

## על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוטי: צעדים לשיקום האמון בבית-המשפט העליון

עומר שפירא\*

לאחרונה הועלתה יוזמה להגביל את השפיטות בבית-המשפט העליון באמצעות חקיקה. סוגיית השפיטות אינה מוסדרת כיום בחוק, אלא בהלכות שיפוטיות שפותחו במשך השנים על-ידי בית-המשפט העליון. היוזמה נועדה לשנות את המגמה של הרחבת השפיטות בפסיקותיו של בית-המשפט העליון, שהחלה באמצע שנות השמונים, ולחזק את אמון הציבור בבית-המשפט.

במובנה המקורי נועדה השפיטות להיות מבחן-סף פרוצדורלי המיושם כחלק מהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי על-מנת לסנן עתירות שאינן מתאימות לדיון בבית-המשפט ולמנוע דיון בהן לגופן. שימוש נרחב בדוקטרינת השפיטות על-ידי בית-המשפט כמבחן-סף יוביל למעשה לתוצאה דומה לזו של צמצום השפיטות בחקיקה, קרי: צמצום הביקורת השיפוטית בנושאים שהוגדרו כבלתי-שפיטים. המאמר טוען כי דוקטרינת השפיטות המוסדית כפי שפותחה ויושמה על-ידי בית-המשפט העליון, במיוחד החל בשנות השמונים של המאה העשרים, איבדה למעשה את זהותה ואת תפקידה המקוריים כמבחן-סף לדיון בעתירות. קריאה בפסיקתו של בית-המשפט העליון מגלה שלמרות הרטוריקה השיפוטית הממשיכה להשתמש בביטויים של אי-שפיטות, בית-המשפט דן בעתירות לגופן, ונימוקי אי-השפיטות משמשים אותו כחלק ממכלול השיקולים לדחייתן. המאמר טוען שמבחינה עיונית אין זה נכון לראות פרקטיקה שיפוטית זו כהפעלה של דוקטרינת שפיטות, היות שאין מדובר בהפעלת מבחן-סף פרוצדורלי ובהימנעות מדיון שיפוטי בנושאים המסווגים כבלתי-שפיטים, אלא יש לראותה כחלק מתפיסה רחבה יותר של ריסון שיפוטי.

המאמר תומך במגמה זו. כחלק מהערכה מחודשת של דוקטרינת השפיטות, נידונים טיעונים המועלים על-ידי התומכים בצמצום השפיטות. המאמר מראה שטיעונים אלה אינם יכולים להצדיק את צמצום השפיטות בחקיקה או באמצעות הפעלת מבחן-סף

\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. תודה לגבריאל הלוי, לגדי רובין וליעקב בן-שמש על הערותיהם המועילות, וכן למערכת כתב-העת משפט ועסקים על תרומתה הרבה לגרסתו הסופית של המאמר. האחריות לתוכן הדברים היא של כותב המאמר בלבד.

פרוצדורלי על-ידי בית-המשפט. עם זאת, יש בטיעונים אלה כדי להצדיק ולחייב ריסון שיפוטי. במאמר נטען שזניחת השפיטות המוסדית כמבחן-סף משקפת מעבר מפרוצדורה למהות, ושהשימוש בשיקולי שפיטות כחלק מבחינה עניינית של עתירות ובמסגרת תפיסה של ריסון שיפוטי הוא מהלך נכון המתאים לשיטת משפט דמוקרטית מודרנית המעמידה במרכזה את זכויות האדם.

הביטוי "ריסון שיפוטי" אינו זר לפסיקה ולכתיבה האקדמית בישראל, אולם משמעותו טרם נבחנה בהרחבה. המאמר מציג עקרונות מרכזיים העומדים בבסיסה של דוקטרינת ריסון שיפוטי בתחומי המשפט הציבורי: תפיסה שיפוטית שמכירה במגבלות הכוח, הידע והתפקיד של בית-המשפט, ואשר באה לידי ביטוי ברטוריקה שיפוטית מתונה, בהעברת מסר של כבוד לרשויות השלטון האחרות, בהחצנה של מקרים שאינם מתאימים לדיון משפטי ובצמצום השימוש בעילת הסבירות. מרכיבים אלה אינם מייצגים את כל ביטויי הריסון השיפוטי, ויש מקום להמשיך ולפתח את הדיון במהותו של הריסון השיפוטי. המאמר טוען שיישום דוקטרינה זו על-ידי בית-המשפט העליון עשוי לתרום לשיקום מעמדו הציבורי של בית-המשפט, לענות למבקריו מהזירה הפוליטית ומהאקדמיה, ולסייע בהשבת האמון בו.

מבוא

- פרק א: בין סמכות לשפיטות  
 פרק ב: התפתחותה של דוקטרינת השפיטות וזניחתה כתנאי-סף לבירור עתירות  
 פרק ג: מדוקטרינת שפיטות לדוקטרינת ריסון שיפוטי – הצדקת המעבר מפרוצדורה למהות

1. הטיעון הדמוקרטי – העדר הייצוגיות והשלכותיו
2. הטיעון הדמוקרטי – בעיית האחריות האזרחית
3. הטיעון בדבר העדר מומחיות ובעיית האחריות המקצועית
4. בעיית "הגישה המתגוננת"

5. הטיעון בדבר החשש מפני אובדן אמון הציבור

פרק ד: ביטוייה של תפיסת ריסון שיפוטי

1. שינוי הרטוריקה השיפוטית
2. העברת "מסר של כבוד" באמצעות שינוי כללי הפרשנות
3. דחיית עתירות על בסיס אי-התאמתן לדיון משפטי
4. צמצום השימוש במבחן הסבירות
5. הכרה במגבלות הכוח, הידע והתפקיד

פרק ה: סיכום

## מבוא

בשנים 2007-2008 הציע שר המשפטים דאז, פרופ' דניאל פרידמן, יוזמות חקיקה שונות שנועדו להוביל לשינויים בהרכבו של בית-המשפט העליון, בסמכויותיו ובדרכי התנהלותו.<sup>1</sup> הצעותיו של פרופ' פרידמן – להסמיך את הכנסת להחיות חוק שבוטל על-ידי בג"ץ בנימוק שהחוק אינו עומד בפסקת ההגבלה של חוקי-היסוד; לשלול את סמכותו של בג"ץ לפסול חוקים המגבילים את סמכותו שלו; לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים תוך צמצום כוחם של שופטי בית-המשפט העליון בוועדה; וכן לתת מעמד-על לחוקים הנוגעים בהתאזרחות, כך שבג"ץ לא יוכל לדון בחוקיותם – גרמו לזעזוע עמוק בקרב שופטי בית-המשפט העליון, המכהנים והיוצאים, ועוררו התנגדות עזה בקרב אנשי אקדמיה, פוליטיקאים ואנשי תקשורת.<sup>2</sup> ההתגייסות נגד שר המשפטים והצגתו כ"איש הרע" או כבעיה עלולת להחמיץ את העיקר. בית-המשפט העליון אינו נהנה בשנים האחרונות מאמון הציבור כפי שנהנה בעבר.<sup>3</sup> אי-שביעות-הרצון מתפקודו של בית-המשפט אינה

- 1 ראו באתר משרד המשפטים, מחלקת ייעוץ וחקיקה, [www.justice.gov.il/MOJHeb/YeutzVehakika/TazkireiHok](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/YeutzVehakika/TazkireiHok): תזכיר חוק בתי המשפט (תיקון – דרכי בחירה ומינוי לנשיא ולסגן נשיא וביטול מינוי לכהונה בפועל), התשס"ח-2008 (מיום 23.1.2008); תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – הרכב הוועדה לבחירת שופטים), התשס"ח-2008, ותזכיר חוק בתי המשפט (תיקון – חברי הוועדה לבחירת שופטים), התשס"ח-2008 (מיום 23.1.2008); תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), התשס"ז-2007 (מיום 12.4.2007); תזכיר חוק בתי המשפט (תיקון – מינוי נשיא וסגן נשיא), התשס"ז-2007 (מיום 27.3.2007). כן ראו טיוטת תזכיר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – אזרחות תושבות וכניסה לישראל) [www.mehagrim.googlepages.com/BasicLawCitizenship.pdf](http://www.mehagrim.googlepages.com/BasicLawCitizenship.pdf).
- 2 עם המבקרים נמנים נשיא בית-המשפט העליון לשעבר אהרן ברק (ראו, למשל, ארי שביט "אהרן ברק, אזרח מודאג" מוסף הארץ 11.4.2008), הנשיא לשעבר מאיר שמגר (ראו, למשל, יובל יועז "שמגר נגד יוזמת השר פרידמן לצמצום סמכויות בג"ץ" הארץ 2.3.2007), הנשיא ביניש (רותי אברהם "ביניש: פרידמן פוגע בעצמאות" NEWS1 12.7.2007 [www.news1.co.il/Archive/001-D-135760-00.html?tag=10-58-38](http://www.news1.co.il/Archive/001-D-135760-00.html?tag=10-58-38)), המשנה לנשיא בית-המשפט העליון בדימוס מישאל חשין (יובל יועז "חשין: פרידמן מתנהג כמו פיל אפריקאי משתולל" הארץ 17.11.2007), היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז (תומר זרחין "מזוז: הצעת פרידמן להגביל את בג"ץ מיותרת ומזיקה" הארץ 29.6.2008), פרופ' מרדכי קרמיניצר, שיצא בתמיכה פומבית בבית-המשפט העליון כמשקל-נגד להצעותיו של פרידמן (מרדכי קרמיניצר "מה שטוב לאמריקה" מוסף הארץ 28.12.2007), ועו"ד דן יקר, היועץ המשפטי של האגודה לזכויות האזרח (יובל יועז "המטרה של פרידמן: להגביל תחומי ההתערבות של בג"ץ" הארץ 27.8.2007). עיתון הארץ פרסם מאמר מערכת חריף במיוחד נגד שר המשפטים ("זו לא ביקורת – זו הסתה" הארץ 24.2.2008). ראו גם את הדברים שכתב המוציא-לאור של עיתון הארץ עמוס שוקן (עמוס שוקן "שר המשפטים של אהוד ברק" הארץ 6.3.2008).
- 3 הצטברות של נתונים מצביעה על מגמה של היחלשות אמון הציבור בבית-המשפט העליון. על-פי מדד הדמוקרטיה לשנת 2008 שפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה, חלה "ירידה של

תופעה חדשה, ואזהרות מפני הבאות הושמעו על-ידי מבקרים רבים,<sup>4</sup> ביניהם גם שופטי בית-המשפט בדימוס. הנשיא לשעבר מאיר שמגר כותב במאמרו:

"For a democracy to function properly, the rules of the game must be preserved. Even the Knesset must abide by the law. However, both the respect due the Knesset as a coordinate branch of government, and the importance of preserving the apolitical character of the Court, dictate caution in exercising judicial review. The Court should limit review to a minimum of situations; namely, to those in which a decision of the Knesset impairs fundamental values of the democratic regime. Otherwise, the Court might be regarded as becoming politicized, and as an indirect result, there could arise pressures on our apolitical system of selecting judges. Indeed, there is even the theoretical danger that the Knesset will amend the Basic Law: Judicature to restrict the Court's power of judicial review, a threat which has been voiced on more than one occasion in public debate, but which public opinion so far rejects. These dangers are accentuated and underscored when the Court reviews legislation. In all other areas, the Knesset may overrule the Court through the ordinary process of legislation. But when legislation itself is reviewed by the Court, the Knesset may try and seek other avenues of control, such as control over the selection of judges."<sup>5</sup>

12% במידת האמון שהציבור רוחש לבית המשפט העליון - 49% נותנים בו אמון השנה לעומת 61% אשתקד [ב־2007] ([www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/BOOK\\_7098/](http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/BOOK_7098/)) "מאמר דעה: משבר האמון בבית המשפט" (11.6.2008). ([www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/Breaking\\_the\\_News\\_36.aspx](http://www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/Breaking_the_News_36.aspx)). לגישה זו שותפים גם פרופ' אריה רטנר מהמרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה באוניברסיטת חיפה, ופרופ' איל בנבנשתי מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, שמחקריהם מראים על מגמת ירידה לאורך השנים ברמת האמון במערכת החוק והמשפט. אריה רטנר "רק 33% בוטחים במערכת המשפט" הארץ 3.7.2007; איל בנבנשתי "בלי חרב, בלי ארנק, ובלי חברים" הארץ 9.5.2008.

4 ראו, למשל, שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים: המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" מאזני משפט ה' 23, 52 (2006) (להלן: שטרית); זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית - לאחר חמישים שנה" משפט וממשל ה' 235, 286 (1999) (להלן: סגל); אוולין גורדון "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו" תכלת ה' 3, 44, 72 (1998) (להלן: גורדון).

5 Meir Shamgar, *Judicial Review of Knesset Decisions by the High Court of Justice*, 28 (Shamgar) (להלן: Shamgar) Isr. L. REV. 43, 52-53 (1994)

דברי ביקורת דומים משמיע השופט בדימוס יצחק זמיר:

"האקטיביזם השיפוטי הוא, כיום, עובדת חיים. אולם שאלה היא עדיין אם עובדה זו הינה חיובית. לא כולם השלימו עם האקטיביזם השיפוטי. גם בין שופטי בית המשפט העליון יש שופטים המסתייגים מן המגמה החדשה של מעורבות בתחומים חדשים, בעיקר בקו-התפר שבין משפט ופוליטיקה, ובהתאם לכך, מבקשים הם לשוב ולצמצם את הפרצה שנוצרה בכללים בדבר השפיטות ובדבר זכות-העמידה. עוד יותר מכך, מחוץ לכותלי בית-המשפט העליון, נשמעים דברי ביקורת על המגמה החדשה לא רק מצד פוליטיקאים שבית-המשפט מצר את צעדיהם, אלא אפילו בקרב חברים מכובדים בקהילה האקדמית. המבקרים מכנים את האקטיביזם 'משפטיזציה'... משתמע ממנו, כי בית-המשפט מתערב יתר על המידה בנושאים שהיה ראוי להם כי יוכרעו מחוץ לכותלי בית-המשפט. המסקנה המתבקשת מביקורת זאת היא, שאם אין בית-המשפט מרסן את עצמו, אולי יש מקום לרסן אותו מבחוץ."<sup>6</sup>

גם מבלי לנקוט עמדה לגבי הצעותיו של שר המשפטים, ניתן לדעתי להסכים לכך שיש מקום לבחינה עניינית של תפקוד בית-המשפט בעבר ולחשיבה מחודשת באשר לאופן שבו על בית-המשפט להתנהל בעתיד.

מאמר זה מתמקד בתחומי המשפט הציבורי, כלומר, בתפקידו החוקתי של בית-המשפט העליון כמבקר חקיקת הכנסת ובתפקידו המנהלי של בית-המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, כמבקר החלטות הממשלה והחלטותיהם של גופים המשתייכים לרשות המבצעת. המאמר עוסק בסוגיה אחת שעלתה בהצעותיו של שר המשפטים, והיא הגבלת (צמצום) השפיטות בבית-המשפט העליון בחקיקה.<sup>7</sup> היוזמה נועדה להתמודד עם המגמה של הרחבת השפיטות בפסיקותיו של בית-המשפט העליון, שהחלה באמצע שנות השמונים, ולשנותה. סוגיית השפיטות אינה מוסדרת כיום בחוק, אלא בהלכות שיפוטיות שפותחו במשך השנים על-ידי בית-המשפט העליון. החל בפרשת רסלר,<sup>8</sup> הבחין בית-המשפט העליון בין שפיטות נורמטיביות לבין שפיטות מוסדיות. שפיטות נורמטיביות משמעותה שבכל מקרה קיימת אמת-מידה משפטית המאפשרת לבית-המשפט לדון בעתירה שהוגשה אליו, ואילו שפיטות מוסדיות מתייחסת לשאלת התאמתה של העתירה לדיון בבית-משפט, הגם שמתקיימת אמת-מידה משפטית המאפשרת לבית-המשפט לדון בעתירה אם יחליט לעשות כן.<sup>9</sup> בתי-המשפט קיבלו הבחנה זו, ועל-כן, מבחינה מעשית, לשאלת השפיטות הנורמטיביות אין כיום משמעות בבתי-המשפט בישראל, והשאלה שבית-המשפט מתמודד עימה – אותה שאלה

6 יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז 647, 655 (1993).

7 ראו, למשל, יובל יועז "המטרה של פרידמן: להגביל תחומי ההתערבות של בג"ץ" הארץ 27.8.2007.

8 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988) (להלן: פרשת רסלר).

9 ראו להלן פרק ב.

שבה עוסק מאמר זה – היא שאלת השפיטות המוסדית, כלומר, אם ראוי שבית-המשפט ידון בעתירה או יימנע מלדון בה.

במובנה המקורי נועדה השפיטות המוסדית להיות מבחן-סף פרוצדורלי המיושם כחלק מהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי אשר מיועד לסנן עתירות שאינן מתאימות לדיון בבית-המשפט ולמנוע דיון בהן לגופן. ההנחה שעמדה בבסיס יוזמתו של שר המשפטים הייתה שבית-המשפט לא השכיל להפעיל את שיקול-דעתו בצורה ראויה, לא נמנע מלדון בעתירות שהיו צריכות להיות בלתי-שפיטות, ולפיכך לא נותרה למחוקק בררה אלא להתערב ולקבוע את גבולות השפיטות בחקיקה. נראה כי המסר שהיוזמה נועדה להעביר לבית-המשפט הוא שהגברת השימוש באי-השפיטות המוסדית תמנע את הצורך בהגבלת השפיטות בחקיקה.

מאמר זה יטען שבית-המשפט אכן יישם בעבר את דוקטרינת השפיטות המוסדית – וממשיך ליישמה בהווה – באופן שאינו מתיישב עם מובנה המקורי, משמע, שבפועל בית-המשפט אינו דוחה עתירות על הסף מנימוקים של אי-שפיטות.<sup>10</sup> קריאה בפסיקתו של בית-המשפט העליון מגלה שבית-המשפט נרתע מלהשתמש בשפיטות המוסדית כעילת-סף, ולמרות הרטוריקה השיפוטית הממשיכה להשתמש בביטויים של אי-שפיטות, בפועל בית-המשפט נכנס לגופן של עתירות, ונימוקי אי-השפיטות משמשים אותו כחלק ממכלול השיקולים לדחייתן.

אני סבור שמגמה זו נכונה, וניתן להצדיקה במסגרת הפעלתה של דוקטרינת ריסון שיפוטי. מאמר זה מתנגד לצמצום השפיטות, הן באמצעות חקיקה הן באמצעות הפעלת שיקול-דעת על-ידי בית-המשפט. שתי דרכים אלה מובילות לאותה תוצאה – צמצום הביקורת השיפוטית בנושאים שהוגדרו כ"בלתי-שפיטים". אנסה לטעון במאמר כי אי-אפשר להצדיק פרקטיקה זו, וכי ראוי לאמץ במקומה תפיסה של ריסון שיפוטי על-ידי בית-המשפט – תפיסה אשר מתבטאת, בין היתר, בהתחשבות בנימוקים של אי-שפיטות מוסדית.

**בפרק א** אצביע על הקשר בין סמכות ושפיטות, ואבהיר מדוע יש להתייחס אל היוזמה להגביל את השפיטות בחקיקה ואל הגבלה "עצמית" של השפיטות על-ידי בית-המשפט כאל שתי דרכים המובילות לאותה תוצאה.

**בפרק ב** אבסס את הטענה כי דוקטרינת השפיטות כפי שפותחה ויושמה על-ידי בית-המשפט העליון, במיוחד החל בשנות השמונים של המאה העשרים, איבדה למעשה את זהותה ואת תפקידה המקוריים כמבחן-סף לדיון בעתירות בבית-המשפט העליון, וזקוקה כיום לבחינה מחודשת ולהגדרה עדכנית. פרק זה מדגים כי בית-המשפט אינו מיישם את דוקטרינת השפיטות כמבחן-סף, אלא עורך בפועל בחינה עניינית של העתירה ומשתמש בנימוקים העומדים בבסיסה של דוקטרינת השפיטות כחלק מהבחינה העניינית של העתירה ומקבלת ההחלטה אם לדחותה.

**בפרק ג**, כחלק מההערכה המחודשת של דוקטרינת השפיטות, אדון בטענות המועלות על-ידי התומכים בצמצום גבולותיה של הביקורת השיפוטית בתחומים מסוימים, בין

10 ראו להלן פרק ב.

באמצעות הטלת הגבלות מכוח חקיקה על היקף סמכותו של בית-המשפט ובין באמצעות הגבלות עצמיות שבית-המשפט יחיל על עצמו על-ידי מבחן-סף פרוצדורלי של חוסר שפיטות. ניתוח טיעונים אלה יוביל למסקנה שהם אינם מצדיקים שלילת סמכות ביקורת מבית-המשפט או הגבלה של השפיטות כמבחן-סף פרוצדורלי,<sup>11</sup> אך יש בהם כדי לתמוך בהפעלת ריסון שיפוטי בשלב המהותי של בחינת העתירה לגופה. בפרק זה אטען כי זניחת השפיטות כמבחן-סף והפיכתה דה-פקטו לחלק מבחינה מהותית של תוכן העתירות היא מהלך נכון, המתאים לשיטת משפט דמוקרטית מודרנית המעמידה במרכזה את זכויות האדם. מהלך כזה מחייב הערכה מחודשת של דוקטרינת השפיטות והחלפתה בדוקטרינה אחרת, שניתן לכנותה "דוקטרינת הריסון השיפוטי".<sup>12</sup> דוקטרינה זו חולקת רציונל דומה עם דוקטרינת השפיטות, אך היא רחבה יותר ובאה לידי ביטוי בצורה מגוונת יותר בעשייה השיפוטית, היות שהיא אינה מסתכמת בדחיית העתירה, כפי שמנחה דוקטרינת השפיטות. בחלקו האחרון של המאמר אציג כמה עקרונות מרכזיים העומדים בבסיסה של דוקטרינת הריסון השיפוטי, ואטען שיישום דוקטרינה זו על-ידי בית-המשפט העליון עשוי לתרום לשיקום מעמדו הציבורי של בית-המשפט, לענות למבקרי מהזירה הפוליטית ומהאקדמיה, ולסייע בהשבת האמון בו.<sup>13</sup> מאמר זה מנסה להגדיר בצורה ברורה יותר מהי תפיסה של ריסון שיפוטי ומהם הצידוקים לנקיטתה. בחינה זו, אשר טרם נעשתה בהרחבה בפסיקה

11 יצוין כי מטרת המאמר אינה להציע הצדקה מקיפה לקיומה, לחשיבותה ולאילויותיה המיוחדות של ביקורת שיפוטית. מטרתו מצומצמת יותר: לבחון טיעונים מרכזיים התומכים בשלילתה של ביקורת שיפוטית בתחומים מסוימים "בלתי-שפיטים", ולערער את בסיסם. בחינה זו מחזקת אומנם את מעמדה של הביקורת השיפוטית, אך אינה יכולה למצות את סוגיית הצדקתה של ביקורת שיפוטית.

12 מבחינה רטורית הביטויים "ריסון שיפוטי", "ריסון עצמי", "איפוק שיפוטי" ודומיהם אינם נעדרים מפסיקת בית-המשפט העליון, ומופיעים גם בכתביה האקדמית, אולם אין דיון מקיף במשמעותם. דוגמות לשימוש בביטויים אלה בפסיקה ראו להלן בה"ש 79. לטענה כי בית-המשפט העליון נקט בעבר ריסון שיפוטי אך זנח גישה זו בעשרים השנים האחרונות ראו משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5, 6 (1989) (להלן: לנדוי). לטענה כי בית-המשפט העליון מפגין ריסון שיפוטי גם בחלק מפסיקותיו מן השנים האחרונות ראו, למשל, מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 165, 191 (תש"ס) (להלן: קרמניצר); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 192, 196, 207, 209, 213 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה); גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345 (2007) (להלן: דוידוב). להתייחסות לנושא הריסון השיפוטי ראו גם אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 498-500 (התשנ"ג) (להלן נוהל השקפת עולם בדבר משפט).

13 בית-משפט אינו יכול למלא את תפקידו ללא אמון הציבור. עמד על כך הנשיא לשעבר ברק במאמרו: Aharon Barak, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, 33 *Isr. L. Rev.* 1, 9 (1999) (להלן: Barak).

ובכתיבה האקדמית בישראל, הינה הכרחית בטרם יהיה אפשר לקבוע אם בית-המשפט אכן נוהג בריסון שיפוטי.<sup>14</sup>

## פרק א: בין סמכות לשפיטות

סמכות ושפיטות מוסדית אינן מושגים זהים.<sup>15</sup> שאלת הסמכות מתעוררת לראשונה עם הגשת עתירה לבית-המשפט העליון, כאשר בית-המשפט נזקק לשאלה אם יש לו סמכות על-פי דין לדון בעניין. כאשר התשובה שלילית, בית-המשפט אינו רשאי לדון בעתירה, וממילא אין לו צורך להכריע בשאלת שפיטותה. כאשר בית-המשפט מוצא כי העניין מצוי בסמכותו, מתעוררת שאלת השפיטות, ובמסגרתה בית-המשפט שואל את עצמו אם ראוי שהסוגיה המועלית בעתירה תתברר בבית-המשפט.

תפקידו של מבחן השפיטות, בתפיסתו המקורית, הוא לשמש תנאי-סף לבירור העתירה. מבחן זה משתייך לקבוצה של דוקטרינות נוספות בעלות תפקיד דומה שפותחו על-ידי בית-המשפט העליון בפסיקותיו, כגון דוקטרינת העמידה, דוקטרינת נקיון-הכפיים, השאלה האקדמית ועוד. מבחנים אלה מפעילים את שיקול-דעתו של בית-המשפט, ובעזרתם בית-המשפט יכול להכריע אם ראוי לדעתו לדון בעניין (בהקשרה של דוקטרינת השפיטות) או אם יש לעותר זכות עמידה.<sup>16</sup>

התוצאה של הפעלת מבחן-סף פרוצדורלי, אם בית-המשפט רוצה להיות נאמן למשמעותו של הביטוי "מבחן-סף", צריכה להיות שבית-המשפט אינו מקיים בחינה עניינית של מהות העתירה (אם טענות העותר נכונות, אם הן מגלות עילה), אלא מתמקד בשאלת קיומה של טענת-הסף ללא קשר למהות העתירה. לדוגמה, ביישום דוקטרינת העמידה במובנה

14 יש כותבים המעלים טענה הפוכה שלפיה בתחומים מסוימים בית-המשפט אינו מתערב מספיק בהחלטותיה של הרשות המבצעת. ראו, למשל, סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 245-254 (לעניין שאלות של מדיניות כוללת); Orna Ben-Naftali & Keren R. Michaeli, *Justice–Ability: A Critique of the Alleged Non–Justiciability of Israel's Policy of Targeted Killings*, 1(2) J. INT. CRIM. L. 368 (2003) (לעניין זכויות אדם בשטחים).

15 ראו פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 474-475; בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, 165-164 (1970) (להלן: פרשת חוגים לאומיים); בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת לח(4) 118, 124-123 (1981) (להלן: פרשת פלאטו שרון).

16 ראו ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 805 (1994): "סמכות בית המשפט הגבוה לצדק היא סמכות שבשיקול-דעת, שמכוחה רשאי בית המשפט לדחות עתירה בלי שידון בה, אם אינו סבור שיש ליתן בה סעד למען הצדק (סעיף 15ג) לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78). 'עילות הסירוב' הן: היעדר 'מעמד', חוסר שפיטות, שיהוי, אי-ניקיון כפיים וקיומו של סעד חלופי."



המסורתי היה על בית-המשפט לברר אם לעותר יש אינטרס ונגיעה אישיים בנושא העתירה, ואם לא נמצאו כאלה, היה עליו לדחות את העתירה על הסף ולא לדון בה.<sup>17</sup> ההתמקדות בהפעלת מבחן-הסף הייתה בעותר – בשאלה אם הוא ממלא אחר דרישת-הסף. כך הם הדברים גם כאשר להפעלתה של דוקטרינת השפיטות המוסדית. כאשר בית-המשפט סבור כי רצוי שהוא לא ידון בעתירה אף שהסמכות לדון בה מוקנית לו, לכאורה עליו לדחות את העתירה על הסף ללא בחינה עניינית של מהות העתירה. כלומר, עליו להחליט אם נושא העתירה שפיט או בלתי-שפיט, מבלי להיכנס למהותה של העתירה. לחלופין, כאשר בית-המשפט סבור כי העתירה ראויה לדיון, עליו לקיים בחינה מהותית של העתירה, ובסיומה להחליט אם לדחות את העתירה מנימוקים מהותיים או לקבלה בשל הפרה של עקרונות המשפט הציבורי והמנהלי.

התוצאה של הפעלת דוקטרינת השפיטות על-ידי בית-המשפט כמבחן-סף פרוצדורלי תהיה שבית-המשפט יימנע מלדון בנושאים מסוימים בשל היותם בלתי-שפיטים בעיניו, וזאת ללא בחינה עניינית של טענות העותרים. למעשה, מדובר בהצרת תחומי הביקורת השיפוטית של בית-המשפט ובהשארתם של נושאים שנקבעו כבלתי-שפיטים מחוץ לטווח הביקורת השיפוטית. מבחינה עניינית התוצאה היא ויתור מרצון על סמכות הביקורת השיפוטית באותם נושאים, שכן בית-המשפט נמנע מהפעלת סמכות הביקורת שלו על-סמך מבחן-סף פרוצדורלי, ללא בחינה עניינית של העתירה. זו גם תוצאתה של חקיקה המגבילה שפיטות. באמצעות חקיקה זו המחוקק קובע עניינים שבהם לא ידון בית-המשפט. במקרה כזה אין לבית-המשפט שיקול-דעת אם לדון בעתירה, מאחר שנושאים מסוימים הוצאו מסמכות הביקורת השיפוטית שלו.<sup>18</sup>

מן האמור לעיל עולה כי למרות ההבדלים בין שתי הדרכים להגבלת השפיטות (בחקיקה או באמצעות הפעלת שיקול-דעת שיפוטי), התוצאה בשני המקרים דומה – צמצום גבולות הביקורת השיפוטית המהותית – ומכאן גם ההצדקה לניתוח משותף של השיקולים המועלים בעד שפיטות מוגבלת. מאמר זה טוען כי אין זה ראוי להגביל את השפיטות, כלומר את סמכות הביקורת השיפוטית, ועל-כן אינו מנסה להכריע איזו מבין שתי הדרכים עדיפה – כפיית המחוקק או בחירת בית-המשפט.<sup>19</sup>

17 על העותר היה להראות "ענין אישי, מיוחד, מוחשי וישיר – להבדיל מענין ציבורי כללי – בתוצאות הדיון". בג"ץ 26/76 אנוש בר שלום נ' מאיר זורע, מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לא(1) 796, 806 (1977).

18 למעשה, קביעה כזו על-ידי המחוקק עוסקת בסמכותו של בית-המשפט, ולא בשפיטותם של אותם נושאים, אם כי בנסיבות אלה ההבחנה בין השניים מיטשטשת: בהעדר סמכות לדון בנושא מסוים, שאלת שפיטותו אינה אמורה להתעורר בבית-המשפט, וההתייחסות אליו כאל נושא "בלתי-שפיט" היא התייחסות מלאכותית ומיותרת, היות שעל-פי גישה זו העדר שפיטות והעדר סמכות נהפכים להיינו הך.

19 לאמיתו של דבר, גם צמצום השפיטות בחקיקה מצריך את שיתוף-הפעולה של בית-המשפט על-מנת שיהיה יעיל וישיג את מטרתו, היות שבית-המשפט הוא הפרשן המוסמך של חקיקת הכנסת, ועל-כן יעילותה של חקיקה כזו תלויה גם באופן שבו היא תפורש על-ידי בית-המשפט. ראו גם: Jonathan R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, 86 Tex. L. Rev. 73, 126.

## פרק ב: התפתחותה של דוקטרינת השפיטות וזניחתה כתנאי־סף לבירור עתירות

עם הקמתו החל בג"ץ לפתח דוקטרינות משפטיות שנועדו לסייע לו בהפעלת שיקול־הדעת אם לדון בעתירות שהוגשו לו. בג"ץ יצר למעשה תנאי־סף מינימליים שעל העותר למלא, ביניהם דוקטרינות כגון זכות העמידה, שפיטות, נקיון־כפיים, שיהוי, סעד חלופי, שאלה אקדמית ועוד.<sup>20</sup>

הביטוי "שפיטות" ניתן לפרשנויות שונות. על הקושי שבהגדרת המונח "שפיטות" עמד השופט זילברג בפרשת אופנהימר, באומרו: "תמה אני אם ימצא אי־פעם חכם בעולם, שיוכל להגדיר בדיוק את משמעותו של ביטוי זה."<sup>21</sup>

בפסיקה המוקדמת של בג"ץ ניתן למצוא התייחסויות לשאלת השפיטות, אולם ללא דיון נרחב ומעמיק בסוגיה זו.<sup>22</sup> בחינה כזו מצויה בפרשת רסלר, שם קבע השופט ברק (כתוארו אז) את ההלכה שהשתרשה מאז בעניין דוקטרינת השפיטות, כאשר יצר הבחנה בין שפיטות נורמטיבית לבין שפיטות מוסדית. באשר לשפיטות נורמטיבית קבע ברק כי –

"כל פעולה ניתנת 'להיכלא', במסגרת המשפט... בנורמה משפטית, ואין פעולה שאין לגביה נורמה משפטית 'הכולאת אותה'. אין 'חלל משפט', שבו פעולות מתבצעות בלי שהמשפט נוקט כלפיהן כל עמדה. המשפט משתרע על כל הפעולות."<sup>23</sup>

למרות דברים אלה הבהיר השופט ברק בהכרעתו כי גם אם הכל שפיט נורמטיבית, אין משמעות הדבר שראוי כי בית־המשפט ידון בכל מקרה שמובא לפניו, והמבחן לכך הוא מה שכינה "דוקטרינת השפיטות המוסדית":

"השפיטות המוסדית עוסקת... בשאלה אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על־פי המשפט ובבית־המשפט, התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי

- 
- 20 (2007). לגישה השוללת את צמצום הנושאים השפטיים בחקיקה ראו, למשל, אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – עילות הסף 100–101 (2008) (להלן: שרגא ושחר).
- 21 ראו יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח 499, 500, ה"ש 3 (2006) (להלן: שגב).
- 22 בג"ץ 295/65 אופנהימר ואח' נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309, 328 (1966).
- 23 ראו, למשל, בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801 (1951) (להלן: פרשת ז'בוטינסקי); בג"ץ 186/65 ריינר נ' שר המשפטים, פ"ד יט(2) 485, 487 (1965) (להלן: פרשת ריינר); בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238 (1970) (להלן: פרשת בקר); בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון, פ"ד ל(3) 309 (1976) (להלן: פרשת אשכנזי).
- 23 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 477.

להכריע בסכסוך – שהוא שפיט נורמטיבית – על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט.<sup>24</sup>

העמדה שלפיה "הכל שפיט נורמטיבית", אשר גורסת כי בכל מצב קיימת אמת-מידה משפטית לבחינת העתירה לפני בית-המשפט, לא ייצגה בהכרח את עמדתו של בית-המשפט העליון עד לפרשה זו,<sup>25</sup> והיו לה מתנגדים גם לאחריה.<sup>26</sup> עם זאת, נהפכה הגישה להלכה מקובלת במשפט הישראלי. אף שניתן להציג גישות שונות ביחס אליה,<sup>27</sup> יתמקד המאמר בשפיטות המוסדית, אשר נהפכה לדוקטרינת השפיטות הרלוונטית לעניין דחייתן של עתירות.<sup>28</sup> המבחנים המשמשים לקביעת העדר שפיטות מוסדית הם עמומים, ומותרים שיקול-דעת רחב בידי בית-המשפט, ללא קווים מנחים ברורים להפעלתו. המבחן הוותיק ביותר – מבחן "חוש המומחיות של השופט" – אומץ על-ידי הנשיא זמורה, בפרשת ז'בוטינסקי,<sup>29</sup> מפסק-דין אמריקאי שניתן על-ידי השופט פרנקפורטר,<sup>30</sup> אשר קבע כי "פנייה אל הרשות

24 שם, בעמ' 488.

25 בפרשת ז'בוטינסקי, לעיל ה"ש 22, סבר הנשיא זמורה כי החלטתו של נשיא המדינה בעניין הטלת התפקיד של הרכבת הממשלה על חבר-כנסת זה או אחר אינה עניין הניתן להכרעה שיפוטית. בפרשת ריינר, לעיל ה"ש 22, סבר השופט זוסמן ששאלת קיומם של יחסים דיפלומטיים עם גרמניה היא עניין פוליטי שאי-אפשר לבדוק אותו על-פי קנה-מידה משפטי, וכך גם עניין אישורו או פסילתו של שגריר מדינה זרה. השופט זילברג בפרשת חוגים לאומיים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 158–159, סבר שיש פעולות שאי-אפשר לכלוא אותן במסגרת משפטית.

26 המשנה לנשיא (דאז) אלון, בבג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 773–765 (1991), ביקר בחריפות את גישתו של ברק כפי שזו באה לידי ביטוי בפרשת רסלר, לעיל ה"ש 8. בבג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הרה"בית וארץ ישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(1) 37, 43 (1993), קבע המשנה לנשיא (דאז) אלון, בעתירה שעניינה שיחות בין ישראל לבין סוריה, כי "הנושא של אופן ניהול מדיניות חוץ על-ידי הגורמים המוסמכים לכך הוא בלתי שפיט, אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה מידה משפטי, ובית-משפט זה לא יתערב בכגון אלה". ראו גם מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253, 302 (1995); רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 69, 85 (תש"ס) (להלן: גביון).

27 על-פי בית-המשפט העליון האמריקאי, בתחומים בהם הביע המחוקק את רצונו להעניק שקול דעת רחב לרשות המנהלית, מתקיים ריק משפטי שתוצאתו אי-שפיטות נורמטיבית, ובית-המשפט נמנע מלדון בהחלטות בתחומים אלה. ראו קולין ס' דייבר "המשפט המינהלי הישראלי מנקודת מבט אמריקנית" משפט וממשל ד 27, 41 (1997) (להלן: דייבר).

28 לדיון בדוקטרינת השפיטות המוסדית ובהתפתחותה ראו דפנה ברק-ארו "גיוס בחורי הישיבות: בין דילמת השפיטות לדילמת האזרחות" מחקרי משפט כב 227 (2006).

29 פרשת ז'בוטינסקי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 811.

30 Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath, 341 U.S. 123, 151 (1951) (להלן: פרשת Joint Anti-Fascist Refugee Committee).

השיפוטית של בתי-הדין הפדרליים אפשרית רק בנסיבות אשר לפי חוש המומחיות של המשפטן מהוות 'ענין או סכסוך'<sup>31</sup>. מבחן "אמון הציבור בבית-המשפט" עושה אף הוא שימוש בחוש המומחיות של השופט. בית-המשפט יקבע כי עניין הוא בלתי-שפיט -

"במקרים מיוחדים, בהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט... רשימתם של מקרים אלה אינה סגורה... [ו] היא נקבעת, בסופו של דבר, על פי נסיון החיים השיפוטי, וחוש המומחיות של השופט."<sup>32</sup>

מבחן שלישי, אשר הוצע על-ידי הנשיא שמגר, הוא מבחן "הדומיננטיות של נושא העתירה". כאשר אופיו הדומיננטי הוא פוליטי, מדיני או בלתי-משפטי, על בית-המשפט להימנע מלדון בו בשל חוסר שפיטות מוסדית.<sup>33</sup> מבחנים אלה יושמו על-ידי בית-המשפט העליון בפסקי-דין שונים, והובילו לכאורה ליצירת קטגוריות מסוימות של אזורי "אי-שפיטות", שבהם בית-המשפט לא יתערב. ההסתייגות שאציג במאמר מבוססת על הטענה כי אין הלכות אלה יכולות לייצג הפעלה של דוקטרינת אי-שפיטות, במובנה כמבחן-סף פרוצדורלי לדחיית עתירות שאינן ראויות לדיון בבית-המשפט. בפועל ההלכות האמורות משקפות מרכיבים בדוקטרינה של ריסון שיפוטי בהפעלת ביקורת שיפוטית מהותית. ניתן לזהות תחומים מסוימים שבהם התייחס בית-המשפט במפורש לתחולתה של דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית, בעיקר לגבי נושאים מדיניים והחלטות הכנסת. ככלל

31 הציטוט וההסבר ניתנים גם בהכרעתו של ממלא-מקום הנשיא י' כהן בפרשת פלאטו שרון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 125-126.

32 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 497-498. ראו גם אהרן ברק "גבולות המשפט והשיפוט" קרית המשפט ב 5, 12 (2002): "הטעם ביסוד אי-השפיטות המוסדית הוא על-כן, הרצון להגן על האמון בשפיטה." (להלן ברק).

33 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 519-520. שמגר חזר על עמדתו זו בבג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210, 218-219 (1993) (להלן: פרשת ברגיל), שם דחה עתירה שעניינה יישוב אזרחים בהתנחלויות בשטחים בשל אי-שפיטות, היות שאופייה הדומיננטי היה מדיני. ליישום מובהק של גישה זו ראו, למשל, את הכרעתה של השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 3125/98 עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נה(1) 913, 917-918 (1999) (להלן: פרשת עיאד), שם נידונה עתירה לביטול תכנית המתאר של מעלה-אדומים: "אופיו הדומיננטי של הסכסוך... איננו משפטי כי אם מדיני... אין בית משפט זה אמור להידרש לסוגיה זו בעצומם של המגעים המדיניים ולהתערב בעקיפין בשרטוט המפות. זוהי מלאכתה המובהקת של הממשלה לזרועותיה." ראו גם סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 252: "פסיקת בג"ץ מצביעה על מגמה עקיבה שלא לדון בנושאים שלהם אופי מדיני... מובהק." להדגמה ולדיון ראו שם, בעמ' 252-254.

נוהר בג"ץ מלדון בנושאים שאופיים הדומיננטי הוא מדיני. על כך כותב השופט ריבלין בפרשת התנועה למען איכות השלטון:

"בית המשפט אינו נוהג להתערב ב'עניינים מדיניים מובהקים'... בית המשפט אינו חלק מן המינהל הציבורי ואין הוא נוהג לנהל את ענייני הממשלה... במיוחד כך הוא הדבר, כאשר מדובר בסמכות הממשלה לנהל את מדיניות החוץ והביטחון של המדינה."<sup>34</sup>

באשר לשפיטותן של החלטות הכנסת, הבחין בית המשפט בין החלטות פנים-פרלמנטריות לבין החלטות מעין-שיפוטיות.<sup>35</sup> העמדה שאימץ בית המשפט העליון לגבי החלטות פנים-פרלמנטריות של הכנסת וועדותיה גורסת כי על-פי-רוב החלטות אלה אינן שפיטות מוסדית, ועל-כן בית המשפט יפגין ריסון שיפוטי ולא יתערב בהן, למעט אם יש בהן כדי לפגוע במרקם החיים הפרלמנטריים או בערכים מהותיים של המשטר בישראל.<sup>36</sup> כאשר הכנסת מקבלת החלטות מעין-שיפוטיות המשפיעות על זכויותיו המשפטיות של אדם, כגון החלטה להשעות חבר-כנסת<sup>37</sup> או להסיר את חסינותו,<sup>38</sup> יסכים בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית, ולא יחיל על ההחלטה את דוקטרינת העדר השפיטות המוסדית. זאת, היות שהכנסת פעלה למעשה כגוף שיפוטי, וכל החלטה בעלת מאפיינים שיפוטיים ראוי שתעמוד לביקורת משפטית.<sup>39</sup>

34 השופט ריבלין בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817, 842 (2003) (להלן: פרשת התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה). ראו גם את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199, 206 (2000) (להלן: פרשת תנועת נאמני הר הבית).

35 שפיטותה המוסדית של חקיקת הכנסת ככל שהדבר נוגע בביטולם של חוקים נקבעה בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי). במקרה זה קבע בית המשפט (שם, בעמ' 354) כי "חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית בלא שיהלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בלא שיהיה לתכלית ראויה, ובלא שיהיה במידה הדרושה, הוא חוק לא חוקתי ועל כן ניתן להצהיר על בטלותו". בפועל, מאז ועד היום פסל בג"ץ הוראת חוק במספר מצומצם של מקרים. ראו עומר שפירא תורת המשפט - פרקי מבוא 229 (2007) (להלן: שפירא).

36 ראו בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982) (להלן: פרשת שריד); בג"ץ 9156/06 פולק נ' חברי הכנסת ה-17, תק-על 2006(4) 1539, 1542, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (2006) (להלן: פרשת פולק); Shamgar, לעיל ה"ש 5, בעמ' 47-49.

37 ראו, למשל, פרשת פלאטו שרון, לעיל ה"ש 15.

38 ראו בג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987); בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995).

39 Shamgar, לעיל ה"ש 5, בעמ' 47-45; Suzie Navot, *Judicial Review of the Legislative Process*, 39 *ISR. L. REV.* 182, 185-186 (2006). לאחרונה ביטל בג"ץ החלטה של ועדת הכנסת לא להסיר את חסינותו של חבר-כנסת. ראו בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות

אבל האם בחינת השפיטות המוסדית, גם באותם מקרים שבהם בית-המשפט קובע כי הדוקטרינה חלה, נעשית כמבחן-סף או כחלק מבחינה מהותית של העתירה? בהקשר זה מקובל להתייחס לשינוי שחל בפסיקת בית-המשפט לגבי סוגיית השפיטות: מגמת צמצום עד לשנות השמונים של המאה העשרים ומגמת הרחבה של הנושאים השפיטים – אשר פרשת רסלר<sup>40</sup> מסמנת את ראשיתה – החל באמצע שנות השמונים.<sup>41</sup> אין חולק על כך שכתוצאה מהגמשת זכות העמידה, עניינים רבים אשר בעבר לא חצו את מפתן בית-המשפט החלו להגיע לדיון שיפוטי ודוקטרינת השפיטות הוחלה עליהם.<sup>42</sup> עם זאת, נראה כי גם בעבר היו מקרים מעטים בלבד שבהם השפיטות המוסדית שימשה מבחן-סף פרוצדורלי אותנטי והביאה לידי דחיית עתירה על הסף. כך, למשל, בפרשת ז'בוטינסקי<sup>43</sup> הנשיא זמורה משלב בהחלטתו אמירות המתאימות להפעלת אי-שפיטות נורמטיבית.<sup>44</sup> פרשת ריינר<sup>45</sup> מהווה דוגמה לפסילה על הסף מנימוקים של העדר שפיטות ללא כניסה לגופה של העתירה, אך נראה כי מדובר ביישום של נימוקי אי-שפיטות נורמטיבית, ולא מוסדית.<sup>46</sup> בפרשת בקר<sup>47</sup> השופט ויתקון מאזכר בפסק-דינו שיקולים של שפיטות מוסדית,<sup>48</sup> אך עיקר החלטתו מושתתת על היסוד של העדר זכות עמידה לעותר. השופט כהן, לעומתו, אינו מסתפק בבחינת פרוצדורלית של העתירה, ודוחה אותה גם לגופו של עניין בשל היותה מבוססת על טענות כלליות וסתמיות.<sup>49</sup> דוגמה להפעלת השפיטות המוסדית כמבחן-סף פרוצדורלי (במקרה זה לצד זכות העמידה) ניתן למצוא בפרשת אשכנזי.<sup>50</sup> השופט שמגר אינו בוחן את

השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865, 901 (2005): "הנה-כיי-כן, שעה שהכנסת או ועדה מוועדותיה מקבלות החלטה כעין-שיפוטית, מופעלת לגביהן ביקורת שיפוטית רחבה. אין תחולה לעקרון אי-השפיטות (המוסדית)."

40 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8.  
 41 ראו, למשל, דפנה ברק-ארוז "מהפכת השפיטות: הערת מצב" הפרקליט נ 3, 5-6 (תשס"ט) (להלן: ברק-ארוז); שרגא ושחר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 98.  
 42 על הקשר בין זכות העמידה לבין דוקטרינת השפיטות ראו את דבריו של השופט שמגר בפרשת אשכנזי, לעיל ה"ש 22, פס' 5 לפסק-הדין; ברק-ארוז, לעיל ה"ש 41, בעמ' 4.  
 43 פרשת ז'בוטינסקי, לעיל ה"ש 22.  
 44 שם, בעמ' 815: "מסקנתנו היא, כי אין לפנינו ענין הניתן להכרעה ולהחלטה שיפוטית" (ההדגשה הוספה); שם, בעמ' 816: "השאלה שהובאה לפנינו נוגעת לסמכויותיו האקסקוטיביות והפוליטיות של הנשיא ואינה בתחום הרשות השופטת".  
 45 פרשת ריינר, לעיל ה"ש 22.  
 46 השופט זוסמן קובע (שם, בעמ' 487) כי "הענין לא היה ענין משפטי אלא ענין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על פי קנה מידה משפטי".  
 47 פרשת בקר, לעיל ה"ש 22.  
 48 שם, בעמ' 246-247.  
 49 שם, בעמ' 248.  
 50 פרשת אשכנזי, לעיל ה"ש 22.

טענותיו של העותר לגופן, אלא מסתפק בקביעה שאין הן שפיטות.<sup>51</sup> כך נוהג גם השופט ויתקון.<sup>52</sup> אולם זו אינה דוגמה מייצגת בהכרח. כך, למשל, במסגרת עתירתו של חבר הכנסת כהנא נגד יושב ראש הכנסת,<sup>53</sup> בשל החלטתה של נשיאות הכנסת למנוע ממנו את האפשרות להגיש הצעות חוק בנימוק שהן גזעניות, טענה הכנסת, בין היתר, שעל בית המשפט להימנע מלהתערב בעניין היות שהוא אינו שפיט (מוסדית). בית המשפט התייחס ברצינות לטענה, הבהיר שרק במקרים נדירים הוא יתערב בהחלטות פנימיות של הכנסת, וקבע שזהו אחד מאותם מקרים שבהם יש "פגיעה יסודית בחיים הפרלמנטריים או ביסודות המבנה של המשטר החוקתי", המצדיקה התערבות שיפוטית.<sup>54</sup> האם דוקטרינת השפיטות יושמה כמבחן סף פרוצדורלי במקרה זה? התשובה שלילית. בית המשפט בחן את הצעות החוק, סקר את טענות הצדדים, דן בפירוט בשאלת סמכותה של נשיאות הכנסת לא להביא את הצעות החוק לדיון, ולבסוף, בשולי פסק הדין, דן בשאלת השפיטות המוסדית והכריע כי הדוקטרינה אינה חלה במקרה שלפניו.<sup>55</sup>

גם בפרשת רסלר משנת 1981,<sup>56</sup> שבה נדחתה עתירה בעניין גיוס תלמידי ישיבות מטעמים של העדר זכות עמידה והעדר שפיטות, לא קבע בית המשפט בפשטות כי העניין אינו שפיט, ונימוקיו מגלים את מידת כניסתו של בית המשפט לעובי הקורה ואת התייחסותו למורכבותה של הסוגיה. ממלא מקום הנשיא י' כהן מנה שורה של נימוקים לדחיית העתירה בשל אי-שפיטותה,<sup>57</sup> ואחד מהם מעניין במיוחד:

"ההסדר של דחיית שירותם של תלמידי ישיבות קיים מאז הקמת המדינה, והמשיב לא חידש בו כל דבר בעל משמעות; [העותרים] לא גילו עילה להתערבות בית המשפט בשימוש בשיקול הדעת שניתן למשיב על-ידי המחוקק."<sup>58</sup>

האם זוהי הפעלה של מבחן סף? נראה כי בפועל קבע בית המשפט קביעות מהותיות והפעיל מבחן מהותי של העדר עילה, ולא מבחן פרוצדורלי של העדר שפיטות. ניתן להקשות ולתהות מתי הפעלה של דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית תהיה "באמת"

51 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט שמגר.

52 ראו שם, בעמ' 321-322. השופט מני מצטרף לדחיית העתירה "מתוך היות נושאה בלתי שפיט" (שם, בעמ' 323).

53 בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985).

54 שם, בעמ' 95.

55 ראו גם בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25, 84 (2002).

56 בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81 (1981).

57 שם, בעמ' 88-89. בין הנימוקים: "השאלה... היא ביסודה בעיה ציבורית, שיש להשאיר את פתרונה בידי הגורמים הפוליטיים, שמתפקידם להכריע בעניין זה"; "בולטת בעתירה המגמה לגרור בית משפט זה לוויכוח ציבורי-פוליטי בנושא רגיש ומסער, שבו קיימים חילוקי דעות חריפים בציבור".

58 שם.

בגדר הפעלה של מבחן-סף פרוצדורלי, שהרי תמיד יהיה צורך בבירור כלשהו של עובדות ונסובות. הנשיא זמורה התייחס לסוגיה בפרשת ז'בוטינסקי,<sup>59</sup> והביא בהקשר זה את דבריו הבאים של השופט האמריקאי פרנקפורטר:

"בעניין המערור שאלות קונסטיטוציוניות עדינות, מוטלת עלינו חובה יתרה, לחקור בראש וראשונה 'חקירת מפתן' אם בכלל מתפקידנו הוא להחליט בענין. בקיצור, האם נמצא בפנינו מתדיין אשר הגיש תביעה בצורה ובתנאים 'מתאימים להכרעה שיפוטית'?"<sup>60</sup>

אכן, יש מקום לחקירה מקדמית, אך מהו אופייה? אופייה אמור להיות, כאמור, פרוצדורלי ומצומצם, קרי, אם המתדיין "הגיש תביעה בצורה ובתנאים מתאימים להכרעה שיפוטית". אולם זהו מבחן שקשה לעמוד במדויק על משמעותו ועל גבולותיו. לדעתי, גם אילו היה אפשר לצמצם את הבירור הראשוני לצורך ההכרעה בשאלת השפיטות, פסיקותיו של בית-המשפט מגלות שבית-המשפט אינו מוכן ליישם את מבחני השפיטות המוסדית כמבחני-סף פרוצדורליים, ולמעשה הוא מקיים בפועל בחינה מהותית של העתירה ומכריע בשאלת השפיטות כחלק מאותה בחינה. בית-המשפט נרתע בעבר מהפעלת השפיטות כמבחן-סף, וכך הוא נוהג גם כיום.<sup>61</sup> אמחיש זאת. לאחרונה, בפרשת אומין,<sup>62</sup> התייחסה השופטת פרוקצ'יה לדוקטרינת השפיטות, והבחינה בין שתי גישות בפסיקתו של בית-המשפט:

"על פי גישה אחת, עניינים בעלי אופי מדיני גוררים אי שפיטות מוסדית, המוציאה, מלכתחילה, ענין מדיני מתחום התערבות הרשות השיפוטית. על פי גישה אחרת, המקובלת בפסיקתו של בית משפט זה, אין בית המשפט משולל סמכות להתערב גם בענין בעל אופי מדיני, אלא שסמכות זו מופעלת בריסון מירבי ובנסיבות חריגות ביותר."<sup>63</sup>

לכאורה, הבחנה זו מייצגת את ההבדל שבין הגישה המסורתית להפעלת דוקטרינת

59 פרשת ז'בוטינסקי, לעיל ה"ש 22.

60 שם, בעמ' 812. הדברים לקוחים מפרשת *Joint Anti-Fascist Refugee Committee*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 150.

61 ייתכן שבית-המשפט נוהג כך גם ביחס למבחני-סף אחרים שאינם עוד "מבחני-סף" אותנטיים. השוו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 180-181 (ריכוך בהחלט מבחני-הסף של שיהוי וחוסר נקיון-כפיים, תוך התייחסות לנסיבות המקרה, לפגיעה באינטרס הציבורי ובשלטון החוק וכיוצא בהן).

62 בג"ץ 6728/06 עמותת "אומין" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(4) 2797 (2006) (להלן: פרשת אומין).

63 שם, בעמ' 2818, פס' 14 (ההדגשה הוספה). השופטת פרוקצ'יה מפנה (שם) לפרשת תנועת נאמני הר הבית, לעיל ה"ש 34, ולפרשת ברגיל, לעיל ה"ש 33.



איי-השפיטות - קרי, גישה התופסת את השפיטות כמבחן-סף פרוצדורלי - לבין גישה אחרת, מודרנית, להפעלת דוקטרינת אי-השפיטות, קרי, גישה המיישמת את דוקטרינת אי-השפיטות כחלק מבחינה מהותית של העתירה ומתוך ריסון שיפוטי. אולם נראה כי הבחנה זו אינה מוצדקת. סקירת פסקי-הדין שהוצגו לעיל ובחינת פסקי-הדין המשמשים את השופטת פרוקצ'יה לתמיכה בהבחנה המוצעת<sup>64</sup> מראות כי למעשה, על-פי-רוב, בית-המשפט אינו מפעיל את דוקטרינת השפיטות כמבחן-סף.

טלו, לדוגמה, את פרשת ברגיל,<sup>65</sup> אשר השופטת פרוקצ'יה רואה אותה כמייצגת את הגישה השיפוטית הדוגלת באי-שפיטות מוסדית - גישה "המוציאה, מלכתחילה, ענין מדיני מתחום התערבות הרשות השיפוטית". האם פרשה זו אכן מייצגת את הגישה האמורה? לכאורה, מדובר בהפעלה של דוקטרינת השפיטות כמבחן-סף.<sup>66</sup> הנשיא שמגר הסביר בהחלטתו שהעתירה נגד יישוב אזרחים בהתנחלויות באזור יהודה ושומרון עוסקת בשאלה של מדיניות כללית, שאופייה הדומיננטי הוא מדיני, ועל-כן יש לדחותה מנימוקים של אי-שפיטות מוסדית. עם זאת, הדגיש הנשיא שמגר את כוללניותה של העתירה ואת המרכיב הלא-משפטי הדומיננטי שבה. שמגר הדגיש כי אילו הייתה העתירה קונקרטי<sup>67</sup> ואילו היה לה מרכיב משפטי נכבד יותר,<sup>68</sup> לא היה בית-המשפט מהסס להתערב. כך הסביר השופט גולדברג, באותה עתירה, את הסיבה לדחייתה של העתירה:

"...[הסיבה אינה] משום שנעדרים אנו כלים משפטיים לפסוק את הדין, אלא מן הטעם כי יש שהכרעה שיפוטית, שאינה נוגעת לזכויות הפרט, חייבת להידחות מפני תהליך מדיני, רב חשיבות ורב משמעות."<sup>69</sup>

במילים אחרות, השופט גולדברג אינו מחיל מבחן פורמלי-פרוצדורלי שלפיו עניין מדיני אינו שפיט, אלא מאמץ מבחן מהותי שלפיו כאשר אין פגיעה בזכויות הפרט, לא יתערב בית-המשפט בעניין שהוא מדיני במהותו. ראו גם את דבריו הבאים של השופט אור באותו עניין:

"אין המדובר בעתירה קונקרטי המתייחסת להתנחלות מסוימת, על כל הפרטים והתנאים העובדתיים המיוחדים המתייחסים להתנחלות כזו, או לפגיעה בזכויות קנייניות כלשהן של מי מתושבי האזורים הנ"ל."<sup>70</sup>

64 כאמור, פרשת תנועת נאמני הר הבית, לעיל ה"ש 34, ופרשת ברגיל, לעיל ה"ש 33.

65 פרשת ברגיל, לעיל ה"ש 33.

66 ראו גם יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד - מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 5, 66 (תש"ס) (להלן: דותן).

67 פרשת ברגיל, לעיל ה"ש 33, בעמ' 216-217.

68 שם, בעמ' 218.

69 שם, בעמ' 220 (ההדגשה הוספה).

70 שם (ההדגשה הוספה).

כל המבחנים הללו מתייחסים למהות העתירה: אם העתירה קונקרטית (נוגעת בסכסוך ספציפי), אם היא נוגעת בזכויות הפרט, ואם היא פוגעת בזכויות הקניין. אי־אפשר לראות במבחנים אלה ביטוי לגישה שלפיה "עניינים בעלי אופי מדיני גוררים אי שפיטות מוסדית, המוציאה, מלכתחילה, ענין מדיני מתחום התערבות הרשות השיפוטית" או שלפיה "בית המשפט משולל סמכות להתערב... בענין בעל אופי מדיני".<sup>71</sup>

גם בפסק־הדין האחר שהשופטת פרוקצ'יה מפנה אליו – פרשת תנועת נאמני הר הבית<sup>72</sup> – ניתן להיווכח הן בהעדר הבדל מהותי בין הגישות השונות לעניין השפיטות (ככל שהן קיימות) הן ב"גלישת" בית־המשפט לתחום המהותי במהלך הדיון בטענת־הספק הפרוצדורלית של העדר שפיטות. חלקה הראשון של הכרעתו של השופט זמיר מחזק את התחושה שמדובר לכאורה בהפעלה של מבחן־ספק. השופט זמיר קובע כי בית־המשפט אינו הגוף המתאים לעסוק בשאלת אכיפתם של חוקי התכנון והבנייה בהר הבית, לנוכח ההשלכות המדיניות, הפוליטיות והבטחוניות של החלטה כזו, ועל־כן יש לדחות את העתירה.<sup>73</sup> אולם הוא אינו מסתפק בקביעה זו, ומוסיף כמה אמירות שנוגסות בה: ראשית, הוא אינו שולל מקרים חריגים שבהם יתערב בית־המשפט בהחלטות הנוגעות בהר הבית.<sup>74</sup> שנית, הוא יוצר הבחנה בין "מדיניות בעניינים מינהליים (למשל, מדיניות של שר מסוים לגבי מתן רישיונות מכוח חוק מסוים) [ה]מצויה בתוך תחום הביקורת השיפוטית" לבין "מדיניות בעניינים מדיניים (כגון, מדיניות בעניין הקשור ליחסים עם גורם מדיני מחוץ לישראל) [ה]מצויה בדרך־כלל מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית", אך מודה כי "לא תמיד ההבחנה קלה. לא פעם מתעורר מקרה גבול. במקרים כאלה, בליט בררה, בית־המשפט מחליט אם להתערב בעניין הנדון על־פי נסיבות המקרה וחוש המומחיות של השופט".<sup>75</sup> שלישית, הוא סוקר בפרוטרוט את דרך קבלת ההחלטות של הרשויות המוסמכות בנושא העתירה, ומסכם כי –

"אחר שהגורמים המוסמכים, לרבות ראש־הממשלה, דנו במצב לגוף העניין ושקלו

71 פרשת אומן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 2818, פס' 14. ראו גם פרשת עיאד, לעיל ה"ש 33, שם מיישמת השופטת שטרסברג־כהן את מבחן הדומיננטיות ודוחה על הספק את העתירה מנימוקים של אי־שפיטות מוסדית (שם, בעמ' 917–918). לעומת זאת, חבריה להרכב נוהגים אחרת, ואי־אפשר לראות בהחלטתם הפעלה של מבחן־ספק טכני. השופט מצא מצוין אומנם כי יש ממש בטענת המשיבים לאי־שפיטות מוסדית של העתירה, אך בוחר לדחותה לגופה, בצירוף נימוק להחלטה (שם, בעמ' 915–916). השופט חשין דוחה את העתירה בשל היותה עתירה ציבורית מובהקת, אך טורח לציין נימוקים מהותיים לגוף העתירה (שם, בעמ' 918–919).

72 פרשת תנועת נאמני הר הבית, לעיל ה"ש 34.

73 שם, בעמ' 203.

74 שם, בעמ' 206: "אין מניעה מוחלטת, לא להלכה ולא למעשה, להתערבות של בית־המשפט במקרה של פעילות בלתי חוקית על הר הבית. אך התערבות כזאת תהיה בבחינת חריג המלמד על הכלל. צריך טעם חזק כדי שבית־המשפט יחרוג מן הכלל, ויסיג את גבולה של הרשות המבצעת בתחום זה."

75 שם, בעמ' 206.

אותו, כשאין בפניהם שיקולים זרים או מטרה פסולה, אין מקום, לאור ההלכה הנוהגת בעניין זה, שבית-המשפט יתערב ויצווה עליהם לנקוט עוד צעד זה או אחר.<sup>76</sup>

האם זו דוגמה להפעלת דוקטרינת השפיטות כתנאי-סף פרוצדורלי? נראה כי יש לענות על שאלה זו בשלילה. השופט זמיר עורך בחינה מהותית של העתירה, משתכנע שלא התקיימו נסיבות הריגות המצדיקות התערבות שיפוטית, ואז דוחה את העתירה מפאת "חוסר שפיטות". זו אינה הפעלה של דוקטרינת שפיטות מוסדית המהווה מבחן-סף פרוצדורלי. יהיה נכון יותר לראות בהחלטת בית-המשפט הפעלה של דוקטרינת ריסון שיפוטי במסגרת בחינה מהותית של העתירה.<sup>77</sup>

בית-המשפט נמנע אם כן מלהפעיל דוקטרינה של אי-שפיטות מוסדית, במובן זה שהוא אינו דוחה עתירות על הסף, ללא בחינה עניינית וכחלק ממבחן פרוצדורלי. למעשה, טענת השפיטות חדלה מלשמש טענת-סף (ככל ששימשה כזו), היות שבית-המשפט חש שהעדר התייחסות עניינית למהותה של העתירה תהווה מעילה בתפקידו, ועל-כן דחייה על הסף מנימוקים של העדר שפיטות היא חזיון נדיר. עם זאת, במסגרת הדיון בעתירה וכחלק מהנימוקים לקבלת העתירה או לדחייתה משיקולים מהותיים, בית-המשפט שוקל שיקולים שהוא מכנה אותם שיקולי "שפיטות מוסדית". למעשה, השיקולים הללו מהווים חלק מהבחינה העניינית של העתירה, ויש להם השפעה על מידת נכונותו של בית-המשפט להתערב בהפעלת שיקול-הדעת של הרשות וברוחבו של מתחם שיקול-הדעת המוענק לרשות. במילים אחרות, אין זה נכון, מבחינה מושגית, להתייחס לתהליך זה כאל הפעלה של דוקטרינת שפיטות. אם נתייחס אל דוקטרינת השפיטות במשמעותה המסורתית, היה עליה לסיים את תפקידה ברגע שבו החליט בית-המשפט לעבור לשלב הבחינה המהותית של העתירה. השימוש במינוח של "שפיטות" בשלב המהותי של בחינת העתירה אינו נכון מבחינה מושגית ומטעה. למעשה, מדובר בהפעלת דוקטרינה של ריסון שיפוטי, אשר באה לידי ביטוי בכך שבית-המשפט משלב את שיקולי השפיטות בקביעת מתחם שיקול-הדעת הלגיטימי של הרשות המחוקקת או המנהלית, כלומר, בקביעת טווח ההכרעה של הרשות שבו יימנע בית-המשפט מלהתערב למרות הפעלת הביקורת השיפוטית.<sup>78</sup>

76 שם, בעמ' 208.

77 וכך גם בהחלטות שיפוטיות קודמות שניתנו ביחס להר הבית. למשל, בבג"ץ 9474/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש עיריית ירושלים, תק-על 97(4) 36 (1997), דחה השופט גולדברג עתירה להורות ליועץ המשפטי לממשלה לפתוח בהליכים פליליים נגד הווקף, היות שהסוגיה לא התאימה לגישתו להכרעה שיפוטית, אך הקפיד לציין כי "במקרה זה שקל היועץ המשפטי לממשלה את מהות העבודות, היקפן המוגבל, והעובדה שנועדו לשמש את המתפללים בהר הבית, וכן את אי הפגיעה באופיו של מבנה הסביל הקדום, ואת חוות דעתה של רשות העתיקות לפיה לא נגרם נזק ממשי לעתיקות, ועל פי נתונים אלה קבע את שקבע."

78 ראו, למשל, את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 7844/07 פנחס כהן נ' ממשלת ישראל, תק-על 2008(2) 332, 337, פס' 21 (2008) (להלן: פרשת פנחס כהן); את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 6029/99 פולארד נ' ראש הממשלה ושר הבטחון, פ"ד (נד) 241,

ריסון שיפוטי אינו מתמצה בשימוש בשיקולים של אי-שפיטות מוסדית. זוהי דוקטרינה העומדת בפני עצמה, ואי-השפיטות מהווה את אחד ממרכיביה. השימוש בביטוי "ריסון (או איפוק) שיפוטי" אינו חדש. בית-המשפט העליון השתמש ומשתמש בו בפסקותיו,<sup>79</sup> אך מבלי להגדירו ולצקת בו תוכן כמושג, ועל-כן יש מקום לבחון את משמעותו. על דוקטרינת הריסון השיפוטי יורחב בהמשך. בפרק הבא יידונו השיקולים המצויים בבסיסה של דוקטרינת השפיטות, שאותם היא חולקת כאמור עם דוקטרינת הריסון השיפוטי. שיקולים אלה, כך נראה, אינם יכולים להצדיק דוקטרינת שפיטות המופעלת כמבחן-סף פרוצדורלי, אך יש בהם כדי לתמוך בריסון שיפוטי בשלב בירור העתירה.

### פרק ג: מדוקטרינת שפיטות לדוקטרינת ריסון שיפוטי – הצדקת המעבר מפרוצדורה למהות

פרק זה בוחן את השיקולים המרכזיים הנשמעים בזכות תפיסת שפיטות מוגבלת. הביטוי המעשי של תפיסה כזו, בין שהגבלה מקורה בחקיקה ובין שהיא תוצר של הגבלות עצמיות שבית-המשפט מחיל על עצמו, היא צמצום גבולותיה של הביקורת השיפוטית והותרתם של נושאים מסוימים ועתירות מסוימות ללא ביקורת שיפוטית מהותית. השאלה היא אם הנימוקים המועלים על-ידי התומכים בהגבלת השפיטות מצדיקים תוצאה זו. מסקנת הניתוח היא שהטיעונים המוצגים כשלעצמם אינם יכולים להצדיק שלילת סמכות ביקורת-מבית-המשפט מלכתחילה או הגבלה של השפיטות כמבחן-סף פרוצדורלי ללא בחינה לגופו של

248 (2000); ואת דבריה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 659/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון, תק-על (1)2007 910, 912 (2007), ובבג"ץ 10048/07 התקווה, מפלגת ציונית לאומית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על (1)2008 761, 759 (2008).  
79 ראו, למשל, בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40, 48 (1956); פרשת שריד, לעיל ה"ש 36, בעמ' 203-204; בג"ץ 7351/95 נבואני נ' השר לעניני דתות, פ"ד נ(4) 89, 105-106 (1996); בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 140 (2002); בג"ץ 6840/01 פלצמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד ט(3) 121, 132 (2005); בג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, תק-על (3)2005 2722, 2728 (2005); פרשת התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, לעיל ה"ש 34, בעמ' 835; בג"ץ 8179/05 טקסי "המרכז" בע"מ נ' מוניות הוד בע"מ – קן 82, תק-על (3)2006 2860, 2869 (2006); בג"ץ 306/05 סיעת המפד"ל בכנסת נ' ממשלת ישראל – ראש ממשלת ישראל, תק-על (3)2005 2141, 2146 (2005); פרשת אומיק, לעיל ה"ש 62, בעמ' 2818; פרשת פולק, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1542; בג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר, תק-על (2)2007 101, 106 (2007); פרשת פנחס כהן, לעיל ה"ש 78, בעמ' 337, פס' 22; בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על (1)2008 2954, 2960 (2008) (להלן: פרשת פלונית א).

מקרה נתון.<sup>80</sup> עם זאת, הדיון חושף אינטרסים ציבוריים בעלי חשיבות שיש צורך לתת להם ביטוי בעבודת בית-המשפט. הטיעונים בזכות הגבלת השפיטות מעניקים משקל לדרישה לריסון שיפוטי בהפעלת ביקורת שיפוטית מהותית בשלב בירור העתירה לגופה, ויכולים להצדיק פרקטיקה שיפוטית כזו. בחינת הטיעונים מציעה קווים מנחים להבנתה של תפיסה שיפוטית הדוגלת בריסון שיפוטי, אשר תידון בהרחבה בפרק הבא.

### 1. הטיעון הדמוקרטי – העדר הייצוגיות והשלכותיו

הטיעון הדמוקרטי, כאשר הוא מושמע מפי התומכים בהגבלת השפיטות, מציג את העמדה הבאה:<sup>81</sup> העם בחר את הכנסת בבחירות חופשיות ודמוקרטיות. בחירה זו העניקה לכנסת ייפוי-כוח לפעולה. פעולות הכנסת נהנות לפיכך מלגיטימיות מיוחדת שנובעת ממרכיב הבחירה וממרכיב הייצוגיות. חקיקת הכנסת משקפת את עמדת הרוב בציבור. בית-המשפט, לעומת זאת, אינו גוף אשר נבחר על-ידי העם או מייצג את האוכלוסייה באותו אופן. עיקרון זה בא לידי ביטוי גם ברעיון הפרדת הרשויות, שלפיו לכל רשות יש את תפקידה: תפקידה של הכנסת כרשות המחוקקת הוא לחוקק חוקים, ואילו תפקידו של בית-המשפט, הממונה לתפקידו על-ידי הרשויות האחרות, הוא ליישם חוקים אלה.<sup>82</sup> אותו טיעון, בשינויים

80 כאמור, הטענה אינה שאי-אפשר מבחינה משפטית לעשות זאת, אלא שלא ראוי לעשות זאת בהתבסס על הנימוקים הנדונים להלן. כמו-כן, חלק זה אינו מתיימר להציג תזה הטוענת כי בשום מקרה לא ראוי להגביל ביקורת שיפוטית, אלא שהטיעונים הנדונים במאמר זה אינם מצדיקים הגבלה כזו.

81 כפי שנראה בהמשך, ניתן להציג את הטיעון הדמוקרטי בצורה מורכבת יותר, המכילה גם את מרכיב "האיזונים והבלמים" בין הרשויות ואת מרכיב ההגנה על זכויות המיעוט. הצגת הטיעון הדמוקרטי באופן הנעשה כאן נועדה להציג באור המשכנע ביותר את עמדתם של התומכים בהגבלת השפיטות.

82 עקרון הפרדת הרשויות מזוהה עם מונטסקיה, שכתב: "Political liberty is to be found only in moderate governments; and even in these it is not always found. It is there only when there is no abuse of power. But constant experience shows us that every man invested with power is apt to abuse it, and to carry his authority as far as it will go... To prevent this abuse, it is necessary from the very nature of things that power should be a check to power... When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner. Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then the legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression. There would be an end of everything, were the same man or the same body, whether of the nobles or of the people, to exercise those

המתחייבים, ניתן להעלות גם במערכת היחסים שבין הרשות המבצעת לבין בית המשפט. הרשות המבצעת מונתה על ידי הכנסת. הכנסת הפקידה בידי הרשות המבצעת סמכויות ביצועיות שונות באמצעות חקיקה. על בית המשפט לכבד סמכויות אלה, ולא לרוקן אותן מתוכן.

כאמור, דרישה להגבלת השפיטות בחקיקה או על ידי בית המשפט עצמו, באמצעות החלת מבחן-סף פרוצדורלי של שפיטות מוסדית, משולה לדרישה לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית המהותית של בית המשפט על הרשויות הפוליטיות. לפי הטיעון הדמוקרטי, בית המשפט אינו רשאי לבקר את חוקי הכנסת מכיוון שהוא אינו גוף נבחר וייצוגי, ומכאן שהתערבותו בעניינים אלה עלולה לסכל את רצון הרוב. על-פי גישה זו, התערבות המסכלת את רצון הרוב היא בלתי-דמוקרטית.<sup>83</sup> הטענה נגד ביקורת שיפוטית על החלטותיה של הרשות המבצעת מוגבלת יותר, היות שהרשות המבצעת שואבת את סמכויותיה מכות חוקים מסמיכים של הכנסת, ועל-כן ראוי שבית המשפט יבקר את החלטותיה של הרשות המבצעת על-מנת לוודא שהיא לא חרגה מהסמכויות שהוקנו לה על ידי המחוקק הדמוקרטי.<sup>84</sup>

טענת העדר הלגיטימיות הדמוקרטית מאבדת ממשקלה אם בית המשפט הוסמך באופן מפורש, באמצעות חוקה או חקיקה, לבקר את חוקיה של הרשות המחוקקת. כך, למשל, בקנדה סמכות הביקורת השיפוטית עולה בבירור מנוסחו של צ'רטר זכויות האדם.<sup>85</sup> באנגליה חוק זכויות האדם קובע כי לבתי המשפט האנגליים יש סמכות לבקר חוקים של הפרלמנט ולהכריז כי הם אינם תואמים את האמנת האירופית לזכויות אדם.<sup>86</sup> בארצות-הברית נקבע לפני יותר ממאתיים שנה, כעניין של הלכה שיפוטית, שלבית המשפט העליון האמריקאי יש סמכות לפסול חוקים הנוגדים את החוקה האמריקאית. הלכה זו, למרות שורשיה הבעייתיים,<sup>87</sup> התקבלה ברבות השנים, ופועלים לפיה גם כיום.<sup>88</sup> בכל המקרים האלה טענת העדר הלגיטימיות, כחלק מהטיעון הדמוקרטי, מאבדת ממשקלה, היות שלסמכות הביקורת

three powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals." CHARLES DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU, THE SPIRIT OF LAWS 161, 163 (Thomas Nugent trans., J.V. Prichard rev., 1914)

83 ראו, למשל: JESSE H. CHOPER, JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS 9-10 (1980): "[T]he procedure of judicial review is in conflict with the fundamental principle of democracy — majority rule under conditions of political freedom"

84 על סמכות הביקורת השיפוטית כלפי הרשות המבצעת ראו, למשל, יצחק זמיר הסמכות המנהלית 71-75 (1996).

85 ראו: Lorraine Eisenstat Weinrib, *Canada's Constitutional Revolution: From Legislative to Constitutional State*, 33 ISR. L. REV. 13, 45 (1999); Constitution Act, 1982 (Part I — Canadian Charter of Rights and Freedoms), § 24(1) (להלן: Weinrib)

86 Human Rights Act, 1998, § 4 (Eng.)

87 ראו דייבר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 46. על המשמעויות השונות והסותרות שאפשר לתת לפסק-דין חשוב זה ראו: RICHARD H. FALLON, JR., *Marbury and the Constitutional Mind: A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension*, 91 CALIF. L. REV. 1 (2003)

88 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

החוקתית יש בסיס מוצק מכוח חוקה, חוק או הלכה שיפוטית שהתגבשה לכלל מסורת שיפוטית מקובלת וארוכת-שנים.<sup>89</sup> בישראל סמכות הביקורת החוקתית של בית-המשפט העליון צעירה בשנים ואינה נקייה ממחלוקת. בהעדר חוקה פורמלית בישראל, חוקי-היסוד ממלאים חלל זה "בדרך לחוקה". חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>90</sup> וחוקי-יסוד: חופש העיסוק<sup>91</sup> אינם מסמיכים מפורשות את בית-המשפט העליון להכריז על בטלותם של חוקים, והועלו השגות שונות על דרך חקיקתם ברוב זעום בכנסת ובהעדר הסכמה ציבורית רחבה.<sup>92</sup> ההצהרה על קיומה של סמכות הביקורת החוקתית עוגנה בהלכה שיפוטית של בית-המשפט העליון לפני מעט יותר מעשור.<sup>93</sup> פרק-זמן קצר כזה אינו יכול לבסס את הלגיטימיות של סמכות זו באותה עוצמה שבה מתקבלת כיום סמכות הביקורת החוקתית של בית-המשפט העליון האמריקאי. בוודאי כך בהשוואה למקביליו האנגלי והקנדי של בית-המשפט העליון, הנהנים מהסמכה מפורשת על-פי חוק.

אולם גם ניתוח זה אינו מוביל למסקנה כי הטיעון הדמוקרטי שולל את הלגיטימיות של הביקורת החוקתית של בית-המשפט העליון. כזכור, הטיעון הוא שחוקי הכנסת משקפים את עמדת הרוב, ועל-כן יהא זה בלתי-דמוקרטי מצד בית-המשפט – אשר לא נבחר על-ידי הרוב ואינו משקף בהכרח את עמדתו – לפסול את חקיקת הכנסת. טיעון זה בעייתי מכמה סיבות:

ראשית, הטיעון הדמוקרטי נסמך על כך שהחלטותיו של המחוקק מייצגות את עמדת הרוב בצייבור. עובדתית אין זה בהכרח המצב. חוקים אינם משקפים תמיד את עמדת הרוב מסיבות שונות,<sup>94</sup> בין היתר היות שהם תוצר של פשרה פוליטית. על-פי הרציונל הדמוקרטי, חסינותם של חוקים כאלה מפני ביקורת שיפוטית אמורה להיות פחותה מזו של חוקים

89 ראו, למשל: L.W. Sumner, *Politicians, Judges, and the Charter*, 21 CAN. J. L. & JURIS. 227, 232 (2008): "In deciding to adopt the Charter, therefore, Parliament effectively agreed to bind its own future freedom. This fact opens up another avenue for defending judicial review as democratic, since it is itself the outcome of an impeccably democratic procedure" (להלן: Sumner).

90 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

91 חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

92 ראו יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323, 339 (1992); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697, 700 (1996); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)?" מאזני משפט ה 125, 169 (2006); רות גביוון "מההפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה שמגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997); יוסף אדרעי "מהפכה חוקתית: האמנם?" משפט וממשל ג 453 (1996); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 918.

93 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35.

94 ראו, למשל: Larry Alexander, *Constitutionalism and Democracy: Understanding the Relation* 3 (Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 07-121, October 2007), available at [ssrn.com/abstract=1019631](http://ssrn.com/abstract=1019631).

המשקפים קונסנזוס חברתי. נוסף על כך, התבוננות ריאליסטית על השקנים בזירה הפוליטית מלמדת כי יש להם אינטרסים משלהם, אשר לעיתים אינם זהים לאינטרסים של הציבור שבחר בהם. על-כן הביקורת השיפוטית חשובה ולגיטימית על-מנת למנוע חקיקה המבוססת על ניגוד אינטרסים כזה,<sup>95</sup> או במילים אחרות – הביקורת החוקתית משרתת את האינטרס הציבורי.<sup>96</sup>

שנית, גם אם חקיקת הכנסת משקפת את עמדת הרוב בציבור, זיהוי עמדת הרוב עם הטיעון הדמוקרטי מהווה ביטוי לתפיסה פורמליסטית של הרעיון הדמוקרטי, שאין לה מקום בעידן המודרני. תפיסה מהותית של משטר דמוקרטי דוחה את התזה שלפיה רצון הרוב יגבר תמיד, ושואפת להגן על זכויות המיעוט מפני החלטות הרוב.<sup>97</sup> על-פי גישה זו, הכנסת אינה "כל-יכולה", ומוטלות עליה הגבלות מסוימות, שמקורן בעיקר בחוקי-היסוד,

95 ראו Weinrib, לעיל ה"ש 85, בעמ' 23. נוסף על כך, נסיון של המפלגות הפוליטיות לרצות את קהל הבוחרים ו"למצוא חן בעיניו" בטווח הקצר עלול לפגוע באינטרס הציבורי בטווח הארוך. ראו: Dieter Grimm, *Constitutional Adjudication and Democracy*, 33 *Isr. L. Rev.* 193, 214 (1999).

96 ראו, למשל, את טענתו של יואב דותן כי לעיתים הביקורת השיפוטית נועדה לתת ביטוי דווקא לדעת הרוב המסוכלת על-ידי רשויות המדינה. דותן מתייחס למקרה שבו הממשלה פועלת בניגוד לדעת הרוב: Yoav Dotan, *Judicial Review and Political Accountability: The Case of the High Court of Justice in Israel*, 32 *Isr. L. Rev.* 448, 450 (1998): "... in certain cases of judicial review, the policies of the court, while challenging the policies of the government, are congruent with the preferences of large groups in the population. In this respect, the court represents the preferences of the population as against the actions of the government".

97 ראו דוידוב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 353: "...דומה כי אין צורך להכביר מילים על עצם חשיבותה של ביקורת שיפוטית כמרכיב מרכזי בדמוקרטיה. דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב; היא גם הגנה על המיעוט. הגנה כזו יכולה להתבצע רק אם לגוף ניטרלי ומקצועי (ככל האפשר) ניתן הכוח לבקר – ובמידת הצורך לבטל – את החלטות הרוב." ראו גם Barak, לעיל ה"ש 13, בעמ' 5: "Democracy is not just the role of the majority, formal democracy. Democracy means also the rule of values. Democracy means human rights. When judges use constitutional values in order to protect human rights, they are furthering democracy in its fullest and richest sense". עוד ראו Weinrib, לעיל ה"ש 85, בעמ' 23, והשוו: JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980). לטענה שבית-המשפט מתאים יותר מהמחוקק להגן על זכויות הפרט ולהגדיר את תוכנו באופן קונקרטי בהתאם למציאות דינמית ומשתנה, ראו, למשל, Sumner, לעיל ה"ש 89, בעמ' 235; W.J. WALUCHOW, *A COMMON LAW THEORY OF JUDICIAL REVIEW: THE LIVING TREE* 265 (2007). לטענה שיש זכות מוסרית לביקורת שיפוטית היות שגם המחוקק המוסרי אינו יכול לצפות תמיד מראש נסיבות שבהן יישום מדיניותו הכללית יביא לפגיעה בפרטים, ועל-כן יש מקום לגוף שיפוטני שיצמצם את החשש לפגיעה כזו, ראו: Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 *Va. L. Rev.* 991 (2006).



שנועדו להגן על זכויות הפרט. לפיכך ביקורת חוקתית שנועדה להגן על זכויות הפרט אינה בלתי־דמוקרטית.<sup>98</sup>

שלישית, בית־המשפט אומנם לא נבחר לתפקידו בבחירות ציבוריות, אבל הוא פועל על־פי חוק ובהתאם לסמכויות שהקנתה לו הכנסת, אשר נבחרת על־ידי העם. אומנם, כפי שצוין לעיל, הסמכות לבטל חוקים לא הוקנתה לו במפורש על־ידי הכנסת – עובדה שאכן מכרסמת בלגיטימיות של הפעלת סמכות זו. אולם מצד אחר ניתן לטעון שכל עוד לא הגיב המחוקק על החלטת בית־המשפט שהצהירה על סמכותו החוקתית, ולא שלל אותה באמצעות חוק, הוא מוחזק כמסכים לעמדת בית־המשפט, ועל־כן אין בקביעת ההלכה באשר לסמכותו לפסול חוקים, כמו־גם בהחלטות על פסילת חוקים שבאו לאחריה, משום פעולה בניגוד לעמדת הרוב בדרך בלתי־דמוקרטית. במילים אחרות, בית־המשפט ממלא את התפקיד שהועידה לו הכנסת, ולכנסת שמורה הזכות לשנות את החלטת בית־המשפט באמצעות חוק מחייב על־פי השיטה הדמוקרטית.<sup>99</sup>

לסיכום, הטיעון הדמוקרטי אינו מצדיק את שלילת סמכותו של בית־המשפט העליון לקיים ביקורת חוקתית באמצעות חקיקה שתקבע עניינים מסוימים כבלתי־שפיטים. אין בדברים אלה כדי לטעון שהכנסת נעדרת כוח משפטי לעשות כן, אלא שהנימוק המצדיק פעולה זו אינו יכול להיות הטיעון הדמוקרטי. מסקנה זו יפה גם באשר לסמכות הביקורת השיפוטית על החלטות המנהל. על־פי הטיעון הדמוקרטי, ניתן לכאורה לגרוס כי מכיוון שהממשלה מונתה על־ידי הכנסת והוענקו לה בחוק סמכויות לקבל החלטות ביצועיות,<sup>100</sup> לא יאה זה דמוקרטי אם בית־המשפט יתערב בקבלת החלטות של הממשלה בניגוד לרצונו של המחוקק שמסר סמכות זו לממשלה. אולם גם אם נסכים כי השלכותיו של טיעון זה הן שיהא זה בלתי־דמוקרטי אם בית־המשפט יקבל החלטות במקום הרשות,<sup>101</sup> אין בטיעון זה

98 יש לציין שגם על־פי תפיסה פורמליסטית של משטר דמוקרטי, הרוב אינו נטול הגבלות, ולפיכך לא כל הגבלה שמוטלת על הרוב נתפסת כבלתי־דמוקרטית. כך, למשל, קיימות הגבלות מסוימות באשר לזיהוי של אותו רוב, ומאות אלפי אזרחים שטרם מלאו להם שמונה־עשרה שנה אינם מהווים חלק ממנו. זו הגבלה שמקובלת בכל הדמוקרטיות, ואין מתייחסים אליה כאל בלתי־דמוקרטית. ראו, למשל: Larry Alexander, *What is the Problem of Judicial Review?* 31 AUSTRAL. J. LEGAL PHIL. 1, 11–12 (2006).

99 על סמכותה של הכנסת לשנות בחוק החלטות של בית־המשפט ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 156–157. ביקורת אפשרית על טיעון זה היא שבמציאות הפוליטית המפולגת בישראל תתקשה הכנסת לגייס רוב לחקיקה הנוגדת את עמדתו של בית־המשפט העליון אלא במקרים חריגים ונדירים.

100 שם, בעמ' 157.

101 ראו, למשל: Sandra Fredman, *From Deference to Democracy: The Role of Equality* under the Human Rights Act 1998, 122 L.Q.R. 53, 56 (2006) (להלן: Fredman); פס' 60 לפסק־דינו של שופט בית־הלורדים בעניין: R. (on the application of Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and Alison L. Young, *Ghaidan v. the Regions*, [2001] UKHL 23, [2003] 1 A.C. 295 (להלן: Young). *Godin–Mendoza: Avoiding the Deference Trap*, PUB. L. 23, 25 (2005).

כדי לאסור על בית-המשפט לבקר את אופן קבלת ההחלטות ולוודא שהן התקבלו בסמכות ועל-פי הדין.

מסקנות אלה יפות גם באשר לדרישה, על בסיס הטיעון הדמוקרטי, כי בית-המשפט יצמצם את תחומי הביקורת השיפוטית על הרשויות הפוליטיות באמצעות הפעלה מוגברת של מבחן-סף פרוצדורלי של אי-שפיטות מוסדית. התוצאה המהותית של דרישה זו תהיה העדר ביקורת שיפוטית מהותית, ועל מגבלותיו של הטיעון הדמוקרטי בהקשר זה כבר עמדנו לעיל.

אף שביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת והחלטות הממשלה אינה בלתי-דמוקרטית, לטיעון הדמוקרטי יש השלכות על מערכת היחסים הראויה בין הרשויות השונות, ועליה לקבל ביטוי במסגרת דוקטרינה של ריסון שיפוטי. ניתן לדעת לקבל את הטענה שבמקרים של ביקורת על חוקי הכנסת ובמקרים של עתירות נגד החלטות אחרות של הכנסת שאינן חוק, על בית-המשפט לנקוט גישה מאופקת ומרוסנת, היות שהחלטות הכנסת – כגוף נבחר, ייצוגי, המשקף את רצון הרוב – נהנות מלגיטימציה גבוהה ויש לתת להן משקל מיוחד.<sup>102</sup> התערבות בחקיקת הכנסת ללא נימוקים חריגים וכבדי-משקל תהיה, על-פי גישה זו, בלתי-דמוקרטית.<sup>103</sup> גם התערבות בהחלטות של הכנסת וגופיה שאינן בגדר חוק עשויה להוות פגיעה במעמדה המיוחד של הכנסת כגוף ייצוגי.<sup>104</sup> אבל אין בכוחו של טיעון זה כדי להצדיק פסילה על הסף של עתירה רק בשל מעמדה המיוחד של הכנסת. העובדה שמוטלת על בית-המשפט חובה לכבד גוף נבחר ולהעניק משקל רב לדבריו ולכוונותיו, בשל כוח הייצוג שלו, אינה מפחיתה מחשיבותה של חשיפת החלטותיו של אותו גוף לביקורת עניינית.<sup>105</sup> אין הצדקה לצמצום השפיטות בשל הנימוק הדמוקרטי, אולם יש הצדקה, כאמור, בשל מרכיב הבחירה והייצוג של הכנסת, להתייחס לחוקיה ולהחלטותיה

102 ראו, למשל, בג"ץ 9070/00 לבנת נ' רובינשטיין, פ"ד נה(4) 809, 800 (2001) (להלן: פרשת לבנת).

103 ראו לעניין זה בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים, תק-על 3)2008, 582, 586, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008): "בבחינת חוקתיות של חוק הכנסת, נוהג בית המשפט, מלכתחילה, בריסון שיפוטי רב בבואו להפעיל את ביקורתו השיפוטית. לא על נקלה יכריזו בית המשפט כי חוק שחוקקה הכנסת הינו בלתי חוקתי... עיקרון זה נטוע בתורת הפרדת הרשויות, העומדת ביסוד המשטר הדמוקרטי בישראל."

104 ראו, למשל, פרשת לבנת, לעיל ה"ש 102, פס' 10 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

105 כך למעשה נהג בית-המשפט בפרשת שריד, לעיל ה"ש 36, כאשר קבע כי במקרים חריגים יתערב בית-המשפט בהחלטות פנימיות של הכנסת. יישומו של מבחן שריד משמעו שעל-מנת להחליט אם החלטה פנימית של הכנסת פוגעת באושויות השלטון ובערכיו, בית-המשפט חייב לבחון מה הייתה ההחלטה ומה עלולות להיות תוצאותיה לפני שיחליט אם "לדחות אותה על הסף" בשל העדר שפיטות. אולם בעשותו כן הוא בוחן למעשה את העתירה בחינה מהותית על-מנת לוודא שלא הייתה פגיעה חריפה יתר על המידה בעקרונות המשפט הציבורי והמנהלי, כלומר, החלטת הדחייה נובעת למעשה משיקולים של ריסון שיפוטי. אין זו החלטה הנובעת מהעדר עילה – הייתה הפרה של הדין, אלא שבית-המשפט מחליט שההפרה לא הייתה בוטה דייה להצדיק את התערבותו. לכן מדובר בהפעלת ריסון שיפוטי.

בכבוד ובריסון המתאימים למעמדה. לביטויים המעשיים של יחס של כבוד וריסון כלפי המחוקק אתייחס בהמשך.<sup>106</sup>

באשר להתערבות שיפוטית בהחלטות של הרשות המבצעת, הטיעון הדמוקרטי יכול להצדיק רמת ביקורת גבוהה יותר כלפי החלטותיה מזו הננקטת כלפי חוקי הכנסת, היות שהרשות המבצעת אינה נבחרת על-ידי הציבור ישירות ואינה ייצוגית כמו הכנסת.<sup>107</sup> עם זאת, נדרש עדיין ריסון שיפוטי רב בהפעלת ביקורת על המנהל כל עוד הוא פועל על-פי הכוחות והסמכויות שהוקנו לו על-ידי הכנסת,<sup>108</sup> וזאת על-מנת להימנע מהחלפת שיקול-הדעת של הרשות בשיקול-דעתו של בית-המשפט. גם כאן טענת העדר השפיטות כטענת-סף אינה יכולה לעמוד כשלעצמה, והיא מפנה את מקומה לטענה בדבר הצורך בריסון שיפוטי כחלק מבחינה מהותית של העתירה. אכן, בפרקטיקה השיפוטית אין כמעט מקרים שבהם העדר השפיטות יהווה טענת-סף "טהורה". כפי שראינו בפרק ב לעיל, במציאות הקיימת יבחן בית-המשפט את העתירה לגופה, ולו על-מנת להשתכנע שהיא אינה מגלה נימוק כבד-משקל שמצדיק התערבות שיפוטית.<sup>109</sup> זוהי מגמה שניתן למצוא לה ביטוי גם במערכות משפט אחרות.<sup>110</sup> הטיעון הדמוקרטי תומך בריסון שיפוטי, אך לא בשלילת הביקורת השיפוטית או בהגבלת שפיטותם של נושאים מסוימים מראש. ביטוי הריסון השיפוטי בעתירות מול המנהל יידונו בהמשך.<sup>111</sup>

יש להכיר בכך שריסון שיפוטי אינו יכול לתת מענה מלא לטיעון הדמוקרטי, ויש

106 ראו להלן פרק ד, ובמיוחד תת-פרקים ד1 ו-ד2.

107 ראו, למשל, את דבריו של השופט L.J. Laws בעניין: International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department, [2002] EWCA Civ. 158, [2003] Q.B. 728 sec. 83.

108 ראו, למשל, יואב דותן "החובה לקבוע כללים מנהליים" משפטים כג 437, 448 (תשנ"ד): "...משום שחקיקת משנה נעשית על פי מנדאט מפורש של המחוקק הראשי, מעמדה דומה מאוד לזה של חקיקה ראשית, ולכן, על בית-המשפט להפגין ריסון רב בכל עניין הנוגע לתקנות".

109 ראו, למשל, את הניתוח של פרשת ברגיל, לעיל ה"ש 33, המוצע לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 65 ואילך.

110 באנגליה, למשל, על רקע אימוצו של חוק זכויות האדם (The Human Rights Act 1998) (Eng.), כותב ג'פרי ג'ואל: "[The courts should never] yield their principal function under the Human Rights Act, which is to guard democratic rights against the unnecessary intrusion of the popular will". ראו: Jeffrey Jowell, *Judicial Deference, Servility, Civility*: Lord Steyn, (להלן: Jowell). ראו גם: Lord Steyn, *or Institutional Capacity?* PUB. L. 592, 601 (2003) *Deference: A Tangled Story*, PUB. L. 346, 351 (2005): "...the courts may recognise that in a particular case and in respect of a particular dispute, Parliament or the executive may be better placed to decide certain questions. The courts ought not to take such decisions on a priori grounds without scrutiny of the challenged decision since nobody can know in advance whether it has been infected by manifest illegality" (להלן: Steyn).

111 ראו להלן פרק ד, ובמיוחד תת-פרקים ד1, ד3 ו-ד4.

לפעול בדרכים נוספות לחיזוק הלגיטימיות הדמוקרטית של בית-המשפט – למשל, באמצעות עיגון מפורש של סמכויות הביקורת השיפוטית ואופן הפעלתן בחוקה או בחוקי-היסוד. ראינו שמעמדם של בתי-המשפט המפעילים ביקורת חוקתית בקנדה ובאנגליה יציב יותר ממעמדו של בית-המשפט העליון בישראל, היות שסמכות זו נקבעה בצורה מפורשת בחקיקה מיוחדת, בעקבות דיון ציבורי רב-שנים.<sup>112</sup> בישראל, כאמור, סמכותו החוקתית של בית-המשפט לפסול חוקים לא נקבעה במפורש בחוקי-היסוד, והיא פרי הלכה שיפוטית שנויה במחלוקת וקצרת-שנים.<sup>113</sup> מעבר לכך, במשך השנים השתרשה בציבור התחושה כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק הועברו ב"מחטף" ואינם משקפים את רצונו האמיתי של המחוקק. ניתוח זה מוביל למסקנה כי עיגון מפורש של סמכות הביקורת החוקתית בחוקי-יסוד ברור, המשקף את כוונתם של המחוקק ושל הציבור שהוא מייצג, עשויה לתרום להרחבת הבסיס הדמוקרטי של פעולת בית-המשפט. טענה שלפיה בית-המשפט "נטל לעצמו סמכויות" או "הרג מסמכותו", והוא פועל באופן לא-דמוקרטי, תאבד אז ממשקלה.<sup>114</sup>

## 2. הטיעון הדמוקרטי – בעיית האחריות האזרחית

התומכים בהגבלת השפיטות טוענים שכאשר בית-המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית אינטנסיונית, הציבור מפתח פרספקטיבה שלפיה בית-המשפט הוא אמצעי מרכזי להשפעה פוליטית, כלי שבאמצעותו ניתן להשפיע על רשויות השלטון ולכפות עליהן דרכי פעולה מסוימות. הקושי הוא שפרקטיקה זו באה על-חשבון ההליך הדמוקרטי התקין, שלפיו הציבור נוטל חלק פעיל בשיח הפוליטי<sup>115</sup> ומנסה להשפיע על תהליכים באמצעים דמוקרטיים, כגון

112 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 85 ואילך. עם זאת, גם תהליך זה אינו יכול להבטיח העדר ביקורת על בית-המשפט בהפעילו את סמכויות הביקורת החוקתית. לניסיון בקנדה ראו, למשל, Weinrib, לעיל ה"ש 85, בעמ' 41-47; Sumner, לעיל ה"ש 89, בעמ' 227-228. לביקורת על בית-המשפט העליון בארצות-הברית ראו, למשל: RONALD DWORIN, LIFE'S DOMINION 166 (1993); ROBERT BORK, THE TEMPTING OF AMERICA 116 (1990); MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999); Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006).

113 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 90 ואילך.  
114 דרכים אחרות לחיזוק הלגיטימיות הדמוקרטית של בית-המשפט עשויות לכלול שינוי באופן מינוים של שופטים, שינוי בהרכבו של בית-המשפט כך שישקף בצורה טובה יותר את קבוצות האוכלוסייה השונות המרכיבות את החברה הישראלית, שינוי הרכבה של הוועדה הממנה את השופטים, או יצירת מוטב חוקתי או בית-משפט חוקתי. הערכת הצעות אלה חורגת ממסגרת מאמר זה.

115 ראו, למשל, פנינה להב "גוני הגישות לביקורת השיפוטית בארה"ב" עיוני משפט י 491, 493 (1984), וההפניה שם לטיעונו של Thayer בזכות האיפוק השיפוטי, במאמרו: James B. Thayer, *The Origin and Scoop of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893); רוגן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת 5, 7

הפגנות, שתדלנות וגיוס התקשורת (השפעה מבחוץ), או הצטרפות לפוליטיקה למפלגות קיימות או הקמת תנועות פוליטיות חדשות (יצירת שינוי מבפנים).

אכן, אין להתעלם מנימוק זה, אולם האם ניתן לראות בו צידוק לשלילת סמכות הביקורת השיפוטית בתחומים מסוימים או להגבלת השפיטות כמבחן-סף? לטעמי אין זה המקרה, מאחר שיש להכיר במגבלות ההליך הדמוקרטי, אשר להלן אפרט שלוש מהן. ראשית, השפעה באמצעות ההליך הדמוקרטי אורכת זמן, בעוד להחלטת הרשות עלולה להיות השפעה מיידית על העותר או על הציבור והשלכות בלתי-הפיכות לעתיד לבוא. בית-המשפט, לעומת זאת, באמצעות ביקורת שיפוטית, יכול להגיב באופן מהיר (יחסית), לתת צו להקפאת המצב הקיים או להורות לרשות לנקוט פעולה נדרשת. שנית, השפעה באמצעות השתתפות פוליטית מחייבת משאבים על-מנת שתהיה יעילה. כוח המחאה של היחיד מוגבל בדרך-כלל, וההתארגנות למאבק פוליטי, רתימת אזרחים נוספים למאבק וניהולו אינם תמיד במסגרת יכולותיו של הפרט או של קבוצת מיעוט. לאפשרות הפנייה לבית-המשפט יש חשיבות מיוחדת במקרים אלה. שלישית, גם לציבור כקבוצה יש לעיתים השפעה מוגבלת בלבד על נבחר הציבור, ובמקרים מתאימים יש מקום לחזקה באמצעות בית-המשפט.

לפיכך יש להכיר בכך שהטיעון הדמוקרטי, במובנו הקורא לפעילות ולשותפות אזרחית בעיצוב קבלת החלטות, הוא טיעון נכון ובעל משקל, אך אין הוא יכול להצדיק שלילת ביקורת שיפוטית בתחומים שיוגדרו מראש בחקיקה כבלתי-שפיטים או מבחן-סף של שפיטות מוסדית שבית-המשפט יפעיל ואשר זו תהיה תוצאתו.

כפי שאבקש לטעון, ראוי לחתור להשגת מעורבות אזרחית ודמוקרטיה באמצעות החלת דוקטרינה של ריסון עצמי מצד בית-המשפט, אשר תתבטא בנטייתו לא להתערב בהחלטת הרשות אם פעילות אזרחית פוליטית עשויה להוביל לשינוי המצב. לעומת זאת, היכן שיכולתם של הפרט או הציבור להשפיע על החלטת הרשות מוגבלת, תתמתן הדרישה לריסון ותגבר הלגיטימיות להתערבות שיפוטית.<sup>116</sup> זה אמור להיות הדין, בין היתר, כאשר העתירה מתייחסת לפגיעה בפרט יחיד או בקבוצה קטנה של פרטים, כאשר יכולת ההשפעה הפוליטית של הפרטים או של הציבור כולו קטנה,<sup>117</sup> וכאשר נסיונות השפעה

(1994) (להלן: שמיר). ראו גם שלמה לוי "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה" הפרקליט לט 453, 459 (1990) (להלן: לוי). דבריו של לוי על זכות העמידה יפים גם בהקשרה של סוגיית השפיטות: "נראה לי שהרחבת יתר של 'זכות העמידה' עשויה לגרום, וגם גרמה, לביצור תהליכים של סטגנציה אצל רשויות השלטון האחרות. למה לי לטרוח ולגייס תמיכה ציבורית לעניין פלוני שיש בו הפרת החוק, יאמר עסקן ציבור אל ליבו, אם במקום זה יכול אני ללכת אצל בית-המשפט בירושלים ולקבל את פסיקתו?" השוו לביקורת שהושמעה בקנדה נגד בית-המשפט העליון הקנדי: F.L. MORTON & RAINER KNOPF, THE CHARTER OF REVOLUTION AND THE COURT PARTY 149 (2000).

116 השוו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 191-201.

117 לדוגמה, ככל שמועד הבחירות רחוק, יכולת ההשפעה הפוליטית של הציבור קטנה, תלותו בבית-המשפט גדלה, ולפיכך גם ההצדקה להתערבות שיפוטית גדלה. לעומת זאת, ככל שמועד הבחירות קרב, עוצמתו הפוליטית של הבוחר והשפעתו על הרשות הנבחרת גדלות, ועל-כן גם ההצדקה לריסון שיפוטי גדלה.

בדרכים פוליטיות ומאבק ציבורי לשינוי ההחלטה נכשלו בשל כשלים פנימיים של ההליך הדמוקרטי.<sup>118</sup> ככל שהשלכותיה של החלטת הרשות חמורות יותר מבחינת פגיעתן בעותר, וככל שפגיעה זו מיידית ובלתי-הפיכה,<sup>119</sup> כן מידת הריסון השיפוטי הנדרשת מבית-המשפט פוחתת, והצידוק שבבחינת העתירה לגופה גובר.

היה אם יאמץ בית-המשפט גישה זו, הוא לא ייתפס עוד כגורם הראשון שאליו יש לפנות על-מנת להיאבק בהחלטת הרשות, אלא כגורם שהפנייה אליו נעשית לאחר שמוצו דרכי המאבק הדמוקרטיים, ככל שאלה פתוחות לפני העותרים.<sup>120</sup> בית-המשפט לא ייתפס עוד כ"קיצור-דרך" להשגת המטרה, אלא כרשת-ביטחון למצב שבו ההליך הדמוקרטי, בשל מגבלותיו, אינו מאפשר לעותר למצות את זכויותיו על-פי החוק.

### 3. הטיעון בדבר העדר מומחיות ובעיית האחריות המקצועית

טענה זו גורסת כי אל לשופטים לדון בנושאים שלגביהם אין להם הידע או הכלים הנדרשים לקבלת הכרעה בעניין. במקרים כאלה, כך נטען, על השופטים להותיר את ההכרעה בידי אנשי-המקצוע המתאימים, המצוידים בכישורים שיאפשרו את קבלת ההחלטה הטובה

118 למשל, נגד תהליך ההתנתקות והחלטות הממשלה והכנסת בנוגע לפינוי היישובים ברצועת-עזה נטען, בין היתר, כי הנושא לא הוכרע על-ידי הציבור בבחירות ולא נקבע במצע המפלגות (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 567 (2005)). לפיכך נוצר לכאורה פער בין החלטות הממשלה והכנסת לבין עמדות הציבור, ואף שמבחינה משפטית גרידא לא היה בהן פגם, ניתן לראות אותן כתוצאה של כשל בהליך הדמוקרטי, אשר היה נמנע אילו הוכרע הנושא במהלך הבחירות או בהליך של משאל-עם. ראו גם: Philip A. Talmadge, *Understanding the Limits of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems*, 22 SEATTLE UNIV. L. REV. 695, 734-735 (1999) (להלן: Talmadge).

119 למשל, בדוגמת ההתנתקות לעיל דובר בזכויותיהם הקנייניות של המפונים. השוו לניתוח של גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 123-124, בנוגע להחלטת בית-המשפט בבג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994). במקרה זה פסל בג"ץ את החלטתה של רשות השידור לפסול תשדיר פרסומת בשל הפגיעה בחופש הביטוי, אולם, מציינת גביוון, מדובר בפגיעה בחופש הביטוי בעניינים מסחריים, ולא בעניינים ציבוריים ופוליטיים, והפגיעה אינה חמורה.

120 יצוין כי על-פי המצב הקיים, בית-המשפט בוחן אם הפנייה לבית-המשפט נעשתה לאחר מיצוי ההליכים מול הרשות. ראו, למשל, בג"ץ 8144/07 התנועה להגנת שלטונות נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, פדאור (30) 127 (2007); בג"ץ 3220/06 אבו סנינה מחמד נמר נ' משרד הפנים, פדאור (18) 390 (2006); שרגא ושחר, לעיל ה"ש 19, פרק 7. עם זאת, המבחן שבית-המשפט מיישם הוא פרוצדורלי (האם הייתה פנייה לרשות בטרם הוגשה העתירה? האם הוגשו לרשות כל המסמכים הנדרשים?), בעוד הגישה המהותית המוצעת במאמר זה, כחלק מדוקטרינת ריסון שיפוטי, מבקשת מבית-המשפט לבחון באופן ענייני אם מוצו דרכי הפעולה האזרחית והדמוקרטית להשפעה על הרשות.

ביותר. במסגרת זו נטען, בין היתר, ששופטים אינם אמורים להתערב בהחלטות בנושאים צבאיים ובהחלטות מדיניות.<sup>121</sup>

לטיעון בדבר העדר מומחיות גלווה טיעון נוסף, המתנגד לביקורת שיפוטית של החלטת הרשות בטענה שהתערבות של בית-המשפט בהפעלת שיקול-הדעת של הרשות המבצעת פוגעת ביכולת לדרוש ממנה להיות אחראית לפעולותיה.<sup>122</sup> החשש הוא שאם אמרים לרשות "החלטתך פגומה. עשי כך או הימנעי מלעשות כך", תאמר לעצמה הרשות: "מכריחים אותי לנהוג בניגוד לשיקול-דעתי; אין לי בררה אלא לפעול לפי דרישת בית-המשפט. אבל שלא יבואו אליי אחר כך בטענות. אני לא אחראית להשלכות שייווצרו; בית-המשפט הוא האחראי."

טיעונים אלה יכולים להיות בעלי משקל במצב שבו בית-המשפט מחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו, ומורה לה כיצד עליה לנהוג. זוהי פרקטיקה שיפוטית פסולה, ועל בית-המשפט להימנע מלפעול על-פיה, היות שבתחומי פעולתה המקצועיים לרשות יש ידע, כישורים וניסיון העולים על אלה של השופטים, ולכן קבלת ההחלטה על-ידי בית-המשפט במקום על-ידי הרשות לא תהיה נכונה מהיבט המומחיות.<sup>123</sup> אולם זהו סוג של ביקורת שיפוטית מזן קיצוני ביותר. בית-המשפט יכול להסתפק בביקורת שיפוטית מתונה יותר שאינה מחליפה את שיקול-דעתה של הרשות. סוג כזה של ביקורת שיפוטית לא יהיה מנוגד לטיעון בדבר העדר מומחיות, ויהיה אפשר להצדיקו. כאשר הביקורת השיפוטית באה לידי ביטוי בכך שבית-המשפט מסתפק בבחינה של דרך קבלת ההחלטה, של העדר נימוקים זרים בקבלת ההחלטה וכיוצא בהם, הוא אינו מתערב בהחלטה עצמה לגופה, אלא מבקר את הפרוצדורה שהובילה אל ההחלטה.<sup>124</sup> במילים אחרות, בית-המשפט אינו מחליף את שיקול-הדעת של הרשות בשיקול-דעתו שלו. מכאן שאין בטיעון בדבר העדר מומחיות כדי להצדיק שלילה מראש, בחקיקה, של ביקורת שיפוטית או כדי להצדיק דוקטרינת שפיטות שתהווה מבחן-סף פרוצדורלי, אשר בהפעלתה יימנע בית-המשפט מבחינה עניינית של העתירה.

121 ראו, למשל: Lord Irvine of Lairg, *Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review*, Pub. L. 59, 61 (1996) (להלן: Lairg). כן ראו Fredman, לעיל ה"ש 101, בעמ' 56; Jowell, לעיל ה"ש 110, בעמ' 598; Steyn, לעיל ה"ש 110, בעמ' 350. טענה זו מועלית גם כתמיכה בדוקטרינת זכות העמידה המצומצמת. ראו שגב, לעיל ה"ש 20, בעמ' 523-524. השוו אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 154 (1998) (להלן: מרמור).

122 ראו אריאל רוזן-צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז 689, 698 (1993) (להלן: רוזן-צבי).

123 ניתן להבחין בדמיון לטיעון הדמוקרטי שנידון לעיל, קרי, לעובדה שהציבור, באמצעות המחוקק, הביע את רצונו שהחלטה תתקבל על-ידי הרשות, והתערבות של בית-המשפט באופן המעביר את קבלת ההחלטה לבית-המשפט אינה מתיישבת עם הרצון הכללי.

124 יש להבחין בין מבחן-סף פרוצדורלי לבין ביקורת פרוצדורלית: מבחן-סף פרוצדורלי מונע דיון בעתירה בשל אי-שפיטות; ביקורת פרוצדורלית מיושמת לאחר שמחסום אי-השפיטות הוסר.

זו גם המסקנה בבחינה קפדנית של הטיעון נגד התערבות שיפוטית בהחלטות ביצועיות בשל החשש מהסרת אחריותו של הדרג הביצועי להחלטותיו ומהטלת האחריות על בית-המשפט. כאשר בית-המשפט נוהר לא להחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו, אין מקום לטענה זו, שכן האחריות ממשיכה להיות של הדרג הביצועי המחליט. בית-המשפט קובע כי היה פגם בתהליך קבלת ההחלטה, ומורה לרשות לשוב ולדון בנושא ולקבל החלטה. אין בטיעון האחריות כדי לתמוך בהימנעות מביקורת שיפוטית מתונה מסוג זה.

הטיעון בדבר העדר מומחיות אינו מצדיק העדר ביקורת שיפוטית על החלטותיה של הרשות (על-פי חוק או באמצעות מבחן-סף של שפיטות מוסדית), אולם הוא מחייב ריסון שיפוטי הנובע מהכרה במומחיותה של הרשות המבוקרת. אמחיש זאת.

נניח שרשות קיבלה החלטה מקצועית. נשאלת השאלה אם ההחלטה התקבלה במסגרת החוק, ייתכן שהרשות קיבלה החלטה מקצועית מצוינת, על-פי שיקולים מקצועיים טהורים, אך החלטתה מנוגדת לחוק. במקרה כזה, כפי שטענתי לעיל, אין ערך לטיעון שלפיו על בית-המשפט להימנע מהתערבות בהחלטת הרשות, גם כאשר זו התקבלה מנימוקים מקצועיים. נניח שמבחינת המפקד האחראי בשטח צבאי כבוש הדרך היעילה ביותר להבטיח ציות לפקודת עוצר לילה היא להוציא להורג את מפרייו. אי-אפשר לקבוע במקרה כזה שעל בית-המשפט להימנע מלדון בעתירה נגד החלטת המפקד בטענה שמדובר בהתערבות פסולה בשיקול-דעת מקצועי, אשר תביא לידי העברת האחריות להפרת העוצר אל כתפי בית-המשפט. אי-אפשר להימנע מבחינה מהותית של העתירה כדי לשלול אי-חוקיות בולטת בקבלת ההחלטה (כפגיעה בזכויות אדם בסיסיות).

עם זאת, ככל שאי-החוקיות תהיה עמומה יותר וככל ששיקול-הדעת של הרשות יהיה רחב יותר כן יצטמצם המקום להתערבות שיפוטית. זהו למעשה הביטוי של תפיסת ריסון שיפוטי שמכבדת את הפעלת שיקול-הדעת המקצועי של הרשות ואת אחריותה לפעולותיה. לפי תפיסה זו, נקודת המוצא של בית-המשפט הנדרש לעתירה היא אי-התערבות בשיקול-הדעת של הרשות. בית-המשפט מניח שהרשות מתמצאת יותר בנושא המקצועי הספציפי, והוא אינו מעוניין להחליף את שיקול-דעתה בשיקול-דעתו. עם זאת, היות שהוגשה עתירה נגד קבלת ההחלטה, מחובתו לוודא שההחלטה ניתנה במסגרת החוק, אם מסקנת בית-המשפט היא שההחלטה אינה מתיישבת עם דרישות החוק, יהיה על הרשות להתאים אותה למסגרת החוק. בית-המשפט אינו מורה לרשות כיצד לנהוג; הוא רק מבהיר לה כיצד היא אינה יכולה לנהוג בשל מגבלות החוק. כל עוד החוק לא שונה על-ידי הרשות המוסמכת, על הרשות לפעול בגבולות החוק הקיים. האחריות לקבל את ההחלטה הטובה ביותר על-פי שיקול-דעתה של הרשות היא של הרשות, וכך גם האחריות להשלכותיה של אותה החלטה. מובן שכאשר השופטים מייחסים משקל נכבד לקביעותיו של הדרג המקצועי, הבעיה שתוארה לעיל מצטמצמת.<sup>125</sup>

כך, לדוגמה, בית-המשפט אינו צריך לדחות על הסף עתירה נגד החלטת הממשלה

125 לטענה בדבר נטיית-יתר של השופטים לאמץ את עמדת "המומחים", במיוחד בתחום הבטחוני, ראו, למשל, מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" משפט וממשל ד 667, 682 (1998).



לצמצם את הספקת הדלק לרצועת-עזה, היות שהמשפט הבין-לאומי קבע מסגרת חוקית לקבלת החלטות הנוגעות בשטח כבוש.<sup>126</sup> בית-המשפט גם אינו צריך להורות לממשלת ישראל כמה ליטרים סולר עליה לספק לרצועת-עזה. זו החלטה מקצועית שהיא בתחום אחריותה של הרשות המבצעת, והיא גם שתהיה אחראית לתוצאותיה. לפיכך על בית-המשפט לבקש מהממשלה לנמק את שיקוליה המקצועיים, ובהעדר פגם ברור ונגלה לעין באופן קבלת ההחלטה, ובהעדר אי-חוקיות מובהקת של ההחלטה, עליו להימנע מלהתערב.<sup>127</sup> תפיסה של ריסון שיפוטי תוביל את בית-המשפט להימנע מלהתערב גם כאשר הדרישה המשפטית עמומה, כאשר היא יכולה להתפרש בדרכים שונות, או לחלופין כאשר יש ספק לגבי החלטת הרשות. בית-המשפט אינו יכול להבטיח שההחלטה שהתקבלה היא הטובה או הצודקת ביותר. אין זה תפקידו, ואין לו הכישורים לקבוע זאת.

המחשה להפעלת תפיסה של ריסון שיפוטי (להבדיל מיישום דוקטרינה של אי-שפיטות מוסדית) משיקולים של העדר מומחיות ניתן למצוא בהכרעה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת כהן, שעסקה במיגון בתי העיר שדרות.<sup>128</sup> השופטת פרוקצ'יה הפעילה מבחן של "מומחיות הרשות", שלפיו כאשר לרשות יש מומחיות מיוחדת בתחום מסוים, על בית-המשפט לצמצם את התערבותו. ובמילותיה:

"מרחב הביקורת השיפוטית על מדיניות הממשלה בתחומים השונים נגזר ונבנה מהיקף מידותיה של המדיניות הנוגעת בדבר. ככל שמדובר בנושא הנתון למומחיות מיוחדת של הגורם הציבורי המוסמך, כך, ילכו ויצטמצמו גבולותיה של ההתערבות השיפוטית... בית המשפט נמנע, בדרך כלל, מהתערבות במדיניות ממשלה בתחומים השונים, למעט בנסיבות חריגות ביותר..."<sup>129</sup>

בית-המשפט צריך להיות זהיר במיוחד כאשר קיים קושי בהפרדת הסוגיה המשפטית מהסוגיה המקצועית. בדוגמה של העתירה בפרשת אחמד לעניין הספקת הדלק, ההחלטה על כמות הדלק שתסופק נחלקת לשניים. מחד גיסא, להחלטה יש פן מקצועי: כמה דלק צריך לספק על-מנת ששירותים חיוניים יתפקדו והדלק לא ישמש למטרות לחימה; איזו הפחתה נדרשת על-מנת להפעיל לחץ מדיני אפקטיבי על השלטון המקומי שיוביל להתגמשות דרישותיו הפוליטיות מבלי לפגוע בצרכים ההומניטריים הבסיסיים של האוכלוסייה. מאידך

126 ראו בג"ץ 9132/07 אחמד נ' ראש הממשלה, תק-על 2008(1) 1213 (2008) (להלן: פרשת אחמד).

127 כך נהג בית-המשפט העליון בפרשת אחמד, שם, כאשר דחה את העתירה נגד ההחלטות על צמצום הספקת הדלק והחשמל לרצועת-עזה לאחר שהוצגו לפניו נימוקי ההחלטות, נתונים המבססים את ההחלטות, הצהרות בדבר מחויבותה של המדינה לפעול בהתאם למחויבותיה על-פי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, הבהרות והצהרות של מפקד מנהל התיאום והקישור, והתחייבות של המדינה לעקוב אחר ההתפתחויות ולהעריך מחדש את החלטותיה.

128 פרשת פנחס כהן, לעיל ה"ש 78.

129 שם, בעמ' 337, פס' 21 לפסק-הדין (ההדגשות הוספו). השופטת פרוקצ'יה הציגה עמדה דומה גם בבג"ץ 7712/05 פולארד נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006(2) 3335, 3338 (2006).

גיסא, להחלטה יש פן משפטי: קיום החובות המוטלות על המדינה מכוח הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. תפקידו העיקרי של בית-המשפט, לטעמי, הוא לוודא שהרשות שאלה את השאלות הללו בכנות ושקלה בכובד-ראש את השיקולים השונים ואת החלופות השונות בטרם הגיעה למסקנתה. המסר של בית-המשפט צריך להיות שהערכת השופטים אינה גוברת אוטומטית על הערכתם של אנשי-המקצוע. אם אחרי הצגת העובדות, בחינת החלופות, הערכת משקלן וכיוצא בהן לא ניכר פגם בולט בתהליך קבלת ההחלטה, אין מקום להעדפת שיקול-הדעת השיפוטי על שיקול-דעתה של הרשות הממונה.<sup>130</sup>

התיאור לעיל מסתמך על העובדה שאי-אפשר ליצור הפרדה מלאה וחד-משמעית בין שאלות משפטיות לבין שאלות שאינן משפטיות. שופטים נדרשים לעיתים לקבל החלטות שאינן "משפטיות טהורות" – החלטות שאופיין הדומיננטי הוא כלכלי,<sup>131</sup> מוסרי<sup>132</sup> או צבאי<sup>133</sup> אך עדיין בעל היבטים משפטיים רלוונטיים.<sup>134</sup> השאלה המשפטית נלווית לסוגיה רחבה יותר, בעלת אופי "מקצועי" שונה, ומכאן צומח טיעון התומך בריסון שיפוטי באותם נושאים. ריסון שיפוטי אינו שווה להחלת דוקטרינה של אי-שפיטות פרוצדורלית. התביעה לריסון שיפוטי קמה מתוך הכרה בכך שלאנשי-המקצוע בתחום הרלוונטי עשויה להיות הבנה טובה יותר של הסיטואציה, יכולת איסוף מידע טובה יותר ויכולת לנתח את השלכותיה של ההחלטה בצורה טובה יותר, במקביל להכרה במגבלות כישוריו ויכולותיו של בית-המשפט. משמעו של הריסון השיפוטי הוא הימנעות מהחלפת שיקול-הדעת של הרשות בשיקול-דעתו של בית-המשפט, לצד דרישה לקבלת פרטים מהרשות על אופן קבלת ההחלטה וידוא שקילתם של כל הנימוקים הרלוונטיים, גם אם אין הסכמה בין בית-המשפט לבין הרשות על המשקל שהיה ראוי להעניק לכל אחד מהנימוקים. ריסון שיפוטי מתבסס בראש ובראשונה על עילות ברורות, כגון שיקול זר ושרירותיות.<sup>135</sup> גם סבירות ומידתיות יכולות לשמש עילות התערבות, אולם דוקטרינת

130 יש לזכור שעצם הדרישה מהרשות שקיבלה את ההחלטה לנמק באופן פומבי את הסיבות להחלטתה היא חלק מביקורת שיפוטית, שכן היא יוצרת שקיפות גדולה יותר בתהליך קבלת ההחלטות, ומאפשרת לבחון את הנימוקים ולקיים דיון ציבורי ופוליטי בהתייחס אליהם. ראו Fredman, לעיל ה"ש 101, בעמ' 62, 76.

131 למשל, החלטות בענייני מיסוי.

132 ראו, למשל, דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: עניין נחמני) (הזכות להשתמש בביציות מוקפאות לאחר סיום הקשר הזוגי).

133 ראו, למשל, בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, תק-על 2005(4) 49 (2005) (להלן: פרשת נוהל שכך) (נוהל צבאי להסתייעות באוכלוסייה המקומית בביצוע מעצר).

134 בדוגמות שניתנו לעיל: צדק חלוקתי ושוויון בענייני מס; שאלת ההסכמה וגבולותיה בעניין נחמני, לעיל ה"ש 132; וההגנה על חיי אוכלוסייה אורחית בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית בפרשת "נוהל שכך", לעיל ה"ש 133.

135 על-פי רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 184–185, "ריסון שיפוטי" מאופיין בתיחום הביקורת השיפוטית לבחינת החוקיות של התוכן של החלטה שלטונית, בהתבסס על עילות מוגדרות ומצומצמות יחסית (ובהן אפליה, שחיתות, שרירות והתחשבות בשיקולים זרים), שעניינן השאיפה למנוע שימוש לרעה בסמכות השלטונית". המחברים מנגידים תפיסה זו עם

ריסון שיפוטי תחייב את בית-המשפט לפתח פרשנות מצמצמת לעילות אלה, קרי, פרשנות שתוביל להתערבות שיפוטית רק במקרים קיצוניים שניתן לגבש לגביהם קונסנזוס שיפוטי. המבחן צריך להיות אם ניתן – באופן גלוי, כן, אמיתי וללא חילוקי-דעות מהותיים – להגיע למסקנה שהחלטת הרשות היא בלתי-סבירה או בלתי-מידתית. לטעמי, כאשר בקרב שופטי ההרכב שוררים חילוקי-דעות לעניין סבירותה של ההחלטה או מידתיותה, על בית-המשפט להימנע מפסילת החלטתה של הרשות. זהו מרכיב נוסף במסר הריסון שבית-המשפט צריך להעביר לציבור הרחב ולרשויות האחרות: כאשר השופטים חלוקים בדעתם, אין יתרון לדעתו של בית-המשפט על דעת הרשות. כאשר יש ספק – אין ספק.<sup>136</sup>

#### 4. בעיית "הגישה המתגוננת"

אחד הטיעונים המועלים בתמיכה במעורבות שיפוטית מוגבלת בהחלטותיה של הרשות גורס שמעורבותו של בית-המשפט מביאה לידי כך שהגורם המקצועי מפתח חשיבה משפטית במקום חשיבה מקצועית, וכתוצאה מכך נפגמת איכות ההחלטות ונוצרת אווירה של פחד מלקבל החלטות, שעלולה להגיע עד כדי שיתוק המערכת.<sup>137</sup> זוהי חשיבה מתגוננת שעלולה להניע את איש-המקצוע להימנע מלקבל החלטות מקצועיות נדרשות בעיתוי המתאים (שעשוי להיות מיידי), מתוך חשש שהחלטתו תעמוד מאוחר יותר לביקורת שיפוטית, והוא יימצא חייב או אשם בהפעלת שיקול-דעת מוטעה לפי העניין.<sup>138</sup> בית-המשפט מואשם בכך שיצר תופעה של משפטיזציה-יתר, אשר גורמת, בין היתר, לתחושה של אנשי צבא,<sup>139</sup> שרים, פקידי ציבור<sup>140</sup> ואנשי-מקצוע אחרים<sup>141</sup> שהם זקוקים לליווי משפטי צמוד על-מנת

אקטיביזם שיפוטי, ה"מאופיין בנכונות להחיל אמות מידה רחבות יותר. העיקריות שבהן הן בחינת המידתיות' (או ה'חיסיות') של המעשה השלטוני... ובחינת ה'סבירות' שלו...".

136 להרחבה ראו להלן תת-פרק 4.

137 ראו, למשל, את התוצאה של הגשת כתבי האישום בפרשת מזון התינוקות הפגום מתוצרת רמדיה (להלן: פרשת רמדיה): "ההחלטה להגיש כתבי אישום נגד פקחי משרד הבריאות בפרשת רמדיה יצרה תוהו ובוהו במשלוחי הסחורות בנמלים: אף פקח לא רוצה למצוא את עצמו על דוכן הנאשמים, ולכן כמעט כל משלוח מזון נבדק באופן קפדני. התוצאה: עיכובים של שבועות בשחרור סחורות, נזקים כבדים ליבואנים וצפי למחסור במזון ובתרופות." רוני לינדר-גנץ "זו קטסטרופה שתשתק את המדינה" *The Marker* 4.6.2008.

138 השוו גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 99.

139 ראו, למשל, את עדותו של היועץ המשפטי לממשלה מזו בוועדה לבדיקת המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד) 14.2.2007, בעמ' 3-5 ([www.vaadatwino.org.il/statements](http://www.vaadatwino.org.il/statements)). (html#null).

140 פרשת רמדיה, לעיל ה"ש 137.

141 על התוצאות השליליות של חששם של הרופאים מתביעות רשלנות מקצועית ראו, למשל, "דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי" (חוות-דעת של הוועדה לרשלנות רפואית, אוגוסט 1999), פרק שני, 14-15 ("רפואה הגנתית") [www.health.gov.il/Download/pages/a.doc](http://www.health.gov.il/Download/pages/a.doc).

למנוע תביעות נגדם בשל טעויות.

זוהי אכן בעיה אמיתית, אבל היא אינה יכולה להצדיק הימנעות מראש של בית המשפט מהפעלת ביקורת שיפוטית בתחומים מסוימים או שלילתה באמצעות חוק. הביקורת השיפוטית ממשיכה להיות חשובה ואף חיונית על-מנת להגן על הפרט מפני החלטות שרירותיות של אנשי מנהל, מפני החלטות שהתקבלו לא על בסיס כל המידע הרלוונטי וכך הלאה. אי-אפשר להסכים שבשל החשש מפני גישה מתגוננת יקבלו אנשי-המקצוע חסינות א-פריורית.<sup>142</sup>

דרך ההתמודדות הראויה עם בעיית הגישה המתגוננת תהיה, לטעמי, הפעלת דוקטרינת ריסון שיפוטי על-ידי בית-המשפט. גישה של ריסון שיפוטי תוביל להקפדה מצד בית-המשפט על אופייה של הביקורת הנערכת על-ידיו. על המערכת המשפטית להבחין בין הטעויות השונות של הרשות, ולהכיר בכך שלא כל טעות בהפעלת שיקול-דעת מוליכה לאחריות משפטית.<sup>143</sup> המסר השיפוטי צריך להיות שמותר לטעות בתום-לב ושלא כל טעות מצדיקה התערבות שיפוטית בהחלטה. יהיו שיטענו כי עצם הדרישה לכוא לפני בית-המשפט ולהציג את הנימוקים, הטיעונים והשיקולים בקבלת ההחלטה פוגעת בתהליך קבלת ההחלטות. טענה זו אינה נעדרת בסיס, אבל מדובר במחיר הכרחי שחייבים להסכים לשלמו. העדר מוחלט של ביקורת שיפוטית על החלטות בעניינים מסוימים עלול להוביל לתוצאות מסוכנות בהרבה. הכוח משחית גם את הטובים ביותר,<sup>144</sup> והעדרה של ביקורת היא חממה להתנהגויות המסיגות את גבול המשפט.

## 5. הטיעון בדבר החשש מפני אובדן אמון הציבור

אחת הטענות המובאות כהצדקה להגבלת השפיטות גורסת שביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת ועל פעולותיה של הרשות המבצעת עלולה לגרום לאובדן אמון הציבור בבית-המשפט. זאת, מכיוון שבית-המשפט עלול להיתפס כמייצג השקפה פוליטית, כמי שנוטל צד בנושאים של מדיניות חברתית, כלכלית או מדינית. על-פי גישה זו, אמון הציבור בבית-המשפט נעוץ בתפיסת בית-המשפט כגוף ניטרלי, א-פוליטי ומקצועי אשר נמנע מביטוי השקפותיהם האישיות של השופטים בהחלטותיו. דוקטרינת השפיטות מאפשרת לבית-המשפט לשמור על מעמדו הניטרלי והא-פוליטי.<sup>145</sup>

142 השו"ע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995).

143 השו"ע גביון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 94.

144 לדיון בסוגיה זו ראו עומר שפירא הפעלת כוח והשפעה בגישור: פרקטיקה ואתיקה יישומית 333-335 (2007) וההפניות שם.

145 אשר מעוז "בג"ץ ויחסי החוץ של המדינה" מאוני משפט ד 85, 117-118 (2005) (להלן: מעוז): "היתרון בהימנעותו של בית-המשפט מלדון בעתירה לגופה הוא בכך, שהיא חוסכת ממנו את הצורך לנקוט עמדה כלשהי לגופו של עניין. כתוצאה מכך, 'אף אחד מן הכוחות הפוליטיים אינו יכול לפרש את פסיקת בית-המשפט כתומכת בעמדתו ולעשות בה שימוש במסגרת המאבק הציבורי'. לעומת זאת, כאשר דוחה בית-המשפט תקיפתו של הסדר שלטוני

לדעתי, השיקול של אמון הציבור אינו מהווה צידוק משכנע להגבלת השפיטות – לא על-ידי המחוקק באמצעות חוק המגדיר תחומים של אי-שפיטות ולא על-ידי בית-המשפט באמצעות הפעלת מבחן-סף של שפיטות.<sup>146</sup> ראשית, הביטוי "אמון הציבור" עמום, ולא ברור כלל כיצד ניתן להעריכו. נניח שבית-המשפט שוקל אם להכריז על נושא העתירה כבלתי-שפיט בשל החשש שהכרעה שיפוטית בעתירה תביא לידי פגיעה באמון הציבור בבית-המשפט. אילו כלים יש לבית-המשפט להעריך אם אמון הציבור ייפגע אם לא? מדובר בספקולציה, במעין נבואה, ולא ברור כיצד "ניסיון החיים השיפוטי וחוש המומחיות של השופט" יכולים לסייע בגיבושה של הערכה מדויקת בעניין.<sup>147</sup> ובאשר לאפשרות שהמחוקק מעוניין להגביל את השפיטות בחוק (ולמעשה לצמצם את סמכותו של בית-המשפט) על-מנת להגן על אמון הציבור בבית-המשפט – מיהו אותו ציבור שהמחוקק מעוניין להגן על האמון שלו בבית-המשפט? האם הכוונה לרוב מספרי באוכלוסייה? האם הכוונה לרוב בקרב כל אחת מן התת-קבוצות המרכיבות את החברה הישראלית (חילונים, שמאלנים, ימנים, חרדים, ערבים וכך הלאה)? והאם שלילת סמכותו של בית-המשפט להתערב בנושאים מסוימים לא עלולה להוביל לתוצאה הפוכה של ערעור הביטחון והאמון בבית-המשפט כמגן זכויות הפרט?

שנית, מבחן אמון הציבור בעייתי היות שקשה מאוד להפריד בין כעס או זעם "טבעיים" כלפי בית-המשפט כאשר הוא אינו פוסק בהתאם לרצונה של הרשות או לרצונו של חלק מסוים מהציבור המזדהה עם הרשות – תופעה שיכולה להתרחש במגוון רחב של סוגיות – לבין ירידה או פגיעה באמון. כיצד ניתן ליצור הבחנה בין "סתם" החלטה לא-פופולרית לבין החלטה שפוגעת במעמדו של בית-המשפט? בית-המשפט אינו רשאי להימנע מלדון בעתירה בשל החשש מהבעת דעה לא-פופולרית, ואסור שגבולות המשפט דה-פקטו ייקבעו

---

לגופו, הרי 'פסיקתו מהווה נקיטת עמדה בוויכוח הציבורי לטובת הצד שמתנגד לשינוי של אותו הסדר'.<sup>148</sup> השופט ברק התייחס לאמון הציבור כאל שיקול מרכזי אשר תומך בקביעה שיפוטית של אי-שפיטות מוסדית ומצדיק פרקטיקה זו. ראו פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 497-498; ברק, לעיל ה"ש 32, בעמ' 12. עם זאת, ברק נוטה להעדיף בחינה עניינית של עתירה ודחייתה מנימוקים של מהות על דחייה על הסף של עתירה על יסוד אי-שפיטותה המוסדית. ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 275 (2004) (להלן: ברק, שופט בחברה דמוקרטית).

146 ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 200-201.

147 אם אמון הציבור הוא אכן מרכיב חיוני בפעילותו של בית-המשפט, אזי ראוי לשקול נקיטת אמצעים אקטיביים שייתנו כלים בידי הציבור להחליט אם בית-המשפט ראוי לאמון (למשל, בהנחה שבעיית חוסר האמון בבית-המשפט היא תדמיתית, ניתן לפרסם מידע סטטיסטי ביחס לשיעורי הקבלה/הדחייה של עתירות נגד המדינה, ומידע זה עשוי להפריך את הטענה או הדימוי שלפיהם בית-המשפט מתערב ללא הרף בהחלטותיהן של הרשויות ומחליף את שיקול-דעתן בשיקול-דעתו). כמו-כן ניתן לפתח כלים שיאפשרו לבית-המשפט להעריך מהן תחושות הציבור כלפיו (למשל, באמצעות עריכת סקרי דעת-קהל תקופתיים מטעם בית-המשפט על מידת האמון השוררת כלפיו בציבור). אמצעים אלה יחדירו תוכן במבחן אמון הציבור, והם מדויקים יותר מניסיון החיים של השופט או מחוש המומחיות שלו.

בהתאם לדעה הפופולרית באותה שעה.<sup>148</sup> אם אי-אפשר להבחין בין החלטה לא-פופולרית לבין החלטה המביאה לידי אובדן אמון הציבור, אזי מבחן אמון הציבור כאמת-מידה לקביעת אי-שפיטות אינו ממלא את מטרותיו.

בעיה נוספת במבחן האמון כצידוק להגבלת השפיטות על-ידי בית-המשפט היא שהציבור אינו יודע להבחין בין דחיית עתירה על בסיס אי-שפיטות לבין דחיית עתירה על בסיס העדר עילה או על בסיס דיון לגופו של עניין. רוב הציבור יראה בדחיית העתירה הבעת עמדה נגדה ובקבלת העתירה הסכמה לתוכנה, וזאת בין שהחלטה התקבלה על בסיס מהותי של העדר עילה או נימוקים ענייניים אחרים ובין שהיא התקבלה על בסיס טכני-פרוצדורלי של אי-שפיטות. אם טענה זו אכן נכונה, אזי מבחן אמון הציבור מאבד מחשיבותו בהגדרת אי-שפיטות, מכיוון שייתכן שדחיית העתירה מטעמי אי-שפיטות תפגע באמון הציבור ממש כמו דחייתה מנימוקים ענייניים.<sup>149</sup>

טענת אמון הציבור מייחסת כאמור חשיבות רבה להצגת בית-המשפט ושופטיו כניטרליים וכא-פוליטיים. בניתוח טענה זו יהא זה מועיל ליצור הבחנה בין קיומה של עמדה, השקפה או תפיסת-עולם (דבר טבעי, בלתי-נמנע ולגיטימי, שהרי אין אדם שאין לו עמדה משלו, שאינו מושפע מנסיון חייו, מהחברה שבה גדל וכיוצא בהם) לבין מתן ביטוי חיצוני לעמדות אלה במסגרת ההכרעה השיפוטית. כל ביטוי חיצוני להשקפת-עולמו של השופט עלול ליצור אנטגוניזם וחדש מצד חלקים בציבור שאינם חולקים עימו השקפת-עולם זו. בראייה מציאותית של התפקיד השיפוטי אין מנוס מלהכיר בכך שבחלק מההכרעות השיפוטיות השופט חייב להביא לידי ביטוי את השקפת-עולמו,<sup>150</sup> ושההכרעותיו יהיו השלכות מוסריות ופוליטיות.<sup>151</sup> הסיבה לכך היא שקיימים במשפט אזורי אי-ודאות הנובעים מעמימות השפה, מהשימוש במונחי-שסתום או בערכים, מהשימוש בתקדים

148 ראו גם חיים ה' כהן "לפולמוס השפיטות" קריית המשפט א 5, 11 (2001) (להלן: כהן); "כשלעצמי, ספק גדול בלבי אם אמנם 'אמון הציבור' מבחן ראוי הוא לשים גבולות השפיטות... וחלילה לשופטים מלסטות מדרכי שיפוטם כמלוא נימה אך בשל הפגנות קולניות של חוסר אמון. גבולות השפיטות אינם יכולים להיות תלויים לא במחמאות ציבוריות ולא בקללות ציבוריות: הם נתונים אך לשיקול-דעת שיפוטי לגופם של ענינים בלבד."

149 קושי זה מניע את בנדור לטעון כי עדיף שבית-המשפט ידון בעתירה לגופה, ולא יימנע מלדון בה בטענה של אי-שפיטות מוסדית. ראו: Ariel L. Bendor, *Are There Any Limits to Justiciability?*, 7 IND. INT'L & COME. L. REV. 311, 347-348 (1997).

150 ראו, למשל: Eric J. Miller, *Judicial Preference*, 44 Hous. L. Rev. 1275, 1282 (2008): "...in complex legal systems the outcome depends upon the personal preference of the judge exercising strong discretion to select her preferred ground of decision from some bounded set of reasons, and that the legal system permits such an outcome" רונלד דבורקין "תפקידו החדש של השופט" מאוני משפט ו 11 (2007); Barak, לעיל ה"ש 13, בעמ' 11.

151 ראו, למשל, מרמור, לעיל ה"ש 121, בעמ' 144: "הכרעות שיפוטיות הן לעתים קרובות הכרעות מוסריות-פוליטיות, גם כשמדובר בפרשנות חוקים ותקנות, ולא רק כשמדובר בפרשנות חוקתית. נדמה לי שנקודה זו כל כך ברורה היום, שאין צורך להתעכב עליה."

ומחוסר יכולתו של המחוקק האנושי לצפות מראש את כל המקרים שעליהם ייושם החוק<sup>152</sup> (אם כי יש לזכור שיצירתיות שיפוטית (או חקיקה שיפוטית) היא היוצא-מן-הכלל, ונדרשת רק במיעוטם של המקרים).<sup>153</sup> לפיכך לעולם לא יהיה אפשר ככל הנראה להגיע לרמת אמון מלאה (של "100%") בבית-המשפט, ויש לשאוף להגיע לרמת אמון גבוהה, אשר אי-אפשר לכמתה בצורה מדויקת מבחינה מספרית.<sup>154</sup>

אבל מהי הדרך להשגת רמת אמון גבוהה בבית-המשפט? התשובה אינה הגבלת הביקורת השיפוטית בחוק שיקבע נושאים לא-שפייטים או בפרקטיקה שיפוטית שתגביל שפיטות באמצעות מבחני-סף פרוצדורליים. הדרך להשגת רמת אמון גבוהה היא יצירת קונסנזוס ציבורי רחב ככל האפשר באשר לתפקידם של השופט ובית-המשפט. כאשר המחוקק מגדיר באמצעות חוק באופן מפורש את תפקיד השופט ואת תחומי סמכותו, הסיכוי שיבואו בטענות אל השופט הממלא תפקיד זה קטן יותר מאשר במקרה שבו סמכויותיו של השופט ותפקידיו מנוסחים בשפה עמומה שניתן להטעינה במשמעויות רבות.

בית-המשפט העליון בישראל, בפועלו במסגרת תפקידו החוקתי, נתפס כחורג מתפקידו וכפועל באופן מרחיק-לכת משני טעמים עיקריים. ראשית, בית-המשפט קבע כי נתונה לו הסמכות לבטל חוקים הסותרים את חוקי-היסוד אף שסמכות זו לא עוגנה במפורש בחוקי-היסוד.<sup>155</sup> נוסף על כך, ולא באשמתו של בית-המשפט, הבסיס החוקתי של חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-היסוד: חופש העיסוק נתפס כרעוע, והעברתם בכנסת נתפסת כמחטף.<sup>156</sup> שנית, הפרשנות המרחיבה שנתן בית-המשפט למונח "כבוד האדם" ומתיחתו למגוון רחב של תחומים, לרבות תחומי המשפט הפרטי, יצרה תחושה של הסגת גבול מצד בית-המשפט אל תחום סמכותו של המחוקק.<sup>157</sup> מסקנה אפשרית היא שיש לעגן במפורש בחוקי-היסוד את סמכותו של בית-המשפט לבטל חוקים, מחד גיסא, ושעל בית-המשפט לנקוט ריסון עצמי בפרשנותם של חוקי-היסוד, מאידך גיסא.<sup>158</sup> בית-המשפט

152 ראו: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 126-135 (2nd ed., 1994) (להלן: Hart); יצחק

אנגלרד מבוא לתורת המשפט 92-94 (תשנ"א); שפירא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 247-250.

153 ראו ברק "על השקפת עולם דבר משפט", לעיל ה"ש 12, בעמ' 480; Hart, לעיל ה"ש 152, בעמ' 145. על פרשנות ראויה במסגרת דוקטרינת ריסון שיפוטי ראו להלן תת-פרק ד.

154 הדבר דומה לקושי בהגדרתו של "ספק סביר" במשפט הפלילי. ראו, למשל, עמנואל גרוס ומיכל עורקבי "מעבר לספק סביר" קרית המשפט א 229 (2001).

155 ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35.

156 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 90 ואילך.

157 לביקורת על פרשנות זו ראו, למשל, גבריאלה שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קרית המשפט א 41 (2001); דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 544, 603 (2001); הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).

158 ראו, למשל, את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד (3) 485, 497-498 (1996); "גם במדינות אחרות, בהן הסמכות לבטל חוקים קיימת ומקובלת זה מזמן, בתי המשפט גוזרים על עצמם ריסון רב עד שהם מבטלים חוק. קל וחומר כך בישראל, שעדיין לא עכלה כראוי את עצם הרעיון של ביקורת שיפוטית על חוקיות

ער, כמדומה, ללגיטימיות המוגבלת הניתנת לו בהקשרה של סמכותו החוקתית, ועל-כן הוא נמנע מפסילתם של חוקים אלא אם כן מדובר במקרה חריג ביותר.<sup>159</sup> יש לעודד גישה זו, בוודאי כל עוד סמכות זו לא עוגנה בחוק-יסוד.

במסגרת תפקידו המנהלי כבג"ץ, בית-המשפט נתפס כחורג מסמכותו וכמרחיק-לכת בהבנת תפקידו בשל כמה טעמים עיקריים: נכונותו לדון בעתירות ציבוריות נגד הרשות המבצעת וגופים ציבוריים (הרחבת זכות העמידה),<sup>160</sup> הרטוריקה שיוחסה לשופט ברק שלפיה "הכל שפיט", אשר נתפסה כביטול הפרדת הרשויות והשתלטות של הרשות השופטת על השיח הציבורי והפוליטי,<sup>161</sup> ופיתוחה של עילת הסבירות לממדים של "עילת-סל", שכוללת בתוכה את כל עילות הביקורת השיפוטית ואשר ישימה בכל מצב.<sup>162</sup> מאמר זה טוען כי יש הצדקה להרחבת זכות העמידה וליישום המוגבל של דוקטרינת השפיטות במסגרת המעבר מגישה פרוצדורלית-פורמליסטית לגישה מהותית. גישה זו מתמקדת בזכויות הפרט ונמנעת מיישום טכני ובלתי-מבחין של הדין. באשר למבחן הסבירות, אנשי אקדמיה בכירים ומומחים בתחומם טוענים כי בפועל מבחן הסבירות מוביל לביטול החלטות של רשויות המנהל רק במיעוט מן העתירות.<sup>163</sup> אולם עובדה זו רק מחזקת את התפיסה השגויה של בית-המשפט בעיני הציבור ואת מחיר הרטוריקה השיפוטית ("הכל שפיט", "מהפכה חוקתית", "הציבור הנאור" וכדומה). שיקום אמון הציבור בבית-המשפט בתפקידו המנהלי כרוך בעיקרו בשינוי הרטוריקה השיפוטית, תוך צמצום השימוש בעילת הסבירות, ובחזרה לעקרונות המוכרים באשר להתערבות בהחלטות מנהליות.<sup>164</sup>

מרכיב מהותי בהשבת אמון הציבור נעוץ בהימנעותו של בית-המשפט מקבלת החלטות בתחומים שנויים במחלוקת מבהינה ציבורית, כל עוד הוא לא הוסמך לכך מפורשות

---

החוקים: בית המשפט מצווה על ריסון רב במיוחד בתחילת הדרך. "ראו גם את דבריו של הנשיא (בדימוס) שמגר בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 372-373: "הארכנו בדברינו. הטעם לכך, בעיקרו, בצורך לנסות ולהתוות קווים אשר ישמשו אותנו בעתיד בעת בדיקת חוקתיותם של חוקים לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהקשר זה מן הנכון לשוב ולהזכיר כי בארצות בעלות מסורת חוקתית ארוכה משלנו, מקובל ונהוג כי הטענה בדבר אי-חוקתיות נבחנת בוהירות ותוך ריסון."

159 ראו לעיל ה"ש 35.

160 לביקורת על הגמשתה של זכות העמידה ראו, למשל, שגב, לעיל ה"ש 20; לוי, לעיל ה"ש 115, בעמ' 458-460; שטרית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 78-79.

161 לביקורת על התפיסה שלפיה "הכל שפיט" ולמגרעותיה ראו, למשל, את החלטת הכנסת מיום 29.11.1999 המופיעה אצל כהן, לעיל ה"ש 148, בעמ' 5; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 122, בעמ' 695-701; גבריאלה שלו "הסכמים ג'נטלמניים" משפטים לב 3, 21 (2002); גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 84-88; מעוז, לעיל ה"ש 145, בעמ' 107-118; שמיר, לעיל ה"ש 115, בעמ' 8.

162 לביקורת על עילת הסבירות ראו להלן תת-פרק 4, ובמיוחד ה"ש 206-209 והטקסט הסמוך אליהן.

163 ראו להלן תת-פרק 4.

164 ראו להלן תת-פרקים 11 ו-14.



וכל זמן שיש ביכולתו להימנע מקבלת החלטה. מוטב שהחלטה תתקבל על-ידי הגופים הפוליטיים או המקצועיים, מאחר שהכרעה על-ידי בית-המשפט תציג אותו בהכרח כגוף פוליטי המצדד בעמדה המקובלת על חלק מהציבור כנגד עמדות אחרות.<sup>165</sup>

### פרק ד: ביטוייה של תפיסת ריסון שיפוטי

הפרק הקודם עסק בשיקולים המצדיקים את קיומה של דוקטרינת ריסון שיפוטי, והדיון בהם סיפק שורה של תובנות באשר לאופן שבו יש ליישמה. גם בשיטות משפט אחרות דנים בסוגיות של ריסון שיפוטי ומנסים להגדירו. בלועזית המונחים השגורים בהקשר זה הם *judicial restraint* ו-*judicial deference*, אם כי תרגום מוצלח יותר לביטוי האחרון עשוי להיות "כיבוד שיפוטי".<sup>166</sup> בשנים האחרונות התפרסמה באנגליה כתיבה ענפה בנושא הריסון השיפוטי,<sup>167</sup> ונושא זה זוכה בתשומת-לב גם בארצות-הברית.<sup>168</sup> בפרק זה ייעשה

165 ראו, למשל, את דבריו של שופט בית-הלורדים Lord Hoffmann בעניין: R. (on the application of Pro-Life Alliance) v. BBC, [2003] UKHL 23, [2003] 2 W.L.R. 1403, par. 80: "Public opinion in these matters is often diverse, sometimes unexpected and in constant flux. Generally accepted standards on these questions are not a matter of intuition on the part of elderly male judges". Talmadge, לעיל ה"ש 118, בעמ' 723-724.

166 לשימוש במונח זה ראו גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 71. למשמעות המונח במשפט האנגלי ראו, למשל, Steyn, לעיל ה"ש 110, בעמ' 349. ראו גם: LORD LESTER OF HERNE HILL & DAVID PANNICK (EDS.), HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE par. 3.19 at n. 3 (2nd ed., 2004). יש כותבים המנסים להבחין בין *judicial deference* לבין *judicial restraint*. ראו Young, לעיל ה"ש 101, בעמ' 30. ראו גם: CONOR GEARTY, PRINCIPLES OF HUMAN RIGHTS ADJUDICATION 119-120 (2004). כותבים אחרים משלבים את שני המונחים יחדיו. ראו, למשל, Lairg, לעיל ה"ש 121, בעמ' 61.

167 ראו, למשל, Jowell, לעיל ה"ש 110; Young, לעיל ה"ש 101; Fredman, לעיל ה"ש 101; Richard Clayton, *Judicial Deference and 'Democratic Dialogue': The Legitimacy of Judicial Intervention under the Human Rights Act 1998*, PUB. L. 33 (2004); Francesca Klug, *Judicial Deference under the Human Rights Act*, 2 EUR. HUM. RTS. L. REV. 125 (2003); Richard Edwards, *Judicial Deference under the Human Rights Act*, 65 MODERN L. REV. 859 (2002). ראו במיוחד: T.R.S. Allan, *Human Rights and Judicial Review: A Critique of "Due Deference"*, 65 C.A.M.B. L.J. 671 (2006).

168 לספרות ולפסיקה בארצות-הברית העוסקים בנושא הריסון השיפוטי ראו, למשל: John A. Ferejohn & Larry D. Kramer, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, 77 N.Y.U. L. REV. 962 (2002).

ניסיון לרתום את תובנות הפרק הקודם ולהדגים ביטויים לתפיסת ריסון שיפוטי בהכרעותיו של בית-המשפט בתחומי המשפט הציבורי.

בניח שמוגשת עתירה נגד החלטת שר הביטחון למנות קצין בכיר לתפקיד צבאי רם-דרג בטענה שהאיש אינו כשיר לתפקידו בשל התבטאויות קודמות שלו והחלטות שקיבל בעבר, המצביעות, כך נטען, על זלוזל בחיי אדם. כיצד על בית-המשפט לנהוג? ניתן להציע כמה חלופות: בית-המשפט יכול להחליט לדחות את העתירה על הסף בשל חוסר שפיטות, ולנמק את החלטתו בכך שהוא אינו עוסק במינויים מקצועיים. לחלופין, הוא יכול לדון בעתירה לגופה, ולקבלה או לדחותה על בסיס עקרונות המשפט המנהלי – לדוגמה, הפעלת מבחן הסבירות וקביעה כי המינוי סביר או בלתי-סביר.<sup>169</sup> אפשרות נוספת היא סוג של דרך-ביניים. בית-המשפט לא יבחר בחלופה הראשונה, היות שלפיה, לכאורה, כל מינוי הוא חוקי, ללא קשר לאיכויות המועמד, לדרישות התפקיד ולנימוקיו של הגורם הממנה. אם החוק קבע תנאים מפורשים למינוי (למשל, גיל-מינויים או גיל-מקסימום),

שם, בעמ' 1001 כי דוקטרינות של ריסון שיפוטי התפתחו במשפט האמריקאי לאורך זמן ללא יד מכוונת. בניסיון לארגן את הדברים הם מאגדים את עקרונות הריסון השיפוטי תחת שלוש קטגוריות: עקרונות שפיטות, עקרונות של פדרליזם וכללי פרשנות חוקתית (שם). Zietlow מגדירה ריסון שיפוטי כגישה שיפוטית אשר מכבדת את מומחיותן של הרשויות האחרות ואת היתרון שיש להן ביצירת החוק, מהססת לבטל החלטות של הממשלה ומודעת למגבלותיו של בית-המשפט, ביניהן העדר ה-accountability של השופטים: Rebecca E. Zietlow, *The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)*, 69 OHIO ST. L.J. 255, 264 (2008). המלומדים Halpern & Lamb דנים בשש קטגוריות של ריסון שיפוטי: (1) "abiding by the intention of the framers; (2) avoiding judicial review of legislation except as a last resort; (3) avoiding constitutional questions whenever possible; (4) limiting issues to those reflected in the record; (5) avoiding advisory opinions; and (6) avoiding political questions" ראו: STEPHEN HALPERN & CHARLES LAMB, SUPREME COURT ACTIVISM AND RESTRAINT 14–21 (1982) Frederic R. Kellogg, *Holmes*, אצל: *Court Activism and Restraint*, 36 J. MARSHALL L. REV. 457, 457 at n. 3 (2003). לדיון נוסף בעקרונות הריסון השיפוטי ראו גם Talmadge, לעיל ה"ש 118; Michael L. Stokes, *Judicial Restraint and the Presumption of Constitutionality*, 35 U. Tol. L. REV. 347 (2003) (ניתוח הנחת-המוצא השיפוטי (פרומופציה) שלפיה חוקי הפרלמנט הם חוקתיים כל עוד לא הוכח מעבר לספק סביר כי החוק סותר את החוקה). ראו גם את כלל הפרשנות שנקבע על-ידי בית-המשפט העליון האמריקאי בפסק-הדין *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984) (העדפת פרשנות חוק סבירה של הרשות האדמיניסטרטיבית על פרשנותו של בית-המשפט). להרחבה על עקרון ה-Chevron Deference ראו: Kenneth W. Starr, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 YALE J. REG. 283 (1986).

169 כך נהג בג"ץ בעניין עתירה להקפאת מינויו של האלוף (דאז) דן חלוץ לתפקיד סגן הרמטכ"ל, כאשר קבע כי ההחלטה על מינויו אינה חורגת ממתחם הסבירות. ראו את דבריו של השופט לוי בבג"ץ 04/5757 הס נ' סגן הרמטכ"ל, פ"ד נט(6) 97, 114 (2005) (להלן: פרשת הס). ראו גם את דבריו של השופט עדיאל, שם, בעמ' 118.

על בית-המשפט לוודא שתנאים אלה התמלאו. אם הנימוק למינוי הוא על פניו לא-רלוונטי או זר, אין ספק שעל בית-המשפט להתערב במינוי. לכן טענת העדר שפיטות כמבחן-סף אינה ראויה. מחובתו של בית-המשפט להשתכנע שאין פגם בולט במינוי, ולשם כך עליו לבקש ולקבל פרטים לגבי המועמד, התפקיד ודרך קבלת ההחלטות שהובילה למינוי. הריסון השיפוטי מתבטא בכך שהנחת-המוצא של בית-המשפט – הנחת-אמת, שאינה רק מס-שפתיים – היא שהחלטת הרשות נעשתה על-פי הדין והוא אינו מעוניין להתערב בשיקול-דעתה. בשלב הראשון יבקש בית-המשפט לקבל פרטים על ההחלטה, ואם לא התגלה פגם מהותי וגלוי (אי-חוקיות ברורה, ראיות לכאורה לשחיתות) או בהעדר קיומם של "התנאים המיוחדים" שתוארו לעיל,<sup>170</sup> ידחה בית-המשפט את העתירה מבלי להכביר פרטים. הוא לא ינתח את ההחלטה לפני ולפנים, ולא ידון במשקלם של הנימוקים השונים ששקלה הרשות, אלא יקבע בתמציתיות כי לא התגלה פגם מהותי וגלוי בהחלטת הרשות. דחיית העתירה בדרך זו לא תהווה תמיכה בהחלטת הרשות לגופה (מבחינת מוסריותה, יעילותה או הצדק שבה), אלא הכרה בהעדר נימוק משפטי לפסילתה.<sup>171</sup>

מה ההבדל בין שלב-ביניים זה לבין בחינה מהותית "מלאה" של העתירה? במצב של בחינה מהותית מלאה בית-המשפט אינו מסתפק בבחינה ראשונית של העתירה. למשל, אם עיון ראשוני בחומר העתירה מגלה חשש ממשי לניגוד עניינים של הגורם הממנה, יבחן בית-המשפט באופן אינטנסיבי את התנהלותו של הגורם המחליט. אם עיון ראשוני בחומר העתירה מגלה מידע שלפיו המועמד אלכוהוליסט והגורם הממונה לא היה מודע לכך, אזי יש מקום לבחינה אינטנסיבית של ההחלטה. לעומת זאת, אם בשלב הראשוני מתגלות טענות כלליות ונימוקים לכאן ולכאן על אישיותו של המועמד ועברו, וכאשר מידע זה נשקל על-ידי הרשות, תפיסת הריסון השיפוטי מכוונת לדחיית העתירה. יש לזכור שאין זה סוף-פסוק. אם בית-המשפט יבהיר שהחלטתו היא משפטית בלבד, וכי הוא אינו עוסק בהיבטיו האחרים של המינוי (מוסריותו, יעילותו, תבונתו), אזי הדיון הציבורי, התקשורתית והפוליטי במינוי עשוי להימשך. לא נדע אם כך יקרה אלא לאחר שכל ה"שחקנים" הללו

170 ראו לעיל תת-פרק ג2: פגיעה ספציפית בפרט, כשל בהליך הדמוקרטי, נזק מידי ובלתי-הפיך.

171 לדעתי, כך היה ראוי לנהוג בעתירה נגד מינויו של חלוץ לסגן הרמטכ"ל (פרשת הס, לעיל ה"ש 169). ההחלטה על מינויו, הגם שעוררה סערה ציבורית, לא גילתה פגם בולט ומהותי בדרך קבלת ההחלטה. לא הוטל ספק בתום-ליבה של הרשות הממנה, היה ברור שכל המידע הרלוונטי היה גלוי לפני הרשות לפני המינוי, המינוי נשקל בכובד-ראש וברצינות, המינוי היה מקצועי, לא הייתה סכנה לפגיעה ספציפית בפרט מסוים, לא התקיים כשל בהליך הדמוקרטי שאפשר את המינוי, ולא היה חשש לפגיעה מיידית ובלתי-הפיכה כתוצאה מהמינוי. בית-המשפט נהג נכון כאשר נמנע מלדחות את העתירה על הסף מנימוקי אי-שפיטות, שכן לכך לא יכולה להיות הצדקה, כפי שתיארתי לעיל. מן הצד האחר, היה על בית-המשפט לנהוג בריסון שיפוטי, לדרוש (כפי שעשה) ולקבל הבהרות מהגורמים הממנים ומהמועמד, ובהעדר התנאים שצינו לעיל – להסתפק בחשיפת מלוא התמונה לפני הציבור, התקשורת והפוליטיקאים, ולדחות את העתירה. ניתוח המינוי באמצעות עילת הסבירות ובאמצעות השאלה איזה משקל נתנה הרשות לשיקולים השונים היה מיותר בנסיבות אלה.

(הציבור, התקשורת, הפוליטיקאים) יפנימו את השינוי התפיסתי שחל בבית המשפט העליון ובראיתו את תפקידו. יש גם לזכור שדחיית העתירה אינה סותרת את הגולל על עתירות נוספות בעתיד נגד החלטות ספציפיות של אותו בעל תפקיד שזה עתה מונה. דוגמה יפה להפעלת דוקטרינת ריסון שיפוטי מצויה בפסק-הדין שניתן לאחרונה בפרשת שליט.<sup>172</sup> בית המשפט התבקש להורות לממשלה לא ליישם את "הסדר הרגיעה" ברצועת-עזה בטרם ישוחרר החייל החטוף גלעד שליט. תוצאת העתירה, אילו התקבלה, הייתה אי-פיתחתם של מעברי הגבול והמשכו של הסגר הכלכלי על רצועת-עזה. העותרים העלו נימוקים משפטיים בתמיכה לעתירתם: הפרת התחייבות שלטונית, חוסר סבירות קיצוני, חוסר מידתיות ופגם בקבלת ההחלטה על-ידי ועדת השרים הרלוונטית. המדינה טענה כי יש לדחות את העתירה היות ש"מדובר בסוגיה מדינית-ביטחונית מובהקת, שהוכרעה על ידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי", ומכיוון ש"התערבות באותה החלטה משמעה העברת ניהולם של ענייני מלחמה, שלום ויחסי חוץ, לבית המשפט מידי מי שהוסמך לכך – הרשות המבצעת".<sup>173</sup>

בית המשפט העליון לא התייחס לטענה זו כאל טענת אי-שפיטות במובנה כטענת-סף, אלא כטענה שיש לה השפעה על הבחינה המהותית של העתירה. הריסון השיפוטי בפסק-הדין בא לידי ביטוי בכמה אופנים. ראשית, בית המשפט ניסה להביא לידי פתרון המחלוקת או צמצומה באמצעות הידברות בין העותרים והמשיבים. בית המשפט הורה לקיים פגישה בין הצדדים על-מנת לנסות להימנע מהכרעה במחלוקת הקשה, ועל-מנת לאפשר לרשות המנהלית לסיים את המחלוקת ללא התערבות שיפוטית.<sup>174</sup> שנית, בית המשפט נקט רטוריקה מאופקת. הוא הצהיר על מגבלות יכולותיו והכיר ביתרונותיה של הרשות המנהלית כבעלת הכישורים המתאימים לקבל את ההחלטה בנושא העתירה. השופט לוי כתב:

"חרף הצביון שמבקשים באי-הכוח המלומדים לשוות לדברים, וזו הרי מלאכתם, ההכרעה בשתי הסוגיות הראשונות להן נדרשת העתירה [הפרת התחייבות שלטונית, חוסר סבירות קיצוני וחוסר מידתיות] אינה מן העניינים בהם יוכל בית המשפט להושיט סעד".<sup>175</sup>

172 בג"ץ 5551/08 שליט נ' ממשלת ישראל, תק-על 2008(2) 4004 (2008) (להלן: פרשת שליט).

173 שם, ס' 3(ב) לפסק-הדין.

174 שם, ס' 4 לפסק-הדין. ניסיון דומה ניתן למצוא בבג"ץ 788/08 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מפכ"ל המשטרה, תק-על 2008(3) 240, פס' יא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (2008) (להלן: התנועה למען איכות השלטון נ' מפכ"ל המשטרה) (עתירה להורות על ביטולה של החלטת המשטרה להעביר את סנ"צ אפרים ארליך לתפקיד אחר בשורות המשטרה).

175 פרשת שליט, לעיל ה"ש 172, ס' 5 לפסק-הדין. השוו לבג"ץ 08/5856 פרהנגיאן נ' ממשלת ישראל, תק-על 2008(3) 165 (2008) (להלן: פרשת פרהנגיאן), שם דובר בעתירה להורות לממשלה להימנע ממסירת מידע במסגרת משא-ומתן מדיני על חילופי שבויים. העותרים העלו טענת חוסר סבירות, אולם הנשיאה בינש דחתה את העתירה מהטעם שהנושא העיקרי

דרך שלישית שבה התבטא הריסון השיפוטי במקרה זה הייתה הרחבת טווח שיקול-  
הדעת המנהלי החופשי מהתערבותו של בית-המשפט. כך קבע השופט לוי:

"מטבע הדברים, טיבו של הסכם הרגיעה ומרכיביו הם עניין להחלטה מדינית, וכזו  
שמורה מלאכת עיצובם לגורמים המדיניים. כללי המשפט המנהלי, כפי שגובשו  
בפסיקתו של בית-משפט זה, קובעים כי מרווח ההתערבות של בית-המשפט  
בשיקול דעתן של רשויות המנהל בענינים כגון דא צר הוא, ואחת היא אם נבחנים  
הדברים במשקפיה של עילת הסבירות או, כדרך המועדפת להשקפתי, אל מול  
עקרון המידתיות."<sup>176</sup>

ורביעית, בית-המשפט העביר מסר של כבוד לרשות המבוקרת באמצעות הימנעות  
מלהורות לה מה לעשות כאשר הדבר אינו נדרש. בית-המשפט סבר שעל ועדת השרים  
לשוב ולדון בעניינו של גלעד, אך נמנע מהוצאת צו שורה לוועדה לעשות זאת. השופט  
לוי כתב:

"...נוכח ההשלכות הלא-רצויות של... [הוצאת צו] והכרתנו שגם ללא צו של בית  
המשפט תשוב וועדת השרים לענייני ביטחון ותבחן את החלטתה – החלטנו להימנע  
מכך. ברוח זו גם החלטנו שלא להוציא צו ביניים."<sup>177</sup>

מאמר זה אינו מתיימר להציע תפיסה מלאה של ריסון שיפוטי, ומסתפק בהצגת כמה  
עקרונות פעולה שתפיסה זו מתבססת עליהם, ואשר יש מקום להמשיך לפתחם.

## 1. שינוי הרטוריקה השיפוטית

הדרך שבה בית-המשפט נתפס על-ידי הציבור, התקשורת והרשויות האחרות מושפעת  
מהרטוריקה שבה הוא משתמש בהכרעותיו. ככל שבית-המשפט מתרחק מליבת העיסוק  
המקצועי שלו – קביעת עובדות המקרה שלפניו, זיהוי הכללים המשפטיים החלים על  
המקרה ויישומם על העובדות – הוא מסתכן שיראו אותו כמי שחורג מסמכותו, כמי  
שאינו יודע מהו מקומו, כמי שמתיימר לעסוק בנושאים שהוא אינו מבין בהם ואשר אינם  
מענייניו. ריסון שיפוטי מתחיל בשינוי רטוריקה. על בית-המשפט לחזור ולכתוב פסקי-  
דין תמציתיים יותר, המתמקדים בסוגיות המשפטיות המונחות לפניו, ולהימנע מהבעת

בה לא היה נושא משפטי, אלא נושא מדיני-בטחוני שהממשלה היא הגוף המתאים לדון בו,  
והיות שלא הוכחו "נסיבות חריגות ביותר" המצדיקות התערבות שיפוטית.  
176 פרשת שליט, לעיל ה"ש 172, ס' 5 לפסק-הדין. השווה לפרשת התנועה למען איכות השלטון  
נ' מפכ"ל המשטרה, לעיל ה"ש 174.  
177 פרשת שליט, לעיל ה"ש 172, ס' 8 לפסק-הדין.

עמדות כוללניות ועקרונות בשעה שהדבר אינו נדרש לצורך ההכרעה באותו מקרה.<sup>178</sup> פרקטיקה כזו תעביר מסר של צניעות, מקצועיות ושמירה על גבולות השפיטה, מסר המכבד את הגורמים המבוקרים. חשוב לציין כי גם אם אכן שינה בית-המשפט העליון את תפיסת תפקידו, ועבר מגישה שלפיה תפקידו העיקרי הוא יישוב סכסוכים לגישה הרואה בבית-המשפט אחראי לשמירה על שלטון החוק במדינת-ישראל,<sup>179</sup> אין הדבר מצדיק את שינוי הרטוריקה השיפוטית כפי שהוא בא לידי ביטוי בפסיקה. בית-המשפט יכול לראות את עצמו כ"אורגן ממלכתי החייב לתרום את חלקו להשלטת שלטון החוק",<sup>180</sup> ולפתוח את דלתותיו "כאשר מדובר בהפרת חוק, או במעשה של אי חוקיות מצד רשויות הממשל במסגרת מילוי תפקידן; וכמובן כאשר מדובר בפגיעה שלא כדין בזכויות אדם",<sup>181</sup> ועם זאת להסתפק בהכרעה המציינת את העובדות, את הכללים המשפטיים הרלוונטיים ואת תוצאות יישומם של הכללים על העובדות, תוך צמצום התבטאויות לבר-משפטיות, אמרות-אגב ואמירות כוללניות שאינן נדרשות לצורך ההכרעה. הכרעה כזו תימצא בליבת העיסוק השיפוטי, ולא תיתפס כהתנהגות לא-ראויה של בית-המשפט.

178 ראו, למשל, לנדוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 7-6, המבקך את הדרך שבה כתב השופט ברק את פסק-הדין בפרשת רסלר, לעיל ה"ש 8. ראו גם לנדוי, לעיל ה"ש 92, בעמ' 698, המעביר ביקורת על סגנון כתיבתו של פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35. דוגמה עדכנית לרטוריקה שיפוטית שיש מקום להימנע ממנה היא האמירות הלב-משפטיות של השופט לוי (ביחס לתופעות חברתיות שונות, וביניהן מקרהו של השר רמון) בפסק-דין המיעוט שנתן בעניין עסקת הטיעון של הנשיא לשעבר קצב בפרשת פלוניא א, לעיל ה"ש 79. כך, למשל, כתב השופט לוי בפס' 70 לפסק-דינו: "לאחרונה הורשע שר בביצוע מעשה מגונה בקצינת צה"ל, ובמקום שהמערכת הפוליטית תסתייג ממנו, היא אימצה אותו אל חיקה בחום רב, ואף קידמה אותו לעמדה בכירה יותר מזו בה כיהן בעבר. ואם בכך לא די, טרחה מי שטרחה לארגן מקהלה של יחצנים ומעצבי דעת-קהל אשר הפנתה אצבע מאשימה לעבר גורמי התביעה כאילו אלה 'תפרו' תיק לאותו שר, וגם מבית-המשפט 'שהעז' להרשיעו הם לא חסכו את שבט לשונם." ביקורת על כך ניתן לראות בפסק-דינה של הנשיאה ביניש, שם, פס' 40. ראו גם גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 71: "אני ממליצה גם כי השופטים כולם יחזרו להבחין בין פסיקה ובין כתיבת מאמרים מלומדים... [פסיקה] אינה צריכה להיות הזדמנות לכתיבת מסות ארוכות, המתיימרות להסדיר סוגיות כלליות שאינן מתעוררות באותו מקרה."

179 ראו, למשל, שגב, לעיל ה"ש 20, בעמ' 505-506; סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 246-248; פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 462; בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(2) 62, 69 (2003), מפי השופטת פרוקצ'יה: "הרחבת המעמד היא חלק מתפיסה רחבה הרואה בתפקידו של בית-המשפט לא רק כמכריע בסכסוך בין צדדים אלא גם כמופקד על שמירת שלטון החוק, גם כאשר תפקיד זה אינו כרוך בהכרעה בסכסוך בין שני צדדים."

180 בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 441 (1980).

181 ראו את דבריה של נשיאת בית-המשפט העליון השופטת דורית ביניש בלשכת עורכי-הדין בטקס לציון פתיחת שנת המשפט התשס"ח (18.9.2007), [www.israelbar.org.il/article\\_inner.asp?pgId=56118&catId=6](http://www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=56118&catId=6).

## 2. העברת "מסר של כבוד" באמצעות שינוי כללי הפרשנות

קבלת יחס של כבוד היא צורך בסיסי של כל אדם,<sup>182</sup> וניתן לגזור זאת גם לגבי כל מוסד המורכב מבני-אדם. על בית-המשפט להעביר מסר של כבוד כלפי נמעני החלטתו, יהיו אלה הכנסת, הממשלה על זרועותיה או הפרט.<sup>183</sup> תחושתם של חברי בית-המחוקקים הישראלי היא שבית-המשפט מזלזל בהם, מתעלם מכוונתם בחקיקת חוקים ומעניק לחוקים פרשנות יצירתית אשר הולמת את ערכיו של בית-המשפט אך מרוחקת מרחק רב מדי מכוונת המחוקק.<sup>184</sup> זו הייתה אחת מטענותיו של שר המשפטים לשעבר פרידמן כלפי בית-המשפט העליון, אשר לתחושתו נהפך למחוקק נוסף במדינה.<sup>185</sup> גם פרופ' שטרית כתב על המתח שנוצר ביחסים שבין בית-המשפט והכנסת כתוצאה מן האופן שבו בית-המשפט מפרש את חוקי הכנסת:

"ככל שמדובר בסוגיית מעמדו של בית המשפט העליון ראוי להעיר כי מקור למתח ניכר בין בית המשפט ובין הכנסת, אשר גם אותו יש לנטרל או לצמצם לדעתי, הוא סוגיית פרשנות החקיקה. תפקידו המוסדי של בית המשפט על פי עקרון הפרדת הרשויות הוא לפרש חוקים שחוקק הפרלמנט. מטעם זה, בפרשו את החוקים, טבעי וראוי הוא שבית המשפט יחשיב בעיקר את כוונת המחוקק כאשר חוקקם, ואולם הגישה המקובלת על בית המשפט העליון במידה רבה איננה גישה זו, כי אם גישת הפרשנות התכליתית, אשר המייצג העיקרי שלה הוא הנשיא ברק. לפי גישה זו, פרשנות החקיקה תיקבע לפי תכליתה."<sup>186</sup>

182 על הצורך הבסיסי בכבוד ראו, למשל: A.H. Maslow, *A Theory of Human Motivation*, 50 (1943) PSYCHOL. REV. 370, 381–382.

183 על חשיבותו של מסר הכבוד (respect) לרשויות האחרות ראו פסק-הדין האמריקאי Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217 (1962). גביוון ממליצה על "התייחסות הרבה יותר רצינית לעקרון היסוד של כיבוד החלטתו של בעל הסמכות: עקרון ה-"deference". גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 71.

184 בעניין זה התבטא יושב-ראש (דאז) ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת חבר-הכנסת מנחם בן-ששון, אשר צוטט כאומר: "אני מקווה שבתי המשפט יקראו את החוקים לפי מה שאנחנו מבינים אותם, כפשוטם. צריך מידה של הגינות בקריאת החוק, שתהיה מידה של דרך ארץ כלפי המחוקקים, כי אנחנו מאוד משתדלים." ראו יובל יועז "אהרן ברק: לא יהיו חורים של אי שפיטות בהאג" הארץ 21.11.2007.

185 שר המשפטים פרידמן צוטט כאומר: "בחוק יסוד ישנו סעיף שאומר שאדם שהורשע בפלילים צריך לפרוש מתפקידו. אבל מה קורה עם אדם שהוגש נגדו כתב אישום? הסעיף אינו מציין שהוא צריך לפרוש – מבחינת חוק היסוד החוק ברור, אבל בא בית המשפט בטכניקה של פרשנות ומחוקק תוספת לחוק היסוד שאומרת שאם הוגש כתב אישום השר צריך לפרוש. זוהי תוספת שאינה כפופה לשום בקרה, זה בעצם אפשר לומר סוף פסוק." ראו שני מורחי "העליון משנה את צביון החוק" nrg 13.11.2007 [www.nrg.co.il/online/1/ART1/658/702.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART1/658/702.html).

186 שטרית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 34.

שיטת הפרשנות הנהוגה בבתי-המשפט בישראל היא שיטת הפרשנות התכליתית, ולאחר שהופנמה על-ידי השופטים, היא נהפכה לחלק מכלל הזיהוי של מערכת המשפט הישראלית, כלומר, היא כלי-עזר שהשופטים משתמשים בו לזיהוי המשפט.<sup>187</sup> אולם מתברר ש"שחקני" המשפט האחרים לא קיבלו שינוי זה באופן מלא: המחוקק אינו שבע-רצון מדרך פרשנות זו, המאפשרת הפחתה ניכרת במשקל כוונתו; עורכי-דין אנשי פרקטיקה מבקרים את השיטה כיוצרת אי-ודאות באשר למשמעות החוק;<sup>188</sup> וכותבים, פרשנים וחלקים בציבור רואים בה דרך "ערומה", חסרת יושר אינטלקטואלי, בשל חוסר הוודאות שבה, המורכבות הרבה שלה, המרכיב הסובייקטיבי הטמון בה והיותה חשופה למניפולציה של הפרשן. שיטת הפרשנות התכליתית נתפסת כאמצעי שיצרו השופטים על-מנת להעביר לעצמם, באופן מתוחכם, כוח מהמחוקק ומהרשות המבצעת.<sup>189</sup>

מסר של כבוד אינו מתמצה בשימוש במילים יפות שנבחרו בקפידה. על בית-המשפט לנקוט צעדים שיביאו לידי תפיסתו על-ידי הציבור כגוף ניטרלי שמטרתו עשיית צדק וכמוסד שמודע לכך שיש לו תפקיד צנוע יותר מזה של המחוקק, קרי: יישום ואכיפה של ההסדרים שנקבעו על-ידי המחוקק. בהתאם לכך יזקק בית-המשפט לפרשנות יצירתית, אקטיביסטית, רק במקרים שבהם הדבר הכרחי.<sup>190</sup> גישה זו מקובלת גם במקומות אחרים. בכריטניה, לדוגמה, יש לבית-המשפט האנגלי היתר, על-פי חוק זכויות האדם, לפרש את החוק האנגלי, ככל שהדבר אפשרי, כך שיתאם את האמנה האירופית לזכויות אדם.<sup>191</sup> בית-הלורדים הבהיר במקרים אחדים כי אל לבתי-המשפט "למתוח" יתר על המידה את פרשנותם, שכן בכך הם ייהפכו למחוקקים.<sup>192</sup> כותבים אנגלים התייחסו לכך שעדיף שבית-המשפט יעשה שימוש בסמכותו להצהיר כי חקיקה מסוימת אינה תואמת את האמנה ויותר מלאכת התאמתה של החקיקה לפרלמנט, ולא ינקוט פרשנות יצירתית שתמתח יתר על

187 לדיון בכלל הזיהוי ובמשמעותו ראו שפירא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 81-88. על הפיכת הפרשנות התכליתית לשיטת הפרשנות הנהוגת בישראל ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737, 738-737 (2002).

188 ראו שפירא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 326.

189 על הביקורת כלפי גישת הפרשנות התכליתית ראו שם, בעמ' 322-335.

190 ראו: Ruth Gavison, *The Role of Courts in Rifted Democracies*, 33 *ISR. L. REV.* 216, 235 (1999).

191 ראו: Human Rights Act 1998, § 3 (Eng.): "So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights"

192 ראו Fredman, לעיל ה"ש 101, בעמ' 79. ראו גם את אזהרתו של שופט בית-הלורדים Lord Hoffman לחבריו השופטים: "The courts should not, under cover of interpretation of the human rights of the individual, make decisions about what the general public interest requires. There is no individual right to have the law changed to accord with the court's perception of the general public interest. Once this happens, we have government by judges rather than government by the people." Lord Hoffman, *Separation of Powers*, *JUDICIAL REV.* 137, 140 (2002).



המידה את משמעות החקיקה האנגלית ואשר תצביע על חוסר ריסון שיפוטי.<sup>193</sup> השופטים הבריטים – גם בבית-הלורדים, שהוא הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר בבריטניה – מזכירים לעצמם את ההבחנה בין פרשנות של חוקים, שעליה להיות נאמנה ככל האפשר לכוונת הפרלמנט, לבין החקיקה השיפוטית, שיש לה מקום – אם כי מוגבל – כאשר הפרלמנט לא אמר את דברו. מושכלות-יסוד אלה מנחות את בתי-המשפט האנגליים גם במאה העשרים ואחת.<sup>194</sup>

לטעמי, אין כל פסול בגישה שיפוטית מאופקת. אין הכוונה בכך שבית-המשפט "יאמר הן" לגחמותיהם של המחוקק או הרשות המבצעת; יהיה עליו לעיתים לעמוד מול הרשויות האחרות, לרבות הכנסת, ולקבוע כי פעולותיהן אינן מתיישבות עם שלטון החוק. אבל הגישה הכללית אמורה להעביר מסר של כבוד לדעתן של הרשויות האחרות ולתפקידן. משמעות הדבר מבחינת בתי-המשפט בישראל היא נסיגה משיטת הפרשנות התכליתית או שינוי המשקלים המוענקים בה לתכלית האובייקטיבית ולכוונת המחוקק.<sup>195</sup> השינוי המרכזי בכללי הפרשנות יתמקד בהגברת המשקל הניתן לכוונתו של כותב הטקסט<sup>196</sup> ולמשמעות ה"טבעית", המקובלת, היומיומית של הטקסט.<sup>197</sup> זו פרשנות שמתמקדת יותר

193 Fredman, לעיל ה"ש 101, בעמ' 79; Young, לעיל ה"ש 101, בעמ' 33.

194 ראו, למשל, Steyn, לעיל ה"ש 110, בעמ' 347-348.

195 לדוגמה, בע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי, תק-על 2008(2) 2706 (2008), קבע בית-המשפט העליון כי לצורך חישוב מס שבח אין לסטות מנוסחת החישוב האריתמטית שנקבעה בחוק. בניתוח פסק-הדין של השופט נאור מציע ד"ר אמנון רפאל לראות בו נסיגה מפרשנות תכליתית לפרשנות לשונית של הדין הפיסקלי והעדפה של ודאות ויציבות על ערכים אחרים. ראו אמנון רפאל "יציבות במקום צדק" הארץ 3.6.2008.

196 ראו שטרית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 34-35. ראו גם שמעון שטרית על השפיטה 564-563 (2004).

197 עדות לפרשנות מצמצמת יותר ומרוסנת יותר של בית-המשפט ניתן לזהות בתחומי המשפט הפרטי, בין היתר כתוצאה מהשינויים הפרסונליים שחלו בבית-המשפט העליון עם תום העידן של הנשיא ברק והמינויים החדשים של עורכי-דין פרטיים לבית-המשפט העליון. שני פסקי-דין שניתנו לאחרונה בבית-המשפט העליון על-ידי השופט דנציגר סוטים מההלכה לעניין פרשנותו של חוזה שנקבע בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזם (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995), אשר הנשיא (לשעבר) ברק מוזהה עימה, וכן מהדיון הנוסף שחזר ונתן לה תוקף בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות-אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2) 1681 (2006). כך, בע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, תק-על 2008(1) 844, 840 (2008) (להלן: פרשת לוי), קבע השופט דנציגר כדלקמן: "אני סבור כי על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים ובהלכת ארגון מגדלי הירקות, מן הראוי כי במקום שבו לשון ההסכם היא ברורה וחד-משמעית, כמו המקרה שבפני, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם." ובע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים ישראל 1992 בע"מ, תק-על 2008(1) 2205, 2213 (2008), כותב השופט דנציגר: "באחרונה [פרשת לוי, שם] הבעתי את דעתי לפיה כאשר לשון ההסכם היא מפורשת, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם ואני סבור כי דברים אלה יפים גם לעניין שבפני... אין צורך לשער מה היתה כוונת הצדדים, הואיל והיא באה לידי ביטוי בצורה מפורשת ומדויקת בסעיפי הביטול הקבועים בהסכם."

במצוי ופחות ברצוי, יותר בקיים מאשר במה שהיה יכול להיות.<sup>198</sup> אי אפשר לפתח במסגרת מאמר זה תפיסה מקיפה של פרשנות שתהווה חלופה לשיטת הפרשנות התכליתית. ייתכן שהגיע הזמן לעשות זאת, אולם עד למציאת חלופה מתאימה כזו יש להתאים את הפרשנות התכליתית לתפיסה של ריסון שיפוטי.

### 3. דחיית עתירות על בסיס אי-התאמתן לדיון משפטי

המאמר טוען כי על בית-המשפט להימנע מדחיית עתירות על הסף מנימוקים של אי-שפיות מוסדית, אך מכיר בכך ששיקולים של אי-שפיות מוסדית משמשים את בית-המשפט במהלך הבחינה העניינית של העתירה, וטוען כי ראוי ששיקולים אלה ישפיעו על החלטתו של בית-המשפט לדחות את העתירה במקרים אשר אינם מתאימים לדיון משפטי ומצדיקים ריסון שיפוטי רב. לפיכך, אם הגיע בית-המשפט למסקנה, לאחר קבלת המידע הרלוונטי, כי העניין אינו מתאים להכרעה בבית-המשפט, הוא ינמק את החלטתו וידיגיש את העובדה שבית-המשפט עשה שימוש בשיקול-דעתו לא להתערב בהחלטתן של הכנסת או הרשות המבצעת מתוך הכרה שהוא אינו הגורם המתאים לקבל את ההחלטה. בעשותו כן ישיג בית-המשפט כמה מטרות: ראשית, הוא יעביר מסר לציבור ולמתדיינים

198 באנגליה, למשל, כאשר בית-המשפט מפרש חוק של הפרלמנט הבריטי לאור האמנה האירופית לזכויות אדם, הוא שוקל אם הפרשנות המוצעת עומדת בסתירה למרכיב מהותי בחוק, אם ניתן ליישב אותה עם מדיניות הפרלמנט, ואם להכרעה השיפוטית יהיו השלכות מרחיקות-לכת. בפסק-הדין בעניין Ghaidan v. Godin-Mendoza, [2004] 3 W.L.R. 113 (להלן: פרשת Ghaidan) נדרש בית-המשפט להכריע אם מילות החוק האנגלי "אדם הגר עם הדייר המקורי כאישה או כבעל" חלות גם על אדם שהיה במערכת יחסים הומוסקסואלית יציבה עם הדייר המקורי. בית-הלורדים קבע שהחוק האנגלי אינו מתיישב עם הסעיפים הרלוונטיים של האמנה האירופית לזכויות אדם, אך ניתן לפרשו בצורה התואמת את האמנה, כלומר, ניתן להחילו גם בנסיבות שתוארו לעיל. השופטים הגיעו למסקנה שפרשנות זו, הגם שהיא מהווה חקיקה שיפוטית, היא פרשנות לגיטימית. זאת, לאחר שהשתכנעו כי פסיקתם אינה עומדת בסתירה למרכיב מהותי בחוק, כי היא עולה בקנה אחד עם המגמה הליברלית של המדיניות החברתית שהפגין הפרלמנט בכמה תיקוני חקיקה שהרחיבו את תחולת החוק גם למערכות יחסים גמישות יותר בין גברים לנשים, וכי לפסיקתם לא יהיו השלכות מעשיות מרחיקות-לכת. ניתן להשוות פסק-דין זה להחלטה אחרת של בית-הלורדים בעניין: Bellinger v. Bellinger, [2003] UKHL 21. באותו עניין התבקש בית-הלורדים להחיל את הוראות החוק המתיר נישואים בין "זכר" (male) ו"נקבה" (female) על טרנסג'נדרים. בית-הלורדים סירב לעשות כן היות שחש כי פרשנות כזו תהיה רדיקלית מדי ותהווה חקיקה שיפוטית החודרת לתחומי של הפרלמנט ומתקנת את החוק במקומו. במקרה זה, להבדיל מפרשת Ghaidan לעיל, לא נמצאו תיקוני חקיקה של הפרלמנט או עדות למדיניות חברתית שנוקטה על-ידי הפרלמנט המאפשרים להגיע למסקנה זו. זוהי עדות לריסון שיפוטי ולהפגנת כבוד מצד בית-המשפט כלפי המחוקק, ויש סיבה טובה לעשות כן. להרחבה ראו Young, לעיל הי"ש.

הפוטנציאליים כי לא "הכל שפיט", וכי יש מקרים שבהם בית-המשפט אינו מתערב. פעולה זו תמחיש לציבור כי בית-המשפט אינו גוף "כל-יכול" שביכולתו לפתור את כל בעיותיה של החברה, וכך תיווצר קרקע פורייה להתפתחותן של דרכים חלופיות להשגת שינויים חברתיים. במקביל תשדר פעולה זו מסר לכנסת ולממשלה כי בית-המשפט אינו מנסה לחתור תחתן, לנגוס בסמכויותיהן, למלא את תפקידן או לפגוע בכבודן. שנית, נכונות של בית-המשפט להימנע מלדון בעתירות תוביל להגברת אחריותן של רשויות השלטון לטיפול בבעיות, מכיוון שהן לא יוכלו לחמוק מאחריות בטענה שבית-המשפט מגביל אותן בביקורתו השיפוטית.<sup>199</sup>

בדחיית עתירות על בסיס ריסון שיפוטי אין בית-המשפט גורע מסמכותו ומיכולתו לדון בנושא מסוים בעתיד אם יעלה הצורך. בית-המשפט העליון אינו כבול בתקדימו ורשאי לסטות מהם.<sup>200</sup> נוסף על כך, היכולת להבחין בין מקרים תעניק לבית-המשפט גם בעתיד את הגמישות הנדרשת על-מנת לקיים דיון בנושא שבעבר נדחה.<sup>201</sup> בית-המשפט יוכל לקבוע כי בנסיבות המקרה הנוכחיות אין הוא סבור כי ראוי שהוא יתערב, משיקולים של ריסון שיפוטי, אך הוא שומר לעצמו את הזכות לשוב ולדון בעתירה אם ישתנו הנסיבות ותוגש עתירה נוספת. האתגר הוא בהעברת מסר של הצטמצמות שיפוטית תוך שמירה על פתח שיאפשר התערבות במקרים מתאימים בעתיד.<sup>202</sup>

#### 4. צמצום השימוש במבחן הסבירות

קיימת זיקה הדוקה בין אופן יישומו של מבחן הסבירות לבין דוקטרינת הריסון השיפוטי. למעשה, יישומו הנרחב של מבחן הסבירות הביא לידי צמצומה של דוקטרינת אי-השפיטות הנורמטיבית והמוסדית גם-יחד: במקום שבו ניתן ליישם את מבחן הסבירות על כל החלטה שלטונית אי-אפשר לדבר על חלל נורמטיבי, שכן תמיד קיימת אמת-מידה משפטית לבחינת הפעולה השלטונית; ובמקום שבו מעדיפים את בחינתה של כל עתירה על בסיס מהותה (כלומר, אם היא סבירה או לא) על בחינת שפיטותה, דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית נהפכת לריקה מתוכן. על הסכנה שבהגברת השימוש בעקרון הסבירות לצד צמצום בהחלטה של דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית עמד הנשיא לשעבר שמגר

199 דוגמה לכך יכולה להיות החלטת בג"ץ בפרשת פרהנגיאן, לעיל ה"ש 175. הנשיאה ביניש מדגישה כי נושא העתירה אינו מתאים להכרעה שיפוטית, אלא מצוי בתחום החלטתה של הממשלה. היא נמנעת מדיון ארכני בפרטי המקרה ובשיקולי הממשלה. כמו-כן היא נמנעת מהחלת עילת הסבירות על החלטת הממשלה ומהרטוריקה הנלווית לכך. היא מסתפקת בציון העובדה שלא התקיימו נסיבות חריגות המצביעות על הפעלת שיקול-דעת פסול על-ידי הממשלה, אשר מצדיקות התערבות שיפוטית.

200 ראו ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

201 על משמעותה של ההבחנה בין מקרים ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 119 (1987).

202 השאלה מהם אותם מקרים מתאימים של "נסיבות חריגות" היא סוגיה בפני עצמה, הראויה לדיון נפרד. קטגוריות אלה יתפתחו עם הזמן כתוצאה מהפעלת שיקול-דעת שיפוטי.

בפרשת רסלר,<sup>203</sup> ודברים אלה יפים גם באשר לדוקטרינת הריסון השיפוטי: הפעלה נרחבת של מבחן הסבירות אינה מתיישבת עם תפיסה של ריסון שיפוטי. הנשיא (לשעבר) ברק אחראי במידה רבה לפיתוחו של מבחן הסבירות ולריקונה של דוקטרינת השפיטות המוסדית מתוכנה. לגישתו, דחיית עתירה מטעמים של העדר עילה (קרי, החלטת הרשות אינה בלתי־סבירה) עדיפה על דחייתה מטעמים של חוסר שפיטות.<sup>204</sup> ברק נימק את גישתו בכותבו:

”דרך זו ראויה היא, שכן היא מגבירה את אמון הציבור ברשויות השלטון ומאפשרת לבית המשפט העליון להגשים את תפקידו בחברה דמוקרטית.”<sup>205</sup>

ספק אם השימוש הנרחב במבחן הסבירות אכן השיג מטרה זו. מבחן הסבירות הוא מבחן בעייתי, וביקורת רבה נמתחה עליו על־ידי אנשי אקדמיה, שופטים ועורכי־דין העוסקים בפרקטיקה.<sup>206</sup> על־פי הרטוריקה השיפוטית, מבחן הסבירות מגביל את השופט,<sup>207</sup> אולם תחושתם של רבים היא כי מבחן הסבירות הוא מבחן סובייקטיבי ועמום,<sup>208</sup> אשר

203 שמגר כתב כי שאלת כינון היחסים בין ישראל לגרמניה אינה מתאימה לדיון בבית־ המשפט במסגרת עילת הסבירות (אף שפורמלית ניתן אולי לעשות כן, במסגרת השפיטות הנורמטיבית), היות ש”הדיון בשאלת הסבירות היה אוסף על הפורום השיפוטי נושא אשר הוא אינו מתאים לדיון בו מכל וכל. השאלה שתוארה לעיל ראויה לדיון פוליטי, הסטורי, פילוסופי או אף רגשי, אך המבחנים שבאמתחתו של בית המשפט אין בהם מאומה כדי לחבוק היבטים מגוונים אלה וכדי להיות מעורב בהם” (פרשת רסלר, לעיל ה”ש 8, בעמ’ 521–522). שמגר אף הוזהיר כי “לא ניתן יהיה לקיים מערכות שלטון תקינות – ובתוך זה בית משפט הפועל כנדרש – אם כל הבעיות הפוליטיות יחלו לעשות דרכן לבית המשפט כדי להבחן שם לפי אמות מידה משפטיות” (שם, בעמ’ 523–524).

204 ראו לעיל ה”ש 145.

205 ראו ברק, שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה”ש 145, בעמ’ 283.

206 שמיר, לעיל ה”ש 115; לנדוי, לעיל ה”ש 12; מיכל שקד “הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי” משפטים יב 102 (תשמ”ב) (להלן: שקד); מעוז, לעיל ה”ש 145, בעמ’ 104–118. לדעה אחרת השוו קרמניצר, לעיל ה”ש 12, בעמ’ 187–190.

207 ראו, למשל, השופטת פרוקצ’יה בפרשת אומין, לעיל ה”ש 62, בעמ’ 2819.

208 ראו, למשל, בג”ץ 07/5853 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ’ אהוד אולמרט, תק”על 2007(4) 3346 (2007) (להלן: פרשת רמון), לגבי סוגיית מינויו של חבר־הכנסת רמון לתפקיד שר ומשנה לראש הממשלה. השופטות פרוקצ’יה וארבל נחלקו ביחס לשאלת סבירותה של ההחלטה למנותו לשר: שופטת הרוב פרוקצ’יה סברה שההחלטה עומדת במבחן הסבירות, ואילו שופטת המיעוט ארבל סברה שהמינוי נגוע באי־סבירות. הסובייקטיביות של המבחן נגלית לנוכח המשקל השונה שנתנו שתי השופטות לנסיבות השונות של המקרה: השופטת פרוקצ’יה הדגישה את העדר הקלון במעשה (על־פי פסיקתה של הערכאה הראשונה), את העדרו של פגם מוסרי מובנה, את התאמתו של רמון לתפקיד לנוכח נסיונו ויכולותיו, ואת העובדה שעל בג”ץ לפעול בריסון שיפוטי במקרים של מינויים ממשלתיים; ואילו השופטת ארבל הדגישה את עובדת הרשעתו בעברה פלילית חמורה, את בכירותו ומעמדו של רמון,

נהפך למעשה לכלי רב-עוצמה בידי בג"ץ, אשר משתמש בו על-מנת להתערב בהחלטות שלטוניות ולהחליף את שיקול-דעתן בשיקול-דעתו.<sup>209</sup>

בעיצוב מבחן הסבירות בפרשת דפי זהב<sup>210</sup> ולאחר-מכן בפרשת רסלר,<sup>211</sup> עשה השופט ברק שימוש בנוסחת הסבירות שטבע Lord Greene בפסק-הדין האנגלי המפורסם בפרשת Wednesbury.<sup>212</sup> השופט ברק קבע כי "על הרשות השלטונית לבחור אותה דרך פעולה שרשות שלטונית סבירה היתה בוחרת בנסיבות העניין",<sup>213</sup> ותוך שימוש מדויק בנוסחת פסק-הדין האנגלי, הגיע למסקנה כי "איני סבור כי ניתן לומר שעמדתו של שר הבטחון היא כה בלתי סבירה עד כי שום שר בטחון סביר בישראל אינו רשאי לקבלה".<sup>214</sup>

אולם בעוד שבמשפט האנגלי ניתן למבחן הסבירות פירוש מצומצם עד כדי כך שיישומו נהפך לבלתי-אפשרי כמעט, שכן הוא הצריך פעולה קיצונית ולא-רציונלית מצד הרשות,<sup>215</sup> בישראל נהפך מבחן הסבירות לעילת ביקורת מרכזית ומובילה במשפט המנהלי.<sup>216</sup> נוסף על כך, בעוד שבמשפט האנגלי לא כלל מבחן הסבירות איזון ושקילה של האינטרסים

- 
- את העובדה שמדובר במקרה שאירע לפני זמן קצר, ואת הציפייה שאיש-ציבור ישמש דוגמה ומופת לציבור – כל זאת כעילה להתערבות במינוי.
- 209 ראו, למשל, גורדון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 68–70.
- 210 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1981).
- 211 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8.
- 212 ראו לנדוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 9–14; Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223.
- 213 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 481.
- 214 שם, בעמ' 505.
- 215 ראו Lairg, לעיל ה"ש 121, בעמ' 66. ברק, כשופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 145, בעמ' 368, טוען כי מבחן חוסר הסבירות הקיצוני רוכך במשפט האנגלי, ודרישת הקיצוניות נונה. הוא מסתמך בדבריו על ספרו של P.P. CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 613 (5th ed. 2003), ועל פסק-הדין של בית-הלורדים *ex parte R v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532, 549. למשל: H.W.R. Daly, [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532, 549. לפרשנות שונה ראו, למשל: WADE & C.F. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 367–368, 371–372 (9th ed. 2004). לגישתם של המחברים, בית-הלורדים נמנע מביטול גורף של מבחן הסבירות המחמיר בכל תחומי המשפט. נראה כי יישומו של מבחן סבירות מרוכך מוגבל למקרים של פגיעה בזכויות אדם, בין היתר בעקבות קבלת האמנה האירופית לזכויות אדם באמצעות החוק האנגלי Human Rights Act 1998, c. 42, וגם במקרים אלה יש התחבטות אם אין מקום להעדיף את עילת המידתיות על עילת הסבירות. ראו גם: T.R. Hickman, *The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere*, 63 CAMB. L.J. 166 (2004).
- פסק-דינו של שופט בית-הלורדים Lord Walker בעניין: *R. v. British Broadcasting Corporation, ex parte Prolife Alliance*, [2003] UKHL 23, pars. 131–135, 144.
- 216 ראו, למשל, אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – עילות ההתערבות 221–222, 257 (2008).

והשיקולים שאליהם התייחסה הרשות בהחלטתה,<sup>217</sup> במשפט הישראלי הוגדר חוסר סבירות כמשקל בלתי-ראוי שניתן לשיקולים ששקלה הרשות ואיזון בלתי-ראוי בין אותם שיקולים.<sup>218</sup> תוצאת המשמעות הנרחבת שהוענקה למבחן הסבירות בישראל מעמידה בספק את יכולתו של בית-המשפט להימנע מלהחליף את שיקול-הדעת של הרשות בשיקול-דעתו שלו,<sup>219</sup> היות ששקילת שיקולי הרשות וקביעת המשקל היחסי ה"נכון" לכל אותם שיקולים מערב את בית-המשפט בתוכנה המהותי של ההחלטה המנהלית.<sup>220</sup>

תפיסה של ריסון שיפוטי מחייבת לפיכך צמצום בשימוש במבחן הסבירות.<sup>221</sup> יש כותבים הטוענים שמבחן הסבירות מיושם כבר עתה בזהירות רבה על-ידי בית-המשפט, ומביא לידי פסילת החלטות של הרשות במקרים מעטים בלבד.<sup>222</sup> גם אם הדבר נכון, הוא מצביע על כך שזקוק של מבחן הסבירות עולה על תועלתו. על בית-המשפט להעדיף לעשות שימוש בעילות המוכרות והמצומצמות יותר בתכולתן, לנמק את דחיית העתירה בנימוקים המצביעים על העדר עילה, ו"לשמור" את מבחן הסבירות במקרים הקיצוניים באמת המצדיקים התערבות בהחלטת הרשות.<sup>223</sup>

גישה מצמצמת להפעלת מבחן הסבירות ניכרת בפסיקתו של השופט גרוניס, הסבור כי יש להפעיל את מבחן הסבירות במשורה, קרי, רק באותם מקרים שבהם יש חשש לפגיעה שלטונית בזכויות האדם. במקרים אחרים – כך פסק בפרשת רמון<sup>224</sup> ובפרשת אומץ<sup>225</sup> –

217 ראו, למשל, Lairg, לעיל ה"ש 121, בעמ' 62.

218 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 488. גם במשפט האמריקאי נעשה שימוש במבחן סבירות לביקורת שיפוטי של החלטות מנהליות, אולם נכונותו של בית-המשפט להתערב מצומצמת יותר בהשוואה למשפט הישראלי, ונוטה להתמקד יותר בהחלטות שרירותיות, בהחלטות שלא התחשבו בכל השיקולים הרלוונטיים או בהחלטות הפוגעות בזכויות חוקתיות. ראו Bendor, לעיל ה"ש 149, בעמ' 358-359.

219 ראו דותן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 23; גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 89-90.

220 ראו את פסק-דינו של השופט גרוניס בפרשת רמון, לעיל ה"ש 208, בעמ' 3382.

221 הניתוח לעיל עשוי להיות רלוונטי גם לגבי מבחן המידתיות. לצד עילת הסבירות החל בית-המשפט לפתח במהלך שנות התשעים את עילת המידתיות, אשר בוחנת את האמצעים שנקטה הרשות, אף אם החלטתה הייתה סבירה, ושוקלת אם אותם אמצעים היו דרושים יחסית למטרה שהציבה הרשות או שמא היה אפשר להשיג אותה מטרה באמצעים חמורים פחות (סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 269-270). לאמתו של דבר, גם עילת המידתיות אינה מדויקת, וגם ביישומה נעשה שימוש במינוח של "מתחם מידתיות", בדומה ל"מתחם הסבירות" העמום. הנשיא (לשעבר) ברק התייחס לכך בעצמו בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006 (4) 3958 (2006).

222 ראו, למשל, קרמניצר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 190. גם המתנגדים לשימוש הנרחב בעילת הסבירות מכירים בכך. ראו, למשל, גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 88.

223 השוו לגישתו של השופט גרוניס בפרשת רמון, לעיל ה"ש 208, בעמ' 3382, וכן לגישתו של לנדוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 13. ראו גם שקד, לעיל ה"ש 206, בעמ' 128.

224 פרשת רמון, לעיל ה"ש 208.

225 פרשת אומץ, לעיל ה"ש 62.

אין לבית-המשפט כישורים מיוחדים העולים על אלה של האזרח או של הרשות בקביעת סבירותה או אי-סבירותה של החלטה.<sup>226</sup>

אפשרות נוספת לצמצום תחולתה של עילת הסבירות היא להדגיש כי הרף שבית-המשפט מיישם בקביעת אי-סבירות הוא אי-סבירות "מהותית" או "קיצונית", להבדיל מאי-סבירות "רגילה".<sup>227</sup> מכיוון שמדובר במבחנים עמומים (מהי אי-סבירות מהותית או קיצונית, ומה ההבדל בינה לבין אי-סבירות "רגילה"), מוצע להגביל את תחולת המבחן באמצעות כללי-עזר. כלל-עזר אפשרי אחד הוא הכלל שלפיו "אם יש ספק, אזי אין ספק", כלומר, אם השופט מתחבט בשאלת אי-סבירותה של ההחלטה המנהלית, אזי הקו המנחה יהיה אי-התערבות בהחלטה.<sup>228</sup> כלל מדריך נוסף יכול להיות דרישה להחלטה פה אחד, כלומר, אם בהרכב יושבים כמה שופטים ואין ביניהם הסכמה באשר לאי-סבירותה של ההחלטה, אזי היא אינה "קיצונית" או "מהותית" במידה מספקת לפסילתה.<sup>229</sup>

## 5. הכרה במגבלות הכוח, הידע והתפקיד

תפיסה של ריסון שיפוטי כרוכה בהכרה של בית-המשפט כי הוא אינו יכול לפתור את כל בעיותיה וחוליייה של החברה בישראל,<sup>230</sup> כי הוא אינו יכול להושיט סעד לכל פונה,

226 ראו פרשת רמון, לעיל ה"ש 208, בעמ' 3382.

227 השוו לדבריו של השופט גרוניס, שם: "אפשר שראוי לחזור לשימוש במינוח של חוסר סבירות קיצוני, שדומה שנשתכח במקצת. כמובן, שגם מבחן מילולי כזה סובל מחוסר דיוק וכרוך הוא במידה לא קטנה של שיקול דעת שיפוטי. עם זאת, השימוש בתואר 'קיצוני' יש בו כדי להוות תמרוז אוהרה לבית המשפט. על בית המשפט להימנע מלשים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות, לא רק כעניין רטורי אלא גם מבחינה יישומית."

228 ספק באשר לאי-סבירותה של ההחלטה המנהלית אמור להוביל לריסון שיפוטי ולהימנעות מהתערבות בהחלטה. ספק כזה יכול להתעורר, לדוגמה, כאשר דרישה משפטית מסוימת עמומה ויכולה להתפרש בדרכים שונות; כאשר אי-החוקיות אינה בוטה והפגיעה אינה חריפה; כאשר שיקול-הדעת שהוענק לרשות רחב (ראו, למשל, בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, 469-470 (2004) - ביקורת שיפוטית מצומצמת על שיקול-הדעת הרחב של ראש הממשלה בעניין העברת שר מכהונתו); כאשר לרשות יש מומחיות מיוחדת בנושא העתירה (ראו הרחבה בפרשת פנחס כהן, לעיל ה"ש 78); כאשר הרשות פעלה בתום-לב (ראו, למשל, גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 81); או כאשר אין הסכמה בין שופטי ההרכב באשר לאי-חוקיותה של החלטת הרשות.

229 השוו להצעות בתחום המשפט הפלילי להתמודד עם הקושי לקבוע מהו "ספק סביר" לעניין הרשעתו של אדם באמצעות קביעה כי הרשעה של אדם בפלילים תהיה אפשרית רק אם ההחלטה ניתנה פה אחד על-ידי כל השופטים. ראו הצעת חוק לתיקון חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (מותב של שניים והרשעה פה אחד), התש"ס-2000, ה"ח 1817, וכן פניית הסנגוריה הציבורית בעניין זה מיום 23.10.2007 אל שר המשפטים, [www.pnns.co.il/modules.php?n\\_ame=News&file=article&sid=4459](http://www.pnns.co.il/modules.php?n_ame=News&file=article&sid=4459).

230 ראו, למשל, השופט זמיר בבג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד

וכי עליו להיות זהיר בהחלטותיו כאשר הן מעצבות ערכים שנויים במחלוקת. דרך-המלך להשגת שינויים חברתיים, על-פי תפיסה זו, היא באמצעות פעילות אורחית פוליטית, ולא באמצעות הכרעה משפטית. עיצוב נורמות התנהגותיות, חברתיות ושלטוניות צריך להיעשות באמצעות אכיפה קפדנית של הוראות החוק כפי שנקבעו על-ידי המחוקק, וכאשר הנורמות המשפטיות אינן מספקות את המענה הרצוי, ראוי כי נטיית בית-המשפט תהיה להותיר את השלמת המארג הנורמטיבי למחוקק. על בית-המשפט לאותת לציבור ולרשויות השלטון שהוא אינו אמצעי מוביל לשינוי המצב הקיים וליצירת זכויות חדשות, אלא "רשת-ביטחון" למקרה של פגיעה בזכויות הפרט. על בית-המשפט להעביר בהחלטותיו מסר לציבור ולרשויות השלטון שהוא אינו "יודע-כל", כי הוא אינו "כל-יכול", וכי הוא מותיר מקום גם לביקורת שאינה משפטית באמצעות מנגנוני פיקוח חלופיים, כגון ביקורת פרלמנטרית, ציבורית ותקשורתית.

## פרק ה: סיכום

מאמר זה בחן את הסוגיה של צמצום גבולות הביקורת השיפוטית על הכנסת ועל הממשלה באמצעות חקיקה המגבילה את שפיטותם של עניינים מסוימים בבית-המשפט העליון או באמצעות הגבלות שבית-המשפט מטיל על עצמו על-ידי הפעלת דוקטרינת שפיטות מוסדית במובנה כמבחן-סף פרוצדורלי לדיון בעתירות.

המאמר הראה שבית-המשפט העליון זנח את מובנה המקורי של דוקטרינת השפיטות כמבחן-סף פרוצדורלי לסינון עתירות שאינן ראויות לדיון משפטי, ושילב את נימוקי אי-השפיטות כחלק מבחינה עניינית של נושא העתירה לקראת ההכרעה אם לדחות את העתירה או לדון בה. המאמר העלה את הטענה שמבחינה עיונית אין זה נכון לראות פרקטיקה שיפוטית זו כהפעלה של דוקטרינת שפיטות, היות שאין מדובר בהפעלת מבחן-סף פרוצדורלי ובהימנעות מדיון שיפוטי בנושאים המסווגים כבלתי-שפיטים, אלא יש לראותה כחלק מתפיסה רחבה יותר של ריסון שיפוטי. גישה של ריסון שיפוטי אינה מוגבלת לשלבים מקדמיים של בחינת העתירה, אלא חלה גם על הבחינה המהותית של העתירה ועל קביעת מתחם שיקול-הדעת של הרשות שבו אין בית-המשפט מתערב. המאמר הביא דוגמות מפסיקת בית-המשפט העליון שנועדו להמחיש טענות אלה.

המאמר בחן שורה של נימוקים המועלים על-ידי התומכים בהגבלת השפיטות בבית-המשפט העליון, והראה כי בין שהגבלה תהא בחקיקה ובין שהיא תושג על-ידי הגבלה עצמית באמצעות הפעלת שיקול-הדעת שיפוטי, אין בכוחם של נימוקים אלה לבסס מבחינה נורמטיבית הצדקה ראויה להגבלת הביקורת השיפוטית בחקיקה או למבחן-סף

נה(2) 455, 479 (2001): "בדמוקרטיה יש לבית המשפט תפקיד חשוב מאד, אך תפקיד מוגבל, ואין הוא אמור או מסוגל לפתור כל תקלה ולהושיע בכל משבר."



של העדר שפיטות מוסדית. לפיכך יש להימנע מחקיקה הקובעת אזורים של "אי-שפיטות" או מפרקטיקה שיפוטית העושה שימוש בדוקטרינת השפיטות כמבחן-סף פרוצדורלי. עם זאת, נטען כי הכרה בחשיבותם ובמשקלם של נימוקים אלה מצדיקה את שילובם בתפיסת השיפוט של בית-המשפט, ולטענת המאמר, הביטוי לתפיסה שיפוטית זו הוא דוקטרינת הריסון השיפוטי.

דוקטרינת ריסון שיפוטי בתחומי המשפט הציבורי משקפת לדעתי תפיסה שיפוטית המכירה במגבלות הכוח, הידע והתפקיד של בית-המשפט. תפיסה זו באה לידי ביטוי ברטוריקה שיפוטית מתונה, בהעברת מסר של כבוד לרשויות השלטון האחרות, בהחזנה של מקרים שאינם מתאימים לדיון משפטי ובצמצום השימוש בעילת הסבירות. מרכיבים אלה אינם מייצגים את כל ביטויי הריסון השיפוטי, ויש מקום להמשיך לפתח את הדיון בתפיסה זו.

למאמר יש חלק תיאורי וחלק נורמטיבי. בחלקו התיאורי תיאר המאמר את הפרקטיקה שהתפתחה בבית-המשפט העליון, שלפיה דוקטרינת השפיטות המוסדית אינה מיושמת הלכה למעשה (גם אם הרטוריקה השיפוטית עושה בה עדיין שימוש), והראה כי בפועל בית-המשפט משתמש בדוקטרינה של ריסון שיפוטי (ולעיתים אף מאמץ רטוריקה המכירה בכך). חלק זה נועד להאיר את המעבר מדוקטרינת השפיטות לדוקטרינת הריסון השיפוטי, וקורא לחשוף שינוי זה ולתת לו ביטוי בנימוקים להכרעותיו של בית-המשפט. בחלקו הנורמטיבי בחן המאמר את הנימוקים התומכים בהפעלה של דוקטרינת ריסון שיפוטי, והציג מקצת מהביטויים של ריסון שיפוטי שראוי שבית-המשפט יאמץ (ואשר בחלק מהחלטותיו שנסקרו הוא אכן אימץ) כאשר הוא דן בעתירות במסגרת סמכות הביקורת השיפוטית שלו. המאמר לא נועד ואינו יכול לקבוע אם בית-המשפט העליון מיישם בפועל דוקטרינת ריסון שיפוטי. המאמר הציג החלטות שיפוטיות המכילות מרכיבים של ריסון שיפוטי, אך גם דוגמות לפסיקות שאינן מתיישבות עם תפיסה זו. ריסון שיפוטי לעולם יהיה יחסי. דרגת הריסון השיפוטי יכולה להיות גבוהה או נמוכה, והעקרונות המנחים ריסון שיפוטי יכולים להשתנות בין בתי-משפט ובין שופטים, בתקופות שונות<sup>231</sup> ובשיטות משפט שונות.<sup>232</sup> מטרת

231 לדוגמה, בשנים האחרונות הראה בית-המשפט העליון האמריקאי נכונות להגמיש את מבחני העמידה והשפיטות כאשר שיקולים בטחוניים עלולים להביא לידי ניצול לרעה של כוח ופגיעה בזכויות אדם. כך, בעקבות פלישת הצבא האמריקאי לאפגניסטן ולעירק, החזקת עצורים שאינם אזרחים אמריקאים בבתי-כלא סודיים מחוץ לארצות-הברית (מחנה המעצר בגוונטנמו) וחשיפת מקרי התעללות בעצירים על-ידי כוחות אמריקאיים, הסכים בית-המשפט האמריקאי לדון בעתירות הקשורות להחזקת העצירים שם. ראו: *Rasul v. Bush*, 542 U.S. (2004). 466. להרחבה ראו את התייחסותו של השופט רובינשטיין למצב החוקי בארצות-הברית בסוגיה זו בבג"ץ 9441/07 אגבר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, תק-על 2007(4) 3741, 3733 (2007).

232 כך, למשל, דייבר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 43-45, מצביע על הבדלים בין ארצות-הברית וישראל העשויים להצדיק ביקורת שיפוטית אינטנסיבית יותר בישראל (לדוגמה, בישראל הפיקוח הפוליטי על הרשות המבצעת מוגבל, והמצב הבטחוני המיוחד מגביר את הסיכוי לניצול לרעה של כוח שלטוני). ראו גם Bendor, לעיל ה"ש 149, בעמ' 355 (העדר נורמות

המאמר היא לעודד אותם ביטויים של ריסון שיפוטי שזוהו במסגרתו, ולעורר דיון במהותו של הריסון השיפוטי שיקדם את הבנת המושג ויחדיר בו תוכן מעשי.

---

של "משחק הוגן" בזירה הפוליטית הישראלית); זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 655-656 (העדר בקרה יעילה על כותן של הכנסת והמשלה בישראל). נוסף על כך, בארצות-הברית "המילה האחרונה" לגבי פרשנות החוקה (ולכן גם לגבי תוקפם של חוקים) היא של בית-המשפט העליון, והרשות המחוקקת אינה יכולה לשנות את קביעתו אלא בדרך של תיקון החוקה (ראו, למשל, Clayton, לעיל ה"ש 167, בעמ' 41). בישראל, לעומת זאת, הכנסת יכולה לחוקק חוק רגיל המשנה את המצב המשפטי שנקבע על-ידי בית-המשפט. ניתן לראות בהבדל זה צידוק נוסף לדרישה לריסון שיפוטי רב יותר בבית-המשפט האמריקאי בהשוואה לעמיתו הישראלי.