



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

כ"א תמוז, תשפ"ג
10 יולי, 2023

לכבוד
ח"כ שמחה רוטמן, יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט
חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט

הנדון: חוות דעת בעניין הצעת חוק יסוד השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)

ביום 4.7.23, עברה בקריאה ראשונה בוועדת חוקה, חוק ומשפט הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - עילת הסבירות). הצעת החוק, אותה יזם יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט (להלן: יו"ר הוועדה) כהצעת חוק מטעם הוועדה בראשותו, קובעת כדלקמן:

"על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם."

הצעה זו כמעט וזהה להצעה שהוגשה על ידי יו"ר הוועדה בתאריך 18 בינואר 2023, כאשר הוגשה יחד עם הצעה לתיקונים העוסקים בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, בשלילת הביקורת השיפוטית על חוקי-יסוד, בהגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ובהוספת מנגנון של פסקת ההתגברות.

הצעת חוק היסוד שבנדון מצמצמת את סמכות בית המשפט לדון ולפסוק על סמך עילת אי הסבירות בבואו לבחון את חוקיותן של החלטות מנהליות. על פיה, בית המשפט לא יוכל לתת צווים כנגד הממשלה, שרים ונבחר ציבור אחרים (שייקבעו בחוק) בעניין סבירות החלטתם.

אנו מתנגדים בתוקף להצעת חוק היסוד. היא פוגעת פגיעה חמורה בעקרון שלטון חוק ובטוהר המידות, באיכות החלטות רשויות המינהל, בזכויות היסוד של האזרחים ובאמון הציבור ברשויות השלטון. הצעת חוק היסוד פוטרת למעשה את הממשלה ונבחר הציבור מחובתם לנהוג בסבירות. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח היותה של ההצעה חוליה אחת בשרשרת תיקוני חקיקה שהקואליציה מבקשת לקדם, תיקונים אשר הלכה למעשה מובילים להחלשה משמעותית ביכולת הפיקוח של שומרי הסף על הדרג הפוליטי, לערעור עקרון האיזונים והבלמים ולהסרת מגבלות על כוחו של השלטון.

אמיר אלשטיין יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין
יו"ר של כבוד

יוחנן פלסנר
נשיא

ברנד מרכוס
יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

עו"ד ליאת אהרונוסון
אלי גרוני
פרופ' ורד וניצקי-סרוסי
ד"ר חן ליכטנשטיין
מזל מעולם
שגיר לשעבר שלי מרידור
פרופ' מאיה נאסר אבו-אלהיג'א
עו"ד אבי פישר
ד"ר מיכל צור
יוסי קוצניק

המועצה הבינלאומית

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר
השופטת רחלי סילברמן אבלה, קנדה
אליזבת אברמס, ארה"ב
שגיר לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב
או אפלכאוס, ארה"ב
פרופ' ורנון בוגנוט, בריטניה
השופטת דורית ביניש, ישראל
השופט סטיבן ברייר, ארה"ב
השופט סלים ג'ובראן, ישראל
ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
פרופ' משה הלברטל, ישראל
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
פרופ' רוברט מונקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקושיץ, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
ברט סטפנס, ארה"ב
פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
פרופ' גרהרד קטפר, ארה"ב
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

פרופ' סוזי נבות, מחקר
פרופ' קרנית פלוג, מחקר
ד"ר ישי [יס] פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

פרופ' איסמעיל אבו סעד
פרופ' תמר הרמן
פרופ' נתן זוסמן [אורח]
פרופ' עמית כהן
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' דניאל סטמון
פרופ' בני פורת
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' מרדכי קרמיניצ'ר
פרופ' גדעון רהט
ד"ר תהילה שורץ אלטשולר
פרופ' יובל שני

מייסדים

ד"ר אריק ברמון
מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ [1920-2021]



תמצית חוות הדעת:

1. הצעת חוק היסוד מבקשת לצמצם באופן ניכר את השימוש בעילה מרכזית מן המשפט המנהלי, המשרתת מטרה חיונית של פיקוח ובקרה על רשויות המנהל, מבטיחה קבלת החלטות מאוזנות שהן פרי הליך סדור ויסודי, מחייבת הקפדה על טוהר מידות ושלטון החוק ומונעת פגיעה נרחבת בזכויות יסוד.
2. הצעת חוק היסוד שוללת באופן גורף את סמכותו של כל בית משפט לבחון את סבירות החלטות הרשות המנהלית, בלא כל הבחנה בין החלטות ובלא כל הבחנה בין סוגים שונים של אי סבירות. ההצעה אף אינה מבחינה בין תפקידים שונים של נבחרי הציבור.
3. אחת ההשלכות המרכזיות של התיקון תהיה פגיעה ביכולת הפיקוח על כלל המינויים הנעשים על ידי נבחרי הציבור בשירות הציבורי. כך, למשל, ההצעה תסכל את האפשרות למנוע את פיטורי היועצת המשפטית לממשלה, פרקליט המדינה ובכירים אחרים שמונו על ידי הממשלה, וכן תמנע את האפשרות להתערב במינויים הפוגעים בטוהר המידות ובמינהל התקין. המחקרים מראים, אגב, כי השימוש שעושה בית המשפט בכלי הסבירות הוא מדוד ומרוסן, בייחוד כלפי מינויים שבוצעו על ידי הדרג הנבחר.
4. השפעה מרכזית נוספת של ההצעה תהיה כלפי יכולתו של הייעוץ המשפטי לממשלה לדרוש מנבחרי הציבור לנקוט במדיניות רציונלית. הייעוץ המשפטי הוא המכוון את מקבלי החלטות ומחייב את השרים לנמק את החלטותיהם. ביטולה של עילת אי הסבירות ביחס לדרג הנבחר תוביל הלכה למעשה לביטול חובתה של הרשות לנהוג בסבירות. בכך, ניטל מן הייעוץ המשפטי לממשלה ולמשרדי הממשלה כלי אפקטיבי להגנה על איכות השירות הציבורי ועל טוהר המידות והמינהל התקין.
5. הצעת החוק תסיר את המגבלות הקיימות כיום על הממשלה בתקופת בחירות, שכן עילת אי הסבירות היא הכלי המרכזי באמצעותו נקבעה "חובת האיפוק והריסון" של ממשלות בתקופת מעבר.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

6. הצעת חוק היסוד מחלישה מאוד את האיזונים והבלמים, החלשים ממילא, בשיטת המשטר הישראלית. היא חוסמת בפועל את היכולת לביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות, המתקבלות על ידי הממשלה ושריה.

7. יש לזכור כי מדובר בהצעה אחת מתוך "הרפורמה המשפטית" שמובילה הקואליציה בימים אלה, המבקשת הלכה למעשה לחזק עוד את כוחו של הדרג הפוליטי הנבחר תוך החלשת כוחם של שומרי הסף והסרת מנגנוני הביקורת, הן החיצוניים (בתי המשפט) והן הפנימיים (הייעוץ המשפטי לממשלה ומשרדי הממשלה, מח"ש ועוד).

8. בפתח חוות הדעת נייחד מספר מילים על עילת הסבירות. לאחר מכן, נדון בתכליות של הסבירות ובחשיבותה של עילה זו, תוך מתן דוגמאות לפסיקה שהתבססה על עילה זו. בהמשך, נציג את הביקורת שהוצגה ביחס לעילת הסבירות, הן בפסיקה והן בספרות האקדמית ונתייחס לביקורת זו, תוך מתן דוגמאות ונתונים אמפיריים אודות היקפו האמיתי של השימוש בעילת הסבירות בידי בית המשפט; אחר כך, נפנה לניתוח מקיף של הצעת החוק ונצביע על הקשיים המשמעותיים שהיא מעוררת. כמו כן נצביע על ההשלכות הקשות של הצעת החוק, ובכלל זה על הפגיעה החריפה במעמדו של הייעוץ המשפטי לממשלה וכן על השלכות במישור הבינלאומי. לבסוף – נסכם.

חוות הדעת

א. מבוא

9. בימים אלה מונחת על שולחנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט הצעת חוק שיזם יו"ר הוועדה, המבקשת להגביל את סמכותו של בית המשפט לבחון את סבירות החלטותיו של הדרג הנבחר. הצעת חוק זו לכשעצמה מעוררת קשיים חוקתיים משמעותיים. קושי זה מתחדד נוכח העובדה כי הצעה זו היא חלק מסדרת תיקוני חקיקה שמקדמת הקואליציה הנוכחית, שזכתה לכינוי "הרפורמה המשפטית" במסגרתה שינויים דרמטיים במערכת המשפט: שינוי שיטת בחירת השופטים בישראל; הענקת "חסינות" לחוקי היסוד מפני ביקורת שיפוטית; צמצום הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת באמצעות עיגון "פסקת התגברות"; החלשת מעמדם של היועצים המשפטיים לממשלה. צמצומה של עילת הסבירות הוא אפוא נדבך אחד במכלול שינויים חוקתיים העומדים על הפרק וכך יש לראותה: כמרכיב אחד של מהלך רחב



הרבה יותר. כפי שנראה בהמשך, לנתון זה יש חשיבות מכרעת בניתוח הקשיים שהצעה זו מעוררת.

ב. אודות עילת הסבירות

10. מאז קום המדינה ולמעשה עוד קודם לכן, קיים בג"ץ פיקוח שיפוטי על החלטותיהן של רשויות המדינה. כיום העוגן המרכזי לסמכות זו מצוי בסעיפים 15(ג) ו-1(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובעים כי לבג"ץ סמכות לדון בעניינים "אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר" [ס"ק (ג)] וכן "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול" [ס"ק ד(2)]. עם חקיקתו של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התשי"ס–2000, הוסמך גם בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, לבחון את החלטות רשויות המנהל.

11. אין בישראל חוק כולל המסדיר את כללי היסוד לפעולתן של רשויות המינהל.¹ ההכרה בחובות המוטלות על הרשות המנהלית כמו גם עילות הביקורת השיפוטית המנהלית, התפתחו במרוצת השנים בפסיקה. פיתוח זה נעשה בהשראת הדין האנגלי ובדומה לאופן התפתחותו של המשפט המנהלי במדינות נוספות השייכות לשיטת המשפט המקובל, כמו אוסטרליה וקנדה.²

שלושה מובנים של סבירות

12. חוקיותה של החלטה מנהלית נבחנת על ידי בית המשפט בשלושה מישורים:³ **מישור הסמכות**: על פיו החלטת הרשות המינהלית צריכה להישען על חוק המסמך אותה לפעול וזאת בהתאם לעקרון חוקיות המינהל; **מישור ההליך**: הבוחן האם ההחלטה התקבלה בהליך תקין וראוי (לשם כך יש לעמוד בשורה של כללים כגון הענקת זכות טיעון למי שעתיד להיפגע מן ההחלטה, איסור על קבלת החלטות מתוך ניגוד עניינים,

¹ בעבר נעשה ניסיון להסדרה כוללת [תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד–2014] אך הוא לא צלח.

² יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה: עילות הביקורת המשפטית 3311, 3320 (2020).

³ גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי?" בשולי הספר 'משפט מינהלי' מאת דפנה ברק ארזי **הפרקליט** נא 693, 699 (תשע"ב).



חובת ברור עובדתי, חובת הנמקה ועוד); **מישור שיקול הדעת**: הבוחן את אופן הפעלת שיקול הדעת וזאת על יסוד עילות שונות: חובת תום לב, איסור שקילת שיקולים זרים, איסור הפליה, חובה לפעול במידתיות וכן חובת הסבירות.

13. עילת הסבירות נוגעת, בעיקרה, במישור שיקול הדעת. לכן, חוות דעת זו תתמקד בהשלכות של צמצום עילת הסבירות על יכולתו של בית המשפט לבחון את שיקול הדעת המנהלי. עם זאת, כפי שנראה, לצמצום עילת הסבירות עשויות להיות השפעות גם על שני המישורים האחרים.

14. **המובן הראשון של סבירות**, עניינו בחובתה של הרשות המנהלית לנהוג בסבירות **בשלב הליך המנהלי**. סבירות היא למעשה אמת מידה שעל פיה בוחנים את תקינותו של הליך קבלת ההחלטות. כך, למשל, הרשות חייבת לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית **סבירה**.⁴ קבלת החלטה על בסיס של חוסר בתשתית עובדתית מוגדרת כ"חוסר סבירות".⁵ ביחס לאמינות הראיות הנדרשות לשם קבלת החלטה – הן צריכות להיות לא בגדר שמועות או רכילות אלא ראיות בעלות אמינות **סבירה** אשר ניתן להן משקל בשלב גיבוש ההחלטה.⁶ דוגמא נוספת נוגעת לכללים המנחים לגבי אופן מימוש חובת היוועצות. אלה, כוללים, בין היתר, את הצורך לאפשר פרק זמן **סביר** לגורם המייעץ לשם גיבוש עמדה.⁷ כן ניתן להצביע על החובה המוטלת על הרשות המנהלית לפעול תוך פרק זמן סביר.⁸ **מובן זה של סבירות, שיש המכנים אותו "סבירות הליכית", אינו שנוי במחלוקת.**⁹ מלשון הצעת החוק לא ברור כלל האם המחוקק מתכוון לשלול את סמכותו של בית המשפט לפסול החלטות גם מטעם זה של סבירות.

15. **המובן השני של חובת הסבירות**, אשר מכונה לעיתים "המובן המסורתי" של סבירות, עוסק בחובתה של הרשות לפעול בגדר התכליות שבגינן הוענקה לה הסמכות. אסור לרשות לקבל החלטה שהיא מופרכת או שרירותית.¹⁰ הרשות אינה יכולה לקבל

⁴ דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך א 447-446 (2010).

⁵ בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29 (1983).

⁶ בג"ץ 987/94 **יורנט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, 424-425 (1994).

⁷ בג"ץ 5933/98 **פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה**, פ"ד נד(3) 496, 520 (2000).

⁸ בג"ץ 1999/07 **גילאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006**, פ"ד סב(2) 123, פסי' 8 לפסק דינה של הנשיאה בניש (2007): "מועד סביר מבטא חובה לפעול במהירות ראויה כדי לקיים חובה ציבורית. חובה זו היא ממושכלות יסוד של מינהל תקין. [...] חובת הפעולה במהירות ראויה, המוטלת על הרשות הציבורית, אינה אלא חובת התנהגות בסבירות".

⁹ יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – מאמרים** חלק א 417 (אהרן ברק ואח' עורכים) (2003).

¹⁰ דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך ב 723 (2010). וראו גם: יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא (2022).



החלטה שהיא "כה מופרכת, מעוותת, קיצונית כך שלא יעלה על הדעת" שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית להחליט כפי שהחליטה¹¹. כלומר, מובן זה של סבירות, הכרוך למעשה בשאלת הסמכות, שימש את בית המשפט לבחינת החלטות מנהליות אף בעשרות השנים הראשונות לקיומה של מדינת ישראל.

16. גם בהקשר זה, לא ברור מלשון הצעת החוק האם הכוונה היא למנוע מבית המשפט להתערב גם כאשר מקבל ההחלטות קיבל החלטה שרירותית או מופרכת. החובה לנהוג בסבירות ובתום לב נגזרת מחובת הנאמנות של הרשות כלפי הציבור¹², היא אינה שונה מחובתו של כל נאמן. לא מתקבל על הדעת שחובת הנאמנות של השלטון כלפי האזרחים תהיה מצומצמת יותר מחובתו של נאמן כלפי מי שהוא חב כלפיו חובת נאמנות בתחום הפרטי. השימוש בעילת הסבירות הוא בעיקרו אכיפה של עיקרון ביזור הסמכויות ולא הפרה שלו, שכן באמצעותו בית המשפט מוודא שהרשות המבצעת אינה חורגת מהסמכות שניתנה לה בחוק.¹³

17. **המובן השלישי של הסבירות**, עניינו בבחינת שיקול הדעת המנהלי. במסגרת זו בוחנים האם ההחלטה המנהלית משקפת איזון ראוי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים לצורך קבלת ההחלטה: לא רק שאסור לרשות שלא להביא בחשבון שיקול רלוונטי¹⁴, אלא עליה להימנע ממתן משקל מופרז ביותר לשיקול שאינו מרכזי או משקל קרוב לאפסי לשיקול. כפי שהסבירה פרופ' דפנה ברק-ארז: "על פי עילת הסבירות, החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, גם אם שקלה שיקולים ענייניים בלבד, אם האיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות לחלוטין"¹⁵.

18. בלא קיום של חובת הסבירות, בכל אחד מהמובנים שהובאו לעיל, איכות החלטות של הרשות המבצעת תיפגע: הן לא יהיו מבוססות על תשתית עובדתית מתאימה, הן לא יהיו מבוססות על כלל השיקולים הרלוונטיים והן עלולות להיות מונחות על ידי רצון לפעול שלא לטובת האינטרס הציבורי, ובכך להפר את החובה הבסיסית שכן: "איש הציבור הוא נאמן הציבור. לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס הציבורי הוא פועל"¹⁶.

¹¹ דותן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 679

¹² ראו את פסק דינו של השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980).

¹³ ראו לעניין זה את פסק דינו של השופט, כתוארו אז, שמגר בבג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד לה(2) 101, 94 (1976).

¹⁴ ד"ר 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

¹⁵ ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 725.

¹⁶ בג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 778-779 (1991).



(1) כללי

19. תורת האמנה החברתית מניחה כי בני האדם היו מוכנים לוותר על חירותם לטובת שלטון מרכזי, ובלבד ששלטון זה יפעל לטובת הציבור ולמענו. חובת הסבירות, במובניה השונים, היא הכלי המרכזי לפיקוח שפעולות השלטון תהיינה לטובת כלל הציבור. אם לא מובטחת פעולת השלטון כנאמנו של הציבור בכללו, נשמט הבסיס מתחת לאמנה החברתית. חובת הסבירות היא הכלי המרכזי להבטיח כי החלטות ציבוריות יתקבלו לאחר הליך מסודר ויסודי במסגרתו נבחנו כלל השיקולים הרלוונטיים, באופן שיבטיח שמירה על האינטרס הציבורי. החובה לאסוף מסד מתאים של נתונים, לקבל החלטות שאינן שרירותיות או מופרכות, לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים ולאזן ביניהם, נועדה להבטיח כי קבלת החלטות על ידי הגוף השלטוני המוסמך, הן לטובת כלל הציבור.

(2) חובת הסבירות ככלי להגנה אפקטיבית על זכויות יסוד

20. תפקיד חיוני נוסף שממלאת עילת הסבירות הוא בתחום ההגנה על זכויות האדם. בחלק מהמקרים מדובר בהגנה על זכויות חברתיות, שטרם זכו להכרה מלאה בשיטת המשפט הישראלית.

21. כך, למשל, ביטל בית המשפט העליון תקנה בתקנות הביטוח הלאומי שנקבעה על ידי שר הרווחה, שעיקבה את התשלום לנכה אם ערער על דרגת הנכות שנקבעה.¹⁷ במקרה אחר, הורה בג"ץ לשר הביטחון ולשר החינוך למגן את כל הכיתות בבתי הספר בשדרות ובישובי עוטף עזה בשיטת המיגון המלא ולא להסתפק רק בשיטת "המרחבים המוגנים" כפי שהוחלט על ידם מתוך שיקולים תקציביים. זאת, לאחר שנקבע כי האיזון שהמדינה ערכה בין האיזומים הנשקפים לתלמידי בתי הספר באזור זה לבין שיקולים תקציביים חורג משמעותית ממתחם הסבירות.¹⁸

22. עילת הסבירות התגלתה כחשובה במיוחד בהיבט זכויות האדם, במקרים שבהם החליטה המדינה להחיל מדיניות חדשה באופן מידי. נפסק כי החלטה של הרשות על

¹⁷ בג"ץ 5580/98 סופר נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 319 (2000).

¹⁸ בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007).



החלה מיידית של שינויים משמעותיים בשירות שהמדינה נותנת לאזרח – כאשר האזרח כבר נקט באמצעים בהסתמך על מדיניות זו ומבלי שניתנה תקופת היערכות למדיניות החדשה – היא בלתי סבירה. אף אלו החלטות שבמהותן קרובות להחלטות שרירותיות. כך, פסל בית המשפט את החלטת שר הדתות לשנות את המבחנים לחלוקת כספי תמיכות של המשרד לארגונים דתיים למפרע, תוך שהוא קובע ששינוי למפרע ללא תקופת הסתגלות הוא בלתי סביר.¹⁹ במקרה אחר, קבע בג"ץ כי שר האוצר אינו רשאי להפסיק באמצע השנה את הסבסוד לאברכים שילדיהם נמצאים במעונות יום לפעוטות ללא קביעת הוראת מעבר סבירה ומידתית, וכי הסבסוד יימשך עד סוף השנה.²⁰

(3) עילת הסבירות ככלי לחשוף קיומם של שיקולים זרים

23. עילת הסבירות התגלתה במרוצת השנים כחיונית במיוחד במקרים בהם עילות הביקורת האחרות על העשייה המנהלית לא אפשרו לחשוף את הפגם בהתנהלותה של הרשות המנהלית. מדובר במקרים שבהם **סביר להניח** שמתקיימות עילות מנהליות אחרות, אך לבית המשפט היה קושי להוכיח את התקיימותן. כפי שהסבירה פרופ' ברק-ארז: "במקרים אלה, ניתן עדיין להצביע על האופי הבלתי מאוזן של ההחלטה, בהתחשב במניעיה הגלויים של הרשות".²¹ כלומר, במקרים קיצוניים, בהם נשקלו שיקולים זרים או שההחלטה היתה נגועה במשוא פנים או בניגוד עניינים, עילת הסבירות היא כלי מרכזי – אולי יחיד – לחשיפת הפגמים בהם נגועה ההחלטה.

24. פעמים רבות מובא בפני בית המשפט מקרה שבו אין להחלטה הרשות הגיון פנימי, או החלטה שבה הקשר בין האמצעי למטרה אינו ברור. במקרים אלה הרשות מציגה בפני בית המשפט הליך קבלת החלטות שאינו בהכרח מגלה את כלל השיקולים של הרשות. המוטיבציה שביסוד ההחלטות היא עניין פנימי שאינו גלוי לעין. האופן בו מתקיים בירור שיפוטי במסגרת עתירה מנהלית, תוך הסתמכות על תצהירים בלבד, ללא שמיעת עדויות ובלי בחינה בפועל של הליך קבלת ההחלטה ברשות אינו מאפשר לבית המשפט, בדרך כלל, לברר עד תום את הסיבות והנסיבות האמיתיות שעמדו בפני המחליטים. החלטות מסוג זה מחייבות את השימוש בעילת הסבירות. בלעדי

¹⁹ בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410 (1997).

²⁰ בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (נבו) 12.1.2022.

²¹ ברק-ארז, לעיל הי"ש 10, בעמ' 726.

השימוש בה, לא ניתן יהיה לפסול החלטות שערורייתיות, הפוגעות באופן קשה באינטרס הציבורי.

25. מקרה מובהק לכך הוא עניין צוקר. במשך שנים רבות נעשה תכנון להקמת אצטדיון בירושלים, שהתנגדו לו גורמים חרדיים. התוכנית להקמת האצטדיון אושרה בוועדת התכנון, אך מנכ"ל משרד הפנים, שהשתייך לאותם גורמים חרדים, ושהסמכות לאשר את התכנית הואצלה לו מידי שר הפנים, החליט שלא לאשר את התוכנית. זאת, בין היתר בטענה כי נדרשת תוכנית מתאר כוללת לאזור. ברור היה לכל הנוגעים בדבר – וגם כנראה לבית המשפט – כי הטעם האמיתי להתנגדות לאצטדיון הוא טעם אידיאולוגי, שמנכ"ל משרד הפנים לא יכול היה להציג אותו, שכן מדובר ב"שיקול זר". הטעם שהוצג בפועל על ידי המנכ"ל היה פשוט לא רציונלי. משכך, בית המשפט קיבל את העתירה וקבע כי ההחלטה שלא לאשר את התוכנית אינה עומדת במבחן הסבירות.²²

(4) שמירה על טוהר המידות ושלטון החוק

26. תשומת לב ציבורית רבה הופנתה להחלטות של בית המשפט העליון בעניין פסילת מינויים של שרים, הגם שפסיקה זו היא מועטה. במקרים הבודדים בהם בג"ץ עשה שימוש בעילה זו, היו אלה מקרים חריגים שבהם ההתערבות נדרשה לשם שמירה על טוהר המידות, דמותו של השלטון ואמון הציבור. כך, בג"ץ פסק כי אי-העברתו מתפקיד של שר הפנים, אריה דרעי, שנגדו הוגש כתב אישום חמור, נגוע בחוסר סבירות קיצוני. הנשיא שמגר הבהיר כי "אם יכהן בממשלה שר שהוגש נגדו כתב-אישום המאשימו בלקיחת שוחד במאות אלפי שקלים ובשימוש לרעה, באופנים אחרים, במשרות שלטוניות, תהיה לכך השלכה מרחיקת לכת על דמות השלטון

²² כדבריו של בית המשפט לעניין זה: "אם תכנית האיצטדיון תצטרך להמתין עד לבדיקת כל התכניות בתכנית רבת המימדים – מתי, אם בכלל, יקום האיצטדיון?! [...] רצון העירייה והצורך בבניית איצטדיון לעיר ירושלים, הטיפול והתכנון הממושך בתכנית זו – לא ניתן להם משקל ראוי, בעוד שלדרישה של הכנת תכנית כוללת ניתן משקל מעל ומעבר לראוי ולנדרש". [...] קבלת עמדת המשיב 2 [מנכ"ל משרד הפנים] יש בה כדי לעכב את הקמת האיצטדיון ללא הגבלת זמן, אולי "עד שיבוא אליהו"; במצב הטוב ביותר יש בכך כדי לסכל את התכנית לשנים הקרובות, ללא הצדקה", בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529 (1989).



בישראל, על תום-לבו ועל הגינותו. עניין זה משליך במישרין על שאלת הסבירות, לפי הוראותיו של הדין.²³

27. ואולם, מרבית המקרים שבהם נפסלו מינויים לא עסקו במינויים של פוליטיקאים, אלא במינויים שנעשו על ידי פוליטיקאים, אשר בית המשפט קבע לגביהם כי חרגו בצורה קיצונית ממתחם הסבירות. כך, למשל, פסל בית המשפט מינוי לתפקיד מנכ"ל משרד ממשלתי לאחר שנמצא שהמנכ"ל המיועד שיבש חקירה והעיד שקר בבית המשפט. בית המשפט קבע כי:

..." מי שבעברותיו פגע באושיות המבנה החברתי וביכולתן של ערכאות שיפוטיות או מעין שיפוטיות לעשות משפט צדק, מינויו למשרה בכירה

בשירות הציבור הינו פעולה בלתי סבירה באופן קיצוני"²⁴

28. בדומה, בית המשפט פסל מינוי של אדם למנכ"ל משרד ממשלתי לאחר שנמצא שקיבל פיצויים על סמך תצהירים כוזבים.²⁵ כן פסל בית המשפט החלטה של שר הביטחון והרמטכ"ל לקדם לדרגת אלוף את מי שהודה בהתנהגות בלתי הולמת על רקע מיני.²⁶ למרבה הצער רווחת בישראל תופעה של מינוי אנשים בלתי כשירים שסגולתם היחידה למינוי היא נאמנות לממנה. מינויים כאלה עלולים לעודד שחיתות, לדרדר את המנהל הציבורי, את הליכי קבלת ההחלטות בממשלה ולפגוע קשות במשילות.

29. אי סבירות רלוונטית לא רק למקרים של אי התאמה נורמטיבית, אלא גם ואולי במיוחד, על רקע של אי התאמה מקצועית. כך, למשל, נפסל מינוי מנכ"ל משרד המדע והטכנולוגיה לנוכח אי עמידה בתנאי הסף המקצועיים.²⁷

²³ בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 404 (1993). במקביל ניתנה פסיקה דומה לגבי סגן השר רפאל פנחסי, גם הוא ממפלגת ש"ס (בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 441 (1993)).

²⁴ בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מד(2) 229 (1993).

²⁵ בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769 (1999).

²⁶ בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999).

²⁷ בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' (נבו) 24.11.2009.

(5) פיקוח על הרשויות המקומיות

30. בהצעת החוק נקבע כי בית המשפט לא יוכל לפסול החלטות מכוח סבירות של כלל נבחרי הציבור. כפי הנראה הכוונה היא להחלטות של נבחרים ברשויות מקומיות. זהו צמצום בעייתי במיוחד של סמכות הביקורת של בג"ץ, על רקע תופעות של שחיתות שלטונית ברשויות המקומיות. כך, למשל, מכוח עילת הסבירות, בית המשפט הפסיק את כהונתם של ראשי ערים שנגדם הוגשו כתבי אישום חמורים.²⁸ בית המשפט אף התערב בהחלטות אחרות של ראשי רשויות מקומיות, שנראו כחורגות באופן משמעותי ממתחם הסבירות. זאת, למשל, כאשר בית המשפט חייב רשויות מקומיות להקים מקוואות בשטחן²⁹ או כאשר ביטל בית המשפט הליכי מכרז שנפתחו על ידי ראש מועצה שלא כדין.³⁰

31. ההתערבות בנושאי הרשויות המקומיות מוכיחה את הסכנות שבצמצום עילת הסבירות על הפעילות של כלל נבחרי הציבור. רשויות מקומיות, שלכאורה נתונות תחת פיקוח הדוק של משרד הפנים, מוסמכות לקבל החלטות תקציביות רבות שיש להן השפעה ישירה על חיי האזרחים, במובן המשמעותי ביותר.

(6) הגנה על ההליך הדמוקרטי ומניעת ניגוד עניינים: המגבלות על כוחן של ממשלות מעבר

32. בחינה של השימוש בעילת אי הסבירות הקיצונית בפועל מלמדת כי מרכיב חשוב של ביקורת על החלטות הממשלה במליאתה מופנה כלפי החלטות של **ממשלת מעבר**.

33. בית המשפט קבע כי חלה על ממשלת מעבר חובת איפוק (בכפוף לצורך ציבורי חיוני בעשייה) וכי מתחם הסבירות שלה מצומצם יותר.³¹ כך, למשל, בית המשפט פסק כי אין למנות רבנים בתקופת ממשלת מעבר.³² במקרה אחר, השופט סולברג, שכתב את חוות הדעת המרכזית (אליה הצטרפו השופטות וילנר ורוזן), קבע כי המינוי של יו"ר הוועדה המייעצת למינויים בכירים בתקופת בחירות אינו יכול לעמוד, למרות הצורך

²⁸ בג"ץ 4921/13 אומ"ץ – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון (14.10.2013).

²⁹ עע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (9.9.2014). (עת"מ (מרכז) 21-04-26581 בוני ואח' נ' מועצה אזורית ברנר ואח' (24.1.2023).

³⁰ עת"מ (חי) 22-05-26123 עו"ד שחאדה נ' ריאן ראש מועצה מקומית כאבול (נבו) (9.6.2022).

³¹ בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455 (2001).

³² בג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל הדתית לאומית המזרחי נ' יו"ר הכנסת פ"ד נו(1) 710 (2002).



החיוני במינוי הרמטכ"ל. בית המשפט קבע שם כי הממשלה לא הראתה מדוע לא ניתן היה למנות את יו"ר הוועדה במינוי זמני, כמתחייב מהנחיות היועמ"ש לעניין מינויים בתקופת בחירות.³³ הנחיות אלה יש לציין, מבוססות על ההלכה שנקבעה בפסיקה בדבר צמצום מתחם הסבירות של ממשלות מעבר.

34. ההתערבות בהכרעות של ממשלת מעבר מדגימה את המקרים שבהם בית המשפט מתערב בהכרעות של הממשלה. המדובר כאן הוא בהתערבות בשיקול דעת של נבחר ציבור **מתוך כבוד להליך הדמוקרטי**. כאשר הבחירות כבר הוכרזו, הלגיטימציה הדמוקרטית של נבחר הציבור לקבל החלטות שאינן דחופות פחותה. יתר על כן, קיים חשש אמיתי כי במקרים אלו הכרעות חשובות של נבחר הציבור לא יעשו תוך שקילת האינטרס הציבורי, אלא על מנת לרצות קבוצת מצביעים לקראת הבחירות הקרבות והולכות. החלטות אלו נועדו **להגן** על ההליך הדמוקרטי ומכוח הגנה זו יש חשיבות מכרעת לסמכות בית המשפט לפסוק בהן על פי עילת הסבירות.

ד. הביקורת על עילת הסבירות בפסיקה ובספרות

35. עילת אי הסבירות התפתחה במהלך השנים במדינות בעולם ובישראל, במקביל להתפתחות עילות אחרות של המשפט המנהלי. כיום, עילה זו היא כלי ביקורת מרכזי בידי בית המשפט לבחינת החלטות שלטוניות, בדגש על שיקול הדעת של מקבלי החלטות בתפקידים ציבוריים.

36. במרוצת השנים, נמתחה ביקורת על השימוש שעושה בית המשפט בעילת הסבירות, הן בפסיקה והן בספרות. נטען כי עילת הסבירות היא עילה עמומה, בעלת רמת הפשטה גבוהה מדי. כן נטען כי עילה זו מביאה למעורבות שיפוטית עמוקה מדי.³⁴ על פי טענה זו, בית המשפט זנח זה מכבר את עילת הסבירות במובנה המסורתי (סבירות כנגד פעולות שרירותיות או מופרכות) ועבר לסבירות "אקטיביסטית" יותר, המביאה להתערבות יתר של בית המשפט העליון, בייחוד בכל המדובר בהחלטות דרג נבחר.³⁵

³³ בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (נבו 22.9.2022).

³⁴ ראו דבריו של השופט, כתוארו אז, גרוניס בבג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445 (2007).

³⁵ וראו לעניין זה במיוחד את דבריו של השופט סולברג במאמרו "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2020); דבריו של השופט לנדוי בפסק הדין בעניין דפי זהב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 433; דבריו של הנשיא גרוניס בפסק הדין בעניין אמונה, לעיל ה"ש 34; וכן דבריהם של השופט סולברג והשופטת וילנר בבג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך (נבו 29.3.2022).



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

37. טענה זו, היא כי זו כוללת הכרעה בנושאים ערכיים, המסורים לשיקול דעתו של נבחר הציבור, וכי כאשר בית המשפט מתערב בהכרעות אלו הוא למעשה מתערב באופן לא דמוקרטי בשיקול דעתו של נבחר הציבור. לשונו של השופט סולברג:

”ביקורת שיפוטית המבוססת על עילת הסבירות המהותית, הרחבה, העמומה, אינה הולמת ביקורת שיפוטית על החלטות המשקפות הכרעה ערכית-מקצועית של דרג פוליטי נבחר. היא פוגעת בגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות. נעדרים ממנה שני היסודות שעליהם עמדתי לעיל: **מומחיות והכשר דמוקרטי**. גם הניסיון בשטח מלמד כי הביקורת נגד השימוש בעילת הסבירות המהותית מופנית בעיקרו של דבר כלפי אותם מצבים שבהם בית המשפט מתערב בשיקול

דעתו של דרג נבחר” (ההדגשה במקור).³⁶

38. הנה כי כן, על פי טענה זו, למרות שיש חובה על מקבל החלטות לפעול תוך התחשבות בכלל השיקולים, הרי שביחס לנבחר הציבור, החובה נגזרת משיקולי מדיניות ולא מבחינה אובייקטיבית של השיקולים, ומכאן הקושי בקיום פיקוח חיצוני על חובה זו.

ה. המענה לביקורת

39. אין חולק כי עילת הסבירות ההתפתחה עם השנים. אלא שההתפתחות זו של עילת הסבירות מגיעה יד ביד עם התפתחות בתפקידיה של הממשלה ובדרכי פעולתה. אין להשוות ממשלה של מדינה קטנה ודלה יחסית, כפי שהייתה ישראל ב-1980, למדינת ישראל של העשור השלישי של המאה ה-21. אין מדובר רק בגידול מספרי. סמכויות המגזר הציבורי במדינה הרגולטורית המודרנית הן רחבות ביותר, ודורשות התמקצעות רבה. השוק המתוחכם והמגזר הפרטי המורכב מחייבים ביקורת מקיפה על מעשי המינהל. הביקורת השיפוטית המקיפה על סבירות הפעולה של המנהל מגיעה גם כתוצאה מהתפתחות זו, המחייבת הרחבה של היקף עילת הסבירות. עם זאת, הטענה על פיה בית המשפט מתערב יתר על המידה בהחלטות הרשות המנהלית – אינה נכונה.

³⁶ נעם סולברג “על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים”, לעיל ה”ש 35, בעמ’ 53.



40. ראשית, בפועל התערבותו של בית המשפט היא מצומצמת למדי, נוכח היצמדות למבחן של אי סבירות קיצונית.³⁷ שנית ועיקר, בית המשפט הכיר בקיומו של "מתחם סבירות". מונח זה מבטא את מגוון ההחלטות שהרשות השלטונית יכול שתקבל ושכולן תהיינה חוקיות. בית המשפט אינו נכנס לנעלי הרשות השלטונית בבחירה בין החלטות שונות הנמצאות בתוך מתחם הסבירות, אלא מתערב רק באותן החלטות שאינן סבירות באופן קיצוני, דהיינו חורגות באופן מובהק ממתחם הסבירות.

41. ברוב המוחלט של המקרים שבהם בית המשפט נדרש לבחון את סבירות החלטותיה של הרשות המנהלית, הוא מגיע למסקנה שהחלטות הרשות היו במסגרת מתחם הסבירות ואין הוא מתערב בהן. מעטים המקרים שבהם החלטת רשות שלטונית נפסלת על ידי בית המשפט בשל היותה בלתי סבירה באופן קיצוני. לכן, אין יסוד לטענה כי הפעלת עילת הסבירות נעשית בצורה אינטנסיבית מדי, באופן שלמעשה "מחליף את שיקול הדעת של נבחרי הציבור בשיקול הדעת של בית המשפט".

42. כאמור, בפועל, ההתערבות של בית המשפט בהחלטות של הדרג הנבחר היא מצומצמת מאד. בית המשפט נוקט ריסון רב ככל שמדובר בהחלטות של נבחרי ציבור. גישה זו מבטאת את הכבוד שהרשות השופטת נותנת להחלטות הדרג הנבחר ונובעת מתפיסה ראויה של הפרדת רשויות.

43. לפי מחקר שנערך בנושא, בית המשפט מתערב בהחלטות הרשות המבצעת – בכל עילות הביקורת העומדות לרשותו – בממוצע בכ-10% מהמקרים המובאים בפניו,³⁸ ויש מחקרים שמצביעים על שיעור התערבות נמוך עוד יותר.³⁹ יש להדגיש כי רק חלק קטן מהתערבות זו מוביל בסופו של דבר לפסילת ההחלטה ממש. ברוב המקרים, המדובר בהתערבות שמובילה לשינויים קטנים יותר בהחלטה שנתקבלה. רק מיעוט מבין המקרים שבהם בית המשפט מתערב בהחלטות שרים עוסק בכלל בעילת הסבירות, וברוב המקרים ההחלטה מתבטלת בגלל עילות אחרות.

³⁷ מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור, 773 (2013). ראו שם: "סקירות אמפיריות של השימוש השיפוטי בעילת אי-הסבירות בישראל אינן מובילות למסקנה כי בג"ץ התיר כל רסן. נהפוך הוא, גישה זהירה ובצידה התערבות במקרים ספורים בלבד, כגישתו של השופט אור, היא השולטת בפסיקה הישראלית".

Maoz Rosenthal, Gad Barzilai and Assaf Meydani, *Constitutional Judicial Review, Chief Justices, and Judges' Preferences: Institutional Lessons and Israel's High Court of Justice*, SSRN (2016).

³⁹ לדוגמה 3% פסיקה גלויה נגד הממשלה, לפי Keren Weinsahl and Lee Epstein, *Developing High-Quality Data Infrastructure for Legal Analytics: Introducing the Israeli Supreme Court Database*, JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES (2020).

44. כאמור, אחד התחומים שבהם נטען כי בית המשפט מגלה בו מעורבות רבה מדי הוא תחום המינויים.

בעניין זה נדגיש כי לדעתנו, החלטות המוגדרות כהחלטות "ערכיות", למשל בעניין מידת התאמתו של אדם למשרה ציבורית, אינן צריכות להיות חסינות כליל מפני ביקורת שיפוטית. זאת, מאחר שגם במקרים אלה, מדובר בשאלה של איזון ראוי בין ערכי יסוד, כגון: טוהר מידות, אמון הציבור, זכות לבחור ולהיבחר ועוד. בפועל, מספר הפסילות של מינויים ממשלתיים הוא מועט. בדיקה של עתירות מכוח עילת הסבירות בין השנים 2003-2022 העלתה כי אל מול שישים וארבע (64) עתירות שהוגשו כנגד מינויי שרים, סגני שרים ומינויים בכירים אחרים ברשות המבצעת, התקבלו בסך הכל 12 עתירות, כאשר רק שבע מהן על בסיס עילת הסבירות.⁴⁰ רק שתיים (2) מבין העתירות שהוגשו נגד מינויים של שרים וסגני שרים התקבלו.⁴¹ רק אחת (1) מבין עשרים ושתיים העתירות שהוגשו נגד מינויים שבסמכות הממשלה התקבלה. בארבעה (4) מקרים התקבלו עתירות נגד החלטות של שרים למינוי לתפקידים בכירים בשירות הציבורי.⁴²

45. יש הבדל תהומי בין פיתוח שיפוטי של עילת הסבירות, שיכול שינקוט צמצום שיפוטי של היקף השימוש בה, גישה המזוהה, למשל, עם הנשיא (בדימוס) גרוניס וכן עם

⁴⁰ אלעד גיל ובל יוסף "השימש בעילת הסבירות בפיקוח על מינויים ציבוריים" (תכלית – המכון למדיניות ישראלית 2023).

⁴¹ בשני המקרים (בפסקי דין בעניינם של השר דרעי וסגן השר ליצמן) היו טעמים נוספים מלבד הסבירות. יש לציין כי אחת מהעתירות (בעניינו של דרעי) היא למעשה אותו המקרה שהטריד את בית המשפט עוד בשנות ה-90. המקרה השני, של סגן השר ליצמן, אינו עוסק במינוי עצמו, אלא בשאלה חוקתית של פרשנות תפקידו של סגן שר אל מול תפקידו של שר.

⁴² המקרים שבהם התקבלו העתירות נגד מינויים על ידי שרים או על ידי הממשלה הם:

(1) עתירה כנגד החלטת השר לביטחון פנים למנות את תנ"צ בנצי סאו לתפקיד מזכיר המטה המבצעי של השר לביטחון פנים על רקע מסקנות ועדת אור שקבעו שהוא יקודם בתפקיד למשך ארבע שנים. בג"ץ 4585/06 ועד משפחות הרוגי אוקטובר 200 נ' השר לביטחון פנים (24.10.2006).

(2) עתירה נגד החלטת שר התחבורה להאריך את כהונת יהושע שדה כמנהל אגף במשרד התחבורה, לאחר שהורשע בעבירות משמעת. בג"ץ 7542/05 גל פורטמן נ' מאיר שטרית (11.2.2007).

(3) עתירה נגד החלטת שר האוצר שלא לקבל את המלצת ועדת האיתור למנות את משה אשר לראש רשות המיסים. בג"ץ 8134/11 משה אשר נ' שר האוצר (29.1.2012) – מאחר שפסק הדין התמקד בבחינת שיקול דעתו של שר האוצר, אנו התייחסנו לפסיקה זו כפסיקה שבוחנת את סבירות החלטותיו של השר ולא של הממשלה, ומכאן השוני הקל בנתונים המוצגים כאן אל מול הנתונים במחקר של מכון תכלית.

(4) עתירה כנגד החלטת שר המדע שלא למנות את פרופ' יעל אמת'י לחברה במועצת הנגידים של קרן המחקר גרמניה-ישראל בגלל שחתמה בעבר על עצומה התומכת בסרבני שירות בשטחים. בג"ץ 5769/18 פרופ' אמת'י נ' שר המדע והטכנולוגיה (4.3.2019).

(5) עתירה נגד החלטת הממשלה למנות את שר שלום ג'רבי למנכ"ל משרד המדע, לאחר החלטת ועדת המינויים שהוא אינו כשיר לתפקיד. בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (24.11.2009).

(6) עתירה נגד ראש הממשלה בשל מינוי יעקב ליצמן כסגן שר הבריאות במעמד של שר. בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל (23.8.2015).

(7) עתירה הדורשת מראש הממשלה להעביר את השר אריה דרעי מתפקידו כשר הפנים וכשר הבריאות. בג"ץ 8948/22 אילן שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023).



השופט סולברג, לבין ביטול מוחלט של עילת הסבירות באמצעות חקיקה, מהלך שמהווה צמצום הביקורת השיפוטית ושאינו מקובל במקומות אחרים בעולם.

46. ואם במבט משווה עסקינן, נבחר כי עילת הסבירות מן הסוג שיש בישראל אינה תופעה ייחודית. עילת אי הסבירות קיימת בצורה דומה לישראל בחלק ממדינות המשפט המקובל כמו אוסטרליה,⁴³ קנדה⁴⁴ ובריטניה.⁴⁵ בהקשר זה, מעניין לראות כי גם בבריטניה, עלו בשנים האחרונות הצעות לצמצום הביקורת השיפוטית הדומות במידת מה להצעות שעלו בשיח הציבורי בישראל. אחת ההצעות שעלתה בבריטניה היא לחוקק את עילות הביקורת של המשפט המינהלי, בהן עילת הסבירות, באופן שיצמצם אותן הלכה למעשה. לאחרונה, כדי להתמודד עם הצעות אלה, הפרלמנט הקים ועדה מיוחדת לבחינתן. הוועדה התבקשה לבחון האם מהלך שכזה נכון ורצוי. הדו"ח הסופי של הוועדה, שהורכבה מחברים שמרנים, "שפך מים קרים" על עצם ההצעה לצמצם את הביקורת השיפוטית או אפילו על ההצעה לחוקק בחוק מיוחד את העילות של הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי. הוועדה הבהירה כי אין טעם בחקיקת עילת הסבירות או עילות אחרות של המשפט המינהלי, וכי נכון יותר להמשיך את פיתוחן באמצעות בתי המשפט, כמו שנעשה באנגליה במשך כ-400 שנה.⁴⁶ לצד מסקנת הוועדה, הביקורת האקדמית והציבורית הבהירה כי ביטול עילת הסבירות יהיה סוג של אבסורד ממש.

47. חשוב להדגיש כי ההשוואה בין הדין שחל בישראל לבין המשפט המשווה בכל הנוגע לשימוש בעילת הסבירות מתעלמת מנתון חשוב והוא התרבות הפוליטית של לקיחת אחריות ציבורית על ידי נבחרי הציבור, שאינה קיימת במחוזותינו.⁴⁷ כך, למשל, כאשר נחשף כי שר ההגנה הגרמני העתיק את עבודת הדוקטורט שלו, הוא מיהר להתפטר מתפקידו. גם שר החינוך ברומניה התפטר בעקבות ביקורת ציבורית על נסיעה האוצר בפרובינציית אונטריו התפטר מתפקידו בעקבות ביקורת ציבורית על נסיעה

⁴³ שם נקבע בפירוש כי סבירות אינה מצומצמת רק למקרים של החלטות "שאף אדם סביר לא היה יכול לקבלן" אלא קיימת אי סבירות גם בהחלטה המבוססת על הענקת משקל לא פרופורציונלי לשיקול מסוים.

Minister for Immigration and Citizenship v. Li (2013) 248 CLR 332

⁴⁴ שם נקבע בפסק הדין *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* 2019 SCC 65 כי המבחן המקובל לבחינת פעולות המנהל הוא "הסבירות". פעולה תהיה בלתי סבירה כאשר היא לא רציונלית לאור הנימוקים שניתנו לה, או שאינה תואמת את ההקשר העובדתי.

⁴⁵ בבריטניה בעיקר ביחס להפרות נטענות של זכויות אדם, בהן עילת הסבירות נפוצה יחסית. ראו **כהן**, לעיל ה"ש 37.

⁴⁶ *The Independent Review of Administrative Law* (2021)

⁴⁷ ראו על כך אצל תני גולדשטיין "השוואה בינלאומית: מועדון המנהיגים החשודים" **זמן ישראל** (28.11.2009) <https://www.zman.co.il/59662/popup>

⁴⁸ אסף שטול-טראורינג "שר החינוך הרומני התפטר בכלל פליגיאט מחוקרים ישראלים" **הארץ** (17.5.2012) <https://www.haaretz.co.il/news/world/2012-05-17/ty-article/0000017f-dbee-db22-a17f-ffff33100000>



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

פרטית שלו לאיים הקריביים בזמן מגפת הקורונה, שעה שהתושבים נקראו להימנע מנסיעות שאינן חיוניות.⁴⁹ לאחרונה, סגן ראש הממשלה ושר המשפטים בבריטניה, התפטר בעקבות דו"ח שמצא כי הוא התעמר בעובדי משרדו.⁵⁰

48. בישראל תרבות ה-It's not done אינה קיימת. אין נורמה של לקיחת אחריות אישית והתפטרות בגין התנהגות לא הולמת. בהקשר זה יפים דבריו של השופט חשין: "עומק התערבותו ותחומי התערבותו של בית-המשפט במעשי השילטון ייקבעו על-פי דרכי הנהגתו של השילטון... וכך, ככל שתחום ה-it isn't done- יירחב וילך, כן ייצר וילך תחום התערבותו של בית-המשפט; ולהיפך".⁵¹ כאן המקום להזכיר כי עד היום ממשלות ישראל לדורותיהן, טרם השכילו לאמץ קוד אתי שיתווה נורמות התנהגות ראויות.

1. הקשיים שמעוררת הצעת חוק היסוד והשלכותיה

49. אכן, כפי שעולה מן הסקירה לעיל, נשמעו קולות ביקורתיים, הן בפסיקה והן בכתובה האקדמית, ביחס לשימוש שבית המשפט עושה בעילת הסבירות. ואולם, קיים מרחק רב בין הביקורת שלעיל לבין הצעת החוק:

ראשית, הביקורת שהופנתה נגד השימוש בעילת הסבירות, לא טענה כי יש להגביל בחקיקה את סמכותו של בית המשפט. גם דבריו של השופט סולברג במאמרו אינם כוללים קריאה להגביל בחקיקה את סמכותו של בית משפט לבחון את סבירות החלטותיה של הרשות המנהלית. אין דין שלילה מוחלטת של האפשרות להפעיל ביקורת שיפוטית כדין קריאה להפעלה מדודה שלה בידי בית המשפט. אכן, יש קולות לא מעטים בתוך בית המשפט, בוודאי בשנים האחרונות, אשר קוראים להפעלה זהירה של עילת הסבירות ואף מיישמים זאת הלכה למעשה. זוהי התפתחות לגיטימית שהיא פרי דיאלוג חוקתי ושיח אקדמי וציבורי. במסגרת זו, עדיין נותרת בידי בית המשפט האפשרות להפעיל את עילת הסבירות במקרים חריגים וכפי

⁴⁹ סוכנויות הידיעות "שר בקנדה התפטר אחרי שנסע לאיים הקריביים בזמן הסגר" וואלה (1.1.2021) <https://news.walla.co.il/item/3408855>

⁵⁰ דוד ברוך "טלטלה בלונדון: שר המשפטים התפטר בעקבות התעמרות בעובדים" ישראל היום (21.4.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/world-news/europe/article/13960314>

⁵¹ בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסי' 45 לפסק דינו של השופט חשין (נבו) 9.10.2003.



שהראינו, גם שופטים שנמנים עם מבקריה של עילת הסבירות, משתמשים בה במקרים מסוימים.

שנית, הביקורת כנגד עילת הסבירות הופנתה בעיקר נגד הסבירות האיזונית. ואולם, הנוסח הגורף של הצעת החוק, עשוי למנוע ביקורת גם על ההליך המנהלי כמו גם על החלטות שהן מופרכות מן היסוד. נשוב ונדגיש כי עילות הביקורת המנהלית שזורות זו בזו. כך, עילת הסבירות והחובה לקבל החלטה המבוססת על נתונים קשורות זו בזו כמעט לבלי הפרד. למעשה, כך לגבי שורה ארוכה של עילות שכן עילת הסבירות היא "עילת סל" המרכזת בתוכה התייחסויות למגוון שלם של עילות, אשר אינן מעוגנות בחוק. "גזירה" של עילת הסבירות מחוץ לעילות המשפט המנהלי משמעה כי כלל המבנה של המשפט המנהלי יעמוד על כרעי תרנגולת. במקום לעגן את עילת הסבירות בחקיקה, מבקשת הצעת החוק ליתן חסינות לשלטון להחלטות בלתי סבירות.

שלישית, גם מי שסבור כי צמצום השימוש בעילת הסבירות בידי בית המשפט הוא צעד נכון, אינו מבקש להעניק "חסינות" גורפת מפני ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות. כפי שנדגים להלן, הצעת חוק היסוד גורפת למדי וזאת בשני היבטים:

(1) מקבלי ה"חסינות" – ההצעה מחסנת מביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות, הן החלטות של שרים בודדים והן החלטות של ממשלה. הגם שאנו מתנגדים למתן פטור לממשלה מבחינת סבירות החלטותיה, אין ספק כי אין דין החלטה המתקבלת על ידי שר בודד כדין החלטה המתקבלת על ידי כל מליאת הממשלה, הן מבחינת הלגיטימציה הציבורית והן מבחינת שקיפות הליך קבלת ההחלטות והפומביות של החלטות אלה. לא זו אף זו. הצעת חוק היסוד אף מבקשת להרחיב את מעגל הנהנים מן הפטור תוך מתן אפשרות לקבוע בחוק גם נבחר ציבור אחרים, כאשר הגדרה עמומה זו כוללת באופן פוטנציאלי ראשי רשויות, מועצות מקומיות ועוד. למותר לציין כי ככל שמתרחב מעגל החסינים מפני ביקורת שיפוטית על יסוד עילת הסבירות, כך מתרחב הנזק לאינטרס הציבורי ולשלטון החוק.

(2) סוגי החלטות הזוכות ל"חסינות" – עיקר הביקורת בפסיקה ובספרות נגד מעורבות שיפוטית על בסיס עילת הסבירות הופנה ביחס להחלטות מדיניות רחבות. ואולם, הצעת החוק אינה כוללת הבחנה מתבקשת בין סוגים שונים של החלטות אלא חלה על כל סוגי החלטות של השלטון. כך, הצעת החוק תחול הן



לגבי החלטות מדיניות בעלות תחולה רחבה והן לגבי החלטות ממשלה ושרים נקודתיות שיש בהן משום מימוש מדיניות. כמו-כן, הצעת החוק חלה באופן גורף על כלל ההחלטות על מינויים ופיטורים של בכירים בשירות הציבורי. גם אם ניתן לקבוע כי בחלק מהמינויים יש ממד של מימוש מדיניות, הרי שככל שמדובר במי שממלאים תפקיד של שומרי סף (כגון: יועץ משפטי לממשלה, יועצים משפטיים למשרדי הממשלה, נציב שירות המדינה, מנהל רשות מיסים, החשב הכללי באוצר ועוד), הצורך בפקוח שיפוטי גובר, והרציונל לצמצום הביקורת השיפוטית נחלש.

50. באשר להבחנה שמבקשת ההצעה לערוך בין דרג נבחר לבין דרג מקצועי הרי שמדובר בהבחנה מלאכותית, שכן לעתים הדרג הפוליטי רק מאשרר פורמלית החלטות של הדרג המקצועי. יתרה מכך, התוצאה המסתברת של ההפרדה בהצעת חוק היסוד בין הכרעה של פקידים, הנתונה לביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות, לבין הכרעה של נבחרי ציבור המחוסנת מפני ביקורת זו, היא פשוטה: כל פקיד שייתקל בהכרעה "בעייתית" שקיים ספק אם ייקבע לגביה כי היא נמצאת במתחם הסבירות, פשוט יעביר את ההכרעה לידי השר. בכך "יחוסנו" החלטות מקצועיות לחלוטין מפני ביקורת שיפוטית. בהקשר זה יוער כי בשל עמימותה של הצעת החוק, לא ברור אם החלטות נבחרי הציבור החסינות מפני ביקורת שיפוטית כוללת גם החלטות ש"הואצלו" על ידי נבחרי הציבור לפקידים, וכאלו שנבחרי הציבור "נטלו" בהן את הסמכות המסורה לפקיד.⁵²

51. לצמצומה של עילת הסבירות עשויה להיות השלכה גם **במישור הבינלאומי**. התיקון עשוי להשפיע על מעמדו של המשפט הבינלאומי בדין הישראלי ועל חשיפתם של בכירים ישראלים לסיכון של העמדה לדין בגין הפרת המשפט הבינלאומי. כיום, מקובלת בפסיקה הקביעה כי מעבר לחובה לכיבוד המשפט הבינלאומי החלה במישור הבינלאומי – ולאופן בו היא משתקפת בדין הישראלי הפנימי – הרי שקיים גם אינטרס ציבורי בקיום התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל.⁵³

52. ביטול עילת הסבירות, ככל שהוא קשור להחלטות של הדרג הנבחר, יגדיל את הסיכוי להפרה של הדין הבינלאומי מחד, ואת הסיכון לתגובה משפטית של הקהילה הבינלאומית כנגד בכירים במערכת הביטחון מאידך. כך, למשל, ביטול העילה יכול לאפשר מבחינה משפטית החלטות דרג נבחר שעניינן שימוש בשיטות או אמצעי

⁵² ראו סעיפים 33 ו-34 לחוק-יסוד: הממשלה.
⁵³ ראו למשל: בש"פ 502/18 פלוני נ' היועמ"ש, פסי' 13 להחלטתו של השופט מינץ (נבו 31.1.2018).

לחימה אסורים, התעלמות מחסינות דיפלומטית של שגריר זר או התנערות מהסכם בינלאומי קיים.

53. התגובה המשפטית של הקהילה הבינלאומית צפויה להביא בחשבון את ההפרה עצמה, אך גם את החלשת מנגנוני הפיקוח והבקרה המשפטיים בתוך ישראל, כתוצאה מצמצום הפיקוח השיפוטי על יסוד עילת הסבירות. לשון אחר, במידה רבה, הביקורת השיפטית הקיימת "מחסנת" כיום פעולות חוקיות מפני ביקורת שיפטית זרה. הסיכון לתגובה בינלאומית יתחדד אם צמצומה של עילת הסבירות יוביל למינוי עובדי ציבור בלתי מתאימים בעליל לתפקידם, בדגש על תפקידים הנוגעים להתוויות המדיניות הביטחונית בפועל ולאכיפת הדין הבינלאומי על חיילי ומפקדי צה"ל.

54. השלכה חריפה במיוחד של הצעת החוק עניינה שלילת הכוח של היועצים המשפטיים לייעץ לשרים בנושא הסבירות. בשל חריפותה של השלכה זו, נדון בה בהרחבה להלן.

ז. עילת הסבירות והייעוץ המשפטי לממשלה כ"בלם פנימי"

55. התמקדות בפסקי דין שבהם כבר נפסלו החלטות מכוח עילת הסבירות אינה חושפת את עומק תפקידה הציבורי של עילת הסבירות, ואת חשיבותה המרכזית של עילה זו בהחלטות הרשות המבצעת בכלל, ונבחרי הציבור בפרט, באמצעות הייעוץ המשפטי. הייעוץ המשפטי המקצועי לממשלה הוא "תחנת הממסר" שבין בתי המשפט לבין מקבלי ההחלטות, ובין עילת אי הסבירות הקיצונית ליישומה של חובת הסבירות.

56. בהקשר זה, תפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה הוא לדאוג לכך שההחלטות המתקבלות על ידי מקבל ההחלטות יעמדו בחובת הסבירות. חובתו של הייעוץ המשפטי לדאוג לכך שבפני מקבל ההחלטות עומד המסד העובדתי הנדרש מכוח חובת הסבירות ההליכית. חובתו של היועץ המשפטי לדאוג לכך שההחלטה תתקבל על בסיס כלל השיקולים הנדרשים, ולא תהיה שרירותית או מופרכת. חובתו של הייעוץ המשפטי היא לדאוג לכך שהשר יאזן בין השיקולים הרלוונטיים, ויקבל החלטה המצויה בתוך "מתחם הסבירות".

57. ליווי נכון ומתאים של הייעוץ המשפטי לממשלה יביא את השר לעצב את המדיניות הרצויה לו תוך מימוש כל המטרות שצוינו לעיל: ההחלטה שתתקבל על ידי השר תהיה מבוססת על מסד נתונים מתאים, היא תהיה רציונלית, ותביא בחשבון את כלל השיקולים.



58. יתר על כן, פעולה המלווה בייעוץ משפטי מתאים מייצגת אינטרס ציבורי ומבטיחה שקיפות. היא גם תעמוד, כפי הנראה, במבחן משפטי ובכך תביא לוודאות בתהליך קבלת ההחלטות וליתר משילות.

59. ביטול סמכותו של בית המשפט לבדוק החלטות מכוח עילת הסבירות ישמוט את הקרקע תחת השימוש של הייעוץ המשפטי לממשלה, כמו גם של הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה ולעיריות, בכלים המאפשרים לו להגיע למטרות אלו.

60. למעשה, עולה החשש כי עילת הסבירות מועלית כתחליף או כצעד ראשון בתוכנית להחליש את מעמד היועצים המשפטיים לממשלה. במקום להחליש את מעמד היועצים המשפטיים לממשלה באופן מפורש, שוללים בעצם את כלי העבודה המרכזי שלהם. בכך יפגע מעמדם בפועל והם יאבדו את היכולת לפקח על הפעילות של מקבלי ההחלטות.

ח. ההקשר הכולל – הקושי שבתיקון המוצע על רקע מבנה המשטר בישראל ונוכח הרפורמות הנוספות העומדות על הפרק

61. המבנה המשטרי בישראל הוא מבנה רעוע, ונעדר ממנו הרכיב החיוני של איזונים ובלמים המגבילים את הרוב הקואליציוני. כפי שנאמר לא אחת, הכוח הפוליטי בישראל מרוכז בידי קבוצה קטנה של אנשים – ראשי מפלגות הקואליציה. הם השולטים בפעולת הממשלה, ודרך הממשלה ומנגנוני השליטה שלהם במפלגותיהם הם שולטים גם בכנסת. מובן, כי ראשי מפלגות הקואליציה אינם מסכימים בכל סוגיה, אבל משעה שהסכימו על נושא מסוים, אין כל כוח פוליטי בישראל שיכול לבלום אותם.⁵⁴

62. במחקר שנערך על ידי פרופסור עמיחי כהן במכון הישראלי לדמוקרטיה,⁵⁵ סקר כהן 66 מדינות שהוגדרו על ידי ארגון Freedom House כמדינות דמוקרטיות חופשיות. במחקר נבדקו מספר מנגנונים המייצרים הגבלה על כוחו של הרוב: חוקה משוריינת;

⁵⁴ עמיחי כהן, מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד פרק ה' (2020).
⁵⁵ עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2018).



פיצול הרשות המחוקקת (בדרך כלל לשני בתים); שיטה נשיאותית (שיש בה חלוקת כוחות ואיזונים שלא קיימים בשיטה הפרלמנטרית); **פדרציה** – שמכניסה אלמנט של כוח "מדינה" בפדרציה, שגם היא מגבילה את כוחו של הרוב הפוליטי המדינתי של הפדרציה; **בחירות אזוריות** שיש להן אלמנט של הגבלת כוח הרוב; **חברות בארגון על-לאומי** בעל סמכות כופה (כדוגמת האיחוד האירופי); **חברות באמנות אזוריות** לזכויות אדם (כדוגמת האמנה האירופאית לזכויות האדם ובית הדין האירופי לזכויות אדם); **בית משפט שיכול לבטל חוקים**.

63. ממצאי המחקר, בתמצית, מצביעים על כך שבכל המדינות שנבדקו יש יותר מנגנוני ריסון על כוחו של הפרלמנט מאשר בישראל – בה יש מנגנון אחד בלבד: הביקורת החוקתית של בית המשפט. ב-29 מדינות יש פיצול של הרשות המחוקקת. ב-28 מדינות יש נשיא בעל סמכויות. ב-11 מדינות יש משטר פדרטיבי. 28 מדינות חברות באיחוד האירופי, 42 מהמדינות חברות באמנות זכויות אדם שכוללות בית דין שיש לו השפעה. ביקורת שיפוטית קיימת ב-59 מדינות⁵⁶ (ברוב מוחלט של המדינות יש שילוב של מספר מנגנונים המגבילים את הרוב, לעתים שלושה, ארבעה, ואף חמישה כאלה).⁵⁷

64. המחקר מדגיש את החשיבות המכרעת של בית המשפט בישראל, המהווה מגבלה יחידה על כוחו של הרוב, וזאת בניגוד למצב הקיים כמעט בכל המדינות הדמוקרטיות. בית המשפט מהווה את הבלם היחיד על הכוח הפוליטי הקואליציוני בישראל. תפקידו של בית המשפט הוא לבקר את הרשות המחוקקת ואת הרשות המבצעת מכוח הסמכויות שהוענקו לו בחוקי היסוד ובמשפט המנהלי, בהתאמה. בכך מבטא בית המשפט את המובן האמיתי של המונח separation of powers שיש לתרגמו כ"ביזור הרשויות" או "ביזור הכוח".⁵⁸

65. על כן, ההצעות לשלילת סמכות הביקורת השיפוטית או להגבלתה מיועדות להשיג בדיוק את ההיפך – להגביר את הכוח הפוליטי הרב ממילא של הרשות המבצעת, ולשחרר אותה מהמגבלות החוקיות המוטלות עליה. בכך, מהווה למעשה ההצעה חלק מהתפיסה הכוללת שהנחתה את מציעי "הרפורמה המשפטית" שהונחה על שולחן הוועדה בחודש ינואר 2023. ההצעה לצמצום עילת הסבירות אינה אלא עוד חלק

⁵⁶ מתוכן בשלוש מדינות: קנדה, ובמידה מסוימת ישראל ופינלנד, יש פסקת התגברות.

⁵⁷ כהן פסקת ההתגברות, לעיל ה"ש 55, בעמ' 34.

⁵⁸ עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר **ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון** (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019).



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

בתצרוף הכולל שהונח בשעתו על ידי יו"ר הוועדה, שמטרתו היתה לאפשר לרוב הקואליציוני בישראל לפעול בלא בלמים ואיזונים כלל. כוח בלתי מוגבל – פשוטו כמשמעו.

66. חלק ניכר מההצעות שהועלו בחודש ינואר השנה, עסקו בשינויים **חוקתיים** במערכת המשפט, שינויים שעניינים מניעת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד והקשחת תנאי הביקורת השיפוטית על חוקים. הצעות אלה עדיין נמצאות על סדר היום. החלשת מערכת המשפט באמצעות הצעות אלה, תפגע קשות בשלטון החוק ובדמוקרטיה הישראלית, אך הציבור יוכל לפחות לצפות ולהבין את התהליכים המתרחשים, ככל שהצעות אלה יקודמו. במובן זה, צמצום עילת הסבירות חמור הרבה יותר: שלילת כוח הפיקוח של בית המשפט ושל הייעוץ המשפטי משמעה שחלק ניכר מההליכים המתרחשים בקרביים של הבירוקרטיה הישראלית, במקומות שאותם הציבור אינו רואה, דווקא הם יהיו חסינים מפני הליכים משפטיים. מבחינת רמת החשיפה הציבורית, ויכולתו של הציבור להבין ולשפוט את תהליכי השינוי, דווקא צמצום עילת הסבירות ("תאומו" – החלשת כוח היועצים המשפטיים) הם המציבים את הפגיעה הפוטנציאלית המשמעותית יותר.

67. הצעת החוק מעוררת קשיים משמעותיים לכשעצמה. אך על מנת להבין את מלוא פגיעתה בדמוקרטיה הישראלית, יש לבחון את הצעת החוק בהקשר הכולל של הרפורמה שהקואליציה מבקשת לקדם. צמצום עילת הסבירות אינו השינוי היחיד המוצע על ידי הקואליציה. לפי פרסומים מהעת האחרונה, על הפרק קידום הצעות חוק שעניינן פוליטיזציה של הוועדה לבחירת שופטים, החלשת מעמדם של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, החלשת הביקורת השיפוטית על חקיקה באמצעות אימוץ מנגנון פסקת התגברות ועוד.

ט. סיכום

68. הצעת חוק היסוד העומדת בפני הכנסת בעניין צמצום עילת הסבירות פוגעת פגיעה קשה בערכי היסוד הדמוקרטיים: שלטון החוק, טוהר המידות של השירות הציבורי, תקינות פעילותו ואמון הציבור בו. ביטול עילת הסבירות יוביל לכך שהחלטות שלטוניות רבות ומגוונות, כגון: מינויים לא ראויים, החלטות ביצועיות שלגביהן לא נעשתה עבודת מטה מסודרת, החלטות של ממשלת מעבר, החלטות בעלות תחולה רטרואקטיבית ועוד – יוותרו מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית. ביטול עילת



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הסבירות משמעותו הגדלת היכולת של השלטון לפעול ללא כל מגבלות, קרי, חסינות מוחלטת מפני ביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות, ביחס להחלטות שמתקבלות דווקא על-ידי הדרג הממשלתי הגבוה, שהן בעלות המשמעות הרבה ביותר לציבור. ביטול עילת הסבירות יאפשר לפגוע באורח בלתי מוצדק בזכויות שונות, לרבות חירות, שוויון וכבוד אנושי, כפי שהסבירה השופטת ארבל:

”שליה כמעט מוחלטת של עילת הסבירות מותיר
לטעמי את הציבור 'חשוף בצריח', שכן הוא שישא
במחיר אותן החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם
הסבירות”⁵⁹

69. תיקון זה מקודם למרות שמספר המקרים שבהם מתערב בית המשפט בפועל בהכרעות של נבחר ציבור הוא קטן מאוד. יתר על כן, הפרקטיקה של בית המשפט העליון היא כמעט תמיד **להחזיר את ההחלטה לנבחר הציבור**, ולא להכריע במקומם. במירב המקרים, המשמעות היא כי בידי נבחר הציבור נשמרת סמכות הבחירה בין כמה אופציות, למרות שבית המשפט קבע כי אופציה מסוימת חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.⁶⁰

70. בחינת פסיקתו של בית המשפט בעתירות מלמדת על שימוש מדוד וזהיר בעילת אי הסבירות הקיצונית. **יחד עם זאת, אין משמעות הדבר כי עילת הסבירות אינה נחוצה. ישנה חשיבות יתרה בשימור עילת הסבירות ככלי בקרה בידי היועץ המשפטי לממשלה כמו גם בשימור הביקורת השיפוטית כדי להפעילה במקרים החריגים לצורך הגנה על האינטרס הציבורי ועל זכויות האדם.**

71. קיומה של ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות מבטיחה שהשלטון יעמוד ב"חובת הסבירות" המוטלת עליו בעת קבלת החלטותיו. בלא ביקורת שיפוטית מכוח עילת אי הסבירות הקיצונית, לא תהיה גם חובת סבירות. עילת הסבירות היא כלי פיקוח מרכזי וחשוב. ללא פיקוח שיפוטי זה, ובלעדי הפיקוח של היועצים המשפטיים

⁵⁹ בג"ץ **אמונה**, לעיל ה"ש 34, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ארבל.
⁶⁰ כך היה, לדוגמא, בעניין **ויכסלבאום**, לעיל ה"ש 14: "החלטתו של שר הביטחון, שלא נתנה כל ביטוי לשיקול הענייני של השמירה על כבוד האדם במובן האמור, ובנסיבות העניין היא אף בלתי סבירה, אינה יכולה אפוא לעמוד. יחד עם זאת, מתפקידו של שר הביטחון – ולא של בית המשפט – לשקלל בין השיקולים השונים ולקבוע לפי שיקול-דעתו כללים בדבר כיתוב על גבי מצבות בבתי קברות צבאיים, ובלבד שהכללים שיקבע יתחשבו בכל השיקולים שלעניין והיו בתחומיו של מתחם הסבירות."



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

במשרדים, לא תהיה בפועל חובת סבירות בישראל, והממשלה ונבחרי הציבור יהיו פטורים מחובתם לנהוג בסבירות.

72. ראוי היה להסדיר בחקיקה את החובות המוטלות על רשויות המינהל, כמו גם העילות להתערבות שיפוטית, וזאת מתוך מבט כולל על הצרכים וההשלכות השונות. ראוי היה להגדיר את עילות הביקורת על המינהל הציבורי. ראוי היה לעסוק בהגדרת חובת הסבירות במשפט המינהלי, ראוי היה לעגן את חובת הסבירות, להגדירה ובמסגרתה לעסוק במגבלות שלה. אך הצעת חוק יסוד זו – לא עוסקת בכך. היא עוסקת אך ורק בהגדלת כוחו של השלטון ובהסרת מגבלות אחרונות מפני מצב של כוח בלתי מוגבל.

73. לסיכום, **התיקון פוגע באופן קשה בעקרון שלטון החוק כמו גם בעקרון האיזונים והבלמים, שהם מעקרונות הליבה של המשטר הדמוקרטי.** פגיעות אלה מתעצמות על רקע העדרם של מנגנונים מרסני כוח בשיטת המשטר בישראל, כמו גם בשל היותה של הצעת חוק-יסוד זו חוליה אחת בשרשרת של הצעות חוק אותן מבקשת הממשלה לקדם בימים אלה. **אין די להסתכל על חלק אחד בלבד ולבודד אותו כאילו היה מדובר בתיקון חוקתי אחד ויחיד.** חובה להסתכל על התמונה בכללותה, חובה לבחון את ההצעה כחלק מן המכלול – כחלק מתיקונים חוקתיים שהאפקט המצטבר שלהם אחד הוא – פגיעה קשה במאפיינים הגרעיניים של המשטר הדמוקרטי והחלשה משמעותית של יכולת הפיקוח של שומרי הסף על הדרג הפוליטי וערעור עקרון האיזונים והבלמים.

74. לאור האמור לעיל, אנו מתנגדים להצעת חוק-יסוד זו.

בברכה,

עו"ד דפני בנבניסטי

ד"ר מורן קנדלשטיין-היינה

פרופ' עמיחי כהן