

“אחרי עשרים שנה”: הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

מרגית כהן*

מאמר זה בוחן את דוקטרינת המידתיות ואת השיח על-אודותיה, ומציג אתגרים לנכונותן ולנאותותן של כמה מוסכמות בשיח זה, תוך הישענות על משפטן של מדינות אחרות שאימצו את הדוקטרינה. ככזה, המאמר אינו עוסק בתועלתו של השימוש בדוקטרינת המידתיות או באופני החלטה הראויים; תרומתו היא בהבהרת מהותה של הדוקטרינה ובהצגת אפשרויות לפיתוחה העתידי.

יותר מעשרים שנה לאחר פרשת **בנק המזרחי** השתרו בשיח זה כמה הבנות מקובלות, הנבחנות במאמר זה אחת לאחת. ראשית, הטענה כי למידתיות בישראל יש היסטוריה ארוכה, שתחילתה במשפט המנהלי המוקדם, נדחית; אני מזהה קישור ברור בין אימוץ הדוקטרינה כעילה מובחנת לבין קבלת חוקי-היסוד מתשנ"ב. שנית, אני דוחה טענות שלפיהן למידתיות יש מעמד של "עיקרון כללי במשפט", ובוחנת את היקף תחולתה של הדוקטרינה מעבר להקשר של הגנה על זכויות אדם. אטען כי בפועל, בישראל ובעולם המערבי, הדוקטרינה מופעלת בהקשר של הגנה על זכויות אדם מוגנות ועל אינטרסים פרטיים אחרים. מבחינה נורמטיבית אטען לתחולת הדוקטרינה גם כאשר נטענת פגיעה באינטרסים חברתיים, אך לא כעיקרון גורף החל על כל היבטי המשפט הציבורי. זאת, בשל הקישור הטבעי של הדוקטרינה למושג הפגיעה, וחשיבותה של ההגנה על עשייה הנטענת כסוטה מתפיסות דמוקרטיות-ליברליות, שעל-פיהן המדינה נועדה להגן על אינטרסים של אזרחיה, ולא לפגוע בהם. המוסכמה השלישית הנבחנת במאמר עניינה בזיהוי המלא והכמעט-אוטומטי – הנעשה על-ידי רוב העוסקים במידתיות, בישראל ומחוץ לה – בין דוקטרינת המידתיות כעילה במשפט הציבורי לבין שלושת מבחני-המשנה המופעלים בהחלטה.

* מופקדת הקתדרה למשפט השוואתי על-שם הנרי ג' ופאני הרכבי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה ליואב דותן, למשה דרורי, לברק מדינה, לאילן סבן, ליובל שני, לחברי מערכת **משפט וממשל** ולקורא החיצוני על הערותיהם החשובות, שתרמו רבות לגיבוש המאמר. כל הטענות והשגגות הן באחריותי המלאה. אני מודה לאילן סבן על הצעתו לכותרת המאמר: חלקה הראשון של הכותרת נהגה על-ידי.

דחייתו של זיהוי זה מגוּבָּה בהצגת דוגמאות משיטות אחרות שבהן המבחן התלת-שלבי אינו מופעל. לבסוף, המאמר מצטרף לדיונים בדבר הפונקציה המרכזית של דוקטרינת המידתיות, ומוסיף על הדגש המקובל ביסוד ההצדקה הגלום בדוקטרינה דגש אחר שעניינו כוחה של הדוקטרינה בהבניית הליכים של קבלת החלטות בעשייה השלטונית, שרובה אינו מגיע כלל לדיון בבית-משפט. העיסוק במידתיות במאמר זה מפתח כמה תובנות על-אודות מהותם של דוקטרינת המידתיות בפרט ושל המשפט הציבורי על שני חלקיו – המשפט החוקתי והמשפט המנהלי – בכלל.

מבוא. א. למהותה של דוקטרינת המידתיות – הערות ראשוניות: 1. "דוקטרינה"; 2. מרכיב הפגיעה. ב. לידתה של הדוקטרינה בישראל. ג. היקף התחולה של דוקטרינת המידתיות: 1. בין "המשפט החוקתי" ל"משפט המנהלי"; 2. ארבעה הקשרים של תחולה. ד. דוקטרינת המידתיות ומבחניה: 1. שלושת/ארבעת מבחני-המשנה – סקירה; 2. בין דוקטרינה לבין מבחניה – מקומם של מבחנים בהחלת כללים ועקרונות משפטיים. ה. דוקטרינת המידתיות – הצדקה והבניה. ו. סיכום.

מבוא

מאמר זה בוחן את דוקטרינת המידתיות ואת השיח על-אודותיה תוך הצגת אתגרים לנכונותן ולנאותותן של כמה מוסמכות שכיחות בשיח המידתיות המקובל כיום, יותר מעשרים שנה לאחר פרשת בנק המזרחי.¹ העוסקים הרבים בדוקטרינת המידתיות, בארץ ובעולם, שותפים למספר גדול באופן מפתיע של הסכמות והנחות בדבר מהותה של דוקטרינת המידתיות. העושר העצום של המחקר בנושא, אשר רק את חלקו אוכל להזכיר במאמר זה, מתמקד באופן מוחלט כמעט במשפט החוקתי ובפועלה של הדוקטרינה בהגנה על זכויות אדם.² כן מקובל על הכל שהדוקטרינה התפשטה באופן "יראלי" במדינות המערב, כחלק מהגל של "חוקתיות גלובלית" (global constitutionalism), ושהפעלתה באותן מדינות נשענת על שלושה (או ארבעה) מבחנים אחידים באופן מפתיע.³ הדיון האקדמי הישראלי בעילת המידתיות פורח במהלך שני העשורים שחלפו למן פרשת בנק המזרחי.⁴ דיון זה מתחרה בהיקפו בניתוחים הרבים והמפורטים שניתן

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
 2 ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (Julian Rivers trans., 2002) (1986); Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2008); MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE (2013); PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014).
 3 לשלושת (או ארבעת) המבחנים ראו, למשל, Stone Sweet & Mathews, לעיל ה"ש 2, בעמ' 112 ואילך, וכן את הדיון להלן.
 4 לכתובה בעברית מן העשור האחרון בלבד ראו, בין היתר, משה כהן-אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון" המשפט יא 473

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

למצוא בפסיקת בית-המשפט העליון, וכן בהיקף ההפעלה והיישום של המבחן ככלי לבחינת חוקתיותה של חקיקה וחוקיותה של עשייה מנהלית.⁵ אף שאין לחלוק על נתונים בסיסיים אלה של הדיון בדוקטרינת המידתיות, דומה שדיון זה לוקה בפגם נדיר יחסית: ההסכמה הרחבה בדבר מהותה ותוכנה של הדוקטרינה הדירה נסיונות לאתגר הסכמות אלה.

אין חולק כי קיימות גישות שונות באשר להיקף ההישענות הראוי על עילת המידתיות, ובאשר לכוחה אל מול עילות אחרות ודרכי הנמקה אחרות. ספרות ביקורתית על דוקטרינת המידתיות אינה חסרה. חלקה מדגישה את הסכנות שבהישענות יתר על ניתוח מידתיות, לפחות מצד אלה המזהים עשייה שיפוטית עם החלטה סובייקטיבית ומזהירים מפני שלטון בתי-המשפט.⁶ אחרים מתייחסים לעמיתותם של מבחני-המשנה, ליחסים האפשריים ביניהם ולנאותות ההכללה של שני מבחני-המשנה הראשונים כחלק מהפעלת הדוקטרינה.⁷ שיח ממשי נוסף מתקיים באשר ליחסים-הגומלין בין דרכי ההכרעה במשפט החוקתי (איוון מול מידתיות) ובמשפט המנהלי (סבירות ומידתיות).⁸ עם זאת, קשה למצוא ערעור של ממש על השיח

(2007) (להלן: כהן-אליה (2007)); אהרן ברק "איוון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" ספר ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק 39 (2009); אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית ומגבלותיה (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 281 (2000); משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" משפט ועסקים טו 317 (2012) (להלן: כהן-אליה (2012)); רבקה ווייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכויות? על מידתיות במשפט" משפט ועסקים טו 337 (2012); אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" משפטים מב 1097 (2012); מידתיות במבט ביקורתי ומשווה (מרדכי קרמניצר עורך, 2016); אהרן ברק "הערכה ביקורתית של אלכסי (Alexy) לעניין היחס בין זכויות חוקתיות כעקרונות ותורת המידתיות" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 765 (2017); אהרן ברק "תורת המידתיות: נושאים למחקר עתידי" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 775 (2017). לדיון בחלק מן הספרות המוקדמת, בעיקר זו שקדמה לכינון חוקי-היסוד בתשנ"ב, ראו להלן.

5 בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, נדחתה טענה לפסילת הוראה חקוקה בהעדר אי-מידתיות. לפסילה הראשונה של הוראת חקיקה בשל אי-מידתיות ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997). לפסילה האחרונה, עד כתיבת שורות אלה, ראו בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015). הדוקטרינה שימשה גם לפסילת עשייה מנהלית. ראו, בין היתר, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57 (2007); ולאחרונה בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 23.2.2017).

6 להצגת הקושי ראו, למשל, כהן-אליה (2007), לעיל ה"ש 4, בעמ' 495–496 ו-481–482 (למבחן-המשנה השלישי יש פוטנציאל מיוחד ללקות בקושי זה). לביקורת זו בהקשר הגרמני ראו מיכל קרמר "מידתיות במשפט הגרמני" מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 103, 139–140 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016). בהקשר הכללי ראו Bernhard Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?*, 22 DUKE J. COMP. & INT'L L. 291, 299 (2012). הכותבים העוסקים בקושי זה יש תשובות הממעטות את משקלו.

7 ראו, למשל, ווייל, לעיל ה"ש 4; כהן-אליה (2007), לעיל ה"ש 4; ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 192–222 (2016).

8 ראו, למשל, ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 4, פרק 13 ("מידתיות וסבירות"); אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" משפט וממשל יד 377, 389–400 (2012); וכן את מאמרה של גילה שטופלר בכרך זה – "עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי".

המושגי: המידתיות מזוהה כעילה מרכזית במשפט הציבורי, שמיועדת לאפשר הגנה על זכויות אדם תוך התחשבות באינטרסים מנוגדים והימנעות מפגיעה יתרה בהם, והתפשטותה במשפט המערבי הייתה על-דרך אימוץ מבחני-משנה המקובלים כיום בשיטות משפט ששונות מהותית זו מזו ואשר משתייכות לשתי המשפחות הגדולות של המשפט המערבי. אך כאמור, כל אלה נשענים על הבנות משותפות, שאותן אני מבקשת לחקור באופן ביקורתי.

מאמר זה אינו מצטרף לדיונים הנורמטיביים מהסוגים שפורטו לעיל. מטרתו אחת: לבחון את המוסכמות וההבנות המשמשות במקרים רבים בסיס לדיון נורמטיבי. כזוה, המאמר הוא פרק מסוגה מחקרית שונה – זו הבוחנת באורח ביקורתי את מהותם של מושגים ודוקטרינות. תועלתו של דיון מסוג זה כפולה: ראשית, באמצעותו נבחנים מחדש כמה מרכיבים של הדוקטרינה, באופן המאפשר את הבנתה כפועלה כיום; שנית, ב"ניעור" המוסכמות יש תרומה לפיתוח עתידי של הדוקטרינה או להמשגה מחודשת שלה.

הבחירה לנקוט במאמר זה את המונח "דוקטרינה" בהקשר של מידתיות, ולא את המונח "עילה", היא מכוונת. ב"דוקטרינה משפטית" כוונתי למכשיר מוכר בשיטה משפטית, המשמש כלי-עזר לפתרון שאלות משפטיות. דוקטרינה היא יותר מדרך הנמקה: היא מעוצבת באופן המזוהה אותה כקוד המאפשר הכרעה בסוגיה, כמערך מושגי מובחן המסייע בקבלת החלטות ובבחינה ביקורתית שלהן. ההבחנה בין דוקטרינה לעילה חשובה בעיניי לפחות לצורך אחת הטענות הנוספות הנדונות במאמר, שעניינה ההבחנה בין המידתיות כדוקטרינה לבין מבחניה. אטען כי אין לזהות את המידתיות עם מבחניה, משום שהמבחנים אינם אלא דרך להגשמתה ולהבניית ההחלטה של מנסחי חקיקה או של גופים מנהליים.

המאמר בוחן ארבע מוסכמות:

1. לדוקטרינת המידתיות יש ותק ארוך בישראל. תחילתה במשפט המנהלי, ועם חקיקת חוקי-היסוד בתשנ"ב היא עוגנה גם במשפט החוקתי, דרך פסקות ההגבלה שנקבעו בחוקים אלה. ביחס למוסכמה זו אטען כי לפני 1995 השימוש בביטוי "מידתי" היה מקרי-לשוני או נקשר ישירות להוראה סטטוטורית, כך שאין לזהות במשפט המנהלי הקודם ל-1995 דוקטרינה במובן המזוהה במאמר זה. ניתן להבין נסיונות לייצר ותק לדוקטרינה: הנמקה שיפוטית המציגה דוקטרינה חדשה או מרחיבה במידה משמעותית דוקטרינה קיימת יכולה לזהות או לייצר עבר קודם כדי להעניק לגיטימציה לעשייה העלולה להיתפס כפורצת-דרך וכמרחיקת-לכת.
 2. הדוקטרינה משמשת "עיקרון כללי במשפט", החל על בחינת עשייה שלטונית מכל סוג שהוא.
 3. אטען כי בשום שיטה הידועה לי לא הוחלה המידתיות כ"עיקרון כללי", למרות קיומן של הצהרות מסוג זה. מרכיב הפגיעה הכרחי להחלת הדוקטרינה. על הממצאים שלפיהם הפגיעה שהובילה להחלה אפשרית של הדוקטרינה הייתה פגיעה בזכות מוגנת או באינטרס פרטי מובחן אוסיף את הטענה כי גם פגיעה באינטרס חברתי מוכר, כגון הגנה על איכות הסביבה או על משאבי הדורות הבאים, יכולה להידון תוך שימוש בדוקטרינה.
3. מקובל לזהות באופן מלא בין דוקטרינת המידתיות לבין שלושת מבחני-המשנה המופעלים בעת החלטה.

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

אטען כי למרות ההתפשטות ה"ויראלית" של שלושת (או ארבעת) מבחני-המשנה כחלק משיח המידתיות, יש להבחין בין הדוקטרינה לבין המבחנים המשמשים להצרתה. הבחנה זו עשויה לסייע בפיתוח עתידי של דוקטרינה זו ושל דוקטרינות אחרות.

4. השיח הנוכחי עוסק בקישורה של הדוקטרינה ל"תרבות ההצדקה", דהיינו, יישומה של העילה מצריך הצדקה של המעשה בבית-המשפט.

אטען כי בצד פונקציית ההצדקה, לדוקטרינת המידתיות יש פונקציה חשובה לא פחות, שיש לה מקום גם כאשר המעשה אינו מותקף בבתי-המשפט. לדוקטרינה, במיוחד כפי שפותחה בפסיקה דרך החלתם של שלושת מבחני-המשנה, יש תרומה חשובה להבניית הליכים של קבלת החלטות על-ידי רשויות ציבוריות, שרובן אינן מגיעות כלל לדיון בבית-משפט.

בעיגונן של טענות אלה איעזר בדוגמאות משיטות משפט שונות. נוסף על ישראל, אתייחס לדין האירופי על שתי שכבותיו המרכזיות – משפט הקהילייה האירופית ודיני האמנה האירופית בדבר זכויות האדם – וכן לדינים הבריטיים והאוסטרליים, כאשר אלה יקדמו היבטים שונים של המאמר. בכך המאמר מספק גם ראייה לתועלות שניתן להפיק מהשוואת הסדרים קיימים במדינה אחת להסדרים מקבילים במדינות אחרות.⁹

באשר למקומו של פסק-דין בנק המזרחי – אין ספק כי בדומה לתרומתו בתחומים אחרים של המשפט החוקתי בישראל, יש באמירות הרחבות הקיימות בו גיבוש מפורט של דוקטרינת המידתיות, גם אם הדוקטרינה נולדה למעשה, מבחינה שיפוטית, חודשים מספר מוקדם יותר. העשייה השיפוטית שלאחר-מכן המעיטה במשקלו של פסק-דין בנק המזרחי בכל הקשור למידתיות, ופסקי-דין מאוחרים יותר – ביניהם אלה העוסקים במידתיות של בניית גדר ההפרדה, של השמת מסתננים ומבקשי מקלט במתקן של שירות בתי-הסוהר, ושל המדיניות בנוגע לאיחוד משפחות¹⁰ – מקבלים מקום מרכזי יותר. אף-על-פי-כן, גם בהקשר זה נותר לפרשת בנק המזרחי מקום של כבוד: כל אבני-היסוד של הדוקטרינה, כמו אבני-היסוד האחרות של המשפט הציבורי, עברו בפסק-דין זה מהפך שהשפיע באופן מהותי על העשייה השיפוטית שלאחר פסק-הדין ועל הזירה המשפטית בכללותה.

א. למהותה של דוקטרינת המידתיות – הערות ראשוניות

חלק מחוקרי המידתיות אינם מקדישים זמן רב להגדרת הדוקטרינה, מן הסתם בשל עיגונה במספר גדול של שיטות משפט, שהוביל להכרה רחבה בקיומה. כנקודת מוצא נגדיר "מידתיות" כאמת-מידה המשמשת לבחינתה של עשייה שלטונית הפוגעת בזכות או באינטרס, פרטיים או חברתיים, לשם קידומו של ערך פרטי או חברתי אחר. בתמצית מדובר אפוא

9 לתועלות הטמונות במחקר השוואתי ראו, למשל, KONRAD ZWIEGERT & HEIN KÖTZ, INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 15–26 (Tony Weir trans., 3rd rev. ed. 1998).

10 כדוגמאות מתוך שלוש הסדרות של פסקי-הדין ראו, בהתאמה, פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 5; בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717 (2013); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1 (2012).

בהפעלה של הליך מחשבתי הבוחן את היחס ההולם בין הפגיעה לבין התועלת לערך המתחרה.¹¹

1. "דוקטרינה"

הבחירה לנקוט במאמר זה את המונח "דוקטרינה" בהקשר של מידתיות, ולא את המונח "עילה", היא מכוונת. ב"דוקטרינה משפטית" כוונתי למכשיר או עיקרון מוכרים ומבוססים בשיטה משפטית, המשמשים כלי-עזר לפתרון שאלות משפטיות. דוקטרינה היא יותר מדרך הנמקה: היא מעוצבת באופן המזהה אותה כקוד המאפשר הכרעה בסוגיה, כמערך מושגי מובחן המסייע בקבלת החלטות שלטוניות ובבחינה ביקורתית שלהן. כך יש להתייחס, למשל, ל"סבירות", ל"הבטחה מנהלית", ובתחומי משפט אחרים – ל"תום-לב" ול"אשם תורם". כל אלה משמשים מילות-קוד שאליהן צמודים בדרך-כלל מבחנים להחלתן. השימוש בתיבות לשוניות מוכרות כאלה יוצר קיצורי-דרך סמנטיים ולפחות מראית-עין של אובייקטיביות ואחידות בטיפול בפרשות דומות.

אכן, יש המצביעים על זהות פונקציונלית בין עילות שכותרותיהן מגוונות, ומאחדים אותן לכלל קבוצה מובחנת. למשל, ביטי (Beatty) טוען כי למידתיות יש שמות שונים: "reasonableness" בהודו וביפן, "strict scrutiny" בארצות-הברית, ואף "toleration" בישראל, אם כי ספק אם מי מחוקרי המשפט הישראלי היה מסכים עם הזיהוי האחרון.¹² באותו אופן, יש המזהים בעשייה השיפוטית בארצות-הברית מערך הנמקתי הזהה מבחינה פונקציונלית להפעלה של דוקטרינת מידתיות.¹³ מובן שאין לכחד כי עקרונות המעוצבים מבחינה פורמלית באופנים שונים ונושאים כותרות שונות יכולים למעשה להכיל דרישה להחלת סוגים דומים של מהלכים הנמקתיים, וכי החלתם אף יכולה להוביל לתוצאות דומות. אך מטרת מאמר זה היא אחרת. הטענה כי "doctrines matter" משתלבת עם השיח על-אודות האפקט הסמלי של

11 במאמר זה איני מתייחסת לוויכוח המושגי בין אלה הרואים במידתיות דרישה לאיזון לבין אלה המציגים אותה כדרישה תוצאתנית לבדיקת היחס בין תכליות לאמצעים. תהיה דרך ההנמקה המופעלת אשר תהיה, הדגש במאמר זה הוא ביסוד הפגיעה הגלום בדוקטרינה. ראו, למשל, את כתיבתם של לוטרן ושל יאנג, את המקורות הנזכרים אצלם וכן את הצעותיהם לפיתוחים מושגיים חלופיים: Martín Luterán, *The Lost Meaning of Proportionality*, in PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 21 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014); Alison L. Young, *Proportionality Is Dead: Long Live Proportionality!*, in PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 43 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014). ראו גם Moshe Cohen-Eliya & Gila Stopler, *Probability Thresholds as Deontological Constraints* .in *Global Constitutionalism*, 49 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75 (2010).
12 DAVID M. BEATTY, *THE ULTIMATE RULE OF LAW* 163 (2004).
13 E. THOMAS SULLIVAN & RICHARD S. FRASE, *PROPORTIONALITY PRINCIPLES IN AMERICAN LAW: CONTROLLING EXCESSIVE GOVERNMENT ACTIONS* (2009). Moshe, למשל, Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L J. CONST. L. 263, 263–264 (2010) (העוסקים באיזון ובמידתיות ודנים בהבדלים המושגיים וההיסטוריים בין שתי השיטות).

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

ביטויים מקצועיים – terms of art – המשמשים קיצורי-דרך למביני-דבר ומדירים את אלה שאינם משתייכים לקבוצת המומחים.

2. מרכיב הפגיעה

על רקע הגדרתה של הדוקטרינה ככוללת מרכיב של פגיעה בזכות או באינטרס, אעסוק בהמשך המאמר בשאלה אם ראוי להציג את המידתיות כ"עיקרון כללי", בין היתר על רקע פסיקת בית- המשפט האירופי לצדק, שהגדיר את המידתיות כ- "one of the general principles of European Union law", וזאת עוד לפני שהמידתיות הוכרה באמנת ליסבון כאחד משני עקרונות-היסוד של דיני הקהילייה.¹⁴

כפי שאראה להלן, מובנים מרחיבים אלה של התיבה "מידתיות" לא יושמו מעולם. מבחינה נורמטיבית נכון לזנוח אותם, ולהחיל את הדוקטרינה רק כאשר מותקפת עשייה שלטונית שכרוך בה מרכיב של פגיעה בזכות או באינטרס מוגן משפטית. במקרה של הסדרים אחרים, כולל הסדרים מוסדיים במשפט החוקתי, כגון הגדרת היקף סמכויותיה של הרשות המבצעת או חקיקת חוקי-יסוד שהוא הוראת-שעה, לא תוחל הדוקטרינה. במישור החוקתי ייבחנו הסדרים כאלה דרך פרשנותם, ובמישור המנהלי ייעשה שימוש בעילות ביקורת אחרות. על פניו נראה שיש כאן פרדוקס: מדוע תוכר אפשרות הפגיעה בזכויות ובחירויות, דוגמת חופש הביטוי, אך הוראות מוסדיות אחרות, כגון הדרישה שתקציב המדינה יהיה שנתי (לפני כינון חוקי-היסוד (הוראות-השעה)), ייתפסו כ"מוחלטות"?

תשובה ראשונית לפרדוקס זה ניתנה לאחרונה על-ידי ברק מדינה ועשור ויצמן. מחקרם נשען על תיאוריית הזכויות של אלכסי (Alexy), המצביעה על טיבן של זכויות כסטנדרטים שיש למטב ככל האפשר, תוך הכרה בכך שטענה בעד הגנה על זכויות נדרשת להתמודד עם אינטרסים וערכים אחרים. אלכסי טוען כי הוראות ההגנה על זכויות אדם הן עקרוניות (סטנדרטים), ולא כללים. כללים נושאים מסר חד-משמעי, בעוד עקרוניות מופעלים מתוך שאיפה למיטוב – להשגת הטוב או התועלת המרביים (principles are optimization requirements). מכאן ההכרה ב"יחסיותן" של זכויות במשפט החוקתי.¹⁵ מדינה ויצמן טוענים כי היות שזכויות אדם אינן מוחלטות, אלא כפופות לאיזון, עשייה הפוגעת בזכות הפרט נבחנת תמיד על-יסוד הנסיבות הפרטניות של המקרה, ומאפיין זה מצדיק ומחייב עריכת איזונים פרטניים. הוראות מוסדיות שאין בהן פגיעה מובנית בזכות-יסוד מוגנת מן הראוי, לדידם, שיוחלו כ"כללים" מוחלטים. זאת, בשל טיבן של הוראות כאלה: גם אם החלתן עלולה ליצור עיוותים במקרים פרטניים, תועלתן רבה ביצירת כללי משחק אחידים וקבועים.¹⁶

14 ראו, למשל, Case C-331/88 The Queen v. Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fedesa, [1990] E.C.R. I-4023, I-4063 (להלן: פרשת Fedesa); Case C-491/01 The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd. and Imperial Tobacco Ltd., [2002] E.C.R. I-11453, para. 122. למקומה של דוקטרינת המידתיות כ"עיקרון כללי" במשפט הקהילייה האירופית ראו להלן ליד ה"ש 74 ואילך.

15 ALEXY, לעיל ה"ש 2.

16 ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595 (2017).

מתשובה זו, שיש לה מהלכים בתיאוריה החוקתית ובהגיונה, נלמדת עדיין ההנחה – העלולה ליצור אי־נוחות – שהשיטה מעניקה חשיבות פחותה להגנה על זכויות אדם. ניתן לפתח טענה זו באופן שיפחית במידה ממשית את תחושת אי־הנוחות. אולם לשם כך ראוי להפוך על פניה את התזה של אלכסי: בהחלת דרישה של מידתיות יש ראשית כל משום הכבדה של אפשרות הפגיעה, ולא מתן אפשרות לפגוע. במשטר דמוקרטי עשייה שלטונית שיש בה פגיעה באינטרסים, פרטיים או חברתיים, היא "חשודה", משום שתפקידו של השלטון הוא להגן על האינטרסים של תושבי המדינה ושוֹקֵיהָ, ולא לפגוע בהם. דוקטרינת המידתיות מאפשרת פגיעה רק בהתמלא תנאים מסוימים, המשקפים מתן משקל לשיקולים אחרים, אך איסור הפגיעה נותר נקודת המוצא. כך, יש לבחון את דוקטרינת המידתיות לא כדוקטרינה המאפשרת הגבלה של זכות או אינטרס, אלא גם – ובעיקר – כדוקטרינה המציבה מחסומים להגבלה זו, בדמות הדרישה שהפגיעה המותקפת לא תהיה חמורה מן המינימום הנדרש. לא בכדי המידתיות נדונה ברגיל ככלי שנועד להגן מפני פגיעה, ולא ככלי שנועד לאפשר פגיעה. באשר להוראות חוקתיות "מוסדיות" – אלה יכולות להיות מוגנות יותר אם הן מנוסחות באופן מוחלט, באופן התואם את עמדתם של מדינה וויצמן, אך ייתכן שתגולם בהם אפשרות לחרוג מהן או לעדנן. בכל מקרה, הוראות אלה יועמדו לפרשנות, העשויה לאפשר גמישות במקרים הנדרשים.

במשפט המנהלי קיימת למעשה גישה כזו. הנטייה להימנעות שיפוטית מביקורת על מדיניות כללית הוצדקה באופן מסורתי על בסיס מתן מרחב של שיקול־דעת לרשות המנהלית. כך, גם בשיטות שבהן זכתה הסבירות בפיתוח של ממש, ובראשן ישראל, נותרה נטייה זו, המבחינה בין פגיעה בפרט לבין עשייה שלטונית שאינה כורכת עימה פגיעה כזו.¹⁷

ב. לידתה של הדוקטרינה בישראל

פסק־הדין בעניין בנק המזרחי¹⁸ נתפס אצל רבים כהחלטה השיפוטית שבמסגרתה נולדה ההכרה בדוקטרינת המידתיות, בעוד אחרים מבקשים לזהות את לידתה של הדוקטרינה בתקופה קודמת בהרבה. במרכז הדיון הראשון במאמר אני מקשרת בין חקיקתם של חוקי־היסוד בתשנ"ב לבין ההכרה בדוקטרינה, תחילה דווקא בהקשרים של תקיפת עשייה מנהלית. בחודש נובמבר 1994, שנה בדיוק לפני מתן פסק־הדין בעניין בנק המזרחי, נכללו בהחלטתו של השופט זמיר בעניין יורונט המשפטים הבאים:

המידתיות היא כלל מקובל וחשוב במדינות שונות... היא נוהגת גם במשפט ישראל מאז ומתמיד, בענפים שונים, לעתים מכוח התחיקה ולעתים מכוח

17 לדין רחב יותר בעניין זה ראו להלן חלק ג(ד)2.

18 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1.

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

הפסיקה. לאחרונה הוכרה המידתיות על-ידי בית-משפט זה כעיקרון שיש בו כדי להנחות ולהגביל את הרשות המינהלית בהפעלת סמכויותיה.¹⁹

ההנחה כי למידתיות יש אופק היסטורי רחוק משותפת לרבים מן העוסקים בסוגיה. הנשיא הנכנס ברק, בפסיקתו בפרשת בנק המזרחי, מכריז כי "בעבר נזקקנו לעקרון המידתיות במשפט המינהלי", ומחזק את דבריו באזכור שלושה פסקי-דין, שבהם נעסוק להלן.²⁰ זו גם עמדתו של השופט חשין בשנת 1999, הגורס כי "מבחינה היסטורית, קדמה עילת המידתיות לעילת הסבירות – אותה עילת סבירות כפי שהיא מוכרת לנו כיום".²¹ אך האם באמת נהגה המידתיות בישראל "מאז ומתמיד"?

נטייתם של שופטים לחדש חידושים ובו-בזמן לטעון כי אותם חידושים בדיוק כבר מעוגנים היטב בשיטה המשפטית אינה מיוחדת למקרה זה, אינה מיוחדת לשופטים ואף אינה מיוחדת לישראל.²² מטרתו הראשונה של חלק זה של המאמר היא לדחות את זיהויה של המידתיות כדוקטרינה מבוססת היטב מבחינה היסטורית, ולאתר את שורשיה האמיתיים במשפט הישראלי. בחינה מדוקדקת מעלה כי המידתיות, כדוקטרינה מובחנת, אומצה אל תוך המשפט הציבורי דרך המשפט החוקתי, בשל זיהויה כמרכיב של פסקת ההגבלה של חוקי-היסוד מתשנ"ב. אימוצה במשפט המנהלי נעשה תוך כדי תהליך זה, תוך שטוש ההבחנה בין המקורות השונים של הדוקטרינה, שנדונו בחלק הקודם, באופן המעמעם את מהותה של המידתיות הישראלית.

- 19 בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 435, 412 (1994). אך השוו לדבריו שם שלפיהם "זהו עיקרון בסיסי ורחב, שעד כה, משום מה, לא זכה במשפט ישראל למעמד ולמשקל שהוא ראוי להם".
- 20 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436. פסקי-הדין שאזכרו הם בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993); פרשת יורונט, לעיל ה"ש 19; בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1995). לאותו סוג של הדגשה ראו גם פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 837, שם מודגשים טיבו האוניורסלי של העיקרון כמו-גם עיגונו במשפט המנהלי הישראלי (ראו אזכור להלן ליד ה"ש 72).
- 21 בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 777, 728 (1999).
- 22 ראו, למשל, את פסיקותיהם של שופטים אוסטרלים המקדמים אימוץ של דוקטרינת המידתיות בשיטתם: 3: para. H.C.A. [2015] 34. McCloy v. State of New South Wales (המידתיות היא קבוצה של אמות-מידה "which have been developed by this Court over many years"). בהתאם לטענתי במאמר זה, אין לזהות הנמקה שיש בה מובן של איזון תועלות מול נזקים או של צדק מאזן כ"דוקטרינה משפטית" מובחנת. האמירה דלעיל נועדה להדגיש כי למידתיות יש עבר עשיר כדוקטרינה נפרדת ומובחנת, אף שהמציאות אינה תומכת בהכרח בהדגשה זו. ראו גם את טענותו של Craig שלפיה התקיימה דוקטרינה של מידתיות בפסיקתם של בתי-המשפט האנגליים למן סוף המאה השש-עשרה: Paul Craig, *Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective*, in GENERAL PRINCIPLES OF LAW: EUROPEAN AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 145 (Stefan Vogenauer & Stephen Weatherill eds., 2017). אחרים מרחיקים עד העת העתיקה. Poole איתר "מידתיות" בכתיבתם של אפלטון ויקרו: Thomas Poole, *Proportionality in Perspective*, 2010 N.Z. L. REV. 369. ראו גם אזכור דומה בהרצאתה של Susan Kiefel, *Proportionality: A Rule of Reason*, 23: Pub. L. Rev. 85, 86–87 (2012) (להלן: Kiefel (2012)).

תרומה אקדמית להכרה במידתיות ככתב-בית בישראל מאז ומעולם, אף אם במשפט המנהלי, תרמו שני מאמרים של זאב סגל בשנות התשעים של המאה הקודמת. המאמר הראשון פורסם בשנת 1990, ועסק ב"עילת העדר היחסיות" (מינוח ה"מידתיות" טרם גובש באותן שנים). סגל התמודד עם סוגיה שטרם הגיעה אז לכלל פתרון מוסכם: מהותה של עילת הסבירות. בדונו בשאלה בדבר קיומה של עילה זו כעילה עצמאית, הוא העלה לדיון אפשרות עתידית של אימוץ עילת העדר יחסיות כעילה שתספק הצדקה ראויה יותר להתערבותו של בית-המשפט במקרים שבהם ראוי להתערב.²³

חיזוק לטענתו כי ליחסיות יש מקום במשפט המנהלי הישראלי מביא סגל במאמר שפרסם שלוש שנים מאוחר יותר, לאחר חקיקתם של חוקי-היסוד.²⁴ במאמרו זה התמקד סגל בעניין תורקמאן,²⁵ שנפסק בפברואר 1993, כשנה לאחר קבלתם של חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכוללים כידוע פסקת הגבלה המבססת מבחינה טקסטואלית את אפשרות אימוצה של הדוקטרינה. באותו מקרה הותקף שיקול-דעתו של המפקד הצבאי שהחליט לאטום את ביתו של העותר לפני הריסתו, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה [שעת חירום] (להלן: תקנה 119). תוך אזכור מאמרו הראשון של סגל ופסיקה קודמת, שאליה אדרש מייד, קובע השופט ברק כי בהפעלת שיקול-דעת סביר על בעל הסמכות לבחון את דרגת החומרה של המעשה אל מול חומרת האמצעי שינקוט בעל הסמכות לפי תקנה 119. הקישור לסבירות ולניתוח שעניינו שקילה, בלא זיהוי ברור של דוקטרינה, מגובה באזכור של שלושה פסקי-דין העוסקים אף הם בהחלטות להרוס בתים מכוח התקנה. גם הם אינם מבססים הכרה בדוקטרינה מובחנת של מידתיות, הנפרדת במהותה מעילת הסבירות.²⁶ פסק-הדין השני מביניהם, ההחלטה בעניין ג'בארין, ניתן כשנה קודם להכרעה בעניין תורקמאן, יום אחד בלבד לאחר קבלתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק בנוסחו הראשון. לראשונה בתולדות בית-המשפט העליון נעשה כאן שימוש במונח "מידתיות" – כאמור, בלא זיהוי של דוקטרינה מובחנת:

23 זאב סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507 (1990).

24 זאב סגל "סמכות בטחונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית" משפט וממשל א 477 (1993).

25 עניין תורקמאן, לעיל ה"ש 20.

26 ראו, לפי סדר כרונולוגי של נתינתם, בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אוור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439 (1982) (שם נאמר כי בשל חומרת האמצעי יש לעשות בו שימוש רק לאחר שקילה ובדיקה, ובמקרים מיוחדים בלבד); בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(1) 860, 858 (1992) (שניתן ב-4 במרץ 1992 – יום אחד בלבד לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק בנוסחו הראשון) ("הסמכות על-פי סעיף 119... צריכה להיות מופעלת בצורה סבירה. משמעות הדבר, בין השאר, כי חייב להתקיים קשר ענייני בין חומרת המעשה המיוחס לפלוני לבין האמצעי הביטחוני הננקט נגדו"); בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 699–700 (1992) (שם נאמר כי מדובר בסנקציה חריפה, ועל-כן השימוש בה "ייעשה תוך הפעלת שיקול-דעת ענייני ואשר אינו מוכתם בעליל באי-סבירות בולטת"; עוד מפורטים בפסק-דין זה שיקולים אחדים שעל המפקד לשקול, ביניהם חומרת המעשים וחומרת התוצאה, אך גם מודעותם של הדיירים האחרים למעשים והאפשרות לפצל בין מגוריו של המפגע למגוריו של אחרים).

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

בפסק-הדין נקבע כי בהפעלת שיקול-הדעת על בעל הסמכות לפעול תוך מציאת "מידתיות ראויה בין התנהגות העותר לבין האמצעי ההרתעתי שנקט המשיב".²⁷ עד כאן הפסיקה המקובלת בדיון על-אודות ההיסטוריה של המידתיות. במאמרים ובפסיקה דלעיל אין כמעט זכר לקבוצה נפרדת של פסקי-דין שבהם הופעלה הנמקה שוות-ערך למידתיות עוד לפני קבלת חוקי-היסוד: פסקי-דין שעסקו בהתקנת חקיקת-משנה שנועדה במקורה להפעלה בשעת חירום. אך גם פסקי-דין אלה אינם מספקים בסיס היסטורי לעילת מידתיות.

כיוון אפשרי היה יכול להיות ניתוחו של השופט ברק בפרשת רוזן, שבה הותקף השימוש בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957 (להלן: חוק הפיקוח), ובפקודת היבוא והיצוא בנוסחה הקודם (פקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס (הגנה) 1939). לענייננו די בהתמקדות בחוק הפיקוח, שסעיף 3 בו קובע כי "לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה, אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, למניעת הפקעת שערים וספרות או למניעת הונאת הציבור". בדונו בתיבות "יסוד סביר להניח", זיהה השופט ברק שלושה יסודות של שימוש בסמכות: מטרה כדין, אמצעי כדין והתאמה של האמצעי למטרה.²⁸ אולם יסודות אלה נשענו על בסיס טקסטואלי, והוצגו שם כדרך לבחון את חוקיותו של שיקול-הדעת בהתקנת צו פיקוח, ולא כמבחן מידתיות כלשהו. יתר על כן, בעת נתינתו לא זוהה פסק-הדין כמגבש תנאי של מידתיות, וגם בפסיקה מאוחרת יותר, אך עדיין קודמת לשנת 1992, לא זוהו יסודות אלה כמבססים עילה מובחנת. בעניין ח.ס.ה. משנת 1990, שגם בו נדונה פעולה מכוח חוק הפיקוח, התבססה ההכרעה על מגוון האפשרויות שהיה השר יכול לאמץ, ונמצא כי שיקול-הדעת שהופעל היה שגוי, שכן היו אמצעים נוספים שהיה אפשר להפעיל לשם קידום המטרה. אולם הבסיס לדיון הוא הוראת החוק, ואין דיון מובחן בדוקטרינה של מידתיות.²⁹ הוא הדין בפסיקה מאותן שנים שעסקה בהתקנת תקנות שעת חירום. סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, שהסדיר בשעתו את הנושא, אפשר את הסמכתם של ראש ממשלה או שר להתקין תקנות שעת חירום "ככל אשר ייראה לו לטובת הגנת המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים". למרות ההבדלים בין ההסדרים שנקבעו בחוק הפיקוח ובפקודת סדרי השלטון והמשפט – סעיף 9 הקנה שיקול-דעת רחב יותר, לפי ניסוחו – אימץ בית-המשפט בשנות השמונים והתשעים את יסודותיה של הלכת רוזן, אבל גם כאן רק במסגרת דיון כללי בשיקול-הדעת.³⁰

ההסדרים האמורים עברו שינוי במקביל לחקיקת חוקי-היסוד המגינים על זכויות האדם. בחוקי-יסוד: הממשלה, שהתקבל כשבועיים לאחר קבלת חוקי-יסוד: חופש העיסוק ונהפך למקור המשפטי להסדרת הכרזה על מצב חירום והתקנת תקנות שעת חירום, נוסף תנאי

27 עניין ג' בארין, לעיל ה"ש 26, בעמ' 860 (ועוד: "חייב להתקיים יחס ענייני – יחסיות או מידתיות ראויות – בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעי הננקט על-ידי השלטון" (שם)).

28 ע"פ 790/78 רוזן נ' שר המסחר, התעשייה והתיירות, פ"ד לג(3) 290, 281 (1979).

29 בג"ץ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456 (1990).

30 ראו בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233 (1984); בג"ץ 2994/90 פורו נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (1990).

מידתיות להסדר שעניינו התקנת תקנות שעת חירום: "לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת".³¹ במקביל קישר בג"ץ בין הסוגיה לבין מידתיות, בין היתר בפרשת פריצקי משנת 1999.³² כך, שבע שנים לאחר חקיקת חוקי-היסוד, וארבע שנים לאחר אימוץ הנוסחה התלת-שלבית, נהפכה דוקטרינת המידתיות למסלול ההנמקה המקובל והרגיל.

כמבוא לסיכום-ביניים יהיה מתאים ויפה לצטט מעט ממאמר של השופט פרופ' יצחק זמיר שבו השווה בין המשפט המנהלי של ישראל לבין זה של גרמניה. עיסוקו במידתיות בישראל נחלק לדיון במישור הכללי, לדיון במישור החוקתי ולדיון במישור המנהלי:

עיקרון המידתיות בא לידי ביטוי בענפים שונים של המשפט בישראל. אכן, זהו עיקרון בעל תחולה כללית, המשקף תפיסת יסוד באשר להתנהגות ראוייה, ובכלל זה דרישה להגינות מינהלית. לאחרונה אף ניתן לעיקרון זה מעמד על-חוקי. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע (בסעיף 8) כי אין לפגוע בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא, בין השאר, "במידה שאינה עולה על הנדרש".

ובמשפט המינהלי? משום מה הזניח בית-המשפט עד לאחרונה את המידתיות, כעילת ביקורת על המינהל הציבורי. אמנם, מי שקרא את פסקי-הדין של בית-המשפט הגבוה לצדק גם בין השורות, יכול היה להיווכח כי, בפועל, אימץ בית-המשפט מאז ומתמיד את עיקרון המידתיות. אולם בכל פסקי-הדין הסתתרה המידתיות מאחורי עילה אחרת, כגון חוסר סבירות או איזון אינטרסים, ומכל מקום – נותרה בת בלי שם.³³

לאמירות שלפיהן מאז ומתמיד הוכרה המידתיות כעיקרון כללי אין למצוא בסיס במשפט הציבורי הישראלי. כדוקטרינה מובחנת נולדה המידתיות יחד עם ההכרה שהמשפט החוקתי שעניינו ההגנה על זכויות האדם כולל צורך בתחימת היקפי הגבלתן של זכויות אלה. מכאן פותחה הדוקטרינה ככזו החולשת על כל חלקי המשפט הציבורי. ניתוח הפסיקה מוכיח כי כל עוד לא קיבלה השיטה את המסגרות הפורמליות בחוקי-היסוד, לא גובשה עילה מובחנת של מידתיות. הנמקות שעניינן שקילה של נזק מול תועלת, במסגרת פיקוח על שיקול-דעת מנהלי, לא הגיעו לכלל יצירה של דוקטרינה.

כ"טוויסט" סופי בעלילה נזהה להלן את ימיה הראשונים של הדוקטרינה. אף שיש הנוהגים לראות בפסק-דין בנק המזרחי את פסק-הדין שהתווה (בין יתר הנושאים הרבים שבהם הוא דן) את מהותה ואופני החלתה של עילת המידתיות, ההזדמנות להכיר ולהכשיר את הדוקטרינה נקרתה לפני בית-המשפט העליון בפרשת בן-עטייה, שהוכרעה ביולי 1995, כמעט ארבעה חודשים לפני ההכרעה בפרשת בנק המזרחי.

31 ס' 50(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214. אותו נוסח מופיע גם בנוסח המאוחר יותר של חוק-היסוד. ראו ס' 39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

32 בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999).

33 יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 132 (1994).

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

באותו מקרה נדונה הוראה של שר החינוך, שפורסמה בחוזר, שלפיה המדיניות של מתן פטור מבחינת-בגרות חיצונית במקצוע שעלה בגורל לא תחול על בתי-ספר "שאירעו בהם מקרים חמורים של פגיעה בטוהר הבחינות". בהתאם להוראה זו נפסלו חמישה-עשר בתי-ספר תיכוניים שהתגלו בהם מקרי העתקה בבחינות-הבגרות בהיקפים ניכרים. הורי תלמידים באחד מבתי-הספר האלה, שנמצאו בו העתקות במשך שלוש שנים שקדמו להחלטת הפסילה, טענו כי ההחלטה בלתי-סבירה, לוקה בהפליה פסולה ועומדת בסתירה לחוקי-היסוד.³⁴ עיקר הדיון השיפוטי נסמך על טענת אי-הסבירות. השופט קדמי מתמקד רק בעילה זו, ומגיע למסקנה כי ההחלטה האמורה פסולה. למשנה לנשיא ברק, המסכים עם קביעותיו של חברו, היוותה הפרשה הזדמנות לגבש, לראשונה, דוקטרינה מובחנת של מידתיות. אף שהעותרים טענו להפליה ולפגיעה בחוקי-היסוד, ניתוחו של ברק הוא כללי, ואינו מזהה פגיעה חוקתית – מאפיין שאליו נשוב בהמשך המאמר. ברק פותח בדיון השוואתי. הוא קובע, ראשית, באופן התואם את הניתוח עד כה, כי "מקורו [של עקרון המידתיות] בחוקותיהן של המדינות השונות", אך מצרף לכך את ההכרה בעיקרון זה גם במסגרת משפטן המנהלי של מדינות רבות.³⁵ לאחר חזרה על ההסכמות שנדונו לעיל, שלפיהן המידתיות הייתה תמיד חלק משיטת המשפט, ברק פונה ל"מהותה של המידתיות ויסודותיה". הקונקרטיזציה של המידתיות ברוב שיטות המשפט שאימצו אותה נעשית על-ידי קבלת שלושה יסודות, הלא הם מבחני-המשנה המוכרים לכל מי שפגש אי-פעם טקסט העוסק במידתיות. ביישום מבחני-המשנה נמצא כי אף לא אחד מהם התקיים, וקביעה זו הובילה לזיהוי פגם נוסף בהחלטה – פגם של העדר מידתיות.³⁶ לנוכח הסכמתו של השופט השלישי במוחב, השופט טל, לניתוח המידתיות, הוכר ניתוח זה של המשנה לנשיא ברק כיותר מאמירת-אגב גרידא וכבסיס שני לקבלת העתירה. כך נמצא הבסיס למידתיות שנדונה, בין יתר הסוגיות, בפרשת בנק המזרחי, שהובילה, בסופו של דיון, לדחיית הערעור המרכזי והטענות לעניין אי-חוקתיותו של החוק. כל המרכיבים המקובלים בדיון אשר נסמך על דוקטרינת המידתיות ומפרט את מרכיביה מצויים כאן. שניים מן השופטים, הנשיא (בדימ') שמגר והנשיא ברק, מרחיבים בדיון. אזכור כתיבתו המוקדמת של זאב סגל – כראיה לקיומה של המידתיות מאז ומתמיד – מצטרף לסקירות השוואתיות, לזיהוי המידתיות הגלומה בתיבות "במידה שאינה עולה על הנדרש" בפסקת ההגבלה, לזיהוי מבחני-המשנה של המידתיות ולהחלתם של אלה, אף אם לא ברמת הפירוט המצוייה בפסיקה מאוחרת יותר. ההקשר המזוהה על-ידי השופטים הוא חוקתי, באשר הטענה המרכזית של המערער הייתה לפגיעה בזכות הקניין כתולדה של חקיקת חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993.³⁷ עניין בן-עטייה נזכר בקצרה על-ידי שניים מהשופטים, אבל בשני

34 עניין בן-עטייה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 5-6.

35 שם, בעמ' 9.

36 שם, בעמ' 10-16. כל המרכיבים שהוצגו לעיל מצויים גם כאן בפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק: מאמריהם של סגל (לעיל ה"ש 23 ו-24) ושל זמיר (לעיל ה"ש 33), ההחלטות בעניין תורקמאן (לעיל ה"ש 20) ובעניין יורונט (לעיל ה"ש 19), ופסקת ההגבלה בחוקי-היסוד מתשנ"ב.

37 ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 345-348 (מפי הנשיא (בדימ') שמגר, המציע מבחני-משנה שונים במידת-מה מאלה שהוצעו על-ידי הנשיא ברק ונהפכו למשנה הסדורה של

המקרים כחלק מן המכלול שנדון קודם. אצל ברק נזכרים, בין היתר, כתיבתו של סגל, עניין תורקמאן ועניין יורונט. שלושת מבחני-המשנה, שזוהו והוסברו בפרשת בן-עטייה, מקושרים בפסק-דין בנק המזרחי למשפט ההשוואתי יותר מאשר לפסק-הדין שניתן זמן קצר קודם לכן.

ג. היקף התחולה של דוקטרינת המידתיות

1. בין "המשפט החוקתי" ל"משפט המנהלי"

השיח על-אודות המידתיות מזמן אפשרות לדון בטיבה ובנאותותה של ההבחנה בין המשפט החוקתי למשפט המנהלי.

בפרק הקודם הוצג השיח המוסכם, שעל-פיו לידתה של עילת המידתיות בישראל במשפט המנהלי, ומשם היא חדרה למשפט החוקתי. שיח זה הוחלף בפרק הקודם בטענה כי לידתו המושגית של העילה באה עם ההכרה בהגנה על זכויות-יסוד דרך חוקי-היסוד מתשנ"ב. ההנחה שלפיה "המשפט המנהלי" קדם ל"משפט החוקתי" מבוססת על הבחנה מוטעית בין שני תחומים אלה. אין כוונתי כאן לטיעון – הראוי כשלעצמו – שלפיו אין מקום להבחנה ונכון יותר לעסוק ב"משפט הציבורי", אלא לטיבה של ההבחנה הנעשית בהקשר זה: דומה שהגרסה המוסכמת מבססת את עצמה על הבחנה טכנית מבוססת-סעד, ולא מבוססת-תוכן.

נפתח באחת הסקירות על-אודות מקורה ההיסטורי של עילת המידתיות, המופיעה בתחילת דיונו של הנשיא ברק במידתיות בפסק-דין בנק המזרחי, שחלקו כבר צוטט לעיל: "בעבר נזקקנו לעקרון המידתיות במשפט המנהלי... עתה ניתן לו מעמד חוקתי".³⁸ שלושה פסקי-דין מאוזכרים כתמיכה לטיעון: תורקמאן, יורונט ובן-עטייה. אך האם יש לזהות את שלושתם כמשתייכים למשפט המנהלי?

נראה שהבסיס להבחנה זו בין "משפט מנהלי" ל"משפט חוקתי" היה טכני פשוט: בכל אחד מפסקי-דין אלה הותקף מעשה מנהלי, והסעד שהתבקש היה סעד של ביטול המעשה האמור. בכך, לפי הבחנה זו, פרשות אלה נבדלות מפרשת בנק המזרחי, שבו הסעד שהתבקש היה בטלות החוק. אך האם זהו המבחן שיש לנקוט?

לפי הבחנה זו, פסק-הדין בעניין מילר³⁹ משתייך למשפט המנהלי, ולא למשפט החוקתי, משום שבעתירה זו לא הותקף שום מעשה חקיקה, אלא הותקפו הוראות פנימיות של צה"ל. כך גם מספר גדול של פסקי-דין אחרים שעניינם בתקיפה של עשייה הפוגעת בזכויות אדם אך אינה מבוססת בחקיקה. הבחנה כזו אינה מתקבלת על הדעת, וגם אין בסיס פורמלי לאימוצה.⁴⁰ כל

המידתיות), 436–439, 444–446 (מפי הנשיא ברק), 470 (מפי השופט זמיר). שני שופטים נוספים מתייחסים למרכיב המידתיות, אך בלא דיון מהותי (השופט לוין, שם, בעמ' 467, והשופט גולדברג, שם, בעמ' 576).

38 שם, בעמ' 436.

39 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

40 די להזכיר כאן כי פסקת ההגבלה מאפשרת פגיעה בזכות-יסוד גם "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). בכך גלומה הכרה בכך שפגיעה בזכות יכולה להיגרם גם בחקיקת-משנה או אף בעשייה מנהלית יחידנית.

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

עשייה שיש בה פגיעה בזכויות-יסוד משתייכת למשפט החוקתי, כולל עניין תורקמאן, שעניינו הריסת בית לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, ועניין יורונט, שעניינו חופש העיסוק. לפי תפיסה זו, פרשת בן-עטייה נבדלת משני אלה, משום שבפרשה זו דובר בהחלטה מנהלית המשליכה על פרטים, אך לא היה בה משום פגיעה ישירה בזכות אדם מוכרת. העותרים אומנם טענו כי במניעת הפטור מבחינת-הבגרות הופלו תלמידי בית-הספר יחסית לאחרים, אך ההכרעה אינה מבוססת כלל על טענת הפליה, ובכך טמון הבדל מהותי מההכרעה בעניין מילר, למשל. על-פי הבחנה מבוססת-תוכן, ולא מבוססת-סעד, כל סוגיה המקושרת להגנה על זכויות אדם תוכר כחלק מן המשפט החוקתי, גם כאשר מדובר בעשייה מנהלית הפוגעת בזכות אדם. כך גם כאשר מדובר בתקיפה של חוק או עשייה מנהלית בטענה שהם סותרים הוראה של חוק-יסוד אחר או עקרונות חוקתיים לא-כתובים (אם השיטה מכירה בכאלה). במקרה של תקיפת מעשה מנהלי כזה, ביקורת העשייה יכולה להתקיים בשני המישורים: על מאגר טענות התקיפה מן המשפט החוקתי ייתוסף מכלול העילות מן המשפט המנהלי במישורי הסמכות, ההליך ושיקול-הדעת. מעשה מנהלי "טהור", שאינו מקים טענה כלשהי המקושרת להוראה או לעיקרון חוקתיים, ייבחן רק לפי כללי המשפט המנהלי.⁴¹ ניתן להניח כי לאחר חקיקתם של חוקי-היסוד מתשנ"ב ומתן פסק-הדין בעניין בנק המזרחי, זו אכן ההבחנה שהשתרשה במשפט הציבורי.

אחת מטענותיי במאמר זה היא שהפרדה בין המשפט החוקתי למשפט המנהלי היא לא רק חסרת תוחלת, אלא יש בה גם פגיעה בגיבוש הבנות ראויות על-אודות טיבה של העשייה השלטונית במדינה דמוקרטית ובפיתוח תיאוריות במשפט הציבורי. במדינה הדמוקרטית המודרנית, במיוחד במשטרים פרלמנטריים אך גם במשטרים נשיאותיים, כוחותיהן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת לקבוע הוראות משפטיות משתלבים זה בזה. די לציין כאן כי לנשיא ארצות-הברית יש יכולת חוקתית לקבוע הסדרים גם כאשר הקונגרס הלעומתי מונע ממנו את האפשרות לקבע אותם בחקיקה או כאשר הוא נתקל בהתנגדות מצד סוכנויות רגולטוריות בעלות עוצמה. ההשתלבות האמורה נכונה על אחת כמה וכמה כאשר לראש ממשלה יש כוח פוליטי לכוון את בית-המחוקקים בכיוון המדיניות שעל בסיסה נבחרה ממשלתו. "העברת" פעולה מהשדה המנהלי לשדה החוקתי או להפך אינה צריכה להשפיע על הנחות-היסוד העומדות בבסיס הערכתה של הפעולה. ראוי אפוא שבחינתה של עשייה שלטונית תצמצם ככל האפשר את השפעתו של המימד המוסדי, ותיתן משקל משמעותי לתוכנה של ההוראה המותקפת. למסקנה כללית זו יש השלכות גם באשר למהותה ולהפעלתה של דוקטרינת המידתיות, במיוחד בכל הנוגע בהיקף תחולתה במקרים שאין בהם טענה לפגיעה בזכות אדם מוכרת משתייכת למשפט החוקתי.

41 לגישה אחרת, העוסקת ב"היגיון" של המשפט המנהלי או בדרכי ההערכה וההנמקה במשפט המנהלי, המשפיע לאחרונה על המשפט החוקתי בישראל ומחוץ לה, ראו עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" עיוני משפט לז 713, 716 (2016). לדיון בדוקטרינת המידתיות במשפט המנהלי ראו דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך ב 771–792 (2010).

2. ארבעה הקשרים של תחולה

ניתן להבין את התמקדותם של חוקרי המשפט החוקתי בהגנה על זכויות אדם, אך בפרק זה אראה כי במסגרת המשפט הציבורי (החוקתי והמנהלי) קיימים שני הקשרים נוספים להחלת הדוקטרינה, והקשר שלישי הנדחה במאמר זה. נוסף על הבניית ההגנה על זכויות וחירויות שהוכרו ועוגנו במערך החוקתי, דוקטרינת המידתיות הוחלה בישראל גם במסגרת הבניית ההגנה על אינטרסים של הפרט שאינם עולים כדי זכויות מוכרות. על כך יש להוסיף כי ראוי שהיא תוחל גם כאשר נדונה פגיעה באינטרסים בעלי תחולה חברתית. לעומת זאת, יש לדחות אמרות לעניין תחולתה של הדוקטרינה כ"עיקרון כללי" ככל שמדובר בתקיפת הסדרים מוסדיים שאין להם קשר מובהק לאינטרסים פרטיים או חברתיים, וזאת בשל טבעה המובחן של הדוקטרינה. למעשה, לסוג כזה של החלה גם אין בסיס במציאות. כאשר אין מדובר כלל בפגיעה – למשל, בהקשרים מוסדיים טהורים – יכול שעילת הסבירות או עילות אחרות יבואו לעזרם של הטוענים נגד עשייה שלטונית.

(א) הגנה על זכויות אדם

אפתח בדיון בהקשר של זכויות אדם, שהוא ההקשר המרכזי שממנו נשאבו עקרונות הדיון המקובל במידתיות, בלא הבחנה בין הקשר חוקתי זה לבין הקשרים חוקתיים אחרים. לחוקרי המשפט החוקתי המתמקדים בזכויות יסוד אין קושי מיוחד בהבנת מהותה של הדוקטרינה. לדידם, "מידתיות" היא מכשיר הצדקתי לאיזון בין הצורך להגן על זכות מוגנת של הפרט לבין הצורך להגן על זכויות או אינטרסים מנוגדים. ההתמקדות בהגנה על זכויות פרט אנדמית לעיסוקם של חוקרים אלה. הכרוזת כגון "[t]o speak of human rights is to speak of proportionality"⁴² נתפסות לעיתים קרובות כבעלות תוקף דו-צדדי: רוב-רובה של הכתיבה בנושא המידתיות עוסקת בפגיעה בזכויות אדם.⁴³

אין חולק כי רבים מאוד מפסקי-הדין הישראליים המרכזיים שהנמקתם מתמקדת במידתיות עסקו בפגיעה בזכויות האדם המוגנות בחוקי-היסוד מתשנ"ב, תוך יישום פסקות ההגבלה בחוקי-יסוד אלה. לפסקי-הדין בפרשת בנק המזרחי, שעסק בזכות הקניין, מצטרפים, בין היתר, ההחלטה בעניין לשכת יועצי השקעות בישראל (המקרה הראשון שבו נפסלה הוראת חוק בשל היותה בלתי-מידתית), פסקי-הדין בעניין בית סוריק, פסקי-הדין בעניין הפעלתו של בית-סוהר

Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber, *Introduction, in* PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 1, 1 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014). ראו גם את הדיון במידתיות אצל BEATTY, לעיל ה"ש 12.

43 ראו, למשל, ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 4 (כותרת-המשנה של הספר היא "הפגיעה בזכות החוקתית ומגבלותיה"); COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 2; מידתיות במבט ביקורתי ומשווה, לעיל ה"ש 4.

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

בניהול פרטי וכן סדרת פסקי-הדין שעניינם החזקת מבקשי מקלט/מסתננים במתקנים של שירות בתי-הסוהר.⁴⁴

בסיס תיאורטי חשוב בעניין זה סיפק רוברט אלכסי. לדידו, קיים קשר הכרחי בין הכרה משפטית בזכויות האדם לבין תפיסות של מידתיות: בשל היותן עקרונות שיש להגשימם במידה הגבוהה ביותר האפשרית, בחינת היקף ההגנה על זכויות האדם מחייבת הערכה של אפשרות ההגנה מול הצורך להתחשב בעקרונות מנוגדים.⁴⁵ לא הכל מסכימים עם תזה זו,⁴⁶ אך לענייננו די בהדגשת הקשר האמיץ – אשר לדידו של אלכסי טמון במהותן של זכויות האדם – בין ההגנה עליהן לבין מושג המידתיות.

ניתן להבין את ההתמקדות המחקרית בפועלה של הדוקטרינה בתחום ההגנה על זכויות האדם, שכן רוב-רובם של העוסקים במידתיות הם אנשי המשפט החוקתי או הבין-לאומי ההומניטרי. רבים מן העוסקים בדוקטרינה בהקשר זה מכירים בכך שהדוקטרינה מזוהה כ"עיקרון כללי" בעל תחולה רחבה יותר, אך הם שבים ומתמקדים במצבים שבהם נפגעת זכות מוגנת, ואינם מקדישים להיבט הכללי תשומת-לב מיוחדת – שוב, באופן מובן, לנוכח עניינם המחקרי העיקרי.

מוקד זה אינו ייחודי לישראל, כמובן. במדינות רבות שאימצו מגילת זכויות אדם נהפכה דוקטרינת המידתיות לכלי המרכזי למדידת חוקתיותן של פגיעות בזכויות-יסוד מוגנות. זאת, אף שבחוקות ובמגילות זכויות האדם אין שימוש בביטוי המפורש "מידתיות" (proportionality). חוקת גרמניה (ה-Grundgesetz) אינה מכילה הוראה מפורשת המזכירה את הדוקטרינה, אך זו הוכרה כעיקרון חוקתי ומוחלת ברגיל כאשר עולה טענה של פגיעה בזכות.⁴⁷ באופן דומה, כמה מהוראות האמנה האירופית בדבר זכויות האדם מגינות על זכויות בלא דרישת מידתיות, וכוללות רק דרישה שהפגיעה תיעשה בחוק ופירוט של נסיבות שבהן תותר הפגיעה.⁴⁸ עם זאת, רוב ההוראות באמנה כוללות פסקות הגבלה בנוסחים משתנים, כגון "to the extent strictly necessary" ו-"necessary in a democratic society", תוך הצמדת תכליות

44 ראו, בהתאמה, עניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל ה"ש 5; פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 5; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: פרשת המרכז האקדמי (2009)); עניין אדם, לעיל ה"ש 10; בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015).

45 ALEXY, לעיל ה"ש 2.

46 לכתובה מאוחרת יותר של אלכסי המתמודדת עם כמה מן הביקורות ראו Robert Alexy, *Thirteen Replies*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 333 (George Pavlakos ed., 2007); Robert Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, 22 REVUS 51 (2004) (להלן: Alexy (2004)).

47 ראו, למשל, Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in German Public Law*, in NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW: A COMPARATIVE STUDY 51 (1996); קרמר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 103.

48 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (The European Convention of Human Rights). למשל, ס' 5 לאמנה, המגן מפני פגיעה בחירות, דורש כי הפגיעה תהיה תוצאה של "a procedure prescribed by law", ותיעשה רק במקרים מוגדרים, המפורטים בהוראה.

שרק לצורך הגשמתן ניתן לפגוע בזכות.⁴⁹ הגבלות כגון "demonstrably justified" בקנדה, "reasonable and justifiable" בדרום-אפריקה ו"במידה שאינה עולה על הנדרש" בישראל – כולן חלק ממגילות זכויות אדם – הוכרו אף הן כמבססות דרישה של מידתיות.⁵⁰ גם חלק נכבד מן הספרות העוסקת במידתיות קושרת את עצמה להיבט החוקתי שעניינו הגנה על זכויות אדם.⁵¹

אותו קישור בין הגנה על זכויות אדם לבין דרישה של מידתיות נקבע גם בשיטה שלא אימצה מגילת זכויות אדם, כלומר, בהעדר כל בסיס טקסטואלי. כך, חוקת אוסטרליה, מעת כינונה בשנת 1901 ועד היום, מבוססת על התפיסה – שמקורה במשפט המקובל ובעקרון עליונות הפרלמנט, המקודש בו – שלפיה החוקה אינה צריכה להכיל מגילת זכויות אדם. ייסודה של המדינה על בסיס העקרונות של דמוקרטיה ייצוגית ואחריות ממשלתית, המנויים בחוקה, מבטיח הגנה ראויה על זכויות יסוד על-דרך השתתפות השוויונית של כל אזרח בהליך הפוליטי.⁵² רק מספר קטן של זכויות הוכרו בחוקה (מביניהן הקרובה ביותר לזכות אדם "קלסית" היא ההוראה המגינה על חופש הדת), אך זוהו בשיטה זו כמה זכויות נוספות, בעלות

49 ראו, לדוגמה, ס' 16 (1) ו-8 (2) לאמנה.

50 R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, para. 70 (Dickson CJ); S. v. Zuma, 1995 (4) B.C.L.R. 401 (CC) (S. Afr.); S. v. Makwanyane, 1995 (3) SA 391 (CC) (S. Afr.), e.g. para. 104 (Chaskalson CJ); פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 345 (הנשיא (בדימ') שמגר), 436 (הנשיא ברק).

51 ראו, למשל, Stone Sweet & Mathews, לעיל ה"ש 2; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 4; COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 2; מידתיות במבט ביקורתי ומשווה, לעיל ה"ש 4. ההתמקדות בזכויות אדם חוקתיות במסגרת דיונים אלה בדוקטרינת המידתיות ברורה כבר מכותרותיהם של חלק מפרסומים אלה, הכוללות ביטויים כגון "הפגיעה בזכות החוקתית ומגבלותיה", "global constitutionalism", ו-"constitutional culture" – בכל אלה קיימת התייחסות ברורה לזכויות אדם.

52 ראו את דבריו של Harrison Moore, מלומד חוקתי מתקופת כינונה של החוקה האוסטרלית, המדגיש מאפיין זה: "The great underlying principle is, that the rights of individuals are sufficiently secured by ensuring, as far as possible, to each a share, and an equal share, in political power." דברים אלה מצוטטים בהסכמה בפרשת Australian Capital Television v. Commonwealth, (1992) 177 C.L.R. 106, 136 (Austl.) (להלן: פרשת ACTV). ראו גם CHERYL SAUNDERS, THE CONSTITUTION OF AUSTRALIA: A CONTEXTUAL ANALYSIS 257–259 (2011). עם זאת, זכויות האדם הקלסיות אינן נעדרות מהמשפט הציבורי האוסטרלי, אלא נתפסות כחלק מן המשפט המקובל, וכפופות לחקיקה מגבילה. לסקירות תמציתיות על-אודות מקומן של זכויות האדם במשפט החוקתי של אוסטרליה ראו שם, בעמ' 282–257; Adrienne Stone, *Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement*, 27 SYD. L. REV. 29 (2005). ראו גם דוח מפורט שפרסמה לאחרונה הוועדה הממשלתית האוסטרלית לרפורמה במשפט, העוסק בהיקף הפגיעה הסטטוטורית בזכויות יסוד במובנן הרחב המקובל ובדרכי ההגנה עליהן: AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, TRADITIONAL RIGHTS AND FREEDOMS – ENCROACHMENTS BY COMMONWEALTH LAWS: FINAL REPORT (ALRC Report 129, 2015) (להלן: ALRC).

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

אופי הליכי, המשתמעות משני המאפיינים המרכזיים של החוקה – עקרון הדמוקרטיה הייצוגית ועקרון עצמאותה של הרשות השופטת. הבולטת מביניהן היא הזכות לחופש ביטוי פוליטי.⁵³ למרות העדר הבסיס הטקסטואלי, התפתח באוסטרליה דיון שיפוטי באשר לאימוצה של דוקטרינת המידתיות בכל הקשור להגנה על זכויות אדם מוגנות או משתמעות. השאלה נדונה בעיקר בהקשר של הזכות המשתמעת לחופש הביטוי הפוליטי. גם שם, כבישראל, נשמעו קולות, שיפוטיים ואחרים, שלפיהם לשימוש במידתיות יש היסטוריה רבת שנים, אלא ששוב, לשיטתי, הפסיקה המאוזכרת בנדון זה משתמשת לכל-היותר בהנמקה של איזון או מזכירה דרך אגב נגזרות של התיבה "מידתיות" – שימושים שאינם עולים לדידי כדי הכרה בדוקטרינה. שימושים אלה התפתחו בהדרגה לכלל דוקטרינה מגובשת מן הסוג המוכר לנו.⁵⁴

(ב) הגנה על אינטרסים של הפרט שאינם עולים כדי זכויות אדם

ציינתי לעיל כי לגבי אלה העוסקים במשפט חוקתי, השאלה בדבר היקף תחולתה של דוקטרינת המידתיות מעבר להגנה על זכויות אדם יכולה להיות שאלה משנית. אולם אלה העוסקים

53 נוסף על ההוראה בחוקה הכתובה שעניינה חופש הדת (The Commonwealth shall not make any law for establishing any religion, or for imposing any religious observance, or for prohibiting the free exercise of any religion, and no religious test shall be required as a qualification for any office or public trust under the Commonwealth), מקובל לזהות כמכונני זכויות-יסוד גם את ס' 80 לחוקה (הזכות לשיפוט בידי חבר-מושבעים בעברות פדרליות), את ס' 117 (איסור הפליה של תושב מדינה החברה בפדרציה על בסיס תושבותו במדינה אחרת), את ס' 92 (סחר חופשי בין-מדינתי) ואת ס' 51 (xxxi) (המסמיך את הפרלמנט לחוקק הוראות בעניין תפיסה או הפקעה של רכוש – הוראה שנתפסה כמשמיעה זכות קניין). ראו, למשל, ALRC, לעיל ה"ש 52, בעמ' 32. נוסף על כך זוהתה באוסטרליה הזכות המשתמעת לחופש ביטוי פוליטי. חירות "משתמעת" זו, שזכתה בתשומת-הלב הרבה ביותר, הוכרה כזכות משתמעת בסדרת פסקי-דין שתחילתה בשנת 1992. עם זאת, היא הוכרה בהקשרים פוליטיים בלבד. כך, בפסיקה נדונו הוראות חוק שעניינן תשדירי בחירות, ביקורת פוליטית חריפה בתקשורת ותרומות של אזרחים למפלגות פוליטיות. יש המזהים גם הכרה בחופש התנועה ובחופש ההתאגדות. כמו-כן, מעקרון עצמאותה של הרשות השופטת נגזרה הכרה בחובת השלטון הפדרלי לקיים הליך שיפוטי הוגן בהתאם לעקרון שלטון החוק. לסקירה תמציתית כללית ראו Stone, לעיל ה"ש 52. להחלטה המרכזית בעניין חופש הביטוי הפוליטי ראו פרשת ACTV, לעיל ה"ש 52. ראו גם ALRC, לעיל ה"ש 52, בעמ' 80–83. לכל הזכויות האמורות יש משום כך אופי הליכי, שאינו מבוסס על ערך החירות.

54 להבחנה ולהשוואה ראו לעיל ה"ש 22. ציוני-הדרך המקובלים להכרה במידתיות, שתחילתה בשנת 1992 ואילך, הם פרשת ACTV, לעיל ה"ש 52, שם התקיים דיון מקיף בדרישות של מידתיות הפגיעה בזכויות-יסוד, אך לדידי ללא יצירת דוקטרינה מובחנת ותוך קישור של דרישת המידתיות לסבירות; Lange v. Australian Broadcasting Corporation, (1997) 189 C.L.R. 520; (Austl.) 562, שם ציינו השופטים כי קיימות גישות שונות להערכת עשייה שלטונית, שאחת מהן היא דוקטרינה של מידתיות; ופסק-הדין שניתן לאחרונה בפרשת McCloy, לעיל ה"ש 22, שבו אומצה באופן מלא דוקטרינת המידתיות המוכרת לנו. ניתוח זה אינו זהה לזה של אלה – ביניהם שופטים – שביקשו להוכיח כי דוקטרינת המידתיות אומצה זה כבר. ראו במיוחד את כתיבתה של השופטת קיפל, שהייתה אחד הכוחות המובילים בפרשת McCloy: Susan Kiefel, Section 92: Markets, Protectionism and Proportionality – Australian and European Perspectives, 36 Mon. U. L. Rev. 1 (2010); (Kiefel (2010)); Kiefel (2012), לעיל ה"ש 22.

במשפט הציבורי בראייה כוללת נדרשים לבחון גם שאלה זו. באופן לא-מדויק אפשר להציג את השאלה כמבקשת לברר אם יש לדוקטרינה מקום ב"משפט המנהלי", אלא שיש להבחין, כפי שנטען לעיל, בין מקרים שעניינם פגיעה בזכויות אדם, היא הגורם השלטוני המותקף אשר יהא (מחוקק או רשות מנהלית), לבין מקרים שאינם משויכים להקשרים חוקתיים כאלה, כאשר למעשהו של המותקף אין השפעה על זכות-יסוד מוגנת.

כפי שהראינו, במשפט המנהלי הישראלי יושמה הדוקטרינה – כבר בפסק-הדין הראשון שזיהה אותה – בהקשר שאינו עוסק בפגיעה בזכות-יסוד, אלא באינטרס שנתפס כמוגן במשפט המנהלי. כך, בעניין בן-עטייה נדונה החלטה מנהלית שלפיה נמנעה מתלמידי תיכון האפשרות לזכות בפטור מבחינת-בגרות חיצונית אחת, וזאת בשל אירועי העתקה בשנים קודמות, ובעניין מוסטיקי נדונה החלטה מנהלית לבטל אישורי שקילות לכל אלה שזכו בתואר אקדמי משלוחה אוניברסיטאית זרה, לנוכח ריבוי הראיות בדבר אי-עמידה בתנאים אקדמיים מינימליים.⁵⁵ ההכרעה בשני המקרים נשענת גם על קיומם של פגמים אחרים, בעיקר העדר שמיצה אישית של העותרים, אך גם על בחינת מידתיותה של ההחלטה, שנמצאה חסרה. באלה, ובאחרים כמותם, נמצאה פגיעה באינטרס משפטי במובנו הרחב, שמקורה בעשייה קודמת. גם אם היה בעשייה המנהלית שנדונה בעניין בן-עטייה משום התייחסות שהבחינה בין העותרים לבין אחרים, וגם אם היה בזו שנדונה בעניין מוסטיקי משום פסילה קבוצתית גורפת, גם של אלה שהקדישו מאמץ אקדמי וזכו בדין בתואר, הדיונים המשפטיים התמקדו בפגמים בשיקול-הדעת ובהליך קבלת ההחלטות, ואין לראות בהם דיונים שעניינם פגיעה בזכויות.⁵⁶

בעניין זה המשפט הישראלי הרחיק לכת בהשוואה לשיטות אחרות. המשפט הציבורי הבריטי, למשל, מתמודד זה עשורים מספר עם השאלה מה מקומה של דוקטרינת המידתיות בעתירות נגד מעשים מנהליים. מבחינה פורמלית, ככל שמדובר בפגיעה בזכויות שנקלטו לתוך המשפט המקומי דרך ה־Human Rights Act (HRA), בתי-המשפט מחויבים לקיים את הדין האירופי שנקבע במסגרת זו, החל בציות להוראות האמנה ועד להתחשבות בפסיקת בית-המשפט בשטרסבורג. הציר שסביבו מתקיים עדיין דיון הוא מקומו של המשפט האירופי כמשפיע על המשפט הציבורי הבריטי, אם לא מעצבו על-דרך הכתבה. רבים מן השופטים שהשתתפו בשיח זה הכירו בכך שבהחלט עילת הסבירות או עילת המידתיות הם יגיעו לתוצאה דומה, אם לא זהה,⁵⁷ ובכל-זאת השיח הער בנדון, בהשתתפות רבים מן העוסקים במשפט הציבורי, לא שכך עד היום.

השאלה אם יש מקום לדין האמנה, ועימה גם לדוקטרינת המידתיות, נדונה בבריטניה גם לפני כניסתו לתוקף של ה־Human Rights Act באוקטובר 2000. השופטים הבריטים, כמו-גם משפטנים וחוקרים, הכירו את הדוקטרינה, ולו רק דרך המשפט האירופי, אך בשנות השמונים

55 בג"ץ 3379/03 מוסטיקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (2004).
 56 במילותיה של השופטת בדימוס דורנר, למידתיות יש תחולה "גם על פגיעה בזכויות ובאינטרסים מוגנים שאינם בגדר זכויות יסוד" (דורנר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 281).
 57 ראו, למשל, R. (Association of British Civilian Internees (Far East Region)) v. Secretary of State for Defence, [2003] Q.B. 1397, 1412-1413 (להלן: עניין ABCIFER); Pham v. Secretary of State for the Home Department, [2015] U.K.S.C. 19, para. 116 (per Lord Reid).

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

והתשעים של המאה העשרים נדחתה פעמים אחדות האפשרות לאמצה במשפט המנהלי הפנימי.⁵⁸ כך נעשה גם בפסק־דין משנת 2003, שעסק בהחלטה ממשלתית לפצות לפנים משורת הדין (*ex gratia*) אזרחים בריטים שנעצרו בידי חילות יפן במהלך מלחמת־העולם השנייה ולא לחמו במסגרת צבאות בריטניה, תוך קביעת תנאי שהזכאות נתונה רק למי שהוא, אביו או סבו נולדו בבריטניה – הבחנה שנומקה בכך שרק אלה יכולים להוכיח קשר ישיר למדינה. העותרים בפרשה זו, שנעצרו ועונו במחנות, טענו נגד אי־הכללתם בתוכנית הפיצויים. תוך שהוא מזהה העדר תחולה של כל היבט שהוא של זכויות אדם, דחה בית־המשפט את הטענות בעד החלטה של עילת המידתיות במקום עילת הסבירות.⁵⁹ לעומת זאת נמצאו בפסיקה אמירות מספר התומכות באימוץ הדוקטרינה במשפט המנהלי, אם כי ברובן נותר הקשר לפגיעה בזכויות אדם – קשר המזהה לדידי פסיקה זו כמשתייכת למשפט החוקתי.⁶⁰ אחד המוקדים בדיונים אלה, ובאלה שהתקיימו לאחר־מכן, הוא הממשק בין החלטה של הדוקטרינה כעילה מקבילה או חלופית לבין החלטה של עילת הסבירות במשפט המנהלי הבריטי (גם אם כעילה הדורשת רמה גבוהה של אי־סבירות). אם כן, בבריטניה אין למצוא בנקודת זמן זו נכונות מלאה להרחיב את תחולתה של דוקטרינת המידתיות.⁶¹

החלת הדוקטרינה במקרה של פגיעה באינטרס פרטי כלשהו, ולא רק בזכות אדם מוגנת, אינה רק חלק מהדין הנוהג בישראל, אלא זהו גם הדין הראוי. כל עשייה שלטונית שכרוכה בה פגיעה ראוי שתידון על בסיס דוקטרינת המידתיות. במשטר דמוקרטי, עשייה שלטונית שיש בה פגיעה בפרט היא "חשודה", משום שתפקידו של השלטון הוא להגן על פרטים, ולא לפגוע בהם. בצד חובת ההגנה קם לעיתים קרובות צורך לאזן בינה לבין שיקולים נוגדים העשויים להצדיק פגיעה. דוקטרינת המידתיות מאפשרת פגיעה בהתמלא תנאים מסוימים, אך איסור הפגיעה נותר נקודת המוצא. במהותה, הדוקטרינה אינה מכירה בפגיעה שחסינה מביקורת. כל פגיעה – גם פגיעה באינטרס מוגן בחוק שהיא תולדה של עשייה מנהלית – מצדיקה סוג כזה של איזון. משום כך, כל פגיעה באינטרס מוגן במשפט הציבורי – למשל, האינטרס שהבטחה מנהלית תקיים או האינטרס שמדיניות שלטונית לא תוחל באופן שמבחין בין פרטים (כמו בעניין בן־עטייה) או שאינו מתיישב עם עשייה שלטונית קודמת (כמו בעניין מוסטקי) – צריכה לעמוד בבחינה של מידתיות הפגיעה.

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, [1985] AC 374, 410; R. 58
v. Secretary of State for the Home Department, *ex parte* Brind, [1991] 1 AC 696
עניין ABCIFER, לעיל ה"ש 57, בעמ' 1413–1414 (למרות אמירה התומכת בביטול מבחן 59
הסבירות, נקבע כי אין זה ראוי שבית־המשפט לערעורים הוא שיכריז על ביטול).
R. (Alconbury Ltd.) v. Secretary of State for the Environment, Transport and 60
the Regions, [2001] 2 W.L.R. 1389, 1406; R. (Daly) v. Home Secretary, [2001] 2 A.C. 532,
548–49 (per Lord Cooke); וכן עניין Pham, לעיל ה"ש 57.
למחלוקת בעניין זה, המתגלעת סביב השאלה אם ראוי לוותר כליל על עילת הסבירות לנוכח כוחה 61
של דוקטרינת המידתיות לספק בסיס לביקורת, השוו, למשל, בין Paul Craig, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF
Michael Taggart, *Proportionality*, EUROPE 85, 105–106 (Evelyn Ellis ed., 1999)
Deference, Wednesbury, 2008 N.Z. L. REV. 423, 425.

(ג) הגנה על אינטרסים חברתיים

אותו רציונל צריך לחול גם כאשר האינטרס הנפגע אינו אינטרס של הפרט, אלא מוכר בשיטה כאינטרס חברתי. ב"אינטרס חברתי" כוונתי לערכים או טובין ציבוריים שהשיטה המשפטית מכירה בצורך להגן עליהם לטובת החברה בכללותה, גם כאשר לא גלומה בהם פגיעה מובחנת בפרט. ניתן להשתמש לצורך כך במונח הרחב של מייקל טגרט (Michael Taggart) "עוול ציבורי" (public wrong), אם כי במקורו נועד ביטוי זה לתכלית אחרת.⁶² אינטרסים חברתיים אלה כוללים, למשל, את אינטרס ההגנה על איכות הסביבה ואת אינטרס השמירה על הרכוש הפיזי והרעיוני של הדורות הבאים, שבו גלומה גם ההגנה על משאבים מוגבלים כקרקע או אוצרות-טבע. במסגרת השיח המתמקד בפרשנות תכליתית זוהו אינטרסים כאלה, במיוחד על-ידי הנשיא ברק, כ"תכליות כלליות" – למשל, לעניין קרקעות הציבור, כתכליות המבטאות את עקרון השוויון והשמירה על אמות-מידה ממלכתיות באופן טיפולה של המדינה ברכוש המצוי בבעלותו של הציבור כולו.⁶³

עד כה הוחלה דוקטרינת המידתיות על מקרים מסוג זה בצמצום. בעניין תנועת דרור ישראל נטען, בין היתר, כי תיקון לחוק מינהל מקרקעי ישראל, שהרחיב את האפשרות להעביר בעלות במקרקעי המדינה, פגע ב"זכות הקניין של כלל הציבור". הנשיאה (בדימ') ביניש לא הכירה בזכות מסוג זה, תוך הטלת האחריות על העותרים, שלא הבהירו מה טיבה של זכות זו.⁶⁴ אינטרס הדורות הבאים נדון עד כה במסגרת תקיפה של מעשי מנהל. בפרשת שיח חדש, שקדמה לעניין תנועת דרור ישראל, נבחנו החלטות של מנהל מקרקעי ישראל בראי ההשפעה העתידית הבלתי-חוזרת על הקצאתם של משאבי הקרקע של המדינה תוך שמירה על עקרונות של צדק חלוקתי. השפעה זו הצדיקה, לטענת העותרים, את החלתו של כלל ההסדרים הראשוניים, שהוא עיקרון חוקתי כללי נוסף. טענה זו נדחתה לנוכח נוסח החוק, שהשמיע, לפי קביעת השופטים, הכרה באי-תחולתו של כלל זה. מידתיות לא הייתה חלק מן השיח; ההחלטות נמצאו לוקות באי-סבירות.⁶⁵ הוא הדין בפסק-דין המרכזי האקדמי (2014), שבו הותקפה החלטת הממשלה שקבעה את מתווה הגז הטבעי.⁶⁶ העותרים קישרו את טענתם כי מדובר בהסדר ראשוני עם ההשלכות העתידיות הבלתי-הדירות של המתווה, וגם כאן נדחתה

62 המונח הוטבע על-ידי מייקל טגרט כמתייחס למקרים שבהם אין השלכה ישירה על זכויות ("where 'rights' are not directly engaged"). טגרט נתן מובן שונה למונח זה: הוא נועד לשמש בסיס לדיון בהחלט מידתיות במקרים שאין כרוכה בהם פגיעה בזכות אדם; כאחרים, הוא אינו מתייחס לפגיעה באינטרס חברתי, כפי שנעשה בדפים אלה. Taggart, לעיל ה"ש 61, בעמ' 425.

63 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות לאומיות, פ"ד נו(6) 38, 25 (2002). לעניין השוויון כ"תכלית כללית" ראו גם, למשל, בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 272 (2000). יש לשים לב שההישענות על המונח "תכליות כלליות" עלולה להטעות, בשל הזיהוי השגור שלהן בפסיקתו של ברק עם "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" או עם עקרון שלטון החוק ועקרונות כלליים דומים. לזיהויים אלה ראו, למשל, בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43 (1997); בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 681–684 (1995).

64 בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 45 (פורסם בנבו, 24.5.2012).

65 פרשת שיח חדש, לעיל ה"ש 63.

66 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014).

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

הטענה בדבר קיומו של הסדר ראשוני, הפעם בשל מציאת בסיס הסמכה מספיק בחוק. גם הפעם לא נטענו ולא הועלו טענות בדבר אי-מידתיות.

אינטרס ההגנה על בעלי-חיים, שהוכר בישראל בשורה של פסקי-דין, מהווה דוגמה להחלת דוקטרינת המידתיות בהקשר של הגנה על אינטרס חברתי. בעניין תנו לחיות לחיות דן בית-המשפט העליון בשאלה אם עריכת "קרבות תנין באדם" באתר חמת גדר יש בה משום התעללות בבעלי-חיים, האסורה לפי חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד-1994.⁶⁷ ניתוחו המפורט של השופט חשין מבטא הכרה בהגנה על בעלי-החיים כאינטרס חברתי. רובו של פסק-הדין מוקדש לניתוח מפורט של ההצדקות לאיסור צער בעלי-חיים. הצדקות אלה, לדידו, נובעות (בין היתר) ממידת הרחמים האנושית, מהסכנה בהפיכת האדם לאכזר, מחשיבותו של חינוך ראוי, ומהיות האיסור אחת הנורמות הראויות "לחברה בת-תרבות".⁶⁸ לא בכדי מאוזכרת בפסק-דינו דוקטרינת המידתיות, שהוכרה שנתיים קודם לכן, תוך ציטוט פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אומנם, בהכרעה זו לא יושמה במפורש דוקטרינת המידתיות, אך ניתן למצוא יישום זה בפסיקה מאוחרת שעסקה באותו אינטרס חברתי עצמו. בעניין "נח" נקבע כי תקנות צער בעלי חיים שהסדירו "הלעט אווזים" – כלשון כותרת-המשנה של התקנות – בטלות משום שהן עמדו בניגוד להוראות החוק. השופט (בדימ') שטרסברג-כהן מצאה "הקבלה רעיונית" בין הילוך ההנמקה בפרשת תנו לחיות לחיות לבין המקרה שלפניה, בקיומו של איזון בין פגיעה בזכות לבין זכות או ערך אחרים. אמירה מפורש כי "המבחנים לעריכת האיזון הקבועים בחוקי היסוד... משמשים באופן דומה את בית-המשפט לצורך עריכת איזון לא רק בין זכויות אדם אלא גם במקרים אחרים, שענייננו הוא אחד מהם" הובילה להכרעה על בסיס מבחני-המשנה של המידתיות.⁶⁹ השאלה "מה יוכר כאינטרס חברתי" אינה פשוטה. ניתן לשאול, למשל, אם התכליות החברתיות של בטחון המדינה, יציבות כלכלית וכדומה, המשמשות לעיתים להצדקת פגיעות בזכויות מוגנות, אינן צריכות להיות מוכרות כאינטרסים חברתיים. אם אכן כך, דוקטרינת המידתיות עשויה לחול כמעט על כל מקרה שבו נטען לפגיעה באינטרס כלשהו, באופן שידלל את הטענה כי למידתיות יש תחולה מוגבלת. אולם יש להבחין בין עקרונות מוסדיים טהורים לבין ערכים חברתיים קהילתיים המקובלים על החברה שבה נדונה אפשרות הפגיעה במי מהם.

67 רע"א 1684/96 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ, פ"ד נא(3) 832 (1997) (להלן: פרשת תנו לחיות לחיות).

68 שם, בעמ' 858-865.

69 בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 212, 252, 261 (2003). ראו גם בג"ץ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד מח(1) 769 (1998); בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, 208, 210 (2004) (בעניין נוהל בדבר טיפול בחתולי-רחוב נדונו החלופות של המתה מול חלופות אחרות, ונקבע כי "כמתחייב מן האיזון האמור [בין הגנה על בעלי-חיים לבין צרכים של בני-האדם] ומעקרון המידתיות, על אמצעים אלה להיות, ככלל, קיצוניים פחות מהמתה", וכי "הנוהל שהותקן אף אינו מידתי, שכן ראשית, לא בכל המקרים עשויה ההמתה להשיג את התכלית המקווה... [ו]שנית, לא עלה בידי המשיבים לשכנע כי בכל המקרים לא ניתן לנקוט אמצעים חלופיים להשגת תכליות הנוהל שיהיו קלים מהמתה").

במקרים כאלה, גם אם הפגיעה אינה נוגעת לפרט או לקבוצה שניתן להגדירה מראש, יחול הרציונל שלפיו פגיעה היא אפשרית אך עליה לעמוד בדרישות חמורות המגולמות בדוקטרינת המידתיות. אינטרסים כאלה, המוכרים בחברה כראויים להגנה וכמספקים בסיס לחיים קהילתיים ראויים, ראוי שיזכו באותה הגנה המוענקת לזכויות ולאינטרסים של פרטים; לאמור, התנאים לפגיעה בהם צריכים לעבור במסגרת הקפדנית של דוקטרינת המידתיות.

(ד) "עיקרון כללי" במשפט הציבורי?

בבג"ץ וייס דן בית-המשפט העליון בטענת העותרים כי ממשלה יוצאת, המכהנת במהלך התקופה שבין התפטרותו של ראש הממשלה לבין הבחירות שלאחר-מכן, אינה מוסמכת להמשיך לנהל משא-ומתן עם הרשות הפלסטינית.⁷⁰ כל ההכרעות המנומקות של שופטי בג"ץ, כולל פסק-דינו של שופט המיעוט, דנו בשאלה על בסיס עילת הסבירות. השופט זמיר אף קבע כי "אין תחולה, על-פי מהות העניין, למבחן המידתיות".⁷¹ העדר הדיון באספקלריה של המידתיות אינו נראה מוקשה במקרה זה, אך התחזקותו של הדיון בכוחה של דוקטרינת המידתיות כ"עיקרון כללי" מעלה תהיות באשר להיקפה הנוכחי של הדוקטרינה. האם היא תחול גם כאשר לא נפגע אינטרס אישי או חברתי כלשהו? השימוש בביטוי "עיקרון כללי" נעשה מבלי להתמודד באופן מספק עם עמימותו וריבוי משמעויותיו. כך, למשל, בפרשת בית סוריק נאמר מפי הנשיא ברק:

מידתיות אינה רק עיקרון כללי של המשפט הבינלאומי (הכללי וההומניטרי). מידתיות היא גם עיקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי... תחילה כעיקרון הילכתי ואחר כך כעיקרון חוקתי שהוא חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו...⁷²

אך למה המונח "עיקרון כללי" מכוון? למונח ייתכנו כמה מובנים אפשריים. עיקרון יכול שיוכר כ"כללי" אם הוא מוכר בתחומי משפט ובהקשרים מרובים, החורגים מן המשפט הציבורי אל המשפט הפרטי; אם הוא עיקרון מופשט; אם מוענקת לו חשיבות עליונה על כללים קונקרטיים ושיקולים משניים; או אם יש לו קיום במספר גדול של שיטות משפט.⁷³ אך המבקשים להרחיב את הדוקטרינה מכוונים למשמעות אחרת. למשל, פול קרייג (Paul Craig), שטענותיו יידונו להלן, מניח כמובן מאליו כי כ"עיקרון כללי" דוקטרינת המידתיות חלה במשפט הציבורי גם כאשר אין כל פגיעה בזכות מוגנת.

70 בבג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455 (2001).

71 שם, בעמ' 478.

72 פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 838.

73 למעטים העוסקים במהותו של המושג "עיקרון כללי" ראו NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW: A COMPARATIVE STUDY 115 (1996); TAKIS TRIDIMAS, THE GENERAL PRINCIPLES OF EU LAW 1 (2nd ed. 2006); Tor-Inge Harbo, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, 16 EUR. L.J. 158, 159 (2010); יובל שני השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי 129–131 (2009).

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

באופן קונקרטי, דוקטרינת המידתיות יכולה לשמש כלי שיפוטי כ"עיקרון כללי" בשני סוגי מקרים. בקבוצת המקרים האחת יכללו טענות נגד הסדרים חוקתיים ומנהליים מוסדיים שאין להם כל קשר לעשייה מול פרטים, כגון הסוגיה שנדונה בפרשת וייס; ההוראות בדבר אצילת סמכויות בסעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה; או האיסור, הקבוע בסעיף 6 לחוק-יסוד: הצבא, "להקים או לקיים כוח מזויין מחוץ לצבא-הגנה-לישראל אלא על פי חוק". קבוצת המקרים האחרת תכלול טענות בדבר סתירה לעיקרון חוקתי מופשט או רחב שאין לו בסיס טקסטואלי מפורש אך הוא בעל מעמד מוכר, כגון עקרון הפרדת הרשויות או החובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה. נבחן את תחולתה של הדוקטרינה על כל אלה, אך תחילה עלינו להתמודד עם משוכה אחרת.

(1) הדין האירופי כמקור השראה?

במבט ראשון דין האיחוד האירופי מספק דוגמה מובהקת לאימוץ מידתיות בהקשרים כלליים אלה, בשל ההכרה הפורמלית במידתיות כ"עיקרון כללי" באמנה האירופית ובפסיקה שקדמה לה. אולם, כפי שאטען בהמשך, יש להבחין בין החלת הדוקטרינה בהקשר רב-לאומי לבין החלתה בשיטת משפט יחידה, בשל קיומם של מובנים שונים למושג "פגיעה", שהוא לדידי הציר המרכזי בהחלת דוקטרינה של מידתיות.

אפתח בהצהרה המקובלת שלפיה עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי במשפט הקהילי האירופית. כך, למשל, בפרשת *Fedesa*, שאוזכרה לעיל, נקבע כי "The Court has consistently held that the principle of proportionality is one of the general principles of Community law".⁷⁴ על רקע זה, העלאתה המפורשת של הדוקטרינה לדרגה של אחד משני העקרונות הכלליים של הדין האירופי, יחד עם עקרון המשניות (subsidiarity), אינה נתפסת כשינוי של הדין, אלא רק כגיבושו במפורש, כאמור. למן כניסתה לתוקף של אמנת ליסבון, בשנת 2009, אמנת האיחוד האירופי כוללת הוראה שלפיה "The use of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality". באשר למידתיות נקבע כך:

Under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties.⁷⁵

האם ההכרה המפורשת ב"כלליותו" של עקרון המידתיות מובילה, לפחות בדין האירופי, להכרה בדבר תחולתו האפשרית בכל הקשר, גם בכזה שלא גלומה בו פגיעה?

74 פרשת *Fedesa*, לעיל ה"ש 14, בעמ' I-4063. ראו גם לעיל ליד ה"ש 14.

75 ס' 4)5 לאמנת האיחוד. ראו גם Protocol 2 on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality, הנספח לאמנת ליסבון, שבו נדרש כי כל הצעת חקיקה אירופית תיבחן לפי שני העקרונות ותוצדק בהצהרה בכתב שתפרט את ההתאמה לעקרונות אלה. עוד נקבע כי על הצעות החקיקה להביא בחשבון את הנטלים הכלכליים והמנהליים שיוטלו על האיחוד, על המדינות החברות, על רשויות אזוריות ומקומיות ועל אזרחים. את הנטלים האלה יש להקטין ולהתאים לתכליתה של החקיקה המוצעת (ס' 5 לפרוטוקול).

בכתיבתה המוקדמת של דה־בורקה (de Búrca), חוקרת מובילה של המשפט האירופי, היא מבחינה בין שתי קבוצות של טענות הנקשרות לסוגיית המידתיות. הדוגמה שהיא מציגה במאמר משנת 1993 היא החלטה של רשות ציבורית לסלול כביש. החלטה זו יכולה להיות מותקפת על־ידי מנהלים או בעלים של בית־חולים, שהתוואי אמור לעבור בקרקעותיו, או על־ידי אלה הטוענים כי עלות הסלילה גבוהה מדי יחסית לתועלת שתופק מהסלילה לנוכח צורכי האזור. קבוצת הטענות השנייה אינה מערכת כל טענה בדבר התערבות־יתר באינטרס פרטי או בזכות. הטענה שעלות הסלילה אינה מוצדקת לנוכח האינטרסים החברתיים שעניינם הוצאה כספית ראויה, בהתחשב בצרכים מקומיים אחרים, מוגדרת לדידה כסוגיה של בחירה "פוליטית". במילים אחרות, זוהי סוגיה שעניינה קביעת מדיניות כללית שתחול על ציבור בלתי־מסוים, וזו אינה נבחנת בכלים משפטיים, לרבות בדרך של בחינת מידתיותה.⁷⁶

הבחנה זו אינה משכנעת חלק מן החוקרים המרכזיים בתחום זה. פול קרייג הבריטי, העוסק במשפט ציבורי בריטי ואירופי, טוען כי בתי־המשפט האירופיים החילו מידתיות במקרים רבים מאוד ("countless cases") שבהם לא נדונה כלל זכות פרט.⁷⁷ אלא שכל הדוגמאות שהוא מציג כבסיס לטענתו היו נתפסות, לפחות בישראל, כמקרים של פגיעה נטענת בחופש העיסוק או בחופש הביטוי. בולטת בהקשר זה סדרת ההכרעות של בית־המשפט האירופי לצדק שעניינן הסדרה של ייצור, שיווק ופרסום בענף יצור הטבק, המוצגת על־ידי קרייג כדוגמה להחלת הדוקטרינה בהקשרים כלליים: לדידו, אלה דוגמאות לתקיפת הפעלתו של שיקול־דעת שאינו מקושר לפגיעה בזכויות.⁷⁸ אך קשה להלום טענה כי החלטה להגביל ייצור או פרסום של מוצרי טבק אינה טומנת בחובה פגיעה בזכות מוגנת או לפחות באינטרס פרטי מוגן. כל אחד ואחד מפסקי־הדין הללו עוסק בפגיעה בחירויות כלכליות של יצרנים ועוסקים, אלא אם "זכויות אדם", לשיטתו של קרייג, הן אגד מצומצם ביותר של חירויות – מובן שאינו מקובל ברוב השיטות, ובוודאי לא בישראל.

אכן, בחינה רחבה יותר של פסיקה אירופית מוכיחה כי שימוש בדוקטרינת המידתיות נעשה כאשר הותקפו כללים של האיחוד שפגעו באינטרסים כלכליים ואחרים של פרטים. נוסף על הפסיקה שהוזכרה על־ידי קרייג, בפרשת *Fedesa*, למשל, נדונה דירקטיבה שאסרה על מְגַדְלִים לשלב הורמונים במזונם של בעלי־חיים – הוראה שיש לזהותה כפגיעה ישירה בחופש העיסוק או לכל־הפחות כעשייה שגרמה, כפי שנטען, להפסדים כספיים.⁷⁹

76 Gráinne de Búrca, *The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law*, 13 Y.B. Eur. L. 105, 106–107 (1993).

77 Paul Craig, *Proportionality, Rationality and Review*, 2010 N.Z. L. Rev. 265, 272.

78 ראו שם, בעמ' 269, את המקרים הנזכרים בה"ש 17. לביקורת ראו Tom Hickman, *Problems for Proportionality*, 2010 N.Z. L. Rev. 303, 323.

79 פרשת *Fedesa*, לעיל ה"ש 14. פסקי־דין ידועים אחרים עסקו בהוראות של הקהילייה האירופית שכווננו משטר של פקדונות ששימשו בטוחות במתן רשינות ייצוא, והטילו איסורים על שיווק מוצרים מסוימים של חלב רוה. ראו Case 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, [1970] E.C.R. 1126; Case 114/76 Bela-Mühle Josef Bergmann KG v. Grows-Farm GmbH & Co. KG, [1977] E.C.R. 1211. לפירוט פסיקה אירופית בתחומים שונים ראו JÜRGEN SCHWARZE, EUROPEAN ADMINISTRATIVE

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

ניתן בכל-זאת למצוא כמה הכרעות שאינן קשורות לעשייה הפוגעת ישירות באינטרסים או בזכויות של פרטים, אך את אלה יש להציג כמקרים של פגיעה באינטרס לאומי או בריבונות של מדינה חברה. לשם פיתוח הטענה, די להתמקד בשתי הפרשות שהוכרעו בשנת 2015. בעניין *Estonia* עתרה המדינה לבית-המשפט האירופי לצדק בדרישה לביטול הוראות בדירקטיבה שעסקה בצמצום דרישות דיווח מעסקים קטנים. על-פי מדיניות האיחוד, הדירקטיבה נועדה להקל ניהול עסקים קטנים, כדי לפתח, בין היתר, סחר בין המדינות השונות ולתרום להשוואת הדינים ביניהן. אחת מטענותיה של אסטוניה הייתה כי הוראות אחרות – כולל הקביעה כי כל הכבדה בדרישת דיווח בדוחות השנתיים מותנית בהכללת דרישת הדיווח הנוסף בחקיקת המס ובהפעלתה אך ורק לצורכי גביית מס – אינן מידתיות. תוך דיון קצר במידתיות, נדחו טענותיה של אסטוניה.⁸⁰

בפרשת *Gauweiler* תקפה גרמניה, יחד עם מדינות אחרות ואלפי אזרחים של מדינות אלה, את הודעת הבנק המרכזי האירופי שלפיה הוא שוקל לאמץ מדיניות שבמסגרתה יהיה הבנק מוכן לרכוש אגרות-חוב של מדינות האיחוד בתנאים מסוימים, שהעיקרי מביניהם הוא הסכמתן של מדינות אלה להכפיף את עצמן לתוכניות הייצוב הפיננסי שגיבש הבנק המרכזי. העותרים טענו לחריגה של הבנק מסמכויותיו ולעשייה לא-מידתית. בית-המשפט קרא את ההוראות המגדירות את תפקידיו של הבנק המרכזי האירופי בכפוף להוראת סעיף 5(4) לאמנת האיחוד, וקבע כי פרטי ההסדר אינם סותרים את עקרון המידתיות.⁸¹

בשני מקרים אלה, ובמקרים קודמים דומים, לא נכרכה בהכרח פגיעה ישירה בזכות או באינטרס של הפרט, אך הטענות שהועלו נגד עשייתם של גורמים באיחוד האירופי נשענו על פגיעה באינטרסים של מדינה חברה. להבדיל מדין מקומי, הוראה היוצאת מתחת ידיו של האיחוד האירופי תכיל בתוכה, ברגיל לפחות, פוטנציאל של פגיעה – פגיעה בריבונותן של המדינות החברות או צמצום חופש הפעולה שלהן – גם אם היא לא תטיל נטלים על אזרחיהן של מדינות האיחוד. במערך רב-לאומי זה מתקיים בשל כך מרכיב של פגיעה.⁸² כך הדבר גם כאשר מדובר במשפט בין-לאומי. גם כאן ניתן למצוא שימוש במידתיות בנושאים שעל פניהם אינם כרוכים בפגיעה – למשל, בהקשר של קביעת מים טריטוריאליים של מדינות גובלות, כחלק מדיני הים – אך גם בהקשרים אלה מדובר בטענות של פגיעה בריבונותן של המדינות.⁸³ למרכיב זה אין קיום בשיטת משפט לאומית. נניח שמדיניות ההקלה

Law 726–853 (rev. ed. 2006). בעשרות המקרים המוזכרים שם נדונה פגיעה בזכות או באינטרס. לחריג היחיד ראו מייד להלן.

80 Case C-508/13 *Estonia v. European Parliament*, ECLI:EU:C:2015:403 (2015), paras. 28–40.

81 Case C-62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:400 (2015).

82 להדגשה של מרכיב ה"נטל" בדוקטרינה ראו, למשל, SCHWARZE, לעיל ה"ש 79, בעמ' 717. לקישור להכרה באפשרות של פגיעה במדינות החברות, ולא בזכויות פרט, ראו TRIDIMAS, לעיל ה"ש 73, בעמ' 138 (הוספתו של ס' 5 לאמנת האיחוד, המכיר במעמדה של הדוקטרינה כ"עיקרון כללי", נועדה להגן על האינטרסים של המדינות החברות, ולא של פרטים).

83 בעוסקו בעקרון המידתיות כעיקרון כללי במשפט הבין-לאומי, מציג יובל שני מגוון הקשרים שדרישת המידתיות מוחלת בהם. רוב-רובם עוסקים במערכים משפטיים שבהם קיימת סכנה של פגיעה בזכותו של אדם (כגון המשפט הבין-לאומי הפלילי וכן דיני השקעות בין-לאומיים

של חובת הדיווח הייתה מותקפת בבית-משפט עליון בישראל, בקנדה או בכל מדינה אחרת שבה אומצה דוקטרינת המידתיות – זאת, כמובן, אם הייתה ניתנת לעותרים זכות עמידה. במקרה כזה הטלת חובת דיווח אינה מהווה כשלעצמה פגיעה בזכות או באינטרס של תושבי אותה מדינה, ומשום כך לא היה מקום ליסוד הפגיעה. לא כן כאשר הסדר על-לאומי מטיל חובה על מדינות: במקרים מסוג זה יכול שהמדינה תטען לפגיעה בריבונותה. לסיכום עניין זה, את המונח "עיקרון כללי" ביחס לדין האירופי יש להבין כהוראה שעל-פיה לדוקטרינת המידתיות יש תחולה בכל המדינות החברות באיחוד. בניגוד לטענתו של קרייג, ראש הטוענים להחלה אוניוורסלית של דוקטרינת המידתיות, בחינת הפסיקה האירופית מעלה כי שימוש בדוקטרינה של מידתיות נעשה רק כאשר נדונה פגיעה כלשהי – בין בפרט ובין (כשיטה רב-לאומית) באינטרס של מדינה חברה.

(2) הדין בישראל: הכרה במידתיות כ"עיקרון כללי"?

בישראל נדונה השאלה בשתי מסגרות: במסגרת הדיון בשילובה של "פסקת הגבלה חוקתית" בחוקי-היסוד שאינם עוסקים בהגנה ישירה על זכויות אדם, אלא בנושאים מוסדיים או בעקרונות חוקתיים לא-כתובים שאינם קשורים להגנה על זכויות; ובמסגרת המשפט המנהלי, בהחלת עילת המידתיות לא בהקשרים של פגיעה באינטרס מובחן.

אפתח בבחינה של החלת דוקטרינת המידתיות בחוקי-יסוד "מוסדיים". במבט ראשון דומה שבג"ץ אימץ את הרעיון שקיימת "פסקת הגבלה כללית" החלה על כל הוראות חוקי-היסוד, גם בהעדר פסקת הגבלה מפורשת, וגם מבלי שהייתה פגיעה בזכות או באינטרס מובחן. אולם בחינת הפסיקה מעלה כי הפעלה של ממש של "פסקת הגבלה חוקתית", מעבר לאזכור בהערת-אגב, נעשתה רק כאשר להוראה המותקפת כבלתי-מידתית היה קשר רעיוני כלשהו למושג רחב של "זכות" ולפגיעה בה, כמו במקרה של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שיידון מייד. אכן נשמעו דעות מיעוט והערות-אגב המרחיבות את היקף תחולתה של פסקת הגבלה השיפוטית, אך זו טרם אומצה בפועל בהקשרים אלה.

עניינו של ההקשר הראשון שבו נדונה החלת פסקת הגבלה שיפוטית הוא עקרון השוויון בבחירות, המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. בפרשת הופנונג – הראשונה בסדרה זו של פסקי-דין – נדון תיקון לחוק מימון מפלגות שהוגדר על-ידי השופטים כפוגע בעקרון השוויון במידה מזערית בלבד. בפסק-דינו העלה השופט זמיר את האפשרות העקרונית להחיל פסקת הגבלה, במובן שיאפשר פגיעה בשוויון במקרים העומדים בתנאים אלה, אך למעט דיון קצר בתכלית התיקון המותקף, לא נדונה דוקטרינה של מידתיות.⁸⁴ בעניין מופז קיבלה האפשרות

שעניינם, בין היתר, הטלת הגבלות סחר בין מדינות או הפקעת רכוש). עניינם של כמה מההקשרים באינטרסים חברתיים (כגון מניעת זיהום חופי). בהקשרים אחרים שנתפסים כמחילים "עיקרון כללי" מדובר, כמו בהקשר האירופי, בטענות של פגיעה בריבונותן של מדינות (נוסף על קביעת המים הטריטוריאליים של מדינות הוזכר ניצול מימי נהר על-ידי מדינות גובלות). ראו שני, לעיל ה"ש 73, בעמ' 119–128.

84 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 69–70 (1996). הנשיא ברק הביע תמיכה באפשרות זו – שם, בעמ' 74–75.

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

הכרה מחוזקת. באותו עניין הותקפה הוראה בחוק הבחירות לכנסת שקבעה תקופת צינון להגשת מועמדות לכנסת בצורה שהבחינה בין קציני צבא בדרגת אלוף ומעלה, שלגביהם נקבעה תקופת צינון של שישה חודשים, לבין קציני צבא בדרגות נמוכות יותר, שנדרשו לתקופת צינון של מאה ימים בלבד.⁸⁵ במהלך הדיון בטענה בדבר פגיעה בשוויון להיבחר, שהוכר כמעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת תוך הסתמכות על ההכרעה בפרשת הופנונג, הכיר השופט מצא באפשרות "להחיל, בדרך שיפוטית, את מבחניה המוכרים של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... משהפך [מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה] לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית".⁸⁶ בעניין גוטמן טענו העותרים כי העלאת אחוז החסימה בחוק הבחירות לכנסת פגעה לא רק בזכות להיבחר ובעקרון הייצוג, אלא גם בכבודן של רשימות מיעוטים, שמקומן בכנסת היה יכול להיחסם בשל העלאת אחוז החסימה. במסגרת דחיית הטענה בדבר הפגיעה בכבוד נפנה בית-המשפט לדיון אם גם כאן יש להחיל את דוקטרינת המידתיות. כל תשעת שופטי המותב הכירו בפגיעה בעקרון השוויון המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת; ארבעה מתוכם, ביניהם שלושה משופטי הרוב, מצאו מקום להחלת פסקת ההגבלה השיפוטית, על מבחני המידתיות הגלומים בה.⁸⁷ ההצדקה הראשונית להחלת פסקת ההגבלה בפסיקה המוקדמת שעסקה בעקרון השוויון הפוליטי הייתה כי הואיל ובהגנה על זכות-היסוד לשוויון קיימת האפשרות לפגיעה בה, אם היא מידתית, קל וחומר שכך כאשר עסקינן בעקרון שוויון "פוליטי", שניתן לראותו כפחות במעמדו מזכותו של פרט לשוויון.⁸⁸

חלק מן המקרים האחרים שבהם אוזכרה החלטה של פסקת ההגבלה השיפוטית קשורים אף הם לפגיעה באינטרס מוגן, גם אם הוא אינו מוכר באופן מלא כזכות המוגנת בחוק-היסוד. כך לעניין פומביות הדיון,⁸⁹ וכך לגבי הזכות להגיש עתירה לבג"ץ.⁹⁰ באלה קיים אזכור בלבד של אפשרות החלטה של פסקת ההגבלה, וההכרעה לא התבססה על בחינת מידתיות. באשר לשילובה של "פסקת הגבלה שיפוטית" בהחלת הוראת חוק-יסוד שאין למצוא לה קשר, ולו רחוק, להגנה על אינטרס פרטי כלשהו, נשמעו כמה אמרות-אגב תומכות. כך, בפסק-דין המיעוט בפרשת המרכז האקדמי, שעסק ב"הפרטת" בית-סוהר, הציג השופט לוי עמדה

85 ס' 56(א) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, כנוסחו אז.
86 ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 811 (2003). ב"מבחנה המשולש" של פסקת ההגבלה כיוון השופט מצא לשלוש הדרישות הכלולות בפסקה, ולא לשלושת מבחני-המשנה של אחת הדרישות, היא דרישת המידתיות.
87 בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.3.2015). ארבעת השופטים היו השופט ג'ובראן, בדעת המיעוט, בפס' 32-43 לפסק-דינו; השופט פוגלמן, בפס' 5 לפסק-דינו; הנשיא נאור, בפס' 2-3 לפסק-דינה; והשופטת חיות, בפס' 3 לפסק-דינה. אין צורך לדון כאן בשאלה – שנדונה אף היא בפסק-הדין – אם עמידה בתנאיה של פסקת ההגבלה צריכה להיות תנאי נוסף על דרישת הרוב המיוחס המעוגנת בחוק-יסוד: הכנסת.
88 ראו, למשל, השופט זמיר בעניין הופנונג, לעיל ה"ש 84, בעמ' 70.
89 בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 539 (2003) (הנשיא ברק) (אך ראו את דבריה של השופטת דורנר, שם, בעמ' 541-542).
90 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 756, 750 (2003).

רחבה ביותר באשר לתחולתה של פסקת ההגבלה השיפוטית על כלל חוקי-היסוד, ואף מעבר להם:

...הבחינה החוקתית [משתרעת] גם על "סדרי שלטון הקבועים] בחוק-יסוד (כגון, חוק-יסוד: הממשלה)"... וגם על " [... קביעה [...] משתמעת [מחוקי היסוד] (כגון פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת)..." כשלעצמי, הואיל וסבורני כי עקרון הכבילה משתרע על כל אותם ערכים שהכנסת סברה כי ראוי להגן עליהם מפניו של רוב חולף, מחד גיסא, וכי שום עיקרון אינו מוחלט כי אם יחסי, מאידך גיסא, לא ראיתי מקום לעריכתה של הבחנה בין ערכים הקשורים בזכויות אדם לבין ערכי מהות אחרים. מוכן הייתי להניח כי פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו החוקתי, כוחה יהא יפה בהתוויית גבולותיה של ההגנה על כל אותם ערכים חוקתיים, לאמור – גם על ערכים חוקתיים המבטאים אינטרס ציבורי חשוב שאין עניינו בזכויות... ברי כי לא כל אינטרס ציבורי ראוי להכרה כערך חוקתי, ואלה שכן, יוכלו למצוא את מקומם הראוי אל מולן של זכויות חוקתיות, ככל שתתעורר התנגשות בין השניים.⁹¹

סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה לא זכה שם בניתוח על בסיס פסקת ההגבלה, משום שהשופט לוי, כמו שופטים אחרים, הגדיר את הוראת סעיף 1 כדקלרטיבית במהותה. העמדה שלפיה אין להבחין לעניין זה בין "ערכים הקשורים בזכויות אדם לבין ערכי מהות אחרים" טרם יושמה בפועל בפסיקה: אין בנמצא כל פסק-דין שבו יושמה פסקת הגבלה חוקתית בבחינת תוקפה או משמעותה של הוראה מוסדית בחוק-יסוד.⁹²

91 פרשת המרכז האקדמי (2009), לעיל ה"ש 44, פס' 16 לפסק-דינו של השופט לוי. הנשיאה ביניש הותירה את השאלה בצריך עיון – שם, פס' 63 לפסק-דינה. לתמיכה רחבה בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית ראו שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 175 (2014).

92 בהכרעות המעטות שבהן הועלתה סתירה להוראה "מוסדית" בחוק-יסוד אין משום אימוץ ישיר של פסקת הגבלה חוקתית. ראו בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד (3) 275 (2011), שבו הותקפה חוקתיותו של חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון), שקבע המשך חקיקה של חוק תקציב דו-שנתי בניגוד להוראת חוק-יסוד: משק המדינה. לאחר שהכריעה כי בהעדר הסדר חוקתי בנדון חוק-יסוד שהוא הוראת-שעה פוגע במעמדם של חוקי-היסוד, וכי נדרש משום כך לעשות בו "שימוש במשורה", הוסיפה הנשיאה ופירטה כמה נסיבות שיש להביא בחשבון כדי להצדיק עריכת הסדר זמני, בין היתר "מידת פגיעתו של חוק היסוד הזמני בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות" (שם, פס' 24 לפסק-דינה). לכל-היותר ניתן לראות כאן רמיזה לשימוש בדוקטרינה של מידתיות דרך פסקת הגבלה חוקתית. ראו גם עניין תנועת דרור ישראל, לעיל ה"ש 64, שבו הותקף תיקון לחוק מינהל מקרקעי ישראל, שהורה על הסדרים לקביעת זכות בעלות במקום משטר של זכויות חכירה לדורות, בטענה כי הוא סותר הוראה בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל האוסרת העברת בעלות במקרקעי ישראל שבידי המדינה והגופים הציבוריים האחרים לעניין זה, או למצער פוגע בהוראה זו. בית-המשפט דחה את הטענה. הנשיאה (בדימ') ביניש התייחסה לאפשרות של העברה מסיבית של בעלות שתיחשב

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

דבריו של השופט לוי על "ערכי מהות", כגון עקרון הפרדת הרשויות ועצמאותה של הרשות השופטת, מעבירים אותנו לבחינת סיכויי תחולתה של פסקת הגבלה שיפוטית במקרה של טענה בדבר סתירה ל"עיקרון חוקתי כללי" לא-כתוב. "ערכים חוקתיים", שאין להם ביטוי מפורש בחקיקה, הוכרו בפסיקה מוקדמת מן התקופה שקדמה בהרבה להכרה הפורמלית בזכויות-יסוד, וזאת בהקשר של הכרה באותן זכויות, ולא דווקא בעקרונות מוסדיים.⁹³ כאמור לעיל, ברק מדינה ועשור ויצמן התמקדו לאחרונה בכמה נורמות חוקתיות "מוסדיות" שאינן מנויות. כולן נגזרות מן הפסיקה במפורש או במשתמע, אם כי מפסיקה שרובה מתייחסת לעשייה מנהלית, והן כוללות, בין היתר, את עקרון הפרדת הרשויות (שממנו נלמדות הגבלות לגבי היקף ההפרטה של סמכויות שלטוניות), את כלל ההסדרים הראשוניים, וכן את מגבלות ההפרטה – עיקרון שהזכיר גם השופט לוי בפסק-דינו.⁹⁴ שאלתם אם יש לראות בעקרונות חוקתיים אלה משום כללים מוחלטים, הדורשים החלה (בכפוף לפרשנות), או סטנדרטים, שיש להחילם באופן גמיש ותוך איזון, מקבילה למעשה לשאלתי על-אודות החלתה של דוקטרינת המידתיות בהעדר קישור לזכות או לאינטרס. מדינה ויצמן טוענים כי בחלק נכבד מן ההכרעות לגבי עקרונות כלליים אלה הועבר בפועל מרכז-הכובד לדיון בפגיעה בזכויות. כך, למשל, איסור חלוקת כספים משיקולים קואליציוניים עוגן בזכות החוקתית לשוויון, והנורמה האוסרת העדפת אינטרסים צרים של גורמים עסקיים נדונה במסגרת ההגנה על חופש העיסוק.⁹⁵ אך הניתוח האמפירי שם מקביל לטענתי כי אין בנמצא הכרעה המאמצת פסקת הגבלה שיפוטית בהקשר שלא זוהה כמקושר לזכויות אדם.

עד כאן היה העיסוק בשאלה אמפירי במהותו: למרות קיומן של הערות-אגב המכוונות להחלה רחבה של "פסקת הגבלה שיפוטית", בפועל לא הוחלה פסקה כזו אלא כאשר נמצא קישור לפגיעה באינטרס, בדרך-כלל אינטרס המקושר ליחס לא-שוויוני. נותרת השאלה אם ראוי להרחיב את תחולתה של דוקטרינת המידתיות לעשייה שלטונית (חקיקה או מעשה מנהלי) שאין לה קישור כזה.

שלושה מחקרים שפורסמו לאחרונה מתייחסים לשאלה זו, כל אחד מהם מנקודת מוצא שונה. לגישתו של שרון וינטל, יש להחיל פסקת הגבלה שיפוטית על כל ערך המוגדר על-ידיו כ"עיקרון חוקתי מופשט".⁹⁶ במאמר המתמקד במשפט החוקתי בלבד הוא מציג שני מבחנים מופשטים לזיהוי עקרונות כאלה: מבחינה צורנית על העיקרון להיות מנוסח בכלליות וברמת הפשטה גבוהה; ומבחינה מהותית עליו "להיות הוראה אשר נגזרת באופן טבעי ומתבקש

כמשנה את חוק-היסוד (מצב שלא נמצא במקרה הנדון), והוסיפה כי אין צורך להיזקק לשאלת החלתה של פסקת הגבלה שיפוטית במקרה כזה. שם, פס' 44.

93 לכולטים שביניהם ראו את בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80 (1951); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). ראו גם בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 551–554 (1990) (שם אומר השופט ברק, בהקשר של פגיעה בעקרון השוויון, כי "באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה"; אולם השופט ברק מסווג אפשרות זו כחורגת, בעת ההיא, מהקונסנוס החברתי – שם, בעמ' 554).

94 מדינה ויצמן, לעיל ה"ש 16.

95 שם.

96 וינטל, לעיל ה"ש 91.

מנוסחת התארגנות מכוננת של האומה... או למצער מעגנת ערך חברתי בעל חשיבות במערך החוקתי הכולל".⁹⁷ מן הדוגמאות שווינטל מציג עולה כי עקרונות כאלה כוללים גם עקרונות מוסדיים, כגון עקרון רציפות הממשלה או ההוראה בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל שלפיה "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל".⁹⁸ דומה שבבסיס טיעון זה מצויה ההנחה כי בהחלת פסקת הגבלה כזו תתאפשר ביקורת שיפוטית במקרים ראויים.⁹⁹ אלא שהשאלה נותרת פתוחה: האם יש לראות עשייה של המחוקק או של הרשות המבצעת הנטענת כסותרת הוראות בחוקה או בחוק המגבות עיקרון מוסדי כשוות-ערך לעשייה שיש בה אלמנט של פגיעה ישירה באינטרס פרטי או חברתי? בדיון זה חסרה הבחנה בין פגיעה בזכות או באינטרס לבין פגיעה בעיקרון מוסדי. לכולם, לדידו, יש מאפיין משותף – היותם "עקרונות חוקתיים מופשטים".

שני המחקרים האחרים מציגים גרסאות שונות של גישת-ביניים, שלפיה ראוי להבחין בין הוראות מוסדיות במהותן, שאין להחיל עליהן דרישת מידתיות, לבין הוראות ועקרונות חוקתיים הקרובים לתחום ההגנה על חירויות הפרט במידה שיש בה כדי להצדיק את הפעלת דוקטרינת המידתיות בבחינת החלתם (או בלשונם של מדינה וויצמן – לראותם כסטנדרטים הניתנים לאיזון). לטעמו של אהרן ברק, מקורה של "פסקת ההגבלה המשתמעת" בעקרונות-היסוד שמהם נלמד הצורך לאזן בין טובת הכלל לבין זכות הפרט. מכאן שתחולתה על עקרונות חוקתיים אחרים היא תלוית-הקשר, ומשתנה מהקשר מוסדי אחד לאחר. נקודת המוצא לעניין זה תהיה החזקה שהסדרים מוסדיים אלה הם מוחלטים, אם כי חזקה זו ניתנת לסתירה.¹⁰⁰ טענתם של מדינה וויצמן נראית במבט ראשון דומה במהותה: הוראות ועקרונות שיסווגו כ"מוסדיים" יזוהו כ"כללים" ויהיו כפופים להחלה בכפוף לפרשנות בלבד, אך יהיו כאלה שיוצדק עיגונם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰¹

דומה שההבדל בין גישתו של אהרן ברק לבין זו של מדינה וויצמן נעוץ בקו ההפרדה שיש למתוח בין הקשרים מוסדיים לבין הקשרים שניתן לקשרם להגנה על זכויות. אהרן ברק אינו מספק דוגמאות למקרים שבהם הסדר מוסדי מובהק, שאינו מקושר להגנה על זכות או אינטרס, יוכפף לדידו לפסקת הגבלה; הדגש במאמרו הוא בזכויות. מדינה וויצמן מבחינים בין שני סוגי ההוראות. לדידם, זכויות פרט הן מטבען יחסיות, ולא מוחלטות, וקביעת היקף ההגנה עליהן תהיה תולדה של בחינה פרטנית, כל מקרה לפי נסיבותיו, וזאת כדי למנוע פגיעה שאינה

97 שם, בעמ' 192.

98 שם, בעמ' 198–199.

99 דומה שהדאגה המרכזית היא ההעדר הנטען של אפשרות לבקר חקיקה הסותרת עקרונות מבניים בלא הישענות על פסקת ההגבלה. ההנמקה לטיעון זה מבוססת על שני טיעונים מנוגדים לכאורה: "כרסום" בעיקרון מופשט באמצעות חקיקה צריך להתאפשר במקרים מסוימים גם כאשר אין היתר בחוק-יסוד לעשות זאת, ומאידך גיסא, "כרסום" אינו יכול להיות בלתי-מוגבל, גם כאשר חוק-היסוד מתיר זאת. בכך הכותב מכיר למעשה בשני ההיבטים של פסקת ההגבלה (ועימה המידתיות): היא מאפשרת ומקיימת פעולות מסוימות הפוגעות בזכות או באינטרס, אך גם מגבילה את הרשות ומגינה מפני פגיעה חריפה מדי, והכל בשם ההגנה על העיקרון המשפטי שיש להגן עליו.

100 אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77, 96–97 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015). ראו גם אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 352 (2004).

101 מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 16.

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

ראויה.¹⁰² לעומתן, נורמות מוסדיות "טהורות" הן נורמות מסדר שני, הקובעות את כללי המשחק הפוליטי. מרכיב הפגיעה בהן הוא עקיף בלבד: הן נבחנות לאור תועלתן החברתית הכוללת, בלא בחינה פרטנית של נסיבותיו של המקרה שעל הפרק:

גם הנורמות הללו מגינות על אינטרסים שחשובים לפרט, אך הן עושות זאת באופן עקיף בלבד... אף שהסדרים אלה מניבים בסופו של דבר הגנה ראויה על אינטרסים שחשובים לפרט, אפיונם אינו כולל התייחסות למידת ההגנה על האינטרסים השונים שנובעת מהחלתם בכל מקרה ומקרה. הבחנה זו באה לידי ביטוי בעצם קביעת תוכנן... על יסוד מה שמקובל לכנות "תוצאתנות של כללים", כלומר, קביעת הסדרים כלליים, מוסדות, כללי הכרעה דיוניים וכדומה שצפויים להוביל ברוב המקרים לתוצאה הרצויה מבחינה חברתית.¹⁰³

בקבוצה זו הכותבים מונים הוראות שעניינן שיטת הבחירות ושיטת המשטר, ולעניין כללים חוקתיים לא-כתובים הם מונים, בין היתר, גם מקרים מסוימים של הפרטת עשייה שלטונית, עקרון חוקיות המנהל או החלת חובה לשקול שיקולים ענייניים בלבד. לדידם, המאפיין הוראות בקבוצה זו הוא שבשמירתם ככללים מחייבים תישמר במערך הכולל תרבות פוליטית ראויה והוגנת, אף אם במקרים ספציפיים יוביל הדבר לתוצאה בלתי-רצויה. כך, למשל, שיטת בחירות יכולה להוביל במקרים פרטניים לתת-ייצוג או למינוי נושאי-משרה שאינם הולמים, ומכרז על-פי כללים נוקשים יכול להוביל לבחירת הצעה טובה פחות, אך במבט רחב יותר העשייה בהתאם לכללים נתפסת כמשיגה את התוצאה המיטבית.¹⁰⁴

בקבוצה השנייה של הנורמות ה"מוסדיות" נכללים לדידם עקרונות הראויים להיקשר לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כגון "הנורמות בדבר שלטון החוק המהותי, החובה לאפשר פרסום מידע לציבור, האיסור לקדם מטרות דתיות מכוח חובתו של השלטון לניטרליות, והיבטים מסוימים של הגנה על הזכות להיבחר".¹⁰⁵

לא אבחן כאן באופן ביקורתי את נאותות שיוכה של כל אחת מנורמות אלה במשפט החוקתי לקבוצה ה"מוסדית" או לקבוצת הזכויות. גם לא אנסה לזהות את טיבם של מכלול "העקרונות החוקתיים המופשטים" של וינטל. לענייניו של מאמר זה חשובה טענתם של מדינה וויצמן, המצויה גם אצל אהרן ברק, שלפיה פלי המידתיות – שנועד לבחון את חוקתיותה של פגיעה בזכות (ולדידי גם של פגיעה באינטרס) לאור מאפייניו של המקרה שעל הפרק ואל מול אינטרסים אחרים – אינו מתאים להחלה כאשר מדובר בהוראה או בנורמה בעלות מעמד חוקתי שאין להן קישור לפגיעה כאמור. במהותה, דוקטרינת המידתיות קשורה למרכיב של פגיעה באינטרס או בזכות.

כנטען לעיל, פגיעה בזכות או באינטרס תוך שימוש בכוח שלטוני עומדת בניגוד ישיר לתפיסות יסודיות של משטר חוקתי. דוקטרינת המידתיות נתפסת כמגינה מפני פגיעה חריגה,

102 שם, בעמ' 17 לכתב-היד.

103 שם, בעמ' 17–18 לכתב היד.

104 שם, בעמ' 18.

105 שם, בעמ' 19.

משום שהיא מציבה רף כבד להכרה בפגיעה כזו ומצמצמת את האפשרויות הפרשניות העשויות להצדיק סטייה מן ההוראה החוקתית. כללים "מוסדיים" או סוגים של עקרונות "מופשטים" יכולים להיות "מוחלטים" – במובן זה שהוראותיהם יהיו ניתנות אומנם לפרשנות אך הם יוחלו בהתאם לפרשנות זו – או שהם יכולים לכלול אפשרות לחרוג מהם או לעדן אותם. כך או אחרת, התועלת בקיומם של כללים כאלה, שאליה התייחסו מדינה וויצמן, תיוותר לאורך זמן ובאופן אוניוורסלי.¹⁰⁶ אכן, לא במפתיע דוקטרינת המידתיות מעוגנת ברגיל בפסקות הגבלה המשויכות להגנה על זכויות אדם. כך הדבר, למשל, בחוקות של קנדה ודרום-אפריקה ובאמנה האירופית לזכויות אדם.¹⁰⁷ באשר לדין האיחוד האירופי, הדיון לעיל הוביל למסקנת כי בפועל הוחלה שם הדוקטרינה – ככל שמדובר בעשייה הקשורה לפרט – רק בהקשרים שיש לזהותם כפגיעה בזכות או באינטרס.¹⁰⁸

הדיון לעיל התמקד במשפט החוקתי, אולם גם ביחס למשפט המנהלי אין מקום להרחיב את תחולת הדוקטרינה. אכן, במקרים שבהם הותקפה מדיניות מבלי שהוצמדה לה טענה בדבר פגיעה באינטרס מוגן, שמרו גם בג"ץ ויתר בתי-המשפט בישראל על ריסון יחסי בביקורתם. גם בשיטות שבהן זכתה הסבירות בפיתוח של ממש, בראשן ישראל, נותרה בעינה ההלכה שלפיה יש להבחין, לעניין עומק הביקורת השיפוטית, בין עשייה הפוגעת בפרט לבין עשייה שאינה כורכת עימה פגיעה כזו.¹⁰⁹

(3) תחולתה של דוקטרינת המידתיות – סיכום

בתקיפה של עשייה שלטונית (חקיקה או מעשה מנהלי) תוך שימוש בדוקטרינת המידתיות יכולות לעלות טענות בדבר פגיעה בכמה סוגי ערכים: זכויות אדם מוכרות ומוגנות; אינטרסים פרטיים שקיבלו הגנה בדין, כגון מתן הבטחה על-ידי בעל סמכות; אינטרסים חברתיים, כגון הזכות לאיכות הסביבה; והוראות מוסדיות, ביניהן גם עקרונות לא-כתובים, כגון עקרון הפרדת הרשויות, שממנו נגזרת הצמדת כוחות מובחנים לרשויות השלטון. במשפט הישראלי, למרות קיומו של שיח מרחיב בנדון, לרבות אמרות-אגב על-אודות כוחה של הדוקטרינה כחלק מ"פסקת הגבלה שיפוטית" אשר יכולה לחול גם על הוראות שיש בהן היבטים מוסדיים בלבד, הוחלה דוקטרינת המידתיות רק כאשר נטען לפגיעה בזכות או באינטרס. כוחה של הדוקטרינה בניטור פגיעות ואינטרסים, וככזו ראוי שהיא תחול גם במקרה של פגיעה באינטרסים בעלי היקף חברתי כולל שאינו מוצמד לפגיעה מובחנת. אך מעבר לכך אין למצוא כל בסיס להחלה רחבה יותר על הקשרים שאין בהם פגיעה – גם לא במשפט העל-לאומי. כלים אחרים, כגון פרשנות חוקתית ועילת הסבירות, יכולים לספק בסיס לביקורת כאשר זו נדרשת.

106 ראו גם פרק 2 לעיל.

107 ס' 1 לחוקת קנדה, ס' 36 לחוקת דרום-אפריקה וס' 1–13 לאמנה האירופית לזכויות האדם.

108 ראו לעיל חלק ג(ד)(1).

109 ראו, למשל, בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466 (1982) (מדיניות סבסוד אשראי); בג"ץ 82/02 קפלן נ' מדינת ישראל, משרד האוצר, אגף המכס, פ"ד נח(5) 901 (2004) (מדיניות פיסקלית); בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 30.11.2006) (החלטה על הקמת ועדת חקירה).

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

ד. דוקטרינת המידתיות ומבחניה

1. שלושת/ארבעת מבחני-המשנה – סקירה

רבים מאוד מן העוסקים במידתיות, ולא רק בישראל, מזהים באופן טבעי את הדוקטרינה עם מבחניה. לכך יש ביטוי ברור בניתוחו של איש התיאוריה החוקתית רוברט אלכסי:

The principle of proportionality (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)... consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in the narrower sense.¹¹⁰

כידוע, ההבחנה בין שלושת מבחני-המשנה מקובלת זה עשורים רבים בשיטות משפט רבות. בין היתר נזכרות לעניין זה – נוסף על גרמניה – גם קנדה, זימבבווה, דרום-אפריקה, בריטניה, ובמידה מסוימת גם אוסטרליה. לעניין ישראל די בציטוט מתוך פסק-דינו של הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי:

המשפט המשווה מצביע על כך כי מבחן המידה הדרושה מתחלק לשלושה מבחני משנה: מבחן המשנה הראשון קובע כי אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם חוקתית, הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. זהו מבחן "ההתאמה" (*fit, geeingnat*) או מבחן "הקשר הרציונאלי"... מבחן המשנה השני קובע כי אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם חוקתית, הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על-ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר. זהו מבחן האמצעי "שפגיעתו פחותה". הוא מכונה לעתים כיסוד הצורך. מבחן המשנה השלישי מחייב שקילת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק לפרט בהפעלת האמצעי. נדרש אפוא יחס ראוי בין האמצעי למטרה ("מידתיות במובן הצר").¹¹¹

משמעם של הביטויים "consists of" ו"מתחלק" בשתי המובאות שלעיל זהו וברור: המידתיות מורכבת משלושה עקרונות-משנה; מבחני-המשנה הם-הם המרכיבים את דוקטרינת המידתיות; אין לדוקטרינה קיום בלא מבחניה. אך במקביל למבחן התלת-שלבי או הארבע-שלבי ניתן לזהות שיטות שבהן דוקטרינת המידתיות זוכה בהצרנה שונה מבלי שיהיה בכך כדי למנוע הכרה באותה דוקטרינה שאומצה על-ידי גרמניה, קנדה והמדינות האחרות. משום-מה, ההכרה בנתון עובדתי זה ובהשלכותיו לעניין הבנת טיבה של דוקטרינת המידתיות נעדרת כליל מן השיח המקובל על-אודות הדוקטרינה.

110 Alexy (2004), לעיל ה"ש 46, בעמ' 52.
111 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436–437.

2. בין דוקטרינה לבין מבחניה – מקומם של מבחנים בהחלת כללים ועקרונות משפטיים

בחלק זה אטען שתי טענות – טענה אמפירית וטענה תורתית. שתיהן מכוונות לניתוק שילובן של הדוקטרינה ומבחניה, באופן שיתרום לא רק להבהרת מהותה של דוקטרינת המידתיות, אלא גם להבנה טובה יותר של כלים המעוצבים בבתי-משפט כדי להצדיק את ביקורתם על עשייה שלטונית.¹¹²

מבחניה אמפירית, לא כל בית-משפט שאימץ את דוקטרינת המידתיות עשה כן תוך אימוץ שלוש מבחני-המשנה. אפתח במשפט הקהילייה האירופית. בכמה מפסקי-הדין עיצב בית-המשפט תהליך המדמה את המבחן התלת-שלבי,¹¹³ אך ב-בוזמן נשען בית-הדין האירופי לצדק על מבחן אחר, המשלב שתי דרישות בלבד – התאמה והכרח. על-פי מבחן זה, על הצעד המותקף להיות "appropriate for attaining the objective pursued and must not go beyond what is necessary to achieve it".¹¹⁴ ניתן לראות בנוסחה זו אימוץ של מבחן-המשנה הראשון ודין משולב בשני מבחני-המשנה האחרים, באופן המשקף "ניצחון" של המבחן התלת-שלבי, אך נכון יותר לומר כי הפסיקה בכללותה לא הכריעה בין המבחנים.¹¹⁵ ראייה לכך היא

112 תת-פרק זה מפתח רעיונות מספר שהצגתי במאמרי Margit Cohn, *Proportionality in Israel and Beyond: Four Aspects, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING* 189 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

113 על-פי נוסחה זו, הוראות היוצאות מתחת ידיהם של מוסדות הקהילה יהיו "appropriate and necessary in order to achieve the objectives legitimately pursued by the legislation in question; when there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued". ראו פרשת *Fedesa*, לעיל ה"ש 14, בעמ' I-4063. נוסחאות דומות אומצו, למשל, ב-Case C-310/04 Kingdom of Spain v. Council of the European Union, [2006] E.C.R. I-7318, I-7349, para. 97; Case T-308/05 Italian Republic v. Commission of the European Communities, [2007] E.C.R. II-5096, II-5144, para. 153.

114 בפסק-הדין הראשון שזיהה את המידתיות כעיקרון כללי – פסק-דין *Internationale Handelsgesellschaft*, לעיל ה"ש 79 – הוחל רק הליך של איוון בלא הפעלת מבחנים. להישענות על המבחן הדו-שלבי ראו, למשל, פרשת *British American Tobacco*, לעיל ה"ש 14, פס' 15, 19–25; Case 137/85 Maizena v. BALM, [1987] E.C.R. 4587; paras. 15, 19–25; Case 344/04 International Air Transport Association v. Department of Transport, [2006] E.C.R. I-403, paras. 79–92; ולאחרונה פרשת *Estonia*, לעיל ה"ש 80, פס' 28, ופרשת *Gauweiler*, לעיל ה"ש 81, פס' 67. בהערת פסיקה על פסק-הדין האחרון ההנמקה "מתורגמת" לשפת המבחן התלת-שלבי, אף שהוא אינו מופיע בפסק-הדין עצמו. ראו Herwig C.H. Hofmann, *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union* (Working Paper, 2015), available at <http://ssrn.com/abstract=2621933>.

115 ראו *SCHWARZE*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 854–855 (המגיע למסקנה כי כמה עשורים של החלטות בנושא לא הובילו לגיבוש נוסחה אחידה; לאחר-מכן הכותב נפנה לנתח את הפסיקה על-פי שלוש מבחני-המשנה, אולם רק כדי להראות התאמה, ולא זהות – שם, בעמ' 855–864). לכתיבה מוקדמת, שעל-פיה אומץ בפסיקה זו המבחן התלת-שלבי, ראו *de Búrca*, לעיל ה"ש 76, בעמ' 113.

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

שהשימוש השגור במבחן דו-שלבי זה מתרחק מדיון המבחין בין השלבים: ההנמקה השיפוטית כוללת רק הערכה כללית על-אודות מידתיות המעשה.¹¹⁶

גם במשפט החוקתי האוסטרלי, כבקהילייה האירופית, טרם גובשה נוסחה אחידה. דוקטרינת המידתיות הוכרה באוסטרליה בשנות השמונים של המאה העשרים (פסיקה קודמת שאזכרה את המילה "מידתיות" או אחת מנגזרותיה אינה מוכרת בעיניי כאימוץ של דוקטרינה מובחנת).¹¹⁷ המבחן שאומץ שם על-ידי אחד השופטים היה התנאי שהמעשה יהיה appropriate and adapted להשגת התכלית.¹¹⁸ המבחן, שנהפך לכלי שכיח בהכרעות שעניינן חוקתיותם של חוקים (במקרים שבהם החוקה מאפשרת להכריע כך) ושל עשייה מנהלית, לא קושר תמיד לדוקטרינת המידתיות. בסוף שנות התשעים לבש המבחן צורה דו-שלבית: על דרישת ההתאמה והנאותות נוסף מבחן קודם שעיקרו בחינת קיומה של פגיעה של ממש בזכות.¹¹⁹ עם זאת, אימוץ המבחן לא היה אוניוורסלי; הזיהוי בינו לבין דוקטרינת המידתיות לא היה מלא; ואף נמצאו מקרים שבהם נדחה טיעון בעד הישענות על מידתיות כאמת-מידה.¹²⁰ בשנים האחרונות החלו להישמע באוסטרליה קולות בעד אימוץ המבחן התלת-שלבי המוכר לקוראי דפים אלה: הוא הוחל פְּמֹבֶן מאליו בפרשת *McCloy* משנת 2015,¹²¹ וזוכה בהמלצות חמות בספרות, שחלקה נכתבה על-ידי אותה שופטת המקדמת את החלתו של המבחן התלת-שלבי בבית-המשפט.¹²²

תמיכה נוספת בהחלתו של המבחן מצויה ברוח המפורט של ה-Australian Law Reform Commission מדצמבר 2015, שעסק בבחינה מפורטת של היקף ההגבלות המוטלות על זכויות אדם קלסיות, במובן הרחב המקובל, בשיטה המשפטית האוסטרלית. לאחר שקילת עמדות

116 ראו, למשל, בפסיקה הנזכרת לעיל בה"ש 114.
117 *Commonwealth v. Tasmania (Tasmanian Dam Case)*, (1983) 158 C.L.R. 1 (Austl.).
118 שם, בעמ' 260 (מפי השופט Deane) (עתירה נגד החלטת הממשל הפדרלי לא להקים סכר על נהר פנקלין בטסמניה, שהוכרו על-ידי אונסקו כאתר שימור עולמי, בניגוד להחלטת טסמניה. החלטת הממשל הפדרלי אושרה ברעת רוב. השופט Deane היה השופט היחיד שעסק במידתיות).
119 ראו, למשל, *Castlemaine Tooheys v. South Australia*, (1990) 169 C.L.R. 436 (Austl.).
Lange, לעיל ה"ש 54.
120 על המשרעת שבין היצמדות למבחן הקודם לבין דחייתו השוו את עמדותיהם של שלושת השופטים בפרשת *Mulholland v. Australian Electoral Commission*, (2004) 220 C.L.R. 181 (Austl.), שהגיעו כולם להכרעה כי הוראה בחוק שהתנתה תנאים לרישום מפלגות: השופט Heydon (שם, בעמ' 297–300) עושה שימוש בלעדי בנוסחה appropriate and adapted, מבלי לקשרה עם מידתיות; השופט Callinan (שם, בעמ' 291) מקשר בצורה לקונית בין שני המונחים כמושגים נרדפים; והשופט Kirby (שם, בעמ' 260) מבקש להתנער מן הנוסחה האמורה לטובת הדגשת מקומה של המידתיות ככלי להכרעה. לסקירות על-אודות הגישות השיפוטיות השונות להחלת דרישה של מידתיות, לרבות החלת מבחניה לפני פרשת *McCloy* (לעיל ה"ש 22) שתידון להלן, ראו (2012) *Kiefel*, לעיל ה"ש 22; *Bonina Challenor, The Balancing Act: A Case for Structured Proportionality Under the Second Limb of the Lange Test*, 40 U. W. AUSTRALIAN L. REV. 267, 270–286 (2015).
121 פרשת *McCloy*, לעיל ה"ש 22, פס' 2, 54–83.
122 *Kiefel* (2010), לעיל ה"ש 54, בעמ' 11 (קיפל הייתה אחת מארבעת השופטים שהחילו את המבחן התלת-שלבי בפרשת *McCloy*). ראו גם *Challenor*, לעיל ה"ש 120 (על בתי-המשפט באוסטרליה לאמץ את המבחן התלת-שלבי שהתווה השופט ברק).

שונות שהוגשו לוועדה, נקבע ברוח כי דוקטרינת המידתיות היא הכלי המקובל בעולם לבחינת מגבלות המוטלות בדין על זכויות אדם, והובעה תמיכה בכוחה של דוקטרינת המידתיות ככלי המאזן כראוי בין חשיבות ההגנה על זכויות אדם לבין אינטרסים מנוגדים גם בהקשר האוסטרלי, תוך הצגת המבחן התלת-שלבי כמכשיר המרכזי לניתוח מידתיות.¹²³ ייתכן שדוח זה ופסיקה מן העת האחרונה יטו את השיטה לכיוון של אימוץ המבחן התלת-שלבי, אולם לצרכינו די בהכרה שקיימות שיטות שאינן מאמצות אותו.

חשוב יותר להתמקד בהיבט התורתי של ממצא זה. ציינתי בתחילת דבריי כי הבחירה שלי להשתמש במונח "דוקטרינה" בצמוד למידתיות, ולא ב"עיקרון" או ב"סטנדרט", נועדה להדגיש את היותה מכשיר מוכר בשיטה משפטית, המשמש כלי-עזר לפתרון שאלות משפטיות, כמו דוקטרינות אחרות כגון סבירות ותום-לב. דוקטרינה היא יותר מדרך הנמקה: היא מעוצבת באופן המזוהה אותה כקוד המאפשר הכרעה בסוגיה, כמערך מושגי מובחן המסייע בקבלת החלטות ובבחינה ביקורתית שלהן. לדוקטרינות משפטיות רבות הוצמדו מבחנים או "נוסחאות" להחלתן. במשפט הציבורי ניתן להזכיר כדוגמאות את נוסחת השפיטות בפרשת *Baker v. Carr* בארצות-הברית, המפרטת שישה מצבים שבהם בית-משפט עשוי להכריע כי סוגיה אינה שפיטה, ואת ארבעת התנאים שעוצבו בישראל לקיום הבטחה מנהלית.¹²⁴ בחירה שיפוטית במבחנים הנהפכים למכשיר להחלטה של דוקטרינה יכולה להיות מונעת מרצון להבהיר את מהותה של הדוקטרינה ולהעניק לה מובן בר-החלה במקרים עתידיים, באופן שיגביר את האחידות בעשייה השיפוטית; היא יכולה להיות תוצאה של הנטייה האנושית לסיווג ולהצרנה; והיא יכולה גם לשמש כלי ל"אובייקטיביזציה" לכאורה של החלטה על בסיס דוקטרינה עמומה, במיוחד בנושאים שקיימת לגביהם מחלוקת ציבורית. באשר למניע האחרון, להחלה של דוקטרינה משפטית באמצעות מבחנים טכניים-לכאורה יש "אפקט מרחיק": שופטים הנשענים על מבחנים מקובלים הנדמים אובייקטיביים מבקשים להתרחק בדרך זו מטענות בדבר פוליטיזציה, שדינן להישמע בכל מקרה שבו הפרשה הנדונה לפני בית-המשפט היא רגישה או נושאת מטען פוליטי. ככל שהעניין העומד לדיון הוא רגיש, פוליטי או שנוי במחלוקת, התועלת ביצירת נוסחאות ומבחנים רבה יותר, וככל שהנוסחה או מערך המבחנים מפורטים יותר או כוללים מספר גדול יותר של מבחני-משנה, השימוש בהם עשוי להגביר את האמון בעשייה השיפוטית ואת תפיסתה כעשייה מקצועית, טכנית ואפילו קלינית, הנקיה משיקולים אישיים או פוליטיים.

כל אחת מן הסיבות דלעיל עשויה לספק הסבר לקליטה המקפת של המבחן התלת-שלבי (או הארבע-שלבי). אפקט ההרחקה, שלא נדון עדיין בספרות, מספק הסבר משכנע לא פחות מהאחרים. להבחנה בין הדוקטרינה לבין מבחניה יש תועלות בניתוחים שמטרתם להסביר (או

123 ALRC, לעיל ה"ש 52, בעמ' 45.

124 ראו, בהתאמה, Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962); בג"ץ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לח(3) 474, 469 (1978); בג"ץ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד מ(4) 529, 523 (1986). ארבעת התנאים, כפי שגובשו עד עניין דישון, הם אלה: נותן ההבטחה היה בעל הסמכות לתיתה; הייתה לו כוונה להקנות לה תוקף משפטי; הוא בעל יכולת למלא אחריה; ואין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה.

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

להצדיק) את קליטתה הנרחבת של דוקטרינת המידתיות, אך לא רק בהקשר זה. הנהרתה של הדוקטרינה תאפשר את פיתוחה העתידי באופן העשוי להתאים לצרכים ולאופני הנמקה מקבילים, ולא בהכרח על בסיס ההצרנה הקיימת כיום.

ה. דוקטרינת המידתיות – הצדקה והבניה

זרם חשוב בחקר המידתיות מקשר את הדוקטרינה למונח "תרבות ההצדקה", שמקורו דרום-אפריקאי. המונח הוטבע על-ידי אטיין מוריניק (Etienne Mureinik) במטרה להבחין בין המשטר הקודם של דרום-אפריקה, שחסה תחת "a culture of authority" ("תרבות של סמכות", או לפי המונח ההולם של משה כהן-אליה – "סמכותנות"), לבין התרבות המבססת את המשטר החדש הדמוקרטי, אשר עוגן תחילה בחוקה הזמנית של המדינה משנת 1993.¹²⁵ בתרבות של הצדקה, לדידו, "every exercise of power is expected to be justified". הליך של הנמקה והצדקה, המוכיח את הקוהרנטיות של העשייה השלטונית, הוא אשר נותן לעשייה זו לגיטימציה מלאה; בעצם קיומו של הכוח השלטוני אין די לשם כך.¹²⁶

מוריניק, ואחרים שניתחו את מורשתו, לא עסקו במידתיות ככזו.¹²⁷ הקישור בין "תרבות ההצדקה" לבין עקרון המידתיות, שנעשה על-ידי החוקרים הישראלים משה כהן-אליה ועידו פורת, מדגיש את ערכה של דוקטרינת המידתיות כאינהרנטית לתרבות ההצדקה. החוקתיות החדשה, הנסמכת על דיון משותף שנועד לקדם את האינטרס הציבורי, מקדמת ואף מקדשת את הצדקת מעשיהן של המערכות השלטוניות על-דרך הנמקה מובחנת. דוקטרינת המידתיות, לדידם, מספקת את המסגרת הראויה ביותר להצדקה נדרשת זו.¹²⁸

כל החוקרים והשופטים המעניקים מקום מרכזי למידתיות כאבן-פינה התומכת במבני-העל של הדמוקרטיה החוקתית ותרבות ההצדקה עושים זאת תוך זיהוי הדוקטרינה עם מבחניה. ההצדקה, כך דומה שנטען, היא תולדה של קיום שלושת/ארבעת מבחני-המשנה: כדי ששופט (או גורם אחר) יוכל להגיע למסקנה שהפעולה היא מידתית או בלתי-מידתית, הוא מחויב לערוך בחינה של כמה ממדים של ההחלטה, החל בזיהוי התכלית, המשך בבחינת קשר רציונלי וחלופות אחרות, וכלה בשקילת הפגיעה מול התועלת החברתית. תהליך זה, על אופיו הרב-שלבי, מגשים במלואו את ערך ההצדקה, המסיט את אופני ההכרעה מהיררכייה שאינה נדרשת

Etienne Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. AFR. J. 125 (1994); HUM. RTS. 31 (1994); כהן-אליה (2012), לעיל ה"ש 4, בעמ' 324.

Mureinik, לעיל ה"ש 125, בעמ' 32.

ראו David Dyzenhaus, *Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture*, 14 S. AFR. J. HUM. RTS. 11 (1998).

Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality*; COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 2, לעיל ה"ש 4, לעיל ה"ש 2; כהן-אליה (2012), לעיל ה"ש 4.

ראו גם David Dyzenhaus, *Proportionality and Deference in a Culture of Justification*, in PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 234 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014).

להגן על מעשיה לעבר רפובליקניזם שלפיו כל עשייה שלטונית מכוונת להגברת השיתוף ולהעצמת השיח.

במקביל, ונוסף על ההתמקדות בהגנה על זכויות-יסוד, הצביע אהרן ברק על יתרונותיה של עילת המידתיות בהבניית שיקול-הדעת. ראשית, כך נטען, היא נדרשת לשם החלתו של הליך מחשבתי מסודר. לכך נלווים יתרונות נוספים, כגון פתיחת פתח להשוואה לשיטות משפט אחרות ויצירת אפקט ה"מחנך" את המחוקק ואת קובעי המדיניות.¹²⁹ באותו אופן הוצגו בפרשת *McCloy* יתרונותיה של הדוקטרינה במהלך קבלת ההחלטות:

Proportionality provides a uniform analytical framework for evaluating legislation which effects a restriction on a right or freedom... It has the advantage of transparency. Its structured nature assists members of the legislature, those advising the legislature, and those drafting legislative materials, to understand how the sufficiency of the justification for a legislative restriction on a freedom will be tested.¹³⁰

להדגשת ההבניה בהליך קבלת ההחלטות עצמו יש חשיבות רבה. בחלק נכבד מהספרות המשפטית קיימת נטייה להתמקד בשלב הביקורת השיפוטית. אולם בכך יש התעלמות מן העובדה שחלק נכבד ומכריע של ההחלטות בזירה הציבורית, שיש להן היבטים משפטיים, אינו מגיע כלל לבתי-המשפט. לתקדימים שנוצרו בבית-המשפט יש השפעה משמעותית, אם לא מכרעת, על הפעלת שיקול-הדעת, אך ההחלטות השלטוניות עצמן מתבצעות בדרך-כלל בלי ביקורת שיפוטית, וגם אם זו מתקיימת, הדבר קורה לאחר מעשה.

הטיעון בעד הבניית שיקול-הדעת, וכמוהו טיעון ההצדקה, נשענים למעשה על מבחני הדוקטרינה, ולא על דוקטרינת המידתיות עצמה. קשה למצוא בסיס משמעותי להבניית שיקול-הדעת במבחן עמום כגון "appropriate and adapted" – המבחן האוסטרלי הקלסי המתמודד כיום עם המבנה הרב-שלבי.¹³¹ גם המבחן האירופי, שאינו מוחל באופן רב-שלבי,¹³² אינו תורם ל"תרבות ההצדקה" יותר מאשר עילות ביקורת אחרות. טלו, למשל, את הדרישה כי לא יישקלו כל שיקולים זרים במהלך הפעלת שיקול-דעת מנהלי. בחינת הפעלתו של שיקול-הדעת תחייב הצדקה שתוכנה אי-שקילת שיקולים זרים. כך גם במקרה של הישענות על עילת הסבירות: תידרש הצדקה שלפיה ההחלטה שהתקבלה היא סבירה.¹³³ אל מול אלה ניתן להציב

129 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 558–562.

130 פרשת *McCloy*, לעיל ה"ש 22, פס' 74 לפסק-הדין המרכזי.

131 ראו לעיל ליד ה"ש 118.

132 ראו לעיל ליד ה"ש 114 ואילך.

133 ניתן לטעון כי גם לעילת הסבירות צורפו מבחנים במשפט הישראלי. ארבעה מבחנים חלופיים אפשריים הוצגו בפסיקה: גם לאחר שהתברר כי נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים ולא נשקלו שיקולים זרים, יש לבדוק שניתן משקל ראוי לכל שיקול; יש לבחון אם העשייה המותקפת הייתה נבחרת כראויה על-ידי בעל הסמכות הסביר; יש לברר שהעשייה מצויה בתוך מתחם של סבירות; או לחלופין יש לוודא שאי-הסבירות, ככל שקיימת, אינה "קיצונית". ראו, למשל, בפסיקה מוקדמת, בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980); בג"ץ 680/88

משפט וממשל יט תשע"ח "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות

את הליך בחינתה של טענה בדבר הפרת הבטחה מנהלית. כדי לבחון אם אכן הופרה ההבטחה, גובשו בפסיקה ארבעה תנאים, שהפעלתם מפיקה תהליך מחשבתי מובנה ומוגדר היוצר מבנה הצדקתי.¹³⁴ לעניין זה ההבדל המרכזי בין החלטה על בסיס עילת המידתיות (והחלטה על בסיס העילה של הפרת הבטחה מנהלית) לבין החלטה על בסיס עילות אחרות נעוץ בהפנמה המלאה של מבחני-המשנה של דוקטרינת המידתיות, ובהפעלתם – לפחות בכמה שיטות משפט – באופן סדרתי ושוטף.

אם כן, דוקטרינת המידתיות כשלעצמה, במובחן ממבחניה, אינה יוצרת הבניה או הצדקה ברמה גבוהה יותר מאשר דוקטרינות ועילות ביקורת אחרות. עם זאת, אין בכך כדי לשלול את "תרבות ההצדקה" בכללותה, שתרמה רבות להבנת האופנים שבהם נערכת ביקורת. תרבות ההצדקה מקושרת אצל הכותבים עליה גם למאפיינים אחרים של החוקתיות החדשה, דוגמת העלייה בהיקף המעורבות השיפוטית הן מבחינה כמותית והן מבחינה מהותית.¹³⁵ וכמובן, התפיסה כי קבלת החלטות שלטוניות צריכה להיעשות בתהליך מחשבתי מובנה ורציונלי היא יותר מראויה. בעלי סמכות שלטונית נעזרים באופן שוטף בייעוץ משפטי, המעניק להם הכוונה כיצד להפעיל את שיקול-הדעת שניתן להם, אך בכוחם בלבד לקבל את ההחלטה. כאשר מדובר בפגיעה (בזכות, באינטרס פרטי או באינטרס חברתי – לפי היקף התחולה של הדוקטרינה), להפעלת מבחני-המשנה יש אפקט חשוב: על מקבל ההחלטה עצמו לקבל את ההחלטה על בסיס חשיבה מוסדרת או לפחות למסגר אותה כהחלטה שהתקבלה כך, ולהימנע מהחלטה אינטואיטיבית או מהצגת ההחלטה ככזו. גם להבניה שנועדה לכסות על אינטואיציה יש תועלת: לכל-הפחות ההחלטה מקבלת מראה-פנים של רציונליות, שעשוי להוביל לאימוץ החלטה טובה יותר, ואולי בהמשך גם לחיזוק שיקולים של רציונליות וצדק בקבלת החלטות. ניתן להניח אפוא ששתי תכליות ראויות אלה – הצדקה והבניה – זכו בהגשמה מלאה יותר עם עליית מעמדה של דוקטרינת המידתיות כמכשיר מרכזי להכרעות. אך בדוקטרינה עצמה אין משום פוטנציאל גדול יותר להצדקה במובן של justificatory reasoning יחסית לדוקטרינות אחרות במשפט החוקתי.

ו. סיכום

למאמר זה מטרה מוגבלת: לזהות ולאתגר מוסכמות מקובלות בשיח העשיר על-אודות דוקטרינת המידתיות. מקום שסוגיה מסוימת מקבלת תשומת-לב אקדמית רבה, דווקא שם יכול שיקובעו מוסכמות שאין עליהן עוררין. מאמר זה ביקש לנער כמה הסכמות כאלה ולחשוף כמה מן החוסרים.

בחנתי תחילה את הטענות שעניינן מועד אימוצה של עילה זו בישראל. בניגוד לטיעונים שנשמעו בספרות ובפסיקה, לידתה של הדוקטרינה כעילה מובחנת היא לאחר קבלת חוקי-

שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989). אלא שמבחנים אלה לא קיבלו בישראל את אותה רמת פורמליות שבה זכו מבחני-המשנה של דוקטרינת המידתיות. 134 למבחנים ראו לעיל ה"ש 124.
135 ראו, למשל, את התמצית המקדימה למאמרו של כהן-אליה (2012), לעיל ה"ש 4.

היסוד מתשנ"ב. עוד הוצג היקף החלתה של הדוקטרינה בפועל. "מידתיות" משמשת בעיקרה אמת-מידה להערכת חוקתיותה של פגיעה בזכויות-יסוד מוכרות, אם כי בישראל, ומבלי להקדיש לכך תשומת-לב מיוחדת, היא הוחלה גם בכמה מקרים שבהם נטענה פגיעה באינטרס פרטי מוגן. באשר לאמירות שעל-פיהן המידתיות היא "עיקרון כללי", שמהן ניתן לכאורה ללמוד על תחולתה גם בהעדר פגיעה כלשהי בזכות או באינטרס אישי, שללתי אמירות אלה, תוך דחייתן בהקשר של דיני הקהילייה האירופית. אומנם ניתן למצוא בפסיקה זו מקרים שבהם הוחלה העילה בהקשרים של קביעת הוראות שאין בהן פגיעה ישירה בפרט, אולם במקרים אלה העותרים – בדרך-כלל מדינות החברות באיחוד – הונעו לעתור בשל הפגיעה האפשרית בחוקיהן או במדיניותן הפנימית. בכך גלומה פגיעה באינטרס "פרטי" של מדינה על-ידי מערך על-לאומי – פגיעה מסוג שאינו קיים כאשר מדובר בעתירה בבית-משפט של מדינה ריבונית. עוד בחנתי את האמירות בפסיקה הישראלית שלפיהן תוחל "פסקת הגבלה שיפוטית" על כלל הוראותיהם של חוקי-היסוד. בפועל אין למצוא הכרעה המיישמת עילה של מידתיות בהעדר פגיעה בזכות או באינטרס פרטי או חברתי. כך גם לגבי תקיפת עשייה מנהלית על בסיס דוקטרינת המידתיות. לאחר-מכן ביקשתי לערער על הזיהוי האוטומטי של הדוקטרינה עם מבחניה. ההתעלמות הגמורה מההבחנה ביניהם מקובלת בכל השיטות שאימצו מבחן תלת-ראשי או ארבע-ראשי, והדבר פוגע בהבנת תועלותיה ועתידה האפשרי של הדוקטרינה. לבסוף הפניתי זקוק לתועלת שבשימוש בדוקטרינה בהבניית שיקול-דעת שלטוני.

נוסף על סריקת המשפט הישראלי, נתמכו הטענות בנוסח של שיטות משפט אחרות. בכך הודגמה אחת מתועלותיו של המחקר ההשוואתי: מחקר כזה מספק לעוסקים בחקר של סוגיה או דוקטרינה משפטיות תובנות חלופיות שיש להן נוכחות בפועל, ובכך הוא מסייע בהעמקת הניתוח של מבנים ומושגים, ובפיתוחם האפשרי בהמשך חייהם.

במאמר זה אין דיון בשאלות מהות נורמטיביות. אחת ההשתמעויות המרכזיות של הדיון הנורמטיבי בנאותותה של דוקטרינת המידתיות מקשרת את הדיון הזה לדיון הרחב יותר בדבר היקפה הראוי של ביקורת שיפוטית על עשייה שלטונית. מבלי להצטרף לדיון זה, אציין במילים אחדות כי היתרונות שבהשתתפות שיפוטית במערך קבלת ההחלטות בזירה הציבורית עולים לדידי על חסרונותיה של השתתפות זו. על בסיס הנחת-המוצא שלפיה השופט הינו שחקן חשוב אך לא עליון בזירה זו, יש להדגיש את חשיבותה של הביקורת השיפוטית כמקדמת השתתפות וייצוג, במיוחד של קבוצות מיעוט וקבוצות מוחלשות, שאינן זוכות ברגיל בכניסה חופשית למסדרונותיהם של מקבלי ההחלטות. גם אם תוערך דוקטרינת המידתיות ככזו המאפשרת פלישת-יתר של הרשות השופטת לשיקול-הדעת השלטוני – הנחה שמוטלת בספק בעיניי – יתרונות ההישענות עליה כדי להסדיר מתחים בין זכויות ואינטרסים עולים על סכנותיה.

סוגיות אחרות, כגון השאלה מה צריך להיות הממשק בין עילת הסבירות לעילת המידתיות במשפט המנהלי, או השאלה העיונית מה טיבה של החשיבה המשפטית בהחלת דוקטרינת המידתיות, זכו בתשומת-לב רבה, ומאמר זה מותיר תרומה לדיון בסוגיות אלה לכתובה עתידית.

בשיטתנו התקבלה דוקטרינת המידתיות בברכה על-ידי בית-המשפט העליון, וספק אם יסור חינה בעתיד הקרוב, למרות קיומו של ויכוח ער באשר לנאותותה. פיתוח עתידי של הדוקטרינה יכול להיבנות מחשיבה מחודשת על-אודות המוסכמות המקובלות בשיח המידתיות.