

בין כשירות לסבירות
בעקבות בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית
נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט¹

מנחם מאוטנר*

- א. מבוא. ב. כשירות וסבירות; 1. ההבחנה בין כשירות לסבירות;
2. חסר, הסדר שלילי, הסדר פוזיטיבי ואימוץ דרישת הסבירות.
- ג. סבירות; 1. דברי הכפירה של השופט גרוניס; 2. "משפטי" ו"לא משפטי" בעילת הסבירות; 3. אי-ודאות בהפעלת עילת הסבירות;
4. החלפת שיקול הדעת המנהלי בשיקול הדעת השיפוטי. ד. סיכום.

א. מבוא

חיים רמון הורשע בבית משפט השלום בתל אביב בעברה של מעשה מגונה ללא הסכמה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. על רמון נגזר עונש של שירות לתועלת הציבור. עם תום ריצוי עונש זה, החליט ראש הממשלה למנות את רמון לשר בממשלה, ולהעניק לו תואר של משנה לראש הממשלה. המינוי אושר על ידי הממשלה ועל ידי הכנסת. בעקבות זאת הוגשה עתירה שבה נטען כי יש לבטל את מינויו של רמון, משום שהמינוי הוא בלתי סביר באופן קיצוני. השופטים פרוקצ'יה וגרוניס קבעו שיש לדחות את העתירה, ואילו השופטת ארבל סברה שיש לקבל את העתירה. סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה קובע באילו נסיבות לא יוכל מי שהורשע בפלילים להתמנות לתפקיד שר בממשלה: אם המורשע נידון לעונש מאסר, וביום מינויו לתפקיד שר טרם חלפו שבע שנים מעת שגמר לרצות את מאסרו או מיום מתן פסק הדין בעניינו, הכול לפי המאוחר. על דרך החיוב אפשר ללמוד מהסעיף שמי שהורשע בפלילים, אך לא נגזר

1 פורסם בנבו, 6.12.2007 (להלן: עניין אמונה).
* פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה למשפט אזרחי השוואתי ולתורת המשפט ע"ש דניאל רובינשטיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

עליו עונש מאסר, או שנגזר עליו עונש מאסר וכבר חלפו שבע שנים מעת שגמר לרצות את מאסרו או מעת שניתן פסק הדין בעניינו, יוכל להתמנות לתפקיד שר בממשלה. הסעיף מורה עוד כי מי שהורשע ונידון למאסר יוכל להתמנות לתפקיד שר בממשלה גם אם טרם חלף מועד שבע השנים האמור, וזאת אם קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי בעברה שבה הורשע המתמנה לא היה משום קלון.

הציר המרכזי שעליו התבסס פסק דינו של השופטות פרוקצ'יה וארבל היה סעיף 6(ג) האמור אינו ממצה את ההסדר המשפטי בשאלת מינויו לשר של מי שהורשע בפלילים. לגישתן, יש לדאוג את ההסדר הסטטוטורי האמור כמי שיש להשלימו על ידי אמות המידה של מבחן הסבירות: מינוי העומד באמות המידה של סעיף 6(ג) לחוק עלול להיפסל בכל זאת, אם ימצא שהמתמנה הפעיל את שיקול דעתו באופן החורג מהסבירות. בנסיבות המקרה דנן, השופטת פרוקצ'יה סברה שמינויו של רמון עמד במבחן הסבירות, ואילו השופטת ארבל סברה שהמינוי היה בלתי סביר. השופט גרוניס הצטרף למסקנתה של השופטת פרוקצ'יה. הטעם המרכזי למסקנתו היה העובדה שמינויו של רמון אושר על ידי הכנסת. השופט גרוניס סבר שמשעה שהכנסת אישרה את המינוי, אל לו לבית המשפט להתערב ולפסול את המינוי.

ב. כשירות וסבירות

1. ההבחנה בין כשירות לסבירות

ההלכה שהוראות חוק שעניינן כשירות למינוי מושלמות על ידי אמת המידה של מבחן הסבירות נקבעה בבג"ץ 727/88 **עווד נ' השר לענייני דתות**². במקרה זה קבע השופט ברק כי העובדה שהחוק אינו מורה שמי שהורשע בעברה שיש עמה קלון אינו יכול להתמנות לתפקיד מסוים, פירושה רק שאין "מניעת-סף" סטטוטורית למינויו של אדם כאמור לתפקיד. ואולם אין משמעות הדבר שהרשות הממנה אינה צריכה להפעיל את שיקול דעתה באופן המביא בחשבון את ההרשעה, דבר שעשוי להביא בסופו של דבר לחובה להימנע ממינויו³. השופט ברק קבע אמנם כי "בהעדר תנאי כשירות סטטוטוריים אין לקבוע תנאי כשירות הלכתיים"⁴, ואולם בהכפיפו את הרשות הממנה למבחן הסבירות, הוא פתח פתח להחלת שורה של תנאי כשירות שמקורם בפסיקת בית המשפט, לצד הוראות הכשירות

2 פ"ד מב(4) 487 (1989).

3 שם, בעמ' 491.

4 שם.

אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט

הסטטוטוריים. ההבחנה שיצר השופט ברק בין הימנעות בית המשפט מלהוסיף תנאי כשירות פסיקטיים לבין הפעלת ביקורת שיפוטית על סבירות הפעלת שיקול הדעת של הרשות הממנה – במילים אחרות, העתקת התערבות בית המשפט משאלת הכשירות להתמנות לשאלת הסבירות של המינוי – היא אפוא, במידה רבה, הבחנה מלאכותית. החלת אמת המידה של מבחן הסבירות על החלטת הרשות הממנה פירושה הוספת מבחנים לכשירות המינוי נוסף לאלו הקבועים בחוק. אכן, התוכן הרחב שבו מילאו השופטות פרוקצ'יה וארבל (על פני עמודים רבים) בפסקי הדין שלהן בעניין רמון את מבחן הסבירות, בכל הנוגע להפעלת שיקול הדעת על ידי הרשות הממנה, מוכיח את מלאכותיות ההבחנה⁵. ההלכה האמורה הוחלה על ידי השופטות פרוקצ'יה וארבל בפסק הדין בפרשת רמון. השופטת פרוקצ'יה קבעה כי אף שבעניין רמון מתקיימים תנאי הכשירות הסטטוטוריים למינויו כשר בממשלה, בכל זאת על המינוי לעמוד במבחן הסבירות⁶. ואילו השופטת ארבל אמרה: "ההסדר שבסעיף 6(ג) לחוק היסוד אינו ממצה את העילות לפסילת מועמדותו של אדם למשרת שר וגם מקום שאין מתקיימת מניעת סף למינוי, מחויב הגורם המוסמך לקבל את ההחלטה בשאלת המינוי לאחר הפעלת שיקול דעת שבכללו בחינת מכלול השיקולים הרלוונטיים ועריכת איזון ביניהם"⁷.

2. חסר, הסדר שלילי, הסדר פוזיטיבי ואימוץ דרישת הסבירות

כאשר אנו עוסקים בפרשנות החקיקה⁸ או בפרשנותם של חוזים⁹, מתעוררת לא אחת השאלה אם בהסדר הנורמטיבי קיים "חסר" (לאקונה) או שמא יוצרי ההסדר ביקשו ליצור באמצעותו "הסדר שלילי"¹⁰.

5 ההלכה שנקבעה בעניין עווד אושרה בבג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993); ובבג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 457–459 (1993) (להלן: עניין אמיתי). ראו גם: בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 867 (2003).

6 עניין אמונה, לעיל ה"ש 1, פס' 13, 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

7 שם, פס' 3, 5 לפסק דינה של השופטת ארבל.

8 בש"פ 92/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 259, 240 (2000); ע"פ 4341/99 וידאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 329 (1999); רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 574, 590–591, 611 (2005).

9 ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' זולוטוב, פ"ד מא(1) 282, 299 (1987); ע"א 228/85 "דן" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' בן שלמה, פ"ד מא(3) 34, 40

מצב של חסר קיים כאשר יוצרו של הסדר נורמטיבי נמנע מיצירת הסדר, בנוגע לעניין מסוים, עקב מגבלות השכל האנושי. יוצר ההסדר עשה כמיטב יכולתו, אך כביטוי של פרופ' ברק הוא "נכשל" והוציא תחת ידיו הסדר "נכה" ש"אינו שלם"¹¹. מצב של הסדר שלילי קיים כאשר יוצרו של הסדר נורמטיבי התכוון להחילו על עניין מוגדר אחד ולהימנע מלהחילו בתחומים שאינם באותו עניין, גם אם עשויה להתעורר בהם בעיה דומה או קרובה לזו המתעוררת בתחום המוסדר¹². הסדר שלילי הוא "אמירה מכללא על בלעדיות החוק בתחומים מסוימים"¹³ כותב השופט חשין. במקרה של הסדר שלילי, שתיקתו של יוצר ההסדר היא "שתיקה מדעת" או "שתיקה מדברת"¹⁴, כביטוי של פרופ' ברק. השאלה אם הסדר סטטוטורי, שקבע תנאי כשירות למינויו של אדם, יצר חסר או הסדר שלילי באשר להחלתם של תנאי כשירות נוספים, התעוררה גם בפסיקה שעסקה בשאלת תנאי הכשירות של הממונים לתפקידי ממשל ומנהל בכירים. כך, בפרשת **סגן השר פנחסי**, עורר השופט ברק את השאלה אם אין לראות בהיעדר הוראה סטטוטורית בדבר הפסקת כהונתו של סגן שר שהוגש נגדו כתב אישום, משום הסדר שלילי. השופט ברק השיב על שאלה זו בשלילה. לדבריו, העובדה שהחוק קבע תנאי כשירות אין משמעה שאין מקום להחיל בנוסף להם גם את אמות המידה של מבחן סבירות ביחס למינוי¹⁵. בהמשך לדברים האלה, גם בפסק הדין בפרשת **רמון** קבעה השופטת פרוקצ'יה כי מקום שההגבלות על מינוי הנקובות בסעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה אינן מתקיימות, "אין פירוש הדבר כי לפנינו 'הסדר שלילי' לעניין הפעלת שיקול הדעת של הגורם הממנה, המכשיר כל מינוי באשר הוא. גם בהעדר מניעות-סף סטטוטורית לכהונה, על בעל הסמכות להפעיל שיקול דעת סביר באשר למינוי, ולאזן איזון ראוי בין השיקולים הרלבנטיים לעניין, על פי משקלם היחסי הראוי"¹⁶.

- (1987); ע"א 9609/01 מול הים (1978) בע"מ נ' עו"ד שגב, פ"ד נח(4) 106 (2004) (להלן: עניין מול הים).
- 10 על כך שהשאלה אם הסדר נורמטיבי הוא חסר או הסדר שלילי היא שאלה פרשנית ראו: אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך רביעי – פרשנות החוזה 140–141 (2001).
שם, בעמ' 139, 141.
- 11 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 113 (1993); עניין מול הים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 128.
- 12 רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 394, 289 (1998) (להלן: עניין א.ש.ר.). ראו גם שם, בעמ' 394–395, 401–402.
- 13 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 140.
- 14 עניין אמיתי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 456–458.
- 15 עניין אמונה, לעיל ה"ש 1, פס' 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. עם זאת, השופטת פרוקצ'יה קבעה כי המגבלות הסטטוטוריות באשר למינוי יכולות להשפיע על מרחב שיקול הדעת של הגורם הממנה.

אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט

ספק אם השופטים ברק ופרוקצ'יה נוקטים את המונח "הסדר שלילי" באופן ראוי. הם קובעים אמנם כי ההסדר הסטטוטורי לא יצר הסדר שלילי, אולם אינם משלימים את הוראות הכשירות הסטטוטוריות באמצעות הוראות כשירות חדשות, יצירות הפסיקה; הם משלימים הוראות אלה באמצעות פעולה בגזרה משפטית אחרת, זו של סבירות שיקול הדעת של הגורם הממנה. ואולם אני סבור כי מהלכם זה של השופטים ברק ופרוקצ'יה תומך בקביעתי שהבחנה שיצרה הפסיקה בין הימנעות מהוספת תנאי כשירות חדשים, יצירי הפסיקה, לבין הוספתם של מבחני סבירות לצורך בחינת שיקול הדעת של הגורם הממנה, היא במידה רבה מלאכותית.

עם זאת, אפשר להבין מדוע נקטה הפסיקה מהלך של השלמת הוראות הכשירות הסטטוטוריות בדרך של החלת מבחן הסבירות. חקיקת הכנסת המסדירה את תנאי הכשירות למינויים של בעלי תפקידים בכירים בממשל ובמנהל נוצרה בעידן קודם, שבו אפשר היה להניח שפוליטיקאים ישראלים, וכן בעלי תפקידים במנהל המדינה המתמנים על ידם, יהיו בעלי סגולות אישיות ראויות, ולא היה צורך בקביעות סטטוטוריות של המובן מאליו, כגון שאין להעלות על הדעת מינויים של עבריינים לתפקידים פוליטיים וציבוריים בכירים. בעידן של העשורים האחרונים¹⁷, הוראות הכשירות הסטטוטוריות שנוצרו בעידן הקודם לא התאימו עוד, והיה צורך להשלימן באמצעות הפסיקה, על דרך הוספת הדרישה לסבירות שיקול דעת הגורם הממנה¹⁸.

ואולם, אני סבור כי בהסדר הסטטוטורי שנדון בפרשת רמון לא היה "חסר" ולא היה "הסדר שלילי". היה "הסדר סטטוטורי פוזיטיבי", שקבע באילו תנאים מי שהורשע בדין פלילי כשיר להתמנות לשר בממשלה. בהמשך לקביעה זאת, ברצוני לטעון שתי טענות: ראשית, מאחר שמדובר בהסדר פוזיטיבי, יש לראותו כהסדר ממצה של עניין מינויו של מי שהורשע בפלילים, ואי-אפשר להוסיף על הסדר זה באמצעות ההלכה הפסוקה, על דרך הפעלת עילת הסבירות.

שנית, יש לראות הסדר זה כהסדר המשקף את שקלול השיקולים העיקריים שהועלו על ידי השופטות פרוקצ'יה וארבל בפסקי הדין שלהן בפרשת רמון.

17 ייתכן שניתן לקשור את השינוי למעבר של המפלגות בישראל משיטת "הוועדה המסדרת" לשיטת הפריימריז. לטיעון שלפיו שיטת הפריימריז השחיתה את המערכת הפוליטית של ישראל ראו: שלמה אבינרי **תנאים לשגשוגה של מדינת ישראל – הערות לסדרי ממשל בישראל 7-9** (מוסד שמואל נאמן למחקר מתקדם במדע וטכנולוגיה, 2006).

18 לדיון בפסיקת בית המשפט העליון שפסלה מינויים של בעלי תפקידים ציבוריים בכירים, ולתמיכה בפסיקה זו, ראו: מנחם מאוטנר **משפט ותרבות פרק אחד-עשר** (2008).

אפשר להדגים נקודה אחרונה זו באמצעות פסק דינה של השופטת ארבל. השופטת ארבל מנתה שלושה שיקולים עיקריים הצריכים להילקח בחשבון במסגרת שיקול דעת סביר של גורם הממנה שר שהורשע בפלילים אך שעמד בתנאי הכשירות הקבועים בסעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה¹⁹:

- א. גורם הזמן. דהיינו משך הזמן שחלף מההרשעה וריצוי העונש ועד למינוי. ככל שמשך הזמן קצר יותר כך תגבר הנטייה לקבוע שהמינוי בלתי סביר, ולהפך.
- ב. רום המשרה. ככל שמדובר במינוי למשרה רמה יותר, כך תגבר הנטייה לקבוע שהמינוי בלתי סביר, ולהפך.
- ג. אופי העברה. ככל שהעברה חמורה יותר, כך תגבר הנטייה לקבוע שהמינוי בלתי סביר, ולהפך.

אני סבור כי יש לראות כל אחד משיקולים אלה כמגולם כבר בסעיף 6(ג) לחוק, באופן שיש לראות את מגבלת הכשירות הקבועה בסעיף כמגלמת שקלול של השיקולים אלה:

- א. גורם הזמן: סעיף 6(ג) מורה כי אם חלפה תקופה של פחות משבע שנים מאז תום ריצוי של עונש מאסר או מאז מתן פסק הדין כי אז לא יוכל אדם להתמנות לתפקיד שר.
- ב. רום המשרה: הסעיף עוסק במינוי לתפקיד שר (כותרת השוליים של הסעיף: "כשירותם של שרים").

ג. אופי העברה: הסעיף עוסק בשני סוגים של עברות: (1) עברה שנגזר בעקבותיה עונש מאסר (יש תחולה למגבלת שבע השנים); (2) עברה שנגזר בעקבותיה עונש מאסר ואולם נקבע שאין עמה קלון (אין תחולה למגבלת שבע השנים).

בדומה לכך, השופטת פרוקצ'יה הדגישה מאוד בפסק דינה את שיקול השמירה על "אמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחרינו". לדבריה, "מינוי לכהונות ציבוריות של בעלי תפקידים שדבק בהם פגם מוסרי [...] עלול לערער את אמון הציבור במערכות השלטון, האמורות לשקף במעמדן וברמתן את עקרונות היסוד האתיים עליהם מושתתים חיי החברה בישראל"²⁰. ואולם השאלה המתעוררת היא אם אין לראות את סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה כמי שהביא בחשבון שיקול זה וכמי שנתן לו משקל במסגרת קביעתה של מגבלת הכשירות שבסעיף.

השופטים פרוקצ'יה וגרוניס הדגישו בפסקי הדין שלהם את החובה המוטלת על בית המשפט לנהוג כבוד בכנסת. במסגרת הכרעתם שלפיה אין לראות את מינויו של רמון כחורג ממידת הסבירות, ניתן על ידם משקל כבד לעובדה שהמינוי אושר על ידי הכנסת²¹. ואולם

19 עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 1, פס' 12-13, 15 לפסק דינה של השופטת ארבל.

20 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

21 שם, פס' 25-26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, ופס' 2-6 לפסק דינו של השופט גרוניס.

אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט

הניתוח דלעיל מלמד שקו החשיבה העומד ביסוד החלת עילת הסבירות בנוסף לתנאי הכשירות הסטטוטוריים הנקובים בסעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה, מבטא דווקא מתן כבוד מועט לכנסת כמחוקקת. סעיף 6(ג) לחוק מגלם שקלול של כמה שיקולים, ואולם בית המשפט מוסיף על שיקולים אלה או חוזר עליהם תוך שהוא משקלל אותם בדרך שונה מזו שעשתה זאת הכנסת.

אפשר להציג את הדברים גם מזווית נוספת. בשלושים השנים האחרונות דובר רבות על האקטיביזם של בית המשפט העליון. בית המשפט הוא אקטיביסט ככל שהוא מתערב יותר בהחלטותיהן של רשויות השלטון האחרות²². פסקי הדין בפרשת רמון מגלים אקטיביזם שדומה כי טרם ניתנה עליו הדעת במסגרת דיונים שעניינם האקטיביזם של בית המשפט העליון – אקטיביזם על דרך הפעלת מבחן הסבירות לצד סעיף חוק מפורש, תוך הוספה על הוראות החוק או תוך שקלול מחדש של השיקולים המגולמים בהוראות החוק²³. אין ספק שההלכה ברע"א 1908/94 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**²⁴, שמאפשרת לבית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת על דרך ביטולה, הייתה היא האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט. ואולם מפסק דינה של השופטת ארבל בפרשת רמון מסתבר כי אין צורך בביטול מפורש של חוק על ידי בית המשפט. אפשר, במקום זאת, להפעיל את עילת הסבירות לצד החוק – אך למעשה במקום החוק – באופן הממיר את האיזונים שנקבעו בחוק באיזונים שנקבעו על ידי בית המשפט.

ג. סבירות

- 22 מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" **עלי משפט** ד 7 (2005).
- 23 בעניין **א.ש.י.ר.**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 412, אמר השופט חשין: "עיקר פועלה [...] של הרשות המחוקקת הוא לחוקק, ופועלה של הרשות השופטת הוא לשפוט. ובין שתי הרשויות נתייצבו יחסי-כבוד הדדיים; רשות מחוקקת ורשות שופטת מאזינות אישה לרעותה, ועושות הן, כל אחת מהן בשלה, תוך כיבוד זולתה. יתר-על-כן: כל אחת משתי הרשויות יודעת – ראוי לה שתדע – היכן מצויים גבולותיה". ספק אם דברים אלה מתקיימים בפסק הדין בפרשת רמון. לטענה שלפיה ההתפתחויות שחלו במשפט המנהלי הישראלי בשלושת העשורים האחרונים גרמו שיבוש בחלוקת הסמכויות שבין בית המשפט העליון לבין רשויות השלטון האחרות של המדינה, ראו: רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 69 (התש"ס) (המאמר להלן: גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי"; הספר להלן: **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד**).
- 24 פ"ד מט(4) 221 (1995).

1. דברי הכפירה של השופט גרוניס

פסק הדין בפרשת רמון מעניין מסיבה נוספת. בפסק דין זה השמיע השופט גרוניס דברי כפירה ברציותו של מבחן הסבירות – המבחן שצמיחתו והפעלתו הנרחבת בפסיקה צריכים להיחשב, ללא ספק, כהתפתחות החשובה ביותר במשפט המנהלי הישראלי בשלושת העשורים האחרונים. בעיקרו של דבר, השופט גרוניס הציע לא פחות מאשר להחזיר את המשפט המנהלי הישראלי למצבו קודם לעידן מבחן הסבירות. ואלה דבריו:

”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”²⁵.

מה גרם למהלך מרחיק לכת זה של השופט גרוניס²⁶? התשובה לכך נעוצה בשלוש בעיות העולות ממבחן הסבירות, שעליהן מצביע השופט גרוניס.

ראשית, היות המבחן בעל אופי בלתי משפטי. השופט גרוניס השווה את מבחן הסבירות לשני מבחנים נוספים שבאמצעותם מפקח בג”ץ על המנהל: המבחן של חוסר סמכות והמבחן של כשל דיני. לדבריו, כשמדובר בשני מבחנים אלה, ”בולט לעין יתרונו וייחודו של בית המשפט. המומחיות של בית המשפט בכלל, ובתחום המשפט המינהלי בפרט, הינה בשאלות של סמכות ושל פגמים פרוצדורליים [...] לעומת זאת, אין לבית המשפט יתרון מיוחד או מומחיות עודפת בנושא של חוסר סבירות”²⁷.

שנית, מאחר שמבחן הסבירות הוא מבחן מופשט, הוא מוליד אי־ודאות משפטית. ”רמת ההפשטה הגבוהה [של מבחן הסבירות] מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא

25 עניין **אמונה**, לעיל ה”ש 1, פס’ 11 לפסק דינו של השופט גרוניס.

26 השופטות פרוקצ’יה וארבל התנגדו לכפירתו של השופט גרוניס. ראו שם, פס’ 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ’יה ופס’ 19 לפסק דינה של השופטת ארבל.

27 שם, פס’ 9 לפסק הדין של השופט גרוניס. לטיעון שלפיו בעקבות ההתפתחויות שחלו במשפט המנהלי הישראלי בעשורים האחרונים החל בג”ץ עוסק בדברים שאין לו בהם יתרון על רשויות השלטון האחרות, ראו: גביוזן “מעורבות ציבורית של בג”ץ: מבט ביקורתי”, לעיל ה”ש 23, בעמ’ 92–97.

אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט

מגדילה את אי-הוודאות המשפטית. היא יוצרת מרחב אדיר בין מיקומה הגבוה ביקום המשפטי לבין יישומה במקרה קונקרטי²⁸.

שלישית, הפעלת מבחן הסבירות כרוכה בהחלפת שיקול דעת הרשות המנהלית בשיקול דעת בית המשפט. "צריך גם לקבל עם קב חומטין את האמירה החוזרת לעיתים בהקשר זה, כי בית המשפט אינו שם את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות שהוסמכה בדין לקבל את ההחלטה", כותב השופט גרוניס. "לעיתים כאשר בית המשפט מתערב בהחלטה בשל חוסר סבירות, הוא בהחלט מעמיד את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות²⁹. והוא מוסיף: "על בית המשפט להימנע מלשים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות, לא רק כעניין רטורי אלא גם מבחינה יישומית"³⁰. על דברים אלה אמרה, בין השאר, השופטת פרוקצ'יה: "החשש שמא בית המשפט יעמיד את שיקול דעתו 'הסביר' במקום שיקול דעתה 'הבלתי סביר' של הרשות המנהלית, ויכנס לנעליה בהפעלת הסמכות הנתונה, אינו חשש בעלמא, ואין להתעלם ממנו"³¹.

סימן השאלה שהציב השופט גרוניס לצד עילת הסבירות הוא התפתחות בעתה. במשך כמעט שלושה עשורים מלכה עילת הסבירות על המשפט המנהלי הישראלי כולו. בצדק משווה השופט גרוניס את עילת הסבירות לנורמת תום הלב, שהוכרה זה מכבר כ"הוראה מלכותית"³², תוך שהוא כותב כי מאז צמיחתה של עילת הסבירות היא "בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר (למשל, העילות של מטרה זרה ושל שיקולים זרים)"³³. זה מכבר נדרשת הערכה של שלושת העשורים שבהם הופעלה עילת הסבירות במשפטנו. אפשר גם להצר על כך שהערכה כזאת, המלמדת על יתרונות עילת הסבירות ועל וחסרונותיה, תוך השוואתה לעילות הפיקוח ש"בלעה", לא נערכה עד כה על ידי האקדמיה המשפטית. מעניין גם שמי שמציע חשיבה מאתגרת בהקשר זה הוא דוקא שופט, ולא מלומד אקדמי³⁴.

28 ש.ם.
29 ש.ם, פס' 10 לפסק דינו של השופט גרוניס.
30 ש.ם, פס' 11 לפסק דינו של השופט גרוניס.
31 ש.ם, פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
32 מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 313 (2003).
33 עניין אמונה, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס.
34 צעדים ראשונים להערכה כזאת ניתן למצוא אצל יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א 417, 456–459 (2003). עם זאת, מרביתו של מאמר זה מוקדש למה שהמחבר מכנה "גישת הסבירות ההליכית", דהיינו להפעלת מבחן הסבירות על ידי בג"ץ באופן המתמקד בהליך שבו התקבלה ההחלטה המנהלית, ולא בתוכן ההחלטה – המישור העיקרי שבו הופעלה עילת הסבירות בפסיקה. ראו גם ה"ש 36 להלן. במהלך השנים בוקרה

אין בכוונתי לערוך הערכה שכזאת בשורות הבאות³⁵. כל שברצוני להציע, לקראת הערכה שכזאת, הוא כמה מחשבות ראשוניות בנוגע לשלוש הבעיות שעליהן הצביע השופט גרוניס הכרוכות בהפעלת מבחן הסבירות.

2. "משפטי" ו"לא משפטי" בעילת הסבירות

הבעיה הראשונה שעליה הצביע השופט גרוניס היא שמבחינה של עילת הסבירות הם בלתי משפטיים. בהקשר זה אני מבקש להציע הבחנה בין שתי דרכים שבהן הופעל מבחן הסבירות בפסיקה. את הדרך האחת, זו שבה הופעל המבחן במרבית המקרים, אפשר לכנות "סבירות משפטית". את הדרך האחרת, שבה הופעל המבחן במיעוט המקרים, אפשר לכנות "סבירות מקצועית"³⁶.

כאשר בג"ץ מפעיל את מבחן הסבירות כסבירות משפטית הוא בוחן את המידה שבה נתנה הרשות המנהלית משקל ראוי לעקרונות המשפטיים הרלוונטיים לפעולותיה. במקרים

עילת הסבירות על ידי כמה מחברים. ראשונה המבקרות, שעמדה על רבות מהבעיות הכרוכות בעילה עוד בשלבים המוקדמים של הפעלתה, הייתה מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102 (1982). ראו גם: רונן שמיר "שיקול דעת ככוח שיפוטי: הפוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5 (1989). כמו כן ראו: מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994). לטיעון שלפיו האקדמיה המשפטית והתקשורת לא מילאו כראוי את תפקידם לנוכח ההתפתחויות מרחיקות הלכת שחלו במשפט הציבורי של ישראל בעשורים האחרונים, ראו: הלל סומר "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: דברים שרואים משם – לא רואים מכאן?" הפרקליט מט 523, 531–537 (2007).

לדיון בעילת הסבירות תוך השוואתה לעילות הפיקוח המסורתיות של בג"ץ ראו: יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 23, בעמ' 16–25; מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 23, בעמ' 165, 187–190.

לדיון נרחב ראו: מאוטנר, לעיל ה"ש 34; מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת פרק חמישי (2008); גם דותן, לעיל ה"ש 34, מחלק את המצבים שבהם הופעלה עילת הסבירות על ידי בג"ץ לשני סוגים. במצבים מהסוג הראשון, "סבירות מהותית", מבחן הסבירות הופעל לבדיקת השיקולים שהנחו את הרשות המנהלית בהחלטתה, לבדיקת המשקל היחסי שהרשות נתנה לכל אחד משיקולים האלה, ובמיוחד לתוצאה שאליה הגיעה הרשות המנהלית. במצבים מהסוג השני, "סבירות הליכית", יושמו על ידי בג"ץ שורה של דרישות באשר לתהליך שבו התקבלה ההחלטה המנהלית, וזאת במטרה להבטיח ענייניות, הוגנות ושיטתיות בפעולת המנהל. דותן טוען כי בהפעילו את מבחן הסבירות ההליכית פועל בג"ץ באופן צנוע יותר ואקטיביסטי פחות מאשר בהפעילו את מבחן הסבירות המהותית. עם זאת, מהבחינה המעשית דרישת הסבירות ההליכית עשויה להיות תובענית יותר מדרישת הסבירות המהותית.

אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט

כאלה, אילו נמצאה נורמה משפטית חקוקה, הקובעת מפורשות את סוג השיקולים שעל הרשות לשקול ואת המשקל שעל הרשות לתת לכל אחד משיקולים אלה, כי אז בחינת בית המשפט את מעשיה של הרשות לאור הנורמה המשפטית האמורה הייתה נתפסת כמובנת מאליה. אכן, במקרה כזה היינו אומרים שבית המשפט מילא תפקיד הנופל באופן מובהק במסגרת תפקידיו. אולם בהפעילו את מבחן הסבירות המשפטית פועל בג"ץ בדרך אחרת. הוא לא בוחן את מעשי הרשות לאורה של נורמה משפטית חקוקה ומפורשת, אלא קובע כי פעולת הרשות נשלטת על ידי שורה של **עקרונות**, המהווים חלק מתוכני המשפט של המדינה, וכי על הרשות המנהלית לאזן בין העקרונות על דרך מתן משקל ראוי לכל אחד מהם. באמצעות קביעת העקרונות המשפטיים החלים על מעשה הרשות, ובאמצעות קביעת האופן שבו עליה לאזן בין עקרונות אלה, יוצק אפוא בג"ץ, למעשה, נורמה משפטית פוזיטיבית חדשה יש מאין, אשר לאורה הוא בוחן את הדרך שבה פעלה הרשות, היינו את האופן שבו איתרה הרשות את העקרונות המשפטיים החלים על פעולתה, ואת האופן שבו איזנה בין עקרונות אלה³⁷. מכאן גם עולה שהפעלת הסבירות המשפטית על ידי בית המשפט היא מהלך של אקטיביזם שיפוטי ביחס לכנסת לא פחות מאשר ביחס לרשות המנהלית שפעולתה נבחנת.

בחלק מהמקרים מפעיל בג"ץ את מבחן הסבירות בדרך שאני מכנה "סבירות מקצועית". כאשר בית המשפט מפעיל את מבחן הסבירות בדרך זו, הוא בוחן לגופם את השיקולים המקצועיים של רשויות המנהל, הנופלים בגדר המומחיות והידע המקצועיים הייחודיים של הרשות. שופט המפעיל בדרך זו את מבחן הסבירות משתמש למעשה ב"שכל הישר" שלו על מנת לבחון את המידה שבה הפעלת הסמכות על ידי הרשות היא סבירה³⁸. משמע: שופט המפעיל את מבחן הסבירות המקצועית אינו עושה שימוש באיזה כישור שהוא ייחודי לו כמשפטן או כשופט. הוא משתמש בידע שרכש כאדם הנמנה עם קבוצה חברתית מסוימת³⁹.

37 מאז ראשית שנות השמונים הפעיל בג"ץ את מבחן הסבירות המשפטית באלפי מקרים. בדרך כלל אישר את החלטות שהתקבלו על ידי רשויות המנהל. בכמה עשרות מקרים פסל בג"ץ את החלטותיהן של הרשויות. לדיון נרחב ראו: מאוטנר, שם, פרק חמישי.

38 Clifford Geertz, *Common Sense as a Cultural System, in LOCAL KNOWLEDGE – FURTHER ESSAYS IN INTERPRETIVE ANTHROPOLOGY* 73 (1983); מאוטנר, לעיל ה"ש 18, פרק רביעי; מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11 (1998).

39 ברוב המכריע של המקרים שבהם הפעיל בג"ץ את מבחן הסבירות כמבחן של סבירות מקצועית הוא אישר את סבירות מעשיהן של רשויות המנהל. עם זאת, בכמה מקרים מצא כי

לפיכך, כאשר השופט גרוניס אומר כי מבחן הסבירות אינו משפטי ו"אין לבית המשפט יתרון מיוחד או מומחיות עודפת בנושא של חוסר סבירות", הוא צודק באופן חלקי בלבד. הוא צודק ככל שהדבר נוגע להפעלתו של מבחן הסבירות כמבחן של כ"סבירות מקצועית". ואולם כאמור ברוב המקרים הופעל מבחן הסבירות דווקא כ"סבירות משפטית", קרי: באופן הנופל במובהק בתחום הפעילות של בג"ץ כבית משפט.

במאמר מוסגר אעיר כי הערתו של השופט גרוניס באשר לאי-משפטיות מבחן הסבירות שופכת אור על בעיה המתעוררת בהקשרים נוספים של המשפט המנהלי הישראלי, כפי שזה התפתח בעשורים האחרונים. כך, למשל, בהקשר של דוקטרינת השפיטות, נדחתה עמדתו של השופט שמגר בבג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הבטחון**⁴⁰, שלפיה החלטות פוליטיות ומנהליות שהממד המשפטי שלהן מצומצם, ו"מרכז הכובד" שלהן נמצא בתחום המומחיות של רשויות מדינה אחרות, תיחשבנה לבלתי שפיטות. תחת זאת התקבלה בפסיקה העמדה שבאופן עקרוני "הכול שפיט". בעקבות זאת, ומאחר שאין קושי רב לאתר ממד משפטי בכל החלטה פוליטית ומנהלית, הפך עצמו בג"ץ לגוף המכריע בכל שאלה פוליטית או מנהלית, כך שמבין מוסדות המדינה עשויה להיות נתונה "המילה האחרונה" באשר להחלטות פוליטיות ומנהליות לבג"ץ. דברים אלה נכונים, כדאי לשים לב, גם במקרים שבהם בג"ץ בחר להכשיר את החלטת המערכת הפוליטית או המנהל הציבורי.

ואולם לגישתי "המילה האחרונה" אינה צריכה להיות נתונה לבג"ץ, מבין כל מוסדות המדינה, באשר לכל החלטה פוליטית או מנהלית. בהמשך גישתו שלעיל של השופט שמגר, אני סבור כי בעניינים שמרכז הכובד שלהם נמצא בתחום המומחיות של רשויות מדינה אחרות, רשויות אלה הן שצריכות להיות בעלות "המילה האחרונה". בדומה לכך, מבין שלושת מבחני המשנה של מבחן המידתיות, רק מבחן המשנה השני, הבוחן אם האמצעי השלטוני שנוקט פוגע בערכים ראויים מעבר לנדרש, הוא מבחן משפטי מובהק, ואילו מבחן המשנה הראשון – האם יש באמצעי שנבחר להביא להשגת המטרה – ומבחן המשנה השלישי – היחס שבין הפגיעה בפרט לעומת הפגיעה בציבור – שניהם מבחנים שספק אם יש בהם תוכן משפטי. מדברים אלה עולה כי הבעיה שעליה מצביע השופט גרוניס – הבעיה של הפעלת מבחנים לא משפטיים על ידי בג"ץ – מתעוררת לא רק בהקשר של עילת הסבירות (שכיניתי "סבירות מקצועית"), אלא גם בהקשר של דוקטרינת השפיטות ובהקשר של דוקטרינת המידתיות.

החלטה שהתקבלה על ידי רשות מנהלית, הנמצאת בתחום הידע והמומחיות של הרשות, הייתה בלתי סבירה. לדיון נרחב ראו: מאוטנר, לעיל ה"ש 36, פרק חמישי.
40 פ"ד מב(2) 441 (1988).

3. אי־ודאות בהפעלת עילת הסבירות

הבעיה השנייה שעליה הצביע השופט גרוניס באשר להפעלתה של עילת הסבירות נעוצה בתוכנה המופשט של העילה. דבר זה, כך נטען, מוליד אי־ודאות משפטית⁴¹. קודם טענתי כי בהפעילו את מבחן הסבירות המשפטית, אין בג"ץ מפעיל נורמה משפטית חקוקה ומפורשת, אלא עקרונות שהוא מאתר במשפט המדינה כרלוונטיים להחלטה הנדונה, ושלהם הוא נותן משקלות יחסיים ומאזן ביניהם. אכן, בנקודה זו טמון שורש אי־הודאות הכרוך בהפעלתה של הסבירות המשפטית: אין בנמצא נוסחה לאיתורם של עקרונות מסוימים, ולא אחרים, מתוך עושר התכנים העצום של משפט המדינה, כרלוונטיים לצורך החלטה מנהלית או פוליטית מסוימת, ואין בנמצא נוסחה למתן משקלות יחסיים לעקרונות, משעה שאותרו כרלוונטיים מהבחינה המשפטית, ולאיוונם⁴². מנגד, סבירות היא כמובן נורמה משפטית מהסוג של סטנדרט (נורמה שתוכנה נמסר בה ברמה נמוכה של דיוק). בדרך כלל, הפעלתם של סטנדרטים על ידי הפסיקה מולידה שורה של כללים (נורמות שתוכנן נמסר בהן ברמה גבוהה של דיוק), המהווים קונקרטיזציה של הסטנדרט. כדוגמה בולטת יכולה לשמש ההפעלה של נורמת תום הלב שבסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 על ידי הפסיקה⁴³. האם הפעלת עילת הסבירות על ידי בג"ץ בשלושת העשורים האחרונים התפתחה בדרך זו והולידה שורה של כללים? אני מתקשה להשיב על שאלה זו בלא מחקר מקיף של אלפי פסקי הדין שבהם הופעלה העילה, ואולם אני מוכן להציע את ההיפותזה שהתהליך המתקיים בדרך כלל תוך הפעלתן של נורמות מסוג סטנדרט שסופו בהתגבשות שורה של כללים, התקיים גם תוך הפעלתה של עילת הסבירות.

דבריו של השופט גרוניס מעלים שאלה נוספת: האם הפעלתן של עילות הפיקוח האחרות של המשפט המנהלי (למשל: שיקולים זרים) עשויה להוביל לוודאות משפטית רבה יותר? אני מתקשה להשיב על שאלה זו. ואולם ברצוני להעיר כי מאחר שלגישה עיקר דרך הפעלתה של עילת הסבירות על ידי בג"ץ היא "סבירות משפטית", אני סבור שעילה זו

41 לטיעון זהה ראו: דותן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 438, 457-458. ראו גם: קרמניצר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 216-217, 224-226.

42 כדוגמה בולטת יכול לשמש פסק דינו של השופט ברק בבג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי נ' עיריית תל אביב יפו**, פ"ד נו (5) 393 (2002).

43 מאוטנר, לעיל ה"ש 32; מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321 (1987); מנחם מאוטנר "קודקס של המשפט המקובל" **משפטים** לו 199 (2007).

בוחנת ממדים אחרים של ההחלטה המנהלית מאלו שבוחנות עילות הפיקוח המסורתיות של המשפט המנהלי.

4. החלפת שיקול הדעת המנהלי בשיקול הדעת השיפוטי

הבעיה השלישית שעליה הצביע השופט גרוניס היא שהפעלתה של עילת הסבירות כרוכה בהחלפת שיקול הדעת של הרשות המנהלית בשיקול הדעת של בית המשפט.⁴⁴ נקל להבין את שורשי ביקורתו זו של השופט גרוניס. עד סוף שנות השבעים שלט במשפט המנהלי הישראלי "עקרון חוקיות המנהל". על פי עיקרון זה, "רשות מנהלית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין [...] התיימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו של זה, מעשיה כמוהם ולא היו"⁴⁵. מעקרון חוקיות המנהל נגזר האופן שבו תפס בג"ץ, החל מקום המדינה ועד סוף שנות השבעים, את תפקידו בתחום המשפט המנהלי: בג"ץ לא ראה עצמו כמי שאמור להפעיל ביקורת מהותית על החלטותיהן של רשויות המנהל; הוא ראה עצמו כמי שצריך לאתר את תחום הסמכות שהדין קבע למוסדות ולבעלי תפקידים, ולקבוע אם אלה פעלו בגדר תחום סמכות זה, או שמא חרגו ממנו. בג"ץ פעל אפוא כ"שומר הגבולות" של הסמכות שהוקצתה לרשות המנהלית. בהמשך לכך, מקום שבג"ץ פסל החלטה מנהלית הוא ניסח את טעמי הפסילה לא במונחים הנוגעים לעצם ההחלטה לגופה, אלא במונחים הנוגעים למתחם הסמכות של הרשות, דהיינו העובדה שהחלטה התקבלה בחריגה מסמכות⁴⁶.

מצב דברים זה השתנה כאשר עילת הסבירות תפסה את מקומו של עקרון חוקיות המנהל כציר המרכזי שעליו ניצב ומתפתח המשפט המנהלי הישראלי. עם הפעלתה של עילת הסבירות, חדל בג"ץ מלהיות "שומר הגבולות" של החלטות מנהליות, והפך עצמו למי שבוחן את ההחלטות גופן. במקרים של הפעלת עילת הסבירות כ"סבירות מקצועית", נעשתה הבחינה לגופן של ההחלטות, והערתו של השופט גרוניס בדבר החלפת שיקול הדעת המנהלי בשיקול הדעת השיפוטי – מוצדקת. במקרים של הפעלת עילת הסבירות כ"סבירות משפטית" (שהם רוב המקרים שבהם הופעלה העילה) נבחנו אמנם החלטות המנהל גופן, אך הבחינה הייתה משפטית, ואין אפוא מקום לביקורתו של השופט גרוניס, משום שבחינה משפטית של החלטות, אין פירושה בחינה של ההחלטות לגופן. עם זאת, אין ספק שהצירוף של דוקטרינת השפיטות של העשורים האחרונים – דהיינו פתיחת שערי בג"ץ לדיון בכל נושא – יחד עם עילת הסבירות המשפטית, הפך את בג"ץ

44 לנקודה זו ראו גם: דותן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 456–459; דותן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 23.
 45 ברוך ברכה **משפט מנהלי** 35 (1986). ראו גם: דותן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 419–420, 422.
 46 ראו לדוגמה: בג"ץ 98/54 **לורוביץ נ' המפקח על המזונות**, פ"ד י 40, 49 (1956); בג"ץ 261/60 **כרדוש נ' רשם החברות**, פ"ד טו 1151, 1169 (1961).

לבעל כוח ההכרעה האחרון בדבר שאלות פוליטיות ומנהליות, דבר שאכן עשוי ליצור את הרושם שבג"ץ מחליף בסופו של דבר את שיקול הדעת המנהלי בשיקול דעתו.

ד. סיכום

לסיכום הדברים מן הראוי למקם את פרשת רמון בהקשר רחב יותר. העתירה שהוגשה נגד מינויו של חיים רמון לשר בממשלה היא שיאו של תהליך שבו אירוע שאירע בין השר לבין קצינה בצה"ל הואר כמעט לחלוטין מבחינת משמעויותיו המשפטיות. בשלב הראשון, כאשר התקיים משפטו הפלילי של רמון, הוארו משמעויות האירוע על פי המשפט הפלילי⁴⁷. בשלב השני, משהסתיים הטיפול הפלילי באירוע, הוא החל להיות מואר מבחינת משמעויותיו על פי המשפט המנהלי (בשלב זה הוגשה העתירה נשוא רשימה זו). בשני השלבים, השתלט השיח המשפטי על האירוע וביקש להכתיב את משמעויותיו. ואולם לאירוע היו גם משמעויות ציבוריות, שנגעו לתפקודו של רמון כשר, שענייני מדינה גורליים נתונים בידי, ברגע קריטי של ערב יציאה למלחמה. דומה כי לנוכח השתלטות השיח המשפטי על האירוע, משמעויות אלה נדחקו לשוליים והן לא זכו למשקל שהיה צריך להינתן להן. ברשימה זו טענתי כי דוקטרינת השפיטות של העשורים האחרונים הפכה את בג"ץ למוסד שלו נתונה "המילה האחרונה" באשר להחלטות פוליטיות ומנהליות. מסתבר שגם בדיון הציבורי המתקיים מחוץ לבית המשפט נתונה "המילה האחרונה" למשפט.

47 לדיון בהיבטים אלו של האירוע ראו: מאוטנר, לעיל ה"ש 18 פרק רביעי, נספח ב': "כיצד ניתן היה לנהל את הגנתו של השר רמון?".