

# שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי

מאת

**אריאל בנדור\* וטל סלע\*\***

שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי, שהוא כוח הנתון לשופטים לבחור מבין כמה חלופות חוקיות, עשוי להתייחס לקביעת הדין המהותי, לרבות לסעדים בשל הפרתו, ועשוי להיות גם בעל אופי "שפיטותי" – אם לדרך בעתירות לגופן. במאמר נטען כי מוקד הפעלת שיקול הדעת השיפוטי הנורמטיבי במשפט הישראלי, ובמיוחד במשפט החוקתי והמנהלי, השתנה במשך השנים. בעידן הראשון – עד סוף שנות השבעים – נקט בית המשפט העליון גישה מצמצמת באשר לשיקול דעת שיפוטי בהכרעות חוקתיות ומנהליות מהותיות, אך עשה שימוש נרחב בשיקול הדעת השפיטותי. בעידן השני – שלושת העשורים הבאים, ובעיקר בתקופת הכהונה בבית המשפט העליון של אהרן ברק – הורחב שיקול הדעת השיפוטי המוצהר באשר להכרעות המהותיות וברבד צומצם מאוד באשר לשאלת הסף השפיטותית של עצם הדין בעתירות לגופן. באותה עת פותחו כמה וכמה מתודולוגיות הבניה, ובהן במשפט הציבורי – מידתיות וסבירות. לאחר פרישתו של הנשיא ברק, ובמיוחד במהלך התקופה שבה השופט אשר גרוניס כיהן כנשיא בית המשפט העליון, ניכרת התפתחות של עידן שלישי: שיקול הדעת המהותי הרחב נותר על כנו ובמובנים מסוימים אף הורחב בשל צמצום שחל בשימוש במתודולוגיות ההבניה, אך לצד זאת הורחב גם השימוש בשיקול דעת שפיטותי. המאמר מצביע על מעין "שקלול תמורות" (trade off) בין היקף שיקול הדעת השיפוטי המהותי להיקף שיקול הדעת השפיטותי בשני העידנים הראשונים ועל ההתפתחות של נורמות המבנות את הפעלתו של שיקול דעת מהותי כקטגוריית ביניים המבקשת לגשר בין שיקול דעת לכללים, ועם זאת מצביע על הקושי של כללי ההבניה להסדיר החלטות שלטוניות ושיפוטיות. על רקע זה המאמר מבקש להנהיר את הרחבת שיקול הדעת השיפוטי בכללותו בעידן השלישי – הן המהותי והן השפיטותי – ואת צמצום ההיזקקות להבניה, מצגי דיון נורמטיבי ראשוני בהתפתחויות אלה, ומעלה אפשרות של עידן רביעי.

**פתיחה. א. הבהרות מושגיות ומתודולוגיות; 1. על שיקול דעת שיפוטי; 2. על אבחון עידנים בפסיקה. ב. העידן הראשון. ג. העידן השני. ד. העידן השלישי; 1. הלכת הבטלות; 2. מידת ההתאמה של הנושא לטיפול שיפוטי; 3. שמרטפות; 4. הלכת הבטלות (התוצאה) היחסית; 5. התחולה בזמן של הלכות חדשות; 6. היחלשותם של כללי ההבניה. ה. פשר העידן השלישי; 1. התגברות ההכרה בקיום שיקול דעת שיפוטי; 2. מגבלותיה של הבניית שיקול הדעת השיפוטי; 3. פשר הרחבתה של ההיזקקות לשיקול דעת שפיטותי. ו. אפשרות של עידן רביעי. ז. סיום.**

\* פרופסור מן המניין ומופקד על הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ' בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ודקן בית הספר ללימודים מתקדמים באוניברסיטה.  
\*\* בוגר (בהצטיינות יתרה) הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן; בעל תואר שני מבית הספר למשפטים שבאוניברסיטת ייל; לשעבר מתמחה של השופט אשר גרוניס.  
אנו מודים לגאיה הררי, לסמדר רודי ולדניאל שטאובר על עזרתם במחקר, ולאורי אהרונסון ולאשר גרוניס על הערותיהם. תודה מיוחדת לעורכי משפטים ארו גוטוטר ושיר ויסנברג ולמחויי הדעה האנונימיים על תרומתם החשובה.

## פתיחה

1. אחד הנושאים המרכזיים המעסיקים הן חוקרי משפט והן שופטים ומשפטנים מעשיים אחרים הוא קיומו והיקפו של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי. שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי הוא כוח הנתון לשופטים (ולמשפטנים אחרים בשירות הציבור שבסמכותם לקבל החלטות משפטיות, כגון היועץ המשפטי לממשלה, ובמידה רבה לכל פרשני המשפט<sup>1</sup>) לבחור בין כמה חלופות חוקיות.<sup>2</sup> שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי עשוי להתייחס לקביעת הדין המהותי – הזכויות, החובות, הסמכויות והכפיפויות – ליישומן ולסעדים בשל הפרתו. שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי עשוי, כאשר הוא מופעל על ידי בית המשפט, להיות גם בעל אופי "שפיטותי" – אם לדון בעתירות לגופן על בסיס עילות סף של "צדק",<sup>3</sup> ובהן שפיטות, זכות עמידה, ניקיון כפיים, שיהוי, ולעיתים אף צדק כפשוטו. שיקול הדעת השפיטותי הוא נורמטיבי, שכן במסגרתו השופטים מוסמכים לשקול שיקולים שונים על מנת להכריע אם לדון בעתירה לגופה, ובדרך כלל הם רשאים לבחור באחת משתי חלופות (לפחות) – להכריע בעתירה לפי הדין המהותי או לדחות את העתירה על הסף מבלי לבחון את החוקיות או החוקתיות של הנורמה או הפעולה הנתקפות.

2. מוקד הפעלת שיקול הדעת השיפוטי הנורמטיבי המוצהר במשפט הישראלי, ובמיוחד במשפט החוקתי והמנהלי, השתנה במשך השנים. במאמר זה נצביע על כמה עידנים המשקפים גישות שונות כלפי שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי.

בעידן הראשון – עד סוף שנות השבעים – נקט בית המשפט העליון גישה מצמצמת באשר לשיקול דעת שיפוטי בהכרעות חוקתיות ומנהליות מהותיות, אך עשה שימוש נרחב בשיקול הדעת השפיטותי. בעידן השני – שלושת העשורים הבאים, ובעיקר בתקופת הכהונה בבית המשפט העליון של אהרן ברק – המגמה השתנתה. במהלך המזוהה בעיקר עם ברק, הן כשופט והן ככותב אקדמי, הורחב שיקול הדעת השיפוטי המוצהר באשר להכרעות המהותיות וברבד כבד צומצם מאוד באשר לשאלת הסף השפיטותית של עצם הדין בעתירות לגופן. לצד זאת פותחו שורה של מתודולוגיות הבניה, ובהן במשפט הציבורי – מידתיות וסבירות.

לאחר פרישתו של הנשיא ברק, ובמיוחד במהלך התקופה שבה כיהן השופט אשר גרוניס כנשיא בית המשפט העליון, ניכרת התפתחותו של עידן שלישי: שיקול הדעת המהותי הרחב נותר על כנו, ובמובנים מסוימים אף הורחב בשל צמצום שחל בשימוש במתודולוגיות ההבניה, ועם זאת הורחב גם השימוש בשיקול דעת שפיטותי.

1 באשר ליועץ המשפטי לממשלה ראו למשל בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 12.10.2008).

2 ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 29 (1987).

3 בעיקר על בסיס ס' 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, שבו נקבע כי "בית המשפט העליון ישב גם כבית-משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". ראו גם ס' 8 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000, שבו נקבע כי "בית משפט לענינים מינהליים ידון בעתירה מינהלית ובערעור מינהלי בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים המחויבים לגבי עתירה מינהלית ולגבי ערעור מינהלי".

3. קיומו של שיקול דעת שיפוטי נתפס לעתים קרובות, הן בציבור הרחב והן בקרב משפטנים, כמאיים על הלגיטימיות הדמוקרטית והמקצועית של ההכרעה השיפוטית.<sup>4</sup> נטען שמתן שיקול דעת לשופטים בהכרעותיהם הופך אותם למחוקקים, חותר תחת הפרדת הרשויות ומעורר קושי אנטי-רובני. ביקורת זו מחריפה כשמדובר בהפעלת שיקול דעת נורמטיבי במסגרת המשפט החוקתי והמנהלי, כיוון שהכרעות שיפוטיות בתחומים אלה מגבילות את כוחן של הרשויות הנבחרות לעצב מדיניות כרצונן.<sup>5</sup> הכרעותיהם החוקתיות המהותיות של שופטים המבוססות על שיקול דעת מהותי נתפסות כהחלטות סובייקטיביות, המבטאות את עולם הערכים של השופטים ולא של נבחרים הציבור.<sup>6</sup> לעומת זאת ריסון שיפוטי, שהוא תוצר של הפעלת שיקול דעת שפיטותי, נתפס בעיני רבים כמבטא כיבוד של הרשות השופטת את סמכויותיהן של הרשויות הנבחרות והימנעות מלחדור לתחומן.<sup>7</sup>

4. ייתכן שההבניה של שיקול הדעת שאפיינה את העידן השני נועדה לתת מענה מסוים לקשיים דמוקרטיים ומקצועיים אלה, שכן להבניה יש משמעות של הפיכת ההכרעה השיפוטית ל"דיסקורסיבית", במובן של דרישה מהשופטים להתייחס לשאלות דומות בכואם לקבל החלטות שבשיקול דעת. ניתן להתייחס למקרים שבהם שופטים מכריעים בשאלות שבהן נתון להם להבנתם שיקול דעת מהותי באמצעות מתודולוגיה מובנית כאל "מקרי ביניים": מסגרת השיח נוקשה, וחובה להשתמש בה בלא שיקול דעת, אך קיים שיקול דעת מהותי בהכרעות עצמן. ההבניה מתייחסת בעיקרה לאופן ההכרעה ולא לתוכנה. במצבים של שיקול דעת שיפוטי מהותי הלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית אינה תלויה בתוצאה שאליה הגיעו השופטים אלא בדרך שבה בוססה.

עם זאת הבניית שיקול הדעת השיפוטי אינה מאיינת אותו במקרים הטיפוסיים, ואף אינה מצמצמת בהכרח את מספר חלופות הפרשנות או ההחלטה הלגיטימיות במסגרת הדין. דווקא פיתוחן של מתודולוגיות הסבירות והמידתיות, ובמסגרת המידתיות – הדגשתה של היחסיות (המידתיות במובן הצר), הרחיבו את שיקול הדעת השיפוטי המהותי במשפט הציבורי, שכן הסבירות והיחסיות מתמקדות בתועלת ובנוק החברתיים של הנורמות השלטוניות, שהערכתם כרוכה בהפעלת שיקול דעת נורמטיבי מהותי.

5. על רקע הרחבת שיקול הדעת השיפוטי במשפט החוקתי החל מראשית שנות השמונים בולט צמצום ניכר של שיקול הדעת השפיטותי. ההפחתה הממשית בשימוש בעילות הסף צמצמה בפועל את השימוש בשיקול הדעת השפיטותי.

צמצום שיקול הדעת השפיטותי הוסבר בבית המשפט העליון בעיקר בערך שלטון החוק.<sup>8</sup> לפי תפיסה זו, תפקידה של הרשות השופטת הוא לפרש את הדין ולהכריע על פי דין

4 ראו למשל Todd E. Pettys, *Judicial Discretion in Constitutional Cases*, 26 J.L. & POLITICS 123 (2011); ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 266–267.

5 ראו שם, בעמ' 325–326.

6 ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך שני – פרשנות החקיקה 720 (1993).

7 ראו יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח 533, 499–534 (2006).

8 ראו למשל בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 458–459, 461–462, 468–469, 458–459, 461–462, 468–469 (זכות עמידה), 493–496, 496–493 (שפיטות) (1988) (להלן: עניין

במחלוקות המובאות לפניו. בכל מקרה שבו הרשות השופטת נמנעת מלהכריע במחלוקת לגוף העניין, התוצאה האפשרית היא הפרת הדין. תפקיד ההכרעה במחלוקות משפטיות מוטל על בתי המשפט גם כשהדין איננו מספק מענה למחלוקת המשפטית ומאפשר לשופטים להכריע בה בדרכים שונות. אסור לבית המשפט להותיר "חורים שחורים" משפטיים גם אם קבעו את הדין על בסיס שיקול דעת נורמטיבי – בחירה בין חלופות חוקיות שונות.

6. על רקע ראיית שיקול הדעת כחלק אינטגרלי מההליך השיפוטי ותפיסתו ככלי עבודה מרכזי של השופטים צמחו בהדרגה בקרב שופטי בית המשפט העליון, במיוחד בתקופת כהונתו של גרוניס כנשיא, גישות – שלפי שעה אינן תמיד מוצהרות, אך הולכות וגוברות הלכה למעשה – המבטאות שיקול דעת רחב עוד יותר מזה שרווח לפני כן.

גישה אחת כזאת מסרבת למעשה להשלים עם המגמה הנדמית כחסרת קוהרנטיות, של הרחבת שיקול הדעת המהותי וצמצום שיקול הדעת השפיטות. בהקשר זה בלט בין היתר פיתוחה של הלכת הבשלות החוקתית, שלפיה בית המשפט הגבוה לצדק דחה על הסף כמה עתירות מופשטות נגד חוקתיות חוקים שטרם יושמו – עתירות שלא בוססו על מערכת עובדות קונקרטית.

בד בבד הסתמן פיחות בהליכה בעקבות כללי ההבניה של שיקול הדעת שפיתח ברק. השופט גרוניס עצמו, לרבות בפסיקה שקדמה לכהונתו כנשיא בית המשפט העליון, הטעים שיקולי מדיניות רחבים של הרשות השופטת, שחרגו מההבניה של מידתיות וסבירות ואף מעילות הסף המסורתיות. כך היה למשל בדעות המיעוט שלו בעניין חוקתיות "חוק טל" (אין מקום לפסילת חוק שנטען כי הוא פוגע בזכויות הרוב)<sup>9</sup> ובעניין פסילה מכוח הלכת הסבירות של מינוים לתפקידים של נבחר ציבור שאושרו בכנסת (עניין פוליטי, שבו אין לבית המשפט יתרון על פני הרשויות הנבחרות, ושככלל יש להותירו ל"ספרה הציבורית").<sup>10</sup>

לדעתנו יש קשר בין שתי ההתפתחויות. דווקא משום שההבניה אינה מסדירה את תוכן ההכרעות החוקתיות מתבקשת הרחבה של שיקול הדעת השיפוטי הן באשר לשאלה אם

9 רסלר). הסברים אחרים, בעלי אופי סוציולוגי ופוליטי חוץ-משפטי, הוצעו בידי חוקרים מהאקדמיה. ראו למשל מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645 (2002); Ran Hirschl, *Through Constitutionalization: The Political Origins of Judicial Empowerment through*, 33 COMP. POL. 315 (2001) *Lessons from Israel's Constitutional Revolution*. הסברים אלה והמתודולוגיה שעליה הם מבוססים חורגים מתחומו של מאמר זה.

9 ראו פסקי הדין של השופט גרוניס בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין חוק טל הראשון) ובבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012) (להלן: עניין חוק טל השני). בפסק הדין האחרון השופט גרוניס אף ציין כי "זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל ולכניסתם לשוק העבודה. שינויים חברתיים וכלכליים עשויים להביא לתוצאה המקווה. היכולת של בית המשפט להשפיע במקרה דוגמת זה שלפנינו, היא מועטה" (שם, בעמ' 161).

10 ראו למשל פסקי הדין של השופט גרוניס בבג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445 (2007); בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (פורסם בנבו, 12.2.2015) (להלן: עניין הנגבי).

להכריע בעתירה לגופה והן כאשר לדין המהותי. מאחר שההבניה אינה מצליחה להתמודד עם הביקורת על הלגיטימיות הדמוקרטית והמקצועית של ההכרעה השיפוטית, נדרש לשופטים ארגז כלים רחב יותר על מנת שהכרעות בית המשפט יזכו ללגיטימיות. ארגז כלים זה אינו מבוסס על צמצום שיקול הדעת – שתודעת מרכזיותו והדומיננטיות שלו בחשיבה השיפוטית השתרשה (כמאמר הקלישאה: כולנו ריאליסטים משפטיים עכשיו; "we are all legal realists now"<sup>11</sup>) – אלא על הרחבתו.

7. המאמר יציע כמה חידושים ביחס למחקר הקיים. ואלה החידושים העיקריים: ראשית, המאמר יצביע על מעין "שקלול תמורות" (trade off) בין היקף שיקול הדעת השיפוטי המהותי להיקף שיקול הדעת השפיטותי שאפיין את שני העידנים הראשונים של פסיקת בית המשפט העליון בתחומים של משפט חוקתי ומנהלי; שנית, המאמר יצביע על עידן שלישי – מגמה שהחלה להתפתח לאחר פרישתו של אהרן ברק מבית המשפט העליון, ובמיוחד בשנים שבהן השופט גרוניס כיהן כנשיא בית המשפט, של הרחבת שני הסוגים של שיקול הדעת גם יחד; שלישית, המאמר יבקש להנהיר את התפתחותו של העידן השלישי, בין היתר בכך שכללי ההבניה שהתפתחו בעידן השני מתקשים להסדיר החלטות שלטוניות ושיפוטיות, ובכך שקיימת בעייתיות בהגבלת שיקול הדעת השיפוטי לדין המהותי; לבסוף, המאמר יציע דיון נורמטיבי ראשוני בהתפתחויות אלה.

בפרק א של המאמר נציע הבהרות מושגיות ומתודולוגיות, שימשו רקע להבנת הניתוח והטיעונים שבהמשך המאמר. בפרקים ב, ג וד נדון בכל אחד משלושת העידנים, בהתייחסות לשיקול הדעת המהותי ולשיקול הדעת השפיטותי, ובפרקים על אודות העידן השני והעידן השלישי גם להבניית שיקול הדעת (שפותחה במידה רבה בעידן השני, ונחלשה במידת מה בעידן השלישי). בפרק ד, העוסק בעידן השלישי שבמוקד מאמר זה, נדון לפרטים בביטויים של עידן זה בשישה נושאים: פיתוח הלכת הבשלות; מידת ההתאמה של נושא העתירה לטיפול שיפוטי; שמרטפות (הליכים מתגלגלים); כלל הבטלות (התוצאה) היחסית; התחולה בזמן של הלכות חדשות; והיחלשותם של כללי ההבניה. בפרק ה נבקש להנהיר את העידן השלישי, כלומר להציע פשר להתפתחויות המאפיינות אותו בשלושה היבטים: התגברות ההכרה בקיום שיקול דעת שיפוטי (ובכלל זה הצעה ששיקול דעת שיפוטי בקביעת הדין המהותי אינו נתון נוקשה בלבד, אלא היקפו כשלעצמו נתון לבחירה); מגבלותיה של הבניית שיקול הדעת השיפוטי; והרחבת ההיזקקות לשיקול דעת שפיטותי. בפרק ו נציע דיון והערכה נורמטיביים ראשוניים של מאפייני העידן השני ונעמוד על האפשרות של עידן רביעי – שיתאפיין בצמצום של שיקול הדעת המהותי והשפיטותי גם יחד.

## א. הבהרות מושגיות ומתודולוגיות

8. בפתח הדברים נדרשות הבהרות מושגיות ומתודולוגיות. ההבהרות המושגיות יתמקדו במהותו של שיקול הדעת השיפוטי נושא המאמר, שהוא שיקול דעת נורמטיבי – מהותי

11 ראו למשל Michael Steven Green, *Legal Realism as Theory of Law*, 46 WM. & MARY L. REV. 1915, 1917 (2005).

ושפיטותי – וביחסים שבין שיקול הדעת השיפוטי למושגים כפורמליזם, אקטיביזם שיפוטי ופסיקה מבוססת-ערכים. ההבהרות המתודולוגיות יתמקדו בשיטת המחקר, שתשלב גם בדיקות של מופעי מילים וביטויים במהלך העידנים השונים.

## 1. על שיקול דעת שיפוטי

9. עניינו של המאמר הוא בשיקול דעת שיפוטי נורמטיבי. שיקול דעת כזה קיים במצבים שבהם שיטת המשפט מאפשרת לבית המשפט לבחור מבין כמה חלופות, וכל אחת מן הבחירות תהיה חוקית.<sup>12</sup> בשיטת המשפט הישראלית, כמו בשיטות משפט אחרות שמקורן במשפט המקובל, הבחירה המחייבת את החברה בכללותה היא של בית המשפט העליון.<sup>13</sup> ניתן להצביע גם על מקרים מעטים שבהם הורה בית המשפט העליון, שלא מטעמים חוקתיים, על הסדר מעשי שאין לו בסיס פרשני או אחר בדין הקיים.<sup>14</sup> עם זאת החובה לכבד את תקדימיו של בית המשפט העליון (כמו גם חובת הצדדים לכבד את פסיקתו של בית משפט כלשהו במחלוקת ביניהם) מבוססת על טעמים מוסדיים של "משילות" ולא על תפיסה תורת-משפטית כי לכל שאלה משפטית יש תשובה נכונה אחת או תשובה נכונה כלשהי שבית המשפט יכול תמיד לחשוף.<sup>15</sup>

12 להגדרה שונה במהותה של שיקול דעת שיפוטי ראו עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי" ואקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665, 666–667 (2003) [...] תחום שיקול-הדעת השיפוטי כולל את כל אותן עמדות שיפוטיות שיש בכוחה של המערכת השיפוטית להפוך לנורמה משפטית מחייבת בחברה. עמדה משפטית אינה כלולה בתחום שיקול-הדעת השיפוטי אם אימוצה על-ידי הרשות השופטת יגרום תגובה נגדית מצד המחוקק, תגובה שתיצור נורמה משפטית מחייבת אחרת, הסותרת את עמדת בית-המשפט".

13 כך נובע מס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, שבו נקבע: "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". לסעיף זה ראו רע"א 3749/12 בר-עז נ' סטר, פ"ד סו(1) 678, פס' 17–20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2013).

14 ראו לדוגמה בג"ץ 7197/13 שמש נ' המשרד לשירותי דת, פס' טו (פורסם בנבו, 22.10.2014) [...] כל עוד אין חקיקה, כנראה אין מנוס מהסתפקות בהסדר מינהלי שאינו למהדרין במובן המשפטי [...]. הסדר כזה אינו אופטימלי, כי הוא מעורר קשיים משפטיים [...], אך הוא פרגמטי ומעשי [...]. לא בכדי חוזרת כאן המלה 'פרגמטי'; אין עסקינן בנסיבות במשפט טהרני, אלא במה שניתן לכנות 'משפט מינהלי מעשי', הנותן משקל לצורך ולאשר ננקט בעבר; ואין צורך להאריך דברים בדיסרטציות מלומדות, שהרי איננו כופרים בבעייתיות המשפטית [...]. עסקינן איפוא ב'הוראת שעה' ללא תאריך תפוגה אלא עד בוא המחוקק, ובלא שנכריע הכרעות היסטוריות עקרוניות בחינת 'תפסת מרובה'".

15 ראו זאב שטרנהל "שתי תפיסות של יחיד, חברה ולאום" משפט וממשל ב 167, 169 (1994). זהו גם הדין במשפט העברי. ראו אריה אדרעי "הוראה או טעות": על חובת הציות במחשבת ההלכה" עיוני משפט כד 463, 511 (2000); והשוו לדבריו של יצחק אנגלרד "הפילוסופיה השיפוטית של הנשיא אהרן ברק" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 123, 128 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (הספר להלן: ספר ברק), כי "התוקף הנורמטיבי של פסק דין סופי של בית המשפט אינו תלוי בתוכנו של הפסק, אלא בסמכותו הנורמטיבית של המוסד השיפוטי. ממילא, כל הערכה על 'כוננותו' של פסק דין סופי אינה עניין נורמטיבי-משפטי, אלא שיפוט מוסרי-סובייקטיבי, שאינו יכול לגרוע מתוקפו המשפטי". ואולם, ראשית, העיקרון שלפיו פסק דין מוטעה הוא תקף ומחייב אינו בהכרח מוחלט – לא בתאוריה וגם לא בפרקטיקה. ראו לדוגמה בג"ץ 1750/91 מסלתי נ' בית הדין הרבני האזורי פתח-תקווה, פ"ד מה(5) 362, 360 (1991) ("הרכב חסר הינו הרכב חסר סמכות פונקציונאלית. פסק-דין שניתן בעקבות דיון, ולוא גם דיון חלקי, בהרכב חסר הינו בטל ומבוטל"). שנית, ובכך העיקר, עצם

שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי נבדל משיקול דעת שיפוטי תודעתי, שהוא תופעה פסיכולוגית של שקילה והתלבטות. שקילה והתלבטות יכולות להיות גם במצבים – שאהרן ברק מכנה אותם "מקרי ביניים"<sup>16</sup> – שבהם אין כמה חלופות הכרעה חוקיות, אך הפתרון לשאלה המשפטית אינו טריוויאלי ודורש מחקר, מחשבה ובחינה של חלופות שונות על מנת לאתר את הפתרון הנכון.

במאמר נדונים שני סוגים של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי: הסוג האחד הוא שיקול דעת שיפוטי מהותי. שיקול דעת כזה קיים כשהדין המהותי ניתן לפירושים שונים. הסוג האחר מכונה במאמר שיקול דעת שפיטותי. זהו שיקול הדעת של בית המשפט הגבוה לצדק ושל בית המשפט לעניינים מינהליים<sup>17</sup> לדחות על הסף עתירות שבית המשפט אינו רואה צורך לתת בהן סעד למען הצדק. שיקול דעת שפיטותי מופעל על בסיס שיקולים כגון שפיטות, מעמד, ניקיון כפיים, שיהוי, ולעתים אף "צדק" כפשוטו, וכן שיקול דעת באופן הדין, המתבטא בבחירה אם להכריע בעתירה על סמך העובדות והדין המהותי כפי שהיו בעת הגשת העתירה או להמתין להתפתחויות שונות, ולעתים אף ליזום אותן, באופן שייתר הכרעה לגוף העניין ("שמרטפות" או "הליכים מתגלגלים"). כל אחד משלושת העידנים שמאמר זה עוסק בהם מתאפיין ביחס שונה הן לשימוש בשיקול הדעת המהותי והן לשימוש בשיקול הדעת השפיטותי. זאת על רקע העובדה ששיקול הדעת השפיטותי, שככלל ניתן להפעילו רק לצורך דחיית עתירה נגד החלטה או פעולה שלטונית ולא לצורך קבלתה,<sup>18</sup> מחליש את עצמתן של הזכויות המהותיות במשפט החוקתי והמינהלי<sup>19</sup> – לרבות במצבים שבהם אלה גובשו או הורחבו על בסיס שיקול דעת שיפוטי – ואת שלטון החוק בכללותו.

פסיקתו של בית משפט – גם אם היא תקפה ומחייבת את הצדדים, ואפילו אם מדובר בבית המשפט העליון, שתקדימיו מחייבים את הציבור כולו – אינה הופכת את האמור בה לנכון מבחינה משפטית. פסיקה יכולה להיות בניגוד לחוק, ועדיין לחייב. כך לעתים כאשר לחושים לא חוקיים, כך לפי תורת הבטלות היחסית כאשר לפעולות לא חוקיות של הרשות המבצעת, כך לעתים כאשר לחקיקה לא חוקתית של הרשות המחוקקת, וכך גם כאשר לפסיקת בתי המשפט. העובדה שפסק דין הוא מחייב אינה הופכת את שאלת נכונותו למוסרית-סובייקטיבית. דומה כי משמעותה של גישה אחרת היא הכחשת עצם קיומו של דין מהותי כלשהו, ובתוכו אף החובה לציית לפסקי דין.

16 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 64–65.

17 ראו לעיל ה"ש 3.

18 ראו יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212 (1970) (להלן: זמיר "על הצדק"). לפסיקה חריגה ראו בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדרו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003). לפסק דין זה ראו אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305, 309–310 (2003); נויה רימלט "בית-המשפט העליון: בין דין לצדק" משפט וממשל ו 311 (2003); אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד – בעקבות פרשת 'הפורום לדרו-קיום בנגב' משפטים לז 701 (2007).

19 "העובדה שההתדיינות באמצעות הצווים הפרווגטיביים [שבית המשפט הגבוה לצדק מוסמך לתת אם ראה בכך צורך למען הצדק] ספוגה בשיקול דעת של בית המשפט נעשתה מאפיין מרכזי של הזכות המינהלית וגורם ראשי לחולשת הזכות המינהלית עד היום" (יצחק זמיר "הזכות המינהלית" משפט וממשל טז 135, 150 (2014) (להלן: זמיר "הזכות המינהלית"). עם זאת במקרים שבהם שיקול הדעת השפיטותי בדחיית עתירה מאפשר לדון באותו עניין בעתיד, למשל על פי הלכת הבטלות, הזכות המהותית לא תוחלש בהכרח. להתפתחות עילת הבטלות בעידן השלישי ראו להלן פרק ד.1.

10. יש להבחין בין שיקול דעת שיפוטי לבין פסיקה מבוססת-ערכים, ובין שניהם לאקטיביזם שיפוטי. אף שחלקים מהשיח האקדמי והציבורי הקיים קושרים בין המושגים ולעתים אף מייחסים להם משמעויות זהות,<sup>20</sup> לפחות על פי המושגיות שביסוד מאמר זה מדובר בקטגוריות שונות שאין ביניהן חפיפה או זיקה הכרחיות.<sup>21</sup> מכאן שגם אין ניגוד הכרחי בין פורמליזם לבין פסיקה שהנמקתה היא מבוססת-ערכים.<sup>22</sup>

נורמות משפטיות מבטאות ערכים. אכן, המשפט בתור שכזה מבטא תובנות פוליטיות במובן הרחב של מדיניות ציבורית או משתמש בהן.<sup>23</sup> לצד כללים ממוקדים המשפט, ובמיוחד המשפט החוקתי, כולל גם עקרונות רחבים, שהם אידאליים בעלי אופי ערכי.<sup>24</sup> מכאן שגם הנמקות משפטיות, בוודאי בתחום המשפט הציבורי, כוללות במקרים רבים הצדקות ערכיות. אך מהות הערכים המשפטיים החוקתיים והאיזונים ביניהם אינם נקבעים בהכרח על פי שיקול דעת שיפוטי. הדין אינו מקנה לבית המשפט בכל המקרים, אם בכלל, חירות לבחור מבין כמה חלופות חוקיות. מכאן שהמשמעות של ביסוס המשפט החוקתי והנימוקים של פסקי דין בתחום זה על ערכים אינה בהכרח שתחום זה נשלט על ידי שיקול דעת שיפוטי.

אין זהות גם בין הפעלת שיקול דעת שיפוטי לאקטיביזם שיפוטי. במובן הרווח בציבור ואף בכתביה אקדמית מסוימת בית המשפט הוא אקטיביסטי ככל שהוא "מתערב"<sup>25</sup> בחוקים של הכנסת או בהחלטות של הרשות המבצעת<sup>26</sup> ואף מוכן לדון לגופם בעניינים בעלי ממד ערכי או פוליטי מובהק.<sup>27</sup> אך אקטיביזם במובן זה יכול להיות תוצאה של בחירה של בית המשפט במצב שבו ניתן לפרש את הדין כמאפשר הן התערבות והן אי-התערבות, אך גם

20 ראו למשל מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993) (להלן: מאוטנר "ירידת הפורמליזם"); משה נגבי מעל לחוק – משבר שלטון החוק בישראל 89 (1987).

21 ראו גם Ariel L. Bendor, *The Relevance of the Judicial Activism vs. Judicial Restraint Discourse*, 47 TULSA L. REV. 331 (2011) (להלן: Bendor, *The Relevance of the Judicial Activism vs. Judicial Restraint Discourse*); אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" *משפט וממשל* ו 591 (2003) (להלן: בנדור "חיי המשפט"); אריאל בנדור "הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי)" *משפט וממשל* ט 26 (2005) (להלן: בנדור "הגבולות").

22 ראו דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" *המשפט* יא 9 (2007).

23 ראו בנדור "חיי המשפט", לעיל ה"ש 21, בעמ' 593.

24 אהרון ברק "דברים בתום ימי העיון" ספר ברק, לעיל ה"ש 15, 645, בעמ' 649 (להלן: ברק "דברים"); אהרון ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" *המשפט* א 45, 47 (1993).

25 על הבעייתיות שבמינוח הרווח – גם בפסיקה עצמה – של "התערבות" עמד ברק: "בעניין זה אחת הטעויות שלי ושל חבריי בבית המשפט היא השימוש במונח 'התערבות' כדי להגדיר את תחום הפעולה של בית המשפט בתחום המשפט הציבורי. כך השתרש הביטוי 'אנחנו מתערבים' או 'איננו מתערבים'. [...] אם הרשות הציבורית פעלה כדין לא מתעוררת בעיה, ואם לא – בית המשפט יאמר את דברו. המונח 'התערבות' מעורר אפוא קושי. מי שמכם – כך טענו כלפי בית המשפט – לא להתערב או כן להתערב? והרי השאלה המרכזית היא האם הנורמה הופרה" (ברק "דברים", לעיל ה"ש 24, בעמ' 650).

26 ראו ASSAF MEYDANI, *THE ISRAELI SUPREME COURT AND THE HUMAN RIGHTS REVOLUTION: COURTS AS AGENDA SETTERS* 33–34 (2011).

27 ראו יצחק זמיר *הסמכות המינהלית כרך א* – המינהל הציבורי 146–152 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר *הסמכות המינהלית כרך א*).



אך גם יכול להיות מחויב על פי הדין המהותי, במצב שבו החלטת הרשות אינה חוקית ("מקרה קל", שבו אי-החוקיות ברורה ומוסכמת על הקהילה המקצועית, או "מקרה ביניים", שבו השאלה מורכבת מבחינה משפטית-מקצועית, ואף אפשר שיהיו בה חילוקי דעות, אך אלה אינם נוגעים לבחירה מבין חלופות חוקיות אלא למהות התשובה הנכונה לפי הדין המהותי<sup>28</sup>). יתר על כן, שיקול הדעת יכול להיות מופעל באופן אקטיביסטי, ואז בית המשפט, למשל, יבטל את החוק או את ההחלטה המנהלית נושא ההליך, אך הוא יכול להיות מופעל גם באופן "פסיבי", ואז חוק או ההחלטה יושארו בתוקפם.<sup>29</sup> גם במונח אחר של אקטיביזם – שינוי הדין הקיים בסטייה מתקדים למשל<sup>30</sup> – יוכל בית המשפט להיחשב אקטיביסטי גם אם ישנה תקדים קיים, המגביל את סמכות השלטון, ויחליף אותו בדין המרחיב את הסמכות.<sup>31</sup>

## 2. על אבחון עידינים בפסיקה

11. אבחונם של "עידינים" בפסיקות בית המשפט העליון הוא משימה בעייתית, וספק רב מאוד עד כמה קיימת מתודולוגיה מחקרית המאפשרת אותו. בית המשפט העליון הישראלי קיים כ-70 שנים בלבד. גם אם ניתן לעמוד על מגמות בהיסטוריה, הרי לא נראה שפרק זמן כזה יכול לספק את הפרספקטיבה הנדרשת, ולא כל שכן כשמדובר בחלוקתה של תקופה קצרה כזאת לכמה עידינים. כך, בעבר ובהווה הובעו דעות שונות ואף הופכיות באשר למגמות הפסיקה בהקשרים הנקשרים לנושא מאמר זה, של אקטיביזם ופורמליזם. לדוגמה, משה נגבי כתב בספר שפורסם ב-1986 שבתחום המשפט הציבורי הייתה הגישה הפורמליסטית בפסיקתו של בית המשפט העליון במיעוט עד ראשית שנות השבעים, ואילו הגישה "ההפוכה", הדוגלת בחקיקה שיפוטית, הייתה הדומיננטית בפסיקת בית המשפט. לפי סקירתו של נגבי, מפנה החל להסתמן סמוך לפרישתו של נשיא בית המשפט העליון שמעון אגרנט בסוף 1976: "בתוך שנים אחדות חלה תחלופה אינטנסיבית של שופטים בבג"צ, ובין השופטים החדשים בלט באורח יחסי משקלם של חסידי הקו הפורמליסטי"<sup>32</sup>. זאב סגל וליילך ליטור כתבו כי "בתחום החברתי, בדומה לתחומים רגילים אחרים, כמו נושא דת ומדינה, פסיקתו של בג"ץ מתאפיינת בפסיביזם. [...] בית המשפט העליון נמנע מלהפעיל אקטיביזם שיפוטי חברתי, גם כאשר הונחו לפתחו עתירות שזימנו לו אפשרות לעשות כן"<sup>33</sup>.

28 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 67–71.

29 ראו יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז 647, 650–653 (1993).

30 ראו אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 497 (1993).

31 הדוגמה הקלאסית להרחבה "אקטיביסטית" של סמכות השלטון היא Marbury v. Madison, 5 U.S. (1803) 137 – פסק הדין שכונן את הביקורת השיפוטית החוקתית בארצות הברית, שבו בית המשפט העליון האמריקני קבע כי חוק שהסמיך אותו לדון במקרה סותר את החוקה ולכן בטל, ומשכך – דחה את העתירה.

32 נגבי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 89.

33 זאב סגל וליילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי – במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה 193–194 (2008).

דעות שונות באותו הקשר הובעו מפי שופטי בית המשפט העליון – בעת כהונתם או לאחריה. למשל, ברשימה שפורסמה ב-2002 כתב נשיא בית המשפט העליון בדימוס משה לנדוי, כי "בזמן האחרון, אחרי שנת 1999 ועד היום, ניכרים סימנים לנסיגת בית המשפט העליון מן האקטיביזם החובק-כול שאפיין את פסיקתו מאז שנות השמונים".<sup>34</sup> יצחק זמיר טען גם הוא בדברים שכתב לאחר פרישתו מבית המשפט העליון כי "גם אם יש יסוד לביקורת על מעורבות-יתר של בית-המשפט במקרים מסוימים, אין יסוד לייחס את הביקורת לאותם פסקי-דין משנות השמונים והתשעים אשר יצרו לפי הטענה כללים חדשים שאפשרו מעורבות זו. בניגוד לטענה זו, פסקי-דין אלה לא יצרו כללים חדשים, אלא בנו תיאוריה שהסבירה פרקטיקה קיימת".<sup>35</sup> זמיר טען שמינוים לבית המשפט העליון של אנשי אקדמיה הניע את בית המשפט לערוך תאורטיזציה של פרקטיקות שונות שהתקיימו זה מכבר במשפט הציבורי, אך התאוריות שפותחו היו במהותן בעלות אופי תיאורי בלבד, ובית המשפט לא יצר בהן – בדרך שזמיר מכנה, בהשאלה מהביולוגיה: "דרך המוטציה"<sup>36</sup> – כללים חדשים. מכל מקום, זמיר בדעה כי "הטענה שבית המשפט העליון, כיום ומאז שנות השמונים, אקטיביסטי יותר מבית המשפט בתקופה הראשונה שלאחר הקמת המדינה, מוטעית ומטענה",<sup>37</sup> ואף כי "אין יסוד לטענה שבית המשפט העליון בשנות החמישים או השישים היה מונחה על ידי ערכים פחות מבית המשפט כיום. אפשר אף לטעון ההיפך".<sup>38</sup> ואילו השופט נעם סולברג ציין ברשימה המבוססת על הרצאה שנשא סמוך לאחר מינויו לבית המשפט העליון, כי "אם בעבר עברנו מפורמליזם, לערכים, הרי שבשני העשורים האחרונים עלינו מדרגה נוספת: ממשפט של ערכים למשפט של ערכים נעלים יותר, בדמותם של הערכים החוקתיים וערכי היסוד של השיטה המשפטית הנוהגת",<sup>39</sup> וחזה, במבט צופה פני עתיד, שניתן לראות לו סימנים כבר בפסיקה העכשווית, מגמה של עליית הפורמליזם אגב מיקוד הערכים והוספה על ידי בית המשפט, לצד זכויות האדם, גם אלמנטים של אחריות חברתית. ייתכן כי לדעותיהם של שופטים, גם בנושא ניטרלי-לכאורה כאבחון עידנים בפסיקה, יש להתייחס במידה של זהירות בשל העניין שיכול להיות להם להצדיק את מדיניותם כשופטים או להתגונן מפני טענות שונות, כגון הטענה שתקופתם אופיינה באקטיביזם.<sup>40</sup>

- 34 משה לנדוי "אקטיביזם שיפוטי" המשפט 538, 535 ו (2002).
- 35 יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה תיאוריה" משפט ועסקים טו 225, 279 (2012) (להלן: זמיר "הביקורת השיפוטית").
- 36 שם, בעמ' 230.
- 37 זמיר הסמכות המינהלית כרך א, לעיל ה"ש 27, בעמ' 150.
- 38 שם, בעמ' 151.
- 39 נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין ודברים ח 13, 16 (2014).
- 40 ליחס בין כתיבה שיפוטית לכתיבה אקדמית בכלל וליחס בין כתיבה אקדמית לכתיבה אקדמית של שופטים בפרט ראו בהרחבה איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק, לעיל ה"ש 15, 343, בעמ' 381–409.

מכל מקום, אף אם שופטי בית המשפט העליון "[...] שולטים על מערכת השיפוט כולה, מעין מנצח על התזמורת השיפוטית כולה",<sup>41</sup> הרי שלכל אחת ואחד משופטיו יש דעה, ולעתים גם "פילוסופיה שיפוטית",<sup>42</sup> משל עצמו. למרות חשיבות התפקיד של נשיא בית המשפט העליון בית המשפט העליון עצמו הוא, בסופו של דבר, תזמורת ללא מנצח. ממילא קשה לעמוד על מגמות מוסדיות משהמדיניות הכללית אינה נקבעת על-ידי המוסד – בית המשפט העליון – בתור שכזה, מה גם שהשופטים מתחלפים מעת לעת.

12. האמור במאמר זה בדבר המגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון וחילופי עידנים בה אינו מבטא אפוא אלא התרשמות כללית, שיש לה תימוכין בפסיקה ובספרות המחקר, כמו גם בבדיקה בסיסית במאגר פסיקה<sup>43</sup> של השימוש בפסיקה בתקופות שונות בשורה של מילות מפתח, ובהן "חקיקה שיפוטית", "שיקול דעת שיפוטי", "מדיניות שיפוטית", "שיקול דעת פרשני" ו"סבירות" (בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק ושל בית המשפט העליון בערעורים מנהליים).<sup>44</sup>

אמנם לא מן הנמנע שניתן להסביר הבדלים בין תקופות שונות בהיקף השימוש בביטויים מסוימים בכך שביטויים אלה ואחרים היו מקובלים פחות בשנים מסוימות, בכך שמספר פסקי הדין של בית המשפט העליון גדל במידה ניכרת במהלך השנים, ובכך שכיום כל פסקי הדין וההחלטות של בית המשפט העליון מתפרסמים לעומת העבר, או פורסמו בכרכי הפ"ד רק חלק מפסקי הדין.<sup>45</sup> ואולם, נראה שההבדלים בין העידנים בהיקף השימוש

41 אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורת ותרבות" הפרקליט מ 197, 203 (1992). לצעדים שונים שבית המשפט העליון נוקט כדי להבטיח כי בתי המשפט בערכאות שמתחתיו יפעלו לפי פסיקותיו ראו יאיר שגיא "למנצח שיר מזמור? לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל" משפט וממשל טז 65 (2014). לסוגיה זאת ראו גם יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161 (2000).

42 זוהי "תפיסת עולם כללית של אדם – האני מאמין שלו – ולא דווקא משנה עיונית שיטתית" (אנגלרד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 124). אהרן ברק מגדיר "פילוסופיה שיפוטית" כ"מחשבה מסודרת באשר לאופן שבו יתמודד השופט עם הבעייתיות של המקרים הקשים. [...] הפילוסופיה השיפוטית היא מערכת השיקולים שהשופט י שקול כאשר הוא יפעיל את שיקול דעתו" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 175 (2004)). דומה שהגדרה זאת מבוססת בעצמה על תפיסת המשפט של ברק, המבחינה בין היתר בין מקרים קלים למקרי ביניים ולמקרים קשים, ומכירה בקיום שיקול דעת שיפוטי במקרים הקשים בלבד. לצורך הבדיקה השתמשנו במאגר נבו.

43 ההתמקדות במשפט מינהלי, וליתר דיוק בפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק ובית המשפט העליון בערעורים על פסקי דין של בית המשפט לעניינים מינהליים בעתירות ובתובענות מנהליות, נובעת מכך ש"סבירות" והאנשה בדמותו של "האדם הסביר" מעוגנות בחקיקה דיני עונשין ודיני נזיקין, וממילא שימוש בביטויים אלה בהקשר פרשני נעשה בבית המשפט העליון בתחומים אלה מאז ומתמיד ואינו משקף בהכרח תודעה או "פילוסופיה שיפוטית" בדבר שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי. בכך אין כדי לגרוע מהיזקקותו של בית המשפט העליון בפועל לשיקול דעת נורמטיבי בפירושה של ביטויים אלה גם דיני עונשין ודיני נזיקין. ראו למשל דיני עונשין – יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (1989); דיני נזיקין – ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 476–482 (2012).

45 כך, במאגר נבו כלולים 12,502 פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון מהעידן הראשון (עד תום שנות השבעים), שכולם פורסמו בפ"ד. לעומת זאת במאגר כלולים 311,853 פסקי דין והחלטות מהעידן השני (שלושים השנים הבאות), שרבים מאוד מתוכם לא פורסמו בקובצי הפ"ד. למשמעות של הפרסום החלקי מבחינת היכולת ללמוד מפסקי דין שפורסמו על פסקי דין שלא פורסמו ראו יורם שחר, מירון

בביטויים האמורים הם כה מובהקים,<sup>46</sup> עד כי קשה לייחס אותם אך ורק להתפתחויות אלה גם בשים לב לכך שניצנים ראשונים של העלייה בשימוש בביטויים אלה ניכרים במרבית המקרים רק בשנות השבעים.

הבדיקה של מילות מפתח אינה המתודולוגיה היחידה שבה השתמשנו. לצדה השתמשנו גם במתודולוגיה המסורתית, שכוחה עודו במותניה, של הצבעה על הלכות ותקדימים. גם אם מופע מסוג מסוים של שיקול דעת שיפוטי הוא מועט, עדיין יש לו ערך לצורך אבחון עידן – בין כמשקף את גישתו של בית המשפט (במיוחד אם התבטא בפסיקה שניתנה בהרכב מורחב) ובין בהצטרפו למופעים נוספים שבהצטברותם מבטאים גישה עקרונית רחבה.

אכן, אין לכחד כי המקורות שעמדו לרשותנו במחקר זה, לרבות מופעי המילים והביטויים בפסיקה, אינם נותנים תמונה מלאה ומדויקת. לשם כך היו עשויים להועיל כלים מחקרניים נוספים – כמותיים ואיכותיים.<sup>47</sup> אולם דומה כי הם יכולים לשמש לפחות מצע ראשוני לתובנות התיאוריות והנורמטיביות שהמאמר מציע.<sup>48</sup>

## ב. העידן הראשון

13. עד סוף שנות השבעים נקט בית המשפט העליון גישה מצמצמת בנוגע לשיקול דעת שיפוטי בהכרעות מהותיות בתחום המשפט הציבורי, ולמצער נמנע מלבסס את החלטותיו על נימוקים המבטאים במוצהר שיקול דעת במובן של בחירה בין כמה חלופות חוקיות. בד בבד השתמש בית המשפט העליון במהלך שנים שימוש נרחב בשיקול דעתו אם לדון בעתירות לגופן על בסיס שיקולים שפיטותיים.

14. הצירוף "חקיקה שיפוטית", המגלם במובהקות הרבה ביותר הפעלת שיקול דעת על ידי בית המשפט בקביעת הדין המהותי, הוזכר בפסיקת בית המשפט העליון עד סוף שנות השבעים 16 פעמים בלבד, ומתוכן 11 פעמים במהלך שנות השבעים.<sup>49</sup> בכל הפעמים האלה

גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 751, 749 (1997).

46 ראו להלן סעיף 14.

47 השוו מיכל אלברשטיין "מדד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית" מחקרי משפט כז 349 (2011).

48 השוו אריאל בנדור ויפעת הולצמן-גזית "מחקר אמפירי של המשפט בישראל – ממצאים ומשמעויות" עיוני משפט לד 351, 375–377 (2011).

49 בפסק דין נוסף הוזכר הביטוי ב"רציו" של פסק הדין שנכתב על-ידי עורכי קובץ הפ"ד. נראה כי העורכים התכוונו לאמירה בפסק הדין, בהקשר של דיני עבודה, "שבלכתו אחרי דעת המלומדים יש ובית-המשפט משנה הלכה שאינה כתובה בספר החוקים, או אפילו סוטה, על דרך הפרשנות, מפירושו הקודם של חוק חרות. ואולם בעשותו כן חייב בית-המשפט לנהוג זהירות רבה, כדי שחידושו ישתור ברקמת המשפט הכוללת". ראו בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטיית וכימית בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 385, 372 (1974).

דובר על חקיקה שיפוטית כעל פרקטיקה בעייתית,<sup>50</sup> שגם כשיש לה מקום יש להפעילה בזהירות ובריסון רבים. גם הביטוי הרחב יותר "שיקול דעת שיפוטי" הוזכר עד סוף שנות השבעים ב-17 פסקי דין של בית המשפט העליון בלבד. ברובם של פסקי דין אלה לא נעשה השימוש בביטוי בהקשר של פרשנות החוק או של קביעת דין כללי בבית המשפט, אלא באשר לשימוש בסמכויות ספציפיות, כגון מתן צווים מסוימים שהחוק קבע במפורש שיהיה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. הביטוי "מדיניות שיפוטית" הוזכר עד סוף שנות השבעים ב-11 פסקי דין של בית המשפט העליון, אף לא אחד מהם בהליכי בג"ץ. הביטוי הופיע לראשונה בפסק דין מ-1973.<sup>51</sup> הביטוי "סבירות" הופיע ב-131 פסקי דין של בית המשפט הגבוה לצדק עד סוף שנות השבעים. ברובם ראשון מספר זה נראה גדול, אך רושם זה משתנה לנוכח מספר פסקי הדין וההחלטות של בית המשפט הגבוה לצדק שבהם נעשה בביטוי שימוש מתחילת שנות השמונים – 2,458.<sup>52</sup>

15. במיעוט האזכורים של חקיקה שיפוטית ושל שיקול דעת שיפוטי מהותי עד תחילת שנות השמונים אמנם אין כדי למנוע את האפשרות להנהיר את פסקי הדין, גם בתקופה זאת, כמבטאים בחירות ערכיות של השופטים או של הרשות השופטת.<sup>53</sup> למשל, סולברג ציין כי "ההנחה הרווחת כי לעת הזאת המשפט הישראלי ערכי יותר מבעבר, מחמת קיומן כיום של זכויות יסוד מוכרות רבות יותר, אינה מוכרחת. בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה טרם פותח שיח הזכויות. עיקרו של השיח סב אז על חובות האזרח למדינה ולקולקטיב. [...]. השיח התמקד בזכות לתרום למדינה. הלך מחשבה שכזה, של רצון לתרום וראייה בתרומה זכות, מעיד דווקא על חברה ערכית".<sup>54</sup> אלא שהפעלת שיקול הדעת, בוודאי במשמעותו המהותית של בחירה מבין חלופות חוקיות ולגיטימיות שונות, לא התבטאה במוצהר בנימוקי הפסיקות.<sup>55</sup>

50 כך למשל בפסק הדין הראשון שאיתרנו שבו מופיע הביטוי "חקיקה שיפוטית" ביקר השופט משה נדרי את פסיקתו של שופט בית-המשפט המחוזי במילים אלה: "זוהי דוגמה של 'חקיקה שיפוטית' נועזת למדי. [...] הרחבה זו מעוררת בעיני ספקות חמורים. אך הפעם מגיע השופט המלומד להרחבה נוספת [...] אם יכולתי אולי להשלים עם רעיונו של השופט [...] במקורו, עלי להתקומם נגד הרחבה זו [...] קביעת מבחן מעורפל כזה היתה משבשת את הדין וחותרת תחת יציבותו, וזאת אין להרשות, למרות הרצון לעשות צדק עם המשיבים". ראו ע"א 455/66 קלקא נ' אורצקי, פ"ד כא(2) 612, 615 (1967).

51 ע"א 581/72 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 513, 528 (1973).

52 לפירוט ראו להלן בסעיף 21.

53 ראו למשל אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח" עיוני משפט ג 640 (1973); פנינה להב "העוז והמשרה: בית-המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479 (1989).

54 סולברג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 16.

55 גם בתקופה זאת ההימנעות מהנמקת הפסיקה המהותית תוך היוקקות לשיקול הדעת של השופטים לא הייתה מוחלטת. למשל, בפסק דין אחד ציין השופט מאיר שמגר (באותו מקרה בדעת מיעוט) כי "כאשר דרכי הפרשנות מותירות בחירה בין גישה דוקנית הבאה להטות כפות המאזניים לחומרה ולהטיל צמצום על חופש הביטוי לבין דרך חלופית ליברלית, יש לנקוט בדרך השניה, הבאה לשמור ככל האפשר על חירות הביטוי ולקיימה. [...] [זאת] כאשר הדברים אינם ברורים וחד-משמעיים, עת מותר נוסח החוק מירווח של שיקול-דעת שיפוטי וכאשר מתעוררת בהקשר זה השאלה מהי הכוונה אותה יש לקרוא לתוך דברי המחוקק". ראו ד"ר 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת נתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3)

עם זאת בכמה מאמרים מאת שופטי בית המשפט העליון שפורסמו בסוף שנות השישים ובראשית שנות השבעים, ושבהם התכתבו השופטים עם עיסוק אקדמי שהחל באותה עת בישראל, בעקבות כתיבה בחו"ל, בשאלת שיקול הדעת השיפוטי,<sup>56</sup> הפגינו הכותבים מודעות, שכאמור בלטה פחות בפסקי הדין עצמם, לשיקול דעת כרכיב מהותי בשפיטה, לרבות בהקשר של פירושו, ואפילו של קביעתו, של הדין המהותי (אף שבדרך כלל בלא הבחנה בין שיקול דעת זה לשיקול הדעת השפיטותי). למשל, השופט לנדוי כתב כי "הלכה יכולה להיות יציר המחוקק – חוק חרות – או יציר השופטים; ואילו שיקול הדעת הוא התחום המיוחד לשופטים והוא משמש להם כמכשיר לפרשנות החוק החרות וגם ליצירה עצמאית של הלכות שופטים בענינים הקונקרטיים הבאים בפני בית-המשפט [...] לפסוק פרושו לברור והברירה דורשת שיקול דעת".<sup>57</sup> והשופט אלפרד ויתקון ציין "שיש שדה נרחב למדי לחקיקה שיפוטית", כי אין החוק צופה כל ה שבחיק העתיד ולעתים קרובות משאיר המחוקק עצמו בידי השופט את התפקיד למלא את חקיקתו תוכן (למשל, בחוק השבות לגבי השאלה, מי הוא יהודי?). אם אלה פני החקיקה, אין לטעון אחר-כך (כשהתוצאה אינה משביעה רצון) שהפסיקה נכנסת לתחום הפוליטיקה. אך זהו קצה גבולה של הרשות השופטת, ומעבר לכך – ערוב תחומין".<sup>58</sup>

מכל מקום, כפי שנטען בהמשך מאמר זה,<sup>59</sup> נראה שקיימת זיקה בין תפיסת המשפט והשיפוט המתבטאת בהנמקה לבין התכנים המהותיים של הפסיקה. מכאן שתודעה של קיום שיקול דעת שיפוטי רחב עשויה להשפיע על תוכן הפסיקה ולהוביל לפירוש הדין המרחיב בפועל את היקף שיקול הדעת והחקיקה השיפוטית.

16. בחיבורו המפורסם "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" מ-1993<sup>60</sup> תיאר מנחם מאוטנר את פסיקות בית המשפט העליון בשנות החמישים כמבטאות מגמה של הנמקה "פורמליסטית". הנמקה זאת כללה בין היתר, לפי ניתוחו: הסתמכות על דדוקצייה לוגית, הישענות על לשון החקיקה, אמונה בהפרדת רשויות נוקשה שמשמעותה היא כי רק הכנסת מוסמכת לשנות את הדין, ואילו תפקיד בית המשפט הוא ליישמו, שימוש רב בקטגוריות משפטיות, התמקדות במשפט המנהלי בנושאי הסמכות ולא בתוכן, והדגשת היציבות והוודאות של הדין.<sup>61</sup> אמנם המאפיינים השונים של ההנמקות שמאוטנר הציג

337, 359 (1978). עם זאת ניתן להטיל ספק אם לשון הציווי "יש לנקוט" אכן מלמדת על קיומם של "בחירה" ו"שיקול דעת שיפוטי" במובנם המדויק.

56 ראו למשל עמוס שפירא "לבעית שיקול הדעת השיפוטי" במקרי-גבול" משפטים ב 57 (1970) (להלן: שפירא "לבעית שיקול הדעת"); יוסף רו "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" משפטים ב 317 (1970).

57 משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 293, 296 (1968) (להלן: לנדוי "הלכה ושיקול דעת"). למאמרים נוספים של שופטי בית-המשפט העליון שפורסמו באותה תקופה הנוגעים לשיקול דעת שיפוטי ראו, בין היתר, יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213 (1971); A. Witkon, *Some Reflections on Judicial Law-Making*, 2 ISR. L. REV. 475 (1967).

58 אלפרד ויתקון "הפרדת הרשויות" הפרקליט כט 355, 359 (1974).

59 ראו להלן סעיפים 53–56.

60 מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 20.

61 ראו שם, בעמ' 508–511.

כפורמליסטיות אינם מתלכדים תמיד אלה עם אלה, והוא אף לא הבחין בין היבטים של דין מהותי להיבטים שפיטותיים (שקשה לראות כפורמליסטית את הרחבת ההיזקקות להם),<sup>62</sup> אך המכנה המשותף של כולם הוא היעדר שיקול דעת: השופטים לא חוקקו את הנורמות המסדירות את המחלוקות שהובאו להכרעתם, כלומר לא עסקו בבחירה אלא החילו נורמות נתונות.

17. בעידן הראשון של שיח שיקול הדעת השיפוטי בפסיקת בית המשפט העליון הייתה ההתייחסות לשיקול הדעת השפיטותי שונה, אפשר לומר הפוכה, מההתייחסות לשיקול הדעת המהותי. לעומת היעדר התודעה של שיקול דעת בקביעת הדין המהותי, הרי לא רק הפרקטיקה אלא גם תודעת השופטים של בית המשפט הגבוה לצדק, כפי שהתבטאה במפורש בפסקי הדין שלהם, היו רוויות בהכרה בשיקול הדעת שלהם אם לדון לגופו של עניין בעתירות שהוגשו לבית המשפט. כך, כבר ב-1959 הגדיר בית המשפט הגבוה לצדק את סמכותו לדון "בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק" כסמכות "שיקול-דעתית"<sup>63</sup> וציין שאחת השאלות הטעונות הכרעה היא "אם בתוקף שיקול דעתנו נענה למבקשת אם לא".<sup>64</sup> לא זו בלבד שבית המשפט הגבוה לצדק הכיר בעידן הראשון בקיומו של שיקול דעת שפיטותי – אם לדון בעתירה המצויה בסמכותו – אלא שבית המשפט אף השתמש בנדיבות בשיקול דעת זה כדי לדחות על הסף עתירות שלא ראה צורך לתת בהן סעד למען הצדק, אף כשמשמעות אפשרית של דחייה זאת הייתה אישור בפועל של הפרת הדין המהותי.<sup>65</sup> השופט חיים כהן כתב בהקשר זה כי "בידוע מושיט בית-משפט זה את סעדיו על-פי שיקול דעתו; והוא לא ישתמש בשיקול דעתו לטובת עותר אשר לא הצליח להניח דעתו שנעשה לו אי צדק, אף אם הצליח להניח דעתו שנעשה מעשה שלא כדין".<sup>66</sup> בדומה לזה תיאר את המצב המשפטי ב-1969 גם השופט משה לנדוי<sup>67</sup> – שביקר את החוקק<sup>68</sup> המקנה לבית המשפט הגבוה לצדק שיקול דעת רחב כזה:

62 כן למשל צמצום השימוש במשוכות של זכות עמידה ושיפוטיות, בדומה לשאר "עילות הסף" בבית-המשפט הגבוה לצדק, כמו גם החלתה הגורפת של דרישת הסבירות על מכלול הפעולות וההחלטות המינהליות, לא זו בלבד שאינם מנוגדים לפורמליזם, אלא אף מבטאים ביטוי מובהק של פורמליזם. ראו, בין היתר, רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); בנדור "חיי המשפט", לעיל ה"ש 21. ומכאן שדווקא ההיקף המצומצם יותר – לפחות לפי הבנתו של מאוטנר – של הביקורת השיפוטית בשנות ה-50 היה במהותו בלתי פורמליסטי.

63 בג"ץ 10/59 לוי נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד יג 1182, 1191, 1194 (1959).

64 שם, בעמ' 1200.

65 ראו למשל בג"ץ 36/68 בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617 (1968). להלן פסק הדין במלואו: "קטילת בעלי-חיים לצורך ספורט אינה מן הדברים שבית-משפט זה רואה עצמו חייב. מטעמי צדק, להגן עליהם. הצור-על-תנאי מתבטל והעתירה נדחית. העותר ישלם למשיבים, כהוצאות הבקשה, סכום כולל של 300 (שלוש מאות) ל"י". למאמרי ביקורת על פסק הדין ראו זמיר "על הצדק" לעיל ה"ש 18; רות גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב 89 (1970).

66 בג"ץ 244/64 אדירי נ' מבקר המדינה, פ"ד יט(1) 401, 404 (1965).

67 לנדוי "הלכה ושיקול דעת", לעיל ה"ש 57, בעמ' 302–303.

68 בעת פרסום המאמר ס' 7 (א) לחוק בתי המשפט, התשי"ז–1957, שנוסחו זהה לס' 15 (ג) לחוק-יסוד: השפיטה החל כיום.

[...] נוסחה זו [...] גורמת לא פעם לתוצאות בלתי־רצויות. [...] עדיין נשארים טעמי הצדק המאפשרים לבג"צ לנהוג כמו החתן בספור הידוע, שאחרי ככלות הכל חוטמה של הכלה לא מצא חן בעיניו: אם כי העותר הוכיח את זכותו על פי דין, עדיין יכול בית־המשפט להשיב פניו ריקם, כי התערבותו אינה דרושה למען הצדק. [...] כאן דרוש בדק בית יסודי, תוך מתן הכרה de jure לעובדה שבג"צ הוא בית־המשפט המינהלי שלנו וסמכותו צריכה להיות מוגדרת, והכלל השורר בו חייב להיות כמו בכל בית משפט אחר [...]. אפילו במשטר של שקול דעת לא יתכן שערכאה יחידה זו [בית המשפט העליון] תסרב להכנס לדיון בעתירה, מפני שהנושא הוא לזרא לשופטים, אם כי הוא נמצא בגדר החוק הקיים. בדרך זו הופך שקול הדעת להמנעות מלדון לגוף הענין.

יצחק זמיר עמד בספר שהתפרסם ב־1975<sup>69</sup> על המידה הגדולה והגמישות הרבה של הפעלת שקול הדעת של בית המשפט הגבוה לצדק, גם ביחס לאנגליה שהמקור שיקול הדעת הוא במשפטה:

כידוע, גם כאשר ענין מצוי בגדר סמכותו ועילת העתירה הוכחה, אין בג"צ חייב להושיט סעד, אלא הוא רשאי לדחות את העתירה לפי שיקול דעתו, [...] ובכלל זה משום שחוש הצדק של בג"צ אומר לו כי המקרה שלפניו אינו ראוי לסעד.

[...] דומה שבג"צ מפעיל את שיקול הדעת שלו במידה גדולה יותר, ובגמישות רבה יותר, מאשר בית־המשפט באנגליה, ולפעמים אף יותר מכפי שנראה דרוש או רצוי. תוצאה שלילית יש לכך שהעותר לבג"צ חש לעתים קרובות מבוכה, וחוסר־בטחון בתוצאות ההליך, הרבה יותר מאשר התובע בבית־משפט אחר. במצב כזה מתחזקת ומתפשטת הדעה שאין אפשרות סבירה לצפות מראש את פסק־הדין של בג"צ, כאילו מדובר בגוף שאינו פועל לפי כללים, אלא לפי שיקולים סתומים או הלכי רוח, שאינם גלויים ואינם יציבים [...].

נדמה לי, בלי שאוכל להוכיח זאת, כי יש קשר בין החרות הרבה שבה מופעל שיקול הדעת לדחיית עתירות לבין העובדה ששיקול הדעת מופעל על־ידי בית־המשפט העליון, שהוא בעת ובעונה אחת עמוס לעיפה, מלא בטחון עצמי, ופטור מביקורת על־ידי ערכאה גבוהה יותר.

מכאן שבית המשפט העליון בעידן הראשון, לא רק הרבה לדחות עתירות על הסף, אלא, לפחות במקרים רבים, עשה זאת על־פי שיקול דעתו.

69 יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 101–103 (1975).



18. באשר לזכות העמידה לעתור לבג"ץ הייתה הגישה המקובלת כי "לא מספיק הדבר שהמבקש, רק כאחד מרבים, מעוניין שדבר מסויים לא ייעשה בניגוד לחוק, אם אינו יכול להראות, שדבר זה עלול לפגוע באינטרס שלו עצמו. [...] אם אדם, שלא נפגע אישית, בא לדרוש את התערבותנו כדי למנוע פעולה בלתי חוקית ולמען הגן על האינטרסים של הזולת, לא ישעה בית משפט זה לבקשתו, אלא אם כן יוכח לדעת, שבחוק הנדון מצוי איזה דבר, המראה כי למבקש הזכות לטעון לאינטרסים של הזולת".<sup>70</sup> לכך הוסיף בית המשפט כי "ככל שיש לנשוא הקובלנה אופי ציבורי יותר, והוא מן הענינים המנסרים בזירה הפוליטית ומשמשים נושא לדיונים בפני הממשלה והכנסת, כך יש להחמיר בדרישה שהקובל יהא נפגע פגיעה ממשית בתוך רשות היחיד שלו, כדי להקנות לו זכות עמידה לפני הרשות השופטת. אינני סבור שאפשר לקבוע מסמרות בנדון זה. בסופו של דבר, עלינו להשתמש בשיקול דעתנו ולהכריע בכל מקרה על-פי נסיבותיו".<sup>71</sup> באשר לשפוטות של החלטות פוליטיות-ציבוריות מובהקות, כגון החלטות הנוגעות להטלת התפקיד להרכיב את הממשלה או ליחסי החוץ של המדינה, נקבע בין היתר כי "כל דבר התפקיד להרכיב ממשלה [...] – כשמפעילים כלפיו את 'חוש המומחיות של משפטן' – נמצא לא justiciable, אינו ניתן להכרעה שיפוטית. יש כאן יחסים שלפי טיבם הם מחוץ לתחום השיפוטי"; [...] כשמתעוררת שאלה של פגיעה בהוראות [...] [החוק המסדיר את הרכבת הממשלה], יש למצוא את התרופה באמצעים פרלמנטריים, היינו בתגובת הכנסת כלפי ממשלה [...]".<sup>72</sup> בעתירה בעניין כינון יחסים דיפלומטיים עם גרמניה פסק בית המשפט העליון כי "ענין אישורו או פסילתו של שגריר של מדינה זרה הוא ענין מדיני [...]". אין זה ענין משפטי אשר לפי טבעו ניתן להביאו לבירור בבית-המשפט".<sup>73</sup> בדחותו עתירה לחייב את צה"ל לערוך תחקירים מבצעיים בעקבות מלחמת יום הכיפורים קבע בית המשפט הגבוה לצדק כי " [...] נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו – אינם שפטיים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט. [...] גם מי שער [...] לחשיבותה, במערכת המימשל שלנו, של בקורת שיפוטית יעילה וגם מי שגורס, מעבר לכך, כי יש להקנות לבית-משפט זה סמכויות לצורך קיום פיקוח שיפוטי-חוקתי [...] – לא ידגול בערוב תחומים בין השיקול הצבאי-המבצעי לבין השיקול השיפוטי".<sup>74</sup> "יש ענינים שלגביהם הכל תמימי-דעים שאינם שפטיים, למשל ענינים שהם (או שכרוכים בהם) סידורים או פעולות אופרטיביים צבאיים, הן בימי שלום והן בימי מלחמה [...]. אי-התערבות הרשות השופטת בענינים כאלה אינה נובעת מיחס של כניעה בפני רשויות הצבא, ואין צריך לומר שהללו אינם מעל החוק. [...] אי-התערבות הרשות השופטת נעוצה בכך שקני-המידות, סדר העדיפויות ומערכת הערכים המקובלים עלינו והמאפשרים לנו להעביר את מעשי השלטון האזרחי תחת שבט בקורתנו, לא בהכרח הולמים הם את צרכי

70 בג"ץ 107/50 אריאב נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ה 523, 532 (1950). ראו גם זאב סגל זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק 77–105 (מהדורה שנייה מעודכנת, 1993).

71 בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד(1) 238, 247 (1970).

72 בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801, 814 (1951).

73 בג"ץ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט(2) 485, 487 (1965).

74 בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון, פ"ד ל(3) 309, 319 (1976) (השופט שמגר).

הצבא הדורשים, בראש ובראשונה, מרות והחלטיות. זכותו [של העותר] לחלוק על שלטונות הצבא זכות היא, אך לא מתפקיד הרשות השופטת הוא לפסוק במחלוקת זו. אין לנו הכלים לכך, ונטילת סמכות שכזאת לידינו אינה לתועלת הענין. הוא שאמרנו: הנושא אינו שפיט"ו.<sup>75</sup>

## ג. העידן השני

19. ממבט רחב, הרושם הוא כי החל בראשית שנות השמונים של המאה הקודמת ועד לשנים האחרונות התאפיינה פסיקתו של בית המשפט העליון בתהליך שכלל שלושה רכיבים מרכזיים: ראשית, הרחבת השימוש בשיקול דעת שיפוטי נורמטיבי; שנית, הבניה של השימוש בשיקול דעת זה; שלישית, צמצום השימוש בשיקול דעת שפיטותי. בין שיקול הדעת המהותי לשיקול הדעת השפיטותי היה אפוא מעין שקלול תמורות (trade off). כל שלושת התהליכים האלה הובלו במידה רבה אחר כתיבתו האקדמית ופסיקותיו של אהרן ברק, שהחל לכהן כשופט בית משפט העליון בספטמבר 1978.

20. החל מראשית שנות השמונים גברה דרמטית המודעות של השופטים, כפי שצוינה במפורש בפסקי הדין, לרכיב של שיקול דעת בפסיקה ושימוש מוצהר בשיקול דעת זה. כדבריו של מאוטנר: "העקרונות שהפעיל בית-המשפט [החל משנות השמונים] לצורך הכרעותיו הוצגו על-ידו פעם אחר פעם כמתחרים אלה באלה, באופן שהאיזון ביניהם, לצורך יציקת הכלל הספציפי, יכול להיעשות ביותר מאשר דרך אחת, ומצריך איפוא הפעלת שיקול-דעת על-ידי בית-המשפט, לצורך דירוג העקרונות המתחרים בהתאם למשקל היחסי הראוי להינתן לכל אחד מהם."<sup>76</sup>

21. להתרשמות כללית זאת יש ביטוי גם בלשונם של פסקי הדין החל מהעידן השני, שבה מופיעים צירופי מילים המבטאים במובהק שיקול דעת שיפוטי.<sup>77</sup> כך, הביטוי "חקיקה שיפוטית" הופיע למן שנות השמונים<sup>78</sup> ב-224 פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון (לעומת תשע פעמים שבהן הביטוי הוזכר ב-32 השנים הקודמות), ומתוכם 26 פסקי דין בעתירות לבית המשפט הגבוה לצדק וארבעה פסקי דין בערעורים על פסיקת בית המשפט לעניינים מינהליים. ואילו הביטוי "שיקול דעת שיפוטי" נכלל מאז תחילת שנות השמונים ב-688 פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון (לעומת 17 פעמים שבהן הופיע הביטוי בפסיקה עד אז), מתוכם 149 פסקי דין של בית המשפט הגבוה

75 שם, בעמ' 321-322 (השופט ויתקון).

76 מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 20, בעמ' 535 וההפניות בעמ' 535-536, ה"ש 80.

77 השוו לדבריו של מאוטנר, שם בעמ' 535-536: "העובדה שבית-המשפט נזקק בהקשר זה [של הפעלת שיקול דעת על ידי], שוב ושוב, למטבע-הלשון 'איזון' סייעה לו להצניע את המימד החדשני שבהנמקותיו. מטפורת המאזניים היא אולי השכיחה ביותר ביחס למשפט. בית-המשפט הסתייע איפוא במטפורה שכיחה ושגורה כדי להחדיר לפסיקתו סגנון הנמקה חדשני ובלתי-מקובל".

78 מאחר שעליית המודעות לשיקול דעת שיפוטי החלה, לפי הנטען במאמר, בעידן השני, כלומר מראשית שנות ה-80, הנתונים בעניין זה כוללים לא רק את העידן השני (1.1.1980 עד 31.12.2009) אלא גם את העידן השלישי (1.1.2010 עד עתה, כלומר עד 31.12.2016).

לצדק ו-25 פסקי דין בערעורים על פסקי דין של בית המשפט לעניינים מינהליים בעתירות ובתובענות מנהליות. בפסקי דין אחדים אף הוזכר "מתחם שיקול הדעת השיפוטי". נקבע למשל כי "צידוק" הוא מושג שסתום רחב. בגדרו נבחנים שיקולי צדק, אינטרסים אישיים ואינטרסים ציבוריים. מתחם שיקול הדעת השיפוטי הוא רחב וגמיש;<sup>79</sup> הוזכרו "החריגים לכלל [כי שתיקת נאשם במשפטו לא תיחשב 'דבר מה נוסף'] [...] שבהם ראוי להכיר במסגרת מתחם שיקול הדעת השיפוטי ועל בסיס המדיניות המשפטית הראויה".<sup>80</sup> באשר לביטוי "מדיניות שיפוטית", הוא הופיע ב-805 פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון שניתנו בתקופה זאת (לעומת 13 פסקי דין שניתנו ב-32 השנים הקודמות), מתוכם 87 של בית המשפט הגבוה לצדק ועוד 31 פסקי דין בהליכי ערעור של פסקי דין של בית המשפט לעניינים מינהליים בעתירות ובתובענות מנהליות. בביטוי "שיקול דעת פרשני", שלא הופיע כלל בפסיקת בית המשפט העליון בעידן הראשון, נעשה שימוש לראשונה ב-1995, ובסך הכול הוא הופיע ב-16 פסקי דין. הביטוי "סבירות" הופיע מאז תחילת שנות השמונים בלא פחות מ-2,458 פסקי דין והחלטות של בית המשפט הגבוה לצדק. מתוכם ב-275 בשנות השמונים, 494 בשנות התשעים, 925 בשנות האלפיים, וכן 764 פסקי דין והחלטות מ-1.1.2010 עד 31.12.2016. זאת לעומת 189 פסקי דין בלבד של בית המשפט הגבוה לצדק שבהם הביטוי הופיע מיום הקמת בית המשפט העליון עד 31 בדצמבר 1979.

גם ספריו ומאמריו של אהרן ברק שבהם כונן את תורתו בדבר שיקול דעת שיפוטי, כמו גם את ההבניות שהציע לשיקול הדעת – רכיבים מרכזיים של המשפט ושל השפיטה בישראל – צוטטו רבות, אף שהתמקדו בהיבטים תורתיים רחבים ולא דווקא בדינים פוזיטיביים קונקרטיים. כך, בין היתר, ספרו של ברק שיקול דעת שיפוטי, שפורסם ב-1987,<sup>81</sup> אוזכר עד תום שנת 2016 ב-109 פסקי דין של בית המשפט העליון ובעוד 259 פסקי דין של בתי משפט אחרים, ואילו ספרו שופט בחברה דמוקרטית, שפורסם ב-2004,<sup>82</sup> אוזכר עד תום 2016 ב-116 פסקי דין של בית המשפט העליון וב-55 פסקי דין של בתי משפט אחרים.

כאמור יש בוודאי הסברים נוספים, שאינם מהותיים, לעלייה הדרמטית מראשית שנות השמונים בתדירות השימוש בפסיקת בית המשפט העליון במגוון ביטויים הקשורים לשיקול דעת שיפוטי. עם זאת הרושם הכללי הוא ברור: שיח של שיקול דעת בשלושת העשורים הראשונים למדינה, שלבד מבהקשר של עילות הסף לא היה שכיח בפסיקת בית המשפט העליון בכלל ובפסיקה בתחומי המשפט החוקתי והמנהלי בפרט, הפך לשגור בעשורים הבאים.

22. יתר על כן, שלא כבעידן הראשון, למן העידן השני חקיקה שיפוטית – שהיא הביטוי האולטימטיבי של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי – אינה מוצגת בבית המשפט העליון

79 בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 15.4.2015).

80 רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 378, 431 (2006).

81 ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 2.

82 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 42.

כשלילית בהכרח. לעתים היא רצויה והולמת את מהות הנושא, ומכל מקום לגיטימית,<sup>83</sup> ולעתים נתפסת כלא רצויה, וזאת בנושאים שראוי להסדרם בחוק או בתקנות.<sup>84</sup> כדבריו של השופט חנן מלצר בהתבטאות טיפוסית, "חקיקה שיפוטית' היא רצויה לעתים, כשהיא מבוססת על עילה ומידה (אף שהיא צופנת בחובה לפרקים גם חסרונות)".<sup>85</sup>

23. התפתחות שנייה המאפיינת את העידן השני היא הבניית השימוש בשיקול הדעת. להבניה משמעות של הפיכת ההכרעה השיפוטית לדיסקורסיבית, במובן של דרישה מהשופטים להתייחס לשאלות דומות בבואם לקבל החלטות. מסגרת השיח נוקשה, וחובה להשתמש בה בלא שיקול דעת, אך אפשר שיופעל שיקול דעת מהותי בהכרעות עצמן.

הצירוף "הבניית שיקול הדעת" הוא לכאורה אוקסימורון, שכן קיים מתח בין טענה לקיום שיקול דעת נורמטיבי, המקנה לשופטים אפשרות בחירה בין כמה חלופות חוקיות, לבין פיתוח מערכת עקרונות וכללים להפעלתו של שיקול הדעת.<sup>86</sup> דומה שאוקסימורון זה הוא שהביא כותבים מסוימים לכנות את תורתו של אהרן ברק, שכאמור הוביל את מגמות הפסיקה בעידן השני, תורה פורמליסטית<sup>87</sup> בעלת אופי מדעי,<sup>88</sup> אשר "ממירה [...] פורמליזם של כללים בפורמליזם של תכליות ושל עקרונות-יסוד",<sup>89</sup> לעומת כותבים אחרים שראו בה לא פורמליסטית, אם לא אנטי-פורמליסטית, במהותה.<sup>90</sup>

ההבניה התבטאה הן בתורת הפרשנות הכללית (לשון הכלל כנקודת מוצא; תכלית סובייקטיבית ומשקל שונה הניתן לה בהקשרים שונים; תכליות אובייקטיביות ומשקל שונה הניתן להן בהקשרים שונים; התמודדות עם לקונות; שיקול דעת שיפוטי ועוד),<sup>91</sup> הן בתחומים שונים של המשפט הפרטי (למשל בעוולת הרשלנות בדיני נזיקין: חובת הזהירות המושגית; חובת הזהירות הקונקרטית; הפרת החובה)<sup>92</sup> והן בתחום שבו מתמקד מאמר זה – המשפט החוקתי והמנהלי. כך למשל הובנתה בדיקת החוקתיות של חוקים אל מול חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם<sup>93</sup> על פי השאלות האלה: האם זכות נפגעת – הן אם

- 83 ראו למשל ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 327 (1991); ע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה(4) 368, 359 (1981).
- 84 ראו למשל בג"ץ 7685/00 טל-רון תעשיות בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.11.2001); ע"פ 509/79 לוזיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 512, 505 (1980).
- 85 דג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן, פ"ד סו(2) 240, 333 (2013).
- 86 ראו בנדור "הגבולות", לעיל ה"ש 21, בעמ' 271; Ariel L. Bendor & Zeev Segal, *The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak*, 47 TULSA L. REV. 465, 466–467 (2011).
- 87 ראו יגאל מרזל "לו יהי כן!": על תרומתו של אהרן ברק להבניית שיקול הדעת השיפוטי" ספר ברק, לעיל ה"ש 15, 103, בעמ' 104–115.
- 88 ראו למשל שמיר, לעיל ה"ש 62, בעמ' 810. ראו גם אלברשטין, לעיל ה"ש 47, בעמ' 378.
- 89 שמיר, לעיל ה"ש 62, בעמ' 810.
- 90 ראו למשל מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 20, בין היתר בעמ' 539, 540, 542, 548 ו-564.
- 91 ראו, בין היתר, אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית (1992); אהרן ברק *פרשנות תכליתית במשפט* (2003).
- 92 ראו לדוגמה ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גוררון, פ"ד לט(1) 113 (1985).
- 93 ראו לדוגמה בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 661–669 (2002); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 258–284 (2002).

מתקיימת פגיעה והן אם הפגיעה היא בזכות הקבועה בחוקי-היסוד, לרבות הבניית הבדיקה בקשר לזכויות ספציפיות כגון הזכות לכבוד האדם? האם הפגיעה, אם קיימת, מקיימת את ארבעת מבחני פסקת ההגבלה – חוקיות, הלימת ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות, שכשלעצמה נבחנת על פי שלושה מבחני משנה: התאמה, פגיעה פחותה ויחסיות – "המידתיות במובן הצר" – הנבחנת בין היתר על פי מבחני איוון אנכיים ואופקיים, ובהם מבחנים כגון מבחן הוודאות הקרובה, שגובשו שנים לפני חקיקת חוקי-היסוד?<sup>94</sup> אם הייתה פגיעה (שהוכחה על פי כללים ראייתיים חוקתיים מוכנים) – מהו הסעד שניתן?<sup>95</sup> אמנם ההבניה בחלקה נובעת מלשונם של חוקי-היסוד, אך חלקים מהותיים שלה, ובהם הבניית המידתיות לפי שלושה מבחני משנה וכן דיון נפרד בשאלת הסעד, מקורם בפסיקתו של בית המשפט העליון. בעידן השני פיתח בית המשפט העליון גם את ההבניה של כללי שיקול הדעת במשפט המנהלי (לרבות הסבירות ככלל שיורי)<sup>96</sup> ואת היחסים המורכבים בין עקרונות המשפט המנהלי הכללי, שרובו הוא משפט מקובל, לבין החקיקה הספציפית הרבה במשפט המנהלי.<sup>97</sup>

24. בד בבד עם עליית שיקול הדעת השיפוטי הנורמטיבי ולהבניית השימוש בו, מאופיין העידן השני בצמצום מהותי של השימוש בשיקול הדעת השפטי.

בתחום זה הייתה נקודת המוצא שהתקבלה בעידן השני שככלל מן הדין להכריע בעתירות לבית המשפט הגבוה לצדק ולבית המשפט לעניינים מינהליים, על פי הדין המהותי. דחיית עתירה על הסף, גם אם לעתים היא דרושה, צריכה להיוותר יוצא מן הכלל. על בית המשפט הגבוה לצדק להפעיל בזירות ובריסון את שיקול דעתו לדחות עתירות על הסף מבלי לדון בהן לגופן. הטעמים העיקריים לאימוצה של גישה זאת היו –

ראשית, [...] שהיא [...] מקרבת את הזכות המינהלית לזכות הרגילה. [...] 'נורמליזציה' בזכות המינהלית רצויה היא. שנית, [...] שהיא נותנת ביטוי למקומו המרכזי של עקרון שלטון החוק במשפט הציבורי הישראלי. [...] שלישית, [...] שהיא משתלבת בגישה המעניקה לבית המשפט הגבוה לצדק את התפקיד לשמור על הגשמתו של שלטון החוק. [...] כאן טמון ייחודו של בית המשפט המינהלי, המתחשב באינטרסים כלליים אלה של שלטון החוק.<sup>98</sup>

ואכן, על פי גישה זאת – שניתן אף לראותה כנובעת מזכות הגישה לבית המשפט<sup>99</sup> שבית המשפט העליון הכיר במעמדה החוקתי<sup>100</sup> – צומצמו במידה ניכרת בין היתר מחסומי זכות

94 ראו לדוגמה בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים פ"ד ז 871, 876–892 (1953); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 630–634 (1989).

95 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 792–699 (1994).

96 ראו בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 435–448 (1980).

97 ראו לדוגמה בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד לד(2) 569, 574–569 (1980).

98 בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678, 693 (1988).

99 ראו זמיר "הזכות המינהלית" לעיל ה"ש 19, בעמ' 141.

העמידה,<sup>101</sup> השפיטות,<sup>102</sup> הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת<sup>103</sup> והשיהוי.<sup>104</sup> אף אם בית המשפט לא נמנע – גם בעידן השני – מלהשתמש בשיקול דעתו לדחיית עתירות על הסף, הרי שהשימוש בשיקול הדעת היה זהיר, והוא תוחם לכללים המובנים שבית המשפט פיתח, כגון בחינת שלוש שאלות בקשר לטענת השיהוי.<sup>105</sup> הדחייה על הסף נבעה בדרך כלל מהתנהלות התלויה בעותרים (כגון אי-מיצוי הליכים, אי-ניקיון כפיים ושיהוי), ולא היה בה כדי להציב מחסום מהותי בפני הכרעה על פי הדין המהותי בעתירות שבהן הועלו טענות בעניינים בעלי חשיבות ציבורית. בדומה לזה, כדבריו של זמיר, "בית המשפט לא ידחה עתירה תאורטית על הסף אם העניין הנדון הוא על פי טיבו 'קצר מועד' [...], שיחדל להיות אקטואלי עד שיגיע לדיון בבית המשפט; [...] [אן] אם נראה כי הסעד החלופי לא יהיה יעיל בנסיבות המקרה; [...] שגם אם העותר התנהג באופן בלתי ראוי בקשר לעניין הנדון, בית המשפט ידון בעתירה אם התנהגות זאת נובעת או מוסברת על ידי התנהגות בלתי ראויה של הרשות המינהלית".<sup>106</sup>

25. ניתן לטעון כי עצם הצמצום בעידן השני של דחיית עתירות מכוח "עילות סף" אינו מבטא בהכרח צמצום של שיקול הדעת השיפוטית. לפי טענה זאת, דיון בעתירה לגופה הוא תוצאה של הפעלת שיקול דעת שפיטותי לא פחות מהימנעות מדיון ומדחיית העתירה על הסף.

ואולם, הטעמים העיקריים שבית המשפט העליון נתן למדיניות שצמצמה את שיעור העתירות שנדחו על הסף יורדים במהותם אל שורש הלגיטימיות של הפעלת שיקול הדעת ולא נוגעים רק לכיוון הפעלתו – דחיית עתירות על הסף או דיון בהן לגופן. כך, ב-25 פסקי דין שניתנו מתחילת שנות השמונים עד סוף 2016, ומתוכם 19 שניתנו בעידן השני, ציטט בית המשפט העליון, בדרך כלל כמענה לטענה כי ראוי לדחות עתירה על הסף כלא שפיטה, את הדברים האלה של ממלא מקום הנשיא משה לנדוי, שנכתבו בהקשר מצומצם יותר בשלהי העידן הראשון:

[...] רב החשש שבית המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקן האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה

100 ראו ע"א 6426/13 קבוצת עזריאלי בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פס' 10 (פורסם בנבו, 25.8.2014).

101 ראו לדוגמה עניין רסלר, לעיל ה"ש 8.

102 ראו שם. אמנם בשאלה של אמות המידה העקרוניות לדחיית עתירות על הסף בשל אי-שפיטות התעוררו בבית המשפט העליון מחלוקות. ראו למשל דעתו של המשנה לנשיא מנחם אלון בבג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מח(1) 749, 766–771 (1991), ודעתו של הנשיא שמגר בעניין רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 518–524. אך בפועל לא דחה בית המשפט עתירות בעידן השני בשל אי-שפיטות, להוציא עתירות מסוימות שנגעו להליכים פנימיים של הכנסת.

103 ראו לדוגמה בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 199–204 (1982).

104 ראו לדוגמה עניין אסולין, לעיל ה"ש 98.

105 ראו שם.

106 זמיר "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 19, בעמ' 168.

עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, בירדעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים.<sup>107</sup>

שיקול דומה, של מחויבות בית המשפט ל"שלטון החוק", כלומר לדין המהותי, צוין בבית המשפט העליון בפסקי דין שנגעו להרחבת זכות העמידה,<sup>108</sup> לצמצום דחיית עתירות בשל שיהוי,<sup>109</sup> להרחבת השפיטות (ובכלל זה תפיסת השפיטות הנורמטיבית כמחלטת, ללא כל שיקול דעת, והשפיטות המוסדית כרחבה ביותר)<sup>110</sup> ועוד. אמנם בית המשפט הגבוה לצדק לא שלל מעצמו את שיקול הדעת לדחות עתירות על הסף, ואף ספק אם הוא מוסמך לכך לנוכח האמור בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה כי בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בית המשפט העליון "ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק".<sup>111</sup> ואולם, הנימוק בדבר שלטון החוק, ולא כל שכן רטוריקת החובה לפסוק על פי הדין בכל עניין המובא לפני בית משפט כדין, אינם מבטאים אך שיקול אחד מבין שיקולים שונים בהפעלת שיקול הדעת השפיטותי. נראה לנו כי הם מגלמים הנסגה מהותית – צמצום – של שיקול הדעת והותרת השימוש בו, לפחות באשר לחלק מעילות הסף, ובהן זכות עמידה ושפיטות, למקרים שבהם קיימת לכך הצדקה מיוחדת.

הערך של השלטת הדין המהותי, המשקף את חיזוק הזכויות המהותיות של פרטים, את חובת המדינה לכבדן ואת הערך הציבורי של שלטון החוק, הפך אפוא בעידן השני לערך הדומיננטי בשפיטה בעניינים חוקתיים ומנהליים, ואילו שיקול הדעת של בית המשפט לדחות עתירות על הסף, מטעמים שאינם נוגעים לחוקיותן של ההחלטות או הפעולות הנתקפות, צומצם.<sup>112</sup>

- 107 בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4 (1979) (ההדגשות הוספו).
- 108 ראו למשל בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 21–31 (1987); בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(2) 62, 68–69 (2003); עניין רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 459, 461–462, 468–469.
- 109 ראו למשל בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 717 (2001); בג"ץ 1262/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס, פ"ד סא(1) 185, 195–199 (2006); עניין אסולין, לעיל ה"ש 98, בעמ' 684–685.
- 110 ראו למשל עניין רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 493–496. באשר להרחבת הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת בדבר הליכיה הפנימיים נראה כי לעומת העידן הראשון, שבו חל כלל מוחלט ללא שיקול דעת של ממש, שלפיו אין ביקורת שיפוטית על החלטות אלה, שיקול שלטון החוק הוביל דווקא להפעלת שיקול דעת. ראו בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 155–162 (1985).
- 111 לא-הסמכות לקבוע מנהגים השוללים הפעלת שיקול דעת שניתן בחוק-יסוד השוו בג"ץ 849/00 שץ נ' שר המשפטים, פ"ד נו(5) 571, 574–575 (2002).
- 112 ראו גם מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 20, בעמ' 558–562. השוו, באשר ליחס שבין צמצום שיקול הדעת השפיטותי להרחבת שיקול הדעת בפירוש וביישום של המשפט הבין-לאומי המהותי, איל בנבנשתי "נגרש ונשמע" משפט וממשל א 441, 450 (1993) ("הנקודה המעניינת והבעייתית במדיניות צמצום ההתערבות של בג"ץ היא, שבג"ץ מגיע לתוצאה של צמצום ההתערבות לא בדרך של תיחום

26. קיים מתח פנימי בשילוב המאפיין את העידן השני של הכרה בשיקול דעת שיפוטי נורמטיבי כתופעה כבדת משקל בקביעת הדין המהותי עם צמצום השימוש בשיקול דעת שפיטותי. המשמעות של שיקול דעת שיפוטי בקביעת הדין המהותי היא שבית המשפט יוצר – למעשה מחוקק – דין חדש לפי בחירתו, ואילו צמצום שיקול הדעת השפיטותי מבוסס בעיקרו על שיקולים של שלטון החוק. כדבריו של השופט ברק באשר לשפיטות: "במקום שיש נורמה משפטית יש גם אמת מידה משפטית להפעלת הנורמה. נורמה משפטית ללא אמת מידה משפטית להפעלתה היא סתירה פנימית"<sup>113</sup>; ועל רקע זה, "חוסר שפיטות מוסדית פוגע בשלטון החוק. באין דיין – לא נשמר הדין"<sup>114</sup>. ובאשר לזכות העמידה: "[...] תפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק הוא לדאוג להגשמתו של עקרון שלטון החוק. נעילת דלתותיו של בית-משפט זה לפני עותר חסר אינטרס, המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין, פוגעת בהשלטת החוק, שכן באין דיין אין דין. יכולת הפנייה לבית המשפט היא אבן הפינה של שלטון החוק"<sup>115</sup>.

האופן שבו ברק מנסה ליישב מתח זה אינו מבוסס על עמדה שפסיקת בית המשפט תמיד היא הצהרה על הדין הקיים או "גילוי" שלו, עמדה אשר נתפסת כפיקטיבית וכמבטאת תאוריה אשר "אבד עליה כלח"<sup>116</sup>. אלא נראה שיישוב המתח בידי ברק מבוסס על התפיסה שהפעלת שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי בקביעת הדין המהותי היא חובה מוסדית של בית המשפט. כדבריו:

תוך כדי הכרעה בסכסוך חייב בית המשפט לקבוע את הדין על פיו יוכרע הסכסוך. לעתים מהווה קביעה זו אך הצהרה על הקיים. לעתים מהווה קביעה זו יצירת דין חדש, בין במסגרת המשפט המקובל ובין בדרך של פרשנות והשלמת חסר בחקיקה. יצירת דין חדש זה, מהווה "חקיקה שיפוטית" [...] היא מהווה "חקיקה" במובנה הפונקציונלי, שכן היא יוצרת נורמה שלא הייתה קיימת בעבר.<sup>117</sup>

עמדה דומה במהותה הביע, עוד בתקופה שבה שלט בשיח השיפוטי העידן הראשון, השופט אלפרד ויתקון:

לפעמים חייב בית-משפט לנקוט עמדה בשאלות אידיאולוגיות, ואל יחשוד שאינו מסוגל לכך או שהדבר יפגע ביוקרתו [...]

העניינים שיידונו בפניו, אלא בדרך של הקלה של כללי ההתנהגות החלים על הרשות המבצעת. במקום לעשות שימוש ב'דוקטרינות הימנעות' שונות כגון 'אי שפיטות', 'העדר מעמד', או 'העדר מקום להושיט סעד למען הצדק', ריכך בית-המשפט את כללי המשפט הבינלאומי הגוררים את סמכויות המחזיק בשטחים המוחזקים, עד כדי ניטרולם למעשה".

113 עניין ז'רד'בסקי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 856.

114 שם.

115 עניין רסלר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 462.

116 רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פ"ד סא(1) 126, 145 (2006).

117 שם. ראו גם ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 674–675.



אך מיד עלי להוסיף כאן סייג חשוב. בתתו תשובה על שאלות אידיאולוגיות אין השופט מתיימר שהכל חייבים לקבל את דעתו כנכונה. את פסיקתו חייבים לקבל. הנורמה המשפטית שהוא פוסק מחייבת, כי זאת, מטבע בריאתה, הפונקציה השיפוטית, שבלעדיה אין סוף להתדיינות.<sup>118</sup>

כפי שנטען בהמשך, אפשר להנהיר את העידן השלישי – המתאפיין בהרחבת ההכרה בשיקול דעת שיפוטי מהותי מובנה ובשיקול דעת שפיטותי גם יחד – בגישה ספקנית שהתפתחה בעידן זה הן כלפי ההבניה והן כלפי חובת בית המשפט לפסוק על פי דין שיצר בעצמו.<sup>119</sup>

#### ד. העידן השלישי

27. כמפורט בפרקים ב ו-ג, התאפיין בית המשפט העליון במגמות שונות בנוגע לשיקול דעת שיפוטי. במהלך העידן הראשון הוצנע שיקול הדעת המהותי, אך נעשה שימוש נרחב יחסית בעילות הסף המבטאות שיקול דעת שפיטותי, ואילו בעידן השני צמצם בית המשפט העליון את השימוש בעילות הסף אך הדגיש את קיומו של שיקול דעת שיפוטי מהותי. העידן השלישי בפסיקתו של בית המשפט העליון – למן 1.1.2010 ועד עתה (נבדקו נתונים עד 31.12.2016) – מוסיף ומתאפיין בשימוש רחב בשיקול הדעת המהותי ואף בהרחבות נוספות שלו לנוכח המגמה של צמצום ההבניה של שיקול הדעת. בד בבד עם

118 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 532 (1970) (השופט ויתקון). ראו גם ויתקון, לעיל ה"ש 58, בעמ' 362 ("מטרתה [של הביקורת השיפוטית] אחת ויחידה: להעמיד בעיות לויכוח, שהוא מתון ונקי מהשפעות זרות לענין, ולהגיע לסוף פסוק. לא הדעה המובעת דורשת הכרה כללית, אלא עצם הבעתה הסופית והאוטוריטיבית"). לגישה הפוכה ראו דבריו של השופט לנדוי בעניין שליט, שם, בעמ' 529 ("השאלה המשפטית שלפנינו היא אם יש לנו, בתוקף סמכות הבהקורת שלנו על פעולותיו של שר הפנים, יסוד חוקי מספיק להכריז על הנחיות אלה כחסרות תוקף. היות ויש לענין זה פנים לכאן ולכאן, הכל לפי השקפתו האידיאולוגית של המשקיף, ממילא אין לנו, במילוי תפקידנו השיפוטי, יסוד מספיק לפסילת ההנחיות שניתנו על-ידי השר").

119 ראו להלן סעיפים 57–63. הנהרה שונה, המקובלת הן בספרות משפטית אקדמית והן בשיח הציבורי, היא בעלת ממדים סוציולוגיים ופוליטיים חוץ-משפטיים. לפי הנהרה זאת שתי ההתפתחויות מגלמות "אקטיביזם שיפוטי", ובאמצעות שתיהן ביקש בית המשפט העליון לחזק את כוחו אל מול הרשויות האחרות, ומכאן שניתן לראות בהן משלימות זו את זו. ראו למשל הדיון בספרם של רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (התש"ס) (להלן: אקטיביזם שיפוטי). ביקורת ברוח דומה לזו שגביון מעלה בספר ומעלים, לעתים ביתר חומרה, גם אחרים, ובהם דניאל פרידמן (בין היתר בספרו הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה (2013)), הועלתה גם בפסקי דין של שופטים בבית המשפט העליון, ובמיוחד של השופט מנחם אלון. ראו למשל דבריו של המשנה לנשיא אלון בעניין ז'רד'בסקי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 773 ("חברי [השופט ברק] 'תוקף' את מוסד חוסר השפיטות בחשיבה משפטית-מתימאטית 'פשוטה': המשפט הוא כל יכול, ומכאן – בית המשפט הוא כל יכול, והמסקנה המתבקשת היא – שהשופט הוא כל יכול, וקנה המידה שבידו הוא עקרון הסבירות, שאף הוא כל יכול. דרך חשיבה כל יכולה זו אינה מקובלת עלי. [...] יסוד היסודות של דמוקרטיה נאורה הוא 'שלטון המשפט ולא שלטון השופט' [...]; יישום עקרון הסבירות במידה מופלגת ומרחיקת לכת זו מן הנמנע שלא יפגע ביסוד מוסד זה").

ההרחבה הנוספת של שיקול הדעת המהותי חלה הרחבה ניכרת בשימוש בשיקול הדעת השפיטותי ביחס לעידן השני. בפרק זה נצביע על כמה התפתחויות ומגמות שונות בפסיקת בית המשפט העליון, המבטאות, בנפרד ובמצטבר, את הרחבת השימוש בשיקול דעת שפיטותי. חלק מההתפתחויות (הלכת הבשלות; מידת ההתאמה של הנושא לטיפול שיפוטי; שמרטפות) מבטאות הרחבה של שיקול הדעת השפיטותי. התפתחויות אחרות (כלל התוצאה [הבטלות] היחסית; התחולה בזמן של הלכות חדשות; היחלשותם של כללי ההבניה) מבטאות היבטים הנוגעים לדין המהותי ומבטאות הרחבה של שיקול הדעת השיפוטי במסגרתו.

## 1. הלכת הבשלות

28. הלכת הבשלות, שפותחה במשפט החוקתי בסדרת פסקי דין שניתנו בעידן השלישי<sup>120</sup> אף כי ראשיתה בשלהי העידן השני,<sup>121</sup> קובעת שבית המשפט הגבוה לצדק רשאי לדחות עתירה נגד חוקתיות חוק בנסיבות שבהן אין בפני בית המשפט מערכת עובדות קונקרטיה שלאורה יוכל לבחון את הטענות המשפטיות נגד החקיקה הנתקפת. הלכה זאת היא "החדש במבחני הסף"<sup>122</sup> בית המשפט העליון קבע כי הלכת הבשלות "חוסה תחת המטריה הרחבה של משפחת עילות הסף, שבית המשפט עושה בהן שימוש לשם הכרעה בשאלה האם יש לדחות עתירה על הסף או שיש מקום לבררה לגופה. ניתן לראות בבשלות מקרה פרטי של עילת הסף בדבר העתירה המוקדמת"<sup>123</sup>. "השימוש בעילת הבשלות לא נועד להוות

120 להלכת הבשלות ראו עניין אבנרי, לעיל ה"ש 79; בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2015); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012) (להלן: עניין איגוד הנאמנים); בג"ץ 6906/13 טוהא נ' רשות מקרקעי ישראל, פס' כ"ט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.2.2017); בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פס' נט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ופס' 4 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 5.9.2017); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1892–1898 (2014); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 406–411 (2017) (להלן: ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לו 45 (2014); ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (2012); אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אתר ח 33 (2016) (להלן: בנדור "בשלות ועוד").

121 ראו בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.1.2006); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2006).

122 ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד, לעיל ה"ש 120, בעמ' 406. הלכת סף חדשה יחסית נוספת, הקרובה להלכת הבשלות, היא מבחן הכלליות, שלפיו "בית המשפט יימנע מלדון בביקורת על מדיניות כללית, כנושא מופשט, אלא ידון בעתירות המתמקדות במערכת עובדתית קונקרטיה (שבה מדיניות זו באה לידי ביטוי)" (שם, בעמ' 401).

123 עניין סבח, לעיל ה"ש 120, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. הלכת הבשלות, אף שבית המשפט העליון הציג אותה כ"עילת סף" המגלמת שיקול דעת שפיטותי, מגלמת גם דין מהותי. לפי ההלכה, בגרסתה הישראלית, הכנסת מוסמכת לחוקק חוק שבעת החקיקה פגיעתו בזכויות חוקתיות אינה מידתית,

'טכניקת הימנעות' מדיון בחוקתיות החוק העומד לבחינת בית המשפט.<sup>124</sup> עם זאת הלכת הבשלות נועדה במקורה "לווסת"<sup>125</sup> – במובן של לצמצם – את זרם הפניות לבית המשפט מתוך [...] ריסון שהרשות השיפוטית רואה עצמה מחויבת לו בהפעלה ביקורת שיפוטית [...], וביתר שאת ככל שמדובר בעתירה לביטול חוק".<sup>126</sup> זאת על מנת לקדם שתי תכליות:<sup>127</sup> תכלית אחת היא שמירה על משאביו של בית המשפט, לרבות אמון הציבור בו, למקרים שבהם התערבותו הכרחית.<sup>128</sup> רציונל זה הוא במהותו רציונל של שפיטות מוסדית:<sup>129</sup> לא ראוי שבית המשפט יפעיל ביקורת שיפוטית בכלל, ולא כל שכן את "[ה]נשק [ה]בלתי קונבנציונלי"<sup>130</sup> של ביקורת חוקתית, אלא כשהדבר הכרחי. תכלית שנייה היא מתן אפשרות להכרעה חוקתית נכונה ומדויקת המתבססת על תשתית מלאה של עובדות. על פי הלכת הבשלות את התשתית הזאת עשויים לספק בנסיבות מסוימות רק מקרים קונקרטיים שבהם החוק יושם.

29. הרחבת שיקול הדעת השיפוטי אינה מתבטאת אך ורק באימוץ הלכת הבשלות אלא אף בבחירה אם ליישמה. למשל, בעניין בוגרי התיכון הערבי<sup>131</sup> הדגישה השופטת נאור כי אף אופן הפעלתה של עילת סף זו תלויה בשיקול דעתו של בית המשפט, וכי יכולים להיות מקרים שבהם בית המשפט ידון בעתירה על אף היותה "בלתי בשלה".<sup>132</sup> בעניין סבח<sup>133</sup> הטעים הנשיא גרוניס שהדיון בעתירות המופנות נגד חוק בלא תשתית עובדתית נחלק לשניים: "בשלב הראשון, על בית המשפט להכריע אם השאלה המרכזית הנדונה בעתירה היא שאלה משפטית שמענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת, או אם נדרש יישום של החוק כדי להשיב על השאלה. בשלב השני נדרש בית המשפט לבחון אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף היעדרה של תשתית עובדתית מספקת".<sup>134</sup> עם הנסיבות העשויות להצדיק הכרעה בעתירה אף בלא "תשתית עובדתית מספקת" מנה הנשיא גרוניס חריג שיורי, הרווי בשיקול דעת שיפוטי, של אינטרס ציבורי ממשי בבירור העתירה (כגון חשש לפגיעה קשה בשלטון החוק או בוודאות המשפטית).<sup>135</sup>

30. יתר על כן. הלכת הבשלות מבטאת גם הרחבה של שיקול הדעת השיפוטי המהותי. כך, למשל, באשר לחוקי-היסוד על זכויות האדם, הן השאלה אם חוק פוגע בזכות חוקתית והן

או שבעת החקיקה אין השפעתו ידועה, ואופן היישום של חוק יכול להשליך על חוקתיותו. ראו בנדר "בשלות ועוד", לעיל ה"ש 120, בעמ' 49–57.

124 עניין סבח, לעיל ה"ש 120, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

125 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

126 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

127 ראו צ'צ'יקו, לעיל ה"ש 120, בעמ' 434–436.

128 שם, בעמ' 435.

129 ראו עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 120, פס' 2–20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

130 ראו בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996).

131 עניין בוגרי התיכון הערבי, לעיל ה"ש 120.

132 ראו שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת נאור.

133 עניין סבח, לעיל ה"ש 120.

134 שם, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

135 שם.

השאלה אם הפגיעה היא מידתית יכולות להיבחן, אם אין להן תשובה בעת החקיקה ובעת הדיון בעתירה, לאחר הפעלת החוק לאור הניסיון שהצטבר מהפעלתו;<sup>136</sup> והשאלה אם חוק פוגע בשיטת הבחירות הקבועה בחוק-יסוד: הכנסת, ואף השאלה אם הפגיעה היא לפי "פסקת ההגבלה השיפוטית", יכולות להיבחן לאחר הפעלת החוק אם אין להן תשובה בעת החקיקה ובעת הדיון בעתירה, וזאת לאור הניסיון שיצטבר מתוצאות הבחירות שיערכו לפי אותו חוק.<sup>137</sup> משהקביעה אם להחיל את הלכת הבשלות נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, משמעותה היא שלבית המשפט יש מכוחה מידה של שיקול דעת בהכרעה אם חוק הוא חוקתי.<sup>138</sup>

## 2. מידת ההתאמה של הנושא לטיפול שיפוטי

31. מופע נוסף של שיקול דעת שיפוטי, שהוא חלק מעלייתו של שיקול הדעת השפיטותי במהלך העידן השלישי, הוא בחינה מודעת של שיקולים לבר-משפטיים שאינם מעוגנים בדוקטרינות קיימות כחלק מההכרעה אם בית המשפט ידון בעתירה. במסגרת מגמה זו שופטים מתייחסים כבואם להחליט אם לדון בעתירה גם לשיקולים לבר-משפטיים מהותיים כמו יעילות הטיפול השיפוטי.<sup>139</sup>

32. ניצנים למגמה זו ניתן למצוא בחוות דעתו של השופט גרוניס בפסק הדין הראשון של בית המשפט העליון בפרשת "חוק טל".<sup>140</sup> בפסק הדין נדונה חוקתיותו של חוק דחיית

136 ראו שם, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא גרוניס ופס' 4 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; עניין אבנרי, לעיל ה"ש 79, פס' 60–61 לפסק דינו של השופט מלצר.

137 ראו עניין גוטמן, לעיל ה"ש 120, פס' 48–61 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

138 ראו בנדור "בשלות ועוד", לעיל ה"ש 120, עמ' 49–57.

139 לשיקולים אלה יש זיקה לשפיטות מוסדית, אך הם חורגים מהפסיקה בעידן השני שצמצמה מאוד דחיית עתירות בשל אי-שפיטות מוסדית למקרים נדירים ביותר, אם בכלל. עם זאת גם אי-השפיטות המוסדית ה"קלאסית" וכן היעדר זכות עמידה, שבעידן השני כמעט שלא היו עילה לדחיית עתירות, שבו והוחיו, לפחות באמרות אגב, בעידן השלישי. ראו למשל באשר לשפיטות – ע"א 8573/08 אורנן נ' משרד הפנים, פס' 1 לפסק דינו של השופט מלצר ופסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.10.2013). כן ראו, לקבלתה באותו עניין של טענת אי-שפיטות מוסדית, פסק הדין בבית המשפט המחוזי של השופט סולברג, כיום שופט בית המשפט העליון: ה"פ 6092/07 (מחוזי י-ם) אורנן נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 15.7.2008). באשר לזכות עמידה ראו רע"א 3888/15 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' ארד בע"מ, פס' 26–27 (פורסם בנבו, 22.7.2015) ("במישור המעשי, ובהתחשב באופיו המסחרי של הליך המכרז, יש טעם בגישה זהירה. ברי, כי לא יהא זה מן המידה לְבַכֵּר זכות עמידה גורפת, אשר עלולה לשמש כלי שרת פסול ולהיות מנוצלת לרעה, על-ידי יריבים עסקיים בעלי אינטרס כלכלי 'צר'. לעתים, לא תעלנה ההקפדה היתרה על טוהר ההליך, מחד גיסא, והשאיפה ליעילות, מאידך גיסא, בקנה אחד. כשלעצמי, סבורני, כי על דרך הכלל, ניתן להימנע מפריצת הסכרים באמצעות עמידה על מיהות העותר, ובירור הסיבות שבגינן בחר שלא להתמודד במכרז"). לקריאה בדעת יחיד של השופט גרוניס "[...] להציב מחדש, ולו חלקית, את הדרישה של זכות עמידה ככל שמדובר בענייני פרס ישראל" ראו בג"ץ 2324/11 גיל נ' שר החינוך, פס' 9 (פורסם בנבו, 26.4.2011). עם זאת לתמיכה עזה בהרחבת זכות העמידה ראו דברי השופט רובינשטיין בג"ץ 4501/14 פרסקי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' כו–כט (פורסם בנבו 23.7.2015). לדברים אלה הסכימה השופטת ברון. עמדתו של השופט סולברג הייתה מסויגת יותר. ראו שם, פס' 17 לפסק דינו.

140 עניין חוק טל הראשון, לעיל ה"ש 9.

שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אמנותם, התשס"ב–2002 (להלן: חוק טל). החוק הסמיך את שר הביטחון לדחות את שירותם של תלמידי ישיבות שתורתם אמנותם והביא בפועל לפטירתם משירות צבאי.

דעת הרוב, שנכתבה בידי הנשיא ברק, הייתה שהחוק פוגע בזכות לכבוד האדם בהפלותו בין הכפופים לשירות חובה בצבא לפטורים משירות, וכי פגיעה זאת אינה תואמת את פסקת ההגבלה, משום שהאמצעי שנקבע בחוק אינו מתאים להגשמת תכליתו, שהיא קידום הדרגתי של השוויון בנטל. עם זאת נקבע שלעת הזאת אי אפשר לקבוע אם הפגם נובע מעצם הסדרי החוק, או שהוא טמון באופן הפעלתו, ומכאן שיש לדחות את העתירות כדי לאפשר תקופה נוספת של הפעלת החוק.

לעומת דעת הרוב היה השופט גרוניס בדעה שאין הצדקה לביקורת שיפוטית על חוק טל, המפלה לרעה את קבוצת הרוב, ובידיה גם לבטלו. לדעתו, שהתבססה על משנתו של ג'ון הארט אילי,<sup>141</sup> "ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מן הטעם של פגיעה בשוויון תהא מוצדקת כאשר החוק פוגע במנגנונים הדמוקרטיים, כאשר הוא פוגע ביחידים ככאלה או שפגיעתו היא בקבוצות מיעוט. המקרה הנוכחי אינו בא בגדר אלה. במקרה דנא, הסכימה קבוצת הרוב, כחלק מפשרה חברתית, ליתן זכות יתר לקבוצת המיעוט".<sup>142</sup>

הנמקה זו של השופט גרוניס הוסיפה מעין "מבחן סף" להפעלתה של ביקורת שיפוטית על פי חוקי היסוד על זכויות האדם. גרוניס התחיל את הבדיקה החוקתית בבחינת השאלה אם יש הצדקה להפעלתה של סמכות הביקורת השיפוטית בלא עיגון בהוראות המהותיות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בדיון בשאלה "מהו המיקום הגיאומטרי של סוגיית הביקורת השיפוטית בבחינה החוקתית"<sup>143</sup> הסביר השופט גרוניס כי "הגישה המוצגת על ידי בחוות דעתי בכל הנוגע לביקורת שיפוטית אינה מצומצמת לסוגיית המידתיות אלא רחבה היא בהרבה. ייתכן שיש לראות בה מעין מעטפת או מטריה של הבחינה החוקתית כולה".<sup>144</sup> על רקע זה העיר הנשיא ברק כי "תהא גישתו של איליי אשר תהא, לא ניתן לעגנה במבנה החוקתי של ישראל".<sup>145</sup>

השופט גרוניס חזר על עמדתו בפסק דינו בעתירה נוספת שהוגשה נגד חוק טל.<sup>146</sup> ברוב דעות נקבע כי משהתברר לאחר 12 שנים מחקיקת חוק טל שהחוק אינו עומד במבחן ההתאמה (מבחן המשנה הראשון של המידתיות), דין החוק להתבטל. כנגד עמדה זו חזר

JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980) 141

142 פסק עניין חוק טל הראשון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 800.

143 שם, בעמ' 807.

144 שם, בעמ' 808.

145 שם, בעמ' 720. ייחודה של הנמקה זו של השופט גרוניס בולט במיוחד על רקע קיומה של חלופה פרשנית אשר הייתה מאפשרת לו להגיע לתוצאה שיפוטית דומה באמצעות שימוש בניתוח החוקתי המהותי והתמקדות בפירוש הזכות החוקתית לכבוד. למשל בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132, 133 (1995) הביעה השופטת דורנר את העמדה שלפיה רק פגיעה משפילה בשוויון היא פגיעה בזכות החוקתית לכבוד. לפי גישת ההשפלה אפשר לטעון שבהפליית הרוב לרעה אין השפלה, ומכאן שהיא אינה פוגעת בזכות החוקתית לכבוד. אכן, גישת ההשפלה נדחתה בעניין חוק טל הראשון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 688–689, אך זו גישה פרשנית המתמקדת במובנו של חוק היסוד ולא בשאלה המקדימה אם יש מקום לביקורת שיפוטית.

146 עניין חוק טל השני, לעיל ה"ש 9.

השופט גרוניס על גישתו בדבר היעדר מקום לביקורת שיפוטית על חוק המעניק זכות יתר למיעוט גם אם הוא פוגע ברוב, אך הוסיף לה נדבך:

התעסקותו החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, ודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט. זאת ועוד, זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל ולכניסתם לשוק העבודה. שינויים חברתיים וכלכליים עשויים להביא לתוצאה המקווה. היכולת של בית המשפט להשפיע במקרה דוגמת זה שלפנינו, היא מועטה.<sup>147</sup>

עצם הספק באפקטיביות הפסיקה והחשש שפסיקה לא אפקטיבית תפגע במעמדו של בית המשפט מצדיקים לדעתו של השופט גרוניס הימנעות מהכרעה לגוף העניין בעתירה נגד חוקתיותו של החוק.<sup>148</sup>

33. בחינת שיקולים לבר-משפטיים כמו השפעת ההכרעה השיפוטית על מעמדו של בית המשפט העליון לא הייתה נחלתו של השופט גרוניס בלבד. המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין הביע את העמדה שלפיה "המשאבים העומדים לרשות בית המשפט – משאבים מוגבלים הם. [...] כיוון שאין לה לרשות השופטת לא ארנק ולא חרב, המשאב העיקרי העומד לה הוא אמון הציבור. ירידה לזירת המחלוקת הציבורית, כשהיא באה שלא לצורך, עלולה לנגוס במשאב יקר זה".<sup>149</sup> בפסק דין אחר הביע המשנה לנשיאה ריבלין את העמדה שהשיקול של שמירת מעמדה של הרשות השופטת עומד ביסודם של כללי השפיטות בכלל ושל דוקטרינת הבשלות בפרט.<sup>150</sup>

34. הן עמדתו של השופט גרוניס, שלפיה האפקטיביות של הטיפול השיפוטי היא שיקול שיש לשקול בטרם יידרש בית המשפט להכריע בעתירה לגופה, והן עמדתו של השופט

147 שם, בעמ' 161.

148 בפסק דין שבו פסל בית המשפט העליון ברוב דעות כלא חוקתי גם את ההסדר שהחליף את חוק טל (בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 12.9.2017)) ציין השופט הנדל, שנמנה עם שופטי הרוב, כי "האוכלוסייה הנפגעת מהסדר הפטור מוגבלת בגיל ובזמן: נערים בני ה-18, הצועדים את צעדיהם הראשונים בעולם המבוגרים, ורחוקים משליטה בעמדות הכוח של המדינה. לעיתים, חלק מהרוב זקוק אף הוא להגנה מפני מעשי 'רובא דרובא' – כך שיש להכריע בסוגיה מבעד לעיני המתגייסים, ומתוך מחויבות לצמצם את הפלייתם" (שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל). גישה זאת מאמצת למעשה את עמדתו של השופט גרוניס, גם אם במקרה הנדון נפגע, לשיטתו של השופט הנדל, מיעוט בתוך הרוב, ומכאן הצדקה לפסילת החוק בידי בית המשפט. השופט עמית, אף שהצטרף לפסילת החוק, ציין כי "בישראל של היום, ספק רב אם תצלח הגישה של יקוב הדין את המציאות, ונראה כי כפיית גיוס חובה על אלפי חרדים מדי שנתון גיוס, נועדה מראש לכישלון" (שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית). ואילו השופט סולברג, בדעת המיעוט, כתב כי "[...] יש להציב את דבריו של הנשיא גרוניס כמגדלור וכתמרור אזהרה [...]. דיון לגופה של מידתיות, במובן הצר, יהא למעשה כניסה למגרש ההכרעה של הרשות המחוקקת. הצדקה לכך תהא רק כאשר הפגיעה החוקתית היא מובהקת וברורה. [...] אמנם איננו קובעים כאן הסדר, אלא דנים בחוקתיות ההסדר הקיים; אך מוטב כי נשים את הדברים לנגד עינינו" (שם, פס' 41 לפסק דינו של השופט סולברג).

149 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, 297 (2012).

150 עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 120.

ריבלין, שלפיה על בית המשפט "לשמור על משאביו" אף במקרים מסוימים של פגיעות בזכויות חוקתיות, מרחיבות את שיקול הדעת השפיטותי. שתיהן מוסיפות עוד מערך של שיקולים שיפוטיים החיצוניים לדין המהותי, הנשקלים בטרם יידרשו לעתירה חוקתית או מנהלית לגופה.

35. אינדיקציה נוספת למגמה זאת בעידן השלישי יש בפסק הדין הקצרצר – העני בעובדות ובהנמקות אך העשיר במשמעות – אשר ניתן בפרשת ילין.<sup>151</sup> כמפורט בפסק הדין של בית המשפט המחוזי נושא הערעורים,<sup>152</sup> עניינו של פסק דין ילין הוא בערעור ובערעור שכנגד על הקביעה שהפרסומים של המערערים בדף שפתחו בפייסבוק בשם "אם תרצו – תנועה פשיסטית" אינם בגדר פרסום לשון הרע אסור, באשר קיים "מכנה משותף מסוים בין עמדותיה של התובעת [המשיבה בערעור] לבין עקרונות מסוימים שביסוד הפאשיזם",<sup>153</sup> וכנגד החלטתו של בית המשפט המחוזי לא להטיל על המשיבה הוצאות, שהתבססה בעיקר על כך שאחד הפרסומים, שממנו השתמע שהמשיבה דוגלת בתורת הגזע, נמצא כפרסום לשון הרע אסור. להלן פסק הדין המלא של בית המשפט העליון, כפי שניתן בידי השופטים יצחק עמית, מנחם מוזז וענת ברון:

1. בהמלצת בית המשפט, הצדדים הגיעו להבנה ולהסכמה לפיה בית המשפט אינו הזירה המתאימה להתגוששות אידיאולוגית-פוליטית, וכי ההליך המשפטי אינו תרופה לכל מכאוב. לאור זאת, הסכימו הצדדים לביטול פסק דינו של בית משפט קמא, על מסקנותיו והתוצאה הסופית ועל משיכת הערעורים.
2. מוסכם בזה כי המערערת תתרום הסך של 30,000 ₪ ל"תנו לחיות לחיות" (לגבי הסכום הכרענו לאחר שהצדדים טענו על דרך של 79 ₪ לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, בטווח בין אפס ל-50,000 ₪).
3. בשולי הדברים, בית משפט זה מביע עמדתו כי ראוי לתביעה כגון דא שלא היתה מוגשת מלכתחילה, וראוי, כהנחיה נורמטיבית לעתיד, כי בתי המשפט יתנו דעתם לנושא ההוצאות בתביעות כגון דא.

אמנם לא נראה שניתן לראות בדברים תמציתיים ואגביים אלה התנערות של בית המשפט העליון מההלכות המפורטות שגובשו בעידן השני בנושא השפיטות. האמירה כי "בית המשפט אינו הזירה המתאימה להתגוששות אידיאולוגית-פוליטית, וכי ההליך המשפטי אינו תרופה לכל מכאוב" מוצגת כמבטאת הסכמה של הצדדים. היעדרם מפסק דין ילין של תיאור המחלוקת כמו של עובדות אחרות כלשהן, למעט ההערכה שמדובר ב"התגוששות אידיאולוגית-פוליטית", הופך לבעייתית את "ההנחיה הנורמטיבית" שניתנה בו המתייחסת

151 ע"א 2266/14 ילין נ' אם תרצו ציונות או לחדול (פורסם בנבו, 15.7.2015).

152 ת"א (מחוזי י-ם) 42868-05-10 אם תרצו – ציונות או לחדול, ע"ר נ' ילין (פורסם בנבו, 2.9.2013) (פסק דין חלקי והחלטה) (להלן: פסק הדין החלקי); ת"א (מחוזי י-ם) 42868-05-10 אם תרצו – ציונות או לחדול, ע"ר נ' ילין (פורסם בנבו, 30.1.2014) (פסק דין).

153 פסק הדין החלקי, לעיל ה"ש 152, פס' 20.

ל"תביעות כגון דא".<sup>154</sup> גם ספק עד כמה ההנחיה שבית המשפט העליון נתן אגב פסק דין בהסכמה – שאף אינה משקפת את ההסכמה בפרשה המסוימת – היא תקדים משפטי מחייב.<sup>155</sup>

עם זאת ההסכמה בין הצדדים התקבלה "בהמלצת בית המשפט", והרושם הוא שהדברים אף נוסחו בידי השופטים. ניתן אפוא לראותם כמבטאים את עמדתו של בית המשפט – לפחות של שלושת השופטים שישבו בהרכב – המשקפת מדיניות המסתייגת משימוש בהליכים שיפוטיים להכרעה במחלוקות מסוימות, שאף אם הן משפטיות ואף מוסדרות לכאורה בחוק, הרי שהיבטן הדומיננטי הוא של "התגוששות אידיאולוגית-פוליטית". לפי העמדה העולה מפסק דין ילין, בית המשפט מוסמך לפעול על פי מדיניות זאת גם כשהוא לא דן כבית המשפט הגבוה לצדק, ואפילו להשית הוצאות, כנראה בשיעור נכבד, כאמצעי לאכיפתה של המדיניות.<sup>156</sup>

36. מופע נוסף של פסיקה בעידן השלישי של דחיית עתירות לפי שיקול דעתו של בית המשפט בשל אי-התאמתן לטיפול שיפוטי, הוא של עתירות שבהן נקבע כי מוטב שנושא העתירה יוסדר בחוק של הכנסת.

למשל, בעניין גלוטן<sup>157</sup> עמדה לדיון השאלה אם הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, חלות על עובדים סיעודיים המתגוררים בבית מעבדים, ולכן על המעבידים חלה החובה לשלם לעובדים אלה עבור שעות נוספות. אף שבית המשפט העליון הסתייג מקביעתו של בית הדין לעבודה שאופי עבודתם של עובדים סיעודיים המתגוררים בבית המעביד עונה על חריגים הקיימים בחוק שעות עבודה ומנוחה, העתירה נדחתה. קביעה זו אושרה בדיון נוסף בפרשה ברוב של חמישה שופטים כנגד ארבעה. הנשיא גרוניס, אשר כתב את חוות דעת הרוב בדיון הנוסף, ציין:

הסוגיה הניצבת לפתחנו בהליך זה [...] קשורה בטבורה לשאלות מתחום המדיניות הסוציאלית והמדיניות הכלכלית. הדיון בשאלות שעלו והתוויית ההסדר הראוי בעניינן מצריכים ידע מקצועי רחב ומקיף שאינו מצוי בידי בית המשפט ואשר לבית המשפט אין את הכלים לאספו ולעבדו. מעצם טיבן, שאלות מסוג זה אינן יכולות להתלבן כראוי בהליך שיפוטי. את הפתרונות המתאימים יש לגבש באופן מושכל בזירה הפוליטית והציבורית, תוך כדי היעזרות בגורמים מקצועיים אשר יקדישו לכך את הזמן והמשאבים

154 השוו לעניין בלאן, לעיל ה"ש 65.

155 למגמה של בית המשפט העליון להרבות באמרות אגב ("אוביטר") בלא הבחנה בינו לבין טעם הפסק ("רציו") ראו למשל חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415 (2000); רות גביוון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי 69, 77-79 (2000) (להלן: גביוון "מעורבות ציבורית").

156 לשאלת הלגיטימיות של הטלת הוצאות על עותרים ציבוריים, שלפי הטענה עלולה להיות לה השפעה מצננת שתפגע בנכונות של עותרים כאלה להביא לביקורת שיפוטית גם מקרים שבהם קיים חשש רציני להפרת שלטון החוק, ראו ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" משפטים על אתר 35 ו 35 (2013).

157 בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סג(3) 209 (2009).



הנדרשים. [...] לבית משפט זה אין אפשרות לגבש הסדר שיענה על מגוון הבעיות שמעוררים מקרים אלה, ולעמוד על מכלול ההשפעות שיהיו לפסיקתו, המיוחדת, מטיבה, לדיון כללי בסוגיה העקרונית הבאה לפניו. תחום זה מצריך הסדרה יסודית ומקיפה אשר תטפל בבעיה מן השורש.

זאת ועוד, ההתמודדות עם הסוגיה שעלתה בהליך דנא מציבה את בית המשפט בפני דילמה, שכן מדובר במאבק בין שתי קבוצות מוחלשות, הנואשות לתמיכת החברה ולהגנתו של החוק. בהכרעה לכאן או לכאן טמונה, מטבע העניין, פגיעה באחת מהקבוצות הללו.<sup>158</sup>

הקביעה שחוק שעות עבודה ומנוחה אינו מתאים למתכונת ההעסקה של מעניקי שירותי סיעוד בביתם של מטופלים אגב מגורים אצלם אינה מעוגנת אפוא בדין המהותי הקיים ואינה נובעת מפרשנותו של חוק שעות עבודה ומנוחה. הן בפסק הדין הראשון והן בדיון הנוסף הסתייג בית המשפט העליון מהקביעה שהעסקתם של עובדים סיעודיים בבית המטופלים נופלת בגדרי החריגים המפורטים בחוק שעות עבודה ומנוחה. בנסיבות אלה לא נדרש בית המשפט לגבש בנושא העתירה הסדר מקיף, הדורש ידע מקצועי נרחב. בית המשפט היה יכול לפסוק לפי הדין המהותי הקיים ולהחיל את ההסדר שנקבע בחוק שעות עבודה ומנוחה משלא נמצא שחל אחד החריגים. פסק הדין סטה אפוא מהדין המהותי בשל שיקולי מדיניות של בית המשפט באופן שאותו כינה אייל גרוס "אקטיביזם שמרני".<sup>159</sup>

37. בפסק דין עמותת הורות משותפת<sup>160</sup> דרשו העותרים לקבוע שנקודות זיכוי ממס הכנסה הניתנות להורים בגין ילדים קטינים המצויים במשמורתם המשותפת יחולקו בין ההורים. בתגובתה הראשונה לעתירה נענתה למעשה המשיבה – רשות המסים – לדרישת העותרים והודיעה שעל סמך פרשנות תכליתית ללשון החוק החליטה להנהיג מדיניות מקלה בכל הנוגע לנקודות זיכוי לגבי הורים שיש ביניהם הסדר של משמורת משותפת. מדיניות זו עוגנה בחוזר מס הכנסה. ואולם, בהמשך חזרה בה המדינה מעמדה זאת, ביטלה את החוזר ומסרה שעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא כי יהיה נכון לעכב את הסדרת הסוגיה של חלוקת נקודות זיכוי בין הורים החולקים משמורת משותפת עד לאחר שיושלם הדיון בהמלצותיהן של שתי ועדות שעסקו בנושאים בדיני משפחה הנוגעים לנושא העתירה, בממשלה ובכנסת. כך, נטען, הסדרת הסוגיה של חלוקת נקודות הזיכוי תיעשה בהתייחס להסדרה הרחבה יותר של שאלת המשמורת בהליכי גירושין. בית המשפט העליון קיבל את עמדת המדינה, ואף שהדיונים בהמלצות הוועדות לא היו צפויים להסתיים בעתיד הקרוב, דחה את העתירה על הסף מפאת היותה "עתירה מוקדמת" אף שהעתירה הוגשה יותר משנה

158 דג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518, 543 (2013).

159 אייל גרוס "אקטיביזם שמרני על חשבון עובדות הסיעוד" הארץ 19.3.2013 [www.haaretz.co.il/news/](http://www.haaretz.co.il/news/) law/premium-1.1970611

160 בג"ץ 7455/13 עמותת הורות משותפת – טובת הילד נ' רשות המסים בישראל (פורסם בנבו, 7.6.2015).

וחצי לפני מתן פסק הדין, וניתנו בה, לפי אתר הרשות השופטת, 15 החלטות ביניים.<sup>161</sup> וכך נימקה את הדחייה השופטת דפנה ברק-ארז (בהסכמתם של הנשיאה נאור והשופט אורי שהם):

נוכח [...] הכוונה לבחון את הסוגיה שהועלתה בעתירה במסגרת הדין בהסדרת הנושא של משמורת ילדים, הרי שהעתירה, במתכונתה הנוכחית, היא עתירה מוקדמת. [...] עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה לפיה ראוי לדון בסוגיה שהועלתה בעתירה במסגרת הרחבה של הסדרה של דיני המשמורת בהליכי גירושין היא לכאורה עמדה ראויה. [...] באופן עקרוני, ראוי להותיר למדינה פרק זמן סביר לדין בנושא זה בהקשרו הרחב.<sup>162</sup>

אף שעילת הדחייה על הסף הוגדרה בבית המשפט "עתירה מוקדמת", אין מדובר בעתירה נגד החלטה או מדיניות שאינן סופיות, המצויות בשלבי גיבוש, או שניתן לפעול נגדן במסגרת הליך מנהלי, שכן במקרה זה הוגשה העתירה נגד מדיניות קיימת. לא היה מדובר במצב שבו המדינה נוהגת לחלק את נקודות הזיכוי בין ההורים כפי שדרשו העותרים אך מתכוונת לשנות את מדיניותה. המשמעות של דחיית העתירה על הסף הייתה שבית המשפט לא הכריע בטענת העותרים כי מדיניות זאת אינה חוקית ואפשר את המשך קיומה לפרק זמן לא מוגדר, שאינו צפוי להיות קצר, מן הטעם שמוטב שהממשלה והכנסת ידונו תחילה בשינויה של מדיניות זאת – בין שהיא חוקית ובין שלא – במסגרת רחבה יותר של הסדרתם של דיני משמורת ילדים. זהו שימוש מרחיק לכת בשיקול הדעת השפיטותי של בית המשפט הגבוה לצדק – המאפיין את שינוי המגמה בעידן השלישי לעומת העידן השני, שהתאפיין בשימוש זהיר ומצומצם בסמכות לדחות עתירות על הסף, שמשמעותה עשויה להיות פגיעה בשלטון החוק הכללי ובזכויות אינדיווידואליות.<sup>163</sup>

161 למרות הדחייה על הסף כעתירה מוקדמת נקבע בפסק הדין, כי "נוכח העובדה כי השינוי בעמדתה של רשות המסים הביאה לריבוי הליכים משפטיים במסגרת העתירה דנן, אנו מורים כי רשות המסים תשלם את הוצאות העותרת [...]" (שם, פס' 12).

162 שם, פס' 11.

163 לפסיקה דומה – אף שניתנה בהסכמה, לפי הצעתו של בית המשפט העליון – ראו בג"ץ 2459/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 25.10.2004), שדן בעתירה לביטול פקודת העתונות כסותרת את חוק-יסוד: חופש העיסוק ("הוכן תזכיר חוק העיתונות, התשס"ה–2004. הוא יופץ בימים הקרובים. בנסיבות אלה באה העותרת לעת הזו על סיפוקה. רשמנו לפנינו הודעת באת כוח המשיב, כי אם יעשה שימוש בסמכות לפי פקודת העיתונות, תימסר על כך הודעה לעותרת, שתהא רשאית, אם יבקשו זאת, לחזור לטענות נשוא עתירה זו, בלא שהדבר יפגע בטענות המשיב. בנסיבות אלה, הסכימה העותרת לחזור בה מהעתירה, ואנו מוחקים אותה"). דרך אגב, חוק העיתונות טרם חוקק עד עצם היום הזה. ראו גם, בהקשר של התחולה בזמן של הלכה חדשה, בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו, 9.2.2009) ("כיוון שהכנסת החלה לפעול להסדרה חקיקתית של הסוגיות השונות הנוגעות להפקעתם של מקרקעין, בהתאם לקריאתו של בית משפט זה בהחלטה בעניין קרסיק, ומשניצבת בפני הכנסת הצעת חוק קונקרטי מטעם הממשלה, הכוללת רפורמה מקיפה בפקודת הקרקעות שנוגעת ישירות לסוגיות שנותרו להכרעה בעתירות שלפנינו, דומה כי הכיבוד ההדדי בין הרשויות מחייב לתת לרשות המחוקקת הזדמנות למצות את הליך החקיקה; אף אם הליך זה לא הושלם במהלך תקופת כהונתה של הכנסת הנוכחית").

### 3. שמרטפות

38. שיקול הדעת השפיטותי בעידן השלישי בא לידי ביטוי גם באופן הנוגע לעצם ניהול ההליך השיפוטי באמצעות "שמרטפות" ("הליכים מתגלגלים"). במסגרת הליכים אלה – שבית המשפט העליון החל לנקוט עוד בעידן השני, אך התרכו והפכו לפרקטיקה כמעט שגרתית בעידן השלישי<sup>164</sup> – בית המשפט איננו בוחן את חוקיותה של ההחלטה השלטונית הנתקפת כפי שהייתה במועד הגשת העתירה והדיון בה ומכריע בהתאם לה אלא מעיר לרשות המשיבה על פגמים לכאורה שנפלו בהחלטה ומעודד אותה לתקן פגמים אלו. במקרים לא מעטים ההליכים מתנהלים במשך שנים רבות. חלקם מסתיימים בהכרעה שיפוטית, וחלקם מסתיימים בדחיית העתירה, כיוון שזו "מיצתה את עצמה" בשל השינויים שהתבצעו בזמן שהתנהל ההליך.<sup>165</sup>

39. אכן, "קביעת מועד דיווח ומועד דיון בבית המשפט, מהוות עידוד, אם לא אילוף, לרשויות לקדם טיפול בנושאים שעל הפרק; אין רשות החשה בנוח כשהיא מתבקשת לדון וחשוב לבית המשפט וידיה ריקות".<sup>166</sup> אך הדבר נכון על אחת כמה וכמה גם כשבית המשפט נתן צו מוחלט לגופו של עניין. מדוע אפוא בית המשפט הגבוה לצדק משתמש בכלי השמרטפות? כללית, הליכי שמרטפות עשויים לשמש את בית המשפט להשגת מטרות מארבעה סוגים עיקריים:

ראשית, במקרים מסוימים השופטים משתמשים בשמרטפות לצורך פתרון שלם של המחלוקת שהסעדים המשפטיים השגרתיים אינם יכולים להשיגו. כדבריו של השופט אליקים רובינשטיין, "תפקיד בית המשפט במקרה זה, כמו במקרים דומים לא מעטים בגדרי המשפט המינהלי, לא היה בכתיבת פסק דין משפטי מלומד, אלא בליווי הרשויות תוך עידוד

164 לדוגמות להליכי שמרטפות ראו אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" **משפט וממשל** יד 377, 379–389 (2012). לשמרטפות שיפוטיה בישראל ראו גם אורי אהרונסון "אי-קיום החלטות בג"ץ ככשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית" **משפט ועסקים** יט 1271, 1279, 1300–1299 (2016); דוד זכריה קולו הוך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק **בטרור** 288–277 (2012); Ariel L. Bendor, *The Purpose of the Israeli Constitution, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING* 41, 46–47 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013). לניצני שמרטפות גם בבית המשפט העליון האמריקני ראו Ariel L. Bendor & Joshua Segev, *The Supreme Court as a Babysitter: Modeling Zubik v. Burwell and Trump v. International Refugee Assistance Project Rights*, MICH. ST. L. REV. (forthcoming, 2018).

165 הביטוי "מיצתה את עצמה" בפסק דין של בית המשפט הגבוה לצדק הוא הוא אינדיקציה – אף אם לא מוחלטת – לעתירה ששמורטפה או התגלגלה באופן שהביא לפתרון הבעיה המשפטית, או לפחות לקידום ניכר של הפתרון, בלא צורך בהכרעה שיפוטית. עד תום שנת 2016 נמצאו 322 עתירות לבג"ץ שנדחו או נמחקו, במלואן או בחלקן, משנקבע כי העתירה "מיצתה את עצמה": ב-1998 נמצאו 2 עתירות כאלה, ב-1999 – עתירה אחת, ב-2000 – עתירה אחת, ב-2001 – 5, ב-2002 – עתירה אחת, ב-2003 – 9, ב-2004 – 3, ב-2005 – 15, ב-2006 – 9, ב-2007 – 15, ב-2008 – 11, ב-2009 – 24, ב-2010 – 21, ב-2011 – 33, ב-2012 – 22, ב-2013 – 40, ב-2014 – 19, ב-2015 – 45 עתירות וב-2016 – 46 עתירות.

166 בג"ץ 2235/14 סנדוקה נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פס' א להחלטתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.1.2017).

וזירו פועלת, מעשה אומנת או שמרטף; זאת – כדי לקדם את מימוש חובתן על פי הדין במבוכי המינהל הציבורי, שלא לומר בירוקרטיה. תפקיד זה משמעו שהתיק אינו נסגר ונגזז אלא נותר חי, עד להסדר סביר של הבעיה שהועלתה בעתירה<sup>167</sup>, למשל כשהעותרים טוענים כי תקנות אינן כדין, ובית המשפט מקבל את הטענה. במקרה כזה בית המשפט יכול לבטל את התקנות וההחלטות שהתקבלו מכוחן, אך אין ביכולתו להתקין תקנות חדשות במקומן. בהליכי שמרטפות בית המשפט יכול לקדם התקנת תקנות חוקיות.

שנית, שמרטפות מאפשרות לבית המשפט להניע את הרשויות לקבל גם החלטות שספק אם הדין המהותי מחייב, אך לדעת השופטים הן החלטות ראויות. דוגמה מובהקת לשמרטפות כזאת היא הדיון בעתירה שהוגשה ב-1999 לביטול ההכרזה הכללית על מצב חירום מכוח סעיף 38(א) לחוק-יסוד: הממשלה<sup>168</sup>. העתירה נדחתה ב-2012 לאחר ששמרטפה בבית המשפט העליון כ-13 שנים במגמה לקדם תוצאה שהעותרת לא ביקשה, ושספק רב אם הדין מחייב – עריכתם של עשרות רבות של שינויי חקיקה מבלי לבטל את ההכרזה על מצב חירום. בפסק הדין צוין מפי השופט רובינשטיין, כי "באנו לעת הזאת לכלל מסקנה, כי העתירה מיצתה עצמה, אף שאמנם לא תמה המלאכה; אנו סבורים, כי יש לאפשר לרשויות המדינה לפעול לסיום תהליכי החקיקה שהעותרת סייעה בעתירתה לקדם. אומנם, עתירה זו ראויה היתה, והמסר שבליבה לא לשווא היה, אולם, [...] אין ניתן להתעלם מכך שישראל טרם באה אל המנוחה ואל הנחלה. אכן, בישראל היו וישנן תקופות ממושכות של רגיעה בטחונת יחסית, אולם רוחות המלחמה לא חדלו מעולם"<sup>169</sup>. הנשיאה (בדימ') ביניש הוסיפה, כי "על הצורך לפקח על ניתוק חקיקת החירום העניפה מהמסגרת של הכרזת מצב חירום מתחומי הכלכלה, הצרכנות ואף בענייני הביטחון, עמד בית משפט זה בפסיקתו בעבר ואף במהלך החלטותינו בעתירה שלפנינו ציינו זאת. [...] לא הייתה מחלוקת בדבר הצורך בניתוקה של חקיקה זו מההכרזה על מצב חירום מתקופות היסטוריות והעמדתה של החקיקה בתחומים הרלוונטיים על רגליה העצמאיות על פי הליכים סטטוטוריים תקינים. התהליך הזה, כעולה מהעדכונים שקיבלנו – מתקיים אף כי לאט מדי ומעט מדי. [...] אין לי אלא להביע תקווה שהליכי החקיקה הראויים ימשכו גם בלא צורך בהתערבותו של בית משפט זה"<sup>170</sup>.

167 בג"ץ 5587/07 עוזיאל נ' מס רכוש וקרן פיצויים, פס' ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2.3.2008).

168 בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 8.5.2012) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת). לדיון בפסק הדין ראו אריאל בנדור "מצבי חירום" ספר דורית ביניש 447, 460–461, 484–485 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2017).

169 עניין האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת, לעיל ה"ש 168, פס' י"א לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

170 שם, פסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש. לדוגמה נוספת לשמרטפות שמטרותיה חורגות מאכיפת הדין המהותי ראו דבריו של השופט רובינשטיין כי "עתירה זו עוררה, לאמיתה, בעיה מעשית בעיקרה, בעלת נופך משפטי משני [...]. תוך הטיפול [בעתירה], בדיוני בית המשפט ובהודעות משלימות, הושגו שינויים מבורכים רבים בטיפול בנושא משמורת הקטינים בהיבטים שונים, שספק אם היו באים, ומכל מקום בקצב מתאים, בלא העתירה. [...] במצב הקיים, בית המשפט מהווה כתובת הן לשמירת זכויות בסיסיות והן לליווי תהליכי שינויים כמו בכגון דא, וטוב שכך" (בג"ץ 1254/10 פלוני נ' רשות האוכלוסין והגירה ומעברי הגבול – משרד הפנים, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.4.2012) (ההדגשות הוספו)).

שלישית, אפשר שהליכי שמרטפות יהיו מועדפים על ידי בית המשפט בעניינים בעלי ממד פוליטי או ביטחוני, שבהם מתן סעד בבית המשפט עלול לפגוע לדעת השופטים באמון הציבור בניטרליות הפוליטית של בית המשפט, ובכך לעורר קושי של שפיטות מוסדית. שיקול זה בולט בכל הנוגע לעתירות המוגשות בתקופת מלחמה או מבצע צבאי, ושמתבקשים בהן סעדים הנוגעים להתנהלות הצבא. כדבריו של דוד זכריה, "היתרון הנודע לשימוש במסרים מנחים במקרים אלה הוא פרגמטי. מאחר שלבית המשפט העליון יש קושי אמתי (פוליטי ומעשי) להשפיע על המדיניות בעת לחימה, הוא יכול לנסות להשפיע באמצעות דיאלוג מנחה"<sup>171</sup> ואכן, גם בראייתו של בית המשפט העליון, הוא "אמון על טיפול מידי בעתירות בנושאים הומניטריים [...]". לא אחת תפקידו של בית המשפט בכגון דא הוא דרבון לקיום הוראותיהם של המשפט הישראלי ושל המשפט הבינלאומי, ומעקב, גם מתוך ידיעה ושכנוע שהרשויות מחויבות ללא מחלוקת למתווה המשפט, אך מתוך המבט השיפוטי האמון על תמונה כוללת"<sup>172</sup> כך, למשל, בית המשפט הגבוה לצדק שמרטף את הספקת הדלק והחשמל לרצועת עזה, שצומצמה על ידי ישראל על רקע פעולות הלחימה שהתנהלו באותה עת באזור ומתקפת טרור מתמשכת שכוונה נגד אזרחי ישראל.<sup>173</sup> דוגמה נוספת היא עתירות בנושאים רגישים הנוגעים לענייני דת ומדינה, כגון הגדרת "יהודי" בחוק השבות, התש"י-1950. למשל, עתירות שדנו בשאלה אם עותרים שעברו הליך גיור בקהילה אורתודוקסית שלא במסגרת מערך הגיור הממלכתי ייחשבו יהודים לצורך חוק השבות שמורטפו בבית המשפט העליון במשך עשר שנים כדי למצוא לעותרים פתרונות אינדוידואליים וכד כבד להביא להסדרת הנושא בהחלטת ממשלה או בחקיקה. רק משנכשל הליך זה, ניתן פסק דין, שבו התקבלו מרבית העתירות.<sup>174</sup> ולבסוף, אם הליך השמרטפות מצליח והעתירה "ממצה את עצמה", הוא חוסך מבית המשפט העליון, העמוס כידוע לעיפה, את הצורך לכתוב פסק דין מנומק, לעתים בשאלות מורכבות.

הפיכת השמרטפות לתופעה נפוצה מבטאת אפוא את הרחבתו של שיקול הדעת השפיטותי. אמנם באמצעות השמרטפות בית המשפט מבקש ברוב המקרים להשליט את הדין המהותי. עם זאת עצם בחירת המקרים שבהם היא מופעלת, כמו גם מהות הצעדים שבית המשפט נוקט במסגרתה, נתונים לשיקול דעת במובנו הרחב ביותר, ובית המשפט עדיין לא ניסה לקבוע עקרונות להפעלתה. יתר על כן, כפי שהודגם לעיל, השמרטפות משמשת את בית המשפט לקידום של פתרונות משפטיים ומעשיים מבלי שבהכרח אלה מעוגנים בבירור, אפילו לא לדעת השופטים עצמם, בדין המהותי.

#### 4. הלכת הבטלות (התוצאה) היחסית

40. התרחבות שיקול הדעת השיפוטי בעידן השלישי לא התבטאה אך ורק בשאלה אם לרון בעתירות ולהכריע בהן לגופן, אלא גם באשר לתוצאת פגמים שנפלו בפעולות או בהחלטות

171 זכריה, לעיל ה"ש 164, בעמ' 255.

172 בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521, 546 (2009).

173 ראו בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 30.1.2008).

174 בג"ץ 7625/06 רגצ'ובה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 31.3.2016).

השלטוניות שנתקפו. כך בביקורת שיפוטית על חוקים וכך גם בביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות.

41. למשל בהקשר החוקתי, בפסק דין האגודה לזכויות האזרח<sup>175</sup> דן בית המשפט העליון בשאלת התוצאה של קביעה שחוק סותר חוק-יסוד, כלומר כי החוק אינו חוקתי. בפסק הדין נדונו שלושה מודלים אפשריים לבחינת מעמדם של חוקים לא חוקתיים: הראשון, מודל הבטלות המחלטת שלפיו תוצאתו של פגם בחוקיות החוק היא שהחוק בטל למפרע מרגע חקיקתו, וקביעת בית המשפט שלפיה החוק איננו חוקתי היא הצהרתית בלבד; השני, מודל הנפסדות, שלפיו בטלות החוק נקבעת באופן קונסטיטוטיובי בבית המשפט אשר יכול לקבוע הוראות שונות בנוגע לתוצאות הביטול; השלישי, מודל הבטלות היחסית, שלפיו יש להחליט בדבר תוצאות הפגם החוקתי לפי נסיבות העניין. המודל שנבחר היה מודל הבטלות היחסית. זהו המודל אשר מקנה לבית המשפט את שיקול הדעת הרחב יותר בנוגע לתוצאת הפגם החוקתי. במסגרת מודל זה רשאי בית המשפט לקבוע לפי שיקול דעתו את מועד תחולתה של בטלות החוק, ואף שחוק יוכרוז בטל לצורך מערכת עובדות אחת ויוכר כתקף לצורך מערכת עובדות אחרת.<sup>176</sup>

בפועל, רק במיעוט המקרים שבהם בית המשפט העליון מצא עד כה כי חוק (או הוראות מתוכו) סותר חוק-יסוד הוא קבע שהחוק בטל, וגם זאת בדרך כלל רק מיום מתן פסק הדין.<sup>177</sup> בשאר המקרים דחה בית המשפט את העתירות בנתנו הזדמנות לכנסת לתקן את הפגמים מבלי שבית המשפט יבטל את החוק;<sup>178</sup> דחה את מועד הבטלות במלואו<sup>179</sup> או בחלקו;<sup>180</sup> או קבע לאי-החוקיות סעד שאינו כרוך בביטול החוק.<sup>181</sup>

42. במשפט המנהלי החלה הלכת הבטלות היחסית להתפתח בסוף שנות השישים. לאחר גלגולים שונים<sup>182</sup> היא קובעת כיום כי "שומה על בית המשפט לבחון בכל מקרה שבו נפל

175 בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117 (1998).

176 ראו שם, בעמ' 126.

177 ראו עניין אורון, לעיל ה"ש 93; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05, לעיל ה"ש 121; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010). ראו גם בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017).

178 ראו עניין חוק טל הראשון, לעיל ה"ש 9; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

179 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012). ראו גם בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010).

180 ראו בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015); בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717 (2013).

181 ראו עניין נסר, לעיל ה"ש 179. ראו גם בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי).

182 ראו דפנה ברק-ארוז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטית" משפטים כד 519, 537–527 (1995) (להלן: ברק-ארוז "בטלות יחסית").

פגם משפטי – ואפילו מדובר בפגם של חריגה מסמכות – את נסיבותיו ואת מאפייניו הפרטניים. [...] יש להתאים את הסעד שיינתן לנסיבות הרלוונטיות [...]. בנסיבות מסוימות, עשוי פגם בהחלטה המינהלית להצדיק סעד של בטלות מוחלטת, ובנסיבות אחרות, עשוי אותו פגם להוביל למתן סעד אחר. הכול – במטרה להגיע, ככל הניתן, לתוצאה שתשיג צדק יחסי בין הגורמים המושפעים מן ההחלטה.<sup>183</sup> במקרים רבים משמעותה של הלכת הבטלות היחסית אינה רק שבית המשפט מעדיף על פני הכרה בהחלטה הלא חוקית כבטלה מיום קבלתה סעד אחר – כגון החלת הבטלות רק ממועד עתידי כלשהו שבית המשפט יקבע או סעד כספי – אלא שהוא אינו נותן לעותרים כל סעד שהוא.<sup>184</sup> מנגד, שיקול הדעת של בית המשפט בקביעת הסעדים עשוי גם להניע אותו לקבוע סעד רחב מהנדרש לתיקון ההפרה.<sup>185</sup>

ההלכה זכתה לפופולריות רבה בפסיקה. כלשונו של זמיר, "התיאוריה בדבר התוצאה היחסית קיבלה ביטוי בולט בפסיקתו של בית המשפט העליון במחצית השנייה של שנות התשעים [...]. היא זכתה מייד בקבלת-פנים חמה מצד בית המשפט. פסקי-דין רבים – עשרות, אם לא מאות – הסתמכו עליה בהקשרים שונים, ודומה שלא היה שופט בבית המשפט העליון שהסתייג ממנה".<sup>186</sup>

אכן, בעידן השלישי, ובשנים המבשרות של עידן זה, הפכה הלכת הבטלות היחסית, עתירת שיקול הדעת השיפוטי הנורמטיבי, לדומיננטית במשפט המנהלי בישראל. כך, בשנים 1990–1999 ניתן למצוא 28 פסקי דין בלבד בכלל הערכאות שבהם דוקטרינה זו אוזכרה. לעומת זאת בשנים 2000–2009 המונח "בטלות יחסית" הופיע בלא פחות מ-320 פסקי דין, פי קרוב ל-11.5 מבעשור הקודם. בשבע השנים הבאות – 2010–2016 – מגמה זו

183 בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סד (1) 501, 524–525 (2010) (השופט פוגלמן).

184 ראו למשל בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד (1) 331, פס' 49–50 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010).

185 ראו לדוגמה קיצונית בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2015) (להלן: עניין מפלגת יש עתיד הראשון). במקרה זה משמצא בית המשפט כי המוסד של "סגן שר במעמד שר" כמו גם המתווה הספציפי שעליו הוחלט בעניינו של סגן שר הבריאות יעקב ליצמן אינם כדין, לא הסתפק, כפי שהעותרת ביקשה, בביטולם, אלא הורה ברוב דעות על "צו מוחלט לפיו יחדל הרב ליצמן לכהן כסגן שר הבריאות תוך 60 יום מהיום" (שם, פס' כ"ט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). סעד מרחיק לכת זה מגלם מעין צדק פואטי לנוכח פסיקתו של בית המשפט העליון בנסיבות זהות כשש שנים קודם לכן בבג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2009), שבו הסתפק בית המשפט במסגרת הלכת הבטלות היחסית בהתראת בטלות, ואף שמצא כי אי אפשר למנות סגן שר במעמד שר, לא ביטל את מינויו של ליצמן לתפקיד זה, גם אז כסגנו של בנימין נתניהו. להתראת בטלות ראו להלן סעיף 43.

186 זמיר "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 35, בעמ' 256. עם זאת השופטת דפנה ברק-ארו, שבכתיבתה האקדמית ביקרה את הלכת הבטלות היחסית (ראו ברק-ארו "בטלות יחסית", לעיל ה"ש 182), טרם התייחסה אליה בהרחבה בפסיקתה כשופטת בית המשפט העליון, אף כי הסתמכה עליה או הסכימה להחלטה בכמה פסקי דין. ראו למשל דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (פורסם בנבו, 12.4.2015); בג"ץ 9488/11 מיטראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 3.2.2015); ע"א 3886/12 זאב שרון קבלנות בנין ועפר בע"מ נ' מנהל מע"מ (פורסם בנבו, 26.8.2014). דברים שרואים מכאן לא רואים משם.

נמשכה; בתקופה זו נמצאו 407 מופעים נוספים של דוקטרינת הבטלות היחסית בפסיקת הערכאות השונות.<sup>187</sup>

43. במסגרת הלכת הבטלות היחסית פיתח בית המשפט העליון סעד חדש: התראת בטלות. בית המשפט אמנם דוחה את העתירה, אך לדחייה נלווית הודעה כי אם תוגש עתירה דומה בעתיד, והרשות המשיבה לא תיקנה את דרכיה, זו עשויה להתקבל.<sup>188</sup> במקרה אחד דחה בית המשפט עתירה נגד כהונת סגן שר "במעמד שר", אך הוציא התראת בטלות בציינו כי "נראה כי המוסד של 'כאילו', של סגן שר הממלא את פונקציות השר עד קצה גבול היכולת הפורמלית כשהשר המכהן הוא ראש הממשלה, להבדיל מסגן שר במתכונתו הבסיסית, הוא מוסד הקרב לתום דרכו. על המערכת הממשלתית ליתן דעתה כי פסק דין זה, אף אם לא הביא להתערבות שיפוטית [...] מהווה תמרור לעתיד".<sup>189</sup> מאחר שהתראה לא הועילה ו"המוסד של 'כאילו' המשיך להתקיים, מימש בית המשפט העליון את ההתראה ונתן צו מוחלט שלפיו "מוסד 'סגן השר במעמד שר' אין לו תוקף, וככל שנהגו בו – חלף מן העולם ללא שוב"; וכן כי "יחדל הרב ליצמן לכהן כסגן שר הבריאות".<sup>190</sup> התראת בטלות נוספת ניתנה באשר לסבירות כהונתו של ראש הממשלה כשר בכמה משרדי ממשלה. בית המשפט העליון קבע כי "ככל שלא ישתנה המצב הקיים מהותית במשך – למשל – כשמונה חודשים נוספים והנושא יבוא לביקורת שיפוטית, כמובן יישמעו טענות בלב פתוח, אך הסוגיה תהא ראויה לבידור מלא, שלא היה בעתירה זו".<sup>191</sup> צוין כי "מתן התראת הבטלות מקדם, את בירורה המלא של סוגיית הכהונה הכפולה, והוא רצוי מנקודת המבט של כל הגופים הרלוונטיים – מן הממשלה ועד לרשות הה מכוננת".<sup>192</sup> במקרה שלישי הוציא בית המשפט העליון התראת בטלות לגבי חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (להלן: חוק-יסוד: תקציב דו-שנתי), שלפיה "אין עוד מקום לתקן את חוק היסוד ולכונן תקציב שאינו חד-שנתי על דרך הוראת שעה; וככל שכך ייעשה, צפוי הוא לביטול על פי התראה זו".<sup>193</sup>

187 בסך הכול המונח "בטלות יחסית" הופיע ב-765 פסקי דין והחלטות של בתי המשפט השונים עד סוף 2016: בית המשפט העליון – 164 פסקי דין; בית המשפט לעניינים מינהליים – 135 פסקי דין; בית המשפט המחוזי (למעט בית המשפט לעניינים מינהליים) – 159 פסקי דין; בית משפט השלום – 215 פסקי דין; בית המשפט לתעבורה – 44 פסקי דין; בית המשפט למשפחה – חמישה פסקי דין; בתי הדין לעבודה – 47 פסקי דין. ההתפלגות לפי שנים (פסק דין אחד אינו מתוארך): 2016 – 64 פסקי דין; 2015 – 43; 2014 – 50; 2013 – 55; 2012 – 67; 2011 – 65; 2010 – 63; 2009 – 32; 2008 – 56; 2007 – 57; 2006 – 39; 2005 – 35; 2004 – 40; 2003 – 28; 2002 – 31; 2001 – 23; 2000 – 10; 1999 – 6; 1998 – 9; 1997 – 2; 1996 – 3; 1995 – 1; 1994 – 4; 1993 – 0; 1992 – 1; 1991 – 1; 1990 – 1; 1989 – 0; 1988 – 1; 1987 – 0; 1986 – 0; 1985 – 1; 1984 – 0; 1983 – 0; 1982 – 2; 1981 – 1.

188 ראו ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ד, לעיל ה"ש 120, בעמ' 419.

189 עניין ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 185, פס' מ"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

190 עניין מפלגת יש עתיד הראשון, לעיל ה"ש 185, פס' כ"ט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

191 בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, פס' ט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.4.2016) (להלן: עניין מפלגת יש עתיד השני).

192 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

193 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 181.



אף כי התראת בטלות ניתנה עד כה בבית המשפט העליון שלוש פעמים בלבד, סעד זה ראוי לציון משום שהוא משקף תפיסה רדיקלית במיוחד של שיקול דעת שיפוטי. תפיסה זו חורגת מהלכת הבטלות היחסית במופעיה השגרתיים, שבהם בית המשפט מפעיל שיקול דעת אם ואיזה סעד לתת לאחר שמצא כי ההחלטה שנתקפה הייתה שלא כדין, מבלי שהצהיר בהכרח כי בקביעת אי-החוקיות עצמה הפעיל שיקול דעת. לעומת זאת בשניים משלושת המקרים שבהם ניתנו עד כה התראות בטלות – עניין ההסתדרות הרפואית בישראל<sup>194</sup> ועניין מפלגת יש עתיד השני<sup>195</sup> – מצא בית המשפט העליון כי אמנם הפעלתו של שיקול הדעת הנתון לרשות הייתה בעייתית, "על גבול הסבירות", אך לא כזאת המצדיקה קביעה של בטלות ההחלטה, אך אם הפעלתו של שיקול הדעת תוסיף ותיעשה באותה דרך, ישיקול בית המשפט סעד של בטלות ממש. מכאן אמירה כמעט מפורשת שעצם חוקיותה של ההחלטה נתון לשיקול דעת שיפוטי, ולא רק הסעד הניתן בשל הפרת הדין.<sup>196</sup>

## 5. התחולה בזמן של הלכות חדשות

44. מאפיין בולט נוסף של העידן השלישי הוא הפעלת שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי בקביעת מועד התחולה של הלכות חדשות. עד פסק דין סולל בונה מ-2006,<sup>197</sup> שנכתב בידי הנשיא ברק בשנה שבה פרש משיפוט, הייתה התפיסה המקובלת שתחולתה של הלכה חדשה היא רטרואקטיבית, במובן זה שהיא תוחל גם על עובדות שהיו לפני המועד שבו היא נקבעה בבית המשפט העליון. בפסק דין סולל בונה – שדומה כי הוא עצמו מבוסס על שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי<sup>198</sup> – נקבע, בעיקר על סמך שיקולים "מעשיים",<sup>199</sup> כי "נקודת המוצא העקרונית היא כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרואקטיבית והן פרוספקטיבית. עם זאת [...] אין מניעה עקרונית מלהכיר בכוחו של בית המשפט העליון ליתן לתקדימיו תוקף פרוספקטיבי בלבד".<sup>200</sup> בית המשפט העליון קבע שהשיקול המרכזי

194 עניין ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 185.

195 עניין מפלגת יש עתיד השני, לעיל ה"ש 191.

196 במקרה השלישי שבו הוציא בית המשפט העליון התראת בטלות – עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 181 – בית המשפט הסתפק בהתראת בטלות "נוכח ראשוניות ההתערבות בחקיקת יסוד של הכנסת" (שם, פס' לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין), אך הטעים כי "התראת הבטלות בענייננו מבקשת לצעוד צעד מה נוסף מהתראת הבטלות שנקבעה בעניין ההסתדרות הרפואית [...] שם, ביקשנו להציב 'תמרור לעתיד', משנקבע כי המדיניות דאז צלחה, גם אם בקושי, את הסף החוקי התקין [...]". בענייננו [...] מבקשים אנו להוציא 'כרטיס אדום'; יהא בחינת נורית אזהרה מהבהבת, בשעה שהמערכת תשיקול דרכיה בסוף הוראת השעה הנוכחית [...] "(שם).

197 עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 116.

198 ראו שם, בעמ' 149. הנשיא ברק מתאר שם את עיקרי השיקולים לקביעת ההלכה החדשה בדבר אפשרות לתחולה פרוספקטיבית בלבד של הלכות חדשות ("התורה ההצהרתית של המשפט לא נקלטה בעוצמה רבה בישראל; אין מניעה חוקתית מלהכיר באפשרות זו. הקהילייה המשפטית בישראל לא תראה בכך פעילות שיפוטית שאינה תואמת את אופייה של השפיטה. האפשרות לאמץ גישה זו הועלתה במספר פסקי דין [...] ונראה לי כי משפטה של ישראל בשל לקליטתה").

199 ראו שם, פס' 12–16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

200 שם, בעמ' 149 (הנשיא ברק).

בשאלה אם לחרוג מנקודת המוצא של תחולה רטרואקטיבית יהיה המידה שבה ההלכה ששונתה באמצעות פסק הדין יצרה הסתמכות מוצדקת.<sup>201</sup>

45. הגישה המוצהרת של בית המשפט העליון, במיוחד בשנים הסמוכות לאחר מתן פסק דין סולל בונה, הייתה שהימנעות מהחלה רטרואקטיבית של הלכה חדשה היא חריג, וכי "הנטל המוטל על בעל דין המבקש לטעון, בניגוד לכלל, כי אל לפסיקה בעניינו לחול רטרואקטיבית, הינו כבד".<sup>202</sup>

ואולם, בפועל הובילה עמדתו של בית המשפט העליון כי "בית המשפט אינו יכול להסתפק בקביעת בטלות ולהותיר את תוצאותיה של קביעה זו – לעבר ולעתיד – ללא התייחסות וללא מענה"<sup>203</sup> את כלל בתי המשפט, לרבות בתי המשפט המחוזיים ואף בית משפט השלום, להיזקק כבדרך שגרה לשאלת התחולה בזמן של הלכות חדשות שקבעו ואף להחיל רבות מהן פרוספקטיבית בלבד. כך, פסק דין סולל בונה הוזכר בהקשר של התחולה בזמן של הלכות חדשות ב-221 פסקי דין והחלטות של בתי משפט ובתי דין, ומתוכם 91 פסיקות של בית המשפט העליון. מתוך כלל פסקי הדין האלה של בית המשפט העליון, שלושה ניתנו ב-2016, חמישה ניתנו ב-2015, שישה ב-2014, 12 פסקי דין ב-2013, 12 פסקי דין ב-2012, 11 פסקי דין ב-2011, שישה ב-2010, תשעה ב-2009, 12 פסקי דין ב-2008, שמונה ב-2007 ושבעה ב-2006.

בעניין סולל בונה צוין כי "לעתים קרובות פסק דין אך מצהיר על הדין, ואינו יוצר אותו. כמו כן, לעתים, פסק דין קודם הוא מוטעה מיסודו, ויש לבטלו למפרע. כל אלה נכונים לעתים, אך לא תמיד. לעתים, פסק הדין החדש יוצר דין חדש, המתאים לזמן ולמקום. פסק הדין הקודם – שממנו סוטה הפסק החדש – אינו מוטעה מיסודו".<sup>204</sup> אך בפועל שיקול הדעת בדבר מועד התחולה של הלכה חדשה אינו מופעל רק במקרים מהסוג השני; בית המשפט אף אינו מסווג את העילה לשינוי ההלכה כנובעת מהלכה ישנה מוטעית או משינוי נסיבות. שיקול הדעת השיפוטי מופעל בכל מקרה ומקרה.

## 6. היחלשותם של כללי ההבניה

46. העידן השלישי מתאפיין גם בתהליך של היחלשות כללי ההבניה של שיקול הדעת. דומה שתופעה זאת התחילה להתפתח בהקשרים של הדיון בסבירות של החלטות מנהליות וכן של עוולת הרשלנות בדיני נזיקין<sup>205</sup> אף בשלהי העידן השני. בשנים האחרונות ניכרת

201 ראו שם, פס' 18–22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

202 בג"ץ 3514/07 מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פיורסט, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (פורסם בנבו, 13.5.2012). ראו גם ק"ג 9731/07 (אזורי ת"א) מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ – התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פס' 55 (פורסם בנבו, 28.12.2014).

203 בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 475, 406 (2008) (השופטת חיות).

204 עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 116, בעמ' 143 (הנשיא ברק).

205 לערעור מסוים שחל בהבניה, המזוהה עם אהרן ברק, של עוולת הרשלנות כמבוססת על דרישה להצטברות של חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטית והפרה של שתי החובות, ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 458–460 (2012).

היחלשות מסוימת של כללי ההבניה לפי תורת המידתיות המבוססים על שימוש בשלושה מבחני משנה.

כך, באשר לסבירות שיקול הדעת המנהלי, כוננה גרסתה המודרנית בידי השופט ברק בפסק דין דפי זהב<sup>206</sup> כעילה שיוּרית, הנבחנת רק אם לא נמצא פגם אחר בהחלטה המנהלית, ואף זאת בהתבסס על ניתוח תכליתי של החוק שמכוחו פעלה הרשות. בפסק הדין נקבע בין היתר כי "כדי ששיקול הדעת המינהלי ימלא את תפקידו המרכזי במינהל המודרני, עליו להיות מופעל בתום-לב, שלא בשרירות ומתוך שקילת השיקולים הרלבנטיים בלבד. אך בנוסף לכך, על שיקול הדעת להיות סביר"<sup>207</sup> וכי "סבירות האיזון נמדדת בכוחו להגשים את המטרה החקיקתית הניצבת בפני הרשות המינהלית"<sup>208</sup>.

לכאורה, הבניה זאת הייתה מאפשרת שימוש בהלכת הסבירות רק אם הסבירות הייתה נבחנת לאחר שנמצא כי ההחלטה עומדת בכל הדרישות האחרות של המשפט המנהלי, ובהן היותה של ההחלטה במסגרת הסמכות שהחוק נתן לרשות (לאור פירושה לפי תכליותיה הסובייקטיביות והאובייקטיביות, המיוחדות והכלליות)<sup>209</sup> או שנאצלה לה או ניטלה על ידיה כדין;<sup>210</sup> קבלת ההחלטה לפי כללי הצדק הטבעי<sup>211</sup> ולפי דרישות אחרות הנוגעות להליך המנהלי (לרבות פרסום כדין של ההחלטה);<sup>212</sup> קבלת ההחלטה לאחר בדיקה יסודית ועל בסיס ראיות מספיקות;<sup>213</sup> ביסוס ההחלטה על מכלול האינטרסים הרלוונטיים המתבקשים מתכלית הסמכות, וכמידת האפשר הגשמה של כולם;<sup>214</sup> הימנעות מכל שיקול זר, כלומר ממתן משקל לאינטרסים שאינם מתבקשים מתכלית הסמכות;<sup>215</sup> אי-פגיעה בזכויות האדם אלא על פי הדינים החוקתיים החלים בתחום זה;<sup>216</sup> הקפדה על עקרונן השוויון (החוקתי והמנהלי);<sup>217</sup> הימנעות מסטייה מהנחיות מנהליות בהיעדר נסיבות מיוחדות וחריגות המצדיקות את הסטייה לפי התכליות של ההנחיות ושל החוק שהקנה את הסמכות;<sup>218</sup> הימנעות מביטול או משינוי של החלטה קודמת בלא טעם מהותי.<sup>219</sup>

206 עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 96.

207 שם, בעמ' 447.

208 שם, בעמ' 446-447.

209 ראו לדוגמה בג"ץ 6665/12 אי.סיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (פורסם בנבו, 3.12.2014).

210 ראו לדוגמה בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441 (1994).

211 ראו לדוגמה רע"ב 10349/08 מדינת ישראל נ' גנאמה (פורסם בנבו, 20.7.2009).

212 ראו לדוגמה ע"א 3213/97 נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה, פ"ד נג(4) 625 (1999).

213 ראו לדוגמה בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983).

214 ראו לדוגמה דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

215 ראו לדוגמה בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990).

216 ראו לדוגמה בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423 (1999).

217 ראו לדוגמה ע"ע 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010).

218 ראו לדוגמה בג"ץ 9362/03 ריגלר נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.10.2008).

219 ראו לדוגמה בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1 (1991).

ואולם, בפועל הלכת הסבירות החליפה במקרים רבים את הכללים האחרים של משפט מנהלי בכלל ושל שיקול דעת מנהלי בפרט, ובמידה רבה "בלעה" אותם אל תוכה. כדבריו של השופט גרוניס, עילת הסבירות "עברה שינוי והתפתחה למימדים קרובים לאלה של 'נורמת על' [...]". תוך כדי התפתחות זו, היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר (למשל, העילות של מטרה זרה ושל שיקולים זרים)<sup>220</sup>. באשר לדיני הסמכות וההסמכה – בהתקיים ביקורת שיפוטית על סבירותה של החלטה, ומשבית המשפט מצא שהחלטה מנהלית היא במתחם הסבירות ואולי אף ראויה ומוצדקת לדעת השופטים, הוא לא תמיד דקדק בעניין סמכותה של הרשות.<sup>221</sup> באשר להליכי המנהל, ובהם כללי הצדק הטבעי – במקרים מסוימים קבע בית המשפט שלרשותה של הרשות המנהלית עומד מתחם של סבירות בקביעת הדרך שבה תממש את חובת השמיעה או את האיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים.<sup>222</sup> בתחום שיקול הדעת המנהלי בית המשפט לעתים קרובות אינו מבחין בין כללים שונים, ונטייתו היא להבליע את כולם בהלכת הסבירות. למשל, פסקי דין רבים אינם מבחינים – לפחות כשהדברים אמורים בהלכת הסבירות – בין חוקיותה של ההחלטה השלטונית לבין הביקורת השיפוטית עליה. בית המשפט מתייחס לחלופין, ולמעשה ללא הבחנה, להיקף שיקול הדעת השלטוני ולהיקף הביקורת השיפוטית.<sup>223</sup> כדברי הנשיאה ביניש: "קיים יחס הפוך בין מרחב שיקול-הדעת הנתון לרשות מנהלית לבין היקף הביקורת השיפוטית על החלטת הרשות. ככל ששיקול-הדעת המנהלי רחב יותר, כך מצטמצם היקף הביקורת השיפוטית עליו".<sup>224</sup> מדברים אלה משתמע קישור בין שאלה של דין מהותי (מרחב שיקול הדעת השלטוני) לבין שאלה מוסדית-שפיטוטית (היקף הביקורת השיפוטית). הריסון המיוחד שהלכת הסבירות דורשת בשימוש בה הוחל לא רק במקרים של אי-סבירות "טהורה" אלא גם במכלול כללי המשפט המנהלי. כך, למשל, הגישה כי "החלטה שנתקבלה בלי להתחשב בשיקול שלעניין היא פגומה בשל כך בלבד, ולשם פסילתה לא נדרש כי היא תהיה בלתי סבירה במידה קיצונית או בלתי סבירה בכלל",<sup>225</sup> לא התקבלה בפרקטיקה.<sup>226</sup>

נראה שבחלק ניכר מהמקרים נכונה עמדתו של יואב דותן כי "[...] השאלה החשובה ביותר בקשר לסבירות [...] איננה השאלה 'מהי החלטה סבירה' אלא מי יקבע אימתי החלטה מסוימת עומדת במבחן הסבירות".<sup>227</sup> אכן, כדבריו של דותן, "הלכה למעשה,

220 פסק עניין אמונה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 522 (השופט גרוניס).

221 ראו לדוגמה בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).

222 ראו לדוגמה ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), פס' 64 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 11.2.2008).

223 ראו למשל מיכל טמיר "על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה" הפרקליט נ 185, 192–198 (2008).

224 עניין לביא, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

225 עניין ויכסלבאום, לעיל ה"ש 214, בעמ' 210 (השופט דורנר).

226 להסתייגות מגישה זאת ראו דפנה ברק-ארוז משפט מנהלי כרך ב 727–728 (2010).

227 יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר מאמרים – חלק א 417, 458 (אהרן ברק יושב ראש המערכת, 2003).

השאלה אם החלטה נתונה היא 'סבירה' נתונה להכרעתו הבלעדית של השופט היושב לדין ברגע מתן ההכרעה השיפוטית, וזאת מבלי שקיימים כל קני מידה מקדמיים (קרי: נורמות משפטיות כלליות וברורות) שעל פיהן מתקבלת הכרעה כזו.<sup>228</sup> קני מידה כאלה אף אינם קיימים בידי כל אחד מהשופטים בנפרד, ובהיעדרם ההכרעה היא אינטואיטיבית ומתייחסת לנסיבות המקרה.

בשל כך השופט גרוניס, בדעת מיעוט, הביע הסתייגות מהמעמד הדומיננטי שרכשה הלכת הסבירות במשפט המנהלי. כדבריו, בפועל, במסגרת בחינת הסבירות "בית המשפט בוחן את התוצאה, קרי – ההחלטה, ובהליך של בחינה לאחור מונה את השיקולים אשר, על פי השערתו, הובאו בחשבון על ידי הגוף המחליט. אם ההחלטה הסופית אינה מקובלת על בית המשפט, יאמר הוא שאחד השיקולים קיבל משקל מוגזם או ששיקול מסוים לא הובא כלל בחשבון".<sup>229</sup>

גם חלק משופטי בית המשפט העליון התומכים תמיכה נחרצת בהלכת הסבירות כעילה מרכזית לביקורת שיפוטית אינם כופרים באי-ההבניה שלה. השופט רובינשטיין למשל ציין כי "במרבית המקרים שבהם תהא התערבות שיפוטית [על פי הלכת הסבירות] יהא הדבר כאמרתו הנודעת של שופט בית המשפט העליון של ארה"ב פוטר סטיוארט (Potter Stewart) – להבדיל, באשר לפורנוגרפיה, כי אינו מנסה להגדירה, אך 'אני יודע שזו היא בראותי אותה'.<sup>230</sup> שופטים אחרים לא הבחינו בחדות בין שיקולים של שפיטות מוסדית, הנתונים לשיקול דעתו של בית המשפט, לשיקולי הביקורת השיפוטית על פי הלכת הסבירות.<sup>231</sup> אכן, בהיעדר הבניה של ממש, הביקורת השיפוטית על פי הלכת הסבירות מתבססת במידה רבה על ההערכה האינטואיטיבית של השופטים בדבר סבירות המשקל היחסי של האינטרסים הרלבנטיים השונים המתבטא בהחלטה.

47. בשל כישלונה של הלכת הסבירות בהבניית הכללים המשפטיים המסדירים את שיקול הדעת המנהלי ואת הביקורת השיפוטית עליו, פותחה המידתיות – לא רק במשפט החוקתי אלא גם במשפט המנהלי.<sup>232</sup> השופט ברק למשל ציין, בתחילת דרכה של המידתיות בשנים הראשונות של שנות התשעים, כי "עילת המידתיות היא שלב נוסף ועצמאי בפיתוח תורת שיקול הדעת המינהלי ובעידונה של עילת הסבירות. [...] סבירות היא מושג נורמטיבי,

228 שם, בעמ' 457.

229 פסק עניין אמונה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 523–524 (השופט גרוניס). לביקורת דומה של השופט גרוניס על הלכת הסבירות ראו עניין הנגבי, לעיל ה"ש 10, פס' 28–29 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס. לביקורת שיפוטית על מינויים על פי הלכת הסבירות השוו אריאל בנדור ומיכל טמיר "מינוי בכירים בישראל: על הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה" משפט ועסקים יז 409 (2014); Ariel L. Bendor & Michal Tamir, *The Reciprocal Engulfment of Law and Ethics in Israel: The Case of Appointments to Senior Positions*, 23 TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS. 229 (2014).

230 עניין הנגבי, לעיל ה"ש 10, פס' ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.  
231 כאלה הם למשל השופט אלון (לדוגמה בעניין ז'רז'בסקי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 767–775), והשופט ריבלין (לדוגמה בבג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 11 ו-20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 30.11.2006).

232 ראו לדוגמה מיכל טמיר (יצחקי) "עילת חוסר-הוודאות במשפט הציבורי" משפט וממשל ה' 497, 516 (2000).

שעל פיו מאתרים את השיקולים הרלוואנטיים ומאזנים ביניהם על-פי משקלם. [...] עילת המידתיות צועדת צעד אחד נוסף. היא מניחה איזון ראוי בין הערכים המתנגשים. היא בוחנת אם האמצעי שננקט להגשמת אותו איזון הוא מתאים".<sup>233</sup> ואולם, במהלך העידן השלישי הפכה המידתיות מדוקטרינה נקודתית ומובחנת, המבנה את שיקול הדעת השיפוטי בהכרעה אם פעולה שלטונית פוגעת כדין בזכות חוקתית, לסטנדרט רחב וחובק-כול המשתרע על המשפט המנהלי בכללותו ונתון לשיקול דעתם – הרחב והלא מובנה – של השופטים היושבים בדיון. כך, בין היתר, ראשית, מבחן המשנה השלישי של המידתיות – היחסיות (המידתיות במובן הצר) – הפך למבחן הדומיננטי של המידתיות בפרט ושל פסקת ההגבלה בכלל. מבחן זה, כפי שברק עצמו ציין, אינו שונה במהותו מהלכת הסבירות הכללית<sup>234</sup> אף שכאמור חולשתה של הסבירות בהבניית הביקורת השיפוטית הובילה לפיתוחה של המידתיות. שנית, המידתיות, שבמקורה חלה על שיקול הדעת בפגיעה בזכויות חוקתיות, הוחלה על מכלול ההחלטות השלטוניות – במשפט המנהלי<sup>235</sup> ואף במשפט החוקתי<sup>236</sup> – באופן שהפך את מבחן המשנה השני שלה, הדורש "פגיעה פחותה" בזכות, לחסר משמעות והעצים את מבחן המשנה השלישי, היחסיות, שכאמור דומה במהותו לסבירות. שכן, אין משמעות לדרישה לפגיעה פחותה בזכות כאשר להחלטות שאינן נוגעות לזכויות.<sup>237</sup>

48. השימוש במושג המידתיות – שהופיע לראשונה בפסיקת בית המשפט העליון בפסק דין קצר שניתן ב-4 במרס 1992,<sup>238</sup> שלושה שבועות לפני פרסומו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו קבעה הכנסת לראשונה כי פגיעה בזכות תהיה "במידה שאינה עולה על

233 בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 14, 1 (1995).  
234 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 35, 465 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).

235 ראו למשל עניין בן-עטייה, לעיל ה"ש 233.  
236 זאת באמצעות פיתוחה של תורת "פסקת ההגבלה השיפוטית", החלה גם במקרים שבהם נטען כי חוק פוגע בהסדר הקבוע בחוק יסוד שאין בו פסקת הגבלה מפורשת. לפסקת ההגבלה השיפוטית ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003); עניין גוטמן, לעיל ה"ש 120, פס' 10–16 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 6 (ב) לפסק דינו של השופט מלצר; אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעד עורכים, 2015) (להלן: ברק "פסקת הגבלה משתמעת"); רבקה וייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכות? על מידתיות במשפט" משפט ועסקים טו 337, 386–390 (2012); שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177 (2014).

237 קושי נוסף קיים בהחלתה של דרישת הפגיעה הפחותה על נורמה שלטונית – בין חוק ובין החלטה מנהלית – הפוגעת בזכות מתוך תכלית להגן על זכות אחרת. במצב זה פגיעה פחותה בזכות האחת היא פגיעה מרבית בזכות האחרת וההפך. השווה אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א 253, 266 (1993) ("לשם איזון בין זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד, בינן לבין עצמן, אין 'פסקת ההגבלה' חלה. האיזון נערך בלעדית").

238 בג"ץ 5667/91 ג'בארי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מו(1) 858, 860 (1992).

הנדרש<sup>239</sup> – הפך עם חלוף השנים לרווח יותר ויותר בפסיקת בתי המשפט. למשל, בשנים 1999–2000 הביטויים "מידתיות", "מידתי" ונגזרותיהם המורפולוגיות הופיעו ב-144 פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון – כ-18 הכרעות שיפוטיות בשנה; בשנים 2009–2010 הופיעו ביטויים אלה ב-1,811 פסקות של בית המשפט העליון – כ-181 הכרעות בשנה; בשנים 2016–2010 הם הוזכרו ב-2,304 פסקות של בית המשפט העליון – כ-329 פסקי דין והחלטות בשנה.

בד בבד עם העלייה בהיקף האזכור של מושג המידתיות, הלך ופחת משקלם של מבחני המשנה של המידתיות, שנועדו להבנות את שיקול הדעת השלטוני ואת הביקורת השיפוטית על הפעלתו. למשל, בעידן השני, בשנים 1996–2009<sup>240</sup>, שבהן הביטויים "מידתיות", "מידתי" ונגזרותיהם הופיעו ב-1,935 פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון, היו אלה שיעורי האזכורים של ביטויים המרמזים על שימוש במבחני המשנה – "שלושה מבחני משנה", "מידתיות במובן הצר" ו"מבחן ההתאמה": הביטוי "שלושה מבחני משנה" ונגזרותיו המורפולוגיות הופיעו ב-226 פסקות (כ-12%); "מידתיות במובן הצר" ב-150 פסקות (כ-8%); "מבחן ההתאמה" ב-199 פסקות (כ-10%). לעומת זאת בעידן השלישי, בשנים 2016–2010, שבו כאמור הביטויים "מידתיות", "מידתי" ונגזרותיהם הופיעו ב-2,304 פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון, הביטוי "שלושה מבחני משנה" הופיע ב-149 פסקות (כ-6%); הביטוי "מידתיות במובן הצר" ב-129 (כ-6%); הביטוי "מבחן ההתאמה" ב-106 (כ-5%).

אינדיקציה נוספת למגמה זאת היא השימוש בצירוף "מידתי יותר" (או נגזרת שלו), הרומז על שימוש במידתיות כבסטנדרט רחב שהיחסיות (במובן רלטיביטי); לא פרופורציונליות) טבועה בו. בשנים 1996–2010 הופיעו הצירוף "מידתי יותר" או נגזרותיו ב-78 פסקי דין מתוך 1,935 פסקות שבהן המידתיות ונגזרותיה המורפולוגיות הוזכרו (כ-4%). לעומת זאת בשנים 2016–2010 הופיע הצירוף "מידתי יותר" או נגזרותיו ב-152 פסקי דין מתוך 2,304 פסקי דין שבהם הוזכרה המידתיות (כ-7%).

49. ממצאים אלה נתמכים בבחינה איכותנית של פסקי דין שונים של בית המשפט העליון שעסקו בחוקיותן של החלטות מנהליות בעידן השלישי. למשל, בעניין עואודה<sup>241</sup> נדונה חוקיותו של צו שהוציא המפקד הצבאי בגדה המערבית להרוס את ביתו של מחבל שנאשם בביצוע פיגוע ירי. העותרים, בני משפחתו של המחבל, טענו בין השאר נגד מידתיותה של ההחלטה. המשנה לנשיא נאור לא כחנה את ההחלטה לפי מבחני המשנה של המידתיות והסתפקה בציון כי רק חלקו המערבי של הבית, שבו חיו המחבל ומשפחתו הגרעינית, אמור

239 נוסחה זאת הופיעה בחוק-יסוד: חופש העיסוק רק בגרסה השנייה שלו, שנחקקה ב-1994. בנוסח המקורי של חוק-יסוד: חופש העיסוק, שנתקבל בכנסת ביום 3.3.1992, לשם איוון לא נכללה דרישה זאת. ראו ס"ח התשנ"ב 114.

240 השנה 1996 נבחרה משום שסמוך לפני תחילתה ניתן פסק הדין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995), שבו הפכה פסקת ההגבלה, ובמרכזה המידתיות, לאמת המידה הדומיננטית לחוקיות ולחוקיות של פגיעה בזכויות האדם.

241 בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 1.7.2014).

להיהרס, ושכנו של הנאשם אף הוא מעורב בפעולותיו של אביו.<sup>242</sup> בדומה לזה נדחתה העתירה בעניין קואסמה,<sup>243</sup> שבה נדונה חוקיות ההחלטה להרוס את בתיהם של העותרים שבני משפחותיהם חטפו ורצחו שלושה נערים ישראלים. בית המשפט לא ניתח את שלושת מבחני המידתיות וקבע לאקונית באשר לטענות הנוגעות למידתיות ההחלטה שהמשיב פעל לצמצם, ככל הניתן, את הפגיעה בלא מעורבים.<sup>244</sup> בפסק דין פלוני<sup>245</sup> נדון ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שבו התקבלה תביעה למתן צו מניעה קבוע שאסר על המערער לפרסם ולהפיץ רומן שכתב, המגולל מערכת יחסים אינטימית שהייתה בינו לבין המשיבה. השופט סולברג, שכתב את פסק הדין העיקרי, התמקד במבחן המידתיות השלישי בלבד – העוסק בתועלת מול הנזק של ההחלטה – וקבע שהתועלת שבשמירה על זכותה של המשיבה לפרטיות גדולה מהנזק שנגרם למערער.<sup>246</sup> בפסק דין באואר נדונה חוקיותה של החלטת ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, אשר דחתה בקשה לתוספת בינוי שהגישה אגודה הפועלת מטעם זרם של היהדות המשיחית.<sup>247</sup> בית המשפט העליון קבע שהחלטותיהן של ועדת המשנה לעררים וכן של רשויות תכנוניות אחרות אינן מידתיות מבלי שדן במבחני המשנה של המידתיות ובתוך קביעה לאקונית שמניעת תוספת הבינוי המבוקשת מתוך רצון לשכך את הפגיעה ברגשותיהם הדתיים של חלק מתושבי השכונה שבה פעלה האגודה, חורגת ממתחם המידתיות.<sup>248</sup>

אכן, כפי שאירע להלכת הסבירות, גם המידתיות, אף אם בקצב אטי יותר ובמובחנות פחותה, מאבדת את יומרתה להבנות את שיקול הדעת והופכת לסטנדרט כללי – מעין מטבע לשון – שעניינו בהשוואה לא מסוימת בין התועלת לנזק של מדיניות, החלטה או פעולה שלטונית.

50. להיחלשותם בעידן השלישי של כללי ההבניה שפותחו בעידן השני ניתן להוסיף את פיתוחן בעידן השלישי של עילות חוקתיות, ואף של עילות על-חוקתיות, במתכונת בלתי מובנית.

למשל, בבטלו בדעת רוב חוק בשל פגם שנפל בהליכי חקיקתו בית המשפט העליון קבע בעניין קוונטינסקי<sup>249</sup> כי "אין לשים עוד את הדגש על השאלה האם נשללה מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים". [...] הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, ולו באופן המצומצם ביותר, בנוגע להצעת החוק המונחת לפנייהם. גיבוש עמדה איננו אקט 'פסיבי' גרידא, אלא דורש מהלך מחשבתי מסוים, עיבוד עצמאי של המידע הנמסר לחבר הכנסת, וקבלת החלטה מושכלת בעד או נגד הצעת

242 ראו שם, פס' 27–28.

243 בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.8.2014).

244 ראו שם, פס' 26 לפסק דינו של השופט דנציגר.

245 ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 24.4.2014).

246 ראו שם, פס' 161.

247 ע"ם 8840/09 באואר נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ועדת המשנה לעררים (פורסם בנבו, 11.9.2014).

248 ראו שם, פס' 21–23 לפסק דינו של השופט מלצר.

249 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 177.



החוק".<sup>250</sup> אומנם, השופט סולברג, שכתב את פסק הדין העיקרי של הרוב, ציין כי "ההבחנה בין הדרישה לקיים 'הליך חקיקה נאות', לבין הדרישה לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מושפלת, ולו באופן מינימלי, היא ברורה וחדה".<sup>251</sup> ואולם, עילת הפסילה נשאבה ישירות מעקרון הפרדת הרשויות,<sup>252</sup> שהוצג גם כתשתית לריסון שבית המשפט מחויב בו בביקורת על הליכי חקיקה.<sup>253</sup> בית המשפט אף הכיר בכך ש"הליכי חקיקה מהירים, אף חפוזים, הריהם לעתים כורח המציאות"<sup>254</sup> הפסיקה לא התבססה אפוא על הבניה, הייתה בעלת אופי אד-הוקי, והחוק בוטל אך בשל "הצטברות הנסיבות".<sup>255</sup> דוגמה נוספת – הפעם לביטול חוק-יסוד – היא עניין המרכז האקדמי.<sup>256</sup> בפרשה זאת בית המשפט העליון הוציא התראת בטלות שתחול אם הכנסת תבקש להאריך בהוראת שעה את תוקפו של חוק-יסוד: תקציב דו-שנתי.<sup>257</sup> בית המשפט התבסס על דוקטרינה שכונה "דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת".<sup>258</sup> המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, שכתב את פסק הדין העיקרי, ציין כי "דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטייה ניתנה הסמכות [...]. לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם והמרקם החוקתי".<sup>259</sup> דוקטרינה זאת אינה כוללת הבניה של ממש, לא בהקשר של כינון חוק-יסוד כהוראת שעה ולא בהקשרים אחרים. וכך בין היתר נימק השופט רובינשטיין את פסילת חוק-יסוד: תקציב דו-שנתי:

[...] ההיסטוריה העגומה של הנושא מורה למרבה הצער על שבריריותה ורעיעותה של ההתייחסות הממשלתית והפרלמנטרית לתקצוב; הנה הנה חוק יסוד, כשמו כן הוא, חוק יסוד, מסמך חוקתי – והנה הנה הוא כאסקופה הנדרסת שכל רוח מצויה, אם כלכלית ואם פוליטית, מרוקנת אותו מתוכנו לעבר ניסויים ותעיות, ובמובן התוצאה יותר תעיות מאשר ניסויים. אם חוק יסוד הוא כשמו, הנה היסוד רעוע בתכלית. [...]

250 שם, פס' 59 לפסק דינו של השופט סולברג.

251 שם, פס' 106.

252 שם, פס' 109. השאלה אם עקרון הפרדת הרשויות מגביל את כוחה של הכנסת בתחום הליכי החקיקה ראוי לדין נפרד. לשאלה זאת ראו אריאל בנדור "הליכי חקיקה והפרדת הרשויות" (צפוי להתפרסם ב-

ICON-S-IL Blog).

253 שם, פס' 35.

254 שם, פס' 85.

255 שם, פס' 86.

256 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 193.

257 ראו גם לעיל סעיף 43.

258 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 193, פס' כט ול לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

259 שם, פס' ל.

[...] פעם אחר פעם אחר פעם העבירה הכנסת תקציב דו־שנתי, על רקע נוחות פוליטית, בניגוד לעמדות גורמי המקצוע אשר הדגישו את הגירעון העצום שנגרם כתוצאה מהתקציב הדו־שנתי שבו לא התערב בית המשפט בשעתו [...], ואף בניגוד להצהרות השונות של מקבלי החלטות השונים [...]. האם הכל "אוויר חם"? כמובן תמיד אפשר לומר, נשתנו נסיבות, נשתנתה מדיניות, אך האם באמת הדבר רציני? ובעיקר, מה היחס בין תיקונים אלה לבין היחס הראוי לחוקי היסוד? נזכיר גם את העמדה המקצועית של אנשי אגף התקציבים שהתנגדה למנגנון הדו־שנתי, הנה הגם שאין הכנסת כפופה לעמדה זו, כמובן, ובידה להחליט אחרת – יש לייחס לכך משקל בהצטברות לשיקולים האחרים. עמדנו על החשיבות שבפיקוח הכנסת על הממשלה, ובתוך כך בפיקוח השנתי על תקציב המדינה; ככל שהיה מדובר במעין ניסוי, קבע בית משפט זה, גם אם בחריקת שיניים, כי הדבר יכול להיעשות על דרך של הוראת שעה, שכן מדובר כאמור ב"נסיבות חריגות". אך כאשר ענייננו בפעם החמישית בה מעבירה המדינה תקציב דו־שנתי על דרך של הוראת שעה, ספק רב אם הרציונל ממשיך לחול.<sup>260</sup>

דברים אלה מדברים בעד עצמם. השילוב של התייחסות שברירית ורעועה לתקצוב, הארכה חמישית של הוראת השעה, אי־קיום נסיבות חריגות המצדיקות אותה, אף לא לצורך "ניסוי", והתנגדות הדרג המקצועי הוא שהוביל את בית המשפט – במקרה הקונקרטי, על בסיס אד־הוקי, בשאיבה מהמשפט המנהלי וללא הבניה – לאסור על חקיקת חוק־יסוד: תקציב דו־שנתי כהוראת שעה.<sup>261</sup>

260 שם, פס' לב–לג.

261 ראו גם הבהרתו של השופט הנדל כי "בהעדר הוראה חוקתית המגבילה את השימוש בהוראת השעה; על רקע המציאות החוקתית הדינמית בישראל [...]; ובהתחשב ביתרונות הכרוכים בשימוש ראוי במוסד הוראת השעה בהקשר החוקתי, חקיקת חוק יסוד הוראת השעה איננה נגועה בהכרח בפגם אינהרנטי. ואולם, ככל כלי ניתן לנצל את מוסד הוראת השעה ולעשות בו שימוש לרעה. [...] אף על פי כן, אני מסכים, כאמור, לתוצאה אליה הגיעו חבריי. סבורני כי בנסיבות הייחודיות שלפנינו, [...] הוראת השעה התקציבית אינה נהנית ממעמד חוקתי, ועל כן אין בכוחה, בצומת אליו הגענו, לתקן את הוראת סעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה לפיה 'התקציב יהיה לשנה אחת'. [...] תוצאה זו נובעת, בראש ובראשונה, מן ההקשר של הוראת השעה התקציבית. [...] כשם שאין לפרש או לבחון חוק רק על פי הקשרו, כך אין לראותו כ'רובינזון קרוזו' המנותק מהקשרו. [...] כמובן, הסדרת היבט מסוים בהוראת שעה עשויה להימשך, בהתאם לצורך, גם פרקי זמן ארוכים מעשור. אך לא זו הדרך כאשר מדובר בהסדרה של סוגיה ברורה ונקודתית – הגשת תקציב המדינה לאישור הכנסת אחת לשנה או שנתיים; בנושא כה מרכזי לקיום המדינה ותפקוד רשויותיה כגון התקציב; וחשוב מכל, בביטול דה־פקטו של הוראת חוק יסוד: משק המדינה, המהווה נורמה חוקתית. אם זה רצון הכנסת, דרך ההתמודדות – בשלב שהגענו אליו בענייננו – היא תיקון חוק יסוד: משק המדינה ולא שימוש בהוראות שעה חוזרות ונשנות. [...] גם אם יש הצדקה עקרונית לשימוש במנגנון הוראת השעה במישור החוקתי, אין זה אומר כי ניתן להשתמש בו לרעה" (שם, פס' 3 ו-5 לפסק דינו של השופט הנדל; ההדגשה הוספה).

## ה. פשר העידן השלישי

51 במאמר זה לא נתמקד בהצעת הסברים לעידן הראשון ולעידן השני. כללית, ניתן לשער שהעידן הראשון היה, כלשונו של דניאל פרידמן,<sup>262</sup> "עידן התמימות". המשפט והשפיטה התבססו בעידן זה בעיקרם על מסורת המשפט המקובל האנגלי, ההלכות התפתחו מהפרט אל הכלל, ודרך כלל לא התבססו על תאוריות רחבות, ולא כל שכן בעלות אופי תורת-משפטי. כך, בין היתר, משום שגם האקדמיה המשפטית בישראל הייתה בראשית דרכה, ואף בין השופטים לא היו חוקרים אקדמיים.<sup>263</sup> לעומת זאת הפסיקה בעידן השני הובלה כאמור בידי השופט אהרן ברק, פרופסור למשפטים, שסיפק בפסיקתו ובכתיבתו האקדמית העשירה – שהתמקדה הן בשיקול הדעת השיפוטי והן בהבניות של שיקול הדעת בתחומי המשפט השונים – "מנואל" תאורטי ונורמטיבי מפורט שהוביל במשך כשלושה עשורים את המשפט הישראלי.<sup>264</sup> דומה שפסיקתו וכתיבתו האקדמית של ברק, כמו גם הספרות הרבה – האקדמית<sup>265</sup> וכזו שנועדה לקהל יעד רחב יותר<sup>266</sup> – שנכתבה בעקבותיה בארץ ואף בחו"ל, מספקות שפע של הסברים והנהרות לעידן השני שאותו הוביל.

52. העידן השלישי מתאפיין בעלייה של שיקול הדעת השיפוטי הנורמטיבי. תהליך זה הוא משולש: הרחבת התפיסה של שיקול הדעת השיפוטי המהותי; צמצום השימוש בהבניות של שיקול דעת זה; והרחבת השימוש בשיקול הדעת השפיטותי. גם הפשר – ההנהרה – שאנו מציעים לעידן השלישי הוא משולש: ראשית, עלתה ההכרה בקיום שיקול דעת שיפוטי בתופעה שאינה שיוויון בלבד; שנית, עורער הערך של הבניית שיקול הדעת; שלישית, גברה ההכרה בכך שבהתחשב בהיותו של שיקול דעת שיפוטי תופעה חשובה

262 ראו דניאל פרידמן לפני המהפכה – משפט ופוליטיקה בעידן התמימות (2015) – ספר, הודן בתולדות המשפט הישראלי עד תום שנות השמונים. פרידמן אינו מסביר את הבחירה בשם הספר, וממילא אין לדעת אם מובן התמימות שפרידמן מייחס לעידן הראשון קשור להסבר שאנו מציעים לעידן זה בהיבט של שיקול דעת שיפוטי.

263 להסבר ברוח זאת ראו זמיר "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 19, בעמ' 150–157, 169.

264 ראו דורית ביניש "דברים בטקס הפרישה של הנשיא אהרן ברק" ספר ברק, לעיל ה"ש 15, 23, בעמ' 23–24.

265 ראו, בין היתר, ספר ברק, לעיל ה"ש 15; בנדור "הגבולות", לעיל ה"ש 21; משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" משפט ועסקים טו 317 (2012); ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" דין ודברים ג 399 (2007); הלל סומר "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: 'דברים שרואים משם – לא רואים מכאן?'" הפרקליט מט 523 (2007); עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה" עיוני משפט יז 717 (1993); חיים שייך "אהרן ברק – אבי המהפכה החוקתית-חילונית" שערי משפט ג 215 (2003); גבריאלה שלו "פרשנות החוזה – תורת ברק" המשפט ח 675 (2003); THE JURISPRUDENCE OF AHARON BARAK, ; Symposium, *Justice Views from Europe* (Maartje de Visser, Willem Witteveen eds., 2011); *Aharon Barak*, 47 TULSA L. REV. (2011).

266 ראו למשל נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק ביוגרפיה (2001); אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים – דין ודברים עם אהרן ברק (2009).

בקביעת הדין המהותי, יש מקום גם להרחבת ההיזקקות לשיקול דעת שפיטותי לצורך אי-דיון בעתירות על פי הדין המהותי.

### 1. התגברות ההכרה בקיום שיקול דעת שיפוטי

53. ההשערה שהתגברות שיקול הדעת השיפוטי בקביעת הדין המהותי בעידן השלישי נובעת מהתגברות ההכרה בקיום שיקול דעת שיפוטי מניחה שקיומו של שיקול דעת כזה אינו בגדר נתון נוקשה, אלא יש בו יסוד של בחירה של השופטים.

ואולם, טענה שכחה היא שקיום שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי הוא נתון. אין מדובר בכלל משפטי אלא במאפיין של משפט ושפיטה בתור שכאלה.<sup>267</sup> במקרים מסוימים הדין מאלץ את השופטים לבחור בין כמה חלופות חוקיות, שכל אחת מהן לגיטימית.<sup>268</sup> אפשר ששופטים לא יהיו מודעים לכך שבפרשנותם הם עוסקים לפעמים בבחירה, או יצניעו את הבחירה בנימוקי פסיקותיהם כפי שנעשה בהנמקה "פורמליסטית".<sup>269</sup> לשאלה אם ובאילו הקשרים ראוי שבתי המשפט יציינו במפורש כי פסיקתם מבוססת על הפעלת שיקול דעת נורמטיבי, כלומר שפסיקתם מבוססת על בחירה בחלופה מסוימת ואינה נובעת מיישומו של הדין, יש פנים לכאן ולכאן. השיקולים הנוגעים לאופן ההנמקה של פסקי דין מבוססים בין היתר על הצורך לשמור על אמון הציבור ברשות השופטת, על ישרת השפיטה ועל הרצון להבהיר את ההלכה שנקבעה בפסק הדין כדי שתוכל לשמש תקדים לעתיד, הן לרשויות השלטון ולציבור והן לבתי המשפט עצמם.<sup>270</sup>

בסופו של דבר, גם בעידן השני ובעידן השלישי – למרות התודעה שגברה דרמטית של קיום שיקול דעת שיפוטי מהותי<sup>271</sup> – בהנמקה של פסקי דין הצהירו השופטים במפורש רק במקרים חריגים שפסיקתם התבססה על בחירה מבין כמה אפשרויות לגיטימיות להכרעה.<sup>272</sup> כך, רק בפסקי דין ספורים קבע השופט ברק עצמו שהכרעתו בהם היא בחירה בין כמה אפשרויות, שכולן לגיטימיות במידה שווה,<sup>273</sup> או שהחלטתו היא בגדר "חקיקה שיפוטית".<sup>274</sup> אך יש להפריד בין אופן ההנמקה של פסקי דין, ובכלל זה מידת החשיפה של

267 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 42, בעמ' 21.

268 ראו שם, בעמ' 29.

269 ראו מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 20, בעמ' 503, 519–524.

270 ראו בנדור "חיי המשפט", לעיל ה"ש 21, בעמ' 593–595.

271 ראו לעיל סעיפים 20–21.

272 ראו בנדור "הגבולות", לעיל ה"ש 21, בעמ' 275–276.

273 ראו ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85, 107 (1986); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 773 (1993); בג"ץ 4914/91 איראני נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 774, 749 (1992).

274 עד כמה שהצלחנו לברר, רק סוג אחד של הכרעות שיפוטיות – קביעתה של אחריות מושגית בעוולת הרשלנות – הוכרו עד כה על ידי השופט ברק בפסיקתו כ"חקיקה שיפוטית". ראו עניין זייצוב, לעיל ה"ש 273, בעמ' 107; עניין ועקנין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 123. ראו גם דברי השופט ברק בעניין ז'רז'בסקי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 861, שמהם אפשר שישתמע כי קביעתו כי עקרונות הסבירות, ההגינות ותום הלב חלים על הסכמים פוליטיים מהווה חקיקה שיפוטית; דבריו בע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 584, 565 (1983), שמהם עולה כי חקיקה שיפוטית המרחיבה אחריות בפלילים היא אסורה, אך יש להבחין בין חקיקה אסורה כזאת לבין פרשנות שיפוטית תכליתית של הוראות עונשין שבחוק, שהיא

שיקול הדעת השיפוטי,<sup>275</sup> לבין השאלה התורת-משפטית, שלפי גישה זאת אינה שאלה של מדיניות אלא שאלה תיאורית – אם ועד כמה קיים שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי. ואולם, ניתן לטעון שגם אם קיומו של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי בקביעת הדין המהותי אינו החלטת מדיניות אלא הוא טבוע במשפט, הרי שהיקפו של שיקול הדעת בפועל אינו נתון קשיח. גם במסגרת טקסט נתון של נורמה משפטית, ולא כל שכן במסגרת המשפט המקובל, שעדיין חולש על עיקרי המשפט המנהלי הכללי בישראל,<sup>276</sup> בידיהם של השופטים יש בפועל אפשרות לבחור – בהקשר זה במובן התודעתי – בין חלופה של בחירת הפירוש או הצהרה על הדין מתוך כמה חלופות חוקיות, לבין חלופה נטולת שיקול דעת, המניחה קיומה של תשובה חוקית אחת לשאלה המשפטית. טענה זאת אינה שוללת את אפשרות קיומו של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי שאינו תודעתי בלבד.<sup>277</sup> אך לפיה, תוכן הפסיקה, ולא רק אופן הנמקתה, תלוי בשאלה עד כמה השופטים מניחים כי קיים שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי.

54. שאלות דומות במידה מסוימת, אף אם לא זהות, מתעוררות כאשר להבניית שיקול הדעת שהתפתחה בישראל בתחומים שונים של המשפט, בעיקר בעידן השני.<sup>278</sup> לפי גישה אחת, ההבניה היא בעיקרה רציונליזציה, או תאורטיזציה, של פסיקה שממילא היה ניתן להגיע אליה על פי השכל הישר ותחושת הצדק שלהם ו"חוש המומחיות של המשפטן", בבחינת ציור המטרה סביב החץ, ולחלופין על פי ניתוח ענייני מנומק אך שאינו כבול בהבניה,<sup>279</sup>

מותרת ואף מחויבת; דבריו בבג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393, 421–422 (1983), שמהם עולה כי שינוי על ידי בית המשפט העליון של הלכה שיפוטית (שאינה פרשנות של הוראה חקוקה) הוא בגדר חקיקה שיפוטית, וכי ראוי שצד המבקש חקיקה כזאת יציג בפני בית המשפט "תשתית אינטלקטואלית ראויה". בשלושת פסקי הדין הנוספים היחידים של השופט ברק שבהם הוא הזכיר את הצירוף "חקיקה שיפוטית" הובא הביטוי כציטוט מדברי השופט אלון בעניין ליברמן, לעיל ה"ש 83, בעמ' 368, כי ההלכה הוותיקה הקובעת חזקה בדבר שיתוף נכסים בין בני זוג היא "דוגמא מובהקת של חקיקה שיפוטית, שלידתה על אובני בית-משפט זה". ראו ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443, 446 (1984); בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 229 (1994); ע"א 3002/93 בן-צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5, 21 (1995).

275 כן, אהרן ברק ציין בשיחה כי "תרבות הכתיבה שלנו היא של עשיית כל הקיזוים המחשבתיים בראשו של השופט, ואחרי שעשית זאת, אתה כותב. אין לנו תרבות של כתיבה האומרת, בואו אני אראה לכם שיש כאן שיקול דעת, אפשר ככה ואפשר ככה ואפשר ככה, ואלה הנימוקים לכאן ולכאן, ואני מחליט כן אף על פי שאם היו עושים תערובת אחרת של נימוקים אפשר היה להגיע למשהו אחר. אתה לא כותב בצורה כזאת. אני לא אומר שזה טוב. אני אומר שזה המצב כפי שהוא. [...] לפעמים רצוי לא לכתוב שיש שיקול דעת". ראו בנדור וסגל, לעיל ה"ש 266, בעמ' 19–20.

276 ראו אהרן ברק "חמישים שנות משפט בישראל" מבחר כתבים כרך א 237, 240 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

277 לגישה השוללת את קיומו של שיקול-דעת שיפוטי נורמטיבי ראו שפירא "לבעית שיקול הדעת", לעיל ה"ש 56.

278 ראו לעיל סעיף 23.

בהבניה,<sup>279</sup> ואילו לפי גישה אחרת, ההבניה אכן מורה לשופטים את התוצאה או את החלופות שמהן הם בוחרים את זו המועדפת עליהם במסגרת שיקול דעתם הנורמטיבי.<sup>280</sup>

55. שתי השאלות – הן האופן שבו השופטים מתייחסים בפועל לתפיסה שנתון להם שיקול דעת נורמטיבי, והן האופן שבו הם מתייחסים להבניית שיקול הדעת – הן במהותן שאלות אמפיריות. בחינת עומק שלהן עשויה לדרוש שימוש במתודולוגיות החורגות מעיון בפסקי דין.

עם זאת עיון בפסיקתו של בית המשפט העליון יכול לתת אינדיקציות ראשוניות למגמות באשר לכל אחת משתי השאלות. למשל, יש אינדיקציות לכך שהמודעות של שופטים לשיקול דעת נורמטיבי שניתן להם בקביעת התוצאה של פגמים שנפלו בהחלטות של רשויות מנהליות משפיעה על התוצאה. יש אינדיקציה גם לכך שכללי ההבניה אינם נתפסים בעיני השופטים כמציבים גבולות מהותיים לשיקול דעתם.

56. אינדיקציה לכך שעצם המודעות לשיקול הדעת הנורמטיבי עשוי לעודד שימוש בכיוונים מסוימים בשיקול הדעת, ובכך להשפיע על תוצאת המשפט, יש בהתפתחותה של הלכת הבטלות (התוצאה) היחסית, שעל הפיכתה לתורה דומיננטית בעידן השלישי ובשנים הסמוכות לפניו עמדנו לעיל.<sup>281</sup> את היחסיות של הבטלות במשפט המנהלי הציג השופט ברק בפסקי הדין בפרשת שפירא<sup>282</sup> – שכוננו את ההלכה – כך:

מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה ומבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון. דבר זה נכון בכל שטחי המשפט. [...] מכאן, שבטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על-ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד [...]. מכאן, שעקרון הבטלות אינו גולם הקם על יוצרו אלא שפחה המשרתת

279 ראו לדוגמה גרעון ספיר "ישן מול חדש – על איוון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471, 483 (2006) ("בחירתם (של השופטים דורנר וברק) באיוון האנכי או במידתיות נגזרת מן התוצאה שהם חפצים להגיע אליה. במקום שהם מעוניינים בהכרעה הם משתמשים באיוון האנכי, ואילו במקרים שהם חפצים בפשרה הם בוחרים במבחני המידתיות").

280 ראו לדוגמה עניין חוק טל הראשון, לעיל ה"ש 9, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק ("חלוקה זו [של הדיון בחוקתיות חוק] לשלושה שלבים חשובה היא. [...] היא משמשת בסיס להבחנה בין איוון אופקי (בשלב הראשון) לבין איוון אנכי (בשלב השני) בין זכויות אדם, בינן לבין עצמן ובינן לבין ערכים ואינטרסים חברתיים [...]. היא מסייעת בבחינתם של הסדרים במשפט, כגון העדפה מתקנת, תוך בחינת השאלה אם זו נופלת לגדר היקפה של הזכות לשוויון (שלב ראשון), או שהיא מהווה פגיעה בשוויון המקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (שלב שני)").

281 לפירוט ההתפתחות של הלכת הבטלות היחסית בעידן השלישי ראו לעיל סעיפים 40–43.

282 ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337 (1981) (להלן: ע"פ שפירא); ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645 (1982).

את צורכי אדונה. בטלות ההחלטה היא פונקציה של מהות הפגם, ואין מהות הפגם נגזרת מתוצאות הפרתו. כשם שסוגי הפגמים הם רבים ומגוונים, כך גם סוגי הבטלות הם רבים ומגוונים. הדבקות תווית של בטלות אין בה כדי לפתור בעיה המתעוררת.<sup>283</sup>

דברים אלה מעידים שיחסיות הבטלות של פעולות או החלטות שבהן נפל פגם משפטי היא לכאורה נתון הטבוע במושג הבטלות. מכאן שאימוצה של תורת הבטלות היחסית לא היה אמור להשפיע על אופן הפעולה של בתי המשפט אלא לשיים אותו ולהמשיגו. כדבריו של זמיר, "התיאוריה בדבר התוצאה היחסית היא תיאוריה תיאורית, ולא תיאוריה יצירתית. כלומר, היא לא באה לשנות את הפרקטיקה שהייתה קיימת עד אז, אלא רק להסבירה ולהציגה כפי שהיא באמת".<sup>284</sup>

ואולם, תהיה מטרתה המקורית של הלכת הבטלות היחסית אשר תהיה,<sup>285</sup> הנתונים שהובאו לעיל<sup>286</sup> מראים שעצם ההכרה בקיומו של שיקול דעת שיפוטי עשוי להשפיע על הפעלתו. שופטים שאינם ערים לכך שנתון להם שיקול דעת יכולים לפרש את הדין, ליישמו ואף לפתחו אחרת משופטים המפעילים שיקול דעת במודע. אף אם ההלכה היא תיאורית, בפועל היא שינתה את המציאות. שופטים המודעים לכך שנתונה להם בחירה פועלים אחרת משופטים שאינם ערים לכך או השוללים מעצמם את אפשרות הבחירה. וכך היה במקרה זה. דוגמה נוספת נוגעת לפירוש וליישום של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. כאמור, בית המשפט העליון הפך את מבחן המשנה השלישי של המידתיות – היחסיות (המידתיות במונח הצר), שאינו שונה במהותו מהלכת הסבירות הכללית, הרוויה בשיקול דעת שיפוטי – למבחן הדומיננטי של המידתיות בפרט ושל פסקת ההגבלה בכלל.<sup>287</sup> מבחן זה הוא העמום והאינטואיטיבי ביותר מבין המבחנים שבפסקת ההגבלה.<sup>288</sup> העצמתו במסגרת פירושה מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי ביחס להיקף שיקול הדעת על פי מבחנים אחרים, ובהם מבחני ההתאמה והפגיעה הפחותה. דוגמה לכך שבידי בית המשפט נתונה גם אפשרות לצמצם את שיקול דעתו, ושישקול הדעת השיפוטי אינו נתון שלבית המשפט אין בו שליטה, היא דיני המכרזים הציבוריים. הפסיקה הכללית בשני הענפים האוצלים על דיני המכרזים הציבוריים – משפט מינהלי ודיני חוזים (לרבות החובה שמקורה בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, לנהל

283 ע"פ שפירא, לעיל ה"ש 282, בעמ' 362–363.

284 זמיר "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 35, בעמ' 257.

285 קשה לקבל את עמדתו של זמיר כי הלכת הבטלות היחסית נועדה לתאר את הפרקטיקה הקיימת ולא לשנותה. זמיר עצמו עומד על ההשלכות המעשיות החיוביות שהיו לדעתו לתאוריה ואף מספק לכך שורה של דוגמות (ראו שם, בעמ' 257–262); ואף מצייין כי "נכון שבעקבות התיאוריה בדבר התוצאה היחסית, אף שהיא תיאורית תיאורית, חל בהדרגה שינוי גם בפרקטיקה המשפטית" (שם, בעמ' 257).

286 ראו לעיל ה"ש 187.

287 ראו לעיל בסעיף 47.

288 ראו אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" משפטים מב 1097, 1121–1122 (2012).

משא ומתן לקראת התקשרות בחוזה בדרך מקובלת וכתום לב<sup>289</sup> – כפי שהתפתחה בעידן השני ובעידן השלישי, מאפשרת שיקול דעת שיפוטי רחב. ואולם, בתחום המכרזים הציבוריים בחר בית המשפט לצמצם את שיקול דעתו. התפיסה הכללית היא שככלל, הצעה שנפל בה פגם תיפסל. בית המשפט לא יאזן בין חומרת הפגם ומידת תום הלב של המציעים לבין חומרת תוצאותיה של הפסילה מבחינת הציבור ומבחינת המציעים. החריגים לעיקרון זה נדירים.<sup>290</sup> כדבריו של השופט רובינשטיין במקרה שבו הערכות שזורפה בתום לב להצעה הגבוהה ביותר הייתה טובה מהנדרש, ובשל כך ההצעה נפסלה: "שוב בא לפנינו מכרז שהדעת נותנת כי כל משתתפיו היו תמי לב, אך כבר נפסק כי תום לב אין בו די, ויש לדקדק בתנאי המכרז ככתבם וכלשונם [...]". בית המשפט, כמדיניות שיפוטית, מעדיף פשטות, המחייבת דקדוק והקפדה מצד מגישי ההצעות.<sup>291</sup> ניתן להביא דוגמות נוספות.<sup>292</sup>

אין לראות אפוא בשיח השיפוטי העכשווי, העמוס בביטויים ובמונחים המבטאים שיקול דעת שיפוטי מהותי, כמבטא אך ורק תוכנות תורת-משפטיות או התבוננות עצמית של השופטים במהות השפיטה (כפי שביקש ברק לעשות באחדים מספריו).<sup>293</sup> השיח מבטא מבחינת השופטים דין פוזיטיבי. הוספתו בנוגע לפסיקת העבר משקפת שינויים משפטיים.

57. אינדיקציה לכך שכללי ההבניה אינם נתפסים בעיני השופטים כמציבים גבולות מהותיים לשיקול דעתם היא בנדירותם של מקרים שבהם בית המשפט פסל על פיהם החלטות אף שלדעת השופטים הן רצויות לגופן. המקרים החריגים של פסילת החלטות כאלה מסווגים – ממש כמו בעידן הראשון – כמקרים של חוסר סמכות (ultra vires).<sup>294</sup> בית המשפט אף

289 ראו ע"א 4964/92 נשיך נ' עשת, פ"ד נ(3) 762, 767–768 (1996) [...] מכרז של גוף ציבורי [...] נשלט על-ידי שתי מערכות דינים. האחת היא דיני המשפט הפרטי החלים על השלב הטרום-חוזי [...] השנייה היא דיני המשפט הציבורי, ובהם כללי המשפט המינהלי ההילכתי".

290 ראו עומר דקל "לא חייבים לפסול הצעה פגומה – הצעה להסדר חלופי באשר לדין של הצעות פגומות במכרז" משפטים מה 157, 162–166 (2015).

291 ע"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל – הרשות הממשלתית למים ולביוב, פסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 1.1.2012).

292 גם בארצות הברית, שבחוקתה אין בחוקה פסקת הגבלה, הזכויות החוקתיות מוגבלות למעשה. ראו ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 236, בעמ' 86–87; Daniel J. Solove, *Data Mining and the Security-Liberty Debate*, 75 U. CHI. L. REV. 343, 345 (2008); David Cole, *Enemy Aliens*, 54 STAN. L. REV. 953, 956 (2002); T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943 (1987); Ariel L. Bendor & Hadar Dancig-Rosenberg, *Unconstitutional Criminalization*, 19 NEW CRIM. L. REV. 171, 180–181 (2016). עם זאת מידת ההכרה בקיום שיקול דעת שיפוטי בהגבלת הזכויות יכולה להסביר הבדלים בין פסיקות חוקתיות של שופטים אמריקנים שונים, ולא כל שכן את ההבדלים בין המשפט החוקתי האמריקני בכללותו לבין המשפט החוקתי של מדינות, ובתוכן ישראל, שבמגילות זכויות האדם החוקתיות שלהן יש פסקת הגבלה מפורשת. עניין זה ראוי לעיון נפרד.

293 ראו במיוחד ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18–19; ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 42, בעמ' 11.

294 למקרה נדיר של קבלת עתירה בעידן השלישי נגר החלטה שהשופטים ראו כרצויה, על סמך פגם שסווג בבית המשפט העליון כחוסר סמכות, ראו עניין אי.סיג בע"מ, לעיל ה"ש 209, פס' 27 לפסק דינו של השופט מזוז ("אף שהתוצאה המשפטית המתחייבת לדידי היא קבלת העתירה [...]), אין בכך כדי להטיל



נוטה להקל בדרישת החוקיות של פגיעה בזכויות חוקתיות (פגיעה "בחוק [...] או לפי חוק [...] מכוח הסמכה מפורשת בו"<sup>295</sup>), אם הפגיעה נתפסת בעיניו כמוצדקת לגוף העניין.<sup>296</sup>

## 2. מגבלותיה של הבניית שיקול הדעת השיפוטי

58. הרחבת שיקול הדעת השיפוטי, במובנו המהותי, מעוררת לעתים קרובות ביקורת על הלגיטימיות הדמוקרטית של פסיקת בתי המשפט. לפי ביקורת זו, שופטים אינם נבחרים על ידי הציבור ואינם נושאים באחריות כלפיו, ועל כן לא ראוי שהם יגבילו את רשויות השלטון הנבחרות בבואן לעצב מדיניות חברתית.<sup>297</sup> כאשר בית המשפט מדגיש ואף מרחיב את שיקול הדעת השיפוטי המהותי, התפיסה היא שההכרעה השיפוטית מבוססת על תפיסותיהם הערכיות הסובייקטיביות של השופטים היושבים בדין.<sup>298</sup> מטבע הדברים, ביקורת זו הופכת לחריפה יותר ככל שהסוגיות העומדות בפני בית המשפט להכרעה שיפוטית שנויות במחלוקת פוליטית וציבורית עזה יותר.<sup>299</sup>

59. נראה שכללי הבניית שיקול הדעת עוצבו וחוודו בעידן השני בין השאר על רקע הביקורת על הלגיטימיות הדמוקרטית של הפעלת שיקול דעת מהותי בידי שופטים. כללי ההבניה אמנם אינם מצמצמים בהכרח את טווח ההכרעות השיפוטיות שאליהן יכולים השופטים להגיע, במיוחד כשמדובר בכללים – כגון פסקת ההגבלה – המוליכים במרבית המקרים לאמת מידה שיווית של סבירות (היחסיות – המידתיות במובן הצר).<sup>300</sup> אולם ההבניה מספקת מסגרת שיח מסוימת לדיון בשאלה אם החלטה שלטונית – של הרשות

דופי ברצונם ויוזמתם של המשיבים להגביל את היבוא והשיווק של הסיגריות האלקטרוניות, משיקולים של הגנה על בריאות הציבור. [...] ברם, עם ההכרה בחשיבותו של האינטרס הציבורי להסדרת הנושא, אין בכך, כמובן, כדי לפטור את המשיבים מלפעול בגדרי החוק והסמכות". השופט סולברג, בדעת מיעוט, הציע לדחות את מועד ביטולה של ההחלטה, אף שהתקבלה ללא סמכות ("החלטת משרד הבריאות לאסור יבוא סיגריות אלקטרוניות, וכפועל יוצא ממנה – הגבלת חופש העיסוק של העותרת, נעשית בלי בסיס חוקי ברור ומפורש. ברם, אודה על האמת, מסקנה בדבר בטלות החלטת משרד הבריאות ופתיחת שערי המדינה ליבוא סיגריות אלקטרוניות 'עולה לי בבריאות'. [...] לעת הזאת, משהופץ תזכיר חוק איסור ייצור, ייבוא, שיווק ופרסום של סיגריות אלקטרוניות, התשע"ד–2014, דומני, כי ניטיב לעשות אם נדחה קמעה את כניסתו לתוקף של הצו החלטי, על מנת להמריץ את הממשלה ואת הכנסת למצות את מלאכתן – כל אחת בתחומה – בסוגיה הנדונה"; שם, פס' 2 ו-3 לפסק דינו של השופט סולברג).

295 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

296 ראו למשל עניין "המפקד הלאומי", לעיל ה"ש 221, בעמ' 816–825.

297 ראו עדי פרוש "תיאוריית סוס-הפרא, מרחב שיקול-הדעת של השופט והמוסר האישי שלו" משפטים יט 355, 325 (1990).

298 ראו ידידיה צ' שטרן "עלי קללתך בני": בית-המשפט העליון ואתגר הזהויות הישראליות" משפט וממשל יב 13, 24–25 (2009); דניאל פרידמן "היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?" משפט ועסקים יד 117 (2012).

299 ראו גביון, "מעורבות ציבורית", לעיל ה"ש 155, בעמ' 104–105; משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות": בעקבות David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford, 2004) משפט וממשל ט 311, 297 (2006).

300 ראו בנדור וסלע, לעיל ה"ש 288, בעמ' 1121–1122.

המבצעת או המחוקקת – היא כדין. מסגרת שיח זו הופכת את ההכרעה השיפוטית ל"דיסקורסיבית". היא עשויה להביא למה שאוון פיס כינה "אובייקטיביות פרשנית". אובייקטיביות כזו תלויה ביישומם של כללים "ממשמעים" (disciplining) קבועים ומוסכמים ובקיומה של קהילה פרשנית האמונה על יישומם של כללים אלו. אובייקטיביות פרשנית כזו איננה דורשת שהפרשנות תיקבע מראש בידי מקור חיצוני לשופטים, אלא רק שהפרשנות תהיה כבולה ותחומה.<sup>301</sup> כפי שציין פיס:

The idea of objective interpretation accommodates the creative role of the reader. It recognizes that the meaning of a text does not reside in the text, as an object might reside in physical space or as an element might be said to be present in a chemical compound, ready to be extracted if only one knows the correct process; it recognizes a role for the subjective. Indeed, interpretation is defined as the process by which the meaning of a text is understood and expressed, and the acts of understanding and expression necessarily entail strong personal elements. At the same time, the freedom of the interpreter is not absolute. The interpreter is not free to assign any meaning he wishes to the text. He is disciplined by a set of rules that specify the relevance and weight to be assigned to the material (e.g., words, history, intention, consequence), as well as by those that define basic concepts and that established the procedural circumstances under which the interpretation must occur.<sup>302</sup>

לפי היגיון זה, כללי ההבניה יוצרים מסגרת שיח נוקשה, אשר לפרשנים אין שיקול דעת אם להשתמש בה. עם זאת היא מאפשרת להם להפעיל שיקול דעת מהותי בהכרעותיהם. מידת הלגיטימיות של ההכרעות נמדדת לפי התהליך שבמסגרתו התקבלו<sup>303</sup> ולפי יחסה של הקהילה הפרשנית – הקהילה המשפטית – להכרעות, ולא לפי תוכן.

60. נראה שברק – אבי ההבניות במשפט הישראלי – מודע למשמעות זו של כללי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי המהותי וליתרונות שהיא מציעה. הוא טוען למשל שהבניית שיקול הדעת "מחייבת את השוקל לחשוב באופן מסודר, לא לדלג על עניינים שיש להביאם בחשבון, ולהתחשב בהם בזמנם ובמקומם".<sup>304</sup> עוד מסביר ברק שההבניה הופכת את שלביה השונים של ההחלטה וההנמקה לשקופים לציבור הרחב, לקהילה המשפטית ולרשות המחוקקת. ברק מדגיש שכללי המידתיות מכוונים את שיקול הדעת של הכנסת בבואה לחוקק חוקים ומאפשרת לרשות המחוקקת לדעת מה מצופה ממנה על מנת להגשים את

301 ראו Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739 (1982).

302 שם, בעמ' 744.

303 Stephen J. Schulhofer, Tom R. Tyler & Aziz Z. Huq, *American Policing at a Crossroads: Unsustainable Policies and the Procedural Justice Alternative*, 101 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 335 (2011).

304 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 234, בעמ' 559.

את מטרתו של חוק באופן העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד.<sup>305</sup> יתרונות אלו תואמים את רעיונות "הכללים הכובלים" ו"הקהילה הפרשנית" של פיס.

61. ואולם, האופן שבו עוצבו בפסיקת בית המשפט העליון כללי ההבניה – ובמרכזם דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה – הביא לכך שלהבניה ערך מוגבל בלבד בכבילה ובמשמעות של שיקול הדעת השיפוטי המהותי,<sup>306</sup> בין השאר על רקע שני תהליכים מרכזיים. התהליך הראשון נוגע לפירוש מרחיב של הזכויות החוקתיות, ובראשן הזכות לכבוד האדם. למשל, חוקים פלייליים נתפסים כפוגעים בזכויות לחירות ולכבוד האדם;<sup>307</sup> הסדרים קוגנטיים במשפט האזרחי נתפסים כפוגעים בזכות לאוטונומיה;<sup>308</sup> הזכות לאי-פגיעה בקניין מגנה מפני כל הסדר הפוגע באינטרס בעל ערך כלכלי;<sup>309</sup> הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה היבטים מרכזיים של זכויות שונות, כגון חופש הביטוי,<sup>310</sup> הזכות לשוויון<sup>311</sup> והזכות להליך הוגן.<sup>312</sup> על רקע תהליך זה השאלה הראשונה שעליה נדרשים פרשנים חוקתיים להשיב בבואם לקבוע אם הסדר מסוים הוא חוקתי, המתמקדת בעצם הפגיעה בזכות חוקתית מוגנת, מתרוקנת במקרים רבים מתוכן משמעותי.

התהליך השני נוגע לפירוש מצמצם במיוחד של מבחניה של פסקת ההגבלה. למשל, בית המשפט פיתח מבחן גמיש על מנת לבחון אם פגיעה מסוימת בזכות חוקתית זוכה להסמכה מפורשת בחוק;<sup>313</sup> הדרישה להלימת ערכיה של המדינה איבדה מחשיבותה, וכיום אין מתייחסים אליה בבחינה החוקתית;<sup>314</sup> הדרישה לתכלית ראויה איננה מטילה הגבלות של ממש על הרשות המחוקקת;<sup>315</sup> הסדר הפוגע בזכות חוקתית עומד במבחן המידתיות הראשון, הדורש התאמה בין האמצעי שנבחר לקדם את תכלית החוק ובין התכלית אף אם סיכויי להגשים את התכלית אינם מרקייעי שחקים;<sup>316</sup> הסדר אינו עומד במבחן המידתיות

305 שם, בעמ' 563.

306 ראו בנדור וסלע, לעיל ה"ש 288, בעמ' 1113.

307 ראו אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עברות פליליות וזכויות חוקתיות" משפט וממשל יז 325, 328–337 (2016).

308 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 234, בעמ' 66 ("יש לי זכות חוקתית להגשמת האוטונומיה שלי (במישור החוקתי) אך זכותי לממש אוטונומיה זו מוגבלת. [...] ניתוח דומה יש לערוך לעניין העוללות השונות האסורות על פי דיני הנוזיקין, לעניין הפרות החוזה שאסורות על פי דיני החוזים, לעניין עשיית עושר ולא במשפט וכיוצא באלה התנהגויות שהמשפט הפרטי אוסר עליהן. [...] ההסדר החוקתי עניינו האוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו אינה ניתנת למימוש בכל אותם מצבים שאוסר המשפט הפרטי, ובלבד שהאיסור – עד כמה שמקורו בחוק או בהלכה הפסוקה – הוא מידתי").

309 ראו, בין היתר, עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 240, בעמ' 431.

310 ראו, בין היתר, עניין אבנרי, לעיל ה"ש 79, פס' 21 לפסק דינו של השופט מלצר.

311 ראו, בין היתר, עניין חוק טל הראשון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 688–689.

312 ראו, בין היתר, בש"פ 8823/07, לעיל ה"ש 177.

313 ראו עניין "המפקד האומי", לעיל ה"ש 221, בעמ' 816–825.

314 למקרים שבהם בית המשפט יצא מתוך הנחה כי דרישת ההלימה לערכיה של מדינת ישראל מתקיימת, בין משום תכלית החוק ובין משום שהצדדים לא טענו בעניין, ראו לדוגמה בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442 (2013); עניין דסטה, לעיל ה"ש 180, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

315 ראו בנדור וסלע, לעיל ה"ש 288, בעמ' 1112.

316 ראו לדוגמה עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 177, בעמ' 572–576.

השני – מבחן הפגיעה הפחותה – רק באותם מקרים חריגים שבהם קיימת חלופה הפוגעת במידה פחותה בזכות שמשיגה את התכלית באותה המידה ובלא עלות נוספת, ובמיוחד כשלחלופה אין השלכות רוחב תקציביות או כאלה הנוגעות לסדרי העדיפויות הלאומיים.<sup>317</sup>

שני תהליכים אלו הביאו לכך שבמוקד הבחינה החוקתית עומד מבחן המידתיות השלישי, מבחן היחסיות, הבוחן את התועלת הצומחת מהסדר השלטוני אל מול הנזק לזכויות חוקתיות שאותו הוא גורם. מבחן היחסיות, יותר מכל דרישה אחרת מדרישות פסקת ההגבלה ומבחני המשנה של דרישת המידתיות, נתון לפרשנותם הסובייקטיבית של השופטים. מבחן זה איננו כובל את השופטים בכללים "ממשמעים", והוא אף מעורר בעיה של אי-המירות כאשר השופטים נדרשים להמיר אלה באלה ערכים מתחרים שונים אשר אין להם מכנה משותף.<sup>318</sup>

62. על רקע זה נראה שהקושי של כללי ההבניה ביצירתה של מסגרת שיח קבועה המעוגנת באובייקטיביות פרשנית ובהפיכתה של ההכרעה השיפוטית לדיסקורסיבית יכול להסביר לא רק את הרחבת שיקול הדעת השיפוטי המהותי, כפי שבא למשל לביטוי בשימוש לא מובנה בעקרונות הסבירות והמידתיות ובהלכת הבטלות היחסית, אלא הוא גם אחד ההסברים האפשריים להרחבת השימוש בשיקול הדעת השיפוטי בעידן השלישי. שיקול דעת זה מאפשר לבית המשפט לסנן עתירות אשר עלולות לפגוע בלגיטימציה של ההכרעה השיפוטית. הסבר זה עולה בקנה אחד עם דבריו האמורים של השופט ריבלין,<sup>319</sup> שלפיהם ביסודן של עלילות הסף השונות קיים האיזון בין הצורך בביקורת שיפוטית חוקתית ומנהלית לרצונו של בית המשפט להימנע מפני כניסה אל זירת המחלוקת הציבורית העלולה לנגוס במשאבים העומדים לרשותו. הסבר זה איננו נוגע רק לעילות הסף אלא גם, למשל, לשמרטפות, המאפשרת לבית המשפט להימנע מהכרעות שיפוטיות אשר עלולות להיות שנויות במחלוקת ציבורית באמצעות השגת הסכמות מצדה של הרשות המבצעת; מתן משקל לשיקולים לבר-משפטיים כמו יעילות ההכרעה השיפוטית מאפשר לבית המשפט לבחור לדון לגופן דווקא בעתירות שיצליחו במימוש עקרונות שלטון החוק והשמירה על הזכויות המעוגנות בחוקי-היסוד; הפנייתן של עתירות מסוימות להכרעה של הרשות המחוקקת מאפשרת לבית המשפט לשמור על לגיטימציה ציבורית כי אז אינו נתפס כמעדיף הסדר חקיקתי כזה או אחר על פני הסדרים חלופיים.

### 3. פשר הרחבתה של ההיזקקות לשיקול דעת שפיטותי

63. באחד ממאמריה הראשונים, שפורסם ב-1995 בתקופה שבה החלה להתבסס הלכת הבטלות היחסית, כתבה דפנה ברק-ארז את הדברים האלה:

באופן פרדוקסלי, המשמעות השיקול-דעתית של הבטלות היחסית החלה לתת את אותותיה בפסיקה במקביל להתפתחות אחרת: צמצום השפעתם של

317 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 234, בעמ' 546–547.

318 ראו בנדור וסלע, לעיל ה"ש 288, בעמ' 1117–1122.

319 ראו לעיל סעיף 32.

מבחיני הסף הנוהגים בבג"צ. [...] גבולות השפיטה התרחבו. העקרון ששימש להרחבת גבולות השפיטה היה עקרון שלטון החוק: השפיטה מסייעת לאכיפת שלטון החוק ולהשלטתו גם על השלטון. לפי זה ניתן היה לצפות, כי יתחזק מעמדה של הזכות מתחום המשפט הציבורי, שתיאכף ככל זכות אחרת, ללא הסתייגות או שיקול דעת. אולם דומה שהרחבת גבולות השפיטה היא חרב פיפיות [...] בסופו של דבר, יסוד שיקול הדעת לא נעלם מן השיפוט המינהלי; הוא חילחל אל הדיון השיפוטי לגופו של עניין. מי שנפגעה זכות הטיעון שלו עשוי שלא להידחות על הסף, אלא לגופו של עניין, מאחר שעל פי שיקול דעתו של בית-המשפט לא נגרם לו עיוות דין. כאשר אלה הם פני הדברים, שכרה של המעורבות השיפוטית יוצא בהפסדה, שכן עדיף שיקול הדעת הדיוני-המיקדמי על פני שיקול הדעת לגבי הדין. זה האחרון פוגע במישרין בתוקפה ובמעמדה של הזכות עצמה.<sup>320</sup>

דומה שבעידן השלישי הבחינו שופטי בית המשפט העליון ב"פרדוקס" שעליו הצביעה ברק-ארז. אלא שהם לא קיבלו את הצעתה לצמצם את שיקול הדעת המהותי שנטלו לעצמם במתן סעדים ולהרחיב במקרים המתאימים את השימוש בשיקול דעתם השפיטותי לדחות עתירות על הסף. במקום זאת הוסיפו השופטים והרחיבו את שיקול הדעת המהותי והפכו את הלכת הבטלות היחסית לתורה החולשת על הסעדים במשפט הציבורי, והרחיבו בעת ובעונה אחת גם את השימוש בשיקול הדעת השפיטותי.

64. אכן, בית המשפט העליון אימץ בהתלהבות את התובנה התורת-משפטית שלפיה נתון לשופטים שיקול דעת נורמטיבי בעיצוב הדין המהותי, ואף הפך אותה בעידן השלישי לדין פוזיטיבי. אך בשונה מאבי התורה במשפט הישראלי, אהרן ברק, שייחס חשיבות רבה להבניית שיקול הדעת – ובפועל יותר משעסק בשיקול הדעת פעל להבנייתו<sup>321</sup> – רבים מהשופטים בעידן השלישי לא הקנו משקל כבד להבניה, שתועלתה מוגבלת. שיקול הדעת הורחב אפוא כדין פוזיטיבי ולא רק כתובנה פילוסופית, ובד בבד נחלשה הבנייתו.

המתח בין קיומו של שיקול דעת רחב ולא מובנה לבין הגישה, שאפיינה את העידן השני, של צמצום שיקול הדעת השפיטותי, הוא שככל הנראה הוביל להרחבת שיקול הדעת השפיטותי. אכן, גישתו של ברק שהכול שפיט נורמטיבית ושראו לקיים שפיטות מוסדית רחבה<sup>322</sup> מתקשה לעלות בקנה אחד עם תפיסה המטעימה את שיקול הדעת השיפוטי בעיצוב הדין המהותי. שכן, מבחינת השפיטות הנורמטיבית קשה לטעון כי "מלוא כל הארץ משפט" (כלומר שהדין המהותי, בשונה מבית המשפט כמוסד, מתייחס לכל פעולה אנושית), וכי "אין 'חלל' משפטי". כאשר המשפט שותק ושתיקתו היא 'חסר' יש אמות מידה

320 ברק-ארז "בטלות יחסית", לעיל ה"ש 182, בעמ' 539–540.

321 ראו חיים גנז "שיקול-דעת שיפוטי לאהרן ברק" משפטים יח 509, 512 (1988) ("בתארו [...] את העקרונות הצריכים להנחות את שיקול-הדעת השיפוטי, מקדיש ברק [...] מקום נכבד לעקרונות ולערכי-היסוד של המערכת שבתוכה מופעל שיקול-הדעת").

322 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 42, בעמ' 275–283.

להשלמת החסר. אין מצב שבו אין משפט<sup>323</sup>, ובעת ובעונה אחת לטעון שתופעה נרחבת במשפט היא של "מקרים קשים", שבהם המשפט אינו קובע אמות מידה להכרעה, וזו נתונה לבחירת השופטים. לעומת זאת השיקולים של הפרדת הרשויות, המשטר הדמוקרטי ושלטון החוק, שהובילו להרחבת השפיטות, נחלשים עד מאוד – אם בכלל הם תופסים – כאשר השופטים אינם משתמשים בכישוריהם המקצועיים לאיתור הדין, לפרשנותו ולהחלתו, אלא בוחרים כיצד לפסוק לפי האינטואיציה שלהם. וכך הוא גם באשר להרחבה של זכות העמידה בבג"ץ – שהשופט ברק היה ממחולליה העיקריים, ושאף היא נומקה בשיקולים של קידום שלטון החוק (ולא ברצונו של בג"ץ להכריע בסכסוכים לפי שיקול דעתו).<sup>324</sup>

## ו. אפשרות של עידן רביעי

65. שופט בית המשפט העליון נעם סולברג כתב במאמר המבוסס על הרצאה שנשא סמוך לאחר מינויו:

אחוז בערכים, אך גם מלשון החוק, מכוונת המחוקק ומתכלית החקיקה אל תנח את ידך. לשון אחר: פריצת הדרך נעשתה, ערכי היסוד עוגנו בחקיקה כיאה להם, ועתה השעה כשרה לשימור הערכים לצד חזרה מתונה למשפט פורמלי יותר. ההיסטוריה של המשפט לימדה אותנו שפורמליזם דווקא מנותק מערכים יכול להביאנו עד כלות. אבל גם זאת ידענו, שמשפט של ערכים הריהו תלוי בין שמים וארץ, וכדי שיצליח צריך לטעת את שורשיו באדמה. המטוטלת נעה כדרכה מצד לצד ועלינו לייצבה: בצד הערכים, עם בסיס פורמלי.<sup>325</sup>

דברים אלה, שדומה שיש להם משקל מיוחד בהערכה של מגמות הפסיקה לעתיד מאחר שנאמרו מפי שופט בית המשפט העליון, אינם נזקקים במפורש לנושא שיקול הדעת השיפוטי. ניתן אף לחלוק על ההנגדה שעליה הם מתבססים בין משפט פורמלי – שבקיצינותו הוא "פורמליזם דווקאני" – לבין "משפט של ערכים".<sup>326</sup> עם זאת דומה שאווירת הדברים מצביעה על מגמה של צמצום שיקול הדעת השיפוטי, לפחות בהיבט של הדין המהותי, ואולי גם בהיבט השפיטותי.

66. יריעתו של מאמר זה קצרה מלכלול דיון נורמטיבי מפורט בכל אחד משלושת העידנים שתוארו, ולא כל שכן מלהציע גישה חלופית סדורה. עם זאת בפרק זה נסרטט, על רקע שלושת העידנים שתוארו בפרקים הקודמים, קווים ראשוניים של מתווה נורמטיבי אפשרי ל"עידן רביעי". עידן זה מתאפיין בצמצום הן של שיקול דעת שיפוטי מהותי והן של שיקול דעת שפיטותי.

323 שם, בעמ' 276–277.

324 ראו שם, בעמ' 287.

325 סולברג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 18.

326 ראו בנדור "הגבולות", לעיל ה"ש 21, בעמ' 267.

הטיעון הנורמטיבי יוצא מתוך הנחה, שתוארה בפרקים קודמים, כי קיומו והיקפו של שיקול דעת שיפוטי נתונים למידה של בחירה ואינם נוקשים.<sup>327</sup> אם קיום שיקול דעת או היקפו נובעים מהדין הקיים או מתכונות של הלשון, גישה נורמטיבית אינה אפשרית, וליתר דיוק חסרת פשר. לעומת זאת יש פשר לטיעון נורמטיבי אם קיומו או היקפו של שיקול דעת שיפוטי יכולים להיות מושפעים משינוי הדין, לרבות משינוי של כללי הפרשנות, או כפי שהצענו בפרקים קודמים, מהאופן שבו ההליך הפרשני מתואר בפסיקתו של בית המשפט העליון ובכתיבה אקדמית של שופטים.

ואכן, נראה כי היקף שיקול הדעת השיפוטי תלוי במידה רבה במדיניותו של בית המשפט. תפיסתו העצמית של בית המשפט העליון הישראלי כמפעיל שיקול דעת רחב בפירוש הדין המהותי וביישומו השפיעה על פסיקותיו, למשל כשמתוך שלושת מבחנה המשנה של המידתיות, ייחס משקל כבד במיוחד למבחן היחסיות – המידתיות במובן הצר – שבמדינות אחרות, כגון קנדה,<sup>328</sup> הוא שוקל פחות ממבחני המשנה הקביעים (determinable) יותר של ההתאמה והפגיעה הפחותה וההפעלה האינטנסיבית של הלכת הבטלות היחסית.

67. שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי רחב בקביעת הדין המהותי עלול, בהקשרים מסוימים, להיות בעייתי, גם ואולי במיוחד במשפט הציבורי, מבחינות שונות, ובהן מבחינת שלטון החוק, מבחינת התאמת ההליך השיפוטי לעיצוב מדיניות ומבחינת הוודאות המשפטית. הבנייתו של שיקול הדעת באמצעות עקרונות שיישומם כרוך בעצמו בשיקול דעת רחב, והמובילה בפועל במקרים רבים להחלטות אד-הוקיות בכל מקרה המגיע להכרעת בית המשפט, אינה מספקת בדרך כלל פתרון מניח את הדעת לקשיים. נדון בשלושה קשיים אלה לפי סדרם.

68. שלטון החוק: שיקול דעת שיפוטי – הן שיקול דעת מהותי והן שיקול דעת שפיטותי – מעורר קשיים מההיבט של שלטון החוק (בהקשר זה עדיף אולי "שלטון הדין"), לפחות כשכשית המשפט מפעיל את שיקול דעתו על סמך שיקולים בעלי אופי אד-הוקי בלא יישום של כללים קביעים.<sup>329</sup> שיקול דעת שיפוטי, במובן של קביעה של השופטים, על בסיס בחירה בין חלופות שונות של תוצאת המחלוקת מתחכך ב"..." היבט היוריספרודנטלי<sup>330</sup> או "הפורמלי-התפקודי"<sup>331</sup> של שלטון החוק, הכולל בין היתר דרישה שהדין יהיה כללי. לפי דרישה זאת, הקשורה לעקרון השוויון,<sup>332</sup> נורמה משפטית מקיימת את דרישות שלטון

327 לגישה שונה, שלפיה שופטים אינם בהכרח מודעים לבחירותיהם כשהם מקבלים החלטות, ראו Richard Delgado, *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*, 87 MICH. L. REV. 2411, 2439 (1989).

328 ראו PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 146 (5th ed. 2007).  
329 ראו Antonin Scalia: *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175, 1176 (1989).

330 ראו אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" **משפט וממשל** ה' 375, 385 (2000).  
331 ראו חיים גנו "על כלליותן של נורמות משפטיות" **עיוני משפט** טז 579, 588 (1991) (להלן: גנו "על כלליותן של נורמות").

332 ראו JOSHUA RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* 216 (1979).  
ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 234, בעמ' 153.

החוק רק אם היא בעלת אופי כללי ואינה חלה על אדם, על מקרה או על נסיבות ספציפיים בלבד או מבצעת נורמה כללית כזאת.<sup>333</sup>

טיעון זה אינו משקף את הקושי האנטי-רובני הקלאסי, המתמקד בהקשר זה בבעייתיות בשיטה דמוקרטית של ביקורת שיפוטית שמקיימים שופטים, שאינם נבחרים ציבור.<sup>334</sup> הטיעון גם אינו מבוסס על העדפת פרשנות מילולית או פרשנות המבוססת על מתן משקל מכריע לכוונה הסובייקטיבית של האספה המכוננת או הרשות המחוקקת.<sup>335</sup> טיעונים אלה אינם קשורים בהכרח לשיקול דעת שיפוטי – מהותי או שפיטותי.

הטיעון על בסיס שלטון החוק בכל הנוגע לשיקול דעת שיפוטי מהותי הוא כי בחירתו של בית המשפט העליון לפרש את חוקי-היסוד ולפתח נורמות אחרות של המשפט הציבורי באופן המותיר לבית המשפט במקרים רבים מתחם רחב של שיקול דעת, היוצר למעשה תחום של אוטונומיה שיפוטית המשוחרר מכללים משפטיים,<sup>336</sup> מביאה לכך שההכרעה במקרים קונקרטיים רבים נעשית בדיעבד (ex post) על פי שיקול דעתו של בית המשפט. למשל: באשר להרחבת השימוש בבטלות יחסית, וכך גם באשר להטעמת הסבירות במשפט המנהלי והפיכתה לסטנדרט החולש על הביקורת השיפוטית.<sup>337</sup>

שיקול דעת שפיטותי פוגע בשלטון החוק כמשמעותו הבסיסית,<sup>338</sup> משום שהוא כרוך בבחירה של בית המשפט אם לאכוף את הדין, כלומר אם להכריע במשפט לפי הדין המהותי

333 ראו LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 46–49 (rev. ed. 1969); גנו "על כלליותן של נורמות", לעיל ה"ש 331, בעמ' 587–591; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 234, בעמ' 152–154; Raz, לעיל ה"ש 332, בעמ' 215–216. יש המוכנים לראות בדרישה זאת אף חלק מהדין החוקתי הפוזיטיבי, לפחות בכל הנוגע לפגיעה בזכויות חוקתיות. ראו בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 16 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 17.8.2016); עניין "המפקד הלאומי", לעיל ה"ש 221, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ברק מידתיות במשפט, שם, בעמ' 152. עם זאת בית המשפט העליון לא היה מוכן עד כה לקבל טענות לפסילת חוק בשל אי-היותו כללי. ראו למשל בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.1.2012).

334 לקושי האנטי-רובני ראו למשל Kenneth Ward, *The Counter-Majoritarian Difficulty and Legal Realist Perspectives of Law: The Place of Law in Contemporary Constitutional Theory*, 18 J. L. & POL. 851 (2002); Edward O. Correia, *A Legislative Conception of Legislative Supremacy*, 42 CASE W. RES. L. REV. 1129, 1135 (1992); ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 16–26 (2nd ed. 1986).

335 לביקורת על הגישה הדוגלת בזיקה בין שלטון החוק לפרשנות לשונית או פרשנות המסתמכת על הכוונה המקורית של נסחי החוקה ראו David A. Strauss, *On the Origin of Rules (with Apologies to Darwin): A Comment on Antonin Scalia's The Rule of Law as a Law of Rules*, 75 U. CHI. L. REV. 997 (2008).

336 Wendy Lacey, *Judicial Discretion and Human Rights: Expanding the Role of International Law in the Domestic Sphere*, 5 MELBOURNE J. INT'L L. 108, 110 (2004).

337 ראו לעיל סעיף 46.

338 ראו יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליטי גיליון מיוחד לכבוד 25 שנה ללשכת עורכי הדין: תשכ"ב–תשמ"ז 1987–1987, 61, 61 (1987).



או בהתעלמות ממנו. הכרעה כזאת יוצרת בפועל "חור שחור" משפטי.<sup>339</sup> מכל מקום, שיקול דעת שפיטותי מבוסס על שיקולים שאינם מבטאים את הדין המהותי ביצרו פער בין הדין המהותי (לרבות תוצאות הפרתו) לתוצאת ההליך השיפוטי.

קושי זה קיים באותה מידה כששיקול הדעת השיפוטי מופעל לכיוון "התערבות" שיפוטית, וכשהוא מופעל בדרך של ריסון או הנסגת דעתה (deference)<sup>340</sup> של הרשות השופטת. הקושי קיים הן כשהרשות השופטת מפרשת את הדין המהותי באופן המאפשר לה להפעיל שיקול דעת רחב בנסיבות כל מקרה, והן כשהיא מותירה לעצמה שיקול דעת שפיטותי אם להחיל את הדין המהותי. מכאן שהקושי הנוגע לשלטון החוק אינו נוגע בהכרח ל"אקטיביזם שיפוטי",<sup>341</sup> שכן במקרים רבים בית המשפט מתמש בשיקול דעת מהותי, ובדרך כלל בשיקול דעת שפיטותי, דווקא לכיוון "פאסיבי".

הקושי קיים גם בפרשנות חוקתית. אמנם בחוקה, ובכלל זה חוקי-יסוד, מונחים עמומים, ובהם מושגי סתום והוראות פתוחות, הם רבים מבטקסטים משפטיים אחרים.<sup>342</sup> יש לכך סיבות שונות, ובהן כי הטקסט החוקתי "מניח שינוי בתפישות, בעמדות ובהתנהגות חברתית והוא חייב לנקוט לשון גמישה דיה שתוכל להתפשט גם לעבר התפישות, העמדות ודרכי ההתנהגות החדשות שלא נצפו בעת יצירת הטקסט החוקתי".<sup>343</sup> אך עמימות החוקה אינה מיועדת בהכרח להעביר לבית המשפט סמכות להכריע על פי שיקולים אד-הוקיים בכל מקרה ומקרה לגופו בדילוג בפועל על פרשנות החוקה. ייתכן כי לשון החוקה מאפשרת פירושים שונים יותר משמאפשרת זאת לשונם של חוקים או תקנות, אך בכך אין כדי לייתר את פירוש החוקה, בהתאמת הפירוש לתפיסות, לעמדות ולדרכי ההתנהגות שלא נצפו בעת שבה החוקה נוסחה, או כדי לחייב הפעלת שיקול דעת שיפוטי – בחירה – בנסיבות כל מקרה.

69. התאמת ההליך השיפוטי לעיצוב מדיניות: הליך שיפוטי אינו דרך מיטבית לעיצוב מדיניות.<sup>344</sup> בית המשפט בשיטה אדוורסרית מפעיל את שיקול דעתו הפרשני רק על סמך הטיעונים המשפטיים של הצדדים. תפקידו ביסודו פאסיבי. אין מוצגות בפני בית המשפט חוות דעת מומחים. אין עומד לפניו מכלול השלכות של הפירוש, לרבות השלכות רוחב ישירות ועקיפות (כגון השלכות הנוגעות לסדרי עדיפות תקציביים). בשונה מהצעות חוק, ולעתים אף מתזכירי תקנות ומהחלטות שלטוניות אחרות, במיוחד כאלה המובאות לאישור הכנסת, טיוטות "החקיקה השיפוטית" אינן מתפרסמות, השקיפות המעשית של ההליך פחותה, ויכולת הציבור להיות מעורב בקביעת המדיניות בהליך שיפוטי ולהשפיע עליה

339 ראו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 587 (2006) (הנשיא (בדימ') ברק); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי" ספר גבריאל בכ 383, 408 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים, 2011).

340 ראו לעיל ה"ש 25, דבריו של ברק על המונח "התערבות" ועל הבעייתיות שבו.

341 ראו Bendor, *The Relevance of the Judicial Activism*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 337.

342 ראו אהרן ברק "פרשנותם של חוקי-היסוד" משפטים כב 31, 39 (1992).

343 שם.

344 ראו למשל Sherrer v. Sherrer, 334 U.S. 343, 365–366 (1948); Edward McWhinney, *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making*, 39 MINN. L. REV. 837 (1955).

זעומה. אכן, כפי שציין ברק מדינה, "הניסיון מראה כי ההכרה השיפוטית בחוקיות השימוש בסמכויות שלטוניות אף בהיעדר הוראה מפורשת בעניין בחוק, מוליכה לא אחת להשתקה של הדיון הציבורי ושל הדיון הפרלמנטרי בשאלה אם מדובר בהסדרים ראויים".<sup>345</sup> המשמעות של הרחבת שיקול הדעת השיפוטי, ובמיוחד כפי שהוא מתבטא בהלכת הבטלות היחסית ובפרקטיקת השמרטפות, היא בפועל העצמת תפקידה של הרשות השופטת בהתוויית מדיניות אף שההליך השיפוטי אינו ערוך לכך.

70. ודאות: קיים קשר הדוק בין שיקול דעת שיפוטי מהותי לבין אי-ודאות.<sup>346</sup> כדבריו של מאוטנר, "הבחירות שעושים השופטים במהלך הפעלת שיקול הדעת שלהם תלויות באישיות הייחודית של כל שופט".<sup>347</sup> הפגיעה בוודאות מובילה לאקראיות. אי-הוודאות המוליכה לאקראיות – שעמן יש לדעתו של מאוטנר להשלים במקרים רבים – מתמקדת ב"תוצאת ההליך השיפוטי שבו נתון אדם".<sup>348</sup>

לצד האקראיות בתוצאות הליכים שיפוטיים, שיקול דעת שיפוטי כרוך גם בפגיעה בוודאות של הדין המהותי. התדיינות בבית משפט בכלל ובשאלות משפטיות בפרט היא תופעה שולית בעולם המשפט.<sup>349</sup> הדעת נותנת שהתדיינות רבות אף נובעות מהעמימות ומאי-הוודאות המעודדות מחלוקות וסכסוכים המובאים להכרעה שיפוטית.

הקושי שאי-הוודאות כתוצר של שיקול הדעת השיפוטי גורם בידיעת הדין, ומכאן גם בחיזוי תוצאות משפטים, הוא תקלה מהותית. לדעתנו הקושי העקרוני והמעשי באי-ודאות משפטית הוא לעתים מוערך בחסר. אם המשפט נועד להנחות התנהגות או להעניק לגיטימיות לסנקציות משפטיות שיסודה באפשרות לחזות את הסנקציות מראש על מנת לכלכל התנהגות באופן שימנע את הטלתן, שיקול דעת שיפוטי מהותי פוגע ביכולת לקדם יעדים אלה.

71. הפקדת שיקול דעת בידי הרשות השופטת היא במקרים מסוימים אילוץ הנובע מקוצר ידיה של השפה.<sup>350</sup> היא גם יכולה להיות מוצדקת ככל שהיא מקדמת אינטרסים הגוברים על שלטון החוק במובן של השבה לקדמתו של המצב שהיה אמור להתקיים אילו לא הופר הדין, על חולשותיו של ההליך השיפוטי בעיצוב מדיניות ועל הפגיעה בוודאות המשפטית.

345 ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327, 339 (2006).

346 ראו למשל Scalia, לעיל ה"ש 329, בעמ' 1179.

347 מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 234 (2005).

348 שם, בעמ' 246.

349 ראו למשל מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16, 45 (1998); הדר אבירם "האם המשפט משיג את מטרותיו? תשובות מעולם המחקר האמפירי" האם המשפט חשוב? 27, 60 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 42, בעמ' 31; CASS R. SUNSTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION 9 (1993); Tom Baker, Alon Harel & Tamar Kugler, *The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach*, 89 IOWA L. REV. 443, 479 (2004).

350 ראו Jay M. Feinman, *Un-Making Law: The Classical Revival in the Common Law*, 28 SEATTLE U. L. REV. 1, 9 (2004).

למשל, היא מאפשרת גמישות והתאמה לנסיבות משתנות מורכבות של האיוון בין אינטרסים מתנגשים, ובתחומים מסוימים ייתכן שיהיו לה גם הצדקות מוסדיות.<sup>351</sup> באשר להלכת הסבירות – דוד קרצמר טען כי במקרים שבהם "בהיעדר ראיה פורמלית לסתור, [ולכן] אין בידי בית-המשפט כלים לקבוע, כממצא עובדתי, שהשיקולים של הרשות היו שונים מאלה שהוצגו בתצהיר. [...] עילת הסבירות משמשת לפעמים מסווה להחלטה [של בית-המשפט] המטילה ספק בדבר כשרותם של שיקולי הרשות, או ליתר דיוק [...] מאפשרת לבית-המשפט לתת ביטוי לתחושתו החזקה שהשיקול האמיתי בהחלטת הרשות היה שיקול זר".<sup>352</sup> שופטי בית המשפט העליון ציינו עוד כי "ניתן היה למנוע מינויים לא ראויים בעליל רק בגדרי סבירות",<sup>353</sup> וכי יש בהלכת הסבירות כדי "לחזק ולהטמיע נורמות של אתיקה ציבורית ולהגן על האינטרס של ניקיון כפיים בשירות הציבורי".<sup>354</sup> אף בהנחה כי בשיקולים אלה ובשיקולים נוספים<sup>355</sup> יש כדי להצדיק את הלכת הסבירות כדוקטרינה שיורית, ספק אם יש בהם כדי לספק הצדקות מספיקות למעמד-העל שניתן להלכה.<sup>356</sup> ההנחה כי הלכת הסבירות במתכונתה הלא מובנית הקיימת היא הכרחית, למרות חסרונותיה, כדי לקדם את כל מטרותיה, אינה מבוססת די הצורך. עניין זה ראוי לדיון נפרד. מכל מקום, דומה כי בשיח – בכל שלושת העידנים – שהוביל להעצמת שיקול הדעת השיפוטי ניתן משקל לא מספק לקשיים שהיא מעוררת. בעידן הראשון שיקול דעת שפיטותי נתפס לא פעם כמובן מאליו.<sup>357</sup> בעידן השני הוטעם קיומו של שיקול דעת שיפוטי מהותי,

351 השוו לתורת "הכנסת המחוקקת לעצמה" המזוהה עם השופט מישאל חשין: בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 145–154 (2002); יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771 (2001).

352 דוד קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה 121, 141 (1996). ראו גם מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" אקטיביזם שיפוטי, לעיל ה"ש 119, 165, בעמ' 187.

353 עניין הגנבי, לעיל ה"ש 10, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

354 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית.

355 עם השיקולים להצדקה של הלכת הסבירות ניתן למנות את הכיסוי הלא מספק של כללי המשפט המנהלי האחרים (ראו קרמניצר, לעיל ה"ש 352, בעמ' 187); את התובנה כי "אין הבדל יסודי בין מצב דברים שבו ניתן לשיקול מסוים שמשקלו הממשי הוא כנוצה משקל מכריע או להפך, לבין מצב שבו לא הובא כלל שיקול ענייני מסוים בחשבון" (קרמניצר, שם, בעמ' 187–188); את הצורך בקביעה שיפוטית של נורמות להתנהגות ציבורית ובכפייתן על הרשויות (ראו קרצמר, לעיל ה"ש 352, בעמ' 142–145); ואת העובדה שבישראל, בשונה ממדינות האיחוד האירופי, המנהל אינו כפוף למערכים על-מדינתיים, ולכן נדרשת "הכבדה של הביקורת על מעשי המנהל, על-ידי חיוק הביקורת שמקורה מחוץ למערכת הפוליטי עצמו" (מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 811 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)). הוצע גם לבסס את הלכת הסבירות על היקש מחובת הנאמנות כפי שהיא קבועה במשפט הפרטי, שעל פיה "במילוי תפקידו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות" (חוק הנאמנות, התשל"ט–1979, ס' 10(ב)). ראו איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 291, 309–310 (1982).

356 ראו לעיל סעיף 45.

357 ראו עניין אדירי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 404.

כאילו קיומו והיקפו נוקשים, והוא אף בבחינת אידאל נורמטיבי, והותוו דרכים להבנייתו. העידן השלישי מגלם שילוב בין שני הסוגים של שיקול הדעת אגב פיתוח בהבניה.

72. מכאן שגם אם לעתים שיקול דעת נורמטיבי הוא הכרחי, הוא מעורר שורה של קשיים ואינו מבטא אידאל. קטגוריות כתום לב וכתקנת הציבור, המובאות לעתים קרובות כדוגמה מהמשפט הפרטי למושגים עתירי שיקול דעת שיפוטי שאינם גורעים מהליכות הדוקטרינריות שהם משולבים בהן,<sup>358</sup> הן בעלות אופי שיורי ואינן חולשות על המשפט הפרטי.

ראוי אפוא לבחון את הצמצום – שלא באמצעות הבניה בלבד – של היקף שיקול הדעת השיפוטי המהותי (תוך הקפדה רבה יותר, כפי שהיה בעידן השני, על ריסון בשימוש בשיקול הדעת השפוטותי). לצד הנחלת התודעה ששיקול דעת רחב אינו נתון הכפוי על השופטים, אלא היקף שיקול הדעת מבטא מדיניות, הצמצום יכול להיעשות בשילוב בין חקיקה לפיתוחים פסיקטיים. באשר לחקיקה – אפשר בין היתר לבחון חקיקה של חוק המשפט המנהלי הכללי.<sup>359</sup> באשר למשפט המקובל – אפשר בין היתר לבדוק פיתוח של כללי המשפט המנהלי, שברבים מהם חלה סטגנציה בעשרות השנים האחרונות; פיתוח המידתיות בהדגשת שני מבחני המשנה הראשונים (התאמה ופגיעה פחותה); פיתוח נוסחות איזון עקרוניות;<sup>360</sup> ופיתוח דיני תרופות במשפט החוקתי והמנהלי שלא יישענו על שיקול דעת שיפוטי.<sup>361</sup> דוגמה מהמשפט הישראלי לשילוב בין חקיקה להלכות פסוקות שבו שיקול הדעת מצומצם יחסית היא כאמור דיני המכרזים הציבוריים.<sup>362</sup>

73. אכן, "אין מקום לשיקול דעת שיפוטי, המשחרר את הרשות מן העול של כיבוד החוק. [...] בדרישה לחוקיות המינהל לא יכול להיות מקום לגמישות. לבית המשפט יש שיקול דעת, אך גם שיקול דעת זה צריך להיות כפוף לדין".<sup>363</sup> אך בכך אין די. שיקול דעת שיפוטי

358 ראו לדוגמה ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד ס(2) 277, 290 (2005).

359 ראו יצחק זמיר "לקראת חוק סדרי המינהל – הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות" משפטים יב 334 (1982); אריאל בנדור "בעיות בקודיפיקציה של החלק הכללי של המשפט המינהלי" מחקרי משפט ט 155 (1991); תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד–2014. עם זאת הצעת החוק האמורה, כפי שנאמר בדברי ההסבר, אינה מבקשת לחולל רפורמה שתשנה מהותית את המצב הקיים, אלא "מטרתה היא להסדיר את התחומים שאינם מוסדרים בחקיקה, ולרכז בחוק אחד עקרונות חלקיים הפוזורים כיום במספר חוקים תוך עדכונם במידת הצורך על-פי הפסיקה ובהתאם לדברי חקיקה אחרים" (פרק ב לתזכיר).

360 נוסחות איזון עקרוניות הן בעיקר מבחנים בעלי אופי הסתברותי, כגון מבחן הוודאות הקרובה, החלים במקרים של הייררכייה ערכית בין אינטרסים מתנגשים, ומבחנים של איזון אופקי, החלים כשהאינטרסים המתנגשים הם שווי מעמד. מבחנים אלה אינם מופשטים ועתירי שיקול דעת שיפוטי כמו מבחן היחסיות הכללי, שאל תוכו הם משתלבים. ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 234, בעמ' 630–649. מבחנים אלה מוסיפים מידת-מה של בהירות למגבלות החוקתיות. אף כי אין בהם כדי להפיג את הערפל במלואו, מבחני האיזון מקלים הן על הרשויות הנבחרות בגיבוש מדיניותן, הן על הציבור בידיעת הדין והן על בית המשפט בביקורת השיפוטית. ראו בנדור וסלע, לעיל ה"ש 288, בעמ' 1108.

361 להלכת הבטלות היחסית והתפתחותה בעידן השלישי ראו לעיל סעיפים 40–43.

362 ראו לעיל סעיף 56.

363 ברק-ארוז "בטלות יחסית", לעיל ה"ש 182, בעמ' 540, 544.

– בוודאי בתחום המשפט הציבורי – מעורר כשלעצמו קשיים. אמנם הדעת נותנת שלשופטים נוח להיות מצוידים בשיקול דעת שיאפשר להם הכרעה צודקת במקרים השונים והתחשבות במכלול שיקולי המדיניות שלעניין ואף באינטרסים המוסדיים של הרשות השופטת. למרות זאת שיקולים של שלטון החוק, שיקולים הנובעים מחסרונותיו של ההליך השיפוטי לעיצוב מדיניות ושיקולים עקרוניים ומעשיים הנוגעים לערכה של ודאות משפטית – אלה תומכים בהקשרים רבים בצמצום, ככל שהדבר אפשרי, של היקף שיקול הדעת השיפוטי.

## ז. סיום

74. שאלות הנוגעות לשיקול דעת שיפוטי היו נושא לדיונים עשירים במסגרת ספרות רחבה בתורת המשפט. שאלות כאלה היו גם בסיס מרכזי לבחינה ביקורתית ריאליסטית, לזרמיה השונים, של פרקטיקות שיפוטיות קיימות. אך בישראל הפך השיח בדבר שיקול דעת שיפוטי לחלק אינטגרלי של הדין הפוזיטיבי כביטוי בפסיקה של בית המשפט העליון ושל שאר הערכאות. אכן, "דיני שיקול הדעת השיפוטי" אוצלים בישראל על מכלול הפסיקה. במיוחד יש להם משקל בפסיקתו של בית המשפט העליון בתחומי המשפט הציבורי – החוקתי והמנהלי.

במאמר הצבענו על שלושה עידנים, ואף על אפשרות של עידן רביעי, המשקפים את התפתחותם של דינים אלה. כל אחד מהעידנים מתבטא בהתייחסות לשני סוגים של שיקול דעת שיפוטי. אלה הם שיקול דעת מהותי, הנוגע לבחירה הנתונה לשופטים ולפרשני משפט אחרים בפרשנות ובפיתוח של הדין המהותי, ושיקול דעת שפיטותי, הנוגע לבחירה הנתונה לשופטים אם לדון לגופן, על פי הדין המהותי, במחלוקות המובאות להכרעתם. ההנחה היא שלשופטים נתונה מידה של בחירה – לא רק בהיבט השפיטותי אלא גם בהיבט המהותי. כללית, העידן הראשון (כשלושים השנים הראשונות של מדינת ישראל) התאפיין בשיקול דעת מהותי מצומצם ושיקול דעת שפיטותי רחב; העידן השני (כשלושים השנים הבאות – שבהן כיהן בבית המשפט העליון השופט אהרן ברק) התאפיין בשיקול דעת מהותי רחב אך מובנה ושיקול דעת שפיטותי מצומצם; העידן השלישי (במיוחד בתקופת כהונתו של אשר גרוניס כנשיא בית המשפט העליון) מתאפיין בשיקול דעת מהותי ושפיטותי מורחב עם הבניה מוחלשת.

אף שהמאמר מתמקד בזיהוי שלושת העידנים ובתיאורם ובהצעת פשר להתפתחויות המאפיינות את העידן השלישי, הרי שיש לו גם היבט נורמטיבי. הרחבת שיקול הדעת השיפוטי, בשני היבטיו, אגב החלשת ההבניה, מעוררת קשיים מסוגים שונים. מאחר שהיקפו של שיקול הדעת השיפוטי, כפי שנטען במאמר, אינו נתון נוקשה אלא בעצמו נתון למידה של בחירה, מוצע להתמודד עם קשיים אלה באמצעות צמצומו של שיקול הדעת. צמצום זה דורש שינוי תודעתי ולצדו פיתוח של הדין הפוזיטיבי.