



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 6 בנושא ביטול עילת הסבירות בעילת ביקורת שיפוטית

הופץ ביום 25.1.2023*

תמצית

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. בנייר עמדה זה אנו מתייחסים להצעה לבטל את עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית. לאור ניתוח מקיף של ההצעה אנו סבורים כי:

- ההצעה לבטל את עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות השלטון, תביא לפגיעה קשה בחלשים ביותר בחברה הישראלית, שאין בידם כלים להתגונן מפני הכוח השלטוני, ובית המשפט הוא מפלטם היחיד.

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

- עילת הסבירות היא **כלי משפטי הכרחי**, המאפשר לתקן ליקויים בתהליך קבלת ההחלטות של השלטון מול כל אדם ואישה הנתונים למרותו.
- סבירות משמעה **מתן משקל ראוי לערכי היסוד** של שיטת המשטר הדמוקרטית בישראל ובכלל זה צדק, שוויון ומנהל תקין, תוך איזון הולם בינם לבין שיקולים רלוונטיים אחרים.
- לאורך השנים, השימוש בעילת הסבירות על ידי בית המשפט היה זהיר ומצומצם, והעילה הופעלה רק במקרים שבהם ההחלטה המנהלית לקתה במובהק בשיקול דעת פסול באופן קיצוני.
- בהיעדר מדד של סבירות להערכת המעשה המנהלי, לא תהיה הגנה לפרט מפני פעולה של הרשות, שאולי נעשתה בסמכות פורמלית, אך מתעלמת בצורה קיצונית מזכויות הפרט ומהאינטרסים של כלל הציבור בישראל.
- ביטול עילת הסבירות **עלול לשנות את פניה של הביקורת השיפוטית על המינהל**, ביקורת שהיא חיונית למניעה של ניצול לרעה של כוח שלטוני והגנה על כל אחד ואחת מפני החלטות שרירותיות של השלטון.

נימוקי נייר העמדה:

הצעת נוסח ראשונית לתיקון חוק יסוד: השפיטה שהופצה ביום 11.1.2023 על ידי שר המשפטים מבקשת לשלול מבית המשפט העליון את הסמכות לפסול החלטות של הממשלה, שר משריה, רשות הנתונה לאחריותם או כל מי שפועל מטעמם על יסוד מידת סבירותן. מסמך נוסף שהופץ על ידי ח"כ שמחה רוטמן ביום 17.1.23 מציע גם הוא לבטל את עילת הסבירות במתווה שונה במקצת מהצעת השר.¹ נייר עמדה זה מתמקד בהצעה העקרונית לבטל את עילת הסבירות.

בדברי ההסבר להצעת שר המשפטים נטען כי עילת הסבירות היא עילה "חריגה", שפותחה בעשורים האחרונים בידי בית המשפט העליון, כאמצעי להחליף את שיקול דעתה של הרשות המבצעת בשיקול דעתו של בית המשפט. אולם, **לטענה זו אין על מה לסמוך**. סבירות משמעה מתן משקל ראוי לערכי היסוד של השיטה ולאיינטרסים חוקיים מתנגשים רלוונטיים. השימוש בעילת הסבירות במשפט המינהלי הישראלי הוא זהיר, הפעלתו נדירה, והיא מצטמצמת למקרים שבהם ההחלטה המינהלית לוקה במובהק בשיקול דעת פסול. בפסילת מעשה מנהלי על בסיס עילה זו, בוחן בית המשפט את מערך השיקולים שנסקלו, ואת המשקל היחסי שניתן לשיקולים אלו, ואינו מחליט במקום בעלי הסמכות. רק במקרים קיצוניים תימצא עשייה בלתי סבירה.

ביטול עילת הסבירות עלול לשנות את פניה של הביקורת השיפוטית על נבחרי ציבור האמורים לשרת את הציבור, על עובדי ציבור ממונים ועל המינהל בכללותו, שהיא חיונית למניעה של שימוש לרעה בסמכות כנגד

¹ לעניין הסבירות, הצעת רוטמן נבדלת מהצעת לוי בשני עניינים מרכזיים. ראשית, היא מבקשת לבטל את עילת הסבירות רק ביחס לנבחרי ציבור ולהותיר לכאורה את השימוש בה ביחס לעובדי ציבור. אולם, מכיוון שנבחר ציבור כמו שר למשל רשאי ליטול את סמכותה של רשות מנהלית הכפופה לו, הרי ששרטוט ההבחנה בין נבחר ציבור לבין עובד ציבור לעניין היקף תחולתה של עילת הסבירות לא יהיה תמיד אפשרי. שנית, בהצעת רוטמן האיסור להידרש לעילת הסבירות מתייחס ל"מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין"; המשמעות היא שהאיסור יחול גם על טריבונלים מינהליים, כגון בית הדין לעררים (בנושאי הגירה ותושבות) ובתי דין בענייני מיסוי.

יחידים או קבוצות מוחלשות. במילים אחרות, השימוש בעילת הסבירות מגלם בתוכו את ההגנה על האינטרס הציבורי ובכלל זה את ההגנה על קבוצות ויחידים, שאין בידם כלים להתגונן מפני הכוח השלטוני ובית המשפט הוא מפלטם היחיד.

1. מבוא

הנוסח המוצע להצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) שהפיץ שר המשפטים כמו גם הנוסח של ח"כ רוטמן מבקש לחולל ארבעה שינויים שמשמעות קבלתם היא מתן כוח-על לממשלה מכהנת, תוך ריסוק מנגנוני הביקורת על כוחה של הממשלה: פגיעה בביקורת שיפוטית על חקיקה ותיקוני חוקה; פגיעה במעמד העצמאי של היועץ המשפטי לממשלה ושל היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה; השתלטות הממשלה על הליכי מינוי שופטים, וביטול כוחו של בית המשפט לבקר את פעולות הממשלה ורשויותיה בשל חוסר סבירות קיצוני, נושא שהוא במרכז נייר עמדה זה. ייאמר בראש הדברים שההצעה משקפת חוסר ידע על המשפט המינהלי בישראל, ומציגה את עילת הסבירות ואופן השימוש בה לאורך השנים בצורה מטעה ומסוכנת. זאת ועוד, הצעה זו כשלעצמה, ובפרט בהצטרפה למכלול הצעדים המוצעים לשינוי המבנה הדמוקרטי הישראלי ולהסרת כל מגבלה על כוחו של השלטון, פוגעת באופן קשה ביותר, עד בלתי הפיך, בעקרונות היסוד של המשפט והחברה בישראל.

בנוסח השר לתיקון נטען כי "הפסיקה הישראלית פיתחה בעשורים האחרונים עילת התערבות חריגה במעשי הממשלה כל אימת שביט המשפט סבור כי החלטת הממשלה או השר אינה סבירה" וכי באימוץ העילה, "שם בית המשפט עצמו בנעליה של הרשות המבצעת והחליף את שיקול דעתה". המציאות המשפטית הפוכה בתכלית לפחות בשתי צורות. משפטית-טכנית, בית המשפט חזר ונטען בכל פסיקותיו כי לעולם אינו "שם עצמו בנעלי בעל הסמכות": גם בפסק הדין הנזכר בדברי ההסבר להצעה, כמעין הוכחה לטיעון זה (בג"ץ דפי זהב), הדגיש בית המשפט את ההיפך. לאורך השנים, בית המשפט פעל בהתאם לעקרונות העומדים בבסיס קיומה של ביקורת שיפוטית על עשייה מינהלית, המצדיקים קיומה של עילת אי-סבירות המופעלת במקרי קיצון.

2. מהותה של עילת הסבירות ומקומה במערך הביקורת השיפוטית על המינהל

המשפט המינהלי בישראל, שהתפתח צעד בצעד על בסיס המשפט המינהלי הבריטי, נועד למנוע שימוש לרעה בכוח השלטוני הנתון לרשות המבצעת. המטרה היא להבטיח שרשויות השלטון יפעלו בהתאם לאינטרס הציבורי, ולמנוע עשייה שלטונית המונעת משיקולים, שנועדו להיטיב עם קבוצות אינטרס צרות. לשם הגשמת מטרה זו יש צורך בקיומם של מנגנוני בלימה על כוחה של הממשלה, שבראשם ביקורת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה. בהיעדרה של ביקורת שיפוטית, יהיה בידי הממשלה או שר משריה לפעול בלא מנגנון פיקוח נאות במהלך קבלת החלטות ויישומן – תוצאה שגלומה בה סכנה ברורה להשחתת העשייה הפוליטית ופגיעה קשה באזרחים ובאינטרס הציבורי.

במשך עשורים, ועל בסיס המורשת הבריטית, פותחה רשת של עילות ביקורת על פעולתן של רשויות המנהל במישורים שונים. משמע, מאז ומתמיד, רוב רובו של המשפט המינהלי, על עילות הביקורת המוכרות בו, הוא

יציר הפסיקה – בדיוק כמו המשפט המינהלי בבריטניה. עילות הביקורת המקובלות נוגעות הן במצבים של העדר סמכות, הן במצבים של הליך לקוי והן במצבים שבהם המעשה נגוע במישור שיקול הדעת, כלומר, מתעלם מהצורך שהפעולה השלטונית תשרת את האינטרס הציבורי ותגן על כל תושבי המדינה ובכלל זה קבוצות מוחלשות, שאינן נהנות מכוח פוליטי ואין בידן כלים להתגונן מפני כוחו של השלטון. בעילות המקובלות במישור אחרון זה של שיקול הדעת נמצא מצב של שקילת שיקולים זרים ואי-שוויון (למשל, העדפה של קבוצת אינטרס בקבלת קרקעות לשימוש ציבורי) וכן שתי עילות המשמשות להערכה של שיקול הדעת, אי-סבירות ומידתיות.

בהפעילו את עילות הסבירות והמידתיות, חוזר בית המשפט ומדגיש שאינו מחליט במקום בעל הסמכות, בניגוד מוחלט לעמדת המצדדים בביטול עילת אי-הסבירות. ראיה לכך, במקרים רבים בהם נמצאה אי-סבירות (וכפי שיוצג להלן, מדובר במקרים קיצוניים), בית המשפט שפסל את ההחלטה העביר את כוח ההחלטה מחדש לבעלי הסמכות על מנת שיגבשו החלטה חדשה.

בחינה של השימוש בעילת הסבירות, ברמה ההגדרתית, מגלה כי בנוסף לעובדה שביהמ"ש אינו מחליט במקום בעל הסמכות, ההתערבות על בסיס עילה זו שמורה למקרי קיצון בלבד. בפסקי הדין הראשונים שבהם הוכרה עילת הסבירות כעילה שניתן להישען עליה עצמאית, נקבע כי קיימים שלושה עקרונות על פיהם ייעשה שימוש בעילה. ראשית, נקבע כי אי-סבירות יכולה להימצא כאשר רשות שקלה את כלל השיקולים, אך נתנה לשיקול אחד משקל יתר ההופך את ההחלטה למנוגדת לאינטרס הציבורי (למשל, במקרה של החלטות מינהל מקרקעי ישראל לשינוי מקיף של ייעודן של קרקעות משימוש חקלאי לקרקעות לבנייה, שהעניקה לישובים חקלאיים יתרונות משמעותיים, על פני יתר אזרחי המדינה). שנית, הודגש כי בית המשפט מכיר בקיומו של "מתחם סבירות" – דהיינו, קיים מרחב של פתרונות שיכולים להיות במסגרת הסבירות, שמתוכם יכולה הרשות לבחור ואין המדובר בפתרון יחיד המקיים את דרישת הסבירות. לבסוף, נקבע כי בחינת אי-הסבירות תיקח בחשבון את מעשיו של "עובד הציבור הסביר" – כלומר, לא מדובר בהחלטה של השופטים, או של עובד ציבור בעל אמות מידה קפדניות במיוחד. בתמצית, השימוש בעילת הסבירות נועד לבחון אך ורק האם האיזון הפנימי בין השיקולים ששקלה הרשות הוא מעוות בצורה קיצונית.

אלה המבקשים לבטל היום את עילת הסבירות טוענים כי השימוש בעילת הסבירות הוצנח לתוך המשפט המנהלי בשנות השמונים תוך שינוי מהותי של כללי הביקורת השיפוטית על רשויות המנהל, שהתפתחו קודם לכן. אולם, חשיבה משפטית בדרך של ניתוח סבירות המעשה המינהלי בהתאם לאינטרס הציבורי ולערכים עליהם מושתתת מדינת ישראל, מעוגנת בפסיקת בית המשפט העליון מראשית ימי המדינה. השימוש בעילת הסבירות לא צמח אפוא יש מאין, אלא הוא נבנה על בסיס פסיקה ארוכת שנים שכחלק ממנה בית המשפט הפעיל מאז ומתמיד ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות המנהל. יתרה מזו, כבר בשנות השבעים בפרשת דקה קבע השופט שמגר: "יכול שיווצרו נסיבות בהן לא נשקל על ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זר, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לעניין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי סבירה לחלוטין".²

את ההתפתחויות שחלו בשימוש בעילת הסבירות בשנות השמונים ובתחילת שנות התשעים חשוב להבין על רקע שתי פרשות מרכזיות: בג"ץ גנור והבג"צים בעניין דרעי ופנחס. פרשת גנור עסקה במשבר מניות הבנקים

² בג"צ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 105 (1976).

ובהחלטתו של היועץ המשפט לממשלה דאז יוסף חריש שלא להגיש כתבי אישום כנגד ראשי הבנקים, שעסקו בוויסות מניות והונו את ציבור המשקיעים. חריש קבע כי אין "עניין לציבור" בהגשת כתבי אישום בפרשה זו, למרות המלצות ועדת בייסקי שיש להעמידם לדין, ולמרות הפגיעה הכלכלית העצומה שנגרמה לציבור ולאוצר המדינה בעקבות מעשיהם הבלתי חוקיים של ראשי הבנקים. בעתירה שהוגשה כנגד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה נטען כי היא אינה נותנת משקל ראוי להגנה על האינטרס הציבורי ולכן לוקה בחוסר סבירות קיצוני. בית המשפט ביטל את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בשל חוסר הסבירות הקיצוני שבה: במקרה הנדון נפגעו אזרחים רבים, וועדת חקירה המליצה על העמדה לדין, כלכלתה של המדינה עמדה בסכנה – כל אלה הצדיקו קביעת אי-סבירות קיצונית. עם זאת, בית המשפט לא העמיד עצמו במקום היועץ המשפטי לממשלה ולא הורה על הגשת כתבי אישום כנגד הבנקאים. תוצאת פסק הדין הייתה שההחלטה הוחזרה ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שיעיין שוב בחומר הראיות ויחליט האם לאור חומרת העבירות ומידת הפגיעה בציבור יש כדי להצדיק העמדה לדין.

בעניין דרעי ופנחסי, שיקולים דומים של הגנה על האינטרס הציבורי הנחו את בית המשפט כאשר החליט להתערב בהחלטתו של ראש הממשלה דאז שלא לפטר שר וסגן שר בממשלתו שהואשמו בעבירות שחיתות שבמרכזן ניצול לרעה של עמדת הכוח השלטונית. בית המשפט הסביר כי העברתו מתפקידו של מי שנאשם בעבירות חמורות ביותר כגון שוחד, גניבה, מרמה והפרת אמונים היא הכרחית על מנת לשמר את אמון הציבור ברשויות השלטון. נשיא בית המשפט העליון דאז השופט מאיר שמגר הסביר: "יש נסיבות שבהן הופכת הפעלת סמכות שבשיקול דעת להפעלה שבחובה. אי הפעלתה של הסמכות בנסיבות מעין אלה יכולה להיחשב כבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין. ... העבירות המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן, ואי הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי סבירות קיצונית."³

חשוב לזכור כי הן עניין גנור והן עניין דרעי-פנחסי עוסקים במקרי קיצון, שבהם הביקורת השיפוטית התחייבה בשל עצמת הפגיעה באינטרס הציבורי ובערכי היסוד של השיטה ובכלל זה שמירה על מנהל ציבורי תקין ועל אמון הציבור ברשויות השלטון, שהם הבסיס לשלטון החוק. בחינה של עתירות בהן הטענה המרכזית של העותרים הייתה אי סבירות מראה כי ברוב רובם של המקרים נדחו העתירות. כפי שניווכח להלן, במקרים החריגים שבהם בית המשפט התערב בהחלטה המנהלית בעילה של חוסר סבירות קיצונית, הפגיעה באינטרס הציבורי ובעקרונות היסוד של שיטת המשטר בישראל הייתה משמעותית בעצמה כזו, שחייבה שקילה מחדש של ההחלטה.

3. השימוש בעילת הסבירות מאז שנות השמונים: תקציר נושאי

בניגוד גמור לנטען בנוסח הצעת החוק, התערבות על בסיס עילת אי-הסבירות בלבד היא מוגבלת, וקיימת במקרים קיצוניים. היקף השימוש הזהיר בעילה זו בשלושת העשורים האחרונים אינו מצדיק כלל את ביטולה. יתרה מזו, דווקא מספר המקרים הקטן יחסית שבהם החליט בית המשפט להתערב בעילה על חוסר סבירות

3 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואחרים, פ"ד מז(5) 404, 421 (1993).

קיצונית של החלטה המנהלית, ממחיש את חשיבותה המיוחדת של עילה זו בהגנה על האינטרס הציבורי של כלל החברה ועל זכויות הפרט. סקירה של עשרות פסקי דין מן העשורים האחרונים, שנמצאו בחיפוש במאגרי מידע משפטיים, תוך שימוש במונח "סבירות", מעלה מגמה חד משמעית כזו. להלן נעסוק בשלושה נושאים מרכזיים: פתיחה בחקירה והעמדה לדין, מדיניות ציבורית ומינויים פוליטיים.

1. שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה ולהעמיד לדין אנשי ציבור: רק במקרים בודדים התערב בג"ץ בהחלטות שלא להעמיד לדין. בעניין גנור, שנזכר לעיל, נפסק כאמור כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את ראשי הבנקים בגין מעשיהם כאחראים לוויסות מניות הבנקים, לאחר שוועדת חקירה מצאה אותם אחראים, לקתה בחוסר סבירות קיצוני משום שלא ניתן משקל מספק לפגיעה הקשה בציבור. אולם, ברוב רובם של המקרים נדחו העתירות בשל מרחב שיקול הדעת הנתון לרשויות התביעה, שבו בית המשפט אינו מתערב.⁴ כך למשל קבע בית המשפט באחת הפרשות:

"שבנו ושנינו כי לא בנקל יתערב בית משפט זה בהחלטות שעניינן העמדה לדין, המצויות בליבת שיקול דעתן של רשויות התביעה. רשויות התביעה קנו ידע, מקצועיות וניסיון בנושא זה, ומקובלת בפסיקתנו החזקה כי אלו "תעשינה כמיטבן להעמיד לדין את מי שראוי כי יועמד לדין ושלא להעמיד לדין את מי שאין הוא ראוי כי יעמוד לדין".... על כן, הביקורת השיפוטית על החלטות התביעה בעניינים כגון דא מצומצמת ביותר, ומוגבלת למקרים חריגים שבהם הפגמים שנפלו בהתנהלות רשויות התביעה יורדים לשורש העניין, והחלטותיהן לוקות בחוסר סבירות קיצוני או שיש בהן עיוות מהותי הדורש תיקון".⁵

2. מינויים פוליטיים ואי-העברה מתפקיד של נושאי משרה: כאמור, גם בעניין זה, הפסיקה אינה תומכת בטענות לפיהן בג"ץ מתערב באופן בלתי מידתי בהליכי מינויים של אנשי ציבור שהוגש נגדם כתב אישום. במשך השנים התגבש בפסיקה הכלל לפיו "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד", שמשמעותו שהוראות החוק הקובעות כשירות מינימלית אינן מאיינות את הצורך לבדוק האם התאמתה של מועמדת מסוימת עומדת ברף הסבירות במובנה הקיצוני. כאמור, בפסקי הדין בעניין דרעי ופנחסי קבע בית המשפט כי יש להעבירם מתפקיד של שר וסגן שר בשל חומרת העבירות שבהן נאשמו. ממש לאחרונה התערב בית המשפט פעם נוספת בהליך מינויו של אריה דרעי לשר ופסל אותו מלכהן בתפקיד של שר הפנים ושר הבריאות. מרבית שופטי ההרכב קבעו כי מינוי זה לוקה בחוסר סבירות קיצוני, בשל צבר הרשעותיו הפליליות, הכולל גם הרשעה בעבירות מס מחודש פברואר 2022, על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון. יחד עם זאת, לצד עילת הסבירות חלק משופטי ההרכב נסמכו גם על העילה

4 לפסקי דין משנות השמונים ואילך שבהם נדחו העתירות בהקשר זה תוך החלת עילת הסבירות ראו: בג"ץ 650/82 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז (4) 216 (1983); בג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(3) 40 (1994); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה (1995); בג"ץ 3425/96 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1 (1996); בג"ץ 2534/97 יבב נ' פרקליט המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997); בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(5) 49 (2003); בג"ץ 8722/05 קיקיס נ' הרמטכ"ל (2006); בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (2004); בג"ץ 5199/12 חיים נ' פרקליטות המדינה (2013); בג"ץ 9443/16 התנועה למען איכות השלטון נ' פרקליט המדינה (2017); בג"ץ 1782/19 כוסבה נ' היועץ המשפטי לממשלה (2020); בג"ץ 5276/20 בני נ' היועץ המשפטי לממשלה (2021).
5 בג"ץ 9443/16 התנועה למען איכות השלטון נ' פרקליט המדינה (2017), פיסקה 14 (דחיית עתירה לסגור את התיק הפלילי נגד עו"ד דין נבות תל-צור, שייצג את ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט ונחשד בשיבוש מהלכי משפט והדחה בעדות וכן לבטל את החלטה להסתפק בהסדר טיעון במסגרת הליך משמעתי בעניינו)

של השתק שיפוטי בשל המצג שהציג דרעי בפני בית משפט השלום שגזר את דינו בעבירות אלה, לפיו הוא פורש מהחיים הפוליטיים.⁶ אולם, התמונה הכוללת העולה מהפסיקה בעשורים האחרונים היא של שימוש מרוסן וזהיר בעילת הסבירות. לצד עתירות בודדות שהתקבלו, בשורה ארוכה בשל הכרעות, גם כאלה שנגעו למינוי שרים שהורשעו בפלילים, בית המשפט בחר שלא להתערב. במדגם פסקי דין שפורסמו בין 1993 ל-2023, בצד שלוש החלטות התערבות במינויים של נושאי תפקיד מינהלי וראשי עיריות, וההכרעה האחרונה בעניין מינויו של אריה דרעי כשר, נדחו רוב העתירות, בכללן עתירות נגד מינוי שרים וסגני שרים שהורשעו בפלילים.⁷ התמונה הכוללת, אם כן, הינה שימוש מרוסן וזהיר בעילת הסבירות, והיא שונה לחלוטין מהתמונה המוצגת בידי המתנגדים לביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי.

יתרה מזו, בכל הנוגע למינויים פוליטיים של מי שנאשמים בפלילים, צריך לזכור כי בניגוד למדינות דמוקרטיות אחרות, בישראל אין כיום נורמה של תרבות פוליטית שבמסגרתה מי שמתנהלים נגדו הליכים פלילים עוזב את החיים הפוליטיים.⁸ השימוש השיפוטי בעילת הסבירות במקרים חריגים וחמורים במיוחד בכל הנוגע למינויים

6 בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.23). שלושה שופטים (השופטים ברק-ארז, שטיין ומינץ) ביססו את הכרעתם על המצג בדבריו של דרעי. הנשיאה חיות דנה בסוגיית המצג, אך בחרה להסתמך על אי-הסבירות הקיצונית שהיא תולדה של עברו הפלילי, הרשתו האחרונה, העובדה שתלוי ועומד נגדו עונש מאסר על תנאי, ואף מצג השווא שהציג; לאחר דיון ארוך בהקשר האחרון, נמנעה הנשיאה מלהכריע על בסיס המצג שהציג. להכרעה הצטרפו השופטים פוגלמן, עמית, וילנר (באיזכור קצר של תקדים לפיו המקרה של דרעי, עוד לפני הפרשה האחרונה, היה "על גבול אי הסבירות"), כבוב, ברון וגרוסקופף (שכרך יחדיו את שתי העילות כ"תומכות זה בזה"). לעמדת שופט המיעוט אלרון, היעדר ההכרעה בשאלת הקלון בעבירות, אליו לא נדרש ראש הממשלה בעת מינוי דרעי, היא הבסיס לקשיים שעלו; הוא דוחה את העתירה אך היה דורש מראש הממשלה לפנות ליו"ר וועדת הבחירות לקבלת הכרעה בשאלת הקלון.

7 עתירות שהתקבלו: בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מד(2) 229 (1993); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993); בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265 (2001); בג"ץ 7542/05 פורטמן נ' שר התחבורה (2006); בג"ץ 4921/13 אומ"ץ נ' ראש עיריית רמת השרון (2013); בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.23) (ראו פירוט להלן). לעתירות שנדחו ראו למשל: בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46 (1997); בג"ץ 1993/06 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נא(3) 46 (2004); בג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון נ' מ"מ ראש הממשלה (2006); בג"ץ 4585/06 ועד משפחות הרוגי אוקטובר 2000 נ' השר לבטחון פנים (2006); בג"ץ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה (2007); בג"ץ 3997/14 העמותה למען איכות השלטון נ' שר החוץ (2015); בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה (2015); בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל (2016); בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (2020).

⁸ מספר דוגמאות בולטות מבריטניה וממדינות אחרות ממחישות נקודה זו. בבריטניה: השר הממונה על צפון אירלנד, פיטר מנדלסון, התפטר מתפקידו לאחר פרסומים לפיהם פעל למען הנפקת דרכונים בריטיים למקורבים לו (2001); השר דייוויד בלנקט, שר העבודה והגימלאות, התפטר מכהונתו לאור גילויים אודות הפרות הקוד הממשלתי בעניין מינויים במגזר הפרטי (2005); שר העבודה והגימלאות והשר הממונה על ווילס, פיטר היין, התפטר לאחר פתיחת חקירה של וועדת הבחירות אודות מתן מימון פוליטי למשטרה (2008); שר האוצר, דייוויד לוז (Laws), התפטר לאחר גילויים שעשה שימוש לרעה בכספי ציבור לאחר שהקצה מהם לשותפו לשעבר (2010); ראש הממשלה, דייוויד קמרון, התפטר לאחר שמשאל העם אותו ערך הצביע בעד יציאה מן האיחוד האירופי, בניגוד לעמדתו (2016); ראש הממשלה, בוריס ג'ונסון, התפטר בשל פרסומים אודות עריכת מסיבות בביתו בזמן סגר הקורונה (2022); השר ללא תיק גאוויין ויליאמסון התפטר לאחר פרסומים על הטרדה מאיימת (2022).

במדינות אחרות: ראשת הממשלה של פינלנד, [Anneli Jäätteenmäki](#), התפטרה מתפקידה לאחר גילוי הדלפה שהיתה קשורה להצטרפות לצעדים נגד עיראק (2003); ראש ממשלת קנדה, ז'אן קרטיין, התפטר לאחר גילוי פרשה שעניינה מתן תמיכות לגופים שהתנגדו לתומכים בפרישתה של קובק (2003); ג'ורג' טנט, ראש ה-CIA, התפטר מתפקידו לאחר ביקורת על השימוש של ה-CIA במידע הקשור להחלטה לצאת למלחמה בעירק (2004); ראש ממשלת צ'כיה, התפטר מתפקידו לאחר פרסום טענות שעניינן שחיתות בהפרטת חברת נפט (2005).

פוליטיים הוא אפוא הכלי המשפטי היחיד השומר כיום על טוהר המידות בשירות הציבורי ומגן על הציבור מפני שחיתות שלטונית.

3. התערבות בקביעת מדיניות: חלק גדול מהעותרות המוגשות לבית המשפט עוסק במדיניות של רשויות בעלות סמכות. הכלל השגור בידי בג"ץ הוא שהתערבות שיפוטית בהחלטות שעניינן קביעת מדיניות ויישומה היא מצומצמת ביותר. בעניין זה מובילה הגישה לפיה בג"ץ יהיה מרוסן בבחינה של קביעת מדיניות ויישומה, שכן המומחיות בעניין נתונה לבעלי הסמכות. מעבר להתערבות במקרה של פגיעה בזכויות (למשל, שוויון או קניין), במקרים הבודדים שבהם התקבלה טענת אי-סבירות דובר בעשייה שהייתה פוגעת באופן בלתי הפיך באינטרסים ציבוריים מרכזיים, למשל השפעה קשה על הסביבה, הקצאת קרקעות, או סכנה ישירה לחיי אדם (החלטה יחידה לפסול את מערך "המרחבים המוגנים" במיגון בישובי עוטף עזה).⁹ גם בהקשר זה אין לטעון כי בג"ץ מתערב באופן שגור ו"שם עצמו בנעלי הרשות"; נהפוך הוא.¹⁰

4. סיכום

עילת הסבירות היא כלי משפטי חיוני במערכת האיזונים והבלמים בין הרשויות השונות. קיומה של עילת הסבירות מאפשר לתקן ליקויים בתהליך קבלת ההחלטות של השלטון מול האזרח. סבירות משמעה מתן משקל ראוי לערכי היסוד של השיטה תוך איזון הולם בינם לבין שיקולים רלוונטיים אחרים, והיא מופעלת במקרים קיצוניים בלבד. שאלת הסבירות נגזרת מהמערך הערכי העומד בבסיס השיטה הדמוקרטית בישראל, וכולל ערכים של חירות, צדק, והגנה על קבוצות מוחלשות מפני ניצול לרעה של כוח. משמעות ביטולה היא פגיעה ישירה בכל אדם ואישה המתגוררים בישראל, או נתונים למרותו של השלטון, ובכלל זה אלה המשתייכים לקבוצות מיעוט שאינן נהנות מכוח פוליטי, שייוותו חשופים. ות להחלטות שרירותיות של השלטון. משמע, בהיעדר מדד של סבירות להערכת המעשה המנהלי, לא תהיה הגנה לפרט מפני פעולה של הרשות, שאולי נעשתה בסמכות פורמלית, אך מתעלמת בצורה קיצונית מזכויות הפרט ומהאינטרס הציבורי של כלל החברה. כאמור, השימוש בעילת הסבירות במשפט המינהלי הישראלי הוא זהיר ומצומצם, והעילה הופעלה רק במקרים שבהם ההחלטה המינהלית לקתה במובהק בשיקול דעת פסול באופן קיצוני. ביטול עילת הסבירות עלול לשנות אפוא את פניה של הביקורת השיפוטית על המינהל, ביקורת שהיא חיונית למניעה של שימוש לרעה בסמכות ופגיעה באלה שאין בידם כלים להתגונן מפני הכוח השלטוני, ובית המשפט הוא מפלטם היחיד.

9 ע"מ 2605/18 עיריית חיפה נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה (2019) (קבלה חלקית); בג"ץ 244/00 שיח חדש נ' מינהל מקרקעי ישראל (2002); בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון (2006); בג"ץ 5309/18 התאחדות המלונות בישראל נ' משרד הפנים (2018) (קבלה חלקית).

10 לדוגמאות בודדות לעשרות ומאות של עתירות נגד מדיניות שנדחו ראו בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גילת נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2 (1996); ע"מ 5320/90 ברנוביץ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818 (1990); בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פ"ד נ(3) 441 (1996); בג"ץ 6406/00 בזק נ' שר התקשורת, פ"ד נח(1) 433; בג"ץ 6671/04 עמותת שחר נ' המועצה להשכלה גבוהה (2007).

מסמך זה נכתב על ידי:

פרופ' מרגית כהן, האוניברסיטה העברית

פרופ' נויה רימלט, אוניברסיטת חיפה

סייעו בכתיבה:

פרופ' אורן פרז, אוניברסיטת בר-אילן

ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן