



מבזקי הארות פסיקה 29 | יולי 2014, 25-34

## “חבר’ה, קצת הגזמתם, לא?” – לאן נעלמה הביקורת השיפוטית של בתי המשפט הישראליים על מעשי המנהל

מיכל לופט\*

שלושה פסקי דין שפורסמו בחודש אפריל 2014 מדגישים עד כמה השתנו כללי המשחק, או שמא “כלי המשחק”, בבתי המשפט שלנו, בכל הנוגע לשימוש בעילות מהמשפט המנהלי והבין-לאומי בתביעות ובעתירות מנהליות נגד רשויות המדינה. בכל פסקי הדין הללו, בין שהסתיימו בניצחונה של המדינה ובין שבניצחוננו של הצד שקרא תיגר על פעולות המדינה, עקרונות משפטיים מוצקים ובעלי רקורד מפואר בבתי המשפט שלנו התאדו, ואת מקומם החליפו השופטים במתן הערכות עמומות ורכות, אשר מהן, למרבה הצער, לא ניתן ללמוד דבר.

נלך לפי סדר כרונולוגי של קבלת פסקי הדין. ביום ה-3.4.2014 העניק בית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית המשפט לעניינים מנהליים, את פסק דינו בעניין בוגרי תואר הרפואה של אוניברסיטת אל-קודס.<sup>1</sup> פסק הדין עוסק בבוגרי התואר האמור, כולם תושבי מדינת ישראל, שבשל החלטת משרד הבריאות מזה שנים, אינם רשאים לעבוד כרופאים בישראל טענת משרד הבריאות (המשיב בעתירה), הייתה שמשום שהאוניברסיטה ממוקמת בחלקה במזרח ירושלים ובחלקה בשטחי הרשות הפלסטינית,

\* עורכת דין במשרד שלמה לקר, משרד עורכי דין. בעלת תואר בוגר במשפטים וביחסים בינלאומיים (LL.B) מהאוניברסיטה העברית. סטודנטית לתואר מוסמך במשפטים (LL.M) בתכנית “תקנה” של הקתדרה לזכויות אדם ע”ש אמיל ז’ולה במכללה למינהל. יודגש כי העמדות המוצגות בנייר זה מבטאות את עמדות הכותבת בלבד. תודתי הרבה לשלמה קפלן על הערותיו המצוינות וכן לחברי מערכת “המשפט” ברשת: זכויות אדם פרופ’ ארנה בן-נפתלי, עו”ד טל מימרן ואור סדן על הערותיהם המועילות.

<sup>1</sup> ע”מ (י-ם) 11922-11-13 נסאר ואח’ נ’ פרופ’ רוני גמזו, מנכ”ל משרד הבריאות (פורסם בנבו, 3.4.2014). כנגד פסק הדין הוגש ביום ה-15.5.2014 ערעור לבית המשפט העליון. כנגד פסק הדין הוגש ביום ה-15.5.2014 ערעור לבית המשפט העליון. יצוין כי משרד עו”ד שלמה לקר ייצג את העותרים בעתירה זו.



לא ניתן להכיר בתאריה כתארים של "אוניברסיטה או בית ספר לרפואה מחוץ לארץ" (כלשון פקודת הרופאים).<sup>2</sup> במסגרת הליכים משפטיים שקדמו לעתירה, הודה המשרד בריש גלי כי החלטתו נובעת ממתן משקל ניכר לשיקול המדיני, קרי מהרצון שלא תפעל במזרח ירושלים (חלק מירושלים המאוחדת לשיטת הממשלה הנוכחית) אוניברסיטה המוכרת כאוניברסיטה "זרה". העותרים, 55 בוגרי רפואה, טענו כי החלטת משרד הבריאות מונעת משיקולים זרים ולא עניינים (פוליטיים) ומהווה למעשה התפרקות משיקול דעת עצמאי (שכן כאמור, השיקולים אותם שקל המשרד כלל לא היו רפואיים-בריאותיים). בנוסף נטען כי ההחלטה מפלה את הבוגרים לעומת בוגרי רפואה אחרים ופוגעת בחופש העיסוק שלהם.

השופטת נאווה בן-אור בחנה את טענות הצדדים ואף שהונחו לפני טענות רבות ומפורטות מעולם דיני המנהל הציבורי וחובת תקינות המנהל (טענות הגודשות סילבוסים בפקולטות המובילות בארץ), בחרה לקבל את העתירה על סמך "עילת הסבירות". בפסק דין חלש ועמום מאין כמוהו, שנוסף חוסר רצון להתעמת עם המדינה ולומר דבר מה משמעותי על התנהלותה, מסבירה השופטת בפשטות כי החלטת משרד הבריאות שלא להכיר בתארים הפכה לבלתי-סבירה, מחמת הזמן שעבר והפגיעה הקשה בבוגרים, וכי מסיבה זו (ומסיבה זו בלבד) היא בוחרת לקבל את העתירה. תוצאת פסק הדין אמנם חיובית מנקודת המבט של זכויות הבוגרים, אך פסק הדין נעדר כל התמודדות עם הטענות המשפטיות המהותיות שהוצגו בפני בית המשפט (כאמור, שקילת שיקולים זרים, התפרקות משיקול דעת והפרת חובות מנהל תקין). כך, אף שפסק הדין התקבל בבית המשפט לעניינים מנהליים, הקורא נותר ללא כל אמירה נורמטיבית באשר להתנהלות משרד הבריאות כרשות מנהלית. המסקנה העולה מקריאת פסק הדין היא שהשופטת השקיעה מאמץ רב על מנת שלא לומר דבר שעלול להיתפס כביקורתי במיוחד, "נשכני" או מרחיק לכת בנוגע להתנהלות משרד הבריאות והשיקול המדיני

<sup>2</sup> ס' 4(ב)(2) לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976.



“חבר’ה, קצת הגזמתם, לא?”

(הפסול) שהוביל להחלטתו. וכך, החלטה מנהלית נפסלה על ידי בית המשפט בלא שזה השמיע כל ביקורת משמעותית על המעשה המנהלי עצמו. בית המשפט אמנם קיבל את העתירה לאור חלוף הזמן מאז נתקבלה ההחלטה המנהלית הבעייתית אך נדמה שעשה זאת ברמיזה, בקריצה, כמו אומר לרשויות המדינה: “חבר’ה, קצת הגזמתם, לא?”.

“עילת הסבירות” היא הכלי שאפשר לבית המשפט לבצע מהלך זה. כידוע, עילה זו היא אחד המכשירים המרכזיים המצויים בידי בתי המשפט הישראליים מזה כמה עשורים לבחינת מעשי המנהל. בתקופת הזוהר של הנשיא בדימוס אהרן ברק נעשה בה שימוש נרחב על מנת להתעמת עם החלטות של רשויות המדינה ולנבור בשיקול דעתם של מקבלי ההחלטות. היא נחשבה לכלי תקדימי, “אקטיביסטי”, חריג, “סוס פרא” ועוד שלל שמות מאיימים.<sup>3</sup> היא, וחברתה הקרובה, עילת ה“מידתיות”, הפכו, אפשר לומר, לאויב הגדול של המדינה בתיקים מנהליים ובעתירות לבג”ץ. באמצעותן בית המשפט העליון (לרוב בשבתו כבג”ץ) יכול היה לנתח כמעט כל החלטה מנהלית ובמקרים לא מעטים להתערב בשיקול הדעת של המנהל ולהכריז על בטלות ההחלטה.

השימוש בעילת הסבירות על ידי בית המשפט הלך והתרחב אך בו בזמן שינה את אופיו: כיום, מעניין להבחין כיצד אותה סבירות, קצת יותר מבוגרת, קצת יותר מפויסת, אינה כלי “נשכני” יותר אלא היא מאפשרת לשופטים לחמוק, למצוא דרך אחורית, ולהימנע מקביעות משפטיות מרחיקות לכת כנגד מעשי המנהל. באמצעותה, השופטים יכולים דווקא לברוח מדיונים משפטיים עקרוניים על אודות טענות מהותיות כגון חריגה מסמכות, שיקולים זרים, פגיעה בזכויות אדם או הפרת חובות המנהל, ולפסוק על בסיס “סבירות” או “אי סבירות” בלבד.<sup>4</sup> התוצאה היא פסקי דין עמומים וחסרים תוכן משפטי,

<sup>3</sup> רות גביון “מעורבות ציבורית של בג”ץ: מבט ביקורתי” אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג”ץ בחברה הישראלית 69 (רות גביון, מרדכי קרמיצר ויואב דותן עורכים, 2000); ראו ביקורת על התפתחותה של עילת הסבירות בשפיטה הישראלית בפסק דינו של השופט אשר גרוניס בבג”ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ’ ראש הממשלה, פ”ד סב(3) 445 (2007).

<sup>4</sup> ראו מרגית כהן “עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות”, ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 774 (2013) “הגמשתו



שאינן להם שום חשיבות תאורטית או לימודית עבור אלפי הסטודנטים למשפטים אשר לומדים את הדין שנוצר בהתאם לשיטה הקזואיסטית, דרך הפסיקה הישראלית. מעבר לכך, פסקי דין אלו משדרים מסר שגוי ולא ראוי למדינה שהיא יכולה להמשיך ולהתנהל כהרגלה, מבלי לדקדק על עמידה בעקרונות מנהל תקין ושמירה על זכויות אדם, שכן בתי המשפט לא יעמידו מולה ביקורת אמיתית על מעשיה. בית המשפט יבחן את ההחלטה המנהלית או המדיניות הממשלתית במשקפי אותו "מתחם של סבירות" והחלטתו תתבסס, כך נראה, על השאלה עד כמה "נוח לו" עם הסיטואציה שנוצרה. בעולם שיפוטי זה, המדינה אינה יכולה לטעות, היא אינה יכולה להפר את הכללים או לחרוג מסמכות. כל שהיא יכולה לעשות הוא "להגזים" בהתנהלותה התקנית תמיד. במקרה של רופאי אל קודס, התוצאה (נכון ליום זה)<sup>5</sup> הייתה טובה וראויה, וטוב שכך, אך התחושה היא שמדובר בהצלחה מקרית לחלוטין, בלא ששודרה למדינה כל אמירה על הפסול העקרוני שבהחלטתה.

שלושה ימים לאחר פסק הדין בעניין בוגרי אל קודס, ניתן פסק דין בעתירת האגודה לזכויות האזרח והמשרד לאסירים פלסטיניים בעניין תקופות המעצר של תושבים פלסטיניים בשטחים.<sup>6</sup> עתירה זו, שנדונה בהרכב של שלושה שופטי בית המשפט העליון, כוונה נגד תקופות המעצר הארוכות המוטלות על תושבים פלסטיניים המתגוררים בשטחים הכבושים לפי "צו בדבר הוראות ביטחון" הצבאי,<sup>7</sup> לעומת אלו המוטלות על

5 והנמכתו של רף הסבירות משמעותן אחת: ההכרעה השיפוטית נהפכת לבעלת תוכן ערכי יותר ויותר, והבעייתיות בהצגת ההכרעות כנסמכות על מבחנים אובייקטיביים גדלה".

6 כאמור בה"ש 1, משרד הבריאות ערער על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי והתיק כעת תלוי ועומד בבית המשפט העליון.

7 בג"ץ 4057/10 האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' שר הביטחון ואח' ובג"ץ 3368/10 משרד האסירים הפלסטיניים נ' משרד הביטחון (פורסם בנבו, 6.4.2014). תיקים אלה אוחדו, ופסק הדין התקבל בנוגע לשניהם (להלן: **משרד האסירים הפלסטיניים**).

7 ס' 31-32, 37-38 ו-44 לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) [יהודה והשומרון] (מס' 1651), התש"ע-2009.



“חבר'ה, קצת הגזמתם, לא?”

ישראלים המתגוררים בישראל (ובשטחים הכבושים), מכוח חוק המעצרים הישראלי.<sup>8</sup> העותרים טענו כי ההבדלים בין תקופות המעצר נופלים בגדר הפליה חמורה של התושבים הפלסטינים בשטחים לעומת שכניהם הישראלים, וכל זאת מעבר לפגיעה הקשה בזכות לחירות ולהליך הוגן, הפרת הוראות המשפט הבין-לאומי בנושא ועקרונות אחרים של המשפט הישראלי. הפרות אלו נותרו לדידם של העותרים גם לאחר מספר תיקונים שביצעה המדינה בצו הוראות ביטחון, אשר קיצרו חלק מתקופות המעצר עבור אוכלוסיות מסוימות.

לאחר תיאור מרשים של הזכות לחירות, הזכות להליך הוגן והצורך בביקורת שיפוטית בשלב מעצרו של אדם,<sup>9</sup> שופטת בית המשפט העליון עדנה ארבל קבעה כי בנוגע לאחת מהסוגיות שנדונו בעתירה – (תקופות המעצר לפני משפט של בגירים פלסטינים החשודים בביצוע עברות ביטחוניות) העתירה נדחתה וזמן המעצר יישאר כפי שהוא היום. זאת, משום שלדעת בית המשפט “תקופות המעצר הנוכחיות (...) הן סבירות ומדתיות” ומשכך אין עילה להתערבות בעת הנוכחית.<sup>10</sup> עם זאת, השופטת ציינה את התחייבות המדינה לשקול את תקופות המעצר בעוד כשנתיים ורמזה שבית המשפט “מניח” “כי ככל שניתן יהיה לגבש הקלות בהיבטים אלו יפעלו המשיבים בעתיד בהתאם ויקצרו עוד את תקופות המעצר שנקבעו בצו המתקן”.<sup>11</sup> באשר לשלוש הסוגיות שנותרו על הפרק – תקופות המעצר של קטינים פלסטינים; תקופות המעצר הנוגעות לחשודים בביצוע עברות “רגילות” (שאינן ביטחוניות); ותקופות המעצר עד תום ההליכים – בית המשפט הצהיר ש“דעתו אינה נוחה” מעמדת המדינה (אמירה חסרת משמעות מבחינה משפטית) ושל אור הקשיים שמעלות סוגיות אלו הוא אף שקל להוציא צו על תנאי שירות

8 ס' 17, 29, 30 ו-59-62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: “חוק המעצרים”). כלל האזרחים הישראליים, לרבות אלו המתגוררים בשטחים הכבושים, כפופים לחוק המעצרים הישראלי.

9 פרשת **משרד האסירים הפלסטינים**, לעיל ה"ש 6, פס' 52-54 לפסק הדין.

10 שם, פס' 62.

11 שם.



למדינה ליתן טעם מדוע לא תקצר את תקופות המעצר.<sup>12</sup> אלא שביקורתו של בית המשפט נסתיימה כאן – השופטים בחרו שלא להוציא צו על תנאי ובמקום זאת, ועל סמך "דעתם שאינה נוחה", שלחו את המדינה לעשות "שיעורי בית" ולעדכן בתוך חודשים כיצד ניתן לקדם את שלוש הסוגיות הללו.

גם במקרה זה הטיעונים המשפטיים של העותרים לגבי הפליה, הזכות לחירות, הפרת המשפט הבין-לאומי ועוד נזרקו מחוץ לחלון היפה של בית המשפט העליון והתגלגלו במורדות גן סאקר אל עבר עמק המצלבה. נראה שבית המשפט לא התרשם מהם במיוחד, אחרת ודאי היה מוציא צו על תנאי בעתירה או אפילו (רחמנא ליצלן) מכריע בצורה ברורה ונחרצת כי מדובר בהפליה ובפגיעה אסורה בזכויות אדם. במקום זאת, מה שהכריע בשלב זה את העתירה הן הערכות השופטים ששיקולי הביטחון של המדינה בנוגע לתקופות מעצר בעברות ביטחון "סבירים ומידתיים", ופרס התנחומים לעותרים היה "דעתו הלא נוחה" של בית המשפט לגבי שאר הסוגיות. בין אמירות אלו לבין עקרונות משפטיים ברורים ישנה תהום עמוקה. שוב, בית המשפט בחר שלא לומר בצורה גלויה שפעולות כאלו ואחרות מצד המדינה הן בלתי-חוקיות ואסורות, אלא העדיף לרמוז לה, באופן חברי ומנומס, שאולי "הגזימה" מעט פה או לא התחשבה מספיק שם. במילים אחרות, ההנחה הבסיסית היא כי המעשה המנהלי הוא חוקתי, נעשה בסמכות ותוך שמירה על זכויות הפרט או עמידה בחובות המנהל. כל שנותר לבית המשפט הוא לבחון את "סבירותו" של המעשה המנהלי או עד כמה הוא מעורר בו "נוחות". בסוגיית תקופות המעצר, מעניין לראות מה יוליד יום ומה ייקבע לאחר שהמדינה תעדכן על תוצאות דיוניה הנוגעות לשלוש הסוגיות שנתרו על הפרק. דבר אחד ברור – שום דגל אדום לא יונף בפניה. במקרה הטוב, יבוטל המעשה המנהלי בלא כל הסבר עקרוני ואנו נזכה לשמוע את בית המשפט אומר שוב למדינה, באופן חברי-משהו: "חבר'ה, קצת הגזמתם, לא?".

<sup>12</sup> שם, פס' 63.



“חבר'ה, קצת הגזמתם, לא?”

פסק הדין האחרון והעגום ביותר הוא זה שניתן יום למחרת, ב-7.4.2014, גם הוא בפני בג"ץ, הפעם בעניין אצן עזתי שביקש לעבור דרך ישראל לבית לחם על מנת להשתתף במרתון פלסטין שהתקיים שם ימים מספר לאחר מכן.<sup>13</sup> משרד הביטחון סירב לתת לאצן היתר כניסה לישראל לאור מדיניות ההיתרים המגבילה,<sup>14</sup> שלמרבח הצער (וההפתעה) לא מופיע בה חריג של השתתפות במרתונים. הרכב השופטים בראשות השופטת דפנה ברק-ארז, מומחית בעלת שם עולמי למשפט מנהלי, בחר שלא לדון לעומק בבעייתיות הרבה של מדיניות ההיתרים מנקודת המבט של זכויות הפרט ואף לא בחן את ההחלטה הספציפית של המשרד בנוגע לאצן, למול טענות כגון הפליה או שרירותיות בהליך קבלת ההחלטות. במקום זאת, פסק הדין הקצרצר (4 פסקאות בסך הכול) הוא מפגן עצוב של התמודדות חסרת שיניים עם מערכת חזקה ומאיימת כגון מערכת הביטחון. השופטת ברק-ארז אמנם מציינת ש"מורכבות המצב הנוגע ליציאת אזרחים מרצועת עזה היא כמעט מייאשת"<sup>15</sup> אך רחמיה לעותר נותרים ברמה רטורית זו. על מנת להכשיר את ההחלטה לדחות את העתירה, מציינת השופטת ברק-ארז שהיה לשופטים חשוב לוודא ששר הביטחון "אישית" אישר את ההחלטה. בית המשפט אף שלח את נציגת המדינה באמצע הדיון לוודא זאת.<sup>16</sup> מוזר שבאף אחד מספרי המשפט המנהלי שכתבה ברק-ארז לא מצוין שחתימה של שר על החלטה מנהלית הופכת אותה לחוקית או ממרקת אותה מפגמים.

לאור העובדה, שכלשון השופטת, שר הביטחון "פעל לכאורה בגדר שיקול הדעת המסור לו"<sup>17</sup> (ההדגשה שלי, מ.ל.) לא היה בידי השופטים לקבל את העתירה. בה בעת, פסק הדין מסתיים בהמלצה חמה של השופטת ברק-ארז לרשויות הביטחון, לבחינה

<sup>13</sup> בג"ץ 2486/14 מצרי נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 7.4.2014).

<sup>14</sup> משרד הביטחון מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה  
[www.cogat.idf.il/Sip\\_Storage/FILES/3/2533.pdf](http://www.cogat.idf.il/Sip_Storage/FILES/3/2533.pdf)

<sup>15</sup> פרשת מצרי, לעיל ה"ש 13, פס' 4.

<sup>16</sup> שם, פס' 3.

<sup>17</sup> שם, פס' 4.



מחודשת של הקריטריונים לקבלת היתרים ליציאה מעזה וכן לשקילת הרחבת הנוהל החל לגבי "משחקי כדורגל" גם לסוגי ספורט אחרים. במילים אחרות, רומזת השופטת ברק-ארז כי אפשר לראות בקריטריונים מידה של שרירותיות בלתי-מוצדקת או חוסר סבירות. אך הביקורת השיפוטית נעצרת כאן. השופטת ברק-ארז בוחרת שלא לכלול בפסק דינה קביעה שיפוטית עקרונית בנוגע להליך קבלת ההחלטה במקרה דנן ובנוגע לשרירותיות הבלתי-מוצדקת של הקריטריונים. היא דוחה את העתירה תוך רמיזה שעם הזמן עשוי בית המשפט לחוש (שוב) "חוסר נוחות" עם מצב ההיתרים ולקבוע שהמדיניות אינה "סבירה".

שלושת פסקי הדין שתוארו בהארת פסיקה זו מסמלים מגמה עצובה בבתי המשפט שלנו, ובראשה ההתרחקות מהתמודדות עם עילות משפטיות מוצקות ומוכרות מעולם המשפט המנהלי, החוקתי או הבין-לאומי ומתן עדיפות לסגירת תיקים על בסיס "תחושת בטן" של השופטים, "רישום התחייבות המדינה" או כל מיני המצאות חדשות שאין ביניהן לבין משפטים דבר. לכך יש להוסיף את השימוש בעילת הסבירות במתכונתה החדשה והאנמית: במקום שעילה זו תהיה ל"שוט" בידי השופטים לבחון את שיקול הדעת של המנהל ואף לבטל במקרים חריגים החלטות שחורגות ממתחם הסבירות, עילה זו הפכה לכלי המאפשר לשופטים לחמוק מכל הכרעה נורמטיבית חד-משמעית. באמצעותה ניתן לפסוח על אמירות מהותיות, בעלות חשיבות תאורטית-משפטית על התנהלות רשויות המדינה, ואף אם העתירה מתקבלת ועמדת המדינה נדחית בשם "הסבירות", הרי שלא ניתן למצוא בפסיקה ביקורת מהותית על הרשות.

מעניין שמגמה זו באה לידי ביטוי בעיקר בעתירות נגד החלטות של מערכת הביטחון או בעתירות העוסקות בסוגיות פוליטיות-רגישות, שבהן השופטים מעדיפים ככל הנראה שלא לנקוט עמדה חד-משמעית שיכולה להיתפס כעמדה פוליטית,





“חבריה, קצת הגזמתם, לא?”

אקטיביסטית או נחרצת מדי.<sup>18</sup> לעניין זה אפשר להוסיף שורה של פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות בהקשר של מבנים בלתי-חוקיים שהוקמו על אדמות פלסטיניות פרטיות בשטחים. בית המשפט העליון, שנדרש לקבוע כי המבנים הוקמו באופן בלתי-חוקי ולהורות על הריסתם המידית מחמת הפגיעה החמורה בזכויות הפלסטינים, העדיף במקום זאת “לרשום לעצמו” את התחייבות המדינה להרוס את המבנים בתוך כך וכך זמן, ובחר שלא להוציא בעתירות צווים מוחלטים עם “תאריך יעד” ברור ליישום.<sup>19</sup> בסופו של דבר, יחסו הסלחני והמתון של בית המשפט העליון למדינה בתיקים אלו חזר כבומרנג. בשורה של מקרים, המדינה לא עמדה בהתחייבותיה בפני בית המשפט ולא הרסה את המבנים בתאריך המיועד. מצד שני, לא ניתן היה לטעון כלפיה לבידיון בית משפט שכן כאמור בית המשפט מפאת נימוסו ונחמדותו בחר שלא להוציא צווים מוחלטים באותם התיקים. תוצאה עגומה זו הובילה לאחרונה את בית המשפט העליון, בכבודו ובעצמו, לקבוע כי:

“צר לי שהגענו עד הלום. צר לי שלא ניתן עוד לסמוך על התחייבויות שמוסרת המדינה באמצעות פרקליטיה לבית המשפט, בבחינת נדרנא לא נדרי. חוששני שנצטרך לשקול, במקרים מתאימים בעתיד, ‘גיבוי’ הבטחות שיינתנו בצווים החלטיים, וחבל.”<sup>20</sup>

אנו רואים אם כן כי היעלמותה של ביקורת שיפוטית מהותית מצד בתי המשפט הישראליים על מעשי המנהל, והשימוש הגובר בעילות עמומות ולא משפטיות כמו “דעתו הלא נוחה של בית המשפט” ו“רישום התחייבות המדינה” לשקול שינוי דרכיה, כמו גם השימוש ההפוך בעילת הסבירות הותיקה, פוגעים לא רק בהגנה על זכויות אדם

<sup>18</sup> ראו למשל את בג”ץ 8171/09 עבאס חסן יוסף יוסף, ראש מועצת הכפר אל גיאניה נ’ מועצת התכנון העליונה במנהל האזרחי (פורסם בנבו, 20.11.2011) שם אישרו שופטי בית המשפט העליון את הכשרת שכונת המגורים בטלמון אף שזו הוקמה באופן בלתי-חוקי ועל אף “הפגמים שנפלו בהליך התכנון” והקשיים שהכשרה זו מעוררת.

<sup>19</sup> ראו למשל את בג”ץ 2817/08 מוסא נ’ שר הביטחון (פורסם בנבו, 29.04.2008); בג”ץ 8255/08 מוסא נ’ שר הביטחון (פורסם בנבו, 1.9.2010); בג”ץ 9060/08 עבדאללה נ’ שר הביטחון (פורסם בנבו, 7.5.2012); בג”ץ 7891/07 תנועת “שלום עכשיו” – ש.ע.ל מפעלים חינוכיים נ’ שר הביטחון (פורסם בנבו, 18.11.2013).

<sup>20</sup> שם, פס’ 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא מרים נאור.



אלא משליכים על נראות בתי המשפט ורצינות פסקי הדין המתקבלים על ידיהם. ההתחמקות המתוארת לעיל של בתי המשפט מהעולם המשפטי הברור למרחב העמום של "הערכות" ו"תחושות" השופטים היא בעייתית ואף מסוכנת. היא מרחיקה אותנו למקום שבו אין אמות מידה ברורות לבחינת מעשים מנהליים של המדינה ואין כל ודאות בתוצאה המשפטית.<sup>21</sup> היא מעניקה משקל רב מדי לנטיית לבו של השופט, לרקע שלו ולתפיסה הסובייקטיבית שלו את המקרה שלפניו. מעבר לכך, היא פוגעת במעמדו של בית המשפט (בעיקר העליון אך לא רק) ובלגיטימיות שלו כמייצר וכקובע נורמות ומחלישה את החשיבות של פסקי הדין שיוצאים תחת ידו. מגמה זו אף פוגעת באמון הציבור במערכת המשפט ובתפקידה הברור במסגרת הפרדת הרשויות (ומילותיה של המשנה לנשיא מרים נאור מדברות בשם עצמן). והחשוב והחמור מכל, בחסות המגמה החדשה, יכולה המדינה להפלות, לשקול שיקולים זרים, להפר באופן גס את המשפט הבין-לאומי ולפגוע קשות בזכויות אדם תוך שהיא מודעת לכך שבמקרה הגרוע מכל, ירמוז לה בית המשפט שפעלה באופן בלתי-סביר או "הגזימה קצת". אמירה משפטית קשה או עקרונית מזו על פעולתה, אינה נשמעת.

<sup>21</sup> נראה כי דבריו של הנשיא גרוניס בעניין **אמונה**, לעיל ה"ש 3, פס' 9-11 לפסק דינו של הנשיא, נכונים גם למגמה המתוארת במבזק זה – "אין בכוונתי לומר, כי עלינו להתעלם מעילת חוסר הסבירות או לבטלה. מה שראוי לעשות על פי השקפתי הוא להעדיף שימוש בעילות בעלות פריסה מצומצמת יחסית ושהינן יותר קונקרטיות, כמו שיקולים זרים, מטרה זרה או אפליה. עילות או פגמים אלה נמצאים ברמת הפשטה נמוכה יותר ועל כן השימוש בהם יקטין את המרחב של שיקול הדעת השיפוטי ויגביר את הוודאות המשפטית. השימוש בעילה של חוסר סבירות יהא מוצדק במקרים קיצוניים, ואך ורק כאשר מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר, ובמיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם".