

המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

משה כהן-אליה *

- א. מבוא
- ב. המשמעות של מבחני המידתיות
 1. המובן הפורמלי של מבחני המידתיות
 2. המובן המהותי של מבחני המידתיות
 3. הגישה המוצעת
- ג. מבחני המידתיות בעניין בית סוריק
 1. התכלית
 2. מבחן ההתאמה
 3. מבחן ההכרחיות
 4. היחסיות במובן הצר
- ד. סיכום

א. מבוא

בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל¹, פסל בית המשפט העליון את מרבית תוואי גדר הביטחון מצפון לירושלים. בית המשפט פסק כי בקביעת תוואי הגדר לא איזן המפקד הצבאי כהלכה בין תרומתו של תוואי זה לביטחון המדינה לבין עצמת הפגיעה בזכויות של התושבים הפלסטינים באזור. לכן נפסק שתוואי זה איננו מידתי. להכרעה זו קדמו כמה קביעות שיפוטיות חשובות: נדחתה טענת העותרים ששיקול פוליטי (רצון לקבוע גבול) הניע את

* דוקטור למשפטים. מרצה בכיר, המכללה האקדמית למשפטים (רמת גן). רשימה זו היא תרגום של מאמר שהתפרסם בחוברת של כתב העת הישראלי Israel Law Review: חוברת שעוסקת כולה במשמעויות של פסיקת בית המשפט הבינלאומי בהאג ובפסיקת בג"ץ בנושא גדר הביטחון. ראו: M. Cohen-Eliya "Formal and Substantive Meanings of Proportionality in the Supreme Court's Decision Regarding the Security Fence" 39 *Isr. L. Rev.* (2005) 262.

1 בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (להלן: עניין בית סוריק).

קביעת תוואי הגדר ולא השיקול הביטחוני; נקבע כי חדירתה של הגדר לעומק השטחים הכבושים קשורה בקשר רציונלי למטרה הביטחונית; ונדחתה הטענה כי קיים אמצעי חלופי שיכול לאפשר למפקד הצבאי להבטיח את ביטחון האזרחים תוך פגיעה פחותה בזכויות של התושבים הפלסטינים.

הנמקה משפטית כזו מבטאת העדפה ברורה לטובת היישום של המובן המהותי של מבחני המידתיות על פני היישום של מובנם הפורמלי. מבחני המידתיות במובנם המהותי עוסקים באיזונים שבין התכלית המוצהרת לבין הפגיעה בזכויות, ואילו מבחני המידתיות במובנם הפורמלי עוסקים בניתוח הקשרים הלוגיים והאמפיריים שבין התכלית המוצהרת לבין האמצעי שנבחר. על המשמעויות של מובנים אלו אעמוד בחלקה הראשון של רשימה זו. מיקוד הביקורת השיפוטית במובן הפורמלי של מבחני המידתיות, כך אטען בחלק הראשון, הולם את כישוריו של בית המשפט בבירור עובדות ובניתוח קשרים סיבתיים. הוא מתיישב עם העיקרון הדמוקרטי שלפיו החלטות בעלות אופי ראשוני אמורות להיקבע קודם כול על ידי נציגים המבטאים את הרצון של מרבית האזרחים, והוא משרת את המטרה הדמוקרטית בשקיפות מניעים שלטוניים. מוצדק להחיל את המובן המהותי של מבחני המידתיות (ואף זאת באופן מוגבל) רק על אותם מקרים שבהם נפגעות זכויות יסודיות, ורק לאחר שהחלה קפדנית של מבחני המידתיות במובן הפורמלי לא הובילה לפסילת המדיניות השלטונית.

חלקה השני של רשימה זו ייוחד לקריאה ביקורתית של פסק הדין בעניין בית סוריק. ברוח העמדה המוצעת על ידי בחלק הראשון, אטען שבית המשפט שגה בהתמקדו במובן המהותי של מבחני המידתיות. העמימות של מבחני האיזון עלולה להוביל לכך שהכרעות שיפוטיות תהיינה סובייקטיביות ובכך יפגע העיקרון הדמוקרטי שלפיו הכרעות חיוניות אמורות להיקבע על ידי נבחרי העם. בהינתן חשד בנוגע לטיב המניעים שהובילו לקביעת תוואי הגדר, ההחלה הקפדנית של מבחני המידתיות במובן הפורמלי הייתה עשויה לאפשר לבית המשפט לאתר את מניעי השלטון ולהגדיל את השקיפות השלטונית. ביקורת שיפוטית, שזו תכליתה, מתיישבת עם העיקרון הדמוקרטי ואיננה סותרת אותו.

ב. המשמעות של מבחני המידתיות

דרישת המידתיות (או היחסיות) היא כיום הסטנדרט העיקרי להכרעה משפטית בהתנגשויות שבין ערכים ואינטרסים נוגדים במשפט הציבורי של מדינות דמוקרטיות רבות.² דרישה זו מחייבת את מקבלי ההחלטות המבקשים לממש

2. לסקירה ראו: D. Beatty (ed.) *Constitutional Law in Theory and Practice* (Toronto, 1995); D. Beatty (ed.) *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (Dordrecht, 1994).

המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

יעדים ראויים להראות שהאמצעים שננקטו על ידם נדרשים לשם הגשמת היעדים. אמצעי נתפס כ"נדרש" למימוש יעד מסוים אם הוא מקיים במצטבר את שלושת מבחני המשנה הבאים: (א) קידום מטרת ההסדר המגביל (דרישת ההתאמה); (ב) הגשמת המטרה אגב פגיעה מינימלית בזכות (דרישת ההכרחיות); (ג) התועלת מהשימוש בו לשם קידום המטרה גבוהה יותר מהנזק שהוא מסב למי שזכותו נפגעה (יחסיות במובן הצר).

ביסוד דרישת המידתיות עומדת ההכרה בכך שלבני האדם יש העדפות שונות, ואף נוגדות, וכי לצורך קיום הרמוני בין הפרטים בחברה יש צורך בעיקרון חוקתי של פשרה המבוסס על כבוד הדדי³. דרישה זו מציבה סייגים משמעותיים על כוחה של המדינה לפגוע בזכויות היסוד של פרטים בחברה, ומכאן ההבטחה הליברלית הטמונה בה. בנוסף לכך, דרישת המידתיות היא גם סוג של דרישה לרציונליות בהליך החקיקה. רציונליות כזו מבטיחה מימוש אופטימלי של ערכים חוקתיים ושל יעדים חברתיים. מבחינות רבות אפוא הדרישה המופנית אל הממשלה שלא לפגוע בזכויות במידה שעולה על הנדרש היא דרישה צודקת, והיא מבוססת על שכל ישר המגולם במימרה הידועה: "You don't kill a fly with a sledgehammer"⁴. קשה מאוד אפוא להציג טיעונים מוסריים משכנעים נגד תחולתה הכללית של דרישת המידתיות על פעולות שלטוניות⁵.

ניתן, לעומת זאת, להציג טיעונים חזקים נגד הענקת סמכות לבתי המשפט לקבוע אם פעולה מסוימת היא מידתית. טיעונים כאלו מתמקדים בעיקר ביישום מבחן המשנה השלישי (המידתיות במובן הצר), שהוא מבחן בעל אופי מהותי, ופחות בתחולת שני מבחני המשנה הראשונים (מבחן ההתאמה ומבחן ההכרחיות), שהם מבחנים בעלי אופי פורמלי. הקושי העיקרי בתחולת מבחן המידתיות השלישי קשור לחוסר הלגיטימיות הדמוקרטית בהענקת סמכויות גורפות לשופטים לאזן בין יעדים חברתיים לבין זכויות. הטענה תהיה שהכרעות בעלות אופי ראשוני צריכות להיקבע על ידי נציגים הנושאים באחריות כלפי ציבור הבוחרים, ולא באמצעות שופטים ממונים שאינם נושאים באחריות. שני הסעיפים הבאים יתמקדו

M. Sachs Art. 20 GG in *Grundgesetz: Kommentar* (Munich, M. Sachs ed., 1996) 95; D. Beatty *The Ultimate Rule of Law* (Oxford, 2004) 63

J.L. Lowell & A. Lester "Proportionality: Neither Novel, Nor Dangerous" *New Directions in Judicial Review* (London, J.L. Jowell & D. Oliver eds., 1988) 51, 54

סוג כזה של הנמקה אפשר למצוא בפסיקת השופט מצא בע"כ 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16, פ"ד נז(3) 793. באותה פרשה נדונה השאלה אם יש להחיל את פסקת ההגבלה (הכוללת את מבחני המידתיות) גם על הוראות בחוקי־יסוד אשר אינם מפנים במפורש לפסקות הגבלה. לדברי מצא, "איך מניעה לעשות כן. מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית־המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו". שם, בע' 811

אפוא בניתוח המשמעות הפורמלית והמהותית של מבחני המידתיות מנקודת ראות של תאוריה דמוקרטית.

1. המובן הפורמלי של מבחני המידתיות

בחינה שיפוטית של רציונליות הקשר שבין האמצעי לבין המטרה (מבחן ההתאמה) או של קיומם של אמצעים הפוגעים פחות בזכות ומאפשרים את הגשמת מלוא המטרה (מבחן ההכרחיות), היא בעייתית פחות — מנקודת ראות דמוקרטית — מאשר ביקורת שיפוטית בתחום קביעת היעדים החברתיים והאזון ביניהם. הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי מחייב שקביעת היעדים החברתיים תהיה מסורה באופן בלבדי לקובעי המדיניות אשר נושאים באחריות כלפי בוחריהם ולא לשופטים שאינם נבחרים⁶. לעומת זאת, ביקורת שיפוטית המתמקדת בקשרים הלוגיים והאמפיריים שבין אמצעים למטרות מאפשרת לנציגי העם להגשים בצורה טובה יותר את היעדים החברתיים שעליהם הם מצהירים. ביקורת שיפוטית כזו מתיישבת אפוא עם העיקרון הדמוקרטי ואיננה סותרת אותו. בנוסף לכך, ההליך השיפוטי, המתאפיין באיפוק וברציונליות פרוצדורלית, יוצר תנאים נוחים עבור שופטים בבחינת הקשרים הרציונליים שבין אמצעים למטרות⁷. שופטים פיתחו מומחיות מוסדית בניתוח עובדות וקשרים סיבתיים — כישורים הנדרשים להם לצורך הערכת האפקטיביות של האמצעים במימוש מטרות מוצהרות⁸.

ההתמקדות השיפוטית בקשרים שבין האמצעי לבין המטרה מגשימה את מה שמקס וובר (Weber) מכנה "רציונליות פורמלית". רציונליות פורמלית מתקיימת כאשר הרשות מתנהלת על יסוד כללים ברורים וניטרליים המאפשרים את החלטתם באופן עקיב⁹. וובר ביקר בחריפות את ההסתמכות של שופטים על מבחנים מאזנים (אותה הוא מכנה "רציונליות מהותית") מהטעם שמבחנים כאלו הם עמומים, בלתי עקיבים ויוצרים חשש מפני הפעלה שרירותית שלהם¹⁰. רציונליות פורמלית, לשיטת וובר, מבטיחה את חירות הפרט בצורה הטובה ביותר, מכיוון שהיא תוחמת את גבולות פעולת המדינה באופן ברור ומאפשרת לפיכך לפרט תחומי פעולה רחבים

6 אצל דבורקין ניתן למצוא את הטענה שהתחום של קביעת מדיניות (Policy) צריך להיות מסור לידי הנבחרים, ואילו השופטים צריכים להיות מופקדים על השמירה על עקרונות (Principles). ראו: R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, 1977) 14–46, 81–181; R. Dworkin *Law's Empire* (Cambridge, 1986) 438.

7 S.H. Bice "Rationality Analysis in Constitutional Law" 65 *Minn. L. Rev.* (1980) 1, 13–17; Beatty, *supra* note 3, at p. 163.

8 J.H. Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., 1980) 102–103.

9 מ' וובר על הכאריזמה ובניית המוסדות: מבחר כתבים (ש' נ' אייזנשטדט עורך, תש"מ, תרגם א' אמיר).

10 שם, בע' 70.

המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

יותר¹¹. ביקורת שיפוטית המבוססת על הרצון להגשים את הרציונליות הפורמלית מגשימה אפוא שתי מטרות חשובות: היא מגדילה את יעילות המנהל, ומונעת פגיעות שרירותיות בחירות ותופעות כמו פרוטקציוניזם ונפטיזם¹².

במקרים רבים ביקורת שיפוטית המתמקדת במבחני המידתיות הפורמליים עשויה אף לשמש עבור בתי המשפט דרך אלגנטית לאיתור ולסילוק מניעים שלטוניים נפסדים. באותם הקשרים שבהם ישנה סיבה ממשית לחשוד במניעי השלטון (למשל, בהקשר של הפליה גזענית) בתי המשפט יכולים לעשות שימוש במבחני המידתיות כדרך עקיפה לאתר ולסלק מניעים נפסדים. בהנחה שמקבל ההחלטות פועל באופן רציונלי, היעדרו של קשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה יכול להעיד, ולו לכאורה, על קיומו של מניע אחר¹³. מקבל ההחלטה עשוי להסוות את מניעיו נוכח החשש מתגובת הבוחרים, בתי המשפט או הקהילה הבינלאומית. אולם משעה שהוא הצהיר על מטרה, השונה מהמטרה שהוא באמת מבקש לקדם, אין הוא יכול לבוא בטענות אל בית המשפט שפסל את מדיניותו מטעם זה¹⁴. זאת, מכיוון שאין לגיטימיות דמוקרטית עבור נציגי הציבור לקדם יעדים חברתיים מוסוירים ולשקר לציבור בדבר מניעיהם האמיתיים.

2. המובן המהותי של מבחני המידתיות

מבחן המידתיות השלישי (מידתיות במובן הצר) מבטא את מה שוובר כינה בשם "רציונליות מהותית". רציונליות מהותית מתקיימת, למשל, כאשר שופטים מבקשים לממש מערכת ערכית המאורגנת על יסוד עקרונות מוסריים¹⁵. כאשר בתי המשפט בוחנים, למשל, אם מדיניות מסוימת מקיימת את תנאי מבחן המידתיות השלישי, הם משווים בין המידה שבה האמצעי שנבחר יכול להגשים בפועל את היעד המוצהר לבין המידה שבה זכות חוקתית נפגעת בעקבות מימוש המדיניות. ניתוח כזה מבוסס למעשה על שקלולם של שני פרמטרים: החשיבות היחסית של

11 וובר ראה ברציונליות הפורמלית משום "האח התאום של החירות" מכיוון שהיא מונעת התנהגויות שרירותיות מצד השלטון. ראו: M. Weber "Diskussionerrede zu dem Vortrag von H. Kantorowicz Rechtswissenschaft und Soziologie" *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik* (Tubingen, 1924) 477–481. תרגום לאנגלית של חלקים ממאמר זה אפשר למצוא אצל: Weimar: A Jurisprudence of Crisis (Berkeley, A.J. Jacobson & B. Schlink eds., 2000) 50, 53.

12 L. Tribe *American Constitutional Law* (Mineola, New York, 2nd ed., 1988) 1451; Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice*, *supra* note 2, at p. 96.

13 Ely, *supra* note 8, at pp. 147–158.

14 האילוצים השונים שמוכתבים על ידי השיח הציבורי יוצרים עבור בתי המשפט את מה שאלסטר מכנה "הכוח המחנך של הצביעות". ראו: J. Elster *Deliberative Democracy* (New York, J. Elster ed., 1998) 12.

15 וובר, לעיל הערה 9, בע' 49–58. עוד על ההבחנה בין סוגים שונים של רציונליות בכתביו של וובר, ראו: S. Kalberg "Max Weber's Types of Rationality: cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History" *Am. Jour. Soc.* (1980) 1145, 1151–1159.

הערכים המתנגשים ועצמת הפגיעה בכל אחד מערכים אלו¹⁶. מבחן המידתיות כמובן הצר מחייב את בתי המשפט לבחון אם הסדר מסוים, בחשבון הכולל, מקדם את מערכת העקרונות החוקתית או גורע ממנה. הוא מקנה לבתי המשפט את הכוח לפסול מדיניות שגורעת בסופו של דבר ממערכת העקרונות החוקתית.

מימוש כזה של רציונליות מהותית התקיים במשפט החוקתי הגרמני בעשורים הראשונים שלאחר מלחמת העולם השנייה. באותה תקופה פסק בית המשפט החוקתי הגרמני שעל החוקה הגרמנית חולשת מערכת ערכים הייררכית, סגורה ושוטלית, היוצרת הייררכיה בין הערכים החוקתיים (*Wertrangordnung*)¹⁷. המיקום היחסי של כל אחד מהערכים החוקתיים נגזר מהמידה שבה אותו ערך מקדם את הערך העליון בגרמניה, הוא ערך כבוד האדם¹⁸. באמצעו גישה כזו, נתן בית המשפט החוקתי בגרמניה מענה לחיסרון המובהק ביותר של הרציונליות הפורמלית אשר אפיינה את המשפט החוקתי הגרמני בתקופת רפובליקת ויימר. ביקורת שיפוטית המבוססת על רציונליות פורמלית בלבד עלולה להותיר פגיעות חריפות בזכויות האדם ללא כל מענה משפטי¹⁹. אימוץ שיטה משפטית המבוססת על רציונליות מהותית בגרמניה שלאחר מלחמת העולם השנייה מבטא את ההכרה בכך שמימוש משפטי של ערכים חוקתיים צריך להיות בעל אופי מהותי, ובכך שלא ראוי לנתק בין עקרונות המוסר לבין עקרונות משפטיים²⁰. זיקה כזו נדרשת במיוחד באותן מדינות שבהן החוקה נתפסת כאמצעי לעיצוב מחדש של אורח החיים של האומה בכללותה²¹.

16 R. Alexy *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford, 2002) 50–56

17 D. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 17

(Durham, 1997) 1. לדיון מקיף במשמעויות התאורטיות והחוקתיות של משטר הערכים

ראו: H. Dreier *Dimensionen der Grundrecht — Von der Wertordnungsjudicature zu*

19 *den Objective Rechtlichen Grundrechtsgehalten* (Hannover, 1993) לפי דרייר, משטר

הערכים קובע מערכת סגורה, אשר עם החלתה היא ממלאת כל חלל משפטי או חברתי.

מקובל לומר בגרמניה שמערכת הערכים החוקתית היא טוטלית כמובן זה שאו שמחילים

אותה, או שאין מחילים אותה.

18 דוגמה לאופן שבו מיושם משטר הערכים בגרמניה ניתן למצוא בפרשת מפיסטו. באותה

פרשה דן בית המשפט בחוקתיות צו, האוסר על פרסום ספר, המבוסס על רמותו האותנטית

של שחקן תאטרון שנפטר וששיתף פעולה בעבר עם המשטר הנאצי. בית המשפט החוקתי

בחן את הזיקה שבין הערכים המתנגשים לבין הערך העליון של כבוד האדם וקבע כי שמו

הטוב של האדם קרוב יותר לגרעין של כבוד האדם ולכן זכות זו גוברת על חופש הביטוי

Kommers, *BVerfGE* 173 (1971) 30 art. 5III. לתרגום לאנגלית של חלקים מפסיקה זו ראו:

supra note 17, at pp. 301–304.

19 עמד על כך וובר, לעיל הערה 9, בע' 72, בציינו כי ההתמקדות ברציונליות הפורמלית בלבד

עולה להוביל לעיוותים מוסריים. לדיון בנקודה זו ראו מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליות

הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) 17.

20 D. Kommers "The Randolph W. Thrower Symposium: Comparative Constitutionalism: 20

.German Constitutionalism: A Prolegomenon" 40 *Emory L.J.* (1991) 837, 861

21 H. Georing "Fundamental Constitutional Rights: Content, Meaning and General Doctrines" 21

The Constitution of the Federal Republic of Germany (West Germany, Grundgesetz, U.

Karpens ed., 1988) 50, 58; Kommers, *supra* note 17, at p. 39

המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

על התפיסה החוקתית הזו, הבאה לידי ביטוי במובן המהותי של מבחני המידתיות, נמתחה בגרמניה ביקורת חריפה. נטען שם שניתוח חוקתי המבוסס על ערכים איננו ניתוח משפטי, מכיוון שערכים הם ישויות מופשטות שלא ניתן לממשם באופן עקיב וניתן לצפייה. ניתוח משפטי המבוסס על ערכים מהווה לפיכך סטייה ברורה מכללי הלוגיקה וההנמקה המשפטית המקובלים, וכי לבתי המשפט אין כל מומחיות מוסדית בעריכת איזונים בין ערכים מוסריים ליעדים חברתיים.²² ואולם הקושי העיקרי במימוש עקרונות של רציונליות מהותית על ידי בתי המשפט מצוי בתחום התאוריה הדמוקרטית. מכיוון שערכים הם ישויות מופשטות, מתעורר החשש שהם ייושמו באופן שרירותי על ידי שופטים ויגשימו למעשה את דעותיהם האישיות.²³ בכך עלול להיפגע באופן חמור העיקרון הדמוקרטי היסודי שלפיו הכרעות ראשוניות מתקבלות על ידי נציגים שנבחרו לשם כך על ידי האזרחים.²⁴ לכן נטען בגרמניה שמערכת משפטית המבקשת לממש ערכים במשפט כאמצעות עקרונות של רציונליות מהותית, עלולה להוביל ל"עריצות של ערכים" או לחלופין ל"עריצות של שופטים".²⁵

בתי המשפט בגרמניה ובעולם היו ערים לקשיים אלו במימוש מבחן המידתיות השלישי. אמנם בגרמניה נהוג להחיל מבחן זה, אולם בתי המשפט שם מוכנים לקבוע שמבחן המידתיות השלישי לא התקיים רק באותם מקרים שבהם יש חוסר מידתיות ברור בין התועלת מהסדר נתון לבין עצמת הפגיעה בזכות.²⁶ בקנדה הוביל החשש מפני חוסר הלגיטימיות בבחינה מחודשת של שיקול דעתם של מקבלי ההחלטות לכך שלמבחן המידתיות השלישי מעולם לא הייתה השפעה על התוצאות של התדיינות משפטית.²⁷ ובארצות-הברית, מבחן מקביל למבחן המידתיות השלישי איננו קיים כלל במבחני ההצדקה החוקתיים, לפחות לא במפורש, גם כאשר הפגיעה הנדונה היא בזכויות היסודיות ביותר כמו חופש הביטוי ועקרון איסור ההפליה.²⁸

E. Denninger "Freiheit — Wertordnung — Pflichtordnung: Zur Entwicklung der Grundrechtjudicatur des Bundesverfassungsgericht" *Juristenzeitung* 30 (Frankfurt, 1975) 545; H. Georlich *Wertordnung und Grundgesetz* (Baden-Baden, 1973) 140; K. Stern *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (München, 1988), Band III/1, 913

W. Zeidler "Grundrechte und Grundentscheidungen der Verfassung im Widerstreit" in *Verhandlungen des 53 Deutschen Juristentages* (1980) 1–29; Georlich, *supra* note 22, at p. 133

L. Osterloh Art. 3 GG, *Grundgesetz: Kommentar*, *supra* note 3, at p. 2

C. Schmitt "Die Tyrannei der Werte" *Sakularization und Utopia: Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag* (Stuttgart, 1967) 37, 45

N. Emiliou *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study* (London, 2004) 35

"this step has never had any influence on the outcomes of any case". P. לפי פטר הוג: *Hogg Constitutional Law of Canada* (Toronto, Students Edition, 2003) 816

על הפגיעות בזכויות היסודיות ביותר במשפט החוקתי האמריקני מוחל המבחן הקפדני. לפי מבחן זה על המדינה להראות שהיא מקדמת מטרה חברתית חיונית וכי יש קשר הרוק

ביטוי להסתייגות השיפוטית מתחולת מבחן המידתיות השלישי בישראל ניתן למצוא גם בפסק דינו של הנשיא שמגר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי²⁹. לדברי שמגר, יש להימנע מהחלת מבחן זה מהטעם שהוא "יותר בגדר מסקנה מאשר אמת מידה", וטמונות בו לפיכך "שאלות קשות בתחום הביקורת השיפוטית על חקיקה כלכלית"³⁰.

3. הגישה המוצעת

כאמור, מנקודת ראות דמוקרטית, התערבות שיפוטית מהטעם שלא התקיימו שני מבחני המידתיות הראשונים היא לגיטימית יותר מאשר התערבות שיפוטית מהטעם שלא התקיים מבחן המידתיות השלישי. שופטים אינם צריכים לעסוק בקביעת מדיניות חברתית, מכיוון שהם אינם נבחרים והם נעדרים יכולת ומומחיות לערוך תחשיבים תועלתניים. לפורום ייצוגי יש יתרון ברור על פני פורום שיפוטי בעריכת תחשיבים תועלתניים, זאת מהטעם שתחשיב תועלתני מבוסס על בחינת ההעדפות של כלל האזרחים ובחינת האינטנסיביות שלהן. פורום שאליו משתייכים הנציגים של האזרחים הוא פורום נוח יותר אפוא לשקלול העדפות של אזרחים בהשוואה לפורום השיפוטי³¹. לעומת זאת, החלת שני מבחני המידתיות הראשונים, הכרוכים בבחינת הקשרים הלוגיים והאמפיריים בין האמצעי לבין המטרה, איננה מעוררת קושי זהה, שכן בתי המשפט פיתחו מומחיות מוסדית בכירור עובדות וקשרים סיבתיים.

יש להדגיש שהחלת שני מבחני המידתיות הראשונים איננה מובילה בהכרח לפסיביות שיפוטית. כפי שניתן ללמוד מהאופן שבו הוחל המבחן הקפדני (שאיננו מכיל הוראות מאזנות מפורשות) בארצות-הברית, החלה כזו יכולה לבטא אקטיביזם חריף³². ואולם אקטיביזם כזה מבוסס על הבנה טובה יותר של עקרון הפרדת הרשויות ושל היחסים שבין הרשות השופטת לבין רשויות המדינה האחרות:

בין האמצעי לבין המטרה (כולל הדרישה לקיומו של אמצעי דרסטי פחות). ראו למשל:

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944) (להלן: *Korematsu case*).

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פרשת בנק המזרחי).

שם, בע' 347.

לדין בסוגיה זו ראו המבוא לספר של אלסטר: J. Elster *Constitutionalism and Democracy* 1–19 (New York, J. Elster & R. Slagstad eds., 1988), וראו האסמכתאות המובאות שם.

הסיכויים של המדינה לצלוח את דרישות המבחן הקפדני בארצות-הברית הם נמוכים ביותר. לכן גונתר כינה מבחן זה "קפדני בתאוריה ובדרך-כלל קטלני במעשה". G. Gunther "The Supreme Court, 1971 Term — Forward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection" 86 *Harv. L. Rev.* (1972) 1, 8. העיר בצדק, ביקורת שיפוטית שתכליתה איתור וסילוק מניעים נסתרים מתוך התמקדות במבחן הקשר אמצעי-מטרה איננה מבטאת בהכרח ריסון שיפוטי אלא דווקא עשויה להוביל לאקטיביזם חריף. ראו: R. Bork *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (New York, 1990) 194–199.

המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

קביעת היעדים החברתיים ומימושם מסורה לקובעי המדיניות, ובחינת הרציונליות שבמימוש זה ושקיפות המניעים השלטוניים מסורה לבתי המשפט.

עם זאת, ברור שאין זה מדויק לומר שבתי המשפט בעולם אינם עוסקים כלל באיזונים מהותיים כאשר הם מתמקדים בשני מבחני המידתיות הראשונים. אמנם מקובל לסס את מבחן המידתיות השני (מבחן ההכרחיות) כמחייב את המדינה לבחור את האמצעי שפוגע פחות בזכות ומאפשר לה להגשים את מלוא מטרתה, ואולם נראה שבפועל, כאשר בתי המשפט פוסלים מדיניות מהטעם שהיא אינה מקיימת דרישה זו, הם מוכנים להסתפק גם בכך שישנו אמצעי דרסטי פחות המאפשר למדינה להגשים את רובה הגדול של המטרה שהיא מבקשת לקדם (ולא את כולה). כך, למשל, בארצות-הברית המימוש של מבחן ההכרחיות במסגרת המבחן הקפדני כרוך תמיד בגריעה מסוימת מהיכולת של הממשלה לקדם את מדיניותה³³. למעשה, אם נניח שמקבל ההחלטה פועל באופן רציונלי, המקרה היחידי שניתן להעלות על הדעת שיש אמצעי דרסטי פחות להשגת מלוא המטרה המוצהרת מאשר האמצעי שנבחר הוא כאשר מקבל ההחלטות הצהיר על מניע שונה מהמניע האמיתי שהוביל לבחירת האמצעי. בכל שאר המקרים שבהם בתי המשפט פוסלים מדיניות מהטעם שלא מתקיים מבחן ההכרחיות, הם בעצם מחילים מידה של איזונים שבין מידת הפגיעה בזכות לבין המידה שבה המדינה יכולה להגשים את מדיניותה³⁴. זהו בעצם המובן המהותי של מבחן ההכרחיות.

נראה כי פרקטיקה שיפוטית כזו משקללת נכון בין שני פרמטרים חשובים לעניין הביקורת השיפוטית: הרצון להבטיח שהכרעות ערכיות תיקבענה על ידי נבחרי העם, מחד, והרצון להבטיח את זכויות האדם, מאידך. השקלול של שני הפרמטרים אמור להוביל, לטעמי, למסקנות הבאות: כאשר בתי המשפט בוחנים פגיעות שאינן בגרעין הזכויות היסודיות, עליהם להסתפק בהחלט שני מבחני המידתיות במובנם הפורמלי. בנסיבות כאלה נכון להעניק משקל חזק יותר לשיקול הדמוקרטי. לעומת זאת, כאשר בתי המשפט בוחנים פגיעות משמעותיות בזכויות יסודיות, לא ניתן להסתפק רק במובן הפורמלי של מבחני המידתיות³⁵. זאת,

Note "Less Drastic Means and the First Amendment" 78 *Yale L. J.* (1969) 464, 468: "by definition, the less drastic alternative will inhibit less than the policy embodied by the statute before the court"

G. Davidov "Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.)" 5 *Rev. Const. Stud.* (2000) 195

35 ההבחנה בין פגיעה בגרעין לבין פגיעה בשולי הזכות, וההבחנה בין זכויות חוקתיות על בסיס חשיבותן היחסית, היא הבחנה רווחת מאוד במשפט ההשוואתי, ויש לה גם ניצנים בפסיקה הישראלית. ראו את עמדת השופטת דורנר בבג"ץ 450/97 שר העבודה, פ"ד נב(2) 433, 452; ובבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 422–423 (להלן: עניין מנהלי השקעות). לסקירה השוואתית ראו ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון (תש"ס, כרך ב') 281. יש לציין כי במשפט החוקתי האמריקני מקובלת ההבחנה המפורשת בין שלוש רמות של ביקורת שיפוטית: על פגיעה בזכויות יסודיות ועל הפליה חשודה (הפליה מטעמי גזע, דת, לאום וכדומה) חל המבחן הקפדני המחמיר; על הפליה

מכיוון שהמבחן הפורמלי איננו נותן משקל מספק לזכויות הנפגעות, והוא מתמקד רק ברציונליות ובאפקטיביות של המדיניות שנבחרה. אולם מדברים אלו לא עולה בהכרח שעל בתי המשפט להחיל במקרים כאלו את מבחן המידתיות במובן הצר. כאמור, מבחן זה בעייתי מכיוון שהוא מזניח לחלוטין את השיקול הדמוקרטי ומגדיל במידה רבה את סכנת הסובייקטיביזציה של הביקורת השיפוטית. לכן באותם מקרים שבהם נטענת פגיעה חמורה בזכויות היסודיות, ראוי שבתי המשפט יחילו את מבחן ההכרחיות במובנו המהותי³⁶. אמנם נכון שמבחן ההכרחיות במובנו המהותי אף הוא מבחן מאזן, וככזה הוא חשוף לביקורת דומה לזו שהוטחה נגד ההחלה של מבחן המידתיות השלישי. עם זאת, כפי שאסביר מיד, הוא בעייתי פחות מנקודת הראות של תאוריה דמוקרטית מאשר מבחן המידתיות השלישי.

נניח, למשל, שהאמצעי שנבחר פוגע בזכות ברמה של 80 ומממש את התכלית של ביטחון ברמה של 100, וקיים אמצעי חלופי שפוגע בזכות ברמה 20 ומממש את התכלית של ביטחון ברמה 70. בשלב מבחן ההכרחיות (גם במובנו המהותי) לא יפסול בית המשפט את האמצעי, מכיוון שהאמצעי החלופי איננו מאפשר את מימוש כל המטרה ואפילו לא את מרביתה (אם האמצעי החלופי היה מאפשר מימוש למשל של 95% מהתכלית הביטחונית, ניתן היה לפסול את האמצעי הנבחר מכוח מבחן ההכרחיות המהותי). לעומת זאת, במקרה כזה בית המשפט עשוי לפסול את האמצעי הנבחר לפי מבחן המידתיות השלישי, מהטעם שהוא מאזן באופן פחות יעיל בין עלות הפגיעה בזכות לבין התועלת מהאמצעי מקדם התכלית (80 עלות מול 100 תועלת) לעומת האמצעי החלופי (20 עלות מול 70 תועלת). במילים אחרות, מבחן ההכרחיות (גם במובנו המהותי) מגביל את ההתערבות השיפוטית במדיניות שפוגעת בזכויות רק לאותם מקרים שבהם האמצעי החלופי מאפשר הגשמת התכלית המוצהרת במלואה או כמעט במלואה. לעומת זאת, התוצאה של החלת מבחן המידתיות השלישי עשויה להיות גריעה משמעותית מהיכולת האפקטיבית של המדינה להגשים את מדיניותה, ולכן הוא מעורר בעייתיות רבה יותר מנקודת הראות של גישה המבקשת להותיר בידי העם ונציגיו את הכוח לגבש מדיניות ציבורית ולממשה.

מטעמי מין חל מבחן ביניים; ועל פגיעה בזכויות שאינן יסודיות (זכויות כלכליות למשל) והפליה בלתי חשודה חל מבחן הקשר הרציונלי, שהוא המבחן המקל ביותר על המדינה. לסקירה ראו: C.E. Baker "Limitation on Basic Human Rights — A View from the United States" *Limitations on Human Rights in Comparative Constitutional Law* (De Mestral et al. ed., 1986) 76.

36 נראה שבארצות-הברית בתי המשפט מחילים את מבחני המידתיות הפורמליים כאשר על הפרק עומדת פגיעה בזכויות שאינן יסודיות (למשל, בזכויות כלכליות). את מבחן ההכרחיות במובנו המהותי מחילים בתי המשפט האמריקניים על פגיעות בזכויות יסודיות, כמו חופש הביטוי ועקרון איסור ההפליה. ראו: G.M. Struve "The Less Restrictive Alternative Principle and Economic Due Process" 80 *Harv. L. Rev.* (1967) 1463, 1464; Bice, *supra* note 7, at p. 39; Note, *supra* note 33, at p. 467.

ג. מבחני המידתיות בעניין בית סוריק

שאלה מקדמית לבחינת פסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון קשורה לסמכות בתי משפט בישראל לדרון בעתירות של תושבים פלסטינים. שאלה כזו מתעוררת בעיקר מכיוון שהפלסטינים הטוענים לפגיעה בזכויותיהם אינם חלק מה-polity הישראלי, ולכן את התרופה לפגיעה בזכויותיהם שמסבה המדינה הכובשת הם צריכים לכאורה לחפש בפורום בינלאומי כדוגמת בית המשפט הבינלאומי בהאג ולא בבתי המשפט של המדינה הכובשת. החלת נורמות של המשפט הבינלאומי בערכאות של המדינה הכובשת, כך ייטען, פוגעת אפוא בעיקרון היסודי שלפיו הכרעות בדמוקרטיה מבטאות את החירות החיובית הקולקטיבית של האזרחים³⁷. בחשבון כולל ייתכן גם שההתיינות בבתי המשפט של המדינה הכובשת יוצרת לגיטימציה להמשך הכיבוש, ולכן אפשר שהיא איננה רצויה אף מנקודת הראות של הפלסטינים עצמם³⁸.

אף שאלו הן אכן טענות כבדות משקל, הנחת העבודה שלי ברשימה זו היא שלא ראוי לשלול את סמכותם של בתי המשפט הישראליים לבקר את החלטותיו של המפקד הצבאי, וזאת משני טעמים עיקריים: ראשית, מכיוון שהמדינה הכובשת משפיעה באופן משמעותי על חייהם של תושבי השטחים הכבושים, יהיה זה הוגן לאפשר להם להשמיע את טענותיהם בבית המשפט של המדינה הכובשת. מצב שבו לאורך זמן הקול של האוכלוסייה הכבושה איננו נשמע ואין ביקורת אפקטיבית על חובת המפקד הצבאי להביא בחשבון את האינטרסים של האוכלוסייה בשטח הכבוש, הוא מצב בלתי צודק ובלתי סביר³⁹. שנית, הדרישה שלפיה המפקד הצבאי יפעל במידתיות איננה נובעת רק מהמשפט הבינלאומי, אלא היא גם חלק אינטגרלי של המשפט הציבורי הפנימי של מדינת ישראל⁴⁰. לאזרחי מדינת ישראל עצמם יש אינטרס בכך שמי שהפקדה בידיו סמכות חוקית יפעל במידתיות, ומכאן הלגיטימיות הדמוקרטית של הביקורת השיפוטית על הפעלת סמכויות אלה. השאלה העיקרית איננה קשורה אפוא לסמכות לביקורת שיפוטית, אלא להיקף הביקורת השיפוטית על סמכויות המפקד הצבאי. סיכויי ההצלחה של טענה בדבר

37 לטיעון "דמוקרטי" נגד התחולה של נורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי במשפט הפנימי של מדינות ראו למשל: C.A. Bradley & J.L. Goldsmith "Customary International Law as Federal Law: A Critique of the Modern Position" 110 *Harv. L. Rev.* (1997) 815.

38 לתחייה ברוח זו ראו: D. Kretzmer *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (Albany, 2002) 187–198.

39 כל זאת כמובן בהנחה שביקורת של פורומים בינלאומיים היא בלתי אפקטיבית.

40 ראו בג"ץ 393/82 איסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז' 785, 810 (להלן: עניין איסכאן); "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי"; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נו' 352, 364–365.

אִי־התקיימות מבחני המידתיות תלויים במידה רבה ברמת הקפדנות שבה בית המשפט מיישם מבחנים אלו. יישום קפדני ומחמיר של מבחנים אלו יוביל, במרבית המקרים, לקביעה שיפוטית שהאמצעי שנבחר איננו "נדרש" לשם קידום המטרה, ולכן הוא ייפסל. בתי משפט בישראל ובעולם נוהגים לעשות שימוש בדוקטרינת "מרחב התמרון" (Margins of Appreciation) ככלי לוויסות הביקורת השיפוטית על מידתיות האמצעי שנבחר.⁴¹ דוקטרינת "מרחב התמרון" (או מתחם המידתיות) מצמצמת את ההתערבות השיפוטית בבחירת האמצעי המתאים להגשמת המטרה ומאפשרת למקבל ההחלטות לבחור את האמצעי המתאים ביותר להגשמת המטרה מבין קשת של אפשרויות סבירות. מעיון במשפט ההשוואתי עולה שהיקפה של דוקטרינה זו מושפע בעיקר משני שיקולים הרלוונטיים גם לפסיקת בג"ץ בעניין בית סוריק: אופי התכלית המדינתית וחשיבות הזכות הנפגעת.⁴²

מקובל להעניק למקבל ההחלטות מרחב תמרון כאשר הוא פועל להגשים את היעד החברתי החיוני של שמירה על ביטחונם של האזרחים.⁴³ החשש הוא שטעות שיפוטית בהערכת היעילות של האמצעי הנבחר עלולה להיות כרוכה בעלות חברתית כבדה, היינו סיכון חיי האזרחים.⁴⁴ לכן בתי המשפט נוטים לאפשר למקבל ההחלטות חופש רב יותר בבחירת האמצעי להגשמת המטרה הביטחונית.

41 דוקטרינה זו נקבעה לראשונה בפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם בפסק הדין *Handyside v. The United Kingdom*, Judgement of 7 Dec. 1976, A.24, p. 22 גם על ידי בית המשפט העליון של קנדה בפסק הדין *R. v. Edward Books and Art* (1986) 2 S.C.R. 713, 772. בארצות-הברית בתי המשפט נוטים להעניק כבוד (Deference) לקונגרס בעניינים מסוימים. ראו למשל: *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990). דוקטרינת "מרחב התמרון" או "מתחם המידתיות" הוחלה לראשונה בישראל בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 29, בע' 439. ראו גם: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 285; בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153; בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 189–191.

42 מרחב התמרון באירופה מושפע גם מהשאלה אם ישנה הסכמה בין מדינות אירופה השונות בדבר ההכרחיות של האמצעי הנבחר. על כך ראו למשל: B. Hovious "The limitation clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter?" 17 *Ottawa L. Rev.* (1985) 213, 257. המשפט הישראלי.

43 באירופה מקובל להעניק למדינות מרחב תמרון רחב כאשר הן שוללות זכויות לצורך ההגנה על ביטחון האזרחים. ראו למשל: *Lawless judgments of 7 April and 1 July 1961*, Ct.H.R., Series A, nos. 2&3; *Ireland v. United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Ct.H.R., Series A, no. 25. למדיניות אִי־ההתערבות בישראל בשיקול הדעת של המפקד הצבאי ראו למשל בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, לג(2) 113, 126 (להלן: עניין אויב); "כבר הודגש לא אחת [...] שתחומי התערבותו של בית־משפט זה בשיקוליו הצבאיים של הממשל הצבאי צרים מאד, ובוודאי יימנע השופט כפרט מלשים את השקפותיו על עניינים מדיניים וביטחוניים תחת שקוליהם הצבאיים של אלה המופקדים על הגנת המדינה ועל שמירת הסדר הציבורי בשטח המוחזק".

44 ג' דוידוב ואח' "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003" הארת דין א(2) (תשס"ד) 61, 77.

המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

ואולם, יש להדגיש, ישנה הצדקה להעניק למדינה מרחב תמרון רק כאשר התכלית הביטחונית שהיא מבקשת לקדם היא אכן התכלית האמיתית. ההיסטוריה המשפטית רצופה במקרים שבהם מקבלי ההחלטות ביקשו להכשיר מניעים פסולים כמו דעה קדומה⁴⁵, או הרצון להשתיק ביקורת פוליטית⁴⁶, בשם ההגנה על הביטחון. בשל החשד שהמדינה מבקשת כעצם לקדם מניעים אחרים מהמניע הביטחוני בקביעת תוואי הגדר, ראוי אפוא שבית המשפט יקיים ביקורת שיפוטית קפדנית שתכליתה לאתר את המניע האמיתי של מקבלי ההחלטות, וימנע מלהעניק למדינה מרחב תמרון בשלב זה. אם וכאשר ישתכנע בית המשפט שהמניע האמיתי הוא הביטחוני, כאמור יהא עליו להעניק למדינה מרחב תמרון.

מנגד, בתי המשפט אינם נוהגים להעניק למקבל ההחלטות מרחב תמרון (או למצער, מעניקים מרחב תמרון צר במיוחד) כאשר מדיניות שלטונית גורמת לפגיעה חמורה בזכויות האדם היסודיות⁴⁷. כאשר התוצאה של מדיניות ממשלתית היא פגיעה קשה בזכויות, העלות החברתית שכרוכה בהיעדרה של ביקורת שיפוטית קפדנית עשויה להיות גבוהה יותר מאשר העלות הכרוכה בקיומה של טעות בהערכת האמצעי על ידי בתי המשפט. בתי משפט, המתייחסים לזכויות בריבונות, יהדקו את הביקורת השיפוטית במקרים כאלה על מנת לוודא שהפגיעה בזכות היא מוצדקת ובלתי שרירותית. היקף הפגיעה באגד של זכויות של התושבים הפלסטינים מצדיק אפוא, לפחות לכאורה, החלת סטנדרט מחמיר של ביקורת שיפוטית בעניין בית סוריק ואי-הענקת מרחב תמרון למדינה.

היישום של שני הפרמטרים לקביעת מרחב התמרון בהקשר של פסיקת בג"ץ בעניין בית סוריק איננו מוביל אפוא לתוצאה חד-משמעית. התכלית הביטחונית מצדיקה הענקת מרחב תמרון גדול למקבל ההחלטה, ואילו עצמת הפגיעה בזכויות

45 *Korematsu case, supra note 28*. כיום מקובלת ההנחה שההחלטה לכלוא אזרחים אמריקנים ממוצא יפני במחנות הסגר נבעה מפוביה, מדעות קדומות ומהטיות בלתי רציונליות כלפי "האחר". ראו, למשל: E. Lin "Case Comment: Korematsu Continued..." 112 *Yale L. J.* 1911, 1914 (2003).

46 למשל, בבג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, נדונה פסילת החלטת הצנזור הצבאי שלא להתיר פרסומה של כתבה שעסקה במועד חילופי של ראש המוסד וכללה גם דברי ביקורת על התפקוד של ראש המוסד היוצא. בית המשפט קבע כי לא מתקיימת הסתברות ברמת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה עקב פרסום מועד החילופים של ראש המוסד. ניתן לחשוש, בהיעדר קשר בין האמצעי למטרה, כי אחד המניעים לאי-ישור הכתבה לפרסום היה קשור לרצון להשתיק ביקורת על תפקוד ראש המוסד.

47 בפסק הדין *Dudgeon v. United Kingdom*, judgment of 22 October 1981, Ct.H.R., Series A, no. 59, para 48–52 (להלן: עניין *Dudgeon* או *Dudgeon case*), מציין בית המשפט האירופי לזכויות האדם כי האיטור הפלילי לקיים יחסים הומוסקסואלים בהסכמה פוגע בהיבט האינטימי ביותר של החיים הפרטיים. לפיכך נקבע כי: "not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation" גם בית המשפט העליון בקנדה נוהג להצר את מרחב התמרון שניתן למדינה כאשר נפגע הגרעין של הזכויות. ראו: *Irvin Toy Limited*, 1 S.C.R. 927, 993–994, 999 (1989).

מצדיקה את הקטנת מרחב התמרון. בנסיבות כאלו ראוי שבית המשפט יחיל רמת ביניים של ביקורת שיפוטית, כלומר שיינתן למדינה מרחב תמרון, ואולם מרחב זה יהיה מוגבל יחסית. כך גם נוהגים בתי משפט רבים אחרים בעולם⁴⁸. ואולם, יש להדגיש, מסקנה כזו מתחייבת רק אם המטרה האמיתית היא המטרה הביטחונית. בהינתן חשד לכאורה שהמדינה מנסה לקדם תכלית שונה מהתכלית המוצהרת, ראוי אפוא שבית המשפט יחיל ביקורת שיפוטית מוגברת לשם וידוא האוטנטיות של התכלית המוצהרת וימנע מלהעניק למדינה מרחב תמרון בשלב זה.

1. התכלית

הדרישה שלפיה על המדינה לקדם "תכלית ראויה" מחייבת את בתי המשפט, ראשית, לזהות את התכלית, ושנית, לבחון את דיוטה המהותית. בשלב קביעת הדיות המהותית של התכלית מתבקש בית המשפט למעשה להעריך במופשט את היחס בין חשיבות היעד שהמדינה מבקשת לקדם לבין חשיבותה של הזכות⁴⁹. הערכה שיפוטית של החשיבות היחסית של תכליות היא בעייתית במיוחד עבור מי שמעוניין להבטיח שנבחרי הציבור יהיו אלו שיקדמו מטרות חברתיות ולא שופטים ממונים. הערכה כזו בעייתית גם מכיוון שקיים ספק ממשי באשר למומחיותם של שופטים לערוך השוואה מהותית בין ערכים נוגדים. לכן בתי המשפט נוהגים שלא להתערב בשלב קביעת היעדים השלטוניים, למעט בגזרה צרה של מקרים. הגבלות על היכולת לקדם יעדים שלטוניים קיימות במשפט באותם מקרים שבהם המדינה פועלת ממניעים פסולים כגון דעה קדומה ועוינות, ובמקרים של פרוטקציוניזם, נפטיזם ודומיהם. בנוסף לכך, במקרים של פגיעות חמורות בזכויות, בתי המשפט אף אינם נוטים לראות בניסיון המדינה להקטין עלויות כספיות או לוגיסטיות משום ניסיון לממש תכלית ראויה⁵⁰.

האיסור במסגרת המשפט הבינלאומי המנהגי על פעולות של מדינה כובשת שתכליתן סיפוח שטחים הוא איסור ברור, ויש לו ביטוי מפורש גם בפסיקה

48 בעניין *Dudgeon* נפסק שהמטרה של החוק האוסר קיום יחסים הומוסקסואליים בהסכמה הייתה מוסרנית. בית המשפט האירופי לזכויות האדם נוהג להעניק למדינות מרחב תמרון רחב כאשר הן מבקשות לקדם מטרה כזו. מצד שני, באותה פרשה בית המשפט ציין כי החוק הנבחן פוגע בהיבטים גרעיניים של הזכות לפרטיות. בנסיבות אלו בית המשפט העניק למדינה מרחב תמרון ואולם הוא קבע שמרחב זה יהיה צר. לדיון ראו: H.C. Yourrow *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (1996) 91; P. Mahoney "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Coin" 11 *Hum. Rts. L.J.* (1990) 57, 80.

49 בקנדה דרישת התכלית מנוסחת באופן יחסי לחשיבות הזכות. לפי: *R. v. Oakes* 1 S.C.R. 103, 138 (1986): "must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom".

50 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 114; בג"ץ 206/94 נוף נ' שר הביטחון, פ"ד נ(5) 449-463. ראו גם א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 528-526.

המוכן הפורמלי והמוכן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקה בג"ץ בעניין גדר הביטחון

בית המשפט העליון⁵¹. הדיון המשפטי בעניין בית סוריק התמקד אפוא בזיהוי התכלית ולא בהערכת דיוטה המהותית. העותרים טענו שהתכלית ביסוד תוואי הגדר היא פוליטית (קביעת גבול, סיפוח), ואילו המדינה טענה שתוואי הגדר נועד להבטיח מטרה ביטחונית בלבד. אף שמהלכים שיפוטיים לבחינת האותנטיות של התכלית המוצהרת הם, כאמור, מצדדים מנקודת ראות דמוקרטית, ניתן, בכל זאת, להקשות כנגד הטעם שבמהלך כזה נוכח קשיי ההוכחה של מניעים. הטענה תהיה שקיים קושי ממשי לאתר את המניע העומד ביסוד החלטה, במיוחד כזו שנתקבלה בגוף קולגיאלי, כמו הממשלה, מכיוון שהחלטה של גוף כזה עשויה להיות מושפעת ממניעים מנוגדים שהנחו את החברים באותו גוף⁵². יתרה מזאת, הליך בבג"ץ, המבוסס על תצהירים ובדרך כלל איננו מאפשר לקיים חקירות נגדיות של נותני התצהירים, איננו ההליך האופטימלי לאיתור מניעים סמויים (להבדיל, למשל, מבחינת מניעים במסגרת המשפט הפלילי). לכן, ניתן להקשות, ראוי שבתי המשפט לא יערכו "אנאליזה של החוק ולא [...] פסיכואנליזה של המחוקק"⁵³.

אף שאין להקל ראש בטענה זו, נראה לי שקשיי ההוכחה כשלעצמם אינם יכולים להוות שיקול מכריע כנגד איתור מניעי הפעולה⁵⁴. ראשית, בפני בית המשפט מצויים הכלים המשפטיים להתמודד עם מניעים מעורבים בנוגע להחלטות שנתקבלו בגוף קולגיאלי. בפסיקה הישראלית ניתן למצוא מספר מבחנים לבחינת המידה שבה המניע הפסול השפיע על ההחלטה. כך ניתן לבחון אם למניע הפסול הייתה השפעה ממשית על ההחלטה⁵⁵ או אם המניע הפסול היה המניע הדומיננטי שהוביל להכרעה זו⁵⁶. שנית, בתי המשפט בישראל ובעולם כבר עוסקים בזיהוי מניעי ההחלטות כעניין שבשגרה בסוגיות שונות כמו הפליה מטעמי גזע ומין⁵⁷ או

51 בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169; עניין אויב, לעיל הערה 43; עניין איסכאן, לעיל הערה 40.

52 לביקורת חריפה ברוח זו ראו את דברי השופט סקאליה בפסק הדין: *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987).

53 זו מימרה שגורה למדי בפסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל. ראו למשל בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 17; בג"ץ 3262/95 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 153, 158; בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 505, 593.

54 השוו לעניין זה עם דברי השופט חשין בבג"ץ 606/93 קידום נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 25, בדיונו בקושי השיפוטי להבחין בין ביטוי מסחרי לביטוי פוליטי: "עצם העובדה כי במקרה פלוני תקשה עלינו המלאכה, אין בה הצדק, לטעמי, כדי להסיק כי לא ננסה למצוא הבחנה במקרים אחרים. השאלה היא שאלה ערכית: אם ראוי ונכון ורצוי להבחין — בגדרי חופש הדיבור והביטוי — בין פרסומת מסחרית לבין דרכי התבטאות בנושאים אחרים. בשאלה זו לא נכריע, כמוכן, בהידרשנו למבחנים טכניים או מכאניסטיים, ואף לא נירטע מקשיים העומדים על דרך".

55 בג"ץ 392/72 ברגר נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764, 773.

56 בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 20–21 (להלן: עניין דויקאט).

57 למשל בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760–761; דב"ע נ/129-3 פלוטקין — אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481.

פגיעות בחופש מדת⁵⁸. בעבר בית המשפט העליון אף לא נרתע מלקבוע שהמניע הדומיננטי שהנחה את קובעי המדיניות בתפיסת מקרקעין פרטיים לשם הקמת ההתנחלות אלון מורה היה מניע פסול (פוליטי ולא ביטחוני)⁵⁹.

בעניין דויקאט הסתמך בית המשפט, בין היתר, על התבטאויות של קובעי מדיניות שמהן עולה שהקמת היישוב נועדה לקדם מטרות פוליטיות ולא ביטחוניות⁶⁰, ועל חוות דעת של מומחים אשר שוללת את התרומה הביטחונית של הקמת ההתנחלות⁶¹. כמו בעניין דויקאט, בית המשפט בעניין בית סוריק יכול היה להסתמך על התבטאויות של קובעי מדיניות בכלי התקשורת שמהן עולה שתכלית תוואי הגדר היא בעיקר מדינית (קרי, קביעת גבול או סיפוח)⁶², ועל דיווחים בכלי התקשורת שמהם עולה שהתוואי המקורי שהוצע על ידי מערכת הביטחון היה קרוב יותר לקו הירוק מאשר התוואי הנוכחי⁶³, הרי על פי הפסיקה בעניין דויקאט, אחת האינדיקציות לזיהוי המניע הביטחוני או הפוליטי קשורה לזהות המוסד אשר יזם את התוואי הנוכחי⁶⁴. בנוסף לכך, עמדה לנגד עיני השופטים חוות דעת ביטחונית של בכירים לשעבר במערכת הביטחון על היעדר הנחיצות הביטחונית של התוואי הקיים. ראיות כאלו היוו בסיס אפשרי להטלת ספק ממשי באשר לטיב המניעים המוצהרים על ידי המדינה ולהחלת ביקורת שיפוטית מחמירה בשלב זה.

נראה שההסתייגות מפני חקירת מניעים נובעת בעיקר משיקולים של פוליטיקה שיפוטית, מהקושי הפוליטי להתעמת עם הרשות המוסמכת בעניין בית סוריק ולקבוע שהיא הונתה למעשה את בתי המשפט ואת הציבור בהציגה תכלית שקרית.

58 למשל: ע"פ 217/68 יוראמקס נ' מ"י, פ"ד (ב) 343; ת"פ (י"ם) 3471/87 מ"י נ' קפלן, פ"מ תשמ"ח(ב) 265; בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485.

59 עניין דויקאט, לעיל הערה 56.

60 למשל, התבטאותו של שר הביטחון בדבר חוסר הנחיצות הביטחונית בהקמת התנחלות. שם, בע' 7.

61 לעתירה צורפו חוות דעת של רב-אלוף (מיל') חיים בר-לב ושל אלוף (מיל') מתתיהו פלד. שם, בע' 7-8.

62 למשל, ריאיון של סגן ראש הממשלה אולמרט לעיתון "הארץ": א' שביט "מקסימום יהודים, מינימום פלסטינאים" הארץ (מהדורת האינטרנט) 13.11.2003. <http://www.haaretz.com/> [hasen/pages/ShArtVty.jhtml?sw=olmert&itemNo=360533] (last visited on 15.5.05).

63 מדיווחים בכלי התקשורת הישראלית עולה שהגורמים הפוליטיים לחצו על המערכת להרחיק את תוואי הגדר מהקו הירוק. ראו למשל א' בן ואח' "הגדר בדרום מתעכבת כי שרון הורה להרחיקה מהקו הירוק" הארץ (מהדורת האינטרנט) 2.9.2004. <http://www.haaretz.co.il/> [hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=472538&contrassID=2&subContrassID=1&sbSubC. contrassID=0] (last visited on 22.2.07).

64 בעניין דויקאט, לעיל הערה 56, בע' 18, קבע השופט ויתקן שאחד הפרמטרים לזיהוי טיב המניע מתקשר לשאלה מי יזם את הפעולה. וכדברי ויתקן, "כאשר בצורכי הצבא המדובר, הייתי מצפה לכך שרשויות הצבא תיזמנה את הקמת היישוב באותו אתר דווקא. ושהרמטכ"ל הוא אשר יביא על-פי יזמה זו את דרישת הצבא לפני הדרג המדיני כדי שזה יאשר את הקמת היישוב".

המוכן הפורמלי והמוכן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

לטעמי, קושי זה איננו מהווה טעם מספיק מנקודת ראות דמוקרטית להימנעות מביקורת שיפוטית מדוקדקת בבחינת האוטנטיות של התכלית המוצהרת. ייתכן, עם זאת, שניתן להקהות את הקושי הפוליטי הכרוך בקביעה שיפוטית כזו באמצעות מיקוד הביקורת השיפוטית ברציונליות של האמצעים הנבחרים. קביעה שיפוטית שלפיה האמצעי הנבחר איננו עומד בדרישות המבחנים הפורמליים של המידתיות (מבחן ההתאמה ומבחן ההכרחיות), עשויה להוות עבור בתי המשפט דרך אלגנטית יותר, מבחינה פוליטית, לאיתור ולסילוק מניעים נפסדים⁶⁵. את עיקר הדיון בתוקף מניעי ההחלטה ביסוד תוראי הגדר אמקד אפוא בסעיפים הבאים.

2. מבחן ההתאמה

מבחינה אנליטית, ההקפדה השיפוטית על קיומו של קשר רציונלי והדוק בין האמצעי לבין המטרות לא בהכרח תקטין את הפגיעה בזכויות האדם. כך, למשל, מימוש אופטימלי של שיקול ביטחוני בלבד יכול להוביל לקביעת תוראי אשר כולא את הערים הפלסטיניות בחומות ואגב-כך מסב לתושבים פגיעה חריפה יותר בזכויותיהם. מימוש מבחן ההתאמה עשוי אמנם להגדיל את היעילות השלטונית ולממש בכך את "הרציונליות הפורמלית", ואולם הוא מתעלם לחלוטין מההשלכות של רציונליות כזו על זכויות האדם של תושבי השטחים. לכן הסתפקות במבחן הקשר הרציונלי כסטנדרט יחיד של ביקורת שיפוטית היא בעייתית. נכון יותר למקד את הביקורת השיפוטית במבחן המידתיות השני, מבחן ההכרחיות, מכיוון שמבחן זה בוחן רק את האפקטיביות היחסית של אמצעים חלופיים שפוגעים פחות בזכויות.

מטעם זה, ובשל החפיפה הרבה הקיימת בין מבחן ההתאמה לבין מבחן ההכרחיות, בתי המשפט בעולם אינם מייחסים חשיבות רבה למבחן הקשר הרציונלי, וממקדים את הביקורת השיפוטית בעיקר בשלב מבחן ההכרחיות⁶⁶. בתי המשפט מסתפקים בבחינת הפוטנציאל של האמצעי הנבחר לקדם את התכלית, ולא נדרשת בשלב זה הוכחה של אפקטיביות מלאה⁶⁷. למעשה, במסגרת מבחן ההתאמה בדרך כלל בתי המשפט אינם מחייבים את המדינה להציג ביסוס אמפירי משמעותי לטענתה בדבר קיומה של התאמה בין האמצעי למטרה, והם נוטים להסתמך בשלב זה על "השכל הישר" ועל היגיון⁶⁸.

65 Ely, *supra* note 8, at p. 146.

66 גדירים המקרים בקנדה (Hogg, *supra* note 27, at p. 807) ובארצות-הברית (Gunter, *supra* note 32), שבהם בית המשפט פוסל מדיניות רק מהטעם שלא התקיים מבחן הקשר הרציונלי. נראה, עם זאת, שבשנים האחרונות בית המשפט העליון האמריקני מחיל ביקורת שיפוטית מחמירה יותר לגבי אותם עניינים שהוא נוהג להחיל עליהם את מבחן הקשר הרציונלי, כמו למשל במקרים של הפליה נגד הומוסקסואלים. ראו למשל: 116 S.Ct 1620 *Romer v. Evans* (1996).

67 דוידוב ואח', לעיל הערה 44, בע' 78.

68 המחשה לגישה המרוככת שנהוג להחיל במסגרת מבחן ההתאמה ניתן למצוא בפסק הדין

מבחן ההתאמה, גם במובנו המרוכך, יכול בכל זאת לסייע בחשיפת המניע האמיתי של מקבל ההחלטות, במקרה שבו היה זה מודרך אך ורק על ידי המניע הנפסד וכאשר ניתן להסיק את חוסר הרציונליות מתוך הסתמכות על השכל הישר, ללא צורך להסתמך על ביסוס אמפירי. דוגמה לכך ניתן למצוא בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון⁶⁹. באותה פרשה נדונה חוקתיותן של הוראות בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, המאפשרות לעצור חיילים עד להבאתם בפני שופט לתקופות מעצר ארוכות יותר בהשוואה לאזרחים. המדינה ביקשה להצדיק את ההבדל בין תקופות המעצר של חיילים ואזרחים, בין היתר, בטענה שקיצור תקופת המעצר לחיילים יפגע במשמעת הצבאית וכפועל יוצא מכך גם בביטחון המדינה⁷⁰. אם נחיל את מבחן ההתאמה לגבי טענה כזו, נגיע למסקנה שאין קשר רציונלי בין קביעת תקופות מעצר ארוכות יותר לחיילים לבין המשמעת הצבאית וביטחון המדינה. כעניין של שכל ישר, לא ברור כלל מדוע החובה להביא חייל עצור בפני שופט צבאי תפגע במשמעת הצבאית. הרי אם יש ראיות לכאורה לכך שהחייל ביצע עבירה, סביר להניח שתקופת מעצרו תוארך על ידי השופט הצבאי. מהיעדרו של קשר הגיוני בין האמצעי לבין המטרה ניתן להסיק שהמטרה המוצהרת (קידום המשמעת הצבאית וביטחון המדינה) איננה, ככל הנראה, התכלית האמיתית. לעומת זאת, קיים קשר הדוק בין האמצעי (תקופות מעצר ארוכות) לבין המטרה האוטנטית (קשיים מנהליים ושיקולי עלות), מטרה שאותה ביקשה המדינה, ככל הנראה, להצניע⁷¹.

לעומת זאת, כאשר ישנם שני מניעים אשר השפיעו על החלטה מסוימת (אחד תקף והשני לא) לא יהיה די במבחן הקשר הרציונלי כדי לאתר מניעים סמויים. זאת מכיוון שהאמצעי הנבחר כן קידם במידה מסוימת (אף אם לא באופן האופטימלי) את המניע המוצהר והתקף. זוהי, ככל הנראה, הסיטואציה שעמה נדרש בית

הקנדי 199 3 S.C.R. (1995) *RJR-MacDonald v. Canada*. באותה פרשה נדון התוקף החוקתי של האיסור על פרסום למוצרי טבק. העותרים הציגו מחקרים שמהם עולה שפרסום למוצרי טבק איננו מגדיל את מספר המעשנים אלא משפיע רק על נידוד של צרכני טבק ממוצר אחד לשני. בית המשפט דחה את הטענה שלפיה האיסור בחוק על הפרסום איננו קשור בקשר רציונלי למטרתו, וקבע כי ניתן להסתמך על ההיגיון הבריא על מנת להניח שפרסום סיגירות יגדיל את מספר המעשנים החדשים. לדין ראו: 808-809. Hogg, *supra* note 27, at pp. 808-809.

69 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (להלן: עניין צמח).

70 שם, בע' 280-281.

71 נראה שהמדינה בחרה להדגיש את התכלית הביטחונית (המשמעתית) ולא את התכלית הלוגיסטית. זאת, בעיקר נוכח פסיקה מוקדמת יותר של בית המשפט שלפיה שיקולים של לוגיסטיקה ועלויות אינם יכולים לשמש תכליות ראיות. ואולם בדעבד הסתבר שהיא לא היתה חייבת לעשות כן. בעניין צמח, לעיל הערה 69, קבע בית המשפט שתכלית לוגיסטית איננה תכלית פסולה בהגדרה, אלא שהתוקף שלה נמדד בהתחשב בטיב הזכות הנפגעת ובמידת העלות הכספית שכרוכה במימוש הזכות. ראו דברי השופט זמיר, שם, בע' 281: "באופן עקרוני, אין לשלול את האפשרות שהיקף המשאבים הנדרשים ימנע, באופן מעשי, את קיצור התקופה. וכבר אמר מי שאמר כי הפער בין מצוי לבין רצוי הוא בגימטריה, כסף".

המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

המשפט העליון להתמודד בעניין בית סוריק. מתוך הסתמכות על השכל הישר בלבד, קשה להסיק שקביעת תוואי הגדר שלא לאורך הקו הירוק איננה יכולה לקדם את המטרה הביטחונית. בית המשפט צודק כאשר הוא מציין ששיקולים ביטחוניים עשויים דווקא להוביל להרחקת הגדר מהיישובים היהודיים בתוך שטחי ישראל⁷². מכאן שלא ניתן לשלול (במסגרת מבחן ההתאמה במובנו המקובל והמרוכך) את השפעתו של המניע הביטחוני התקף על תוואי הגדר. את עיקר הבחינה של תרומת תוואי הגדר הקיים לשמירה על ביטחונם של אזרחי מדינת ישראל יש לקיים אפוא במסגרת מבחן ההכרחיות.

3. מבחן ההכרחיות

השלב השני במבחן המידתיות מחייב את המדינה לבחור את האמצעי המאפשר לה להגשים את מטרתה תוך הסבת פגיעה מצומצמת יותר בזכות. בשלב זה בית המשפט נדרש לבחון את האפקטיביות היחסית של האמצעים החלופיים ואת עצמת הפגיעה בזכויות שכרוכה במימוש כל אחד מאמצעים הללו. מבחן ההכרחיות מהווה את הלב של מבחני המידתיות. ברוב המקרים שבהם בתי המשפט פוסלים אמצעי מסוים, הדבר נעשה בשל קיומם של אמצעים שהם דרסטיים פחות להשגת המטרה⁷³.

המדינה טענה שתוואי הגדר הנוכחי הוא הכרחי לשם השמירה על ביטחונם של אזרחי ישראל, ולעומתה, העותרים הצביעו על חלופה דרסטית פחות שלטענתם מבטיחה את האינטרס הביטחוני לפחות באותה מידה. המחלוקת העיקרית בפסק הדין נגעה למידת האפקטיביות היחסית של תוואי הגדר הקיים (בהשוואה לתוואי הגדר החלופי) במימוש התכלית המוצהרת, הביטחונית. בית המשפט פסק כי החלופה המוצעת על ידי העותרים איננה מגשימה את המטרה הביטחונית באותה מידה כמו תוואי הגדר הנוכחי. בית המשפט ביסס הכרעה זו על חוסר במומחיות של שופטים בענייני ביטחון ועל היעדרם של כלים שיפוטיים להעריך את התרומה היחסית של תוואי הגדר הנוכחי והתוואי המוצע לביטחון המדינה. לכן נפסק כי בבחינת האפקטיביות היחסית הזו נטל ההוכחה שהוטל על העותרים הוא כבד, ובנטל זה הם לא עמדו⁷⁴.

בפסיקתו זו קובע בית המשפט העליון רף גבוה מאוד להוכחת התנאים של מבחן ההכרחיות, והוא מסב את כל הנטל על הטוען לפגיעה בזכות. התוצאה של פסיקה כזו היא שכאשר המדינה מצהירה על מטרה ביטחונית, יהיה זה כמעט בלתי אפשרי עבור העותרים להוכיח את אי-התקיימות דרישות מבחן ההכרחיות.

72 עניין בית סוריק, לעיל הערה 1, בע' 831.

73 בישראל כבר פסל בית המשפט שני חוקים מהטעם שלא התקיים מבחן ההכרחיות. ראו עניין מנהלי השקעות, לעיל הערה 35; עניין צמח, לעיל הערה 69. זהו גם המצב בקנדה. ראו:

Hogg, *supra* note 27, at p. 810.

74 עניין בית סוריק, לעיל הערה 1, בפסקאות 47, 56.

כפועל יוצא מכך, חוסס גם בית המשפט (כמעט לחלוטין) את האפשרות לבסס טענה, אפילו בעקיפין, בדבר חוסר האותנטיות של המניע הביטחוני. תוצאה כזו היא לטעמי בלתי רצויה, שכן כאמור ישנה חשיבות גדולה בחיובה של הממשלה לפעול על יסוד מניעים שקופים. ככל שמדובר בשיקולי ביטחון, עמדה שיפוטית כזו הופכת למעשה את מבחן ההכרחיות, הגרעין של מבחני המידתיות, למבחן שהוא ריק מתוכן. הרי המשמעות העיקרית של מבחן ההכרחיות היא בבחינה היחסית של האפקטיביות של חלופות בהשגת המטרה המוצהרת. לכן בית המשפט מועל בתפקידו כאשר הוא קובע שאין ביכולתו לבחון את האפקטיביות היחסית של התוואי הנוכחי מול התוואי המוצע.

נראה שביסוד הקביעה שהנטל שמוטל על העותרים להוכחת האפקטיביות השווה של התוואי החלופי הוא כבד, עומדת ההנחה שטעות בהערכת האפקטיביות של שיקולי ביטחון עלולה להיות כרוכה בעלויות כבדות. הנחה כזו, בדין יסודה רק אם שיקולי ביטחון טהורים עמדו לנגד קובעי המדיניות בקביעת תוואי הגדר. ואולם, כפי שראינו, העותרים הצליחו לפחות לעורר ספק באשר לאותנטיות של המניע הביטחוני המוצהר⁷⁵. ספק זה מצדיק החלת ביקורת שיפוטית קפדנית לשם איתור המניע האמיתי, ביקורת הכרוכה גם בהערכת היעילות היחסית של החלופה המוצעת. יש גם לזכור שמול הסכנה שטעות בהערכת המניעים תוביל לפגיעה בביטחון, ישנה גם סכנה שהימנעות מקיומה של בחינה שכזו עלולה לאפשר פגיעות אנושות בזכויות הפלסטינים. עצמת הפגיעה בזכות היא בוודאי שיקול לטובת הידוק הביקורת השיפוטית והעברת הסיכון בגין טעות בהערכה השיפוטית דווקא אל שכמ המדינה⁷⁶. במסגרת הידוק הביקורת השיפוטית, בשלב זה צריך היה בית המשפט לדרוש מהמדינה לחשוף את כל הנתונים הצבאיים הקיימים לגבי האפקטיביות של התוואים החלופיים, ולבחון את יעילותם, בדיוק כפי שהוא נהג במקרים אחרים שבהם הוא כחד להדק את הביקורת השיפוטית⁷⁷.

קשה גם ליישב פסיקה זו של בג"ץ עם העמדה הרווחת בפסיקה עד כה. בפסק

75 הטקסט הנלווה להערה 62 לעיל.

76 ראו, למשל: עניין צמח, לעיל הערה 69, בע' 268; פרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 29, בע' 579. לזיקה שבין חשיבות הזכות הנפגעת לבין כללי חלוקת הנטל במשפט ההשוואתי והבינלאומי ראו: J. Kokott *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approach with Special Reference to the American and German Legal System* (London, 1998) 22.

77 ביטוי מובהק לבירור עובדתי נוקב בשאלת האפקטיביות של האמצעי הנבחר לקידום המטרה המוצהרת אפשר למצוא בהחלטת ביניים מיום 16.12.97 שניתנה בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון (לא פורסם) פדאור (2)97: 482. בהחלטה זו בית המשפט קובע כי "הנתונים שהובאו בפנינו אינם מספקים אותנו. מבקשים אנו, בטרם ניתן את החלטתנו בעתירה על יסוד הטיעונים והסיכומים שהוגשו לנו, כי המשיבים ימציאו לבית המשפט, תוך ארבעים וחמישה יום, נתונים מלאים ומפורטים". בהמשכה של החלטה זו מוצגות עשר שאלות מפורטות, המחייבות את הצבא להציג נתונים מלאים שנועדו להעריך את ההכרחיות בקביעת תקופות מעצר ארוכות יותר לחיילים בהשוואה לאזרחים.

הדין המנחה בפרשת בנק המזרחי, שבו נבחנה חוקתיותו של חוק המוחק חלק מחובות הקיבוצים והמושבים, התעוררה אמנם מחלוקת בקרב השופטים בסוגיית חלוקת הנטל בין העותרים למשיבים בשלב הוכחת האפקטיביות של חלופות שפוגעות פחות בזכות הקניין. ואולם נראה שרוב השופטים שדנו בסוגיה זו סברו שנטל השכנוע צריך לעבור למדינה להוכיח שהאמצעי שנבחר על ידה מגשים את המטרה בצורה האפקטיבית ביותר. המחלוקת העיקרית בפרשת בנק המזרחי נגעה בשאלה מי צריך לשאת בנטל הראיה⁷⁸. נדמה, לטעמי, שבפסיקה בעניין בית סוריק העותרים הרימו לפחות את נטל הראיה, שהרי הם הצביעו על חלופה אפשרית לתוואי הגדר הקיים והם ביססו את האפקטיביות היחסית שלה על חוות דעת של מומחים צבאיים. מכיוון שנטל השכנוע אמור להיות (לפי הדעה הרווחת בפרשת בנק המזרחי) על המשיבים, הספק לגבי האפקטיביות של התוואי החלופי ביחס לתוואי הקיים צריך היה לפעול לטובת העותרים. נכון שמלאכת ההשוואה היחסית של האפקטיביות של התוואי המוצע והחלופי איננה מלאכה פשוטה. נכון גם ששופטים אינם מומחים בתחום הצבאי. ואולם שופטים אף אינם מומחים בתחום הרפואי ובכל זאת הם נוהגים להעריך את הסבירות של חוות דעת רפואיות בתביעות נזיקין⁷⁹. ובפעול, יש לציין, אכן בחן בית המשפט בפסק הדין בעניין בית סוריק את האפקטיביות היחסית של תוואי הגדר הנוכחי מול התוואי המוצע במסגרת מבחן המידתיות השלישי. קביעה שיפוטית, כגון זו המופיעה בפסק הדין, שלפיה "הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי [הוא] קטן ביותר"⁸⁰, היא בהכרח תולדה של הערכה שיפוטית בדבר האפקטיביות היחסית של התוואי הקיים מול התוואי החלופי. לכן כלל לא ברור מדוע בית המשפט קובע שאין לו את הכלים לערוך בחינה שכזו. התוצאה המצערת של אי-קיום בחינה מדוקדקת של האפקטיביות של תוואי הגדר הנוכחי בהשוואה לתוואי המוצע היא פגיעה חמורה בזכותם הדמוקרטית של אזרחי מדינת ישראל לדעת מהו המניע האמיתי שעמד ביסוד אחד הפרויקטים החשובים ביותר בתולדות מדינת ישראל — קביעת תוואי הגדר.

78 בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 29, סברו השופטים ברק וד' לוי שנטל השכנוע ונטל הבאת הראיה עוברים למדינה לאחר שהעותרים הוכיחו את קיומה של הפגיעה בזכות. השופטים שמגר וחשין (וככל הנראה גם השופט מצא) סברו שבשלב הוכחת התקיימות הדרישות של פסקות ההגבלה, נטל השכנוע הוא על המדינה ואילו נטל הבאת הראיה הוא על העותרים. רק השופטים כץ וגולדברג סברו שגם נטל השכנוע וגם נטל הבאת הראיה נשארים אצל העותר. ראו לעניין זה את דברי השופט ויתקין בעניין דייקא, לעיל הערה 56, בע' 25–26: "כידוע, חזון נפרץ הוא שבת-המשפט נדרשים להכריע בשאלות הדורשות מומחיות מיוחדת — מומחיות שאינה בדרך כלל בהישג ידיעתם של שופטים. מגישים לנו חוות דעת של מומחים נכבדים, ואלה סותרים זה את זה מכל וכל. כך קורה לעיתים במשפטים המעלים בעיות רפואיות, וכך, למשל, גם בכל משפט על הפרת פטנט המעורר בעיות שבתחום הכימיה, הפיזיקה ומדעי טבע אחרים".

80 עניין בית סוריק, לעיל הערה 1, בע' 851–852 (כנוגע ליישום מבחן המידתיות כמובן הצר).

4. היחסיות במובן הצר

ייתכנו, עם זאת, מקרים נדירים שבהם ניתן יהיה לחשוף מניע נפסד גם כאשר ישנה הלימה מוחלטת בין האמצעי לבין המטרה, כלומר גם כאשר המדיניות השלטונית הנבחנת צולחת את היישום הקפדני של מבחן ההכרחיות בשלום. כאשר התרומה של האמצעי שנבחר למימוש המטרה המוצהרת (ביחס לאמצעי חלופי) היא זניחה ביחס לעצמת הפגיעה בזכויות האדם, ייתכן שקיומה של תרומה שולית כזו איננה אלא סוג של רציונליזציה של מניע נפסד. טענה ברוח זו אפשר למצוא אצל אילי (Ely), בדונו במקרה תאורטי שבו מורה מפריד בין תלמידים שחורים ללבנים בכיתה מטעמים אסתטיים. אפשר אמנם שישנה הלימה מלאה בין האמצעי (ההפרדה) לבין המטרה (אסתטיקה), ואולם מכיוון שהמטרה האסתטית היא כה טריוויאלית, מתעורר החשד שאין היא אלא סוג של רציונליזציה של מניע גזעני ונפסד.⁸¹

במספר מקומות בחלק היישומי של פסק הדין בעניין בית סוריק, בית המשפט מצייין ש"הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי קטן ביותר ביחס לפער הרב בין גדר המפרידה בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם לבין גדר שאינה יוצרת הפרדה זו".⁸² ברוח הדברים של אילי, ניתן לטעון כי תרומה שולית כזו רק מעצימה את החשד שהמניע האמיתי ביסוד קביעת תוואי הגדר הוא פוליטי ולא ביטחוני. קביעה כזו של בית המשפט באה אגב יישומו של מבחן המידתיות במובן הצר. אמנם בדרך כלל מקובל ליישם את מבחן זה באמצעות "השוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה".⁸³ ואולם, כך לפי ברק, "ניתן גם להפעיל בחינה 'יחסית' של המידתיות במובן הצר. לפי גישה זו, נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהא פחותה במידת-מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית על-פי מבחן המידתיות 'במובן הצר' אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטת החלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית".⁸⁴

81 Ely, *supra* note 8 at pp. 147–148, מבחין בין דוגמה זו לבין דוגמה אחרת שעוסקת במדיניות של הפרדה שנועדה למנוע התפרעויות בין-גזעיות בבית הכלא. ככל שמדובר בהפרדה בבתי כלא שזו תכליתה, נראה כי התרומה של מדיניות ההפרדה עשויה להיות משמעותית, ולכן לא ניתנת להכנה כסוג של רציונליזציה של מניע גזעני. לדין ראו גם: P. Brest *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials* (Toronto, 1975) 489. לגישה שונה, שלפיה בהתקיים הלימה מוחלטת בין האמצעי למטרה, לא ניתן להסיק קיומו של מניע נפסד ראו: "Mental Illness: A Suspect Classifications?" 83 *Yale L. J.* (1974) 1237, 1251.

82 עניין בית סוריק, לעיל הערה 1, בע' 851–852. ראו גם את האמור בע' 856: "משוכנעים אנו, כי היתרון הביטחוני המושג בתוואי שקבע המפקד הצבאי בהשוואה לתוואי החלופי אינו שקול כלל ועיקר לתוספת הפגיעה בחיי התושבים המקומיים הנגרמת בשל צו זה".

83 שם, בע' 840.

84 שם, שם. כמו כן, ראו בע' 841.

המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

הנשיא ברק איננו מבסס (באמצעות הפניה למקורות משפטיים) את התייחסותו למה שהוא מכנה "בחינה יחסית של המידתיות במובן הצר"⁸⁵. נראה שברק מכוון לאותם מקרים שבהם בתי משפט בארץ ובעולם פוסלים, אגב יישום מבחן ההכרחיות, מדיניות שפגיעתה בזכות היא רבה וקיימות חלופות בעלות אפקטיביות כמעט מלאה להגשמת התכלית המוצהרת⁸⁶. זהו בעצם היישום של מבחן ההכרחיות במובנו המהותי. כפי שטענתי קודם, ההחלה של מבחן ההכרחיות במובנו המהותי היא מוצדקת כאשר בתי המשפט בוחנים את הלגיטימיות של פגיעות קשות בזכויות יסוד (ורק לאחר שיושמו מבחני המשנה הפורמליים של המידתיות באופן קפדני). בחינה כזו מוצדקת, ראשית, משום שבמקרים נדירים היא מאפשרת (ברוח הדוגמה של אילי) חשיפה של מניעים נסתרים ומעודדת שקיפות שלטונית, ושנית, אין היא כרוכה בגריעה משמעותית מהיכולת של נבחר העם בחברה המבוססת על שלטון עצמי (Self-Government) להגשים את מדיניותם⁸⁷.

ואולם קשה להבין, למקרא פסק הדין בעניין בית סוריק, איזה מובן של מבחן היחסיות במובן הצר מיישם בית המשפט בחלק היישומי של פסק הדין. בחלק הנורמטיבי של פסק הדין הנשיא ברק מציג את שני המובנים האמורים, ואולם אין הוא מכריע בשאלה מי מבין השניים הוא הראוי יותר בעיניו. בחלק היישומי של פסק הדין, בצד יישום של מה שנראה כ"בחינה היחסית של המידתיות במובן הצר", נראה שבית המשפט מיישם גם את הנוסח המקובל של מבחן המידתיות במובן הצר (השוואה בערכים מוחלטים). למשל, באחד המקומות אומר ברק: "היתרון הביטחוני לו שואף המפקד הצבאי (בהשוואה לתוואי החלופי האפשרי) אינו שקול כנגד הפגיעה הקשה בחקלאים (על פי התוואי המוצע על ידי המפקד הצבאי)"⁸⁸. באותם מקרים שבהם הניתוח של בית המשפט גולש יותר לכיוון של איזון בערכים מוחלטים, הנמקה משפטית כזו היא בעייתית. כפי שהסברתי קודם,

85 למיטב ידיעתי, זו הפעם הראשונה שבתי המשפט בישראל או בעולם מפנים למובן כזה של המידתיות במובן הצר. מעניין לציין כי כאשר בית המשפט העליון בפסיקה מאוחרת לפסק הדין בעניין בית סוריק, לעיל הערה 1 מחיל את מבחן המידתיות במובן הצר, הוא כלל איננו מזכיר את מה שברק מכנה "הבחינה היחסית של המידתיות במובן הצר". ראו למשל פסיקת בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר (טרם פורסם, ניתן ביום 9.9.04) [http://www.lawdata.co.il/ezproxy.openu.ac.il/upload/psakdin/83768.rtf] (last visited on 29.5.05) אשר עסקה בחוקתיות הקיצוץ בקצבאות הזקנה. בפסקה 16 לפסק דינו מציג הנשיא ברק את מבחן המידתיות במובן הצר רק במובנו המקובל (השוואה בערכים מוחלטים): "האם נבחר אמצעי שפגיעתו בפרט אינה עומדת ביחס סביר לתועלת הצומחת ממנו?".

86 ראו: Note, *supra* note 33, at p. 468; Davidov, *supra* note 34.

87 לזכותו של בית המשפט בעניין בית סוריק ייאמר כי הוא פועל באופן שקוף ונכון יותר כאשר הוא מודה בכך שמלאכת השפיטה כרוכה במידה של איזון ובגריעה מסוימת מהיכולת של הרשות המוסמכת להגשים את מדיניותה. עמדה שיפוטית כזו היא ראויה יותר מאשר גישה שיפוטית שמסווה מידה מסוימת של איזונים מהותיים אגב יישום של מבחן ההכרחיות. ראו דוידוב ואח', לעיל הערה 44, בע' 81.

88 עניין בית סוריק, לעיל הערה 1, בע' 854–855. ראו גם הדין בע' 858–860.

מבחינת מידתיות שמיישמים את הרציונליות המהותית, ובמיוחד מבחן המידתיות במובן הצר (איזונים בערכים מוחלטים), לוקים במידה רבה של סובייקטיביות, והם עלולים להוביל לכך ששופטים בעצם יישמו את הערכים שלהם. זוהי תופעה מסוכנת עבור מי שמעוניין להבטיח שהכרעות בעניינים חיוניים (ובוודאי קביעת הגדר היא אחת מהן) תתקבלנה על ידי הרשויות המוסמכות שנושאות באחריות (accountability) כלפי הבורחים. בנוסף לכך, כלל לא ברור מהי המומחיות של בית המשפט לערוך איזונים בין אינטרסים נוגדים. בית המשפט אמנם חוזר ומדגיש כי הוא, בהשוואה למפקד הצבאי, נהנה ממומחיות יחסית בתחום הדין ההומניטרי וביישום של מבחני המידתיות. למשל, בית המשפט קובע שהשופטים "בודקים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו"⁸⁹. ואולם קביעה זו לגבי הכישורים של שופטים היא נכונה, ככל שבית המשפט מתמקד יותר בבחינת הקשרים הרציונליים שבין האמצעי למטרה, ופחות ככל שמדובר באיזונים שבין מימוש המטרה לבין הפגיעה בזכויות⁹⁰. הרי כדברי שמגר בפרשת בנק המזרחי, מבחן המידתיות השלישי הוא יותר מסקנה מאשר אמת מידה משפטית, וכלל לא ברור כיצד בית המשפט אמור ליישם אותו. העמימות שמבחן המידתיות השלישי מותיר מגדילה את החשש ששופטים, במודע או שלא במודע, יקדמו ערכים שתואמים את השקפתם הפוליטית.

הגישה שלטעמי ראוי להחילה על מקרים של פגיעות קשות בזכויות האדם היא כזו המבטיחה את הרציונליות שבקבלת ההחלטות ואת השקיפות של ההליך הדמוקרטי, מצד אחד, ומאפשרת מידה מוגבלת של איזונים שתכליתם הגנה על זכויות האדם היסודיות, מצד שני. לכן באותם מקרים שבהם מתרחשת פגיעה קשה בזכויות אדם (וקביעת תוואי הגדר הנוכחי בהחלט גורמת לפגיעה כזו), בית המשפט רשאי לגרוע במעט מהיכולת לממש התכלית הביטחונית של המדינה במסגרת מבחן ההכרחיות במובנו המהותי או במסגרת מה שברק מכנה "הבחינה היחסית" של מבחן המידתיות במובן הצר". אולם אין הוא רשאי לאזן במקום הרשות המוסמכת בין התועלת הביטחונית מהתוואי הקיים לבין עצמת הפגיעה בזכות.

ד. סיכום

פסיקת בג"ץ בעניין תוואי הגדר מטרידה לא בשל תוצאותיה, אלא בעיקר בשל ההנמקה המשפטית שעומדת ביסודה. טענתי היא שבית המשפט, לנוכח החשד לגבי טיב המניעים של השלטון, צריך היה למקד את הביקורת השיפוטית בעניין

89 שם, בע' 846.

90 לדיון בסוגיות המומחיות של משפטים בפרוצדורות ובבירור ראיתי ראו: Ely, *supra* note 8, at pp. 102-103.

המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון

בית סוריק בשני מבחני המידתיות הראשונים, מבחנים שהם בעלי האופי הפורמלי. בחינה קפדנית של מבחנים אלו הייתה, כך סביר להניח, מובילה לפסילת תוראי הגדר לנוכח ההשפעה שהייתה למניע הפוליטי על תוראי הגדר. בית המשפט רשאי ליישם את המובן המהותי של מבחני המידתיות, כך טענתי, רק במקרים שבהם מתרחשת פגיעה משמעותית בזכות יסודית, ורק לאחר שהמדינה הצליחה לשכנע את בית המשפט בהתקיימות מבחני המידתיות הפורמליים (בעיקר מבחן ההכרחיות). באותם מקרים שבהם ראוי שבית המשפט יחיל את המובן המהותי של מבחני המידתיות, יש להסתפק בהחלת מבחן ההכרחיות במובנו המהותי ואין להחיל את מבחן המידתיות במובן הצר (בהשוואה בערכים מוחלטים).

מעבר לבעייתיות הדמוקרטית בשיטת ההנמקה שעליה הסתמך בית המשפט, יש מידה של חוסר קוהרנטיות באופן שבו מיישם בית המשפט את מבחני המידתיות. אם אכן, כפי שפוסק בית המשפט, התכלית שהמדינה ביקשה לקדם היא התכלית הביטחונית, ראוי היה (כפי שמקובל בישראל ובמדינות רבות אחרות) לצמצם את הביקורת המהותית על האיוון השלטוני שבין הזכות הנפגעת לבין ביטחון המדינה מתוך הסתמכות על דוקטרינת מרחב התמרון. ואולם בית המשפט כלל לא החיל דוקטרינה זו, והוא אף לא נימק את היעדר ההתבססות עליה בחלק היישומי של פסק הדין.⁹¹ הימנעות כזו היא תמוהה כאשר המדינה מבקשת לקדם מטרה ביטחונית, וניתן אולי להסביר את היעדרה בכך שבית המשפט הודרך, בכל זאת, בפסיקתו על ידי החשד שהתכלית האמיתית ביסוד תוראי הגדר לא הייתה התכלית הביטחונית (אף שבאופן גלוי הוא לא הטיל ספק במניעי המדינה).

אך פרט לכך, החשש הוא שהפסיקה בעניין בית סוריק תאות לבתי המשפט במקרים עתידיים למקד את הביקורת השיפוטית בשלב מבחן המידתיות במובן הצר ולא במבחני המידתיות הפורמליים (במיוחד מבחן ההכרחיות). התמקדות במבחן המידתיות השלישי עלולה להגדיל את מספר המקרים שבהם שופטים יאזנו, כעניין שבשגרה, בין ערכים ואינטרסים מתנגשים וינהלו למעשה את המדינה במקום נבחרי הציבור.

תופעה כזו עלולה להגביר את הפוליטיזציה של ההליך השיפוטי. צורת הנמקה כזו של בית המשפט עשויה לעודד הן תושבים פלסטינים והן מתנחלים יהודים להגיש עתירות לבג"ץ על מנת לוודא שהאינטרסים שלהם יהיו מובטחים.⁹² כך

91 בית המשפט אמנם מזכיר את "מתחם המידתיות" בחלק הנורמטיבי של פסק הדין (עניין בית סוריק, לעיל הערה 1, בע' 840), ואולם התייחסות למתחם זה נעדרת לחלוטין מהחלק היישומי שלו.

92 פסיקת בג"ץ אשר מחליפה את שיקול הדעת של המפקד הצבאי עשויה לעודד גם מתנחלים להגיש עתירות לבג"ץ בטענה שתוראי הגדר איננו מבטיח את הזכות שלהם לחיים. הנמקה משפטית המבוססת על איוונים מגדילה, לפיכך, את מספר המקרים שבהם בית המשפט יידרש להכריע בשאלות של מדיניות, ובכך ישנה סכנה לפוליטיזציה של פסיקת בג"ץ. על הפוטנציאל של טענות ברבר היעדר מידתיות של הגדר באופן שפוגע גם במתנחלים ראו "ירעז" פגיעה באיכות החיים של פלשתינאים? טענה מזוהה". הארץ 29.8.2004: <http://www.>

עלול בג"ץ להפוך בעצם לפורום שבו מנוהל אחד הפרויקטים החשובים ביותר של מדינת ישראל בשנים האחרונות. עבור מי שמאמין שהכרעות חיוניות במדינה דמוקרטית צריכות להתקבל על ידי נבחרי העם או מי שהוסמכו על ידיהם, וכותב שורות אלו נמנה עליהם, תוצאה כזו איננה רצויה.