

## מידתיות וניתוח מדיניות: דיון אינטגרטיבי והשלכותיו

מרדכי קרמניצר ורענן סוליציאנו-קינן\*

### מבוא

מאמר זה מציג לראשונה את הקשר שבין מידתיות משפטית ובין ניתוח מדיניות. הטענה היא כי יש לפרוץ את ההפרדה הנוהגת כיום בין התחומים, ולנטוש את התפיסה לפיה המידתיות היא הכלי הבלעדי של בית המשפט וניתוח המדיניות הוא עניין לקובעי המדיניות. 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 שמפעיל בית המשפט לבחינת מדיניות יכללו התייחסות גם לתהליך גיבושה.

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 וקובעי המדיניות, במטרה לעצב את שלבי ניתוח המדיניות ואת מבחני הביקורת השיפוטית בצורה שהולמת את המאפיינים הייחודיים של שתי זירות הפעולה. ולבסוף, 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.

### מידתיות

דוקטרינת המידתיות החוקתית נולדה בגרמניה שלאחר מלחמת העולם השנייה והפכה בעשורים האחרונים לעמוד התווך של התורה החוקתית בשיטות משפט רבות.<sup>1</sup> המידתיות היא המגבלה המרכזית על האפשרות לפגוע בזכות יסוד או להגבילה באמצעות נורמה תת-חוקתית, ובאופן חוקתי.<sup>2</sup> כך, היא משמשת מסגרת אנליטית ואחידה להכרעות חוקתיות בשאלות מוסריות, פוליטיות או חברתיות שנויות במחלוקת.<sup>3</sup>

המידתיות החלה את דרכה במשפט הישראלי כדוקטרינה במשפט המינהלי, ובהמשך 'יובאה' למשפט החוקתי.<sup>4</sup> העיגון הפורמלי למעמדה החוקתי של הדוקטרינה הוא הביטוי "במידה שאינה

\* מחקר זה בוצע במסגרת פרויקט המחקר "מידתיות במדיניות ציבורית" שהתקיים במכון הישראלי לדמוקרטיה, ונתמך על ידי European Research Council, Grant No. 324182.

<sup>1</sup> אהרן ברק *מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 31, 229-231 (2010).

<sup>2</sup> שם, בעמ' 29-28.

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

<sup>4</sup> קרמניצר; המזרחי פס' 93 של ברק

עולה על הנדרש", שבפסקת ההגבלה.<sup>5</sup> הדרישה העקרונית והעמומה פותחה לכדי שלושה מבחני משנה, שהפכו אותה לכלי ישים וקונקרטי עבור בית המשפט: הראשון, מבחן הקשר הרציונלי (מבחן ההתאמה), לפיו חייב להתקיים קשר בין התכלית הראויה של ההסדר לבין האמצעי שנבחר להגשמתה; השני הוא מבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה' (מבחן הצורך), לפיו האמצעי הננקט צריך להיות כזה שביכולתו לקדם את התכלית תוך פגיעה מעטה ככול האפשר בזכות. לכן, אם קיים אמצעי חילופי שעשוי לקדם את התכלית באותה מידה או במידה דומה ופגיעתו בזכות קטנה יותר, יש להעדיף אותו; והשלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר, לפיו צריך להתקיים יחס ראוי בין התועלת השולית שמשגיג האמצעי בקידום התכלית ובין הפגיעה השולית בזכות, שכרוכה ביישומו.

לפני שמגיעים למבחני המידתיות, נדרשת תחילה בחינה של התכלית. בחינה זו נועדה להבטיח שהתכלית הינה ראויה, ולשמש עוגן לבחינת המידתיות, שכן כל מבחני המידתיות מתייחסים לתכלית שהאמצעי נועד לקדם. ניתן לראות בתכלית חלק מבחינה מורחבת של המידתיות. נכון יותר כנראה לראות בה דרישה עצמאית, שחשיבותה רבה, שעמידה בה היא תנאי מוקדם לבחינת המידתיות.

יש הטוענים כי מבחני המשנה הם בעלי ערך גם בהבניית שיקול הדעת של מקבלי ההחלטות ובחיוזוק תרבות ההצדקה בקרבם.<sup>6</sup> הרעיון של תרבות ההצדקה הוא שפעילות 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 יידע להצדיק בדיעבד כל החלטה, גם אם אינה 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 טיב הליך קבלת ההחלטות, ואגב כך לספק הנחייה ישימה וברורה יותר לקובעי המדיניות.

### מידתיות וניתוח מדיניות

מידתיות, בשונה מעקרונות משפטיים אחרים, אינה ממוקדת בפונקציה הפרשנית, אלא בהערכה האם מדיניות ציבורית כלשהי ניתנת להצדקה על בסיס תכליות ציבוריות ראויות לדמוקרטיה ליברלית.<sup>7</sup> מאפיין מרכזי זה של מידתיות נובע מהתפישה שביסוד עקרון המידתיות, לפיה פגיעה בזכויות הינה מותרת רק בהינתן הצדקה משכנעת לכך. מבחני המידתיות מבקשים לזהות ולאפיין הצדקה זו מחד, ולאתר כשלים אפשריים בהסקת מסקנות ביחס להצדקה זו, המובילות לפגיעה

<sup>5</sup> ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.  
<sup>6</sup> MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE (2013) 268-269, 229; **משפט וממשל** יט 229, 268-269 (2018) (להלן: כהן); גילה שטופלר "עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית" **משפט וממשל** יט 187 (2018).  
<sup>7</sup> Mattias Kumm, 'The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review', *Law & Ethics of Human Rights*, 4.2 (2010), 141-75.

בזכות. כשלים אלה עשויים לנבוע מהליך ניתוח מדיניות פגום או לא יסודי דיו.<sup>8</sup> הם עשויים להתייחס לתכלית עצמה – הגדרתה המדויקת ואיפיונה באופן מבוסס אמפירית – וכן, לבחינה ההשוואתית של חלופות, ולטיבן של הערכות אפקטיביות של חלופות אלה. מידתיות, אם כן, כוללת מאפיינים מבניים של הערכת מדיניות.<sup>9</sup>

### ניתוח מדיניות

ניתוח קביעת מדיניות הוא תהליך מורכב הכולל מספר שלבים, שתאורו המלא חורג מגבולות מאמר זה. בחלק זה תוצג סקירה תמציתית בלבד של ניתוח מדיניות ראוי, המאפשרת לפתח את הדיון להלן בדבר הקשרים שבין ניתוח מדיניות ומאפייני דוקטרינת המידתיות, הן בשלב קביעת המדיניות והן במסגרת הביקורת השיפוטית.

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 וקידום הרווחה, כגון אי-ניצול אנרגית השמש להפקת אנרגיה, בנסיבות בהן קרינת השמש והטכנולוגיה לכך מאפשרות זאת. ביסוס קיומה של התופעה הבלתי-רצויה כוללת לימוד יסודי של היבטיה הכמותיים והאיכותיים, ושל רבדיה השונים.<sup>10</sup>

דוגמא לתופעה בלתי-רצויה היא עומס התנועה בכבישים, המתבטא בין השאר בפקקי תנועה ממושכים. צעד ראשון בדרך ההתמודדות עם תופעה כזו הוא בחינת מאפייניה – הישירים והעקיפים. למשל, מעבר לעיכובים בתנועה, תופעה זו כרוכה בפגיעה בתוצר הכלכלי עקב אובדן שעות עבודה, והשפעות מזיקות אחרות על המשתמשים בדרך, כגון חשיפה מוגברת לזיהום אוויר, הגברת דחק (סטרים), על ההשלכות הבריאותיות והכלכליות של אלה. ביסוס עובדתי זה מאפשר להעריך, ראשית, שאכן קיימת תופעה בלתי-רצויה, שמדובר בהר ולא בצילו, שאכן כצעקתה. תפישה רווחת, אך שגויה, אודות תופעה בלתי רצויה עלולה לעתים לנבוע מפאניקה מוסרית<sup>11</sup>, העשויה להיות מוזנת מפרסום תקשורתי בלתי-פרופרציונאלי של אירועים דרמטיים ופוגעניים במיוחד. אירועים אלה מושכים תשומת לב רבה, תוך הסחת תשומת לב מסוגיית שכיחותם והסתברות הישנותם, כמו גם חומרם היחסית בהשוואה לתופעות אחרות. לדוגמא, העיסוק הרב בתקשורת בנושא של תאונות דרכים גרם לתפישה ציבורית מופרזת של חומרת המצב בישראל, כ"מכת מדינה", בעוד שעל פי מדדים השוואתיים הסיכון למוות מתאונת דרכים בישראל הוא

<sup>8</sup> Kumm, p. 143.

<sup>9</sup> Kumm, p. 150 על ההבדלים בין מידתיות וניתוח מדיניות - ראה XXX.

<sup>10</sup> Eugene Bardach and Eric M. Patashnik, *A Practical Guide for Policy Analysis: The Eightfold Path to More Effective Problem Solving* (Sage, 2015); David L. Weimer and Aidan R. Vining, *Policy Analysis: Concepts and Practice*, 5 edition (Boston: Routledge, 2010).

<sup>11</sup> Stanley Cohen, *Folk Devils and Moral Panics* (Routledge, 2011); Erich Goode and Nachman Ben-Yehuda, *Moral Panics: The Social Construction of Deviance* (John Wiley & Sons, 2010).

מהנמוכים בעולם, אף בהשוואה למדינות מפותחות.<sup>12</sup> על כן ניתוח מדיניות ראוי מחייב תשתית עובדתית בדבר קיומה והיקפה של התופעה הבלתי-רצויה.<sup>13</sup> בשלב מקדמי זה, טרם התנעת הליך קביעת המדיניות, מתבקש גם בירור מקדמי שמא התופעה ניתנת להתמודדות ללא מעורבות ממשלתית, בין אם משיקולי מעורבות יתר של המדינה בחברה, השפעות חיזוניות לא רצויות (externalities),<sup>14</sup> ולרבות פגיעה בזכויות. כפי שנראה להלן, ביסוס קיומה והיקפה של התופעה הבלתי רצויה משרת גם את מבחן התכלית הראויה, קרי, האם היא אכן משקפת צורך חברתי, ואין מדובר במהלך פופוליסטי ריק, בצעד שמתיימר להיות מעשי אך הוא הצהרתי גרידא, להשגת יתרון אישי או פרטיקולרי שאינו עולה בקנה אחד עם טובת הכלל.

לאחר ביסוס קיומה ושיעורה של התופעה הבלתי רצויה נדרשים קובעי המדיניות להגדיר את **בעיית המדיניות**, אשר מענה לה יביא לצמצום משמעותי בתופעה הבלתי-רצויה.<sup>15</sup> לדוגמא, 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 העדר שימוש בתחבורה ציבורית יובילו לתכניות מדיניות אחרות. ביסוס קשר סיבתי (גם אם לא וודאי) בין הבעיה ובין צמצום התופעה הבלתי רצויה מהווה תנאי חשוב בבחירת הגדרת הבעיה, וגם עשוי לסייע בהימנעות ממדיניות שתכליתה אחרת מהמוצאה.

לאחר הגדרת הבעיה, אשר מענה לה צפוי להביא באופן יעיל לצמצום התופעה הבלתי-רצויה, מגיע השלב **לגיבוש חלופות מדיניות**. חלופה היא דרך פעולה שמטרתה צמצום התופעה הבלתי רצויה, בהלימה עם הגדרת הבעיה. לדוגמא, חלופה של הרחבת כבישים עשויה לצמצם את התופעה הבלתי-רצויה בהלימה עם הגדרת בעיה של מחסור בתשתיות; ואילו חלופה של החלת זמני תחילת/סיום עבודה שונים בסקטורים שונים או על בסיס אזורים גאוגרפיים, כדי לצמצם את עומסי השיא בכבישים היא בהלימה עם הגדרת בעיה של ריכוזיות הביקוש לשימוש בכבישים. חלופות ניתנות לסיווג על פי משפחות-חלופות: כאלה שפועלות באמצעות **שינוי מודעות וחינוך**; **תמריצים**; הכוונת התנהגות על ידי **רגולציה**; **אכיפה**; יצירה או פיתוח **תשתיות**, וכו'.

ניתוח מדיניות ראוי מחייב מאמץ מודע לאיתור מספר חלופות. איתור חלופות נשען על חשיבה עצמית וקבוצתית, למידה מנסיון עבר בארץ ומן העולם, ותהליכי היוועצות שונים. היבט חשוב נוסף הוא להפריד בין שלב פיתוח החלופות לבין שלב הערכת החלופות. 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 או לא – הנלווית לתהליכי קביעת מדיניות. על מנת למזער את נזקה של הדחיפות על טיב המדיניות, רצוי לעתים לפתח חלופות שתכליתן "קניית זמן" ו/או איסוף מידע,

<sup>12</sup> World Health Organization, *Global Status Report on Road Safety 2015* (World Health Organization, 2015), p. 266; 'Transport - Road Accidents - OECD Data', *OECD* <<http://data.oecd.org/transport/road-accidents.htm>> [accessed 2 April 2018].

<sup>13</sup> יודגש כי ביסוס קיומה והיקפה של התופעה הבלתי-רצויה מערב שיפוט ערכי, המשתקף בערכים לאורם נמדדת הרווחה הציבורית והפגיעה בה (כגון, ערך חיי אדם, תועלת כלכלית או ערכים מופשטים יותר, כגון שיויון וכו'). לכן ערכים אלה צריכים להיות מוצהרים במפורש.

<sup>14</sup> Weimer and Vining.

<sup>15</sup> David Dery, *Problem Definition in Policy Analysis* (Kansas: University of Kansas Press, 1984); Bardach and Patashnik.

על מנת לאפשר מענה מהיר וזמני מחד, ומאידך ליצור תנאים לגיבוש מדיניות מיטבית לטווח הארוך.<sup>16</sup>

השלב הבא בניתוח המדיניות כולל הערכה השוואתית של החלופות ובחירה. הערכת החלופות מבוססת על הרכב קריטריונים, או שיקולים, לאורם נבחנת כל חלופה. הקריטריון המרכזי הוא אפקטיביות, כלומר – המידה בה צפויה החלופה לתרום לצמצום התופעה הבלתי רצויה. מעבר לקריטריון זה רצוי לכלול קריטריונים נוספים, המיועדים לשקף מימדים והשלכות שונות של החלופות, כגון, עלות, ישימות טכנולוגית, השפעות חיצוניות, וכן השלכות על ערכים שונים בהם זכויות. לאחר גיבוש הרכב הקריטריונים, יש לקבוע להם משקלות, שכן אין סיבה לצפות שמשקלם של הקריטריונים השונים יהיה שווה בהכרעה בין החלופות. הערכת החלופות 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, בתהליך בהיר, מנומק ומפורש ככל האפשר, תוך צמצום חלקן של הערכות סובייקטיביות ככל הניתן. בסיום הערכת החלופות מושווים הציונים המשוקללים על פני כל הקריטריונים של כל החלופות, והחלופה בעלת ההערכה הכוללת הטובה ביותר נבחרת.

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

### **אינטגרציה בין מידתיות משפטית וניתוח מדיניות**

בחלק זה נבקש לדון ביחסי הגומלין הפוטנציאליים בין ניתוח מדיניות ובין מבחני המידתיות הנהוגים על ידי הפסיקה, תוך התייחסות למאפיינים השונים של שתי הפונקציות – שפיטה מחד וקביעת מדיניות מאידך – במטרה לזהות את האופנים בהם ניתן לשלב את מבחני המידתיות בהליכי ניתוח וקביעת מדיניות, וכן להצביע על הצפיות 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 בהם דיון משולב זה מאפשר להצביע על האופן בו ניתן להגביר את ההגנה על זכויות במסגרת ניתוח מדיניות, ולהציע כיצד הבנה טובה של ניתוח מדיניות ראוי, יכולה לשכלל את הדרך בה מפעילים בתי המשפט ביקורת שיפוטית במסגרת מבחני המידתיות על מדיניות.

---

John S. Hammond, Ralph L. Keeney, and Howard Raiffa, *Smart Choices: A Practical Guide to Making Better Decisions* (Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 2015).<sup>16</sup>

### ההבדלים בין ביקורת שיפוטית לבין ניתוח וקביעת מדיניות

יש הסוברים שקביעת מדיניות העומדת בדרישות המשפט צריכה לדמות לאופן בו מפעילים בתי המשפט ביקורת שיפוטית על מדיניות. מבחינה מעשית, נעזרים קובעי מדיניות בייעוץ משפטי, שמטבע הדברים עשוי להזדקק למה שמוכר לו, כלומר לאופן בו נוהגת הפסיקה כשהיא מפעילה ביקורת שיפוטית, ובמיוחד כך, בהעדר שיטה אחרת ליישום המידתיות בתהליך המדיניות. לכאורה יש בכך היגיון מסוים, שכן האמצעי הנבחר יצטרך לעמוד במבחנים הנקוטים בידי הפסיקה. לכן, מהלך של קביעת מדיניות, שכרוכה בה פגיעה בזכות חוקתית, צריך גם לוודא שהמדיניות עומדת בפרמטרים של ביקורת שיפוטית. ואולם וידוא כזה אין פירושו בהכרח שקובעי המדיניות צריכים לנהוג באותו אופן בו נוהגים מי שמפעילים ביקורת שיפוטית. הבדלים עשויים להתבטא בסדר הדברים, באופן היישום של מבחנים, ובמידת חשיבותם ומרכזיותם. מטרת רשימה זו איננה לשרטט עבור קובעי המדיניות מהלך שיבטיח עמידה בהצלחה בביקורת השיפוטית (זה היה מצריך רשימה מאד שונה), אלא מהו הליך קבלת ההחלטות הנכון והמתאים ביותר, כדי שתתקבל מדיניות ראויה. כמו כן, אין אנו עוסקים בשאלת ההצדקה של מדיניות אחרי שנקבעה אלא בשאלת הליך 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 הגיון בהיקש האוטומטי מהביקורת השיפוטית לקביעת מדיניות נוכח ההבדלים ביניהם, אלא שבמקרים מסוימים עלולה גישה כזו להביא לידי תוצאות בעייתיות ולא רצויות. תחילה נצביע על ההבדלים בין תהליך קביעת מדיניות רצוי לבין ביקורת שיפוטית, ונראה מדוע הם מצדיקים יישום שונה של שיקולי המידתיות, ובהמשך נשרטט קווים מנחים להליך קבלת ההחלטות שנראה מתאים ביותר לקביעת מדיניות ראויה, תוך הבהרת תפקידם הייחודי של שיקולי המדיניות בהליך זה, הנבדל כאמור מתפקידם בביקורת השיפוטית. במקביל, נעמוד על ההשלכות של הניתוח הזה על הביקורת השיפוטית ועל מה שנדרש כדי לטייב אותה וכדי להגביר את השפעתה על הליכי קביעת המדיניות באופן שיטייב הליכים אלה.

ראשית, ההליכים נבדלים זה מזה במטרתם. מדיניות מכוונת למציאת מענה לבעיה ציבורית ואילו ביקורת שיפוטית מטרתה הגנה על זכויות וערכים מוגנים. לפיכך, בעוד שהפגיעה בזכות היא תנאי ראשון והכרחי לבחינת מידתיות במסגרת ההליך השיפוטי, מדיניות מתגבשת הן בהקשרים בהם אין כלל פגיעה בזכות, והן בנסיבות בהן המדיניות מערבת פגיעה בזכויות. הפגיעה בזכות איננה 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 לבית המשפט, ואילו הליכי קביעת מדיניות מעוררים את שאלת המידתיות גם במקרים בהם נפגעה זכות אך לא הוגשה עתירה בעניין, וכן במקרים בהם עדיין לא נפגעה זכות כלל. ברור שגם בהינתן גישה מרחיבה לזכות עמידה בפני בית המשפט, רק חלק מן המקרים בהם נפגעה זכות מגיעים לביקורת שיפוטית.<sup>17</sup> מנגד, הביקורת השיפוטית מתמקדת במקרה שמובא בפניה, ומכריעה בו לגופו. הפסיקה והספרות מדגישות את האופי האד-הוקי של הכרעות בדבר מידתיות, מעבר

<sup>17</sup> William L.F. Felstiner, Richard L. Abel, and Austin Sarat, 'The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . .', *Law & Society Review*, 15.3/4 (1980), 631–54.

לשיטה הכללית של המבחנים השונים וסדר עריכתם. לעומת זאת, קובעי המדיניות נדרשים לסוגיות שכלל לא יגיעו לבית המשפט, ובכול המקרים בהם יש אמצעי הפוגע בזכות חייבים קובעי המדיניות 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, לאור ההבדל במטרות, ההליכים נבדלים זה מזה גם בקריטריון המנחה את הבחינה בכל אחד מהם. אמת המידה הדומיננטית בביקורת השיפוטית היא צדקת הפגיעה, ואילו בקביעת המדיניות אלו האפקטיביות והיעילות של המדיניות בהשגת מטרותיה.<sup>18</sup> מבחינתם של מקבלי ההחלטות, האפקטיביות היא ראשית התהליך ותכליתו; הם מונחים על-ידי השאלה האם האמצעי שנבחר יש בו כדי לצמצם באופן משמעותי את התופעה הבלתי רצויה. הפגיעה בזכות, מבחינת מקבלי ההחלטות, היא על פי רוב תוצאת לוואי, ובמקום בו יש מחויבות לזכויות – תוצאת לוואי בלתי רצויה (עוד על כך, ראה להלן בפרק הדיון). לעומת זאת, בבחינה השיפוטית נמצאת הפגיעה בזכות וצדקתה במוקד, והיא העומדת לבחינה. כאמור, וכפי שנראה גם בהמשך, מטרותיו של הליך קביעת המדיניות רחבות יותר ומגוונות יותר, גם כאשר מתקיימת פגיעה בזכות. האפיון הנכון והמלא של התופעה השלילית, ובעקבותיו האיתור המדויק והשלם ככל האפשר של מחוללי התופעה ושל הבעיות, הם ראשית חוכמה בקביעת מדיניות, ובעלי חשיבות קריטית, אך הם אינם חלק מבדיקת המידתיות החוקתית. לכל היותר עשויה להתקיים זיקה ביניהם ובין סוגיית הצורך החברתי, ככל שזו נכללת במבחן התכלית הראויה. בהמשך הדברים נציע שינוי של הגישה השיפוטית, כך שאפיון קפדני של התופעה השלילית יהפוך לחלק מהבחינה החוקתית.

שלישית, בחינת המידתיות שעורכים בתי המשפט ותהליך קביעת המדיניות נבדלים זה מזה בתזמון, וכתוצאה מכך גם בהיקף וסוג השיקולים. מקבלי ההחלטות דנים באמצעים ובפגיעתם האפשרית בזכויות מבעוד מועד (Ex-Ante), ואילו בתי המשפט דנים בהם לאחר מעשה (Ex-Post).<sup>19</sup> לפיכך, בית המשפט דן בחוקתיותו של אמצעי מסוים, שקיבל כבר גושפנקא כחוק או כמדיניות, ואינו בוחן את תבונתו או יעילותו של האמצעי<sup>20</sup> 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 וקביעת מדיניות תופסים מקום מרכזי פחות בהליך השיפוטי: שיקולי יעילות ותועלת – שהם לב ליבה של קביעת המדיניות – זוכים לתשומת לב פחותה בביקורת השיפוטית. בית המשפט בוחן שיקולי יעילות ותועלת כדרישה מינימליסטית של התאמה להשגת התכלית, וכן במסגרת הבחינה החוזרת והיסודית יותר שאמורה להתבצע כחלק ממבחן המידתיות במובן הצר. שיקולי נוחות אדמיניסטרטיבית או תפעולית לא ייכללו בבחינה החוקתית אלא במסגרת שקלול העלות של חלופה, הגם שיש להם חשיבות רבה בקביעת מדיניות; שיקולי עקביות במדיניות, יידונו בביקורת השיפוטית בעיקר

<sup>18</sup> Kumm, p. 150.

<sup>19</sup> עם זאת, בית המשפט צריך לבחון את שיקול הדעת של הרשות באמת המידה של תמונת העולם שהייתה לנגד עיניה בעת קביעת המדיניות, ולא בחוכמה (הקטנה) שלאחר מעשה. הגישה השיפוטית אצלנו, הבוחנת את האמצעי בשני השלבים – שלב ההחלטה ושלב הדיון השיפוטי – היא חריגה מבחינה השוואתית.

<sup>20</sup> Kumm, p. 150.

כאשר חוסר העקביות מעלה חשש שהתכלית הנטענת אינה התכלית האמתית<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

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. ביהמ"ש, לעומת זאת, בוחן את המדיניות רק בהתייחס למשימה אחת. דומה הדבר לדרישה לממוצע ציונים מירבי על פני סדרת משימות (פונקציית התועלת של הרשות), לעומת דרישה לציון סף באחת המשימות (דרישת ביהמ"ש). מכאן שיהיה זה מזיק לטיב המדיניות אם מעצביה יאמצו כפשוטה את נקודת ההשקפה השיפוטית, ככול שמדובר בתכלית הראויה, במבחן ההתאמה ובמבחן הצורך, כסטנדרט ממצה לקביעת מדיניות. כך, למשל, במבחן של התאמת האמצעי להשגת המטרה, בית המשפט, כגוף מבקר לאחר מעשה, בודק רק אם האמצעי מסוגל לקדם את המטרה, ולו גם ברמה נמוכה של מימוש ושל הסתברות. לעומת זאת, יש מקום לצפות מן הרשות שתאתר את האמצעי שעשוי לקדם את התכלית באופן ניכר וברמת הסתברות גבוהה. במסגרת מבחן הצורך, בוחן בית המשפט 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, בבחירה של החלופה המיטבית באופן מצרפי, יש לבחון האם היא עומדת גם בדרישות המידתיות. נתייחס לכך בהמשך הדברים.

קביעת מדיניות נבדלת מביקורת שיפוטית גם בהליך. בפני בית המשפט עומד לבחינה אמצעי אחד בלבד, זה שכבר נבחר ואומץ. לעומת זאת, כאשר הרשות בוחנת אמצעי מסוים, הוא רק אחד ממספר אפשרויות שטרם נבחרו. יש הבדל ניכר בין אמצעי שכבר נבחר לבין אמצעי שנמצא בבחינה. על קובעי המדיניות להגיע לאמצעי המתאים ביותר, ותוך הקצאה סבירה של משאבים. לכן, יש ערך מבחינתה לאפשרות לדון בחלופה ולעדכנה בקלות יחסיות, לרבות היכולת לזנוח אותה ולמצוא אחרת במקומה. השיטה המתאימה לניתוח וקביעת מדיניות עשויה לכלול ממדים הנובעים מטיבה הפתוח, שאינם יכולים להיות חלק מביקורת שיפוטית מאוחרת, שנכנסת לתמונה אחרי שההליך הסתיים ונבחרה מדיניות מסוימת ואמצעי ספציפי למימושה.

עוד השלכה הליכית של הבדלי התזמון היא העובדה שמדיניות היא תהליך דינמי שאינו נחתם ומתקבע עם קביעת מדיניות מסוימת. **אדרבא, מדיניות צריכה להיבחן מעת לעת ולאורך זמן כדי לבחון את האפקטיביות שלה, במיוחד נוכח שינויי נסיבות שהזמן מביא עימו.** הביקורת

<sup>21</sup> להרחבה על עמדו זו ראו, Niels Petersen, 'The German Constitutional Court and Legislative Capture', *International Journal of Constitutional Law*, 12.3 (2014), 650–69; Niels Petersen, *Proportionality and the Incommensurability Challenge – Some Lessons from the South African Constitutional Court* (Rochester, NY: Social Science Research Network, 8 March 2013).  
<sup>22</sup> Kumm, p. 150.



השיפוטית, לעומת זאת, מתמקדת במדיניות הנתונה וה"קפואה" המובאת בפניה, ואין ביכולתה להתייחס לאופייה המשתנה. יותר מזה, ההגינות כלפי הרשות מחייבת שהביקורת השיפוטית תתייחס למצב הדברים שהיה קיים בעת שנקבעה המדיניות ולא למצב הדברים המאוחר יותר, שעשוי להיות שונה בעת הדיון המשפטי. זאת להוציא מקרים בהם הדינמיות מוגדרת וגלויה, כמו למשל בהסדרי הוראת שעה למיניהם, שזמניותם עומדת לנגד עיניו של בית המשפט עת נבחנת חוקתיותם. ואמנם, בית המשפט נוקט משנה זהירות בבואו להעריך השפעות של מדיניות נתונה על מציאות עתידית, מתוך הכרה באי הוודאות שאופפת את הביקורת השיפוטית בהקשרים כאלו. במקרים מתאימים, בית המשפט אמור לאשר מדיניות, תוך הטלת חובה לעקוב אחרי השפעתה, כאשר ההנחות שביסוד המדיניות הן מאד מסופקות.

הבדל נוסף בין הליך קבלת ההחלטות והליך הביקורת השיפוטית הוא ביכולות, המיומנות, הניסיון והכישורים של העוסקים במלאכה בכל אחד מההליכים. הבדל זה משליך על הבדלים נוספים בבחינת המידתיות ומסביר אותם. ברור שבכול הנוגע לבחינה של התאמת האמצעי ליעדו ולבחינה של חלופות מבחינת האפקטיביות שלהן, יש לרשות המחליטה יתרון בתחום היכולת לערוך בדיקות דרושות ולאסוף מידע רלבנטי (לעתים באמצעות מומחים או צוותי מחקר או אף על ידי ניסוי מבוקר). לא רק שיכולתה רבה יותר אלא שנושאים אלה מצויים בתחום ניסיונה, מיומנותה וכישוריה. לעומת זאת, פרשנות משפטית מצויה במגרש של הרשות השופטת והיא גם מיומנת יותר בשקלול ערכי פורמלי מאשר הרשויות האחרות. "חלוקת העבודה" בין קביעת המדיניות לבין הביקורת השיפוטית עליה, צריכה להתחשב גם בהבדלים האלה שבין הגופים השונים. ככול שיש ציפייה, ויש ציפייה, שבית המשפט יוכל לסמוך ככלל על הרשות לגבי שני המבחנים הראשוניים עקב יכולותיה העדיפות ביחס אליהם, מן הראוי שהרשויות המחליטות ימלאו כהלכה את מה שמצופה מהן ביחס לכך. ניתוח מדיניות ראוי, כפי שנראה להלן, מציע מתודה במסגרתה זוכים, בין היתר, מבחני המידתיות למענה יסודי יותר מזה שיכולים לתת בד"כ בתי המשפט, והיכרות טובה של השופטים עם מתודה זו יכולה לסייע בידם, בבואם לדרוש הסברים מאת קובעי המדיניות. גישה זו מעניקה תוכן מעשי להבחנה הידועה בין התפקיד הביקורת השיפוטית – המוגבלת לבחינת החלטות – לבין תפקיד קביעת המדיניות.

ולבסוף, בית המשפט משתמש במבחני המידתיות כחלק מהצדקה מאוחרת של הכרעתו, ואילו קביעת מדיניות ראויה אמורה לשלב אותם בתהליך גיבוש המדיניות כדי לקבוע מדיניות מראש. כלומר, כאשר אנחנו קוראים פסק דין, איננו קוראים בהכרח את השחזור המדויק של המהלך שבו הגיע בית המשפט למסקנה אליה הגיע. אנו קוראים את ההצדקה או ההנמקה המיטבית בעיני בית המשפט להחלטתו. הצדקה של החלטה היא עניין שונה מאד מהאופן בו היא מתקבלת. הבחנה זו כשלעצמה מצדיקה זהירות באימוץ ישיר של מבחני הפסיקה להליך קבלת ההחלטות, ומזמינה היקש עדין ומודע יותר. ואמנם, זה חלק ממטרתה של רשימה זו – התוויית השיטה בה על הרשות לנקוט על מנת להגיע להחלטה מיטבית תוך דגש על מזעור הפגיעה בזכויות, לצד הגברת ההבנה של בתי המשפט אודות תהליך ניתוח המדיניות, והשלכותיה על הביקורת השיפוטית לעניין מידתיות.

הבדלים יסודיים אלה בין יישום עקרון המידתיות על ידי הפסיקה ויישומו במסגרת תהליך 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 כלל לתת להם מענה. מאידך, בין ההליכים לא מתקיים יחס בינארי, 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 בו תופעל הביקורת השיפוטית בהקשר של מידתיות.

### *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 (בטרמינולוגיה המשפטית) תכליתה של המדיניות. המבחנים השיפוטיים המקובלים מלמדים שעל התכלית להיות תכלית ראויה, ובמקרה של פגיעה בזכויות אדם עליה להיות צידוק מספיק לפגיעה בזכויות אדם.

חולשתו היחסית של בית-המשפט בבואו להעריך את מבחן התכלית היא שבמקרים רבים די בהצהרה של הרשות המבצעת או המחוקקת בדבר תכלית ראויה כלשהי, לעתים ברמת פירוט דלה מאד, כגון: "הגברת הבטחון", "שיפור הבטיחות" או "הגברת היעילות" – כדי לקבוע שהתכלית היא ראויה. עם זאת, כפי שצוין לעיל, הליך מדיניות ראוי נדרש לביסוס קיומה ושיעורה של התכלית (התופעה הבלתי-רצויה) באופן יסודי הרבה יותר. ראוי, אם כן, שבבואם של בתי המשפט לבחון את תכליתה של מדיניות במסגרת מבחני המידתיות, ידרשו קובעי המדיניות לספק נתונים ותשתית עובדתית לקיומה והיקפה של התופעה הבלתי-רצויה, מעבר להצהרות כלליות, שכן תשתית זו מתחייבת מעריכת ניתוח מדיניות ראוי.<sup>23</sup> ללא ביסוס יסודי זה התכלית המוצהרת עשויה לייצג תכלית ראויה, אך בלתי נחוצה – שממילא אינה יכולה להוות בסיס להצדקת פגיעה בזכויות (כמו גם בערכים אחרים, כגון משאבים ציבוריים).<sup>24</sup> מכאן, החיוניות של בחינת הצורך בתכלית, כחלק מבחינת התכלית.

### *הפגיעה בזכות*

הסיכון לפגיעה בזכות מהווה את ההצדקה לביקורת השיפוטית. לכן, המגמה המובהקת של בית המשפט היא להגדיר את הזכויות באופן רחב, כך שכל פגיעה, ולו קלה שבהן תזכה להתייחסות,

<sup>23</sup> מסר דומה עולה גם מן המשפט הישראלי והקנדי. ב- R. v. Oakes, [1986] R.C.S 103, 140 (Can.) קבע בית המשפט העליון הקנדי רף מינימלי למבחן התכלית הראויה, לפיו 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 בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' **כנסת ישראל ואח'**, נט(2) 481, פסי' 33 לפסק דינו של השופט לוי (2005). השופט לוי בחן בקפדנות את התכלית המוצהרת של תכנית ההתנתקות, בהתבסס על התשתית העובדתית שהוגשה לבית-המשפט ועל מקורות נוספים. על סמך בחינה זו הוא קובע כי התכלית אינה ראויה, או למצער כי לא הוכחה במידה מספקת.

<sup>24</sup> ברק מדינה "על פגיעה בזכות חוקתית ועל יתכלית ראויה" **משפט ועסקים** טו 281, 313 (2012).

ולהכריע בעתירות על בסיס צדקתה של הפגיעה – על ידי יישום גמיש של מבחני התכלית הראויה והמידתיות. מגמה זו אמנם מרחיבה את שעריו של בית המשפט, אך נראה כי מחולליה לא הביאו בחשבון את אפשרות השפעתה המזיקה על מקבלי החלטות. אלו האחרונים הורגלו לשוב, עקב גישה זו, על פגיעה בזכויות כעניין שכיח, העשוי להתרחש גם בנסיבות שאינן מעוררות את הרושם שנעשה דבר בעייתי. התנסות כזו עלולה להחליש את הצורך לבחון לעומק את צדקתה של הפגיעה בכל מקרה ומקרה. בנוסף, נראה שבחינה קפדנית בכול מקרה היא דרישה לא מעשית תחת גישה המרחיבה את הזכויות. מבחינת הממד של הפגיעה בזכות, הצורך בבחינה יסודית וקפדנית, בהליך של קביעת המדיניות, עולה ככול שהפגיעה הינה משמעותית יותר וקשה יותר.

יש אפוא צורך הן בקונקרטיזציה מסוימת של המבחנים השיפטיים, כך שידריכו בצורה טובה יותר את מקבלי החלטות, והן בחיזוק מעמדו של שיקול ההגנה על זכויות בתהליך קבלת החלטות. במיוחד נדרשת התאמה של שני שלבים בניתוח המדיניות: (1) באיתור ואפיון החלופות; ו- (2) הערכת החלופות.

#### *הפגיעה בזכות ואיתור חלופות*

בעוד ששיקולי תכלית הם ככלל בתחום השפה השגורה בפייהם של קובעי מדיניות, וביטוייהם השונים מוכרים להם היטב ומובנים על ידם, אין ביטחון דומה באשר לפגיעה בזכות, שהיא לעתים תכופות- פחות שקופה ופחות מובנת. חיוני שבהליכי קביעת המדיניות ייעשה מאמץ להבהיר ולהנהיר את מלוא משמעותה של הפגיעה הרלבנטית בזכות. חשוב לא פחות, בהקשר זה, שקובעי המדיניות יהיו מודעים גם להיבטיה הציבוריים והכלל-חברתיים של הפגיעה בזכות, שרק לעתים נדירות ביותר היא באמת עניינו של אדם יחיד בלבד. כך, למשל, לא ניתן להעריך את חשיבות הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי בלי להבין את חשיבותו וחיוניותו לשיטה הדמוקרטית ואת הסכנה של "אפקט מצנן", הכרוכה בהגבלות המוטלות עליו. מן הסתם, זהו תפקידו של היועץ המשפטי המשותף בהליך של קביעת המדיניות; וכפי שעולה מן האמור כאן ומן האמור בהמשך, חשוב שמעורבותו בהליך תהיה מראשיתו ועד סופו.

על הרשות לבחון אם יש בידה 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 למציאת מספר חלופות להתמודדות עם בעיה. על החלופות להיבדל האחת מרעותה (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 להימנע.

כאמור, תהליך ניתוח מדיניות גמיש הרבה יותר ממבחני המידתיות, ומאפשר לקובעי המדיניות לאתר חלופות נוספות שפגיעתן בזכות פחותה ולערוך שינויים בחלופה מסוימת במטרה למזער את פגיעתה בזכות (narrow tailoring). עוד על כך בחלק העוסק במבחן הצורך. על מנת להקל במעט את המורכבות הרבה שבזיהוי השפעתן של חלופות פוטנציאליות על זכויות, מומלץ

לגבש רשימה של כלי מדיניות פסולים באופן קטגורי, או חשודים ככאלה. ליבתה של הרשימה כוללת נורמות קוגנטיות לפי המשפט הבינלאומי, אמצעים שהם בלתי מקובלים במשפט המשווה, ואמצעים שנפסלו בערכאות שיפוט בינלאומיות העוסקות בזכויות אדם.<sup>25</sup> לכך יש להוסיף כל אמצעי אשר נראה לקובעי המדיניות וליועציהם המשפטיים אכזרי, בלתי-אנושי, משפיל או מקומם. העמדת רשימה כזו לנגד עיניהם של קובעי המדיניות עשויה לאפשר להסיר מן הבחינה המעמיקה אמצעי שהוא בהכרח או קרוב לוודאי פסול, ולקיים בחינה קפדנית ומסויגת במיוחד לגבי אמצעי המוגדר כחשוד להיות פסול. גם אם אין הסכמה מלאה על טיבה של רשימה כזו, יש חשיבות לתת את הדעת מהי הרשימה של אמצעים פסולים **בעיני** הרשות הרלבנטית.

#### *הפגיעה בזכות והערכת חלופות*

הבחינה ההשוואתית בין החלופות מחייבת התייחסות לשאלת הפגיעה בזכות. מחויבות זו נובעת מהחובה המוטלת על רשויות המדינה לכבד את הזכויות המוגנות. משמעותה המעשית הינה לכלול קריטריון של השפעה על זכויות (בין אם פגיעה בהן, הגנה עליהן או קידומן) בתהליך הערכת החלופות. פרקטיקה המחייבת הכללת קריטריון שכזה עשויה להיות יעילה במניעת פגיעה בזכויות בשל חוסר מודעות, שכן על פיה קובעי המדיניות נדרשים לתת את דעתם על השפעת החלופות הנבחנות על זכויות, ולתת לכך ביטוי בניתוח ההשוואתי של החלופות.<sup>26</sup> על מנת למלא אחר דרישה זו, הרשות אמורה לדעת להעריך האם ובאיזו מידה נפגעה זכות. הבעיה היא שמי שאמורה הייתה לספק הנחייה והדרכה בסוגיה היא הרשות השופטת, שכאמור אינה עושה זאת. זו לקונה בשיטתנו, וגם בשיטות אחרות, שמותירה את שאלת הפגיעה בזכות ללא מענה, במרבית ההקשרים.<sup>27</sup> עד שתמלא הרשות השופטת את תפקידה במילוי הלקונה, יהיה זה תפקידם של היועצים המשפטיים להעריך אם מתקיימת פגיעה בזכות, ועליהם לקחת חלק בניתוח מדיניות סדור וראוי כדי למלא תוכן בשלב מתן המשקל לקריטריון ההשפעה על זכויות, ובהערכת החלופות על פי קריטריון זה. בהיעדר קווים מנחים, מקום בו יש ספק בדבר, על היועצים המשפטיים ללכת על הצד הבטוח. במידה שנסקלת האפשרות להפעיל אמצעים זמניים, יש לאמוד את מידת הפגיעה שלהם בזכויות בצורה מהותית, תוך התחשבות בעובדה שאמצעים זמניים הופכים במקרים רבים לאמצעים קבועים, במיוחד כאשר הפסקתם כרוכה בנסיגה אפשרית ברמת הביטחון הציבורי. לכן, במרבית המקרים, אין לראות בזמניותם גורם המקשה את עוקצה של הפגיעה בזכויות.

היבט מרכזי בו נבדלת שקילת הפגיעה בזכות בתהליך ניתוח המדיניות מהאופן בו מבצעת זאת השפיטה הינו שבמסגרת הביקורת השיפוטית נוטה ביהמ"ש להתמקד בתכלית אחת, זו הדומיננטית, ובפגיעה העיקרית בזכות. לעומת זאת בהליך ניתוח 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

<sup>25</sup> להרחבה ר' מרדכי קרמניצר **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה** 64-67 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).

<sup>26</sup> פרקטיקה זו נמצאה אפקטיבית בצמצום הפגיעה בזכויות במסגרת ניסויים בקבלת החלטות (XXX).

<sup>27</sup> בהקשר זה, יתכן שיהיה מועיל לקבוע דרגות שונות של פגיעה (למשל שלוש), כפי שמציע אלקסי (הפניה למקור) **אחפש את ההפניה המדויקת בספריה, ואשלים**.

הנפגעות - כל אחת לפי חשיבותה ומשקלה. בתוך כך יש להשוות בין פגיעות חלופיות בזכויות, ומנגד לעמוד על התרומות החלופיות לצמצום התופעה הבלתי-רצויה. לפיכך, רק אם קובעי המדיניות ויועציהם המשפטיים יעשו מאמץ אקטיבי לאיסוף מידע רלוונטי על השפעת החלופות על זכויות, יהיה לשיקול זה סיכוי להישקל בכובד ראש למול האינטרס הציבורי, אשר אודותיו סביר להניח שיש לרשות מידע זמין יותר בדרך כלל. ראוי שבית המשפט מצידו יעודד עשייה כזו על ידי הרשות באמצעות בחינה מקיפה ומלאה של מה שמונח על כפות המאזניים. שיטת הדומיננטיות מקילה אמנם על בית המשפט, אבל היא אינה הגישה המיטבית לגיבוש מדיניות אופטימלית, ולא להגנה הטובה ביותר לזכויות.

כיצד ייעשה השקלול של הפגיעה בזכות? גם בעניין זה, הרתיעה של הפסיקה מפני קביעת היררכיה של זכויות לפי חשיבותן, ואף מפני קביעה בדבר חשיבות שונה של זכויות או היבטים של זכויות, בהשוואה לזכויות אחרות או היבטים של זכויות - אינה מועילה מבחינת הרשויות המחליטות. אולם דומה כי פטור בלא הנחייה כלל, אינו מניח את הדעת. ראשית, ניתן בכול זאת לחלץ מן הפסיקה עמדה לגבי חשיבותם היחסית של היבטי זכויות שונים. זה חייב להיות תפקידו של היועץ המשפטי השותף להליך קבלת ההחלטות, שצריך להיות מופקד על קביעת המשקל של הזכות הנפגעת בשים לב למה שניתן להפיק מן הפסיקה. שנית, כדי להימנע מתוצאות מעוותות וגם כדי לחסוך בזמן ובמאמצים, ראוי לאתר ולסמן את הקטגוריה של פגיעות קשות בהיבטי הזכויות החשובים ביותר, למשל פגיעה מכוונת בחפים מעוון, שאיננה תוצאת לואי של פעולה חוקית.

המשמעות של פגיעה כזו יכולה להיות אחת משתיים: מחסום מוחלט (ודאי כאשר יש חלופות אחרות שאינן כרוכות בפגיעה כזו) או מחסום גבוה מאד. מחסום גבוה מאד, פירושו- שהיא עשויה לבוא בחשבון רק נוכח קידום ניכר או מאד משמעותי של תכלית שיש לה חשיבות גדולה במיוחד, וכאשר הבסיס העובדתי וההערכתי לכך הוא חזק במיוחד (אלקסי). אם אין מדובר בתכלית כזו, האמצעי הנשקל צריך לרדת מן השולחן.

#### *מבחן ההתאמה (קשר רציונאלי)*

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

כאמור, הערכת החלופות מבוססת על בחינה השוואתית של מספר חלופות מדיניות לאור סדרה של קריטריונים. קריטריון הכרחי ומרכזי הינו אפקטיביות, הנמדדת על ידי מידת הצמצום הצפוי בתופעת הבלתי רצויה, ומידת הוודאות (ההסתברות) לכך. הצמצום הצפוי בתופעה הבלתי רצויה כתוצאה מהפעלת המדיניות מייצג את ההשפעה החיובית הצפויה על "התכלית" – התנאי למבחן ההתאמה. הערכות לגבי מידת האפקטיביות של החלופות השונות צריכות להיות מבוססות על מידע יסודי ככל האפשר, לרבות נסיון העבר בארץ ובעולם, מחקרים מדעיים רלבנטיים, או כלי הערכה מקובלים אחרים. פרקטיקה כזו מהווה בסיס לניתוח מדיניות טוב, ומציעה מענה לנטייה של מקבלי החלטות להפריז בפוטנציאל של חלופות מדיניות מסוימות – בין אם בדרך של הפרזה

באפקטיביות או במידת הוודאות שלה - במיוחד על ידי מי שמציע או שותף להצעה של חלופה כזו או אחרת, כמו לנטייה להיסחף אחרי פתרונות "אופנתיים" אך לא מבוססים וכו'. הערכות אפקטיביות כאלה מאפשרות גם לשקף את התהליך לגורמים שלא היו שותפים לניתוח עצמו - הליך חיוני במקרים של מדיניות ציבורית חשובה, לרבות מקרים בהם היא בעלת השפעה על זכויות. לפיכך, כאשר מבקשת הרשות להגן על מדיניותה לפי מבחן ההתאמה ראוי יהיה שתציג בפני בית המשפט את הערכות האפקטיביות ותוצאותיהן, ביחס לחלופת המדיניות הנבחרת, ולא תסתפק באמירות כלליות בנושא.

### מבחן הצורך

מבחן הצורך, כפי שהוא מוצג לעתים על ידי הפסיקה בישראל ובספרות המשפטית, מגביל את התערבות ביהמ"ש למקרים בהם קיימת חלופה פוגענית פחות, שהיא **שוות ערך לחלופה הנבחנת מבחינת תרומתה לתכלית** (אפקטיביות).<sup>28</sup> על פי פרשנות זו רשאי ביהמ"ש להתערב, לכאורה, רק בנסיבות בהן 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 מקרבה רבה או דמיון מהותי), הרכב החלופות העומדות בדרישה זו יקטן מאוד, עד כדי קבוצה ריקה. מבחינה משפטית, נראה כי פרשנות למבחן הצורך, המביאה באופן מעשי לריקונו מתוכן היא מהלך המוביל לאבסורד, ושחייב לכן להידחות לטובת הבנה גמישה יותר של המבחן המאפשרת לו היתכנות מעשית.

זאת ועוד, גם על פי גישה המצדדת בריסון שיפוטי, מבחן הצורך, כפי שהוא מיושם על ידי ביהמ"ש, אינו מתאים להליך ניתוח וקביעת המדיניות על ידי רשויות המכבדות זכויות, וזאת משני טעמים: (1) פרשנות זו של המבחן מניחה, באופן מובלע, שהרשות אינה מחויבת לתת כל משקל להגנה על זכויות; (2) הערכת חלופות מלאה, הנדרשת במסגרת ניתוח מדיניות ראוי, ממילא כוללת **חליפין** בין הקריטריונים (תבחניים) בעל משקל שאינו אפסי. 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 בו הרשות לא זיהתה את הפגיעה בזכות, הכרוכה במדיניותה, ו/או לא זיהתה את החלופה הפוגענית פחות, השווה לה באפקטיביות, ובמסגרת ההליך המשפטי מתברר הדבר. בנסיבות בהן הרשות מודעת לקיומה של חלופה שכזו 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

<sup>28</sup> יש לציין כי מבחן הצורך זוכה לפרשנות שונה במשפט הקנדי, לפיה יש לבחור באמצעי שפוגע במידה המועטה ביותר האפשרית ("as little as possible") בזכות המוגנת. ר' R. v. Big M Drug Mart Ltd, [1985] 1 S.C.R. 295, 352 (Can.), וכן פרשת Oaks, לעיל ה"ש 23. במאמר זה איננו דנים לעיצומה בשאלת פרשנותו הראויה של מבחן הצורך על ידי הפסיקה.

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 קריטריון אחרים.

החיוב במתן משקל משמעותי לקריטריון ההשפעה על זכויות במסגרת ניתוח חלופות יוביל בהכרח ליישום מבחן הצורך באופן גמיש יותר מחד, ומתחשב יותר בזכויות לעומת הפרשנות הדווקנית של מבחן הצורך מאידך. אם הכרעה בין חלופות תעשה 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 המיטבית. דומה הדבר למצבים בהם נבחר בחלופה שאינה האיכותית ביותר, אלא בזו שהיחס בין מחירה הכלכלה לאיכותה הוא הטוב ביותר.

מבחן הצורך עבור קובעי מדיניות משקף, עם זאת, את החובה לחיפוש אקטיבי אחר חלופות הממזערות את הפגיעה בזכות, ו/או עריכת שינויים והתאמות בחלופה הנבחרת, על מנת למזער פגיעה זו (marrow tailoring). ניתוח מדיניות המבוסס על חלופה אחת בלבד אינו רצוי בראש ובראשונה מסיבות של טיב המדיניות הצפויה להתקבל, והתאמתה למגוון השיקולים הכרוך בהחלטות ציבוריות. כאשר מדובר במדיניות הצפויה לפגוע בזכויות, יש בשקילת חלופה אחת חסרון נורמטיבי נוסף, שכן חלופה זו נשקלת רק אל מול המצב הקיים – קרי התופעה הבלתי-רצויה – ובתנאים אלה רב הסיכוי שמקבלי ההחלטות יאשרו אותה בשל העדפתם את האינטרס הציבורי, שנתפס כרחב וכללי, לעומת הזכות, הנתפסת לעתים כזכות של פרט או יחידים, וממילא כפחות חשובה. הנטייה האמורה מתחזקת נוכח העובדה שהאפקטיביות משמשת כאבן 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 בצמצום התופעה השלילית, שהציבור מצפה להתמודדות יעילה עמה. כמו כן, העבודה שכבר הושקעה בעיצוב המדיניות עשויה להוות שיקול נוסף בעד אימוץ האמצעי הנבחר. פיתוח מספר חלופות המציעות מענה ברמות דומות לבעיה ולצמצום התופעה הבלתי-רצויה, מאפשר שקילה משמעותית יותר גם של שיקולים הנתפשים לעתים כ"משניים" כגון הגנה על זכויות.

משום שהסוגיה של בחינת חלופות שונות היא קריטית הן לקביעת מדיניות טובה והן ספציפית לשם מזעור הפגיעה בזכויות, ראוי שבית המשפט יעודד את המחליטים לבחון חלופות. אם בית המשפט מפרש את מבחן הצורך שבאופן שמבחינה מעשית מרוקן אותו מתוכן, הוא עושה ההפך מעידוד כזה. אם ההתייחסות 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 מתבקשת להציגן, יש בכך עידוד נדרש. אם בית המשפט מביא לידי ביטוי בפסיקתו הערכה לעבודה יסודית שנעשתה על ידה בבחינת חלופות, ככלל על ידי אישור המדיניות; ולעומת זאת, מגלה יחס ביקורתי לרשות שנמנעה מלעשות מלאכה ראויה, ככלל על ידי קבלת העתירה- התוצאה היא הכוונה של הרשויות להליכים נכונים של קבלת החלטות.

מעבר לדרישה לזהות מספר חלופות, יישומו של מבחן הצורך בתהליכי קביעת מדיניות כרוך גם ב narrow tailoring – בחינה יסודית ועריכת התאמות בחלופות, במטרה למזער את הפגיעה בזכויות. ראוי לבחון האם המדיניות אינה רחבת היקף מעבר לדרוש; האם היא רגישה לאוכלוסיות ולנסיבות שונות? האם היא לא יוצרת הכבדה מיוחדת, ניכרת, ובמיוחד ככל המדובר בקבוצות מוחלשות. בביקורת השיפוטית שאלות אלה נדחות על פי רוב לסוף הבחינה, אך אין לגישה זו מקום בהליכי ניתוח וקביעת מדיניות. שאלה שראוי שתישאל על ידי קובעי מדיניות בנסיבות אלה היא האם ניתן לצפות שמי שנפגע על ידי האמצעי יהיה מסוגל להבין, גם אם לא לקבל, את המדיניות, ולראות אותה כהסדר סביר או כהסדר שאיננו בלתי הוגן; או בניסוח אובייקטיבי יותר – האם ניתן לצפות, בסבירות ממשית, שהנפגעים על ידי ההסדר לא יראו אותו כעוול. בהצבת שאלה זו, נדרשת הרשות המחליטה לבחון האם 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.<sup>29</sup> אפשר שבמקרים של פגיעות משמעותיות/קשות בזכויות מרכזיות, שיש להן השלכות שליליות על מיעוטים קבועים, ראוי שבתהליך קביעת המדיניות, ועוד לפני שהנושא מגיע להכרעה בכנסת, שקובעי המדיניות ישמעו באופן ישיר את התייחסויותיהם של נציגי הקבוצות האלה.

#### מבחן האיזון

כפי שצוין לעיל, ניתוח מדיניות ראוי יכול לספק מידע מבוסס הן לעניין היותה של 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, הגדרה קונקרטיה של תכלית המדיניות, בניגוד להגדרות מופשטות. **תכלית קונקרטית** זו, היא שצריכה להישקל במסגרת מבחן האיזון למול הפגיעה הצפויה בזכות. יפה לעניין זה קביעתו השופט ברק בדבר היקפו של האיזון הכלול במבחן המידתיות השלישי, לפיה "ההשוואה אינה בין היתרון שבהגשמת המטרה לבין הנזק שבפגיעה בזכות. ההשוואה מצטמצמת לתוספת היתרון ולתוספת הנזק הנגרמות בעקבות החוק. ההשוואה עוסקת בתוספת השולית".<sup>30</sup>

לדוגמא, התכלית של אמצעי בטחוני מסוים שמטרתו להקטין את הסיכון בחדירות של כוחות עוינים את הגבול (כגון הגבלות תנועה באיזורי גבול או מחסומים פיסיים) היא באופן כללי – ביטחון. אך בחינה של האפקטיביות הצפויה של כלי מדיניות כזה או אחר מחייבת אמידה של אפקטיביות זו. לדוגמא, יש להעריך את השינוי בהסתברות של חדירה עוינת של הגבול בעקבות יישום המדיניות. מעט כלי מדיניות מציעים צמצום מלא של התופעה הבלתי רצויה, וניתוח

<sup>29</sup> יובהר כי בחינת הגינותה ותועלתה של המדיניות מנעלו של הנפגע לא משווה למבחן אופי סובייקטיבי, משום שאין מדובר בנפגע קונקרטי, והמבחן אינו מאבד מאופיו הכללי.

<sup>30</sup> אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 432-434 (2010).



מדיניות ראוי עשוי להציע אמידה מציאותית ומדויקת של התרומה לתכלית שהמדיניות מציעה, בניגוד לתכליות מופשטות וסיסמאות.

כדי להפוך הנחיה זו ממשית, על ביהמ"ש לדרוש ממקבלי ההחלטות את הפירוט והביסוס העובדתי של ניתוח האפקטיביות של המדיניות הנדונה, על מנת לאמוד את התכלית הקונקרטית, הזו-הן בשלב של בחינת התכלית כאמור, והן בשלב מבחן המידתיות במובן הצר, שבו צריך מנגד להעריך את הפגיעה הצפויה בזכות. אמירות כלליות מצד הרשות אודות התרומה לתכלית של המדיניות אינן צריכות להיתפש 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 לפיה "תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן".<sup>31</sup> כמו כן, מחויבותה של הרשות לכלול קריטריון של "השפעה על זכויות" בתהליך הערכת החלופות, משמעה שיש בידה גרסה משלה אודות ההשפעה הצפויה על הזכויות, וזו יכולה להישקל למול הערכת ביהמ"ש בנדון.

## דיון

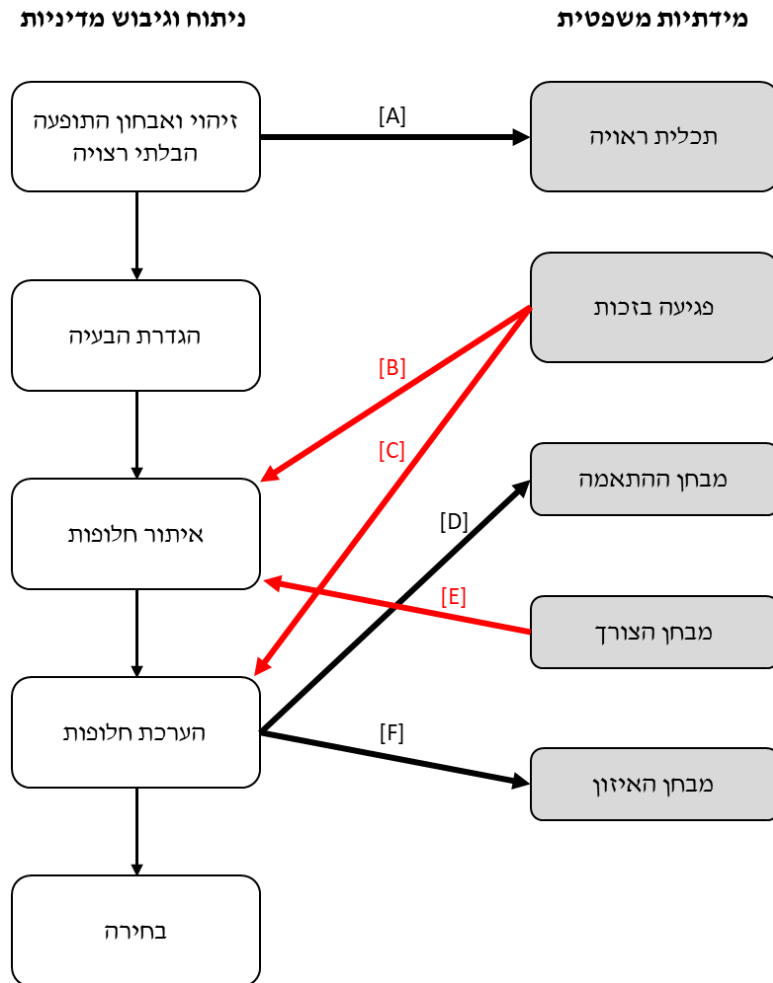
עבודה זו מצביעה על הפוטנציאל הגלום באינטגרציה של מבחני המידתיות המשפטית וניתוח מדיניות רצוי. אנו מכירים בכך ששני גופי ידע אלה מיושמים על פי רוב על ידי בעלי מקצוע אחרים, ובזירות נפרדות. עם זאת, היכרות הדדית של גופי ידע אלה עשויה להציע השבחה של אופן היישום של עקרון המידתיות, ככלי להגנה על זכויות בתהליך המדיניות. אין הכוונה להפוך מנתחי מדיניות למשפטנים, ולא להפוך משפטנים או שופטים למומחי מדיניות, אלא להגביר את ההבנה ההדדית בשני הצדדים, ובעיקר – לגזור מסקנות מעשיות הן עבור שופטים והן עבור קובעי מדיניות מאותה אינטגרציה בין שני גופי ידע אלה. בחלק זה נבקש לסכם את עיקר המסקנות הללו, ועל היתרונות הגלומים בהם. לצד זאת, נצביע גם על המגבלות של ניתוח זה, והאתגרים שאינם זוכים למענה מלא.

שרטוט 1 מתאר באופן גרפי את יחסי הגומלין בין מרכיביו של ניתוח מדיניות מקצועי ובין מבחני המידתיות. קשרים אלה מיוצגים על ידי החיצים, כאשר כיוון החץ מסמן את כיוון ההשפעה, וכל קשר מסומן על ידי אות אנגלית. הניתוח שהובא לעיל מצביע על כך שבמידה שקריטריון "השפעה על זכויות מוגנות" נכלל במסגרת ניתוח מדיניות המבוצע כראוי, אזי שלושת מבחני המידתיות מקבלים מענה במהלכו, כמיטב שיפוטם של קובעי המדיניות. הטלת חובה על קובעי מדיניות לכלול קריטריון זה [B] (בדומה לחובה לשקול שיקולי "השפעה על הסביבה" בהליכי תכנון מרחבי), עשוי להקטין משמעותית את הסיכוי לפגיעה בזכות כתוצאה מחוסר תשומת לב. כמו כן, לאור חיובן של רשויות המדינה לכבד זכויות מוגנות, החובה לכלול קריטריון זה מגדיל את הסיכוי למתן משקל ראוי לזכות בתהליך ניתוח המדיניות [C]. מעבר לכך, ניתוח

<sup>31</sup> בג"ץ 4769/95 רון מנחם ואח'י נ' שר התחבורה, נז(1) 235, פס' 14 לפסק דינה של השפעת ביניש (2002).

מדיניות ראוי מחייב, כאמור, לבחון את האפקטיביות היחסית של החלופות השונות, ובכך נותן מענה למבחן ההתאמה. הכללת קריטריון של השפעה על זכויות בנסיבות אלה מביא 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 מספר 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 עמה, כאמור, השלכות מעשיות גם לתהליך הביקורת השיפוטית. מכיוון שניתוח מדיניות מקצועי נדרש להיות מושתת על ביסוס עובדתי של התופעה הבלתי-רצויה, ראוי שתשתית זו תוצג בפני בית המשפט במסגרת הדיון בתכלית המדיניות [A]. כך גם הדבר ביחס למבחן ההתאמה. לא די באמירה כללית אודות 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 אמורה הרשות להציג בפני בית המשפט את החלופות שבחנה וכיצד העריכה אותן. ובאשר למבחן האיזון במובנו הצר, כאן יכול ביהמ"ש להישען שוב על התשתית שתציג הרשות באשר לתכלית הקונקרטית (התרומה הצפויה לצמצום התופעה הבלתי-רצויה) מחד, ומאידך על הערכת ההשפעה של המדיניות על זכויות, על פי אמידתה של הרשות, למול אומדנו של בית המשפט. המודל שקוויו הכלליים משורטטים כאן מחייב את הרשות השופטת לקחת ברצינות את תפקידה לא רק להכריע בסכסוך שהמובא בפניה אלא גם להנחות את הרשויות המחליטות- הנחיה מהותית בתחומים שבהם יש לו יתרון יחסי והנחיה פרוצדורלית באשר לתרגום יחס הכבוד לזכות למונחי התהליך של קביעת המדיניות, ככל שיש לה ממד של פגיעה בזכות. מן הבחינה הזו, נדרשת גישה שונה- של כניסה לעובי הקורה- לשאלות המשפטיות והערכיות, שהן בתחום מומחיותו- של הפגיעה בזכות (היקף הזכויות והאם האמצעי הנבחן פוגע בזכות); ולשאלת חשיבותם היחסית של היבטי זכויות והיבטי תכליות; ובנוסף- לשאלת האופן בו מתנהל ההליך של קביעת מדיניות. המודל המוצע יאפשר לבית המשפט למלא כהלכה את תפקידו כמי שמפעיל ביקורת על הרשות, לעומת מי שמפעיל שיקול דעת משלו. בנוסף, 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 ככול האפשר.



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

ההמלצות לעיל, הנובעות מהניתוח האיטגרטיבי של מבחני המידתיות והמתודה של ניתוח מדיניות, נשענות על גופי ידע אלה, כפי שהם מקובלים היום, ובמובן זה אנו נוקטים כאן גישה שמרנית. לגישה כזו יש יתרונות במובן של זיהוי צעדי השיפור בהגנה על זכויות, הניתנים לביצוע באופן מידי, וללא עריכת שינויים במבחני המידתיות או בדרך יישומם מחד, וללא צורך בשינויים במתודות המקצועיות המקובלות לניתוח מדיניות. יחד עם זאת, ראוי לדון גם בחסרונותיה של גישה שמרנית זו ובמגבלותיה, באופן המאפשר לקורא/ת להעריך האם בחירתנו זו משכנעת.

מגבלה מרכזית אחת נובעת ממה שניתן לכנות "ייחוד התכליתי" (התופעה הבלתי-רצויה), המאפיין ניתוח מדיניות. כאמור, קובעי מדיניות מונחים על-ידי השאלה האם 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 לאורו יש לבחון את החלופות. יש עם זאת מקום לשאול האם הדרישה מרשויות המדינה לכבד את זכויות האדם והאזרח, המופיעה בחוקות של מדינות דמוקרטיות [להכניס מספר הפניות מתאימות כאן], ואצלנו בחוקי היסוד

[הפניה לסעיפים], מתיישבת עם גישה לפיה זכויות אינן תכלית בפני עצמה אלא קריטריון. ניתן לכאורה לאמץ גישה ההופכת את הזכות לתכלית נוספת, במקביל לכל תכלית מדיניות ספציפית. במלים אחרות, פתרון אפשרי הוא להתייחס לתכלית הכללית של כל דבר חקיקה (ובמקרה של אקט מנהלי – התכלית הכללית של החקיקה המסמיכה), שמכוחה הוא מוחזק כעולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה<sup>32</sup>. תפיסה זו אכן התעצמה בעקבות המהפכה החוקתית, שהעלתה את קרנם של עקרונות היסוד 'יהודית ודמוקרטית'<sup>33</sup>.

אין הכוונה לתוספת מלאכותית של תכלית ההגנה על זכויות האדם בכול המקרים, והם רבים מאוד, שבהם למדיניות אין השפעה על זכויות האדם אלא לאותם מקרים בהם יש למדיניות השפעה כזו. הטעמים התומכים בכך הם שניים: כאמור, מתן ביטוי לעמדה החוקתית המפורשת, לפיה זו חובתן של רשויות המדינה; וגם לעובדה 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? משום שקיימת נטייה לראות את הזכות כעניינו של פרט או של יחיד המתחרה באינטרס של הכלל, ממילא יקבל האינטרס הציבורי, מכוח עליונותו המספרית, עדיפות על פני הזכות. כאשר הזכות בה מדובר היא זכותו של "אחר" (לא מישהו מאיתנו, משלנו)- משקלה, מבחינה מעשית, יורד פלאים. התכלית נתפסת לרוב כעניין מכריע ועליון על פני המחירים שיש לשלם למען השגתה או קידומה. בתפישה המודרנית, התכלית אינה מכשירה אמנם את כול האמצעים, אולם יש בכוחה להכשיר אמצעים לא מעטים. לכן, מה שמסווג כתכלית נושא עמו משקל משמעותי מאוד. לא תמיד קל למקבלי החלטות לגבש לעצמם מושג ברור ומלא על המשמעות וההשלכות של פגיעה בזכות; מה גם שבעוד שהאינטרס הציבורי יהיה מיוצג בדיונים המתקיימים על מי שמופקדים עליו, אין בדיונים האלה גורם המופקד על זכויות [היועץ המשפטי בראייה נכונה של תפקידו הוא מי שאמון על איזון נכון, אך אין לו זיקה מיוחדת לזכות דווקא].

מנגד, 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 יתקבל. זאת ועוד, אפשר שההסדר המוצע במאמר זה, לפיו 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 בהם תכלית המדיניות הינה אכן קידום זכויות, אין מניעה מלהגדיר זאת כך. הדבר נכון הן במקרים בהם מדובר בפגיעה בזכות שלילית, כגון איסור אפליה, או בזכות חיובית, כגון הזכות לחינוך או מיצוי זכויות<sup>34</sup>. 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 בתוך

<sup>32</sup> בג"ץ 953/87 א. פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, מב(2) 309, עמ' 329 (1988).

<sup>33</sup> בג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח', נא(4) 1, עמ' 36 (1997).

<sup>34</sup> Isaiah Berlin, 'Two Concepts of Liberty', in *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969); David P. Currie, 'Positive and Negative Constitutional Rights', *The University of Chicago Law Review*, 53.3 (1986), 864–90.

ניתוח המדיניות המקובל יניבו תוצאה רצויה, ורק אם יתברר שאין הדבר כן, יהיה מוצדק לערוך שינוי רדיקלי יותר.

לסיכום, עבודה זו מצביעה על הפוטנציאל הגלום באינטגרציה של מבחני המידתיות המשפטית וניתוח מדיניות רצוי, כדרך להסקת המלצות מעשיות להשבחת יישומו של עקרון המידתיות להגנה על זכויות בתהליך המדיניות. ראשית, הכללת קריטריון "השפעה על זכויות מוגנות", כקריטריון חובה, במסגרת ניתוח מדיניות המבוצע כראוי, מגביר משמעותית את הסיכוי לכך ששלושת מבחני המידתיות יקבלו מענה בתהליך. שנית, הדרישה המקצועית במסגרת מתודת ניתוח מדיניות, לשקול מספר חלופות שונות מהותית, עולה בקנה אחד עם הדרישה הנורמטיבית של מבחן הצורך, ושילובם מאפשר למזער את הפגיעה בזכויות על ידי השוואת החלופות, ו/או הכנסת שינויים מתאימים בחלופות הנשקלות. שלישית, מכיוון שניתוח מדיניות מקצועי חייב להיות מושתת על ביסוס עובדתי של התופעה הבלתי-רצויה, ראוי שתשתית זו תוצג בפני 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, תוך שמירת מרחב שיקול דעתה של הרשות מנגד. הסדרים אלה יוצרים מערכת תמריצים לקובעי המדיניות לעריכת ניתוח מדיניות ראוי תוך הגנה על זכויות האדם.

## רשימת מקורות

- Bardach, Eugene, and Eric M. Patashnik, *A Practical Guide for Policy Analysis: The Eightfold Path to More Effective Problem Solving* (Sage, 2015)
- Berlin, Isaiah, 'Two Concepts of Liberty', in *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969)
- Cohen, Stanley, *Folk Devils and Moral Panics* (Routledge, 2011)
- Currie, David P., 'Positive and Negative Constitutional Rights', *The University of Chicago Law Review*, 53 (1986), 864–90
- Dery, David, *Problem Definition in Policy Analysis* (Kansas: University of Kansas Press, 1984)
- Felstiner, William L.F., Richard L. Abel, and Austin Sarat, 'The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . .', *Law & Society Review*, 15 (1980), 631–54
- Goode, Erich, and Nachman Ben-Yehuda, *Moral Panics: The Social Construction of Deviance* (John Wiley & Sons, 2010)
- Hammond, John S., Ralph L. Keeney, and Howard Raiffa, *Smart Choices: A Practical Guide to Making Better Decisions* (Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 2015)
- Kumm, Mattias, 'The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review', *Law & Ethics of Human Rights*, 4 (2010), 141–75
- Organization, World Health, *Global Status Report on Road Safety 2015* (World Health Organization, 2015)
- Petersen, Niels, *Proportionality and the Incommensurability Challenge – Some Lessons from the South African Constitutional Court* (Rochester, NY: Social Science Research Network, 8 March 2013)
- , 'The German Constitutional Court and Legislative Capture', *International Journal of Constitutional Law*, 12 (2014), 650–69
- 'Transport - Road Accidents - OECD Data', *OECD* <<http://data.oecd.org/transport/road-accidents.htm>> [accessed 2 April 2018]
- Weimer, David L., and Aidan R. Vining, *Policy Analysis: Concepts and Practice*, 5 edition (Boston: Routledge, 2010)

## פסיקה ישראלית:

- בג"ץ 953/87 א. פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, מב(2) 309, עמ' 329 (1988).
- בג"ץ 4769/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה, נז(1) 235, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ביניש (2002).

בג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח', נא(4) 1, עמ' 36 (1997).