

על עילת הסבירות הישראלית ככלי לביסוס עליונות שיפוטית

רפאל ביטון*

מאמר זה טוען שעילת הסבירות, במתכונתה הישראלית, אינה עילה משפטית משום שהיא נטולת אמות מידה הניתנות להפרכה. בלא מרכיב זה של יכולת הפרכה, עילה משפטית לא תקיים תכונות קריטיות של המשפט ובכללן ודאות ועקביות. המאמר גם מערער על הטענה שעילת הסבירות דרושה לשם הגנה על זכויות אדם או לשם הבטחת ממשל תקין. ואכן, עילת הסבירות הישראלית רחבה באופן חסר תקדים בעולם המערבי. לטענת מחבר המאמר, תפקידה המרכזי של עילת הסבירות הוא לשמש כמכשיר להשגת עליונות של הרשות השופטת במאבקה מול הרשויות הנבחרות. לחיזוק הטענה, מצביע המחבר על כך שהחל משנות השמונים, במקביל לאימוצה של עילת הסבירות, אימץ בית המשפט העליון שורה ארוכה של כלים משפטיים נוספים כמו מבחן המידתיות החוקתי השלישי ושיטת הפרשנות התכליתית הישראלית. הכלים המשפטיים האלו הם בעלי מאפיינים דומים לעילת הסבירות. גם הם ערטילאיים ונטולי אמות מידה הניתנות להפרכה. ובפועל, גם הם מעבירים כוח מן הרשויות הנבחרות אל הרשות השופטת. לטענת מחבר המאמר, השימוש הגובר והולך בעילות ערטילאיות אלו, על מנת לבסס הכרעות ערכיות שנויות במחלוקת, פוגע באמון הציבור ברשות השופטת. הפגיעה הזו חזקה במיוחד כששיטת מינוי השופטים בישראל אינה מעניקה לגיטימציה להכרעות ערכיות.

* מרצה בכיר בביה"ס למשפטים במכללה האקדמית ספיר. עמית מחקר בכיר במכון משגב לביטחון לאומי ולאסטרטגיה ציונית.

מבוא

מטרתו של מאמר זה היא להציע הסבר להתפתחותה של עילת הסבירות הישראלית. המאמר ינסה להסביר שני יסודות ביחס להתפתחות זו: עיתוי והיקף. סבירות כולה אומרת נורמליות. אלא שעילת הסבירות הישראלית חורגת בהיקפה ובאופייה מכל נורמה מקבילה.¹ הביקורת על העילה, אף היא חריגה בעוצמתה, וכך גם החקיקה שניסתה להגבילה.²

מאמר זה אינו עוסק בוויכוח המשפטי סביב חקיקת התיקון לעילת הסבירות. הוא יעסוק בעקיפין בלבד בפסק הדין שביטל את התיקון.³ הטעם לכך הוא שכל אלו סובבים סביב טיעונים משפטיים. ואילו הטענה המרכזית במאמר היא שעילת הסבירות הישראלית מנותקת מן המשפט בשתי רמות שונות. ברמה הראשונה, עילת הסבירות עצמה, כך אטען, אינה עיקרון משפטי. קביעה על פיה אינה נבחנת בתכונותיה של הכרעה משפטית. אין לה אמות מידה שניתנות להצדקה או להפרכה. והיא אינה יכולה, כעיקרון משפטי, לאפשר לאזרח לפתח ציפייה לגיטימית על בסיסה, שכן היא אינה יכולה להפיק תוצאות עקביות. ככזו, אטען שעילת הסבירות הישראלית אינה יכולה להוות בסיס להנמקה שיפוטית ראויה (judicial reasoning).

ברמה השנייה, עילת הסבירות מנותקת מן המשפט בכך שאין לה ייעוד משפטי. טענה מרכזית במאמר זה היא, כי ייעודה הראשי של עילת הסבירות הוא לספק עליונות למערכת המשפט במאבקה מול הרשויות הנבחרות. את הטיעון הזה אחזק בשני מהלכים: בפרק א' אראה שההצדקות לעילת הסבירות הישראלית אינן עמידות בפני ביקורת; ובפרק ב' אראה שעילת הסבירות פותחה במקביל לכלים רבים אחרים במשפט, שהם כולם בעלי מאפיינים דומים – כולם סובלים מעמימות קיצונית, כולם נטולי אמות מידה הניתנות להצדקה או להפרכה וכולם מחזקים את מערכת המשפט מול הרשויות הנבחרות. לסיכום אצביע על הסיכונים הנובעים מעילת הסבירות בהקשרים הלא-משפטיים שלה.

א. הטיעון נגד ההצדקות לעילת הסבירות הישראלית

נראה שאין חולק על כך שעילת הסבירות הישראלית התרחבה לממדים שאין להם תקדים בעולם המערבי.⁴ רוב העולם האנגלו-אמריקאי נצמד, בווריאציות שונות, לסבירות על פי סטנדרט "וודנסברי" האנגלי. על פי סטנדרט זה, החלטה של רשות

1 יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673 (התשפ"ב) (להלן: דותן "שני מושגים"); יואב דותן "הצעת חוק סדרי המנהל: קודיפיקציה, פוליטיקה ומנהל" ICON-S-IL Blog (22.6.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/06/22/22062023>.

2 חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), התשפ"ג–2023.

3 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 1.1.2024) (להלן: בג"ץ עילת הסבירות).

4 דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 1.

מינהלית תיפסל על בסיס אי-סבירות במקום שבו אף רשות סבירה לא הייתה מעלה בדעתה ליטול החלטה שכזו וכן שהדבר צריך להיות מוכח בראיות "מוחצות".⁵ במשפט האמריקאי מזוהה אי-סבירות קיצונית שכזו עם החלטות שיש בהן גחמנות ושרירותיות (arbitrary and capricious).⁶ העילה האנגלו-אמריקאית, בצורותיה השונות, מצומצמת מאוד ביחס למקובל בישראל. למיטב ידיעתי, אין שימוש בעולם האנגלו-אמריקאי בעילת הסבירות לפסילת מינויים שנעשו בסמכות ובהליך הכרעה ראוי.⁷ בוודאי שלא נפסלים על פיה מינויים פוליטיים בסמכות, דוגמת מינוי שר.

הרף הגבוה, שמאפיין את סטנדרט הסבירות האנגלו-אמריקאית, אינו מקרי. רף זה מנטרל, במידה רבה, את שני המוקשים העיקריים הטמונים בביקורת השיפוטית על סבירות ההחלטה של רשות מינהלית: הוא מייתר את הוויכוח לגבי סטנדרט ה"סבירות". הוא מייתר גם את הוויכוח לגבי הרשות שראוי שתקבע את הסטנדרט. כשהתוצאה קיצונית ואבסורדית כל כך, הרי יהא אשר יהא הוויכוח ביחס לסטנדרט לבחינת ההכרעה, ברור שגדלה ההסתברות להסכמה שהסטנדרט נחצה. כשאירוע הוא קיצוני, דועכת מאוד גם החשיבות של זהות הגוף שקבע אי-סבירות. חשיבות זו דועכת גם לאור טעם נוסף. החלטה כה אבסורדית, קשה להניח שלא תלקה במקביל גם באחת העילות המינהליות המוכרות ושאינן במחלוקת. כשהתוצאה אבסורדית, קשה להניח שההחלטה התקבלה ללא שיקולים זרים, באי-שרירות, בשוויון או באופן מידתי. ומכאן, שאי-סבירות בסטנדרט וודנסברי, היא במידה רבה אינדיקציה להתגבשות עילות אחרות, יותר מאשר עילה עצמאית.⁸ הבעייתיות בעילה דועכת, כשקיצוניות אמות המידה שלה מעלה מאוד את ההסתברות, שכשהיא מופעלת, ממילא התגבשו עילות אחרות שאינן במחלוקת.

סטנדרט הסבירות האנגלו-אמריקאית נשמר גם בישראל עד לתחילת שנות השמונים. אלא, שהחל מהלכת דפי זהב, הפכה העילה הישראלית לשונה לחלוטין.⁹ במהות, העילה הישראלית הפכה לרחבה ללא גבול ולנטולת אמות מידה. העילה החדשה מאפשרת לפסול החלטה מינהלית גם כאשר ההחלטה עצמה אינה בלתי סבירה באופן קיצוני. על פיה יכול שופט לפסול החלטה אם המשקל שנתן מקבל ההחלטה לאחד השיקולים (הרלוונטיים!) נתפס בעיני השופט כבלתי סביר. בהינתן שהעילה מוחלת, ברמה העקרונית, על כל תחום וללא מגבלות שפיטות ועמידה של

5 Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation, [1948] 1 KB 223

6 5 U.S.C. § 706(2)(A)

7 יואב דותן "הדחה שיפוטית של נבחרי ציבור במבחן חוקתי" ICON-S-IL-Blog (4.5.2020) <https://katze.net/05c24b> (להלן: דותן "הדחה שיפוטית").

8 ואכן, עד לשנות השמונים הייתה בעצם עילת הסבירות בישראל ביטוי לחריגה מסמכות. ראו דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 1.

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

ממש, מתקבל שילוב חסר תקדים שמכתיב רוחב עילה בלתי מוגבל.¹⁰ כתוצאה מכך הופך בית המשפט לרשות ערר מינהלית בעלת כוח כמעט בלתי מוגבל. על כך יש להוסיף, שעילת הסבירות מחזקת את הכוח, לא רק של הרשות השופטת, אלא גם של היועץ המשפטי לממשלה. אם נוסיף את העמדה, שנשמעה גם בפסיקת בית המשפט העליון (ושאין לה שום אחיזה בחקיקה), ולפיה עמדת היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה, הרי שמוכפל הכוח שמקנה עילת הסבירות לגורמים המשפטיים מול זרוע המינהל. בהינתן שהחלטות ברמת הממשלה משקפות בדרך כלל שיקולים לכאן ולכאן, הסמכות של היועץ המשפטי לבחון את סבירות ההחלטה מקלה עליו לפסול החלטה. אם החלטה X מחייבת הכרעה בין שיקולים מתנגשים A ו-B, הרי אם תיתן הרשות עדיפות ל-A, יוכלו היועץ המשפטי או בית המשפט לקבוע שניתן משקל בלתי סביר ל-B, ולהיפך.

כאמור, מטרתו המרכזית של המאמר אינה לעסוק בהצדקות לעילת הסבירות. מטרתו גם אינה לעסוק בהחלטת בג"ץ לפסול את התיקון לעילה. הטעם לכך הוא שהמאמר אינו מתבונן בעילת הסבירות ככלי משפטי, אלא ככלי של מאבק כוח. הטיעונים המשפטיים בעד ונגד עילת הסבירות מחמיצים, לטעמי, את ההתבוננות בעילה דרך עדשת המאבק בין הרשויות. כידוע, ישנה טענה שזהו לא רק מאבק בין רשויות, אלא זהו ביטוי למאבק סוציולוגי טקטוני בין קבוצות בחברה הישראלית, שנעשה באצטלה של שיח חוקתי על הגבולות בין הרשויות. אולם העיסוק בטענה זו אינו חיוני לביסוס הטיעון של מאמר זה.¹¹

למרות מיקוד המאמר בסבירות ככלי מאבק, לא ניתן שלא לסקור בכל זאת את ההצדקות לעילה הישראלית. בסקירתן, אטען שהטיעונים בעד עילת הסבירות הישראלית הרחבה הם שגויים. שלילת ההצדקות מחזקת את הטענה שהרציונל האמיתי לעילת הסבירות הישראלית הוא אחר.

הצדקת החיוניות – אחת ההצדקות לעילת הסבירות הישראלית היא היותה חיונית לשמירה על זכויות אדם. למעשה, הצדקת החיוניות מבוססת על שני טיעונים: הראשון, שהעילה מחזקת את ההגנה על זכויות האדם בישראל ("טיעון זכויות האדם");¹² השני, שעילות הביקורת השיפוטית האחרות אינן מספקות הגנה

10 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988). לסקירה של תהליך הצמצום של מבחני העמידה והשפיטות ראו אהרן גרבר **זכות העמידה במשפט הציבורי הישראלי** 16–21 (נייר מדיניות 51, פורום קהלת 2019); אהרן גרבר ושירה סולו **שפט מרובה לא שפט: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל** 19–30 (נייר מדיניות 81, פורום קהלת 2022).

11 מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 18–19 (2008).

12 "דברי הנשיאה בכנס העמותה למשפט ציבורי" **בית המשפט העליון** (12.1.2023) <https://did.li/OZBZH> (להלן: נאום הנשיאה) ("ומי שאומר לכם 'לא עוד פסילת החלטות בלתי-סבירות באופן קיצוני', מתכוון למעשה [...] 'לא עוד איסור על ניתוק חשמל לאזרחים בעלי קשיים כלכליים או רפואיים' [...] 'לא עוד מיגון מלא לכל מוסדות החינוך בעוטף עזה' [...] 'לא עוד הגנה על זכותם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים לקבל חינוך מיוחד חנם' [...])

נאותה על זכויות אדם ("טיעון הנחיצות").¹³ גרסה אחרת של טיעון החיוניות, היא הטענה שנשמעה בבג"ץ ולפיה, ללא העילה, יהיה קושי לפקח על מינויים בשירות הציבורי בישראל.¹⁴ נטען אף שבלעדי העילה יתקשה בית המשפט לפקח על ממשלות מעבר.¹⁵

נראה, שטיעון החיוניות שגוי, מכמה וכמה טעמים. ראשית, אין הוכחה לכך שעילת הסבירות הישראלית נחוצה להגנה על זכויות אדם או על האינטרסים שתוארו. הראיה החזקה ביותר לכך שעילה זו אינה חיונית להגנה על מטרות אלו היא שבמדינות המערב האחרות מקיימת הרשות השופטת ביקורת שיפוטית המגנה על זכויות האדם או על תקינות המינויים, וזאת ללא שימוש בעילת סבירות רחבה כמו זו הנהוגה בישראל.¹⁶ כמו כן, עד תחילת שנות השמונים גם בישראל לא הייתה נהוגה הסבירות הישראלית הרחבה, ואינני סבור שנשמע טיעון קוהרנטי שלפיו, עד לשנות השמונים היה בית המשפט מוגבל ביכולתו לספק הגנה אפקטיבית על זכויות אדם בישראל או שהושחת אז השירות הציבורי.¹⁷

רציונל נוסף שמציעים התומכים בעילת הסבירות הוא שעילה זו נחוצה כשמתקיימים שני תנאים: כאשר, מצד אחד ברור שההחלטה היא בלתי סבירה, ומצד שני ההחלטה אינה חשופה לתקיפה בעילות אחרות.¹⁸ אולם הטענה הזו היא גם חלשה וגם מטרידה. אזכיר, שאי-הסבירות אינה אי-סבירות סתם. היא אי-סבירות "קיצונית". המחשבה שניתן להעלות על הדעת אי-סבירות, שהיא אכן קיצונית, ועדיין ההחלטה לא תראה לכאורה אי-מידתיות או שיקולים זרים או הפליה, היא

במילים אחרות, אם החלטות השלטון יהיו סוף פסוק ובית המשפט יהיה נטול כלים למילוי תפקידו – לא ניתן יהיה להבטיח הגנה על זכויות [...] ("וכן פסק הדין של הנשיאה (בדימ) חיות בבג"ץ **עילת הסבירות**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 104).

13 בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445, פס' 33 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2007) ("צמצומה של עילת הסבירות עלול ליצור חלל ריק במתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה, ולהצר עד מאד את נכונותו של בית המשפט להתערב [...] קל לשער את הנזק הצפוי מתהליך כזה לרעיון חוקיות המנהל ותכלית ההגנה על האזרח ביחסו אל הממשל [...]").

14 בג"ץ **עילת הסבירות**, לעיל ה"ש 3.

15 ביחס לטענה שללא עילת הסבירות בית המשפט יתקשה לפקח על ממשלות מעבר ראו פסק הדין של השופטת ברק-ארז בבג"ץ **עילת הסבירות**, לעיל ה"ש 3; דותן "הדחה שיפוטית", לעיל ה"ש 7.

16 הטענה המרכזית כנגד טענה זו היא שבמדינות אחרות ישנם מנגנוני הגנה אחרים שנעדרים מהשיטה הישראלית, כמו למשל שני בתי מחוקקים או חברות באמנת זכויות אדם, אבל זוהי טענה חלשה. ברור שמנגנונים כמו שני בתי מחוקקים או חברות באמנה כלשהי לא נועדו להיות מנגנונים לאיזון עילת סבירות "מצומצמת מדי" הקיימת באותן מדינות, והם גם אינם משמשים ככאלו.

17 על הפיקוח השיפוטי על ממשלות מעבר ראוי שיתקיים דיון נפרד. במסגרתו, צריך לדון בשאלה אם בכלל ראוי שבית המשפט יפתח בעצמו, ללא בדל הסמכה בחוק, מערכת דינים שלמה להגבלת ממשלת מעבר.

18 בג"ץ **עילת הסבירות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 151 ו-174 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ) חיות.

בלתי מתקבלת על הדעת. וכאן מתגנב החשד שמא מטרתה האמיתית של העילה היא לאפשר פסילת החלטות מינהליות דווקא במקום שאין בהן פגם, למעט ה"פגם" שהן נתפסות כ"לא נכונות" בעיני השופט. נראה שבית המשפט, לכל הפחות, מבקש להחזיק בידיו את העילה כתירוץ מעין משפטי להתערב במקום שלא הוכח לבית המשפט כי יש לרשות מניעים רעים, אבל בית המשפט "מרגיש" ו"חושה" שישנם כאלו.

החלק המטריד בטיעון המגונן על עילת הסבירות הישראלית, הוא ההסבר הנעוץ בקושי לכאורה להגן על זכויות אדם ללא העילה. הקושי, כך אומרים חסידי העילה, טמון בכך שלא קל להוכיח בבית המשפט הפליה או שקילת שיקולים זרים ואפילו לא חריגה מסמכות. וכך, בעתירות שבהן ברור לבית המשפט שיש פגיעה בזכות אדם, ידיו כבולות ללא העילה והוא אינו יכול להעניק תרופה לפגיעה הקשה בפרט.¹⁹ יש בטיעון הזה כמעט כנות בלתי נתפסת. למעשה, הוא בא להצדיק שימוש בעילה נטולת אמות מידה, בטיעון שפעולה על פי אמות מידה מקשה על השופט. אמות המידה שנועדו להגביל התערבות שיפוטית מסולקות מהטעם שהן... מגבילות התערבות שיפוטית.

"טיעון הנחיצות", שלפיו עילת הסבירות חיונית להגנה על זכויות אדם, עומד מול שני טיעוני ביקורת נוספים: הראשון, מעשי-אמפירי; השני, עיוני. ברמה המעשית, בחלק משמעותי מפקסי הדין העושים שימוש בעילת הסבירות, אין מדובר כלל בהגנה על זכויות אדם.²⁰ אחד השימושים המרכזיים של בית המשפט בעילת הסבירות הוא בפיקוח על מינויים בדרג הפוליטי.²¹ כך למשל, החלטה על פסילה של מינוי פוליטי, של שר למשל, על רקע כתב אישום, אינה קשורה כלל בהגנה על זכויות אדם. אין באירוע כזה אף נפגע שזכות אדם שלו נפגעת. למעשה, אם נדייק, זכויות האדם היחידות שנפגעות מהפעלת עילת הסבירות במקרה כזה הן דווקא של מי שמינויו בוטל. בית המשפט פוגע בזכותו האלמנטרית להיחשב חף מפשע כל עוד לא הורשע. באמצעות יישום ערטילאי של סבירות ישראלית, בית המשפט פוגע

19 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** 769 (2010) ("לעילת הסבירות יש תפקיד חשוב בהגנה על זכויות אדם במצבים שבהם הפגיעה בזכויות אינה נעשית בשם שיקול פסול, אך אינה נותנת להן משקל הולם, או כאשר הפגיעה בזכויות מונעת על-ידי שיקול פסול אשר מוצנע באופן אפקטיבי [...]") וכן ראו התייחסות לדברים בפסק הדין של השופטת וילנר בבג"ץ **עילת הסבירות**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 134.

20 לסקירה של פסקי דין העושים שימוש בעילת הסבירות, ואשר חלק ניכר מהם אינו נוגע כלל בהגנה על זכויות אדם, ראו מורן קנדלשטיין-היינה ודפני בנבניסטי "סקירה: דוגמאות להתבססות בתי המשפט על עילת הסבירות – ממיגון כיתות בשדרות ועד סבסוד לאברכים" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (29.6.2023) <https://www.idi.org.il/articles/50058>.

21 ראו למשל בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 4668/01 **שריד נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו(2) 265 (2001); בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין**, ראש ממשלת ישראל (נבו 8.9.1993).

בזכותו של השר שלא להיות מודח (impeached) בהליך לא-מספק ונטול ברור עובדתי ראוי.²² לא רק זכויות האדם של השר נפגעות מפסילתו, אלא נפגעות גם הזכות לבחור והזכות לשוויון פוליטי של מי שתמכו בשר. זכויותיהם אלו מדוללות ונפגעות בהליך שאין לו הסמכה בחוק ושאינו לו אמות מידה. על כך יש להוסיף את השיבוש שיישום העילה מחולל במערכת הפוליטית. מי שקיבלו מנדט מן הציבור, מורחקים ממשורות פוליטיות ובכך מתערערת היציבות של המערכת הפוליטית. וכידוע, לא-יציבות שכזו, יש שני מחירים של ממש: הראשון, פגיעה באפקטיביות של הממשלה ולכן פגיעה באזרח; השני, שאי-יציבות פוליטית, שנתפסת כמעשה ידי בית המשפט, גוררת את בית המשפט אל הזירה הפוליטית ואל הביקורת של קבוצות אוכלוסייה שזכותן לבחור מדוללת.

ברמה העיונית, גם במקרים שבהם ההכרעה על פי העילה מערבת זכויות אדם, יישום עילת הסבירות הישראלית אינו באמת משקף הגנה על זכות אדם, אלא הוא משקף העדפה של זכות אחת על פני אחרת. לעיתים, הוא משקף העדפה של נקודת איזון בין זכויות שהיא שונה מזו שהממשלה בחרה, אף שלה, לממשלה, יש את המומחיות והמנדט הערכי לאמץ הכרעה כזו. נבחן לדוגמה את פסק הדין שבו בית המשפט פסל את שיטת מיגון הכיתות בעוטף עזה.²³ אלוף פיקוד העורף בחר בשיטה שעל פיה ימוגנו כיתות הליבה והגדיר את האופן שבו ימוגנו כיתות אחרות. בית המשפט העליון פסל את ההחלטה שלא למגן את כל הכיתות בהתבסס על קביעתו שההחלטה היא בלתי סבירה. לכאורה, קשה שלא לשבח שופט שכופה מיגון לשמירת חיי ילדים באזור מטווח. קשה לחשוב על זכות אדם חשובה מהזכות לחיים ובוודאי ביחס לילדים. אלא שבאירוע זה מעורבת לא רק זכותם של ילדי העוטף, אלא מעורבות גם זכויות של אנשים רבים אחרים שעניינם נעדר מן הדיון. בדיון המשפטי, להבדיל מהדיון בממשלה, הנפגעים האחרים, לא רק שאינם נוכחים, אלא אפשר שחלקם אפילו אינם מוכרים לשופטים. בניגוד לממשלה, לבית המשפט אין ראייה כוללת של תמונת האיומים אל מול תמונת המשאבים. בית המשפט כופה בהחלטתו הוצאה של סכומי עתק למיגון בתי ספר בטווח הקרוב לגבול. בהנחה של מגבלת משאבים, ברור שהוצאה זו תבוא על חשבון זכויות של אחרים, כמו למשל מיגון בתי אבות, שדייריהם ניידים פחות בעת חירום. ברור שהיקף המשאבים לעולם מוגבל. סכומי עתק שבית המשפט כופה להוציא לתוספת מיגון, יילקחו מדבר מה אחר. אבל, זכותו של מי תיפגע מהסטת הכספים האלו? את זאת בית המשפט אינו יודע. ועל כך לא יישא בית המשפט באחריות. באחריות ייוותר לשאת איש הממשל שעליו כפה בית המשפט את ההחלטה. אולי יתברר שמידת התוספת שתתקבל בהגנה על הילדים היא שולית ביחס להוצאה העצומה? ואולי ישנה אפשרות שמימון ההחלטה נעשה על חשבון מיגון חיילים במלחמה או סל התרופות ובזה טמונה

22 דותן "הדחה שיפוטית", לעיל ה"ש 7.

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

תוחלת פגיעה משמעותית יותר בזכויות אדם? לבית המשפט אין יכולת לדעת אילו שאלות מן הסוג הזה רלוונטיות ואין לו יכולת לברר שאלות כאלו. עילת הסבירות משמשת אותו להגנת נקודת איזון שהוא אפילו אינו יודע מה מתאזן מולה.

הצדקת האובייקטיביות – להגנתה של עילת הסבירות הישראלית נטען שהיא אינה משמשת כמכשיר לביטוי של תפיסת עולמו של השופט.²⁴ לכאורה, הבחינה מקצועית ו"השימוש בעילת הסבירות נועד לבחון אך ורק האם האיזון הפנימי בין השיקולים ששקלה הרשות הוא מעוות בצורה קיצונית".²⁵ אלא שמדובר בהצגה מיתממת של הליך ההכרעה השיפוטי.

נבחן לדוגמה הכרעה X של איש מינהל. נניח שהכרעה X היא תוצאה של איזון בין שני שיקולים סותרים, A ו-B. לכאורה, בהפעילו את עילת הסבירות הישראלית על X, בית המשפט דן במשקל הנכון שיש להעניק ל-A או ל-B כדי לוודא שלא ניתן למי מהם משקל בלתי סביר. אבל בית המשפט אינו עוסק בשיקולים תוך עיוורון לתוצאה. פסילת משקלו של השיקול שהוביל אליה, היא רק הדרך לפסול את ההחלטה. בפועל, לא המשקל שנתן איש המינהל ל-A או ל-B עומד לנגד שופט אנושי, אלא X, ההחלטה הסופית. כלומר, כשבית המשפט שולל את סבירות המשקל שניתן לאחד המרכיבים, הוא עושה כן משום שהוא סבור שהתוצאה אינה ראויה ועל מנת לשנות את התוצאה, ולא להיפך.

ואפילו היינו משתכנעים שקיים שופט על-אנושי השוקל את משקלם של השיקולים באי-תלות לתוצאה, אפילו אז, לא מדובר בפעולה אובייקטיבית אלא בהכרעה על בסיס ערכי. כששופט קובע שהיה מקום להעניק משקל נמוך או גבוה יותר לאחד השיקולים, הרי הקביעה הזו אינה משפטית כלל. היא אב טיפוס של הכרעה אידיאולוגית. לדוגמה, עניין **חוק המרכולים**²⁶ – שם עלתה השאלה הטעונה האם שר הפנים מוסמך לבטל חוק עזר עירוני המתיר פתיחת עסקי מסחר בשבת. הנשיאה נאור קבעה שהחלטת שר הפנים לוקה באי-סבירות מפני שהשר לא נתן משקל סביר לאוטונומיה של הרשות המקומית. אבל עצם השאלה, לגבי מידת האוטונומיה הראויה של רשות מקומית בענייני דת ומדינה אל מול השלטון המרכזי, היא עניין מובהק של תפיסת עולם. לא משקלה של האוטונומיה התל-אביבית הטריד את הנשיאה, אלא התוצאה של מניעת פתיחת עסקים בשבת. לעומתה, השופט הדתי היחידי בהרכב, השופט סולברג, חשב אחרת. אף שאי-הסבירות הוצגה על ידי הנשיאה כ"קיצונית", חברה שומר המצוות להרכב לא הבחין בה. השופט סולברג

24 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית (נייר עמדה 6, 25.1.2023) ("בחינה של השימוש בעילת הסבירות, ברמה ההגדרתית, מגלה כי בנוסף לעובדה שביהמ"ש איננו מחליט במקום בעל הסמכות, ההתערבות בעילה זו שמורה למקרי קיצון בלבד [...] לבסוף, נקבע כי בחינת אי-הסבירות תיקח בחשבון את מעשיו של 'עובד הציבור הסביר' – כלומר, לא מדובר בהחלטה של השופטים [...] שם, בעמ' 4).

25 דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 1.

26 דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (נבו 26.10.2017).

מצא שראוי לתת משקל עודף דווקא לתכלית הסוציאלית שלפיה, ללא אכיפת יום מנוחה אחד, מי שירצה לנוח בשבת לא יוכל להרשות זאת לעצמו כשמתחריו חופשיים לפתוח את עסקיהם. באופן ברור, לנשיאה נאור ולשופט סולברג יחס שונה לתוצאה הסופית. היחס הזה הכתיב אחיזה באחד השיקולים ושינוי "משקלו" כך שבאופן פלאי הוא מביא את התוצאה הסופית לכזו שתואמת יותר את תפיסת עולמם. ואם להיות כנים, היומרה שניתן למדוד את סבירות ה"משקל" של כל שיקול בהחלטה מינהלית, היא פיקציה מוחלטת. אין שום נוסחה משפטית או מערכת עקרונות אנליטית שמעניקה לשופט יכולת לחשב את המשקל הראוי לכל שיקול ואין לשופטים מאזניים המאפשרים להם לשקול את הטענות ולהשוות את חריגת משקלם ביחס למשקל "סביר" כלשהו.

הצדקת המומחיות – הצדקה מרכזית נוספת של עילת הסבירות היא הצדקת המומחיות. הצדקה זו באה בדרך כלל בתשובה לטענה שקיימת אי-התאמה בין אופי ההכרעה בעילת הסבירות לבין תפקיד השופט. אסתר חיות, נשיאת בית המשפט העליון, טענה כך בנאום ביקורת על תוכנית הרפורמה שבמסגרתה הוצע לתקן את עילת הסבירות. לדבריה:

המצדדים בביטול עילת הסבירות טוענים כי מדובר בהחלטות ערכיות ומקצועיות, וכי לצורך בחינת מידת הסבירות של החלטת הרשות אין לשופט כל עדיפות על הגורם השלטוני שקיבל את ההחלטה. זהו בעיני טיעון מוקשה. אם אין מקום להחלטה ערכית של השופט בעניין סבירות ההחלטה השלטונית, השלב הבא – על פי אותו היגיון – הוא אולי כי אין לשופט כל יתרון מקצועי לקבוע גם מהו "ספק סביר" לצורך זיכוי של נאשם בפלילים. אולי ניתן על פי אותו היגיון להוסיף ולטעון כי אין לשופט כל יתרון להחליט אם רופא או מהנדס למשל התרשלו משום שלא פעלו כ"רופא סביר" או "כמהנדס סביר" וגרמו נזק המצדיק פיצוי [...] מכאן קצרה הדרך עד למחיקת פרקים נרחבים בענפי המשפט הישראלי השונים, הטובלים כולם באמות מידה ערכיות שעל השופט לבחון ולהכריע בהן.²⁷

ניתן להבין את עמדת הנשיאה חיות בשני מובנים ואולי כשילוב של שניהם. במובן הראשון, הנשיאה חיות מערערת על טענת אי-ההתאמה של שופטים להכריע הכרעות ערכיות. במובן השני, ניתן להבין את דבריה כטענה שהכרעה בסבירות אינה הכרעה ערכית, אלא הכרעה "מקצועית". ולמעשה, שמדובר בהכרעה שהיא בליבת

27 לנוסח המלא של נאום הנשיאה חיות מיום 11.1.2023 ראו נטעאל בנדל "מתקפה שלוחת רסן על מערכת המשפט": הנאום המלא והחריג של נשיאת העליון "ישראל היום" (12.1.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/law/article/13576332>.

מקצוע השיפוט, ממש כפי ששופט מכריע בשאלה אם נותר ביחס לאישום ספק סביר או אם אדם סטה מסטנדרט הזהירות שבו היה נוהג אדם סביר. טיעון המומחיות, כפי שהוא עולה מדברי הנשיאה, הוא, לדעתי, שגוי. למעשה, יש בו גם גרעין של הצדקה מסוכנת מבחינה דמוקרטית. טיעון המומחיות שגוי מפני שהוא מנסה ללמוד, בדרך של אנלוגיה, ממקרים שהם שונים בתכלית. ראשית, במקרים שאליהם התייחסה הנשיאה אין ממד דומיננטי של כלליות. מדובר בהכרעה בתיק מסוים, בין צדדים מסוימים. בניגוד לכך, בהחלטות המינהליות יש לעיתים ממד של כלליות. לא אחת, אלו הן החלטות של מדיניות.²⁸ חשוב מכך, להחלטות מבוססות הסבירות בענפי המשפט הלא-מינהליים, שאליהן התייחסה הנשיאה, קיימות אמות מידה. לסבירות הספק הסביר, לדוגמה, יש אמת מידה סטטיסטית. מקובל לדוגמה לראותה ככזו שמשקפת סיכוי של בין 1-5% שהנאשם לא עבר את העבירה לאור הראיות שהוצגו.²⁹ גם לסטנדרט הזהירות שעל בסיס סבירות בעניין רשלנות ישנן אמות מידה. דוגמה לכך היא נוסחת Learned Hand הרואה סטייה מסטנדרט הזהירות הסביר כשעלויות מניעת הנזק נמוכות מתוחלת הנזק (מכפלה של גודל הנזק בהסתברות התרחשותו).³⁰ גם בקביעה של נהיגה במהירות סבירה, המהירות המותרת באותו קטע כביש משמשת כאמת מידה לבחינת סבירות המהירות.³¹ ולא אחת, באירועים מן הסוג שהזכירה הנשיאה, כמו בבחינת התרשלותו של מהנדס, יבחן זאת בית המשפט, לא רק לפי אמות המידה המשפטיות שהוזכרו, אלא גם על פי אמות מידה מדעיות-מקצועיות של הדיסציפלינה הרלוונטית. בית המשפט ידע לעשות זאת על בסיס חוות דעת ועדויות של אנשי

28 ראו למשל בג"ץ 2964/18 חוג ההורים – פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון (נבו 17.4.2018), שם שלל בג"ץ את מדיניותו של שר הביטחון שלא לאפשר כניסה של פלסטינים מיהודה ושומרון לישראל על מנת להשתתף בטקסי יום זיכרון אלטרנטיביים.

29 לאמת המידה המספרית המוצעת לספק סביר ראו Jack B. Weinstein & Ian Dewsbury, Comment on the Meaning of "Proof Beyond a Reasonable Doubt", 5 LAW, PROBABILITY & RISK 167 (2006), <https://doi.org/10.1093/lpr/mgl016>; Peter Tillers & Jonathan Gottfried, Case Comment—United States v. Copeland, 369 F. Supp. 2d 275 (E.D.N.Y. 2005): A Collateral Attack on the Legal Maxim that Proof Beyond a Reasonable Doubt is Unquantifiable?, 5 LAW, PROBABILITY & RISK 135 (2006), <https://doi.org/10.1093/lpr/mgl015>. אומנם, ישנה מחלוקת אם ראוי לכמת ספק סביר וישנה מחלוקת בשאלת רמת הספק הסביר. אבל אין מחלוקת שבניגוד לעילת הסבירות המינהלית, ישנן לפחות אמות מידה מוצעות ליישום דוקטרינת הספק הסביר. נזכיר גם, שהעובדה שמוסכם על הכול שמדובר ברף גבוה במיוחד, מקטינה את חשיבות אמות המידה. כשהרף מחמיר, פוחתת חשיבותו של הוויכוח על אמת המידה ליישומו.

30 השופט לרנד הנד טבע את הנוסחה בפסק הדין United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2nd Cir. 1947); ליישומה של נוסחת הנד בפסיקה הישראלית ראו ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004); ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975).

31 ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 141, 145–154 (1986).

המקצוע המתבססים על אמות המידה המדעיות המקובלות. בהכרעה אם מהנדס כשל בחישובי עומס של גשר שהתמוטט, בית המשפט אינו מכריע ללא אמות מידה. אנשי הנדסה בכירים יציגו בפניו את השיטות שקיבלו תיקוף הנדסי לחישובי עומס בסיטואציה שכזו. השיטות האלו, כשלעצמן, מבוססות על תיקוף בר-הפרכה שאינו עמום כלל. השיטות האלו תשמשנה כאמת מידה לבחינת סבירות התנהלותו של המהנדס המסוים ביחס לגשר המסוים.

לעומת כל אלו, לסבירות המינהלית הישראלית אין כל אמת מידה. אין לה נוסחת הכרעה, אפילו לא ברמה העקרונית והכללית. הסבירות המינהלית הישראלית מסתירה את הסגולה האמיתית שלה והיא, שלמעשה, היא אינה בוחנת סבירות, אלא "נכונות". בפועל, עילת הסבירות הישראלית היא נוסחה שמאפשרת לשופט להכריע אם נכונה או ראויה ההחלטה בעיניו או לא.

נוסף על כך, ישנו פער דרמטי בין הכרעות הסבירות שהתייחסה אליהן הנשיאה חיות ובין עילת הסבירות המינהלית הישראלית גם בשאלת הסמכות וגם בשאלת מיון אופי הסמכות. בהכרעה בתיק מסוים, כמו בעניין סטנדרט הזהירות בתיק רשלנות, בית המשפט עושה את תפקידו הקלאסי. הוא הוסמך על ידי המחוקק להכריע בתביעות שכאלו.³² לא אחת, המחוקק הוא שקבע בחוק את הסמכות לבחון מרכיב אובייקטיבי של סבירות בהכרעה. ואילו בסבירות המינהלית, בית המשפט עושה תפקיד שנטל מן הממשלה ללא הסמכה ובהתאם, תוך פלישה לתפקיד הפיקוח הערכי על פעולת הממשלה. זהו, כידוע, תפקיד מובהק של פרלמנט במדינה דמוקרטית. ואם יאמר תומך הסבירות המינהלית הישראלית שהכנסת דווקא הסמיכה לכך את בית המשפט, הרי שהתשובה לכך היא קלה: מה שהסמיכה הכנסת, הרי שהיא יכולה גם לשלול.

קיים גם חוסר הלימה בין טיעון המומחיות, כפי שהוא עולה מדברי הנשיאה חיות, לבין השיטה שבה ממונים שופטים בישראל. אם טיעון המומחיות מתייחס לשגרת ההכרעות הערכיות של השופטים, הרי שבעצם יש בכך הכרה במרכיב הערכי המשמעותי של הכרעות השופטים בישראל. עד כה, עלתה שוב ושוב הטענה, שבחלק ניכר מהכרעות בית המשפט בישראל, המרכיב הדומיננטי הוא "מקצועי" ולא ערכי. נטען, שאל מול הכרעות נדירות יחסית בעניינים חוקתיים כמו ענייני דת ומדינה, רוב עבודתו של בית המשפט היא בהכרעה מקצועית בעניינים דוגמת פלילים ונזיקין. אבל הנשיאה עצמה מביאה בדיוק את ההחלטות האלו, בעניין הספק הסביר והרשלנות, כביטוי להכרעות ערכיות שבית המשפט נוטל על בסיס יומי. ואם כך, אם אכן בית המשפט שקוע כולו בשגרת הכרעות ערכיות, קורס הבסיס לטיעון

³² ראו למשל ס' 35–36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הקובעים מפורשות את סטנדרט "האדם הסביר" כאמת מידה לרשלנות; ס' 34 כב לחוק העונשין, התשל"ז–1977, הקובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר"; ס' 51 לתקנות התעבורה, התשכ"א–1961, הקובע כי "לא ינהג אדם רכב אלא במהירות סבירה בהתחשב בכל הנסיבות ובתנאי הדרך והתנועה בה, באופן שיקיים בידו את השליטה המוחלטת ברכב".

ששיטת מינוי השופטים בישראל צריכה להעניק משקל עודף לאנשי המשפט ה"מקצועיים" לעומת נבחרי הציבור שיש להם את המנדט מן הציבור להכריע על בסיס ערכי.

אכן, הכרעות בית המשפט שזורות בהכרעות ערכיות. בהחלטות כאלו, תפיסות העולם של השופט ובית הגידול שלו, משפיעים מאוד על הכרעותיו. בה בעת, אני סבור שהכרעה על בסיס עילת הסבירות הישראלית אינה הכרעה משפטית השזורה בהכרעה ערכית. אני טוען שהכרעה על בסיסה היא נטולת אמות מידה, ולכן היא אינה הכרעה משפטית כלל, אלא היא משקפת העדפה ערכית-אישית. וככזו, הפעלתה בידי שופט אינה שונה מהפעלתה בידי אדם אקראי.

ב. אי-המשפטיות של עילת הסבירות הישראלית

הטענה כי הכרעה על פי עילת הסבירות הישראלית אינה הכרעה משפטית, נובעת מן הטענה שהכרעה משפטית צריכה להיות מבוססת על אמות מידה שיכולות להוות הצדקה ראויה. אני טוען שהצדקה ראויה היא כזו שניתן להפריך אותה, מפני שהצדקה שלא ניתן להפריך אותה הופכת את ההכרעה המשפטית לכזו שהיא נכונה תמיד, במובן שלא ניתן לערער עליה ולהוכיח את טעותה.

הכרעה משפטית, לצורך העניין, היא הקביעה שהתקיימה עובדה מסוימת או שעל סט עובדות מסוים חלה שורה של עקרונות משפטיים שמהם נובעת תוצאה משפטית מסוימת. ההכרעה המשפטית צריכה להיות מוצדקת. וההצדקה חייבת להיות מבוססת על קביעה עובדתית או אנליטית-לוגית בעיקרה (או שילוב של השניים). ההיסק האנליטי-לוגי, כשלעצמו, מחויב לדרישות מסוימות. אחת מהן היא שניתן יהיה להצדיק את המעבר בין הקביעות העובדתיות להכרעה המשפטית. כשההיסקים הלוגיים חזקים, מי שמקבל את הנחות המוצא של הגורם המכריע אמור להסכים עם ההכרעה המשפטית. הדרישה השנייה מן ההיסק האנליטי, שעל בסיסו מוצדקת ההכרעה המשפטית, היא שהמעבר הזה יהיה עקבי. כלומר, שבכל פעם שניתקל בסט עובדות דומה, ההכרעה המשפטית תוביל לתוצאה דומה, ובאופן שיהיה ניתן לניבוי ברמת ודאות טובה.

התוצאה של כלל זה היא שמי שמכריע הכרעה משפטית, צריך להיות מסוגל להצדיק אותה. וכן, ההצדקה חייבת לעמוד בדרישות של בסיס ראייתי מספק ושל היסק לוגי, כך שהיא תהיה ניתנת לניבוי ברמה טובה ובאופן עקבי. רק כך המשפט יכול לאפשר לאזרח לפתח ציפייה רציונלית ביחס לתוצאה המשפטית באירוע נתון. ורק כך יכול האזרח לערער על הכרעה משפטית כשהיא מבוססת על עובדות שגויות או על הפעלה שגויה של העיקרון המשפטי הרלוונטי בדרך של היסק לוגי שגוי. הטעם הוא שהכרעה משפטית שניתנת להצדקה, היא גם בהגדרה, ניתנת להפרכה.³³

33 לרעיון ההפרכה בפילוסופיה של המדע של פופר ועל יישומו בעולמות שמחוץ למדע, כמו לדוגמה בעולם המודיעין, ראו יצחק בן-ישראל הפילוסופיה של המודיעין 45–52 (1999).

מובן ששאלה חשובה היא שאלת המתודולוגיה של אותה הסקה לוגית שאמורה להביא לרמת הצדקה (או יכולת הפרכה) שהיא מספקת. ביסוס תזה בדבר שיטת ההנמקה וההצדקה השיפוטית הראויה, בהקשר הזה, הוא משימה שחורגת ממטרותיו של מאמר זה. הספרות ביחס לעניין זה מתמקדת בשתי תפיסות עיקריות: הראשונה, הנמקה באמצעות אנלוגיה (reasoning by analogy); התפיסה השנייה קובעת שההנמקה הראויה היא דדוקטיבית (reasoning by deduction).³⁴ אחרי ביסוס תמונת עולם עובדתית, השופט יפעיל לוגיקה ממהלך למהלך, עד לקבלת ההכרעה המשפטית. במצב לוגי טהור, אם מקבלים את תמונת העולם העובדתית של בית המשפט ואם ההיסקים הלוגיים שלו ממהלך למהלך ועד להכרעה נכונים, הרי שההכרעה השיפוטית תהיה מוצדקת בהצדקה חזקה. היא תתאפיין, לכן, בתכונות שאנחנו מצפים שתהיינה להכרעה שיפוטית. כלומר, היא תשקף כלל עקבי, שוויוני וגם כזה שיעניק ודאות טובה. ברור, שלעיתים ההיסקים הלוגיים יהיו מורכבים. כתוצאה מהפעלת עקרונות שמוגדרים באמצעים טקסטואליים מורכבים, ההיסקים הלוגיים עלולים ללקות בשוליים של אי-בהירות שהם תוצאת אי-הבהירות בשפה האנושית והמורכבות הנורמטיבית. ההיסקים הלוגיים גם עלולים להיות קונטרוברסליים. ועדיין, על פי רוב אמורה להיות האפשרות העקרונית לטעון למופרכות המבנה הלוגי שעליו מונחת ההכרעה השיפוטית. נזכור, שההכרעה השיפוטית היא עובדתית ולוגית. לכן, הנפגע מן ההחלטה יכול להפריך את בסיסה העובדתי והוא יכול להפריך גם את המהלכים הלוגיים. בעצם היכולת להפריך את ההכרעה השיפוטית טמון הפוטנציאל להימנע משיפוט כשרירות.

נבחן לדוגמה מצב שבו אדמתו של X הופקעה על ידי רשות מקומית כדי למכור אותה ברווח במכרז למגורים. ונניח שבית המשפט, שקיבל את עתירתו של X, עיצב תחילה את תמונת המצב העובדתית. הוא קבע ש-X הוא הבעלים של הקרקע. מן העיקרון הכללי שאסור לרשות לפעול ולפגוע בזכות אדם ללא הסמכה מפורשת בחוק (ושפעולה לא מוסמכת היא בטלה), בית המשפט בוחן במקרה המסוים את ההסמכה החוקית לרשות מקומית להפקיע. הוא מסיק מקריאת החוק שהחוק המסמיך אינו מעניק הסמכה להפקעת אדמה למגורים תוך הפקת רווח. ומכאן, בית המשפט מכריע שבמקרה המסוים הרשות פעלה ללא הסמכה בחוק. תוך יישום הכלל העקרוני על המקרה המסוים, בית המשפט מסיק שההפקעה בעניינו של X היא בלתי חוקית ובטלה. זוהי דוגמה להסקה דדוקטיבית.

ההכרעה השיפוטית בדוגמה הנ"ל יישמה על המקרה המסוים את הכלל העקרוני שלפיו החלטה מינהלית שפוגעת בזכות אדם, חייבת לקבל הסמכה בחוק ושאינה יכולה, היא בטלה. ההכרעה בעניינו של X מאפשרת עקביות. היא תביא לאותה תוצאה בכל פעם שהרשות המקומית תנסה להפקיע אדמה למטרות מגורים בהפקעה רווחית

34 לסקירה של שתי התפיסות ראו Vincent A. Wellman, *Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory*, 57 U. COLO. L. REV. 45, 45 (1985).

וללא הסמכה בחוק. כתוצאה מן ההחלטה, במקום שהרשות פעלה ללא הסמכה בחוק, האזרח יכול לפתח ציפייה לגיטימית שעל בסיסה יוכל לתקוף את ההחלטה. ההכרעה השיפוטית הזו בעניינו של X היא, כמובן, ניתנת להפרכה. אם תראה הרשות מקור סמכות בחוק או שההפקעה היא למטרות מותרות בחוק, הרי שבזה תופרך ההחלטה.

אפשר שההפרכה לא תהיה קלה. נניח, ביחס לעיקרון שהחלטה צריכה להיות מידתית במובן שהיא משיאה תועלת ציבורית גבוהה מן הנזק לאלו שישאו בנטל יישומה של ההחלטה. אין זה פשוט לאזרח לכמת ולהוכיח את מידת התועלת הציבורית מול הנזק הפרטי ביחס להחלטה מינהלית מסוימת. אבל אין זה משנה את העיקרון שההכרעה המשפטית ניתנת להצדקה על פי דרישה עובדתית ועיקרון לוגי ברורים. ואין זה משנה את העובדה שהאזרח שציפייתו נכזבה במסגרת ההכרעה, יודע מה עליו להוכיח ולשכנע בו כדי להפריך את ההכרעה השיפוטית.

כל המאפיינים הללו של הכרעה משפטית ראויה אינם מתקיימים במקרה של הכרעה על בסיס הסבירות הישראלית. אין כל דרך לוגית להפריך את הטיעון שלפיו "X הוא סביר" או "X הוא בלתי סביר" כאשר ההגדרה של "סבירות" אינה עונה על סטנדרט עובדתי או לוגי שהוא בר-הפרכה. בניגוד לכך, אם המושג "סביר" יוגדר ככזה שעונה לטווח מספרי מסוים, הרי שהוא יכול להיות בר-הפרכה, בדיוק כמו הדרישה לעמוד בוודאות של "למעלה מספק סביר" הנחוצה להרשעה פלילית. חשוב להיזהר מהבנה שגויה של המושג "בר-הפרכה" בהקשר הזה. ייתכן שהוא אינו יכול בהכרח לקבל את המשמעות ה"פופריאנית" המקובלת שלו בפילוסופיה של המדע.³⁵ לכאורה, אם נתרגם את האמירה ש"X ביצע את העבירה שבה הוא מואשם מעבר לספק סביר" לאמירה "ישנו סיכוי של 99% ש-X ביצע את העבירה", לא תהיה דרך להפריך את הטענה. גם אם יסתבר ש-X לא ביצע את העבירה, אין בכך כדי להפריך את הטענה, מכיוון שהיא כללה בחובה אפשרות של 1% שלפיה X לא ביצע את העבירה. אבל, בעוד שהנאשם אינו יכול להפריך את התזה שגלומה באמירה, הוא יכול להפריך את המהלך שבבסיס האמירה. הוא יכול, לדוגמה, להראות שההסקה שהעניקה לראיות נגדו משקל של 99% היא שגויה. לדוגמה, אם יראה שהניתוח הסטטיסטי של ראיות ה-DNA נגדו שגוי ומלמד על הסתברות נמוכה יותר שהוא העבריין. במידה מסוימת, הסבירות על פי סטנדרט וודנסברי דומה לרציונל ההכרעה בדבר אשמה מעבר לכל ספק סביר. העלאת הרף הראייתי להרשעה בעולם הפלילי נועדה לבסס ודאות בעת קביעת האשמה. בדומה (הגם שבמדובר בשני עולמות משפטיים נפרדים), העלאת רף הסטנדרט לקביעת אי-סבירות, נועדה לבסס ודאות שזרוע המינהל אכן "אשמה" בחוסר סבירות. הקצנת הרף לכדי קיצון שבקיצון, מדלגת מעל הוויכוח על אמות המידה והמהלך העובדתי-לוגי הנדרש. יהיה אשר

35 לגישה הפופריאנית ולרלוונטיות שלה לתחומי ידע אחרים מעולם המדע, ראו בן-ישראל, לעיל ה"ש 33.

יהיה האלגוריתם להכרעה, מן הרגע שהוא מפיק תוצאות קיצוניות בלבד, הרי שהתוצאה אמורה להיות בקונצנזוס בין המחזיקים בשלל הדעות ביחס לשאלה אם אכן מדובר בהחלטה בלתי סבירה.

בשונה מהכרעה בשלבי ההצדקה שלה – העובדתיים או הלוגיים – ניתנים להפרכה, הסבירות שעליה מתבססת עילת הסבירות הישראלית היא סבירות במובן של "נכון" או "ראוי" או "הגיוני". היא מתבססת על אמת מידה שאין בה היסק לוגי, כמו לדוגמה, הטענה ש"המשקל הראוי לפרמטר X הוא גבוה יותר מזה שנתנה לו הרשות המינהלית". ככזו, הקביעה על פי העילה הישראלית, שלפיה החלטה X אינה סבירה, דומה במובנים מסוימים לקביעה שלפיה A אינו יפה. כל עוד לא תינתן לסבירותו של X אמת מידה שניתנת להצדקה או להפרכה, לא אפשר יהיה להראות בעובדה או בטיעון לוגי ש"X אינו סביר". לפיכך, על פי הסטנדרט הישראלי של סבירות, טיעון שלפיו "X לא סביר" לעולם אינו יכול להיות מופרך כלא-נכון ומכאן עולה שהוא נכון תמיד. שופט שטוען טענה של סבירות ישראלית ביחס ל-X הוא, לכן, שופט שלעולם אינו טועה. ולכן, הוא שופט צודק תמיד. קביעה שיפוטית שכזו הופכת חסינה מביקורת משפטית. יש משהו שרירותי בהפעלת סמכותו של מי שהכרעתו נכונה בהגדרה ואינה יכולה להיות מוכחת כמוטעית. למרבה האירוניה, עילת הסבירות הישראלית מוצגת כאמצעי חיוני לריסון שרירות של אנשי המינהל ונבחרי הציבור. אך בהיותה כלי המייצר קביעות שאין אפשרות לבקרה ולהוכיח את טעותן, העילה עצמה, דווקא היא זו שפותחת פתח לשרירות של משפטנים.

אולי בגלל סיבה זו עברה גם עילת המידתיות החוקתית הישראלית מתיחה ייחודית. עילת המידתיות הישראלית מבוססת על שלושה מבחנים שפותחו על ידי השופט ברק בפסיקה.³⁶ את המבחנים ואת משמעותם, אסקור בפרק הבא. בשלב זה, די שאציג בקצרה את הטענה שעילת הסבירות המינהלית עברה למעשה הרחבה אל זירת הביקורת השיפוטית החוקתית. האמצעי לכך הוא מבחן המידתיות ה"שלישי". לטענתי, מבחן שלישי זה הוא בעצם מבחן של סבירות. על פיו יש לבחון אם מתקיים יחס סביר בין התועלת הציבורית לבין המחיר הנדרש, במושגי פגיעה בזכויות אדם, מיישומו של חוק. בהינתן שהשופט ברק מתעקש על בחינת יחס סביר ולא על בחינת יחס חיובי (יעילות), הרי שהוא הפך למעשה את בחינת המידתיות, ולכן גם את הביקורת החוקתית, לבלתי ניתנות להפרכה.

עד כאן הראיתי, שעילת הסבירות הישראלית היא אינה עילה משפטית. קביעה שיפוטית על בסיסה לא תהיה מוצדקת ברמה מספקת על בסיס לוגי שהוא חשוף לביקורת. אבל, בטיעון המומחיות, כפי שמעלה הנשיאה חיות, יש גם פגם דמוקרטי חריף. בטיעון טמון פוטנציאל הצדקה אינסופי. בהינתן שלכל החלטה יש פוטנציאל דיכוטומי של היותה סבירה או לא-סבירה, ובהינתן שלפי הנשיאה חיות בית המשפט

36 לסקירת המבחנים בראי השוואתי ראו מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" *מידתיות במבט ביקורתי ומשווה* 10 (מרדכי קרמניצר עורך 2016).

מורגל ומיומן בהחלטות בעניין סבירות, עולה שפוטנציאל ההכרעה של בית המשפט, על פי טיעון המומחיות, הוא אינסופי. כלומר, טמון בטיעון הזה פוטנציאל של הכפפה מלאה של הממשלה והחלטותיה לבית המשפט כערכאת וטו מאשררת-כול.

ג. כלים נוספים במאבק לביסוס עליונות שיפוטית

כאמור, אני מבקש לראות את עילת הסבירות הישראלית דרך עדשה שונה מן המקובל. במקום עוד ויכוח משפטי בשאלת הכלל הנכון, אני מבקש לראות את עילת הסבירות הישראלית במסגרת ההקשר הרחב של המאבק על כוח בין הרשויות בישראל, ולשכנע שעילת הסבירות היא עוד כלי במאבק הזה. ולמעשה, אני מבקש להראות שהיא עוד כלי אחד, מבין שורה ארוכה של כלים, שפיתח בית המשפט. נוסף על כך, אני מבקש להראות שלכל הכלים האלו מאפיינים דומים ולכולם תכלית דומה. כולם נועדו להשיג עליונות מוסדית לבית המשפט ולמערכת המשפט בכלל. ההבנה שעילת הסבירות הישראלית מתאפיינת באותם מאפיינים של כלים משפטיים אחרים שפיתחה הרשות השופטת – באותה תקופה – מחזקת את ההנחה שאין לראות את הפיתוח השיפוטי של עילת הסבירות הישראלית באופן מבודד ומקרי, אלא יש לראותה כמהלך אחד שהוא חלק מתוכנית נרחבת.³⁷

כאמור, המאפיינים הייחודיים של עילת הסבירות הישראלית הם רוחב ללא-גבולות וערטילאיות בהיעדר אמות מידה הניתנות להפרכה. התכונות האלו מעניקות לשופט חופש קרוב למוחלט. ערטילאיות, שבאה לידי ביטוי בהיעדר אמות מידה ויכולת הפרכה, מאפשרת חוסר עקביות. חוסר העקביות, בתורו, מאפשר לשופט חופש להחליט בכל מקרה מבלי להיות מחויב ללוגיקה דדוקטיבית או אנלוגית. יש בזה כדי ליצור לשופט תנאים של חופש להכריע בכל מקרה, בהתאם לתפיסת עולמו, מבלי להיחשף לסיכון של הפרכת ההכרעה ומבלי להיחשף למחיר בגין חוסר עקביות. אף החלטה על פי העילה הישראלית, בהיותה משוחררת מהפרכה ומעקביות, אינה "משמשת נגד השופט" או נגד בית המשפט בתיקים הבאים. וכך, יכול בית המשפט להכריע שמשא ומתן על הסדר הקבע 12 יום לפני בחירות הוא

³⁷ עילת הסבירות הישראלית מקבלת את צורתה ה"איונית" והחריגה בתחילת שנות השמונים, החל בבג"ץ **רשות השידור** (ראו בג"ץ **דפי זהב**, לעיל ה"ש 9). היא עוברת תהליך של הרחבה גוברת, הן מבחינה עיונית ובעיקר מבחינה מעשית, במהלך שנות השמונים והתשעים. במסגרת ההרחבה, היא הופכת לכלי שגור לביקורת על מינויים שנעשו בסמכות. במקביל, שיטת הפרשנות התכליתית מיושמת על ידי אהרון ברק ומאומצת על ידי בית המשפט העליון בדיוק באותן שנים – ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** כו(2) 737 (2002); הרחבת עבירת הפרת האמונים וטשטוש גבולותיה עולים היטב מ-דנ"פ 1397/03 **מדינת ישראל נ' שבס**, פ"ד נט(4) 385, 454–455 (2004); לצמצום דרישת העמידה ומגבלת אי-השפיטות ראו גרבר וסולו, לעיל ה"ש 10. מובן ששינויים דוקטריניים פרודורליים אלה, שהתפתחו באותן שנים בדיוק, הרחיבו את כוחו של בית המשפט יחסית לרשויות האחרות.

אינו בלתי סביר.³⁸ ובה בעת, הוא יכול להחליט שמינוי לפני בחירות של ממלא מקום למנכ"ל משרד המשפטים (שהוא זמני והפיך), הוא בלתי סביר.³⁹ כאמור, הטענה במאמר זה היא שהתכונות החריגות האלו של עילת הסבירות הישראלית מאפיינות גם כלים משפטיים אחרים שפותחו על ידי בית המשפט העליון בתקופה מקבילה. להלן, אסקור דוגמאות לכלים האלו ואראה עד כמה הם מאופיינים בתכונות דומות לעילת הסבירות הישראלית. ועוד אראה, כיצד הכלים שפותחו במקביל לעילת הסבירות, מעניקים יתרונות דומים למערכת המשפט במאבק הכוח שבין הרשויות בישראל.

שיטת הפרשנות התכליתית – במקביל לעילת הסבירות, מתפתחת באותן שנים בבית המשפט העליון גם שיטת הפרשנות התכליתית הישראלית.⁴⁰ גם זו, כמו הסבירות הישראלית, מקבלת ממדים ייחודיים וקיצוניים ביחס למקובל בעולם המערבי.⁴¹ היחס בין שיטת הפרשנות ובין יחסי הכוח בין הרשויות הוא יחס ישיר. ברור שהמחוקק קובע את הנורמה ואילו בית המשפט אמון על יישומה.⁴² בית המשפט פועל במתחם הנורמטיבי שתוחם המחוקק. אלא שהמחוקק תוחם את גבולות הגזרה שבהם פועל בית המשפט באמצעות טקסט חקיקתי. בית המשפט הישראלי נחלץ ממגבלת הכוח הקלאסית הזו בשני מהלכים: בראשון, במעבר משיטת פרשנות מילולית לתכליתית, בית המשפט הישראלי מצמצם את יכולתו של המחוקק לתחום את גבולות הפעולה של בית המשפט באמצעות מילים. אלא שהיות

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

39 חן מענית "מכה לאוהנה: בג"ץ מקפיא את המינוי למנכ"ל משרד המשפטים" גלובס <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001297919> (21.8.2019).

40 ראו למשל ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421 (1980), שם מיושמת שיטת הפרשנות התכליתית אפילו בתחום המשפט הפלילי, הרגיש מכולם לצורך בוודאות ובהירות. ודוק: המדובר בערעור פלילי משנת 1979. שהחלטה בו ניתנה ב-5.8.1980, בסמוך מאוד לפיתוח עילת הסבירות הישראלית ב-10.11.1980 בבג"ץ דפי זהב, לעיל ה"ש 9.

41 ראו ברכיהו ליפשיץ "מעמדו של השופט בשיטת המשפט הישראלית" עלי משפט ו 75, 101 (התשס"ז), הטוען שהשיטה הישראלית חורגת וקיצונית מהגישה האנגלית בשלושה היבטים: הראשון, בגישה האנגלית אין נוטים לבצע הליך פרשני בחוק שמילותיו ברורות; השני, גם כשנעשה הליך פרשני, הרי שבניגוד לישראל, אין קבלה רחבה בין השופטים של השיטה התכליתית בהיקף הכמעט טוטלי שנהוג בישראל; וההיבט השלישי והחשוב מכול, הביטוי "השיטה הפרשנית התכליתית" מכונן למשמעות אחרת מזו שהנהיג הנשיא ברק בישראל. בעיקרה, השיטה האנגלית מצווה להתחקות אחר התכלית שביקש להגשים המחוקק ההיסטורי והיא עומדת בסתירה לעליונות ה"תכלית האובייקטיבית" הנהוגה בישראל. להרחבה ראו שמעון נטף פרשנות חקיקה בישראל פרק ד (2023).

42 זוהי כמובן הפשטה של מערכת היחסים המורכבת יותר בין המחוקק ובין בית המשפט. בית המשפט עוסק גם הוא ביצירה נורמטיבית – בפרשנות ובמילוי ריק משפטי. שיטה פרשנית גמישה יכולה להביא את בית המשפט לשכתב ממש נורמה חקוקה. לכן, ברור שהוויכוח על שיטת הפרשנות הוא בעיקרו של דבר ויכוח על שרטוט הגבול שבין המחוקק ובין השופט. כשמאמר זה מבקר את הקיצוניות שבשיטה הפרשנית התכליתית הישראלית, הוא למעשה מציע תפקיד צנוע יותר לבית המשפט ביצירה הנורמטיבית.

שהמחוקק יכול לעבור ולתחום בשיטה תכליתית את גבולות הגזרה של בית המשפט על ידי הגדרה בחוק של תכלית החקיקה, בית המשפט חילץ עצמו גם מגבול זה. ואכן, במהלך השני, קבע בית המשפט העליון, במסגרת השיטה הפרשנית התכליתית, שהוא אינו מחויב לתכלית ה"סובייקטיבית" שראה לנגד עיניו המחוקק ההיסטורי.⁴³ במילים אחרות, את תכלית החוק שממנה נגזרים משמעותו וגבולותיו, קובע בית המשפט. כלומר, בית המשפט אמור להיות מוגבל בגבולות שקבע המחוקק בחוק, אבל הגבולות עצמם נקבעים לפי תכלית שאותה קובע בית המשפט עצמו. ושוב, חוזרת אותה תבנית. בית המשפט מפתח בעצמו, ללא חקיקה, את הכלי שקובע את מאזן הכוח שלו מול הרשויות האחרות. ושוב מדובר באמצעי "אובייקטיבי", כלומר כזה שבפועל הוא נטול אמות מידה שיש בהן הצדקה חזקה, שהיא גם ניתנת להפרכה. ושוב מדובר באמצעי שהוא גמיש דיו על מנת שיאפשר לשופט להשיג את התוצאה הרצויה לו, סובייקטיבית, תוך שימוש באצטלה של "אובייקטיביות".

מבחן המידתיות ה"שלישי" – בפסק הדין בעניין בנק המזרחי קבע בית המשפט העליון הישראלי כי הוא מוסמך ליישם ביקורת שיפוטית חוקתית.⁴⁴ אומנם, שיטת הפרשנות התכליתית האובייקטיבית מאפשרת לבית המשפט לתת לחוק מובן שנוגד את כוונת המחוקק ההיסטורי ותואם את תפיסת העולם של השופט. אבל, במאבק הכוח בין מערכת המשפט הישראלית ובין הרשויות הנבחרות, אין בזה די ובית המשפט הצטייד בנשק לא-קונבנציונלי, שמאפשר לו לא רק לפרש את החוק בגמישות רבה, אלא גם לבטלו כליל. הפרמטר המרכזי שקבע המחוקק בפסקת ההגבלה לפסילת חוק, הוא פרמטר של מידתיות, שמצטבר משלושה מבחנים. על פי המבחן הראשון, חוק אינו מידתי אם הוא אינו יכול, לכאורה, להשיג את תכליתו הציבורית.⁴⁵ מבחן המידתיות השני מבקש לוודא שמכל האמצעים שיש להם היכולת להשיג את המטרה הציבורית של החוק, המחוקק יישם את האמצעים שפוגעים באופן המינימלי בזכויות אדם.⁴⁶ שני המבחנים הנ"ל ניתנים להפרכה. ומכך אפשר להבין מדוע בית המשפט הישראלי מפתח מבחן מידתיות שלישי. על פי מבחן זה, חוק ייפסל אם לא מתקיים יחס "סביר" בין התועלת הציבורית הנובעת מן החוק לבין היקף הפגיעה הנלווית בזכויות חוקתיות. אומנם השופט ברק מכנה אותו מבחן מידתיות "במובן הצר",⁴⁷ אבל קשה לחשוב על מבחן רחב יותר. למעשה,

43 ראו למשל ע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, פ"ד נג (5) 769 (1999); לעמדה נוגדת ראו נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18 (2020).

44 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221 (1995).

45 קרמניצר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 75–67.

46 שם, בעמ' 75–84.

47 שם, בעמ' 85–100.

מבחן המידתיות החוקתי השלישי אינו אלא מבחן של סבירות אובייקטיבית.⁴⁸ וגם מבחן שלישי זה הוא נטול אמות מידה לוגיות ויכולת הפרכה. בית המשפט יכול היה לאמץ מבחן של רווחה מצרפית חיובית, כלומר מבחן של יעילות, שעל פיו על השופט לוודא שהתועלת הציבורית מן החוק גבוהה מן המחיר הנלווה במושגי פגיעה בזכויות אדם. אבל בית המשפט העדיף לאמץ נוסחה פתוחה ונטולת גבולות לוגיים. הנוסחה שנבחרה מאפשרת לפסול חוק שהוא יעיל חברתית, במובן שהוא מועיל בהרבה ממה שהוא מזיק ועדיין, החוק יוכל להיפסל כלא-מידתי. במובן מסוים, מבחן המידתיות השלישי משקף מהלך חמור מזה שמקופל בעילת הסבירות הישראלית. בעוד עילת הסבירות עושה שימוש בכלי לא-קונבנציונלי לפסול החלטות מינהליות ללא אמות מידה שניתנות להפרכה, מבחן המידתיות השלישי מייצא את הכלי אל העולם החוקתי. בכך מתאפשרת גם פסילת חקיקה של הכנסת ללא אמות מידה הניתנות להפרכה.

כאמור, במסגרת מאבק הסמכויות בין הרשויות, פותחו על ידי בית המשפט עוד ועוד כלים שלכולם מאפיינים דומים. כולם בעלי אלגוריתם הפעלה ערטילאי, שפוטר את השופט מיישום אמות מידה שניתנות להפרכה, המכפיפות את ההכרעה השיפוטית למגבלות מצד המחוקק או למגבלות לוגיות, דוגמת עקביות. חלקם, למרות הרגישות הייחודית, הם כלים במשפט הפלילי. שתי דוגמאות ממחישות זאת: הראשונה, עבירת הפרת האמונים;⁴⁹ והשנייה, הרחבתה אף יותר על ידי "תזת הצבירה".⁵⁰

עבירת הפרת האמונים מפלילה התנהגות של מרמה ושל הפרת אמונים על ידי עובד ציבור. אלא שהפרת אמונים היא מושג רחב ומטושטש. מצד אחד, קשה לדעת מהו המעשה הפלילי המהווה הפרת אמונים. מנגד, ברור שישנן התנהגויות של הפרת אמונים שהן בבירור ראויות להיות בגדר איסורי המוסר ולא ראויות להיות פליליות. בית המשפט יכול היה לעשות ביחס להפרת אמונים את מה שעשה סטנדרט וודנסברי לסבירות. כלומר, בית המשפט יכול היה לקבוע רף גבוה מספיק של חומרה לעבירה, כך שערטילאיות הסטנדרט לזיהוי ההתנהגות הפלילית הייתה נחלשת.⁵¹ בית המשפט יכול היה לתת לעבירה פירוש מצמצם שהיה הופך אותה

48 ראו ס' 18 לפסק הדין של השופט סולברג בבג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים (12.7.2023) [...] אבקש להביע הסתייגות מן המגמה המסתמנת בפסיקה, המעניקה משקל הולך וגדל למבחן-המשנה השלישי של המידתיות. כפי שצינתי זה לא מכבר: 'בפסיקה ניתן להבחין במגמה ברורה, של העברת עיקר כובד המשקל למבחן-המשנה השלישי – מידתיות' במובן הצר. על הסתייגותי ממגמה זו, בעיקר בשל האופי הערכי הטמון במבחן-המשנה השלישי, ועל המשקל הלא-מידתי שניתן למבחן המידתיות במובן הצר (שאינו אלא גרסה נוספת של עילת הסבירות המהותית) – הערתי בכמה מקומות [...]".

49 ס' 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

50 לעיגון "תזת הצבירה" ראו רע"פ 6477/20 שחם נ' מדינת ישראל (נבו 15.11.2021).

51 דוגמה לפסק דין המציע טכניקה של הבהרת נורמה עמומה באמצעות צמצום משמעותי שלה, ראו למשל ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 785 (1954).

בהגדרה לברורה יותר (כי רק המקרים החמורים ביותר היו נכללים בה). אלא שבית המשפט התמיד לשמור את גבולות העבירה רחבים ומטושטשים גם כשהתכנס הרכב מיוחד לדיון נוסף שכל תכליתו הייתה הבהרת גבולות העבירה.⁵² הקשר בין טשטוש עבירת הפרת האמונים ומאבקי הכוח בין הרשויות ברור. בעולם ללא אמות מידה ברורות להפרת אמונים פלילית, קל להלביש בלבוש פלילי כל טענה אתית נגד איש ציבור. בעולם שכזה, איש הציבור אמור להיצמד לייעוץ המשפטי ולצמצם את שיקול דעתו מאוד.

עבירת הפרת האמונים הורחבה וטושטשה עוד יותר כשבית המשפט אימץ את "תזת הצבירה", שעל פיה, אפשר שצבר מעשים, שכל אחד מהם אינו פלילי שלעצמו, יהפוך לאורך זמן לפלילי מעצם צבירת האירועים זה לזה. צבירת המעשים הלא-פליליים לכדי מסה פלילית מתאפשרת גם כשהמעשים נפרסים על פני תקופת זמן ארוכה. התוצאה היא שבית המשפט יוצר מצב שבו הוא סוקר נתח מחייו של איש הציבור. הוא יתבונן על פרק הזמן הזה ועל ההתנהגות של איש הציבור במהלכו. כלומר, ממשפט פלילי קלאסי, שבו בית המשפט בוחן מה עשה הנאשם, עובר בית המשפט לבחון (ביחס לאיש ציבור) איזה אדם הוא, כשמתבוננים עליו לאורך פרק זמן וצוברים את מעשיו זה לזה (גם אם אינם קשורים בקשר משמעותי זה לזה). ושוב חוזרת התבנית: שוב מדובר בנורמה שהיא יציר פסיקה של בית המשפט; ושוב אמות המידה הן "אובייקטיביות" לכאורה, אך הן חסרות אמות מידה לוגיות ולכן גם בלתי ניתנות להפרכה; במקרה של תזת הצבירה, אי-הבהירות קיצונית. לאיש לא ברור כמה מעשים צריכים להצטבר, מה מידת האשם המוסרי הנדרש בכל מעשה, ולאילו מסה קריטית הם צריכים להצטבר כדי לגבש פליליות ועל פני איזו תקופה.⁵³ והתוצאה – שוב – ערטילאיות הנורמה ושחרור השופט מהפעלתה במגבלות של לוגיקה ועקביות. ושוב, במאבק בין הרשויות, תזת הצבירה מעצימה את האפקט המרסן של עבירת הפרת האמונים.

ניתן למנות כאן עוד כלים דומים במאפייניהם. אם נסקור את השימוש ב"עקרונות היסוד של השיטה" כמרכיב בנוסחת הפרשנות,⁵⁴ את השימוש במגילת העצמאות ככלי על-חוקתי⁵⁵ ועוד כלים אחרים, נראה שלכולם יש מאפיינים דומים. הפעלת

52 ראו פסק הדין של השופט מצא בעניין שבס, לעיל ה"ש 37 ("מטרתו של הדיון הנוסף בעניינו של שבס [...] הייתה לברר את 'עיקריה ותחומי פרישתה של עבירת המירמה והפרת אמונים, במגמה לקבוע מבחן ברור ומדויק ככל הניתן ליסודותיה של העבירה וליישומו של הדין על עניינו של שבס'. חוששני כי מטרה זו לא הושגה, ואני מפקפק אם אמנם ניתן להשיגה [...] זו נותרה עמומה כשהייתה").

53 וכל זה מעבר לעובדה שצבירת כמה מעשים לא-פליליים (שאינם מעשים המרכיבים עבירה מרובת פריטים) לכדי פליליות, דומה לצבירת מספר סופי של אפסים שמצטברים ל-1. כלומר, שתזת הצבירה משקפת כשל לוגי.

54 ראו למשל בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 432 (1987).

55 ראו פסק הדין של השופט שטיין בבג"ץ עילת הסבירות, לעיל ה"ש 3.

כולם נטולה, במידה רבה או מלאה, אמות מידה שניתנות להפרכה. כל הכלים הללו סובלים מערטילאיות. הפעלת כולם משחררת את השופט מכבלי החקיקה ומכבלי המחוקק. כל הכלים משחררים את השופט מכבלי לוגיים ומאפשרים החלטות ללא חשש מאי-עקביות. וכולם מחזקים את השופט אל מול הרשויות האחרות. אחדות התכונות הללו והפיתוח של הכלים הללו בתקופה מקבילה, מקשים על המסקנה שיש כאן מקריות.⁵⁶ אם נרשה גם לעצמנו להפעיל איזו "תזת צבירה" משל עצמנו, לא נוכל להימלט מן המשקל המצטבר של כל הכלים הללו יחדיו. אינני מכיר מדינה מערבית אחת שיש בה צבר כלים שכאלו, שיש בו כדי להעצים באופן חסר תקדים את המערכת השופטת.⁵⁷

לאור ההתבוננות המוצעת בפיתוח עילת הסבירות הישראלית כחלק מפיתוח מקורות כוח לרשות השופטת, אין להתפלא על הדרך שבה הגיב בית המשפט העליון לתיקון עילת הסבירות, שאימצה הכנסת במסגרת התיקון לחוק-יסוד: השפיטה. בית המשפט פוסל את צמצום עילת הסבירות שכוונה הכנסת בחוק יסוד, ואחד מכלי הפסילה שאומצו הוא כלל חדש: קביעת מגבלה על סמכותה המכוננת של הכנסת. ולאחר שסקרנו את התפתחות ארגז הכלים הערטילאי של בית המשפט הישראלי, אין זה מפתיע להיווכח שגם כלי חדש זה סובל מאותם מאפיינים שמשותפים לכלים שנסקרו. שוב נעשה שימוש בכלי שהוא כולו יצירה שיפוטית. גם הפעם הוא נטול אמות מידה לוגיות הניתנות להפרכה. וגם הפעם הוא מעביר כוח נוסף אל השופט במאבק הסמכויות שבין הרשויות. וכן, גם הפעם הוא מאפשר שחרור של השופט מכבלי החקיקה ובמקרה הזה אפילו מכבלי החוקה. והנה גם הנשק העל-חוקתי והבלתי קונבנציונלי הזה אמור, על פי הגדרתו, להיות שמור למקרים הקיצוניים שבקיצוניים. כלומר, לאלו שיש בהם משום פגיעה בליבה הדמוקרטית של המדינה. אלא שסטייה כה חזקה, ברמת חומרה מבהילה שכזו, אמורה להיראות בברור ולמרחוק. ולמרבה הפלא, שבעה מתוך חברי ההרכב לא הבחינו בפגיעה החמורה והקיצונית בליבת הדמוקרטיה, שבה הבחינו שמונה מקרב שופטי הרוב. בעולם שבו מידת ההישמענות להנמקה לוגית גבוהה או לחלופין, שמוצב רף מופרכות גבוה ברוח סטנדרט וודנסברי, ההסתברות לאנומליה שכזו נחלשת.⁵⁸

במאבק הסמכויות שבין הרשויות, ייצור כלים נורמטיביים על ידי שופטים ולטובת שופטים אינו שרביט קסמים כול-יכול. מארג הכלים הזה שואב ומרוקן את כוחם של נבחרי הציבור. ולמעשה, הוא מצמצם את כוחו של הציבור להכריע בעצמו

56 טענת המקריות קשה במיוחד משום שלא ניתן להצביע על מגמה סותרת מקבילה. כלומר, לא ניתן להצביע על כלים, שפותחו במקביל, המצמצמים את כוחו של בית המשפט מול הרשויות האחרות.

57 והדברים מחריפים עוד יותר כאשר מביאים בחשבון פיתוח פסיקתי נוסף, המשפיע על מאבק הכוחות בין הרשויות, דוגמת ביטול מגבלות של עמידה ושפיטות.

58 הסבירות לאנומליה כזו נחלשת, אבל לא נמוגה. תעיד על כך העובדה שהסבירות הישראלית החלה את דרכה מ"אי-סבירות קיצונית" ולאט לאט הפכה מעשה שגרה.

ביחס לעצמו. ולכן, להפעלת הכוח הזו נדרשת לגיטימציה. את הלגיטימציה שלו יכול בית המשפט לקבל משני מקורות: הראשון, מיישום שלו את דברי המחוקק או המכונן; והשני, שיטת המינוי. אם בית המשפט רוצה להרחיב את הכרעותיו עוד ועוד להכרעות ערכיות, שיטת המינוי של שופטיו עשויה, במידה מסוימת, להעניק לכך לגיטימציה. אם במסגרת שיטת המינוי, ערכיו של הממונה נבחנים על ידי מי שערכיו הועמדו לבחירת הציבור, יש בכך פוטנציאל ללגיטימציה (מסוימת) להכרעות שיפוטיות ערכיות.

בישראל, כידוע, שופטי בית המשפט העליון מתמידים בשתי תביעות לא עקביות: הראשונה, להיות אומרי המילה האחרונה מבחינה נורמטיבית וערכית מול הרשות המבצעת והמחוקקת ואפילו מול המכוננת. כזו היא עילת הסבירות הישראלית וכאלו הם כלים נוספים שחלקם נסקרו כאן; התביעה השנייה היא ששיטת מינוי השופטים תהא ללא השפעה מכרעת של נבחרי הציבור, שקיבלו מנדט ערכי מן הציבור. התעקשות זו מביאה את בית המשפט למצב שבו הוא נחוש להכריע בערכים ובאינטרסים הבסיסיים ביותר שנכפים על העם. ומנגד, בית המשפט מתעקש שלא לאפשר לעם כל אפיק להשפיע על הכרעות אלו. עקרונית, העם יכול להשפיע על הכרעות כאלו בדרך של חקיקה או חקיקת יסוד והוא יכול להשפיע באמצעות מינוי השופטים. משבית המשפט מתעקש לומר את המילה האחרונה בהכרעות שאינן ניתנות להפרכה, הן באפיק החקיקה והן באפיק החוקתי, ומשהוא מתעקש להחזיק בכוח וטו על המינויים לבית המשפט, למעשה נשללה מהעם היכולת להשפיע על ההכרעות הערכיות הבסיסיות ביותר שנכפות עליו. במובן הזה, דרישת שתי התביעות יחד היא אינה עקבית ביחס לרעיון הדמוקרטי הבסיסי של ריבונות העם. זוהי סיטואציה מובהקת שבה תעלה טענה לשימוש בכוח שלטוני שהוא נעדר לגיטימציה. לאורך זמן, שימוש כזה בכוח שלטוני לא יהיה בר-קיימא.

סיכום

המאמר הציג שתי טענות מרכזיות: הראשונה, עילת הסבירות היא עילה לא-משפטית. אין לה אמות מידה. לכן, קביעה על בסיסה אינה ניתנת להפרכה. העילה מעורפלת ויכולת הניבוי על בסיסה נמוכה מאוד. עילה כזו אינה מאפשרת ודאות ועקביות; הטענה השנייה היא שעילת הסבירות הישראלית לא התפתחה כך במקרה. נטען, שהיא התפתחה במקביל לפיתוחם של כלים משפטיים בעלי מאפיינים דומים. כולם עוצבו על ידי בית המשפט עצמו. כולם מתאפיינים בערטילאיות. וכולם מאפשרים ביסוס של עליונות של הזרוע השופטת במאבקי הכוח שלה עם הזרועות האחרות. אלא שייצור עצמי של כוח עלול להיות מוגבל ומסוכן יותר ממה שנדמה. להחלטות השיפוטיות משמעות דרמטית. כל עוד הן בטווח של קונצנזוס יחסי, ההנמקות והכלים המשפטיים, שהובילו אל ההכרעות, אינם במרכז העניין הציבורי. אלא שמשעה שבית המשפט ומערכת המשפט מפיקים החלטות שהן בליבת

המחלוקת, הביקורת מעמיקה ומתחילה בחינה גם של ההנמקה השיפוטית. הציבור, שעליו מופעל כוחה הכופה של החלטה, מבקש לדעת את ההצדקה של אותה הכרעה. ומרגע שההצדקה עצמה ערטילאית ונטולת אמות מידה לוגיות, ההחלטה הכופה שהיא משרתת עלולה להיתפס כשרירותית. כאמור, האלטרנטיבה לתחושת השרירות, באין אמות מידה לוגיות להכרעות ערכיות, היא לגיטימציה להכרעה ערכית (שגם אז, בהיעדר אמות מידה לוגיות, היא מוגבלת). דוגמה לכך אפשר לראות בבית המשפט העליון האמריקאי, שנבחרי הציבור ממנים את חבריו. דוגמה אחרת אפשר לראות בבתי משפט חוקתיים באירופה, שיש במינוי חבריהם עדיפות מובהקת לנבחרי הציבור.⁵⁹ אלא שכידוע, מינוי שופטים בישראל נעשה תוך נחיתות של הדרג הנבחר, שהוא זה שיש בכוחו את היכולת העקרונית להעניק לגיטימציה להכרעות ערכיות.

המשמעות של כל זה היא שעילת הסבירות הישראלית משקפת גידול בכוח של בית המשפט הישראלי מול הרשויות האחרות. אבל, היא עלולה לשקף גידול יתר בכוח, שאינו בר-קיימא. במובן מסוים, עילת הסבירות עלולה להתברר כעילת ה"שבירות". הסבירות מוסיפה לבית המשפט כוח, אבל כשבוחנים את האופן שבו משתמש בית המשפט בכוח הזה וכשבוחנים את הצדקותיו, קשה שלא להבחין עד כמה הכוח הזה הוא שביר.

59 שי-ניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי "בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – שיטות הבחירה במדינות דמוקרטיות" **דיומא** (18.1.2022) <https://dyoma.co.il/law/1041>