

נפלאות הסבירות

יואב דותן | 19.06.2019 | 20:00

מקריאת המאמר של עמיר פוקס ("הארץ", 10.6) נוצר הרושם, שמבחן הסבירות שהנהיג בג"ץ בישראל הוא לא יותר מכלל משפטי סטנדרטי, המקובל במשפט העמים ומופעל על ידי בג"ץ מקדמת דנא רק כדי לפקח על הממשלה ולהבטיח שתקיים את חוקי הכנסת. ואולם האמת שונה בתכלית.

המטבע הלשוני "אי-סבירות" היה קיים, אם גם בשוליים, במשפט המינהלי האנגלי החל במחצית המאה ה-20, ובג"ץ התחיל להשתמש בו בשנות ה-60 וה-70, אם גם במשורה. אך מעבר לדמיון הלשוני אין כמעט קשר בין המונח המקורי לבין דוקטרינת הסבירות השאפתנית והאגרסיבית שהציג השופט אהרן ברק בתחילת שנות ה-80.

המונח המקורי נועד לאפשר לבית המשפט להתערב במקרים חריגים בהחלטות מינהליות, שעל פניהן היו קיצוניות ומופרכות עד אבסורד (הדוגמה שרווחה אצל האנגלים היתה פיטורי מורה בשל צבע שערה האדמוני). אצל ברק, לעומת זאת, נדרשה הרשות המינהלית לעשות "איזון" בין כל השיקולים המנוגדים, כשכל חריגה מהאיזון הזה, שהוציאה את ההחלטה מ"מתחם הסבירות" (מתחם דמיוני, שבית המשפט עצמו יוצר אד-הוק, בכל מקרה מחדש), תוביל לפסילת ההחלטה.

למעשה הדוקטרינה הגמישה, העמומה והריקה הזאת מאפשרת לבית המשפט לבצע רקונסטרוקציה של הליך ההחלטה המינהלי ולהתערב בו כל אימת שתוכן ההחלטה אינו נראה בעיניו. "מתחם הסבירות" מאפשר לבית המשפט לאיין כליל את העיקרון הבסיסי ביותר של המשפט המינהלי — עקרון הריסון, ולפיו אסור לבית המשפט להתערב בתוכן שיקול הדעת של הרשות המינהלית המוסמכת.

עובדה זו לא נעלמה מעיני שופטי בג"ץ האחרים באותה תקופה, וברק ספג מהם קיתונות של ביקורת. נשיא בית המשפט העליון באותה עת, משה לנדוי, ציין, כי הסבירות על פי ברק תוביל עד מהרה לחיסול עקרון הריסון. אך בהעדר משקל-נגד רציני מצד הממשלה והכנסת, היה נוח לבית המשפט להשתמש במונח הזה, שאיפשר לו, באיצטלה של "הפעלת כלל משפטי", להרחיב בלא הגבלה את מוטת הפיקוח וההתערבות שלו בהכרעות של הרשויות האחרות.

הסבירות הזאת שונה מכל שיטה משפטית אחרת, לא רק בנוגע לעומק ההתערבות של בית המשפט בהחלטות שלטוניות, אלא גם ביחס לרוחב התחומים שבהם מיושמת הדוקטרינה. אין עוד שיטה משפטית בעולם, שבה ניתן לתקוף החלטות ממשלה או החלטות קבינט (כגון מתווה הגז, או החלטות בנוגע למיגון בעוטף עזה) בטענה שאינן סבירות, ולא כל שכן החלטות כאלה בתחום הביטחון הלאומי.

אין עוד מקום בעולם, שניתן בו לתקוף בטענות כאלה (או בכל טענה משפטית אחרת) החלטות הנוגעות למינויים, פיטורים או הימנעות מפיטורים של נושאי משרה, ולא כל שכן שרי ממשלה. בכל השיטות האחרות, נושאים רגישים כאלה מוסדרים בהליכי הדחה, שמעורבים בהם מרכיבים פוליטיים ומשפטיים זה לצד זה.

מעבר לטיעון הנבוב, ולפיו הסבירות מבטאת כביכול את רצון המחוקק, תומכי הסבירות נוהגים להשתמש בטיעון המיתמם, ולפיו, בפועל בית המשפט אינו פוסל את רוב ההחלטות שכנגדן טוענים לחוסר סבירות. אך הטיעון הזה נועד להסתיר את העובדה, שבאמצעות הכלי החסר גבולות של הסבירות מצליח בית המשפט לנווט את הרשות המינהלית לתוצאה הנראית לשופטים — באמצעות לחץ לפשרות בבג"ץ, או באמצעות האפקט המצנן של עצם העתירה לבג"ץ.

מכל האמור לעיל אין להסיק, שלדוקטרינת הסבירות אין כלל מקום במשפט בישראל. אלא שיש לצמצם את גבולותיה לאותם תחומים, שבהם יש לבית המשפט יתרון מוסדי אמיתי ביחס לרשויות האחרות. כלומר, בכל הנוגע להגנה על זכויות היסוד ולהחלטות אינדיווידואליות הנוגעות לריב של האזרח עם השלטון. הסבירות צריכה להפסיק לשמש מכשיר שיפוטי לעיצוב מחודש של המדיניות השלטונית בישראל.

פרופ' דותן הוא ראש הקתדרה ע"ש גודמן למשפט ציבורי באוניברסיטה העברית

