

על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים

השימוש של בית המשפט בעקרון הסבירות חייב להיעשות בעצמו בסבירות ובמידתיות. כשבית המשפט חורג מכך, הוא הופך למעצב מדיניות במקום הרשויות שהוסמכו לכך

בספרו שיקול דעת שיפוטי¹ ובספרו שופט בחברה דמוקרטית² שרטט פרופ' אהרן ברק בהרחבה את המדיניות הראויה, לשיטתו, באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי. האתגר המשמעותי בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי, הסביר ברק, איננו במקרים ה"קלים" שבהם התוצאה המשפטית היא ברורה; הקושי הוא ביחס למקרים ה"קשים" שבהם יש יותר מפתרון חוקי אחד. לרשות השופט עומד מגוון של כלים על מנת להכריע במקרים קשים אלה. ברק דן בכמה מהמרכזיים שבהם: פרשנות; מושגי ססתום; השלמת חסר ואיזון (המוכר לנו כיום בשמו העדכני "מידתיות"). הפעלתם של כלים אלו על ידי השופט כרוכה מטבע הדברים בהפעלת שיקול דעת. לא צריך להיות משפטן מדופלם כדי להבין שאלמלא מידה מסוימת של מרחב תמרון ושיקול דעת אין השופט יכול לעשות מלאכתו נאמנה. יחד עם זאת, לא יכול להיות חולק – והנשיא ברק מכיר בכך, ודן בכך – כי שיקול הדעת השיפוטי אינו בלתי מוגבל. שופט אינו עושה במשפט כבתוך שלו. הוא אינו פועל בחלל ריק; חלילה לו מלנווט את דרכו בנבכי הסוגיה המשפטית המונחת לפתחו אך ורק בהתאם לתוצאה הרצויה בעיניו. על השופט לפעול באובייקטיביות; בגבולות ההסכמה החברתית; עליו לתת את הדעת על חשיבותו של אמון הציבור בשפיטה; עליו להפעיל את הכלים העומדים לרשותו בהתאם למגבלות הדין.

¹נעם סולברג הוא שופט בית המשפט העליון. המאמר מבוסס על דברים שנשא בכנס "העמותה למשפט ציבורי בישראל" שהתקיים בחיפה בח' בכסלו ה'תש"ף, 6.12.2019. תודת המחבר נתונה לעוזר המשפטי, עו"ד אליק מושקוביץ, על עזרה מצוינת.

מבין הכלים העומדים לרשותו של השופט בהפעילו את שיקול דעתו, שלושה הם המרכזיים והמשמעותיים ביותר – פרשנות, סבירות ומידתיות. ידם ככול, ויד כול במ. למעלה משלושה עשורים חלפו מאז באתי בשערי של עולם המשפט, סטודנט צעיר באוניברסיטה העברית בירושלים; למעלה משני עשורים חלפו-עברו מיום שנתיישבתי על כס השיפוט. נער הייתי (במשרד המשפטים), גם זקנתי (בבית המשפט), ולא ראיתי, כמעט, פסק דין משמעותי שניתן על ידי בית המשפט העליון במהלך השנים – לבטח בתחום המשפט הציבורי – שאינו מבוסס, באופן זה או אחר, על דיון או שימוש באחד מן הכלים הללו – פרשנות, סבירות ומידתיות. השימוש בכל אחד מן הכלים הללו נושא עימו היבטים שונים, ולכל אחד מהם מורכבות משלו ושאלות ייחודיות לו. הם ראויים לעיון מקיף ומעמיק החורג ממסגרת דברים זו. אינני מתיימר אפוא להקיף באופן ממצה את הסוגיות שעל הפרק, אלא לגעת מנקודת מבט ביקורתית בהיבטים מסוימים של השימוש שעושה בית המשפט בכלים הללו.

המאמר מתרכז במשפט הציבורי; לפיכך, בדברי על פרשנות, לא אעסוק בפרשנות חוזה או צוואה, ובדברי על סבירות, לא אדון במונח זה כדרך שהוא משמש, למשל, בדיני הנוזיקין. את הדיון אייחד לסוגיות מתחום המשפט החוקתי והמשפט המנהלי. באופן קונקרטי, ברצוני לעמוד על מצבים המעוררים ביתר שאת מתח בין שיקול דעתו של השופט לבין שיקול דעתה של הרשות השלטונית – תהא זו המחוקקת או המבצעת. ישנן גישות שונות באשר לאופן שבו יש להתמודד עם מתח זה. ההכרעה בין הגישות הללו נגזרת במידה רבה מן האופן שבו אנו מגדירים את גבולות שיקול הדעת השיפוטי, ובאופן רחב יותר – מן האופן שבו אנו תופסים את תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית.

ר' משה חיים לוצאטו (הרמח"ל), שחי ופעל באירופה במחצית הראשונה של המאה ה-18, כתב בהקדמתו לספרו המפורסם **מסילת ישרים** כך: "החיבור הזה לא חברתי ללמד לבני האדם את אשר לא ידעו, אלא להזכירם את הידוע להם כבר ומפורסם אצלם פרסום גדול. כי לא תמצא ברוב דברי, אלא דברים שרוב בני האדם יודעים אותם ולא מסתפקים בהם כלל, אלא שכפי רוב פרסומם וכנגד מה שאמתם גלויה לכל, כך ההעלם מהם מצוי מאד והשכחה רבה". אף אני לא באתי אלא לשוב ולהזכיר דברים ידועים שדומה כי 'ההעלם מהם מצוי מאד'. אמנם כן, קשה לומר כי 'אמתם גלויה לכל'; הם שנויים במחלוקת, לעתים עזה. מכל מקום, אני סבור כי מידה רבה של אמת בכל זאת יש בהם; מן הראוי לשוב ולהזכירם.

קודם לכן, הערה אישית קטנה. ציינתי את שנותי הרבות במערכת המשפט, ואני מרגיש, בדומה למה שנאמר על יעקב אבינו לגבי שנים ארוכות של עבודה אצל לבן הארמי כדי לזכות ברחל לאשה – "ויהיו בעיניו כימים אחדים באהבתו אותה" (בראשית כט, כ). קורטוב של גוזמה, אבל זוהי תחושת. בשנה הראשונה לכהונתי בבית המשפט העליון נתבקשתי לומר דברים בפתיחת שנת המשפט באוניברסיטת

חיפה, על מגמות במשפט הישראלי במבט צופה פני עתיד³ דיברתי על הברכה שהביאה בכנפיה המהפכה החוקתית, על מעלתה המוסרית בהגנה על הפרט מפני זולתו, מפני הרוב ומפני השלטון. השעה כשרה עתה, אמרתי, לשימור הערכים הגלומים בזכויות היסוד החוקתיות, בד בבד עם חזרה מתונה למשפט פורמלי יותר, כדי לבסס את מעמדן. אינפלציה של זכויות מוזילה את ערכן; ציינתי שגם פורמליזם דיוני נחוץ, זכות עמידה, מיצוי הליכים, כדי לשמור על עקרון הפרדת הרשויות, להבטיח קבלת החלטות מקצועיות מושכלות של הרשות המבצעת. המשפטן הוא שחקן-המשנה שם. השחקן המרכזי הוא הפקיד המקצועי. המשפט אינו עוין את המשילות; הוא בעל-בריתה. גם על חובות דיברתי, בצד הזכויות. אמרתי דברים אלה ועוד אחרים ו... נשארתי בחיים. מאז – כמעט לא דיברתי, משום שב"שמרנותי" אני באמת ובתמים חושב ששופט צריך לדבר בעיקרו של דבר בבית המשפט, בהחלטות ובפסקי דין, וגם זאת רק מה שנחוץ להכרעה. אבל בחלוף שבע שנים מאז, ובהתרגש עלינו המהומה שאנו חווים בעת האחרונה – לא אשמור על זכות השתיקה.

"ר' חנינא סגן הכהנים אומר: הוי מתפלל בשלומה של מלכות שאלמלא מוראה, איש את רעהו חיים בלעו" (משנה, אבות ג, ב). המלכות שרבי חנינא מדבר בה היא מלכות רומי; זו שהחריבה את בית המקדש, הגלתה אותנו אל בין האומות, ונהגה בנו, בעם ישראל, באכזריות רבה; על שלומה של מלכות כזאת צריך להתפלל. למה? משום ששלטון עריץ הוא גרוע, אבל אנרכיה גרועה עוד יותר. "מה דגים שבים" – נאמר בתלמוד (בבלי, עבודה זרה ד ע"א) – "כל הגדול מחברו בולע את חברו, אף בני אדם, אלמלא מוראה של מלכות כל הגדול מחברו בולע את חברו". יצר לב האדם רע מנעוריו, ומבלעדי מערכת חוק ומשפט איתנה, בני אדם מאבדים עכבות מוסריות ובולעים זה את זה. כדי לשבר ולנתץ לא צריך דווקא אבנים ובליסטראות. להרוס אפשר גם בהבל-פה. חס וחלילה. רק בשלומה של מלכות יהיה גם לאזרח שלום.

בשנותיי במשרד המשפטים – שבע שנים טובות – במחיצתם של שלושה יועצים משפטיים לממשלה, ותקופה קצרה גם בפרקליטות, חוויתי על בשרי ולמדתי להכיר ולהוקיר את האנשים, את החשיבה, את המקצועיות והמסירות. לאחר מכן, בבית משפט השלום, בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון, אני מביט סביב ורואה מכל טוב הארץ הזאת, לגווניה: חוכמה, בינה ודעת, אנושיות וחתירה לצדק.

ובכל הדברים הללו שאמרתי אין כדי לפטור את הגורמים השונים במערכת מעשיית בדק בית. הציבור שומע שהמערכת קשובה לביקורת; הציבור צריך להשתכנע שאכן כך, ושאינ מדובר בדיבור בלבד, כמצוות אנשים מלומדה. ממשבר אפשר לצמוח – אומרת לנו המסורת, אומרים לנו המומחים – אבל הצמיחה לא תבוא מאליה; צריך להיפתח, להכיר בטעויות, להיות נכונים לשינוי ולתיקון.

פרשנות - "רצון המחוקק" או "רצון השיטה"?

בשנת 1999 ניתן על ידי בית המשפט העליון פסק הדין בע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ (להלן: עניין אלקה). סיפור המעשה, בתמצית שבתמצית, הוא זה: אלקה סיפקה נעלי ספורט ללקוחותיה, והוציאה חשבוניות כדין. בהתאם להוראות חוק מס ערך מוסף שילמה אלקה את המע"מ הדרוש על סמך הסכום הנקוב בחשבוניות. דא עקא, בהגיע מועד פירעונם של השיקים שקיבלה אלקה מלקוחותיה – חוללו השיקים. אלקה עשתה מאמצים לגבות את הכספים מלקוחותיה, אך התברר כי סיכויי הגבייה – אפסיים, והחובות – "אבודים". הגה כי כן, תמורה אין, ובצר לה פנתה אלקה לרשות המסים בבקשה להחזר המע"מ ששילמה בגין אותן עסקאות. בנסיבות העניין, כך טענה, אין הצדקה לחייבה במס ערך מוסף על עסקה שתמורתה לא התקבלה.

במסגרת הכרעתו נדרש בית המשפט העליון לפרשנות סעיף 49 לחוק מס ערך מוסף. סעיף זה קובע שלושה מצבים שבהם קמה זכות להחזר מע"מ, בכלל זה כאשר "העסקה או מקצתה לא יצאה לפועל". השאלה שאליה נדרש בית המשפט בעניין אלקה הייתה: האם מקרה של "חובות אבודים" נחשב למקרה שבו "מקצת" מן העסקה לא יצא לפועל? הדעות נחלקו. דעת הרוב קבעה כי "עוסק" זכאי להחזר מע"מ במקום שבו התמורה לא שולמה והחוב הפך ל"חוב אבוד", שכן במקרים מעין אלו "מקצתה" של העסקה "לא יצא לפועל". דעת המיעוט קבעה כי לא קמה זכות להחזר מע"מ במצבים אלו. לענייננו חשובה חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן, שכתבה את דעת הרוב.

בחוות דעתה נדרשה שטרסברג-כהן לפרשנותו של סעיף 49 לחוק מע"מ, וצעדה במסלול המקובל של הפרשנות התכליתית, כפי שהתווה הנשיא ברק. כידוע, אין ליתן ללשון החוק משמעות שהיא אינה יכולה לשאת. הפרשנות חייבת למצוא נקודת אחיזה בלשון החוק. אך מה יעשה השופט-הפרשן כאשר מונחות לפניו אפשרויות פרשניות אחדות? במצבים אלו עליו לתת פירוש ההולם את מטרתו ותכליתו של החוק. תכלית החקיקה מורכבת מ"תכלית סובייקטיבית" – היינו, כוונת המחוקק, ו"תכלית אובייקטיבית" – שעניינה בערכי היסוד של השיטה המשפטית, במטרות ובמדיניות שדבר חקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית. בחוות דעת הרוב נקבע כי לשונו של סעיף 49 לחוק מע"מ סובלת את שתי האפשרויות הפרשניות – את זו שלפיה עסקה של "חובות אבודים" נחשבת לעסקה שמקצתה לא יצא לפועל, ואת זו שלפיה עסקה זו נחשבת לעסקה שלמה ומוגמרת לעניין תשלום המע"מ. לפיכך פנתה שטרסברג-כהן לבחון את תכלית החוק.

התכלית הסובייקטיבית באותו עניין הייתה ברורה ומובהקת. בדברי ההסבר לחוק גילה המחוקק דעתו באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי אין לאפשר החזר מע"מ

בגין "חובות אבודים", וכך אמר:

אין החוק מכיר בחובות רעים. משהוצא חשבון יש לשלם את המס הקבוע בו או הנובע ממנו [...] הנימוק לאי-הכרה בחובות רעים הוא, כי לאחר שהוצא חשבון-מס זכאי הרוכש לנכות מהמס שהוא חייב בו את המס הגלום בחשבון שהוצא לו, אף אם למעשה עדיין לא שילם אותו. אם חובות רעים ינוכו מחובו של המוכר לשלטונות המס, יצא שהמס הגלום בעסקה מוחזר הן לקונה והן למוכר.

זוהי אפוא כוונתו של המחוקק; מפורשת ומנומקת. אשר לתכלית האובייקטיבית קבעה שטרסברג-כהן כי חזקה על כל דבר חקיקה שהוא נועד להשיג צדק; תוצאות סבירות; ליצור שילוב והרמוניה חקיקתית; להגשים זכויות יסוד, בכלל זה זכות הקניין. בנסיבות העניין קבעה כי התכלית האובייקטיבית של החוק מוליכה לפרשנות שלפיה ה"עוסק" זכאי להחזר המע"מ בגין "חובות אבודים". כל קביעה אחרת, לשיטתה, אינה צודקת, אינה סבירה, ופוגעת באופן ממשי בזכות הקניין של ה"עוסק".

שטרסברג-כהן הגיעה אפוא למסקנה כי התכלית האובייקטיבית והתכלית הסובייקטיבית עומדות בסתירה זו לזו. בהתבסס על דברים שכתב הנשיא ברק קבעה שטרסברג-כהן כי במצבים אלו על בית המשפט לשקול את שתי התכליות, לאזן ביניהן, ולגבש את "תכליתו הסופית" של החוק:

כתוצאה מהפעלת שיקול הדעת השיפוטי מתגבשת תכלית חקיקה "סופית". תכלית זו אינה מזדהה בהכרח עם התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני המחוקק. תכלית זו אף אינה משקפת באופן "טהור" ערכי יסוד אלה או אחרים של השיטה. תכלית "סופית" זו מהווה "פשרה" בין תכליות מתנגשות. היא פרי "איוון" בין ערכים ומטרות מתנגשים. היא נגזרת מ"משקלם" של השיקולים השונים.⁴

כיצד יש "לאזן" בנדון דידן? מהי ה"פשרה" שאליה הגיעה שטרסברג-כהן? גם בעניין זה ביססה את דבריה על דברים שכתב הנשיא ברק: "התכלית הסובייקטיבית תפנה את הדרך לתכלית אובייקטיבית, אם החוק לא גותן ביטוי לשוני ראוי לתכלית הסובייקטיבית".⁵ לאמור, אם לשון החוק אינה מבטאת באופן מפורש, ברור וחד-משמעי את התכלית הסובייקטיבית, תיסוג תכלית זו מפני התכלית האובייקטיבית של החוק. בהמשך קבעה שטרסברג-כהן: "מלשון סעיף 49 לא עולה בצורה מפורשת, ברורה וחד-משמעית, כי תכלית החוק היא שלא להתיר החזר מע"מ בגין 'חובות אבודים' [...] לפיכך על התכלית הסובייקטיבית, שלא מצאה ביטוי מפורש ברור וחד-משמעי בסעיף 49 לחוק, לסגת מפני התכלית האובייקטיבית, שהיא – להתיר החזר מע"מ בגין 'חובות אבודים'".⁶ הנה כי כן, לא פשרה ולא איוון. בהתנגשות שבין כוונתו הברורה והחד-משמעית של המחוקק לבין התוצאה הצודקת, הסבירה והחוקתית (כפי שפירשה זאת השופטת שטרסברג-כהן) – העדיפה שטרסברג-כהן את האפשרות האחרונה.

המהלך הפרשני שנגקט בעניין אלקה – של העדפת תכלית "אובייקטיבית" על פני כוונתו הברורה של המחוקק כפי שהשתקפה באופן חד-משמעי מדברי ההסבר – מעורר, לטעמי, קושי. ולא משום שהתוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב צודקת פחות; אדרבה. הקושי הוא בכך שבית המשפט מבטל, הלכה למעשה, את כוונתו הברורה של המחוקק, כשגם לשיטתו יש לה אחיזה בלשון החוק, וזאת באמצעות מהלך משפטי פרשני הנחזה להיות טכני, אובייקטיבי, כמעט מדעי.

עמדתו של ברק, שעליה התבסס פסק הדין בעניין אלקה, שלפיה כוונת המחוקק צריכה לקבל ביטוי "מפורש, חד-משמעי וברור" בלשון החוק – שאם לא כן עליה לסגת מפני התכלית האובייקטיבית – מצמצמת באופן ניכר את משקלה של כוונת המחוקק בפרשנות החוק, ומעניקה משקל כמעט מכריע לתכלית האובייקטיבית, כפי שהיא נקבעת על ידי השופט-הפרשן. היא גם אינה מתיישבת, כמדומני, עם שיקולים כבדי משקל שעליהם עמד ברק עצמו, בכתובה מוקדמת יותר, באשר לחשיבותה של כוונת המחוקק בפרשנות חוק:

ראשית, היא משקפת היגיון בריא, לפיו אין כיוצרה של נורמה להעיד על תכליתה; שנית, היא עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות, לפיו הרשות המחוקקת היא היוצרת את החוק, ואילו השופט נותן תוקף ליצירתו של המחוקק; שלישית, היא מדגישה את האובייקטיביות והניטרליות של מעשה השפיטה. לא מחשבותיו הסובייקטיביות של השופט בדבר המדיניות הראויה הן הקובעות את תחום התפרסותה של הנורמה, אלא תפיסתו של המחוקק והכרעתו שלו בין האלטרנטיבות השונות של המדיניות הן הקובעות. לבסוף, היא מגבירה את הבטחון המשפטי, ואת היכולת לצפות מראש את פירושה של הנורמה, ובכך היא משיגה הפעלה שיוונית של החוק.⁷

לשיטתי, שיקולים נכבדים אלו מורים כי בהתנגשות בין תכלית סובייקטיבית לתכלית אובייקטיבית יש לפעול על פי כלל הכרעה ברור שלפיו ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה (ובלבד שהיא מעוגנת בלשון החוק). כפי שציינתי באחת הפרשות, "העדפת התכלית האובייקטיבית על-פני התכלית הסובייקטיבית [מקום שבו כוונת המחוקק צלולה וברורה] משמעה העדפת 'רצון השיטה' על-פני 'רצון המחוקק'; זו אינה פרשנות, זוהי ביקורת חוקתית".⁸

דבר חוק של כנסת ישראל איננו "ספרות יפה". הקורא אינו רשאי לפרשו כפי אמונתו והבנתו בניגוד מוחלט לכוונת המחבר. "מות המחבר" יכול להנחות אולי את מבקר הספרות, אך שופט אינו מבקר ספרות. פרשנותו מכוננת משפט, ויש לה חשיבות רבה בעולם המעשה.

הנה כי כן, פרשנות לחוד וביקורת חוקתית לחוד. היגיון בריא; הפרדת רשויות; אובייקטיביות וניטרליות של מעשה השפיטה; ודאות משפטית – כולם כאחד מצדיקים כלל הכרעה ברור: במלאכת הפרשנות – "רצון המחוקק" עדיף על פני "רצון השיטה". שאלה נכבדה היא כיצד ילמד השופט-הפרשן על "רצון המחוקק"; האם ניתן



לייחס "רצון" לגוף קולקטיבי, דוגמת כנסת ישראל? אני סבור שכן. על כל פנים, דיון בסוגיה זו חורג ממסגרת דבריי כאן.

אפשר כמובן להתווכח אם דבריי צודקים אם לאו. דבר אחד אני מבקש לטעון, ולהוכיח, שאני עקבי... בגנזיי מצאתי באקראי מחברת בחינה שכתבתי בשנת 1988 כסטודנט בקורס בדיני פרשנות שניתן על ידי – מי אם לא – פרופ' אהרן ברק. לא אלאה בהגיגים סטודנטיאליים מהעת ההיא. אציין, עם זאת, דיון נרחב שעשיתי בבחינה בסוגיית גיבושה של תכלית החקיקה לפי שיטתו של ברק, אבל לא נמנעתי גם מלציין שם את דעתי החולקת שלפיה מוטב להימנע מהרחבה יתרה של שיקול הדעת הנתון לשופט-הפרשן: "כלל הקבילות הגורף של ברק מושך את הלב, האינטליגנציה וחוש הצדק. כיון שרק כך לכאורה נגיע לאמת 'הצרופה'. רק כור היתוך כזה יכול להוביל לתכלית החקיקה האמיתית [...] ולא היא: התוצאות המעשיות עשויות להיות קשות. גישתו של ברק עלולה להרחיב את יריעת המחלוקת ולא לצמצמה [...] אף כי הוכרה כלגיטימית, הכרחית, כפויה, מציאותה של תופעת שיקול הדעת במשפט – הרי גישה שמרחיבה את שיקול הדעת יתר על המידה – אינה רצויה".

כזהו מורנו הדגול, פרופ' ברק, שלא רק תורת משפט לימד אותנו, ואין כמותו מומחה בכל ענפי המשפט, אלא גם נטע בנו מחשבה ביקורתית. דברים שאמרת, ושעוד אומר, באים מן המקום הזה – סימני שאלה אחדים בשולי מפעלו האדיר של ברק.

אתגר הסבירות

עמותת אביב מפעילה בתל אביב מוסד חינוכי ברוח השיטה האנתרופוסופית – "בית חינוך" כינתה אותו העמותה, כך אכנה אותה גם אני. מעמדו של בית החינוך במשרד החינוך היה "מוסד מוכר שאינו רשמי". משמעות הדבר היא כי בשונה ממוסדות החינוך הממלכתיים הרשמיים לא היה בית החינוך זכאי להקצאת מבנה לצורך פעילותו; מוריו לא היו מועסקים על ידי משרד החינוך, והוא לא היה זכאי לתקציבים בהיקף דומה לאלו שלהם זכאים מוסדות החינוך הממלכתיים.

בשלב מסוים פנתה העמותה לעיריית תל אביב בבקשה להכיר בבית החינוך כמוסד ממלכתי רשמי. פנייתה סורבה, ולפיכך עתרה העמותה לבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. בעתירתה ביקשה להורות לעירייה להכיר בבית החינוך כמוסד ממלכתי-רשמי, ולהקצות לו מבנה מתאים לשם פעילותו. לטענתה, התנגדותה העקרונית של העירייה להכיר באופן רשמי בבית החינוך היא בלתי סבירה באופן קיצוני. כך במיוחד לנוכח העובדה שמשרד החינוך קבע כי שיטת החינוך האנתרופוסופית היא שיטה לגיטימית, שיש לאמצה אל תוך החינוך הרשמי. מנגד טענה העירייה כי דין העתירה להידחות. החלטתה שלא להכיר בבית החינוך כמוסד

ממלכת-רשמי נגזרת ממדיניות עקרונית, עקבית, רבת שנים, שלפיה אין להקים בתי ספר "ייחודיים" חדשים בעיר, כי אם לעודד אימוץ של גישות חינוכיות "ייחודיות" בתוך בתי הספר הממלכתיים ה"רגילים". לטענת העירייה, מדיניות זו מבוססת על שאיפתה לחזק את מוסדות החינוך הממלכתיים הקיימים, וליצור מערכת חינוך עירונית שוויונית ואינטגרטיבית. העירייה הדגישה כי היא ערה לעמדתו של משרד החינוך, אולם ציינה כי גם משרד החינוך – במסגרת עמדתו העקרונית – אינו כופה את עמדתו על הרשות המקומית, ומותר זאת לשיקול דעתה.

בית המשפט לעניינים מנהליים נעתר לעתירה, בקובעו כי התנגדותה של העירייה לבקשת העמותה אינה סבירה. וכל כך למה? משלושה טעמים: ראשית, התנגדות עקרונית, גורפת, להכרה רשמית בבתי ספר ייחודיים אינה סבירה. החשש מפני החלשת החינוך הממלכתי עשוי להיות שיקול רלוונטי בנסיבות מסוימות, אך לא כך בנסיבות העניין דנן; שנית, העירייה לא לקחה בחשבון את העובדה שהזכות לחינוך היא זכות יסוד, מעין-חוקתית; שלישית, טענת העירייה כי הכרה רשמית כרוכה בהקצאת משאבים על חשבון החינוך ה"רגיל" (מבנה, הסעות וכו') אף היא אינה מצדיקה את ההתנגדות. דווקא הכרה רשמית בבית החינוך תאפשר, כך לשיטת בית המשפט המחוזי, "חלוקה צודקת של התקציב בין כלל התלמידים".

על פסק הדין הגישה העירייה ערעור לבית המשפט העליון. לטענתה, מקום שקיימת בו מחלוקת מקצועית של ממש בקרב מומחי החינוך בשאלת יתרונותיו וחסרונותיו של החינוך ה"ייחודי" הרי שכל החלטה המתקבלת על ידי הרשות המקומית נמצאת ב"מתחם הסבירות". העירייה שבה והציגה את עמדתה שמדובר במדיניות עקרונית, עקבית, מאז שנכנס ראש העירייה לתפקידו, החלה באופן שווה על כל סוגי החינוך ה"ייחודי".

החלטנו לקבל את הערעור. בפתח פסק הדין הדגשנו כי אין אנו עוסקים בשאלת טיבו של החינוך האנתרופוסופי; גם לא בשאלה האם ראוי, כעניין של מדיניות, לשלב מוסדות חינוך בעלי אופי "ייחודי" במסגרת החינוך הממלכתי-רשמי. עניינו בשאלה משפטית: האם ישנה עילה להתערב בהחלטת העירייה שלא להכיר באופן רשמי בבית החינוך? בפסק הדין ציטטתי באריכות מן הדיון הנוקב שנערך בעניין זה במליאת מועצת העיר, שבמסגרתו עמד סגן ראש העיר על החשש מפני פיצול מערכת החינוך העירונית למערכת ציבורית "קטנה, מתרוקנת, דלה" ולמערכת פרטית "אליטיסטית". ציינתי גם את דבר המשא ומתן שהתקיים בין העמותה לבין העירייה, בשיתוף נציגים ממשרד החינוך, שבסופו נשארה העירייה איתנה בדעתה ובמדיניותה העקרונית. האם עמדת העירייה היא בהכרח הטובה ביותר בנסיבות העניין? שמא ראוי להעדיף את עניינו של הפרט, המבקש לילדיו חינוך "ייחודי", על פני עניינו של הכלל? ואולי, כפי דעתו של בית המשפט המחוזי, דווקא קליטת בית החינוך אל החינוך הרשמי תוביל לפתיחת שערי לאוכלוסייה רבה ומגוונת יותר, ובכך תקדם שוויון הזדמנויות בין ילדי

העיר? אכן, כל אלו שאלות קשות, עמוקות ומורכבות. ואולם – ההכרעה בהן מסורה לשיקול דעתה של העירייה והעומד בראשה: "לא נבוא בנעליהם, לא נמיר את שיקול דעתם-שלהם בשיקול דעתנו-שלנו".

סוף דבר: הערעור התקבל, פסק הדין של בית המשפט המחוזי בוטל, בכך תם הטיפול בתיק זה, והחל הטיפול בתיקים הרבים שאחריו. דרכו של עולם שצרות אחרונות משכיחות את הראשונות. אף על פי כן, פסק הדין הזה הוסיף להטרידני. כיצד הגענו עד הלום? הינה לפנינו עירייה המבקשת לקדם את המדיניות החינוכית העירונית הטובה והנכונה בעיניה. אין חולק כי זו סמכותה; אין חולק כי שקלה את השיקולים הרלוונטיים; אין חולק כי לא שקלה שיקולים זרים. כאמור, אין זו בהכרח העמדה הנכונה ביותר. ניתן לחלוק עליה, אך לבטח היא מתקבלת על הדעת. הגיונה בצידה. מה ראה אפוא בית המשפט המחוזי להכניס עצמו בשיקולי תקציב ומדיניות חינוכית? האם "הזכות לחינוך" ו"עקרון הפלורליזם", שעליהם נסמך בית המשפט, ואני חלילה אינני מקל בהם ראש, די בהם כדי לבטל באחת מדיניות חינוכית רבת שנים המובלת בידי מי שנבחרו באופן דמוקרטי לתפקידם? להגדירה בלתי ראויה ובלתי סבירה?

כשל הסבירות המהותית

פסק הדין של בית המשפט לעניינים מנהליים איננו "מעידה" מקרית, חד-פעמית; הוא ביטוי ל"פתולוגיה" של המשפט המנהלי. זוהי דוגמה מובהקת, אחת מגני רבות, לכשל מובנה שעילת הסבירות טומנת בחובה. ציטטתי בתחילת דבריי את הרמח"ל על דברים "שאמתתם גלויה לכל" אך "ההעלם מהם מצוי מאד והשכחה רבה". שוב ושוב אנחנו אומרים שלא נבוא בנעלי הרשות המנהלית, ולא נמיר את שיקול דעתה בשיקול דעתנו, אבל נודה על האמת שלא אחת יש בינינו העושים כן. על מנת לעמוד על שורש העניין עלינו לחזור שלושים ותשע שנה אחורה, אל פסק הדין המפורסם בעניין "דפי זהב".⁹ באותו עניין הרחיב השופט ברק את תחומי התפרשותה של עילת הסבירות וקבע כי החלטה מנהלית עשויה להיחשב בלתי סבירה – גם כאשר התקבלה בסמכות, על יסוד שיקולים ענייניים ורלוונטיים – אם לא ניתן בה "משקל ראוי" לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה. חידושו של פסק הדין בכך ש"חוסר סבירות כשלעצמו הוא עילה לפסילתו של שיקול דעת מנהלי".¹⁰ ברק נדרש למתח שבין עילת הסבירות לבין עקרון שיקול הדעת המנהלי, ומיישב אותו באמצעות "מתחם הסבירות". לאמור: שיקול הדעת המנהלי קובע חופש בחירה בין אפשרויות שונות; עקרון הסבירות קובע מתחם של אפשרויות שהן סבירות בנסיבות העניין. לרשות המנהלית נתון אפוא חופש פעולה במסגרת "מתחם הסבירות". כל עוד החלטתה אינה חורגת ממתחם זה הרי שאין עילה לפוסלה, גם אם בית המשפט סבור כי זו אינה ההחלטה הנכונה או היעילה ביותר. ברם, אם חרגה ההחלטה מ"מתחם

הסבירות", קרי – אם הייתה זו החלטה בלתי סבירה "באופן מהותי" ו"קיצוני", או אז יורה בית המשפט על פסילתה.

ברבות השנים הפכה גרסה זו של עילת הסבירות שם כולל לעקרון הסבירות, תוך טשטוש ההבחנה בינה לבין עילות הביקורת המנהלית המסורתיות – חוסר סמכות, שרירות, שיקולים זרים ועוד. לשם הנוחות אכנה את עילת הסבירות שנדונה בתיק דפי זהב "סבירות מהותית" – כינוי שדבק בה לאורך השנים.¹¹

עילת הסבירות המהותית מעוררת קשיים. אעמוד על שניים מהם.

הראשון קשור בפער המהותי שבין עילה זו כפי שנוסחה במקור, במשפט המקובל, לבין נוסחה ושימושה בעניין דפי זהב. כך, בעניין דפי זהב השופט ברק מציין כי הגישה שלפיה עילת הסבירות היא עילה עצמאית העומדת בפני עצמה היא גם הגישה המקובלת במשפט האנגלי. זאת, בהסתמך על פסק הדין המפורסם בעניין *Wednesbury* (להלן: עניין וונסברי).¹² אולם עיון באותה פרשה מלמד כי עילת הסבירות המהותית, כפי נוסחה שם, מצומצמת לאין שיעור מכפי שהיא מנוסחת בעניין דפי זהב. בעניין וונסברי נדון חוק עזר עירוני שאסר על צפייה בקולנוע בימי ראשון לצופים שגילם פחות מחמש עשרה. בית המשפט לא העניק סעד למבקשים לבטל את חוק העזר, אך אמירותיו העקרוניות הפכו להיות בסיס לעילת הסבירות המהותית.¹³ לענייננו חשוב הקטע הבא (המובא כאן בתרגום ועם הדגשות שלי; המקור מובא בהערה):

אם החלטה שנוקטת רשות בעניין שבסמכותה היא כה בלתי סבירה, עד שלא ייתכן שרשות סבירה כלשהי הייתה מקבלת החלטה כזאת אי פעם, אזי בית המשפט יכול להתערב. זו, אני חושב, הכרעה נכונה. אולם כדי להוכיח שבהחלטה כזו מדובר נדרשת טענה מוצחת, ובמקרה הזה, העובדות אינן קרובות למשהו מעין זה כלל.¹⁴

על פי הלכת וונסברי, על מנת שבית המשפט יתערב מכוח עילת הסבירות המהותית עליו לצלוח שתי משוכות משמעותיות: ראשית, מדובר בהחלטה שאין שום רשות "סבירה" או "הגיונית" שהייתה מגיעה אליה; שנית, על מנת להוכיח כי החלטה היא אכן כזו, יש צורך בנתונים "מוחצים".¹⁵ בחזרה לעניין דפי זהב. השופט ברק מסכים אומנם כי חוסר סבירות הפוסל שיקול דעת מנהלי צריך להיות "מהותי" או "קיצוני",¹⁶ אולם בפועל, הפער בין עילת הסבירות של וונסברי לעילת הסבירות של דפי זהב גדול מאוד. הרף שהוצב בעניין דפי זהב נמוך מזה שבעניין וונסברי, ובמהלך השנים נשחק עוד יותר. אכן, במונחים עמומים עסקינן – סביר, הגיוני, מהותי, קיצוני – כל אחד מאיתנו עשוי לצקת לתוכם משמעות שונה, מחמירה יותר או פחות. כך או אחרת, דומני כי נוכל להסכים על קיומו של פער, לא סמנטי, לא זניח, בין עילת הסבירות של וונסברי, לעילת הסבירות של דפי זהב.

קושי שני שעילת הסבירות המהותית מעוררת, והוא פועל יוצא של הקושי הראשון,

נעוץ בכך שהיא מסמיכה את בית המשפט להתערב בשיקול הדעת המנהלי באופן גורף, גם ביחס להיבטים לא־משפטיים של שיקול הדעת. כאמור, הסבירות המהותית מבוססת על עקרון איזון האינטרסים. בעניין דפי זה ברק מדגיש כי עיקרון זה אינו חדש עימנו, ולהוכחת דבריו הוא מביא ארבע דוגמאות שבהן בדק בית המשפט אם האיזון שערכה הרשות המנהלית בין האינטרסים השונים שיש להתחשב בהם הוא ראוי.¹⁷ אלא מאי? כל ארבעת פסקי הדין הללו דנים במצבים שבהם החלטת הרשות פגעה בזכות יסוד.¹⁸ לעומת זאת עילת הסבירות המהותית, בהתאם להלכת דפי זה, מחילה את עקרון איזון האינטרסים גם ביחס למצבים שבהם אין מדובר בהחלטה מנהלית הפוגעת בזכות יסוד. משמעות הדברים היא שכאשר בית המשפט בוחן החלטה מנהלית מעין זו, "הריהו בוחן סבירות מחוץ להקשר של נורמה משפטית, סבירות שאינה נוגעת לחוקיות האקט, אלא לתוכנו, וזאת בחריגה מן המשפט המינהלי המוכר".¹⁹ במילים אחרות, בית המשפט חורג מן התפקיד הטבעי שהוא נועד למלא, ובא בתחומה של הרשות המבצעת.

החלת עקרון איזון האינטרסים על אינטרסים שונים באשר הם, שאינם זכויות או אינטרסים משפטיים מוגנים, הולידה קושי מעשי. כיצד ממיינים אינטרסים רבים כל כך, שונים כל כך, שכולם חסרי מעמד משפטי?²⁰ מהם העקרונות, הכללים והמבחנים שהשופט מדריך עצמו באמצעותם בבקשו להתחקות אחר "האיזון הראוי" בין האינטרסים השונים? מהן אמות המידה שעל פיהן יקבע אם המשקל שנתנה הרשות המנהלית לאינטרס פלוני הוא "המשקל הראוי" בנסיבות העניין? האם השופט יכול, באמת ובתמים, להידרש לשאלת "המשקל הראוי" מבלי שישים עצמו הלכה למעשה בנעליה של הרשות המנהלית? ואם תאמרו: אין השופט שם עצמו בנעלי הרשות, שהרי נתון לה לרשות חופש הבחירה להכריע בין אפשרויות שונות הנמצאות ב"מתחם הסבירות", אף אני אשאל: כיצד משרטטים את גבולותיו של "מתחם הסבירות" בכל עניין ועניין? ומה באשר למצבים שבהם ההכרעה היא בינארית (כגון החלטות בעניין מינויים או העמדה לדין)?²¹

אכן, בהעדר תורת הפעלה סדורה וברורה לעילת הסבירות המהותית, ההליך השיפוטי עלול לאבד מן הממד האובייקטיבי המאפיין אותו. עמדה על כך מיכל שקד במאמר חשוב, זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין בעניין דפי זה (ההדגשות הוספו):²²

עקרון איזון האינטרסים הוא אפוא נוסחה, שאפשר לומר עליה שהיא מבטאת רעיון כולל לגבי מטרות המשפט בכלל, ואפשר להסכים לכך שהיא יכולה להיות מטרה של המשפט המינהלי. אולם היא אינה יכולה להוות בסיס משפטי הולם לביקורת שיפוטית על שיקול דעת הרשות המינהלית, שכן היא כוללנית ומעורפלת מדי. אם מבקשים למלא את עקרון איזון האינטרסים בתוכן משפטי, יש ליצור לשם כך תורה נוספת או תורות נוספות.

אולם, וזה העיקר: בינתיים תורה כזו אינה קיימת ותורת הסבירות חיה, ומופעלת מפעם לפעם, למרות שאין לה כללים סובסטנטיביים, כלומר אין היא נותנת בידי בית המשפט עקרונות וכללים שינחוהו וידריכוהו. התוצאה היא, שבית המשפט מכריע בשאלות שבמחלוקת על פי דעותיהם ותחושות הצדק של שופטי ההרכב. החשש הוא שדבר זה עלול להביא לוותור על כל אמות מידה משפטיות אובייקטיביות.

ובהמשך דבריה:

תורת הסבירות מעניקה לבית המשפט מידה גבוהה ככל שניתן להעלות על הדעת של סמכות ושל גמישות, ובכך היא מאפשרת יותר פיקוח שיפוטי על פעולות הממשל והמינהל. אולם, המחיר המשפטי עלול להיות גבוה מדי. כאשר בית המשפט לא יוכל לסמוך את החלטותיו על שיטה משפטית בעלת עקרונות וכללים, אלא יסמוך אותן רק על עובדות המקרה ועל דעותיהם של שופטי ההרכב, שוב לא תהיה זאת עשיית משפט. בית המשפט יחדל למלא תפקיד שיפוטי ויתחיל לתפקד כ"מועצת אנשים חכמים".²³

כידוע, לא רק מחוץ אלא גם מבית, בית המשפט העליון, היו מי שהסתייגו במהלך השנים מעילת הסבירות המהותית; ראש וראשון היה הנשיא המנוח משה לנדוי, שכבר בעניין דפי זה הביע התנגדות עקרונית לעילת הסבירות המהותית:

הסכנה העיקרית שאני רואה היא, שהמונח "סבירות" משמש תדיר כדי להגדיר קנה מידה אובייקטיבי דווקא של התנהגות [...] בדרך זו נגיע עד מהרה לבחינה עניינית של ההחלטה מחדש (de novo), כאילו מקיים בית המשפט דיון חוזר בנכונות ההחלטה [...] לדעתי, די לנו בנוסחאות [המקובלות], ואין להוסיף עליהן נוסחה חדשה בדבר מתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל – נוסחה העלולה לערב את בית המשפט בבדיקת תבונתה ויעילותה של ההחלטה המינהלית.²⁴

אליבא דלנדוי, מן הראוי להתכנס אל עילות הביקורת הקונקרטיות שנהגו בבית המשפט מימים ימימה. במאמר שכתב כתשע שנים לאחר שניתן פסק הדין בעניין דפי זה אמר כך:

תחת קנה-המידה של סבירות, שכוללניותה מדומה, אני חוזר ומציע ללכת בהליכה אינדוקטיבית בהכרעות קונקרטיות, המביאה בסופו של תהליך, ולא בתחילתו, לגיבוש עילות בעלות תוכן קונקרטי, כגון חריגה מסמכות, פרשנות מוטעית של דין חרות, שרירות, אפליה, אי-הגינות דיונית, התחשבות בגורם שאינו נוגע בעניין ואי-התחשבות בגורם הנוגע בעניין, וגם החלטה מנהלית כה מופרכת על פניה (אבסורדית) עד שיש לראות בה חריגה מסמכותה של הרשות המחליטה. שיטה זאת מיטיבה להבטיח את צמיחתה האורגנית של חקיקה שיפוטית יוצרת, כי רשימת העילות אינה סגורה, אלא היא עשויה להתפתח על סמך הניסיון השיפוטי המצטבר ממקרה למקרה.²⁵

כשני עשורים לאחר מכן השמיע נשיא אחר של בית המשפט העליון, אשר גרוניס, דברים דומים לאלו של הנשיא לנדוי (ההדגשה במקור):

חסרונה הגדול של [עילת הסבירות] בהיקפה דהיום נמצא ברמת ההפשטה הגבוהה שלה. רמת ההפשטה הגבוהה מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא מגדילה את אי הוודאות המשפטית [...] לא ניתן להתעלם מכך שהקביעה בדבר חוסר סבירות מבוססת במידה מכרעת על בחינה של התוצר הסופי, קרי, נפקותה של החלטה [...] השימוש במטפורה של משקל באשר לשיקולים אותם שקלה הרשות המוסמכת שקיבלה את החלטה משמש לעיתים, כך נראה, ככסות לאי הסכמה עם התוצאה [...] אין בכונתי לומר, כי עלינו להתעלם מעילת חוסר הסבירות או לבטלה. מה שראוי לעשות על פי השקפתי הוא להעדיף שימוש בעילות בעלות פריסה מצומצמת יחסית ושהינן יותר קונקרטיות, כמו שיקולים זרים, מטרה זרה או אפליה [...] השימוש [בעילות אלו] יקטין את המרחב של שיקול הדעת השיפוטי ויגביר את הוודאות המשפטית.²⁶

מעין הדברים הללו הוספתי גם אני, באחד העניינים שהובאו לפתחו של בית המשפט לפני שנים ספורות:

הסבירות פנים רבות לה, וגם הראוי הריהו תלוי בעיני המתבונן. מה שנראה בעיני העותרים לעיתים מזומנות כבלתי סביר במידה קיצונית, לא ראוי, והרה-אסון לשלטון החוק, נחזה בעיני המשיבים צח, זך ונקי; ובית המשפט בתווך, חותר לפרוט לפרוט את עילת הסבירות, לאמות-מידה, כדי לנמק אל-נכון את פסיקתו בנושא העתירות שעל הפרק, ועל מנת לפזר את עננת העמימות, לתרום לבהירות, ולצמצם את מרחב אי-הוודאות שבו שוכנת הסבירות, גם במבט צופה פני עתיד.

כלי העבודה העומדים לרשותנו בענייני סמכות ופרוצדורה, עניינים שבהם כוחנו ומומחיותנו עמנו, כשופטים, אינם זמינים ופחות ישימים במה שנוגע ל"סביר" ול"ראוי"; שלגביהם השקפתו של בית המשפט לא תמיד נחזית כעדיפה על דעת הבריות. מוטב אפוא לשימוש בעילת הסבירות שיעשה עם קב הַמְטִין.²⁷

אליה וקוץ בה

אכן, עיון בדברים המצוטטים – של לנדוי, של גרוניס ושלי – מגלה כי גם אנו, "השמרנים", חוששים מפני סתימת הגולל על עילת הסבירות המהותית. כך, לנדוי מציע להתכנס אל עילות ההתערבות הקונקרטיות, אך בד בבד טוען כי גם החלטה מנהלית "אבסורדית", שהיא "כה מופרכת על פניה", ראויה להתבטל. לנדוי מסווג אומנם החלטה מעין זו למשבצת של "חריגה מסמכות", כפי שנעשה במשפט המקובל, אולם בפועל נראה כי קביעה שלפיה החלטה מנהלית היא "אבסורדית" מחייבת להידרש לתבונתה של החלטה. גרוניס מבקר בחריפות את השימוש במטפורה של משקל ואיזון, המשמשת לעיתים ככסות לאי-הסכמה עם התוצאה, אולם מצהיר כי אינו מבקש לבטל את עילת הסבירות המהותית אלא רק לצמצמה לממדיה המקוריים. אני מצדיי הלכתי בעקביהם של לנדוי וגרוניס – לא שללתי לחלוטין את עילת הסבירות המהותית, אך טענתי כי מוטב לשימוש בה שיעשה בצמצום.

הגישה המסויגת ביחס לעילת הסבירות המהותית – יסודה בהתלבטות: מחד גיסא, שיקולים כבדי משקל (שעליהם עמדתי לעיל בדבריי על פרשנות) – בכלל זה עקרון הפרדת הרשויות, אופיו האובייקטיבי של מעשה השפיטה וודאות משפטית – מצדיקים לדבוק בעילות ההתערבות המוכרות במשפט המנהלי מימים ימימה. עילות אלו מתמקדות כאמור בשאלת הסמכות ובשאלת תקינותו של ההליך המנהלי, שאלות שההכרעה לגביהן היא הכרעה משפטית מובהקת, ובהן נתון לבית המשפט הכשר דמוקרטי²⁸ והכרה במומחיותו. עילות אלו אינן מבוססות על בחינת "משקלים" ו"איזונים", מונחים עמומים המכוונים במידה רבה כלפי תבונתה של ההחלטה המנהלית.

מאידך גיסא, ניסיון החיים השיפוטי מלמד כי לעיתים "עילת סל", דוגמת הסבירות המהותית, היא כלי חיוני בידו של בית המשפט להושיט סעד במקום שבו מתקבל מנסיבות העניין בכללותן רושם חזק כי נפל פגם בפעולת הרשות, כגון אי שקילת שיקולים רלוונטיים או הכרעה על פי שיקול זר, אלא שלא ניתן להוכיח זאת.²⁹ כידוע, הליך בג"צ נשען על תצהיריהם של הצדדים. הוא אינו מתאים לבירור מחלוקות עובדתיות, או לבחינת מהימנותם של מגישי התצהירים. במקרים מעין אלו, כלשונו של קרצ'מר, "עילת הסבירות משמשת לפעמים מסווה להחלטה המטילה ספק בדבר כשרותם של שיקולי הרשות, או ליתר דיוק, שהיא מאפשרת לבית המשפט לתת ביטוי לתחושתו החזקה שהשיקול האמיתי בהחלטת הרשות היה שיקול זר".³⁰

כזה היה מצב הדברים לכאורה בבג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים.³¹ באותו עניין נדונה החלטת מנכ"ל משרד הפנים שלא לאשר תוכנית להקמת איצטדיון כדורגל בירושלים. שנים רבות הייתה הקמת איצטדיון בירושלים שנויה במחלוקת, כאשר המתנגדים החריפים ביותר להקמתו היו חוגים חרדיים, שהתנגדותם הייתה אידאולוגית-עקרונית. בוועדות התכנון גברה ידם של התומכים בהקמת האיצטדיון, אולם מאחר שהדבר היה כרוך בשינוי תוכנית מתאר מקומית הייתה החלטת הוועדה המחוזית טעונה אישור של שר הפנים. מנכ"ל משרד הפנים, שאליו הואצלו סמכויות השר, השתייך לחוגים החרדיים שהתנגדו להקמת האיצטדיון. הוא סירב לאשר את החלטת הוועדה, ונימק את סירובו, בין היתר, בצורך בתכנון כולל של האזור לפני שיאושר מתקן בגודל של איצטדיון. בית המשפט העליון לא שלל שיקול זה, גם לא קבע כי שיקול זר עמד ביסוד החלטתו של המנכ"ל. יחד עם זאת, בית המשפט פסל את ההחלטה מכוח עילת הסבירות המהותית, ונימק כך:

בעניין שלפנינו [...] השיקול שנעשה נעשה, לדעתי, באופן בלתי סביר בנסיבות העניין. גם אם תמצי לומר, כי קיימת עדיפות כלשהי לתכנון תכנית מיתאר כוללת... הרי ודאי שעדיפות זו אינה כה מכרעת עד שיינתן לה הכוח להביא לידי דחייה כה ארוכה בביצוע התכנית הנדונה... אם תכנית האיצטדיון תצטרך להמתין עד לבדיקת כל התכניות בתכנית רבת המימדים – מתי, אם בכלל, יקום האיצטדיון? [...] הדרישה לתכנית הכוללת הגדולה

לוקה כאמור בחוסר סבירות. רצון העירייה והצורך בבניית איצטדיון לעיר ירושלים, הטיפול והתכנון הממושך בתכנית זו – לא ניתן להם משקל ראוי, בעוד שלדרישה של הכנת תכנית כוללת ניתן משקל מעל ומעבר לראוי ולנדרש.³²

נימוקו של בית המשפט אינו משכנע כל כך, ומדגים היטב את הקושי הגלום בעילת הסבירות המהותית. אם אומנם קיימת עדיפות לתכנון תוכנית מתאר כוללת, כפי שטען מנכ"ל משרד הפנים, מדוע אין היא יכולה להביא לדחיית הקמת האיצטדיון? ודוק: גם אם מבחינה מקצועית יכול היה המנכ"ל להגיע בנסיבות העניין להחלטה אחרת, טובה יותר, האם ניתן לומר כי החלטתו בלתי סבירה "באופן קיצוני"? הלכה למעשה, הרושם המתקבל הוא כי מבחן הסבירות המהותית שימש את בית המשפט לפסול החלטה "חשודה", שעל פניו לוקה בשיקולים זרים – שיקולים שלא הוכחו בבית המשפט, אך זעקו מנסיבות העניין.

הנה כי כן, יתרון מובהק של עילת הסבירות המהותית יכול לבוא לידי ביטוי במצבים שבהם יבקש בית המשפט להתגבר על קשיי הוכחה ביחס לעילות הביקורת הקונקרטיות – הן כאשר נטען כי לא נשקלו שיקולים רלוונטיים, הן כאשר נטען כי נשקלו שיקולים זרים.

דא עקא, אליה וקוץ בה. 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. בפועל, כפי שמלמדים אותנו פסקי דין רבים שניתנו במהלך השנים, השימוש בעילת הסבירות המהותית חרג הרבה מעבר למצבים של קשיי הוכחה, ושימש את בית המשפט בשורה של הכרעות בעלות אופי ערכי-נורמטיבי, או כאלו הכרוכות בשיקולי מדיניות: קביעת נורמות אתיות שהרשות המבצעת כפופה להן; חיוב הרשות המבצעת לבצע פעולות שנודעות להן השלכות תקציביות משמעותיות; ביקורת על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, וכיוצא באלו סוגיות ציבוריות-ערכיות.³³ חלקן עורר עניין, שלא לומר "סערה", וזכה לדיון נרחב; חלקן עבר בשקט יחסי, מחמת "חוסר עניין לציבור".

על רקע הדברים הללו, מתחדדת כמדומני נקודת התורפה של הגישה המסויגת שאותה הציגו לנדוי וגרוניס, ואני בעקבותיהם. "על הנייר" יש אולי היגיון בקביעה כי השימוש בעילת הסבירות המהותית צריך להצטמצם רק למקרים "קיצוניים", לאחר ש"מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר" (כלשונו של גרוניס). בפועל, נראה כי אין שום דרך מעשית להציב גבול לשימוש שיעשה בעילת הסבירות המהותית. משעה שהוכשר השימוש בעילת הסבירות המהותית שוב אין יכולת אפקטיבית להגביל את היקפה. פתחנו פתח כחודו של מחט, והוא נרחב והיה לפתחו של אולם. אכן, בהעדר תוכן ממשי שינחה את בית המשפט במלאכתו, שוב לא נותר לכאורה דבר מלבד "דעותיהם ותחושות הצדק של שופטי ההרכב" (כלשונו של מ' שקד). השימוש ברטוריקה מרסנת של חוסר סבירות "מהותי" או "קיצוני", "מתחם

סבירות" וכיוצא באלו מונחים עמומים, אינו משנה את העובדה הפשוטה שבמבחן התוצאה עילת הסבירות המהותית היא כחומר ביד השופט היוצר – ברצותו מרחיב, ברצותו מקצר.³⁴

מול פקידיים, לא מול נבחרים

האם אין מנוס אלא "לבחור צד"? לאמץ את עילת הסבירות המהותית, כמות שהיא, חרף ה"מחיר" שהיא גובה בהרחבה יתרה של שיקול הדעת השיפוטי? או שמא יש לדחותה, על אף מעלות מסוימות הגלומות בה, ולשלם "מחיר" באותם מצבים שבהם קצרה ידן של עילות הביקורת הקונקרטיות מלהושיע? ואולי אין צורך בהכרעה חדה, חותכת? שמא ניתן לגבש תורת הפעלה ברורה יותר לעילת הסבירות המהותית? עקרונות וכללים שינחו את בית המשפט בבואו לדון בעילה זו?

אני מאמין כי הפתרון לקשיים שמציבה לפתחנו עילת הסבירות המהותית איננו בביטולה. אך גם הותרתה על כנה, במתכונתה הנוכחית, אינה מניחה את הדעת. הפתרון עשוי להימצא, לעניות דעתי, בהבחנה בין דרג נבחר לדרג מקצועי. כלפי מה הדברים אמורים?

החלטות המתקבלות על ידי דרג נבחר – ממשלה, שרים, ראשי רשויות³⁵ – הן על פי רוב החלטות המשקפות תפיסת עולם; תפיסת עולם ערכית, תפיסת עולם מקצועית. לעיתים ההחלטות עוסקות בסוגיה נקודתית, לרוב ענייני 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 יכתיב 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. היא פוגעת בגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות. נעדרים ממנה שני היסודות שעליהם עמדתי לעיל: מומחיות והכשר דמוקרטי. גם הניסיון בשטח מלמד כי הביקורת נגד השימוש בעילת הסבירות המהותית מופנית בעיקרו של דבר כלפי אותם מצבים שבהם בית המשפט מתערב בשיקול דעתו של דרג נבחר.

שונים הם פני הדברים ביחס להחלטות המתקבלות על ידי דרג מקצועי. בדברי על החלטות הדרג המקצועי, כוונתי למה שאנחנו מכירים בתור "בירוקרטיה" – מכרזים, היתרים, רישיונות, אישורים וכיוצא באלו הליכים מנהליים המתישים כוחו של אדם. הצד השווה בהחלטות אלו הוא שרובן ככולן החלטות נקודתיות, ועניינן יישום מדיניות, להבדיל מהתוויית מדיניות. במצבים מעין אלו ישנה הצדקה רבה יותר לשימוש בעילת הסבירות המהותית. אומנם כן, בדומה להחלטות של דרג נבחר, גם ביחס להחלטות של דרג מקצועי נעדר לבית המשפט יסוד המומחיות. יחד עם זאת,

מצד ההכשר הדמוקרטי, התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתו של פקיד מקצועי שאינו נבחר היא צעד לגיטימי יותר. פגיעתה הפוטנציאלית בעקרון הפרדת הרשויות מתונה הרבה יותר.

זאת ועוד. דווקא אופיין הבירוקרטי של החלטות הדרג המקצועי עשוי להצדיק שימוש בעילת הסבירות המהותית. במערכת היחסים שבין "האזרח הקטן" לבין "המערכת" אנו מעוניינים לאפשר לבית המשפט מרחב תמרון גדול יותר בעת שהוא נדרש לבקר את החלטת הרשות המנהלית. תנו דעתכם: אדם שאינו מרוצה מהחלטת הדרג הנבחר יכול להביע את מחאתו בקלפי; גם "פוסט" או "ציוץ" הם אפשרות זמינה ולגיטימית "להפעיל לחץ" על הגורם הפוליטי הרלוונטי. לעומת זאת, את הפקיד המקצועי – שבכוחו להשפיע באופן מהותי על היבטים שונים של אורחות חיינו – לא האזרח בוחר, קרוב לוודאי שגם לא השר הממונה. כהונתו אינה קצובה בזמן, לרוב ייחנה מקביעות. אלמלא ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטותיו עלול האזרח למצוא עצמו עומד לפני שוקת שבורה. ודוק: עילת הסבירות המהותית בצמצומה עומדת. העדר מומחיות; חזקת התקינות המנהלית; מיצוי עילות הביקורת המסורתיות – כל אלו מחייבים כי בית המשפט לא יפנה אל הסבירות המהותית אלא כאשר כלו כל הקיצין. הסבירות המהותית אינה "פתרון קסם"; מכל מקום בכוחה לתת מענה באותם מצבים שאינם באים במובהק בגדרן של אחת העילות המסורתיות, אך מכלול נסיבות העניין מצדיק התערבות בשיקול הדעת. כך הוא במצב של קושי להוכיח אחת מן העילות המסורתיות; כך גם במצב שבו התרשם בית המשפט כי החלטת הרשות המנהלית לא התאפיינה ב"ראש גדול" או בחריצות יתר.

צמצומה של עילת הסבירות המהותית והחלתה רק ביחס להחלטות של דרג מקצועי, להבדיל מדרג נבחר, עשויה להישמע אולי מרחיקת לכת. שלטון החוק ברשויות השלטון מה יהא עלי? אנסה להפיג מעט את החשש: הביקורת השיפוטית על החלטות הדרג הנבחר שרירה וקיימת. צמצומה של עילת הסבירות המהותית איננו מבטל את עילות הביקורת המסורתיות העומדות לרשותו של בית המשפט. מבין העילות הללו ראוי לייחד מילים מספר לעילת המידתיות, שמכוחה בית המשפט מבקר החלטות מנהליות הפוגעות בחירויות יסוד של הפרט. היא חשובה לענייננו, שכן טמון בה פוטנציאל רב למלא את חסרונה של עילת הסבירות המהותית בכל הקשור לביקורת שיפוטית על החלטות הדרג הנבחר.

בשנת 1991 פרסם זאב סגל מאמר על עילת העדר היחסיות במשפט המנהלי, ובו ביקש "לצקת תוכן קונקרטי למושג אי-הסבירות, על ידי קביעת מושג מוגדר של העדר יחסיות בין המטרה שעמדה לנגד עיני הרשות לבין האמצעי שהיא נקטה בו. עקרון זה, אשר לאורו יבחן בג'צ את מעשה הרשות, יכול להמיר, במקרים רבים, את עילת אי-הסבירות".³⁶ כמעט 30 שנה לאחר שנכתבו הדברים הללו, ועל יסוד ניסיון רב שהצטבר, דומני כי עילת העדר היחסיות – המוכרת כיום במחוזותינו

כעילת המידתיות – אכן כשרה וכשירה, במקרים רבים, לתפוס את מקומה של עילת הסבירות המהותית.

שלושה יתרונות טמונים בה, בעילת המידתיות: ראשית, היא מחזירה את בית המשפט ל"מגרשו הביתי", לדון בנורמות משפטיות, עניינים שביחס אליהם מומחיותו עימו. שנית, ביקורת שיפוטית על רשויות המנהל לשם הגנה על חירויות היסוד של הפרט היא הביקורת השיפוטית ה"קלאסית". זהו הביטוי המובהק ביותר לתפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית. שימוש בעילת המידתיות, חלף "בריחה" אל מחוזותיה העמומים (והנעימים) של הסבירות המהותית, יזכה אפוא למידה רבה יותר של הכשר דמוקרטי³⁷; שלישית, בניגוד לעילת הסבירות המהותית, עילת המידתיות נהנית מיתרון מתודולוגי. מזה חצי יובל עילת המידתיות זוכה לדיון ענף – הן במשפט החוקתי, הן במשפט המנהלי; עבודה רבה נעשתה באשר לפיתוחה והמשגתה. במובן זה עילת המידתיות מספקת מענה לחיסרון משמעותי המאפיין את עילת הסבירות המהותית – הבניית שיקול הדעת.

ולא שאני סבור כי עילת המידתיות חפה מפגמים. ישנם כאלו. לעתיד לבוא, בהודמנות המתאימה, יש מקום להרחיב את הדיבור על אודות הכשל הטמון בהגדרה הרחבה – רחבה מדי – של הזכות החוקתית והפגיעה בה; על השחיקה בתפקידים ובמעמדם של מבחן הקשר הרציונלי ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; לדון במשקל הלא-מידתי שניתן למבחן המידתיות במובן הצר (שאינו אלא גרסה נוספת של עילת הסבירות המהותית). עוד חזון למועד. בינתיים נסתפק בדברים הללו – פרשנות, סבירות וקורטוב של מידתיות. כולם מזמנים אתגרים משמעותיים, ומחייבים אותנו להרחיב ולהעמיק את הדיון החשוב על אודות גבולותיו הראויים של שיקול הדעת השיפוטי.

-
1. אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי, תל אביב: פפירוס, 1987.
 2. הנ"ל, שופט בחברה דמוקרטית, חיפה: אוניברסיטת חיפה, 2004.
 3. נעם סולברג, "שמרו משפט ועשו צדקה", דין ודברים ח (תשע"ד), עמ' 13.
 4. אהרן ברק, פרשנות במשפט ב, ירושלים: נבו, 1992, עמ' 204-205. ההדגשות שלי.
 5. שם, א, עמ' 380.
 6. עניין אלקה, עמ' 796.
 7. אהרן ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון", הפרקליט לו (1985), עמ' 165.
 8. דג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית, פסקה 15, לחוות דעתי.
 9. בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980); להלן: עניין דפי זהב.
 10. עניין דפי זהב, עמ' 437.
 11. אהרן ברק, מידתיות במשפט, ירושלים: נבו, 2010, עמ' 460.
 12. Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation [1948] 1 K.B. 223, Court of Appeal.
 13. ראו מרגית כהן, "עילת אי הסבירות המשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות", בתוך אהרן ברק ואחרים (עורכים), ספר אור, ירושלים: נבו, 2013, עמ' 773, 780.
 14. עניין וונסברי, עמ' 230: "If a decision on a competent matter is so unreasonable that

27. בג"ץ 43/16 אומ"ץ נ' ממשלת ישראל, פסקה 15, לחוות דעתי.
28. המונח "הכשר דמוקרטי" שאוב ממאמרו של ברק מדינה, "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי", **משפט וממשל** יז (התשע"ז), עמ' 63, 65.
29. ברק-ארו, עמ' 726.
30. קרצ'מר, עמ' 141.
31. תמצית העובדות וההכרעה המובאות להלן מבוססות על מאמרו של קרצ'מר.
32. בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, עמ' 545.
33. ראו סקירה אצל ברק-ארו, עמ' 736-757.
34. שם, עמ' 764.
35. שאלה לעצמה היא מה מעמדם של פקידים מקצועיים בכירים הממונים על ידי הממשלה. בין אלו ניתן למנות את היועץ המשפטי לממשלה, נגיד בנק ישראל, ראש רשות התחרות ועוד. מחד גיסא הריהם דרג מקצועי, מאידך גיסא החלטותיהם דומות במידה רבה להחלטות של דרג נבחר.
36. זאב סגל, "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי", **הפרקליט לט** (1991), עמ' 507, 528.
37. עוד על ה"בריחה" אל מחוות הסבירות המהותית ראו מיכל לופט, "חבר'ה, קצת הגזמתם, לא?" – לאן נעלמה הביקורת השיפוטית של בתי המשפט הישראליים על מעשי המנהל", **המשפט ברשת: זכויות אדם**, מבוק הארות פסיקה 29 (2014), עמ' 25.
- no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere. That, I think, is quite right; But to prove a case of that kind would require something overwhelming, and, in this case, the facts do not come anywhere near anything of that kind"
15. כך על פי תרגום מילון אוקספורד למילה overwhelming.
16. עניין דפי זהב, עמ' 437.
17. שם, עמ' 445-446.
18. דוד קרצ'מר, "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה", **פלילים** ה(2) (התשנ"ז), עמ' 121, 143 בה"ש 80 (להלן: קרצ'מר).
19. מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", **משפטים** יב (1982), עמ' 102, 119 (להלן: שקד).
20. שם, עמ' 120.
21. דפנה ברק-ארו, **משפט מנהלי**, כרך ב, תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2010, עמ' 764 (להלן: ברק-ארו).
22. שקד, עמ' 121.
23. שם, עמ' 126.
24. עניין דפי זהב, עמ' 432.
25. משה לגדוי, "על שפיטות וסבירות בדן המנהלי", **עיוני משפט** יד(1) (1989), עמ' 5, 13.
26. בג"ץ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה, פסקה 9 ופסקה 11, לחוות דעתו של הנשיא גרוניס.