

## משפט ציבורי ונתונים אמפיריים: בימים ההם ובזמן הזה

מאת

דפנה ברק-ארז\*

המאמר בוחן את המפנה האמפירי במשפט הציבורי כתופעה המשלבת ישן וחדש. מפנה זה צומח מתוך החובה המסורתית שתמיד הייתה מוטלת על רשויות מינהליות – להניח תשתית עובדתית להחלטותיהן – אך חותר לפיתוח גישה "מקצוענית" מבעבר לעמידה בחובה זו. המאמר בוחן גם את עליית חשיבותה של הביקורת השיפוטית המבוססת על בדיקת עובדות, ובהמשך לכך מצביע על הקשיים העומדים בפני בעלי הדין המבקשים לחלוק על הביסוס העובדתי של החלטת הרשות, על האתגרים של איסוף מידע במציאות גלובלית ועל הקשיים הנוגעים למידת האקטיביות שמפגינה הרשות באיסוף המידע על ידה. כמו כן המאמר עומד על ההבחנות הקיימות בין הביקורת השיפוטית על התשתית העובדתית במישור המינהלי לבין זו שנעשית במישור החוקתי (בהתחשב במרווח הרחב של שיקול הדעת המסור לנבחרי הציבור). הלכה למעשה, המאמר מציג הבחנה בין שלושה סוגים טיפוסיים של מחלוקות בשלב הביקורת השיפוטית – כאלה הנוגעות להחלטות שהתקבלו ללא כל תשתית עובדתית, כאלה הנוגעות להחלטות שהתקבלו לאחר איסוף נתונים חלקי בלבד או כזה שהתבסס על מתודות בעייתיות, וכאלה הנוגעות לאיכותם של המחקרים ששימשו בסיס לפעולת הרשות. לבסוף המאמר מצביע על מקרה המבחן של תקופת הקורונה כדוגמה אקטואלית לביקורת על החלטות מינהליות שהיו טעונות ביסוס עובדתי (אגב הצבעה על השינויים שחלו במהלך התקופה בידע הקיים על מחלת הקורונה והשלכותיה). במבט הצופה פני עתיד המאמר מדגיש את החשיבות הרבה שנודעת לעמידה בדרישות יסוד בנוגע לאיסוף נתונים ועיבודם, בשונה מהסתפקות בהצגת "נתונים כלשהם" בלבד.

**מבוא: המפנה האמפירי במשפט הציבורי. א. נתונים אמפיריים במשפט החוקתי. ב. נתונים אמפיריים במשפט המינהלי. 1. שלושה סוגים של מחלוקות הנוגעות לתשתית העובדתית. 2. אתגרים נוספים: גלובליזציה ואקטיביות באיסוף המידע. ג. תקופת הקורונה כמקרה מבחן לקבלת החלטות מבוססות עובדות. ד. סיכום.**

### מבוא: המפנה האמפירי במשפט הציבורי

הדיון במחקרים אמפיריים מזוהה עם חזית ההתפתחות של השיח המשפטי העכשווי. עם זאת כאשר מקדישים מחשבה לדברים ניתן להיווכח כי בדיקה אמפירית של נתונים קשורה במובהק גם לתפיסות משפטיות מסורתיות. הרי אין משפט ללא עובדות. אדרבה, ניתן לומר

\* שופטת בית המשפט העליון. הרשימה מבוססת על הרצאה ביום עיון בנושא "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" שהתקיים באוניברסיטה העברית בירושלים בחודש דצמבר 2021. תודות לתאיר אטיאס, לנטע ברק-קורן, לאלדר גילרן, לאסף ויגר, לקרן וינשל-מרגל, לשרון ירין וליעל קריב-טיטלבאום. תודה נוספת על עבודת העריכה לנגה אורדע ממערכת משפטים על אתר.

שהחלטות משפטיות תמיד היו מזוהות עם הדרישה לבחון את העובדות ולהכריע על פיהן ולא על פי הטיה מוקדמת. הדברים נכונים כמובן להחלטות שמקבלים בתי משפט בתחומי המשפט השונים.<sup>1</sup> הם משקפים גם את אמות המידה החלות על רשויות שלטוניות, מחוץ לרשות השופטת, בשינויים המחויבים.<sup>2</sup> על רקע זה עולה התהייה אם העמידה על כך שהחלטות שלטוניות יהיו מבוססות על נתונים אמפיריים היא רעיון חדש או ישן – דהיינו, אם זהו רק שם חדש לדבר קיים, בבחינת "אותה גברת בשינוי אדרת", או שמא מדובר בחידוש מהותי.<sup>3</sup>

התשובה אינה חד-משמעית: קצת מזה וקצת מזה. מצד אחד – אמפיריציזם כתפיסת עולם הגורסת כי הידע האנושי אמור להתבסס על ניסיון חושי ועל תצפית מדעית אינו חידוש אלא למעשה עמוד תווך של עיצוב המשפט בן זמננו, כתוצר של החשיבה המודרנית בכלל. לפיכך אחד מיסודותיו של המשפט המינהלי הוא החובה להעמיד "תשתית עובדתית" להחלטה. אפשר לומר ש"מקדמת דנא" הובהר שהחלטות ייפסלו אם לא יהא להן בסיס עובדתי.<sup>4</sup> בשנות התשעים של המאה העשרים שכלל השופט זמיר עיקרון זה בפסק הדין בעניין **יורונט**,<sup>5</sup> שבו נקבעו מבחנים סדורים יותר לבחינת הביסוס העובדתי של ההחלטה בשלב הביקורת השיפוטית. מצד אחר – מדובר בנושא שהוא גם חדש בכמה מובנים, כפי שאסביר, להלן.

ראשית, כפי שאדגים בהמשך, האתגר הנוכחי של הרשויות בתחום זה נוגע לכלים המשמשים לאיסוף העובדות ולעיבודן, כלומר לפיתוחה של גישה "מקצוענית" מבעבר בהנחת תשתית עובדתית בטרם נקיטת פעולה או קבלת החלטה. התשתית העובדתית צריכה להיות ראויה הן מבחינת היקפה והן מבחינת תוכנה. אין די ב"נתונים כלשהם", אלא יש לבחון אם אכן מדובר בביסוס אמפירי או שמא רק ב"מראית עין" של תשתית עובדתית. ההבדל אינו רק מספרי-כמותי אלא עשוי להתבטא בדרכי העיבוד והניתוח של הנתונים

- 1 חשיבותן של העובדות להליך השיפוטי מתבטאת בעובדה שמוקדש להן תחום משפטי בפני עצמו: דיני הראיות. בהקשר הספציפי של ביקורת שיפוטית מתבטאת חשיבותן של העובדות גם בהימנעותו של בית המשפט מדיון בעתירות שהן בעלות אופי כללי ושאינן נדרשות למקרים ספציפיים (ראו למשל בג"ץ 1901/94 **לנדאו נ' עיריית ירושלים**, פ"ד מח(4) 403 (1994)). חשיבותן של העובדות משתקפת גם בדוקטרינת הבשלות החוקתית, אשר מבטאת העדפה לקיים ביקורת שיפוטית על פגיעות שהתגבשו (ראו למשל בג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (נבו 5.1.2012)).
- 2 יוער כי בפסיקה מוקדמת צוין המאפיין של "הכרעה על סמך עובדות" כאמת מידה לזיהוייה של החלטה מינהלית שהיא בעלת אופי שיפוטי או מעין-שיפוטי. אולם בהמשך הדרך הובהר כי הדרישה להכרעה על סמך עובדות משותפת לכלל ההחלטות המינהליות. ראו דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך א 89–90 (2010). להרחבה בנוגע לדרישת התשתית העובדתית במשפט המינהלי, ראו שם, בעמ' 439–460.
- 3 הדיון כאן עוסק בשאלת החידוש היחסי בשימוש במחקר אמפירי בידי בעלי תפקידים משפטיים, כלומר במחקר אמפירי שנעשה בשירות המשפט של חיי המעשה, במובחן ממחקר אמפירי המנתח את המשפט מבחוץ, דהיינו מחקר אקדמי המבקש לקדם את הידע על שיטת המשפט באמצעות כלים אמפיריים. ראו למשל תאודור אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט: מקורו, טיבו וההבטחה הגלומה בו" **עיוני משפט** לד 303 (2011); אריאל בנדור ויפעת הולצמן-גזית "מחקר אמפירי של המשפט בישראל – ממצאים ומשמעויות" **עיוני משפט** לד 351 (2011); דורון טייכמן ואיל זמיר "מחקר משפטי אמפירי – הארות והערות" **משפטים** מד 671 (2015).
- 4 בג"ץ 442/71 **לנסקי נ' שר הפנים**, פ"ד כונ(2) 337 (1972).
- 5 בג"ץ 987/94 **יורונט קוי זהב** (1992) **בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412 (1994).

וביכולת להפיק מהם תוצר איכותי כבסיס לקבלת החלטה מושכלת. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח התפתחותן של מערכות רגולציה מורכבות, שאת יישומן יש לבסס על בחינה מקצועית של הבסיס העובדתי והמדעי שלהן, תפיסה שכיום ניתן לה ביטוי אף בחקיקה.<sup>6</sup> ההתמודדות עם אתגר הרגולציה היא מורכבת במיוחד מאחר שזה כרוך לא רק בקביעתם של ממצאי עובדה "רגילים" הצופים פני עבר, כמקובל במשפט האזרחי, אלא גם באיסוף נתונים הדרושים לצורך קבלת החלטות הצופות פני עתיד.

שנית, על רקע המחלוקת העכשווית הנוגעת להיקף הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של הרשויות נראה שגוברת החשיבות של ביקורת "ניטרלית" המבוססת על בדיקת העובדות, ברוח המסורת ההליכית (בשונה מהביקורת על שיקול הדעת השלטוני עצמו). לצד זאת שכלול הדיון בתשתית העובדתית של ההחלטה חושף כי לעיתים גם הוא עשוי לגלם בתוכו בחירות נורמטיביות. כך למשל הקביעה כי עניין מסוים הוא חשוב דיו במידה המצדיקה בחינה עובדתית נוספת, שעשויה להיות כרוכה בהשקעת משאבים, אינה ניטרלית לחלוטין.

שלישית, בעידן הטכנולוגי המודרני, בשל הנגישות הכללית למידע, קיימים מקרים רבים יותר שבהם בעלי דין מבקשים להשיג על החלטת הרשות באמצעות הצגת נתונים מטעמם בנוגע לביסוס העובדתי של ההחלטה. כאן מתחדדת השאלה כיצד בית המשפט הדין בכך יכול להתמודד עם הטענות ועם הנתונים הסותרים. זאת, בהתחשב במאפיינים המיוחדים של הליך הביקורת השיפוטית, שאינו כולל בירור מלא "דה נובו" של העובדות, בשונה מזה הנוהג בהליכים אזרחיים ופליליים.<sup>7</sup> בהקשרים אלו נקודת המוצא לדיון היא "חזקת החוקיות" או אף "חזקת החוקתיות" של החלטת הרשות, לרבות כאשר זו נשענת על חוות דעת מקצועיות של מומחים.<sup>8</sup> אולם במהלך הזמן פותחו הכללים בנוגע למצבים שבהם "נסדקת" חזקת החוקיות או החוקתיות, ואז נפתח פתח לביקורת נרחבת יותר של הבסיס להחלטה.<sup>9</sup>

רביעית, כפי שיוסבר, יש מקום להידרש להבדלים המסוימים בין הדרישה לביסוס העובדתי של ההחלטה במישור המשפט החוקתי (דהיינו במישור עבודתה של הרשות המחוקקת) לבין הדרישה לביסוס העובדתי של ההחלטה במישור המשפט המינהלי (אגב התמקדות בעבודתה של הרשות המבצעת).

6 ראו חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021. לפי ס' 3(2) לחוק זה, "תהליך גיבוש האסדרה וקביעתה מתבססים במידה מספקת על נתונים הנוגעים לעניין". כן ראו יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 425, 449–454 (ישי בלנק ואחרים עורכים 2016); שרון ידין **רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי** 191–194 (2018); משרד המשפטים **דין וחשבון המלצות הצוות הבין-משרדי לרגולציה חכמה: תכנית לאומית למדיניות רגולציה – ככלי לשיקום המשק ביציאה ממשבר הקורונה** (2021), <https://bit.ly/3QCWw3Y>.

7 תפיסה זו לא השתנתה גם בעקבות הקמתו של בית המשפט לעניינים מינהליים. ראו ע"ם 10811/04 **סורחי נ' משרד הפנים**, פ"ד נט(6) 411, 417 (2005).

8 ברגיל, כאשר קיימת מחלוקת בין מומחים, ניתנת עדיפות מקדמית לעמדה המקצועית ששימשה בסיס להחלטת הרשות. ראו למשל בג"ץ 6271/11 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר**, פס' 11 (נבו 26.11.2012).

9 להרחבה, ראו דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ד – משפט מינהלי דינוני 24–47 (2017).

המשך הדברים יוקדש להצגת עיקרי השאלות בכל הנוגע ליישום הדרישה לתשתית עובדתית בשלב הביקורת השיפוטית.<sup>10</sup> הדיון יהיה מבוסס, קודם כול, על ההבחנה הפורמלית בין המשפט החוקתי למשפט המינהלי, בלי למצות את הדיון בכל אחד מתחומים אלה. אגב הדיון יחודדו גם השאלות הנוגעות למידת ההקפדה של בתי המשפט בעת בחינתה של התשתית העובדתית של ההחלטה הנדונה מהיבט זיקתה למחלוקת המהותית שעומדת ברקע הדברים. לאחר דברי מבוא אלה אפתח בהצגת החובות הנוגעות להנחת תשתית עובדתית במשפט החוקתי (פרק א) ואמשיך בהצגת החובות הנוגעות להנחת תשתית עובדתית במשפט המינהלי (פרק ב). לאחר מכן אוסיף ואתייחס למקרה המבחן של ההתמודדות עם אתגרי הקורונה (פרק ג) ואחתום בסיכום.

## א. נתונים אמפיריים במשפט החוקתי

כבר בפתח הדברים ראוי לציין כי על אף המשותף לתחום החוקתי ולתחום המינהלי, כל אחד מהם הוא בעל מאפיינים ייחודיים בכל הנוגע לדרישה לביסוס עובדתי של ההחלטות העומדות לדיון. כידוע, בתחום החוקתי מרווח שיקול הדעת שניתן לנבחרי הציבור ברשות המחוקקת הוא רחב יותר (בהשוואה לתחום המינהלי), הגם שחובת הנאמנות שלהם כלפי הציבור מחייבת כמובן התייחסות עניינית ורצינית מצידם לתפקיד שאותו הם ממלאים ולהחלטות שהם מקבלים בגדרו.<sup>11</sup> בהתאם, הביקורת השיפוטית על פעילות הכנסת – חרף חשיבותה – היא מצומצמת יותר (שוב, בהשוואה לתחום המינהלי),<sup>12</sup> וכך – בצד המעשי – הדרישה לביסוס עובדתי היא "נושכת" פחות. חשוב להבהיר: גם החלטות מינהליות נוגעות לזכויות חוקתיות ומשפיעות עליהן. ההבחנה המוצגת כאן אינה בין החלטות הנוגעות לזכויות חוקתיות לבין החלטות שנעדרות השפעה עליהן, אלא בין החלטות המתקבלות ברשות המחוקקת לבין החלטות המתקבלות ברשות המבצעת.

אולם אין בכך כדי לפטור את הרשות המחוקקת מהקפדה על תשתית עובדתית, ואף אין בכך כדי לבטל את הצורך לבחון אותה. למעשה, ניתן אף להציג טיעון המצדיק עמידה על הדרישה העובדתית דווקא בהקשר זה. החלטותיה של הרשות המחוקקת, ולא כל שכן דברי

10 במישור העקרוני החובה להניח תשתית עובדתית להחלטות אינה מכוונת לשלב הביקורת השיפוטית, אלא קודם כול לשלב של קבלת ההחלטה עצמה. אולם במקרה הטיפוסי השאלה אם הרשות עמדה בחובתה זו מתעוררת בדיעבד בשלב הביקורת השיפוטית. מכל מקום, נקודת המוצא לדיון היא חובתן של כלל הרשויות להניח תשתית עובדתית להחלטותיהן (אגב התמקדות באופן שבו הדברים נבחנים בשלב הביקורת השיפוטית). הדיון אינו עוסק בנפרד בשאלת הביסוס העובדתי של ההחלטה השיפוטית עצמה מאחר שעל פי עקרונות המשפט הציבורי הנוהג בישראל, בשלב הביקורת השיפוטית אין מתקבלת החלטה חדשה בבית המשפט אלא נבחנת חוקיותן של החלטות שקיבלו הרשויות האחרות. בית המשפט עושה כן, בין השאר, בזיקה לעובדות נוספות שהוצגו או הוכחו במסגרת ההתדיינות.

11 חובתם של מקבלי החלטות שלטוניות לשקול שיקולים ענייניים מתוך יחס של כבוד לפרט. ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 420 (2016).

12 לביקורת השיפוטית המרוסנת על החלטות המתקבלות בכנסת גם כאשר אין מדובר בחקיקה, ראו למשל בג"ץ 1139/06 ארדן נ' יושב-ראש ועדת הכספים, פס' 5 (נבו 12.12.2006); בג"ץ 10618/08 פורז נ' הוועדה לענייני ביקורת המדינה, פס' 5 (נבו 12.2.2009).

החקיקה היוצאים מתחת ידה, הם בעלי תחולה רחבה במיוחד. כאשר מדובר בחוקים, הרי שמדובר בקביעת הנורמות המחייבות של משפט המדינה. ההקפדה על בסיס עובדתי אמורה לשקף את גודל האחריות. הדברים אמורים בייחוד כשמדובר בדברי חקיקה הפוגעים בזכויות חוקתיות. מכל מקום, כפי שמוסבר בהמשך, גם אם בית המשפט לא יבחן את שאלת התשתית העובדתית של החקיקה כשאלה עצמאית, היא עשויה להיות קריטית לבחינת התנאים של "פסקת ההגבלה" שיישומם כולל היבטים עובדתיים מובהקים (למשל קיומן של חלופות לפעולה שננקטה או קיומו של קשר רציונלי). כמו כן לעיתים מחלוקות עובדתיות יכולות להתעורר גם בנוגע לשאלה אם הייתה פגיעה בזכות חוקתית (אם כי לא בהכרח, מאחר שההכרעה בעניין עשויה להתבסס על קביעה נורמטיבית מובהקת – למשל שאיסור פלילי על ביטויים מסוימים יוצר "אפקט מצנן").

לא למותר לציין כי במקרים מסוימים השאיפה האמורה לקיומו של הליך חקיקה שביסודו בסיס עובדתי איתן ורחב אף זכתה לביטוי מפורש מצד המחוקק עצמו, בין היתר בדמות הוראות המחייבות לכלול בהצעות חוק או בדברי ההסבר להן מידע רלוונטי מסוג מסוים.<sup>13</sup> זאת ועוד, העמידה על תשתית עובדתית נאותה הולכת יד ביד עם החשיבות הנודעת לקיומו של הליך חקיקה נאות, ובייחוד ליכולתם של חברי הכנסת לקבל החלטה מושכלת.<sup>14</sup> כידוע, לצורך ביצוע עבודתם עומדים לרשות ועדות הכנסת וחבריהן כלים פרלמנטריים שונים, לרבות שירותי מחקר וייעוץ, וכן הסמכות לזמן אנשי מקצוע ובעלי עניין אחרים כדי שיחוו דעה על הסוגיות העומדות לדיון. בשים לב לכך, כבר נפסק כי בעת דיון בשאלה אם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות להשתתף בהליך החקיקה ולמלא את תפקידם תיבחן, בין היתר, שאלת התשתית העובדתית שצורפה להצעת החוק והועמדה לפנייהם בדיונים שליוו את אישורה.<sup>15</sup> גם פסיקה זו משקפת את ההנחה, ואף את הציפייה, שהשתתפות בתהליך החקיקה תהיה מבוססת על לימוד הבסיס העובדתי לחוק המוצע.

מנגד, ביקורת שיפוטית שעניינה מידת הביסוס העובדתי של החלטות הרשות המחוקקת עלולה להיות בעייתית מן הפרספקטיבה הקלאסית של הפרדת רשויות. ניסיון העבר מלמד כי בפועל קיימת רגישות פוליטית גבוהה לאכיפת הדרישה לביסוס עובדתי כאשר זו מגיעה מכיוונה של הרשות השופטת. הדוגמה המפורסמת לכך היא ההליך המשפטי בעניין **מחויבות**,<sup>16</sup> שבו העתירות תקפו את חוקתיותו של תיקון חוק שקיצץ את היקפן של קצבאות הבטחת ההכנסה, לפי המדיניות הכלכלית של אותה תקופה. מאחר שטענתם העיקרית של

13 ראו ס' 39 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985 (שהוסף בו בחוק יסודות התקציב (תיקון מס' 4), התשמ"ח–1988); ס' 3 לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב–2002. מעניין שחוקים מסוג זה לא נחקקו בעשרות השנים הראשונות של המדינה, עובדה שיש בה כדי להעיד על ההתפתחות ההדרגתית של הדרישה לתשתית עובדתית.

14 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 730–729 (מהדורה שישיית 2005).

15 ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 54, 14 (2004); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו) 6.8.2017; דנג"ץ 6571/17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' קוונטינסקי** (נבו) 19.5.2021. פסיקה זו עסקה בחקיקה המאופיינת בהליכים מהירים במיוחד, דהיינו בחוק ההסדרים, אך במישור המושגי אינה מוגבלת לה.

16 בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464 (2005).

העותרים הייתה שהיקף הקיצוץ פגע ביכולתם להתקיים בכבוד, ולו ברמה מינימלית, הונח לכאורה בסיס לשאלה מהי התשתית העובדתית להיקף הקיצוץ שנקבע. בשלב מוקדם יחסית של ההליך ניתנה החלטה שהורתה על מתן צו על תנאי שחייב להבהיר את הביסוס לקביעת רף של קיום בכבוד.<sup>17</sup> הגם שהחלטה לא התערבה בשיקול הדעת של הכנסת, עצם הוצאתה, כלומר הצבת הדרישה להנחת בסיס עובדתי לנורמה חקיקתית, הייתה מושא לביקורת תקיפה.<sup>18</sup>

למעשה, במבט רחב, פסק הדין שניתן לבסוף בעניין **מחויבות** משקף במידה רבה את המתח שבין אכיפת חובתו של מי שמבקש להגיש עתירה חוקתית לבסס את טענותיו לבין אכיפת החובה לקיים הליכי חקיקה הנשענים על תשתית עובדתית איתנה. כך, בדחותה את העתירה התבססה דעת הרוב בעניין **מחויבות** על הקביעה שהעותרים לא הצליחו להניח תשתית עובדתית מספקת המצביעה על פגיעה בזכות לקיום בכבוד. מנגד, דעת המיעוט, מפי השופט לוי, סברה כי עלה בידי העותרים לעמוד בנטל הראשוני להוכיח פגיעה כאמור, ומשכך – נטל השכנוע עובר למדינה להוכיח כי זו עומדת במבחני פסקת ההגבלה. דעת המיעוט מתחה ביקורת רבה על היעדרם של נתונים מספקים ושל מצע עובדתי ראוי מאת המדינה המאפשרים ללמוד על מידתיות הפגיעה. בהקשר זה הדגיש השופט לוי: "אני סבור שאין לנו כל יכולת אפקטיבית להעריך את מידתיות הפגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד של מקבלי גמלת הבטחת הכנסה בנסיבות המקרה שלפנינו, הואיל ואנו ניצבים בפני חסר ניכר בנתונים ובעובדות. בנסיבות אלה, שאלת מידתיות הפגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד נותרת פתוחה. אין בידינו לערוך את הבירור החוקתי. הכלים הנחוצים אינם בנמצא".<sup>19</sup> דברים אלה חוזרים ומזכירים כי אכן על מי שתוקפים את החלטת הרשות להציג תשתית עובדתית, אך עוד קודם לכן על הרשות לעמוד בחובה להניח בסיס להחלטתה. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מביאים בחשבון את פערי המידע המובנים בין העותרים לבין הרשויות.

מעניין להשוות את עמדתו האמורה של השופט לוי לזו שהשמיע, גם כן בדעת מיעוט, בפסק הדין הידוע בדרך כלל כעניין **הפרטת בתי הסוהר**.<sup>20</sup> בפרשה זו דן בית המשפט העליון בשאלת חוקתיותו של תיקון חוק שאפשר לראשונה את הקמתו של בית כלא פרטי בישראל. אף בעניין זה צפה ועלתה, בין השאר, שאלת השפעתה של התשתית העובדתית הקיימת על הדיון החוקתי שמקיים בית המשפט. באותה עת סבר השופט לוי כי לא היה מקום להכריע בשאלת עמידתם של תיקוני החקיקה בתנאי פסקת ההגבלה, לכל הפחות עד שאלו ייושמו הלכה למעשה. זאת, בהתחשב בכך שלשיתתו לא היו במועד הדיון בתיק די נתונים עובדתיים המאפשרים לבחון את קיומה ואת עוצמתה של הפגיעה הנטענת בזכויות

17 ההחלטה על כך ניתנה ביום 5.1.2004. שם, בעמ' 475.

18 ראו "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר" **דין ודברים** א 15, 56–57 (2004).

19 עניין **מחויבות**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 508.

20 בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009).

חוקתיות.<sup>21</sup> מנגד, שופטי הרוב סברו כי ההכרעה בשאלת קיומה של פגיעה בזכויות אינה נזקקת לאישוש עובדתי.

דוגמה נוספת להתלבטות שחוזרת ומתעוררת מעת לעת בדבר "גבולות הגזרה" של הדרישה להצגת התשתית העובדתית של החקיקה מגולמת במבחן המידתיות. בעיקרו של דבר, הנחת תשתית עובדתית להחלטה דרושה הן כדי לבסס קשר רציונלי בין האמצעי שננקט לבין התכלית – בגדרו של מבחן המידתיות הראשון – והן כדי להשוות בין אפקטיביות של אמצעים חלופיים – בגדרו של מבחן המידתיות השני.<sup>22</sup> למשל, כאשר נדונה בכנסת הצעה להחמרה בענישה מטעמי הרתעה, מתעוררת השאלה אם הדיון של בית המחוקקים בהרתעה אמור להיות אינטואיטיבי או מבוסס על מחקרים בתחום הקרימינולוגיה. דוגמה קרובה אפשר להביא מהדיון בעתירה שנסבה על תיקון החוק בנושא של "שלילת קצבאות ילדים" מהורים של קטינים שהורשעו בעבירות ביטחון ונדונו למאסר בפועל.<sup>23</sup> בדיון נטען בשם הכנסת, בין השאר, כי החקיקה תשפיע על הכוונת ההתנהגות בתחום. בשלב זה יכולה להתעורר השאלה: מה הבסיס העובדתי לכך? לכאורה, אלה הם הדברים שיש לבחון בשלב העבודה בוועדות הכנסת (שהוא השלב ה"מקצועי").

אכן, הביקורת השיפוטית על איכות ההליך שהתקיים בכנסת ובוועדותיה היא מצומצמת ביותר, ועם זאת אין לשלול מראש את היתכנותה. ראוי לציין כי במשפט הגרמני הביקורת על חקיקה בנושא של קיצוץ בקצבאות רווחה נסבה על הליך הבדיקה ששימש בסיס לה.<sup>24</sup> בשלב זה אסתפק בקביעה כי הדיון בתשתית העובדתית של ההחלטות ובביקורת עליהן במשפט החוקתי מצוי עדיין בשלבי התפתחות. במסגרת הליך הביקורת השיפוטית על חקיקה מוצגות שאלות בעניין התשתית העובדתית שנפרסה בדיונים, אך זאת באופן שהוא עדיין ראשוני למדי, בשונה מתחום המשפט המינהלי, שבו סוגיות אלה כבר זכו לדיון נרחב יותר. לכך אעבור עתה.

## ב. נתונים אמפיריים במשפט המינהלי

במישור של המשפט המינהלי הדרישה לאמפיריקה נטועה כאמור עוד בדוקטרינות המסורתיות של ענף זה – הן באשר להליך קבלת ההחלטה והן באשר לשיקול הדעת

21 לדברי השופט לוי, באותו עניין: "בהיעדר נתונים אותם נוכל להעמיד לבחינתו של כלי משפטי זה, מקדימה הבחינה את זמנה. אם יימצא, למשל, כי ההסדר המוצע מאפשר לממשלה לשמור בידיה מידה מספקת של שליטה על מלאכת הכליאה של אסירים בבית-הכלא הפרטי, כלום ניתן יהיה לקבוע בבית-דין כי אותו עקרון חוקתי, לתפישתם של העותרים, הופר? מטעמים אלה סברתי כי אף בהוראה חוקתית כתובה – חליפתן של הוראות המגנות על זכויות אדם, לא תוכל פסילות של התיקון לפקודת בתי-הסוהר למצוא לה, לעת הזו, אחיזה" (שם, בעמ' 734).

22 שאלת היחס בין התועלת באמצעי שננקט לבין התכלית בגדרו של מבחן המידתיות השלישי היא בעיקר נורמטיבית, אך יכולה אף היא לערב לעיתים היבטים עובדתיים בנוגע לעוצמתה של הפגיעה בזכות או בנוגע לתועלת הגלומה באמצעי שננקט.

23 בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (נבו 8.7.2021).

24 ראו פסק דינו של בית המשפט החוקתי הגרמני בנושא 1 BverfG (Federal Constitutional Court), 1 BvL 7/16, Nov. 5, 2019 (Ger.), <https://bit.ly/3dcR4Hh>

שביסודה. למעשה, במישור של המשפט המינהלי לא יכול להיות חולק על הדרישה לאמפיריקה. לצד זאת מתחדדת השאלה עד כמה רשויות המינהל, ובהמשך לכך בתי המשפט, "לוקחים ברצינות" את נושא התשתית העובדתית. למעשה, בדיאלוג הבין-מוסדי בין הרשויות האתגר הגדול של בית המשפט הוא לגרום למקבלי ההחלטות להפנים את הבדיקה העובדתית לשלב ההחלטה הראשונית ולא לשלב של הכנת התיק ועריכת "מקצה שיפורים" לקראת הדיון בבית המשפט. אבקש להדגים את הדברים מכמה פסקי דין, שחלקם התאפיינו בחילוקי דעות. לכאורה אפשר היה לצפות שחידוד הדרישה לבדיקה עובדתית לא יהיה שנוי במחלוקת, בהתחשב בכך שאין בו כדי להשליך על שיקול הדעת המינהלי עצמו. אולם בפועל אלה אינם פני הדברים. ייתכן שאף אין להתפלא על כך בהתחשב בעובדה שגם תהליך הבדיקה העובדתית כרוך בשיקול דעת, ולו מסדר שני – אילו נתונים יש לאסוף, כיצד יש לעשות זאת, ומה צריכות להיות המגבלות התקציביות החלות על התהליך.<sup>25</sup>

### 1. שלושה סוגים של מחלוקות הנוגעות לתשתית העובדתית

מאחר שהדיון בתשתית העובדתית של ההחלטה במשפט המינהלי הוא כבר ותיק ומבוסס יותר, בשלב הנוכחי כבר אפשר להצביע על כמה סוגים או "טיפוסים" של בעיות בכל הנוגע לביסוס העובדתי של ההחלטה, כמובן בלי למצות את כלל האפשרויות הקיימות בהקשר זה. טיפוס ראשון של בעיה מתבטא במצבים שבהם התקבלה החלטה שלא הונחה לה תשתית עובדתית כלל. טיפוס שני של בעיה מתבטא בהנחת תשתית עובדתית חלקית או כזו המבוססת על מתודות איסוף ובדיקה בעייתיות מצד הרשות. על כך נוסף טיפוס שלישי של בעיה המתבטא במצבים שבהם קיים ממד של התבססות על מחקרים חיצוניים לעבודת הרשות, ועל הרשות לקבל החלטות באשר לאיכותם.

אפתח בטיפוס הראשון של המקרים, זה המתבטא בהחלטות שהתקבלו ללא תשתית עובדתית. כדוגמה לכך משמשת העתירה שנסבה על הפסקת הפרקטיקה של ביקורים בבתי סוהר בשבתות ובימי חג.<sup>26</sup> פרקטיקת הביקורים בבתי הכלא גם בימי שבת וחג נהגה כמשך שנים ארוכות, והופסקה "ביום בהיר אחד". העתירה שהוגשה בנושא חרתה על דגלה את הפגיעה בזכויות האסירים, ומנגד שירות בתי הסוהר הציג מגוון טענות באשר לצורכי המערכת ולהעדפות האסירים. השאלה המתבקשת במקרה מסוג זה היא מה הייתה התשתית העובדתית לקבלת ההחלטה. התשובה לשאלה זו נותרה לוטה בערפל. לאמיתו של דבר, לא הוצגו נתונים ברורים או הליך מסודר של בדיקת הצורך בשינוי המדיניות ושל משמעויות ההחלטה. בהמשך, במסגרת ההליך הוסבר שמדובר בהחלטה ניסיונית, מה שכונה "פיילוט". גם הסבר זה מעורר שאלות בהתחשב בכך שהיה מדובר בשינוי גורף בכלל בתי

25 בפסק דינו התקדימי בעניין **יורונט**, לעיל ה"ש 5, תיאר השופט זמיר את מבחן הראייה המינהלית באמצעות מונחים מעולם הסבירות. לדבריו, על הרשות "לפעול באופן סביר לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה" (שם, בעמ' 423). בהמשך הוא הוסיף והסביר כי "הרשות המינהלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לעניין שאדם סביר (ואולי נכון יותר לומר: רשות סבירה) היה סומך עליהם לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק" (שם, בעמ' 424). ניתן להוסיף על כך את השונות הגבוהה בין סוגים שונים של החלטות מינהליות (החלטות כלליות לעומת החלטות פרטניות ועוד).

26 בג"ץ 8297/15 **הררי נ' שירות בתי הסוהר** (נבו 18.8.2019).



הסוהר, ושמלכתחילה לא נקבע הליך סדור לבחינת השאלה אם הניסיון הצליח אם לאו, ועל פי אילו אמות מידה. במהלך הדיון, ועל רקע שאלות בית המשפט, הובעה נכונות להעביר "שאלונים" לאסירים בבתי סוהר מסוימים. גם בשלב זה התעורר ויכוח ממשי בנוגע לשאלות שייכללו בשאלונים. במישור התשתית העובדתית של ההחלטה, ובלי להידרש לגוף הדברים, השאלה שהתעוררה הייתה אם בנסיבות אלה של תשתית עובדתית חלקית ביותר להחלטות שהתקבלו יש מקום להוצאת צו על תנאי. חשוב להדגיש שמשמעותו של צו על תנאי היא גילוי דעתו של בית המשפט כי התשובות שנתנו המשיבים באותו שלב דיוני אינן מספקות, ולכן ניתן צו שעשוי להוביל לקבלת העתירה "על תנאי", כלומר אם לא יינתנו תשובות מספקות. אני סברתי כי נוכח המתואר לעיל יש מקום להוצאת צו על תנאי, שמשמעותו חיוב הרשויות להניח בסיס ממשי יותר להחלטות שהתקבלו.<sup>27</sup> אולם דעת הרוב צידדה בדחיית העתירה, על בסיס גישה המדגישה את שיקול הדעת הרחב של הרשויות בקבלת החלטות מסוג זה.<sup>28</sup>

חשיבותה של התשתית העובדתית של ההחלטה מתחדדת כאשר מדובר בהחלטות אסדרה מורכבות הנוגעות להיבטים כלכליים ומדעיים. "על קצה המזלג" ניתן להדגים את הדברים באמצעות העתירה שהגישה התאחדות המלוונות ונסבה על הנוסחה לגבייתתה של אגרת אשפה מבתי עסק בגין כמויות פסולת חריגות.<sup>29</sup> בעקבות פסיקה קודמת של בית המשפט העליון בסוגיה<sup>30</sup> גיבש משרד הפנים אמות מידה שנועדו להנחות את הרשויות המקומיות בניסוח חוקי עזר מתאימים לכך. אמות המידה קבעו הפחתה של 90% מכמות האשפה הבסיסית שבית העסק זכאי לפינויה על ידי הרשות במקרה שבו העסק אינו עומד בחובות ההפרדה והפינוי של פסולת טעונת מחזור. על מה קביעה זו התבססה? לכך לא ניתן מענה מאת המדינה. בפסק הדין הוחלט כי שיעור ההפחתה שנקבע באמות המידה לא התבסס על תשתית עובדתית הולמת, ולכן הוא אינו מידתי ואף נושא אופי עונשי. לפיכך הסעד שניתן הופנה לבטלותו החלקית של מרכיב המחזור, כך שהרשויות המקומיות יוכלו להתחשב בו במתכונת ביניים הקובעת הפחתה של עד 20% מכמות האשפה הבסיסית של בית עסק שאינו עומד בדרישותיו (בשונה מהפחתה גדולה יותר שכדי לקדמה תידרש תשתית עובדתית קונקרטית). במאמר מוסגר ראוי להדגיש כי דוגמה אחרונה זו נסבה על תחום רגולטורי סבוך יחסית, שבו היקף ההתערבות בשיקול הדעת של הרשות מצומצם

27 חשוב להדגיש כי אין מדובר בהסתייגות מפרקטיקה של "נסיינות". אדרבה, שימוש במחקרי חלוץ (פיילוטים) אמיתיים כאמצעי שמסייע לגיבוש מדיניות הוא מקובל וראוי. ראו למשל בג"ץ 3430/16 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' הממונה על שוק ההון וחיסכון משרד האוצר (נבו) (30.6.2016).

28 יוער כי השופט מינץ שכתב את דעת הרוב העיקרית העיר כי איננו "משוכנע שעריכת הסקרים בקרב אוכלוסיית האסירים הייתה הכרחית או רלוונטית לצורך הכרעה בעתירה או לצורך גיבוש תשתית עובדתית, וככלל יש להישמר מפני הטלת נטל איסוף נתונים כבד מדי על הרשות המינהלית. הדברים נעשו בהליך זה אך כדי להסיר כל ספק ולהפיס את הדעת" (עניין הררי, לעיל ה"ש 26, בפס' 48). עם זאת, ולו למעלה מן הצורך לשיטתו, הוא נדרש לתשתית העובדתית שהונחה בסופו של דבר לפני בית המשפט ומצא אותה מספקת.

29 בג"ץ 5309/18 התאחדות המלוונות נ' משרד הפנים (נבו) (6.1.2021).

30 בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (נבו) (2.1.2013).

במיוחד.<sup>31</sup> לצד זאת בהיעדר תשתית עובדתית ונתונים ראויים שעליהם נסמכה הרשות, מצטמצמת ההצדקה לציפייה שבית המשפט יימנע מהתערבות בהחלטותיה. אומנם במקרים אלה בית המשפט לא יכול לקבל החלטה חדשה טובה יותר, ולמעשה זה אינו תפקידו. אולם, הוא יכול לחייב את הרשות להשלים את הליך קבלת ההחלטה על סמך תשתית עובדתית מתאימה.

דוגמה לטיפול השני של הבעיה – של איסוף נתונים חלקי או כזה שמבוסס על מתודות בעייתיות – ניתן להביא מהליך מינהלי שהחל בעתירה שהוגשה לבית המשפט לעניינים מינהליים בפרשת **נוף הגליל**.<sup>32</sup> העתירה נסבה על דרישתם של תושבים ערבים של העיר נוף הגליל לרשום את ילדיהם לחינוך ממלכתי בשפה הערבית בעיר מגוריהם. במועדים הרלוונטיים להליך, כרבע מתושבי העיר היו אזרחים ערבים, ובהתאמה כשליש מהילדים בעיר היו ערבים. בפועל מרבית הילדים ששפת אימם היא ערבית נרשמו ללימודים בבתי ספר בעיר הסמוכה נצרת – בין בבתי הספר הפרטיים הפועלים בה ובין בבתי הספר הממלכתיים. על רקע האמור טענו המשיבים, מן הרשות המקומית וממשרד החינוך, כי אין ביקוש ללימודים בחינוך ממלכתי בשפה הערבית בעיר נוף הגליל. אף פה חזרה והתעוררה השאלה מה היה המסד העובדתי לקביעה זו. בשונה מפרשת בתי הסוהר, כאן נעשתה לכאורה בדיקה עובדתית. אולם האם כל בדיקה עובדתית ראויה להיחשב כזו? העובדות בנושא זה הן אלה: העירייה הייתה נכונה לבצע "סקר" המבוסס על שאלון שישלח להורי הילדים שעתידיים להתחיל בלימודיהם, ואף זאת רק בשלב שבו כבר קיבלה את החלטתה המקורית בנושא. כמו כן, העירייה עמדה על עריכת הסקר באופן שנטען לגביו כי הוא מנטרל מראש את יכולתו לשמש כלי אפקטיבי לאיסוף נתונים. ראשית, העירייה עמדה על עריכת סקר שיהיה מבוסס על מענה לשאלון מודפס, במתכונת המחייבת מתן תשובה באופן פיזי בבניין העירייה או במשלוח בדואר (בשונה משאלון אינטרנטי נגיש ונוח לשימוש). שנית, העירייה עמדה על כך שהשאלון יכלול "אזהרה" שהקמת בית ספר ממלכתי בשפה הערבית בתחומי העיר עשויה לבטל את אזור הרישום המשותף, והדבר יפגע בשירותי ההסעות המסופקים לתלמידים.<sup>33</sup> מתכונת פעולה זו לא תרמה לכאורה לאיסוף הנתונים באופן אפקטיבי ומזמין. על כך יש להוסיף כי לעירייה היו נתוני "אמת" שעל פיהם למדו בחינוך הממלכתי בעיר נצרת תלמידים מנוף הגליל בהיקף המספיק לפתיחתה של כיתת לימוד אחת לפחות (על בסיס הנתונים באשר למספר התלמידים שלומדים בחינוך הממלכתי בעיר נצרת בלבד, ואף בלי להוסיף את ההנחה המסתברת כי גם חלק מן התלמידים הלומדים בבתי הספר הפרטיים עשויים לבחור בחינוך ממלכתי אם יוצע בעיר מגוריהם).<sup>34</sup> מכל

31 ראו בג"ץ 6269/12 הנהגת ההורים הארצית נ' שר החינוך, פס' 16 (נבו 29.4.2015); עניין דלק, לעיל ה"ש 8, בפס' 11.

32 ע"ם 7058/19 סלום נ' עיריית נוף הגליל (נצרת עילית) (נבו 20.4.2021).

33 אכן, ראוי שהרשות תביא לפני האזרחים המתבקשים להשיב על סקר העדפות את כלל הנתונים הרלוונטיים, אולם לעיתים דרך הצגת הדברים עשויה לכוון את התוצאה. זה היה ממוקדי הקושש במקרה הנדון.

34 חשוב להדגיש כי הדיון בצד האמפירי אינו מייצר את הדיון בשאלה העקרונית אם שאלת הביקוש היא רלוונטית בעיר שבה שיעור כה נכבד מן האוכלוסייה הוא דובר השפה הערבית, אך הדיון בכך חורג מגדריה של הרשימה הנוכחית.

הטעמים הללו סברתי כי ההחלטה שהתקבלה לא הייתה מבוססת כראוי, ועל כן התערבות בה ניתנת להצדקה אף לפי גישה המצמצמת את מידת הביקורת על שיקול הדעת המינהלי לגופו (בניגוד לשופטי הרוב, שסברו כי אף בתנאים אלה יש לתת בכורה לשיקול של הימנעות מהתערבות בהחלטת הרשות).

דוגמה נוספת מאותו סוג ניתן להביא מהתחום של קביעת אמות מידה למבחני תמיכות, הפעם ממקרה שבו עמדתי בעניין זה התקבלה. הדוגמה לקוחה מהעתירה שכוונה נגד עדכון של המבחנים לחלוקת כספי תמיכות לגופים המקיימים פעילות שעניינה "העמקת החינוך היהודי" במערכת החינוך הממלכתית.<sup>35</sup> בלי להרבות בפרטים ניתן לציין כי המבחנים החדשים שינו עיקרון חשוב שהיה חלק ממבחני התמיכה הקודמים ואשר התבסס על ממצאיו של דוח שנהר – דוח הוועדה לבדיקת לימודי היהדות בחינוך הממלכתי מחודש אוגוסט 1994. אין ספק שניתן לשנות מדיניות, אולם מה היה הבסיס לשינוי שעליו הוחלט? במהלך הדיון בעתירה צוין כי ההחלטה לוותר על התוספת בגין "פלורליזם" נבעה מהתרשמות כי ככלל הגופים העוסקים בתחום הם פלורליסטיים. ושוב חוזרת השאלה למכונה: מה היה הבסיס לקביעה זו? התשובה בוששה לבוא. במהלך ניהולו של תיק זה התבקשו באי כוח המדינה להציג לפנינו את הנתונים שהיו ביסוד ההחלטה על שינוי מבחני התמיכה. בסופו של דבר המידע שהוצג לנו התבסס על רשמיו האישיים של הגורם הרלוונטי במשרד החינוך, אשר עובדו רק בדיעבד, בעת הכנת כתב התשובה לעתירה. הלכה למעשה הם "נדלו" מיומנו וממחברותיו של הממונה על הפיקוח. אף סברתי כי לא ניתן להסתפק בדברים אלה. לא לכך ייקרא תשתית עובדתית ראויה לשמה.<sup>36</sup>

הטיפוס השלישי של הבעיה, זה שעניינו מחלוקת על איכותם של מחקרים שמוצגים לרשות, הודגם בכל עוצמתו בעתירה שנסבה על ההסדרים בנושא של הפרדה מגדרית באקדמיה לצורך שילוב חרדים.<sup>37</sup> אף במקרה זה נדונה שאלת קיומה של תשתית עובדתית נאותה לצד היבטים אחרים שנבחנו בנוגע להסדרים שנקבעו. ההחלטה שאפשרה פתיחת תוכניות לימודים אקדמיות שיש בהן הפרדה מגדרית נשענה על מחקרים ועל עבודת מטה

35 בג"ץ 4640/19 התנועה הרפורמית – יהדות מתקדמת בישראל נ' שר החינוך (נבו 7.4.2021).

36 אביא כאן מדבריי: "האופן שבו הוצג תהליך הבחינה שהוביל למסקנה כי מתן העדפה לתכנים פלורליסטיים אינו נדרש עוד עורר שאלות. בתחילה, כאשר התבקשו המשיבים להציג נתונים בנוגע לפיקוח המתבצע על פעילות הגופים הנתמכים, המידע שנמסר על-ידם היה ספורדי וכוללני. אכן, בסופו של דבר, התגובה המשלימה שהגישו המשיבים פירטה פעילות מקצועית ראויה של הממונה על החינוך היהודי. עם זאת, כמפורט להלן, דומה שלא ניתן להסתפק בדברים אלה, אף בהתעלם מהעובדה שמדובר בדיווח 'כבוש' שגובש בדיעבד על בסיס מה שתואר כעיון ב'יומנו ומחברותיו' של הממונה. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר לוקחים בחשבון את הבדיקה שנערכה בשנת 2017, באופן חד פעמי על-ידי אגף מורשת – בדיקה שהובילה לתוצאות שונות לחלוטין במישור מתן הניקוד העודף. בעניין זה לא ניתן כל הסבר של ממש, ודומה כי כלל לא ניתנה הדעת לעובדה שעם החלפת הגורם המפקח התקבלו תוצאות שונות בתכלית. יודגש כי החשיבות של עניין זה היא משמעותית מאחר שהנחת המוצא לכל הליך עדכון מבחני התמיכה הייתה כי פעילותם של רוב הגופים הנתמכים ממילא מקיימת את עקרונות דו"ח שנהר ועל כן אין עוד צורך בסעיף הניקוד העודף. לכאורה, הנתונים משנת 2017 מלמדים אחרת, אולם עובדה זו – כך נראה – לא השפיעה כלל על תהליך קבלת ההחלטות" (שם, בפס' 74). פסק הדין ניתן בהסכמתו של השופט גרוסקופף, כנגד דעת המיעוט של השופט מינץ.

37 בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מדינת ישראל (נבו 12.7.2021).

של המועצה להשכלה גבוהה שתמכו בכך.<sup>38</sup> מנגד, העותרים ביקשו להטיל דופי בטיב התשתית העובדתית שעליה נשענה ההחלטה האמורה כשהם נתמכים במחקרים ובנתונים אחרים שמהם עלה לכאורה כי קבוצה גדולה למדי מקרב בניו ובנותיו של הציבור החרדי לא הגדירה את ההפרדה המגדרית בלימודים כשיקול מרכזי עבודה.<sup>39</sup> פערים אלו באשר למצב העובדתי זכו להתייחסות מצד כלל שופטי ההרכב, שאף נחלקו בדעותיהם בשאלה אם להסדרים שנקבעו אכן היה בסיס עובדתי מספק. האמת ניתנת להיאמר שמקרים מסוג זה הם סבוכים במיוחד, מאחר שהם מערבים שיקול דעת בדבר סוג המחקרים וההערכות שיש להביא בחשבון. הדברים אמורים אף בהשוואה לשני סוגי ה"טיפוסים" שהוצגו קודם לכן. במקרים הקודמים עיקר הדיון נסב על השאלה אם ההחלטה השלטונית נשענה על תשתית עובדתית כלשהי, ואם נקטו הצעדים המתאימים לאיסופה. לעומת זאת, בסוג המקרים הנדון כעת לוז המחלוקת מחייב הידרשות לנתונים עובדתיים סותרים הנשענים על גישות מחקריות שונות. בדרך זו נקלע בית המשפט שלא בטובתו להכרעה בין סוגי מחקרים בנושאים שהם מחוץ לתחום מומחיותו.<sup>40</sup> אולם דומה שאין מנוס מכך, כשם שהדברים אמורים – בשינויים המחויבים – בצורך של בית המשפט להכריע בין חוות דעת של מומחים בהליך אזרחי סבוך. הקושי שנוסף בהקשר המינהלי נוגע להעדפה הניתנת על פי הדין הנוהג לעמדתה של הרשות, בשונה מאשר בהליך אזרחי, שבו לחוות הדעת של הצדדים מעמד שקול, לפחות כעניין של נקודת מוצא.<sup>41</sup>

## 2. אתגרים נוספים: גלובליזציה ואקטיביות באיסוף המידע

הדיון עד כה התמקד בהעלאת "הרף" שעניינו הדרישות המכוונות לרשויות בנוגע לסטנדרט העובדתי של החלטותיהן. לצד זאת חשוב להדגיש כי האתגרים בכל הנוגע לתשתית העובדתית של ההחלטה אינם נובעים כולם מהיבטים של מומחיות ומקצועיות אלא גם מפערי כוחות ופערי מידע.<sup>42</sup> אפשר להדגים את הדברים באמצעות התייחסות להשלכותיה של הגלובליזציה ולחובתן של הרשויות לנקוט אקטיביות באיסוף הראיות. גלובליזציה – כיצד? לא אחת החלטות מינהליות מתבססות על תהליכים או על נתונים המצויים מחוץ לגבולות המדינה. בנסיבות אלה איסוף המידע עשוי להיות מורכב יותר ולחייב קשר עם רשויות של מדינות שונות או גישה למידע שברשותן בדרכים אחרות.

38 ראו למשל אסף מלחי בין השתלבות להתבדלות: עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים (2017).

39 ראו למשל נטע ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" משפטים מט 675 (2019).

40 אכן, גם בתחומים משפטיים "מסורתיים" יותר בית המשפט עשוי להידרש להכריע בין חוות דעת של מומחים (למשל בהקשרים של מחלוקות בעניין ראיות פורנזיות במשפט פלילי, או של מחלוקות מומחים בתיקי רשלנות רפואית). אולם כאשר מדובר בבירור ראיות מלא, העדים נשמעים ונחקרים בחקירה נגדית.

41 זאת, מבלי לגרוע מכך שהסטנדרט הראייתי הנדרש מן הרשות בהחלטות שמשליכות על זכויות אדם הוא מחמיר יותר. ראו ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 447–449.

42 אומנם מהפכת המידע מספקת גם לפרט, במקרים רבים, גישה קלה יחסית לנתונים, אולם במבט כולל היא לא ביטלה את כוחה העודף של הרשות. הדברים כמובן משתנים לפי ההקשר. אין דומה גישתו של מבקש מקלט למידע בנושאים החשובים להוכחת זכאותו, לגישתו למידע של תאגיד מסחרי גדול.

מציאות זו היא אתגר מבחינת הרשויות המינהליות, ועוד יותר מכך מבחינת בעל הדין שעומד מולן. שאלת הגישה לארכיונים זרים הייתה תמיד חלק מן המציאות של הדיונים בתיקי שבות. עם זאת היבטים בין-לאומיים קיימים גם בהקשרים אחרים. דוגמאות בולטות לכך משמשים הן תיקים של רגולציה המבוססת על תקינה בין-לאומית<sup>43</sup> והן תיקי פליטים שבהם נתונים הנוגעים למצב במדינת המוצא עשויים להיות קריטיים.<sup>44</sup> לעיתים איכות המידע המתקבל מגופים בין-לאומיים גבוהה מאיכות המידע שנאסף בישראל. לצד זאת יש מקום לחשש שבחלק מן המקרים הסתייעות הרשויות במידע שמקורו בגורמי חוץ מעצימה את פערי הכוחות הקיימים ממילא בין הרשות לבין הפרט שעומד מולה.

אקטיביות של הרשויות באיסוף ראיות – כיצד? בהקשר זה יש לתת את הדעת לחשש, המעוגן בחיי המעשה, כי מידת האקטיביות שתפגין הרשות בפעילותה באיסוף המידע עשויה להשפיע לשלילה על הסיכוי שעמדתה תתקבל. במילים אחרות, אפשר שהמאמץ הנוסף באיסוף המידע יתמוך דווקא בעמדת הפרט שעומד מול הרשות ולא בעמדתה שלה. התמריץ לאיסוף מידע עלול לפעול כאן במהופך (הגם שבמישור העקרוני חובת הנאמנות של הרשות אינה מתיישבת עם תפיסה תועלתנית מסוג זה). מכל מקום, תפקידה של הביקורת השיפוטית הוא להבטיח שגישת הרשות תהיה אקטיבית דייה. הציפייה לאקטיביות אמורה להשפיע, בין השאר, על אופן עריכתם של ראיונות<sup>45</sup> ועל היקף הפנייה למסמכים שנמצאים בידיהן של רשויות אחרות.<sup>46</sup>

43 להרחבה, ראו דפנה ברק-ארו ואורן פרו "המשפט המנהלי בישראל והאתגר הגלובלי" **עיני משפט** לד 93 (2011).

44 ראו בר"ם 5040/18 **פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה משרד הפנים** (נבו 9.2.2020). במקרה זה נדונה בקשתם של בני משפחה מחוץ השנהב לקבל הכרה כפליטים על רקע חשש מפני הפרקטיקה של השחתה או הטלת מום כפויה בבנות המשפחה על פי המסורת המקומית ובניגוד לרצונן. המחלוקת נסבה על התשתית הראייתית בכל הנוגע לטענת המדינה כי עומדת למשפחה "חלופת מגורים פנימית", כלומר שהקטינות יהיו מוגנות באזורים אחרים של חוף השנהב. בנסיבות העניין נקבע בדעת הרוב, שנכתבה על ידי, בהסכמת השופט גרוסקופף, כי המדינה לא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה בעניין זה. השופט אלרון, בדעת מיעוט, לא נדרש לשאלה בקובעו כי הערעור התייתר בנסיבות שבהן המדינה נאותה לתת למערערים רישיון ישיבת ארעי מסוג א/5 על בסיס הומניטרי.

45 ראו ע"ם 6147/11 **גורובץ נ' משרד הפנים – מינהל האוכלוסין** (נבו 3.3.2013). במקרה זה נבחנה השאלה האם העותרת, שהייתה נשואה לאזרח ישראלי, פיתחה זיקה משמעותית לישראל העולה על זיקתה למדינת המוצא שלה, לצורך קבלת מעמד בישראל לפי נהלי משרד הפנים. המערערת רואינה במשרד הפנים וממצאי הריאיון היו שזיקתה למדינת המוצא שלה עולה על זיקתה לישראל. עתירתה כנגד החלטת נדחתה, וכך גם ערעורה. בדעת מיעוט מתחתי ביקורת על כך שבראיון לא נשאלה המערערת באופן יזום על זיקותיה לישראל, באופן שעמד לה לרועץ. גישה זו אומצה בבר"ם 446/18 **פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הפנים** (נבו 24.7.2019). במקרה זה נדונה בקשת רשות ערעור של אם ובתה, אזרחיות פולין, על החלטת של הוועדה הבינמשרדית למתן מעמד מטעמים הומניטריים לדחות פנייה לקבלת מעמד בישראל. בהקשר זה הוטעם כי אף אחד מן הראיונות שנערכו עם הילדה "לא כלל שאלות שנועדו לסייע לה בהצגת הטעמים התומכים בבקשתה ומבססים את זיקתה לישראל" (שם, בפס' 38 לפסק דיני).

46 ראו בג"ץ 1591/18 **פלונית נ' שרת המשפטים** (נבו 17.9.2020). במקרה זה נדונה החלטת שלא לקבל את בקשת העותרת להכיר בה כקורבן סחר בבני אדם. העותרת הושאה בהיותה קטינה לשני גברים מבוגרים ממנה, בטווח זמן של כמה חודשים. היא סבלה התעללות והורשעה ברצח בעלה השני שכפה עצמו עליה. העתירה התקבלה לאחר שהתברר כי המשיבים לא ביצעו הליך של איסוף ראיות מספיק.

### ג. תקופת הקורונה כמקרה מבחן לקבלת החלטות מבוססות עובדות

אי אפשר לסיים את הדיון בנושא בלי להתייחס להיבטים האמפיריים של ההתדיינות המשפטית בתקופת הקורונה, שזימנה אתגרים חדשים בתחום זה. האם יש צורך באיכונים סולריים? האם יש צורך בהגבלה על הפגנות? האם יש לחסום את דרכי הגישה לישראל כדי למנוע את הפצת הנגיף? כל אלה הן שאלות שהתשובות להן אמורות להיות מבוססות עובדות. לפחות בחלק מפסקי הדין שניתנו בתקופת הקורונה הודגש היבט זה של הדברים. בפסק הדין שניתן בעתירה שכוונה להפסקת השימוש באיכונים סולריים ניתן בסופו של דבר מקום מרכזי לדרישה שפרקטיקה זו תהיה מעוגנת בנתונים.<sup>47</sup> העתירה נגד חוקתיותו של החוק המסדיר את הנושא נדחתה, והדיון התמקד אפוא בהצדקה להפעלתו. בדעת רוב נקבע כי על הממשלה לגבש קריטריונים אובייקטיביים בכל הנוגע להיקף ההסתייעות באיכונים שב"כ, אשר יוצגו לפני ועדת החוץ והביטחון וכן יפורסמו בפומבי. זאת, כדי לשים קץ להסתייעות הגורפת בשב"כ שנעשתה באותה עת ללא התאמה למערך הבדיקות והאיסונים, לנתוני התחלואה ולכלים הנוספים שבידי הממשלה לצורך התמודדות עם הנגיף.

שאלת הביסוס העובדתי של ההחלטה התעוררה גם בכל הנוגע להטלת הגבלות על השתתפות בהפגנות בעת שהוכרו "מצב חירום מיוחד" בתקופת הקורונה – עת נאסרה השתתפות בהפגנות המתקיימות במרחק שעולה על 1,000 מטרים מביתו של אדם.<sup>48</sup> הדין בעתירה בעניין זה חשף את הביסוס העובדתי החסר של ההגבלה מרחיקת הלכת שעמדה במרכז המחלוקת. הוא אף זכה להתייחסות בפסק הדין אם כי לא עמד במרכז ההנמקה בסופו של דבר. פסק דינה של הנשיאה חיות התבסס, קודם כול, על הפגיעה הלא מידתית בחופש הביטוי, כלומר על שיקול הדעת שהופעל בקבלת ההחלטה. הנשיאה חיות אכן הצביעה גם על ההליך הבעייתי של קבלת ההחלטה בממשלה, שהתקבלה בחיפזון באישון לילה. אולם היא סברה כי האישור הפרלמנטרי שניתן להחלטה לאחר מכן ריפא את הפגם שנפל בקבלתה ולכן לא התבססה על פן זה, כשלעצמו, לצורך קבלת העתירה. עם זאת שלושה משופטי הרוב – המשנה לנשיאה מלצר, השופט מזוז ואנוכי – סברו כי ההליך הפגום של קבלת ההחלטה בממשלה (הקשור בקשר הדוק להיעדרו של ביסוס עובדתי) הצדיק אף הוא את קבלת העתירה.

ראוי להזכיר כאן גם את העתירה שנסבה על הגבלת התנועה בנמל התעופה בן-גוריון בתקופת הקורונה, בעיקר באמצעות קביעת מכסה בנוגע למספר הנכנסים למדינה ביום.<sup>49</sup> העתירה התקבלה לאחר שנקבע כי הצעדים שננקטו לא היו מידתיים. אדן חשוב של מסקנה זו היה היעדרה של תשתית עובדתית ששימשה את רשויות המדינה לצורך קביעת המכסה. הלכה למעשה נקבע כי אי אפשר יהיה להאריך את משך תוקפן של התקנות, וכי "ככל

ההחלטה התבססה בעיקר על הראיות שנכללו בתיק הרצח בלי לאסוף ראיות הנוגעות לאירועים הקודמים, ואף בלי לראיין את העותרת.

47 בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (נבו 1.3.2021).

48 בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (נבו 4.4.2021).

49 בג"ץ 1107/21 שמש נ' ראש הממשלה (נבו 17.3.2021).

שיוטלו בעתיד הגבלות חדשות כלשהן על הכניסה לישראל ועל היציאה ממנה, יש לבסס אותן על תשתית עובדתית מקיפה ועדכנית.<sup>50</sup>

לצידן של דוגמאות אלה יש להודות שתקופת הקורונה היא דוגמה גם לקושי בקבלת החלטות בתנאים קיצוניים של אי-ודאות.<sup>51</sup> כפי שכבר צוין, החלטות רגולטוריות תמיד מערבות היבטים של הערכה בנוגע לעתיד על בסיסה של תשתית עובדתית. בהקשר של הקורונה, בעיה זו אף הוחרפה, מאחר שעל הקושי של ניהול סיכונים הצופה פני עתיד נוסף הקושי הכרוך בכך שהאמפיריקה לא הייתה קיימת כלל בתחילת הדרך. כך, התקבלו החלטות של "ניהול סיכונים", למשל בכל הנוגע לסגרים או לחיסון האוכלוסייה.<sup>52</sup> תקופת הקורונה חושפת אפוא גם את הקושי של הרשויות להניח בסיס עובדתי להחלטות בתקופה שבה הידע עדיין מצוי בהתהוות. אין בכך כדי להצדיק זניחה של הדרישה להניח בסיס עובדתי להחלטות, אלא רק לחייב התאמה של הדרישה לגוף הידע המתהווה.<sup>53</sup> לכן אין להתפלא שמידת הנכונות של בית המשפט לדרוש ביסוס עובדתי להחלטה גברה עם חלוף הזמן (לא רק בשל ההצלחה היחסית של המאבק בקורונה אלא גם על רקע צבירת מידע רלוונטי בנושא).<sup>54</sup>

#### ד. סיכום

לקראת סיום ניתן לחזור להתחלה – הדרישה להנחת תשתית עובדתית להחלטה הייתה תמיד חלק אינטגרלי של המשפט המינהלי. בשלב הנוכחי נדרשת בחינה של התאמתה לעת הזו. התאמה אחת נדרשת במישור החוקתי – שאף בו יש חשיבות לעובדות בתהליכי קבלת ההחלטות בכנסת, ובכלל זה בחקיקה, בלי לגרוע מכך שגבולות הביקורת השיפוטית בהקשר זה אמורים להיות מצומצמים יותר. במישור המינהלי – כיוון ההתפתחות הברור הוא העלאת הרף בדרישה לביסוס עובדתי. בחלק מן המקרים העלאת הרף חורגת מן הדרישה הקלאסית לאיסוף ראיות נאות, ומחייבת הקפדה על סטנדרטים של מחקר אמפירי עדכני (למשל בהקשרים של רגולציה מורכבת). עם זאת כפי שעולה מן הדוגמאות שהובאו, הקשיים השכיחים אינם נוגעים להבחנה בין "מדע רע" ל"מדע טוב" או בין "מחקר רע" ל"מחקר טוב". במקרים רבים מדובר בשאלה פשוטה יותר – האם הרשויות מגלות נכונות לבצע בדיקה עובדתית המקיימת אמות מידה בסיסיות של איסוף נתונים ועיבודם, ברמה

50 שם, בפס' 32.

51 הקושי של קבלת החלטות בתנאים של אי-ודאות מוכר גם מהקשרים אחרים. ראו למשל Justin R. Pidot, *Governance and Uncertainty*, 37 CARDOZO L. REV. 113 (2015). עם זאת אין ספק שתקופת הקורונה עימתה את הרשויות עם הצורך לקבל החלטות בתנאי אי-ודאות מיוחדים.

52 ראו גם דוד אנוך ואחרים "חיסונים, התניות, ונשיאה בעלויות" **משפטים על אתר** יז 1, 8 (2021).

53 לפסק דין שניתן בשלב מאוחר יותר של ההתמודדות עם הקורונה, ובו כבר ניתן ביטוי לידע שהצטבר בינתיים, ראו למשל בג"ץ 5322/21 **כספי נ' ממשלת ישראל** (נבו) (14.9.2021).

54 המידע שנצבר במהלך הזמן אף אפשר חקיקה סדורה יותר להתמודדות עם אתגר הקורונה, לאחר שבתחילת הדרך שימש הכלי של תקנות לשעת חירום. ראו חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף–2020.

שאינה מחייבת בהכרח רמת מקצועיות מחקרית גבוהה? דבר אחד ברור: לא די בהצגת "נתונים כלשהם". את השלב הזה כבר עברנו.