

מעמדה של עילת הסבירות האיזונית בהליכי תקיפה עקיפה:

בעקבות דנ"פ 5387/20 מדינת ישראל נ' רותם

יואב דותן*

תוכן העניינים

א. מבוא

ב. תקיפה עקיפה – מונחים ומושכלות יסוד

ג. התפתחות הדין

1. השלב הראשון: דוקטרינת הוירס וההבחנה בין בטל לניתן לביטול
2. השלב השני: דוקטרינת הבטלות היחסית
3. תקיפה עקיפה, בטלות יחסית ותכני עילת הסבירות
4. הבעייתיות בדוקטרינת הבטלות היחסית
5. השחיקה בדוקטרינת הבטלות היחסית

ד. פרשת רותם

1. פסקי הדין בערעור ובדיון הנוסף
2. חמישה רבדים של מחלוקת

ה. סיווג הפגימה החדש בתקיפה עקיפה – שיקולי מדיניות

1. שיקולים הנוגעים להתאמת הערכאה וההליך לבחינת תוקפו של האקט
2. שיקולים הנוגעים לאחידות הדין ויציבותו
3. שיקולים הנוגעים לשלטון החוק ולמניעת הפרות חוק

ו. תקיפה עקיפה של החלטות כלליות ואינדיבידואליות

ז. ההשלכות של התיזה המוצעת על מגמות מרכזיות בסוגיית התקיפה העקיפה

1. התניית תקיפה עקיפה במיצוי התקיפה הישירה
2. תקיפה עקיפה כסעד חילופי

ח. לפני סיום: הערה לגבי תקיפה עקיפה של חקיקה ראשית ועילת המידתיות

ט. במקום סיכום: חוסר סבירות בתקיפה עקיפה להלכה ולמעשה

נספח: בדיקה מדגמית של מאגר פסקי דין של ביהמ"ש המחוזי והשלום העוסקים בתקיפה עקיפה

*פרופ' מן המניין וראש הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש גודמן בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. טיוטת המאמר הוצגה לראשונה במסגרת הכנס "השפיטה בעניינים חוקתיים ומינהליים: היבטים מוסדיים ודיוניים" שהתקיים באוניברסיטת בר-אילן בחודש מאי 2023. אני מודה למשתתפי הכנס על הערותיהם המועילות. אני מודה לדוד סגל על עבודתו המצוינת כעוזר מחקר.

תקציר

השאלה של התרת האפשרות להעלות טענות כנגד תוקפן של החלטות מינהליות במסגרת הליכים אזרחיים או פליליים בתקיפה עקיפה היא שאלה מרכזית בחשיבותה בכל שיטת משפט. בדיון הישראלי, בעבר הרחוק, השאלה של סוג הפגם בהחלטה המינהלית, ובמיוחד ההבחנה בין פגמים של חוסר סמכות לפגמים אחרים נחשבה למכרעת לעניין זה, כאשר בתי המשפט הבחינו בין אקט הבטל מעיקרו לאקט הניתן לביטול (נפסד). לעומת זאת, בארבעת העשורים האחרונים שאלת התקיפה העקיפה נשלטה על ידי דוקטרינת הבטלות היחסית. במסגרת זו בתי המשפט פתחו פתח רחב לתקיפה עקיפה של אקטים מינהליים תוך התמקדות בסביבה הנורמטיבית שבמסגרתה נעשתה התקיפה ובשיקולי מדיניות תוצאתיים, תוך שהחשיבות של סוג ההחלטה הנתקפת וסוג הפגם שייחוס להחלטה נדחקו במידה רבה הצידה. אלא שבעשור האחרון ניכרת בפסיקה שוב מגמה של שינוי ובתי המשפט מגלים נטייה לחזור ולהדגיש את החשיבות של קביעת קריטריונים כלליים ברורים להכרעה בשאלה תוך התמקדות בהבחנה בין החלטות מינהליות כלליות ופרטניות ותוך ייחוס חשיבות מרכזית יותר לסוג הפגם שנפל בהחלטה המינהלית. מגמה זו הגיעה לשיאה בדיון נוסף **רותם** שבו קבע בית המשפט בדעת רוב, ואגב חילוקי דעות חריפים בין השופטים, כי בתקיפה עקיפה של שיקול הדעת התביעתי במסגרת טענות הגנה בהליכים פליליים, הנאשם רשאי להעלות אך ורק טענות המוכרות במסגרת סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי – ולא טענות כנגד סבירות ההחלטה התביעתי.

מטרתה של הרשימה הנוכחית היא לבחון ולנתח את המגמות הנוכחיות בפסיקה על רקע ההחלטה בעניין **רותם**. טענה מרכזית אחת היא שלא ניתן להבין את ההתפתחויות בפסיקה בסוגיית התקיפה העקיפה אלא על רקע ההתפתחות הכללית יותר בעמדת בית המשפט לגבי היקף הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות ובמיוחד בכל הנוגע למחלוקת הקיימת בבית המשפט על תכניה והיקפה של עילת הסבירות. טענה נוספת היא שפסיקת בית המשפט בעניין **רותם** פותחת פתח לשרטוט מחדש של קווי המתאר הראויים בסוגיית התקיפה העקיפה תוך הבחנה בין עילות הביקורת השונות ובמיוחד בין עילת הסבירות האיזונית ועילת המידתיות לבין עילות אחרות הנוגעות לחוקיותם של אקטים מינהליים. הדיון בשיקולי המדיניות הכרוכים בנושא תומך במסקנה שיש הצדקה להבחין בין העילות האיזוניות לבין עילות אחרות ולהגביל במידה ניכרת את אפשרות התקיפה העקיפה של אקטים מינהליים בטענות של חוסר סבירות ומידתיות. ההצעה ברשימה היא כי יש מקום לחזור ולהציב במרכז הדיון בסוגיית התקיפה העקיפה את הקריטריון של סוג הפגם שנפל בהחלטה המינהלית, אלא שבמקום הסיווג 'העתיק' של בטל ונפסד יש להבחין בין פגמים הנוגעים לעילות האיזוניות ובראשן חוסר סבירות איזונית לבין פגמים חמורים אחרים היורדים לשורש חוקיותם של מעשי המינהל. אטען גם כי להכרעה כללית ברורה של בית המשפט לפיה לא תינתן אפשרות לטעון טענת של חוסר סבירות איזונית בתקיפה עקיפה יהיו יתרונות ברורים מבחינת יעול הליכים משפטיים וקיצורם אך לא יהיו לה שום מחירים נגדיים משום שהלכה למעשה מספר המקרים שבהם בתי המשפט פוסלים החלטות בתקיפה עקיפה בגין חוסר סבירות שואף לאפס. הטענה האחרונה נתמכת בבדיקה אמפירית שתוצאותיה מוצגות בנספח לרשימה.

בעקבות דנ"פ 5387/20 מדינת ישראל נ' רותם

א. מבוא

שאלת התקיפה העקיפה, כלומר השאלה באילו נסיבות ניתן להעלות טענות כנגד תוקפם של אקטים מינהליים בהליכים שאינם ההליכים שיועדו לכך במיוחד בחוק, היא שאלה מרכזית בחשיבותה בכל שיטת משפט.¹ ממבט ראשון, השאלה עשויה להיראות כשאלה טכנית או דיונית, כזו המעסיקה בעיקר את מי שעוסקים בפרקטיקה המשפטית היום-יומית. אולם במבט מעמיק יותר שאלה זו אינה רק בעלת חשיבות מעשית רבה, אלא גם כזו שהתשובה אליה מביאה לידי ביטוי את המבנה והאופי של שיטת המשפט כולה.² יש לשאלה זו היבטים חברתיים ופוליטיים משום שהיא קשורה הדוקות לשאלת היקף הביקורת השיפוטית והיחסים שבין רשויות הממשל.

ואכן, ההתפתחות של עמדת המשפט המינהלי בישראל בשאלת התקיפה העקיפה כרוכה בטבורה בהתפתחות הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל. תהליך זה עבר בארבעת העשורים האחרונים תמורות לא מעטות. ההתפתחות המרכזית האחרונה בנושא היתה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **רותם**³ שם פסק בית המשפט, ברוב דעות, כי נאשם במשפט פלילי אינו יכול לתקוף את החלטת התובע להעמידו לדין בטענה של חוסר סבירות בהפעלת שיקול הדעת התביעתי. ההחלטה בעניין **רותם** היא נקודת מוצא נוחה לדין בהיבטים עקרוניים של שאלת התקיפה העקיפה משום שהעמדות השונות שהביעו השופטים וחילוקי הדעות ביניהם חורגים בהרבה מההיבט הטכני או 'הלוגיסטי' של שאלת התקיפה העקיפה ומבטאים מחלוקת עקרונית ועמוקה בנוגע למעמדו של בית המשפט, תפיסת התפקיד שלו, ועקרונות היסוד של המשפט הציבורי בכללם.

המטרה של הרשימה הנוכחית היא לסקור את ההתפתחות של מוסד התקיפה העקיפה על החלטות מינהל על רקע ההחלטה בעניין **רותם**.⁴ טענתי המרכזית תהיה כי החלטה זו מהווה נקודת מפנה לא רק לגבי הדוקטרינה המשפטית הנוגעת לתקיפה עקיפה, אלא גם ביחס לביקורת השיפוטית על החלטות מינהל ובמיוחד ביחס למעמדה ותכניה של עילת הסבירות ולהבחנה בינה לבין עילות ביקורת אחרות על שיקול הדעת של רשויות המינהל. התפנית בעמדת בית המשפט בהחלטה זו מאפשרת לעצב מחדש את מוסד התקיפה העקיפה ואת מוסד הביקורת השיפוטית בכלל על בסיס קווים שהם שונים ועדיפים על אלו שהנחו את בית המשפט בעשורים האחרונים, תוך הבחנה ברורה בין ביקורת הנעשית על בסיס אדני דוקטרינת החוקיות לבין ביקורת שיפוטית הנעשית על בסיס העילות האיזוניות של הסבירות והמידתיות.⁵ ההצעה ברשימה היא כי יש מקום לחזור ולהציב במרכז הדיון בשאלת התקיפה העקיפה את סיווג הפגם המנהלי. אך שלא כבעבר, אז הסיווג הבחין בין אקט בטל לאקט נפסד, מוצע כעת להבחין בין פגמים הנוגעים לעילות האיזוניות (סבירות ומידתיות) לבין פגמים חמורים הנוגעים לשורש החוקיות.

מהלך הרשימה יהיה כדלקמן: בפרק **ב** יוצגו בקצרה מונחי היסוד והתשתית האנליטית הנוגעת לדיון בתקיפה העקיפה. בפרק **ג** אתאר את התפתחות התקיפה העקיפה בפסיקה החל מקום המדינה ועד לשנים האחרונות. הסקירה תעסוק גם בקשרים שבין ההתפתחות התקיפה העקיפה לבין התפתחות תפיסת הביקורת

¹ להגדרת תקיפה עקיפה ראו להלן בפרק **ב**.

² כך, למשל, התפיסה של עיקרון הפרדת הרשויות במשפט הצרפתי מכתובה חלוקה נוקשה בין הערכאות המינהליות לערכאות האזרחיות ומגבילה מאוד את האפשרות של בתי המשפט האזרחיים לדון בתוקפם של האקטים המינהליים. עקרונית, כאשר מובאת בפני בית משפט אזרחי שאלה הנוגעת לתוקפו של האקט המינהלי הוא חייב לבצע הפנייה של השאלה (renvoi) לבתי המשפט המינהליים שרק הם מוסמכים לדון בה. על פני הדברים, תפיסה כזו עלולה לסרב לאוד ולעכב הליכים משפטיים רבים, אלא שהמשפט הצרפתי פיתח טכניקות שונות לעקוף את המגבלות הללו, ראו

(René Chapus, *Droit Administratif Général* 923-925 (15ed, Tome 1, 2001) וכן יואב דותן, "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?" **משפט וממשל** 117, 121-123 (תש"ס). לסקירה השוואתית ביחס למשפט האמריקני ראו יעקב שקד **תקיפה עקיפה בהליכים פליליים ואזרחיים** 69 ואילך (2020).

³ דנ"פ 5387/20 **מדינת ישראל נ' רותם** (נבו) 15.12.2021 (להלן: דנ"פ **רותם** או עניין **רותם**). ראו גם רע"פ 7052/18 **רותם נ' מדינת ישראל** (נבו) 6.5.2020 (להלן: רע"פ **רותם**).

⁴ חשוב לציין שהדיון יתמקד בעיקרו בתקיפה עקיפה על החלטות מינהליות ולהבדיל מתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית, אם כי בעניינים מסויימים אגע גם בהיבטים החוקתיים ובחלק האחרון של המאמר אתייחס להשלכות אפשריות של התיזה המוצגת גם על תקיפה עקיפה של חקיקה ראשית, ראו פרק **ח** להלן.

⁵ לאורך המאמר כשאתייחס לעילת המידתיות אעשה זאת בהקשר של שימוש בעילה זו כבסיס לתקיפת **נורמות מינהליות** ולהבדיל מהשימוש השכיח יותר בעילה לתקיפה של חקיקה ראשית, וראו גם הדיון בפרק **ח** לרשימה.

השיפוטיות של בית המשפט ובמיוחד ביחס לזכויות החוקיות (דוקטרינת הוירס) לבין דוקטרינת הסבירות. **פרק ד** ידון במפורט בעמדות השונות של השופטים בעניין **רותם** ובהשלכות שלהן על מוסד הביקורת השיפוטית. בפרקים ה ו-ו אדון (בהתאמה) בשיקולי המדיניות הנוגעים לסוגיית התקיפה העקיפה באופן כללי ובהקשר להבחנה בין אקטים כלליים לאקטים אינדיבידואליים. אטען, כי למרות המורכבות הרבה של השיקולים הללו, יש מקום להחזיר למרכז הדיון את השאלה של סוג הפגם באקט המינהלי ובמיוחד את ההבחנה בין פגמים הנוגעים לחוקיות האקט לבין פגמים העוסקים בסבירות של שיקול הדעת המינהלי. **בפרק ז** אבחן את ההשלכות של התיזה המוצעת על שני קווי פסיקה מרכזיים בסוגיית התקיפה העקיפה. **בפרק ח** אבחן בקצרה את ההשלכות האפשריות של התיזה המוצעת על ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. אסיים את הדיון בהצגת תוצאות של בדיקה אמפירית של פסיקת בתי המשפט המחוזיים והשלום שתוכיח כי ההשלכות המעשיות של הויתור על השימוש בעילת הסבירות בתקיפה עקיפה הן זניחות משום שהלכה למעשה מספר המקרים שבהם בתי המשפט מתערבים בתקיפה עקיפה על בסיס עילת הסבירות שואף לאפס. יודגש כי אינני מתיימר להציע, במסגרת רשימה זו, פתרון כולל לבעייה המורכבת של תקיפה עקיפה אלא רק להצביע על מגמה מסויימת המסתמנת בפסיקה, ולבחון את צידוקיה, יתרונותיה וחסרונותיה מבחינת שיקולי המדיניות הרלוונטיים.

ב. תקיפה עקיפה – מונחים ומושכלות יסוד

מוסד הביקורת השיפוטית מבוסס במישור הדיוני, בראש ובראשונה, על טריבונלים שיפוטיים והליכים שבהם עומדות החלטות של רשויות השלטון לבחינה משפטית. הליכים כאלה, כגון הליכי ערר או ערעור על החלטות מינהליות הקבועים בחוק, כמו גם הליכים המסמיכים את בתי המשפט לדון בעתירות מינהליות, הם הליכים שבהם עומדות החלטות אלו לביקורת ישירה של בתי המשפט. כלומר, עסקינן בהליכים שנוצרו בחוק במיוחד על מנת לבחון, באופן ישיר, את תוקפם של מעשי השלטון.⁶ אלא, שלצד האפשרות להעמיד את תוקפן של החלטות מינהליות למבחן בתקיפה ישירה, עשויות להתעורר לא פעם טענות כנגד תוקפם של אקטים מינהליים בהליכים אחרים. כך למשל פלונית שהועמדה לדיון על בסיס הפרה של תקנה מסויימת מתקנות התעבורה עשויה להעלות, כטענת הגנה, את הטענה שהתקנה שמכוחה הועמדה לדיון היא חסרת תוקף משום שהיא חורגת מההסמכה שניתנה לשר התחבורה בפקודת התעבורה להתקנת תקנות. וכך, גם אלמוני ששילם מס או אגרה מסויימת לרשות עשוי לטעון, במסגרת תובענה להשבה כספית, שהכספים שנגבו ממנו, כולם או חלקם, נגבו שלא כדין משום שהודעת החיוב במס של הרשות המינהלית עמדה בניגוד לחיקוק הרלוונטי או שהייתה נגועה בפגם אחר כגון הפליה או שיקולים זרים. במקרים כאלה האקט המינהלי הרלוונטי (התקנה, הודעת החיוב וכיו"ב) עומד לבחינה בתקיפה עקיפה, משום שהטענה כנגד תוקפו של האקט איננה מועלית בהליך שיועד לכך מלכתחילה (כגון עתירה לבג"ץ כנגד תוקף התקנה או ערעור על הודעת הגבייה), אלא במסגרת דיון בתובענה שמיועדת להכריע בעניין אחר (הרשעתה של פלונית בעבירת תעבורה, תביעת ההשבה הכספית). ההכרעה בשאלת תוקפו של האקט המינהלי היא רק אחת השאלות – לאו דווקא המרכזית או החשובה ביותר – הנדרשת לשם הכרעה באותה תובענה. כלומר, ההכרעה בדבר תוקף האקט המינהלי היא שאלה שנדרשת לצורך ההכרעה בשאלה העיקרית (והנפרדת) העומדת לדיון, וימשרתת את ההכרעה באותה שאלה עיקרית.⁷

למרות המורכבות שמעוררת התקיפה העקיפה הרי ניתן לומר שתקיפה עקיפה היא מוסד חיוני בכל שיטת משפט, ולמעשה, שאלת התקיפה העקיפה היא שאלה אינהרנטית שההכרעה בה נדרשת – לפחות מבחינה מושגית

⁶ ראו יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** 2637-2638 (2017) (להלן: **זמיר הסמכות המינהלית**).
⁷ להרחבה על כך ראו יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** 19-22 (1975); רע"א 88/17 גולן נ' ראש עיריית תל אביב - רון חולדאי, פסי' 2 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 9.5.2018); ההבחנה בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה רחוקה מלהיות פשוטה ולא פעם קשה לקבוע מסמרות בדבר. הקשיים בנושא נובעים בין היתר, מכך שלא פעם גם נעשה שימוש מתוחכם על ידי מתדיינים בהליכים שונים כדי לתקוף החלטות מינהליות בתקיפה עקיפה על מנת לעקוף מגבלות שונות הקיימות לגבי הליכי תקיפה ישירה של אותן החלטות או כדי להשפיע על שאלת הטריבונל המוסמך לדון בתובענה. למשל ראו רע"א 2063/16 גליק נ' **משטרת ישראל** (נבו 19.01.2017), פסי' 3 לפסק דינו של השופט עמית ביחס לעמדת השופט רובינשטיין לגבי השאלה האם תביעת הפיצויים היא תקיפה ישירה או תקיפה עקיפה; עמדתו של השופט פוגלמן בעניין **רותם**, לעיל ה"ש 3, בפסי' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (ואסמכתאות שם), לפיה תקיפה של שיקול הדעת התביעתי במסגרת טענת הגנה במשפט פלילי צריכה להיחשב לתקיפה ישירה של החלטת התובע ולא לתקיפה עקיפה; וראו גם שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 64-65; במיוחד רווח השימוש במסגרת זו לצורך תובענות לסעדים הצהרתיים. בהקשר זה ראו למשל ע"א 9379/03 צ'רני נ' **מדינת ישראל**, סא(3) 822 (2006); ה"פ 35429-09-16 **חברת נמל חיפה בע"מ נ' מדינת ישראל** (2019) (השופטת תמר שרון נתנאל).

– כמעט לצורך כל דיון משפטי בואשר אדם, כך, לדוגמה מגיש כתב אישום פלילי כנגד פלוני, וכל פעם שביט המשפט נדרש לדון ולהכריע לגבי אשמתו של פלוני, הרי הוא בהכרח מקבל הכרעה (גם אם לא במפורש ואפילו אם לא במודע) לגבי התוקף של הנורמה שמכוחה הועמד אותו פלוני לדיון. לפיכך, למרות שמקובל אמנם לומר שהסמכות של בתי המשפט לדון בתקיפה עקיפה במשפטנו מבוססת על סעיף 76 לחוק בתי המשפט, התשמ"ה-1985,⁸ הרי למעשה לא ניתן כמעט לתאר שיטת משפט שבה לא ניתן בכלל, בשום נסיבות שהן, לטעון טענות, ולו בסיסיות ואלמנטריות ביותר כנגד נורמות או אקטים אחרים הכרוכים בהליך בתקיפה עקיפה (כגון, טענה שחוק מסויים שמכוחו הועמדה פלונית לדיון בוטל שנים לפני ביצוע העבירה). לפיכך, הסמכות של בית המשפט (ושל כל טריבונל אחר) להכריע בתקיפה עקיפה (כלומר בתוקף הנורמות המשפטיות המבססות את הטענות המובאות לפניו) נובעת אינהרנטית מעצם סמכותו לדון בתובענה שהובאה לפניו.⁹ מכאן, שהדיון בשאלת התקיפה העקיפה הוא, בסופו של דבר, דיון **בהיקף** התקיפה העקיפה ולא בעצם קיומה, כלומר, בשאלה **מהן הטענות** שאותן ניתן, או לא ניתן, להעלות בהליכי תקיפה עקיפה.

ג. התפתחות הדיון

1. השלב הראשון: דוקטרינת הוירס וההבחנה בין בטל לניתן לביטול

בעבר הרחוק, נקודת המוצא של הדיון בתקיפה העקיפה הייתה מבוססת על סוג הפגם שנפל באקט המינהלי. על פי גישה זו, שאומצה על ידי בית המשפט בעקבות המשפט האנגלי כבר לאחר קום המדינה, אם נפל במעשה המינהלי פגם חמור, כזה הנוגע לשורש סמכותה של הרשות המינהלית, אזי הדבר היה הופך את ההחלטה לבטלה מעיקרה (void). לפיכך כל בית משפט, לרבות בתקיפה עקיפה, היה יכול לקבוע את בטלותה, כלומר, להתעלם ממנה לצורך ההכרעה בעניין העומד בפניו. לעומת זאת, אם הפגם בהחלטה לא נגע לסמכות הרשות המחליטה, אזי ההחלטה הפגומה הייתה לכל היותר ניתנת לביטול (voidable). המשמעות של הדבר הייתה שכאשר התוקף רצה להביא לביטולו של אקט מינהלי שהיה רק **ניתן** לביטול (נפסד), היה עליו לפנות לבית המשפט המוסמך לבטל את האקט – בהליך של תקיפה ישירה. לעומת זאת, בתקיפה עקיפה, כלומר כשהעניין הועלה אגב דיון בנושא אחר (כגון, בעת דיון באשמתו הפלילית של אדם שפעל על סמך רישיון שנפל פגם בהוצאתו), האקט היה נחשב לתקף, משום שלבית המשפט שדן בתקיפה עקיפה לא היתה סמכות לבטלו.¹⁰

ההבחנה בין בטלות לנפסדות כבסיס להכרעה בשאלת התקיפה העקיפה נבעה ישירות מתפיסת היסוד של הביקורת השיפוטית באותה תקופה, כלומר מדוקטרינת הוירס.¹¹ לפי תפיסה זו, סמכותו של בית המשפט לבקר החלטות מינהליות נבעה מתפקידו החוקתי להבטיח את חוקיות פעולות המינהל הציבורי.¹² עילת הביקורת העיקרית שיכלה לבסס התערבות שיפוטית בהחלטה שלטונית הייתה עילת חוסר הסמכות (ultra-vires). זו היתה למעשה גם עילת הביקורת הבלעדית, על פי גישה זו, משום שכל עילות הביקורת האחרות נבעו ממנה והסתמכו על אותה תפיסת יסוד. היינו, גם כשבית המשפט פסל החלטה מינהלית משום שלא ניתן שימוע לנוגע בדבר קודם לקבלת ההחלטה, הרי בית המשפט עשה זאת על סמך הקביעה שפגם בזכות השימוע "כמוהו כחוסר סמכות".¹³ וכך גם התערבות בהחלטות שהיו נגועות בשיקולים זרים או בהפליה נעשתה על סמך ההנחה שהמחוקק לא

⁸ ראו הדיון אצל **זמיר הסמכות המנהלית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2641-2644; עוד ראו עניין **חברת נמל חיפה**, לעיל ה"ש 7; ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, נא(3) 577, פס" 20 לפסק דינו של השופט גולדברג (1997); רע"א 729/04 **מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ**, פס" 10 לפסק דינו של השופט גרוניס (נבו 26.4.2010) (להלן: **עניין קו מחשבה**); בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת, פס" 10 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 21.4.2016); ע"א 52154-04 **"בנות סנט אנא" - גן ילדים נ' מדינת ישראל - משרד החינוך**, פס" 3 לפסק דינה של השופטת תמר שרון נתנאל (נבו 18.8.2019).

⁹ ראו למשל בר"מ 2657/14 **ס. אלון חברה להשקעות ובנין בע"מ נ' הממונה על חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974**, פס" 21-22 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (2014) ("יאכן, חוק בתי דין מינהליים אינו חל על ועדת הערר בענייננו, אולם אין לשלול על הסף הכרה בכך שאף טריבונלים אחרים יהיו מוסמכים לדון במכלול רחב של שאלות העולות מן הנושאים הנדונים בפניהם, והכל לפי פרשנותו הראויה של החוק המסמך שמכוחו הם פועלים"); וראו גם זמיר **הסמכות המנהלית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1623-1624.

¹⁰ לדיון נרחב ראו יואב דותן, "במקום בטלות יחסית" **משפטים** כב 587, 594 (1993) (להלן: דותן "בטלות"). להבחנה בין בטלות לנפסדות היו השלכות נוספות מעבר לשאלת התקיפה העקיפה, כגון במקרה בו בית המשפט נתקל במצב של בטלות בשל חוסר סמכות חובתו היתה להעלות את השאלה מיוזמתו גם אם הצדדים להליך לא העלו זאת בפניו – אך לא כך הדבר לגבי החלטות הניתנות לביטול. לדיון מפורט בעניין זה ראו שם, בעמ' 592-596.

¹¹ לתיאור מפורט של מודל הוירס ראו יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** (כרך א) 322-326 (2022) (להלן: דותן **ביקורת שיפוטית**).

¹² ראו שם, בעמ' 328.

¹³ ע"א 183/69 **עיריית פתח תקוה נ' טחן**, פ"ד כג(2) 398, 403 (1969) (להלן: עניין **טחן**).

אלא, שלצד היתרונות הללו, היו לשימוש בהבחנה המסורתית בין בטל לנפסד גם כמה חסרונות קשים, שבסופו של דבר האפילו על יתרונותיו. ראשית, במהלך השנים נעשה ברור יותר ויותר כי ההיגיון האנליטי המרשים כביכול של תפיסת האפסות עומד על כרעי תרנגולת, משום, שהלכה למעשה גם אקטים מינהליים שהיו נגועים בפגמים קשים ביותר של חוסר סמכות, אינם חסרי נפקות במובן זה שניתן היה לומר שהם 'לא קיימים'.¹⁶ שנית, ההבחנה בין בטלות לנפסדות הייתה אמנם ברורה ויקלה ליישום, אולם לא פעם התברר שהנוקשות שלה יוצרת תוצאות משפטיות קשות ואף אבסורדיות, וזאת במיוחד כשיושמה בהליכי תקיפה עקיפה. דוגמה טובה לכך מהווה עניין עיריית פתח תקוה נ' טחן.¹⁷ שם, הובילה תפיסת הבטלות-אפסות לכך שעובד של רשות מקומית, שבמשך שנים כלל לא טרח להופיע לעבודתו, יכול היה לתבוע את מלוא שכרו מהרשות המקומית, מעסיקתו, במסגרת תובענת הלנת שכר. וזאת מן הטעם שבהליך הפיטורין שאותו נקטה הרשות שנים קודם לכן (ושהתובע לא טרח כלל לתקוף במועד המתאים), לא ניתנה לו זכות שימוע.¹⁸

ולבסוף, השימוש בהבחנה בין בטל לנפסד – למרות פשטותה לכאורה – לא תרמה באמת לוודאות הדין ולצפיותו, ואף ניתן לומר שבמידה מסויימת ההיפך הוא הנכון. זאת משום שהליכי תקיפה עקיפה של אקטים מינהליים הם ערב רב של הליכים שונים מאוד זה מזה. כלומר, אותה החלטה מינהלית יכולה לעמוד לתקיפה עקיפה באינספור הליכים שיפוטיים שונים ומשונים, כאשר בכל פעם הנסיבות וההקשר הם שונים, ובכל פעם מי שמנסה לתקוף את החלטה הוא גורם אחר, לרבות כאלו שכלל לא היו צדדים להליך המקורי. לדוגמה, תוקפו של צו סגירה מינהלי שמוציא הרופא המחוזי כנגד עסק כלשהו שנכשל בעמידה בדרישות התברואה עשוי להיות נתון לתקיפה בהליך פלילי שבו מואשם בעל העסק בעבירה של אי-ציות לצו, אך גם בתובענה נזיקית שהלה מגיש כנגד הרופא המחוזי בתובענה בגין רשלנות או בתובענה חוזית לסילוק יד שמגיש בעל הנכס כנגד בעל העסק בעילה של הפרת תנאי בחוזה השכירות לפיו השוכר מתחייב להפעיל את עסקו כדין. בכל הליך כזה, מי שמעלה את הטענה כנגד תוקף הצו הוא גורם אחר, ובכל אחד מהם, התשתית הנורמטיבית והנסיבות הן שונות, וכך גם ההשלכות של קבלת הטענה כנגד תוקף הצו. לפיכך, מי שמשתייך את התוצאה של כל ההליכים הללו על קריטריון אחד ויחיד – סוג הפגם שנפל באקט המינהלי – חוטא בהתעלמות מהסביבה הנורמטיבית הרלוונטית שבה מתנהל הדיון ומסתכן בהגעה לתוצאות קשות. ומכל מקום, הגישה האחידה והנוקשה הזו המתמקדת בהיבט המינהלי

¹⁴ ראו למשל בבג"ץ 104/54, 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40, 51 (1956); בבג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו, פ"ד טו 2101 (1962); בבג"ץ 80/54 נוחימובסקי נ' שר הפנים, פ"ד ח 1491 (1954); יואב דותן, "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", רות גביזון, מרכזי קרמניצר ויואב דותן, אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית, (מגנס, ירושלים תש"ס) 24; לדיון מפורט ראו גם יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 678 (התשפ"א) (להלן: דותן "שני מושגים").
¹⁵ לדיון מפורט בדוקטרינת האפסות ראו דותן "בטלות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 596-598.
¹⁶ שם, בעמ' 598-599.
¹⁷ עניין טחן, לעיל ה"ש 13.
¹⁸ לדוגמאות נוספות לתוצאות קשות ובלתי הגיוניות מסוג זה ראו דותן "בטלות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 598-602.

של הדין, אינה תורמת לא אחת מהצדדים (כי הוצאות הדין שונות בכל מקרה ומקרה וגם לא לוודאות או לצורך משום שאיש לא יכול לצפות מראש כיצד ובאילו נסיבות תפעל טענת הבטלות ומי יהיה הצד שייבנה ממנה.¹⁹

2. השלב השני: דוקטרינת הבטלות היחסית

הנוקשות של הגישה המסורתית והתוצאות הבעייתיות של תפיסת הבטלות-אפסות נעשו ברורות יותר ויותר במהלך הזמן לבית המשפט. בעייתיות זו הובילה לשורה של החלטות ששחקו את ההבחנה המסורתית בין בטל לנפסד כבר במהלך שנות השבעים ובמיוחד לקראת סוף.²⁰ אולם 'המפץ' בנושא זה הופיע בתחילת שנות השמונים בדיון נוסף שפירא.²¹ שם הציג השופט ברק דוקטרינה חדשה – שנועדה להחליף לחלוטין את ההבחנה המסורתית – דוקטרינת הבטלות היחסית. על פי הגישה החדשה מושג הבטלות המוחלטת של אקטים שחוקיותם פגומה הוחלף במושג חדש: בטלות יחסית. המשמעות של 'היחסיות' של הבטלות היא שהעובדה שנפל באקט מינהלי פגם, ולו גם פגם חמור, כגון חוסר סמכות, פגיעה בזכות השימוע או הפליה, איננה מחייבת את בית המשפט לבטל את האקט, הלכה למעשה, לצורך העניין העומד לפניו. חלף כך, בית המשפט יכול לקבוע כי האקט אמנם 'בטל' בשל הפגם שנפל בו – אך לצורך העניין הנדון האקט ממשיך להיות תקף.²² וכך גם להפך, בית המשפט יכול לקבוע כי האקט תקף באופן כללי – אך לצורך העניין הנדון בפניו האקט בטל. כלומר, התוצאות של הבטלות היחסית הן שהאקט עשוי להיות בטל לצורך עניינים מסויימים, אך ממשיך להיות בתוקף לצורך עניינים אחרים.²³ כך, התוצאות של הבטלות הן יחסיות במובן זה שבית המשפט עשוי לקבוע כי למרות הפגם, ההשלכות של החלטה הפגומה ממשיכות לעמוד בתוקפן למרות קביעת הבטלות.²⁴

אימוץ גישה הבטלות היחסית בעניין שפירא סימן אפוא מהפך ברור בגישת בית המשפט לעניין התקיפה העקיפה, וניתן לומר שהתפיסה בעניין זה השתנתה מן הקצה אל הקצה.²⁵ את הסיווג הברור, בין בטלות לנפסדות המבוסס אך ורק על סוג הפגם שנפל באקט המינהלי החליפה גישה גמישה (שלא לומר פלואידית) לפיה תוקפו של האקט הפגום והשלכות הפגם יוכרעו על ידי בית המשפט על סמך הנסיבות הכוללות של כל מקרה לגופו. את התפיסה הנוקשה של בטלות מוחלטת של החלטות בלתי חוקיות החליפה התפיסה היחסית שלפיה גם החלטה שנפלה בה פגמים חמורים, עשויה לעמוד בתוקפה למצער לעניינים מסויימים או בהקשרים מסויימים.²⁶ את התפיסה לפיה אפשרות התקיפה העקיפה קיימת אך ורק כשעסקינן בפגם חמור השייך ל'משפחת' חוסר הסמכות,

¹⁹ לדיון מפורט ראו שם, בעמ' 607–609; ראו גם זמיר **הסמכות המנהלית**, לעיל ה"ש 6, 2984–2988 הממקד את הביקורת על ההבחנה הישנה בחוסר הבהירות לגבי המונח חוסר סמכות.

²⁰ ראו זמיר שם, בעמ' 2988–2991; וכן ראו דותן "בטלות", לעיל ה"ש 10, לעיל ה"ש 10, בעמ' 615.

²¹ ד"ר 12/81 **שפירא ושות' חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(3) 645 (1982) (להלן: ד"ר **שפירא או עניין שפירא**); וראו גם ע"פ 768/80 **שפירא ושות' חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 337 (1981) (להלן: ע"פ **שפירא**).

²² ראו שם, פס" 5 לפסק דינו של השופט ברק ("מושג הבטלות אינו מושג מוחלט אלא מושג יחסי", והכל תלוי בכך אם הסעד הנכון נדרש על-ידי האדם הנכון בהליכים הנכונים...)

²³ ראו למשל 2413/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי** (2001) (חריגה מסמכות של ביה"ד הצבאי ביחס לאורך תקופת המאסר על תנאי שהוטל על העותר); ע"פ 5937/12 **טובול נ' מדינת ישראל** (2013) (חריגה מסמכות השיפוט עקב כך שבית המשפט המחוזי דן בעבירות המסורות לבית משפט שלום); בג"ץ 2910/04 **מרכז השלטון המקומי נ' משרד החינוך והתרבות** (2004) (הפרת חובת היועצות סטטוטורית); בג"ץ 10455/02 **אמיר נ' לשכת עורכי הדין** (2003) (חריגה מסמכות המשגיבה בנוגע לנושאים הכלולים על פי כללי הלשכה בבחינות הלשכה); עע"מ 7293/20 **פגניה די דבליו בע"מ נ' רשות שדות התעופה** (2021) (פס" 27) (אי ביטול תוצאות מכרז לבדיקות קורונה למרות שהזוכה לא עמדה בתנאי הסף).

²⁴ בהתאם, זמיר מכנה גישה זו בשם גישת התוצאה היחסית, ראו זמיר **הסמכות המנהלית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2991–2992; הקביעה לפיה אקטים מינהליים מסויימים עשויים להמשיך לעמוד בתוקף, במסגרת הבטלות היחסית, למרות שנפלו בהם פגמים חמורים, ובמיוחד פגמים של חוסר סמכות עניינית לא נתקבלה בבית המשפט בשעתו בקלות על דעת השופטים ובעניין שפירא עצמו נתגלעו מחלוקות בעניין. ראו למשל עמדת הנשיא לנדוי ("לא נוכל להציע פתרונות עיוניים מן המוכן, שיוכלו לשמש להבא מדריך שלם לבעלי דין ולבתי המשפט בהליכים מסוג זה. הסיבה לכך טמונה בעיקר בחוסר היכולת להגדיר הגדרה מדויקת מונחית יסוד, כגון "סמכות", "חריגה מסמכות" ו"בטל" כנגד "ניתן לביטול", סוף עמ' 654) ועמדת השופט י" כהן ("אכן, מבחנו של חברי הנכבד משאיר מקום לגמישות, בשים לב לנסיבות כל עניין, אך אולי מוטב, שבשאלה חשובה זו תיקבע נורמה נוקשה יותר כתנאי מוקדם להעמדת אזרח לדין פלילי על יסוד טענה, שהיתר, שאותו הוא קיבל מהרשות, הוא מחוסר תוקף", עמ' 663). אולם, בתוך זמן לא רב השתרשה תפיסת הבטלות היחסית על כל סוגי הפגמים, לרבות אלו החמורים ביותר, ראו דותן "בטלות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 631–632.

²⁵ למעשה גישת הבטלות היחסית אומצה על ידי בית המשפט לא רק לעניין שאלת אפשרות התקיפה העקיפה, כי אם גם לעניינים אחרים. בין היתר, גישה זו אומצה גם לגבי תקיפה ישירה של אקטים מינהליים. את ההבחנה בין שני סוגי הבטלות היחסית (זו שבתקיפה עקיפה וזו שבתקיפה ישירה) מכנה במאמרה דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" **משפטים** כד 519, 527–534 (התשנ"ד-התשנ"ה) "בטלות יחסית במובן של צד והליך" ו"בטלות יחסית במובן של שיקול דעת". כלומר, תוצאת הבטלות היחסית איננה עוד תוצאה הקשורה לקשיים הניצבים בפני בית המשפט בפסילת האקט המנהלי בדרך של תקיפה עקיפה, אלא היא תוצאה של שיקול הדעת השיפוטי שאיננו קשור בהכרח לקשיים ההליכיים. המובן השני של הבטלות היחסית הוא המובן בו נעשה שימוש בתקיפה ישירה של אקטים מנהליים. כך, בית המשפט הגיע לא פעם למסקנה שיש להשאיר בתוקף את התוצאות של החלטה מינהלית שנפלה בה פגמים חמורים (לרבות חוסר סמכות) גם כאשר הנושא הובא בפניו בהליך של תקיפה ישירה, ראו למשל עניין **מרכז השלטון המקומי**, הערה 23 לעיל; עניין **אמיר**, הערה 23 לעיל.

²⁶ לעובדה זו שבמסגרת גישת הבטלות היחסית גם אקטים מינהליים בלתי חוקיים שנפלו בהם פגמים חמורים ביותר יושארו, הלכה למעשה, על ידי בית המשפט בתוקפם יש כמובן השלכות על עיקרון שלטון החוק. ראו למשל עע"מ 7666/14 **אדם טבע ודין נ' ועדת הערר לתכנון ובנייה מחוז מרכז**, פס" 42–43 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 18.10.2017), שם מצטט בית המשפט ביקורת שנמתחה בספרות בהקשר זה (י' מרזל, "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** 39, 94 (2006)); עוד ראו הדיון אצל דותן **ביקורת שיפוטי**, לעיל ה"ש 11, בס' 12.8.

הגורם בטלות, התפיסה שלפיה כל אימת טענה כזו ויכריע בה בהתאם לסביבה הנורמטיבית והנסיבות של ההליך שבמסגרתו עקיפה, בית המשפט יבחן טענה כזו ויכריע בה בהתאם לסביבה הנורמטיבית והנסיבות של ההליך שבמסגרתו מועלית טענת התקיפה.²⁷

כשם שגישת הבטלות המוחלטת והסיווג בטל-נפסד היתה כרוכה בטבורה בדוקטרינה הכללית של הביקורת השיפוטית שמלכה בכיפה באותה תקופה (דוקטרינת הוירס) כך גם תפיסת הבטלות היחסית לא באה לעולם יש מאין. הצגתה ואימוצה של הבטלות היחסית היו כרוכות בטבורן בשינויים המפליגים שחלו בדוקטרינה הכללית של הביקורת השיפוטית בדיוק באותה תקופה. החל מתחילת שנות השמונים ובמהלך העשור כולו התחוללה מהפכה רבתה במשפט המינהלי, מהפכה שניתן לכנותה 'המהפכה המינהלית'.²⁸ לענייננו, ראוי לעמוד על מספר מרכיבים של ההתפתחות הזו שקשורים ישירות לנושא התקיפה העקיפה. ההיבט **הראשון** הוא השחיקה הכללית שחלה בדוקטרינת הוירס ובמעמדה של טענת חוסר הסמכות, ובעלייתה במקביל של הדוקטרינה שבמידה רבה החליפה אותה בתור העילה המרכזית של הביקורת השיפוטית – היא דוקטרינת הסבירות האיזונית.²⁹ אין זה מקרה שהצגת גישת הבטלות היחסית בעניין **שפירא** נעשתה בדיוק באותה תקופה שבה בית המשפט (גם כן, בהנהגתו של השופט ברק) הציג את גישת הסבירות החדשה בעניין **דפי זהב**.³⁰ בבסיס דוקטרינת הסבירות החדשה – האיזונית, בתור העילה המרכזית לביקורת שיקול הדעת המינהלי – עמדה התפיסה שלפיה הביקורת השיפוטית צריכה להיות מבוססת על בחינה **אד-הוק** של איזון השיקולים שעשתה הרשות המינהלית **בכל מקרה לגופו**. כלומר, שההכרעה בדבר תוקפן של החלטות תלויה בנסיבות הקונקרטיות הכרוכות בקבלת ההחלטה ובהפעלת שיקול הדעת **השיפוטי** הרבה יותר מאשר בכללים נורמטיביים חדים וברורים שנקבעו מראש בחוק או בתקנות.³¹ התפיסה הגמישה והאד-הוקית של הבטלות היחסית תאמה היטב את התפיסה הכוללת הזו, שמותירה לבית המשפט, הדין בנושא הקונקרטי, את מרחב ההחלטה המקסימלי לגבי תוקפן של החלטות מינהליות. ובמובן זה, ניתן לראות בגישת הבטלות היחסית מעין גישה 'תאומה' שמאמצת את תפיסת היסוד של הסבירות האיזונית במישור הסעדים השיפוטיים והתקיפה העקיפה.

המישור **השני** של ההתפתחויות הכלליות בביקורת השיפוטית, שגם הוא התרחש בתחילת שנות השמונים, הוא הביטול של **הקטגוריזציה הפנימית במשפט המינהלי**. קודם למהפכה המינהלית התפיסה של המשפט בישראל (כמו גם בשיטות משפט אחרות) היתה שסוגים שונים של אקטים מינהליים היו כפופים למשטר שונה של ביקורת שיפוטית. כך למשל לשאלה האם האקט העומד לדין הוא החלטה קונקרטית או החלטת מדיניות כללית או חקיקת משנה היתה השלכה מכרעת על היקף הביקורת השיפוטית ובמיוחד על השימוש בעילת הסבירות.³² לפיכך, היתה חשיבות רבה לשאלה האם העתירה מכוונת כנגד מעשה מינהל או כנגד מחדל של הרשות מלפעול.³³ בתחילת שנות השמונים, במקביל להצגתה של גישת הסבירות האיזונית, בית המשפט שינה במפורש ובאופן חד את תפיסתו לגבי קטגוריזציה מקדמית של סוג האקט המינהלי כבסיס לגיבוש תפיסה כוללת לגבי היקף הביקורת לטובת תפיסה שלפיה בית המשפט יקבע, בכל מקרה לגופו, את היקף הביקורת השיפוטית, ובמיוחד את היקף התחולה של גישת הסבירות האיזונית, וזאת ללא מחוייבות כלשהי לקביעות כלליות מקדמיות לעניין זה.³⁴ גם בהקשר זה ניתן לומר כי גישת הבטלות היחסית תאמה והשתלבה היטב בשינוי התפיסתי הכולל של בית המשפט ביחס לביקורת השיפוטית. היינו, כשם שבית המשפט גיבש תפיסה שלפיה הוא שולל כל

²⁷ למעשה, קיימת דעה לפיה ניתן להפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית גם כשהפגם אינו נוגע לחוקיות האקט המינהלי אלא נוגע לטעות גרידא של הגורם המחליט. ראו דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** כרך ב' 822-823 (2010); וכן שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25; לחשיבות של ההבחנה בין פגמים של חוסר סמכות לבין פגמים של טעות גרידא לפי התפיסה של דוקטרינת הוירס ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 387-388, בס' 14.1.1. לדין במשפט האנגלי ששורשיו נעוצים בהלכת 2 A.C. 147 [1969] *Anisminic* הידועה ראו Paul Craig, *Administrative Law* 491-492 (7th ed. 2012).

²⁸ ראו דותן **ביקורת שיפוטית** לעיל ה"ש 11 פרק 4 עמ' 120 ואילך וכן יואב דותן, "המעמד החוקתי של המשפט המינהלי" (2024) (טרם פורסם).
²⁹ לתיאור תהליך שחיקת דוקטרינת הוירס, ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בפרק 12; לעלייתה של הסבירות האיזונית כדוקטרינה חלופית ראו גם דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 681-687.

³⁰ בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, לה(1) 421 (1980) (להלן: עניין **דפי זהב**).

³¹ על היחס שבין המתודולוגיה של הסבירות לבין המתודולוגיה של דוקטרינת הוירס ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בפרק 12; לעיל ה"ש 11, בעמ' 676-687, ובמיוחד עמ' 684.
³² דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, ס' 9.3.1 עמ' 284-288.

³³ דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, ס' 9.6.

³⁴ ראו בג"ץ 6090/08 **ברגר נ' שר המשפטים**, פס' 7-6 לפסק דינו של השופט גרוניס (נבו) 11.8.2008; דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, ס' 9.3.1, ועמ' 285.

קטגוריזציה מקדמית של החלטות מינהליות כבסיס לקביעת הנחיות ברורות או מגבלות על היקף הביקורת, כך, על פי גישת הבטלות היחסית, בית המשפט גם חיסל את הקטגוריזציה המקדמית בנוגע לפגמים השונים שיכלו להתגלות באותן החלטות. כלומר, התפיסה הכללית לפיה בית המשפט ייעצב את היקף הביקורת השיפוטית בכל מקרה לגופו – על פי שיקול דעתו שלו וללא כל מגבלות נורמטיביות מקדמיות – יושמה הן במישור ההתייחסות לסוג ההחלטה המינהלית, הן ביחס לתוכן של עילות הביקורת (קרי, באמצעות הסבירות האיזונית) והן במישור תוצאות הפגמים והסעדים בגינם – באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית.

3. תקיפה עקיפה, בטלות יחסית ותכני עילת הסבירות

קודם שאעבור לדיון בהתפתחות התקיפה העקיפה בעידן הבטלות היחסית חשוב להעיר עוד הערה אחת בנוגע לשינויים שחלו בתכנים של עילת הסבירות. נקודת המוצא של הדיון בתקיפה עקיפה שגובשה בתקופה שבה מלכה בכיפה דוקטרינת הוירס היתה שניתן להעלות בתקיפה עקיפה כל טענה הנוגעת ל'חוקיות' האקט המינהלי. כלומר, שתקיפה עקיפה היתה אפשרית לא רק בטענות של חוסר סמכות מובהק אלא גם כאשר הפגם הנטען התייחס למישור ההליכי (כגון פגיעה בזכות השימוע) או להפעלת שיקול הדעת המינהלי.³⁵ גישה זו נסמכה על התפיסה שלפיה כל הפגמים בחוקיות האקט המינהלי היו כרוכים בחריגה מסמכות וכל אחד מהם גילם, בצורה זו או אחרת, רכיב של סמכות הרשות.³⁶ גישה זו חלה (במשמע לפחות) גם על טענות של חוסר סבירות.

אלא, שכפי שכבר צוין לעיל, בשלב שבו המשפט הישראלי עבר מהמסטר של דוקטרינת הוירס וגישת הבטלות-אפסות למשטר של הבטלות היחסית, חלו גם שינויים מפליגים בתוכן של עילת הסבירות. עילת הסבירות 'הישנה', זו ששררה בתקופת משטר הוירס, היתה עילה צרה ושיורית שלפיה בית המשפט יכול היה לפסול החלטה מינהלית אם נפלה בה אי סבירות מובהקת וקיצונית, כזו, שהייתה שקולה לחוסר סמכות.³⁷ עילה זו תאמה היטב את הגישה הכללית של דוקטרינת הוירס, וגם את התפיסה לגבי סיווג אקטים פגומים שהייתה מקובלת בדיון באותה תקופה. לעומתה, עילת הסבירות האיזונית, שהחליפה את גישת הסבירות הקודמת החל מתחילת שנות השמונים, היתה בעלת תכנים שונים ורחבים הרבה יותר. היא דרשה מהרשות המינהלית לבצע איזון אד-הוק של כל השיקולים הרלוונטיים להחלטה, וקראה לבית המשפט לפקח על ביצוע האיזון הזה כשתפקידו הוא להבטיח שכל שיקול ושיקול קיבל את 'המשקל הראוי' בעיני בית המשפט.³⁸ כלומר, מבחינה לשונית בית המשפט של שנות השמונים המשיך להשתמש במונח 'חוסר סבירות', מונח שהיה קיים גם קודם לכן בפסיקה. אולם התוכן והמהות של הביקורת שהופעלה על ידי בית המשפט במסגרת ביקורת הסבירות השתנה מאוד והתרחב באופן ניכר.³⁹ לעובדה זו יש כמובן השלכות ניכרות גם על נושא התקיפה העקיפה. היינו, לכאורה, המעבר ממשטר הבטלות-אפסות למשטר הבטלות היחסית שימר את התפיסה הקודמת שלפיה 'כל העילות הנוגעות לחוקיות האקט המינהלי' מהוות בסיס אפשרי לביקורת האקט גם בתקיפה עקיפה. ואולם, הלכה למעשה, המשמעות של ההרחבה רבתי של עילת הסבירות וההמרה של תכניה במסגרת גישת הסבירות האיזונית היתה שלכאורה, בית המשפט הדין בתוקף של החלטות בתקיפה עקיפה, מוסמך גם לבצע את אותו הליך ביקורת תובעני שלפיו נבחנים כל שיקולי התשתית של הרשות הנוגעים לשיקול הדעת הסטוטורי והאיזון ביניהם, ונקבע 'המשקל הראוי' לכל אחד מהם – והכל, בהליך תקיפה עקיפה, כלומר, בהליך שלעיתים מתקיים שנים רבות לאחר מועד קבלת ההחלטה, בהקשר שונה לחלוטין מההקשר המקורי שבו ניתנה ההחלטה, ושהרשות המינהלית כלל אינה צד לו. כפי שנראה להלן, הפסיקה הענפה שעסקה בתקיפה עקיפה החל משנות השמונים נטתה לקבל

³⁵ ע"א 120/60 הלפרין נ' קוצ'ינסקי, פ"ד טו 705, 709 (1961).

³⁶ ראו לעיל הי"ש 13 ובסביבותיה.

³⁷ ראו דותן "שני מושגים", לעיל הי"ש 14, בעמ' 678.

³⁸ שם, בעמ' 681-682.

³⁹ שם, בעמ' 685-687; שאלת ההבחנה בין שני מושגי הסבירות עמדה לאחרונה במרכז הדיון בפסק דינו של בית המשפט שבו נפסל ניסיונה של הכנסת לבטל באמצעות חוק יסוד, את עילת הסבירות, ראו בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, (נבו 1.1.2024) (להלן בג"ץ הסבירות) ראו למשל פסק דינה של השופט וילנר פס' 8-35; פסק דינו של השופט שטיין פס' 92-103; פס' 41-44 לפסק דינו של השופט עמית; פס' 22-25 לפסק דינה של השופטת כנפי – שטייניץ; פס' 9-10 לפסק דינה של השופטת רונן; פס' 13-15 לפסק דינו השל השופט פוגלמן; פס' 7-9 לפסק דינה של השופטת ברוך; פס' 178-197 לפסק דינו של השופט סולברג. וראו הדיון בפרק 5 טקסט אחרי הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. להלן.

את הנחות היסוד לגבי התקיפה העקיפה – שגובשו כאמור בתקופה שבה תכני הסבירות היו שונים מאוד מאלו של הסבירות האיזונית – מבלי לדון ישירות, ולעיתים קרובות גם ללא הפגנת מודעות, בהשלכות מרחיקות הלכת של השינוי שהתחולל בתכנים של עילה זו. ניתן אפוא לומר כי בדיון המורכב על התקיפה העקיפה, הסבירות האיזונית הפכה למעין "הפיל שבחדר", אך כזה שלא הכל מודעים באופן מלא לנוכחותו, ומכל מקום, מעטים נוטים לדבר עליו באופן גלוי.

4. הבעייתיות בדוקטרינת הבטלות היחסית

כאמור, גישת הבטלות היחסית תאמה היטב את המגמות הכלליות של הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל בתקופה שאחרי המהפכה המינהלית. גישה זו גם היתה נוחה מאוד, לכאורה לפחות, מנקודת הראות של בתי המשפט משום שהיא אפשרה לבית המשפט לטפל בשאלות הנוגעות לאפשרות תקיפה עקיפה באופן קזואיסטי, כל מקרה לגופו. בית המשפט לא נדרש להגביל את עצמו מראש לקווי מדיניות מקדמיים נוקשים ולהיות מחויב להגיע בסוג מקרים נתון לתוצאה נתונה. אולם, מנקודת ראות כוללת יש לתפיסת הבטלות היחסית מחירים חברתיים גבוהים למדי שברבות השנים גם בית המשפט נעשה מודע להם יותר ויותר.

בראש ובראשונה יש לעמוד על העלויות של גישת הבטלות היחסית מנקודת הראות של ודאות הדין, צפיותו, יציבותו והיכולת של בית המשפט ליצור מדיניות משפטית שתשרת את הערכאות הנמוכות ואת ציבור המתדיינים. אמנם, כשעסקינן בתקיפה עקיפה, גם המשטר הנוקשה והברור לכאורה של דוקטרינת הוריס וההבחנה החדה בין 'בטלי' ל'נפסדי' לא השיגו רמה גבוהה במיוחד של ודאות משפטית. הרבגוניות של הליכי התקיפה העקיפה והריחוק שלהם לעיתים (מבחינת הזמן, ההקשר והזירה המשפטית הרלוונטית) מההליך המקורי שבו נוצר האקט המינהלי, הולידו לא פעם תוצאות משפטיות מעוותות ובלתי צפויות. כאלו שלא יעלה על הדעת שהמחוקק או היוצר של האקט המקורי כיוונו אליהן.⁴⁰ ובכל זאת, חוסר הוודאות והערפול המשפטי שיצרה דוקטרינת הבטלות היחסית היו חמורים לאין שיעור, בהשוואה למצב שקדם לאימוץ הדוקטרינה. שהרי, על פי גישת הבטלות היחסית, ניתן היה (לכאורה לפחות, ראו להלן) להעלות כל טענה בנוגע לחוקיות אקטים מינהליים, בכל הליך משפטי שבו מתעוררת שאלת תוקפו של האקט, וזאת מבלי שקיימות, בדרך כלל, מגבלות נורמטיביות ברורות וקבועות מראש לגבי האפשרות של מתדיינים שונים, בהליכים שונים, לעשות כן.⁴¹ הבעייתיות הזו החריפה שבעתיים לאור ההרחבה של התכנים של טענות הפסלות שניתן להעלות, קרי, לאור השימוש הנרחב שנעשה בעילת הסבירות האיזונית.

אחת ההשלכות המובהקות של גישת הבטלות היחסית היתה ההרחבה רבתי שחלה בשימוש שעשו מתדיינים שונים בהליכי תקיפה עקיפה כאמצעי נוח לעקיפת מגבלות שונות שהיו קיימות לגבי תקיפה ישירה. מגבלות כאלו בנוגע לסמכות השיפוט, מיהות הצדדים הרשאים לפתוח בהליך, התזמון של פתיחת ההליך, קביעות שיפוטיות שניתנו בעבר באותו עניין וכיו"ב הן אבני היסוד של הליכי הביקורת השיפוטית. אלא, שהליכי תקיפה עקיפה מהווים לא פעם דרך המאפשרת לעקוף מגבלות אלו באמצעות תמרונים דיוניים.⁴² גם כאן נראה כי הבעייתיות בנדון החריפה בהרבה בשל קיומן של העילות האיזוניות (ובראשן הסבירות). שהרי, במשטר שבו ניתן לתקוף החלטות מינהליות רק באמצעות טענות משפטיות צרות יחסית וברורות (כגון, חוסר סמכות עניינית או פגם בהליך קבלת החלטה) מתחם התמרון של מי שמבקש לנהל הליך בנוגע לתוקפו של האקט הוא מוגבל למדי. לעומת זאת, טענה מהסוג של "חוסר סבירות" של תקנה, החלטת מדיניות או החלטה אינדיבידואלית

⁴⁰ לדוגמאות ראו דותן "בטלות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 607-609.

⁴¹ ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 823-822 (להלן: **ברק-ארז ב**); שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25-26.

⁴² לדוגמאות לשימוש מניפולטיבי בתקיפה עקיפה ראו למשל: עניין **גליק**, לעיל ה"ש 7, בפס' 4 לפסק דינו של השופט עמית ("המקרה דכאן בוטה במיוחד, נוכח נוהגו של המערער לפנות לבג"ץ כבית המשפט המוסמך, כך שהפנייה לבית משפט השלום נחזית כמעין "פירום-שופינג", בבחינת אם לא הצלחתי בבג"ץ אנסה בבית משפט אחר"); ע"א 3129/19 **זנבל בע"מ נ' פקיד שומה חיפה**, פס' 73-80 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 25.8.2022) (להלן: עניין **זנבל**) ("המעשה השלטוני עשוי לעמוד לביקורת שיפוטית מבלי שהגוף השלטוני הנוגע בדבר הוא צד להליך ועל כן אינו יכול להגן על פעולתו"); הבדל דיוני נוסף מצוי ביישומם של עילות הסף (שיהוי, חוסר ניקיון כפיים וכו') בהליכי תקיפה עקיפה. על אף שמבחינה עיונית אין מניעה מלהחיל את עילות הסף גם בהליכי תקיפה עקיפה, נראה כי בפועל סוג ההליך משפיע על אופן **יישום** תנאי הסף. להרחבה בעניין זה ראו זמיר **הסמכות המנהלית**, לעיל ה"ש 6, 2669-2670.

כלשון ניתן להעלות בקלות ביחס מיוחד לכל אקט מינהלי ארוך, יקר ומסורבל יחסית. מובן, שבית המשפט יכול היה, התוקף של טענה כזו עד לסיומו של הליך מינהלי ארוך, יקר ומסורבל יחסית. מובן, שבית המשפט יכול היה, עקרונית, לצמצם את היקף הבעיה על ידי קביעות תקדימיות ברורות בנוגע לאפשרות לתקוף סוגי החלטות מסויימים בהליכי תקיפה עקיפה מסויימים או להעלות סוגי טענות מסויימים בהליכים כאלה – אבל בפועל בית המשפט מיעט לקבוע קביעות כאלה משום שהדבר נגד את התפיסה השיפוטית הכוללת של המהפכה המשפטית ששללה קטגוריזציה מקדמית ברורה ומוחלטת ושדוקטרינת הבטלות היחסית היתה רכיב מרכזי שלה.⁴³

להרחבה רבתי בשימוש בהליכי תקיפה עקיפה במסגרת פיתוח דוקטרינת הבטלות היחסית היתה עוד השלכה בעייתית דווקא על הליכי תקיפה ישירה של החלטות מינהליות. בשלושת העשורים האחרונים ניכר שימוש גובר והולך מצד בית המשפט באפשרות לנקוט בהליכי תקיפה עקיפה כדי לצמצם, ולעיתים אף למנוע כליל, תקיפת אקטים מינהליים באופן ישיר גם ממי שפנו לקבל סעד שיפוטי בהליכים 'הנכונים' (מבחינת החוק הנוגע בעניין) ובזמן המתאים. הדבר בא לידי ביטוי במיוחד ביחס לעתירות מינהליות כנגד תוקפן של נורמות עונשיות כלליות לרבות חקיקה ראשית וחקיקת משנה. נימוק אחד שבתי המשפט עשו בו שימוש התבסס על כך שהעתירה כנגד נורמה כללית טרם יישומה על מקרים קונקרטיים היא כללית או בלתי בשלה לבחינה שיפוטית.⁴⁴ בד בבד, בתי המשפט פיתחו הלכה ענפה שלפיה האפשרות לתקוף נורמות כלליות בתקיפה עקיפה מהווה סעד חלופי העומד בפני העותרים ומצדיק, לפיכך, את דחיית העתירה המינהלית כנגד הנורמה הכללית.⁴⁵

השימוש שבית המשפט עשה בהליכי תקיפה עקיפה כסעד חלופי בהקשר של תקיפת נורמות כלליות שיוצרות עבירות פליליות הוא בעייתי משורה של טעמים הנוגעים להגנה על זכויות הפרט ובמיוחד על זכויותיהם של מי שמעורבים בהליכים פליליים.⁴⁶ ואולם, בהקשר הנדון כאן, כלל לא ברור האם, ובאיזו מידה, הליכי תקיפה עקיפה יכולים להוות תחליף אפקטיבי לביקורת שיפוטית בתקיפה ישירה על אקטים כאלה. להליכי תקיפה ישירה יש יתרונות ניכרים על פני הליכי תקיפה ישירה בכל הנוגע לאפשרות של בית המשפט המוסמך לשקול מנעד רחב של שיקולי מדיניות והשלכות רוחב תקדימיות של כל פסיקה בנוגע לתוקפן של נורמות כלליות, ומנגד, קביעות כאלה שנעשות במסגרת תקיפה עקיפה תקפות, לכאורה, רק ביחס למקרה הספציפי הנדון (או, לכל היותר, להקשר הצר של מקרים דומים שהפסיקה תשמש לגביהם תקדים)⁴⁷ ולפיכך תקיפה עקיפה עלולה ליצור סתירות בפסיקה ואנדרלמוסיה בדיון.⁴⁸

נוסף על האמור, השימוש הרווח שעשה בית המשפט באפשרות התקיפה העקיפה כסעד חלופי התבסס על הנחת המוצא הכללית של גישת הבטלות היחסית לפיה היקף הביקורת השיפוטית בתקיפה עקיפה זהה להיקף הביקורת השיפוטית בתקיפה הישירה. שאחרת, קשה להסכין עם הקביעה שלפיה אכן התקיפה העקיפה מהווה סעד חלופי אפקטיבי העומד בפני המתדיין שנשלח על ידי בית המשפט להגן על זכויותיו בהליכי תקיפה עקיפה. אלא, שכלל לא ברור עד כמה הנחת היסוד האמורה היא תקפה. במלים אחרות, לא פעם בית המשפט היה מוכן להשתמש ברטוריקה מרחיבה ביחס להיקף הביקורת הפוטנציאלית על האקט המינהלי העומד לדיון בהליכי

⁴³ ראו דותן, **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, 216-220 וכן הדיון לעיל.

⁴⁴ למשל ראו: בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (נבו 17.9.2014); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (נבו 5.1.2012); בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל (נבו 12.3.2015); בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (נבו 18.1.2006); בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסי' 13-14 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 27.5.2018); עוד ראו אריאל בנדור "בשלות ועוד, בעקבות בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת" **משפטים על אתר** יח 33 (2018); ילנה צ'צ'יקו "על בשלות וחוקתיות" **משפטים** מג 419 (התשע"ח); רוני פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית" **עיוני משפט** לו 45 (2014); המאמר שלנו על עתירות כלליות.

⁴⁵ ראו למשל בג"ץ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(1) 121; בג"ץ 2055/02 עביד נ' שר הבטחון (12.12.2002); בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן, הערה 57 להלן (פסי' 4); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר (פסי' 29) (2008); בג"ץ 6090/08 ברגר, הערה 34 לעיל; בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי, שם בפסי' 34. יצוין כי תקיפה עקיפה איננה יסעד חלופי במשמעותו המקורית משום שהמונח סעד חלופי כוון בראש וראשונה למצבים שבהם המחוקק יצר הליכי תקיפה ישירה שהעותר חייב למצותם טרם הפנייה לבג"ץ, ראו ע"א 4291/17 אלפריח נ' עיריית חיפה, הערה 61 להלן (פסי' 14).

⁴⁶ שימוש מופרז בעילות של כלליות והיעדר בשלות במיוחד בנוגע לנורמות כלליות שיוצרות עבירות פליליות, תוך הפניית הנוגעים בדבר לאפשרות של העלאת טענות כנגד תוקף הנורמות כהגנה בהליכים פליליים חושף אותם לסיכון של העמדה לדיון פלילי וגם עלול ליצור הרתעת יתר מפני סוגי התנהגויות מסויימים (ועל ידי כך, ליצור איסור פלילי דה-פקטו שדווקא נותן תוקף ומשקל לנורמות הפסולות). סיכון זה הוא חמור במיוחד כשעסקינן בנורמות שפוגעות בחירויות יסוד, כגון חופש הביטוי, ראו בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פסי' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין) (פורסם בנבו, 15.2.2012) 15.2.2012. צ'צ'יקו, הערה 44 לעיל, 436-437.

⁴⁷ ראו דותן, "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?", הערה 2 לעיל, 128-131.

⁴⁸ ראו למשל עניין זלכל, לעיל ה"ש 42, בפסי' 73(2) לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

התקיפה העקיפה שאליהם נשלחו, אחר כבוד, העותרים. ברם, הלכה למעשה, התפקיד של הרטוריקה הזו לא היה הרחבה אמיתית של היקף הביקורת בתקיפה עקיפה (או מחויבות אמיתית כלשהי של בית המשפט לעניין זה) – אלא רק בתור מעין תירוץ נוח לשלוח את העותרים מעל פני בג"ץ, תוך שלא ברור עד כמה לרטוריקה המרחיבה הזו יש 'כיסוי' לעתיד לבוא כשיבואו העותרים לבקש את יומם בבית המשפט – בתקיפה עקיפה.⁴⁹ אלא, שהרטוריקה המעורפלת והעמומה של הבטלות היחסית היוותה כר נוח לפיתוח שיפוטי של הפרקטיקה הזו, וזאת לא פעם מטעמים מובהקים של אסטרטגיה שיפוטית הנוגעים ל'טכניקות הימנעות' – כלומר, כדי לחסוך לבג"ץ את המחירים הפוליטיים של הצורך להתעמת ישירות עם חקיקה בעייתית של הכנסת.⁵⁰

הערפול וה'פלואידיות' הכללית שאפיינו את משטר הבטלות היחסית גם יצרו מצבים שבהם מתחים וסתירות פנימיות בהלכה נשארו במידה רבה חבויים תחת הרטוריקה הכוללנית של 'יחסיות' הבטלות במקום שיזכו למענה ברור מצד בית המשפט. דוגמא לך יכולה להוות פסיקת היחיד של השופט סולברג בעניין **אחריות לאומית**.⁵¹ שם עמדו לדיון תוקפן של תקנות שהתקינה המדינה מכוח חוק סמכויות שעת חירום שנחקק לתקופת הקורונה.⁵² סולברג קבע, מן הצד האחד, כי אין מקום לדון בתוקפן של התקנות בתקיפה ישירה ויש לדחות את העתירה כנגד התקנות כעתירה תיאורטית משום שלא יושמה בפועל להטלת קנסות על מי מהעותרים.⁵³ מן הצד השני, לאור פסק דינו מתעורר ספק רב אם לרשותם של אותם עותרים שהפרו את התקנות, עומדים בכלל הליכי תקיפה עקיפה משום שאם היו מועמדים לדין פלילי, היה לכאורה מקום לשיטתו לדחות את טענותיהם נגד תוקף התקנות בשל עשיית דין עצמי.⁵⁴ כלומר, לא ברור מפסק דינו כיצד בכלל ניתן היה לתקוף את התקנות, ומכל מקום, השאלה של **היקף הטענות** שניתן היה להעלות בתקיפה עקיפה (מול החלופה המקבילה של תקיפה ישירה) נותרת ללא מענה.⁵⁵ ודוקו! איני טוען בשלב זה שום טענה ישירה לגבי המדיניות הראויה לגבי שאלת התקיפה העקיפה בסוג מצבים זה או אחר. ייתכן לטעון כי במצבים מסויימים מן הראוי 'לשלוח' את העותרים להליכי תקיפה עקיפה ולא לאפשר להם לתקוף נורמות כלליות בתקיפה ישירה וייתכן גם שבמקרים כאלה התוצאה ההכרחית – ואולי גם הראויה – היא שהיקף הביקורת שיפעיל בית המשפט על הנורמה הרלוונטית יהיה מוגבל יותר **מסיבה זו**.⁵⁶ טענתי היא שאם בית המשפט מגיע לתוצאה כזו, הרי הדבר צריך להיעשות על בסיס דיון ישיר וגלוי בהשלכות של קביעותיו לעניין התקיפה העקיפה. אלא, שהמעטה הרטורי העבה של הבטלות היחסית, מכסה את השיקולים האמיתיים ואת ההשלכות המדויקות של קביעות בעניין זה וזהו מצב דברים שאיננו ראוי מבחינה נורמטיבית ואינו רצוי גם מבחינה מעשית.

דוגמה טובה נוספת לערפול ולבלבול ששררו בסוגיית התקיפה העקיפה תחת משטר הבטלות היחסית מהווה פרשת **ניר עם כהן**.⁵⁷ שם, ניסו העותרים לתקוף בבג"ץ את ההחלטה על העמדתם לדין פלילי (במקום לנקוט נגדם הליכים לפי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1986) בשורה של טענות שנגעו להליך קבלת ההחלטה ולאופן הפעלת שיקול הדעת התביעתי. גם במקרה זה בית המשפט עשה שימוש באפשרות התקיפה העקיפה כעילה לדחיית העתירה מחמת קיומו של סעד חילופי, תוך שהוא מוסיף אמירה כללית שמהן השתמע

⁴⁹ ראו למשל ענין **איגוד הנאמנים**, הערה 46 לעיל; עניין **בוגרי התיכון הערבי**, הערה 44 לעיל; עניין **סבח**, הערה 44 לעיל, פסקאות 10–23 לפסק-הדין של הנשיא גרוניס; עניין **אבנרי**, הערה 44 לעיל, פסקה 60 לפסק-הדין של השופט מלצר; בג"ץ 5440/11 **חננאל (חן) נ' שר המשפטים** (11.3.2012); עניין **גוטמן**, הערה 44 לעיל, פסקאות 42–48 לפסק-הדין של הנשיא גרוניס. ב-בג"ץ 9518/16 **הראל נ' כנסת ישראל** (5.9.2017), פסקאות נ"ט–ס.

⁵⁰ ראו יואב דותן, "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית" **עיוני משפט** כ 93, 121–122 (1996); ברק מדינה, "סמכות בתי-המשפט שאינם בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חוק שפוגע בזכויות האדם" (טרם פורסם) עמ' 13 (טקסט ליד הערה 67). לפיכך, צריך גם להתייחס בזירות לטיעון שניתן לראות בפסיקה כזו הרחבה, הלכה למעשה, של היקף הביקורת השיפוטית בתקיפה עקיפה (השוו מדינה, שם).

⁵¹ בג"ץ 5469/20 **אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל** (נבו 4.4.2021) (להלן: עניין **אחריות לאומית**).

⁵² חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, ס"ח 2332. הרקע לחקיקת החוק הוא הניסיון של הממשלה לבלום את התפשטות נגיף הקורונה. חוק זה איפשר, בין היתר, להגביל יציאה ממקום מגורים של אדם ולהגביל התקהלויות. העתירה שהוגשה כוונה נגד תיקון מס' 2 לחוק במסגרתו הותקנו תקנות למניעת התקהלות בהפגנות.

⁵³ עניין **אחריות לאומית**, לעיל ה"ש 51, בפס' 5, 10–11 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁵⁴ ראו שם, בפס' 14–15 לפסק דינו של השופט סולברג. בהקשר זה הוא מצטט את הלכת **עינת הראל**, להלן ה"ש 128 (שם, בפס' 13) כבסיס לשלילת אפשרות התקיפה העקיפה.

⁵⁵ כאמור, עמדת השופט סולברג נותרה כדעת יחיד באותו עניין ומקצת מהשופטים שישבו בדיון הסתייגו ממנה באופן מפורש. ראו למשל עמדת המשנה לנשיאה שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר. וכן השופט עמית, שם, בפס' ב' לפסק דינו של השופט עמית. בד בבד, דעת הרוב בעניין **אחריות לאומית** הרבתה לעשות שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית ששימשה כמצע להכרעה. ראו שם, בפס' 49 לפסק דינו של הנשיאה חיות; שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט מזוז.

⁵⁶ וראו להלן הדיון בפרק ה.

⁵⁷ בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' משרד המסחר והתעסוקה** (נבו 6.2.2006) (להלן: עניין **ניר עם כהן**).

כי בית הדין שידון בליקוי המשפט של הנתבע, לא היה בקביעות הללו מצד בית המשפט שום חידוש מהותי ביחס לדיני התקופה העקיפה התביעתי. ⁵⁸ לכאורה, לא היה בקביעות הללו מצד בית המשפט שום חידוש מהותי ביחס לדיני התקופה העקיפה וממילא התוצאה האופרטיבית היחידה שלהן היתה דחיית העתירה על הסף. אבל פסק הדין פורש כמרחיב מאוד את היקף התקופה העקיפה של החלטות תביעה והוביל ל'אינפלציה' של ניסיונות תקיפה של שיקול הדעת התביעתי כמו גם ליצירת תלי תילים של תיאוריות בכתיבה האקדמית, ⁵⁹ שלא היה להן, הלכה למעשה, שום בסיס של ממש. ⁶⁰

5. השחיקה בדוקטרינת הבטלות היחסית

לאורך העשור האחרון החל בית המשפט לגלות חוסר נחת הולך וגובר מדוקטרינת הבטלות היחסית ומההשלכות שלה בסוגיית התקופה העקיפה. בחלק מפסקי הדין בית המשפט הצביע על הבעייתיות בהותרת פתח רחב מדי להעלאת מנעד רחב של טענות כנגד תוקפם של אקטים מינהליים בהליכים שמתקיימים שנים רבות לאחר קבלת ההחלטה המקורית ושהם לטריבונול היושב בדין אין כלים לבחינת טענות כאלה. ⁶¹ פסקי דין אחרים הצביעו על הפגיעה ביציבות ובוודאות המשפטית הנגרמת כתוצאה מהמשטר הנוכחי של התקופה העקיפה, ⁶² ועל החשיבות של ההקפדה שהליכי תקיפה עקיפה לא יהפכו לקרדום למניפולציות וניצול לרעה על ידי מי שמנסים לעקוף את מגבלות הדין וההליך המתחייבות מהליכי תקיפה ישירה כפי שנקבעו בדין. ⁶³ במיוחד, בולטים מספר פסקי דין שבהם בית המשפט מנסה 'לעשות סדר' בסוגיית התקופה העקיפה על ידי ניסיון להציג במפורט את מערכת השיקולים המורכבת בסוגיה זו ואת האופן שבו יש ליישם כל אחד מהשיקולים הללו בסיטואציות נתונות. ⁶⁴

מבין השיטין בולטת בפסקי הדין הללו העובדה שבניגוד למגמה הקזואיסטית הכללית של משטר הבטלות היחסית, בית המשפט מנסה לחזור ולהציג שתי **הבחנות קטגוריאליים** עקרוניות שצריכות להנחות את הדין בתקופה העקיפה. ההבחנה הראשונה מתייחסת ל**סוג האקט המינהלי** העומד לדין: כלומר, לשאלה האם האקט הנתון לתקופה הוא **נורמה כללית** או החלטה **קונקרטי** שניתנה בעניינו האינדיבידואלי של התוקף. ⁶⁵ ביסוד ההבחנה הזו עומדת התפיסה לפיה, ככלל, כשעסקינן בנורמה כללית, הרי קשה לדרוש מכל אדם שמושפע בסופו של דבר מהנורמה (למשל, משום שנפתח כנגדו הליך בגין הפרתה) לתקוף את חוקיותה בתקופה ישירה, וזאת קודם לשלב שבו הוחלט ליישם את הנורמה כלפיו. ⁶⁶ לעומת זאת, כשעסקינן בהחלטה קונקרטי, שניתנה בעניינו של מי שיוזם את התקופה, הרי ניתן לצפות מהנוגע בדבר לתקוף את ההחלטה בהליכי תקיפה ישירה. כלומר,

⁵⁸ שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס.

⁵⁹ ראו למשל דברי השופט ארלון בדנ"פ **רותם** (פס' 3) (הלכת **ניר עם כהן** נועדה לשמר את היקף הביקורת השיפוטית בתקופה עקיפה על שיקול הדעת התביעתי כך שיהיה זהה לתקופה ישירה). וראו רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת **ניר עם כהן** ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק א" **הסיניגור** 190, 4 (2013); רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת **ניר עם כהן** ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק ב" **הסיניגור** 202, 4 (2014); רענן גלעדי, "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים", **ספר מצא** 529 (2015); ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 165-161 (מהדורה 3, 2021).

⁶⁰ ואכן, בדנ"פ **רותם** שם בית המשפט קץ לטיעון שהלכת **ניר עם כהן** פתחה פתח לביקורת שיפוטית מקיפה על שיקול הדעת התביעתי במסגרת ההליך הפלילי בהיקף זהה להיקף הביקורת בתקופה ישירה על החלטות מינהליות תוך שהוא מדגיש שבהלכה זו לא היה שום שינוי מהדינים הכלליים הנוגעים לתקופה עקיפה של החלטות מינהליות ותוך שהוא דוחה, בסופו של דבר, את האפשרות לבחון את שיקול הדעת התביעתי בתקופה עקיפה בעילות של סבירות ומידתיות. ראו עמדת המשנה לנשיאה הנדל בדנ"פ **רותם**, פס' 12-10 ופס' 27 (הלכת **ניר עם כהן** לא הכניסה כל שינוי בהיקף הביקורת השיפוטית בתקופה עקיפה במסגרת הליכים פליליים על החלטות תביעה ומכל מקום יש לראותה כאמרת אגב); ראו גם דברי השופט עמית, שם, בפסקה 9 ("התזה לפיה פתאום קם ניר עם בבוך והרגיש שהוא דוקטרינה, כשהוא בכלל לא ידע שהוא כזה, היא תזה שיש לדחותה...").

⁶¹ ראו למשל דברי השופט גרוסקופף בעניין **זנבל**, לעיל ה"ש 42 בפס' 73 ("התקופה העקיפה מותירה את ההכרעה לפתחה של ערכאה שיפוטית אשר נעדרת את המומחיות הנדרשת לקיום הליך של ביקורת שיפוטית על המעשה השלטוני... שנית, סדרי הדין והראיות בתקופה עקיפה שונים מאלו שבתקופה ישירה, באופן שעלול להוביל ליישום הכללים באופן שונה, וכפועל יוצא לתוצאה שונה..."). ראו גם עניין **אלפריח**, הערה 45 לעיל, פסקה 12 לפסק דינו של השופט מזוז; דנ"פ **רותם** פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל. ראו גם זמיר, **הסמכות המינהלית** לעיל ה"ש 6, 2673-2675.

⁶² ראו למשל ענ"א 119/01 **אקונס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 817, 861-860 (2003) (השופטת נאור); עניין **זנבל**, לעיל ה"ש 42 בפס' 74, זמיר, שם 2687-2688 וראו הדיון להלן בפרק ה-1 ואסמכתאות שם.

⁶³ ראו אסמכתאות בהערה 42 לעיל וכן רע"א 2933/18 **עיריית אור עקיבא נ' מקורות חברת מים בע"מ**, פס' 9 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 1.8.2019) (להלן: עניין **אור עקיבא**), שם נקבע כי אין לאפשר לרשויות המערערות לעתור כנגד תעריפים שנקבעו בכללי המים בתקופה עקיפה לאור העובדה שבמשך שלוש שנים הן לא שילמו למקורות תוך עשיית דין עצמי; עניין **אלקעו**, הערה 68 להלן, פס' 34 לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁶⁴ פסקי הדין המרכזיים בעניין זה ומסכמים את מערך השיקולים באופן מפורט הם: דנ"א 1099/13 **מדינת ישראל נ' אבו פריח ו-34 אחר**, פס' 8-12, 17-21 לפסק דינו של הנשיא (בדימו) גרוניס (נבו 12.4.2015) (להלן: עניין **אבו פריח**); שם, בפס' ד-ו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; עניין **אלפריח**, לעיל ה"ש 62, בפס' 10-20 לפסק דינו של השופט מזוז; עניין **אור עקיבא**, לעיל ה"ש 63, בפס' 18-25 לפסק דינו של השופט סולברג; עניין **זנבל**, לעיל ה"ש 42.

⁶⁵ להרחבה על ההבחנה בין אקטים כלליים לאקטים אינדוידואליים ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בפרק 9, ס' 9.2.

⁶⁶ ככלל, בית המשפט ייטה לאפשר תקיפה עקיפה של אקטים כלליים בקלות רבה מזו שבמקרים של אקטים אינדוידואליים, משום שהציפייה היא בדרך כלל שהנוגע בדבר יתקוף אקט שמכוון כלפיו ללא ידחוי בתקופה ישירה, מה שאין כן כשמדובר באקטים כלליים, ראו דנ"א 1099/13 **מדינת ישראל נ' אבו פריח**, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא (בדימו) גרוניס (נבו 12.4.2015). בנוסף, תקיפה של נורמה כללית קודם ליישומה הקונקרטי עשויה להתקל במחסומים של עתירה מוקדמת, כוללנית, בלתי בשלה וכיו"ב ראו הערות 49 ו-50 וטקסט לידן.

נקודת היסוד היא שבדרך כלל צריך להצב את האפשרות לתקוף בתקיפה עקיפה אקטיבית מינהלית אינדיבידואליים, וזאת, משום שבדרך כלל עומדת (או עמדה בשעתו) בפני הנוגע בדבר אפשרות מעשית לפתוח בהליך תקיפה ישירה כנגד ההחלטה ולפיכך, במקרים רבים הליכי תקיפה עקיפה כנגד החלטות כאלה לוקים בפגמים של עשיית דין עצמית, מניפולציות דיוניות וכיו"ב.⁶⁷

ההבחנה הנוספת שהולכת ומסתמנת כמרכזית לצורך ההכרעה בתקיפה העקיפה נוגעת ישירות לנושא הנדון כאן – והיא מתייחסת ל**סוג הפגם** שנפל באקט המינהלי. החידוש הגדול במעבר מהדוקטרינה הישנה לדוקטרינת הבטלות היחסית היה הוויתור שעשתה הפסיקה על סיווג הפגם באקט המינהלי כבסיס להכרעה בסוגיית התקיפה העקיפה. אלא, שמשורה של פסקי דין בשנים האחרונות מתקבל הרושם הברור שחלק משופטי בית המשפט העליון מתחילים לגלות הרהורים שניים ביחס למעבר הזה. במילים אחרות, מתקבל הרושם מקו הפסיקה הזה שלמצער אצל חלק מהשופטים סוג הפגם באקט המינהלי חוזר למרכז הבמה כבסיס להתייחסות לסוגיית התקיפה העקיפה. בפסקי הדין הללו, בית המשפט אמנם מציין כי בניגוד לדוקטרינה המסורתית, הבחנות המבוססות על סוג הפגם באקט המינהלי אינן ממצות את סוגיית התקיפה העקיפה – אך מאידך הדגשת החשיבות של הקריטריון יוצרת אצל הקורא את הרושם שבית המשפט מתחיל להרהר באפשרות שאולי ה'מחיקה' הטוטלית כמעט של הקריטריון הזה כבסיס לדיון בתקיפה העקיפה במסגרת דוקטרינת הבטלות היחסית היתה מרחיקת לכת מדי.⁶⁸

שלא במקרה (ראו להלן) התהליך הזה של חזרה למתודולוגיה של קטגוריזציה בכלל, ושל סיווג סוגי הפגמים באקטיביות מינהלית בפרט, מתרחש במקביל לתהליך רחב יותר שבו חלק משופטי בית המשפט העליון מתחילים לגלות ספקות ולהביע באופן מפורש וגלוי ביקורת על דוקטרינת הסבירות האיזונית בכלל, ועל מעמדה של הדוקטרינה הזו כעמוד התווך של הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות בפרט.⁶⁹ היינו, כשם שעלייתה של דוקטרינת הבטלות היחסית היתה כרוכה בטבורה מינהלית, מתודולוגית ומעשית כאחד בעלייתה של דוקטרינת הסבירות האיזונית, כך גם התפנית המסתמנת בעמדת בית המשפט בסוגיית התקיפה העקיפה באה בד בבד עם תפנית שמסתמנת בגישה הכוללת של בית המשפט בסוגיית הביקורת השיפוטית ועילת הסבירות.

הביטוי המובהק לתמורות שחלו לאחרונה שבמעמדה של עילת הסבירות הוא כמובן בג"ץ **הסבירות**⁷⁰ המסמן באופן ברור את שיאה של המחלוקת באשר למעמדה של עילת הסבירות ואת הערעור על מעמדה של הסבירות האיזונית שהייתה עילת הביקורת המרכזית ששימשה את בית המשפט לאורך ארבעת העשורים האחרונים.⁷¹ אמנם, בפסק דינו המקיף של בג"ץ ובהרכב חסר תקדים של כל שופטי בית המשפט הוחלט (ברוב דחוק של 8 מול 7 שופטים) כי לכנסת אין סמכות לשלול לחלוטין את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות.⁷²

⁶⁷ ראו אסמכתאות בהערות 42 ו-63 לעיל ובהערה 133 להלן.
⁶⁸ למשל ראו עניין **אלפריח**, לעיל ה"ש 61, בפס' 16 לפסק דינו של השופט מזוז ("לפיכך, גם אם ההבחנה בין סוגי הפגמים אינה עוד מבחן פורמלי לענין הסמכות לתקיפה עקיפה, היא עדיין צריכה לשמש כאמת-מידה מנחה, לא בלעדית, במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט לקביעת המקרים בהם ראוי לאפשר ביקורת עקיפה לעומת מקרים בהם ראוי ונכון להגביל את הביקורת להליך של תקיפה ישירה בלבד"); רע"א 3094/11 **אלקיעאן נ' מדינת ישראל**, פס' לב-לג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 5.5.2015). ("יצוין, כי לפי הלכת הבטלות היחסית, תקיפה עקיפה תהא מועילה רק כאשר הפגם המינהלי היה מביא לתוצאת בטלות, אף שניכרת שחיקה בכלל זה, באופן שבתי המשפט מכירים באפשרות תקיפה עקיפה גם כאשר תוצאת הפגם אינה בטלות"); עניין **זנבל**, לעיל ה"ש 42, בפס' 74 לפסק דינו של השופט גרוסקופף ("אף על פי כן, הגם שהבחנה זו [בין סוגי הפגמים] אינה אבן הבוחן המרכזית כיום בקביעה באילו מצבים יותר בירור המחלוקת באמצעות הליך תקיפה עקיפה ובאילו מצבים יופנה בעל הדין להליך של תקיפה ישירה, הבחנה זו בוודאי עשויה היום לשמש כשיקול מנחה בעניין זה...").

⁶⁹ ראו למשל דברי השופט גרוניס בבג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445 (2007) בפס' 10: "לעיתים נעשית במקרים כאלה פעולה שניתן לכנותה 'הנדסה חוזרת' (Reverse Engineering). כלומר, בית המשפט בוחן את התוצאה, קרי ההחלטה, ובהליך של בחינה לאחור מונה את השיקולים שעל פי השערתו נלקחו בחשבון על ידי הגוף המחליט", המצוטטים בהסכמה בידי השופט זילברטל בעע"מ 584/11 **מועצת עיריית נצרת עילית נ' שפושניק** (פס' 12) (5.8.12) ודבריו בפס' 9, שם ("... השימוש במטפורות [קרי במטפורת האיוון] עלול לעיתים לערפל את ההנמקה תחת להבהירה..."); דג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (פס' 36) (26.10.2017) (השופט סולברג) וכן דברי השופט סולברג בפסק דינו המצטרף בבג"ץ 8286/19 **חביש נ' שר הפנים** (פס' 3) (26.7.21) ("ירמת ההפסטה הגבוהה של עילת הסבירות, היא בעוכריה, ואינה מטיבה עם משתמשיה. ענייננו בנסיבות הפרשה הנדונה, בעילה קונקרטיה, ממוקדת: 'התחשבות בגורם שאינו נוגע בעניין ואי-התחשבות בגורם הנוגע בעניין'"), וכן בג"ץ 8173/21 **התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל** (פס' 44-45 לפסק דינו של שטיין) (22.5.2022). לסקירה כללית ראו יואב דותן, **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** (כרך ב 2024) פרק 34.

⁷⁰ לעיל, ה"ש 39.
⁷¹ ראו לעיל הערה 30 וטקסט לידה.

⁷² ראו פסק דינה של הנשיאה חיות שאליה הצטרפו השופטים פוגלמן, עמית, ברוך, גרוסקופף, ברק-ארז, רונן וכבוב. הבריה התיכון לעמדה זו של בית המשפט היתה הקביעה כי ביטול הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות עומד בניגוד לעקרונות הליבה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית, ראו פס' 74 לפסק דינה של הנשיאה חיות וכן שם בפס' 77 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; שם, בפס' 33-38 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; שם, בפס' 5-10

אולם, בפסק הדין נמתחה ביקורת על הסבירות הרוב.⁷³ הרושם הברור העולה מפסק הדין, וכן מפסיקה נוספת שניתנה בעת האחרונה הוא שמעמדה של הסבירות האיזונית במשפטנו רחוק מלהיות יציב וכי הויכוח על תכניה של עילת הסבירות רחוק מסיומו.⁷⁴

ד. פרשת רותם

1. פסקי הדין בערעור ובדין הנוסף

העובדות הרלוונטיות לדיון הנוכחי בעניין **רותם** הן פשוטות למדי.⁷⁵ המבקש הואשם בפלילים בשורה של עבירות בגין הטרדה ואיומים על עובדי ציבור וביקש, במסגרת המשפט הפלילי, לתקוף את החלטת התביעה להעמידו לדין בשורה של טענות 'מינהליות' הנוגעות לשיקול הדעת התביעתי ובראשן טענות של הפליה (אכיפה סלקטיבית) חוסר סבירות ומידתיות. כלומר, השאלה של אפשרות התקיפה העקיפה והיקף הטענות שניתן להעלות בה התעוררה באחת התצורות המוכרות והנפוצות ביותר: העלאת טענות כנגד שיקול הדעת התביעתי כטענות הגנה במשפט פלילי. בערעור הפלילי מושא הדיון הנוסף קבע השופט סולברג, שכתב את פסק הדין העיקרי, כי אין מקום להעלאת טענות של חוסר סבירות בתקיפה עקיפה, וכל טענה שהנאשם מבקש להעלות כנגד שיקול הדעת התביעתי צריכה למצוא את מקומה במסגרות הקבועות לשם כך בחוק סדר הדין הפלילי, ובמיוחד במסגרת טענות 'ההגנה מן הצדק' המעוגנות בחוק.⁷⁶ כלומר, סולברג לא ביקש להרהר אחרי הקביעה הנחרצת לפיה כאשר הנאשם מבקש לתקוף את חוקיות ההחלטה להעמידו לדין עליו לעשות זאת במסגרת העלאת טענות הגנה במשפט הפלילי עצמו – קרי, בתקיפה עקיפה,⁷⁷ אלא, הוא קובע רק כי מבחינת התצורה והמהות שלהן – הטענות העומדות לרשות הנאשם אינן הטענות המבוססות על עילות הביקורת הכלליות של המשפט המינהלי (ובראשן חוסר הסבירות) כי אם הטענות שבהן הכיר המחוקק במסגרת חוק סדר הדין הפלילי.⁷⁸

סולברג נימק את עמדתו בשורה של נימוקים, חלקם מעשיים וחלקם עקרוניים. בראש הטיעונים המעשיים עומדת הטענה כי אם הדין יעמיד לרשות הנאשם בפלילים טענה רחבה ועמומה הנוגעת לחוסר סבירות שיקול הדעת התביעתי הרי יהיה בכך כדי לפגוע קשות ביעילותם של ההליכים הפליליים בשל סרבולם והארכתם, וגם משום שלבית המשפט הפלילי אין כלים יעילים לבחון את כל ההיבטים הנוגעים לעבודת התביעה.⁷⁹ במישור העקרוני הוא קבע כי פרקטיקה לפיה בית המשפט הפלילי בוחן את שיקול הדעת התביעתי פוגעת בהפרדת הרשויות והופכת את בית המשפט למעין 'תובע עלי'.⁸⁰ למרות שפסק דינו של סולברג התמקד לכאורה, כל כולו,

⁷³ לפסק דינה של השופטת רון; שם, בפס' 14 לפסק דינו של מ"מ הנשיא פוגלמן; שם, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת (בדימי) ברוך; להרחבה בעניין זה ראו דותן, "המעמד החוקתי של המשפט המינהלי", לעיל, ה"ש 29.

⁷⁴ לגבי שופטי המיעוט ראו הפניות בהערה 39 לעיל. וראו גם פסק דינו של השופט כבוב שסוקר בהרחבה את טיעוני הביקורת כנגד הרחבת הביקורת השיפוטית במסגרת עילת הסבירות האיזונית (פס' 64 ואילך לפסק דינו) ומסיים את פסק דינו תוך שהוא מצייך כי "טוב נעשה אם נישיר מבט לביקורת הנוקבת וארוכת השנים שהושמעה, הן מפי שופטי בית משפט זה הן מפי מלומדי משפט, על אודות מבחן איזון האינטרסים והשימוש שנעשה בו בחמשת העשורים האחרונים. דברים אלו מקבלים משנה תוקף, בשים לב לכך שביקורת זו הגיעה עד למליאת הכנסת, ובאה לידי ביטוי בחקיקת-יסוד. גם אם אין מנוס מביטולו של סעיף 15(ד1), נוכח נוסחו הגורף כפי שהובהר לעיל, סבורני כי נכון שנטה אוזן קשבת לביקורת זו וניתן לה ביטוי בפסיקתנו." (שם בפס' 100 לפסק דינו).

⁷⁵ בג"ץ הסבירות מבססים השופט שטיין וכן השופטת וילנר והשופטת כנפי-שטייניץ את הכרעתם על עצם ההבחנה בין חוסר סבירות איזונית לבין חוסר סבירות קיצונית, ועל כך שניתן לפרש את החקיקה באופן המבטל רק את עילת הסבירות האיזונית. ראו, שם, בפס' 87 לפסק דינה של השופטת וילנר; שם, בפס' 103-106 לפסק דינו של השופט שטיין; שם, בפס' 38 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ. לדוגמאות נוספות מהעת האחרונה שבה התגלעו מחלוקות בין השופטים בעניין עילת הסבירות ראו למשל בג"ץ 5474/23 **חברת דואר ישראל בע"מ נ' שר התקשורת**, (נבו 7.3.2024). במקרה זה השופטים מסכימים בהכרעה, אך בעוד השופט מינץ מבסס את ההכרעה על עילות מנהליות כגון חוסר תשתית עובדתית, השופט עמית מתעקש לבסס את ההכרעה על עילת הסבירות; וכן ראו בג"ץ 8910/22 **פטרושקה נ' ח"כ נתניהו** (נבו 21.2.2024), שם מזכיר השופט סולברג את פסק דינו בעניין הסבירות, ואת דעתו כי ראוי לצמצם את השימוש בעילת הסבירות האיזונית: "עלינו לצמצם את השימוש בעילת הסבירות, כי בידנו הדבר" (בפס' 3 לפסק דינו של השופט סולברג). גם בפסק דין זה השופט עמית מביע התנגדות לעמדה זו: "אכן, רבים מאיתנו סבורים שיש מקום להפעלה זהירה של עילת הסבירות, אך יש בהם, ואני בכללם, הסבורים כי אלה הם ממילא פני הדברים בגדר ההלכה הפסוקה, ותוצאתו של פסק דין זה אך תוכיח" (בפס' 32 לפסק דינו של השופט עמית). וראו גם אסמכתאות בהערה 99 להלן. המחלוקות בעניין הסבירות מקושרות בפסיקה לסוגיית התקיפה העקיפה, ראו למשל בג"ץ 5503/17 **חנוד עקיבא רבין נ' מדינת ישראל** (פס' 4 ו-26) (2021) (שם ניסה העותר לתקוף את חוקיותם של צווי הגבלה שהוצאו כנגדו על ידי אלוף הפיקוד במסגרת בקשת מעצר במסגרת הליך פלילי שנפתח כנגדו בגין הפרת צווי ההגבלה).

⁷⁶ 91-98 לפסק דינו של השופט פוגלמן, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה חיות ופס' 22-17 לפסק דינו של השופט שטיין). הרשימה הנוכחית לא תעסוק בסוגייה זו. ⁷⁵ ס' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, ס"ח 1043; וראו עניין **רותם**, לעיל ה"ש 3, פס' 29-41 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁷⁷ שם, בפס' 21-24 לפסק דינו של השופט סולברג; עוד ראו עניין **ניר עם כהן**, לעיל ה"ש 57.

⁷⁸ לעמדתו של השופט סולברג הצטרף השופט שטיין. השופט אלרון, בדעת מיעוט, סבר שלנאשם בפלילים עומדת טענה של חוסר סבירות כנגד שיקול הדעת התביעתי (שם, בפס' 2-8 לפסק דינו של השופט אלרון).

⁷⁹ עניין **רותם**, לעיל ה"ש 3, פס' 43-46 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁸⁰ שם, בפס' 49-50 לפסק דינו של סולברג.

בסוגיה הצרה של חוסר טענות על העמדות היתרה וחוסר-ההיקבעות של עילת הסבירות האיזונית.⁸¹ בעמדתו הביקורתית הכוללת על העמדות היתרה וחוסר-ההיקבעות של עילת הסבירות האיזונית.⁸¹

ואכן, כשמגיע עניין **רותם** לדיון נוסף, מתפתח בבית המשפט 'קרוב' רבתי בין שופטי הרוב לבין שופטי המיעוט שגבולותיו חורגים בהרבה מעבר לסוגיה הצרה של היקף הטענות שניתן להעלות כנגד שיקול הדעת התביעתי בתקיפה עקיפה במסגרת טענות ההגנה של נאשמים בפלילים. אמנם, לכאורה פסקי הדין של שופטי הרוב, ובמיוחד פסק הדין העיקרי של המשנה לנשיאה הנדל, מתמקדים בעיקר בשיקולי יעילות הנוגעים לסוגיה הקונקרטית של התקיפה העקיפה בפלילים. כמו בפסק דינו של השופט סולברג בדיון המקורי, הנדל קובע שהעלאת טענות של חוסר סבירות כנגד שיקול העת התביעתי עלולה לסרב את ההליכים הפליליים, ולהאריכם,⁸² להוביל להצפת בית המשפט בטענות ודיונים בנוגע לסבירות שיקול הדעת התביעתי,⁸³ לפגוע באחידות ביישום עקרונות התקיפה העקיפה,⁸⁴ ואף לפגוע בזכויות הנאשמים עקב הפגיעה באוטונומיה של המשפט הפלילי וההליך הפלילי.⁸⁵ כמו כן, מדגישים שופטי הרוב את הצורך להגביל את היקף הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת התביעתי מנימוקים עקרוניים ובראשם עיקרון הפרדת הרשויות, והחשש להפיכתו של בית המשפט הפלילי למעין 'תובע על' שיחליף את שיקול דעת התביעה.⁸⁶ אולם, על מנת להבין את המשמעות האמיתית של המהפך שמוצע בדעת הרוב בפרשה זו צריך לעמוד תחילה על האדנים של עמדת המיעוט.

עמדת המיעוט מוצגת בפסק דינו הארוך והמפורט של השופט פוגלמן אליו מצטרפת גם הנשיאה חיות.⁸⁷ בעוד שדעת הרוב מבוססת בעיקרה על שיקולים תועלתניים של יעילות ההליך הפלילי הנוגעים ישירות לסוגיית התקיפה העקיפה, הרי בלב עמדת המיעוט עומדים שיקולים כלליים הנוגעים לעקרונות היסוד של הביקורת השיפוטית כפי שפותחו החל משנות השמונים החל מהלכת **דפי זהב**, עקרונות שלשיטתו של פוגלמן מאויימים על ידי גישת הרוב בסוגיית התקיפה העקיפה בפלילים.⁸⁸ פוגלמן מדגיש כי קיים "קושי... ביצירת שונות בין סוגים שונים של החלטות מינהליות..."⁸⁹ לעניין היקף הביקורת השיפוטית⁸⁹ וכן בעצם צמצום היקף תחולתן של עילות הסבירות והמידתיות.⁹⁰ במלים אחרות, **עצם יצירת קטגוריות מקדמיות כלשהן** כבסיס להכרעות עקרוניות בנוגע להיקף הביקורת השיפוטית מנוגדת לתפיסת היסוד של הביקורת השיפוטית כפי שהוצגה בעניין **דפי זהב** ומגולמת בדוקטרינות הסבירות האיזונית והבטלות היחסית. על פי תפיסה זו, אין שום מקום לקטגוריזציה מקדמית כזו, משום שהדבר מעניק – לפי קו מחשבה זה – 'חסינות' (ולו חלקית) מביקורת שיפוטית לבעלי תפקידים מסויימים או לסוגי החלטות מסויימות.⁹¹ כלומר מגביל את היכולת של בית המשפט, להחליט אד-הוק ואיפסו-פקטו **בכל מקרה לגופו** מה יהיו כלי הביקורת השיפוטית, ומה יהיה היקף הביקורת.⁹² בהתאם, גם המענה

⁸¹ לביקורתו הכללית של השופט סולברג בעניין עילת הסבירות ראו נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18, 37 (התש"ף); נעם סולברג "הלכת דרעי-פנחסי בראי עילת הסבירות" **בלוג רשות הרבים** (2022); נעם סולברג "פרשנות סבירות ומידתיות" (הרצאה בכנס העמותה למשפט ציבורי, במלון דן כרמל, חיפה 6.12.2019). oly.bit/ וכן בג"ץ 8910/22 **פטרשקה נ' ח"כ נתניהו**, לעיל הערה 74. עמדתו הכללית של השופט סולברג באשר לעילת הסבירות מתבטאת גם בהתייחסויות שאר חברי ההרכב לדבריו. ראו למשל דברי השופט אלרון בדנ"פ **רותם**, לעיל ה"ש 3, בפס' 6 לפסק דינו של השופט אלרון. שם הוא מבטא הסכמה עם הביקורת הכללית שיש לסולברג על הסבירות האיזונית, אך מסתייג מהיישום של ביקורת זו בהקשר הספציפי הנדון.

⁸² שם, בפס' 16, 20 לפסק דינו של הנדל; וראו גם שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט שטיין; שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

⁸³ ראו שם, בפס' 38 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁸⁴ שם, בפס' 21 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁸⁵ שם, בפס' 6, 17 לפסק דינו של השופט הנדל; שם, בפס' 7-6 לפסק דינו של עמית.

⁸⁶ ראו שם, בפס' 31-32, 34 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁸⁷ השופט אלרון שהיה בדעת המיעוט הן בדיון המקורי והן בדיון הנוסף מצייין בפסק דינו כי הוא שותף לביקורת העקרונית על עילת הסבירות האיזונית ותומך בהגבלת היקפה (ראו לעיל ה"ש 81). כלומר, עמדתו בסוגיית התקיפה העקיפה מבוססת אך ורק על שיקולים הנוגעים לסוגיה הקונקרטית ולמשפט הפלילי. לעומתו, השופט עמית, שהצטרף לפסק הדין של הרוב בדיון הנוסף, עושה זאת בעיקר מנימוקים הנוגעים לסוגיה הקונקרטית של תקיפה עקיפה בפלילים תוך שהוא מדגיש את האופי העיוני של המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט ומתנגד להסקת מסקנות כלליות מהדיון הקונקרטי לגבי שאלות נרחבות יותר הנוגעות לעילת הסבירות או למתודולוגיה הכללית של הביקורת השיפוטית. ראו שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט עמית ("צר לי על שנגררנו שלא בטובתנו למחלוקת הנוגעת לסבירות ולמידתיות בהליך הפלילי, מחלוקת שאינה באמת צריכה לענייננו, לא במקרה הקונקרטי שהגיע לפתחנו ולא במישור העקרוני... התוצאה האופרטיבית מדגימה כי המחלוקת בין רוב חברי ההרכב אינה מהותית אלא מושגית-דוקטרינרית או עיונית גרידא, ללא השלכות יישומיות של ממש..."). כך יוצא, שאין חפיפה מלאה בין עמדות הרוב והמיעוט בעניין **רותם** לבין העמדות העקרוניות של כל השופטים בסוגיות הכלליות הנוגעות להיקף ולמתודולוגיה של הביקורת השיפוטית והסבירות, כפי שבאו לידי ביטוי (בין היתר) **בבג"ץ הסבירות** וראו לעניין זה הביקורת שמתח השופט אלרון בפסק דינו **בבג"ץ הסבירות** על עמדתו של השופט עמית בדנ"פ **רותם**, שם בפס' 6 לפסק דינו **בבג"ץ הסבירות**.

⁸⁸ ראו פרק ג-2 לעיל.

⁸⁹ שם, בפס' 36 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁹⁰ שם, בפס' 38 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁹¹ שם, בפס' 36 לפסק דינו של השופט פוגלמן ("עמדה זו יוצרת מעין "איים" של סמכות אשר חסינים מביקורת שיפוטית...").

⁹² ראו גם שם, בפס' 2 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

שניתן בדעת המיעוט לקשרים שמועלים בדעת הרוב ביחס לשיקולי היעילות הנוגעים לסוגיית התקיפה העקיפה בפלילים מבוסס על הרטוריקה הכללית של הביקורת השיפוטית, שבמרכזה עומדת האמונה העזה ביכולת של בית המשפט לווסת את היקף הביקורת השיפוטית בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי, באופן שיבטיח את זכויות הצדדים, את עקרונות המשפט המינהלי ואף את הוודאות והיציבות המשפטית.⁹³

2. חמישה רבדים של מחלוקת

לכאורה, ניתן לתהות מדוע הציתה **פרשת רותם** חילוקי דעות נרחבים ועזים כל כך בין השופטים, שהרי חילוקי הדעות לא השפיעו על תוצאת ההליך הקונקרטי. כל השופטים הסכימו לכך שבמישור האופרטיבי המקום להעלות טענות כנגד שיקול הדעת התביעתי הוא במסגרת טענות ההגנה בהליך הפלילי ולא בהליך נפרד.⁹⁴ זאת ועוד, היתה למעשה הסכמה בין כל השופטים כי גם המחלוקת העקרונית לגבי השאלה התקדימית המרכזית, היא השאלה האם ניתן להעלות טענות 'מינהליות' של חוסר סבירות ומידתיות כנגד שיקול הדעת התביעתי או שיש לטעון טענות כאלה רק במסגרת של הגנה מן הצדק, בהתאם להורות חוק סדר הדין הפלילי – היא בעיקרה מחלוקת 'לשם שמייים' שהמשמעות המעשית שלה מבחינת ההשפעה על מקרים עתידיים היא מוגבלת ביותר, ואולי אף אפסית. היינו, כפי שציין המשנה לנשיאה השופט הנדל, מספר המקרים העתידיים שבהם פסיקת הרוב תחסום את דרכם של נאשמים פליליים לתקוף **בהצלחה** את שיקול הדעת התביעתי בטענות של חוסר סבירות, כאלו שלא ניתן לעגן אותן במסגרת טענת ההגנה מן הצדק – שואף, ככל הנראה, לאפס.⁹⁵ אלא, שכאמור, חילוקי הדעות בין עמדות הרוב והמיעוט בפרשת רותם מצויים במספר רבדים שחורגים בהרבה מהסוגיה הספציפית הנדונה של היקף התקיפה העקיפה של שיקול הדעת התביעתי, ומן הראוי לעמוד עליהם כסדרם.

הרובד הראשון נוגע לדוקטרינת **התקיפה העקיפה** בכללה. עמדת שופטי הרוב בפרשת **רותם** מסמנת תפנית ברורה ביחס לדוקטרינה הכללית בסוגיית התקיפה העקיפה על פי משטר הבטלות היחסית וזאת בשני מובנים. ראשית, בניגוד למשטר הבטלות היחסית בית המשפט מאמץ תפיסה של **קטגוריזציה מקדמית** ברורה ביחס לסוגיית התקיפה העקיפה. כלומר, פסק הדין כולל אמירה ברורה לגבי היקף התקיפה העקיפה כפועל יוצא של סוג ההליך שבו מדובר: תקיפת שיקול הדעת התביעתי במסגרת טענות ההגנה בהליך פלילי. שנית, ובהתאם, בית המשפט מבסס את הקטגוריזציה הזו על **סוג הפגם** הנטען באקט המינהלי בתור קריטריון מרכזי להכרעה בסוגיית התקיפה העקיפה. וגם בכך יש משום תפנית ברורה ביחס למשטר הבטלות היחסית שמלך בכיפה בעשורים האחרונים. היבט זה עומד במרכזה של הרשימה הנוכחית ויידון במפורט בפרק הבא. אולם מעבר לסוגיית התקיפה העקיפה המחלוקת בין הרוב למיעוט בעניין **רותם** מבטאת כאמור חילוקי דעות עמוקים יותר בסוגיות נוספות המשמשות כרבדי עומק לדיון בסוגיית התקיפה העקיפה.

הרובד השני של המחלוקת נוגע למעמדה ותכניה של **עילת הסבירות**. למרות שאולי הדבר איננו מתחייב ישירות מבחינה אנליטית לשאלה הקונקרטית שעמדה לדיון,⁹⁶ עמדת שופטי הרוב בפרשת **רותם** מבטאת ספקנות כללית ביחס למעמדה של עילת הסבירות האיזונית ונכונות ממשית להרהר מחדש בתכניה ובהיקף התפרסותה של הסבירות. אצל חלק מהשופטים הביקורת על הסבירות האיזונית הובעה בצורה בוטה ומפורשת.⁹⁷ אצל חלק אחר הביקורת הזו הובעה באופן עדין יותר, אולם הנכונות לצמצם את עילת הסבירות משתמעת, הלכה למעשה,

⁹³ ראו שם, בפס' 39 ואילך לפסק דינו של השופט פוגלמן, ובמיוחד פס' 41 בה מודגש שהקשיים המועלים בדעת הרוב אינם ייחודיים לסוגיה של ביקורת על שיקול הדעת התביעתי; ראו גם בפס' 13-14 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁹⁴ כל השופטים הסכימו שיש להשאיר בעינה את התוצאה בערעור הפלילי, כלומר לקבל את ערעור המדינה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

⁹⁵ ראו עניין **רותם**, לעיל ה"ש 3, בפס' 19 לפסק דינו של השופט הנדל; וכן שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט עמית. וראו הדיון בפרק ט להלן ובנספח.

⁹⁶ שהרי הן שופטי המיעוט והן שופטי הרוב הסכימו כי הן לגבי התוצאה של השארת פסק הדין של הערכאה הקודמת בעינה וכן לגבי כך שלא היה מקום לקבל את טענות חוסר הסבירות של שיקול הדעת התביעתי שהעלה המבקש כנגד המדינה. כך גם שררה תמימות דעים בין שופטי הרוב לשופטי המיעוט שממילא מספר המקרים שבהם בית המשפט הפלילי ידון לעומק בשאלת סבירות שיקול הדעת התביעתי הוא זניח, ראו השופט פוגלמן, פס' 72 סיפה; השופט אלרון, פס' 15 ו-17, השופט הנדל, פס' 21-20, השופט שטיין, פס' 25; השופט עמית פס' 6 סיפה. וראו הדיון לעיל בקשר בין בטלות יחסית לסבירות בתת הפרק 2ג וכן הדיון בפרק ט להלן.

⁹⁷ ראו בעיקר את פסק דינו של השופט שטיין שפותח את פסק דינו בקריאה: "סבירות" בארץ תשלום: "וממשיך בדיון מפורט שממנו עולה שלילה מוחלטת של תפיסת הסבירות האיזונית וקביעה כי הסבירות היא עילה צרה ושיווית (שם, בפס' 2-5 לפסק דינו של השופט שטיין).

מגישתם לסוגיית התקיפה.⁹⁸ מכל מקום, עמדת הרוב בפרשה זו מהווה מכנה נוספת, וחזקה למדי, ב'חומת' הסבירות האיזונית שהוקמה בפרשת **דפי זהב** ושמשה בתור הבריה התיכון של תפיסת הביקורת השיפוטית המנהלית של בית המשפט במשך כארבעה עשורים תמימים.⁹⁹

הרוב **השלישי** שאליו מתייחסים חילוקי הדעות נוגע לשאלה הכללית של **היקף הביקורת השיפוטית ומעמדה ביחס לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי**. שופטי הרוב בפרשת **רותם** מבטאים תפיסה כוללת שלפיה ביקורת שיפוטית רחבה מדי, במיוחד בעילת הסבירות האיזונית, עלולה בהקשרים מסויימים לעמוד בניגוד לעיקרון הפרדת הרשויות ואף בניגוד לעיקרון הדמוקרטי ולכן, יש הצדקה לאמץ קביעות עקרוניות כלליות ביחס לסוגי הליכים מסויימים שבהם יוגבל היקף הביקורת השיפוטית.¹⁰⁰ גם התפיסה הזו עומדת בסתירה ישירה לאידיאולוגיה הכללית של הביקורת השיפוטית בעשורים האחרונים לפיה הותרת שיקול דעת רחב ובלתי מוגבל לבית המשפט להכריע, תוך יישום עילות הסבירות והמידתיות, בהיקף הביקורת השיפוטית בכל מקרה לגופו לא רק שאינה סותרת את עיקרון הפרדת הרשויות, אלא אף מתחייבת מעיקרון שלטון החוק.¹⁰¹

הרוב **הרביעי** של המחלוקת נוגע ל**מתודולוגיה** של הביקורת השיפוטית. תפיסת הביקורת השיפוטית, כפי שהוצגה בעניין **דפי זהב** שללה כאמור, מכל וכל, את האפשרות להגביל את מרחב התמרון של בית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית באמצעות קביעת הבחנות קטגוריאליים מקדמיות (המבוססות על סוג ההחלטה הנתקפת, מיהות הרשות ששיקול דעתה עומד לדיון וכדו').¹⁰² הדוקטרינות המשפטיות של הסבירות האיזונית והבטלות היחסית היו פועל יוצא של התפיסה המתודולוגית הכללית הזו. מי שמחפש את הסיבה להתנגדות העזה של שופטי המיעוט לעמדת הרוב בפרשת **רותם** – למרות ההשלכות המעשיות המאוד מוגבלות שלה – יכול למצוא אותה ברובד הזה. היינו, הסכמה לעמדת הרוב היתה מחייבת את השופטים פוגלמן וחיות להכיר באפשרות ליצור קטגוריזציה מקדמית של החלטות, הליכים ומצבים – כבסיס לקביעת היקף הביקורת השיפוטית, דבר הסותר את תפיסת היסוד ואת האפיסטמולוגיה של הביקורת השיפוטית כפי שהוצגה ויושמה בהרחבה החל מהלכת **דפי זהב**.

אלא, שקיים רובד נוסף, שהוא פחות גלוי לעין מהרובדים הקודמים, למחלוקת בין הרוב למיעוט בעניין **רותם**. גם הרובד הזה קשור לשאלת הקטגוריזציה המקדמית – אבל הוא אינו נוגע לעצם עריכת הקטגוריזציה אלא ל**מיהות הגורם שעל פיו נעשית הקטגוריזציה**. אחד הנימוקים המרכזיים בדעת הרוב כנגד ההכרה בעילת חוסר הסבירות כבסיס לתקיפת שיקול הדעת התביעתי במסגרת הליכים פליליים, היא שהנושא הוסדר במפורש בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי, שבו נקבעה רשימת העילות שבהן ניתן לתקוף את החלטת התובע. כאשר חוסר סבירות איננה נמנית ביניהן.¹⁰³ דעת הרוב מייחסת אפוא חשיבות מרכזית להכרעה בשאלה של היקף הביקורת השיפוטית בתקיפה עקיפה בפלילים לעמדת **המחוקק**. כלומר, מדעת הרוב משתמע כי למחוקק יש השפעה הן על **היקף הביקורת השיפוטית והן על תכני הביקורת**. גם מבחינה זו, המשמעות של גישת הרוב מהווה 'כפירה בעיקר' ביחס לדוקטרינת הביקורת השיפוטית שפותחה בתחום זה החל מתחילת שנות השמונים.

⁹⁸ ראו למשל רע"פ **רותם**, לעיל ה"ש 3, פס' 36 לפסק דינו של השופט סולברג. שם הוא טוען כי עילת הסבירות חוסה, במידה רבה, תחת טענת הגנה מן הצדק בהליך הפלילי. טענה זו מהווה ביקורת מרומזת ועדינה בעניין עילת הסבירות ('ישירות, אפליה ואי-הגינות דינויות חוסות במידה רבה, תחת כנפיה הרחבים של דוקטרינת ההגנה מן הצדק'); שם, בפס' 14-9 לפסק דינו של השופט הנדל, למעשה גם השופט אלרון שהצטרף לדעת המיעוט ציין כי הוא שותף לביקורת הכללית על הסבירות האיזונית, ראו לעיל, ה"ש 81.

⁹⁹ לפסיקה קודמת שבה הובעה ביקורת על עילת הסבירות האיזונית ראו הערה 69 לעיל וכן הדיון ב**בג"ץ הסבירות** ראו טקסט אחרי הערה **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**. לעיל. וראו גם לאחרונה בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (18.1.2023) שם השופט שטיין מכנה את עילת הסבירות האיזונית כדוקטרינה שבמסגרת קובע השופט כי "המשפט זה אנני" (שם בפס' 35 לפסק דינו). כאן המקום לציין כי מפסיקתו של השופט שטיין עולה כי התוכן הראוי לעילת הסבירות תואם את גישת הסבירות הצרה, הרואה את הסבירות כעילה שיוטית וכפרמטר של עילת חוסר הסמכות (ראו שם בפס' 35 (תוך ציטוט מדבריו בעניין **פורום המזרח התיכון**, לעיל הערה 69, בפס' 2: "...דוקטרינת הסבירות קובעת כי החלטה מינהלית אשר נראית, על פניה, בלתי סבירה במידה קיצונית 'היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא איננו גלוי לעין..."). להבחנה בין גרסאות שונות של מושג הסבירות ראו דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 14; דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בפרק 34, 35.1. לא למותר לציין כי

¹⁰⁰ ראו עניין **רותם**, לעיל ה"ש 3, בפס' 31-32 לפסק דינו של השופט שטיין; שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל; שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

¹⁰¹ ראו שם, בפס' 35 לפסק דינו של השופט פוגלמן וכן בג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד (4) 638, 617 (השופט ברק);

¹⁰² ראו הדיון בפרק 22 טקסט אחרי הערה 31 לעיל. וראו גם בג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד (3) 729, 740 (פס' 4 לפסק דינו של השופט ברק) (1980); עניין **דפי זהב**, הערה 30 לעיל, בעמ' 444; בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד (3) 29 (פס' 5-4 לפסק דינו של השופט ברק) (1983). וראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, ב

פרק 9 בעמ' 284-286.

¹⁰³ ראו ראו עניין **רותם**, לעיל ה"ש 3, בפס' 13-14 לפסק דינו של השופט הנדל; שם, בפס' 9-10 לפסק דינו של השופט שטיין.

הדוקטרינה הזו דאגה לשחוק בעוצמה ובהתמדה את ההשפעה שיכולה להיות למחוקק על היקף הביקורת השיפוטית (כגון באמצעות 'מחסומים סטטוטוריים' שיכולים למנוע או להגביל את היקף הביקורת או באמצעים אחרים).¹⁰⁴ היינו, התפיסה שפותחה לעניין זה היא שהיקף הביקורת השיפוטית הוא **אחיד** ונקבע על פי שיקול הדעת של **בית המשפט** עצמו בכל מקרה לגופו (במסגרת יישום הסבירות ודוקטרינת הבטלות היחסית). על פי גישה זו כל ניסיון של המחוקק להגביל את הביקורת השיפוטית מעורר באופן מיידי שאלה חוקתית.¹⁰⁵ גם מבחינה זו, הנכונות של דעת הרוב להתוות את היקף הביקורת השיפוטית ואת עילות הביקורת על בסיס קביעות המחוקק – ולו בתקיפה עקיפה – מהווה איום ברור, לעתיד לבוא, על תפיסת הביקורת השיפוטית של **דפי זהב**. וגם על רקע זה ניתן להבין את עוצמת ההתנגדות של שופטי המיעוט, האמונים על תפיסה זו, לעמדת הרוב בפרשת **רותם**.

ה. סיווג הפגם החדש בתקיפה עקיפה – שיקולי מדיניות

פרשת **רותם** מהווה אפוא נקודת מפנה בעמדת בית המשפט בסוגיית התקיפה העקיפה. בית המשפט קובע כי, למצער כשעסקינן בתקיפה עקיפה בתצורה של טענות הגנה בהליכים פליליים, יש מקום לנטוש את תפיסת הבטלות היחסית לטובת תפיסה של הבחנה מקדמית ברורה המתייחס לסוג הפגם באקט המינהלי.¹⁰⁶ זו תפיסה המבחינה בין טענות של אי-חוקיות או הפליה כנגד האקט המינהלי לבין טענות המבוססות על עילות הביקורת האיזונית: סבירות איזונית ומידתיות. במבט היסטורי ניתן לטעון שבית המשפט 'סוגר מעגלי' משום שהוא חוזר – למצער בהקשרים מסויימים ובמידה מסויימת – לתפיסה שאפיינה את סוגיית התקיפה העקיפה לפני שנות השמונים, קרי הבחנה בין סוגי פגימה (בטל – נפסד) המבוססת על סוג הפגם באקט המינהלי.¹⁰⁷ אלא, שבעוד שהסיווג של המשטר הישן התבסס על ההבחנה בין פגמים של אי-חוקיות (בעיקר, חוסר סמכות) לבין פגמים אחרים,¹⁰⁸ הרי הסיווג החדש הוא מעודן יותר: הוא מבחין בין עילות תקיפה שונות **בתוך** קשת המצבים של פגם בחוקיות האקט הנתקף: כאשר תקיפת חוקיות האקט המבוססת על חוסר סבירות איזונית או היעדר מידתיות מוצבת בקטגוריה נפרדת, לעניין התקיפה העקיפה, משאר הפגמים בחוקיות האקט המינהלי.

האם תפיסה חדשה זו של בית המשפט המבוססת על ההבחנה בין העילות האיזוניות לעילות אחרות הנוגעות לחוקיות אקטים מינהליים היא מוצדקת? בחלק הנוכחי אטען כי בגישה זו יש היגיון רב מבחינת שיקולי המדיניות הנוגעים לתקיפה עקיפה משום שחלק ניכר מהשיקולים הללו חלים ומשפיעים באופן שונה כאשר התוקף מעלה טענות של חוסר סבירות (או מידתיות) מאשר כאשר עסקינן בפגמים אחרים הנוגעים לחוקיות האקט המינהלי ובראשם טענות של חוסר סמכות או פגם חמור בהליכי יצירת האקט המינהלי. כאן המקום להדגיש כי אין בכוונתי לדון כאן בכל השיקולים המגוונים הרלוונטיים להכרעה בדבר מתן אפשרות לתקיפה עקיפה, אלא רק בשיקולים שיכולים וצריכים לשיטתי להיות מושפעים מסיווג הפגם וההבחנה בין חוסר סבירות לפגמים אחרים. בכוונתי להראות כי, הלכה למעשה, חלק ניכר מהשיקולים המרכזיים הנוגעים לשאלה זו מושפעים ישירות משאלת סיווג הפגם.¹⁰⁹

1. שיקולים הנוגעים להתאמת הערכאה וההליך לבחינת תוקף האקט

¹⁰⁴ ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בפרק 7, ס' 7.2.3, 7.2.4.

¹⁰⁵ ראו שם, בפרק 7; לביקורת גישה זו ראו שם, בס' 7.4.

¹⁰⁶ כפי שכבר נאמר פרשת **רותם** לא היתה המקרה הראשון שבו בית המשפט רמז על כוונתו להחזיר את סוג הפגם כקריטריון מרכזי לעניין התקיפה העקיפה, ראו אסמכתאות בה"ש 68 לעיל, אולם בפרשה זו בית המשפט מיישם את התפיסה הזו הלכה למעשה, וקובע הלכה ברורה.

¹⁰⁷ לעיל בתת הפרק 11.

¹⁰⁸ נזכיר כי על פי הגישה הישנה תוצאת הבטלות התייחסה לא רק לפגמים של חוסר סמכות במובן הצר של המילה, אלא גם לפגמים נוספים בחוקיות האקט המינהלי הכרוכים בהפעלה פסולה של שיקול הדעת המינהלי כגון שיקולים זרים והפליה, ראו הדיון בפרק 11 ה"ש 14 לעיל וטקסט לידה. תיאורטית לפחות פגם היורד לשורש חוקיותו של האקט והמצדיק בטלות שלו יכל לנבוע גם מחוסר סבירות בהפעלת שיקול דעתה של הרשות המינהלית, אם כי מושג הסבירות ששלט בכיפה אז היה הסבירות הצרה, ולא גישת הסבירות האיזונית, ראו ע"א 120/60 **הלפרין נ' קוציינסקי**, הערה 35 לעיל.

¹⁰⁹ דיון כללי יותר בקשת השיקולים ראו לעיל ה"ש 64, בפסקי הדין; לדיון מקיף בשיקולי המדיניות הנוגעים לתקיפה עקיפה ראו שקד, פרק חמישי, עמ' 85 ואילך.

שיקול מרכזי אחד מהמטרה שוב ושוב בסיקה כנגד אפסור תקיפה הליכי תקיפה עקיפה לביוררים יסודיים ומקיפים בנוגע לתוקפו של האקט המינהלי.¹¹⁰ הליכי תקיפה עקיפה הם, כאמור, ערב רב של הליכים משפטיים שבמקור לא נועדו לבחינת תוקפה של ההחלטה המינהלית, אלא יש להם מטרות אחרות שעשויות להיות שונות מאוד מהמטרה של הליכי תקיפה ישירה. בנוסף, הליכי תקיפה עקיפה עשויים לעיתים להתקיים זמן רב לאחר שהסתיים קבלת ההחלטה הנתקפת.¹¹¹ בהתאם, גם ההליך וגם הערכאה שבפניה מתנהלת התקיפה מעורבים בהליכי קבלת ההחלטה הנתקפת.¹¹² בנוסף, לא פעם נקבע כי בתקיפה עקיפה אין לבית המשפט אפשרות לבחון את השלכות הרוחב של פסילת אקט מינהלי – במיוחד כשעסקין בנורמה כללית – ואת הפגיעה הצפויה מהחלטת הביטול על זכויות של צדדים שאינם מיוצגים בהליך.¹¹³ כלומר, כשעסקין באקט כללי שמפיע על זכויות של גורמים רבים, אין לבית המשפט בתקיפה עקיפה אפשרות לערוך איזון כולל בין השיקולים המורכבים העומדים בבסיסה של נורמה כללית כגון תקנה או מדיניות כללית,¹¹⁴ ואין לו יכולת להעריך נכונה את השלכות הרוחב של פסיקה שתבטל את הנורמה על המצב המשפטי הכללי ועל הזכויות של צדדים שאינם מיוצגים בהליך.¹¹⁵

אלא, שבחינה זהירה יותר של הטיעונים הללו כנגד אפסור תקיפה עקיפה מצביעה על כך שהם אינם פועלים באותו אופן ובאותה עוצמה על סוגים שונים של טענות בדבר הפגם באקט המינהלי. כאשר נטענת טענה של חוסר סמכות עניינית ביחס לתקנה או להנחיה מינהלית סוג הבירור שנדרש בית המשפט לבצע הוא, בדרך כלל, פשוט יחסית. היינו, בית המשפט צריך לקרוא את החוק שהסמיך את הרשות ולבדוק האם הנורמה בדרגה הנמוכה יותר תואמת את הסמכות שניתנה לגורם שיצר את האקט המינהלי בחוק. כלומר, זוהי פעולה של פרשנות הדין מהסוג שכל בית משפט מבצע ממילא, כדרך שיגרה, בכל הליך משפטי.¹¹⁶ לפיכך, הטיעונים כנגד ביצוע בירור כזה בתקיפה עקיפה אינם חזקים במיוחד והחששות בעניין זה הם מוגבלים.¹¹⁷ לעומת זאת, שונה המצב כאשר מועלית טענה של חוסר סבירות כנגד נורמה כללית בית המשפט נדרש לבצע את אותו איזון כולל בין כל השיקולים הרלוונטיים, להעריך את משקלם היחסי, את הדרך שבה משפיעה הנורמה (או ישפיע ביטול הנורמה) על זכויותיהם של כלל הפרטים והמצבים השונים שעשויים ליפול לגדרה של התקנה או ההנחיה המינהלית וכד'. הליך מורכב כזה של בירור עלול להיות מעבר ליכולתם של בתי משפט בתקיפה עקיפה ולכן פסיקה מצדם בנוגע לאי-סבירות של הנורמה עשויה שלא להתחשב באינטרסים של מי שאינו צד להליך ולפגוע בזכויותיו. בנוסף, כאמור, הליך תקיפה עקיפה עשוי להתנהל שנים רבות לאחר סיום הליך היצירה של האקט המקורי, דבר שמקשה עוד יותר על האפשרות להתחקות אחר השיקולים שהנחו את הרשות שקבעה את הנורמה, הנסיבות שבהן התקבלה ההחלטה וכיו"ב.¹¹⁸ אמנם, ההבחנה לעניין זה בין הליך הבירור של טענות של חוסר סמכות לטענות של

¹¹⁰ ראו למשל עניין **אור עקיבא**, לעיל ה"ש 63, בפס' 27 לפסק דינו של השופט סולברג; עניין **אלפריח**, לעיל ה"ש 61, בפס' 12 לפסק דינו של השופט מזוז; ע"א 9569/04 **עבידאת נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה-ירושלים**, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס (נבו 14.2.2008); עניין **אלקיעאן**, לעיל ה"ש 68, בפס' לא לפסק דינו של השופט רובינשטיין; וכן שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 100-103.

¹¹¹ ראו הדיון אצל שקד, שם, בעמ' 116-118.

¹¹² ראו למשל עניין **אלפריח**, לעיל ה"ש 61, בפס' 15 לפסק דינו של השופט מזוז; ע"א 8824/08 **מטרסו נ' הוהמ"ק לתו"ב ת"א** (18.2.10); עניין **זנכל**, לעיל ה"ש 42, בפס' 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; עניין **גליק**, לעיל ה"ש 7, בפס' 3-5 לפסק דינו של השופט עמית; ע"ע 2966/19 **HUMAN RIGHT WATCH נ. שר הפנים** (2019).

¹¹³ ראו למשל עניין **קו מחשבה**, לעיל ה"ש 8, בפס' 24 לפסק דינו של השופט גרוניס; עניין **אלקיעאן**, לעיל ה"ש 68, בפס' כז לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"א 993/19 **פלוני**, הערה 114 לעיל, פס' 43.

¹¹⁴ ראו עניין **אור עקיבא**, לעיל ה"ש 63, בפס' 21 לפסק דינו של השופט סולברג; עניין **אלפריח**, לעיל ה"ש 61, בפס' 15 לפסק דינו של השופט מזוז; ע"א 993/19 **פלוני נ' משרד הביטחון** (פס' 43) (2022); ע"א 2313/98 **שר התעשייה והמסחר נ' מינקול**, פ"ד נד(1) 673 (פס' 22) (2000); בג"ץ 7456/09 **מידברג נ' מדינת ישראל** (פס' 6) (2010). בנוסף גם במישור של הבירור העובדתי הליכי תקיפה עקיפה סובלים במקרים כאלה מנחיתות ניכרת בהשוואה להליכי תקיפה ישירה, ראו למשל רע"א 483/88 **מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל - אגף המכס והבלו**, פ"ד מד(3) 812 (פס' 10) (1990); ע"א 1600/08 **מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו** (פס' 28) (2011); עניין **גליק**, לעיל ה"ש 7, בפס' 10 לפסק דינו של השופט עמית; עניין, הערה **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**. לעיל (פס' 26).

¹¹⁵ הדברים אמורים גם לגבי סוג הסעדים שניתנים בתקיפה עקיפה. ראו למשל ע"א 119/01 **אקונס נ' מדינת ישראל**, הערה 62 לעיל, פס' 57 לפסק דינה של השופטת נאור (2003). כאן המקום להזכיר כי, אמנם, לכאורה, על פי הוראת סעיף 76 לחוק בתי המשפט הרי מבחינה פורמלית ההכרעה של בית המשפט בתקיפה עקיפה היא רק "לצורך אותו עניין", כלומר היא חלה, מבחינה פורמלית, רק על ההליך הנדון ומחייבת רק את הצדדים להליך זה. אולם, במישור המעשי, קביעה של בית משפט, ובמיוחד של בית משפט בדרגה גבוהה לגבי בטלותה של נורמה כללית יש לה השלכות מיידיות גם על צדדים אחרים הכפופים לאותה הנורמה, לרבות רשויות המינהל והמאסדרים הנוגעים בדבר והיא מחייבת מבחינה תקדימית ערכאות נמוכות, ראו הערה 47 וטקסט.

¹¹⁶ ראו הדיון בפרק ב לעיל טקסט ליד הערה 8.

¹¹⁷ דברים דומים ניתן לומר לגבי טענות הנוגעות לפגמים חמורים, היורדים לשורש הסמכות, בהליך היצירה של הנורמה, כגון טענות בנוגע לתקנה שלא קיבלה את אישור ועדת הכנסת וכיו"ב. ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, פרק 13, ס' 13.8, 13.10.

¹¹⁸ ראו עניין **אור עקיבא**, לעיל ה"ש 63, בפס' 27 לפסק דינו של השופט סולברג.

חוסר סבירות איזוניים, ולעיתים, טענות של חוסר סבירות עשויות להיות כרוכות, בין היתר, גם בשאלות פרשניות.¹¹⁹ אולם, למי שמחפש אפשרות ליצור כללים מקדמיים ברורים ויעילים בסוגיית התקיפה העקיפה, דומה שהבחנה בין פגמים של חוסר סבירות (ומידתיות) לבין פגמים אחרים בחוקיות האקט היא נקודת מוצא מבטיחה ביותר.¹²⁰

2. שיקולים הנוגעים לאחידות הדין ויציבותו

שיקול נוסף שהועלה באופן תדיר בפסיקה כנגד הרחבת האפשרות לתקיפה עקיפה של אקטים מינהליים, ובמיוחד כנגד אקטים כלליים נוגע לפגיעה האפשרית של פסילת החלטות בתקיפה עקיפה באחידות הדין, יציבותו וודאותו. פשיטא שכאשר רשות מינהלית מתקינה תקנות או קובעת הנחיות מינהליות הרי החלטה כזו משפיעה על האינטרסים של ציבור רחב וגם יוצרת הסתמכות אצל הרבים.¹²¹ אכן, אם נפל פגם בתקנה או במדיניות המינהלית הרי כל צד שנפגע מכך יכול להעמיד את הדבר לבחינה של בית המשפט בתקיפה ישירה. אלא שהליכי תקיפה ישירה מוגבלים מבחינת הזמן העומד לרשות התוקף במסגרת דיני השיהוי, שהרציונל שלהם נוגע (בין היתר) לשיקולים הכרוכים בכך שככל שחולף הזמן משלב פרסום הנורמה כך מתחזק אינטרס ההסתמכות של הציבור על אותה נורמה.¹²² הבעייתיות הכרוכה בתקיפה העקיפה היא שהליכים כאלה מתקיימים פעמים רבות זמן רב לאחר מועד יצירת הנורמה, ולכן הם כרוכים, מצד אחד, בסכנה שצדדים שונים ינצלו אותם על מנת לעקוף את מגבלות דיני השיהוי,¹²³ ומצד שני, בסכנה שהתערבות בית המשפט ופסילת הנורמה תוביל לפגיעה קשה ביציבות הדין כתוצאה מפסילת הנורמה הכללית בהליך תקיפה עקיפה קונקרטי נתון.¹²⁴ לכך, נוסף החשש, שהתערבות כזו בתקיפה עקיפה תפגע ביציבות הדין וודאותו גם משום שהיא עלולה ליצור פסיקות סותרות של בתי המשפט.¹²⁵

גם לגבי השיקולים השייכים לקטגוריה הזו של שמירה על וודאות הדין, עקביותו, אחדותו וצפיותו, דומה כי יש הבדל ברור בין תקיפת אקטים מינהליים בטענות הנוגעות לאי-חוקיות ברורה בגין חוסר סמכות או פגם דיוני חמור לבין טענות של חוסר סבירות. כל פסילה של נורמה בתקיפה עקיפה – ולו בטענות של אי-חוקיות ברורה – עלולה לפגוע פגיעה ממשית ביציבות הדין, אחדותו וצפיותו.¹²⁶ אולם הסכנה הזו מחמירה עוד יותר אם תתאפשר תקיפה עקיפה של נורמות בטענות של חוסר סבירות. מעבר לעובדה שלבית המשפט בתקיפה עקיפה אין כאמור, כלים מתאימים לבחון את איזון השיקולים השונים כנדרש לגבי תקיפה עקיפה, הרי ניתן לומר כי האיזון הזה עשוי להיות שונה מאוד בכל מקרה ומקרה בתקיפה עקיפה, ולכן, גישה שתתיר תקיפת נורמות (במיוחד נורמות כלליות) בטענות של חוסר סבירות עלולה לפגוע ביציבות הדין ובוודאותו לא רק משום שיש בכך הרחבה רבתי של אפשרות התקיפה העקיפה, אלא גם משום – שבניגוד לניתוח שאלות של סמכות או הליך – הרי

¹¹⁹ ראו דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 684.

¹²⁰ וראו למשל ע"א 3069/17 משרד החינוך נ' עמותת גני חב"ד צפת (בפירוק) (נבו 29.10.2017) שם הפך בית המשפט (ברוב דעות של השופטים פוגלמן ודנציגר מול דעתו החולקת של השופט מינץ) את החלטת ביהמ"ש המחוזי לפיה המפרקת של העמותה המשיבה יכולה לתקוף את סבירות החלטתו של המערער שלא לבצע העברה תקציבית לעמותה המשיבה בשל אי סדרים כספיים שהתגלו בה. בית המשפט הדגיש כי הליך פירוק אינו ההליך המתאים לבחינת סבירות שיקול הדעת של משרד החינוך. ראו שם, בפס' 12 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

¹²¹ אמנם ידוע הכלל כי הרשות מוסמכת לשנות ולבטל החלטות (עקרון אי-הסופיות), אך לצד כלל זה בתי המשפט מתייחסים להסתמכות שנוצרה אצל האזרח תוך שקילת שיקולי מדיניות. ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בפרק 27, ס' 27.2-27.3; עוד ראו דפנה ברק-ארוז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" **משפטים** כו 17 (התשנ"ו-התשנ"ז).

¹²² על הקשר בין שיהוי להסתמכות ראו שם, בעמ' 65-69; זמיר **הסמכות המנהלית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1932-1933; עת"מ (מינהליים מרכז) 6049-12-10 ב-**נון נ' השר לבטחון פנים**, עמ' 17 לפסק דינו של השופט טל (נבו 7.4.2011) ("דיני השיהוי באים לזרז את המוגמרות של החלטה השלטונית כזו ולהגן על הסתמכות החלטת הרשות ותוצאותיה, המיידיות והעיתידיות").

¹²³ ראו עניין **אלקיעאן**, לעיל ה"ש 68, בפס' ל לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין **זנכלל**, לעיל ה"ש 42, בפס' 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; רע"א 3354/08 **המטה למען ארץ ישראל ע"ר נ' ניצב פרנקו משטרת ישראל**, פס' מד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 17.4.2008) (אך שם היה ניסיון לתבוע בתובענה אזרחית צו עשה ולא פיצויים) (להלן: עניין **פרנקו**). אמנם באופן עקרוני ניתן להחיל את דיני השיהוי גם בהליכי תקיפה עקיפה (למשל עניין **עבידאת**, לעיל ה"ש 110) אבל, מבחינה מעשית הסכנה עדיין קיימת.

¹²⁴ ראו לעיל ה"ש 115, לגבי "לצורך אותה עניין".

¹²⁵ עניין **אלפרח**, לעיל ה"ש 61, בפס' 12 לפסק דינו של השופט מזוז; עניין **אבו פריח**, לעיל ה"ש 65, בפס' 10 לפסק דינו של הנשיא (בדימי) גרוניס; עניין **זנכלל**, לעיל ה"ש 42, בפס' 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; עניין **אור עקיבא**, לעיל ה"ש 63, בפס' 23 לפסק דינו של השופט סולברג; ע"א 993/19 **פלוני**, הערה 114 לעיל, פס' 44; וכך שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 104-105, 109-111.

¹²⁶ ראו לעיל הערות 19 ו-10 וטקסט לידן.

3. שיקולים הנוגעים לשלטון החוק ולמניעת הפרות חוק

מן העבר השני, שיקול מרכזי הפועל לטובת אפשרות תקיפה עקיפה נוגע לשלטון החוק. לא פעם בתי המשפט הכירו באפשרות התקיפה העקיפה גם כאשר לרשות התוקף עמדה בשעתו האפשרות לתקוף את האקט בתקיפה ישירה וזאת מתוך רצון שלא לתת גושפנקא להפרות חמורות של החוק מצד רשויות המינהל ולתקן מצבים חמורים של חוסר חוקיות.¹²⁸ בד בבד, בתי המשפט היו מוכנים אף לעיתים לאפשר לרשויות המינהל להעלות בתקיפה עקיפה טענות כנגד חוקיות אקטים מינהליים, כגון היתרי בניה, אשר היו פגומים בפגמים חמורים של אי-חוקיות גם כן מאותו שיקול של הרצון למנוע פגיעה חמורה בשלטון החוק כתוצאה מהסתמכות (שבדרך כלל לא נעשתה בתום-לב מלא) מטעם צדדים פרטיים על אקטים פגומים כאמור.¹²⁹ גם לעניין זה בולטת לעין העובדה שסוג הפגם וחומרתו מהווים שיקול מרכזי לגבי אפשרות תקיפה עקיפה. דבר אחד הוא לקבוע כי כאשר פלוני הסתמך על היתר בניה העומד בניגוד ברור לתכנית המתאר – הרי הוא לא יוכל להסתמך על היתר כהגנה בהליך פלילי שנפתח כנגדו בגין הפרת דיני התכנון והבנייה. דבר אחר לחלוטין הוא להכיר באפשרות להתעלם – במסגרת אישום פלילי – מהיתר בנייה כזה, שהוא חוקי על פניו ותואם את תכניות המתאר, רק משום שבעת מתן ההיתר חרגה הרשות מ'איזון סביר' של השיקולים השונים הנוגעים לעניין.

ו. תקיפה עקיפה של החלטות כלליות ואינדיבידואליות

את היתרון של הצבת ההבחנה בין חוסר סבירות ומידתיות לבין פגמים אחרים כבריח התיכון של הדיון בתקיפה עקיפה ניתן להדגים גם מכיוון נוסף הנוגע להבחנה מרכזית נוספת בהקשר זה בין נורמות כלליות לנורמות אינדיבידואליות.¹³⁰ כל האקטים המינהליים ניתנים לחלוקה לאקטים כלליים ולאקטים אינדיבידואליים, כלומר ההבחנה הזו מקיפה את כל 'היקום' של החלטות המינהליות.¹³¹ ודומה שאין חולק כיום על הרלוונטיות של הבחנה זו לדיון בתקיפה עקיפה.¹³² בחלק הזה בכוונתי להראות שאם מנתחים את מעמדה של חוסר הסבירות בתקיפה עקיפה באספקלריה של ההבחנה הזו, הרי גם לפי **הדינים הקיימים** אין למעשה אפשרות להצדיק תקיפה עקיפה של אקטים מינהליים בטענות של חוסר סבירות, ומכל מקום, המרווח שדינים אלו מותירים לטענות של חוסר סבירות בתקיפה עקיפה הוא כה מצומצם עד כי הוא למעשה כמעט זניח.

ביסוד ההבחנה בין אקטים כלליים לאינדיבידואלים בהקשר של תקיפה עקיפה עומדת ההכרה בכך כי ברוב המקרים, כאשר ניתנת החלטה אינדיבידואלית בעניינה של פלונית, הרי הדין מעמיד לרשותה כלים לתקוף את החלטה בתקיפה ישירה והנחה היא שהנוגעת בדבר היתה מודעת להחלטה בעניינה, ולכן יכלה, לו רצתה בכך, לתקוף את החלטה בתקיפה ישירה. לפיכך, לא פעם, ניסיונות לתקוף החלטות בתקיפה עקיפה כרוכים בבחירתה של התוקפת להתעלם מההחלטה המינהלית, להימנע מלתקוף אותה בתקיפה ישירה, ולבוא לבית המשפט רק בהליך של תקיפה עקיפה שפעמים רבות נערך תקופה ארוכה לאחר מועד החלטה, ובפני ערכאה שאינה הערכאה המיטבית לבחינת חוקיות החלטה. היינו, ניסיונות לתקיפה עקיפה של החלטות

¹²⁷ ראו לעיל ה"ש 115.

¹²⁸ לה נסיונל; חלקה 6; עניין גליק, לעיל ה"ש 7, בפס' כה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 90-92; מנגד שיקולים של שלטון החוק והקפדה על ציות לחוק יכולים במקרים לא מעטים להוביל לשלילת תקיפה עקיפה כאשר אי-החוקיות היא מצד הטוען כנגד חוקיותה של החלטה אינדיבידואלית. ראו למשל רע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל**, נד(3) 637 (2000); וראו שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 39-42 ו-99-100.

¹²⁹ ראו למשל עניין שפירא, לעיל ה"ש 21; ע"פ 586/94 **מרכז הספורט אזור בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 112 (2001).

¹³⁰ לחשיבות הבחנה זו ראו עניין קו מחשבה, לעיל ה"ש 8, בפס' 17 לפסק דינו של השופט גרוניס ("...נזכיר, כי הנטייה להיעתר לתקיפה עקיפה גוברת מקום שהיא נוגעת לתקנות בעלות תחולה כללית, להבדיל ממעשה מינהלי פרטני..."); עניין **הראל**, לעיל ה"ש 128, בעמ' 648; דברי השופט נאור בעניין **אקונס**, הערה 62 לעיל 115; בג"ץ 3483/05 **די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פס' 20 לפסק דינו של השופט גרוניס (נבו 9.9.2007); עניין **אבו פריח**, לעיל ה"ש 65, בפס' 9 לפסק דינו של הנשיא (בדימוי) גרוניס; ע"א 993/19 **פלוגי**, הערה 114 לעיל, פס' 45; עניין **זנבל**, לעיל ה"ש 42, בפס' 74 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; זמיר הסמכות המנהלית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 262: דותן "בטלות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 606-605; שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 29.

¹³¹ עם זאת, ההבחנה בין נורמה כללית לאקט אינדיבידואלי איננה בהכרח חדה וחלקה. ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בפרק 9, סי' 9.2.

¹³² ראו הדיון בפרק 5 טקסט ליד הערה 66 לעיל.

אינדיבידואליות נגועים לא פעם בפגמים החל מהעמדה של עשיית דין עצמית וכלה בתכסיסות דיונית שנועדה לעקוף את המגבלות הדיוניות (במיוחד שיהוי) הקיימות בתקיפה ישירה או להסיט את מרכז הכובד של הדיון לזירה הנוחה יותר לתוקפת משלל סיבות טקטיות.¹³³

לא זהו המצב, בדרך כלל, בתקיפה עקיפה של נורמות כלליות. כאשר פלונית מעלה טענות כנגד תוקפה של נורמה כללית, כגון תקנה, בתקיפה עקיפה, הרי הדבר נעשה, בדרך כלל, במסגרת הליך פלילי או אזרחי שבו הנורמה הכללית מיושמת על עניינה הקונקרטי. במצב דברים כזה, לא ניתן באופן סביר לטעון כי התוקפת היתה צריכה לבחור במסלול של תקיפה ישירה, משום שמסלול כזה לא היה רלוונטי מבחינתה בעת יצירת הנורמה. לדוגמה, כאשר פלונית מועמדת לדין בגין הפרה של אחת מתקנות התעבורה, לא ניתן לטעון באופן סביר כי היה על פלונית לתקוף את התקנה בזמן פרסומה, משום שבאותו שלב לא היה לפלונית שום אינטרס מעשי לבחון את תוקפה של אותה תקנה. עניינה של פלונית בחוקיות התקנה מתעורר, מטבע הדברים, רק בשלב שבו התקנה הופעלה בעניינה (כגון, בהעמדה לדין פלילי בגין הפרת התקנה). זאת ועוד, בשלב שבו מתעורר העניין מבחינתה, אין זה רצוי, בדרך כלל, לאפשר לפלונית לנקוט בעתירה מינהלית לתקיפת התקנה בתקיפה ישירה, משום שפירוש הדבר הוא שבמקום לנהל הליך אחד (ההליך הפלילי) שבו תוכל פלונית לטעון טענות כנגד תוקף התקנה בתקיפה עקיפה, יתנהלו שני הליכים, האחד עתירה מינהלית והשני ההליך הפלילי. יוצא, שהן טעמים של היגיון והגינות והן טעמים של יעילות מעשית ומניעת סרבול דיוני וכפל הליכים תומכים באפשרות תקיפה עקיפה כנגד נורמות כלליות.¹³⁴

על רקע זה יש מקום לבחון כעת את המקום של העלאת טענות כנגד סבירותן של נורמות אינדיבידואליות וכלליות. בכל הנוגע לנורמות אינדיבידואליות הרי ממילא קיימים, בדרך כלל, שיקולים חזקים כנגד התרת תקיפה עקיפה, כמתואר לעיל. כשעסקינן **בהחלטות אינדיבידואליות** שניתנו בעניינו של התוקף הרי כמעט תמיד קיימים שיקולים הנוגעים להתנהגותו (הרשלנית, במקרה הפחות גרוע, או התכסיסנית ואף העבריינית במקרים הגרועים יותר) המצדיקים הצרת האפשרות לתקיפה עקיפה. הפסיקה אמנם לא סגרה לחלוטין את הדלת בפני התרת תקיפה עקיפה בעיקר משיקולים הנוגעים לשלטון החוק. היינו, לעיתים, כאשר נפל פגם חמור ביותר בהחלטה המקורית הראו בתי המשפט נכונות להתיר תקיפה עקיפה של ההחלטה למרות הפגמים בהתנהגות התוקף.¹³⁵ אולם, כפי שכבר צוין לעיל, השיקולים של שלטון החוק נכנסים לפעולה רק כשעסקינן בפגמים חמורים הנוגים לשורש הסמכות של הרשות המינהלית או לפגם חמור בהליך קבלת ההחלטה. הם אינם רלוונטיים, ומכל מקום עוצמתם נחלשת בהרבה, כשהטענות כנגד תוקף האקט מבוססות על חוסר סבירות. לפיכך, קשה מאוד לחשוב על סיטואציה שבה טענות של חוסר סבירות יוכלו להצדיק פסילת החלטות אינדיבידואליות בשל חוסר סבירות בתקיפה עקיפה כאשר התוקף נמנע מלנצל את הליכי התקיפה הישירה שעמדו לרשותו.¹³⁶ ואילו באותם מקרים נדירים יחסית שבהם התוקף לא היה צד בהליך קבלת ההחלטה המקורית קשה להצדיק תקיפה עקיפה בטענה של חוסר סבירות בשל השיקולים הדיוניים והמערכתיים שעליהם עמדנו לעיל.¹³⁷

ומה באשר לתקיפת **נורמות כלליות** בתקיפה עקיפה בטענות של חוסר סבירות? כאמור, מלכתחילה מרבית שיקולי המדיניות הנוגעים לתקיפה עקיפה מעניקים עדיפות ברורה לתקיפה של נורמות כלליות על פני תקיפה עקיפה של נורמות אינדיבידואליות. ואולם, בחינה מדוקדקת של השאלה מובילה לדעתי למסקנה שגם בנוגע

¹³³ לפירוט בדבר סיבות אלו ראו למשל: עניין **הראל**, לעיל ה"ש 128; עניין **צ'רני**, לעיל ה"ש 7.
¹³⁴ ראו עניין **ברגר**, לעיל ה"ש 34, פ"ס 7-6 לפסק דינו של השופט גרוניס; לדוגמאות בהן הפנה בית המשפט העליון לתקיפה עקיפה ראו למשל בג"ץ 6330/97 **איגוד ערים (נפת אשקלון) נ' שר האוצר** (נבו) 6.11.1997; רע"א 483/88 **מפעלים פטרוכימיים**, הערה 114 לעיל; בג"ץ 1431/05 **אוריאל נ' שר התחבורה** (נבו) 7.7.2005, שם דחה בית המשפט את התוענה בשל עילות סף של בשלות, עתירה תיאורית, וגם התקיימות סעד חלופי; עוד ראו שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 59; למרות השיקולים התומכים לכאורה באפשרות תקיפה עקיפה של נורמות כלליות, לא פעם בתי משפט בערכאות הדיוניות נרתעים מלעשות זאת בשל השלכות הרחב של פסיקה בנוגע לתוקפן של נורמות כלליות. ראו אורי אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" **משפט וממשל** טז 9, 10 (2014); שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 54-60.
¹³⁵ ראו האסמכתאות בהערה 129 לעיל.
¹³⁶ דוגמא לנסיבות קיצוניות שבהן בכל זאת בית המשפט למצער התלבט לגבי התרת תקיפה עקיפה למרות חוסר מעש רב שנים מצד התוקפים מהווים עניין **אבו-פריח**, לעיל הערה 64 ועניין **אלקיאן**, לעיל הערה 68 ואולם במקרים הללו העלו התוקפים טענות של הפליה בנוסף לטענות של חוסר סבירות.
¹³⁷ לעיל סעיף ה.1.

לנורמות כלליות אין מקום להכיר באפשרות של תקיפת בטענות של חוסר סבירות עקיפה. כדי להבהיר את הטענה צריך להידרש להבחנה בין שתי הקטגוריות של נורמות כלליות: תקנות (קרי: חקיקת משנה) והנחיות מינהליות.¹³⁸ כפי שאראה להלן שלילת האפשרות להכרה בחוסר סבירות בתקיפה עקיפה איננה מצריכה שינוי של הדין הקיים, אלא הלכה למעשה היא מתיישבת היטב ואף נובעת מהדינים הכלליים הנוגעים לדיון בסבירות של תקנות והנחיות כאחד.

באשר לתקנות הרי, כידוע, ניתן במשפטנו לתקוף את חוקיותן בטענות של חוסר סבירות קיצונית, אם כי הדין קובע שבית המשפט ינהג זהירות יתרה בבואו לבחון את סבירותה של חקיקת משנה.¹³⁹ ואולם, ההלכה היא שסבירותן של תקנות אינה נבחנת באספקלריה של המקרה הספציפי אלא בבחינה כוללת שבית המשפט עורך ביחס לאיזון השיקולים שהרשות ערכה בנוגע לכלל המקרים שנפלים לגדר התקנה. היינו, הדין הקיים קובע שמי שתוקף את סבירותן של תקנות איננו יכול להצליח להביא לפסילת התקנות בטענה שהתקנה יוצרת חוסר סבירות קיצונית במקרה שלו. אלא, עליו להראות כי התקנה יוצרת חוסר סבירות כללית, כזו שמתייחסת לכלל המקרים (או למצער למקרים רבים) שעליהם היא חלה. במלים אחרות, נקודת המוצא של הביקורת השיפוטית על סבירות תקנות היא שתקנות עשויות ליצור עיוותים וחוסר סבירות ב'מקרי קצה' מסויימים, ועדיין לא יהיה בכך כדי להביא לפסילת התקנה.¹⁴⁰

מנקודת מוצא זו נגזרת כמעט בהכרח מסקנה שאין מקום להכיר באפשרות של תקיפה עקיפה של תקנות בטענות של חוסר סבירות איזונית. שהרי, כפי שהראיתי, גם בתקיפה ישירה לא ניתן לתקוף תקנות בעילת חוסר סבירות המבוססת על איזון לא ראוי של השיקולים הנוגעים למקרה הספציפי. ואילו כשעסקין בתקיפה עקיפה ממילא הדיון ממוקד כל כולו בנסיבות המקרה הספציפי המועמדות בפני בית המשפט הדין בתקיפה העקיפה. כלומר, ממילא אין לבית המשפט בתקיפה עקיפה סמכות, ואין לו כלים דיוניים וראייתיים כדי לקבוע קביעות כלליות לגבי תוקפה של התקנה או לבחון את מלוא מרחב השיקולים הנוגעים לסבירות התקנה בכללותה.¹⁴¹ כל שבית המשפט מוסמך לעשות הוא לבחון את סבירות היישום של התקנה במקרה הספציפי הנדון לפניו. ואולם, כאמור, בחינה של סבירות התקנה במקרה הספציפי איננה יכולה להביא להתערבות שיפוטית אפילו כשהעניין נדון בתקיפה ישירה. קל וחומר, שלא ניתן לאפשר לבית המשפט לפסול תקנות בשל חוסר סבירות בתקיפה עקיפה. זאת ועוד, לא רק שהתרת תקיפה עקיפה של תקנות בעילת חוסר הסבירות עומדת בניגוד להלכה הכללית בנוגע לביקורת שיפוטית על תקנות, אלא שהיא גם יוצרת מצב אבסורדי לפיו היקף הביקורת השיפוטית על תקנות בתקיפה עקיפה עשוי להיות רחב יותר מאשר בתקיפה ישירה. כלומר, היא עומדת בניגוד למושכלות היסוד של דרכי הביקורת השיפוטית וגם יוצרת תמריץ פסול למתדיינים לפנות למסלול התקיפה העקיפה במקום לפנות לתקיפה ישירה ובכך פוגעת באחידות הדין ומעודדת תכסיסנות דיונית.¹⁴²

ומה לגבי הנחיות מינהליות? בניגוד לתקנות, הרשות המוסמכת רשאית לסטות מהנחיות במקרים שנסיבותיהם המיוחדות מצדיקות סטייה כזו, ובית המשפט אף רשאי לכפות על רשות מינהלית לסטות מהנחיותיה אם יישום ההנחיה כמות שהיא על עניינו של העותר הספציפי מגיע לכדי חוסר סבירות קיצונית.¹⁴³ ואולם התערבות בית המשפט לחיוב רשות מינהלית לסטות מהנחיותיה נעשית רק באותם מקרים שבהם יישום

¹³⁸ להבחנה בין תקנות להנחיות ראו דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 11, בפרק 22.1, 22.2.

¹³⁹ למשל בג"ץ 7871/07 רפאל נ' שר האוצר, פסי' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (נבו) 6.2.2011 (י"בית המשפט נוטה לאיפוק רב משהוא מתבקש לבטל תקנות מחמת אי סבירות, מתוך הנחה שלרשות המינהלית נתון מיתחם נרחב של שיקול דעת בעיגון מדיניותה במסגרת נורמות של חקיקת מישנה"); להצגת גישה לפיה יש לצמצם את היקף הביקורת בעילת הסבירות על חקיקת משנה ראו דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 11, בפרק 9, ס' 9.4; שם, בפרק 34, ס' 34.6.

¹⁴⁰ ראו בג"ץ 134/76 שרעבי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, ו-3 אח', (3) 493 (1976); בג"ץ 702/81 מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל, לו(2) 001 (1982); לדיון כללי בעניין זה ראו יואב דותן, "ביקורת שיפוטית על חקיקת-משנה והמקרה הפרטי המיוחד" משפטים כד 425-428 (1994) 427.

¹⁴¹ מכוח הוראת סעיף 76. ראו לעיל ה"ש 115; וכך ראו לעיל הדיון בתת-הפרק ה1.

¹⁴² ראו למשל עניין גליק, לעיל ה"ש 7, בפסי' 4, 9 לפסק דינו של השופט עמית; בר"מ 7363/09 מרזב משען נ' עיריית תל אביב (פס' 8) (2010); בג"ץ 3354/08 המועצה למען ארץ ישראל, הערה 123 לעיל; ע"א 993/19 פלוני, הערה 114 לעיל, פסי' 45.

¹⁴³ ראו דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 11, בפרק 30, ס' 30.5.3.

ההנחיה יוצר סבירות קיצונית, כלומר במקרים קיצוניים ונדירים.¹⁴⁴ כך, בתקיפה ישירה של הנחיות מינהליות. על רקע זה דומה כי קשה להצדיק מצב דברים שבו בית המשפט יכפה על רשות לסטות מהנחיותיה בהליך של תקיפה עקיפה. שהרי, לצורך הגעה למסקנה שההנחיה יוצרת חוסר סבירות קיצוני במקרהו של התוקף על בית המשפט לבחון מגוון רחב של שיקולים מדיניות הנוגעים לנושא, ההשלכות של יישום ההנחיה במקרה הנדון וכד'. בין היתר, בית המשפט נדרש לבחון את ההשלכות של ההכרה בסטייה מההנחיה בעניינו של העותר, על מקרים אחרים הנופלים לגדר ההנחיה או על החלטות אחרות שהרשות קיבלה, מכוח ההנחיה במקרים דומים, אחרת, הסטייה מההנחיה, בהוראת בית המשפט, בעצמה עלולה לפגוע בעיקרון השוויון.¹⁴⁵ כלומר, המדובר בבחינה כוללת ומעמיקה של שיקול הדעת המינהלי, שהליכי תקיפה עקיפה אינם מתאימים כלל לעריכתה. מכאן, שגם כשעסקינן בהנחיות מינהליות אין כמעט אפשרות להכיר באפשרות של תקיפתן בטענות של חוסר סבירות איזונית בהליכי תקיפה עקיפה. ומכל מקום, האפשרות לעשות כן, על פי הדין הקיים, היא כל כך מצומצמת ונדירה עד שמוצדק לוותר עליה משיקולים מערכתיים הנוגעים לפישוט הדין, למניעת הליכי סרק ולקידום יעילות דינית.

ז. ההשלכות של התיזה המוצעת על מגמות מרכזיות בסוגיית התקיפה העקיפה

בחלקים הקודמים של הרשימה טענתי כי יש מקום להחזיר למרכז הבמה בסוגיית התקיפה העקיפה את שאלת סוג הפגם שנטען ביחס לאקט המינהלי וכי אפשר וצריך לוותר כליל על אפשרות התקיפה העקיפה של אקטים מינהליים בטענות של חוסר סבירות.¹⁴⁶ בפרק הנוכחי ברצוני לבחון את ההשלכות של התיזה המוצעת כאן על שני קווי פסיקה מרכזיים בסוגיית התקיפה העקיפה. הקו הראשון מתייחס למגמה שהתפתחה לאחרונה בפסיקה להתנות את האפשרות לפנות לתקיפה עקיפה של אקטים מינהליים מסויימים בכך שהתוקף יפנה להליך תקיפה ישירה קודם לכך שבית המשפט יאפשר לו לפנות להליכי תקיפה עקיפה. לפי הקו השני, מי שמנסה לתקוף החלטות מינהליות בתקיפה ישירה עשוי למצוא את עצמו מופנה להליך של תקיפה עקיפה כסעד חילופי. למותר כמעט לציין כי בין שני קווי הפסיקה הללו קיים מתח ברור, שהרי קו הפסיקה הראשון מעודד את התוקף לפנות לתקיפה ישירה קודם שהוא פונה להליכי תקיפה עקיפה ולמעשה שולל תקיפה עקיפה ממי שלא נקט בהליכי תקיפה ישירה. קו הפסיקה השני פועל בכיוון ההפוך משום שהוא מצר דווקא את אפשרות התקיפה הישירה בנימוק שלרשות התוקף עומדים הליכי תקיפה עקיפה המהווים סעד חילופי המצדיק את שלילת התקיפה הישירה במקרה הנתון.

בדיון הנוכחי אינני מתיימר להציע פתרון כולל למתח האמור בין שני קווי הפסיקה הללו או להציע את 'כדור הכסף' של קריטריון אחיד ברור שלפיו יסווגו כל מקרי התקיפה לכאן או לכאן. מטרתי הנוכחית היא צנועה יותר: לבחון האם ההצעה המוצגת כאן מתיישבת עם שני קווי הפסיקה הללו וכיצד קבלתה עשויה להשפיע על המשך פיתוחם.

1. התניית תקיפה עקיפה במיצוי התקיפה הישירה

קו הפסיקה הנדון נוצר על ידי בית המשפט בעניין **גליק**.¹⁴⁷ המבקש, מורה דרך במקצועו, ביקש פעמים רבות מהמשיבה, משטרת ישראל, היתרים לעלות להר הבית לצורכי עבודתו אך סורב, לטענתו באופן בלתי חוקי. העותר יכול היה כמובן לתקוף את סירוב המשטרה באמצעות עתירה לבג"ץ (כפי שעשה קודם לכן מספר פעמים לגבי החלטות דומות של המשטרה), אך בחר שלא לעשות כן. תחת זאת הוא בחר לתקוף את חוקיות סירוב המשטרה באמצעות תובענה נזיקית שבה תבע פיצויים על הנזקים שנגרמו לו, לטענתו, כתוצאה מסירוב המשטרה

¹⁴⁴ ש.ם.

¹⁴⁵ ש.ם, בס' 30.2, 30.5.1.

¹⁴⁶ לצד האמור יש לציין שאינני מתייחס כלל לתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית וטענות של חוסר מידתיות **חוקתית** שעולים במסגרתה. ראו לעיל ה"ש 5.

¹⁴⁷ עניין **גליק**, לעיל ה"ש 7; בעניין זה בית המשפט הסתמך על פסיקה קודמת, ר' ענין **המועצה למען ארץ ישראל**, הערה 123 לעיל, פסי' מוד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 17.4.2008) (אך שם היה ניסיון לתבוע בתובענה אזרחית צו עשה ולא פיצויים) (להלן: עניין **פרנקו**).

כלומר (למרות עין תפקיפה עקיפה¹⁴⁸), כדעת רוב, כי מהווה של תובענה לפיצויים. היא תקיפה של שיקול הדעת המשטרתי, כלומר תובענה שמרכז הכובד שלה הוא מינהלי, ותובענת הפיצויים הנזיקית היא לא יותר מכסות חיצונית שהולבשה על התובענה משיקולים של תכסיסנות טקטית.¹⁴⁹ לפיכך, נדחה ערעורו של המבקש על דחיית תובענתו.¹⁵⁰

הלכת גליק לא היתה המקרה הראשון שבו בית המשפט החליט לדחות ניסיונות לתקיפה עקיפה של החלטות מינהליות משום שהגיע למסקנה כי התקיפה העקיפה מהווה ניסיון לעקוף את דרך המלך של התקיפה הישירה מטעמים של תכסיסנות דיונית או רצון להתגבר על מכשלות דיוניות (ובראשן השיהוי) שהיו עומדות בפני הנוגע בדבר בתקיפה ישירה, או ש'מרכז הכובד' של התובענה הוא בשדה המינהלי ולכן אין מקום לאפשר תקיפה עקיפה של החלטה הנדונה.¹⁵¹ ואולם, הלכה זו הרחיבה מאוד את הנטייה של בית המשפט לדחות ניסיונות לתקיפה עקיפה, במיוחד בהליכים אזרחיים,¹⁵² והיא מצטרפת לנטייה של בית המשפט להצר במקרים רבים את האפשרות לתקיפה עקיפה של החלטות מינהליות בידי מי שעומדת או עמדה לרשותו האפשרות לתקוף את החלטה בתקיפה ישירה.¹⁵³

התזה המוצעת כאן משתלבת היטב עם קו הפסיקה שמוצג בעניין גליק ואף יכולה להקטין מאוד את היקף הבעיה שהיא מיועדת לטפל בה, קרי, ריבוי של ניסיונות לתקוף החלטות מינהליות בתקיפה עקיפה מטעמים תכסיסניים. שהרי, אם נאמץ גישה שלפיה ניתן להעלות טענות כנגד חוסר סבירות של החלטה מינהלית רק בתקיפה ישירה ולא בתקיפה עקיפה,¹⁵⁴ ממילא התמריץ של מתדיינים שונים לעקוף את הדרישות הדיוניות של ההליכים המינהליים באמצעות הגשת תובענות אזרחיות יקטן באופן משמעותי משום שיהיה ברור לכל שהיקף הטענות שניתן להעלות בתקיפה עקיפה הוא צר יותר מאשר בתקיפה ישירה. ומכאן, שגם הצורך של בית המשפט

¹⁴⁸ השופט עמית קבע כי למעשה אין מדובר בתקיפה עקיפה אלא בתקיפה ישירה של החלטות המשטרה במסווה של תובענה לפיצויים. עניין גליק, לעיל הי"ש 7, בפס' 3-4 לפסק דינו של השופט עמית ("...לא תקיפה עקיפה יש בפנינו, אלא תקיפה ישירה "בהסוואה", תקיפת מצח של חוקיות החלטת המשטרה, שלא אגב תובענה אחרת, ומטעם זה לא הייתה לבית משפט השלום הסמכות לדון בסעד הציווי...בנסיבות המקרה שבפנינו, ניתן לומר כי המקרר עורר את שאלת חוקיותה של החלטת המשטרה לא באופן עקיף, אלא באופן עוקף, בתקיפה ישירה במסגרת בקשה לצו עשה בצירוף תקיפה עקיפה במסגרת התביעה לפיצויים.")

¹⁴⁹ שם.
¹⁵⁰ השופט זילברטל הצטרף לעמדתו של השופט עמית, כנגד עמדתו החולקת של המשנה לנשיאה רובינשטיין (שם, בפס' 3, 5 לפסק דינו של השופט זילברטל).
¹⁵¹ למקרים נוספים שבהם נשללה התקיפה העקיפה משום שלרשות התובע עמדו הליכי תקיפה ישירה ראו למשל: עניין **מקסימדיה**, הערה 114 לעיל, פס' 28; עניין **אלקיעאן**, לעיל הי"ש 68, בפס' כד-כה לפסק דינו של השופט רובינשטיין עניין **זלכל**, לעיל הי"ש 42, בפס' 79 לפסק דינו של השופט גרוסקופ; בר"מ 7363/09 **מרכז משען**, הערה 142 לעיל, שם, וכן שקד, לעיל הי"ש 2, בעמ' 249-259; וראו עוד פסקי הדין המובאים בהמשך. והשוו ע"א 396/98 **מדינת ישראל נ' פז חברת נפט** (פס' 4) (2004) שם התיר בית המשפט תקיפה עקיפה רק משם שהמשיבה הגישה קודם לכן עתירה לבג"ץ שנדחתה על הסף. זמיר רואה בעמדת הרוב בעניין **גליק** חריג שנקבע על יסוד הנסיבות הספציפיות של אותו מקרה, להלכה הכללית התומכת, ככלל, באפשרות לתקוף החלטות מינהליות בדרך של הגשת תובענת כספית כנגד הנזקים שנגרמו לנוגע בדבר כתוצאה מהחלטה מינהלית (ראו זמיר, הסמכות המנהלית, לעיל הי"ש 6, בעמ' 2699-2700). ואולם הלכת **גליק** יושמה על ידי בית המשפט העליון והן על ידי בתי המשפט המחוזיים בשורה של מקרים. ראו רע"א 88/17 **בדראן גולן נ' ראש עיריית תל-אביב** (נבו 9.5.2018) שם ניסו המבקשות, תושבות דרום תל-אביב, לתקוף את מדיניות הממשלה והעירייה בנוגע למסנתנים הבילתי חוקיים באמצעות תובענה נזיקית בגין הנזקים שנגרמו להן, לטענתן, כתוצאה ממדיניות זו. בית המשפט אישר את דחיית התובענה בשל אי ההתאמה של הנושא לדיון בתקיפה עקיפה בפני הערכאות האזרחיות תוך יישום של הלכת **גליק**. גם במקרה זה היה ברור שטיב הטענות של המבקשות כנגד המשיבות נגע להפעלת שיקול דעת בנוגע לקביעת המדיניות בנושא המסתננים.

¹⁵² בהתאם, לאחרונה ביהמ"ש מגלה נטייה להגביל את האפשרות לתקוף בתקיפה עקיפה החלטות שבהן התובע מבית דין יכל לתקוף בתקיפה ישירה (ראו עניין **אבו פריח**, לעיל הי"ש 65, בפס' 15 לפסק דינו של הנשיא (בדימו) גרוניס; רע"א 125/16 **קבלאן נ' המועצה המקומית בית ג'אן** (31.3.16); עניין **אלקיעאן**, לעיל הי"ש 68; ע"א (מחוזי י-ם) 62946-03-15 **מדינת ישראל נ' גליק** (נבו 17.1.2016); עניין **גליק**, לעיל הי"ש 7; **המועצה למען ארץ ישראל**, הערה 123 לעיל (שם הייתה דחיית ניסיון להוציא צו עשה שיאפשר למע' להקריב קורבן בפסח בהר הבית – דרך הגשת תובענה אזרחית לסעד 'כספי' (בגין 'אפליית יהודים') וסעד של ציווי – בתור ניסיון לעקוף את הצורך לעתור לבג"ץ בתקיפה ישירה).

¹⁵³ ראו למשל עניין **אלפריח**, לעיל הי"ש 61, שם מצביע השופט מזוז (פס' 12) על החסרונות של תקיפה עקיפה לרבות שהדיון מתקיים בערכאה שהנושא אינו בתחום סמכותה ומומחיותה וגם במישור הדיוני בהליך שאינו מתאים לבדיקת תוקף האקט; הסכנה לעקיפת המגבלות של הליך תקיפה עקיפה, כגון שיהוי וצירוף משיבים (בין היתר משום הרשות המנהלית שיצרה את האקט אינה בהכרח צד להליך); וכן אי ודאות בדיון. מזוז מציינ גם כי כיום, לאור חוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים (שמאפשר תקיפה ישירה של החלטות מינהליות בדרך המלך גם בפני ערכאה מינהלית שאינה בג"ץ) אין צידוק להרחבה של אפשרויות התה"ע (שם בפס' 14); בהתאם, כאשר מרכז הכובד של ההליך ומטרתו הם לתקוף את האקט (להבדיל, למשל מהעלאת טענת הגנה במשפט פלילי או אזרחי – אין לאפשר לעשות זאת בע"ת. (שם בפס' 15). ור' גם רע"א 2933/18 **עיריית אור עקיבא נ' מקורות**, לעיל הי"ש 63, בפס' 14-27 לפסק דינו של השופט סולברג. כאן המקום לציין כי הלכת **אלפריח** כבר יושמה על ידי שורה של החלטות בימ"ש מחוזיים לגבי תובענות ייצוגיות, ראו תצ (מרכז) 65717-02-18 **לבב נ' רשות שדות התעופה** (25.9.19) [מי שתוקף התנהגות אנטי-תחרותית של המשיבה שנוצרה בעקבות מכרז במסגרת תוב' ייצוגית – היה צריך לתקוף ישירות בערכאות מנהליות את המכרז עצמו]; תצ' (ת"א) 18-01-14962 **התור הנדיסה בע"מ נ' התיב המהיר** (19.4.19, מ' אגמון) (לא ניתן לתקוף את החלטה של הממשלה לייחד נתיב לנתיב המהיר בת.ע. בדרך של תובענה ייצוגית לפיצויים). ור' גם ההלכה שפותחה לגבי האפשרות לתקוף בתקיפה עקיפה בהליך של התנגדות למסירת חזקה לפי סעיף 8 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) את חוקיות ההפקעה עצמה: ע"א 8824/07 **מטרסו נ' הוהמ"ק לתו"ב** ת"א (18.2.10) (המצטט את ההלכה המצרה (רק מקרים חריגים של חוסר סמכות בולט מאפשרים תקיפה עקיפה) של השופט שחין בעניין רע"א 3092/01 **קיסר נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה תל-אביב-יפו**, פ"ד נו(1) 313, 324 (2002)) [ור' גם עמנ (ת"א) 18-10-10418 **ברקול נ' הוהמ"ק לתו"ב – חולון** (18.8.2019) (פס' 31) (שלילת אפשרות לתקוף בתקיפה עקיפה תקנה לחישוב שטחים בחלוף שנים ארוכות מאז שהותקנה). ור' גם ת"צ 15-06-19619 **דנינו נ' 013 טטוויז'ן בע"מ** (17.8.18)]; תא(ב"ש) 11-15-50822 **אפריאט נ' זרעים גדרה בע"מ** (2.1.21) (פס' 58-57) (חקלאי שיבולו הושמד כתוצאה מוירוס לפי צו השמדה – אינו יכול לתקוף את חוקיות הצו בתקיפה עקיפה במסגרת ת' נזיקין אלא היה עליו לתקוף בתקיפה ישירה); ת"א 22-01-1122 **קיבוץ איילת השחר נ' רמ"י** (25.1.22) (לא ניתן לתקוף בתקיפה עקיפה החלטות מדיניות של רמ"י שהתקבלו בעבר לגבי דמי שימוש במקרקעין שנים רבות לאחר קבלתן ולאחר שהתובעים כבר שילמו את דמי השימוש כאשר הבקשה לצו הצהרתי מהווה למעשה עקיפה של תובענת השבה ומתמקדת למעשה בחוקיות ההחלטות בתור הנושא המרכזי).
¹⁵⁴ חשוב לומר שהכוונה באמרו הינה רק ביחס לטענות של חוסר סבירות מינהלית ולהבדיל מטענות של רשלנות נזיקית (הנותרות בצריך עיון). להשוואה בין חוסר סבירות מינהלית לחוסר סבירות נזיקית ברשלנות, ראו יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד הציבור המפעיל סמכויות של שיקול" **משפטים** טו 245, 246-255 (התשמ"ו).

להתמודד עם ניסיונות כאלה יקטן בצורה משמעותית. ככל שהתוקף יבקש לתקוף את ההחלטה המינהלית בתקיפה עקיפה, יותר לו לעשות כן, אך זאת רק על סמך טענות של אי-חוקיות מובהקת, ולא על סמך טענות של חוסר סבירות. הדבר גם יוכל לחסוך לבית המשפט, במקרים רבים, את הצורך של בית המשפט להתעמק בשאלה המורכבת והמעורפלת של 'מרכז הכובד' של התובענה, ולהתיר למי שיבחר בכך לתקוף את ההחלטות המינהליות בהליכים אזרחיים, בתנאי שלרשות התוקף יעמדו טענות מובהקות של אי-חוקיות.

2. תקיפה עקיפה כסעד חילופי

קו פסיקה זה מבטא מגמה נפוצה מאוד בפסקי הדין שהיא הפוכה מזו שבאה לידי ביטוי בקו הפסיקה הקודם משום שבמסגרתה בית המשפט דווקא **מעודד** מתדיינים לפנות להליכי תקיפה עקיפה במקום לפנות להליכי תקיפה ישירה. קו פסיקה זה בא לידי ביטוי בפסקי דין רבים שבהם בית המשפט דחה על הסף עתירות מינהליות תוך שאפשרות התקיפה העקיפה מהווה בסיס להפעלת עילות סף שונות בהליכים מינהליים. בראש וראשונה, בית המשפט פיתח הלכה שלפיה הליכי תקיפה עקיפה יכולים להוות תחליף להליכי תקיפה ישירה ולכן עתירות רבות נדחו תוך קביעה שהליכי התקיפה העקיפה מהווים **סעד חילופי** שמצדיק הפניית העותרים להליכים כאלה.¹⁵⁵ בנוסף, לא פעם שימשה האפשרות לפנות לתקיפה עקיפה בסיס להפעלת עילות סף אחרות בבג"ץ כגון עילת הבטלות, עילת הכלליות של העתירה ועילות נוספות.¹⁵⁶

יש מקום לשים לב לכך כי קבלת התיזה המוצעת כאן תחייב את בית המשפט להפעיל זהירות יתר ביישום קו פסיקה זה. השימוש הנרחב שעשה בית המשפט בתקיפה עקיפה כבסיס לדחיית עתירות בגין סעד חילופי (או עילות סף אחרות) התבסס בין היתר על ההנחה הכללית של משטר הבטלות היחסית שלפיה כל הטענות שעומדות לרשות התוקף את האקט המינהלי בתקיפה ישירה יעמדו לרשותו גם כשיפנה לבחינת תוקף האקט בתקיפה עקיפה **ולכן** יכול היה בית המשפט לדחות את העתירה על הסף 'בלב שקט', בודעו שכל טענותיו של התוקף שמורות לו גם בתקיפה עקיפה המשמשת כ'סעד חילופי' אפקטיבי.¹⁵⁷ כפי שכבר הראיתי לעיל הנחה זו היתה במידה רבה פיקטיבית, משום **שהלכה למעשה** היקף הביקורת שבית המשפט מפעיל (או יכול להפעיל) בתקיפה עקיפה הוא מוגבל – ולו מטעמים מעשיים – מאשר בתקיפה ישירה.¹⁵⁸ קבלת התיזה המוצעת כאן פירושה, במידה רבה, חיסולה של הפיקציה הרטורית הזו, מבית מדרשה של דוקטרינת הבטלות היחסית. כלומר, יהיה ברור שכאשר בית המשפט מפנה את העותר למסלול של תקיפה עקיפה, המשמעות היא בהכרח שהיקף הטענות שהוא יוכל להעלות צר יותר מזה שבתקיפה עקיפה. כתוצאה מכך, בית המשפט יהיה חייב לנקוט זהירות יתר בטרם יעשה שימוש בכלי הזה של שליחת העותרים להליכי תקיפה עקיפה במקום לאפשר להם לתקוף את האקט הרלוונטי בתקיפה ישירה.

האם תוצאה כזו היא רצויה? התשובה לשאלה זו היא לדעתי חיובית. את השיקולים שעומדות בבסיס השימוש בתקיפה עקיפה כסעד חילופי ניתן לחלק לשתי קטגוריות מרכזיות. סוג **אחד** של שיקולים נוגע לעילות דיוניות. השאיפה לרכז את הדיון המשפטי בהליך אחד ולמנוע כפל הליכים (כגון, כאשר נאשם בפלילים מבקש לתקוף בהליך מינהלי את שיקול הדעת התביעתי) ובהתאם לקצר וליעל את ההליכים המשפטיים. במצבים כאלה שבהם קיים הליך תקיפה עקיפה שהוא הפורום 'הטבעי' לניהול ההליך, אין מקום לאפשר למתדיינים לפתוח בהליכים נוספים, והעובדה שבהליך התקיפה העקיפה היקף הטענות שהם יכולים להעלות הוא צר יותר איננה צריכה לשנות עובדה זו. אם להמשיך ההדגמה בהתייחס לדוגמה הנפוצה של ביקורת שיקול הדעת של התביעה, הרי הגישה המוצעת כאן היא שאין מקום לאפשר לנאשם בפלילים לבחון את סבירות ההחלטה להעמידו לדין.

¹⁵⁵ סעד זה איננו 'סעד חילופי' במובנו הפשוט שלא עסקינן בהליכים **שהמחוקק** יצר כבסיס לבחינת תוקף ההחלטה (קרי – בתקיפה ישירה), אלא שכפי שנאמר לעיל ה'יש' 45, המשמעות של המונח 'סעד חילופי' עברה טרנספורמציה בפסיקה וכוללת עתה גם הפנייה להליך תקיפה עקיפה, ראו הערה 45 לעיל.

¹⁵⁶ להרחבה על עילות אלו ראו לעיל ה'יש' 44, ופסקי הדין שם.

¹⁵⁷ והשוו הדיון בפרק 4 לעיל טקסט ליד הערה 50 לעיל.

¹⁵⁸ ראו לעיל בתת הפרק 4, המפרט על המגבלות הדיוניות בתקיפה עקיפה. לא למותר לציין כי, הלכה למעשה, ניסיונות תקיפה עקיפה בטענות של חוסר סבירות נידונים, רובם ככולם, לכישלון, ראו הדיון בפרק ט להלן ובנספח.

גיישה זו תקפה, מהשיקולים והצורך לעיל (ושנתקבלו על ידי בית המשפט בעניין רותם) בכל הנוגע להליך הפלילי עצמו, ואין מקום לאפשר לנאשמים לעקוף את המגבלה הזו באמצעות פתיחת הליכים נפרדים בתקיפה ישירה. היינו, בנסיבות כאלה עומד לרשות הנאשם הליך אחד, של תקיפה עקיפה, שבו יוכל לתקוף את החלטת התובע בטענות שהדין מעמיד לרשותו – ותו לא.

ואולם קיים סוג נוסף של שיקולים המובילים את בית המשפט לדחיית עתירות על הסף לטובת הליכי תקיפה עקיפה. אלו הם מקרים שבהם בית המשפט עושה שימוש במסלול של תקיפה עקיפה כ"טכניקת הימנעות", כלומר, כדי לחסוך לבית המשפט את הצורך לשלם את המחיר הפוליטי של דיון ישיר בתוקפן של נורמות כלליות טרם יישומן הקונקרטי.¹⁵⁹ השימוש הזה שבית המשפט עשה בהליכי תקיפה ישירה (לא פעם בהקשר של תקיפה של חקיקה ראשית) זכה לביקורת לא מועטה בספרות מטעמים רבים.¹⁶⁰ התיזה המוצעת כאן עשויה דווקא לשפר את המצב משום שהיא תכריח את בית המשפט להתעמת ישירות עם ההשלכות של דחיית עתירות מטעמים כאלה. היינו, כאשר מי שצפוי, בהסתברות גבוהה, להיות מושפע לרעה מאימוצה של נורמה כללית פוגענית תוקף אותה בערכאות, במועד המתאים, לאחר קבלתה ובהליכי תקיפה ישירה המיועדים לכך, צריך להיות זכאי לכך שעתירתו תידון על ידי בית המשפט לגופן של טענותיו. אימוץ התיזה המוצעת כאן לגבי נורמות מינהליות (ראו להלן) תקשה על בית המשפט לדחות עתירות כאלה מטעמים של פוליטיקה שיפוטית – ותוך שימוש ברטוריקה המכסה של דוקטרינת הבטלות היחסית – משום שיהיה ברור שההשלכה של דחייה כזו היא צמצום היקף הביקורת השיפוטית הכוללת על נורמות כאלה ופגיעה בזכויות הנוגעים בדבר.

ח. לפני סיום: הערה לגבי תקיפה עקיפה של חקיקה ראשית ועילת המידתיות

הרשימה הנוכחית עוסקת בתקיפה עקיפה של נורמות מינהליות ולא בסוגיה של תקיפה עקיפה של חקיקה ראשית. קיימים הבדלים בין שתי הסוגיות. תקיפה עקיפה של חקיקה ראשית מעוררת שאלות נכבדות במישור המשפט החוקתי ויש לה גם השלכות פוליטיות חשובות.¹⁶¹ לא זהו המצב, בדרך כלל, כשעסקינן בתקיפה של תקנות או הנחיות מינהליות, ומכל מקום, תקיפה עקיפה של נורמות מינהליות הוא עניין שכיח הרבה יותר מאשר לעניין חקיקה ראשית ואיננו חייב לעורר שאלות חוקתיות ופוליטיות בוודאי לא באותה אינטנסיביות. למרות זאת, אתייחס כאן בקצרה לסוגיה של תקיפת חקיקה ראשית משום שקיימים ממשקים בין שתי הסוגיות שבעטיים נדרש להבהיר את היחס שבין הטענות המועלות כאן לסוגיה זו וכן את האופן שבו טענותיי משתלבות בדין הקיים בנוגע לתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית. יודגש כי אינני מבקש במסגרת הנוכחית להציע הסדר כולל שמתייחס לתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית, עניין שחורג כאמור מגדר הרשימה, אלא רק להתייחס לקשרים שבין התיזה המוצעת לבין הדין הקיים בסוגיה החוקתית.

ממשק מרכזי שמקשר בין הדיון הנוכחי לשדה החוקתי נוגע לדמיון שבין עילת הסבירות האיזונית לבין עילת המידתיות. עילות אלו נדונות לא פעם בפסיקה ובספרות בכפיפה אחת משום שהיישום של שתיהן מחייב את הרשות המוסמכת (ובעקבותיה את בית המשפט המבקר) לערוך איזון בין השיקולים השונים הנוגעים לעניין.¹⁶² טיעון מרכזי שהעליתי כנגד אפשרות התקיפה העקיפה של נורמות מינהליות בטענות של חוסר סבירות

¹⁵⁹ ראו לעיל ה"ש 44, 152.

¹⁶⁰ ראו לעיל ה"ש 44, והמאמרים המובאים שם.

¹⁶¹ ראו לעיל ה"ש 5, וגם המבוא לרשימה וכן דותן, "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?", לעיל ה"ש 2. יצוין כי סוגיה זו היא גם אחת הסוגיות המרכזיות העומדות כיום על סדר היום הציבורי כחלק מהמחלוקת העזה בעקבות "הרפורמה המשפטית" שהוצעה על ידי הממשלה בינואר 2023. הצעת החוק שנכללה במסגרת הרפורמה ושאושרה בקריאה ראשונה בכנסת ביום 14.3.2023 קובעת כי פסילת חקיקה ראשית תיעשה אך ורק בהרכב מורחב של בית המשפט העליון וברוב מיוחס מבין השופטים, ראו הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק, ה"ח הכנסת 949 מ-5 במרץ 2023 (https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls1_1935515.pdf).

יוזמת הרפורמה נתקלה בהתנגדות ציבורית עזה, וקידומה הושהה על ידי הממשלה, ויש סיכוי ממשי שהיא תיגנז סופית במסגרת שינויים פוליטיים שיבואו בעקבות המלחמה שפרצה בתחילת אוקטובר 2023. עם זאת מובן שלכל הסדר שייקבע בעניין זה יש פוטנציאל לצמצם באופן ניכר את היקף התקיפה העקיפה של חקיקה ראשית בבתי המשפט האזרחיים והפליליים ואולי אף לבטלה כליל. לא למותר לציין כי בשיח הציבורי שהתפתח בעקבות הרפורמה שרר כמעט קונצנזוס לגבי הצורך לייחד את הדיון בחוקיותה של חקיקה ראשית לבית המשפט העליון, והמחלוקת העיקרית בסוגיה זו נסבה סביב הרכבו של בית המשפט והרוב הנדרש לשם פסילת חקיקה. לעמדה שונה ראו מאמרו של ברק מדינה, לעיל ה"ש 50.

¹⁶² דרישת המידתיות כוללת כידוע רכיבים נוספים, אך בתמציתה, המידתיות במובנה הצר (הידועה גם כמבחן המשנה השלישי של המידתיות) כוללת בתוכה דרישה איזונית שהיא דומה מאוד, שלא לומר זהה, לאיזון הנעשה במסגרת הסבירות האיזונית. על הדמיון והשוני בין שתי העילות ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בפרק 37, ס' 37.3; עוד ראו דברי השופט חשין בבג"ץ 2355/98 **סטמקה נ' שר הפנים**, נגד(2) 728, 777 (1999): "כך מציגה עילת המידתיות לפנינו

נוגע לחוסר ההתאמה של הליכי תקיפה לערכי תקיפה עקיפה על ידי המינהלית.¹⁶³ המשמעות של הטיעון הזה, אם ניישם אותו לשדה החוקתי היא שיש להימנע מבחינה של תוקפה של חקיקה ראשית בהליכי תקיפה עקיפה ככל שהתוקף מעלה כנגד החוק טענות של היעדר מידתיות (או, למצער, ככל שהתוקף מעלה טענות של 'חוסר מידתיות צרה'). לאור המרכזיות של טענת המידתיות כבסיס לבחינת חוקתיותם של חוקים, המשמעות המעשית של גישה כזו היא צמצום רבתי של האפשרות לתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית. מאידך, אם לא נקבל את הטיעון הזה, כלומר לא נהיה מוכנים ליישם את ההיגיון הזה על חקיקה ראשית, הרי לכאורה התיזה המוצעת כאן תיצור אנומליה (לפחות ביחס לדין הקיים בתקיפה העקיפה) משום שיוצר מצב שלפיו היקף האפשרות לתקוף חקיקה ראשית בתקיפה עקיפה יהיה רחב יותר מאשר ביחס לחקיקת משנה, ואפילו בהשוואה לנורמות 'נחותות' עוד יותר, קרי הנחיות מינהליות שלגביהן, בניגוד לחקיקה ראשית, לא יהיה ניתן להעלות בתקיפה עקיפה טענות איזוניות, כגון היעדר מידתיות.

אלא, שאינני מציע לגזור מהתזה המוצעת כאן מסקנות יישומיות לגבי תקיפה עקיפה של חקיקה ראשית וזאת מכמה טעמים. ראשית, בניגוד לתקיפה עקיפה של נורמות מינהליות שהיא, כמתואר לעיל, עניין שכוח וכמעט יום-יומי, העלאת טענות כנגד חוקתיות של חקיקה ראשית (ולא כל שכן **קבלת** טענות כאלה) איננה עניין של מה בכך. אלא, המדובר באירוע נדיר יחסית שהמשמעויות מרחיקות הלכת שלו ברורות לכל הנוגעים בדבר.¹⁶⁴ לפיכך, באותם מקרים נדירים שבהם ערכאה דיונית מגיעה למסקנה, בתקיפה עקיפה, שחקיקה ראשית כלשהי היא בלתי חוקתית, הרי צפוי שפסיקה כזו תעשה את דרכה לערכאות הגבוהות ועד לבית המשפט העליון (וגם תזכה, בדרך כלל, לחשיפה תקשורתית ולדיון ציבורי). כלומר, בסופו של דבר, עד שפסילת חוק בתקיפה עקיפה תקבל גושפנקא סופית, הדבר לא ייעשה אלא לאחר אישור בבית המשפט העליון, בהליך שבו יכולים להיות מעורבים צדדים נוספים לרבות היועץ המשפטי לממשלה ומכל מקום, תהיה לבית המשפט אפשרות לשמוע טיעונים ולבחון ביסודיות את השלכות הרוחב של פסיקה כזו.¹⁶⁵

זאת ועוד, יש לשים לב לכך שבמקרה של חקיקה ראשית פוגענית, הרי היא חשופה בדרך כלל לאפשרות מסתברת שחוקתיותה תועמד למבחן **בתקיפה ישירה** מייד לאחר חקיקתה בכנסת. אלא, שלעיתים בית המשפט בוחר שלא לדון בחוקתיות החוק מטעמים של כלליות או היעדר בשלות של העתירה בשלב שלאחר חקיקת החוק.¹⁶⁶ היינו, יש סיכוי לא מבוטל כי כאשר חוקתיות החוק מובאת לדיון בתקיפה עקיפה הרי הדבר נעשה מתוך החלטה מודעת של מערכת המשפט שלפיה הדרך העדיפה לבירור חוקתיות החוק היא בתקיפה עקיפה, ומכל מקום, במצב דברים כזה מובן שאין מקום לצמצם את היקף הביקורת בתקיפה עקיפה משום שאין כאן חוסר סינכרון בין הליך התקיפה הישירה לבין הליך התקיפה העקיפה (כפי שיש, במצבים אחרים שבהם נשללת או מצומצמת התקיפה העקיפה).¹⁶⁷ היינו, במצבים כאלה הפניית הדיון למסלול של התקיפה העקיפה נועדה דווקא להעמיק את היקף הביקורת ולהבטיח שתיעשה על בסיס אדנים עובדתיים מוצקים ולאחר הבאת העניין לדיון (בערעור) בבית המשפט העליון אין גם סכנה שהדיון בתקיפה העקיפה לא יתאים לבחינה כוללת של השלכות החוק.¹⁶⁸ לאמור לעיל צריך להוסיף את העובדה שבחינת המידתיות של החקיקה הראשית נעשית על רקע של דיון

כלי-ניתוח חד וחריף מעילת הסבירות הכללית; כך ניתן בידנו מכשיר משוכלל יותר לבחינה רציונלית של מעשי-המינהל. **כל דברים אלה לא אמרנו אלא להגדיל תורה ולהאדיר, שהרי בין-כך ובין-כך כולנו נסיכים כי מבחן המידתיות עמנו הוא לבחינת שיקול-דעתה של רשות בת-סמך**". (ההדגשה הוספה).¹⁶³ ראו לעיל בתת-הפרק 1.

¹⁶⁴ ראו ארונסון, הערה 134 לעיל, 23-25, וכן ברק מדינה, הערה 50 לעיל, בעמ' 14 (טקסט ליד הערה 74). לכאורה, במישור הפורמלי, אמנם קביעות של בית המשפט בתקיפה עקיפה בנוגע לחוקיותו של חוק נעשות רק "לצורך אותו עניין" ומחייבות רק את הצדדים הישירים להליך ואולם לכל קביעה כזו ישנן הן השלכות תקדימיות (ככל שהחלטה ניתנת בבית המשפט המחוזי או בבית המשט העליון) וגם השלכות מעשיות ניכרות משום, שלמצער, היא עשויה ליצור ספקות באשר לתוקפו הכללי של החוק, ראו הערה 115 לעיל.

¹⁶⁵ לפיכך, בהנחה שהשיטה שלנו תשמר את האפשרות של פסילת חקיקה ראשית בתקיפה עקיפה (השווה הערה 161 לעיל) עדיף היה להסדיר שכל החלטה שמקבל בית משפט רגיל על פסילת חקיקה ראשית תגיעה בהקדם האפשרי לערעור בפני בית המשפט העליון, ראו דותן, "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?"; הערה 2 לעיל. 131. להרחבה על מעמדה של הכנסת וזכותה לטעון בהליך תקיפה עקיפה כנגד חוקתיות חוק ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" **משפטים** לט 347, 373 (התש"ע).

¹⁶⁶ ראו הדיון לעיל בפרק 2.

¹⁶⁷ ראו הדיון לעיל התת-הפרק 21, 1.

¹⁶⁸ ראו למשל דברי השופט ריבלין בעניין **איגוד הנאמנים**, הערה 46 לעיל בפס' 16 לפסק דינו: "התקיפה הקונקרטיה היא תקיפה עקיפה שיתרונה... במיקוד ההתדיינות במחלוקות אמיתיות וביכולת לקיים הכרעה מושכלת על-פי נתוני אמת, הממחישים, לכאן או לכאן, את נפקותו של החוק העומד לביקורת." וראו

באיזון שבין זכויות הפרט לבין האינטרס הכללי, כלומר, תחום שבו ממילא צידוקי הביקורת השיפוטית הם חזקים (וזאת להבדיל ממצב שבו בית המשפט צריך לערוך איזון בין שיקולים כלליים, הנוגעים למדיניות מינהלית, שאינה משליכה ישירות על זכויות הפרט, כפי שקורה במקרים רבים בביקורת על בסיס עילת הסבירות האיזונית).¹⁶⁹

לאור כל השיקולים הללו נראה כי, כאמור, אין לגזור מסקנות מיידיות מהתזה המוצעת כאן לגבי תקיפה עקיפה של אקטים מינהליים בטענות של חוסר סבירות – למישור החוקתי של הדיון בעילת המידתיות החוקתית בתקיפה עקיפה.

ט. במקום סיכום: חוסר סבירות בתקיפה עקיפה להלכה ולמעשה

הטיעון העיקרי המובא ברשימה הנוכחית הוא שיש מקום לחזור ולבסס את ההכרעה בסוגיית התקיפה העקיפה על הקריטריון של סוג הפגם שנפל בהחלטה המינהלית. אלא, שבמקום הסיווג 'העתיק' של בטל ונפסד אני מציע להבחין בין פגמים הנוגעים לעילות האיזונית ובראשן חוסר סבירות איזונית לבין פגמים חמורים אחרים היורדים לשורש חוקיותם של מעשי המינהל. ובתמצית, טענתי היא שיש מקום להגביל את אפשרות התקיפה העקיפה כך שטענות הנוגעות לאיזון השיקולים שעמדו בבסיס האקט המינהלי המקורי (סבירות איזונית) יוכלו להיות מועלות במסגרת הליכי תקיפה ישירה בלבד – ולא בתקיפה עקיפה.¹⁷⁰

הצעה זו אמנם תואמת את דעת הרוב בפרשת **רותם** ואולם עדיין יכולה להיחשב למרחיקת לכת משום שבעניין **רותם** בית המשפט אימץ תפיסה כזו רק בנגזרת אחת – גם אם מרכזית ונפוצה – של הליכי תקיפה עקיפה: טענות הגנה כנגד שיקול הדעת התביעתי בהליכים פליליים. ואילו אני מציע לאמץ את הגישה הזו **בכל הליכי התקיפה העקיפה למיניהם**.

ואולם, הלכה למעשה, השינוי שמוצע כאן איננו כה דרמטי כפי שהוא עשוי להיראות ממבט ראשון. הסיבה היא שאפשרות העלאת טענות של חוסר סבירות בתקיפה עקיפה **בפועל** גם כיום היא בעיקר תיאורטית. כלומר, אמנם הרטוריקה של בתי המשפט (ובמיוחד אלו שמבטאים את גישת המיעוט בפרשת **רותם**) מקפידה לשמר את האפשרות להעלות בתקיפה עקיפה כל טענה שהיא, לרבות טענות של חוסר סבירות, והכל במסגרת המושגית של דוקטרינת הבטלות היחסית, אולם, מי שמחפש דוגמאות למקרים שבהם בית המשפט אפשר **בפועל** למתדיינים שונים להעלות טענות של חוסר סבירות, ועוד יותר מכך מי שיחפש דוגמאות בפסיקה לטענות של חוסר סבירות של אקטים מינהליים **שהתקבלו** על ידי בית המשפט יגלה במהרה שהמדובר למעשה בקבוצה ריקה.¹⁷¹ ואכן, בדיקה אמפירית מדגמית שנערכה במסגרת המחקר הנוכחי על מדגם מייצג של פסק דין של בתי המשפט המחוזיים והשלום בעשור האחרון מאמתת את ההנחה הרווחת שלפיה, הלכה למעשה, מספר המקרים שבהם תקיפה עקיפה של החלטות מינהליות בטענה של חוסר סבירות הצליחה שואף לאפס (ראו **נספח**).

גם בג"ץ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (פסי' 9) (2010) ("כ"י במובנים מסוימים דווקא דרך התקיפה העקיפה היא הדרך הראויה להעמיד הוראת חוק למבחן חוקתי, וערר מהסוג הנדון – אפילו אם בינתיים הפך תיאורטי – הוא דרך הולמת להצגת שאלה חוקתית לבית המשפט העליון... (המשנה לנשיאה ריבלין). וראו הדיון אצל צ'צקו, הערה 44 לעיל, 433-434. לא למותר לציין כי קו הפסיקה שדוגל בהפניית התוקף לתקיפה עקיפה בשל היעדר בשלות ייושם בבית המשפט בעיקר ביחס לניסיונות לתקיפה ישירה של חקיקה ראשית ולא ביחס לנורמות מינהליות (ראו האסמכתאות בה"ש 156 לעיל) כנראה משום שהצורך של בית המשפט לעשות שימוש בעילות אלו בתור טכניקות הימנעות קיים בעיקר ביחס לחקיקה ראשית שמעוררת שאלות פוליטיות רגישות (ראו הדיון בפרק 2 לעיל). במובן זה, עמדת היחיד של השופט סולברג בעניין **אחריות לאומית** מהווה חריג בולט משום שהתייחסה לניסיון לתקיפה של חקיקת משנה (אם כי גם באותו עניין התעוררו שאלות שהיו להן השלכות פוליטיות ניכרות, ראו הדיון לעיל טקסט ליד ה"ש 52.¹⁶⁹ להרחבה בעניין ביקורת שיפוטית בנוגע לזכויות הפרט ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 11, בפרק 2; להרחבה בעניין שיקולי המדיניות בהחלטות סבירות איזונית ראו שם, בפרק 9.2, וכן שם, בפרק 34.

¹⁷⁰ מבחינה זו ולאור שיקולי המדיניות שנדונו לאורך המאמר (ראו פרק ה לעיל) גם טענות כנגד הביסוס העובדתי של האקט וטענות אחרות הנוגעות לאופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי והליכי קבלת ההחלטה (אלו שאני מכנה 'סבירות הליכית', ראו שם, בפרק 36) צריכות להיות מסווגות יחד עם סבירות איזונית. כלומר, טענות שכאלה אין מקום להעלות בתקיפה עקיפה. לעומתן, טענות הנוגעות להפליה ביישום של הנורמה צריכות להיות מסווגות יחד עם חוסר סמכות ופגמים חמורים אחרים בחוקיות האקט, כלומר, כאלה שאין מניעה להעלות טענות לגביהם בתקיפה עקיפה.

¹⁷¹ ראו דברי השופט הנדל בעניין **גליק**, לעיל ה"ש 7, בפסי' 9-11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל. שם הוא מפרט לגבי מידת יישומה בפועל של טענת חוסר הסבירות בהליכים פליליים על פי הלכת ניר עם כהן: "...בית המשפט בוודאי לא קבע כי יש לקבל טענת חוסר סבירות. והא ראייה – בשנים שחלפו מאז מתן פסק הדין לא מצאנו בפסיקת הערכאות הדיוניות ביטול של כתבי אישום בגין עילה של חוסר סבירות או מידתיות (להבדיל, למשל, מאכיפה בררנית). לא כך הובנה ההלכה, ולא זו הייתה כוונת בית המשפט. במציאות המשפטית הנוכחית, דווקא קביעת עילה של חוסר סבירות היא בגדר חידוש משמעותי, ואילו קביעה כי אין להכיר בעילה עצמאית כזו ממשיכה את המצב המשפטי רב השנים...".

אם כן, השינוי המוצע כאן אינו דרמטי במישור הרטורי הנוגע לתפיסת הביקורת השיפוטית הכללית של הליכי תקיפה עקיפה, אלא הוא מתבטא יותר במישור הרטורי הנוגע לתפיסת הביקורת השיפוטית הכללית של בית המשפט. כפי שהראיתי במהלך הרשימה, הסיבות שבית המשפט ביקש לשמר את הפיקציה של תקיפה עקיפה בטענות של חוסר סבירות קשורות יותר לתפיסה הכוללת של הביקורת השיפוטית ועילת הסבירות, מאשר להשלכות מעשיות כלשהן על הליכים קונקרטיים של תקיפה עקיפה.¹⁷² אלא שלתפיסה הזו של בית המשפט יש מחירים חברתיים כבדים הן בסוגיית התקיפה העקיפה והן מעבר לה. ולכן, מוצע להחליפה בגישה פשוטה, ריאלית יותר ועניינית בנוגע לסוגיית התקיפה העקיפה.

נספח: בדיקה מדגמית של מאגר פסקי דין של ביהמ"ש המחוזי והשלום העוסקים בתקיפה עקיפה

המדגם נערך על מנת להראות כי הדיון בעילת הסבירות בתקיפה עקיפה בעיקר על ידי בתי משפט שאינם בג"ץ, הוא תיאורטי ברובו ואיננו טומן בחובו השלכות מעשיות.

בניית המדגם נערכה בצורה הבאה :

ראשית, אותרו כלל פסקי הדין וההחלטות מבית המשפט השלום והמחוזי שעסקו בתקיפה עקיפה בין השנים 2010 ל-2020, באמצעות חיפוש במאגר נבו.¹⁷³ לאחר מכן, על מנת ליצור מדגם אקראי נסקרו כל פסקי הדין שמספרם הסידורי מסתיים בספרה 1. באופן זה נסקרו בקירוב 10% מכלל פסקי הדין וההחלטות שנדגמו באופן אקראי.¹⁷⁴ המדגם מבית המשפט המחוזי כלל 39 פסקי דין והחלטות. המדגם מבית המשפט השלום כלל 67 פסקי דין והחלטות.

כל פסק דין והחלטה סווג לפי הקטגוריות הבאות :

¹⁷² ראו לעיל הדיון בפרק 4 ובמיוחד תת-הפרק 2ד.
¹⁷³ מילות החיפוש היו "תקיפה עקיפה"; "בתקיפה עקיפה".
¹⁷⁴ רשימת פסקי הדין הכלולה במדגם מצויה אצל המחבר.

1. הנושא וצורת התקיפה – מהו הנושא הכללי של פסק הדין.
2. האקט והרקע – מה הרקע העובדתי בבסיס פסק הדין ומהו האקט המנהלי במרכזו.
3. הפגם – מהו הפגם שנפל באקט המנהלי: סמכות; חוקיות; הליך תקין; שיקול דעת (סבירות, הפליה וכד').
4. אפשרות תקיפה עקיפה – האם פסק הדין אפשר לתקוף את האקט המנהלי בתקיפה עקיפה.
5. תוצאה – מהי התוצאה הכללית של פסק הדין.

טבלה 1: מדגם "תקיפה עקיפה" בטענות חוסר סבירות

חסימת תקיפה עקיפה	אפשרות תקיפה עקיפה	מדגם	סה"כ פסקי דין והחלטות	
68	0	(n=68)	730	בית משפט השלום
39	0	(n=39)	378	בית משפט המחוזי
107	0	(n=107)	1008	סה"כ

p<0.01

לאחר מכן, נערך מדגם נוסף שנועד לוודא כי אין הטיה מובנית בשני המדגמים הראשונים. ההטיה שנבדקה קשורה בעובדה שפסקי הדין וההחלטות שנאספו לצורך המדגם כללו את המילים "תקיפה עקיפה", ולכן הייתה עלולה להיווצר הטיה, ודווקא מקרים שבהם התקבלו טענות חוסר סבירות בתקיפה עקיפה לא יעלו במסגרת החיפוש. הסיבה לכך היא – על פי הסברה – כי דווקא במקרים כאלו בית המשפט לא יאזכר את המילים "תקיפה עקיפה" מפני שהוא סבור שסוג התקיפה לא מציב קשיים באשר לקבלת העילה. לשם ביטול ההטיה המובנית וכדי להוכיח שהמדגם תקף, נערך מדגם נוסף. ראשית, אותרו כלל פסקי הדין וההחלטות מבית המשפט המחוזי שעסקו בחוסר סבירות בין השנים 2010 ל-2020, באמצעות חיפוש במאגר נבו.¹⁷⁵ לאחר מכן, על מנת ליצור מדגם אקראי נסקרו כל פסקי הדין שמספרם הסידורי מסתיים בספרה 2. באופן זה נסקרו בקירוב 10% מכלל פסקי הדין וההחלטות שנדגמו באופן אקראי.¹⁷⁶ המדגם כלל 87 פסקי דין והחלטות. תוצאות המדגם נועדו להראות כי אין הטיה מובנית במדגמים שנערכו, וכי ניתן להסתמך על תוצאותיהם. ההנחה הייתה שאם אכן יש הטיה משמעותית (קרי שבית המשפט נוטה לקבל טענות של חוסר סבירות בתקיפה עקיפה אך מבלי להתייחס במפורש לצורת התקיפה) היא אמורה לעלות במדגם הנוסף שנערך ללא המילים "תקיפה עקיפה".¹⁷⁷

טבלה 2: מדגם "סבירות"

אפשרות תקיפה עקיפה	מדגם	סה"כ פסקי דין והחלטות	
0	(n=78)	841	בית משפט המחוזי

p<0.01

לפי הממצאים המתוארים בטבלאות, גם כאשר בתי המשפט קבעו כי יש להם סמכות לדון, וקויים דיון בטענות של חוסר סבירות בהליך של תקיפה עקיפה, הן תמיד נדחו בתוצאה.

¹⁷⁵ מילות החיפוש היו "חוסר סבירות"; אי סבירות"; אי-סבירות".

¹⁷⁶ רשימת פסקי הדין הכלולים במדגם נמצאת אצל המחבר.

¹⁷⁷ משום שהמדגם השני נועד רק להראות שאין הטיה במדגמים האחרים, הוא נערך רק על בית המשפט המחוזי.