

## מנחם מאוטנר

# הסבירות של הפוליטיקה

עלייתו של מושג הסבירות בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות ה-80 היא חלק משינוי רחב הדיקף בתפישה של בית-המשפט את תפקידו. באופן מסורתי ראה עצמו בית-המשפט כגוף שפעולתו נבדלת באופן ברור מפעולותיהן של רשויות השלטון האחרות. הרשות המחוקקת והרשות המבצעת נתפשו כמי שצריכות לקבוע את ההסדרים החלים במדינה, בעוד שבית-המשפט היה אמור ליישם את ההסדרים האלה, לצורך הכרעה בסכסוכים שהובאו לפניו. בשנות ה-80 החל בית-המשפט תופש עצמו כמי שצריך לתרום תרומה ייחודית משלו להסדרים המהותיים החלים במדינה. עלייתו של מושג הסבירות משקפת את השינוי האמור בתחום המשפט המנהלי. באמצעות מושג הסבירות, הפך עצמו בית-המשפט מגוף המפקח על כך שבעלי תפקידים ברשויות השלטון האחרות לא יחרגו מגבולות הסמכות שנקבעה להם, לגוף המפעיל פיקוח מהותי על הדרך שבה בעלי תפקידים ממלאים את תפקידיהם.

במאמר זה אציע הבחנה בין שלושה הקשרים שבהם השתמש בג"צ במושג הסבירות. להקשר הראשון אקרא "סבירות מקצועית". ביטוי זה יתייחס למקרים שבהם ברק בית-המשפט פעולות של רשויות מנהליות, שנשמכו על מומחיות וידע ייחודיים של המנהל. להקשר השני אקרא "סבירות משפטית". ביטוי זה יתייחס למקרים שבהם הפעיל בית-המשפט עקרונות משפטיים כדי לצקת נורמה משפטית מסיימת, המגדירה את הדרך שבה בעלי תפקידים במנהל צריכים לפעול. ההקשר השלישי הוא זה של השימוש בסבירות כ"נורמת-על" משפטית. ביטוי זה מתייחס להצעתו של השופט ברק לראות בסבירות נורמה משפטית, החלה על כל הפעילות האנושית. אטען, כי בעוד שאין בעייתיות בסבירות המשפטית, הרי הסבירות המקצועית והשימוש בסבירות כ"נורמת-על" מעוררים שורה של בעיות קשות.

ברצוני להדגיש, כי ההבחנה המוצעת כאן אינה מוכרת בפסיקה. יתר על כן, בפסקי-דין רבים דנים השופטים בנשימה אחת, ואפילו באותו משפט עצמו, כמה שאכנה "סבירות מקצועית" ו"סבירות משפטית". עם זאת, אני סבור כי ההבחנה עשויה לתרום לקידום הדין בסוגיית הסבירות.

תחת הכותרת "סבירות" חולל בית-המשפט העליון בשנות ה-80 שינוי רדיקלי בדגם יחסיו עם רשויות המנהל. אטען כי בית-המשפט הצליח לחולל את השינוי בין השאר משום שהוא השתמש במושגים משפטיים מוכרים, תוך שהוא מקנה להם תכנים חדשים. פירוקו של מושג הסבירות לתכניו ולהקשרי השימוש בו מתבקש איפוא לא רק לצורך הבנת הדרכים שבהן השתמש בית-המשפט העליון במושג, אלא גם לצורך הבנת האופן שבו הצליח בית-המשפט להפוך לקביל את השינוי הרדיקלי שהוא חולל במסכת יחסיו עם המנהל.

### א. עקרון חוקיות המנהל

ברוך אקצין נתן ביטוי לתפישה ששלטה בחשיבה המשפטית של ישראל מאז קום המדינה, כשהציג את רשויות הממשל של המדינה כפירמידה הייררכית של מוסדות, המפעילים סמכויות במסגרתה של פירמידה הייררכית מקבילה, המכילה את נורמות המשפט של המדינה (אקצין 1967, 120). כשאקצין משרטט את הפירמידה של מוסדות הממשל של המדינה הוא כולל בה את הרשות

המחוקקת, ובכפיפות לה את הרשות המבצעת. פירמידת הנורמות של אקצין מורכבת (בסדר יורד) מחוקה, חוקים, תקנות וצווים מנהליים. אקצין ממקם את בתי-המשפט מחוץ לפירמידת המוסדות של המדינה. ברומה לכך, הוא ממקם את פסקי-הדין של בתי-המשפט מחוץ לפירמידת של נורמות המשפט. הוא מציג כך את בתי-המשפט ואת פסקי-הדין שלהם, משום שהוא תופש את השפיטה כ"פעולה שעיקרה היא הכרעה מוסמכת ומחייבת כשמתעוררת השאלה אם התנהגות מסוימת תואמת את הנדרש על-ידי מערכת הנורמות או כשמתעורר ספק לגבי תוצאותיה המשפטיות של התנהגות כלשהי" (שם, 321).

הפירמידות של אקצין משקפות את התפישה שלטת במשפט הישראלי מאז קום המדינה, לגבי היחס: פוליטיקה-משפט. על-פי תפישה זו, הפוליטיקה היא מאבק בין תפישות ערכיות שונות. מקומה הוא בבית-המחוקקים, המשמש זירה למאבקים פוליטיים ובית-יוצר להכרעות הערכיות החשובות של המדינה. הכרעות אלה לובשות לבוש של חוקים. בכך הן עוברות תמורה מפוליטיקה למשפט. (אכן, מסיבה זו, הדברים שנאמרו בכנסת קודם לחקיקתם של החוקים, בהיותם בתחום הפוליטיקה, ולא בתחום המשפט, נחשבו לא אחת בלתי-רלוונטיים לצורך פעולותיהם של בתי-המשפט.) המשפט של המדינה מורכב, איפוא, מחוקים ומחוקיקה מנהלית, הנעשית מכוח החוקים. בתי-המשפט אינם עוסקים בהכרעות פוליטיות, ובדרך-כלל גם לא בייצורו של משפט. עיקר תפקידם הוא ליישם את המשפט הקיים במדינה – חוקים וחוקיקה מנהלית – על המקרים העובדתיים המובאים בפניהם. פעילותם של בתי-המשפט בייצור משפט היא שולית, ומכל מקום עליה להיעשות בדרך של חשיפת ההסדרים, הנחשבים מצויים, במשתמע, ברמה המושגית והלשונית, במערכת המשפט הקיימת.

בתחום המשפט המנהלי, שילוב הפירמידה של רשויות הממשל והפירמידה של נורמות המשפט מוצג על-ידי אקצין כמוליד את עקרון "חוקיות המנהל" (שם, 128). עיקרון זה, לדברי ברוך ברכה, "הוא האלף בית של המשפט המנהלי" של ישראל, ועל-פיו, "רשות מנהלית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין... התיימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו של זה, מעשיה כמורה ולא היו. והרי לך, בקליפת אגוז, עיקרו של המשפט המנהלי" (ברכה, 1986, 35). מעקרון חוקיות המנהל נגזר תפקידו של בג"צ בתחום המשפט המנהלי: בג"צ לעולם אינו אמור להפעיל ביקורת מהותית על פעולותיהן של רשויות המנהל. תפקידו לאתר את תחומי הפעולה שהדין קבע למוסדות ולבעלי תפקידים, ולקבוע אם הם פעלו בגדר תחום הסמכות שלהם או מחוצה לו. בית-המשפט העליון נתן ביטוי ממצה לדברים אלה באחד הבג"צים הראשונים שהוא דן בהם באומרו: "אם המחוקק מוסר למוסד ציבורי מסוים סמכות להחליט בשאלה מסוימת, הרי יוצא מזה כי המחוקק חושב את המוסד הזה לראוי ומתאים לבדוק את כל החומר העובדתי הנוגע לשאלה זו ולהחליט לפי הבנתו הוא על המסקנות הנובעות מתוך אותן העובדות, ואין רשות לבית-משפט זה לקחת לעצמו את הסמכות שניתנה על-ידי המחוקק לאחרים... תפקיד בית-המשפט הזה הוא להקפיד על כך שהחוק יישמר ושהשלטונות האקזקוטיביים לא יפעלו בניגוד לו, אבל כל זמן שהשלטון האקזקוטיבי פועל בתוך המסגרת ששם לו החוק, אין זה מסמכותו של בית-משפט זה לבדוק את טיב הפעולה!".

## ב. סבירותה של החקיקה המנהלית

החל משנות ה-50 הפעיל בג"צ את מבחן הסבירות כאמצעי לפיקוח על החקיקה המנהלית (תקנות, צווים, וכו'). לעומת זאת, נמנע בג"צ מלהחיל את המבחן על מעשים של המנהל שלא עלו כדי חקיקה ("אקטים אינדיבידואליים"). בסטייה מהמודל התיאורטי של אקצין, פעולות רבות של הרשות המבצעת נעשות שלא מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה של הכנסת. כדוגמה לכך יכולות לשמש החלטותיה של הממשלה בתחום יחסי החוץ של המדינה או בתחום ההתיישבות ופיזור האוכלוסין.<sup>2</sup> לעומת זאת, חקיקה מנהלית מותנית תמיד בהסמכה מפורשת, המצויה ברובד גבוה יותר של החקיקה. (כדוגמה האופיינית, שר שואב את סמכותו להתקין תקנות מכוח הוראה מפורשת בחוק של הכנסת, המתירה לו לעשות כן.) כיוון שכך, אף שמבחן הסבירות הוא מבחן

1. בג"צ 16/48 ברוך נ' ראש הממשלה ושר הביטחון, פד"א 109, 113 (השוטף זמורה).  
 2. סמכותה של הממשלה לפעול שלא מכוח חקיקה מפורשת של הכנסת מעוגנת בסעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה, המורה: "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

מהותי, שהפעלתו כרוכה בפיקוח על תוכנה של החקיקה המנהלית, לא התקשה בג"צ להחילו, במסגרת עקרון חוקיות המנהל, על החקיקה המנהלית. החקיקה המסמיכה ("החקיקה הראשית") נתפשה כקובעת תחום להסדריה של החקיקה המנהלית ("חקיקת המשנה"), ובג"צ ראה עצמו מוסמך לקבוע, כי חקיקה מנהלית, שנעשתה מחוץ לגדר ההסמכה שבחקיקה הראשית, היא בלתי-סבירה ובטלה. כפי שהסביר זאת בית-המשפט, "עניין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות".<sup>3</sup> "טענת אי-הסבירות צמודה לטענה ששיקול הדעת חורג ממסגרת ההסמכה".<sup>4</sup>

### ג. סבירותם של מעשי מנהל אינדיווידואליים: סבירות מקצועית

סמכותו של בג"צ להפעיל את מבחן הסבירות כאמצעי לפיקוח על החקיקה המנהלית נחשבה מבוססת היטב מאז שנות ה-50. בשנת 1979 החל שלב חדש בהפעלתו של מבחן הסבירות על-ידי בג"צ. בשלב זה הורחבה הפעלתו של המבחן אל מעבר לחקיקה המנהלית, היינו אל כל מעשי המנהל.

מי שעמד מאחרי הרחבה זו היה השופט אהרן ברק. בהבליעו שני טיעונים מקובלים במשפט – החתירה לעקביות, ו"קל וחומר" – טען ברק, כי משהכיר בג"צ בסבירות כמבחן להפעלת פיקוח שיפוטי על החקיקה של המנהל, אין היגיון שלא להחיל את המבחן גם על מעשיו האחרים של המנהל.<sup>5</sup> שנה אחר-כך, בפסק-דין שהלכותיו צוטטו בשורה ארוכה של פסק-דין, קבע השופט ברק, כי כשמבחן הסבירות מוחל על-ידי בג"צ על מעשה של רשות מנהלית, תוכנו הוא הדרישה שהרשות המנהלית תפעל באופן הנותן משקל ראוי לשיקולים שהם רלוונטיים במסגרת פעולתה.<sup>6</sup> בנקודה זו מצוי המפנה בדפוס הפיקוח של בג"צ על מעשי המנהל. עד לנקודה זו, בהתאם לעקרון חוקיות המנהל, הנחת-היסוד בפיקוחו של בג"צ על המנהל היתה שאין בג"צ מתערב בשיקולים המהותיים שהופעלו על-ידי רשות מנהלית, אלא רק בוחן אם השיקולים האלה יכלו להיחשב מצויים בגדר הסמכות שניתנה לרשות. בית-המשפט נהג לומר, כי פיקוחו על מעשי המנהל מכוון לבחון אם הרשות המנהלית ביקשה להשיג "מטרה זרה" או הונעה על-ידי "שיקולים זרים". משמע: בג"צ פעל כ"שומר הגבולות", במסגרת התפקיד שהוקצה לו על-ידי עקרון חוקיות המנהל. מכאן ואילך, ראה עצמו בג"צ מוסמך לפקח על שיקוליה של הרשות, גם אם נקבע על-ידו שכולם נמצאו בגדר השיקולים שהרשות היתה מוסמכת לשקלם. בג"צ קבע, כי במסגרת מבחן הסבירות, יהא בכוחו לפסול מעשה של הרשות, הנסמך על שיקולים רלוונטיים, אם ימצא על-ידו שהמעשה הוא תולדה של מתן משקל בלתי-סביר לשיקולים השונים, שנכללו בגדר השיקולים שהרשות היתה מוסמכת לשקלם. בכך, נטש בג"צ את תפקידו המסורתי כ"שומר הגבולות" של פעולות המנהל, ומיקם עצמו בעמדה של מי שמפקח על רשויות המנהל בדרך של הכפפת מעשיהן לאמת-מידה הברונת אותם לגופם.

עם זאת, השופט ברק קבע שתי הגבלות על הפעלתו של מבחן הסבירות על-ידי בג"צ.<sup>7</sup> ראשית, המבחן אינו מניח קיומה של תוצאה אחת נכונה, שאליה צריכה הרשות המנהלית להגיע. אלא, לרשותה של הרשות המנהלית עומד "מתחם של סבירות", שבגדרו היא יכולה לקבל שורה של החלטות, שכל אחת מהן תיחשב יוצרת איוון סביר בין השיקולים הרלוונטיים השונים, ותזכה לאישורו של בית-המשפט. השופט ברק אימץ, איפוא, רטוריקה של תחומים וגבולות – "מתחם" – הלקוחה מהעידן של עקרון חוקיות המנהל, כדי להכשיר הפעלה של סוג חדש של פיקוח מטעמו של בג"צ על מעשי המנהל, קרי, פיקוח מהותי על שיקולים, שכולם מצויים בגדר הסמכות. ההגבלה השנייה שקבע השופט ברק על הפעלתו של מבחן הסבירות על-ידי בג"צ היא, שכדי

3. ע"א 311/57 היתוך המשפטי נ' מ. דיזנגוף ושות', פ"ד יג 1026, 1037.

4. בג"צ 129/57 מנשי נ' שר הפנים, פ"ד יב 209, 214. ראו גם: בג"צ 302/72 חילו נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 169; בג"צ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2) 94, 101 ואילך; בג"צ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, פ"ד לה (2) 85; בג"צ 702/81 מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד לו (2) 1; בג"צ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו (3) 349, 358; בג"צ 571/81 הפסקה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו (3) 477; בג"צ 491/86 עיריית תל-אביב-יפו נ' שר הפנים, פ"ד מא (1) 757; ברק, 1965; זמיר, 1982, 308.

5. בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבתים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729, 744, 746. ראו גם: בג"צ 702/81 מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד לו (2) 1, 11.

6. בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 444-445.

7. דפי זהב, 441-442, 444.

שיקבע כי מעשה המנהל הוא בלתי-סביר, נדרש שהמעשה יימצא חורג מגדרו של מתחם הסבירות באופן קיצוני.

עמדתו של השופט ברק לא עברה בלא התנגדות. השופט לנדוי טען, ברוח התפישה ההיררכית המסורתית, העומדת ביסוד העיקרון של חוקיות המנהל, כי "הסנקציה על החלטות בלתי-נבונות ובלתי-יעילות [של המנהל] טמונה באחריותה הפרלמנטרית של הממשלה ושריה בפני הכנסת, ובסופו של דבר בפני הציבור בכלל".<sup>8</sup> טיעון נוסף שהעלה השופט לנדוי נגד הרחבת תחולתו של מבחן הסבירות לכל מעשי המנהל משקף את המתח הקיים לאורך כל דרכה של הציונות בין הדינמיות של ה"עשייה", מצד אחד, לבין מוסרות ה"חוקיות", מצד שני. במאמר מעניין כתב השופט ויתקון בראשית שנות ה-60, כי בתקופת המנדט נתפש המשפט כמכשיר לכבילת המאמצים להקמת המדינה, ומשקמה המדינה "לא פעם נמצא שמושגי המשפט הטהור מפריעים למאמץ להתגבר על בעיות השעה, עד כדי צורך לסטות מהם... [נ]וצר הילך רוח עזין לעניין המשפט" (ויתקון 1962, 74). דברים דומים כתב גם אהוד שפרינצק (1986). הביעו חשש פן תגביל "החוקיות" את "העשייה" יתר על המידה, טען השופט לנדוי, כי כתוצאה מהכפפת המנהל למבחן הסבירות "עלולים יעילות המנהל הציבורי וכושרו לפעול ללא השהיות להיפגע מרוב הגבלות משפטיות".<sup>9</sup> קו מחשבה זה אומץ גם על-ידי השופט אלון, שטען כי הכפפת המנהל למבחן הסבירות עשויה להביא את אנשי המנהל "לכלל היסוס וחששות מופרזים בפעילותם המקצועית-כלכלית, דבר שאינו יפה לעשייה יעילה ותקינה", ומכל מקום, בתקופה שעד להכרעתו של בג"צ, "ביני לביני מעוכבת הרשות הציבורית בפעילותה ובמעשיה".<sup>10</sup>

למרות התנגדויות אלה, אימץ בית-המשפט העליון את עמדתו של השופט ברק, לפיה חל מבחן הסבירות, בתוכנו החדש, המנוגד לתוכנו המסורתי, על כל מעשי המנהל, ולא רק על מעשי החקיקה של המנהל. בג"צ הפעיל את המבחן, מאז ראשית שנות ה-80, בעשרות רבות של מקרים, לצורך בדיקת סבירות פעולותיהן של רשויות מנהליות, שנסמכו על שימוש בידע ובמומחיות המקצועיים של הרשויות. ברוב המכריע של המקרים, אישר בג"צ את סבירות מעשיהן של רשויות המנהל, בהדגישו, שוב ושוב, כי רק במקרים קיצוניים ייחשב מעשה המנהל כמושתת על איוון בלתי-סביר של שיקולים וייפול מחוץ לגדרו של "מתחם הסבירות".<sup>11</sup>

8. בג"צ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא (3) 657, 666.

9. דפי זהב, 431, 432.

10. מרכז הקבלנים, 754.

11. בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729 (כריית הסכם עם יזמים וזים להקמת מפעלים לבנייה טרומית); בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (מתן זיכיון לפרסומת המשודרת בקול ישראל); בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365 (הצגת תרומתה של יהדות המזרח לציונות בסדרת טלוויזיה); בג"צ 266/81 אברון נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 502 (קביעת תוכנו של משרד); בג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו (2) 449 (מדיניות הטלפונים של משרד התקשורת); בג"צ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו (3) 349 (הפעלת תחבורה ציבורית בין המושב לבין היישובים הסמוכים לו); בג"צ 197/83 סיטאר אופנה בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד לו (2) 388 (מתן רשויות ייבוא); בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לו (3) 29 (קביעת שעות קיץ. אך ראו דעת המיעוט של השופט שמגר); בג"צ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לו (4) 326 (החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לפתוח בהליכים פליליים); בג"צ 419/83 דורון נ' המפקח על מטבע חוץ, פ"ד לה (2) 323 (הקצבת מטבע חוץ); בג"צ 49/83 המחלבות המאוחדות של המועצה לענף החלב, פ"ד לו (4) 516 (מדיניות הסובסידיות בענף החלב); בג"צ 777/83 א.ה.ל. נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד לה (1) 625 (מדיניות הסובסידיות של הממשלה); בג"צ 323/84 רשף נ' רשות השידור, פ"ד לה (2) 586 (קביעת תוכנם של משרדי טלוויזיה); בג"צ 676/84 Time Inc. נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (4) 385 (החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לאפשר חקירת עדים לצרכי הליך שהתנהל בחו"ל); בג"צ 676/84 Time Inc. נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (4) 561. (החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לאפשר חקירת עדים לצרכי הליך שהתנהל בחו"ל); בג"צ 231/84 הסתדרות הכללית של העובדים נ' שר האוצר, פ"ד לה (4) 599 (אישור קרן פנסיה כקופת גמל); בג"צ 750/84 Time Inc. נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (4) 609 (החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להתיר עדות בחו"ל); בג"צ 397/84 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' עיריית גבעתיים, פ"ד לט (13) (קביעת שיעורי ארנונה); בג"צ 674/84 ארגון המורים בבתי-הספר העל-יסודיים, נ' שר האוצר, פ"ד לט (2) 219 (שיטות תשלום השכר למורים); בג"צ 44/85 יובל גד בע"מ נ' מפקח עבודה ראשי, פ"ד לט (3) 48 (קביעת בעלי הסמכות לבדוק בטיחותם של מתקנים); בג"צ 477/85 גבע נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מ (1) 314 (קריטריונים למתן הלוואות לרכישת דירות על-ידי זוגות צעירים); בג"צ 716/85 בן ברוך נ' עיריית אשקלון, פ"ד מ (1) 344 (קביעת בית-הספר שבו ילמדו ילדים); בג"צ 71/86 וכסלר נ' שר התחבורה, פ"ד מ (2) 235 (קביעת טיב המתקנים שצריכים

עם זאת, במספר מצומצם של מקרים מצא בג"צ, כי החלטה שהתקבלה עלידי רשות מנהלית, ושנמצאה בתחום הידע והמומחיות של הרשות, היתה בלתי-סבירה. כך, פסל בג"צ החלטה של ראש עיריית תל-אביב שלא להתיר לבעל בית-קפה להציב שולחנות וכיסאות על המדרכה. בג"צ מצא, כי ראש העירייה לא איזן נכון את מידת הפגיעה בעסקו של בעל בית-הקפה מול מידת הפגיעה שהיתה עשויה להיגרם לדיירי הרחוב, עקב הרעש שהיה נגרם עלידי יושבי בית-הקפה;<sup>12</sup> בג"צ פסל הנחיות של משרד העבודה להגביל השתתפות של המשרד בתשלום שכר הלימוד של ילדי גנים רק לילדי אמהות שכירות, ולא להחיל את ההשתתפות על אמהות שהן עובדות עצמאיות, וזאת מהטעם שהמשרד התקשה לאמת את הצהרותיהן של אמהות עצמאיות לגבי גובה שכרן. בג"צ קבע, כי המטרה של עידוד אמהות לצאת לעבודה צריכה לגבור על השיקול של רכיבי האימות של גובה הכנסותיהן;<sup>13</sup> בג"צ פסל החלטה של מנכ"ל משרד הפנים שלא לאשר את תוכנית המתאר להקמתו של איצטדיון הכדורגל בירושלים;<sup>14</sup> בג"צ גם פסל החלטה של המוסד לביטוח לאומי להגביל הלוואה לרכישת רכב לנכה רק לקרובי-משפחה של הנכה המתגורר בבניין שבו מתגורר הנכה.<sup>15</sup>

בכמה מקרים פסל בג"צ את הדרך שבה הפעילו היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי את סמכויותיהם. כך, פסל בג"צ את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה לסגור תיק חקירה בעניין עבירה של "סוביחדיצה". בג"צ מצא שהיועץ המשפטי לא הפעיל את שיקול-דעתו כהלכה והיה עליו להמשיך בחקירה;<sup>16</sup> בג"צ פסל את החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי שלא להעמיד לדין בפני בית-דין צבאי את אל"מ יהודה מאיר. בג"צ מצא, כי הפציר לא החיל בצורה נכונה את השיקולים העומדים ביסוד המשפט הפלילי על עובדות המקרה שבפניו;<sup>17</sup> בג"צ פסל את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את ראשי המערכת הבנקאית, בעקבות דו"ח "ועדת בייסקי". בג"צ מצא, כי היועץ המשפטי לממשלה לא החיל בצורה נכונה את השיקולים העומדים ביסוד המשפט הפלילי על עובדות המקרה שבפניו.<sup>18</sup> (אף שמקרים אלה יכולים להיחשב

- להיות במכוניות ללימוד נהיגה); בג"צ 403/85 פולגת תעשיות בע"מ נ' עיריית קריית גת, פ"ד מ (3) 325 (קביעת שיעורי ארנונה); בג"צ 369/85 ניר נ' שר התחבורה, פ"ד מא (1) 261 (קביעת הסדרים בדבר הוראת נהיגה); בג"צ 64/87 פסנון נ' מדינת ישראל, פ"ד 499 (קביעת הסדרים בדבר תשלום למלווים לנכים); בג"צ 809/86 יגוביץ נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא (4) 309 (הטלת הגבלה על פתיחתה של חנות לממכר אבזרי מין); בג"צ 270/88 מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מב (3) 260 (הטלת הגבלה על התקשרויות בינלאומיות בטלפון ב"שטחים"); בג"צ 899/86 אדגר תעשיות טקסטיל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מג (1) 749 (הטלת היטל ייבוא); בג"צ 411/89 תנועת נאמני הר הבית וארץ-ישראל נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד מג (2) 17 (החלטת מפקד משטרה לאסור על קיום תהלוכה מחשש לפגיעה בביטחון הציבור); בג"צ 338/86 רבעיה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג (2) 61 (החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום); בג"צ 506/89 בארי נ' ראש מדור תביעות, פ"ד מד (1) 604 (החלטת פרקליט המדינה שלא לנהל הליכים משפטיים בעבירה של זילות בית-המשפט); בג"צ 2936/90 תנועת "כך" נ' שר המשטרה, פ"ד מד (3) 106 (החלטת מפקד מחוז במשטרה שלא להתיר קיום אסיפות פומביות מחשש לפגיעה בסדר הציבורי); בג"צ 781/88 בזו נ' שר האוצר, פ"ד מד (3) 456 (מדיניות שר האוצר שלא להתיר העלאת מחיר הנסיעה במוניות); בג"צ 1011/89 אורנר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה (1) 236 (החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לפתוח בהליכים פליליים); בג"צ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד מה (3) 678 (החלטת המועצה לאשר הקמת מתקן חשמל ואתר תיירות בירדן ההררי); בג"צ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה (5) 1 (החלטת היועץ המשפטי לממשלה לקיים הליכים פליליים); בג"צ 764/88 דשנים והומרים כימיים בע"מ נ' עיריית קריית אתא, פ"ד מו (1) 793 (קביעת שיעורי ארנונה); בג"צ 34/91 קוך נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו (4) 406 (החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט בהליכים פליליים); בג"צ 6156/92 עיזבון המנוח איתן דגן ז"ל נ' הפקח על הביטוח, פ"ד מו (1) 237 (החלטת המפקח על הביטוח למנות מנהל מורשה לחברת "הסנה"); בג"צ 1713/92 בוק נ' ממשלת ישראל, פ"ד מו (1) 466 (קביעת תעריפה של חברת "בוק").
12. בג"צ 127/80 אחדם נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד לה (2) 118.
  13. בג"צ 281/82 שילה-אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לו (1) 95.
  14. בג"צ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב (4) 529.
  15. בג"צ 516/86 שהינו נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (1) 143. ראו גם: בג"צ 657/89 גולדשמיט נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד מד (1) 622; בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לו (3) 29 (דעת מיעוט של השופט שמגר).
  16. בג"צ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג (4) 356.
  17. בג"צ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג (4) 718.
  18. בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485.

כמקרים של פיקוח על סבירות הפעולה המקצועית של בעל תפקיד, למעשה, מכיוון שהשיקולים המקצועיים שנדונו בהם היו שיקולים משפטיים, אין אלה המקרים הרגילים של הפעלת פיקוח משפטי על סבירות הפעולה המקצועית על-ידי בית-המשפט, אלא יש לראות מקרים אלה כקרובים יותר למקרי הסבירות המשפטית, שיידונו בהמשך.)

## ד. סבירות משפטית

כשביית-המשפט העליון הרחיב את תחולתו של מבחן הסבירות אל מעבר לחקיקה המנהלית, קרי: למעשי המנהל בכללותם, נראה היה כי המבחן יוחל על-ידו על השיקולים המקצועיים של הרשות, הנופלים בגדר המומחיות והידע הייחודיים לרשות ("סבירות מקצועית"). אולם כבר בשלבים מוקדמים של פיתוח מבחן הסבירות הכללי, בראשית שנות ה-80, הופעל המבחן על-ידי בג"צ גם בדרך אחרת.

על-פי דרך זו, לא בחן בית-המשפט את מידת הסבירות של השיקולים המקצועיים שנשקלו על-ידי הרשות, אלא את המידה שבה נתנה הרשות משקל ראוי לעקרונות המשפטיים החלים על פעולותיה. במקרים כאלה, אילו נמצאה נורמה משפטית חקוקה, הקובעת באופן מפורש את סוג השיקולים שעל הרשות להביא בחשבון במסגרת פעולותיה ואת המשקל שעל הרשות לתת לכל אחד מהשיקולים האלה, כי אז היינו אומרים, שבמקום שבג"צ בוחן את מעשיה של הרשות לאור הנורמה המשפטית המסדירה אותם, בג"צ מפרש את הנורמה המשפטית, ובוחן את מעשיה של הרשות לאור הנורמה, כפי שפורשה על-ידו. במקרים כאלה, היינו אומרים, שבג"צ מילא תפקיד הנופל באופן מובהק במסגרת תפקידיו כבית-משפט. אולם, בג"צ פעל בדרך אחרת. בהפעילו את מבחן הסבירות המשפטית, הוא לא בחן את מעשי הרשות לאורה של נורמה משפטית חקוקה ומפורשת, אלא קבע, כי פעולת הרשות נשלטת על-ידי שורה של עקרונות, המהווים חלק מהמשפט הישראלי, וכי על הרשות לאזן בין העקרונות בדרך של מתן משקל ראוי לכל אחד מהם. באמצעות קביעת העקרונות החלים על מעשה הרשות, ובדרך של קביעת האופן שבו יש לאזן בין העקרונות, יצק איפוא בית-המשפט, למעשה, נורמה משפטית פוזיטיבית חדשה, יש מאין, ולאורה בחן את הדרך שבה פעלה הרשות. ניתן לכנות הפעלה כזו של מבחן הסבירות על-ידי בג"צ "סבירות משפטית", דהיינו, בחינת האופן שבו איתרה הרשות המנהלית את העקרונות המשפטיים החלים על פעולתה ואיזנה ביניהם.<sup>19</sup>

מאז ראשית שנות ה-80 הפעיל בג"צ את מבחן הסבירות המשפטית בשורה ארוכה של מקרים. דומה, כי מספר המקרים שבהם פסל בג"צ את מעשיהן של רשויות המנהל לאורו של מבחן הסבירות המשפטית גדול באופן ניכר ממספר המקרים שבהם פסל בג"צ את מעשיהן של רשויות המנהל תוך הפעלתו של מבחן הסבירות המקצועית. יתר על כן, חלק מהמקרים שבהם הפעיל בג"צ את מבחן הסבירות המשפטית היו בעלי השלכות פוליטיות, וחכו לתהודה רבה באמצעיה התקשורת.

כך, בהפעילו את מבחן הסבירות, פסל בג"צ החלטה של רשות השידור למנוע שידור ראינות יומיים עם ראשי ציבור "שטחים" המזוהים עם אש"פ; בג"צ מצא, כי רשות השידור לא איזנה באופן נכון את עקרון חופש הביטוי מול הצורך להגן על שלום הציבור וביטחון המדינה;<sup>20</sup> בג"צ פסל החלטה של מפקד מחוז במשטרה שלא להתיר הפגנה ותהלוכה לזכרו של אמיל גרינצוויג ז"ל, במלאת שלושים להירצחו. בג"צ מצא, כי מפקד המחוז לא איזן באופן נכון את חירות היסוד להפגנה ותהלוכה מול הצורך לשמור על ביטחון הציבור;<sup>21</sup> בג"צ פסל החלטה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לאסור על הצגתו של מחזה. בג"צ מצא, כי המועצה לא איזנה באופן נכון את עקרון חופש הביטוי מול הצורך להגן על הסדר הציבורי;<sup>22</sup> בג"צ פסל את החלטתה של רשות השידור להטיל הגבלות על שידורים המתייחסים לתנועת כ"ך של מאיר כהנא. בג"צ מצא כי

19. ניתן כמובן לטעון כי מבחן הסבירות המשפטית אף הוא מבחן של סבירות מקצועית, מבחינה זו שגם בהפעילו את מבחן הסבירות המשפטית בוחן בג"צ את דרך פעולתה המקצועית של רשות מנהלית בתחומי סמכותה. אולם, בעוד שמבחן הסבירות המקצועית מתייחס לפעולות המקצועיות של הרשות, הרי מבחן הסבירות המשפטית מתייחס לדרך שבה פירשה הרשות והפעילה את נורמות המשפט החלות על פעולתה.

20. בג"צ 243/82 זכרונני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לו (1) 757.

21. בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי, פ"ד לח (2) 393.

22. בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421.

הרשות לא איזנה נכון את הערך של חופש הביטוי מול הצורך למנוע פגיעה בסדר הציבורי;<sup>23</sup> בג"צ פסל את החלטתו של הצנזור הצבאי הראשי לפסול קטעים שנכללו בכתבה עיתונאית על "המוסד". בג"צ מצא, כי הצנזור לא איזן באופן נכון את עקרון חופש הביטוי מול הצורך להגן על ביטחון המדינה;<sup>24</sup> בג"צ פסל את החלטתו של ראש עיריית ירושלים שלא לאפשר הצבת בובת מחאה מול הקונסוליה האמריקנית. בג"צ מצא, כי ראש העירייה לא איזן נכון את עקרון חופש הביטוי מול הצורך להגן על שלום הציבור;<sup>25</sup> בג"צ פסל את החלטתה של הממשלה למנות את יוסי גנוסר לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון. בג"צ מצא, כי בהחלטתה לא נתנה הממשלה משקל ראוי לשיקול של שמירת אמון הציבור בשלטון;<sup>26</sup> בג"צ הורה לראש-הממשלה להעביר את השר אריה דרעי ואת סגן השר פנחסי מתפקידיהם, אחר שהוגשו נגדם כתבי-אישום. בג"צ קבע, כי תוצאה זו מתחייבת על-פי השיקול של שמירת אמון הציבור בשלטון.<sup>27</sup>

## ה. סבירות כ"נורמת-על משפטית"

עד כה ראינו שלושה הקשרים שבהם עשה בג"צ שימוש במושג הסבירות: סבירות כמבחן לפיקוח על חקיקה מנהלית; סבירות מקצועית; וסבירות משפטית. ההקשר הרביעי שבו נעשה שימוש במושג הסבירות במשפט המנהלי הוא זה של דוקטרינת השפיטות. דוקטרינת השפיטות קובעת, כי עתירות מסוימות אינן מתאימות להתברר לפני בית-המשפט העליון, משום שהן מעוררות נושאים השנויים במחלוקת פוליטית או ציבורית; נושאים הנתונים על-פי טיבם לטיפול של רשות שלטונית אחרת (למשל: ענייני חוץ וביטחון); או נושאים שאין לבית-המשפט כלים משפטיים לזון בהם. בשנות ה-80, צמצם בג"צ במידה ניכרת את היקפה של דוקטרינת השפיטות. בג"צ הדגיש, כי בהתאם לעקרון שלטון החוק, כפופות הפעולות על-פי דין של כל רשות שלטונית, לרבות פעולותיה של הכנסת (למעט פעולותיה לקביעת תוכנו של הדין החל במדינה), לביקורתו השיפוטית.<sup>28</sup> יתר על כן, השופט ברק הציע צמצום דרסטי של דוקטרינת השפיטות. בפסק-הדין בעניין רסלר,<sup>29</sup> הבחין ברק בין "שפיטות נורמטיבית" לבין "שפיטות מוסדית". לדבריו, השפיטות הנורמטיבית באה להשיב על השאלה אם קיימות אמות-מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד לפני בית-המשפט. ברק הציע לבטל לחלוטין את מושג אי-השפיטות במובנו זה. הוא טען, כי לא ייתכן קיומו של מצב שבו לא תימצא בידי בית-המשפט נורמה משפטית לבחינת מעשה של רשות מנהלית או פוליטית.

בפתח דבריו כתב ברק כך: "המשפט הוא מערכת של איסורים והיתרים... אין 'חלל משפטי' שבו פעולות מתבצעות בלי שהמשפט נוקט כלפיהן כל עמדה... כל דבר הוא 'עניין משפטי', במובן זה שהמשפט קובע לגביו עמדה, אם מותר הוא או אסור... הטענה, כי העניין אינו שפוט נורמטיבית, אינה אלא טענה, כי על הפעולה לא חלה נורמה אוסרת, ועל-כן הפעולה מותרת" (רסלר 477).<sup>30</sup> בדברים אלה נראה ברק כתופש את המשפט כמושגיו של המשפט הפלילי, הקובע גבולות של אסור ומותר, באופן שכל פעולה שלא נאסרה נחשבת מותרת. התפישה בדבר תפקידם של בתי-המשפט, הנגזרת מהצגה זו של המשפט, דומה לתפישה בדבר תפקידו של בג"צ בתחום המשפט המנהלי, הנגזרת מעקרון חוקיות המנהל. בשני המקרים, עוסק המשפט בסימון גבולות ובשמירה על כך שפעולות לא יחצו את הקווים שבין המותר לאסור, אך נמנע מהפעלת פיקוח מהותי על פעולות המתקיימות בתחומי המותר.

אחר-כך עובר ברק לזון ביחסים שבין המשפט לפוליטיקה. גם בשלב זה של דיונו נראה ברק תופש את המשפט כמושגים של קביעת תחומי איסור והיתר למעשה הפוליטי, ולא כמושגים של הפעלת

23. בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255.
24. בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617.
25. בג"צ 935/89 אינדר נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה (4) 683.
26. בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון פד"י מז (2) 229.
27. בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"צ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין (טרם פורסם). ראו גם: כהן, ח', 1994. לסיווג של מבחני הסבירות, שהוא שונה מזה המוצע כאן, ראו: Zamir 1992.
28. לדיון ראו: קרצמר 1990; זמיר 1990.
29. בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב (2) 441.
30. במאמר שפרסם ב-1993, כתב ברק: "בעיני, מלוא כל הארץ משפט" (ברק 1993א, 477). דברים אלה מזכירים את הכתוב בישיעהו ו', 3: "וקרא זה אל זה ואמר: קדוש קדוש קדוש ה' צבאות מלא כל הארץ כבודו".

פיקוח מהותי על המעשה הפוליטי המותר. אומר ברק: "כל פעולה – ותהא פוליטית או עניין למדיניות ככל שתהא – נתפשת בעולם המשפט, וקיימת נורמה משפטית הנוקטת עמדה כלפיה, אם מותרת היא או אסורה... המישור הפוליטי והמישור המשפטי הם שני מישורים שונים. אין הם מוציאים זה את זה ואין הם מיייתרים זה את זה. הם פועלים בתחומים שונים... 'הפוליטיות' של הפעולה לא שוללת את 'המשפטיות' שלה, ו'המשפטיות' של הפעולה לא שוללת את 'הפוליטיות' שלה" (רסלר 477).

גם כאן נראה עדיין ברק כתופש את המשפט במושגים של קביעת גבולות של מותר ואסור לפוליטיקה. אבל, בשלב הבא של דיונו הוא נוטש את התפישה הזאת, ועובר לתפישה אחרת לגמרי של המשפט, היינו, ראייתו כמערכת להפעלת בקרה ופיקוח מהותיים על תכניה של הפעילות האנושית, לרבות הפעילות הפוליטית, אפילו נעשית הפעילות בגדרם של תחומים שהוגדרו על-ידי המשפט כתחומים של היתר. בהקשר זה מציג ברק את הסכירות כנורמת-על משפטית, שלאורה ניתן לבחון את הפעילות האנושית כולה.

ברק מפתח את טיעונו סביב השאלה, מהי עמדת המשפט לגבי הטענה, "כי לא ראוי הוא לכרות יחסים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית. האם טענה זו יש לה 'בית קיבול' משפטי ואמות-מידה משפטיות?" (רסלר 479). הוא משיב על השאלה בחיוב: גם אם אין איסור על המעשה של כריתת יחסים דיפלומטיים עם גרמניה, עדיין צריך מעשה זה לעמוד במבחן הנורמה המשפטית של הסכירות. לדברי ברק, "כל החלטה שלטונית... חייבת להיות סבירה. הטיעון הפוליטי 'אין זה ראוי לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית' מתורגם לטיעון המשפטי 'אין זה סביר לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית'" (רסלר 479). אכן, לדבריו, כשבג"צ דחה בשנת 1965 את העתירה שהוגשה נגד כריתת היחסים עם גרמניה, מהטעם ש"אין זה עניין משפטי... השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ",<sup>31</sup> בג"צ לא הנחה עצמו על-ידי קו מחשבה נכון. "לשיטתי", אומר ברק, "היה על בית-המשפט לבחון, בראש ובראשונה, את הנורמה המשפטית החלה על העניין. למיטב הבנתי, הנורמה הרלוונטית היא זו המטילה על השלטון את החובה לפעול בסבירות. משאותרה הנורמה הרלוונטית, היה על בית-המשפט לבחון, אם טענותיו של העותר מצביעות, ולו לכאורה, על התנהגות בלתי-סבירה... אמת, שיקולי השלטון הם שיקולים פוליטיים, אך אין בכך כדי לשלול את הצורך לבחון, אם השיקול הפוליטי הוא חוקי מבחינה משפטית. השיקול הפוליטי לחדוד השיקול המשפטי לחדוד" (רסלר 485).

ואם קיים ספק לגבי עמדתו של ברק בדבר פיקוחו של המשפט על הפוליטיקה באמצעות מבחן הסכירות, הרי בהמשך הוא אומר כך: "ישאל השואל: האם בכל מקרה ומקרה החלטה של רשות שלטונית שפיטה היא? האם, למשל, לצאת למלחמה או לעשות שלום אף הן החלטות 'שפיות' ועשויות 'להיכלא' לנורמה משפטית ולדיון שיפוטי? תשובתי הינה בחיוב... ניתן תמיד לגבש אמות מידה עקרוניות לבחינת סבירות ההתנהגות, ועל-פי אמות מידה אלה תיבחן פעולת הרשות לגופה" (רסלר 488).

עד כה, לא נמצא ולו גם שופט אחד בבית-המשפט העליון שהביע הסכמה לדבריו אלה של השופט ברק. נהפוך הוא. השופט שמגר והשופט אלון חלקו על הדברים.

ביסוד גישתו של השופט שמגר עומדת ההבחנה בין התפקיד שהמשפט ממלא בסימוך גבולות לבין השימוש במשפט כאמצעי להפעלת בקרה ולפיקוח על מעשים מותרים. לדבריו, לעתים מתעוררת השאלה "אם הוכרע בנושא פלוני על-ידי מי שהוסמך לכך כדיון, ואם הפעולה בוצעה בתוך דלת האמות של הסמכויות שהוגדרו בחוק". זאת, "בין אם המדובר בפיתוח מטוס קרב ובין אם המדובר בייסוד פקולטה נוספת למשפטים או לרפואה, ואף אם המדובר בשאלות גורליות של יחסי חוץ וביטחון" (רסלר 518). לגבי שאלות כאלה, יכול בג"צ להפעיל את סמכות הפיקוח שלו. אולם, לעתים עשויה להתעורר שאלה מסוג אחר לגמרי, היינו, "שאלה המתייחסת במהותה לנקיטת עמדה בנושאים הטעונים הכרעה עניינית על-ידי מי שעיסוקו בדבר" (רסלר 518). השופט שמגר מתנגד להפעלתו של מבחן הסכירות לגבי מקרים מהסוג האחרון. לדבריו, הדבר יפגע בהפרדת הרשויות. "היה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התפקוד של הרשויות האחרות... לא ניתן יהיה לקיים מערכות שלטון תקינות... אם כל הבעיות הפוליטיות יחלו לעשות דרכן לבית-המשפט כדי להיבחן שם לפי אמות מידה משפטיות" (רסלר 519, 523).

31. בג"צ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט (2) 485.



אם כך, כיצד קובעים את גבולות סמכותה של הרשות השופטת ביחס למעשים הנעשים על-ידי רשויות השלטון האחרות? לדברי השופט שמגר, "אין לכך נוסחה מתמטית... המבחן היכול לשמש לכך הוא המבחן של האופי הדומיננטי של הנושא. יש שהאופי הדומיננטי מוליך למסקנה, שלפיה מן הראוי שהנושא יוכרע על-ידי הרשות השיפוטית, ויש שהאופי של הנושא מצביע על כך, כי מן הראוי שיימסר לידי הרשות המחוקקת דווקא... ויש שניתן ללמוד ממכלול הנסיבות, כי... מן הנכון להותיר את העניין בידיה של הרשות המבצעת הפוליטית" (רסלר 519). כך, בעניין היחסים הדיפלומטיים עם גרמניה, אומר השופט שמגר, כי "ניתן היה לקבוע בבית-משפט, אם כינון היחסים הוא פרי החלטה של מי שמוסמך לכך". אולם, השאלה "אם כינון היחסים הוא בגדר מעשה סביר או, כלשון אמת המידה המשפטית, אם ממשלה סבירה הייתה מכוננת יחסים כאמור... אינ[ה] מן הסוג שבית-משפט צריך ויכול לדון בו... הדיון בשאלת הסבירות היה אובך על הפורום השיפוטי נשוא, אשר הוא אינו מתאים לדיון בו מכול וכול. השאלה... ראויה לדיון פוליטי, היסטורי, פילוסופי, או אף רגשי, אך המבחנים שבאמתחתו של בית-המשפט אין בהם מאומה כדי לחבוק היבטים מגוונים אלה וכדי להיות מעורב בהם" (רסלר 521).

על גישתו של השופט ברק בעניין הסבירות חלק גם השופט אלון. השופט אלון פותח בעימות עם אותו חלק בתפישת המשפט של השופט ברק, שבו נתפש המשפט כמסמן גבולות של מותר ואסור. הוא שואל: "האם אמנם אין פעולות שהמשפט לא נוקט כלפיהן כל עמדה" וכל פעולה נתפשת בעולם המשפט? האם אין 'חלל משפטי'? ומה בדבר היחסים שבין אדם לחברו בתחום המוסר, שהמערכת המשפטית, כפי שהיא מקובלת עלינו כיום, אינה מתייחסת אליהם ואינה מבקשת לקבוע עמדה לגביהם?... הרי אין אתה אומר שהמשפט 'מתיר' לאכול, לשוחח בטלפון, לטייל, לרוץ ולרקוד משום שאין הוא 'אוסר' פעולות אלה. גם אין לומר שהמשפט 'מתיר' עשיית חסד והצנע לכת, משום שאין הוא 'אוסר' פעולות אלה. לכל הפעולות האמורות אין המערכת המשפטית מתייחסת כל עיקר... משום שהן מחוץ לתחום התעניינותה... קיים 'חלל משפטי' לגבי כל תחום שהוא ממהותו תחום שהמשפט אינו מתייחס אליו".<sup>32</sup>

בסוגיית הסבירות, השופט אלון כופר בכך שקיימים קניי-מידה משפטיים לבדיקת המעשה הפוליטי,

32. בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749, 766-767. ההדגשות במקור. מיד לאחר דבריו אלה, טוען השופט אלון, כי תפישת המשפט של השופט ברק זהה לתפישת המשפט הקיימת על-פי המשפט העברי:

"דבריו של חברי נכונים ונכוחים הם, אם יוכנס בהם שינוי 'קטן' אחד בלבד, והוא, שכל מקום שנאמר בהם המונח 'משפט', יבוא במקומו המונח 'הלכה'. אכן, ההלכה היא מערכת של איסורים והיתרים, ההלכה מתייחסת היא לכל פעולותיו של האדם. על כל פעולה ניתן לומר ויש לומר שהינה מותרת או אסורה בעולמה של הלכה, ולא קיים 'חלל הלכתי'. משום כך מערכת ההלכה, לפי עצם מהותה, משתרעת היא – גם מבחינת היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו – על ענייני משפט ומוסר, על תחומי חברה ומדינה, והמערכת המשפטית, כפי שמושג זה מקובל אצלנו כיום, מבחינת התייחסותה ואי-התייחסותה לתחומים השונים, מהווה חלק ממכלול מערכת ההלכה. בעולמה של מחשבת היהדות קיים המושג של 'לית אתר דפני מיניה, לא בעילאין ולא בתתאין' (אין מקום שפניו הימנו, לא במה שלמעלה ולא במה שלמטה...). אבל עולמו של המשפט, בתפיסת עולמנו דהאידנא – עולם זה מצומצם הוא, במהדע ובכוונה מראש, לפעולות שהן בעלות משמעות משפטית נורמטיבית בלבד; לעומתן פעולות רבות ומגוונות מוסדרות על-פי נורמות מוסריות וחברתיות, למיניהן ולסוגיהן, המצויות מחוץ לחלל עולמו של המשפט" (ז'רז'בסקי 767). ההדגשות במקור.

השופט ברק הגיב על דבריו אלה של השופט אלון. בתגובתו חזר ברק ברק לתפישתו של המשפט כמסמן גבולות. אולם, בעוד שבפרשת רסלר הוא הציג את המשפט כקובע גבולות של מותר ואסור, ברוח המשפט הפלילי, כעת הוא תופש את המשפט כמסמן גבולות של חירויות וחובות, ברוח המיון המפורסם של הופולד:

"היחסים בין אדם לבין חברו בתחום המוסר או החברה אינם נופלים בגדר 'חלל משפטי'. המשפט הוא בכלל. אין 'חלל משפטי'... אני רשאי לחשוב ולנוע כרצוני משום שהמשפט מכיר בחירותי זו. הכרה זו אינה נגזרת מתוך כך שהמשפט אינו אוסר פעולות אלה עלי, אלא מתוך כך שהמשפט אינו מכיר בזכותו של הזולת למנוע זאת ממני. חירותי שלי היא העדר זכותו של זולתי. אכן, אילו היו יחסים אלה נופלים לגדר 'חלל משפטי', מה היה מונע ממני למנוע מחברי לחשוב או לאכול כרצוני?" (ז'רז'בסקי 855).

להחלטה פוליטית ראו גם: בג"צ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית וארץ-ישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז (1) 37.

שהם נבדלים מהשיקולים הפוליטיים עצמם. "תמה אני", הוא אומר, "מה, בסופו של דבר, בית המשפט כן בודק ומה בית המשפט אינו בודק בהיקפו למבחן הסבירות ולמתחם הסבירות. כיצד ניתן בכלל להבחין בין בדיקת 'המשפטיות' של הפוליטיקה... לבין בדיקת ההיגיון הפנימי, היעילות המעשית והתבונה [של המעשה הפוליטי]. האם אין זו הבחנה סמנטית גרידא, שאין לה כל משמעות תוכנית ומעשית?"<sup>33</sup>

## ו. סבירות "מקצועית" וסבירות "משפטית" כחלק מתפישת עולם משפטית חדשה

המעבר של בג"צ מהפעלה של מבחן הסבירות כאמצעי פיקוח על חקיקת משנה להפעלה של המבחן על מעשי המנהל בכללותם, תוך בחינת סבירותם "המקצועית" ו"המשפטית", הוא חלק מעלייתה של תפישה חדשה בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון, בשנות ה-80 וה-90, באשר לתפקיד החברתי של המשפט ובאשר לתפקידו של בית-המשפט העליון במסגרת רשויות השלטון של המדינה.<sup>34</sup>

מאז שנות ה-50, שלטה במשפט הישראלי תפישת-עולם, שהושתתה על ראייה של המשפט כמערכת, שתפקידיה העיקריים הם קביעת כללי פעולה עבור אלה המבקשים לתכנן את מעשיהם כדי להשיג יעדים משפטיים, והפעלתם של כללי המשפט לצורך הכרעה בסכסוכים משפטיים. המשפט נתפש כמערכת של כללים, האמורה להיות מופעלת ברמה המושגית והלשונית, תוך הצנעת המימד הערכי של תכני המשפט וההשלכות החברתיות של המשפט. ההכרעה בשאלות הערכיות והחברתיות המגולמות במשפט נחשבה נתונה לסמכותה של המערכת הפוליטית. שופטים, ומשפטנים בכלל, היו אמורים להצטיין בשני כישורים עיקריים: בקיאות בתכני המשפט ו"כושר אנליטי". כישורים אלה היו אמורים לאפשר להם לנתח את הסיפורים העובדתיים המובאים לפנייהם ולמיינם אל תוך קטיגוריות המשפט, המכילות את הפתרונות שאמורים להסדירם.

בשנות ה-80 עלתה בפסיקתו של בית-המשפט העליון – בעיקר בפסקי-הדין של השופט ברק – תפישת עולם חדשה של המשפט. בניגוד לתפישה המסורתית, תפישת העולם החדשה מדישה את המימד הערכי ואת ההשלכות החברתיות של המשפט. היינו, את התפקיד שהמשפט ממלא בהבהרה ובאכיפה של ערכים ובחלוקתם של משאבים. במסגרת תפישה זו, החלו בתי-המשפט נתפשים, לצד הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, כגופים הממלאים תפקיד חשוב ביצירתן ובקידומן של הכרעות ערכיות קולקטיביות.

תפישת העולם המשפטית החדשה באה לידי ביטוי בשנות ה-80 וה-90 בשורה של דרכי הנמקה חדשות בפסיקתו של בית-המשפט העליון. בפסיקה ניכר מאמץ לחרוג אל מעבר לרובד המושגי והלשוני של המשפט, ולהתחקות אחר הטעמים העשויים לשמש הצדקה לכללי המשפט הקיימים ולפתרונות משפטיים אפשריים. בית-המשפט עשה שימוש נרחב ב"ערכי היסוד" של השיטה, כאמצעי לפרשנותם של כללי משפט קיימים וכחומר גלם ליצירתם של כללי משפט חדשים. בית-המשפט החל מציג עצמו כמי שמכריע הכרעות ערכיות בדרך של איתור ערכים מתנגשים ויצירת איוונים ביניהם. בית-המשפט הדגיש, כי המבחן המכריע לצורך פרשנותם של כללי משפט אינו מבחן הלשון, אלא מבחן התכלית שאותה אמורים הכללים להשיג. דרכי הנמקה אלה הציגו את בית-המשפט העליון כממלא תפקיד חדש במסגרת מוסדות השלטון של ישראל: לא עוד מי שעיקר תפקידו הוא ליישם את המשפט הקיים, תוך פעולה ברמה הקונספטואלית והלשונית של המשפט, אלא, במקביל לכנסת ולרשות המבצעת, גוף הפועל במישור הערכים העשויים להיות מקודמים על-ידי המשפט, ומשמש בית היוצר של הכרעות ערכיות קולקטיביות חשובות.

בתחום המשפט המנהלי, הקצתה תפישת העולם ששלטה במשפט הישראלי מאז שנות ה-50 לבג"צ תפקיד שנגזר מעקרון חוקיות המנהל. כזכור, על-פי עיקרון זה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי מוחשי בפירמידות של אקצין, בית-המשפט אינו נחשב בעל תרומה משלו ביצירת ההכרעות הערכיות הקולקטיביות של המדינה. תפקיד זה נתון לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת. לעומת זאת, תפקידו של בית-המשפט הוא לשמש "שומר הגבולות", דהיינו, לפקח על כך שרשויות המנהל לא יחרגו בפעולותיהן מגבולות הסמכות שתחם להן הדין.

33. ז'רז'בסקי, 770.

34. לדיין נרחב ראו: מאוטנר 1993. ראו גם: קרצמר 1990; זמיר 1990.

עלייתו של מבחן הסבירות בתחום המשפט המנהלי היא חלק מהשינוי שחל בשנות ה-80 בתפישה של בית-המשפט העליון את תפקידו בין רשויות השלטון של המדינה. פעולתו של בית-המשפט בשנות ה-80 מעבר לרובד הלשוני והמושגי של המשפט (בין השאר, תוך הפעלת מבחן הסבירות המשפטית), טשטשה את התפישה המסורתית באשר לגבולות שבין בית-המשפט לבין הכנסת, מבחינה זו שביית-המשפט החל מציג עצמו בגלוי ובאופן נמרץ כנוטל חלק בהכרעות הערכיות של המדינה. בדומה לכך, מבחן הסבירות המקצועית פעל לטשטוש התפישה המסורתית באשר לגבולות שבין בית-המשפט והרשות המבצעת. קודם לאימוצו של מבחן הסבירות המקצועית, שאלת התכנים של החלטות מנהליות נחשבה נתונה באופן בלעדי לרשויות המנהל, בעוד בג"צ נתפש כממלא תפקיד של "שומר הגבולות", דהיינו, פיקוח על כך שהחלטות מנהליות התקבלו בגדר הסמכות. אולם, ההליך של מתן משקלות שונים לשיקולים מוליד החלטות המקדמות יעדים שונים, ואין הוא יכול שלא להיעשות במסגרתה של תפישה ערכית כלשהי. כיוון שכך, עם אימוצו של מבחן הסבירות המקצועית, שבו נטל לעצמו בג"צ את הסמכות לפקח על המשקל שניתן על-ידי רשויות המנהל לשיקולים שונים, בג"צ החל עוסק, בהכרח, בשאלת טיבם של היעדים שאמורים להיות מקודמים באמצעות החלטותיהן של רשויות המנהל, דהיינו, בג"צ החל עוסק בהכרעות ערכיות בתחומים שבסמכות המנהל. מבחינה זו, אימוצו של מבחן הסבירות המקצועית טשטש את הגבולות שבין בית-המשפט והרשות המבצעת בדומה לאופן שבו פעולתו הגלויה של בית-המשפט בתחום ההכרעות הערכיות של המדינה פעלה לטשטוש הגבולות שבין בית-המשפט והכנסת (השוו: Habermas 1988, 236). (רון שמיר מדבר בהקשר זה על תהליך שבו עסק בית-המשפט בהמשגה של המציאות החברתית לשפת המשפט ובהמרה של סוגיות בלתי-משפטיות לשפת המשפט ראו: שמיר בגיליון זה, עמ' 9).

במסגרת תפישת העולם ששלטה במשפט הישראלי מאז שנות ה-50, ניתן היה למצוא מקבילות לעקרון החוקיות של המשפט המנהלי במסגרתם של ענפי משפט אחרים. כך, בתחום המשפט הקונסטיטוציוני, שלטה מאז קום המדינה תפישה של "דמוקרטיה פרוצדורלית", שעל-פיה נחשבה הכנסת רשאית לחוקק כל חוק, בהתאם לרוב שיימצא בה, בלא שהיא תהא מוגבלת על-ידי שיקולים מהותיים כלשהם ("דמוקרטיה מהותית").<sup>35</sup> בהתאם לתפישה זו, ראה עצמו בית-המשפט העליון כמי שאינו רשאי לפקח על תוכנם של חוקי הכנסת ולהחליף את ההכרעות המגולמות בהם בהכרעות משלו. בתחום המשפט האזרחי, ראה עצמו בית-המשפט העליון כמי שתפקידו להכריע אם קיומו הפרוצדורות שהן תנאי לתקפותן של פעולות משפטיות. (למשל: חתימה של המוכר על חוזה למכירת מקרקעין). לעומת זאת, בית-המשפט לא ראה עצמו אמור לחרוג אל מעבר לפרוצדורות, כדי לבחון את המקרים שלפניו לאורם של השיקולים המהותיים העומדים ביסוד הפרוצדורות, דהיינו, לאורם של היעדים שאותם מבקשות הפרוצדורות להשיג. בתחום של דיני הראיות, ראה עצמו בית-המשפט כמי שצריך להפעיל את פרוצדורות גילוי האמת, הקבועות בדיני הראיות, ולא כמי שצריך לחתור למימוש היעד של השגת האמת בדרכים עצמאיות, מעבר למה שקבוע על-פי הפרוצדורות. בתחום המשפט הפלילי, ראה עצמו בית-המשפט כמי שתפקידו לקבוע אם מעשים נופלים בגדר העבירות שהוגדרו בחקיקה. בית-המשפט הפעיל בקפדנות את עקרון החוקיות של המשפט הפלילי (המקביל לעקרון החוקיות של המשפט המנהלי), שעל-פיו צריכים דיני העונשין להגדיר עבירות פליליות מראש במידה גבוהה מאוד של דיוק (ראו גם: לדרמן 1986).

בשורה של תחומי משפט ניתן לאתר מעברים מקבילים למעבר שחל בשנות ה-80 בתחום המשפט המנהלי מתפישה של בג"צ את עצמו כ"שומר הגבולות", במסגרת עקרון חוקיות המנהל, לבית-משפט המפעיל פיקוח מהותי על מעשי המנהל, במסגרת מבחן הסבירות המקצועית ומבחן הסבירות המשפטית. כך, בתחום המשפט הקונסטיטוציוני, החל בית-המשפט טומן את הזרעים הראשונים להצמחת תפישה של "דמוקרטיה מהותית", שבמסגרתה יהא בסמכותו לפקח, באמצעות עקרונות היסוד של השיטה, על החקיקה של הכנסת.<sup>36</sup> בתחום המשפט האזרחי, החל בית-המשפט מפעיל את השיקולים המהותיים העומדים ביסודן של פרוצדורות, תוך חריגה מהפרוצדורות עצמן, כדי להגשים את היעדים העומדים ביסוד קיומן של הפרוצדורות. בתחום של דיני הראיות, בית-המשפט חרג מפרוצדורות גילוי האמת, הקבועות בדיני הראיות, ותחת זאת החל מפעיל דרכים עצמאיות לגילוי האמת, מעבר למה שקבוע על-פי הפרוצדורות. בתחום המשפט הפלילי, בית-

35. שפירא 1977; ברק, 1977; בג"צ 188/63 בצול ואלאזהרי נ' שר הפנים, פ"ד יט (1) 339.

36. בג"צ 142/89 תנעת לאור נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד (3) 537, 554 (השוטפ ברק). ראו גם: ברק 1977, 21, 25 (יש להעמיד את חקיקת הכנסת לביקורת שיפוטית, כדי לממש את שלטון החוק המהותי).

המשפט החל טומן את הזרעים לגישה שעלי-פיה היא ביכולתו לקבוע את תוכנו של עבירות בדיעבד, בדרך של הפעלת עקרונות יסוד בעלי תוכן "פתוח" ועמום. זאת, בסטייה מהתפישה המסורתית של עקרון החוקיות של המשפט הפלילי, המחייב הגדרה של עבירות מראש, באמצעות חקיקה מדויקת.<sup>37</sup>

יתר על כן, בפסיקה של העשורים הראשונים מודגשים באורח נוקשה הקווים המבחינים בין קטיגוריות המשפט השונות, וניכר מאמץ למנוע חפיפה בין הקטיגוריות. זאת, כדי לאפשר מיון של כל אירוע עובדתי אל תוך הקטיגוריה המשפטית האחת המכילה את הפתרון שאמור להסדירו. גישה זו מקבילה לתפישת בית-המשפט את תפקידו כ"שומר הגבולות" במסגרת עקרון החוקיות של המשפט המנהלי. לעומת זאת, בפסקי-דין רבים של שנות ה-80 ממעיט בית-המשפט בחשיבותם של קווי הגבול המבחינים בין קטיגוריות המשפט.<sup>38</sup> גישה זו מקבילה לירידה בתפישת בית-המשפט את תפקידו בתחום המשפט המנהלי כ"שומר הגבולות", המופקד על קיום חוקיות המנהל.

מבחן הסבירות צופה תהליך קבלת החלטה שבו ניתן משקל לשיקולים, תוך הגעה לתוצאה היכולה להיחשב אפשרית במסגרת קבוצה ("מתחם") של תוצאות אפשריות. מבחינה זו, עלייתו של המבחן בפסיקה של שנות ה-80 משתלבת גם בתהליך שבו, במסגרת הנמקותיו של בית-המשפט להצדקת התוצאות המשפטיות שאליהן הגיע, ירד מעמדן של ההנמקות ההוכחתיות והתחזוק מעמדן של ההנמקות השכנועיות. במלים אחרות, בפסיקה של שנות ה-80 ניתן לאתר ירידה במעמדן של ההנמקות הכתובות בדרך של הפעלת כללים, באופן שאמור להוביל למסקנה אחת נכונה, והתחזקות במעמדן של ההנמקות המבוססות על הפעלת שיפוט, לשם מתן משקל לשיקולים מתחרים, תוך הגעה לתוצאה שהיא אפשרית לצד כמה תוצאות אפשריות אחרות.

## ז. סבירותה של הסבירות

לצורך דיון בהתפתחויות שחלו בסוגיית הסבירות מאז ראשית שנות ה-80 יש להבחין בין הסבירות המשפטית, מצד אחד, לבין הסבירות המקצועית והצעתו של השופט ברק להשתמש בסבירות כנורמת-על משפטית, מצד שני. הסבירות המשפטית היא כותרת לדרך פעולה מוכרת ומקובלת של בתי-המשפט, בכל תחומי המשפט, ואין לראותה כבעייתית. לעומת זאת, מבחן הסבירות המקצועית, וכן הצעתו של השופט ברק להשתמש בסבירות כנורמת-על משפטית, מציינים את בג"צ בסמכויות חדשניות ובלתי-מקובלות, ומעוררים שורה של בעיות קשות.

עם זאת, בחמש-עשרה השנים שמאז עלייתו של מבחן הסבירות בפסיקתו של בג"צ לא התקיים בספרות המשפטית של ישראל דיון נרחב בבעיות הקשות שהמבחן מעורר. יוצא-דופן הם מאמרה של מיכל שקד (1982), שנכתב בשלבים הראשונים של עליית המבחן, ומאמרו של השופט משה לנדוי (1989). מאמרו של רוני שמיר, המופיע בגיליון זה, מעורר מחדש את הדיון במבחן ומציע שורה של תובנות מעוררות מחשבה על התהליכים המתחוללים במשפט הישראלי ובחברה הישראלית מאז שנות ה-80, כפי שהם באים לידי ביטוי בעלייתו של מבחן הסבירות.<sup>39</sup> דיון ממצה בבעיות שמבחן הסבירות מעורר חורג ממסגרתו של מאמר זה. בשורות הבאות ברצוני להציע מחשבות ראשוניות בלבד.

### 1. סבירות משפטית

כשבג"צ השתמש במבחן הסבירות המשפטית היה באפשרותו לפעול בלא להשתמש כלל במטבע הלשון "סבירות". בג"צ יכול לומר, למשל, ברוח תורת המשפט של דבורקין (1977; 1986), (Dworkin 1977; 1986), כי הדין הפוזיטיבי החל במדינה כולל לא רק הוראות חקוקות, מפורשות, אלא גם שורה של

37. ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פד"י לט (3) 205; ע"פ 3027/90 חברת מדיעיים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י מה (4) 364; לדרמן 1986.  
 38. ראו גם: בג"צ 991/91 רד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה (5) 50; ע"א 256/89 פרץ נ' כובס, פ"ד (3) 557; רע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מו (5) 159; בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מו (1) 749; ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פד"י מו (4) 45; בבנשתי, 1994.  
 39. ראו גם: טגל 1990.

עקרונות של תיאוריה פוליטית ומוסר, העומדים ביסוד שיטת המשפט, וכן עקרונות המגולמים בהוראות החקוקות ובפקטייהדין של השיטה. אכן, החל מראשית שנות ה-80 חרג בית-המשפט, פעם אחר פעם, מגישה של "פויטיביזם של כללים", בהדגישו, תוך פעולתו בתחומי משפט שונים, כי המשפט המוחל על-ידו מכיל לא רק הוראות חקוקות, אלא גם "עקרונות יסוד", העומדים ביסוד שיטת המשפט או החופים עליה כ"מטרייה נורמטיבית" (מאוטנר 1993, פרק ב'). במקרים אלה, כל עוד פעל בית-המשפט מחוץ למשפט המנהלי, הוא לא נזקק כלל למטבע הלשון "סבירות". יתור על כן, דרך הנמקה זו הופעלה על-ידי בית-המשפט, אף כי באורח מצומצם והרבה פחות מודגש, עוד בשנות ה-50 וה-60.<sup>40</sup> לעומת זאת, כשבג"צ הפעיל את דרך ההנמקה האמורה בשנות ה-80 בתחום המשפט המנהלי, דהיינו, כשבג"צ בחן את מעשיהן של רשויות המנהל לאורם של עקרונות משפטיים, בהבדל מהוראות חקיקה מפורשות, בג"צ אמר, בדרך-כלל, כי הוא מפעיל את מבחן הסבירות. משמע: אין משהו יוצא-דופן או רדיקלי במבחן הסבירות המשפטית, ובלבד שמתקבלת ההנחה, שלצד הוראות חקוקות, מפורשות, מכיל המשפט גם עקרונות, וכן, ובלבד שזוכרים, כי הסבירות המשפטית כשלעצמה אינה מהווה מבחן בעל תוכן ייחודי, אלא רק כותרת, המאגדת תחתיה שורה של עקרונות משפטיים.

טכניקת הפיקוח שהפעיל בג"צ בהחילו על רשויות המנהל את מבחן הסבירות המקצועית – קרי: בחינה אם הרשות נתנה משקל ראוי לשיקולים רלוונטיים – דומה לטכניקה שבית-המשפט העליון הפעיל, בתחומים שונים של המשפט, לרבות בתחום המשפט המנהלי, כשבית-המשפט קבע מהו המשפט החל במדינה בדרך של איוון ומתן משקל לעקרונות משפטיים. דמיון זה – מתן משקל לשיקולים או לעקרונות – אפשר לבג"צ, כך נראה, לכנות בשם "סבירות" את מבחן האיוון של עקרונות המשפט, כשמבחן זה הופעל בתחום המשפט המנהלי, במסגרת הסבירות "המשפטית". (אולם, לא הכותרת היא עיקר, אלא המהות, ומבחינתה של זו, כאמור, איני רואה בסבירות המשפטית בעייתיות).<sup>41</sup>

## 2. סבירות מקצועית

### א. סבירות ו"שיקולים זרים"

החל מראשית יצירתו של מבחן הסבירות המקצועית, ולאורך כל הפסיקה שהפעילה אותו, ניתן למצוא שימוש בשני רכיבים של המבחן. רכיב אחד של המבחן הוא שעל הרשות המנהלית לתת משקל ראוי לשיקולים שהם רלוונטיים לצורך החלטתה. השאלה הנבחנת במסגרת מבחן הסבירות, אומר בג"צ, היא "אם הרשות הציבורית נתנה משקל ראוי לגורמים הרלוונטיים השונים שבהם עליה להתחשב. החלטתה של רשות מנהלית תיפסל בשל חוסר-סבירות, אם המשקל שניתן לגורמים השונים אינו ראוי בנסיבות העניין".<sup>42</sup> רכיב שני של המבחן הוא שההחלטה המנהלית צריכה להימצא בגדרו של "מתחם הסבירות". "אין בית-המשפט בוחן מהו האופטימום", אומר בג"צ, "אלא אך ורק אם אין חריגה אל מעבר לקצוות, אשר תוחמות את המתחם אשר כל המצוי בתוכו עדיין זכאי לתיאור של 'החלטה סבירה'".<sup>43</sup>

לכאורה, ניתן להציג גם את מבחן הסבירות המקצועית, בדומה למבחן הסבירות המשפטית, כלבוש אחר של משהו שקיים זה מכבר במשפט הישראלי. במסגרת עקרון חוקיות המנהל, מקובל במשפט המנהלי, מאז קום המדינה, כי בג"צ מוסמך לבחון שמא רשות מנהלית הונעה על-ידי "שיקולים זרים" ופעלה להשגתן של "מטרות זרות". המבחן של "שיקולים זרים" ו"מטרות זרות" נראה קרוב ברוחו למבחן של "מתחם הסבירות": בשני המקרים הפעלת המבחן מביאה לאיתור שורה של החלטות מנהליות היכולות להיחשב כשירות ושורה אחרת של החלטות שייחשבו בלתי-כשירות.

40. בג"צ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871; בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טז 2407.

41. לדברי השופט ברק, מבחן הסבירות חל גם על השפיטה. ראו: בג"צ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ (1) 113, 141; בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 305-306; בג"צ 991/91 פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה (5) 50, 60; ברק 1987.

42. בג"צ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו (3) 349, 354.

43. בג"צ 397/84 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' עיריית גבעתיים, פ"ד לט (2) 13, 19.

אולם, קיים הבדל מכריע בין המבחן של "שיקולים זרים" ו"מטרות זרות" לבין מבחן הסבירות המקצועית. המבחן של "שיקולים זרים" ו"מטרה זרה" הוא מבחן של חריגה מסמכות. הפעלתו מחייבת את בג"צ לאתר שורה של שיקולים ומטרות, היכולים להיחשב מצויים בגדר סמכותה של הרשות המנהלית, ולקבוע אם ההחלטה שהתקבלה על-ידי הרשות יכולה להיתמך בשיקולים ובמטרות אלה. לעומת זאת, עיקרו של מבחן הסבירות אינו איתור של שיקולים ומטרות היכולים להיחשב מצויים בגדר הסמכות, אלא בדיקה של המשקל היחסי שניתן להם.

ניתן לטעון לדמיון בין המבחן של "שיקולים זרים" ו"מטרות זרות" לבין מבחן הסבירות גם מכיוון אחר. ההנחה במשפט המנהלי היא, כי רשות מנהלית עשויה להיות מונעת על-ידי יותר משיקול ענייני אחד, ולחתור להשגתה של יותר ממטרה עניינית אחת.<sup>44</sup> שיקולים ומטרות אלה אינם אמורים להיות בעלי משקל זהה: לצד שיקולים ומטרות ענייניים שהם עיקריים וכבדי משקל, עשויים להיות גם שיקולים ומטרות ענייניים שהם משניים וקלי משקל. משמע: גם עלת הפיקוח המסורתית של "שיקולים זרים" ו"מטרות זרות" מכירה בכך ששיקולים ומטרות שונים עשויים להיות בעלי משקל שונה לצורך פעולתה של הרשות המנהלית. אם כך, לכאורה, הפער בין המבחן של "שיקולים זרים" ו"מטרות זרות" לבין מבחן הסבירות אינו נראה גדול. בשני המקרים מתחייבת בדיקה של המשקל היחסי של השיקולים שהרשות המנהלית שקלה.

אולם, אין דומה דיון בשאלת משקלו של שיקול מסוים באופן אגבי, לצורך הכרעה בשאלה – העיקרית – אם שקילתו על-ידי הרשות יכולה להיחשב עניינית ובגדר הסמכות, לדיון בשאלת משקלו של שיקול מסוים לצורך הכרעה בשאלה אם הרשות שיקללה באופן הולם את השיקולים המצויים בגדר סמכותה.<sup>45</sup>

## ב. תפקידי המנהל ותפקידיו של בג"צ

השאלה העיקרית שמבחן הסבירות המקצועית מעורר היא אם הסמכויות שבהן הוא מצייד את בג"צ הן כאלה שמן הראוי שבית-המשפט ימלאן.

החלטות המתקבלות במסגרת פעולותיהן של רשויות המנהל עשויות להיות בעלות היבטים משפטיים ובעלות היבטים בלתי-משפטיים. החלטה היא בעלת היבט משפטי אם הערכים המגולמים בנורמות המשפט, או הערכים העומדים ביסוד שיטת המשפט, הם בעלי רלוונטיות לגביה. בתי-המשפט הם מוסדות המדינה האמורים להכריע באשר להיבטים המשפטיים של החלטות המתקבלות על-ידי רשויות המנהל. החלטות המתקבלות על-ידי רשויות המנהל הן בעלות היבטים בלתי-משפטיים, ככל שהשיקולים שהם רלוונטיים לגביהן נמצאים בתחומים שמעבר למשפט. הרשויות הפוליטיות וכן רשויות המנהל השונות הן מוסדות המדינה האמורים להחליט בנוגע להיבטים הבלתי-משפטיים של החלטות. הבעיה העיקרית שמעורר מבחן הסבירות המקצועית היא שבאמצעות מבחן זה מכפיף בג"צ היבטים בלתי-משפטיים של החלטות מנהליות לפיקוחו. באמצעות מבחן הסבירות המקצועית, תחת הכותרת של מבחן משפטי – סבירות – חודר בג"צ לתחום התפקידי של המנהל ולתחום הכישורים המקצועיים שבהם מצוידות רשויות המנהל, ובוחר היבטים של החלטות מנהליות שאין הוא אמור לבדוקם ושאינן הוא מצויד בכישורים לבדוקם (ראו גם: שקד 1982; לנדוי 1989; סגל 1990). (רוגן שמיר קורא לתהליך זה "המרה" [ראו בגיליון זה, עמ' 19]).

כך, אם להביא דוגמאות משורת המקרים שבהם הופעל מבחן הסבירות המקצועית על-ידי בג"צ, תוך הכשרת מעשיה של הרשות המנהלית, מתעוררת השאלה האם בג"צ, ולא הרשויות הפוליטיות וכן רשויות המנהל הנוגעות בדבר, הוא מוסד המדינה שאמור להכריע מבחינת תפקידו ומבחינת הכישורים שבהם הוא מצויד בהיבטים המקצועיים של החלטות כגון: השיקולים בנוגע להתקנת טלפונים; מדיניותו הכלכלית של משרד המסחר בעניין מתן רשיונות ייבוא; מדיניותו הכלכלית של המפקח על מטבע חוץ בעניין הקצבת מטבע חוץ; החלטותיו הכלכליות של שר האוצר בעניין אישורן של קרנות פנסיה כקופות גמל; החלטותיה של המועצה הארצית לתכנון ובנייה לגבי

44. בג"צ 1520/91 וילנסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו (5) 502.

45. נקודה מעניינת היא, אף כי פסקי-הדין של השופט ברק הם בדרך-כלל גרושי ציטטות ואזכורים, ככל הידוע לי אין בנמצא בהם אסמכתאות המצביעות על קיומו של מבחן הסבירות בשיטות משפט אחרות. אך ראו גם: זמיר 1994; סגל 1990, 512; סגל 1993, 478.

הקמתם של מתקני חשמל ואתרי תיירות; החלטותיו של המפקח על הביטוח למנות מנהלים מורשים לחברות ביטוח; החלטותיו של שר האוצר בעניין דרכי תשלום השכר למורים; החלטותיהן של רשויות משרד התחבורה בעניין סוגיהם של אבזרי הבטיחות שיימצאו במכוניות ללימוד נהיגה.

אמנם, במסגרת הפסיקה שהפעילה את מבחן הסבירות המקצועית שבג"צ ואומר, פעם אחר פעם, כי אין הוא מחליף את שיקול-דעתן של רשויות המנהל בשיקול-דעתו שלו, וכי החלטה מנהלית תוכשר על-ידי אף אם הוא עצמו סבור, כי מן הראוי היה לבחור בהחלטה אחרת. אולם, דברים אלה מחסימים את העיקר. אין כל רבותא בכך שבג"צ אינו מחליף את שיקול-דעתו שלו בשיקול-דעתן של רשויות המנהל. השאלה המתעוררת היא מקדמית: האם בג"צ הוא גוף שבמסגרת מוסדות השלטון של ישראל תפקידו לבדוק היבטים בלתי-משפטיים של החלטות מנהליות, ובאזיה כלים מסוגל בכלל בג"צ לבחון את החלטותיהן של רשויות המנהל, כל עוד מדובר בהיבטים הבלתי-משפטיים של ההחלטות, היינו, ההיבטים הפוליטיים והמקצועיים של ההחלטות (שקד 116, 121-126). אכן, כשהמדובר בהפעלתו של מבחן הסבירות המקצועית מבקשים השופטים, כדבריה של מיכל שקד, "לפעול כמועצת אנשים חכמים", וכ"מנהל על" (שם, 105, 106). וכפי שכותב רוני שמיר – השופטים מבקשים להיות "אלו אשר בשם תבונתם מנכסים את הסמכות לקבוע את אמות-המידה של הנורמלי, הראוי, הרצוי, והמקובל" (שמיר בגיליון זה, עמ' 12).

יוצא, שבאמצעות מבחן הסבירות המקצועית טשטש בג"צ את הגבול המבחין בין מערכת המשפט, שעיקר כישוריה הם שליטה במערכת הנורמות והערכים של המשפט, לבין המנהל, שעיקר פעולתו היא התוויית מדיניות והפעלת כישורים מקצועיים, בתחומים המרוכזים שהמנהל מופקר עליהם.<sup>46</sup> באמצעות מבחן הסבירות המקצועית פרץ אפוא בג"צ את גבולות המשפט. פריצה זו אינה נטולת סכנות. היא עשויה להוליד בקרב משפטנים הלך-רוח של גבוהות-לב, וגם לגרום אצלם לטשטוש דפוסי חשיבה משפטיים וייחודיים ולהפחתת התרומה הייחודית שלהם, במסגרת תהליכים של קבלת החלטות, כמשפטנים האמונים על עקרונות המשפט, והאמורים לייצג את המסורת והתרבות של המשפט.

מבחן הסבירות הוא מבחן מקובל בתחומים שונים של המשפט, כגון: דיני הנוזקין, דיני העונשין (שחר 1989) ודיני החוזים. (ב' 18' החוקים, שאמורים להתגבש לקודקס האזרחי של ישראל, ניתן למצוא יותר מ-60 מקרים של שימוש במושג הסבירות. לדין ראו: מאוטנר 1987.) משך שנים ארוכות הורגלה אפוא קהילת המשפט להפעלתו של מבחן הסבירות על-ידי בתי-המשפט. אבל, כשהמחוקק מצייד את בתי-המשפט במבחן הסבירות ומסמין אותם למלאו בתוכן, הוא עושה זאת משלושה טעמים עיקריים. טעם אחד (הרלוונטי בעיקר לתחומים כגון דיני החוזים) הוא שהמחוקק מבקש להסמין את בתי-המשפט להכריע בשביל הצדדים המסוימים המתדיינים לפני בית-המשפט, ולקבוע למענם את ההסדר, שניתן לשער כי היו קובעים אילו נתנו דעתם מראש לסוגיה השנויה ביניהם במחלוקת. טעם אחר (הרלוונטי בעיקר לתחומים כגון: דיני העונשין ודיני הנוזקין) הוא שהמחוקק מבקש להשליט הכרעה ערכית מסוימת במקרים כגון אלה הנדונים לפני בית-המשפט, אולם אין ביכולתו של המחוקק לבטא את הכרעתו מראש ברמה גבוהה של דיוק, בדרך של קביעת הסדר ספציפי, שיתאים לאין-ספור המצבים שעליהם אמורה לחול הנורמה המשפטית. טעם שלישי הוא שהמחוקק מבקש לאפשר ערכון, מעת לעת, של ההכרעות הערכיות הקולקטיביות הנדרשות בתחומים אלה, דבר שקל לעשותו באמצעות השפיטה יותר מאשר בדרך של חקיקה. במקרים מהסוג הראשון אמור בית-המשפט לפעול כ"שלוחם" של הצדדים המתדיינים לפניו. במקרים מהסוג השני והשלישי אמור בית-המשפט לפעול כמנגנון של הקולקטיב, המוסמך להכריע בשבילו הכרעות ערכיות מחייבות.

שונים הדברים במקרים שבהם הפעיל בג"צ את מבחן הסבירות המקצועית בתחום המשפט המנהלי. במקרים כאלה קיימים במסגרת מוסדות המדינה גופים פוליטיים וכן גופים מנהליים הכפופים להכונה ולפיקוח פוליטיים, וכקולקטיב אנו מעוניינים להפקיד הכרעות אלה בידיהם, ולא בידי בתי-המשפט. יוצא, שהדרך שבה הפעיל בג"צ את מבחן הסבירות המקצועית בתחום המשפט המנהלי שונה באופן מהותי מהדרך שבה מפעילים בתי-המשפט את מבחן הסבירות בענפים שונים של המשפט.

46. פסק-דין שמגמתו דומה הוא בג"צ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית-המשפט העליון וייר ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, השופט מאיר שמגר (טרם פורסם). בפסק-דין זה הניחו השופטים מייר וברק כי מבחינת הדרישה לנייטרליות ולפתיחות דומה מעמדו של חבר ועדת חקירה, שהוא שופט, למעמדו של שופט.

## ג. סבירות ורשלנות

בפסקה הדין בפרשת רסלר דן השופט ברק בשאלה אם ניתן להחיל את מבחן הסבירות על השאלה אם צה"ל נקט שיטה נכונה של ביצוע תחקירים והפקת לקחים בעקבות מלחמת יום-הכיפורים. בעיה זו הובאה לדיונו של בג"צ בשנת 1975.<sup>47</sup> בהולכו בתלם הלכת השפוטות שהיתה מקובלת על בג"צ, קבע השופט שמגר, כי הנושא הוא בלתי-שפיט. לדבריו, השאלה שעורר העותר היתה "צבאית-מקצועית", ו"אין זה סביר כלל ועיקר כי רשות שיפוטית... תמיר שיקול-דעתן של רשויות צבאיות, שהוכשרו לכך והפקדו על כך, בשיקול-דעתה היא. עניין כזה הוא בתחומי פעולתן המקצועית של רשויות הצבא ושל הרשות המיניסטריאלית המופקדת עליהן, והללו נושאות באחריות וחייבות בבין וחשבון".<sup>48</sup>

על דברים אלה אומר השופט ברק, כי היה מגיע לאותה מסקנה, אך בדרך שונה. לדבריו, "המסגרת המשפטית הנכונה, שבה יש לכלוא את טיעונו של העותר, הינה, כי הצבא פועל שלא בסבירות. טענתו המשפטית הינה איפוא, כי צבא שאינו מבצע תחקירים ואינו מפיק לקחים... הוא צבא הפועל שלא בסבירות" (רסלר 480). בהמשך אומר השופט ברק, בין השאר, את הדברים הבאים: "נניח כי העותר היה נפגע פגיעת גוף, והיה מגיש תביעת נזיקין כנגד המדינה, בטענה כי זו התרשלה בכך שלא ביצעה תחקירים ולא הפיקה לקחים, וכי בשל כך נגרם לו נזק הגוף. כלום יעלה על הדעת, כי הטענה היתה נדחית אך משום שהיא בלתי-שפיטה? לדעתי, היה על בית-המשפט לבחון טענה זו לגופה, באמצעות אמות-המידה של סבירות ורשלנות וסיבתיות... אם קיימות אמות-מידה משפטיות במסגרת משפט הנזיקין, מדוע אין קיימות אמות-מידה משפטיות במשפט המנהלי, המבקש להקדים תרופה למכה?" (רסלר 480).

אכן, נראה כי הדמיון הקיים בין מבחן הסבירות המקצועית לבין עולת הרשלנות מעורר שורה של שאלות קשות, שמתנגדיו של מבחן הסבירות המקצועית צריכים להתמודד עמן. ברוח דבריו של השופט ברק, יכולה להישאל השאלה הבאה: מה ההבדל בין מצב שבו אדם, שנפגע במהלך אימון צבאי, תובע את צה"ל בעולת הרשלנות,<sup>49</sup> לבין מצב שבו אדם טוען בפני בג"צ, כי הוא עומד להתגייס לצה"ל, ואולם צה"ל פעל בחוסר-סבירות, כשנמנע מלשנות את הוראות הבטיחות שלו, לאחר תאונות האימונים של הזמן האחרון? במהלך הדיון לפני בג"צ בשאלת הסבירות עשוי הרמטכ"ל לומר, כי שקלל את השיקול של הגנת חיי החיילים מול השיקול של יצירת תנאי אימונים מציאותיים, והגיע למסקנה, כי כללי הבטיחות הקיימים קובעים מידה ראויה לחשיפתם של חיילים לאש חיה, במהלך אימוניהם. ואילו במהלך תביעת הרשלנות עשוי הרמטכ"ל לומר אותם דברים עצמם. אם כך, מדוע במקרה של תביעת הרשלנות אנו מתירים לבתי-המשפט לפקח על שיקוליו של הרמטכ"ל, ואילו במקרה של העתירה לבג"צ יאמרו מתנגדיו של מבחן הסבירות המקצועית, כי אל לו לבג"צ לפקח על שיקול-דעתו של הרמטכ"ל? ולהיפך, אם מתנגדיו של מבחן הסבירות המקצועית סוברים שיש להשאיר בידי הרמטכ"ל את ההחלטה בשאלת השקלול של הגנת חיי החיילים מול הצורך ביצירת תנאי אימונים מציאותיים, מדוע הם מוכנים להכפיף את שיקול-דעתו של הרמטכ"ל לפיקוחם של בתי-המשפט במסגרתן של תביעות בעולת הרשלנות המוגשות כנגד הצבא?

נראה לי כי ההבדל המכריע בין ההליך הנזיקי לבין העתירה לבג"צ הוא זה: במסגרת תביעת הרשלנות מועלית טענה שפעילותו של אדם אחד חדרה לחייו של אדם אחר, ופגעה באינטרס של אותו אדם, שהדין (קרי: הקולקטיב) מעוניין להגן עליו מפגיעה. תביעת הרשלנות היא מקרה מובהק שבו נטען, כי משתבשת ההבחנה של ג'ון סטיוארט מיל בין פעילותו של אדם הנוגעת לעצמו לבין פעילותו של אדם הנוגעת לאחרים. במסגרת ההליך נדרש בית-המשפט, כמנגנון של הקולקטיב, לתת משקל יחסי לאינטרס של "המוק" בשמירת האוטונומיה שלו מול האינטרס של "הניזק", בהגנת חירותו. במלים אחרות, בית-המשפט נדרש לדרג, על-פי אמות-המידה הערכיות של

47. בג"צ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון, פ"ד ל (3) 309.

48. אשכנזי, 319.

49. מעניין לציין שעל-פי המשפט הישראלי דוגמה זו היא היפותטית. אדם שנפגע עקב שירות צבאי לא יוכל לתבוע פיצוי מהמדינה על-פי דיני הנזיקין הרגילים, אלא פיצויו יינתן לו באופן מנהלי, על-פי ההסדרים הקבועים בשורה של "חוקי שיקום". ראו: חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תש"ב - 1952; חוק הנכים (תגמולים ושיקום) תשי"ט - 1959 [נוסח משולב]; חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי" - 1950.



הקולקטיב, את חשיבות האינטרס של "המוזיק" מול חשיבות האינטרס של "הניזוק". הכרעה זו לעולם אינה מסורה ל"מוזיק" עצמו, ויהא זה קבלן בניין המקים פיגומים או רמטכ"ל הקובע סדרי אימונים.<sup>50</sup> הכרעה כזו מסורה לבתי-המשפט, הנחשבים בעינינו כאורגן של הקולקטיב, המתאים להכריע בה.

לעומת זאת, כשמדובר בהפעלה של מבחן הסבירות המקצועית על-ידי בג"צ, בג"צ נכנס לתחום שנמסר לטיפול של רשות מנהלית, ומפקח, לגופם של דברים, על הדרך שבה הרשות ממלאת את תפקידה. אכן, גם במקרה כזה עוסק בג"צ במתן משקל יחסי לשיקולים ובדירוגם. אולם הפעם אין המדובר בדירוג הערך החברתי היחסי של האוטונומיה של "מוזיק" מול החירות של "ניזוק", אלא בפעולה של מתן משקל יחסי ודירוג, הנעשית במקומה של רשות מנהלית, בתחום שנמסר לסמכותה, תוך הכפפת שיקול-הדעת של הרשות לשיקול-הדעת של בג"צ. אולם, כשהמדובר בפעולה מהסוג האחרון, אנו טבורים, כקולקטיב, כי הרשות, ולא בג"צ, היא זו שצריכה לעשות את הפעולה. (אכן, גישתו של השופט ברק תביא לכך שחייל יוכל להגיש בג"צ, כדי "להקדים תרופה למכה", בטענה שמפקדיו עומדים לשלוח אותו לפעולה צבאית עתירת סיכונים אך חסרת-תוחלת, ובג"צ אכן יברוק את טיב שיקול-הדעת של המפקדים, ואף יוכל להתערב בהחלטותיהם.)

כפי שהראה אריאל פורת (תשנ"ב), קיים הבדל בין תביעת נזיקין נגד רשות מנהלית לבין עתירה לבג"צ גם מבחינת הסעד. כשהמדובר בתביעה בעולת הרשלנות, הסעד המקובל הוא פיצויים, היינו, המזיק אינו מצווה לחדול מהתנהגותו, אלא רק "להפנים" את העלויות הכרוכות בה מבחינתו של הניזוק (ראו גם: Calabresi and Melamed 1972) לעומת זאת, הסעד הניתן על-ידי בג"צ בעקבות הפעלתו של מבחן הסבירות המקצועית הוא צו, המורה לרשות לשנות את החלטתה, ותחת זאת לפעול כמצוותו של בג"צ. "הסעד, אם כן, דרסטי בתחום המשפט המנהלי יותר מאשר בתחום דיני הרשלנות. התערבות בית-המשפט, כפועל יוצא, חריפה הרבה יותר."<sup>51</sup>

ההבדל בין הסעד הניתן בתביעת הנזיקין לבין הסעד הניתן בעתירה לבג"צ משקף הבדל מהותי בין שני ההליכים. הסעד הנזיקי של פיצויים הניתן במסגרתה של תביעה בעולת הרשלנות אינו אמור לכפות על המזיק לבחור בהתנהגות שונה מזו שבחר בה. אי-התערבות בהתנהגותו של המזיק, במסגרת תביעת הרשלנות, היא כפולה. ראשית, במסגרת התביעה לא תיבחן, בדרך-כלל, השאלה אם היה על המזיק לבחור, מלבד החלטה, בפעולה אחרת מזו שבמהלכה הוא התרשל וגרם לנזק. (לדוגמה: נהג רשע לא יישאל מדוע נסע לתחרות אגרוף ולא לקונצרט. במסגרת תביעת הרשלנות, אין הקולקטיב אמור לחוות דעה על מידת הרציות החברתית של הפעולה שבה בחר המזיק, ושבמהלכה התרשל.) שנית, המזיק אינו מצווה לחדול מהתנהגותו הרשלנית, ולהחליפה בהתנהגות בלתי-רשלנית. הגיונו של סעד הפיצויים (בהבדל מהסעד של צו) הוא שהמזיק יהא רשאי להמשיך בהתנהגותו כמקודם, אך יהא עליו להביא בחשבון את הפגיעה הנגרמת ל"ניזוק", היינו, במידה ש"המוזיק" יבחר להמשיך בהתנהגותו, יהא עליו לשלם ל"ניזוק" פיצויים בגין הנזק שהתנהגות גורמת לו. (במינוח של קלברוי ומלמד, זהו כלל של אחריות.) לעומת זאת, במסגרתה של עתירה לבג"צ, נבחנת השאלה אם הרשות המנהלית היתה צריכה לפעול בדרך אחרת מזו שפעלה בה, והיענות לעתירה פירושה מתן הוראה לרשות לוותר על דרך הפעולה שבה בחרה, ולאמץ תחיתה את דרך פעולה שבה בחר בג"צ. (במינוח של קלברוי ומלמד, התערבות כזו של בג"צ כופה על הרשות כלל של אי-עבירות, הדומה לכללי המשפט הפלילי.) כאמור, בתי-המשפט נחשבים בעינינו כמנגנון הקולקטיבי המתאים לקבלתן של החלטות מהסוג של תביעת הנזיקין, אך רשויות המנהל השונות נחשבות בעינינו כמנגנונים הקולקטיביים המתאימים לקבלתן של החלטות שהן בתחומי הטיפול שלהן.

#### ד. פיקוח ולגיטימציה

שאלה המתעוררת היא שמה תוך הפעלתו של מבחן הסבירות המקצועית, בג"צ, למעשה, אינו יכול שלא להעניק לגיטימציה להחלטות רבות מאוד של המנהל, ובכך גם למנהל בכללותו, משום שעל-אף החזות של הפעלת פיקוח וביקורת מטעמו על המנהל, בג"צ, למעשה, אינו יכול אלא להכשיר

50. על החלתה של עולת הרשלנות על רשויות ציבוריות ראו: פורת תשנ"ב, 256-260.

51. פורת תשנ"ב, 264. עם זאת ניתן לטעון שאין שום דבר אינהרנטי בתביעות המוגשות נגד המדינה, על-פי המשפט המנהלי המחייב כי הסעד שיינתן בהן יוגבל לסעד מהסוג של צו. להצעה לפיה במסגרת המשפט המנהלי ינתן גם סעד הפיצויים ראו: ברק-ארוז 1993.

את החלטות המנהל שהוא חסר את הכישורים המקצועיים הנחוצים כדי להתמודד עמן. כפי שכותב אריאל רוזן-צבי, המבחן מצייד את בג"צ ב"כוח שיפוטי מדומה. תוצאת השפיות היא הטלת מבחנים משפטיים... [ש]אינם מאפשרים התמודדות ההולמת את העניינים הנדונים, אלא אם [כן] בית-המשפט מוכן להמיר את שיקול-הדעת הענייני של הרשות בשיקול-דעתו... בתפר שבין הרטוריקה השיפוטית המבטאת עוצמה של כוח ומעורבות, לבין יכולת הפעולה של בית-המשפט בפועל מתגבשת למעשה תרבות של פורמליזם... מה שנחזה להיות מפגן עוצמה של כוח ערכי נהפך למעשה, בחלק גדול מן המקרים, למתן הכשר להחלטות הרשות, שהמטען הערכי שהן מבטאות עשוי להיות למצער בעייתי ולעתים אף שלילי" (רוזן-צבי 1993, 698, 700).

עם זאת, אין זאת אומרת שבאותם מקרים ספורים שבהם הפעיל בג"צ את מבחן הסבירות המקצועית כדי לפסול החלטות של המנהל, בג"צ היה צריך להימנע מהתערבות והיה עליו להכשיר את שיקול-הדעת המנהלי. בג"צ היה יכול להתערב, אך זאת לא מכוח עילת הסבירות, אלא בשמן של עילות התערבות מוכרות מן העבר, שניתן להצדיק את קיומן.<sup>52</sup> כך, כשבג"צ פסל את החלטתו של ראש עיריית תל-אביב בעניין שלילת ההיתר להציב כיסאות ושולחנות בחזיתו של בית-קפה, היה ביכולתו להפעיל את הכלל המשפטי האוסר על רשויות המנהל לנהוג הפליה.<sup>53</sup> גם כשפסל הנחיות של משרד העבודה שהגנו על אמהות שכירות ופגעו באמהות עצמאיות,<sup>54</sup> וכשפסל החלטה של המוסד לביטוח לאומי נגד קרובי משפחתם של נכים,<sup>55</sup> היה ביכולתו של בג"צ לפעול מכוח הכלל המשפטי האוסר על רשויות המנהל לנהוג הפליה. (פעולה כזו של בג"צ, מלבד היותה מוכרת על-פי המשפט המנהלי של ישראל, יכלה להילמד, בדרך ההשוואה, גם מהשימוש שעושה בית-המשפט העליון האמריקני בדוקטרינה של equal protection, כדי לפסול חקיקה מפלה.)<sup>56</sup> ואילו במקרה שבו פסל בג"צ את החלטתו של מנכ"ל משרד הפנים שלא לאשר את תוכנית המתאר להקמתו של איצטדיון בירושלים,<sup>57</sup> ניתן היה להצדיק את הפסילה, ככל הנראה, באמצעות הכלל האוסר על רשויות המנהל לשקול שיקולים זרים.

בשנות ה-80 דובר רבות על "האקטיביזם השיפוטי" של בג"צ. מקורו של מושג האקטיביזם בספרות העוסקת בפסיקתו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בתחום המשפט הקונסטיטוציוני ובתחום המשפט המנהלי. בארצות-הברית, בית-המשפט העליון נחשב אקטיביסטי ככל שהוא מתערב יותר בקביעת תוכן המדיניות של גופי הממשל השונים על חשבון ניסיונותיהם של גופים אלה לעצב בעצמם את המדיניות שיפעילו (Halpern and Lamb 1982). מנקודת-מבט זו, ברור כי הפעלתו של מבחן הסבירות המקצועית על-ידי בג"צ מהווה, מהבחינה העקרונית, שיא של אקטיביזם שיפוטי, ואף הפעלתו של מבחן הסבירות המשפטית פירושה צמצום מרחב הפעולה של המנהל על-ידי בג"צ. (אכן, אם לשוב לתיאורו הגרפי של אקצין את מוסדות המדינה, לא רק שבג"צ של שנות ה-80 כבר אינו נמצא מחוץ לפירמידת המוסדות של המדינה, הוא כבש לעצמו מקום קרוב מאוד לפסגת הפירמידה!) אולם, כפי שטענתי לעיל, מהבחינה המעשית מידת האקטיביזם שבג"צ הפגין במסגרתו של מבחן הסבירות המקצועית היתה מצומצמת, ודווקא מבחן הסבירות המשפטית הוא ששימש לבג"צ מכשיר לאקטיביזם שלו.

## ה. עלייתה של הסבירות המקצועית כדגם חדש ביחסים שבין בית-המשפט למנהל

עד ראשית שנות ה-80 נשלטו יחסיהם של בג"צ והמנהל על-ידי דגם "שומר הגבולות". ההכרעה באשר לתכנים של ההחלטות המתקבלות על-ידי רשויות המנהל נחשבה מטורה באופן בלעדי למנהל, בעוד בג"צ נחשב כמי שתפקידו לוודא שהמנהל פעל בגדר סמכויותיו. (על דגמים תרבותיים כתבניות מחשבה, המגדירות דרכי התנהגות שניתן לצפותן מ"שחקנים" ראו: Holland and Quinn

52. ראו גם: קרצמר 1990, 553; סגל 1990, 511, 528; רוזן-צבי 1993, 699.
53. בג"צ 127/80 אדם נ' ראש עיריית תל אביב, פ"ד לה (2) 118. אכן, במקרה זה טען העותר, כי הופלה לרעה לעומת בעלי עסקים דומים, אך בית-המשפט לא מצא צורך לדון בטענה זו.
54. בג"צ 281/82 שילה-אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לו (1) 95.
55. בג"צ 516/86 שהינו נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (1) 143.
56. ראו למשל: Sunstein 1985, 49-55; Tribe 1978, chap. 16; Nowak and Rotunda 1978, chap. 16; Sunstein 1984.
57. בג"צ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב (4) 529. ראו גם: בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו (1) 191. (הקשר בין הפליה ושיקולים זרים); דותן תשנ"ג.

1987). עלייתו של מבחן הסבירות המקצועית בשנות ה-80 יצרה דגם חדש ביחסיו של בג"צ עם המנהל. בג"צ נטל לעצמו סמכות לפקח על התכנים של ההחלטות המנהליות. כיצד ניתן להסביר את עלייתו של דגם חדש זה ביחסים שבין הרשויות?

התשובה היא שביתי-המשפט העליון הצליח לקדם את מבחן הסבירות המקצועית כדגם חדש ביחסיו עם המנהל, על-ידי שימוש מתוחכם בשורה של מושגים משפטיים שלהם העניק תוכן חדש, אבל גם על-ידי ניצול של האופציות התרבותיות שנוצרו בישראל של שנות ה-80 באשר לדרך שבה ניתן להתייחס לרשויות המנהל.

ראשית, כפי שטענתי, החל מראשית יצירתו של מבחן הסבירות המקצועית, ולאורך כל שנות הפעלתו של המבחן, הציג בג"צ את המבחן כמכשיר לבדוק האם הרשות המנהלית נתנה משקל ראוי לשיקולים רלוונטיים. מטאפורת המאזניים היא אולי השכיחה ביותר לגבי המשפט. (לדיון ראו: Curtis and Resnik 1987). בתי-משפט נחשבים על-ידי רבים כמי שתמצית תפקידם היא להכריע בדרך של מתן משקל לטיעונים. כשבג"צ הציג, איפוא, את פעולתו במסגרת מבחן הסבירות המקצועית כבדיקה של המשקל שרשויות המנהל נותנות לשיקולים, הוא הציג עצמו כעושה משהו הנמצא במרכז העשייה השיפוטית המקובלת. זאת, למרות שבג"צ נטל לעצמו, באמצעות מבחן הסבירות המקצועית, סמכויות חדשות ובלתי-מקובלות ביחס להחלטות המנהליות.

שנית, כפי שטענתי, החל מראשית יצירתו של מבחן הסבירות המקצועית, ולאורך כל שנות הפעלתו של המבחן, קבע בג"צ כי רכיב עיקרי שני של המבחן הוא פיקוח על כך שהחלטות מנהליות נמצאות בגדרו של "מתחם הסבירות". באמצעות השימוש במטבע הלשון "מתחם", הצליח בג"צ להציג עצמו כפועל במסגרת חלוקת העבודה המסורתית בינו לבין המנהל, שעל-פיה משמש בג"צ "שומר הגבולות", המוודא שההחלטה המנהלית התקבלה בגדר הסמכות. זאת, כשלמעשה, באמצעות מבחן הסבירות המקצועית נטל לעצמו בג"צ סמכות לפקח על התכנים של ההחלטות המנהליות.

שלישית, מן הראוי לשים לב גם לכותרת "סבירות". מבחן הסבירות מופעל על-ידי בתי-המשפט בתחומים רבים של המשפט (בדרך-כלל, כשהמחוקק קובע נורמה של התנהגות סבירה ובתי-המשפט נדרשים למלאה בתוכן). המקרה הידוע ביותר, אולי, שבו נעשה שימוש משפטי במבחן הסבירות הוא עולת הרשלנות של דיני הנוזקין, המורה כי כל אדם צריך להתנהג תוך זהירות סבירה לשמירת ענייניו של הזולת. (בעולת זו עצמה נעשה שימוש נרחב מאוד על-ידי בית-המשפט העליון מאז שנות ה-80). אכן, כזכור, הקשר בין מבחן הסבירות המקצועית של המשפט המנהלי לבין מבחן הסבירות של עולת הרשלנות נוצר במפורש על-ידי השופט ברק בפסק-דינו בפרשת רסלר. באמצעות הטענה שתוכנם של שני המבחנים דומה. משמע: במסגרת קידומו של מבחן הסבירות המקצועית השתמש בג"צ במטבע לשון שכיח, המקנה לבתי-המשפט סמכויות שאין עוררין עליהן, בתחומים נרחבים של המשפט. זאת, כדי להקנות לעצמו סמכויות חדשות ובלתי-מקובלות ביחס להחלטות המנהליות.

רביעית, בג"צ כרך יחדיו את מבחן הסבירות המקצועית עם מבחן הסבירות המשפטית. בפסיקה ניתן למצוא, לא אחת, דיון בשני המבחנים בנשימה אחת, תוך מעבר מהמבחן האחד לאחר במסגרת הטקסט של אותו משפט עצמו. מבחן הסבירות המשפטית צופה פעולה של בג"צ הנמצאת במרכז העשייה השיפוטית של כל בית-משפט (אף אם אין היא נהנית תמיד ממידה מלאה של הכרה ולגיטימציה). דהיינו, הכרעה באמצעות עקרונות משפטיים. על-ידי כריכתם יחדיו של מבחן הסבירות המקצועית ומבחן הסבירות המשפטית, הצניע בג"צ את אופיו החדשני והבלתי-מקובל של מבחן הסבירות המקצועית.

חמישית, דפוס הנמקה חוזר ונשנה בפסקי-הדין של השופט ברק הוא הצגתן של שתי דרכי פעולה מנוגדות, ואימוצה של דרך פעולה שלישית, דרך ביניים, המוצגת כממוגת את הטוב שבשתי ההצעות האחרות. (לדיון מפורט ראו: עמית 1994, טרם פורסם). באמצעות דרך הנמקה זו מצליח ברק להציג את הכרעותיו כמאוזנות ובלתי-קיצוניות, ולפיכך גם ככאלה שקל לקבלן. במובן מסוים פעל דפוס הנמקה זה גם להקלת קבילותו של מבחן הסבירות המקצועית. כזכור, בפסק-דינו בפרשת רסלר, הציג ברק כי מבחן הסבירות יופעל כנורמת-על משפטית, שבאמצעותה יפעיל בית-המשפט פיקוח משפטי על כל תחומי הפעילות האנושית. כפי שצינתי, הצעה זו לא אומצה על-ידי אף אחד משופטי בית-המשפט העליון, ואף זכתה לביקורת חזיתית מצדם של השופטים שמגר ואלון. אולם, בהקשר של מבחן הסבירות המקצועית פעלה ההצעה להשתמש בסבירות כנורמת-על משפטית

כהצעה "קיצונית", שהפכה את מבחן הסבירות המקצועית למבחן של "אמצע הדרך", שהוא מתון, מאוזן ולכן גם קביל.

השימוש באמצעים אלה לשם קידומו של דגם הסבירות המקצועית במסגרת יחסיו של בית-המשפט העליון עם רשויות המנהל אינו צריך להפתיע. התרבות המשפטית המסדירה את דרכי הטיעון בפני בתי-המשפט ואת דרכי ההנמקה של בתי-המשפט מקנה משקל רב למסורת הקיימת. חוקרי תרבות שונים (ראו למשל: Williams 1980; Shavit 1989) הצביעו על כך שדגמים תרבותיים חדשים, המגיעים לעמדה של שליטה ומרכזיות, אינם יכולים לצמוח ולעלות יש מאין; הם מתפתחים תמיד מתוך רכיבים הקיימים בשולי התרבות הקודמת. דברים אלה נראים נכונים במיוחד כשהמדובר בתרבות המשפטית, לנוכח מעמדו המיוחד של העבר בתרבות זו. כיוון שכך, ניתן היה לצפות ששינוי כמו עלייתו של מבחן הסבירות המקצועית כדגם חדש ביחסי בג"צ והמנהל ייעשה באמצעות שימוש בחומרים משפטיים מוכרים.

עד כה דנתי בחומרים של התרבות המשפטית שבאמצעותם הצליח בג"צ להחליף את הדגם המסורתי של "שומר הגבולות" בדגם של מבחן הסבירות המקצועית. אולם שינויים משפטיים מותנים תמיד, בדרך זו או אחרת, באופציות התרבותיות הקיימות במערכת של התרבות הכללית, ש"מחורף" למערכת התרבותית של המשפט. בשורות הבאות אטען כי עלייתו של מבחן הסבירות המקצועית יכולה להיות מוסברת גם על רקע האופציות התרבותיות, שהתקיימו בישראל של שנות ה-80, באשר לדרך שבה ניתן היה לנהוג במערכת הפוליטית ובמנהל הציבורי הכפוף למערכת הפוליטית.

ראשית, אי-אפשר שלא לשים לב לסמיכות הזמנים בין השתלטות הליכוד על המנהל הציבורי של ישראל מצד אחד, לבין עליית האקטיביזם של בג"צ (ומבחן הסבירות המקצועית, כביטוי קיצוני של האקטיביזם) מצד שני. ייתכן שהקשר בין הדברים אינו מקרי. בשנות ה-80 התאפיין שלטון הליכוד בייאוש מהסיכוי להחלפת השלטון על-ידי האופוזיציה. (ייאוש זה בא לידי ביטוי, בין היתר, בשיתוף הפעולה בין האופוזיציה לבין השלטון בממשלת האחדות הלאומית.) לעומת זאת, בית-המשפט העליון, באמצעות ה"אקטיביזם" השיפוטי שהפגין בשנות ה-80, מיקם עצמו בעמדה שיכלה להיותפש כפוטנציאל של יצירת אופוזיציה לשלטון.

מצד אחד, באמצעות צמצום דרסטי של ההיקף של דוקטרינת אי-השפיות (לרבות קביעה לפיה כל מעשיה של הכנסת, זולת פעולותיה לקביעת תוכנם של החוקים, הם שפויים) ודוקטרינת העמידה, בג"צ צמצם מאוד את המחסומים המקדמיים להתערבותו במעשי השלטון. מצד שני, בג"צ נטל לעצמו סמכות לפקח על סבירותן של החלטות מנהליות, ועל שיקולי המדיניות העומדים ביסודן באמצעות מבחן הסבירות המקצועית, והפעיל באורח נרחב את עקרונות היסוד של השיטה, במסגרת מבחן הסבירות המשפטית. (הצעתו של השופט ברק להשתמש בסבירות כנורמת-על משפטית היתה אמורה להרחיק לכת מכך, ולאפשר בדיקה ישירה של הסבירות של הפוליטיקה.) האקטיביזם של בג"צ פתח, איפוא, בפני אותם חוגים, שמשך חמש-עשרה שנים מצאו עצמם מתנגדים לשלטון, מנותקים מהיכולת להשפיע עליו ומיואשים מהיכולת להדיחו – ערוץ יחיד להתערבות במעשי השלטון, ובעיקר לשיבוש מהלכיו של השלטון. ניתן להניח, איפוא, כי אותם חוגים במדינה שהתנגדו לשלטון הליכוד, יצרו עבור בג"צ, במסגרת התרבות הישראלית, אופציית פעולה שעל-פיה הפעלתו של אקטיביזם שיפוטי על-ידי בג"צ, ובכלל זה הפעלה של מבחן הסבירות המקצועית ומבחן הסבירות המשפטית, הפכה אפשרית וקבילה כפוטנציאל של אופוזיציה לשלטון החדש.

שנית, שנות ה-70 וה-80 התאפיינו גם בפחות במעמדה של ההנהגה הפוליטית בישראל. שורה של שגיאות קשות (מלחמת יום-הכיפורים; מלחמת לבנון; האינפלציה; התמוטטות המערכת הבנקאית בעקבות משבר המניות); שורה של שערוריות, שבהן היו מעורבים אישי צמרת; תחרות קשה על ההנהגה בכל אחת משתי המפלגות הגדולות; התעוררותה מחדש, בחריפות, של תופעת המינויים הפוליטיים; תופעות שונות של מיקח וממכר קואליציוני ותקציבי, פרי חוסר-היציבות הפוליטי של שנות ה-80; ניסיון הנפל להפלת הממשלה באמצעות עריקים פוליטיים בשלהי שנות ה-80 – כל אלה יצרו בקרב חוגים נרחבים תחושה שחל פחות ברמתה של הנהגת המדינה. תחושה זו יצרה עבור בג"צ אופציית פעולה, שהפכה לקבילה ואפשרית את הפעלתו של אקטיביזם שיפוטי על-ידי בג"צ, ובכלל זה הפעלה של מבחן הסבירות המקצועית ביחס לפעולותיו של המנהל הציבורי, הכפוף להנהגה הפוליטית של המדינה.

אכן, כשהשופטים לנדוי ואלון אמרו, עם ראשית עלייתו של מבחן הסבירות המקצועית, כי המבחן עשוי לפגוע בתקינות הפעולה של המנהל,<sup>58</sup> הם ביטאו עמדה מסורתית של אמון בשלטון וביכולתו לקדם את ענייניה של המדינה. ואילו כשבג"צ נטל לעצמו סמכות לפקח על המנהל באמצעות מבחן הסבירות המקצועית כחלק מן האקטיביזם השיפוטי של שנות ה-80, הוא מיקם עצמו בעמדה, שהשתמעה כהבעה של אמון מסויג בשלטון וגיבוש אפשרי של מוקד כוח אופוזיציוני לשלטון.

שלישית, במחצית השנייה של שנות ה-70 החל תהליך לעיצוב מחדש של הצופן התרבותי של ישראל. מצד אחד, נחלש הקולקטיביזם המסורתי של הציונות והתחזקה ההזדהות עם האינדיבידואליזם של המערב. מצד שני, התחזקו החוגים שהיו עוינים את עולמו התרבותי של הליברליזם המערבי ושכפרו בעליונות הערך של היות ישראל מדינה דמוקרטית-ליברלית: חוגים לאומניים, לרבות חוגים לאומניים קיצוניים, וחוגים דתיים, לרבות חוגים של פונדמנטליזם דתי, אשר לראשונה מאז קמה המדינה גילו מעורבות רבה במרכז המערכת הפוליטית, בניסיון להטביע עליה את חותמם. במהלך שנות ה-80 נראה היה כי החוגים הלאומניים והחוגים הדתיים עשו יד אחת כדי לשלוט במערכת הפוליטית של ישראל, תוך יצירת איום על המשך התפתחותו של הליברליזם הישראלי. בית-המשפט העליון, שהפעיל אקטיביזם שיפוטי, לרבות פיתוח של דוקטרינת הסבירות המקצועית, ועשה שימוש נרחב בהנמקותיו בערכי היסוד (הליברליים) של המשפט הישראלי, יכול לסמוך על תמיכתם של אותם חוגים בחברה הישראלית שראו בחשש את התפתחות המגמות האנטי-ליברליות בתרבות הישראלית ובלב המערכת הפוליטית של ישראל בשנות ה-80 (לדין מפורט ראו: מאוטנר 1993, פרק ד').

### 3. סבירות כנורמת-על

קו ישר מחבר בין מבחן הסבירות המקצועית לבין הצעתו של השופט ברק להשתמש בסבירות כנורמת-על משפטית. הצעתו של השופט ברק נראית כהמשך הגיוני של מבחן הסבירות המקצועית מהתחום המנהלי לתחומים אחרים, ובין השאר לתחום הפוליטי. אכן, רבים מפסקי-הדין שבהם הפעיל בג"צ את מבחן הסבירות המקצועית (קרי, פסקי-דין שבהם בג"צ הפעיל את מבחן הסבירות אך בלא להציג עצמו כמשתמש בסבירות כנורמת-על, בהתאם להצעתו של השופט ברק), עסקו בהחלטות ששיקפו הכרעות פוליטיות של משרדי ממשלה שונים.

הצעתו של השופט ברק בעייתית, אם היא חלה על כל ההיבטים של המתרחש ברשות הפרט. על-פי התיאוריה הפוליטית של הליברליזם, העומדת ביסוד המשפט הישראלי, יש היבטים נרחבים בחייהם של בני-האדם שלא יכולה להימצא נורמה משפטית מהותית המסדירה אותם (בין אם באמצעות חוקים, ובין אם באמצעות פסקי-דין). משום שאנו סבורים כי הם צריכים להיות נתונים באופן בלעדי לקביעתו של הפרט, דהיינו, אנו סבורים כי לקולקטיב, באמצעות המשפט, אסור להתערב ולהביע דעה לגבי הקורה בהם. אם הצעתו של השופט ברק בדבר השימוש בסבירות כנורמת-על משפטית מתייחסת גם לכל ההיבטים של הקורה ברשות הפרט (ברק אינו אומר זאת במפורש, וספק אם זו כוונתו),<sup>59</sup> היא קובעת למשפט (קרי: להכרעה הקולקטיבית) תחומי השתרעות בניגוד למושכלות יסוד אלה.

הצעתו של השופט ברק היא בעייתית גם מבחינתה של התיאוריה הדמוקרטית. ההצעה לאפשר לבג"צ להשתמש בסבירות כנורמת-על עשויה להביא לשיבוש בחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון, המתבקשת על-פי התפישה הדמוקרטית (במובן שירצג להלן). במשטר דמוקרטי, הסמכות להכריע הכרעות ערכיות קולקטיביות מתחלקת בין הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת, הפועלת מכוחה), מצד אחד, לבין הרשות השופטת, מצד שני. ניתן לומר, כי תחכומה של הדמוקרטיה הוא שהיא מבקשת לחלק את ההכרעות הערכיות הקולקטיביות שלה בין הרשויות הפוליטיות, מצד אחד, ובין הרשות השופטת, מצד שני, דווקא על-שום היגיון הפעולה השונה כל-כך של כל אחת מהן (השוו: Fiss 1979; Perry 1988; Bickel 1962).

כך, הרשויות הפוליטיות – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – מכריעות הכרעות המשקפות

58. ראו טקסט לה"ש 9-10.

59. אך ראו: ע"א 294/91 חברת קדישא גחשא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 530; ברק 1993 (תחולת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי בתחום המשפט הפרטי).

סנטימנטים ציבוריים חולפים, וכן אינטרסים פרטיקולריים של קבוצות. (על-פי תפישה מקובלת, אלה גם דרכי ההכרעה הראויות של הרשויות הפוליטיות). על-פי תפישה זו, קנה-המידה העיקרי לפעולה הפוליטית הוא הרצונות הארעיים, המשתנים מעת לעת, של חוגים בחברה. לעומת זאת, הרשות השופטת אמורה להכריע על-פי הנורמות היציבות, ארוכות-הטווח, הנכללות בקורפוס התרבותי של המשפט, במנותק מסנטימנטים ציבוריים חולפים ומאינטרסים פרטיקולריים של קבוצות.<sup>60</sup>

הרשויות הפוליטיות פועלות תוך שהן מוגבלות על-ידי הידיעה שבתום תקופה קצובה הן יידרשו לתת דין וחשבון לציבור הבוחרים, דהיינו, יהא עליהן לפעול כדי לשוב ולהיבחר. לעומת זאת, הגיונה של השפיטה הוא יצירתן של הכרעות בתנאים (ביחס לצדדים) של חתירה לנייטרליות, אי משוא פנים ושוויון הזדמנויות, על-ידי אנשים המשוחררים מהצורך לעמוד לבחירה מחודשת, בדרך של שכנוע, באמצעות מתן משקל לטיעונים המסתמכים על הקורפוס התרבותי של המשפט. משמע, ההליך השיפוטי מכון לנטרל את בסיסי הכוח הרגילים של הצדדים, כגון, הון, קשרים, וכדו', ולתעל את הצדדים לאסטרטגיות של טיעון ושכנוע, במסגרת הקורפוס של המשפט.

הפעולה הפוליטית מושתתת על יצירת שרשרת של בריתות בין גורמים שונים, במטרה ליצור, פעם אחר פעם, כל פעם מחדש, רוב תומך. קיימות רמות שונות של עוצמה במידת המחויבות והתמיכה של גופים פוליטיים בעניינים שונים. תמיכה פוליטית היא לא אחת רכיב במסכת נרחבת ומורכבת של "עסקה", שעל-פיה תמיכה בעניין אחד, שמידת המחויבות לו נמוכה יחסית, אמורה להבטיח, בתמורה, תמיכה נגדית בעניין אחר, שמידת המחויבות לו גדולה יותר. לעומת זאת, שופטים אינם אמורים להבטיח תמיכה בהכרעותיהם בדרך של יצירת "עסקאות". הם אמורים להכריז על הכרעותיהם ועל נימוקיהם, מתוך הנחה שמשקל ההכרעות והנימוקים הוא שיהפוך אותם לקבילים.

מכיוון שהמערכת הפוליטית מופקדת על תחומים ציבוריים רבים, ההחלטה הפוליטית משקפת, לא אחת, פשרה בין שורה של שיקולים, שלכל אחד מהם ניתן משקל לצורך קבלת ההחלטה. לעומת זאת, ההכרעה המשפטית מושתתת על קיטוע: בנייתו של סיפור עובדתי תחום ומוגדר, ויצירת הכרעה שיש לה היגיון בגדר הסיפור. (בכך דומה ההליך השיפוטי לזמן הריאליסטי. (ראה: Belsey 1980), ומבחינה זו צודק רונן שמיר, כשהוא מדבר על "הטקסט השיפוטי... הפרוש נרטיב המוליך באופן בלתי-נמנע לתוצאה הבלתי-נמנעת" [שמיר בגיליון זה, עמ' 20]). שלא כמו בפוליטיקה, האפשרות של מורכבות וכוללניות, במובן של קיום זיקת גומלין ישירה והדוקה בין הכרעות הנצרות בגדרם של סיפורים עובדתיים שונים, אינה קיימת בדרך-כלל במסגרת השפיטה. נוסף על כך, ההכרעה השיפוטית היא לא אחת פשטנית בהשוואה להחלטה הפוליטית: כחלק מהבינאריות של ההליך השיפוטי, ההחלטה השיפוטית היא בדרך-כלל תוצר איזונים של שני שיקולים עיקריים בלבד. (אכן, למיטב ידיעתי, במסגרת דגם ההנמקה של "איזון הערכים", שהופעל במידה נרחבת בפסיקה של שנות ה-80, בית-המשפט העליון ערך איזון תמיד רק בין שני סוגים של שיקולים, שעומתו זה מול זה, דהיינו, אין ביטוי בפסיקה לאפשרות שהחלטה מסיימת תצריך שקילתם של יותר משני שיקולים.)

אכן, כפי שהסבירו השופטים שמגר ואלן (ראו: רסלר לעיל), הצעתו של השופט ברק להכפיף את הפוליטיקה למשפט בדרך של שימוש בסבירות כנורמת-על אמורה לשבש את קווי ההפרדה בין הפוליטיקה למשפט. במקום הדגם של חלוקת סמכות ההכרעה בשאלות ערכיות קולקטיביות בין הרשויות הפוליטיות לבין הרשות השופטת, מושתתת הצעתו של השופט ברק על הכפפה של הרשויות הפוליטיות לרשות השופטת (ראו גם: רוזן-צבי 1992, 10; רוזן-צבי 1993, 699). שפירושה "פורמליזם רדיקלי", המבקש להשליט את המשפט על כל מה שבסביבתו (שמיר בגיליון זה, עמ' 9-8), תוך מיקום השופטים, כביטוייה של מיכל שקד בעמדה של "מועצת אנשים חכמים" (שקד

60. עם זאת, חשיבה הרמנויטית על השפיטה תלמדנו, כי תודעת השופטים לעולם אינה יכולה להיחשב חסומה בגבולות המשפט, דהיינו, שופטים אינם יכולים לטפל בקורפוס התרבותי של המשפט במנותק מהתרבות הכללית שבגדרה הם פועלים או במנותק ממאורעות שוטפים הסובבים את פעולתם. סגירותם של שופטים בתרבות המשפטית, במנותק מסנטימנטים ציבוריים חולפים, לעולם אינה מוחלטת, איפוא. יתר על כן, רק חלק מהקורפוס התרבותי של המשפט נצרך על-ידי בתי-המשפט בלא זיקה ישירה למערכת הפוליטית, דהיינו, בדרך של פיתוח עקרונות היסוד של שיטת המשפט בכללותה והעקרונות העומדים ביסוד ענפי המשפט והסוגיות הפרטיקולריות הנדונות על-ידי בתי-המשפט. חלק אחר מהקורפוס התרבותי של המשפט מורכב מחוקים, שהם תוצר ישיר של פעולת המערכת הפוליטית.

1982, 126). כמו במקרה של מבחן הסבירות המקצועית, גם פריצה זו של גבולות המשפט אינה נטולת סכנות. היא עשויה לסגל למשפטנים הלך-רוח של גבהות-לב, ואולי גם התפשרות בעמידתם על דפוסי החשיבה הייחודיים של המשפטן, במסגרת תהליכים של קבלת החלטות.

## ח. בית-המשפט והציבור הנאור

במאמרו בגיליון זה מסב רונן שמיר את תשומת-הלב למעמדו המיוחד של "הציבור הנאור" בהנמקותיו של בית-המשפט העליון, ומצביע על הקשר שבית-המשפט יוצר בין ערכי היסוד של המשפט הישראלי מצד אחד, לבין ערכיו של "הציבור הנאור" מצד שני.

בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות ה-80 וה-90 ניתן למצוא לא פעם קביעות לפיהן הערכים שבשמם דובר בית-המשפט הם ערכיו של "הציבור הנאור". ברוב המכריע של המקרים, היה זה השופט ברק, שעשה שימוש בהנמקותיו ב"ציבור הנאור". מדוע נזקק ברק לעגן את הנמקותיו ב"ציבור הנאור"?

ברק היה הכוח המניע בבית-המשפט, בשנות ה-80, בערעור מעמדה של התפישה, הרואה בהכרעות משפטיות משהו הנגזר מהקונספציות והלשון של המשפט באופן מכניסטי, אובייקטיבי, תוך עיקור התרומה הערכית האישית של השופט. בעשותו כן, חשף עצמו ברק לטיעון הנגדי (השנוי, לדעתו), שתורת המשפט שלו, בכך שהיא שוללת מהשפיטה את האופי האובייקטיבי שלה, מציבה את המשפט על מדרון הניהיליזם, והופכת את השפיטה למכשיר להשלטת הערכים האישיים של כל שופט אקראי, היושב בדיון. כדי להדוף טיעון זה, שבפועל הושמע כנגד ברק לא אחת בדיוניה של קהילת המשפט, השקיע ברק מאמץ עצום, בפסקי הדין שלו ובספריו (ברק 1987), כדי לשכנע, שגם תורת המשפט שלו אינה הופכת את המשפט טרף לגחמותיו של השופט האקראי, אלא משמרת את אופיו של המשפט כמערכת נורמטיבית, בלתי-סובייקטיבית, המגבילה בצורה חמורה את חופש הפעולה של השופט.

מרכיב חוזר ונשנה בהנמקותיו של ברק הוא החריגה אל מעבר ללשון המפורשת של נורמות המשפט, אל הרובד של עקרונות המשפט. במקרים רבים גוזר ברק את הכרעותיו לא בדרך של יישום של כלל משפטי מפורש על העובדות, אלא בדרך של איתור העקרונות החולשים, לדעתו, על החומר הנדון על-ידו, וברוך של מתן משקל יחסי לעקרונות אלה ואיזונם. מובן, כי שופט הפועל כפרשן בגדרו של טקסט חקוק יכול להציג עצמו כנהנה ממידה מוגבלת יחסית של חירות לקבוע את תוכנו של המשפט המופעל על-ידו. אין הדבר כן כאשר שופט מאתר עקרונות, מעמת אותם זה מול זה, נותן לכל אחד מהם משקל יחסי וגוזר מתוכם את הכרעתו. מובן כי שופט כזה מפעיל מידה רבה של יצירתיות ונהנה מזירות רבה יחסית באשר להכרעה שיבחר בה. בפעולתו ברובד של עקרונות המשפט נזקק ברק להצניע את המידה שבה הכרעותיו הן תוצר של בחירות אישיות שלו. לשם כך נקט שורה של אמצעים. אמצעי אחד היה דיבור לא על ערכים סתם, החשודים במקומיות ובזמניות, אלא על "ערכי יסוד", הקיימים מעבר למקום ולזמן. אמצעי אחר היה זיהויים של ערכי היסוד של השיטה עם "הציבור הנאור".<sup>61</sup>

בשורש השימוש של השופט ברק ב"ציבור הנאור" עומד איפוא המאמץ של מי שהכניס את שיטת המשפט לפרסם הערכים ומבקש להוציאה משם בשלום, בלא שנפגעה על-ידי הטיעון שלפיו משמען של הכרעות ערכיות היא החלפתה של שיטת המשפט בשיטת השופטים. בקטע אופייני כותב ברק כך: "בקביעת האיזון בין הערכים המתחרים אין השופט נותן ביטוי להשקפתו הסובייקטיבית... עליו לבטא את 'מערכת החיים הלאומיים' של העם, ועליו להיות 'פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב'".<sup>62</sup> במקום אחר הוא כותב: "קשה היא דרכו של בית-המשפט בעקרונות היסוד של השיטה. על השופט... לפעול באובייקטיביות. עליו להכניע את השקפתו האישיות. עליו ליתן ביטוי לתפישות היסוד של הציבור הנאור".<sup>63</sup>

61. השופט ברק נוקט טכניקות רבות להקניית לגיטימציה ומקובלות לעמדותיו. לדיון מאיר עיניים ראו: עמית 1994 (טרם פורסם). גם בספריו ובמאמריו נוקט ברק טכניקות רבות ליצירת מעמד של מקובלות לעמדותיו. ביניהן: גישה אקלקטית, המאפשרת אימוצן של עמדות רבות, אף אם הן סותרות אלה את אלה, תוך עקיפת הצורך לאמץ עמדות מסוימות ולדחות עמדות אחרות (ראו גם: ברק 1993א, 479); רמה גבוהה מאוד של מופשטות בדרך הצגת הטיעונים; חתירה למידוע של המשפט.

62. בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421, 435.

63. ע"א 214/89 אבנר נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840, 874.

שימוש אופייני שעושה ברק ב"ציבור הנאור" כאמצעי הנמקה הוא בהקשר להפעלתם של עקרונות משפט ונורמות משפט פתוחות, תוך ניסיון להדוף טיעון אפשרי שלפיו פעולתו היא סובייקטיבית. בהבהירו כיצד צריך בית-המשפט להשתמש בסמכותו לפסול חוזים, שתוכנם נוגד את תקנת הציבור, הוא כותב: "שיקול-דעת זה אינו שרירותי. בית-המשפט אינו נותן ביטוי לתחושותיו הסובייקטיביות. בית-המשפט חייב ליתן ביטוי לתפישות היסוד של החברה שבה הוא חי ופועל... עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור."<sup>64</sup> בדומה לכך, בהבהירו כיצד צריך שופט למלא בתוכן את המושג "תקנת הציבור" במסגרת חוק, המסמיך את שר הפנים שלא לאשר בחירה של אדם בשם אם השר סבור "שהשם החדש עלול... לפגוע בתקנת הציבור", כותב ברק: "בקביעת תוכנה הנורמטיבי של 'תקנת הציבור' על השופט לפעול באובייקטיביות. עליו לשקף את השקפות היסוד של הציבור הנאור, ולא את השקפות היסוד שלו... על השופט לשקף, במסגרת תקנת הציבור, את מכלול הערכים היסודיים של הציבור הנאור, גם אם ערך זה או אחר אינו מקובל עליו."<sup>65</sup>

אכן, הורתו של הביטוי "הציבור הנאור" בפסיקתו של בית-המשפט העליון היא בניסיונותיהם של שופטים להקנות מימד של אובייקטיביות לפסיקותיהם. ככל הידוע, הראשון שהשתמש בביטוי היה השופט לנדוי. בדונו בשאלת הסמכות של בית-המשפט לפסול חוזים הנוגדים את תקנת הציבור כתב השופט לנדוי, בקטע שצוטט אחר-כך פעמים רבות על-ידי השופט ברק: "אין זאת אומרת, שבית-המשפט רשאי להתערב כרצונו ביחסי חוזה, לפי השקפתו הפרטית של השופט על מה שטוב ומועיל בעיניו מבחינות עקרוניות אלו, אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שכתוכו הוא יושב."<sup>66</sup> בדומה לכך, גם השופט אגרנט מציג את תפישותיו של "הציבור הנאור" כנטי-תיזה להכרעות סובייקטיביות של השופט, דהיינו, כמאגר להכרעות ערכיות של השופט, שיש להן מימד של אובייקטיביות.<sup>67</sup>

כל שופט נדרש לתת מימד של אובייקטיביות להכרעותיו. תפישות-עולם שונות על המשפט מציידות את השופטים באמצעים שונים להסוואת התרומה שלהם כאנשים, וכאנשים הנמנים עם חוגים חברתיים מוגדרים ועם מסורות תרבותיות מוגדרות. התפישה ששלטה במשפט הישראלי מאז שנות ה-50 הסתירה את השופט מאחורי הלשון והקונספציות של המשפט. גם השופט ברק נדרש להסתיר את השופט, וכאמור במקרה שלו הדחף לכך הוא חזק במיוחד, לנוכח תרומתו להעברתו

64. ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 532.  
 65. בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז (1) 749, 791. ברק גם כותב כדלהלן: "תקנת הציבור" הינה תקנתו של כלל הציבור – על גווניו, דעותיו, אמונותיו, עדותיו ודתותיו – כפי שהיא נראית מזווית הראייה של הציבור הנאור... "תקנת הציבור" ... מתגבשת מתוך נקודת מבטו של הציבור הנאור, אשר מתחשב במורכבות ובפלורליזם של החברה הישראלית" (אפרת 780).  
 66. ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335. בפסק דין מאוחר יותר מדבר השופט לנדוי על החלטתו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית לבטל את ההפרדה בין הגזעים במערכת החינוך של ארצות-הברית. לדבריו, בית-המשפט יכול היה לעשות זאת רק משום "שכרת כביכול ברית עם דעתו האחידה של הציבור הנאור ונתן לה ביטוי, כדי להתגבר על מגמות מיושנות שעדיין שלטו בבתי המחוקקים". בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477, 522. במקרה אחר, בדונו בתוכנו של המונח "חומר תועבה" בדיני הענישין כתב השופט לנדוי: "את קו הגבול בין מותר ואסור על בית-המשפט לקבוע בכל מקרה על פי שיקולו, בהתאם להשקפות נאורות הרווחות בחברה של ימינו". ע"פ 495/69 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 408, 410.  
 67. בדונו בסוגיית "מיהו יהודי" כתב השופט אגרנט:

"שורת הצדק אינה מחייבת, שנקוט עמדה לגבי הבעיה האידיאולוגית הנדונה, כאשר ברור לנו שלא קיים לגביה קונסנסוס אצל החלק הנאור של הציבור וכי עמדתנו תהא מבוססת אך ורק על הדעה הפרטית והפרדילקציות האישיות שלנו עצמנו. הלא העקרון של שלטון המשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות על מה שתובע הצדק בנוגע לפתרון הסכסוך הבא לפניו, שאם לא כן, עלול להתעורר החשד, כי במקום להיות פרשן של החוק, הוא שפט על-פי שרירות לבו. אכן, מסכים אני, כי השקפת העולם של שופט נותנת אותותיה ועיר פה, ועיר שם, בהחלטותיו, ולו אף מתחת לסף הכרתו. גם אינני שולל, שקיימים מקרים, בהם לא תעמוד לו לעזר ידיעתו המשפטית הטכנית, באין הוראה במשפט הפוזיטיבי העונה על השאלה הטעונה הכרעתו; ואמנם במקרים כאלה יכול שלא תהיה לשופט ברירה אחרת מאשר לסמוך על מושג של צדק, הנראה בעיניו, אלא שגם אז דרוש שתהיה לו התחושה, כי אותו מושג השתרש בתודעתם של בני הציבור הנאור" (בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477, 600).



של שיטת המשפט הישראלית לתפישת עולם בלתי-מכניסית. ברוח טיעוניהם של פיס ופיש אודות "הקהילה הפרשנית",<sup>68</sup> ברק מסתיר את השופט מאחורי מסך הערכים של המשפט, תוך ניסיון להקנות לערכים אלה ייחוס – היותם ערכים של קבוצה נבחרת, "הציבור הנאור".<sup>69</sup>

בכך שהם מזהים את ערכיו של המשפט הישראלי לא עם הציבור הישראלי בכללותו אלא עם אותו חלק בציבור שהוא "הציבור הנאור", פותחים ברק ושופטים אחרים של בית-המשפט העליון את הפתח לראייה של המשפט כתוצר של חוגים חברתיים מסוימים. בלי משים, איפוא, במסגרת ניסיונם להקנות למשפט חזות של אובייקטיביות על-ידי הצגתו כמעוקר מהתרומה האישית הייחודית של השופט, שופטים אלה מגבילים את האובייקטיביות של המשפט, בכך שהם מציגים אותה כאובייקטיביות חלקית, שאינה נהנית ממעמד של אוניברסליות.

אין ספק כי כשבית-המשפט העליון מדבר על "הציבור הנאור" כוונתו לציבור המזדהה עם התיאוריה הפוליטית של הליברליזם המערבי.<sup>70</sup> אכן, בהפעילו, מאז קום המדינה, בעיקר חומרים אנגלו-אמריקניים, היתה לבית-המשפט העליון תרומה חשובה לביצור זיקתה הערכית של ישראל למערב הליברלי. (בית-המשפט אף הקדים בפעולתו גורמים אחרים שפעלו למעורבה של ישראל.) עם זאת, הדיבור על "ציבור נאור" פוגע, משום שהוא מניח קיומו של ציבור "חשון", שאינו מעמיד את הערכים האמורים ביסוד תפישת-העולם שלו (למשל, חלקים ניכרים מהציבור הדתי או אנשים המזדהים עם מורשת המזרח) (לעניין זה ראו גם: מאמרו של שמיר בגיליון זה, עמ' 16). בתי-משפט הפועלים בחברה שהיא פלורליסטית מהבחינה התרבותית, הדתית והאתנית (למשל, בית-המשפט העליון של ישראל ובית-המשפט העליון של ארצות-הברית) אינם יכולים שלא להשליט על בני הקבוצות האחרות החיות במדינה את תפישותיה של הקבוצה שעמה נמנים השופטים (Cover 1983). עם זאת, יש לקוות כי שופטים המכהנים בבתי-משפט כאלה יפעלו מתוך הכרה של רלטיוויזם תרבותי, מתוך צנעה ומתוך הבנה של המימד הטרגי שבפעולתם. אבל גם אם יפעלו כך, הרי כשופטים לא יוכלו להימנע מאימוצם של ערכים הנתמכים על-ידי חלקים מסוימים בלבד בחברה, ומכפייתם של ערכים אלה על חוגים שאינם מזדהים אִתָּם.

## ט. בית-המשפט והמומחים

רונן שמיר טוען, כי כשבית-המשפט העליון הפעיל את מבחן הסבירות הוא שיקף ערכים של "הבורגנות המנדרינית" – מעמד חברתי משכיל ופרופסיונלי, הנשען לא על "הון", אלא על "השכלה וידע מקצועי"; מעמד שהפך את המומחיות ל"ידת אזרחית חדשה"; מעמד ה"מקפיד על

68. Fish 1980; 1989; Fiss 1982; 1985. ראו גם: Walzer 1987.

69. ברק מצניע מאוד את הפרספקטיבה האישית או התרבותית, תלוית המקום והזמן, שהשופט מביא עמו לפסיקותיו. אף כי בספריו הוא מכיר, לעתים, בתרומה שתורמות פרספקטיבות כאלה להכרעה השיפוטית, בדרך כלל הוא מבליט את הכוח הכופה של המערכת הנורמטיבית, התוך-משפטית, שבמסגרתה פועלים השופטים.

לשימוש נוסף ב"ציבור הנאור" בפסיקתו של בית-המשפט העליון ראו: בג"צ 493/81 אבו עיטה נ' מפקד אוור יהודה והשומרון, פ"ד לו (2) 197, 302; בג"צ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ (4) 141, 150; בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא (1) 98; בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 284; ד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב (1) 221, 273; בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב (2) 441, 481, 482, 493, 505, 506; ע"א 580/84 היתעהמ"ש נ' פיק, פ"ד מב (2) 703, 709; בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הראשי, פ"ד מב (4) 617, 632; ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות', פ"ד מג (1) 441, 484; ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג (1) 772, 784; ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840, 861; בג"צ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג (4) 793, 847; בג"צ 142/89 תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד (3) 537, 554; ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח, פ"ד מה (4) 45, 54; ע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (5) 221, 237; ע"א 294/91 חברת קדישא גח"ש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מז (2) 464, 534, 537; בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז (2) 229; בג"צ 3094/93 התנגעה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"צ 4267/93 אמיתי – אורחים למען מנהל תקין וטהור המידות נ' יצחק רבין (טרם פורסם).

70. ראו גם: בג"צ 125/49 אמדו נ' מנהל מחנה העולים, פ"ד ד, 4, 23, השופט חשין (מיליונים רבים מאחיו... הרשמדו בימינו ולעניינו, ולעניני אומות העולם, על-ידי אחד מעמי התרבות 'הנאורים'); בג"צ 493/81 אבו עיטה נ' מפקד אוור יהודה והשומרון, פ"ד לו (2) 197, 302, השופט שמגר ("יש משקל ראיתי מיוחד לפרקטיקה של מדינות... ובייחוד לאלה מביניהן שהן בעלות מעמד בעולם הנאור"); בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים פ"ד מא (2) 1, 98, השופט אלון ("עם פרס האמנסיפציה ושלטונם הנאור של עמי אירופה").

האוטונומיה המקצועית אותה תובעים המומחים בתחומי פעילותם; מעמד שמייצג "תרבות פוליטית המעריצה את הידע של המומחה האובייקטיבי" (שמיר בגיליון זה, עמ' 17).

אכן, כפי שטוען שמיר, אימוצו והפעלתו של מבחן הסבירות המקצועית על-ידי בית-המשפט יכולים להתפרש כמייצגים ניסיון של חוגים חברתיים מסוימים, המאמינים במומחיות ובידע, לגייס את יכולת הפיקוח וההתערבות של בית-המשפט למאמץ להשלטת נורמות של מומחיות וידע על רשויות המנהל. עם זאת, אני סבור כי ניתן לאתר בדפוסי הפעולה של בית-המשפט העליון בשנות ה-80 וה-90 גם לא מעט יסודות החותרים תחת ערכיו של המעמד החברתי של "הבורגנות המנדרינית".

ניתן לטעון, כי דווקא שופטי שנות ה-50, ה-60, וכו' ייצגו את הדת האזרחית של המומחיות יותר משופטי שנות ה-80 וה-90. עד שנות ה-80 נהגו השופטים כבוד מופלג בשיקול-דעתן של רשויות השלטון האחרות. הם הדגישו את חזקת התקינות ואת חזקת החוקיות לגבי מעשיהן של רשויות השלטון האחרות. הם שבו ונתלו בעקרון "הפרדת הרשויות", וכל פעם שנטען בפניהם כי רשות שלטונית קיבלה החלטה שלא כדין, הם הדגישו שהידע המקצועי והמידע הרלוונטי הם בשליטת הרשות, בעוד בית-המשפט נעדר כלים לבחון החלטות לגופן. ניתן לטעון איפוא, כי דווקא שופטים אלה פעלו מתוך עמדה של מתן כבוד למומחיות ולידע, וייצגו תפישה המכירה בייחודיות של המומחיות והידע. לעומת זאת, שופטי שנות ה-80, בכך שהכפיפו את רשויות המנהל למבחן הסבירות המקצועית בלא שיימצאו בידם הכישורים הנדרשים להפעלתו של מבחן זה, חתרו תחת שלטון המומחים, בייצגם תפישה שעל-פיה אין ייחוד בכישוריהם של בעלי המומחיות והידע, והדיוטות מסוגלים לפקח על מעשיהם של מומחים.<sup>71</sup>

גם לגבי מבחן הסבירות המשפטית מתעוררת השאלה, האם אפשר לומר ששופט שמפעיל באופן כזה את מבחן הסבירות משקף את ערכיו של מעמד חברתי שהפך את המומחיות לידת אזרחית חדשה, "המקפידה על האוטונומיה המקצועית אותם תובעים המומחים בתחומי פעילותם". שופטי שנות ה-50 עסקו במשפט כבמערכת של כללי פעולה. תפישת המשפטן העולה מפסקי-הדין שלהם היא זו של מומחה בהפעלתם של כללים. לעומתם, שופטי שנות ה-80 מציגים את המשפט כמדיום לעיצובן ולאכיפתן של הכרעות ערכיות. בכך, הם מחלצים את המשפט משליטתם של המומחים, בעלי הידע הטכני, הצר, ופותרים את הפתח לראייה של המשפט כמשהו המשפיע על חייו של כל אחד מבני-האדם החיים בחברה, ושהפעלתו מחייבת לא רק ידע, אלא בעיקר יכולת שיפוט ומבט הומניסטי רחב.

בדומה לכך, כשרונן שמיר אומר שהפסיקה של שנות ה-80 מבוססת על "חשד עמוק כלפי אידיאולוגיה", על תפישה הרואה באידיאולוגיה את "מפלטו של הנבל – האנטי-תיזה למדע, ידע, הבנה, ועובדות", משהו ש"מנוגד לפרגמטיות של המנהל והמומחה" – מתעוררת השאלה אם אין תיאור זה הולם את פסקי-הדין של שנות ה-50 יותר מאשר את פסקי-הדין של שנות ה-80. מהפסיקה של שנות ה-80 עולה גישה הרואה במשפט לא מדע, אלא אידיאולוגיה; גישה הרואה במשפט מדיום לעיצובן ולהשלטתן של תפישות ערכיות; גישה הרואה את השופט לא כמייצגה של ה"פרגמטיות של המנהל והמומחה", שאמורים לפעול לפי כללים סדורים, המולידים בסופו של דבר פתרון שאפשר לומר עליו שהוא נכון או לא נכון, אלא גישה הרואה את השופט כמי שנדרש, פעם אחר פעם, להפעיל שיפוט, לתת משקל לערכים מתחרים שונים, ולהכריע הכרעות ערכיות, שכל אחת מהן, כשלעצמה, יכלה להיחשב "נכונה" במסגרתה של המערכת הערכית שבגדרה פועל השופט. אכן, בתחום המשפט המנהלי, ככלו השופטים את ידי המומחים של המנהל באמצעות מוסרות הערכים של המשפט, בהכפיפם אותם למבחן הסבירות המשפטית.

רונן שמיר קורא למעמד החברתי שבשמו פעל בית-המשפט בשנות ה-80 "בורגנות מנדרינית". לדבריו, "הבורגנות המנדרינית דוגלת בכלכלה חופשית ובארגון השוק כמערך סבוך של שדות מומחיות יישומיות". אם זה מה שמאפיין את "הבורגנות המנדרינית", מתעוררת השאלה כיצד שירתה פסיקתו של בית-המשפט בשנות ה-80, בתחומי המשפט הפרטי, את האינטרסים והערכים של מעמד חברתי זה.

הבחנה תורת-משפטית מקובלת לגבי הסוגים השונים של נורמות המשפט היא בין נורמות מהסוג של כלל (rule) לבין נורמות מהסוג של אמת-מידה (standard) (לדין בספרות ראו: מאוטנר 1987).

71. ראו גם טעמי התנגדותם של השופטים לנדוי ואלון למבחן הסבירות, שנידונו לעיל.

כללים – לדוגמה, נורמה הקובעת שמהירות הנסיעה המותרת היא חמישים קמ"ש – הם נורמות "סגורות", שתוכנן נמסר בהן לצרכניהן הפוטנציאליים מראש, במידה גבוהה של דיוק, באופן שמאפשר להם לכוון את מעשיהם בצל הנורמות, כדי שיעלה בידם לממש את תוכניותיהם. לעומת זאת, נורמות מהסוג של אמת-מידה (standard) – לדוגמה, נורמה הקובעת כי יש לנהוג בזהירות סבירה – הן נורמות "פתוחות", המציידות את צרכניהן במידה נמוכה יחסית של מידע באשר לתוכנן, ועיקרן נקבע בדיעבד, על-ידי בית-המשפט המפעיל אותן, כשהוא יוצק את תוכנן הסופי.

בשנות ה-80 החיל בית-המשפט בתחומי המשפט הפרטי, באורח נרחב, נורמות מהסוג של אמת-מידה, כגון, תום-לב, רשלנות, סבירות, צדק, וכיוצא באלה. בעקבות הטיעון המפורסם של וובר, מתעוררת השאלה כיצד בהפעילו נורמות כאלה, המאפשרות קביעה רטרואקטיבית של המשמעות המשפטית של מעשים, שירת בית-המשפט את צרכיה של "הבורגנות המנדרינית", המאמינה ב"כלכלה חפשית" וב"שוק". יתר על כן, המנדרינים-המומחים, כך נראה, אינם מאמינים באמות-מידה, אלא בכללים. כללים מניחים קיומו של פתרון נכון, וקיומם של פתרונות נכונים לבעיות הוא עיקר אמונה חשוב של המומחים. אבל, בית-המשפט של שנות ה-80 עשה שימוש נרחב מאוד באמות-מידה משפטיות. יתר על כן, בשורה של דרכי הנמקה שלו חתר בית-המשפט תחת מעמדם של כללים בשיטת המשפט: בית-המשפט העתיק את זירת הפעילות שלו מלשון הכללים לטעמים הערכיים, העשויים לשמש הצדקה לכללים; הוא הדגיש שוב ושוב שיש לפרש כללים לא על-פי לשונם, אלא על-פי תכליתם; הוא חתר תחת מעמדם של כללים פרצדורליים, בכך שקבע שיש להפעיל פרצדורות לא באופן מילולי, אלא על-פי היעדים שהפרצדורות אמורות להשיג; הוא הפעיל את עקרון תום-הלב, כדי להחריר תכנים חדשים, מכווצים ומרחיבים, לחוים, ולכללים שנקבעו בחקיקה.

לבסוף אציין עוד, כי בית-המשפט של שנות ה-80 עשה שימוש נרחב מאוד – לפחות ברמה הרטורית – בעקרון תום-הלב. המסר הערכי של עיקרון זה הוא שביחסים עם הזולת יש לפעול באופן אלטרואיסטי, תוך נכונות לחלוקה מחדש של המשאבים העומדים לחלוקה בין הצדדים, למרות שחלוקה זו נקבעה על-ידי הצדדים במפורש בחוזה שלהם, או למרות שחלוקה זו נקבעה בחקיקה.<sup>72</sup> מתעוררת איפוא השאלה, באיזו מידה ניתן לומר על בית-משפט כזה שהוא דובר של "הבורגנות המנדרינית".<sup>73</sup>

הזיהוי בין ערכיו של בית-המשפט העליון של שנות ה-80 לבין ערכיה של "הבורגנות המנדרינית" נראה בעיני, איפוא, בעייתי מכמה בחינות. עם זאת, לא מן הנמנע ש"הבורגנות המנדרינית" היתה בסיס תמיכה חשוב של בית-המשפט. אולם, כפי שטענתי לעיל, מפתח חשוב להבנת פעילותו של בית-המשפט העליון בשנות ה-80 טמון בהתפתחויות שחלו בעשור זה בתרבות הישראלית וביכולתו של בית-המשפט להסתמך על חוגים תרבותיים מסוימים, שפעלו אותה עת בישראל.

### הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

72. ראו למשל: ע"א Eximin S.A. 3912/90 נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ (טרם פורסם). (החלפת הגישה הרואה בחוזה עסקה של חליפין בגישה התופשת את החוזה כפרוייקט משותף של שני הצדדים. זאת תוך הסתמכות נרחבת על דוקטרינת תום הלב.

73. עם זאת, למרות שבמקרים פרטיקולריים רבים שבאו לפניו בשנות ה-80 ניסה בית-המשפט העליון להחריר ערכים של סולידריות ואלטרואיזם לפעילות "השוק", הרי באותן שנים עצמן גדל הפער בחלוקת ההכנסות בישראל בממדים חסרי-תקדים. אם כך, ניתן לטעון, כי מבלי משים, בניגוד לכוונתו, פעל בית-המשפט למעשה למתן לגיטימציה לשיטה כלכלית, שהולידה תוצאות שהן מקוטבות לאלה שאותן ביקש בית-המשפט לקדם, ומבחינה זו שירת איפוא בית-המשפט את "הבורגנות המנדרינית". הלגיטימציה בתחום זה דומה, איפוא, לזו שנדונה לעיל בקשר להפעלת מבחן הסבירות המקצועית.

יתר על כן, חברתי ד"ר דפנה ברק-ארוז טוענת כי בפסיקה של שנות ה-80 התרחבה מאוד ההגנה המשפטית שניתנה לאלה הבאים במגע עם המנהל מבחינת יכולתם להסתמך על מצגים הנצרים על-ידי המנהל. זאת באמצעות דוקטרינת ההבטחה השלטונית היני החוזה המנהלי. מכיון שאלה המסוגלים להגיע ליחסים של קבלת הבטחות מהשלטון וליחסים חוזיים עם המנהל הם בדרך-כלל בעלי מעמד כלכלי מבוסס, הרי שלדברי ד"ר ברק-ארוז ניתן לפרש פסיקה זו כמגינה בפועל על ענייניהם של בעלי מעמד זה.

ביבליוגרפיה

- אקצין, בנימין, 1967. תורת המשטרים, אקדמון, ירושלים.  
 בנבנשתי, איל, 1994. "תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים", משפט וממשל ב: 11-34.  
 ברכה, ברוך, 1986. משפט מנהלי, שוקן, ירושלים ותל-אביב.  
 ברק, אהרן, 1965, "פיקוח בתי-המשפט על חקיקת משנה", הפרקליט כא: 463-478.  
 —, 1977. "שלטון החוק", בתוך ש. שטרית (עורך), קובץ ההוצאות בימי עיון לשופטים תשל"ז, ירושלים, 25-15.  
 —, 1987. שיקול דעת שיפוטי, פפירוס, תל-אביב.  
 —, 1993א. "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז: 475-501.  
 —, 1993ב. "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", בתוך י. זמיר (עורך), 90 קלינגהופר על המשפט הציבורי, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים, 163-208.  
 ברק-אריז, דפנה, 1993. עוולות חוקתיות, בודסי, תל-אביב.  
 ויתקון, אלפרד, 1962. "המשפט בארץ מתפתחת", בתוך ח. כהן (עורך), 99 יובל לפנחס רהן, ירושלים, 85-66.  
 זמיר, איל, 1982. "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי", משפטים יב: 291-328.  
 זמיר, יצחק, 1990. "המשפט הציבורי — מהפכה או התפתחות?", משפטים יט (4): 563-571.  
 —, 1994. "המשפט המנהלי של ישראל בהשוואה למשפט המנהלי של גרמניה", משפט וממשל ב: 109-147.  
 כהן, חיים, 1994. "כשרותם של משרתי ציבור", משפט וממשל ב: 265-288.  
 לדרמן, אליעזר, 1986. "מטרת החיקוק, 'המטריה הנורמטיבית' והפרשנות בפלילים", הפרקליט לו: 174-159.  
 לנדוי, משה, 1989. "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", עיוני משפט יד (1): 5-17.  
 מאוטנר, מנחם, 1987. "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה — לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז: 321-352.  
 —, 1993. ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, מעגלי דעת, תל-אביב.  
 סגל, זאב, 1990. "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי", הפרקליט לט: 507-532.  
 —, 1993. "סמכות בטחונית, יחסיות מנהלית וביקורת שיפוטית", משפט וממשל א: 477-488.  
 עמית, רועי, 1994. "כינונו של קאנון". (טרם פורסם).  
 פורת, אריאל, תשנ"ב, "דיני הנויקין", בתוך א. רחן-צבי (עורך) 99 השנה של המשפט בישראל תשנ"א, 270-222.  
 קרצמר, רוד, 1990. "ארבעים שנה למשפט הציבורי", משפטים יט (4): 551-561.  
 רחן-צבי אריאל, 1992. "כי המשפט לאלהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו, עיוני משפט יז: 1-17.  
 —, 1993. "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)", עיוני משפט יז: 716-689.  
 שחר, יורם, 1989. "האדם הסביר והמשפט הפלילי", הפרקליט לט (תש"ן): 78-107.  
 שמיר, רונן, 1994. "שיקול דעת ככוח שיפוטי: הפוליטיקה של הסבירות", תיאוריה וביקורת 5.  
 שפירא, יונתן, 1977. הדמוקרטיה בישראל, מסדה, רמת גן.  
 שפרינצק, אהוד, 1986. איש הישר בעיניו, ספרית פועלים, תל-אביב.  
 שקד, מיכל, 1982. "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי", משפטים יב: 102-128.
- Belsey, Catherine, 1980. *Critical Practice*. London: Methuen.  
 Bickel, Alexander M., [1962] 1966. *The Least Dangerous Branch*. New Haven, Conn.: Yale University Press.  
 Calabresi G. and D. Melamed, 1972. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral," 85 *Harv. L. Rev.*: 1089-1128.  
 Cover, Robert, 1983. "The Supreme Court, 1982 Term — Foreword: Nomos and Narrative," *Harv. L. Rev.* 97:4-68.  
 Curtis, Dennis and Judith Resnik, 1987. "Images of Justice," *Yale L. J.* 96:1727-1772.  
 Dworkin, Ronald, 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.  
 —, 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.  
 Fish, Stanley, 1980. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.  
 —, 1989. *Doing What Comes Naturally: Changes, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham and London: Duke University Press.  
 Fiss, Owen, 1979. "The Supreme Court 1978 Term, Foreword: The Forms of Justice," *Harv. L. Rev.* 93: 1-58.  
 —, 1982, "Objectivity and Interpretation," *Stan. L. Rev.* 34:739-763.  
 —, 1985. "Conventionalism," *S. Cal. L. Rev.* 58:177-197.  
 Habermas, Jürgen, 1988. "Law and Morality," in *The Tanner Lectures on Human Values*, vol 8.  
 Halpern, S. and C. Lmab, 1982. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass.: Lexington Books.

- Holland, D. and N. Quinn, 1987. *Cultural Models in Language and Thought*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nowak, John and Ronald Rotunda, 1978. *Constitutional Law*, St. Paul, Minn.: West Pub.
- Perry, Michael J., 1988. *Morality, Politics and Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Shavit, Z., 1989. "The Entrance of a New Model into the System," in *Issues in Slavic Literary and Cultural Theory*, ed. K. Einermacher.
- Sunstein, Cass, 1984. "Naked Preferences and the Constitution," *Colum. L. Rev.* 84:1689–1732.
- . 1985, "Interest Groups in American Public Law," *Stan. L. Rev.* 38:29–87.
- Tribe, Laurence, 1978. *American Constitutional Law*, 2d ed., Mineola, Minn.: Foundation Press.
- Walzer, Michael, 1987. *Interpretation and Social Criticism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Williams, R., 1980. *Problems in Materialism and Culture*. London: Verso.
- Zamir, Itzhak, 1992. "Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality," *Studies in Law* 11:131–136.