

"כגודל הציפייה": היקף הביקורת השיפוטית על שינוי מדיניות עקבית של רשויות המנהל

יונתן ברורמן*

במשפט המנהלי מקובל להבחין בין שני מכשירים עיקריים הנוגעים בציפיות שנוצרות לאזרחים מפעולות המנהל – האחד הוא המדיניות, והאחר הוא ההבטחה המנהלית. ההבדל העיקרי הרלוונטי ביניהן הוא שהמדיניות, בניגוד להבטחה המנהלית, היא בת שינוי מהיר, ואין האזרח יכול להסתמך עליה באופן צופה פני עתיד. זאת, מאחר שפוליטיקאים נבחרים לתפקידם על בסיס הבטחות בענייני מדיניות, ונבחנים בעיני הציבור על בסיס הצלחתם או עמידתם ביעדים אלה. הפוליטיקאים גם נותנים את הדין בקלפי ביום הבחור בהתאם להחלטת הציבור. לעומת זאת, ההבטחה המנהלית נתפסת כמחייבת, והאזרח יכול להסתמך על קיומה, שכן היא יוצרת אינטרס הסתמכות מוגבר וקונקרטי אצל האזרח. לפיכך התפיסה הרווחת היא שאת המדיניות יש לשפוט בקלפי לפי תוצאותיה, ואילו את ההבטחה המנהלית יש לאכוף כמו כל חוזה או התחייבות שהכוונה הייתה לתת להם תוקף מחייב.

במאמר זה אציג את האפשרות שהרטוריקה השיפוטית שנעשה בה שימוש בהחלטה שניתנה בבג"ץ 2964/18 חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון עלולה לצמצם את המקרים שבהם תינתן לרשות המנהלית האפשרות לשנות ממדיניותה אם זו השתרשה כמדיניות עקבית. זאת, מכיוון שהיא מקרבת את יסודותיה של מדיניות עקבית זו לכלל "מעין הבטחה מנהלית משתמעת" – דבר אשר עלול לגרום לכך שמדיניות תיהפך מכוח הזמן להבטחה, גם אם לא הייתה כל כוונה לכך. ביצור יתר של המדיניות באמצעות כללים משפטיים שמחייבים את רשויות המנהל מעבר לנדרש עלול לייצר מצב שבו גורם מנהלי נבחר לא יהיה מסוגל לשנות מדיניות נהוגה אף אם הוא סבור כי בשינוי זה הוא מקיים את רצון העם (או לכל הפחות את רצון בוחריו), לנוכח כובד משקלן של

* עורך דין ועוזר הוראה למשפט מנהלי במרכז הבינתחומי הרצליה. אני מבקש להודות לעו"ד מעיין נייזנה, לעורכת ניצן ענבר-טל ולחברות המערכת אדר וייסליב ואוריה ניב על הערותיהן המצוינות למאמר זה, ולעו"ד שחר פרידמן על מתן האפשרות לפרסום בכתב העת.

הציפיות הקונקרטיות של הציבור הנהנה ממדיניות זו. זאת ועוד, אף שמדובר במניעה משפטית, הציבור ישפוט בקלפי את הגורם המנהלי על כולו בשינוי המדיניות. הדבר עלול ליצור אם כן "פער יכולת" שאינו רצוי מנקודת המבט של הפרדת רשויות, שכן הוא מחליש את הרשות המנהלית אל מול הרשות השופטת.

- פרק א : בג"ץ 2964/18 חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון – עיקרי העתירה וההחלטה
- פרק ב : סוגיית הסמכות
1. מיהו הגורם המוסמך להחליט על היתרי הכניסה?
 2. האם הסמכות עברה מידי המפקד לידי השר?
 3. האם המפקד פעל בעצת שר הביטחון?
- פרק ג : נימוקיו של בית המשפט להתערבות בהחלטה
1. החלטה שהתקבלה על בסיס תשתית ראייתית שגויה
 2. פגיעה בציפיות הצדדים – היחס שבין המדיניות העקבית לבין ההבטחה המנהלית
- (א) עניין לוי – שינוי בתשתית הראייתית המנהלית כהצדקה לשינוי מדיניות או לאי-קיום הבטחה
- (ב) עניין לוי – האם שינוי המדיניות פוגע בזכות שכבר ניתנה או מונע את נתינתה של זכות מלכתחילה?
- (ג) עניין גיועמיס – שינוי מדיניות המחייב ביטול החלטה מנהלית קודמת
- פרק ד : השאלות העולות מן החלק האופרטיבי של החלטה
- סיכום

פרק א : בג"ץ 2964/18 חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון – עיקרי העתירה וההחלטה

ביום 17.4.2018 ניתנה החלטת בג"ץ בעניין חוג ההורים,¹ שעיקרה הכרעה בשאלה אם יש להתיר את כניסתם של פלסטינים תושבי הגדה המערבית אל שטחי ישראל לצורך קיום טקס זיכרון משותף לישראלים ולפלסטינים. העתירה באה על רקע סירובה של המדינה (ליתר דיוק, על רקע סירובו של שר הביטחון) לתת היתרי כניסה לתושבי הגדה

1 בג"ץ 2964/18 חוג ההורים – פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 17.4.2018) (להלן: עניין חוג ההורים).

שביקשו להגיע לטקס בתל אביב, וזאת בחריגה ממה שהיה בשתיים-עשרה השנים הקודמות להחלטה, שבהן התאפשרה כניסתם של פלסטינים מן הגדה לצורך קיום הטקס (למעט בשנת 2017, שאז בוטלו היתרי הכניסה שניתנו לפלסטינים שהוזמנו אליו בשל פיגוע חבלני שאירע זמן קצר לפני שהתקיים).² חוות הדעת נכתבה על ידי נשיאת בית המשפט העליון חיות, וניתנה בהסכמת השופטים פוגלמן וברון.

בעתירה נטען כי החלטת שר הביטחון לסרב למתן היתרי כניסה ניתנה בחוסר סמכות, ולמצער בחוסר סבירות, וכי ההחלטה הייתה נגועה בשיקולים זרים ופוליטיים במהותם. בג"ץ דחה פה אחד את טענות העותרות כי ההחלטה התקבלה בחוסר סמכות,³ בקובעו כי סעיף 3ב(3) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: הוראת השעה), מעניק למפקד האזור את הסמכות להתיר כניסה של פלסטינים תושבי האזור לישראל למטרה זמנית "בהתאם להנחייתו של שר הביטחון",⁴ שעומו הוא נועץ בעניין זה. בג"ץ הוסיף וקבע כי שר הביטחון היה רשאי להביא בחשבון מגוון של שיקולים בטחוניים, מדיניים וציבוריים, ובכלל זה השיקול הנוגע בפגיעה אפשרית ברגשות הציבור כתוצאה ממתן היתרי כניסה לארץ כאמור. עם זאת, בג"ץ החליט לפסול את החלטת שר הביטחון בטענה של חוסר סבירות,⁵ והורה על מתן היתר ל-90 פלסטינים להגיע לטקס – כמספרם בשנת 2016.⁶

לכאורה, בהחלטה זו לא ערך בג"ץ משום רפורמה או שינוי בהסדרים היסודיים, אלא התערב בהחלטה שנפל בה פגם באופן הפעלת שיקול הדעת של גורם מנהלי. קריאה סבירה של פסק הדין אף יכולה להסביר את אורכו הקצר – יחסית לסוגיה – באילוצי הזמנים שבהם פעל בית המשפט לנוכח העובדה שהעתירה הוגשה ב-15.4.2018 ואילו הטקס תוכנן ליום 17.4.2018.

אך ייתכן בכל זאת שיש בפסק הדין כמה קביעות שראוי לתת להן את הדעת בכל הנוגע בהשלכותיהן האפשריות על כמה דוקטרינות מנהליות מבוססות. בין אם במכוון ובין אם לאו, הקביעה העולה ממקרה זה עלולה להתגבש כדי כלל שעל פיו מדיניות עקבית יכולה "להתקבע" עד כדי היהפכות למנהג מחייב. דבר זה מצריך דיון מעמיק. במסגרתו של מאמר זה אבקש להצביע על כך שבית המשפט בחן את שיקול הדעת של גורם מנהלי אשר אינו בהכרח הגורם המוסמך לקבלת ההחלטה; שהוא ערך דיון בשינוי מדיניות מנהלית כאילו עסקינן בהבטחות מנהליות קונקרטריות מכוח השתרשות המדיניות לאורך השנים; ולבסוף, שהוא החליט להחליף את שיקול דעתו של הגורם הרלוונטי בשיקול דעתו שלו, וזאת מבלי לנמק כנדרש את הסיבות המצדיקות זאת. אפנה עתה לעמוד על נקודות אלה כסדרן.

2 שם, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

3 שם, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

4 שם.

5 שם, פס' 9–11 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

6 שם, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

פרק ב: סוגיית הסמכות

1. מיהו הגורם המוסמך להחליט על היתרי הכניסה?

במסגרת ההחלטה בעניין **חוג ההורים** בולטת בהעדרה המחלוקת בדבר זהות הגורם המחליט בפועל בבקשה למתן היתר זמני למבקשים תושבי הגדה המערבית. הוראת השעה קובעת בסעיף 3ב(3) כך:

”על אף הוראות סעיף 2, רשאי **מפקד האזור** לתת היתר לשהייה בישראל למטרה כמפורט להלן: ... (3) למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים.”⁷

אולם בעניין **חוג ההורים** התייחסו גם העותרים וגם המדינה לשר הביטחון כגורם הקובע לצורך הכרעה בבקשות למתן היתר כניסה לישראל מכוח החוק. יתרה מזו, דומה כי גם המפקד הצבאי ואף שר הביטחון עצמו סבורים בפועל כי סמכות זו מסורה בידי שר הביטחון, ולא בידי המפקד הצבאי.⁸ הסכמה זו בין הצדדים לעתירה נראית על פניה משונה, שכן החוק קובע בלשון מפורשת כי הסמכות לדון ולהכריע בבקשות לפי סעיף 3ב(3) להוראת השעה היא של **המפקד הצבאי**, ולא של השר.

הקושי המשפטי העולה מן העובדה שהצדדים בחרו לדון בהחלטת שר הביטחון כאילו הוא הגורם המוסמך, ולא המפקד הצבאי, הוא ברור: ממושכלות היסוד של המשפט המנהלי הוא כי מקום שלשון החוק מעניקה את הסמכות המפורשת לגורם מנהלי, על גוף זה – ועליו בלבד – מוטלת החובה להפעיל את שיקול הדעת הנלווה לסמכות זו.⁹ אם המפקד ביטל את שיקול דעתו העצמאי מפני הנחיותיו של הממונה

7 ס' 3ב(3) להוראת השעה (ההדגשה הוספה; כל ההדגשות בציטוטים שבמאמר זה הוספו, ואינן קיימות במקור).

8 ראו עניין **חוג ההורים**, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "ביום 20.3.2018 פנו העותרות **למנהל האזרחי ביהודה ושומרון** בבקשה להתיר ל-202 פלסטינים תושבי האזור להשתתף בטקס המשותף שיתקיים השנה וזמן מה לאחר מכן פנה מתאם פעולות הממשלה בשטחים לשר הביטחון **והמליץ בפניו לקבלה**. חרף המלצה זו **החליט שר הביטחון** שלא לאפשר לפלסטינים המוזמנים לטקס להיכנס לתחומי מדינת ישראל וביום 10.4.2018 נמסר לעותרות כי בקשתן נדחתה"; אביגדור ליברמן "**החלטתי** לאסור כניסתם לישראל של 110 פלסטינים שהוזמנו לטקס משותף ישראלי-פלסטיני, שיתקיים בערב יום הזיכרון. **לא אתן ידי לחילול יום הזיכרון**. זהו לא טקס זיכרון אלא מפגן של טעם רע וחוסר רגישות שפוגע במשפחות השכולות היקרות לנו מכל" **טוויטר** twitter.com/AvigdorLieberman/status/983704405227835392 10.4.2018

9 בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 156–158 (1997).

עליו, אזי בעצם הפעולה הזו יש משום קושי המקים עילה להתערבות של בית המשפט בהחלטה,¹⁰ ואין צורך להוסיף ולדון בסבירות או במידתיות שלה לגופה. קושי זה בולט יותר לנוכח העובדה שבג"ץ עצמו קבע בעבר כי הסמכות להכריע בבקשות מכוח סעיף זה מסורה לידי המפקד הצבאי, ככתוב בחוק. בעניין **איסמעיל**¹¹ הוא אף נדרש לבחון את השאלה מהי האכסניה הראויה לערעור על החלטות אלה – אם בג"ץ עצמו או בית המשפט לעניינים מנהליים – ומצא כי בית המשפט המוסמך הוא בית המשפט לעניינים מנהליים,¹² וזאת, בין היתר, לנוכח מעמדו של המפקד עצמו.¹³ עניין **איסמעיל** אינו עומד בפני עצמו: בג"ץ דן בעבר בבקשות שהוגשו על ידי תושבי האזור והוכרעו על ידי המפקד (ולא השר), ואילו עתירות אחרות שהוגשו נגד החלטות שמקורן בסמכויות מכוח הוראת השעה מופנות כלפי שר הפנים, כאשר הבקשה מושא העתירה מצויה בסמכותו (דוגמת בקשות לפי סעיף 2 להוראת השעה),¹⁴ או משתמשות בכינוי הכללי "מדינת ישראל", כאשר הבקשה מבוססת על סעיפים אחרים בהוראת השעה.¹⁵ מבחינה פורמלית, מפקד האזור אף הוגדר כמשיב 2 במסגרת העתירה בעניין **חוג ההורים**.

תהיה הסיבה לכך אשר תהיה, עניין **חוג ההורים** מתאפיין בכך שלא שיקול דעתו של המפקד הוא שנבחן על ידי בית המשפט שהכריע בעתירה, אלא שיקול דעתו של שר הביטחון הוא שעמד למבחן. בית המשפט לא עמד על הבחנה זו, והנמכתו ניתנה מבלי לציין כי הוא בוחן את החלטתו של גוף מנהלי אחר מן הגוף המוסמך על פי חוק, וזאת בהתבסס, ככל הנראה, על הסכמת המדינה.¹⁶

10 השוו עת"ם (מנהליים ת"א) 1731/04 TIMES NEWSPAPERS LIMITED נ' **משרד הפנים** (פורסם בנבו, 21.7.2004).

11 בג"ץ 3397/08 **איסמעיל** נ' **המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, 30.4.2009).
12 מובן כי על אף פסיקת בית המשפט בעניין **איסמעיל**, שם, בג"ץ שומר לעצמו את הסמכות המקבילה לדון בסוגיות בעלות חשיבות ניכרת, ואין בהערה זו משום טענה כי סמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים הינה ייחודית ומוציאה את סמכותו של בג"ץ. ראו גם בג"ץ 2208/02 **סלאמה** נ' **שר הפנים**, פ"ד נו(5) 950, 953 (2002).

13 עניין **איסמעיל**, לעיל ה"ש 11, פס' 25–27 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

14 ראו, למשל, עת"ם (מנהליים ת"א) 2031-09 **עאצי** נ' **משרד הפנים – היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 1.12.2010); בג"ץ 5026/13 **פלוני** נ' **שר הפנים** (פורסם בנבו, 10.6.2015).

15 ראו, למשל, בג"ץ 5692/09 **אבו אלגדיאן** נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.11.2009).

16 עניין **חוג ההורים**, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "המשיבים טוענים מנגד כי נוכח העובדה שהעתירה דנן מופנית נגד החלטה בבקשה למתן היתרי כניסה לישראל היה על העותרות להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים ולא לבית המשפט הגבוה לצדק. עם זאת, בפתח הדיון שהתקיים בעתירה הסכימו המשיבים, בהמלצתנו, **שלא לעמוד על הטענה בדבר קיומו של סעד חלופי בהינתן סד הזמנים הקצר**. מכל מקום, המשיבים סבורים כי גם לגופם של דברים אין להתערב בהחלטתו של **שר הביטחון** שלא להעניק היתרי כניסה לפלסטינים תושבי האזור שהוזמנו לטקס. לעומתם, לשר הביטחון נתון שיקול דעת רחב להחליט למי מתושבי האזור יותר להיכנס לישראל והוא רשאי להתחשב במסגרת החלטה כאמור במגוון רחב של נתונים ושיקולים, ובכלל זה באפשרות שמתן ההיתרים המבוקשים יהא בו כדי לפגוע ברגשות הציבור. לפיכך, סבורים המשיבים

דעתי אינה נוחה מסיטואציה זו, שכן השאלה אם קיימת סמכות לרשות מנהלית לבצע פעולה אינה שאלה שיכולה לקבל מענה בהסכמה דיונית, וזאת מכוח עקרון חוקיות המנהל, הקובע כי אין לרשות מנהלית סמכות לפעול אלא לפי חוק.¹⁷ כאמור לעיל, בענייננו החוק מבהיר בלשון מפורשת כי הסמכות לדון ולהכריע בבקשות לפי סעיף 3ב(3) להוראת השעה היא של **המפקד הצבאי**, ולא של השר. לנוכח זאת יש לבחון את אופן ניתוחו של בית המשפט, ולראות אם יש חלופות המסבירות את החלטתו בדרך אחרת.

2. האם הסמכות עברה מידי המפקד לידי השר?

החלופה הראשונה והבלתי-סבירה היא שהזכות הועברה בדרך כלשהי מידי המפקד הצבאי לידי השר. אלא שבהעדר פירוט על אופן (או עצם) העברתה של הזכות לגורם אחר, אין זה ברור כלל אם מעמדו של שר הביטחון בעניין זה הוא מעמד של רשות אשר מוסמכת על פי דין להפעיל את הסמכות המסורה בחוק למפקד הצבאי. בעוד ברור לחלוטין כי המפקד הצבאי הוא הגורם המוסמך על פי הוראת השעה לדון ולהחליט בבקשות אלה, אין זה ברור כלל שסמכות זו ניתנת לנטילה על ידי שר הביטחון.

סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק".¹⁸ בהוראת השעה הגורמים המוסמכים לתת אשרות שהייה הם שר הפנים או המפקד הצבאי. מאחר ששר הביטחון אינו הגורם הממונה על הוראת השעה, דומה כי בהעדר הסמכה מפורשת בחוק, אין ביכולתו של שר הביטחון ליטול לעצמו מכוח חוק יסוד זה את הסמכות שניתנה בהוראת השעה למפקד הצבאי.¹⁹

אך הקביעה כי השר אינו יכול ליטול את הסמכות במישורין מן המפקד לא תהיה שלמה בלי התייחסות לדברי חקיקה אחרים, אשר יכולים אולי לאפשר "קריאה" של הרשאת נטילה של הסמכות האמורה לתוך הוראת השעה. כך, יטען הטוען, חוק-יסוד: הצבא קובע בסעיף 2(א) כי הצבא נתון למרות הממשלה, ובסעיף 2(ב) הוא קובע כי השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הביטחון. משום כך, ימשיך הטוען

כי אין ממש בטענה לפיה החלטתו של שר הביטחון לדחות את בקשתן של העותרות למתן היתרים ניתנה בחוסר סמכות.

יעור כי על עמדת המדינה בעניין **חוג ההורים** כי הסמכות בפועל מסורה בידי שר הביטחון, ולא בידי המפקד בשטח, ניתן ללמוד גם ממקומות נוספים בהחלטה. כך, למשל, בפס' 2 לתגובתה הראשונית אמרה המדינה כי "בקשה זו [למתן היתרי הכניסה הזמניים – י' ב'] נבחנה על ידי שר הביטחון והוא החליט, כעניין שבמדיניות, לדחותה ולסרב לכניסתם של הפלסטינים לישראל למטרה האמורה."

17 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – המינהל הציבורי 73–82 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

18 בהמשך הסעיף נכתב כי "השר רשאי לעשות כאמור לענין מסוים או לתקופה מסוימת".

19 ראו ברוך ברכה **משפט מינהלי** כרך שני 121 (1996).

ויטען, שר הביטחון ממונה על פעילות המפקד, ומכאן שהוא גם הממונה בפועל על הוראת השעה באמצעותו.

אלא שטענה זו תהיה מוקשית מכמה טעמים. ראשית, בדברי ההסבר להוראת השעה ולתיקוניה הקפיד המחוקק להפריד בין המפקד הצבאי (הפועל מכוח תחיקת ביטחון וחירום באזור) לבין סמכותו של שר הפנים. בתיקון 2 להוראת השעה אף נעשה ניסיון להשוות את היקף סמכויותיו של המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון לאלה של שר הפנים בעניין היתרי שהייה מסוימים, והדבר מבואר בדברי ההסבר.²⁰ הקפדה מכוונת זו נכנסת ככל הנראה לגדריה של אותה "כוונה אחרת משתמעת מן החוק",²¹ אשר מונעת את נטילתה של הסמכות על ידי השר, שכן הוראת השעה המקורית ותיקוניה מעידים כי סמכות זו צריכה להיות מופעלת על ידי הגורם המקצועי המכיר את הסוגיה, ולא על ידי הדרג הממונה עליו מבחינה מדרגית.

שנית, אף אם נאמר כי נטילה מסוג זה מתאפשרת, אין מדובר כאן בנטילה "רגילה", אלא בנטילה "כפולה". מדוע? מכיוון שהמפקד הצבאי כפוף מבחינה מדרגית למטה הכללי של הצבא ולראש המטה, וראש המטה הוא הכפוף לממשלה באמצעות השר.²² אם יותר לשר הביטחון להפעיל את סמכותו של המפקד הצבאי במישרין, אזי נטילה זו "תדלג" על סמכותו של ראש המטה הכללי, שהוא לכאורה הגורם שאליו כפוף המפקד הצבאי המאוזכר בהוראת השעה. אין אומנם מניעה תיאורטית שתיעשה נטילה "כפולה" מסוג זה על ידי השר הממונה בקצה השרשרת, אך הדעת אינה נוחה ממצב שבו גורמים פוליטיים ונבחרים מדלגים מעל לדרג פיקודי כדי לקבל החלטות ביצועיות מבלי לעבור את אישורו של הגורם הראשון בשרשרת שנוטלים את סמכותו, וספק רב אם בית המשפט התכוון להכשיר פעולה מסוג זה במשתמע.

שלישית, הסמכות לתת היתרי כניסה הומניטריים יכולה להיחשב סמכות מעין-שיפוטית, בשל מידת שיקול הדעת הטבועה בהפעלתה. סמכויות מעין אלה אינן ניתנות לנטילה מכוח חוק-יסוד: הממשלה, אף אם יש "שרשרת סמכויות" ההופכת את שר הביטחון לגורם הממונה על ביצוע הוראת השעה מכוח מינויו של המפקד הצבאי. יצוין עוד כי חרף חיפוש ברשומות, לא מצאתי החלטת ממשלה או החלטה של גורם מוסמך כלשהו לבצע העברה של סמכויות אלה לידי השר בדרך של חקיקה אחרת. בית המשפט עצמו אינו מאזכר או מזכיר פעולה של העברת הסמכות מידי המפקד (ביוזמתו או בידיעתו) לידי השר. במקביל, חיפוש דומה לא העלה עדות כי השר הודיע על נטילת הסמכות מידי המפקד – לא באופן כללי ולא לעניין נקודתי זה בלבד. ממילא, כפי שציינו לעיל, אין בהוראת השעה סעיף המאפשר ביצוע נטילה מסוג זה. נבחן לפיכך הסבר חלופי נוסף לשאלה מדוע נבחן שיקול דעתו של השר דווקא.

20 הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005, ה"ח 624, 625.

21 ס' 34 לחוק-יסוד: הממשלה.

22 ס' 3 לחוק-יסוד: הצבא.

3. האם המפקד פעל בעצת שר הביטחון?

החלופה השנייה והסבירה יותר היא שמעמדו של שר הביטחון בהקשר זה הוא מעמד של **גוף מייצג** – כפי שאכן עולה מן העובדה שבג"ץ מאזכר את תגובת המדינה, שבה נאמר "בשים לב לרגישות הטקס ולהד שערור בשנים קודמות הוחלט על ידי ראש המנהל האזרחי ומתאם פעולות הממשלה בשטחים להיוועץ בשר הביטחון, אשר החליט כפי שהחליט (פסקה 19 לתגובת המשיבים לעתירה)²³ – ושהמפקד קיבל את עצתו כלשונה ופעל לפיה.

אך אם המפקד פעל על בסיס היוועצות וקיבל החלטה עצמאית, הייתי מצפה לראות במסגרת פסיקתו של בית המשפט הסבר מדוע יש לפסול החלטה שהתקבלה על ידי בעל הסמכות על בסיס פגם שנפל בשיקוליו של הגורם המייצג. הרי בית המשפט עצמו קבע בעבר כי החלטתו של הגורם המוסמך לחוד ושיקול הדעת של הגורם המייצג לחוד,²⁴ על אחת כמה וכמה כאשר מדובר (כמו במקרה שלפנינו) בהיוועצות שאינה נדרשת על פי חוק.²⁵ כן נקבע כי פגמים שנפלו בהליכי הכנת העצה של הגורם המייצג אינם פוסלים בהכרח את ההחלטה המנהלית שהתקבלה על בסיס עצה זו.²⁶ אם כן, מדוע ראה בית המשפט לנכון להעמיד למבחן במקרה זה את שיקוליו של השר המייצג, ולא של המפקד הנועץ? התשובה אינה ברורה מן ההחלטה. בית המשפט

23 עניין חוג ההורים, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

24 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כך ב – ההליך המינהלי 1219 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011): "...על פי ההלכה הקיימת, הרשות המינהלית אינה רשאית לאמץ עצה, ותהא זו המלצה של מומחה נודע בשערים, בלי שתפעיל את שיקול הדעת שהוקנה לה בחוק. התייעצות מינהלית אינה באה במקום שיקול הדעת. להיפך. ההתייעצות היא רק בסיס לשיקול הדעת או מרכיב בשיקול הדעת. בלשון רווחת, הרשות אינה אמורה להפעיל את סמכותה כחותמת גומי לגוף מייצג. חובת ההתייעצות היא לא פחות, אך גם לא יותר, מאשר חובה לשיקול את העצה שניתנה בנפש קולטת ולתת לה את המשקל הראוי בנסיבות המקרה." יסויג ויצוין כי דברים אלה נאמרו בהקשר של היוועצות חובה. ראו גם בהמשך הפרק שם, בעמ' 1219–1222.

25 על פי זמיר, שם, בעמ' 1228: "...ההתייעצות [מרצון – י' ב'] אפשרית, ולכן היא גם תהיה על פי רוב כשרה, אף אם פוטרים אותה מכל כלל. לכן, אם הרשות החליטה לקיים התייעצות, אף שהיא פטורה מחובה זאת, אין לבוא אליה בטענה, למשל אם לא סיפקה לגוף המייצג את כל המידע הנדרש למתן ייעוץ כראוי או אם לא נתנה לגוף זה שהות מספקת כדי לברר ולגבש את עמדתו. במקרה כזה, לכל היותר ניתן לומר כי ההתייעצות הייתה רק התייעצות למראית עין ולא התייעצות ממשית. אך מה פגם יש בכך אם הרשות פטורה מחובת התייעצות מכל וכל? אמור מעתה, בדרך כלל, הכללים החלים על התייעצות כחובה אינם חלים על התייעצות רצונית." אולם שם, בעמ' 1230, נאמר: "מכל מקום, כך או כך, אף כי בדרך כלל התייעצות רצונית פטורה מן הכללים החלים על התייעצות כחובה, אין לומר שהיא פטורה מכל כלל. כמו כן, גם כאשר התייעצות רצונית פטורה מן הכללים החלים על התייעצות כחובה, עדיין התייעצות רצונית היא מעשה מינהלי ולכן הרשות המתייעצת כפופה לכללים החלים כרגיל על מעשי המינהל. כך למשל אם הרשות מחליטה לקיים התייעצות רצונית, עליה להגביל עצמה לשיקולים ענייניים ולהימנע מהפליה."

26 שם, בעמ' 1222–1225.

אומנם לא התייחס לנקודה זו, אך תשובה אפשרית אחת נרמזת על ידיו כאשר הוא מציין, בפסקה 8, כי "מפקד האזור **פועל בהתאם להנחייתו של שר הביטחון**". קביעה זו בולטת במיוחד לנוכח המשך ההנמקה, שבה נקבע כי "...אין חולק כי הדרג המקצועי במשרד הביטחון – מתאם פעולות הממשלה בשטחים – סבר כי גם השנה יש מקום להיענות לבקשת העותרות ולאפשר הגעת פלסטינים לטקס".²⁷

אך הנמקה זו אינה מסייעת לפתור את הקושי במלואו. בית המשפט אומר למעשה כי אם ההחלטה הסופית הייתה מסורה בידי המפקד, התוצאה הייתה דומה עד כדי זהה לתוצאה כפי שהייתה בתום העתירה בפועל, ולכן אין זה משנה בענייניו מה דעתו של השר. אם הקביעה כאן היא כי המפקד הונחה על ידי השר לפעול בניגוד לעמדתו שלו, וזו הסיבה להתערבותו של בית המשפט, אזי עדיין לא מובן מדוע היה צורך לבחון את שיקול הדעת שהנחה את השר בקביעת עצתו מלכתחילה. הרי אם הסמכות להחלטה מסורה בידי המפקד הצבאי (שסבר כי אין מניעה לתת את ההיתרים) ומעמדו של השר הוא כשל גורם מייעץ בלבד, והגורם המוסמך ביטל את דעתו מפני זו של הגורם המייעץ והחליט בניגוד לעמדתו שלו, אזי דומה כי די בכך להכריע בעתירה כפי שהוכרע, ואין צורך לבקר את שיקולי השר או להצביע על פגמים שנפלו בהליכים שהתקיימו אצל הגוף המייעץ. במילים אחרות, **עצם אימוצה של דעת המייעץ כהחלטה סופית ללא בחינה עצמאית מצדיק את פסילתה של ההחלטה**, וזאת ללא קשר למניעיו או לטעמיו של המייעץ.

דווקא משום כך ייתכן שחוות הדעת בעניין **חוג ההורים** היא חידוד הלכה, המבקש לא רק להכריע במחלוקת נקודתית זו, אלא לעמוד על החשיבות של אינטרס הציפיה וההסתמכות על מדיניות ממשלתית כדי להסדיר את הסוגיה מכאן ולהבא. אי-הבחנה זו בין בעל הסמכות לבין הגורם המייעץ מטשטשת אומנם את העיקרון בדבר עצמאות שיקול דעתו של המפקד כגורם המנהלי המוסמך על פי דין, אולם היא אפשרה לבית המשפט לחדש הלכה בנוגע לשאלת ההבטחה המנהלית והמדיניות המנהלית.

פרק ג: נימוקיו של בית המשפט להתערבות בהחלטה

בפרק הקודם הצגתי את הטענה כי בין שהשר הביא בחשבון את השיקולים הראויים ובין אם לאו, היה ראוי לבחון את שיקול דעתו של המפקד הצבאי, ולהשית את ההחלטה על פגמים שנפלו בהחלטה זו. בפרק זה של הרשימה אבקש להמשיך את הדיון על בסיס ההנחה שהגורם המוסמך לתת את ההיתרים הוא דווקא שר הביטחון, ואבחן אם החלטת בג"ץ בעניין **חוג ההורים** יוצאת נגד ההלכה המוסרשת המבחינה בין הבטחה מנהלית לבין מדיניות של נבחרי הציבור.

27 עניין **חוג ההורים**, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

החלטת בית המשפט בעניין חוג ההורים השעינה את המסקנה שיש לבטל את החלטת השר על ארבעה נימוקים:²⁸ הראשון, כי השר לא הביא בחשבון את ציפיותיהם של מארגני הטקס; השני, כי השר לא הביא בחשבון את ציפיותיהם של משתתפי הטקס (מבלי לפרט אם ההסתמכות היא של המשתתפים הישראלים או של תושבי האזור); השלישי, כי השר לא הביא בחשבון את רגשותיהם של בני הציבור התומכים בקיום הטקס;²⁹ והרביעי, כי השר העריך ביתר את הפגיעה ברגשות הציבור בעקבות ההנחה השגויה שבין המשתתפים הפלסטינים יש קרובי משפחה של מי שנהרגו אגב ביצוע פעולות איבה נגד ישראל.

בניגוד לשלושת הנימוקים הראשונים, הנימוק הרביעי נוגע בפגם בהפעלת שיקול הדעת שמקורו בטעות שבעובדה, ולכן אקדים ואתיחס אליו בנפרד מן הנימוקים האחרים.

1. החלטה שהתקבלה על בסיס תשתית ראייתית שגויה

אין חולק כי היה מוטב אילו בדק שר הביטחון את העובדות לאשורן בטרם טען כי בקרב המבקשים יש פלסטינים שהם בעלי קרבת משפחה ל"פלסטינים אשר נהרגו כתוצאה מפעילויות טרור נגד מדינת ישראל..."³⁰. אין גם חולק כי מרגע שהועלתה טענה זו והתבררה ככוזבת, יש בכך כדי להעמיד בספק את אמינותם של יתר הנימוקים שהעלה השר. אכן, אילו נשענה החלטתו של בית המשפט על אי-אמינות זו, הייתה רשימה זו נראית אחרת, וספק אם היא הייתה נכתבת כלל.

אי-אמירת אמת לציבור או מתן נימוקים בלתי מספקים במועד קבלת ההחלטה ושינויים במועד ההגעה לבית המשפט העליון הם תופעה שראוי לפעול למיגורה, ולו רק מחמת חובת ההגינות שהרשות חבה בה כלפי הציבור.³¹ אך אפילו לנוכח דברים אלה ייתכן שבית המשפט מיהר להתערב בהחלטת השר, והיה אולי מקום לפסוק במקרה זה בצורה שונה.

28 שם, פס' 10–11 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

29 יוער כי קיימת בליבי השאלה אם יש בכלל הצדקה משכנעת דייה להעניק הגנה משפטית קונקרטית ל"רגשות הציבור", ובמקרה שכן, אם בית המשפט הוא הגוף השלטוני המתאים ביותר לספקה, אולם שתי השאלות הללו מחייבות מענה מעמיק ומנומק שחורג מן הנקודה העיקרית של רשימה זו.

30 עניין חוג ההורים, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

31 זמיר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 997–1007; ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד (1) 667, 678 (1993): "בהליכי המינהל הציבורי נתקלים אנו, לעתים, בתופעה שאינה משוככת נפש זו, שבמגעייה עם האזרח אין הרשות מנמקת כיאות החלטת סירוב שהיא עושה, ואילו בבית-משפט נמצאים לה לפתע ק"ן טעמים להסבר, לפירוש ולביאור; או שבסרבה לאזרח את מבוקשו מעלה הרשות טעם פלוני להחלטתה (והוא טעם-סר-טעם), ואילו בבית המשפט נמצא לה במפתיע טעם אחר להחלטה, זו הפעם טעם יפה וראוי. וכבר נפסק, ולא אחת, כי בית המשפט יבחן בחשדנות יתרה טעם שנוגד לראשונה בהליכים לפניו, ואין זה אלא לשון המעטה וכל מתחיל יבין."

2. פגיעה בציפיות הצדדים – היחס שבין המדיניות העקבית לבין ההבטחה המנהלית

במשפט המנהלי מקובל להבחין בין שני מכשירים עיקריים הנוגעים בציפיות שנוצרות לאזרחים מפעולות המנהל – האחד הוא המדיניות, והאחר הוא ההבטחה המנהלית. ההבטחה המנהלית הוגדרה כבג"ץ סאי־טקס, שקבע כי "...כאשר ניתנת הבטחה חוקית על-ידי מי שהסמכות בידו לתתה ובידו גם למלא אחריה, היא מחייבת, ובאין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה – יש לכבדה..."³². הדרישות להוכחת התקיימותה של הבטחה מנהלית (או הבטחה שלטונית) הן גבוהות. הוכחת קיומה של הבטחה שלטונית צריכה להיות ברורה וחד-משמעית. על הטוען לה להוכיח כי הבטחה כזו אכן ניתנה, וכי היא מפורשת, ברורה ובלתי מוטלת בספק, כנדרש מהתחייבות משפטית שאינה בגדר הצהרת כוונות גרידא.³³ ההתחייבות הנטענת צריכה להיות "התחייבות שלמה, מחייבת ומגובשת על כל פרטיה החשובים".³⁴ פרופ' אלכס שטיין, אשר מונה לאחרונה לכהונת שופט בית המשפט העליון, הקביל את התנאים לקיומה של הבטחה זו לדרישות גמירות הדעת והמסוימות בדיני החוזים.³⁵

מכשיר המדיניות, לעומת זאת, מקל יותר מההבטחה המנהלית. מדיניות מתאפיינת בכך שהיא בת שינוי מהיר, ואין האזרח יכול להסתמך עליה באופן צופה פני עתיד.³⁶ זאת ועוד, הפרשנות המקובלת לחריגים לכלל הסתמכות זה היא מצמצמת, ונוגעת בהיבטים דיוניים בעיקרם.³⁷ המדיניות נבדלת אם כן בהיבט זה באופן משמעותי מן ההבטחה המנהלית, שבה יסוד הסופיות של המעשה המנהלי חזק עד כדי העברת נטל השכנוע אל כתפי המדינה להוכיח צידוק לא לקיימה.³⁸ יתרה מזו, אחד ממושכלות

32 בג"ץ 135/75 סאי־טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד (1) 673, 676 (1975) (להלן: עניין סאי־טקס). ליישום הלכה זו, ראו, למשל, את פסק דינו של השופט בייסקי בבג"ץ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד (4) 523, 529 (1986), המסכם את ארבעת התנאים שהציב השופט כהן – בבג"ץ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב(3) 469, 473–474 (1978) – להיווצרותה של הבטחה מנהלית מחייבת: (א) נותן ההבטחה היה בעל סמכות לתתה; (ב) הייתה לו כוונה להקנות לה תוקף משפטי; (ג) הוא בעל יכולת למלא אחריה; (ד) אין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה".

33 בג"ץ 5853/04 "אמנה" תנועת ההתיישבות של גוש אמונים אגודה שיתופית נ' ראש-משלת ישראל, פ"ד נט(2) 289, 293 (2004).

34 ע"א 2019/92 משרד הבינוי והשיכון נ' זיסר, פ"ד נב(3) 208, 222 (1998).

35 אלכס שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים יד 255, 270 (1984).

36 יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" משפט וממשל ה' 465, 467 (2000): "מטבעה, מדיניות היא מכשיר גמיש, שאפשר ליצור אותו במהירות, ובלא מגבלות פורמליות, ואשר נועד לשרת את הרשות המינהלית באותם תחומים שבהם יש צורך בהתאמה מהירה של הנורמות לצרכים הביצועיים השוטפים. אחד האספקטים הבולטים של גמישות המדיניות הוא היעדר מוחלט של סופיות. העיקרון המנחה הוא, שרשות מינהלית רשאית לשנות את מדיניותה בכל עת."

37 שם, בעמ' 468–469.

38 שם.

היסוד בעניין המדיניות המנהלית הוא חוסר ההכרה המוחלט בציפיות של האזרח המתבססות על מדיניות זו.³⁹ כדברי בית משפט העליון בעניין **מוניץ**:

“על-כן, רשאי המינהל בכל עת לשנות את מדיניותו ולא יישמע אדם בטענה ששם מבטחו בהסדר הקיים ושעל-סמך זה קיבל על עצמו התחייבויות. אין ביטול כזה אלא צרת הרבים, ולזה, כנראה, כל אחד חייב להיות מוכן...”⁴⁰

בעניין **מוניץ** נקבע כי מדיניותה של הממשלה נתונה בעיקרה לפיקוח פרלמנטרי, ולא דווקא לפיקוח שיפוטי. על נקודה זו יש להוסיף כי לגבי פוליטיקאים קיים מנגנון בקרה נוסף בדמות הציבור. המקום הנכון לשפוט הצלחה או כישלון של מדיניות מנהלית הנקבעת על ידי פוליטיקאים הוא בבחירות, שבהן הם עומדים למשפט הציבור, ולכן נהוג להתייחס אליה בצורה מקילה יותר מאשר להבטחה מנהלית של ממש.⁴¹ אין הדבר אומר, כמובן, כי שינוי מדיניות הוא פעולה שניתן לבצע ללא מגבלות כלשהן. לרשות מותר לשנות את מדיניותה משיקולים רבים, ובכלל זה כדי להתאימה למציאות החיים המשתנה.⁴² אולם אין משמעות הדבר ששינוי המדיניות משוחרר מכל מגבלה או ביקורת שיפוטית. החלטה בדבר שינוי מדיניות היא בגדר החלטה מנהלית לכל דבר ועניין, וכזו היא כפופה, מטבע הדברים, לכללים החלים על כל החלטה מנהלית אחרת, ביניהם הכלל שלפיו על שינוי המדיניות להיעשות על בסיס שיקולים ענייניים, וכן הכללים שלפיהם על השינוי לעמוד במתחם הסבירות, בדרישות המידתיות ובחובת ההגינות.⁴³ זו הייתה גם ההנמקה בעניין **חוג ההורים**:

39 ראו, למשל, עת"ם (מנהליים מר') 18929-12-17 **אביוב נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז מרכז** (פורסם בנבו, 29.7.2018).

40 בג"ץ 198/82 **מוניץ נ' בנק ישראל**, פ"ד לו(3) 470, 466 (1982).

41 השוו לעניין זה ע"א 6620/93 **עיריית רמת-גן נ' גולומב**, פ"ד נא(2) 363 (1997).

42 ע"ם 3801/13 **ארוז נ' שר הבטחון**, פס' 35 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 21.7.2016) (להלן: עניין ארוז); השוו יואב דותן **הנחיות מינהליות** 504 (1996); בג"ץ 627/82 **ליבמן נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל**, פ"ד לח(1) 645, פס' 5 לפסק דינה של המשנה לנשיא בן-פורת (1984).

43 עניין **מוניץ**, לעיל ה"ש 40, בעמ' 470–471. כאן המקום לציין גם את בג"ץ 5496/97 **מרי נ' שר החקלאות**, פ"ד נה(4) 540, 551–552 (2001); ואת בג"ץ 1398/07 **לביא-גולדשטיין נ' משרד החינוך – הגף להערכת תארים אקדמיים מחו"ל**, פס' 22–23 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 10.5.2010), שם עניין **סאי-טקס** (לעיל ה"ש 32) מובא כמקור לצידוד בטענה שיש להגן על אינטרס ההסתמכות במסגרת **מדיניות מנהלית**!

יודגש כי בשני המקרים הללו הנימוק העיקרי למניעת שינוי המדיניות נגע בתחולת השינוי למפרע. נימוק זה אינו מופיע בעניין **חוג ההורים**, ואיני חושב כי השמטה זו היא מקרית. בהינתן שבשנת 2017 לא התקיים הטקס במתכונת משותפת, שכללה הגעת פלסטינים מן הגדה לישראל, לא רק שהחלטה בשנת 2018 לאסור את כניסתם של פלסטינים ארצה כליל (ללא קשר לסיכון הבטחוני הנשקף מהם) השפיעה על ציפיות בלבד, ולא על הסתמכות קונקרטית, אלא שקשה לטעון כי היא שינתה בדיעבד מדיניות ממשלתית.

"וידוגש – הרשות רשאית, כמוכן, לשנות ממדיניות שהייתה נקוטה על ידה ולא אחת אכן נעשה שינוי כזה מקום שבו חל שינוי פרסונאלי באשר לזהותו של נושא המשרה (ראו: דפנה ברק־ארז **משפט מינהלי** כרך א 382–385 (2010)). אך בעשותה כן ובייחוד אם נוצרה לאורך השנים מציאות מסוימת בהינתן המדיניות הקודמת, עליה ליתן טעמים לשינוי שעליו החליטה תוך מתן הדעת למציאות שיצרה (ראו: בג"ץ 5342/12 לוי נ' משרד הפנים, פסקה 15 (6.12.2015); בג"ץ 5240/96 ג'ועמים נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289, 296–298 (1997))."⁴⁴

ובהמשך נקבע כי "ההחלטה אינה מביאה בחשבון כלל את המציאות שנוצרה לאורך השנים לעניין מתן היתרי כניסה לישראל לצורך השתתפות בטקס המשותף ואת הציפיות הלגיטימיות שנוצרו מטבע הדברים אצל מארגני הטקס המשותף בעקבות המדיניות הקודמת."⁴⁵

שלושת הנימוקים הראשונים של בית המשפט נוגעים כמוכן זה או אחר בליבת ההבחנה בין מעשה מנהלי שהוא בגדר הבטחה מנהלית לבין מדיניות מנהלית כללית. אלא שאף על פי שבית המשפט נוקט את המונח "מדיניות" ומבקש הצדקה לסטייה ממנה, איני משוכנע כי הכוונה כאן היא לשינוי "מדיניות מנהלית" כהגדרתה בהלכותיו הקודמות. הנמקה זו מעניינת במיוחד לנוכח פסיקה קודמת של אחד מחברי ההרכב, השופט פוגלמן, בעניין מתווה הגז, שבה כתב:

"כלל יסוד במשפטנו המינהלי הוא כי אין לאדם זכות קנויה במדיניות כלכלית קיימת המיטיבה עמו. משמעותו המעשית של עיקרון זה היא כי לאדם אין ציפייה לגיטימית ראויה להגנה משפטית ביחס להימשכותה של מדיניות כלכלית פסיקאלית קיימת, בין אם מקורה במעשה מינהל, בין אם מקורה בחקיקה ראשית. מכאן, כי פגיעה בציפייה או בהסתמכות שיסודן מדיניות כאמור אינה מקימה לפרט זכות לסעד מן הרשות..."

הגיזנה של הלכה זו ברור. שימור חופש הפעולה של המינהל בתחום הכלכלי-פסיקאלי נועד להבטיח כי המצפן לעיצובה של המדיניות בעניינים אלה יהיה תמיד טובת הציבור; וכי הממשלה תוכל להגיב להתפתחויות רלוונטיות מבלי להיות כבולה למדיניות שאינה הולמת עוד את צרכי הציבור. עלינו לזכור כי המדיניות בתחומים אלה משקפת הכרעה פוליטית ראשונה במעלה אשר לדרך הראויה לחלק את עוגת המשאבים הציבוריים, והיא מבטאת סדרי עדיפויות,

זאת ועוד, בשני המקרים נעשתה ההשוואה בין מדיניות להבטחה מנהלית באופן מלא וישיר על ידי דעת הרוב, באופן שמצביע על הצורך לחדד ביתר שאת את ההבדלים בין שינוי מדיניות לבין הפרת הבטחה במצבים מעין אלה, שבהם שינוי המדיניות מונהג על ידי גורם פוליטי ונבחר כחלק ממדיניות כללית ועקרונית, ולא על ידי גורם מנהלי מקצועי ממונה הפועל לפי שיקול דעתו המקצועי.

44 עניין חוג ההורים, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

45 שם, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

תקנות וציפיות אשר מטבע הדברים משתנים מעת לעת. לעומת זאת, כוחה המשפטי של הבטחה מינהלית הוא כי היא יוצרת ציפייה או הסתמכות בת-אכיפה, תוך שהפרתה גוררת זכות לתבוע סעד – אם אכיפה, אם פיצויים... לפיכך, להשקפתי, מדיניות כלכלית-פיסקאלית כוללת, בהיקף ובמנעד הנושאי שאליו מתייחסת פסקת היציבות, אינה יכולה להיות נושא להבטחה מינהלית...⁴⁶

הדברים שלעיל נאמרו על רקע מדיניות כלכלית צופת פני עתיד, אולם דומה שכוחם צריך להיות יפה גם לגבי הכרעות ערכיות מהותיות אחרות, דוגמת ההחלטה בעניין **חוג ההורים**. הרטוריקה בהחלטה בעניין הטקס תואמת והולמת יותר התייחסות להחלטת השר כאל ביטול **הבטחה מינהלית משתמעת** שנוצרה בהתנהגותם של שרי ביטחון קודמים, והדיון שבית המשפט עורך הוא בדבר השאלה אם יש לרשות המנהלית הצדקה להשתחרר מן החובה שמוטלת עליה לקיים את ההבטחה.

מסקנה זו מקבלת משנה תוקף לאחר בחינת האסמכתאות שאליהן הפנה בית המשפט עצמו – עניין **לוי**⁴⁷ (העוסק בשינוי התשתית הראייתית בבסיס החלטה, שבעקבותיו חל שינוי במדיניות לגבי אופן בחינתן של בקשות מנהליות) ועניין **ג'ועמיס**⁴⁸ (העוסק בשינוי מדיניות שמחייב ביטול החלטה מנהלית קודמת כדי ליישמו).

(א) עניין לוי – שינוי בתשתית הראייתית המנהלית כהצדקה לשינוי מדיניות או לאי-קיום הבטחה

עניין **לוי** עסק בהחלטה לסרב לבקשה למתן רשות הגירה לישראל לצאצאיה של אישה יהודייה. ההחלטה התקבלה לאחר חילופי כוח אדם בתפקיד הממונה על הקשר עם אמריקה הלטינית במשרד הקליטה, משהתגבשה אצל הפקיד החדש **המסקנה המסתברת** כי האישה שמכוחה טוענים לשבות לא הייתה יהודייה. ההחלטה המנהלית כאן לא הייתה שינוי מדיניות במובנו ה"קלסי", אלא החלטה לשנות ממצא עובדתי בעקבות שינוי בתשתית הראייתית המנהלית.

בעניין **לוי** נסב הדיון סביב הפסקת קליטתם של צאצאיה של אישה יהודייה לצורכי חוק השבות כתוצאה מטענה של הפקיד כי מחקר היסטורי חדש שנערך בעיר מגוריה של האישה עלול להשמיט את הרקע **העובדתי** להחלטה המקורית. לפיכך השינוי שנדון שם אומנם נגרם כתוצאה משינוי של מדיניות הקליטה וההגירה **הכללית** של הפקיד, אך הוא נדחה מכיוון שהתשתית הראייתית שבבסיס ההחלטה החדשה לא הייתה חזקה דייה

46 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 4–5 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: עניין **מתווה הגז**).

47 בג"ץ 5342/12 לוי נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 6.12.2015).

48 בג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289 (1997).

לסתור את "חזקת הכשרות" הספציפית לגבי יהדותה של אישה זו, שנוצרה לאחר שצאצאי האישה כבר עלו ארצה.⁴⁹

בית המשפט לא ראה אומנם צורך להכריע בעניין לוי כאילו ניתנה בעניינם הבטחה מנהלית, כפי שהוגדרה בהלכת סאי־טקס,⁵⁰ אך נקל להיווכח כי אילו עשה כן, הייתה התוצאה זהה, ואולי אף עקבית יותר ביחס לפסיקות קודמות של בית המשפט: אין חולק כי הפקיד בעניין לוי היה מוסמך לתת מעמד למבקשים (נותן ההבטחה היה בעל סמכות לתיתה), הפקיד אף העניק מעמד בפועל למבקשים שקדמו לעותרים בעניין לוי (ומשכך, לנותן ההבטחה הייתה כוונה להקנות לה תוקף משפטי, והוא הוכיח כי הוא בעל יכולת למלא אחריה), ואילו הדיון נסב סביב השאלה אם קיים צידוק חוקי, לנוכח שינוי הנסיבות, לשנות או לבטל את ההבטחה כי יינתן מעמד למבקשים על בסיס קרבתם לאישה יהודייה לצורך שבות.

מאחר שכאן מדובר במקרה ספציפי, אשר פגע בציפיות הספציפיות של משפחה ספציפית שהסתמכה על ראייה מנהלית ספציפית, יש היגיון בדרישה לבקש הנמקה משכנעת לשינוי ספציפי זה,⁵¹ ומשלא עלה בידי הרשות להציג שינוי ספציפי, אלא רק הסתברות כללית של סיכויים, יש לחייבה לפעול לפי המצב הקודם.

עניינו של הטקס שנדון בבג"ץ חוג ההורים היה שונה בהקשר זה לפחות בנקודה משמעותית אחת: בעוד שעניין לוי עסק בסוגיה קונקרטית של משפחה קונקרטית שהושפעה משינוי בתשתית הראייתית המנהלית שעמדה בבסיס החלטה המקורית, בעניין חוג ההורים החלטתו של שר הביטחון הייתה לשנות מדיניות שמאפשרת כניסה של פלסטינים כלשהם לישראל לצורכי קיום הטקס, וזאת במטרה לסכל את עצם התקיימותו של טקס משותף או למצער לגרום לכך שקיומו לא יהיה בטוחי ישראל.

49 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 47, ובמיוחד את נימוקיה של השופטת ברק־ארוז בפס' 18 לפסק דינה: "אכן, ברגיל, מחקר בכלל, ומחקר היסטורי בפרט, יכול לשמש בסיס לקבלתה של החלטה מנהלית... אולם, משעה שכבר התקבלה החלטה ספציפית בעניין יהדותה של אורטנסיה, אין די במחקר כללי שעניינו תולדות הקהילה כדי לסתור את 'חזקת הזכאות' שקמה מכוחה של אותה הכרה. בשלב זה, נדרש מידע קונקרטי או מבוסס יותר לשלילתה... אם כן, לא ניתן להעניק למחקר אקדמי היסטורי מעמד של ראייה 'חלוטה', הגוברת על ראיות קונקרטיות שמציגים מבקשי המעמד, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר בהסתמכות על המחקר בדיעבד, כחלק מהחלטה על שלילת זכאות שכבר הוכרה... המחקר הכללי אינו נוגע אפוא באופן קונקרטי דיו לזירת המחלוקת בין הצדדים."

50 עניין סאי־טקס, לעיל ה"ש 32.

51 ראו לעניין זה דותן "הבטחה מנהלית לציבור", לעיל ה"ש 36, בעמ' 477: "[קיים שוני יסודי] בין שני המצבים הנידונים – הבטחה מנהלית לנבטח קונקרטי, לעומת הבטחה מנהלית לציבור. בשני המצבים עשויה ההבטחה ליצור אצל מקבליה אינטרס של הסתמכות הראוי להגנה. השאלה היא רק, מהו המנגנון החברתי שצריך לספק לנבטחים הגנה מתאימה להסתמכותם? המנגנון השיפוטי הוא מנגנון מתאים לספק הגנה לאינטרס ההסתמכות של הפרט או של קבוצה קטנה ומוגדרת של פרטים; שהרי בית־המשפט הוא בראש־ובראשונה מוסד שנועד להגן על זכויותיו של הפרט ביחסיו עם השלטון (או עם פרטים אחרים). לא כך הוא המצב כאשר ההבטחה מכוונת לציבור כולו או לסקטור מסוים בתוכו. במקרה האחרון עומד לרשות הנבטחים מנגנון־אכיפה חלופי, רב־עוצמה – הוא המנגנון הפוליטי."

בניגוד לעניין לוי, כאן השר לא חלק על התשתית שבבסיס ההחלטה (שהרי הדרג הצבאי המקצועי לא ראה בעיה כלשהי במתן היתרים להשתתפות בטקס), אלא **חלק מבחינה ערכית על עצם קיומו של הטקס המשותף מלכתחילה**.

לא זו אף זו, בתגובה המקדמית בשם השר אף נמסר בבירור כי אין כל צורך בבדיקת הממצאים העובדתיים המתייחסים למשתתפים הפרטניים בטקס, מאחר שמדיניותו של השר היא עקרונית, ולא פרטנית.⁵² הציוץ המאוזכר בפסק הדין, שבמסגרתו כינה השר את הטקס מושא העתירה "מפגן של טעם רע וחוסר רגישות",⁵³ מספק אף הוא תימוכין לטענה כי התנגדותו של השר משקפת שינוי במדיניות מנהלית גורפת, להבדיל משינוי החלטה שהשפעתה פרטנית וממוקדת. החלטת השר אינה מכוונת נגד המבקשים הספציפיים, אלא נגד כלל המבקשים להיכנס ארצה לצורכי טקסים מסוג זה.

הגם שבשני המקרים – הן בעניין לוי והן בעניין חוג ההורים – התוצאה היא כי "מה שהיה אינו מה שיהיה", בעניין לוי הסוגיה הנדונה הייתה מידת הוודאות הנדרשת כדי לשנות את התשתית העובדתית שעמדה בבסיס ההחלטה הראשונה. בכל הכבוד הראוי, ביטול החלטה קודמת בעקבות שינוי בתשתית שבבסיס ההחלטה אינו דומה לשינוי החלטה בעקבות שינוי בשיקול הערכי שמוביל לשינוי מדיניות ביחס לסוגיה שנויה במחלוקת.

(ב) עניין לוי – האם שינוי המדיניות פוגע בזכות שכבר ניתנה או מונע את נתינתה של זכות מלכתחילה?

ניתן כמובן לטעון כי השר פגע גם בציפיותיהם הקונקרטיות של משתתפי הטקס ומארגניו, אך כאן יש לערוך בידול נוסף מהלכת לוי, הנוגע בהליך מימוש הזכות העומדת בבסיס המדיניות או ההבטחה המנהלית.

טענתם של העותרים בעניין לוי הייתה כי העלייה לישראל מכוח שבות הינה זכות המותנית בהגדרת קרוב משפחה של מבקש כיהודי לצורך שבות, וכי כל עוד אדם מוגדר כבעל המעמד המשפטי המזכה, כל שנתר לו לעשות הוא לפעול למימוש הזכות.⁵⁴ לפיכך העותרים בעניין לוי היו עתידים להיפגע במישרין משינוי המצב המשפטי בעניינם, והפגיעה בציפיותיהם היא פגיעה "במעגל הראשון" כתוצאה מביטול חזקת הזכאות שלהם למעמד, שהיא ייחודית למקרה זה.⁵⁵

חוק השבות, התש"י-1950, קובע בבירור בסעיף 1 כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה", ובסעיף 4א(א) הוא קובע כי "הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק

52 עניין חוג ההורים, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה חיות, שם מובאת תשובתו של המשנה ליועץ המשפטי למערכת הביטחון לפניית העותרות לפני הגשת העתירה: "נוכח עמדתו העקרונית של שר הביטחון בעניין... קיומו של הטקס האמור ביום הזיכרון, הרי שאין חובה וגם אין כל טעם בבדיקתם הפרטנית של הפונים לשם כניסה לישראל למטרה זו."

ראו לעיל ה"ש 8.

54 עניין לוי, לעיל ה"ש 47, פס' 15-17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

55 שם, פסק דינו של השופט מלצר.

האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי...". מכיוון שבעניין לוי הוכחה יהדותה של האישה מושא הדיון שם, קמה לצאצאיה "חזקת זכאות" ברורה מכוח החוק. קשה לטעון כי בעניין חוג ההורים הייתה למבקשים להשתתף בטקס מן הצד הפלסטיני "חזקת זכאות" לכניסה לישראל מכוח סעיף 3ב(3) להוראת השעה,⁵⁶ שכן מתן האשרה מותנה בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. על כן היכולת להקיש מעניין לוי לעניין חוג ההורים היא חלקית בלבד.

אולם בעניין חוג ההורים יש גם פגיעה בציפיות "במעגל השני" – זה של מארגני הטקס. ברם, מארגני הטקס אומנם קיוו וציפו לראות את משתתפי הטקס הפלסטינים מגיעים ארצה, אך הם אינם הצד הנפגע העיקרי מהחלטת השר. זאת, מאחר שהזכות הניתנת לתושבי הגדה המערבית להיכנס לישראל מותנית בקבלת היתר מיוחד, אשר הענקתו מותנית בבחינת בקשתם הפרטנית ובשיקול דעתו של המפקד הצבאי (או לצורך הדיון – של שר הביטחון). למארגני הטקס אין כל מעמד בהליך בחינתה של הבקשה, אף אם הם מכינים ומגישים אותה בשם המבקשים. למארגנים היה ידוע כי יש סיכוי שהבקשות לא יתקבלו או שההיתרים יבוטלו, כפי שאירע בשנת 2017.⁵⁷ למארגנים היה גם ידוע כי רוב המשתתפים בטקס מגיעים מישראל, ולא מן הגדה; כי ביום הזיכרון יחול סגר על האזור; וכי בתקופת הסגר המדיניות לגבי מתן ההיתרים מצומצמת ממילא למינימום ההכרחי, לנוכח הרגישות הבטחונית המוגברת ביום זה וביום העצמאות.

כאן המקום אף לתהות אם טקס שמקדם מסרים של הכרה בכאבו של האחר מחייב את נוכחותו של האחר, כחלק ממימוש חופש הביטוי (וכשאלת משנה – אם הפלסטינים שהוזמנו לשאת דברים בטקס זכאים להגנה חוקתית ישראלית על חופש הביטוי שלהם בהקשר זה), אך איזון זה יהיה שונה מן האיזון שנעשה בהחלטה זו, ולפיכך נותרו לעיון לעת מצוא.

יתרה מזו, יש אשר יטענו כי גם ללא מתן היתרי כניסה למשתתפי הטקס הפלסטינים ניתן לקיימו – אף אם במתכונת שונה מן המתוכנן – באופן שימזער את הפגיעה בהם. כך, הודות להתקדמות הטכנולוגיה, אין כל מניעה שההשתתפות בטקס תיעשה על ידי עריכת אירוע מקביל בשטחי הרשות הפלסטינית או באמצעות השתתפות מרחוק באירוע. גם מבחינה זו אי-אפשר להשוות את עניין חוג ההורים לעניין לוי, שכן טרם הומצאה הדרך לעלות לישראל דרך המרשתת.

עולה מכך כי בעוד שבעניין לוי השינוי במדיניות ההגירה היה עלול לפגוע במימוש זכות שכבר ניתנה למי שהיה זכאי לה לכאורה, ובמובן מסוים הוא עסק בשלילתה, בעניין חוג ההורים סירבה הרשות, לאחר הפעלת שיקול דעת, לקבל את הבקשות לאפשר כניסה לישראל, ובכך נפגעה רק הציפייה הכללית לכך שגם השנה תתאפשר

56 מה גם שזכות חזקה יותר – הזכות למגורים משותפים בשטחי ישראל – נשללה על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין עדאלה).

57 עניין חוג ההורים, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

השתתפותם של תושבי הגדה בטקס. אם הדברים האמורים נכונים למארגני הטקס או למשתתפיו, אזי מקל וחומר שהם נכונים לגבי הקהל הרחב התומך בקיומו של האירוע ומעוניין בו: בעניינם ההצדקה להימנע משינוי מדיניות מכוח ציפיותיהם הכלליות חלשה אף יותר.

(ג) עניין ג'ועמיס – שינוי מדיניות המחייב ביטול החלטה מנהלית קודמת

ניתוח דומה ניתן לערוך ביחס למקור השני שאליו הפנה בית המשפט – עניין ג'ועמיס.⁵⁸ בעניין זה דובר בעתירה שהגישו חברי מועצה מקומית אשר מונו לתפקידם על ידי שר הפנים היוצא אך טרם החלו במילוי תפקידם כאשר החליט שר הפנים הנכנס לשנות את המדיניות בנוגע לאופן הקמתן של המועצות.⁵⁹ העותרים סברו – ובצדק, מבחינתו של בית המשפט – כי השאלה שעמדה לדיון אינה אם עצם ההחלטה של השר להפעיל את מדיניותו, ולמנות לתפקיד חברי המועצה המקומית ביישוב פלוני אנשי מקצוע שאינם תושבי המקום, הינה פגומה.⁶⁰ את עיקר יחבם תלו העותרים בעובדה שהחלטה זו באה לאחר שכבר התקבלה החלטה קודמת, על ידי שר הפנים היוצא, שהובילה למינויים שנכנסו לתוקף בפועל עם פרסומם ברשומות. בנסיבות אלה לא דובר רק בשינוי מדיניות ביחס לדרך מינויים או לזהותם של חברי המועצה המקומית מכאן ואילך, אלא קודם כל בביטול מינויים שכבר נכנסו לתוקף, גם אם אלה שמונו טרם החלו במילוי תפקידם בפועל. כדברי בית המשפט:

“...במסגרת שיקוליו היה על השר להביא בחשבון את האינטרסים הנוספים שהתגבשו לאחר שהתקבלה ויצאה אל הפועל ההחלטה הראשונה, ולתת לכך את המשקל המתאים... ניתן אפוא לנסח את השאלה העומדת במוקד הדיון הזה באופן הבא: האם נפל פגם בהפעלת שיקול-דעתו של השר בהחלטתו להעביר את העותרים מכהונתם כחברי המועצה, לאור המציאות שיצרה החלטת קודמו, ובהתחשב בשיקולים אשר הנחו את השר בקבלת החלטתו?”⁶¹

ובהמשך:

“אכן, רשאית רשות ציבורית לשנות את מדיניותה. אך אין שינויה של המדיניות כשלעצמו מהווה טעם מספיק כדי לעקור את אשר ניטע על-פי המדיניות הקודמת. הפיכת הקערה על פיה, בנסיבות כמו בענייננו, עשויה להיות מוצדקת רק בנסיבות מיוחדות, כמו לדוגמה, כאשר המדיניות הקודמת הייתה מלכתחילה פסולה ובלתי ראויה, או כאשר קיימים שיקולים יוצאי-דופן בחשיבותם

58 עניין ג'ועמיס, לעיל ה"ש 48.

59 שם, בעמ' 291–295.

60 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט אור.

61 שם.

ובמשקלם, המחייבים אי-כיבודן של זכויות אשר נרכשו על-פי המדיניות הקודמת.⁶²

עניין ג'ועמיס אינו עומד לבדו בהקשר זה. קיימים תקדימים נוספים דוגמתו, ומבין אלה ראוי להתעכב במיוחד על עניין ארז, שם הועלתה הטענה כי יש להתחשב גם במימד הזמן של שינוי המדיניות, כך שהמדיניות החדשה לא תחול בצורה רטרואקטיבית.⁶³ הקו המקשר בין המקרים הללו מצוי כאמור ביכולת של העותרים להוכיח הסתמכות ספציפית על המדיניות ששונתה, ובחלק מן המקרים הללו אף קיבלה ההסתמכות ביטוי בהחלטה מנהלית קודמת שהתבססה עליה. על רקע דברים אלה יש לשאול, אם כן, מה מקומו של טקס יום הזיכרון המשותף ליהודים ולפלסטינים במערך הנסיבות שבבסיס העתירה. ליתר דיוק, עלינו לשאול מהי "ההחלטה הראשונה" שבבסיס המדיניות ביחס לטקס, ומהי ההחלטה המשנה את המדיניות.

לפי פרשנות אחת של הנסיבות – שהיא גם הפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט – מדינת ישראל נוקטת זה שנים מדיניות המאפשרת את קיום הטקס מדי שנה בהשתתפותם של תושבי הגדה, ועל כן עניין חוג ההורים הוא סטייה ממדיניות עקבית זו, והנטל מוטל על שכמו של הגורם המשנה מדיניות זו להסביר את ההצדקות לשינוי.

אך קיימת גם פרשנות אחרת של הנסיבות, והיא שאין זה נכון להסתכל על מכלול הטקסים כפי שהתקיימו כמדיניות אחת, אלא נכון יותר להסתכל על כל טקס, בכל שנה, כעומד בפני עצמו, כך שהגורם המוסמך רשאי לשנות את מדיניותו מטקס לטקס. תימוכין לכך שיש לראות גישה זו כגישה העדיפה ניתן למצוא בכמה מקורות. ראשית, בהפעלת הסמכות לתת היתרי כניסה לישראל מכוח הוראת השעה יש לגורם המוסמך שיקול דעת נרחב לדון בכל בקשה באופן פרטני.⁶⁴ יודגש כי ההסדרים הכלליים של

62 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט אור.

63 עניין ארז, לעיל ה"ש 42, פס' 35–36 לפסק דינו של השופט מלצר.

64 ראו עניין איסמעיל, לעיל ה"ש 11; בג"ץ 9482/11 פלוני נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 7.1.2013); וכן בג"ץ 9323/06 אחמד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 21.3.2012): "אשר לטענת העותרים בדבר הסתמכותם על כך שהיתרי השהייה שניתנו להם בין השנים 2000–2006, התייחסו לשטח ירושלים בכללותה, הרי שהמשיבים הודיעו כי הם מוכנים לשקול באופן פרטני את עניינו של כל עותר שיציג טעם מיוחד להרחבת היתר השהייה שניתן לו. חזקה על המשיבים שיעשו כן על פי אמות מידה סבירות ומידתיות."

השוו, כנגד זה, בג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה, פס' 26 ו-28 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 26.8.2018): "...כפי שאמרנו, בצד קיומה של מדיניות, הרשות מחויבת להפעיל שיקול דעת פרטני בכל מקרה, וכפי שנפסק בעניין כרנו: 'על הרשות המינהלית מוטלת החובה לבחון האם נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה הנדון, אינן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות' (בג"ץ 2777/18 כרנו נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פסקה 8 (16.4.2018)...). החובה היא לקבל החלטה קונקרטית לגבי חמש הנשים שלפנינו על סמך נסיבות כל אחד מהמקרים... כמו כן, כפי שכבר הוסבר, אין כל טענה לסיכון ביטחוני הנשקף מן העותרות או כי קרבן מדרגה ראשונה

הוראת השעה זכו בהתייחסות עקרונית משמעותית של בג"ץ בהקשר של איחוד משפחות בשתי הזדמנויות שונות לפחות, שם קיבלה מסקנה זו משנה תוקף על פי פסיקת הרוב.⁶⁵

שנית, כבר בשנת 2017 החליט **איתנו שר ביטחון** לא לאפשר את כניסתם של פלסטינים לטקס המשותף, באופן שאילץ את מארגני הטקס לקיים במקביל לאירוע בתל אביב אירוע נוסף בתוך שטחי הרשות הפלסטינית.⁶⁶ החלטה זו הייתה אף היא החלטת מדיניות, שהתבססה על נסיבות בטחוניות ששררו סמוך לקיומו של הטקס (ועד כמה שניתן לגלות ממקורות פומביים – לא על בסיס הערכה בדבר מסוכנות קונקרטיה של מי מן המשתתפים המיועדים בטקס), והיא לא שונתה על ידי ערכאות משפטיות.⁶⁷ בין שהחלטה אז התכוונה ליצור שינוי מדיניות גורף ובין שהיא התכוונה לערוך שינוי נקודתי בלבד באותה שנה, בעצם קיומו של תקדים שבו הותרה מניעת כניסתם של פלסטינים לשטחי ישראל לצורך הטקס יש כדי לגרוע ממידת ההסתמכות הלגיטימית של המארגנים והמשתתפים על כך שהטקס יתקיים בעתיד במתכונת משותפת כמו בעבר.

שלישית, מן הנתונים של פורום המשפחות השכולות שהגישו את העתירה עולה כי מספר המשתתפים בטקס כמו גם מיקומו משתנים משנה לשנה.⁶⁸ בעוד שלאירוע הראשון, שנערך ב"תיאטרון תמונע" בשנת 2006, הגיעו כ-200 אנשים בלבד, בשנת 2016 כבר הגיעו לאירוע יותר מ-3,000 בני אדם, והוא נערך ב"היכל קבוצת שלמה", המיועד לקהלים גדולים, ובשנת 2018 התקיים הטקס לראשונה באוויר הפתוח בגני הושע, ונכחו בו כ-7,500 נפשות. אי-אפשר לחלוק על כך שמדיניות שנקבעה בראשית

לאיש חמאס יוצרת סיכון כאמור. על אף האמור, ובניגוד לחובה לבחון באופן פרטני כל מקרה לגופו שעליה עמדנו לעיל, סירבה המדינה באופן גורף לבקשתן של העותרות אך מפאת קרבתן האמורה לאנשי חמאס. המשיבים לא נתנו דעתם למצבן הרפואי הקונקרטי של כל אחת מן העותרות; לחומרתן ולמידת דחיפותן של הטיפולים הדרושים; ולהשפעה על מצבן הבריאותי של העותרות של חלוק הזמן עד שיימצא פתרון בחו"ל, אף בהנחה שיעלה בידן למצוא פתרון כאמור. המשיבים אף לא נתנו משקל לכך שביחס לחלק מן העותרות מדובר בטיפולים עוקבים לטיפולים שכבר ניתנו להן בבתי החולים שאליהן ביקשו להגיע. נזכיר כי השופט פוגלמן היה חלק מן ההרכב שדן בעניין חוג ההורים.

65 עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 56; בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2012).

66 עניין **חוג ההורים**, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה חיות. כן ראו דיווח עיתונאי של חגי מטר "צפו: לראשונה טקס הזיכרון המשותף בת"א התקיים ללא פלסטינים" **שיחה מקומית** 30.4.2017 mekomit.co.il/%D7%99%D7%95%D7%9D-%D7%94%D7%96%D7%99-%D7%9B%D7%A8%D7%95%D7%9F-%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%95%D7%AA-%D7%A3-2017/.

67 שם. מטר מציין אומנם כי "מהלכים משפטיים כנגד ההחלטה כשלו", אך מאמצי לאתרו במקורות פומביים החלטות שיפוטיות בעניין זה לא צלחו.

68 "טקס יום הזיכרון הישראלי-פלסטיני מבקש להזכיר שהמלחמה אינה גזירת גורל אלא בחירה אנושית" **פורום משפחות שכולות ישראלי-פלסטיני בעד שלום** theparentscircle.org/pccf-activities_heb/memorial-ceremony_heb/.

דרכו של האירוע, כאשר הוא מנה מאות משתתפים בלבד, מחויבת בבדיקה מחדש מרגע שהאירוע נהפך להמוני ומושך אליו אלפי משתתפים.⁶⁹ מכל מקום, גם אם יש בקיומו העקבי של הטקס משום חיזוק להסתמכות על עצם קיומו, החלטת שר הביטחון בשנת 2017 והחלטת בית המשפט בעניין **חוג ההורים** מדגימות כי ההסתמכות על קיום הטקס וההסתמכות על השתתפות פלסטינים בו הן סוגיות נפרדות.

בנקודה זו עניין **חוג ההורים** נבדל באופן משמעותי מעניין **ג'ועמיס**, ובמידה מסוימת גם מעניין **ארז**, מאחר שבעניין **חוג ההורים** לא הייתה החלטה קודמת לתת היתרי כניסה לתושבי האזור כדי להשתתף בטקס של שנת 2018. נהפוך הוא, עניין **חוג ההורים** נוצר בעקבות העובדה שהבקשות שהוגשו לכניסה לישראל נדחו **מראש ומלכתחילה**. דחייה זו היא "ההחלטה הראשונה" של מדיניות השר ביחס לטקס זה. בניגוד לעניין **ג'ועמיס**, שם כבר מונו חברי המועצה לתפקידם בפועל, והעובדה שהם לא החלו עדיין למלאו נבעה רק מסיבה פרוצדורלית של אי-כינוס האספה (קרי, הזכות הוקנתה ורק מימושה עוכב), בעניין **חוג ההורים** קשה לטעון כי מדובר ב"זכויות אשר נרכשו על-פי המדיניות הקודמת".⁷⁰

לטעמי, קשה אף לטעון כי מתן האפשרות לקיים את הטקס במתכונת המשותפת נהפכה ל"נוהל מושרש" במשפט המנהלי, כפי שהיה בעניין **ארז**:⁷¹ הרי אם בשנת 2017 היה אפשר לבטל את השתתפותם של תושבי הגדה בטקס על בסיס החלטת מדיניות שנומקה ב"מצב הבטחוני" ששרר סמוך לטקס **שבועיים בלבד** לפני מועד האירוע,⁷² אזי קשה להלום טענה כי למשתתפי האירוע ואף למארגני הטקס הייתה ציפייה **קונקרטי** לכך שהטקס בשנת 2018 יתקיים במתכונת המשותפת כפי שהייתה נהוגה עד שנת 2016. מסקנה מסתברת יותר היא כי הציפיות שנפגעו אצל המשתתפים והמארגנים היו הציפיות **הכלליות** לכך שיתאפשר לקיים את הטקס במתכונת כפי שנערכה בעבר, ואלה ציפיות מן הסוג שנדונו בעבר ביחס למדיניות, ואשר עליהן נאמר בעניין **מוניץ**, כנזכר לעיל, כי המנהל רשאי בכל עת לשנות את מדיניותו, "ולא יישמע אדם בטענה ששם מבטחו בהסדר הקיים ושעל-סמך זה קיבל על עצמו התחייבויות. אין ביטול כזה אלא צרת הרבים, ולזה, כנראה, כל אחד חייב להיות מוכן".⁷³

לנקודה זו יש חשיבות מכרעת, שכן אם הדין החל הוא דין המדיניות המנהלית, אזי המשקל שיש לייחס במסגרת בחינת סבירותה של ההחלטה המנהלית לציפיותיהם הכלליות של המארגנים או המשתתפים (ומקל וחומר – לציפיותיו הכלליות של מי

69 נזכיר לעניין זה את דבריו של השופט פוגלמן בעניין **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 46.

70 עניין **ג'ועמיס**, לעיל ה"ש 48, פס' 14 לפסק דינו של השופט אור.

71 עניין **ארז**, לעיל ה"ש 42, פס' 38 לפסק דינו של השופט מלצר. בניגוד לעניין זה, טקס הזיכרון המשותף הוא אירוע שקיומו החל בשנת 2006, בהשתתפות של מאות ספורות בלבד, והוא הגיע לממדים של אלפי משתתפים – רובם ככולם ישראלים – רק בשלוש השנים שקדמו להחלטה בעניין **חוג ההורים**.

72 עניין **חוג ההורים**, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

73 עניין **מוניץ**, לעיל ה"ש 40, בעמ' 470.

שתומך בקיום האירוע אך שאין לו כל נגיעה אישית אליו) **נמוך באופן ניכר** מזה שיש לייחס לצפייות קונקרטיות, ספציפיות ולגיטימיות, כמתבטא במקרים שבהם יש הבטחה מנהלית מוגמרת.⁷⁴ במילים אחרות, המארגנים אולי ציפו וקיוו כי שר הביטחון ינהג כפי שנהג בשנת 2016 ויתיר כניסה של משתתפים מן הגדה לאירוע, אך שר הביטחון או הצבא מעולם לא הבטיחו דבר כזה, ולפיכך המארגנים לא היו יכולים להיבנות ממצגים כלשהם שהוצגו כלפיהם בהקשר זה עד למועד הגשת הבקשות הפרטניות לשנת 2018. באותה מידה שהם הניחו כי השר ינהג כפי שנהג בשנת 2016, כאשר התיר את הכניסה, היה להם יסוד סביר להניח כי יש גם אפשרות שהוא ינהג דווקא כפי שנהג בשנת 2017, ויאסור את הכניסה.

כפי שראינו לעיל בתת-פרק 2, אחד הגורמים המבדילים בין מדיניות להבטחה מנהלית הוא היכולת להיבנות באופן לגיטימי מהבטחה ברורה וספציפית, וכזו לא ניתנה כאן מעולם.

פרק ד: השאלות העולות מן החלק האופרטיבי של החלטה

בעניין **חוג ההורים** העדיף בג"ץ להחליט בסוגיה זו לגופה במקום להעביר את הדיון לבית המשפט לעניינים מנהליים, וזאת בשל "סד הזמנים הקצר".⁷⁵ בהחלטה זו של בג"ץ אין קושי מיוחד – היא מהווה ביטוי לסמכותו המקבילה לזו של בית המשפט לעניינים מנהליים,⁷⁶ ויש שייגידו כי היא אף מהווה ביטוי למגמה האחרונה בפסיקה שלפיה בית המשפט עובר משימוש בכללים של סמכות לשימוש בכללים של שיקול דעת, ומחליף את הכללים הפורמליים הנוקשים ב"סטנדרטים".⁷⁷ בדרך זו הוא אינו נדרש ליצור תקדימים כאשר לדידו הם אינם הכרחיים.⁷⁸ לפיכך ייתכן שבית המשפט החליט בעניין זה באופן נקודתי ששר הביטחון הוא הגורם המוסמך, ולא דווקא התכוון ליצור תקדים בסוגיית ההבטחה המנהלית.⁷⁹

74 דותן "הבטחה מנהלית לציבור", לעיל ה"ש 36, בעמ' 493–495.

75 עניין **חוג ההורים**, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה חיות. ההחלטה ניתנה כיום לפני הטקס עצמו.

76 ראו לעיל ה"ש 12.

77 מיכל לופט "חבר'ה, קצת הגזמתם, לא?" – לאן נעלמה הביקורת השיפוטית של בתי המשפט הישראליים על מעשי המנהל "המשפט" ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון: מבוקי הארות פסיקה 29, 25, 27 (2014) zola.colman.ac.il/wp-content/uploads/2017/11/29_july_2014_4_luft.pdf.

78 ראשיתה של מגמה זו בשנות השמונים, עם צמצום העיסוק בשאלות של סמכות והרחבת הביקורת על תוכן הפעולה עצמה. ראו, למשל, מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עינוי משפט** יז 503, 530 (1993).

79 ברוב המקרים לאורך השנים נמנע בית המשפט מהחלת הלכת **סאייטקס** ככתבה וכלשונה, אולם גם

בין מכוח רצון להכריע במחלוקת הנקודתית ובין מכוח רצון לחדד הלכה, התוצאה האופרטיבית היא שביט המשפט החליף את שיקול הדעת של הגורם המנהלי בשיקול דעתו שלו, והורה על מתן היתרי כניסה לישראל לצורך השתתפות בטקס. לאור הניתוח המפורט לעיל אציע כי בשלב זה נבחן אם האיזון שערך בית המשפט העליון במקום שר הביטחון לא לקה אף הוא בייחוס משקל יתר לשיקולים שונים הקשורים להחלטה – קרי, להעדפותיהם של המארגנים, המשתתפים וציבור התומכים בטקס, על חשבון השיקולים שהשר קבע לעצמו – בהתייחסו לציפיות כלליות כאל ציפיות ספציפיות, ובראותו פגיעה בציפייה כפגיעה בהסתמכות.

בהקשר זה חשובה במיוחד השאלה מדוע בית המשפט ראה לנכון לקבוע כי –

”מטעמים אלו כולם החלטנו לעשות את הצו על תנאי למוחלט ולהורות לשר הביטחון לאפשר מתן היתרי כניסה ייעודיים לישראל לצורך השתתפות בטקס המשותף ל-90 פלסטינים – בדומה לכמות ההיתרים שהתאפשרה בשנת 2016 – ובלבד שלאחר בדיקה פרטנית מתאימה יימצא כי אין לכך מניעה ביטחונית או אחרת.”⁸⁰

הרי אם בית המשפט סבר כי השר שגה בשיקוליו העקרוניים, האם לא נכון יותר לקבוע כי היה עליו להתיר את כניסתם של כלל המבקשים שבקשותיהם נדחו, בכפוף לבדיקה פרטנית?

לנוכח סד הזמנים הקצר, החלטת בית המשפט לא להחזיר את העניין להכרעתו המחודשת של השר, כדי שיערוך מחדש את האיזון בעצמו, היא החלטה מתבקשת (הגם שמבחינת הפרדת הרשויות היא אינה רצויה בהכרח). אך אם בית המשפט סבור כי השר לא שגה בשיקוליו העקרוניים, אלא רק באיזון שערך בין השיקולים, אזי מדוע וכיצד נקבע כי האיזון הנכון מצוי באירוע של 2016, ולא בזה של 2017, כאשר נדחו בקשותיהם של יותר מ-220 משתתפים?⁸¹ ואולי האיזון הראוי מצוי דווקא במספר האישורים שניתן בשנת 2014 או בשנת 2015, או אולי אפילו בשנת 2008? הדברים מתחדדים אף לנוכח הגידול המשמעותי שחל במספר המשתתפים בטקס בין השנים 2016 ו-2018: בעוד שמספר המשתתפים הכולל הוכפל, מספר ההיתרים שניתנו נותר זהה. דווקא משום כך, הגם שהחלטתו של שר הביטחון שנויה במחלוקת לכל הפחות כמו הטקס שהוביל לעתירה, היה מוטב אילו נקט בית המשפט ריסון שיפוטי במקרה זה

מיאן לערוך בה שינויים. ראו מיכל טמיר “עלותו השקועה של התקדים” דין ודברים א 211, 287 (2004); קארין יפת “הבטחה מנהלית: לידתה, תולדותיה, אחריתה – אך מדוע נגזרה עליה מיתה?” קריית המשפט ג 591, 616 (2003).

80 עניין חוג ההורים, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
81 גילי כהן “225 פלסטינים לא קיבלו היתרי כניסה ולא יוכלו להשתתף בטקס הזיכרון המשותף” הארץ 29.4.2017. www.haaretz.co.il/news/politics/.premium-1.4052711

ונמנע מהפעלת שיקול דעת במקום השר. חלף זאת היה עדיף להחזיר את ההחלטה לידו השר ולקצוב לו זמן קצר לקבלתה.

סיכום

מן הנקודות המפורטות ברשימה זו עולה כי בית המשפט בחר בעניין **חוג ההורים** להתייחס למדיניותו המצמצמת של שר הביטחון לא כאל סטייה ממדיניות קיימת שמחייבת הצדקה לגופו של עניין, אלא הלך צעד קדימה והקביל את הציפיות שנוצרו אצל מי שנהנו מן המדיניות שקדמה למדיניות החדשה לציפיות שהיו נוצרות בעקבות הבטחה מנהלית קונקרטיה וספציפית כי היתרים מסוג זה ימשיכו להינתן להם גם בעתיד. את ההקבלה הזו השעיין בית המשפט, בין היתר, על העובדה שבשתיים-עשרה השנים שקדמו לעתירה דאגו תמיד העותרים לבקש את ההיתרים הנדרשים במועד, ובכל השנים האלה, למעט בשנת 2017, נעתרו הרשויות לבקשתם. למעשה, הנוהג של הרשות הוא שיצר את הציפייה של העותרים כי גם השנה יעשה הגורם הרלוונטי שימוש בסמכותו לתת היתר רשמי להיכנס למדינה, דבר אשר יצר מעין "הבטחה מנהלית משתמעת". לפיכך מוטל על הרשות הנטל להצדיק את שינוי המדיניות, בדומה לנטל המוטל עליה במקרה של השתחררות מהבטחה מנהלית.

לדידו של בית המשפט, אי-אפשר להצדיק נטל זה בשיקולים כלליים של העדפה שונה או השקפת עולם פוליטית שונה גרידא, אלא על השר הנכנס להצביע על טעמים קונקרטיים וכבדי משקל שיצדיקו חריגה ממדיניות ההיתרים שנקטה בעבר.⁸² איזון זה מחייב התחשבות בציפיות קונקרטיות **כאילו ניתנה הבטחה**, ובכך גישתו של בית המשפט כאן נבדלת מהלכות קודמות בעניין זה.

איני בטוח כי צעד זה, כעניין של מדיניות (תרתי משמע), הוא צעד רצוי. הכלי המשמעותי ביותר שיש בידיו של הדרג הנבחר הוא כלי המדיניות. פוליטיקאים נבחרים לתפקידם על בסיס הבטחות בענייני מדיניות, הם נבחנים בעיני הציבור על בסיס הצלחתם או עמידתם במימושן, והם גם נותנים את הדין בקלפי ביום הבחור בהתאם להחלטת הציבור. ביצור יתר של המדיניות באמצעות כללים משפטיים שמחייבים את רשויות המנהל מעבר לנדרש עלול לייצר מצב שבו גורם מנהלי נבחר לא יהיה מסוגל לשנות מדיניות נהוגה אף אם הוא סבור כי בשינוי זה הוא מקיים את רצון העם (או לכל הפחות את רצון בוחריו), לנוכח כובד משקלן של הציפיות הקונקרטיות של הציבור הנהנה ממדיניות זו. זאת ועוד, אף שמדובר במניעה משפטית, הציבור ישפוט בקלפי את הגורם המנהלי על כשלונו בשינוי המדיניות.

82 לא נעלמה מעניי האמירה כי השר התבקש להסביר מדוע הוא מבקש לחרוג גם מהמלצותיו של הגורם הצבאי, אולם זוהי סוגיה נפרדת, ומפסק דינה של הנשיאה חיות ניכר כי לא היא הייתה הגורם המכריע בהחלטה זו. ראו עניין **חוג ההורים**, לעיל ה"ש 1, פס' 9-10 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

משפט ועסקים כב, תש"ף ביקורת שיפוטית על שינוי מדיניות עקבית של רשויות המנהל

הדבר יוצר "פער יכולת" שאינו רצוי מנקודת המבט של הפרדת רשויות, שכן הוא מחליש את הרשות המנהלית אל מול הרשות השופטת. ייתכן שההחלטה בעניין **חוג ההורים** תיוותר כחריג לכלל, אולם לנוכח הדיון בעניין **ארז** חוששני כי פנינו לטשטוש נוסף בהבחנה, אשר קשה ממילא.