עילת חוסר־הוודאות במשפט הציבורי*

מיכל טמיר (יצחקי)**

א. מבוא. ב. הצגת פסקי־דין: 1. פסקי־דין שעסקו בנורמה אינדיבידואלית; 2. פסקי־דין שעסקו בנורמה כללית. ג. ביקורת שיפוטית כעידן שיקול־הדעת: 1. התמוטטות דוקטרינת ה־*ultra vires*; 2. ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות ובעיוותיה. ד. פיתוח עילות קונקרטיות: 1. הגברת יכולת הצפייה והוודאות המשפטית; 2. לגיטימציה של הציבור; 3. מודרניזציה של המשפט; 4. התפתחות חקיקה המאמצת את עילות הביקורת. ה. יתרונות ההכרה בעילת חוסר־הוודאות: 1. קידום העקיבות, השוויון והיעדר השרירות; 2. העברת הנורמה המינהלית בביקורת שיפוטית בלא החלשה או ויתור על כלל הריסון; 3. ערפול כסימפטום לפגם אחר; 4. התמודדות עם חוסר־היכולת לאכוף את החובה לקבוע כללים. ו. טיעונים כנגד הכרה בעילת חוסר־הוודאות: 1. חוסר־המקצועיות של השופטים; 2. פגיעה ביעילות המינהלית; 3. בתי־המשפט אינם מודעים למשמעויות התקציביות של ההלטותיהם; 4. מידת הדיוק והפרטנות של נורמה מינהלית היא החלטת מדיניות פוליטית הצריכה להיקבע על־ידי הרשות המינהלית; 5. אי־פתרון בעיית שיקול־הדעת; 6. זהירות־יתר של הרשויות עקב עודף ביקורת. ז. תוכנה של העילה והתאמתה לנורמה: 1. ודאות או דיוק מהם? 2. מידת הדיוק הנדרשת והיחס בין המרכיבים השונים; 3. יחס ישיר בין עוצמת הזכות או האינטרס המוגן למידת הוודאות הנדרשת. ח. סיכום.

* המאמר מבוסס על עבודה שנכתבה במסגרת הסמינר "ביקורת שיפוטית" בהנחיית ד"ר יואב דותן, שניתן בשנת הלימודים תשנ"ח בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לד"ר דותן על הערותיו. כמו־כן רצוני להודות למורי ולמאמני פרופ' יצחק זמיר, אשר בזכותו נולד הרעיון למאמר; וכן לחברי משפט וממשל, על הערותיהם המועילות.

** תלמידה לתואר דוקטור למשפטים ועוזרת הוראה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

nevo.co.il

א. מבוא

בפסקי־דין זכרוני[1] וכהנא[2] נפסלו החלטות של רשות־השידור, משום שלא היו בהירות ותד־משמעיות. בפסקי־דין המכון להכשרת טוענות בית דין[3] ותאטרון ארצי לנוער[4] נקבע כי כללים מסוימים פגומים, משום שהם אינם כוללים אמות־מידה ברורות. פסקי־דין אלה מדגימים את הצורך בוודאות ובדיוק של החלטות מינהליות. האם חוסר־ודאות (uncertainty) הוא עילה לביקורת החלטות מינהליות? האם ראוי שבית־המשפט יכיר בעילה כזו? ואם כן, מהו תוכנה הראוי של העילה? או במלים אחרות: באיזו מידה ראוי שבית־המשפט יבחן את מידת דיוקן של החלטות מינהליות? בשאלות אלה מאמר זה מבקש לעסוק.

סוגיה זו טרם זכתה לדיון וליבון מספקים, אם כי פסילה של נורמות מינהליות בשל חוסר־ודאותן נעשית על־ידי בתי־המשפט בארץ ובעולם. באוסטרליה ישנה עילת ביקורת עצמאית של חוסר־ודאות החלה על נורמות מינהליות מסוגים שונים ואשר זכתה לעיגון חוקי, לאחר שפותחה על־ידי הפסיקה.[5] בקנדה מוכרת פסילת אקטים מינהליים שתוצאתם אינה ודאית, אם כי ברובם המכריע של המקרים מדובר בסמכויות תקיקה שהואצלו לרשות המינהלית, ונדירות הדוגמאות שעניינן נורמות מינהליות מסוגים אחרים.[6] גם באנגליה

1. בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד לו (1) 757 (להלן: בג"ץ זכרוני).
2. בג"ץ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא (3) 255 (להלן: בג"ץ כהנא).
3. בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח (4) 441 (להלן: בג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין).
4. בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות ואח', פ"ד נא (4) 258 (להלן: בג"ץ תאטרון ארצי לנוער).
5. ראו: Roman Tomastic and Don Fleming, *Australian Administrative Law* (The Law Book Company Limited, Sydney, 1991), 202:

> The common law has not laid down clear principles in regard to the existence of the uncertainty ground. Nevertheless, there is a recognized ground of uncertainty which has been given statutory form...

6. ראו: David Phillip Jones and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (2nd ed., Carswell, Toronto, 1994), 166:

> Administrative actions whose results are uncertain have also been held to be void on review by the superior courts... most examples of this ground for judicial review relate to the content of delegated legislation...In principle, uncertainty should also be a ground for attacking the exercise of other discretionary administrative powers which are not legislative in nature; however, it is difficult to find a good example for it.

nevo.co.il

בתי־המשפט פוסלים נורמות מינהליות שאינן ודאיות, אך בדרך־כלל שלא מתוך הכרה בעילה עצמאית של חוסר־ודאות, אלא תוך שימוש בפיקציה של חוסר־סמכות (*ultra vires*);[7] ואילו בארץ ניצני ביקורת ברוח "עילת הוודאות", אך בלא כינויה בשם,[8] כבר נראים, כאמור, בכמה פסקי־דין.

היעדר הדיון במידת הוודאות והדיוק הראויה של החלטות וכללים מינהליים נובע בין השאר מכך, שמשפטנים ופילוסופים של המשפט נחלקים, הן בחשיבות שהם מייחסים לכללים פורמליים והן בתכונות שלדעתם יש להקנות לכללים.[9] כבר עתה ראוי אפוא להבהיר את מיקומה של הסוגיה: עילת הוודאות בוחנת, בהינתן החלטה או כלל, את מידת הדיוק שלהם. לכן היא עוסקת בחובה השונה מ"החובה לקבוע כללים", הגם ששתי חובות אלה שייכות יחדיו לנושא הבנוי שיקול־הדעת של הרשות ועל־כן אי־אפשר להתעלם מקשרי־הגומלין שביניהן. כמו־כן עילה זו אינה בוחנת את תוכנן של ההחלטות המינהליות או את תוכנם של הכללים והקריטריונים עצמם, אם כי יש קשר בלתי־ניתן להפרדה בין מידת הדיוק של הנורמה המינהלית ובין מהותה ותוכנה.

---

7. ראו דברי השופט Viscount Radcliffe בפסק־דין *Chertsey Urban District Council v. Mixnam's Properties, Ltd.*, 2 ALL. E. R. [1964] 627, p. 632:

> I do not propose to rest anything on the point that some of the conditions are void in any event on the ground of uncertainty. It would be true, particularly with regard to condition... but uncertainty of expression is a defect which involves no question of principle. If a condition is truly too uncertain to convey a clear meaning as to what it requires, it is in law no condition at all, for it cannot be enforced and no penalty can be exacted for its "breach".

אך השוו דברי שופט המיעוט Lord Morton of Henryton בפסק־דין *Fawcett Properties, Ltd. v. Buckingham Country Council* 3 ALL. E. R. [1960] 503, p. 513: "... [t]he condition in question was and is void for uncertainty". ולהלן: פרשת *Fawcett Properties*). מדברים אלה אפשר לכאורה להבין, כי הפסילה היא על בסיס חוסר־ודאות באורח עצמאי, גישה דומה המתייחסת לעילת הוודאות כעילה עצמאית עולה גם מדעת המיעוט של הלורד Pearce ושל הלורד Diplock בפסק־דין *McEldowney v. Forde* 2 ALL. E. R. [1969] 1039, p. 1065, 1074. ולהלן: פרשת *McEldowney*).

8. לדעתי, ישנה חשיבות לרטוריקה, שכן הגם שלכאורה העיקר טמון בניתוח קביעותיו המהותיות של בית־המשפט ובאופן שבו הופעלה הביקורת השיפוטית, הרי בסופו של דבר כל הסוגיות הללו עוברות על־ידי הרשות המינהלית רדוקציה לשאלה, אם החלטה מסוימת "עוברת בג"ץ" או "לא עוברת בג"ץ". לעניין זה חשיבות רבה לכינוי העילה בשם ולניתוח יסודותיה באופן אנליטי.

9. Colin S. Diver, "The Optimal Precision of Administrative Rules", 93 *Yale Law Journal* (1983-1984) 65, p. 66.

nevo.co.il

בפרק הראשון של המאמר אציג ארבעה פסקי־דין, אשר לגביהם אפשר – לדעתי – לומר כי בית־המשפט יישם ביקורת בעילת חוסר־הוודאות, הגם שלא כינה אותה בשם. לעניין זה אבחין בין פסקי־דין שעסקו בנורמה אינדיבידואלית ובין פסקי־דין שעסקו בנורמה כללית.[10] פסקי־דין אלה ישמשו בהמשך להרגמת הטיעונים השונים. בפרק השני אסקור בקצרה את התפתחות המשפט המינהלי בעקבות התפתחות מדינת המינהל, את התמוססות דוקטרינת ה-*Ultra Vires* ואת המעבר מביקורת שיפוטית על בסיס דוקטרינה זו לביקורת שיפוטית על בסיס עילת הסבירות. כמו־כן אעסוק בבעייתיות שמעוררת עילת הסבירות ובביקורת המועלית כנגד השימוש בה. בפרק השלישי אתמוך בקונקרטיזציה של עילות הביקורת, כחלק מתהליך טבעי של התפתחות המשפט ובמסגרת נסיונות להתמודד עם הבעיות שמעוררת עילת הסבירות, ואדון ביתרונות הטמונים בקונקרטיזציה זו. הפרק הרביעי יעסוק ביתרונותיה של "עילת הוודאות" או "חוסר־הוודאות".[11] בפרק החמישי אנסה להתמודד עם טיעונים שאפשר להעלות כנגד הכרה בעילה זו, בעיקר מתוך היקש מטיעונים המועלים כנגד הבניית שיקול־הדעת של הרשות בכללים. הנחתי היא, כי טיעונים אלה בוודאי יועלו, מכוח קל־וחומר, כנגד עילה הדורשת כי הכללים שקובעת רשות מינהלית יהיו מובנים אף כשלעצמם. הפרק השישי יעסוק בתוכנה של העילה ויבחן את מרכיביה, בין השאר באמצעות שימוש בפסיקה זרה, אשר יישמה ביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות (uncertainty), הגם שבחלקה סירבה פסיקה זו להכיר בעילה זו כעילה עצמאית. במסגרת פרק זה ייטען, כי מידת הריוק, על מרכיביו השונים, הנדרשת מהרשות המינהלית, תלויה במהותה של הנורמה ובשאר נסיבות העניין. עוד ייטען, כי ככל שהפגיעה בזכות גדולה יותר או עוצמת האינטרס המוגן רבה יותר, כך גם ראוי שדרישת הוודאות תהיה דוקנית יותר.

ב. הצגת פסקי־דין

1. פסקי־דין שעסקו בנורמה אינדיבידואלית

(א) פרשת זכרוני

בעניין זה נידונה החלטה שנתקבלה על־ידי הוועד המנהל של רשות־השידור, שזו לשונה:

10. להבחנה בין נורמות כלליות ואינדיבידואליות ראו יואב דותן, הנחיות מינהליות (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש האדי סאקר, תשנ"ו), 28-29; וכן חיים גנז, "על כלליותן של נורמות משפטיות", עיוני משפט טז (תשנ"ג) 579. גנז מבחין בין כלליות נורמות מבחינת נתיניהן ובין כלליות מבחינת הזדמנויות לביצוע הפעולה שאליה מתייחסת הנורמה. הכלליות שההבחנה שלי מתבססת עליה, בכפיפות להסתייגויות שידונו בהקשר של בג"ץ זכרוני (לעיל, הערה 1), היא כלליות מבחינת נתינים.

11. המונחים "עילת הוודאות" ו"עילת חוסר־הוודאות" משמשים במאמר זה לסירוגין. הכוונה היא כמובן לאותה עילה.

1. הועד המנהל מודע לחובתה של הרשות לספק למאזינים ולצופים מידע מספיק ומהימן על המתרחש בארץ ישראל ובעולם. משום כך ימשיכו הרדיו והטלויזיה לשדר התרחשויות ביהודה שומרון ועזה כל זאת בכפוף לשיקוליהם המקצועיים של מנהלי הרשות, איש איש בתפקידו.
2. אין לשדר ראיונות יזומים עם גורמים העוינים במוצהר את מדינת ישראל, ולוחמים נגדה. אש"ף הוא גורם כזה. לכן אין לשדר ראיונות עם אישי־ציבור המוזהים כמי שרואים באש"ף נציג בלעדי או לגיטימי של הערבים היושבים ביהודה שומרון וחבל עזה.

אחת הטענות אשר נטענו היתה, שההחלטה בניסוחה ובמהותה גורפת:[12] ראשית, היא פוסלת מראש מסירת מידע ישיר מפי אנשים מסוימים בלא כל הבחנה, בין אם יש במידע יסודות שליליים, היוצרים סכנה בוודאות קרובה לבטחון המדינה או לשלום הציבור ובין אם אין חשש כזה; בין אם מדובר במידע הנוגע לתחום המדיניות והביטחון ובין אם מדובר במידע בתחומים אחרים, כגון כלכלה, תרבות, ספורט וכו'. ושנית, על־פי נוסח ההחלטה אין לדעת מי מוגדר כאיש־ציבור ומי ייחשב במזוהה עם אש"ף; שהרי אין רשימה ברורה, המציינת אישי־ציבור אלה, ולא נקבעו קריטריונים ברורים לאיתורם.[13]

השופט ד' לוין בחן את הסוגיה, ראשית מהבחינה העקרונית, מתוך הנחה עיונית־רעיונית שההחלטה עוסקת בהשמעת הדברים ובהצגת המידע על־ידי אנשי אש"ף מוגדרים. הוא הציג את השאלה, "האם כתוצאה מהעמדת ערוצי התקשורת של רשות־השידור לרשות אנשי אש"ף אפשר לצפות במידת ודאות קרובה כי תתהווה סכנה לשלום הציבור או לביטחון המדינה"? והגיע למסקנה, כי רשות־השידור יכולה היתה במידת הסבירות הראויה להשיב על שאלות אלה בחיוב ולכן מבחינה עקרונית מהותית אין להתערב בהחלטתה.[14] בהקשר לטענה כי מן ההכרח שכל מידע ומידע יישקל לגופו – דהיינו: אם מתקיימות לגביו נסיבות המקיימות ודאות קרובה לפגיעה בבטחון המדינה – קבע השופט, כי הטענה היתה מוצדקת אלמלא היה מדובר באנשי אש"ף הרואים את עצמם מצווים להכחיד את מדינת ישראל. במקרה קיצוני כזה מותר לרשות המינהלית שלא

12. בג"ץ זכרוני (לעיל, הערה 1), 762.
13. היעדרה של הרשימה הופך את הסיווג שבחרתי לנורמה, כנורמה אינדיבידואלית, לבעייתי, לכאורה הדברים הם תרתי דסתרי, שהרי אם ההגדרה של "אישי־ציבור" אינה ברורה, כיצד אפשר לומר שהנורמה היא נורמה אינדיבידואלית מבחינת נתיניה? זוהי בדיוק בעיית תוסר־הוודאות שבה עוסק מאמר זה. למרות זאת, מאחר שנראה כי כוונת מתבדי הנורמה היא למספר מופי של אנשים מספציפיים, ומאחר שאין המדובר ב"כלל מינהלי" במובן הרגיל של המילה – בחרתי לסווג את ההחלטה כנורמה אינדיבידואלית, להבדיל מנורמות כלליות, שאני מכנה אותן "כללים".
14. בג"ץ זכרוני (לעיל, הערה 1), 769-770.

להיכנס להבחנות דקות ולאמץ לעצמה מדיניות כללית, אפילו שלכאורה היא גורפת.[15] מכאן שהשופט ד' לוין קיבל עקרונית את הטענה שמבחן הוודאות הקרובה צריך להיבחן פרטיקולרית, אך סבר שבמקרה זה התקיים חריג,[16] מסקנתו היא אפוא, שאילו התייחסה ההחלטה לאישי אש"ף מוגדרים, היתה היא סבירה וראויה ולפיכך היא עומדת במבחן הוודאות הקרובה. דא עקא, שהקושי בהחלטה – לשיטתו – "שאין היא מגדירה, ואפשר שאין היא יכולה להגדיר, ואינה מצביעה בבהירות מספקת, מי ייחשב כמזדהה עם אש"ף... ולמי היא מתכוונת באמירה 'אישי ציבור'",[17] השופט ד' לוין סיכם את הדברים באומרו:

> אשר על־כן, אם כי על־פי דעתי ההחלטה במהותה ומבחינתה העקרונית כשרה היא, נראה שהיא לא ישימה, כל עוד לא ימצאו הרשות והוועד המנהל דרך להגדיר הגדרה בהירה והדי־משמעית לשני הביטויים: "אישי ציבור" ו"מזדהים עם אש"ף".[18]

השופט בך הסכים עם השופט ד' לוין, אך הרחיב את הבסיס שעליו מושתת פסק־דינו, הנוסח הרחב והגורף של ההלטת הרשות פסול – לדעתו – ולא רק מהטעם שישנה אי־בהירות באשר לזהותם של האנשים, שאליהם מכוונת ההחלטה,[19] לשיטתו, תוסר־הוודאות גורר אף אי־עמידה במבחן הוודאות הקרובה. לפי השופט בך, יש לבחון את התקיימות הוודאות הקרובה באורח קונקרטי ואין הוא מסכים, כי מותר לרשות שלא להיכנס להבחנות דקות ולאמץ לעצמה מדיניות גורפת.[20] לדעתו, בהקשר זה נודעת השיבות לכך שבראיונות יזומים עם רשות־השידור עסקינן, אשר אין כל חובה לשדרם בשידורים חיים: אין מניעה שראיון מצולם ייבדק על־ידי צוות אחראי שיחליט אם לפוסלו ואם יש בו כדי לסכן את בטחון המדינה או הציבור. השופט בך אינו מקבל את הטענה, שלפיה פיקות כזה אינו בר־ביצוע, ייתכן שהוא כרוך בקשיים מעשיים, אך אין הם קשיים שאי־אפשר

15. שם, 772.
16. לעניין זה הביא השופט ד' לוין דוגמאות לכך, שבמקרים יוצאי־דופן מבחינת תומרתם הוחלט על פסילה מראש ובאופן גורף. כך, למשל, קרה שהממונה על המחוז סירב להתיר הוצאת עיתון ולא נמצא בהחלטתו פסול. כמו־כן נפסלה מראש רשימת מועמדים להתמודד בבחירות לכנסת. ראו שם, 773.
17. שם, 777.
18. שם, שם.
19. שם, 777-776.
20. באשר לדוגמאות שהביא השופט דב לוין (לעיל, הערה 16), השופט בך סבור כי אין ללמוד מהן, משום שמדובר בהחלטות שניתנו על־פי סמכויות סטטוטוריות ברורות ומטרתן היתה הטלת סנקציה עונשית בשל הפרת הצנזורה הצבאית או בשל פרסום תומר שסיכן את שלום הציבור או מניעת הפצתם של עיתונים אשר מגמתם העוינת היתה ברורה מראש. אין בהחלטות הנ"ל, שהיו מעוגנות בהוראות חוק מפורשות, משום אסמכתא להוראה המינהלית הגורפת והכוללנית שבה עסקינן כאן. ראו שם, 783.

nevo.co.il

להתגבר עליהם, ו"מכל מקום האלטרנאטיבה, היינו ההחלטה הנדונה על־פי נוסחה הקיים, יוצרת... מצב בלתי תקין, אשר פוגע בעקרונות של חופש ההתבטאות ושל זכות הציבור לקבל מידע אופטימאלי, ללא הצדק סביר".[21] בסיכומו של דבר קבע השופט בך, כי החלטת רשות־השידור פסולה, בין השאר משום שיש בה הגבלה גורפת של חופש ההתבטאות ומשום שאין היא ניתנת לביצוע בגלל אי־הודאות והערפול שבה,[22] נראה כי את הטעם הראשון, מבין השניים הללו, אפשר לשייך ל"עילת המידתיות", אשר מתרכזת ביחס שבין תכלית הסמכות המינהלית ובין האמצעים שבחר השלטון להגשמתה;[23] ואת הטעם השני – לְמה שמכונה על־ידי "עילת הוודאות".

השופט י' כהן הסכים עם השופט ד' לוין נכך, שאין לנתק דברים היוצאים מפי אוהד אש"ף מאישיותו של אומר הדברים ולכן הוא לא היה מאפשר לתבר אש"ף לנצל את רשות־השידור כדי להצהיר הצהרות או להביע דעות, אף אם לפי תוכנן כשלעצמו אינן עלולות להוות סיכון בטחוני.[24] דהיינו: השופט י' כהן אף הוא השלים במקרה זה עם מבחן "ודאות קרובה" שהוא גורף ולא פרטני. אך השופט י' כהן אינו סבור שמסקנתו הנוספת של השופט ד' לוין לגבי אי־הגדרה מספקת של המונח "אישי־ציבור" ושל אמת־המידה, שלפיה ייקבע מי נחשב למזדהה עם אש"ף, היא עניין לבית־משפט לענות בו, לדעתו, היעדר הגדרות מדויקות למונחים אלה מעורים אולי קשיים בדרך היישום של החלטת הוועד המנהל וייתכן שיהיו אזדחים אשר ימצאו לנכון לפנות לערכאות המוסמכות במקרים ספציפיים כדי לקבל הכרעות משפטיות באשר לפירוש המונחים לגבי אותם

21. שם, 780. להמחשת דבריו הביא השופט בך דוגמאות: עם אוהדי אש"ף נמנים ראשי־עיריות. יצא, כי בנושא השנוי במחלוקת במישור המוניציפלי מותר יהיה להשמיע ראיון עם ראש האופוזיציה העירונית או עם אדם אחר הרוצה להשמיע ביקורת, אך אסור יהיה להשמיע את תשובת המבוקר הנוגע בדבר. כמו־כן מה דינו של אדם אשר הביע דעתו, כי אש"ף הוא הנציג הלגיטימי של העם הערבי בישראל, אך ברצונו להטיף לשינוי עמדתו של ארגון זה, והוא רוצה לקרוא להנהגתו להכיר בישראל ולהפסיק את הטרור והעוינות? איך ינהגו עם אוהד אש"ף אשר נוצרה התנקשות בחייו? האם אפשר להצדיק בדרך הגיונית את האיסור לראיינו כדי לשמוע את גרסתו לאירועז? ראו שם, 780-782.

22. שם, 785-786.

23. לעילת המידתיות ראו, בין השאר, זאב סגל, "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי", הפרקליט לט (תשנ"א) 507; יצחק זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 109, עמ' 130; בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח (1) 217 (להלן: בג"ץ תורקמאן); בג"ץ 3477/95 בן־עטייה נאח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1 (להלן: בג"ץ בן־עטייה); בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מו (1) 858; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94 (להלן: בג"ץ מילר); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח (5) 412, עמ' 435 (להלן: בג"ץ יהדונט).

24. בג"ץ זכרוני (לעיל, הערה 1), 783.

מקרים; אך היעדר ההגדרות האלה אינו פוגם בסבירותה של ההחלטה ואינו מצדיק את ביטולה על־ידי בית־המשפט מסיבות אלה בלבד.[25] עם זאת, בשים לב להחלטת הרוב, הצטרף השופט י' כהן לדעתו של השופט ד' לוין.

אפשר לסכם ולומר, כי השופט ד' לוין בחן לכאורה את סבירות ההחלטה, אך למעשה פסל אותה בשל חוסר־ודאות. השופט בך פסל את ההחלטה, בין השאר בשל חוסר־ודאות, ואילו השופט י' כהן התנגד לביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות, משום שסבר שאין זה תפקידו של בית־המשפט לבחון את מידת דיוקה של ההחלטה.

(ב) פרשת כהנא

גם בעניין זה נידונה החלטה של הוועד המנהל של רשות־השידור, אשר התקבלה מיד לאחר הבחירות לכנסת ה־11 ואשר נוסחה כדלקמן:

> במטרה להבטיח שכלי התקשורת הממלכתיים לא ישמשו במה להסתה נגד אזרחים ולהצהרות הפוגעות במדינת ישראל והמנוגדות לעקרונות מגילת העצמאות – מאשר הוועד המנהל את הודעת המנכ"ל בדבר ההנחיות שניתנו למנהלי הרדיו והטלויזיה כי יבדקו על־פי העקרונות הללו ראיונות עם מאיר כהנא או ציטוט הצהרות מפיו, וידיעות וכתבות הקשורות בפעילותו, ויותרו לשידור רק ידיעות בעלות ערך חדשותי מובהק ואשר אינן פוגעות בעקרונות אלה ובחוק רשות־השידור ורוחו.[26]

השופט (כתוארו או) ברק קבע, כי מסמכותה של רשות־השידור שלא לשדר דעה או השקפה שקיימת לגביהן ודאות קרובה כי הן יביאו לפגיעה בסדר הציבורי. מכוח סמכות זו על רשות־השידור לבחון כל השקפה ודעה, תוך גיבוש עמדה אם אכן נתקיים המבחן האמור. דא עקא, שהחלטתה של רשות־השידור בעניין זה אינה יכולה להיות גורפת וכללית, אלא חייבת להיות מעוגנת בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. מבחן הוודאות הקרובה מטבעו מחייב בדיקה ענייניות, המעוגנת בנסיבותיו של כל ביטוי וביטוי. על־כן "ההחלטה אם לשדר או לא לשדר את השקפותיהם או דעותיהם של העותרים, כמו גם דעות והשקפות אחרות צריך שתהיה החלטה 'אד הוק', תוך בחינת השאלה, אם קיימת

25. שם, 788.

26. בג"ץ כהנא (לעיל, הערה 2), 263. ההחלטה התקבלה לאחר ש"פורום חדשות" של רשות־השידור קבע את הקריטריונים הבאים: "(1) מקליטים ומצלמים הכל; (2) כל דבר שהוא בעל ערך חדשותי מובהק, על־פי שיקול־דעתו של העורך, מותר לשידור; (3) הנושא מוגדר ברגיש ובכל מקרה של ספק חלה חובת התייעצות; (4) עתה יותר מתמיד יש להקפיד על כך שלא נהיה כלי־שרת בידי אלמנטים קיצוניים העוסקים בתעלולים שנועדו למשוך תשומת לב".

nevo.co.il

ודאות קרובה של נזק ממשי ל'סדר הציבורי' אם דעה מסוימת תשודר בזמן מסוים".[27] אכן, אפשר להבין את דבריו אלה של השופט ברק בהקשר של דרישת המידתיות בפגיעה בזכויות־יסוד. אך יש לשים לב כי השופט עמד הן על היותה של ההחלטה גורפת, בניגוד לדרישת המידתיות, והן על היותה של ההחלטה כללית, בשל היעדרם של קריטריונים לבחינתו של הביטוי האסור, בניגוד לדרישה שאני מכנה אותה "דרישת הוודאות".

2. פסקי־דין שעסקו בנורמה כללית

(א) פרשת המכון להכשרת טוענות בית־דין

עניינה של העתירה היה זכותה של העותרת, מכון להכשרת טוענות רבניות, לקבל הכרה כמוסד חינוכי, שתלמידותיו שעמדו במבחנים הדרושים וזכו בתעודת־גמר, תוכלנה לשמש טוענות רבניות מורשות. תקנה 2 לתקנות הטוענים הרבניים, התשכ"ח-1967,[28] שכותרתה "מתן רשיון", קובעת, כי בית־הדין הרבני הגדול יתן רשיון למי שנתקיימו בו תנאים מסוימים. אחד התנאים הוא "למד בישיבה לפחות 4 שנים, לאחר שמלאו לו שמונה עשרה שנה או זכאי לתעודת גמר של מוסד חינוכי שהכיר בו, לעניין זה, בית־הדין הרבני הגדול". רק לאחר הגשת העתירה נקבעו קריטריונים שעל־פיהם תינתן הכרה, כאמור, למוסד חינוכי.

השופט ד' לוין דן, ראשית, בעניין התובה לקבוע כללים וקבע כי העובדה שקביעת הקריטריונים נעשתה לאחר חלוף זמן רב יש בה כשלעצמה טעם לפגם וכי אלמלא נקבעו בינתיים הכללים, היה מקום לעשות את הצו שניתן למותלט בנושא זה.[29] שנית, השופט דן בתוכנם של הקריטריונים אשר קבעו:

> הכרה במוסד חינוכי לפי תקנה 2(3) לתקנות הטוענים הרבניים, התשכ"ח-1967 – בהתאם לתקנות האמורות בדבר הכרה במוסד חינוכי, יפעל בית־הדין לפי הכללים דלהלן ויתן הכרה למוסד בהתקיים תנאים אלה:
>
> 1.
>
> ...
>
> (ה) רמת הלימודים והתורניים במוסד גבוהה ונאותה;
>
> (ו) המוסד דורש מתלמידיו קיום אורח חיים דתי ומקיים פיקוח נאות על כך;
>
> (ז) סגל המורים או המורות במוסד הוא קבוע;
>
> (ח) למוסד מוניטין חיובי ברמתו הלימודית, התורנית והדתית.

27. שם, 303.

28. כפי שתוקנה בתקנות הטוענים הרבניים (תיקון), תשנ"א-1991, ק"ת 1252.

29. בג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין (לעיל, הערה 3), 451-452.

nevo.co.il

השופט לא חלק על חשיבותם של כללים אלה, אך עם זאת סבר כי הם בעייתיים במידה מסוימת, "שכן עוסקים הם בדברים כלליים מאד ומופשטים. אכן רמת לימודים גבוהה ובאותה דרושה וחשובה, אך על־פי אילו אמות־מידה תיקבע אותה רמה? והוא הדין לעניין המוניטין ולעניין קיום אורח חיים דתי. אין בכללים אשר נקבעו בקריטריונים אמות מידה ברורות כיצד ייבחנו הדברים בחינה הוגנת ונאותה".[30] הקריטריונים נתפסו אפוא על־ידי השופט ד' לוין כסבירים, אך עם זאת נפסלו בשל כלליותם, מופשטותם והיעדר אמות־מידה ברורות בתוכם. במלים אחרות: הם נמצאו פגומים בחוסר־וודאות.

(ב) פרשת תאטרון ארצי לנוער

העותר, תאטרון ארצי לנוער, שביקש תמיכה ממשרד־החינוך, ראה את עצמו מקופח בהשוואה לתיאטרונים אחרים וטען בין השאר,[31] כי המבחנים למתן תמיכות פסולים. ההלכה היא, כי התמיכה מכספי המדינה במוסדות־ציבור חייבת להיעשות על־פי מבחנים שוויוניים. כך קובע גם סעיף 3א(ד) לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב), שלפיו הסכום שייקבע בסעיף התקציב לסוג של מוסדות־ציבור יחולק בין מוסדות־הציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים. הגוהל שקבע משרד־החינוך עסק בשני סוגים של מוסדות תרבות ואמנות:[32] מוסדות ותיקים, הכלולים ברשימת המוסדות המקבלים תמיכה מהאוצר; ומוסדות חדשים, שאינם נכללים ברשימה הנ"ל ומעוניינים בקבלת תמיכה. ההבדל בין מוסדות ותיקים לחדשים הוא, שהמוסדות הוותיקים מקבלים תמיכה מדי שנה מתוך בסיס התקציב של משרד־החינוך, בלי שזכאותם לתמיכה נבדקת מדי שנה, בהתאם לאמות־מידה ולגובה התקציב בנושא זה. לעומתם, המוסדות האחרים נחשבים חדשים, גם אם בפועל הם קיימים כבר שנים ואף אם כבר ביקשו תמיכה ממשרד־החינוך יותר מפעם אחת. התמיכה בהם מותנית בכך שמשרד־החינוך יקבל במהלך השנה תוספת תקציב. רק אם קיבל המשרד תוספת תקציב, יוכל מוסד חדש לקבל תמיכה לפי גובה התוספת ובהתאם לאמות־מידה שנקבעו על־ידי המשרד לצורך זה. אמות־המידה שנקבעו במבחנים חלות בלא הבדל על תיאטרונים ותיקים וחדשים. הן מתייחסות לאיכות ולרמה, לאופי המוסד, ליצירה מקומית, לתמיכות ולהכנסות ממקורות לא־ממשלתיים, לכוח־אדם, להיקף הפעילות ועוד.

השופט זמיר דן, ראשית, במבחנים מבחינת היקפם וקבע כי הם לוקים בחסר: הם משאירים את ההחלטה בשאלה החשובה, אם ומתי תיאטרון חדש יעבור לקבוצה של התיאטרונים הוותיקים, שמובטחת להם תמיכה מבסיס התקציב – לשיקול־דעת שאינו מוסדר. לשיטתו, מצב זה אינו מתיישב עם הדרישה הראשונה של סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, כי הסכום שנקבע בתקציב לצורך תמיכה יחולק לפי מבחנים. על־כן קבע השופט כי חובה על שר־החינוך, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, לקבוע מבחנים שיסדירו את המעבר מן הקבוצה של תיאטרונים חדשים לקבוצה של תיאטרונים

30. שם, 445 (ההדגשות שלי – מ"ט).

31. נטענו גם טענות, שנדחו, בנוגע לנוהל למתן תמיכות.

32. בג"ץ תאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 4), 271-273.

nevo.co.il

ותיקים.[33] שנית, השופט זמיר דן במבחנים מבחינת מהותם. הוא ציין, כי ה"מבחנים" במשמעות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב צריכים לאפשר הערכה אובייקטיבית במידה סבירה של המועמדים לתמיכה, ואילו במקרה זה המבחנים אינם קובעים מדדים ואף אינם קובעים דרך לבחון באופן אובייקטיבי את המצב של תיאטרון אחד ביחס לתיאטרון אחר.[34] בפועל המדדים אינם אלא רשימה של שיקולים ענייניים, שאין לצדם משקל ואף לא דרך לשקול כל שיקול לעצמו וכל שיקול ביחס לשיקולים אחרים. ריבוי המדדים, 14 במספר, אינו מוסיף אובייקטיביות אלא להיפך: בהיעדר משקל לכל מדד, או דרך לשקול אותו, אפשר בדרך־כלל להסתמך על אחד המדדים כדי להצדיק התלטה שהתקבלה, גם אם התקבלה שלא על יסוד המדדים, אלא על יסוד שיקולים פסולים: "התוצאה היא, שהמבחנים אינם משמשים מכשיר יעיל לצורך בחירה אובייקטיבית, צפויה ושוויונית בין התיאטרונים. הם אינם מהווים מחסום יעיל בפני העדפה בלתי־ענייניות של תיאטרון אחד על פני תיאטרון אחר".[35] לפיכך קבע השופט זמיר כי על שר־התינוך לתת את דעתו, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, למבחנים הקיימים ולשקול את האפשרות לקבוע מבחנים אובייקטיביים יותר.[36]

אפשר לראות כאן את המשך המגמה של בג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין, שלפיה בית־המשפט מכשיר עקרונית את תוכנם של הכללים, אך פוסל אותם בשל כלליותם ובשל היעדרן של אמות־מידה ברורות, דהיינו: בשל חוסר־הוודאות שהם יוצרים.[37]

33. שם, 274-275.
34. שם, 277-278.
35. שם, 278.
36. שם, 280.
37. יש לציין, כי השופט זמיר דן גם בהיבט שלישי של המבחנים מבחינת תכליתם, השוויון, וציין כי במצב שבו משרד־התינוך מתעלם מן השיקולים האחרים מלבד הוותק, שאלה היא אם אין ממש בטענת העותר, שעצם התלוקה הנוקשה של תיאטרונים לקבוצה של ותיקים וחדשים פוגעת בשוויון? השופט קבע, כי על משרד־התינוך לבדוק זאת (שם, 278). לדיון ביכולתו של בית־המשפט לאכוף את עקרון השוויון הקבוע בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב ראו אמנון דה הרטוך, "תמיכת המדינה במוסדות־ציבור – ליבלוב הכספים היחודיים", משפטים כט (תשנ"ת) 75.

nevo.co.il

ג. ביקורת שיפוטית בעידן שיקול־הדעת

1. התמוטטות דוקטרינת ה-*ultra vires*

המודל המסורתי של המשפט המינהלי, המכונה "מודל חגורת ההעברה" (transmission belt)[38] או "המודל הדייסיני" (ע"ש Dicey),[39] מבוסס על תפיסת המדינה הדמוקרטית כמדינה שבה לפרלמנט מונופול על קביעת הכללים, את הלגיטימציה לקביעת הכללים מקבל הפרלמנט מהעם, והוא המעניק לגיטימציה לפעולתה של הרשות המבצעת. תפקידה של זו האחרונה מתמצה ביישום הוראות החוק למקרה הקונקרטי. תפיסה זו, שעמדה גם בבסיס המשפט המינהלי במדינת ישראל, כמו גם בדמוקרטיות מערביות אחרות, העמידה את הצורך בהגבלת כוחו של השלטון בראש סדר־העדיפויות של המשפט, בכלל, ושל המשפט הציבורי, בפרט.[40] בהתאם לכך, הביקורת השיפוטית התבססה על דוקטרינת ה-*ultra vires*, הבוחנת את השאלה האם הרשות המינהלית חרגה מהמנדט שניתן לה על־ידי המחוקק? דוקטרינה זו היא ביטוי לעקרון חוקיות המינהל, שהוא אחד מהיבטיו של עקרון שלטון החוק. על־פי עיקרון זה, מקור הסמכות חייב להיות בחקיקה, ויתירה מזאת: הפעלת הסמכות חייבת ליפול בגבולות שהוגדרו על־ידי המחוקק.[41] באמצעות דוקטרינת ה-*ultra vires* בית־המשפט ראה את עצמו אוכף את כוונת המחוקק, תוך הדגשה כי הוא בוחן את תוקף ההחלטה ולא את טיבה ועל־כן מעביר ביקורת שיפוטית, אך אינו משמש ערכאת ערעור על הרשות המינהלית[42] ואף אינו מבקש להתערב בכושרה וביעילותה ובאופן שבו היא מנהלת את ענייניה.[43] כפועל יוצא מכך, כאשר הרשות המינהלית לא חרגה מגבולות ההסמכה של החוק, בית־המשפט נמנע

38. Richard B. Stewart, "The Reformation Of American Administrative Law", 88 *Harvard Law Review* (1974-1975) 1667, p. 1675.

39. P.P. Craig, *Administrative Law* (3rd ed., Steward & Maxwell, London, 1997), 4.

40. דותן (לעיל, הערה 10), 302.

41. ראו: Itzhak Zamir, "Administrative Law", *The Law of Israel - General Surveys* (Itzhak Zamir and Sylviane Colombo - eds., Faculty of Law – University of Haifa, Haifa, 1995) 51, pp. 52-53.

42. קרייג (לעיל, הערה 39), 7.

43. ראו דברי השופט זוסמן בבג"ץ 311/60 מילה, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שרי התחבורה ואח', פ"ד טו 1989, עמ' 1996: "פיקוחו של בית־משפט זה על הרשות המינהלית יהיה בהכרת פיקוח משפטי בלבד, היינו הפיקוח יהיה מוגבל בשאלה, אם חרגה הרשות מסמכויותיה כפי שהחוק קבען, או אם נתגלתה אגב השימוש בשיקול־הדעת שגיאה משפטית, ואילו יעילות השימוש בשיקול־הדעת ומידת תבונתו – להבדיל מחוקיותו – אינן ניתנות לבדיקה על־ידי בית־משפט זה, מן הטעם הפשוט שאין בידי ערכאה משפטית זו הכלים והמכשירים הדרושים לשם כך".

nevo.co.il

מלהתערב, משום שהוא תייב היה להניח כי פעולת הרשות המבצעת נעשתה כרשותה ובהסמכתה של הרשות המחוקקת.[44]

דוקטרינת ה-*ultra vires* עוררה בעיות רבות,[45] אשר המרכזית מביניהן היא אי־התאמתה למבנה המדינה הדמוקרטית המודרנית. בעוד במאה הי"ט שלטה תפיסת ה-laissez faire, שלפיה למדינה תפקיד מוגבל ורוב תחומי החברה והמשק נתונים בידי גופים פרטיים הפועלים על־פי כללי היצע וביקוש, הרי שכמאה העשרים התפתח בהדרגה, וכיום כבר אפשר לומר כי שולט רעיון מדינת־הרווחה (welfare state). במודל שונה זה המדינה מקבלת על עצמה תפקידים מגוונים, במגמה לשפר את השירותים ולהעלות את רמת־החיים באופן כללי.[46] לשם כך נחקקים חוקים רבים, המעניקים סמכויות נרחבות למינהל הציבורי והמנוסחים בלשון המאפשרת לרשות המינהלית להפעיל שיקול־דעת.[47] בהקשר זה מתעוררת במלוא חריפותה בעיית אי־הקביעות (indeterminacy) של דוקטרינת ה-*ultra vires*: כדי לבחון אם ישנה חריגה מסמכות, על בית־המשפט לקבוע, ראשית, את מתחם הסמכות על־פי כוונת המחוקק.[48] דא עקא, שככל ששיקול־הדעת המוענק בחוק רחב יותר אמנם מתחם זה לכאורה רחב יותר, אך גבולותיו קשים יותר לקביעה, ויישומה של הסמכות במקרה הפרטני מעורר יותר מהלוקת; שכן בית־המשפט מתערב למעשה באופן שבו הרשות המינהלית מפרשת את הסמכות שהוענקה לה בחוק.[49] במצב זה מיטשטשת ההבחנה בין ביקורת על תוקף ההחלטה ובין ביקורת על טיבה, שהרי כל ביקורת ניתנת להצדקה בכך שכוונת המחוקק היתה כי מתחם הסמכות יהיה שונה ואין בנמצא כל מבשיר אובייקטיבי שבאמצעותו אפשר להכריע בשאלה.[50]

תהליך הגידול של סמכויות המינהל הציבורי ושיקול־הדעת המוענק לו הוביל אף לשינוי הפונקציה המרכזית של המשפט המינהלי: לא עוד הגנה על הפרט מפני כוחו של

44. דותן (לעיל, הערה 10), 308.
45. לסקירה מקיפה ראו קרייג (לעיל, הערה 39), 12-17.
46. לסקירה מקיפה של "המהפכה המינהלית" ראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך א, נבו, תשנ"ו), 31-34.
47. שיקול־דעת הוא מתחם של אוטונומיה שבתוכו ההחלטת האדם נתונה לשיפוטו ולהערכתו. ראו: D.J. Galligan, *Discretionary Powers* (Clarendon Press, Oxford, 1990), 8. ד"ר דותן מציין, כי אפשר להגדיר שיקול־דעת באופן חיובי ושלילי: על־פי ההגדרה החיובית, שיקול־דעת הוא התופש לבחור בין כמה חלופות של פעולה או מחדל; ועל־פי ההגדרה השלילית, שיקול־דעת הוא מרחב ההחלטה הנותר לבעל שיקול־הדעת לפי הכללים החלים על פעולותיו. ראו יואב דותן, "התובה לקבוע כללים מינהליים", משפטים כג (תשנ"ד) 437, עמ' 439, הערה 3.
48. גליגן (לעיל, הערה 47), 13.
49. ראו: E.I. Sykes and R.R. Tracey, *Cases and Materials on Administrative Law* (4th ed., Butterworths ,1982), 7.
50. קרייג (לעיל, הערה 39), 13.

nevo.co.il

השלטון, אלא בחינת השאלה באיזון מירה הרשות איזנה בין האינטרסים הפרטיים השונים באופן המאפשר לה להגיע להחלטה התואמת את האינטרס הציבורי.[51] לפונקציה זו המודל המסורתי ודוקטרינת ה-*ultra vires* כבר אינם מתאימים, שכן בעיקרם הם אמצעי שלילי לבחינת פעולתה של הרשות שאינו בוחן את הפן הפוזיטיבי של פעולתה, דהיינו: את מידת ההתחשבות באינטרסים של הפרטים השונים ואת פיתוח המדיניות לטובתם.[52] אחת הדרכים להתמודד עם הבעיה היא הפעלת מבחן הסבירות, אשר במסגרתו נבחנת גם השאלה, אם האיזון אשר נעשה על־ידי הרשות המינהלית בין האינטרסים השונים שיש להתחשב בהם הוא איזון ראוי.[53]

2. ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות ובעיותיה

עילת הסבירות, כפי שפותחה בפסקי־דין מרכז הקבלנים[54] ודפי זהב[55] כעילה עצמאית לפסלותו של שיקול־דעת מינהלי, מעבירה כל החלטה מינהלית בכור־ההיתוך של "הרשות המינהלית הסבירה" או "עובד־הציבור הסביר"; והשאלה היא, האם הם היו עשויים באותו מצב לקבל אותה החלטה? עם זאת, העילה מותירה לרשות תופש בתירה מינהלי מסוים הפועל ב"מתחם הסבירות", שבו לא יתערב בית־המשפט ולא יחליף את שיקול־הדעת המינהלי בשיקול־דעתו. אולם בתירה של הרשות המינהלית באופציה שהיא מחוץ למתחם הסבירות, אשר אף הוא עצמו נקבע על־ידי בית־המשפט, תגרום להתערבותו ולפסילת ההחלטה. הבסיס להלכה זו היה קיים כבר במשפט האנגלי,[56] אך החלת המבחן גם על תקנות המותקנות על־ידי שרים נעשתה בישראל כבר בשנות השישים,[57] בצעד שבו הקדים בית־המשפט בישראל את בית־המשפט באנגליה.[58] דומה כי תהליך זה הוא תוצאה בלתי־נמנעת של מעורבות־היתר של מדינת ישראל בחיי אזרחיה, העולה אף על המעורבות המקובלת במדינות דמוקרטיות אחרות.[59] דא עקא, שיש שראו בפיתוחה של

51. סטוארט (לעיל, הערה 38), 1670.
52. שם, 1687.
53. ראו דברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות־השידור ואח', פ"ד לה (1) 421, עמ' 445 (להלן: בג"ץ דפי זהב).
54. בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (3) 729 (להלן: בג"ץ מרכז הקבלנים).
55. בג"ץ דפי זהב (לעיל, הערה 53).
56. פסק־הדין המנחה בסוגיה הוא *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation* 2 ALL. E. R. [1947] 680.
57. ראו ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026.
58. ראו יצחק זמיר, "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?", משפטים יט (תש"ן) 563, עמ' 566.
59. ראו זמיר (לעיל, הערה 46), 33; וכן זמיר (לעיל, הערה 41), 54.

nevo.co.il

עילת הסבירות כעילה עצמאית – "מהפכה שיפוטית"[60] של ממש – בעיקר בשל הקביעה כי כל מעשה שלטוני בישראל כפוף עקרונית לביקורת על־פי עילה זו.[61]

עילת הסבירות זכתה לביקורת קשה בספרות מטעמים שונים: ראשית, היו שעמדו על חוסר־הקביעות שבעילה. הטענה היא, כי בהיעדר קריטריון אובייקטיבי או פרוצדורה רציונלית לקביעת מתחם הסבירות, הופכת ההכרעה לתלויה בשיפוטו הסובייקטיבי של השופט:

> קיימת סתירה פנימית בין עצם גמישותו של מושג הסבירות, שהפוסק יכול לצקת בו תוכן על־פי הבנתו, ובין העלאת אותו מושג לדרגת קנה מידה קשיח. כך נהפכת נוסחת הסבירות לכעין מילת צופן, חסרת תוכן מוגדר משלה, המשמשת מכשיר אובייקטיבי, כביכול, בידי השופט, אך לאמיתו של דבר מופעל באמצעותו שיקול־הדעת הסובייקטיבי של השופט, המתבטא במלאכת האיזון בין אינטרסים נוגדים, כפי שאלה נראים בעיני השופט.[62]

באופן זה עלולה העילה להביא לאוסף החלטות יחידות וסובייקטיביות, המוכרעות באופן צר על־פי נסיבות המקרה הנידון ודעות השופטים ושאינן נשענות על עקרונות וכללים ואינן מתמזגות לכלל מסכת אחת.[63] נמצא, כי דוקטרינת הסבירות, אשר התפתחה בין השאר בשל אי־יכולתה של דוקטרינת ה-*ultra vires* לשמש מכשיר מספק לביקורת השיפוטית, לוקה באותו חוסר־קביעות, אשר ציינתי כאחת הבעיות העיקריות של דוקטרינת ה-*ultra vires*, המשוללת, כאמור, קריטריון אובייקטיבי לקביעתו של "מתחם הסמכות". שנית, נטען כי העילה יוצרת חוסר־ודאות, בשל חוסר־האפשרות

60. דוד קרצמר, "ארבעים שנה למשפט הציבורי", משפטים יט (תש"ן) 551. לביקורת על הכינוי "מהפכה שיפוטית" ראו זמיר (לעיל, הערה 58). לדעת זמיר, מדובר במבחן ישן שמקורו במשפט האנגלי ואשר היה בשימוש גם במשפט הישראלי. בבג"ץ דמי זהב (לעיל, הערה 53) הוסיף בית־המשפט את המבנה התיאורטי של המבחן, אך בפועל הוא לא הרחיב את גבולותיו ולא נתרבו המקרים שבהם נפסלו הנחיות בשל חוסר־סבירות. החידוש הוא אפוא בצורה ולא בתוכן.

61. ראו בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441.

62. משה לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5, עמ' 12. וראו גם רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות – שיקול־דעת ככות שיפוטי", תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7, עמ' 12: "השופט יוצר את הסובייקט הסביר רק כדי לשוב ולהצמיתו לכות המקבע של סבירותו הוא".

63. מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב (תשמ"ב) 102, עמ' 126.

nevo.co.il

לצפות אילו ממעשיה של הרשות המינהלית יעמדו בביקורת שיפוטית ואילו מהם ייפסלו.[64] שלישית, הודגש תוסר־היכולת של העילה לשמש הנחיה למינהל. בהקשר זה נטען, כי בעוד אחד מתפקידיו העיקריים של בג"ץ הוא לקבוע נורמות וסטנדרטים אשר יחייבו את המינהל הציבורי בפעולותיו, הרי שהחלטותיו של בג"ץ תחת עילת הסבירות, אפילו כאשר הן נכונות ומועילות לגופן, אין בהן כדי לשמש הנחיה למינהל.[65] רביעית, היו שקשרו בין עילת הסבירות לאקטיביזם שיפוטי וטענו כי עילת הסבירות, המותירה את שאלת היקף התערבותו של בית־המשפט לשיקול־דעתו ממקרה למקרה, משבשת את קווי ההפרדה בין פוליטיקה למשפט ועלולה להביא לדיכוי־יתר של כוח בידי הרשות השופטת, תוך חדירה אל התחום השייך לרשות המבצעת.[66] והמישית, הועלה החשש כי שימוש בעילת הסבירות עלול להביא לכדי החלשה או ויתור על כלל הריסון השיפוטי.[67] בהקשר זה נטען כי למרות הרטוריקה של בית־המשפט בדבר "מתחם סבירות", שבתוכו כל החלטה מינהלית תהיה תקפה גם אם היא שונה מההחלטה שהיה מקבל בית־המשפט, הרי שבפועל גישתו של בג"ץ, בדונו על־פי מבחן הסבירות, דומה יותר לגישה ערעורית מאשר לגישה של ביקורת שיפוטית, כאשר הרתיעה מדיון *de novo* בהחלטות מינהליות נתעמעמה.[68]

למרות כל האמור מעניין לציין, כי נכונות בית־המשפט לבחון את סבירותן של פעולות המינהל לא הובילה לביטולן של פעולות רבות. יתירה מזאת: בשני פסקי־הדין המרכזיים שבהם פותח מושג הסבירות – מרכז הקבלנים ודפי זהב – הגיע בית־המשפט

64. שם, 127. שקד אף מעלה את החשש כי מידת אי־הוודאות הכרוכה בעילת חוסר־הסבירות היא כה גדולה, עד שהיא עלולה להוביל לשרירות־לב שיפוטית. העומס המוטל על בתי־המשפט, המחסור בכלים טכניים, ליקויי המינהל, הרצון לסייע לאדם העומד בפני בית־המשפט וטוען שקופח – כל אלה דוחפים את בית־המשפט לעשות "צדק" כמיטב יכולתו על־פי המקרה הקונקרטי העומד בפניו.

65. שם, שם.

66. לנדוי (לעיל, הערה 62), 13; שקד (לעיל, הערה 63), 127; וכן מנחם מאוטנר, "הסבירות של הפוליטיקה", תיאוריה וביקורת 5 (תשכ"ד) 25, עמ' 45. לדעה נוגדת, שלפיה אין קשר הכרחי בין אקטיביזם שיפוטי ובין הכרה בעילת הסבירות כמכשיר ביקורת, ראו אייל זמיר, "עילת אי־הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב (תשמ"ב) 291, עמ' 301.

67. הכלל, שלפיו בית־המשפט לא יחליף את שיקול־הדעת המינהלי בשיקול־דעתו הוא. ראו, למשל, בג"ץ דפי זהב (לעיל, הערה 53), 443.

68. לנדוי (לעיל, הערה 62), 11; שקד (לעיל, הערה 63), 104-105.

69. לדיון בנקודה זו ראו קרצמר (לעיל, הערה 60), 553. פרופ' קרצמר סבור, כי השאלה החשובה אינה אם בסופו של דבר בית־המשפט מתערב במעשה המינהלי. עצם הנכונות לבחון מעשה לגופו יש בה – לשיטתו – משמעות רבה הן מבחינת מערכת המינהל הציבורי והן מבחינתה של הרשות השופטת. לעומת זאת, פרופ' זמיר מציין את אי־הציבוי המקרים שבהם התערב בית־המשפט בהחלטות הרשות המינהלית – בהוכחה לכך שבפיתוח עילת

nevo.co.il

למסקנה שלא להתערב.[69] דומה כי הדבר נובע מהדגשתו של בית־המשפט, במסגרת פיתוח עילת הסבירות, כי רק חוסר־סבירות קיצוני יביא לפסילת אקט מינהלי, דהיינו: כדי שסטנדרט ההתנהגות המקובל על רשות מינהלית סבירה תביא לביטול המעשה המינהלי, יש צורך בסטייה מהותית היורדת לשורשו של הענין,[70] דווקא דרישה זו יכולה להביא להשארתן על־כנן של החלטות מינהליות, אשר פגיעתן בפרט רבה, הגם שאין בהן חוסר־סבירות קיצוני.[71] ואכן, לדעתי, ישנם מקרים שבהם בית־המשפט נותן לרשות המינהלית מתחם סבירות רחב מדי ונראה, שהדבר נובע מרתיעתו הטבעית של בית־המשפט ממתן החלטה אשר תצטייר כהחלפת שיקול־דעת הרשות בשיקול־דעתו.[72] לשיטתי, הפתרון אינו בביטולה של עילת הסבירות, שהיא אמצעי חשוב לבחינת שיקול־הדעת המהותי של הרשות המינהלית, אלא בקונקרטיזציה של עילות הביקורת, כחלק מהניסיון להתמודד עם שיקול־הדעת הרחב המוקנה לרשות המינהלית בדמוקרטיה המודרנית וכביטוי להתפתחות הטבעית של המשפט הצועד, כמו כל תחומי החיים, לעבר מודרניזציה והתמקצעות ספציפית. בכך ידון הפרק הבא.

ד. פיתוח עילות קונקרטיות

בעיית שיקול־הדעת המינהלי וחוסר־ההתאמה של דוקטרינת ה־*ultra vires* ככלי לביקורת שיפוטית במדינת המינהל המודרנית הובילו לחיפוש אחר פתרונות חלופיים,[73] בין השאר הביאה הבעיה לפיתוחם של כלים חדשים לביקורת השיפוטית. כך, למשל, הורחבה דוקטרינת ה־*ultra vires* גם לדוקטרינה של תכליתיות, הפוסלת פעולה של הרשות שנעשתה למטרה זרה, מתוך הנחה כי לרשות סמכות לפעול רק לשם המטרה

הסבירות אמנם ישנה תרומה חשובה לתורת המשפט, אך אין בכך שינוי דין. ראו זמיר (לעיל, הערה 58), 566.

70. ראו, למשל, בג"ץ דפי זהב (לעיל, הערה 53), 443-444.

71. סגל (לעיל, הערה 23), 529.

72. ראו, למשל, בג"ץ 1101/96 ואח' אברהם נ' מדינת ישראל ואח' (טרם פורסם). בעתירה זו נתקפה חוקיותן של תקנות מסוימות בתקנות התעבורה, העוסקות במתן רשיונות למוניות. בית־המשפט מתח ביקורת על ההסדר הקיים – כפי שנקבע בתקנות – אשר התבסס על הפרדה חדה בין רשיונות לנסיעות מיוחדות ובין רשיונות לנסיעות שידות, וציין כי יש לבדוק אם לא ראוי לשנות או להגמיש את ההסדר הקיים. עם זאת, בית־המשפט פסק כי גם אם אפשר לקבוע הסדרים טובים יותר לשירותי מוניות מאשר ההסדר שנקבע בתקנות, אין יסוד לבית־המשפט לומר כי ההסדר שנקבע בתקנות הוא בלתי־סביר באורח קיצוני, עד שצריך לפסול אותו.

73. לסקירת ההצעות השונות והמגוונות להתמודדות עם הבעיה ראו דותן (לעיל, הערה 10), 336-341; סטוארט (לעיל, הערה 38), 1668-1711.

74. ראו סייקס וטרייסי (לעיל, הערה 49), 61-71.

שנקבעה בחוק;[74] והורחב השימוש בכללי הצדק הטבעי (rules of natural justice), שהם כללים של הגינות דיונית בהליך המינהלי.[75] דא עקא, שאלה היו רק פתרונות נקודתיים: דוקטרינה של תכליתיות תלויה בקיומו של חוק־מסגרת שמטרתו ברורה, ואילו כללי הצדק הטבעי מתאימים רק לסיטואציות שבהן מתעוררת בעיה של הפרתם. מבין הדוקטרינות שתכולתן כללית יותר בולטות דוקטרינת הסבירות המהותית, שנידונה לעיל, והבוחנת, כאמור, את איזון האינטרסים הראוי; ודוקטרינת הסבירות הדיונית, הבוחנת את הליך קבלת ההחלטה,[76] מתוך הנחה כי הליך ראוי יבטיח כי כל השיקולים העניינים יובאו בחשבון וכי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, באופן שיוביל להבטחת האינטרסים המהותיים וזכויותיו המהותיות של הפרט.[77] אמנם, דוקטרינה כזו נותנת מענה חלקי לבעיות חוסר־האובייקטיביות וחוסר־הוודאות שתוכרתי בהקשר לדוקטרינת הסבירות המהותית, אך לדעתי, אין בגישה פורמלית בדי לשמש תחליף לביקורת מהותית

75. במרכזם של כללי הצדק הטבעי עומדים שני כללים מרכזיים: הכלל נגד הטיה, הכולל איסור משוא־פנים וניגוד עניינים; והכלל בדבר זכות השמיעה. ראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 794, הערה 3; וכן: William Wade and Christopher Forsyth, *Administrative Law* (7th ed., Clarendon Press, Oxford, 1994), 462. בארצות־הברית פותחו הכללים במסגרת דרישת ה-due process של התיקון ה-14 לחוקה. לחובת השמיעה כחלק מה-due process ראו: B. Schwartz, *Administrative Law* (Little, Brown and Company, 1976), 191-193; וכן: Alfred C. Aman and William T. Mayton, *Administrative Law* (West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1993), 175-177.

76. לשימוש בדוקטרינת סבירות דיונית ראו גישתו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) שמגר, לעומת גישתו של השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז (3) 29 (להלן: בג"ץ ברגר). בארצות־הברית הדבר בא לביטוי בדוקטרינת ה-"hard look", אשר עמדה על האספקטים הפרוצדורליים של הסיבתיות בפעולת הרשות. דוקטרינה זו מקורה עוד בתקופה שבה רעיונות ה-New Deal היו מינימליסטיים, אך היא קיבלה תנופה עיקרית בין השנים 1966-1981. בתקופה זו גדלה הביורוקרטיה בארה"ב באופן ניכר, הן במונחים של מספר החוקים ומספר הרשויות המעורבות, והן במונחים של מספר התחומים שרשויות אלה הסדירו. אספקטים אלה יצרו צורך בפיקוח שיפוטי הדוק יותר על הביורוקרטיה ולכן בתי־המשפט פיתחו דוקטרינות אקטיביות יותר לביקורת שיפוטית. ראו: Alfred C. Aman, *Administrartive Law in a Global Era* (Cornell University Press, New York, 1992), 26, 34.

77. ראו דבריו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) שמגר בבג"ץ ברגר (לעיל, הערה 76), 49; וכן ראו אמן (לעיל, הערה 76), 34:

> The underline premise of this purely procedural version of the hard-look doctrine was that the process of agency reasoning produced good results, which not only enhanced the legitimacy of the agency itself, but also increased the likelihood of wise policies that furthered statutory goals.

nevo.co.il

של החלטות מינהליות. אכן, אין לזלזל בהנחה כי הליך תקין יוביל להחלטות טובות יותר, אך לא מן הנמנע כי גם הליך ראוי יוביל לעתים להחלטות בעייתיות שיש להתערב בהן. גישה זו מחזירה אותנו אל הבעיות שמעוררת עילת הסבירות המהותית.

נוסף על הביקורת שהוזכרה לעיל על השימוש בעילת הסבירות המהותית כעילה עצמאית, מתעוררת גם שאלת סיווג עילות הביקורת והיחס בין עילת הסבירות ובין עילות אחרות. בקרב מבקרי עילת הסבירות נשמעה ביקורת, שלפיה ברוב המקרים שבהם התערב בית־המשפט בהחלטה מינהלית על בסיס עילת הסבירות, יכול היה להתערב באותה מידה על סמך עילה אחרת, כגון אפליה או שיקולים זרים.[78] מנגד, מבין תומכי השימוש בעילת הסבירות היו שטענו, כי יש להכפיף עילות נוספות תחת הכותרת של "אי־סבירות".[79] הגם שאף אני איני נמנית עם השוללים שלילה מוחלטת את עילת הסבירות, ודווקא מתוך הכרה בחשיבות הביקורת המהותית, לדעתי, המסקנה העולה מהבעייתיות בסיווג עילות הביקורת אינה בצמצומן ובאיחודן לעילה אחת של סבירות, אלא בגיבוש עילות עם תוכן קונקרטי. או בלשונו של פרופ' סגל: "לנסות ולבודד ביער אי־הסבירות ענפים בעורתם יכולה העילה להתייצב".[80] גישה זו תסייע, מחד גיסא, להתמודד עם הבעיות שהועלו במסגרת הביקורת על עילת הסבירות, ומאידך גיסא, תועיל להתגברות על הרתיעה מפני השימוש בעילה זו במקרים ראויים – רתיעה הנובעת, כאמור, מהחשש מאיון כלל הריסון השיפוטי והגוררת את הדרישה לתוסר־סבירות קיצוני. להלן אדון ביתרונות המרכזיים הטמונים בקונקרטיזציה של עילות הביקורת.

1. הגברת יכולת הצפייה והוודאות המשפטית

הצבת אמות־מידה קונקרטיות לביקורת השיפוטית נותנת מענה, לפחות חלקי, לטענות בדבר חוסר־הוודאות והיעדר ההכוונה של הרשות, שהועלו כנגד עילת חוסר־הסבירות. עילות בעלות תוכן קונקרטי יותר, כגון מידתיות או ודאות, תהיינה ברורות יותר לרשות המינהלית ותסייענה בגיבושן של נורמות משפטיות בתחום פעולתו של המינהל הציבורי. אפשר להדגים זאת היטב באמצעות פסק־דינו של השופט ד' לוין בפרשת זכרוני. השופט ד' לוין השתמש במבחן הסבירות, כאשר למעשה עילת הפסלות היתה חוסר־וודאות, והתוצאה היא כי מהחלטתו עולה לכאורה שהחלטת רשות־השידור "סבירה אך בלתי־סבירה": ההחלטה היתה סבירה אילו היתה יכולת לקבוע מיהם "אישי־ציבור המודהים עם אש"ף". אך מאחר שהדבר אינו אפשרי, הרי שההחלטה בלתי־סבירה. למעשה אפשר היה לוותר על שני השלבים של בחינת סבירותה של ההחלטה ולומר, כי היא סבירה אך לוקה בחוסר־וודאות בשל היעדר קריטריונים לקביעה מיהם "אנשי הציבור המזוהים עם אש"ף".

78. ראו, למשל, קרצמר (לעיל, הערה 60), 553.

79. ראו, למשל, אייל זמיר (לעיל, הערה 66), 294. לדעת אייל זמיר, די בשלושה כללי פסילה כדי לכסות את כל הסיטואציות של שימוש לא נאות בשיקול־דעת: (א) שיקולים זרים; (ב) אי־שקילת שיקולים רלבנטיים; (ג) אי־סבירות.

80. סגל (לעיל, הערה 23), 511.

בכך היתה מושגת החלטה בהירה יותר הן לציבור והן לרשות המינהלית, אשר יכולה לשמש גם הנחיה למינהל בדבר פעולתו לעתיד לבוא.

תוצאה זו, שלפיה החלטה היא "סבירה אך בלתי־ודאית", מעוררת את שאלת היחס בין עילת הסבירות לעילות הפרטניות. בהחלט תיתכן החלטה סבירה מבחינת תוכנה, אך לוקה בפגם קונקרטי אחר. כך, למשל, בהקשר לעילת המידתיות קבע הנשיא ברק בעניין בן עטיה כי החלטה מטוימת היא סבירה, אך בלתי־מידתית. בהקשר ליחס בין סבירות למידתיות אמר הנשיא, כי עילת המידתיות היא שלב נוסף בפיתוח תורת שיקול־הדעת המינהלי ובעידון עילת הסבירות. בעוד "סבירות" היא מושג נורמטיבי, שעל־פיו מאתרים את השיקולים הרלבנטיים ומאזנים ביניהם על־פי משקלם, הרי שעילת המידתיות צועדת צעד נוסף, מניחה איזון ראוי בין השיקולים המתנגשים ובוחנת אם האמצעי שננקט להגשמת אותו איזון הוא מתאים.[81] מנגד, בבג"ץ תורקמאן נפסלה החלטה בדבר הריסתו של בית, תוך שנקבע כי ההחלטה בלתי־סבירה בשל היעדר היחסיות שבה.[82] כלומר: חוסר־הסבירות יכול גם שיהיה תוצאה של פגם אחר במעשה המינהלי.[83] נוסף על כך תיתכן החלטה שיפוטית, שבה הסבירות והעילה הקונקרטית יותר תשמשנה הנמקות חלופיות. כך, למשל, בבג"ץ בנאי[84] קבע השופט זמיר, כי תחולתה המיידית של החלטת לשכת עורכי־הדין בלתי־סבירה; ולאותה מסקנה הגיע בדרך חלופית, שלפיה התחולה המיידית אינה עומדת במבחן המידתיות.[85]

כך לעניין מידתיות וכך לעניין הוודאות: ייתכנו מצבים שבהם חוסר־הוודאות בנורמה המינהלית מוביל לחוסר־סבירות. תיתכנה נורמות מינהליות, כמו זו שבבג"ץ זכרוני, שהן סבירות אך בלתי־ודאיות. וייתכן כי הסבירות והוודאות תשמשנה הנמקות חלופיות עצמאיות בפסיקת בית־המשפט. בכל המקרים הללו השימוש בעילה הפרטנית יוביל להגברת הוודאות ויכולת הצפייה המשפטיים.

2. לגיטימציה של הציבור

אחד החששות שהועלו בעקבות הביקורת בעילת הסבירות היה, כי טענות מוצדקות כלפי בית־המשפט יגרדו אחריהן טענות שאינן מוצדקות; שכן הציבור מתקשה להבחין בין התערבות בשיקול־הדעת המינהלי לצורך הבריעה משפטית ובין התערבות "סתם".[86] נראה לי, כי דווקא לציבור שאינו משפטן יהיה קל יותר לקבל ביקורת שיפוטית בעילות ביקורת

81. בג"ץ בן־עטיה (לעיל, הערה 23), 17. לעומת זאת, ראו גישתו של השופט קדמי, אשר בזר לבחון אותה החלטה במשקפיים של סבירות (שם, 7-8).

82. בג"ץ תורקמאן (לעיל, הערה 23), 220. לביקורת על כך שבג"ץ בחן את עילת היעדר היחסיות במשקפיים של אי־סבירות ראו זאב סגל, "סמכות בטחונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית", משפט וממשל א (תשנ"ג) 477.

83. אייל זמיר (לעיל, הערה 66), 297.

84. בג"ץ 2832/96 בנאי ואח' נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין ואח', פ"ד נ (2) 582.

85. שם, 602-603.

86. שקד (לעיל, הערה 63), 125.

nevo.co.il

ממוקדות, אשר נשמעות "משפטיות" יותר (כגון "מידתיות" או "ודאות") מאשר ביקורת שיפוטית בעילת ה"סבירות", שאמנם מקורה במונח יומיומי השגור אף בפי הציבור שאינו משפטן, אך היא מקשה על ציבור זה להצביע בעליל על הבעיה שהובילה להתערבות השיפוטית. דומה, שבאמצעות שימוש בעילות קונקרטיות יגבר אמון הציבור במערכת־המשפט, שכן ההחלטות השיפוטיות תיראנה אובייקטיביות יותר ופחות שרירותיות או תלויות בשופט המקרי היושב בדין. זו אף אחת הסיבות שבגללן אני סבורה שישנה חשיבות לרטוריקה שבית־המשפט נוקט בפסקי־הדין, הגם שלעתים אפשר להעביר אותה ביקורת שיפוטית ולהגיע לאותה תוצאה מהותית גם בלא כינויה של העילה בשם.[87]

3. מודרניזציה של המשפט

המשפט, כמו תחומים רבים אחרים בעידן המודרני, מתפתח באופן טבעי בכיוון של פרשנות והתמקצעות. כחלק ממגמה זו ראוי לפתח עילות קונקרטיות המתבקשות מן המצבים החדשים הבאים בפני בית־המשפט. אמר על כך הנשיא לנדוי:

> תחת קנה המידה של סבירות, שכוללניותה מדומה, אני תור ומציע ללכת בהליכה אינדוקטיבית בהכרעות קונקרטיות המביאה בסופו של תהליך, ולא בתחילתו, לגיבוש עילות בעלות תוכן קונקרטי, כגון חריגה מסמכות, פרשנות מוטעית של דין חרות, שרירות, אפליה, אי־הגינות דיונית, התחשבות בגורם שאינו נוגע בעניין ואי התחשבות בגורם הנוגע בעניין, וגם החלטה מינהלית כה מופרכת על פניה (אבסורדית) עד שיש לראות בה חריגה מסמכותה של הרשות המחליטה. שיטה זו מיטיבה להבטיח את צמיחתה האורגנית של הקיקה שיפוטית יוצרת, כי רשימת העילות אינה סגורה, אלא היא עשויה להתפתח על סמך הניסיון השיפוטי המצטבר ממקרה למקרה.[88]

ככל שהמשפט המינהלי גדל במהירות, כך הוא דורש עקרונות מדויקים יותר שיכוונו את התפתחותו:

> ...as a subject of administrative law grows apace, it demands more precise principles to guide it's orderly development. Vague phrases (such as "unreasonableness") wheeled out on the "rickety chariots" of myth and fallacy no longer hold up.[89]

87. לסיבות נוספות ראו לעיל, הערה 8.

88. לנדוי (לעיל, הערה 62), 13. יודגש, כי הדברים נאמרו בהקשר לביקורת על עילת הסבירות, שלה איני שותפה, אך אין בכך כדי למנוע הסכמה עם גישת הקונקרטיזציה.

89. Jeffrey Jowell, "Courts and the Administration in Britain - Standards, Principles and Rights", 27 *Israel Law Review* (1987-1988) 409, p. 422.

nevo.co.il

נראה שמגמה חיובית ברוח זו – אשר מציבה את עילת הסבירות לצד עילות פרטניות נוספות, תוך הקפדה על הבחנה ביניהן ועל כינון בשמות – מוביל כיום בבית־המשפט העליון השופט זמיר, אשר כתב לאחרונה באחד מפסקי־הדין:

> מבחן הסבירות חל על נציב בתי הסוהר, לצד מבחנים אחרים המסדירים את שיקול־הדעת המינהלי, כמו מבחן העניניות ומבחן המידתיות, כשם שהוא חל על כל רשות מינהלית.[90]

4. התפתחות חקיקה המאמצת את עילות הביקורת

בארץ אין חוק המסדיר באורח כללי את הביקורת השיפוטית על ההליך המינהלי, וזו נשלטת על־ידי ההלכות שפיתחה הפסיקה. עם זאת, יש לזכור כי גבולותיה של הביקורת השיפוטית על נורמה מינהלית מסוימת מושפעים אף מנוסחם של החוקים הספציפיים המעניקים את הסמכות לרשות המינהלית.[91] חוקים אלה קובעים לעתים הוראות באשר להליך המינהלי, אשר משפיעות גם על אופיה של הביקורת השיפוטית על הליך זה. ברי, כי כאשר האפשרות לביקורת שיפוטית בעילה מסוימת מקורה מפי המחוקק עצמו, בעיות רבות שהוזכרו בהקשר לביקורת השיפוטית המהותית – וביניהן הלגיטימציה של בית־המשפט, יכולת הצפייה המשפטית ויכולת ההכוונה של פעולתה של הרשות – באות על פתרונן. למותר לציין, כי כאשר מדובר בעילה אמורפית כמו "סבירות", עיגון חקיקתי הוא חסר־משמעות; שכן הנחיית המחוקק כי על הרשות לפעול בסבירות תהיה הצהרה על המובן מאליו אשר לא יהיה בה להקל על הקשיים המרובים ביישומה של עילה זו. לעומת זאת, קונקרטיזציה של עילות הביקורת עשויה להשפיע על המחוקק ולגרור עיגון חקיקתי אשר יקל על פסיקה עתידית. ואכן, בעקבות התפתחותה של עילת המידתיות בפסיקה אפשר להבחין כיום בדרישת המידתיות בחוקים שונים המסדירים את ההליך המינהלי.[92]

90. עע"א 7440/97, רע"ב 6172/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב (1) 1, עמ' 7 (להלן: עע"א גולן).

91. זמיר (לעיל, הערה 46), 86.

92. ראו, למשל, סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; וסעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, הקובעים שאין לפגוע בזכויות המעוגנות בהם במידה העולה על הנדרש. החובה לכבד את הזכויות המעוגנות בחוקי־יסוד אלה חלה גם על הרשות המינהלית (סעיף 11 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 5 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, ולפי פרשנותה של השופטת דורנר בבג"ץ מילר (לעיל, הערה 23), 138, יש להחיל את עיקרית של פסקת ההגבלה, ובין השאר את דרישת המידתיות, גם על חובה זו של רשויות־השלטון). סעיף 13(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, קובע כי שופט לא יצווה על מעצר, אם אפשר להשיג את מטרת המעצר בדרך של קביעת ערובה ותנאי ערובה, שפגיעתם בחירותו של הנושד פחותה. סעיף 30(ב) לחוק בתי דין מינהליים, תשנ"ב-1992, קובע, כי זכות העיון בתיק לא תחול על מסמכים שמתקיים בהם אחד הנסיבות המנויים בו, "ובלבד שלא יימנע עיון בשל טעם מן הטעמים המוזכרים בסעיף קטן זה אלא במידה הנדרשת על־ידי אותו טעם";

nevo.co.il

דוגמא מאלפת להתפתחותה של עילת חוסר־הוודאות על־ידי הפסיקה – וכפועל יוצא מכך, לציגונה בחוק המסדיר את הביקורת השיפוטית על נורמות מינהליות – קיימת במשפט המינהלי האוסטרלי. כבר בשנת 1945 בית־המשפט העליון של אוסטרליה פסל הוראה של המפקח על המחירים אשר קבעה את מחירו המקסימלי של מוצר, בשל חוסר־ודאותה של ההוראה,[93] עם זאת, סידב בית־המשפט להכיר בעילת חוסר־הוודאות כעילת ביקורת עצמאית, כפי שמדגימים דבריו הנחרצים של השופט Dixon:

> I am not prepared to subscribe to the doctrine that certainty is a separate requirement which all forms of subordinate legislation must fulfil, so that an instrument made under a statutory power of a legislative nature, though it is directed to the objects of the power, deals only with the subject of the power and observes its limitations, will yet be invalid unless it is certain. The doctrine appears to me be an innovation and to have come from a generalization from, or transfer of, a rule or supposed rule for determining the validity of by-laws.[94]

תחת הכרה בעילת הוודאות כעילה עצמאית בחר השופט לבחון את הסוגיה במשקפיים של דוקטרינת ה־*ultra vires*,[95] מתוך הנחה כי קביעת מחירים ישימים היא דרישה אינהרנטית לסמכותו של המפקח. קונסטרוקציה זו היתה למעשה פיקציה. דומה כי נכון יותר לומר, שאמנם ההוראות שקבע המפקח נכללו בגדר הסמכות שהוענקה לו בחוק, אלא שכהפעלת שיקול־דעתו נפל פגם מסוג חוסר־ודאות. בית־המשפט העליון האוסטרלי העביר אפוא ביקורת בעילת חוסר־הוודאות, הגם שסירב להכיר בכך. בפסק־דין נוסף פסל בית־המשפט העליון האוסטרלי תנאים אשר הטיל שר־התקשורת (General Postmaster) על בעלי זכיונות של טלביזיה מסחרית,[96] תוך מתן דגש כי המדובר בחריגה מסמכות ולא בהכרה בעילת חוסר־

סעיף 11 לחוק חופש המידע, תשנ"ח־1998, קובע כי אם אפשר לגלות מידע, אשר הרשות הציבורית רשאית או חייבת לפי החוק שלא למוסרו, תוך השמטת פרטים או עריכת שינויים, תמסור הרשות את המידע בהשמטות, בשינויים או בתנאים המחויבים לפי העניין.

93. *King Gee Clothing Co. Pty Ltd. v. Commonwealth*, ALR (1945) 397 (להלן: פרשת *King Gee*) – מובא בספרם של סייקס וטרייסי (לעיל, הערה 49), 89.

94. שם, שם.

95. The prices order, however, is made by the commissioner under a regulation and not an Act of Parliament let it to be assumed that it may be regarded as an administrative order, not as a piece of legislation. But even so, I should think that uncertainty, as a test of validity, arose from the nature of the power on this footing, in the end, the question comes back to *ultra vires* (שם, 90).

96. *Television Corporation Ltd. v. The Commonwealth*, 109 CLR (1963) 59 (להלן: פרשת *Television Corporation*). מתוך האתר: High Court of Australia Transcripts. כתובת: http://bar.austlii.edu.au/hca/transcripts/.

ודאות עצמאית.[97] גם כאן דומה, כי השימוש בדוקטרינת ה-*ultra vires* היה פיקציה בלבד: שופטי הרוב העבירו את התנאים הידונים בביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות, ואילו שופט המיעוט, השופט Menzies, כמו השופט י' כהן בבג"ץ זכרוני, הביע התנגדות עקרונית להתערבות בית־המשפט בוודאותה של חקיקת־המשנה, הגם שוודאות זו רצויה.[98]

מכל־מקום, השתרשותה של טענת חוסר־הוודאות הביאה את המחוקק לענן את העילה כעילת ביקורת עצמאית, במסגרת החוק המסדיר את הביקורת השיפוטית על המינהל. סעיף 5 ל-Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1989 מאפשר לאזרח לעתור לבית־המשפט העליון בנגד החלטה מינהלית, שיש בה הפעלה לא־ראויה של שיקול־הדעת שהוענק לרשות על־ידי החוק המסמיך. ס"ק (2) לאותו סעיף מפרט דוגמאות להפעלה לא־ראויה של שיקול־הדעת, והדוגמא המובאת בס"ק (h), עניינה מצב שבו תוצאת הפעלתו של שיקול־הדעת אינה ודאית (an exercise of a power in such a way that the result of the exercise of the power is uncertain),[99] כיום אפשר אפוא לומר,

97. The point is not that the proposed conditions offend against a general principle that uncertainty in executive instruments spells legal invalidity, for there is no such general principle... The point is that a requirement of certainty in the sense I have described is inherent in the provisions by which the Minister's power is created (Kitto פסקה 7 לפסק־דינו של השופט).

98. Precision and freedom from ambiguity in matters of this sort are, no doubt, highly desirable so that the licensee will know where it stands in deciding what course it will follow, but provided that a condition is so expressed that it can be ascertained whether or not it is *bona fide* for the purpose of the Act and is consistent with law I regard considerations of that sort as beyond the concern of a court of law determining the validity of what is in truth, subordinate legislation (Menzies פסקה 9 לפסק־דינו של השופט).

99. Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1989, Sec. 5:

5. Applications for review of decisions

(1) A person who is aggrieved by a decision to which this Act applies that is made after the commencement of this Act may apply to the Supreme Court for an order of review in respect of the decision on any one or more the followings grounds:

(e) that the making of the decision was an improper exercise of the power conferred by the enactment under which it was purported to be made;

(2) The reference in paragraph (1)(e) to an improper exercise of the power includes a reference to ... (h) an exercise of a power in such a way that the result of the exercise of the power is uncertain...

מתוך האתר: High Court of Australia Transcripts
כתובת: http://bar.austlii.edu.au/hca/transcripts/.

nevo.co.il

כי באוסטרליה קיימת עילת ביקורת עצמאית, הבוחנת את ודאותן של נורמות מינהליות על סוגיהן השונים.[100]

דומה, כי ניצנים של דרישת הוודאות נראים באופק גם בחקיקה הישראלית. כך, למשל, אחד החידושים בתיקון 43 לחוק התכנון והבניה[101] הוא בסעיף 145(ז) לחוק, הקובע שתוכניות שהופקדו לאחר תאריך 1.1.96 צריכות לכלול הוראות אשר בלעדיהן לא יינתן היתר בנייה. ההוראות הן בנושאי פירוט ייעודי קרקע, חלוקה למגרשים או לחלקות וגבולותיהם, קווי הבניין, מספר הקומות או גובה הבניינים ושטחי הבנייה המותרים.[102] לדעתי, משמעות הדבר היא, שאפשר כיום להעביר ביקורת שיפוטית על תוכניות בעילת חוסר־ודאות, בשל היעדר פירוט הוראות להיתרים. עם התפתחות עילת הוודאות בפסיקה ייתכן שהמחוקק יפנים אותה באופן שיבוא לביטוי אף בחוקים אחרים. מגמה זו חיובית, שכן נוסף על היתרונות הכלליים שבקונקרטיזציה של עילות ביקורת, ישנם יתרונות ספציפיים לשימוש בעילת הוודאות, אשר יידונו בפרק הבא.

ה. יתרונות ההכרה בעילת חוסר־הוודאות

1. קידום העקיבות, השוויון והיעדר השרירות

בין הגורמים המתווים את גבולות שיקול־הדעת של הרשות נהוג לייחס חשיבות לקיומם של כללים החלים על פעולותיה של הרשות ולאופן ניסוחם.[103] ככל שכללים אלה צרים יותר – דהיינו: הנורמות החלות על פעולותיה של הרשות המוסמכת צרות יותר בניסוחן – כך מצטמצם מרווח שיקול־הדעת של הרשות, בהשוואה למצב שבו הכללים מנוסחים בצורה של סטנדרטים רחבים ומעורפלים, שאז מרחב שיקול־הדעת של הרשות גדל.[104] כפועל יוצא מצמצום זה של שיקול־דעתה של הרשות, השימוש בכללים מפורטים ומדויקים עשוי להבטיח אחידות ועקיבות בפעולה המינהלית ולהגביר את צפיותה באופן שישפר את הביטחון המשפטי של האזרח ואת יכולתו לכלכל את צעדיו מראש; שכן כל סטייה מרגולריות על־ידי הרשות המינהלית יכולה שתפריך את חזקת החוקיות ותחייב אותה במתן הסברים לפעולתה.[105] שימוש בכללים עשוי לשרת גם את אינטרס השוויון,

---

100. ראו לעיל, הערה 5.

101. חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 43), תשנ"ה-1995, ס"ח 55; תיקון לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307.

102. ראו שמואל רויטל, "תיקון 43 לחוק התכנון והבניה – האם מהפך בדיני־התכנון?", משפטים כו (תשנ"ו) 383, עמ' 411.

103. גורם אחר הוא נוקשותם הנורמטיבית של הכללים. ראו דותן (לעיל, הערה 47), 439.

104. דותן (לעיל, הערה 10), 367.

105. כך, למשל, כאשר ישנן הנחיות מינהליות, קיימת ציפייה מוצדקת של האזרח כי הרשות תפעל גם בעניינו לפיהן. כאשר רשות סטתה מהנחיות, יש חשש שמא הדבר נבע משיקולים זרים או מפגם אחר. חשש זה יש בו כדי לעורר את חזקת החוקיות, וכפועל יוצא מכך –

למגוע השיות לא־רצויות של שיקול־הדעת המינהלי ולאפשר ביקורת חיצונית על מעשי הרשות המבצעת.[106] ואכן, השופט זמיר, בבג"ץ תאטרון ארצי לנוער, מתח ביקורת על הכללים שנקבעו בין השאר בשל העובדה שהם לא שירתו את תכליתם זו:

> ...המבחנים, כמו הנחיות מינהליות, אמורים להקטין את היסוד הסובייקטיבי ולהגדיל את היסוד האובייקטיבי שבהחלטת הרשות. הם הופכים שיקול־דעת חזק לשיקול־דעת חלש (ראו יואב דותן, הנחיות מינהליות (1996), עמ' 367 ואילך). כתוצאה מכך, הם מפחיתים את חשיבות השאלה מי היא הרשות המוסמכת, מהי נטיית הלב שלה ועד כמה היא חשופה להשפעה של גורמים חיצוניים ושיקולים זרים. יש בהם כדי לעשות את ההחלטה צפויה יותר, וכן גם שוויונית יותר, ולאפשר בדיעבד ביקורת יעילה יותר על ההחלטה. זו התכלית העיקרית של המבחנים. זוהי גם התכלית העיקרית של סעיף 3א לחוק יסודות התקציב... לכן, ככל שהמבחנים כלליים ומעורפלים יותר, כך הם מתרחקים מתכלית החוק.[107]

סוגי שיקול־הדעת, המוזכרים בדבריו של השופט זמיר, יסודם בהבחנה של Dworkin, המבחין בין מובן חזק לשיקול־דעת, שעניינו יצירת כללים, ובין מובן חלש לשיקול־דעת, שעניינו יישומם של כללים.[108] דיכוטומיה זו זכתה לביקורת[109] מוצדקת, שכן נראה לי, שכפי שאי־אפשר לומר כי ישנן סמכויות חובה מובהקות או סמכויות רשות מובהקות,

---

לקבל צו על תנאי בבג"ץ. ראו זמיר (לעיל, הערה 75), 787; דותן (לעיל, הערה 10), 431.

106. יואב דותן, "ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה והמקרה הפרטי המיוחד", משפטים כד (תשנ"ה) 425, עמ' 435; סטואדט (לעיל, הערה 38), 1699.

107. בג"ץ תאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 4), 277 (ההדגשה שלי – מ"ט).

108. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978), 31-39.

109. גליגן (לעיל, הערה 47), 16-20. לשיטתו, התיאוריה של דבורקין מבוססת על שתי הנחות־יסוד שאת שתיהן אפשר לתקוף. ההנחה הראשונה היא, שאפשר לעשות הבחנה בין מצב שבו יש לקבוע כללים ובין מצב שבו יש רק צורך ליישם כללים. הנחת־היסוד השנייה היא, כי ישנה דרך אחת ליישום כללים משפטיים קיימים. באשר להנחה הראשונה, הרי שההבחנה היא לא תמיד חדה וייתכן כלל שהוא־עצמו עמום. עם זאת אפשר לומר, שגם אם כלל הוא מעורפל, עדיין צריך ליישמו לשם הגשמת המטרה שלשמה ניתן ולכן הבעייתיות העיקרית היא דווקא בהנחה השנייה. בהקשר לכך הוא מציין, כי קיימים מצבים שבהם ישנם כמה פתרונות בתוך מרחב שיקול־הדעת, והרשות המינהלית צריכה לבחור ביניהם. זאת ועוד: ההבחנה בין פתרון אחד נכון ובין כמה פתרונות אפשריים מתבססת על שיקולים שונים,

nevo.co.il

אלא סמכויות מעורבות, אשר בכל אחת מהן רכיבי רשות וחובה[110] – כך אי־אפשר לומר כי יש שיקול־דעת חזק או חלש באופן מובהק, אלא ישנם רכיבים חזקים וחלשים בשיקול־הדעת. ואכן, ההבחנה בין שיקול־דעת חזק וחלש היא בסופו של דבר הבחנה של דרגה. עם זאת, אין בכך לטשטש את חשיבותה העקרונית והמעשית של ההבחנה עצמה, בעיקר באשר לערכים המהותיים החלים על פעולותיו של מקבל ההחלטה. כאשר עסקינן ביישום כללים (להבדיל מפעולה שלא על־פי קביעות מקדמיות) מושם דגש על ערכים, כגון עקיבות ביישום הכללים, שוויון והגינות.[111] ערכים אלה, ובראשם ערך השוויון,[112] ביקש השופט זמיר לקדם בדבריו לעיל, בדבר העדפת שיקול־הדעת החלש על־פני החזק. אלה גם הערכים שביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות מבקשת לקדם.

ייחודו של בג"ץ תאטרון ארצי לנוער הוא אפוא בכך, שהוא מיישם עקרונות אלה לא לצורך אכיפת החובה לקבוע כללים אלא לצורך בחינת תוקפם של כללים קיימים. השופט זמיר מעביר ביקורת לא על היעדר קיומם של כללים, אלא על כך שכללים אלה אינם משרתים את תכליתם בדבר קידום העקיבות, הוודאות והשוויון. במונחים של הבחנתו של Dworkin בין שיקול־דעת חזק וחלש אפשר לראות בכך ביקורת משפטית על קביעת כללים, שאמנם היא פעולה של הפעלת שיקול־דעת חזק, אלא שגם שיקול־דעת חזק זה כפוף לביקורת שיפוטית:

> Even though there are elements in the exercise of discretion that are left finally to official preferences, the discretionary process can be subjected to legal principles which are not purely formal.[113]

הרבה מעבר לקיומם או להיעדרם של כללים. יתירה מזאת: גם אם נניח שיש פתרון אחד נכון, עדיין אי־אפשר להסיק מכך שביישום כללים אין אף פעם שיקול־דעת. ייתכן שטה שנראה כיישומם של כללים הוא הפעלת שיקול־דעת. מנגד, גם הפעלת שיקול־הדעת עצמו כפופה לכללים משפטיים.

110. זמיר (לעיל, הערה 46), 224-228.

111. דותן (לעיל הערה 10), 371.

112. דוגמא לקשר בין שוויון לוודאות מדגימה ההלכה מתחום דיני המכרזים, שלפיה הצעה במכרז תיפסל אם היא לוקה באי־ודאות, תולה את עצמה בתנאי התופך אותה לבלתי־ברורה או אם ישנם בה ערפול ואי־בהירות. הטעם לכך הוא בין השאר, שהצעה כזו מעניקה לבעליה "טווח תמרון" ויכולת לנהל משא־ומתן במסווה של מתן הבהרות. מבחינת המציעים האחרים, המשמעות היא פגיעה בעקרון השוויון, בהקנותה למציע את ההצעה הלוקה בחוסר־ודאות, יתרון בתחרות. ראו ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת התשמל בע"מ ואח', פ"ד מח (3) 749, עמ' 799.

113. גליגן (לעיל, הערה 47), 20. יצוין שאף Dworkin עצמו מדגיש, כי גם שיקול־דעת חזק כפוף לביקורת שיפוטית: "The Strong sense of discretion is not tantamount to license, and does not exclude criticism" (דבורקין (לעיל, הערה 108), 33).

nevo.co.il

אחד הכללים המשפטיים החלים אפוא גם על שיקול־הדעת החזק בקביעת כללים הוא החובה לקבוע אמות־מידה ברורות ובלתי־מעורפלות.

לצד היתרונות האמורים לקיומם של כללים בקידום השוויון, הוודאות והעקיבות, אי־אפשר להתעלם מחסרונותיהם – חסרונות המקבלים משנה־תוקף ככל שהכללים מוגדרים יותר ומצמצמים את מרחב שיקול־הדעת. טבעם של כללים הוא, שאי־אפשר למנוע לחלוטין את תחולתם במקרים שהדבר אינו רצוי ואינו מקדם את המטרות המהותיות של הפעולה המינהלית, דהיינו: הם מותירים אחריהם בהכרח מקרי־שוליים שבהם הכלל יביא לתוצאה לא־רצויה,[114] או לתוצאה מסוימת המנוגדת לתוצאה שהיתה מתבקשת על־פי הרציונל שביסוד קיומו של הכלל.[115] במצב כזה, יישום דווקני של כללים נוקשים על מקרי־גבול בעייתיים, תוך התעלמות מנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנידון, אף הוא בגדר שרירות מינהלית.[116] ביקורת זו רלבנטית רק לדיוננו בנורמות כלליות, להבדיל מהחלטות אינדיבידואליות, שאז אין סכנה שדיוק בקביעת הנורמה יפגע במקרה הקונקרטי. לעניינן של הנורמות הכלליות נראה לי, כי הפתרון צריך להיות במידת הנוקשות של הנורמה, ולא רק באופן הגדרתה. ואכן, לעניינן של הנחיות מינהליות קובעת ההלכה, כי לא זו בלבד שבהתקיים נסיבות מיוחדות הרשות רשאית לסטות מהנחיות, אלא שייתכן שנסיבות מיוחדות של מקרה מסוים יחייבו אותה לסטות מהנחיה.[117] לעומת זאת, תקנות מינהליות הן נורמות קשיחות אשר כל זמן שאין פגם בחוקיותן, הן חלות על כל מקרה הנופל בגדרן.[118] על הלכה זו הושמעה לא־אחת ביקורת ואף הועלו הצעות שונות באשר לאופן שבו אפשר להתגבר עליה.[119] לעניינו חשוב להדגיש, כי ניסוח נכון של התקנות עשוי לעתים לפתור מצבים של מקרים הריגים

---

114. דותן (לעיל, הערה 106), 436.

115. מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז (תשמ"ח) 321, עמ' 326.

116. דותן (לעיל, הערה 47), 451. כהדגמה לבעייתיות ראו דבריו של השופט לנדוי בבג"ץ 134/76 שרעבי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי־הדין ואח', פ"ד ל (3) 493 (להלן: בג"ץ שרעבי), עמ' 498:

> אכן, נראה לי שאילו אימצה המועצה את מחשבתה קצת יותר, כדי להושיע גם לחיילים במצבו המיוחד של העותר, היה עולה בידה להמציא פיתרון נאות לבעייתו, על־ידי הוספת תיקון מתאים לכללים, בלי לפתוח פתח רחב מדי למקרים אחרים, פחות ראויים. אבל חוסר־סבירות מפליג אין לראות כאן...

117. בג"ץ 10/79 הורמן נ' ראש עיריית תל־אביב־יפו ואח', פ"ד לג (3) 60, עמ' 63; זמיר (לעיל, הערה 75), 786; דותן (לעיל, הערה 10), 432.

118. אייל זמיר (לעיל, הערה 66), 323; דותן (לעיל, הערה 106), 425.

119. אייל זמיר סבור, כי הלכה זו היא פרי ריסון עצמי של בית־המשפט ואינה מחויבת מבחינה משפטית. הוא מציע אפוא כפתרון שימוש בכלל "הציפורן הכחולה", דהיינו: פסילה חלקית על־ידי הפרדה בין החלק הפסול לחלק שאינו פסול (אייל זמיר (לעיל, הערה 66), 325-327). דותן מציע אפשרות לסטות מן התקנות תוך יישום דרישת ההכללה הרציונלית, שלפיה

nevo.co.il

שהכלל אינו עושה אתם צדק, על הרשות להימנע ככל האפשר מניסוח פשטני של כללים "אחידים"[120] ולהקדיש יותר זמן ומחשבה לניסוחם של הכללים באופן שייעשה צדק עם מקרים רבים ככל האפשר, למשל: באמצעות קביעת משקלים או מדדים לקריטריונים מסוימים, תוך אפשרות לקחת בחשבון "קיזוז" בין קריטריונים מסוימים וכדומה. באופן זה קיומה של דרישת הוודאות בניסוחם של כללים יפגע במספר מינימלי של מקרים חריגים ומיוחדים.

2. העברת הנורמה המינהלית בביקורת שיפוטית בלא ההלשה או ויתור על כלל הריסון ביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות אין בה משום ויתור על כלל הריסון השיפוטי – ויתור, שכאמור, נטען כי קיים כאשר בית־המשפט מפעיל ביקורת בעילת הסבירות.[121] דומה כי ישנה הסכמה רחבה, שוויתור מוחלט על כלל הריסון השיפוטי אינו רצוי, בשל מגבלות הנובעות באורח אינהרנטי מאופי פעולתו של בית־המשפט: בית־המשפט פסיבי מטבעו ועוסק רק במה שמובא לפניו ביוזמתו של בעל־הדין, זאת ועוד: לבית־המשפט אין כלי חקירה כדי לדדת לעומקה של מחלוקת ציבורית, והוא תלוי בחומר החקירה שהפרקליטים בוחרים להביא בפניו.[122] לאור זאת, ההליך השיפוטי מיועד בראש־ובראשונה להכרעה בשאלות קונקרטיות על סמך כללים מקדמיים ואינו מתאים לקבלת הכרעות לגבי מדיניות חברתית או כלכלית כוללת. חשיבותה של עילת חוסר־הוודאות בכך, שאין היא מערבת הכרעות מדיניות על־ידי בית־המשפט, אלא הצבעה על מקומות שבהם הרשות אשר קיבלה את הנורמה המינהלית לא דייקה או לא קבעה אמות־מידה ברורות,[123] אפשר להדגים זאת באמצעות פסקי־דין אשר יישמו את העילה:

בבג"ץ כהנא הדגיש השופט ברק, כי בעוד ההחלטה בנוגע לפרשנותו של חוק רשות־השידור, תשכ"ה-1965, וקביעת אמת־המידה העקרונית העולה מתוכו באשר לחופש הביטוי, היא החלטה שבאחריותו של בית־המשפט, שכן לעניין פרשנות החוק בית־המשפט אינו מפעיל את כלל הריסון;[124] הרי שההחלטות האחרות העומדות בפני רשות־השידור – דהיינו: קביעה אד־הוק באשר לקיום מבחן הוודאות הקרובה וקביעת קדימויות במסגרתו – עניינן פעולה במסגרתו של המבחן הראוי, ועליהן תופעל הביקורת השיפוטית הרגילה. דהיינו: מבין שתי דרכי ביצוע סבירות בית־המשפט יסמוך את ידו על

הגורם המחליט על הנחיגה מהתקנה יצמיד למבחן לא רק את ההחלטה הקונקרטית, אלא גם את הכלל התקדימי הנובע ממנה (דותן (לעיל, הערה 106), 453).

120. דותן (לעיל, הערה 47), 450.

121. יודגש שוב כי לדעתי, טענה זו בהקשר לביקורת שיפוטית בעילת הסבירות היא גורפת מדי. עם זאת, נקל להבין את הסיבה לקיומה, בשל היעדר הקביעות והצפיות של העילה.

122. משה לנדוי, "כוחו של בית־המשפט ומגבלותיו", משפטים י (תש"ם) 196, עמ' 198; דותן (לעיל, הערה 47), 466.

123. אפשר לטעון, כי עצם ההחלטה מהי מידת הריוק הנדרשת היא החלטה של מדיניות. טענה זו תידון להלן, בסעיף ו, 4.

124. בג"ץ כהנא (לעיל, הערה 2), 306.

דרך הביצוע הנראית לגורם המבצע.[125] בעניין זה נחה דעתו של בית־המשפט, כי פרשנותה של רשות־השידור לעניין תחולתו של מבחן "הוודאות הקרובה" היא הפרשנות הנכונה. עם זאת, החלטתה של הרשות נפסלה, בין השאר משום שלא בחנה עניינית כל ביטוי וביטוי.[126] ההחלטה המינהלית נפסלה אפוא בשל חוסר־ודאותה ולא בשל פסילת שידור אשר בית־המשפט סבר כי הוא ראוי לפרסום.[127] בבג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין השופט ד' לוין סבר, כי יש מקום לשפר את הקריטריונים בקביעת אמות־מידה אובייקטיביות, ברורות ובהירות, אך לא קבע מה תהיינה אמות־מידה אלה, אלא הורה שהן תיקבענה על־ידי מנגנון אחראי במשרד־הדתות, או במסגרת בית־הדין הרבני הגדול, אשר ייעץ לשר־הדתות במקרה של מחלוקת.[128] גם בבג"ץ תאטרון ארצי לנוער העלה בית־המשפט את השאלה:

> האם אין זה אפשרי וראוי שהמבחנים יקבעו את המשקל של כל אחד מן המדדים המרכזיים, או לפחות של חלק מהם, בדרך של ניקוד או בדרך אחרת, שתשמש מכשיר להערכה אובייקטיבית יותר של כל תיאטרון?

וקבע כי התשובה תינתן על־ידי שר־החינוך, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, שכן החוק הקנה להם את הסמכות לקבוע מבחנים למתן תמיכות. הם יכולים להסתמך, לשם הפעלת הסמכות, על ניסיון רב ומומחיות שנקבעו במשרדיהם. הם שיחליטו אילו מדדים להותיר על כנם, באיזו מידה אפשר לקבוע במבחנים משקל לכל מדד ובאיזו מידה ראוי להשאיר את שיקול־הדעת להערכת ועדת התמיכות של השר.[129]

בית־המשפט אינו מבטל אפוא את כלל הריסון, אלא מצביע על הבעייתיות ומחייב לקבוע קריטריונים אובייקטיביים, אשר תוכנם ייקבע על־ידי הרשות המוסמכת. נושא תוכנם של הכללים, או המשקל הניתן לכל קריטריון, הוא נושא לביקורת נפרדת בין השאר במסגרת עילת הסבירות.[130]

---

125. שם, 307.

126. שם, 303.

127. יש לציין, כי גם במצב כזה נראה שבית־המשפט היה מרסן את עצמו פחות מאשר נקרים אחרים. בתחום ההגנה על זכויות־היסוד היקף תחולתו של כלל הריסון מצומצם יותר, משום שבית־המשפט רואה את עצמו אחראי לעיצוב ההסדר החברתי השולט בתחום זה, באופן המצמצם את נכונותו לרסן את עצמו בכל הקשור בקביעות המינהליות באשר לזכויות־היסוד. ראו דותן (לעיל, הערה 47), 469.

128. בג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין (לעיל, הערה 3), 456.

129. בג"ץ תאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 4), 280.

130. כדוגמא מובהקת לפסילת קריטריון בשל חוסר־סבירות ראו בג"ץ 720/82 אליצור איגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח', פ"ד לז (3) 17 – שם פסילת הקריטריון

3. ערפול כסימפטום לפגם אחר

כפי שתוצאה אשר לכאורה היא בלתי־סבירה יכולה לשמש ראיה לקיומו של פגם אחר במעשה המינהלי – כגון מטרה זרה, התעלמות משיקול ענייני מסוים וכדומה – כך כללים מעורפלים יכולים להעיד לעתים על קיומו של פגם אחר במעשה המינהלי. ואכן, מעיון בפסקי־דין המכון להכשרת טוענות בית דין ותאטרון ארצי לנוער עולה, כי לא בכדי נעדרו מהכללים אמות־מידה ברורות. בבג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין ראה השופט ד' לוין את הבעייתיות העיקרית בכלל 2, אשר קבע:

> לעניין התנאים הנזכרים בסעיף 1(ה), (ו), (ז) ו־(ח) דלעיל, תשמש הכרה מטעם המחלקה לישיבות במשרד לענייני דתות כהוכחה לכאורה לכך שהתקיימו במוסד התנאים האמורים.

כזכור, תנאים 1(ה)־(ח) נועדו להבטיח, כי המוסד החינוכי שתינתן לו הוכרה יעמוד על רמה גבוהה, סגל המורים בו יהיה קבוע, והמוסד יוכיח מוניטין חיובי ורמה נאותה בהכשרה התורנית והדתית הניתנת בין כתליו. השופט ד' לוין לא חלק על חשיבותם של קריטריונים אלה, אם כי עמד על כך כי אין בהם אמות־מידה ברורות. אלא שכאמור, את עיקר הבעיה ראה השופט ד' לוין דווקא בכלל 2. השופט העלה את החשש שלפי כלל זה יימסר שיקול־הדעת – המסור בתוק לשר־הדתות ובתקנות לבית־הדין הרבני הגדול[131] – לידי המחלקה לישיבות במשרד לענייני דתות, אשר תחליט לאיזה מוסד תינתן הכרה. אם אמנם כך יקרה, אזי יש מקום לחשש שלא השיקולים הנכונים יגחו מחלקה זו, משום שבחינת הדברים על־ידה אפשר שתיעשה על־פי הכללים המנחים אותה בעשיית הביקורת והפיקוח על ישיבות המבקשות לקבל תמיכה ממשרד־הדתות. כללים אלה נועדו למטרה שונה ומכוונים לישיבות ולאברכים חובשי ספסל הישיבה,[132] כלומר: הבעייתיות של היעדר אמות־המידה הברורות נבע למעשה מכך שהכרה של המחלקה לענייני דתות שימשה הוכחה לכאורה לקיום התנאים. במצב כזה, ראשית, נשלל מבעל הסמכות – במקרה זה, בית־הדין הרבני שלו הוענקה הסמכות על־ידי שר־הדתות – הצורך בכללים מפורטים,

---

לא נעשתה משום שבית־המשפט מצא לנכון להתערב בשיקול־דעתה של העירייה, אלא משום חוסר־סבירותם של הקריטריונים שקבעו את חלוקת שעות המסלול בין אגודות־הספורט.

131. יצוין, כי השופטת שמדסברג־כתן הטילה ספק ביכולתו של שר־הדתות להאציל לבית־הדין הרבני הגדול את הסמכות לקבוע את התנאים לייצוג בעלי־דין. ספק זה נבע בין השאר מכך "שמדובר בוכות לחופש העיסוק, שחשיבותה העליונה הוכרה בשיטתנו המשפטית מאז ומתמיד והיא עוגנה בחוק־יסוד: חופש העיסוק ומהווה זכות חוקתית בעלת ערך עליון" (בג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין (לעיל, הערה 3), 460). פרופ' זמיר מציין בספרו (לעיל הערה 75), 546, הערה 52), כי ספק אם במקרה זה היה מדובר באצילת שיקול־דעת מן השר אל בית־הדין הרבני הגדול, להבדיל מהענקת סמכות על־ידי השר לבית־דין זה.

132. בג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין (לעיל, הערה 3), 455.

שכן הוא יכול היה לאמץ את קביעותיה של המחלקה והאמורה. מכאן כי היעדר אמות־המידה הוא, בין השאר, סימפטום לפגם של אי־הפעלת שיקול־דעת עצמאי.[133] שנית, הגוף שאליו הועבר שיקול־הדעת אינו גוף מתאים ולפיכך קיים חשש לפעולה על־פי מטרה זרה.[134]

גם בבג"ץ תאטרון ארצי לנוער היעדר אמות־המידה הברורות נבע מפגם אחר. המבחנים הקיימים שימשו "כס שפתיים לעיקרון השוויון".[135] בפועל, התמיכה שניתנה מדי שנה לתיאטרונים לא נקבעה על יסוד המבחנים, אלא לפי שיטה אחרת. שיטה זו הוצגה בדין־וחשבון ועדת שלה,[136] שממנו עולה כי בפועל מגבלות התקציב ודפוסי התקצוב בשנים הקודמות הם הגורמים המשפיעים בעיקר על קביעת סכומי ההקצבות ולא מושקעת מחשבה מעמיקה או בדיקה מחדש, המתחייבות מניתות הסיבות והגורמים למצב נתון של תיאטרון כלשהו. מכאן, שגם במקרה זה אמות־המידה המעורפלות לא היו אלא כסות לכך שלא נעשה בהן שימוש. תוסר־הנוחות הוא אפוא סימפטום לפגם חמור של אי־קיום הוראת חוק יסודות התקציב בדבר חלוקת תמיכות לפי מבחנים שוויוניים.

4. התמודדות עם חוסר־היכולת לאכוף את החובה לקבוע כללים

סמכות מוענקת לרשות מינהלית כדי שהרשות תפעיל אותה, לפי נסיבות העניין, באופן שיש בו לשרת את תכלית הסמכות. לפיכך חובה על הרשות לשקול במקרה המתאים אם יש צורך להפעיל את הסמכות ולהפעילה לפי הצורך.[137] הפסיקה הכירה באפשרות לאכוף על רשות מינהלית לנצל את סמכותה להתקין תקנות, בין אם מדובר בסמכות חובה[138] ובין אם מדובר בסמכות רשות.[139] עם זאת, ולמרות ההלכה העקרונית, מיעט בית־המשפט לנצל אפשרות זו[140] והדגיש, כי יתעדב רק במקרים של חוסר־סבירות

---

133. על־פי ההלכה, אסור לרשות המינהלית לאמץ המלצה או דעה של גוף מייעץ בלי להפעיל שיקול־דעת עצמאי (זמיר (לעיל, הערה 75), 861).

134. מהכלל, שלפיו על הרשות להפעיל את סמכותה משיקולים ענייניים בלבד ולא לשקול שיקולים זרים לעניין, עולה כי יש שהתייעצות דצונית עם גוף שאין לו לנגד עיניו אלא שיקולים זרים לעניין, פסולה (שם, שם).

135. בג"ץ תאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 4), 278.

136. ועדה אשר מונתה בשנת 1993 על־ידי שרת־המדע־והאמנויות, כדי לבדוק את המשבר המינהלי והכספי שפקד את התיאטרונים בישראל.

137. זמיר (לעיל, הערה 75), 691.

138. בג"ץ 295/65 אופנהיימר ואח' נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ (1) 309.

139. בג"ץ ברגר (לעיל, הערה 76), 35. זכן ראו אהרן ברק, "החובה להתקין נורמות כלליות", הפרקליט כב (תשכ"ו) 292, עמ' 295.

140. אמנם, בבג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 429 בית־המשפט, בדעת רוב, הורה לשר־הפנים להנהיג "זמן קיץ", בקובעו כי מדובר בסמכות חובה, אך ספק אם אפשר לראות בסמכות זו חקיקת־משנה במובן המקובל של המונח. ראו דותן (לעיל, הערה 47), 445, הערה

nevo.co.il

קיצוני.[141] בית־המשפט אף ציין במפורש, כי אף אם ההלכה מחייבת את מחוקק־המשנה לפעול, אין היא מחייבת אותו לפעול כך או אחרת[142] ולפיכך הוא יימנע מלתת לרשות צו עשה הקובע גם מה יהיה תוכן החלטתה, או מה יהיה ההסדר המפורט שעליה לכלול בתקנות ששומה עליה להתקין.[143] מכאן שאף אם יורה בית־המשפט לרשות להתקין תקנות, ייתכן שהרשות תתקין תקנות דיקות מתוכן באופן אשר לא יתקן את התקלה שרצה בית־המשפט לתקן. נראה לי, כי עילת חוסר־הוודאות עשויה לסייע להתמודד עם קשיים אלה, שכן הרשות תדע כי לא זו בלבד שעליה להתקין תקנות, אלא שתקנות אלה צריכות לקבוע אמות־מידה מפורטות וברורות, ושמידת בהירותן, גם אם לא תוכנן (כל עוד הוא עומד במבחן הסבירות), ייתכן שתובא לביקורת בית־המשפט.

להבדיל מתקנות, בית־המשפט נוטה יותר לחייב את הרשות לקבוע הנחיות מינהליות כתנאי להפעלת סמכותה.[144] ד"ר דותן מסביר שוני זה בין השאר בכך, שבדוב המקרים

---

30. בבג"ץ 337/84 הוקמה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לח (2) 826 נידונה עתירה להורות לשר־הפנים לקבוע זקיקת־משנה לעניין הצבעת אסירים בבחירות לכנסת. השופט אלון, בדעת יחיד, סבר, כי שומה על ועדת־הבחירות ליזום הסדרים מתאימים למימוש זכותם של אסירים, אך הסכים שהדבר אינו אפשרי בזמן הקצר שנותר עד לבחירות ולכן אין מנוס מדחיית העתירה.

141. כך, למשל, בבג"ץ 359/82 אילן נ' שר העבודה והרווחה ואח', פ"ד לו (4) 110, נידונה עתירה כנגד שר־העבודה, מדוע לא ישתמש בסמכות המוקנית לו בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, ס"ח 108, להתקין תקנות שעל־פיהן הגמול למשרתים במילואים יהיה בשיעור מוגדל. בית־המשפט קבע, כי "שיקול הדעת בעניין זה מסור לשר, ושיקוליו, באמור, סבירים, וממילא אינם בלתי סבירים במידה קיצונית, שתצדיק התערבותנו. מכיוון שכך, אין מקום שנתערב בשיקוליו ובהחלטתו של השר, כשהחליט לפי שעה לא לעשות שימוש בסמכותו..." (עמ' 111-112, ההדגשות שלי – מ"ט). ואת ועוד: בית־המשפט ציין, כי הסמכות הנתונה לשר משמעה סמכות להפלות לטובה את המשרתים במילואים. "לפיכך, אם בדרך כלל נהסס להתערב בשיקול־דעתו של השר, על אחת כמה וכמה כשהחליט, לאחר ששקל בעניין, לא להפעיל שיקול־דעתו בסמכות מיוחדת כזו" (עמ' 112, ההדגשות שלי – מ"ט).

142. בג"ץ שרעבי (לעיל, הערה 116), 498.

143. ראו בג"ץ 89/83 לוי נ' יושב־ראש ועדת הכספים של הכנסת ואח', פ"ד לח (2) 488, עמ' 503; ברוך ברכה, משפט מינהלי (כרך א, שוקן, תשמ"ז), 187:

> עם זאת, אין להתעלם מכך שלעיתים חיוב הרשות להתקין פירושו גם קביעת תוכן התקנה. זהו המצב באותם מקרים בהם התקנה היא בעלת תוכן מוגדר, הקבוע בחוק המסמיך. הוא הדין כאשר הרשות פרסמה את התקנה, והעותר קובל על כך שאין מופיע בה פרט שמן הראוי היה לכלול אותו. קבלת עתירתו משמעה הכללת אותו פרט בתקנה, אותה תחויב הרשות להתקין.

144. דותן (לעיל, הערה 47), 447. תובה כזו עולה גם מפסק־הדין בבג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין (לעיל, הערה 3). השופט דב לוין, דן, ראשית, בחובת בית־הדין הרבני הגדול

nevo.co.il

שבהם התעוררה שאלת החובה להתקין תקנות, דובר בתחומים שבהם הרשות המינהלית סירבה מלכתחילה להפעיל את סמכותה בתחום הרלבנטי, בעוד בפסקי־הדין שאכפו את החובה לקבוע הנחיות, ההתערבות השיפוטית רק חייבה את הרשות לעשות מה שעשתה ממילא, תוך שימוש בכללים מינהליים.[145] בהקשר זה יודגש, כי שימוש בעילת הוסר־הוודאות במסגרת ביקורת על נורמות כלליות, בין אם מדובר בתקנות ובין אם מדובר בהנחיות מינהליות, אין בו התערבות במקום שבו הרשות לא פעלה, אלא הוראה לרשות, כאשר קבעה כללים או קיבלה החלטה, להבהיר את הנורמה, לדייק יותר או לקבוע אמות־מידה ברורות יותר.

ביקורת על־פי עילת הוסר־הוודאות, מחד גיסא, אינה מחייבת את הרשות לפעול, משום שהרשות פעלה בקובעה כללים. מאידך גיסא, יש בה אפשרות להתמודד עם הוסר־היכולת לאכוף את החובה לקבוע כללים (כאשר חובה זו קוימה על־ידי הרשות מיוזמתה או כאשר בית־המשפט התליט להשתמש בסמכותו לתורות לה לפעול כך) בכך שהרשות תדע שאין די לקבוע כללים ריקים מתוכן, אלא עליה לקבוע אמות־מידה ברורות, מדדים ומשקלים, שישרתו את תכליתו הפרטיקולרית של החוק ואת התכלית הכללית של דרישת השוויון.

ו. טיעונים כנגד הכרה בעילת הוסר־הוודאות

בפרק זה אתמודד עם טיעונים אפשריים כנגד הכרה בעילת הוסר־הוודאות. במסגרת זו אקיש מטיעונים הנשמעים ברוך־כלל נגד דרישת בתי־המשפט מהרשות המינהלית להבנות את שיקול־דעתה באמצעות כללים, מתוך הנחה שטענות אלה תישמענה מכוח קל־וחומר כנגד דרישת בתי־המשפט מהרשות המינהלית להבנות אף את הכללים עצמם, לדייק בהחלטותיה ולקבוע אמות־מידה, מדדים ומשקלים ברורים לקריטריונים שהיא משתמשת בהם.

במסגרת זו אדגיש את הטיעונים המועלים בארצות־הברית נגד הדוקטרינה של הבניית שיקול־הדעת (Structuring Administrative Discretion), הנתמכת בעיקר על־ידי פרופ' Davis. פרופ' Davis סבור, כי שיקול־דעת מינהלי בלתי־נמנע במדינה המודרנית,

---

לקבוע כללים, ולאחר שציטט מבג"ץ ברגר, שבו נאמר כי "אין רשות מינהלית רשאית להימנע מהפעלת סמכויות הרשות שבידה להתקנתה של חקיקת משנה בלא כל טעם ענייני כדין" (בג"ץ ברגר (לעיל, הערה 76), 35), קבע כי "אותו הגיון יכול וצריך לחול גם בעניין של אקט מינהלי מדרגה שונה" (בג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין (לעיל, הערה 3), 451). גם מבג"ץ תאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 4) עולה לכאורה החובה לקבוע הנחיות מינהליות, אך נראה שמדובר בהנחיות בעלות מעמד מיוחד, משום שהחוק עצמו הסדיר את יצירתן (סעיף 3א(ה) לחוק יסודות התקציב), ולכן ככל שפסק־דין זה עניינו החובה לקבוע כללים, אפשר לצמצם את תחולתו להנחיות מינהליות שלהן מעמד בחוק.

145. דותן (לעיל, הערה 47), 447-449.

nevo.co.il

והפתרון אינו בביטולו. עם זאת, לדעתו, קיים שיקול־דעת רב מיותר ואפשר לצמצמו. באשר לשיקול־הדעת ההכרחי שנותר, הרי שאפשר לשלוט בו טוב יותר[146] בשני אופנים עיקריים: תחימת שיקול־הדעת (confining discretion) והבנייתו (structuring discretion). תחימת שיקול־הדעת משמעה קביעת גבולות שיקול־הדעת על־ידי שימוש בכללים המגדירים באופן נוקשה את התחום שמקבל ההחלטות יכול לפעול בו;[148] ואילו הבניית שיקול־הדעת משמעה שליטה על האופן שבו הבחירה בין האלטרנטיבות נעשית על־ידי איש־המינהל באמצעות קביעת סטנדרטים גמישים המנחים את שיקול־דעתו ובאמצעות קביעת כללים פרוצדורליים שיש לעמוד בהם במסגרת הפעלת שיקול־הדעת.[149] פרופ' Stewart מעביר ביקורת על הרדוקטרינה של הבניית שיקול־הדעת[150] תוך העלאת טענות, אשר מצאתי אותן ראויות להתייחסות, גם בהקשר של שימוש בעילת חוסר־הוודאות.

---

146. לסיכום דעתו ראו: Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice in Europe and America* (University of Illinois Press, Chicago, 1976), 9-10:

> In my study of discretionary justice in America, based on many interviews, I have found that discretionary justice is indispensable to modern government and that the cure for discretionary injustice cannot be the elimination of such power. But I have also found that all levels of American government-federal, state, and local – are shot through with unnecessary discretionary power, and I concluded that "we can and should cut back huge quantities of unnecessary discretionary power". I also found that we can do much more to control necessary discretionary power...

לביקורת על ספרו של Davis ראו: J. Skelly Wright, "Beyond Discetionary Justice", 81 *Yale Law Journal* (1971-1972) 575.

147. ראו: Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law* (3rd ed., Clarendon Press, Oxford, 1996), 133.

148. Confining discretion involves setting the limits of discretion by the use of rules which rigidly define the area in which the decision-maker's choice is to operate (שם, 131).

149. Structuring discretion involves controlling the way in which the choice is made by the administrator between alternative courses of action which lie within the limits of the discretion. This can be done in two ways: first, by laying down flexible standards (and so on) which guide the exercise of discretion; and secondly, by laying down procedural rules which the administrator must observe in exercising the discretion (שם, 135).

150. סטוארט (לעיל, הערה 38), 1700-1702.

1. חוסר־המקצועיות של השופטים

על־פי טענה זו, ישנן החלטות מינהליות שהן כשלעצמן הכרעת מדיניות כוללת ומורכבת. החלטות אלה מערבות ניגודי אינטרסים במישורים רבים ומצריכות ידע ומומחיות מקצועיים, כמו גם מנגנון שיאפשר איסוף נתונים עובדתיים בהיקף רחב ותוך התייחסות לכלל פעולות המינהל בנושא מסוים.[151] לעומת זאת, השופטים היושבים בדין, כפועל יוצא מאופי בחירתם ומאופי עבודתם, אינם בעלי המקצועיות והמשאבים הנדרשים לחישוב העלויות החברתיות של כל הכרעה מינהלית.[152] יתירה מזאת: השופטים מתבוננים על שאלות של מדיניות חברתית מזווית־ראייה של ביקורת שיפוטית, כאשר הכרעה בין דעות שונות בדבר מידת הדיוק הראוי של כלל דורשת מהם להבין את ההשלכות של יישום יחיד של כלל לעולם של יישומים אפשריים.[153]

ואכן, זו היתה אחת הסיבות הנטענות לחוסר־היכולת של בתי־המשפט בארצות־הברית לאכוף את דוקטרינת ה־Non-Delegation,[154] אשר אסרה על המחוקק לאצול לרשות המבצעת סמכויות חקיקה. דוקטרינה זו קבעה, כי הכרעות בין אינטרסים וערכים חברתיים מתנגשים צריכות להיעשות על־ידי המחוקק ולא על־ידי ביורוקרטים שאינם נבחרים. רעיון זה נתקל בקשיי אכיפה,[155] בין השאר בשל חוסר־מקצועיותו של בית־המשפט: כיצד יכול בית־המשפט להחליט מהי מידת הדיוק האפשרית בקביעת מדיניות שכר, מזירים וכדומה? כיצד בית־המשפט יכול לדעת מתי רמת הידע הקיים מספקת באופן שאפשר

151. דותן (לעיל, הערה 47), 466; לנדוי (לעיל, הערה 122), 198.

152. Donald L. Horowitz, *The Courts and Social Policy* (The Brookings Institution, Washington, 1977), 26:

> By virtue of the processes of recruitment and socialization and the apportionment of work, the judge of a trial or appellate court of general jurisdiction is a generalist par excellence.

153. דייבר (לעיל, הערה 9), 108.

154. מקורה של דוקטרינה זו בסעיף הראשון לחוקה האמריקנית, הקובע:

> All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives. (U.S. Const. Amend. I, § 1)

על בסיס סעיף זה פותחה דוקטרינה, שלפיה אסור למחוקק לאצול את סמכויות החקיקה שלו לרשות המבצעת, לפחות בכל שהן מתייחסות למדיניות עקרונית. אצילה חייבת להיות מוגבלת בין על־ידי קביעה של המחוקק את המטרות והאמצעים ובין על־ידי קביעת מגבלות על תחום הסמכות המואצל, כלומר: החוק חייב היה לקבוע באופן ברור את תחום הסמכות שבו הרשות המינהלית יכולה לפעול. ראו: Bernard Schwartz, "American Administrative Law – A Synoptic Survey", 14 *Israel Law Review* (1979) 413, p. 414.

155. בכל ההיסטוריה של בית־המשפט העליון בארה"ב הוא פסל שני חוקים על בסיס הדוקטרינה. ראו רייט (לעיל הערה 146), 582.

nevo.co.il

לדרוש מהמתוקק מידת דיוק רבה יותר בקביעת המדיניות?[156] פרופ' Stewart סבור, כי אותה ביקורת ישימה אף כנגד הדוקטרינה של הבניית שיקול־הדעת: כאשר רשות מסרבת לאמץ כלל ספציפי יותר, כיצד יחליט בית־המשפט אם המדיניות שלה מוצדקת? לשיטתו, ייתכן שהנושא או הידע בתחום אינם מאפשרים כללים פרטניים יותר ולפיכך ההכרעה צריכה להיוותר בידי הרשות.[157]

לדעתי, ההשוואה בין ביקורת שיפוטית על מידת הדיוק של המחוקק ובין ביקורת שיפוטית על מידת הדיוק של הרשות המבצעת, בעיתית מיסודה: ראשית, הרציונל הוא שונה. הרציונל לדוקטרינת אי־האצילה הוא דרישה, שההסדרים הראשוניים ייקבעו על־ידי המחוקק הנבחר ולא על־ידי ביורוקרטים ממונים, בעוד הדרישה לפירוט על־ידי הרשות היא הרצון לקדם את עקרונות הצפיות, הוודאות והשוויון. שנית, בעוד המחוקק נעדר יכולת להתאים את החקיקה לתנאים המשתנים, הרי שהרשות המינהלית מקצועית יותר, בעלת יכולת לקבל החלטות בפרוצדורה פחות מסובכת משלבי החקיקה ועל־כן אפשר לדרוש ממנה מידת דיוק שאין לדרוש מהמחוקק.

לגופו של עניין נראה לי, כי טיעון חוסר־המקצועיות אינו עומד בכל הנוגע לעילת חוסר־הוודאות: ראשית, בית־המשפט ישמע את עמדת הרשות וישקול אותה בהחלטתו אם עליה לדייק יותר. לעניין זה תיתכנה גם דעות שונות של שופטים שונים, והדבר לגיטימי ואפשרי כמו בנושאים אחרים של ביקורת שיפוטית. כך, למשל, בבג"ץ זכרוני, השופט ד' לוין קיבל את טענתה של רשות־השידור, כי מאחר שידוע שדוברי אש"ף מנצלים כל במה אפשרית לפגוע באינטרסים חיוניים של המדינה, מותר לרשות שלא להיכנס להבחנות דקות ולאמץ מדיניות כללית; ואילו השופט בך סבר, כי גם אם פיקוח על ראיונות מצולמים והחלטה קונקרטית לגבי מידת הסכנה שבכל אחד מהם כרוכים בקשיים מטוימים, הרי שאי־אפשר לומר כי פיקוח כזה אינו בר־ביצוע. שנית, כפי שהראיתי לעיל,[158] בהעבירו ביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות אין בית־המשפט מוותר על כלל הריסון. תפקידו של בית־המשפט מתמצה בהצבעה על הבעיה והוא מותיר לרשות את שיקול־הדעת בקביעת המדדים והמשקלים השונים. שלישית, והתפתחות מדינת המינהל והסמכויות העצומות הניתנות לרשויות המינהליות בתחומים רבים הנוגעים לחיינו מחייבת הרחבה של הביקורת השיפוטית עליהן. עקב כך, גם בארצות־הברית שוררת כיום הבנה כי אי־אפשר להיתלות בשיקול חוסר־המקצועיות של השופטים וכי גם בתי־המשפט, כמו גם רשויות המינהל, הם רשויות שלטוניות אשר ראוי כי יפעלו לטובת הציבור:

> The judges are coming to realize that abdication of the field to the administrator is not a valid way of performing the task. "It will not do to say that it must all be left to the skill of experts". The judiciary too,

156. סטוארט (לעיל, הערה 38), 1696.

157. שם, 1700.

158. סעיף ה, 2.

nevo.co.il

> has a vital part to perform. "Courts no less than administrative bodies", the Supreme Court has stated significantly, "are agencies of government. Both are instruments for realizing public purposes".[159]

לדעתי, דברים אלה מקבלים משנה־תוקף כאשר מדובר במדינת ישראל, שבה מערכת הבלמים והאיזונים, שתפקידה למנוע שימוש לרעה בכוח, חלשה יותר מבארצות־הברית,[160] ראשית, הרשות המבצעת במדינת ישראל מרכזת בידיה כוח עצום ולא רק בתחום הביצוע ולכן תלותו של האורח במינהל עולה אף על זו שבארצות־הברית. מבחינה היסטורית, הדבר נובע מהבעיות המיוחדות שמדינת ישראל ניצבה בפניהן מאז הקמתה (בעיות בסתוניות, הצורך בקליטת כמויות גדולות של עלייה, הצורך בפיתוח תשתית כלכלית) ואשר הובילו להענקת תפקידים רבים וסמכויות רחבות למינהל הציבורי,[161] שנית, בישראל אין חוקה שתגביל את הכנסת בהעברת סמכויות לממשלה, ובפועל לממשלה השפעה רבה על הכנסת שעשויה להגיע לידי שליטה באמצעות הרוב הקואליציוני,[162] ושלישית, הכנסת מורכבת מבית אחד ואין לה בית שני אשר תהיה לו השפעה ממתנת על החקיקה וכוח מרסן.[163] לפיכך במדינת ישראל הביקורת השיפוטית היא "אבן פינה במערכת של בלמים ואיזונים".[164]

2. פגיעה ביעילות המינהלית

בהקשר זה נטען, כי המשאבים הדרושים כדי לפתח, לשמר ולהשתמש בכללים גדלים ככל שהכללים נעשים מפורטים יותר, וישנה נקודה שבה העלות השולית של פירוט נוסף אינה מוצדקת על־ידי התועלת השולית של צדק שהכלל מקדם.[165] על הרשות לשקול שיקולי כדאיות כאשר היא מחליטה אם לגבש כללים מפורטים, ושאלת הכדאיות תלויה במשתנים רבים: מספר המקרים הקונקרטיים שכהם הרשות צפויה לטפל על־פי הכללים, רמת הגיוון והשוני בין המקרים השונים הצפויים להיות מטופלים, כמות המידע שיש בשלב התכנון בידי הרשות, עלות השגת המידע, המידה שבה אפשר להעריך את טיב המקרים שהכללים יסדירו וכו'.[166] דומה, כי כאשר מדובר במידת הדיוק של הכללים עצמם, רשימת השיקולים רק נעשית ארוכה יותר.

---

159. שוורץ (לעיל, הערה 154), 426.
160. זמיר (לעיל, הערה 46), 67.
161. ראו לעיל, הערה 59.
162. זמיר (לעיל, הערה 46), 69.
163. שם, שם.
164. שם, 70.
165. סטוארט (לעיל, הערה 38), 1699, הערה 147.
166. דותן (לעיל, הערה 47), 460-461.

nevo.co.il

אכן, עקרונית טענה זו נכונה, אלא שלא נראה לי כי יש בכוחה לשלול על הסף ביקורת שיפוטית בעילה של חוסר־ודאות. שופטים מורגלים בבחינת שיקולי עלות מול תועלת במשפט. הדבר בא לביטוי, למשל, בבחינת "מאזן הנוחות" במסגרת החלטה על הוצאת צו־מניעה ועל תחולתו של צו כזה.[167] במשפט המינהלי הדבר קיים במשנה־תוקף בשל חובת המינהל לפעול ביעילות ובהגינות. אכן, חובתה הראשונית של הרשות היא לספק את השירות לציבור ביעילות, אלא שחובה זו כפופה לחובה לספק את השירות בהגינות. עקב כך מהותה של הביקורת השיפוטית על המינהל היא תתירה אל האיזון הראוי בין ההגינות ליעילות.[168] איזון זה עובר כתוט־השני בכל המשפט המינהלי. כך, למשל, בית־המשפט יחייב את הרשות לכבד את כללי הצדק הטבעי, אך יימנע מלהחיל כללים אלה באופן גורף כך שיכביד על הרשות. על־כן כאשר בפני בית־המשפט עומדת טענה של עותר שנמנעה ממנו זכות הטיעון, למשל, בית־המשפט יקח בחשבון את משמעות הרתבתה של חובת הרשות לאפשר שימוע על הסיטואציה הנטענת ואת מידת ההשפעה שתהיה למתן שימוע כזה על היכולת של הרשות לתפקד.[169] אין כל סיבה שהאיזון האמור לא ייעשה גם כאשר בית־המשפט מעביר ביקורת על מידת הדיוק של נורמות מינהליות.

3. בתי־המשפט אינם מודעים למשמעויות התקציביות של החלטותיהם

בעייתיות נוספת המועלית בהקשר לביקורת השיפוטית היא, שהשופטים יכולים להרשות לעצמם להתמקד בהגנה על זכויות ואינטרסים, משום שהם אינם צריכים לשאת במשמעויות התקציביות של החלטותיהם.[170] לפיכך נטען, כי לא ראוי שבית־המשפט יורה לרשות לפרט או לדייק יותר, כאשר הרשות מסרבת לעשות זאת, משום שייתכן כי קביעת כללים מדויקים יותר גוררת הוצאה כספית כבדה מדי.[171]

לעניין זה אשיב בשניים: ראשית, בית־המשפט ישמע את עמדת הרשות, שבמסגרתה בוודאי תוצגנה המשמעויות התקציביות של ההחלטה, ויחתור לאיזון ראוי בין הגינות ליעילות. כך פועל בית־המשפט בדרך־כלל וכך יפעל בביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות. שנית, כאשר הנורמה המינהלית נוגעת בזכויות־יסוד, הרי ש"המימוש של זכויות־יסוד עשוי לעלות בכסף, אך הברה המחשיבה את זכויות היסוד צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר עבור מימוש הזכויות".[172] מגישה זו מתבקשת, למשל, המסקנה כי גם אם משמעות עמדתו של השופט בך בבג"ץ וכרוני היא שעל הרשות יהיה להשקיע יותר משאבים כספיים לצורך החלטה קונקרטית בשאלה, אם בכל ראיון מצולם יש משום סכנה

167. הורוביץ (לעיל, הערה 152), 34.

168. זמיר (לעיל, הערה 75), 676.

169. הורוביץ (לעיל, הערה 152), 34. וראו דבריו של השופט זוסמן בבג"ץ 185/64 פלוני נ' שר־הבריאות ואח', פ"ד יט (1) 122, עמ' 127-128.

170. הורוביץ (לעיל, הערה 152), 38.

171. סטוארט (לעיל, הערה 38), 1700.

172. דברי השופט זמיר בעע"א גולן (לעיל, הערה 90), 9. כן ראו בג"ץ מילר (לעיל, הערה 23), 113, 144.

nevo.co.il

לבטחון המדינה – הרי שהשקעה זו מתחייבת בשל הצורך בהגנה על הופש הביטוי. המשמעות התקציבית של החלטת בית־המשפט במקרה זה, המתבטאת בחיוב הרשות לדיוק בהחלטה, מוצדקת אפוא בשל הצורך בהגנה על זכות־יסוד.

4. מידת הדיוק והפרטנות של נורמה מינהלית היא החלטה מדיניות פוליטית הצריכה להיקבע על־ידי הרשות המינהלית

אכן – טוענים מתנגדי הבניית שיקול־הדעת – אפשר לטעון כי הרשות אינה צריכה לפעול בטרם תגבש מדיניות כללית שעליה ליישם במקרים ספציפיים. אך ייתכנו מקרים שבהם דווקא פעולה מיידית מוצדקת כדי לפתח נתונים שעל בסיסם תיקבע מדיניות או כדי לבסס את מעמד הרשות. ייתכן שהמצב הפוליטי נזיל או מורכב מדי באופן שאינו מאפשר גיבוש כללים. הבחירה לגבי יצירה ורמת דיוק של נורמות מינהליות היא בסופו של דבר בחירה פוליטית, הצריכה להיעשות על־ידי הרשות.[173]

לדעתי, אין בטענות אלה כדי לשלול ביקורת שיפוטית בעילת הוודאות. ראשית, גם כאשר הכרעת הרשות שלא לדייק היא הכרעה פוליטית, ספק אם שיקול זה לגיטימי,[174] למצער אפשר לומר, כי ייתכנו מקרים שבהם שקילת שיקולים פוליטיים יש בה כדי לפגוע בחובת המינהל לתת לאזרח שירות יעיל ובחובתו לנהוג כלפיו בשוויון. כך, למשל, נוכחנו כי בפסקי־דין המכון להכשרת טרענות בית דין ותאטרון ארצי לנוער הערפול שבכללים העיד על פגמים אחרים, וביניהם שיקולים לא־כשרים שנלקחו בחשבון על־ידי הרשות המינהלית. שנית, גם אם מדובר בשיקולים בלתי־לגיטימיים, הרי שבחירת דיוק אופטימלי לכלל מסוים דורשת התייחסות בלתי־אנוכית לרווחת הכלל, חזון כולל וראיית הנולד, בעוד אנשי המינהל נוטים מטבע הדברים לראות את צרכיהם המידיים. עסק בכך פרופ' Diver, בדונו על הכשל המינהלי שנוצר:

> Selecting the optimally precise form for a given rule would seem to require qualities beyond the reach of many administrators: a selfless concern for the public good, consistent goals, comprehensive vision, and accurate foresight. Real police makers, by contrast, are ordinary mortals burdened with incomplete knowledge, imperfect visions and selfish desires.[175]

על בית־המשפט להתעדב בכשל אדמיניסטרטיבי זה ולתקנו.

---

173. סטוארט (לעיל, הערה 38), 1700; דותן (לעיל, הערה 47), 472. לדעת דותן, ההכרעה בשאלות הנוגעות לעצם הבחירה של אסטרטגיית פעולה על־פי כללים, עיתוי הכללים, צורת גיבושם וסוג הכללים שבו ייעשה שימוש צריכה להישאר בדרך־כלל בידיה של הרשות המינהלית המוסמכת.

174. דותן (לעיל, הערה 47), 464.

175. דייבר (לעיל, הערה 9), 97-98.

nevo.co.il

אפשר אמנם לטעון כי יש להותיר את תיקון הכשל למינהל, אשר לו היכולת לבחון את המדיניות כנגד התנאים המשתנים, אלא שגם כאן קיים כשל: מנגנון תיקון זה מגיב ללחץ של קבוצות חזקות ומאורגנות, ופחות – ללחץ של קבוצות חלשות ובלתי־מאורגנות.[176] כוחן הפוליטי של הקבוצות המאורגנות יהיה לא־פרופורציונלי במובן זה, שהתועלת שתפיק הקבוצה מהכללים וההחלטות שהיא תקדם למען האינטרסים שלה קטנה מהעלות שיצטרך לשאת כלל הציבור.[177] לפיכך בה־במידה שחלוקת העלות/תועלת המינהלית תחטא לייצג את חלוקת העלות/תועלת החברתית, כך יסטו הכללים ממידת הדיוק האופטימלי.[178]

ככל שסמכויות המינהל גדלות אפוא, כך גדל גם תפקידו של בית־המשפט, שהוא מוסד אובייקטיבי הרגיל בעריכת איזונים, בתיקון הכשלים הללו, והוא אינו יכול להתנער מתפקידו זה:

> ..."social-cost accounting", for all its intimidating connotation, is really the sophisticated and sensitive application of commonsense. As applied to the art of regulatory rulewriting, it is business too important to leave entirely to the accountants.[179]

5. אי־פתרון בעיית שיקול־הדעת

עוד נטען כנגד הדוקטרינה של הבניית שיקול־הדעת, כי גם אם אפשרי הדבר לאכוף את הדרישה הפרוצדורלית לפעול באמצעות כללים, הרי שהדבר לא יפתור את בעיית שיקול־הדעת של הרשות. צדק פורמלי יכול לכוון את האופן שבו שיקול־הדעת מופעל, אך אינו יכול לפתור את הבעיות המהותיות יותר ולהשפיע על מידת החוכמה, היעילות וההגיונות של הנורמות המינהליות.[180]

לדעתי, טענה זו אינה ישימה בכל הנוגע לביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות. אכן, כפי שכבר ציינתי,[181] אפשר להעלות טיעונים לבאן ולכאן בשאלה, באיזו מידה דרישות פרוצדורליות משפיעות על ההליך המינהלי: מצד אחד, אפשר לטעון שהליך תקין יותר יביא להחלטות מבוססות יותר, ומצד אחר, יש בכך משום שימת דגש־יתר על הפרוצדורה, על חשבון המהות. לבן הבעתי את דעתי, כי ביקורת פרוצדורלית אינה מספקת וכי עילת הוודאות היא מרכיב הכרחי בתהליך קונקרטיזציה של עילת הסבירות, שביתרונותיו דנתי.

---

176. שם, 99; דותן (לעיל, הערה 47), 470.

177. Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, *Law and Public Choice* (The University of Chicago Press, Chicago, 1991), 33-37.

178. דייבר (לעיל, הערה 9), 106.

179. שם, 109.

180. סטוארט (לעיל, הערה 38), 1701.

181. לדיון בסבירות מהותית מול דיונית ראו לעיל, פרק ד.

nevo.co.il

ואכן, ביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הסבירות אינה ביקורת פרוצדורלית גרידא, שכן למידת הדיוק והפירוט של הנורמה קשר ישיר הן למהותה והן לפרוצדורה שבה היא מתקבלת. עסק בכך פרופ' Diver, בציינו את תפקידו של בית־המשפט בביקורת השיפוטית על דיוקן של הנורמות המינהליות:

> Courts, however, cannot wholly escape their editorial responsibility, precisely because the formal dimensions of a rule are so intertwined with its substantive and procedural legality.[182]

הקשר בין מידת דיוקה של נורמה ובין תוכנה נובע מכך שעל־ידי ערפול והוסר־בהירות אפשר לעתים לרוקן נורמה מתוכן. תוכנה של הנורמה מתגבש עם הדיוק והפירוט שבה, היוצרים את המכלול המהותי של הנורמה. הקשר בין מידת הדיוק של נורמה ובין הפרוצדורה של קבלתה נובע מכך, שנורמה מדויקת דורשת רציונליזציה בתהליך קבלת ההחלטה. בהקשר זה ראוי להדגיש שוב, כי עילת חוסר־הסבירות ישימה הן לנורמות קונקרטיות והן לנורמות כלליות, והדדישה לדיוק משפיעה על הצורך ברציונליזציה בקבלת ההחלטה, בין אם החלטה זו קונקרטית ובין אם כללית.[183] על־פי פסיקת בית־המשפט העליון,[184] רציונליזציה כזו מערבת תהליך הצריך לעמוד בארבעה מבחנים: איסוף הנתונים,[185] שייכותם לעניין, אמינותם[186] ומהותיות הראיות שנעשה בהן שימוש.[187]

182. דייבר (לעיל, הערה 9), 66. וראו גם שקד (לעיל, הערה 63), 103 – ההבחנה בין תוכנו של האקט המינהלי ובין חוקיותו אינה תמה.

183. דותן מציין במאמרו (לעיל, הערה 47), 446, הערה 33, כי הדדישה לרציונליזציה של הליך קבלת ההחלטה המינהלית רחבה יותר מהדדישה לפעולה על סמך כללים מקדמיים. היא חלה גם על הליכי קבלת החלטות קונקרטיות, שלא בהכרח מתנהלים על־פי כללים מקדמיים, וכן על הליך גיבוש הכללים עצמו. עם זאת, כאשר הרשות מקבלת מספר רב של החלטות קונקרטיות בעניינים דומים, אין ספק שהשימוש בכללים הוא פועל יוצא הכרחי של דרישת הרציונליזציה.

184. ראו בג"ץ יורונט (לעיל, הערה 23), 423-425, ופסקי־הדין המוזכרים שם.

185. הרשות המינהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה. לשם כך עליה לפעול באופן סביר, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה.

186. הרשות המינהלית רשאית לקחת בחשבון רק נתונים העומדים במבחן הראיה המינהלית, דהיינו: נתונים שרשות סבירה היתה סומכת עליהם לצורך קבלת ההחלטה.

187. תשתית העובדות צריכה להיות מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בקבלת ההחלטה. גם כאן חל מבחן של סבירות, כאשר מידת הסבירות מוזיבת כי המשקל של הנתונים יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר.

nevo.co.il

ביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות קשורה אפוא הן במהותה של הנורמה והן בפרוצדורה שבקבלתה. לכן הטענות בדבר חוסר־היכולת של בדיקות פרוצדורליות לפתור את בעיית שיקול־הדעת אינן ישימות לגביה. ואת ועוד: ביקורת בעילת חוסר־הוודאות אינה מתיימרת לפתור את כל בעיית שיקול־הדעת המינהלי. פתרון מושלם אינו אפשרי, ויתירה מואת: השאדת שיקול־דעת מסוים לרשות לא רק הברחית אלא גם רצויה, לשם התמודדות עם המצבים המשתנים והמקרים השונים המובאים בפניה.

6. זהירות־יתר של הרשויות עקב עודף ביקורת

עוד נטען, כי השלטת ערכיהם של השופטים בדבר מידת הדיוק שעל הרשויות לנקוט עלולה לגרום לזהירות־יתר ולהרפיית הרשויות המינהליות במובן זה שהן תימנענה מלנקוט יוזמות מסוימות, שמא אלה לא תעמודנה בביקורת.[188] דוגמא מובהקת לכך היא חוסר־הרצון של רשויות בארצות־הברית לקבוע כללים לפעולתם. Davis and Pierce בספרם מנסים לענות על השאלה: "Why Are Agencies Reluctant to Act by Rulemaking?",[189] למרות היתרונות הרבים שנמנים על־ידם לפעולה לפי כללים,[190] אחד ההסברים הניתנים לכך עניינו בדרישות הלא־דיאליסטיות של בתי־המשפט מהרשויות הקובעות כללים. הבסיס הסטטוטורי לביקורת השיפוטית על הרשויות הפדרליות בארצות־הברית מצוי ב־Administrative Procedure Act (APA).[191] סעיף 553(c) לחוק דורש כי תקנות תכלולנה הסבר תמציתי וכללי על מהותן ומטדתן;[192] סעיף 706 לחוק מאפשר לבית־המשפט לפסול תקנה אם היא "שרירותית" או "קפריזית".[193] Davis and Pierce מציינים, כי צירוף שני סעיפים אלה הביא את בית־המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית, אשר הפכה

---

188. סטוארט (לעיל, הערה 38), 1701.

189. Kenneth Culp Davis and Richard J. Pierce, *Administrative Law Treatise* (Vol. I, 3rd ed., Little, Brown and Company, Toronto, 1994), 362-365.

190. שם, 260-266.

191. ראו אמן ומייטון (לעיל, הערה 75), 3; אמן (לעיל, הערה 76), 8.

192. ...After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose (5 U.S.C.A. § 553(c) (1966)).

193. To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant question of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall –

(1)...

(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be -

(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law... (5 U.S.C.A. § 706 (1966))

nevo.co.il

את הדרישה להסבר תמציתי וכללי להסבר מפורט ואנציקלופדי. עקב כך הרשויות המינהליות הקדישו עמודים רבים לפירוט מהותן ומטרתן של התקנות וכך העלו באופן ניכר את כמות הזמן והמשאבים הנדרשים לתהליך ההתקנה.[194] התוצאה הסופית היתה, כאמור, רתיעה משימוש בכללים למרות יתרונותיהם הרבים. לפיכך המחברים מציעים שבתי־המשפט לא ידרשו מהרשויות דרישות מופרזות:

> If the Court perceives value in rules and wants to preserve rulemaking as a tool potentially available to agencies, it must limit the power of lower courts to compel agencies to accompany rules with detailed and encyclopedic discussions of all issues, comments, data disputes, and alternatives.[195]

לדעתי, ביקורת שיפוטית בעילת הוסר־הוודאות אינה צריכה לגרום בהכרח לרתיעת הרשויות מלפעול. המצב המתואר בארצות־הברית נבע מסיטואציה אבסורדית שבה בתי־המשפט נטו יותר לפסול התלטות של רשויות אשר הסתמכו על תקנות, מאשר החלטות שלא הסתמכו על תקנות. למעשה – כפי שמציינים Davis and Pierce – בתי־המשפט העבירו לרשויות את המסר הבא: "אם תתקינו תקנות, נדרוש מכם להשקיע משאבים עצומים במשך תקופה ארוכה, והסיכוי שנאשר את החלטותיכם קטן יותר מאשר אם תבחרו שלא להתקין תקנות".[196] נראה לי, כי הסיבה לכך היא התמקדות בתי־המשפט בארצות־הברית בביקורת מדוקדקת על הפרוצדורה בקבלת ההחלטה (hard look)[197] על חשבון המהות. לעומת זאת, ביקורת שיפוטית בעילת הוסר־הוודאות לא זו בלבד שאינה מגותקת ממהותה של הנורמה, אלא שכפי שאטען בהמשך,[198] מידת הדיוק צריכה להיקבע בהתאם למהות העניין הנידון על מכלול נסיבותיו.

זאת ועוד: ביקורת שיפוטית בעילת הוסר־ודאות אין משמעותה בהכרח בטלותה של ההחלטה. יש לזכור, כי במקביל להתפתחותן של עילות ביקורת חדשות במשפט מתפתח אף תחום הסעדים. כיום מקובלת גישת הבטלות היחסית,[199] שלפיה נפקות של פגם אינה נקבעת לפי הדיכוטומיה הקלסית של בטל או נפסד. תוצאתו של פגם מותנית במשתנים רבים, כגון מהותו של הפגם, חומרתו, זהות התובע ושאר נסיבות המקרה.[200] האיזון הראוי

194. דייזים ופירס (לעיל, הערה 189), 365.

195. שם, 369.

196. שם, 365.

197. ראו לעיל, הערה 76.

198. ראו להלן, סעיף ז, 2.

199. לגישת הבטלות היחסית ראו יואב דותן, "במקום בטלות יחסית", משפטים כב (תשנ"ד) 587; דפנה ברק־ארז, "בטלות יחסית ושיקול־דעת שיפוטי", משפטים כד (תשנ"ה) 519.

200. זמיר (לעיל, הערה 75), 830.

nevo.co.il

בין ההגינות ליעילות משתקף אף בנפקות של הפרת הכללים המסדירים את ההליך המינהלי,[201] ותוא יבוא לביטוי גם בביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות. כך, למשל, בבג"ץ תאטרון ארצי לנוער, התוצאה האופרטיבית היתה חיוב שר־החינוך, באמצעות צו מוחלט, לשקול ולהחליט, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, בנושאים אשר פירט בית־המשפט.[202] אף Davis and Pierce מציעים, כאחד הפתרונות לבעיה המועלית על־ידם, שבית־המשפט לא יכריז על בטלותו של כלל כאשר ישנה אפשרות לתקנו.[203]

ולבסוף, כפי שציינתי, ביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות אין ענייינה במתן הוראה לרשות לפעול כאשר זו לא פעלה, אלא בביקורת על נורמה, במצב שבו הרשות כבר קיבלה אותה. לפיכך אין להניח כי ביקורת זו תדכא יוזמות של הרשות, אלא נהפוך הוא: היא תגרום לרשות לרציונליזציה בתהליך קבלת הנורמות ולהקדשת יתר־מחשבה לדיוק שלהן. ככל שביקורת בעילה זו תגרום לזהירות של הרשויות, הרי שבעידן מדינת המינהל המודרני, שבה אפשר לצמצם את השפעת הביקורת השיפוטית על הרשויות בשאלת השאלות "עובר בג"ץ" או "לא עובר בג"ץ" – זהירות זו רצויה ואין בה כל פסול.

ז. תוכנה של העילה והתאמתה לנורמה

1. ודאות או דיוק מהם?

פרופ' Diver מבחין בין שלושה קריטריונים להערכת מידת הדיוק של כלל (rule precision).[204] הקריטריון הראשון עוסק במידת השקיפות, או הבהירות, (transparency) של הנורמה ובוחן, האם לנורמה משמעות המוגדרת וברורה היטב לקהל־היעד הרלבנטי. הקריטריון השני בוחן את מידת הנגישות או הישימות (accessibility) של הנורמה, דהיינו: את היכולת ליישם אותה בסיטואציות קונקרטיות בלא קושי או מאמץ

201. שם, 679.

202. בג"ץ תאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 4), 287-288. הצו חייב את שר־התינוך לשקול ולהחליט, בהתייעצות עם היועץ המשפטי, כדלקמן: (1) האם לשנות את המבחנים, ככל שהם קובעים מדדים לצורך תמיכה בתיאטרונים, אם בדרך של מתן משקל יתסי לכל אחד מהשיקולים העניינים אם בדרך אחרת, כך שהם יאפשרו לחלק את התמיכות במידה רבה יותר של אובייקטיביות; (2) האם לקיים את התלוקה של התיאטרונים לקבוצה של תיאטרונים ותיקים, המקבלים תמיכה מתוך בסיס התקציב, וקבוצה של תיאטרונים חדשים, המקבלים תמיכה רק מתוך תוספת תקציב, או שמא ראוי לכלול את כל התיאטרונים בקבוצה אחת, תוך מתן משקל ראוי לוותק של התיאטרון ולשאר השיקולים העניינים לצורך קביעת הזכות לתמיכה ולשיעור התמיכה; (3) אם יוחלט להמשיך ולקיים את התלוקה של התיאטרונים לקבוצה של תיאטרונים ותיקים וקבוצה של תיאטרונים חדשים, מהם המבחנים הראויים לצורך המעבר של תיאטרון מקבוצה לקבוצה?

203. דייוויס ופידס (לעיל, הערה 189), 370.

204. דייבר (לעיל, הערה 9), 66-67.

nevo.co.il

מיוחד. והקריטריון השלישי עניינו מידת ההתאמה (congruence) של הנורמה למדיניות העומדת ביסודה. לדעתי, קריטריונים אלה ראויים להיות מרכיביה של עילת הוודאות, הבוחנת את מידת דיוקה של הנורמה המינהלית.[205] להלן אדון בכל אחד ממרכיבים אלה, בין השאר תוך בחינת פסיקה זרה, אשר יישמה ביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות, הגם שבחלקה לא הכירה פסיקה זו בעילת חוסר־הוודאות כעילה עצמאית.

(א) בהירות

דרישת הבהירות היא זו העומדת ביסוד דוקטרינת ה-void-for-vagueness האמריקנית, שלפיה בית־המשפט העליון של ארצות־הברית יפסול חוק הלוקה ב"חוסר־וודאות בלתי־חוקתי" (unconstitutional uncertainty). במסגרת דוקטרינה זו פסל בית־המשפט העליון הוראות חוק שנקבע שהן כה לא־בהירות, עד כי עונש המוטל על בסיס הפרתן הוא־עצמו הפרה של ה־due-process.[206] דוקטרינה זו מעוררת שאלות חוקתיות, הקשורות בפסלות חוקים והתורגות מתחומו של מאמר זה, אשר עניינו ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת ולא על הרשות המחוקקת. כמו־כן קשורה הדוקטרינה קשר הדוק בעקרון התוקפות בפלילים אשר תחולתו היא על כל עבירה בין אם נקבעה על־ידי המחוקק הראשי ובין אם נקבעה על־ידי הרשות המבצעת בחקיקת־משנה.[207] עם זאת, ככל שהדבר קשור בעילת חוסר־הוודאות, ראויה לציון אחת הטענות שנטענו כנגד הדוקטרינה, שלפיה בית־המשפט העליון לא השכיל להסביר היכן הוא מותח את קו־הגבול בין חוסר־בהירות שיביא לפסילת חוק ובין חוסר־בהירות שייוותר לפרשנות, ולא נימק כראוי את החלטותיו. התוצאה היא דיסהרמוניה בקרב פסקי־הדין, הנוקטים כולם מינוח "חוסר־בהירות", ומקרים עובדתיים דומים הזוכים להחלטות שונות.[208] בהקשר זה יודגש, כי סוגיית הבהירות היא רק אחד מרכיביה של עילת חוסר־הוודאות וכפי שאפשר להיווכח מהמקרים שיוצגו להלן, אינה

---

205. Diver עוסק במאמרו רק בכללים, דהיינו: בנורמות כלליות. אך נראה לי, שאותם קריטריונים ראוי שיחולו גם על נורמות אינדיבידואליות.

206. ראו: A.G.A, "The Void-For-Vagueness Doctrine In the Supreme Court", 67 *University of Pennsylvania Law Review* (1960) 67-68.

207. תנאי למימוש עקרון התוקפות בפלילים הוא, כי העבירה תהיה מוגדרת על כל פרטיה בחיקוק, איסור פלילי, שאינו מוגדר די הצורך כך שכל אדם ידע לכלכל את התנהגותו לפיו ולהימנע מהפרתו, אינו מתיישב עם העיקרון שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מוזהרין" וגורם לאובדן בסחונו המשפטי של הפרט. ראו ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א, הטכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ד), 16. יודגש, כי יש להבחין בין דאותם של כללים מינהליים ובין וודאות בדיני עונשין, המבטאת את העיקרון של "אין עונשין אלא אם כן מזהירים". המאמר מתמקד בהיבט המינהלי ולא העונשי, אלא שכאשר מדובר בנורמה מינהלית אשר הפרתה היא עבירה פלילית, הרי שהדיון בהיבטים אלה מתאחד – כפי שיודגם על־ידי הדוגמאות שתובאנה להלן.

208. ראו A.G.A. (לעיל, הערה 206), 70-71.

nevo.co.il

מנותקת משאלות הישימות וההתאמה. יש לצפות, שקשר זה בין המרכיבים יבוא לביטוי אף בהחלטות השיפוטיות.

פסלות בשל חוסר־בהירות מדגים פסק־דין ישן של ה־Privy Council, אשר בו נקבע כי חוסר־ציות לתקנת־משנה מסוימת אינו רלבנטי בשל חוסר־בהירותה של התקנה.[209] בעניין זה נידונה תביעה של אלמנה, אשר בעלה נדרס על־ידי רכבת בעת שרכב על אופנוע. התובעת תבעה את הממשלה הניו־זילנדית, וזו טענה לרשלנות תורמת, בשל אי־ציותו של הבעל לתקנה שקבעה: "Look Out for the Engine – Stop". חבר־המושבעים פסק לתובעת פיצויים, ובית־המשפט אישר זאת, בקובעו כי התקנה בטלה בשל חוסר־סבירות. בערעור אושרה הפסילה, אך דווקא מהטעם של חוסר־ודאותה של התקנה. נקבע כי זו לפחות פרשנות אפשרית לומר, כי אם מסתכלים ולא רואים קטר (בלא עצירה), אין סיבה להאמין שעצירה והמתנה תסייע באיתור הקטר. אפשר להבין, כי בית־המשפט שם את הדגש על בהירותה של התקנה מבחינת היכולת לפרש אותה, אך הנמקה זו בוודאי אינה מנותקת מחוסר־ישימותה של התקנה לקהל־היעד האמור לציית לה ומחוסר־התאמתה למטרה העומדת ביסודה.

בפרשת *Fawcett Properties*[210] דן בית־הלורדים באנגליה בתנאים שנקבעו על־ידי ועדת־תכנון מקומית, במסגרת היתר בנייה שנתנה ליזם־קרקעות מקומי. נטען, כי אחד התנאים בטל בין השאר בשל חוסר־ודאות. תנאי זה קבע כדלקמן:

> The occupation of the houses shall be limited to persons whose employment or latest employment is or was employment in agriculture as defined by s. 119(1) of the Town and Country Planning Act, 1947, or in forestry, or in industry mainly dependent upon agriculture...[211]

דעת הרוב קבעה, כי חוסר־הוודאות שהתנאי יוצר אינו כה קיצוני, עד שיש בכך להביא לביטולו; והלורד Denning אף הביע את דעתו כי כדי שתנאי יהיה בטל בשל חוסר־ודאות, עליו להיות חסר־משמעות ואין די בכך שהוא דו־משמעי או מוביל לתוצאות אבסורדיות:

> ... a planning condition is only void for uncertainty if it can be given no meaning or no sensible or ascertainable meaning, and not merely because it is ambiguous or leads to absurd results.[212]

209. *R. v. Broad* (1915) AC 1122 – מובא בספרם של סייקס וטרייטי (לעיל, הערה 49), 94.
210. לעיל, הערה 7.
211. ראו פרשת *Fawcett Properties* (לעיל, הערה 7), 505.
212. שם, 517.

nevo.co.il

לכאורה עולה, כי דעת הרוב משלימה עם הוסר־בהירות כשלעצמו, אלא שמקריאה מדוקדקת של פסק־הדין עולה, כי תוצאה זו של תקפות התנאי, למרות חוסר־הוודאות שיצר, הושפעה רבות מהעובדה כי במסגרת התנאי נעשה שימוש במלות החוק.[213] מבאן שלרכיב ההתאמה לחוק המסמיך היתה השפעה על רכיב הבהירות, ויחד הם עיצבו את מידתה של דרישת הדיוק. מנגד, שופט המיעוט באותו פסק־דין, הלורד Morton of Henryton, שם את הדגש על השלכות חוסר־בהירותו של התנאי על האפשרות ליישם אותו: לְמה הכוונה באמירה, כי הבית יאוכלס רק על־ידי אנשים העוסקים בחקלאות? האם איכר אינו יכול לשכן את בנו, אשר אינו עוסק בחקלאות? לְמה הכוונה במלה "בעיקר"? האם הכוונה ליותר ממחצית? ואם כן, מחצית של מה? ואת ועוד: המדובר בפקטורים משתנים. אדם יכול להפסיק יום אחד לענות על תנאי ההיתר – מה קורה אז? לשיטתו של השופט, ספקות אלה גורמים לקשיים של בעל ההיתר לדעת בכל רגע נתון אם הוא עומד בתנאי ההיתר ומעמידים אותו בסכנה של הפרתו, על הסנקציות העונשיות הנלוות לכך.[214] לפיכך הגיע שופט המיעוט למסקנה כי התנאי בטל בשל חוסר־וודאות. ואכן, קיומן של דעות שונות בקרב השופטים באשר למידת הדיוק שיש לדרוש מהרשות המינהלית במקרה המסוים, הוא – כפי שכבר ציינתי[215] – מצב טבעי ולגיטימי. כך בביקורת שיפוטית בכלל וכך בביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות.

(ב) ישימות

בית־המשפט העליון האוסטרלי (High Court of Australia) בחן, בשני פסקי־דין שונים, הוראות של המפקח על המחירים בדבר מחיר מקסימלי, אשר נטען כי הן פסולות בשל חוסר־וודאות. בפרשת *King Gee*[216] קבע השופט Dixon כי ההוראה בטלה, תוך שהוא שם דגש על הוסר־ישימותה:

> ...I think that there are limitation upon the kind of standards or criteria he [the commissioner] may employ for building up the prices he fixes. They must, I think, be standards or criteria from which a price may be calculated.[217]

בפסק־דין נוסף[218] נידונה הוראה של המפקח על המחירים, אשר קבעה את מחירו המקסימלי של מעיל כפונקציה של עלות התומרים. בית־המשפט ציין, כי הוראה זו יוצרת

213. שם. ראו בעיקר עמ' 507-508, 514.
214. שם, 511-512.
215. ראו לעיל, סעיף ו, 1.
216. לעיל, הערה 93.
217. סייקס וטרייטי (לעיל, הערה 49), 91.
218. פסק־דין *Cann's PtyLts v. Commonwealth* (1946) CLA 71, p. 210 – מובא בספרם של סייקס וטרייטי (לעיל, הערה 49), 91.

nevo.co.il

חוסר־ודאות בשני מצבים: האחד, שבו התזמר נקנה יחד עם חומרים רבים נוספים; והשני, במצב שבו המעיל עצמו עשוי מכמה חומרים. בשני מקרים אלה קיים חוסר־ודאות בעלות החומר, ועקב כך – חוסר־ישימות של ההוראת בדבר המחיר המקסימלי. בפסק־דין זה היה השופט Dixon דווקא ברעת מיעוט, בסוברו כי המצב הראשון שהוצג לעיל הוא חריג ולא יתעורר במקרים רגילים; ואילו את המצב השני אפשר לפתור על־ידי פרשנות שיפוטית. השופט סיכם את דעתו בכך, שקשיים אלה אינם עולים לכדי חוסר־ודאות, המונע את יישומה של הנורמה, דהיינו: את חישוב המחיר המקסימלי על יסודה:

> I do not regard these difficulties as amounting to or causing an uncertainty in the standard adopted for the fixing of a price, that is, as involving the introduction of a discretionary element into the factors from which the price is constructed.[219]

הן שופטי הרוב והן שופט המיעוט בשני פסקי־הדין הללו בחנו אפוא את מידת ודאותן של ההוראות, מתוך דגש על מרכיב הישימות, ואף הביעו דעות שונות על היקפם ומידתם של קושיי היישום.

שאלת הישימות עלתה אף בפרשת *McEldowney*,[220] שבו דן בית־הלורדים באנגליה בתקנה שהתקין שר־הפנים של Northern Ireland, מכוח חוק שהסמיך אותו לשמור על הסדר הציבורי, התקנה הנידונה אסרה על חברות בארגון בלתי־חוקי, ובין הארגונים שפירטה נמנו "Republican Clubs or any like organization howsoever described". השופטים העלו ספקות רבים באשר לשאלה, האם ביטוי זה כה מעורפל עד כי הוא אינו ישים? דעת הרוב סברה, כי העובדה שהניסוח אינו חד־משמעי אין בה די כדי לפוסלו על בסיס חוסר־ודאות. מתפקידו של בית־המשפט לפרש את המלים, לפתור את העמימות ולמצוא את הפרשנות הנכונה.[221] לעומת זאת, אחד משופטי המיעוט, הלורד Diplock, סבר, כי התקנה מזמינה שימוש בספקולציות ולא בפרשנות, ומאחר שתפקידו של בית־המשפט מוגבל לפרשנות, הוא מגיע למסקנה שאליה הגיע אף הלורד Pearce, כי התקנה "too vague and uncertain to be enforceable".[222]

(ג) ההתאמה

על־פי דרישה זו, התוכן המהותי העולה ממלותיו של הכלל או הנורמה הנידונים צריכים לקדם את הפעולה הרצויה על־ידו, או במלים אחרות: הכלל צריך להיות תואם למדיניות

---

219. שם, 92.

220. לעיל, הערה 7.

221. פרשת *McEldowney* (לעיל, הערה 7), בעיקר עמ' 1058, 1062, 1067.

222. שם, 1074. דבריו של לורד Pearce ראו שם, 1065.

nevo.co.il

העומדת ביסודו.[223] כך, למשל, בפרשת *Broz*[224] קבע בית־המשפט לערעורים בארצות־הברית, כי תקנה הקובעת כשרות לקבלת קצבת אי־מסוגלות מהביטוח הלאומי על בסיס קריטריון של גיל לוקה בחוסר־הבחנה בין אנשים בני אותו גיל, המסוגלים לעבוד ולדאוג לעצמם, לכאלה שאינם מסוגלים – ולפיכך אינה תקפה. בית־המשפט בחן את השילוב הראוי בין סמכות ההתקנה של השר הממונה על הרווחה ובין זכות השימוע של המבקש וקבע, כי הקריטריון המנחה נעוץ בהבחנה בין "legislative facts" ו־"adjudicative facts". על־פי הבחנה זו, אשר מקורה במאמר שכתב פרופ' Davis[225] ואשר התקבלה בפסיקה האמריקנית, "adjudicative facts" הן עובדות הנוגעות לצדדים המעורבים בדבר ועל־כן מחייבות את שמיעתם, מאחר שהם המקור הטוב ביותר לאינפורמציה בנושא; ואילו "legislative facts" הן כל שאר העובדות שאפשר ליישמן לגבי הכלל,[226] אשר על־כן קבע בית־המשפט, כי הכוח להתקין מוגבל ל־"legislative facts", בעוד שלגבי "adjudicative facts" יש לדרוש שימוע.[227] רוב התקנות הנידונות השכילו ליישם את ההבחנה, למעט קריטריון הגיל. על־פי התקנות עולה, כי אדם בן 49 מסוגל להתמודד עם עבודה חדשה שאינה דורשת כישורים מקצועיים, ואילו אדם בן 50 אינו יכול. הנמקתו של השר היתה, כי אין קריטריונים מדעיים המאפשרים קורלציה מדויקת בין גיל ובין יכולת ביצוע עבודה, אך בית־המשפט קבע כי היעדרם של קריטריונים אלה אינו מצדיק קביעה חקיקתית כללית וכי מדובר בעובדה הצריכה להיקבע לאחר שמיעת הצדדים המעורבים.[228] כל האמור הוביל את בית־המשפט למסקנתו:

> ...that the regulation as they have been applied are invalid because they conclusively determine the effect of age on disability, but that they are capable of valid application by providing an individual determination of the age factor.[229]

---

223. ודוק: יש להבחין זאת מדרישת התכליתיות שעניינה התאמה למטרות החוק המסמיך.

224. *Broz v. Schweiker*, 677 F.2d 1351 (1982) (להלן: פרשת *Broz*).

225. Kenneth Culp Davis, "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process", 55 *Harvard Law Review* (1942) 364, pp. 404-407.

226. פרופ' Davis מדגיש, שה"legislative facts" אינן מוגבלות רק לנתונים כלכליים וחברתיים הקשורים בקביעת מדיניות, והדבר תלוי בנושאים שעוסקת בהם כל רשות. שם, 407.

227. פרשת *Broz* (לעיל, הערה 224), 1358. בית־המשפט ציין, כי ההבחנה אינה חדה וכי יש לתת לשר־הרווחה שיקול־דעת במקרי־הגבול.

228. שם, 1360:

> The lack of precision in the adaptability factor does not, however justify a legislative approach to its resolution. ... This is decidedly an adjudicative factor and therefore must be given individual consideration through adjudication. ...

229. שם, 1355.

nevo.co.il

פסק־הדין מדגים אפוא, כי מידת ההתאמה למדיניות צריכה אף היא להילקח בחשבון בקביעת הדיוק האופטימלי של הכלל. במקרה הנידון דידישה זו להתאמה הובילה לשלילת הכללתו של קריטריון כללי של גיל, שלכאורה הוא הבהיר והישים ביותר; שכן הדבר לא תאם את המדיניות העומדת ביסוד התקנות לתמוך באנשים שעובדתית אין בהם מסוגלות לעבודה.

2. מידת הדיוק הנדרשת והיחס בין המרכיבים השונים

לכאורה אפשר להגדיר את מידת הדיוק הנדרשת מנורמה מינהלית בשילוב בין שלושת הקריטריונים שפורטו לעיל: בהירות, ישימות והתאמה. דא עקא, שישנה בעייתיות בתרגום קריטריונים אלה לאומדן מידת הדיוק של הנורמה.[230] יתירה מזאת: גם אם תימצא דרך אמינה לאמוד כל קריטריון בנפרד, עדיין תיוותר בעיית ההערכה הכוללת של שלושת הקריטריונים יחד, דהיינו: בעיית האיזון ביניהם. הסיבה לכך היא, שלא תמיד ישנה קורלציה בין שלושת הקריטריונים: לכל אחד מקריטריונים אלה יתרונות וחסרונות משל עצמו[231] וכל אחד מקדם ערכים שונים ומערים קשיים אחרים, באופן שהשילוב בין שלושתם אינו מוביל בהכרח לכיוון ברור. לכן יש לבדוק את מאזן העלות־תועלת החברתית של כל אופציה ולבתור בזו המפיקה את התועלת (נטו) הגבוהה ביותר. ניתוח זה מוביל את פרופ' Diver למסקנה המתבקשת, שלפיה מידת הדיוק האופטימלית משתנה מנורמה לנורמה.[232] ואכן, לדעתי אין לנסות ולקבוע קטיגוריות נוקשות לגבי מידת הדיוק האופטימלי של נורמות מינהליות ויש להתאים את מידת הדיוק הנדרשת ואת האיזון הראוי בין בהירות, ישימות והתאמה, למהות העניין הנידון על כל מכלול נסיבותיו. אף באוסטרליה, שבה עוגנה עילת חוסר־הוודאות בחקיקה, אפשר לסכם את ההלכה בכך כי מידת הדיוק הנדרשת משתנה בהתאם לאינטרסים הפרטיים והציבוריים המעורבים:

> there is a doctrine of uncertainty, applicable to a broad range of administrative and delegated legislative acts and decisions, and requiring a degree of clarity of expression, form and precision, which varies according as the public and private interests served by such clarity vary in relation to other governmental interest.[233]

---

230. דייבר (לעיל, הערה 9), 67-68.

231. בהקשר זה Diver מציין ארבע קטיגוריות של עלויות/רווחים פוטנציאליים: מידת הציות לכלל (Rate of Compliance); מידת הכוללניות (Under-Inclusiveness and Over-Inclusiveness), עלויות יצירת כללים (Costs of Rulemaking) ועלויות יישום חוק (Costs of Applying a Rule), שם, 73-74.

232. שם, 75-76. עם זאת, פרופ' Diver מנסה להציע הבחנות שתסייענה להסיק מסקנות לגבי הדיוק היחסי של סוגים שונים של כללים (ראו שם, 76-79). לדעתי, הבחנות אלה, אף כי הן הגיוניות, הרי שאין הן מוחלטות. יתירה מזאת: הן בוודאי אינן מכסות את כל מגוון המצבים האפשריים.

233. טומסיק ופלמינג (לעיל, הערה 6), 202.

nevo.co.il

בכל מקרה המובא בפניו יהיה על בית־המשפט לבחון את האיזון הראוי בין מידת בהירות הנורמה, ישימותה והתאמתה למטרות העומדות ביסודה. איזון זה ייעשה בהתחשב במטרות הפרסיקולריות של החוק המסמיך ובמטרות הכלליות העומדות ביסודו של כל חוק ובראשן קידום עקרון השוויון, שהיא מטרה כללית העומדת ביסודו של כל חוק[234] ואשר החובה לכבדו היא חובה בסיסית של כל רשות מינהלית.[235] כן יהיה על בית־המשפט לתת את הדעת למהות הסמכות, למיהות הרשות המוסמכת ולאופיו של קהל־היעד שאליו מתייחסת הנורמה המינהלית.

ואכן, עיון בפסקי־הדין שהוצגו בפרק הראשון מגלה, כי בכל אחד מהם אפשר למצוא במפורש או במשתמע את שלושת רכיבי חוסר־הוודאות, כאשר מטבע הדברים בכל פעם מושם דגש על רכיב אחד: בבג"ץ זכרוני סבר, כזכור, השופט ד' לוין כי ההחלטה לא ישימה, משום שאין הגדרה בהירה לביטויים "אישי־ציבור" ו"מודהים עם אש"ף"; ואילו השופט בך קבע, כי ההחלטה אינה אפשרית לביצוע בגלל אי־הוודאות והערפול שבה. שני השופטים שמו אפוא דגש על רכיבי הבהירות והישימות, והשופט בך אף ציין כי ההחלטה פוגעת בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת – אמירה שאפשר ללמוד ממנה על חוסר־התאמתה של הנורמה למטרות כלליות העומדות ביסודו של כל חוק. דומה, כי אף את המונח "כלליות" אשר בדבריו של השופט ברק בבג"ץ כהנא אפשר להבין כמתייחס לפגם של חוסר־ודאות על שילובם של שלושת רכיביו השונים. בבג"ץ המכון להכשרת טוענות בית דין השופט ד' לוין עמד הן על מופשטותם וכלליותם של הקריטריונים – אמירה המדגישה את חוסר־בהירותם – והן על היעדר אמות־מידה ברורות כיצד ייבחנו הדברים בחינה הוגנת ונאותה, מתוך שימת דגש על ישימותה של הנורמה ועל התאמתה למדיניות של שמירה על רמת לימודים נאותה. גם בבג"ץ תאטרון ארצי לנוער באו לביטוי כל רכיבי חוסר־הוודאות. אמנם, השופט זמיר הדגיש את חוסר־ההתאמה של הקריטריונים לעקרון השוויון שהם אמורים לשרת, אך לא במנותק מדיון בכלליותם של הקריטריונים ובחוסר־ישימותם, בשל היעדר מדדים ומשקלים מפורטים בצדם.

3. יחס ישיר בין עוצמת הזכות או האינטרס המוגן למידת הוודאות הנדרשת

למרות חוסר־היכולת להגדיר באורח כולל את מידת הדיוק האופטימלית של הנורמה המינהלית, יש עיקרון אחד שאפשר לומר כי תחולתו כללית, ולפיו, ככל שהפגיעה בזכות גדולה יותר או עוצמת האינטרס המוגן רבה יותר, כך דרישת הדיוק תהיה דווקנית יותר.

העלייה במידת ה"דווקנות" של החובות המוטלות על הרשות המינהלית, עם הגידול בעוצמת הזכות או האינטרס הנידונים, היא תופעה מוכרת במשפט המינהלי. כך, למשל, בית־המשפט יהיה דווקני הרבה יותר באכיפת דרישות פרוצדורליות, כאשר מדובר בהליכים פליליים, לעומת הליכים ציבוריים אחרים, הגם שהטיעון בדבר חשיבותה של

234. ראו, למשל, בג"ץ 953/87 ואח' פורז נ' ראש עיריית תל־אביב־יפו ואח', פ"ד מב (2) 309, עמ' 329.

235. ראו, למשל, בג"ץ 668/81 מיגדה בע"מ נ' שר־הבריאות ואח', פ"ד לו (4) 85, עמ' 91.

הגמישות של הרשות המינהלית תקף לא פחות בהליכים מהסוג הראשון.[236] עיקרון דומה חל כאשר בית־המשפט בוחן את התשתית העובדתית המונחת ביסודה של החלטה מינהלית. לעניין זה נאמר, כי "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות".[237] הדברים יחולו מכוח קל־וחומר כאשר מדובר בדרישת הוודאות של הנורמה – דרישה, שכאמור נוגעת לא רק בפרוצדורה של קבלת הנורמה, אלא אף במהותה. כאשר בית־המשפט יעביר ביקורת שיפוטית על מידת הדיוק של נורמה מינהלית, ראוי שינקוט גישה פחות סובלנית לנורמה הפוגעת בחופש הביטוי, למשל.[238] ואכן, אין ספק כי פסילת החלטותיה של רשות־השידור בפסקי־דין זכרוני וכהנא בשל כלליותן וחוסר־ודאותן קשורה קשר הדוק בעובדה שהחלטות אלה פגעו בחופש הביטוי. המסר העולה מפסקי־דין אלה הוא, שהחלטה הפוגעת בחופש הביטוי צריכה להיות מדויקת במידה כזו שתאפשר את בחינת התקיימותו של מבחן הוודאות הקרובה על כל מקרה נתון.

כיום מקבלים הדברים משנה־תוקף עקב חוקי־היסוד החדשים, המטילים חובה על כל רשויות־המדינה לכבד את הזכויות המוגנות בהם.[239] עקב כך תתעצם מידת הוודאות, על מרכיביה השונים, הנדרשת מהרשות המינהלית. כך, למשל, בית־המשפט השלום בבאר־שבע קבע, כי וכות הנאשם להליך ראוי כוללת כיום את זכותו לקבל לידיו כתב־אישום ברור וממצה, שעל־פיו ידע מה מיוחס לו ומפני מה עליו להתגונן.[240] בהחלטה זו יש משום ביקורת שיפוטית על כתב־האישום בעילת חוסר־הוודאות, מתוך דגש על רכיב ההבהירות של העילה, בשל זכותו היסודית של הנאשם להליך ראוי.

יתירה מזאת: במקרים שבהם מדובר בפגיעה בזכות, בית־המשפט אף ייטה פחות להחיל את כלל הריסון השיפוטי. עסק בכך לאחרונה הנשיא ברק:

---

236. סטוארט (לעיל, הערה 38), 1699, הערה 146.

237. ע"ב 2/84 ואח' ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה, פ"ד לט (2) 225, עמ' 249-250.

238. דייבר (לעיל, הערה 9), 107.

239. ראו לעיל, הערה 92.

240. ראו שי ישראל, "תוק־יטוד: כבוד האדם וחירותו ופגמים בניסוח כתבי אישום", הסניגור 8 (1997) 3. כתב האישום ייחס לנאשמים עבירת גרם מוות ברשלנות, בשל תאונה שאירעה במפעל "אסם" בשדרות, שבו נספו שני עובדי המפעל. לאחר שהכירה השופטת בזכות הנאשם להליך ראוי כזכות מוגנת במסגרת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבעה השופטת כי כתב־האישום פגום; שכן התביעה ציינה, כי "התאונה ותוצאותיה הקטלניות ארעה עקב רשלנותם של הנאשמים המתבטאת בין היתר כדלקמן..." (ההדגשה שלי – מ"ט). השופטת קבעה, כי יש למחוק את המלים "בין היתר" מכתב האישום. שימוש כזה פוגע בזכות הנאשמים להגנה אפקטיבית ולהליך ראוי, שכן הנאשם זכאי לדעת לפני תחילת ההוכחות מה מתעתדת התביעה להוכיח, כדי שיוכל להכין את הגנתו כראוי. עוד נקבע בהחלטה, כי סעיף האישום, המייחס לנאשמים מחדל ב"אי נקיטת כל האמצעים הסבירים", הוא סעיף סל שאינו מוגדר ומפורט דיו.

> ריסון שיפוטי אסור לו שיביא לשיתוק שיפוטי. כאשר המתוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק היסוד והפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה.[241]

כך לעניין עילת המידתיות וכך לעניין עילת חוסר־הוודאות. בהפעילו ביקורת שיפוטית בעילת חוסר־הוודאות, אין בית־המשפט מוותר על כלל הריסון. אך כאשר בפגיעה בזכויות־יסוד עסקינן, דומה כי בית־המשפט ישלים אף עם ריסון שיפוטי חלש יותר.

ח. סיכום

התפתחותה של מדינת המינהל המודרנית הביאה לשינויים רבים בביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי. מדינה זו אינה חדלה להתפתח, להאציל למינהל סמכויות רחבות שבשיקול־דעת ולהציב לביקורתו של בית־המשפט מקרים ומצבים שונים ומגוונים.

המשפט אף הוא, כמו כל תחומי החיים, מתקדם ומנסה למלא את הצרכים המשתנים. במשפט המינהלי בא הדבר לביטוי הן בתחום העילות והן בתחום הסעדים, בין בזניחתן של הבחנות ישנות ובין בפיתוחן של דוקטרינות חדשות. המשפט המינהלי הישראלי, אולי בגלל כותה החוק במיוחד של הרשות המבצעת בישראל, כבר מזמן זנח את פיקציית ה-*ultra vires* לטובת ביקורת שיפוטית מהותית, במסגרתה של עילת הסבירות. ביקורת מהותית זו הכרחית בעידן שבו שיקול־הדעת המינהלי הפך להיות עובדה שאין עוררים עליה, אך אי־אפשר להתעלם מהבעיות שמעוררת עילת הסבירות לצד התיוב הרב שבה. דרך אפשרית להתמודד עם בעיות אלה היא בקונקרטיזציה של עילת הסבירות לעילות פרטניות יותר, שתאפשרנה הכוונה יעילה יותר של הרשות והבנה טובה יותר של הציבור. עילות אלה תסייענה אף במצבים שבהם דרישת הקיצוניות שבעילת הסבירות משאירה אקטים פסולים בתוקפם.

קונקרטיזציה מסוימת של עילת הסבירות כבר הופיעה בדמות עילת המידתיות. עילת המידתיות תרמה תרומה חשובה למשפט המינהלי, הפכה להיות חלק מהשיח המשפטי התיאורטי והפרגמטי – קריטריון שלפיו בוחנות הרשויות את פעולתן – ואף מצאה לה מקום בכמה מעשי חקיקה.

במסגרת קונקרטיזציה מבורכת זו של עילות הביקורת יש לעילת חוסר־הוודאות מקום לא פחות חשוב. דרישת הוודאות מקדמת את העקיבות והשוויון במינהל, מונעת מערפול לכסות על פגמים אחרים שבמעשי הרשות, מאפשרת התמודדות עם חוסר־היכולת לאכוף את החובה לקבוע כללים – וכל זאת בלא ויתור על כלל הריסון השיפוטי. התששות שרעיון ההכרה בעילה מעורר אין בהם להאפיל על יתרונותיה הרבים. דומני, כי המשפט המינהלי הישראלי צועד בכיוון הנכון לעבר פיתוחה של העילה.

---

241. בג"ץ 1715/97 *לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר־האוצר ואח'*, נא (4) 367, עמ' 389. ראו גם לעיל, הערה 127.

nevo.co.il