

## סבירות וריסון במשפט המנהלי

יואב דותן\*

מאז תחילת שנות השמונים הפכה עילת הסבירות לעילת הביקורת המרכזית במשפט המנהלי בישראל. למרות המרכזיות של הסבירות במשפטנו הרי המהות של מושג הסבירות והתכנים של עילת הסבירות רחוקים מלהיות ברורים או מוסכמים. ולמעשה, הדין בנושא סובל מהעמימות, מאי-בהירות מושגית ויישומית ומאי-היקבעות (indeterminacy) אינהרנטית. במאמר קצר זה ברצוני לטעון כי על מנת לפצח את 'הקופסא השחורה' של הסבירות עלינו להבהיר תחילה את מהותו של מושג חשוב אחר, הכרוך בטבורו בדין בסבירות והוא המונח ריסון (deference). עיקרון הריסון הוא עיקרון מרכזי בביקורת השיפוטית במשפטנו, כמו גם במשפטן של מדינות אחרות, והוא מהווה את נקודת המוצא לביקורת השיפוטית. על פי העיקרון, בית המשפט אינו אמור להחליף את שיקול הדעת של הרשות המנהלית בשיקול דעתו שלו – כלומר עליו לרסן את עצמו. ואולם, הן הפסיקה והן הספרות המשפטית הזניחו עד כה במידה רבה את הדין במהותו של המונח ריסון. טענתי היא שניתוח אנליטי של מונח זה יסייע לנו להבין גם את מהות המונח סבירות משום ששני המונחים הללו כרוכים זה בזה: ככל שבית המשפט מרחיב את עילת הסבירות – כך היקף התערבותו בשיקול הדעת המנהלי גובר ועוצמת הריסון שהוא מפעיל כלפי ההחלטה המנהלית נחלשת – ולהיפך. הניתוח האנליטי של המונח ריסון חיוני אפוא להבנת מהותה של הסבירות. על בסיס הניתוח הזה שיובא להלן, אטען גם כי במשפט המנהלי שלנו קיימים שני מושגים שונים (מודים) של ריסון, וגם שני מושגים מובחנים זה מזה של סבירות – שלכל אחד מהם יש מוד אחר של ריסון התואם אותו. הניתוח הזה יאפשר לנתח את המהפך שחל בשנות השמונים בפסק הדין הידוע בעניין דפי זהב<sup>1</sup> שבו, כך אטען, בית המשפט הציג תפיסה חדשה של סבירות, ובכך, שינה באופן מהותי את מוד הריסון שבית המשפט מפעיל ביחס להחלטות מנהליות.

### ריסון, סבירות ואי הסכמה

**מהו ריסון?** ריסון הוא מצב שבו גורם ביקורת כלשהו, קרי גורם שיש לו סמכות להתערב בהחלטתה של הרשות המוסמכת, מחליט להימנע מהתערבות כזו מטעמים או שיקולים מסויימים הקשורים בעובדה שהגורם המבוקר כבר קיבל החלטה בעניין. כאשר, למשל, בית משפט מחליט להימנע מהתערבות בהחלטה של שר מסוים, פירוש הדבר שבית המשפט בחן את החלטתו של השר, ולמרות שיש לו סמכות עקרונית לפסול את החלטת השר, הוא החליט להימנע מלעשות כן. כלומר, בית המשפט הגיע לפתרון שהוא **שונה** מזה שהיה עשוי להגיע אליו, ושיש לו סמכות להגיע אליו – לו החליט להתערב בהחלטה – משום שהחליט לרסן את עצמו.

בנוסף, ריסון מערב תמיד **שיקולים נטולי תוכן** (content-independent considerations) (המכונים גם שיקולים 'מסדר שני'). שיקולים מסדר ראשון הם שיקולים מהותיים שהגורם המחליט בוחר לגופו של העניין הנדון (לדוגמא: בהחלטה האם להטיל סגר על המשק בתקופת הקורונה הגורם המחליט עשוי להביא בחשבון שיקולים בריאותיים, כלכליים, בטיחותיים וכיו"ב). לעומת זאת, שיקולים מסדר שני הם שיקולים

\* פרופ' מן המניין ומופקד הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש אדווין א' גודמן בפקולטה למשפטים, האוני' העברית. רשימה קצרה זו מבוססת על המאמר "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא (תשפ"א) – עתיד להתפרסם (<https://lawjournal.huji.ac.il/article/12/1807>).

<sup>1</sup> בג"ץ 389/80 דפי בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב).

שהגורם מקבל ההחלטה עשוי להביא בחשבון לא משום (שבהכרח) לדעתו הם חשובים או מכריעים לגוף העניין אלא משום **שגורמים אחרים גיבשו עמדה בנושא**. לדוגמא: כאשר שר הבריאות עומד לקבל החלטה האם להטיל סגר, הוא עשוי להביא בחשבון את עמדתם של גורמי המקצוע במשרדו, את עמדת ראש הממשלה, ואף את עמדת הציבור. כלומר, ככל שמקבל ההחלטה מביא בחשבון את עמדת הגורמים האחרים **משום שזו עמדתם** (ולא משום שהוא בהכרח מסכים או מזדהה עם עמדה זו לגוף העניין), הרי מדובר בשיקולים נטולי תוכן המשפיעים על ההחלטה. כאשר גורם ביקורת (כגון בית משפט) מפעיל (או שוקל להפעיל) ריסון כלפי העמדות של הגורם המבוקר הרי הוא בהכרח שוקל שיקולים נטולי תוכן. כלומר, הוא מביא בחשבון ומייחס משקל מסויים לעובדה שהגורם המוסמך קיבל החלטה מסויימת בנושא, בגדר הליך ההחלטה שלו האם להשאיר החלטה זו על כנה.

נקודה מרכזית נוספת ביחס לריסון היא קשורה להסכמה, או לאי-ההסכמה בין הגורם המבקר לגורם המבוקר. טענתי היא **שריסון איננו יכול להתקיים בתנאים של הסכמה מוחלטת** בין שני הגורמים הללו לגבי מערך השיקולים מהסדר הראשון הכרוך בהחלטה מסויימת. נדגים זאת באמצעות הדוגמא הבאה: נניח ששר הבריאות מטיל על מנכ"ל משרדו להכין תכנית מפורטת למיגון של הצוותים הרפואיים בבתי החולים בזמן מגפת הקורונה. ונניח עוד שלאחר זמן לא רב המנכ"ל אכן מגיש לשר מסמך מקיף המכיל לפרטי פרטים את תכניתו. השר, קורא את התכנית בעיון, מזמן לפגישה את המנכ"ל ואומר לו: "קראתי בעיון את תכניתך. זוהי תכנית מצויינת, שאני מסכים לכל מה שנאמר בה. ולכן, אני מרסן את עצמי ולא מתערב בה". נקל להראות שהמשפט האמור הוא חסר היגיון. אם השר מסכים ב-100% עם עמדת המנכ"ל הוא אינו צריך וגם אינו יכול 'לרסן' את עצמו ביחס להחלטת המנכ"ל. ובכל אופן, איננו יכולים לדעת, במצב כזה, האם השר ריסן את עצמו או לא. השימוש במונח ריסון בהקשר זה הוא חסר משמעות. כלומר, היות וקיימת זהות מוחלטת בין השר למנכ"ל לגבי השיקולים מהסדר הראשון, לא ברור כלל האם השר הביא בחשבון שיקולים כלשהם מסדר שני הנוגעים לריסון, או מה היה משקלם של השיקולים הללו. זאת משום שגם אם משקל השיקולים הללו היה אפס (כלומר לא היה שום ריסון) עדיין השר היה מגיע בדיוק לאותה תוצאה.

לעומת זאת, במצבים של **אי-הסכמה** לגבי שיקולים מסדר ראשון המונח ריסון מקבל משמעות ברורה. אם נמשיך לעשות שימוש בדוגמא לעיל כאשר השר אומר למנכ"ל: "עיינתי בתכניתך. יש לי לא מעט השגות, ולדעתי תכנית זו רחוקה מלהיות אופטימלית. אך בכל זאת, החלטתי לנהוג בריסון ולפעול על פי תכניתך" – יש להפעלת הריסון משמעות ברורה מאוד. למרות שבמישור השיקולים מהסדר הראשון עמדתו של השר שונה (אולי בתכלית) מזו של המנכ"ל לגבי הדרכים העדיפות למיגון הצוותים הרפואיים, בכל זאת, שיקולים מסדר שני, הובילו את השר לנהוג ריסון ולפעול על פי התכנית שהציע המנכ"ל. זאת ועוד, קיים מתאם בין מידת אי ההסכמה במישור התוכני לבין עוצמת הריסון שהגורם המבקר צריך להפעיל. אם, למשל, השר חולק על תכנית המנכ"ל בעניינים שוליים או שעמדותיהם קרובות למדי – קל יהיה לשר להפעיל ריסון. לעומת זאת, אם, לגופו של עניין השר סבור שתכנית המנכ"ל היא בעייתית ושגויה, יהיה לו קשה הרבה יותר לנהוג בריסון. במצבים כאלה הריסון 'כואב' לגורם המבקר ו'עולה' מבחינתו יותר. ניתן לומר, אפוא, כי כמידת אי-ההסכמה בין שני הגורמים כך עוצמת הריסון שהגורם המבקר צריך להפעיל, על מנת להגיע למסקנה של אי התערבות בהחלטת הגורם שקיבל את ההחלטה המקורית.

אמנם, ריסון אינו יכול להתקיים בתנאים של הסכמה מוחלטת בין הגורם המבקר לגורם המבוקר. ואולם, האם הפעלת ריסון מחייבת בהכרח אי הסכמה? התשובה לשאלה זו היא לדעתי שלילית משום שלצד

מצבים של הסכמה ואי-הסכמה בין המבוקר למבקר קיים מצב נוסף והוא מצב של היעדר הסכמה. נדגים זאת באמצעות הדוגמא שבה עשינו שימוש לעיל. נניח שמנכ"ל משרד הבריאות מגיש את תכניתו לשר ולאחר כמה ימים הוא פוגש את השר ושואל אותו מה עמדתו לגבי התכנית. השר עונה לו כדלקמן: "הייתי מאוד עסוק בימים האחרונים ולא היה לי זמן אלא לעיין בתכנית ברפרוף. אבל, אני סומך עליך כאיש מקצוע ב-100%, ולכן מבחינתי אתה יכול לקדם את התכנית". האם ניתן לומר כי במקרה כזה השר ריסן את עצמו? התשובה לדעתי חיובית, ואולם הריסון שהשר הפעיל כאן שונה מאוד מהריסון במקרה של אי-ההסכמה לעיל. כאן קשה לומר שהשר הסכים או לא הסכים עם השיקולים התכניים, מסדר ראשון, שעמדו בבסיס התכנית. אלא ששיקולים מסדר שני, כגון, העובדה שזמנו של השר היה מוגבל, והעובדה שהוא סומך על המקצועיות של המנכ"ל, גרמו לו להימנע מלשקול שיקולים כאלה מלכתחילה. לכן, אני מכנה ריסון מהסוג הזה כריסון של הימנעות.

ההבדל העיקרי בין ריסון של אי-הסכמה לריסון של הימנעות נעוץ בתפקיד של השיקולים נטולי התוכן בהליך ההחלטה של הגורם המבקר והיחס בינם לבין השיקולים התכניים. בריסון של אי-הסכמה הגורם המבקר בוחן לעומק את החלטתו של הגורם המבוקר, כלומר, את השיקולים מסדר ראשון שעומדים בבסיס ההחלטה, ומשלב בבחינה הביקורתית גם את השיקולים נטולי התוכן, כאשר הוא מעמיד אותם זה מול זה. כלומר הוא שוקל את כל השיקולים הללו, התכניים ונטולי התוכן באותו מישור ובאותו שלב, והחלטתו היא תוצאה של עימות ואיזון של כל השיקולים השונים זה מול זה. לעומת זאת, התפקיד של השיקולים נטולי התוכן במצב של הימנעות הוא שונה. השיקולים נטולי התוכן נשקלים על ידי הגורם המבקר בשלב הראשון, ועוצמתם היא זו שמכתיבה האם ועד כמה הגורם המבקר נכנס, מלכתחילה, לבחינה של השיקולים התכניים. אם נמחיש זאת באמצעות הדוגמא לעיל, עוצמת השיקולים נטולי התוכן (עד כמה השר בוטח במקצועיות של המנכ"ל, עד כמה זמנו של השר קצר וכו') מכתיבה מלכתחילה את הזמן שיקדיש לקריאת החוברת שמכילה את התכנית ואת עומק הבחינה, כלומר, את היקף השקילה של השיקולים התכניים העומדים ביסוד התכנית. מכאן, שריסון של הימנעות הוא תמיד הליך החלטה דו-שלבי. בשלב הראשון הגורם המבקר שוקל, על סמך שיקולים נטולי תוכן, מה יהיה היקף הביקורת והבחינה של השיקולים התכניים, כאשר רק לאחר מכן, בהתאם לתוצאה בשלב הראשון, הוא בוחן, בשלב השני, את השיקולים התכניים עצמם.

#### הסבירות 'החדשה' ושינוי מוד הריסון של בית המשפט

הניתוח שערכתי לעיל יכול לסייע להסביר את ההתפתחות של עילת הסבירות במשפטנו. עד לתחילת שנות השמונים בית המשפט לא הרבה לעשות שימוש בעילת הסבירות וגם כשעשה בה שימוש התוכן של העילה היה צר ביותר. הנוסחה המקובלת היתה שבית המשפט יתערב בהחלטה מנהלית רק אם אי הסבירות שלה היתה 'בולטת על פני הדברים', 'קיצונית ביותר' וכאשר ההחלטה היתה מופרכת או "כה בלתי-הגיונית ובלתי-נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סבירה היה מסוגל לעשותה" – מה שניתן לכנות אי-סבירות של "מופרכות".<sup>2</sup> בהתאם, עילת הסבירות היתה קשורה בטבורה לעילת חוסר הסמכות משום שבמצבים כאלה, בית המשפט הניח שלא יתכן שהמחוקק שהסמיך את הרשות התכוון להסמיכה לבצע פעולה כה בלתי-הגיונית וקיצונית, כלומר, שאי הסבירות מהווה למעשה חוסר סמכות. במונחים של

<sup>2</sup> ראו למשל בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד (2) 94, 103-102 (1976).

הניתוח לעיל אפשר לומר שמוד הריסון ששימש את בית המשפט היה במובהק ריסון של הימנעות. בשלב הראשון בית המשפט מציב לעצמו מגבלה משמעותית בכל הנוגע להיקף ועומק הבחינה של האקט המנהלי. הצבת המגבלה הזו מבוססת על שיקולים נטולי תוכן העומדים בבסיס עיקרון הריסון (ובראשם הדרישה שאי הסבירות יעלה כדי חוסר סמכות) ורק לאחר מכן, בשלב השני, בית המשפט בוחן האם ההחלטה הקונקרטית אכן עומדת בתנאים המחמירים הנדרשים על מנת להוביל להתערבות שיפוטית.

לעומת זאת, הסבירות 'החדשה' שהוצגה בעניין דפי זהב היא שונה. על פיה, הרשות המנהלית נדרשת "לאזן את האינטרסים השונים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על ידי המחוקק".<sup>3</sup> והתפקיד של בית המשפט הוא לוודא כי הרשות העניקה את המשקל 'הראוי' לכל אחד מהשיקולים. מבחן הסבירות האיזונית תואם היטב את מודל הריסון של אי-הסכמה. כאשר בית המשפט בוחן את ההחלטה המנהלית הוא בוחן לגופם את השיקולים התכניים שהרשות המנהלית שקלה, והוא נדרש לבחון את המשקל שניתן לכל שיקול בהשוואה לאמת המידה 'הראויה' שבית המשפט עצמו קבע. כלומר, בית המשפט נדרש לבחון, לגבי כל שיקול ושיקול, את 'המרחק' שבין המשקל שניתן בפועל על ידי הרשות המנהלית לבין זה שבית המשפט מייחס לו, ולאחר מכן, לעשות את התהליך הזה גם לגבי ההחלטה כולה, כלומר, להעריך את היחס בין המשקל שניתן בפועל לשיקולים השונים למשקל 'הראוי' בעיני בית המשפט. המרחק הזה, בין המשקל שניתן בפועל לכל שיקול לבין המשקל הראוי בעיני בית המשפט – משקף באופן מובהק את **עצמת אי-ההסכמה** של בית המשפט עם ההחלטה המנהלית לגופה. אמנם, לא כל סטייה קלה מהמשקל הראוי לשיקול זה או אחר אמורה להוביל להתערבות שיפוטית, אבל, בכל מקרה, בית המשפט חייב לגבש עמדה יסודית לגבי המשקל הראוי לכל שיקול ושיקול ולגבי היחסים בין השיקולים הרלוונטיים במסגרת ההחלטה הסופית. זאת ועוד, בניגוד לסבירות של מופרכות, בית המשפט איננו מגביל את עצמו מראש, על בסיס שיקולים נטולי תוכן, לגבי היקף הבחינה. אלא, הוא מגבש את דעתו לגבי אפשרות ההתערבות רק **לאחר** שבחן באופן יסודי את מידת אי ההסכמה שלו עם ההחלטה המנהלית לגופו של עניין. מן האמור לעיל גם מתבקשת המסקנה שהביקורת שהוטחה בשעתו כנגד גישת הסבירות האיזונית, שלפיה היא שוחקת עד דק את עיקרון הריסון,<sup>4</sup> היא מוצדקת לפחות במובן זה, שעל פי מוד אי-ההסכמה, בית המשפט מבצע למעשה **שיחזור מלא** של הליך המחשב המינהלי. ולפחות מבחינה זו אפשר לומר שהוא כן "שם את שיקול דעתו" במקום זה של הרשות המוסמכת.

#### סיכום: הבחירה בין המודים השונים של הריסון והסבירות

אין להבין מהדברים שהובאו לעיל כי לדעתי אין שום מקום לגישת הסבירות האיזונית במשפט המנהלי שלנו, אלא, כוונתי היתה להצביע על השוני הברור בינה לבין גישת הסבירות הצרה, שוני שלטעמי אסור לטשטש אותו שעה שאנו באים לבחון את מקומה של הסבירות. קיימים סוגי החלטות מסויימים שבהם יש הצדקה להרחבה של הביקורת השיפוטית, כגון, כאשר עסקינן בהגנה על חירויות הפרט. או אז, יש בהחלט מקום לטעון שרצוי לעשות שימוש לגביהן במוד הסבירות האיזונית הרחבה. זאת משום, שההשקפה המקובלת היא שלבתי המשפט יש יתרון מוסדי יחסי על פני הרשויות הפוליטיות והמנהליות בכל הנוגע להגנה על זכויות הפרט, במיוחד כשמדובר בזכויות של קבוצות מיעוט. לעומת זאת, בהקשרים אחרים, כגון

<sup>3</sup> דפי זהב, שם, 439.

<sup>4</sup> ראו למשל דברי הביקורת של הנשיא לנדוי על גישת הסבירות האיזונית כפי שהובאו בעניין דפי זהב, 431.

למשל כשעסקינן בהחלטות מורכבות של מדיניות כלכלית, אין הצדקות כאלו, ולכן, יש מקום להפעיל את מוד הסבירות הצר של המופרכות. למרות שמאז הפסיקה בדפי זהב הרטוריקה השיפוטית השלטת היא זו של הסבירות האיזונית, הרי בפועל, לא פעם בתי המשפט עושים עדיין שימוש במוד הריסון של ההימנעות, אך זאת מבלי להצהיר על כך בגלוי, וגם מבלי שההבדלים האנליטיים בין סוגי הסבירות יהיו ברורים ונהירים. ולכך בדיוק נועדה רשימה קצרה זו.