



## פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

### נייר עמדה מס' 50 : ההצעה לביטול תחולת עילת אי-הסבירות על החלטות הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים

הופץ ביום 25.6.2023\*

#### תקציר

- ההצעה המקודמת בימים אלה על ידי יו"ר ועדת חוקה לעניין ביטול עילת אי-הסבירות זהה לזו שהוצגה על ידו לפני שישה חודשים.
- עמדת הפורום היא שהצעה זו פסולה ויש להתנגד נחרצות לחקיקתה. חקיקת ההצעה עלולה לפגוע באופן חמור באיכות פעולות השלטון ובהרחקתן מהסיכונים של שחיתות אישית ומוסדית. היא פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, באינטרס הציבורי ובהבטחת אמון הציבור ברשויות השלטון.
- על אף מחלוקות שונות בפסיקה ובספרות האקדמית בעניין יישום עילת אי-הסבירות בידי בית המשפט, אין בהן כדי לבסס את ההצעה לשלול לחלוטין, בחוק, את תחולת העילה על החלטות גופים מסוימים (כגון, ממשלה, שרים, נבחרי ציבור אחרים) באופן גורף וללא כל הבחנה על סוג

---

\* פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה הוא קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי, של מומחים ומומחיות למשפט, הפועלת בהתנדבות למען ההגנה על הדמוקרטיה הליברלית בישראל ולקידומה. הפורום פועל באמצעות מחקר, ניתוח הצעות חוק, כתיבת ניירות עמדה ופעילות הסברה לקהל הרחב ולקהלים מקצועיים. במסגרת זו, הפורום פועל נגד יוזמות ופעולות לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הקואליציה, ונגד יוזמות לפגיעה במוסדות דמוקרטיים, בבחירות חופשיות ושוות, בזכות לשוויון, בחופש הביטוי, בחופש הדת, ובזכויות אדם נוספות.

חברות וחברי הפורום בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידנו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה שלנו: <https://lawprofsforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר [@lawprofsforum](https://twitter.com/lawprofsforum). ליצירת קשר [lawprofessorsforum@gmail.com](mailto:lawprofessorsforum@gmail.com).

ההחלטה, וללא הכפפת החלטות אלה לביקורת שיפוטית בעילת אי-הסבירות כמופרכות או שרירותיות. זוהי הצעה קיצונית מאד, ואין אף הצעה או עמדה בספרות או בפסיקה המאמצת מודל דומה.

- ההצעה משחררת את הגופים האמורים מכל כפיפות לביקורת שיפוטית על בסיס עילת אי-הסבירות, גם כאשר החלטותיהם אינן מבטאות קביעת מדיניות רוחבית-ערכית וגם כאשר הן שרירותיות או מופרכות, באופן שלא רק שאינו מקובל אלא אף עומד בניגוד ישיר לעקרון שלטון החוק.
- פיתוח חקיקתי של המשפט המנהלי הישראלי צריך להיעשות באמצעות חקיקה של נורמות החלות על המינהל, לא בקביעת גבולות הסמכות של בית המשפט. דיון מסוג זה צריך להיעשות במנותק מאינטרסים צרים של הממשלה הנוכחית והקואליציה הנוכחית, ולפיכך מועד תחילתו של חוק כזה צריך להיות נדחה, לתקופת כהונתה של הכנסת הבאה, או שעליו להיחקק ברוב גדול במיוחד.
- הכוונה לחוקק את החוק בקולות הקואליציה בלבד, על רקע קיומה של מחלוקת עזה בציבור, ומבלי שנתקיימו הליכים שקולים ומקצועיים לביורור הצורך בחקיקה והאופן בו יש לאסדר את הפעלת שיקול הדעת המינהלי והביקורת השיפוטית עליו, מבססים חשד ממשי כי כל תכליתו היא לפטור את הממשלה הנוכחית מביקורת שיפוטית ולאפשר לה להחליט החלטות המתעלמות מן האינטרס הציבורי ומקדמות אינטרסים צרים.

## נייר העמדה

### א. מבוא

יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת יוזם בימים אלה הצעה להוסיף לחוק-יסוד: השפיטה סייג שעניינו צמצום הסמכות לביקורת שיפוטית (להלן: "הצעת יו"ר הוועדה").<sup>1</sup> הנוסח המוצע הוא זה:

15(ד1). על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם.

ההוראה הנ"ל זהה להצעה שכבר פורסמה מטעמו של יו"ר הוועדה בחודש ינואר 2023. דיון בעילת אי-הסבירות ודיון ראשון בהצעות הקואליציה לביטולה הובאו בנייר עמדה קודם שפירסם הפורום.<sup>2</sup> נייר העמדה הנוכחי נועד להוסיף על האמור בנייר העמדה הקודם, תוך התמקדות בהצעה הנדונה כעת להחרגת החלטות הממשלה, השרים ונבחר ציבור אחרים מתחולתה של עילת אי-הסבירות.

עמדת הפורום היא שהצעת יו"ר הוועדה היא פסולה ויש להתנגד נחרצות לחקיקתה. חקיקת הצעת החוק עלולה לפגוע באופן חמור בשלטון החוק, באיכות פעולות השלטון ובהרחקתן מהסיכונים של שחיתות

<sup>1</sup> נוסח מוצע לדיון מטעם יו"ר ועדת חוקה: הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות), מיום 20.6.2023.  
<sup>2</sup> פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 6: ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית" (הופץ ביום 25.1.2023) (להלן: נייר עמדה מס' 6).

## אישית ומוסדית. ההצעה פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, באינטרס הציבורי ובהבטחת אמון הציבור ברשויות השלטון.

אופן היישום המקובל בפסיקה של היבטים מסוימים של העילה בדבר "אי-סבירות" שנוי במחלוקת בפסיקה ובספרות האקדמית. המחלוקת באה לידי ביטוי נרחב בפסיקת בית-המשפט העליון ובכתיבה אקדמית, וגם בקרב חברות וחברי הפורום יש עמדות מגוונות בעניין זה. על אף המחלוקות, אין בהן כדי לבסס את ההצעה לשלול בחוק את החלת העילה על החלטות מוסדות מסוימים (כגון, ממשלה, שרים, נבחרים ציבור אחרים) באופן גורף ומבלי כל הבחנה ביחס לסוג וטיב החלטות.

אך טבעי ומתבקש, לכאורה, שהכנסת תבחן את מכלול ההיבטים שעולים בדיון הביקורתני ותגבש חקיקה מיטבית. אלא שהצעת החוק הנוכחית, שהיא פשטנית מאד, לוקה בכמה בעיות היורדות לשורש הדבר:

- ההצעה שביט-המשפט לא יהיה מוסמך לבחון כלל כל היבט שהוא של "סבירות ההחלטה" מוצעת בלא שנלווית לה אסדרה כוללת של האופן הראוי להפעלת שיקול הדעת המינהלי, הכולל גם החלטות ממשלה;
- הניסוח הגורף של ההצעה, כך ששלילת הסמכות לביקורת שיפוטית תוחל על כל החלטות של גופים מסוימים (ממשלה, שרים, נבחרים ציבור אחרים), בלי להבחין בין החלטות על-פי טיבן (החלטות מדיניות כללית ועקרונית לעומת החלטה קונקרטית), בלי להבחין בין סוגים שונים של סטייה מסטנדרט הסבירות (כגון ההבחנה בין סבירות כמופרכות, קפריזיות ושרירותיות לבין הסבירות האיזונית);<sup>3</sup> ובלי להבחין בין היבטים הליכיים, שנובעים מדרישת הסבירות, לבין היבטים שקשורים לתוכן ההחלטה.
- אופן החקיקה של ההצעה, הצפוי להיעשות ברמה חוקתית (בחוק יסוד) ובקולות הקואליציה בלבד, על רקע המחלוקת העזה ששוררת בנוגע למהלכי הממשלה לקידום מה שמכונה "הרפורמה המשפטית", על אף שסוגיות עקרוניות-חוקתיות נדרשות להיעשות בתהליך דיאלוגי בין חלקי בית המחוקקים, ובהסכמה רחבה.<sup>4</sup> לכך נלווית טענה כוזבת שלפיה הנוסח המוצע עולה בקנה אחד עם הסכמות כביכול בדיונים בבית הנשיא או עם הוראות "מתווה העם" שפרסם נשיא המדינה. לא רק שנוסח ההצעה שונה מהותית מן הנוסח שנדון במסגרות השונות שהוזכרו, אלא גם משום ש"מתווה העם" של הנשיא, וכמוהו גם הדיונים לפשרה בחסות בית הנשיא, התבססו מפורשות וכתנאי בלעדיו-אין על "עסקת חבילה" כוללת, שהיא קריטית כדי לבחון צמצום זה או אחר של הסמכות לביקורת שיפוטית, בוודאי חיסול מוחלט של עילת הסבירות, כפי שמוצע בהצעת יו"ר הוועדה.

אנו סבורים שהדרך הראויה היחידה לפעולה בעניין זה היא הקמת ועדה ציבורית לבחינה של חוק להפעלת סמכויות המינהל הציבורי, שבמסגרתו ייבחנו הן אמות-המידה שלפיהן אמורות להיות מופעלות סמכויות הרשות המבצעת והן אמות-המידה לביקורת שיפוטית. ראוי כי ההמלצות המנומקות של הוועדה יובאו לדיון ציבורי ולדיון בכנסת, תוך פרישה של מכלול השיקולים הרלוונטיים, הערכה של המצב הקיים ושל ההשלכות הצפויות של שינויו. דיון מסוג זה צריך להיעשות במנותק מאינטרסים צרים של הממשלה הנוכחית והקואליציה הנוכחית, ולפיכך מועד תחילתו של חוק כזה צריך להיות נדחה, לתקופת כהונתה של הכנסת

<sup>3</sup> ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות – וריסון" משפטים נא 673 (2022) (להלן: דותן "ריסון").

<sup>4</sup> ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 3: ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית" (הופץ ביום 18.1.2023); "נייר עמדה מס' 9: סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד" (הופץ ביום 7.2.2023).

הבאה,<sup>5</sup> או שעליו להיחקק ברוב גדול במיוחד. מהלך כמו זה הנוכחי, שבו הקואליציה מבקשת לקדם את הצעת החוק, בנוסח שמתייחס כביכול רק לסמכויות בית המשפט אך בפועל ישפיע עמוקות על הדינים החלים על הרשות המבצעת, וזאת ללא אסדרה כוללת של הנושא לאחר בחינה ודיון מעמיקים, הוא מהלך שמתקיים לגביו חשש ממשי שתכליתו העיקרית היא לפטור את הממשלה הנוכחית מביקורת שיפוטית ולאפשר לה להחליט החלטות המתעלמות מן האינטרס הציבורי ומקדמות אינטרסים צרים – כולל, בטווח הזמן המיידני, מינויו של ח"כ דרעי לשר.<sup>6</sup>

## ב. מונחון

המונח "עילת הסבירות", שהוא למעשה "עילת אי-הסבירות", משמש למגוון משמעויות. להלן נשתמש בהבחנות המקובלות הבאות, כל כולן חוסות תחת הכותרת "עילת אי-הסבירות".

עילת אי הסבירות	
מונחון למובנים השונים של עילת אי-הסבירות	
<b>אי-סבירות מהותית</b>	
אי-סבירות כמופרכות או שרירותיות	כאשר החלטה המנהלית מופרכת בעליל או שרירותית.
אי-סבירות איזונית	כאשר לא ניתן בהחלטה "משקל ראוי" לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה.
<b>אי-סבירות הליכית</b>	
<p>כאשר נפל פגם בהליך שלפיו יש להחליט, ובכלל זה בזהות הגורמים שאמורים להשתתף בהכרעה, אלה שיש להיוועץ עימם ואלה שיש לשמוע אותם לפני ההחלטה ואלה שאסור להתחשב בעמדתם, בשל חשש לניגוד עניינים; מועד התחולה של ההחלטה (הסבירות של ההחלה למפרע או ההחלה הנדחית של ההחלטה המינהלית; חובת ההנמקה והיבטים אחרים שקשורים ל"צורה".</p>	<p><b>הערה:</b> המושג "אי-סבירות הליכית" פותח בעיקרו בספרות האקדמית, כדי להסביר את אופן ההתפתחות של כללי המשפט המינהלי. אף שהכללים ההליכיים השונים מוכרים בפסיקה כנפרדים ועצמאיים מעילת אי-הסבירות, והם נובעים בעיקרם מעקרונות שלטון החוק, אופן יישומם כולל רכיב משמעותי של בחינת סבירות ההליך. אין זה ברור בשלב הנוכחי כיצד תתפרש הצעת יו"ר הוועדה, אם תחוקק בכל הקשור להשפעתה על החלטת אי-סבירות הליכית.</p>

מתוך נייר עמדה מס' 50 של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

טבלה 1: מונחון למובנים השונים של עילת אי-הסבירות<sup>7</sup>

<sup>5</sup> על תחולה נדחית, ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 10: מועד התחולה בזמן של השינויים המשפטיים שעל הפרק" עמדה מס' 10: מועד התחולה בזמן של השינויים המשפטיים שעל הפרק" (הופץ ביום 12.2.2023).

<sup>6</sup> איננו מביעים כאן עמדה בשאלה האם לו תחקק הצעת החוק במתכונת המוצעת אכן ניתן יהיה להשיב את ח"כ דרעי לשולחן הממשלה, בין השאר שכן אפשר שעניינו האישי חוסה תחת עילת "ההשתק השיפוטי". ראו בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (מיום 18.1.2023).

<sup>7</sup> בהתייחס להערה שבטבלה נעיר כי למשל, בעניין התשתית העובדתית שעל הרשות המינהלית לגבש בטרם תהיה רשאית להחליט כיצד לפעול בעניין מסוים, ראו דני"מ 4753/19 עיריית הרצליה נ' הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור (מיום 6.5.2021), פסי 30 לפסק-הדין של השופט פוגלמן (ההדגשה הוספה): "הדרישה כי הרשות תבסס החלטותיה על תשתית עובדתית סבירה אין עניינה אפוא בבחינת תוכנה של ההחלטה שהתקבלה על ידי הרשות, כי

## ג. מהי עילת אי הסבירות

רשות שלטונית היא נאמן הציבור. ככזו, מוטלת עליה החובה לפעול לקידום האינטרס הציבורי תוך כיבוד זכויות האדם. המשפט הציבורי, שמסדיר את פעילותו של רשויות השלטון, כולל שני ענפים עיקריים: האחד, נורמות שמבטאות את החובה של השלטון לכבד את זכויות האדם. במסגרת זו, מוכרת החובה שמוטלת על השלטון להצדיק פגיעה בזכות אדם באמצעות הצבעה על קיומה של תכלית ראויה, כלומר תכלית חברתית חשובה במיוחד, ולוודא שהפגיעה היא מידתית. ענף שני מורכב מנורמות שמבטאות את החובה של השלטון לקדם את האינטרס הציבורי. הדרישה הכללית בהקשר זה היא שגורמים בעלי סמכות שלטונית יפעלו באופן ראוי, כאשר טובת הציבור לנגד עיניהם.

הצורך באסדרה משפטית, שנאכפת בדרך של ביקורת שיפוטית, של פעילותו של רשויות השלטון, נובע משני שיקולים עיקריים: האחד, טיבם של אמצעי הפיקוח הלא-משפטיים על פעילותו של רשויות השלטון אינם מושלמים; והשני, מידת הסיכון שהרשות השלטונית תשתמש לרעה בכוחה.

(א) **טיבם של אמצעי הפיקוח הלא-משפטיים.** עוצמתו של שיקול זה משתנה בהתאם לסוג הרשות השלטונית שבה מדובר. בקצה האחד של הרצף מצויים גופים שנבחרים ישירות על-ידי הציבור, כמו הכנסת, שלגביהם מידת הפיקוח הציבורי היא הרבה ביותר, ובגין כך השיקול הנדון לאסדרה משפטית של פעילותם הוא בעל משקל מועט יחסית. גופים אחרים, ובהם הממשלה כחבר שרים, השרים, רשויות שלטוניות שבידן סמכויות אסדרה, רשויות מקומיות ונושאי משרות שנמנים עם השירות הציבורי, נתונים למידה פחותה של פיקוח ציבורי ופרלמנטרי.

יש מקרים שבהם הכנסת מפעילה את סמכות הפיקוח באמצעות חקיקת חוק שקובע את אמות-המידה לפעילותה של הרשות הרלוונטית, כפי שנעשה למשל בחוק עקרונות האסדרה, התשפ"א-2021, או מכוח הקביעה בחוקים רבים, שחקיקת משנה שקובעת רשות מינהלית טעונה אישור ועדה של הכנסת.<sup>8</sup> אולם, במקרים רבים אחרים, והם חלק הארי של המקרים, הפיקוח בפועל של הכנסת ושל גופי פיקוח אחרים, מהם רשמיים (כמו מבקר המדינה) ומהם לא-רשמיים (כמו דיווח באמצעי התקשורת), הוא חלקי מאד. הפיקוח של הכנסת על פעילות הגופים השונים הוא לא אחת רופף ביותר, מכוח העובדה שבישראל אין למעשה הפרדה בין הכנסת לבין הממשלה. במידה רבה, דווקא החלטות של הממשלה כחבר שרים ושל שרים הן אלה שנתונות למידה המועטה ביותר של ביקורת פרלמנטרית, בשל שליטתה למעשה של הממשלה על הכנסת. שיקול זה חזק במיוחד במצב הקיים בישראל שבו הכנסת נמנעה מלחוקק חוק שמסדיר את אופן ההפעלה של סמכויות הרשות המבצעת, ובכלל זה נורמות בסיסיות ביותר כמו הדרישה להסמכה בחוק והכלל בדבר הסדרים ראשוניים, הדרישה לתשתית עובדתית נאותה בטרם מתקבלות החלטות, הדרישה לכיבוד זכות שימוע, האיסור לפעול בניגוד עניינים, החובה לנהוג בשוויון ועוד.

(ב) **מידת הסיכון שהרשות השלטונית תשתמש לרעה בכוחה.** עוצמת החשש שגורם שלטוני ישתמש לרעה בכוחו משתנה אף היא לפי הנסיבות. חשש זה קיים בעוצמה פחותה יחסית לגבי הכנסת, שכן

---

אם בבדיקת הליך קבלתה, ובכלל זאת אם התקיים מהלך מסודר של איסוף נתונים ובדיקתם כך שהחלטה נתמכת בתשתית ראייתית מבוססת במידה מספקת, על פי מהותה".

<sup>8</sup> בעבר נקבעה חובה כללית כזו, בסעיף 21(ג) לחוק-יסוד: הכנסת, אך הוראה זו בוטלה בתיקון משנת 2000. כיום מוסדר העניין חלקית בלבד בסעיף 2 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שעוסק רק בחקיקת משנה שמכוחה מוטלת ענישה פלילית.

פעילותה של הכנסת נעשית כולה באופן פומבי, נדרשת בה החלטה שמשקפת התחשבות במגוון דעות, שמוליכה לא אחת לפשרות (למעט במקרים קיצוניים), ולציבור הכוח לבטא את ביקורתו על החלטות הכנסת בבחירות שמתקיימות מעת לעת. הסיכון שהכנסת תשתמש לרעה בכוחה קיים בעיקר כאשר מדובר בפגיעה בקבוצות מיעוט שאינן מיוצגות בקואליציה (או בכנסת בכלל) וכאשר מדובר בפגיעה באינטרסים חשובים במיוחד לפרט, שמוכרים לכן כזכויות אדם. אך ככלל, מידת הסיכון שבזמנים רגילים הכנסת תשתמש לרעה בכוחה קטנה יחסית לעומת גופים אחרים, ומכאן ההחלה המוגבלת של נורמות משפטיות-חוקתיות שמגבילות את פעילותה. לא כך לגבי גופים אחרים, ובהם הממשלה כחבר שרים, השרים וגורמים אחרים ברשות המבצעת. הסכנה שמשקפת מכך שגופים אלה יפעלו בניגוד לאינטרס הציבורי גדולה בהרבה, בשל מגוון סיבות. בין היתר, גופים אלה פועלים לא אחת באופן נסתר, ללא דיון ציבורי פתוח; גופים אלה אינם נדרשים לגבש הסכמה רחבה, של גורמים שמייצגים היבטים שונים של האינטרס הציבורי; גופים אלה חשופים לא אחת להשפעתן של קבוצות לחץ, פוליטיות או עסקיות, שגורמות להעדפת אינטרסים צרים; לגופים אלה יש לא אחת אינטרס חזק במיוחד בכך שהחלטות יעשו במהירות, תוך העדפת שיקולים של הטווח הקצר על-פני שיקולים של הטווח הארוך.

שילוב השיקולים הללו הביא לכך שבישראל, כמו בכל המדינות המזוהות עם מסורת המשפט האנגלו-אמריקאי, פותחו בפסיקה (ובחלק מן המדינות, גם בחקיקה) כללים שמסדירים את אופן הפעולה של רשויות השלטון שאינן בית-המחוקקים. כללים אלה מבטאים את עקרון שלטון החוק כפי שהוא חל על רשויות המינהל, והם כוללים הסדרים ביחס להסמכה, ההליך ושיקול הדעת המהותי שהפעילה הרשות. עקרון בסיסי שעובר כחוט השני בין כללים אלה, הוא דרישת הסבירות (reasonableness): על הרשות המינהלית לפעול בהתאם לאופן שבו "רשות מינהלית סבירה" היתה פועלת. ביטוי מפורש לכך בחקיקה ניתן באשר לנאמנים באופן כללי, בסעיף 10(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, שלפיו "במילוי תפקידיו, חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות". הרשות המינהלית היא נאמן הציבור, וככזו היא כפופה לחובה – הציבורית אך גם המשפטית – לפעול כפי שרשות מינהלית סבירה היתה נוהגת באותן נסיבות.

ניתן לחשוב על המשפט המינהלי כאוסף של נורמות שמבטאות קונקרטיזציה של הקביעה היסודית הזו. דוגמה פשוטה – ונפוצה בפסיקה – לגישה זו היא החובה לבסס החלטה מינהלית על תשתית עובדתית נאותה. ביסוד הקביעה הזו העמדה שרשות מינהלית סבירה – ולמעשה, כל אדם סביר – אינה צפויה להחליט החלטה בטרם שקדה על איסוף המידע הנחוץ. היקף המידע הנחוץ נקבע לפי ההערכה של סבירות, והחלטה שנעשתה ללא מידע כזה, אינה סבירה.<sup>9</sup> דוגמה מובהקת לכך היא פסק-הדין שניתן בבית-המשפט העליון לפני כשנתיים, בדיון נוסף, שקבע כי ההחלטה לאשר בניית אלפי יחידות דיור במתחם שבו פעל בעבר מתקן לייצור כלי נשק, בלא שנבדקו הסיכונים שכרוכים בכך, אינה סבירה, בהיעדר תשתית עובדתית נאותה להחלטה.<sup>10</sup> (בימים אלה הוכחה חשיבותה של החלטה זו, ודרישת הסבירות שעליה היא מבוססת, כאשר אירע פיצוץ

<sup>9</sup> למשל, בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 37 (1983): "המבחן הוא, אם כל החומר הרלוואנטי יש בו כדי להביא את הרשות המינהלית, שעה שהיא פועלת כרשות מינהלית סבירה, לידי קביעתו של המימצא, אותו קבעה הלכה למעשה. אם התשובה על שאלה זו היא בחיוב, לא יתערב בית המשפט, חרף העובדה שהוא עצמו היה מגיע למימצא אחר".

<sup>10</sup> עניין עיריית הרצליה, לעיל ה"ש. **Error! Bookmark not defined.**

ספונטני של אלפי ק"ג חומר נפץ באתר, שלא גרם לפגיעה בחיי אדם רק בזכות ההחלטה השיפוטית שלא לאפשר את עבודות הבנייה במקום לפני קיום הליכי קבלת החלטות נאותים!<sup>11</sup>

אלה הן נורמות שעוסקות, בין היתר, בהליך הפעלת הסמכות השלטונית (למשל, הדרישה להימנע מהימצאות במצב של ניגוד עניינים, החובה להכריע על יסוד תשתית עובדתית מתאימה, חובת ההנמקה, האיסור להימצא בניגוד עניינים ועוד), וכן בתוכנה של ההחלטה השלטונית (למשל, החובה לנהוג בשוויון, החובה לעקביות, החובה לכבד זכויות אדם, האיסור להתחשב בשיקולים זרים, החובה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים להחלטה ועוד). דרישת הסבירות קושרת בין אוסף הדרישות הללו – רשות מינהלית סבירה אינה אמורה לפעול במצב של ניגוד עניינים, היא אמורה לפעול על יסוד תשתית עובדתית ראויה וכדומה. בכל הנושאים הללו דומה שאין, או לפחות לא אמורה להיות, מחלוקת.

הכללים הללו, שניתן להבינם כנובעים רעיונית מדרישת הסבירות, עוסקים בהליך שלפיו יש להחליט, ובכלל זה בגורמים שאמורים להשתתף בהכרעה (אלה שיש להיוועץ עימם ואלה שיש לשמוע אותם לפני ההחלטה ואלה שאסור להתחשב בעמדתם, בשל חשש לניגוד עניינים), מועד התחולה של ההחלטה (הסבירות של ההחלטה למפרע או ההחלטה הנדחית של ההחלטה המינהלית), חובת ההנמקה והיבטים אחרים שקשורים ל"צורה". אלה הם היבטים שמקובל לכוונתם "סבירות הליכית"<sup>12</sup>. כאמור לעיל, אין זה ברור בשלב זה כיצד יתפרש הדין אם תחוקק הצעת יו"ר הוועדה, ומתעוררת הסכנה כי שלילת הסמכות לבחון את "סבירות ההחלטות" של הממשלה, השרים וגופים נוספים, תתפרש כך שתכלול גם את "הסבירות הליכית". יתכן שבית-המשפט יפרש את החוק החדש, אם יחוקק, בצמצום, כך שלא יחול על היבטים של סבירות "הליכית", **כפי שבעניינו ראוי**, אך אין בכך ודאות. בכל מקרה, החוק הנדון מכוון גם כלפי רשויות המינהל, וניסוח גורף כמו זה המוצע, ללא סייגים, וללא חקיקה של חוק הליכי מינהל, הוא מהלך שעלול לפגוע באופן חמור באיכות ההכרעות השלטוניות.

חלק אחר של הכללים עוסק בתוכן ההחלטה השלטונית. ההערכה היא שכדי לוודא שהרשות השלטונית פועלת לקידום האינטרס הציבורי, נדרש לתחום את סוג ההחלטות שהיא רשאית להחליט. בין כללים אלה האיסור להתחשב בשיקולים זרים, כלומר שיקולים שאינם אמורים להיות חלק מן האינטרס הציבורי, החובה לנהוג בשוויון, הדרישה לעקביות בהחלטות שלטוניות, דרישת המידתיות וכללים נוספים מסוג זה. הדין באשר למעמדם של כללים אלה לאחר חקיקת הצעת יו"ר הוועדה דומה לזה שתואר לעיל. רעיונית, הכללים הללו נובעים מעקרון שלטון החוק, שכן החוק המסמך את הרשות המינהלית הוא שתוחם את סוג השיקולים שיש לשקול ואת התכליות שעל הרשות המינהלית לקדם. כנגזרת של עקרון שלטון החוק מוטלת על רשויות המינהל החובה לפעול כפי שרשות מינהלית סבירה הייתה פועלת בנסיבות העניין ביחס לאותן עילות. כך נקבע שרשות מינהלית סבירה לא יכולה לשקול שיקולים זרים או לפעול באופן שרירותי ומפלה. מחיקה מוחלטת של הסמכות השיפוטית לבחון את "סבירות ההחלטה" של רשויות מינהליות מסוימות עלולה להטיל ספק ביחס למעמדן של הנורמות הללו שפותחו בפסיקה או להקשות על בחינתן, והן נראה שאין חולק כלל על חשיבות ותועלתן הרבה בטיוב ההחלטות השלטוניות.

בצד הדרישות הקונקרטיות הללו, מוכרת גם דרישה כללית יותר, **שנראה שרק לגביה קיימת מחלוקת**,<sup>13</sup> שעניינה החובה שמוטלת על הרשות השלטונית להחליט באופן שמבטא מתן משקל ראוי לכל אחד מן

<sup>11</sup> שני אשכנזי "פיצוץ אדיר הרעיד את הרצליה. ייתכן שהוא לא האחרון" **כלכליסט** (23.6.2023).

<sup>12</sup> ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – מאמרים חלק א** 417 (אהרן ברק ואחי עורכים, 2003); דותן "ריסון", לעיל ה"ש 3, בעמ' 688, ה"ש 50.

<sup>13</sup> ראו גם יואב דותן "**לתחום מחדש את עילת הסבירות, לא לבטל אותה**" **גלובס** (19.1.2023).

השיקולים הרלוונטיים להחלטה. זוהי "הסבירות האיזונית": אמת-מידה רחבה יחסית, שיישומה כרוך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי. גם אם קל יחסית לקבוע מהם השיקולים הרלוונטיים (ועניין זה הכרחי ממילא, לאור האיסור להתחשב בשיקולים זרים), ההערכה מהו השקלול הראוי של השיקולים המתנגשים, כלומר מהו ה"איזון" הראוי, עשויה להיות לא אחת שנויה במחלוקת. ההכרעה בעניין זה מחייבת התחשבות בהערכות עובדתיות באשר לצפוי בעתיד, ובכלל זה קביעת היחס לסיכון וקביעת מקדם היוון של תוצאות שצפויות בעתיד, והיא מבטאת גם הכרעות ערכיות באשר למשקל הראוי של שיקולים מתנגשים.

הקושי שבהפעלת שיקול הדעת השיפוטי בקביעה מה תוכנה המדויק של החובה לנהוג בסבירות אינו ייחודי לתחום המשפט הציבורי. בכל תחומי המשפט הפרטי נהוגה הסתמכות על סטנדרט פתוח מסוג זה של סבירות (למשל, בדיני נזיקין, בדיני חוזים, בדיני קניין, בדיני נאמנות, וביחס לעבירת הרשלנות, אפילו במשפט פלילי), וכך גם בכל הקשור ליישום דרישת המידתיות, לעניין הגנה על זכויות האדם. ההתמודדות עם האתגרים שנובעים מן הצורך להפעיל שיקול דעת אינה נעשית באמצעות ביטול מוחלט של עילה זו של "אי-סבירות", אלא באמצעות קביעה של "מתחם סבירות".

בהקשר זה פותחה בפסיקה הכרה בקיומו של "מתחם סבירות", שמתבטא בהחלה של מבחן בדבר "אי סבירות קיצוני". משמעות הדבר היא שכדי שהחלטה שלטונית תיחשב בלתי חוקית, אין די בכך שבעיני בית-המשפט אין זו ההחלטה הראויה או הנכונה בנסיבות העניין. עילת אי-הסבירות מבוססת על הכרה בכך שיתכן מגוון, שיכול להיות רחב למדי, של החלטות, שכולן בלתי-ראויות או שגויות בעיניו של בית-המשפט, ובכל זאת הן חוקיות, משום שהן "נופלות" בתוך מתחם הסבירות. הקביעה מהו "מתחם הסבירות" מושפעת ממכלול של גורמים, ובהם איכות ההליך שקדם להחלטה, מהותו של הגוף שהחליט ואישר את ההחלטה (למשל, אם מדובר בהחלטה שאושרה על-ידי ועדה של הכנסת או אם היא התקבלה על-ידי גוף נבחר, לרבות מליאת הממשלה, בית המשפט מניח מתחם סבירות רחב במיוחד ומגלה ריסון שיפוטי, בעוד "מתחם הסבירות" באשר לממשלת מעבר הוא מצומצם מאד), השאלה אם מדובר בהחלטת מדיניות או רק יישום של מדיניות מסוימת ועוד. הגבלות אלה אינן שוללות את הצורך להפעיל שיקול דעת שיפוטי, אך הן מצמצמות אותו ומבטאות הכרה בהכרח להשלים את העילות הקונקרטיות בעילת "מסגרת".

#### ד. היישום של עילת אי הסבירות בפסיקה

עיון במקרים שבהם נעשה בפסיקה שימוש בעילת אי-הסבירות במובנה הרחב מלמד על האופי השיורי בלבד של עילה זו, שמבטא שימוש מוגבל ומסויג בה, ובצד זאת, הכרה בצורך בהיזקקות לה במקרים (הנדירים יותר) שבהם הכללים הקונקרטיים אינם מספיקים. הנה כמה דוגמאות עיקריות לסוגי השימוש בעילת אי-הסבירות שנהוגים בפסיקה:

(א) **סטייה במקרה קונקרטי של הרשות המינהלית, למשל הממשלה, ממדיניות שהיא עצמה קבעה.** כך היה, למשל, בפרשת **ווסר**,<sup>14</sup> בעניין מיגון בתי-הספר בשדרות. באותו עניין קבע בית המשפט כי ההחלטה למגן את הכיתות באופן חלקי בלבד, למרות שבבדיקה שהמדינה ערכה מיגון זה התגלה כלא מתאים, אינה סבירה. כך נקבע כי האיזון שביצעו המשיבים במקרה דנן בין השיקול הביטחוני-מקצועי לשיקול התקציבי חורג משמעותית ממתחם הסבירות. חוסר הסבירות במקרה זה הוא

<sup>14</sup> בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2006).

פנימי ולא חיצוני – עניינו בשאלה האם בהינתן המדיניות שהרשות המינהלית עצמה קבעה, רשות מינהלית סבירה היתה פועלת בדרך שפעלה הרשות כדי ליישם מדיניות זו.

(ב) **דרישה מהרשות להצדיק את החלטתה, על רקע חשד שהופרו כללים קונקרטיים שלפיהם עליה לפעול.** דוגמה לכך היא, למשל, החלטה שלא להקים אצטדיון בירושלים<sup>15</sup> או שלא להנהיג שעון קיץ,<sup>16</sup> שהתעורר לגביהן חשד שנעשו על יסוד שיקולים זרים.

(ג) **שקלול שגוי של השיקולים הרלוונטיים להגשמת תכלית החקיקה המסמיכה.** כך לדוגמה שיקולים תקציביים הם שיקולים שהרשות חייבת להביא בחשבון בעת קבלת החלטות, אך התחשבות בשיקול התקציבי בלבד, תוך הזנחה של שיקולים אחרים, אינה סבירה. על-פי רוב, בית המשפט מכיר במרכזיות של אילוצים תקציביים ודוחה את עתירות המבקרות את מידת ההתערבות בהם.<sup>17</sup> במקרים שבהם התערב בית המשפט הייתה לכך **חשיבות מכרעת בהגנה על מימוש זכויות אדם ואינטרסים מוגנים של פרטים.** דוגמה לכך היא קביעת בית המשפט כי החלטת מועצה מקומית שלא להקים מקווה לנשים ביישוב אינה עומדת במבחן הסבירות, כיוון שאינה מאזנת באופן סביר בין הצורך של תושבות היישוב שומרות המצוות לקיים את מצוות הטבילה לבין השיקולים התקציביים ומשאבי הקרקע הזמינים.<sup>18</sup> דוגמה נוספת היא קביעת בית המשפט שהחלטת הרשות שלא להקצות משאבים לצורך שילוב תלמידים עם מוגבלות בבתי ספר "רגילים" היא בלתי-סבירה.<sup>19</sup> במקרים מסוימים, בית-המשפט נמנע מלהכיר בכך שמחדלה של הרשות לפעול פגע בזכות חוקתית, קביעה שיש לה השלכות נרחבות, אך הוא מבקש לוודא שהחלטה שלא לממש את הזכות החוקתית ולא לתת מענה לפרט במקרה קונקרטי ניתנת להצדקה בנסיבות העניין. דוגמה אחרת היא בנושא המינויים. כאשר מוחלט על מינוי אדם המזוהה עם הפרת החוק, בית המשפט קובע כי על הרשות לאזן את התועלת הגלומה בהחלטתה מול הפגיעה שצפויה בה לאמון הציבור בשלטון. הדוגמה המרכזית לכך היא הלכת **דרעי-פנחסי**.<sup>20</sup>

ההכרה בכך שעילת אי הסבירות היא רחבה, ושהיא כרוכה בהפעלת שיקול דעת שיפוטי מורכב, גורמת לכך שהשימוש בה בפועל לשם התערבות בהחלטות הוא מוגבל.<sup>21</sup> בין היתר, היא אינה חלה על חקיקת הכנסת אלא על החלטות הרשות המבצעת, ובכלל זה הממשלה. משמעות הדבר שהחלטת בית-המשפט אינה סוף פסוק, שכן לכנסת נותרת הסמכות להגיב להכרעה השיפוטית באמצעות מתן תוקף להחלטה המינהלית הנדונה, באמצעות עיגונה בחוק. סייג שני הוא כאמור הקביעה שדרישת הסבירות לגבי החלטות של רשויות המינהל מוחלת בכפוף לקביעה של "מתחם סבירות" או למבחן של "אי סבירות קיצוני".

<sup>15</sup> בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529 (1989).

<sup>16</sup> עניין ברגר, לעיל ה"ש 9.

<sup>17</sup> דפנה ברק-ארו משפט מנהלי – כרך ב 745-746 (2010).

<sup>18</sup> עע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (מיום 9.9.2014).

<sup>19</sup> בג"ץ 2599-00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002).

<sup>20</sup> בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי

– אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).

<sup>21</sup> ראו נייר עמדה מס' 6, לעיל ה"ש 2.

## ה. האם הצעת יו"ר הוועדה עולה בקנה אחד עם ביקורת שמרנית על עילת אי-הסבירות

הצעת החוק של יו"ר הוועדה מעוררת שורה של קשיים. ההיבט המרכזי הוא כאמור השלילה המוחלטת שנובעת ממנה של החלת עילת אי-הסבירות באשר לכל היבטיה של העילה, וביחס לכל החלטות של ראש הממשלה, הממשלה (ובכלל זה ממשלת מעבר, לכאורה), השרים וככל הנראה, בהתאם לחקיקה מיישמת, ראשי הרשויות המקומיות ופקידים נבחרים נוספים. זוהי גישה קיצונית שלא ניתן להצדיקה בשיטתנו. הממשלה אמנם מתמנה מכוח אמון הכנסת, אך היא שונה במהותה מהכנסת. הציבור אינו בוחר ישירות בשרים, ושרים יכולים להיות גם מי שכלל לא נבחרו לכנסת. גם ההבחנה בין שרים לבין אנשי הדרג המקצועי אינה ברורה, שהרי אם הגורם המכריע הוא אישור הכנסת למינוי השרים, אזי מצד אחד, הכנסת אינה מאשרת מינויו של כל שר אלא את הרכב הממשלה בכללותה (מלבד במקרים של צירוף שר לממשלה לאחר הקמתה), ומצד שני, גם הממשלה מאשרת מינויים של בכירים בשירות הציבורי וחברי רשויות מוסמכות, ולכן, בשרשור, גם הדרג המקצועי מאושר על-ידי הכנסת.

במשפט הישראלי, ובמשפט המשווה, מקובלת הבחנה חדה בין הביקורת השיפוטית על בית המחוקקים (בישראל: הכנסת), שהוא גוף נבחר, לבין הביקורת השיפוטית על הממשלה, שאינה מוכרת כגוף נבחר. ההבחנה באה לידי ביטוי בכך שהכנסת וחברי הכנסת אינם כפופים לחובות כמו איסור על כהונה ופעולה תוך ניגוד עניינים, חובת ההנמקה, הדרישה לעקביות, הדרישה להליך נאות, הדרישה להסמכה בחוק ועוד, וכמו גם לעילת הסבירות, בעוד הממשלה כפופה לדרישות הללו. הטעם להבחנה זו, שיש בה היגיון, הוא ההכרה בכך שהכנסת היא גוף נבחר, ולפיכך ראוי להותיר לה מידה רבה יותר של שיקול דעת. הממשלה, כחבר שרים, אמנם זוכה למידה רבה יותר של הנסגת דעת שיפוטית וריסון שיפוטי, מכוח הכרה במתחם סבירות רחב, אך ההסדר המוצע מבטל את הדרישה כליל.

תומכי ההצעה טוענים כי הצדקה לה תמצא בעמדות שמרניות המבקרות את הגישה ה"ברקית" לעילת אי-הסבירות. כך הם טוענים, כי ההצעה תואמת עמדות שמרניות כגון זו של השופט סולברג.<sup>22</sup> להלן נציג את העמדה השמרנית, כפי שהיא משתקפת מעמדתו של סולברג, ולאחר מכן נבחן האם היא אכן, כנטען, מתיישבת עם ההצעה.<sup>23</sup> יצויין כי עמדה זו אינה משקפת את הגישה המקובלת בפסיקה ובאקדמיה, אך לאור המשקל שניתן לה בדיון הציבורי, מצאנו לנכון להתייחס אליה באופן מפורט יחסית.

השופט סולברג טוען כי עם השנים חלחלה בו ההבנה שאין כל דרך להציב גבול דוקטרינרי-רטורי לעילת הסבירות.<sup>24</sup> על כן, לטעמו, הפתרון עשוי להימצא בהבחנה בין הדרג הנבחר (ממשלה, שרים וראשי רשויות) לדרג המקצועי.<sup>25</sup> השופט סולברג נימק את עמדתו לעניין הבחנה זו באופן הבא (ההדגשה הוספה): "החלטות

<sup>22</sup> שמחה רוטמן "ח"כ שמחה רוטמן מזהיר: פרובוקציות מול המצלמות" ערוץ 7 (25.6.2023); "הצעת החוק לביטול עילת הסבירות, נכתבה ע"פ עקרונות שקבע שופט העליון נעם סולברג במאמר לפני מספר שנים" (וראו בהקשר זה רונית לוי-שנור "תשובה לח"כ רוטמן: נקודות על עילת אי-הסבירות" ערוץ 7 (25.6.2023)); טובה צימוקי "הנוסח הסופי: הממשלה חסינה מפני עילת הסבירות, פקידים לא | זהו מתווה סולברג" YNET (20.6.2023).

<sup>23</sup> נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2019) (להלן: סולברג "השילוח").

<sup>24</sup> שם, בעמ' 50-53.

<sup>25</sup> שם, בעמ' 53-55.

המתקבלות על ידי דרג נבחר [...] הן על-פי רוב החלטות המשקפות תפיסת עולם; תפיסת עולם ערכית, תפיסת עולם מקצועית. לעיתים החלטות עוסקות בסוגיה נקודתית, לרוב עניינן בהתוויית מדיניות הנושאת עימה משמעויות רוחביות. עובדה זו כשלעצמה אינה מחסנת החלטות אלו מפני ביקורת שיפוטית. יחד עם זאת, מן הראוי כי אופיין של החלטות אלו יכתוב את היקפה של הביקורת. ביקורת שיפוטית המבוססת על עילת הסבירות המהותית, הרחבה, העמומה, אינה הולמת ביקורת שיפוטית על החלטות המשקפות הכרעה ערכית-מקצועית של דרג פוליטי נבחר". כלומר, ניתן להבין את עמדתו של השופט סולברג כמכוננת רק לסוג מסוים של החלטות הדרג הנבחר – "החלטות המשקפות תפיסת עולם; תפיסת עולם ערכית, תפיסת עולם מקצועית" – ולא לכל החלטותיהם. המדובר, לשיטתו, ב"הכרעות ערכיות-מקצועיות", כלומר החלטות שהן פרי של דיון מעמיק ומקצועי שמבוססות היטב על תשתית עובדתית ומגובות כראוי באופן שיוכל לשכנע את בית המשפט.

ביקורתו של סולברג מתמקדת בעילת "הסבירות המהותית, הרחבה", זו שהתפתחה בבית המשפט העליון משנות השמונים, ולא בעילה המסורתית של "אי-סבירות כמופרכות שביקשה למנוע החלטות שרירותיות ואבסורדיות.<sup>26</sup> מכאן, עולה כי השופט סולברג אינו מבקש להחריג את הדרג הנבחר של הממשלה והשרים מתחולתה של עילת אי-הסבירות כליל, אלא מבקש להותיר על כנה עילת אי-סבירות מצומצמת על הדרג הנבחר ביחס לאי-הסבירות כמופרכות או שרירותיות ולא-הסבירות ההליכית. בנוסף, מן הרשימה עולה גם כי השופט סולברג נכון, באופן עקרוני, לשימוש מוגבל בעילת הסבירות על כלל החלטות המינהל, כולל הדרג הנבחר, במצבים שבהם מבקש בית המשפט להתגבר על קשיי הוכחה ביחס לעילות הביקורת הקונקרטיות, כפי שהוסבר לעיל.<sup>27</sup>

אנו סבורים שעמדתו של השופט סולברג מעוררת קשיים ניכרים ואין מקום לאמצה, וזאת בהתאם לאמור לעיל. יתר על-כן, אין זה ברור כלל אם אף לשיטתו של השופט סולברג, יש מקום ליישמה כלשונה במאמרו. בפסק דין משנת 2022 בעניין מינויו של השופט בדימוס מני מזוז לתפקיד יו"ר הוועדה המייעצת למינויים לתפקידים בכירים בתקופת בחירות, קיבל השופט סולברג את העתירה וביטל את מינויו של מזוז.<sup>28</sup> השופט סולברג לא עשה שימוש מפורש בעילת הסבירות, אך כיוון שהעתירה עסקה במינוי שנעשה בסמכות, ללא פגם בהליך ומבלי שנשקלו שיקולים זרים, כך לפי פסק הדין, המינוי, למעשה, נבחן דרך משקפיה של עילת הסבירות. השופט סולברג קיבל את העתירה וביטל מינוי שנעשה על-ידי הממשלה, וזאת למרות התנגדותו התיאורטית להחלת עילת הסבירות על הדרג הפוליטי.

אך אפילו עמדתו המצמצמת מאד של השופט סולברג במאמר אינה מצדיקה את אימוצה של הצעת החוק שהציעה יו"ר הוועדה. הצעתו של השופט סולברג היא לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי. אין בדבריו דבר לגבי האפשרות שבית המשפט יוגבל בחקיקה, ועוד בחקיקת יסוד, על אופן הפעלת שיקול הדעת שלו. זהו אינו הבדל כמותי אלא איכותי: יש הבדל גדול בין תמיכה בשינוי חקיקה המגביל את הכוח השיפוטי

<sup>26</sup> את עילת הסבירות המסורתית של אי-סבירות קיצונית, מתאר השופט סולברג, תוך הנגדתה ל"סבירות המהותית" שהתפתחה בפסיקתו של בית המשפט החל משנות השמונים. אי סבירות קיצונית, לפי סולברג מצדיקה התערבות של בית המשפט "אם החלטה שנוקטת רשות בעניין שבסמכותה היא כה בלתי סבירה, עד שלא ייתכן שרשות סבירה כלשהי הייתה מקבלת החלטה כזאת אי פעם". שם, עמ' 47, סולברג מפנה לפסק הדין הבריטי Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation [1948] 1 K.B. 223, Court of Appeal.  
<sup>27</sup> סולברג "השילוח", לעיל ה"ש 23, בעמ' 52 ("אם היה מתמצה השימוש בעילת הסבירות המהותית באותם מצבים שבהם ישנו קושי להוכיח אחת מן העילות הקונקרטיות, אפשר שלא הייתה מתעוררת מחלוקת של ממש. אך זה אינו המצב").

<sup>28</sup> בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (מיום 22.9.2022).

מבלי להגביל או להגדיר את אופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי, לבין הצעה לפתח ממקרה למקרה את עילת הסבירות באופן זהיר יותר. אנו רואים בטענה זו עניין מרכזי, וראו גם להלן בפרק הבא.

נוסף על כך, הצעת יו"ר הוועדה אינה מבחינה בין סוגי החלטות, ומכוחה כל החלטות ממשלה, גם כזו שאינה מבטאת מדיניות רוחבית, תהיה פטורה מדרישת הסבירות, אף על פי שרק אלה הן החלטות שהוא מבקש להרחיק מעילת הסבירות. כאמור, בעוד מרשימתו של השופט סולברג עולה האפשרות כי הוא מבקש להימנע מהשימוש בעילת הסבירות האיזונית על הדרג הפוליטי ביחס להחלטות מדיניות ולהתיר את השימוש בעילת אי-סבירות כמופרכות או שרירותיות ואי-הסבירות ההליכית על כנה גם בנוגע לדרג הנבחר, הצעתו של ח"כ רוטמן מבקשת לשלול את החלטה של עילת הסבירות על הדרג הנבחר באופן מוחלט. בנוסף לכך, בעוד עמדתו של השופט סולברג עסקה ב"דרג פוליטי נבחר", כלומר הממשלה, השרים, וראשי הרשויות, הצעתו של ח"כ רוטמן מבקשת לשלול את החלטה של עילתה הסבירות על "הממשלה, ראש הממשלה, שר משרה או נבחר ציבור אחר". הביטוי, "נבחר ציבור אחר" הוא ביטוי עמום שלא ברור על מי יחול. בנוסף, דברים שאמר השופט סולברג בפסיקה העלו כי הוא אף תומך בקיומה – לכל אורך הקו – של "סבירות הליכית".<sup>29</sup> נמצא, כי סולברג מבקש להדגיש כי הביקורת השיפוטית, גם על החלטות הדרג הנבחר, שרירה וקיימת בנסיבות שתוארו לעיל. בוודאי שאין עולה מדבריו, כי צמצומה של עילת הסבירות המהותית מצמצם את תחומן של עילות הביקורת המסורתיות העומדות לרשותו של בית המשפט לבחינת שיקול הדעת המנהלי, ובהן את עילת המידתיות שמכוחה בית המשפט מבקר מגוון רחב של החלטות מנהל – ולמעשה, עמדתו נשענת על קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הסמכות, ההליך ושיקול הדעת המנהלי (וראו את דבריו על שיקולים זרים).

יתר על-כן, אם תוחל גישתו של השופט סולברג באמצעות חקיקה מהסוג המוצע על ידי יו"ר הוועדה, היא עלולה להביא לכך שגם החלטות שעד כה נעשו על-ידי הדרג המקצועי בלבד יובאו לאישור השר, רק כדי לחסן אותן מביקורת שיפוטית בעילת אי-סבירות, ובכך תישמט ההצדקה שהציע השופט סולברג להבחנה בין שני סוגי הגורמים המחליטים לעניין האופי הטיפוסי של החלטות שלהן. מכאן החשיבות שמייחס השופט סולברג להבחנה בין החלטות המבטאות מדיניות רוחבית שאישרה הממשלה לבין החלטות אחרות.

על כן, הצעתו של ח"כ רוטמן מרחיקת לכת וקיצונית יותר מאשר גישתו, הקיצונית כשלעצמה, של השופט סולברג, כך שאפילו גישתו העיונית של השופט סולברג, שהיא כאמור עמדת מיעוט בפסיקה ואף השופט סולברג עצמו אינה מיישמה בפסיקתו, אינה יכולה להצדיק את הצעת יו"ר הוועדה.

## ו. קשיים נוספים בהצעה – העדר אסדרה של אופן פעולת הרשות

אימוץ הצעת החוק עלול לגרום לפגיעה חמורה באינטרס הציבורי, במכלול ההיבטים שהוזכרו לעיל שבהם נעשה שימוש, אף אם מוגבל, בעילת אי הסבירות, לגבי החלטות ממשלה. בין היתר, היא עלולה למנוע החלטת ביקורת שיפוטית במקרים של סטייה במקרה קונקרטי של הממשלה ממדיניות שהיא עצמה קבעה, או של שר ממדיניות הממשלה. הצעת החוק עלולה למנוע אפשרות לדרוש מן הממשלה להצדיק את החלטתה על

<sup>29</sup> בג"ץ 4252/17 חה"כ ג' בארין נ' הכנסת (מיום 14.7.2020).

יסוד שיקולים ענייניים, במצב בו מתעורר חשד כבד להפרה של כללים קונקרטיים שלפיהם עליה לפעול, אך לא ניתן להוכיחו.

קושי מרכזי בהצעת החוק הוא כאמור היעדרה של אסדרה כוללת של אופן פעולתה של הממשלה ואופן פעולתם של השרים. הממשלה והשרים הם הגורמים המרכזיים בקביעת מדיניות ובהכרעות בעלות חשיבות ציבורית רבה. החלק הארי של אופן הפעולה של גופים אלה כלל אינו מוסדר בחקיקה. החלטות רבות אינן מתפרסמות, אין מתפרסם ההליך שלפיו הוחלטו ההחלטות, אין קביעה של אמות המידה הנדרשות לקיום ההליך. זהו פגם חמור במשפט הישראלי, שהחלת דרישת הסבירות נועדה לתקן, ולו חלקית. הקושי בעניין זה מתעצם לאור כך שאין הליך בירור עובדות ב-בג"ץ, ובשל כך נמנעת לעיתים האפשרות לעמוד על אופן ניהול ההליך המנהלי ועל הכוונות האמיתיות – והפסולות – של הגוף המחליט. ביטול עילת אי-הסבירות, בלא לקבוע בצד זאת הליך מפורט לאסדרת החלטות הממשלה והשרים, עלולה לפגוע לכן באינטרס הציבורי. אם מבקשת הכנסת לצמצם את השימוש בעילת אי-הסבירות, עליה לפעול לאסדרת הקונקרטיזציה שלה, באמצעות אוסף של כללים מפורטים. דוגמה לכך היא חקיקת חוק עקרונות האסדרה, תשפ"א-2021. חקיקת חוק כזה היא עניין מורכב, שמחייב דיון מעמיק. אך הוא הכרחי בטרם נוקטים צעד דרמטי כמו זה המוצע על-ידי יו"ר הוועדה.

בנסיבות העניין, חקיקה חפוזה של הכנסת שפוטרת את הממשלה ואת השרים לחלוטין מעילת המסגרת של אי-סבירות, מעוררת חשש ממשי כי תכליתה פסולה – מתן פטור לממשלה מביקורת שיפוטית. זהו מהלך שמשלב עם התכנית הכללית של הממשלה הנוכחית, לצמצם במידה ניכרת את הביקורת השיפוטית ולהסיר את הבלמים מהפעלת הכח השלטוני. מהלך מסוג זה מחייב הסכמה רחבה, ולכל הפחות תחולה נדחית לכנסת הבאה. הכנסת אינה מוסכמת לפטור כך את הממשלה, תוך שימוש ברוב הקואליציוני שלה, להשגת מטרה זו.

## ז. הערכה כוללת של הצעת יו"ר הוועדה

החרגת החלטות הדרג הנבחר מתחולת עילת הסבירות עלולה להוביל לפטור של הדרג הנבחר מהחובה לפעול באופן שקול ואחראי כלפי כלל הציבור. בהתחשב במיעוט המנגנונים הפוליטיים, המוסדיים, החברתיים והתרבותיים הפועלים להגבלת השימוש לרעה בכוח השלטוני בהקשר הישראלי, ניתן לצפות שללא איום ההתערבות של בית המשפט, הממשלה, השרים וראשי-הרשויות, יקבלו החלטות חד-צדדיות ונמהרות, שבעבר היו נזהרים יותר מלקדם. הדבר יגביל במידה ניכרת את הפיקוח שיוכלו להחיל היועצים המשפטיים, כדי לוודא את חוקיות החלטות הממשלה והשרים. משום כך, יש לצפות שהשינוי המרכזי שיתחולל בעקבות התיקון, הוא שינוי בהתנהלות הרשויות, שיהפכו יותר שלוחות רסן.

מבחינה פרקטית, ההבחנה בין דרג מקצועי ובין הממשלה והשרים היא בעייתית. מעשית, הממשלה תוכל "לחסן" החלטות של הדרג המקצועי מפני ביקורת שיפוטית על בסיס עילת אי-הסבירות על-ידי אישור כל החלטה מקצועית על-ידי גוף נבחר, כמו השר או הממשלה. מה שעשוי להביא להחלשה של הביקורת השיפוטית על כלל רשויות המינהל.

עילת הסבירות נועדה לקדם משילות טובה ואחראית, כזו שמתקבלת באופן שקול ושאינו חד-צדדי. כפי שהשופט סולברג ציין, עילת הסבירות מהווה בלם בפני החלטות שאינן מבוססות כראוי. היא חשובה במיוחד

בהיעדר כללים משפטיים ברורים המסדירים את ההליך המנהלי, ובהיעדר הליך בירור עובדות בבתי המשפט המינהלי המאפשר לעמוד על הכוונות האמיתיות של הגוף המחליט. ההליך בבג"ץ או בבית המשפט לעניינים מינהליים מבוסס על תצהירים, ולבית המשפט אין כלים לברר את אמיתות ההצהרות המועלות בתצהיר. העילות שפותחו במשפט המינהלי, כגון עילת "העדר תשתית עובדתית ראויה", "מבחן המטרה הדומיננטית", וכן עילת הסבירות, נועדו להתגבר על המכשלה הזו בפני הפיקוח הנאות על רשויות המינהל. עילת הסבירות נועדה לקדם משילות דמוקרטית, בה נבחרה הציבור פועלים עבור הציבור כולו, ולא רק עבור ציבור בוחרים. חיסול עילת הסבירות יאפשר הליך קבלת החלטות חפז וללא-שקוף על-ידי נבחרה הציבור, ועשוי להוביל לקבלת החלטות חד-צדדיות המשרתות ציבור בוחרים מסוים ולא את האינטרסים של כלל הציבור.

ניתן ורצוי לחשוב על הדרכים הראויות והיעילות להבטיח שהחלטות המינהליות תתקבלנה באופן מקצועי ורציני, לאחר שקילת מכלול הנתונים והשיקולים והטמעת כל המשתנים. זו השאלה החשובה: כיצד ראוי שתקבל ההחלטה השלטונית, מי חייב להשתתף בהליך המנהל הציבורי ומי אסור לו שישתתף, וכדומה. ככל שיהיה מענה הולם לשאלה זו במסגרת חקיקתית, יתייחר הצורך בפיקוח שיפוטי הדוק. הבעיה היא שבמסגרת ההצעות הנדונות, ובפרט הצעתו של ח"כ רוטמן, המאמץ הוא להסיר את המגבלות השיפוטיות מבלי להבטיח קבלת החלטות מבוססת ושקולה. "משילות" היא מטרה חשובה, אולם כ"משילות אחראית ומושכלת" עבור הציבור בכללותו. "משילות" היא לא שם נרדף להסרת כל מגבלה וסטנדרט מהפעלת הכח השלטוני.

הממשלה המכהנת מבקשת לפטור עצמה ממגבלות על הפעלת הכח השלטוני. כל הצעה להסרת מגבלות מעין אלה, כמו צמצום עילת הסבירות, דורשת הצדקה עקרונית ועניינית לצמצום עילת הסבירות, וזו לא יכולה להיות שהממשלה רוצה להתחיל לקבל החלטות בלי לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ולתת להם משקל ראוי. הצדקה כזו טרם הוצגה.

הניסיון של הממשלה הנבחרת לשנות את כללי המשחק החלים עליה, ולא מהכנסת הבאה, מלמד כי אין כאן ניסיון לטייב את המשפט המנהלי ומנגנוני הביקורת השיפוטית, אלא לפטור את עצמה מהחובה לפעול בסבירות לטובת כלל הציבור, ולא באופן חד-צדדי לטובת ציבורים מסוימים.

פיתוח חקיקתי של המשפט המנהלי הישראלי צריך להיעשות באמצעות חקיקה של נורמות החלות על המנהל, לא בקביעת גבולות הסמכות של בית המשפט. השאלה החשובה היא איך ראוי שהמנהל הציבורי, לרבות נבחרה הציבור, יפעל, ולא מה ראוי שבית המשפט יקבע. אם תהיה עמדה עקרונית מגובשת על השאלה הראשונה, השנייה תיענה ממילא. אי אפשר לרתום את העגלה לפני הסוסים.

**השימוש בחקיקה כדי להקל לפטור את נבחרה הציבור מביקורת שיפוטית מסוימת, ללא עיגון חובות שיבטיחו הליך מנהלי מייצג, שקוף ושקול, מעידות אף הן שעניין הצעתו של רוטמן הוא לא במשילות דמוקרטית, בה נבחרה הציבור פועלים עבור הציבור בכללותו, אלא עבור "משילות" צרה שתאפשר לממשלה לפעול עבור קבוצות אינטרס צרות. לראייה, החל משנת 2014 נעשו ניסיונות לחוקק את "חוק סדרי מנהל תקין", אך הממשלות, כולל הממשלה הנוכחית נמנעות מלקדמו.<sup>30</sup>**

<sup>30</sup> תזכיר חוק סדרי מנהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014.

יתר על כן, ההצעה שמקדמת הקואליציה חורגת מכל הצעה קודמת שהוצעה בעבר, ובכלל זה מתווה הנשיא ("מתווה העם") כפי שמתואר בטבלה הבאה, המשווה הצעות בנוגע לשאלה האם החלטות גופים שונים צריכות להיות כפופות לעילת אי הסבירות:

<div style="text-align: center;">  <p> <b>השוואת הצעות בנוגע לשאלה האם החלטות גופים שונים צריכות להיות כפופות לעילת אי הסבירות</b> </p> </div>					
הגורם המציע	האופן בו מוצע לקבוע את השינוי	החלטות הממשלה	החלטות שרים	החלטות נבחרים ציבור אחרים	החלטות גורמים אחרים
הצעת יו"ר הוועדה	בחוק	לא כפופות, בכל סוג החלטה, בכל סוג של אי-סבירות, כולל, אי-סבירות כמופרכות או שירותיות; ההצעה העלולה להתפרש כמצמצמת גם אי-סבירות הליכית.	אין הגבלה		
מתווה הנשיא ("מתווה העם")	בחוק	כפופות למעט סבירות מהותית בענייני מדיניות ומינויים לשרים, כחלק מעסקת חבילה כוללת.	כפופות למעט סבירות איזונית בענייני מדיניות (שם כפופות לשרירותיות ומופרכות), כחלק מעסקת חבילה כוללת.	אין הגבלה על תחולת העילה.	
השופט סולברג ב"השילוח"	בפסיקה	כפופות, ככל הנראה למעט רק ענייני התווית מדיניות או הכרעה ערכית-מקצועית, וכן כשיש קושי הוכחתי להוכחת עילות אחרות.	כני"ל לגבי דרג פוליטי נבחר, שכולל רק ממשלה, שרים וראשי רשויות.	אין הגבלה	

מתוך נייר עמדה מס' 50 של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

טבלה 2: השוואת הצעות בנוגע לשאלה האם החלטות גופים שונים צריכות להיות כפופות לעילת אי הסבירות

ניתן להיווכח על כן, כי הצעת יו"ר הוועדה אינה עולה בקנה אחד גם עם ביקורת שמרנית על עילת אי-הסבירות, לא מבחינת האופן בו מוצע לשנות את תחומה של העילה, ולא מבחינת ההיקף של השינוי. בפרט הדברים אמורים בהעדר הכפפה של כלל רשויות המינהל, לרבות הממשלה והשרים, לעילת אי-הסבירות כמופרכות ולעילת אי-הסבירות ההליכית, וכן בסוג ההחלטה הנדונה, האם היא החלטת מדיניות או החלטה קונקרטיה.

אנו שבים ומזכירים כי יש לראות את הצעה זו כחלק ממכלול "הרפורמה המשפטית" אותה מקדמת הממשלה. כך, בדומה לנעשה בפולין, הממשלה הנבחרת מבקש להחליש בלם אחד אחרי השני, בצורה אינקרמנטלית, עד להסרת כלל הבלמים והאיזונים על הכח השלטוני.<sup>31</sup>

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר עפרה בלוק, אוניברסיטת תל אביב  
 ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן  
 פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית

<sup>31</sup> ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 5: תמצית עמדת הפורום בנושא המהפכה המשטרית המתוכננת על ידי ממשלת ישראל ה-37" (הופץ ביום 20.1.2023); "נייר עמדה מס' 19: עדכון לעמדותינו בנוגע לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית" (הופץ ביום 23.2.2023); "נייר עמדה מס' 32: תגובת הפורום לתוכנית בעניין מינוי שופטים על ידי הקואליציה שפורסמה ביום 20.3.2023" (הופץ ביום 20.3.2023).

### תרמו הערות:

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן  
פרופ' איל בנבנשתי, אוניברסיטת קיימברידג' והאוניברסיטה העברית  
פרופ' מרגית כהן, האוניברסיטה העברית  
פרופ' צבי כהנא, המרכז האקדמי אונו  
ד"ר מיטל פינטו, המכללה האקדמית צפת והמרכז האקדמי אונו  
ד"ר רועי פלד, המסלול האקדמי המכללה למינהל  
פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית  
פרופ' יניב רוזנאי, אוניברסיטת רייכמן  
ד"ר יאיר שגיא, אוניברסיטת חיפה  
ד"ר סיגל שהב, המרכז האקדמי למשפט ועסקים