מידתיות וניתוח מדיניות: דיון אינטגרטיבי

מרדכי קרמניצר* ורענן סוליציאנו־קינן**

ההפרדה בין ניתוח מידתיות משפטי לבין ניתוח מדיניות מקשה על קובעי מדיניות ליישם את עקרון המידתיות ולצקת תוכן מעשי לתפקידם בהגנה על זכויות, וכן אינה מקנה לבית־המשפט כלים ברורים לעריכת ביקורת שיפוטית אפקטיבית על אותן החלטות. המאמר מצביע על הפוטנציאל הגלום באינטגרציה של מבחני המידתיות המשפטית וניתוח מדיניות המבוצע כראוי. היכרות הדדית של שני גופי ידע אלה עשויה להשביח את יישומו של עקרון המידתיות ככלי להגנה על זכויות בתהליך עיצוב המדיניות – הן על־ידי קובעי המדיניות והן במסגרת הביקורת השיפוטית. עיקרי הצעדים הנובעים מן הניתוח: (א) הכללת קריטריון של "השפעה על זכויות מוגנות" כקריטריון־חובה במסגרת ניתוח מדיניות, כדרך להגברת הסיכוי ששלושת מבחני המידתיות יקבלו מענה בתהליך; (ב) דרישה מקצועית במסגרת ניתוח מדיניות לשקול כמה חלופות שונות מהותית, כדרך לתת מענה לדרישה הנורמטיבית של מבחן הצורך ולמזער את הפגיעה בזכויות על־ידי השוואת החלופות ו/או הכנסת שינויים מתאימים בחלופות הנשקלות; (ג) מכיוון שניתוח מדיניות מקצועי מחייב ביסוס עובדתי של תכלית המדיניות (קרי, ביסוס עובדתי של התופעה הבלתי־רצויה שהמדיניות נועדה להתמודד עימה), ראוי שתשתית זו תוצג לפני בית־המשפט במסגרת הדיון בתכלית המדיניות ובשלושת מבחני המידתיות. אימוץ המלצות אלה עשוי לסייע לבית־המשפט לזהות דרכים להפעלת ביקורת על הרשות, מחד גיסא, תוך שמירת מרחב שיקול־הדעת שלה, מאידך גיסא, וליצור מערכת תמריצים לקובעי המדיניות לעריכת ניתוח מדיניות ראוי תוך הגנה על זכויות האדם.

מבוא. א. מידתיות. ב. ניתוח מדיניות. ג. אינטגרציה בין מידתיות משפטית לבין ניתוח מדיניות: 1. ההבדלים בין ביקורת שיפוטית לבין ניתוח וקביעת מדיניות; 2. ניתוח מדיניות לאור מבחני המידתיות. **ד. דיון.**

---

* עמית־מחקר בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה, פרופסור אמריטוס למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

** פרופסור חבר באוניברסיטה העברית בירושלים, ראש בית־הספר פדרמן למדיניות ציבורית וחבר המחלקה למדע המדינה.

מבוא

מאמר זה מציג לראשונה את הקשר שבין מידתיות משפטית לבין ניתוח מדיניות. הטענה היא כי יש לפרוץ את ההפרדה הנוהגת כיום בין התחומים, ולנטוש את התפיסה שלפיה מידתיות היא הכלי הבלעדי של בית־המשפט ואילו ניתוח מדיניות הוא עניין לקובעי המדיניות בלבד. במקום זאת יש לעצב את תהליך קביעת המדיניות באופן שמושפע מרוחה של דוקטרינת המידתיות, תוך התאמתה למאפיינים הייחודיים של ניתוח מדיניות ראוי. אינטגרציה זו עשויה להגביר את ההתחשבות בזכויות־יסוד בתהליך קביעת המדיניות, וממילא את ההגנה עליהן. כמו־כן, על־מנת להבטיח שניתוח מדיניות ראוי ייושם בפועל, יש להתאים את הביקורת השיפוטית כך שמבחני המידתיות שבית־המשפט מפעיל לבחינת מדיניות יכללו התייחסות גם לתהליך גיבושה. ההמלצות היישומיות של המאמר עשויות להציע תפקיד מרכזי ומוגדר יותר לרשויות — הן המבצעת והן המחוקקת — בהגנה על זכויות בכלל, ובקשר לניתוח מידתיות בפרט. כמו־כן הן מציעות קריטריונים פרוצדורליים לבתי־המשפט בבואם להפעיל את מבחני המידתיות במסגרת ביקורת שיפוטית על פעולתן של הרשויות האחרות. עניינם של קריטריונים אלה הוא בתהליכי ניתוח המדיניות הנעשים על־ידי קובעי מדיניות, בהקשר של אמצעים שהשימוש בהם כרוך בפגיעה בזכות אדם חוקתית, ובצורך לבחון אותם במסגרת הביקורת השיפוטית כאשר מדובר בפגיעה משמעותית בזכות.

במבט ראשון המאמר עשוי להיראות כמהלך לקידום אקטיביזם שיפוטי. אין זו כוונתנו, ולהערכתנו זו גם אינה תוצאה אגבית של הגישה המוצעת בו. הכוונה למעשה הפוכה — לעודד התחשבות רצינית ושיטתית בזכויות בהליכי קביעת מדיניות על־ידי קובעי המדיניות. אם תתקיים התחשבות כזו, יהיה פחות מקום להתערבות שיפוטית בהחלטות שיתקבלו. זאת ועוד, מוצע להגביר את ההתעניינות השיפוטית בהליכי קביעת המדיניות. התעניינות זו לא באה להחליף את הבחינה העניינית־המהותית של ההחלטות שהתקבלו, אבל היא עשויה לצמצם אותה — הן על־ידי החלטות פסילה שמבוססות או נסמכות (יחד עם שיקול נוסף) על פגם יסודי בהליך, ולא בהחלטה גופא, והן על־ידי הימנעות מפסילה במקרים גבוליים כאשר ההליך לקביעת המדיניות הצטיין ביסודיותו. ההצעה שבמאמר באה לעולם מתוך הרקע של השיטה הישראלית, אולם היא מבקשת להיות דגם כללי למדינות המיישמות את מבחני המידתיות בהקשר של פגיעה בזכויות.

המאמר נפתח בהצגה תמציתית של שני עולמות התוכן הנדונים: החלק הראשון עוסק במידתיות; והחלק השני — בניתוח מדיניות. לאחר־מכן יוצגו ההבדלים המרכזיים בין בתי־המשפט לקובעי המדיניות, במטרה לעצב את שלבי ניתוח המדיניות ואת מבחני הביקורת השיפוטית בצורה שהולמת את המאפיינים הייחודיים של שתי זירות הפעולה. לבסוף, לאחר הנחת כל היסודות הנחוצים, נציע קווים כלליים למודל של ניתוח מדיניות ראוי, המבוסס על מבחני המידתיות, וכן לדרישות שביקורת שיפוטית יכולה וצריכה להעמיד לקובעי המדיניות בבואה לבחון מדיניות.

א. מידתיות

דוקטרינת המידתיות החוקתית נולדה בגרמניה שלאחר מלחמת־העולם השנייה, ונהפכה בעשורים האחרונים לעמוד־התווך של התורה החוקתית בשיטות משפט רבות.[1] המידתיות היא ההסדר המרכזי המגביל את האפשרות לפגוע בזכות־יסוד או לצמצם את היקפה באמצעות נורמה תת־חוקתית ובאופן חוקתי.[2] כך, היא משמשת מסגרת אנליטית ואחידה להכרעות חוקתיות בשאלות מוסריות, פוליטיות או חברתיות שנויות במחלוקת.[3]

המידתיות החלה את דרכה במשפט הישראלי כדוקטרינה במשפט המנהלי, ובהמשך ״יובאה״ למשפט החוקתי.[4] העיגון הפורמלי למעמדה החוקתי של הדוקטרינה הוא הביטוי ״במידה שאינה עולה על הנדרש״ שבפסקת ההגבלה.[5] הדרישה העקרונית והעמומה פותחה לכלל שלושה מבחני־משנה, שהפכו אותה לכלי ישים וקונקרטי העומד לרשות בית־המשפט: הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי (מבחן ההתאמה), שלפיו חייב להתקיים קשר בין התכלית הראויה של ההסדר לבין האמצעי שנבחר להגשמתה; השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (מבחן הצורך), שלפיו האמצעי הננקט צריך להיות כזה שביכולתו לקדם את התכלית תוך פגיעה מועטה ככל האפשר בזכות, ולכן אם קיים אמצעי חלופי שעשוי לקדם את התכלית באותה מידה או במידה דומה ואשר פגיעתו בזכות פחותה, יש להעדיף אותו; והשלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר, שלפיו צריך להתקיים יחס ראוי בין התועלת השולית שהאמצעי משיג בקידום התכלית לבין הפגיעה השולית בזכות שכרוכה ביישומו.

לפני שמגיעים למבחני המידתיות, נדרשת תחילה בחינה של התכלית. בחינה זו נועדה להבטיח שהתכלית ראויה, ולשמש עוגן לבחינת המידתיות, שכן כל מבחני המידתיות מתייחסים לתכלית שהאמצעי נועד לקדם. ניתן לראות בדרישת התכלית הראויה חלק מתנאי המידתיות, אך לדעתנו נכון יותר לראות בה דרישה עצמאית, שחשיבותה רבה, ואשר עמידה בה היא תנאי מוקדם לבחינת המידתיות.[6]

יש הטוענים כי מבחני־המשנה הם בעלי ערך גם בהבניית שיקול־הדעת של מקבלי ההחלטות ובחיזוק תרבות ההצדקה בקרבם.[7] הרעיון של תרבות ההצדקה הוא שפעילות

---

1 אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 31, 229–231 (2010).

2 **שם**, בעמ׳ 28–29.

3 Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber, *Introduction*, *in* PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 1 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014).

4 מרדכי קרמניצר ״המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה״ **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה** 10 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016); ע״א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע״מ נ׳ מגדל כפר שיתופי**, פ״ד מט(4) 221, פס׳ 93 לפסק־דינו של הנשיא ברק (1995).

5 ס׳ 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס׳ 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

6 השוו בג״ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד נט(2) 481, 547 (2005).

7 MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE (2013); מרגית כהן ״׳אחרי עשרים שנה׳: הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתיות״ **משפט וממשל** יט 229, 268–269 (2018); גילה שטופלר ״עליית המידתיות, ירידת ההסתברות

שלטונית צריכה להיות מבוססת ומנומקת על־מנת שתזכה בלגיטימציה, כך שברור מדוע המבחנים הקונקרטיים מקדמים אותה בהשוואה לסטנדרט העמום שבפסקת ההגבלה. החשש הוא שחובת ההצדקה תיושם מן השפה ולחוץ, וכי הייעוץ המשפטי יֵדע להצדיק בדיעבד כל החלטה, גם אם אין היא צודקת או מוצדקת מלכתחילה. לכן אנו מכוונים למודל שבו שאלת ההצדקה נשאלת תוך כדי הליך קבלת ההחלטות, ולא לאחר מעשה. תפקידו של בית־המשפט יהיה לבחון, אגב בחינת המדיניות עצמה, גם את טיבו של הליך קבלת ההחלטות, ואגב כך לספק הנחיה ישימה וברורה יותר לקובעי המדיניות.

מידתיות, להבדיל מעקרונות משפטיים אחרים, אינה ממוקדת בפונקציה פרשנית של טקסט, אלא בהערכה אם מדיניות ציבורית כלשהי ניתנת להצדקה על בסיס תכליות ציבוריות ראויות לדמוקרטיה ליברלית.[8] מאפיין מרכזי זה של מידתיות נובע מהתפיסה שביסוד עקרון המידתיות, שלפיה פגיעה בזכויות מותרת רק בהינתן הצדקה משכנעת לכך. על־כן גם מדיניות הפוגעת בזכויות שהצדקתה מפורשת בטקסט (יהא זה חוק או אקט מנהלי) עשויה להיכשל בצליחת מבחני המידתיות. מבחני המידתיות מבקשים לזהות ולאפיין הצדקה זו, מחד גיסא, ולאתר כשלים אפשריים בהצדקה המובילים לפגיעה שאינה מידתית בזכות, מאידך גיסא. כשלים אלה עשויים לנבוע מתהליך ניתוח מדיניות פגום או לא יסודי דיו.[9] הם עשויים להתייחס לתכלית עצמה – להגדרתה המדויקת ולאפיונה באופן מבוסס אמפירית – וכן לבחינה ההשוואתית של חלופות ולטיבן של הערכות האפקטיביות של חלופות אלה. מידתיות, אם כן, כוללת מאפיינים מבניים של הערכת מדיניות.[10]

ב. ניתוח מדיניות

ניתוח מדיניות הוא תהליך מורכב, הכולל כמה שלבים, שתיאורו המלא חורג מגבולותיו של מאמר זה. בחלק זה תוצג סקירה תמציתית בלבד של ניתוח מדיניות ראוי, שתאפשר לפתח בהמשך את הדיון בדבר הקשרים שבין ניתוח מדיניות לבין מאפייניה של דוקטרינת המידתיות – הן בשלב קביעת המדיניות והן במסגרת הביקורת השיפוטית. התיאור הבא מתייחס לכלל הגורמים המעורבים בניתוח מדיניות כהכנה לגיבוש חקיקה או אקט מנהלי. עם זאת, באופן מעשי אנו מניחים כי אנשי מִנהל – האמונים על ההיבטים המקצועיים של ניתוח המדיניות – הם המעורבים על־פי־רוב במגוון ההליכים הכרוכים בכך.

תהליך קביעת המדיניות מונע בדרך־כלל על־ידי איתורה של **תופעה בלתי־רצויה**. תופעה כזו מוגדרת כפגיעה ברווחה במובנה הרחב, לרבות פגיעה חומרית או ערכית. פגיעה זו עשויה להיות גם העדר מיצוי פוטנציאל או אפשרות בלתי־ממומשת לשיפור הרווחה ולקידומה, כגון

והשלכותיה הבלתי־צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי״ **משפט וממשל** יט 187 (2018).

8 Mattias Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, 4 LAW & ETHICS HUM. RTS. 141 (2010).

9 שם, בעמ׳ 143.

10 שם, בעמ׳ 150. על ההבדלים בין מידתיות לבין ניתוח מדיניות ראו פרק ג להלן.

אי־ניצול קרינת השמש להפקת אנרגייה בנסיבות שבהן זמינותה של קרינת השמש והטכנולוגיה מאפשרות זאת. ביסוס קיומה של התופעה הבלתי־רצויה כולל לימוד יסודי של היבטיה הכמותיים והאיכותיים ושל רבדיה השונים.[11] דוגמה לתופעה בלתי־רצויה היא עומס התנועה בכבישים, המתבטא, בין היתר, בפקקי־תנועה ממושכים.

צעד ראשון בהתמודדות עם תופעה כזו הוא בחינת מאפייניה – הישירים והעקיפים. למשל, מעבר לעיכובים בתנועה, תופעה זו כרוכה בפגיעה בתוצר הכלכלי עקב אובדן שעות עבודה, וכן בהשפעות מזיקות אחרות על המשתמשים בדרך, כגון חשיפה מוגברת לזיהום אוויר והגברת הדֶחק (stress), על ההשלכות הבריאותיות והכלכליות של אלה. ביסוס עובדתי זה מאפשר להעריך, ראשית, שאכן קיימת תופעה בלתי־רצויה, שמדובר בהר ולא בצילו, שאכן כצעקתה. תפיסה רווחת אך שגויה בדבר תופעה בלתי־רצויה עלולה לעיתים לנבוע מפניקה מוסרית,[12] העשויה להיות מוזנת מפרסום תקשורתי לא־פרופורציונלי של אירועים דרמטיים ופוגעניים במיוחד. אירועים אלה מושכים תשומת־לב רבה, תוך מתן משקל־חֶסר לשכיחותם ולהסתברות הישנותם הנמוכות יחסית או לחומרתם הפחותה בהשוואה לתופעות אחרות או בהשוואה למדינות אחרות. לדוגמה, העיסוק הרב בתקשורת בנושא של תאונות־דרכים גרם לתפיסה ציבורית מופרזת של חומרת המצב בישראל כ״מכת מדינה״, בעוד מדדים השוואתיים מורים כי הסיכון למוות מתאונת־דרכים בישראל הוא מהנמוכים בעולם, אף בהשוואה למדינות מפותחות.[13] על־כן ניתוח מדיניות ראוי מחייב בראש ובראשונה תשתית עובדתית בדבר קיומה והיקפה של התופעה הבלתי־רצויה.[14] בשלב מקדמי זה, לפני התנעתו של הליך קביעת המדיניות, מתבקש גם בירור מקדמי שמא התופעה ניתנת להתמודדות ללא מעורבות ממשלתית או חקיקתית, בין משיקולים של מעורבות־יתר של המדינה בחברה ובין משיקולים של השפעות חיצוניות (externalities) בלתי־רצויות, לרבות פגיעה לא־הכרחית או בלתי־נחוצה בזכויות.[15]

---

11 EUGENE BARDACH & ERIC M. PATASHNIK, A PRACTICAL GUIDE FOR POLICY ANALYSIS: THE EIGHTFOLD PATH TO MORE EFFECTIVE PROBLEM SOLVING (5th ed. 2015); DAVID L. WEIMER & AIDAN R. VINING, POLICY ANALYSIS: CONCEPTS AND PRACTICE (5th ed. 2010).

12 STANLEY COHEN, FOLK DEVILS AND MORAL PANICS (2011); ERICH GOODE & NACHMAN BEN-YEHUDA, MORAL PANICS: THE SOCIAL CONSTRUCTION OF DEVIANCE (2nd ed. 2010).

13 WORLD HEALTH ORGANIZATION, GLOBAL STATUS REPORT ON ROAD SAFETY 2015, 266 (2015); OECD, TRANSPORT, ROAD ACCIDENTS, https://data.oecd.org/transport/road-accidents.htm.

14 ראו ס׳ 6 לתזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע״ד–2014. יודגש כי ביסוס קיומה והיקפה של התופעה הבלתי־רצויה מערב שיפוט ערכי, המשתקף בערכים שלאורם מודדים את הרווחה הציבורית ואת הפגיעה בה (למשל, ערך חיי אדם, תועלת כלכלית או ערכים מופשטים יותר, כגון שוויון). לכן ערכים אלה צריכים להיות מוצהרים במפורש.

15 WEIMER & VINING, לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 91. שאלות בדבר הצורך במעורבות המדינה בהסדרת ענייני כלכלה וחברה ובדבר היקף מעורבותה מהוות חלק מקדמי בכל ניתוח מדיניות ציבורית, ולאו דווקא משיקולים של הגנה על זכויות. מעבר לכך, מעורבות המדינה אינה מגבירה בהכרח את אפשרות הפגיעה בזכויות. יש מקרים רבים שבהם לדבר החקיקה או לאקט המנהלי אין כל השפעה על זכויות או יש אף השפעה חיובית המצמצמת פגיעה בזכויות. עם זאת, בשל כוחה הרב, המדינה עלולה להוביל לפגיעה בזכויות גם בבואה לקדם מדיניות מיטיבה.

כפי שנראה להלן, ביסוס קיומה והיקפה של התופעה הבלתי־רצויה משרת גם את מבחן התכלית הראויה, קרי, אם המדיניות אכן משקפת צורך חברתי או שמא מדובר במהלך פופוליסטי ריק, בצעד שמתיימר להיות מעשי אך הוא הצהרתי גרידא, לשם השגת יתרון אישי או פרטיקולרי שאינו עולה בקנה אחד עם טובת הכלל ואינו מקדם יעדים חברתיים.[16]

לאחר ביסוס קיומה והיקפה של התופעה הבלתי־רצויה, נדרשים קובעי המדיניות להגדיר את **בעיית המדיניות**, אשר מענה לה יביא לידי צמצום משמעותי של התופעה הבלתי־רצויה.[17] לדוגמה, הגדרת בעיה של מחסור בתשתיות כמענה לתופעה הבלתי־רצויה של פקקי־תנועה תכוון לחלופות מדיניות מסוימות, ואילו הגדרת בעיה של ריכוז הביקוש לכבישים בשעות העומס או של העדר שימוש בתחבורה ציבורית תוביל לתוכניות מדיניות אחרות. ביסוס קשר סיבתי (גם אם לא ודאי) בין הבעיה לבין צמצום התופעה הבלתי־רצויה מהווה תנאי חשוב בבחירת הגדרת הבעיה, ועשוי גם לסייע בהימנעות ממדיניות שתכליתה שונה מן המוצהר.

לאחר הגדרת הבעיה, אשר מענה לה צפוי להביא באופן יעיל לידי צמצום התופעה הבלתי־רצויה, מגיע השלב של **גיבוש חלופות מדיניות**. חלופה היא דרך פעולה שמטרתה צמצום התופעה הבלתי־רצויה בהלימה עם הגדרת הבעיה. לדוגמה, חלופה של הרחבת כבישים עשויה לצמצם את התופעה הבלתי־רצויה של פקקי־תנועה בהלימה עם הגדרת בעיה של מחסור בתשתיות; ואילו חלופה של החלת זמני תחילת/סיום עבודה שונים במגזרים שונים או על בסיס אזורים גיאוגרפיים נועדה לצמצם את עומסי־השיא בכבישים בהלימה עם הגדרת בעיה של ריכוזיות הביקוש לשימוש בכבישים. חלופות ניתנות לסיווג על־פי משפחות של חלופות: שינוי מודעות וחינוך; תמריצים; אסדרה (רגולציה); אכיפה; יצירה או פיתוח של תשתיות, וכולי.

ניתוח מדיניות ראוי מחייב מאמץ מודע לאיתור כמה חלופות. איתור חלופות נשען על חשיבה עצמית וקבוצתית, על למידה מנסיון־עבר בארץ ומן העולם, ועל תהליכי היוועצות שונים. היבט חשוב נוסף הוא להפריד בין שלב פיתוח החלופות לבין שלב הערכתן. טכניקות אלה מסייעות להתגבר על חסמים אופייניים של יצירתיות, כגון התקבעות על פתרונות קיימים ומקובלים בזמן ובמקום הנוכחיים. חסמים אחרים קשורים פעמים רבות לתחושת דחיפות – בין אם היא מוצדקת ובין אם לאו – הנלווית לתהליכים של קביעת מדיניות. על־מנת למזער את השפעתה המזיקה של הדחיפות על טיב המדיניות, רצוי לעיתים לפתח חלופות שתכליתן ״קניית זמן״ ו/או איסוף מידע, על־מנת לספק מענה מהיר – אף אם זמני – בטווח הקצר, ומאידך גיסא ליצור תנאים לגיבוש מדיניות מיטבית לטווח הארוך.[18]

השלב הבא בניתוח המדיניות כולל הערכה השוואתית של החלופות ובחירה. הערכת החלופות מבוססת על הרכב של קריטריונים או שיקולים שכל חלופה נבחנת לאורם. הקריטריון המרכזי הוא אפקטיביות, כלומר, המידה שבה החלופה צפויה לתרום לצמצום התופעה הבלתי־

---

16 Kent Roach, *The Varied Roles of Courts and Legislatures in Rights Protection*, *in* PARLIAMENTS AND HUMAN RIGHTS: REDRESSING THE DEMOCRATIC DEFICIT 405, 413 (Murray Hunt, Hayley J. Hooper & Paul Yowell eds., 2015).

17 DAVID DERY, PROBLEM DEFINITION IN POLICY ANALYSIS (1984), לעיל ה״ש 11; BARDACH & PATASHNIK.

18 JOHN S. HAMMOND, RALPH L. KEENEY & HOWARD RAIFFA, SMART CHOICES: A PRACTICAL GUIDE TO MAKING BETTER DECISIONS (2015).

רצויה. מעבר לקריטריון זה רצוי לכלול קריטריונים נוספים, שישקפו מאפיינים שונים והשלכות שונות של החלופות, כגון עלות, ישימות טכנולוגית ומנהלית, השפעות חיצוניות וכן השלכות על ערכים שונים, ביניהם זכויות. לאחר גיבוש הרכב הקריטריונים, יש לקבוע להם משקלות, שכן אין סיבה לצפות שמשקלם של הקריטריונים השונים יהיה שווה לצורך הכרעה בין החלופות. הערכת חלופות על־פי קריטריונים צריכה להתבסס על מיטב הידע הזמין למקבלי ההחלטות, לרבות ידע מדעי, נסיון־עבר בהפעלת מדיניות דומה בארץ או בעולם, ניסויי מדיניות (פיילוט) או כל מקור מהימן אחר. על בסיס תשתית עובדתית זו יש לגבש הערכה של כל חלופה על־פי כל קריטריון, בהליך בהיר, מנומק ומפורש ככל האפשר, תוך צמצום חלקן של ההערכות הסובייקטיביות ככל הניתן. בסיום הערכת החלופות מושווים הציונים המשוקללים של כל החלופות על־פני כל הקריטריונים, והחלופה בעלת ההערכה הכוללת הטובה ביותר נבחרת.

מתודה זו של ניתוח מדיניות היא כללית וגנרית, במובן זה שהיא ישימה למגוון רחב של שאלות מדיניות, לרבות כאלה שאינן מערבות השפעה על זכויות. עיקרו של מאמר זה בהצבעה על האופן שבו ניתן לשלב ניתוח מדיניות שיטתי עם עמדה נורמטיבית מפורשת ביחס להגנה על זכויות במדיניות ציבורית, כפי שזו משתקפת בעקרון המידתיות. הפרק הבא מפרט את השילוב הזה.

ג. אינטגרציה בין מידתיות משפטית לבין ניתוח מדיניות

כאמור, ההפרדה בין ניתוח מידתיות משפטי לבין ניתוח מדיניות מקשה על קובעי מדיניות ליישם את עקרון המידתיות ולצקת תוכן מעשי לתפקידם בהגנה על זכויות, לצד היועצים המשפטיים ובתי־המשפט. תוצאה זו עלולה לגרום לכך שקובעי מדיניות לא יַיחסו די משקל לזכויות הפרט בקביעת מדיניות, וכתוצאה מכך יגובשו המלצות מדיניות שיובילו לחקיקה או להחלטות מנהליות שבצידן פגיעה קשה בזכויות הפרט. מן העבר האחר, ההפרדה הנהוגה בין התחומים אינה מקנה לבית־המשפט כלים ברורים להעברת ביקורת שיפוטית אפקטיבית על אותן החלטות באמצעות תשומת־לב להליכים שהובילו לאימוץ המדיניות. בחלק זה נבקש לדון ביחסי־הגומלין הפוטנציאליים בין ניתוח מדיניות לבין מבחני המידתיות הנהוגים על־ידי הפסיקה, תוך התייחסות למאפיינים השונים של שתי הפונקציות – שפיטה, מחד גיסא, וקביעת מדיניות, מאידך גיסא – במטרה לזהות את האופנים שבהם ניתן לשלב את מבחני המידתיות בהליכים של ניתוח וקביעת מדיניות, וכן להצביע על הציפיות והדרישות הראויות של בתי־המשפט מקובעי המדיניות במסגרת הפעלת ביקורת שיפוטית בשאלות של מידתיות. בפתח הדיון נעמוד על ההבדלים שבין שני סוגי פעילות אלה, ובהמשכו נבחן את הדרכים שבהן דיון משולב זה מאפשר להצביע על האופן שבו ניתן להגביר את ההגנה על זכויות במסגרת ניתוח מדיניות, ולהציע כיצד הבנה טובה של ניתוח מדיניות ראוי יכולה לשכלל את הדרך שבה בתי־המשפט מפעילים ביקורת שיפוטית במסגרת מבחני המידתיות שהם עורכים למדיניות.

1. ההבדלים בין ביקורת שיפוטית לבין ניתוח וקביעת מדיניות

תהליכים של קביעת מדיניות וחקיקה במדינות שבהן קיימת ביקורת שיפוטית מושפעים מן האופן שבו בתי־המשפט מפעילים ביקורת שיפוטית על מדיניות.[19] תהליכים אלה נובעים מכך שקובעי מדיניות צופים את האפשרות שהמדיניות תידרש לעמוד לבחינה שיפוטית, ועל־כן נעזרים בייעוץ משפטי, אשר מטבע הדברים נסמך על המוכר לו, כלומר, על האופן שבו הפסיקה נוהגת כאשר היא מפעילה ביקורת שיפוטית. טענתנו היא שתהליכים אלה, המתועדים בספרות, מועצמים, בין היתר, בהעדר שיטה ייעודית ליישום המידתיות בהליך קביעת המדיניות. לכאורה יש בכך היגיון מסוים, שכן האמצעי הנבחר יצטרך לעמוד במבחנים הנקוטים על־ידי הפסיקה. לכן מהלך של קביעת מדיניות שכרוכה בה פגיעה בזכות חוקתית צריך גם לוודא שהמדיניות עומדת בפרמטרים של ביקורת שיפוטית. אולם וידוא כזה אין פירושו בהכרח שקובעי המדיניות צריכים לנהוג באותו אופן שבו נוהגים מי שמפעילים ביקורת שיפוטית. ההבדלים עשויים להתבטא בסדר הדברים, באופן יישומם של המבחנים ובמידת חשיבותם ומרכזיותם. מטרת רשימה זו אינה לשרטט עבור קובעי המדיניות מהלך שיבטיח עמידה בהצלחה בביקורת השיפוטית (מטרה כזו הייתה מצריכה רשימה שונה מאוד), אלא מהו הליך קבלת ההחלטות הנכון והמתאים ביותר לצורך קבלת מדיניות ראויה. כמו־כן, אין אנו עוסקים בהצדקה או בהנמקה של מדיניות אחרי שהיא כבר נקבעה, אלא בתהליך קביעת המדיניות מראשיתו ועד לגיבושה הסופי.

למרות האמור לעיל בדבר הזיקה בין שני המהלכים, אנחנו מבקשים לטעון כי על קובעי מדיניות להיזהר מאימוץ עיוור של מבחני הפסיקה ושל אופן יישומם בבתי־המשפט. לא זו בלבד שאין הצדקה או היגיון בהיקש אוטומטי מהביקורת השיפוטית לקביעת מדיניות, לנוכח ההבדלים ביניהן, במקרים מסוימים גישה כזו עלולה להוביל לתוצאות בעייתיות ובלתי־רצויות. נצביע תחילה על ההבדלים בין תהליך רצוי של קביעת מדיניות לבין ביקורת שיפוטית, ונראה מדוע הם מצדיקים יישום שונה של שיקולי המידתיות, ובהמשך נשרטט קווים מנחים להליך קביעת מדיניות, תוך הבהרת תפקידם הייחודי של שיקולי הגנה על זכויות בהליך זה, הנבדל כאמור מתפקידם בביקורת השיפוטית. במקביל נעמוד על השלכותיו של ניתוח זה על הביקורת השיפוטית ונבחן מה נדרש כדי לטייב אותה, במטרה להגביר את השפעתה על הליכי קביעת המדיניות באופן שיוביל לשיפורם.

ראשית, ההליכים נבדלים זה מזה במטרתם. מדיניות מכוונת למציאת מענה לבעיה ציבורית, ואילו ביקורת שיפוטית מטרתה לבחון את חוקתיות החוק או את חוקיות המעשה המנהלי, ובכלל זה אם הם אינם פוגעים בזכות חוקתית מעבר לנדרש. לפיכך, בעוד הפגיעה בזכות היא תנאי ראשון והכרחי לבחינת מידתיות במסגרת ההליך השיפוטי, מדיניות מתגבשת הן בנסיבות שבהן היא כרוכה בפגיעה בזכויות והן בהקשרים שבהם אין כלל פגיעה בזכות. הפגיעה בזכות אינה על־פי־רוב נקודת המוצא של הליך ניתוח המדיניות. המטרות השונות של שני ההליכים משתקפות גם בעובדה שביקורת שיפוטית מתקיימת רק על יסוד עתירה שמוגשת

---

19 ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE 204 (2000).

לבית־המשפט, ואילו הליכי קביעת מדיניות מעוררים את שאלת המידתיות גם במקרים שבהם נפגעה זכות אך לא הוגשה עתירה בעניין, וכן במקרים שבהם עדיין לא נפגעה זכות כלל. ברור שגם בהינתן גישה מרחיבה לזכות העמידה לפני בית־המשפט, רק חלק מן המקרים שבהם נפגעה זכות מגיעים לביקורת שיפוטית.[20] הביקורת השיפוטית מתמקדת במקרה שמובא לפניה, ומכריעה בו לגופו. הפסיקה והספרות מדגישות את האופי האד־הוקי של הכרעות בדבר מידתיות, מעבר לשיטה הכללית של המבחנים השונים וסדר עריכתם. לעומת זאת, קובעי המדיניות נדרשים גם לסוגיות שלא יגיעו כלל לבית־המשפט, ובכל המקרים שבהם יש אמצעי הפוגע בזכות הם חייבים לבחון את צדקתה של הפגיעה. מן הבחינה הזו יש חשיבות מיוחדת לקביעת שיטה – ואולי גם קווים מנחים – לבחינת צדקתה של פגיעה בזכות דווקא בהליכים של קביעת מדיניות.

שנית, לנוכח ההבדל במטרות, ההליכים נבדלים זה מזה גם בקריטריון המנחה את הבחינה בכל אחד מהם. אמת־המידה המרכזית בביקורת השיפוטית בהקשר של מידתיות היא צדקת הפגיעה, ואילו בקביעת המדיניות אלה האפקטיביות והיעילות של המדיניות בהשגת מטרותיה.[21] מבחינתם של מקבלי ההחלטות, האפקטיביות היא ראשית התהליך ותכליתו; הם מונָחים על־ידי השאלה אם האמצעי שנבחר יש בו כדי לצמצם באופן משמעותי את התופעה הבלתי־רצויה. הפגיעה בזכות, מבחינת מקבלי ההחלטות, היא על־פי־רוב תוצאת־לוואי, ומקום שיש מחויבות לזכויות – תוצאת־לוואי בלתי־רצויה.[22] לעומת זאת, במוקד הבחינה השיפוטית מצויות הפגיעה בזכות וצדקתה. כאמור, וכפי שנראה גם בהמשך, מטרותיו של הליך קביעת המדיניות רחבות יותר ומגוונות יותר, גם כאשר מתקיימת פגיעה בזכות. האפיון הנכון והמלא של התופעה הבלתי־רצויה, ובעקבותיו האיתור המדויק והשלם ככל האפשר של מחוללי התופעה ושל הבעיות, הם ראשית חוכמה בקביעת מדיניות, ויש להם חשיבות קריטית, אך הם אינם חלק מבדיקת המידתיות החוקתית. לכל־היותר עשויה להתקיים זיקה בינם לבין סוגיית הצורך החברתי, ככל שזו נכללת במבחן התכלית הראויה. בהמשך הדברים נציע שינוי של הגישה השיפוטית, כך שאפיון קפדני של התופעה השלילית ייהפך לחלק מהבחינה החוקתית.

שלישית, בחינת המידתיות שבתי־המשפט עורכים ותהליך קביעת המדיניות נבדלים זה מזה בתזמון, וכתוצאה מכך גם בסוג השיקולים ובהיקפם. מקבלי ההחלטות דנים באמצעים ובפגיעתם האפשרית בזכויות לפני מעשה (ex ante), ואילו בתי־המשפט דנים בהם לאחר מעשה (ex post).[23] לפיכך בית־המשפט דן בחוקתיות של אמצעי מסוים שכבר קיבל גושפנקה

---

20 William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1980).

21 Kumm, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 150.

22 עוד על כך ראו בפרק הדיון להלן.

23 עם זאת, בית־המשפט צריך לבחון את שיקול־דעתה של הרשות בהתאם לתמונת־העולם שעמדה לנגד עיניה בעת קביעת המדיניות, ולא בראייה של חוכמה (קטנה) לאחר מעשה. הגישה השיפוטית אצלנו, הבוחנת את האמצעי בשני השלבים – שלב ההחלטה ושלב הדיון השיפוטי – היא חריגה מבחינה השוואתית.

כחוק או כמדיניות, ואינו בוחן את תבונתו או יעילותו של האמצעי,[24] פרט למקרי־קצה של אמצעי שהוא בלתי־סביר. לעומת זאת, תפקידה של הרשות המחליטה הוא לבחור, בהליך מושכל, את האמצעי המתאים והנכון ביותר, בראש ובראשונה מבחינת מידת האפקטיביות שלו בצמצום התופעה השלילית. יוצא אפוא ששיקולים שממלאים תפקיד מרכזי במהלך ניתוח וקביעה של מדיניות תופסים מקום מרכזי פחות בהליך השיפוטי: שיקולי יעילות ותועלת – שהם לב־ליבה של קביעת המדיניות – זוכים בתשומת־לב פחותה בביקורת השיפוטית. בית־המשפט בוחן שיקולי יעילות ותועלת כדרישה מינימליסטית של התאמה להשגת התכלית במסגרת מבחן ההתאמה, וכן במסגרת הבחינה החוזרת והיסודית יותר שאמורה להיעשות כחלק ממבחן המידתיות במובן הצר. שיקולים של נוחות אדמיניסטרטיבית או תפעולית לא ייכללו בבחינה החוקתית אלא במסגרת שקלול העלות של חלופה, הגם שיש להם חשיבות רבה בקביעת מדיניות; שיקולים של עקביות במדיניות יידונו בביקורת השיפוטית בעיקר כאשר חוסר העקביות מעלה חשש שהתכלית הנטענת אינה התכלית האמיתית[25] או במקרה המעלה חשש לאפליה; וסדרי עדיפויות ענייניים של הגורם המחליט, שעשויים להיות קריטיים מבחינתו, אינם ככלל מעניינו של בית־המשפט. זאת ועוד, בית־המשפט עשוי להביא בחשבון שיקוליו את היחסים בין הרשויות – התחשבות שעשויה להשפיע על עוצמת הבדיקה שהוא מפעיל ולמתן אותה אף יותר.[26]

אם כן, הבדיקה החוקתית משקפת רף מינימלי מסוים שעל המדיניות לעמוד בו, ואילו הציפייה מקובעי המדיניות שונה וגבוהה בהרבה. אלה האחרונים נדרשים לתוצאה מצרפית מיטבית, המורכבת מתת־משימות רבות, ועליהם לבחור איך להקצות את משאביהם בין משימות אלה.[27] בית־המשפט, לעומת זאת, בוחן את המדיניות רק בהתייחס למשימה אחת. הדבר דומה לדרישה לממוצע ציונים מרבי על־פני סדרה של משימות (פונקציית התועלת של הרשות) לעומת דרישה לציון־סף באחת המשימות (דרישת בית־המשפט). מכאן שיהיה זה מזיק לטיב המדיניות אם מעצביה יאמצו כפשוטה את נקודת ההשקפה השיפוטית – ככל שמדובר בתכלית הראויה, במבחן ההתאמה ובמבחן הצורך – כסטנדרט ממצה לקביעת מדיניות. כך, למשל, במבחן של התאמת האמצעי להשגת המטרה, בית־המשפט בודק, כגוף מבקר לאחר מעשה, רק אם האמצעי מסוגל לקדם את המטרה, ולוּ במעט ובהסתברות נמוכה.[28] מנקודת־מבט לכתחילית, לעומת זאת, יש מקום לצפות שהרשות תאתר את האמצעי שעשוי לקדם את התכלית באופן ניכר ובהסתברות גבוהה. במסגרת מבחן הצורך, בית־המשפט בוחן

---

24 Kumm, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 150.

25 להרחבה על עמדה זו ראו Niels Petersen, *The German Constitutional Court and Legislative Capture*, 12 INT'L J. CONST. L. 650 (2014); Niels Petersen, *Proportionality and the Incommensurability Challenge in the Jurisprudence of the South African Constitutional Court*, 30 S. AFR. J. HUM. RTS. 405 (2014).

26 Kumm, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 150.

27 יובהר כי מדובר בציפיות מקובעי מדיניות מקצועיים, ואין הכוונה לדרישה מחייבת שסנקציה בצידה.

28 ראו, למשל, בג״ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ שר הפנים**, פ״ד סא(2) 202, פס׳ 66 לפסק־דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין **עדאלה**).

אם אין חלופה יעילה באותה מידה או במידה דומה שפגיעתה בזכות קטנה יותר. אין הוא בוחן כלל אם נבחרה החלופה היעילה או המוצלחת ביותר. אין זה עניינו. זהו תפקידם המובהק של קובעי המדיניות לאתר את החלופה הטובה ביותר, ולא רק חלופה שעוברת את המינימום של חוקתיות. עם זאת, בבחירת החלופה המיטבית באופן מצרפי, יש לבחון אם היא עומדת גם בדרישות המידתיות. נתייחס לכך בהמשך הדברים.

קביעת מדיניות נבדלת מביקורת שיפוטית גם בהליך. לפני בית־המשפט עומד לבחינה אמצעי אחד בלבד – זה שכבר נבחר ואומץ.[29] לעומת זאת, כאשר הרשות בוחנת אמצעי מסוים, הוא רק אחד מבין כמה אפשרויות שטרם נבחרו. יש הבדל ניכר בין אמצעי שכבר נבחר לבין אמצעי שנמצא בבחינה. על קובעי המדיניות להגיע לאמצעי המתאים ביותר, תוך הקצאה סבירה של משאבים. לכן יש ערך רב לאפשרות לדון בחלופה ולעדכנה בקלות יחסית, לרבות היכולת לזנוח אותה ולמצוא אחרת במקומה. השיטה המתאימה לניתוח ולקביעה של מדיניות עשויה לכלול ממדים הנובעים מטיבה הפתוח, שאינם יכולים להיות חלק מביקורת שיפוטית מאוחרת, אשר נכנסת לתמונה רק אחרי שהתהליך הסתיים וכבר נבחרו מדיניות מסוימת ואמצעי ספציפי למימושה.

השלכה הליכית נוספת של הבדלי התזמון היא העובדה שמדיניות היא תהליך דינמי שאינו נחתם ומתקבע עם קביעת מדיניות מסוימת. אדרבה, מדיניות צריכה להיבחן מפעם לפעם ולאורך זמן, כדי לבחון את האפקטיביות שלה, במיוחד לנוכח שינויי נסיבות שהזמן מביא עימו. הביקורת השיפוטית, לעומת זאת, מתמקדת במדיניות הנתונה המובאת לפניה, ואין ביכולתה להתייחס לאופייה המשתנה. יתרה מזו, ההגינות כלפי הרשות מחייבת שהביקורת השיפוטית תתייחס למצב הדברים שהתקיים כאשר נקבעה המדיניות, ולא לתמונת המציאות המאוחרת יותר, בעת הדיון המשפטי, שעשויה להיות שונה. זאת, להוציא מקרים שבהם הדינמיות מוגדרת וגלויה – למשל, בהסדרי הוראת־שעה למיניהם, אשר זמניותם עומדת לנגד עיניו של בית־המשפט בבואו לבחון את חוקתיותם. אכן, בית־המשפט נוקט משנה זהירות בבואו להעריך השפעות של מדיניות נתונה על מציאות עתידית, מתוך הכרה באי־הוודאות האופפת את הביקורת השיפוטית בהקשרים כאלה. במקרים מתאימים, כאשר ההנחות שביסוד המדיניות מוטלות בספק אך בית־המשפט אינו מוצא לנכון לפסול את המדיניות, הוא יכול לאשר את המדיניות תוך הטלת חובה לעקוב אחר השפעתה.

הבדל נוסף בין הליך קבלת ההחלטות לבין הליך הביקורת השיפוטית הוא ביכולות, במיומנות, בניסיון ובכישורים של העוסקים במלאכה בכל אחד מההליכים. הבדל זה משליך על הבדלים נוספים בבחינת המידתיות ומסביר אותם. ברור שבכל הנוגע בבחירת יעדי המדיניות, בהגדרת האמצעים המתאימים להם ובבחינה ההשוואתית של האפקטיביות שלהם, לרשות המחליטה יש יתרון. זאת, בין היתר, בשל היכולת לערוך בדיקות דרושות ולאסוף מידע רלוונטי

---

29 במקרים נדירים – לדוגמה, בפרשת **בית סוריק**, שבמסגרתה הציגו העותרים חלופה למדיניות הממשלה – מוצגת לפני בית־המשפט חלופה פוגענית פחות, ואז בית־המשפט, במסגרת הבחינה של מידתיות האמצעי שנבחר, שהיא השאלה היחידה שעל הפרק, בוחן גם אותה במסגרת מבחן הצורך או מבחן המידתיות הצר. ראו בג״ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד נח(5) 807 (2004).

(לעיתים באמצעות מומחים או צוותי מחקר). לא רק שיכולתה רבה יותר, אלא שנושאים אלה מצויים בתחום נסיונה, מיומנותה וכישוריה. לעומת זאת, פרשנות משפטית מצויה במגרשה של הרשות השופטת, וזו גם מיומנת יותר מהרשויות האחרות בשקלול ערכי פורמלי.[30] ״חלוקת העבודה״ בין קביעת המדיניות לבין הביקורת השיפוטית עליה צריכה להתחשב גם בהבדלים האלה שבין הגופים השונים. ככל שיש ציפייה – ויש ציפייה – שבית־המשפט יוכל לסמוך ככלל על הרשות לגבי שני מבחני המידתיות הראשונים, עקב יכולותיה העדיפות ביחס אליהם, מן הראוי שהרשויות המחליטות ימלאו כהלכה את מה שמצופה מהן בעניין זה. ניתוח מדיניות ראוי, כפי שנראה להלן, מציע מתודה שבמסגרתה מבחני המידתיות זוכים במענה יסודי מזה שבתי־המשפט יכולים בדרך־כלל לתת, והיכרות טובה של השופטים עם מתודה זו יכולה לסייע בידם בבואם לבקש הסברים מאת קובעי המדיניות. גישה זו מעניקה תוכן מעשי להבחנה הידועה בין תפקיד הביקורת השיפוטית – המוגבלת לבחינת החלטות – לבין תפקיד קביעת המדיניות.

לבסוף, בית־המשפט משתמש במבחני המידתיות כחלק מהצדקה מאוחרת של הכרעתו, ואילו קביעת מדיניות ראויה אמורה לשלב אותם בתהליך גיבוש המדיניות, כדי שינחו מראש את קביעת המדיניות.[31] כלומר, כאשר אנחנו קוראים פסק־דין, איננו קוראים בהכרח את השחזור המדויק של המהלך שבו הגיע בית־המשפט למסקנה שאליה הגיע. אנו קוראים את ההצדקה או ההנמקה המיטבית בעיני בית־המשפט להחלטתו. הצדקה של החלטה היא עניין שונה מאוד מהאופן שבו היא מתקבלת. הבחנה זו כשלעצמה מצדיקה זהירות באימוץ ישיר של מבחני הפסיקה להליך קבלת ההחלטות, ומזמינה היקש עדין ומודע יותר. אכן, זה חלק ממטרתה של רשימה זו – התוויית השיטה שעל הרשות לנקוט על־מנת להגיע להחלטה מיטבית, תוך שימת דגש במזעור הפגיעה בזכויות, לצד הגברת ההבנה של בתי־המשפט בדבר הליך ניתוח המדיניות, והשלכותיה של הבנה זו על הביקורת השיפוטית לעניין המידתיות.

הבדלים יסודיים אלה בין יישום עקרון המידתיות על־ידי הפסיקה לבין יישומו במסגרת תהליך של ניתוח וקביעת מדיניות מצדיקים זהירות והבחנות מתאימות באימוץ מבחני הפסיקה על־ידי הרשויות המחליטות. ההבדלים מצביעים על כך שקביעת המדיניות מעוררת שאלות שונות ורחבות שמבחני הפסיקה אינם יכולים לתת להם מענה כלל. מאידך גיסא, בין ההליכים

---

30 לגישה דומה ראו Roach, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 410–411. לפי Roach, חלוקת העבודה המיטבית היא זו שבה בית־המשפט קובע את היקף הזכויות, וממילא את קיומה של פגיעה בהן. ההובלה השיפוטית בתחום זה משאירה לרשות המחליטה שיקול־דעת רחב בכל הנוגע בסיבות להגבלת הזכויות. בהתאם, הרשות היא הגורם המתאים לניסוח התכליות (להבדיל מגישה שבה יש רשימה סגורה של תכליות ראויות – שם, בעמ׳ 412) ולהצגת האמצעים החלופיים שנשקלו לצורך הגשמתן. זאת, תוך הצגת הראיות שעל בסיסן היא פעלה. במסגרת תפקידו הפרשני, המצריך התייחסות לתכלית הנורמה המשפטית, בית־המשפט נדרש לא אחת לשקלול ערכי. הוא נדרש לכך גם במסגרת יישום הנורמה המשפטית, במקרים שבהם הנורמה עושה שימוש במושגי־שסתום עמומים, כגון תום־לב, רשלנות או התרשלות, וכן בסייגים לאחריות פלילית, דוגמת צורך, כורח, הגנה עצמית וסיכון סביר. ברור שכאשר מוטלת עליו המשימה לבחון מידתיות במובן הצר, הוא רוכש ניסיון ומיומנות בשקלול ערכי.

31 משה כהן־אליה ״מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק״ **משפט ועסקים** טו 317, 330–333 (2012).

לא מתקיים יחס בינרי, ואין לעצבם זה כהיפוכו של זה. ההבנה שמדיניות עשויה להיות כרוכה בפגיעה בזכויות מחייבת לעצב את הליך קבלת ההחלטות כך שיבטיח משנה זהירות ביחס לפגיעה בזכויות מוגנות. הכוונת תהליך ניתוח המדיניות על־ידי העקרונות שביסוד מבחני המידתיות יכולה למנף את ניתוח המדיניות באופן שימזער את הפגיעה בזכויות; והבנה טובה יותר מצד הפסיקה של תהליך ניתוח מדיניות ראוי עשויה לשפר את האופן שבו תופעל הביקורת השיפוטית בהקשר של מידתיות.

2. ניתוח מדיניות לאור מבחני המידתיות

בשים לב להבדלים האמורים בין השלבים של ניתוח מדיניות ראוי, שעליהם עמדנו לעיל בפרק ב, לבין בחינת המידתיות שהפסיקה מחילה, נבחן כעת את האופן שבו ניתן וראוי לערוך אינטגרציה בין שני תחומי הידע, על־מנת להתוות דרך לשיפורו של תהליך גיבוש המדיניות ולטיוב הכלים העומדים לרשות בית־המשפט בבואו לבקרה.

(א) מבחן התכלית הראויה

כאמור, השלב הראשון בקביעת מדיניות הוא ביסוס קיומה והיקפה של תופעה בלתי־רצויה, אשר המדיניות תשים לה למטרה לצמצמה ככל האפשר. חשוב להבהיר כי צמצום התופעה הבלתי־רצויה הוא למעשה (במינוח המשפטי) תכליתה של המדיניות. המבחנים השיפוטיים המקובלים מלמדים כי על התכלית להיות ראויה, ובשיטות המשפט השונות ניתן למצוא גישות מרחיבות ולעומתן גישות מצמצמות ביחס למשמעותה של דרישה זו.

חולשתו היחסית של בית־המשפט בבואו להעריך את מבחן התכלית היא שבמקרים רבים, לצורך הקביעה כי התכלית ראויה, די בהצהרה של הרשות המבצעת או המחוקקת בדבר תכלית ראויה כלשהי, לעיתים ברמת פירוט דלה מאוד, כגון ״הגברת הביטחון״, ״שיפור הבטיחות״ או ״הגברת היעילות״. עם זאת, כפי שצוין לעיל, הליך קביעת מדיניות ראוי נדרש לבסס את קיומה ושיעורה של התכלית (התופעה הבלתי־רצויה) באופן יסודי הרבה יותר. צירופן של דרישות מקצועיות אלה מקובעי מדיניות, לצד נטל השכנוע המוטל על המדינה לאחר שנקבע כי אכן התרחשה פגיעה בזכות, מוביל למסקנה היישומית כי ראוי שבבוא בית־המשפט לבחון את תכליתה של מדיניות במסגרת מבחני המידתיות, יספקו קובעי המדיניות נתונים ותשתית עובדתית לקיומה ולהיקפה של התופעה הבלתי־רצויה, מעבר להצהרות כלליות.[32] תכליות הצהרתיות אינן יכולות להיחשב תכליות ראויות, בין היתר משום שהן אינן מתאימות למסגרת האנליטית של מבחני המידתיות. תכליות אלה מהוות מטרה בפני עצמן, ואינן משקפות יעדים חברתיים. לכן, אם עצם אמירת התכלית משרתת את התכלית, אין אפשרות לוגית להחיל את מבחן הקשר הרציונלי או להעריך אמצעים פוגעניים פחות בזכויות.[33] ללא תשתית עובדתית

---

32 יש שיטענו כי הגבלת הרשויות בקביעת התכלית אינה רצויה משום שמדובר ב״משפוט״־יתר של החיים הפוליטיים. על טענה זו השיב Roach, ובצדק, כי מדובר בהגבלה צרה שמתקיימת רק ביחס להחלטות מדיניות שמשליכות על זכויות אדם. בכל יתר החלטות המדיניות הרשות רשאית לחוקק חוקים למטרות אקספרסיביות. Roach, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 416.

33 שם, בעמ׳ 411–412.

מבוססת, התכלית המוצהרת עשויה לייצג תכלית ראויה אך בלתי־נחוצה, שממילא אינה יכולה להוות בסיס להצדקת פגיעה בזכויות (כמו־גם בערכים אחרים, כגון משאבים ציבוריים).[34] מכאן חיוניותה של בחינת הצורך בתכלית כחלק מבחינת התכלית.[35] יודגש כי אינדיקציה לביסוס עובדתי יסודי של התכלית יוצקת תוכן לדרך יישומו של מבחן התכלית הראויה במסגרת ביקורת שיפוטית, באופן המכבד את הפרדת הרשויות, שכן הרשות המבצעת היא המבססת את התשתית העובדתית, ואילו בית־המשפט יכול להתמקד בווידוא של ביצוע ההליך, ורק במקרים נדירים יחסית לבסס קביעה על מהות המסקנה מהליך ביסוס התשתית. מקור לדרישה בדבר ביסוס תשתית עובדתית ראויה מצוי זה כבר בפסיקת בתי־המשפט.[36] על־כן ניתן לראות בהצעתנו זו כהרחבה של דרישת התשתית העובדתית הקיימת, כך שתחול גם על ביסוס התכלית הראויה, ולא כהצעה לדרישה שיפוטית חדשה.

(ב) הפגיעה בזכות

הסיכון לפגיעה בזכות מהווה את ההצדקה לביקורת שיפוטית. לכן המגמה הרווחת היא להגדיר את הזכויות באופן רחב, כך שכל פגיעה, ולוּ הקלה ביותר, תזכה בהתייחסות ובהכרעה על בסיס צדקתה של הפגיעה,[37] על־ידי יישום גמיש של מבחני התכלית הראויה והמידתיות. מגמה זו אומנם מרחיבה את שעריו של בית־המשפט, אך נראה כי מחולליה לא הביאו בחשבון את אפשרות השפעתה המזיקה על מקבלי ההחלטות. עקב גישה זו, אלה האחרונים הורגלו לחשוב על פגיעה בזכויות כעניין שכיח, העשוי להתרחש גם בנסיבות שאינן מעוררות את הרושם שנעשה דבר בעייתי.[38] תפיסה כזו עלולה להחליש בעיניהם את הצורך לבחון לעומק את צדקתה של הפגיעה בכל מקרה ומקרה. נוסף על כך, נראה שבחינה קפדנית בכל מקרה היא דרישה לא־מעשית תחת גישה המרחיבה את גבולותיהן של זכויות. במקום זאת, נכון לאמץ גישה שלפיה הצורך בבחינה יסודית וקפדנית של הפגיעה בזכות בהליכי קביעת מדיניות עולה

---

34 ברק מדינה ״על ׳פגיעה׳ בזכות חוקתית ועל ׳תכלית ראויה׳״ **משפט ועסקים** טו 281, 313 (2012).

35 מסר דומה עולה גם מן המשפט הישראלי ומן המשפט הקנדי. ב־ R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 140 קבע בית־המשפט העליון הקנדי רף מינימלי למבחן התכלית הראויה, שלפיו התכלית צריכה להיות קשורה לעניין ציבורי דוחק ומהותי (pressing and substantial) ההולם חברה חופשית ודמוקרטית. מבחן זה מחייב את בית־המשפט לבחון לעומק את התשתית העובדתית שבבסיס התכלית המוצהרת. רוח דומה ניכרת בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה״ש 6, פס׳ 33 לפסק־דינו של השופט לוי. השופט לוי בחן בקפדנות את התכלית המוצהרת של תוכנית ההתנתקות, בהתבסס על התשתית העובדתית שהוגשה לבית־המשפט ועל מקורות נוספים. על־סמך בחינה זו הוא קובע כי התכלית אינה ראויה או למצער כי היא לא הוכחה במידה מספקת.

36 הדרישה לקיומה של תשתית עובדתית שעליה תסתמך הרשות המבצעת בהחלטותיה מבוססת היטב בפסיקה. ראו בג״ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) בע״מ נ׳ שרת התקשורת**, פ״ד מח(5) 412 (1994). לדיון בצורך בתשתית עובדתית ראויה בהליכי חקיקה בכנסת ראו בג״ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ׳ כנסת ישראל**, פס׳ 38 ו־80 לפסק־דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.8.2017).

37 ראו, למשל, עניין **עדאלה**, לעיל ה״ש 28, פס׳ 56 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

38 T.R.S. Allan, *Human Rights and Judicial Review: A Critique of "Due Deference"*, 65 CAMB. L.J. 671, 688 (2006).

ככל שהפגיעה משמעותית יותר וקשה יותר.[39] יש אפוא צורך הן בקונקרטיזציה מסוימת של המבחנים השיפוטיים, כך שידריכו בצורה טובה יותר את מקבלי ההחלטות, והן בחיזוק מעמדו של שיקול ההגנה על זכויות בהליך קבלת ההחלטות. במיוחד נדרשת התאמה של שני שלבים בניתוח המדיניות: (1) איתור חלופות ואפיונן; (2) הערכת החלופות.

(1) הפגיעה בזכות ואיתור חלופות

בעוד שיקולי תכלית הם ככלל בתחום השפה השגורה בפיהם של קובעי מדיניות, וביטוייהם השונים מוכרים להם היטב ומובנים על־ידיהם, אין ביטחון דומה באשר לפגיעה בזכות, שהיא לעיתים תכופות גלויה לעין פחות ומובנת פחות. חיוני שבהליכי קביעת המדיניות ייעשה מאמץ להבהיר ולהנהיר את מלוא משמעותה של הפגיעה הרלוונטית בזכות.[40] חשוב לא פחות בהקשר זה שקובעי המדיניות יהיו מודעים גם להיבטיה הציבוריים והכלל־חברתיים של הפגיעה בזכות, אשר רק לעיתים נדירות ביותר היא באמת עניינו של אדם יחיד בלבד. כך, למשל, אי־אפשר להעריך את חשיבות הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי מבלי להבין את חשיבותו וחיוניותו לשיטה הדמוקרטית ואת הסכנה של ״אפקט מצנן״ הכרוכה בהטלת הגבלות עליו. מן הסתם, זהו תפקידו של היועץ המשפטי, המשתתף בהליך של קביעת המדיניות,[41] וכפי שעולה מן האמור כאן ובהמשך, חשוב שמעורבותו בהליך תהיה מראשיתו ועד סופו.

על הרשות לבחון אם יש בכוחה להתמודד עם הבעיה באפקטיביות מבלי לפגוע בשום זכות, ומכאן החשיבות של מגוון חלופות. ניתוח מדיניות איכותי מחייב להימנע משקילת חלופה יחידה. כאשר אותה חלופה כרוכה בפגיעה בזכות, מצטרף לכך נימוק נוסף — נורמטיבי. ההגנה על זכויות מחייבת שקובעי המדיניות יעשו מאמץ יצירתי למצוא כמה חלופות להתמודדות עם הבעיה. על החלופות להיבדל זו מזו, בין היתר, גם במידת הפגיעה שלהן בזכויות חוקתיות. הכוונה, כמובן, לחלופות־אמת, הנבחנות ברצינות, ולא לחלופות־סרק או למהלך של יציאה ידי חובה. המעבר מאמצעים שאינם פוגעים בזכויות לאמצעי פוגעני הוא מעבר איכותי, משמעותי, וצריך להתייחס אליו ככזה. אם ניתן להימנע כליל מפגיעה בזכות, יש לעשות כן.

כאמור, תהליך ניתוח מדיניות גמיש הרבה יותר ממבחני המידתיות, ומאפשר לקובעי המדיניות לאתר חלופות נוספות שפגיעתן בזכות פחותה וכן לערוך שינויים בחלופה מסוימת

---

39 עמדה זו זכתה בעיגון בפסק־הדין בעניין **סטמקה**, שבו נקבע כי ככל שעוצמת הפגיעה בזכויות חזקה יותר כן יקפיד בית־המשפט הקפדה יתרה על מידתיותה של הפעולה המנהלית. ראו בג״ץ 2355/98 **סטמקה נ׳ שר הפנים**, פ״ד נג(2) 728, פס׳ 52 לפסק־דינו של השופט חשין (1999).

40 ראו לעיל ה״ש 30.

41 הגישה הנהוגה כיום, התואמת את עליית קרנה של דוקטרינת המידתיות, היא כי הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבות את כל המערכות הממשלתיות כפרשנות החוקית המוסמכת (כל עוד לא קבע בית־המשפט אחרת). ראו, לדוגמה, בג״ץ 1635/90 **ז׳רז׳בסקי נ׳ ראש הממשלה**, פ״ד מה(1) 749 (1991); בג״ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד מז(5) 404 (1993); בג״ץ 4247/97 **סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ׳ השר לענייני דתות**, פ״ד נב(5) 241 (1998).

במטרה למזער את פגיעתה בזכות (narrow tailoring).[42] על־מנת להקל במעט את המורכבות הרבה שבזיהוי השפעתן של חלופות פוטנציאליות על זכויות, מומלץ לגבש רשימה של כלי מדיניות אשר פסולים באופן קטגורי או חשודים ככאלה. ליבתה של הרשימה צריכה להיות מושתתת על נורמות קוגנטיות לפי המשפט הבין־לאומי, ולכלול אמצעים שהם בלתי־מקובלים במשפט המשווה וכן אמצעים שנפסלו בערכאות שיפוט בין־לאומיות העוסקות בזכויות אדם.[43] על כך יש להוסיף כל אמצעי אשר נראה לקובעי המדיניות וליועציהם המשפטיים אכזרי, בלתי־אנושי, משפיל או מקומם. העמדת רשימה כזו לנגד עיניהם של קובעי המדיניות תאפשר להסיר מלכתחילה מקבוצת החלופות הנבחנות אמצעי שהוא בהכרח או קרוב לוודאי פסול, ולקיים בחינה קפדנית ומסויגת במיוחד לגבי אמצעי אשר חשוד כפסול. גם אם אין הסכמה מלאה על רשימה כזו, חשוב לתת את הדעת לרשימת האמצעים הפסולים **בעיני** הרשות הרלוונטית.

(2) הפגיעה בזכות והערכת החלופות

הבחינה ההשוואתית של החלופות מחייבת התייחסות לשאלת הפגיעה בזכויות. מחויבות זו נובעת מהחובה המוטלת על רשויות המדינה לכבד את הזכויות המוגנות. משמעותה המעשית היא לכלול קריטריון של השפעה על זכויות (בין אם פגיעה בהן, הגנה עליהן או קידומן) בהליך הערכת החלופות. פרקטיקה המחייבת הכללת קריטריון כזה עשויה להיות יעילה במניעת פגיעה בזכויות מתוך חוסר מודעות, שכן על־פיה קובעי המדיניות נדרשים לתת את דעתם להשפעת החלופות הנבחנות על זכויות, ולתת לכך ביטוי בניתוח ההשוואתי של החלופות. על־מנת למלא אחר דרישה זו, הרשות אמורה לדעת להעריך אם נפגעה זכות ובאיזו מידה. הבעיה היא שמי שהייתה אמורה לספק הנחיה והדרכה בסוגיה זו היא הרשות השופטת, וזו אינה עושה זאת, כאמור. זו לקונה בשיטתנו, וגם בשיטות אחרות, שמותירה את שאלת הפגיעה בזכות ללא מענה בהקשרים רבים.[44] עד שתמלא הרשות השופטת את תפקידה במילוי הלקונה, יהיה זה תפקידם של קובעי המדיניות, בסיוע היועצים המשפטיים, להעריך אם מתקיימת פגיעה בזכות, ועליהם ליטול חלק בניתוח מדיניות סדור וראוי, כדי למלא בתוכן את שלב מתן המשקל לקריטריון ההשפעה על זכויות ואת שלב הערכת החלופות על־פי קריטריון זה. בהעדר קווים מנחים, מקום שיש ספק בדבר, על גורמי הרשות המבצעת ללכת על הצד הבטוח. אם נשקלת האפשרות להפעיל אמצעים זמניים, יש לאמוד את מידת הפגיעה שלהם בזכויות בצורה מהותית, תוך התחשבות בעובדה שאמצעים זמניים נהפכים במקרים רבים לאמצעים קבועים, במיוחד כאשר הפסקתם כרוכה בנסיגה אפשרית ברמת הביטחון הציבורי. לכן ברוב המקרים אין לראות בזמניותם גורם המקהה את עוקצה של הפגיעה בזכויות.[45]

---

42 עוד על כך ראו להלן בחלק ג2(ד), העוסק במבחן הצורך.

43 להרחבה ראו קרמניצר, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 64–67.

44 בעניין זה ייתכן שיהיה מועיל לקבוע דרגות שונות של פגיעה (למשל, שלוש), כפי שמציע אלקסי. ראו ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (2002).

45 בג״ץ 466/07 **גלאון נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד סה(2) 44, פס׳ 33 לפסק־דינו של השופט לוי (2012).

היבט מרכזי שבו שקילת הפגיעה בזכות בתהליך ניתוח המדיניות נבדלת מן האופן שבו עושה זאת השפיטה הוא שבמסגרת הביקורת השיפוטית בית־המשפט נוטה להתמקד בתכלית אחת – זו המרכזית – ובפגיעה העיקרית בזכות,[46] ואילו בניתוח מדיניות עשויות להישקל גם חלופות שמקדמות באופן ממשי יותר מתועלת אחת ו/או פוגעות באופן ממשי ביותר מזכות אחת. בנסיבות אלה ברור שניתוח מדיניות ראוי צריך לכלול שקילה של כלל התועלות וכלל הזכויות הנפגעות – כל אחת לפי חשיבותה ומשקלה. בתוך כך יש להשוות בין הפגיעות החלופיות בזכויות, וכנגד זה לעמוד על התרומות החלופיות לצמצום התופעה הבלתי־רצויה. לפיכך, רק אם קובעי המדיניות ויועציהם המשפטיים יעשו מאמץ פעיל לאיסוף מידע רלוונטי על השפעת החלופות על זכויות, יהיה לשיקול זה סיכוי להישקל בכובד־ראש אל מול האינטרס הציבורי, שעליו סביר להניח שלרשות יש מידע זמין יותר בדרך־כלל. ראוי שבית־המשפט, מצידו, יעודד עשייה כזו על־ידי הרשות באמצעות בחינה מקיפה ומלאה של כל מה שמונח על כפות המאזניים. ההתמקדות בתכלית המרכזית ובפגיעה העיקרית מקילה אומנם על בית־המשפט, אבל היא אינה השיטה הנכונה לגיבוש מדיניות מיטבית, וגם לא להגנה מיטבית על זכויות.

כיצד ייעשה שקלול הפגיעה בזכות? גם בעניין זה, רתיעתה של הפסיקה מפני קביעת מדרג של זכויות לפי חשיבותן,[47] ואף מפני קביעה בדבר חשיבות שונה של זכויות או של היבטים של זכויות בהשוואה לזכויות אחרות או להיבטים אחרים של זכויות, אינה מועילה מבחינת הרשויות המחליטות. אולם דומה כי אי־אפשר לומר שאין כל הנחיה שיפוטית בנושא. ראשית, ניתן בכל־זאת לחלץ מן הפסיקה עמדה לגבי חשיבותם היחסית של היבטי זכויות שונים. היועץ המשפטי, אשר שותף להליך קבלת ההחלטות, הוא שצריך להיות מופקד על קביעת משקלה של הזכות הנפגעת בשים לב למה שניתן להפיק מן הפסיקה. שנית, כדי להימנע מתוצאות מעוותות, וגם כדי לחסוך זמן ומאמצים, ראוי לאתר ולסמן את הקטגוריה של פגיעות קשות בהיבטי הזכויות החשובים ביותר – למשל, פגיעה מכוונת בחפים מעוון שאינה תוצאת־לוואי של פעולה חוקית. המשמעות של פגיעה כזו יכולה להיות אחת משתיים: מחסום מוחלט (בוודאי כאשר יש חלופות אחרות שאינן כרוכות בפגיעה כזו) או מחסום גבוה מאוד. מחסום גבוה מאוד פירושו שהפגיעה עשויה לבוא בחשבון רק לנוכח קידום ניכר או משמעותי מאוד של תכלית שיש לה חשיבות גדולה במיוחד, וכאשר הבסיס העובדתי וההערכתי לכך חזק במיוחד.[48] אם אין מדובר בתכלית כזו, יש להסיר את האמצעי הנשקל מן השולחן. כך, למשל, ניתן לקבוע כי על־מנת שהמדיניות של הריסת בתי משפחותיהם של מחבלים (שאין להם שום מעורבות במעשי קרוביהם המחבלים) תוכל לבוא בחשבון, יש להראות באופן אמפירי כי המדיניות מקדמת באופן משמעותי מאוד את הרתעתם של מחבלים פוטנציאליים.[49]

---

46 ראו, למשל, בג״ץ 6298/07 **רסלר נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד סה(3) 1 (2012).

47 ברק, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 441.

48 Alexy, לעיל ה״ש 44.

49 יש לציין כי בתי־המשפט בישראל שללו את האפשרות שנתונים סטטיסטיים או מחקרים מדעיים יוכיחו את יעילותה של מדיניות הריסת הבתים באופן אמפירי. ראו עמיחי כהן וטל מימרן **עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים – חשיבה מחדש** 34 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות מס׳ 112, 2015); בג״ץ 1005/89 **אגא נ׳ מפקד כוחות צה״ל באזור רצועת עזה**, פ״ד

(ג) מבחן ההתאמה (קשר רציונלי)

בניגוד לגישת הפסיקה, הרואה במבחן ההתאמה מבחן־סף בלבד,[50] ניתוח מדיניות ראוי מקדיש מענה מקיף הרבה יותר למבחן זה במסגרת תהליך הערכת החלופות, ולצורך הקביעה השיפוטית כי המדיניות הנבחנת עומדת במבחן ההתאמה, ראוי שבית־המשפט ינחה את רשויות המדינה להציג מידע מפורט על ניתוח זה.[51]

כאמור, הערכת החלופות מבוססת על בחינה השוואתית של כמה חלופות מדיניות לאור סדרה של קריטריונים. קריטריון הכרחי ומרכזי הוא אפקטיביות, הנמדדת על־ידי מידת הצמצום הצפוי בתופעה הבלתי־רצויה ומידת הוודאות (ההסתברות) שכך אכן יקרה. הצמצום הצפוי בתופעה הבלתי־רצויה כתוצאה מהפעלת המדיניות מייצג את ההשפעה החיובית הצפויה על ה״תכלית״ — התנאי למבחן ההתאמה. ההערכות לגבי מידת האפקטיביות של החלופות השונות צריכות להיות מבוססות על מידע יסודי ככל האפשר, לרבות נסיון־העבר בארץ ובעולם, מחקרים מדעיים רלוונטיים או כלי הערכה מקובלים אחרים. פרקטיקה כזו מהווה בסיס לניתוח מדיניות טוב, ומציעה מענה לנטייתם של מקבלי החלטות להפריז בפוטנציאל של חלופות מדיניות מסוימות (במיוחד של אלה שהם הציעו או היו שותפים להצעתן) — בין בדרך של הפרזה באפקטיביות שלהן ובין בדרך של הפרזה במידת הוודאות של אפקטיביות זו — כמו־גם לנטייה להיסחף אחר פתרונות ״אופנתיים״ אך בלתי־מבוססים. הערכות אפקטיביות כאלה מאפשרות גם לשקף את התהליך לגורמים שלא היו שותפים לניתוח עצמו — פעולה שהיא חיונית במקרים של מדיניות ציבורית חשובה, לרבות מקרים שבהם למדיניות יש השפעה על זכויות. לפיכך, כאשר הרשות מבקשת להגן על מדיניותה לפי מבחן ההתאמה, ראוי שהיא תציג לפני בית־המשפט את הערכות האפקטיביות ביחס לחלופת המדיניות הנבחרת ואת תוצאותיהן, ולא תסתפק באמירות כלליות בנושא. אי־הצגת תשתית ראייתית ראויה עשויה להצדיק מסקנות לרעת הרשות המחליטה, כגון שהתכלית המוצהרת אינה התכלית האמיתית שהניעה את המדיניות הנבחנת.[52]

(ד) מבחן הצורך

מבחן הצורך, כפי שהוא מוצג לעיתים על־ידי הפסיקה בישראל ובספרות המשפטית, מגביל את התערבות בית־המשפט למקרים שבהם קיימת חלופה פוגענית פחות שהיא **שוות־ערך לחלופה הנבחנת מבחינת תרומתה לתכלית** (אפקטיביות).[53] על־פי פרשנות זו, בית־המשפט רשאי

מד(1) 536, פס׳ 5 לפסק־דינו של הנשיא שמגר (1990). לנוכח זמינותם של נתונים ומחקרים מדעיים בנושא (לדוגמה, Efraim Benmelech, Claude Berrebi & Esteban F. Klor, *Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions*, 77 J. POL. 27 (2015)), אנו מתקשים למצוא הצדקה לעמדה זו של הפסיקה.

50 ברק, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 387 ו־498.

51 Roach, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 416.

52 שם, בעמ׳ 417.

53 ראו, למשל, ברק, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 395; עניין **עדאלה**, לעיל ה״ש 28, פס׳ 88—89 לפסק־דינו של הנשיא ברק; בג״ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ׳ שר האוצר**, פ״ד סג(2) 545, פס׳ 49 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש (2009). יש לציין כי במשפט הקנדי מבחן הצורך זוכה

להתערב, לכאורה, רק בנסיבות שבהן אין כל ״מחיר״ לבחירה בחלופה הפוגענית פחות. במשמעותו זו מדובר במבחן־סף בלבד, המיועד למנוע חלופות לא־יעילות ״פרטו״, ומשקף גישה מרוסנת של התערבות שיפוטית. יתר על כן, אם בית־המשפט מבקש להשתכנע שמידת האפקטיביות של שתי החלופות שווה לחלוטין (להבדיל מקִרבה רבה או מדמיון מהותי), הרכב החלופות העומדות בדרישה זו יקטן מאוד, עד כדי קבוצה ריקה. מבחינה משפטית, נראה כי פרשנות של מבחן הצורך המביאה באופן מעשי לידי ריקונו מתוכן היא מהלך שמוביל לאבסורד, ואשר חייב לכן להידחות לטובת הבנה גמישה יותר של המבחן, המאפשרת היתכנות מעשית שלו.

זאת ועוד, גם על־פי גישה המצדדת בריסון שיפוטי, מבחן הצורך, כפי שהוא מיושם על־ידי בית־המשפט, אינו מתאים לניתוח ולקביעת מדיניות על־ידי רשויות המכבדות זכויות, וזאת משני טעמים: (1) פרשנות זו של המבחן מניחה, באופן מובלע, כי הרשות אינה מחויבת לתת כל משקל להגנה על זכויות; (2) הערכת חלופות מלאה, הנדרשת במסגרת ניתוח מדיניות ראוי, ממילא כוללת **חליפין** בין הקריטריונים השונים. כאמור, הדרישה להעדיף חלופה שתרומתה לתכלית שווה ופגיעתה בזכויות פחותה היא דרישה מינימליסטית, שכן היא אינה תובעת מהרשות לתת משקל כלשהו לזכויות. באופן מעשי, מבחן זה עונה על המקרה שבו הרשות לא זיהתה את הפגיעה בזכות הכרוכה במדיניותה ו/או לא זיהתה את החלופה הפוגענית פחות השווה לה באפקטיביות, ובמסגרת ההליך המשפטי הדבר מתברר. בנסיבות שבהן הרשות מודעת לקיומה של חלופה כזו במהלך ניתוח המדיניות, ממילא היא חייבת לבחור בה, מכיוון שרשויות המדינה מחויבות לתת משקל ראוי לקריטריון ההשפעה על זכויות מתוקף מחויבותן לכבד זכויות מוגנות, כאמור לעיל. נסיבות כאלה מתארות למעשה מצב של חלופה **דומיננטית**, שכן היא שווה בכל לחלופה המתחרה ועולה עליה בקריטריון נוסף – הגנה על זכויות – ומשום כך ניתוח ראוי מחייב את בחירתה. על־כן מבחן הצורך, כמשמעו בפסיקה הישראלית, אינו מתאים לשמש קובעי מדיניות המחויבים לכיבוד זכויות, שכן הוא מהווה מבחן־סף בלבד, המתבקש מאליו על־פי ניתוח מדיניות ראוי, ועל קובעי המדיניות להוסיף ולשקלל את קריטריון ההשפעה גם כנגד קריטריונים אחרים.

החיוב במתן משקל משמעותי לקריטריון ההשפעה על זכויות במסגרת ניתוח חלופות יוביל בהכרח ליישום מבחן הצורך באופן גמיש יותר, מחד גיסא, ומתחשב יותר בזכויות לעומת הפרשנות הדווקנית של מבחן הצורך, מאידך גיסא. אם הכרעה בין חלופות תיעשה על בסיס הרכב של קריטריונים, לרבות השפעה על זכויות, המשמעות היא שלעיתים חלופה שאינה הטובה ביותר בקריטריון האפקטיביות אך שמידת פגיעתה בזכויות פחותה תימצא כחלופה

בפרשנות שונה, שלפיה יש לבחור באמצעי שפוגע במידה המועטה ביותר האפשרית (״as little as possible״) בזכות המוגנת. ראו R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295, 352, וכן בפרשת *Oakes*, לעיל ה״ש 35. במאמר זה איננו דנים בשאלת פרשנותו הראויה של מבחן הצורך על־ידי הפסיקה.

המיטבית. הדבר דומה למצבים שבהם נבחר בחלופה שאינה האיכותית ביותר אלא בזו שהיחס בין מחירה הכלכלי לבין איכותה הוא הטוב ביותר.[54]

מבחן הצורך עבור קובעי מדיניות משקף, אם כן, את החובה לחפש בצורה פעילה חלופות הממזערות את הפגיעה בזכות ו/או לערוך שינויים והתאמות בחלופה הנבחרת על־מנת למזער פגיעה זו (narrow tailoring). ניתוח מדיניות המבוסס על חלופה אחת בלבד אינו רצוי, בראש ובראשונה, מסיבות של טיב המדיניות הצפויה להתקבל ומידת התאמתה למגוון השיקולים הכרוכים בהחלטות ציבוריות. כאשר מדובר במדיניות הצפויה לפגוע בזכויות, יש בשקילת חלופה אחת חיסרון נורמטיבי נוסף, שכן חלופה זו נשקלת רק אל מול המצב הקיים – קרי, התופעה הבלתי־רצויה – ובתנאים אלה רב הסיכוי שמקבלי ההחלטות יאשרו אותה בשל העדפת האינטרס הציבורי, שנתפס כרחב וכללי, לעומת הזכות, הנתפסת לעיתים כזכות של פרט או של יחידים, וממילא כחשובה פחות. הנטייה האמורה מתחזקת לנוכח העובדה שהאפקטיביות משמשת אבן־הבוחן המרכזית בקביעת מדיניות. כך, אמצעי שנבחן לבדו נתפס כהכרחי, והפגיעה בזכות הכרוכה בו נתפסת כתוצאת־לוואי בלתי־נמנעת. התפיסה היא שהפגיעה היא מחיר הכרחי שיש לשלם אם חפצים לפעול לטובת הציבור על־ידי צמצום התופעה השלילית, שהציבור מצפה להתמודדות יעילה עימה. כמו־כן, העבודה שכבר הושקעה בעיצוב המדיניות עשויה להוות שיקול נוסף בעד אימוץ האמצעי הנבחן. פיתוח כמה חלופות המציעות מענה ברמות דומות לבעיה, קרי לצורך בצמצום התופעה הבלתי־רצויה, מאפשר שקילה משמעותית יותר גם של שיקולים הנתפסים לעיתים כ״משניים״, כגון הגנה על זכויות.

מכיוון שבחינת חלופות שונות היא קריטית הן לקביעת מדיניות טובה והן באופן ספציפי למזעור הפגיעה בזכויות, ראוי שבית־המשפט יעודד את המחליטים לבחון חלופות. אם בית־המשפט מפרש את מבחן הצורך באופן שמרוקן אותו למעשה מתוכן, הוא עושה את ההפך מעידוד כזה. אם התייחסותו של בית־המשפט לסוגיית החלופות מצטמצמת להצעת חלופה אפשרית על־ידי העותרים או לחלופה שבית־המשפט מעלה ביוזמתו אך מבלי שיהיו לו כלים לבחון את האפקטיביות שלה, הוא אינו ממלא כהלכה את תפקידו המנחה. לעומת זאת, אם בית־המשפט סוקר את החלופות שנבחנו על־ידי הרשות, ולשם כך נדרש כמובן שהרשות תתבקש להציגן, יש בכך משום עידוד. אם בית־המשפט מביא לידי ביטוי בפסיקתו הערכה לעבודה יסודית שנעשתה על־ידי הרשות בבחינת חלופות, ככלל על־ידי אישור המדיניות,

---

54 גישה זו למבחן הצורך משלבת בו רכיב של איזון בין הפער באפקטיביות שבין החלופות, מחד גיסא, לבין ההבדל ביניהן במידת הפגיעה בזכות, מאידך גיסא. יודגש כי יתרונה של גישה זו עולה מתוך ניתוח העקרונות הכלליים של השוואת חלופות, שהובאו לעיל, ומסיבה זו נראה כי ראוי להציע גישה זו לצורך יישום מבחן הצורך על־ידי קובעי מדיניות. מעניין שתפיסה זו של מבחן הצורך קיימת גם במסגרת המשפט החוקתי הקנדי, המבקש לאזן בין עוצמת הפגיעה של מדיניות בזכויות הפרט לבין יעילותה. ראו, למשל, את פסקי־הדין בעניין **מקדונלד** – RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199; Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp., [2007] 2 S.C.R. 610 – שבהם נקבע כי אף שאיסור גורף של פרסום מוצרי טבק הינו יעיל יותר מהגבלתו באופן חלקי, אין להחיל איסור גורף, בשל היחס העדיף בין התועלת השולית לבין הפגיעה השולית בזכויות.

ולעומת זאת מגלה יחס ביקורתי לרשות שנמנעה מלעשות מלאכה ראויה, ככלל על־ידי קבלת העתירה, התוצאה היא הכְוונה של הרשויות להליכים נכונים של קבלת החלטות.

מעבר לדרישה לזהות כמה חלופות, יישומו של מבחן הצורך בהליכי קביעת מדיניות כרוך גם ב־narrow tailoring – בחינה יסודית ועריכת התאמות בחלופה הנבחרת במטרה למזער את הפגיעה בזכויות. ראוי לבחון אם המדיניות אינה רחבת־היקף מעבר לדרוש; אם היא רגישה לאוכלוסיות ולנסיבות שונות; ואם היא אינה יוצרת הכבדה מיוחדת, ניכרת, בפרט על קבוצות מוחלשות. בביקורת השיפוטית שאלות אלה נדחות על־פי־רוב לסוף הבחינה, אך אין לגישה זו מקום בהליכים של ניתוח וקביעת מדיניות. שאלה שראוי שתישאל על־ידי קובעי מדיניות בנסיבות אלה היא אם ניתן לצפות שמי שנפגע על־ידי האמצעי יהיה מסוגל להבין את המדיניות, גם אם לא לקבלה, ולראות אותה כהסדר סביר או כהסדר שאינו בלתי־הוגן; או בניסוח אובייקטיבי יותר – אם ניתן לצפות, בסבירות ממשית, שהנפגעים על־ידי ההסדר לא יראו אותו כעוול. בהצבת שאלה זו, הרשות המחליטה נדרשת לבחון אם קידום התכלית שיושג על־ידי הפעלת האמצעי הפוגע מועיל לחברה במידה כזו שכל פרט מפרטיה, ובכלל זה כאלה שנפגעו זכויותיהם, יכיר בתועלתה. המבחן במתכונתו זו מכוון למדיניות צודקת והוגנת, כזו שהיינו בוחרים בה גם מאחורי מסך בערות. לפיכך אימוצו עשוי לחזק את אמון הציבור בהחלטות נציגיו.[55] אפשר שבמקרים של פגיעות משמעותיות/קשות בזכויות מרכזיות, שיש להן השלכות שליליות על מיעוטים קבועים, ראוי שבהליך קביעת המדיניות, ועוד לפני שהנושא מגיע להכרעה בכנסת, ישמעו קובעי המדיניות באופן ישיר את התייחסויותיהם של נציגי הקבוצות האלה.

(ה) מבחן האיזון

כפי שצוין לעיל, ניתוח מדיניות ראוי יכול לספק מידע מבוסס הן לעניין היות התכלית ראויה (על־סמך ביסוס עובדתי של התופעה הבלתי־רצויה) והן לעניין מבחן ההתאמה (בהתבסס על ניתוח האפקטיביות הצפויה של המדיניות). היבט חשוב נוסף של הערכת האפקטיביות של החלופות השונות בא לידי ביטוי בכימות התרומה הצפויה (מכפלת גודל התרומה והסתברותה) לצמצום התופעה הבלתי־רצויה, ובמילים אחרות, בהגדרה קונקרטית של תכלית המדיניות, בניגוד להגדרות מופשטות. **תכלית קונקרטית** זו היא שצריכה להישקל במסגרת מבחן האיזון אל מול הפגיעה הצפויה בזכות. יפה לעניין זה קביעתו של פרופ׳ ברק בדבר היקפו של האיזון הכלול במבחן המידתיות השלישי, שלפיה ״ההשוואה אינה בין היתרון שבהגשמת המטרה לבין הנזק שבפגיעה בזכות. ההשוואה מצטמצמת לתוספת היתרון ולתוספת הנזק הנגרמות בעקבות החוק. ההשוואה עוסקת בתוספת השולית״.[56]

לדוגמה, התכלית של אמצעי בטחוני מסוים שמטרתו להקטין את סיכון החדירה של כוחות עוינים דרך הגבול (כגון הגבלות תנועה באזורי גבול או מחסומים פיזיים) היא באופן כללי ביטחון. אך בחינה של האפקטיביות הצפויה של כלי מדיניות כזה מחייבת אמידה של השינוי

---

55 יובהר כי בחינת הגינותה ותועלתה של המדיניות מנעליו של הנפגע אינה מְשַוה למבחן אופי סובייקטיבי, משום שאין מדובר בנפגע קונקרטי, והמבחן אינו מאבד מאופיו הכללי.

56 ברק, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 432–434.

בהסתברות של חדירה עוינת דרך הגבול בעקבות יישום המדיניות.[57] אך מעט כלי מדיניות מציעים צמצום מלא של התופעה הבלתי־רצויה, וניתוח מדיניות ראוי עשוי להציע אמידה מציאותית ומדויקת של התרומה לתכלית שהמדיניות מציעה, בניגוד לתכליות מופשטות ולסיסמאות.

כדי להפוך הנחיה זו לממשית, על בית־המשפט לדרוש ממקבלי ההחלטות את הפירוט והביסוס העובדתי של ניתוח האפקטיביות של המדיניות הנדונה, על־מנת לאמוד את התכלית הקונקרטית – הן בשלב של בחינת התכלית, כאמור, והן בשלב של מבחן המידתיות במובן הצר, שבו צריך להעריך את הפגיעה הצפויה בזכות. דרישה זו אינה חריגה, שכן היא מהווה דרך לבחון אם הרשות עומדת בנטל השכנוע שרובץ עליה, והיא מתבססת על מה שהרשות אמורה ממילא לעשות. אמירות כלליות מצד הרשות על התרומה של המדיניות לתכלית אינן צריכות להיתפס כמספקות במסגרת היחסים שבין הרשויות, שכן ביסוס עובדתי של האפקטיביות ממילא הכרחי לצורך ניתוח מדיניות ראוי, ולא רק לשם בירור המידתיות המשפטית של המדיניות. גישה זו מתיישבת עם התפיסה המקובלת בפסיקתנו שלפיה ״תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן״.[58] כמו־כן, מחויבותה של הרשות לכלול קריטריון של ״השפעה על זכויות״ בתהליך הערכת החלופות משמעה שיש בידה גרסה משלה על ההשפעה הצפויה על הזכויות, וזו יכולה להישקל אל מול הערכת בית־המשפט בנדון.

ד. דיון

עבודה זו מצביעה על הפוטנציאל הגלום באינטגרציה של מבחני המידתיות המשפטית וניתוח מדיניות רצוי. אנו מכירים בכך ששני גופי ידע אלה מיושמים על־פי־רוב על־ידי בעלי מקצוע שונים ובזירות נפרדות. עם זאת, היכרות הדדית של שני גופי ידע אלה עשויה להשביח את יישומו של עקרון המידתיות ככלי להגנה על זכויות בתהליך עיצוב המדיניות – הן על־ידי קובעי המדיניות והן במסגרת הביקורת השיפוטית. אין הכוונה להפוך מנתחי מדיניות למשפטנים, וגם לא להפוך משפטנים או שופטים למומחי מדיניות, אלא להגביר את ההבנה ההדדית בין שני הצדדים, ובעיקר לגזור מסקנות מעשיות מאינטגרציה זו הן לגבי שופטים והן לגבי קובעי מדיניות. בחלק זה נבקש להציג את המסקנות הללו ולעמוד על היתרונות הגלומים בהן. לצד זאת נצביע גם על המגבלות של ניתוח זה ועל האתגרים שאינם זוכים במענה מלא.

שרטוט 1 מתאר באופן גרפי את יחסי־הגומלין בין מרכיביו של ניתוח מדיניות מקצועי לבין מבחני המידתיות. קשרים אלה מיוצגים על־ידי חיצים – כל חץ מסומן על־ידי אות אנגלית, וכיוונו מסמן את כיוון ההשפעה. הניתוח שהובא לעיל מצביע על כך שאם הקריטריון ״השפעה

57 בג״ץ 769/02 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד סב(1) 507, 599–600 (2006).

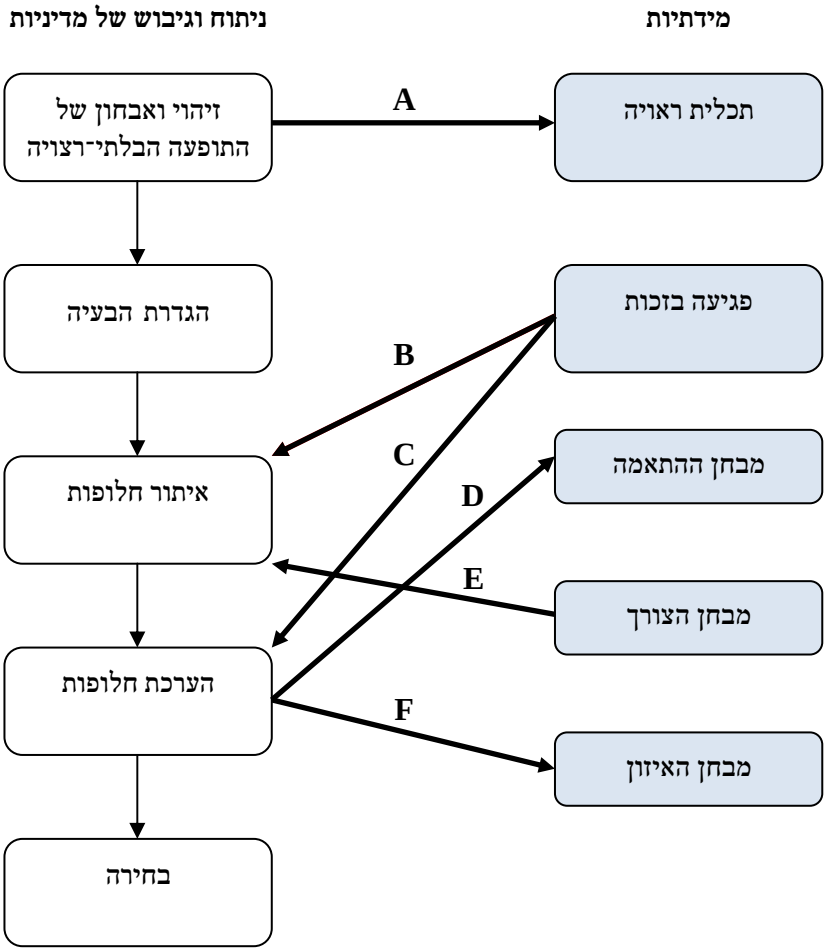
58 בג״ץ 4769/95 **מנחם נ׳ שר התחבורה**, פ״ד נז(1) 235, פס׳ 14 לפסק־דינה של השופטת ביניש (2002).

על זכויות מוגנות״ נכלל במסגרת ניתוח מדיניות הנעשה כראוי, אזי שלושת מבחני המידתיות מקבלים מענה במהלכו, כמיטב שיפוטם של קובעי המדיניות. הטלת חובה על קובעי המדיניות לכלול קריטריון זה (B) (בדומה לחובה לשקול שיקולים של ״השפעה על הסביבה״ בהליכי תכנון מרחבי) עשויה להקטין במידה משמעותית את הסיכוי לפגיעה בזכות כתוצאה מאי־תשומת־לב. כמו־כן, לנוכח חיובן של רשויות המדינה לכבד זכויות מוגנות, החובה לכלול קריטריון זה מגדילה את הסיכוי למתן משקל ראוי לזכות בתהליך ניתוח המדיניות (C). מעבר לכך, ניתוח מדיניות ראוי מחייב, כאמור, לבחון את האפקטיביות היחסית של החלופות השונות, ובכך הוא נותן מענה למבחן ההתאמה. הכללת קריטריון של השפעה על זכויות בנסיבות אלה מובילה ליישום של מבחן האיזון במובנו הצר בשלב האחרון של הערכת החלופות. מבחן הצורך מהווה חיזוק נורמטיבי העולה בקנה אחד עם הדרישה הקיימת במסגרת ניתוח מדיניות מקצועי לשקול כמה חלופות שונות מהותית, וכן לבחון את האפשרות למזער את הפגיעה בזכויות על־ידי הכנסת שינויים מתאימים בחלופות הנשקלות (E).

הבנה טובה יותר של תהליך ניתוח מדיניות ראוי נושאת עימה, כאמור, השלכות מעשיות גם להליך הביקורת השיפוטית. מכיוון שניתוח מדיניות מקצועי נדרש להיות מושתת על ביסוס עובדתי של התופעה הבלתי־רצויה, ראוי שתשתית זו תוצג לפני בית־המשפט במסגרת הדיון בתכלית המדיניות (A). כך גם ביחס למבחן ההתאמה. אין די באמירה כללית על האפקטיביות הצפויה של המדיניות הנבחרת, שכן הערכת אפקטיביות מהווה מרכיב מרכזי בתהליך הערכת חלופות, ולכן מענה ראוי למבחן ההתאמה צריך להישען על תשתית מפורטת זו (D). הוא הדין גם בהקשר של מבחן הצורך, שבו הרשות אמורה להציג לפני בית־המשפט את החלופות שבחנה וכיצד העריכה אותן. ובאשר למבחן האיזון במובנו הצר, כאן בית־המשפט יכול להישען שוב על התשתית שתציג הרשות באשר לתכלית הקונקרטית (התרומה הצפויה לצמצום התופעה הבלתי־רצויה), מחד גיסא, ועל הערכת השפעתה של המדיניות על זכויות על־פי אמידתה של הרשות, אל מול אומדנו של בית־המשפט, מאידך גיסא.

המודל שקוויו הכלליים משורטטים כאן מחייב את הרשות השופטת להתייחס ברצינות לתפקידה הנוסף מעבר להכרעה בסכסוך המובא לפניה, שהוא לספק הנחיה לרשויות המחליטות – הנחיה מהותית בתחומים שבהם יש לבית־המשפט יתרון יחסי והנחיה פרוצדורלית באשר לתרגום יחס הכבוד לזכות למונחי התהליך של קביעת המדיניות, ככל שיש לה מימד של פגיעה בזכות. מן הבחינה הזו נדרשת גישה שונה של כניסה בעובי הקורה בשאלות המשפטיות והערכיות שהן בתחום מומחיותו (היקף הזכויות ואם האמצעי הנבחן פוגע בזכות); בשאלת חשיבותם היחסית של היבטי זכויות והיבטי תכליות; וכן בשאלת האופן שבו ההליך של קביעת מדיניות מתנהל. המודל המוצע יאפשר לבית־המשפט למלא כהלכה את תפקידו כמי שמפעיל ביקורת על הרשות, ולא כמי שמפעיל שיקול־דעת משלו. נוסף על כך, וזה העיקר, הוא מעביר לרשויות מסרים ותמריצים שיש בהם כדי לקדם הליך קביעת מדיניות ראוי, שבו מוענקת תשומת־לב דרושה להגנה על זכויות האדם ולחובה לצמצם את הפגיעה בהן ככל האפשר.

שרטוט 1 : יחסי־הגומלין בין מרכיביו של ניתוח מדיניות מקצועי לבין מבחני המידתיות



ההמלצות לעיל, הנובעות מהניתוח האינטגרטיבי של מבחני המידתיות והמתודה של ניתוח מדיניות, נשענות על גופי ידע אלה כפי שהם מקובלים כיום, ובמובן זה אנו נוקטים כאן גישה שמרנית. יודגש כי במילה ״שמרנית״ כאן אין הכוונה לתיוגים המשמשים לסיווג גישות משפטיות. גישה זו שמרנית במובן זה שהיא אינה מציעה לעשות יותר מהקיים, וכל החידוש בה הוא באינטגרציה של דרישות מקצועיות קיימות ביחס לניתוח מדיניות (שאינן משפטיות במקורן ובאופיין) עם דרישות בסיסיות הקיימות ברוב הדמוקרטיות החוקתיות, ובמיוחד חובתן של רשויות המדינה לכבד את הזכויות המנויות בחוקה. מעבר לכך, בהקשר של הביקורת השיפוטית, גישתנו עולה בקנה אחד עם עמדות ותיקות יחסית, המדגישות קריטריונים פרוצדורליים בהליך בחינתן של החלטות של הרשות המבצעת. לגישה כזו יש יתרונות במובן של זיהוי צעדי שיפור בהגנה על זכויות הניתנים לביצוע באופן מיידי וללא עריכת שינויים

במבחני המידתיות או בדרך יישומם, מחד גיסא, וללא צורך בשינויים במתודות המקצועיות המקובלות לניתוח מדיניות, מאידך גיסא. עם זאת, ראוי לדון גם בחסרונותיה של גישה שמרנית זו ובמגבלותיה, על־מנת לאפשר לקוראים להעריך אם בחירתנו זו משכנעת.

מגבלה מרכזית אחת נובעת ממה שניתן לכנות ״ייחוד התכלית״ (התופעה הבלתי־רצויה), המאפיין ניתוח מדיניות. כאמור, קובעי מדיניות מונְחים על־ידי השאלה אם האמצעי שנבחר יש בו כדי לצמצם באופן משמעותי את התופעה הבלתי־רצויה. הפגיעה בזכות, מבחינת מקבלי ההחלטות, היא על־פי־רוב תוצאת־לוואי בלתי־רצויה – קריטריון שלאורו יש לבחון את החלופות. יש מקום לשאול אם הדרישה מרשויות המדינה לכבד את זכויות האדם והאזרח, המופיעה בחוקותיהן של מדינות דמוקרטיות[59] וכן אצלנו בחוקי־היסוד, מתיישבת עם גישה שלפיה זכויות אינן תכלית בפני עצמה, אלא קריטריון.[60] ניתן לכאורה לאמץ גישה ההופכת את הזכות לתכלית **נוספת**, במקביל לכל תכלית מדיניות ספציפית. במילים אחרות, פתרון אפשרי הוא להתייחס לתכלית הכללית של כל דבר חקיקה (ובמקרה של אקט מנהלי – לתכלית הכללית של החקיקה המסמיכה), שמכוחה הוא מוחזק כעולה בקנה אחד עם עקרונות־היסוד של השיטה.[61] תפיסה זו אכן התעצמה בעקבות המהפכה החוקתית, שהעלתה את קרנם של עקרונות־היסוד ״יהודית ודמוקרטית״.[62]

אין הכוונה לתוספת מלאכותית של תכלית ההגנה על זכויות האדם בכל המקרים – הרבים מאוד – שבהם למדיניות אין השפעה על זכויות האדם, אלא לאותם מקרים שבהם יש למדיניות השפעה כזו. הטעמים התומכים בכך הם שניים: העמדה החוקתית המפורשת, שלפיה זו חובתן של רשויות המדינה; העובדה שלפי חוקי־היסוד הכלל הוא שאין פוגעים בזכויות־יסוד, והפגיעה בהן היא בבחינת חריג המחייב הצדקה מיוחדת. הטעם השני עניינו ביצירת איזון לנחיתות שעלולה להיות לזכויות מול אינטרסים ציבוריים בהליכי קבלת החלטות.

נחיתות על־שום מה? על־שום שקיימת נטייה לראות את הזכות כעניינו של פרט או של יחיד המתחרה באינטרס של הכלל, ולכן ממילא יקבל האינטרס הציבורי, מכוח עליונותו המספרית, עדיפות על הזכות. כאשר הזכות שבה מדובר היא זכותו של ״אחר״ (לא מישהו ״מאיתנו״, לא ״משלנו״), משקלה, מבחינה מעשית, יורד פלאים. התכלית נתפסת לרוב כעניין מכריע ועליון על המחירים שיש לשלם למען השגתה או קידומה. בתפיסה המודרנית התכלית אינה מכשירה אומנם את כל האמצעים, אולם יש בכוחה להכשיר אמצעים לא־מעטים. לכן מה שמסווג כתכלית נושא עימו משקל משמעותי מאוד. לא תמיד קל למקבלי החלטות לגבש לעצמם מושג ברור ומלא על המשמעויות וההשלכות של פגיעה בזכות, מה־גם שבעוד האינטרס הציבורי מיוצג בדיונים המתקיימים בנוגע למדיניות על־ידי מי שמופקדים עליו, אין בדיונים האלה גורם המופקד על הזכויות (היועץ המשפטי, בראייה נכונה של תפקידו, הוא מי שאמון על איזון נכון, אך אין לו זיקה מיוחדת לזכות דווקא).

---

59 ראו, למשל, U.S. CONST. amend. I-X; CONST. preamble (Fr.); Article 1 GG (Gr.); S. AFR. CONST. ch. 5 (1996).

60 ס׳ 2–9 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס׳ 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

61 בג״ץ 953/87 **פורז נ׳ ראש עירית תל־אביב־יפו**, פ״ד מב(2) 309, 329–330 (1988).

62 בג״ץ 5016/96 **חורב נ׳ שר התחבורה**, פ״ד נא(4) 1, 36 (1997).

לעומת זאת, המתודה המקובלת לניתוח מדיניות אינה מציבה הגנה על זכויות כתכלית נוספת בכל מקרה של פגיעה בזכות, ולכן גישה כזו מחייבת שינוי החורג מן המקובל בניתוח מדיניות, וקשה להעריך מראש אם וכיצד הוא יתקבל. זאת ועוד, אפשר שההסדר המוצע במאמר זה, שלפיו הגנה על זכויות תהווה קריטריון שחובה לשקול בניתוח מדיניות (ולא תכלית מקבילה) יענה על הדרוש. כאמור, על־פי־רוב התכלית היא קידום הרווחה הכללית (במובנה הרחב), ובנסיבות אלה הגנה על זכויות כקריטריון־חובה מציעה הסדר ראוי. מעבר לכך, במקרים שבהם תכלית המדיניות היא אכן קידום זכויות, אין מניעה מלהגדיר זאת כך. הדבר נכון הן במקרים שבהם מדובר בפגיעה בזכות שלילית, כגון איסור הפליה, והן במקרים שבהם מדובר בפגיעה בזכות חיובית, כגון הזכות לחינוך או מיצוי זכויות.[63] במקרים כאלה הפגיעה בזכות תהווה את התופעה הבלתי־רצויה, והמדיניות כולה תכוון לצמצום התופעה הבלתי־רצויה הזו. נראה כי גישה זהירה מצדיקה לבחון תחילה אם השינויים המוצעים בניתוח המדיניות המקובל יניבו תוצאה רצויה, ורק אם יתברר שאין הדבר כך, יהיה מוצדק לערוך שינוי רדיקלי יותר.[64]

לסיכום, עבודה זו מצביעה על הפוטנציאל הגלום באינטגרציה של מבחני המידתיות המשפטית ושל ניתוח מדיניות רצוי, כדרך להסקת המלצות מעשיות להשבחת יישומו של עקרון המידתיות לשם הגנה על זכויות בתהליך עיצוב המדיניות. ראשית, הכללת קריטריון של ״השפעה על זכויות מוגנות״ כקריטריון־חובה במסגרת ניתוח מדיניות מגבירה במידה משמעותית את הסיכוי ששלושת מבחני המידתיות יקבלו מענה בתהליך. שנית, הדרישה המקצועית במסגרת ניתוח המדיניות לשקול כמה חלופות שונות מהותית עולה בקנה אחד עם הדרישה הנורמטיבית של מבחן הצורך, ושילובן מאפשר למזער את הפגיעה בזכויות על־ידי השוואת החלופות ו/או הכנסת שינויים מתאימים בחלופה הנבחרת. שלישית, מכיוון שניתוח מדיניות מקצועי חייב להיות מושתת על ביסוס עובדתי של התופעה הבלתי־רצויה, ראוי שתשתית זו תוצג לפני בית־המשפט במסגרת הדיון בתכלית המדיניות ובשלושת מבחני המידתיות, כאמור לעיל. אימוץ המלצות אלה עשוי לסייע לבית־המשפט לזהות דרכים להפעלת ביקורת על הרשות, מחד גיסא, תוך שמירת מרחב שיקול־הדעת שלה, מאידך גיסא. הסדרים אלה יוצרים מערכת תמריצים לקובעי המדיניות לעריכת ניתוח מדיניות ראוי תוך הגנה על זכויות האדם.

---

63 Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, *in* FOUR ESSAYS ON LIBERTY 118 (1969); David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986).

64 ביקורת מקבילה, מן הצד האחר, עשויה לטעון כי הצעתנו אינה שמרנית דיה, וכי היא קוראת להרחבת המעורבות השיפוטית בהחלטותיהן של הרשויות האחרות, ומהווה צעד ״אקטיביסטי״. על טענה זו ניסינו להשיב בפתח הדברים.