגורפת על "אקטיביזם שיפוטי".

שלישית, גם אם יש יסוד לביקורת על מעורבות-יתר של בית-המשפט במקרים מסוימים, אין יסוד לייחס את הביקורת לאותם פסקי-דין משנות השמונים והתשעים אשר יצרו לפי הטענה כללים חדשים שאפשרו מעורבות זו. בניגוד לטענה זו, פסקי-דין אלה לא יצרו כללים חדשים, אלא בנו תיאוריה שהסבירה פרקטיקה קיימת. המעורבות השיפוטית במקרים אלה אינה נובעת אם כן מכללים חדשים, אלא היא פועל יוצא ממדיניות שיפוטית המשקפת את התפיסה המודרנית בדבר תפקידו של בית-המשפט

בחברה דמוקרטית. מדיניות שיפוטית זו לא הייתה צריכה את התיאוריה שהוצגה בפסקי-דין אלה, משום שבית-המשפט היה יכול לבססה בנקל על פסקי-דין משנות החמישים, שקבעו כי שאלת שפיטותן של החלטות שלטוניות תלויה ב"חוש המומחיות של המשפטן", וכי בית-המשפט רשאי לבטל החלטה שלטונית אם לדעתו היא "בלתי-סבירה" או "בלתי-צודקת" באופן קיצוני. הביקורת על פסקי-דין אלה משקפת, אם כן, כשל בהבנת התיאוריה, המתבטא בכך שתיאוריה תיאורית נתפסת בטעות כתיאוריה יצירתית. ביקורת זו דומה לרתיעה מפני הדמות הנשקפת במראה. ניפוץ המראה תורם אולי לאשליה עצמית, אך אינו פותר את הבעיה האמיתית.

עם זאת, אי-אפשר להתעלם מן העובדה שהכשל בהבנת התיאוריה גרר הן ביקורת ציבורית והן ביקורת מקצועית נגד בית-המשפט, על שיצר לעצמו כביכול כלים חדשים לצורך התערבות בעניינים שלטוניים לא לו. אין ספק שביקורת זו פגעה באמון הציבור וגרמה נזק לבית-המשפט. אפשר אולי למנוע כשל כזה אם התיאוריה עצמה תבהיר במילים מפורשות וברורות שהיא נועדה לתאר פרקטיקה קיימת, ולא ליצור כלל חדש. מכל מקום, גם לנוכח החשש מפני כשל בהבנת התיאוריה, התועלת הרבה הטמונה בתיאוריה גוברת על הנזק שעלול לצמוח ממנה.