



22.06.2023

נייר עמדה – לועדת החוקה חוק ומשפט

הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)

התנועה למשילות ודמוקרטיה פועלת למען חיזוק המשילות והדמוקרטיה ומתן כלים ואפשרויות לנבחרי הציבור לקדם את המדיניות בשמה נבחרו, באופן המשקף את רצון בוחריהם: העם במדינת ישראל. במסגרת זו, פועלת התנועה מזה שנים לקיומו של דיון ציבורי ער, בין היתר, בהשלכות עילת הסבירות וקידומה של הצעת החוק שבכותרת, וזאת על רקע הטעמים שיובאו בנייר עמדה זה.

מפתח עניינים:

- א. עיקרי המלצות התנועה למשילות ודמוקרטיה
- ב. עקרונות יסוד
- ג. עילת הסבירות – רקע
- ד. הרחבת עילת הסבירות במשפט הישראלי ותוצאותיה
- ה. הצעת החוק
- ו. סיכום

א. עיקרי המלצות התנועה למשילות ודמוקרטיה

1. התנועה למשילות ודמוקרטיה תומכת בצמצום השימוש השיפוטי בעילת הסבירות ובפרט בכל הנוגע להתערבות בסבירות החלטות הממשלה ושריה, מהסיבות המפורטות להלן. במובן זה תומכת התנועה בנוסח המוצע.
2. לעמדת התנועה, וכפי שיפורט, יש להרחיב את הצעת החוק באופן שלא תתבצע ביקורת שיפוטית על סבירות החלטותם של עובדי ציבור בכירים, הממונים כמינוי אישי של השר, או על החלטה שהתקבלה במשותף על ידי צוות או וועדה אשר השר או עובד הציבור הממונה על ידו עומד בראשם.
3. יש לחדד כי מניעת הביקורת על סבירות ההחלטה, המתוארת בסעיף הקודם, אינה כוללת ביקורת על סבירות הליך קבלת ההחלטה, ככל וההליך בוצע באופן שאינו תקין – כגון ללא שמיעת הצדדים הרלבנטיים לנושא ההחלטה, היעדר זמן מתאים להתנגדויות וכד', לפי העניין.

ב. עקרונות יסוד

4. בסיס השיטה הדמוקרטית הינו שלטון העם באמצעות נציגיו, כאשר הכרעות מתקבלות באמצעות רוב. משכך, תפיסות, עמדות וערכים המשותפים למרבית הפרטים בחברה מבוטאות באמצעות הרשות המחוקקת לכדי נורמות תקפות ומחייבות.

הרשות המבצעת הנבחרת, קרי, ממשלה, שרים וראשי רשויות (להלן: "הדרג הנבחר") פועלת באמצעות אותן הנורמות למימוש מדיניות אשר לשמה קיבלה את אמון מרבית הציבור בקלפי. בד בבד, לדרג הנבחר שיקול דעת רחב הנובע מהאמון אותו קיבל מהציבור לשם התווית מדיניות, קביעת סדרי עדיפויות ואיזון בין אינטרסים שונים הן בקבלת החלטות והן באופן מימושו.

לדרג הנבחר הסמכות והאחריות (accountability) כלפי הריבון, הוא הציבור. התוויות מדיניות, התנהלותו, משמעות החלטותיו ואופן מימושו נהנות מהכשר דמוקרטית ועומדות



למבחן הציבור באופן קונסיסטנטי, גלוי ושקוף לאור השמש המחטא. בידי הציבור הכוח לבקר את נבחריו, להפעיל עליהם לחץ ולהחליף את נבחריו אחת לתקופה קצובה בקלפי.

בהליך קבלת ההחלטות על ידי נבחר ציבור, נקודת המוצא הינה כי כל החלטה מכוונת לתוך "מתחם הסבירות" במובן זה שנבחר הציבור מכוון לתוצאה הנחשבת למקובלת או אפילו רצויה על ידי חלקים גדולים ככל האפשר של הציבור, ולכל הפחות, אינו פועל באופן שנתפס כלא רציונאלי ובלתי מתקבל על הדעת על ידי הציבור. מעבר לאמור לעיל, הבחינה האם החלטה של נבחר ציבור הינה "סבירה" – היינו נמצאת בתוך מתחם שהרוב הגדול של הפרטים הכשירים בחברה מסוגלים לקבל כרציונאלי ומקובל – נעשית באופן שוטף על ידי הציבור אשר בוחר את נבחר הציבור.

5. לא כך הדברים אשר **לדרג המקצועי**, קרי, הפקידות הבירוקרטית. בבחינת מערכת היחסים בין הפרט / האזרח לבין הדרג המקצועי, שאיננו נבחר ולרב נהנה מקביעות, ובכוח החלטותיו יש כדי להשפיע באופן מהותי על היבטים שונים ורבים בחיי "האזרח הקטן", ונוכח העובדה כי הדרג המקצועי אינו חב בדין וחשבון ואחריותיות כלפי הציבור וכי החלטותיו אינן חשופות בהכרח לאור השמש, כל אלה גם יחד מעמידים את האזרח הקטן בחשיפה מוגברת לפגיעה בזכויותיו ולשרירותיות.

6. תפקידו ואפיונו של **המשפט** בחברה דמוקרטית הוא להוות מערכת נורמות (שגובשו לכדי נורמות מחייבות בחקיקה) ברורה, בעלת וודאות וקוהרנטיות המיושמת במקרים קונקרטיים.

תפקידו של השופט הינו לזהות וליישם באופן אובייקטיבי את הנורמה הרלוונטית, **כפי שהגדירה המחוקק**, על המקרה הקונקרטי וזאת במנותק מערכיו ותפיסתו הסובייקטיבית. על שיקול הדעת השיפוטי ופרשנות הדין להיעשות בצניעות ובהלימה לתכלית הסובייקטיבית של המחוקק שזכתה לרוב 'אצבעות' בשלוש קריאות בכנסת. שאם לא כן, מבטל השופט דה פקטו את עקרון הפרדת הרשויות ו'חוצה את הקווים' בשמשו כמחוקק בפועל.

מסכם זאת היטב הנשיא בדימוס אהרון ברק במילותיו הוא, על חשיבות הפרשנות השיפוטית בעמידה על כוונת המחוקק¹:

ראשית, היא משקפת הגיון 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 שיוניית של החוק.

(ההדגשות אינו במקור, י.ב.)

¹ אהרון ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון", הפרקליט לו (1985), עמ' 165.



ג. עילת הסבירות - רקע:

7. עילת (חוסר) הסבירות, אשר הינה פרי פסיקה ואינה מעוגנת בחקיקה, עניינה בהחלטה ו/או מעשה מנהלי המתבצע על פי חוק, ברשות ובסמכות - אולם תוצאתה כה בלתי סבירה וקיצונית
8. **"עד שלא ייתכן שרשות סבירה כלשהי הייתה מקבלת החלטה שכזו אי פעם"** (בית המשפט האנגלי בפס"ד **Wednesbury**, 1947, אנגליה). בפסק הדין התווה בית המשפט הבריטי שני תנאים מצטברים לשימוש בעילת הסבירות:
- א. ההחלטה שהתקבלה כה קיצונית ומופרכת שאין כל רשות סבירה והגיונית שהייתה מקבלת את ההחלטה.
- ב. דרישה לראיות ונתונים וודאיים ומוחצים שיתמכו בכך.
9. עד לשנות השמונים של המאה ה-20 נהג בית המשפט - ביורשו את שיטת המשפט המקובל, המנדטורי בריטי – באיפוק ובריסון עצמי מתבקש, ונמנע מלהתערב בהחלטות מנהליות על בסיס עילת הסבירות לבדה וראה בה בעיקר כחלק אינהרנטי מעילת חוסר הסמכות. הטעם לכך טמון בתפיסתו (דאז) של בית המשפט כי הוא אינו אמור להחליף את שיקול הדעת של הדרג הנבחר / הרשות המנהלית בשיקול דעתו שלו.

ד. הרחבת עילת הסבירות במשפט הישראלי ותוצאותיה

10. בפסק דין דפי זהב² תוך הסתמכות יצירתית, בלשון המעטה, על פסק דין **Wednesbury**, הרחיב הנשיא בדימוס ברק (למורת רוחו של הנשיא בדימוס לנדוי) את יריעותיה של עילת הסבירות וביססה כעילה עצמאית ויחידה. במסגרת זו קבע כי אף אם ההחלטה המנהלית התקבלה בסמכות, על יסוד שיקולים ענייניים ורלוונטיים, הרי שתיפסל בשל 'אי סבירות מהותית' ככל ולא ניתן בה "משקל ראוי" לשיקולים ואינטרסים שונים שהונחו על שולחן הרשות המנהלית.

וכך התריעה מבעוד מועד בפסק הדין דפי זהב הנשיא בדימוס משה לנדוי:

*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 ועילותה של ההחלטה המינהלית.***

(ההדגשות אינן במקור, י.ב.)

11. מן הכתוב עולה כי חששו המרכזי של השופט לנדוי הינו חריגה מסמכות ודווקא **מצידו של בית המשפט שאינו מוסמך לבחון את תבונתה או יעילותה של ההחלטה**. במילים אחרות, ולעניינו בהתאמה, בית המשפט אינו מוסמך להחליף את הדרג הנבחר ולהכפיף את שיקול דעתו תחתיו מאחר ואין באמתחתו כל עדיפות או יתרון ערכי על שלוחיו של הריבון.

² בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980)



ברוח זו, כתב כבי' השופט סולברג על משמעות הרחבת עילת הסבירות בהתייחסו לעניין דפי זהב³:

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 זהב 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. אלא מאי? כל ארבעת פסקי הדין הללו דנים במצבים שבהם החלטת הרשות פגעה בזכות יסוד. לעומת זאת עילת הסבירות המהותית, בהתאם להלכת דפי זהב, 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. במילים אחרות, בית המשפט חורג מן התפקיד הטבעי שהוא נועד למלא, ובא בתחומה של הרשות המבצעת.

(ההדגשות אינן במקור, י.ב.)

12. למעלה מדבריו הנכוחים של כבי' השופט סולברג, יצוין כי השימוש בעילת הסבירות המהותית בתצורתה הנוכחית, במציאות בה בית המשפט 'בורא' יש מאין במסלול עוקף ציבור ונציגיו, זכויות יסוד לפי ראות עיניו (לדוגמא הזכות לשידור ציבורי) מחריף באופן קיצוני את ההתנגשות החזיתית עם עקרונות היסוד - עקרון הפרדת הרשויות, האובייקטיביות, הניטרליות והוודאות המשפטית.

בפסק דינו של הנשיא בדימוס גרוניס בעניין אמונה⁴ מפרט היטב גרוניס את החסרונות עילת הסבירות:

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 בכוונתי 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.

(ההדגשות אינן במקור, י.ב.)

³ נעם סולברג, 'על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים', גליון 18 'השילוח'.
⁴ בג"ץ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה

13. ניתן להבחין כי השימוש הנוכחי המבצע בית המשפט בעילת הסבירות עוקף למעשה את שיקול הדעת של נבחר הציבור, ושל הציבור עצמו, **תוך התיימרות לקבוע מתחם נורמטיבי הנכפה על הציבור "הר כגיגית" ומוציא מתוכו את החלקים בציבור אותם התיימר נבחר הציבור שהחלטתו נפסלה בשל "חוסר סבירות".**

14. מאחר ותיאורה הבסיסי של עילת הסבירות הינו מאין "סקר" דעות – מעשה שאף רשות סבירה לא הייתה שוקלת לבצע – הרי שאין כל מקור ידע אובייקטיבי שמעמיד את דעתו של השופט בנוגע למתחם הסבירות מעל דעתו של כל אדם אחר בציבור. **לבית המשפט אין למעשה כל יתרון בהערכת מתחם הסבירות אותו מקבל האזרח הישראלי**, על פני נבחר הציבור שתפקידם העיקרי הוא להעריך את מתחם עמדותיהם ודעותיהם של מצביעיהם.

15. הדוגמאות הבולטות ביותר לדריסת שיקול הדעת של הממשלה תוך שימוש בעילת הסבירות הינן מתחום המינויים. כך למשל קבע בית המשפט כי החלטת ראש הממשלה שלא לפטר את השר אריה דרעי מתפקידו לאחר שהוגש כנגדו כתב אישום אינה סבירה⁵. העובדה שחלקים משמעותיים ביותר בציבור הישראלי בחרו שוב ושוב בדרעי - באופן שאינו מותיר ספק כי ההחלטה למנותו לשר, או לא לפטרו, אינה נמצאת רק בשולי השוליים של הציבוריות הישראלית - לא גרמה לבית המשפט לשקול מחדש את "מתחם הסבירות" שיצר. תחת הכותרת של עילת הסבירות התערב בית המשפט גם באופן הקצאת המשאבים ותכנון ההגנה על תושבי הדרום על ידי שר הביטחון⁶, וכן קבע כי איסור על כניסת משפחות ערביות מרצועת עזה לישראל לצורך השתתפות בטקס יום הזיכרון האלטרנטיבי אינה סבירה⁷.

16. ניתן להבחין כי בכל הדוגמאות שניתנו לעיל, ניתן להתווכח על איכות ההחלטה, ערכיותה או תועלתה, אולם קשה לטעון בכפיים נקיות כי מדובר בהחלטה שלא ניתן כלל לשאת או לקבל, ושאר רשות סבירה לא הייתה יכולה לקבלה. **המשמעות של השימוש בעילת הסבירות על ידי בית המשפט היא למעשה צמצום הפעולה השלטונית, ובכך מתחם הבחירה והשלטון העצמי של האזרחים, לתוך מתחם שרירותי שמגדיר בית המשפט.**

17. כתוצאה משימוש מופרז ובלתי מרוסן בעילת הסבירות, מתרחשת פגיעה בפעולתה של הרשות המבצעת, כתוצאה מניתוק יכולת הדרג הנבחר לממש את מדיניותו, גרירתו לבית המשפט לעיון חוזר בכל החלטה שהיא, גם כאשר אין כל טענה ממשית בדבר היעדר חוקיות, ובאפקט מצנן המשתק את יכולתו של הדרג הנבחר להתוות ולממש מדיניות תוך ניסיון 'לקלוע' למה סביר או לא סביר בעיני השופט התורן.

18. בין מבקרי עילת הסבירות במתכונתה הנוכחית, לצד נשיאי ושופטי בית המשפט העליון לעיל, נמנים מומחים ומלומדים רבים ומגוונים כגון: פרופ' אמנון רייכמן, פרופ' יואב דותן, פרופ' רות גביון המנוחה, פרופ' דניאל פרידמן ועוד.

ה. הצעת החוק

19. התיקון המוצע קובע כי לא ניתן צו כנגד החלטת הממשלה או שר משריה בעניין סבירות החלטתם. במובן זה מתקנת הצעת החוק את המצב הנוכחי, ומעניקה הגנה לשיקול דעת הממשלה, תוך השארתה כפופה להוראות החוק והמשפט המנהלי.

⁵ בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, מז(5) 404 (1993)

⁶ בג"ץ 8397/06 אדוארדו ווסר, עו"ד נ' שר הביטחון ואחרים (2007)

⁷ בג"ץ 2964/18 חוג ההורים – פורום המשפחות ואחרים נ' שר הביטחון ואחרים (2018)



20. על אף האמור, לאור העובדה כי לעיתים לא רחוקות מקבל שיקול הדעת של שרי הממשלה ביטוי באמצעות החלטות אשר מקבלים גורמים שונים הממונים על ידם, לרבות באמצעות וועדות הכוללות מספר גורמים שונים. לאור האמור, מוצע להוסיף לאחר המילים "הממשלה,

ראש הממשלה, שר משריה..." את המילים: "ממונה במינוי אישי הנתון לאחריותם או כל מי הפועל מטעמם".

ו. סיכום:

21. הרחבת עילת הסבירות אשר נעשתה ללא כל מקור חוקי במדינת ישראל, גורמת לפגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות, לפגיעה חמורה בתפקוד הדרג הנבחר, בוודאות המשפטית ובאובייקטיביות ובניטרליות השיפוטית.

22. עילת הסבירות העמומה הפכה לכר הפורה והנוח ביותר בידי בית המשפט להכפפת שיקול הדעת של הממשלה לשיקול דעת בית המשפט, תוך שהוא משליט בפטיש הפרשנות את ערכיו הסובייקטיביים תוך ביטול החלטות, מדיניות ומינויים של גורמים ודרגים נבחרים – שלוחיו של הריבון במדינת ישראל.

23. הפרדת הרשויות מונעת את ריכוזו היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, ובכך מבטיחה את הדמוקרטיה ושומרת על חירותם של הפרט ושל הכלל. דריסת עיקרון הפרדת הרשויות ע"י עילת הסבירות עשויה להיחשב פגיעה במנהל התקין, בשלטון החוק ובדמוקרטיה.

24. בהפעלתו את הביקורת השיפוטית על המעשה המנהלי עומדות לרשות השופט שורת עילות המצדיקות מתן סעד לעותר כגון: היעדר חוקיות, חריגה מסמכות, אי תקינות ההליך המנהלי ועוד. חסרונותיה הברורים ומאפייניה האנטי דמוקרטיים של עילת הסבירות שפורטו לעיל ושבוטאו על ידי שלל מלומדים ושופטים מגוונים מזוויות שונות מובילים לשיטתנו למסקנה ברורה לפיה על עילת הסבירות להתבטל לחלוטין בפני הדרג הנבחר אך להותירה על כנה כך שתחול על הדרג המקצועי בלבד.

25. לאור כל האמור תומכת התנועה למשילות ודמוקרטיה בתיקון המוצע, כפוף להסתייגות לעיל, במטרה לצמצם את התערבות בית המשפט בשיקול דעת הממשלה לתחומי החוקיות, הסמכות וכיוצ"ב, עליהן אמון בית המשפט.


עו"ד יסכה בינה
ראש המחקר


עו"ד זאב לב
יועץ משפטי

התנועה למשילות ודמוקרטיה

