

אהרן ברק / מידתיות במשפט

אהרן ברק

מידתיות במשפט

הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה



Aharon Barak

PROPORTIONALITY

CONSTITUTIONAL RIGHTS
AND THEIR LIMITATIONS

הפקה: טלי פלד

מסת"ב ISBN978-965-442-073-0

©

כל הזכויות שמורות למחבר

ירושלים, תש"ע-2010

נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835

טל' 9992099-02; פקס' 9992088-02

nevo@nevo.co.il

לנכדיי היקרים
בן, תום, עילי, לי, נעמי, אורי,
יהלי, שחר, יעל, ליאם, אילה

תוכן עניינים כללי

מבוא 27

שער ראשון: היקפן של זכויות האדם והפגיעה בהן

- פרק ראשון: היקפה של הזכות החוקתית ומידת ההגנה עליה 43
- א. מהות ההבחנה 43
 - ב. חשיבות ההבחנה 46
 - ג. מקומה של ההבחנה במשפט השוואתי ובמשפט הישראלי 48
 - ד. שלושת שלבי הבחינה החוקתית 51
 - ה. זכויות מוחלטות 53
 - ו. זכויות יחסיות 56
 - ז. הזכות החוקתית – לכאורית או החלטית 61
 - ח. האם יש לי זכות חוקתית לפעולה אסורה ומידתית? 66
- פרק שני: קביעת היקפה של הזכות החוקתית 69
- א. היקפה של הזכות נקבע על פי פרשנותה החוקתית 69
 - ב. היקף הזכות וטובת הכלל 102
 - ג. היקף הזכות החוקתית וזכותו של אחר 113
- פרק שלישי: התנגשות בין זכויות חוקתיות 115
- א. פתרון ההתנגשות: ברמה התת-חוקתית 115
 - ב. התנגשות בין זכויות המעוצבות ככללים 119
 - ג. התנגשות בין זכויות המעוצבות כעקרונות 120
 - ד. התנגשות בין זכות המעוצבת ככלל לבין זכות המעוצבת כעיקרון 131
- פרק רביעי: פגיעה או הגבלה בזכות חוקתית 133
- א. ההבחנה בין שינוי לבין הגבלה 133
 - ב. הגבלת הזכות או פגיעה בה 135
- פרק חמישי: פגיעה או הגבלה בחוק או על-פיו 143
- א. מרכיב החוקיות 143
 - ב. הגבלה בחוק (statute) 146
 - ג. יסוד החוקיות והמשפט המקובל 156

שער שני: מהותה, תפקידה ומקורותיה של המידתיות

- פרק שישי: מהותה ותפקידה של המידתיות 169
- א. מהותה של המידתיות 169
 - ב. התפקיד הפורמלי של המידתיות ופסקת ההגבלה 191

- ג. התפקיד המהותי של המידתיות ופסקת ההגבלה 208
 ד. פסקת ההגבלה, פסקת ההתגברות ופסקת שמירת הדינים 215

פרק שביעי: המקורות ההיסטוריים של המידתיות 225

- א. מידתיות בחיים ובמשפט 225
 ב. התפתחותו של עיקרון המידתיות במשפט הציבורי הגרמני 228
 ג. נדידת המידתיות מהמשפט הגרמני למשפט האירופי 232
 ד. מהמשפט האירופי למשפט של מדינות מערב-אירופה 236
 ה. מהמשפט האירופי לקנדה, לאירלנד ולאנגליה 237
 ו. מקנדה לניו-זילנד ולאוסטרליה 243
 ז. מקנדה וגרמניה לדרום-אפריקה 246
 ח. המידתיות עוברת למרכז אירופה ומזרחה 247
 ט. המידתיות נודדת לאסיה ולדרום-אמריקה 248
 י. המידתיות במשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם 250
 יא. האם המידתיות הגיעה לאמריקה? 257
 יב. המידתיות בישראל 258

פרק שמיני: המקורות המשפטיים של המידתיות 263

- א. המידתיות כאמת-מידה למימושן של זכויות אדם 263
 ב. מידתיות ודמוקרטיה 265
 ג. מידתיות ושלטון החוק 276
 ד. המידתיות כאינהרנטית להתנגשות בין עקרונות המשפט 284
 ה. מידתיות ופרשנות 288
 ו. המקורות המשפטיים – האם המידתיות היא הכרח הגיוני? 290

שער שלישי: מרכיביה של המידתיות

פרק תשיעי: מטרה ראויה 295

- א. מרכיב המטרה 295
 ב. יסודותיה של המטרה הראויה 300
 ג. תכנה של המטרה הראויה 302
 ד. נחיצותה של המטרה הראויה 344
 ה. זיהויה של המטרה הראויה 356

פרק עשירי: קשר רציונלי 373

- א. מאפייניו של מבחן הקשר הרציונלי 373
 ב. מבחן הקשר הרציונלי וחוסר-ודאות עובדתית 380
 ג. מבחן הקשר הרציונלי – מבחן סף 387
 ד. נחיצותו של מבחן הקשר הרציונלי 388

פרק אחד-עשר: צורך 391

- א. מאפייניו של מבחן הצורך 391

- ב. אמצעי הגזור להגשמת המטרה 411
- ג. הערכה של מבחן הצורך
- פרק שנים-עשר: מידתיות במובן הצר 419
- א. מאפייניו של מבחן המידתיות במובן הצר 419
- ב. תורת האיזון 426
- ג. כלל האיזון הבסיסי 445
- פרק שלושה-עשר: מידתיות וסבירות 455
- א. מסבירות למידתיות 455
- ב. מרכיבי המידתיות והסבירות 458
- ג. היחס בין מידתיות לסבירות 462
- פרק ארבעה-עשר: מתחם המידתיות: מחוקק ושופט 467
- א. תחולת המידתיות על רשויות השלטון ובעיית הביקורת השיפוטית 467
- ב. שיקול הדעת ומרכיבי המידתיות 491
- ג. מתחם המידתיות 505
- ד. מתחם ההתחשבות (Margin of Appreciation) 510
- פרק חמישה-עשר: מידתיות בזכויות חוקתיות חיוביות 513
- א. הזכויות החוקתיות החיוביות 513
- ב. הזכויות החוקתיות החיוביות ומרכיבי המידתיות 522
- פרק שישה-עשר: נטל ההוכחה 529
- א. הצגת הבעיה 529
- ב. נטל ההוכחה: דין ועובדה 530
- ג. נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות 531
- ד. השלב הראשון של הבחינה החוקתית: פגיעה בזכות חוקתית 531
- ה. השלב השני של הבחינה החוקתית: הצדקה לפגיעה בזכות 531
- ו. נטל השכנוע – על הטוען לקיום מרכיביה של פסקת ההגבלה 540
- ז. נטל הבאת הראיות בשלב השני – על הטוען שהפגיעה מוצדקת 545
- ח. השלב השלישי: הסעד 551

שער רביעי: הערכת המידתיות

- פרק שבעה-עשר: חשיבותה של המידתיות 555
- א. המידתיות במבחן הביקורת 555
- ב. הדגשת הצורך בצידוק (Justification) 555
- ג. הבניה של שיקול הדעת 558
- ד. מידתיות ותיאוריות בעניין זכויות האדם 563
- ה. מידתיות, דמוקרטיה וביקורת שיפוטית 567

פרק שמונה-עשר: ביקורת המידתיות והתשובות לה 577

א. היקף הביקורת על המידתיות 577

ב. הביקורת הפנימית 578

ג. הביקורת החיצונית 583

ד. שלילת הלגיטימיות השיפוטית 586

פרק תשעה-עשר: החלופות למידתיות 589

א. חלופות שאינן מבוססות על קטגוריזציה 589

ב. החלופה של קטגוריזציה 595

פרק עשרים: פיתוח עתידי של המידתיות 619

א. על הצורך בהתחדשות 619

ב. פיתוח מרכיב המטרה הראויה 620

ג. פיתוח מרכיב הקשר הרציונלי 627

ד. פיתוח מרכיב הצורך 629

ה. פיתוח מרכיב המידתיות במובן הצר 630

ו. שמירה על מרכיבי המידתיות 649

מפתחות 651

תוכן עניינים מפורט

מבוא

שער ראשון: היקפן של זכויות האדם והפגיעה בהן

פרק ראשון: היקפה של הזכות החוקתית ומידת ההגנה עליה 43
א. מהות ההבחנה 43

1. היקף והגנה 43
2. הדגמת ההבחנה: היקפו של חופש הביטוי וההגנה עליו 45
- ב. חשיבות ההבחנה 46
- ג. מקומה של ההבחנה במשפט ההשוואתי ובמשפט הישראלי 48
 1. משפט השוואתי 48
 2. המשפט הישראלי 49

(א) הגישה לפי המשפט המקובל הישראלי 49
(ב) הגישה לאחר חוקי היסוד בדבר זכויות האדם 50
ד. שלושת שלבי הבחינה החוקתית 51
ה. זכויות מוחלטות 53

1. המוכרות זכויות חוקתיות מוחלטות? 53
2. זכויות מוחלטות בתורת המשפט 54
3. הפיכת זכות מוחלטת ליחסית 54
- ו. זכויות יחסיות 56

1. מהותה של הזכות החוקתית היחסית 56
2. גבולות והגבלות 57

- (א) סוגים של הוראות 57
(ב) הוראות הקובעות את גבולות הזכות 58
(ג) הוראות הקובעות הגבלות על המימוש 59
(ד) חשיבות ההבחנה בין סוגי ההוראות 60

- ז. הזכות החוקתית – לכאורית או ודאית 61
 1. הצגת הבעיה 61
 2. עמדתו של אלכסי: זכות חוקתית לכאורה 62
 3. זכות חוקתית ודאית שאינה ניתנת למימוש 63ח. האם יש לי זכות חוקתית לפעולה אסורה ומידתית? 66
 1. היש לי זכות חוקתית לגנוב? 66
 2. ביקורת גישתי והתשובות לה 67

פרק שני: קביעת היקפה של הזכות החוקתית 69

- א. היקפה של הזכות נקבע על פי פרשנותה החוקתית 69
 1. פרשנות חוקתית 69
 - (א) פרשנות תכליתית 69
 - (ב) ייחודה של החוקה ופרשנותה התכליתית 71
 - (ג) לשון החוקה 72
 - (1) לשון החוקה אינה מטאפורה 72

- (2) לשון מפורשת ולשון משתמעת 73
- (3) לשון חוקתית מפורשת המעוצבת ככלל וכעיקרון 75
- (4) לשון חוקתית מפורשת וההבחנה בין זכויות-אם לזכויות-בת 76
- (5) לשון חוקתית מפורשת וזכויות "ללא שם מיוחד" 78
- (6) לשון חוקתית משתמעת 80
- (ד) תכלית החוקה 85
- (1) מהותה של התכלית 85
- (2) התכלית של החוקה וההגנה על הפרט 90
- (ה) "חוקה חיה" ו"עץ חי" 91
- (1) פרשנות מתוך הסתייעות במשפט השוואתי 91
2. פרשנות מתוך מבט רחב 94
- (א) פרשנות נדיבה אך לא מרחיבה 94
- (ב) פרשנות מתוך מבט רחב ופרשנות המקדמת אחדות והרמוניה חוקתית 95
- (ג) פרשנות מתוך מבט רחב של הזכות החוקתית 96
- (ד) קשר בין פרשנות הזכות לפרשנות ההגבלה 97
- (ה) איזון פרשני 98
- (1) מהותו של האיזון הפרשני 98
- (2) איזון לצורכי פרשנות ואיזון לצורכי חוקתיות 101
- (3) היקש פרשני: מאיזון לצורכי חוקתיות לאיזון לצורכי פרשנות 101
- ב. היקף הזכות וטובת הכלל 102
1. מיקומה של טובת הכלל 102
2. טובת הכלל כחלק מהמידתיות 103
3. פרשת עדאלה 106
4. הטעמים שביסוד עמדתו של בית המשפט העליון 111
- (א) מהותה של המחלוקת 111
- (ב) טעמים התומכים בשלילת ההתחשבות בטובת הכלל בקביעת היקף הזכות החוקתית 112
- ג. היקף הזכות החוקתית וזכותו של אחר 113
1. מקומה של זכותו של אחר 113
2. זכותו של אחר והתנגשות בין זכויות חוקתיות 114
- פרק שלישי: התנגשות בין זכויות חוקתיות 115
- א. פתרון ההתנגשות: ברמה התת-חוקתית 115
- (1) מודל ההתנגשות 115
- (2) מודל ההתנגשות ושלטון החוק 118
- ב. התנגשות בין זכויות המעוצבות ככללים 119
- ג. התנגשות בין זכויות המעוצבות כעקרונות 120
1. תוקפן והיקפן של הזכויות המתנגשות אינו משתנה 120
2. השפעת ההתנגשות בין הזכויות על מימושן 122
3. איזון פרשני בין שתי זכויות חוקתיות מתנגשות המעוצבות כעקרונות 124
4. איזון בין זכויות חוקתיות מתנגשות המעוצבות כעקרונות לצורכי קביעת החוקתיות של חוק הפוגע באחת מהן 125
5. איזון בין זכויות חוקתיות מתנגשות בהיעדר חקיקה המגשימה אותן 125
6. איזון בין זכויות חוקתיות מתנגשות הגורר התנגשות בין החוקים המגדירים את

- מימושן 126
7. איזון ברמה החוקתית ואיזון ברמה התת-חוקתית 128
- ד. התנגשות בין זכות המעוצבת ככלל לבין זכות המעוצבת כעיקרון 131
- פרק רביעי: פגיעה או הגבלה בזכות חוקתית 133
- א. ההבחנה בין שינוי לבין הגבלה 133
- ב. הגבלת הזכות או פגיעה בה 135
1. פגיעה בזכות היא הגבלתה 135
2. היקף ההגבלה: פגיעה של "מה בכך" 137
3. הגבלה נלווית (incidental) 139
4. ויתור 140
- פרק חמישי: פגיעה או הגבלה בחוק או על פיו 143
- א. מרכיבי החוקיות 143
1. הסמכה כדין 143
2. שרשרת של הסמכות 144
- (א) תוקף נורמטיבי היונק מהחוקה במפורש או במשתמע 144
- (ב) פגיעה והפרה 145
- ב. הגבלה בחוק (statute) 146
1. הגבלה בחוק 146
2. פגיעה או הגבלה "לפי חוק" 147
- (א) אינטנסיביות ההאצלה מהחוק 147
- (ב) הגבלה על אינטנסיביות ההאצלה 147
- (ג) "לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו" 149
- (ד) הסמכה כללית 152
- (ה) הסמכה נגישה 154
- (ו) הסמכה בהירה דיה 155
- ג. יסוד החוקיות והמשפט המקובל 156
1. החוקה והמשפט המקובל 156
2. המשפט המקובל ופסקת ההגבלה 159
- (א) מניעת פגיעה במעמד המשפט המקובל 159
- (ב) הקושי בהחלה של פסקת ההגבלה על משפט מקובל 161
- (ג) הדרישה "בחוק" בפסקת ההגבלה הישראלית 163
- (ד) הגבלה במשפט המקובל כהגבלה משתמעת 165

שער שני: מהותה, תפקידה ומקורותיה של המידתיות

- פרק שישי: מהותה ותפקידה של המידתיות 169
- א. מהותה של המידתיות 169
1. המרכיבים של המידתיות 169
2. שיטות שונות להגבלת זכויות חוקתיות 172
3. שתיקת החוקה בעניין הגבלתה של זכות חוקתית ("חוקה שותקת") 173
- (א) הגישה העקרונית: פסקת הגבלה משתמעת (או שיפוטית) 173
- (ב) פסקת הגבלה משתמעת במשפט האמריקני 176

- (ג) הבעיה המיוחדת בישראל: חוק יסוד הדין בזכויות אדם ללא כל פסקת הגבלה מפורשת 177
- (ד) חוקה הדנה בזכויות אדם וקובעת כי ניתן להגביל זכות בחוק 179
- (1) הגישה העקרונית 179
- (2) הבעיה המיוחדת של ישראל 180
- (3) הבעיה שמעורר סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת 182
- (אא) הבעיה 182
- (בב) עמדת הפסיקה 183
- (גג) סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דן בשינוי ולא בהגבלה 184
- (דד) דין הגבלה או פגיעה בזכות הבחירה 185
- (הה) נדרש צורך בשינוי גישה של הפסיקה 185
4. פסקאות הגבלה מיוחדות 186
5. פסקת הגבלה כללית 187
6. הסדרים היברידיים 189
7. ההסדר הראוי: פסקת הגבלה כללית, מיוחדת או היברידית? 190
- ב. התפקיד הפורמלי של המידתיות ופסקת ההגבלה 191
1. מידתיות לעניין התוקף ומידתיות לעניין המובן 191
2. חוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית 192
- (א) פגיעה בזכות חוקתית 192
- (ב) הנורמה הפוגעת היא תת-חוקתית 192
3. הטעם המונח ביסוד היחס ההיררכי 193
- (א) חוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית 193
- (ב) פגיעה על ידי נורמה תת-חוקתית 194
4. זכות חוקתית נפגעת על ידי נורמה חוקתית 196
- (א) הפה שאסר הוא הפה שהתיר 196
- (ב) פסקת ההגבלה והוראות בחוקה הקובעות את גבולות הזכות 197
- (ג) פסקת ההגבלה והתנגשות בין זכויות חוקתיות 198
- (ד) פגיעה בזכות חוקתית או שינויה על ידי נורמה חוקתית אחרת 199
5. זכות תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית נמוכה ממנה 200
6. זכות ברמה תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית שוות מעמד 201
7. זכות תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה ברמה גבוהה ממנה 204
- (א) היררכיה הפוכה 204
- (ב) זכות בהלכה הפסוקה הנפגעת על ידי הוראה בחקיקה 204
- (ג) זכות בהלכה הפסוקה הנפגעת על ידי הוראה בחוקה (אצלנו – בחוק יסוד) 207
- ג. התפקיד המהותי של המידתיות ופסקת ההגבלה 208
1. זכויות האדם וההגבלות עליהן 208
- (א) דמוקרטיה של זכויות וחובות 208
- (ב) היחס בין זכות האדם למטרות הכלל 210
- (ג) פסקת ההגבלה כמכשיר לעיצוב היחס הראוי בזכות הפרט להגבלות עליה 210
- (ד) מרכזיותה של המידתיות ופסקת ההגבלה 211
2. הגנה על הזכות החוקתית והכרה בחוקתיות הפגיעה בה 212

3. הזכות והפגיעה בה נובעות ממקור משותף 213
4. גבולות ההגבלות (ה-*limits on the limitations*) 214
- ד. פסקת ההגבלה, פסקת ההתגברות ופסקת שמירת הדינים 215
1. פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות 215
- (א) מהותה של פסקת ההתגברות 215
- (ב) היחס בין פסקת ההגבלה לפסקת ההתגברות 217
- (1) הגבלה משפטית והגבלה פוליטית 217
- (2) הקשר בין פסקת ההגבלה לפסקת ההתגברות 219
- (ג) מגבלותיה של פסקת ההתגברות 220
2. פסקת ההגבלה ופסקת שמירת הדינים 221
- (א) אקטיביות ההסדר החוקתי החדש ויחסו לדין הישן 221
- (ב) שמירת דינים 222
- (1) שמירת תוקף בלא הענקת מעמד חוקתי 222
- (2) חוק חדש המתקן דין ישן 223
- (3) חקיקת משנה חדשה מכוח חוק ישן 224
- פרק שביעי: המקורות ההיסטוריים של המידתיות 225
- א. מידתיות בחיים ובמשפט 225
1. מידתיות בחשיבה האנושית 225
2. מידתיות ונאורות 226
3. המידתיות והמאבק בפורמליזם 227
4. תרומתו של קרל גוטליב סווארז (Carl Gottlieb Svarez) 227
- ב. התפתחותו של עיקרון המידתיות במשפט הציבורי הגרמני 228
1. התפתחות המידתיות במשפט המנהלי במאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים 228
2. התפתחותה של המידתיות במשפט החוקתי הגרמני לאחר מלחמת העולם השנייה 229
- ג. נדידת המידתיות מהמשפט הגרמני למשפט האירופי 232
1. נדידת הדינים האירופיים 232
2. המידתיות באמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד 233
3. מידתיות במשפטה של הקהילה האירופית 234
- ד. מהמשפט האירופי למשפט של מדינות מערב-אירופה 236
- ה. מהמשפט האירופי לקנדה, לאירלנד ולאנגליה 237
1. קנדה 237
2. אירלנד 240
3. אנגליה 241
- ו. מקנדה לניו-זילנד ולאוסטרליה 243
1. ניו-זילנד 243
2. אוסטרליה 244
- ז. מקנדה וגרמניה לדרום-אפריקה 246
- ח. המידתיות עוברת למרכז אירופה ומזרחה 247
- ט. המידתיות נודדת לאסיה ולדרום-אמריקה 248
1. אסיה 248
2. דרום-אמריקה 250

- י. המידתיות במשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם 250
1. משפט בינלאומי ומשפט לאומי בדבר זכויות האדם 250
 2. ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם 252
 3. זכויות האדם במשפט בינלאומי הומניטרי 253
 - (א) דין מיוחד 253
 - (ב) תפיסה לוחמתית 254
 - (ג) הגנה על אזרחים בסכסוך מזוין 256
- יא. האם המידתיות הגיעה לאמריקה? 257
- יב. המידתיות בישראל 258
- פרק שמיני: המקורות המשפטיים של המידתיות 263
- א. המידתיות כאמת-מידה למימושן של זכויות אדם 263
1. הצורך בעיגון חוקתי 263
 2. מהות העיגון החוקתי 265
- ב. מידתיות ודמוקרטיה 265
1. הנחות באשר לקשר בין מידתיות לדמוקרטיה 265
 2. ההנחה הראשונה: לדמוקרטיה יש מעמד חוקתי 266
 3. ההנחה השנייה: הדמוקרטיה כוללת זכויות אדם 269
 4. ההנחה השלישית: הדמוקרטיה מבוססת על איוון בין זכויות אדם ועקרונות חברתיים נוגדים 271
 5. ההנחה הרביעית: איוון באמצעות פסקאות הגבלה 271
 6. ההנחה החמישית: פסקאות ההגבלה מבוססות על מידתיות 273
 7. הערכת הדמוקרטיה כמקור למידתיות 276
- ג. מידתיות ושלטון החוק 276
1. הגישה המקובלת בגרמניה 276
 2. ההנחה הראשונה: לשלטון החוק יש מעמד חוקתי 278
 3. ההנחה השנייה: שלטון החוק כולל זכויות אדם 280
 4. ההנחה השלישית: שלטון החוק מבוסס על איוון בין זכויות האדם לבין אינטרסים ועקרונות נוגדים 282
 5. ההנחה הרביעית: האיוון נעשה באמצעות פסקאות ההגבלה 282
 6. ההנחה החמישית: פסקאות ההגבלה מבוססות על המידתיות 283
 7. הערכה של שלטון החוק (המהותי) כמקור למידתיות 284
- ד. המידתיות כאינהרנטית להתנגשות בין עקרונות המשפט 284
- ה. מידתיות ופרשנות 288
- ו. המקורות המשפטיים – האם המידתיות היא הכרח גיוני? 290

שער שלישי: מרכיביה של המידתיות

- פרק תשיעי: מטרה ראויה 295
- א. מרכיב המטרה 295
1. מהותה של המטרה הראויה ומקורותיה 295
 - (א) מהותה של המטרה הראויה 295
 - (ב) מקורותיה של המטרה הראויה 296
 2. מטרה ראויה כדרישת סף 297

- (א) הטעם לדרישת הסף 297
 - (ב) עמדה נוגדת של פרופ' הוג 297
 - (ג) ביקורת עמדתו של הוג 298
 - ב. יסודותיה של המטרה הראויה 300
 - (1) היקפה של המטרה הראויה 300
 - (2) מרכיבי המטרה הראויה 301
 - ג. תכנה של המטרה הראויה 302
 - 1. ערכיה של מדינה דמוקרטית 302
 - (א) המינימום של הקיום הדמוקרטי 302
 - (ב) הערכים הדמוקרטיים הרלוונטיים ביותר 304
 - (1) הגנה על זכות חוקתית והגשמת טובת הכלל 304
 - (2) הגנה על זכויות האדם 306
 - (3) טובת הכלל 307
 - 2. ערכיה של מדינה יהודית 308
 - (א) ערכים ציוניים ומורשתיים 308
 - (ב) ערכים ציוניים 309
 - (ג) ערכים מורשתיים 310
3. היחס בין ערכי המדינה היהודית לערכי המדינה הדמוקרטית 310
 - (א) השלמה והרמוניה 310
 - (ב) בחירת המשותף והמאחד 312
 - (ג) מדינה יהודית ומדינת כל אזרחיה 313
 - (ד) דת ומדינה 315
 - (ה) רמת הפשטה גבוהה 316
 - (ו) כישלון ההשלמה וההרמוניה 317
4. אמת-המידה הכללית לקביעת תוכנה של המטרה הראויה 317
 - (א) משפט השוואתי 317
 - (ב) אמת-המידה הכללית במשפט הישראלי 319
5. קטגוריות של מטרות ראויות 321
 - (א) מטרות מפורשות בפסקאות הגבלה כלליות ומיוחדות 321
 - (1) מטרות מפורשות בפסקאות הגבלה כלליות 321
 - (2) מטרות מפורשות בפסקאות הגבלה מיוחדות 322
 - (ב) מטרות משתמעות 323
 - (ג) הגנה על זכויותיהם של אחרים 323
 - (1) הוראות מפורשות 323
 - (2) הוראות משתמעות 324
 - (3) היקפה של הקטגוריה 325
 - (ד) טובת הכלל 326
 - (1) מהותה של טובת הכלל 326
 - (2) קיום המדינה 328
 - (3) קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית 329
 - (4) ביטחון המדינה 330
 - (5) סדר ציבורי 331
 - (6) צדק 337

- (7) סובלנות 338
- (8) פגיעה ברגשות אדם 340
- (9) ערכים חוקתיים 342
- ד. נחיצותה של המטרה הראויה 344
1. בעיותיה של הנחיצות 344
 2. האם ה"נחיצות וחיוניות" נחוצים? 344
 3. אמות-מידה לקביעת הנחיצות והחיוניות 345
- (א) משפט משווה 345
- (1) היעדר גישה אחידה 345
 - (2) המודל הראשון: קנדה ודרום-אפריקה 346
- (אא) פרשת אוקס 346
- (בב) אמת-מידה אחידה לפגיעה בכל הזכויות 347
 - (גג) אמת-מידה קפדנית המציבה רף גבוה 348
 - (דד) דוגמאות למטרות ראויות על פי אמת-המידה האחידה 349
- (הה) דרום-אפריקה 350
- (3) המודל השני: ארצות-הברית 351
- (ב) המשפט הישראלי 352
- (1) פרשת בנק המזרחי המאוחד 352
 - (2) ההתפתחות לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד 353
- ה. זיהויה של המטרה הראויה 356
1. מטרותיה של הנורמה הפוגעת 356
 2. מבחן סובייקטיבי או מבחן אובייקטיבי? 356
- (א) הגדרת הבעיה 356
 - (ב) ההיבט הפרשני 357
 - (ג) ההיבט החוקתי 358
 - (ד) משפט השוואתי 359
- (1) קנדה 359
 - (2) דרום-אפריקה 360
 - (3) ארצות-הברית 361
- (אא) היעדר פתרון אחיד 361
- (בב) רמת הבדיקה המינימלית (Minimal scrutiny) 361
 - (גג) רמות הבדיקה האחרות 362
 - (דד) רלוונטיות הכוונה בפגיעה בשוויון 363
 - (הה) רלוונטיות הכוונה בפגיעה בחופש הביטוי 365
- (ה) ישראל 366
3. הפתרון הראוי 368
- (א) זיהוי המטרה הראויה: מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי? 368
 - (ב) הטעמים המונחים ביסוד הגישה הסובייקטיבית-אובייקטיבית 369
 - (ג) טיעונים נגדיים 369
- פרק עשירי: קשר רציונלי 373
- א. מאפייניו של מבחן הקשר הרציונלי 373
- (1) תוכנו של מבחן הקשר הרציונלי 373
 - (2) מהותו של הקשר הרציונלי 376

- (3) קשר רציונלי ואמצעי הגזור להשגת המטרה 378
 (4) קשר רציונלי ואמצעים שרירותיים 378
- ב. מבחן הקשר הרציונלי וחוסר-ודאות עובדתית 380
 (1) הבעיה של חוסר-ודאות עובדתית 380
 (2) ודאות הקשר הרציונלי: דחייתן של גישות קיצוניות 381
 (3) קביעת הבסיס העובדתי לקיומו של קשר רציונלי 382
 (4) הקשר הרציונלי במבחן הזמן 384
- ג. מבחן הקשר הרציונלי – מבחן סף 387
 ד. נחיצותו של מבחן הקשר הרציונלי 388
- פרק אחד-עשר: צורך 391
- א. מאפייניו של מבחן הצורך 391
 1. תוכנו של מבחן הצורך 391
 2. מהותו של מבחן הצורך 394
 3. יסודותיו של מבחן הצורך 399
- (א) שני היסודות של מבחן הצורך 399
 (ב) היסוד הראשון: קיומה של חלופה היפותטית המגשימה את מטרת החוק הפוגע כמו החוק הפוגע 399
 (1) מהותו של היסוד הראשון 399
 (2) מבחן הצורך ושיקולים שמחוץ לזכות הנפגעת 400
 (אא) הפרדיגמה של מבחן הצורך 400
 (בב) השפעה על גורמים החיצוניים לזכות הנפגעת 400
 (גג) מבחן הצורך והוצאה כספית נוספת 403
- (ג) היסוד השני: החלופה ההיפותטית פוגעת בזכות החוקתית במידה פחותה מפגיעתו של החוק הפוגע 405
 (1) מהותו של היסוד השני 405
 (2) פגיעה פחותה – מבחן אובייקטיבי 405
 (3) איסור גורף או בדיקה אינדיבידואלית 407
 (4) מבחן הצורך במבחן הזמן 409
4. מבחן הצורך ורמת ההפשטה של המטרה 409
- ב. אמצעי הגזור להגשמת המטרה 411
 1. המטאפורות של התותח והפטיש 411
 2. כיסוי יתר 412
- ג. הערכה של מבחן הצורך 415
 1. "לבו של מבחן המידה שאינה עולה על הנדרש" 415
 2. מבחן הצורך – מבחן חשוב 415
- פרק שנים-עשר: מידתיות במובן הצר 419
- א. מאפייניו של מבחן המידתיות במובן הצר 419
 1. תוכנו של המבחן 419
 2. מהותו הערכית של המבחן 422
 3. "יחס ראוי": מבחן של איזון 423
 4. ייחודו של המבחן 425
- ב. תורת האיזון 426

1. מרכזיותו של האיזון 426
2. איזון ותוקף 428
3. מהותו של האיזון 429
4. איזון על בסיס חשיבות התועלת וחשיבות מניעת הנזק 430
 - (א) החשיבות החברתית היחסית 430
 - (ב) הערכת החשיבות החברתית היחסית 431
 - (ג) היקפו של האיזון 432
 - (1) כללי 432
 - (2) הבהרה ראשונה: השוואה בין תוספת היתרון לתוספת הנזק 432
 - (3) הבהרה שנייה: התחשבות בחלופה מידתית 434
 - (4) חשיבותה של ההבהרה 438
 - (ד) חשיבותה של כף הגשמת המטרה 438
 - (1) המטרה הראויה 438
 - (2) ההסתברות להגשמה 439
 - (ה) חשיבותה של כף הפגיעה בזכות 440
 - (1) מכלול השיקולים 440
 - (2) חשיבותה של הזכות 441
 - (3) עצמתה של הפגיעה בזכות 444
 - (4) ההסתברות לפגיעה בזכות 445
- ג. כלל האיזון הבסיסי 445
 1. השוואה בין כפות המאזניים 445
 2. מרכיבי האיזון הבסיסי וצידוקו 446
 - (א) יסודותיו של הכלל הבסיסי 446
 - (ב) תוכנו של כלל האיזון הבסיסי 446
 3. כפות המאזניים מעוינות 449
 4. כלל האיזון הבסיסי ואיזון קונקרטי (אד-הוק) 451
 - (א) איזון "גס" ואיזון "דקיק" 451
 - (ב) מעמדו המשפטי של כלל האיזון הקונקרטי 451
 - (ג) כלל האיזון הקונקרטי והדוקטרינה של "השלמה קונקרטית" 453
 5. איזון עקרוני 451
- פרק שלושה-עשר: מידתיות וסבירות 455
 - א. מסבירות למידתיות 455
 1. ההתפתחות ההיסטורית 455
 2. ההתפתחות במשפט הישראלי 456
 - ב. מרכיבי המידתיות והסבירות 458
 1. מרכיבי המידתיות 458
 2. מרכיב הסבירות 458
 - (א) מתי פעולה היא סבירה 458
 - (ב) סבירות כאיזון בין עקרונות מתנגשים 460
 - ג. היחס בין מידתיות לסבירות 462
 1. רמת הפרוט 462
 2. איזון 464

- פרק ארבעה-עשר: מתחם המידתיות: מחוקק ושופט 467
- א. תחולת המידתיות על רשויות השלטון ובעיית הביקורת השיפוטית 467
1. מידתיות ורשויות השלטון 467
 2. מידתיות, ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה 469
 3. מידתיות והפרדת רשויות 472
 - (א) מידתיות ושיקול דעת 472
 - (ב) הפרדת רשויות: איזון ובקרה 473
 - (ג) שיקול הדעת של הרשות השופטת 476
 - (1) שיקול דעת 476
 - (2) העובדות 477
 - (אא) עובדות "היסטוריות" ועובדות "חברתיות" 477
 - (בב) עובדות פוליציטריות 478
 - (גג) מגבלות היכולת המוסדית 479
 - (3) הדין 480
 - (אא) שיקול הדעת השיפוטי בקביעת הדין 480
 - (בב) פרשנות המחוקק ושיקול דעת השופט 482
 - (4) הפעלת הדין על העובדות 484
 - (אא) ביקורת שיפוטית 484
 - (בב) זהירות בביקורת השיפוטית 486
 - (גג) ביקורת שיפוטית ו"התערבות" שיפוטית 487
 - (דד) ביקורת שיפוטית והנסגת דעת (Deference) 488
- ב. שיקול הדעת ומרכיבי המידתיות 491
1. ההחלטה לחוקק 491
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 491
 - (ב) שיקול הדעת של השופט 492
 2. קביעת המטרות 492
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 492
 - (ב) שיקול הדעת של השופט 494
 3. קביעת האמצעים 497
 4. מבחן הקשר הרציונלי 497
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 497
 - (ב) שיקול הדעת של השופט 497
 5. מבחן הצורך 498
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 498
 - (1) היקף שיקול הדעת החקיקתי 498
 - (2) פגיעה במידה הסבירה הפחותה ביותר 500
 - (3) "רק שופט ללא דמיון לא ימצא אמצעי שפגיעתו פחותה" 502
 - (ב) שיקול הדעת של השופט 503
 6. מבחן המידתיות במובן הצר 504
 - (א) שיקול הדעת של המחוקק 504
 - (ב) שיקול דעת השופט 504
- ג. מתחם המידתיות 505
1. מהותו 505

2. מחוקק ושופט לעניין מתחם המידתיות 508
- ד. מתחם ההתחשבות (Margin of Appreciation) 510
 1. מהותו 510
 2. מתחם ההתחשבות ומתחם המידתיות 511
- פרק חמישה-עשר: מידתיות בזכויות חוקתיות חיוביות 513
 - א. הזכויות החוקתיות החיוביות 513
 1. מהותן של הזכויות החוקתיות החיוביות 513
 2. זכויות חוקתיות חיוביות במשפט המשווה 514
 3. זכויות חוקתיות חיוביות במשפט הישראלי 516
 4. המקור המשפטי לזכויות חוקתיות חיוביות 518
 - (א) לשון החוקה ופרשנותה 518
 - (ב) האופי האובייקטיבי של הערכים כבסיס להיבט חיובי 520
 5. היבט חוקתי חיובי וזכות חוקתית חיובית 521
 - ב. הזכויות החוקתיות החיוביות ומרכיבי המידתיות 522
 1. הזכויות החיוביות כזכויות יחסיות 522
 2. מרכיב המטרה הראויה בפגיעה בזכויות חוקתיות 524
 3. מרכיב הקשר הרציונלי 525
 4. מרכיב הצורך 526
 5. מרכיב המידתיות במובן הצר 526
- פרק שישה-עשר: נטל ההוכחה 529
 - א. הצגת הבעיה 529
 - ב. נטל ההוכחה: דין ועובדה 530
 - ג. נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות 531
 - ד. השלב הראשון של הבחינה החוקתית: פגיעה בזכות חוקתית 531
 - ה. השלב השני של הבחינה החוקתית: הצדקה לפגיעה בזכות 533
 1. היסודות המרכיבים את הצידוק לפגיעה בזכות 533
 2. הדעות בעניין נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בפרשת בנק המזרחי המאוחד 533
 3. התפתחות ההלכה לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד 536
 4. משפט השוואתי 537
 - (א) קנדה 537
 - (ב) ניר-זילנר 538
 - (ג) דרום-אפריקה והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות 539
 - (ד) האמנה האירופית לזכויות האדם 540
 - (ה) אנגליה 540
- ו. נטל השכנוע – על הטוען לקיום מרכיביה של פסקת ההגבלה 540
 1. הגישה הבסיסית 540
 2. נטל השכנוע ומעמדה של זכויות האדם 541
 3. הטיעון הנגדי: חזקת החוקתיות (Presumption of Constitutionality) 542
 - (א) נטל השכנוע על הטוען לאי-חוקתיות 543
 - (ב) על חזקת החוקתיות 543
 - (ג) חזקת החוקתיות בפגיעה בזכויות חוקתיות 544

- ז. נטל הבאת הראיות בשלב השני – על הטוען שהפגיעה מוצדקת 545
1. הגישה הבסיסית 545
 2. נטל הבאת הראיות ומעמדן של זכויות חוקתיות 546
 3. נטל הבאת הראיות ונטל הטיעון בדבר היעדרה של חלופה פוגעת פחות 546
 4. נטל הבאת הראיות וייחודו של ההליך השיפוטי במשפט הציבורי 547
- ח. השלב השלישי: הסעד 551

שער רביעי: הערכת המידתיות

- פרק שבעה-עשר: חשיבותה של המידתיות 555
- א. המידתיות במבחן הביקורת 555
 - ב. הדגשת הצורך בצידוק (Justification) 555
 - ג. הבניה של שיקול הדעת 558
 1. חשיבות ההבניה של שיקול הדעת 558
 2. שקיפות 560
 3. שקילת השיקול הראוי בהקשר הראוי 561
 4. דיאלוג בין מחוקק לשופט 562
 - ד. מידתיות ותיאוריות בעניין זכויות האדם 563
 1. מידתיות כבית קיבול לתיאוריות שונות בדבר זכויות האדם 563
 2. מידתיות וליברליזם 564
 - (א) הטענה הכללית 564
 - (ב) העדפת הזכות והתפיסה הליברלית האנטי-פרפקציוניסטית (Antiperfectionism) 565
 - (ג) העדפת הזכות והתפיסה הליברלית האנטי-קולקטיביסטית (Anticollectivism) 566
 - (ד) העדפת הזכות והתפיסה הליברלית האנטי-תוצאתית (Anticonsequentialism) 566
 - (ה) ליברליזם ומידתיות 566
 - ה. מידתיות, דמוקרטיה וביקורת שיפוטית 567
 1. מידתיות ודמוקרטיה 567
 2. מידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק 568
 3. עמדתו של ביטי 570
 - (א) מהות העמידה 570
 - (ב) ביקורת עמדתו של ביטי 571
 - (1) ביקורת כללית 571
 - (2) ביקורת גישתו של ביטי: פסק הדין בפרשת חורב 572
 - (3) מידתיות מבטיחה את מרב האובייקטיביות 574
- פרק שמונה-עשר: ביקורת המידתיות והתשובות לה 577
- א. היקף הביקורת על המידתיות 577
 - ב. הביקורת הפנימית 578
 1. מהותה של הביקורת הפנימית 578
 2. היעדרה של אמת-מידה לבחינת המידתיות 578

- 578 Incommensurability (א) בעיית ה-
 (ב) התשובה לביקורת 579
 3. היעדר רציונליות 580
 (א) מהות הביקורת 580
 (ב) התשובה לביקורת 581
 ג. הביקורת החיצונית 583
 1. שיקול דעת שיפוטי רחב מדי 583
 (א) מהות הביקורת 583
 (ב) התשובה לביקורת 583
 2. היעדר הגנה מספקת על הזכויות החוקתיות 584
 (א) מהות הביקורת 584
 (ב) התשובה לביקורת 585
 ד. שלילת הלגיטימיות השיפוטית 586
 1. מהות הביקורת 586
 2. התשובה לביקורת 586
 פרק תשעה-עשר: החלופות למידתיות 589
 א. חלופות שאינן מבוססות על קטגוריזציה 589
 1. זכויות מוחלטות 589
 (א) מהות החלופה 589
 (ב) הערכת חלופה 590
 2. הגנה על ה"ליבה" של הזכות החוקתית 591
 (א) מהות החלופה 591
 (ב) דיני המידתיות ואיפיונה של ה"ליבה" 592
 3. הערכת החלופה 593
 4. המודל הדואלי (Duel Model) 593
 (א) מהותה של החלופה 593
 (ב) הערכת החלופה 594
 ב. החלופה של קטגוריזציה 595
 1. מיקומה של הקטגוריזציה בשיח הזכויות 595
 2. מהותה של החשיבה המשפטית בקטגוריות 596
 3. זכויות חוקתיות בחשיבה בקטגוריות 597
 (א) כל זכות היא קטגוריה בפני עצמה 597
 (ב) דוגמה: חופש הביטוי בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית 599
 4. קטגוריזציה ומודל שני השלבים 600
 5. קטגוריזציה ואיזון 600
 6. קטגוריזציה וזכויות אדם במשפט החוקתי האמריקני 604
 (א) הקטגוריזציה האמריקנית 601
 (1) שלוש קטגוריות-על 601
 (2) בדיקה קפדנית (strict scrutiny) 602
 (3) בדיקה בינונית (intermediate scrutiny) 603
 (4) בדיקה מינימלית (minimal scrutiny) 603
 (5) קטגוריות בלא איזון לפי הנסיבות 603
 (ב) ההגנה על זכויות האדם: קטגוריזציה לעומת מידתיות 604

- (1) פוטנציאל ההגנה והגשמתו 604
- (2) היקף הזכות החוקתית 605
- (3) הגבלות על מימוש היקפה של הזכות 606
- (4) בעיית הבדיקה הקפדנית (strict scrutiny) 607
- (ג) הקטגוריזציה וביקורת המידתיות 611
- (1) הביקורת הפנימית של האיזון ועמדת הקטגוריזציה 611
- (2) הביקורת החיצונית על האיזון ועמדת הקטגוריזציה 612
- (אא) שיקול דעת שיפוטי רחב מדי 612
- (בב) היעדר הגנה מספקת על הזכויות החוקתיות 613
- (גג) שלילת הלגיטימיות השיפוטית 615
- (ד) הקטגוריזציה כחלופה למידתיות 616
- פרק עשרים: פיתוח עתידי של המידתיות 619
- א. על הצורך בהתחדשות 619
- ב. פיתוח מרכיב המטרה הראויה 620
1. גישות שונות לעניין המטרה הראויה 620
- (א) ספקטרום הגישות 620
- (ב) דרישת סף המבוססת על הצורך בצידוק 621
2. הגישה הראויה – מדרגת הזכויות החוקתיות לעניין חשיבות המטרה 622
- (א) מדרג זכויות לפי הניסיון ההיסטורי 622
- (ב) חשיבות המטרה כנגזרת ממדרג הזכויות 622
3. המטרה הראויה והגנה על זכויות חוקתיות 623
- (א) הגישה המקובלת 623
- (ב) חסרונותיה של הגישה המקובלת 624
- (ג) מטרה ראויה: הגנה על זכות חוקתית כצידוק לפגיעה בזכות חוקתית 626
- (ד) החובה למנוע פגיעה בזכות אחת ולהגן על האחרת 626
- ג. פיתוח מרכיב הקשר הרציונלי 627
- ד. פיתוח מרכיב הצורך 629
- ה. פיתוח מרכיב המידתיות במובן הצר 630
1. מהותן של נוסחאות האיזון העקרוניות 630
- (א) איזון עקרוני המתרגם את הכלל הבסיסי 630
- (ב) המבנה של נוסחת האיזון העקרונית 631
- (ג) נוסחת האיזון העקרונית והאיזון הקונקרטי 632
- (ד) ריבוי נוסחאות איזון עקרוניות 632
- (ה) חשיבות של נוסחאות האיזון העקרוניות 634
2. נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט המשווה 635
- (א) מיעוטן של נוסחאות האיזון העקרוניות 635
- (ב) האיזון העקרוני במשפט האמריקני 636
3. נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט הישראלי 637
- (א) נוסחאות האיזון עד לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם 637
- (1) פרשת קול העם 637
- (2) איזון אנכי ואיזון אופקי 641
- (3) הערכת המפעל השיפוטי 642
- (ב) נוסחאות האיזון של הלכת קול העם ופסקת ההגבלה בחוקי היסוד 643

- (1) האם נוסחאות האיזון ההלכתיות ממשיכות לחול במסגרת חוקי היסוד? 643
- (2) פתרון הבעיה: הכרה בנוסחאות האיזון ההלכתיות תוך התאמתן למבנה החוקתי החדש 645
- (אא) האיזון ההלכתי כחלק מהאיזון העקרוני בפסקת ההגבלה 645
- (בב) "מיקומן" של נוסחאות האיזון ההלכתיות בגדרי פסקת ההגבלה 645
- (גג) התאמתן של נוסחאות האיזון ההלכתיות לאיזון העקרוני בפסקת ההגבלה 647
- (1) ההבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי 647
- (2) התאמות לעניין איזון אופקי 648
- (3) התאמות לעניין האיזון האנכי 648
- ו. שמירה על מרכיבי המידתיות 649

מפתחות 651

- הכרזת העצמאות 653
- מפתח חקיקה 653
- חוקי יסוד 653
- חקיקה ישראלית 655
- אמנות בין-לאומיות בעברית 658
- אמנות בין-לאומיות באנגלית 658
- חוקות 660
- חקיקה זרה 664
- מקורות המשפט העברי 664
- מפתח פסיקה 665
- פסיקה ישראלית 665
- פסיקה זרה 680
- מפתח ספרים 691
- ספרים בעברית 691
- ספרים בלועזית 695
- מפתח מאמרים 711
- מאמרים בעברית 711
- מאמרים בלועזית 718
- מפתח עניינים 755
- מפתח שמות 771

Aharon Barak / PROPORTIONALITY

Aharon Barak

PROPORTIONALITY
CONSTITUTIONAL RIGHTS
AND THEIR LIMITATIONS

NEVO PUBLISHING

ISBN 978-965-442-073-0

©

All Rights Reserved to Aharon Barak
Jerusalem, Israel 2001

Nevo Publishing Ltd.
P.O.Box 108, Sarigim-Lion 99835
ISRAEL

Tel. 972-2-9992099; Fax. 972-2-9992088
nevo@nevo.co.il

Contents

Introduction

Part One: **Constitutional Rights: Scope and Limitations**

Chapter One: **Constitutional Rights: Scope and Protected Domain**

- A. The Nature of Distinction
- B. The Centrality of the Distinction
- C. The Distinction in Comparative Law
- D. Three Stages of Judicial Review
- E. Absolute Rights
- F. Relative Rights
- G. Constitutional Rights: *Prima Facie* or Definite?
- H. Constitutional Right to Commit a Crime?

Chapter Two: **Scope of Constitutional Rights**

- A. The Right's Scope As Determined by Constitutional Interpretation
- B. The Right's Scope and Public Interest
- C. The Scope of the Right and the Rights of Others

Chapter Three: **The Conflict Between Constitutional Rights**

- A. Constitutional Conflicts to be Resolved at the Sub-Constitutional Level
- B. Conflict Between Rule-Shaped Constitutional Rights
- C. Conflict Between Principle-Shaped Constitutional Rights
- D. Conflict Between Principled-Shaped Rights and Rule-Shaped Rights

Chapter Four: **Limitations of Constitutional Rights**

- A. The Distinction Between Right's Amendment and Right's Limitation
- B. Limitation of Right

Chapter Five: **Limiting Constitutional Rights by Law**

- A. The Legality Principle
- B. Limitation by Statute
- C. The Legality Principle and the Common Law

Part Two: **Proportionality: Nature, Function, Sources**

Chapter Six: **Nature and Function**

- A. The Nature of Proportionality
- B. The Formal Role of Proportionality
- C. The Substantive Role of Proportionality
- D. Limitation Clauses, Override Clauses

Chapter Seven: **The Historical Origins**

- A. Proportionality – In Life and In The Law
- B. The Rise of Proportionality in German Public Law
- C. The Migration of Proportionality from German Law to European Law
- D. From European Law to Western Europe
- E. From European Law to Canada, Ireland, and England
- F. From Canada to New Zealand and Australia
- G. From Canada and Germany to South Africa
- H. Proportionality Migrates to Central and Eastern Europe
- I. Proportionality Migrates to Asia and South America
- J. Proportionality and International Human Rights Law
- K. Has Proportionality Arrived to America?
- L. Proportionality and Israeli Law

Chapter Eight: **Legal Sources**

- A. Proportionality as a Criterion for Constitutional Rights Protection
- B. Proportionality and Democracy
- C. Proportionality and the Rule of Law
- D. Proportionality as Intrinsic to the Conflict Between Legal Principles
- E. Proportionality and Interpretation
- F. Is Proportionality a Logical Necessity?

Part Three: **The Components of Proportionality**

Chapter Nine: **The First Component: A Proper Purpose**

- A. The Proper-Purpose Component
- B. The Foundations of Proper Purpose
- C. The Content of Proper Purpose
- D. The Urgency of Proper Purpose

- E. Identifying Proper Purpose

Chapter Ten: **The Second Component: Rational Connection**

- A. Main Features
- B. Factual Uncertainty
- C. A Threshold Test
- D. The Importance of the Rational Connection Test

Chapter Eleven: **The Third Component: Necessity**

- A. Main Features
- B. A Measure Derived to Realize the Proper Purpose
- C. Evaluation of Necessity

Chapter Twelve: **The Fourth Component: Proportionality "Stricto Sensu"**

- A. Main Features
- B. Constitutional Balancing Theory
- C. The Basic Balancing Rule

Chapter Thirteen: **Proportionality and Reasonableness**

- A. From Reasonableness to Proportionality
- B. Main Features
- C. The Relation Between Proportionality and Reasonableness

Chapter Fourteen: **Zone of Proportionality: Legislators and Judges**

- A. Proportionality's Application to the Three Branches of Government and the Issue of Judicial Review
- B. Proportionality Elements and Discretion
- C. Zone of Proportionality
- D. Margin of Appreciation

Chapter Fifteen: **Proportionality and Positive Constitutional Rights**

- A. Positive Constitutional Rights
- B. Positive Constitutional Rights and the Component of Proportionality

Chapter Sixteen: **Rules of Evidence**

- A. The Issue Presented
- B. The Burden of Proof: Law and Fact
- C. The Burden of Persuasion and the Burden of Production
- D. The First Stage of Constitutional Review: limiting a Constitutional Right
- E. The Second Stage of Constitutional Review: Justification for Limiting of a Constitutional Right
- F. Burden of Persuasion Lies With the Party Claiming the Elements of the Proportionality Are Satisfied
- G. The Burden of Production (During the Second Stage) Lies With the Party Claiming the Infringement is Justified
- H. The Third Stage of Constitutional Review: Remedy

Part Four: **Evaluation of Proportionality**

Chapter Seventeen: **The Importance of Proportionality**

- A. Proportionality and Its Critique
- B. The Need for Justification
- C. The Construction of Proportionality Discretion
- D. Proportionality and Human Rights Theories
- E. Proportionality, Democracy, and Judicial Review

Chapter Eighteen: **Critique of Proportionality and Retort**

- A. The Scope of Proportionality's Criticism
- B. Internal Critique
- C. External Critique
- D. Denial of Judicial Legitimacy

Chapter Nineteen: **Alternatives to Proportionality**

- A. Non Category-Based Alternatives
- B. American Category-Based Alternative
- C. American Categorization and Critique on Proportionality
- D. Categorization as Alternative to Proportionality

Chapter Twenty: **Proportionality: The Next Steps**

- A. On The Constant Need for Renewal
- B. Towards Development of the Proper Purpose Component
- C. Towards Development of the Rational Connection Component
- D. Towards Development of the Necessity Component
- E. Towards Development of the Proportionality “*Stricto Sensu*” Component
- F. Keeping All of Proportionality Elements In Place

מבוא

ספר זה הוא ביטוי לחשיבה החוקתית שלאחר מלחמת העולם השנייה. היא משקפת התרחבות של המשפט החוקתי;¹ היא ביטוי לטשטוש ההבחנה בינו לבין המשפט הפרטי,² לפיתוח הפרשנות התכליתית,³ להכרה בזכויות החיוביות (בצד הזכויות השליליות)⁴ ולהרחבת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק.⁵ היא מתבססת על הבחנת היסוד בין היקפה של הזכות החוקתית לבין ההגבלות והפגיעות בה.⁶ מושגי המפתח בפיתוח חשיבה חוקתית זו הם הדמוקרטיה ושלטון החוק. אחד המרכיבים המרכזיים של התפתחות זו היא המידתיות ובה עוסק ספר זה.

- 1 Lorraine E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 83 (Sujit Choudhry ed., 2006); Mattias Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution?*, in ARGUING FUNDAMENTAL RIGHTS (Agustin J. Menendez & Erik O. Eriksen eds., 2006).
- 2 ראו ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 649 (1994); גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008); דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפיכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (2009).
- 3 ראו גם, HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001); CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW (Tom Barkhuysen & Siewert Lindenbergh eds., 2006); HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY (Dawn Oliver & Jorg Fedtke., eds 2007).
- 4 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 129 (2003); ניר קידר "המהפיכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (2003).
- 5 ראו להלן עמ' 513.
- 6 EDWARD McWHINNEY, JUDICIAL REVIEW IN THE ENGLISH SPEAKING WORLD (1956); COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW AND PUBLIC POLICY (Donald W. Jackson & C. Neal Tate eds., 1992); ALEC STONE, THE BIRTH OF JUDICIAL POLITICS IN FRANCE: THE CONSTITUTIONAL COUNCIL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (1992); THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder eds., 1995); ALEX STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE (2000); MARTIN SHAPIRO & ALEX STONE SWEET, ON LAW, POLITICS & JUDICIALIZATION (2002); RADOSLAV PROCHÁZKA, MISSION ACCOMPLISHED: ON FOUNDING CONSTITUTIONAL ADJUDICATION IN CENTRAL EUROPE (2002); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004). הביקורת השיפוטית, ראו להלן עמ' 586.

ראו להלן עמ' 43.

למידתיות היבטים שונים ומגוונים. ספר זה עוסק באחד מהם – מידתיות ההגבלה המוטלת במשטר דמוקרטי על זכות חוקתית באמצעות חוק או נורמה תת-חוקתית אחרת, כגון הלכה של המשפט המקובל. אני מניח, אפוא את קיומה של זכות⁷ ואת היותה זכות הקבועה בחוקה (אצלנו – חוק יסוד). אני בוחן את המצבים שבהם חוק יכול להגביל זכות חוקתית באופן חוקתי. אני מנתח את ההגבלות שניתן להטיל באמצעות חוק על הזכות החוקתית ואת גבולותיהן של הגבלות אלה.

זהו ספר אנליטי על הגבלתן של זכויות חוקתיות בדמוקרטיה חוקתית.⁸ ביסוד תפיסתי מונחים הדמוקרטיה⁹ ושלטון החוק.¹⁰ שני מושגים אלה מתפרשים על ידי במובנם העשיר והמורכב, ככוללים הן את שלטון הכללים שהחוק קובע והן את שלטון הערכים בדבר הפרדת רשויות ועצמאות הרשות השופטת. במרכזם של ערכים אלה מונחות זכויות

7 לתיאוריה של הזכות, ראו WESLEY NEWCOMB HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS: AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING (Walter Wheeler Cook ed., 1919); RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977); RIGHTS (David Lyons ed., 1979); H.L.A HART, ESSAYS ON BENTHAM: JURISPRUDENCE AND POLITICAL THEORY 162 (1982); THEORIES OF RIGHTS (Jeremy Waldron ed., 1984); JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986); L. W. SUMMER, THE MORAL FOUNDATION OF RIGHTS (1987); CARLOS SANTIAGO NINO, THE ETHICS OF HUMAN RIGHTS (1991); JEREMY WALDRON, LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981-1991 (1993); JOSEPH RAZ, ETHICS IN PUBLIC DOMAIN (1994); CARL WELLMAN, AN APPROACH TO RIGHTS: STUDIES IN THE PHILOSOPHY OF LAW AND MORALS (1997); MATTHEW H. KRAMER, N.E. SIMMONDS & HILLEL STEINER, A DEBATE OVER RIGHTS: PHILOSOPHICAL ENQUIRIES (1998); F.M. Kamm, *Rights, in* THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 476 (Jules Colleman and Scott Shapiro eds., 2002); WILLIAM A. EDMUNDSON, AN INTRODUCTION TO RIGHTS (2004); GEORGE W. RAINBOLT, THE CONCEPT OF RIGHTS (2006); CONOR GEARTY, CAN HUMAN RIGHTS SURVIVE? (2006); MICHAEL J. PERRY, TOWARD A THEORY OF HUMAN RIGHTS: RELIGION, LAW, COURTS (2007); PAVLOS ELEFTHERIADIS, LEGAL RIGHTS (2008).

8 על הדמוקרטיה החוקתית, ראו CHARLES HOWARD MCILWAIN, CONSTITUTIONALISM: ANCIENT AND MODERN (1947); CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988); CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS (Larry Alexander ed., 1988); CONSTITUTIONALISM & DEMOCRACY: TRANSITION IN THE CONTEMPORARY WORLD (Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Melanie Beth Oliviero & Steven C. Wheatley eds., 1993); JANOO KIS, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (2003); WALTER F. MURPHY, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: CREATING AND MAINTAINING A JUST POLITICAL ORDER (2007); THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM (Martin Loughlin & Neil Walker eds., 2007); CONSTITUTIONALISM AND THE ROLE OF PARLIAMENT (Katja S. Ziegler, Denis Baranger & Anthony W. Bradley eds., 2007).

9 ראו להלן עמ' 265.

10 ראו להלן עמ' 276.

חוקתיות וההגבלות עליהן. במרכזן של הגבלות אלה עומדת המידתיות. הגבלה של זכות חוקתית על ידי חוק היא חוקתית רק אם היא מידתית. חוקתיותה של ההגבלה נקבעת על פי מידתיותה. טלו למשל את חופש הביטוי. אני מניח כי בשיטת משפט נתונה מכירה החוקה בזכות לחופש ביטוי. אני בוחן את המצבים שבהם ניתן להטיל באמצעות חוק הגבלות על חופש הביטוי לשם מניעת פגיעה בזכותו של אדם אחר או לשם מניעת פגיעה בטובת הכלל. בחינתי סובבת סביב התפיסה כי הגבלה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי על ידי חוק היא חוקתית רק אם היא מידתית.

המידתיות מהווה מערכת דינים הקובעת את התנאים הנדרשים לחוקתיותה של הגבלה על זכות חוקתית על ידי חוק. על פי תנאי המידתיות, הגבלה של זכות חוקתית היא כדין אם היא נעשית למטרה ראויה;¹¹ האמצעים הננקטים קשורים רציונלית להגשמת המטרה¹² ולשם הגשמת המטרה יש בהם צורך במוכן זה שאין אמצעים חלופיים המגשימים את המטרה באותה מידה כמו האמצעים שקבעה הנורמה המגבילה, אך הגבלתן על הזכות החוקתית פחותה מהם.¹³ לבסוף נדרש יחס ראוי (מידתיות במוכן הצר) בין התועלת שבהגשמת המטרה הראויה לבין ההגבלה של הזכות החוקתית. זהו מבחן של איזון.¹⁴ היבטים מסוימים של המידתיות מתעוררים בהקשרים שאין בהם הגבלה של זכות חוקתית על ידי חוק. לענייננו חשוב ההקשר הפרשני. לא פעם ניצב הפרשן בפני הצורך לקבוע את היקפה של סמכות שלטונית. כך הדבר, למשל, כשהפרשן צריך לקבוע את היקף סמכותו של מפקד מחוז במטרה ליתן או לסרב ליתן היתר להפגנה. במתן תשובה לשאלת הסמכות, על הפרשן לפרש את לשון הטקסט המשפטי על רקע תכליתו. בקביעת התכלית יהא על הפרשן לאזן בין חופש הביטוי לבין זכויות אחרות של הפרט או טובת הכלל שביסוד החוק והמהווים את תכליתו ברמת הפשטה גבוהה. איזון זה ייעשה בהיקף (פרשני) ממרכיב המידתיות במוכן הצר. זהו איזון פרשני.¹⁵ הוא שונה מהמושג הכולל של מידתיות שבו אני דן בספר זה, שכן הוא מוגבל אך לאחד ממרכיבי המידתיות – המידתיות במוכן הצר (האיזון).

הדינים המרכיבים את המידתיות מהווים קונסטרוקציה משפטית המשקפת מתודולוגיה חוקתית. מתודולוגיה זו אינה מבטאת גישה ניטרלית לזכויות האדם. המידתיות אינה שוות נפש להגבלתן – היא מבוססת על הצורך להגן עליהן. ההגבלות שהמידתיות מטילה על מימושן של הזכויות החוקתיות, כמו גם הזכויות עצמן, שואבות את תוכנן מאותו מקור

11 למהותה של דרישה זו, ראו להלן עמ' 295.

12 ראו להלן עמ' 373.

13 למרכיב זה, ראו להלן עמ' 391.

14 למידתיות במוכן הצר, ראו להלן עמ' 419.

15 ראו להלן עמ' 98.

עצמו.¹⁶ המידתיות קובעת את רמת ההגנה הראויה לזכויות החוקתיות בחברה דמוקרטית המבוססת על זכויות חוקתיות.

ספר זה הוא פרי ההלכה והמעשה גם יחד. הוא משקף את מחשבותיי בדבר המידתיות ואת מחקרי ההשוואתי בעניין זה. בצד ההלכה עומד מעשה השפיטה. עשרים ושמונה שנים הייתי שופט בבית המשפט העליון של ישראל. עוד לפני שידעתי מידתיות מהי הכרעתי את הדין על פי תפיסותיה. בארבע-עשרה השנים האחרונות לשפיטתי (מאז כוננו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק) כתבתי עשרות פסקי דין שהפעילו במפורש את דיני המידתיות, כך עשו גם אחיותיי ואחיי השופטות והשופטים של בית המשפט העליון. ספר זה מנתח ניסיון שיפוטי זה, שהצטבר בפסקי הדין של בית המשפט העליון. אף שניסיוני השיפוטי מוגבל למשפטה של ישראל, ספר זה אינו מוגבל למשפט הישראלי. יש בו ניסיון להבנה אוניברסלית של המידתיות. הוא משקף את משפטן של מדינות רבות שבהן נהגת המידתיות והוא מבוסס על משפט השוואתי. מקווה אני כי כל מדינה שבה הזכויות הן חוקתיות תוכל להיעזר בספרי זה להבנת גישתה שלה למידתיות. זהו גם הדין בשיטות משפט כגון אנגליה, ניו-זילנד וויקטוריה שבאוסטרליה. בשיטות משפט אלה זכויות האדם אינן ברמה חוקתית אך בית המשפט מוסמך לקבוע אם הפגיעה בהן היא מידתית. אף שקביעה זו אינה גוררת אי-חוקתיות של החוק, יש בה הפעלה מלאה של דיני המידתיות כפי שהם מנותחים בספרי זה.¹⁷

כל מחקר על המידתיות חייב להכיר בתרומתו החשובה של פרופ' אלכסי (Alexy) בתחום זה.¹⁸ השפעתו על ההבנה של דיני המידתיות ועל פיתוחם רבה. ודאי כך במדינות המשפט האזורי; כך גם במדינות המשפט המקובל בשל התרגום המצויין של פרופ' ריברס

16 ראו להלן עמ' 213.

17 ראו להלן עמ' 201. וכן David Jenkins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 INT'L J. CONST. L. 183 (2009).

18 ראו Robert Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, in RIGHTS 168 (Carlos Nino ed., 1989); Robert Alexy, *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, 17 CARDOZO L. REV. 1027 (1996); ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (Julian Rivers trans., 2002); Robert Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, 13(3) RATIO JURIS 294 (2000); Robert Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality* 16(2) RATIO JURIS 131 (2003); Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, 16(4) RATIO JURIS 433 (2003); Robert Alexy, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, 3 INT'L J. CONST. L. 572 (2005); Robert Alexy, *Thirteen Replies*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 333 (George Pavlakos ed., 2007); Robert Alexy, *On Constitutional Rights to Protection*, ARGUING LEGISPRUDENCE I (2009) 3. ספרות רבה מנתחת את גישתו של אלכסי, ראו בעיקר FUNDAMENTAL RIGHTS (Agustin J. Menendez & Erik O. Eriksen eds., 2006); LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY (George Pavlakos ed., 2007).

(Rivers)¹⁹ לספרו של אלכסי העוסק, בין השאר, במידתיות ולהקדמה החשובה של ריברס לספר זה.²⁰ כל המעיין בספרי ימצא בו את השפעתו של אלכסי, אולם בצמתים מרכזיים איני רואה עמו עין בעין. די אם אציין כמה עניינים שבהם אני חולק על גישתו: ראשית, על פי גישתו של אלכסי יש קשר הכרחי בין המידתיות לבין היות הזכות הנפגעת מעוצבת כעיקרון (principle). לא כן על פי השקפתי.²¹ עקרונית יכולה המידתיות לחול גם כשהזכות החוקתית מעוצבת ככלל (rule). מקורה המשפטי של המידתיות אינו בדרך עיצובה של הזכות החוקתית אלא בשיקולים של דמוקרטיה והפרדת רשויות המתבטאים בפרשנותו של הטקסט החוקתי; שנית, אלכסי סבור שכאשר זכות חוקתית מתנגשת בזכות חוקתית אחרת או בטובת הכלל אזי מתגבש כלל חוקתי מיוחד הפועל בתחום החוקתי ומצמצם את היקפה של הזכות החוקתית. לדעתי, כלל חוקתי זה פועל אך ברמה התת-חוקתית (כגון ברמת החוק או הלכת המשפט המקובל) ואין בו כדי להשפיע על היקפה של הזכות החוקתית;²² שלישית, כלל האיזון על פי אלכסי משווה בין חשיבותה של המטרה שהחוק המגביל מבקש להגשים לבין מידת ההגבלה (כגון קלה, בינונית או קשה) בזכות החוקתית. לדעתי, ההשוואה הראויה היא בין חשיבותה של המטרה (כפי שמבקש אלכסי) לבין חשיבות מניעתה של ההגבלה על הזכות החוקתית. על פי גישתי, הזכויות החוקתיות אינן זהות בחשיבותן. משקלה של כף הזכות נקבע לא אך על פי מידת ההגבלה בזכות החוקתית אלא על פי חשיבות מניעתה של ההגבלה. חשיבות זו מושפעת, בין השאר, מהיקף ההגבלה וסיכווי התרחשותה. ביסודה של חשיבות זו מונחת חשיבותה של הזכות החוקתית הנפגעת;²³ רביעית, על פי השקפתו של אלכסי דין אחד במידתיות להגנה על זכותו של אחר ולהגשמת טובת הכלל. לא כן על פי גישתי, המבחינה בין השניים.²⁴

עם נדידת המידתיות במשפט החוקתי ממקום לידתה בגרמניה אל רבות משיטות המשפט בעולם רבתה הספרות המשפטית החוקתית על המידתיות. ספרים ומאמרים חשובים נכתבו עליה.²⁵ במה שונה ספר זה מהספרות הרבה הקיימת בדבר המידתיות? נראה

- 19 ראו ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, לעיל ה"ש 18.
- 20 ראו Julian Rivers, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, in ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS XVII (2002).
- 21 ראו להלן עמ' 288.
- 22 ראו להלן עמ' 62.
- 23 ראו להלן עמ' 441.
- 24 ראו להלן עמ' 647.
- 25 ראו יובל שני השימוש בעיקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי (2009). ראו גם ARMAND L.C. DE MESTRAL et. al (eds.), *LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (1986); XAVIER PHILIPPE, *LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LES JURISPRUDENCES CONSTITUTIONNELLE ET ADMINISTRATIVE FRANÇAISES* (1990); NICHOLAS EMILIOU, *THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW: A COMPARATIVE STUDY* (1996); *THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF*

לי כי מאפייניו המיוחדים של ספר זה הם ארבעה: ראשית, יש בו ניתוח כולל של דיני המידתיות החוקתיים על רקע השוואתי. זהו ספר אנליטי על המידתיות במשפט החוקתי, תוך הדגמת פעולתה של המידתיות בשיטות משפט שונות; שנית, ביסוד גישתי מונחת התפיסה כי המרכיב המרכזי של המידתיות הוא המידתיות במונח הצר (האיזון).²⁶ זהו המרכיב שכלפיו מכוונת עיקר הביקורת על המידתיות. בספרי זה אני מנסה להשיב על ביקורת זו, תוך עיצוב חדש של מבחני האיזון. לשם כך אני מבקש להעמיד על שתי כפות המאזניים את מושג החשיבות החברתית.²⁷ מושג זה מתמקד בתוספת (השולית) של החשיבות החברתית של המטרה הראויה ושל החשיבות החברתית במניעת תוספת הגבלה (שולית) על הזכות. לעניין ההגבלה של הזכות אני מבחין בין זכויות חשובות יותר לזכויות חשובות פחות. על בסיס זה אני מבקש לעדן את כללי האיזון ומציע כי בין האיזון הבסיסי לבין האיזון אד-הוק יוכר האיזון העקרוני;²⁸ שלישית, הספר מדגיש את ההיבט המתודולוגי של המידתיות. לשם כך הוא מדגיש את ההבחנה בין שלב הקביעה של היקף הזכות לבין שלב הקביעה של הצידוק להגבלתה; הוא עומד על ההבחנה בין האופי החוקתי של הזכות לבין האופי התת-חוקתי של הנורמה המגבילה אותה; הוא מפתח גישה מיוחדת למצב שבו שתי זכויות חוקתיות מתנגשות. ביסודה של גישה זו מונחת התפיסה כי התנגשות זו פועלת ברמה של תוקף החקיקה המגבילה את הזכויות החוקתיות ואין בה כדי לצמצם את היקפן של הזכויות החוקתיות המתנגשות. הספר מבחין בין האיזון כאחד ממרכיבי המידתיות (הרלוונטית לבחינת חוקתיותו של חוק המגביל זכות חוקתית) לבין האיזון הפרשני²⁹ (הרלוונטי לבחינת פרשנותה של נורמה משפטית שתכליתה כוללת עקרונות מתנגשים). הוא מדגיש את מקומה של טובת הכלל וההגנה על הזכות החוקתית במסגרת מרכיב האיזון ולא

EUROPE (Evelyn Ellis ed., 1999); DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW (2004); GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS (2005); WOJCIECH SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE (2008); CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (3.a ediciones, 2007); A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS (Helen Keller & Alec Stone-Sweet eds., 2008); E. THOMAS SULLIVAN & RICHARD S. FRASE, PROPORTIONALITY PRINCIPLES IN AMERICAN LAW: CONTROLLING EXCESSIVE GOVERNMENT ACTIONS (2009); GRÉGOIRE WEBBER, THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS (2009)

ראו להלן עמ' 419. 26

ראו להלן עמ' 430. 27

ראו להלן עמ' 630. 28

ראו להלן עמ' 98. 29

במסגרת קביעת היקפה של הזכות החוקתית. הוא מבחין בין הגבלתה של זכות חוקתית על ידי חוק לבין הגבלתה של זכות חוקתית על ידי הלכה של המשפט המקובל. לבסוף, יש בו בחינה של חלופות למידתיות – וניתוח מעלותיה וחסרונותיה של המידתיות בהשוואה לחלופות אלה.³⁰ על פי תפיסתי, רבות הן מגרעותיה של המידתיות, אך החלופות אינן טובות ממנה או טובות כמוה. עם זאת, אני עומד על כמה היבטים של המידתיות המצדיקים שיפור ורפורמה. אם יתבצעו שיפורים אלה לא יהיה בהם כדי לפגוע בייחודה של המידתיות. עם זאת, יהיה בהם כדי לקרב במידת מה את המידתיות לגישה הנוהגת בארצות הברית, המבחינה בין קטגוריות שונות של זכויות.

כל עיסוק במידתיות של חוק המגביל זכות חוקתית מבוסס על בחינה משולשת. בשלב הראשון יש לבחון את תחום הפריסה של הזכות החוקתית: בחינה זו עוסקת בהיקפה של הזכות החוקתית; בשלב השני יש לבחון אם ההגבלה על הזכות החוקתית היא מידתית: בחינה זו עוסקת במרכיביה של המידתיות; השלב השלישי – שאינו נוגע במידתיות במישרין – הוא שלב הסעד או התרופה. עניינו בתוצאות אי-החוקתיות של חוק המגביל שלא כדין זכות חוקתית. ספר זה מתרכז בשלב השני. הוא אינו בוחן את השלב השלישי.

הוא בוחן אך את עיקריו של השלב הראשון, שהם תנאי לתחלתם של דיני המידתיות. השער הראשון של הספר בוחן את היקפה של הזכות החוקתית (השלב הראשון). הפרק הראשון עומד על ההבחנה הבסיסית בתורת הזכויות המודרנית בין היקפה של הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה עליה.³¹ מהבחנה זו עולה המושגיות של הזכות היחסית לעומת הזכות המוחלטת. הפרק מנתח מושגיות זו ומדגיש כי מרבית הזכויות החוקתיות הן יחסיות. זכויות אלה מתאפיינות בכך שמוטלות הגבלות על הגשתן. הפרק מנתח את המאפיינים של הגבלות אלה ומסיים בניתוח השאלה אם הזכות החוקתית היחסית היא זכות לכאורה או זכות החלטית. הפרק השני בשער זה דן באמות-המידה לקביעת היקפה של הזכות-מידה אלה הן פרשניות.³² הפרק עומד בקצרה על הפרשנות החוקתית התכליתית, תוך הדגשת חשיבות של הלשון החוקתית (המפורשת או המשתמעת) והתכלית החוקתית ותוך עמידה על חשיבותו של המשפט ההשוואתי. גישתי היא שיש לגשת אל הזכות החוקתית מתוך מבט רחב ואין לצמצם את היקפה מטעמים של טובת הכלל או של זכויות חוקתיות של אחרים. אלה יובאו בחשבון בגדרי הצידוק להגבלתה של הזכות החוקתית (במסגרת המידתיות במובן הצר). הפרק השלישי בוחן את המצב שבו זכות חוקתית אחת מתנגשת בזכות חוקתית אחרת. על פי גישתי, פתרונה של התנגשות זו אינו במישור החוקתי (היקף הזכויות אינו מושפע מקיומה של ההתנגשות) אלא במישור התת-חוקתי (חוקתיותו של

30 ראו להלן עמ' 589.

31 ראו להלן עמ' 43.

32 ראו להלן עמ' 69.

החוק המגביל את אחת הזכויות החוקתיות לשם הגנה על האחרת עשויה להיפגע).³³ הפרק הרביעי בוחן את התנאים הנחוצים לקביעה שחוק מגביל זכות חוקתית. במסגרת זו אני עומד על ההבחנה בין שינוי זכות חוקתית לבין הגבלתה.³⁴ השער הראשון מסתיים בפרק החמישי המנתח את עקרון החוקיות (legality) שלפיו הגבלה של זכות חוקתית צריכה להיעשות מכוח נורמה משפטית היונקת את כוחה מהחוקה עצמה ("שרשרת הסמכות"). הפרק עוסק בבעייתיות המיוחדת של הלכה פסוקה המגבילה זכות חוקתית.³⁵

השער השני בוחן את מהותה, תפקידה ומקורותיה של המידתיות. הפרק השישי מגדיר את המידתיות ובוחרן שיטות שונות להגבלתן של זכויות חוקתיות.³⁶ הוא בוחן מצבים שבהם חוקה שותקת בעניין הגבלה על זכות חוקתית ומצבים שבהם חוקה קובעת במפורש כי ניתן להגבילה בחוק – בלא להוסיף דבר על אודות טיבו של חוק כזה. מסקנתי היא שבשני המצבים החוק צריך להיות מידתי. אני עומד על הקשר ההדוק בין הזכויות החוקתיות להגבלות עליהן. אני מדגיש את חשיבותה של המידתיות כאמת-מידה להגבלה כדין ולהגנה על הזכויות החוקתיות. הפרק מסתיים בניחוח של פסקת ההתגברות ופסקת שמירת הדינים ושל יחסן לפסקת ההגבלה (מידתיות). הפרק השביעי סוקר את המקורות ההיסטוריים של המידתיות.³⁷ הוא עוקב אחר נדידת המידתיות ממקורה בגרמניה למשפט האירופי וממנו לשאר חלקי העולם. הפרק השמיני בוחן את המקורות המשפטיים של המידתיות³⁸ ובודק ארבעה מקורות: דמוקרטיה, שלטון החוק, עיצוב הזכות החוקתית כעיקרון ופרשנות החוקה. הפרק מנתח כל אחד מהמקורות הללו והמסקנה היא שכל אחד ממקורות אלה יש בו כדי לבסס את המידתיות – אם כי אין בהם כדי להעניק למרכיביה תוכן קונקרטי.

השער השלישי הוא השער המרכזי בספר: הוא בוחן את מרכיבי המידתיות (השלב השני). הפרק התשיעי דן במרכיב המטרה הראויה.³⁹ הוא בוחן את מהותה ומקורותיה המשפטיים של דרישת סף זו ועומד על תוכנה בארץ ובמשפט ההשוואתי. לעניין זה הפרק מבחין בין מטרה שעניינה הגנה על זכותו החוקתית של אחר לבין הגנה על טובת הכלל. דיון מיוחד מוקדש למטרה הראויה של חוק על רקע ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הפרק בודק מקרוב את הדינים בדבר הגנה על זכות חוקתית אחרת וכן את הדינים בדבר הבטחת טובת הכלל. בהקשר זה נבחנות מטרות טיפוסיות של טובת הכלל כגון קיום המדינה, ביטחונה, סדר ציבורי, צדק, סובלנות, הגנה על רגשות אדם וקידום ערכים חוקתיים אחרים. בהמשך הפרק נבחנת שאלת נחיצותה של המטרה הראויה ודרכי

33 ראו להלן עמ' 115.

34 ראו להלן עמ' 133.

35 ראו להלן עמ' 143.

36 ראו להלן עמ' 169.

37 ראו להלן עמ' 225.

38 ראו להלן עמ' 263.

39 ראו להלן עמ' 295.

הוכחתה. הפרק העשירי דן במרכיב הקשר הרציונלי, קובע את תכניו ובוחר את מבחניו.⁴⁰ על רקע זה נדון הקשר הרציונלי במבחן הזמן. הפרק מסתיים בהערכת חשיבותו של מרכיב זה. הפרק האחד-עשר בוחן את מרכיב הצורך. במסגרת זו אני עומד על מהותה של דרישה זו, יסודותיה וחשיבותה.⁴¹ אני מדגיש כי אם "החלופה" המוצעת אינה מגשימה את מטרת החוק במלואה אין לומר כי אין צורך באמצעים שהחוק קבע. חלק ניכר מהדיון מוקדש לשאלת כיסוי היתר (overbreadth) ולמצבים שבהם אין אפשרות להפריד בין כיסוי היתר לבין הכיסוי הנדרש. הפרק השנים-עשר בוחן את המידתיות במובן הצר.⁴² לדעתי זהו היסוד המרכזי של המידתיות. אני עומד על תוכנו של מרכיב זה ועל היותו מבוסס על איזון. מרבית הפרק מוקדש לניתוח מהותו של האיזון. על פי השקפתי, האיזון הנדרש הוא בין החשיבות של תוספת התועלת בהגשמה של מטרת החוק לבין החשיבות שבמניעת תוספת הגבלה לזכות החוקתית. עניין לנו אפוא בחשיבות החברתית היחסית המונחת על כל אחת מכפות המאזניים. בהקשר זה אני מדגיש את האופי השולי של בחינת החשיבות: השאלה אינה, למשל, חשיבות הביטחון או חשיבות החיים אלא החשיבות החברתית השולית של התוספת לביטחון עקב הגשמה של מטרת החוק המגביל לעומת החשיבות החברתית השולית של מניעת תוספת הגבלה לזכות לחיים. את כל אלה יש להשוות לחלופה מידתית. בקביעת החשיבות החברתית השולית שבהגשמת המטרה יש להתחשב גם בנחיצות הגשמתה ובהסתברות להגשמתה. בקביעת החשיבות החברתית השולית שבמניעת ההגבלה של הזכות החוקתית יש להביא בחשבון את חשיבותה של הזכות, את עצמת הפגיעה בה ואת הסתברותה. לעניין זה השקפתי היא שלא כל הזכויות שוות בחשיבותן. על רקע ניתוח זה ניתן לנסח את כלל האיזון הבסיסי הבא: ככל שמניעת תוספת הפגיעה בזכות החוקתית חשובה יותר מבחינה חברתית, והסתברות הגשמתה רבה יותר, כן נדרש כי תוספת התועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת תהא חשובה יותר מבחינה חברתית, חיונית ונחוצה יותר והסתברות הגשמתה רבה יותר. על בסיס כלל האיזון הבסיסי נעשה האיזון הקונקרטי (אד-הוק) המוציא אותו מהכוח אל הפועל בנסיבותיו של מקרה קונקרטי. אני מסיים פרק זה בשאלה מהו הדין אם כפות המאזניים מאוינות: לדעתי, במצב דברים זה מניעת ההגבלה של הזכות היא הגוברת.

הפרק השלושה-עשר מוקדש לבחינת היחס בין המידתיות לסבירות.⁴³ אני מציין כי תשובה לשאלה זו מותנית בהגדרת הסבירות. עד כמה שהסבירות מוגדרת – כמו בישראל – במונחים של איזון בין ערכים מתחרים, אין הבדל של ממש בין סבירות למידתיות. הפרק

40 ראו להלן עמ' 373.

41 ראו להלן עמ' 391.

42 ראו להלן עמ' 419.

43 ראו להלן עמ' 455.

הארבעה-עשר בוחן את תפקידי המחוקק והשופט בגדרי המידתיות.⁴⁴ אני מדגיש כי כל רשות שלטונית חייבת לכבד את דיני המידתיות: לכל רשות תפקיד משלה ושיקול דעת משלה במסגרת דיני המידתיות. תפקיד השפיטה הוא להבטיח כי הרשויות האחרות תקיימנה את דין המידתיות החל עליהן. הדין מעניק למחוקק שיקול דעת בשאלה אם לחוקק, אלו מטרות להגשים בחקיקה ואלו אמצעים לנקוט לשם כך. עד כמה שהמחוקק פועל במסגרת מתחם שיקול הדעת ("מתחם המידתיות") אין מקום להתערבות שיפוטית. הימנעות זו מהתערבות שיפוטית אינה מבטאת הנסגת דעת⁴⁵ (deference) של השופט למחוקק. היא מבטאת את החוקתיות של פעולות המחוקק. הפרק מרחיב בעניין זה, תוך ניתוח מושג הנסגת דעת (deference) והערכתו. הוא מסתיים בנייתו של "מתחם ההתחשבות" (Margin of Appreciation). לדעתי, יש לצמצם את הרלוונטיות של מושג זה אך למסגרת שיקול דעתם של בתי משפט בינלאומיים. אין לו מקום במסגרת המשפט הלאומי. הפרק החמישה-עשר מוקדש לאופן פעולתם של דיני המידתיות כשזכות חיובית (כלומר זכות של הפרט כלפי המדינה להגנה ולהגשמה) נפגעת בשל מחדל של המחוקק.⁴⁶ הפרק מנתח את הזכות החיובית, מקורותיה, אופייה ותוצאותיה. על רקע זה אני בוחן את תחולתם של מרכיבי המידתיות כשזכות חיובית נפגעת על ידי מחדל של המחוקק. מסקנתי היא שאין כל ייחוד בזכות החיובית לעניין מרכיבי המידתיות, ושפעולתם לעניין המחדל של המחוקק זהה לפעולתם לעניין פעולת המחוקק הפוגעת בזכות שלילית (כלומר זכות של הפרט כלפי המדינה לאי פגיעה). הפרק השישה-עשר והאחרון בשער השלישי מוקדש לשאלה של נטל ההוכחה.⁴⁷ אני מביא את הדעות השונות בעניין זה ומנמק את השקפתי שנטל ההוכחה (השכנוע והבאת הראיות) בשלב הראשון של הבחינה החוקתית (האם נפגעה זכות חוקתית?) מוטל על הטוען לפגיעה. לעומת זאת, נטל ההוכחה (השכנוע והבאת הראיות) בשלב השני של הבחינה החוקתית (מידתיות הפגיעה) מוטל על הטוען למידתיות הפגיעה. בהקשר זה אני סבור כי יש להטיל על הנפגע את הנטל לטעון (אך לא להוכיח) לחלופה מידתית (בגדרי מרכיב הצורך); משעשה כן – נטל ההוכחה (השכנוע והבאת הראיות) מוטל על הטוען למידתיות הפגיעה. כמו כן אני מדגיש את הייחוד של ההליך השיפוטי במשפט הציבורי, ואת השלכותיו של ייחוד זה על שאלת נטל ההוכחה.

השער הרביעי מוקדש להערכת המידתיות. הפרק השבעה-עשר בוחן את טיעוניהם השונים התומכים במידתיות.⁴⁸ אני מתמקד בכמה טיעונים עיקריים ובהם הדגשת הצורך בצידוק, הבניית שיקול הדעת ושיקפותו והסיוע של המידתיות לדיאלוג בין מחוקק לשופט.

44 ראו להלן עמ' 467.

45 אין תרגום מוסכם לביטוי deference. פרופ' משה בר-אשר, נשיא האקדמיה ללשון העברית, אליו פניתי בנושא זה, הציע לתרגמו כ"הנסגת דעת". תודתי נתונה לו.

46 ראו להלן עמ' 513.

47 ראו להלן עמ' 529.

48 ראו להלן עמ' 555.

אני בוחן את היחס בין המידתיות לתאוריות השונות בעניין זכויות האדם, תוך פיתוח הטענה כי המידתיות כמבנה אנליטי מתיישבת עם מרבית הגישות למהותן של זכויות האדם. אני מסיים פרק זה בבחינת הקשר בין מידתיות לביקורת שיפוטית. לדעתי מידתיות מקימה צידוק לביקורת שיפוטית בכך שהיא מסייעת להבטחת אובייקטיביות שיפוטית. בהקשר זה אני מנתח את גישתו של ביטי (Beatty)⁴⁹. אני מקבל את השקפתו כי המידתיות מבטיחה אובייקטיביות על ידי הפיכתן של שאלות משפטיות לשאלות עובדתיות; על כן אין במידתיות כדי להוות צידוק מלא לביקורת השיפוטית. עם זאת, אני מקבל כי יש במידתיות כדי לספק צידוק חלקי לביקורת השיפוטית – זאת בעיקר בשל הצורך המתמיד ליתן הצדק לפגיעה בזכות החוקתית, להבניית שיקול הדעת, לשקיפות ולצורך לקיים את כלל האיזון הבסיסי. כל אלה מגבילים את שיקול הדעת השיפוטי ומסייעים בכך לאובייקטיביות השיפוטית. הפרק השמונה-עשר בוחן את הטענות השונים המובאים כנגד המידתיות (ובעיקר האיזון) ואת התשובות להם.⁵⁰ אני בוחן את הביקורת הפנימית של המידתיות מנקודת המבט של היעדר בסיס משותף להשוואה (ה-incommensurability) והיעדר הרציונליות. לדעתי טענות אלה שגויים מאחר שיש בסיס משותף לאיזון, דהיינו: החשיבות החברתית היחסית של התועלת השולית שבהגשמת המטרה מזה והחשיבות החברתית היחסית שבמניעת ההגבלה השולית על הזכות החוקתית מזה. האיזון הוא פעולה רציונלית גם אם יש בה שיקול דעת. בצד הביקורת הפנימית אני בוחן את הביקורת החיצונית. במסגרת זו אני מנתח את הטענות שלפיהן המידתיות (ובעיקר האיזון) מעניקים לשופט שיקול דעת רחב מדי, שאין הם מגינים די על הזכויות החוקתיות ושהאיזון אינו לגיטימי לשופט. כל טענה נבחנת ואני מביא טענות לסתירתה. הפרק התשעה-עשר בוחן את החלופות למידתיות⁵¹ כגון תפיסת הזכויות כמוחלטות תוך שהיקפן נקבע על ידי המחוקק, הגנה "מוחלטת" על ליבת הזכות החוקתית והמורל הדואלי. עיקר הפרק מוקדש להערכת הקטגוריה הנוהגת בארצות-הברית.⁵² אני מנתח את הגישה האמריקנית ומשווה אותה למידתיות. עיקר ההשוואה נעשה בין המידתיות לקטגוריה של הבדיקה הקפדנית (strict scrutiny), והמסקנה היא שמדובר בהשוואה קשה בשל חוסר הבהירות בגישתה של הבדיקה הקפדנית. חוסר בהירות זה קיים בעיקר לעניין היסוד של כיסוי היתר (overinclusiveness) במצבים שבהם אין אפשרות להפריד בין כיסוי היתר לכיסוי הנדרש. אני שואל כיצד תיפסק פרשת *Korematsu*⁵³ אם נניח שיש תשתית ראייתית לכך שחלק מהאזרחים האמריקנים ממוצא יפני משתפים פעולה עם האויב היפני. אם במצב דברים זה

49 ראו BEATTY, לעיל ה"ש 25.

50 ראו להלן עמ' 577.

51 ראו להלן עמ' 589.

52 ראו להלן עמ' 595.

53 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

ייקבע במשפט האמריקני כי החוק חוקתי, כי אז המידתיות מגנה יותר על זכויות האדם שכן החוק עדיין צריך להיבחן על ידי המידתיות במובן הצר, והוא עשוי להמצא בלתי חוקתי. אם במצב דברים זה ייקבע במשפט האמריקני כי החוק אינו חוקתי, כי אז המידתיות מגנה פחות על זכויות האדם שכן החוק עדיין יכול להימצא מידתי. בסוף פרק זה אני חוזר על הטיעונים נגד המידתיות ושואל עד כמה הם תופסים גם לעניין הקטגוריזציה האמריקנית. מסקנתי היא שבסופו של יום רבות הטענות נגד המידתיות אך לא מצאתי חלופה טובה ממנה. הפרק העשרים והאחרון מעלה כמה רעיונות לפיתוח עתידי של המידתיות.⁵⁴ לעניין מרכיב המטרה הראויה אני מציין את הצורך לגבש אמות-מידה המצמצמות את המטרה הראויה ולא להסתפק בגישה הגרמנית שלפיה די בכך שהיא אינה נוגדת את החוקה. אני מציע להבחין, לעניין המטרה הראויה, בין הזכויות החשובות ביותר לבין כל שאר הזכויות. בראשונות יידרש – כמו בבדיקה הקפדנית בארצות-הברית – כי המטרה תהיה חיונית או דחופה; לגבי שאר הזכויות יש לדרוש כי המטרה החברתית תהא חשובה. בהקשר למטרה הראויה אני מציע לפתח דינים שיבחינו בין מקרה שבו המטרה הראויה היא הגנה על זכות חוקתית אחרת לבין מקרה שבו המטרה הראויה היא הגשמה של טובת הכלל. לעניין מרכיב הקשר הרציונלי אני מציע כי המבחן ההסתברותי המקובל ישונה באופן שאם החוק פוגע בזכות חוקתית חשובה ביותר, תידרש הסתברות ממשית להגשמת המטרה (ולא להסתפק בהסתברות שאינה שולית). בשאר המקרים די בהסתברות סבירה. עיקר הצעותיי מכוונות למרכיב המידתיות במובן הצר.⁵⁵ הצעתי היא להכיר ברמת ביניים בין האיזון הבסיסי לבין האיזון הקונקרטי; רמת ביניים זו היא האיזון העקרוני. איזון זה מתרגם את כלל האיזון הבסיסי לכמה כללי איזון עקרוניים או לכמה נוסחאות איזון עקרוניות המעוצבות ברמת הפשטה נמוכה מזו של כלל האיזון הבסיסי וגבוהה מזו של כלל האיזון הקונקרטי. רמת הפשטה זו תבטא את השיקולים העקרוניים המונחים ביסודה של הזכות החוקתית וביסודו של הצידוק לפגיעה בה. בגיבושן של נוסחאות איזון אלה ניתן לקבל השראה פרשנית מנוסחאות האיזון (כגון זו שנקבעה בפרשת קול העם)⁵⁶ שהיו מקובלות בישראל עד לכינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. כך, למשל, בהתנגשות בין חופש הביטוי הפוליטי לבין ההגנה על שלום הציבור מפני נזקו של דיבור פוליטי אליים ומסית, ייקבע כי ניתן לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי רק אם המטרה של שמירה על שלום הציבור מפני תוצאותיו של דיבור אליים ומסית היא חשובה ביותר להגשמת צורך חברתי דחוף, שנועד למנוע נזק רב-היקף ומיידי לשלום הציבור. אני מנתח את האיזון העקרוני ומשווה אותו למשפט האמריקני, תוך עמידה על השוני בין השניים.

54 ראו להלן עמ' 619.

55 ראו להלן עמ' 630.

56 בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר"הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

אינני פילוסוף של המשפט או של מדע המדינה. הנני אנליטיקן במשפט החוקתי. ספר זה אינו בתורת המשפט או בתורת המדינה; זהו ספר אנליטי במשפט החוקתי שעניינו תורת ההגבלה של הזכויות החוקתיות. הספר מכוון לאיש מדע המשפט, לשופט ולעורך־הדין. מקווה אני כי הניתוח ההשוואתי יעשיר את הקורא ויקרב אותו אל המושגיות המשפטית של המידתיות.

תודתי נתונה למרכז הבינתחומי הרצליה ולפקולטה למשפטים באוניברסיטת ייל שפתחו בפני את שעריהן והעניקו לי סביבה מחקרית שאפשרה את כתיבתו של ספר זה. תודתי נתונה לרבקה וייל, ברק מדינה, יגאל מרזל, סוזי נבות, גדעון ספיר ולאמנון רייכמן, שעיינו בחלקים שונים של כתב היד והעירו לי הערות מאלפות. תודה מיוחדת לעוזריי המשפטיים ערן דויד, מתן גוטמן, מורן גליקשטיין, ליאור הדס ואורי קויתי שסייעו לי באיסוף החומר ובשימוש בו, ולאסתר תמוז אשר ריכזה את עבודת העריכה. תודתי לאלי נבו, לטלי פלד, למיכאלה קלי וליעל אילן שעשו לילות כימים בהוצאת הספר. מעל לכל תודתי לדינה זהורי, שבכשרונה הרב הוציאה את פוטנציאל כתב היד שלי מהכוח אל הפועל. וכתמיד, התודה לאליקה שבלעדיה שום רעיון משלי לא היה נובט ורואה אור.

שער ראשון

היקפן של הזכויות החוקתיות
והפגיעה בהן

פרק ראשון

היקפה של הזכות החוקתית ומידת ההגנה עליה

א. מהות ההבחנה

1. היקף והגנה

התורה המודרנית של הזכויות החוקתיות¹ עוצבה לאחר מלחמת העולם השנייה.² היא מבחינה בין שני מושגי יסוד: ³ היקפן של הזכויות החוקתיות ומידת ההגנה עליהן.⁴ "קיימת הבחנה בין היקפה של הזכות לבין מימושה כדין".⁵ המושג הראשון בא להגדיר את תוכנה של הזכות החוקתית ואת גבולותיה. המושג השני בא להגדיר את הפגיעות או ההגבלות (ה-*limitations*) על היקפה של הזכות על ידי נורמה תת-חוקתית (חוק, חקיקת משנה, משפט מקובל) ואת הצידוק (*justification*) להגבלה או לפגיעה בזכות החוקתית על ידי אותה נורמה תת-חוקתית.⁶ על בסיס הבחנה זו מקובל לקבוע כי הגישה המודרנית לזכויות החוקתיות מבוססת על מודל דו-שלבי.⁷ בשלב הראשון נבחן היקפה של הזכות החוקתית. נקבע

- 1 בזכות חוקתית אני מבין כל זכות המעוגנת בטקסט חוקתי.
- 2 ראו Lorraine Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* 84 (Sujit Choudhry ed., 2006).
- 3 ראו GERHARD VAN DER SCHYFF, *LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS* 11 (2005); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins* GRÉGOIRE WEBBER, ראו (forthcoming 8 INT'L J. CONST. L. (2010)).
- 4 ROBERT ALEXY, *Tatbestand או Schutzbereich : המתודולוגיה הגרמנית נזקקת למונח*, ראו *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 196 (Julian Rivers trans., 2002) לביקורת ההבחנה, ראו Bradley W. Miller, *Justification and Rights Limitations*, in *EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY* 93 (Grant Huscroft ed., 2008).
- 5 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 28 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2008).
- 6 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006).
- 7 על המודל הדו-שלבי, ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11. ראו גם Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations*, in *CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*,

התחום שאותו היא מכסה.⁸ נקבע תחומה ה"חיובי" (מה יש לעשות כדי להגן עליה) ותחומה השלילי (מה יש להימנע מלעשות כדי שלא לפגוע בה).⁹ נקבעים התכנים של הזכות. נקבעים הגבולות המפרידים בינה לבין זכויות חוקתיות אחרות.¹⁰ בשלב השני נבחנת השאלה אם קיים צידוק חוקתי לפגיעה בזכות על ידי נורמה תת-חוקתית. נבדקת השאלה אם שיטת המשפט מעניקה לזכות החוקתית הגנה כדי מלוא היקפה. נקבעת המידה שבה ניתן לממש במשפט התת-חוקתי את הזכות – בין אם במלוא היקפה ובין אם במגבלות מסוימות. אכן, תורת הזכויות המודרנית מבחינה בין גבולותיה של הזכות החוקתית לבין ההגבלות המוטלות עליה. גבולותיה של הזכות קובעים את מקומה בעולם הזכויות. הם משרטטים את גבולותיו של "המגרש החוקתי" ואת "קווי המיתאר"¹¹ של הזכות החוקתית או את "תחום המחייה" (ה-Normbereich) שלה.¹² הם מגדירים את המרחב של ההתנהגות האנושית המכוסה על ידה. הפגיעה בזכות מניחה כי היא מתקיימת בגבולות נתונים. היא עוסקת באפשרות החוקתית לפגוע על ידי נורמה תת-חוקתית במימושה של הזכות במסגרת גבולות אלה. החוקתיות של פגיעות אלה מעוגנות לרוב בפסקאות נפרדות המכונות "פסקאות הגבלה".¹³ במרכזן מונחת המידתיות. התורה המודרנית מבחינה אפוא בין הזכות החוקתית לבין פגיעה מידתית בה באמצעות נורמה תת-חוקתית; בין הפסקאות של הזכויות החוקתיות לבין פסקאות ההגבלה על הזכויות, המאפשרות לנורמות תת-חוקתית לפגוע בזכויות החוקתיות. הבחנה זו מבססת את המודל הדו-שלבי, המורכב משלב קביעת היקפה של הזכות החוקתית ומשלב קביעת השימוש בזכות או האפשרות להגביל שימוש זה. ניתן לכנות זאת כמודל שני השלבים.¹⁴

- Chapter 34, 3 (Stuart Woolman et al. eds., 2006); PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 112 (5th ed., vol. II, 2007). לעיל ה"ש 3.
- 8 ה-Scope של הזכות או ה-Coverage שלה, ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 5, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם: FREDERICK SCHAUER, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE 89 (1991); Andrew S. Butler, *Limiting Rights*, 33 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 113, 117 (2002).
- 9 על ההבחנה בין התחום החיובי לתחום השלילי, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 312 (1994). ראו גם להלן עמ' 513.
- 10 לעניין קביעת היקף הזכות אין כל חשיבות להבחנה בין ליבת הזכות לבין שוליה. גם שולי הזכות הם חלק מהזכות. ההבחנה בין ליבת הזכות לשוליה רלוונטית לעניין השלב השני בבחינה החוקתית, ובמרכזו לעניין המידתיות במובן הצר.
- 11 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 5, פס' 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 12 ראו: KONRAD HESSE, GRUNDZÜGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND § 310 (1988).
- 13 לסוגים של פסקאות ההגבלה, ראו להלן עמ' 172.
- 14 ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 5, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "בחינת יחסיותה של הזכות החוקתית בשני שלבים – היקף הפריסה של הזכות והיקף ההגנה על

2. הדגמת ההבחנה: היקפו של חופש הביטוי וההגנה עליו

ניתן להדגים את ההבחנה בין היקף הזכות לבין מידת מימושה באמצעות סעיף 10(1) לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות יסוד.¹⁵ סעיף זה קובע:

“Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent states from requiring the licensing of broadcasting television or cinema enterprises.”

בכך נקבעה היקפה של הזכות לחופש הביטוי. על פי פרשנותה, היקפה מותר על כל צורות הביטוי (כגון בספרים, בציורים או בסרטים). היא מכסה את כל התכנים של הביטוי, לרבות ביטוי שיש בו לשון הרע, ביטוי גזעני או פורנוגרפי.¹⁶ בצד הגדרה זו של חופש הביטוי באה הוראה המאפשרת את הגבלתו של חופש זה. סעיף 10(2) לאמנה – המהווה פסקת הגבלה מיוחדת – מגדיר את המצבים שבהם ניתן לפגוע כדין על ידי נורמה תת-חוקתית בחופש הביטוי:

“The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

מכוחה של פסקה זו ניתן להטיל בגדר המשפט התת-חוקתי (כגון חוק או משפט מקובל) מגבלות על חופש הביטוי כדי להגן על שמו הטוב של אדם, כדי למנוע פגיעה ביחיד או

הזכות, זכתה בניתוח החוקתי לכינוי 'תורת שני השלבים'. תורה זו זכתה לפיתוח הילכתי בהקשרים שונים.”

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 222 (להלן – האמנה האירופית לזכויות האדם).

ראו ROBIN C.A. WHITE & CLARE OVEY, JACOBAS, WHITE & OVEY: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 426 (5th, 2010).

בקבוצה בשל ביטוי גזעני, או כדי להגביל ביטוי פורנוגרפי.¹⁷ הגבלות אלה חייבות להיות "נחוצות בחברה דמוקרטית", כלומר מידתיות.¹⁸

ב. חשיבות ההבחנה

ההבחנה המודרנית בין היקפה של הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה עליה באמצעות המשפט התת-חוקתי היא בעלת חשיבות מרכזית¹⁹. יש לכך כמה טעמים: ראשית, היא מבליטה את החשיבות של זכות הפרט ואת הצורך לכבדה. היא מבליטה את הצורך בצידוק מיוחד כדי להכשיר פגיעה על ידי חוק או משפט מקובל בזכות חוקתית. פסקת ההגבלה שומרת על כך שההגבלות על הזכות הקבועות במשפט התת-חוקתי יקיימו את הדרישות החוקתיות. נדרש כי יתקיים צידוק לפגיעה בזכות וזאת רק אם הפגיעה תקיים את תנאיה של המידתיות; שנית, היא מבליטה את השוני בין הפעילות בתחום החוקתי, שבו נקבעות זכויות האדם, נקבע היקפן ונקבעות אמות המידה להגבלתן, לבין הפעולות בתחום התת-חוקתי, כגון בתחום הרגיל של החקיקה, שבו נקבעת מידת היישום של זכויות האדם ואפשרויות הפגיעה בהן במסגרת אמות מידה שנקבעו ברמה החוקתית. שוני זה בין הגוף המכונן (הקובע את המעמד החוקתי של זכויות האדם, את היקף הפרישה שלהן ואת אפשרויות שינוין) לבין הגוף המחוקק (הקובע את מידת המימוש של הזכויות החוקתיות) הוא בעל חשיבות רבה, הוא המגן על הזכות של הפרט מפני שלטון הרוב. שוני זה משפיע על היקפו של השיח הציבורי וגודר את התחום שבו הפוליטיקה היומיומית של החברה יכולה לפעול; שלישיית, ההבחנה בין היקף הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה עליה מעמידה באור ראוי את תפקיד השופט כפרשן של זכויות האדם מזה וכמי שמגשים את הציוי החוקתי שלא להגביל זכויות אדם מעבר לנקבע בפסקת ההגבלה, שהיא חלק מהחוקה עצמה, מזה; רביעית, הבחנה זו קובעת את הפרמטרים הראויים לדיאלוג המתקיים בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת;²⁰ לבסוף, ההבחנה מגדירה דגם לחשיבה מסודרת באשר להיקפן של הזכויות החוקתיות וליכולת הגבלתן באמצעות משפט תת-חוקתי.²¹

17 שם, בעמ' 429, 444.

18 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 1, בעמ' 197.

19 לביקורת הבחנה זו, ראו WEBBER לעיל ה"ש 3. לביקורת ביקורת זו, ראו להלן עמ' 589.

20 על הדיאלוג בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 376 (2004).

21 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006). באותה פרשה עמדתי על יתרונות נוספים בקיום ההבחנה בין היקף הזכות לבין מידת ההגנה עליה: "היא מסייעת בניתוח המשפטי. היא באה לשם בהירות הניתוח ודיוק החשיבה"... היא מבהירה את ההבחנה הבסיסית, העוברת כחוט

אם כך, היקפה של הזכות החוקתית היא עניין אחד ומידת היכולת לממשה או להגן עליה במלואה במשפט התת-חוקתי היא עניין אחר.²² זוהי הבחנה מרכזית בתורת הזכויות, המונחת ביסודה של הדמוקרטיה החוקתית. היא נועדה להגן על זכות הפרט כנגד שלטון הרוב. ואם ישאל השואל מדוע יש לכלול בהיקפה של זכות חלקים שאין מגינים עליהם, תשובתי היא כי מידת ההגנה משתנה מעניין לעניין ומזמן לזמן והיא משקפת את צרכי הזמן והמקום. זאת ועוד: גם במקום שניתן לפגוע בזכות חוקתית, ההיתר לפגיעה מותנה בתנאים הקבועים בחוקה. אין זה היתר לפגוע בזכות בכל היקף, בכל מצב ובכל הנסיבות. לעומת זאת, היקפה של הזכות החוקתית משקף את תפיסותיה הבסיסיות של החברה. השינוי בהן מתקיים רק כשיש שינוי בתפיסות יסוד אלה, או בהתקיים אירוע חריג. נדרש לשם כך שינוי חוקתי. לעומת השינוי בהיקף הזכות – שינוי ברמה החוקתית – השינוי במידת ההגנה בפועל על הזכות או במידת הגשמתה בפועל מתקיים ברמה התת-חוקתית. כך, שינויים חברתיים מביאים לחקיקה חדשה, המגנה על הזכות החוקתית על פי תפיסתה של החברה מעת לעת. שינויים אלה – כך גורסת התפיסה של דמוקרטיה חוקתית – צריכים להתאים לדרישותיה של פסקת ההגבלה. עליהם להיות מידתיים. גישה זו ניתנת להבטיח רק אם השינויים ברמה התת-חוקתית יתפסו כפוגעים בזכות החוקתית, תוך שהפגיעה נבדקת על פי דיני המידתיות אשר בפסקת ההגבלה. אם נוציא עניין מסוים מתחום היקפה של הזכות, הסרנו מעליו את המטרייה החוקתית. המחוקק יוכל לפעול בתחום זה בלא מגבלותיה של פסקת ההגבלה.²³

השני בתורת זכויות האדם, בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה והגשמתה הלכה למעשה... היא משמשת בסיס להבחנה בין איוון אופקי (בשלב הראשון) לבין איוון אנכי (בשלב השני) בין זכויות האדם, בינן לבין עצמן ובינן לבין ערכים ואינטרסים חברתיים... היא מסייעת בשרטוט ההבחנה בין תפקידו של בית המשפט בפרשנותן של הזכויות שבחוק היסוד (בשלב הראשון) לבין תפקידו בבחינת חוקתיות הפגיעה בהן בחקיקה (בשלב השני). היא מסייעת בבחינתם של הסדרים במשפט, כגון העדפה מתקנת, תוך בחינת השאלה אם זו נופלת לגדר היקפה של הזכות לשוויון (שלב ראשון), או שהיא מהווה פגיעה בשוויון המקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (שלב שני)... היא מבהירה את המחלוקת בנטל השכנוע."

22 RONALD DWORKIN, TAKING THE RIGHTS SERIOUSLY 260 (1977); Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 270 (1981); FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 89 (1982); Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765 (2004). לביקורת ההבחנה, ראו WEBBER לעיל ה"ש 3.

23 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 20, בעמ' 135.

ג. מקומה של ההבחנה במשפט השוואתי ובמשפט הישראלי

1. משפט השוואתי

ההבחנה בין היקפה של זכות חוקתית ותחום התפרסותה לבין מימושה וההגנה עליה מצאה את ביטויה המלא כבר בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948.²⁴ הצהרה זו כוללת רשימה ארוכה של זכויות אדם הנראות במבט ראשון כמוחלטות. בסיומה של ההכרזה נקבעה "פסקת הגבלה" כללית (סעיף 29(2)):

"In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society."

המייחד את ההכרזה האוניברסלית הוא כלליות ההוראה בעניין הגבלתן של הזכויות. הוראה זו חלה על כל הזכויות כולן. היא מהווה פסקת הגבלה כללית. היא נותנת ביטוי כללי – החל על כל הזכויות החוקתיות – למידתיות. גישה שונה באה לידי ביטוי באמנה האירופית לזכויות האדם.²⁵ באמנה זו, שנכרתה ב-1950 ונכנסה לתוקף ב-1953, אין פסקת הגבלה כללית. תחת זאת נקבעו בה פסקאות הגבלה מיוחדות לזכויות שונות, כפי שראינו באשר לחופש הביטוי.²⁶ ביסוד פסקאות הגבלה מיוחדות אלה מונחת המידתיות. מאז תחילת שנות החמישים של המאה הקודמת נכרתו כמה אמנות בדבר זכויות האדם,²⁷ וכווננו מספר ניכר של חוקות ובהן פרקים על זכויות אדם.²⁸ בכל אחד מהמסמכים הללו יש הבחנה בין היקפן של זכויות האדם לבין אופני מימושן.²⁹ בחלקם נקבעו פסקאות הגבלה כלליות ובחלקם נקבעו פסקאות הגבלה מיוחדות; בחלקם יש מזיגה בין שתי

- 24 Universal Declaration of Human Rights, 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc A/810, p. 71 (להלן – ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם).
- 25 האמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 15.
- 26 ראו לעיל עמ' 45.
- 27 החשובות שבהן הן: האמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 15; אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נחתמה ב-1966) (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1992); אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נחתמה ב-1966) (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1991).
- 28 A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS (Helen Keller & Alec Stone-Sweet eds., 2008). החוקה ההודית כוללת פרק על זכויות אדם, ומבחינה בין היקף הזכות לאפשרויות הגבלתה.
- 29 ראו Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789 (2007).

השיטות. הדוגמאות הבולטות ביותר בשנים האחרונות הן הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות מ-1982³⁰ וחוקתה של דרום-אפריקה מ-1996. בשני המסמכים החוקתיים הללו יש רשימה מקיפה של זכויות אדם ובצדן פסקת הגבלה כללית,³¹ וכן נקבעו הגבלות מיוחדות לכמה זכויות אדם. ביסוד ההגבלות כולן מונחת המידתיות.

2. המשפט הישראלי

(א) הגישה לפי המשפט המקובל הישראלי

ההבחנה בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה מונחת ביסודה של תורת הזכויות בישראל.³² בטרם הוענק לזכויות האדם בישראל מעמד חוקתי הייתה הבחנה זו חלק מהמשפט המקובל הישראלי. היא שימשה, בין השאר, לפירוש הסמכות שהעניקה החקיקה לנושאי משרה לפגוע בזכויות אדם.³³ כך, למשל, באחת הפרשות נבחן כוחה של רשות השידור, הפועלת מכוחו של חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965,³⁴ להפעיל סמכותה באופן המונע מחבר הכנסת מאיר כהנא לשדר את עמדותיו הגזעניות.³⁵ בית המשפט קבע כי על פי פירושה של סמכות זו אין היא משתרעת על פגיעות בהיבטים המוגנים של חופש הביטוי בישראל. לעניין זה הבחין בית המשפט בין היקפו של חופש הביטוי לבין מידת ההגנה הניתנת לו. בהקשר זה הבחנתי "בין המהות הפנימית של חופש הביטוי לבין מהותו 'החיצונית'",³⁶ וציינתי כי "המהות הפנימית קובעת את היקף העניינים הנכללים (coverage) בעקרון של חופש הביטוי. המהות החיצונית קובעת את היקף ההגנה (ה-protection), הניתן לעקרון של חופש הביטוי בחברה נתונה".³⁷ בהמשך פסק הדין צוין כי היקף ההגנה הוא תוצאה של איזון בין חופש הביטוי לבין עקרונות המתנגשים עימו. איזון זה קובע כי ניתן להטיל הגבלות על חופש הביטוי רק כשקיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בסדר הציבורי. דרישה זו לא התקיימה באותה פרשה, והחלטתה של רשות השידור בוטלה.

- 30 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982 (להלן – הצ'רטר הקנדי).
- 31 ראו ס' 1 לצ'רטר הקנדי, שם; ס' 36 לחוקה של דרום אפריקה.
- 32 ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 5, פס' 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 33 ראו אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט מ(א) 5 (1991).
- 34 ס"ח 451.
- 35 ראו בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987).
- 36 שם, בעמ' 270. בהבחנה זו סמכתי על Frederick Schauer, FREE SPEECH, לעיל ה"ש 22, בעמ' 89.
- 37 שם, בעמ' 283.

ברוח דומה נפסק הדין בפרשה אחרת אשר עסקה בחופש הביטוי.³⁸ באותה פרשה נדונה החלטתה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות שלא להתיר את הקרנתו בישראל של הסרט "הפיתוי האחרון של ישו". בית המשפט החליט לבטל את האיסור. בפסק הדין עמדתי על ההבחנה בין היקפו של חופש הביטוי לבין ההגנה עליו:³⁹

"כל דיון בחופש הביטוי מחייב התייחסות לשתי שאלות נפרדות: האחת, מה כלול בערך היסוד בדבר חופש הביטוי, ומה נתפס כמצוי מחוצה לו. בחינה זו באה לתחום את היקף הביטויים, 'המכוסים' על ידי העקרון של חופש הביטוי. היא מתמודדת עם השאלה, מהו 'ביטוי' לעניין ערך יסוד זה. כך, למשל, האם חופש הביטוי 'מכסה' מסירת עדות כוזבת בבית המשפט, או שמא ביטוי זה אינו נתפס כלל במסגרת חופש הביטוי? האם הפגנה כלולה בחופש הביטוי, והאם משתרע חופש זה על פרסומת מסחרית? השנייה, מהו היקף ההגנה שהדין נותן לאותם ביטויים הכלולים בחופש הביטוי. האם ניתנה להם הגנה 'מוחלטת' או שמא הגנתם היא יחסית בלבד, ואם הגנתם יחסית, מה הם מבחניה?"

גישה זו – המבחינה בין היקף הזכות למידת ההגנה עליה לעניין פירושה של סמכות שלטונית – לא הוגבלה לחופש הביטוי בלבד. היא הוחלה בכל מקרה של שימוש בסמכות חוקית שהיה בו כדי לפגוע בזכות אדם בישראל.⁴⁰

(ב) הגישה לאחר חוקי היסוד בדבר זכויות האדם

עם כינונם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק הוענק לזכויות המפורטות בהם מעמד חוקתי-על-חוקי. חרף שינוי זה ממשיכה ההבחנה בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה לעמוד בעינה.⁴¹ בפסיקה מקיפה ורחבה הדגיש בית המשפט העליון את ההבחנה בין היקף הזכות לבין מימוש הזכות וההגנה עליה.⁴² עמדתי על כך באחת הפרשות:⁴³

38 ראו בג"ץ Universal City Studios Inc. 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989). ראו גם ע"א 214/89 אריה אבנרי נ' אברהם שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989).

39 פרשת Universal City Studios, לעיל ה"ש 38, בעמ' 33.

40 ראו בג"ץ 19/64 התאחדות סוכני ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד יח(3) 506, 513 (1964).

41 להשפעת השינוי החוקתי על מעמד הפסיקה הישנה, ראו להלן עמ' 221.

42 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005);

“אנו מבחינים בין היקף הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה עליה בחקיקה הרגילה... היקף הזכות נקבע על-פי פירוש לשונה על-פי תכליתה. מידת ההגנה עליה נקבעת לרוב על-ידי החקיקה הרגילה. כך למשל חופש הביטוי כולל בהיקפו ומשתרע על הביטוי הגזעני, על הביטוי שיש בו תועבה ועל הביטוי המסית והפוגע בשם הטוב. עם זאת הביטוי הגזעני, הביטוי שיש בו תועבה או הסתה והפוגע בשם הטוב אינם מוגנים בשיטת המשפט שלנו. רשויות הציבור רשאיות לפעול למניעתם, ועל העושה שימוש בביטויים אלה עשויה להיות מוטלת אחריות פלילית או אזרחית. מידת ההגנה נקבעת בדבר חקיקה שצריך לקיים את תנאיה של פיסקת ההגבלה. דבר חקיקה זה אינו משנה את גבולותיהם של הזכות, האינטרס והערך החוקתי. לכך אין הוא מוסמך, עם זאת דבר החקיקה 'פוגע' בזכות החוקתית, ופגיעתו היא חוקתית, שכן היא חוסה בצלה של פיסקת ההגבלה.”

כמו במשפט המשווה גם בישראל ההיבט של היקף הזכות משמש לפרשנותה של הזכות החוקתית, וההיבט של מידת ההגנה עליה משמש לעריכת האיזון באמצעות פסקת ההגבלה, אשר במרכזה מונחת המידתיות.

ד. שלושת שלבי הבחינה החוקתית

ההבחנה העיונית בין היקף הזכות למידת ההגנה עליה ביססה את הגישה כי הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של חוק מתבצעת בשלושה שלבים.⁴⁴ השלב הראשון בוחן אם החוק פוגע בזכות חוקתית. לשם כך יש לפרש את הוראותיו של חוק היסוד ואת הוראותיו של החוק שלפי הטענה פוגע בחוק היסוד. חוק היסוד מתפרש על פי הכללים העוסקים בפרשנות חוקתית.⁴⁵ החוק הרגיל מתפרש על פי הכללים העוסקים בפירוש חקיקה רגילה.⁴⁶

43 בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערכי נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.2006); פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 5.

44 בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 538 (2003).

45 פסק הדין שהניח את היסודות לשלושת שלבי הבחינה החוקתית הוא פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 42. ראו גם פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 42, פס' 56 לפסק הדין; פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 21, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 10203/03 פרשת המפקד לאומי, לעיל ה"ש 5, פס' 15 לפסק דינה של השופטת נאור; בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009). לתיאור המבחנים, ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 20, בעמ' 340.

46 על הפרשנות החוקתית, ראו להלן עמ' 69.

השופט יעשה כל מאמץ פרשני כדי לפרש את החוק הרגיל כך שלא יפגע בזכות החוקתית, שכן כל פגיעה כזו – עד כמה שאינה מידתית – מביאה לאי חוקתיותו של החוק. הוא ייעזר בהנחה הפרשנית כי החוק תואם את החוקה. בפרשו את החוק הרגיל ישאף השופט למנוע ניגוד או סתירה בינו לבין החוקה. "עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מהחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק יסודי".⁴⁷ השופט יבקש להגשים אחדות והרמוניה. זוהי פרשנות בהתאם לחוקה.⁴⁸ השופט יעשה כל אלה אם הדבר אפשרי על פי כללי הפרשנות המקובלים, שהרי "אין לאנוס את לשון החוק ואין לעוות את כללי הפרשנות".⁴⁹ רוב רובם של החוקים אינם מעוררים בעיה חוקתית. הם אינם עוסקים בזכויות חוקתיות ועל כן גם אינם פוגעים או מגבילים זכות חוקתית. מנקודת המבט של הזכויות החוקתיות המחוקק חופשי לקבוע את תוכנם. לא כן בחוקים, שלאחר מיצוי ההליך הפרשני מתבקשת המסקנה כי הם פוגעים בזכות החוקתית. בסיומו של השלב הראשון על השופט לקבוע אם החוק פגע בזכות חוקתית. אם התשובה היא בשלילה, הבדיקה החוקתית מסתיימת. אין מקום לעבור לשלב השני. לעומת זאת אם השופט מגיע למסקנה כי החוק פוגע בזכות אדם חוקתית, עליו לעבור לשלב השני.

השלב השני בוחן אם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין. השופט בודק אם החוק הפוגע מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. בשלב זה נבחנת השאלה אם הפגיעה של החוק בזכות החוקתית וההגבלות שהוא מטיל על מימושה של הזכות הן מידתיות. זהו השלב שבו נבחנת השאלה אם יש צידוק שלא לאפשר את מימושה של הזכות בכל היקפה. אם השופט מגיע למסקנה כי הפגיעה בזכות החוקתית היא מידתית, מסתיימת הבדיקה החוקתית. הפגיעה בזכות החוקתית היא חוקתית. אם מסקנתו הינה כי הפגיעה אינה מידתית, משמעות הדבר הינה כי הזכות החוקתית הופרה. ההגבלה על הזכות הופכת להפרה. הפגיעה בזכות החוקתית אינה חוקתית. בשלב זה על השופט לעבור לשלב השלישי.⁵⁰

השלב השלישי בוחן את תוצאות ההפרה של הזכות. הפרה זו הופכת את החוק ללא חוקתי. מה הן השלכותיה של תוצאה זו? דבר זה נקבע בשלב התרופה או הסעד. בשלב זה נבחנת השאלה אם החוק בטל ואם הבטלות היא מוחלטת או יחסית. נקבע מועד הבטלות

46 על פרשנות החקיקה הרגילה, ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 397 (2003).

47 בג"ץ 4562/92 חבר הכנסת אליעזר זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996) (הנשיא ברק).

48 ראו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש הועדה המרכזית לבחירות לכנסת, פ"ד נז(1) 750, 756 (2003).

49 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 524 (1998) (הנשיא ברק).

50 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 20, בעמ' 341.

ונבחנות תוצאותיה האזרחיות, הפליליות, המינהליות והאחרות.⁵¹ שלב זה אינו קשור במישרין למידתיות ודיון בו חורג מספר זה.

ה. זכויות מוחלטות

1. המוכרות זכויות חוקתיות מוחלטות?

רובן של זכויות האדם החוקתיות נהנות מהגנה חלקית בלבד. הן אינן מוגשמות כדי מלוא היקפן. רובן – אך לא כולן. בכמה מצבים חריגים הכיר המשפט המודרני בזכויות אדם שאין להטיל עליהן הגבלות בשום מצב.⁵² אלה הן זכויות מוחלטות (absolute rights). ודוק: כל זכות, לאחר שנקבעו ההגבלות שניתן להטיל עליה במקרה קונקרטי, נהפכת ל"מוחלטת" במובן שאין להטיל עליה הגבלות נוספות באותו מקרה. זהו שימוש טריביאלי במושג הזכות המוחלטת, והוא אינו השימוש שאני עושה במושג זה. על פי הגדרתי, זכות היא מוחלטת אם היא מוגנת כדי מלוא היקפה של זכות בלא שהיקף זה כולל בחובו הגבלות שהן חיצוניות להגדרת היקף הזכות. דוגמה לזכות מוחלטת כזו, המוגנת במלוא היקפה, היא האיסור על העבדות על פי הגדרתה המקובלת.⁵³ דוגמה אחרת ניתן למצוא בסעיף 1(1) לחוקה של גרמניה (Grundgesetz) הקובע:

"Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority."

הפירוש שניתן להוראה זו הינו שאין להטיל הגבלות על כבוד האדם. ההגנה על זכויותיהם של אנשים אחרים או על טובת הכלל אינה צידוק להתנהגות הפוגעת בכבוד האדם. באחת הפרשות נדונה בבית המשפט החוקתי הגרמני חוקתיותו של חוק שהסמיך רשות שלטונית להורות על הפלת מטוס שנחטף על ידי טרוריסטים ועומד להתרסק, באופן שיפגע במכוון באנשים רבים.⁵⁴ החוק הסמיך להפיל את המטוס גם אם יש בו בני ערובה חפים מפשע. בית המשפט החוקתי קבע כי החוק אינו חוקתי בהיותו פוגע בכבוד האדם של בני הערובה. כבוד האדם הוא זכות מוחלטת שאינה ניתנת להגבלה. כבוד אדם זה משמעותו, בין השאר, כי

51 על התרופות החוקתיות, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 699. על תחולת עקרון המידתיות בתחום התרופות, ראו Tracy A. Thomas, *Proportionality and the Supreme Court's Jurisprudence of Remedies*, 59 HASTINGS L.J. 73 (2007).

52 ראו ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 27 (2009).

53 ראו ס' 4 להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, לעיל ה"ש 24; ס' 4(1) לאמנה האירופאית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 25; ס' 1 לאמנה בדבר ביטול העבדות, סחר עבדים ומוסדות ומנהגים הדומים לעבדות (1926). ראו גם Van Droogenbroeck, Report of 9 July 1980, Series B, No-44.

54 ראו BVerfG Feb. 15, 2006, 1 BvR 357/05.

האדם אינו אמצעי אלא מטרה לעצמה. החוק הנדרן פגע בכבוד האדם של בני הערובה שכן הם הפכו לאמצעי הגנה על אחרים. דוגמה נוספת ניתן למצוא בסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות האדם, הדין בעינינו או ביחס אכזרי, לא אנושי ומשפיל:

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

הגישה המקובלת הינה כי זהו איסור מוחלט.⁵⁵ טובת הכלל או זכויותיהם של אחרים אין בכוחן להגבילו או לצמצם את ההגנה שהוראה זו מעניקה.⁵⁶ אופי מוחלט זה של זכות חוקתית משפיע לעתים על פירושה. לעתים ניתן לה פירוש מצמצם. פירוש זה מעצם טיבעו נוגע להיקפה בלבד. אין הוא משפיע על אופייה כזכות מוחלטת. לעתים ניתן לה פירוש המכניס לגדרה שיקולים של טובת הכלל. מבחינה פורמלית הזכות נשארת מוחלטת, שכן אין להטיל הגבלות על תוכנה. עם זאת היא מוחלטת רק במובן הטרביאלי. מבחינה מהותית היא הופכת לזכות יחסית.

2. זכויות מוחלטות בתורת המשפט

במישור הפילוסופי יש מחלוקת באשר לאפשרות היוריספרודנטלית להכיר בזכויות מוחלטות, כלומר: זכויות שאין להן הגבלות.⁵⁷ יש הסבורים כי כל זכות היא יחסית, וכי גם החשובות שבזכויות ניתנות להגבלה במצבים מיוחדים.⁵⁸ לעומתם יש הסבורים כי מבחינה עקרונית ניתן להכיר גם בזכויות מוחלטות. כך, למשל, סבור גוירטס (Gewirth) כי לרחל, אמו של בנימין, זכות מוחלטת שבנימין לא יפעיל נגדה עינויים גם אם כתוצאה מכך הוא יימנע מציות לטרוריסטים המאיימים כי אם בנימין לא יפעיל עינויים כלפי אמו הם יחריבו עיר או מדינה.⁵⁹ הספרות בסוגיה זו היא ענפה ומעניינת. חלקה עוסק במניעתם של אסונות קטסטרופליים דוגמת זכותה המוחלטת של רחל וחלק עוסק במניעתם של אסונות קונבנציונליים. ידועה בהקשר זה דוגמת החשמלית: חשמלית מידרדרת על מסילתה. תוך

- ראו Winfried Brugger, *May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law*, 48 AM. J. COMP. L. 661 (2000); Jordan J. Paust, *The Absolute Prohibition of Torture and Necessary and Appropriate Sanctions*, 43. VALP. L. REV. 1535 (2009) 55
- ראו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 836 (1999). 56
- JUDITH JARVIS THOMSON, *THE REALM OF RIGHTS* (1990); LORENZO ZUCCA, *CONSTITUTIONAL DILEMMAS: CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN EUROPE AND THE USA* (2007) 57
- ראו ALEXY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 64. 58
- ראו Alan Gewirth, *Are There Any Absolute Rights?*, 31 THE PHILOSOPHICAL QUARTERLY 1 (1981) 59

זמן קצר היא תפגע למוות בקבוצה של אנשים. ניתן למנוע זאת אם שמעון יידחף למסילה. האם עומדת לשמעון זכות מוחלטת שלא להידחף אל מותו גם אם התוצאה תהא שקבוצת אנשים תיפגע למוות? נניח עתה כי הדרך למנוע את התאונה אינה בדחיפתו של שמעון למותו אלא בשינוי של המסילה שסייט את החשמלית למסילה אחרת, כך תינצל קבוצת האנשים העומדת על המסילה אך ייפגע שמעון העומד על המסילה האחרת. היש לשמעון זכות מוחלטת שלא להיפגע למוות בנסיבות אלה? היש הבדל בין שני המצבים? היש חשיבות לגודלה של הקבוצה העשויה להיפגע?

הבחינה של שאלות אלה, שבעבר נתפסו כעיוניות בלבד, הופכת לצערנו למעשית בעקבות פיגועי הטרור המתרחשים במדינות רבות. האם יש לטרוריסט זכות חוקתית מוחלטת שלא להיות נתון לעינויים בעת שנקיטתם יכולה להציל חיי אדם? האם יש לבני ערובה, שנחטפו על ידי טרוריסטים, זכות חוקתית מוחלטת שלא לשלם בחייהם כדי להציל מספר גדול יותר של אנשים? לשאלות אלה ועוד רבות אחרות אין תשובות פשוטות, לא בתחום המוסר ולא בתחום המשפט. אציין רק זאת: רבים מהעוסקים בתורת המשפט של הזכויות המוחלטות אינם מבחינים בין הרמה החוקתית (הקובעת את היקף הזכות) לבין הרמה החקיקתית (הקובעת הגבלות על הגשמת הזכות). עמידה על הבחנה זו עשויה לפתור את השאלה – הנדונה בהרחבה בספרות של תורת המשפט – אם לבעל מקרקעין זכות למנוע מהנוטה למות כניסה למקרקעין שתציל את חייו.⁶⁰ לאור המבחנים הדו-שלביים ניתן לומר כי היקפה של הזכות החוקתית לקניין כולל את הזכות למנוע מכל אדם כניסה אליהן. עם זאת, חוק שיעניק רשות כניסה לנוטה למות אשר כניסה למקרקעין תציל את חייו, פוגע בזכות החוקתית והפגיעה הינה חוקתית. החוק אינו משנה את היקף הזכות אך הוא שולל ההגנה עליה במקרה המיוחד של הנוטה למות.

3. הפיכת זכות מוחלטת ליחסית

כיצד ניתן להפוך זכות מוחלטת לזכות יחסית? לעתים ניתן להגשים תוצאה זו בדרך פרשנית. כך נהג בית המשפט העליון האמריקני לעניין חופש הדת וחופש הביטוי הקבועים בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית. אך מה תעשה שיטת משפט אשר על פי כללי הפרשנות המקובלים עליה, הזכות היא מוחלטת? התשובה הינה כי הדרך העיקרית העומדת לרשותה של שיטת משפט זו תהא שינוי הטקסט החוקתי עצמו. דרך זו אפשרית בחוקות שונות. עם זאת אין היא נטולת קשיים משפטיים. ראשית, לעתים האיסור המוחלט הוא אכן מוחלט. לעתים ניתן לזכות פלונית מעמד נכבד עד כדי כך שאין לשנותה כלל. האופי המוחלט של

60 ראו לעיל ה"ש 57, בעמ' 54.

הזכות הוא "נצחית".⁶¹ אין לשנותו בדרך של שינוי חוקתי רגיל. נדרשת חוקה חדשה. כך למשל, חוקתה של גרמניה שוללת את האפשרות לשינוי חוקתי הפוגע בעקרונות היסוד הקבועים בסעיף 1 לחוקה הדין בכבוד האדם.⁶² שנית, גם בהיעדר הוראה מפורשת המונעת שינוי חוקתי עשויים להיות שינויים שהם כה מהותיים עד כי הדרך של שינוי חוקתי אינה מתאימה להם. זהו "שינוי החוקה שאינו חוקתי" (ה- unconstitutional constitutional amendment), שמימושו מחייב כינון חוקה חדשה הואיל ושינוי בחוקה הקיימת אינו חוקתי.⁶³ כל עוד לא הסתיים הליך כינון החוקה בישראל, תחולתה של הדוקטרינה בדבר שינוי חוקתי שאינו חוקתי בישראל היא מצומצמת. היא תחול רק במקום שהשינוי החוקתי הוא כה יסודי עד כי ניתן לראות בו חריגה מעקרונות היסוד של היות ישראל מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים.⁶⁴

1. זכויות יחסיות

1. מהותה של הזכות החוקתית היחסית

מספרן של הזכויות החוקתיות המוחלטות קטן ביותר. רוב-רובן של זכויות האדם החוקתיות אינן מוחלטות. משמעות הדבר הינה כי הן אינן מוגנות כדי מלוא היקפן. ניתן להטיל מגבלות על מימושו. הזכויות הן אפוא יחסיות. אכן, על פי גישתי, זכות חוקתית היא יחסית כאשר היא אינה מוגנת כדי מלוא היקפה. יחסיותה של הזכות החוקתית מתבטאת בכך שניתן להטיל הגבלות על ידי נורמה תת-חוקתית על פעולות הנמצאות בתוך גבולותיה של הזכות החוקתית. זכות חוקתית היא יחסית כאשר בצד קביעת היקפה של הזכות יש דרך חוקתית – שאינה כרוכה בשינוי חוקתי ושאינן בה משום הפרת הזכות או פגיעה בה שלא כדין – המאפשרת להגביל את מימושה באמצעות נורמה תת-חוקתית. פסקאות ההגבלה

61 על נצחיותן של הוראות בחוקה, ראו שרון וינטל "פסקאות נצחיות" בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית, 2005).

62 סעיף 79(3) לחוק היסוד הגרמני קובע בתרגומו הרשמי לאנגלית: "Amendments to this Basic Law affecting... the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible".

63 על דוקטרינה זו, ראו אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר בך (צפוי להתפרסם ב-2010); פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 49, בעמ' 481; פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 21. ראו גם KEMAL GOZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE STUDY (2008); SUDHIR KRISHNASWAMY, DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM IN INDIA: A STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE (2009).

64 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, שם; ברק "תיקון של החוקה שאינו חוקתי", שם.

(הכלליות והמיוחדות) ועקרון המידתיות המונח במרכזן, משקפות את יחסיותה של הזכות. עמדתו על כך באחת הפרשות בצייני: 65

“ביסוד פסקת ההגבלה מונחת התפיסה כי בצד זכויות האדם קיימות גם חובות האדם; כי האדם הוא חלק מהחברה; כי האינטרסים של החברה עשויים להצדיק פגיעה בזכויות האדם; כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא יחסיות. פסקת ההגבלה משקפת את התפיסה כי את זכויות האדם ניתן להגביל, וכי להגבלות אלה יש גבולות... אכן זכויות האדם אינן זוכות להגנת המשפט כדי מלוא היקפן; המבנה החוקתי אינו מאפשר את מימושן של זכויות האדם כדי מלוא פריסתן.”

כל זכויות האדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק הן זכויות חוקתיות יחסיות. זאת, משום שניתן להטיל מגבלות על מימושן של הזכויות בגדרן על ידי נורמה תת-חוקתית. הבסיס החוקתי לכך הוא בפסקאות ההגבלה שבשני חוקי יסוד אלה. במרכזן של פסקאות אלה מונחת המידתיות.

2. גבולות והגבלות

(א) סוגים של הוראות

הגדרת הזכות החוקתית כוללת לעתים יסוד מרחיב או מצמצם. האם קיומו של יסוד פנימי כזה הופך את הזכות ליחסית? האם הוא מהווה מעין פסקת הגבלה מיוחדת? האם דיני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה חלים לגבי יסוד מגביל זה? טלו את הזכות החוקתית לקיים הפגנה או אספה. הסעיף המגדיר זכות זו בחוקתה של דרום-אפריקה קובע את היקפה בזו הלשון: 66

“Everyone has the right, peacefully and unarmed, to assemble, to demonstrate, to picket and to present petitions.”

האם זכות חוקתית זו – המוגדרת באמצעות הקביעה כי האספה וההפגנה צריכות להיות “בדרכי שלום” (peacefully) – הינה יחסית? התשובה היא כמובן חיובית, משום תחולתה של פסקת ההגבלה הכללית 67 הקבועה בחוקה של דרום-אפריקה על כלל זכויות האדם

65 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 42, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006). ראו גם פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 5, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

66 ס' 17 לחוקה של דרום-אפריקה.

67 ס' 36 לחוקה של דרום-אפריקה.

הקבועות בה, לרבות הזכות להפגין ולקיים אספה. אך האם יחסיותה של זכות זו נובעת רק מקיומה של פסקת ההגבלה הכללית? האין לומר כי הזכות היא יחסית בשל האמור בה? לדעתי, התשובה הינה בשלילה. ההוראה בדבר "דרכי השלום" אינה מהווה הגבלה על היקפה של הזכות החוקתית אלא חלק מהגדרתה. על פי השקפתי,⁶⁸ יש להבחין בין שני סוגים של הוראות באשר לזכויות חוקתיות: הסוג הראשון כולל הוראות בהגדרת הזכות בחוקה הקבועות את גבולותיה של הזכות החוקתית ומצמצמות או מרחיבות את היקפה; הסוג השני כולל הוראות בחוקה הקבועות באלו נסיבות ניתן לממש באמצעות נורמות תת-חוקתיות את הזכות החוקתית בתוך הגבולות שנקבעו. ההוראה באשר ל"דרכי שלום" שייכת לסוג הראשון של הוראות. היא קובעת את היקפה של הזכות החוקתית ולא את ההגבלות עליה. אעמוד על הבחנה זו ביתר פירוט. אפתח בהוראות הקבועות את גבולותיה של הזכות.

(ב) הוראות הקבועות את גבולות הזכות

הוראות אלה, על פי פירושן החוקתי, קובעות את היקפה של הזכות החוקתית. הן קובעות ביתר דיוק את תחום פריסתה. בלעדיהן הזכות היתה עשויה להתפרש באופן רחב יותר או צר יותר. מטבען, הוראות אלה קשורות להגדרתה של הזכות בחוקה ולפירוש הראוי של הגדרה זו.⁶⁹ הן אינן הופכות את הזכות ליחסית. אין בהן כדי לאפשר הטלת הגבלות על הגשמת הזכות או על דרכי מימושה בתוך גבולותיה, באמצעות המשפט התת-חוקתי. פסקת ההגבלה אינה חלה בהם. על פי גישה זו, הזכות החוקתית לקיים הפגנה או אספה בדרום-אפריקה – זכות המשתרעת רק על אספות והפגנות בדרכי שלום – אינה זכות יחסית אך בשל ההגבלה הקבועה בהגדרתה. הגבלות אלה עניינן הוא קביעת גבולותיה של הזכות ותחום פריסתה. אין עניינן בדרכי המימוש של הזכות ומידת ההגנה הניתנת לה. הוא הדין בסעיף 16 לחוקה של דרום-אפריקה, המגדיר את חופש הביטוי (בסעיף 16(1)), וקובע (בסעיף 16(2)):

"The right in subsection (1) does not extend to

(a) Propaganda for war;

68 עמדה אחרת הביע ALEXY. לפי גישתו יש להבחין בין הגבלות ישירות (immediate) לבין הגבלות עקיפות (mediate). הראשונות מעוגנות בחוקה עצמה. האחרות מעוגנות בנורמה תת-חוקתית, תוך הסמכתן בנורמה חוקתית. כללי המידתיות חלים בשני סוגי ההגבלות. ראו ALEXY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 185-192.

69 ראו: IAIN CURRIE & JOHAN DE WAAL, THE BILL OF RIGHTS HANDBOOK 186 (5th ed., 2006): "Their purpose is definitional: defining the scope of the right more precisely than is the case with the textually unqualified rights". ההוראות מכונות במשפט החוקתי הגרמני כ- grundrechtsimmanente Grenzen, ראו HESSE, לעיל ה"ש 12.

(b) Incitement of imminent violence; or

(c) Advocacy of hatred that is based on race, ethnicity, gender or religion, and that constitutes incitement to cause harm.”

הוראה זו (סעיף 16(2)) מצמצמת את היקפו של חופש הביטוי החוקתי. על כן אין חשיבות לשאלה, אם תעמולה למלחמה היא מידתית. כל תעמולה למלחמה אינה מכוסה על ידי חופש הביטוי. אין בה כל נקיטת עמדה באשר לשאלה אם ניתן להטיל מגבלות על אופן מימושו של אותו חופש דיבור מצומצם המהווה חלק מהזכות החוקתית. הגבלות כאלה ניתן להטיל מכוחה של פסקת ההגבלה הכללית (סעיף 36). קיומה של פסקה ההגבלה הכללית הוא שהופך את חופש הביטוי בדרום-אפריקה לזכות יחסית. ההוראה הקבועה בסעיף 16(2) אינה הוראה המגבילה (limit; restrict) את הזכות החוקתית אלא הוראה הקובעת את היקפה. על כן גם אין לראות הוראה כזו כהגבלה פנימית (“internal limitation”).⁷⁰ ניתן לכנות הוראה זו ודומותיה “Internal modifiers”, “Internal qualifiers”⁷¹ או כ-“demarcations”⁷². אכנה זאת “הוראות מצמצמות” או “הוראות מרחיבות”.

(ג) הוראות הקובעות הגבלות על המימוש

הוראות הקובעות הגבלות על מימושה של הזכות החוקתית בתוך גדריה שלה באמצעות המשפט התת-חוקתי הן ההופכות את הזכות ליחסית. הן אינן משפיעות על תחום הפרישה של הזכות. אין הן קובעות את גבולותיה. אין הן מגדירות את היקפה. הן אך משפיעות על האפשרות לפגוע בזכות החוקתית באמצעות המשפט התת-חוקתי בתוך גבולותיה. הן פסקאות הגבלה. דוגמה בולטת לכך היא סעיף 10(2) לאמנה האירופית לזכויות האדם, המפרט הגבלות (limitations) במובנו הנכון של ביטוי זה.⁷³ הן אינן משפיעות על היקפה של הזכות אלא על ההגנה עליה ועל אפשרות הגשתה. לעתים הגבלות אלה הן כלליות

70 על פי הכינוי של Gardbaum, ראו Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 801. ראו גם Denise Meyerson, *Why Courts Should Not Balance Rights Against the Public Interest*, 31 MELBOURNE L. REV 801 (2007). לביקורת על השימוש בביטוי “הגבלות פנימיות”, ראו HALTON CHEADLE, NICHOLAS HAYSOM & DENNIS DAVIS, *SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS* 701 (2003).

71 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 7, בעמ' 30. ראו גם Butler, לעיל ה"ש 8, בעמ' 120.

72 לביטוי זה ראו CURRIE & DE WAAL, לעיל ה"ש 69, בעמ' 186. ראו גם Butler, שם, בעמ' 117 ; Gretchen Carpenter, *Internal Modifiers and Other Qualifications in Bills of Rights – Some Problems of Interpretation*, 10 SA PUBLIC LAW 260 (1995).

73 ראו לעיל עמ' 45.

(general limitation), כלומר: פסקת הגבלה החלה על הזכויות כולן. לעתים הן מיוחדות (special limitation), כלומר פסקת הגבלה המותאמת לזכות מסויימת.⁷⁴

(ד) חשיבות ההבחנה בין סוגי ההוראות

ההבחנה בין הוראות הקובעות את גבולותיה של הזכות החוקתית לבין הוראות הקובעות הגבלות על מימוש הזכות היא לעתים קלה וברורה להפעלה. לעתים היא קשה. יש לה חשיבות עיונית ומעשית כאחת. חשיבותה העיונית קשורה לאופייה של הזכות כמוחלטת או יחסית. חשיבותה המעשית עשויה להתעורר בהקשרים שונים. הקשר מעשי אחד עניינו השאלה אם בהבנת תחולתן של הוראות מהסוג הראשון – הוראות המצמצמות את היקפה של הזכות או המרחיבות אותה – ניתן לערוך את האיזונים הנעשים על פי דיני המידתיות הקבועים בגדריה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, האם בקביעת קיום הפגנה או אספה ב"דרכי השלום" (peacefully) בחוקתה של דרום-אפריקה נערכים האיזונים ומובאים בחשבון שיקולים כמו אלה הנערכים ומובאים בחשבון במסגרת דיני המידתיות אשר בפסקת ההגבלה הכללית? תשובתי הינה, כי אין לפסקת ההגבלה ולמידתיות שבמרכזה תחולה לעניין פירושן של ההוראות המצמצמות או המרחיבות. פסקת ההגבלה חלה במקום שזכות נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית, ואילו ההוראה המצמצמת או המגבילה אין עניינה פגיעה בזכות החוקתית אלא קביעת תחום פריסתה. אכן, הבחינה של היקף הפרישה של ההוראות המצמצמות והמרחיבות היא בחינה פרשנית. השאלה הינה, מהו היקפן בהתחשב בטעמים המונחים ביסודן. הבחינה הינה "פנימית" למהותה של הזכות עצמה, ואינה מושפעת משיקולים שהם חיצוניים לזכות, כגון טובת הכלל או זכויות של אדם אחר.⁷⁵ על כן, אין לערוך במסגרת פרשנותה של ההוראה המצמצמת או המרחיבה את מלוא מערך השיקולים

74 ראו CURRIE & DE WAAL, לעיל ה"ש 69, בעמ' 186: "A few rights... are qualified by language that specifically demarcates their scope. Such qualifications can be termed demarcations of that right. Their purpose is definitional; defining the scope of the right more precisely than is the case with the textually unqualified rights... Other textual qualifications of rights create special criteria for the limitation of certain rights by the legislature. These are more properly called special limitations. Engaging in any form of limitation analysis... assumes that an infringement of a right has been established. This means that reliance on a special limitation clause is a second-stage matter. At the first stage the person relying on the right has to show that an infringement has taken place. Once shown, at the second stage the state or the person relying on the validity of legislation must show that the limitation of the right is justified either by reference to a special limitation clause or the general criteria of s. 36" ראו גם CHEADLE, HAYSOM &

DAVIS, לעיל ה"ש 70, בעמ' 701.

75 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 7, בעמ' 3: "The internal modifier is concerned with a determination of the content of the right and not with an analysis of competing rights or interests"

הנערך במסגרת דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. עשויים כמובן להיות מצבים בהם הבחינה הפרשנית-הפנימית מחייבת עימות בין שני עקרונות נוגדים המונחים ביסוד ההוראה המצמצמת או המרחיבה. עימות זה יש לפתור, לעתים, בדרך של איזון ביניהם. זהו איזון פרשני. אעמוד על פרשנות זו, ועל יחסה לפסקת ההגבלה, בהמשך.⁷⁶ לשם קביעתו של איזון פרשני זה ניתן להקיש ממרכיב האיזון בפסקת ההגבלה ומהגישה הכללית אליו. עם זאת, מן הראוי לציין כי אין בכך החלה של פסקת ההגבלה על מלוא מרכיביה. הקשר מעשי אחר שבו עשויה להתעורר שאלת ההבחנה בין סוגי ההוראות עניינו הצורך בהסמכה בחוק. הסמכה כזו נדרשת על ידי דיני המידתיות. האם היא נדרשת במסגרת פירושן של ההוראות המרחיבות או המצמצמות? לבסוף, ההבחנה בין סוגי ההוראות רלוונטית לעניין נטל ההוכחה. ההוראה המצמצמת או המרחיבה קשורה להיקף הזכות. היא נבחנת בשלב הבחינה הראשון.⁷⁷ נטל ההוכחה בעניין התשתית העובדתית שביסודה של ההוראה המצמצמת או המרחיבה מוטל – בגדרי שלב הבחינה החוקתית הראשונה – על שכם הטוען לקיומה של פגיעה בהיקפה של הזכות החוקתית.⁷⁸ נטל ההוכחה בעניין התשתית העובדתית שביסוד ההוראה המגבילה – בגדרי השלב השני של הבחינה החוקתית – מוטל על הטוען לחוקתיות הפגיעה.⁷⁹

ז. הזכות החוקתית – לכאורית או ודאית

1. הצגת הבעיה

ההבחנה העיונית בין הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה עליה במשפט התת-חוקתי יוצרת קושי במתן תשובה לשאלה, "האם יש לי זכות חוקתית לעניין פלוני". טלו את חופש הביטוי. נניח כי חוק קובע שבתנאים מסוימים אסור להוציא לשון הרע או לפגוע בביטחון המדינה. נניח עוד כי פגיעתו של החוק בחופש הביטוי היא מידתית. תחת הנחות אלה, האם יש לי זכות חוקתית להוציא לשון הרע או לפגוע בביטחון המדינה? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. היא יורדת לשורש מהותה של הזכות במשפט.⁸⁰ היא קשורה בקשר הדוק לפתרון של התנגשויות בין זכויות חוקתיות. אתמקד במתן תשובה לשאלה זו

76 ראו להלן עמ' 98.

77 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 7, בעמ' 42. ראו גם CURRIE & DE WAAL, לעיל ה"ש 69, בעמ' 187.

78 ראו Woolman & Botha, שם.

79 ראו להלן עמ' 540.

80 על הזכות לכאורה בתורת המשפט, ראו DAVID ROSS, THE RIGHT AND THE GOOD 19, 28 (1930); JOHN SEARLE, *Prima Facie Obligations*, in PRACTICAL REASONING 81 (Joseph Raz ed., 1978); JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 184 (1986); SCHAUER, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 113.

בהיבט המיוחד של היקף הזכות החוקתית. אכן, אם יש טענה יוריספרודנטלית כללית, שכל זכות היא לכאורית, איני בא להתמודד עימה בספר זה. מטרתי מוגבלת יותר. טענתי הינה כי במקום שחוקה מגדירה זכויות אדם ומאפשרת להגביל את מימושן על ידי נורמה תת-חוקתית, אין באפשרות ההגבלה כדי להפוך את הזכות לזכות לכאורה בלבד. אפתח בעמדתו של אלכסי, הסובר כי הזכות החוקתית הינה זכות לכאורה בלבד.

2. עמדתו של אלכסי: זכות חוקתית לכאורה

נקודת המוצא של אלכסי היא בהבחנה בין עקרונות (Principles) חוקתיים לבין כללים (Rules) חוקתיים.⁸¹ אלכסי מגדיר עקרונות חוקתיים כנורמות משפטיות הדורשות כי דבר מה יוגשם באופן האופטימלי בהתחשב באפשרויות העובדתיות והמשפטיות, כלומר, בהתחשב בכללי המידתיות החוקתיים. פרשנותם של עקרונות אלה מן הראוי שתהא מרחיבה. כל דבר שיש לו, ולו קו אופי אחד המאפיין את הזכות, ייכלל בהיקף הזכות.⁸² על כן, שיקולים של טובת הכלל או זכותו של אחר אינם צריכים להשפיע על פרשנותה המקיפה של הזכות החוקתית המעוצבת כעיקרון. לעומת העקרונות, הכללים החוקתיים מתאפיינים בכך שהם נורמות משפטיות בעלות נקודה קבועה בשדה האפשרויות המשפטיות והעובדתיות, כלומר: ניתן לקיימם או לא ניתן לקיימם. התנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות ככללים נפתרת בחוסר תוקף של אחד מהם או בקריאת חריג לתוכו. לא כן בהתנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות. במצב זה יגבר עיקרון אחד על רעהו בהתחשב במשקלו בנקודת ההכרעה במקרה הספציפי. לכל דבר ועניין אחר, כל אחד מהעקרונות החוקתיים המתנגשים ממשיכים לעמוד בעינם.⁸³

מה דינם של העקרונות החוקתיים בנקודת ההכרעה הספציפית? על פי השקפתו של אלכסי בנקודת ההתנגשות נקבעים התנאים שבהם גובר עיקרון אחד על האחר. תנאים אלה נקבעים על פי כללי המידתיות החוקתיים המשקפים את ההגבלות העובדתיות והמשפטיות של העקרונות החוקתיים. תנאים אלה מתבטאים בהכרה בכלל חוקתי שתוכנו הוא תנאים אלה. זהו כלל חוקתי הנגזר מהעקרונות המתנגשים. בנקודת ההתנגשות כלל זה גובר על העיקרון הנוגד. כתב אלכסי:⁸⁴

“[The] result of every correct balancing of constitutional rights can be formulated in terms of a derivative constitutional rights norm in the form of a rule under which the case can be subsumed.”

81 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 47.

82 שם, בעמ' 210.

83 שם, בעמ' 48.

84 שם, בעמ' 56.

על פי ניתוחו של אלכסי, המאפיין עקרונות חוקתיים לעומת כללים חוקתיים הוא שאין בהם דרישה ודאית. הם מהווים טעמים (reasons) לפעולה וניתן להתגבר עליהם באמצעות טעמים נוגדים. היחס בין הטעמים הללו נקבע על ידי האפשרויות העובדתיות והמשפטיות, כלומר המידתיות, של הגשמתם האופטימלית במקרה נתון. נמצא, כי הפעלתם במקרה קונקרטי תמיד כפופה לכלל נוגד – הנגזר מהאיזון בין העקרונות המתנגשים – המתגבר עליהם. מכאן מסקנתו כי עקרונות חוקתיים לעולם מעמידים דרישות לכאוריות (prima facie) בלבד. הזכות החוקתית המעוצבת כעיקרון, הינה, על כן, זכות חוקתית לכאורה בלבד. כותב אלכסי:⁸⁵

“[P]rinciples can only ever be prima facie reasons. In and of themselves they can only create prima facie rights... The route from the principle, that is, the prima facie right, to the definitive right runs by way of the relation of preference. But establishing a preference relation is, according to the law of Competing Principles, to create a rule. We can therefore say that whenever a principle turns out to be the dominant reason for a concrete ought-judgment, then the principle is a reason for a rule, which in turn is the definitive reason for the judgment. Principles in themselves are never definitive reasons.”

על פי גישתו של אלכסי, כאשר הפגיעה בזכות החוקתית הלכאורית היא מידתית, הזכות החוקתית נגרעת מהיקפה. היקף לכאורי זה הינו, על פי גישת אלכסי, רחב ביותר, שכן כל דבר שיש לו, ולו רק קו אופי אחד המאפיין את העיקרון שביסוד הזכות, נופל לגדרה.⁸⁶ גישתו של אלכסי לקביעת ההיקף (הלכאורי) של הזכות היא מרחיבה. עם זאת, הכלל החוקתי שנוצר בעקבות הפעלתם של דיני המידתיות, מצמצם את היקפה הרחב של הזכות החוקתית. צמצום זה חל כמובן רק בנסיבותיו המיוחדות של המקרה. בנסיבות הללו שוב אינה קיימת זכות חוקתית.

3. זכות חוקתית ודאית שאינה ניתנת למימוש

גישתי הינה כי מידתיותה של פגיעה בזכות חוקתית אינה גורעת מהיקפה, אף לא במקרה קונקרטי. כללי המידתיות שבפסקת ההגבלה – המצויים אמנם ברמה חוקתית – אין בכוחם ליצור נורמה חוקתית נגזרת הנוגדת לזכות החוקתית הנפגעת והמשנה את היקפה. דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה הם דינים חוקתיים הפועלים ברמה התת-חוקתית בלבד. הם

85 שם, בעמ' 60.

86 שם, בעמ' 210.

מאפשרים לחוק או להלכה פסוקה לפגוע בזכות חוקתית, שכן הפגיעה חוסה תחת המטרייה המידתית שבפסקת ההגבלה, זאת מבלי שהפגיעה משפיעה על היקפה של הזכות החוקתית. השפעה כזאת אינה מותרת על פי פסקת ההגבלה. זו מגבילה עצמה אך להענקת מטרייה של חוקתיות לחוק הפוגע. פסקת ההגבלה אינה מעניקה כל היתר לשינוי בהיקף הזכות. מקובל עלי כי מכוחה של ההתנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות נוצר כלל (rule) חוקתי נגזר המשקף את האיזון המידתי בין הזכויות המתנגשות. על פי גישתי, אין לכלל חוקתי זה השפעה על הרמה החוקתית. אין בכוחו לצמצם את היקפה של הזכות החוקתית. השפעתו של הכלל החוקתי הנגזר – המשקף את המידתיות שבפסקת ההגבלה – היא ברמה התת-חוקתית בלבד. אכן, דיני המידתיות מעוגנים בחוקה עצמה, אך פעולתם אינה ברמה החוקתית. הם אינם משפיעים על תחום הפרישה של הזכויות החוקתיות. פעולתם של דיני המידתיות הינה ברמה התת-חוקתית. הם משפיעים על אפשרות ההגשמה של הזכויות החוקתיות.

ביסוד גישתי מונחת התפיסה כי הזכות החוקתית אינה זכות לכאורה. היא זכות ודאית.⁸⁷ חופש הביטוי שלי, בכל עניין המכוסה במסגרת היקפה של הזכות, הוא ודאי וגמור. עם זאת, בשל הגנה על זכותם של אחרים או מטעמים שבטובת הכלל אין בידי להגשים את זכותי ככל שארצה. ההגבלות על זכותי אינן פועלות ברמה החוקתית. פעולתן היא ברמה התת-חוקתית. הן מוצאות ביטויין בחקיקה או בפסיקה המגבילה את חופש הביטוי שלי לשם קידום של עקרונות המעוגנים בחוקה. זה כוחה ואלה גבולותיה של המידתיות שבפסקת ההגבלה.

גישתו של אלכסי – לפיה הזכות החוקתית היא לכאורית בלבד – נגזרת מגישתו למושג העיקרון (principle). לדידו, עיקרון הוא נורמה משפטית הדורשת כי דבר מה יוגשם במידה האופטימלית בהתחשב באפשרויות העובדתיות והמשפטיות.⁸⁸ אפשרויות אלה מתגלמות בדיני המידתיות. נמצא, כי המידתיות היא חלק מהגדרת העיקרון. מכוחה של הגדרה זו אכן מתבקש כי הזכות המעוצבת כעיקרון היא לעולם זכות לכאורה בלבד. היא נהפכת ודאית רק לאחר שהופעלו לגביה, במקרה קונקרטי, דיני המידתיות. גישה זו למושג עיקרון אינה הכרחית.⁸⁹ על פי השקפתי, נורמה משפטית המעוצבת כעיקרון מורכבת מערכי יסוד. אלה מתאפיינים בכך שהם משקפים אידאלים, השואפים למימוש מירבי, תוך שניתן לממשם

87 ראו Zucca, לעיל ה"ש 57, בעמ' 60.

88 ראו Alexy, לעיל ה"ש 4, בעמ' 47.

89 Humberto Avila, Theory of Legal Principles (2007); Michael Sachs, GG Grundgesetz Kommentar 723 Schauer, Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life (2007); Zucca, לעיל ה"ש 57, בעמ' 7; לעיל ה"ש 8.

בדרגות שונות של אינטנסיביות. פרשנותם החוקתית מעצבת את היקפם על פי הטעמים המונחים ביסודם. יהא זה לרוב ברמת הפשטה גבוהה. במסגרת היקף זה מתעוררת שאלת המימוש. אכן, את הזכויות החוקתיות המעוצבות כעקרונות ברמת הפשטה גבוהה ניתן לממש בדרגות שונות של אינטנסיביות. מימוש זה אינו חלק מהיקפה של הזכות, אלא ממידתיות הפגיעה בה. דיני המידתיות מעצבים את מידת הפגיעה המותרת. הם אינם מהווים חלק מהגדרתו של עיקרון. על פי גישתי הזכות המעוצבת כעיקרון אינה, אפוא, זכות לכאורה אלא זכות ודאית. ייתכן, כמובן, כי במקרה קונקרטי תיסוג הגשמתה מפני עיקרון אחר (בין זכות של אחר ובין טובת הכלל). אי המימוש אין משמעותו הוצאה מתחום ההיקף. אי המימוש או היעדר ההגנה נותנת ביטוי לאינטנסיביות השונה שבמימוש העיקרון. אינטנסיביות זו אינה משפיעה על היקפו של העיקרון. אכן, האפשרויות השונות לצמצום הגשמתו של העיקרון אינן הופכות את הזכות המעוצבת כעיקרון לזכות לכאורה. כך, למשל, קיומה האפשרי של התנגשות בין זכות חוקתית המעוצבת כעיקרון וזכות חוקתית המעוצבת ככלל, אשר מכוחה יד הכלל על העליונה, אינה הופכת את הזכות החוקתית המעוצבת כעיקרון לזכות לכאורה.⁹⁰ הוא הדין באותם מקרים חריגים בהם התנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות משפיע על היקפן.⁹¹ בדומה, האפשרות שיתרחש תיקון חוקתי לא עושה את הזכות החוקתית לזכות לכאורה בלבד. היא זכות ודאית לפני התיקון ולאחריו.

יתרונותיה של גישתי על גישתו של אלכסי מתבטאים בהיבטים שונים. ראשית, גישתי מעמידה את הזכות החוקתית על קרקע מוצקה. האופי הלכאורי של הזכות החוקתית פוגע במעמדה החברתי, בכוחה האנושי וביכולתה המוסרית. שנית, גישתי מונעת שחיקה מתמדת בהיקפן של הזכויות החוקתיות. אמת, הכלל החוקתי המצמצם את היקפה של הזכות החוקתית על פי אלכסי פועל ברמת הפשטה נמוכה. הוא ביטוי לאיזון קונקרטי (אד-הוק). עם זאת, מטבעו של ההליך השיפוטי שניתן לחלץ ממנו כלל ברמת הפשטה גבוהה יותר, וכלל זה מהווה תקדים למקרים עתידיים. שלישית, גישתי גוזרת את היקפה של הזכות החוקתית מהטעמים המונחים ביסודה. אין היא נותנת לזכות החוקתית פרשנות מרחיבה.⁹² היא נותנת לו פרשנות המגשימה את מהותה הפנימית. בכך היא שומרת על הגבולות הראויים של הזכויות החוקתיות. אין היא כוללת בגדרה של זכות חוקתית היבט שאינו מתבקש ממכלול מהותה הפנימית. רביעית, מכיוון שתוצאותיה של המידתיות פועלות הלכה למעשה במישור התת-חוקתי ולא במישור החוקתי, הן פתוחות לשיח הפוליטי השוטף. הן מושפעות מהצרכים היומיומיים של החברה בזמן נתון.

90 ראו להלן עמ' 131.

91 כגון תיקון חוקתי שנועד לשנות מהיקפה של זכות חוקתית.

92 ראו להלן עמ' 94.

ה. האם יש לי זכות חוקתית לפעולה אסורה ומידתית?

1. היש לי זכות חוקתית לגנוב?

האם נובע מגישתי כי יש לי זכות חוקתית לגנוב? על פי גישתו של אלכסי, האיסורים על ביצוען של עבירות פליליות, בהנחה שהם מידתיים, מוציאים את ההתנהגות הפלילית מתחומה של הזכות החוקתית לאוטונומיה של הרצון הפרטי, עד כמה שזכות זו מוכרת בחוקה. שאלה זו – האם החוקה מכירה בזכות כללית לאוטונומיה של הרצון הפרטי – שנויה במחלוקת.⁹³ בחינתה חורגת ממסגרת ספר זה. בתשובתי אני מניח את קיומה של זכות רחבה כזו. זו גם גישתו של אלכסי. על פי גישתו אין לי זכות חוקתית לגנוב. על פי גישתי, עד כמה שהאוטונומיה של הרצון הפרטי מהווה זכות חוקתית,⁹⁴ פעולת הגניבה מכוסה במישור החוקתי, אך היא אסורה במישור התת-חוקתי. האם נובע מכאן שיש לי זכות חוקתית לגנוב? התשובה היא כי הזכות החוקתית היא לאוטונומיה של הרצון הפרטי. בישראל היא מעוגנת בכבוד האדם. בחוקות אחרות יש לה עיגון אחר כגון הזכות לחירות. המושג "גנבה" אינו מושג חוקתי. האיסור על גנבה אינו מעוגן בחוקה. מושג הגנבה הוא פרי יצירתו של הסדר תת-חוקתי הקבוע בחוק הפלילי. החוק הפלילי יצר מושגיות זו וקבע את גבולותיה. על פיו אין לי זכות לגנוב. נמצא כי יש לי זכות חוקתית להגשמת האוטונומיה שלי (במישור החוקתי), אך זכותי לממש אוטונומיה זו מוגבלת. מוטל עליה האיסור בחוק הפלילי על גנבה, ומאחר שהחוק הפלילי הוא מידתי בעניין זה, אזי הוא גם חוקתי.⁹⁵ ניתוח דומה יש לערוך לעניין העוללות השונות האסורות על פי דיני הנזיקין, לעניין הפרות החוזה שאסורות על פי דיני החוזים, לעניין עשיית עושר ולא במשפט וכיוצא באלה התנהגויות שהמשפט הפרטי אוסר עליהן. כל אלה אינם מושגים חוקתיים. הם מושגים המעוגנים במשפט הפרטי. ההסדר החוקתי עניינו האוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו אינה ניתנת למימוש בכל אותם מצבים שאוסר המשפט הפרטי, ובלבד שהאיסור – עד כמה שמקורו בחוק או בהלכה הפסוקה – הוא מידתי. מבחינה עקרונית ניתן כמובן לפרש את הדיבור "כבוד האדם" כמשתרע על אוטונומיה של רצון פרטי שאין בה פגיעה בזכותו של

93 זכות כזו מוכרת במשפט החוקתי הגרמני, במסגרת ס' 1(2) לחוק היסוד הגרמני, ראו ALEXY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 223. בישראל ניתן לעגן זכות זו בגרריו של כבוד האדם שבס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בגרריו של ס' 5 לאותו חוק-יסוד. למחלוקת העיונית בשאלה זו, ראו ALEXY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 223. גישה שונה מובאת על ידי דבורקין בספרו: DWORKIN, לעיל ה"ש 22, בעמ' 267.

94 בהיעדר זכות חוקתית לאוטונומיה של הרצון הפרטי, עשויה פעולת הגניבה שלא להיכנס לגדרה של זכות חוקתית. נהפוך הוא: היא פוגעת בזכות החוקתית (עד כמה שהיא מוכרת) לקניין.

95 ראו ע"פ 4424/98 פדרו סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002); מרים גור-אריה "השפעת 'המהפיכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו" ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 325 (2009).

אחר או בטובת הכלל. פירוש זה אינו ראוי. את הצמצום בעניין פגיעה בזכותו של אחר או בטובת הכלל יש למקם לא בהיקפה של הזכות אלא בדרכי מימושה.⁹⁶ הוא חלק מהגשמתם של דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה בתחומי המשפט התת-חוקתי.

2. ביקורת גישתי והתשובות לה

ניתן לטעון כי גישתי מביאה ל"זילות של הזכות החוקתית".⁹⁷ על פי טיעונים אלה, גישתי עשויה להביא לטריביאליזציה של זכויות אדם ולכן לפגיעה בהן בטווח הרחוק. אין בידי לקבל טיעון זה. אמנם יהיו מקרים שבהם עשוי להיווצר רושם ל"טריביאליזציה של הזכות" אולם יהא זה רושם ראשוני בלבד, שכן הכול מבינים כי מערכת שלמה של חקיקה פוגעת כדין בזכויות ומאפשרת חיי חברה תקינים. שאלת חוקתיותה של מערכת זו תיבחן, אם בכלל, בשלב השני של הבחינה החוקתית. עמד על כך השופט אקרמן (Ackermann) מבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה, בתגובתו לטיעון בדבר הטריביאליזציה של הזכות החוקתית:⁹⁸

"I cannot... comprehend why an extensive construction of freedom would 'trivialize' the charter, either in theory or in practice, or, more relevantly for our purpose, our present Constitution. It might trivialize a constitution (it would indeed cause chaos) if it resulted in the regulating measures being struck down. But that is not the consequence. An extensive construction merely requires the party relying thereon to justify it in terms of a limitation clause. It does not trivialize a constitution in theory; in fact it has the reverse effect by emphasizing the necessity for justifying intrusion into freedom. It does not trivialize a constitution in practice because in the vast majority of cases dealing with regulatory matters, the justification is so obviously incontestable that it is taken for granted and never becomes a live issue. In the borderline cases (and even in mundane regulatory statutes such cases may arise) there is no pragmatic reason why the person relying on the measure ought not to justify it."

96 ראו להלן עמ' 102.

97 ראו פרשת סילגדו, לעיל ה"ש 95, בעמ' 556. השווה גם משה כהן-אליה "שלש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" משפט, עבודה וחברה יא 195 (1995).

98 .Ferreira v. Levin NO and Others, 1996 (1) SA 984, § 82

טיעון אחר הינו כי גישתי להבנתה של הזכות החוקתית גוררת – כלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת עדאלה⁹⁹ – "פגיעה" ו"זילות" של השיח החוקתי.¹⁰⁰ אלה עלולות להתבטא, בין השאר, בהנמכת קומתו של המחוקק, שכן כל דבר חקיקה סופו לפגוע בזכויות אדם על פי הגדרתן הרחבה. אם כל פגיעה כזו תועבר להכרעתו של בית המשפט – מה היא על המחוקק? אכן, הטיעון כי "כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק"¹⁰¹ הוא טיעון חשוב. כבוד המחוקק יקר הוא בעיני כל מי שהדמוקרטיה וזכויות האדם יקרים בעיניו. אין כל סתירה בין גישתי בדבר היקפן של זכויות האדם לבין כבודו של המחוקק, כשם שאין כל סתירה בין ביקורת שיפוטית על חוקתיות של החוק לבין כבודו של החוק. הכבוד לחוק ולמחוקק נעוץ בכיבודם של החוקה וחוקי היסוד. לגישתי, היחס הראוי בין המחוקק לשופט הוא בדיאלוג חוקתי ולא במונולוג, בין אם מונולוג של המחוקק ובין אם מונולוג של השופט.¹⁰²

טיעון נוסף הינו כי עמדתי מעמיסה על השלב השני (השלב התת-חוקתי) של הניתוח החוקתי מעמסה כבדה מדי, ותסתכם בדילולה של ההגנה הניתנת לזכויות האדם. על פי טיעון זה, דווקא הרצון להעניק הגנה ראויה לזכויות האדם באמצעות חיזוק עצמתה של פסקת ההגבלה צריך להוביל להצרת היקפן של הזכויות, וזאת על ידי התחשבות בטובת הכלל או בזכויותיהם של אחרים בהגדרת היקפה של הזכות. טיעון זה השמיע הוג (Hogg) לעניין ניתוחן של זכויות האדם בקנדה.¹⁰³ על כך נמתחה עליו ביקורת. אף אני סבור כי החשש שהעלה הוג איננו ממשי, ודאי לא כשהפעלתה של פסקת ההגבלה נעשית מתוך התחשבות בייחודה של כל זכות ובנסיבות המיוחדות של הפגיעה בה.

לכסוף נטען כי גישתי סופה להעמיס מעמסה כבדה מדי על בתי המשפט. השופט א' גרוניס ציין בפסק דינו בפרשת עדאלה כי בעקבות עמדתי "עלולה להתעורר בעיה מעשית באשר ליכולתם של בתי המשפט להתמודד השכם והערב עם טענות חוקתיות".¹⁰⁴ הבסיס העובדתי לטיעון זה חסר. הניסיון בישראל ובעולם המערבי אינו תומך בו. על כל פנים, אם ההצפה הצפויה על פי טיעון זה בוא תבוא, יצטרך בית המשפט למצוא אמצעים להתמודד עמה. העברת ה"מיקום" שבו תישקל טובת הכלל ודאי אינו האמצעי היחיד. לדידי הוא האמצעי האחרון בו יש לנקוט, בלית ברירה ממש.

- 99 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6.
 100 שם, פס' 41 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין. אך ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 20, בעמ' 339.
 101 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד (3) 496, 485 (1996) (השופט זמיר).
 102 על הדיאלוג בין הרשות המחוקקת לשופטת ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 20, בעמ' 376.
 103 ראו Peter W. Hogg, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification* 28 (1990) OSGOODE HALL L.J. 817.
 104 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס.

פרק שני

קביעת היקפה של הזכות החוקתית

א. היקפה של הזכות נקבע על פי פרשנות החוקתית

1. פרשנות חוקתית

(א) פרשנות תכליתית

המודל הדו-שלבי מבחין בין היקפה של הזכות החוקתית ותחום פריסתה לבין מידת ההגנה הניתנת לה ואפשרויות מימושה. כיצד נקבע היקפה של הזכות? מהו התהליך האינטלקטואלי שבסופו נקבע תחום פריסתה של הזכות החוקתית? התשובה הינה כי היקפה של הזכות ותחום פריסתה נקבעים על פי פרשנותו של הטקסט המעגן אותה. כאשר הזכות מעוגנת בטקסט חוקתי, תהא זו פרשנות חוקתית.¹

הפרשנות החוקתית היא חלק מהפרשנות הכללית. כמו כל טקסט משפטי אחר, גם החוקה (ואצלנו חוקי היסוד) מתפרשת על פי תכליתה.² "התכלית" היא מושג נורמטיבי. היא קונסטרוקציה משפטית. היא "מוסד משפטי". היא ה־ratio juris. היא המטרה שהטקסט

1 ראו בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 440 (1998): "כאשר הטענה נוגעת לפגיעה בזכות אדם חוקתית, על בית המשפט לקבוע את היקף הפריסה של זכות האדם המעוגנת בחוק היסוד. בחינה זו נעשתה על פי הכללים הנוהגים במשפטנו בדבר פרשנות הוראות חוקתיות. זוהי הפרשנות החוקתית... כללים אלה הם חלק מתורת הפרשנות שלנו. כמו כל טקסט משפטי, גם הטקסט החוקתי מתפרש על פי הפרשנות התכליתית. עם זאת, אופיו של הטקסט משפיע על פרשנותו התכליתית... על השופט להיות רגיש לכך כי הוא מפרש טקסט חוקתי. לא הרי פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראת יסוד חוקתית" (הנשיא ברק); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 20.8.2008): "העמידה על היקפה של הזכות החוקתית נעשית באמצעות פרשנות חוקתית תכליתית שעל פיה יש לקבוע מהו מרחב פרישתה של הזכות. קביעת היקף הזכות החוקתית היא פעולה פרשנית, המתבססת על התכלית העומדת ביסודה של הזכות ועל פי טיב המטרות אותן היא נועדה להגשים".

2 על הפרשנות החוקתית התכליתית, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 312 (1994); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003). ראו גם פרשת תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ, שם, בעמ' *.

נועד להגשים. היא הפונקציה של הטקסט. תכלית זו היא הן התכלית הסובייקטיבית, שעניינה הרצון של יוצרי הטקסט החוקתי, והן התכלית האובייקטיבית, שעניינה ההבנה של הטקסט על בסיס התפקיד והפונקציה שהוא ממלא. פרשנות זו תתחשב בתפקיד ובפונקציה כפי שהובנו בעת כינונו של הטקסט החוקתי ובעת הפעלתו הלכה למעשה. הפרשנות החוקתית התכליתית מתחשבת באופיו המיוחד של הטקסט החוקתי.³ אופי מיוחד זה נובע ממעמדה של החוקה כעומדת בראש הפירמידה הנורמטיבית וכמעצבת דמותה של המדינה לדורות.⁴

גישה כללית זו לפרשנות החוקה חלה, כמובן, גם לפרשנותן של זכויות האדם החוקתיות. אלה מתפרשות על פי הטעמים המונחים ביסודן כפי שהם מובנים על רקע ערכיה הבסיסיים של המדינה, על רקע יסודות קיומה, ועל רקע העקרונות המונחים ביסוד הזכויות כולן.⁵ על רעיון זה עמד השופט דיקסון (Dickson C.J.), נשיא בית המשפט העליון של קנדה, באחת ההחלטות הראשונות⁶ שפירשו את הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות:⁷

- 3 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, שם, בעמ' 437.
- 4 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 24 לפסק הדין (פורסם בנוב, 11.5.2006): "יש לתת ביטוי לאופיים של חוקי היסוד, אשר נועדו לעצב את דמותה של החברה ואת שאיפותיה במהלך ההיסטוריה; אשר באו לקבוע את תפיסותיה הבסיסיות של המדינה ואת היסוד לערכיה החברתיים; אשר מבקשים לקבוע את שאיפותיה, מחויבויותיה ומגמותיה של המדינה. חוקי היסוד נועדו לכוון את ההתנהגות האנושית לתקופה ארוכה. הם משקפים את אירועי העבר; הם מניחים את היסוד להווה; הם נועדו לקבוע את פני העתיד. הם פילוסופיה, פוליטיקה, חברה ומשפט גם יחד" (הנשיא ברק). ראו גם בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 210 (1998): "בפרשנו חוק יסוד עלינו להגשים את תפקידה של הנורמה החוקתית. נורמה זו קובעת את סדרי השלטון והמשפט. נורמה זו מעצבת את זכויות הפרט. מעצם טיבה, היא משקפת את תפיסות היסוד של החברה, המשפט והמשטר. היא ביטוי לתפיסותיה הפוליטיות הבסיסיות של המדינה. היא מניחה את היסוד לערכיה החברתיים. היא קובעת את שאיפותיה ומגמותיה. בפרשנותו של טקסט חוקתי יש לתת ביטוי לאופי מיוחד זה של הטקסט" (הנשיא ברק).
- 5 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 429 (1995): "היקפה של הזכות נקבעת בפרשנותה. זוהי פרשנות חוקתית. היא רגישה לאופיו המיוחד של המסמך המתפרש: אכן 'it is a constitution we are expounding...'. 'לא הרי פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראת יסוד חוקתית'... הפרשנות החוקתית נעשית על פי המידה של התכלית החוקתית... התכלית החוקתית נלמדת מהלשון, מההיסטוריה, מהתרבות ומעקרונות היסוד. הוראה חוקתית לא הוחקה בחלל חוקתי, והיא איננה מתפתחת באינקוונטור חוקתי. היא מהווה חלק מהחיים עצמם" (הנשיא ברק).
- 6 ראו Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145.
- 7 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 182 – (להלן – הצ'רטר הקנדי).

“The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a Bill or a Charter of rights, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers. The judiciary is the guardian of the constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind.”

הנה כי כן, לחוקה ולזכויות האדם המעוגנות בה מעמד מיוחד בשיטת המשפט. היא ממלאת תפקיד ששום נורמה משפטית אחרת בשיטה אינה יכולה למלא.⁸

(ב) ייחודה של החוקה ופרשנותה התכליתית

מעמד מיוחד זה של החוקה צריך להשפיע על האופן שבו היא מתפרשת. מהי השפעה זו? כיצד ניתן לגשר בין התפיסה כי חוקה היא טקסט משפטי הצריך להתפרש ככל טקסט משפטי אחר, לבין התפיסה כי חוקה היא טקסט משפטי מיוחד במינו המצריך גישה פרשנית מיוחדת במינה? התשובה לשאלות אלה טמונה בפרשנות התכליתית. פרשנות זו משקפת מחד גיסא את האחדות של הגישה הפרשנית החלה בפירושם של כל הטקסטים המשפטיים. מאידך גיסא היא מאפשרת מתן ביטוי לייחודו של הטקסט החוקתי. ייחוד זה מתבטא ביחס שבין התכלית הסובייקטיבית (כוונת יוצרי החוקה) לבין התכלית האובייקטיבית (“כוונת השיטה”). יחס זה נוטה באופן ברור לטובת התכלית האובייקטיבית בלא לשלול את תחולתה של התכלית הסובייקטיבית. אכן, הפרשנות התכליתית של החוקה – כפרשנות תכליתית של כל טקסט משפטי – מתחשבת הן בכוונה של יוצר הטקסט (התכלית הסובייקטיבית) והן ברצון של השיטה (התכלית האובייקטיבית). אין היא גורסת כי רק כוונתם של יוצרי החוקה קובעת את פרשנותה. באותה מידה אין היא גורסת כי רק הבנתו של הקורא בעת כינון החוקה או הקורא המודרני קובעת את פרשנותה. הפרשנות התכליתית, בגישתה ההוליסטית, מתחשבת הן בתכלית הסובייקטיבית והן בתכלית האובייקטיבית.

8 ראו Daniel A. Farber, *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, 49 OHIO ST.L.J. 1085, 1101 (1989).

9 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 437.

התכלית נקבעת על ידי התכלית הסובייקטיבית הנלמדת מלשון הטקסט ומהמקורות החיצוניים לה. היא נקבעת מהתכלית האובייקטיבית כפי שזו נלמדת מלשון הטקסט וממקורות חיצוניים לה. ייחודה של החוקה מתבטא ביחסים הפנימיים שבין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית, שבין כוונתם של יוצרי החוקה לכוונתה של השיטה.

(ג) לשון החוקה

(1) לשון החוקה אינה מטאפורה

הפרשנות החוקתית מתוחמת בלשון החוקתית. "מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש... ייתכן, שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק".¹⁰ הלשון החוקתית אינה שונה מכל לשון אחרת. עם זאת, המעיין בחוקה ימצא בה ביטויים "עמומים"¹¹ ו"פתוחים" (open textured)¹² רבים יותר בהשוואה לטקסטים משפטיים אחרים. ודאי כך בפרק על זכויות האדם. הזכויות החוקתיות מעוצבות לעתים קרובות כעקרונות. הן משקפות אדיאלים השואפים להגשמה מרבית. הן נותנות ביטוי ל"הכללות מלכותיות" (majestic generalities).¹³ האדיאלים הם התכלית המונחת ביסוד הזכות החוקתית. לשונה של הזכות החוקתית קובעת את גבולותיה. אין לתת ללשון החוקתית מובן שהיא אינה יכולה לשאת בשפתה. הזכות לחירות אינה יכולה להתפרש כזכות לעבדות. "הפרשן נותן מובן לטקסט קיים. אין בכוחו ליצור טקסט חדש. הפרשן אינו רשאי ליתן לטקסט מובן שהוא אינו יכול לשאת בשפתו. גבול הפרשנות במשפט הוא גבול הטקסט, וגבול הטקסט נקבע על פי גבולות הלשון... הפרשנות מסתיימת במקום שבו הלשון מסתיימת... לכל מובן שהפרשן נותן לטקסט משפטי צריכה להיות נקודת אחיזה ארכימדית בלשונו של הטקסט... אמת, הלשון אינה חזות הכל. אנו פותחים בלשון, אך זו אינה ממצה את כל התהליך הפרשני. לצד הלשון מצויה התכלית. עם זאת, אין אפשרות להגשים את התכלית אם זו אינה ניתנת להגשמה באמצעות הלשון. הלשון היא לעולם המסגרת שבתוכה פועל הפרשן, ואשר אותה הוא אינו רשאי לפרוץ... גבול הפרשנות הוא בלשון"¹⁴. לשונה

- 10 ד"נ 40/80 קינג נ' כהן, פ"ד לו(3) 715, 701 (1982) (השופט ברק).
- 11 ראו Siegfried Magiera, *The Interpretation of the Basic Law*, in MAIN PRINCIPLES OF THE GERMAN BASIC LAW 89 (Christian Stark ed., 1983).
- 12 ראו William J. Brennan, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, 27 S. TEX. L. REV. 433 (1986); Beverley McLachlin, *The Charter: A New Role for the Judiciary*, 29(3) ALTA. L. REV. 540, 545 (1991).
- 13 בלשונו של השופט ג'קסון (Jackson) בפרשת *Fay v. New York*, 332 U.S. 261, 282 (1947).
- 14 בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד נח(6) 685, 703-701 (2004) (הנשיא ברק).

של הוראת חוקה הכוללת נורמה המעוצבת כעיקרון אינה מסגרת שלתוכה ניתן להכניס כל תוכן. חוקה אינה מטאפורה.¹⁵ טקסט חוקתי אינו אך המלצה לא מחייבת.¹⁶ הוא אינו כחומר ביד היוצר.¹⁷ הדיבור על תיקונים חוקתיים (Constitutional amendments) שלא בדרך הקבועה בחוקה אלא באמצעות פרשנות החוקה, היא דיבור מטאפורי.¹⁸

(2) לשון מפורשת ולשון משתמעת

לשונה של החוקה משתרעת הן על לשונה המפורשת והן על לשונה המשתמעת.¹⁹ משמעותה של לשון היא מפורשת כשהיא מועברת לקורא מתוך המובן המילוני של הלשון, על רקע הקשרה (הפנימי והחיצוני) הרלוונטי.²⁰ משמעותה של לשון היא משתמעת כשהיא מעבירה לקורא מובן שאינו המובן המילוני של הלשון. הלשון המשתמעת כתובה בטקסט בדיו נסתר. היא כתובה "בין השורות".²¹ טול חוקה הקובעת בסעיפיה השונים את סמכותן של הרשויות השונות ואת זכויות האדם. עם זאת, אין בחוקה הוראה מפורשת בעניין הפרדת הרשויות, שלטון החוק או עצמאותה של הרשות השופטת. אין בכך ולא כלום, שכן ניתן לומר כי החוקה קובעת במשתמע את העיקרון של הפרדת רשויות, שלטון החוק ועצמאותה של השפיטה.²² על רקע זה החליט בית המשפט העליון של הודו כי מהוראות החוקה משתמע כי אין לתקן את הוראותיה באופן הפוגע במבנה הבסיסי של החוקה.²³ משמעותו הלשונית של הטקסט החוקתי היא משמעותו המפורשת והמשתמעת גם יחד. המשמעות המשתמעת מהווה חלק ממתחם המשמעויות הלשוניות, ודינה כדין משמעות מפורשת.²⁴ היא נלמדת באמצעות היגיון, תבונה וסבירות. השאלה אינה אם המשמעות המשתמעת היא חיונית או הכרחית, ברורה או גלויה. השאלה הינה אם המשמעות

- 15 שם, בעמ' 710.
- 16 ראו, Frederick Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, 29 UCLA L. REV. 797, 830 (1981).
- 17 ראו בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518 (2004).
- 18 ראו RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT (Sanford Levinson ed., 1995).
- 19 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 148.
- 20 ראו FREDERICK REED DICKERSON, *THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF STATUTES* (1975) 40.
- 21 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 148; פרשת סיעת חד"ש-תע"ל, לעיל ה"ש 15 בעמ' 703.
- 22 ראו להלן עמ' 288.
- 23 ראו Kesavananda Bharati v. State of Kerala, (1973) 4 SCC 225; Indira Gandhi v. Raj Narain, AIR 1975 SC 2299; Minerva Mills v. Union of India, AIR 1980 SC 1789; SUDHIR KRISHNASWAMY, *DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM IN INDIA: A STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE* (2009).
- 24 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 149.

המשתמעת היא סבירה, הגיונית ומתבקשת. על גבולותיה של ה"השתמעות" עשויות להיות מחלוקות. האם משתמע מהוראות החוקה בדבר בחירות דמוקרטיות ושוויוניות כי מוכרת בה זכות חוקתית לחופש ביטוי פוליטי? בית המשפט העליון של אוסטרליה נתן על כך תשובה חיובית.²⁵ האם ניתן לומר כי מלשונה של החוקה משתמע עקרון הפרדת הרשויות, עקרון עצמאותה של הרשות השופטת ועקרון שלטון החוק? אכן, הטקסט החוקתי מדבר אלינו במפורש ובמשתמע. כאשר יש סתירה בין משמעות מפורשת למשתמעת, יד המשמעות המפורשת על העליונה. נכון יותר יהא לומר כי כאשר יש משמעות מפורשת בעניין פלוני, אין מקום להסיק באותו עניין משמעות משתמעת נוגדת. ודוק, המשמעות המשתמעת – כמו המשמעות המפורשת – קובעת את המובן שהטקסט החוקתי יכול לסבול. היא קובעת את מתחם האפשרויות הלשוניות. היא אינה קובעת את המשמעות המשפטית של הטקסט החוקתי. זו תישלף מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות (המפורשות והמשתמעות) באמצעות אמת-המידה של תכלית הנורמה החוקתית.

ההבחנה בין לשון מפורשת ללשון משתמעת אינה קשורה להבחנה בין גרעינה של הזכות לבין שוליה. הן הגרעין והן השוליים הם חלק מתוכנה של הזכות. כך אם הדבר נקבע במפורש, כך אם הוא משתמע. השוני בין הגרעין לשוליים אינו קשור לשאלת התוכן או ההיקף של הזכות אלא לשאלת ההגבלה על הגשמת הזכות. מיקומה של הבחנה בין הגרעין לשוליים הוא במסגרת דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה, ולא במסגרת היקפה של הזכות. עמד על כך המשנה לנשיא א' ריבלין בפרשת עדאלה:²⁶

"אפילו מדובר בהיבט 'פריפריאלי' של הזכות... אין בכך כדי להשפיע על הגדרת הזכות. נקודת המוצא צריכה להניח הגדרה נדיבה. ההגבלה – העשויה להביא בחשבון את מיקומו של המקרה בשולי הזכות או בגרעינה – צריך לה שתובא בחשבון במסגרת ישום פיסקת ההגבלה. האיזון שבין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי או בינן לבין עצמן, צריך שיעשה במסגרת פיסקת ההגבלה."

25 ראו Nationwide News Pty Limited v. Wills, (1992) 177 C.L.R 1; Australian Capital Television Pty Limited v. Commonwealth, (1992) 177 C.L.R 106; Theophanous v. Herald & Weekly Limited, (1994) 182 C.L.R 104; Stephens v. West Australian Newspapers Limited, (1994) 182 C.L.R 211; Cunliffe v. Commonwealth, (1994) 182 C.L.R 272; McGinty v. Western Australian, (1996) 186 C.L.R. 140; Lange v. Australian Broadcasting Corp., (1997) 189 C.L.R 520; Kruger v. Commonwealth, (1997) 190 C.L.R .1; Levy v. Victoria, (1997) 189 C.L.R 579

26 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 14.5.2006).

ברוח דומה ציינה הנשיאה ד' ביניש בפרשת משפחה חדשה,²⁷ כי אין לשלול את תחולתה של הזכות לאימוץ בגדרי הזכות לחיי משפחה, אך בשל מיקומה בשוליה של הזכות לחיי משפחה. על פי גישתה "תושפע מידת ההגנה על מימוש הזכות לחיי משפחה ולהורות, ממיקומו של המקרה בגרעינה של הזכות החוקתית או בשוליה".²⁸

(3) לשון חוקתית מפורשת המעוצבת ככלל וכעיקרון

הלשון המפורשת של החוקה יכול שתעוצב ככלל (rule) ויכול שתעוצב כעיקרון (principle), ולעתים קרובות יש בה הן מזה והן מזה, תוך חפיפה בין השניים.²⁹ על הגדרתו של עיקרון אין הסכמה בספרות המשפטית.³⁰ על פי הגדרתי לשון חוקתית מעוצבת ככלל כשמרכיביה הם מצבים שאינם עקרוניים. דוגמה לכך היא ההוראה לפיה "כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית המשפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק".³¹ הנני מגדיר לשון חוקתית המעוצבת כעיקרון כלשון שמרכיביה הם ערכי יסוד, כלומר אדיאליים השואפים למימוש מרבי, תוך שניתן לממשם בדרגות שונות של אינטנסיביות. דוגמה לכך היא ההוראה לפיה "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".³² הן הלשון החוקתית המעוצבת ככלל והן זו המעוצבת כעיקרון מתפרשות על פי התכלית החוקתית המונחת ביסודן. תכלית זו משתרעת, בין השאר, על עקרונות וערכי יסוד. השוני בין נורמה חוקתית שלשונה מעוצבת ככלל לנורמה חוקתית המעוצבת כעיקרון הינו שבמקרה הראשון (כלל) העקרונות הם חיצוניים לטקסט החוקתי ומהווים חלק מתכליתו ואילו במקרה השני (עיקרון) העקרונות הם לא רק חלק מהתכלית, אלא הם גם חלק מלשון הטקסט החוקתי.

בפרשנות נורמה חוקתית המעוצבת ככלל, היקפה של הפרשנות צר יותר מזו המעוצבת כעיקרון. הטעם לכך הוא שבנורמה חוקתית המעוצבת ככלל, יוצר החוקה גזר מהתכלית

27 בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009).

28 שם, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

29 ראו Frederick Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, N.Z. L. REV. 303 (2003).

30 ראו Humberto Avila, *Theory of Legal Principles* (2007); אגישתו של Alexy, ראו גם Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers trans., 2002). Pierre J. Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA. L. REV. 379 (1985); Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court 1991 Term – Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22 (1992); Louis Kaplow, *Rules Versus Standard: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Frederick Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, N.Z. L. REV. 303 (2003); Larry Alexander & Ken Kress, *Against Legal Principles*, in *LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY* 279 (2007); אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הברית" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט).

31 ס' 5 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

32 ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

המונחת ביסודה את העניינים הקונקרטיים הכלולים בה. כך למשל מהעיקרון הכללי בדבר החופש לבחור, גזר יוצר החוקה את המצב הקונקרטי לפיה הזכות הינה לכל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה ומעלה. גם עניינים אלה מחייבים כמוכחן פרשנות תכליתית. עם זאת, פרשנות זו היא מוגבלת בהיקפה, שכן היא מתוחמת באופי הקונקרטי של לשונה. לעומת זאת, לשון חוקתית המעוצבת כעיקרון אינה מפרטת את המצבים עליהם היא משתרעת. יוצר החוקה לא גזר מהתכלית המונחת ביסודה את העניינים הקונקרטיים עליהם היא משתרעת. תפקיד ה"גזירה" הוטל על ידו על הרשות השופטת. כך הדבר בלשון הקובעת זכות חוקתית לכבוד האדם,³³ לקניין,³⁴ לחירות³⁵ או לפרטיות.³⁶ רמת ההפשטה הגבוהה של מושגים אלה מחייבת קונקרטיזציה. נדרשת פעילות פרשנית נרחבת אשר תגזור מלשונה המופשטת של הנורמה את מערכת המצבים עליה היא משתרעת.

(4) לשון חוקתית מפורשת והבחנה בין זכויות-אם לזכויות-בת

זכות חוקתית שלשונה המפורשת מעצבת אותה כעיקרון היא זכות מסגרת.³⁷ היא אגד של זכויות.³⁸ באחת הפרשות כינתי אותה "זכות-אם".³⁹ כדי לדעת מהו היקף העניינים עליהם משתרעת הזכות נדרשת פעולה של גזירה פרשנית. כתוצאה מפעולתה של הגזירה הפרשנית תעלנה זכויות "פרטיקולריות" או על פי הכינוי שלי "זכויות-בת".⁴⁰ אלה הן זכויות חוקתיות, הנגזרות מלשונה המפורשת של החוקה כפי שהיא מתפרשת על פי תכליתה ומעניקות לה קונקרטיזציה. קונקרטיזציה זו יכולה כשלעצמה להיות בעלת רמות הפשטה שונות. בסופו של התהליך הפרשני מעוצבים כללים הקובעים את המצבים הקונקרטיים עליהם חלה הזכות החוקתית. עמדתי על שוני זה בין זכות מסגרת או זכות-אם לבין זכות פרטיקולרית או זכות-בת בפרשה שבחנה את היקף פריסתה של הזכות לכבוד האדם:⁴¹

33 שם, בס' 2 ו-4.

34 שם, בס' 3.

35 שם, בס' 5.

36 שם, בס' 7.

37 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 26, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק. השימוש במושג "מסגרת" נעשה על ידי ד"ר מישאל חשין. ראו ג. טדסקי, י. אנגלרד, א. ברק ומ. חשין דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית (1969).

38 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 4, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (3.a edicions, 2007).

39 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 26, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

40 שם.

41 שם.

"הזכות לכבוד האדם היא במהותה זכות 'מסגרת' או 'זכות-אם'. המאפיין זכות שכזו הוא כי על פי ניסוחה, אין היא מפרטת בלשונה במפורש את סוגי הפעולות הפרטיקולריות עליהן היא משתרעת. היא בעלת פריסה פתוחה... המצבים עליהם היא משתרעת נלמדים מפרשנות לשונו הפתוחה של חוק היסוד על רקע תכליתו. מצבים אלה ניתן, לשם הנוחות, לקבץ לקטיגוריות וסוגים, כגון הזכות לקיום אנושי בכבוד...; הזכות לשלמות הגוף והנפש... הזכות לשם... הזכות של בגיר לאימוץ... וכיוצא בהן 'זכויות בת' הנגזרות מ'זכות האם'... כמובן, תחום הפריסה של זכויות הבת מעורר שאלות פרשניות קשות. כל עוד לא הופרדו על ידי הכנסת מכבוד האדם והועמדו על רגליהן הן, אין מנוס מפעילות פרשנית המתרכזת בכבוד האדם, והמבקשת לקבוע את היקפה של זכות זו, תוך ניסיון לגבש סוגים של מקרים הכלולים בה. כמובן, קטיגוריזציה זו לעולם לא תשקף את מלוא ההיקף של הזכות לכבוד האדם, ואין היא מכוונת לכך. היא נועדה לסייע בהבנת הוראת המסגרת בדבר כבוד האדם."

ראוי לחזור ולהדגיש כי זכויות-הבת הנגזרות מזכות-האם הן חלק מלשונה המפורשת של הזכות החוקתית כפי שהיא מעוצבת בחוקה. הגזירה היא תהליך פרשני, המתבצע באמצעות הפרשנות החוקתית. זכויות-הבת אינן זכויות משתמעות. בגזירתן מזכות-האם אין משום מילוי חסר בחוקה.⁴² הן איבר מאבריה של הלשון המפורשת.

אלכסי הבחין בין זכויות חוקתיות שהיקפן נלמד במישרין (directly) מלשון הטקסט החוקתי לבין זכויות חוקתיות נגזרות (derivative rights) שהיקפן לא נלמד ממנה במישרין, אך שהן חיוניות (necessary) לשם הפעלתה של הנורמה החוקתית. אלה הן זכויות בעלות אופי מבהיר (clarifying).⁴³ כך למשל החוקה הגרמנית קובעת במפורש כי המחקר יהא חופשי.⁴⁴ מכאן נגזרת הזכות של החוקר למנוע מהמדינה מלהתערב בקבלת מידע מדעי והעברתו.⁴⁵ לאור הבחנה זו, זכויות-הבת הן זכויות נגזרות. מובן כי ההבחנה בין תחולה במישרין לבין תחולה מבהירה היא קשה. הן תחולה ישירה והן תחולה מבהירה הן תחולות הנובעות מפעילות פרשנית תכליתית של לשונה המפורשת של החוקה. לדעתי המימוש של כל זכות-אם נעשה באמצעות זכויות-הבת, בין אם מימוש זה נלמד במישרין ובין אם הוא נלמד בדרך של הבהרה. על פי גישה זו, אין מימוש ישיר של זכות-אם על מצב קונקרטי בלי לעבור תהליך מודע או לא מודע של גזירת זכויות-בת ברמת הפשטה יורדת. טלו למשל את

42 על חסר בחוקה, ראו להלן עמ' 82.

43 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 33.

44 ראו ס' 5(3) לחוקה הגרמנית.

45 ראו Alexy, לעיל ה"ש 30, בעמ' 34.

זכות-האם בדבר כבוד האדם. עיון בה אינו מצביע על המצבים העובדתיים והמשפטיים שעליהם היא חלה. יש, כמובן, מצבים שניתן לומר באופן פרשני "ישיר" כי הם כלולים בה, כגון אי השפלה.⁴⁶ בכך יש משום גזירה של זכות-בת שעניינה מניעת השפלה. זכות-בת זו עשויה להוליד זכויות נגזרות נוספות. עקרונית אין כל שוני בין מקרה שבו זכות-בת נלמדת במישרין לבין מקרה שבו היא נלמדת בדרך של הבהרה. שתי זכויות הבת נכללות בגדריה של זכות-האם; שתיהן נלמדות בעקבות הליך פרשני. לעתים המסקנה אינה שנויה במחלוקת, כגון תחולתו של העיקרון בדבר כבוד האדם על השפלה או על פגיעה בשם הטוב. מקרים אחרים עשויים להיות שנויים במחלוקת כגון תחולת העיקרון בדבר כבוד האדם על שוויון,⁴⁷ או חופש ביטוי פוליטי.⁴⁸ כל המצבים כולם הם מצבים של זכויות-בת. התשובה לשאלה אם הן כלולות בזכות-האם, כלומר נגזרות ממנה אם לאו, היא לעולם תשובה פרשנית.

(5) לשון חוקתית מפורשת וזכויות "ללא שם מיוחד"

זכות-האם היא בעלת שם מפורש. כבוד האדם, קניין, חירות אישית, פרטיות – כל אלה הם שמות שניתנו בחוק היסוד עצמו לזכויות השונות. ומה שמן של זכויות-הבת? חוק היסוד נתן שם ל"מסגרת" או לזכות-האם. הוא לא נתן כל שם מיוחד לזכות-הבת ואף אין מקום לכך שכן זכויות-הבת הן חלק מזכויות-האם. שמן הוא כשמה של זכות האם. אין להן שמות משלהן. מבחינה זו הן ללא שם מיוחד להן.⁴⁹ מעמד זה אינו הופך אותן לזכויות שאינן חלק מלשונה המפורשת של החוקה. הן אינן זכויות "לא כתובות". הן אינן זכויות ללא טקסט חוקתי או ללא לשון חוקתית מפורשת. הן חלק מזכות-האם. הטקסט שלהן הוא הטקסט של זכות-האם. מבחינתה של לשון הטקסט, דין זכות חוקתית ללא שם מיוחד כדין

- 46 ראו עמדתה של השופטת דורנר בבג"ץ 4541/98 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 129, 94 (1995). ראו גם אוריית קמיר כבוד אדם וחיה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי (2007).
- 47 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, לעיל ה"ש 4, פס' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 26, פס' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 6.8.2009).
- 48 ראו ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201 (1993); בג"ץ 2481/93 דייך נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 468, 456 (1994); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 157 (1996); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 564, 558 (2004); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 12.11.2006); בג"ץ 2557/05 מטה הרוכב נ' משטרת ישראל, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006).
- 49 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 26, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

זכות חוקתית בעלת שם מיוחד.⁵⁰ הזכות אומנם נטולת שם מיוחד, אך אין היא נטולת שם. היא אינה נטולת לשון. היא אינה זכות משתמעת. היא זכות מפורשת. היא חלק בלתי נפרד מזכות-האם. אכן, לזכות-האם בעלת השם אין קיום משלה, בלא זכויות-הבת ללא השם המיוחד, המעניקות לה תוכן נורמטיבי.

סומר כינה זכויות אלה זכויות "בלתי-מנויות".⁵¹ על פי גישתו, הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, לחופש תנועה בתוך המדינה, לחופש הדת, המצפון והאמונה הן זכויות "בלתי-מנויות". עד כמה שהביטוי "זכויות בלתי-מנויות" מבטא את הרעיון כי שמן של הזכויות אינו מנוי בשמות הזכויות החוקתיות אם כי הוא חלק מהן, אין לי כל מחלוקת עם גישה זו. אך לא זו תפיסתם של המשתמשים בביטויים אלה. סומר ציין במפורש כי הזכויות הבלתי-מנויות "לא בא זכרן המפורש בחוקי-היסוד החדשים".⁵² ומדוע לא בא זכרן במפורש בחוקי היסוד? התשובה אינה כי זכרן לא בא בחוקי היסוד משום ששמן לא הוזכר בהם. התשובה הינה פרשנית. כותב סומר לעניין השאלה אם השוויון נכלל בגדרי כבוד האדם:⁵³

"הביטוי 'כבוד האדם' בסעיפים האופרטיביים צריך להתפרש בפירושו צר, הכולל את הפגיעות 'הקלסיות' בכבוד, כגון השפלה ופגיעה בגוף ובנפש."

בחינתה של טענה זו חורגת מגדרו של ספר זה. כידוע, היא לא התקבלה בפסיקתו של בית המשפט העליון.⁵⁴ יהא עניין הפירוש אשר יהא, כינוין של זכויות אלה כבלתי-מנויות עלול להטעות.⁵⁵ הוא יוצר את הרושם כי הן אינן חלק מהחוקה, שכן הן אינן מנויות בה, בעוד שעל פי ההנמקה הניתנת להן, הן אינן נמנות רק משום שהן אינן חלק מהחוקה.

- 50 שם.
- 51 הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).
- 52 שם, בעמ' 261.
- 53 שם, בעמ' 287.
- 54 ראו פרשת ראם מהנדסים קבלנים, לעיל ה"ש 48, בעמ' 201; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 521 (1994); בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 760, 749 (1994); בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 461, 441 (1994); בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 460, 449 (1997); בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון, פ"ד נט(5) 276, 258 (2005); פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הנכסת, לעיל ה"ש 4; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 26.
- 55 ראו ביקורת נוקבת על השימוש בביטוי "Unenumerated Rights" במשפט האמריקני, Ronald Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, 59 U. CHI. L. REV. 381 (1992). דבורקין מציין כי: "[T]he distinction between enumerated and unenumerated constitutional rights... is bogus" הוא מציע כי: "enumerated and unenumerated rights is safely shut up with other legal concepts dishonorably discharged for bad philosophy".

המחלוקת האמיתית אינה אפוא בשאלה אם הן מנויות או לא מנויות בחוקה. גם הזכות כנגד השפלה אינה בעלת שם מיוחד, ועל כן אינה מנויה. אכן, הזכויות המנויות הן זכויות-האם, זכויות המסגרת. רק להן יש שם. לזכויות-הבת אין שם מיוחד להן, אך הן כולן מנויות. נראה אפוא כי המחלוקת האמיתית היא פרשנית, והיא קשורה בשאלה אם יש לתת לזכויות החוקתיות פירוש צר. על פי השקפתי אין לתת לזכויות החוקתיות לא פירוש צר ולא פירוש רחב. יש לתת להן פירוש מתוך מבט רחב.⁵⁶

(6) לשון חוקתית משתמעת

לשון החוקה משתרעת לא רק על הלשון המפורשת. היא כוללת גם את הלשון המשתמעת.⁵⁷ מה שמשתמע (ה-implications) הוא חלק מהטקסט החוקתי כמו מה שנקבע בו במפורש. המשתמע כתוב בחוקה, אך בדיו בלתי נראית. הוא אינו כתוב "בתוך השורות" אלא "בין השורות". על המשתמע לומד הפרשן מהטקסט בכללותו. מהמבנה (ה-structure) של החוקה כמכלול ומהארכיטקטורה הפנימית שלה⁵⁸ ניתן ללמוד על הטקסט המשתמע. היטיב להביע זאת טרייב:⁵⁹

"The Constitution's 'structure' is (borrowing Wittgenstein's famous distinction) that which the text shows but does not directly say. Diction, word repetitions, and documentary organizing forms (e.g., the division of the text into articles, or the separate status of the preamble and the amendments), for example, all contribute to a sense of what the Constitution is about that is as obviously 'constitutional' as are the Constitution's words as such."

56 ראו להלן עמ' 94.

57 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 440. ראו גם Walter Sinnott-Armstrong, *Two Ways to Derive Implied Constitutional Rights*, in LEGAL INTERPRETATION IN DEMOCRATIC STATES 231 (Tom D. Campbell & Jeffrey Denys Goldsworthy eds., 2002).

58 על הארכיטקטורה של חוקה ושל זכויות, ראו Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 40 (Georg Nolte ed., 2005); *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 § 49.

59 David Crump, *How Do Courts Really Discover Unenumerated Fundamental Rights? Cataloging the Methods of Judicial Alchemy*, 19 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 795 (1995-1996).

ברוח דומה כתבתי באחת הפרשות:⁶⁰

“המובן של הטקסט המשפטי אינו מתמקד רק בלשון המפורשת של הטקסט. הוא כולל גם את לשונו המשתמעת. זו יכולה להיות מוסקת מהוראה אינדיבידואלית. כך למשל לעתים ניתן להסיק מלשון ה'הן' על דבר ה'לאו'. זו יכולה להיות מובנת ממבנה הטקסט וממכלול הוראותיו. כך למשל אנו קובעים כי מחוקי היסוד שלנו משתמעים הפרדת הרשויות, שלטון החוק ועצמאות הרשות השופטת. אכן, לשונו של הטקסט המשפטי אינה רק המילים שניתן למצוא להן הסבר במילון. לשונו של הטקסט היא גם המשתמע ממנו, מהמבנה שלו, מארגונו ומהיחסים בין הוראותיו השונות... ניתן לומר כי לשונו המשתמעת של הטקסט כתובה בין השורות בדיו בלתי נראה.”

כך, למשל, מהוראות החוקה הקובעת את סמכויותיה של כל אחת משלוש הרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – ומההוראות בדבר זכויות האדם ניתן להסיק כי משתמעים מהן העקרונות של הפרדת רשויות ושל עצמאות הרשות השופטת.⁶¹ האם ניתן להסיק מהוראות החוקה בדבר המשטר הדמוקרטי כי מוכרת בו (במשתמע) זכות חוקתית לחופש ביטוי פוליטי? על שאלה זו נתן כאמור בית המשפט העליון של אוסטרליה תשובה חיובית.⁶² בקנדה נעשה ניסיון לפתח מגילת זכויות חוקתיות משתמעות (implied bill of rights) הנגזרות מהמבנה החוקתי הכללי. ניסיון זה לא צלח בסופו של יום.⁶³ בארצות-הברית קבע השופט דגלאס כי זכויות האדם השונות הקבועות בחוקה האמריקנית מכירות ב-penumbras שלהן בזכות חוקתית לפרטיות.⁶⁴ אכן “מבנה” החוקה אינו יכול להוסיף

60 פרשת סיעת חד”ש-תע”ל, לעיל ה”ש 14, בעמ’ 703.

61 Paul R. Verkuil, *The American Constitutional Tradition of Shared and Separated Powers: Separation of Powers, The Rule of Law and the Idea of Independence*, 30 WM AND MARY L. REV. 301 (1989); Mark. D. Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex non Scripta as Fundamental Law*, 51 U. TORONTO L.J. 91 (2001); Jean Leclair, *Canada’s Unfathomable Unwritten Constitutional Principles*, 27 QUEEN’S L.J. 389 (2002); David Mullan, *The Role for Underlying Constitutional Principles in a Bill of Rights World*, N.Z. L. REV. 9 (2004).

62 זוהי מגילת זכויות האדם המשתמעת (implied bill of rights) שפותחה באוסטרליה, ראו לעיל ה”ש 25. ראו גם Sinnott-Armstrong, לעיל ה”ש 57, בעמ’ 231.

63 ראו PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 52 (5th ed., vol. II, 2007). ראו Lorraine Weinrib, *The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights Under Canada’s Constitution*, 80 CAN. BAR. REV. 699, 710 (2001).

64 ראו Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965). לניתוח פרשה זו, ראו Paul G. Kauper, *Penumbras, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten: The*

שורות לטקסט אך הוא יכול לתת מובן משתמע למה שכתוב "בין השורות" של הטקסט.⁶⁵ הצדק עם טרייב, המציין כי הטקסט של החוקה אינו רק מילותיה אלא גם "spaces which structures fill and whose patterns structures define"⁶⁶, וכי בצד החוקה הגלויה לעין נמצאת גם ה-"Invisible Constitution".⁶⁷

יש להבחין בין לשון חוקתית משתמעת לבין חסר בלשון חוקתית.⁶⁸ לשון חוקתית משתמעת היא חלק מהלשון הקיימת, אם כי היא בלתי נראית. חסר בלשון חוקתית מניח היעדר של לשון מפורשת או משתמעת, השקול כנגד הסדר חוקתי שאינו שלם והשוואף לשלמות. חסר קיים במקום שהחוקה ביקשה להסדיר את הסוגיה, אך לא השיגה את המטרה.⁶⁹ חסר חוקתי משמעותו אי-שלמות של ההסדר החקיקתי הנוגד את תכליתו.⁷⁰ ניתן לדמות את הטקסט החוקתי לחומה אשר חסרה בה לבנה שנשכחה.⁷¹ השלמתו של חסר זה אינה נעשית אך על ידי פעילות פרשנית של הלשון החוקתית. השלמת החסר נעשית על ידי פעילות לבר-פרשנית. "בפירוש טקסט השופט נותן מובן ל'יש'. בהשלמת חסר השופט מוסיף 'יש' ל'אין'. בפירוש השופט נותן מובן לטקסט (שנוצר על-ידי אחרים). בהשלמת חסר השופט יוצר בעצמו טקסט (על-פי אמות מידה שנקבעו בדין)".⁷² פעילות כזו מוכרת בשיטות המשפט הקונטיננטליות בכל הנוגע להשלמת חסר בחוק.⁷³

Griswold Case, 64 MICH. L. REV. 235 (1965); Louis Henkin, *Privacy and Autonomy*, 74 COLUM. L. REV. 1410 (1974); Richard A. Posner, *The Uncertain Protection of Privacy by the Supreme Court*, SUP. CT. REV. 173 (1979); Burr Henly, 'Penumbra': *The Roots of*, Sinnott-Armstrong; *a Legal Metaphor*, 15 HAST. CONST. L.Q. 81 (1987), לעיל ה"ש 57, בעמ' 231.

65 ראו CHARLES BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW 39 (1996).

66 TRIBE, לעיל ה"ש 59, בעמ' 47.

67 ראו LAURENCE H. TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION (2008). ראו גם Mullan, לעיל ה"ש 61.

68 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 109.

69 ראו ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, 648 (1998).

70 שם. ראו גם על"ע 663/90 פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, 404 (1993).

71 ראו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 108.

72 פרשת חכם, לעיל ה"ש 69, בעמ' 649 (הנשיא ברק).

73 ראו ס' 12 לקודקס האזרחי האיטלקי: precise: "If a controversy cannot be decided by a provision, consideration is given to provisions that regulate similar cases or analogous matters; if the case still remains in doubt, it is decided according to the general principles of the legal order of the state" (Mario Beltramo et al trans., 1969).

שאלה יפה היא אם רעיון החסר והשלמתו חל גם לעניין חוקה. האינן לומר כי בכל מקרה שבו החוקה "שוקת" היא קובעת במשתמע הסדר שלילי? ואף אם נאמר שיש חסר בחוקה – האם השופטים רשאים להשלימו? האם פסיקתו של בית המשפט העליון באוסטרליה, שהכירה במגילת זכויות אדם משתמעת (implied bill of rights), היא דוגמא להשלמת חסר בחוקה האוסטרלית בכל הנוגע לזכויות האדם? האם פסק דינו של השופט דגלאס, שהכיר בזכות החוקתית לפרטיות כזכות המעוצבת על ידי אזור האפלולית של הזכויות הקיימות במפורש, מעניק לגיטימציה להשלמת חסר בחוקה האמריקנית? תשובה חיובית לשאלה אם ניתן להשלים חסר בחוקה ניתנה על ידי בית המשפט העליון של הפדרציה השוויצרית.⁷⁴ נקבע כי ניתן להכיר בזכויות משתמעות אם הן מרכיב חיוני למדינה דמוקרטית המבוססת על שלטון החוק, או אם הן תנאי מוקדם להגשמתן של זכויות חוקתיות מפורשות.⁷⁵ בדרך זו הכיר בית המשפט העליון הפדרלי בזכות הקניין, בזכות לחיים ולחירות, בזכות לחופש הביטוי ובזכות לאסיפה.

האם תורת החסר⁷⁶ חלה במשפט החוקתי הישראלי? הניתן להשלים חסר בחוקי היסוד על ידי פעילות שיפוטית? השאלה טרם התעוררה בישראל. הוראותיו של חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980⁷⁷ אינן חלות בעניין שכן אין בכוחה של נורמה תת-חוקתית לקבוע דין השלמת חסר בטקסט חוקתי. לדעתי, אין מניעה עקרונית מלהפעיל את תורת החסר גם בתחומי החוקה, ובלבד שייקבע כי שתיקת החוקה מהווה חסר. כאן טמון, לדעתי, הקושי העיקרי של הסוגייה. מן המפורסמות הוא כי לא כל שתיקה של הטקסט מצביעה על חסר בו. שתיקתו של טקסט מדברת במספר קולות.⁷⁸ לעתים שתיקת הטקסט מתפרשת כהסדר

74 ראו J.F. AUBERT, TRAITE DE DROIT CONSTITUTIONNEL SUISSE 126 (1967); JÖRG PAUL, MÜLLER, GRUNDRICHTE: BESONDERER TEIL 287 (1985).

75 ראו Luzius Wildhaber, *Limitations on Human Rights in Times of Peace, War and Emergency: A Report on Swiss Law*, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 41, 44 (ARMAND L. C. DE MESTRAL et al eds., 1986).

76 על תורת החסר, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 442 (1992); ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 106; ג' טדסקי "בעיית הליקויים בחוק (Lacunae) וס' 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו 132 (מהדורה שנייה מורחבת, תשי"ט); ע"א 1915/91 יעקבי נ' יעקבי, פ"ד מט(3) 529, 625 (1995); פרשת חכם, לעיל ה"ש 69, בעמ' 649. ראו גם John Henry Merryman, *The Italian Legal Style III: Interpretation*, 18 STAN. L. REV. 583, 593 (1966); CHAIM PERELMAN, LE PROBLEME DES LACUNES EN DROIT (1968); Von Overbeck, *Some Observations on the Role of the Judge Under the Swiss Civil Code*, 37 LA. L. REV. 681 (1977); CLAUS-WILHELM CANARIS, DIE FESTSTELLUNG VON LÜCKEN IM GESETZ: EINE METHODOLOGISCHE STUDIE ÜBER VORAUSSETZUNGEN UND GRENZEN DER RECHTSFORTBILDUNG PRAETER LEGEM (1983).

77 ס"ח 163.

78 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 107.

משתמע. ראינו⁷⁹ כי שתיקת החוקה בדבר הפרדת הרשויות או עצמאות השפיטה מתפרשת כהסדר משתמע. אין לראותה כחסר. לעתים הטקסט שותק שכן הוא לא מטפל כלל, או מראש מטפל באופן חלקי, בסוגיה מסוימת. כך למשל שתיקת חוקה בעניין תרופות בגין הפרתה אינה בגדר חסר. לעתים השתיקה היא "מדעת". קיים הסדר משתמע, והוא שלילי. סוגיה אינה מוסדרת שכן החוקה ביקשה שלא להסדיר. לבסוף, השתיקה מצביעה על חוסר שלמותו של הטקסט. רק שתיקה זו מהווה חסר. כפי שראינו,⁸⁰ ניתן לדמות זאת לחומה שבהיסח הדעת חסרה בה לבנה.

האם בתחום זכויות האדם יש בחוקה הישראלית חסר? האם מצבה של החוקה שלנו בתחום זכויות האדם כמצבה של החוקה הפדרלית השוויצרית? התשובה על שאלה זו הינה פרשנית. היא צריכה להתחשב בהיסטוריה של מפעל חוקי היסוד בישראל. נראה לי כי התשובה הינה כי ישראל מצויה בתהליך של בניית החומה – בתהליך של בניית מערך זכויות האדם. המלאכה טרם שלמה. על כן נראה לי כי שתיקתם של חוקי היסוד באשר לזכויות חוקתיות שונות אין לפרשה כחסר בחוקי היסוד. נמצא, כי אין מקום לפעילות שיפוטית המשלימה את החסר בחוקה. הפעילות השיפוטית האפשרית היא בפירושה של החוקה, ובמתן מובן להוראותיה המפורשות והמשתמעות.

חסר אינו קיים כאשר הבעיה המשפטית החוקתית נפתרת במסגרת לשונה המפורשת או המשתמעת של לשון הזכות החוקתית. על כן הזכויות "ללא שם מיוחד" או זכויות-הבת אין בהן השלמת חסר, שכן הן נגזרות מלשונה המפורשת של הזכות החוקתית. הפסיקה האוסטרלית בעניין חופש הביטוי הפוליטי לא תהווה השלמת חסר אם ניתן לבסס אותה על משמעותה המשתמעת של החוקה האוסטרלית בעניין המבנה הדמוקרטי והליך ניהול הבחירות. ודוק: להבחנה בין משמעות מפורשת או משתמעת לבין השלמת חסר יש חשיבות רבה. חשיבות זו היא כפולה: ראשית, מתן מובן ללשונה המפורשת או המשתמעת של הזכות החוקתית נופלת בגדר הפעילות הפרשנית הלגיטימית של השפיטה. לעומת זאת, הלגיטימיות השיפוטית בהשלמת חסר בחוקה אינה יכולה לינוק את חיותה מהפעילות הפרשנית. נדרשת לכך לגיטימציה מיוחדת. זו אינה קיימת ברבות משיטות המשפט.⁸¹ שנית, מתן מובן ללשונה המפורשת או המשתמעת של הזכות החוקתית נעשה על פי דיני הפרשנות של השיטה. הכללים להשלמת חסר הם כללים לבר-פרשניים. כל שיטת משפט המכירה בהשלמת חסר מחזיקה בכללים לבר-פרשניים משלה. במרכזם של כללים אלה עומד ההיקש והפניה לעקרונות היסוד של המשפט.⁸²

79 ראו לעיל עמ' 81.

80 ראו לעיל עמ' 82.

81 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 109.

82 שם, בעמ' 111.

(ד) תכלית החוקה**(1) מהותה של התכלית**

הפרשנות התכליתית מבוססת על התפיסה כי כל הנתונים בדבר תכליתו הסובייקטיבית והאובייקטיבית של הטקסט החוקתי נבחנים בעת הפירוש.⁸³ אין שלבים במעבר מסוג אחד של נתונים לסוג אחר של נתונים. אין דירוג א-פירורי של הנתונים. אכן, אין להבין טקסט חוקתי בלא להתחשב ברצון יוצריו. עם זאת אין להגביל את הבנת הטקסט החוקתי לרצון יוצריו.⁸⁴ אין להבין טקסט חוקתי בלא להתחשב בהבנתו המקורית (original understanding),⁸⁵ אך אין להגביל את הפרשנות החוקתית להבנה זו. הבנת הטקסט החוקתי מושפעת באופן ניכר מההבנה המודרנית אך אין היא מוגבלת להבנה זו.

הפרשנות התכליתית מבקשת לקיים סינתזה בין הנתונים הסובייקטיביים והאובייקטיביים בדבר התכלית.⁸⁶ מטרתה אינה עימות אלא התאמה. מה יעשה הפרשן כאשר הנתונים השונים אינם עולים בקנה אחד? תשובתה של הפרשנות התכליתית של החוקה הינה כי יש ליתן משקל מכריע לתכלית החוקתית האובייקטיבית כפי שהיא מובנת בעת מתן הפירוש. רק כך תוכל החוקה למלא את ייעודה; רק כך יהיה ניתן לכוון התנהגות אנושית למשך דורות של שינויים חברתיים; רק כך תוכל החוקה לתת תשובה לצרכים המודרניים; רק כך יהיה ניתן לאזן בין עבר, הווה ועתיד. אמת, העבר שולט בהווה אך אינו מכריע אותו. העבר מכונן את ההווה אך אינו משעבד אותו. תפיסות היסוד החברתיות – היונקות מהעבר ונשורות בהיסטוריה החברתית והמשפטית – מוצאות את ביטוי המודרני בטקסט החוקתי הישן.⁸⁷

83 שם, בעמ' 454.

84 ראו Michael Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, 85 GEO. L. J. 1765 (1997).

85 על ההבנה המקורית, ראו להלן עמ' 88.

86 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 455.

87 ראו דברי השופט ברנן במאמרו William Brennan, *Construing the Constitution*, 19 U.C. DAVIS L. REV. 2, 7 (1985): "We current Justices read the Constitution in the only way that we can: as Twentieth Century Americans. We look to the history of the time of framing and to the intervening history of Interpretation. But the ultimate question must be, what do the words of the text mean in our time. For the genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs. What the Constitutional fundamentals meant to the wisdom of other times cannot be their measure to the vision of our times. Similarly, what those fundamentals mean for us, our descendants will learn, cannot be the measure to the vision of their time" קרבי במאמרו Michael Kirby, *Constitutional Interpretation and Original Intent: A Form of Ancestor Worship*, 24 MELB. U. L. REV. 1, 14 (2000): "[I]n the kind of democracy

התכלית החוקתית הסובייקטיבית וההבנה המקורית אינן מכריעות.⁸⁸ אין להתעלם מהן, אך אין ליתן להן מקום מרכזי בגיבוש התכלית החוקתית הסופית. גישה זו מקובלת במשפט המשווה. כך למשל המצב בקנדה. בית המשפט העליון הקנדי נותן משקל מועט בפרשנות החוקה הקנדית לכוונתם של יוצרי החוקה או להבנה המקורית.⁸⁹ באחת הפרשות נידונה הוראה בצ'רטר הקנדי הקובעת כי לכל אדם זכויות לחיים, חירות וביטחון, וכי זכויות אלה לא יישללו "except in accordance with the principles of fundamental justice".⁹⁰ השאלה שהתעוררה היתה אם הדיבור "fundamental justice" הוא בעל תוכן דיוני (כגון צדק טבעי) או בעל תוכן מהותי. נטען בפני בית המשפט כי בעת כינונו של הצ'רטר הקנדי הכוונה היתה להיבט הדיוני. הוכח כי במודע לא נזקקו לביטוי האמריקני due process, משום שמחברי הצ'רטר היו מודעים למחלוקת בארצות-הברית בעניין זה. כדי להימלט ממחלוקת זו וכדי להבטיח את המובן הדיוני הם נזקקו לביטוי חדש. בית המשפט הקנדי החליט כי יש ליתן משקל קל לתכלית הסובייקטיבית. השופט למר (Lamer J.) הסביר זאת כך:⁹¹

which a constitution such as ours establishes, judges should make their choices by giving meaning to the words in a way that protects and advances the essential character of the polity established by the constitution. In Australia, this function is to be performed without the need constantly to look over one's shoulder and to refer to understandings of the text that were common in 1900 when the society which the *Constitution* addresses was so different. It is today's understanding that counts. Reference to 1900, if made at all, should be in the minor key and largely for historical interest. Not for establishing legal limitations. In my opinion, a consistent application of the view that the *Constitution* was set free from its founders in 1900 is the rule that we should apply. That our *Constitution* belongs to succeeding generations of the Australian people. That is bound to be read in changing ways as time passes and circumstances change. That it should be read so as to achieve the purposes of good government which the *Constitution* was designed to promote and secure. Our *Constitution* belongs to the 21st century, not to Michael Kirby, *Australian Law – After 11 September 2001*, 21 A.B.R. the 19th, 1, 9 (2001): "Given the great difficulty of securing formal constitutional change, it is just as well that the High Court has looked creatively at the document put in its charge. Had this not been done, our Constitution would have remained an instrument for giving effect to no more than the aspirations of rich white males of the nineteenth century. Re Wakin, (1993) 73 *Fortunately, we have done better than this*" Bertha Wilson, *Decision-Making in the Supreme Court*, 36 U. A.J.L.R. 839, 878 (1986). TORONTO L.J. 227, 247

88 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 458. לביקורת על ההבנה המקורית, ראו להלן עמ' 91.

89 ראו HOGG, לעיל ה"ש 63, בעמ' 52.

90 ס' 7 לצ'רטר הקנדי, ראו לעיל *.

91 Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486, 504; R. v. Therens, (1985) 18 D.L.R. 655, 675; Mahe v. Alta, [1990] S.C.R. 342, 369 (4th).

“Another danger with casting the interpretation of s. 7 in terms of the comments made by those heard at the Special Joint Committee Proceedings is that, in so doing, the rights, freedoms and values embodied in the Charter in effect become frozen in time to the moment of adoption with little or no possibility of growth, development and adjustment to changing social needs... If the newly planted 'living tree' which is the Charter is to have the possibility of growth and adjustment over time, care must be taken to ensure that historical materials... do not stunt its growth.”

גישה דומה באה לידי ביטוי בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון באוסטרליה.⁹² פסקי דין אלו מדגישים כי אין לתת משקל מכריע לידיהם המתות (ה־dead hands) של יוצרי החוקה, אשר מקבריהם מונעים את המשתמע מהוראות החוקה ומהדוקטרינות שלה או מגבילים אותן. זו גם גישתו של בית המשפט החוקתי הגרמני. באחת הפרשות נדונה השאלה אם מאסר עולם חובה, ללא כל סיכוי לשחרור, מתיישב עם כבוד האדם. בית המשפט השיב על כך בשלילה. נקבע כי אין לשלול מהאסיר שביב של תקווה לחופש. נטען בפני בית המשפט כי כוונתם של יוצרי החוקה היתה לשמר את מאסר העולם כעונש חובה, וכי עונש זה בא תחת עונש המוות. בית המשפט דחה פרשנות “סובייקטיבית” זו:⁹³

“Neither original history nor the ideas and intentions of the framers are of decisive importance in interpreting particular provisions of the Basic Law. Since the adoption of the Basic Law, our understanding of the content, function, and effect of basic rights has deepened. Additionally,

92 Haig Patapan, *The Dead Hand of the Founders? Original Intent and the Constitutional Protection of Rights and Freedoms in Australia*, 25 FED. L. REV. 211 (1997). ראו דברי השופט דיין (Deane J.) בפרשת *Theophanous v. Herald & Weekly Limited*, (1994) 182 C.L.R 104, 106: “[E]ven if it could be established that it was the unexpressed intention of the framers of the Constitution that the failure to follow the United States model should preclude or impede the implication of constitutional rights, their intention in that regard would be simply irrelevant to the construction of provisions whose legitimacy lay in their acceptance by the people. Moreover, to construe the Constitution on the basis that the dead hands of those who framed it reached from their graves to negate or constrict the natural implications of its express provisions or fundamental doctrines would deprive what was intended to be a living instrument of its vitality and adaptability to serve succeeding generations”

93 בפרשת עונש מאסר העולם (1977) 45, 187 BVerfGE. התרגום האנגלי הוא של קומרס, ראו DONALD KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 307 (2nd ed., 1997).

the medical, psychological, and sociological effects of life imprisonment have become better known. Current attitudes are important in assessing the constitutionality of life imprisonment. New insights can influence and even change the evaluation of this punishment in terms of human dignity and the principles of a constitutional state.”

בסכמו את השיטה הפרשנית המקובלת בגרמניה ציין קומרס:⁹⁴

“[I]n Germany, original history – that is, the intentions of the framers – is seldom dispositive in resolving the meaning of the Basic Law. The Court has declared that ‘the original history of a particular provision of the Basic Law has no decisive importance in constitutional interpretation’. Original history performs, at best, the auxiliary function of lending support to a result already arrived at by other interpretive methods. When there is conflict, however, arguments based on text, structure, or teleology will prevail over those based on history.”

בשיטות משפט אלה (קנדה, אוסטרליה, גרמניה) אין מקדישים דיון שיפוטי נרחב לכוונה של יוצרי החוקה או להבנתה המקורית.⁹⁵ אמת, אין מתעלמים מהן, עם זאת אין מקדישים להן מקום מרכזי. שונים פני הדברים בכל הנוגע למשפט החוקתי האמריקני. בעיית הכוונה של האבות המייסדים (ה־original intent of the founding fathers) ובעיית ההבנה המקורית (originalism) מעסיקה רבות את הפסיקה והספרות באמריקה.⁹⁶ בית

94 K. H. Friauf, *Techniques for the Interpretation of German Law*, in *PROCEEDINGS OF THE FIFTH INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON COMPARATIVE LAW* 12 (1968); William Bradford, *Barbarians at the Gates: A Post-September 11th Proposal to Rationalize the Laws of War*, 73 *MISS. L. J.* 639 (2004).

95 Claire L'Heureux-Dubè, *The Importance of Dialogue: Globalization, the Rehnquist Court, and Human Rights*, in *THE REHNQUIST COURT: A RETROSPECTIVE* 234 (Martin H. Belsky ed., 2002).

96 TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW*, לעיל ה"ש 59, בעמ' 47 והמקורות אליהם הוא מפנה. ראו גם William Kaplin, *The Process of Constitutional Interpretation: A Synthesis of the Present and a Guide to the Future*, 42 *RUTGERS L. REV.* 983 (1990); Michael Perry, *The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation*, 77 *VA. L. REV.* 669 (1991); Randall Kelso, *Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation in American Legal History*, 29 *VAL. U. L. REV.* 121 (1994).

המשפט העליון האמריקני עצמו מפולג בשאלה זו.⁹⁷ המשפט החוקתי האמריקני נתון במשבר בשל היעדר קונצנזוס בקהילייה המשפטית האמריקנית באשר ליחס בין הכוונה של יוצרי החוקה, ההבנה המקורית בעת כינון החוקה והתפיסה המודרנית של מובן החוקה בפרשנותה.⁹⁸ משבר זה נמנע בקנדה, באוסטרליה ובגרמניה. הוא אינו קיים בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל. אני מקווה כי שיטות משפט אחרות יצליחו להימלט ממצב מסוכן זה, הקורע את השיטה והמרכז את האנרגיות המשפטיות במחלוקת זו.

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (Susan J. Brison & Walter Sinnott-Armstrong eds., 1993); WILLIAM N. ESKRIDGE, DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION (1994); JACK N. RAKOVE, ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE CONSTITUTION (1996); ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (Amy Gutmann ed., 1997); DENNIS GOLDFORD, THE AMERICAN CONSTITUTION AND THE DEBATE OVER ORIGINALISM (2005); ORIGINALISM: A QUARTER-CENTURY OF DEBATE (Steven G. Calabresi ed., 2007); JOHNATHAN O'NEIL, ORIGINALISM IN AMERICAN LAW AND POLITICS: A CONSTITUTIONAL HISTORY (2007); Larry Alexander, *Simple-Minded Originalism*, SAN DIEGO LEGAL STUDIES Paper No. 08-067; Steven D. Smith, *That Old-Time Originalism*, SAN DIEGO LEGAL STUDIES Paper No. 08-028; Jamal Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 TEX. L. REV. (2009)

ראו דברי השופט סטיבנס (Stevens J.) בפרשת *W. Va. Univ. Hosps. Inc. v. Casey*, 499 U.S. 83, 112 (1991) גם Michael Dorf, *Foreword: The Limits of Socratic Deliberation*, 112 HARV. L. REV. 4, 4 (1998) Brennan) המצוטטים בה"ש * לעיל, לבין דבריו הבאים של השופט סקליה: "I do not worry about my old Constitution 'obstructing modernity', since I take that to be its whole purpose. The very objective of a basic law, it seems to me, is to place certain matters beyond risk of change, except through the extraordinary democratic majorities that constitutional amendment requires... The whole purpose of a constitution – old or new – is to impede change, or, pejoratively put, to 'abstract modernity'" *Modernity and the Constitution*, in CONSTITUTIONAL JUSTICE UNDER OLD CONSTITUTIONS 313, 315 (1995)

לרבות הגישה כי הכוונה של יוצרי החוקה הייתה כי החוקה תתפרש על-פי תכליתה האובייקטיבית, ראו Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 885 (1985); Robert Clinton, *Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of 'This Constitution'*, 72 IOWA L. REV. 1177 (1987); Charles Lofgren, *The Original Understanding of Original Intent*, 5 CONST. COMMENT. 77 (1988); Paul Finkelman, *The Constitution and the Intention of the Framers: The Limits of Historical Analysis*, 50 U. PITT. L. REV. 349 (1989); Hans Baade, *'Original Intent' in Historical Perspective: Some Critical Glosses*, 69 TEX. L. REV. 1001 (1991); Suzanna Sherry, *The Founders' Unwritten Constitution*, 54 U. CHI. L. REV. 1127 (1994); William Michael, *The Original Understanding of Original Intent: A Textual Analysis*, 26 OHIO N.U. L. REV. 201 (2000)

על פי גישתה של הפרשנות התכליתית, אין להתעלם בפרשנות החוקה מכוונת יוצריה⁹⁹ או מההבנה המקורית, אך אין לה עמדת בכורה. זו ניתנת לתכלית האובייקטיבית. תכלית זו משקפת את תפיסות העומק המודרניות בתנועתה של שיטת המשפט על פני ההיסטוריה. כך הופכת החוקה לנורמה חיה ולא מאובנת. כך נמנע שעבודו של ההווה לעבר. אכן, הפרשנות החוקתית היא תהליך שבו כל דור נותן ביטוי לתפיסות היסוד שלו, כפי שהן התגבשו על רקע עברו.¹⁰⁰ אין זה תהליך חופשי. הפרשן הנותן פירוש לטקסט חוקתי פועל במסגרת היסטורית-חברתית נתונה. אף שיש לו לעתים שיקול דעת, שיקול דעת זה פועל בתוך מערכת נתונה של ערכים, מסורת, היסטוריה וטקסט. ראוי לו לפרשן המודרני לכבד את העבר. גיבוש התכלית החוקתית המודרנית נעשה על בסיס גישת יסוד המבקשת ליצור קשר עם העבר ולהשתזר לתוכו. אין הפרשן מנתק עצמו מהעבר. התכלית החוקתית הסופית היא מודרנית, אך שורשיה הם בעבר. אכן, "הוראה חוקתית לא הוחקה בחלל חוקתי והיא איננה מתפתחת באינקובטור חוקתי. היא מהווה חלק מהחיים עצמם".¹⁰¹

(2) התכלית של החוקה וההגנה על הפרט

ניתן לטעון – והשופט סקליה טוען זאת¹⁰² – כי מתן מובן מודרני ללשון החוקה אינו עולה בקנה אחד עם ראיית החוקה כמקור להגנה על הפרט בפני הכלל. על פי גישה זו אם תפורש החוקה על פי ההשקפות המודרניות היא תשקף את תפיסתו של הרוב. תפיסה זו תפגע בזכויות הפרט שהרוב מבקש לשלול. על כן ראוי הוא לתת לחוקה את מובנה בעת יצירתה. התשובה לטענה זו הינה, בין השאר, כי תפיסה מודרנית של זכויות האדם אין פירושה תפיסה על פי רצונו של הרוב המודרני. על פי הגישה התכליתית יש ליתן לחוקה מובן על פי ערכי היסוד הבסיסיים, המשקפים את תפיסות העומק של החברה המודרנית ולא את רוחות השעה החולפות. אמת, לעתים לא קל לו לשופט להתעלם מרוחות שעה חולפות ולתת ביטוי לתפיסות העומק של החברה. לא קל לשקף היסטוריה ולא היסטוריה. אך שופטים עושים כן בפעולתם השיפוטית כל העת. הם יעשו כן גם בפירוש שייתנו לחוקה. לזכות החוקתית יש ליתן אותו היקף המשקף את הטעמים המצדיקים אותה. טעמים אלה משתקפים בתנועתה של שיטת המשפט על פני ההיסטוריה.

99 לביקורת גישתי, ראו Stanley Fish, *Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law*, 29 CARDOZO L. REV. 1109 (2008).

100 ראו Terrance Sandalow, *Constitutional Interpretation*, 79 MICH. L. REV. 1033, 1068 (1981).

101 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 101, בעמ' 429 (הנשיא ברק).

102 ראו Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CHI. L. REV. 849 (1989).

(ה) "חוקה חיה" ו"עץ חי"

תכליתה של החוקה לאפשר התמודדות עם מציאות חיים משתנה. בעת יצירתה של החוקה הניחו יוצריה בסיס למסמך שנועד לשלוט על העתיד. שליטה זו – כדי שלא תהפך לאדנות – חייבת להשאיר תחום גמיש להתפתחויות. זו משמעותה של המטאפורה בדבר "חוקה חיה" (a living constitution). חייה אינם מתבטאים אך בהפעלת העקרונות החוקתיים הישנים על נסיבות חדשות.¹⁰³ חיותה של החוקה משמעותה גם מתן תוכן מודרני לעקרונות החוקתיים הישנים.¹⁰⁴ זהו גם הביטוי למטפורה המדמה חוקה ל"עץ חי" (a living tree).¹⁰⁵ דימוי זה מצביע גם על מגבלותיה של המטאפורה. חיותם של ערכי היסוד אינה היתר לשופט לעשות בהם כרצונו. אין להחליף את הסובייקטיביות של יוצרי החוקה ושל הבנתה המקורית בסובייקטיביות של מפרשיה. התוכן המשתנה של ערכי החוקה משקף שינוי בתפיסות היסוד של החברה באשר ל"אני מאמין" הלאומי. אלה הם שינויים המשקפים את ההיסטוריה, את המסורת ואת מסכת החיים המשותפים של האומה. אין הם ביטוי לאינדיבידואליזם שיפוטי.

(ו) פרשנות מתוך הסתייגות במשפט השוואתי

למדינות דמוקרטיות ערכי יסוד משותפים. ניתן ללמוד מהאחת לשנייה. באמצעות המשפט המשווה ניתן להרחיב את האופקים החוקתיים.¹⁰⁶ ודאי כך כשהטקסט החוקתי של

103 לביקורת גישה זו, ראו William Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1976); ROBERT BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* 163 (1990).

104 ראו דברי השופט דיין (Deane) המצוטטים לעיל בעמ' 87, ה"ש 92.

105 ראו דברי השופט סנקי (Lord Sankey) בפרשת Edwards v. Canada (Attorney General), [1930] A.C. 124, 136 (P.C.) "[A] living tree capable of growth and expansion within its natural limits" Luanne Walton, *Making Sense of Canadian Constitutional Interpretation*, 12 N.J.C.L. 315 (2001); Bradley W. Miller, *Beguiled by Metaphors: The 'Living Tree' and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, 22 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 331(2009);

106 ראו Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. RICH. L. REV. 99 (1994); George Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, 46 AM. J. COMP. L. 683 (1998); VICKI JACKSON & MARK TUSHNET, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (1999); Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 IND. L.J. 819 (1999); Kathryn Perales, *It Works Fine in Europe, So Why Not Here? Comparative Law and Constitutional Federalism*, 23 VT. L. REV. 885 (1999); Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L.J. 1225 (1999); Christopher McCrudden, *A Part of the Main? The Physician-Assisted Suicide Cases and Comparative Law Methodology in the United States Supreme Court*, in *LAW AT THE END*

מדינה אחת הושפע מהטקסט החוקתי של מדינה אחרת¹⁰⁷ או מאמנה בינלאומית.¹⁰⁸ אך גם בהיעדר השפעה (ישירה או עקיפה) יש מקום להשראה ולו פחותה.¹⁰⁹ ודאי כך כשהחוקה מפנה לערכים דמוקרטיים או לחברות דמוקרטיות.¹¹⁰ אך גם בהיעדר הפניה כזו השפעה פרשנית מהמשפט המשווה היא ראויה. נזכיר כי השראה כזו אפשרית רק כשיש לשתי

OF LIFE (2000); Christopher McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 OXFORD J. LEGAL STUD. 499 (2000); Lorraine E. Weinrib, *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism*, in DEFINING THE FIELD OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 23 (2002); Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005); VICKI JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA 114 (2010).

107 כגון השפעתה של החוקה האמריקנית על חוקתן של מדינות מספר, כגון יפן וארגנטינה. אלה מצבים של "נדידת דינים". השופט קלברזי (Calabresi J.) ציין: "הורים נבונים לומדים מילדיהם"; ראו JACKSON & TUSHNET, לעיל ה"ש 106, בעמ' 169. ראו גם על השפעת המשפט החוקתי הקנדי על משפטה החוקתי של דרום-אפריקה: Johan De Waal, *A Comparative Analysis of the Provisions of German Origin in the Interim Bill of Rights*, 11 SAJHR 1 (1995); Peter W. Hogg, *Canadian Law in the Constitutional Court of South Africa*, 13 SAPL 1 (1998); Halton Cheadle, *Limitation of Rights*, in HALTON CHEADLE, NICHOLAS HAYSOM & DENNIS DAVIS, SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS (2002) 693. כן ראו על השפעת המשפט החוקתי הגרמני על משפטן החוקתי של ספרד ופורטוגל: Juliane Kokott, *From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – With Particular Reference to the German Basic Law*, in CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY – A COMPARATIVE ANALYSIS: THE GERMAN CONTRIBUTIONS TO THE FIFTH WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAW 71 (Christian Starck ed., 1999).

108 ראו ס' 2(1)א ל- Human Rights Act (1998) המחייב בית משפט אנגלי לפנות לפסיקה של בית המשפט האירופאי לזכויות האדם. ראו גם הפנייה של בתי המשפט בהונג-קונג לפירוש חוק היסוד של הונג-קונג לאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות.

109 ראו Donald Kommers, *The Value of Comparative Constitutional Law*, 9 MARSHALL J. OF PRACTICES & PROCEDURES 685 (1976).

110 ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986), בעמ' 600: "מאז הוקמה המדינה, שאבנו ממעיינות המשפט הקונסטיטוציוני האנגלי והאמריקני השראה פרשנית מקיפה. תפיסתן של ארצות אלה בתחומים רבים, כגון זכויות האדם בארצות אלה, משמשת לנו לא פעם כדוגמה. עם זאת, היניקה חייבת להיות מבוקרת. ההשראה יכולה להתקיים רק אם יש בסיס דומה. ניתן להשוות רק בין מוסדות ורק בין תהליכים ותפיסות שיש להם בסיס משותף" (השופט ברק). באותה פרשה סירבתי (בדעת מיעוט) ללמוד השראה פרשנית על דבר סמכות החנינה בטרם משפט של נשיא המדינה מסמכות החנינה הנתונה למלך האנגלי או לנשיא האמריקני. הדגשתי את השוני בתפיסת התפקיד והמעמד של הנשיא הישראלי לעומת המלך האנגלי או הנשיא האמריקני. ראו גם Frank Iacobucci, *The Charter: Twenty Years Later*, 21 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 3 (2002).

שיטות המשפט בסיס אידאולוגי משותף ונאמנות משותפת לערכי היסוד.¹¹¹ זאת ועוד: יש לבחון אם אין דבר בהיסטוריה ובנסיבות החברתיות המבחיין בין השיטות ומקשה על ההשראה הפרשנית.¹¹² כאשר מגבלות ייחודיות כאלה אינן בנמצא, ויש בסיס משותף, השראה פרשנית מהמשפט המשווה היא רצויה – הן ממשפטה של מדינה דמוקרטית אחרת והן מהמשפט הבינלאומי. כידוע, אמנות בינלאומיות שונות מעגנות ערכים חוקתיים ומשפיעות בכך על עיצוב ההבנה של הטקסט החוקתי. פסיקתם של בתי משפט בינלאומיים ולאומיים המפרשת את האמנות האלה ראוי כי תשמש השראה לפרשנות של החוקה הלאומית. לעתים נכללת בחוקה הוראה מיוחדת המאפשרת או אף מחייבת פנייה למשפט הבינלאומי.¹¹³ למותר לציין כי הפסיקה ההשוואתית אינה מחייבת.¹¹⁴ המשפט המשווה גם אינו מקור משפטי "משכנע". דינו אינו כדין פסק דין של בית המשפט העליון אשר בית המשפט העליון אינו מחוייב בו.¹¹⁵ אכן מעמדו של המשפט המשווה אינו שונה מספר טוב או מאמר טוב. משקלו נקבע על פי טיב שיקוליו.¹¹⁶

- 111 בפרשת *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989) פורש התיקון השמיני לחוקת ארצות-הברית, שעניינו האיסור על הטלת עונש שהוא "cruel and unusual". המבחן המקובל לעניין זה הוא, בין השאר, ה"evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society", ראו *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958). השופט סקליה (Scalia J.) ציין (בהערות שוליים 1): "[I]t is American conceptions of decency that are dispositive, rejecting the contention... that the sentencing practice of other countries are relevant". אכן, ההכרעה היא "אמריקנית", אך בגדרי גיבושה ראוי לקבל – כפי שקבעה דעת המיעוט באותה פרשה (שם, בעמ' 389) – השראה פרשנית על המקובל במדינות אשר גישתן לקדושת חייו של אדם, בפרט, ולזכויות אדם, בכלל, דומה לזו של ארצות-הברית. ראו גם *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988); *Prinz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).
- 112 ראו Pierre Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, 45 INT'L AND COMP. L.Q. 52 (1996); Mark Tushnet, *Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 67 (Sujit Choudhry ed., 2006); Jacco Bomhoff, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 31 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 555 (2008). לעיל ה"ש 106.
- 113 ראו ס' 39(1) לחוקה של דרום-אפריקה הקובעת כי בפירוש מגילת זכויות האדם הכלולה בחוקה, בית המשפט: (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law rights and liberties recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements thereon ratified by Spain".
- 114 ראו Glenn H. Patrick, *Persuasive Authority*, 32 MCGILL L.J. 261 (1987).
- 115 ראו ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.
- 116 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 403 (1997): "למשפט זה חשיבות רבה בפרשנות החוקתית. עד כמה שהסדרים בשתי שיטות מבוססים על הנחות בסיסיות משותפות, יש תועלת רבה בהשראה השוואתית. היא ממריצה את המחשבה החוקתית ומעניקה לה אופקים חדשים. היא מצביעה על הפוטנציאל הטמון בטקסט; היא משליכה אור על ההסדרים המקובלים במדינות אחרות. היא מהווה ראי המאפשר לנו לראות

גישתי זו למשפט המשווה שנויה במחלוקת חריפה במשפט האמריקני.¹¹⁷ הדוגלים בתפיסה פרשנית המדגישה את ההבנה המקורית של הטקסט החוקתי, ודאי סבורים שאין להתחשב במשפט השוואתי שלא היה חלק מהבנה זו.¹¹⁸ נראה לי כי המגמה במשפט האמריקני היא בכיוון של פתיחות גוברת למשפט ההשוואתי.¹¹⁹ יש לקוות כי מגמה זו תימשך ותחת ה"חריגות" (ה-exceptionalism) האמריקנית בתחום זה נמצא שיתוף פעולה והשתלבות בקהיליה הבינלאומית.¹²⁰

2. פרשנות מתוך מבט רחב

(א) פרשנות נדיבה אך לא מרחיבה

נורמה חוקתית צריכה להתפרש "מתוך מבט רחב". עיקרון פרשני זה נקבע בישראל על ידי השופט אגרנט כבר לפני יותר מארבעים וחמש שנים:¹²¹

עצמנו באופן בהיר יותר ועמוק יותר. אכן, המשפט ההשוואתי מעניק ביטחון לשופט, כי הפירוש שהוא נותן לטקסט מקובל ופועל יפה במקומות אחרים. עם זאת, השראה פרשנית אסור לה שתהפך מקור לחיקוי ולהתבטלות. ההכרעה הסופית היא לעולם 'מקומית'. זאת ועוד: מן הראוי להיות מודעים למגבלותיו של המשפט המשווה. המשפט משקף את החברה, והחברה שלנו שונה מחברות אחרות. המשקל ששיטת משפט נותנת לשיקולים שונים משקף את תרבותה, את ההיסטוריה שלה ואת מכלול ערכיה, ואלה שונים משיטה לשיטה. הסדרים פרטניים משקפים לעתים מאבקי כוח מקומיים, ורצון לפתור בעיות שהן מקומיות. זאת אף זאת: משפט משווה אין עניינו השוואה של הוראות משפט גרידא. השוואה שכזו היא נטולת חשיבות. משפט משווה מפרה אם בוחנים תחום נרחב, על רקע הנחות היסוד המשותפות" (הנשיא ברק). ראו גם Sarah K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, 28 YALE J. INT'L L. 409 (2003); Sujit Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, 2 INT'L J. CONST. L. 1 (2004); Stuart Woolman, *Metaphors and Mirages: Some Marginalia on Choudhry's The Lochner Era and Comparative Constitutionalism and Ready-Made Constitutional Narratives*, 20 (2) SAPL 281 (2005).

117 ראו לעיל עמ' 88.

118 ראו Jo Eric Khushal Murkens, *Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Objections*, LSE LEGAL STUDIES, Working Paper No. 15/2008.

119 Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on "Proportionality"*, *Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583 (1999); Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HARV. L. REV. 129 (2005); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367 (2009).

120 ראו Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391, 408 (2008).

121 ד"ר 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 442 (1962).

”כאשר העניין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית המשפט להשקיף מתוך ‘מבט רחב’ (spacious view) על הסמכויות האמורות בו.”

מאז נוהג בית המשפט העליון על פי גישה זו.¹²² מכאן התפיסה הפרשנית כי הוראות חוקתיות יש לפרש מתוך “נדיבות”,¹²³ מתוך גישה מהותית ולא “לגליסטית”, מתוך גישה עניינית ולא טכנית או “פדנטית”.¹²⁴

פרשנות מתוך מבט רחב היא פרשנות בגבולות לשונו של הטקסט החוקתי.¹²⁵ פרשנות מתוך מבט רחב אינה פרשנות מרחיבה. המבט הרחב מצביע על נקודת המבט – לא על התוצאה. פרשנות מתוך מבט רחב עשוי להביא לפרשנות מרחיבה או מצמצמת. היא חייבת להביא לידי כך, שכן פרשנות מרחיבה להוראה אחת עשויה לגרור אחריה פרשנות מצמצמת לאחרת.

(ב) פרשנות מתוך מבט רחב ופרשנות המקדמת אחדות והרמוניה חוקתית

פירוש מתוך מבט רחב משמעו מתן מובן המגשים את תכליתו של הטקסט החוקתי – תכלית המשקפת את ההמשכיות ההיסטורית ואת תפיסות היסוד המודרניות. פרשנות מתוך מבט רחב משמעו שאיפה לאחדות ולהרמוניה חוקתית.¹²⁶ פרשנות מתוך מבט רחב אינה

122 ראו ע"ב 2/84 נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 306 (1985); פרשת ברזילי, לעיל ה"ש 110, בעמ' 618.

123 ראו דברי השופט וילברפורס (Lord Wilberforce) בפרשת Minister of Home Affairs v. Fisher, [1979] 3 All E.R. 21, 25 לפיהם יש לתת לחוקה: “a generous interpretation avoiding what has been called ‘the austerity of tabulate legalism’ suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to” R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. בפרשת (Dickson J.) בפרשת R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295, 344: “The interpretation should be... a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for the individual the full benefit of the Charter’s protection”

124 ראו דברי השופט דיקסון (Dixon J.) בפרשת Australian National Airways Pty Ltd v. Commonwealth, (1945) 71 C.L.R. 29, 81: “[W]e should avoid pedantic and narrow construction in dealing with [such] an instrument of government”

125 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 461.

126 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 430. ראו גם את פסק דינו של בית המשפט החוקתי הגרמני BVerfGE 14, 32: “ההוראה החוקתית הספציפית אינה יכולה להתפרש כהוראה בודדת ובלתי קשורה. לחוקה יש אחדות פנימית, והמובן של כל חלק קשור למובן של החלקים האחרים. כאחדות, החוקה משקפת עקרונות-על והכרעות בסיסיות, שכל הוראה ספציפית בה כפופה להם” (תרגום שלי – א' ב'). ראו גם פרשת ברזילי לעיל ה"ש 110, בעמ' 595: “כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על-כן, תפקידו של השופט-הפרשן, שעה שהוא מפרש חוק

מוגבלת אך למשמעות המילים בהקשר המילולי-היסטורי שבו נוצרו. היא נותנת ללשון החוק מובן בהקשרן ההיסטורי ובמסגרת תפיסות היסוד המודרניות.¹²⁷

(ג) פרשנות מתוך מבט רחב של הזכות החוקתית

לשונו של הטקסט החוקתי המעגן זכות אדם מתפרשת על פי תכליתו מתוך מבט רחב. משמעות הדבר הינה, כי יש לפרש את הלשון באופן המגשים את הטעמים המונחים ביסוד הזכות. טעמים אלה משתנים מעת לעת, משיטת משפט לשיטת משפט. הפירוש לא צריך להיות לגליסטי, טכני או פדנטי. הוא צריך לצאת מתוך הזכות פנימה ומתוך מאפייניה כזכות חוקתית. הוא צריך לשקף את מלוא היקפו של האידאל או האידאלים שהזכות מבקשת להגשים בגדריה של חברה נתונה.¹²⁸ הוא צריך לבטא את שיקולי המוסר שביסוד הזכות. הפרשנות של לשון הטקסט החוקתי המעגנת זכות חוקתית לא מיועד לתת ללשון פירוש מרחיב. אין לכלול בגדריה של הזכות כל דבר הנקשר אליה בדוחק, ושאינו משקף את הטעמים המצדיקים אותה. אין לכלול בחופש הביטוי את חופש החוים, את עדות השקר או האימים.¹²⁹ הפירוש של הזכות צריך לשקף את מגוון הטעמים המונחים ביסודה, ולא רק

קונסטיטוציוני, הוא להביאו 'לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה' (השופט ברק); בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 29 (1996): "תפיסה פרשנית ראויה להסדרים חוקתיים – אף אם הם מצויים במסמכים נפרדים – צריכה לשאוף לאחדות חוקתית. הנורמה החוקתית אינה עומדת בבדידותה. היא חלק ממערך חוקתי. היא לבנה אחת ממבנה חוקתי כולל... לכל הוראה חוקתית השפעה על סביבתה החוקתית. המפרש הוראה חוקתית אחת, מפרש את מכלול ההוראות החוקתיות. ההוראה החוקתית הספציפית משפיעה על הבנתו של המכלול החוקתי, והמכלול החוקתי משפיע על פירושה של ההוראה הספציפית המשולבת בו... הפרשנות החוקתית צריכה לשאוף לכך שההוראות החוקתיות השונות – בין שהן במסמך אחר ובין שהן במסמכים שונים – ישתלבו זו בזו ויקדמו את האחדות ואת ההרמוניה החוקתית" (הנשיא ברק). ראו גם דברי השופט למר (Lamer) בפרשת Dubois v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350, 365: "Our constitutional charter must be construed as a system where 'every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts'... The courts must interpret each section of the charter in relation to the others"

ראו 127 Gompers v. United States, 233 U.S. 604, 610 (1914): "The provisions of the Constitution are not mathematical formulas having their essence in their form, they are organic living institutions transplanted from English soil. Their significance is vital, not formal; it is to be gathered, not simply by taking the words and a dictionary, but by considering their origin and the line of their growth" (Justice Holmes)

ראו 128 Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf, *Levels of Generality in the Definition of Rights*, 57 U. CHI. L. REV. 1057 (1990)

ראו 129 Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265 (1981); Sen E. Amartya, *Elements of a Theory of Human Rights Export*, 32(4) PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS 315 (2004)

בהיבט אפשרי אחד. אלכסי סבור כי בפרשנות זכות חוקתית יש לצאת מתוך תפיסה רחבה של היקף. על פי גישתו, כל דבר שיש לו, ולו קו אופי אחד המאפיין את הזכות, נופל לגדרה של הזכות.¹³⁰ גישה זו אינה מקובלת עלי. היקפה של הזכות צריך לשקף את מגוון הטעמים המונחים ביסודה. היקף הזכות צריך לשקף את התכלית (או התכליות) המונחת ביסוד הזכות על פי הבנתה של החברה.¹³¹ אכן, פרשנות תכליתית של זכות חוקתית אינה פרשנות מרחיבה כשם שאינה פרשנות מצמצמת. אלה הן תוצאות פרשניות העשויות לנבוע, לפי העניין, מתוך הפרשנות התכליתית.¹³² אכן, את זכויות האדם יש לפרש מתוך מבט רחב אך לא דווקא באופן מרחיב.¹³³

כשם שפרשנות מתוך "מבט רחב" אין משמעה פרשנות מרחיבה, כך גם אין משמעה פרשנות מצמצמת. על כן אין לצמצם את היקף הזכות בדרך של התחשבות בטובת הכלל¹³⁴ או בזכותם של אחרים.¹³⁵ אלה יובאו בחשבון בשלב השני של הבחינה החוקתית. מאותם טעמים עצמם אין לצמצם את היקפה של זכות בשל העובדה שהשימוש בזכות הוא לרעה (abuse of rights).¹³⁶ השימוש לרעה בזכות מניח את קיומה של הזכות, וקיום זה הוא הקובע את היקפה. לשימוש לרעה בזכות עשויות להיות תוצאות, אך ההתחשבות בהן לא תיעשה בקביעת היקפה של הזכות. לשון אחר: האפשרות להשתמש בזכות לרעה תשפיע בשלב קביעת ההגנה על הזכות ועל אפשרויות מימושה, אך לא בשלב קביעת היקפה.

(ד) קשר בין פרשנות הזכות לפרשנות ההגבלה

בספרות ניתן למצוא גישה המבקשת ליצור קשר בין פרשנות מרחיבה או מצמצמת של הזכות החוקתית לבין פרשנות מצמצמת או מרחיבה של דיני המידתיות שבפסקת

130 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 210: "Everything which has at least one characteristic, which – viewed in isolation – would suffice to bring the matter within the scope of the relevant right, does so, regardless of what other characteristics it has"

131 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 26, פס' 107 לפסק דינו של הנשיא ברק: "אינני גורס כי יש למתוח את זכויות היסוד לכל עבר. הנני גורס כי יש ליתן להן פרשנות תכליתית. פרשנות זו אינה מצמצמת ואינה מרחיבה. זו פרשנות המשקפת את הבנתה של החברה הישראלית, את מהותן של זכויות האדם, על פי המבנה החוקתי שלהן, ועל פי המידות החוקתיות שנקבעו להן בחוקי היסוד. הכל תוך התחשבות בערכי ובבסיסי, ותוך דחיית הארעי והחולף".

132 ראו S v. Makwanyane, 1995(3) SA 391, § 325: "[A] purposive or teleological approach to the interpretation of rights may at times require a generous meaning to be given to provisions of [the Bill of Rights] and at other times require a narrower or specific meaning"

133 ראו GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 29 (2005).

134 ראו להלן עמ' 102.

135 ראו להלן עמ' 115.

136 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 133, בעמ' 46.

ההגבלה.¹³⁷ על פי גישות אלה, אם מעניקים לזכות פירוש מרחיב התוצאה תהיה כי יהיה צורך להעניק פירוש מרחיב גם להגבלה, ואם מעניקים לזכות פירוש מצמצם התוצאה תהיה כי יהיה מקום להעניק פירוש מצמצם גם להגבלה. גישה אחרת מבקשת להעניק פירוש מרחיב לזכות ופירוש מצמצם להגבלה.¹³⁸ לא מצאתי מחברים הדוגלים בפירוש מצמצם לזכות ופירוש מרחיב להגבלה.

גישות אלה אינן מקובלות עלי. הן לזכות החוקתית והן למידתיות שבפסקת ההגבלה, אין ליתן פירוש "מרחיב" או "מצמצם". יש ליתן להן פירוש תכליתי. פירוש כזה מאפשר לקבוע את היקפה של הזכות על פי הטעמים המונחים בבסיסה ואת יסודותיה של המידתיות שבפסקת ההגבלה על פי מטרותיה היא. אלה הם "הכלים השלובים" בין היקף הזכות למידתיות שבפסקת ההגבלה הנראים לי ראויים.

(ה) איזון פרשני

(1) מהותו של האיזון הפרשני

פרשנות מתוך מבט רחב פועלת ברמות הפשטה שונות.¹³⁹ ברמת ההפשטה העליונה היא מבקשת לתת לכל טקסט משפטי משמעות המגשימה את עקרונות היסוד של שיטת המשפט.¹⁴⁰ ברמת הפשטה זו, לכל הטקסטים המשפטיים תכלית זהה.¹⁴¹ זו מהווה מעין "מְטְרִיָה נורמטיבית" הפרושה מעל כל הטקסטים המשפטיים באותה שיטת משפט.¹⁴² הם היסודות עליהם בנוי המבנה המשפטי כולו.¹⁴³ הם "נשמה יתרה"¹⁴⁴ של שיטת המשפט. אם נתמקד בחוק, הרי הגישה אליו הינה כי הוא "יצור החי בסביבתו".¹⁴⁵ "סביבה זו כוללת לא רק את ההקשר החקיקתי הקרוב, אלא אף מעגלים נרחבים יותר של עקרונות מקובלים,

- 137 ראו HOGG, לעיל ה"ש 63, בעמ' 54. בפסיקה הישראלית, ראו גישתו של המשנה לנשיא חשין בפרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 26, פס' 42 לפסק דינו; גישתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 1, פס' 44 לפסק דינה.
- 138 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 133, בעמ' 31, 125.
- 139 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 134.
- 140 שם, בעמ' 210.
- 141 ראו רע"א 1367/95 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 28, 37 (1995).
- 142 ראו ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75 (1985); בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987).
- 143 ראו דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 72, 73 (1998); William Eskridge, *Public Values in Statutory Interpretation*, 137 U. PA. L. REV. 1007 (1989); DAWN OLIVER, *COMMON VALUES AND THE PUBLIC PRIVATE DIVIDE* (1999).
- 144 ע"א 391/80 לסרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 264 (1984) (השופט אלון).
- 145 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970) (השופט זוסמן).

מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות".¹⁴⁶ הוא הדין בחוקה. סביב החוקה יש עקרונות המשקפים את תפיסתיה הבסיסיות של האומה,¹⁴⁷ ואת תפיסות העומק של החברה.¹⁴⁸ הם ביטוי לאתוס הלאומי, למורשת התרבותית, למסורת החברתית ולמכלול הניסיון ההיסטורי.¹⁴⁹ לעתים לומדים עליהם מלשונו המפורשת של הטקסט החוקתי. כך, למשל, נקבע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי:¹⁵⁰

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין".

כן נקבע כי מטרתו של חוק היסוד "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".¹⁵¹ לרוב לומדים על עקרונות היסוד ממקורות שמחוץ לטקסט החוקתי.¹⁵² ערכים אלה עוטפים את החוקה, החוק וכל נורמה משפטית ומהווים "אספקלריה של מערכת החיים הלאומיים של העם".¹⁵³ עקרונות היסוד, המהווים את תכליתו של הטקסט המשפטי, נתונים בהתנגשות מתמדת. כך למשל, עקרונות היסוד המונחים ביסוד מושגי השסתום של המשפט הפרטי, כגון: "תקנת הציבור", "סבירות", "תום לב", מתנגשים זה בזה.¹⁵⁴ פתרונה של התנגשות זו הוא באיזון¹⁵⁵ בין העקרונות הנוגדים על פי משקלם בנקודת ההכרעה. משקל זה משקף את חיבותם היחסית של העקרונות המתנגשים. עמדתי על כך באחת הפרשות:¹⁵⁶

- 146 פרשת קיבוץ חצור, לעיל ה"ש 142, בעמ' 75 (השופט ברק).
 147 ראו *TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 70; Walton, לעיל ה"ש 105. ראו גם ROBERT C. POST, *CONSTITUTIONAL DOMAINS* 23 (1995).
 148 הפנייה ל-"community values" בפרשנות החוקה והחוקים מקובלת באוסטרליה, ראו Anthony Mason, *The Role of a Constitutional Court in a Federation: A Comparison of the Australian and the United States Experience*, 16 FED. L. REV. 1 (1986); Haig Patapan, *Politics of Interpretation*, 22 SYD. L. REV. 247 (2000).
 149 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 449.
 150 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.
 151 שם, בס' א1.
 152 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 449. ראו גם Thomas Gray, *Do We Have An Unwritten Constitution*, 27 STAN. L. REV. 703 (1975).
 153 בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שרי-הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953) (השופט אגרנט).
 154 על התנגשות זו בגדרי התחולה העקיפה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק (צפוי להתפרסם, 2010).
 155 ראו Frank Iacobucci, "Reconciling Rights": *The Supreme Court of Canada's Approach to Competing Charter Rights*, 20 SUP. CT. L. REV. 137 (2003) "reconciliation" על פני "balancing" בהקשר של התנגשות בין זכויות חוקתיות.
 156 פרשת לאור, לעיל ה"ש 142, בעמ' 434.

“ביטויים אלה – איזון, משקל – אינם אלא מטאפורות. מאחריהם עומדת התפיסה, כי לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהיעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כך אין לך עיקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים.”

המשפט המקובל הישראלי פיתח בהרחבה את דרכי האיזון בין העקרונות המתנגשים. איזון זה שימש את בתי המשפט בישראל לפרשנותה של סמכות שלטונית הקבועה בטקסט משפטי ולא לקביעת חוקתיותו. דוגמה לכך היא פרשת קול העם.¹⁵⁷ פקודת העיתונות קבעה¹⁵⁸ כי הנציב העליון – כיום שר הפנים – רשאי לסגור עיתון (זמנית או דרך קבע) אם לפי שיקול דעתו “any matter appearing in a newspaper is... likely to endanger the public peace” העיתון “קול העם” פרסם כתבה ביקורתית על עמדתה של ממשלת ישראל המוכנה לשלוח את חייליה למלחמת קוריאה. שר הפנים החליט על סגירת העיתון לכמה ימים. העיתון פנה לבית המשפט. שאלת החוקתיות של ההוראה לא עמדה לדיון. השאלה שבמחלוקת היתה שאלה פרשנית. השאלה היתה בדבר פירושה של ההוראה המסמיכה את שר הפנים לסגור עיתון. בעיקר התמקד הדיון בשאלה מהו הקשר הסיבתי שהדיבור “likely” דורש בין הכתבה שפורסמה בעיתון לבין הסיכון של שלום הציבור. על שאלה זו השיב השופט ש’ אגרנט, כי קשר סיבתי זה ימצא באיזון בין הצורך להבטיח את שלום הציבור לבין הצורך לקיים את חופש הביטוי. בית המשפט ערך איזון זה והגיע למסקנה כי הקשר הסיבתי הנדרש הוא זה של ודאות קרובה (או קרוב לוודאי). על פיו ניתן לסגור עיתון אם יש ודאות קרובה לכך שדבר שפורסם בעיתון יביא לנזק ממשי לשלום הציבור.¹⁵⁹ בית המשפט השתמש במכשיר ה“איזון” לא לצרכי קביעת חוקתיותה של פעולת המנהל, אלא כחלק מתהליך פרשני באשר למובנה של הסמכות המינהלית. באמצעות האיזון נקבעה התכלית של דבר החקיקה ולא חוקתיותו. זהו איזון פרשני. בפסיקה הישראלית של אחרי פרשת קול העם, שימש האיזון הפרשני בעיקר לפרשנותה של סמכות שלטונית המעוגנת בנורמה תת-חוקתית בלבד. באיזון הפרשני יש להשתמש בכל מקרה בו הפרשן צריך לקבוע את תכליתה של הנורמה המתפרשת. על כן יחול האיזון הפרשני גם בפרשנותם של חוקי היסוד בכלל ושל זכויות האדם החוקתיות בפרט.

157 פרשת קול העם, לעיל ה”ש 153.

158 ס’ 19 לפקודת העיתונות, 1933, חא”י ב 1191.

159 ראו להלן עמ’ 638.

(2) איזון לצורכי פרשנות ואיזון לצורכי חוקתיות

האיזון הפרשני קובע את התכלית האובייקטיבית של הנורמה המשפטית, כגון חוקה או חוק. הוא עושה כן על יסוד איזון בין העקרונות המתנגשים. איזון זה מבוסס על החשיבות החברתית היחסית של העקרונות המתנגשים. במשך השנים פיתח בית המשפט העליון "נוסחאות איזון עקרוניות", המשקפות חשיבות יחסית זו בגדרי פרשנותה של סמכות שלטונית הקבועה בדבר חקיקה. על מפעל שיפוטי זה אעמוד בהמשך.¹⁶⁰ כפי שאטען יש לפתח באמצעותו את דיני המידתיות במובן הצר. נוסחאות האיזון העקרוניות אשר פותחו על ידי בתי המשפט יעניקו תוכן לפסקת ההגבלה, ויהוו חלק מהמבחנים לחוקתיותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית. במקביל יש מקום להמשיך ולפתח את נוסחאות האיזון העקרוניות לצורכי הפרשנות התכליתית. הן תמשכנה לקבוע את תכליתה של כל נורמה משפטית. תהא זו רלוונטיות לצורכי פרשנות של סמכות שלטונית ולא לצורכי חוקתיותה. על כן, בפיתוח האיזון הפרשני אין חשיבות למכלול המרכיבים של המידתיות ופסקת ההגבלה. לצורכי האיזון הפרשני יש רלוונטיות רק למבחני האיזון הנערכים בגדרי המידתיות במובן הצר.

(3) היקש פרשני: מאיזון לצורכי חוקתיות לאיזון לצורכי פרשנות

כיצד ייקבעו נוסחאות האיזון העקרוניות לצורכי פרשנות? פסיקה עניפה של בית המשפט העליון קבעה את דרכי האיזון הפרשני.¹⁶¹ אלה התבססו על החשיבות החברתית היחסית של העקרונות המתנגשים. בחשיבות יחסית זו חל שינוי עם כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. לא הרי חשיבותו של העיקרון בדבר כבוד האדם לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כהרי חשיבותו לאחריו. במסגרת האיזון הפרשני יש ליתן לכבוד האדם, ולשאר העקרונות הקבועים בחוקי היסוד, משקל המשקף את חשיבותם לאור חוקי היסוד.¹⁶² במקום שעקרונות אלה מתנגשים, יש לאזן ביניהם. איזון זה משקף את חשיבותם היחסית. עריכתו של איזון זה תעשה בדרך של היקש פרשני מהאיזון הנערך במסגרת המידתיות במובן הצר.

היקש פרשני מעניק לנורמה משפטית מובן בהיקש (אנאלוגיה) למובן הניתן לנורמה משפטית דומה.¹⁶³ הוא שונה מההיקש המשלים חסר בנורמה משפטית.¹⁶⁴ על כן ניתן

160 ראו להלן עמ' 637.

161 ראו להלן עמ' 637.

162 ראו בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 363 (1994).

163 ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 76, בעמ' 521.

164 ראו חיים כהן "דין השירור" שנתון המשפט העברי יג 285, 290 (1987).

לערוך היקש פרשני בנורמה הקובעת עבירה פלילית, אף שאסור להשלים בה חסר.¹⁶⁵ באיזון הפרשני נערך האיזון לצורכי קביעת התכלית של הוראה בחוקה או בחקיקה בהיקש מהאיזון שנערך לצורכי חוקתיותה של הוראה תת-חוקתית בגדריה של פסקת ההגבלה. ההיקש נעשה ממרכיב המידתיות במוכן הצר. כך, למשל, בגדרי פסקת ההגבלה חוקתיותו של חוק הפוגע בחופש הדיבור לשם שמירה על שלום הציבור או שמו הטוב של אחר תיקבע, בין השאר, על פי האיזון בין חשיבותו של חופש הביטוי לחשיבותו של שלום הציבור או השם הטוב. איזון דומה בין ערכים אלה נערך כאשר השאלה העומדת להכרעה היא פירושה של הוראת הסמכה בחוק יסוד או בחקיקה רגילה שתכליתה הם עקרונות אלה. לאור הדמיון בין הסוגיות המשפטיות – איזון בין אותם עקרונות מתנגשים – ניתן ללמוד בדרך של היקש מהאחת (השאלה החוקתית) על האחרת (השאלה הפרשנית).

ב. היקף הזכות וטובת הכלל

1. מיקומה של טובת הכלל

האם בפרשנות היקפה של הזכות החוקתית יש להתחשב בטובת הכלל? כך, למשל, שעה שנקבע היקפו של חופש הביטוי – האם יש להביא בחשבון אינטרס ציבורי, כגון השמירה על סודות מדינה כמוסים, מניעת פרסום דברי תועבה או הסתה לגזענות? אינטרסים ציבוריים אלה הם בוודאי בעלי חשיבות רבה. אך באיזה שלב של הבחינה החוקתית יש למקם אותם? התשובה לשאלה זו ברורה כשיש אך אחד בבחינה החוקתית. במצב דברים זה יש למקם את השיקול בדבר טובת הכלל כשלב היחיד המאפשר התחשבות בו.¹⁶⁶ כך הוא בשיטות משפט שאינן מבוססות על מודל שני השלבים. אך מה הדין בשיטות משפט – ובהן גרמניה, קנדה, דרום-אפריקה וישראל – המבוססות על מודל דו-שלבי? בגדרו של מודל זה נערכת הבחנה בין השלב הראשון של הבחינה החוקתית שבו נקבעים היקפה של הזכות והפגיעה בה, לבין השלב השני של הבחינה החוקתית בו נקבע אם הפגיעה היא מידתית. האם טובת הכלל נלקחת בחשבון בשלב הראשון, בשלב השני או בשניהם? האם יש בכוחה של טובת הכלל לצמצם את היקפה של הזכות ואת תחום פריסתה, או שמא "מקומו הגיאומטרי" של שיקול זה הוא בגדרי ההגבלות על הגשמתה של הזכות החוקתית ודרכי מימושה, כלומר המידתיות שבפסקת ההגבלה?

165 ראו ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 188 (1984).

166 ראו Richard H. Fallon, *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343, 361 (1993).

2. טובת הכלל כחלק מהמידתיות

התשובה לשאלה שהצגתי הינה כי מבחינה עקרונית המקום הראוי להתחשבות בטובת הכלל הוא בשלב השני של הבחינה החוקתית.¹⁶⁷ ככלל, יש להביא בחשבון את טובת הכלל ויש ליתן לה משקל ראוי במסגרת דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. במסגרת דינים אלה – ובעיקר בשלב המטרה הראויה ובשלב היחס הראוי בין התועלת שבהגשמת המטרה הראויה לבין הנזק לזכות החוקתית (מידתיות במובן הצר) – יהא מקום לבחון את כוחה של טובת הכלל. על כן, כאשר חוק פוגע בזכות החוקתית בדבר חופש הביטוי יובא האינטרס הציבורי בחשבון השיקולים הקשורים להגשמתה של הזכות לחופש הביטוי ולאופן מימושה. הוא לא יובא בחשבון בקביעת היקפה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי. זהו הכלל, וזוהי הגישה הראויה. עם זאת, לעתים אין מנוס ממסקנה שונה. אכן, הפרשנות של זכות חוקתית עשויה לחייב, בנסיבות של מקרה ספציפי, מסקנה שונה. עם זאת, הכלל צריך להיות, כי השיקול של טובת הכלל יילקח בחשבון לעניין מימוש הזכות ולא לעניין היקפה.

כאשר זכות חוקתית מתנגשת בטובת הכלל המעוגנת ברמה חוקתית, תוצאת ההתנגשות לרוב אינה צמצום היקפה של הזכות אלא בהטלת מגבלות על מימושה על פי דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. האיזון ופתרון ההתנגשות לא ייעשו לרוב במישור החוקתי, בשינוי הגבולות של הזכות או של האינטרס הציבורי. פתרון ההתנגשות ייעשה ברמה התת-חוקתית, במסגרת דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה.¹⁶⁸

זוהי גישתו של המשפט החוקתי הגרמני, המבחין בין היסודות המרכיבים את הזכות החוקתית לבין השיקולים המרכיבים את ההגבלות עליה. השיקולים של טובת הכלל אינם מובאים בחשבון לעניין קביעת היקפה של הזכות החוקתית אלא אך לעניין אפשרויות הפגיעה בה. בכך מובטחת חירותו של הפרט.¹⁶⁹ בגישה דומה נוקט המשפט החוקתי של

167 ראו Christian Starck, *Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms*, in RIGHTS, INSTITUTIONS AND IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ACCORDING TO THE GERMAN BASIC LAW 19, 25 (1987).

168 ראו Gerhard Erasmus, *Limitation and Suspension*, in RIGHTS AND CONSTITUTIONALISM: THE NEW SOUTH AFRICAN LEGAL ORDER 629, 645 (1994): "The balancing between the rights of an individual and the interests of society should not be invoked too early. It does not belong to this part of the investigation. Balancing only occurs once the state has demonstrated and identified those interests which will trigger the application of the limitation grounds..." VAN DER SCHYFF גם, לעיל ה"ש 133, בעמ' 33.

169 ראו NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW 53 (1996): "The doctrinal separation between the constituent elements of basic rights and their limits avoids the inclusion of public interest and welfare considerations directly in the elements of basic rights themselves. In this way, the danger of arbitrarily restricting freedom by way of an ad hoc definition of basic rights is also avoided, ultimately ensuring optimal freedom"

דרום-אפריקה¹⁷⁰ ושל ניו-זילנד.¹⁷¹ ברוח דומה ציינה הנשיאה ד' ביניש בפרשת המפקד הלאומי:¹⁷²

170 ראו Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, Chapter 34, 20 (Stuart Woolman et al. eds., 2006) "The first stage of analysis : AFRICA, Chapter 34, 20 (Stuart Woolman et al. eds., 2006) is generally understood to require the judge to determine the ambit of the right. The determination is made by asking what values underlie the right and then, in turn, what practices serve those values. The judge is not required to compare the importance of the values underlying the right allegedly being infringed with the values said to underlie the policy or right or interest said to support the alleged infringement. This comparison is left for the second stage of analysis under the limitations clause. It is under the limitations clause that we ask whether a party's interest in having a challenged law upheld is of sufficient import to justify the infringement of a right... the determination made here is one of definition or demarcation, not balancing. We are asking what counts as protected assembly activity, not whether this kind of protected activity, when offset against some competing set of public or private interests, still merits protection. We are deciding what values animate and what practices are protected by a particular right. The problem of value conflict between a right and a law that limits the exercise of that right De Reuck v. גם. ראו is played out at the next stage of inquiry – the limitations clause" Director of Public Prosecutions, 2004 (1) SA 406, § 48: "The respondents dispute that child pornography, as defined by the Act, is expression. Relying on the approach of the United States Supreme Court where certain categories of expression are unprotected forms of speech, the respondents argued such materials do not serve any of the values traditionally considered as underlying freedom of expression, namely, truth-seeking, free political activity and self-fulfillment. This argument must fail. In this respect, our Constitution is different from that of the United States of America. Limitations of rights are dealt with under section 36 of the Constitution and not at the threshold level. Section 16(1) expressly protects the freedom of expression in a manner that does not warrant a narrow reading. Any restriction upon artistic creativity must satisfy the rigours of the limitation analysis"

171 ראו Hansen v. The Queen, [2007] NZSC 7, § 22: "The first question is the interpretation of the right. In ascertaining the meaning of the right, the criteria for justification are not relevant. The meaning of the right is ascertained from the 'cardinal values' it embodies. Collapsing the interpretation of the right and the s1 justification is insufficiently protective of the right. The later justification is according to a stringent standard, in which a party seeking to justify must show that the limit on a fundamental right is 'demonstrably justified' in a free and democratic society. The context for the application of s1 is then the violation of a constitutionally guaranteed right or freedom"

172 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 27, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "ראוי לאפשר הגדרה רחבה יחסית להיקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות, תוך התאמת היקף ועוצמת ההגנה החוקתית שתינתן לזכות האמורה בהקשרים שונים, בהתנגש עם זכויות ואינטרסים נוגדים."

"הגישה המקובלת בפסיקתו של בית משפט זה הינה כי הגבלת אופן מימושה של זכות-אדם מהווה פגיעה בהיקפה הפנימי של הזכות, ולפיכך יש לבחון אז את הפגיעה באופן המימוש, כחלק מהפגיעה בזכות עצמה. לפי תפיסה זו, העובדה כי קיימות דרכי מימוש אחרות לזכות האדם הרלבנטית, עשויה להפחית מעוצמת הפגיעה בזכות, אולם אין בה כדי לאיין את עצם קיומה של הפגיעה... ככלל, כאשר עסקינן בסוגייה שעניינה הגבלת אופן המימוש של זכות חוקתית מוגנת, מלאכת האיזון המתבקשת היא בין הזכות המוגנת הרלוונטית לבין ערכים ואינטרסים ציבוריים אחרים. כך הוא המקרה שלפנינו, בו עיקר ההצדקה להגבלה – או ליתר דיוק, לאיסור – על מימוש חופש הביטוי הפוליטי בדרך של פרסומות בתשלום, נעוץ בדוקטרינת ההגנות. מדובר באיזון 'חיצוני' בין זכות אדם חוקתית לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים ועל דרך העיקרון, המקום הראוי לעריכת איזון זה הוא במסגרת פסקת ההגבלה. גישה אחרת עלולה להוביל לצמצום היקפן הפנימי של זכויות אדם יתר על המידה, שכן דרכי המימוש של זכויות אלה עלולות שלא לזכות במעמד מוגן. גישה כאמור עלולה אף להוביל לטשטוש אנליטי ומעשי בין שלב הגדרת היקפן הפנימי של זכויות האדם לבין מידת ההגנה עליהן, שכן האינטרסים הציבוריים הנשקלים במסגרת דרישות התכלית הראויה והמידתיות בפסקת ההגבלה, 'יחלחלו' אל תוך הגדרת היקפן הפנימי של הזכויות. בין היתר, עלול הדבר להוביל להכבדת נטל ההוכחה המוטל על עותרים המבקשים לטעון לפגיעה בזכות, שכן ההתחשבות בשיקולים הציבוריים תוסט אל השלב הראשון של בחינת עצם קיומה של פגיעה בזכות."

וברוח דומה ציין באותה פרשה המשנה לנשיא א' ריבלין:¹⁷³

"קיומם של ערכים, אינטרסים, וזכויות מתחרות, חזקים ככל שיהיו, אינו עשוי להשפיע על עצם קיומה של זכות חוקתית נבדלת אלא רק על עצמת ההגנה על הזכות."

בפרשת עדאלה ציינתי כי "ההתחשבות באינטרס הציבורי מקומו בשלב הפגיעה בזכות (כגון חופש הביטוי) ולא בשלב קביעת היקפה של הזכות".¹⁷⁴ לא הייתה זו הגישה היחידה. היא עוררה מחלוקת מתודולוגית. לבחינתה אפנה כעת.

173 פרשת משפחה חדשה, שם, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

174 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 26, פס' 105 לפסק דינו של הנשיא ברק.

3. פרשת עדאלה

בפרשת עדאלה, נדונה השאלה אם הזכות לכבוד האדם כוללת גם את הזכות של בן זוג ישראלי לאיחוד משפחות בישראל עם בן זוגו מיהודה ושומרון או מחבל עזה. כל השופטים הסכימו כי כבוד האדם, כמשמעותו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, משתרע על הזכות לחיי משפחה משותפים; כן הוסכם על הכול כי זכות זו כוללת את זכותם של בני זוג ישראליים לממש את חיי המשפחה שלהם בישראל. גדר המחלוקת היה אם הזכות לחיי משפחה, כחלק מכבוד האדם, משתרעת גם על הזכות לממש את חיי המשפחה בישראל כשאחד מבני הזוג אינו ישראלי. אפשרות זו הוגבלה על ידי דבר חקיקה שחוקתיותו עמדה לבחינתו של בית המשפט.

המשנה לנשיא, השופט מ' חשין, קבע בפסק דינו כי הזכות החוקתית לכבוד האדם אינה כוללת את זכותו של בן זוג ישראלי לממש את חיי המשפחה בישראל עם בן זוג שאינו מישראל. גישתו זו התבססה, בין השאר, על השיקול הציבורי בקביעת מדיניות הגירה. במסגרת זו בחן השופט מ' חשין את האינטרס הציבורי שבחובת המדינה כלפי אזרחיה לקבוע את אופייה וזהותה של מסגרת החיים המשותפת ואת דמותה של המדינה. על פי גישתו: 175

”במאטריה זו, מאטריה רגישה מאין כמוה, ובענייניו של אינטרס ציבורי עמוק כאינטרס העומד מאחורי הסוגיה שלפנינו; ראוי לנו כי נניח לאינטרס הציבורי לומר את דברו כבר בתחילה, לעת קביעת גדריה של זכות היסוד. זהו המבט הפנורמי אליו מכוונים אנו, מבט המאפשר לנו לראות את הפרט ואת החברה בה הוא חי כשלוכים ביחידה אחת.”

כדי להסביר את גישתו זו כתב המשנה לנשיא מ' חשין: 176

”בקביעת גדריה של זכות יסוד שומה עלינו להתבונן על סביבנו במבט פנורמי, ולעת תיחום גבולותיה של זכות היסוד נטל הוא המוטל עלינו ליתן דעתנו לא אך ליחיד הקונה זכויות אלה, אלא, למיצער, לסביבתו הקרובה ולהשלכות חברתיות והאחרות שתידרשנה מהענקתה של זכות בהיקף זה או אחר. אכן, זכות יסוד – כל זכות יסוד – אין היא חיה ומתקיימת לעצמה בחלל. זכויות היסוד חיות ומתקיימות בתוככי חברה אנושית, בין בני אדם, ואמורות הן לבטא את ההכרה בכבוד האדם, באוטונומיה של הרצון החופשי, בחופש של האדם לעצב את חייו כרצונו בחברה שהוא חי בה. האדם הוא יצור חברתי, וקיטומו, התפתחותו ופריחתו, כל אלה תולים עצמם

175 שם, פס' 56 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

176 שם, פס' 40 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

בקיומה של חברה אנושית בה מתקיים סדר, ביטחון ושלוש מינימליים. זכות יסוד משפיעה על סביבותיה, מושפעת היא מסביבותיה וקביעת תחום התפרשותה הוא פועל יוצא מעוצמתה הפנימית ומאותן השפעות כוללות. לא יהיה זה נכון, לדעתי, לנקז את נושא ההשפעות אך לפסקת ההגבלה ולסוגיית הפגיעה בזכות היסוד. יש כוחות בעלי-עוצמה שביכולתם להשפיע על קביעת גבולותיה של זכות היסוד מעיקרה, וראוי כי כל אינטרס ימצא את מקומו הראוי לו.”

וכדי לבסס אותה ציין: 177

”מתיחת זכויות-יסוד אל כל עבר – מעלה, מטה ולצדדים – תוך הפניית האינטרסים שבכוחם להשפיע על גבולותיהן אל-עבר פסקת ההגבלה, עלולה להביא לפגיעה בשיח החוקתי, וזו עלולה להוליך בסופו של יום לצמצום ההגנה החוקתית על זכויות האדם. ואנו, מבקשים אנו ליצור הליך חוקתי מאוזן וראוי העשוי למנוע זילות של השיח החוקתי... פיזורם של שריגי אגד האינטרס הציבורי – בהתאם לעוצמת השריג שלעניין – בין מלאכת קביעת גבולותיה של זכות-יסוד לבין פסקת ההגבלה, עולה בקנה אחד עם עיקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, שכן יש בו כדי להוביל לבחינה כוללת יותר וזהירה יותר של דברי חקיקה... בבואנו לבחון את תחומי התפרשותה של זכות יסוד, חייבים אנו לשוטט במבט מאופק-אל-אופק ומעלה-מטה. ריכוז מבטנו בעץ הבודד בהתעלם מן היער שהוא שוכן בו שקול כנגד התעלמות מן המציאות. להגנה על העץ האחד עלולים אנו לפגוע ביער, ונמצאנו פוגעים בבלי-דעת בעץ עצמו, שהרי קיומו של העץ קיום הוא בתחומי היער. ונדגיש: בחינה זו ראוי לה כי תיעשה – ולו בחלקה – במקור הזכות, לעת לידתה ועיצובה של זכות היסוד. שכן פרישת הזכות מלכתחילה אל-עבר מחוזות רחוקים – מחוזות שאפשר שלא יועדו לה – תביא ממילא להגבלתה בשלב של פסקת ההגבלה. הליך זה, כפי שראינו, עלול להביא לזילות השיח החוקתי.”

לעמדתו זו של המשנה לנשיא מ' חשין הצטרפה השופטת מ' נאור: 178

”היקף הזכות למימוש חיי המשפחה בישראל דווקא, ככל שתוכר זכות כזאת, כרוך בשאלת היקף החובה שתוטל על המדינה... כאשר אזרח המדינה מבקש להינשא לאזרח זר ולהקים את תא המשפחה בתחומי המדינה

177 שם, פס' 41 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

178 שם, פס' 6-8 לפסק דינה של השופטת נאור.

מתעוררת בהכרח סוגיית ההגירה, ובכלל זה, הגירה מכוח הזכות לחיי משפחה. כשבני הזוג אינם מתגוררים באותה המדינה – שאלת היקף הזכות לחיי משפחה ושאלות מתחום דיני ההגירה הן שאלות שלא ניתן לנתק ביניהן... לפרשנות המוצעת על ידי חברי הנשיא בעניין היקף הזכות למשפחה, פרשנות המכירה בזכות חוקתית למימוש חיי המשפחה בישראל, השלכות רחבות. הפרשנות תצמצם, בהכרח, את כוחו של שר הפנים להיות 'שומר סף'. כיצד יוכל שר הפנים להיות שומר סף אם 'מפתחות הבית' מצויים בידי כל אזרח ואזרחית? (ההדגשות במקור)

השופט מ' נאור סברה כי יש להימנע מיצירה של "גזרת התנגשות" בין הזכות לחיי משפחה לבין זכותה של המדינה לקבוע מי יבוא בשעריה: "אם לא 'נמתח' כאמור את פרשנותו של 'כבוד האדם', וכנגזרת ממנו את היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה, אכן נוכל להימנע מהתנגשות זו".

השופט א' גרוניס העלה שיקולים שתמכו בעמדתו של המשנה לנשיא מ' חשין:¹⁷⁹

"ההגדרה הרחבה מאוד של הזכות החוקתית, כשיטתו של חברי הנשיא, מביאה לכך שחוקים לא מעטים יחשבו כפוגעים בזכויות החוקתיות ולפיכך יהיו חייבים לעמוד בבחינה החוקתית, קרי בתנאיה של פסקת ההגבלה. התוצאה עלולה להיות זילות של הזכויות החוקתיות. כמו כן עלולה להתעורר בעיה מעשית באשר ליכולתם של בתי המשפט להתמודד השכם והערב עם טענות חוקתיות."

עם זאת ציין השופט א' גרוניס כי "מכל מקום, לצורך הדיון הנוכחי מוכן אני להניח, כשיטתו של חברי הנשיא, כי החוק פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה של בן הזוג הישראלי".¹⁸⁰

עמדתי בפרשה זו הייתה כי השיקול בדבר טובת הכלל הוא אמנם בעל חשיבות רבה, אולם "מקומו הגאומטרי" אינו בקביעת היקפה של הזכות לחיי משפחה (כחלק מכבוד האדם) אלא בקביעת ההגבלות עליה:¹⁸¹

"לדעתי, ההתחשבות באינטרס הציבורי – היא הוא חשוב כאשר יהא – צריכה להיעשות במסגרת בחינת תנאיה של פסקת ההגבלה (השלב השני בבחינה החוקתית) ולא במסגרת קביעת היקפה של הזכות החוקתית עצמה (השלב הראשון בבחינה החוקתית). כך לעניין הזכות לחיי משפחה וכך

179 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס.

180 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס.

181 שם, פס' 105 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לעניין כל זכות חוקתית אחרת. המתודולוגיה בה נוקט חברי, סופה לצמצם במידה רבה את ההגנה החוקתית על זכויות האדם. היא עשויה להוביל, למשל, לתפיסה כי ההתחשבות באינטרס הציבורי, כמו ביטחון המדינה, או שלום הציבור, לעניין הזכות לחופש הביטוי, צריך למצוא מקומו בקביעת היקפו של חופש הביטוי ולא בקביעת האפשרות החוקתית לפגוע בו. שינוי 'המיקום' של האינטרס הציבורי אינו עניין טכני או מתודולוגי גרידא. הוא עניין בעל השלכות עמוקות על זכויות האדם בישראל. יש בו משום צמצום דרסטי בהיקפן של זכויות האדם... יש בגישה זו, 'משום ערעור האיזון החוקתי'... יש בה משום דילול ההגנה החוקתית על זכויות האדם בישראל... תפקידנו כשופטים, בשלב זה של חיינו הלאומיים, הוא להכיר במלוא היקפן של זכויות האדם, תוך מתן מלוא העוצמה לכוחה של פסקת ההגבלה לאפשר פגיעה בזכויות אלה, בשעת הצורך, בלא לצמצם את היקפן."

אשר לנימוק שהעלה השופט מ' חשין בעניין הפרדת הרשויות, ציינתי:¹⁸²

"אינני סבור שמתן פרשנות תכליתית לזכויות היסוד, תוך התחשבות באינטרס הציבורי בגדריה של פסקת ההגבלה, יש משום פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות. אין דבר בעיקרון הפרדת הרשויות לפיו בית המשפט צריך ליתן פירוש מצמצם לזכויות האדם, כדי לצמצם את היקפה של הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של חוק. אין דבר בעיקרון הפרדת הרשויות המוביל למסקנה כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק פוגעת בהפרדת רשויות. נהפוך הוא: ביקורת זו שומרת על גבולות הסמכות של האורגנים השלטוניים השונים ושומרת על זכויות האדם. זו גם תפקידה של הפרדת הרשויות."

אשר לטענה כי גישתו מביאה לבחינה כוללת יותר וזהירה יותר של דבר החקיקה, ציינתי:¹⁸³

"ככל שתגבר ההתחשבות באינטרס הציבורי בגדרי קביעת היקפה של הזכות, כך יצמצם תפקידה של פסקת ההגבלה, ותפחת האפשרות לבחינה כוללת וזהירה של דברי חקיקה. תחת להתמקד בחוק הפוגע, יתמקד הניתוח בזכות הנפגעת. במקום דרישה כי המחוקק יחוקק חוקים התואמים את פסקת ההגבלה, תבוא דרישה כי בית המשפט יצמצם את היקפן של זכויות האדם."

182 שם, פס' 107 לפסק דינו של הנשיא ברק.

183 שם, פס' 107 לפסק דינו של הנשיא ברק.

גישה זו אומצה על ידי השופטת ד' ביניש,¹⁸⁴ השופט ס' ג'ובראן,¹⁸⁵ השופטת א' חיות,¹⁸⁶ השופטת א' פרוקצ'יה¹⁸⁷ והשופט י' עדיאל;¹⁸⁸ השופט א' ריבלין, שהצטרף אף הוא לעמדה זו, עמד על מציאות הטרור הקשה השוררת בישראל והוסיף:¹⁸⁹

“אני סבור כי המציאות הזו, אין בה כדי לשנות מהגדרתה של הזכות ומתחום פריסתה. יש להביאה בחשבון ההכרעה בעת שאנו נדרשים, במסגרת האיזון החוקתי, לשאלת חוקתיותן של המגבלות המוטלות על זכויות היסוד. בכך שותף אני לעמדתו של הנשיא א' ברק. אין להרחיב את פועלה של פסקת ההגבלה בדרך של הגבלת הזכות עצמה. הזכות צריך לה שתפורש בנדיבות ובאורח ליברלי. כך, למשל, פסקנו כי בגדרי הזכות לחופש הביטוי נכללים גם הביטוי הנתעב והדיכתי, באופן שכל צורות הביטוי יזכו, על-פניהן, להגנה חוקתית... הדברים יפים גם לעניין הזכות לקיים חיי משפחה... אין לצמצם את עצם הגדרת הזכות לקיים חיי משפחה. אף אם לא נוכל לאפשר, בשל אילוצים מותרים, את מימושה המלא, לא נגרע מן ההכרה בה... נקודת המוצא צריכה להניח הגדרה נדיבה. ההגבלה – העשויה להביא בחשבון את מיקומו של המקרה בשולי הזכות או בגרעינה – צריך לה שתובא בחשבון במסגרת יישום פסקת ההגבלה. האיזון שבין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי או בין לבין עצמן, צריך שיעשה במסגרת פסקת ההגבלה.”

אף השופט א' לוי עמד על “משקלו של האינטרס הציבורי, החותר לצמצם את הסכנה הביטחונית ולהבטיח הגנה על חיי הציבור ושלומו”; אשר ל”מיקומו” של אינטרס זה, כתב השופט א' לוי:¹⁹⁰

“ואף אם, כדבריו של חברי הנשיא, אין בקיומו של סיכון זה, כדי להמעט ממשקלן של זכויות-יסוד של הפרט, הנמצאות נפגעות בשל ההסדרים הננקטים, הרי להשקפתי יש גם-יש בו בסיכון הביטחוני להשפיע על היקף ההגנה על זכויות אלו ועל מיקומה של נקודת האיזון בין לבין ערכים מתחרים.”

184 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ביניש.

185 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

186 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות.

187 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

188 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט עדיאל.

189 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין.

190 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט לוי.

ובהמשך פסק דינו: 191

“לאינטרס הציבורי משקל מרכזי בעיצובם של דברי החקיקה המסדירים את סוגיית ההגירה. ברם, וזהו הנדבך השני בו תומכת עמדתי את יתדותיה, דומה כי אין לך נושא המוסדר בחקיקה, הפטור מעמידה במבחנו של איזון נורמטיבי אל מולם של זכויות וערכים מתחרים. משעה שהללו הם בעלי מעמד חוקתי, הבחינה היא בחינה חוקתית, וכשבית המשפט הוא הנדרש לעריכתה של בחינה זו, אין משמשים אותו בכך אלא אותם כלים של ביקורת חוקתית, שנקבעו בחוקי היסוד ושפותחו בפסיקתו של בית משפט זה מזה קרוב לעשור ומחצה.”

השופט א' לוי ערך את הבחינה החוקתית הדרוֹשֶׁלֶבית. הוא הגיע למסקנה – בשלב הראשון – כי הזכות לכבוד האדם נפגעה, ולפיכך עבר לבחינת יסודותיה של פסקת ההגבלה: 192

“אין הזכויות החוקתיות עומדות לעצמן, ועל כן אין הן מוחלטות. על כף המאזניים ניצבים כנגדן אינטרסים ציבוריים, אשר בענייננו... דומה כי אין חיוניים מהם. בעריכתו של האיזון משמשים, כאמור, כלי הביקורת החוקתית המוכרים לנו, אלה הם – רכיביה של 'פסקת ההגבלה' שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועיקרם שאלת תכליתם של האמצעים הפוגעניים ומידתה של הפגיעה.”

נמצא, אם כן, כי גם על פי השקפתו של השופט א' לוי “מיקומו” הראוי של האינטרס הציבורי הוא במסגרתה של פסקת ההגבלה (השלב השני) ולא במסגרת של קביעת היקף הזכות (השלב הראשון).

4. הטעמים שביסוד עמדתו של בית המשפט העליון

(א) מהותה של המחלוקת

המחלוקת שהתגלעה בבית המשפט העליון בעניין “מיקום” ההתחשבות בטובת הכלל אינה טכנית אלא מהותית. אין זו מחלוקת באשר לחשיבותה של טובת הכלל. הכול מסכימים כי יש להתחשב בטובת הכלל והתחשבות זו היא המונחת ביסוד התפיסה כי זכויות חוקתיות אינן מוחלטות אלא יחסיות. הכל מסכימים כי זכות חוקתית אינה עומדת לעצמה וכי היא קיימת במסגרתה של חברה. הכול מסכימים כי יוטלו על הזכות החוקתית מגבלות הנובעות מהצורך להתחשב בטובת הכלל. מהי אפוא המחלוקת? המחלוקת הינה באשר

191 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט לוי.

192 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט לוי.

להבנתה של הזכות החוקתית עצמה. בעניין זה ניצבות שתי גישות נוגדות. על פי גישה אחת, מושג הזכות החוקתית משקף את השאיפה למימוש אופטימלי של הרצון האישי או האינטרס האישי המונח ביסוד הזכות, תוך הבנה כי מימוש אופטימלי זה אינו אפשרי וכי מוטלות עליו מגבלות שהן חיצוניות לזכות עצמה ומתבקשות מטובת הכלל. על פי גישה זו, טובת כלל אינה חלק אינטגרלי של הזכות החוקתית עצמה. היא חיצונית לה והיא מטילה מגבלות על מימושה.¹⁹³ כך, למשל, חופש הביטוי הוא החירות לבטא כל עמדה וכל השקפה. הגבלתו בשל טובת הכלל אינה מצמצמת את הזכות עצמה אלא מבטאת הכרה בחוסר האפשרות לממשה במלואה. על כן חופש הביטוי משתרע גם על החופש לגלות סודות צבאיים או לפרסם דברי תועבה והסתה. עם זאת, ניתן להגביל את הוצאתו של חופש הביטוי מהכוח אל הפועל ובכך למנוע גילוי סודות צבאיים או פרסום דברי תועבה והסתה. הגישה האחרת רואה את מושג הזכות החוקתית כשאיפה למימוש אופטימלי של הרצון האישי או האינטרס האישי תוך התחשבות בטובת הכלל. על פי גישה זו, טובת הכלל הוא חלק אינטגרלי של הזכות החוקתית עצמה. מושג הזכות החוקתית מתפרש מלכתחילה תוך התחשבות ושקילה של טובת הכלל. על כן, למשל, חופש הביטוי מלכתחילה עשוי להיתפס כמי שאינו כולל את החירות לגלות סודות צבאיים או לפרסם דברי תועבה והסתה.

(ב) טעמים התומכים בשלילת ההתחשבות בטובת הכלל בקביעת היקף הזכות החוקתית

לדעתי, הגישה הראשונה – והיא שהתקבלה על ידי מרבית השופטים בפרשת עדאלה¹⁹⁴ – היא הגישה הראויה. היא מאפשרת תפיסת עומק של הזכות החוקתית. היא מעמידה את הזכות החוקתית כאידאל שהחברה צריכה לשאוף למימושו. אידאל זה עשוי כמובן להתנגש באידאלים אחרים או באינטרסים אחרים שהחברה צריכה לשאוף להגשמתם. התנגשות זו לא תיפתר על ידי צמצום של האידאלים אלא על ידי הגבלה של אופני מימושם. זכות חוקתית ממשיכה לעמוד בטוהרתה כשאיפה החוצה גבולות וזמנים. היא מצויה בהתנגשות מתמדת עם שאיפות נוגדות. התנגשות זו נפתרת בדרך איזון ברמה התת-חוקתית. היא נשלטת על ידי דיני המידתיות של פסקת ההגבלה. האיזון בין אופני המימוש של הזכות החוקתית ושל השאיפות המתנגשות אינו משפיע ואינו מצמצם את משמעותה של הזכות החוקתית ואת היקפה. איזון זה משפיע על הגשמתה של הזכות ברמה התת-חוקתית בחברה נתונה ובזמן נתון. גישה זו מעניקה לחברה את האידאלים שראוי לה לשאוף אליהם ומחזקת את מעמדם, גם אם הם אינם מוגשמים הלכה למעשה. בכך אף נשמרים גבולותיה וכוחה של הזכות החוקתית גם במצבי חירום או במצבים קשים אחרים. ראוי כי ההגבלות הנדרשות על זכויות חוקתיות בעתות חירום או ברגעי משבר ייקבעו כהגבלות חיצוניות על הזכות החוקתית ולא כחלק מהזכות עצמה. צמצום אופני מימושה של זכות חוקתית בעת נתונה

193 ראו להלן עמ' 307.

194 גישה זו אומצה בפסק הדין על ידי השופטת ביניש, השופט ג'ובראן, השופטת חיות, השופטת פרוקצ'יה, השופט עדיאל, השופט ריבלין והשופט לוי.

הוא עניין חולף, שאינו משפיע על היקפה. נוסף על כל אלה, הבחנה ברורה בין זכות חוקתית לבין טובת הכלל תביא להפריה הדדית של השיח הציבורי והחוקתי. קווי התיחום בין המשפט לפוליטיקה ייקבעו באופן ברור יותר ומדויק יותר. השיקולים השונים המובאים בחשבון יוצגו בצורתם הבהירה והראויה והמשקל שיינתן להם יהא גלוי וניתן להערכה ולביקורת.

גישה עקרונית זו להבנתה של זכות חוקתית מתבקשת מהמודל הדו-שלבי. מודל זה מבוסס על הבחנה בין היקפה של הזכות החוקתית לבין דרכי מימושה. הוא מאפשר בחינת הזכות החוקתית במלוא היקפה בשלב הראשון (השלב החוקתי), תוך הטלת המגבלות הראויות בשלב השני (השלב התת-חוקתי). תהא זו תוצאה בלתי-ראויה ומצערת אם זכויות חוקתיות יושפעו פעמיים – פעם אחת בשלב הראשון, בצמצום הזכות עצמה, ופעם נוספת בשלב השני, בהגבלת אופני מימושה של אותה זכות מצומצמת.

ג. היקף הזכות החוקתית וזכותו של אחר

1. מקומה של זכותו של אחר

בקביעת היקפה של הזכות החוקתית אין להתחשב, עקרונית, בטובת הכלל. מקומו של שיקול חשוב זה בבחינת אפשרויות המימוש של הזכות החוקתית. הוא מהווה חלק מדיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. הוא נבדק בשלב השני של הבחינה החוקתית. מה דין זכותו של אחר? האם בקביעת היקפה של זכות חוקתית יש להתחשב בזכויות החוקתיות של אחרים? כך, למשל, האם בקביעת היקפה של הזכות בדבר חופש הביטוי יש להתחשב בזכותו של אחר לפרטיות או לשם טוב? האם השיקולים של זכויות אלה יש בהם כדי לצמצם את היקפו של חופש הביטוי? תשובתי לשאלה זו זהה לתשובתי לעניין ההתחשבות בטובת הכלל בקביעת היקפה של הזכות החוקתית. על פי גישתי העקרונית, היקפה של הזכות החוקתית נקבע על פי פרשנותה הפנימית. הוא מבטא את הטעמים המונחים ביסוד הזכות. הוא משקף את האידאל החברתי המתבטא בזכות החוקתית. אין לצמצם היקף זה בשל טעמים הקשורים לזכותם של אחרים.¹⁹⁵ על כן, אין לצמצם את היקפו של חופש הביטוי בשל טעמים הקשורים בזכותו של אחר לשם טוב או לפרטיות. חופש הביטוי צריך להשתרע, על כן, גם על ביטוי שיש בו פגיעה בשם הטוב של אנשים אחרים או בפרטיותם. שיקולים אלה בדבר זכותם של אחרים הם בעלי חשיבות רבה. יש להתחשב בהם. "מקומם הגאומטרי" אינו בקביעת היקפה של הזכות החוקתית, אלא באפשרויות מימושה. מקומם של שיקולים אלה הוא בשלב השני של הבחינה החוקתית. הם מהווים גורמים חשובים הקובעים את המידתיות של הפגיעה בחופש הביטוי. על כן, חוק הפוגע בחופש

195 ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין המשמעתי של עובדי המדינה, פ"ד נח(1) 529 (2003). ראו להלן עמ' 115.

הביטוי לשם שמירה על שמו הטוב או פרטיותו של אחר ייבחן אם הוא לתכלית ראויה, אם האמצעים ראויים, ואם הנזק השולי לחופש הביטוי הוא מידתי ביחס לתועלת השולית לשם הטוב או לפרטיות.

הטעמים המונחים ביסוד גישתי זו דומים לטעמים המונחים ביסוד גישתי על פיה אין להתחשב בטובת הכלל בקביעת היקפה של הזכות החוקתית. בשני המקרים – טובת הכלל וזכותו של אחר – הגישה הראויה היא לתת ביטוי, בגדרי הזכות החוקתית, לאידאל המלא המונח ביסוד הזכות. את יחסיותו של אידאל זה, ואת התנגשותו בשיקולים של טובת הכלל או זכויות של אחרים, יש למקם בפסקת ההגבלה ובדיני המידתיות. מיקומם הראוי אינו ברמה החוקתית אלא ברמה התת-חוקתית. על פיה, יינתן תוקף לנורמה תת-חוקתית, כגון חוק הפוגע באופן מידתי בחופש הביטוי לשם הגשמת טובת הכלל (כגון הגנה על ביטחון המדינה) או הגנה על זכותו של אחר (כגון חוק הבא להגן על השם הטוב או על הפרטיות). אכן, אין לדלל את המושג החוקתי של חופש הביטוי בטעמים שאינם קשורים לחופש זה. עם זאת, יש לאפשר פגיעה חוקתית בחופש זה לשם הגשמתן של מטרות ראויות (בין בשל טובת הכלל ובין בשל זכותו של אחר) באמצעים ראויים אשר פגיעתם בחופש הביטוי היא מידתית.

2. זכותו של אחר והתנגשות בין זכויות חוקתיות

הגישה לפיה היקפה של כל זכות חוקתית ייקבע על פי הטעמים הפנימיים המונחים ביסודה, מובילה מטבע הדברים להתנגשות בין זכויות חוקתיות. אם חופש הביטוי כולל גם ביטוי הפוגע בפרטיות או בשם הטוב, הרי גם הפרטיות והשם הטוב כוללים בגדריהם חופש מביטוי הפוגע בהם. כתוצאה מכך נוצר ניגוד בין הזכות החוקתית לחופש הביטוי לבין הזכות החוקתית לפרטיות והזכות לשם הטוב. כיצד נפתרת התנגשות זו? אם פתרונה הוא בצמצום היקפה של הזכות החוקתית, האם לא התקבלה התוצאה שהיקפה של הזכות החוקתית צומצם בשל זכויות חוקתיות של אחרים? אמת, צמצום זה לא נבע מהפירוש של היקף הזכות החוקתית אלא מעמדתם של הדינים בדבר התנגשות בין זכויות חוקתיות – אך התוצאה היא אחת: היקפה של הזכות החוקתית צומצם בהשפעתן של זכויות חוקתיות נוגדות. מה טעם יש למנוע מהשיקול בדבר זכותו של אחר להיכנס בדלת הראשית (בגדר ההיקף של הזכות החוקתית המתפרשת) אם מכניסים אותו בדלת האחורית (בגדרי הדינים בדבר התנגשות זכויות חוקתיות)?

תשובתי הינה, כי הפתרון בשני המצבים – פירוש היקפה של הזכות החוקתית והתנגשות בין זכויות חוקתיות – מביא לתוצאה זהה. על כן, כאשר הזכות החוקתית לחופש הביטוי מתנגשת בזכות החוקתית לפרטיות או לשם הטוב, אין בהתנגשות זו כדי להביא לצמצום בהיקפן של זכויות אלה. פתרון ההתנגשות לא נמצא ברמה החוקתית. פתרונה של ההתנגשות הוא ברמה התת-חוקתית. על פיה עשויה פגיעה בחופש הביטוי להיות חוקתית הואיל והיא נועדה להגן על השם הטוב ועל הפרטיות, ופגיעתה בחופש הביטוי היא מידתית. מסקנה זו מחייבת ניתוח נוסף, לו יוקדש הפרק הבא.

פרק שלישי

התנגשות בין זכויות חוקתיות

א. פתרון ההתנגשות ברמה התת-חוקתית

(1) מודל ההתנגשות

מהו הדין כאשר שתי זכויות חוקתיות מתנגשות זו בזו?¹ זו הינה שאלה של "ברירת דינים". מקובל למקם אותה בגדרי הפרשנות.² על פי גישה פרשנית זו אין בוחנת את פרשנותה של הזכות האחת ואת פרשנותה של הזכות הנוגדת לה. היא בוחנת את פרשנותו של הטקסט כמכלול. לדעתי, בהירות הניתוח מצדיקה הבחנה בין שאלות הקשורות לפירוש היקפה של זכות חוקתית, לבין שאלות הקשורות להתנגשות בין זכויות. הראשונות עוסקות במונח של הטקסט החוקתי. השניות עוסקות בתוקף שלו. כך, למשל, כאשר השאלה הינה אם חקיקת משנה היא במסגרת החוק המסמיך, או חוק הוא במסגרת החוקה, אין זה ראוי מבחינה מתודולוגית לאפיין שאלות אלה כפרשניות. אלה הן שאלות של תוקף. הן סומכות עצמן על הפרשנות של הטקסטים השונים, אך אין הן מזדהות עימה. על כן, הנני מבחין בין שאלות הקשורות להיקפן של הזכויות, שהן שאלות פרשניות שהתשובה להן היא במסגרת הפרשנות התכליתית לבין שאלות הקשורות לפתרון התנגשות בין זכויות, שאינן שאלות פרשניות, שהתשובה עליהן אינה מצויה בגדרי הפרשנות התכליתית, אלא בגדרי הדינים החוקתיים כאשר לתוקף הזכויות.³

1 ראו Christopher Wellman, *On Conflicts Between Rights*, 14 LAW AND PHILOSOPHY 271 (1995); Phillip Montague, *When Rights Conflict*, 7 LEGAL THEORY 257 (2001); F.M Kamm, *Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism*, 7 LEGAL THEORY 239 (2001); Eva Brems, *Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 27 HUM. RTS. Q. 294 (2005); LORENZO ZUCCA, *CONSTITUTIONAL DILEMMAS: CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN EUROPE AND THE USA* (2007); *CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS* (Eva Brems ed., 2008).

2 ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית* 533 (1992).

3 ש.ם.

במסגרת שאלות של תוקף, מה דין התנגשות בין זכויות חוקתיות? תשובתי היא שכאשר שתי הנורמות המשפטיות החוקתיות המתנגשות מעוצבות כעקרונות אין בהתנגשות זו מבחינה עקרונית⁴ כדי להשפיע על תוקפן של הזכויות החוקתיות או על היקפן.⁵ ההתנגשות משפיעה בדרך כלל על דרכי מימושו. דרכים אלה נקבעות ברמה תת-חוקתית כגון חוק או משפט מקובל הפוגע או מגביל את אחת הזכויות החוקתיות או את שתיהן. פגיעות או הגבלות אלה בזכויות החוקתיות תהיינה חוקתיות כל עוד הן הולמות את דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. ודוק: דיני המידתיות קבועים ברמה החוקתית. ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות המעוצבות כעקרונות יוצרת כלל חוקתי נגזר⁶ המשקף את דיני המידתיות. כלל חוקתי זה מקורו בחוקה, אך הוא אינו פועל ברמה החוקתית. הוא לא מצמצם את היקפן של הזכויות הנפגעות. כלל זה פועל ברמה התת-חוקתית בלבד והוא משפיע עליה. הוא דן במצב בו זכות חוקתית נפגעת על ידי נורמה מהרמה התת-חוקתית. הוא קובע את חוקתיות הפגיעה. הוא לא קובע את היקפה של הזכות הנפגעת. הקביעה של הכלל החוקתי הנגזר פועלת ומתממשת ברמה התת-חוקתית בלבד. המצב שונה כשאת הנורמות החוקתיות המתנגשות, או שתיהן, מעוצבת ככלל. או אז בדרך כלל יהא בהתנגשות זו כדי להשפיע על תוקף הזכויות החוקתיות או על היקפן. במצב כזה לא נוצר כלל חוקתי נגזר. השפעת ההתנגשות פועלת במישורין ברמה החוקתית. היא נקבעת על פי כללי "ברירת הדין" הרגילים לפתרון התנגשות (אמיתית) בין נורמות החלים עקרונית גם במישור החוקתי, לפיהם המאוחרת בזמן גוברת על המוקדמת בזמן, אלא אם המוקדמת היא בעלת תחולה כללית.⁷ גישה זו ("מודל ההתנגשות") חלה באופן עקרוני גם בהתנגשות בין זכות חוקתית לבין טובת הכלל המעוצבת כעיקרון ומעוגנת בחוקה.⁸ אף במקרה זה פתרון ההתנגשות אינו ברמה החוקתית, ואף במקרה זה לא יהא בהתנגשות כדי לצמצם את היקפם של הזכות או טובת הכלל או להשפיע על תוקפם. השפעת ההתנגשות תבוא לידי ביטוי ברמה התת-חוקתית, כלומר: ברמת החוק או ברמת המשפט המקובל.

כדי להבין את גישתי זו יש לבחון מקרוב את ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות. טלו למשל את ההתנגשות בין הזכות החוקתית לשם הטוב או לפרטיות של ראובן לבין הזכות

4 ייתכנו יוצאים מן הכלל. תיתכנה נסיבות בהן הפירוש הראוי של כל אחת מהזכויות יכיר בכך שתוקפן של הזכויות מושפע מההתנגשות. כך, למשל, אם התרחש שינוי חוקתי שהוסיף זכות חדשה (או הרחיב זכות קיימת) המעוצבת כעיקרון, ייתכן שעל פי כללי הפרשנות החלים בסוגיה זו, הזכות החדשה מצמצמת את היקפן של הזכויות הישנות, המעוצבות כעקרונות.

5 לשאלה זו, ראו Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights 54 (Julian Rivers trans., 2002).

6 על הכלל החוקתי הנגזר, ראו לעיל עמ' 62 ועמ' 116.

7 לדינים אלה, ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 537.

8 ראו לעיל עמ' 102.

החוקתית לחופש הביטוי של לאה. ככלל, כל אחת מהזכויות החוקתיות הללו (שם טוב ופרטיות מזה וחופש ביטוי מזה) מכוונת כלפי רשויות השלטון.⁹ לראובן זכות חוקתית (שלילית¹⁰ או חיובית¹¹) כנגד המדינה וללאה זכות חוקתית (שלילית או חיובית) כנגד המדינה. בדרך כלל אין לראובן זכות חוקתית כלפי לאה ואין ללאה זכות חוקתית כלפי ראובן.¹² כיצד אם כן זכויות אלה מתנגשות? ההתנגשות אפשרית באחד משני מצבים. במצב הראשון שיטת המשפט קובעת (במפורש¹³ או במשתמע¹⁴) כי הזכויות החוקתיות מכוונות לא רק כלפי המדינה אלא גם כלפי הפרט. על תוצאתה של התנגשות זו עמדתי במקום אחר.¹⁵ במצב השני בו אני עוסק עתה, הזכויות החוקתיות שבחוקי היסוד בדבר זכויות האדם מכוונות כנגד המדינה. המדינה נדרשת לפעולה או פועלת הלכה למעשה. היא מתבקשת על ידי ראובן להגן על זכותו כלפיה (כלפי המדינה) לפרטיות או לשם הטוב, והיא מתבקשת על ידי לאה להגן על זכותה כלפי המדינה לחופש הביטוי. במצב דברים זה המדינה נדרשת להפעיל את סמכות החקיקה או הביצוע או השפיטה שלה. בהפעלת סמכות זו מתנגשת חובתה של המדינה כלפי ראובן עם חובתה כלפי לאה. לעתים הזכות היא "שלילית", כלומר: אחד הצדדים או שניהם דורשים להימנע מפגיעה בזכותם. לעתים הזכות היא "חיובית", כלומר: אחד הצדדים או שניהם דורשים מהמדינה להגן על זכותם.¹⁶ במצב שני זה הזכויות השונות "מתועלות" כלפי המדינה והיא נדרשת לפעול. פעולה זו תעוגן בחקיקה, בהוראת מינהל או בפסיקה. בכל המקרים פעולה זו היא ברמה התת-חוקתית. כאשר המדינה פועלת באמצעות האורגנים שלה היא עשויה להגן על זכות חוקתית אחת

- 9 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 וס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90. זו תחולה אנכית של הזכות החוקתית. הן מכוונות כנגד רשויות השלטון.
- 10 על הזכות השלילית, ראו להלן עמ' 513.
- 11 על הזכות החיובית, ראו להלן עמ' 513.
- 12 דיון בשאלת התחולה (האופקית) של הזכויות החוקתיות חורג ממסגרת ספר זה. לסוגיה זו, ראו אהרן ברק "זכויות מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הפרטי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק (צפוי להתפרסם, 2010). ראו גם HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001); ANDRAS SAJO & RENATA UITZ, THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM (2005); HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY (Dawn Oliver & Jorg Fedtke, 2007).
- 13 ראו ס' 28 לחוקה של דרום-אפריקה. לפירוש ההוראה, ראו Stuart Woolman, *Application*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, Chapter 31, 62 (2006).
- 14 זו תורת התחולה העקיפה אשר פותחה במשפט הגרמני והשפיעה על הדין בשיטות משפט רבות. ראו לעיל עמ' 99, ה"ש 154.
- 15 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 649 (1994). ראו גם לעיל ה"ש 14.
- 16 להבחנה בין זכות חוקתית חיובית לזכות חוקתית שלילית, ראו להלן עמ' 513.

ולפגוע בזכות חוקתית שנייה. במצב דברים זה אכן יש התנגשות בין הזכויות, והיא מתקיימת בגדרי סמכותה של המדינה. סמכות זו של המדינה היא סמכות ברמה התת-חוקתית, וההתנגשות היא בין זכויות המעוגנות בנורמות המצויות ברמה התת-חוקתית, כגון חקיקה או משפט מקובל. כדי לפתור התנגשות זו נקבעו דיני המידתיות אשר בפסקת ההגבלה. דינים אלה הם כמובן ברמה החוקתית, שהרי פסקת ההגבלה מעוגנת בחוקה עצמה. מכוחם נוצר כלל חוקתי נגזר הקובע את ההסדר המידתי בהתנגשות בין הזכויות¹⁷. הסדר זה פועל ברמה הנורמטיבית שבה ההתנגשות מתממשת, כלומר ברמה התת-חוקתית. מכאן מסקנתי כי ההתנגשות בין הזכויות המעוצבות כעקרונות אינה פועלת עקרונית ברמה החוקתית ואינה משפיעה על היקפן של הזכויות, אלא מתרחשת ברמה התת-חוקתית ומשפיעה על מידת ההגנה שהמדינה מעניקה להן.

(2) מודל ההתנגשות ושלטון החוק

מודל ההתנגשות לפתרון של התנגשויות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות מכיר במצב דברים שבו שיטת המשפט והחוקה מכירות בזכויות חוקתיות נוגדות בלא שניגוד זה נפתר ברמה החוקתית, כלומר מביא לשינוי בהיקפן של הזכויות החוקתיות. האם גישה זו מתיישבת עם העיקרון החוקתי של שלטון החוק?¹⁸ האין זה חיוני, מנקודת המבט של שלטון החוק, לפתור את ההתנגשות ברמה החוקתית עצמה? תשובתי הינה כי העיקרון בדבר שלטון החוק בא על סיפוקו בפתרון ההתנגשות על ידי דיני המידתיות החוקתיים אשר תוצאותיהם מורגשות ברמה התת-חוקתית. אשר לרמה החוקתית, זו כוללת את העקרונות המתנגשים כולם. אכן, עולמנו החוקתי הוא מורכב יותר מהנראה במבט ראשון. הזכויות החוקתיות, על ערכי היסוד שבהן, משקפות אידאליים השואפים להגשמה מרבית. טבעה של החברה האנושית הוא כי אידאליים מתנגשים זה בזה. פתרונה של התנגשות זו אינו בצמצומו החוקתי של אחד האידאליים האלה או אף בשלילת תוקפו. הפתרון הראוי הוא הכרה בקיום החוקתי הבר-זמני של האידאליים הנוגדים.¹⁹ ניתן לומר אפוא כי ברמה החוקתית הסתירה

17 על הכלל החוקתי הנגזר, ראו לעיל עמ' 62.

18 על העיקרון החוקתי של שלטון החוק, ראו להלן עמ' 276.

19 ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין המשמעתי של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 538 (2003): "המאפיין את הדמוקרטיה הוא בעושר הזכויות, הערכים והעקרונות ובהתנגשות המתמדת ביניהם. לא פעם נאמר כי הזכויות, הערכים והעקרונות החוקתיים הולכים זוגות זוגות של ניגודים. אכן, פתרונם של ניגודים אלה – שהם טבעיים לדמוקרטיה ומעניקים לה את חיותה – לרוב אינו בקביעת היקפם של הזכויות, הערכים והאינטרסים ובהוצאת ההיבטים שידם על התחנות מתחום השיח החוקתי ומתחום הביקורת החוקתית. פתרונם של ניגודים אלה הוא בהשאת הניגוד ברמה החוקתית תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות, לערכים ולאינטרסים המתנגשים ברמה של חקיקה רגילה" (הנשיא ברק).

בין הזכויות המעוצבות על ידי עקרונות נוגדים אינה סתירה אמיתית אלא מדומה.²⁰ סתירה היא אמיתית אם לאחר שהסתיים הליך הפירוש של כל אחת מהזכויות המתנגשות – לרבות מתן משקל לצורך לקיים הרמוניה נורמטיבית והשלמה נורמטיבית, ולחובתו של הפרשן לשאוף לכך – עדיין נותר מצב שבו אין ליישב בין שתי הזכויות. כך הדבר כאשר זכות אחת מחייבת עשיית פעולה ואילו האחרת אוסרת על עשייתה, בלי שאפשר לראות באחת חריג לאחרת. סתירה היא מדומה אם לאחר שהסתיים ההליך הפרשני הסתירה שוב אינה קיימת. על פי טרמינולוגיה זו בהתנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות, הסתירה האמיתית מתקיימת לרוב רק ברמה התת-חוקתית. רק במקרים חריגים ההתנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות היא אמיתית. לרוב היא מדומה (ברמה החוקתית). היא הופכת להתנגשות אמיתית רק ברמה התת-חוקתית. אשר לסתירה בין זכויות חוקתיות המעוצבות על ידי עקרונות לזכויות חוקתיות המעוצבות ככללים, או בין זכויות חוקתיות המעוצבות ככללים בינן לבין עצמן, אלה הן לרוב סתירות אמיתיות הנפתרות ברמה החוקתית עצמה. דיני המידתיות אשר בפסקת ההגבלה אינם חלים בהם.²¹

ב. התנגשות בין זכויות המעוצבות ככללים

מהו הדין בהתנגשות של שתי זכויות חוקתיות המעוצבות ככללים? כזכור, זכות המעוצבת ככלל היא זכות שמרכיביה הם מצבים שאינם עקרונות. על פי רוב, גם זכות זו מתבססת על עקרונות – אולם הם לא חלק ממרכיביה. כיצד תיפתר ההתנגשות בין שתי זכויות כאלה?

נקודת המוצא העקרונית לפתרון ההתנגשות האמורה היא הקביעה אם ההתנגשות היא אמיתית או מדומה. ההתנגשות היא אמיתית אם אין כל אפשרות ליישב בין שני הכללים החוקתיים גם לאחר פרשנותם. אם לאחר הפירוש ההתנגשות נעלמת או שניתן להכיר באחד הכללים החוקתיים כחריג לאחר – הרי היא מדומה.²² כאשר ההתנגשות היא אמיתית יש לקבוע כי אחד הכללים החוקתיים אינו תקף (כולו או חלקו). לא ניתן להשאיר את שניהם בתוך שיטת המשפט. הקביעה איזה כלל חוקתי יישאר בשיטה ואיזה יעזוב אותה תיעשה באמצעות כללי "ברירת הדין" הנוהגים בשיטה. בשיטתנו, הכלל המאוחר בזמן גובר על הכלל המוקדם בזמן (lex posterior derogat legi priori), אלא אם כן הכלל המוקדם בזמן הוא ספציפי – ואז הכלל הספציפי גובר על הכלל הכללי (lex specialis derogat legi).

20 להבחנה בין סתירה אמיתית לסתירה מדומה, ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 542.
21 ראו להלן עמ' 199.
22 ראו בג"ץ 174/85 עלי חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 245, 248 (1985).

23. (generali) כללים אלה של ברירת דין מבוססים כולם על התפיסה כי שני הכללים המתנגשים אינם יכולים להישאר בעלי תוקף בשיטת המשפט. אחד מהם מאבד את תוקפו. כללים אלה חלים בכל הרמות הנורמטיביות. הם חלים על כן גם בהתנגשות אמיתית בין זכויות חוקתיות המעוצבות ככללים.

ג. התנגשות בין זכויות המעוצבות כעקרונות

1. תוקפן והיקפן של הזכויות המתנגשות אינו משתנה

מהו הדין בהתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות? כזכור, זכות המעוצבת כעיקרון מורכבת מערכי יסוד המשקפים אידאלים השואפים למימוש מרבי. אפשר לממשם בדרגות שונות של אינטנסיביות. הם אינם מאבדים את אופיים היסודי אם מימושם המרבי אינו אפשרי. טלו מקרה שבו בשיטת משפט נתונה חופש הביטוי והשם הטוב הם זכויות חוקתיות. הניחו כי זכויות אלה מתנגשות. ההתנגשות יכולה להיות בין שתי זכויות-אם²⁴ נפרדות, כגון בישראל הזכות לכבוד האדם²⁵ והזכות לפרטיות.²⁶ ההתנגשות יכולה להיות בין שתי זכויות-בת²⁷ הנגזרות מאותה זכות-אם. כך, למשל, בישראל, הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון נגזרות מהזכות לכבוד האדם.²⁸ שתי זכויות-בת אלה עשויות להתנגש. כיצד אפוא תיפתר ההתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות? התשובה לשאלה זו מורכבת היא. נקודת המוצא הינה כי בדרך כלל אין בהתנגשות כשלעצמה כדי לגרום לכך שאחת הזכויות החוקתיות המעוצבת כעיקרון תבוטל או תצומצם. כמו כן, הכללים בדבר נורמה מאוחרת הגוברת על מוקדמת ונורמה מיוחדת הגוברת על כללית, אינם חלים בדרך כלל בהתנגשות בין זכויות המעוצבות כעקרונות. עמדתי על כך באחת הפרשות:²⁹

”בהתנגשות (אופקית) בין נורמות חוקתיות השוות במעמדן הנורמטיבי והמשקפות ערכים ועקרונות, בדרך כלל אין לנקוט את הכלל הפרשני שלפיו נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית.”

- 23 ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 545.
- 24 למושגיות של זכויות אם, ראו לעיל עמ' 76.
- 25 ראו ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 26 ראו ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 27 למושגיות של זכויות בת, ראו לעיל עמ' 76.
- 28 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006).
- 29 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 19, בעמ' 537.

התוצאה הינה כי עקרונית שתי הזכויות החוקתיות המתנגשות נשארות תקפות בתוך שיטת המשפט, כל אחת על פי היקפה שלה. בכך נבדלת התנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות ככללים מהתנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות. ההתנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות ככללים משקפת תקלה שנפלה בחוקה, ועל כן תוצאתה היא שאחת הזכויות מאבדת את מלוא היקפה החוקתי. לא כן בהתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות. בדרך כלל אין הן משקפות טעות בחוקה. נהפוך הוא: זו התנגשות בלתי-נמנעת, המשקפת מצב טבעי ורגיל ומבטאת את אופיים של עקרונות השואפים להגשמה מרבית. בשאיפתם זו הם מתנגשים עם עקרונות אחרים שאף הם שואפים להגשמה מרבית.³⁰ שתי הזכויות החוקתיות נשארות תקפות ועל פי היקפן המקורי. שתיהן נשארות בגדרי שיטת המשפט.³¹

תוצאתו של ניתוח זה היא כי בדרך כלל אין בהתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות כדי לצמצם את היקפן של הזכויות המתנגשות או להשפיע על תוקפן. שיטת המשפט מכירה בזכויות חוקתיות שתחולתן חופפת התנהגות מסוימת, תוך שהסדרים נוגדים זה לזה. מצב דברים זה – שאינו אפשרי בדרך כלל לעניין זכויות חוקתיות המעוצבות ככללים – הוא טבעי לעניין התנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות.³²

30 ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 281, 308 (1985): "לעתים קרובות נתקל השופט בערכים יהודיים הסותרים זה את זה. לא פעם נמצא כי בצד עיקרון מצוי הניגוד לאותו עיקרון, וליד התיזה מצויה האנטי-תיזה... עקרונות היסוד של השיטה צועדים לא פעם זוגות זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו" (השופט ברק). ראו גם BENJAMIN CARDOZO, THE PARADOXES OF LEGAL SCIENCE 62 (1928): "We seem to see the working of an Hegelian philosophy of history whereby the tendency of every principle is to create its own antithesis"

31 ראו פרשת פלוניתי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 537: "בהתנגשות (אופקית) בין נורמות חוקתיות השוות במעמדן הנורמטיבי והמשקפות ערכים ועקרונות, בדרך-כלל אין לנקוט את הכלל הפרשני שלפיו נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית. את ההתנגשות יש לפתור בדרך-כלל תוך בחינת מהותה והיקפה של הפגיעה בכל אחד מהערכים והעקרונות המתנגשים – תוך הבחנה בין פגיעה בגרעין הזכות או בשוליה – ואת השפעת ההתנגשות על המערך הנורמטיבי הכללי" (הנשיא ברק). ראו גם Dieter Grimm, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, in HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE 267, 273 (David M. Beatty ed., 1994): "The value – or principle – orientation means that the value embodied in a constitutional provision, particularly in a human right, has to be maximized as much as possible... [I]f a collision between two or more constitutionally guaranteed values occurs, the question is not to determine which one prevails but to find a solution which leaves the greatest possible effect to both of them (Praktische Konkordanz)"

32 ראו HALTON CHEADLE, NICHOLAS HAYSOM & DENNIS DAVIS, SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS 700 (2003): "Rights with competing claims

מהי אפוא תוצאתה של ההתנגשות? התשובה הינה כי תוצאתה של ההתנגשות אינה פועלת בדרך כלל בתחום תוקפה או היקפה של הזכות החוקתית המעגנת את העיקרון אלא בתחום מימושה.³³ רק ההגנה על הזכות מושפעת מההתנגשות, וההשפעה הינה אפוא ברמה התת-חוקתית ולא ברמה החוקתית.³⁴

כאשר שתי זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות מתנגשות אין לנו בדרך כלל עניין בהתנגשות "אמיתית" באשר להיקפן של כל אחת מהזכויות. זוהי אך התנגשות באשר לאופן מימושו של הזכויות. פתרון "ההתנגשות" בין שתי הזכויות ימצא אפוא בחוקתיותו של החוק, מעשה המנהל או המשפט המקובל בהגשימם את אחת הזכויות הפוגעת באחרת.

2. השפעת ההתנגשות בין הזכויות על מימושו

כיצד משפיעה ההתנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות על מימושו של הזכויות? התשובה לשאלה זו מצויה בדיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. דינים אלה מבססים כלל חוקתי נגזר³⁵ הפועל בתחום התת-חוקתי, שכן רק בתחום זה ההתנגשות מתממשת. התוצאה מעוגנת בתחומי המשפט השונים שבמסגרתן יתקיים מימוש זה. כך, למשל, ההתנגשות בין הזכות החוקתית לחופש הביטוי של האדם כנגד המדינה לבין הזכות החוקתית לשם הטוב של האדם כנגד המדינה עשויה להתרחש במסגרתם של דיני הנזיקין האוסרים על לשון הרע. בישראל הם מצויים בפקודת הנזיקין ובחוק איסור לשון הרע. דינים אלה מעניקים לאדם אחד זכויות כלפי אדם אחר. זכויות אלה אינן ברמה החוקתית אלא

can overlap. There is an overlap of the right of freedom of expression, the right to privacy and the right to dignity in respect of defamatory speech. Claims based on these rights compete with each other. It is unnecessary, in a constitution with a limitation clause, to define the borders of the rights in such a way that the border of the right to freedom of expression ends where the right to dignity begins. In other words, it is not necessary to balance the competing claims of different rights at this stage of the analysis"

ראו 33 Andrew S. Butler, *Limiting Rights*, 33 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 113, 122 (2002); Selene Mize, *Resolving Cases of Conflicting Rights Under the New-Zealand Bill of Rights Act*, 22 NZ U. L. REV. 50, 63 (2006)

ראו 34 CHEADLE, HAYSOM & DAVIS, לעיל ה"ש 32, בעמ' 700: "It is more appropriate that competing claims arising from the overlap of rights be resolved by law rather than by an abstract balancing of rights to determine common and impermeable boundaries. The law can strike the balance between the competing claims arising from the rights, and that balance can be assessed under the proportionality analysis under the second stage of the enquiry. Instead of erecting walls between rights, one right may overlap with another and yet be limited by a law, whether statutory or common law, that not only gives effect

to the other constitutional rights but justifies the limitation"

35 על הכלל החוקתי הנגזר, ראו לעיל עמ' 62.

ברמה תת-חוקתית. עם זאת, עדיין יכולה להישמע הטענה כי רמה תת-חוקתית זו פוגעת בזכותו של אדם כלפי המדינה. המדינה אשר חוקקה את דיני הנזיקין הגנה על זכותו החוקתית של האחד ופגיעה בזכות החוקתית של השני. הוא הדין אם השינוי התרחש במעשה מינהל או בגדרי המשפט המקובל. מי שזכותו החוקתית כלפי המדינה נפגעה טוען כי פגיעה זו אינה חוקתית. בדיקתה של טענה זו נערכת על פי דיני המידתיות. היא אינה קשורה להיקפן של הזכויות החוקתיות אלא להגנה עליהן ולמימושן על פי דיני המידתיות אשר בפסקת ההגבלה. כך, למשל, עשויה לעלות הטענה כי דיני איסור לשון הרע אינם חוקתיים כי הם פוגעים באופן לא מידתי בזכות החוקתית לחופש הביטוי של האדם כלפי המדינה או בזכות החוקתית לשם הטוב או לפרטיות של האדם כלפי המדינה. ההתנגשות היא אפוא ברמה תת-חוקתית, תוך שכל צד טוען לזכותו כלפי המדינה. טיעונים אלה נבדקים על פי דיני המידתיות המעוגנים בחוקה. תוצאות הבדיקה פועלות ברמה התת-חוקתית.

בפרשת פלונית³⁶ הוגש נגד הנאשם אישום משמעותי בגין הטרדה מינית. בשל מצבו הבריאותי של הנאשם, העלול להיחשף בדיונים, הוחלט על סגירת הדלתות. המתלוננת לאה העידה במשפט. היא ביקשה להיות נוכחת בכל הדיונים ולעיין בכל הפרוטוקולים. בית הדין המשמעותי סירב לכך מטעמים הקשורים בפרטיותו של הנאשם. בשל סירוב זה עתרה המתלוננת לאה לבג"ץ. חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963 מאפשר סגירת דלתות של בית דין משמעותי "לשם הגנה על מוסר".³⁷ האם "הגנה על המוסר" מאפשרת סגירת הדלתות בפני המתלוננת? בפסק הדין נקבע כי בנסיבות המקרה, הזכות לפומביות של המתלוננת (הנגזרת מסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה) גוברת על הזכות לפרטיותו של הנאשם (הקבועה בסעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ועל כן אין לכלול בדיבור "הגנה על המוסר" מקרים שבהם הפגיעה בפומביות פוגעת בזכותה של הנפגעת עצמה. פסק הדין אינו מכריע בשאלה אם פומביות הדיון הוא עניין השייך לטובת הכלל או זכות חוקתית. בנייתו בפרק זה אצא מתוך ההנחה כי הפומביות היא זכות חוקתית. כפי שראינו, ניתוח דומה נערך אם הפומביות אינה זכות חוקתית אלא טובת הכלל.³⁸ את השקפתי בעניין ההתנגשות בין הפומביות לפרטיות באותה פרשה נימקתי בזו הלשון:³⁹

"עניין לנו בתחום שבו הזכות לפרטיות ועיקרון הפומביות מתנגשים זה בזה. התנגשות זו משקפת מצב טבעי בחברה דמוקרטית, שבה זכויות אדם מתנגשות אלה באלה (כגון הזכות לחופש הביטוי מתנגשת בזכות לשם הטוב), ושבה זכויות האדם מתנגשות בערכים ובעקרונות של החברה (כגון חופש הביטוי המתנגש עם הביטחון ושלום הציבור). פרט למקרים קיצוניים, תוצאתה של התנגשות זו אינו מחייב קביעת הגבולות של הזכויות, הערכים

36 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 19.

37 ס' 41(ב) לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963, ס"ח 50.

38 ראו לעיל עמ' 102.

39 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 19, בעמ' 537.

והאינטרסים ברמה החוקתית תוך ביטולם של הזכות, הערך או האינטרס שידו על התחזונה. כך למשל איננו קובעים כי הזכות לחופש הביטוי אינה כוללת בחובה ביטוי הפוגע בשם הטוב. אילו כך קבענו היינו מדללים את היקפן של הזכויות החוקתיות ושל הערכים והעקרונות הזוכים להכרה חוקתית, והיינו יוצרים מצב נורמטיבי לפיו חקיקה רגילה הנוגעת לשם הטוב אינה כפופה למגבלות חוקתיות. תוצאה זו אינה ראויה ויש למונעה, אלא אם אין מנוס מהצורך להכריע ברמה החוקתית מהו גבולה של כל זכות.”

ובהמשך:⁴⁰

”בהתנגשות זו, אין ידה של האחת על העליונה, ואין האחת מבטלת את השניה. השתיים ממשיכות להתקיים במלוא היקפן במשפט הישראלי. על כן משתרעת פרטיותו של אדם גם על פרטיות בכל הנוגע לדיונים בבית המשפט, ועל כן משתרעת הפומביות גם במקום שהיא פוגעת בפרטיות. פתרון של התנגשות זו – פתרון שיש להגיע אליו כדי שהפרט והציבור ידעו כיצד עליהם לפעול – אינו ברמה החוקתית. הפתרון מצוי בדברי החקיקה השונים ובפרשנותם הראויה. אלה פוגעים הן בפרטיות והן בפומביות. חוקתיותם נקבעת על-פי הוראותיה של פסקת ההגבלה.”

כיצד נפתרות התנגשויות אלה? הדבר נעשה, כעיקרון, בדרך של איזון בין הזכויות המתנגשות, תוך הבחנה בין כמה מצבים טיפוסיים. לבחינתם של אלה אעבור עתה.

3. איזון פרשני בין שתי זכויות חוקתיות מתנגשות המעוצבות כעקרונות

המקרה הטיפוסי הראשון של זכויות חוקתיות מתנגשות הוא זה שהתעורר בפרשת פלונית. המתלוננת ביקשה לממש את זכותה החוקתית לפומביות הדיון כנגד המדינה ואילו הנאשם סמך על זכותו החוקתית כנגד המדינה לפרטיות. שניהם הסתמכו על חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ”ג-1963, המאפשר לסגור דלתות “לשם הגנה על המוסר”.⁴¹ פרשנות של הוראה זו נעשית על פי תכליתו של החוק, שצריכה להתחשב לא רק בזכות לפומביות אלא גם בזכות לפרטיות. שתי זכויות אלה מובאות בחשבון במלוא היקפן בעת קביעת תכליתה של ההוראה, ובשל ההתנגשות ביניהן נערך איזון. זהו איזון פרשני⁴². הוא מתחשב בחשיבות העקרונית של כל אחת מהזכויות ובמשקלה בנקודת ההכרעה. הוא משקף את האיזון הנערך בגדרי המידתיות במובן הצר אשר בפסקת ההגבלה. מטרתו אינה בדיקת

40 שם, בעמ’ 539.

41 ס’ 41(ב) לחוק שירות המדינה (משמעת).

42 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ’ 98.

החוקתיות של החוק אלא מתן מובן ללשונו של חוק על רקע תכליתו, כאשר התכלית משקפת איזון בין שתי הזכויות. זהו על כן איזון פרשני. ודוק: איזון פרשני זה אינו משקף את כל היבטיה של פסקת ההגבלה. לשם הפעלתו אין לבחון את כל מרכיביה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, השאלה אם תכלית החוק היא ראויה אינה רלוונטית. גם שאלת הקשר הרציונלי וקיומה של חלופה מזיקה פחות אינם נלקחים בחשבון. הרלוונטיות היחידה היא לאיזון בין העקרונות המתנגשים המוצא ביטוי במידתיות במובן הצר.⁴³ זהו אכן איזון פרשני בלבד. אופיו המידתי נובע מתחולתם, בדרך של היקש, של הדינים בעניין המידתיות במובן הצר.

4. איזון בין זכויות חוקתיות מתנגשות המעוצבות כעקרונות לצורכי קביעת החוקתיות של חוק הפוגע באחת מהן

נניח עתה – וזה המקרה השני שבו יש להתחשב – כי הנאשם בפרשת פלונית טוען כי דבר החקיקה שפרשנותו הביאה לפגיעה בזכותו החוקתית לפרטיות אינו חוקתי בשל פגיעתו זו בפרטיות. טיעון זה מעביר אותנו לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות הפרטיות אכן נפגעה, ומרכז הכובד של הדיון עובר לשאלה אם דבר החקיקה הוא מידתי. הוא לתכלית ראויה, שכן הוא נועד לקדם את הזכות החוקתית של פומביות הדיון.⁴⁴ האם האמצעים הננקטים הם מידתיים? התשובה לשאלה זו תתקבל במסגרת פסקת ההגבלה. הנה כי כן, פתרון ההתנגשות בין זכויות המעוצבות כעקרונות לעניין חוקתיות החוק נמצא במסגרת דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. הם ה"מכשיר" המשפטי שנועד לפתור התנגשויות אלה. במסגרת דיני המידתיות יהא על בית המשפט לאזן בין הזכות החוקתית הנפגעת של הנאשם לפרטיות לבין זכותה החוקתית של פלונית לפומביות הדיון. פעולתו של איזון זה אינה פרשנית. זה אינו איזון פרשני.⁴⁵ פעולתו של האיזון אינה משפיעה על היקפן של הזכויות החוקתיות המעורבות. פעולתו של האיזון הינה ברמה התת-חוקתית. מסקנותיו של האיזון קובעות אם החוק הפוגע בזכות החוקתית הוא חוקתי אם לאו.⁴⁶

5. איזון בין זכויות חוקתיות מתנגשות בהיעדר חקיקה המגשימה אותן

במקרה השלישי אין כלל דבר חקיקה בעניין הפומביות וחריגיה. כמו בפרשת פלונית, גם במקרה היפותטי זה המתלוננת טוענת כי מכוח הזכות לפומביות (הקבועה בחוק-יסוד: השפיטה) היא זכאית כלפי המדינה להשתתף בדיונים ולעייין בפרוטוקולים, ואילו הנאשם טוען כי מכוח הזכות לפרטיות (הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) הוא זכאי כלפי

43 ראו להלן עמ' 419.

44 ראו להלן עמ' 295.

45 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

46 כופף לפס' 10 בדבר שמירת דינים, ראו להלן עמ' 221.

המדינה למנוע מהמתלוננת השתתפות בהליך ועיון בפרוטוקולים. כיצד תיפתר התנגשות זו?

תחילה יש לפסול את האפשרות כי מדובר בהסדר שלילי,⁴⁷ כלומר "שתיקה... מדברת",⁴⁸ או "שתיקה מדעת".⁴⁹ הסדר שלילי מבוסס על התפיסה כי הלשון מיצתה את התכלית. השתיקה היא מדעת.⁵⁰ אם אכן שתיקת החקיקה היא הסדר שלילי – והוא קיים ברמה התת-חוקתית – יש לבחון את חוקתיותו של ההסדר השלילי. אכן, לא רק הוראות מפורשות או משתמעות בחוק עשויות להיות לא חוקתיות. גם שתיקה המהווה הסדר שלילי יכולה להיות לא חוקתית. הסדר שלילי מבוסס על שתיקה שיש עימה דיבור. הוא שתיקה "מדברת", ודיבורה עשוי לפגוע בזכות חוקתית, או למנוע הגנה ראויה עליה.⁵¹ חוקתיות הסדר השלילי תיבדק על פי דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. אם מתברר כי השתיקה אינה הסדר שלילי אלא משקפת חסר (gap; lacuna; lucke) בה,⁵² כלומר שתיקה בהיסח הדעת,⁵³ הוא יושלם על פי הדינים המשלימים חסר. בישראל השלמת החסר מוסדרת בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, הקובע כי:⁵⁴

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל."

דין זה הסמיך שופט בישראל להשלים חסר בחקיקה. עליו לפנות תחילה אל ההיקש. זו דרך טבעית להשלמת חסר בחקיקה. כאשר לא קיים היקש רלוונטי, יש לפנות לעקרונות החירות, הצדק והיושר של מורשת ישראל. השלמת חסר זו צריכה לקיים את דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. הטעם לכך הוא כי השלמת החסר נעשית מכוחה של נורמה תת-חוקתית – חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 – והיא מגנה על זכות חוקתית אחת כלפי המדינה ופוגעת בזכות חוקתית שנייה כלפיה. השלמת החסר פועלת ברמה התת-חוקתית, והיא כפופה לדיני המידתיות שבפסקת ההגבלה.

- 47 ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 467.
- 48 ע"א 167/47 מינקוביץ נ' פישצנר, פ"ד ב 39, 43 (1949) (השופט זילברג).
- 49 ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1545, 1549 (1960) (השופט זוסמן); על"ע 663/90 פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, 404 (1993) (השופט ברק).
- 50 ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, 648 (1998).
- 51 להבחנה בין פגיעה לבין העדר הגנה, ראו להלן עמ' 135.
- 52 להגדרת חסר, ראו לעיל עמ' 82.
- 53 ראו פרשת חכם, לעיל ה"ש 50, בעמ' 648.
- 54 ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 163. ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 491.

ומה הדין אם השתיקה של החקיקה אינה הסדר שלילי ואף אינה חסר? במקרה זה נפתחת הדרך לפעילות שיפוטית בפיתוח המשפט.⁵⁵ בישראל היא מתממשת בפיתוח המשפט המקובל הישראלי. השופט הישראלי מוסמך על פי המסורת המשפטית שלנו ליצור משפט הלכתי שאין בו רק פירוש חקיקה או השלמת חסר בה. משפט הלכתי זה עשוי להעניק זכות לאחד ולשלול אותה מהאחר. יצירה שיפוטית זו כפופה להוראותיה של פסקת ההגבלה. אכן, פעילות זו היא ברמה התת-חוקתית ועליה לקיים את דיני המידתיות.⁵⁶ שאלה חשובה היא אם קיימות נסיבות בהן מוטלת על המחוקק או השופט החובה החוקתית לפעול להגנתה של זכות ששתיקת ההסדרים הקיימים פוגעים בה. אעמוד עליה בהמשך.⁵⁷ יהא עניין זה כאשר יהא, המסקנה העולה מניתוח כל המצבים שנבחנו על ידי הינה כי פתרון ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות המעוצבות כעקרונות לבין עצמן אינו נעשה ברמה החוקתית אלא ברמה התת-חוקתית. רמה זו יכולה להיות רמת החקיקה הראשית או חקיקת המשנה. היא יכולה להיות ברמה השיפוטית של השלמת חסר או פיתוח המשפט. כל אלה הן פעילויות ברמות תת-חוקתיות. כולן כפופות למידתיות.

6. איזון בין זכויות חוקתיות מתנגשות הגורר התנגשות בין החוקים המגדירים את מימושן

במצב דברים רביעי זה נחקק חוק המאפשר פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות לשם הגנה על הזכות החוקתית לפומביות הדיון. נניח כי חוקתיותו של חוק זה אינה עומדת לדיון. נניח עוד כי נחקק חוק נוסף – שגם חוקתיותו אינה עומדת לדיון – המאפשר פגיעה בזכות החוקתית לפומביות לשם הגנה על הזכות החוקתית לפרטיות. לפנינו אפוא שני דברי חקיקה – האחד מאפשר פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות לשם הגנה על הזכות החוקתית לפומביות והאחר מאפשר פגיעה בזכות החוקתית לפומביות לשם הגנה על הזכות החוקתית לפרטיות. כיצד תיפתר התנגשות מעין זו? מובן כי הפרשן יבקש לפרש כל אחד מהם תוך הרמוניה חקיקתית ויעשה הכול כדי ליישב ביניהם.⁵⁸ אך נניח כי במקרה מסוים לא ניתן יהיה ליישב בין החוקים – מה דין ההתנגשות ביניהם?

גם במקרה כזה מדובר בהתנגשות ברמה התת-חוקתית. היא תישאר התנגשות ברמת החקיקה הראשית אם בשני החוקים הזכויות מעוצבות ככללים. אם הזכויות בשני החוקים מעוצבות כעקרונות, ההתנגשות בין שני החוקים לא תיפתר לרוב ברמת החקיקה. היא תיפתר לרוב ברמה התת-חוקתית. תהא זו אותה רמה בה ההסדר הנורמטיבי יעוצב על ידי

55 על פיתוח המשפט, ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 609.

56 ראו להלן עמ' 156.

57 ראו להלן עמ' 513.

58 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 207 (2003); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 794, 765 (1993).

כללים. התנגשות זו תיפתר על פי כללי "ברירת הדין" המקובלים להתנגשות בין כללים ברמה תת-חוקתית ותת-חוקית על-פיהם המאוחר בזמן יגבר, אלא אם כן המוקדם הוא בעל אופי מיוחד בהשוואה למאוחר.

האם לא הכנסנו בדרך האחורית את כללי "ברירת הדין" החלים בהתנגשות בין זכויות המעוצבות ככללים להתנגשות בין זכויות המעוצבות כעקרונות? התשובה היא בשלילה. שתי הזכויות החוקתיות – בדוגמה שלנו: פרטיות ופומביות – נשארו כשהיו והיקף פריסתן ברמה החוקתית לא השתנה. השינוי שהתרחש הוא ברמה התת-חוקתית, כלומר: ברמת החקיקה או ברמת מעשה המינהל או ברמת המשפט המקובל. רמה זו עניינה אינו בהיקף הזכויות החוקתיות אלא בהגשמתן.

7. איזון ברמה החוקתית ואיזון ברמה התת-חוקתית

הניתוח שנערך על ידי מוביל למסקנה הכללית לפיה התנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות אינה משפיעה בדרך כלל על היקפן. ההשפעה היא לרוב על מימושן ברמה התת-חוקתית. ברמה זו ההתנגשות בין הזכויות עשויה להביא – מקום בו הן מעוצבות ככללים – לביטולן של אחת הכללים. ביטול זה אינו משפיע על היקפן של הזכויות ברמה החוקתית. לעתים מעוצבות הזכויות ברמה התת-חוקתית כעקרונות. במצב דברים זה לא תיפתר ההתנגשות לרוב ברמה תת-חוקתית זאת, אלא תעבור שלב נוסף, לרמה תת-חוקתית נמוכה יותר, עד שהוא יגיע לרמה כזו שבו שתי הזכויות יעוצבו ככללים או שלפחות אחת מהן תעוצב כך. בהתנגשות זו יחולו כללי "ברירת הדין" הרגילים. השופטת ד' דורנר לא נקטה גישה זו בפרשת פלונית.⁵⁹ על פי גישתה, ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות – הזכות לפרטיות והזכות לפומביות הדיון – מחייבת הכרעה ברמה החוקתית, והכרעה זו תתקבל על פי כללי ההכרעה המקובלים בהתנגשות בין כללים – מה שכינתי כללי "ברירת הדין". בהתייחסה לשתי הזכויות המתנגשות כתבה השופטת דורנר:⁶⁰

"מעמדן הנורמטיבי אפוא של שתי ההוראות שווה. אך בעוד שחוק-יסוד: השפיטה מסדיר את הסוגיה של פומביות הדיון בלבד – הפוגעת תמיד בפרטיות – ומהווה נורמה מיוחדת לעניין זה, הרי שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוסק בפרטיות במלוא היקפה, ועל-כן הוא נורמה כללית, הנסוגה מפני הנורמה המיוחדת (lex specialis derogate generali)."

ומדוע נדרשת הכרעה בין שתי הזכויות? על כך השיבה השופטת דורנר:⁶¹

59 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 19, בעמ' 541.

60 שם, בעמ' 541.

61 שם.

“לא ניתן לקיים בעת ובעונה אחת את הוראת סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה בדבר קיום פומביות דיון זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק ואת הוראת סעיף 8 (פיסקת ההגבלה) של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמכוחה דווקא הפגיעה בפרטיות – ולא בפומביות – צריכה להיות בחוק... או לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו.”

לדעתי כללי ההכרעה בהתנגשות בין כללים אינם חלים בהתנגשות בין עקרונות.⁶² במקרה כגון זה שנדון בפרשת פלונית ניתן לקיים הן את הזכות לפומביות (בכפוף לחקיקה המגבילה אותה) והן את הזכות לפרטיות (בכפוף לחקיקה המגבילה אותה). השופט דורנר הסבירה את עמדתה בדוגמה הבאה:⁶³

“טלו למשל חוק שיסדיר הליכים מסויימים בבית משפט בלי לקבוע כל חריג לעקרון פומביות הדיון באותם הליכים. במקרה כזה, כפי שמתחייב מסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, יהיו ההליכים פומביים, בלי שתחולת הפומביות – שכאמור פוגעת מעצם מהותה בפרטיות – תהיה כפופה לפיסקת ההגבלה. הזכות לפרטיות, כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינה משתרעת אפוא על מקרים המוסדרים בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה. בית המשפט אינו מוסמך להתחשב בה כטעם לפגיעה בפומביות הדיון, אלא אם הדבר נקבע בחוק (שאינו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) או לפי חוק. בענייננו לא הסמיך החוק את בית-הדין לפגוע בפומביות הדיון מטעמים של פרטיות הנאשם, ולכן... החלטתו לא הייתה עומדת.”

כנגד זאת ניתן לומר כי אותו חוק המסדיר “הליכים מסויימים בבית המשפט בלי לקבוע כל חריג לעיקרון פומביות הדיון באותם הליכים” פוגע – לפי הנחתה של השופטת דורנר – בפרטיות. מכיוון שכך הוא חייב לקיים את דרישות המידתיות של פסקת ההגבלה הקבועה

62 שם, בעמ' 537: “למתודה זו של השופטת דורנר לבעיה שלפנינו איני יכול להסכים. גישתי זו מבוססת על התפיסה כי בהתנגשות (אופקית) בין נורמות חוקתיות השוות במעמדן הנורמטיבי והמשקפות ערכים ועקרונות, בדרך כלל אין לנקוט את הכלל הפרשני שלפיו נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית. את ההתנגשות יש לפתור בדרך-כלל תוך בחינת מהותה והיקפה של הפגיעה בכל אחד מהערכים והעקרונות המתנגשים – תוך הבחנה בין פגיעה בגרעין הזכות או בשוליה – ואת השפעת ההתנגשות על המערך הנורמטיבי הכללי. הסיווג של נורמה ככללית ונורמה כמיוחדת אינו מועיל לעניין זה, ואף עשוי להטעות. אך מעבר לכך – וזוהי עיקר ביקורתי המתודית – על פי גישתה של חברתי, הזכות החוקתית לפרטיות אינה משתרעת על מצבים של פרטיות הפוגעים בפומביות הדיון, שכן על היבט זה של פרטיות מתגברת הפומביות תוך שגבולה של הפרטיות נתחם באופן שהוא איננו משתרע על פרטיות הפוגעת בפומביות. מכאן גישתה של חברתי כי חקיקה רגילה בתחום זה חופשית מכל הגבלה חוקתית הקשורה בזכות לפרטיות. לדעתי, אין לקבל גישה זו” (הנשיא ברק).

63 שם, בעמ' 542.

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זהו המקרה השני שבו דנתי. יטען הטוען כי עשויה להיווצר סתירה בין המקרה שבו הפגיעה בפרטיות תיחשב לא חוקתית על פי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעוד שפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: השפיטה החוק הכשיר את קיומה. אלה הם מצבים חריגים ביותר. פתרוןם צריך להימצא בהכרעה מהי פסקת הגבלה שידה על העליונה. המבחן להכרעה זו הוא פרשני. הוא יתחשב בשאלות כגון איזו זכות היא המרכזית ואיזו זכות הינה המשנית בגדרי הבעיה המשפטית הדורשת הכרעה. מצבים אלה אינם מתעוררים בפרשת פלונית. הטעם לכך הוא שהדרישות של פסקת ההגבלה המפורשת שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינן שונות מהדרישות שבפסקת ההגבלה המשתמעת⁶⁴ שבחוק-יסוד: השפיטה. כל פתרון פרשני יצטרך להתחשב בשתייהן. עמדתי על כך בפרשת פלונית:⁶⁵

"במישור החוקתי-העל-חוקי מוכרת הן הפומביות והן הפרטיות בלא שנצטרך לקבוע את גבולותיהן. מידת ההגנה הניתנת לפומביות ולפרטיות קבועה בחקיקה הרגילה. אכן, סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, המכיר בפומביות, מוסיף וקובע כי זו מוכרת 'זולת אם נקבע אחרת בחוק'. חוק רגיל הקובע אחרת אינו חופשי לקבוע כל הסדר שיעלה על דעת המחוקק. עליו להיות לתכלית ראויה; עליו לקיים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; עליו להיות מידתי... מידת ההגנה על הפרטיות קבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראה זו מאפשרת פגיעה בפרטיות באמצעות חקיקה רגילה. גם חקיקה זו אינה חופשית בתכניה. על החוק הפוגע לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. ההגבלה בחוק של הפומביות חייבת אפוא להתחשב – במסגרת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – בפרטיות. ההגבלה בחוק על הפרטיות חייבת להתחשב – מאותם טעמים עצמם – בפומביות. שתי ההגבלות צריכות להיות מידתיות. עניין לנו אפוא בסינתזה ובאחדות באשר להפעלתן של ההוראות בחוק הפוגעות בזכויות, בערכים ובאינטרסים הקבועים בהוראה חוקתית-על-חוקית."

ביסוד גישתי זו לא מונח אך הצורך לאחד בין תנאיהן של כל פסקאות ההגבלה בחוקי היסוד השונים, אלא גם – ובעיקר – הצורך לשמור על היקפן של זכויות האדם המעוצבות כעקרונות. עצם קיומה של התנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות, בינן לבין עצמן, אין בה כדי להביא בהכרח לצמצום היקפן של זכויות חוקתיות אלה. כאמור, פעולתה של ההתנגשות לרוב אינה במישור היקפה של הזכות, אלא במישור אפשרויות הגשמתה

64 על פסקת ההגבלה המשתמעת, ראו להלן עמ' 173.

65 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 19, בעמ' 539.

ומידת ההגנה עליה. זוהי התנגשות שהיא לרוב מדומה ברמה החוקתית ואמיתית ברמה התת-חוקתית. אם ההתנגשות תתרחש הלכה למעשה בין שני חוקים המעוצבים ככללים – אחד המבקש להגן על הזכות החוקתית לפרטיות ופוגע בזכות החוקתית לפומביות ואחר המבקש להגן על הזכות החוקתית לפומביות ופוגע בזכות החוקתית לפרטיות – כי אז יחולו על התנגשות זו הכללים הרגילים של ברירת הדין החלים בהתנגשות בין כללים. זאת, משום שכל אחד מהחוקים הללו מעגן בחובו כלל הנגזר מהעיקרון אך לא את העיקרון עצמו. העקרונות נשארו "חיצוניים" לחוקים אלה, וההתנגשות האמיתית בין הכללים ברמה התת-חוקתית אינה משפיעה על היקפן של הזכויות ברמה החוקתית.

ד. התנגשות בין זכות המעוצבת ככלל לבין זכות המעוצבת כעיקרון

מהו הדין אם זכות המעוצבת ככלל מתנגשת עם זכות המעוצבת כעיקרון? כדי להשיב על שאלה זו יש להבחין בין שני מצבים עיקריים: במצב האחד שתי הזכויות המתנגשות הן ברמה חוקתית. במצב האחר אחת הזכויות היא ברמה חוקתית והאחרת היא ברמה תת-חוקתית.

נפתח בהתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות, האחת מעוצבת ככלל והשנייה מעוצבת כעיקרון. מובן כי הפרשן יבקש ליישב בין הזכויות ולמנוע התנגשות ביניהן. בין השאר הוא יבקש לראות את ההסדר המעוצב ככלל כמשפיע על מימוש העיקרון ולא על היקפו. בהקשר זה עשוי להיות שימוש באיזון פרשני, תוך הזדקקות פרשנית לדיני האיזון שבמידתיות במובן הצר. לשאר חלקי המידתיות, ובהם התכלית הראויה, רציונליות האמצעים וקיומה של חלופה פוגעת פחות, אין כל תחולה. ומה הדין אם ניסיון פרשני זה נכשל? מה הדין אם הזכות החוקתית המעוצבת ככלל תתפרש כנורמה שנועדה להשפיע על היקפה של הזכות החוקתית המעוצבת כעיקרון ולצמצמה? איזו מהזכויות החוקתיות גוברת? התשובה הינה כי בהתנגשות זו יחולו בדרך כלל הכללים הרגילים של ברירת הדין. בהתנגשות זו אין תחולה לפסקת ההגבלה ולמידתיות המעצבת אותה.

במצב השני עניין לנו בהתנגשות בין זכויות שאינן באותה דרגה נורמטיבית. ההתנגשות הינה בין זכות חוקתית (יהא אופן עיצובה אשר יהא) לבין זכות המעוגנת בחוק או במעשה מינהל או במשפט המקובל. במצב דברים זה אין בכוחה של הזכות התת-חוקתית להשפיע על היקפה של הזכות החוקתית. תוקפה החוקתי של הזכות התת-חוקתית (יהא אופן עיצובה אשר יהא) ייקבע על פי כללי המידתיות שבפסקת ההגבלה. גם אם היא מקיימת את הדרישות של דיני המידתיות – עדיין כוחה הוא בהגבלת אופני המימוש של הזכות החוקתית ולא בצמצום היקפה. טלו את המקרה שבו חוקה מעגנת זכות המעוצבת כעיקרון ("כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"). נניח חוק הקובע הוראה מיוחדת, המעוצבת ככלל, באשר לזכות לפומביות הדין. בקביעה זו יש כדי לפגוע בפרטיות. חוק זה אין בכוחו

להשפיע על היקפה של הזכות החוקתית. הוא אמנם פוגע בה, אך פגיעה זו תהא חוקתית אם היא עומדת בדרישות המידתיות של פסקת ההגבלה. הוא הדין אם הזכות החוקתית מעוצבת ככלל ואילו הזכות התת-חוקתית מעוצבת כעיקרון. נניח חוקה הקובעת הוראה מיוחדת המעוצבת ככלל באשר לפומביות הדיון. נניח עוד כי חוק קובע הוראה המעוצבת כעיקרון באשר לזכות לפרטיות. אין בכוחו של החוק כדי לשנות את היקפה של הוראת החוקה. חוקתיותו של החוק תיקבע על פי דרישותיה של המידתיות שבפסקת ההגבלה. כעת נניח כי פרשנותו של החוק הינה כי הוא אינו אך פוגע בזכות החוקתית אלא הוא מצמצם את היקפה. מה דינו של חוק כזה? התשובה היא כי החוק אינו מתיישב עם החוקה ודינו להתבטל. פסקת ההגבלה לא תסייע בידו. היא נועדה לתת מטרֵיה חוקתית לחוקים המבקשים לשנות את ההגנה הניתנת לזכויות החוקתיות ואת אפשרויות מימושן, ואין בה להעניק הגנה חוקתית לחוקים המבקשים לשנות את היקפן של הזכויות. לשם כך נדרש שינוי חוקתי, וחוק רגיל אינו יכול לחולל שינוי זה.

פרק רביעי

פגיעה או הגבלה בזכות חוקתית

א. ההבחנה בין שינוי לבין הגבלה

הבחנה בסיסית קיימת בין שינוי הזכות החוקתית לבין פגיעה בה או הגבלתה. שינוי הזכות החוקתית מחייב שינוי בחוקה (ואצלנו – שינוי בחוק יסוד באמצעות חוק יסוד) ואילו הגבלתה או פגיעה בה אפשרית ללא שינוי חוקתי.¹ הבחנה זו נגזרת מההבחנה הבסיסית שבין היקף הזכות לבין ההגנה עליה. שינוי בזכות משמעותו צמצום או הרחבה בהיקפה מבחינת הגופים המחויבים בה, מבחינת תוכנה ומבחינת תחולתה בזמן ובמקום. כך, למשל, יהא זה שינוי בהוראת חוק-יסוד: חופש העיסוק, אם תחת הקביעה כי חוק היסוד חל על כל אזרח או תושב ייקבע כי הוא חל רק על "אזרח". שינוי כזה אפשרי רק בדרך של שינוי חוק היסוד. לעניין זה אין כל חשיבות למידתיות השינוי. חוק "רגיל" המבקש להכניס שינוי כזה אינו חוקתי,² בלא כל קשר למידתיותו. בשונה משינוי של הזכות החוקתית, פגיעה בזכות החוקתית או הגבלתה על ידי הרשות השלטונית מצמצמת זמנית או בדרך קבע את היכולת לממש את הזכות בלא לשנות את גבולותיה של הזכות עצמה.³ הגבלה זו היא מטבעה בעלת אופי צר או נקודתי. הגבלה זו תהא חוקתית אם היא תהא מידתית, כאמור בפסקת ההגבלה. ההבחנה בין שינוי של זכות חוקתית (המצריך שינוי חוקתי) לבין הגבלה של זכות חוקתית או פגיעה בה (האפשרית באמצעות פסקת הגבלה) היא לעתים קשה.⁴ לדעתי המבחן להבחנה הוא אובייקטיבי ואינו כרוך בהתחקות אחר כוונתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. מטבע הדברים, המבחן האובייקטיבי יוצר קושי ניכר בהפעלתו. הדבר בא לידי

- 1 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 274 (1995): "יש מקום להבחין בין 'שינוי' של הזכות המוגנת לבין 'פגיעה' בה... שינוי הזכות עצמה (כגון, צמצומה או הרחבתה, הוספה עליה או ביטולה) מחייב הליך של חקיקה בתחום חוקי היסוד... 'פגיעה'... אינה מכוונת לשנות את תחולתה של הזכות עצמה... היא מטבעה מותחמת וספציאלית, קרי נקודתית" (הנשיא שמגר).
- 2 השינוי כפוף לדינים בדבר השינוי בחוקה שאינו חוקתי, ראו לעיל עמ' 56.
- 3 ראו BODO PIEROTH, THE LOGIC OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 13-26 (2005); ERIC HEINZE, THE LOGIC OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 13-26 (2005); BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE STAATSRECHT II 58 (2006).
- 4 ראו אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח(2) 293, 294 (2005).

ביטוי בפרשה הקנדית בעניין *Quebec Protestant School Boards*.⁵ באותה פרשה נדון דבר חקיקה מקוויבק שקבע הגבלות על קבלתם של תלמידים דוברי אנגלית (שלמדו אנגלית מחוץ לקוויבק) לבתי ספר של דוברי אנגלית בקוויבק, וזאת בניגוד לקבוע בצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות.⁶ בית המשפט העליון של קנדה קבע כי אין לראות בחוק הקוויבקי אך הגבלה, שחוקתיותה נקבעת על פי פסקת ההגבלה. נקבע שיש לראותו כשלילה של הזכות הקבועה בצ'רטר שנעשתה שלא על פי ההוראות בעניין שינוי הצ'רטר. בית המשפט פסל אפוא את דבר החקיקה הקוויבקי בלא לבחון אם נתקיימו בו הוראותיה של פסקת ההגבלה. בפסק דינו הביא בית המשפט את המקרה ההיפותטי הבא:⁷

“An Act of Parliament or of a legislature which, for example, purported to impose the beliefs of a state religion would be in direct conflict with S. 2(a) of the Charter, which guarantees freedom of conscience and religion, and would have to be ruled of no force or effect without the necessity of even considering whether such legislation could be legitimized by S. 1. The same applies to [the Quebec provisions] in respect of S. 23 of the Charter.”

פסיקה מאוחרת הדגישה כי רק “שלילה מוחלטת” (complete denial) של הזכות לא תיחשב כהגבלה (“limit”), ועל כן תיפסל בלא צורך לבחון את הוראותיה של פסקת ההגבלה.⁸ על פסק דין זה נמתחה ביקורת חריפה. הוג (Hogg) ציין כי אין כל בסיס רציונלי להבחנה בין שלילה (מוחלטת או יחסית) לבין הגבלה. לדעתו ניתן לראות שלילה (מוחלטת או יחסית) כהגבלה שחוקתיותה נבחנת על פי פסקת ההגבלה.⁹ לדעתי אין לקבל גישה זו.¹⁰ עם כל הקושי בהבחנה בין שינוי להגבלה, אין בקושי זה כדי לבטל את קיומה וחשיבותה של הבחנה זו.¹¹

- Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al., 5
[1984] 2 S.C.R. 66.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982 6
(להלן – הצ'רטר הקנדי).
- פרשת *Quebec Protestant School Boards*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 88. 7
- ראו *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, 771. 8
- ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 121 (5th ed., Vol. II, 2007). 9
- ראו Lorraine Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section One of The Charter*, 10
10 SUP. CT. L. REV. 469, 479 (1988).
- ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 471 (1994): “יש להבחין בין 11
‘הגבלה’ או ‘פגיעה’ לבין ביטול או שינוי. ב’הגבלה’ או ‘פגיעה’ זכות האדם נשאת כשהיתה. החקיקה הרגילה אינה מכוונת לשנות את הזכות בתור שכזו. היא נועדה לאפשר הסדר שונה –

מהי אפוא אמת-המידה להבחנה בין שלילה או שינוי לבין הגבלה או פגיעה? התשובה היא כי אמת-המידה הינה המידה – ההיקף והעצמה – של השינוי או ההגבלה, והיא נבחנת על פי התוצאות של הנורמה הנוגדת ולא על פי כוונות יוצריה. טלו דבר חקיקה הקובע כי זכויות אדם מסוימות, כולן או חלקן, יושעו בתקופת חירום. השעיה זו היא שינוי של הזכות במישור הזמן ולא רק פגיעה או הגבלה. כדי להשיג תוצאה זו נדרשת הסמכה בחוקה, ולשם כך לא די בפסקת ההגבלה.¹² לעומת זאת, חוק האוסר על הסתה לאלימות או על פרסומי תועבה פוגע או מגביל את הזכות החוקתית, אך אינו משנה אותה. ניתן להשיג, אפוא, את התוצאה באמצעות חוק, ובלבד שהוא מידתי.

ב. הגבלת הזכות או פגיעה בה

1. פגיעה בזכות היא הגבלתה

הגבלת הזכות החוקתית משמעותה פגיעה בה¹³. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משתמש בביטוי "פגיעה" ("אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה..."¹⁴). לעומתו משתמשים הצ'רטר הקנדי ומרבית החוקות המודרניות בביטוי "הגבלה" ("limits"). לדעתי אין הבחנה בין השניים. בספרי זה אינני מבחין אפוא בין הגבלה (limitation) לבין פגיעה (effect).¹⁵

ההגבלה או הפגיעה מתרחשת בכל מצב שבו רשות שלטונית אוסרת או מונעת מבעל הזכות להגשימה כדי מלוא היקפה. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם הפגיעה היא קשה או קלה; אם היא בליבה של הזכות או באזור האפלולית שלה; אם היא מכוונת אם לא; אם היא נעשית בדרך של מעשה או בדרך של מחדל (במקום שיש חובה חיובית להגן על

המקיים את הדרישות של 'פסקת ההגבלה' – אשר ידון בצד ההסדר העקרוני. לא כן ביטול או שינוי. אלה מכוונים לשנות את זכות היסוד מעיקרה. הם לא נועדו לאפשר חיים בצוותא של העיקרון החוקתי עם ההגבלה החוקית, אלא לבטל את ההסדר החוקתי עצמו. דבר זה אפשרי, אך עליו להיעשות בהליך של שינוי חוק-היסוד בדרכים הקבועות לכך".
12 במקום שהסמכה קיימת, פעולה על פיה היא ברמה התת-חוקתית, ועליה לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

13 לביקורת גישה זו, ראו Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (2009). לביקורת גישתו של Webber, ראו להלן עמ' 589.

14 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

15 יש הנזקקים לביטוי infringement. ראו Frederick Schauer, *Commensurability and Its Constitutional Consequences*, 45 *Hastings L.J.* 785 (1994). בתורת המשפט יש המבחינים בין infringement של זכות (כגון פגיעה בקניין מתוך צידוק) לבין violation של זכות (פגיעה בזכות הקניין ללא צידוק). המונח "פגיעה" בחוק היסוד הוא "ניטרלי".

הזכות¹⁶; כל פגיעה, היא היקפה אשר יהא, הינה בלתי חוקתית אלא אם כן היא מידתית. כאשר ההוראה המגבילה או הפוגעת היא מידתית, כלומר היא מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה, אנו אומרים שההגבלה או שהפגיעה היא כדין, והזכות החוקתית חיה בשלום עם ההגבלה או הפגיעה בה. כאשר ההוראה האמורה אינה מקיימת את דרישות המידתיות שבפסקת ההגבלה אנו אומרים שהזכות הופרה. הזכות החוקתית אינה מתיישבת במצב דברים זה עם הגבלתה. פתרון המצב הוא במתן תוקף לזכות החוקתית ושלילה של תוצאות הגבלתה. הנה כי כן, עלינו להבחין בין פגיעה (effect) שעשויה להיות כדין (כשהיא מידתית) או שלא כדין (כשהיא אינה מידתית). כאשר הפגיעה אינה כדין, אנו אומרים כי הזכות החוקתית הופרה או חוללה (breach, violation).¹⁷

מצב דברים זה יוצר קושי סמנטי. טלו חוק הפוגע בזכות החוקתית לשוויון. אם הפגיעה אינה מידתית, ועל כן בלתי חוקתית, נאמר כי החוק מפלה. נניח עתה כי החוק, חרף פגיעתו בשוויון, הוא מידתי ועל כן חוקתי. האם עניין לנו בהפליה מותרת? ואולי עלינו לייחד את הדיבור "הפליה" רק כאשר הפגיעה בשוויון אינה מידתית ועל כן גם אינה חוקתית. אם כן, כיצד נכנה פגיעה חוקתית בשוויון? באחת הפרשות ציינתי כי לעניין הפגיעה בשוויון "ההבחנה היחידה אינה עוד בין שוויון או אבחנה (שהם חוקיים) ובין הפליה (שאינה חוקית). עתה עלינו להבחין בין זכות השוויון לבין האפשרות החוקתית לפגוע בזכות זו כאשר מתקיימות דרישותיה של פסקת ההגבלה".¹⁸ מהי הטרמינולוגיה בה עלינו לנקוט במצב דברים זה? כשלעצמי לא הייתי נרתע מלכנות מצב זה כהפליה מותרת או חוקתית. ההגבלה של הזכות החוקתית או הפגיעה בה מתרחשת במישור המשפטי והעובדתי או במישור העובדתי בלבד.¹⁹ היא מתרחשת במישור המשפטי והעובדתי כאשר חוק קובע שוטר ראשי, בתנאים מסוימים, לעצור אדם. בעצם חקיקת הנורמה הוגבלה הזכות. כאשר שוטר עוצר אדם הוא מגשים הלכה למעשה את הוראותיה של הנורמה המגבילה. היא מתרחשת במישור העובדתי בלבד כאשר שוטר עוצר אדם בלא הרשאה בחוק או על פיו. בכל המקרים הזכות החוקתית נפגעת. במקרה הראשון (פגיעה על בסיס חוק) הפגיעה יכולה להיות כדין אם היא מידתית. במקרה השני (פגיעה במישור העובדתי בלבד) הפגיעה היא בלא כל הסמכה, ועל כן היא אינה חוקתית, בלא ששאלת המידתיות של הפגיעה הינה

16 ראו להלן עמ' 513.

17 לניתוח פילוסופי של הבחנה זו, ראו John Oberdiek, *Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights*, 23 L. AND PHILOSOPHY 325 (2004); Andrew Botterell, *In Defence of Infringement*, 27(3) L. AND PHILOSOPHY 269 (2008).

18 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996).

19 ראו PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 19.

רלוונטית. באינן הסמכה כדין אינן תחולה לפסקת ההגבלה.²⁰ פסקת ההגבלה חלה רק במקום שהפגיעה או ההגבלה הן במישור המשפטי.²¹

הזכויות החוקתיות מכוונות כלפי הרשויות השלטוניות.²² כך למשל, כבוד האדם, הקניין, הפרטיות וחופש העיסוק בחוק היסוד מכוונות כלפי הרשויות השלטוניות. הפגיעה או ההגבלה יכולה לבוא על כן, מהרשות השלטונית שכלפיה מכוונת הזכות (השליטת או החיובית).²³ הפגיעה תהא כדין רק אם היא מידתית. לעתים נקבע בחוקה, כי הזכויות החוקתיות על פיה מכוונות גם כלפי פרטים אחרים.²⁴ במצב דברים זה, הפגיעה בזכות יכול שתעשה על ידי הפרט שכלפיו הזכות מכוונת. פתרון ההתנגשות הזו לא יהיה במישור החוקתי, אלא במישור התת-חוקתי.²⁵ הפגיעה תהא חוקתית רק אם היא נעשית "בחוק" והיא מידתית. בהיעדר קביעה בחוקה, אינן הזכויות החוקתיות מכוונות במישור כלפי פרטים. תחולתן של הזכויות החוקתיות במצב דברים זה בין פרטים – "תחולה במשפט הפרטי"²⁶ – עשויה להיות רק עקיפה ("תחולה עקיפה").²⁷ תחולה היא עקיפה כאשר היא נעשית באמצעות המשפט הפרטי עצמו "הקולט" לתוכו את הערכים האובייקטיביים של החוקה.²⁸ – ערכים הנלמדים, בין השאר, מהזכויות החוקתיות (הסובייקטיביות) עצמן – מהשלמת חסר בהן או מפיתוחן (החקיקתי או ההלכתי) אם הם טרם נקלטו בו.

2. היקף ההגבלה: פגיעה של "מה בכך"

כל הגבלה בזכות חוקתית או פגיעה בה מחייבת בחינה באשר לחוקתיותה. לעניין זה אין הבדל בין הגבלה או פגיעה מקיפה לבין הגבלה או פגיעה צרה. גם הגבלה או פגיעה הפועלות בתחום צר – אם מבחינת האנשים שעליהם הן חלות, אם מבחינת נושא תחולתן ואם מבחינת תחולתן בזמן ובמקום – מחייבות בחינה על פי דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה.

- 20 ראו להלן עמ' 143.
- 21 על פגיעה בזכות חוקתית חיובית על ידי מחדל חקיקתי, ראו להלן עמ' 522.
- 22 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"). להוראה דומה, ראו ס' 1(3) לחוקה הגרמנית; ס' 32 לצ'רטר הקנדי לעיל ה"ש 6.
- 23 על הזכויות החיוביות, ראו להלן עמ' 513.
- 24 ראו ס' 8(2) לחוקה של דרום-אפריקה.
- 25 בדומה להתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות המכוונות כלפי המדינה, ראו לעיל עמ' 115.
- 26 לסוגיה זו, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 647; אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק (צפוי להתפרסם, 2010). ראו גם לעיל עמ' 117.
- 27 לתחולה העקיפה, ראו להלן עמ' 163.
- 28 על הערכים האובייקטיביים של החוקה, ראו להלן עמ' 342.

האם הגבלה או פגיעה של "מה בכך" (de minimis) מעוררת בעיה חוקתית?²⁹ בכמה שיטות משפט התקבלה ההשקפה כי אין מקום לבחינה חוקתית כשהגבלה היא "טריביאלית" או "לא מהותית". בפרשת *Jones*³⁰ נדון בקנדה דבר חקיקה אשר חייב הורה שביקש לחנך את בנו בביתו ולא לשלוח אותו למוסדות הממלכתיים לפנות לרשות המוסמכת לכך. העותר סירב לפנות לרשות משום שלא הכיר בסמכותה של המדינה להסדיר את ענייני החינוך. התברר כי אילו פנה היה מקבל היתר להוראה בבית. בדעת יחיד קבעה השופטת ב' וילסון (Wilson) כי המקרה אינו מעורר בעיה חוקתית משום שמדובר בהגבלה טריביאלית.³¹

גישה דומה לזו אומצה בבית המשפט העליון בישראל.³² נקבע כי אין מקום לבחינה חוקתית של חוק שאת פגיעתו בזכות חוקתית ניתן לאפיין כ"זוטי דברים". ודוק: הגישה אינה כי הגבלה או פגיעה של "מה בכך" אינה מפירה את הזכות. הגישה הינה כי הגבלה או פגיעה זו בזכות אינה מצדיקה בחינה חוקתית. אכן, "מזעריותה של הפגיעה ואופייה כ'זוטי דברים' משתנים מעניין לעניין".³³ נדרשת על כן תשובה לשאלה מהו המבחן להיותה של הגבלה או פגיעה מזערית או טריביאלית. על שאלה זו עמד השופט י' זמיר:³⁴

- 29 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 11, בעמ' 469. ראו גם MICHAEL SACHS, GG (2007) GRUNDGESETZ KOMMENTAR 64.
- 30 The Queen v. Jones, [1986] 2 S.C.R. 284.
- 31 שם, בעמ' 313: "[N]ot every effect of legislation on religious beliefs or practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. Section 2(a) does not require the legislature to refrain from imposing any burdens on the practice of religion. Legislative or administrative action whose effect on religion is trivial or insubstantial is not, in my view, a breach of freedom of religion".
- 32 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 431: "האיסור החוקתי הוא על פגיעה בקניין. כל פגיעה מפרה את איסור הפגיעה, ומעבירה את מרכז הכובד של הבחינה החוקתית לפסקת ההגבלה. עם זאת, כאשר ההגבלה של הקניין היא שולית או קלת ערך – אם היא נכנסת למסגרת עניין של 'מה בכך' (de minimis) – אין לראותה כפגיעה, ואין צורך להיכנס לבחינה החוקתית של השלב השני" (הנשיא ברק); פרשת הופנונג, לעיל ה"ש 18, בעמ' 68: "כדי שבית המשפט יפסול חוק, צריך שהפגיעה לא תהיה זניחה או מזערית, אלא בולטת ומשמעותית. כך דרכו של בית המשפט בכל תחום ותחום. אין הוא נוטה לעסוק בזוטי דברים: ומשמעותית. כך דרכו של בית המשפט בכל תחום ותחום. אין הוא נוטה לעסוק בזוטי דברים: de minimis non curat lex. בהתאם לכך אין הוא נוטה לעסוק בפגיעה מזערית בזכות" (השופט זמיר); בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 793 (2003); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 17 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2008); בג"ץ 1953/09 אלואלידי נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 8.7.2009).
- 33 פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 793.
- 34 פרשת הופנונג, לעיל ה"ש 18, בעמ' 68.

“שאלה היא כיצד נמדדת פגיעה ומתי תיחשב פגיעה מזערית. התשובה תלויה גם במהות הזכות שנפגעה, תכלית הפגיעה ובנסיבות נוספות של כל מקרה, ובהתאם היא אף עשויה להשתנות ממקרה למקרה.”

שאלה בעלת אופי כללי המתעוררת בהקשר זה הינה: האם המבחן למזעריות של ההגבלה או הפגיעה הינו מבחן אובייקטיבי המשקף את מזעריותה של ההגבלה או הפגיעה מנקודת מבט של השיטה כולה, או שמא זהו מבחן סובייקטיבי המשקף עליה מנקודת מבטו של הנפגע? לדעתי המבחן הוא סובייקטיבי ואובייקטיבי גם יחד.³⁵ עניין לנו בזכויותיו של אדם ובהגבלתן. על כן השאלה היא אם ההגבלה או הפגיעה היא מזערית מנקודת המבט (הסובייקטיבית) של הפרט שזכותו הוגבלה. לשם בחינתה ההגבלה או הפגיעה אינה צריכה להיות בולטת או משמעותית, וגם לא מזערית או טריביאלית: די בכך שמדובר בהגבלה על זכות חוקתית. עם זאת יש למבחן גם היבט אובייקטיבי, המתבטא בכך שאין להתחשב בתכונותיו החריגות והמיוחדות של הפרט המסוים הנפגע אלא בהגבלה הנגרמת מנקודת המבט של בעל זכות רגיל וטיפוסי מסוגו של הנפגע. על פי מבחנים אלה, ספק בעיניי אם עמדתה של השופטת ב' וילסון בפרשת *Jones* הולמת את עובדות המקרה. מנקודת מבטו של הפרט הנפגע, המשתייך לקבוצת מאמינים המתנגדת לצורך לפנות לרשויות בענייני חינוך, הדרישה לפנות לרשות המוסמכת היא הגבלה שאינה מזערית ושאינה טריביאלית.³⁶

3. הגבלה נלווית (incidental)

האם הגבלה נלווית (middlebare engraft; incidental) של זכות נופלת לגדרי האיסור על הגבלת הזכות? אם כן, תיבחן חוקתיותה של ההגבלה הנלווית במסגרת דיני המידתיות. אם ההגבלה הנלווית אינה הגבלה כלל אינה מתעוררת בעיה של חוקתיות החוק הפוגע, וממילא אין תחולה לדיני המידתיות. נראה לי כי אין ליתן לשאלה זו תשובה כוללת. אין לומר כי בכל מקרה הגבלה נלווית נופלת למסגרת האיסור על הגבלת הזכות ואין לומר כי בכל מקרה אין היא נופלת למסגרתו. התשובה הקונקרטיית מותנית בפירושה של הזכות הרלוונטית.³⁷

35 ראו פסק דינו של השופט דנציגר בפרשת אלוואלידי, לעיל ה"ש 32.

36 ראו Gerard V. La Forest, *The Balancing of Interests Under the Charter*, 2 NAT'L. J. CONST. L. 133, 141 (1992): "Mr. Jones' situation may have been trivial from the majority's point of view, but if Mr. Jones sincerely believed the law violated his religious convictions, that was good enough for me"

37 ראו בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 692 (1999). ראו גם Michael C. Dorf, *Incidental Burdens of Fundamental Rights*, 109 HARV. L. REV. 1175 (1996).

טלו למשל את חופש העיסוק. חוק מס, העשוי להקשות על הגשמתה של חירות זו, ייחשב כחוק המגביל את חופש העיסוק וחוקתיותו תצטרך להיבחן במסגרת דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה.³⁸ הוא הדין בחקיקה אחרת המייקרת את עלות השכר והמשפיעה על יכולת המעביד להגשים את חופש העיסוק שלו. "השאלה, אם החלטה של רשות מהווה פגיעה בחופש העיסוק, צריכה להיבחן באופן מהותי ולא פורמאלי".³⁹ אכן, "חופש העיסוק נפגע לא רק בפגיעה ישירה (כגון איסור על אדם לשמש כעורך-דין או רופא בלא לקיים נתונים מסוימים) אלא גם בפגיעה עקיפה. חופש העיסוק נפגע כאשר החלטה שלטונית פוגעת בעקיפין במימוש חופש העיסוק הלכה למעשה".⁴⁰ עם זאת, אם אותו חוק מס מקשה על עיסוק שעניינו חופש הביטוי, אין לראותו כמגביל את חופש הביטוי: זוהי הגבלה נלווית בלבד.⁴¹ נמצא כי אותה הגבלה עצמה, עשויה להיות "נלווית" לעניין פגיעה בזכות אחת ובלתי "נלווית" לעניין הפגיעה בזכות אחרת.

4. ויתור

מה דינו של ויתור (waiver) חד-צדדי על זכות חוקתית או ויתור עליה מכוח הסכם עם המדינה? האם הויתור הוא חוקתי? האם מקומו של הויתור הוא בשלב הראשון של הבחינה החוקתית (שלב הגבלת הזכות) או בשלב השני (הצידוק להגבלה)? האם הויתור צריך לקיים את דרישותיה של המידתיות שבפסקת ההגבלה? האם ניתן לומר שהויתור בא מכוחו של "חוק"? האם הויתור צריך להיות מידתי? אין תשובה מפורשת לשאלות אלה בחוקות עצמן, וגם הפסיקה והספרות לא נתנו לכך מענה ברור.⁴² רבה אי-הבהירות השוררת סביב התשובה לשאלה זו.⁴³

לדעתי הדין עם וולמן בסוברו כי בעיית הויתור אינה עומדת על רגליה היא. השאלה שיש לבחון אותה היא אם חרף הויתור על מימוש זכותו במלואה, זכותו של המוותר אכן מוגבלת. שאלה זו צריכה להיבחן במסגרתה של כל זכות וזכות בנפרד. אם התשובה היא כי

38 ראו בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 277, 287 (2005); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 22.3.2009).

39 פרשת לם, לעיל ה"ש 37, בעמ' 681.

40 שם, בעמ' 693. ראו גם פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת אלוואלידי, לעיל ה"ש 32.

41 ראו HALTON CHEADLE, NICHOLAS HAYSOM & DENNIS DAVIS, SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS 700 (2003).

42 ראו PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 3.

43 ראו Kevin Hopkins, *Constitutional Rights and the Question of Waiver: How Fundamental are Fundamental Rights?*, 16 SAPL 122 (2001); Stuart Woolman, *Application*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, Chapter 31, 122 (2006): "Whether the beneficiaries of constitutional rights can waive their rights is an underdeveloped and confusing area of constitutional law"

הזכות לא הוגבלה על ידי המדינה, ממילא לא מתעוררת כל שאלה חוקתית. אם התשובה היא כי הזכות כלפי המדינה הוגבלה, כי אז התנהגות המדינה כלפי הצד שביחס אליו נעשה הוויתור מגבילה את הזכות החוקתית. חוקתיותו של הוויתור תיקבע אפוא על פי מבחני המידתיות. כך או כך אין תחולה לדיני הוויתור כדינים העומדים בפני עצמם. שונה הדבר לעניין ויתור ביחסים בין צדדים "פרטיים". כאן יחולו דיני החוזים, לרבות העיקרון כי חוזה הנוגד את תקנת הציבור הוא בטל. על כן, אם אין בהתנהגותו של אחד הצדדים משום פגיעה בזכותו של הצד השני לחוזה, ממילא אין כל בעיה של פגיעה בתקנת הציבור. לעומת זאת, אם התנהגותו של אחד הצדדים לחוזה פוגעת בזכותו של המוותר – זו זכותו במשפט הפרטי, שעליה ויתר כלפי בעל חוזהו – כי אז יש מקום לבחון אם יש בכוחה של התנהגות זו להביא לפגיעה בתקנת הציבור. כאן יובאו בחשבון כלל הערכים המתחרים, וביניהם הערך בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי של שני הצדדים בכניסתם לחוזה. בחינתו של נושא זה חורגת מענייננו.

פרק חמישי

פגיעה או הגבלה בחוק או על פיו

א. מרכיב החוקיות

1. הסמכה כדין

בדמוקרטיה חוקתית אין פוגעים בזכות חוקתית בלא הסמכה לכך בדין.¹ זהו עקרון החוקיות (legality).² מכאן הדרישה – המאפיינת את פסקאות ההגבלה בחוקות המודרניות ובמסמכים הבינלאומיים – כי הפגיעה או ההגבלה ייקבעו בדין (“prescribed by law”). ביסודה של דרישה זו עומד העיקרון בדבר שלטון החוק.³ זהו שלטון החוק בשלטון. כל דין שזכות אדם חוקתית נפגעת מכוחו צריך להיות מעוגן בנורמה משפטית היונקת את כוחה – במישרין או בעקיפין – מהוראות החוקה עצמה. בהיעדר דין כזה, הפגיעה בזכות אינה חוקתית. התנהגות פיזית בהיעדר הסמכה לפגיעה עשויה להטיל אחריות אישית על הפועל. לעניין זה אין בודקים את תוכנו של החוק הפוגע, אם הוא מידתי אם לאו. הבדיקה הינה אם יש הסמכה לפגיעה בזכות חוקתית. באין הסמכה כזו אין במידתיותה של הפגיעה כדי להעלות או להוריד. במובן זה, דרישת החוקיות היא דרישת סף. היא שער הכניסה לדיני המידתיות. כל עוד לא התקיימו תנאי החוקיות, אין צורך – ובעצם אין גם מקום – לבחינת דיני המידתיות. עם זאת, לא פעם עשוי בית המשפט לקבוע שהמידתיות מתקיימת בלא שנבחנה שאלת החוקיות. בית המשפט מניח את קיומה של החוקיות, ותוך דילוג על ההכרעה בשאלה זו הוא עובר במישרין לשאלת המידתיות. זוהי פרקטיקה מקובלת. אינני רואה בה כל פגם, בעיקר כששאלת המידתיות היא קלה לפתרון ואילו שאלת החוקיות

1 ג'רד ואן דר שייף, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 132 (2005).

2 ג'ורג' מ. גריבאלדי, *General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality*, 17 HARV. INT'L L. J. 503 (1976).

3 דאוויד ו. מיניסטר אוף הומ אפירס, 2000 (3) SA 936; דאוויד פ. קורי, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 168 (1994); פטר ו. הוג, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 122 (5th ed., Vol. II, 2007).

מעוררת בעיות סבוכות. אינני רואה כל סיבה שלא להניח לשאלה הקשה לזמנה, תוך הכרעה בשאלה הפשוטה.

יסוד החוקיות דורש אפוא הסמכה בחוקה עצמה לפגיעה בזכות. זוהי דרישה של "שרשרת הסמכות" (legal pedigree) המגיעות עד לחוקה עצמה.⁴ על פי מהותה היא נגזרת מהעיקרון בדבר שלטון החוק הפורמלי. בצד דרישה פורמלית זו התפרש יסוד החוקיות כמעמיד שלוש דרישות נוספות:⁵ ראשית, בכמה שיטות משפט נדרש כי ההסמכה תהא כללית (general application); שנית, נגישות (accessibility) לדין; שלישית, בהירות (clarity) הדין. דרישות אלה מתבססות בעיקרו של דבר על תפיסה תורתית (יוריספרודנטלית) באשר לשלטון החוק.⁶ תפיסה זו אינה מסתפקת בהיבט הפורמלי של שלטון החוק. היא מעמידה דרישות נוספות המאפיינות את קיומה של שיטת המשפט. אלה הם תנאים חיוניים לשלטון המשפט ולא לשלטון האדם. זהו מה שרולס כינה "צדק פורמאלי" (formal justice).⁷ פולר (Fuller) כינה זאת כמוסריות הפנימית של המשפט.⁸ רשימתן של דרישות אלה אינה סגורה והיא מתפתחת עם הבנתנו את מהות המשפט בחברה.⁹ נפנה עתה לבחינה קרובה יותר של יסוד החוקיות ושל העיקרון המונח בבסיסו בדבר שלטון החוק (הפורמלי והתורתי).¹⁰

2. שרשרת של הסמכות

(א) תוקף נורמטיבי היונק מהחוקה במפורש או במשתמע

הדרישה הבסיסית הינה כי הפגיעה בזכות או הגבלתה תנבע מנורמה משפטית בת-תוקף. נורמה בת-תוקף משמעה נורמה שהיא חלק מהמבנה המדורג של מערכת המשפט.¹¹ עליה

- 4 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 1, בעמ' 134; Garibaldi, לעיל ה"ש 2, בעמ' 506.
- 5 ראו Sunday Times v. United Kingdom, App. No. 6538/74, 2 Eur. H.R. Rep. 245 (1980).
- 6 על תפיסה זו, ראו אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה' 375, 385 (2000). ראו גם JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY (1979) 210. ראו להלן עמ' 276.
- 7 ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 235 (1971).
- 8 ראו LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 33 (1969).
- 9 ראו ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 386.
- 10 רבות התלבטתי בשאלת המיקום של דרישת החוקיות. היא אינה מרכיב של דיני המידתיות, ועל כן מקומה אינו בשער השלישי. עם זאת, דרישת החוקיות אינה קשורה להיקף הזכות, הנידון בשער הראשון. היא מהווה חלק מפסקת ההגבלה. בספר זה הבחנתי בין הפגיעה בזכות (הנדונה בשער הראשון) לבין מרכיבי המידתיות (הנדונים בשער השלישי). לאור קרבתה של סוגיית החוקיות לשאלת הפגיעה בזכות החוקתית, מיקמתי הדיון בחוקיות לצד הדיון בפגיעה בזכות החוקתית. שתי הדרישות (פגיעה וחוקיות) הן חלק מפסקת ההגבלה. עם זאת, נטל ההוכחה באשר לפגיעה מוטל על הטוען לפגיעה. נטל ההוכחה באשר לחוקיות מוטל על הטוען לצידוק.
- 11 ראו יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 11 (תשנ"א).

להתבסס על שרשרת הסמכות שיסודה בחוקה עצמה. ההסמכה בחוקה יכולה להיות מפורשת או משתמעת. סמכות החקיקה המפורשת של המחוקק נובעת מסמכותו הכללית של המחוקק לחוקק. בהיעדר הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות חוקתית, סמכות בת־תוקף לפגיעה בזכות חוקתית היא סמכות המשתמעת מהחוקה.¹²

(ב) פגיעה והפרה

הוראה נורמטיבית המגבילה או הפוגעת בזכות חוקתית חייבת אפוא להיות חלק מהמבנה המדורג של המשפט. יהא "המרחק" שלה מהחוקה אשר יהא, היא חייבת לינוק את חיותה מהסמכה בחוקה עצמה. כאשר הוראה מגבילה או פוגעת בזכות חוקתית אינה מבוססת על שרשרת הסמכות, היא מהווה הפרה (violation) של החוקה ושל הזכות החוקתית. מבחינה נורמטיבית אין הסמכה לפגיעה בזכות חוקתית.¹³ כך למשל, מדיניות כללית אינה בסיס לפגיעה בזכות חוקתית, אלא אם כן היא מעוגנת בהסמכה היונקת חיותה, במישרין או בעקיפין, מהחוקה.¹⁴ עד כמה שהנחיות מנהליות קובעות הגבלות ופגיעות בזכויות חוקתיות, בלא שהן מעוגנות בהוראת דין שהיא חלק מהמבנה המדורג של המשפט (כגון הוראה בחוק של הכנסת או בחקיקת־משנה היונקת סמכותה מהחוק), הן אינן מהוות חלק משרשרת של הסמכות.¹⁵ על כן, כאשר מונעים מאסירים לשלוח דברי דואר אך על בסיס הנחיות מנהליות של שירות בתי הסוהר, אין בסיס משפטי לפגיעה או להגבלה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי או לחירות.¹⁶ לא כן אם הבסיס לפגיעה בזכות החוקתית הוא שיקול דעת שלטוני המעוגן בדבר חקיקה, וההנחיות המינהליות נועדו אך להדרכתה של הרשות המוסמכת.¹⁷ במקרה זה, מקור הסמכות היא ההסמכה של הרשות המוסמכת המעוגנת בדבר החקיקה. ההנחיות המינהליות נועדו לצורכי הדרכה בלבד. בהיעדר הסמכה כדין לפגיעה בזכות חוקתית, אין כל חשיבות לשאלה אם הפגיעה או ההגבלה הן מידתיות. בהיעדר הסמכה כדין אין פגיעה או הגבלה כדין. הפועל על יסוד הוראת דין מעין זו פועל ללא המְטָרָה הנורמטיבית של פסקת ההגבלה. הוא עשוי להסתכן באחריות אישית לפעולותיו. ניתן למנוע ממנו להתכונן לפעולה או להמשיך ולפעול.

12 ראו לעיל עמ' 80.

13 על היעדר שרשרת הסמכה במקרה של מחדל חקיקתי הפוגע בזכות חוקתית חיובית, ראו להלן עמ' 523.

14 ראו Hoffmann v. South African Airways, 2001 (1) SA 1.

15 על הנחיות מנהליות, ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 273 (1996); יואב דותן הנחיות מינהליות (1996).

16 ראו Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, [1991] 1 S.C.R. 139.

17 ראו דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 28.

חוק-יסוד : הממשלה קובע כי "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת"¹⁸. האם הוראה זו מהווה מקור הסמכה לפגיעה בזכות חוקתית? התשובה הינה בשלילה. הוראה זו אינה מקור לפגיעה בזכות אדם – חוקתית או אחרת¹⁹.

ב. הגבלה בחוק (statute)

1. הגבלה בחוק

רוב המקרים של הגבלת זכות חוקתית מבוססים על חוק (statute) של הגוף המחוקק. במצב זה, כל היסודות הנורמטיביים המשכללים את הגבלתה של הזכות החוקתית קבועים בחוק עצמו. זהו הדין למשל כשחוק קובע איסור פרסום ידיעה שיש בה כדי לפגוע בביטחון המדינה, בין אם הדיבור "ביטחון המדינה" מוגדר בחוק ובין אם לאו. במצב דברים זה כל יסודותיו של האיסור הפוגע בחופש הביטוי קבועים בחוק עצמו. היקפה של ההוראה הפוגעת נקבע על פי פירושה. פירוש זה נעשה על פי הכללים לפירוש חוקים. החוק הפוגע יכול שיעוצב כעיקרון ויכול שיעוצב ככלל. דין אחד חל לגביהם. הפגיעה בזכות החוקתית בחוק יכולה להיות מפורשת או משתמעת. הדרישה בחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו להסמכה מפורשת מתייחסת לפגיעה על פי חוק ולא לפגיעה בחוק עצמו.²⁰

הגבלה בזכות חוקתית היא "בחוק" אם החוק הוא תקף (valid) בלא קשר לקיומה של הצדקה להגבלה. על כן נדרש כי החוק יתקבל בהליך הנדרש לקבלתו. כאשר נדרשות שלוש קריאות לקבלת חוק, היעדרה של אחת הקריאות עשוי לשלול את תוקפו של החוק.²¹ הוא הדין אם החוק לא זכה בעת ההצבעה ברוב הדרוש, או אם הרוב הסתמך על הצבעה פסולה כגון הצבעה כפולה.²² במדינה פדרלית חייב החוק לקיים את הכללים לסמכות החקיקה הפדרלית או המדינתית. אי-קיומן של הוראות אלה שולל את תוקפו של החוק וממילא מנתק את שרשרת ההסמכות. במקרה כזה, כל הפועל על יסוד ההסמכה בחוק פועל ללא מְטְרָה נורמטיבית ועלול להתחייב אישית. שאלת מידתיותו של החוק אינה מתעוררת.

- 18 סעיף 32 לחוק-יסוד : הממשלה, ס"ח התשס"א 158.
- 19 ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006) : "נפסק – והלכה זו מקובלת על הכל – כי מכח סמכותה השירותית, כהוראת סעיף 32 אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד. ...סמכותה השירותית של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט" (המשנה לנשיא חשין).
- 20 ראו אורן גול "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד 381 (1998).
- 21 ראו בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004).
- 22 ש.ם.

2. פגיעה או הגבלה "לפי חוק"

(א) אינטנסיביות ההאצלה מהחוק

הגבלה בזכות חוקתית היא "לפי חוק" כאשר החוק אינו קובע את כל היסודות הנורמטיביים המשכללים את ההגבלה. מצבים רבים ומגוונים נופלים לגדר אפשרות זו. הם נבדלים זה מזה במידת האינטנסיביות של קביעת היסודות בחוק עצמו או בנורמה תת-חוקית.²³ בצד אחד של הקשת ממוקמות הגבלות שרוב היסודות המשפטיים המגבשים אותן מפורטים בחוק עצמו, ורק פרטים משניים מופיעים בנורמה תת-חוקית (כגון חקיקת-משנה או הוראות מינהל). בצד האחר של קשת האפשרויות ממוקמות הגבלות של זכות חוקתית שהחוק קובע אך הוראת הסמכה לגביהן – ולפיה היסודות הנורמטיביים המגבשים אותן ייקבעו בנורמה תת-חוקתית (בין חקיקת משנה ובין הודעת מינהל). בין שני המצבים יש מקרי-ביניים רבים ומגוונים. כך, למשל, החוק עשוי לקבוע כי עיסוק מסוים טעון רישיון, וכי התנאים למתן הרישיון ייקבעו על ידי השר. בדוגמה זו החוק קובע חלק מהיסודות הנורמטיביים המשכללים את ההגבלה (דרישת הרישיון), ואילו שאר היסודות הנורמטיביים המשכללים את ההגבלה (התנאים למתן רישיון ולסירובו) ייקבעו בנורמה תת-חוקית. השאלה המתעוררת היא, אם כל דרכי ההגבלה האלה הן "לפי חוק"?

(ב) הגבלה על אינטנסיביות ההאצלה

אין מניעה לקבוע חלק מהיסודות המשכללים הגבלה של זכות חוקתית בנורמה תת-חוקתית (חקיקת-משנה).²⁴ על רקע זה מתעוררת השאלה הבאה: האם המחוקק חופשי לקבוע על פי שיקול דעתו את האינטנסיביות של קביעת היסודות המרכיבים את ההגבלה – בחוק עצמו או בחקיקת-המשנה? האם קביעה בחוק שלפיה ניתן להגביל זכות אדם חוקתית, תוך שהיסודות של הגבלה זו ייקבעו בחקיקת-משנה, מקיימת את יסוד החוקיות שבפסקת ההגבלה?

התשובה על שאלה זו משתנה משיטת משפט אחת לרעותה. בכמה שיטות משפט מקובלת התפיסה כי ההסדרים הראשוניים באשר להגבלה של זכויות אדם חוקתיות צריכים להיקבע בחוק עצמו ולא בנורמה תת-חוקית. זהו הדין בארצות-הברית,²⁵ בגרמניה,²⁶

23 ראו גול, לעיל ה"ש 20.

24 ראו ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 161 (2005).

25 ראו LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 977 (3rd. ed., 2000).

26 ראו DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 132 (1994).

בקנדה,²⁷ בהודו²⁸ ובישראל.²⁹ הסדרים ראשוניים הם הסדרים "הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים".³⁰ הבסיס החוקתי לתפיסה זו הוא כפול: ראשית, ניתן לעגן תפיסה זו על העקרונות החוקתיים של הפרדת הרשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה עצמה.³¹ על פי העיקרון בדבר הפרדת רשויות, "הענקת סמכויות חקיקה לרשות המבצעת מותרת היא, ובלבד שהרשות המחוקקת קובעת את הפרמטרים העקרוניים שבמסגרתם מוסמכת הרשות המבצעת לחוקק".³² העיקרון בדבר שלטון החוק מחייב כי "הרשות המחוקקת תקבע היא בעצמה את העקרונות, את ההסדרים הראשוניים, ואילו המינהל יוסמך לקבוע בדרך של חקיקה רק את פרטי הביצוע, את ההסדרים המשניים".³³ אשר לדמוקרטיה, זו דורשת כי ההכרעות המהותיות ייקבעו על ידי נציגי העם בגוף המחוקק, ולא בדרך של אצילה למי שלא נבחר על ידי העם. שנית, ניתן לעגן גישה זו בפרשנותו החוקתית של הדיבור "לפי חוק" בפסקת ההגבלה. על פי גישה זו, מדיבור זה משתמע – כעניין של פרשנות הטקסט החוקתי בעניין פסקת ההגבלה – כי החוק עצמו צריך לקבוע את ההסדרים הראשוניים באשר להגבלה של זכות חוקתית. גם מסקנה פרשנית זו מבוססת על שיקולים של דמוקרטיה, הפרדת רשויות ושלטון החוק. נמצא כי שתי הגישות אינן אלא גישה אחת, הראשונה כללית ואילו השנייה מיוחדת לנורמות תת-חוקיות (כגון חקיקת-משנה) הפוגעות בזכות חוקתית.

המסקנה המתבקשת הינה כי חוק האוצל למחוקק-המשנה או למבצע הוראות מינהל סמכות או שיקול דעת להגביל זכות אדם חוקתית – ולעניין זה לא צריכה להיות חשיבות למהותה של הזכות, לחשיבותה ולמידת הפגיעה בה – בלא לקבוע את ההסדרים הראשוניים

27 ראו HOGG, לעיל ה"ש 3, בעמ' 123.

28 ראו M.P. JAIN, INDIAN CONSTITUTIONAL LAW 139 (5th ed., 2003).

29 ראו ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה(4) 529, 552 (1991); ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס, פ"ד מח(3) 641, 659 (1994); בג"ץ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נב(5) 655, 650 (1998); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נ(6) 25, 56 (2002); פרשת ועדת המעקב העליונה, לעיל ה"ש 19; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 20.8.2008). יצחק קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר 105 (1992); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 163 (2005); גידי ספיר "הסדרים ראשוניים" (צפוי להתפרסם בעיוני משפט לב(1) 2010).

30 פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 502 (הנשיא ברק).

31 לביקורת שיקולים אלה, ראו ספיר, לעיל ה"ש *.

32 פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 504 (הנשיא ברק).

33 יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" משפטים ד 63, 70 (1972).

באשר לתוכן ההגבלה, אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.³⁴ כאשר החוק קובע את ההסדרים הראשוניים, אין מניעה לכך שהסדרים המשנה ייקבעו בחקיקת-משנה, או בהפעלת הסמכות לפעולות מינהל.

(ג) "לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו"

חקיקת-משנה או סמכות להוראות מינהל הקובעות הסדרים הפוגעים בזכות חוקתית חייבות לקבל את הסמכתן בחקיקה הראשית. האם הסמכה זו צריכה להיות מפורשת? מה דין הסמכה כללית לחקיקת משנה או לשיקול דעת לפעולות מינהל? כאשר כל יסודותיה של הפגיעה בזכות חוקתית מעוגנים בחקיקה ראשית, עיגון זה מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה גם אם הוא משתמע. כאשר החוק עצמו אינו משכלל את הפגיעה בזכות החוקתית אלא ממסמך לשם כך רשות תת-חוקית, ההסמכה אינה תופסת, שכן ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע בחוק עצמו. גם הסמכה מפורשת בחוק לקביעת הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה אינה מועילה. מה באה, אפוא, הדרישה בעניין "הסמכה מפורשת" לקבוע? ומהי הסמכה "מפורשת"?

שאלה זו התעוררה בישראל טרם כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. הגישה הפרשנית היתה כי חקיקת משנה תוכל לפגוע בזכות אדם רק אם ההסמכה לכך הינה מפורשת, ברורה וחד-משמעית.³⁵ עמד על כך מ"מ הנשיא מ' שמגר:³⁶

"הבדיקה של חקיקת המשנה על פי הגבולות שהותוו לה בחקיקה הראשית היא כמובן, קפידה במיוחד, כאשר מדובר בהגבלתה של זכות יסוד. למחוקק המשנה דרושה... בכל מקרה הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי... כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא... כי היא תפורש באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות יסוד. זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, ונוסף לכך, כל עוד אין חוק יסוד הקובע אחרת, גם על ידי מחוקק המשנה, שהוסמך לכך על ידי המחוקק הראשי... הסמכה לעניין זה משמעותה 'הסמכה מפורשת' וכשלעצמי כוונתי בכך אך ורק למקרה, בו אומר המחוקק

34 לגישה שונה, ראו גזל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 401. לסוגיה זו, ראו ספיר, לעיל ה"ש 29.

35 ראו בג"ץ 144/72 ליפבסקי-הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 719, 723 (1973): "חופש העיסוק הוא מזכויות היסוד של האזרח, שאף שאינה כתובה על ספר – ולא היא בלבד אלא חרויות וזכויות אדם רבות אחרות – אין להפקיע או להגבילה אלא על פי הוראת חוק ברורה וחד-משמעית. לא-כל-שכן, כשזה נעשה על-ידי מחוקק-משנה שאין בכוחו לעשות אלא מה שהמחוקק הריבוני הסמיכו לעשותו, והסמכה כזאת צריכה להיות במילים ברורות ומפורשות" (השופט ברנזון).

36 בג"ץ 337/81 מיטני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358 (1983).

הראשי ברורות ומפורשות כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על עיסוק במקצוע פלוני. חקיקת המשנה שואבת את כוחה אך ורק מדבר ההסמכה של המחוקק הראשי, וכאשר מדובר בנושאים שעניינם הגבלתן של חריות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול, לדעתי, בתחום האמור, אלא אם הוקנתה לו על ידי המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגייה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור.”

ועל גישה זו חזר בית המשפט העליון בכמה פסקי דין.³⁷ עם כינונו של חוק-יסוד: חופש העיסוק נקבע בפסקת ההגבלה כי ניתן להגביל את חופש העיסוק “בחוק”.³⁸ כן נקבע כי “היה עיסוק מותנה בקבלת רשיון, לא תישלל הזכות לרשיון אלא על פי חוק...”.³⁹ חוק היסוד המקורי הבחין אפוא בין ההוראה הכללית לפיה ניתן להגביל את חופש העיסוק “בחוק” לבין ההוראה המיוחדת בעניין “רישוי”, בה נקבע כי שלילת הזכות לרשיון חייבת להיות “על פי חוק”. עלה החשש כי בשל שוני זה בניסוח תתפרש ההוראה בעניין ההגבלה “בחוק” כשוללת האפשרות להגבלה בחקיקת-משנה. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע בפסקת ההגבלה כי ניתן להגביל את הזכויות הכלולות בחוק היסוד “בחוק”.⁴⁰ דבר לא נאמר בדבר הגבלה “על פי חוק”. אף כאן התעוררה השאלה אם ניתן להגביל את אחת הזכויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בחקיקת-משנה. בשל חוסר הבהירות, ובהזדמנות של כינון מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק, נפתרה קושיה פרשנית זו. בשני חוקי היסוד נקבע נוסח אחיד שלפיו ניתן להגביל את הזכויות הכלולות בהם:⁴¹

“אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו”.

פתרונה של שאלה פרשנית אחת הוליד שאלה פרשנית אחרת. המכונן לא הסתפק בהאחדת הניסוח בעניין ההסמכה של חקיקת משנה, אלא הוסיף תנאי שלא היה בנוסח

37 ראו פרשת פרי העמק, לעיל ה”ש 29, בעמ’ 561; בג”ץ 333/85 אביאל נ’ שר העבודה והרווחה, פ”ד מה(4) 581, 600 (1991); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 558 (1993).

38 ס’ 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס”ח התשנ”ב 114 (המקורי). חוק יסוד זה בוטל ובמקומו כונן ב-1994, חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס”ח התשנ”ד 90.

39 ס’ 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (המקורי).

40 ס’ 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס”ח התשנ”ב 150, לפני התיקון מ-1994. ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 498 (1994).

41 ס’ 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס’ 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

המקורי. על פי תנאי זה – שנועד כנראה לשקף את הדין ההלכתי שקדם לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם – ההסמכה צריכה להיות מפורשת.⁴² מה מובנה של דרישה זו? כפי שציינתי, ההסדרים הראשוניים חייבים להיקבע בחוק עצמו. הדרישה להסמכה "מפורשת" לא באה להחליף את התפיסה כי הסדרים ראשוניים חייבים להיקבע בחוק עצמו.⁴³ על כן הוראה מפורשת בחוק עצמו כי ההסדרים הראשוניים ייקבעו בחקיקת-משנה אינה חוקתית. ההוראות בעניין הצורך בהסמכה המפורשת משתרעות, על כן, לעניין ההסדרים המשניים. ההסמכה לאלה צריכה להיות "מפורשת". מה משמעותה של דרישה זו? טול חוק הקובע חובת רישוי על עיסוק במקצוע פלוני. החוק ממשיך וקובע את הפרמטרים האחרים הנוגעים להסדר המקצוע. אני מניח אפוא כי ההסדרים הראשוניים נקבעו בחוק עצמו. החוק ממשיך וקובע כי פרטים ייקבעו בחקיקת-משנה. האם זו "הסמכה מפורשת" כנדרש בפסקת ההגבלה? נראה כי אין לתת לשאלה זו תשובה כוללת, פרט לאמירה כי הדבר מותנה בחשיבותה של הזכות הנפגעת, בעומק הפגיעה ובחשיבותו של האינטרס שהגשמתו פגעה בזכות. עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש בפרשת המפקד הלאומי:⁴⁴

"ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת-ההסמכה המפורשת-בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתאם לכך, בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות-מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת משנה. רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים... לעומת זאת, ככל שהטעמים שבבסיס הזכות המוגנת הינם בעלי חשיבות חברתית נמוכה יחסית, וככל שעוצמת הפגיעה בזכות חלשה בהתחשב בהקשרה ובמכלול נסיבות העניין, כך ניתן לפרש את דרישת 'ההסמכה המפורשת' באופן גמיש ומרוכך יותר."

ספק בעיניי אם הדרישה להסמכה "מפורשת" היא ראויה.⁴⁵ ממה נפשך: אם החוק המסמיך אינו קובע את ההסדרים הראשוניים, הוראה מפורשת המעניקה הסמכה לחקיקת-המשנה לא תועיל שכן ההסמכה עצמה אינה כדין. אם החוק המסמיך קובע הסדרים

42 ראו בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673 (1999).

43 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 40, בעמ' 500; יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 113 (2005).

44 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

45 ראו זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית", לעיל ה"ש 43, בעמ' 108; גזל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 404.

ראשוניים, מה טעם יש בדרישה כי ההסמכה להסדרים משניים תהא מפורשת? מדוע אין להסתפק בהסמכה משתמעת? ואולי יש לקבוע כי הדרישה בעניין הסמכה "מפורשת" משמעותה שהחוק צריך לקבוע את ההסדרים הראשוניים?

(ד) הסמכה כללית

כמה חוקות קובעות כי ההגבלה על זכויות חוקתיות צריכה להתבסס על דין בעל תחולה כללית (General Application). כך, למשל, חוק היסוד הגרמני בתרגומו הרשמי קובע כי חקיקה הפוגעת בזכות אדם צריכה להיות:⁴⁶

"...such statute must apply generally and not solely to an individual case..."

הדרישה הינה אפוא לתחולה כללית של החקיקה ולא לתחולה על מקרה מיוחד. הוראה ברוח דומה, תוך השפעה גרמנית, קבועה בחוקתה של דרום-אפריקה:⁴⁷

"The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application."

גם כשפסקת ההגבלה בחוקה או במסמך בינלאומי מסתפקים בקביעה כי ההגבלה צריכה להיות בדין (Law) – בלא קביעה מפורשת שהדין צריך להיות כללי – פורש ביטוי זה לעיתים כדין בעל תחולה כללית.⁴⁸

דרישת ה"כלליות" היא חלק מהעקרון התורתי (יוריספרודנטלי) בדבר שלטון החוק.⁴⁹ יש המבססים את דרישת הכלליות גם על העיקרון בדבר הפרדת הרשויות.⁵⁰ על פי הסבר זה

46 ס' 19(1) לחוק היסוד הגרמני.

47 ס' 136(1) לחוקה של דרום-אפריקה.

48 ראו ס' 15 לעקרונות סירקו: *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 7 HUMAN RIGHTS Q. 3 (1985); Alexandre Charles Kiss, *Permissible Limitations on Rights*, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS 290, 308 (Louis Henkin ed., 1981).

49 ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "הדרישה לפגיעה 'בחוק' או 'לפי חוק' מהווה ביטוי לעיקרון שלטון החוק לא רק במובנו הפורמלי אלא גם במובנו המהותי-הצרי. בהתאם לכך, בכדי לצלוח את הבחינה החוקתית חייבת החקיקה הפוגעת בזכויות אדם לקיים את כל היסודות החיוניים לתוקפה של חקיקה כנורמה משפטית מחייבת, ובהם פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות והיעדר שרירותיות"; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 286. ראו גם Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, Chapter 34, 48 (2006); Dawood v. Minister of Home Affairs, 2000 (3) SA 936 (CC).

חוק לאיש מיוחד או לעניין מיוחד יש בו משום התערבות בעניין של הרשות המבצעת (אם העניין הוא מנהלי) או בעניינה של הרשות השופטת (אם העניין הוא שיפוטי), בלא לקיים את הדרישות המצדיקות התערבות זו. מכאן האיסור בחוקה האמריקנית בעניין Bill of Attainder,⁵¹ כלומר: חוק המעניש או קונס פרטים או קבוצות מיוחדות בלא הליך ראוי.⁵² אחרים מבססים את הוראת הכלליות על הזכות לשוויון. על פי גישה זו חקיקה הפוגעת בזכות חוקתית באופן שרירותי אינה חוקתית משום שהיא אינה מקיימת את הדרישה כי הפגיעה בזכות החוקתית תהא בדין (law) או "בחוק".

ההסברים השונים שביסוד דרישת הכלליות מובילים ברוב המקרים לתוצאה פרשנית זהה של מושג ה"כלליות" – ברוב המקרים אך לא בכלם. כך, למשל, אם הבסיס העיקרי המונח ביסוד ה"כלליות" הוא הבטחת השוויון, כי אז דין החל על אדם מיוחד עשוי בתנאים מסוימים שלא לפגוע בשוויון. זאת, כשיש טעמים ראויים, על פי דיני השוויון, לטיפול משפטי שונה באותו אדם ביחס לשאר העולם. לא כן אם הטעם המונח ביסודה של דרישת הכלליות מעוגן בעקרונות של הפרדת רשויות או שלטון החוק. יהא עניין זה כאשר יהיה, דומה שכל הטעמים המונחים ביסוד דרישת הכלליות יסכימו לשלוש המסקנות הבאות: ראשית, לא הניסוח קובע אלא המהות. ניסוח "כללי" שמאחוריו מסתתר דין המכוון כלפי אדם אחד ("דין מסתתר") מפר את דרישת הכלליות. שנית, דרישת הכלליות מופרת אם הדין מוחל על קבוצת בני אדם ידועים ומזוהים.⁵³ קו הגבול בין קבוצה ידועה ומזוהה (שאינה מקיימת את דרישת הכלליות) לבין קבוצה בלתי ידועה ובלתי מזוהה (המקיימת את דרישת הכלליות) הוא לעתים קשה לקביעה. שלישית, בקביעת קו הגבול בין דין ליחיד (האסור על פי החוקה) לבין דין לכלל (הנדרש על פי פסקת ההגבלה) מותר להיזקק לכוונה שהביאה ליצירת הדין.⁵⁴

ניתן לטעון כי עם חיזוק מעמדה של הזכות החוקתית לשוויון, דרישת הכלליות מאבדת מחשיבותה. על פי טענה זו, מרבית המקרים שבהם ייפסל דין הפוגע בזכות חוקתית בשל היעדר כלליות, הוא ייפסל גם בשל פגיעה בשוויון. עם זאת, יש חשיבות בדרישת הכלליות כדרישת סף, וזאת משני טעמים: ראשית, לא כל מקרה של אי-כלליות מבוסס על הפליה; שנית, אם הדין המפר אינו מקיים את דרישת הכלליות אין צורך לבחון את מידתיותו. אכן, בלא דרישת סף של כלליות לא ניתן להסתפק אך בפגיעה בשוויון, ויש צורך לבחון את

50 ראו GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 139 (2005). ראו גם IM RAUTENBACH & E.F.J MALHERBE, CONSTITUTIONAL LAW 349 (4th ed., 2004).

51 ראו ס' 1(9)(3) לחוקה האמריקאית.

52 ראו United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946).

53 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 287.

54 שם. ראו גם VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 50, בעמ' 139.

מידתיות הפגיעה בשוויון. מכאן חשיבותה של דרישת הכלליות גם בשיטת משפט שבה עקרון השוויון מפותח.

(ה) הסמכה נגישה

קו משותף המנחה שיטות משפט שונות הינו כי הוראת דין המסמיכה להגביל זכות חוקתית צריכה להיות נגישה (accessible) לציבור.⁵⁵ היא צריכה להיות "ברשות הציבור". על כן חוק צריך להתפרסם.⁵⁶ "חוק סתר" או תקנות בנות פועל תחיקתי שהותקנו בסתר אינם מקיימים את דרישת הנגישות. עמד על כך השופט מ' חשין:⁵⁷

"עיקרון פרסומה של חקיקה מוצא את מקומו בתשתית התשתיות של שלטון החוק... יסוד זה של פרסום החקיקה חודר עמוק אף אל ממלכת שלטון החוק במשמעותו המהותית – התוכנית והערכית – הוא שלטון החוק הטובל בערכי-היסוד של החברה ושל הפרט."

הוא הדין בתקנות בנות פועל תחיקתי.⁵⁸ שאלה יפה היא מה דינן של הנחיות פנימיות – עד כמה שיש הסמכה להתקנתן בחקיקה ראשית – לעניין הפרסום. לדעתי, דרישת הנגישות תתקיים רק אם ההנחיות הפנימיות יועמדו לרשות הציבור.⁵⁹ בדומה, פסק דין יקיים דרישה זו עד כמה שהוא יפורסם לידיעת הציבור. דרישת הנגישות מופנית כלפי הדין המסמיך. צו אינדיבידואלי הניתן מכוחו אינו חייב בפרסום כמו הדין שמכוחו הוא ניתן. די שצו זה יובא לידיעת האדם שכנגדו הוא מכוון. יש הסבורים כי מדרישת הנגישות נובע כי דין אינו יכול

55 ראו פרשת *Sunday Times*, לעיל ה"ש 5; פרשת *Dawood*, לעיל ה"ש 49; President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo, 1997 (4) SA 1 (CC); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 296.

56 ראו ס' 10 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 534, 221 (1995).

57 רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 515 (1994).

58 ראו ס' 10 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט; ס' 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], דמ"י התשי"ד 2; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 297.

59 ראו ס' 6 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ס"ח 226; בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501 (1992); בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177 (1996); ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485 (1997); בג"ץ 1477/96 נמרודטקס נ' משרד התעשייה והמסחר, פ"ד נ(5) 193 (1998); בג"ץ 7139/02 עבאס-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481 (2003); עע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן (פורסם בנבו, 16.3.2006); עע"ם 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 24.7.2008); יצחק זמיר "הנחיות מינהליות" הפרקליט לח 18, 45 (1988); דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 15, בעמ' 127; יואב דותן "פרסום הנחיות מינהליות" משפט וממשל ג 475 (1996); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 302.

לפגוע בזכות אדם למפרע. דין רטרואקטיבי (או רטרוספקטיבי) אינו נגיש שכן בעת התרחשותו של האירוע נשוא הדין לא הייתה ההגבלה קיימת, וממילא לא הייתה נגישה.⁶⁰ ספק בעיניי אם גישה זו ראויה היא. הדין הקובע רטרואקטיביות (או רטרוספקטיביות) יהא נגיש אם יפורסם כראוי. חוקתיותו צריכה להיקבע על פי מערכת דינים עניינית, ולא על פי דרישת סף.

(ו) הסמכה בהירה דיה

כמה בתי משפט קבעו כי כדי למלא את יסוד ה"בדין" (law), הנורמה הפוגעת או המגבילה זכות חוקתית צריכה להיות "בהירה דיה".⁶¹ עליה לקבוע הסדר שקורא סביר יבין אותו, גם אם הוא נזקק לשם כך לעזרה מקצועית. אם לא כן, ההסדר הקבוע בדין כמוהו כהסדר סתר. דין אינו חידה. מובן כי ככל שהנושא מורכב יותר גם ההסדר יהא מורכב יותר. משפט אינו מתמטיקה. הבהירות הנדרשת היא יחסית.⁶² אמת-המידה היא זו של ההבנה הסבירה, שיש בה כדי לאפשר הבנה שתדריך את ההתנהגות העתידית. ביטוי לגישה זו ניתן בפסק דינו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם בפרשת *Sunday Times*:⁶³

"[A] norm cannot be regarded as 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct; he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty; experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice".

על כן, גם אם החוק קובע תנאי להאזנת סתר, ראוי שעקרונית כל אדם – לרבות זה שמאזינים לשיחתו – יוכל לדעת מה הם התנאים לקיום האזנה זו,⁶⁴ וזאת וגם אם אין לו

60 ראו CURRIE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 169.

61 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 40, בעמ' 505; VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 50, בעמ' 140, 180, 245; Woolman & Botha, לעיל ה"ש 49, בעמ' 49.

62 ראו Chorrherr v. Austria, App. No. 13308/87, 17 Eur. H.R. Rep. 358 (1994).

63 פרשת *Sunday Times*, לעיל ה"ש 5, פס' 49.

64 ראו Malone v. United Kingdom, App. No. 8691/79, 7 Eur. H.R. Rep. 14 (1984).

מושג שמאזינים לו הלכה למעשה. בכמה מדינות פותחה דוקטרינה שלפיה חוק סתום (vague) הפוגע בזכות חוקתית הוא בטל.⁶⁵ דוקטרינה זו מתמזגת עם הדרישה שההסמכה לפגיעה בזכות חוקתית תהא בהירה דיה.

ראוי להדגיש כי חוסר־הבהירות שבו אנו עוסקים עתה הוא אותו חוסר־בהירות המביא לאי־חוקתיותה של הפגיעה בזכות האדם, גם אם פגיעה זו היא מידתית. על כן, הוראה היא בהירה אם היא קובעת הסדר בהיר לפגיעה בזכות חוקתית, גם אם פגיעה זו אינה מידתית. בהירות לחוד ומידתיות לחוד. הבהירות היא דרישת סף.

הבהירות הנדרשת היא זו המתחשבת באופיו ובמהותו של המשפט. אין לדרוש כי קריאה ראשונית של הטקסט תבהיר לקורא את היקף פריסתו; זוהי דרישה שהמשפט אינו יכול לעמוד בה, וספק אם הוא מבקש לעמוד בה. הקריאה הראשונית היא לרוב אינטואיטיבית.⁶⁶ היא נותנת משקל כבד למוכח המילוני של לשון הטקסט. המשפט הוא מורכב הרבה יותר. מאות בשנים פותחו כללים לפרשנותו של טקסט משפטי. אין להבין את הטקסט המשפטי בלא לפרשו⁶⁷ ואין הבנה קדם־פרשנית.⁶⁸ הבהירות הנדרשת הינה אפוא בהירותו של הטקסט לאחר שעבר תהליך פרשני. כל טקסט הוא בהיר וברור, לעניין הבעיה המשפטית שהתעוררה, לאחר שתהליך הפרשנות הסתיים. אין טקסט שאי־אפשר לפרשו, ואין טקסט שפרשנותו אינה מבהירה אותו בסופו של דבר. מצב דברים זה מוביל למסקנה כי חוסר־הבהירות השולל את יסוד ה"דין" בפסקת ההגבלה חייב להיות קיצוני. אלה המקרים שבהם קריאה מושכלת על פי כללי הפרשנות כולם, על ידי איש מקצוע, מותירה בסוף התהליך ספק כבד.⁶⁹ במקרים אלה יש לקבוע כי הדין הפוגע אינו בהיר דיו.

ג. יסוד החוקיות והמשפט המקובל

1. החוקה והמשפט המקובל

מרבית מדינות המשפט המקובל, כמו גם ישראל, כוננו חוקות או חוקי יסוד על רקע קיומו הקודם של משפט מקובל. טבעי הוא כי תתעורר השאלה מהו היחס בין המשפט המקובל – בין זה שהתפתח לפני כינון החוקה ובין זה שהתפתח לאחריו – לבין החוקה? האם ניתן לקיים משפט מקובל בדמוקרטיה חוקתית? האם הלכותיו של המשפט המקובל

65 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 40, בעמ' 505, HOGG; לעיל ה"ש 3, בעמ' 125. ראו גם *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court*, 109 U. PA. L. REV. 67 (1960); JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 1280 (8th ed., 2010).

66 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 79 (2003).

67 שם, בעמ' 49.

68 שם.

69 ראו *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.

עשויות להגביל זכות חוקתית? חקיקה המגבילה זכות חוקתית תהא חוקתית אם היא מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה, כלומר היא מידתית. האם פסיקה יכולה להגביל זכות חוקתית? האם עליה לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה? האם עליה להיות מידתית? חוקות קובעות לעתים שכל רשות שלטונית חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות.⁷⁰ מקובל על הכל כי הרשות השופטת הינה רשות שלטונית. עליה לכבד את הזכויות החוקתיות. כאשר בית משפט קובע הלכה שיפוטית בתחום המשפט הפרטי הוא לעתים נוטל מהאחד ומעניק לאחר. זהו הדין בכל הלכות המשפט המקובל בחוזים ובנוזיקין. אם הלכות אלה פוגעות בזכותו של הפרט, הרי נעשתה הפגיעה על ידי הרשות השלטונית השיפוטית. אילו נעשתה פגיעה כזו בחוק היא לא הייתה חוקתית – אלא אם כן היא מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. האם ההלכה הפסוקה שיצרה את הזכויות במשפט הפרטי – ובכך אף מגבילה אותן – חייבת לקיים הוראות אלה?

שאלה זו, חרף חשיבותה הרבה, לא תוכל לזכות לבחינה מעמיקה בספר זה. אבקש אך להאיר מספר היבטים הקשורים בה. אציין כי תשובה חיובית לשאלות אלה חיונית היא אם שיטת המשפט מבקשת להמשיך להתקיים כשיטה של משפט מקובל. אם המשפט המקובל אינו יכול לפגוע או להגביל זכות חוקתית, הוא גם אינו יכול להכיר בזכויות אדם ותפקידו כמשפט מקובל – להבדיל מפסיקה המפרשת חקיקה⁷¹ – נפגע קשות. אכן, שופט שאינו יכול לפגוע או להגביל את זכותו של הפרט במשפט הפרטי בגדר דיני החוזים והנוזיקין, לא יוכל גם לפתח את זכויות האדם בתחומים אלה. בעיקרו של דבר, הוא יחדל להיות שופט בשיטה של משפט מקובל והשיטה תחדל להיות שיטת משפט מקובל.

כיצד ניתן, אפוא, לשמור על מעמדו של המשפט המקובל כמקור למשפט בדמוקרטיה חוקתית? בהיעדר הוראה בחוקה,⁷² התשובה טמונה במסורת המשפטית. כללי ההכרה של

70 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

71 להבחנה בין תפקידיה השונים של הפסיקה, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 427 (1992).

72 ראו ס' 38 לחוקה של דרום-אפריקה הקובע: "When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and (b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1). ראו גם ס' 39 לחוקה של דרום-אפריקה הקובע: "When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights" על הדין החוקתי בדרום-אפריקה, ראו Stuart Woolman, *Application, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, Chapter 31, 1 (2006).

השיטה – אם להשתמש במינוחו של פרופסור הארט⁷³ – מכירים בכוחו של המשפט המקובל ליצור משפט. אך במקום שבשיטת המשפט קיימת חוקה פורמאלית, מה מקור כוחו של המשפט המקובל? יש הסבורים, כי כוחה של החוקה מעוגן אף הוא במשפט המקובל.⁷⁴ כך, למשל, הובעה ההשקפה בפסיקה⁷⁵ כי העיקרון של ריבונות הפרלמנט הבריטי מקורו במשפט המקובל, ועל כן גבולותיו של עיקרון זה נקבעים על ידי המשפט המקובל.⁷⁶ על רקע זה ניתן להבין תפיסה לפיה לא כל הוראה בחוקה היא חוקתית.⁷⁷ גישה אחרת גורסת כי במקום שבשיטת משפט נהגת חוקה (פורמאלית), היא המקור העליון למשפט, והמשפט המקובל צריך לינוק כוחו מהוראותיה המפורשות או המשתמעות.⁷⁸ על כן, ריבונות הפרלמנט אינה שואבת כוחה מהמשפט המקובל.⁷⁹

הפער בין שתי השקפות אלה הוא ניכר. עם זאת, הלכה למעשה, הוא צר מהנראה במבט ראשון. צמצום הפער נובע מתוך כך שבעלי הגישה הראשונה מגבילים את כוחו של המשפט המקובל לעומת החוקה למקרים קיצוניים בהם פוגעת החוקה ביסודות המשפט החיוניים כפי שהם מעוגנים במשפט המקובל.⁸⁰ בעלי הגישה השנייה מוכנים, לעתים, להכיר

- 73 ראו H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 100 (2nd ed., 1994).
- 74 Owen Dixon, *The Common Law as an Ultimate Constitutional Foundation*, in JESTING PILATE 203 (1965); Robin Cooke, *Fundamentals*, NZLJ 158 (1988); T.R.S. Allan, *The Common Law as Constitution: Fundamental Rights and First Principles*, in COURTS OF FINAL JURISDICTION: THE MASON COURT IN AUSTRALIA 146 (Cheryl Saunders ed., 1996); Mark D. Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law*, 51 U. TORONTO L.J. 91 (2001); T. R. S. ALLAN, *CONSTITUTIONAL JUSTICE: A LIBERAL THEORY OF THE RULE OF LAW* (2001); Thomas Poole, *Questioning Common Law Constitutionalism*, 25 LEGAL STUD. 142 (2005).
- 75 ראו Ghaidan v. Godwin- R. (Jackson) v. Attorney General, [2006] 1 A.C. 262, 583 Mendoza, [2004] 2 A.C. 557, 583.
- 76 ראו Jackson v. Her Majesty's Attorney General, [2005] 4 All E.R. 1257, 1257 Anthony גמ.
- 77 ראו Lester, *Beyond the Powers of Parliament*, 9 JUD. REV. 95 (2004); T.R.S. Allan, *Parliamentary Sovereignty: Law, Politics and Revolution*, 113 L. Q. REV. 443 (1997); NEIL MACCORMICK, *QUESTIONING SOVEREIGNTY* (1999) לעיל ה"ש 74.
- 77 ראו לעיל עמ' 56.
- 78 ראו Jeffrey Goldsworthy, *The Myth of the Common Law Constitution*, in COMMON LAW THEORY 205 (Douglas E. Edlin ed., 2007).
- 79 ראו JEFFREY GOLDSWORTHY, *THE SOVEREIGNTY OF PARLIAMENT: HISTORY AND PHILOSOPHY* (1999).
- 80 ראו H. Woolf, *Droit Public – English Style*, P.L. 57 (1995); Stephen Sedley, *Human Rights – At Twenty-First Century Agenda*, P.L. 373 (1995); John Laws, *Law and Democracy*, P.L. 72 (1995).

במגבלות המוטלות על החוקה מכוחם של עקרונות חיצוניים לה. הפער בין שתי הגישות מתבטא, אפוא, בעיצוב עקרונות בסיסיים וחיוניים שגם החוקה צריכה לקיימם. במסגרת זו ניתן להסכים – על דעת שתי ההשקפות הקיצוניות – כי במצבים הרגילים, כלומר המצבים שאינם נופלים לגדר העקרונות הבסיסיים והחיוניים, סמכותו של המשפט המקובל לפגוע בזכות חוקתית ולהגן עליה גם יחד ראוי לה שתמצא ביטוי בחוקה עצמה. ביטוי זה יכול שיהיה מפורש ויכול שיהא משתמע. על פי גישה זו, הביטוי לסמכותו של המשפט המקובל לפגוע בזכות חוקתית ולהגן עליה גם יחד מצוי בפסקת ההגבלה (המפורשת או המשתמעת). אכן, פסקת ההגבלה משמשת מקור להכרה בכוחו של המשפט המקובל לפגוע בזכויות חוקתיות ולהגן עליהן. היא משמשת כמקור להמשך כוחו של המשפט המקובל בדמוקרטיה החוקתית. היא מונעת את הצורך בהכרעה תיאורתית-פוליטית-עירונית באשר למעמד המשפט המקובל כמקור למשפט בדמוקרטיה חוקתית.

2. המשפט המקובל ופסקת ההגבלה

(א) מניעת פגיעה במעמד המשפט המקובל

נקודת המוצא הינה אפוא כי גם לאחר כינונה של חוקה ובה מגילה של זכויות אדם, המשפט המקובל ממשיך להתקיים כמקור למשפט. כפוף לשאלות העקרוניות עליהן עמדנו,⁸¹ ניתן לראות בפסקת ההגבלה (המפורשת או המשתמעת) כמקור לכוחו של המשפט המקובל בדמוקרטיה החוקתית. מרבית פסקאות ההגבלה הקבועות בחוקות של מדינות משפט מקובל קובעות כי ניתן להגביל זכות חוקתית אם ההגבלה קבועה ב-"law" ("prescribed by law"). הדעות המקובלות בכל שיטות המשפט של המשפט המקובל שבהן התעוררה הבעיה היא כי הגבלה של זכות חוקתית שמקורה במשפט המקובל היא הגבלה ב-"law".⁸² דעה זו הובעה לראשונה בבית המשפט האירופי לזכויות האדם בפרשת *Sunday Times*.⁸³ בפרשה זו נתן בית הלורדים האנגלי צו המונע פרסום בעיתון של מאמר בעניין התלוי ועומד בפני בית משפט אנגלי. הצו התבסס על המשפט המקובל בעניין ההליך הנאות (ביזיון בית משפט). בית המשפט האירופי לזכויות האדם נדרש להחליט, בין השאר, אם המשפט המקובל האנגלי בעניין זה מגביל כדין את הוראות האמנה האירופית בעניין זכויות האדם. בהקשר זה לא היה ספק שהדינים האנגליים בדבר ביזיון בית המשפט מגבילים את

81 ראו לעיל עמ' 156.

82 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 50, בעמ' 136. לעניין השימוש בדיבור "Law" ויחסו למשפט המקובל בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ובשתי אמנות האומות המאוחדות מ-1966 בעניין זכויות האדם, ראו Garibaldi, לעיל ה"ש 2; אהרן ברק שופט בהכרזה דמוקרטית 234 (2004).

83 פרשת *Sunday Times*, לעיל ה"ש 5.

הזכות לחופש הביטוי (הקבועה בסעיף 10(1) לאמנה האירופית). גדר הספקות הייתה אם הגבלה זו מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (הקבועה בסעיף 10(2) של האמנה). פסקה זו קובעת, כתנאי סף, כי ההגבלה תהא prescribed by law.⁸⁴ בית המשפט האירופי השיב בחיוב. כתב בית המשפט האירופי לזכויות האדם:⁸⁵

“The Court observes that the word ‘law’ in the expression ‘prescribed by law’ covers not only statute but also unwritten law. Accordingly, the Court does not attach importance here to the fact that contempt of court is a creature of the common law and not of legislation. It would clearly be contrary to the intention of the drafters of the Convention to hold that a restriction imposed by virtue of the common law is not ‘prescribed by law’ on the sole ground that it is not enunciated in legislation: this would deprive a common-law state which is Party to the Convention of the protection of Article 10(2) and strike at the very roots of that state’s legal system.”

למסקנה דומה הגיעו בתי משפט במדינות שבהן המשפט המקובל הוא המשפט הפנימי.⁸⁶ זו גם הייתה פסיקתו של בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה.⁸⁷ בהתייחסו לפסקת ההגבלה הקבועה בחוקתה של דרום-אפריקה כתב השופט קריגלר (Kriegler) כי פסקה זו:⁸⁸

“[D]raws no distinction between different categories of law of general application... A rule of the common law which, for example, infringes on a person’s right to privacy or human dignity can be saved if it meets the section 33(1) requirements. And it is irrelevant whether such rule is statutory, regulatory, horizontal or vertical, and it matters not whether it is

84 לנוסח מלא של ההוראה, ראו לעיל עמ' 45.

85 שם, בפס' 47.

86 ראו 2 [1986] S.C.R. 613; R. v. Therens, [1985] 1 S.C.R. 613; RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573; B.C.G.E.U. v. British Columbia, [1988] 2 S.C.R. 214; Minister of Transport v. Noort, [1992] 3 NZLR 260; PAUL RISHWORTH, GRANT HUSCROFT, SCOTT OPTICAN & RICHARD MAHONEY, THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS (2003). ראו גם HOGG, לעיל ה"ש 3, בעמ' 122.

87 ראו S v. Mamabolo, 2001 (3) SA 409 (CC); S v. Thebus, 2003 (6) SA 505 (CC). ראו גם Woolman & Botha, לעיל ה"ש 49, בעמ' 51.

88 Du Plessis v. De Klerk, 1996 (3) SA 850 (CC) § 136.

founded on the XII Tables of Roman law, a Placeat of Holland or a tribal custom.”

(ב) הקושי בהחלה של פסקת ההגבלה על משפט מקובל

החלתה של פסקת ההגבלה על המשפט המקובל מעוררת קשיים ניכרים. אעמוד על שלושה מהם. קושי אחד מקורו בכך שפסקת ההגבלה נוצרה ופורשה על ידי בתי המשפט עת צמדו לנגד עיניהם של היוצרים והמפרשים הוראות חקוקות, שלגביהן ניתן לדרוש כי תהיינה נגישות ובהירות וכי ישקפו תכלית ראויה ואמצעים מידתיים. דרישות אלה, כתנאים פורמליים, הן זרות למשפט המקובל. הוא אינו מתפתח בערוצים אלה והם לעתים מלאכותיים לגביו.⁸⁹ עם זאת, את הוראות החוקה יש לקיים. על כן יש לדרוש כי המשפט המקובל יזכה לפרסום נאות, כי הלכותיו תהיינה ברורות ובהירות, כי התכלית המונחת ביסוד הלכותיו תהא ראויה וכי האמצעים שהוא נוקט יהיו מידתיים. הניסיון החוקתי של מדינות המשפט המקובל מעיד כי הדבר אפשרי.

קושי שני מקורו בעיקרון של חוקיות המנהל שהוא עיקרון יסוד במשפט הציבורי.⁹⁰ האם הכרה במשפט המקובל כמקור לסמכותו של המנהל הציבורי לפגוע באופן מידתי בזכות חוקתית עולה בקנה אחד עם עקרון חוקיות המנהל? תשובתי היא בחיוב. הטעם לכך הוא שבשיטות המשפט המקובל הלכות שיפוטיות מהוות מקור למשפט. הן חלק מהמשפט. אמת, התפתחותו של המשפט המנהלי בשיטות המשפט המקובל עברה שינויים במשך השנים.⁹¹ תחילה ראו את ההלכות השיפוטיות שהיוו את המשפט המנהלי הכללי, כהלכות שעיוגונן הפורמלי הוא בחקיקה. הן נתפסו כפרשנות של דברי חקיקה. כך למשל, כללי הצדק הטבעי והכללים בדבר ניגוד אינטרסים נתפסו ככללים המתבקשים מפירושו של חוק רלוונטי. לימים ניתק הקשר בין הלכות המשפט המנהלי הכללי לבין החקיקה. הוכר מעמדן של ההלכות כעומדות על רגליהן שלהן כחלק מהמשפט המקובל. על כן תהא להלכות אלה תחולה גם בהיעדר סמכות המעוגנת בחוק. עם הקונסטטוציונליזציה של שיטת המשפט ניתן לראות בחוקה עצמה את המקור למשפט המקובל,⁹² וזאת בכפוף למחלוקת בעניין כפיפותה של החוקה לעקרונות יסוד חיוניים של המשפט המקובל העומדים מעל לחוקה.⁹³

89 ראו HOGG, לעיל ה"ש 3, בעמ' 159.

90 ראו בג"ץ 757/84 איגוד העיתונים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337 (1987); בג"ץ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נח(1) 694 (2003); פרשת ועדת המעקב העליונה, לעיל ה"ש 19; יצחק זמיר "הסמכות המנהלית" משפט וממשל א 81 (1992); זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 49; ברוך ברכה "מבט חוקתי על הסמכות המנהלית וההליך המנהלי" עיונים בביקורת המדינה 59, 35 (2003).

91 ראו זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 688, 796.

92 ראו לעיל בעמ' 158.

93 ראו לעיל בעמ' 158.

לעניינה של פסקת ההגבלה די בכך שהחוקה היא המקור לכוחו של המשפט המקובל ולכוחו של המשפט המנהלי הכללי המהווה חלק ממנו. מקור זה הוא ברמה חוקתית, ועל כן ניתן מכוחו לפגוע בזכויות חוקתיות שהוכרו על ידי החוקה עצמה. אכן, חוקיות המנהל אין משמעותה שהמנהל חייב לפעול על פי חוק דווקא. חוקיות המינהל – כמו שלטון החוק ממנו היא צומחת – משמעותה פעולה של המנהל על פי המשפט. בשיטה של משפט מקובל, המשפט כולל גם את המשפט המקובל ואין הוא מוגבל לדבר חקיקה של הפרלמנט. הקושי השלישי מקורו בתפיסה כי הזכויות החוקתיות מכוונות כלפי רשויות השלטון. אין הן מכוונות כלפי פרטים אחרים.⁹⁴ אם ייקבע כי רשויות השלטון כוללות את הרשות השופטת, התוצאה תהיה כי הזכויות החוקתיות יופעלו גם בין פרטים. תוצאה זו מושגת לאור תפקידו הכפול של בית המשפט. מצד אחד הוא מכריע סכסוך במשפט הפרטי בין פרטים, על פי כללי המשפט הפרטי. מצד שני, בעשותו כן הוא עשוי לפגוע בזכות החוקתית של אחד הפרטים, המכוונת כלפי רשויות השלטון – לרבות הרשות השיפוטית. טול את ראובן הטוען כי פרסום שנעשה על ידי לאה פוגע בשמו הטוב. זהו סכסוך בתחומי המשפט הפרטי. זכותו של ראובן לפרטיות וזכותה של לאה לחופש ביטוי מעוגנות במשפט הפרטי, והן מכוונות האחד כנגד השנייה. אין לאחד זכות חוקתית כלפי השני. הזכויות החוקתיות הן כנגד רשויות השלטון.⁹⁵ עתה נכנסת לתמונה הרשות השופטת. הכרתה בזכותו של האחד לפגוע בזכותו של האחר – הכרה הפועלת במשפט הפרטי – עשויה להוות בעת ובעונה אחת גם פגיעה בזכותו החוקתית של אחד מהם (או שניהם) כלפי הרשות השיפוטית. חוקתיות של פגיעה זו תקבע על פי מידתיותה – כאמור בפסקת ההגבלה. התוצאה הינה כי הלכה למעשה הזכות של הפרט (ראובן) כלפי פרט אחר (לאה) בגדרי המשפט הפרטי, הפכה – באמצעות הרשות השופטת – לזכות חוקתית.

ניתן כמובן להתגבר על קושי זה באימוץ התפיסה כי הזכויות החוקתיות מכוונות הן כלפי רשויות השלטון והן כלפי הפרטים. זו תפיסתה של החוקה של דרום-אפריקה, למעט ביחס לזכויות חוקתיות שלפי אופיין אינן נוגעות ליחסים בין פרטים.⁹⁶ ניתן להתגבר על קושי זה באימוץ גישה נוגדת, לפיה כל פעולה שלטונית – בין של הרשות המחוקקת, בין של הרשות המבצעת ובין של הרשות השופטת – שעניינה זכויות במשפט הפרטי, אינה כפופה לזכויות החוקתיות ולפסקת ההגבלה. גישה זו התקבלה באחת הפרשות בקנדה.⁹⁷ אלה הן גישות קיצוניות. קיימת גם דרך ביניים. דרך זו גורסת כי הזכויות החוקתיות חלות במישרין ביחסים שבין הפרט לרשות השלטונית בלבד. הן אינן חלות במשפט הפרטי

94 ראו ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 40, בעמ' 653; אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק (צפוי להתפרסם, 2010). ראו לעיל עמ' 117.

95 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

96 ראו ס' 8(2) לחוקה של דרום-אפריקה.

97 ראו פרשת *Dolphin Delivery Ltd*, לעיל ה"ש 86.

במישרין. ראובן אינו יכול לטעון כלפי לאה, בדוגמה שהבאתי, כי לאה פגעה בדיבורה בזכותו החוקתית של ראובן כלפיה לשם הטוב. זכותו של ראובן כלפי לאה היא בגדרי המשפט הפרטי בלבד. עם זאת, הזכויות החוקתיות משפיעות על תוכנו של המשפט הפרטי. הן ממלאות תוכן את מושגי השסתום שלו. הן ממלאות חסר בו, והן בסיס להתפתחותו של המשפט הפרטי. זוהי התחולה העקיפה של הזכויות החוקתיות בגדרי המשפט הפרטי.⁹⁸

(ג) הדרישה "בחוק" בפסקת ההגבלה הישראלית

פסקאות ההגבלה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם קובעות כי ניתן לפגוע בזכות חוקתית הקבועה באותם חוקי יסוד:⁹⁹

"בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

האם מתבקש מכך כי פגיעה בזכות חוקתית אפשרית רק אם הפגיעה מעוגנת בחוק של הכנסת? האם פגיעה המעוגנת במשפט המקובל הישראלי מקיימת את הדרישה כי הפגיעה תהא "בחוק"? מובן, כי עד כמה שההלכה השיפוטית מפרשת הוראה שבחקיקה ראשית או בחקיקת-משנה, אזי הפגיעה היא בחקיקה ולא בהלכה השיפוטית המפרשת אותה.¹⁰⁰ כמו כן נראה כי הבעיה אינה מתעוררת כשהפגיעה בזכות חוקתית מעוגנת בהלכה שיפוטית שהשלמה חסר בדבר חקיקה. במצב דברים זה ניתן לומר כי מקור הפגיעה הוא בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.¹⁰¹ אך מה דינן של הלכות המשפט המקובל הקובעות אמות-מידה להפעלה של שיקול דעת שלטוני? מה דינו של משפט מקובל הקובע זכויות וחובות במשפט הפרטי? מה דינו של המשפט המנהלי (הכללי) הישראלי, שרובו ככולו פרי הפסיקה? ניתן כמובן לגרוס כי מקורן של הלכות המשפט המנהלי הכללי, המעוגנות בתורת ה"אולטרה וירס" (*ultra vires*), הוא בפרשנותו של דבר חקיקה מסמיך. לדעתי, זהו הסבר צר מדי להלכות המשפט המנהלי הכללי. האם הלכות אלה – שאינן מעוגנות בחקיקה (ראשית או משנית) – עשויות לפגוע בזכות חוקתית? ומה דינו של המשפט הבינלאומי המנהגי המעוגן במשפט המקובל הישראלי, עד כמה שהוא פוגע בזכויות חוקתיות?¹⁰²

98 לתחולה עקיפה, ראו ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000).

99 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

100 ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 54, בעמ' 439.

101 ס"ח 163. ראו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 54, בעמ' 441.

102 בטרם נחקק חוק חסינות מדינות זרות, התשס"ט-2008, ס"ח 76 עשוי היה המשפט הבינלאומי המנהגי, בהעניקו חסינות מפני תביעה אזרחית בבתי משפט ישראליים, לפגוע בזכות חוקתית (כגון קניין). האם זו פגיעה "בחוק"? ראו רע"א 7092/94 Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625 (1997).

הבעיה הניצבת בפנינו הינה אפוא בעיה פרשנית. עלינו לפרש את הדיבור ב"חוק" בחוק היסוד. המשפט המשווה – המפרש את הדיבור "law" – הוא רלוונטי רק בחלקו, שכן לדיבור "חוק" יש בישראל משמעות "טכנית". אנו מבחינים בישראל בין "דין"¹⁰³ לבין "חוק".¹⁰⁴ האין לומר כי "חוק" הוא חוק של הכנסת? לדעתי, הדיבור "חוק" בפסקת ההגבלה מכוון להיקף רחב יותר מחוק של הכנסת. כך, למשל, הוא משתרע על פגיעה בזכות חוקתית מכוח פעולת חנינה של הנשיא המעוגנת בחוק-יסוד: נשיא המדינה.¹⁰⁵ על פי השקפתי, "חוק" בפסקת ההגבלה משמעותו נורמה משפטית מכוח חוק-יסוד. על פי גישה זו "חוק" כולל גם משפט מקובל.¹⁰⁶ הטעמים לכך הם שניים. ראשית, אין להניח כי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם נועדו לשלול את מעמדו של המשפט המקובל הישראלי, ולהביא בכך לשינוי מהפכני במקורות המשפט הישראלי. כמו בפרשת *Sunday Times*, כך גם בישראל יש לצאת מההנחה כי המשפט המקובל ממשיך להיות מקור משפטי במשפט הישראלי. קשה להלום שחוקי היסוד בדבר זכויות האדם באו לבטל, במחי יד, את התפיסה המורשת בישראל (ובאה לידי ביטוי בחוק יסודות המשפט) שלפיה "הלכה פסוקה" היא מקור למשפט. אם אמנם המשפט המקובל ממשיך להיות מקור למשפט, הוא חייב לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, ויש לאפשר לו לעשות כן. עמדתי על כך במקום אחר:¹⁰⁷

"אם המשפט המקובל הישראלי ממשיך להתקיים כ'משפט מקובל' – כלומר כמקור עצמאי למשפט – מן ההכרח להכיר בהלכותיו כמעוגנות 'בחוק'. אכן, אין לנתק בין השאלה אם המשפט המקובל הישראלי כפוף לדרישותיה של פסקת ההגבלה לבין השאלה אם המשפט המקובל הישראלי 'מוסמך' לפגוע או להגביל זכויות אדם המוגנות בחוק-היסוד. שתי שאלות אלה הן שני צידיה של אותה מטבע. אין אתה יכול לטעון בנשימה אחת, כי ההלכה הפסוקה ('המשפט המקובל נוסח ישראלי') אינה כפופה לפסקת ההגבלה, וכי היא יכולה להמשיך ולפתח משפט מקובל העשוי לפגוע בזכויות אדם המוגנות בחוק-היסוד. אם אמנם ההלכה הפסוקה אינה נופלת לגדרה של פסקת ההגבלה, כי אז היא אינה כפופה ל'עוקצה' של הפסקה ולהגבלותיה על הפגיעה בזכויות האדם; אך באותה מידה היא אינה נהנית מה'דבש' של פסקת ההגבלה ומההיתר המצוי בה לפגוע בזכויות האדם... השאלה שהצגנו – האם הגבלה על זכות אדם בהלכה פסוקה היא הגבלה 'בחוק' – יורדת לשורש תוקפה של ההלכה הפסוקה במשפט הישראלי. אין כל אפשרות

103 ס' 3 (הגדרת "דין") לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302.

104 ס' 3 (הגדרת "חוק") לחוק הפרשנות.

105 ראו להלן עמ' 195.

106 לגישה נוגדת, ראו גזל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 381.

107 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 40, בעמ' 508.

להחזיק בעמדה כי המשפט המקובל הישראלי ממשיך להוות מקור לזכויות ולחובות גם אחרי חוק-היסוד ולגרוס באותה עת כי פסקת ההגבלה אינה חלה על המשפט המקובל הישראלי. אכן, הדרך היחידה לשמור על מעמדו הנורמטיבי של המשפט המקובל הישראלי כמקור למשפט הוא בהכפפתו לתנאיה של פסקת ההגבלה".

שנית, חוק היסוד לא מגדיר את הביטוי "בחוק". בהקשרים שונים (במסגרת חוקי היסוד והחקיקה הרגילה) עשויים להיות לו מובנים שונים. ההגדרה בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 – שלפיה "חוק" – חוק של הכנסת או פקודה¹⁰⁸ – אינה חלה בפרשנותו של חוק יסוד המצוי בדרגה נורמטיבית גבוהה מחוק "רגיל"¹⁰⁹. בלשון העברית אנו משתמשים לא פעם בדיבור "חוק" לציון דין או משפט. כך, למשל, אנו משתמשים בביטוי "שלטון החוק", כאשר ברור כי ביטוי זה אינו מוגבל לשלטון ה"חוק", להבדיל משלטון המשפט. בדומה, כאשר נשיא המדינה מצהיר כי הוא מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל "ולחוקיה"¹¹⁰, הוא מתחייב לשמור אמונים גם למשפט המקובל הישראלי. הוא הדין בהצהרת האמונים של שופט בישראל.¹¹¹

מסקנתי הינה אפוא כפולה: מחד גיסא המשפט המקובל הישראלי ממשיך להיות מקור למשפט בישראל, ובכוחו לפגוע בזכות חוקתית. מאידך גיסא, עד כמה שהמשפט המקובל הישראלי פוגע בזכות חוקתית, עליו לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

(ד) הגבלה במשפט המקובל כהגבלה משתמעת

על-פי השקפתי המשפט המקובל הישראלי נכלל בגדר הביטוי "בחוק" שבפסקת ההגבלה המפורשת הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹¹² מי שאינו מסכים לגישתי זו, מוזמן לשקול אפשרות חילופית. על-פיה, בהיעדר פסקת הגבלה מפורשת יש להכיר בקיומה של פסקת הגבלה משתמעת.¹¹³ על-פיה, ניתן לפגוע בזכויות חוקתיות אם הפגיעה מעוגנת במשפט המקובל, ומקיימת את המרכיבים הנדרשים בפסקת ההגבלה המפורשת. על פי גישה פרשנית זו, יש לפרש את חוקי היסוד באופן שאינו פוגע במעמדו של המשפט המקובל הישראלי. הוראת חוקי היסוד לפיה הפגיעה הינה "בחוק" לא נועדה לשלול פגיעה במשפט מקובל; היא לא נועדה לחולל שינוי יסודי במקורות המשפט הישראלי, תוך שלילת כוחו של המשפט המקובל הישראלי. היא

108 ס' 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302.

109 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 40, בעמ' 511.

110 ס' 9 לחוק-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118.

111 ראו ס' 6 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

112 ראו לעיל עמ' 163.

113 על פסקת ההגבלה המשתמעת, ראו להלן עמ' 173.

אינה מהווה הסדר שלילי בעניין המשפט המקובל. כמו באנגליה ובשאר מדינות המשפט המקובל, גם בישראל המשפט המקובל הוא מקור למשפט. הוא היה הבסיס לזכויות האדם בטרם כוננה חוקה.¹¹⁴ זכויות האדם שלא נכללו בחוקה ממשיכות לעמוד כזכויות אדם הלכתיות.¹¹⁵ בגדר הזכויות החוקתיות, יהא זה חוקתי אם המשפט המקובל הישראלי פוגע בהן, ובלבד שפגיעתו היא מידתית. דרישות המידתיות ייקבעו בהיקש פרשני¹¹⁶ מהוראותיה של פסקת ההגבלה המפורשת.

- 114 זוהי מגילת זכויות האדם ההלכתית (Common Law Bill of Rights). על זכויות הלכתיות במשפט הישראלי, ראו Aharon Barak, *Constitutional Law Without a Constitution: The Role of the Judiciary, in* THE ROLE OF COURTS IN SOCIETY (Shimon Shetreet ed., 1988).
 על זכויות הלכתיות באוסטרליה, ראו PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA (Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2006).
- 115 לעיתים מצויות הוראות מפורשות בעניין זה, ראו התיקון התשיעי לחוקה האמריקאית; ס' 39(3) לחוקה של דרום-אפריקה. גם בלא הוראה מפורשת יש להגיע לאותה מסקנה. זכויות אדם בחוקה אינן הסדר שלילי לזכויות אדם הלכתיות.
- 116 על ההיקש הפרשני, ראו לעיל עמ' 101.

שער שני

מהותה, תפקידה ומקורותיה
של המידתיות

פרק שישי

מהותה ותפקידה של המידתיות

א. מהותה של המידתיות

1. המרכיבים של המידתיות

ביסוד התפיסה המודרנית של זכויות האדם עומדת ההבחנה בין היקפה של הזכות החוקתית (כקבוע בחוקה) לבין הגשמתה הלכה למעשה (במישור התת-חוקתי¹): עמדנו בשער הראשון על היקפה של הזכות החוקתית. ציינו כי מרבית הזכויות החוקתיות הן יחסיות, כלומר אינן ניתנות להגשמה כדי מלוא היקפן. אמת-המידה ליכולת ההגשמה של הזכות החוקתית היא המידתיות. שער זה בוחן את מהותה, תפקידה ומקורותיה (ההיסטוריים והמשפטיים) של המידתיות. בשער זה אני מניח כי זכות חוקתית נפגעה או הוגבלה על ידי הוראה תת-חוקתית (כגון חוק, חקיקת משנה או משפט מקובל). השאלה הניצבת לפני בשער זה מהו הבסיס הפורמלי והמהותי להגבלה או פגיעה זו. תשובתי הינה כי בסיס זה מקופל במידתיות המעוגנת בפסקת ההגבלה (המפורשת או המשתמעת) שבחוקה.

המידתיות הינה קונסטרוקציה משפטית. היא מבוססת על ארבעה מרכיבים (המידתיות במובן הרחב): מטרה ראויה, אמצעים רציונליים, אמצעים נחוצים, יחס ראוי בין התועלת שבהגשמת המטרה והנזק לזכות החוקתית. ארבעת מרכיבים אלה הם ליבה של פסקת ההגבלה. הם חיוניים להבנת המידתיות. לא הכל מסכימים כי המטרה הראויה היא חלק מהמידתיות. לדעתי, אין בלעדיה. אין אפשרות לדון באמצעים ובפגיעה בזכות החוקתית בלא בחינת המטרה. בצדק ציינה השופטת מ' נאור כי "כל עוד אין יודעים מהי המטרה וכל עוד לא נקבע כי המטרה היא ראויה, אין לדעת מהם האמצעים הראויים להגשמתה"². הכינוי "במובן הרחב" יאה למידתיות שבפסקת ההגבלה, שכן היא משתרעת על מלוא החוקתיות של הפגיעה בזכות החוקתית. כמו כן יש לזכור כי מידתיות "סתם" ומידתיות "במובן הצר" הם ביטויים "תפוסים".

משותפת לפסקאות ההגבלה השונות הדרישה כי האמצעים שנוקטת הנורמה הפוגעת בזכות החוקתית והפגיעה בזכות עצמה יהיו מידתיים. מרבית הספרות העוסקת במידתיות

1 ראו לעיל עמ' 43.

2 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 38 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2008).

מכוונת לדרישה זו. ניתן לכנותה "מידתיות במובן הרגיל" או "מידתיות" בלא כל שם תואר. אכן, היותה של מטרת הפגיעה "ראויה" אינה צידוק מספיק לפגיעה בזכות חוקתית. המאפיין את הדמוקרטיה החוקתית הוא שלא כל האמצעים כשרים להגשמתה של מטרה ראויה. בצד הדרישה כי המטרה תהיה ראויה (כדרישת סף) עומדת הדרישה כי האמצעים להגשמתה יהיו ראויים, וכי מתקיים יחס ראוי בין הגשמת המטרה לפגיעה בזכות, כלומר שהפגיעה תהא מידתית.³

מקובל לציין כי המידתיות הינה אמת מידה הקובעת יחס ראוי בין מטרות (aims) לבין אמצעים (means). גישה זו עשויה להטעות. עשוי להשתמע ממנה כי הגורמים שיש להביא בחשבון הם המטרה והאמצעי – ותיאור זה, כמובן, אינו מדויק. האמצעים אינם נבחנים רק באשר למטרה. הם נבחנים גם בהקשר של היחס בין המטרה לבין הזכות. אמצעים ראויים הם אמצעים המשיגים יחס ראוי זה. רק כאשר היתרון החברתי בהגשמת המטרה עולה על הנזק החברתי לזכות (או על מניעתו) ניתן לומר כי הפגיעה בזכות אינה עולה על הנדרש. המידתיות אינה מצטמצמת אפוא ביחס בין מטרה לאמצעים. המידתיות בוחנת את המטרה, את הזכות ואת היחס הראוי ביניהם.

היחס הראוי בין התועלת בהגשמת המטרה לבין הנזק לזכות החוקתית בדמוקרטיה החוקתית מתבטא בחוקות שונות בלשון שונה. לעתים קרובות היא נגזרת מהוראת החוקה לפיה ההגבלה של זכות חוקתית צריכה להיות נחוצה (necessary)⁴ או סבירה (reasonable)⁵ בחברה דמוקרטית. ניסוחים אלה ודומיהם התפרשו כולם כבסיס למידתיות. היטיב להביע זאת הנשיא צסקלסון (Chaskalson) בפרשת *Makwanyane*:⁶

3 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 64 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006): "הדרישה כי תכליתו של החוק הפוגע תהא 'ראויה' מתמקדת במטרתה של החקיקה הפוגעת בזכות האדם החוקתית. הדרישה כי פגיעתה של החקיקה תהא 'במידה שאינה עולה על הנדרש' מתמקדת באמצעי שהמחוקק בחר בו. חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית הוא מידתי רק אם קיים יחס ראוי בין המטרה הראויה שהחוק מבקש להגשים, לבין האמצעים שהוא נוקט להגשמתה של המטרה. לפנינו 'מבחן של מינון'... העקרון המרכזי העולה מתנאי זה של מידתיות הוא כי 'המטרה אינה מקדשת את האמצעים'... לא די בכך שהתכלית תהא 'ראויה', גם האמצעים צריכים להיות ראויים... אמצעי ראוי הוא אמצעי מידתי. אמצעי הוא מידתי אם פגיעתו של החוק בזכות המוגנת היא במידה שאינה עולה על הנדרש. אכן, עקרון המידתיות 'נועד למנוע פגיעה יתרה בחירותו של היחיד'. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להיגזר בקפידה כדי להלום את הגשמתה של התכלית. בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון"; בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12 (1995).

4 ראו ס' 11-8 ל- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 222 (להלן – האמנה האירופית לזכויות האדם).

5 ראו § 1 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, (להלן – הצ'רטר הקנדי).

6 *S. v. Makwanyane*, 1995(3) S.A. 391 (CC) §104.

“The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality.”

בישראל הביטוי של היחס הראוי בין התועלת שבהגשמת המטרה לבין הנזק לזכות הוא בדרישה כי הפגיעה בזכות החוקתית תהא “במידה שאינה עולה על הנדרש”.⁷ זוהי המידתיות במובנה הרגיל. מה תוכנה של דרישה זו? מה הם מאפייניה? זוהי שאלה פרשנית, והתשובה עליה היא פרשנית. בפרשת בנק המזרחי המאוחד⁸ התעוררה שאלה זו במישור החוקתי הישראלי. התשובה עליה ניתנה מתוך השראה מהמשפט המשווה.⁹ בחינה השוואתית העלתה כי למידתיות (במובן הרגיל) שלושה מבחני-משנה¹⁰ (או שלושה מרכיבי-משנה או שלוש “אונות”). אלה הם השלושה: מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונלי;¹¹ מבחן הצורך או מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה;¹² מבחן היחס הראוי בין התועלת בהגשמת המטרה לבין הנזק לזכות (מבחן המידתיות במובן הצר).¹³ הפסיקה הישראלית קבעה כי שלושת מבחני-המשנה צריכים להתקיים.¹⁴ לא די בפחות מכך.¹⁵ בכך בא לידי ביטוי הרעיון כי מבחני-המשנה נותנים בהצטברותם קונקרטיזציה למרכיב המידתיות.

- 7 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.
- 8 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- 9 שם, בעמ' 436: “במשפט המשווה נעשה ניסיון לתת קונקרטיזציה לעקרון המידתיות. נראה לי כי ראוי הוא שנלמד מניסיון זה, המשותף לקנדה, גרמניה, הקהילות האירופאיות ובית המשפט האירופאי לזכויות האדם בשטרסבורג, שהרי עקרון המידתיות אינו משקף היסטוריה חברתית מיוחדת במינה, או עמדה פרטיקולרית בעניין חוקתי, אלא עמדה אנליטית כללית באשר למידתו של החוק הפוגע בזכות חוקתית” (הנשיא ברק).
- 10 שם. ראו גם בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 57 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006).
- 11 ראו להלן עמ' 373.
- 12 ראו להלן עמ' 391.
- 13 ראו להלן עמ' 419.
- 14 ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435 (1994); פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 140-141 (1995); בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12 (1995); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 385, 367 (1997); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 270, 241 (1999); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 776, 728 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 665, 640 (2002); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 279, 235 (2002); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 850 (2004); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 550, 481 (2005); פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 65

דרישה זו לקיומם המצטבר של שלושת מבחני המשנה מקובלת במספר ניכר של מדינות. היא הגישה הדומיננטית במשפט המשווה. היא ביטוי לתפיסה מובנית של המידתיות¹⁶. עם זאת, בכמה שיטות משפט יש גישה "רפה" יותר. יש המדגישים רק שתיים משלוש הדרישות, כגון רק קשר רציונלי ויחס ראוי בין הגשמת המטרה לנזק לזכות החוקתית.¹⁷ יש הרואים בדרישות אלה כולן רק שיקולים שניתן להתחשב בהם.¹⁸ לדעתי הגישה "המובנית" היא הראויה. היא הנותנת תוכן קונקרטי למידתיות. היא המעניקה הגנה ראויה על הזכויות החוקתיות.¹⁹

2. שיטות שונות להגבלת זכויות חוקתיות

הגבלה כדין על זכויות חוקתיות אפשרית בדרכים שונות. אין בעניין זה שיטה אחת או גישה אחת.²⁰ ההסדרים בחוקות השונות הם לרוב פרי ההיסטוריה החוקתית המיוחדת כל אחת מאותן שיטות. בצד אחד של קשת האפשרויות נמצא המקרה שבו החוקה קובעת

לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פס' 29 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 15.4.2007); פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 2, פס' 49 לפסק דינה של השופטת נאור; בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פס' 225 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 29.10.2008); בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).

15 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, שם, פס' 57 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת חברת אלאקסא, שם, פס' 225 לפסק הדין; בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433 (1998); עע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 815 (2004).

16 על התפיסה המובנית, ראו להלן בעמ' 558.

17 זה היה הדין בצרפת, ראו Decision n° 2007-555 DC (16 août 2007). דומה שלאחרונה חל שינוי בגישתו של בית המשפט החוקתי הצרפתי: על-פי הגישה החדשה נכלל מבחן הצורך במסגרת המידתיות החוקתית, ראו Decision n° 2008-562 (21 février 2008); Decision n° 2009-580 (10 juin 2009).

18 ראו ס' (1)36 לחוקה של דרום-אפריקה.

19 ראו Walter van Gerven, *The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 37, 61 (Evelyn Ellis ed., 1999).

20 ראו Albert Bleckmann & Michael Bothe, *General Report on the Theory of Limitations on Human Rights*, in ARMAND L.C. DE MESTRAL, THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 44 (1986); Francis G. Jacobs, "Limitation Clauses" of the European Convention on Human Rights, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 20 (1986).

זכויות אדם בלא לקבוע כל הוראות באשר לאפשרות הגבלתן. כך נוהגת, למשל, החוקה האמריקנית לעניין זכויות שונות כגון חופש הביטוי והדת.²¹ בצד האחר של קשת האפשרויות נמצא המקרה שבו הזכויות מוגדרות בלשון "מוחלטת", ולצדן פסקת הגבלה כללית, הקובעת כיצד ניתן להגביל אותן. כך נוהגות קנדה, דרום-אפריקה וישראל.²² בין שני קצוות אלה ישנם מקרי ביניים רבים. בחלקם אין פסקת הגבלה כללית, אך קיימות פסקאות הגבלה מיוחדות לכל זכות.²³ באחרות יש פסקת הגבלה כללית ויש אף פסקאות הגבלה מיוחדות. אלה הם מצבים "היברידיים", המעוררים שאלות בדבר היחס בין פסקת הגבלה הכללית למיוחדת.²⁴ מצויות גם חוקות בהן אין פסקת הגבלה כללית, לחלק מהזכויות יש פסקאות הגבלה מיוחדות ולחלק אחר אין כל פסקאות הגבלה. אכן, כל שיטת משפט בוחרת לעצמה את האופן שבו היא מבקשת לאפשר או למנוע פגיעה בזכויות אדם חוקתיות. לכל שיטת משפט דרכים משלה להכיר ביחסיותן של זכויות האדם החוקתיות.²⁵

3. שתיקת החוקה בעניין הגבלתה של זכות חוקתית ("חוקה שותקת")

(א) הגישה העקרונית: פסקת הגבלה משתמעת (או שיפוטית)

האם היעדרה של פסקת הגבלה מפורשת (כללית או מיוחדת) שולל את אופייה היחסי של הזכות? האם כל אותן זכויות אדם חוקתיות, המפורשות בחוקה שאין בה פסקת הגבלה כללית ומצויות בה זכויות ללא פסקת הגבלה מפורשת ("חוקה שותקת"), הן זכויות מוחלטות? טלו את סעיף 6(1) לאמנה האירופית לזכויות האדם,²⁶ שעל פיו זכויותיו האזרחיות של אדם כוללות את הזכות לשימוע הוגן ופומבי בתוך זמן סביר (to a fair and "public hearing within a reasonable time"). הוראה זו התפרשה בפסיקה כמעניקה זכות

21 ראו להלן עמ' 176.

22 ראו להלן עמ' 187.

23 ראו להלן עמ' 186.

24 ראו להלן עמ' 189.

25 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק: "פסקאות אלה, יש והן מעוגנות בלשונו המפורשת של חוק היסוד, ויש והן פרי ההלכה הפסוקה... זאת ועוד: לרוב אין הזכות כוללת בחובה פסקת הגבלה המיוחדת לה. במצב דברים זה תחול על אותה הזכות פסקת הגבלה הכללית הקובעת את התנאים לפגיעה בכלל ההוראות שבאותו חוק יסוד, בין אם המדובר בפסקת הגבלה חרוטה ובין אם מדובר בפסקת הגבלה שיפוטית... יחד עם זאת, לעתים נקבעת פסקת הגבלה ספציפית הקובעת את התנאים לפגיעה בזכות או הוראה חוקתית מסויימת. במצב דברים זה חלות על זכות או הוראה חוקתית מספר פסקאות הגבלה במצטבר. כך הדבר שכן פגיעה בזכות יסוד מעין זו מחייבת עמידה הן בתנאיה של פסקת הגבלה הספציפית והן בתנאיה של פסקת הגבלה הכללית".

26 האמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 4.

גישה (right to access) לבתי המשפט בעניינים אזרחיים.²⁷ האם ניתן להטיל הגבלות על זכות זו? סעיף 6(1) עצמו אינו כולל פסקת הגבלה מיוחדת לו. האמנה האירופית אינה כוללת פסקת הגבלה כללית. חרף זאת נקבע כי הסמכות להטיל הגבלות על חופש הגישה קיימת ומוכרת.²⁸ גישה דומה ננקטה לעניין סעיף 3 לפרוטוקול הראשון לאמנה האירופאית לזכויות האדם, הקובע כי יקוימו בחירות חופשיות שיבטיחו ביטוי חופשי של דעות בבחירת המחוקק. בית המשפט האירופי לזכויות האדם פירש הוראה זו כקובעת זכות בחירה כללית וזכות כללית להיבחר. בית המשפט הוסיף כי זכות זו אינה מוחלטת וכי יש להכיר בהגבלות משתמעות עליה (implied limitation).²⁹ ניתן לכנות קביעה זו כהגבלה משתמעת או שיפוטית. גם בחוקה הגרמנית מצויות כמה זכויות שאין בצדן פסקת הגבלה.³⁰ הוחלט כי חלה לגביהן הגבלה משתמעת-אימננטית. נמצא, כי פסקאות ההגבלה "יש והן מעוגנות בלשונו המפורשת של חוק היסוד, ויש והן פרי ההלכה הפסוקה".³¹

הגישה המקובלת במשפט המשווה הינה כי שתיקתה של חוקה בעניין הגבלה (כללית ומיוחדת) אינו הופך את הזכויות למוחלטות. מסקנה זו היא פרשנית במהותה. היא הינה פרי פרשנותה של החוקה כמכלול. הגישה הינה כי הזכויות הן חלק מהחוקה. הן צריכות להתפרש בהרמוניה עם מכלול הוראותיה.³² פרשנות זו מולידה מעצם טיבן של הזכויות והחובות במסגרת חברה, אפשרות חוקתית להגבלתן. האופי היחסי של הזכויות הוא טבעי לדמוקרטיה. חוקה המבקשת לשריין זכות אדם מפני אפשרות כדין להגבילה חייבת לקבוע הוראה בעניין זה. כך, למשל, קבעה החוקה הגרמנית באשר לכבוד האדם (סעיף 1(1)):³³

- 27 Golder v. United Kingdom, App. No. 4451/70, 18 Eur. H.R. Rep. 524 (1975); ראו ROBIN C.A. WHITE & CLARE OVEY, JACOBAS, WHITE & OVEY: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 254 (5th, 2010).
- 28 ראו שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 32 (מהדורה שניה, 2008); ראו גם WHITE & OVEY, שם, בעמ' 254. ראו גם Marc-Andre Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 125 (R. Macdonald, F. Metscher, H. Petzold eds., 1993); Ashingdane v. United Kingdom, App. No. 8225/78, 7 Eur. H.R. Rep 528 (1985).
- 29 Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, App. No. 9267/ 81, 10 Eur. H.R. Rep. 1 ראו (1987); WHITE & OVEY, שם, בעמ' 527.
- 30 ראו למשל ס' 1(4) הדין בחופש המצפון והדת; ס' 3(5) הדין בחופש האומנות והחופש האקדמי.
- 31 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3 פס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם Bleckmann & Bothe, לעיל ה"ש 20, בעמ' 107.
- 32 ראו לעיל עמ' 94.
- 33 הנוסח הגרמני קובע: "Die Würde des Menschen ist unantastbar". המילה "unantastbar" תורגמה בפרסום הרשמי כ-"inviolable". זהו תרגום לא מוצלח. אותו ביטוי משמש גם בתרגום ס' 1(4) לחוק היסוד הקובע כי חופש הדת והמצפון הם: "unverletzlich". כאן התרגום הוא ראוי. התרגום הראוי ל-"unantastbar" הוא "לא ניתן לנגיעה".

“Human dignity shall be inviolable.”

על רקע הוראה זו ועל רקע מעמדה של הזכות לכבוד האדם בחוקה הגרמנית – מעמד המונע שינויים (“הוראת ניצחיות”) –³⁴ – הכירה הפסיקה הגרמנית באופייה המוחלט של זכות זו.³⁵ זהו מקרה חריג. במצב הדברים הרגיל הפירוש הניתן לזכויות החוקתיות בגרמניה של החוקה הינו כי הזכויות הן יחסיות, כלומר ניתנות להגבלה.

הגישה המקובלת במשפט המשווה הינה כי בצד ההגבלות המפורשות מוכרות ההגבלות המשתמעות.³⁶ ההגבלה המשתמעת דינה כדין הגבלה מפורשת. שתייהן אינן משפיעות על היקפה של הזכות אלא על מימושה. ההגבלה המשתמעת היא חלק ממבנה דו-שלבי של הזכות החוקתית ופועלת כפסקת הגבלה מפורשת.³⁷ הסקתה של פסקת ההגבלה המשתמעת היא הסקה פרשנית.³⁸ המובן הניתן ללשון המפורשת מביא להסקתה של הגבלה משתמעת. היא נשללת כמובן אם הלשון מתפרשת כהסדר שלילי.³⁹ במשפט המשווה בדרך כלל אין נותנים לפסקאות ההגבלה המפורשות משמעות של הסדר שלילי לעניין הסקה משתמעת. זאת ועוד: שתיקתה של חוקה באשר לפסקת ההגבלה אינה מתפרשת כחסר הדורש השלמה. פסקאות ההגבלה המשתמעות אינן מהוות השלמה של חסר חוקתי. הן כתובות בתוך החוקה בלשון שאינה נראית לעין. הן משתמעות מהלשון הקיימת. הן חלק מהטקסט של החוקה.⁴⁰ מרכיביה של ההגבלה המשתמעת אינם זהים בהכרח למרכיביה של פסקת ההגבלה המפורשת. הגישה המקובלת הינה כי דרישת המידתיות חלה הן בהגבלות המפורשות והן בהגבלות המשתמעות. השוני ביניהן מתבטא בעיקר לעניין המטרות המצדיקות את ההגבלה. בהיעדר הוראה מיוחדת בחוקה (או בחוק יסוד) לעניין המטרות יש לעגן את הלגיטימיות של המטרות בהוראות הכלליות (המפורשות או המשתמעות) של החוקה (או חוק היסוד).⁴¹ על כן, ניתן תמיד להגביל זכות חוקתית שאין לצדה פסקת הגבלה מפורשת (כללית או ספציפית) כדי להגשים את המטרה של הגנה על זכויות האדם האחרות הקבועות

34 ס' 79(3) לחוק היסוד הגרמני.

35 ראו לעיל עמ' 53.

36 ראו GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 127 (2005): “[A] limitation provision may be in written form or in unwritten form”; ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 188 (Julian Rivers trans., 2002); I.M. RAUTENBACH & E.F.J. MALHERBE, CONSTITUTIONAL LAW 315 (4th ed., 2004).

37 ראו VAN DER SCHYFF, שם, בעמ' 16.

38 ראו לעיל עמ' 80.

39 על ההסדר השלילי, ראו לעיל עמ' 126.

40 ראו לעיל עמ' 80.

41 ראו MICHAEL SACHS, GG VERFASSUNGSRECHT II GRUNDRECHTE 71 (2003).

בחוקה. בדומה ניתן גם להגשים מטרות אחרות המעוגנות (במפורש או במשתמע) בחוקה. עמד על כך בית המשפט החוקתי הגרמני בציינו:⁴²

“Having due regard for the unity of the Constitution and the entire order of values protected by it, conflicting constitutional rights of third parties and other legal values of constitutional status... are capable, in exceptional circumstances, of limiting unqualified constitutional rights.”

(ב) פסקת הגבלה משתמעת במשפט האמריקני

מגילת זכויות האדם האמריקאית המקורית וכן כמה תיקונים שנוספו לה קובעים רשימה של זכויות. על פניהן נראות זכויות אלה כמוחלטות. טיפוסים לעניין זה הוא התיקון הראשון לחוקה, הדין, בין היתר, בחופש הביטוי:

“Congress shall make no law... abridging the freedom of speech...”

אין בצדה של הוראה זו כל הגבלה מפורשת על איסור זה. כמו כן אין בחוקה האמריקנית פסקת הגבלה כללית. חרף זאת, בפסיקה ארוכה ועקיבה נקבע כי חוק הפוגע בחופש הביטוי ואשר נועד להגשים מטרה חיונית (compelling state interest), צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest), והנוקט אמצעים שהם חיוניים או הכרחיים (necessary) להגשמת המטרה – הוא חוקתי.⁴³ מה משמעותה של פסיקה זו? האם יש לראותה כאילו קבעה את היקפו של חופש הביטוי? על פי גישה זו חופש הביטוי מוגן בארצות הברית כדי מלוא היקפו, אך היקף זה צומצם על פי פירושה של הפסיקה. ואולי יש לראות בפסיקה זו משום קביעת הגבלה על מימושו של חופש הביטוי? על פי גישה זו הפסיקה לא צמצמה את היקפו של חופש הביטוי אלא קבעה אמות־מידה

42 ROBERT ALEXY, A THEORY OF BVerfGE 28, 243 (261). התרגום נלקח מאלכסי, ראו I.M. RAUTENBACH, CONSTITUTIONAL RIGHTS 188 (Julian Rivers trans., 2002).
 43 GENERAL PROVISIONS OF THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 83 (1995).
 Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, 78 YALE L.J. 464 (1969); Note, ראו *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, 83 HARV. L. REV. 844 (1970); LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 832 (2nd ed., 1988); Jeffrey M. Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, 45 OHIO ST. L.J. 161 (1984); Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417 (1996); Ian Ayres, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. REV. 1781 (1996); Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006); Richard H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007).
 ראו גם להלן עמ' 607.

להגנה עליו. נמצא, כי על פי גישה זו חופש הביטוי אינו מוגן בארצות-הברית כדי מלוא היקפו והוכרו במשתמע הגבלות שיפוטיות על מידת ההגנה הניתנת לו. הפסיקה והספרות האמריקנית אינן מייחסות חשיבות מרכזית להבחנה זו.⁴⁴ אחד הטעמים לכך הוא שהן ההלכות המצמצמות את היקפה של הזכות והן ההלכות המטילות עליה הגבלות מקורן בפסיקה. לפיכך לא היה זה חיוני להבחין, בגדריה של פסיקה זו, בין פסקי דין המצמצמים את היקפה של הזכות לבין פסקי דין המטילים הגבלות על מימושה. על כן גם לא מקובלת בספרות האמריקנית ההבחנה החדה בין מודל דו-שלבי (המבחין בין היקף הזכות להגבלה) לבין מודל חד-שלבי (המתמקד רק בהיקפה של הזכות).⁴⁵ עם זאת, הסוגיה טרם הובהרה דיה בספרות האמריקנית. ניתן למצוא לעניין זה עמדות שונות. הכול מודים שהדרישה בעניין חיוניות המטרה ורמתו הגבוהה של הערך החברתי היא יציר הפסיקה. גישה הלכתית זו מהווה מקור חשוב להשראה לעצם הרעיון שניתן לצמצם או להגביל את לשונה המפורשת של זכות חוקתית בלא שהצמצום או ההגבלה מעוגנים בלשון המפורשת של ההוראה החוקתית. דומה כי יש בכך מקור השוואתי מעניין המאפשר להכיר בהגבלה משתמעת או שיפוטית.⁴⁶

(ג) הבעיה המיוחדת בישראל: חוק יסוד הדן בזכויות אדם ללא כל פסקת הגבלה מפורשת

מתוך אחד-עשר חוקי היסוד הקיימים, תשעה עוסקים בהיבטים המוסדיים של החוקה. מעטות בהם זכויות אדם. בצדן של זכויות מעטות אלה לא מופיעה כל הגבלה.⁴⁷ בשני חוקי יסוד – הלא הם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – יש פירוט

44 ראו Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265 (1981); Frederick Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 27 GA. L. REV. 415 (1993); Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765 (2004); Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29 (Michael Ignatieff ed., 2005); Frederick Schauer, *Expression and its Consequences*, 57 U. TORONTO L.J. 705 (2007); Frederick Schauer, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, in RIGHTS, LAW, AND MORALITY: THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXI (Matthias Klatt ed., forthcoming 2010).

45 ראו Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 47 AM. J. COMP. L. 707 (2001); Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789 (2007); Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391 (2008).

46 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 36, בעמ' 127.

47 מקרה מיוחד הוא ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69. ראו להלן עמ' 182.

נרחב של זכויות אדם חוקתיות, ובצדן מצויה פסקת הגבלה כללית מפורשת. על רקע זה מתעוררת השאלה האם בשל היעדרה של פסקת הגבלה מפורשת ("חוקי יסוד שותקים"), הזכויות המעוגנות בתשעה חוקי יסוד אלה הן מוחלטות או שמא ניתן להכיר בקיומה של הגבלה משתמעת או שיפוטית. כיצד יש לפרש את שתיקתם של חוקי היסוד בעניין הפגיעה בזכות החוקתית בה הם מכירים?⁴⁸ התשובה הינה כי אין לפרש את שתיקתם של חוקי היסוד כהסדר שלילי.⁴⁹ נהפוך הוא: כאשר כוננו חוקי יסוד אלה הייתה מקובלת הדעה כי ניתן לשנות את חוקי היסוד, וממילא גם לפגוע בהוראותיהם בחוק רגיל. ברור אפוא כי משמעותה של שתיקתם אינה אלא היעדרו של הסדר מפורש. מהו אפוא הפתרון במצבים אלה? ההסדר הראוי והמתבקש הוא הכרה בקיומן של פסקאות הגבלה משתמעות או שיפוטיות. עמדתו על כך בפרשת עדאלה:⁵⁰

"לרוב אין הזכות כוללת בחובה פסקת הגבלה המיוחדת לה. במצב דברים זה תחול על אותה הזכות פסקת ההגבלה הכללית הקובעת את התנאים לפגיעה בכלל ההוראות שבאותו חוק יסוד, בין אם המדובר בפסקת הגבלה חרותה ובין אם מדובר בפסקת הגבלה שיפוטית."

לדעתי, הפירוש הראוי של חוקי יסוד אלה הינו כי ניתן לפגוע בזכות הקבועה בהם על ידי נורמה תת-חוקתית, ובלבד שמתקיימים שני תנאים. ראשית, מטרת הפגיעה צריכה להיות מעוגנת (במישרין או בעקיפין) בחוק יסוד.⁵¹ כך, למשל, הגנה על זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד השונים ממלאת דרישה זו. הוא הדין בהגשמת עקרונות אחרים המעוגנים בחוקי יסוד כגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. שנית, האמצעים שנוקטת הנורמה התת-חוקתית צריכים להיות מידתיים, כלומר: רציונליים, נחוצים והפגיעה בזכות החוקתית צריכה להיות מידתית.⁵² פסקת הגבלה זו יכולה להיות מפורשת או משתמעת.⁵³ גישה פרשנית זו נגזרת מהתפיסה כי למידתיות יש מעמד חוקתי.⁵⁴ מעמד זה מוענק לה, בין השאר, משום שהיא

- 48 ראו אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח(2) 293, 296 (2006).
- 49 על ההסדר השלילי, ראו לעיל עמ' 126.
- 50 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 14, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי.
- 51 ראו להלן עמ' 216.
- 52 ראו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד נז(1) 750, 756 (2003): "אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק-יסוד אלא אם כן הדבר מתאפשר על ידי פסקת הגבלה" (הנשיא ברק). לביקורת הדרך בה נקט בית המשפט בפרשת חרות, ראו אמנון רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין (35) 42 (2002).
- 53 ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 48, בעמ' 197; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 106 (2005).
- 54 ראו להלן עמ' 263.

נגזרת מעקרונות הדמוקרטיה ושלטון החוק. כמו כן, מעמדה החוקתי של המידתיות נגזר מפרשנותו של המבנה החוקתי הכולל.⁵⁵ פתרון זה תואם את המבנה החוקתי שלנו. הוא מבטיח את ההרמוניה הפרשנית הדרושה בין כל חוקי היסוד, תוך שהוא מונע מצב בלתי-אפשרי שבו זכויות חוקתיות – שכווננו על בסיס ההנחה שחוק רגיל יכול לשנותן וממילא גם לפגוע בהן – יוכרו זכויות חוקתיות מוחלטות, שאינן כפופות למבחני המידתיות וחוק אינו יכול לפגוע בהן. אין כל סיבה להעניק לזכויות שכווננו בחוקי יסוד אלה הגנה רחבה יותר מזו המוענקת לזכויות היסוד שכווננו בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

(ד) חוקה הדנה בזכויות אדם וקובעת כי ניתן להגביל זכות בחוק

(1) הגישה העקרונית

בכמה חוקות נקבעו מספר זכויות אדם ולצדן פסקת הגבלה מיוחדת המאפשרת להגבילן ב"חוק".⁵⁶ לא נקבעו דרישות נוספות.⁵⁷ הפרשנות המקובלת הינה כי הדרישה בחוקה להגבלה מכוח חוק כוללת דרישה לשלטון חוק פורמלי ומהותי.⁵⁸ דרישה זו מבוססת על מבחן מהותי המעניק לה את הלגיטימיות הנדרשת. מבחן מהותי זה מתמצה בדרישת המידתיות.⁵⁹ עמד על כך גרים, בציינו:⁶⁰

"Laws could restrict human rights, but only in order to make conflicting rights compatible or to protect the rights of other persons or important community interests... [A]ny restriction of human rights not only needs a constitutionally valid reason but also to be proportional to the rank and importance of the right at stake."

נמצא, כי פסקת הגבלה (כללית או מיוחדת) שלפיה ניתן להגביל זכות חוקתית בחוק, אינה היתר להגביל את הזכות בכל אופן שייראה למחוקק. ההגבלה בחוק צריכה להיות מידתית.

- 55 על רקע גישה זו, יש מקום לבחון אם הוראת ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת כפופה לפסקת הגבלה משתמעת.
- 56 ראו למשל ס' 10(2), 12(1), 14(1) לחוק היסוד הגרמני.
- 57 הוראות אלה מכונות "claw-loack provisions". ראו RAUTENBACH, לעיל ה"ש 42, בעמ' 82, 107, 84.
- 58 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 36, בעמ' 127.
- 59 ראו RAUTENBACH, לעיל ה"ש 42, בעמ' 106. ראו גם RAUTENBACH & MALHERBE, לעיל ה"ש 36, בעמ' 315.
- 60 Dieter Grimm, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, in HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE 267, 275 (David M. Beatty ed., 1994).

עליה להיות לתכלית ראויה, האמצעים הננקטים צריכים להיות רציונליים. צריך שיהא בהם צורך. הפגיעה בזכות החוקתית בהשוואה לתועלת המושגת צריכה להיות מידתית (במובן הצר).

מה מוסיפה אפוא הקביעה המפורשת כי ניתן להגביל את הזכות החוקתית בחוק? האין היא מיותרת? מה תועלת יש בה? ניתן לומר כי התוספת בעניין הגבלה בחוק נועדה למנוע פירוש שלפיו שתיקת החוקה בעניין הגבלת הזכות מהווה הסדר שלילי, כלומר, שאין כל אפשרות להגביל את הזכות. פירוש כזה הוא לרוב לא ראוי. עם זאת, ניתן להצדיק הוראה חוקתית בעניין הגבלה בחוק בטעם שהיא נועדה למנוע כל ספק בעניין זה. הסבר אפשרי אחר להוראה בעניין הגבלה בחוק הוא שלילת האפשרות להגבלה בחקיקת-משנה או בהלכה פסוקה. הסבר זה מבוסס על מתן מובן פורמלי לדיבור "חוק". לדעתי, פירוש כזה לדיבור "חוק" אינו ראוי ועל כן אין בו כדי להצדיק את ההוראה בחוקה שלפיה ניתן להגביל זכות חוקתית בחוק.⁶¹ למעט הצידוק הניתן על ידה לחוקתיות הגבלה על זכות חוקתית על ידי משפט מקובל. האם ניתן להצדיק הוראה מפורשת שלפיה ניתן להגביל זכות בחוק בטענה כי בכך ניתן למחוקק שיקול דעת רחב יותר משיקול הדעת הניתן לו אילו לא היתה הוראה כזו. אלכסי העלה הסבר כזה.⁶² אכן, מקובל על הכל כי למחוקק יש שיקול דעת רחב מאוד אם לחוקק חוק המגביל זכות חוקתית אם לאו. כן מקובל כי ניתן לו שיקול דעת רחב בקביעת המטרה ובקביעת האמצעים להגשמתה.⁶³ שיקול דעת זה קיים גם בלא הוראה מפורשת שניתן להגביל זכות חוקתית בחוק. היקפו אינו משתנה על ידי תוספת זו. הנה כי כן, הטעם העיקרי המצדיק הוראה מפורשת לפיה ניתן להגביל זכות חוקתית בחוק הוא למנוע הטענה של הסדר שלילי.

(2) הבעיה המיוחדת של ישראל

מה דינה של זכות אדם הקבועה בחוק יסוד שאין בו פסקת הגבלה כללית ואין בצדה של הזכות פסקת הגבלה מיוחדת לה, למעט הקביעה כי ניתן לפגוע בה בחקיקה? האם חקיקה זו כפופה למגבלות כלשהן? האם היא צריכה לקיים את כללי המידתיות? האין להסיק מההוראה שניתן לפגוע בזכות בחוק, כי זו הדרישה היחידה ואין מקום (כלומר, יש הסדר שלילי) לדרישות אחרות כגון מידתיות? שאלה זו התעוררה בישראל בפרשת מופז.⁶⁴ בפרשה זו נדונה הוראה בחוק-יסוד: הכנסת הקובעת רשימה של נושאי משרה שאינם יכולים להיות מועמדים לכנסת.⁶⁵ נקבע עוד כי מועמדים אלה יוכלו להיות מועמדים "אם

61 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 36, בעמ' 136, וכן לעיל עמ' 163.

62 ראו ALEXU, לעיל ה"ש 42, בעמ' 188.

63 ראו להלן עמ' 491.

64 ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד נז(3) 793 (2003); פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 14, פס' 16 לפסק דינו של השופט לוי.

65 ראו ס' 7 לחוק-יסוד: הכנסת.

חדלו לכהן במשרה או בתפקיד כאמור לפני המועד להגשת רשימות המועמדים לכנסת, ואם נקבע בחוק מועד מוקדם מזה, לפני המועד האמור". האם החוק הנזכר צריך להיות מידתי? אין בעניין זה כל הוראה מפורשת בחוק-יסוד: הכנסת. השופט א' מצא קבע כי כללי המידתיות חלים על הוראותיו של חוק זה:⁶⁶

"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 לביקורת."

על גישה זו חזרתי בפסק הדין בפרשת פלונית:⁶⁷

"סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, המכיר בפומביות, מוסיף וקובע כי זו מוכרת זולת אם נקבע אחרת בחוק'. חוק רגיל הקובע אחרת אינו חופשי לקבוע כל הסדר שעולה על דעת המחוקק. עליו להיות לתכלית ראויה; עליו לקיים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; עליו להיות מידתי."

הבסיס המשפטי לגישה זו הינו פרשנותו של ההסדר החוקתי הכולל. את הוראותיו של החוק הפוגע בזכות החוקתית יש לפרש על רקע המבנה החוקתי כולו. מבנה זה כולל גם את כללי המידתיות. כפי שעולה מהמשפט ההשוואתי, חקיקה רגילה צריכה לקיים דרישות חוקתיות גם בהיעדר הוראה מפורשת לכך.⁶⁸ הוא הדין אם באותה חוקה עצמה חלק מהזכויות כפופות לפסקת הגבלה הקובעת את המטרה הראויה, חלק אחר קובע אך שניתן להגביל זכות חוקתית מסוימת בחוק וחלק נוסף שותק בעניין הגבלתה. גם במצב דברים זה המידתיות חלה – הן לעניין הזכות "השותקת" והן לעניין הזכות שנקבע בצדה כי ניתן להגבילה בחוק. הטעם לכך הוא שהמידתיות הינה אחת מאותן דרישות בעלות מעמד חוקתי משתמע, וכל נורמה תת-חוקתית כגון חקיקה, הפוגעת בזכויות אדם חוקתיות, צריכה לקיימן⁶⁹. רק פירוש נוגד של החוקה יכול למנוע תוצאה זו. שתיקת החוקה או צמצום ההגבלה לדרישה כי הפגיעה צריכה להיות בחוק אינן מתפרשות כהסדר שלילי המונע את תחולתה של המידתיות. מסקנה זו נתמכת על ידי המשפט המקובל הישראלי, אשר פירש סמכות בחוק להגבלתן של זכויות אדם כסמכות הכפופה למגבלות שיפוטיות.⁷⁰ הנה כי כן,

66 פרשת מופז, לעיל ה"ש 64, בעמ' 811.

67 בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין המשמעתי של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 540 (2003).

68 ראו לעיל עמ' 173.

69 ראו להלן עמ' 263.

70 ראו להלן עמ' 637.

טעמים שונים ומגוונים תומכים במסקנה שכאשר חוק-יסוד בישראל קובע שניתן לפגוע בזכות חוקתית בחוק, על אותו חוק לקיים את כללי המידתיות.

(3) הבעיה שמעורר סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת

(אא) הבעיה

סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת קובע:

“הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת. אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.”

האם דיני המידתיות חלים בהוראה זו? האם יש מקום להכיר בפסקת הגבלה שיפוטית? שאלת סף הינה אם הוראה זו קובעת הסדר “מוסדי” בלבד, או שמא היא מעניקה גם זכות לאדם? האם יש לכל אחד מהישראלים זכות חוקתית שהבחירות תהיינה כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות? שאלה זו עומדת בפתח הדיון, שכן אם ההוראה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת אינה דנה בזכויות אדם, כי אז הדיון בה חורג מספר זה. הדיון בפסקאות הגבלה מפורשות ומשתמעות חלה רק כאשר נפגעת זכות חוקתית. על כן אני פותח בשאלה אם הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת מעניקה זכות חוקתית לפרט. התשובה על שאלה זו היא בחיוב.⁷¹ סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת אינו קובע אך הסדר “מוסדי” באשר לבחירות. הוא אכן מעניק את הזכות החוקתית לבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות. גם סעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת דן בהשתתפות בבחירות כזכות. אכן ההוראה בדבר השוויון בבחירות שעמדה במרכזם של כמה פסקי דין של בית המשפט העליון,⁷² עניינה גם בזכות לבחור ולהיבחר הנתונה לכל אדם בישראל.⁷³ בהמשך הדיון אתמקד בזכות לשוויון הבחירות.

סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת קובע, בין השאר, כי את הזכות הקבועה בו לשוויון בבחירות “אין לשנות... אלא ברוב של חברי הכנסת”. השינוי יכול שיהיה “בין במפורש ובין

71 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה”ש 53, בעמ’ 571-587; בג”ץ 2757/96 אלראי נ’ שר הפנים, פ”ד נ(2) 18 (1996); פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה”ש 14, בעמ’ 421.

72 ראו בג”ץ 231/73 ברגמן נ’ שר האוצר, פ”ד כז(2) 785 (1973); בג”ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ’ רשות השידור, פ”ד לה(4) 1 (1981); בג”ץ 141/82 רובינשטיין נ’ יושב ראש הכנסת, פ”ד לז(3) 141 (1983); בג”ץ 142/89 תנועת לאו”ר נ’ יושב ראש הכנסת, פ”ד מד(3) 529 (1990); בג”ץ 2060/91 כהן נ’ יושב ראש הכנסת, פ”ד מו(4) 319 (1992); בג”ץ 3434/96 הופנונג נ’ יושב ראש הכנסת, פ”ד נ(3) 57 (1996); רובינשטיין ומדינה, שם, בעמ’ 642.

73 ראו א”ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת נ’ אחמד טיבי, פ”ד נו(4) 1 (2003).

במשמע⁷⁴. מהו שינוי לעניין זה? האם דין הגבלת הזכות כדין שינוי שלה? האם השינוי או ההגבלה צריכים להיות מידתיים? האם יש להחיל לגביהם פסקת הגבלה "שיפוטית"?

(בב) עמדת הפסיקה

פסקי הדין שדנו בזכות הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת לא בחנו הוראות בחוק-יסוד אלא הוראות בחקיקה רגילה שהשפיעו על הזכות החוקתית. זאת ועוד: הפסיקה כללה לא הבחינה בין "שינוי" הוראתו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת לבין "פגיעה או הגבלה בו"⁷⁵. כל החוקים שנדונו על ידי בית המשפט העליון בעניין סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת עסקו בפגיעה בזכות החוקתית ולא בשינויה. על רקע זה ניתן לטעון כי משמע ממכלול הפסיקה שהוראתו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת מאפשרת שינוי או הגבלה של הזכות החוקתית על ידי הוראה בחקיקה רגילה, ובלבד שזו תתקבל ברוב של חברי הכנסת. האם הוראה זו צריכה להיות מידתית? שאלה זו לא נדונה בפסיקה לפני פרשת בנק המזרחי המאוחד⁷⁶. בפרשה זו עצמה הובעו כמה אמרות אגב לעניין זה⁷⁷. אחרי פרשה זו נדונה השאלה בפרשת הופנונג⁷⁸, בה ציין השופט ז' זמיר⁷⁹:

"ייתכן, אפוא, שיש מקום לומר כי פגיעה בשוויון המהותי, בהקשר של הבחירות לכנסת, היא פגיעה בשוויון הסיכויים שאינה עומדת במבחן המשולש: ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות. פרשנות כזאת תביא הרמוניה ראויה, שהפרשן שואף אליה, בקרב החוקים הקובעים את הערכים החוקתיים... עם זאת, בנסיבות המקרה שלפנינו, אפשר להשאיר עניין זה בצריך עיון."

בפסק דיני באותה פרשה ציינתי כי "יש בהצעתו של חברי משום פיתוח פסקת הגבלה שיפוטית, מקום שחוק היסוד אינו קובע הוראה מפורשת בעניין זה"⁸⁰. הוספתי כי זהו "רעיון מעניין וחשוב"⁸¹ וצינתי כי אין צורך להכריע בו. על גישתו של השופט זמיר חזר השופט א' מצא בפרשת מופז. על רקע עמדה זו מתעוררת השאלה, מהו הפירוש שיש לתת עתה להוראותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת? לשאלה זו אפנה עתה.

74 ס' 46 לחוק-יסוד: הכנסת.

75 ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 48.

76 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8.

77 שם, בעמ' 274-277, 409-415.

78 פרשת הופנונג, לעיל ה"ש 72.

79 שם, בעמ' 70.

80 שם, בעמ' 75.

81 שם, בעמ' 76.

(גג) סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דן בשינוי ולא בהגבלה

פרשת בנק המזרחי המאוחד והפסיקה שבעקבותיה, שינתה את נקודת המבט ואת הדין בשלושה עניינים הרלוונטיים לפירושו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. ראשית, הודגשה ההבחנה בין שינוי הוראה בחוק יסוד בעניין זכויות האדם לבין פגיעה בה או הגבלתה.⁸² שנית, נקבע כי שינוי בהוראת חוק יסוד ניתן להיעשות רק על ידי חוק יסוד. שינויים אלה אינם כפופים לפסקאות הגבלה (חקוקות או שיפוטיות). המידתיות עשויה למלא תפקיד בפרשנותן של ההוראות הרלוונטיות (איזון פרשני). שלישית, נפסק שכאשר חוק רגיל פוגע או מגביל זכות המעוגנת בחוק יסוד, החוק אינו חוקתי, אלא אם כן הוא מקיים את הוראתיה של פסקת הגבלה. זו יכולה להיות מעוגנת בלשונו המפורשת של חוק היסוד או משתמעת מהמבנה החוקתי הכללי (פסקת הגבלה משתמעת או שיפוטית).

מארג דינים זה מצדיק מתן פרשנות חדשה להוראותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.⁸³ פרשנות זו יוצאת מהנחה כי הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דנה בשינוי של דרכי הבחירה לכנסת ולא בפגיעה בהן או בהגבלתן.⁸⁴ "אין לשנות סעיף זה" משמעותו איסור על שינוי. ההוראה כלל אינה דנה בפגיעה בזכות הבחירה או בהגבלתה. עם זאת ההוראה בסעיף 4 אינה קובעת "הוראת נצחיות". על פי ההסדר הנורמטיבי הכללי ניתן לערוך שינוי בזכות הבחירה אם הוראת השינוי מעוגנת בחוק יסוד ואם חוק יסוד זה התקבל "ברוב של חברי הכנסת". בכך באה לידי ביטוי החשיבות של זכות הבחירה. אין לשנותה בחוק יסוד שהתקבל ברוב רגיל. כדי לשנותה נדרש חוק יסוד (כפי שנובע מפרשת בנק המזרחי המאוחד) ורוב מיוחד (כפי שקבוע בה במפורש). אף על פי שמרבית הוראותיו של חוק-יסוד: הכנסת ניתנות לשינויים בחוק יסוד שנתקבל ברוב רגיל, לא כן ההוראות בעניין זכות הבחירה. שינויים אלה צריכים להתקבל בחוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת. האם ניתן לשנות את הוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת גם באמצעות חקיקה רגילה שתתקבל "ברוב של חברי הכנסת"? הוראתו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת המתירה לשנות את זכות הבחירה "ברוב של חברי הכנסת", אינה קובעת הוראה מפורשת באשר למקור המשפטי של השינוי – אם הוא בחוק יסוד או בחוק "רגיל". על רקע זה המסקנה הינה כי השינוי צריך להיות בחוק יסוד. ההוראה בעניין "ברוב של חברי הכנסת" מכוונת לרוב הנדרש ולא למהות ההוראה המתקבלת ברוב זה – אם היא חוק יסוד או חוק רגיל.⁸⁵ מסקנה פרשנית זו מעוגנת במעמדה המרכזי של זכות הבחירה. אין זה ראוי לפרש הוראה זו – בהיעדר לשון מפורשת – כקובעת כי את ההסדרים הבסיסיים של זכות הבחירה ניתן לשנות

82 ראו דברי הנשיא שמגר בפרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 274.

83 ראו אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי היסוד" ספר ברנזון כרך שני 119 (2000); קלגסבלד, לעיל ה"ש 48.

84 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 275.

85 ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 48, בעמ' 296.

באמצעות חוק רגיל. מכאן גם מסקנתי כי ההוראה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, לפיה הבחירה לכנסת תהיה "לפי חוק הבחירות לכנסת", אין לפרשה כמסמיכה קביעה בחוק הבחירות המשנה את זכות הבחירה. גם הוראה זו יש לפרש על רקע מרכזיותה של זכות הבחירה. על כן יש להבינה כהוראה המאפשרת להגשים את העקרונות הקבועים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. אין לפרשה כהוראה המאפשרת שינוי עקרונות אלה.

שינוי בהוראותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת אפשרי אפוא רק באמצעות חוק יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת. חוק יסוד שהתקבל ברוב הדרוש יהא חוקתי בין אם הוא מידתי ובין אם לאו. חובת המידתיות אינה חלה בשינוי זכות חוקתית באמצעות הוראה חוקתית נוגדת. עם זאת, דיני המידתיות עשויים להשפיע על פירוש היקפה של זכות חוקתית (איון פרשני).⁸⁶

(דד) דין הגבלה או פגיעה בזכות הבחירה

על פי גישתי, סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת כלל אינו דן בפגיעה בזכות הבחירה או בהגבלתה. ממילא לא משתמע ממנו הסדר שלילי בעניין זה. על רקע זה מתעוררת השאלה מה דין פגיעה או הגבלה בזכות הבחירה? האם זוהי זכות "מוחלטת" (כלומר, לא ניתנת להגבלה או פגיעה)? לדעתי זכות הבחירה היא זכות יחסית. ניתן לפגוע בה או להגבילה. פגיעה או הגבלה זו כפופה לכללי המידתיות. הבסיס לגישה זו מונח בגישה שעליה עמדתי בעניין חוק היסוד השותק.⁸⁷ ניתן אפוא להגביל או לפגוע בזכות הבחירה בחוק רגיל, אם מטרת ההגבלה או הפגיעה מעוגנת (במישרין או בעקיפין) בחוק יסוד, ואם האמצעים להגשמת המטרה הם מידתיים. חוק זה יוכל להתקבל ברוב רגיל. ההוראה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, לפיה נדרש "רוב של חברי הכנסת", אינה חלה בפגיעה או בהגבלה הנעשית בחוק רגיל, שכן הוראה זו חלה רק לעניין שינוי של זכות הבחירה.

(הה) נדרש צורך בשינוי גישה של הפסיקה

גישתי הפרשנית, הרואה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת הוראה שעניינה שינוי הזכות החוקתית לבחירה ולא פגיעה בה או הגבלתה, נותנת פתרון ראוי לבעיה שהוראה זו מעלה. מחד גיסא נשמרת ההבחנה הבסיסית בין שינוי הוראה בחוק-יסוד המעגנת זכות חוקתית לבין פגיעה או הגבלה בה; מאידך גיסא, ניתן פתרון מניח את הדעת הן לשאלת השינוי (בדרישה לחוק יסוד ולתוספת "ברוב של חברי הכנסת") והן לשאלת ההגבלה או הפגיעה (ניתן לפגוע או להגביל את זכות הבחירה בחוק שנתקבל ברוב רגיל, למטרה המעוגנת בחוקי היסוד ותוך שימוש באמצעים מידתיים). הפתרון המוצע נגזר מהתפיסה החוקתית

86 ראו לעיל עמ' 98.

87 ראו לעיל עמ' 173.

כפי שאומצה בפרשת בנק המזרחי המאוחד ובפסיקה שאחריה. פתרון זה אינו דורש כל מעשה חקיקה.⁸⁸ הוא יחייב, כמובן, סטייה פרוספקטיבית מכמה פסקי דין שניתנו לפני פרשת בנק המזרחי המאוחד. תוצאה זו היא בלתי-נמנעת. עמד עליה הנשיא מ' שמגר בפרשת בנק המזרחי המאוחד:⁸⁹

“עם התקדמות גיבושה של חוקה וההכרח לאמץ תיזה היוצרת תשתית עיונית לחקיקתן של הוראות חוקתיות, מן הנכון... שנתווה דרך חדשה המבטאת את קיומו של המידרג הנורמאטיבי החקיקתי. במילים אחרות, על רקע חקיקת שני חוקי היסוד החדשים הדנים במישרין בהגנה על זכויות יסוד נפתח עתה לפני הרכב מורחב זה פתח להתוויית שיטה שלמה המותאמת למטריה החוקתית שלפנינו... מעתה ואילך, מן הנכון לאמץ כלפי כל חוקי היסוד את המדיניות החקיקתית שהיא ביטוי לתורת המידרג הנורמאטיבי, ולפיה אין משנים חוק יסוד אלא על ידי חוק יסוד.”

4. פסקאות הגבלה מיוחדות

השיטה הנפוצה ביותר להגבלה של זכויות אדם בחוקות המודרניות היא קביעה של כמה פסקאות הגבלה חוקתיות.⁹⁰ אלה הן פסקאות הגבלה מיוחדות. הן קובעות הסדר מיוחד לכל זכות וזכות או לקבוצה של זכויות. הן קובעות את המטרה שלשם הגשתה ניתן להגביל זכות אדם ואת הנסיבות שבהן ניתן להגשים מטרה זו. זו הדרך שנוקטות מרבית החוקות של מערב אירופה שכווננו לאחר מלחמת העולם השנייה, כגון החוקות של גרמניה, ספרד, פורטוגל ואיטליה. בדרך זו נוקטת גם החוקה ההודית. גם החוקות של מדינות שהיו בעבר חלק מהגוש הסובייטי – כגון החוקות של פולין, צ'כיה, הונגריה – נוקטות דרך דומה.⁹¹ דוגמה יפה לשיטה זו היא הוראת האמנה האירופית לזכויות האדם בעניין הזכות לאספה ולהתאגדות:⁹²

“1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

88 לגישה שונה ראו בנדור, לעיל ה"ש 83, בעמ' 147-149.

89 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 274.

90 ראו Bleckmann & Bothe, לעיל ה"ש 20; RAUTENBACH & MALHERBE, לעיל ה"ש 36.

91 ראו WOJCIECH SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE (2008); WIKTOR OSIATYNSKI, HUMAN RIGHTS AND THEIR LIMITS (2009).

92 ס' 11 לאמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 4. ראו גם סעיף 10 לאותה אמנה הנוקט בדרך דומה: לעיל עמ' 45.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the state.”

ברבות משיטות המשפט המבוססות על חוקה שכוננה לאחר מלחמת העולם השנייה והכוללת פסקאות הגבלה מיוחדות פסקו בתי המשפט כי הן כוללות מרכיב מרכזי של מידתיות. זהו הדין לעניין האמנה האירופית לזכויות האדם.⁹³ זהו הדין לעניין פסיקתם של בתי המשפט בגרמניה, בספרד, בפורטוגל, באיטליה, בפולין, בצ'כיה ובהונגריה, ולאחרונה גם בהודו.⁹⁴

5. פסקת הגבלה כללית

ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948⁹⁵ קובעת רשימה של זכויות אדם. אין בה פסקאות הגבלה מיוחדות. אופיין היחסי של הזכויות נקבע מכוחה של פסקת הגבלה כללית המופיעה לקראת סופה של ההכרזה. פסקה זו חלה על כל הזכויות כולן:⁹⁶

“In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.”

הוראה זו היוותה השראה לצ'רטר הקנדי, שקבע רשימה של זכויות אדם "מוחלטות". בתחילתו של הצ'רטר נקבעה פסקת הגבלה כללית:⁹⁷

93 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 36, בעמ' 214.

94 ראו להלן בעמ' 249.

95 Universal Declaration of Human Rights, 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc A/810,

p. 71 (להלן – ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם).

96 ס' 29 להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, שם.

97 ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 5.

“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

פסקת ההגבלה הקנדית השפיעה על ניסוחה של פסקת ההגבלה בחוקתה הזמנית (Interim Constitution) של דרום-אפריקה⁹⁸ ועל ניסוחה של פסקת ההגבלה בחוקתה הקבועה (ה-Final Constitution). זו לשונה של פסקת ההגבלה בחוקה הקבועה:⁹⁹

“(1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including –

- (a) the nature of the rights;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relations between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose.

(2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.”

כאשר כוננה הכנסת את שתי פסקאות ההגבלה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם עמדה לנגד עיניה פסקת ההגבלה הקנדית.¹⁰⁰ פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת:¹⁰¹

“אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.”

הוראה כללית דומה מופיעה בחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹⁰² בכל הטקסטים הללו – הן בישראל והן בחוקות אחרות – מופיעה רשימת זכויות הנראית לכאורה כרשימה של זכויות

98 ראו ס' 33 לחוקה הזמנית של דרום-אפריקה.

99 ס' 36 לחוקה של דרום-אפריקה.

100 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 275 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12 (1.7.1991).

101 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מוחלטות. היחסיות של הזכויות מתקבלת מקריאתן של הזכויות השונות ופסקת ההגבלה הכללית בצוותא חדא.

כל פסקאות ההגבלה הכלליות פורשו על ידי בתי המשפט ככוללות את עיקרון המידתיות. כך הדין לעניין ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם.¹⁰³ כך הדין לעניין הצ'רטר הקנדי.¹⁰⁴ כך הדין לעניין פסקאות ההגבלה בחוקה הזמנית ובחוקה הקבועה של דרום-אפריקה.¹⁰⁵ בחוקה הפדרלית החדשה של שוויץ (מ-2000) יש פסקת הגבלה כללית הכוללת הוראה מפורשת בעניין המידתיות. זו לשון ההוראה:¹⁰⁶

“1. Any limitation of a fundamental right requires a legal basis. Grave limitations must be expressly foreseen by statute. Cases of clear and present danger are reserved.

2. Any limitation of a fundamental right must be justified by public interest, or serve for the protection of fundamental rights of other persons.

3. Limitation of fundamental rights must be proportionate to the goals pursued.

4. The essence of fundamental rights is inviolable.”

גם החוקה התורכית מפנה במפורש למידתיות.¹⁰⁷ הוא הדין בפסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק.

6. הסדרים היברידיים

החוקות השונות אינן שומרות על גישה אחידה באשר להגבלתן של הזכויות. ברבות מהחוקות המודרניות ניתן למצוא פסקת הגבלה כללית ולצדה פסקאות הגבלה מיוחדות לכמה זכויות. זהו הדין בדרום-אפריקה.¹⁰⁸ ניתן לכנות זאת “הסדרים היברידיים”.¹⁰⁹

102 ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

103 ראו להלן עמ' 252.

104 ראו להלן עמ' 237.

105 ראו להלן עמ' 246.

106 ס' 36 לחוקה של שוויץ.

107 ס' 13 לחוקה של תורכיה.

108 ראו למשל ס' 9, 15(3), 26, 27, 30, 31 לחוקה של דרום-אפריקה, הקובעים פסקאות הגבלה מיוחדות ובצדן עומדת פסקת ההגבלה הכללית שבס' 36.

109 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 36, בעמ' 128.

חוקה היברידיית מעוררת שאלות קשות באשר ליחס בין פסקת ההגבלה הכללית לבין כל אחת מפסקאות ההגבלה המיוחדות.¹¹⁰ אלה הן שאלות פרשניות. הן פסקת ההגבלה הכללית והן פסקאות ההגבלה המיוחדות הן חלק מהחוקה. הן ברמה נורמטיבית שווה. במסגרת פרשנות תכליתית של הוראות החוקה יש לעשות כל מאמץ פרשני ליישב ביניהן. אין לומר מראש כי האחת גוברת על האחרת. נקודת המוצא העקרונית הינה כי פסקת ההגבלה הכללית חלה על כל הזכויות כולן. נמצא, כי היא חלה גם לגבי זכויות שיש להן פסקת הגבלה מיוחדת. לעתים פסקת ההגבלה המיוחדת באה להחמיר עם אחד התנאים הקבועים בפסקת הגבלה הכללית. לעתים היא באה להקל עמו. לעתים היא באה לצורכי הדגשה או הבהרה בלבד. כאשר פירושה של פסקת ההגבלה המיוחדת הוא החמרה או הקלה יש ליתן לכך תוקף.¹¹¹ זאת, על פי כללי הפרשנות הרגילים, לפיהם בהתנגשות בין נורמות המעוצבות ככלל הנמצאות באותה רמה נורמטיבית, תגבר הנורמה המאוחרת בזמן אלא אם המוקדמת היא מיוחדת, וכאשר הנורמות נמצאות באותו מסמך, יש לתת עדיפות פרשנית לכלל המיוחד ובלבד שאין דרך פרשנית אחרת.¹¹² פסקת ההגבלה המיוחדת היא הוראה מיוחדת לעומת פסקת ההגבלה הכללית, ועל כן בהתנגשות אמיתית ביניהן,¹¹³ פסקת ההגבלה המיוחדת תגבר.

7. ההסדר הראוי: פסקת הגבלה כללית, מיוחדת או היברידיית?

שאלה יפה היא, מהו ההסדר הראוי? מבחינת הוודאות המשפטית דומה שההסדר הראוי הוא פסקת הגבלה כללית. במסגרתה ניתן לפתח תורה כללית של הגבלת זכויות. תפקיד נכבד מוטל על שכמה של הרשות השופטת, אשר פסקי הדין שלה לעניין הפגיעה בזכויות השונות צריכים להצטרף לשלמות אחת ולגישה אחידה. עם זאת ניתן לטעון כי מבחינת ההגנה על זכויות האדם החוקתיות, עדיף ההסדר של פסקאות הגבלה מיוחדות.¹¹⁴ במסגרתן יכולה הרשות המכוננת לתת ביטוי לחשיבותה המיוחדת של כל זכות אדם, והיא יכולה "לגזור" פסקת הגבלה המתחשבת במלוא מורכבותה של הזכות החוקתית בהקשר

110 ראו RAUTENBACH & MALHERBE, לעיל ה"ש 36; Kevin Iles, *Limiting Socio-Economic Rights: Beyond the Internal Limitations Clauses*, 20 SAJHR 448, 458 (2004); Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*. Chapter 34, 3 (Stuart Woolman et al. eds., 2006).

111 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 36, בעמ' 128; RAUTENBACH & MALHERBE, לעיל ה"ש 36.

112 ראו לעיל עמ' 119.

113 להתנגשות אמיתית, ראו לעיל עמ' 116.

114 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 42, בעמ' 70. ראו גם WOJCIECH SADURSKI, *RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE* 288 (2008).

החוקתית. כך, למשל, בעוד שבפסקת הגבלה כללית אין פירוט של המטרות המיוחדות המצדיקות פגיעה בזכות האדם, פירוט כזה קיים לרוב בפסקת ההגבלה המיוחדת. כתוצאה מכך נשללות על הסף מטרות שאינן קבועות בפסקה. בכך מוגברת ההגנה על זכויות האדם. לדעתי, יש להעדיף הסדר חוקתי המכיר בפסקאות הגבלה מיוחדות. הדבר מחייב את הרשות המכוננת לתת דעתה לכל זכות בנפרד. עליה לבחון את הטעמים המצדיקים פגיעה בה. נראה לי כי בכך מעצבים באופן מובנה יותר ומדויק יותר את ההגנה על הזכויות החוקתיות ואת אפשרויות המימוש שלהן. בצדן של פסקאות ההגבלה המיוחדות ניתן להוסיף פסקת הגבלה כללית הקובעת את עקרון המידתיות המשותף לכל הזכויות כולן.

ב. התפקיד הפורמלי של המידתיות ופסקת ההגבלה

1. מידתיות לעניין התוקף ומידתיות לעניין המובן

המידתיות היא מושג מרכזי במשפט. היא ממלאת בו תפקידים שונים ומגוונים. המובן הניתן לה משתנה על פי התפקיד המוטל עליה. כך, למשל, לא הרי המידתיות במשפט המנהלי כהרי המידתיות במשפט הפלילי; ולא הרי המידתיות בשני תחומים אלה כהרי המידתיות במשפט הבינלאומי. גם בתחום משפטי נתון, כמו המשפט החוקתי, השתנה מובנה של המידתיות במשך השנים.

ספר זה מתמקד במידתיות כאמת-מידה לפתרונה של שאלת חוקתיותן של נורמות משפטיות סותרות המצויות במדרג נורמטיבי שונה. במסגרת זו בוחן ספר זה מקרה מיוחד בו הנורמה העליונה (הקבועה בחוקה) עניינה זכויות אדם והנורמה התחתונה (הקבועה בחקיקה או במשפט מקובל) פוגעת בה. במרכזו של ספר זה עומדת בעיית התוקף (ה-*validity*) של נורמה תת-חוקתית, הסותרת נורמה חוקתית המעגנת זכות אדם. הספר בוחן את היחס בין זכות אדם המעוגנת בחוקה (ואצלנו – חוק יסוד) לבין נורמה נוגדת הנמצאת במדרג נורמטיבי נמוך יותר, כגון חוק או הלכה פסוקה. אינני עוסק בתחולתה של המידתיות בהסדרים חוקתיים "מוסדיים", כגון מבנה רשויות השלטון ויחסיהן ההדדיים. הנני בוחן בספר זה גם את היחס בין זכות הקבועה בחוק רגיל לבין הוראה פוגעת בחוק רגיל, במקום שבית המשפט מוסמך להכריז על התאמתה של ההוראה הפוגעת לפסקת ההגבלה (המבוססת על מידתיות) הקבועה בחוק הרגיל. זהו המצב באנגליה,¹¹⁵ ובויקטוריה (שבאוסטרליה).¹¹⁶ אף ששתי ההוראות – זו הקובעת את הזכות וזו הקובעת פגיעה בה – מצויות ברמה נורמטיבית שווה, הרי משהוסמך בית המשפט לקבוע את מידת ההתיישבות בין השתיים, אין שינוי מהותי בין ניתוח מצב משפטי זה לבין ניתוח המצב המשפטי בו הזכות מצויה ברמה חוקתית וההוראה הפוגעת מצויה ברמה תת-חוקתית

115 ראו סעיף 4(2) ל-*Human Rights Act 1998*.

116 ראו סעיף 7 ל-*Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*.

לצד תפקיד זה של המידתיות מוכר תפקיד נוסף למידתיות – תפקיד פרשני. במרכז עומדת בעיית המובן (ה-meaning) של נורמות משפטיות, ובעיקר בעיית המובן של החקיקה. במסגרת תפקיד זה משמשת המידתיות כאמת מידה למתן מובן לנורמה החקיקתית. היא משתמשת במידתיות במובן הצר, כלומר במושג האיזון. אני מכנה זאת "איזון פרשני". ממובן זה נגזרות תוצאות שונות, לרבות חוקיות פעולות המנהל.¹¹⁷

2. חוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית

(א) פגיעה בזכות חוקתית

פסקת ההגבלה החוקתית אינה חלה בכל המצבים שבהם נורמות משפטיות מתנגשות. היא חלה רק כשהנורמה הנפגעת מעגנת בתוכה זכות אדם. אכן, פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נפתחת בדיבור כי "אין פוגעים בזכויות"¹¹⁸. פסקת ההגבלה והמידתיות שבמרכזה, נועדו לבסס את הצידוק לפגיעה בזכות חוקתית ואת גבולותיו של צידוק זה. זאת, לאור התפיסה הבסיסית של הדמוקרטיה כי לעתים מוצדק לפגוע בזכות חוקתית כדי להגשים את טובת הכלל או כדי להבטיח זכויות של אדם. צידוק זה המאפיין את המידתיות שבפסקת ההגבלה אינו חל, ואין תחולה לפסקת ההגבלה, אם הנורמה הנפגעת אינה עוסקת בזכויות אדם.¹¹⁹ כך, למשל, כאשר הנורמה הנפגעת קובעת מבנה של גוף שלטוני או דרכי התנהגות של גוף ציבורי – ובהנחה שאין הם מהווים גם בסיס לזכות אדם – אין תחולה לפסקת ההגבלה ולמידתיות שבמרכזה. עד כמה שמבקשים להפעיל במצב דברים זה דיני מידתיות, הם לרוב בעלי אופי פרשני¹²⁰ (איזון פרשני) או אמת מידה להתנהגות ראויה של המנהל הציבורי או של פרט.

(ב) הנורמה הפוגעת היא תת-חוקתית

פסקת ההגבלה שבחוקות השונות – בין פסקת ההגבלה המפורשת ובין פסקת ההגבלה המשתמעת¹²¹ – נועדה לקבוע את התנאים המצדיקים פגיעה בזכות חוקתית באמצעות נורמה תת-חוקתית. כך למשל קובעת פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי:¹²²

117 ראו לעיל עמ' 98.

118 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

119 ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 48, בעמ' 300; בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267 (2001).

120 ראו לעיל עמ' 98.

121 להבחנה בין פסקת הגבלה מפורשת למשתמעת, ראו להלן עמ' 173.

122 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

“אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם...”

הוראה דומה, המדגישה את האופי החוקתי של הזכות ואת האופי התת-חוקתי של הנורמה הפוגעת מצויה בפסקאות ההגבלה בחוקות אחרות.¹²³ זו קובעת את התנאים בהם קיים צידוק לפגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית כגון חוק או הלכה פסוקה. בכך מעניקה פסקת ההגבלה בסיס חוקתי לכוחו של המחוקק הרגיל לפגוע בזכות חוקתית, ובכוחו של המשפט המקובל לפגוע בזכות חוקתית. בכך נשמר מעמדו של המשפט המקובל בשיטת המשפט, והוא מוכר כמקור לזכויות אדם ולהגבלות עליהן.¹²⁴

פסקת ההגבלה החוקתית מתבססת על יחס היררכי בין הזכות הנפגעת לבין הנורמה הפוגעת. הזכות הנפגעת היא ברמה חוקתית. הנורמה הפוגעת (חוק או הלכה פסוקה) היא ברמה תת-חוקתית. מטרתה של הנורמה הפוגעת יכולה להיות הגשמת טובת הכלל או הגנה על זכות חוקתית.¹²⁵ על רקע זה מתעוררות כמה שאלות. ראשית, מהו הטעם המונח בקיומו של יחס היררכי זה? שנית, מה הדין כאשר יחס היררכי זה אינו מתקיים, וזכות חוקתית נפגעת על ידי נורמה חוקתית? שלישית, מה הדין אם היחס ההיררכי מתקיים, ובו הזכות הנפגעת היא ברמה תת-חוקתית והנורמה הפוגעת היא ברמה תת-חוקתית נמוכה ממנה? רביעית, מה הדין אם היחס ההיררכי אינו מתקיים, וזכות תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית שוות מעמד נורמטיבי? לבסוף, מה הדין אם היחס ההיררכי הוא הפוך, כלומר שזכות המעוגנת ברמה תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה חוקתית או נורמה תת-חוקתית מדרגה נורמטיבית גבוהה יותר? אעמוד בקצרה על כל אחת מהבעיות הללו.

3. הטעם המונח ביסוד היחס ההיררכי

(א) חוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית

ביסוד היחס ההיררכי מונחת נקודת המוצא העקרונית לפיה חוקה (ובישראל חוק-יסוד) היא הנורמה המשפטית העליונה בשיטת המשפט. התפיסה המקובלת הינה, כי מעליונות זו מתבקשת המסקנה שנורמה משפטית עליונה גוברת על נורמה משפטית נמוכה ממנה במדרג הנורמטיבי: *Lex superior derogat legi inferiori*. נורמה נמוכה אינה יכולה לגבור על נורמה עליונה ממנה. מכאן שחוק רגיל אין בכוחו לפגוע בזכות אדם המעוגנת בחוקה.¹²⁶ בישראל משמעות הדבר הינה כי אין בכוחו של חוק שאינו חוק יסוד לפגוע בזכות האדם המעוגנת

123 ראו למשל ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 5; ס' 36 לחוקה של דרום-אפריקה.

124 ראו להלן עמ' 159.

125 לגישה שונה, לפיה פסקת ההגבלה חלה רק במקום שמטרתה הגנה על טובת הכלל, ראו פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 119, בעמ' 284.

126 גישה זו מצאה ביטוייה בפרשת *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). זהו הבסיס המודרני לביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק.

בחוק יסוד. בכך מבטיחים את המעמד הראוי של זכויות האדם. הן מהוות "תחום מוגן". לנורמה תת-חוקתית אין יכולת משפטית לפגוע בהן. מכך מתבקשת בדרך כלל המסקנה כי חוק הפוגע בזכות חוקתית הוא "בלתי חוקתי". לרוב מתבקשת מכך גם המסקנה כי בית משפט (כל בית משפט או רק בית משפט מיוחד שהוקם לשם כך)¹²⁷ רשאי להכריז על חוסר התוקף של החוק הפוגע בזכות חוקתית. זהו הדין בדרך כלל, אך לא תמיד. החוקה שמכוחה נקבע כי חוק הפוגע בזכות חוקתית אינו חוקתי ועל כן אינו תקף יכולה גם לקבוע כי חוק הפוגע בתנאים מסוימים בזכות חוקתית הינו חוקתי ועל כן תקף, או לשלול ביקורת שיפוטית של חוקתיות החוק.¹²⁸ הפה שאסר הוא הפה שהתיר. זוהי פעולתה של פסקת ההגבלה החוקתית. זהו "מקומה הגאומטרי". היא נועדה, במישור הפורמלי, להתגבר על תוצאותיו של הכלל לפיו נורמה עליונה מתגברת על נורמה תחתונה.¹²⁹ אכן, תפקידה הפורמלי של פסקת ההגבלה החוקתית על המידתיות המונחת ביסודה, הוא לאפשר פגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית, בלא שהפגיעה תיחשב בלתי חוקתית ועל כן חסרת תוקף. כמובן, ניתן היה להגיע לתוצאה זו בדרך פרשנית, על ידי הכרה בהגבלה משתמעת או שיפוטית כדי למנוע כל ספק בעניין זה, באה פסקת ההגבלה המפורשת.

(ב) פגיעה על ידי נורמה תת-חוקתית

המידתיות בפסקת ההגבלה בוחנת את חוקתיותה של הגבלה או פגיעה בזכות חוקתית הנגרמת על ידי נורמה תת-חוקתית (חוק, משפט מקובל, פעולת מנהל). עניינן של פסקאות ההגבלה החוקתיות (המפורשות או המשתמעות) הוא בהגבלה או בפגיעה בזכות חוקתית המוסבת על ידי נורמה תת-חוקתית. לעתים נזקקים לביטוי משפט (Law) לציון דין תת-חוקתי זה.¹³⁰ לעתים מצמצמים וקובעים כי הפגיעה צריכה להיות באמצעות דבר חקיקה של

127 ראו אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13 (2005). ראו גם, VICTOR FERRERES COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES (2009).

128 ראו ס' 120 לחוקתה של הולנד הקובעת (בתרגומה לאנגלית): "The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts" RAO OF PARLIAMENT AND TREATIES SHALL NOT BE REVIEWED BY THE COURTS" EUROPE: TEXTS COLLECTED BY THE COUNCIL OF EUROPE VENICE COMMISSION 1291 (2004).

129 ראו בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 209 (1998): "ביחסים שבין חוק יסוד לחוק רגיל חל הכלל שלפיו נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה (lex superior derogat inferiori). כמובן, אין מניעה לכך שחוק היסוד יקבע כי בהתקיים תנאים מסוימים, בכוחה של הוראת חוק 'רגילה' לפגוע בהסדרים הקבועים בחוק יסוד. פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק קובעת הוראה ברורה זו" (הנשיא ברק).

130 ראו למשל ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 5; ס' 36 לחוקה של דרום-אפריקה; ס' 8-10 לאמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 4 וס' 13(2) לחוקה של הודו.

הרשות המחוקקת (Gesetz)¹³¹ או על פיו. כך, למשל, נקבע בפסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".¹³²

פסקת ההגבלה החוקתית היא חלק מהחוקה עצמה. מעמדה הנורמטיבי כמעמדן של הזכויות הנפגעות. אכן, כדי שפגיעה בזכות חוקתית תהא חוקתית, הבסיס הנורמטיבי לפגיעה זו צריך להיות מעוגן בחוקה עצמה.¹³³ הוראת החוקה המעגנת את הזכות החוקתית תעגן גם הוראה חוקתית המאפשרת להגביל זכות זו על ידי נורמה תת-חוקתית. פסקת ההגבלה החוקתית ממלאת תפקיד זה. היא נועדה לאפשר הגבלה או פגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית, בלא שפגיעה או הגבלה זו תהא בלתי חוקתית ועל כן בלתי-תקפה. בכך באים לידי ביטוי המצבים המידתיים המצדיקים פגיעה בזכות חוקתית. בכך משתקף אופייה היחסי של הזכות החוקתית. פסקת ההגבלה החוקתית אינה משנה את מעמדה הנורמטיבי של הנורמה הפוגעת. היא אינה הופכת אותה לחלק מהחוקה. היא נשארת במעמדה הנורמטיבי התת-חוקתי. פעולתה של פסקת ההגבלה היא בהענקת מְטְרָה חוקתית לנורמה הפוגעת. מכוחה של פסקת ההגבלה החוקתית, כאשר הנורמה הפוגעת היא מידתית, לא יחול עליה הכלל שלפיו נורמה עליונה (הזכות החוקתית) גוברת על נורמה תחתונה נוגדת (החוק הפוגע), כאשר הנורמה הפוגעת אינה מידתית נעלמת המְטְרָה הנורמטיבית, וממשיך לחול עליה הכלל שלפיו נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה נוגדת. הנורמה הפוגעת אינה חוקתית ועל כן לא תקפה. אכן, מידתיותה של הפגיעה בזכות החוקתית היא הצידוק לחוקתיותה של הפגיעה. משנופל צידוק זה, נופלת גם ההגנה החוקתית המוענקת לנורמה הפוגעת.

תפקיד פורמלי זה של פסקת ההגבלה החוקתית והמידתיות שבמרכזה מוביל למסקנה, שכאשר אין פגיעה או הגבלה של זכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית, אין תחולה לפסקת ההגבלה החוקתית ולמידתיות המעצבת אותה. פסקת ההגבלה החוקתית על המידתיות שבמרכזה נועדה לצמצם את תחולתו של הכלל לפיו נורמה משפטית עליונה גוברת על נורמה משפטית תחתונה.¹³⁴ באין עימות בין נורמות במעמד חוקתי שונה, פסקת ההגבלה החוקתית אינה חלה.

מה הדין אם הוראה בחוקה מסמיכה לקבל החלטה הפוגעת בזכות חוקתית? פרשת *Hugo*¹³⁵ הדרום-אפריקאית מדגימה מצב דברים זה. החוקה העניקה לנשיא הרפובליקה של דרום-אפריקה סמכות חנינה.¹³⁶ הוא החליט להעניק חנינה לאסירות-אמהות שילדיהן

131 ראו ס' 2(2), 8(2), 11(2), 14(1) לחוק-היסוד הגרמני.

132 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

133 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 42.

134 ראו בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913 (1994).

135 *President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo*, 1997 (4) SA 1 (CC).

136 ראו ס' 84 (j)(2) לחוקה של דרום-אפריקה.

מתחת לגיל שתיים-עשר. החנינה לא הוחלה על אסירים-אבות עם ילדים מתחת לגיל שתיים-עשר. נטען, כי בכך פעל הנשיא מתוך הפליה. בהנחה שהחלטת הנשיא אכן מפלה, האם חלה עליה פסקת ההגבלה הכללית? אקט החנינה יונק כוחו מהחוקה, אך הוא עצמו לא חלק מהחוקה. הוא פעולה תת-חוקתית. סמכות החנינה בחוקה לא מתלווה בהוראה מיוחדת בעניין הפעלתה. מתעוררת, אפוא, השאלה אם הפעלתה של סמכות זו כפופה לפסקת ההגבלה הכללית. זוהי שאלה פרשנית פנים-חוקתית. השאלה הינה אם פסקת ההגבלה על פי לשונה חלה במצב דברים זה. אם התשובה הינה בחיוב מתעוררת השאלה, האם הוראת החוקה בעניין החנינה שוללת את תחולתה של פסקת ההגבלה הכללית? התשובה שניתנה לכך בפרשת *Hugo* על ידי אחת השופטות בדעת יחיד היתה כי פסקת ההגבלה על פי פירושה חלה ואין דבר בהוראת החוקה המונע החלתה.¹³⁷

האם מתבקש מניחוח זה כי לפסקת הגבלה חוקתית אין משמעות משפטית באותן שיטות משפט בהן אין ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק? מובן כי מעמדה הפורמלי של פסקת ההגבלה החוקתית משתנה בשל היעדרה של הביקורת השיפוטית. האיסור החוקתי ממשיך לעמוד בעינו, אך אין דרך למימושו הפורמלי באמצעות שלילת התוקף של החוק הפוגע. עם זאת, פסקת ההגבלה אינה נהפכת למיותרת. היא ממשיכה לשמש אמת-מידה מדריכה לרשויות השלטון שנשבעו אמונים לחוקה. היא עשויה לשמש בסיס להכרזה על אי התאמה של החוק הפוגע להוראות החוקה, גם אם אין בהכרזה זו כדי להביא לבטלות החוק.¹³⁸ גם בהיעדר הכרזה כאמור תשמש המידתיות אמת-מידה מדריכה. תחת הביקורת השיפוטית יבוא האיפוק המוסדי. למותר לציין כי האיזון הפרשני יעמוד בעינו.¹³⁹ כן ימשיך המשפט המקובל להתפתח לאור הוראותיה של החוקה, לרבות פסקת ההגבלה.

4. זכות חוקתית נפגעת על ידי נורמה חוקתית

(א) הפה שאסור הוא הפה שהתיר

ביסודה של פסקת ההגבלה החוקתית מונח מצב היררכי. על פיו זכות ברמה חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית. מה הדין אם הזכות החוקתית נפגעת על ידי הוראה בחוקה עצמה? התשובה הינה, כי במצב דברים זה אין תחולה לפסקת ההגבלה החוקתית. הטעם לכך הוא שאין בה צורך. פסקת ההגבלה החוקתית נועדה להסדיר מצב בו פעילות ברמה התת-חוקתית פוגעת בזכות חוקתית. כזה הוא המצב בו המחוקק הרגיל, הרשות המבצעת או השפיטה – הפועלים ברמה התת-חוקתית – פוגעים בזכות החוקתית. פסקת ההגבלה (המפורשת או המשתמעת) קובעת את הפרמטרים ההופכים פגיעה זו לחוקתית,

137 הייתה זו דעת היחיד של השופטת Mokgoro. שאר השופטים סברו כי אין פגיעה בזכות לשויון.

138 כפי המצב באנגליה, על פי הוראת ס' 4(2) ל-1998 Human Rights Act.

139 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

שאם לא כן פגיעתה של נורמה תת-חוקתית בזכות חוקתית היא בלתי חוקתית ועל כן חסרת תוקף. לכל אלה אין מקום כאשר החוקה עצמה, המעגנת את הזכות החוקתית, פוגעת בזכות החוקתית.¹⁴⁰ הפה שאסר הוא הפה שהתיר.¹⁴¹ עמדתי על כך בפרשת פורת:¹⁴²

“שינוי חוק-יסוד: חופש העיסוק (המקורי) – לרבות שינוי, כפי שהיה בענייננו על דרך ביטולו והחלפתו בחוק-יסוד: חופש עיסוק חדש – נעשה על-פי הוראת סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (המקורי) (‘פסקת נוקשות החוק’). על-פי הוראה זו, שינוי חוק היסוד דורש שני תנאים מצטברים: חוק יסוד ורוב של חברי-הכנסת. כאשר תנאים אלה מתקיימים חל שינוי בחוק היסוד בלי שינוי זה כפוף לדרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן, עיקר מטרתה של פסקת ההגבלה היא להגביל את המחוקק ‘הרגיל’ (יהא הרוב שהוא פועל בו אשר יהא) בכוחו להגביל את חופש העיסוק או לפגוע בו. פסקת ההגבלה אינה מכוונת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד בהליך החוקתי שנועד במיוחד לעניין זה. אכן, יש להבחין הבחן היטב בין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד שאינן נגזרות משינוי חוק היסוד לבין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד או שינויה בגדריו של שינוי חוק היסוד עצמו. חוקתיותו של העניין הראשון נקבעת על-פי תנאיה של פסקת ההגבלה. חוקתיותו של העניין השני מותנית בקיום התנאים שנקבעו בפסקת נוקשות החוק.”

ניתן כמובן למתוח ביקורת על הוראות החוקה הפוגעות בזכויות החוקתיות. מקומה של ביקורת זו אינה בגדריה של פסקת ההגבלה החוקתית. לא לכך היא נועדה. תפקידה הפורמלי הוא לאפשר לנורמה תת-חוקתית לפגוע באופן חוקתי בזכות חוקתית. תפקידה אינו לקבוע אמות מידה לפגיעה בזכות חוקתית בחוקה עצמה. אעמוד על מספר מצבים טיפוסיים בעניין זה.

(ב) פסקת ההגבלה והוראות בחוקה הקובעות את גבולות הזכות

הבחנה חשובה היא בין הוראות בחוקה הקובעות את גבולותיה של הזכות (אם בדרך של צמצום ואם בדרך של הרחבה), לבין הוראות בחוקה המגבילות את אפשרות המימוש של הזכות בתוך גבולותיה.¹⁴³ מקובל לכנות את ההוראות מהסוג הראשון כ- internal qualifiers, internal modifiers. אני מכנה אותן “הוראות מצמצמות” או “הוראות מרחיבות”. דוגמה

140 ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 48, בעמ' 307.

141 בחוקות בהן חל איסור על פגיעה ב"ליבה" של הזכות, אין איסור זה חל על פגיעה ב"ליבה" הנגרמת על ידי שינוי בחוקה, ראו SACHS, לעיל ה"ש 41.

142 פרשת פורת, לעיל ה"ש 134, בעמ' 914.

143 ראו לעיל עמ' 57.

לכך היא ההוראה המופיעה בחוקות שונות לפיה נתונה הזכות להתאסף ולהפגין בדרכי שלום (peacefully). ההוראה בעניין דרכי שלום מצמצמת את היקפה של הזכות. אין היא מגבילה אותה. ההוראות מהסוג השני מכוננות הגבלות (limitation). הוראות אלה אינן מצמצמות את היקפה של הזכות. הן מאפשרות פגיעה בה בגדרי היקפה. המידתיות ופסקת ההגבלה החוקתית רלוונטיות לעניין ההגבלות. הטעם לכך הוא שהגבלות אלה מעוגנות ברמה התת-חוקתית ועל כן יש להתגבר על הקושי החוקתי שבהגבלת זכות חוקתית על ידי הוראה ברמה התת-חוקתית. על קושי זה מתגברת פסקת ההגבלה המעוגנת בחוקה עצמה. על פי הוראותיה, הגבלה מידתית תזכה להגנה חוקתית. המידתיות ופסקת ההגבלה אינן רלוונטיות לעניין ההוראות המצמצמות והמרחיבות.¹⁴⁴ אלה הן חלק מהחוקה עצמה. כלל לא מתעורר קושי בעניין היחס בין נורמה עליונה לנורמה תחתונה. השאלה היחידה המתעוררת היא שאלה פרשנית באשר להיקפה של ההוראה המצמצמת או המרחיבה. האיון הקבוע בפסקת ההגבלה ממלא תפקיד מרכזי במסגרת ההגבלות או הפגיעות בזכות החוקתית. איון זה אינו ממלא תפקיד במסגרת ההוראות המצמצמות או המרחיבות. עם זאת, הפרשנות החוקתית הניתנת להוראות המצמצמות או המרחיבות עשויה לכלול – בגדר קביעתה של התכלית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי – צורך לאזן בין עקרונות מתנגשים. זהו איון פרשני.¹⁴⁵ הוא מצידו עשוי להיקבע על ידי שיקולים של איון מידתי. אין זו המידתיות שבפסקת ההגבלה החוקתית. זוהי מידתיות פרשנית. היא מבוססת, בהיקש, על המידתיות במובן הצר¹⁴⁶.

(ג) פסקת ההגבלה והתנגשות בין זכויות חוקתיות

עמדתי על האופן שבו יש לפתור התנגשות בין זכויות חוקתיות. המסקנה העולה מניתוח זה הינה כי ככל שהדבר נוגע לרמה החוקתית עצמה, אין רלוונטיות בדיני המידתיות שבפסקת ההגבלה החוקתית. הטעם לכך הוא זה: בהתנגשות ברמה החוקתית לא מתעוררת כל שאלה של סתירה בין נורמה עליונה לנורמה תחתונה, וממילא אין צורך בפסקת ההגבלה על כל מרכיביה. כך, למשל, אין כל טעם לבחון אם הזכויות המתנגשות הן לתכלית ראויה. כן אין טעם לשאול אם הפגיעה בזכות חוקתית אחת הנגרמת על ידי זכות חוקתית אחרת מעוגנת בחוק. כל השאלות הללו אינן רלוונטיות כאשר ההתנגשות היא בין נורמות חוקתיות, בינן לבינן עצמן. מכיוון שכך, אין כל מקום וצורך לפנות לפסקת ההגבלה החוקתית. זו מוגבלת בתחולתה למקרה שבו נורמה תת-חוקתית פוגעת בזכות חוקתית. אין לה תחולה כאשר זכות חוקתית אחת מתנגשת בזכות חוקתית אחרת. על כן אין מקום לשאול

144 Gardbaum, לעיל ה"ש 45, בעמ' 811.

145 ראו לעיל עמ' 98.

146 ראו לעיל עמ' 101.

– לעניין חוקתיות ההתנגשות – אם היא מידתית. מובן כי עשויה להיות לה רלוונטיות לאיזון הפרשני. זאת, במסגרת הרצון להבטיח אחדות והרמוניה חוקתית. עמד על כך המשנה לנשיא מ' אלון באחת הפרשות בהתייחסו למקומה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כאשר מתנגשות שתי זכויות חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד זה:¹⁴⁷

”סעיף 8 האמור עניינו במקרה של חקיקת חוק אחר שיש בו משום פגיעה בזכות מזכויות העל שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין המדובר בו כאשר 'פגיעה' כזו עולה במקרה מסוים בין שתי זכויות יסוד המצויות בחוק-יסוד זה גופו, כפי שכך אירע במקרה שלפנינו. אך אין כל טעם וכל היגיון שלא להקיש ולהחיל את הדרך שהתווה המחוקק בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו למקרה של פגיעה בזכות יסוד מכוח חוק אחר, גם על מקרה של פגיעה וסתירה בין שתי זכויות יסוד שבחוק היסוד גופו.”

היקש זה הוא בעל אופי פרשני. הוא יזדקק בעיקר לאיזון המהווה את מבחן המידתיות במובן הצר.

(ד) פגיעה בזכות חוקתית או שינויה על ידי נורמה חוקתית אחרת

פסקת ההגבלה החוקתית והמידתיות שבמרכזה רלוונטיות לעניין פגיעה בזכות חוקתית. אין הן רלוונטיות לעניין שינויה של זכות חוקתית על ידי נורמה חוקתית אחרת או פגיעה בה על ידי נורמה חוקתית אחרת. הטעם להבחנה זו הינו כי הפגיעה בזכות החוקתית נעשית על ידי נורמה תת-חוקתית, ועל כן חוקתיותה נזקקת לפסקת ההגבלה. פגיעה לא מידתית לא תזכה להגנה חוקתית. לא כן פגיעה בזכות חוקתית או שינויה הנעשית באמצעות נורמה חוקתית. פגיעה או שינוי אלה אינם זקוקים להוראותיה של פסקת ההגבלה. הן הנורמה המשנה והן הנורמה שמבקשים לשנותה הן ברמה חוקתית. הפה שהתיר הוא הפה שאסר. לפסקת ההגבלה החוקתית אין מקום.¹⁴⁸ על כן, שינוי חוקתי הנעשה על פי אמות-המידה הפורמליות הקבועות בחוקה אינו כפוף להוראותיה של פסקת ההגבלה. שינוי כזה יהא חוקתי גם אם הוא אינו מידתי.¹⁴⁹ עם זאת, ייעשה כל מאמץ פרשני למנוע התנגשות זו. במסגרת זו ניתן להיזקק לאיזון פרשני.¹⁵⁰

147 ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 105, 87 (1993).

148 ראו פרשת פורת, לעיל ה"ש 134.

149 הוא עשוי להיות בלתי חוקתי על פי הדוקטרינה המכירה בשינויים לחוקה שאינם חוקתיים, ראו לעיל עמ' 56.

150 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

5. זכות תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית נמוכה ממנה

פסקת ההגבלה החוקתית חלה ביחס היררכי. ביחס זה הזכות הנפגעת היא ברמה חוקתית והנורמה הפוגעת היא ברמה תת-חוקתית. במצב דברים זה חלה במלוא עצמתה שאלת הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית. מה הדין אם היחס ההיררכי ממשך להתקיים, אך הוא "יורד" ברמתו? מה הדין אם זכות המעוגנת בחוק נפגעת על ידי חקיקת משנה או הלכה פסוקה או אם זכות המעוגנת בחקיקת משנה נפגעת על ידי הלכה פסוקה? הפתרון לשאלות אלה אינו מצוי בפסקת ההגבלה החוקתית. זו חלה רק לעניין פגיעה בזכות חוקתית. כאשר הפגיעה אינה בזכות חוקתית, אין תחולה לפסקת ההגבלה החוקתית.

היכן יימצא הפתרון לבעיה שהעליתי, ומהו פתרון זה? אפתח במקרה הראשון, בו זכות המעוגנת בחוק נפגעת על ידי חקיקת משנה. אם חקיקת המשנה היא מכוחו של החוק המעגן את הזכות, תתעורר השאלה אם חקיקת המשנה הוחקה בגדרי ההסמכה שבחוק המסמך. פתרונה של שאלה זו הוא בפירוש הוראת ההסמכה על רקע מכלול החוק, לרבות זכות האדם שבו. מה הדין אם חקיקת המשנה היא מכוחו של חוק אחר? במצב דברים זה מתבקשות שתי בדיקות.¹⁵¹ האחת, האם חקיקת המשנה הותקנה בגדרי ההסמכה לה בחוק. אם התשובה על כך הינה בחיוב מתעוררת שאלה שנייה. עניינה הוא ביחס בין החוק המעגן את הזכות לבין החוק שמכוחו נפגעה הזכות. לפנינו שתי נורמות, המצויות ברמה זהה, המתנגשות זו בזו. יהא מקום לבחון אם ההתנגשות הינה אמיתית או מדומה. ייעשה נסיון פרשני לתת לנורמות המתנגשות פרשנות שתסיר ההתנגשות ותקיים הרמוניה ואחדות. במקום שההתנגשות הינה אמיתית יהא מקום להבחין בין זכויות המעוצבות ככללים לבין זכויות המעוצבות כעקרונות. על מצב זה אעמוד בפסקה הבאה. במקרה השני, זכות המעוגנת בחוק או בחקיקת-משנה שהותקנה כדין נפגעת על ידי הלכה פסוקה. אם ההתנגשות היא אמיתית,¹⁵² יד הזכות על העליונה שכן הלכה פסוקה אינה יכולה לסתור הוראת חוק או חקיקת-משנה שהותקנה כדין במסגרתו. אך האם ההתנגשות היא אמיתית או מדומה? עניין הוא בפרשנותו של החוק המעגן את הזכות.

הנה כי כן, בשני המצבים בהם נפגעת זכות המעוגנת בחוק – פגיעה בה על ידי חקיקת משנה ועל ידי הלכה פסוקה – נפתרת הבעיה באמצעות הפרשנות. פרשנות זו תכלול בחובה גם איזון פרשני אשר ייאזן בין עקרונות מתנגשים.¹⁵³ בשני המצבים אין למידתיות שבפסקת ההגבלה על כל מרכיביה תחולה. זו חלה רק כאשר הזכות הינה ברמה חוקתית והפגיעה בה בנורמה תת-חוקתית, בעוד שבמקרים בהם אני דן עתה הזכות מעוגנת ברמה תת-חוקתית

151 ראו אהרן ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" הפרקליט כא(ד) 463 (1965).

152 על ההבחנה בין התנגשות אמיתית למדומה, ראו לעיל עמ' 116.

153 ראו לעיל עמ' 98.

של חוק והיא נפגעת על ידי נורמה נמוכה ממנה. עם זאת, יש מקום לתחולה, בדרך של היקש, לאיזון המתבצע במסגרת המידתיות במוכן הצר.¹⁵⁴

6. זכות ברמה תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית שוות מעמד

פסקת ההגבלה החוקתית חלה ביחס היררכי בו זכות חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית. מהו הדין כאשר זכות המעוגנת בחוק רגיל נפגעת על ידי הוראותיו של חוק רגיל? כך למשל, מה הדין אם הזכות לשוויון המעוגנת בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951¹⁵⁵ נפגעת על ידי הוראת חוק מפלה. מה הדין אם זכות המעוגנת בהלכה הפסוקה נפגעת על ידי ההלכה הפסוקה? התשובה הינה, כי במצבים אלה יחולו הדינים הרגילים החלים בהתנגשות בין נורמות המצויות באותה דרגה נורמטיבית. כאשר נורמות אלה מעוצבות ככללים יחול הדין שלפיו הכלל המאוחר גובר (lex posterior derogat priori) אלא אם כן המוקדם הוא מיוחד (lex specialis derogat generali)¹⁵⁶. דין זה יחול גם כשנורמה אחת מעוצבת ככלל והנורמה הנוגדת מעוצבת כעיקרון¹⁵⁷. כאשר שתי הנורמות המתנגשות מעוצבות כעקרונות, יש לבחון אם פתרון ההתנגשות הוא ברמת החקיקה או שמא ההתנגשות נשאת ללא פתרון ברמה זו, והפתרון ימצא ברמה התת-חוקתית.¹⁵⁸ הדברים שאמרתי לעניין פתרון התנגשות בין זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות עשויים לחול גם כשהנורמות המתנגשות הן ברמה של חקיקה רגילה.¹⁵⁹ כאשר ההתנגשות הינה בין הלכות שיפוטיות סותרות יחולו דיני התקדים. בחינתם חורגת ממסגרת ספר זה¹⁶⁰. בכל המצבים האלה, אין תחולה למידתיות שבפסקת ההגבלה החוקתית על כל מרכיביה. המקרים נפתרים במקום שהדבר מחייב פרשנות על פי דיני הפרשנות, ובהם האיזון הפרשני, העשוי להיזקק לאיזון בין עקרונות נוגדים. איזון זה ייעשה בהיקש מהמידתיות במוכן הצר¹⁶¹.

מקרה מיוחד הוא זה בו חוק מעגן זכויות אדם, וקובע הוראות באשר לפגיעה מידתית בהן בחוק אחר. שני החוקים הם ברמה נורמטיבית שווה. מהו תפקידן של ההוראות באשר להגנה על הזכות? מצב דברים זה מתקיים במגילת זכויות האדם של ניו-זילנד¹⁶². מגילה זו

154 ראו לעיל עמ' 101.

155 ס"ח 248.

156 ראו לעיל עמ' 119.

157 ראו לעיל עמ' 131.

158 ראו לעיל עמ' 120.

159 ראו לעיל עמ' 127.

160 ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוט 387 (1987).

161 ראו לעיל עמ' 101.

162 New Zealand Bill of Rights Act 1990 No 109 (להלן – מגילת זכויות האדם של ניו-זילנד).

ניתוח דומה מתקיים לעניין ה- Charter of Human Rights and Responsibilities Act (2006) (Vic) שחוקק באוסטרליה על ידי מדינת ויקטוריה.

מעוגנת בחוק רגיל. אין מעליה הוראה חוקתית-על-חוקית.¹⁶³ החוק הניו-זילנדי העתיק את הצ'רטר הקנדי. בין השאר הועתקה גם פסקת ההגבלה הקנדית, תוך שהוכנס בה שינוי המתבקש מהמעמד החקיקתי של מגילת הזכויות בניו-זילנד. זו לשונה של פסקת ההגבלה של ניו-זילנד: ¹⁶⁴

“Subject to s4 of this Bill of Rights, the rights and freedoms contained in the Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

סעיף 4 למגילת זכויות האדם בניו-זילנד קובע:

“No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights) –

(a) Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or

(b) Decline to apply any provision of the enactment –

By reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.”

התוצאה המתקבלת מהפעולה המצטברת של שני סעיפים אלה למגילת הזכויות של ניו-זילנד הינה כשכאשר חוק פוגע בזכות הקבועה במגילת הזכויות באופן לא מידתי הדבר אינו משפיע על תוקפו של החוק. דין זה חל הן לעניין חוק פוגע שנחקק לפני שמגילת הזכויות נכנסה לתוקף והן לעניין חוק פוגע שנחקק לאחר שהמגילה נכנסה לתוקף. דין זה חל הן במקום שהניגוד הוא מפורש והן במקום בו הניגוד הוא משתמע. לתוצאה זו ניתן היה להגיע גם בלא הוראותיו של סעיף 4. תוכן הסעיף משקף את הגישה כי בכל התנגשות בין נורמות שוות מעמד תהא יד הנורמה המיוחדת על העליונה. מהו אפוא תפקידה של פסקת ההגבלה במגילת הזכויות של ניו-זילנד? נראה לי שתפקידה משולש: ראשית, יש לה חשיבות כאשר הסתירה הינה בין הוראותיה של מגילת זכויות האדם לבין ההלכה הפסוקה. המשפט המקובל של ניו-זילנד (עד כמה שאין בו פירוש של חקיקה) כפוף לפסקת ההגבלה; שנית, יש לה חשיבות פרשנית. האיזון הפרשני אינו נשלל על ידי הוראת סעיף 4 למגילת זכויות

163 להתפתחות בניו-זילנד, ראו & SCOTT OPTICAN, GRANT HUSCROFT, PAUL RISHWORTH, RICHARD MAHONEY, NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS (2003); PHILIP A. JOSEPH, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN NEW ZEALAND (3rd ed., 2007).

164 ס' 5 למגילת זכויות האדם של ניו-זילנד, לעיל ה"ש 162.

האדם.¹⁶⁵ בכוחה לפתח את החקיקה בדרך פרשנית ברוח המגילה. הוראה מיוחדת במגילת הזכויות של ניו־זילנד קובעת כי במקום שניתן לתת לדבר חקיקה פירוש התואם את המגילה, יש להעדיף פירוש זה על כל פירוש אחר;¹⁶⁶ שלישית, יש לה ערך מדריך. היא מדריכה את המחוקק של ניו־זילנד כיצד עליו לנהוג אם הוא מבקש להימנע מפגיעה לא מידתית בזכות המעוגנת במגילת הזכויות. על כן יש לה גם ערך מרתיע, שכן היא עשויה להרתיע חברי פרלמנט מלתת יד לחקיקה לא מידתית. אמת, החקיקה הפוגעת אינה עומדת למשפט בפני בית המשפט, אך היא עומדת בפני משפט הציבור.

מקרה מיוחד אחר הינו החוק האנגלי בדבר זכויות האדם.¹⁶⁷ חוק זה התקבל ב-1998. הוא מאמץ למשפטה הפנימי של אנגליה את מרבית הוראותיה של האמנה האירופית לזכויות האדם, לרבות הזכויות שבצידן פסקאות הגבלה מיוחדות. נקבע בחוק האנגלי כי יש לפרש את החקיקה הראשית ואת חקיקת המשנה האנגלית – בין זו שלפני כניסתו של החוק לתוקף ובין זו שלאחריה – באופן העולה בקנה אחד (compatible) עם הוראות האמנה.¹⁶⁸ אם פירוש זה אינו אפשרי תוקפה של החקיקה שאינה עולה בקנה אחד עם האמנה אינו מושפע מכך.¹⁶⁹ במצב דברים זה בית המשפט רשאי להצהיר שהחקיקה אינה עולה בקנה אחד עם הוראות האמנה (declaration of incompatibility).¹⁷⁰ אין במתן ההצהרה כדי להשפיע על תוקף החקיקה, אם כי נפתחת הדרך להליך מזורז לתיקונה.

מהו אפוא תפקידן של פסקאות ההגבלה המיוחדות בחוק האנגלי בדבר זכויות האדם? כמו בניו־זילנד גם באנגליה משפיעה פסקת ההגבלה על פיתוח המשפט המקובל. כמו כן – ודבר זה בולט במיוחד בפסיקה האנגלית – היא השפיעה על הפרשנות של החקיקה הקיימת. נעשה מאמץ פרשני כדי להביא לכך שהחקיקה תעלה בקנה אחד עם דרישותיהן של פסקאות ההגבלה.¹⁷¹ זאת ועוד: כמו בניו־זילנד, יש לפסקת ההגבלה ערך חינוכי מדריך.

165 ראו RISHWORTH ET AL, לעיל ה"ש 163, בעמ' 117. ראו גם Moonen v. Film and Literature Board of Review, [2000] 2 NZLR 9. על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

166 ס' 6 למגילת זכויות האדם של ניו־זילנד, לעיל ה"ש 162 קובע: "Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning"

167 Human Rights Act 1998, c. 42 (Eng.) (להלן – החוק האנגלי בדבר זכויות האדם).

168 ס' 3(1) לחוק האנגלי בדבר זכויות האדם, שם, קובע: "So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights"

169 ראו ס' 3(2)(b) לחוק האנגלי בדבר זכויות האדם, שם.

170 ס' 4(2) לחוק האנגלי בדבר זכויות האדם, שם, קובע: "If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility"

171 ראו HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE 33 (Anthony Lester & David Pannick eds., 2nd ed., 2004).

היא קובעת את אמות-המידה לפגיעה מידתית בזכות הקבועה בחוק האנגלי בדבר זכויות האדם. על אלה יש להוסיף שתי תוצאות נוספות. ראשית, בעקבות ההכרזה כי חוק אינו עולה בקנה אחד עם זכויות האדם הקבועות בחוק האנגלי בדבר זכויות האדם נפתחת דרך מקוצרת לתיקון החוק על ידי המחוקק. שנית, אנגליה כפופה לשיפוטו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם. הכרזה של בית משפט אנגלי כי החוק האנגלי אינו עולה בקנה אחד עם החוק האנגלי בדבר זכויות האדם כמוה כהכרזה שהחוק האנגלי אינו עולה בקנה אחד עם האמנה האירופית לזכויות האדם, הכרזה זו עשויה להקל על בית המשפט האירופי להגיע למסקנה דומה, תוך היקש בדוקטרינה של "מתחם ההתחשבות" (margin of appreciation).¹⁷²

הנה כי כן, כאשר זכות ברמה תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית שוות מעמד אין תחולה לדיני המידתיות שבפסקת ההגבלה החוקתית, אלא אם כן הנורמה התת-חוקתית מפנה אליהם במפורש, וגם אז מידת התחולה תהא כאמור בנורמה המפנה. אין בכל אלה כדי למנוע תחולתם של דיני האיזון הפרשני.¹⁷³ אלה יחולו גם בהיעדר הוראה בנורמה התת-חוקתית המפנה במפורש לדיני המידתיות.

7. זכות תת-חוקתית נפגעת על ידי נורמה ברמה גבוהה ממנה

(א) היררכיה הפוכה

מצב חשוב הוא זה שבו קיימת היררכיה הפוכה. מדובר במצב בו הנורמה המעגנת את הזכות והנורמה הפוגעת בה הן ברמות שונות במדרג הנורמטיבי. ההיררכיה היא הפוכה במובן זה שהנורמה הגבוהה יותר היא הפוגעת בזכות, ואילו הזכות מעוגנת בנורמה נמוכה יותר במדרג. מצב זה מתקיים כשזכות המעוגנת בהלכה הפסוקה נפגעת על ידי הוראה בחקיקה. מה מקומה של המידתיות ופסקת ההגבלה החוקתית במצב דברים זה? מקרה אחר הוא זה שבו זכות המעוגנת בהלכה הפסוקה או בחקיקה נפגעת על ידי הוראה בחוקה (ואצלנו – בחוק יסוד). מה דין פגיעה זו? נבחין בין המצבים השונים.

(ב) זכות בהלכה הפסוקה הנפגעת על ידי הוראה בחקיקה

מצב דברים זה התקיים בישראל עד למהפכה החוקתית.¹⁷⁴ החקיקה הרגילה כללה סמכויות שהפעלתן פגעה בזכויות אדם שעוגנו בהלכה הפסוקה. נקודת המוצא העקרונית היתה כי בהתנגשות בין שתי הנורמות, יד החקיקה (הנורמה הגבוהה יותר) על העליונה. עם

172 על הדוקטרינה של "מתחם ההתחשבות", ראו להלן עמ' 510.

173 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

174 ראו להלן עמ' 637.

זאת, בית המשפט העליון פיתח רשימה של חזקות פרשניות שעל פיהן תכליתו האובייקטיבית של כל חוק היא להגשים את זכויות האדם.¹⁷⁵ כאשר זכויות האדם שהונחו ביסוד תכליתה האובייקטיבית של החקיקה התנגשו אלו באלו, פיתח בית המשפט את האיוון הפרשני, לפיו תכליתה של החקיקה היא זו הנלמדת מהאיוון בין הזכויות המתנגשות.¹⁷⁶ הוא הדין כשזכות האדם התנגשה באינטרס הכללי שאף הוא היווה חלק מתכליתה של החקיקה. על רקע זה פותח הכלל הפרשני שלפיו יש לפרש חוק הפוגע לכאורה בזכויות האדם באופן מצמצם.¹⁷⁷ "כל הוראה שבאה לפגוע בחירותו ובזכויותיו האישיות של האדם יש לפרשה בדרך דווקנית ומצמצמת".¹⁷⁸ על כן נפסק כי חקיקה הפוגעת בחופש העיסוק,¹⁷⁹ בזכות הקניין,¹⁸⁰ בחופש הביטוי,¹⁸¹ בשוויון¹⁸² ובשאר זכויות האדם,¹⁸³ יש לפרש בצורה מצמצמת ודווקנית. על רקע זאת פותחה הגישה

- 175 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 553 (1993); ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי, פ"ד מה(4) 529, 561 (1991): "נקודת המוצא החוקתית הינה קיומן ושמירתן של זכויות היסוד במשטר דמוקרטי. ההנחה הינה, כי המחוקק (הראשי או המשני), שעה שהוא מוצא מתחת ידיו דבר חקיקה, מבקש לקיים ולשמר את זכויות היסוד. מכאן שתכליתה של כל חקיקה היא לקיים ולשמר זכויות יסוד ולא לפגוע בהן" (השופט ברק).
 על האיוון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.
- 176 ראו ברק פרשנות החקיקה, שם, בעמ' 555; ע"א 61/48 "זיבולון" אגודת יורדי ים נ' מלך, פ"ד ב 464 (1949); ע"א 165/50 עפשטיין נ' זילברשטיין, פ"ד ו(2) 1201, 1220 (1952); בג"ץ 124/70 שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 505 (1971).
- 177 מפי השופט אלון בב"ש 71/78 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פ"ד לב(2) 240, 246 (1978).
- 178 ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 75/76 "הילרון" בע"מ נ' מועצה ליצור פירות ושיווקם, פ"ד ל(3) 645 (1976); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983).
- 180 ראו פרשת פרי העמק, לעיל ה"ש 175, בעמ' 560; בג"ץ 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, פ"ד לה(3) 645, 656 (1981); בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 595 (1991).
- 181 ראו בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(1) 871, 878 (1953); ע"א 723/74 הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד לא(2) 281, 295 (1977); בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989); בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989).
- 182 ראו בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 639 (1964); בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969); ד"נ 10/69 ברונובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971); בג"ץ 507/81 אברי-חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 561, 585 (1981); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988).
- 183 ראו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 175, בעמ' 553.

שכדי לשלול את החזקה כי תכליתו (האובייקטיבית) של כל חוק הינה שלא לפגוע בזכויות אדם נדרשת לשון חקיקתית ברורה, חד-משמעית ומפורשת.¹⁸⁴ על רקע זה נפסק כי חוק יפורש באופן שאין זו תכליתו לפגוע בזכות הקניין, בחופש העיסוק, בחופש הביטוי ובשוויון, אלא אם כן החוק נוקט לשון מפורשת וחד-משמעית.¹⁸⁵ ודוק: הגישה הפרשנית לא היתה שכוונתו (הסובייקטיבית) של המחוקק לא היתה לפגוע בזכות האדם. הגישה הפרשנית היתה כי תכליתו (האובייקטיבית) של החוק הינה לפגוע בזכות האדם להגשמת תכלית המאזנת (איזון פרשני) בין טובת הכלל לבין זכות האדם.

מצב דברים זה ממשיך להתקיים גם לאחר כינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לעניין הזכויות שאינן נכללות בחוקי יסוד אלה. אשר לזכויות הנכללות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הדין הקודם ימשיך לחול לעניין החקיקה הישנה. תוקפה של חקיקה זו נשמר באמצעות הפסקה בדבר שמירת הדינים.¹⁸⁶ עם זאת, החקיקה הישנה מתפרשת על רקע חוקי היסוד החדשים. הוראה מפורשת בעניין זה מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. על-פיה, הוראות בחיקוק שתוקפן נשמר, פירושן "ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה".¹⁸⁷ הוראה מקבילה אינה מצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין בכך הסדר שלילי בעניין הפרשנות. על כן יש לפרש את החקיקה הפוגעת בזכויות החוקתיות, ואשר תוקפה נשמר מכוח ההוראה בעניין שמירת הדינים, על רקע זכויות האדם המוכרות בחוקי היסוד.¹⁸⁸

184 ראו פרשת מיטרני, לעיל ה"ש 179, בעמ' 358-359 לציטוט הדברים, ראו לעיל עמ' 149; פרשת פרי העמק, לעיל ה"ש 175, בעמ' 561; פרשת אביאל, לעיל ה"ש 180, בעמ' 600.

185 ראו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 175, בעמ' 558.

186 ראו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראה דומה הייתה מצויה גם בחוק-יסוד: חופש העיסוק. חוק יסוד זה עבר תיקון מקיף ב-1994. לעניין שמירת הדינים שונתה ההוראה, ונקבע כי תבטל ב-14.3.2002. מאז אותו תאריך אין שמירת דינים לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק. על פסקת שמירת הדינים, ראו להלן עמ' 222.

187 ס' 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

188 ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995): "מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקיו של המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן. אמת, תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק היסוד כלפיו היא, על-כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה של הדין החדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעמוד בניגוד להוראות חוק היסוד. הדין הישן מוגן לפני הביטול. עומדת לו מטרייה חוקתית המגינה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למוכנו. אכן, עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול-דעת מינהלי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול-דעת שיפוטי המוענק

משמעות הדבר הינה, בין השאר, כי האיזון הפרשני יחול בדין הישן.¹⁸⁹ על פיו יינתן לתכליתו האובייקטיבית של הדין הישן מובן המשקף את האיזון בין העקרונות המתנגשים כפי שהוא מתקיים במסגרת המידתיות במובן הצר. על כן, ייגברו חשיבותם ומשקלן של זכויות היסוד שבחוקי היסוד בהשוואה לזכויות האדם שאינן חלק מחוקי היסוד.¹⁹⁰ ודוק: על הדין הישן לא תחול פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד על כל מרכיביה. חוקתיותו של הדין הישן אינה עומדת למבחן. על הדין הישן יחול האיזון הפרשני, המאזן בין עקרונות מתנגשים לצורכי פרשנות. איזון זה ייעשה בהיקש פרשני מדיני המידתיות במובן הצר.¹⁹¹ באשר לחקיקה החדשה הדין הישן לא יחול בה. לגביה חל שינוי היררכי. במקום ההיררכיה הישנה, בה הזכות היתה ברמה תת-חוקית והנורמה הפוגעת הינה ברמה חוקית, באה עתה היררכיה חדשה. החוק הפוגע נשאר במעמדו כחוק, ואילו הזכות הנפגעת משנה את מהותה מזכות תת-חוקית לזכות חוקתית. זאת המשמעות של המהפיכה החוקתית.¹⁹² הפירמידה הנורמטיבית התהפכה. אם בעבר זכויות האדם נדחו אם הן עמדו בסתירה לחוק, עתה החוק מתבטל אם הוא פוגע באופן לא מידתי בזכויות האדם. היפוכה של ההיררכיה מוצא את ביטויו בפסקת ההגבלה. המאפיין אותה שהן הזכות והן הסמכות להגבילה – אך לא ההגבלה בפועל – מעוגנות ברמה החוקתית.

(ג) זכות בהלכה הפסוקה נפגעת על ידי הוראה בחוקה (אצלנו – בחוק יסוד)

מקרה נוסף של היררכיה הפוכה הוא זה שבו זכות המעוגנת בהלכה הפסוקה נפגעת על ידי הוראה בחוקה, ואצלנו – בחוק יסוד. במצב דברים זה, יד ההוראה בחוק היסוד על העליונה. דין זה יחול במצבים שונים. אחד מהם הוא זה בו הזכות ההלכתית מתנגשת בזכות הקבועה בחוקי היסוד. בהתנגשות זו – יד הזכות החוקתית על העליונה. עם זאת, יש לקבוע את היקף ההתנגשות. זוהי קביעה פרשנית, המבוססת על פירושן של הזכויות החוקתיות מזה ועל היקף תחולתן של הזכויות ההלכתיות מזה. הגישה הפרשנית צריכה לקיים אחדות והרמוניה.¹⁹³ מתבקשות מכך, בין השאר, שתי מסקנות פרשניות. ראשית, זכויות האדם בחוקי היסוד אינן שוללות את קיומן של זכויות אדם הלכתיות אחרות. לעתים נקבעת הוראה ברוח זו בחוקה.¹⁹⁴ אך גם בלעדיה המסקנה הפרשנית הינה שזכויות האדם החוקתיות אינן

על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד" (המשנה לנשיא ברק). ראו גם להלן עמ' 223.

189 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

190 ראו בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 363 (1994).

191 על ההיקש הפרשני, ראו לעיל עמ' 101.

192 ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (2004).

193 ראו לעיל עמ' 95.

194 ראו התיקון התשיעי לחוקה האמריקאית; ס' 39 לחוקה של דרום-אפריקה.

מהוות הסדר שלילי לכל זכויות האדם האחרות. שנית, גישה דומה יש להחיל לעניין זכויות הלכתיות שמצאו מקומן בחוק היסוד. אין בכך כדי לשלול את הזכות ההלכתית, לגבי אותם מצבים עליהם לא חלה החוקתית. טול, למשל, את חופש העיסוק של מי שאינו אזרח או תושב. הזכות החוקתית לחופש העיסוק לא חלה לגביו. חוק-יסוד: חופש העיסוק קובע כי חופש העיסוק הוא זכותו של "כל אזרח או תושב".¹⁹⁵ אין בכך כדי לשלול את חופש העיסוק ההלכתי אשר נתפס כמשתרע על זכותו של "כל אדם".¹⁹⁶

ג. התפקיד המהותי של המידתיות ופסקת ההגבלה

1. זכויות האדם וההגבלות עליהן

(א) דמוקרטיה של זכויות וחובות

זכויות האדם הן רכיב מרכזי של הדמוקרטיה המודרנית, זו שנבנתה על חורבותיהן של מלחמת העולם השנייה ושל השואה שפקדה את עמנו. בלעדיתה אין קיום לדמוקרטיה.¹⁹⁷ נטלת מהדמוקרטיה את זכויות האדם, והדמוקרטיה איבדה את נשמתה. אכן, זכויות האדם הן היהלום בכתרה של הדמוקרטיה. דמוקרטיה בלי זכויות אדם כמוה ככלי ללא תוכן. זכויות האדם חיוניות לדמוקרטיה. עם זאת דמוקרטיה אינה יכולה להתקיים רק על זכויות האדם. חברה דמוקרטית חייבת להכיר באפשרות להטיל הגבלות על זכויות האדם.¹⁹⁸ אלה הן הגבלות משני סוגים. הסוג הראשון כולל הגבלות על זכות של אדם אחד כדי להכיר בזכות של אדם אחר. אכן, אם ראובן יכול לעשות ככל העולה על רוחו, תיפגע בכך חירותה של לאה לעשות ככל העולה על רוחה. ההכרה בחופש הרצון של ראובן ושל לאה מחייבת הטלת הגבלות על חופש הרצון הן של ראובן והן של לאה. הכרה בזכותו של האחר הינה אפוא עילה ראויה בדמוקרטיה להגבלת זכותו של האדם. ביטוי לכך ניתן למצוא כבר בהכרזה על זכויות האדם והאזרח מ-1789.¹⁹⁹ נקבע בה:

"Liberty consists in the freedom to do everything which injures no one else; hence the exercise of the natural rights of each man has no limits

195 ס' 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

196 ראו פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 179.

197 ראו Jörg Paul Müller, *Fundamental Rights and Democracy*, 4 HUM.RTS.L.J 131 (1983).

ראו גם OSIATYNSKI, לעיל ה"ש 91.

198 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 130 (2004).

199 Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789), § 4.

except those which assure to the other members of the society the enjoyment of the same rights. These limits can only be determined by law.”

סוג ההגבלות השני כולל הגבלות על חופש הרצון של האדם כדי להגשים מטרות של הכלל. אכן, בחברה דמוקרטית ניתן להטיל הגבלות על זכותו של אדם כדי להבטיח את קיומה של המדינה, את קיומה כמדינה דמוקרטית, את שלום הציבור ואת בריאותו וחינוכו וכן כמה מטרות לאומיות אחרות. למען מטרות אלה המדינה עשויה להטיל הגבלות על זכותו של הפרט. היא עשויה אף להטיל עליו חובות²⁰⁰, לרבות החובה להקריב את חייו למען הכלל. בכך בא לידי ביטוי אופיו המיוחד של המשטר הדמוקרטי, המבוסס על שיתוף בין פרט לכלל. המדינה מגינה על זכויותיו של הפרט, והפרט מגן על המדינה, על ביטחונה ועל שלומה.²⁰¹

אכן, דמוקרטיה אינה רק חובת המדינה כלפי האדם ואין היא רק זכויות האדם כלפי המדינה. אמנם בדמוקרטיה הזכויות הן טבעיות לאדם והמדינה היא פרי יצירת הפרטים, אך דמוקרטיה אינה אך משטר של זכויות אלא גם משטר של חובות.²⁰²

200 ראו OSIATYNSKI, לעיל ה"ש 91.

201 ראו בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 320 (1998): "הרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה... השלטון (לטעמי ראוי לומר: המינהל הציבורי) מחוייב לשרת את הציבור – להבטיח שלום וסדר; לספק שירותים חיוניים; להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח; לעשות צדק חברתי – אך המינהל הציבורי, שאין לו משל עצמו ולא כלום, אינו יכול לתת דבר לציבור אלא אם הוא מקבל מן הציבור. היחסים הראויים שבין המינהל לבין הציבור, ובעצם היחסים ההכרחיים, הם יחסים הדדיים של תן וקח. כך הם, כפועל יוצא, גם היחסים שבין הרשות המינהלית לבין האזרח. האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום. כנגד זכותו כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות. זוהי תמצית האמנה החברתית שבין האזרחים לבין עצמם ובין האזרחים לבין המינהל הציבורי. זהו גם שורש הקיום של המדינה" (השופט זמיר).

202 שם, בעמ' 349: "דמוקרטיה אינה רק זכויות אדם. דמוקרטיה היא גם חובות אדם – חובות כלפי הפרטים האחרים וחובות כלפי השלטון. אכן, דמוקרטיה מבוססת על חיים משותפים, ועל אינטרסים לאומיים. השלטון פועל למען הציבור. לשם כך יש להעניק לו זכויות (במובן הרחב), שאם לא כן לא יוכל להגשים את האינטרס הכולל. מתן זכויות לשלטון משמעו הטלת חובות על הפרט כלפי השלטון. חובות אלה באות לאפשר לשלטון להגשים את היעדים המוטלים עליו במשטר הדמוקרטי. הן נגזרות מהחיים המשותפים ומהצורך לקדם את חירותו של כל פרט ופרט. הן מבוססות על תפיסה של מדינת רווחה מודרנית ועל סולידריות חברתית. הן נגזרות מהתפיסה הרואה את הפרט כמי שמעוצב על ידי החברה, ולפיכך קיים באישיותו, בהכרח, 'פן חברתי' שממנו נשאב הצורך הפנימי להתחשב בכלל. כמו כן הן נגזרות מדרישת החברה כלפי הפרט, בהיותו חלק מהחברה, לפעול למען הכלל, הן פרי האיזון בין צורכי הכלל לזכויות הפרט" (הנשיא ברק).

(ב) היחס בין זכות האדם למטרות הכלל

זכויות האדם חיוניות לדמוקרטיה, ובה במידה עצם קיומן מניח את קיומה של חברה דמוקרטית. קיומה של דמוקרטיה וקיומן של זכויות האדם שלובים זה בזה. אם מבקשים לקיים דמוקרטיה יש להבטיח זכויות אדם, ואם מבקשים להבטיח זכויות אדם יש לקיים דמוקרטיה.²⁰³ "חוקה אינה מרשם להתאבדות וזכויות האזרח אינן במה לכליון לאומי... את חוקיו של עם יש לפרש על בסיס ההנחה כי מבקש הוא להמשיך ולהתקיים. זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה ואין להפכן קרדום לחיסולה".²⁰⁴ באותה מידה "אין להקריב את זכויות האדם על מזבח המדינה. זכויות האדם הן טבעיות לו, והן התקיימו לפני המדינה. אכן, ההגנה על זכויות האדם מחייבת שמירה על מסגרת חברתית-מדינית, אשר מצידה מבוססת על ההכרה בחיוניות השמירה על זכויות האדם".²⁰⁵ דמוקרטיה מבוססת על יחס ראוי בין טובת הכלל לזכויות האדם. הן טובת הכלל והן זכויות האדם הם חלק ממבנה חוקתי אחד הקובע את זכויות האדם ומאפשר את הגבלתן.²⁰⁶

(ג) פסקת ההגבלה כמכשיר לעיצוב היחס הראוי בין זכות הפרט להגבלות עליה

מהו היחס הראוי בין זכותו של האדם לבין מטרות הכלל? מתי מוצדק כי המדינה תטיל הגבלות על זכותו של האדם כלפיה וכלפי בני אדם אחרים? על שאלות אלה אין תשובה מוסכמת. התשובה משתנה מחברה לחברה ומתקופה לתקופה. דומה שההכללה היחידה

- 203 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 198, בעמ' 134.
- 204 ע"ב 2/84 נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 310, 225 (1985) (השופט ברק).
- 205 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 198, בעמ' 134; פרשת קונטרס, לעיל ה"ש 201, בעמ' 346.
- 206 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 433: "זכויות האדם מתקיימות במסגרת חברתית המקיימת את זכויות האדם. היא ראי לתפיסת היסוד, כי זכויות האדם אינן משקיפות על הפרט כעל אי בודד, אלא כחלק מחברה, אשר לה יעדים לאומיים. היא פרי ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. היא נועדה לאפשר פגיעה בזכויות האדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם... בצד זכויות האדם קיימות גם חובות אדם... העולם הנורמטיבי אינו רק של זכויות אלא גם של חובות... בצד זכותו של האדם עומדת חובתו כלפי רעהו וחובתו כלפי הכלל" (הנשיא ברק); ראו גם פרשת קונטרס, לעיל ה"ש 201, בעמ' 346: "החיים המשותפים בחברה מחייבים לעתים לפגוע בזכויות האדם. לא ניתן להגן על זכויות האדם בלא לפגוע בזכויות האדם. משטר דמוקרטי אינו מתאפיין בכך שהוא אינו פוגע בזכויות האדם. זכויות האדם אינן מרשם לכליון לאומי. משטר דמוקרטי מתאפיין בכך כי הפגיעה בזכויות האדם נעשית לתכלית המקדמת זכויות אדם, והפגיעה אינה מעבר למידה הדרושה. משטר דמוקרטי מאפשר פגיעה בזכויות האדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם" (הנשיא ברק).

שניתן להסכים עליה הינה כי היחס הראוי בין טובת הכלל לבין זכויות האדם הוא זה הנתפס כראוי בעיניה של חברה דמוקרטית.

כיצד ניתן לקבוע בחברה נתונה את היחס הראוי? מהו המכשיר לקביעתו של יחס זה? תשובות לשאלות אלה מצויות בפסקת ההגבלה ובמידתיות המעצבת אותה. אכן, פסקת ההגבלה היא המכשיר המשפטי לקביעת היחס הראוי בין זכות האדם להגבלות המוטלות עליה. היא "מוסד" משפטי; היא קונסטרוקציה משפטית; היא נותנת ביטוי לשיקולים הרלוונטיים לעניין היחס הראוי בין הזכות להגבלתה, למשקלם ולאיוון הראוי ביניהם;²⁰⁷ היא מגבילה הן את כוחה של הרשות השלטונית והן את זכותו של הפרט.²⁰⁸

(ד) מרכזיותה של המידתיות ופסקת ההגבלה

המידתיות בפסקת ההגבלה החוקתית ממלאת תפקיד מרכזי בתורת זכויות האדם.²⁰⁹ היא מבטאת את מורכבותה של הזכות החוקתית. זו אמנם נועדה לאפשר לאדם לממש את מלוא מאווייו, אך מימוש מרבי זה אינו אפשרי בכל מקרה בחברה האנושית. יש להכיר באפשרות שהמימוש של הזכות החוקתית לא יתאפשר בשל צורכי הזמן והמקום, כפי שאלה משתקפים בחקיקה הרגילה. עמדתו על כך בפרשת בנק המזרחי המאוחד:²¹⁰

207 ראו Stuart Woolman, *Riding the Push-me Pull-you: Constructing a Test that Reconciles the Conflicting Interests Which Animate The Limitation Clause*, 10 S. Afr. J. ON HUM. RTS. 60, 77 (1994).

208 ראו להלן עמ' 213.

209 ראו ראם שגב שקלול ערכים ואיוון אינטרסים 132 (2009); בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 467, 441 (1994).

210 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 433. ראו גם רע"א 3145/99 בנק לאומי בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 400 (2003): "פיסקת ההגבלה משקפת איוון בין האינטרסים החוקתיים המשתקפים בזכויות היסוד לבין הצרכים המשתקפים בחקיקה העומדת למבחן. זכויות היסוד, גם בהיותן זכויות-על בעלות אופי חוקתי, הן אינן מוחלטות, אלא הן צומחות ממצייאות חיים המחייבת קיום איוונים בין חובת השמירה על זכויות פרט חשובות לבין מתן מענה לאינטרסים אחרים בעלי ערך, בין של הפרט, ובין של הציבור. קביעת סדר הרמוני בין מכלול אינטרסים אלה הוא תנאי לחיי חברה תקינים ולשמירה על משטר חוקתי ראוי" (השופטת פרוקצ'יה); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006); פרשת חברת אלאקסא נ' Simon Wiesenthal Center Museum, לעיל ה"ש 14, פס' 161 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 55 לפסק דינו של הנשיא; פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 14, פס' 44 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "פסקת ההגבלה מבטאת את האיוון שנקבע במשפט החוקתי הישראלי בין זכויות הפרט לבין צרכי הכלל וזכויותיהם של פרטים אחרים. היא משקפת את תפיסתנו החוקתית לפיה זכויות האדם הן יחסיות וניתנות להגבלה. פסקת ההגבלה ממלאת, אפוא, תפקיד כפול – היא קובעת כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד לא ייפגעו אלא בהתקיים תנאים מסוימים, אולם בד בבד היא מגדירה מהם התנאים בהם הפגיעה בזכויות האדם תהיה מותרת".

"פיסקת ההגבלה (סעיף 8) שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא מרכיב מרכזי של ההגנה על זכויות האדם. היא קובעת את גבולות הזכות ואת מגבלות המחוקק. תפקידה של ההגבלה הוא כפול. היא מגינה על זכויות האדם ומאפשרת פגיעה בהן, בעת ובעונה אחת. היא מבטאת את רעיון היחסיות של זכויות האדם... פיסקת ההגבלה היא נקודת האחיזה שעליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה כי בצד זכויות אדם קיימות גם חובות אדם; כי העולם הנורמטיבי אינו רק של זכויות אלא גם של חובות; כי בצד זכותו של האדם עומדת חובתו כלפי רעהו וחובתו כלפי הכלל."

ובפרשה נוספת עמדתי על תפקידה של פסקת ההגבלה: ²¹¹

"הוראה זו היא בעלת תפקיד מרכזי במבנה החוקתי שלנו. היא נקודת האחיזה עליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה כי בצד זכויות אדם קיימות גם חובות אדם (...). היא משקפת את התפיסה כי זכויות האדם הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינן מוחלטות אלא יחסיות. הן אינן מוגנות כדי כל היקפן. פסקת ההגבלה מדגישה את התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה, וכי קיומה של החברה, צרכיה ומסורתה, עשויה להצדיק פגיעה בזכויות האדם."

אכן, רובינון קרוזו לא זקוק לזכויות אדם. קיומן מניח קיומה של חברה וקיומן של הגבלות על הרצון של הפרט. הגבלות אלה נקבעות בפסקת ההגבלה ובמידתיות שבמרכזה. המידתיות היא ביטוי לרעיון שהפרט חי בגדריה של חברה, וכי קיומה של החברה, צרכיה ומסורתה עשויים להצדיק פגיעה בזכויות האדם באמצעות חקיקה רגילה ומידתית. זכויות האדם הן זכויותיו של האדם בהיותו חלק מחברה, ועל כן ניתן להגבילן באמצעות נורמות תת-חוקתיות כדי לממש מטרות חברתיות. ²¹²

2. הגנה על הזכות החוקתית והכרה בחוקתיות הפגיעה בה

פסקת ההגבלה על המידתיות שבמרכזה ממלאת תפקיד מהותי כפול. מחד גיסא היא קובעת כי אין לפגוע בזכויות היסוד באמצעות נורמה תת-חוקתית ("אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה"). מאידך גיסא, מיד בהמשך הדברים, היא קובעת כי בתנאים מסוימים

211 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10, פס' 45 לפסק דינו של הנשיא ברק.
212 ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 495, 464 (2005).

מותר לפגוע בזכויות היסוד באמצעות נורמה תת-חוקתית מידתית ("..אלא בחוק ההולם..."). עמדתי על כך בפרשת בנק המזרחי המאוחד: 213

"תפקידה של ההגבלה הוא כפול. היא מגינה על זכויות האדם ומאפשרת פגיעה בהן, בעת ובעונה אחת."

על גישה זו עמד הנשיא דיקסון (Dickson C.J.) בפרשת *Oakes*, שעליו התבסס בעניין זה פסק דיני בפרשת בנק המזרחי המאוחד. הנשיא דיקסון התייחס לפסקת ההגבלה הקנדית שבסעיף 1 לצ'רטר הקנדי: 214

"It is important to observe at the outset that s.1 has two functions: First, it constitutionally guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow; and second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria... against which limitations on those rights and freedoms must be measured."

פסקת ההגבלה היא אפוא "דו-פרצופית"; פניה פני יאנוס. 215

3. הזכות והפגיעה בה נובעות ממקור משותף

מטאפוררה זו באשר לשתי הפנים של פסקה ההגבלה מצביעה על הרעיון המרכזי בתפיסתה של פסקת ההגבלה. הזכות החוקתית וההגבלות עליה בחקיקה הרגילה הן שני צדדיו של אותו רעיון חוקתי. הן יונקות ממקור משותף ומקדמות ערכים משותפים. עמד על כך הנשיא דיקסון בפרשת *Oakes*: 216

"The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and

213 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 433. ראו גם בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושבי ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 794 (2003); בג"ץ 5026/04 דיוזין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 52 (2005); פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 14, פס' 44 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

214 R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 135.

215 ראו יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב(א) 64 (1995). ראו גם פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 14, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק: "...היא בעלת שתי פנים: מחד גיסא היא מגינה על זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד; מאידך גיסא, היא קובעת את התנאים לפגיעה בזכות היסוד."

216 פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 214, בעמ' 136.

the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.”

חזרתי על גישה זו בפרשת בנק המזרחי המאוחד: 217

“הזכות החוקתית והפגיעה כדין בה יונקים ממקור משותף... הן הזכות החוקתית והן ההגבלה עליה כפופות לעקרון היסוד עליו בנוי חוק היסוד (סעיף 1) ולמטרותיו (סעיף 1א, 2).”

אכן, הזכות החוקתית מעוגנת בחוקה והסמכות להגבלה מעוגנת בחוקה. אך מעבר לכך: העקרונות החוקתיים של הדמוקרטיה החוקתית המצדיקים הכרה בזכות היסוד הם גם העקרונות החוקתיים המצדיקים את ההגבלה עליה בחקיקה הרגילה. בלשונם של וולמן ובוטה (Woolman and Botha): 218

“[T]he same values that inform our understanding of what constitutes a justifiable limitation on a right – openness, democracy, dignity, equality, and freedom – also flesh out the extension of the individual rights themselves.”

4. גבולות ההגבלות (ה-“limits on the limitations”)

פסקת ההגבלה “מבטאת את רעיון היחסיות של זכויות האדם.” 219 היא עושה זאת בכך שהיא מעניקה מעמד חוקתי הן להגנה על זכות האדם והן להגבלות (limitation) שניתן להטיל עליה. עם זאת, חשיבותה של פסקת ההגבלה המעוגנת בחוקה עצמה נעוצה דווקא בכך שגם להגבלות יש גבולות. עמד על כך אלכסי (Alexy) בציינו: 220

“The principled nature of constitutional rights gives rise not only to the idea that constitutional rights are limited and limitable in the light of countervailing principles, but also that their limiting and limitability is itself limited.”

217 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 433.

218 Woolman & Botha, לעיל ה"ש 110, בפרק 34 עמ' 2.

219 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 433; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 55 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 14, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק.

220 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 42, בעמ' 192.

עמדתי על כך בפרשת דיזיין: 221

“זכויות האדם אינן מוחלטות; ניתן להגבילן. עם זאת, להגבלות המוטלות על זכויות האדם יש גבולות. הם קבועים בפסקת ההגבלה.”

על גישה זו חזר בית המשפט העליון כמה פעמים.²²² לרעיון ה"גבולות על ההגבלות"²²³ יש חשיבות מרכזית. הוא המונח ביסוד הדמוקרטיה החוקתית. הוא הבסיס להגבלת כוחו של המחוקק הרגיל לפגוע בזכויות חוקתיות. כשם שזכויות האדם הן תורה אשר לימוד היא צריכה, כך גם ההגבלות על זכויות האדם הן תורה אשר לימוד היא צריכה.

ד. פסקת ההגבלה, פסקת ההתגברות ופסקת שמירת הדינים

1. פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות

(א) מהותה של פסקת ההתגברות

בצ'רטר הקנדי, קבועה הוראת התגברות (Override) בזו הלשון:²²⁴

“(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act

- 221 פרשת דיזיין, לעיל ה"ש 213, בעמ' 52.
- 222 ראו פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 213, בעמ' 791; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 546; פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10, פס' 46 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 14, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 223 ראו BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE, STAATSRECHT II 64 (2006).
- 224 ס' 33 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 5. על הוראה זו והרקע הפוליטי שלה ראו Lorraine Weinrib, *Learning to Live With The Override*, 35 MCGILL L.J. 541 (1990); Peter H. Russell, *Standing Up for Notwithstanding*, 29 ALTA. L. REV. 293 (1991); Tsvi Kahana, *The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter*, 43 CAN. PUBLIC ADMIN. 225 (2001); Tsvi Kahana, *Understanding The Notwithstanding Mechanism*, 52 U. TORONTO L.J. 221 (2002); Tsvi Kahana, *What Makes for a Good Use of the Notwithstanding Mechanism?*, 23 SUP. CT. L. REV. 191 (2004); PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 163 (5th ed., Vol. II, 2007). הוראה דומה הוחקה בויקטוריה (Victoria) שבאוסטרליה. נקבע בה, בין השאר (ס' 31(4)) כי: "It is the intention of Parliament that an override declaration will only be made in exceptional circumstances" ראו Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 לביקורת ראו Julie Debeljak, *Balancing Rights in a Democracy: The Problems With Limitations and Overrides of Rights Under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*, 32 MELB. U.L.REV. 422 (2008).

or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).”

בהשפעתה של הוראה זו – וכפשרה פוליטית – כוננה הכנסת הוראת התגברות מיוחדת בחוק-יסוד: חופש העיסוק שעניינה "חוק חורג"²²⁵:

”(א) הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

(ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק-יסוד זה.”

פסקת ההתגברות מעניקה לחוק הממלא את דרישותיה (המכונה "חוק חורג") הגנה בפני טענות בדבר אי-חוקתיות ובטלות. יש דמיון רב בין הפסקה הקנדית לזו הישראלית. שתיהן מעניקות למחוקק הרגיל כוח חוקתי להגשים מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם הוראותיה של פסקת ההגבלה. שתיהן מעקרות את הצורך לבחון אם חוק חורג, אשר פגע בזכות חוקתית, מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. גם אם החוק החורג אינו מידתי הוא תקף. למרות הדמיון בין שתי פסקאות ההתגברות, פסקת ההתגברות הישראלית שומרת יותר על זכויות האדם החוקתיות מזו הקנדית:²²⁶ ראשית, היא חלה על זכות חוקתית אחת בלבד

225 ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. לניתוח ההוראה ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 633 (1994).

226 ראו ברק פרשנות חוקתית, שם.

(חופש העיסוק). בקנדה תחולתה רחבה יותר. עם זאת, גם בקנדה פסקת ההתגברות אינה חלה על כל הזכויות החוקתיות; שנית, נדרש רוב של חברי הכנסת (ולא רוב במליאה) לחוקק חוק חורג הקובע במפורש שהוא תקף "על אף האמור" בחוק היסוד. דרישה כזו אינה קיימת בקנדה. די ברוב רגיל של המצביעים; שלישית, בישראל יפקע החוק החורג ובו פסקה "על אף האמור" בתום ארבע שנים מיום תחילתו. החוק הוא זמני ואילו בקנדה החוק אינו זמני. רק ההגנה החוקתית הניתנת לו היא זמנית. היא פוקעת לאחר חמש שנים. החוק עצמו ממשיך לעמוד בתוקפו. בשתי השיטות ניתן לחדש את תחולתה של פסקת ההתגברות בחלוף המועד הקובע.

(ב) היחס בין פסקת ההגבלה לפסקת ההתגברות

(1) הגבלה משפטית והגבלה פוליטית

תפקידה הפורמלי של פסקת ההתגברות דומה לזה של פסקת ההגבלה. לשתייהן מעמד חוקתי. שתייהן עוסקות בפגיעה בזכות חוקתית ולא בשינויה; שתייהן מאפשרות פגיעה בזכות חוקתית בלא שהפגיעה תהא בלתי תקפה. השוני ביניהן הוא רב. פסקת ההגבלה נותנת ביטוי לדמוקרטיה במובנה הפורמלי והמהותי גם יחד. היא משקפת איזון עדין בין ריבונות העם כפי שהיא מוצאת את ביטוייה בחקיקה הרגילה לבין זכויות האדם המעוגנות בחוקה. היא מתאפיינת בהטלת מגבלות משפטיות – בלבוש הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק – על כוח החקיקה של המחוקק הרגיל בכל הנוגע לפגיעה לא מידתית בזכויות האדם החוקתיות. לעומת פסקת ההגבלה, פסקת ההתגברות נותנת ביטוי לדמוקרטיה במובנה הפורמלי. היא נועדה לאפשר לעם, באמצעות נציגיו, להתגבר על מגבלת המידתיות שהוטלה על כוח החקיקה של המחוקק בחוקה. היא הופכת את המגבלות המשפטיות המוטלות על המחוקק לפוליטיות.²²⁷

בלידתה בקנדה היוותה פסקת ההתגברות מכשיר של פשרה פוליטית.²²⁸ כיום מבקשים לראות בה מוסד חוקתי חדש,²²⁹ המאפשר איזון חדש ומודרני בין הווה לעבר, בין מחוקק

227 ראו בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 15, 26 (1996): "מטרתה של פיסקת ההתגברות לאפשר למחוקק להגשים את יעדיו החברתיים והפוליטיים, גם אם אלה פוגעים בחופש העיסוק והפגיעה אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה... פסקת ההתגברות מאפשרת למחוקק להגשים באמצעות חקיקה יעדים חברתיים ופוליטיים, בלא חשש שחקיקה זו – שעה שתוקתיותה תעמוד לבחינה חוקתית – תימצא לא חוקתית ועל-כן בטלה... באמצעות פסקת ההתגברות נשמר מעמדו של חוק-יסוד: חופש העיסוק כהוראה חוקתית על-חוקית, ועם זאת מוכר כוחו של המחוקק לפגוע בחופש העיסוק בלא לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה, וכל זאת בלא צורך לשנות את חוק היסוד עצמו" (הנשיא ברק).

228 ראו HOGG, לעיל ה"ש 224, בעמ' 166.

לשופט.²³⁰ היא מאפשרת דיאלוג בין מחוקק לשופט. יש הרואים בה זן חדש של קונסטיטוציונליזם רך,²³¹ הנותן תשובה רצויה לטיעון הרובני (ונכון יותר לטיעון האנטי-רובני (ה־counter majoritarian)).²³² זאת, משום שפסקת ההתגברות מאפשרת למחוקק הרגיל להתגבר על המגבלות החוקתיות באשר לפגיעה בזכויות האדם, כפי שאלה פורשו על ידי בית המשפט, בלא לנקוט הליך של שינוי החוקה. אמת, פסקת ההתגברות מחלישה את הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק הפוגע בזכות חוקתית, אך אין היא שוללת אותה לחלוטין. היא אינה חלה מעבר לפרק על זכויות האדם. היא אינה מאפשרת להתגבר על הסדרים מוסדיים בחוקה. היא אינה חלה על מלוא זכויות האדם. כך, למשל, אין היא מאפשרת פגיעה שאינה מידתית בזכות לבחור ולהיבחר; היא אינה חלה למפרע²³³ ואין בכוחה לפגוע במעשה בית דין. היא מוגבלת בזמן. היא מחייבת את המחוקק להצהיר על מודעותו לכך שהפגיעה בזכות החוקתית אינה מידתית.²³⁴

האם פסקת ההתגברות היא ראויה? האם רצוי לכלול אותה בחוקה? לדעתי אין לתת לשאלה זו תשובה כוללת. התשובה משתנה בהתאם לחברה ולשיטת המשפט בה מתעוררת, בהתאם לאלטרנטיבה שתיבחר אם לא תיכלל בה פסקת התגברות ובהתאם לשימוש שיעשה בה הלכה למעשה. לא הרי הערכתה של פסקת ההתגברות אם השימוש בה הוא מועט וחרוג, כפי שהניסיון הקנדי מלמד,²³⁵ כהרי הערכתה כשקיים חשש לשימוש חוזר ונשנה בה²³⁶ או שימוש באופן המתגבר על כל הפגיעות בזכויות החוקתיות.²³⁷ דעתי הינה כי בסיום המפעל של חוקי היסוד, וכחלק מהפשרה הכוללת באשר לחוקה החדשה, ניתן לשקול אימוצה של פסקת התגברות בדמות פסקת ההתגברות שבחוק-יסוד: חופש העיסוק. הסיכון בכך הוא רב. ישראל אינה קנדה. אך השאלה הינה, מהי האלטרנטיבה?²³⁸

- 229 ראו Weinrib, לעיל ה"ש 224, המכנה את פסקת ההתגברות הקנדית כ־"new institutional hybrid".
- 230 Paul C. Weiler, *Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version*, 18 ראו Weinrib; U. MICH. J.L. REFORM 51, 80 (1984). לעיל ה"ש 224.
- 231 ראו Gardbaum, לעיל ה"ש 45, בעמ' 821; MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 24 (2008).
- 232 ראו HOGG, לעיל ה"ש 224, בעמ' 174, לפיו בעקבות פסקת ההתגברות הקנדית: "[T]he American debate over the legitimacy of judicial review is rendered irrelevant".
- 233 ראו Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712, 744, בעמ' 568.
- 234 ראו Weinrib, לעיל ה"ש 224, בעמ' 568.
- 235 ראו HOGG, לעיל ה"ש 224, בעמ' 165.
- 236 ראו Gardbaum, לעיל ה"ש 45, בעמ' 757.
- 237 ראו פרשת Ford, לעיל ה"ש 233.
- 238 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 198, בעמ' 328.

(2) הקשר בין פסקת ההגבלה לפסקת ההתגברות

פסקת ההתגברות מניחה כי חוק עלול לפגוע בנורמה חוקתית באופן לא מידתי. חרף זאת המחוקק מבקש לחוקק חוק זה, ולשם כך החוק זקוק להגנה החוקתית המוענקת לו בפסקת ההתגברות. חוסר המידתיות של החוק יכולה לנבוע מפסק דין שקבע זאת. הוא יכול לנבוע מחשש בעניין זה גם בהיעדרו של פסק דין.

הן בקנדה והן בישראל המידתיות שבפסקת הגבלה חלה על כל הזכויות החוקתיות. לא כן פסקת ההתגברות. זו אינה בעלת תחולה כללית. לעתים הסדר הכלול בחוק פוגע בכמה זכויות חוקתיות. כך, למשל, דבר חקיקה הפוגע בחופש העיסוק עלול לפגוע גם בקניין. נניח עתה כי פגיעתו של דבר חקיקה זה אינה מידתית ביחס לכל הזכויות שהוא פוגע בהן. המחוקק קבע בחוק הוראה שהחוק תקף "על אף האמור" בחוקה לעניין זכות פלוגית. בכך הוחלה לגביו פסקת ההתגברות לעניין הזכויות שפסקה זו חלה עליהן. האם החוק אינו חוקתי ועל כן אינו תקף בשל פגיעתו בזכות חוקתית שאינה מוגנת על ידי פסקת ההתגברות? הבעיה התעוררה בפרשת מיטראל.²³⁹ הכנסת חוקה חוק הפוגע בחופש העיסוק של העוסקים בענף מסוים.²⁴⁰ בשל החשש כי פגיעה זו אינה מידתית²⁴¹ נקבע בחוק שהוא תקף "על אף האמור" בחוק-יסוד: חופש העיסוק.²⁴² העותרת טענה כי פגיעה בחופש העיסוק גררה גם פגיעה בזכות הקניין שלה. זכות זו אינה כפופה להגנתה של פסקת ההתגברות, ועל כן דין החוק להתבטל מטעם זה. בפסק דיני ציינתי כי "חוק חורג זוכה להגנה חוקתית בגדריו של חוק-יסוד: חופש העיסוק. אין הוא זוכה משום כך בלבד גם להגנה חוקתית, בגדריו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כן עשויים להיווצר מצבים שבהם חוק חורג – התקף לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק – ימצא כבלתי תקף לעניין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".²⁴³

גישה זו מעוררת קושי פרשני בכל אותם מקרים – והם רבים – בהם האמצעים הלא מידתיים שנקבעו בחוק פוגעים ביותר מזכות אחת. כיצד יקבע היחס בין פגיעות אלה במצב שבו חלקן מוגנות על ידי פסקת ההתגברות וחלקן אינן מוגנות באמצעותה? על שאלה זו השבתי בזו הלשון:²⁴⁴

"פרשנות ראויה צריכה להעניק הגנה חוקתית לחוק חורג, הפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם

239 פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 227.

240 חוק יבוא בשר קפוא, התשנ"ד-1994, ס"ח 104. החוק תוקן בחוק יבוא בשר קפוא (תיקון), התשנ"ה-1995, ס"ח 92. בתיקון זה שמו של החוק שונה, והוא נקרא עתה חוק בשר ומוצרים, התשנ"ד-1994.

241 בעקבות אימרת אגב בפרשת מיטראל, לעיל ה"ש 227.

242 ראו ס' 5 לחוק יבוא בשר קפוא.

243 פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 227, בעמ' 29.

244 שם, בעמ' 30.

וחירותו, אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים אלה: ראשית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק; שנית, הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית; שלישית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית. בהתקיים שלושה תנאים אלה מתחייבת פרשנות – המשקיפה על ההוראות החוקתיות כאחדות, והמבקשת להבטיח הרמוניה חוקתית – המעניקה לחוק החורג תוקף חוקתי מעבר לחוק-יסוד: חופש העיסוק. כל גישה פרשנית אחרת תרוקן את פיסקת ההתגברות מתוכנה ותמנע שימוש אפקטיבי בה. פרשנות ראויה חייבת למנוע תוצאה זו. עם זאת, הפרשנות המוצעת שומרת על גבולותיו הראויים של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא נותנת ביטוי לכך שאין בו פיסקת התגברות, תוך שמירה על זכויות האדם המעוגנות בו מפני פגיעה עיקרית הבאה אגב חקיקתו של החוק החורג.”

(ג) מגבלותיה של פסקת ההתגברות

פסקת ההתגברות מעניקה הגנה חוקתית לחוק שפגיעתו בזכויות החוקתיות אינה מידתית או שיש חשש כי היא אינה מידתית. האם משמעות הדבר שכל סטייה של דבר חקיקה מדיני המידתיות, תהא עצמתה אשר תהא, מעניקה לאותה חקיקה הגנה חוקתית? השאלה התעוררה בספרות הקנדית.²⁴⁵ הועלתה הטענה כי ההוראה הכללית הקבועה בצ'רטר הקנדי²⁴⁶ – לפיה ההגבלות על הזכויות החוקתיות צריכות להיות סבירות וניתנות לצידוק בחברה חופשית ודמוקרטית – מובילה למסקנה שחוק הפוגע באופן לא מידתי בערכים יסודיים של מדינה דמוקרטית אינו יכול לחסות בצלה של פסקת ההתגברות. אף שיש לטיעון זה בסיס לשוני בפסקת ההגבלה הקנדית, היא אינה מקובלת בקנדה. הוג ציין – תוך הסתמכות על פסק דין של בית המשפט העליון של קנדה – כי פסקת ההתגברות (ה-override) דורשת תנאים צורניים בלבד. לדעתו משתמע מהוראות הצ'רטר כי אין תחולה לדיני המידתיות אשר בפסקת ההגבלה הקנדית.²⁴⁷

245 ראו HOGG, לעיל ה"ש 224, בעמ' 170, וכן Daniel J. Arbes, *Limitations on Legislative Override Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Matter of Balancing Values*, 21 OSGOODE HALL L. J. 113 (1983); Brian Slattery, *Canadian Charter of Rights and Freedoms – Override Clauses Under Section 33 – Whether Subject to Judicial Review Under Section 1*, 61 CAN. BAR REV. 391 (1983).

246 ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 5.

247 ראו HOGG, לעיל ה"ש 224, בעמ' 170.

השאלה התעוררה גם בישראל. מלשונה של פסקת ההגבלה הישראלית²⁴⁸ ("הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהא תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4") ברור כי אין בעצם העובדה שחוק חורג אינו מידתי בכדי לשלול את ההגנה החוקתית. על פי לשונה פסקת ההתגברות מופעלת דווקא כשהחוק הפוגע אינו מידתי. אך מה היחס בין פסקת ההתגברות להוראתו של חוק היסוד בדבר "עקרונות", ובדבר "מטרות החוק"? בפסק דיני לא דחיתי טענה זו מכול וכול:²⁴⁹

"גם אם נניח בלא להכריע בדבר – כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה... שאם לא כן מתרוקנת פיסקת ההתגברות מעיקר תוכנה. זה אינו המקרה שלפנינו."

פסקת ההתגברות לא תעזור כאשר שינוי בחוקה בהיקף דומה לא יהא חוקתי. הדיון בשאלה האם כל תיקון בחוקה הוא חוקתי חורג ממסגרת ספר זה. עד כמה ששיטת משפט מכירה באפשרות שלא כל תיקון בחוקה הוא חוקתי,²⁵⁰ יש בכך כדי להוות הגבלה על השימוש בפסקת ההתגברות. לא ניתן יהיה להשתמש בפסקת ההתגברות כדי לחוקק הסדר שאילו הוכנס בדרך של שינוי בחוקה הוא היה בלתי חוקתי.

2. פסקת ההגבלה ופסקת שמירת הדינים

(א) אקטיביות ההסדר החוקתי החדש ויחסו לדין הישן

דמוקרטיה המכוננת חוקה חדשה, או משנה את החוקה הקיימת, מבטלת בכך את המשך תחולתו של הדין החוקתי הקודם. בהיעדר נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, תחולתה של החוקה החדשה או השינוי היא אקטיבית, כלומר, מיום כניסתם לתוקף ולא רטרואקטיבית.²⁵¹ אכן, חוקות קובעות לעתים הוראה מפורשת כנגד רטרואקטיביות החקיקה, ואין זה ראוי שהן עצמן תחולנה רטרואקטיבית. כאשר הדין החוקתי החדש הוא

248 ראו ס' 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

249 פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 227, בעמ' 28.

250 ראו לעיל עמ' 56.

251 על היעדר רטרואקטיביות לחוקה חדשה, ראו SACHS, לעיל ה"ש 41, בעמ' 41; ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 225, בעמ' 462. על התחולה האקטיבית, ראו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 175, בעמ' 430. שלילת הרטרואקטיביות (או הרטרואקטיביות) משמעותה שעם ביטול החוק לא מתבטלות פעולות שנעשו, או תוצאות שנתקבלו, על פי הדין הישן (שם, בעמ' 622). תחולה אקטיבית משמעותה תחולה על כל הנורמות המשפטיות העומדות בתוקף עם כינון חוק היסוד.

אקטיבי מתעוררת שאלה באשר לדין התת-חוקתי שהתקיים טרם השינוי. מה דינו של חוק שחוקק לפני כינונה של החוקה החדשה או לפני השינוי החוקתי? האם די לו שהיה חוקתי לפי הדין החוקתי הקודם או שחוקתיותו נקבעת עתה גם על פי הדין החוקתי החדש? כל שיטת משפט צריכה לתת תשובות לשאלות אלה. הן משקפות את הטעמים שהביאו לכינון של החוקה החדשה או של השינוי החוקתי. בדרך כלל הדין הישן כפוף להסדרים החוקתיים הישנים והחדשים גם יחד.²⁵² יש להכיר בחריגים לכך, המשקפים את הטעמים לדין החוקתי החדש. חריגים אלה עשויים להכיר בחוקתיותו של חוק הפוגע שלא כדין בהסדר החוקתי הישן או בהסדר החוקתי החדש. דוגמה למצב חריג מספקים חוקי היסוד הישראליים הדנים בזכויות האדם.

(ב) שמירת דינים

(1) שמירת תוקף בלא הענקת מעמד חוקתי

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע הוראה בעניין "שמירת דינים":²⁵³

"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד."

הוראה זו נועדה לשמור על התוקף המשפטי (ה-*validity*) של דין ישן שאינו מידתי. היא שריינה הלכה למעשה את הדין הישן בפני ביקורת שיפוטית באשר ליחסו לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מונעת את הצורך לבחון אם הדין הישן פגע בזכות חוקתית באופן לא מידתי. די בכך שהדין הוא ישן כדי לחסום ביקורת שיפוטית באשר למידתיותו של הדין הישן.²⁵⁴ ביסודה של גישה זו מונחת פשרה פוליטית, המבוססת על היעדר הסכמה בענייני דת ומדינה. "מחיר הפשרה" היה בשמירת הדין הישן.

הפסקה בדבר שמירת הדינים אינה מעלה את מעמדו של הדין הישן לרמה חוקתית. דין זה נשאר ברמתו התת-חוקתית. על כן אין מניעה לכך שבית המשפט יצהיר על קיומה של סתירה בין הדין הישן לבין זכויות האדם שבחוקי היסוד החדשים. הצהרה זו תישאר בגדר הצהרה בלא להביא לסעדים בגין אי חוקתיות החוק.²⁵⁵ פועלה של הפסקה בעניין שמירת הדינים הוא ליצור חריג לכלל כי נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה.²⁵⁶ בכך הוא דומה

252 ראו ס' 123 לחוק היסוד הגרמני.

253 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראה דומה אינה קיימת לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק, ראו לעיל עמ' 206.

254 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 225, בעמ' 561.

255 על סמכות זו של בית המשפט, ראו David Jankins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 INT'L J. CONST. L. 183 (2009).

256 ראו פרשת גנימאת, לעיל ה"ש 188, בעמ' 411.

לפסקת ההגבלה ולפסקת ההתגברות. בכך מתמצה הדמיון בין הפסקאות השונות. בעוד שפסקת ההגבלה שומרת על תוקפו של דין תת-חוקתי הפוגע בזכות החוקתית באופן מידתי, הרי הפסקה בדבר שמירת הדינים שומרת על תוקפו של דין ישן בין אם הוא מידתי ובין אם אינו מידתי. מבחינה זו דומה פסקה זו לפסקת ההתגברות. שתיהן שומרות על תוקפו של דין תת-חוקתי לא-מידתי. השוני ביניהן הוא בתנאי השמירה, בהמשכה וברציונל המונח ביסודן. אין בשמירת הדינים כדי למנוע מתן פירוש חדש לדין הישן.²⁵⁷ פירוש חדש זה משקף את המבנה החוקתי החדש בכלל, ואת האיזונים החדשים באשר ליחס בין זכויות אדם בינן לבין עצמן ובין לבין טובת הכלל. אכן, פסקת ההגבלה והמידתיות שבמרכזה לא יחולו לעניין הדין הישן. האיזון הפרשני המבוסס על מידתיות יחול בדין הישן כבדין החדש. שאלה יפה היא מהו היחס בין הפסקה בדבר שמירת הדינים לבין חובתה של הרשות השלטונית להגן על זכויות חוקתיות.²⁵⁸ טול את הוראות חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו לפיה "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".²⁵⁹ הפסקה בדבר שמירת הדינים שומרת על תוקפו של דין הישן הפוגע באופן לא מידתי בחיים, בגוף או בכבוד. אך האם משחררת הפסקה בדבר שמירת הדינים את המחוקק מחובתו להגן על החיים, הגוף או הכבוד? ואם חובה זו ממשיכה לעמוד בעינה, הניתן לאכפה על המחוקק?²⁶⁰ האם הפסקה בדבר שמירת הדינים תגן על המחוקק במצב דברים זה?

(2) חוק חדש המתקן דין ישן

מה דין תיקון חדש לדין ישן? תשובתה של הפסיקה היתה כי הדין החדש אינו חוסה תחת המטרייה של הפסקה בדבר שמירת הדינים. "החוק העיקרי לחוד והחוק המתקן לחוד".²⁶¹ באמצעות הפסקה בדבר שמירת הדינים ביקש חוק היסוד "לשמר בשלב הנוכחי את הקיים; אך הוא לא פרס כנפי הגנה על החדש, שהרי אחרת היה מרוקן את חוק היסוד מתוכנו ומתכליתו".²⁶²

מה הדין אם החוק המתקן הוא חוק מיטיב? חוק מיטיב הוא חוק המתקן דין ישן באופן המגביר את ההגנה על הזכות החוקתית בהשוואה להגנה שהוענקה לה בדין הישן. האם התיקון צריך להיות מידתי? התשובה היא בחיוב, ובלשונו של השופט י' זמיר בפרשת צמח:²⁶³

257 שם, בעמ' 412.

258 לחובת ההגנה של הרשות השלטונית, ראו להלן עמ' 513.

259 סעיף 4 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.

260 ראו להלן עמ' 521.

261 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 262 (הנשיא שמגר).

262 שם, בעמ' 263 (הנשיא שמגר).

263 פרשת צמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 260.

“כאשר המחוקק חוקק את החוק המתקן, הוא היה מודע לחובה המוטלת עליו, על פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא לפגוע בזכות היסוד בניגוד לחוק היסוד. תפקידו של בית המשפט הוא לבדוק אם אכן החוק המתקן מקיים חובה זאת. משמע, על בית המשפט לבדוק את החוק המתקן לאור חוק היסוד.”

אכן, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע שתי פסקאות הגבלה – האחת לחוק חדש “רגיל” והאחרת לחוק חדש המתקן חוק ישן – אלא פסקת הגבלה אחת בלבד. זאת ועוד: ההבחנה בין חוק חדש “לגמרי” לבין חוק חדש המתקן חוק ישן היא קשה ועשויה להוות מקור לחוסר ודאות. לבסוף – וזה העיקר בעיניי – אין זה ראוי לצמצם את דרישותיה של פסקת ההגבלה. פסקה זו מציבה בפני המחוקק דרישות מסוימות וראוי כי דרישות אלה יופעלו לעניין כל דבר חקיקה חדש היוצא מבית מדרשו של המחוקק. פסילתה של חקיקה חדשה המתקנת את הדין הישן מן הטעם שהוראותיה אינן מקיימות את דרישותיה של פסקת ההגבלה, אינן היתר למחדל חקיקתי. מן הראוי שהן יהוו תמריץ לשינוי עמוק יותר, שיעלה בקנה אחד עם תנאיה של פסקת ההגבלה.²⁶⁴

(3) חקיקת משנה חדשה מכוח חוק ישן

מה דינה של חקיקת משנה חדשה הנעשית מכוח הסמכה המצויה בדין ישן? האם בשל היותה חדשה – כלומר, לאחר כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – עליה לקיים את דרישת המידתיות? או שמא, בשל היות החוק המסמיך דין ישן – כלומר דין שחוקק לפני חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר פסקת שמירת הדינים חלה עליו – חקיקת המשנה מכוחו פטורה מחובת המידתיות? כמובן, את הוראת הדין הישן המסמיכה לחקיקת משנה יש לפרש על רקע הוראותיו של חוק היסוד.²⁶⁵ עם זאת, אין בכך כדי להשיב על השאלה מה דין הסמכה בדין ישן לחקיקת משנה שאינה מידתית?²⁶⁶ לדעתי, חקיקת משנה זו חוסה תחת כנפיה של ההוראה בדבר שמירת הדינים. אם שמירת הדינים חלה על סעיף ההסמכה בדין הישן, היא צריכה לחול גם על חקיקת משנה הנחקקת מכוחו לאחר חקיקתו של חוק היסוד. גישה שונה – המבחינה בין הוראת ההסמכה עצמה לבין הפעלתה – עושה את ההוראה בדבר שמירת דינים לאות מתה. לא כך יש לפרשה.

264 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 225, בעמ' 563.

265 ראו לעיל עמ' 223.

266 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 225, בעמ' 563.

פרק שביעי

המקורות ההיסטוריים של המידתיות

א. מידתיות בחיים ובמשפט

1. מידתיות בחשיבה האנושית

מידתיות היא תכונה ראויה בחיי היומיום. היא משקפת ניסיון חיים ותבונה אנושית¹. היא ביטוי לצדק אנושי, ומוצאת ביטוי בדימוי של אלת הצדק המחזיקה בידה מאזנים². היא גם ביטוי לחשיבה אנושית רציונלית³. אנו דורשים מעצמנו ומזולתנו לפעול במידתיות. אנו גורסים כי עונש צריך להיות מידתי לעבירה. "מידה כנגד מידה" נתפסת כתגובה ראויה. כבר במקורות שלנו נקבע העיקרון כי "מה ששנא עליך לא תעשה לחברך"⁴. מושג המידתיות שכן כבוד בחשיבה האנושית במשך הדורות⁵. המושגיות היוונית של צדק מתקן (justitia vindicativa) וצדק חלוקתי (justitia distributiva) תרמה להתפתחותו של מושג המידתיות⁶. גם במשפט הרומי ניתן למצוא הד לגישה זו⁷. המאגנה קרטא קבעה כבר בשנת 1215:⁸

- 1 ראו E.M. THOMAS, THE JUDICIAL PROCESS: REALISM, PRAGMATISM, PRACTICAL REASONING AND PRINCIPLES 337 (2005).
- 2 ראו Dennis E. Curties & Judith Resnik, *Images of Justice*, 96 YALE L.J. 1727, 1741 (1987).
- 3 ראו JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASONS AND NORMS 95 (2nd ed., 1999).
- 4 בבלי, שבת לא, א. ראו גם אביעד הכהן "עקרון המידתיות במשפט העברי" פרשת השבוע 342 (תשס"ט).
- 5 GARTH L. HALLET, GREATER GOOD: THE CASE FOR PROPORTIONALISM (1995) למידתיות בנצרות, ראו
- 6 Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice*, 77 IOWA L. REV. 403 (1992); IZHAK ENGLARD, ראו CORRECTIVE AND DISTRIBUTIVE JUSTICE: FROM ARISTOTLE TO MODERN TIMES (2009).
- 7 ראו Klaus Stern, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermassverbots*, in FESTSCHRIFT FÜR PETER LERCHE 165 (1993).
- 8 GODFREY CARLESS DAVIS, MAGNA CARTA 19 (1963).

“For a trivial offence a free man shall be fined only in proportion to the degree of his offense, and for a serious offence correspondingly but not so heavily as to deprive him of his livelihood.”

כתיבתו של תומאס אקווינס (Thomas Aquinas) תרמה אף היא לפיתוחה של המידתיות.⁹ גם בתחומי המשפט הבינלאומי הפומבי של ימי הביניים ניתן למצוא את המידתיות כחלק מהדוקטרינה הנוצרית של “המלחמה הצודקת” (Just War). על פיה היה צורך לאזן בין התועלת הכוללת שהמלחמה תגרור אחריה לבין הנזק שהיא תסב.¹⁰

2. מידתיות ונאורות

התפתחותה של המידתיות קשורה קשר הדוק למהפכה האינטלקטואלית של המאה השמונה-עשרה ולתפיסות שנוסחו בה על אודות הנאורות (Enlightenment) והאמנה החברתית. על פי תפיסות אלה, האזרחים העניקו את הפעלת הכוח לשליט כדי שיפעל להגשמת טובת הכלל. המידתיות עצמה מצאה את ביטוייה באנגליה בכתיבתו של בלקסטון (Blackstone), שעמד על העיקרון כי חירות אזרחית (civil liberty) מוצאת את ביטוייה בתוך¹¹

“...natural liberty so far restrained by human laws (and not farther) as is necessary and expedient for the general advantage of the public.”

המידתיות קשורה בקשר הדוק להתפתחות המושג של “המדינה הליברלית” מאז סוף המאה התשע-עשרה. על פי מושגיות זו, לא כל מטרה המגשימה את טובת הכלל היא מטרה המצדיקה פגיעה בזכויות אדם. כן ניתן לקשור את ההתפתחות של מושג זה למשפט הטבעי.

9 ראו 7 ו 64. THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGICAL II-II. Qua estio 64, and 7
 10 לספרות בשאלה זו, ראו Joachim Von Elbe, *The Evolution of the Concept of the Just War* in *International Law*, 33 AM. J. INT’L L. 665 (1939); JAMES TURNER JOHNSON, IDEOLOGY, REASON, AND THE LIMITATION OF WAR: RELIGIOUS AND SECULAR CONCEPTS, 1200-1740 (1975); JAMES JOHNSON, JUST WAR TRADITION AND THE RESTRAINT OF WAR (1981); JUDITH GARDAM, NECESSITY, PROPORTIONALITY AND THE USE OF FORCE BY STATES 8 (2004); YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENSE 67 (4th ed., 2005).

11 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 125 (1765)

3. המידתיות והמאבק בפורמליזם

בסוף המאה התשע-עשרה ובמחצית הראשונה של המאה העשרים נקשרה התפתחותה של המידתיות למעבר מתורת משפט של מושגים (Begriffjurisprudenz) לתורת משפט של אינטרסים (Interessenjurisprudenz). המידתיות עלתה בקנה אחד עם המגמה הריאליסטית במשפט הקונטיננטלי, ועם תחילתו של הפוזיטיביזם, גם אם לא צמחה מתוכו. ביסוד התפתחותה של המידתיות עמד הצורך והרצון להגן על זכויות האדם מפני כוחה של המדינה.¹²

4. תרומתו של קרל גוטליב סוארז (Carl Gottlieb Svarez)

מקורה ההיסטורי של המידתיות, כאמת-מידה במשפט הציבורי, נעוצה במשפט הציבורי הגרמני. הדעה המקובלת בגרמניה מייחסת את הבסיס המשפטי המודרני לעיקרון המידתיות לחוקר ואיש המדע הגרמני קרל גוטליב סוארז (1746-1798).¹³ סוארז היה הנסח העיקרי של הקודקס האזרחי הפרוסי משנת 1794 (ה־ Allgemeines Landrecht der Preussischen Staaten). בסדרת הרצאות שנתן בשנים 1791 ו-1792 (ה־ Kronprinzenvorträge) הוא ציין – על רקע הנאורות ופירוטיה – כי המדינה רשאית להגביל את חירותו של פרט רק כדי הצורך להבטיח חירות וביטחון לאחרים. סוארז הדגיש כי העוול שמבקשים באמצעות הגבלה זו למנוע צריך להיות באופן מהותי גדול יותר מהפגיעה בחירות הפרט, ובלשונו (בתרגום לאנגלית):¹⁴

“Only the achievement of a weightier good for the whole can justify the state in demanding from the individual the sacrifice of a less substantial good. So long as the difference in weights is not obvious, the natural freedom must prevail... The [social] hardship, which is to be averted through the restriction of the freedom of the individual, has to be more

12 ראו Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins* (forthcoming 8 INT'L CONST. L. (2010)).

13 ראו LOthAR HIRSCHBERG, DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT (1980); Klaus Stern, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermassverbots*, in Festschrift für Peter Lerche 165 (1993); DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 307 (1994); Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2009).

14 CARL GOTTLIEB SVAREZ, VORTRÄGE ÜBER RECHT UND STAAT 40 (Hermann Conrad & Gerd Kleinheyder eds., 1960). התרגום נלקח מרשימתם של Stone Sweet & Mathews, לעיל ה"ש 13, בעמ' 99.

substantial by a wide margin than the disadvantage to the individual or the whole that results from the infringement.”

אם כן, שניים מתוך שלושת מבחני המידתיות המודרנית (התאמה (קשר רציונלי) וצורך (היעדר חלופה פוגעת פחות)) מעוגנים כבר בכתיבתו של סוארו. הוא ראה בעקרונות אלה ביטוי לסבירות ולצדק הנוהגים בשיטה המכירה בזכותו הטבעית של הפרט לחירות. על אף הביטוי שניתן למידתיות בכתיבו, סוארו עצמו לא נקט את הביטוי “מידתיות”¹⁵. (Verhältnismässigkeit)

ב. התפתחותו של עיקרון המידתיות במשפט הציבורי הגרמני

1. התפתחות המידתיות במשפט המנהלי במאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים

המידתיות כמשפט פוזיטיבי – ולא רק כתפיסת עולם חברתית נוסח סוארו – הופיעה במשפט המנהלי הפרוסי במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה.¹⁶ הביטוי “מידתיות” (Verhältnismässigkeit) הופיע בספרות המשפטית-מנהלית בגרמניה לקראת סוף המאה השמונה-עשרה.¹⁷ באותה עת נדונה המידתיות במסגרת דיני המשטרה (Polizeirecht), שהיו המסגרת הכללית למשפט המנהלי הפרוסי. המידתיות פותחה בעיקר על ידי בית המשפט המנהלי העליון של פרוסיה (Preussisches Oberverwaltungsgericht).¹⁸ בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי התנהגות המשטרה הייתה בלתי-חוקית משום שהייתה בלתי-מידתית. כך, למשל, נדון עניינו של חנווני שחרג כמה פעמים מתנאי ההיתר שניתן לו למכירת משקאות משכרים. המשטרה הורתה על סגירת החנות כולה. בית המשפט הורה על ביטול ההוראה ופסק כי סגירת החנות היא סנקציה בלתי-מידתית, שכן ניתן היה להסתפק בביטול ההיתר שניתן לאותו חנווני למכירת משקאות משכרים.¹⁹ במקרה אחר נדון עניינו של בעל מקרקעין

15 ראו GEORGE FRUMKIN, A SURVEY OF THE SOURCES OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN GERMAN LAW 18 (1991).

16 ראו MAHENDRA P. SINGH, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW PERSPECTIVE (2nd ed., 2001).

17 הביטוי מיוחס ל-Gunther Heinrich Von Berg, ראו FRUMKIN, לעיל ה"ש 15, בעמ' 17.

18 להתפתחות ההיסטורית, ראו SINGH, לעיל ה"ש, בעמ' 16. ראו גם Kenneth Ledford, *Formalizing the Rule of Law in Prussia: The Supreme Administrative Law Court, 1876-1914*, 37 CENTRAL EUROPEAN HISTORY (2004) 12; וכן Cohen-Eliya & Porat, לעיל ה"ש 12.

19 ראו PrOVGE 424, 425. מובא על ידי FRUMKIN, לעיל ה"ש 15, בעמ' 23. ראו גם Stone, Sweet & Mathews, לעיל ה"ש 13, בעמ' 101.

שהקים עליהם גדר. בלילה לא ניתן היה לראות הגדר והיא יצרה סיכון להולכי רגל. לפיכך הוא נצטווה לסלקה. בית המשפט פסק כי הציווי היה בלתי־חוקי משום שניתן היה לנקוט אמצעי פוגעני פחות, דהיינו, חיובו להתקין תאורה.²⁰ הדינים של אותה עת סוכמו יפה באמרתו של פריץ פליינר (Fleiner) לפיה "אין לירות בתוחמים על דרורים".²¹ התפתחות זו של עיקרון המידתיות נמשכה עד תחילת שנות השלושים של המאה העשרים. היא הוסיפה להתקיים בתקופת הרפובליקה של ויימר (Weimar), ובאה לסיימה עם עליית הנאצים לשלטון.

2. התפתחותה של המידתיות במשפט החוקתי הגרמני לאחר מלחמת העולם השנייה

חוק היסוד הגרמני אינו כולל הוראה מפורשת בעניין מידתיות.²² למעט הזכות לכבוד (wurde),²³ כל הזכויות הן יחסיות. לגבי חלק מהזכויות אין כל פסקת הגבלה מפורשת. חלקן ניתנות להגבלה ב"חוק". לחלקן יש פסקת הגבלה מיוחדת. מאז היווסדו ועד היום נאמן בית המשפט החוקתי לקביעה כי כל הזכויות כולן – למעט הזכות לכבוד – כפופות לעיקרון החוקתי של המידתיות, על כל חלקיו. משמעות הדבר הינה כי צריכים להתקיים: מטרה ראויה, התאמה, צורך ואיזון בין הפגיעה בזכות לבין התועלת החברתית הכרוכה בה.²⁴ פסק הדין שניתן בפרשת ההקלטות הסודיות (מ'1973)²⁵ הוא דוגמה טיפוסית לגישתו של בית המשפט. באותה פרשה נדונה השאלה אם ניתן להשתמש כראיה בהקלטה שנעשתה ללא הסכמת הדובר. בית המשפט החוקתי קבע כי השימוש בהקלטה פוגע בזכות החוקתית לפיתוח האישיות, ובאשר להגבלתה של זכות זו קבע:²⁶

"It is not the entire sphere of private life which falls under the absolute protection of the basic right under Art. 2(1) in conjunction with Art. 1(1) BL(...). The individual, as part of a community, rather has to accept such

20 ראו 13 PrOVGE 426, 427, שם. מובא על ידי FRUMKIN, שם. ראו גם Stone Sweet & Mathews, שם.

21 FRITZ FLEINER, INSTITUTIONEN DES DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHTS 404 (1928).

22 הוראות מפורשות בעניין המידתיות מופיעות בחוקות של המדינות המרכיבות את הרפובליקה הגרמנית (ה-Länder), ראו CURRIE, לעיל ה"ש 13, בעמ' 308 וכן HIRSCHBERG, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2.

23 ראו ס' 1(1) לחוק היסוד הגרמני.

24 ראו Stern, לעיל ה"ש 7.

25 BVerfG 34, 238 (1973).

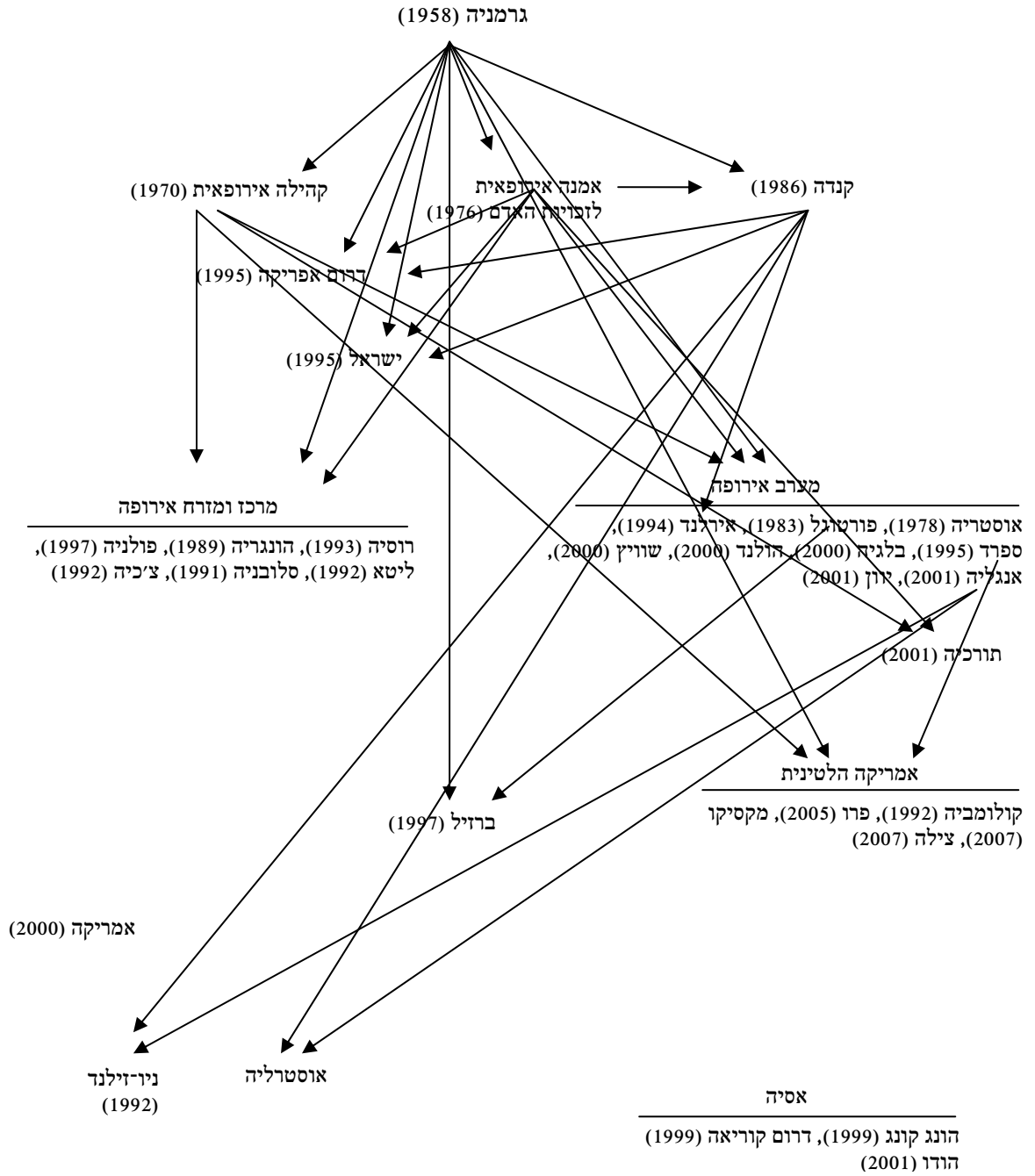
26 התרגום לאנגלית אצל SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES 127 (1999).

state interventions which are based on an overriding community interest under the strict application of the principle of proportionality, as long as they do not affect the inviolate sphere of private life.”

ברשימה ארוכה של פסקי דין הדגיש בית המשפט החוקתי את עיקרון המידתיות. התפתחות דומה התרחשה גם במשפט המנהלי הגרמני²⁷ וכן בשאר ענפי המשפט. התפיסה הגרמנית באשר למידתיות לא נשארה בד' אמותיו של המשפט הגרמני אלא עברה לשיטות משפט אחרות. זוהי דוגמה מובהקת לתופעה המשפטית של נדידת (migration) דינים במשפט החוקתי.²⁸ ניתן לומר, יחד עם ויינריב (Weinrib) כי המידתיות הינה הפרדיגמה שלאחר מלחמת העולם השנייה (ה- post war paradigm) בהגנה על זכויות האדם.²⁹ היא מהווה חלק מההתיאוריה החוקתית המשותפת לרבות מהמדינות הדמוקרטיות³⁰. היא מהווה – בלשונו של דויד לוא (David Law) חלק מה- “generic constitutional law”³¹ ובמסגרתו חלק מה- “generic constitutional analysis”³². כיום מהווה המידתיות חלק מהשפה המשותפת של המשפט החוקתי, שופטיו וחוקריו.³³ לעתים שמרה המידתיות על הגישה הגרמנית על כל מרכיביה. לעתים נטלה המדינה הקולטת אך כמה מהם. שיטות משפט רבות נזקקות למידתיות, תוך שהן נותנות לה תוכן משלה. עם זאת, הדמיון בין שיטות המשפט השונות הוא רב. נפנה אפוא לבחינתה של נדידת דינים זו.³⁴ תיאור כללי שלה מתבטא בתרשים הבא:

- 27 ראו SINGH, לעיל ה"ש 8, בעמ' 19.
- 28 על התופעה בכללותה, ראו Juliane Kokott, *From Reception to Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – With Particular Reference to the German Basic Law*, in CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY: A COMPARATIVE ANALYSIS 71 (Christian Starck ed., 1999); THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS (Sujit Choudhry ed., 2007).
- 29 Lorraine E. Weinrib, *The PostWar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE COHEN- MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84 (Sujit Choudhry ed., 2000). ראו גם-
- 30 ראו Eliya & Porat, לעיל ה"ש 12, בעמ' 12.
- 31 VICKI JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA 60 (2010).
- 32 ראו David S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 MINN. L. REV. 652 (2005).
- 33 שם, בעמ' 693.
- 34 ראו THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS, לעיל ה"ש 28.
- 34 ראו Stone Sweet & Mathews, לעיל ה"ש 13.

תרשים נדידתה של המידתיות



ג. נדידת המידתיות מהמשפט הגרמני למשפט האירופי

1. נדידת הדינים האירופיים

בצד משפטן של מדינות אירופה השונות עומד המשפט האירופי הבין-מדינתי. לענייננו, משפט זה מעוגן באמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד³⁵ ובפרוטוקולים³⁶ שתיקנו אותה, וכן בכמה אמנות שהקימו את הקהילה האירופית (European Community).³⁷ אמנות אלה הקימו גופים שיפוטיים מרכזיים המחזיקים בסמכות לפרש את האמנות שעל פיהן הם פועלים. האמנה האירופית לזכויות האדם מופעלת על ידי בית המשפט האירופי לזכויות האדם, שמקום מושבו בשטרסבורג. האמנות של הקהילה האירופית מתפרשות ומופעלות על ידי בית המשפט האירופי שמקום מושבו בלוקסמבורג. בין בתי המשפט הלאומיים, הדנים בזכויות האדם, לבין בתי המשפט האירופיים, הדנים בזכויות האדם על פי האמנות הרלוונטיות, יש יחסים מורכבים וסבוכים שלא זה המקום לעמוד עליהם. לענייננו חשוב להדגיש את ההפריה ההדדית שבין בתי המשפט הלאומיים לבין בתי המשפט הבין-מדינתיים. הפריה זו מתבטאת, בין השאר, בכך שדוקטרינות שונות המתפתחות במשפט הלאומי נקלטות במשפט הבין-מדינתי ודוקטרינות המתפתחות במשפט הבין-מדינתי נקלטות במשפטן של המדינות השונות³⁸.

המידתיות היא דוגמה יפה להפריה ההדדית זו.³⁹ תחילתה, במשפטה הפנימי של גרמניה. ממנה היא עברה למשפט האירופי של זכויות האדם ולמשפט של הקהילה האירופית. משם הועבר עיקרון המידתיות למשפטן של המדינות האחרות החברות לאמנות אלה, ומהן – אל מדינות אחרות שאינן בהכרח אירופיות.

2. המידתיות באמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות יסוד

- 35 ראו ס' 11-8 ל- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 222 (להלן – האמנה האירופית לזכויות האדם).
- 36 ראו Protocol No. 2 (ETS No. 44), 21 Sep. 1970; Protocol No. 3 (ETS No. 45), 21 Sep. 1970; Protocol No. 5 (ETS No. 55), 20 Dec. 1971; Protocol No. 8 (ETS No. 118), 1 Jan. 1990; Protocol No. 9 (ETS No. 140), 1 Oct. 1994; Protocol No. 11 (ETS No. 155), 1 Nov. 1998.
- 37 ראו Treaty Establishing the European Coal and Steel Community (1951); Treaty Establishing the European Economic Community (1957); Treaty Establishing the European Atomic Energy Community (1957); Treaty on European Union, O.J. C 191 of 29 July 1992; Treaty Establishing the European Community, O.J. C 340 of 10 November 1997.
- 38 ראו A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS (Helen Keller & Alec Stone-Sweet eds., 2008).
- 39 ראו Kokott, לעיל ה"ש 28, בעמ' 101.

האמנה האירופית לזכויות האדם היא הטקסט המרכזי בדבר זכויות האדם המשותף למדינות אירופה. האמנה מכירה ברשימה של זכויות אדם. היא אינה מזכירה במפורש את עיקרון המידתיות. לחלק מהזכויות "צמודה" פסקת הגבלה מיוחדת,⁴⁰ הקובעת את הקריטריון להגבלת הזכות. על פיו, ניתן להגביל את הזכות אם הדבר "[I]s necessary in a democratic society"⁴¹. גם הזכויות שאין בצידן פסקת הגבלה מיוחדת – למעט החירות מעינויים⁴² – פורשו כזכויות יחסיות.⁴³ על פי פסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם, המידתיות על כל מרכיביה, לרבות המידתיות במובן הצר (איזון), היא רכיב מרכזי של זכויות האדם על פי האמנה.⁴⁴

מתי הגיעה המידתיות לפסיקה של בית המשפט האירופי לזכויות האדם? תשובה מוסמכת לשאלה זו מחייבת ברור היסטורי שאינו מעניינו של ספר זה. על פי איזון (Eissen),⁴⁵ פסק הדין הראשון שהכיר באופן מקיף במידתיות הוא פסק הדין בפרשת

- 40 למושגיות של הגבלה מיוחדת, ראו לעיל עמ' 186.
- 41 ראו ס' 8, 9, 10, 11 לאמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 35, וכן DINAH SHELTON, REGIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 226 (2008).
- 42 ראו ס' 3 לאמנה האירופית לזכויות האדם, שם.
- 43 ראו Golder v. UK, (1979-80) 1 EHRR 524; T.R.S. Allan, *Legislative Supremacy and Legislative Intention: Interpretation, Meaning, and Authority*, 63 CAMBRIDGE L.J. 685 (2004); Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L.J. 174, 182 (2006).
- 44 R. Ryssdall, *Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights*, [1966] E.H.R.L.R. 18; Jeremy McBride, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 23 (Evelyn Ellis ed., 1999); YUTAKA ARAI-TAKAHASHI, THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE ECHR (2002); Steven Greer, *Constitutionalizing Adjudication Under the European Convention on Human Rights*, 23 O.J.L.S 405 (2003); VILJANEN JUKKA, THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS A DEVELOPER OF THE GENERAL DOCTRINES OF HUMAN RIGHTS LAW: A STUDY OF THE LIMITATIONS CLAUSES OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 266 (2003); Steven Greer, "Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, 63 CAMBRIDGE L.J. 412 (2004); STEVEN GREER, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: ACHIEVEMENTS, PROBLEMS AND PROSPECTS 216 (2006); THEORY AND PRACTICE OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 335 (Pieter Van Dijk et al. eds., 4th, 2006); GEORGE LETSAS, A THEORY OF INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON ; ON HUMAN RIGHTS (2007) NATIONAL LEGAL SYSTEMS, לעיל ה"ש 38.
- 45 Marc-Andre Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 125, 126 (Ronald St. J. MacDonald et al. eds., 1993).

Handyside⁴⁶ משנת 1976. בפרשה זו, שעסקה בהגבלות על חופש הביטוי, קבע בית המשפט:⁴⁷

“[E]very ‘formality’, ‘condition’, ‘restriction’ or ‘penalty’ imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued.”

ההשראה לגישה זו באה מפסיקתו של בית המשפט החוקתי הגרמני בעניין המידתיות.⁴⁸

3. מידתיות במשפטה של הקהילייה האירופית

המידתיות אינה מאוזכרת במפורש בטקסטים המשפטיים המעצבים את משפטה של הקהילייה האירופית. היא פותחה על ידי בית המשפט האירופי בלוקסמבורג, הן לעניין פיקוח על מוסדות הקהילה האירופית והן במסגרת פנייה מבתי המשפט החברים בקהילייה משעלתה בפניהם שאלת התוקף של אמצעי שנקטו הקהילייה או משפט לאומי רלוונטי. הדבר נעשה במסגרת עמדתו הבסיסית של בית המשפט האירופי, שהושפעה מהמשפט הצרפתי, לפיה בצד הטקסטים הכתובים יש להכיר בתחולתם של עקרונות משפט כלליים (general principles of law).⁴⁹ בין אלה ניתן להזכיר את ההגנה על זכויות האדם, הגשמת ציפיות סבירות,⁵⁰ כללי הצדק הטבעי, הבטחת ביטחון במשפט ושלטון החוק. למידתיות ניתן מקום מרכזי במסגרת העקרונות הכלליים הללו.⁵¹ הגישה המקובלת הינה כי הוא אומץ למשפט הקהילייה האירופית בהשפעת המשפט הגרמני.⁵²

המידתיות מצאה את ביטויה בכמה פסקי דין של בית המשפט האירופי משנות החמישים והשישים. היא באה לידי ביטוי מלא וחשוב ב-1970 בפרשת *Internationale*

- .Handyside v. The United Kingdom, App. No. 5493/72, 1 Eur. H.R. Rep. 737 (1979) 46
שם, פס' 49 לפסק הדין. 47
ראו Stone Sweet & Mathews, לעיל ה"ש 13. 48
TAKIS TRIDIMAS, THE GENERAL PRINCIPLES OF EC LAW 89 (1999); MITCHEL LASSER, ראו 49
JUDICIAL TRANSFORMATIONS: THE RIGHTS REVOLUTION IN THE COURTS OF EUROPE 224
(2009).
ROBERT THOMAS, LEGITIMATE EXPECTATIONS AND PROPORTIONALITY IN ראו 50
ADMINISTRATIVE LAW (2000).
Joseph H. H. Weiler & Nicolas Lockhart, "Taking Rights Seriously" *The European* 51
Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part 1, 32 COMMON MARK. L. REV.
51, 81 (1995); Walter van Gerven, *The Effect of Proportionality on the Actions of*
Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental
Europe, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 37 (Evelyn Ellis
.ed., 1999).
.NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW (1996) ראו 52

Handelsgesellschaft.⁵³ ה-Advocate General באותה פרשה (Dutheilat de Lamothe) בחן את המידתיות ומצא לה סימוכין בטקסטים של הקהילייה. בית המשפט קיבל עמדה זו. בפרשה זו נבחנה חוקיותו של צו של הקהילייה ויחסו לזכותו של הפרט. גישה זו הורחבה בתחילת שנות השמונים גם לבחינת התאמתה של חקיקה לאומית למשפט של הקהילייה האירופית.⁵⁴

בשנת 2004 התקבלה טיוטה של חוקה לאירופה.⁵⁵ על פי טיוטה זו תכלול החוקה מגילת זכויות בסיסיות. הזכויות נוסחו בלשון "מוחלטת". בצדן של כמה זכויות נקבעה פסקת הגבלה מיוחדת. כל הזכויות הוכפפו לפסקת הגבלה כללית (סעיף 112(1)):

"Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognized by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognized by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others."

לא כל המדינות של האיחוד האירופי אישרו טיוטה זו. תחתייה הוכנה ב-2007 (בליסבון) הצעה לאמנה (Treaty) – אמנה ולא חוקה.⁵⁶ סעיף 3b לאמנה המוצעת קובע כי מוסדות הקהילה יפעלו על פי עיקרון המידתיות. אמנה זו אושרה על ידי חברות האיחוד האירופי. יש בכך כדי להצביע על מרכזיותה של המידתיות במשפט של הקהילייה האירופית.

Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbh v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, E.C.R. 1125 (1970); JURGEN SCHWARZE, EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW 708 (1992) 53

ראו EMILIOU, לעיל ה"ש 52, בעמ' 134. ראו גם Grainne de Burca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, 13 Y.B. EUR. L. 105 (1993); Takis Tridimas, *The Principle of Proportionality in Community Law: From the Rule of Law to Market Integration*, 31 IRISH JURIST 83 (1996); Takis Tridimas, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 65 (Evelyn Ellis ed., 1999); Jan H. Jans, *Proportionality Revisited*, 27(3) LEGAL ISSUES OF EUROPEAN INTEGRATION 239 (2000); Leonor Moral Soriano, *How Proportionate Should Anti-Competitive State Intervention Be?* 28 EUR. L. REV. 112 (2003); Jan H. Jans, *Minimum Harmonisation and the Role of the Principle of Proportionality* (2007), available at www.ssrn.com/abstract=1105341 54

ראו Treaty Establishing a Constitution for Europe, O.J. C 310 of 16 December 2004 55
ראו Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Dec. 17, 2007 O.J. (C 306) 1 56
Pati Roza, *Rights and Their Limits: The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 223 (2005)

ד. מהמשפט האירופי למשפט של מדינות מערב-אירופה

בעקבות התפתחות המידתיות בגרמניה ובמשפט האירופי – הן בבית המשפט האירופי בלוקסמבורג והן בבית המשפט האירופי לזכויות האדם בשטרסבורג – החלה התפתחות תורת המידתיות במדינות רבות במערב-אירופה⁵⁷. כך הדבר בספרד,⁵⁸ בפורטוגל,⁵⁹ בצרפת,⁶⁰ באיטליה,⁶¹ בבלגיה,⁶² ביוון,⁶³ בשווייץ.⁶⁴ תהליך דומה התרחש בטורקיה.⁶⁵

- ראו A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS 57 לעיל ה"ש 38.
- ראו Recurso de Amparo (Habeas Corpus) 66/1995 decided by the *Constitutional Court of Spain* on May 8th, 1995; Javier Barnes, *El Principio De Proporcionalidad: Estudio Preliminar*, 5 CDP 15 (1998); Javier Barnes, *Introduccion A La Jurisprudencia Constitucional Sobre El Principio De Proporcionalidad en el Ambito de Los Derechos Y Libertades*, 5 CDP 333 (1998); Gilmar Ferreira Mendes, *O Principio da Proporcionalidade na Jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras*, REPERTORIO IOB DE JURISPRUDENCIA, v. 4, 23-24 (2000); JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, *LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* (2004); CARLOS BERNAL PULIDO, *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* (3.a edicions, 2007); Javier Barnes, *The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration*, in SCHÄFFER ET AL, *CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN EUROPE*, SOCIETAS IURIS PUBLICI, EUROPAEI, FOURTH CONGRESS, GÖTTINGEN (Germany, 2008)
- ראו 1976 Constitution S18 (2) 7th revision [2005]; Vitalino Canas, *Proporcionalidade*, in 59 DICIONÁRIO JURIDICO DA ADMINISTRACAO PUBLICA (Vol. VI, 1994); Anabela Leão, *Notas Sobre o Principio da Proporcionalidade ou da Proibicao do Excesso*, 5 F.D.U.P. 999 (2001); Luis Filipe Colaco Antunes, *Interesse Publico, Proporcionalidade e Mérito: Relevância e Autonomia Processual do Principio da Proporcionalidade*, in ESTUDOS EM HOMENAGEM A PROFESSORA DOUTORA ISABEL DE MAGALHAES COLLACO 539 (vol. II, 2002); Tembeka Ngcukaitobi, *The Evolution of Standing Rules in South Africa and Their Significance in Promoting Social Justice*, 18 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 590 (2002); JORGE REIS NOVAIS, *Os Principios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa* 161 (2004); Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituicao, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais*, 81 BFD 325 (2005)
- ראו XAVIER PHILIPPE, *LE CONTROLE DE PROPORTIONNALITE DANS LES JURISPRUDENCES CONSTITUTIONNELLE ET ADMINISTRATIVE FRANCAISES* (1990); Goesel-Le Bihan, *Le Controle de proportionnalite exerce par le .Conseil Constitutionnel*, 22 LES CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL 208 (2007); Andrea Bortoluzzi, *The Principle of Proportionality in Comparative Law: A Comparative Approach from the Italian Perspective* (forthcoming, 2009) available at www.works.bepress.com/andrea_bortoluzzi
- ראו DIANA-URANIA GALETTA, *PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA E SINDACATO* 61 GIURISDIZIONALE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO (1998); ALDO M. SANDULLI, *LA .PROPORZIONALITA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA* (1988)

בחלק ממדינות אלה נקבעה המידתיות בלשון מפורשת בפסקת הגבלה חוקתית בפרק על זכויות האדם.

ה. מהמשפט האירופי לקנדה, לאירלנד ולאנגליה

1. קנדה

עד לכינונו של הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות מ-1982⁶⁶ לא הכיר המשפט הקנדי במידתיות כחלק מדיני זכויות האדם. מלכתחילה, החוקה הקנדית (Constitution Act, 1867) לא כללה פרק בדבר זכויות האדם. ב-1960, כשנחקקה מגילת הזכויות הקנדית (Canadian Bill of Rights), היה זה דבר חקיקה "רגיל", נטול מעמד חוקתי-על-חוקי, ופרשנותו לא כללה את המידתיות.⁶⁷ השינוי הדרמטי התחולל בקנדה ב-1982, עם כינונו של הצ'רטר הקנדי. מעמדו של הצ'רטר הוא חוקתי. נקבע בו במפורש כי חוק הנוגד את

62 ראו Maria Sakellariou, *La Genealogie De La Proportionnalite* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007); Mme Anne Rasson & M. Rik Ryckeboer, *Le Principe de Proportionnalite Dans la Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle de Belgique*, CDL-JU (2007)024.

63 ראו Sarantis Orfanoudakis & Vasiliki Kokota, *The Application of the Principle of Proportionality in the Caselaw of Community and Greek Courts: Similarities and Differences* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007).

64 הוראה כללית מצויה בס' 5(2) לחוקה של שווייץ: "state activity must be in the public interest and be proportional to the goals pursued" מצויה בס' 36(3): "Limitations of fundamental rights must be proportionate to the goals pursued".

65 ס' 13 לחוקה של תורכיה. בעקבות תיקונים מ-2001: "Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and in conformity with the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution without infringing upon their essence. These restrictions shall not be in conflict with the letter and spirit of the Constitution and the requirements of the democratic order of the society and the secular Republic and the principle of proportionality". ראו גם Yücel Ogurlu, *A Comparative Study on the Principle of Proportionality in Turkish Administrative Law*, KAMU HUKUKU ARŞIVI, KHUK 5 (2003).

66 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982 (להלן – הצ'רטר הקנדי).

67 ראו PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 24 (5th ed., vol II, 2007).

הוראות הצ'רטר אינו אפקטיבי⁶⁸ ובית משפט מוסמך להצהיר על כך.⁶⁹ בצד הכרה בזכויות השונות נקבעה בסעיף 1 לצ'רטר פסקת הגבלה כללית,⁷⁰ שזו לשונה:

“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

מה משמעותה של הקביעה כי ניתן להגביל זכויות אדם אם ההגבלה הינה סבירה (“reasonable”) ואם ניתן להצדיקה בחברה חופשית ודמוקרטית (demonstrably justified in a free and democratic society)? בפרשו הוראה זו (ב-1985) הפנה הוג (Hogg) לאמנה האירופית לזכויות האדם ולפסיקה שפירשה אותה.⁷¹ הוא ציין במיוחד את פרשת ה-*Sunday Times* מ-1979,⁷² והוסיף:⁷³

“In applying S. 1 of the Charter, Canadian courts will have to follow a reasoning process similar to that employed in the *Sunday Times* case. The word ‘reasonable’ in S. 1 requires that a limit on Charter rights be rationally related to a legitimate purpose. The word ‘reasonable’ also contains within it an idea of proportionality. In the *Sunday Times* case, the Court acknowledged the legitimacy of the governmental purpose of protecting the courts from undue public pressure, but held that the suppression of all speech relating to ongoing litigation was a disproportionately severe restraint. The same kind of reasoning would be put under S.1.”

לא חלפה שנה, ובית המשפט העליון של קנדה פסק את הדין בפרשת *Oakes*.⁷⁴ נשיא בית המשפט העליון, השופט דיקסון (Dickson C.J.) קבע כי הגבלות סבירות שניתן להצדיקן

68 ראו ס' 52(1) לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 66.

69 ראו ס' 24 לצ'רטר הקנדי, שם.

70 למושגיות של פסקת הגבלה כללית, ראו לעיל עמ' 187.

71 ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 687 (2nd ed., 1985). ברוח דומה

ראו Berend Hovius, *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.

213 (1985); Berend Hovius, *The Limitations Clauses of the European Convention on*

Human Rights and Freedoms and Section 1 of the Canadian Charter of Rights and

Freedoms: A Comparative Analysis, 6 Y.B. EUR. L. 105 (1987).

72 *Sunday Times v. United Kingdom*, App. No. 6538/74, 2 Eur. H.R. Rep. 245 (1980).

73 HOGG, לעיל ה"ש 71, בעמ' 687.

74 *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

בחברה חופשית ודמוקרטית מחייבות מטרה ראויה ויחס מידתי בינה לבין האמצעים שננקטים. מטרה ראויה היא מטרה חברתית לוחצת (pressing) ומהותית (substantial). מידתיות היחס תיקבע על פי שלושה מבחני-משנה – קשר רציונלי, היעדרה של חלופה פוגענית פחות ותוצאה מידתית.⁷⁵ בכך אומצה למעשה המידתיות⁷⁶ כפי שהובנה אותה על ידי בית המשפט האירופי בשטרסבורג בפרשו את האמנה האירופית. אימוצה של

- 75 לניתוח הפסיקה הקנדית, ראו HOGG, לעיל ה"ש 67, וכן Sidney R. Peck, *An Analytical Framework for the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 25 OSGOODE HALL L.J. 1 (1987); Robin M. Elliot, *The Supreme Court of Canada and Section 1 – The Erosion of the Common Front*, 12 QUEEN'S L.J. 277 (1987); Lorraine E. Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter*, 10 SUP.CT.L.REV. 469 (1988); Roger P. Kerans, *The Future of Section One of the Charter*, 23 U. BRIT. COLUM. L. REV. 567 (1988); Paul G. Murray, *Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Examination at Two Levels of Interpretation*, 21 OTTAWA L. REV. 631 (1989); Norman Siebrasse, *The Oakes Test: An Old Ghost Impeding Bold New Initiatives*, 23 OTTAWA L. REV. 99 (1991); Ruth Colker, *Section 1, Contextuality, and the Anti-Disadvantage Principle*, 42 U. TORONTO L.J. 77 (1992); Andrew Lokan, *The Rise and Fall of Doctrine Under Section 1 of the Charter*, 24 OTTAWA L. REV. 163 (1992); Christopher M. Dassios & Clifton P. Prophet, *Charter Section 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada*, 15 ADVOCATES' QUARTERLY 289 (1993); Leon E. Trakman, William Cole-Hamilton & Sean Gatién, *R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board*, 36 OSGOODE HALL L.J. 83 (1998); Dwight Newman, *The Limitation of Rights: A Comparative Evolution and Ideology of the Oakes and Sparrow Tests*, 62 SASK. L. REV. 543 (1999); Marshall Rothstein, *Section 1: Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms*, 27 MAN. L.J. 171 (2000); Timothy Macklem & John Terry, *Making the Justification Fit the Breach*, 11 Sup.Ct.L.Rev. 575 (2000); John A. Terry, *Section 1: Controlling the Oakes Analysis*, SPEC. LECT. L.S.U.C. 479 (2001); Christopher D. Brecht, *The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter*, 14 S.C.L.R. 175 (2001); Lorraine E. Weinrib, *The Charter's First Twenty Years: Assessing the Impact and Anticipating the Future* (paper presented at the 2002 Isaac Pitblado Lectures, November 22 and 23, 2002); Lorraine E. Weinrib, *Canada's Charter of Rights: Paradigm Lost?* 6 REVIEW OF CONSTITUTIONAL STUDIES 119 (2002); Sujit Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, 34 SUP.CT.L.REV. 501 (2006)
- 76 T.R.S. Allan, *Human Rights and Judicial Review: A Critique of "Due Deference"*, 76 65(3) C.L.J. 671 (2006); Aharon Barak, *Proportional Effect: The Israeli Experience*, 57 U. TORONTO L.J. 369 (2007); Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383 (2007)

המידתיות במשפט החוקתי פתח לדיון את השאלה אם אמת-מידה זו חלה גם במשפט המינהלי. שאלה זו טרם הוכרעה במשפט הקנדי.⁷⁷

2. אירלנד

לאירלנד חוקה שהתקבלה בשנת 1937. ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים מוכרת באירלנד. החוקה כוללת סעיפים בדבר זכויות אדם. אין בה פסקת הגבלה כללית.⁷⁸ פסקאות הגבלה מיוחדות⁷⁹ – עד כמה שהן קיימות – מציינות תכליות שלשמן ניתן להגביל זכויות אדם. לגבי כמה זכויות נקבע כי הן יוגבלו "in accordance with law". כמה זכויות אינן כוללות כל הגבלה. אין בחוקה אזכור מפורש למידתיות. סעיף 40(3) לחוקה קובע:

"(1) The State guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the personal rights of the citizen.

(2) The State shall, in particular, by its laws protect as best it may from unjust attack and, in the case of injustice done, vindicate the life, person, good name, and property rights of every citizen."

בפרשו הוראה זו קבע בית המשפט העליון של אירלנד כי החוקה מבטיחה את קיומן של זכויות שלא נקבעו בה במפורש.⁸⁰ מובן שלעניין זכויות אלה אין בחוקה כל הוראה מפורשת באשר להגבלתן.

המידתיות התקבלה בפסיקתם של בתי המשפט באירלנד בתחילת שנות התשעים,⁸¹ גם אם תחילה נעשה הדבר בלא התייחסות מפורשת. בהמשך צוין באחת הפרשות במפורש כי עקרון המידתיות מקובל על בית המשפט האירופי ועל בית המשפט העליון הקנדי.⁸² באחת הפרשות ניתח השופט קוסטלו (Costello) את המידתיות, ובפסק דינו קבע:⁸³

- 77 ראו Guy Régimbald, *Correctness, Reasonableness, and Proportionality: A New Standard of Judicial Review*, 31 MAN. LJ 239 (2005).
- 78 על פסקת ההגבלה הכללית, ראו לעיל עמ' 187.
- 79 למושגיות של פסקת הגבלה מיוחדת, ראו לעיל עמ' 186.
- 80 ראו Ryan v. A.G., [1965] I.R. 294.
- 81 ראו Gerard Hogan, *The Constitution, Property Rights and Proportionality*, 32 IRISH JURIST 373 (1997).
- 82 ראו Cox v. Ireland, [1992] 2 I.R. 503; *In Re Article 26 and the Matrimonial Home Bill* 1993, [1994] I.R. 305, 326; JOHN MAURICE KELLY, *THE IRISH CONSTITUTIONS* 1271 (Gerard Hogan & Gerry Whyte eds., 4th ed., 2003).
- 83 Heaney v. Ireland, [1994] 3 I.R. 593, 607.

“The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. It must relate to concerns pressing and substantial in a free and democratic society. The means chosen must pass a proportionality test. They must: (a) be rationally connected to the objective and not arbitrary, unfair or based on irrational considerations; (b) impair the right as little as possible, and (c) be such that their effects on rights are proportional to the objective.”

בקביעתו זו הסתמך השופט קוסטלו על פסיקה קנדית ועל פסיקה של בית המשפט האירופי לזכויות האדם.⁸⁴ מאז פסק דין זה, בתי המשפט האיריים מרבים לפנות למידתיות בתחומי המשפט החוקתי.⁸⁵ ההתפתחות במשפט המנהלי לא הייתה כה מהירה. קשיים שונים התעוררו באשר ליחס בין המידתיות לבין עילת הסבירות. עם זאת, על פי הגישה המקובלת כיום, המידתיות היא חלק מהמשפט המנהלי האירי.⁸⁶

3. אנגליה

קליטתו של עיקרון המידתיות במשפט המנהלי האנגלי עוררה קשיים שונים. עיקר הקשיים נבעו מכך שהמשפט המקובל האנגלי מכיר בעיקרון הסבירות (reasonableness) כפי שהתקבל בשנות הארבעים (פרשת *Wednesbury*).⁸⁷ לרבים נראתה המידתיות לא נחוצה או אף מזיקה. הצעות שונות שהועלו בשנות השבעים והשמונים להכרה במידתיות בגדרי המשפט המנהלי נתקבלו על ידי חלק בתמיכה נלהבת ועל ידי אחרים בביקורת נוקבת.⁸⁸

84 ראו Declan Costello, *Limiting Rights Constitutionally*, in HUMAN RIGHTS AND CONSTITUTIONAL LAW: ESSAYS IN HONOUR OF BRIAN WALSH 173 (James O'Reilly ed., 1992).

85 ראו KELLY, לעיל ה"ש 182, בעמ' 1270. ראו גם JAMES CASEY, CONSTITUTIONAL LAW IN IRELAND 388 (2000); *In Re Article 26 and the Employment Equality Bill 1996*, [1997] 2 I.R. 321; *Rock v. Ireland*, [1997] 3 I.R. 484; *Murphy v. Independent Radio and Television Commission*, [1999] 1 I.R. 12; *In Re Article 26 and Part V of the Planning and Development Bill 1999*, [2000] 2 I.R. 321; *DK v. Crowley*, [2002] 2 I.R. 744

86 ראו GERARD HOGAN & ראו *Hand v. Dublin Corporation*, [1989] I.R. 26. לניתוח הסוגיה, ראו DAVID GWYNN MORGAN, ADMINISTRATIVE LAW IN IRELAND 531, 541 (2nd ed., 1991); Gerard Hogan, *Judicial Review – The Law of the Republic of Ireland*, in JUDICIAL REVIEW: A THEMATIC APPROACH 316, 336 (Brigid Hadfield ed., 1995)

87 *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 KB 223 ראו להלן בעמ' 460.

88 ראו Anthony Lester & Jeffrey Jowell, *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*, 4 PL 368 (1987); Grainne De Burca, *Proportionality and*

באחת הפרשות שנדונו באמצע שנות השמונים אמנם העלה הלורד דיפלוק (Diplock) את האפשרות לאמץ את עיקרון המידתיות, הנוהג במשפטן של חלק ממדינות הקהילייה האירופית, אך הוא השאיר שאלה זו בצריך עיון.⁸⁹ שופט אחר ראה במידתיות דוקטרינה מסוכנת.⁹⁰ בפרשה אחרת, משנת 1991, נתבקש בית הלורדים לאמץ דוקטרינה זו – אך סירב לכך תוך שקבע שאין לפסול את האפשרות לעשות כן בעתיד.⁹¹ השופט אקנר (Ackner) ציין כי כל עוד לא אומצה האמנה האירופית עצמה בחקיקה האנגלית, אין יסוד לאימוצה של המידתיות באנגליה. הספרות המשפטית המשיכה לעסוק בסוגיה זו.⁹²

ב-1998 התקבל באנגליה החוק בדבר זכויות האדם.⁹³ הוא קלט אל תוך המשפט האנגלי את האמנה האירופית לזכויות האדם. בחוק נקבע כי בית המשפט מוסמך להכריז על אי-התאמה (non compatibility) בין דין אנגלי לבין החוק בדבר זכויות האדם, וזאת בין אם התקבל אותו דין לפני החוק ובין אם אחריו.⁹⁴ חוק זה שינה את הדין באנגליה באופן מהותי. בהשפעתו נכנסה למשפט האנגלי גם המידתיות.⁹⁵ אכן, הקשר בין המידתיות האנגלית למידתיות האירופית הוא בולט ובהיר. במשך הזמן התרחבה המידתיות והגיעה גם לתחומים

Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law,
3 EUR. PUBLIC LAW 561 (1997)

89 ראו Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, [1985] A.C. 374
90 השופט מילט (Millett) בפרשת Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd. v. Frank Weisinger, [1988] 17 IRLR 60, 65

91 ראו R v. Secretary of State for the Home Department, *ex p.* Brind, [1991] 1 A.C. 696
92 ראו Sophie Boyron, *Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?*, 12 O.J.L.S. 237 (1992); John Laws, *Is the High Court of Justice the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?*, 59 PL (1993); Jeffrey Jowell, *Restraining the State: Politics, Principle and Judicial Review*, 50 C.L.P. 189 (1997); John Laws *Wednesbury*, in THE GOLDEN METWAND AND THE CROOKED CORD: ESSAYS IN HONOUR OF SIR WILLIAM WADE QC 185 (Christopher Forsyth & Ivan Hare eds., 1998); Paul Craig, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 85 (Evelyn Ellis ed., 1999); Lord Hoffman, *The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 107 (Evelyn Ellis ed., 1999); De Burca, לעיל ה"ש 88. לניתוח המחלוקת עד אותה עת, ראו THOMAS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 78.

93 Human Rights Act 1998, c. 42 (Eng.)

94 שם, בס' 4.

95 ראו R v. Secretary of State for the Home Department, *Ex p.* Daly, [2001] 3 All E.R. 433;
R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, [2001] 2 All E.R. 929; Richard Clayton, *Regarding a Sense of Proportion: The Human Rights Act and the Proportionality Principle*, 5 EUR. HUM. RTS. L. REV. 504 (2001)

שאינם קשורים במישרין לחקיקה מ-1998. היקף פריסתה של המידתיות במשפט המנהלי האנגלי טרם התבררה, והוא נתון בוויכוח אקדמי מקיף ומעמיק באשר ליסודות המשפט המנהלי ולמקורות הביקורת השיפוטית על חוקיותו של האקט המנהלי.⁹⁶

ו. מקנדה לניו-זילנד ולאוסטרליה

1. ניו-זילנד

במשך תקופה ארוכה היו זכויות האדם חלק מהמשפט המקובל הניו-זילנדי. הפסיקה שפיתחה אותן לא הכירה את המידתיות. כבשאר ארצות המשפט המקובל, הגישה הייתה כי יש בכוחו של דבר חקיקה "רגיל" להתגבר על זכויות האדם המעוגנות במשפט המקובל. בפסקי דין⁹⁷ ומאמר⁹⁸ שפורסמו בשנות השמונים ציין השופט קוק (Robin Cooke), נשיא בית המשפט לערעורים, כי חקיקה שתבקש לבטל זכויות אדם בסיסיות המעוגנות במשפט אינה "חוקתית" ובית משפט מוסמך לבטלה. גישה זו לא התממשה בפסיקה של בתי המשפט בניו-זילנד. המאמץ העיקרי התמקד בכינונה של מגילה חוקתית לזכויות אדם. בראש מאמץ זה עמדה הממשלה בראשותו של פלמר (Palmer). ניסיונה של הממשלה לכוון מגילה חוקתית נכשל.⁹⁹ תחת זאת נחקק חוק בדבר זכויות האדם.¹⁰⁰ החוק אימץ את ההצעה הממשלתית תוך הכנסת השינויים הנדרשים מכך שאין מדובר במגילה חוקתית אלא אך בחוק "רגיל". כמו כן אימץ החוק שהתקבל חלקים ניכרים מהצ'רטר הקנדי, וביניהם פסקת הגבלה כללית:¹⁰¹

"Subject to S. 4 of this Bill of Rights, the rights and freedoms contained in this Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

- 96 ראו PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW (6 ed., 2008).
- 97 ראו Taylor v. New Zealand Poultry Board, [1984] 1 NZLR 394, 398; John Caldwell, *Judicial Sovereignty – A New View*, NZLJ 357 (1984).
- 98 ראו Robin Cooke, *Fundamentals*, NZLJ 158 (1988).
- 99 Paul Rishworth, *The Birth and Rebirth of the Bill of Rights*, in RIGHTS AND FREEDOMS: THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990 AND THE HUMAN RIGHTS ACT 1993 1 (Grant Huscroft & Paul Rishworth eds., 1995).
- 100 New Zealand Bill of Rights Act 1990 No 109.
- 101 שם, בס' 5.

הוראת סעיף 4 לחוק, שאליו מפנה פסקת ההגבלה הכללית, קובעת כי אין בכוחו של החוק לבטל חקיקה קודמת או מאוחרת. אימוצה של פסקת ההגבלה הכללית הובילה גם לאימוצה של המידתיות, הנוהגת כדבר שבשגרה בניו-זילנד בתחום זכויות האדם.¹⁰² באשר למשפט המינהלי – טרם הוכרעה השאלה אם דיני המידתיות מחליפים את דיני הסבירות או מתקיימים לצידם.¹⁰³

2. אוסטרליה

חוקתה הפדרלית של אוסטרליה, ובמסגרתה הביקורת השיפוטית בדבר חוקתיותם של חוקים, היא בעלת אופי מוסדי בעיקרה. אין בחוקה הפדרלית פרק נפרד על זכויות אדם. חרף זאת הכיר בית המשפט העליון של אוסטרליה בחופש הביטוי הפוליטי כזכות מכללא (implied right) בעלת מעמד חוקתי.¹⁰⁴ בית המשפט קבע כי הזכות אינה מוחלטת וכי ניתן

102 Ministry of Transport v. Noort, [1992] 3 NZLR 260; Moonen v. Film and Literature Board of Review, [2000] 2 NZLR 9; Moonen v. Film and Literature Board of Review (No. 2), [2002] 2 NZLR 754; Institute of Chartered Accountants v. Bevan, [2003] 1 NZLR 154; Wolf v. Minister of Immigration, [2004] NZAR 414; Powerco v. Commerce Commission, HC Wellington, 9 June 2006, CIV-2005-485-1066, Wild J; Taylor v. Chief Executive Department of Corrections HC Wellington, 11 September 2006, CIV-2006-485-897, Clifford J; J.B. International Ltd. v. Auckland City Council, [2006] NZRMA 401; Progressive Enterprises Ltd. v. North Shore City Council, [2006] NZRMA 72; Hansen v. The Queen, [2007] NZSC 7; Andrew S. Butler, *Limiting Rights*, 33 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 113 (2002); Michael Taggart, *Administrative Law*, N.Z.L. REV. 75 (2006); Jason Varuhas, *Keeping Things in Proportion: The Judiciary, Executive Action and Human Rights*, 22 N.Z.U.L. REV. 300 (2006); Michael Taggart, *Proportionality, Deference, Wednesbury*, in JUDICIAL REVIEW 23 (NZLS, 2007); PHILIP .A. JOSEPH, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN NEW ZEALAND (3rd ed., 2007) Janet McLean, Paul Rishworth & Michael Taggart, *The Impact of the New Zealand Bill of Rights on Administrative Law*, in THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990, 62 (Legal Research Foundation, 1992); Philip A. Joseph, *The Demise of Ultra Vires – A Reply to Christopher Forsyth and Linda Whittle*, 8 CANTERBURY L. REV. 463 (2002); Jason Varuhas, *Keeping Things in Proportion: The Judiciary, Executive Action and Human Rights*, 22(2) NZ U. L. REV. 300 (2006); Jason Varuhas, *Powerco v Commerce Commission: Developing Trends of Proportionality in New Zealand Administrative Law*, 4 NZJPI 339 (2006) , לעיל ה"ש 102, בעמ' 83.

103 *Nationwide News Pty Limited v. Wills*, (1992) 177 C.L.R 1; *Australian Capital Television Pty Limited v. Commonwealth*, (1992) 177 C.L.R 106; *Theophanous v. Herald & Weekly Limited*, (1994) 182 C.L.R 104; *Stephens v. West Australian Newspapers Limited*, (1994) 182 C.L.R 211; *Cunliffe v. Commonwealth*, (1994) 182 C.L.R 272; *McGinty v. Western Australian*, (1996) 186 C.L.R. 140; *Lange v. Australian Broadcasting Corp.*, (1997) 189 C.L.R 520; *Kruger v. Commonwealth*, (1997) 190 C.L.R

להגבילה באמצעות המידתיות. בהגיעם למסקנה זו סמכו השופטים את ידיהם על הפסיקה הקנדית ובראשה פרשת *Oakes*.¹⁰⁵ גם בתחומים חוקתיים אחרים נזקק בית המשפט העליון של אוסטרליה למידתיות.¹⁰⁶ עיקר המחלוקת בעניין מקומה של המידתיות במשפט האוסטרלי סובבת סביב המשפט המנהלי – אותה מחלוקת מוכרת מאנגליה,¹⁰⁷ ניר-זילנד¹⁰⁸ ואירלנד¹⁰⁹ – וטרם באה על פתרונה.¹¹⁰

ב-2006 חוקקה מדינת ויקטוריה (Victoria) את חוק הצ'רטר על זכויות אדם וחובותיו.¹¹¹ בעיקרו מתבסס חוק זה על האמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966). החוק כולל בחובו פסקת הגבלה כללית. זו הושפעה מפסקאות ההגבלה הכלליות

- George Winterton, *The* ראו 1; לניתוח הסוגיה, ראו Levy v. Victoria, (1997) 189 C.L.R. 579 *Separation of Judicial Power as an Implied Bill of Rights*, in FUTURE DIRECTIONS IN AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW 185 (Geoffrey Lindell ed., 1994); HAIG PATAPAN, JUDGING DEMOCRACY: THE NEW POLITICS OF THE HIGH COURT OF AUSTRALIA 51 (2001) פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 74. 105
- Brian F. Fitzgerald, *Proportionality and Australian Constitutionalism*, 12 U. TAS. L. REV. 49 (1993); Peter Bayne, *Reasonableness, Proportionality and Delegated Legislation*, 67 ALJ 448 (1993); J J Doyle, *Constitutional Law: "At the Eye of the Storm"*, 23 U. WEST. AUSTL. L. REV. 15 (1993); Hoong Phun Lee, *Proportionality in Australian Constitutional Adjudication*, in FUTURE DIRECTIONS IN AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW 126 (Geoffrey Lindell ed., 1994); Russell Smyth, *The Principle of Proportionality Ten Years after GCHQ*, 2 AUSTL. J. ADMIN. LAW 189 (1995); Jeremy Kirk, *Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality*, 21 MELB. U. L. REV. 1 (1997); Patrick Quirk, *Australian Looks at German Proportionality*, 1 U. NOTRE DAME AUSTL. L. REV. 39 (1999); Gonzalo Villalta Puig, *Abridged Proportionality in Australian Constitutional Review: A Doctrinal Critique of the Cole v. Whitfield Saving Test for Section 92 of the Australian Constitution* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007); Ben Saul, *Australian Administrative Law: The Human Rights Dimension*, in AUSTRALIAN ADMINISTRATIVE LAW: FUNDAMENTALS, PRINCIPLES AND DOCTRINES 50 (Matthew Groves & Hoong Phun Lee eds., 2007); Gabrielle J. Appleby, *Proportionality and Federalism: Can Australia Learn from the European Community, the US and Canada?*, (forthcoming U. TAS. L. REV. 2009) ראו לעיל עמ' 243. 107
- ראו לעיל עמ' 244. 108
- ראו לעיל עמ' 241. 109
- ראו האסמכתאות בה"ש 106. 110
- Julie Debeljak, ראו גם Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 ראו 111 *Balancing Rights in a Democracy: The Problems with Limitations and Overrides of Rights under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*, 32 MELB. U. L. REV. 422 (2008).

של קנדה, ניו-זילנד ודרום-אפריקה. יש להניח כי פסקת הגבלה זו – אשר המבנה שלה דומה לפסקת ההגבלה של דרום-אפריקה – תתפרש כמאמצת את המידתיות. כן יש להזכיר את ה-Human Rights Act 2004 החל ב-Australian Capital Territory (ACT). הזכויות על פי דבר חקיקה זה הן ברמה תת-חוקתית.

ז. מקנדה וגרמניה לדרום-אפריקה

הן בחוקה הזמנית של דרום-אפריקה והן בחוקתה הקבועה מופיעה פסקת הגבלה כללית.¹¹² השפעה רבה על ניסוחן של פסקאות הגבלה אלה באה מפסקת ההגבלה הכללית של הצ'רטר הקנדי.¹¹³ בפרשו את פסקת ההגבלה הדרום-אפריקנית נזקק בית המשפט החוקתי הדרום-אפריקני לעתים קרובות לפסיקה הקנדית שפירשה את פסקת ההגבלה הכללית שבצ'רטר הקנדי. בנתחם את המשותף והמפריד בין שתי פסקאות ההגבלה הכלליות בשתי השיטות, ציינו וולמן ובוטה (Woolman and Botha):¹¹⁴

“Limitations analysis under the Charter and our Bill of Rights possesses such common features as... proportionality assessment that demands, at a minimum, that a rational connection exist between the means employed and the objective sought, that the means employed impair the right as ‘little as possible’, and that the burdens imposed on those whose rights are impaired do not outweigh the benefits to society that flow from the limitation.”

נוסף על כך, אם כי במידה פחותה לעניין פסקת ההגבלה הכללית, הושפעה חוקתה (הקבועה) של דרום-אפריקה מהמשפט הגרמני.¹¹⁵ יש לציין, כי האופן שבו מופעלת המידתיות בדרום-אפריקה שונה מהאופן שבו היא מופעלת בגרמניה או בקנדה. הגישה הדרום-אפריקנית מובנית פחות.¹¹⁶ היא מעניקה שיקול דעת רב יותר למחוקק. בית המשפט

112 ראו ס' 33 לחוקה הזמנית; ס' 36 לחוקה הקבועה.

113 ראו לעיל עמ' 238.

114 Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, Chapter 34-13 (Stuart Woolman et al. eds., 2006).

115 Johan de Waal, *A Comparative Analysis of the Provisions of German Origin in the Interim Bill of Rights*, 11 SAJHR 1 (1995); Loammi Blaauw-Wolf, *The “Balancing of Interest” with Reference to the Principle of Proportionality and the Doctrine of Guterabwagung – A Comparative Analysis*, 14 SAPL 178 (1999).

116 ראו ס' 36 לחוקה של דרום-אפריקה.

החוקתי הדרום-אפריקני ציין בפסיקתו לא פעם כי פסקת ההגבלה מתבססת, בין השאר, על איזון בין התועלת החברתית שבהגשמת החוק לבין הנזק הנגרם לזכות האדם.¹¹⁷

ח. המידתיות עוברת למרכז אירופה ומזרחה

עם קריסת הקומוניזם במרכז אירופה ובמזרחה, השתנה המבנה החוקתי בארצות אלה.¹¹⁸ כוננו חוקות חדשות. הוקם בית משפט חוקתי מיוחד¹¹⁹ שמבנהו וסמכויותיו הושפעו מהמשפט החוקתי הגרמני. הוכרה ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. כל אחת מהחוקות הללו כללה פרק מרכזי בדבר זכויות האדם.¹²⁰ הזכויות אינן מוחלטות. הן ניתנות להגבלה. החוקות השונות כוללות פסקאות הגבלה. המודל הדומיננטי מבוסס על פסקת הגבלה כללית.¹²¹ בכמה מדינות נקבעו פסקאות הגבלה מיוחדות לכמה זכויות. באחרות נקבעה פסקת הגבלה כללית, אך נקבע שהיא חלה רק לעניין אותן זכויות שנקבע בהן במיוחד שהן ניתנות להגבלה.

מרבית החוקות אינן כוללות הפניה מפורשת למידתיות. רק כמה חוקות מפנות במפורש למידתיות כאמת-מידה להגבלת זכויות בדרך של זכויות האדם.¹²² חרף זאת, הוכרה

- 117 ראו S v. Makwanyane, 1995 (3) SA 391, 431.
- 118 ראו Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (2000); Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (2002).
- 119 ראו Radoslav Procházka, *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe* (2002); Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* (2008); Victor Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values* (2009).
- 120 ראו Wiktor Osiatynski, *Rights in New Constitutions of East Central Europe*, 26 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 111 (1994); *Western Rights? Post-Communist Application* (András Sajó ed., 1996). ראו גם Sadurski, *לעיל ה"ש 119, בעמ' 163*.
- 121 ראו גם Sadurski, *לעיל ה"ש 119, בעמ' 265*.
- 122 ראו ס' 17(1) לחוקה של אלבניה: "[L]imitation of the rights and freedoms provided for in this Constitution may be established only by law, in the public interest or for the protection of the rights of others. A limitation shall be in proportion to situation that has dictated it"; ס' 54(2) לחוקה של מולדובה: "The restrictions enforced must be in proportion to the situation that caused it, and may not affect the existence of that right or liberty"; ס' 53(2) לחוקה של רומניה, כפי שתוקן בשנת 2003: "Such restriction shall only be ordered if necessary in a democratic society. The measure shall be proportional to the situation having caused it, applied without discrimination, and without infringing on the existence of such right or freedom".

המידתיות במדינות במרכז אירופה ובמזרח. ¹²³ פסיקה עניפה בעניין הפגיעה המידתית בזכויות האדם התפתחה במספר מדינות, כגון הונגריה, ¹²⁴ פולין ¹²⁵ וסלובניה. ¹²⁶ חוקות אלה הושפעו מהאמנה האירופית לזכויות האדם, כפי שזו פורשה בבית המשפט האירופי לזכויות האדם. ¹²⁷

ט. המידתיות נודדת לאסיה ולדרום-אמריקה

1. אסיה

ניצנים ראשונים למידתיות מופיעים בכמה מדינות באסיה. ¹²⁸ כך, למשל, נקלטה המידתיות בהונג-קונג. ¹²⁹ תרמה לכך בוודאי העובדה שהוראות מהאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה הבינלאומית על זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מהוות חלק מהמשפט הפנימי של הונג-קונג. ¹³⁰ בית המשפט הגבוה של הונג-קונג (ה-Court of Final Appeal) היפנה כמה פעמים למידתיות, כאמת-מידה להגבלתן של זכויות אדם. הפניות אלה הסתמכו, בין השאר, על האמנה האירופית לזכויות האדם ופסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם.

- 123 ראו SADURSKI, לעיל ה"ש 119, בעמ' 266: "The requirement that a restriction must remain in proper proportion to constitutionally-mandated goals is perhaps the most powerful tool that the constitution of the region granted to constitutional courts"
- 124 ראו LASZLO SOLYOM & GEORG BRUNNER, CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN A NEW DEMOCRACY: THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT 229, 239, 284 (2000).
- 125 ראו Marcin Wiącek, *The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal*, CDL-JU (2007)021.
- 126 ראו Arne Marjan Mavčič, *The Implementation of the Principle of Proportionality in the Slovenian Constitutional Case-Law*. Available at [www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JU\(2007\)017-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JU(2007)017-e.asp).
- 127 ראו לעיל עמ' 233.
- 128 *Chee Siok Chin v. Minister for Home Affairs*, [2006] 1 SLR 582.
- 129 ראו Simon N.M. Young, *Restricting Basic Law Rights in Hong Kong*, 34 HONG KONG L. J. 110 (2004); *Solicitor v. Law Society*, (2003) 6 HKCFAR 570; *Ng Yat Chi v. Max Share Ltd*, (2005) 8 HKCFAR 1; *Leung Kwok Hung & Others v. HKSAR*, (2005) 8 HKCFAR 229; *Official Receiver & Trustee in Bankruptcy of Chan Wing Hing v. Chan Wing Hing & Secretary for Justice*, (2006) 9 HKCFAR 545; *HKSAR v. Lam Kwong Wai*, (2006) 9 HKCFAR 574; *HKSAR v. Hung Chan Wa*, (2006) 9 HKCFAR 614.
- 130 ראו Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China § 39; YASH GHAI, HONG KONG'S NEW CONSTITUTIONAL ORDER: THE RESUMPTION OF CHINESE SOVEREIGNTY AND THE BASIC LAW (2nd ed., 1999); THE NEW LEGAL ORDER IN HONG KONG 55 (Raymond Wacks ed., 2000).

חוקתה של דרום-קוריאה (מ-1987) כוללת פרק בדבר זכויות האדם,¹³¹ פרק זה כולל בצד מספר מוגבל של פסקאות הגבלה מיוחדות גם פסקת הגבלה כללית.¹³² בית המשפט החוקתי של דרום-קוריאה מוסמך לפסול חוקים הפוגעים שלא כדין בזכויות אלה.¹³³ בית המשפט החוקתי של דרום קוריאה העמיד ביסוד הוראה זו את עיקרון המידתיות.¹³⁴ חוקתה של הודו (מ-1950) כוללת חלק בדבר זכויות יסוד.¹³⁵ בית המשפט העליון של הודו מוסמך לבחון אם חקיקה רגילה הפוגעת בזכויות היסוד היא חוקתית ולהכריז על בטלותה של חקיקה לא חוקתית. החוקה אינה כוללת פסקת הגבלה כללית. בצדן של הזכויות השונות יש פסקאות הגבלה מיוחדות. פסקאות ההגבלה כוללות את המטרות שלשמן ניתן להטיל הגבלות (restrictions) על זכויות היסוד. נקבע בהן כי ההגבלות צריכות להיות סבירות (reasonable).¹³⁶ בית המשפט העליון קבע אמות-מידה לסבירותן של ההגבלות.¹³⁷ במסגרת זו הוא לקח בחשבון את המרכיבים השונים של המידתיות, בלא לנקוב במפורש בשמה של המידתיות.¹³⁸ שינוי החל מסתמן בסוף שנות התשעים של המאה הקודמת. בית המשפט העליון קבע במפורש כי חוקתיותו של חוק הפוגע בזכות יסוד תיבחן על פי מבחן של מידתיות.¹³⁹ בהמשך נקבע גם כי מבחן המידתיות חל גם בבחינת החוקיות של מעשי מנהל.¹⁴⁰ התפתחות זו היא אך בראשיתה.

- 131 ראו פרק שני, ס' 10-39 לחוקה של דרום קוריאה.
 132 ראו ס' 37(2) לחוקה של דרום קוריאה.
 133 ראו ס' 111(1) לחוקה של דרום קוריאה.
 134 C.C.C. 23 décembre 1999 98HUNMA363; Jeon Hak-Seon, *L'application du Principe de Proportionnalité dans la Justice Constitutionnelle en Corée* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007)
 135 ראו חלק III לחוקה של הודו.
 136 ראו ס' 19(2)-(6) לחוקה של הודו.
 137 T.T.K. IYER, JUDICIAL REVIEW OF REASONABLENESS IN CONSTITUTIONAL LAW (1979).
 138 פרשה חריגה היא 196 SC AIR 1952 SC 196, *State of Madras v. V.G. Raw*.
 139 ראו 3387 SC AIR 1997 SC 3387, *Union of India v. G. Ganayutham*.
 140 ראו 386 S.C.C. 2 (2001), *Om Kumar v. Union of India*; 130 S.C.C. 2 (2004), *Chandigarh*; 33 (J) S.C.C. 8 (2004), *Ashish Chugh, Is the Supreme Court Disproportionately Applying the Proportionality Principle?*, available at www.ebc-india.com/lawyer/articles/2004_8_33.htm; Shivaji Felix, *Engaging Unreasonableness and Proportionality as Standards of Review in England, India and Sri Lanka*, in *COMPARING ADMINISTRATIVE JUSTICE ACROSS THE COMMONWEALTH* 95 (Hugh Corder ed., 2006); Tarunabh Khaitan, *Beyond Reasonableness – A Rigorous Standard of Review for Article 15 Infringement*, 50 J. INDIAN L. INS. 177 (2008).

2. זרום-אמריקה

עם ההתפתחות של המידתיות באירופה, ובעיקר בספרד ובפורטוגל, נדדה המידתיות גם לדרום-אמריקה. כתוצאה מהשפעה ספרדית – ובעקיפין בהשפעתו של מדע המשפט החוקתי הגרמני – החלו ניצנים ראשונים של מידתיות להופיע בקולומביה,¹⁴¹ בפרו,¹⁴² במקסיקו,¹⁴³ ובצ'ילה.¹⁴⁴ בהשפעה פורטוגזית – ואף כאן בהשפעת מדע המשפט החוקתי הגרמני – הופיעה המידתיות בברזיל.¹⁴⁵ בכל המדינות הללו המידתיות היא אך בראשיתה. נמתחה עליה ביקורת, הן על ידי אנשי המדע והן על ידי שופטים. עם זאת, נראה כי המידתיות תפסה מעמד חשוב בדרום-אמריקה.

י. המידתיות במשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם

1. משפט בינלאומי ומשפט לאומי בדבר זכויות האדם

המידתיות היא עיקרון כללי של המשפט הבינלאומי.¹⁴⁶ היא ממלאת תפקיד חשוב בענפים שונים של המשפט הבינלאומי. כך למשל יש לה תפקיד מרכזי בידי ההגנה העצמית.¹⁴⁷ היבט זה של המידתיות מתאפיין בהיותו חלק מהיחסים בין מדינות ומהזכויות

141 ראו Judgment T-422 decided by the Constitutional Court of Colombia on June 16th, 1992; MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, POLEMICAS CONSTITUTIONALES 159 (2007).

142 ראו Judgment 20.530 decided by the Constitutional Court of Peru on June 3rd, 2005. Juicio de amparo en revision 1659/2006, February 27th, 2002.

143 ראו Judgment ROL 519 decided by the Constitutional Court of Chile on June 5th, 2007.

144 Direct Action of Unconstitutionality 1724 – Interim Measure decided by the Supreme Federal Court of Brazil on December 11th, 1997; Renata Camilo de Oliveira, *The Balancing of Values and the Compromising of the Guarantee of Fundamental Rights* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007); Alonso Reis Freire, *Evolution of Constitutional Interpretation in Brazil and the Employment of Balancing “Method” by Brazilian Supreme Court in Judicial Review* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007); Mendes, לעיל ה"ש 58.

146 ראו הערך "Proportionality" ב: 7 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 396 (1984). ראו גם יובל שני השימוש בעיקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי 119 (2009).

147 Oscar Schachter, *Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity*, 86 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 39 (1992); Judith Gail Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, 87 AM. J. INT'L L. 391 (1993); Enzo Cannizzaro, *The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures*, 12 EUR. J. INT'L L. 889 (2001); CHRISTIAN WICKER, THE CONCEPTS

ומהחובות ההדדיים בין מדינות. ספר זה עניינו הגבלות מידתיות על זכויות האדם. אתרכז אפוא במקומה של המידתיות בזכויות האדם על פי המשפט הבינלאומי.¹⁴⁸ בחינה זו חשובה היא, בין השאר, בשל ההשפעה ההדדית בין המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם לבין משפטן הלאומי של המדינות השונות.¹⁴⁹ המשפט הבינלאומי משפיע על פירושו של המשפט החוקתי-המדינתי בדבר זכויות האדם. דוגמה לכך היא הוראת סעיף 39(1) לחוקה של דרום-אפריקה, לפיה:

“When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum –

(b) must consider international law.”

ברוח דומה קובעת החוקה הספרדית (1978):¹⁵⁰

“The principles relating to the fundamental rights and liberties recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements thereon ratified by Spain.”

במקביל הפירוש של המשפט החוקתי-מדינתי בדבר זכויות האדם משפיע על ההבנה המתפתחת של הנורמות הבינלאומיות. לפנינו אפוא נידת דינים הדדית. השפעה זו התרחשה גם בכל הנוגע למידתיות.

OF PROPORTIONALITY AND STATE CRIMES IN INTERNATIONAL LAW (2006); Thomas M. Franck, *On Proportionality of Countermeasures in International Law*, 102 AM. J. INT'L L. 715 (2008). ראו גם GARDAM, לעיל ה"ש 10.

148 ראו רובי סיבל *משפט בינלאומי* 177 (2003); שני, לעיל ה"ש 146. ראו גם ANNA-LENA SVENSSON-McCARTHY, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS AND STATES OF EXCEPTION (1998); NIHAL JAYAWICKRAMA, THE JUDICIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS LAW: NATIONAL, REGIONAL AND INTERNATIONAL JURISPRUDENCE (2002). ראו June M. Ross, *Limitations on Human Rights in International Law: Their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 6 HUM. RTS. Q. 180 (1984); Francis Jacobs, "Limitation Clauses" of the European Convention on Human Rights, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 20 (Armand de Mestral et al. eds., 1986).

150 ס' 10(2) לחוקה של ספרד.

2. ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם

בעקבות מלחמת העולם השנייה ושואת העם היהודי אימצה העצרת הכללית של האומות המאוחדות (ב-1948) את ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם.¹⁵¹ ההכרזה קובעת רשימה מלאה של זכויות. ניסוחן הוא לרוב "מוחלט". עם זאת, בסופה של ההכרזה מופיעה פסקת הגבלה כללית:¹⁵²

“(2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.”

פסקת הגבלה כללית זו השפיעה על ניסוחן של פסקאות ההגבלה (הכלליות והמיוחדות) באמנות בינלאומיות שעניינן זכויות אדם.¹⁵³ פסקאות אלה מתפרשות באופן שהמידתיות היא מרכיב מרכזי שלהן.¹⁵⁴

151 Universal Declaration of Human Rights, 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc A/810, p. 71 (להלן – ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם).

152 שם, בס' 29. ראו גם, Erica-Irene A. Daes, *Restrictions and Limitations on Human Rights*, in 3 RENE CASSIN AMICORUM DISCIPULORUMQUE LIBER 79 (1969); Oscar M. Garibaldi, *General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality*, 17 HARV. INT'L L.J. 503 (1976); Torkel Opsahl, *Articles 29 and 30: The Other Side of The Coin*, in THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: A COMMENTARY 449 (Asbjorn Eide et al eds., 1992); JOHANNES MORSINK, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, ORIGINS, DRAFTING, AND INTENT 239 (1999).

153 ראו בעיקר, אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נחתמה ב-1966) (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1992) (International Covenant on Civil and Political Rights); אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נחתמה ב-1966) (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1991) (Social and Cultural Rights International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). על אמנות אלו, ראו Alexandre Charles Kiss, *Permissible Limitations on Rights*, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS 290 (Louis Henkin ed., 1981); *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 7 HUM. RTS. Q. 3 (1985); *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 9 HUM. RTS. Q. 122 (1987); MANFRED NOWAK, U.N. COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY (1993); MATTHEW CRAVEN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A PERSPECTIVE ON ITS DEVELOPMENT (1995); SARAH JOSEPH, JENNY SCHULTZ & MELISSA CASTAN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CASES, MATERIALS AND COMMENTARY (2nd ed., 2004); MICHAEL HAAS, INTERNATIONAL HUMAN

3. זכויות האדם במשפט בינלאומי הומניטרי

(א) דין מיוחד

בצד המשפט הבינלאומי של זכויות האדם (international human rights law) עומד המשפט הבינלאומי ההומניטרי (international humanitarian law).¹⁵⁵ היחס ביניהם הוא כיחס בין נורמה כללית לנורמה מיוחדת.¹⁵⁶ המשפט הבינלאומי של זכויות האדם היא הנורמה הכללית והמשפט הבינלאומי ההומניטרי היא נורמה מיוחדת. בהיעדרה של נורמה מיוחדת במשפט ההומניטרי של זכויות האדם יחול המשפט הבינלאומי הכללי בדבר זכויות אדם.¹⁵⁷

המשפט הבינלאומי ההומניטרי נועד להגן על זכויות אדם במצבים שונים של סכסוכים מזוינים.¹⁵⁸ מטבע הדברים, זכויות אלה – כמו הזכויות בדרך כלל – אינן מוחלטות. ניתן

RIGHTS: A COMPREHENSIVE INTRODUCTION (2008); ALEX CONTE & RICHARD BURCHILL, DEFINING CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: THE JURISPRUDENCE OF THE UNITED NATIONS (2nd ed., 2009); ROSS, HUMAN RIGHTS COMMITTEE (2nd ed., 2009); JAYAWICKRAMA, לעיל ש"149; SHELTON, לעיל ש"182; בעמ' 226.

154 ראו Kiss, לעיל ש"153; *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation*; *Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*; לעיל ש"153; *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*; לעיל ש"153; שני, לעיל ש"146. המידתיות חלה גם בהסדרה הנורמטיבית שבמסגרת ה-World Trade Organization. ראו Stone Sweet & Andrew Mitchell, *Proportionality and Remedies in WTO Disputes*, 17 EUR. J. INT'L L. 985 (2006); HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 175 (2006); Mads Andenas & Stefan Zleptnig, *Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective*, 42 TEX. INT'L L. J. 371 (2007); Han Xiuli, *The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico*, 6 CHIN. J. INT'L L. 635 (2007).

155 להבחנה בין השניים, ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 115 (2006).

156 ראו *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 2004). ראו גם בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).

157 ראו בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 18 לפסק הדין של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.12.2006).

158 ראו שני, לעיל ש"146, בעמ' 55. ראו גם THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS (Dieter Fleck ed., 1995); YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT (2004); CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck eds., 2005).

להגבילן. המשפט ההומניטרי קובע את המטרות אשר לשמן ניתן לפגוע בזכויות אדם במצב של סכסוך מזוין. ומה באשר לאמצעים? האם מותר לנקוט כל אמצעי כדי להגשים את המטרה המונחת ביסוד הסכסוך המזוין? התשובה היא בשלילה. המשפט הבינלאומי ההומניטרי מבוסס על איזון.¹⁵⁹ איזון זה נעשה במסגרת כללי המידתיות.¹⁶⁰ הנה כי כן, הפגיעה בזכות האדם המוגנת על ידי המשפט ההומניטרי צריכה להיות מידתית. תוכנה של המידתיות משתנה על פי מהותה של הסוגיה המשפטית שבמסגרתה היא מתעוררת. דומה שטרם התגבש כלל משפט מנהגי הקובע גישה אחידה ליסודות המידתיות, ומחיל אותה בכל המצבים שבהם נפגעות זכויות אדם במצבים של סכסוך מזוין. עם זאת, נראה כי היסוד המשותף לכל דיני המידתיות בסכסוך המזוין הינה המידתיות במובן הצר, "כלומר הדרישה כי יתקיים יחס מידתי ראוי בין המטרה הצבאית לבין הנזק האזרחי".¹⁶¹ אעמוד על שתי סוגיות שבהן הוחלו דיני מידתיות – שונים בהיקפם – בבית המשפט העליון של ישראל.

(ב) תפיסה לוחמתית

הסוגיה האחת היא דיני התפיסה הלוחמתית (belligerent occupation).¹⁶² דינים אלה מעוגנים בכמה אמנות בינלאומיות. חלקם מוכרים כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. הוראה מרכזית מופיעה באמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949:¹⁶³

159 ראו פרשת הועד הציבורי נגד העינויים בישראל, לעיל ה"ש 157, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק: "המשפט הבינלאומי הדין בעימות מזוין מבוסס על איזון עדין בין שני שיקולים נוגדים... האחד, עניינו השיקולים ההומניטריים הנוגעים לכל מי שנפגע כתוצאה מהסכסוך המזוין. שיקולים אלה מבוססים על זכויותיו של האדם וכבודו. האחר, עניינו השיקולים הצבאיים המונחים ביסוד הסכסוך המזוין. שיקולים אלה מבוססים על הצורך הצבאי והצלחתו... האיזון בין שיקולים אלה הוא הבסיס למשפט הבינלאומי של העימות המזוין... תוצאתו של איזון זה הינה, כי זכויות האדם מוגנות על ידי דיני הסכסוך המזוין, אך לא כדי מלוא היקפן. הוא הדין לעניין הצורך הצבאי. ניתנת לו האפשרות להגשים את עצמו, אך לא כדי מלוא צרכיו. איזון זה משקף את יחסיותן של זכויות האדם ואת מגבלותיו של הצורך הצבאי. נקודת האיזון אינה קבועה".

160 שם, פס' 42: "עקרון המידתיות תופס מקום מהותי בדינים הבינלאומיים בדבר סכסוך מזוין... דינים אלה הם בעלי אופי מנהגי... עקרון המידתיות מתעורר כאשר הפעילות הצבאית מכוונת כנגד לוחמים ומטרות צבאיות, או כנגד אזרחים הנוטלים אותה עת חלק ישיר במעשי איבה, ותוך כדי נפגעים אף אזרחים. הכלל הוא כי הפגיעה באזרחים התמימים הנגרמת כאובדן נלווה תוך כדי פעילות לחימה צריכה להיות מידתית".

161 שם, פס' 44.

162 ראו רובי סיבל משפט בינלאומי 455 (2003); בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 155, בעמ' 138. ראו גם GERHARD VON GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY: A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION (1957); EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION (1993); Hans-Peter Gasser, *Protection of the*

"מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות או איומי אלימות."

בפסק דין בו פרשתי הוראה זו ציינתי כי הוראה זו מטילה על המפקד הצבאי חובה כפולה: 164

"עליו להימנע מפעולות הפוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שליטת'; עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זוהי חובתו ה'חיובית'."

הזכויות של התושבים המקומיים אינן מוחלטות. ניתן להגבילן. אמת-המידה המרכזית החלה בהגבלתן של זכויות אלה הינה המידתיות. 165 גישה זו הופעלה על ידי בית המשפט העליון בישראל בתחומים שונים של דיני התפיסה הלוחמתית. 166 מה תוכנה של המידתיות בהקשר זה? על כך למד בית המשפט הישראלי מהגישה למידתיות במשפט החוקתי והמנהלי בישראל ומחוצה לה. אכן, התוכן שניתן לעיקרון המידתיות שבמשפט הבינלאומי המנהגי בהקשר זה ינק את יסודותיו ממקורות שונים,

Civilian Population, in THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICT
DINSTEIN; 209 (Dieter Fleck ed., 1995). לעיל ה"ש 158.

163 ס' 27 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כ"א 1, 559. על פירושה של אמנה זו, ראו Pictet ed., vol. 4, 1958. ראו גם Gasser, שם. לאוסף פסקי דין של בית המשפט העליון בסוגיה זו, ראו JUDGMENTS OF THE ISRAEL SUPREME COURT: FIGHTING TERRORISM WITHIN THE LAW (2006).

164 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 836 (2004).
165 שם, בעמ' 837: "למידתיות מקום מרכזי בדינים בדבר סכסוכים מזוינים. בסכסוכים אלה נדרש תדירות לאזן בין צרכים צבאיים לבין שיקולים הומניטריים... מידתיות היא אמת מידה לאיזון זה" (הנשיא ברק).

166 ראו בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה, פ"ד נו(1) 358 (2002); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349 (2003); פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 165, עמ' 838; פרשת מראעבה, לעיל ה"ש 156; בג"ץ 1890/03 עיריית בית-לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736 (2005); בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005); בג"ץ 11026/05 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 22.12.2005); בג"ץ 4764/04 רופאים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נח(5) 385 (2004); פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, לעיל ה"ש 157.

לאומיים ובינלאומיים, לרבות המשפט הישראלי הפנימי.¹⁶⁷ בסוגייה זו נרדה המידתיות מהמשפט הלאומי אל המשפט הבינלאומי וממנו חזרה אל המשפט הלאומי כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.

(ג) הגנה על אזרחים בסכסוך מזוין

סוגייה שניה עניינה הגנה על אוכלוסייה אזרחית מפני פגיעה בעת סכסוך מזוין. על פי הוראות הפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה (1949),¹⁶⁸ שחלקיו הרלוונטיים לענייננו הם משפט בינלאומי מנהגי, מוענקת הגנה לאוכלוסייה אזרחית שעה שמתרחשות פעולות צבאיות. כך, למשל, נקבע כי "האוכלוסייה האזרחית ואזרחים יחידים לא יהיו מטרה להתקפה".¹⁶⁹ זכויות אלה אינן מוחלטות. בהתקיים תנאים מסוימים ניתן לפגוע באוכלוסייה האזרחית. פגיעה זו צריכה להיות מידתית. מה משמעותה של מידתיות בעניין זה? בפסק דין העוסק בסוגייה זו כתבתי:¹⁷⁰

"מבחן המידתיות קובע כי התקיפה של אזרחים תמימים אינה מותרת, אם הנזק הנלווה להם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית (בהגנה על לוחמים ואזרחים). לשון אחר, התקיפה היא מידתית אם התועלת הצומחת מהשגת המטרה הצבאית הראויה שקולה כנגד הנזק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים ממנה. זהו מבחן ערכי. הוא מבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים נוגדים... הוא מקובל במשפט הלאומי של מדינות שונות. הוא מהווה מבחן נורמטיבי מרכזי לבחינת פעולות השלטון בכלל והצבא בפרט בישראל."

הנה כי כן המידתיות חלה בהגנה על אזרחים בסוג מקרים זה.¹⁷¹ היא הושפעה מהדוקטרינה הכללית החלה במשפט הבינלאומי ובמשפטן (הצבאי והאזרחי) של המדינות השונות.

167 ראו פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 164, בעמ' 839: "הן במשפט הבינלאומי, הן בשיטות לאומיות שונות (הן ממשפחת המשפט המקובל (כגון קנדה) והן ממשפחת המשפט הקונטיננטלי (כגון גרמניה)), הן במשפט הישראלי, נקבעו שלושה מבחני משנה עקרוניים, המעניקים תוכן קונקרטי לעקרון המידתיות" (הנשיא ברק).

168 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol 1), June 8 1977, 1125 U.N.T.S. 3

169 שם, בס' 51(2).

170 פרשת הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל, לעיל ה"ש 157, פס' 45 לפסק דינו של הנשיא ברק.

171 ראו Tom Ginsburg, Zachary Elkins & James Melton, *The Lifespan of Written Constitutions* (Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago, IL, August 2007); Amichai Cohen, *The Principle of Proportionality in the Context of Operation Cast Lead: Institutional Perspective*, 35 RUTGERS LAW RECORD (2009).

יא. האם המידתיות הגיעה לאמריקה?

בשטחי משפט שונים במשפט האמריקני ניתן למצוא התייחסות למידתיות (proportionality) או לחוסר מידתיות (disproportionality). המחברים סוליבאן ופרייז (Sullivan and Frase)¹⁷² מביאים פסקי דין רבים בהם מופיע הביטוי proportional בפסיקה. כמו כן הם מפנים לסוגיות שונות שניתן להסבירן גם במונחים של מידתיות. עם זאת, אין בכוחם להצביע על אימוץ כללי המידתיות על כל מרכיביהם במשפט האמריקאי. לכך ניתן להביא חריג חשוב אחד. במספר פסקי דין מיעוט ציין השופט ברייר (Breyer) כי יש מקום לפנות לאיזון בין אינטרסים בסוגיה הנופלת למבחני הבדיקה האמריקאיים, תוך הזקקות לשאלה אם הפגיעה בזכות החוקתית אינה מידתית.¹⁷³ כותב השופט ברייר בפרשה אחת שעניינה חקיקה המטילה הגבלות על תרומות למועמדים פוליטיים:¹⁷⁴

“In such circumstances – where a law significantly implicates competing constitutionally protected interests in complex ways – the Court has closely scrutinized the statute’s impact on those interests, but refrained from employing a simple test that effectively presumes unconstitutionality. Rather, it has balanced interests. And in practice that has meant asking whether the statute burdens any one such interest in a manner out of proportion to the statute’s salutary effects upon the others (perhaps, but not necessarily, because of the existence of a clearly superior, less restrictive alternative).”

בפרשה אחרת נבחן היקפו של התיקון השני למגילת הזכויות האמריקנית שעניינו הזכות לשאת נשק. כותב השופט ברייר:¹⁷⁵

- 172 E. THOMAS SULLIVAN & RICHARD S. FRASE, PROPORTIONALITY PRINCIPLES IN AMERICAN LAW: CONTROLLING EXCESSIVE GOVERNMENT ACTIONS (2009) ראו גם Kathleen Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. COLO. L. REV. 293 (1992); Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on “Proportionality”*, *Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583 (1998-1999)
- 173 *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 520 U.S. 180 (1997); *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000); *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001); *United States v. United Foods*, 533 U.S. 405 (2001); *Ysursa v. Pocatello Education*, 555 U.S. ____ (2009)
- 174 *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377, 402 (2000)
- 175 *Moshe Cohen-Eliya & Iddo Heller*, 554 U.S. 290 (2008) ראו גם Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367 (2009)

“[A]ny attempt *in theory* to apply strict scrutiny to gun regulations will *in practice* turn into an interest-balancing inquiry, with the interests protected by the Second Amendment on one side and the governmental public-safety concerns on the other, the only question being whether the regulation at issue impermissibly burdens the former in the course of advancing the latter. I would simply adopt such an interest-balancing inquiry explicitly. The fact that important interests lie on both sides of the constitutional equation suggests that review of gun-control regulation is not a context in which a court should effectively presume either constitutionality (as in rational-basis review) or unconstitutionality (as in strict scrutiny).”

השופט ברייר ממשיך וקובע כי:¹⁷⁶

“Contrary to the majority’s unsupported suggestion that this sort of proportionality approach is unprecedented... the Court has applied it in various constitutional contexts.”

בגישתו זו הציג השופט ברייר אתגר בפני ההלכה האמריקנית. גישתו היתה גישת מיעוט בפסקי הדין השונים. קשה לצפות את התפתחותה בעתיד.¹⁷⁷

יב. המידתיות בישראל

היסודות המרכיבים את המידתיות היוו במשך שנים רבות כל אחד בנפרד, חלק מהמשפט המנהלי הישראלי.¹⁷⁸ כך לעניין הצורך במטרה ראויה; כך לעניין הדרישה לקשר רציונלי; כך לעניין היעדרה של חלופה מזיקה פחות; וכך לעניין האיזון בין הנזק לזכות האדם לבין הגשמת טובת הכלל. לעתים עמד כל אחד מהיבטים אלה לעצמו. לעתים הוא היווה שיקול במסגרת חובתו של המנהל הציבורי לפעול בסבירות.¹⁷⁹ בפיתוחה של הלכת

176 פרשת *Heller*, שם, פרק שלישי לפסק דינו של השופט ברייר.

177 ראו Jackson, לעיל ה"ש 172, בעמ' 616; Vicki C. Jackson, *Being Proportional about* ; 803, 842 (2004) *Proportionality*, 21 CONST. COMMENT. ראו גם Cohen-Eliya & Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, לעיל ה"ש 175.

178 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 116 (1996).

179 ראו אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי כרך III – עילות ההתערבות 217 (2008).

הסבירות סטה בית המשפט העליון מהלכת *Wednesbury* האנגלית.¹⁸⁰ הוא העמיד את הסבירות כדרישה רחבת היקף, אשר במרכזה עומד האיזון בין העקרונות המתנגשים.¹⁸¹ במשך שנים רבות לא הצטרפו היבטים אלה לכלל מנהלי אחיד ומיוחד.¹⁸² ההשפעה העיקרית לשכלולה של הצטרפות זו באה מהאקדמיה הישראלית. הראשון שהפנה את תשומת הלב למידתיות כעילה עצמאית במשפט המנהלי הישראלי היה ז' סגל. ברשימה חשובה (ב-1990) ציין סגל¹⁸³ כי "עיון בפסיקת בג"צ... מצביע על כך שבפסיקה נוצרת למעשה עילת ביקורת שיפוטית, אשר עניינה הוא העדר יחסיות בין האמצעי שננקט בידי הרשות לבין הנזק שאותו ביקשה היא למנוע, או לבין המטרה שאותה ביקשה להשיג".¹⁸⁴ סגל כינה עילה זו כ"עילת היעדר היחסיות" (*disproportionality*).¹⁸⁵ לביסוס עמדתו הוא היפנה לספרות השוואתית. סגל ציין כי "במשפט האירופאי בכלל ובמשפט הצרפתי במיוחד מהווה העילה חידוש, שראשיתו עוד לפני כעשרים שנה, הקונה לו מקום בפיתוח היקפה של הביקורת השיפוטית על רשויות המינהל".¹⁸⁶ ארבע שנים לאחר מכן פורסמה רשימה מקיפה של י' זמיר.¹⁸⁷ היא הישוותה בין המשפט המנהלי הישראלי למשפט המנהלי הגרמני. ברשימה זו הציג זמיר לראשונה בפני הציבור הישראלי את המידתיות במשפט המנהלי הגרמני. הוא ציין כי בית המשפט העליון הזניח את המידתיות.¹⁸⁸ הוא הדגיש כי המידתיות

- 180 לפרשת *Wednesbury*, ראו לעיל ה"ש 87.
- 181 ראו בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2) 105, 94 (1976); בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 439, 421 (1980); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 513, 485 (1990); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 464, 441 (1993); איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 291 (1982); מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102 (1982); משה עציוני "טובת הציבור והאדם הסביר" ספר זוסמן 125 (1984); משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5 (1989); רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994); יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר מאמרים חלק א 417 (2003); מנחם מאוטנר "בין כשירות לסבירות" המשפט 25, 47 (2008); שרגא ושחר, לעיל ה"ש 179, בעמ' 219.
- 182 ראו למשל בג"ץ 790/78 רוזן נ' שר המסחר התעשייה והתיירות, פ"ד לג (3) 281, 291 (1979).
- 183 זאב סגל "עילת היעדר היחסיות" (*disproportionality*) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507 (1990).
- 184 שם, בעמ' 511.
- 185 שם, בעמ' 512.
- 186 שם.
- 187 יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109 (1994).
- 188 שם, בעמ' 132.

אומצה בפועל אך נותרה "בת בלי שם",¹⁸⁹ שכן הסתתרה מאחורי עילה אחרת, כגון סבירות או איזון אינטרסים. הוא הביע תקווה כי "עילה זאת תצא לדרכה, כעילה בפני עצמה, ותזכה להתפתח בצד העילות האחרות".¹⁹⁰

תקווה זו הוגשמה תוך זמן קצר. היה זה י' זמיר עצמו – הפעם כשופט בבית המשפט העליון – שבפסק דין חשוב הכיר במידתיות כדרישה עצמאית המכוונת כלפי המינהל הציבורי. ואלה דבריו:¹⁹¹

"המידתיות היא כלל מקובל וחשוב במדינות שונות, בענפי משפט שונים, ובכלל זה במשפט המינהלי. היא נוהגת גם במשפט הישראלי מאז ומתמיד, בענפים שונים, לעתים מכוח חקיקה ולעתים מכוח הפסיקה. לאחרונה הוכרה המידתיות על-ידי בית-משפט זה כעיקרון שיש בו כדי להנחות ולהגביל את הרשות המינהלית בהפעלת סמכויותיה... לגוף העניין, זהו עיקרון בסיסי ורחב, שעד כה, משום מה, לא זכה במשפט ישראלי למעמד ולמשקל שהוא ראוי להם."

התפתחויות אלה התרחשו בתחום המשפט המינהלי. ההתפתחות בתחום המשפט החוקתי התרחשה עם כינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. בשני חוקי יסוד אלה, הדנים בזכויות היסוד החוקתיות, נקבעה פסקת הגבלה כללית.¹⁹² בין מרכיביה נכללה בלשון מפורשת המידתיות ("ובמידה שאינה עולה על הנדרש"). בפסק דיני בפרשת בנק המזרחי המאוחד שהצהיר על מעמדם החוקתי של חוקי יסוד אלה, עמדתי על מקורותיה של המידתיות בישראל:¹⁹³

"בעבר נזקקנו לעקרון המידתיות במשפט המינהלי... עתה ניתן לו מעמד חוקתי. לאורו נבחנת עתה חוקתיותו של החוק. גם במשפט המשווה החל מבחן זה להתפתח כמבחן של משפט מינהלי. הוא מקובל מאוד בכל

189 ש.ם.

190 ש.ם, בעמ' 133.

191 בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435 (1994). ראו גם בג"ץ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 10 (1995): "עקרון המידתיות מקובל, הלכה למעשה, במשפטה של מדינת ישראל. הוא מופעל בענפי המשפט השונים... עקרון המידתיות הופעל תחילה במשפט המינהלי 'מבלי לקרוא לילד בשמו'... לאחרונה ניתנה במספר פרשות הכרה 'פורמאלית' לעילת המידתיות, בפסיקתו של בית המשפט העליון" (הנשיא ברק).

192 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

193 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 436 (1995). ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 535 (1994); דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

המשפט המינהלי האירופאי... הוא פותח במיוחד במשפט המינהלי הגרמני... משם הוא עבר למשפט החוקתי של מרבית מדינות אירופה, ומחוצה לו. הוא מהווה מבחן מרכזי בקנדה... ובדרום אפריקה, על פי חוקתה החדשה... במשפט המשווה נעשה ניסיון לתת קונקרטיזציה לעקרון המידתיות. נראה לי כי ראוי הוא שנלמד מניסיון זה, המשותף לקנדה, גרמניה, הקהילות האירופיות ובית המשפט האירופי לזכויות האדם בשטרסבורג, שהרי עקרון המידתיות אינו משקף היסטוריה חברתית מיוחדת במינה, או עמדה פרטיקולרית בעניין חוקתי, אלא עמדה אנליטית כללית באשר למידתו של החוק הפוגע בזכות אדם חוקתית.

על רקע המשפט המשווה נקבע כי מבחן המידתיות מתחלק לשלושה מבחני משנה, ולכל אחד מהם ניתן המובן שהיה מקובל אותה עת בקנדה, בגרמניה ובפסיקה שפירשה את האמנה האירופית לזכויות האדם. כיום מהווה המידתיות מרכיב מרכזי של המשפט הישראלי. היא חלה לא רק במשפט החוקתי אלא גם במשפט המנהלי. היא מהווה גם חלק בשיח הציבורי הישראלי הכללי, הנזקק יותר ויותר לדרישת המידתיות.

פרק שמיני

המקורות המשפטיים של המידתיות

א. המידתיות כאמת-מידה למימושן של זכויות אדם

1. הצורך בעיגון חוקתי

שיטת משפט המאמצת את המידתיות כאמת-מידה המגבילה את האפשרות לממש זכויות אדם באמצעות נורמה תת-חוקתית חייבת למצוא לכך עיגון משפטי.¹ לא די בכך שהמידתיות נתפסת כרעיון חשוב ונכון. לא די בכך שיישומה עולה באיכותו על אמות-מידה אחרות המגבילות זכויות אדם בנורמות תת-חוקתיות. לא די במשפט מקובל המכיר במידתיות ואף לא בהוראות חוק המכירות בה. המקור המשפטי למידתיות צריך להיות מעוגן (במפורש או במשתמע) בחוקה עצמה. אכן, כדי להגביל זכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית מידתית נדרש כי לדין הקובע את מידתיות ההגבלה יהיה בסיס משפטי בחוקה עצמה. מהו הבסיס החוקתי למידתיות?

לכאורה התשובה על שאלה זו בישראל פשוטה. פסקת ההגבלה הישראלית קובעת כי הפגיעה בזכויות האדם החוקתיות צריכה להיות בחוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה".² בכך ניתן ביטוי בחוק-יסוד למרכיבי המטרה במידתיות. בהמשך נקבע כי הפגיעה צריכה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש". בכך ניתן ביטוי בחוק-יסוד למרכיב האמצעים וליחס הראוי בין הגשמת המטרה והפגיעה בזכות. נמצא אפוא כי המידתיות קבועה בחוק היסוד עצמו. הוראה דומה מצויה במספר חוקות. כך, למשל, הוראה מפורשת בעניין המידתיות מצויה בסעיף 1(ב) לתיקון שהוכנס לחוקה האוסטרית ב-1988. ס"ק (1) מעגן בחוקה את הזכות חוקתית לחירות, וס"ק (3) קובע:

1 ראו Luc B. Tremblay, *Normative Foundation of the Proportionality Principle in Constitutional Theory* (French) EUI Working Papers LAW 2009/04; Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, in PETER BADURA AND HORST DREIER, *FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* 445, 447 (vol. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001); CARLOS BERNAL PULIDO, *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* 505 (3 a. edicions, 2007).

2 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

“The deprivation of personal liberty may be legally prescribed only if this is requisite for the purpose of the measure; deprivation of personal liberty may in any instance only occur if and inasmuch as this is not disproportionate to the purpose of the measure.”

החוקה הפדרלית החדשה של שווייץ (משנת 2000) כוללת פסקת הגבלה כללית (סעיף 36(3)) ובה הוראה מפורשת בעניין מידתיות:³

“Limitations of fundamental rights must be proportionate to the goals pursued.”

הוראה מפורשת בעניין המידתיות מופיעה גם בחוקתה של רומניה (מ-1991)⁴ ובתיקון שהוכנס ב-2001 לחוקתה של תורכיה.⁵ בכמה חוקות נקבע בפסקת ההגבלה (הכללית או המיוחדת) כי הגבלה של זכות צריכה להיות נחוצה (necessary) במדינה דמוקרטית.⁶ מהביטוי “נחוצה” הסיקו בתי המשפט את דרישת המידתיות.⁷

אף שיש בקיומה של הוראה מפורשת בחוקה כדי להצעידינו מרחק ניכר בדרך לתשובה בשאלת העיגון המשפטי לדרישת המידתיות, אין בכך כדי ליתן לשאלה זו תשובה מלאה. הטעם לכך הוא שהביטוי “נחוץ”, או “במידה שאינה עולה על הנדרש” וביטויים דומים אחרים הם ביטויים הדורשים פרשנות. במסגרת פרשנות זו מתעוררת השאלה מה תוכנה של הדרישה כי הפגיעה תהא “נחוצה”, או “במידה שאינה עולה על הנדרש”? שאלות דומות מתעוררות באותן חוקות הקובעות במפורש את דרישת המידתיות (proportionality). מה פירושה של הוראה זו? האם זו המידתיות המקובלת בגרמניה, בקנדה או בדרום-אפריקה? אולי זו ה“סבירות” (או חוסר הסבירות) בה עוסק המשפט המינהלי במדינות המשפט המקובל ובישראל? אולי זו מידתיות המיוחדת לכל שיטת משפט?

שאלתי חוזרת אפוא למקומה: מהו המקור המשפטי למידתיות? מהו העיגון למרכיב המידתיות במשפט החוקתי של שיטות המשפט שאימצו אותה? מעבר לכך: לעתים אין הוראה מפורשת בחוקה בעניין ההגבלה המידתית של מימושן של זכויות חוקתיות על ידי נורמה תת-חוקתית. לעתים כל שנקבע בחוקה הינו כי ניתן להגביל הזכויות החוקתיות “בחוק” בלא כל תנאים נוספים.⁸ לעתים נוסחו זכויות בלשון מוחלטת ללא כל הוראה

3 לניתוח ההוראה, ראו ULRICH HAFELIN & WALTER HALLER, SCHWEIZERISCHES BUNDESSTAATSRECHT (4th, 2004).

4 ראו ס' 49(2) לחוקה של רומניה.

5 ראו ס' 13 לחוקה של תורכיה.

6 ראו לעיל עמ' 186.

7 ראו לעיל עמ' 187.

8 ראו לעיל עמ' 179.

בעניין הגבלתן.⁹ חרף זאת פורשו החוקות גם בהיעדר כל הוראה מפורשת, או במקום שההוראה המפורשת הסתפקה בקביעה כי ההגבלה צריכה להיות "בחוק", באופן שרואה את הזכויות החוקתיות כיחסיות, ושקובעת את המידתיות כאמת-המידה להגבלתן על ידי נורמה תת-חוקתית. מהו המקור בחוקה עצמה שעליו יש לבסס את המידתיות? הנה כי כן, התשובה לשאלה מהו המקור המשפטי למידתיות היא בעלת חשיבות רבה, והיא מחייבת תשובה.

2. מהות העיגון החוקתי

בחינתה של הספרות והפסיקה בעניין המידתיות, בארץ ובעולם מעלה כי הבסיס המשפטי החוקתי שניתן לה מעוגן באחד או יותר מהטיעונים הבאים:

(א) המידתיות נגזרת מהדמוקרטיה.

(ב) המידתיות היא חלק משלטון החוק.

(ג) המידתיות היא אינהרנטית להתנגשות בין עקרונות משפט.

(ד) המידתיות מתבקשת מפרשנות הרמונית של החוקה.

אעמוד בקצרה על כל אחת מגישות אלה.

ב. מידתיות ודמוקרטיה

1. הנחות באשר לקשר בין מידתיות לדמוקרטיה

על פי טיעון זה, דרישת המידתיות בפגיעה בזכויות האדם נגזרת מפירושו של מושג הדמוקרטיה. הטיעון מבוסס על חמש הנחות: ראשית, כי למושג הדמוקרטיה מעמד חוקתי-אופרטיבי שממנו ניתן לגזור תוצאות מעשיות; שנית, כי המושג החוקתי-אופרטיבי של הדמוקרטיה כולל לא רק את הדמוקרטיה הייצוגית ואת שלטון הרוב אלא גם היבט של זכויות אדם; שלישית, כי המושג החוקתי-אופרטיבי של הדמוקרטיה מבוסס על איזון בין זכויות האדם לבין העקרונות שהדמוקרטיה הייצוגית מבקשת להגשים. נדרש אפוא להוכיח כי הדמוקרטיה מבוססת על איזון בין זכויות אדם לבין אפשרות הפגיעה בהן; רביעית, כי איזון זה, הנדרש מעקרון הדמוקרטיה, מתבצע באמצעותן של פסקאות ההגבלה (הכלליות או המיוחדות, המפורשות או המשתמעות) המאפשרות הגבלה על מימושן של הזכויות על ידי נורמה תת-חוקתית; חמישית, כי פסקאות ההגבלה אלה, כדי לקיים את תפקידן, מתבססות על עקרון המידתיות. עקרון המידתיות מעוגן במושג הדמוקרטיה רק אם כל אחת מחמש ההנחות האלה מתקיימת. לבחינתן של הנחות אלה אפנה עתה.

9 ראו לעיל עמ' 173.

2. ההנחה הראשונה: לדמוקרטיה יש מעמד חוקתי

הטענה כי המידתיות נגזרת מהדמוקרטיה מבוססת על ההנחה כי למושג הדמוקרטיה מעמד חוקתי-על-חוקי. זאת, משום שאם מושג הדמוקרטיה הוא אך סיכום המציאות הנורמטיבית התת-חוקתית¹⁰ כי אז אין בו כדי לעגן אמת-מידה הפועלת ברמה החוקתית. האם יש לדמוקרטיה מעמד חוקתי? בכמה חוקות נקבע במפורש כי המדינה היא דמוקרטית. כך, למשל, החוקה הגרמנית קובעת כי הרפובליקה הפדרלית של גרמניה הינה דמוקרטית ("ein demokratischer Bundestaat").¹¹ הוראה דומה מופיעה בחוקות אחרות.¹² הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות קובע כי ניתן להטיל על הזכויות הכלולות בו הגבלות סבירות הניתנות לצידוק בחברה חופשית ודמוקרטית (free and democratic society).¹³ הוראה דומה מופיעה בפסקת ההגבלה של דרום-אפריקה (open and democratic society).¹⁴ אופייה הדמוקרטי של ישראל נקבע במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, הקובעים כי מטרתם של חוקי היסוד הינה לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית".¹⁵

מה מעמדה של הקביעה בחוקה כי מדינה היא "דמוקרטית" או כי ערכיה הם כשל מדינה דמוקרטית או כי ניתן להגביל זכויות באופן הניתן לצידוק במדינה דמוקרטית? זוהי שאלה פרשנית. יש לפרש את הדיבור "דמוקרטיה" בטקסט החוקתי. מטבע הדברים פירוש זה משתנה ממדינה למדינה ומחוקה לחוקה. הגישה המקובלת בפרשנותן של חוקות רבות הינה כי מושג הדמוקרטיה המופיע בהן אינו בעל אופי הצהרתי בלבד. יש לו משמעות חוקתית-אופרטיבית. הוא מטיל חובות על רשויות השלטון. הוא משמש אמת-מידה פרשנית. כך, למשל, ניתן להיעזר בו כדי לענות על השאלה אם משאל-עם, שאינו נזכר במפורש בחוקה, הוא מוסד שעולה בקנה אחד עם החוקה.¹⁶ בדומה ניתן להיעזר בו כדי לענות על השאלה באלו נסיבות תוכל מדינה שהיא חלק מפדרציה לפרוש ממנה.¹⁷ מושג הדמוקרטיה הוא מקור שניתן לגזור ממנו כוחות שלא נקבעו במפורש בחוקה אך מתבקשים מאופייה

10 כפי שנעשה למשל בבג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שריהפנים, פ"ד ז(2) 871, 876 (1953).

11 ס' 1(20) לחוק היסוד הגרמני.

12 ראו ס' 1(1) לחוקה של ספרד; ס' 1 לחוקה של איטליה; ס' 5 לחוקה של אירלנד; ס' 2 לחוקה של פורטוגל.

13 ראו ס' 1 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, § 1 (להלן – הצ'רטר הקנדי).

14 ראו ס' 36(1) לחוקה של דרום-אפריקה.

15 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

16 ראו Hanafin v. Minister for Environment, [1996] 2 I.R. 321.

17 ראו Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

הדמוקרטי. ¹⁸ כמו כן, אם מושג הדמוקרטיה משתרע לא רק על הדמוקרטיה הפורמלית אלא כולל גם דמוקרטיה מהותית, כי אז ניתן לגזור ממנו זכויות אדם שאינן קבועות במפורש בחוקה. ¹⁹ כך נהג בית המשפט העליון של אירלנד לעניין זכות התנועה. ²⁰ כך נהג בית המשפט העליון של אוסטרליה לעניין חופש הביטוי הפוליטי. ²¹ לעתים אין בחוקה אזכור מפורש של המילה "דמוקרטיה". האם במקרה כזה ניתן לייחס מעמד חוקתי למושג העיוני של הדמוקרטיה – ולמידתיות שמבקשים לגזור ממנה? לדעתי התשובה היא בחיוב. מספר עקרונות יסוד אינם מופיעים במפורש בחוקה, אך הדעה המקובלת הינה כי הם מהווים חלק ממנה וניתן להם מעמד חוקתי. ²² גם אם עקרונות יסוד אלה אינם כתובים בתוך השורות של הטקסט הדמוקרטי, הם כתובים בין השורות. ²³ הם משתמעים מלשונה של החוקה ומהמבנה שלה. ²⁴ זוהי החוקה "שאינה נראית לעין". ²⁵ טלו את העיקרון בדבר הפרדת הרשויות. על פי רוב עיקרון זה אינו נקבע במפורש בחוקה, אך הוא בוודאי משתמע ממנה. ²⁶ עמדתי על כך במקום אחר: ²⁷

"הערך הדמוקרטי של הפרדת הרשויות – ולא רק החלוקה בפועל של הסמכויות בין הרשויות השונות – הוא עצמו ערך חוקתי-על-חוקי. אמת, אין הוראה מפורשת בחוקי היסוד שלפיה בישראל מוכר העיקרון של הפרדת הרשויות. הוראה מפורשת שכזו נעדרת מרוב החוקות הדמוקרטיות המודרניות. חרף זאת מקובל על הכל כי העיקרון של הפרדת הרשויות הוא עיקרון חוקתי-על-חוקי. הכרזה זו מתבקשת מפרשנותה של החוקה. אף שעיקרון זה אינו כתוב בתוך השורות של החוקה, הרי הוא כתוב בין שורותיה. הוא נובע במשתמע מלשונם של חוקי היסוד. הוא מתבקש

- 18 ראו 1 I.R. 3 [1999] *Haughey v Moriarty*.
 19 ראו לעיל עמ' 81.
 20 ראו 73 IR [1979] *The State (M) v. Attorney General*.
 21 ראו לעיל עמ' 81.
 22 ראו לעיל עמ' 81. ראו גם *David Mullan, The Role for Underlying Constitutional Principles in a Bill of Rights World*, N.Z. L. REV. 9 (2004).
 23 ראו בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד נח(6) 685, 703 (2004). ראו גם לעיל עמ' 80.
 24 ראו *South African Association of Personal Injury Lawyers v. Heath*, 2001 (1) SA 883 (CC); *Doctors of Life International v. Speaker of the National Assembly*, 2006 (6) SA 416 (CC); *Sebastian Seedford & Sanele Sibanda, Separation of Powers, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* 12-36 (Stuart Woolman et al. eds., 2008).
 25 ראו LAURENCE H. TRIBE, *THE INVISIBLE CONSTITUTION* (2008).
 26 ראו *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly; In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996(4) SA 74 (CC).
 27 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 111 (2004).

מהמבנה של חוקי-היסוד – המבחין בין שלוש הרשויות השלטוניות והמייחד לכל אחת מהן חוק יסוד נפרד – וממכלול הוראותיהם.”

בגישה דומה נקט בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה:²⁸

“I cannot accept that an implicit provision of the Constitution has any less force than an express provision... The Constitutions of the United States and Australia, like ours, make provision for the separation of powers by vesting the legislative authority in the Legislature, the executive authority in the Executive, and the judicial authority in the Courts. The doctrine of separation of powers as applied in the United States is based on inferences drawn from the structure and provisions of the Constitution, rather than an express entrenchment of the principle. In this respect, our Constitution is no different... There can be no doubt that our Constitution provides for such a separation, and that laws inconsistent with what the Constitution requires in that regard, are invalid.”

עקרון יסוד שלעתיים אין לו אזכור מפורש בחוקה הוא העיקרון בדבר עצמאותה של הרשות השופטת (להבדיל מעצמאותו האישית של השופט). בית המשפט העליון של קנדה קבע כי ערך יסודי זה הוא בעל מעמד חוקתי.²⁹ בדומה, העיקרון בדבר שלטון החוק לא נזכר במפורש בחוקות רבות. חרף זאת יש לו מעמד חוקתי ברבות מהחוקות.³⁰ אם כך הדבר באשר לעקרונות יסוד הנגזרים מעיקרון האם של הדמוקרטיה, על אחת כמה וכמה שעיקרון האם עצמו – הדמוקרטיה – היא חלק משתמע בלתי-נפרד מהחוקה. במסקנה זו תומכים, בין השאר, חלקי החוקה השונים – ובמרכזם ההסדרים בדבר זכויות האדם ובדבר הבחירות לגוף המחוקק וההצבעות בו – שבהצטברותם מגבשים את עקרון הדמוקרטיה ומושפעים ממנו.³¹

הנחתי הינה אפוא כי מושג הדמוקרטיה הוא מושג חוקתי-אופרטיבי. האם ניתן לגזור ממנו את המידתיות? כדי לענות בחיוב על שאלה זו לא די להוכיח כי מושג הדמוקרטיה הוא בעל תוקף חוקתי. נדרש גם להוכיח – וזו ההנחה השנייה שעליה עמדתי – כי המושג

28 פרשת *Heath*, לעיל ה"ש 24, בפס' 20-22.

29 ראו 3 [1997] (P.E.I.), *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court* (S.C.R. 3).

30 ראו להלן עמ' 278.

31 השוו פרשת קול העם, לעיל ה"ש 10.

החוקתי של הדמוקרטיה כולל מרכיב חיוני של הכרה בזכויות אדם. לבחינתה של הנחה זו אעבור עתה.

3. ההנחה השנייה: הדמוקרטיה כוללת זכויות אדם

לדמוקרטיה מובנים רבים ומגוונים. "קיימות תפיסות רבות של דמוקרטיה – מדמוקרטיה עממית עד דמוקרטיה מערבית; מדמוקרטיה פורמאלית עד לדמוקרטיה מהותית; וגם בדמוקרטיה מהותית קיימות תפיסות שונות של מהות הדמוקרטיה".³² אחת ההבחנות החשובות לעניין זה היא ההבחנה שבין דמוקרטיה פורמלית לדמוקרטיה מהותית. הדמוקרטיה הפורמלית מדגישה את ריבונות העם, המוצאת מהכוח אל הפועל בבחירות חופשיות ("דמוקרטיה ייצוגית") המעניקות את הזכות לבחור ולהיבחר באופן שווה לכול. הדמוקרטיה המהותית מדגישה ערכים המייחדים את הדמוקרטיה כגון הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות השפיטה וזכויות אדם.³³ כל חוקה נותנת למושג הדמוקרטיה המופיע בה מובן המגשים את תכליתו. גישה מקובלת הינה כי למושג הדמוקרטיה בחוקות מודרניות יש ליתן את משמעותו העשירה, המשתרעת הן על הדמוקרטיה הפורמלית הן על הדמוקרטיה המהותית. ברוח זו הדגיש בית המשפט החוקתי בגרמניה כי החוקה הגרמנית מבוססת על "משטר בסיסי של דמוקרטיה חופשית". היבט זה הוגדר באופן הבא:³⁴

"משטר הנקבע על ידי שלטון החוק המבוסס על ההגדרה העצמית של בני האדם בהתאם לרצון הרוב ועל חירות ושוויון השוללים הסדרים של כוח או שרירות."

ביטוי לגישה דומה ניתן בלשון מפורשת בחוקה של דרום-אפריקה:³⁵

"This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom."

32 בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 340 (1998) (השופט זמיר). ראו גם, Theunis Roux, ROBERT A. DAHL, ON DEMOCRACY (1998); *Democracy, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, Chapter 10, 1 (Stuart Woolman et al. eds., 2006): "Democracy is a noun permanently in search of a qualifying adjective"

33 על ההיבטים השונים של הדמוקרטיה, ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 27, בעמ' 90.

34 BVerfGE 5, 585.

35 ס' 7(1) לחוקה של דרום-אפריקה.

על רקע זה ציין ראו (Roux):³⁶

“[N]o South African political system claiming to be democratic would be worthy of that name unless it respected the democratic values which the Bill of Rights affirms.”

גישה דומה נוקטים חוקי היסוד שלנו בדבר זכויות האדם. סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

“חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.”

הקשר בין דמוקרטיה לזכויות האדם הוא אמיץ ובלתי-ניתן לניתוק.³⁷ אכן, עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב-פנים. אין להשקיף על הדמוקרטיה מנקודת מבט-חד-ממדית. הדמוקרטיה היא רב-ממדית. היא מבוססת על מרכזיות שלטון הרוב ועל ערכים דמוקרטיים, אשר במרכזם זכויות אדם. דמוקרטיה מבוססת על כך שכל פרט נהנה מזכויות שגם הרוב אינו יכול לשלול אותן ממנו רק משום שבידו כוח הרוב.³⁸ קשר זה בין דמוקרטיה וזכויות אדם הוא קשר ברמה חוקתית, המעוגן בפירושו של הדיבור “דמוקרטיה” בחוקה או בחוק יסוד. הדרישה כי הדמוקרטיה תהא לא רק פורמלית אלא גם מהותית היא אפוא דרישה חוקתית.³⁹

36 Roux, לעיל ה"ש 32, בעמ' 33. ראו גם Kaunda v. President of the Republic of South Africa, 2005 (4) SA 235 (CC).

37 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 27, בעמ' 91, וכן RONALD DWORKIN, A BILL OF RIGHTS FOR BRITAIN 35 (1990); RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (1997); Lorraine E. Weinrib, *The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Role of Law and Fundamental Rights under Canada's Constitution*, 80 CANADIAN BAR REV. 699, 701 (2001); WIKTOR OSIATYNSKI, HUMAN RIGHTS AND THEIR LIMITS 72 (2009); VICTOR FERRERES COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES (2009).

38 ראו Jörg Paul Müller, *Fundamental Rights in Democracy*, 4 HUM. RTS. L. J.131 (1983); JURGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY (William Rehg trans., 1996); CASS R. SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO (2002); GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 143 (2005).

39 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 424 (1995); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת נ' אחמד טיבי, פ"ד נו(4) 1, 23 (2003).

לעתים מושג הדמוקרטיה אינו נזכר בחוקה במפורש. אין בכך ולא כלום, שכן הוא משתמע מלשון החוקה.⁴⁰ מה נכלל במושג המשתמע של דמוקרטיה? לדעתי התשובה העקרונית על כך הינה שהמושג המשתמע של דמוקרטיה זהה למושג המפורש שלה. על כן, גם בהיעדר הוראה מפורשת יש לראות את הדמוקרטיה הפורמלית והמהותית כמשתמעות מלשון החוקה וכבעלות מעמד חוקתי.

4. ההנחה השלישית: הדמוקרטיה מבוססת על איזון בין זכויות אדם ועקרונות חברתיים נוגדים

המידתיות נגזרת מהדמוקרטיה אם הדמוקרטיה היא בעלת מעמד חוקתי ואם מושג הדמוקרטיה כולל גם זכויות אדם. בכך לא סגי. כעת נדרש להראות כי זכויות האדם המהוות חלק ממושג הדמוקרטיה הן זכויות שניתן לפגוע בהן, כלומר: זכויות יחסיות ולא מוחלטות. ראינו כי תורת זכויות האדם מבחינה בין היקפן של הזכויות למידת ההגנה עליהן.⁴¹ הזכויות החוקתיות הן אפוא יחסיות. היחסיות משמעה אפשרות חוקתית לפגוע בזכות אדם כדי להגן על טובת הכלל וזכויותיו של האחר הנתפסים כמצדיקים זאת. כאשר הזכויות החוקתיות הן יחסיות, הן הזכות והן האפשרות לפגוע בה מעוגנות בחוקה עצמה.

בכך בא לידי ביטוי המתח הפנימי שבין שני היבטיה של הדמוקרטיה. מחד גיסא עומדות זכויות האדם המשקפות יסוד מרכזי בדמוקרטיה (המהותית). מאידך גיסא עומד החוק הפוגע בהן המשקף יסוד מרכזי בדמוקרטיה (הפורמלית). כיצד נפתר מתח זה? התשובה הינה כי מתח זה אינו נפתר בדרך של התנגשות, תוך הוצאתו מתחום החוקה של היסוד שידו על התחזונה. המתח נפתר בדרך של איזון ראוי בין היסודות המתחרים. זהו הביטוי לאופייה המורכב של הדמוקרטיה. אכן, המתח הטבעי בין יסודות הדמוקרטיה הוא מתח "קונסטרוקטיבי".⁴² הוא המאפשר לכל אחד מהיסודות להתפתח תוך חיים משותפים עם היסוד המתחרה. הדרך להשגת חיים משותפים אלה הוא באיזון בין היסודות המתחרים. איזון זה מאפשר לכל אחד מהיסודות להתפתח בצד היסודות האחרים ולא במקומם.⁴³

5. ההנחה הרביעית: איזון באמצעות פסקאות הגבלה

מושג המפתח בדמוקרטיה החוקתית הוא איזון – איזון בין הדמוקרטיה הפורמלית לדמוקרטיה המהותית.⁴⁴ איזון זה מניח את קיומן הבר-זמני של הדמוקרטיה הפורמלית

40 ראו לעיל עמ' 80.

41 ראו לעיל עמ' 44.

42 בלשונו של Roux, לעיל ה"ש 32, בעמ' 65.

43 על הצידוק הדמוקרטי לאיזון, ראו Stephen Gardbaum, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing*, forthcoming: 4(1) LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS (2010).

44 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 27, בעמ' 268. לביקורת על האיזון והתשובות לה, ראו להלן עמ' 577.

והדמוקרטיה המהותית גם יחד, תוך שהוא קובע "יחסי גומלין" ביניהם. האיזון משקף את החשיבות החברתית היחסית של היסודות המתחרים בהקשר שבו המתח מתקיים. כאשר ההקשר הוא המתח בין הדמוקרטיה הפורמלית לבין זכויות האדם, האיזון נפתר באמצעות פסקאות ההגבלה (המיוחדות או הכלליות, המפורשות או המשתמעות), הקובעות את התנאים בהם יכולה נורמה תת-חוקתית לפגוע בזכות חוקתית. ביטוי לכך ניתן למצוא בפסקת ההגבלה הכללית שבצ'רטר הקנדי:⁴⁵

"The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

בפרשו את הדיבור "חברה חופשית ודמוקרטית" בפסקת ההגבלה הקנדית כתב הנשיא דיקסון (Dickson C.J.):⁴⁶

"Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the Charter was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society."

דברים אלה הובאו בחשבון עת נכתבה פסקת ההגבלה בחוקתה של דרום-אפריקה, שזו לשונה:⁴⁷

"The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom..."

ברוח דומה נקבע בפסקת ההגבלה הישראלית:⁴⁸

45 ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 13.

46 R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 136

47 ס' 1(36) לחוקה של דרום-אפריקה.

“אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.”

“ערכיה של מדינת ישראל”, המהווים אמת-מידה לפגיעה כדין בזכות חוקתית על ידי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, קבועים בהוראת המטרה שבחוק היסוד.⁴⁹ לפי הוראה זו אלה הם ערכיה “כמדינה יהודית ודמוקרטית”.

6. ההנחה החמישית: פסקאות ההגבלה מבוססות על מידתיות

מהי אמת-המידה לאיזון ראוי בין שני היבטיה של הדמוקרטיה? כיצד ניתן לאזן בין שלטון הרוב לבין זכויות הפרט? מהי אמת-המידה המתבקשת בחברה דמוקרטית לפגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית? התשובה לשאלות אלה כולן הינה כי המידתיות – היא אמת-מידה ראויה. איני טוען כי זו אמת-המידה היחידה. כל טענתי בשלב זה הינה, כי המידתיות היא אמת-מידה ראויה. כאשר חוק פוגע בזכות חוקתית, הפגיעה היא חוקתית אם היא מידתית.⁵⁰ היא מידתית אם היא למטרה ראויה ואם האמצעים הם רציונליים ונחוצים ופגיעתם בזכות החוקתית היא מידתית (במובן הצר). האדם בחברה הוא חלק מחברה. החברה יכולה באמצעות האורגנים המוסמכים לכך להגביל את זכויותיו אם הדבר נעשה למטרה ראויה, באמצעים ראויים ותוך פגיעה מידתית בזכות החוקתית – לשון אחר: אם ההגבלה היא מידתית. אכן, חירותו של האדם היא ביטוי לאוטונומיה שלו כחלק מהחברה. האינטגרציה שלו בתוך החברה מצדיקה להטיל מגבלות על חירותו – ובלבד שהן מידתיות. עמד על כך הנשיא דיקסון בפרשת *Oakes*:⁵¹

“To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures, responsible for a limit on a Charter right or freedom are designed to serve, must be ‘of’ sufficient importance to warrant overriding a constitutional protected right or freedom... Second, ... the party invoking S.1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves ‘a form of proportionality test’ ... Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required

48 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 49 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 50 ראו Weinrib, לעיל ה"ש 6, בעמ' 707.
 51 פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 138.

to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First the measures adopted must be... rationally connected to the objective. Second, the means... should impair 'as little as possible' the right or freedom in question... Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of 'sufficient importance'... the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society."

גישה דומה אומצה בדרום-אפריקה. בפרשת *Makwanyane* נדונה חוקתיותו של חוק המטיל עונש מוות. נקבע שהחוק אינו חוקתי משום שהוא אינו מידתי. כתב הנשיא צ'סקלסון⁵²: (Chaskalson)

"The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality... which calls for the balancing of different interests."

אכן, אם חוק פוגע בזכות אדם חוקתית שלא לתכלית ראויה, או תוך שימוש באמצעים לא רציונליים או שאין בהם צורך שכן יש אמצעים פוגעניים פחות, או שנזקה של הפגיעה בזכות החוקתית עולה על תועלתה – כאשר זו תוצאתו של חוק אזי אין הוא עולה בקנה אחד עם הדמוקרטיה.

בשורה ארוכה של פסקי דין נימק בית המשפט העליון בישראל את ההגנה על זכויות האדם בנימוק הדמוקרטי. זהו גם הנימוק שעמד ביסוד ההנמקה הקשורה בפסקת ההגבלה. ביטוי לכך ניתן בפרשת עדאלה,⁵³ שדנה בבעיית איחוד המשפחות. מרבית השופטים באותה פרשה קבעו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003⁵⁴ פוגע בכבוד האדם של בן הזוג הישראלי שנמנע ממנו איחוד המשפחה עם בן זוגו מהאזור. ארבעה שופטים (הנשיא א' ברק והשופטים ד' ביניש, א' פרוקצ'יה וא' חיות) סברו כי התנאי של פסקת ההגבלה – הדורש יחס מידתי (במובן הצר) בין התכלית של החוק (ביטחון) לבין

52 S v. Makwanyane, 1995 (3) SA 391 (CC), § 104

53 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006). לעובדות פסק הדין, ראו לעיל עמ' 106.

54 ס"ח 544.

האמצעים שהוא נוקט (איסור גורף) – אינו מתקיים. ההנמקה שניתנה לגישה זו התבססה על שיקולים של דמוקרטיה, וכך כתבתי בפסק דיני:⁵⁵

“העיון במבחן המידתיות (במובן הצר) מחזיר אותנו למושכלות ראשונים עליהם מתבססת הדמוקרטיה החוקתית שלנו וזכויות האדם מהם נהנים הישראלים. מושכלות אלה הינם כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים; כי הביטחון אינו עומד מעל לכל; כי המטרה הראויה של הגברת הביטחון אינה מקדשת פגיעה קשה בחייהם של אלפים רבים של אזרחים ישראלים. הדמוקרטיה שלנו מתאפיינת בכך, שהיא מציבה גבול ליכולת לפגוע בזכויות האדם; כי בבסיסה עומדת ההכרה כי סביב לפרט נבנית חומה המגינה על זכויותיו, אשר גם הרוב אינו יכול לפרוץ לתוכה... תוספת הביטחון המושגת מזניחת הבדיקה האינדיבידואלית וממעבר לאיסור גורף גוררת אחריה פגיעה כה קשה בחיי המשפחה והשוויון של אלפים רבים של אזרחי ישראל, עד כי אותו מעבר אינו מידתי. דמוקרטיה אינה נוהגת כך. דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מנתקת את אזרחיה מבני זוגם ואינה מאפשרת להם לחיות חיי משפחה; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מעמידה לפני אזרחיה את האופציה לחיות בה בלא בן זוג, או לעזוב את המדינה כדי לחיות בחיי משפחה תקינים; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מפרידה בין הורים לילדיהם; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ועל ידי כך מפלה בין אזרחיה באשר להגשמת חיי המשפחה שלהם. אכן, דמוקרטיה מוותרת על תוספת מסויימת של ביטחון כדי להשיג תוספת גדולה לאין שיעור ממנה של חיי משפחה ושוויון. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופת שלום ורגיעה. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות לחימה וטרור. דווקא בתקופות קשות אלה מתגלה כוחה של הדמוקרטיה... דווקא במצבים הקשים בהם ישראל שרויה כיום, עומדת הדמוקרטיה הישראלית למבחן.”

בהמשך פסק הדין כתבתי:⁵⁶

“אין לקיים דמוקרטיה וזכויות אדם בלא ליטול סיכונים... כל חברה דמוקרטית נדרשת לאזן בין הצורך לשוב ולהגן על חייהם ושלומם של האזרחים לבין הצורך לשמור ולהגן על זכויות האדם. 'איזון' זה אין פירושו אלא שעל מנת להגן על זכויות האדם נדרשים אנו ליטול סיכונים אשר במסגרתם עשויים להיפגע אנשים חפים מפשע. חברה החפצה לשמור על ערכיה הדמוקרטיים והמבקשת לקיים משטר דמוקרטי גם בתקופת טרור

55 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 53, פס' 93 לפסק דינו של הנשיא ברק.

56 שם, פס' 111 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ולחימה, אינה רשאית להעדיף את הזכות לחיים בכל מקרה בו היא מתנגשת עם השמירה על זכויות האדם. חברה דמוקרטית נדרשת למלאכה המורכבת של האיזון בין הערכים המתנגשים. איזון זה, מעצם טבעו, כולל בתוכו מרכיבים של סיכון ומרכיבים של הסתברות... כמובן, אין ליטול סיכונים בלתי סבירים. דמוקרטיה אינה צריכה להתאבד כדי לשמור על זכויות האדם של אזרחיה. דמוקרטיה צריכה להגן על עצמה ולהילחם למען קיומה וערכיה. אך הגנה זו ומלחמה זו צריכים להיעשות באופן שלא ישלול מאיתנו את אופיינו הדמוקרטי.

הנה כי כן, המידתיות נותנת ביטוי מלא לעושר ולמורכבות של הדמוקרטיה. על כן היא אמת-מידה ראויה להגבלתן של זכויות אדם חוקתיות.

7. הערכת הדמוקרטיה כמקור למידתיות

המידתיות הנגזרת מהעיקרון הדמוקרטי מבוססת על חמש הנחות. ההנחות כולן נראות לי מבוססות מבחינה משפטית. ההנחה החמישית – שלפיה פסקאות ההגבלה מבוססות על מידתיות – מעוררת שתי שאלות. השאלה הראשונה היא האם המידתיות היא הדרך היחידה למימוש של זכויות האדם? האין אמצעים אחרים, שאינם זהים למידתיות, היכולים להבטיח את האיזון הראוי בין שלטון הרוב (דמוקרטיה פורמלית) לבין זכויות האדם (דמוקרטיה מהותית)? אם התשובה היא חיובית, ואכן אין כמו המידתיות להבטיח את האיזון הראוי בין חלקיה הפנימיים של הדמוקרטיה, כי אז קמה ועומדת השאלה השנייה – מה הם יסודותיה של המידתיות והאם הם כולם חיוניים להבטחת תפקידה? אשוב לשאלות אלה במסגרת הדיון במעלותיה ובחסרונותיה של המידתיות.⁵⁷ אומר כבר עתה כי לדעתי המידתיות אינה הדרך היחידה למימוש של זכויות האדם – אולם היא הדרך הטובה ביותר. זו אמירה שדורשת הוכחה. אשתדל לבססה בשער האחרון.

ג. מידתיות ושלטון החוק

1. הגישה המקובלת בגרמניה

הספרות והפסיקה בגרמניה גורסות, על פי רוב, כי את עקרון המידתיות יש לגזור מעקרון ה-*Rechtsstaat*.⁵⁸ מקובל לתרגם עיקרון זה לאנגלית כ-*The Rule of Law* ובצרפתית כ-*Etat*

57 ראו להלן עמ' 577.

58 ראו Klaus Stern, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermassverbots*, in Festschrift für Peter Lerche 165 (1993); Horst Dreier, GG Grundgesetz Kommentar 256 (2006).

de droit.⁵⁹ בעברית אנו מכנים זאת "שלטון החוק" (או שלטון המשפט). מושגים אלה כולם – ואין זהות ביניהם⁶⁰ – הם מורכבים וסבוכים. ספרות רבה קיימת עליהם,⁶¹ והתמונה טרם התבהרה. נמקד עצמנו על ה-Rechtsstaat הגרמני.⁶² עיקרון זה נזכר בחוקה הגרמנית בהקשר לחוקותיהן של המדינות (ה-Länder) המרכיבות את הפדרציה (ה-Bund) הגרמנית.⁶³ אין התייחסות מפורשת לעיקרון זה בכלל הנוגע לזכויות האדם בהקשר הפדרלי.

59 Rainer Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de Droit*, in CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY – A COMPARATIVE ANALYSIS 269 (Christian Starck ed., 1999).

60 Loammi Blaau, *The Rechtsstaat Idea* גם ראו גם 5. בעמ' 38, לעיל ה"ש 38, בעמ' 5. ראו גם VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 38, בעמ' 5. ראו גם *Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights*, 107 S. AFRICAN L.J. 76 (1990); ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, STATE, SOCIETY AND LIBERTY: STUDIES IN POLITICAL THEORY AND CONSTITUTIONAL LAW 47 (1991); Gerald L. Neuman, *The U.S. Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz*, in DAS GRUNDGESETZ IM PROZESS EUROPÄISCHER UND GLOBALER VERFASSUNGSENTWICKLUNG 253 (Ulrich Battis et al. eds., 2000).

61 על שלטון החוק בישראל, ראו יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט לז 61 (1987); ליאון שלף "מ'שלטון החוק' לימרות המשפט: הרהורים וערעורים של מושגי-יסוד" עיוני משפט טז(3) 559 (1991); יצחק קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר 105 (1992); ליאון שלף מהות המשפט ומהות המשטר (1996); אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה 375 (2000); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 44, בעמ' 116; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 265 (2005). ראו גם JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY 210 (1979); ALLAN C. HUTCHINSON & PATRICK J. MONAHAN, THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY (1987); THE RULE OF LAW: NOMOS XXXVI (Ian Shapiro ed., 1995); Richard H. Fallon, *The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse*, 97 COLUM. L. REV. 1 (1997); RONALD A. CASS, THE RULE OF LAW IN AMERICA (2001); Henk Botha, *The Legitimacy of Legal Orders (3): Rethinking the Rule of Law*, 64 THRHR 523 (2001); THE RULE OF LAW: POLITICIZING ETHICS (Michael Neumann ed., 2002); DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW (José María Maravall & Adam Przeworski eds., 2003); BRIAN Z. TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY (2004); RETHINKING THE RULE OF LAW AFTER COMMUNISM (Adam Czarnota, Martin Krygier & Wojciech Sadurski eds., 2005); Peter W. Hogg & Cara F. Zwibel, *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, 55 U. TORONTO L.J. 715 (2005); Frank Michelman, *The Rule of Law Legality and the Supremacy of the Constitution*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA Chapter 11 (Stuart Woolman et al. eds., 2006); T.R.S. Allan, *The Rule of Law, as Liberal Justice*, 56 U. TORONTO L.J. 283 (2006); THE RULE OF LAW: HISTORY, THEORY AND CRITICISM (Pietro Costa & Danilo Zolo eds., 2007); Jeremy Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, 43 GA. L. REV. 1 (2008).

62 ראו Grote, לעיל ה"ש 59; DREIER, לעיל ה"ש 58, בעמ' 175.

63 ראו ס' 128(1) לחוק היסוד הגרמני.

עם זאת, הדעה המקובלת מייחסת לעיקרון תוקף חוקתי המשתמע מהוראות החוקה בכללותה, ונגזר במישורין מעקרון הדמוקרטיה המוזכר במפורש בחוקה הגרמנית.⁶⁴ התפיסה כי שלטון החוק הוא הטעם המונח ביסוד המידתיות כאמת מידה לחוקתיותן של נורמות תת-חוקתיות הפוגעות בזכות חוקתית מקובל במשפט המשווה.⁶⁵ גם הפסיקה הישראלית נתנה לכך ביטוי. באחת הפרשות ציינתי כי עקרון המידתיות –⁶⁶

”נועד למנוע פגיעה יתרה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להיגזר בקפידה כדי להלום את הגשמתה של התכלית. כך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון.”

האם יש מקום לגזור את המידתיות משלטון החוק? כדי להשיב על שאלה זו יש לערוך בחינה דומה לזו שעשינו בכל הנוגע לגזירת המידתיות מהדמוקרטיה:⁶⁷ ראשית יש לבחון אם יש למושג שלטון החוק מעמד חוקתי-אופרטיבי; שנית יש לבדוק אם שלטון החוק, כמושג חוקתי-אופרטיבי, כולל היבט של זכויות האדם; שלישית יש לקבוע האם שלטון החוק, כמושג חוקתי-אופרטיבי, מבוסס על איזון בין זכויות אדם לבין עקרונות נוגדים הנגזרים ממנו; רביעית יש להחליט האם האיזון ששלטון החוק מניח נערך באמצעות פסקאות ההגבלה (הכלליות או המיוחדות; המפורשות או המשתמעות) המאפשרות הגבלה על מימושן של זכויות חוקתיות באמצעות נורמה תת-חוקתית, כגון חוק או משפט מקובל; חמישית יש לנקוט עמדה בשאלה האם פסקאות ההגבלה, המגשימות את שלטון החוק, מבוססות על מידתיות. אפנה לבחון שאלות אלה. בשל הדמיון בין ניתוח ההנחות השונות לעניין שלטון החוק לבין ניתוחן של אותן הנחות לעניין הדמוקרטיה, אשתדל לא לחזור על דברים שכבר נאמרו.

2. ההנחה הראשונה: לשלטון החוק יש מעמד חוקתי

שלטון החוק הוא מושג מרכזי במשפטן של כל הדמוקרטיות המודרניות. האם יש לו מעמד חוקתי? לשאלה זו תשובה חיובית פשוטה באותן חוקות הקובעות זאת במפורש. כך, למשל, בחוקתה של פורטוגל (מ-1976) נקבע כי הרפובליקה הפורטוגלית היא מדינה דמוקרטית המבוססת, בין השאר, על שלטון החוק (Estado de direito).⁶⁸ בדומה נקבע

64 ראו DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 309 (1994).

65 ראו Michael Fordham & Thomas de la Mare, *Identifying the Principle of Proportionality* in UNDERSTANDING HUMAN RIGHTS PRINCIPLES 27 (Jeffrey Jowell and Jonathan Cooper eds., 2001).

66 בג"ץ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12 (1995).

67 ראו לעיל עמ' 265.

68 ראו ס' 2 לחוקה של פורטוגל.

בחוקה הספרדית (מ-1978) כי ספרד היא מדינה סוציאלית ודמוקרטית הכפופה לשלטון החוק (Estado de Derecho);⁶⁹ בחוקתה של דרום-אפריקה נקבע כי דרום-אפריקה הינה מדינה ריבונית ודמוקרטית המבוססת, בין השאר, על עליונות החוקה ושלטון החוק (supremacy of the constitution and the rule of law).⁷⁰ במדינות שבהן נקבעה הוראה מפורשת בעניין שלטון החוק, ניתן להוראה זו אפקט חוקתי-אופרטיבי ולא רק אפקט הצהרתי.

מה דינן של חוקות שאין בהן אזכור מפורש לשלטון החוק? התשובה לשאלה זו משתנה משיטת משפט לשיטת משפט, מבית משפט (חוקתי או עליון) לבית משפט. כך, למשל, בית המשפט החוקתי הגרמני הכיר בעיקרון של שלטון החוק (ה-Rechtsstaat) כבעל מעמד חוקתי. הוא הגיע למסקנה זו תוך פירוש החוקה כמכלול⁷¹ ותוך פירוש האופי הדמוקרטי שלה בפרט.⁷² בדומה קבע בית המשפט העליון של קנדה כי העיקרון בדבר שלטון החוק (the rule of law) הוא עקרון יסודי בעל מעמד חוקתי.⁷³ בגישה דומה נקט בית המשפט העליון של הודו, תוך שציין כי שלטון החוק הינו:⁷⁴

“[C]learly a basic and essential feature of the Constitution.”

ברוח דומה ציין טרייב (Tribe) לעניין החוקה האמריקנית, כי עקרון שלטון החוק, אף שאינו נזכר בחוקה במפורש, מהווה יסוד מוצק של החוקה. כותב טרייב:⁷⁵

“The proposition that ours is a government of laws, not men – that we live under the ‘rule of law’ – ...is a principle that, by just about any imaginable account, would have to be reckoned part of our Constitution.”

- 69 ראו ס' 1 לחוקה של ספרד.
- 70 ס' 1(c) לחוקה של דרום-אפריקה. ראו Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa, 2000 (2) SA 674 § 40. Africa: *In re Ex Parte* President of the Republic of South Africa, 2000 (2) SA 674 § 40.
- 71 ראו DREIER, לעיל ה"ש 58, בעמ' 256; BVerfGE 2, 380 (403).
- 72 ראו Volkmar Götz, *Legislative and Executive Power Under the Constitutional Requirements Entailed in the Principle of the Rule of Law*, in NEW CHALLENGES TO THE GERMAN BASIC LAW 141 (Christian Starck ed., 1991).
- 73 ראו *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, 752; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3; Mark D. Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law*, 51 U. TORONTO L.J. 91 (2001).
- 74 *Sambamurthy v. State of Andhra Pradesh*, A.I.R. 1987 S.C. 663.
- 75 TRIBE, לעיל ה"ש 25, בעמ' 84. ראו גם Paul R. Verkuil, *The American Constitutional Tradition of Shared and Separated Powers: Separation of Powers, the Rule of Law and the Idea of Independence*, 30 WM AND MARY L. REV. 301 (1989).

האם בישראל שלטון החוק הוא עיקרון חוקתי-על-חוקי? לדעתי התשובה היא חיובית. המשפט הישראלי מכיר בעקרונות יסוד חוקתיים, שאף כי אינם כתובים בתוך השורות של חוקי היסוד הם כתובים בין השורות. אחד מאותם עקרונות – בצד עקרונות אחרים, כגון הפרדת רשויות ועצמאות השפיטה – הוא העיקרון בדבר שלטון החוק.⁷⁶ הדמוקרטיה הינה בישראל עקרון חוקתי;⁷⁷ וממילא גם שלטון החוק הנגזר ממנה הוא עקרון חוקתי.

3. ההנחה השנייה: שלטון החוק כולל זכויות אדם

בדומה לדמוקרטיה,⁷⁸ גם למושג "שלטון החוק" מובנים שונים. זהו מושג סבוך, רב-משמעי ומעורפל.⁷⁹ תוכנו משתנה על פי מסורתו של המשתמש בו. הכול מסכימים כי מושג זה כולל היבטים פורמליים ("שלטון החוק הפורמלי") והיבטים יוריספרודנטליים ("שלטון החוק התורתי"). היבטים אלה מבטאים את עקרון החוקיות (ה־legality). על פי היבטים הפורמליים והתורתיים, ה־"Rule of Law is the Law of Rules".⁸⁰ גישה זו מעוררת מיד את השאלה האם בגרמניה של היטלר ובדרום-אפריקה של האפרטהייד התקיים שלטון החוק? תשובה שלילית לשאלה זו נובעת מתפיסה של שלטון החוק שיש בה לא רק היבט פורמלי ותורתי, אלא גם היבט מהותי.⁸¹ המחלוקת באשר לשלטון החוק נוגעת להיבט המהותי הזה. אין הסכמה באשר לתוכנו, אבל כל הסבורים כי שלטון החוק אכן כולל היבט מהותי מסכימים כי אחד מעיקריו הוא הכרה והגנה על זכויות אדם.

תפיסה מהותית זו של שלטון החוק היא התפיסה המקובלת במשפט הגרמני שלאחר מלחמת העולם השנייה.⁸² התפיסה החוקתית המקובלת כיום בגרמניה – כתגובתה לתפיסה הפורמלית של שלטון החוק בתקופה הנאצית – גורסת כי העיקרון של מדינת חוק (Rechtsstaatsprinzip), הנגזר מפרשנותה של החוקה, הוא עיקרון חוקתי מהותי ומרכזי.⁸³ גישה זו מקובלת גם בדמוקרטיה חוקתיות אחרות, אכן, עקרונות כמו הפרדת הרשויות, עצמאות השפיטה וזכות הגישה לבתי המשפט (הן בסוגיות של משפט פרטי והן בסוגיות של משפט ציבורי) נתפסים כנגזרים ממנו.⁸⁴ כמו כן מעוגנת בו התפיסה כי הוראות החוקה חלות על כל התנהגות שלטונית. כך, למשל, התפיסה כי חנינה היא מעשה חסד של הנשיא

76 ראו פרשת סיעת חר"ש-תע"ל, לעיל ה"ש 23, בעמ' 703.

77 ראו לעיל עמ' 266.

78 ראו לעיל עמ' 265.

79 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 27, בעמ' 116.

80 Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175 (1989).

81 ראו Blaau, לעיל ה"ש 60.

82 Grote, לעיל ה"ש 59, בעמ' 285; DREIER, לעיל ה"ש 58, בעמ' 256. ראו גם NICHOLAS

EMILIOU, *THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW* 40 (1996).

83 ראו Grote, שם, בעמ' 270.

84 ראו DREIER, לעיל ה"ש 58.

אינה עולה בקנה אחד עם מדינת חוק. החנינה היא פעולה שלטונית של הנשיא, וחלות עליה הוראות החוקה.⁸⁵ החקיקה של הפרלמנט חייבת לקיים את הוראות החוקה, וחוק הנוגד את החוקה – בטל, ובית המשפט מוסמך להכריז על כך. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק נגזרת אפוא מהעיקרון בדבר שלטון החוק.⁸⁶ כן נגזרת מעיקרון זה אי-יכולתו של המחוקק לאצול קביעה של הסדרים ראשוניים לרשות המבצעת.⁸⁷ למותר לציין, כי כפיפותה של הרשות המבצעת לחוקה ולדינים הנגזרים ממנה נגזרת מהעיקרון בדבר שלטון החוק; על כן, אם הרשות המבצעת הפרה את כפיפותה זו, הנפגע זכאי לתרופה גם אם הפעולה היא ללא אשם (כלומר: אין בה רשלנות או כוונה). הבסיס החוקתי לביקורת השיפוטית על פעולות המנהל נגזר מהעיקרון בדבר מדינת חוק. מעל לכול: התפיסה המהותית של שלטון החוק מבקשת להגשים ערכי צדק ובמרכזם הכרה ומימוש של זכויות אדם.⁸⁸ היטיב להביע זאת נ' אמיליו (Emiliou):⁸⁹

“Substantive rule of law requires the realization of a just legal order. Above all it subjects state power to substantive, definite and unamendable constitutional principles and material basic values. The emphasis of state activity should not be primarily on the establishment of a scheme of formal guarantee of freedom, It should rather be on the attainment, preservation and award of substantive justice within the sphere of the state and those spheres susceptible to state influence. The Grundgesetz does not consider the state as a value in itself. The state gains its value by securing the liberty of the people.”

גישה דומה נקט בית המשפט העליון של הודו.⁹⁰ הוא ביסס על שלטון החוק את הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. הוא קבע כי שלטון החוק משמעותו שלטון החירות. בתרבות המשפטית הישראלית נתפס שלטון החוק ככולל בחובו הגנה ראויה על זכויות האדם.⁹¹

- 85 ראו CURRIE, לעיל ה"ש 64. ראו גם, *President of the Republic of South Africa v. Hugo*, 1997 (4) SA 1 (CC).
- 86 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 39.
- 87 ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006). ראו גם MAHENDRA P. SINGH, *GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW PERSPECTIVE* 12 (2nd ed., 2001).
- 88 ראו Ulrich Karpen, *Rule of Law, in THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 169, 178 (Ulrich Karpen ed., 1988).
- 89 EMILIOU, לעיל ה"ש 82, בעמ' 41.
- 90 ראו M.P. JAIN, *INDIAN CONSTITUTIONAL LAW* 9 (5th ed., 2003).

4. ההנחה השלישית: שלטון החוק מבוסס על איזון בין זכויות האדם לבין אינטרסים ועקרונות נוגדים

שלטון החוק המהותי כמו הדמוקרטיה המהותית⁹² אינו רק זכויות אדם. שלטון החוק המהותי מבוסס על איזון בין היבטיו הפורמליים להיבטיו המהותיים.⁹³ שלטון החוק מבוסס אפוא על איזון ראוי בין זכויות הפרט לבין העקרונות המתנגשים בהן – זכויותיהם של אחרים וטובת הכלל. גישה זו מקובלת גם במשפט המשווה.⁹⁴ עמד על כך השופט קנה (Khanna) בבית המשפט העליון של הודו:⁹⁵

“Rule of law is now the accepted norm in all civilized societies. ... Everywhere it is identified with the liberty of the individual. It seeks to maintain a balance between the opposing notions of individual liberty and public order.”

5. ההנחה הרביעית: האיזון נעשה באמצעות פסקאות ההגבלה

בדומה לאיזון בין ההיבטים השונים של הדמוקרטיה,⁹⁶ גם האיזון בין ההיבטים השונים של שלטון החוק נעשה באמצעות פסקאות ההגבלה, הקובעות את חוקתיותן של פגיעות בזכות חוקתית הנובעות מפגיעה בהן בנורמה תת-חוקתית. דבר זה מתבקש מהקשר ההדוק

91 ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 622 (1986); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993).

92 ראו לעיל עמ' 269.

93 ראו פרשת ברזילי, שם, בעמ' 622: "לשלטון החוק יש, בנוסף למשמעות הפורמאלית, גם משמעות מהותית: זהו שלטונו של החוק הראוי, שיש בו איזון בין צורכי הכלל והפרט" (השופט ברק); פרשת אייזנברג, שם, בעמ' 274: "זה כוחה של דמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. זהו שלטון החוק הפורמאלי, אשר לפיו כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק. אין רשות שהיא מעל לחוק... זהו גם שלטון החוק המהותי, אשר לפיו יש לאזן בין הערכים, העקרונות והאינטרסים של החברה הדמוקרטית" (השופט ברק); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817, 834 (2003): "סמכות הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת, הממשלה ויתר שדרות השלטון היא אכן פינה בדמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. היא משקפת את שלטון החוק הפורמאלי... זהו שלטון החוק, ולא שלטון האדם... הביקורת השיפוטית מבטאת גם את שלטון החוק המהותי, שממנו נובע כי יש לאזן בין הערכים, העקרונות והאינטרסים של החברה הדמוקרטית" (המשנה לנשיא ריבלין); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 20.8.2008).

94 ראו Emiliou, לעיל ה"ש 82, בעמ' 41. ראו גם Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany 36 (2nd ed., 1997).

95 A.D.M. Jabalpur v. S. Shuka, A.I.R. 1976 S.C 1207, 1254, 1263.

96 ראו לעיל עמ' 271.

בין הדמוקרטיה לשלטון החוק.⁹⁷ אכן, ההיבטים הפורמליים והמהותיים של הדמוקרטיה מקבילים להיבטים הפורמליים והמהותיים של שלטון החוק. השוני הוא אך ברמת ההפשטה, שכן שלטון החוק הפורמלי הוא אחד ממרכיביה של הדמוקרטיה הפורמלית ושלטון החוק המהותי הוא אחד ממרכיביה של הדמוקרטיה המהותית.

6. ההנחה החמישית: פסקאות ההגבלה מבוססות על המידתיות

מהו תוכנה של פסקת ההגבלה המאזנת בין היבטיו השונים של שלטון החוק? התשובה היא כי הנורמה התת-חוקתית הפוגעת בזכות החוקתית צריכה להיות מידתית. במובן הכללי תשובה זו מתבקשת מהקשר ההדוק בין ההיבטים השונים של שלטון החוק לבין ההיבטים השונים של הדמוקרטיה. אם המידתיות נגזרת מהדמוקרטיה⁹⁸ היא צריכה להתאים גם לשלטון החוק. בצד גישה כללית זו יש גם גישה המיוחדת לשלטון החוק. על פיה עקרון המידתיות מתבקש במישרין משלטון החוק. שלטון החוק כולל היבט פורמלי והיבט מהותי, ויש ביניהם מתח מתמיד. הפתרון למתח זה הוא פתרון מידתי שיכיר הן בערכים המהותיים והן בערכים הפורמליים, תוך איזון מידתי ביניהם. איזון זה יכיר מחד גיסא באפשרות להגשים את רצון הרוב כפי שמצא ביטוי בבית המחוקקים, תוך הכרה – מאידך גיסא – במגבלות המידתיות על כוחו של הרוב.⁹⁹

גישה זו מקובלת בספרות ובפסיקה החוקתית של גרמניה. על פיה המידתיות נגזרת משלטון החוק.¹⁰⁰ סיכם זאת קורי (Currie) בנתחו את המידתיות במשפט החוקתי הגרמני:¹⁰¹

“[P]roportionality is now commonly understood to be one aspect of the Rechtsstaat principle.”

גישה זו אינה מוגבלת אך למשפט החוקתי, והיא מקובלת גם במשפט המנהלי הגרמני.¹⁰²

97 ראו לעיל עמ' 266.

98 ראו לעיל עמ' 271.

99 ראו קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה", לעיל ה"ש 61; יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 61 (תשמ"ז); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 27, בעמ' 116; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 61, בעמ' 264.

100 ראו Karpen, לעיל ה"ש 88, בעמ' 177. ראו גם Juliane Kokott, *From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – With Particular Reference to the German Basic Law*, in CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM, AND DEMOCRACY – A COMPARATIVE ANALYSIS 71, 98 (Christian Starck ed., 1999).

101 Currie, לעיל ה"ש 64, בעמ' 309. ראו גם Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit* (1980).

102 ראו Singh, לעיל ה"ש 87, בעמ' 13. ראו גם Georg Nolte, *General Principles of German*

7. הערכה של שלטון החוק (המהותי) כמקור למידתיות

ההערות שהערתי לעניין הדמוקרטיה כמקור למידתיות¹⁰³ חלות כמוכן ביתר שאת לעניין שלטון החוק (המהותי) כמקור למידתיות. אכן, הקשר בין הדמוקרטיה לשלטון החוק (המהותי) הופך את שלטון החוק למקור מיוחד למידתיות. כוחה של המידתיות מקוים ומופעל על פי המתבקש מעיקרון הדמוקרטיה. על פי גישה זו, העיקרון בדבר שלטון החוק אינו מוסיף כל ממד משלר. מובן, כי בשיטות משפט שאינן יוצרות קשר הדוק בין דמוקרטיה (מהותית ופורמלית) לשלטון החוק (מהותי ופורמלי) יש מקום להפריד בין שיקולים של דמוקרטיה לשיקולים של שלטון חוק. אפילו שלטון החוק הוא מקור למידתיות, לא נובע ממנו כי המידתיות היא הדרך היחידה להגשים את שלטון החוק. עם זאת, זו לדעתי הדרך הטובה ביותר. זו קביעה הדורשת הוכחה. אשתדל להביאה בשער האחרון.¹⁰⁴

ד. המידתיות כאינהרנטית להתנגשות בין עקרונות המשפט

על פי גישתו של הסה (Hesse), האחדות החוקתית מבוססת על התפיסה כי נדרשת "אופטימיזציה של ערכים הנתונים להתנגשות".¹⁰⁵ ביסוס זה מביא אותי לטיעון השלישי בזכות המידתיות, המפנה את תשומת הלב לכך שלרבות מזכויות האדם יש מבנה עיוני של

and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective, 57 MOD.
 "The underlying paradox of : 41 בעמ' 82, לעיל ה"ש 82, EMILIOU ; L. REV. 191, 201 (1994)
 democracy based on the rule of law is that freedom requires the observance of certain rules; rules, however, threaten liberty. Ironically the state's very attempt to maximize freedom can result in the opposite effect of minimizing the freedom of the citizen. The answer of the liberal rule of law to this problem is to leave to the individual as much liberty as possible, guaranteed by basic rights, democratic participation and separation of state function. The principle of proportionality, which constitutes a substantive element of the rule of law has an important role to play in this context. Nobody should unduly restrict basic human rights; one should interfere with individual rights only if, and to the extent that it is, strictly necessary to satisfy a compelling public interest. Limits on individual freedom demand justification in terms of either community or individual 'values meriting legal protection (Rechtsgute)'.
 "The Constitutional Court has explicitly linked the principle of proportionality to : 290
 .the concept of 'Rechtsstaat'"

103 ראו לעיל עמ' 273.

104 ראו להלן עמ' 577.

105 ראו KONRAD HESSE, GRUNDZÜGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND 27 (1988).

עקרונות ולא של כללים.¹⁰⁶ גם המבנה העיוני של השיקולים שמכוחם מבקשים להגביל את זכויות האדם – טובת הכלל וזכויותיהם של אחרים – הוא מבנה עיוני של עקרונות, ובהם העקרון של טובת המדינה, שלום הציבור, או הזכויות החוקתיות של הפרט. עניין לנו אפוא בהתנגשות בין עקרונות חוקתיים. התנגשות זו היא ניכרת, בין השאר, בשל הפרשנות החוקתית של היקף הזכות החוקתית, הנעשה מתוך מבט רחב,¹⁰⁷ והיוצר אפוא התנגשות טבעית בין הזכויות החוקתיות לבין עצמן,¹⁰⁸ ובינן לבין עקרונות חוקתיים נוגדים.¹⁰⁹ פתרונה של התנגשות זו אינה בניצחון של עיקרון אחד ובגירושו מתוך המבנה החוקתי של העיקרון השני.¹¹⁰ הפתרון הוא באיזון ראוי ביניהם. איזון זה מונח ביסוד דיני המידתיות. כאשר העקרונות המתנגשים הם בעלי מעמד חוקתי, גם המידתיות המאזנת ביניהם היא בעלת מעמד חוקתי.

זה הטעון המונח בבסיס תפיסתו של אלכסי (Alexy).¹¹¹ נקודת המוצא שלו היא כי עקרונות מתאפיינים בהיותם נורמות משפטיות הדורשות כי דבר-מה יוגשם במידה האפשרית המרבית, בהתחשב באפשרויות המשפטיות והעובדתיות:¹¹²

“[P]rinciples are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities. Principles are optimization requirements, characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible.”

הגדרה זו של עקרונות מביאה את אלכסי למסקנה כי התנגשות בין עקרונות – להבדיל מהתנגשות בין כללים – מחייבת עריכת איזון בין העקרונות המתנגשים. איזון זה נקבע על פי משקלם של העקרונות המתנגשים בנקודת ההתנגשות. אמת, במישור המופשט עשוי

106 ראו לעיל עמ' 62.

107 ראו לעיל עמ' 96.

108 ראו לעיל עמ' 115.

109 ראו לעיל עמ' 102.

110 ראו לעיל עמ' 115.

111 ראו Robert Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, in RIGHTS 163 (Carlos Nino 1992 ed., 1992); Robert Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, 13 RATIO JURIS 294 (2000); ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (Julian Rivers trans., 2002); Robert Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, 16 RATIO JURIS 131 (2003).

112 ראו ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, שם, בעמ' 47. ראו גם לעיל עמ' 62.

להיות להם מעמד שווה,¹¹³ אך לא כן בנקודת ההכרעה, שבה עשוי עיקרון אחד להיות בעל משקל כבד יותר מעיקרון אחר.

כיצד נערך איזון זה בנקודת ההכרעה הקונקרטית? על פי אלכסי, האיזון נערך על פי דין המידתיות, שהרי קיים קשר הדוק בין מהותו של העיקרון לבין מהותה של המידתיות. בלשונו של אלכסי:¹¹⁴

“[T]here is a connection between the theory of principles and the principle of proportionality. This connection is as close as it could possibly be. The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa.”

לטענת אלכסי, כל אחד משלושת מרכיבי המידתיות (קשר רציונלי, צורך ומידתיות במובן הצר) הוא חיוני לעצם הבנתו של העיקרון וממילא גם לפתרון ההתנגשות בינו לבין עקרונות אחרים.

כזכור, אלכסי מגדיר עיקרון כנורמה משפטית הדורשת כי דבר-מה יוגשם במידה האפשרית המרבית בהתחשב באפשרויות העובדתיות והמשפטיות. התחשבות זו באפשרויות העובדתיות והמשפטיות – שהיא חלק מהגדרת העיקרון עצמו – משקפת את המידתיות. ההתחשבות באפשרויות העובדתיות, המהווה מרכיב בהגדרתו של עיקרון על פי אלכסי, באה לידי ביטוי במרכיב הקשר הרציונלי (suitability) ובמרכיב הצורך (necessity). מרכיב הקשר הרציונלי נדרש משום שאם אין קשר רציונלי האמצעי אינו מהווה אפשרות שיש להתחשב בה בעת הגשמתו המרבית של הדבר המאפיין את העיקרון. מרכיב הצורך נדרש משום שאם יש אמצעי פוגעני פחות להגשמת העיקרון יש לבחור בו. בכך ייפגע פחות עיקרון אחר. האפשרויות המשפטיות מוצאות את ביטויין במידתיות במובן הצר, המאזנת בין העקרונות המתנגשים. וכך כתב אלכסי:¹¹⁵

“The principle of proportionality in its narrow sense, that is, the requirement of balancing, derives from its relation to the legally possible. If a constitutional rights norm which is a principle competes with another principle, then the legal possibilities for realizing that norm depend on the competing principle. To reach a decision, one needs to engage in a balancing exercise as required by the Law of Competing Principles. Since the application of valid principles, if indeed they are applicable, is

113 ראו להלן עמ' 635.

114 ראו ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, לעיל ה"ש 111, בעמ' 66.

115 שם, בעמ' 67.

required, and since their application in a case of competing principles requires a balancing exercise, the character of the constitutional rights norms as principles implies that when they compete with other principles, a balancing exercise becomes necessary. But this means that the principle of proportionality in its narrow sense can be deduced from the character of constitutional rights norms as principles.”

גישתו של אלכסי לעקרון המידתיות מתבקשת מהגדרתו את מושג העיקרון. הגדרה אחרת לעיקרון עשויה להביא למסקנה שונה באשר למידתיות.¹¹⁶ על פי גישתי,¹¹⁷ עיקרון מורכב מערכי יסוד. ערכים אלה מתאפיינים בכך שהם משקפים אידאלים השואפים למימוש מרבי. ניתן לממשם בדרגות שונות של אינטנסיביות. כאשר עיקרון מתנגש בעיקרון אחר (למשל חופש ביטוי מתנגש בשם טוב או בשלום הציבור) נדרש ביניהם איזון. על פי גישתי אופן האיזון אינו חלק מהגדרת העיקרון אלא חיצוני לו. עם זאת, מקובלת עלי גישתו של אלכסי כי הטיעון מנקודת המבט של התנגשות בין עקרונות משפט יש בו כדי להצדיק את המידתיות. עולמנו המשפטי מלא עקרונות משפטיים מתנגשים, ואך טבעי הוא שנבקש לקבוע אמת-מידה שיש בכוחה לפתור את ההתנגשויות. אמת-מידה זו צומחת אפוא מתוך עצם ההתנגשות המתמדת בין העקרונות המשפטיים. שלא כאלכסי, איני רואה את המידתיות כחלק מהגדרת המושגיות של העיקרון. כמו כן איני סבור שהאיזון הוא הדרך היחידה לפתרון התנגשות בין עקרונות.¹¹⁸ שלא כמו אלכסי, איני סבור שהמידתיות פוגעת בהיקפה של הזכות החוקתית.¹¹⁹ הנני סבור שהיא מכוונת כלפי חוקתיות של נורמה תת-חוקתית בלבד. אך כמו אלכסי אף אני חושב שמידתיות היא אמת-מידה הפותרת את ההתנגשות בין העקרונות. על כן, אם העקרונות מעוגנים ברמה תת-חוקתית, אף המידתיות – הצומחת מההתנגשות בין העקרונות ברמות תת-חוקתיות שונות – צריכה להיות מעוגנת ברמה תת-חוקתית. אם העקרונות מעוגנים ברמה החוקתית, כי אז גם אמת-מידה לפתרון ההתנגשות – המידתיות – צריכה להיות מעוגנת ברמה החוקתית.

גישתי זו מעניקה למידתיות מעמד חוקתי כאשר העקרונות המתנגשים הם בעלי אופי חוקתי. בשונה מגישתו של אלכסי, גישתי אינה נגזרת ממושג העיקרון עצמו ועל כן פעולתה אינה על היקף העיקרון אלא על מימושו בלבד. היא גם אינה הכרחית לשם קביעת מימושו

116 ראו Kai Möller, *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, 3 INT'L J. CONST. L. 453 (2007).

117 ראו לעיל עמ' 63.

118 ראו Möller, לעיל ה"ש 116.

119 ראו לעיל עמ' 65.

של העיקרון.¹²⁰ על כן מוטל עלי הנטל להראות כי המידתיות היא אמת-המידה הטובה ביותר לפתרון התנגשות בין עקרונות ברמה התת-חוקתית. אבקש להרים נטל זה שעה שארון בשער האחרון בהערכת המידתיות.¹²¹

בעיה מיוחדת מתעוררת לעניין הזכויות החוקתיות המעוצבות ככללים. ההסבר בעניין העקרונות אינו תופס לגביהן. לדידי ראויה המידתיות לחול גם כשהזכות החוקתית מעוצבת ככלל והיא נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית.¹²² הצידוק והבסיס לכך אינו צומח מתורת העקרונות אלא מאחד ההסברים האחרים עליהם עמדת, ומההסבר בעניין היחס בין מידתיות לפרשנות, אליו אעבור עתה.

ה. מידתיות ופרשנות

דמוקרטיה, שלטון החוק ותורת העקרונות אינם המקורות המשפטיים היחידים לביסוסה של המידתיות. מקור נוסף ומרכזי היא החוקה עצמה (ואצלנו חוקי היסוד) ופרשנותה. גישה זו פותחה בכמה שיטות משפט וביניהן בגרמניה, בקנדה, בספרד¹²³ ובישראל. הגישה הפרשנית מפרשת את החוקה מתוך מבט רחב.¹²⁴ היא שואפת להרמוניה חוקתית. היא משקיפה על החוקה כמכלול. חלקיה השונים של החוקה קשורים ושזורים זה בזה.¹²⁵ הם מהווים אחדות חוקתית המבוססת על עקרונות יסוד המשפיעים על פירושן של הוראותיה. הוראות היסוד שעליהן מתבססת החוקה יוצרות סדר אובייקטיבי של ערכים.¹²⁶ במסגרתו של סדר זה זכויות האדם משמשות ערכים אובייקטיביים עליהן בנויה החוקה עצמה. ערכים אובייקטיביים אלה והערכים הפוגעים בהם הם חלק מרכזי מהמבנה החוקתי האובייקטיבי.¹²⁷ בלשונו של בית המשפט החוקתי של גרמניה בפרשת *Luth*:¹²⁸

| | |
|--|-----|
| ש.ם. | 120 |
| ראו להלן עמ' 555. | 121 |
| ראו לעיל עמ' 193. | 122 |
| ראו PULIDO, ה"ש 1, בעמ' 508. | 123 |
| ראו לעיל עמ' 94. | 124 |
| ראו RUDOLF SMEND, VERFASSUNG UND VERFASSUNGSRECHT (1928). ראו גם KOMMERS, לעיל ה"ש 94, בעמ' 45. | 125 |
| ראו K. H. Friauf, <i>Techniques for the Interpretation of Constitutions in German Law</i> , in PROCEEDINGS OF THE FIFTH INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON COMPARATIVE LAW 12 (1968). ראו גם להלן עמ' 342. | 126 |
| ראו Dieter Grimm, <i>The Protective Function of the State</i> , in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM (Georg Nolte ed., 2005). | 127 |
| BVerfGE 7, 198. התרגום הוא של KOMMERS, לעיל ה"ש 94, בעמ' 363. ראו להלן עמ' 342. | 128 |

“The Basic law is not a value-neutral document... Its section on basic rights establishes an objective order of values, and this order strongly reinforces the effective power of basic rights.”

הערכים השונים הקובעים את הסדר האובייקטיבי של האחדות החוקתית מתנגשים זה בזה. לצד כל עיקרון מצוי העיקרון הנוגד. פתרונה של ההתנגשות אינו בחיפוש השוני ובהגברת הניגוד אלא במציאת סינתזה והרמוניה פנימית. אלה מתקבלות על ידי שימוש בעיקרון המידתיות. עמד על כך הסה (Hesse):¹²⁹

“העיקרון של אחדות חוקתית דורש אופטימיזציה של ערכים הנתונים להתנגשות. ההגבלות של הערכים צריכות להיות כאלה, שכל אחד מהערכים יוכל להשיג את האפקט האופטימלי שלו. על כן, בכל מקרה קונקרטי, ההגבלות צריכות לקיים את עיקרון המידתיות. אל להן ללכת רחוק יותר מהנחוץ להשגת אחדות של מכלול הערכים.”

פתרון ההתנגשות בין זכויות אדם לבין עצמן – או בין ערכים חוקתיים נוגדים – באמצעות עיקרון המידתיות שומר על אחדותה של החוקה. אלכסי גורס כי המידתיות החוקתית יוצר כלל חוקתי נגזר המצמצם במקרה הקונקרטי את היקפם החוקתי של העקרונות המתנגשים.¹³⁰ גישה זו אינה שומרת באופן מלא על האחדות החוקתית, שכן הכלל החוקתי הנגזר נוגס כל העת בעקרונות המתנגשים. גישתי שלי – המכירה בפעולתו של הכלל החוקתי הנגזר רק במישור התת-חוקתי¹³¹ – מבטיחה את מירב ההרמוניה והאחדות החוקתית. על־פיה, ההתנגשות ברמה החוקתית בין העקרונות החוקתיים לא גוררת אחריה כל תוצאה ברמה החוקתית. התוצאה מתקבלת, באמצעות העיקרון החוקתי של המידתיות, ברמה התת-חוקתית בלבד.¹³² הגישה הפרשנית רואה במידתיות דין חוקתי הנובע מפרשנותה של החוקה כמכלול. לעתים הוא נגזר מלשונה המפורשת של החוקה. לעתים הוא נגזר מלשונה המשתמעת. בשני המקרים עניין לנו בדין חוקתי הנובע מהרצון להבטיח אחדות והרמוניה חוקתית.¹³³ פעולתה האופרטיבית של המידתיות אינה ברמה החוקתית אלא ברמה התת-חוקתית. פעולה זו קובעת את חוקתיותה של נורמה ברמה זו המגבילה זכות חוקתית.

129 Hesse, לעיל ה"ש 105, בעמ' 23.

130 ראו לעיל עמ' 62.

131 ראו לעיל עמ' 63.

132 ראו לעיל עמ' 116.

133 ראו (2004) 176 THE ULTIMATE RULE OF LAW, DAVID M. BEATTY.

מה בין גישתי זו לבין האיזון הפרשני?¹³⁴ השוני העיקרי הוא בתפקיד השונה של המידתיות החוקתית והאיזון הפרשני. המידתיות החוקתית קובעת את תוקפה החוקתי של נורמה תת-חוקתית (כגון חוק או הלכה פסוקה) הפוגעת בזכות חוקתית. היא עושה כן תוך פיתוח המידתיות על כלל מרכיביה (תכלית ראויה, אמצעים ראויים, יחס ראוי בין הגשמת התכלית לפגיעה בזכות החוקתית). האיזון הפרשני אינו דן בשאלות של התוקף אלא בשאלת המובן. הוא מפרש את לשונה של הנורמה המשפטית. האיזון שביסודו עושה שימוש רק בהיבט של המידתיות המעוגן במידתיות במובן הצר. אין לו עניין בשאר היבטיה של המידתיות (תכלית ראויה, אמצעים ראויים).

שוני זה בין המידתיות החוקתית לאיזון הפרשני משפיע גם על הדרישה לעיגונה של הנורמה המידתית. המידתיות החוקתית חייבת להיות מעוגנת בחוקה עצמה. מכוחה נקבעת חוקתיותה של הנורמה התת-חוקתית, כגון חוק או הלכה שיפוטית. לעומת זאת, האיזון הפרשני עד כמה שפעולתו הפרשנית היא ברמה התת-חוקתית, די לו שהוא מעוגן ברמה תת-חוקתית. לרוב הוא מוצא את עיגונו בדיני הפרשנות הכלליים המהווים חלק מההלכה הפסוקה. כאשר האיזון הפרשני פועל ברמה החוקתית, כגון בפירוש זכויות חוקתיות, העיגון שלו הוא חוקתי, והוא נגזר מאותו מקור חוקתי ממנו נגזרת המידתיות החוקתית. כפי שראינו, כאשר האיזון הפרשני מפרש זכויות חוקתיות, המידתיות לה הוא נזקק היא רק המידתיות במובן הצר.

ההסבר הפרשני הוא, לדעתי, בעל עוצמה רבה. עם זאת, אין בכוחו להסביר מדוע יש להעדיף את המידתיות החוקתית מאמות-מידה אחרות שאף הן מבקשות להשיג אחדות חוקתית. על כך אעמוד בשער הרביעי על הערכת המידתיות.

1. המקורות המשפטיים – האם המידתיות היא הכרח גיוני?

דמוקרטיה, שלטון חוק, תורת העקרונות ופרשנות חוקתית הם בסיס משפטי שממנו ניתן לגזור את המידתיות. כאשר העקרונות המתנגשים הם בעלי מעמד חוקתי ומתעוררת שאלת התוקף החוקתי של נורמה תת-חוקתית הפוגעת בזכות חוקתית, ניתן לבסס על כל אחד מארבעת המקורות האלה ועל הצטברותם את המעמד החוקתי של המידתיות.¹³⁵ יש לכך חשיבות רבה למהות הזכויות ולדמוקרטיה החוקתית.

האם יש בכוחם של ארבעת המקורות המשפטיים להעניק תוכן קונקרטי למידתיות? האם נגזרת מהן המידתיות במובן הצר? תשובתו של אלכסי לשאלה זו היא חיובית. הדבר נובע מהגדרתו של מושג העיקרון. הגדרה זו כוללת את המידתיות במובנה הרגיל ובמובנה

134 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

135 ראו ALEXI, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, לעיל ה"ש 111, בעמ' 69.

הצר. לא כן עמדתי שלי. על פי גישתי, מרכיבי המידתיות שעליהם עמד אלכסי הם אפשריים אך לא הכרחיים, ועל כן האופן שבו מבינה שיטת משפט אחת את המידתיות עשוי לשמש השראה לשיטת משפט אחרת – אך לא מעבר לכך. בשער השלישי אעמוד על מרכיביה של המידתיות במשפט המשווה ובישראל. בשער הרביעי אבחן את מעלותיה וחסרונותיה של המידתיות. אכן, על פי תפיסתי, המידתיות היא אמת-מידה אפשרית אך לא בלעדית. מבין אמות-המידה האפשריות היא הראויה ביותר. זוהי טענה שיהא עלי להוכיחה.

שער שלישי

מרכיביה של המידתיות

פרק תשיעי

מטרה ראויה

א. מרכיב המטרה

1. מהותה של המטרה הראויה ומקורותיה

(א) מהותה של המטרה הראויה

דמוקרטיה חוקתית מתאפיינת בכך שלא די בקיומה של הסמכה כדין לפגיעה בזכות חוקתית. לא די בחוקיות.¹ נדרש קיומו של צידוק ענייני לפגיעה בזכות החוקתית. נדרש מרכיב של לגיטימיות.² מרכיב זה כולל בחובו מטרה ראויה, ואמצעים להגשמתה הפוגעים בזכות החוקתית במידה ראויה. בפרק זה אדון בהיבט המטרה. מרכיב הלגיטימיות מבטא מרכיב ערכי. לעניין המטרה הוא מבטא את התפיסה כי לא כל מטרה מצדיקה פגיעה בזכות חוקתית. ייחודה של הזכות החוקתית מתאפיין, בין השאר, בכך שניתן לפגוע בה רק לשם הגשמתן של מטרות שיש בהן כדי להצדיק מבחינה ערכית פגיעה בזכות החוקתית.³ המטרות אשר מצדיקות פגיעה בזכות חוקתית נגזרות מהערכים עליהם מבוססת החברה. בדמוקרטיה חוקתית ערכים אלה הם ערכיה של הדמוקרטיה.⁴ אכן, מטרה ראויה היא מטרה ההולמת את ערכיה של החברה כחברה דמוקרטית. במדינת ישראל ערכים אלה הם ערכיה "כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁵

1 על החוקיות, ראו לעיל עמ' 143.

2 ראו GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 141 (2005).

3 ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט"ד (2) 548, 481 (2005): "בחינת השאלה אם התכלית היא 'ראויה' נעשית בהקשר של הפגיעה בזכות האדם המוגנת בחוק-היסוד. השאלה עליה יש להשיב הינה אם ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות האדם בתכליתה הראויה של החקיקה... נמצא, כי חקיקה הפוגעת בזכויות אדם תקיים את הדרישה בעניין 'תכלית ראויה', אם תכליתה של אותה חקיקה מעניקה צידוק מספיק לאותה פגיעה בזכויות אדם".

4 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 2, בעמ' 145.

5 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

(ב) מקורותיה של המטרה הראויה

דרישת המטרה הראויה חייבת עיגון חוקתי. אין להביא לאי-חוקתיותו של חוק אלא אם כן החוק אינו מקיים דרישות המעוגנות בחוקה עצמה. עיגון זה יכול שיהיה מפורש ויכול שיהיה משתמע.⁶ גישה כללית זו תופסת כמובן גם לעניין המטרה הראויה. דרישה זו צריכה למצוא את ביטויה (המפורש או המשתמע) בחוקה עצמה. דוגמאות לעיגון מפורש ניתן למצוא בצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות⁷ ובחוקה של דרום-אפריקה.⁸ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע אף הוא הוראה מפורשת בעניין זה. על-פיו אין לפגוע בזכויות המעוגנות בו אלא בחוק:⁹

“ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה.”

שאלה היא, מהו היחס בין “ההולם את ערכיה של מדינת ישראל”, לבין “שנועד לתכלית ראויה”. לדעתי, הראשונה קובעת דרישה עקרונית כללית ואילו השנייה “פורטת” את העיקרון הכללי לקטגוריות של תכליות ראויות (זכויות של אחרים, טובת הכלל) ותת-קטגוריות (כגון קיום המדינה, סדר ציבורי, סובלנות) העשויות להשתנות על-פי חשיבותה של הזכות החוקתית ומידת הנחיצות והדחיפות בפגיעה בה.¹⁰ קו הגבול בין שתי הדרישות הוא דק ועד כה לא נעשתה ביניהן הבחנה של ממש. בספר זה, הביטוי “מטרה ראויה” כולל בחובו, הן מטרה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל והן מטרה שהיא לתכלית ראויה. העיגון למרכיב המטרה הראויה יכול להשתמע מהוראות החוקה, וכמוהו כעיגון מפורש.¹¹ הוא משתמע מעקרון הדמוקרטיה ומעקרון הפרדת הרשויות. עקרונות אלה הם בעלי מעמד חוקתי¹² – בין אם הם קבועים בחוקה במפורש ובין אם הם משתמעים ממנה. אכן, מהעקרון החוקתי של דמוקרטיה – ומעקרון הפרדת הרשויות הנגזר ממנו – ניתן להסיק הן את המרכזיות של זכויות האדם והן את המרכזיות של הצורך בהגבלתן לשם הגנה עליהן ולשם הגשמת מטרות של הכלל.

6 ראו לעיל עמ' 73, וכן VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 2, בעמ' 146.
 7 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, § 1 (להלן – הצ'רטר הקנדי).
 8 ס' 36 לחוקה של דרום-אפריקה.
 9 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 10 ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43 (1997).
 11 ראו לעיל עמ' 73.
 12 ראו לעיל עמ' 265.

2. מטרה ראויה כדרישת סף

(א) הטעם לדרישת הסף

מרכיב המטרה מהווה דרישת סף של לגיטימיות.¹³ הוא בוחן אם הנורמה המשפטית שפגעה בזכות חוקתית (לענייננו נניח עתה כי זהו חוק של המוסד המחוקק)¹⁴ נועדה להגשים את המטרות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית. אם מטרתו של החוק הפוגע אינה ראויה, הפגיעה אינה חוקתית בלא כל קשר לשאלה אם היא מידתית. בחינתה של המטרה הראויה נעשית בלא כל בדיקה של היקף הפגיעה בזכות החוקתית. ממילא לא נבחנת השאלה אם האמצעים שהחוק נקט בהם הם מידתיים, ואם התועלת שבהגשמתה של המטרה היא מידתית ביחס לנזק הנגרם לזכות החוקתית. בדיקת הסף מתמקדת במטרתו של החוק ולא בתוצאותיו. היא מבקשת ליתן תשובה לשאלת הסף אם במשטר חוקתי-דמוקרטי ניתן לפגוע בזכות חוקתית כדי להגשים את מטרות החוק הפוגע. אין היא עורכת כל איזון בין התועלת לחברה בהגשמת החוק לבין הנזק לזכות שהגשמת החוק גורמת. בדיקה זו תעשה במסגרת מרכיבים אחרים של דרישת הלגיטימיות. אין להם מקום בבחינתה של המטרה הראויה. דרישת הסף קובעת אלו מטרות מצדיקות פגיעה בזכות חוקתית, ואלו מטרות הן "מחוץ לתחום". המשך הפנייה לדיני המידתיות תתבצע רק כשהמטרה היא "בתוך התחום".

(ב) עמדה נוגדת של פרופ' הוג

גישה שונה הביע הוג (Hogg). על-פי גישתו חוק שהיקף פגיעתו בזכות חוקתית אינו עומד ביחס מידתי לתועלת הצומחת ממנו מטרתו אינה ראויה:¹⁵

"A judgment that the effects of the law were too severe would surely mean that the objective was *not* sufficiently important to justify limiting a Charter right."

13 ראו Mattias Kumm, *What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, NEW YORK UNIVERSITY LAW SCHOOL, PUBLIC LAW RESEARCH, Paper No. 06-41 (2006). ראו גם גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006); גדעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט(1) 47 (2009).

14 לפגיעה בזכות חוקתית בנורמה הלכתית, ראו לעיל עמ' 192.

15 PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 153 (5th ed., vol. II, 2007).

על רקע זה מסיק הוג כי מבחן המשנה השלישי בדבר המידתיות במובן הצר¹⁶ הוא מיותר, שכן האיזון בין התועלת בהגשמת המטרה לבין היקף הפגיעה בזכות נערך בגדרי המטרה הראויה:¹⁷

“If the objective is sufficiently important, and the objective is pursued by the least drastic means, then it must follow that the effects of the law are an acceptable price to pay for the benefit of the law. I conclude, therefore, that an affirmative answer to the first step – sufficiently important objective – will always yield an affirmative answer to the fourth step – proportionate effect.”

(ג) ביקורת עמדתו של הוג

לדעתי, אין לקבל את עמדתו של הוג.¹⁸ היא אינה מקובלת במשפט המשווה.¹⁹ עלינו להבחין בין השאלה בדבר המטרות המצדיקות בחברה דמוקרטית פגיעה בזכות חוקתית לבין השאלה אם חוק שנועד להגשים מטרות אלה מאזן באופן ראוי בין התועלת הנגרמת לחברה עקב הגשמת המטרה לבין הנזק הנגרם עקב כך לזכות החוקתית. כדי להשיב על השאלה הראשונה יש לקבוע קריטריונים לטיבן של המטרות העשויות להוות צידוק לפגיעה בזכות חוקתית. מטרות אלה נקבעות על-פי אמות-המידה בדבר ערכי החברה. הן עשויות להשתנות מזכות לזכות. כדי להשיב על השאלה השנייה יש לקבוע אם יש בהגשמת המטרה משום צידוק למידת הפגיעה שנגרמה לזכות החוקתית. קריטריונים אלה נקבעים על-פי דיני המידתיות בכלל ודיני האיזון בגדרי המידתיות במובן הצר בפרט.²⁰

תפיסת מרכיב המטרה כדרישת סף מגינה היטב על זכויות האדם. היא קובעת גבול לשיקולים המצדיקים פגיעה בזכויות האדם. מעבר לגבול זה אין בכוחו של שיקול מסוים לפעול כלל, ושאר מרכיבי המידתיות אינם נבדלים כלל. היא קובעת את הטעמים לפגיעה

16 ראו להלן עמ' 419.

17 HOGG, לעיל ה"ש 15.

18 ראו Leon E. Trakman, William Cole-Hamilton & Sean Gatién, *R. v. Oakes 1986-1997*, 36 OSGOODE HALL L.J. 83 (1998). היא נדחתה על ידי השופט למר (Lamer) בפרשת Dagenais v. Canadian Broadcasting Corporation, [1994] 3 S.C.R. 835.

19 ראו Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383 (2007).

20 הבחנה דומה (שאינה זהה) קיימת לעניין ההבחנה בין היקף הזכות לבין הצידוק לפגיעה בה, ראו לעיל עמ' 419.

בזכות חוקתית הנשללים בלא צורך בבדיקה נוספת.²¹ זאת ועוד: תפיסת מרכיב המטרה כמרכיב סף מתבקשת גם משיקולים של הפרדת רשויות. למחוקק שיקול דעת רחב ביותר בקביעת המטרות שהוא מבקש להגשים.²² כאשר בית המשפט קובע כי חוק אינו חוקתי בשל פגיעה שאינה מאזנת כראוי בין התועלת בהגשמת המטרה לבין הנזק לזכות החוקתית, לא יהיה זה נכון לראות בכך משום קביעה כי מטרתו של המחוקק אינה חוקתית. פסק דין הקובע שחוק אינו חוקתי בשל פגיעה לא מידתית בזכות חוקתית אינו מליץ בהכרח על מטרתו של המחוקק. המטרה הייתה ונשארה ראויה. עם זאת, זוהי מטרה ראויה שאין להגשימה על ידי שימוש באמצעים שנקבעו הלכה למעשה בחוק, בשל פגיעתה הלא מידתית בזכויות האדם. הנה כי כן, במצב דברים זה לא מהותה של המטרה היא המעוררת את הקושי החוקתי. הקושי החוקתי מתעורר בשל חוסר מידתיותם של האמצעים שנבחרו להגשמת המטרה. חוסר המידתיות לא הופך את המטרה לבלתי-ראויה. הניגוד לחוקה אינו במטרה אלא בדרכי הגשמתה הפוגעות באופן לא מידתי בזכות חוקתית.

טלו חוק הפוגע בכבוד האדם כדי להגן על הביטחון. בשלב זה של בדיקת חוקתיות החוק, השאלה שיש להשיב עליה הינה אם מבחינה עקרונית ניתן – על רקע הדרישה כי החקיקה צריכה להיות למטרה ראויה – לפגוע בכבוד האדם לשם הבטחת הביטחון. שאלה נפרדת היא מהו היקף הפגיעה בכבוד האדם שהמטרה הביטחונית עשויה להצדיק. מענה לשאלה נפרדת זו מחייב עריכת איזון בין הגשמת המטרה הביטחונית לבין מידת הפגיעה בכבוד האדם. אין לערוך איזון זה "בטרם זמן", כלומר: בגדרה של הדרישה בעניין המטרה הראויה. יש לערוך אותו בשלב הבא, במסגרת דיני המידתיות בכלל ובמסגרת מבחן-המשנה השלישי של המידתיות בפרט.²³ רק בשלב זה מתבררת היקפה של הפגיעה בזכות, ונערך איזון בינה לבין המטרה של החוק הפוגע. אכן, אם יתברר בסופו של איזון זה כי אין צידוק לפגיעה בכבוד האדם, אין בכך להפוך את המטרה הביטחונית ל"לא ראויה". היא תמשיך להיות ראויה אף אם אין להשיגה במלואה באמצעים שנקבעו בחוק.

תהא זו טעות לעסוק בחוקתיות האמצעים במסגרת הבחינה של חוקתיות המטרה. יהא זה עיסוק "מוקדם" מדי החסר את התשתית העובדתית הדרושה לכך. תחילה יש לבחון את חוקתיות המטרה של החוק, בלא קשר לאמצעים המפורטים בו. בהיעדר מטרה ראויה נפסל החוק בלא כל בחינה נוספת. רק לאחר שמטרתו נמצאה ראויה, יש מקום לבדוק אם האמצעים המפורטים בו הם ראויים, ואם היחס בין התועלת שבהגשמת המטרה לבין הנזק

21 ראו Richard Pildes, *Dworkin's Two Conceptions of Rights*, 29 J. LEGAL STUD. 309 (2000).

22 ראו להלן עמ' 492.

23 ראו לעיל עמ' 419.

לזכות החוקתית הוא מידתי. בדיקה זו אינה חלק ממטרת החוק אלא מהגשמתו הלכה למעשה.

ב. יסודותיה של המטרה הראויה

(1) היקפה של המטרה הראויה

בחינתה של המטרה הראויה מניחה פגיעה בזכות חוקתית. על כן אין לזהות את המבחינים לקביעת המטרה הראויה עם המבחינים לקביעת היקפה של הזכות. זאת ועוד: הבחינה של המטרה הראויה אינה בוחנת את היקף הפגיעה בזכות החוקתית. על כן אין לזהות את מבחינה של המטרה הראויה עם שלושת מבחיני המשנה לקביעת מידתיותה של הפגיעה. אכן, הבחינה של המטרה מיועדת להשיב על השאלה אם בחברה חוקתית-דמוקרטית יש צידוק לפגיעה בזכות חוקתית להגשמתה של אותה מטרה. לעניין זה ניתן לשלול שתי גישות קיצוניות:²⁴

”מחד גיסא, אין לומר כי חזקה היא – חזקה שאינה ניתנת לסתירה – כי תכליתו של כל חוק היוצא מבית היוצר של המחוקק, היא ראויה. אילו כך סברנו היינו שוללים מהדרישה כי התכלית היא ראויה כל משמעות. חזקה שאינה ניתנת לסתירה אינה אלא דין, ודין לפיו כל תכלית היא ראויה, סותרת את הדרישה כי התכלית היא ראויה. פרשנות כזו היא מופרכת, ואין לנהוג על-פיה. מאידך גיסא, אין לומר כי תכלית היא ראויה רק אם אין בה פגיעה בזכות אדם. גם פירוש זה מרוקן את ההוראה מכל משמעות, שכן כל כולה באה להבחין בין פגיעות ראויות לבין פגיעות שאינן ראויות בזכויות אדם. קביעה מראש שכל פגיעה אינה ראויה נוגדת את תכליתה של ההוראה בדבר תכלית ראויה, ואין לנקוט בה.”

אכן, השאלה אינה אם ראוי לפגוע או להגביל זכות חוקתית. מוסכם כי מרביתן של הזכויות החוקתיות אינן מוחלטות, וכי ניתן לפגוע בהן ולהגבילן.²⁵ אופיין המוחלט של זכויות קיים במספר קטן ביותר של זכויות חוקתיות כגון החירות מעבדות.²⁶ רוב רובן של הזכויות

24 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 51 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006).

25 לגישה שונה, הרואה כל זכות כמוחלטת, ראו Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On The Limitation of Rights* (2009). לביקורת עמדה זו, ראו להלן בעמ' 590.

26 ראו לעיל עמ' 53.

החוקתיות הן יחסיות, כלומר ניתנות להגבלה. השוני בין החוקות השונות ובין חכמי המשפט השונים הוא בתשובה לשאלה מה היקף ההגנה הניתנת לזכות החוקתית. השוני הוא במיפוי המצבים הנופלים לגדר המטרות הראויות לפגיעה בזכות החוקתית.

השוני בין החוקות השונות ובין חכמי המשפט השונים הוא צר מזה הנראה במבט ראשון. הטעם לכך הוא שהכל מסכימים כי פגיעה בזכות חוקתית היא למטרה ראויה אם היא נועדה להגן על זכותו החוקתית של אחר.²⁷ גדר הספיקות הוא באשר להיקפה של ההגנה על זכותו של אחר. כמו כן הכל מסכימים כי זו מטרה ראויה לפגוע בזכות חוקתית כדי להגן על טובת הכלל לשם מניעת כליון לאומי או אסון חברתי.²⁸ גדר הספיקות הוא באשר למידת ההסתברות הנדרשת להתרחשותם של אסונות אלה וכן באשר להיקפה של הגנה על טובת הכלל מעבר למניעת כליון לאומי או אסון חברתי.

(2) מרכיבי המטרה הראויה

בחינתה של השאלה, מתי מטרתו של חוק הפוגע בזכות חוקתית היא ראויה, חייבת להתמודד עם שתי שאלות משנה.²⁹ האחת, עניינה סוג המטרות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית; השנייה, עניינה מידת הנחיצות או הדחיפות בהגשמתן של מטרות אלה. השאלה הראשונה נוגעת למאפייניה של המטרה המגבילה או פוגעת בזכות חוקתית. היא נועדה ליתן תשובה לשאלה מהן המטרות המקימות אותו מינימום הכרחי אשר בלעדיו אין החוק הפוגע עובר את "סף הכניסה". השאלה השנייה נועדה ליתן תשובה לשאלה מהי החיוניות או הנחיצות בהגשמת המטרה, שבלעדיה אין החוק הפוגע עובר את "סף הכניסה".³⁰ השאלה הראשונה מתמקדת בתוכנה של המטרה הראויה. השאלה השנייה מתמקדת בנחיצות או חיוניות הגשמתה.³¹ אדון בכל אחת משתי שאלות משנה אלה בנפרד.

27 ראו RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 191 (1977).

28 שם.

29 ראו Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* Chapter 34, 73 (Stuart Woolman et al. eds., 2006).

30 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 52; בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 739 (2004); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 547; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 57 (2005); בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 889 (2005); פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 24, פס' 50 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 61 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פס' 222 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 29.10.2008).

31 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, שם, פס' 50 לפסק דינו של הנשיא ברק; בחינה זו מתמודדת, בין השאר, עם שתי שאלות משנה: האחת, מהם מאפייניה של התכלית,

ג. תכנה של המטרה הראויה

1. ערכיה של מדינה דמוקרטית

(א) המינימום של הקיום הדמוקרטי

המטרה הראויה של חוק הפוגע בזכות חוקתית נגזר מערכיה הדמוקרטיות של החברה, המעוגנים (במפורש או במשתמע)³² בחוקתה. מכאן המסקנה כי מטרה הנוגדת את הוראות החוקה היא בוודאי לא ראויה.³³ אך מהם הערכים הדמוקרטיים שהגשמתם תהווה מטרה ראויה חרף הפגיעה בזכות חוקתית?

על רקע השוני בין שיטות המשפט, אין זו משימה קלה לקבוע את האופי הדמוקרטי של שיטת משפט. עם זאת, בשל הצורך לקבוע את המינימום ההכרחי לעניין הפגיעה בזכויות חוקתיות, דומה שהמשותף לשיטות השונות עולה על המפריד ביניהן. כפי שראינו,³⁴ שתי ההנחות הבאות משותפות למרבית שיטות המשפט.³⁵ ההנחה הראשונה היא כי חיוני לאופי הדמוקרטי של השיטה שהריבונות תהא בידי העם.³⁶ ריבונות זו יוצאת מהכוח אל הפועל בבחירות חופשיות הנערכות לעתים מזומנות, ובהן העם בוחר את הנציגים שישקפו את עמדותיו. דמוקרטיה בהיבטה זה מזדהה עם שלטון הרוב ועם מרכזיותו של הגוף המחוקק שבמסגרתו פועלים נציגי העם. זהו היבט פורמלי של הדמוקרטיה. הוא בעל חשיבות מרכזית. בלעדיו המשטר והחברה אינם בעלי אופי דמוקרטי. ההנחה השנייה היא כי חיוני לאופי הדמוקרטי של השיטה שיקוימו בה הפרדת רשויות,³⁷ שלטון החוק (הפורמלי, התורתי והמהותי),³⁸ עצמאות (אישית ומוסדית) של השופטים³⁹ וזכויות אדם וערכים בסיסיים לחיים משותפים בחברה דמוקרטית. דמוקרטיה בהיבט זה מבטאת ערכים

המצדיקים פגיעה בזכות האדם; השניה, מה מידת הצורך בהגשמתה, והאם יש בה כדי להצדיק פגיעה בזכות האדם". בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 100, 49 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 662, 640 (2002); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 264, 235 (2002); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, שם, בעמ' 80.

לעיגון המשתמע, ראו לעיל עמ' 80.

32 ראו Grimm, לעיל ה"ש 19. ראו גם CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 696 (3. a edicions, 2007).

33 ראו לעיל עמ' 269.

34 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 91 (2004); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 24 (2003).

35 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, שם, בעמ' 25, 91.

36 על הפרדת רשויות, ראו להלן עמ' 473.

37 על שלטון החוק, ראו לעיל עמ' 276.

38 על עצמאות השופטים, ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 122.

דמוקרטיים.⁴⁰ זהו היבט מהותי של הדמוקרטיה ואף הוא בעל חשיבות מרכזית.⁴¹ בלעדיו החברה אינה דמוקרטית.

עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב-פנים.⁴² אין להשקיף על הדמוקרטיה מנקודת מבט חד-ממדית. היא מבוססת הן על מרכזיות של העם המיוצג על ידי נבחריו הפוליטיים והן על מרכזיותם של ערכים, בהם זכויות אדם וערכי אנוש וחברה.⁴³ אכן, לדמוקרטיה מוסריות פנימית משלה, שבהיעדרה המשטר שוב אינו דמוקרטי.⁴⁴ עמדתי על כך באחת הפרשות:⁴⁵

“דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי היסוד וזכויות האדם כפי שנתגבשו בחוקה. דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב. אכן, דמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה 'פורמאלית' (שעניינה תהליך הבחירה בו שולט הרוב). דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה 'מהותית' (שעניינה הגנה על זכות האדם כפרט)... טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטון הרוב, ופגעת בעצם מהותה. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד, ופגעת בעצם קיומה.”

הדמוקרטיה מבוססת אפוא על קיומם הבר-זמני הן של שלטון הרוב והן של שלטון הערכים המאפיינים את הדמוקרטיה.⁴⁶ אין להסיק מכאן שכל פגיעה באחד מהיבטים אלה שוללת מהמשטר את אופיו הדמוקרטי. עניין לנו ברצף של מצבים, החל בקיום ערכי הדמוקרטיה המשקפת קיום מינימלי של ההיבטים השונים, המבטיח את קיומו של המשטר הדמוקרטי, ועד קיומו המרבי.⁴⁷ קיים אפוא מינימום של קיום דמוקרטי.⁴⁸ זהו אותו סף שבהיעדרו המשטר והחברה שוב אינם בעלי אופי דמוקרטי.

40 ראו ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מב(4) 177, 188 (1988) (להלן – פרשת ניימן 2); בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 340 (1998).

41 ראו פרשת קונטרס, שם.

42 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 92.

43 ראו Robert Post, *Democracy, Popular Sovereignty and Judicial Review*, 86 CAL. L. REV. 429 (1998). ראו גם פרשת טיבי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 23.

44 ראו RONALD DWORKIN, A BILL OF RIGHTS FOR BRITAIN 35 (1990); RONALD DWORKIN, IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE: PRINCIPLES FOR A NEW POLITICAL DEBATE 131 (2006).

45 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 423 (1995).

46 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 92.

47 ראו אסא כשר רוח איש 18 (2000).

(ב) הערכים הדמוקרטיים הרלוונטיים ביותר**(1) הגנה על זכות חוקתית והגשמת טובת הכלל**

מתוך מגוון ערכיה של הדמוקרטיה, הרלוונטיים ביותר למרכיב המטרה הראויה הם זכויות חוקתיות מזה וטובת הכלל מזה.⁴⁹ זכויות חוקתיות הן בראש ובראשונה זכויות חוקתיות שיש לאדם כנגד רשויות השלטון.⁵⁰ לעתים נקבע בחוקה כי הזכויות החוקתיות חלות גם כנגד בני אדם אחרים, ולא דווקא כנגד רשויות השלטון.⁵¹ קביעות מסוג זה הן מעטות. רוב החוקות מתפרשות כמעניקות מעמד חוקתי לאדם כנגד רשויות השלטון ולא כנגד אדם אחר. הדעה המקובלת הינה כי תחולתן של הזכויות החוקתיות כלפי בני אדם אחרים אינה ישירה אלא עקיפה.⁵² הזכויות מכוונות כלפי רשויות השלטון, אשר בקבען את הדינים הרגילים ביחסים בין בני אדם ("המשפט הפרטי") צריכים שלא לפגוע בזכות החוקתית שיש לכל פרט כלפיהן. קביעת דינים זו נעשית בדרך החקיקה, בפרשנותה, השלמת חסר בה, ופיתוח המשפט.⁵³

טובת הכלל היא כל אינטרס שאינו בגדר זכות חוקתית. כך, למשל, קיום המדינה, ביטחון המדינה, הסדר הציבורי, סובלנות, הגנה על רגשות האדם וכיוצא בהם אינטרסים חברתיים שאינם בגדר זכויות חוקתיות הם חלק מטובת הכלל. הם נגזרים, במישרין או במשתמע,⁵⁴ מהוראות החוקה עצמה. המייחד דמוקרטיה הוא שלא כל שיקול של טובת הכלל מהווה מטרה ראויה. על היקפה של טובת הכלל כמעצבת מטרה ראויה בגדר המידתיות אעמוד בהמשך.⁵⁵

- 48 ראו בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009). הנשיאה ביניש מציינת כי הדמוקרטיה כוללת הפרדת רשויות, וכי "קשה לראות דוגמה להפרתו של תנאי זה אלא בנסיבות חריגות ויוצאות דופן".
- 49 ראו פרשת חטיבת זכויות האדם, שם, פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
- 50 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
- 51 ראו ס' 8(2) לחוקה של דרום-אפריקה, הקובע: "A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right"
- 52 ראו לעיל עמ' 163.
- 53 ראו Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 13 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001). ראו גם לעיל עמ' 163.
- 54 ראו לעיל עמ' 80.
- 55 ראו להלן עמ' 307.

ההבחנה בין זכות חוקתית לבין טובת הכלל אינה פשוטה כלל ועיקר.⁵⁶ שאלה יפה היא מתי הופכת טובת הכלל – שנועדה להגן על אינטרס הכלל – לזכות חוקתית? האם האינטרס החברתי לביטחון המדינה ולשלמותם הנפשית והגופנית של תושביה היא גם זכות חוקתית שיש לכל אחד מבני החברה כלפי המדינה לביטחון ולשלמותו הגופנית והנפשית? היש לאדם זכות כנגד המדינה לשלום ולביטחון? התשובה לשאלה זו מסתבכת באותן שיטות משפט, וישראל ביניהן, המכירות לא רק בחובתה של המדינה שלא לפגוע בזכות חוקתית אלא גם בחובתה להגן על זכויות אלה.⁵⁷ כיצד נבחין בין חובתה של המדינה להגן על זכויות אלה לבין סמכותה להבטיח את טובת הכלל? טול את הזכות לחיים. זכותו של כל אדם בישראל היא שרשויות השלטון לא יפגעו בחייו.⁵⁸ כמו כן זכותו של כל אדם בישראל היא שרשויות השלטון יגנו על חייו.⁵⁹ האם נובע מכאן כי לכל אדם בישראל הזכות החוקתית כנגד המדינה להגנה על חייו באמצעות המאבק בטורר,⁶⁰ לחימה בפשיעה,⁶¹ והבטחת נהיגה בטוחה בדרכים?

להבחנה בין זכות חוקתית לטובת הכלל יש חשיבות במסגרת דיני המידתיות. חשיבות זו מתבטאת בעיקר בשני אלה: ראשית, הגנה על זכות חוקתית מהווה כשלעצמה מטרה ראויה. לעומת זאת, לא כל אינטרס הנכלל בגדר "טובת הכלל" עובר את דרישת הסף של מטרה ראויה.⁶² שנית, הפסיקה הישראלית שקדמה לכינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הבחינה בין איזון אופקי לאיזון אנכי, תוך שקבעה מבחני איזון שונים לכל אחד מסוגי האיזון.⁶³ שני עניינים אלה ירדו בחשיבותם בגדרי חוקי היסוד. בעיקר כך ההבחנה בין האיזון האופקי לאנכי. שני סוגי האיזון נכללים בגדרי המידתיות, ופסקת ההגבלה חלה בשניהם. נורמה תת-חוקתית (כגון חוק) הפוגעת בזכות אחת לשם הגנה על זכות אחרת חייבת לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה בדומה לנורמה תת-חוקתית (כגון חוק) הפוגעת בזכות חוקתית כדי להגשים את טובת הכלל. אמות-המידה בשני המקרים הן אלה הקבועות בפסקת ההגבלה.⁶⁴ חרף צמצום הפער בין האיזון האופקי לאיזון האנכי, עדיין

- 56 ראו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" (צפוי להתפרסם במשפטים מא).
- 57 ראו להלן עמ' 513.
- 58 ראו ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 59 ראו ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 60 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, פס' 16 לפסק דינו של השופט ריבלין; ראו דברי השופט טירקל בבג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) 359, 377 (2003).
- 61 ראו דברי הנשיא שמגר בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 629 (1995).
- 62 ראו להלן עמ' 326.
- 63 ראו להלן עמ' 647.
- 64 ראו להלן עמ' 647.

חשובה התשובה לשאלה מתי הופך אינטרס ציבורי לזכות חוקתית? א' גזל-אייל וא' רייכמן
היתוו מספר קווי אופי המסייעים לקביעת קו הגבול בין אינטרס ציבורי לבין זכות
חוקתית:⁶⁵

“האינדיקציות המוצעות הן שלוש: ראשית, מובחנות הפרט. הזכויות
המוגנות בחוק היסוד הן זכויות אדם. לפיכך קיימות רק בידיהם של בני אדם
מובחנים היכולים להראות כי זכות האדם שלהם תפגע אלמלא המדינה
תפעל בדרך מסויימת. אין די להראות כי פרט כלשהו, שזהותו אינה ידועה
ואינה יכולה להיות ידועה, יפגע עקב פעולת המדינה או מחדלה. שנית,
הסתברות הפגיעה. לא כל סיכון לפגיעה בזכות מקים, כשלעצמו, זכות. רק
כאשר הפגיעה בזכות ודאית, או צפויה בהסתברות מספיק גבוהה, קמה
לנפגע זכות חוקתית כנגד המדינה. שלישית, מתווה הפגיעה. רק כאשר קיים
קשר ישיר בין פעולת המדינה לבין הפגיעה במתווה מסויים נראה בפעולה
כפוגעת בזכות. בפסקאות הבאות ננסה להבהיר קריטריונים אלו.”

המחברים מציינים, בסיום רשימתם כי “סוגיית הגבול בין הזכויות החוקתיות והאינטרסים
נדרשת לפיתוח נוסף.”⁶⁶ פיתוח זה חורג ממסגרתו של ספר זה.

(2) הגנה על זכויות האדם

ההיבט של זכויות האדם רלוונטי לעניין המטרה הראויה בשני מובנים: האחד, הזכות
כאובייקט להגבלה ולפגיעה. האחר, הזכות כמרכיב של המטרה הראויה. אנו מתעניינים
עתה במובן השני. אכן, מקובל הוא על הכל כי בחברה דמוקרטית מטרה ראויה לפגיעה
בזכויות אדם היא המטרה של הגנה על זכויות האדם. חברה המבקשת להגן ולשמור על
חופש הרצון של ראובן חייבת להגן על חופש הרצון הנוגד של לאה. הכרה בחופש הרצון
של ראובן ושל לאה מחייבת הטלת הגבלות על חופש הרצון הן של ראובן והן של לאה.
הכרה בזכותו של האחר הינה אפוא מטרה ראויה להגבלתה של הזכות החוקתית. ביטוי לכך
ניתן למצוא כבר בהכרזה על זכויות האדם והאזרח מ-1789. נקבע בה:⁶⁷

“Liberty consists in the freedom to do everything which injures no one
else; hence the exercise of the natural rights of each man has no limits
except those which assure to the other members of the society the

65 גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 56.

66 ש.ס.

67 Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789), § 4

enjoyment of the same rights. These limits can only be determined by law.”

בדמוקרטיה החוקתית יש לרשות השלטונית תפקיד כפול: התפקיד האחד הוא להימנע מפגיעה בזכויות חוקתיות. זהו ההיבט ה"שלילי" (ה-*status negativus*) של הזכות החוקתית.⁶⁸ התפקיד האחר הוא להגן ולשמור על הזכויות החוקתיות. זהו ההיבט ה"חיובי" (ה-*status positivus*) של הזכות החוקתית.⁶⁹ שני ההיבטים גם יחד הם חובתה של המדינה. על כן מוטלת על המדינה חובה חוקתית להגן על זכויות האדם. המדינה אינה יכולה להגשים חובה זו בלא לפגוע בזכויות אדם. מכאן ההיתר לפגוע בזכות חוקתית כדי להגן על זכותו של אחר. נמצא, כי הגשמתה של חובה חוקתית זו להגן על זכויות חוקתיות היא מטרה ראויה. בהמשך אעמוד על היקפה של מטרה זו.⁷⁰ בעיקר יהא מקום לבחון אם ניתן להצדיק פגיעה בזכות חוקתית לשם הגנה על זכויות אדם שאינן חוקתיות. לעניין זה יהא עלינו להיעזר באמת-המידה הכללית לקביעת מובנה של המטרה הראויה.⁷¹

(3) טובת הכלל

דמוקרטיה אינה רק ריבונות העם, הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות השפיטה וזכויות אדם. דמוקרטיה היא גם הגשמה של ערכים בסיסיים הדרושים לחיים משותפים. ערכים אלה ממלאים את ה"ייקום" הנורמטיבי של הדמוקרטיה.⁷² הם יונקים חיותם מתרבותה של חברה, מההיסטוריה שלה, ומטעם קיומה. על כן יש לכלול בגדרי המינימום הדמוקרטי מספר קטגוריות של מטרות ראויות, כגון קיום המדינה, קיום ערכיה היהודיים והדמוקרטיים, ביטחון המדינה, סדר ציבורי, השאיפה לצדק, הסובלנות וההתחשבות ברגשות האחר. כמו כן יש לכלול במסגרת זו ערכים חוקתיים נוספים המעוגנים בחוקה.⁷³

68 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 361 (1994).
 69 שם, בעמ' 364. ראו גם David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986); ALASTAIR MOWBRAY, *THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS* (2004); Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 137 (Georg Nolte ed., 2005); Frank I. Michelman, *The Protective Function of the State in The United States and Europe: The Constitutional Question, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 156 (Georg Nolte ed., 2005). ראו גם להלן עמ' 513.

70 ראו להלן עמ' 524.

71 ראו להלן עמ' 321.

72 ראו להלן עמ' 302.

73 ראו להלן עמ' 342.

ניתן לכנות את מכלול הערכים הבסיסיים האלה הדרושים לחיים משותפים כטובת הכלל. רשימתן של קטגוריות המהוות את טובת הכלל אינה קבועה והיא משתנה מחברה לחברה, או מתקופה לתקופה.

היקפה של טובת הכלל ושל הקטגוריות המאפיינות אותה היא המונחת ביסוד הפרובלמטיקה של המטרה הראויה. בדמוקרטיה חוקתית, לא כל דבר הכלול בטובת הכלל מהווה מטרה ראויה לפגיעה בזכות חוקתית.⁷⁴ גדר הספיקות הוא באשר להיקפה של הקטגוריה בעניין טובת הכלל. גישה צרה מדי לטובת הכלל עשויה לפגוע בקיומה של הדמוקרטיה וביכולתה להגן על זכויות האדם. גישה רחבה מדי לטובת הכלל עשויה לפגוע בזכויות האדם ובדמוקרטיה עצמה. מכאן הצורך לפתח גישה ראויה לקביעתה של טובת הכלל. לשם כך יש לקבוע אמות-מידה כלליות למהותה של טובת הכלל. כן יש לקבוע את הקטגוריות ותת-הקטגוריות המיישמות אותה. אפתח בדיון באשר לאמות-המידה הכלליות, אשר נגזרות מהערכים של מדינה דמוקרטית – ובישראל מערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. אפתח את הדיון בערכיה של ישראל כמדינה יהודית.

2. ערכיה של מדינה יהודית

(א) ערכים ציוניים ומורשתיים

מהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר.⁷⁵ לדעתי, מדינה יהודית היא מדינתו של העם היהודי.⁷⁶ "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית".⁷⁷ מדינה יהודית היא מדינה שלכל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ הגלויות הוא מערכיה הבסיסיים. זוהי מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושזורה בהיסטוריה של העם היהודי, ששפתה העיקרית עברית, ושעיקרי חגיגה משקפים את תקומתה הלאומית. מדינה יהודית היא מדינה שההתיישבות היהודית בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה. מדינה יהודית היא מדינה המנציחה את זכרם של היהודים שנטבחו בשואה, שנועדה להוות "פתרון בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית בארץ-ישראל".⁷⁸

74 ראו Aileen McHarg, *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 62 MOD. L. REV. 671 (1999). ראו גם Kumm, לעיל ה"ש 13.

75 ראו רות גביון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה" תכלת 13 (2003).

76 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 87.

77 הכרזת העצמאות (ה' באייר התש"ח).

78 שם.

מדינה יהודית היא מדינה המטפחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי. מדינה יהודית היא ההגשמה של שאיפת הדורות לגאולת ישראל.

מדינה יהודית היא מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. זוהי מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיס שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. מדינה יהודית היא מדינה שהמשפט העברי הוא אחד מקנייניה הלאומיים החשובים,⁷⁹ והערכים של תורת ישראל, מורשת ישראל וההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים. מדינה יהודית היא מדינה שהשבת הוא יום מנוחה ליהודים שבה.⁸⁰

על-פי גישתי יש לראות את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית מתוך מבט רחב.⁸¹ ערכים אלה מבטאים שני היבטים עיקריים: היבט ציוני והיבט מורשת-הלכתי. שני ההיבטים גם יחד מעניקים תוכן לערכיה של ישראל כמדינה יהודית. אכן, אין לייחס את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית אך ורק לרעיון הציוני, ואין לייחדם אך ורק למורשת ישראל ולעולמה של היהדות. ערכיה של ישראל כמדינה יהודית הם מושג עשיר ומורכב, ואין לצמצמו להיבט זה או אחר בלבד. זאת ועוד: מטבע הדברים קיים קשר הדוק – ולעתים רבות חפיפה – בין ההיבט הציוני של ערכי המדינה היהודית לבין ההיבט המורשת-הלכתי שלהם. כך, למשל, השפה העברית וחגי ישראל נגזרים הן מההיבט הציוני והן מההיבט המורשת-הלכתי בלא שתהא כל חשיבות להבחנה זו. הוא הדין בזכות השיבה ובחגים המאפיינים את התקומה הלאומית.

(ב) ערכים ציוניים

מדינה יהודית היא מדינה המבטאת את החזון הציוני. זהו עולמה של הציונות. "מדינת ישראל היא... ההגשמה של משאת הנפש של בני העם היהודי מדורי דורות לחדש ימיו

79 ראו ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141 (1954); יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב 268 (1970); יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק ב)" משפטים ב 510 (1970); יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק ג)" משפטים ד 31 (1972); יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק ג' – המשך)" משפטים ו 5268 (1975); סיני דויטש "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" מחקרי משפט ו 7 (1988); ברכיהו ליפשיץ "המשפט הישראלי והמשפט העברי – זיקה ועצמאות" משפטים יט 859 (1990); אשר מעוז "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל" הפרקליט מ 53 (1991); אריה אדרעי "מדוע לנו משפט עברי" עיוני משפט כה 467 (2001).

80 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 30, בעמ' 43; רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1, 5 (2003); פרשת דיזיין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 55.

81 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 88.

כקדם, אתחלתא דגאולה ומימוש החזון הציוני.⁸² זהו החזון של שיבת הבנים לגבולם; זהו החזון של ישראל כבית הלאומי של כל יהודי ויהודי. מכאן זכותו של כל יהודי לעלות לישראל – זכות המובטחת בחוק השבות, התש"י-1950.⁸³ מדינה יהודית בהיבט הציוני היא מדינה ששפתה עברית ושאהד מהישגי תחייתה הוא החייאת השפה העברית. זוהי מדינה שעיקרי חגיה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי.

(ג) ערכים מורשתיים

ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית כוללים את ערכיה המורשתיים. זהו עולמה של ההלכה. בערכיה של ישראל כמדינה יהודית יש ערכים פרטיקולריים וערכים אוניברסליים. כך למשל נמצא בהם גישה רב-משמעית למי שאינו יהודי הנמצא בקרבנו (גר תושב) וכן נמצא בהם גישה רב-משמעית למעמדה של האשה. ערכיה של ישראל כמדינה יהודית כוללים ערכים שהתפתחו בהיסטוריה של עם ישראל לדורותיו. ערכים המשלימים זה את זה וערכים הסותרים זה את זה. זהו עולם ומלואו. בצדק ציין מ' אלון כי "המושג 'ערכיה של מדינה יהודית' בחוק שנתקבל בבית המחוקקים של המדינה היהודית, כולל הוא... גם ערכים שקיבלו משמעות ערכית מיוחדת בתקופת התחייה הלאומית, שהביאו לתקומה של המדינה היהודית, היינו ערכיה של הציונות, על פלגיה השונים – כגון ההוראה שבחוק השבות שכל יהודי זכאי לעלות ארצה, השפה העברית, ההמנון והדגל הלאומיים".⁸⁴

3. היחס בין ערכי המדינה היהודית לערכי המדינה הדמוקרטית

(א) השלמה והרמוניה

עמדתי על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ועל ערכיה כמדינה דמוקרטית. מה היחס בין ערכים אלה?⁸⁵ תפיסה חוקתית ראויה מחייבת ניסיון להשגת השלמה והרמוניה ביניהם.

82 ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מג(4) 230, 221 (1989) (השופט ד' לויץ).

83 ס"ח 159. ראו ע"א 72/62 רופאיון נ' שר הפנים, פ"ד טז(4) 2428, 2447 (1962); פרשת בן שלום, שם, בעמ' 272; בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 849, 793 (1989); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 751, 728 (1999); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 282, 258 (2000); בג"ץ 2859/99 מקרינה נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 733, 721 (2005). ראו גם חיים כהן "חוק השבות" חיים כהן – מבחר כתבים 312 (1991); מיכאל קוריןאלדי חידת הזהות היהודית – חוק השבות הלכה למעשה (2001); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 1071 (2005).

84 מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 260, 253 (1995).

85 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 68, בעמ' 323; רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631 (1995); אסא כשר "מדינה יהודית

עלינו לעשות הכול כדי למנוע ניגודים וכדי למצוא את המאחד ואת המשותף. עלינו לצמצם את נקודות החיכוך. עלינו לראות בדיבור "מדינה יהודית ודמוקרטית" "עילה אחת המורכבת משני מרכיבים (יהודית ודמוקרטית). בין שני אלה ראוי שישירו סינתזה והתאמה. על השופטים, כפרשנים נאמנים של הטקסט החוקתי, לעשות הכול כדי לקיים סינתזה זו".⁸⁶ בצדק ציין מ' אלון כי "המגמה צריך שתהא מציאת הסינתזה והמכנה המשותף לתכלית שלובת ערכים זו".⁸⁷ ברוח זו יש להבין גם את דבריו של הנשיא מ' שמגר, שהדגיש כי "קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי אינו שולל את אופייה הדמוקרטי, כפי שצרפתיותה של צרפת אינה שוללת את אופיה הדמוקרטי".⁸⁸ השופט כפרשן צריך לחפש שלוב והתאמה בין הערכים היהודיים לבין הערכים הדמוקרטיים. עליו לעשות ניסיון לגבש תפיסה אחידה וכוללת. דבר זה אפשרי הוא.⁸⁹ מדינה יהודית ומדינה דמוקרטית אינן ניגודים, והן יכולות לדור יחד.⁹⁰ בצדק ציין א' כשר כי "אפשר להגיע לדמוקרטיה במובן מלא ולמדינה יהודית במובן מלא מבלי לוותר על אף אחד משני הדברים".⁹¹ אמת, לעתים

ודמוקרטית – סקיצה פילוסופית" עיוני משפט יט 729 (1995); אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט 547 (1995); אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע מעגל?" עיוני משפט יט 479 (1995); אביגדור לבונטין "יהודית ודמוקרטית – הרהורים אישיים" עיוני משפט יט 521 (1995); אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?", לעיל ה"ש 84, בעמ' 258; רות גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכונים (1999); מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – רב שיח ומקורות נלווים (רון מרגולין עורך, 1999); אהרן ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9 (2000); יהודה כהן מי מפחד ממדינה יהודית? היבט חוקתי ואידיאולוגי (2001); יואב פלד "האם תהיה ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה" מחקרי משפט יז 73 (2001); חיים כהן "יהדותה של מדינת ישראל" חיים כהן מבחר כתבים – קציר עשור הגבורות 15 (2001); חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" חיים כהן מבחר כתבים – קציר עשור הגבורות 45 (2001); חיים ציין מדינת היהודים: שלב הסיכומים – הרב עובדיה יוסף והנשיא אהרן ברק (2003); אדם דניאל מדינה יהודית ודמוקרטית: מבט רב תרבותי (2003); אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם 150 (2003); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 157; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 83, בעמ' 318; דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית (אביעזר רביצקי וידידה צ' שטרן, 2007).

- 86 פרשת טיבי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 19 (הנשיא ברק).
- 87 מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659, 670 (1993).
- 88 פרשת ניימן 2, לעיל ה"ש 40, בעמ' 189.
- 89 ראו גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכונים, לעיל ה"ש 85; מנחם מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות?" עיוני משפט כו 887 (2003).
- 90 לדעה שונה, ראו לבונטין, לעיל ה"ש 85, בעמ' 542; אביגדור פלדמן "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית: חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות" עיוני משפט יט 717 (1995).
- 91 כשר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 13.

עשוי להתקיים מתח בין שני מרכיבים אלה. יש לנסות ולפתור מתח זה מתוך רצון למצוא השלמה והרמוניה.⁹²

(ב) בחירת המשותף והמאחד

עלינו לאתר את המשותף והמאחד. כיצד נעשה זאת?⁹³ נקודת המוצא הינה כי הערכים היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל אינם בעלי אופי מונוליתי. יש בהם השקפות שונות ולעתים אף נוגדות. כך הדבר באשר להיבט הציוני וכך הדבר באשר להיבט ההלכתי והמורשתי. כך כתב השופט מ' אלון:⁹⁴

“מזן המפורסמות הוא, כי גם עולמה של הגות ישראל לדורותיה – ואף מערכת ההלכה גופה... מלא הוא דעות שונות וגישות מנוגדות... המעיין המבקש דעת שומה עליו להבחין בין דברים שנאמרו לשעתם ולזמנם לבין דברים שנאמרו לדורות, בין דברים שביטאו דעה מקובלת לבין דברים שהם בעלי משמעות חורגת, וכיצא באלה הבחנות ומשמעויות. מתוך אוצר עצום ועשיר זה על המעיין לשאוב מלוא חפניים לצורכי דורו וזמנו, שבו יוצאים מן הכוח אל הפועל אותם דברים שהדור זקוק להם, ושהם גופם חוזרים ומצטרפים לאוצר ההגות היהודית ומורשת ישראל.”

כך הדבר גם לערכים הדמוקרטיים. עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב-פנים. יש בה מודלים שונים וגישות שונות ומגוונות באשר להיקפם של ערכי הדמוקרטיה ובאשר למידת ההגנה עליהם. אין תפיסה דמוקרטית אחת שבלתה אין. היחסים הפנימיים בין ערכי הדמוקרטיה לבין עצמם מעלים אפשרויות שונות. יש המעניקים דגש חזק יותר לריבונות העם, ויש המדגישים יותר את זכויות האדם. במסגרת כל אחד מערכי הדמוקרטיה ניתן למצוא השקפות שונות ולעתים נוגדות. כך, למשל, לא הרי העמדה המקובלת בארצות-הברית⁹⁵ ובקנדה⁹⁶ באשר לזכותה של אשה הרה להחליט אם להפיל את עובריה אם לאו כהרי הגישה המקובלת בגרמניה.⁹⁷

92 על הגישה הפרשנית המבקשת להשיג אחדות, הרמוניה וקוהרנטיות, ראו לעיל עמ' 95.

93 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 158.

94 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לט(2) 225, 293 (1985) (להלן – פרשת ניימן 1).

95 ראו Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

96 ראו R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30.

97 ראו פרשת הפלות הראשונה BVerfG 39, 1 (1975), ופרשת הפלות השניה (BVerfG 88,) 203 (1993).

הנה כי כן, בכל אחד ממרכיביה הערכיים של מדינת ישראל יש מגמות מרובות. לפנינו – שוב בלשונו של השופט מ' אלון – "אוצר בלום ועשיר" אשר "על המעיין לשאוב מלוא חופניים לצורכי דורו וזמנו".⁹⁸ בשאיבה זו על השופט השואף לבחירת המשותף והמאחד ליטול מכל אחד מהמקורות הציוניים, ההלכתיים והדמוקרטיים את הערכים, התפיסות והעקרונות המתיישבים עם אלה שבמקורות האחרים. על השופט להימנע ככל האפשר מנטילתם של ערכים היוצרים סתירה או ניגוד. כך, למשל, אם בעולמה של היהדות מצוי זרם פרטיקולריסטי וזרם אוניברסלי, ראוי לו לשופט לאמץ את הזרם האוניברסלי, שכן זרם זה מתיישב עם ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית יותר מהזרם הפרטיקולריסטי.⁹⁹ בדומה, אם בתפיסתה של דמוקרטיה ניתן להשקיף בצורות שונות על היחס בין דת למדינה, ראוי לבחור באותה גישה התואמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית. כך, למשל, הגישה האמריקנית והגישה הצרפתית מפרידות הפרדה גדולה יותר בין דת למדינה לעומת הגישה הקנדית והגישה האנגלית, שבהן ההפרדה קטנה יותר. גם באירופה נדמה אין גישה אחידה בעניין זה.¹⁰⁰ הוא הדין בעניין הגישה להמתת חסד (Euthanasia). מדינות דמוקרטיות נוקטות בעמדות שונות בעניין זה. יש לבחור באותה גישה "דמוקרטית" העולה בקנה אחד עם ערכיה של ישראל כמדינה יהודית.¹⁰¹

(ג) מדינה יהודית ומדינת כל אזרחיה

מדינה דמוקרטית היא מדינת כל אזרחיה. האם מתיישב הדבר עם היותה של ישראל מדינה יהודית?¹⁰² האין סתירה בין מדינה יהודית לבין מדינת כל אזרחיה? התשובה לשאלה זו מותנית במובן שניתן לדיבור "מדינת כל אזרחיה". המובן הטבעי והרגיל הוא מדינה שעקרון השוויון חל על כל אזרחיה. על-פי מובן זה אין סתירה בין היותה של ישראל מדינה יהודית לבין היותה מדינת כל אזרחיה. היטיב להביע זאת השופט מ' חשין:¹⁰³

"הקביעה כי מדינת ישראל היא 'מדינת כל אזרחיה' אין בה כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. וכי יישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה? האם ניתן לטעון כי מדינת ישראל היא

98 פרשת ניימן 1, לעיל ה"ש 94, בעמ' 293.

99 ראו פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 83.

100 ראו CAROLYN EVANS, FREEDOM OF RELIGION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2001); PAUL M. TAYLOR, FREEDOM OF RELIGION: UN AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE (2006).

101 ראו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993). ראו גם ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 159.

102 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 160.

103 רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, 549 (1996).

מדינת חלק מאזרחיה בלבד? והרי עיקרון יסוד הוא בדמוקרטיה: שוויון האזרחים בינם לבין עצמם."

בפרשת קעדאן¹⁰⁴ ציינתי כי "אין מקובלת עלינו התפיסה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בה כדי להצדיק... הפליה על ידי המדינה בין אזרחיה של המדינה... מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל".¹⁰⁵ בדומה ציין השופט י' זמיר: "עיקרון השוויון... הוא נשמת הדמוקרטיה. לא רק קול אחד לכל אחד בעת הבחירות אלא גם שוויון לכל אחד בכל עת. המבחן האמיתי לעיקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב".¹⁰⁶ גם ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים¹⁰⁷ ("ועדת אור") ציינה כי "הגרעין הקשה של האיסור על הפליה כולל איסור על טיפול שונה המבוסס על טעמים של לאום, דת או השתייכות אתנית. האיסור להפלות מטעמים של לאום או דת הוגדר עוד כ'עיקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפישות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן'. זאת ועוד: מתן יחס שונה המבוסס על דת או לאום נתפס כ'... טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה'. אכן, הפליה כזו, המכונה לעתים 'הפליה גנרית', נחזית כמשפילה ופוגעת בכבוד האדם, ואף נאמר עליה כי היא 'פוצעת אנושות בכבוד האדם'. ברור, על כן, כי בישראל אסורה הפליה לרעה של בני הציבור הערבי בישראל, על רקע השתייכותם האתנית, או הלאומית או הדתית".¹⁰⁸ על בית המשפט למנוע הפליה זו בכל עת שהיא ניצבת בפניו.

האם השוויון שהדמוקרטיה מבוססת עליו מתיישב עם חוק השבות, התש"י-1950? תשובתי היא בחיוב. עניין אחד הוא השאלה מהו טעם המדינה ומדוע היא הוקמה. התשובה המתבקשת לשאלה זו נובעת מערכי הציונות, מערכי המורשת ומערכי הדמוקרטיה גם יחד. המדינה הוקמה בביתו הלאומי של העם היהודי. היא מתחייבת מההיסטוריה שלנו והיא ביטוי לזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית.¹⁰⁹ על כן, המפתח המיוחד להיכנס למדינה נתון למי שהמדינה היא ביתו הלאומי. דבר זה ידוע ומקובל במשפט הבינלאומי וביחסים בין מדינות דמוקרטיות. העובדה שמדינת לאום פותחת שעריה ומעניקה מפתח כניסה מיוחד

104 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 83.

105 שם, בעמ' 280-281.

106 בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 27 (2001).

107 ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 200 (2003).

108 שם, בעמ' 35.

109 ראו גביוון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה", לעיל ה"ש 75, בעמ' 50; נעמה כרמי חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן (2003).

לבני הלאום אינה מהווה הפליה כלפי לאומים אחרים.¹¹⁰ עניין אחר הוא השאלה כיצד נוהגת המדינה עם אזרחיה. לעניין שאלה זו התשובה הציונית, המורשתית והדמוקרטית גם יחד הינה כי המדינה נוהגת שוויון בין אזרחיה. "אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי... אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות, אשר קראה 'לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה'. אין אפוא כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה".¹¹¹

הנה כי כן, "אם המטרה של היות ישראל 'מדינת כל אזרחיה' מכוונת אך להבטחת השוויון בין האזרחים בתוך הבית פנימה תוך הכרה בזכויותיו של המיעוט החי בתוכנו, אין בכך כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. אם, לעומת זאת המטרה של היות ישראל 'מדינת כל אזרחיה' מכוונת ליותר מכך, והיא מבקשת לפגוע ברציונל המונח ביסוד הקמת המדינה ובכך לשלול את אופייה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, כי אז יש בכך כדי לפגוע במאפיינים הגרעיניים והמינימליים המאפיינים את מדינת ישראל כמדינה יהודית".¹¹²

(ד) דת ומדינה

ערכיה של ישראל כמדינה יהודית עשויים להתנגש עם ערכיה כמדינה דמוקרטית בתחום החברתי של דת ומדינה. הניתן ליישב בין הערכים המתנגשים בנקודת הכרעה זו?¹¹³ הנני סבור שהתשובה היא בחיוב. ערכיה של ישראל כדמוקרטיה מעלים מודלים שונים בדבר היחסים בין דת למדינה. מודל אחד הוא המודל האמריקני-צרפתי. מודל זה מפריד בין דת למדינה. הדת היא לפרט והמדינה אינה רשאית לנקוט כל עמדה בעניינה ואסור לה לקדם ערכים וסמלים דתיים. מודל זה אינו היחיד. מודלים אחרים אינם בנויים על הפרדה גמורה בין דת למדינה. באנגליה המלכה היא גם ראש הכנסייה האנגליקנית. מותר למדינה לתמוך בשירותי דת, ובלבד שהדבר נעשה על בסיס של שוויון.

ערכיה של ישראל כמדינה יהודית מעלים אף הם מודלים שונים של יחסי דת ומדינה. לא נתפלא למצוא כבר כיום זרמים ביהדות הרוצים, משיקולים פנימיים של היהדות – למנוע

110 ראו בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 31.5.2004); יובל שטייניץ "דמוקרטיה: האיום הליברלי" מחקרי משפט יז (2001); יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 83, בעמ' 222.

111 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 83, בעמ' 282.

112 פרשת טיבי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 23.

113 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 161; רות גביון "דת ומדינה: הפרדה והפרטה" משפט וממשל ב 53 (1993).

את חילונה של הדת. זרמים אחרים ביהדות מדגישים את הקשר הבל יינתק ביהדות בין דת ללאום ואת הקשר ההדוק שבין הדת למדינה. חלקם מבקשים אף לתת לגיטימציה דתית לפעולות המדינה תוך שימוש בדוקטרינות הלכתיות כגון "דינא דמלכותא דינה",¹¹⁴ תקנות הקהל,¹¹⁵ הלכות המלך¹¹⁶ וכיוצא בהן דוקטרינות הלכתיות המעניקות הכרה הלכתית לפעולות שלטון חילונית.

דוגמה לסינתזה זו בין דת למדינה ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת חורב.¹¹⁷ בפרשה זו התעוררה השאלה אם שר התחבורה מוסמך לסגור את רחוב ברא"ל בירושלים לתנועה בשבת כדי להגן על רגשותיהם של היהודים החרדים הגרים במקום. נפסק כי ניתן לסגור את הרחוב לתנועה בשעות התפילה בשבת אך לא מעבר לכך. זוהי דוגמה לסינתזה בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לערכיה כמדינה דמוקרטית. בפסק הדין הדגשתי כי ההתנגשות היא בין חופש התנועה כזכות חוקתית מזה לבין רגשות הציבור החרדי מזה. ציינתי כי במבנה החוקתי שלנו יש להתחשב בפגיעה ברגשות אלה. עמדתי על כך כי "טבעי הוא למשטר דמוקרטי להתחשב ברגשות האדם. הרי החברה קיימת כדי לתת ביטוי לרגשות אלה. בכך יש ביטוי לעיקרון הסובלנות, שהוא ערך בסיסי בכל תפיסה דמוקרטית. הוא חיוני לדמוקרטיה המבוססת על פלורליזם".¹¹⁸ עם זאת ציינתי כי "הצורך להגן ולשמור על זכויות האדם – על-פי הדמוקרטיה (המהותית) – ייתקל בקושי ניכר, אם ניתן יהיה בכל מקרה לפגוע בזכויות אדם על מנת להתחשב ברגשות האדם, אשר זכויות האדם פוגעות בו".¹¹⁹

(ה) רמת הפשטה גבוהה

לעתים הפרשן נתקל בהסדרים ספציפיים המקובלים בתפיסתה של היהדות, הנוגדים הסדרים ספציפיים המקובלים בתפיסתה של הדמוקרטיה. אין בכך ולא כלום, שהרי השופט אינו מופנה אל הסדרים ספציפיים אלא אל ערכים. ערכים אלה עשויים להתקיים ברמות הפשטה שונות. הדרישה בדבר "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" מאפשרת להתמקד באותה רמת הפשטה שתבטיח השלמה והרמוניה בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. מובן, כי קביעתה של רמת ההפשטה תיעשה באופן המבטא הן את התפיסה הפנימית של היהדות והן את זו של הדמוקרטיה. מטבע הדברים יש להניח כי רמת ההפשטה שתמנע סתירה בין הערכים ותאפשר השלמה והרמוניה

114 ראו שמואל שילה דינא דמלכותא דינה (תשל"ה).

115 ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א 391 (תשמ"ח).

116 ראו גרשון גרמן מלך ישראל: ריבונות לדורי דורות בראי ההלכה ומעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה (תשס"ג).

117 פרשת חורב, לעיל ה"ש 30.

118 שם, בעמ' 44. ראו גם להלן עמ' 338.

119 שם, בעמ' 45.

ביניהם תהא ברמה גבוהה. רמה גבוהה זו של הפשטה מתבקשת גם ממהותה של הדרישה בעניין "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". זוהי דרישת סף, הפועלת מעצם טבעה ברמת הפשטה גבוהה.

(ו) כישלון ההשלמה וההרמוניה

ואם ייכשל הניסיון למצוא השלמה והרמוניה בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית? הפרשן אינו רשאי להרים ידיים ולומר כי הבעיה קשה ואין לו פתרון לה. עליו לאזן בין הערכים הנוגדים.¹²⁰ עליו למצוא פתרון המשתלב יותר מכל פתרון אחר במסגרת הנורמטיבית הכללית. לעניין זה אין לנקוט גישה מכנית, הנותנת עדיפות א-פריורית להיבט היהודי או להיבט הדמוקרטי. יש לגשת לטקסט החוקתי מתוך מבט רחב ומתוך שאיפה לאחדות חוקתית.¹²¹ על כן יש לחפש את הפתרון בעמדתם של חוקי היסוד, שלפיה:¹²²

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל."

על הפרשן לפתור את ההתנגשות בין הערכים באופן המקדם את עקרונות היסוד הללו. היש בכך כדי לפתור את הבעיות כולן? התשובה היא שלילית. היחס בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית מונח ביסוד הווייתנו כמדינה. זהו יחס מורכב וסבוך. אנו חייבים להתמודד עמו. כל התמודדות תחייב להכיר הן בערכיה היהודיים של המדינה והן בערכיה הדמוקרטיים. כל פתרון יחייב קיום בצוותא של ערכים אלה בלא שהאחד משתלט על האחר. השגתו של פתרון זה סבוכה היא והדרך אליו ארוכה. אך הכיוון ברור.

4. אמת-המידה הכללית לקביעת תוכנה של המטרה הראויה

(א) משפט השוואתי

אמת-המידה הכללית להבנת תוכנה של המטרה הראויה משתנה, מטבע הדברים, משיטת משפט לשיטת משפט. לעתים כוללת החוקה הוראות מפורשות מהן ניתן להסיק אמת-מידה זו. כך, למשל, פסקת ההגבלה הכללית בחוקתה של דרום-אפריקה קובעת כי ההגבלות על הזכויות החוקתיות צריכות להיות:¹²³

120 זהו איזון פרשני, ראו עמ' 98.

121 ראו לעיל עמ' 95.

122 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

123 ס' 1(36) לחוקה של דרום-אפריקה.

“[R]easonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom.”

למותר לציין, כי הוראה זו מעוררת בעיות קשות של פרשנות. עמדו על כך וולמן (Woolman) ובוטה (Botha) בציינם:¹²⁴

“Determining the meaning of this phrase is fraught with interpretive difficulties as old as political theory itself. There are, for starters, the tensions between democracy and rights, between equality and freedom, and the deeply contested nature of each of these terms.”

בהסביר את הרקע לנוסחה הדרום-אפריקאית מציינים המחברים כי פסקת ההגבלה בחוקה הדרום-אפריקאית אינה מפנה לקטגוריות המקובלות במספר חוקות, כגון ביטחון לאומי, אינטרס ציבורי, סדר ציבורי. לדעת המחברים, שתיקה זו אינה מקרית. היא משקפת את הניסיון של משטר האפרטהייד, אשר בשמם של ערכים אלה החניק כל התנגדות למשטר זה. תחת זאת, מפנה פסקת ההגבלה לערכים הבסיסיים המונחים ביסוד חברה דמוקרטית ופתוחה, המבוססת על כבוד האדם, שוויון וחירות. בדרך זו נדרש לפתח תפיסה מהותית של ערכי יסוד אשר הזכויות החוקתיות מאמצות. תפיסה זו מחייבת הרמוניזציה של הערכים השונים והיחסים ביניהם. בלשונו של השופט זקס (Sachs) מבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה:¹²⁵

“[L]imitation analysis under sec 36 is antithetical to extreme positions which end up setting the irresistible force of democracy and general law enforcement, against the immovable object of constitutionalism and protection of fundamental rights. What it requires is the maximum harmonization of all the competing considerations, on a principled yet nuanced and flexible case-by-case basis, located in South African reality yet guided by international experience, articulated with appropriate candour and accomplished without losing sight of the ultimate values highlighted by our Constitution.”

לעתים קרובות מסתפקת החוקה בקביעה כללית כי ההגבלות צריכות למצוא את צידוקן באופייה הדמוקרטי של החברה. כך למשל קובע הצ'רטר הקנדי כי ההגבלות על זכויות חוקתיות צריכות להיות:¹²⁶

124 Woolman & Botha, לעיל ה"ש 29, בעמ' 113.

125 Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope, 2002 (2) SA 794 (CC), § 155.

126 ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 7.

“Demonstrably justified in a free and democratic society.”

בפרשו הוראה זו ציין הנשיא דיקסון (Dickson):¹²⁷

“The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect to be reasonable and demonstrably justified.”

מספר חוקות קובעות כי ההגבלות צריכות להיות דרושות (necessary) בחברה דמוקרטית.¹²⁸

(ב) אמת-המידה הכללית במשפט הישראלי

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע הוראה מפורשת בעניין “עקרונות יסוד”:¹²⁹

“זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת המדינה.”

על רקע הוראה זו, ובהתחשב בהוראת חוק היסוד לפיה החוק הפוגע בזכויות חוקתיות צריך להלום את “ערכיה של מדינת ישראל”,¹³⁰ קבע בית המשפט העליון את אמת-המידה

127 R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, § 64.
 128 ראו ס' 11-8 ל- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 222 (להלן – האמנה האירופית לזכויות האדם) הקובעים בין השאר, כי ההגבלה על זכויות האדם הנדונות בסעיפים אלה צריכות להיות דרושות (Necessary). כל המדינות החברות באמנה נוקטות באותה לשון, ראו ROBIN C.A. WHITE & CLARE OVEY, JACOBAS, WHITE & OVEY: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 325 (5th, 2010).

129 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

130 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

הכללית להיות המטרה ראויה. השאלה התעוררה בפרשת בנק המזרחי המאוחד.¹³¹ הנשיא מ' שמגר תיאר את מהותה של המטרה הראויה באופן הבא:¹³²

"מטרה חיובית מבחינת זכויות האדם וערכי החברה, לרבות התכלית של קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של בני אדם שונים בעלי אינטרסים העומדים לעתים בניגוד זה לזה. תכלית ראויה היא זו היוצרת תשתית לחיים בצוותא, אף אם יש בה פשרה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט, או אם היא משרתת מטרות חיוניות לקיום המדינה והחברה."

בפסק דיני באותה פרשה ציינתי:¹³³

"תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם ובצורך להגן עליהן."

על גישה זו חזר בית המשפט העליון בפסיקה עקבית. נקבע כי תכליתו של חוק היא ראויה אם היא רגישה לזכויות האדם במערך החברתי הכללי. צויין כי תכלית היא ראויה אם היא נועדה "לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות האדם ולקדמן";¹³⁴ "להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל";¹³⁵ "לאזן בין האינטרס של הכלל לבין פגיעה בפרט";¹³⁶ "להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור".¹³⁷ ככלל נקבע כי "תכלית היא ראויה אם היא מהווה מטרה חברתית רגישה לזכויות האדם או אם היא נועדה להשגת תכליות חברתיות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור".¹³⁸ על רקע זה נפסק כי "תכלית אינה ראויה אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה".¹³⁹ לעומת זאת נפסק כי "הבטחת יום מנוחה לעובד ולמעביד, קביעת יום מנוחה אחיד בכל המשק, באופן המבטיח את רווחת המשפחה, וקביעת יום מנוחה זה על בסיס

131 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 45.

132 שם, בעמ' 342.

133 שם, בעמ' 435.

134 פרשת מנחם, לעיל ה"ש 31, בעמ' 264 (השופטת ביניש). ראו גם פרשת מנור, לעיל ה"ש 30, בעמ' 739; פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 48, פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

135 פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 24, פס' 52 לפסק דינו של הנשיא ברק.

136 פרשת דיזיין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 57 (הנשיא ברק).

137 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 434 (הנשיא ברק).

138 פרשת דיזיין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 57 (הנשיא ברק).

139 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 569. ראו גם פרשת אורון, לעיל ה"ש

31, בעמ' 662.

דתי-לאומי... כל אלה הם 'תכלית ראויה'... התכלית החברתית-סוציאלית משרתת מטרה ציבורית חשובה. היא נועדה להגן על הפרט (העובד והמעביד). היא נועדה להבטיח את רווחת המשפחה כולה, וכל זאת תוך הבטחת שוויון בין האדם הדתי לבין מי שאינו דתי... אף התכלית הדתית-לאומית ראויה היא".¹⁴⁰

5. קטגוריות של מטרות ראויות

(א) מטרות מפורשות בפסקאות הגבלה כלליות ומיוחדות

(1) מטרות מפורשות בפסקאות הגבלה כלליות

אמת-המידה הכללית דורשת פירוט שיש בו משום הכרה במספר קטגוריות ותת-קטגוריות המממשות את אמת-המידה הכללית. לפירוט זה יתרון כפול: מחד גיסא, הן קובעות (באופן חיובי) את המטרות המצדיקות פגיעה בזכויות חוקתיות. בכך מצטמצם תחום המחלוקת בשאלה זו; מאידך גיסא, לעתים משתמע מפרשנותה של ההוראה (באופן שלילי) כי מטרות שאינן מנויות בהן אינן מצדיקות פגיעה בזכות החוקתית. רשימתן של הקטגוריות המבטאות את אמת-המידה הכללית אינה סגורה. היא משתנה עם השינויים שעוברת החברה.

הדוגמה החשובה ביותר לקטגוריות ותת-קטגוריות המהוות מטרות שהן ראויות לפגיעה בזכויות אדם ניתן למצוא בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם.¹⁴¹ זו מהווה פסקת הגבלה כללית הקובעת:¹⁴²

"In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society."

הוראה זו שימשה מודל להוראות דומות באמנות בינלאומיות ובחוקות שונות.¹⁴³

140 פרשת דיזיין, לעיל ה"ש 30, בעמ' 59 (הנשיא ברק).

141 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, at 71, U.N. GAOR, 3d Sess., 141 (1948) 1st plen. mtg., U.N. Doc. A/810 (Dec. 10, 1948) (להלן – ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם).

142 שם, בס' 29(2).

143 ראו ס' 4 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נחתמה ב-1966) (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1991) (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). ראו גם ס' 28 להצהרה האמריקנית בדבר הזכויות והחובות של האדם, O.A.S. Res. American Declaration of the Rights and Duties of Man.

פסקאות הגבלה כלליות, המפרטות מטרות מיוחדות, יש גם בחוקות של מדינות שונות. כך, למשל, בחוקה של פולין (מ-1997) יש פסקת הגבלה כללית ובה רשימה של מטרות מיוחדות:¹⁴⁴

“Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights.”

(2) מטרות מפורשות בפסקאות הגבלה מיוחדות

מרבית החוקות והמסמכים הבינלאומיים בעניין זכויות אדם קובעים, בצד הזכויות השונות, פסקאות הגבלה מיוחדות. המאפיין פסקאות אלה הוא בציון של קטגוריות או תת-קטגוריות מיוחדות, שלשם הגשמתן ניתן לפגוע בזכות חוקתית. דוגמה לכך מהווה האמנה האירופית לזכויות האדם.¹⁴⁵ באמנה זו אין פסקת הגבלה כללית. בצד מספר זכויות יש פסקאות הגבלה מיוחדות. המרכיב המרכזי של פסקאות אלה הן המטרות המיוחדות המצדיקות פגיעה בזכויות האדם הקבועות באמנה. כך, למשל, סעיף 8(1) לאמנה קובע את הזכות לכבוד הפרטיות של החיים, של המשפחה, של הבית ושל ההתכתבות. סעיף 8(2) קובע, בין השאר, את המטרות המצדיקות פגיעה בזכויות אלה, וזאת כאשר הפגיעה:

“[i]s necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

מטרות דומות נקבעו לעניין הפגיעה בחופש המחשבה, המצפון והדת (סעיף 9), לעניין הפגיעה בחופש הביטוי (סעיף 10)¹⁴⁶ ולעניין הפגיעה בחופש האספה וההתארגנות (סעיף 11). ההשקפה המקובלת כיום הינה כי רשימת המטרות הקבועות בסעיפים אלה היא ממצה

XXX, Int'l Conference of Am. States, 9th Conference, OEA/Ser.L/V/II.4 Rev. XX (May 1948), 2, וכן (1983) 85 THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS, PAUL SIEGHART.

144 ס' 31(3) לחוקה של פולין.

145 האמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 128.

146 ללשון ההוראה, ראו לעיל עמ' 45.

ואין מקום למטרות משתמעות.¹⁴⁷ זוהי מסקנה פרשנית. כל שיטת משפט וגישתה שלה וזאת במסגרת פירוש חוקתה.

כל חוקה וכל מסמך בינלאומי בעניין זכויות אדם כוללים רשימה של מטרות מיוחדות, שבהתמלאן ניתן לפגוע בזכויות האדם השונות הקבועות בהן. למותר לחזור לציין כי הפגיעה בזכויות חוקתיות לשם הגשמתן של מטרות אלה היא תנאי סף הכרחי לחוקתיות הפגיעה. היא אינה תנאי שדי בו. בצדה של מטרה ראויה ומידת נחיצות ודחיפות ראויה צריכים להתקיים גם אמצעים ראויים, והיתרון המושג מהגשמתה של המטרה הראויה צריך לעמוד ביחס מידתי (מידתיות במובן הצר) לנוק הנגרם לזכות החוקתית.

(ב) מטרות משתמעות

לעתים אין בחוקה הוראות מפורשות בעניין קטגוריות של מטרות ראויות. לרוב אין בכך סימן לאופי המוחלט של הזכויות החוקתיות, ואין לפרש את שתירת החוקה כהסדר שלילי.¹⁴⁸ ברוב המקרים יש להסיק את הקטגוריות השונות במשתמע מלשונה של החוקה ובעיקר מההוראה בדבר אופייה הדמוקרטי.¹⁴⁹ לעתים נמצא כי בחוקה מצויות מספר זכויות שבצדן הוראות מפורשות בעניין הקטגוריות של המקרים המצדיקים פגיעה בזכות חוקתית וזכויות אחרות אשר בצדן אינה מצויה כל רשימה של קטגוריות המאפשרות פגיעה בזכות חוקתית. לרוב אין לפרש שתירת זו כהסדר חוקתי שלילי. למותר לציין כי המטרות המשתמעות משתנות משיטת משפט לרעותה וחל בהן אף שינוי בגדריה של שיטת משפט נתונה.

(ג) הגנה על זכויותיהם של אחרים

(1) הוראות מפורשות

הגישה המקובלת הינה כי הגנה על זכויותיהם של אחרים היא מטרה המצדיקה פגיעה בזכויות חוקתיות.¹⁵⁰ הוראה מפורשת בעניין זה מופיעה לעתים בפסקת הגבלה כללית. כך

147 ראו WHITE & CLARE OVEY, JACOBAS, WHITE & OVEY: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, לעיל ה"ש 128, בעמ' 309.

148 ראו SIEGHART, לעיל ה"ש 143, בעמ' 103. ראו גם לעיל עמ' 173.

149 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 135, בעמ' 82.

150 ראו לעיל עמ' 306, וכן VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 6, בעמ' 151. ראו גם Peter Kempees, "Legitimate Aims" in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in PROTECTING HUMAN RIGHTS: THE EUROPEAN PROSPECTIVE 659 (Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold & Luzius Wildhaber eds., 2000); SOURCEBOOK ON GERMAN LAW 101 (Raymond Youngs ed., 2002); Jacco Bomhoff, *The Rights and Freedoms of Others: The ECHR and its Peculiar Category of Conflicts Between Individual*

הדבר בהוראת סעיף 29(2) להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948.¹⁵¹ על-פי הוראה זו ניתן להגביל את הזכויות המנויות בהצהרה, בין השאר –

“[F]or the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others...”

כמו כן, מטרה זו מופיעה בפסקאות הגבלה ספציפיות. כך, למשל, בפסקת ההגבלה הקבועה בסעיפים 8, 9 ו-10 לאמנה האירופית לזכויות האדם¹⁵² נקבע במפורש כי הגנה על זכויותיהם של אחרים היא מטרה המצדיקה פגיעה בזכות לפרטיות ולמשפחה (סעיף 8), בזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת (סעיף 9) ובזכות לחופש הביטוי (סעיף 10). ודוק: עניין לנו כאן אך בשאלת הסף אם הגנה על זכות חוקתית עשויה עקרונית להצדיק פגיעה בזכות חוקתית אחרת. איננו עוסקים, בשלב זה, בשאלות בדבר היחס בין המטרה של הגנה על זכות חוקתית לבין האמצעים הננקטים להגשמתה, ובדבר היחס בין המטרה של הגנה על זכות חוקתית אחת לבין הפגיעה בזכות חוקתית אחרת (מידתיות במובן הרגיל).

(2) הוראות משתמעות

שתיקת החוקה באשר להגנה על זכותם של אחרים כמטרה ראויה אינה צריכה להתפרש כהסדר שלילי.¹⁵³ כמו כן אין זה ראוי לפרש את שתיקת החוקה כחסר. בהיעדר הוראה מפורשת בעניין הגנה על זכויותיהם של אחרים, יש להסיק סוג זה של צידוק לפגיעה בזכות חוקתית מאמות-המידה העקרוניות ובעיקר מאופיה הדמוקרטי של החוקה. זהו הצידוק הקל ביותר להגנה. אכן, מי שמבקש להגן על זכויות האדם צריך להיות מוכן לפגוע לשם כך בזכויות האדם. כאשר זכויות חוקתיות מתנגשות, הדרך הראויה לפתור הקושי אינה בצמצום היקפן של זכויות האדם ברמה החוקתית, אלא בהכרה באפשרות לפגוע בהן ברמה התת-חוקתית,¹⁵⁴ כאשר הצידוק לפגיעה בזכות חוקתית אחת הוא ברצון להגן על זכות חוקתית אחרת.

Fundamental Rights, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 619, 669 (Eva Brems ed., 2008).

151 ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, לעיל ה"ש 141, בעמ' 71.

152 האמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 128.

153 להסדר השלילי, ראו לעיל עמ' 175.

154 ראו לעיל עמ' 115.

(3) היקפה של הקטגוריה

היקפה של הקטגוריה "זכויותיהם של אחרים" אינו ברור כלל ועיקר.¹⁵⁵ אחד הטעמים לכך הוא שקו הגבול בין זכותו של אחר לבין האינטרס של אחר אינו ברור כלל.¹⁵⁶ יהא עניין זה כאשר יהא, ברור הוא כי בגדרי הקטגוריה בדבר פגיעה בזכות חוקתית כדי להגן על זכויותיהם של אחרים נכללים בראש ובראשונה היחסים הפנימיים בין הזכויות הקבועות בחוקה עצמה. החוקה מעניקה לאדם זכויות שונות כנגד המדינה. חובתה של המדינה כנגד אדם אחד עשויה להתנגש עם חובתה כלפי אדם אחר.¹⁵⁷ כך למשל חובתה של המדינה להגן על זכות חוקתית אחת¹⁵⁸ (כגון הגנה על הזכות לכבוד האדם) עשויה להתנגש עם חובתה שלא לפגוע בזכות חוקתית אחרת (כגון אי-פגיעה בחופש הביטוי). התנגשות זו מתממשת ברמה התת-חוקתית.¹⁵⁹ מכוחה של גישה זו, חוק המסדיר את הזכויות של פרטים במשפט הפרטי – ובכך מעניק זכויות לאחד ופוגע בזכויותיו של האחר – עשוי למצוא את צידוקו החוקתי בהגנה שהוא מעניק לזכויותיהם של אחרים. חקיקה הקובעת זכויות וחובות בדיני החוזים, בדיני הנזיקין, בדיני הקניין ובשאר ענפי המשפט הפרטי נופלת למסגרת זו. את שהיא מעניקה לאחד היא נוטלת מהאחר. בעשותה כן המדינה פוגעת בזכותו של זה שנטלה ממנו, ובחובתה להגן על זכותו זו.

האם שיקול זה מוגבל אך להתנגשות בין זכויות חוקתיות? מה הדין אם חקיקה פוגעת בזכות חוקתית כדי להגן על זכות אדם שאינה חלק מהחוקה? טלו חוק של הכנסת, המכיר בחופש העיסוק של מי שנמצא בישראל והוא אינו אזרח או תושב. הניחו כי חוק זה פוגע בחופש העיסוק של תושב או אזרח או בזכות חוקתית אחרת המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם ניתן להצדיק פגיעה זו בזכות החוקתית באמצעות הצורך להגן על זכויות לא חוקתיות?

תשובתי היא כי השיקול בדבר הגנה על זכויותיהם של אחרים אינו מוגבל אך להגנה על זכויותיהם החוקתיות.¹⁶⁰ הוא חל לעניין הגנה על כל זכות, בין אם היא מעוגנת בחוקה ובין אם היא מעוגנת בנורמה תת-חוקתית (כגון חוק או משפט מקובל), בין אם הזכות קיימת בעת כינון החוקה ובין אם הוכרה לאחר מכן. הצידוק לכך אינו יכול להתבסס על הטיעון המיוחד שעניינו ההתנגשות בין זכויות חוקתיות בינן לבין עצמן ועל חובתה החוקתית של המדינה להגן על זכויות האדם. הצידוק לכך מתבסס על אמת-המידה הכללית המונחת ביסוד המטרה הראויה. אמת-מידה זו מבקשת "לקחת את זכויות האדם ברצינות". רצינות זו

155 ראו Bomhoff, לעיל ה"ש 150.

156 ראו גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 56.

157 ראו לעיל עמ' 116.

158 לזכויות החיוביות, ראו להלן עמ' 513.

159 ראו לעיל עמ' 122.

160 ראו Sieghart, לעיל ה"ש 143, בעמ' 97, וכן Van Der Schyff, לעיל ה"ש 2, בעמ' 255.

ראו גם A.M. Connelly, *The Protection of the Rights of Others*, 5 Hum. Rts. Rev. 117 (1980).

אינה מוגבלת אך לזכויות החוקתיות. הצורך "לגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל"¹⁶¹ מצדיק את התפיסה כי הגנה על זכויות לא-חוקתיות מהווה צידוק לפגיעה בזכויות חוקתיות. אכן, הדמוקרטיה מבקשת להגן לא רק על הזכויות המעוגנות בחוקה אלא גם על זכויות שמחוץ לחוקה. כל זכויות האדם יקרות לדמוקרטיה, יהא מקורן הפורמלי אשר יהיה. כינון של מספר זכויות בחוקה אינו מהווה הסדר שלילי באשר להמשך קיומן של זכויות אדם ברמה תת-חוקתית מחוץ לחוקה.¹⁶² המשך קיומן של אלה מצדיק התחשבות בקיומן במסגרת הפגיעה בזכות החוקתית.¹⁶³ כמובן, המשקל היחסי הניתן להגנה על הזכות הלא-חוקתית שונה מהמשקל היחסי הניתן להגנה על הזכות החוקתית. עניין זה מתברר בבחינת מידתיות האמצעים, ובעיקר ביחס המידתי בין הגשמת המטרה לבין הנזק לזכות החוקתית. עניין זה אינו צריך להתברר בגדרי שאלת הסף של המטרה הראויה, ואין בו כדי להשפיע על ההכרה בהגנה על זכות לא-חוקתית כצידוק עקרוני לפגיעה בזכות חוקתית.

היקפה של קטגוריה זו – הגנה על זכויותיהם של אחרים – הוא ניכר.¹⁶⁴ היא חופפת לעתים קרובות לקטגוריות אחרות. בשל תחולתה הרחבה, יש המכנים אותה "מטרת סל".¹⁶⁵ כך, למשל, בפרשה אחת שנידונה בבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה טען העותר כי זכותו לבריאות נפגעה, שכן בשל המחסור במכונות דיאליזה לא אופשר לו להתחבר לאחת מאותן מכונות. נקבע כי זכותו החוקתית אכן נפגעה. את הצידוק למניעת התחברות לדיאליזה – דבר הפוגע בזכות לבריאות – ביסס בית המשפט החוקתי בין השאר על הזכות לבריאות של אחרים.¹⁶⁶ הפסיקה הישראלית, המכירה באפשרות להגביל את חופש הביטוי בשל פגיעה שמעבר לסף הסיבולת ברגשות של אחרים, ניתנת להסבר כחלק מהמטרה של הגנה על כבוד האדם של אחרים.¹⁶⁷

(ד) טובת הכלל

(1) מהותה של טובת הכלל

הנני מגדיר את טובת הכלל ככל שיקול המצדיק פגיעה בזכות חוקתית ושאינו נכלל בגדרי ההגנה על זכויותיהם של אחרים.¹⁶⁸ זו קטגוריה של עקרונות וערכים שחברה רואה

161 פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 24, פס' 52 לפסק דינו של הנשיא ברק.

162 ראו לעיל עמ' 207.

163 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 6, בעמ' 255.

164 ראו Kempees, לעיל ה"ש 150.

165 ראו SIEGHART, לעיל ה"ש 143, בעמ' 97; VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 6, בעמ' 193.

166 ראו Soobramoney v. Minister of Health, 1998 (1) SA 765 (CC).

167 ראו להלן עמ' 340.

168 לניתוח המושגיות של טובת הכלל, ראו VIRGINIA HELD, THE PUBLIC INTEREST AND INDIVIDUAL INTERESTS (1970); Steven Greer, *Constitutionalizing Adjudication under the*

בהם צידוק להגבלתה של זכות חוקתית.¹⁶⁹ בכך מתבטאת התפיסה כי הזכויות אינן מוחלטות.¹⁷⁰ גדר הספיקות הוא היקפה של קטגוריה זו. חברה המבקשת להגן על זכויות האדם – הלוקחת זכויות אדם ברצינות – אינה מוכנה שכל שיקול שעניינו טובת הכלל יצדיק פגיעה או הגבלה של זכות חוקתית.¹⁷¹ התועלת הצומחת מהגשמת טובת הכלל – בין תועלת מהותית ובין תועלת הליכית¹⁷² – כשלעצמה, אינה תנאי מספיק כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית. עם זאת, גם חברה הלוקחת זכויות ברצינות אינה מוכנה להגן על זכויות האדם תהיינה התוצאות אשר תהיינה. התפיסה של *fiat lex, pereat mundus* אינה מקובלת. אפילו נוזיק (Nozick) מוכן להכיר באפשרות להגביל זכויות אדם במקרה של אסון.¹⁷³ גם דבורקין, הרואה בזכות האדם "קלף מנצח" (trump) על פני טובת הכלל, מוכן להכיר בצורך למנוע אסון או להבטיח עניין ציבורי ברור ומרכזי (clear and major).¹⁷⁴ אכן, על השיקול המצדיק פגיעה בזכות החוקתית להיות ברמת חשיבות חברתית כזו, שבעיני החברה, יש בו כדי להצדיק פגיעה או הגבלה של זכות חוקתית.¹⁷⁵ כמו כן, עליו להיות ברמת נחיצות וחיוניות המבטאת את ערכי היסוד של החברה. עתה אני בוחן את תוכנה של טובת הכלל. בהמשך אעמוד על מידת נחיצותה וחיוניותה.¹⁷⁶

תוכנה של טובת הכלל נגזר מעקרונות היסוד של החוקה, ובהם הדמוקרטיה ושלטון החוק; עליה לשקף את תפיסת הצדק והסובלנות של החברה;¹⁷⁷ עליה לבטא את גישתה של

- ראו *European Convention on Human Rights*, 23(3) OXFORD J. LEGAL STUD. 405 (2003). גם *Kempees*, לעיל ה"ש 150, בעמ' 674.
- 169 ראו *VAN DER SCHYFF*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 141, 145, 183, 246.
- 170 על הזכויות המוחלטות, ראו לעיל עמ' 53.
- 171 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 68, בעמ' 487; משה כהן-אליה "הכחולים, האדומים והשופט בתווך: גישה הליכית לביקורת שיפוטית 'עם שיניים' ביחס לזכויות החברתיות – בעקבות אסופת המאמרים: Exploring Social Rights: Between Theory and Practice" (2008) "משפט וממשל יב 407 (2009), וכן Lorraine Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section 1 of The Charter*, 10 SUP. CT. L. REV. 469 (1988).
- 172 על פי גישתו של אילי (Ely), ראו JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980). ליישום גישתו של אילי בגדרי המידתיות ראו משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכית של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 (2007).
- 173 ראו ROBERT NOZICK, *ANARCHY, STATE AND UTOPIA* 30 (1974).
- 174 ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 191.
- 175 ראו Jörg Paul Müller, *Fundamental Rights in Democracy*, 4 HUM. RTS. L.J. 131 (1983); ראו Lorraine Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* 84, 96 (Sujit Choudhry ed., 2007).
- 176 ראו להלן עמ' 344.
- 177 ראו ס' 29(2) להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, לעיל ה"ש 142. ראו גם JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* (1993); RONALD DWORKIN, *SOVEREIGN VIRTUE – THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY* (2000).

החברה לטובת הכלל המצדיקה פגיעה בזכות חוקתית.¹⁷⁸ בהיעדר כל אלה אין לפגוע או להגביל זכות חוקתית. בקביעתה של הקטגוריה בדבר טובת הכלל, המידתיות של האמצעים ביחסם למטרה הראויה, והיחס המידתי בין המטרה הראויה לפגיעה בזכות החוקתית אינם נלקחים בחשבון. המרכיב של טובת הכלל – יחד עם הדרישה בעניין הנחיצות והחיוניות של הגשמתו – מהווים דרישת סף.

הקטגוריה של טובת הכלל אינה סגורה. היא מתפתחת ומשתנה בתנועתה של חברה נתונה על פני ההיסטוריה. היא מהווה אבן בוחן לאופן שבו מגינה שיטת משפט על הזכויות החוקתיות. אעמוד על מספר קטגוריות משנה בלא שבכך מוצו שלל הקטגוריות המוכרות בספרות ההשוואתית או הישראלית.

(2) קיום המדינה

קיומה של המדינה כיחידה פוליטית הינו עיקרון יסוד של כל דמוקרטיה.¹⁷⁹ עמד על כך הנשיא ש' אגרנט:¹⁸⁰

”דבר המשכיותה – ואם תמצי לומר: 'נצחיותה' – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית, אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה... להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה.”

ועל אותו רעיון עמדתי בפרשה אחרת:¹⁸¹

”חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות האזרח אינן במה לכליון לאומי... את חוקיו של עם יש לפרש על בסיס ההנחה כי מבקש הוא להמשיך ולהתקיים. זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן קרדום לחיסולה.”

קיום המדינה מהווה, בלשונו של הנשיא ש' אגרנט, ”עובדת יסוד קונסטיטוציונית”. לענייננו, זהו תנאי סף שהוראה בחוק (או בכל נורמה תת-חוקתית אחרת) צריכה לקיימו כדי שמטרתו של החוק תהא ראויה. בהמשך אדון בהיבט נוסף של דרישת סף זו, שעניינו מידת הנחיצות והחיוניות של הגשמת מטרה זו.¹⁸²

178 ראו ALAN BRUDNER, CONSTITUTIONAL GOODS (2004).

179 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 68, בעמ' 448.

180 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד יט(3) 365, 386 (1965).

181 פרשת ניימן 1, לעיל ה"ש 94, בעמ' 310.

182 ראו להלן עמ' 344.

(3) קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית

נורמה תת־חוקתית אשר מטרתה הינה להבטיח את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית היא למטרה ראויה,¹⁸³ ובלבד שהיא מקיימת את דרישות הנחיצות והחיוניות.¹⁸⁴ ביטוי לגישה זו ניתן למצוא בהוראת סעיף 7א לחוק־יסוד: הכנסת:¹⁸⁵

“רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות;

(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.”

זהו ביטוי לאופיה של ישראל כ"דמוקרטיה מתגוננת"¹⁸⁶ או "דמוקרטיה מיליטנטית".¹⁸⁷ הוראות דומות מצויות גם בחוקות אחרות. כך, למשל, קובע חוק היסוד הגרמני:¹⁸⁸

“Parties that, by reason of their aims or the behavior of their adherents, seek to undermine or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Federal Republic of Germany shall be

183 ראו ס' 1א לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

184 ראו להלן עמ' 344.

185 ס"ח התשי"ח 69.

186 ראו דברי השופט זוסמן בפרשת ירדור, לעיל ה"ש 180, בעמ' 390: "בית המשפט הגרמני לחוקה, בדונו בשאלת חוקיותה של מפלגה, דיבר על 'דמוקרטיה לוחמת' שאינה פותחת את שעריה למעשי חתירה במסווה של פעילות פרלמנטארית לגיטימית. כשלעצמי, לגבי ישראל, מוכן אני להסתפק ב'דמוקרטיה מתגוננת', וכלים להגנת המדינה מצויים בידנו...". וכן רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 62, 45 (1996); פרשת טיבי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 17; בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287, 301 (2006); אריאל בנדור "זכות המועמדות בבחירות לכנסת" משפטים יח 269 (1988); רות גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט 145 (1988); מיכל שמיר וקרן מרגל "תפיסות איום ופסילת רשימות מועמדים לכנסת – מירדור ועד בחירות 2003" משפט וממשל ח 119 (2005); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 83, בעמ' 588; ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327, 349 (2006).

187 למושגיות זו ראו MILITANT DEMOCRACY (András Sajó ed., 2004); THE 'MILITANT DEMOCRACY' PRINCIPLE IN MODERN DEMOCRACIES (Markus Thiel ed., 2009).

188 ס' 21(2) לחוק היסוד הגרמני.

unconstitutional. The Federal Constitutional Court shall rule on the question of unconstitutionality.”

גם בהעדר הוראות מסוג זה, התגוננותה של המדינה מפני פגיעה באופיה כמדינה דמוקרטית – ובישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – מהווה מטרה ראויה. החקיקה הישראלית בעניין זה לא נועדה לפתור את בעיית המטרה הראויה, אלא להעניק הסמכה לחקיקה בעניין זה – הסמכה שלא היתה מצויה כלל בדין הישראלי.¹⁸⁹ בית המשפט העליון צריך היה, אפוא, להתמודד עם מציאות נורמטיבית זו. עתה, משנקבעה הוראה בחוק-יסוד, הבעיה הניצבת בפני בית המשפט היא פרשנית.¹⁹⁰ האיזון הנערך בגדרי פרשנות ההוראה הוא איזון פרשני.¹⁹¹

(4) ביטחון המדינה

מקובל הוא כי הגנה על הביטחון הלאומי הינה מטרה ראויה, שיש בה כדי להצדיק פגיעה או הגבלה של זכות חוקתית.¹⁹² ובלבד שהוא מקיים את דרישת הנחיצות והחיוניות.¹⁹³ בית המשפט העליון חזר על גישה זו מספר פעמים לעניין המעצר המינהלי,¹⁹⁴ בניית גדר הפרדה,¹⁹⁵ ההתנתקות מחבל עזה,¹⁹⁶ מניעת פגישה עם עורכי דין¹⁹⁷ וכיוצא בהם טעמים של ביטחון המדינה.¹⁹⁸ למותר לציין, כי האמצעים בהם נוקט

- 189 ראו פרשת ירדור, לעיל ה"ש 180; פרשת ניימן 1, לעיל ה"ש 94.
- 190 ראו פרשת ניימן 2, לעיל ה"ש 40; פרשת בן שלום, לעיל ה"ש 82; ע"ב 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש-עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (פורסם בנבו, 31.12.1992); ע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מו(3) 541 (1992); ע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד נג(3) 38 (1999); פרשת טיבי, לעיל ה"ש 35.
- 191 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.
- 192 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 6, בעמ' 147, 187, 251; Kempees, לעיל ה"ש 150, בעמ' 660.
- 193 ראו להלן עמ' 344.
- 194 ראו דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003); בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נז(6) 721 (2003); בג"ץ 11026/05 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 22.12.2005).
- 195 ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).
- 196 ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 3.
- 197 ראו פרשת מרעב, לעיל ה"ש 194.
- 198 ראו בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2000); בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002); בג"ץ 893/04 פרג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(4) 1 (2004); פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש

החוק בהגנתו על הביטחון הלאומי צריכים להיות מידתיים. במספר חוקות יש הפנייה מפורשת לקטגוריה זו בהקשרן של מספר זכויות.¹⁹⁹ היעדרה של הוראה מפורשת אינה צריכה להתפרש כהסדר שלילי. הביטחון הלאומי כמטרה ראויה משתמע מהוראת החוקה, ומהצורך לשמור על אופיה הדמוקרטי של המדינה.²⁰⁰ אכן, הגבול בין קיום המדינה כמדינה דמוקרטית – ובישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית – לבין ביטחון המדינה הוא לעתים דק.²⁰¹

עיקר השאלה המתעוררת לעניין ביטחון המדינה אינה עצם הלגיטימיות של מטרה זו כמטרה ראויה, אלא היקפו של הביטחון הלאומי. בוודאי שהוא כולל פעולות המגינות על הביטחון הלאומי בדרך של לחימה נגד אויבים מבחוץ ומבפנים המבקשים לפגוע באוכלוסייה או במוסדות השלטון.²⁰² היקפה של תת-קטגוריה זו משתנה בוודאי מחוקה לחוקה, משיטת משפט לשיטת משפט. בפרשת קול העם הגדיר השופט ש' אגרנט את ביטחון המדינה באופן הבא:²⁰³

”הכוונה היא לכל הכרוך במניעת סכנה של פלישת האויב מן החוץ; בסיכול כל ניסיון להפיכה בכוח של המשטר הקיים על ידי גורמים עוינים מבפנים; בקיום הסדר הציבורי והבטחת שלום הציבור.”

הגדרה זו ניתנה לעניין האיזון בין חופש הביטוי לביטחון המדינה. לצרכים אחרים תינתן בוודאי לביטחון המדינה הגדרה שונה.

(5) סדר ציבורי

תת-הקטגוריה של “סדר ציבורי” (public order) היא חשובה. בלא להבטיח סדר ציבורי לא ניתן להבטיח זכויות אדם. “בלא סדר אין חירות... דמוקרטיה אינה הפקרות”.²⁰⁴ בצדק ציינה השופטת ד' דורנר כי “שלום הציבור הוא ערך יסודי ובלא שמירה עליו אין קיום

30; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006).

199 ראו ס' 16(1), 8(2), 10(2), 11(2) לאמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 145; ס' 12(3) לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

200 ראו פרשת פלונים, לעיל ה"ש 194, בעמ' 740: “שמירה על ביטחון המדינה היא אינטרס חברתי שכל מדינה מבקשת להגשימו”; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30, פס' 82 לפסק דינו של הנשיא ברק.

201 ראו Zana v. Turkey, App. No. 18954/91, 27 Eur. H.R. Rep. 667 (1997).

202 ראו Kempees, לעיל ה"ש 150, בעמ' 661.

203 בג"ץ 73/53 חברת “קול העם” בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, 879 (1953).

204 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433-434 (1987) (השופט ברק).

לזכויות האדם".²⁰⁵ עם זאת, מן הראוי לבחון היטב את היקפה של תת-קטגוריה זו.²⁰⁶ באחת הפרשות, אשר עסקה בהגבלת חופש הביטוי האמנותי מטעמים של סדר ציבורי צינתי:²⁰⁷

"סדר ציבורי" הוא מושג רחב, שהגדרתו קשה ומשתנה על פי ההקשר. בהקשר שלפנינו נכללים בו פגיעה בקיום המדינה, במשטר הדמוקרטי, בשלום הציבור, במוסר, ברגשות הדת, בשמו הטוב של האדם, בהבטחת הליכי משפט הוגנים, וכיוצא בהם עניינים, הנוגעים לסדר הציבורי."

לעתים משתמשת הפסיקה במושגיות של "שלום הציבור",²⁰⁸ "אינטרס הציבור",²⁰⁹ "סדר חברתי".²¹⁰ תוכנם של מושגים אלה משתנה מחוקה לחוקה, מחברה לחברה ומזכות

- 205 פרשת גנימאת, לעיל ה"ש 61, בעמ' 644.
- 206 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 156: "הסדר הציבורי כולל בחובו, בין השאר, את שלום הציבור, את השקט והשלווה בחיי היומיום, את הביטחון האישי של האדם בביתו ובמקומות ציבוריים, את היחסים הראויים בין אדם לחברו ובין אדם למדינה". ראו גם VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 2, בעמ' 149, 189, 252; מרדכי קרמיניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 159 (2009).
- 207 פרשת לאור, לעיל ה"ש 181, בעמ' 430.
- 208 פרשת גנימאת, לעיל ה"ש 61, בעמ' 645.
- 209 ע"א 105/92 ראה מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 205 (1993): "הדיבור 'אינטרס הציבור' הוא מקיף, והוא כולל בחובו קשת נרחבת של אינטרסים של הציבור הרחב – ומכאן גם לחברה המאורגנת בדמות המדינה או הרשות המקומית – עניין בהם. על כן כלול בגדר האינטרס הציבורי הביטחון הציבורי ושלום הציבור. כן נכלל בו אמון הציבור ברשויות הציבור, כגון הרשות המחוקקת (וחברה), הרשות המבצעת (ושריה ופקידיה) והרשות השופטת (על שופטיה ועובדיה). כן כלול בו האינטרס של הציבור כי יוגשמו הזכויות של הפרט וכי תישמר ותקום הסובלנות בין בני החברה, בינם לבין עצמם ובינם לבין השלטון. שלטון החוק, עצמאות השפיטה והפרדת רשויות – כולם אינטרסים ציבוריים מובהקים" (השופט ברק); ראו גם דברי השופטת ביניש בע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 555, 529 (2002): "אינטרסים ציבוריים חשובים, כגון הלחיצה בפשע, הגנה על ביטחון המדינה ושלום הציבור, חשיפת האמת, ואף הצורך להגן על זכויותיו של קורבן העבירה שנפגע בעקבות המעשה הפלילי"; וכן דברי השופט ריבלין בע"מ 6013/04 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60, 83 (2006): "אינטרסים ציבוריים שונים, כגון ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, ביטחון הציבור ושלומו של פרט בציבור, תפקודה התקין של הרשות הציבורית וכיוצא באלה".
- 210 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 286, 255 (1987): "ניתן לקבץ פגיעות אלה תחת הכותרת של 'סדר חברתי'. אכן, הדיבור החריג עשוי לפגוע בסדר החברתי, שכן הוא עשוי לפגוע בדמוקרטיה, בביטחון הציבור ובשלומו, ברגשותיהם ובכבודם של בני הציבור, בין רגשות דתיים ומוסריים, בין רגשות עדתיים ובין רגשות אחרים" (השופט ברק).

לזכות. ²¹¹ לעתים יש בעניין זה הוראות מפורשות באמנות בינלאומיות ²¹² או בחוקתן של מדינות. ²¹³ לעתים הדבר נתפס כמטרה ראויה משתמעת.

היקפו של המושג "סדר ציבורי" מתפרש על פי ההקשר בו הוא מופיע. דומה שהכל יסכימו כי מניעת עבירות, שמירה על קטינים ושמירה על בריאות הציבור נופלים למסגרת הסדר הציבורי. ²¹⁴ מעבר לכך, רבות מקטגוריות המשנה תהיינה שנויות במחלוקת. אכן, חשיבותה של המטרה הראויה כדרישת סף באה לידי ביטוי בתת-קטגוריה של סדר ציבורי. אם ינתן לה מובן מרחיב כחלק מהדרישה של מטרה ראויה, זו תאבד את חיותה. דווקא הצורך לשמור על זכויות חוקתיות מחייב הימנעות ממתן מובן רחב מדי ל"סדר ציבורי". אף כאן יש לציין כי כל מטרה הקשורה לסדר הציבורי, כדי להיות ראויה, צריכה לקיים את דרישת הנחיצות והחיוניות. ²¹⁵ כמו כן עליה לקיים את דרישות המידתיות באשר לאמצעים בהם היא נוקטת, ויחסם למטרה ולזכות החוקתית הנפגעת.

שאלה יפה המתעוררת בהקשר זה הינה, אם הבטחת היעילות המינהלית (administrative convenience) הינה מטרה ראויה? האם שיקולי תקציב יכולים להוות מטרה ראויה? שאלות אלו התעוררו במשפט המשווה, והתשובה עליהן אינה נקייה מספיקות. השאלה התעוררה בקנדה בפרשת *Singh*. ²¹⁶ השאלה הייתה האם יש להעניק זכות טיעון בעל-פה לכל מי שמגיע לקנדה ומבקש מעמד של פליט (refugee)? נטען על ידי המדינה כי הכרה בזכות הטיעון תעניק זכות זו לאלפי פליטים המגיעים לקנדה כל שנה, והדבר יטיל נטל בלתי סביר על תקציב המדינה. הטענה נדחתה. השופטת וילסון (Wilson) קבעה: ²¹⁷

"I have considerable doubt that the type of utilitarian consideration brought forward by Mr. Bowie can constitute a justification for a limitation on the rights set out in the Charter. Certainly the guarantees of the Charter would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view,

211 ראו Alexandre Charles Kiss, *Permissible Limitations on Rights*, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS 290, 300 (Louis Henkin ed., 1981).

212 ראו ס' 29 להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, לעיל ה"ש 142; ס' 12(3), 18(3) לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; ס' 8(2), 10(2), 11(2) לאמנה האירופית לזכויות האדם, לעיל ה"ש 145.

213 ראו ס' 36(3) לחוקה של שוויץ; ס' 31(3) לחוקה של פולין.

214 ראו לעיל עמ' 332.

215 ראו להלן עמ' 344.

216 *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

217 שם, בפס' 70.

misses the point of the exercise under s. 1. The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles. Whatever standard of review eventually emerges under s. 1, it seems to me that the basis of the justification for the limitation of rights under s. 7 must be more compelling than any advanced in these appeals.”

בהמשך הפסיקה הכיר המשפט הקנדי בכך כי עשויים להיות מצבים בהם ההוצאה הכספית היא כה ניכרת (prohibitive costs)²¹⁸ או שמתקיים משבר כספי²¹⁹ עד כי יש בהם כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית.

בעיה דומה התעוררה גם בדרום-אפריקה בפרשת *Nicro*²²⁰. כאן נדון חוק אשר קבע כי אסירים, אשר הוטל עליהם עונש מאסר שאינו ניתן לריצוי על ידי תשלום קנס, לא יורשו להצביע בבחירות הכלליות. נטען כי הדבר בא כדי למנוע קשיים לוגיסטיים וכספיים אשר היו לולא כן מוטלים על ועדת הבחירות. הטענה נדחתה. עם זאת, בית המשפט החוקתי הכיר בכך כי השיקול של היכולת הכספית של המדינה הוא שיקול שניתן לקחתו בחשבון. בהקשר זה הובאו דברים מפרשה אחרת בה נפסק:²²¹

“[I]n the context of South African conditions and resources – political, social, economic and human... [what is reasonable in] one country with vast resources, does not necessarily justify placing an identical burden on a country with significantly less resources.”

עם זאת נקבע בפרשת *Nicro* כי שלילה מלאה של זכות בחירה – שהיא זכות יסוד בחוקה – מקטגוריה שלמה של מצביעים אינה ניתנת להצדקה מטעמים כספיים, מה גם שאלה לא הוכחו כראוי. פסיקה אחרת בדרום אפריקה הדגישה כי שיקולים של נוחות מינהלית או חסכון כספי, אין בהם כדי להוות מטרות ראויות המצדיקות פגיעה בזכויות יסוד. כך, למשל, הקשיים המינהליים של המדינה להגן על תביעות המוגשות נגד כוחות הביטחון לא היווה

218 ראו HOGG, לעיל ה"ש 15, בעמ' 140, וכן MAHENDRA P. SINGH, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW PERSPECTIVE 202 (2nd ed., 2001)

219 ראו Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E., [2004] 3 S.C.R. 381

220 Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO), 2005 (3) SA 280 (CC)

221 Ferreira v. Levin NO and Others, 1996 (1) SA 984 (CC), § 133

מטרה ראויה המצדיקה פגיעה בזכות הגישה לבית המשפט שנגרמה על ידי קיצור תקופת ההתיישנות והעמדתה על ששה חודשים.²²²
שאלות דומות התעוררו גם בישראל.²²³ לא פעם ניצב בית המשפט העליון בפני השאלה, אם ניתן להצדיק פגיעה בזכות חוקתית מטעמים כספיים או בנוחות מינהלית. בעניין זה הבעתי דעתי במקום אחר בזו הלשון:²²⁴

”חברה אשר מעמידה בראש סולם ערכיה המוגנים זכויות אדם, צריכה להיות מוכנה לשלם עבורן. הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלה בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית. ודוק: כאשר זכות יסוד חוקתית נפגעת, אין המדינה יכולה להתגונן בטענה, כי אינם עומדים לרשותה המקורות הכספיים המספיקים להגנה על הזכות. האם לא נקיים בחירות רק משום שאין מספיק כספים לכך? הנשלול את זכות השמיעה רק משום שהיא יקרה?”

באחת הפרשות טענה המדינה כי אינה בונה בבתי הספר דרכי גישה המתאימות לתלמיד נכה, שכן הדבר עולה כסף רב. הטענה נדחתה. בפסק דיני ציינתי כי ”הבטחת שוויון ההזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על דרכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש”.²²⁵ בפרשה אחרת ציינה השופטת ד’ דורנר כי ”לזכות יסוד,

222 ראו Mohlomi v. Minister of Defence, 1997 (1) SA 124 (CC).
223 ראו גיא דוידוב ”ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית” הפרקליט מט 345 (2008).
224 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה”ש 68, בעמ’ 528. הדברים מצוטטים בבג”ץ 4541/94 מילר נ’ שר הביטחון, פ”ד מט(4) 94, 113 (1995); עע”א 4463/94 גולן נ’ שירות בתי הסוהר, פ”ד נ(4) 136, 166 (1996); פרשת עדאלה נ’ שר הפנים, לעיל ה”ש 30, פס’ 94 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג”ץ 2557/05 מטה הרוב נ’ משטרת ישראל, פס’ 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג”ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע”מ נ’ חברת חשמל לישראל, פס’ 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.10.2007). ראו גם בג”ץ 6055/95 צמח נ’ שר הביטחון, פ”ד נג(5) 241, 281-282 (1999); דנג”ץ 4191/97 רקנט נ’ בית-הדין הארצי לעבודה, פ”ד נד(5) 330, 355 (2000); בג”ץ 6845/00 ניב נ’ בית-הדין הארצי לעבודה, פ”ד נו(6) 663, 697 (2002); בג”ץ 6973/03 מרציאנו נ’ שר האוצר, פ”ד נח(2) 270, 277 (2003); פרשת מנור, לעיל ה”ש 30, בעמ’ 739; בג”ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ’ ממשלת ישראל, פס’ 11 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 10.5.2006); ע”א 10078/03 שתיל נ’ מקורות חברת מים בע”מ, פס’ 27 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 19.3.2007).
225 בג”ץ 7081/93 בוצר נ’ מועצה מקומית ”מכבים-רעות”, פ”ד נ(1) 19, 27 (1996). ראו גם בג”ץ 8186/03 קרן החינוך למען בתי ספר תל”י נ’ משרד החינוך, פ”ד נט(3) 873, 895 (2004).

מעצם מהותה, יש מחיר חברתי... השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא קובעת את דמותה של החברה".²²⁶ בפרשת צמח²²⁷ נטען כי אחד הטעמים המונע קיצור תקופת המעצר עד תום ההליכים הקבוע בחקיקה הוא היעדר משאבים כספיים. בהתייחסו לטענה זו ציין השופט י' זמיר כי התשובה לה תלויה במשקל היחסי של החירות כנגד המשאבים. והוא ממשיך:²²⁸

"אם כן, מהו המשקל היחסי? שאלה זו מציבה מבחן לחברה בישראל: החברה נבחנת בין היתר, על פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציב. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר בעבור הגנה על זכויות האדם."

בפרשה אחרת אשר עסקה בהפליה מחמת גיל צינתי:²²⁹

"זכויות אדם עולות כסף. הבטחת שוויון עולה כסף... זהו מחיר שכדאי וצריך לשלמו כדי להבטיח את היותנו חברה שומרת זכויות אדם ומכבדת שוויון."

על כן נקבע כי המשטרה אינה יכולה להימנע מלאבטח הפגנה רק משום שהדבר מכביד עליה מבחינת המשאבים הכספיים. "חסכון במשאבים איננו שיקול אשר יצדיק, כשלעצמו, סירוב לאבטח הפגנה".²³⁰

המסקנה העולה מפסיקה זו הינה כי נקודת המוצא צריכה להיות, כי לאור חשיבותן ומרכזיותן של הזכויות החוקתיות, יש להעניק להן עדיפות בחלוקת המשאבים הלאומיים.²³¹ ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה קשה יותר,²³² משקלה של עדיפות זו גובר. עם זאת, אין לשלול את השיקול הכספי והיעילות המינהלית על הסף כשיקול ראוי בגדרי טובת הכלל. בצדק ציין השופט י' זמיר כי "הפער בין המצוי לבין רצוי הוא בגימטריה

- 226 פרשת גנימאת, לעיל ה"ש 61, בעמ' 645.
 227 פרשת צמח, לעיל ה"ש 224.
 228 שם, בעמ' 281.
 229 פרשת רקנט, לעיל ה"ש 224, בעמ' 355. ראו גם פרשת מרעב, לעיל ה"ש 194, בעמ' 384: "חברה המבקשת ביטחון, מזה, וחירות, מזה, צריכה לשלם את המחיר" (הנשיא ברק).
 230 פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 224, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 231 ראו Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section One of The Charter*, לעיל ה"ש 171, בעמ' 486.
 232 ראו דוידוב, לעיל ה"ש 223, בעמ' 376.

– כסף”²³³. באחת הפרשות טענו העותרים כי יעילות כלכלית אינה כשלעצמה בגדר תכלית ראויה המצדיקה פגיעה בזכויות חוקתיות. על כך השיבה הנשיאה ביניש כי טענה זו “היא גורפת מדי, שכן יש מצבים בהם תכלית כלכלית זו או אחרת תיחשב לתכלית ראויה המצדיקה פגיעה בזכויות אדם”²³⁴. על כן, במקום שהיקפה של הזכות כולל בחובו התייחסות לאפשרויות הכספיות של המדינה, יש מקום להתחשב בשיקול זה.²³⁵ הוא הדין במקום שהמדינה מעניקה טובת הנאה, ובלבד שמטרת המענק לא תהא מפלה.²³⁶

(6) צדק

מדינה דמוקרטית – ובישראל מדינה יהודית ודמוקרטית – מבוססת על צדק.²³⁷ מדינת ישראל מושתתת – כאמור בהכרזת העצמאות²³⁸ – “על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל”. משטר המבוסס כל כולו על חוסר צדק ואשר הצדק אינו בין עקרונותיו הבונים מאבד את אופיו הדמוקרטי והיהודי. דומה שהוא מאבד את אופיו כמשפט. הצדק הוא מטרת המשפט. הצדק הוא אמת-מידה להערכת המשפט. כל שופט בישראל, עם מינויו מצהיר בפני נשיא המדינה כי הוא מתחייב “לשפוט משפט צדק”²³⁹. הגשמת הצדק היא אחת התכליות המגבשות את האיזון הפרשני.²⁴⁰ לדעתי, הצדק מהווה גם מטרה ראויה במסגרת המידתיות החוקתית, בהיותו חלק בלתי נפרד של הדמוקרטיה.

- 233 פרשת צמח, לעיל ה”ש 224, בעמ’ 281.
- 234 פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה”ש 48, פס’ 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
- 235 ראו למשל ס’ 26 לחוקה של דרום-אפריקה הקובע: (1) “Everyone has the right to have access to adequate housing; (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right”. ראו גם בג”ץ 3472/92 ברנד נ’ שר התקשורת, פ”ד מז(3) 143, 152 (1993); בג”ץ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע”מ נ’ ממשלת ישראל, פ”ד מז(3) 387 (1993); בג”ץ 2453/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פס’ 3 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 21.3.2006); בג”ץ 2974/06 ישראלי נ’ הועדה להרחבת סל הבריאות (פורסם בנבו, 11.6.2006); בג”ץ 4004/07 טרונישבילי נ’ משרד הבריאות (פורסם בנבו, 19.7.2007); בג”ץ 3071/05 לוזון נ’ ממשלת ישראל, פס’ 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.7.2008).
- 236 ראו בג”ץ 205/94 נוף נ’ משרד הביטחון, פ”ד נ(5) 463, 449 (1997); בג”ץ 5496/97 מרדי נ’ שר החקלאות, פ”ד נה(4) 540, 558 (2001); בג”ץ 2223/04 ניסים נ’ מדינת ישראל, פס’ 29-24 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 4.9.2006); רבקה וייל “בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה עדיף בראיה חוקתית?” משפט ועסקים 172, 157 (2007).
- 237 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה”ש 35, בעמ’ 154.
- 238 הכרזת העצמאות (ה’ באייר התש”ח).
- 239 ס’ 6 לחוק-יסוד: השפיטה, ס”ח התשמ”ד 78.
- 240 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ’ 98. על מקומו של הצדק באיזון הפרשני, ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה”ש 35, בעמ’ 154.

מהו צדק? התשובה לשאלה זו סבוכה וקשה.²⁴¹ אין עליה הסכמה. ההיסטוריה האנושית היא ההיסטוריה של הבנת הצדק. בחינתו של נושא זה חורגת מספר זה. כל שבאתי הוא להדגיש, כי תהא תפיסת הצדק אשר תהא, יש לה מקום בגיבושה של המטרה הראויה של דבר חקיקה הפוגע בזכות חוקתית. למותר לחזור ולציין כי הגשמתה של מטרה זו צריכה להיות נחוצה וחיונית,²⁴² וכי האמצעים הננקטים להגשמתה צריכים להיות מידתיים ביחס למטרה ולזכות החוקתית הנפגעת.²⁴³

(7) סובלנות

האם ניתן לפגוע בזכות חוקתית כדי להבטיח סובלנות חברתית? האם הסובלנות היא חלק מטובת הכלל המצדיקה פגיעה בזכות חוקתית? תשובתה של הפסיקה הישראלית היתה חיובית. בית המשפט העליון ראה בסובלנות עקרון חברתי חשוב לקדמו, גם אם הדבר פוגע בזכותו של הפרט.²⁴⁴ לדעתי, הסובלנות מהווה חלק מהדמוקרטיה. ניתן להצדיק מכוחה פגיעה בזכויות המצויות במדרג הגבוה של הזכויות. מהי הסובלנות, ומדוע הגשמתה מהווה צידוק לפגיעה בזכות הפרט?

סובלנות עניינה הדרישה כי אדם יגיב באופן ראוי לדעה או להתנהגות של אדם אחר, אף שאותה דעה או התנהגות אינן מקובלות עליו.²⁴⁵ הסובלנות היא ביטוי לאוטונומיה האישית של האחר ולחירותו להיות שונה. יש בה הכרה בהיותנו חברה פלורליסטית, רב-תרבותית,²⁴⁶ שבה חיים אנשים שונים בעלי דעות שונות המבקשות ביטוי. "המשטר הדמוקרטי מבוסס על סובלנות. זו סובלנות למעשי הזולת ולדעותיו. זו סובלנות גם כלפי חוסר הסובלנות. בחברה פלורליסטית כשלנו הסובלנות היא הכוח המאחד והמאפשר לנו

241 הספרות על צדק היא רבה, ראו חיים כהן המשפט 19 (1991); חיים כהן צדק במשפט (1992); וכן JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971); AMARTYA SEN, THE IDEA OF JUSTICE (2009).

242 ראו להלן עמ' 344.

243 ראו להלן פרק עשירי, פרק אחד-עשר, פרק שנים-עשר.

244 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 156.

245 על הסובלנות, ראו מייקל וולצר על הסובלנות (1999); יצחק זמיר "סובלנות במשפט" ספר מנחם גולדברג (2001). ראו גם LEE C. BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY (1986); ON TOLERATION (Susan Mendus & David S. Edwards eds., 1987); DAVID A. J. RICHARDS, TOLERATION AND THE CONSTITUTION (1989); RAPHAEL COHEN-ALMAGOR, THE BOUNDARIES OF LIBERTY AND TOLERANCE: THE STRUGGLE AGAINST KAHANISM IN ISRAEL (1994); RAPHAEL COHEN-ALMAGOR, THE SCOPE OF TOLERANCE: STUDIES ON THE COSTS OF FREE EXPRESSION AND FREEDOM OF THE PRESS (2006).

246 על הסובלנות בחברה רב תרבותית, ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל" עיוני משפט כז 23 (2003); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בפתח המאה העשרים ואחת (2008).

חיים משותפים".²⁴⁷ אכן, "הסובלנות מהווה מטרה ואמצעי גם יחד. היא מהווה מטרה חברתית בפני עצמה, אשר להגשמתה צריכה כל חברה דמוקרטית לשאוף. היא משמשת אמצעי ומכשיר לאיזון בין מטרות חברתיות אחרות וליישבן, מקום שאלה מתנגשות זו בזו".²⁴⁸ "הסובלנות היא ערך מרכזי בסדר הציבורי. אם כל יחיד בחברה דמוקרטית יבקש לממש את מלוא מאווייו, סופה של החברה שלא תוכל לממש את מיעוטם של המאוויים. חיי חברה תקינה מבוססים, מטבע הדברים, על ויתור הדדי ועל סובלנות הדדית".²⁴⁹ הסובלנות הנדרשת היא של פרט כלפי פרט ושל פרט כלפי קבוצה. זו גם סובלנות של קבוצה כלפי פרט ושל קבוצה כלפי קבוצה.²⁵⁰ בלשונו של ד' הד, הסובלנות מהווה את "הדרך היחידה לקיים חברה פלורליסטית שבה אין הסכמה על ערכים פוליטיים, דתיים או מוסריים".²⁵¹ בצדק ציין השופט ת' אור כי "הסובלנות ההדדית והפשרה הן הדרך לקיים חיים בצוותא בחברה רב-גונית כמו החברה הישראלית".²⁵² אכן, הסובלנות מהווה "אחד הערכים המלכדים והמאחדים של החברה בישראל".²⁵³

סובלנות משמעותה כיבוד התחושות האישיות של כל פרט ופרט; התחשבות בדעותיו וברגשותיו של כל אדם באשר הוא אדם; ניסיון להבין את הזולת גם אם זולת זה נוהג בדרך החורגת מהמקובל. סובלנות משמעותה מגוון של דעות, רעיונות והשקפות. כך, למשל, סובלנות ביחס דתיים-חילוניים משמעותה הכרה בקיומן של שתי זכויות אדם חשובות – חופש הדת וחופש מדת – המצריכות איזון ופשרה. אכן, הסובלנות משמעותה נכונות לפשרה: פשרה בין הפרט לכלל ובין פרט לפרט. זוהי פשרה שאין בה ויתור על עקרונות אך יש בה ויתור על השימוש בכל האמצעים להגשמת המטרות: "סובלנות אינה סיסמה לצבירת זכויות, אלא אמת מידה להענקת זכויות לזולת".²⁵⁴ הסובלנות קשה להשגה. יש להישמר מהמצב שתיאר השופט י' אנגלרד, שבו "הכל מודים שיש לנהוג בסובלנות תוך כדי עשיית ויתורים – אך כל זאת אצל בעל הדין האחר".²⁵⁵ חרף קשיים אלה אין להתייאש. בלא סובלנות אין חירות. מובן כי גם לסובלנות יש גבולות. הגשמתה צריכה לקיים את דרישת

247 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 210, בעמ' 276 (השופט ברק).

248 ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 521 (1992) (השופט ברק).

249 פרשת ראם מהנדסים קבלנים, לעיל ה"ש 209, בעמ' 211 (השופט ברק).

250 לדיון נרחב בסוגיה זו, ראו Gad Barzilai, *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities* (2003).

251 מתוך הקדמה לספרו של רפאל כהן-אלמגור גבולות הסבלנות והחירות: תיאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות (תשנ"ד).

252 פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 120.

253 ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 307, 289 (1998) (השופט אור).

254 בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 354, 265 (1994) (הנשיא שמגר).

255 בג"ץ 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 633, 600 (1999).

הנחיצות והחיוניות. למותר לומר, כי האמצעים הננקטים להגשמתה צריכים להיות מידתיים ביחסם למטרה ולזכות החוקתית הנפגעת.

(8) פגיעה ברגשות אדם

האם הגנה על רגשות מהווה תכלית ראויה המצדיקה פגיעה בזכות חוקתית?²⁵⁶ בפרשת חורב²⁵⁷ עמדתי בהרחבה על שאלה זו. ציינתי כי ההתחשבות ברגשות האדם כעילה להגבלת זכות אדם היא פרובלמטית. מחד גיסא טבעי הוא למשטר הדמוקרטי להתחשב ברגשות אדם. "הרי החברה קיימת כדי לתת ביטוי לרגשות אלה".²⁵⁸ חברה דמוקרטית נותנת ביטוי "לתחושות האישיות-רגשיות של הפרט".²⁵⁹ אם ניתן להגביל זכות חוקתית אם נפגעים חייו או גופו של אחר, מדוע אין זה צידוק להגבלת זכות אדם אם נפגעים רגשותיו של אחר? מאידך גיסא, טבעה של זכות שהיא עשויה לפגוע ברגשותיו של אחר. "אם נכיר בכך כעילה להגבלה של זכות אדם, סופנו שנהיה מערערים על מערך זכויות האדם כולו. הגנה מקיפה על רגשות ועל הנפש סופה פגיעה קשה מנשוא בזכות האדם".²⁶⁰ מהו הפתרון לקושי זה? גישתה של הפסיקה לא היתה "הכל או לא כלום". הגישה היתה לאפשר התחשבות ברגשות אדם כצידוק להגבלת זכות חוקתית, ובלבד שהפגיעה היא כה קשה שהיא עוברת את "רמת הסיבולת" הנתפסת כראויה בחברה.²⁶¹ בפרשה אחרת איפיינה

256 ראו אסא כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" משפט וממשל ב 289 (1994); דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית 133 (1998); רפאל כהן-אלמגור "טיעון הפגיעה ברגשות להגבלת חירות הביטוי – תיאוריה ויישום" ספר שמגר מאמרים חלק א' 505 (2003); מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי: הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים (2003); דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004); אביעד הכהן "חופש הביטוי ופגיעה ברגשות דתיים" פרשת השבוע 284 (תשס"ז). ראו גם H.L.A. HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY 35 (1963); Ilan Saban, *Offensiveness Analyzed: Lessons for Comparative Analysis of Free Speech Doctrines*, 2 THE JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW AT CHICAGO-KENT 60 (2002).

257 פרשת חורב, לעיל ה"ש 10. ראו גם בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).

258 פרשת חורב, שם, בעמ' 44 (הנשיא ברק).

259 פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 248, בעמ' 481 (הנשיא שמגר).

260 פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 45 (הנשיא ברק).

261 ראו פרשת סנש, לעיל ה"ש 257, בעמ' 836, 839: "רק פגיעות חמורות ברגשות מצדיקות הגבלה על חופש הביטוי וחופש היצירה. אכן, במשטר דמוקרטי יש להכיר בכך כי קיימת 'רמת סיבולת' של פגיעה ברגשות, אשר בהם מחוייבים בניה של חברה דמוקרטית, והמתבקשת מעקרונות הסובלנות עצמם. רק באם הפגיעה ברגשות, עוברת על 'רמת סיבולת' זו, ניתן להצדיק, במשטר דמוקרטי, הגבלה על חופש הביטוי וחופש היצירה... נדרשת אפוא פגיעה ברגשות המזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית" (הנשיא ברק); בג"ץ 806/88

השופטת א' פרוקצ'יה את מהותה של אותה פגיעה "המזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית", בצינה כי: "פגיעה כזו עשויה להתרחש כאשר היא נוגעת לתשתית הערכית העמוקה ביותר של הוויית הפרט והחברה, ואשר יש בה כדי לערער על מושכלות יסוד בדרך העלולה לפגוע בחוסן החברתי והלאומי, ובמקום שלא ניתן, או קיים קושי רב, להגיב לה תגובת נגד".²⁶²

בהקשר זה יש לציין שני אלה: ראשית, לעתים הרגשות מוגנים במסגרתה של זכות חוקתית. כך, למשל, ניתן לטעון כי ההגנה על רגשות האדם היא חלק מההגנה על כבודו. על פי גישה זו, הפגיעה ברגשות נופלת לגדר "הגנה על זכותו של אחר". כן ניתן לראות בפגיעה ברגשות משום פגיעה בסדר הציבורי.²⁶³ שנית, "רמת סיבולת" אינה אחידה.²⁶⁴ גישה זו

Universal City Studios Inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989); בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683 (1991); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994); בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 677, 661 (1997); בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509 (1997); בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193 (1997); פרשת סוסצקין, לעיל ה"ש 253, בעמ' 302; פרשת סנש, לעיל ה"ש 257, בעמ' 836; פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 50; פרשת שביט, לעיל ה"ש 255, בעמ' 657; בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267 (2001); בג"ץ 212/03 חרות תנועה לאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד נז(1) 763, 750 (2003); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003); בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין, פ"ד נח(3) 83, 65 (2004); בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי-מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו, 28.6.2006); בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, פס' 14-12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 27.12.2006); חברת אלאקסא נ' חברת חשמל לישראל, לעיל ה"ש 224, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן; פרשת חברת אלאקסא נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, לעיל ה"ש 30, פס' 174 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

262

פרשת בכרי, לעיל ה"ש 261, בעמ' 279.

263

שם, בעמ' 276.

264

פרשת תנועת נאמני הר הבית, לעיל ה"ש 261, בעמ' 521: "רמת הסיבולת של הרגשות, שרק פגיעה מעבר לרמה זאת, תצדיק הגנה על רגשות, אינה קבועה ואינה אחידה לכל מצב. הרמה תלויה, בין השאר, בשאלה מה עומד נגד הפגיעה ברגשות: למשל, זכות יסוד כמו חופש הביטוי או אינטרס חומרי כמו רווחיות כספית? בהתאם לכך יכולה רמת הסיבולת להשתנות. היא יכולה להיות גבוהה אם ההגנה על רגשות מחייבת פגיעה בחופש הביטוי; היא עשויה להיות נמוכה יותר אם ההגנה על הרגשות מחייבת פגיעה ברווחיות כספית" (השופט זמיר); פרשת בכרי, לעיל ה"ש 261, בעמ' 279: "רמת הסיבולת של הרגשות אינה נתון קבוע, ורמה זו עשויה להשתנות מחירות לחירות ומערך לערך בהתאם לעניין... רף הסיבולת המצדיק הגבלת חופש ביטוי עקב פגיעה ברגשות הוא אפוא גבוה ביותר, ורק מצבים חריגים ויוצאי דופן של פגיעה יצדיקו הגבלת חופש ביטוי כזה, שאם לא כן הרי חופש זה עשוי להתרוקן מתוכנו במידה רבה" (השופטת פרוקצ'יה).

משתלבת בתפיסתי כי יש לקבוע – בגדר הנחיצות והחיוניות של ההגנה על רגשות האדם²⁶⁵ – רמות של זכויות ורמות מקבילות של טובת הכלל המצדיק פגיעה בהן. לבסוף, האמצעים הננקטים לשם הגנה על הרגשות צריכים להיות מידתיים ביחסם למטרת החוק ולזכות החוקתית הנפגעת.

(9) ערכים חוקתיים

מטרתו של חוק הפוגע בזכות חוקתית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים עקרונות המעוגנים בחוקה. מבין אלה ניתן לכלול את הפרדת הרשויות,²⁶⁶ שלטון החוק,²⁶⁷ ועצמאותה של הרשות השופטת.²⁶⁸ בצד עקרונות אלה מעגנת החוקה (ואצלנו – חוקי היסוד) מערכת של עקרונות המשקפים את ההיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות.²⁶⁹ אכן, הזכויות החוקתיות מכוונות כלפי רשויות השלטון.²⁷⁰ זהו ההיבט ה"סובייקטיבי" שלהן. אין זה ההיבט היחיד. הזכויות החוקתיות מהוות גם ביטוי לעקרונות האובייקטיביים של החוקה.²⁷¹ עמד על כך בית המשפט החוקתי הגרמני בפרשת *Luth*:²⁷²

- 265 ראו להלן עמ' 344.
- 266 על הפרדת רשויות, ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 103. ראו גם יצחק קלינגהופר משפט מנהלי 23 (1957); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 83, בעמ' 127.
- 267 ראו לעיל עמ' 276.
- 268 על עצמאות הרשות השופטת, ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 122. ראו גם מאיר שמגר "עצמאות מערכת השיפוט כיסוד הסדר הדמוקרטי" הפרקליט מב 245 (1995); אהרן ברק "לקראת עצמאותה של הרשות השופטת" אהרן ברק מבחר כתבים כרך א 947 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); אהרן ברק "עצמאות השפיטה – כיצד" אהרן ברק מבחר כתבים כרך א 955 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); שמעון שטרית על השפיטה 206 (2004); יצחק זמיר "הרשות השופטת – מהי? האם היא עצמאית? מי עומד בראשה?" מאזני משפט ו 105 (2007), וכן JUDICIAL INDEPENDENCE, THE CONTEMPORARY DEBATE (Shimon Shetreet & J. Deschênes eds., 1985); MARTIN L. FRIEDLAND, A PLACE APART: JUDICIAL INDEPENDENCE AND ACCOUNTABILITY IN CANADA (1995); Stephen Breyer, *Judicial Independence in the United States*, 40 ST. LOUIS U. L.J. 989 (1996); ROBERT STEVENS, THE ENGLISH JUDGES: THEIR ROLE IN THE CHANGING CONSTITUTION (2002); JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH (Stephen B. Burbank & Barry Friedman eds., 2002).
- 269 ראו להלן עמ' 344.
- 270 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
- 271 ראו Alexy, לעיל ה"ש 149, בעמ' 352. ראו גם BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRICHTE, Staatsrecht II, § 76 (2006); KONRAD HESSE, GRUNDSÜGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND § 290 (1999).
- 272 DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL BVerfGE 7, 198 (1997) 361, 363 (2nd ed., 1997).

“[T]he Basic Law is not a value-neutral document. ... Its section on basic rights establishes an objective order of values, and this order strongly reinforces the effective power of basic rights. This value system, which centers upon dignity of the human personality developing freely within the social community, must be looked upon as a fundamental constitutional decision affecting all spheres of law. It serves as a yardstick for measuring and assessing all actions in the areas of legislation, public administration, and adjudication.”

גישה זו ראויה היא. יש לה השלכות רבות ומגוונות.²⁷³ לענייננו, משמעותה הינה כי חוק הפוגע בזכות חוקתית כדי להגשים את הערכים האובייקטיביים הנגזרים מהזכויות הסובייקטיביות הוא למטרה ראויה. לעתים קרובות תחפוף תת־קטגוריה זו של מטרת ראויות את הקטגוריה שעניינה הגנה על זכותו של אחר. כך לרוב – אך לא תמיד. הערכים האובייקטיביים עשויים להשתרע על תחומים שבהם לפרט אין זכות חוקתית. כך, למשל, כבוד האדם הוא ערך אובייקטיבי המהווה מטרה ראויה להגנה על כבודו של מי שנפטר לקבורה ראויה, וזאת אף שאינו בעל זכות (סובייקטיבית) לעניין קבורתו.²⁷⁴ הערכים החוקתיים יגזרו בישראל לא רק מערכיה כמדינה דמוקרטית אלא גם מערכיה כמדינה יהודית.²⁷⁵ כך, למשל, ערך השבת מרכזי הוא ביהדות.²⁷⁶ שמירה עליו הוא למטרה ראויה. הוא הדין בהגשמת הערכים “ואהבת לרעך כמוך”²⁷⁷ ו”עשית הישר והטוב”²⁷⁸ וכיוצא בהם ערכי יסוד של היהדות. כמו כן נראה לי כי “עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל”²⁷⁹ – המשמשים להשלמת חסר במשפט הישראלי – הם חלק מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית²⁸⁰ ועל כן הגשמתם תהווה מטרה ראויה.

- 273 אחת מהן היא לעניין תחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי: ראו לעיל עמ' 117; אחרת היא לעניין החובה של המדינה להגן על זכויות חוקתיות ולא להסתפק אך באי פגיעה בהן, ראו להלן עמ' 513.
- 274 ראו פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 248; בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993); פרשת שביט, לעיל ה"ש 255; פרשת חברת אלאקסא נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, לעיל ה"ש 30, פס' 132-138 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 275 ראו לעיל עמ' 308.
- 276 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 43; יצחק ליב ברוך ספר השבת: פרשת השבת, ערכה, גילויה והשפעתה בחיי עם ישראל מימי קדם ועד היום הזה (תשכ"ג).
- 277 ויקרא יט 18; ירושלמי, נדרים ט', מ"א. ראו גם יצחק שילה "ואהבת לרעך כמוך – נורמת היסוד לחוקת המדינה" פרשת השבוע 119 (תשס"ג).
- 278 דברים ו 18. ראו גם ע"א 718/07 ביטון נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ, פס' ב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.10.2008).
- 279 ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 163.
- 280 ראו לעיל עמ' 309.

ד. נחיצותה של המטרה הראויה

1. בעיותיה של הנחיצות

המטרה של נורמה משפטית (כגון חוק או משפט מקובל) הפוגעת בזכות חוקתית היא ראויה אם תכנה הוא ראוי ואם הצורך בה הוא ראוי. עמדתי על דרישת התוכן. עתה אני עובר לדרישת הצורך. דרישה זו מעוררת שתי שאלות. האחת, האם אין להסתפק בדרישת התוכן הראוי בקביעת המטרה הראויה, תוך ויתור על דרישת הנחיצות והחיוניות של אותה מטרה כדרישה העומדת בפני עצמה? האין זה ראוי כי שאלות של נחיצות וחיוניות ייבחנו בגדרי המידתיות (במובנה הרגיל), ובעיקר במסגרת האיזון בין התועלת שבהגשמת המטרה הראויה לבין הנזק הנגרם בשל כך לזכות החוקתית? אם מגיעים למסקנה כי ראוי לעסוק בבחינת הנחיצות והחיוניות של הגשמת המטרה כבר בשלב הסף של המטרה הראויה, מתעוררת שאלת המשנה השנייה. עניינה של זו הוא אמת-המידה הראויה לקביעתה של נחיצות וחיוניות אלה. האם תיקבע מידת נחיצות וחיוניות אחידה לפגיעה בכל אחת מזכויות האדם – ואם כן, האם זו תיקבע ברף גבוה או ברף נמוך של נחיצות וחיוניות? ואולי הפתרון הראוי הוא בקביעת סוגים שונים של נחיצות וחיוניות – ואם כן, על-פי איזו אמת-מידה?

2. האם ה"נחיצות וחיוניות" נחוצים?

ניתן לטעון כי די בכך שמטרתה של הנורמה הפוגעת בזכות חוקתית היא ראויה, ואין מקום להוסיף יסוד נוסף של נחיצות וחיוניות להגשמתה של אותה מטרה. על-פי טיעון זה, הבחינה של היות המטרה ראויה היא בחינת סף. בגדריה של זו אין זה ראוי לבחון את מידת הנחיצות או החיוניות בהגשמתה של מטרה זו תוך פגיעה בזכויות האדם. בחינה זו צריכה להיעשות כאשר נערך איזון בין התועלת שבהגשמת המטרה לבין הנזק לזכות החוקתית (בגדרי מבחן-המשנה השלישי למידתיות). במסגרת האיזון נבחנת חשיבותה של המטרה וסיכויי הגשמתה. אין לפצל בדיקה זו בין שלב המטרה הראויה לבין שלב האיזון. זהו הדין על-פי המשפט החוקתי הגרמני.²⁸¹ שאלות של נחיצות וחיוניות המטרה אינן נבחנות כשאלות סף בגדרי המטרה הראויה. הן נבחנות במסגרת שלושת מבחני-המשנה של המידתיות, ובעיקר מבחן-המשנה השלישי (איזון). טיעון זה לא התקבל בקנדה²⁸² וישראל.²⁸³ בשיטות משפט אלה נקבע כי בבחינת שאלת הסף אם מטרתה של הנורמה הפוגעת היא ראויה, אין להסתפק אך בתוכן ראוי של הנורמה. יש לדרוש גם מידה זו או אחרת של נחיצות או חיוניות בהגשמתה של אותה מטרה.

281 ראו Grimm, לעיל ה"ש 19.

282 ראו להלן עמ' 346.

283 ראו להלן עמ' 352.

גישה דומה נוקטים וולמן ובוטה בהקשר לדרישה בפסקת ההגבלה הכללית בחוקתה של דרום-אפריקה.²⁸⁴ על-פי גישה זו, אין מקום לבחון את מידתיותם של האמצעים בהם נוקטת הנורמה הפוגעת ואת מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית, אם הגשמת המטרה של הנורמה הפוגעת אינה חיונית או נחוצה דייה.

הגישה הראויה אינה נקייה מספיקות. מחד גיסא, יש להודות כי קיים קשר הדוק בין בחינת הנחיצות או החיוניות לעניין המטרה הראויה לבין בחינת חשיבותה של המטרה לעניין האיזון בין התועלת שבהגשמתה לבין הנזק לזכות החוקתית. החשיבות של המטרה לעניין האיזון כוללת את ההיבט של נחיצות וחיוניות המטרה. מאידך גיסא, ראוי לבחון את היותה של המטרה ראויה בלא קשר למידת הפגיעה בזכות החוקתית. אם המטרה אינה ראויה בשל היות הפגיעה בזכות החוקתית בלתי נחוצה ובלתי חיונית, מה טעם "לדחות" דיון זה לשלב האיזונים. ראוי להכריע בה כשאלת סף בגדרי המטרה הראויה. עם זאת, ראוי להדגיש כי יש להיזהר מהפיכת שלב זה לשלב בו נערך איזון בין החיוניות והנחיצות של הנורמה הפוגעת לבין הנזק לזכות החוקתית. במסגרת בדיקתה של שאלת הסף בדבר נחיצותה וחיוניותה של המטרה, אין מקום לעריכת איזון זה, שכן הוא נערך במסגרת מבחן-המשנה השלישי שעניינו האיזון הראוי בין התועלת מהגשמת מטרת החוק לבין הנזק לזכות החוקתית שנגרם בשל כך.

הפסיקה הישראלית רואה בשאלת הנחיצות והחיוניות חלק ממרכיב המטרה הראויה.²⁸⁵ היא בוחנת נחיצות וחיוניות זו כשאלת סף, בלא לערוך איזון בינה לבין הפגיעה בזכות החוקתית. על רקע גישה זו מתעוררת השאלה השנייה, העוסקת באמת-המידה הראויה לקביעת הנחיצות והדחיפות. לבחינתה אפנה עתה.

3. אמות-מידה לקביעת הנחיצות והחיוניות

(א) משפט משווה

(1) היעדר גישה אחידה

המשפט המשווה אינו מצביע על גישה אחידה באשר לאמות המידה לקביעת הנחיצות והחיוניות. קיימים בעניין זה מספר מודלים. השוני ביניהם מוסבר, בין השאר, בשוני במבנה של הפרק הדין בזכויות האדם בחוקות השונות, ובשוני בנקודת המוצא העקרונית באשר לדמוקרטיה ולערכיה. כן מוסבר השוני בתפיסת זכויות האדם – האם כולן ברמת חשיבות אחת, או שמא יש זכויות חשובות יותר וזכויות חשובות פחות. אעמוד על שני מודלים עיקריים. המודל הראשון מתאפיין בקביעת רמה אחידה של נחיצות וחיוניות. מודל זה אינו

284 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 29, בעמ' 73.

285 ראו לעיל עמ' 301.

מבחין, לעניין רמת הנחיצות והחיוניות, בין המטרות הראויות השונות או בין הזכויות הנפגעות השונות. נקבע רף אחיד של נחיצות וחיוניות. מודל זה מקובל בקנדה ובדרום-אפריקה. המודל השני אינו קובע רמה אחידה של נחיצות וחיוניות. הוא קובע מספר רמות, בהתחשב בחשיבותה של הזכות החוקתית הנפגעת. זהו המודל האמריקני.

(2) המודל הראשון: קנדה ודרום-אפריקה

(AA) פרשת *Oakes*

הצ'רטר הקנדי כולל פסקת הגבלה כללית. פסקה זו קובעת כי הזכויות כפופות להגבלות סבירות הקבועות בדין אשר:²⁸⁶

“[C]an be demonstrably justified in a free and democratic society.”

הוראה כללית זו קיבלה את פירושה המקיף והעקרוני בפרשת *Oakes*.²⁸⁷ נקבע בה מבחן אחיד לנחיצות וחיוניות המטרה של הנורמה הפוגעת החל על כל זכויות האדם הקבועות בצ'רטר הקנדי. על-פיו נדרשת מידת נחיצות וחיוניות רבה למטרתו של החוק הפוגע בזכות החוקתית. עליו להיות בעל חשיבות בסיסית (fundamental); עליו להיות “דחוף ומהותי” (pressing and substantial).²⁸⁸ באשר למידת הנחיצות והחיוניות של המטרות הפוגעות בזכות חוקתית נקבע בפרשת *Oakes* כי:²⁸⁹

“[T]he objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be of ‘sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom’... The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain S. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.”

אמת-המידה שנקבעה בפרשת *Oakes* מתאפיינת בשני מרכיבים מרכזיים: ראשית, זו אמת-מידה אחידה אשר כמינימום חלה לעניין כל הזכויות כולן; שנית, זו אמת-מידה

286 ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 126.

287 פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 127.

288 שם, בעמ' 136.

289 שם, בעמ' 138.

המציבה רף גבוה, אשר רק מטרות נחוצות וחיוניות ביותר יוכלו לקיים אותו. אעמוד על כל אחד משני המרכיבים האלה.²⁹⁰

(בב) אמת-מידה אחידה לפגיעה בכל הזכויות

פרשת *Oakes* מתאפיינת בכך שהיא קובעת אמת-מידה אחידה לנחיצות וחיוניות המטרות של הנורמה הפוגעת בזכות חוקתית. כל הזכויות החוקתיות הן שוות חשיבות לעניין זה. תהא הזכות החוקתית אשר תהא, ותהא היקף הפגיעה אשר תהא – נקבע סף אחיד למטרות של הנורמה הפוגעת. הסף האחיד הוא שהמטרות תהיינה בעלות חשיבות בסיסית ושהן ישקפו צורך חברתי דחוף ומהותי בחברה חופשית ודמוקרטית. אחידותה של אמת-המידה עוררה ביקורת קשה. הודגש כי אמת-מידה נוקשה אינה רצויה.²⁹¹ צויין כי ריבוי ההקשרים מקשה על אחידותה של אמת-המידה.²⁹² כך, למשל, לא הרי מצבים בהם הפרט עומד כנגד המדינה (בעיקר בתחום זכויות הנאשם בהליך הפלילי), כהרי מקרים בהם המדינה צריכה לחלק את משאביה בין קבוצות שונות של האוכלוסייה. בעוד שבקבוצה הראשונה ניתן לדרוש אמת-מידה אחידה, אין יסוד לדרישה זו לעניין הקבוצה השנייה. באשר לקבוצה זו, יש להשאיר ההכרעה בידי העם הפועל באמצעות המחוקק. למחוקק זה צריך להיות חופש פעולה סביר לבחור בין שיקולים פוליציטריים. השופט לה פורה (*La Forest*) הדגיש את הצורך להעניק למחוקק "מרחב סביר לתמרון" (*reasonable room to manoeuvre*).²⁹³ נקבע, כי המבחנים של פרשת *Oakes*, ובהם הדרישות בעניין נחיצותה וחיוניותה של המטרה, אינם קובעים כללים נוקשים אלא אך רשימת שיקולים שיש לקחתם בחשבון. הדגש צריך להיות מושם על ההקשר, ולא על בחינה מופשטת של זכויות.²⁹⁴ הנשיא דיקסון עצמו הדגיש בפרשה אחרת גישה זו בציינו כי:²⁹⁵

"[T]he application of the *Oakes* approach will vary depending on the circumstances of the case, including the nature of the interests at stake."

- 290 ראו *Weinrib, The Supreme Court of Canada and Section One of The Charter*, לעיל ה"ש 171. ראו גם *Robin M. Elliot, The Supreme Court of Canada and Section 1 – The Erosion of the Common Front*, 12 *QUEEN'S L.J.* 277 (1987).
- 291 ראו *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 *S.C.R.* 713.
- 292 ראו *Paul G. Murray, RJR-MacDonald Inc. v. Canada*, [1995] 3 *S.C.R.* 199. ראו גם *Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Examination at Two Levels of Interpretation*, 21 *OTTAWA L. REV.* 631 (1989); *Gerard V. La Forest, The Balancing of Interests Under the Charter*, 2 *NAT'L J. CONST. L.* 133 (1992).
- 293 ראו פרשת *Edwards*, לעיל ה"ש 292, בעמ' 795, וכן *La Forest, The Balancing of Interests Under the Charter*, לעיל ה"ש 291, בעמ' 145.
- 294 ראו *La Forest*, שם, בעמ' 146.
- 295 *R. v. Keegstra*, [1990] 3 *S.C.R.* 697, 738.

הצורך להתחשב בהקשר מקשה לא רק על עצם קיומה של אמת-מידה אחידה. הוא גם פוגע ברמתה הגבוהה של אותה אמת-מידה. לעניין זה אפנה עתה.

(גג) אמת-מידה קפדנית המציבה רף גבוה

המאפיין השני של פרשת *Oakes* בכל הנוגע לנחיצותה וחיוניותה של הנורמה הפוגעת בזכות חוקתית הינו כי המבחן האחיד שהוצב הוא בעל דרישות מחמירות. הרף אותו נדרשת חקיקה לעבור כדי שיהא בכוחה לפגוע בזכות חוקתית הוא גבוה. הדרישה הינה כי הפגיעה בזכות חוקתית צריכה לנבוע מצורך בעל חשיבות בסיסית (fundamental) וכי אותו צורך צריך להיות דחוף ומהותי (pressing and substantial). דרישה קפדנית זו העמידה רף אחיד לפגיעה בכל הזכות שקשה היה לבית המשפט לעמוד בו. כבר בסמוך לאחר שנפסק הדין בפרשת *Oakes* נקבע כי נדרשת גישה גמישה יותר.²⁹⁶ הטעם לכך היה, כי הסף הגבוה שנקבע בפרשת *Oakes* עשוי למנוע הגשמתן של מטרות חברתיות וכלכליות, אשר גם אם אינן "דחופות ומהותיות" הן סבירות. עמד על כך השופט מקינטייר (McIntyre) בפרשת *Andrews*, אשר הדגיש כי נדרשת פרשנות גמישה יותר, שכן:²⁹⁷

"To hold otherwise would frequently deny the community-at-large the benefits associated with sound social and economic legislation."

"בחזית האחידה" שהתגלתה בפרשת *Oakes* התגלו בקיעים.²⁹⁸ פרשת *Oakes* לא בוטלה. עם זאת במסגרתה שלה החלו להתפתח הבחנות שונות בין סוגים של מצבים טיפוסיים.²⁹⁹ הודגש גם כי לעקרונות המונחים ביסוד הזכויות השונות יכול להיות משקל שונה בנסיבות שונות. בדרך זו הודגשה החשיבות של ההקשר בקביעת חוקתיותן של הפגיעות בזכויות החוקתיות. עמדה על כך השופטת וילסון (Wilson) בפרשת *Edmonton Journal*:³⁰⁰

"One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The

296 ראו *La Forest*, לעיל ה"ש 292, בעמ' 145.

297 *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, 184.

298 ראו *Elliot*, לעיל ה"ש 290.

299 ראו *Marshall Rothstein, Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms*, 27 *MAN. L.J.* 171 (2000).

300 *Edmonton Journal v. Alberta*, [1989] 2 S.C.R. 1326, 1355.

contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between two competing values under S.1.”

מה נשאר, אפוא, מפרשת *Oakes*? האם המבחן האחיד ממשיך לעמוד בעינו? האם הדרישה כי המטרות תהיינה בעלות חשיבות בסיסית ותנבענה מצורך לוחץ ומהותי עדיין קיימת? האם לא חל מעבר – תחת המְטָרָה של התחשבות בנסיבות – לעבר מבחנים שונים לעניין פגיעה בזכויות שונות בהקשרים שונים?³⁰¹ יהא עניין זה כאשר יהא, ההתפתחויות השונות נעשות, ולו כלפי חוץ, תחת המעטפת של פרשת *Oakes*, תוך שתפקידו של מרכיב המטרה הראויה ירד בחשיבותו.³⁰² פרופ' הוג (Hogg) מציין כי מעטים המקרים בהם קבע בית המשפט העליון של קנדה כי מטרתה של החקיקה אינה מקיימת את הרף שהיא עצמה הציבה:³⁰³

“In practice... the requirement of a sufficiently important objective has been satisfied in all but one or two of the Charter cases that have reached the Supreme Court of Canada. It has been easy to persuade the Court that, when the Parliament or Legislature acts in derogation of individual rights, it is doing so to further values that are acceptable in a free and democratic society, to satisfy concerns that are pressing and substantial and to realize collective goals of fundamental importance.”

(דד) דוגמאות למטרות ראויות על פי אמת-המידה האחידה

המודל הקנדי דורש כי מטרותיו של חוק הפוגע בזכות חוקתית תהיינה בעלות חשיבות בסיסית (fundamental), וכי הן יגשימו צורך דחוף ומהותי (pressing and substantial). בפרשת *Oakes* נידון חוק הקובע כי נטל השכנוע במשפטים פליליים בגין עבירות סמים,

301 ראו Murray, לעיל ה"ש 292, בעמ' 636. ראו גם Pierre Blache, *The Criteria of Justification*, 20 MAN. L.J. 437 under *Oakes: Too Much Severity Generated Through Formalism*, (1991); Andrew Lokan, *The Rise and Fall of Doctrine Under Section 1 of the Charter*, 24 OTTAWA L. REV. 163, 178 (1992).

302 ראו משה כהן-אליה פסקות ההגבלה בחוקי היסוד על זכויות האדם, התחשבות באופי הזכות (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2000).

303 HOGG, לעיל ה"ש 15, בעמ' 132.

יועבר מהמדינה לנאשם. נקבע באותה פרשה כי המטרה המונחת ביסוד החוק – מלחמה בנגע הסמים – היא בעלת חשיבות בסיסית ומגשימה צורך דחוף ומהותי. בדומה נקבע כי חוק הקובע ימי מנוחה לעובדים לשם הגשמת מטרות חברתיות, הוא בעל חשיבות בסיסית והוא נועד להגשים צורך חברתי דחוף ומהותי.³⁰⁴

פרופ' הוג (Hogg) מצייין, כי חרף הרף הגבוה, ברוב רובם של המקרים הכיר בית המשפט העליון של קנדה במטרות שעמדו ביסוד החוקים שחוקתיותם נדונה בפניו, כמטרות ראויות.³⁰⁵ כך, למשל, חקיקה נגד דבר תועבה עברה את הסף הנדרש, בהיות המטרה המונחת ביסודה – הגנה על החברה מפני נזקם של דברי התועבה – בעלת חשיבות בסיסית, ומגשימה צורך דחוף ומהותי.³⁰⁶ בדומה נפסק כי מניעת נזק מהפצה מכוונת של דבר שקר מקיים את הדרישות של דחיפות ומהותיות.³⁰⁷ הוא הדין בהגבלות על הפרסומת המסחרית לעישון.³⁰⁸ דוגמה למטרה שלא עברה את הרף הגבוה שנקבע היא נוחות מנהלית (administrative convenience).³⁰⁹

(הח) דרום-אפריקה

החוקה של דרום-אפריקה קובעת כי הגבלות על זכויות הכלולות במגילת זכויות ניתנות לצידוק, בין השאר, תוך התחשבות בחשיבותה של המטרה המונחת ביסוד הפגיעה.³¹⁰ לעניין הנחיצות והחיוניות מפנים וולמן ובוטה לפרשת *Oakes*. לדעתם המבחן הראוי הוא שהמטרה תהא "דחופה ומהותית" (pressing and substantial).³¹¹ הפסיקה בדרום-אפריקה טרם הכריעה בעניין. ספק בעיני אם הפסיקה של דרום-אפריקה תלך בעקבות פרשת *Oakes*. הטעם לכך הוא, שפרשה זו מבוססת על התפיסה כי כל הזכויות החוקתיות הן שוות בחשיבותן. אין זכויות חשובות יותר וחשובות פחות.³¹² על כן נדרשת אמת-מידה אחידה ורף אחיד. לא כן גישתה של החוקה של דרום-אפריקה. נקבע במפורש בפסקת ההגבלה הכללית כי יש להתחשב בטבעה (nature) של הזכות בקביעת מידתיותה של ההגבלה.³¹³ יצויין, כי גם אם הרף הגבוה שנקבע בפרשת *Oakes* יאומץ בדרום-אפריקה, אין לשכוח כי בחוקה של דרום-אפריקה המידתיות אינה מובנית כמו בגרמניה, קנדה או ישראל. פסקת

304 ראו פרשת *Edwards*, לעיל ה"ש 291.

305 ראו HOGG, לעיל ה"ש 15, בעמ' 132.

306 ראו *Irwin Toy Ltd. v. Quebec*, [1989] 1 S.C.R. 927.

307 ראו פרשת *Keegstra*, לעיל ה"ש 295; ראו גם *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731.

308 ראו פרשת *RJR-MacDonald Inc.*, לעיל ה"ש 292.

309 ראו פרשת *Singh*, לעיל ה"ש 216.

310 ראו ס' (b)(1)36 לחוקה של דרום-אפריקה.

311 ראו *Woolman & Botha*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 75.

312 ראו להלן עמ' 443.

313 ראו ס' (a)(1)36 לחוקה של דרום-אפריקה.

ההגבלה הכללית הקבועה בחוקה של דרום אפריקה המידתיות אינה מובנית. פסקת ההגבלה הכללית הקבועה בחוקה קובעת במפורש כי השיקול בדבר חשיבות המטרה – כמו גם שאר מרכיבי המידתיות – אינו מכריע. הוא רק אחד השיקולים שיש לקחתם בחשבון.³¹⁴

(3) המודל השני: ארצות הברית

מגילת זכויות האדם (ה-Bill of Rights) האמריקנית אינה כוללת בחובה פסקת הגבלה (כללית או מיוחדת) מפורשת. עם זאת – וחרף הלשון ה"מוחלטת" של כמה זכויות – נקבע בפסיקה עניפה כי הזכויות הכלולות במגילת הזכויות ניתנות להגבלה. הפסיקה האמריקנית חילקה את כל הזכויות לשלוש קטגוריות, ולכל קטגוריה נקבעה רמת נחיצות או חיוניות המאפיינים אותה. הקטגוריה הראשונה היא קטגוריה בה נערכת בדיקה חוקתית מחמירה וקפדנית (strict scrutiny).³¹⁵ היא כוללת את הזכויות הבסיסיות (fundamental rights). נכללים בה חופש הביטוי, ההפגנה וההתכנסות, חופש הדת, חופש התנועה בתוך המדינה, זכות הבחירה והזכות לשוויון בכל הנוגע להפליה חשודה (suspect) על בסיס מושב או גזע. כדי להצדיק פגיעה באחת הזכויות האלה נדרש כי מטרתו של החוק הפוגע תהא חיונית (compelling state interest) או צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest). בקטגוריה השנייה נערכת בדיקה בינונית (intermediate scrutiny).³¹⁶ היא כוללת את הזכות לשוויון בכל הנוגע להפליה מחשידה (quasi suspect) או שוויון על בסיס מגדר וגיל (ילדים) או הזכות לחופש ביטוי מסחרי או בפורום ציבורי. כדי להצדיק פגיעה באחת מהזכויות הכלולות בקטגוריה זו נדרש כי החוק נועד להגשים מטרה חברתית חשובה (important governmental objective). הקטגוריה השלישית עורכת בדיקה מינימלית (minimal scrutiny).³¹⁷ היא משתרעת על זכויות האדם האחרות הכלולות במגילת הזכויות. בפגיעות בזכויות אלה די שהמטרה היא לגיטימית (legitimate governmental objective).

הגישה האמריקנית מתאפיינת בהיעדרה של אמת-מידה אחידה לבחינת החיוניות והנחיצות של המטרה הראויה הפוגעת בזכות חוקתית. על-פי הגישה האמריקנית לא כל זכויות האדם הן ברמת חשיבות אחת. לזכויות החשובות ביותר נקבעת אמת-מידה קפדנית המציבה רף גבוה. מעטים החוקים המצליחים לצלוח רף זה. ידועה אמירתו של פרופסור גנטר (Gunther) כי הקטגוריה של הבדיקה הקפדנית, היא חמורה בתיאוריה, אך קטלנית

314 ראו ס' 36(1) לחוקה של דרום-אפריקה.

315 על קטגוריה זו ראו להלן עמ' 602.

316 על קטגוריה זו ראו להלן עמ' 603.

317 על קטגוריה זו ראו להלן עמ' 603.

למעשה.³¹⁸ לזכויות ברמת החשיבות השנייה נקבע רף גבוה למדי. לזכויות האחרות נקבע רף נמוך ביותר.

הלקח ההשוואתי שניתן ללמוד מהניסיון האמריקני הוא חשוב אך מוגבל. הוא חשוב, שכן הוא מצביע על כך שניתן להימנע מאמת-מידה אחידה בדבר החיוניות והנחיצות, ושאת אמות-המידה השונות ניתן לקבוע על-פי חשיבותן של הזכויות הנפגעות, שהרי לא כל הזכויות הן ברמת חשיבות אחידה.³¹⁹ הלקח ההשוואתי הוא מוגבל, שכן נעדר מכל הקטגוריות האמריקניות שלב של איזון לפי נסיבות העניין בין התועלת בהגשמת המטרה הראויה לבין הנזק לזכות החוקתית.³²⁰ לעומת זאת, המידתיות בנויה לא רק על היות המטרה ראויה, אלא גם על קיומו של יחס מידתי בין התועלת שבהגשמת המטרה הראויה והנזק לזכות החוקתית (מידתיות במובן הצר). קיומו של שלב נוסף – שלב המידתיות במובן הצר – עשוי להשפיע על אמות-המידה שראוי לקבוע.

(ב) המשפט הישראלי

(1) פרשת בנק המזרחי המאוחד

שאלת החיוניות או הנחיצות של הגשמת המטרה ב"מחיר" פגיעה בזכויות חוקתיות התעוררה בפרשת בנק המזרחי המאוחד.³²¹ הנשיא לשעבר מ' שמגר עמד על עניין זה, בציינו:³²²

"לא ניתן להעניק חשיבות ומשקל לתכלית שולית, שערכה הבונה הוא זניח, אם התוצאה היא פגיעה מהותית בזכות יסוד. כדי להצדיק פגיעה בזכות, מן הנכון שיהיו כאמור חשיבות ומשקל ראויים לתכלית המבוקשת. לשון אחר, המטרה המבוקשת חייבת להיות חשובה וחיונית כדי להצדיק פגיעה בזכות (ראה גם פסק הדין הקנדי ב-"*R. v. Oakes*".

318 ראו Gerald Gunther, *The Supreme Court 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972). לא הכל מסכימים לתיאור זה, ראו Stephen E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, 68 B.U.L. REV. 917 (1988); Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006).

319 ראו להלן עמ' 601.

320 ראו להלן עמ' 603.

321 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 45.

322 שם, בעמ' 342-343.

אמת-המידה של תכלית "חשובה וחיונית" וההפניה המפורשת לפרשת *Oakes* מצביעים לכאורה על אמת-מידה אחידה בעלת רף גבוה.

בפסק דיני בפרשת בנק המזרחי המאוחד ביקשתי להשאיר שאלה זו פתוחה. סברתי כי אין זה ראוי בפסק הדין הראשון המפרש את פסקת ההגבלה הישראלית, לקבוע מסמרות באשר למודל הישראלי. הפניתי בפסק דיני אל שלוש רמות הבדיקה (ה-*levels of scrutiny*) הנהוגות בארצות-הברית. כן הפניתי אל רמת הבדיקה האחידה הנוהגת בקנדה. על רקע זה כתבתי:³²³

"דומה כי מוקדם מדי להכריע בשאלה מהו הדין בישראל על-פי פסקת ההגבלה, והאם עניין לנו ברמה אחידה של בחינה (כמו במשפט הקנדי) או ברמות שונות (כמו במשפט האמריקני). נראה לי כי לצרכי העניין שלפנינו די אם נקבע כי תכלית היא ראויה, אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם, ובצורך להגן עליהן. המטען הנורמטיבי של מהות החשיבות ייקבע במשך הזמן בפסיקתו של בית המשפט העליון."

פרשת בנק המזרחי המאוחד לא קבעה הלכה ברורה בעניין זה. הנשיא בדימוס מ' שמגר קבע אמת-מידה אחידה בעלת רף גבוה, התואמת את שנקבע בפרשת *Oakes*. בפסק דיני ביקשתי שלא לקבוע כל הנחיה שיפוטית כללית, באשר לשאלה אם מוכרת רמה אחידה של חשיבות (כמו בקנדה) או שרמת החשיבות משתנה על-פי הזכויות (כמו בארצות-הברית).

(2) ההתפתחות לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד

מאז פרשת בנק המזרחי המאוחד חלה התפתחות בשאלת הנחיצות או החיוניות של המטרה המונחת ביסוד הנורמה הפוגעת בזכות חוקתית. ניתן לסכם התפתחות זו באופן הבא: ראשית, בית המשפט העליון נמנע מלקבוע מבחן אחיד באשר לנחיצותה וחיוניותה של המטרה. המבחן של פרשת *Oakes* לא אומץ כמבחן אחיד החל לעניין הפרתן של כל הזכויות החוקתיות. שנית, בית המשפט העליון היה מוכן להבחין – לעניין הנחיצות והחיוניות של הגשמת המטרה – בין הזכויות החוקתיות השונות. לא נתקבלה ההשקפה שכל הזכויות החוקתיות הן שוות בחשיבותן.³²⁴ שלישית, כאשר הגשמתה של המטרה פוגעת בזכויות חוקתיות המצויות ברמה הגבוהה של מדרג הזכויות החוקתיות, כגון כבוד האדם או חופש התנועה, אמת-המידה לנחיצות הפגיעה או חיוניותה הינה זו של צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי³²⁵. בפרשת המועצה האזורית חוף עזה נדון חוק שפגע

323 שם, בעמ' 435. ראו גם ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 68, בעמ' 525.

324 ראו להלן עמ' 354.

325 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 53: "הנחיצות של פגיעה בחופש התנועה – חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במדרג הזכויות בישראל – היא ברמה הגבוהה ביותר. על כן, יש

בכבוד האדם ובקניין של הישראלים שפוננו מחוץ עזה. לעניין שלפנינו נקבע בפסק הדין של הרוב:³²⁶

“השאלות הקשורות במידת חשיבותה של התכלית ויחסה לחשיבותה של הזכות הנפגעת מעוררות בעיות קשות... לדעתנו, בעתירות שלפנינו אין לנו צורך להכריע בשאלות אלה. מוכנים אנו להניח, בלא לפסוק בדבר, כי בשל הפגיעה הקשה בזכות לכבוד ולקניין יש לנקוט באמת מידה מחמירה לעניין חשיבותה של התכלית. אמת מידה זו דורשת כי הפגיעה בכבוד ובקניין במקרה שלפנינו היא 'לתכלית ראויה' אם היא מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית. זו רמת הבדיקה העליונה בארצות-הברית; זו הרמה המקובלת בקנדה. נראה לנו כי לאור הנסיבות המיוחדות של תכנית ההתנתקות זו רמת הבדיקה הראויה במקרה שלפנינו.”

ברוח דומה ציין השופט א' לוי באותה פרשה:³²⁷

“תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות אדם... או שהצורך בהגשמתה הינו בעל חשיבות חברתית או לאומית.”

שאלת הנחיצות והחיוניות עלתה בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל.³²⁸ כאן נבחנה חוקתיות של חוק שפגע בשוויון בגיוס לצבא. נקבע (בדעת הרוב) שהפגיעה בשוויון – כזכות-בת של זכות-האם בעניין כבוד האדם – היא קשה. על רקע זה נפסק כי:³²⁹

“אמת המידה לבחינת השאלה עד כמה חשוב הוא הצורך להשיג את המטרות המונחות ביסוד חוק דחיית השירות במחיר הפגיעה הקשה בכבוד, הינה אם חוק דחיית שירות מגשים מטרה חברתית מהותית (substantial) או צורך חברתי לוחץ.”

להראות כי הפגיעה בחופש התנועה נועדה לשם הגשמת מטרה חיונית, או צורך חברתי לוחץ, או עניין חברתי מהותי” (הנשיא ברק); פרשת לוי, לעיל ה”ש 30, בעמ’ 890: “לא כל תכלית ראויה עשויה להצדיק פגיעה בזכויות יסוד. ייתכן כי הפגיעה בזכויות יסוד חשובות במיוחד תהא מוצדקת רק אם הצורך החברתי שהפגיעה נועדה להגשים הוא חיוני במיוחד. מידת חשיבות הצורך הנדרשת על מנת להצדיק פגיעה, עשויה להשתנות לפי מהותה של הזכות הנפגעת. בעניין זה נקטנו מספר פעמים – בלא להכריע בדבר – באמת-מידה מחמירה. על-פיה, התכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים 'מטרה חיונית, או צורך חברתי לוחץ, או עניין חברתי מהותי'” (הנשיא ברק).

326 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה”ש 3, בעמ’ 549.

327 שם, בעמ’ 801.

328 פרשת התנועה לאיכות השלטון נ’ הכנסת, לעיל ה”ש 24.

329 שם, פס’ 53 לפסק דינו של הנשיא ברק.

בפרשת עדאלה³³⁰ נידונה חוקתיות של חוק שאסר על המשך איחוד משפחות בין ישראלים לבין בני-זוגם באזור הנתון לשליטה ישראלית. בעניין נחיצותו וחיוניותו של החוק ציין בית המשפט העליון:³³¹

”כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון פגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ.”

רביעית, כאשר הפגיעה הינה בזכויות אחרות עשויה להיקבע חובת נחיצות או חיוניות נמוכה יותר. עמדתי על כך בפרשת עדאלה:³³²

”יתכן ופגיעות בזכויות מרכזיות פחות יצדיקו רמת נחיצות נמוכה יותר.”

טרם נקבעה הלכה באשר לרמתה של אמת-מידה זו. גישתה זו של הפסיקה הישראלית ראויה היא. אין מקום לנקוט באמת-מידה אחידה לעניין הנחיצות והחיוניות של הפגיעה בזכות חוקתית החלה על הזכויות כולן. אם אמת-מידה זו קובעת רף נמוך – כפי הדבר במשפט הגרמני – אין בה הגנה מספקת על זכויות האדם. אם אמת-מידה זו קובעת רף גבוה – כפי הדבר בקנדה על-פי פרשת *Oakes* – אין אפשרות לקיים מבחן זה, כפי שמעיד הניסיון הקנדי. רף גבוה יכול להתקיים רק אם הוא מוגבל לפגיעה בזכויות החשובות ביותר. לעניין פגיעה בזכויות החשובות פחות, יש מקום לקבוע רף נמוך יותר.

בקביעתן של אמות-המידה לעניין הנחיצות והחיוניות אין לאמץ במלואן את שלוש הקטגוריות האמריקאיות. אלה הן פרי הניסיון ההיסטורי האמריקאי והניסוח של זכויות האדם במגילת זכויות האדם האמריקנית. הן מותאמות למבנה חוקתי שאינו מאזן – לעניין פגיעה בהיקפה של זכות חוקתית להבדיל מקביעת היקף זה – בין התועלת הצומחת מהגשמת המטרה לבין הנזק הנגרם לזכות החוקתית.

לעניין הזכויות החשובות ביותר נקבעה בפסיקה הישראלית אמת-מידה קפדנית המציבה רף גבוה, והקרובה לנדרש בבדיקה המחמירה והקפדנית במשפט החוקתי האמריקני. גישה זו ראויה היא. היא ”לוקחת את הזכויות החוקתיות ברצינות”. היא מעניקה צידוק ראוי לפגיעה בהן. אשר לזכויות חוקתיות אחרות, יהא מקום לשקול אמות-מידה ”רכות” יותר. נעמוד על כך בהמשך.³³³

330 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 30.

331 שם, פס' 63 לפסק דינו של הנשיא ברק.

332 שם.

333 ראו להלן עמ' 622.

ה. זיהויה של המטרה הראויה

1. מטרתיה של הנורמה הפוגעת

בחינתי התמקדה עד כה בפרשנות החוקה. היא הובילה לקביעתה של "מטרה נורמטיבית" באשר למטרות הראויות (המפורשות או המשתמעות). עתה אעבור מהרמה החוקתית אל הרמה התת-חוקתית. אבחן אם הנורמה הפוגעת מקיימת דרישות אלה. השאלה הינה מה הן אמות-המידה שלפיהן ניתן לזהות אם נורמה שפגעה בזכות חוקתית הינה למטרה ראויה? על-פי אלו אמות-מידה ייקבע אם הנורמה הפוגעת היא נחוצה או חיונית, דחופה או מהותית? הדיון בשאלה זו מתקיים אפוא ברמה התת-חוקתית. השאלה הינה אם הלכה למעשה הנורמה התת-חוקתית אשר פגעה בזכות חוקתית ממלאת את דרישות החוקתיות. מטרתנו הינה לבחון את אמות-המידה המהותיות לפיהן ניתן לזהות את המטרות המונחות ביסוד הנורמה הפוגעת. שאיפתנו היא לגבש תפיסה על-פיה ניתן לבחון אם הנורמה התת-חוקתית הפוגעת בזכות חוקתית מקיימת את הדרישות החוקתיות באשר למטרות הראויות.

זיהויה המטרות המונחות ביסוד הנורמה הפוגעת הוא משימה קשה. בדרך כלל נורמות הפוגעות בזכויות חוקתיות אינן ניצבות בפנינו עם תווית באשר למטרותיהן. גם אם תווית כזו קיימת – בדמות סעיף מטרות בחוק הפוגע – עדיין מתעוררת השאלה אם האמור בסעיף זה הוא מכריע. מתוך מגוון השאלות המתעוררות אעמוד על שתי שאלות עיקריות: השאלה הראשונה היא האם המטרה של נורמה פוגעת מזוהה על-פי הכוונות של יוצרי הנורמה בעת יצירתה (מבחן סובייקטיבי), על-פי הבנה של מטרת הנורמה בעת פירושה (מבחן אובייקטיבי) או על-פי שתייהן גם יחד? אם התשובה לשאלה הראשונה מעלה את הצורך בקביעת המטרה הסובייקטיבית שעמדה לנגד יוצר הנורמה התת-חוקתית, קמה ועומדת השאלה השנייה. במסגרתה יש לבחון כיצד מזהים את מטרתם הסובייקטיבית של יוצרי הנורמה?

2. מבחן סובייקטיבי או מבחן אובייקטיבי?

(א) הגדרת הבעיה

במרבית המקרים הכוונה של המחוקק בעת היצירה והמטרות שהחוק ממלא הלכה למעשה בעת הפירוש הן זהות או דומות. כך בכל המקרים אך לא בכלם. לעתים קיים פער ואף ניגוד בין המטרות שביקש המחוקק להגשים בעת החקיקה לבין המטרות שהחוק מגשים בעת הפירוש. על-פי רוב מקורו של פער זה בחלוף הזמן. דוגמה החוזרת בכמה

שיטות משפט בעולם נוגעת ל"חוקי יום ראשון" (חוק האוסר על עבודה ביום ראשון).³³⁴ בעת החקיקה נועדו חוקים אלה, על-פי כוונת המחוקק, לשרת מטרה דתית. כעבור שנים, בעת הפירוש, הם ממלאים מטרה חברתית של מתן יום מנוחה לעובד. נניח כי המטרה הישנה נתפסת כיום כלא חוקתית ואילו המטרה החדשה היא חוקתית. איזו מהשתיים היא המטרה הרלוונטית?

שינוי זה של המטרה מעורר בעיה קשה בכל הנוגע לזיהוי המטרה של החוק הפוגע. האם מטרתו הסובייקטיבית המקורית של החוק הפוגע היא הקובעת לעניין התכלית הראויה – או שמא מטרתו האובייקטיבית החדשה? ואולי הדרישה היא כפולה, כלומר: הן המטרה הסובייקטיבית בעת החקיקה והן המטרה האובייקטיבית בעת הפירוש צריכות להיות ראויות? בדוגמה של "חוקי יום ראשון" – האם לצורך זיהוי המטרה תכריע המטרה הסובייקטיבית הישנה (המטרה הדתית), המטרה האובייקטיבית החדשה (המטרה החברתית של מנוחה לעובד) או שתיהן גם יחד? כדי להשיב על שאלה זו יש למקד את הרלוונטיות שלה בשני היבטים אפשריים. היבט אחד הוא פרשני. בהיבט זה השאלה הינה כיצד לפרש את החוק – האם לפי תכליתו הסובייקטיבית או לפי תכליתו האובייקטיבית? בגדריו של היבט זה לא מתעוררת כל בעיה של חוקתיות החוק. ההיבט האחר – והוא ההיבט בו אנו דנים במסגרת המטרה הראויה שבפסקת ההגבלה – הוא חוקתי. בהיבט זה השאלה הינה, מהי התכלית הרלוונטית על-פיה תוכרע השאלה אם החוק הוא חוקתי. ההיבט הראשון הוא היבט של מובן (meaning) (היבט פרשני). ההיבט השני הוא היבט של תוקף (validity) (היבט חוקתי).³³⁵ נעמוד בקצרה על כל אחד מההיבטים הללו, ונפתח בראשון.

(ב) ההיבט הפרשני

בהקשר של ההיבט הפרשני ניתן למצוא תשובות שונות בשיטות משפט שונות. על-פי הפרשנות התכליתית הנוהגת בשיטות משפט רבות, במצבים מסוימים יש נכונות ליתן לחוק מובן על-פי מטרותיו בעת מתן הפירוש. זוהי גישה פרשנית דינמית.³³⁶ על-פיה "החוק מדבר תמיד" (always speaking).³³⁷ בהסבירי גישה פרשנית זו ציינתי:³³⁸

334 ראו Hogg, לעיל ה"ש 15, בעמ' 136, וכן Laurence H. Tribe, American Constitutional Law 1205 (2nd ed., 1988).

335 להבחנה בין שני ההיבטים, ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 47 (2003).

336 על פרשנות דינמית, ראו William N. Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation (1994).

337 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 335, בעמ' 81. ראו גם Francis A.R. Bennion, Statutory Interpretation 762 (4th ed., 2002).

338 ברק פרשנות תכליתית במשפט, שם, בעמ' 81.

”באמצעותה ניתן לדבר החקיקה פירוש מודרני התואם את הצרכים המודרניים. לשון החוק נשארה כשהיתה, אך מובנה שונה כדי להתאים את החוק לתנאים המודרניים. כך, למשל, חוק שנחקק בתקופה שבה שלט משטר שאינו דמוקרטי פורש, עם שינוי השלטון ועליית הדמוקרטיה, על-פי הערכים הדמוקרטיים. הפער בין החיים למשפט צומצם. אך מעבר לכך, באמצעות הפרשנות – ותוך הבנת התכלית (האובייקטיבית) של הטקסט – מחדרים עקרונות יסוד חדשים לשיטת המשפט.”

דוגמה לגישה פרשנית זו בישראל הוא הפירוש שנתן בית המשפט העליון לחקיקה שנחקקה בארץ ישראל בתקופת השלטון הבריטי. בכמה פסקי דין ציין בית המשפט העליון כי החקיקה הישנה – שתוקפה נשמר אחרי קום המדינה – תתפרש לא על-פי מטרותיה ההיסטוריות אלא על-פי ערכי היסוד של המדינה החדשה.³³⁹ על כן חקיקה מנדטורית המגבילה את חופש הביטוי אינה מתפרשת על-פי כוונתם של יוצרי החקיקה בעת יצירתה אלא על-פי ערכיה של ישראל בעת הפירוש. האיזון הפרשני אף הוא משתלב בגישה פרשנית זו ומתבקש ממנה. התכלית של החוק – ישן או חדש – נקבעת על-פי האיזון המידתי בין העקרונות המתנגשים על-פי תפיסתם בעת הפירוש.³⁴⁰ האם גישה זו חלה גם לעניין זיהוי תכליתה של החקיקה לעניין חוקתיותה?

(ג) ההיבט החוקתי

בהקשר של פסקת ההגבלה, אופייה הסובייקטיבי או האובייקטיבי של התכלית אינו הקשר פרשני. איננו עוסקים בשאלה כיצד להבין את החוק הישן. השאלה שלפנינו הינה בעיה של חוקתיות. אנו עוסקים בשאלה אם חוקתיותו של חוק, שבעת חקיקתו נחקק מתוך מטרה שאינה ראויה, תיקבע על יסוד מטרתו ההיסטורית (שאינה ראויה), או על בסיס מטרתו המודרנית (הראויה) או על בסיס שתיהן גם יחד.³⁴¹ נקודת המוצא הינה כי אמות-המידה לפרשנותו של חוק פוגע אינן זהות בהכרח לאמות-המידה לחוקתיותו של חוק פוגע. שאלות של מובן שונות הן משאלות של תוקף. השיקולים המונחים ביסודו של פירוש אובייקטיבי לחוק אינם זהים לשיקולים המונחים ביסודה של ההתחשבות במטרה ההיסטורית לעניין חוקתיותו. בפירוש החוק אנו מניחים שהמחוקק פעל במסגרת החוקה, ואנו מבקשים לדעת מהו המסר של החוק לבני החברה בעת פירושו.

339 ראו פרשת קול העם, לעיל ה"ש 203, בעמ' 884; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 628 (1989); בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 705, 693 (1992).

340 על פירוש הדין הישן, ראו לעיל עמ' 223.

341 ראו Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE. L. J. 174, 196 (2006).

לעניין זה אנו נעזרים בגישה כי מבין שני פירושים ראויים – ובהנחה שכל שאר התנאים זהים – יש להעדיף פירוש התואם את החוקה.³⁴² לא כן לעניין שאלת החוקתיות. בקביעת חוקתיותו של החוק אנו מבקשים לדעת אם החוק מקיים את הדרישות לחוקתיותו. השאלה הניצבת לפנינו הינה האם תוקפה החוקתי של נורמה פוגעת ייקבע על-פי מטרותיה (הסובייקטיביות) בעת יצירת הנורמה, על-פי מטרותיה (האובייקטיביות) בעת ההכרעה בשאלת החוקתיות או על-פי שתיהן? "שאלות אלה הן קשות – מהקשות שבמשפט החוקתי".³⁴³ מה התשובה להן? נפתח במשפט המשווה.

(ד) משפט השוואתי

(1) קנדה

גישתו הראשונית של בית המשפט העליון של קנדה הייתה כי לעניין חוקתיותו של חוק יש להתחשב במטרה שהלכה למעשה עמדה לנגד עיני המחוקק בעת החקיקה. אין להתחשב בשינויים שהתחוללו בחברה, המבססים את קיומה של מטרה שונה בעת ההכרעה בחוקתיות החוק. בפרשת *Big M*³⁴⁴ נדון חוק שאסר על פתיחת עסק ביום ראשון. בעת חקיקתו, המטרה (הסובייקטיבית) שהונחה ביסודו הייתה דתית. מטרה זו לא נתפסה כראויה בעת בחינת חוקתיותו, אך בעת בחינת החוקתיות המטרה (האובייקטיבית) של אותו חוק הייתה סוציאלית – והיא נתפסה כראויה. השאלה שהתעוררה הייתה על-פי איזו מטרה תיקבע חוקתיותו של החוק. בית המשפט העליון השיב על שאלה זו בקביעה כי יש להתחשב רק במטרה הסובייקטיבית שעמדה הלכה למעשה ביסוד חקיקתו של החוק. בדבריו ציין הנשיא דיקסון (Dickson):³⁴⁵

"Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable."

לא חלף זמן ניכר וההלכה שנקבעה בפרשת *Big M* סויגה. בית המשפט אמנם חזר על עמדתו כי אין להכיר בשינוי מטרות, אך קבע שניתן להכיר בשינויי הדגשה (shift in emphasis). סייג זה נקבע בפרשת *Butler*.³⁴⁶ בפרשה זו נדון חוק שאסר על פרסומי תועבה. בכך פגע החוק בחופש הביטוי. המטרה ההיסטורית שעמדה ביסודו הייתה קידום של ערכים מוסריים. נקבע כי מטרה זו אינה ראויה. עוד נקבע כי על-פי הגישה המודרנית

342 לפירוש התואם את החוקה, ראו לעיל עמ' 52.

343 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 435 (הנשיא ברק).

344 *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

345 שם, בעמ' 335.

346 *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452.

האיסור מגשים שוויון בין המינים – ומטרה זו ראויה היא. בית המשפט קבע כי החוק חוקתי בהתבסס על המטרה המודרנית. בהסבירו זאת ציין השופט סופינקא (Sopinka) כי גם במקור הייתה מטרתו של החוק למנוע נזק הנגרם מדברי תועבה. לדעת בית המשפט, השינוי שהתרחש הוא בתפיסת הנזק, ושינוי זה הוא אך שינוי בהדגשה.

הפעלתו של סייג זה עמדה במרכז פסק הדין בפרשת Zundel.³⁴⁷ בפרשה זו נדונה חוקתיותו של חוק שאסר על הפצה של מידע שקרי. זונדל הורשע בהפרת החוק הפלילי משום שהפיץ ידיעות המכחישות את השואה. נקבע כי החוק פוגע בחופש הביטוי. המטרה המקורית של החוק שאסר על הפצת מידע שקרי הייתה להגן על נכבדי החברה, וזו אינה מטרה ראויה. נקבע, כי מטרתו המודרנית הינה בין השאר להבטיח הרמוניה חברתית – וזוהי מטרה ראויה. האם המעבר מהמטרה המקורית למטרה החדשה נופל לגדר האיסור על שינוי מטרה (shifting objectives) או לגדר הסייג באשר לשינוי הדגשה (shifting in emphasis)? בית המשפט העליון נחלק בתשובתו לשאלה זו. הרוב (מפי השופטת מקלוקלין (McLachlin)) קבע כי המעבר מהמטרה הראשונה (הגנה על נכבדי הקהל) למטרה השנייה (הרמוניה חברתית) הוא אסור שכן יש בו שינוי של המטרה, ואין לראותו כשינוי בהדגשה בלבד. נפסק, על כן, כי החוק אינו חוקתי. דעת המיעוט (השופטים קורי (Cory) ויעקובוצי (Iacobucci)) הייתה כי ביסודו של החוק האוסר על הפצת מידע שקרי עמדה תמיד המטרה של מניעת הנזק הנגרם ממידע שקרי. כל שהמטרה החדשה עושה אינו אלא שינוי בהדגשה ועל כן, לשיטתם, החוק חוקתי.

הוג (Hogg) הסביר את הסייג כהצבת מטרה בעלת רמת הפשטה גבוהה יותר.³⁴⁸ בכך הוא בוודאי צודק. אך השאלה הינה אם המטרה בעלת רמת הפשטה הגבוהה יותר הייתה מטרה שנקבעה הלכה למעשה בעת חקיקת החוק? אם אמנם כך הדבר, כי אז בחירה של רמת ההפשטה הראויה של התכלית עשויה להיחשב כעניין של הדגשה. לא כן אם המטרה שברמת ההפשטה הגבוהה היא מטרה חדשה שלא הייתה בעבר. התחשבות במטרה חדשה כזו מהווה הכרה בשינוי מטרה והתחשבות כזו נשללה בפרשת Big M.

(2) דרום-אפריקה

הבעיה התעוררה בדרום-אפריקה בפרשת Jordan.³⁴⁹ בפרשה זו נדונה שאלת חוקתיותו של חוק שאסר על ניהול בית בושת. חקיקתו של החוק ביקשה להגשים תפיסה מוסרית. תפיסה זו נראתה לא ראויה בעת הדיון, שכן היא לא עולה בקנה אחד עם ערכיה של חברה פלורליסטית. עם זאת, בית המשפט (מפי השופטים אורגן (O'Regan) וזקס (Sachs)) סבר כי ניתן ליתן לחוק מטרה "מודרנית" שעניינה הפיקוח על הסחר במין. לדעת השופטים זוהי

347 פרשת Zundel, לעיל ה"ש 307.

348 ראו HOGG, לעיל ה"ש 15, בעמ' 137.

349 S. v. Jordan, 2002 (6) SA 642.

מטרה ראויה בחברה דמוקרטית. בפרשת *Moseneke*³⁵⁰ הגיע בית המשפט למסקנה שונה. במקרה זה נדונה חוקתיותו של חוק שהבחין, לצורכי ירושה ללא יורשים, בין רכוש של שחורים לבין רכוש של לבנים. בית המשפט החוקתי החליט כי חוק זה טבוע כה עמוק במשטר האפרטהייד עד שאין להכשירו על ידי חיפוש מטרה מודרנית ראויה. השאלה שטרם נפתרה בדרום-אפריקה הינה היכן ייקבע הגבול בין שתי גישות אלה. האם מידת הסטייה ממהותה הראויה של המטרה היא הקובעת? לאחר שהביאו משתי פרשות אלה ציינו וולמן ובוטה:³⁵¹

“[I]t must also remain on guard that less overt or pernicious forms of discrimination – or state support for particular traditions, religions or worldviews that marginalize smaller, more vulnerable groups – may be countenanced in the name of new, ostensibly unproblematic purpose.”

(3) ארצות-הברית

(אא) היעדר פתרון אחיד

המשפט האמריקני אינו נותן פתרון אחיד וכולל לשאלה אם המטרה הראויה לעניין חוקתיות החוק נקבעת על-פי מבחנים סובייקטיביים או על-פי מבחנים אובייקטיביים.³⁵² כמו בשאלות אחרות הקשורות לזכויות החוקתיות, המשפט האמריקני מבחין בין שלוש רמות של בדיקה (levels of scrutiny).³⁵³ פתרון הבעיה שלפנינו משתנה על-פי אותן שלוש רמות. אין אפוא תאוריה כללית אלא כל זכות נבחנת על-פי העמדה המיוחדת לה, הנגזרת ממיקומה ברמת הבדיקה.

(בב) רמת הבדיקה המינימלית (Minimal scrutiny)

רמת בדיקה זו חלה על כל הזכויות שאינן נופלות לגדר רמות הבדיקה הגבוהות יותר. נכללות בה זכויות כלכליות, זכויות הקניין והזכות לאי-הפליה שלא על בסיס הבחנה חשודה (גזע, מושב) או מעין-חשודה (מין, גיל). כאשר נורמה מגבילה זכות המשתייכת לרמת

350 Moseneke v. The Master, 2001 (2) SA 18 (CC).

351 Woolman & Botha, לעיל ה"ש 29, בעמ' 78.

352 John H. Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, 79 YALE L.J. 1205 (1970); Paul Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, SUP. CT. REV. 95 (1971); Lawrence A. Alexander, *Introduction: Motivation and Constitutionality*, 15 SAN DIEGO L. REV. 925 (1978).

353 ראו לעיל עמ' 351, ולהלן עמ' 601.

בחינה זו נדרש כי מטרתה של הנורמה תהיה לגיטימית (legitimate governmental purpose).³⁵⁴ כל מטרה שאינה נוגדת את החוקה נופלת למסגרת זו. האם נדרש כי המטרה הראויה עמדה הלכה למעשה לנגד עיני המחוקקים? האם ניתן להסתפק בכך שהמטרה נתפסת כראויה בעת הפירוש? תשובתו של המשפט האמריקני הינה כי הכוונות הסובייקטיביות אינן מעלות ואינן מורידות. הקובע הוא קיומה ה"אובייקטיבי" של מטרה לגיטימית. עמד על כך השופט רנקוויסט (Rehnquist) באחת הפרשות:³⁵⁵

"Where, as here, there are plausible reasons for Congress' action, our inquiry is at an end. It is, of course, 'Constitutionally irrelevant whether this reasoning in fact underlay the legislative decision' ...because this Court has never insisted that a legislative body articulate its reasons for enacting a statute."

על כן, די בכך שניתן להעניק לנורמה הפוגעת מטרה לגיטימית, ואין כל חשיבות לשאלה אם מטרה זו עמדה לנגד עיני המחוקק. על כן, כדי להצליח בטענה כי המטרה אינה ראויה יש לשלול את קיומה של כל מטרה לגיטימית אפשרית. עמד על כך השופט תומס (Thomas):³⁵⁶

"[T]hose attacking the rationality of the legislative classification have the burden 'to negative every conceivable basis which might support it' ... [B]ecause we never require a legislature to articulate its reasons for enacting a statute, it is entirely irrelevant for constitutional purposes whether the conceived reason for the challenged distinction actually motivated the legislature... [A] legislative choice is not subject to courtroom fact finding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data."

רק במקרים מעטים נכשלה החקיקה בבדיקה זו.

(גג) רמות הבדיקה האחרות

רמת הבדיקה החמורה ביותר חלה במקרה של הפליה "חשודה" (suspect) על בסיס מושב או גזע או על בסיס פגיעה בזכויות היסוד בעניין חופש הביטוי (למעט ביטוי מסחרי

354 ראו, ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 677 (3rd ed., 2006).

355 United States. R. Retirement Bd. v. Fritz, 449 U.S. 166, 179 (1980).

356 F.C.C. v. Beach Communications, 508 U.S. 307, 315 (1993).

או שיקולי תכנון ובניה (zoning) לעניין ביטוי פורנוגרפי), חופש דת, חופש תנועה וזכות בחירה.³⁵⁷ ברמת בדיקה זו נדרש כי החקיקה תגשים מטרות חיוניות (compelling state interest), צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest).³⁵⁸ רמת הבדיקה הבינונית חלה במקרה של הפליה "מעין חשודה" (quasi suspect) על בסיס מין וגיל, וכן על בסיס פגיעה בחופש הביטוי המסחרי או שיקולי תכנון ובניה בשל ביטוי פורנוגרפי. נדרש בה כי החקיקה תגשים מטרות חברתיות חשובות (important governmental objectives).³⁵⁹

בכל המקרים האלה יש להראות – לעניין מרכיב המטרה שבו אנו דנים עתה – כי ההגבלה של הזכות החוקתית מקיימת את הדרישות שהציב הדין לעניין תנאי המטרה. לעניין זה השאלה הינה אם מטרתו של המחוקק (כעניין סובייקטיבי) הייתה להגשים מטרות אלה – או שמא די בכך שהחוק (כעניין אובייקטיבי) מגשים מטרות אלה? שאלות אלה התעוררו בכל חומרתן כשהזכות הנפגעת הייתה השוויון. האם יש להראות כי מטרתו של המחוקק הייתה להפלות ולא לקדם את האינטרס החברתי הנדרש, או שמא די בתוצאה המפלה?

לשאלתנו הכללית – רלוונטיות הכוונה בבדיקה שרמתה מעבר למינימלית – אין תשובה כללית. התשובה משתנה על-פי הזכות הנפגעת, ואף בגדריה של זכות נתונה היא משתנה על-פי הבחנות שנתקבלו במשך השנים. נבחן אפוא שאלה זו בהקשרן של שתי זכויות הנופלות לגדרי המבחן החמור ביותר. הזכויות שנדון בהן הן איסור ההפליה וחופש הביטוי. שתי זכויות אלה שייכות לרמת הבדיקה המחמירה והקפדנית ביותר (strict scrutiny). האם הכוונה של המחוקק רלוונטית בקביעת קיומה של מטרה חיונית, צורך חברתי לוחץ או עניין חברתי מהותי?

(דד) רלוונטיות הכוונה בפגיעה בשוויון

ההיסטוריה האמריקנית מכתובה את הטיפול של המשפט האמריקני בזכות זו. עד למלחמת האזרחים הייתה העבדות נפוצה בדרום. עם סיום מלחמת האזרחים (ב-1865) תוקנה החוקה. התיקון ה-13 אסר על העבדות (slavery). שלוש שנים לאחר מכן (1868) תוקנה החוקה פעם נוספת, והתיקון ה-14 הבטיח את השוויון בפני החוק (equal protection of the laws). הפסיקה קבעה כי מטרתו של חוק הפוגע בשוויון תיבחן ברמת הבדיקה החוקתית החמורה ביותר.³⁶⁰ נקבע כי רק מטרה חיונית (compelling), צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial) עשויים להצדיק פגיעה

357 ראו להלן עמ' 602.

358 ראו להלן עמ' 602.

359 ראו להלן עמ' 603.

360 ראו Tribe, לעיל ה"ש 334, בעמ' 145.

בזכות לשוויון, ובלבד כמובן שמתקיים גם מרכיב האמצעים בו נדרון בהמשך.³⁶¹ הטעם העיקרי – אך לא היחיד – שניתן לתיקון ה־14 בענייננו הוא מניעת הפליה על בסיס גזע. מה דינה של מטרה הפוגעת לכאורה בשוויון? המשפט האמריקני מבחין בין שני מצבים עיקריים של מטרת הפוגעות לכאורה בשוויון.³⁶² במצב האחד הפגיעה הלכאורית בשוויון עולה מלשון החוק עצמו (on the face of the law). זה המצב כשהחוק קובע סיווג על בסיס גזע. במצב האחר החוק על פניו הוא ניטרלי (facially neutral law), אך מטרתו (purpose) או תוצאתו (impact) פוגעות לכאורה בשוויון.

גישתו של המשפט האמריקני הינה כי חוק המבסס סיווג גזעי ייבחן במסגרת הבדיקה המחמירה והקפדנית (ה־strict scrutiny).³⁶³ החוק יינצל מאי־חוקתיות רק אם יוכח, במרכיב המטרה, כי נחקק למטרה חיונית, לצורך חברתי לוחץ, או בשל עניין חברתי מהותי. מטרה מפלה (במובן הסובייקטיבי) עשויה לשלול את קיומה של המטרה הנדרשת.

מה דינו של חוק שעל פניו הוא ניטרלי? חוק כזה ייכנס למסגרת הבדיקה הנוקשה רק אם לכאורה מתקיימים בו במצטבר שני התנאים הבאים:³⁶⁴ ראשית, מטרתו (הסובייקטיבית) של החוק היא מפלה; שנית, תוצאתו של החוק מפלה. לא די בקיומו של אחד משני התנאים. אם רק אחד משניהם מתקיים יועמד החוק לבדיקה ברמה המינימלית.

מתי מטרתו של החוק היא מפלה? על־פי המשפט האמריקני מטרה היא מפלה כאשר לחברי הגוף המחוקק הייתה כוונה להפלות. לא די בכך שהם היו מצפים לכך שלחוק יהיו תוצאות מפלות, ולא די בכך שהם גילו חוסר־אכפתיות בעניין זה. נדרשת כוונה מפלה. הלכה זו נקבעה בפרשת *Feeney*.³⁶⁵ במקרה זה קבע חוק של אחת המדינות עדיפות בקבלה לעבודה ליוצאי צבא. יותר מ־98% מיוצאי הצבא היו גברים. התוצאה הייתה הפליה של נשים בקבלה לעבודה. בית המשפט קבע כי חרף האפקט המפלה המטרה לא הייתה להפלות שכן לא הייתה כוונה להפלות. כך כתב השופט סטיוארט (Stewart):³⁶⁶

“‘Discriminatory purpose’... implies more than intent as volition or intent as awareness of consequences. It implies that the decisionmaker, in this case a state legislature, selected or reaffirmed a particular course of action at least in part ‘because of’ not merely ‘in spite of’, its adverse effects upon an identifiable group.”

361 ראו להלן עמ' 602.

362 ראו LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1502 (3rd ed., 2000).

363 ראו Richard H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007).

364 ראו CHEMERINSKY, לעיל ה"ש 354, בעמ' 710.

365 *Personnel Adm'r of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979).

366 שם, בעמ' 279.

כניסתו של חוק לרמת הבדיקה הנוקשה אינה סוף פסוק. החוק יוכל לצאת מבדיקה זו כשהוא חוקתי. משמעות הדבר הינה, בעיקרה, כי הזכות לא הופרה. לשם כך עליו לקיים את התנאים הנדרשים בבדיקה החמורה. לעניין מרכיב המטרה נדרש כי מטרתו של החוק היא חיונית, "לוחצת" או מהותית. לעניין מרכיב האמצעים נדרש כי אלה יהיו הכרחיים (necessary) להשגת המטרה ומנוסחים בצמצום להשגתה (narrowly tailored). מובן כי קיומה של מטרה מפלה לכאורה עשוי לעתים קרובות לשמש ראיה לכך שהמטרה הנדרשת אינה מתקיימת. עם זאת, אין זו ראיה חלוטה.

(הה) רלוונטיות הכוונה בפגיעה בחופש הביטוי

חופש הביטוי, על-פי התיקון הראשון לחוקה, זכה לפסיקה מקיפה.³⁶⁷ הבחנת יסוד הינה בין פגיעה לכאורה בחופש הביטוי בשל תוכנו של הביטוי (content based) לבין פגיעה לכאורה בחופש הביטוי ללא קשר לתוכנו של הביטוי (content neutral). במקרה הראשון (פגיעה בחופש הביטוי בשל תוכנו של הביטוי, כגון פורנוגרפיה) נתון החוק לבדיקה מחמירה וקפדנית (strict scrutiny). במקרה השני (פגיעה בחופש הביטוי ללא קשר לתוכנו של הביטוי, כגון הגבלות של מקום, זמן ודרכי הגשמת הביטוי) החוק נתון לבדיקה בינונית ולעתים אף לבדיקה מינימלית. בקטגוריה השנייה נופל גם חוק שאמנם פוגע בביטוי בשל תוכנו אך מטרתו אינה לפגוע בביטוי אלא להשיג מטרת חברתיות לגיטימיות (כגון הגנה על שלום הציבור). על כן, חקיקה הקובעת כי אין לנהל בית קולנוע המראה סרטים פורנוגרפיים בקרבת בתי ספר, כנסיות או בתי מגורים הינה חוקתית: מטרתו של החוק היא להסדיר את התוצאות המשניות (secondary effects) של הביטוי ולא את הביטוי עצמו.³⁶⁸ כיצד נקבע אם החוק פוגע בחופש הביטוי בשל תוכנו אם לאו? הפסיקה מבחינה בין שני מצבים של חוקים פוגעים בחופש הביטוי בשל תוכנם. במצב הראשון ניתן ללמוד מלשון החוק עצמו על כך שהפגיעה בחופש הביטוי היא בשל תוכנו (facial content based). למסגרת זו נופלת חקיקה האוסרת על פורנוגרפיה. במצב השני לשון החוק היא ניטרלית (facial content neutral), אך מטרתו הינה לפגוע בחופש הביטוי בשל תוכנו של הביטוי. בשני המקרים מטרתו של החוק היא מכרעת. במקרה הראשון (לשון החוק מצביעה על פגיעה בחופש הביטוי בשל תוכנו) המטרה היא הקובעת אם ביסוד החוק עומד רצון לפגוע בחופש הביטוי או שמא מטרתו הינה להסדיר את התוצאות המשניות של הביטוי. במקרה

367 ראו Tribe, לעיל ה"ש 334, בעמ' 785. ראו גם THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION (1970); FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY (1982); HARRY KALVEN, A WORTHY TRADITION: FREEDOM OF SPEECH IN AMERICA (1988); STEVEN SHIFFRIN, THE FIRST AMENDMENT, DEMOCRACY AND ROMANCE (1990).

368 ראו Chemerinsky, לעיל ה"ש 354, בעמ' 937.

השני (לשון ניטרלית) מטרתו של החוק היא המסירה ממנו את הלוט הניטרלי ומכפיפה אותו לבדיקה נוקשה.

במסגרת הבדיקה המחמירה והקפדנית, חוק שלכאורה פוגע בחופש הביטוי עשוי לעמוד בבחינה חוקתית אם הוא נחקק למטרה חיונית, לצורך חברתי לוחץ או להגשמת עניין חברתי מהותי. כדי להשיב על השאלה אם מטרת אלה מתקיימות נבחנת גם הכוונה של יוצרי החוק. עמד על כך השופט פאול (Powell) בציינו:³⁶⁹

“[A] law will not pass Constitutional muster if the... purpose articulated by the legislature is merely a ‘sham’.”

טרייב (Tribe) סיכם סוגיה זו בוו הלשון:³⁷⁰

“In the first amendment context, the Supreme Court has been willing to inquire regarding – and to strike down executive and administrative actions on the basis of – what it determines to be improper motives or purposes.”

מסקנה זו אינה נקייה מספקות. רבים הם פסקי הדין – בתחום של חופש הביטוי, כמו גם בתחומים אחרים – שבהם נקבע כי חוקתיותו של חוק לא תלויה במניע או במטרה שהביאו לחקיקתו.³⁷¹

(ה) ישראל

שאלת הרלוונטיות של הכוונה או המניע של המחוקקים לעניין חוקתיות החוק התעוררה בפרשת בנק המזרחי המאוחד. הנשיא לשעבר מ' שמגר עמד על משמעותו של הביטוי “נועד לתכלית ראויה” בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:³⁷²

“התכלית הראויה צריכה לעלות בעת בחינתה על-ידי בית המשפט. לעניין זה בית המשפט אינו כפות רק על-ידי התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק. אכן, חזקה על המחוקק שפעל בתום לב, ומכל מקום אין מתחקקים אחר מניעים סמויים של הפרטים המרכיבים את הרשות המחוקקת, להבדיל מן התכלית שעמדה נגד עיני המחוקק, כרשות שלטונית קולקטיבית... בית

369 Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 64 (1985).

370 ראו TRIBE, לעיל ה"ש 334, בעמ' 816.

371 ראו TRIBE, שם, בעמ' 819. ראו גם Elena United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968); Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996).

372 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 343.

המשפט בודק את התכלית שהנחתה את המחוקק, כביטוייה בהנמקתו של מי שהציע את החוק ובדעת הרוב כפי שהתגבשה. עם זאת, ייתכן גם שהיא מתגלית לנגד עיניו רק בעת בדיקתו של הנוסח הסופי של החוק ושל השלכותיו.

על-פי גישתו של הנשיא שמגר, אף שאין להתחשב במניעים של חברי הגוף המחוקק, יש להתחשב בתכלית שעמדה לנגד עיני הגוף המחוקק ואושרה על ידו. בפסק דיני ציינתי כי גישתו של הנשיא שמגר אינה הגישה היחידה האפשרית. בשל הקושי הרב הכרוך בסוגיה, ולאור היעדר הצורך להכריע בה באותה פרשה, ביקשתי להשאיר את השאלה בצריך עיון. לאחר שהבאתי את גישתו של חברי הוספתי:³⁷³

“גישה זו שנויה היא במחלוקת בספרות ההשוואתית. יש הסבורים, כי לעניין קביעת חוקתיותו של חוק – בדומה לקביעת חוקתיותה של תקנה (בטענה שהיא הותקנה מתוך מניע פסול) – יש להתחשב בתכלית ההיסטורית שעמדה לנגד עיני המחוקק, ובה בלבד. אחרים סבורים, כי יש להתחשב הן בתכלית ההיסטורית והן בתכלית המודרנית. זאת ועוד: אם מתחשבים בתכלית הסובייקטיבית, מתעוררת הבעיה של בחינת המניע של המחוקק. חברי הנשיא קובע כי ‘אין מתחקים אחר מניעים סמויים של הפרטים המרכיבים את הרשות המחוקקת’. לכך יש כמובן להסכים. אך היש להתחשב במניעים גלויים של חברי הכנסת? עניין זה שנוי הוא במחלוקת בספרות החוקתית ההשוואתית. כיצד ניתן להוכיח כי חקיקה נעשתה מתוך מניע פסול (כגון מניע מפלה) אם אין מאפשרים הוכחתו של המניע? כמובן, מתעוררות שאלות קשות ביותר באשר לדרכי ההוכחה. לבסוף, חברי מדגיש את התכלית, ומוסיף, אגב אורחה, כי שוקלים את התכלית מול הפגיעה ומשמעותה. אף כאן מתעוררות בעיות קשות ביותר. יש הסבורים שרק התכלית קובעת ואין להתחשב בפגיעה. מניע פסול שולל את תוקף החקיקה גם אם תוצאתה טובה. אחרים סבורים כי המכריע הוא האפקט של החקיקה ולא תכליתה... כאמור, שאלות אלה הן קשות – מהקשות שבמשפט החוקתי. אין לנו ניסיון בטיפול בהן. אני מציע שנשאיר אותן בצריך עיון.”

השופטים האחרים לא נקטו עמדה בשאלה זו. מאז פרשה זו, לא התעוררה השאלה מחדש בפני בית המשפט העליון. נראה, אפוא, כי טרם נפלה הכרעה בשאלת “הכוונה” של המחוקק במשפט הישראלי.

3. הפתרון הראוי

(א) זיהוי המטרה הראויה: מבחן סובייקטיבי-אובייקטיבי

הנחת המוצא הינה כי חוק מסוים מגביל זכות חוקתית. חוק זה הוא חוקתי רק אם ההגבלה היא למטרות ראויות. עמדתי על המבחנים השונים שעל-פיהם נקבע מה הן אותן מטרות ראויות. עתה יש לעבור לרמה התת-חוקתית. השאלה הניצבת לפנינו הינה אם הבחינה של המטרות הראויות נעשית על-פי אמת-מידה סובייקטיבית (כוונתו של המחוקק הייתה להגשים את המטרות הראויות), על-פי אמת-מידה אובייקטיבית (תכליתו של החוק כפי שהיא מובנת לפרשן בעת ההכרעה בשאלת החוקתיות) או על-פי שתיהן? במתן תשובה לשאלה זו איננו עוסקים בשאלה מה מובנו של החוק הפוגע. השאלה שלפנינו אינה פרשנית.³⁷⁴ אנו עוסקים בשאלה האם החוק הפוגע הוא מידתי. השאלה שלפנינו היא חוקתית. אין כל מניעה להגיע למסקנה כי לעניין פרשנותו של החוק הפוגע אין להזקק למטרה הסובייקטיבית, ויש לפרש החוק באופן דינמי על-פי מטרתו האובייקטיבית. לעומת זאת, לעניין חוקתיות של החוק הפוגע, יש לקבוע את מטרתו הסובייקטיבית.

לדעתי התשובה הראויה הינה כי מטרתו של החוק הפוגע צריכה להיות ראויה הן על-פי מבחן סובייקטיבי והן על-פי מבחן אובייקטיבי.³⁷⁵ גישתי זו חלה לעניין הגבלתן של כל הזכויות החוקתיות כולן. שלא כמו במשפט החוקתי האמריקני, איני מבחין בין הזכויות השונות. על-פי גישה זו, מטרה היא ראויה אם כוונתו של המחוקק בעת החקיקה הייתה להגשים את המטרה הראויה ואם מטרתו של החוק בעת הפירוש מגשימה מטרה זו. אם כוונתם של יוצרי החוק לא הייתה להגשמת המטרה הראויה, החוק אינו חוקתי גם אם מטרתו בעת הפירוש מגשימה מטרה ראויה. בדומה, אם מטרתו של החוק – כפי שהיא מובנת לפרשן בעת ההכרעה בשאלת החוקתיות – אינה מגשימה את המטרה הראויה, החוק אינו חוקתי גם אם כוונת יוצריו הייתה להגשים מטרה ראויה.

(ב) הטעמים המונחים ביסוד הגישה הסובייקטיבית-אובייקטיבית

ביסוד גישתי מונחת התפיסה כי הדרישות בעניין היותה של המטרה ראויה מכוונות כלפי יוצריהן של נורמות הפוגעות בזכויות האדם. הן מכוונות, על כן, בראש וראשונה, כלפי המחוקק. הוא אמור לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות האדם רק אם חוקים אלה הם למטרות ראויות. כאשר המחוקק מודע לכך שמטרתו של חוק אינה ראויה, עליו להימנע מחקיקתו. אל לו לסמוך על כך שהמובן האובייקטיבי שיינתן לחוק יהא למטרה ראויה. אכן,

374 ראו לעיל עמ' 98.

375 ראו PULIDO, לעיל ה"ש 33, בעמ' 718. לגישה שונה, ראו Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, לעיל ה"ש 341. בפרשת אורון, לעיל ה"ש 31 נבחנה מטרתו של החוק הפוגע הן על פי מבחן סובייקטיבי והן על פי מבחן אובייקטיבי.

הכרה בפתח מילוט זה ישחרר את המחוקק מהצורך לבחון את כוונותיו שלו והוא עשוי להוות עידוד לחקיקה שלא למטרות ראויות. מחוקק שכוונותיו מפלות יחוקק חוקים שעל פניהם הם ניטרליים – ובכך ישיג מטרות שאינן ראויות. זאת יש למנוע. אכן, אם לוקחים את מרכיב המטרות ברצינות, אין להכיר במטרות לא ראויות המתחפשות למטרות ראויות באמצעות לשון ניטרלית. יש לחשוף את האמת ולמנוע ממחוקק שמטרותיו אינן ראויות מלהגשימן. עמד על כך טרייב (Tribe) לעניין הפגיעה בחופש הביטוי:³⁷⁶

“If the first amendment requires an extraordinary justification of government action which is aimed at ideas or information that government does not like, the constitutional guarantee should not be avoidable by government action which seeks to attain that unconstitutional objective under some other guise.”

האין להסתפק אך בכוונה הסובייקטיבית? שאלה זו מתעוררת בכל המקרים שבהם הכוונה של המחוקקים הייתה לקידום מטרות ראויות. במצב דברים זה – האין להסתפק בכוונה זו? מדוע יש לבחון את מטרתו האובייקטיבית של החוק בעת הפירוש? תשובתי הינה כי כל אחת מהבדיקות ממלאת תפקיד שונה. הבדיקה של הכוונה בעת החקיקה נועדה למנוע את חקיקתו של חוק הפוגע מטעמים לא ראויים בזכות חוקתית. הבדיקה של המטרה בעת הפירוש נועדה להגן על זכויות האדם במשך כל חייו של החוק. לא די בכך שהחוק נולד מתוך כוונה ראויה. כך הדין לעניין שאר יסודותיה של המידתיות,³⁷⁷ וכך צריך להיות הדין לעניין המטרה. אכן, התפיסה הינה כי במשך כל חייה צריכה הנורמה הפוגעת בזכות חוקתית למלא את דרישות המידתיות.

(ג) טיעונים נגדיים

הטיעונים העיקריים נגד עמדתי הם שלושה: ראשית, לגוף רב-משתתפים כמו המחוקק אין “כוונה”. מושג הכוונה הוא עניין “אנושי” וניתן לייחסו לפרט, כגון כוונה של המצווה בצוואה או כוונה של שר בחקיקת-משנה. לא כן בגוף רב-משתתפים. בגוף כזה אין כל משמעות לכוונה. עמדתי בהרחבה על טיעון זה בהקשר הפרשני.³⁷⁸ גם בפרשנותו של חוק – ולא רק בעניין חוקתיותו – נשמעת הטענה כי אין לפרש חוק על-פי כוונת המחוקק, שכן זיהויה של כוונה זו אינו אפשרי. לא קיבלתי גישה זו לעניין פרשנותו של חוק, ואיני מקבל אותה לעניין בחינת חוקתיותו של חוק. אמת, איתור הכוונה של גוף רב-משתתפים כמו

376 Tribe, לעיל ה"ש 334, בעמ' 814.

377 ראו להלן עמ' 384 (לעניין הקשר הרצינוני); עמ' 409 (לעניין הצורך).

378 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 335, בעמ' 177.

מחוקק הוא עניין סבוך. מקובל עלי כי המניעים של חבר פרלמנט זה או אחר אינם רלוונטיים. הקובע הוא הכוונה המצרפית של המחוקק. כוונה זו היא תוצר המשא והמתן של חבריו השונים וההסכמה שאליה הגיעו. היא הרצון המשותף שהביא לחקיקת החוק.³⁷⁹ אכן, במשטר דמוקרטי בעל מבנה פוליטי ראוי, חברי הגוף המחוקק מגבשים מטרה.³⁸⁰ אם הם מגיעים לכדי הסכמה ויש להם רוב, הם מצביעים ומקבלים חוק המגשים לדעתם את מטרתם. מטרה זו ניתנת לזיהוי וניתן להשוותה למטרה הראויה של החוק. אם אין ביניהם התאמה החוק אינו למטרה ראויה. אכן, שלילת קיומה של כוונה חקיקתית כמוה כשלילת רעיון החקיקה עצמה. אמת, לעתים קרובות חקיקתו של חוק היא פרי של משא ומתן בין חברי הגוף המחוקק, תוך שהמניעים האישיים של חבריו והמטרות החברתיות הניצבות ביסודו אינם זהים. מכאן, שאין לחפש אחר המניעים שהניעו את חברי הגוף המחוקק להצביע בעד החוק. מכאן ועד לקביעה שאין כוונה חקיקתית הדרך ארוכה. כוונתו של החוק היא המטרה שביקשו להגשים, ואשר זכתה לרוב הדרוש.

הטיעון השני נגד עמדתי מתמקד באותו חוק שבעת חקיקתו הייתה כוונתו בלתי-ראויה, אך עתה ניתן להעניק לו מטרה (אובייקטיבית) ראויה. בחוק כזה, כך נטען, אין טעם בבחינת הכוונה, שכן גם אם ייפסל אפשר יהיה לחזור ולחוקקו. או אז – מה הועילו החכמים בקביעתם שהחוק אינו חוקתי?³⁸¹ תשובתי הינה כי החכמים הועילו רבות בקביעתם. ראשית, אין כל ודאות שבכוונתו החדשה יהיה לחוק זה רוב בגוף המחוקק; שנית, עד כמה שהחוק בוטל בשל כוונתו הפסולה, הדבר עשוי להרתיע את המחוקק מחקיקתו המחודשת. ודאי כך אם יש חשש שהכוונה הפסולה – עד כמה שיש כזו – תתגלה גם בחוק החדש.³⁸² הטיעון השלישי נגד עמדתי מתבסס על הקשיים בהוכחת הכוונה של גוף רב-משתתפים. על-פי הטענה, גם אם באופן תאורטי ניתן לייחס כוונה לגוף רב-משתתפים, הלכה למעשה קשה מאוד לזהות כוונה כזו. טענה זו אין לקבלה. יש דרכים שונות לזיהוי הכוונה של הגוף המחוקק.³⁸³ בתי משפט אמריקניים לא התקשו ללכת בהן במקרים של בחינה מחמירה וקפדנית (strict scrutiny) שבהם הכוונה היא רלוונטית. כך, למשל, כאשר הזכות הנפגעת הינה איסור על הפליה על בסיס גזע, ניתן להסיק מהתוצאה המפלה כי הכוונה הייתה

379 שם, בעמ' 178, וכן אנדרי מרמור "כוונת המחוקק וסמכות החוק" עיוני משפט טז 593 (1991). ראו גם RONALD DWORIN, A MATTER OF PRINCIPLE 48 (1985).

380 BIAN BIX, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY 183 (1993); ראו KENT GREENAWALT, *Are Mental States Relevant for Statutory and Constitutional Interpretation*, 85 CORNELL L. REV. 1609 (2000).

381 ראו TRIBE, לעיל ה"ש 334, בעמ' 821.

382 ראו THEODORE EISENBERG, *Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication*, 52 N.Y.U. L. REV. 36, 116 (1977).

383 ראו TRIBE, לעיל ה"ש 334, בעמ' 823.

מפלה.³⁸⁴ כמו כן ניתן להסיק מההיסטוריה הטרומ-חקיקתית, מההיסטוריה הפרלמנטרית ומההיסטוריה הפוסט-פרלמנטרית על הכוונה שהונחה הלכה למעשה ביסוד החוק. בפרשת *Arlington Heights*, שבה נבחנו הדרכים להוכחת הכוונה המפלה, כתב השופט פאול³⁸⁵: (Powell)

“Determining whether invidious discriminatory purpose was a motivating factor demands a sensitive inquiry into such circumstantial and direct evidence of intent as may be available. The impact of the official action – whether it ‘bears more heavily on one race than another’ – ... may provide an important starting point. Sometimes a clear pattern, unexplainable on grounds other than race, emerges from the effect of the state action even when the governing legislation appears neutral on its face... The evidentiary inquiry is then relatively easy. But such cases are rare... The historical background of the decision is one evidentiary source, particularly if it reveals a series of official action taken for invidious purposes... The specific sequence of events leading up to the challenged decision also may shed some light on the decisionmaker’s purposes... The legislative or administrative history may be highly relevant, especially where there are contemporary statements by members of the decisionmaking body, minutes of its meetings, or reports. In some extraordinary instances the members might be called to the stand at trial to testify concerning the purpose of the official action, although even then such testimony frequently will be barred by privilege.”

כמובן, המדינה תוכל להביא ראיות לסתור.

384 ראו CHEMERINSKY, לעיל ה"ש 354, בעמ' 714.
385 *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Dev. Corp.*, 429 U.S. 252, 266 (1977).

פרק עשירי

קשר רציונלי

א. מאפייניו של מבחן הקשר הרציונלי

(1) תוכנו של מבחן הקשר הרציונלי

מידתיות במובן הרחב בוחנת את הפגיעה בזכות החוקתית מנקודת המבט של חוקתיות המטרות וחוקתיות האמצעים גם יחד. מידתיות במובנה הרגיל מתמקדת במרכיב האמצעים וביחסיו למטרה החוקתית ולזכות החוקתית.¹ במסגרת זו מקובלים בספרות ההשוואתית שלושה מבחני-משנה. הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי (rational connection) או מבחן ההתאמה (fit; Geeignetheit; appropriateness; suitability) ובו אדון בפרק זה. בפרקים שלאחריו אבחן את שני מבחני-המשנה האחרים.

מה דורש מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה? הדרישה הינה כי "האמצעי שהחוק נקט בו מתאים להגשמתה של המטרה שהחוק מבקש להגשימה".² הדרישה היא כי יהא בכוחו של האמצעי שנבחר בחוק כדי להגשים את המטרה שביסוד החוק.³ נדרש כי

- 1 ראו לעיל עמ' 170.
- 2 בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006). ראו גם בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 50 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2008); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פס' 225 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 29.10.2008); בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 47 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009).
- 3 ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 270, 241 (1999); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 776, 728 (1999); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 182, 178 (2000); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 665, 640 (2002); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 279, 235 (2002); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 263, 249 (2003); בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 795, 786 (2003); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 849, 807 (2004); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 550, 481 (2005); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים

השימוש באמצעי יוביל באופן רציונלי להגשמת המטרה.⁴ נדרש אפוא כי האמצעי שנבחר הוא רלוונטי להגשמת המטרה במובן זה שעם חקיקת החוק גדל הסיכוי להגשמת המטרה.⁵ על כן, אם אין בכוחה של הגשמת האמצעי להגשים את מטרת החוק, השימוש באותו אמצעי אינו מידתי. כל נורמה פוגעת חייבת לקיים את הקשר הרציונלי. הנה כמה דוגמאות בפסיקה הישראלית ובזו המשווה:

(א) תיקון בחוק הבזק, התשמ"ב-1982⁶ העניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנה לשידורי רדיו, למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנת רדיו ששידוריה נקלטו במרבית שטחי ישראל. בכך נפגע חופש העיסוק של העותרים, שנמנעה מהם התחרות על השימוש במשור התדרים לשידורי רדיו ארציים. המטרה של התיקון הייתה הגברה של ייצוג תקשורתי פלורליסטי. בית המשפט העליון קבע כי האמצעי שבחר התיקון לחוק הבזק אינו מגשים את המטרה שביסוד התיקון.⁷ אמת-המידה של שידור במשך חמש שנים כלל אינה מכוונת לאתר קבוצות אוכלוסייה בעלות צרכים מיוחדים ולקבוע סדרי עדיפויות ביניהן; לא עוצבה מסגרת המונעת החלה של התיקון לחוק על גופים שאינם מייצגים אוכלוסייה ייעודית כלשהי; לא עוצב מנגנון לאיתור אוכלוסיות ייעודיות הנזקקות לייצוג הולם במפת התקשורת הרדיופונית. בסכמו את עמדת בית המשפט ציין השופט ת' אור:⁸

"מכל זווית שלא נתבונן על נוסח התיקון לחוק, מתבקשת המסקנה כי האמצעי שנקבע בו אינו מוביל להגשמת התכלית החקיקתית האמורה. אין

בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס (1) 38, 62 (2005); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 15.4.2007); עע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, פס' 52 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 24.7.2008); בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפיה נ' שר הביטחון, פס' 30 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2009).

4 ראו בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך והתרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1, 11 (1995); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 436, 221 (1995); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 385, 367 (1997); בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט (2) 876, 890 (2005).

5 ראו CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 726 (2007).

6 במסגרת ס' 27 לחוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה) (תיקון), התשנ"ט-1999, ס"ח 48 (תיקון עקיף לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982).

7 ראו פרשת אורון, לעיל ה"ש 3, עמ' 666.

8 שם.

מיתאם אמיתי כלשהו בין תכליתו הנטענת על ידי המשיבים של התיקון לחוק לבין האמצעים שנקבעו בו לצורך הגשמת תכלית זו.⁹

(ב) בבית ספר פלוני התגלתה תופעה של העתקה בבחינות הבגרות החיצוניות. שר החינוך, התרבות והספורט החליט כי בשל התקיימותה של התופעה בשלוש השנים האחרונות לא ייהנה בית הספר מהאפשרות שניתנה לתלמידים בבתי ספר אחרים שלא להיבחן בבחינת בגרות בשלושה מקצועות הנקבעים מדי שנה בבחירה אקראית ממוחשבת, ותחתם יבואו ציוני המגן בבחינות הפנימיות של בית הספר. בהחלטה שנתן בעתירה שהגישו כמה תלמידים קבע בית המשפט העליון⁹ כי התכלית שעמדה ביסוד החלטת השר הייתה שמירת הטוהר של בחינות הבגרות, כדי להבטיח את אמינותה של תעודת הבגרות המשקפת את ההישגים של בעליה – הינה תכלית ראויה. עם זאת נקבע כי אין קשר רציונלי בין הפגיעה בטוהר המידות שפגעו בעבר לתלמידים שנבחנו בבחינות הבגרות החיצוניות לבין השמירה על טוהר הבחינות של תלמידים הנבכנים השנה. נקבע עוד כי אין קשר רציונלי בין פגיעה בטוהר המידות בבחינות הבגרות החיצוניות לבין פגיעה בטוהר המידות במבכנים הפנימיים. מחד גיסא, השמירה על בחינות הבגרות החיצוניות אינה בידי בית הספר. מאידך גיסא, הבדיקה העלתה כי הציונים המשוקללים הפנימיים של בית הספר נמוכים בשליש מהמקרים מהציונים שהשיגו אותם תלמידים בבחינות הבגרות. על רקע זה קבעתי כי "אין קשר רציונלי בין העתקה בבחינות הבגרות החיצוניות לבין חוסר אמינות הציונים בבחינות הבגרות הפנימיות";¹⁰ אין קשר רציונלי בין האמצעי שננקט לבין המטרה של שמירה על טוהר הבחינות.

(ג) הן על פי החוק בדרום-אפריקה והן על פי החוק בקנדה, מי שמחזיק (תופס) בסם מסוכן חזקה עליו שהוא מחזיק בו לצורכי מסחר. הן בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה¹¹ והן זה של קנדה¹² קבעו כי אין קשר רציונלי בין המטרה (הראויה) של מאבק בסחר בסמים לבין הקביעה בחוק שדי בהחזקת כמות קטנה של סם כדי לקדם המאבק בסחר בסמים.¹³ מכיוון שהחקיקה פגעה בזכות החוקתית לחזקת חפות, נקבע כי אינה חוקתית. בפרשה הקנדית ציין הנשיא דיקסון (Dickson C.J.) כי צריך להיות קשר רציונלי בין החזקה בסם לחזקה (presumption) שזו הייתה לצורכי מסחר.¹⁴ קשר רציונלי כזה אינו מתקיים אם הכמות המוחזקת היא קטנה או שולית. בדרום-אפריקה נדון חוק שקבע חזקה שלפיה כל מי

9 ראו פרשת בן עטייה, לעיל ה"ש 4.

10 שם, בעמ' 14.

11 ראו S v. Bhulwana, 1996 (1) SA 388 (CC).

12 ראו R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103.

13 לביקורת גישה זו, ראו להלן עמ' 377.

14 שם, בעמ' 142. השוו את פסק דינו של בית המשפט העליון של ניו-זילנד בפרשת Hansen v.

The Queen, [2007] NZSC 7.

שנוכח במקום שבו נתפסו כלי נשק אסורים הוא המחזיק בהם. נקבע כי החוק אינו חוקתי שכן הוא פוגע בזכות החוקתית לחזקת חפות בלא שיש קשר רציונלי בין המטרה הראויה של לחימה בהחזקה שלא כדין של נשק לבין נוכחות מקרית במקום שבו נמצא הנשק.¹⁵

(ד) בדרום-אפריקה נדון חוק ששלל מבני זוג בני אותו מין כמה הטבות שבני זוג נשואים זכאים להן. נקבע כי המטרה של החוק הייתה ראויה, שכן היא נועדה להגן על מבנה המשפחה המסורתית. עם זאת קבע בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה כי אין קשר רציונלי בין המטרה ראויה לבין שלילת ההטבות.¹⁶

(ה) חוק קבע כי תנאי לרשיון לציד הוא שלצייד תהא ידיעה טכנית בשימוש בנשק חם. נטען כי החוק אינו חוקתי לעניין צייד הנעשה באמצעות עיט. נפסק¹⁷ כי ההגבלה על חירותו של אדם לפתח את אישיותו אינה מידתית שכן אין קשר רציונלי בין מטרת החוק (הבטחת ביטחון הציבור מפני השימוש בנשק על ידי ציידים) לבין האמצעים שנקטו על ידו – הדרישה לידיעה טכנית בשימוש בנשק חם לעניין צייד על ידי עיט – פעילות שאין בה כל שימוש בנשק, ואשר כל שימוש בנשק ישלול את אפשרות מימושה.

(2) מהותו של הקשר הרציונלי

מבחן-המשנה הראשון אינו דורש כי האמצעי שנבחר הוא האמצעי היחיד שיש בו כדי להגשים את המטרה.¹⁸ "אין הכרח כי יהא אמצעי אחד בלבד המגשים את התכלית הראויה. יתכנו לעתים מספר אמצעים שיש ביניהם ובין המטרה קשר רציונלי."¹⁹ כך, למשל, ניתן לפקח על מקצוע עריכת-הדין בדרכים שונות. ניתן לעשות כן על ידי מסירת הפיקוח לידי עורכי-הדין עצמם (במסגרת לשכה אחת או לשכות אחדות), וניתן לעשות כן על ידי מסירת הפיקוח לגוף שלטוני. קיומן של כמה אפשרויות בעניין זה אינו הופך את האפשרות שנבחרה לחסרת קשר רציונלי להגשמת המטרה. עמדתו על כך בפרשת שטנגר:²⁰

"ברור וגלוי הוא כי קיים קשר רציונלי בין הקמתו של גוף סטטוטורי אשר מפעיל ביקורת ופיקוח על מקצוע עריכת-הדין ודואג כי יישמר כבוד המקצוע לבין חברותם של עורכי-הדין בגוף זה. אמת, אין זה תנאי חיוני להבטחת התכלית האמורה כי עורכי-הדין יהיו חברים בגוף המפקח. קיימים

15 ראו S v. Mbatha, 1996 (2) SA 464.

16 ראו National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs, 2000 (2) SA 1, § 56.

17 ראו BVerfGE 55, 159 (1980).

18 ראו NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW 28 (1996).

19 פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק.

20 פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 796.

בעניין זה מודלים שונים, אשר כולם מקיימים את דרישת ההתאמה בין מטרה לאמצעי.”

הבחירה בין האמצעים הרציונליים השונים אינה נעשית במסגרת מבחן-המשנה הראשון, אלא במבחן-המשנה השני והשלישי.

אין דרישה כי האמצעי שנבחר יגשים את המטרה במלואה.²¹ הגשמה חלקית של המטרה – ובלבד שחלקיות זו אינה שולית או זניחה – מקיימת את הדרישה לקיום קשר רציונלי.²² נדרש אפוא כי האמצעי החקיקתי יקדם “במידה מספקת” את התכלית שבגינה נפגעה הזכות החוקתית,²³ וכי יתקיים “מתאם אמיתי” בין האמצעי הראוי למטרה הראויה.²⁴

השאלה שמבחן הקשר הרציונלי מעוררת אינה אם האמצעי ראוי ונכון או אם יש אמצעים ראויים ונכונים יותר. השאלה הינה אך זו: האם יש באמצעי שנבחר כדי לקדם הלכה למעשה את המטרה (הראויה) שביסוד החוק?²⁵ מבחן זה אינו מתקיים אם האמצעי שנבחר כלל אינו מקדם את המטרה. במקרה כזה ניתן לומר שהמחוקק “החטיא את המטרה”. ודאי שמבחן זה לא מתקיים אם האמצעי שנבחר יפגע בהשגת המטרה. על כן, אם האמצעים אינם מגשימים באופן יעיל את המטרה, אין בכך כדי לשלול את הקשר הרציונלי, ובלבד שחוסר-היעילות אינו מוחלט. חוסר-היעילות חלקי מקיים את מבחן הקשר הרציונלי. על רקע זה ניתן לומר כי ההוראה בעניין “היפוך הנטל” מקיימת את מבחן הקשר הרציונלי, ולו באופן חלקי בלבד,²⁶ שכן ההסתברות שמי שמחזיק בסם מסוכן קשור בסחר בו אינה קלושה. לדעתי, הקושי עם חקיקה ההופכת את נטל ההוכחה אינה לעניין מבחן-המשנה הראשון אלא לעניין שני מבחן-המשנה האחרים.²⁷ אכן, מבחן הקשר הרציונלי אינו דורש

21 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק.

22 ראו EMILIOU, לעיל ה"ש 18, בעמ' 26; PULIDO, לעיל ה"ש 5, בעמ' 723. ראו גם Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L. J. 174, 189 (2006).

23 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק.

24 פרשת אורון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 666. קיים, אפוא, דמיון רב בין דרישה זו, לבין הדרישה ברמת הבריקה המינימלית במשפט האמריקאי, ראו הלן עמ' 603, וכן ERWIN CHERMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 685 (3rd ed., 2006).

25 ראו Rivers, לעיל ה"ש 22, בעמ' 197.

26 שם, בעמ' 181.

27 ראו Victor Tadros & Stephen Tierney, *The Presumption of Innocence and the Human Rights Act*, 67 MOD. L. REV. 402 (2004); David A. Hamer, *The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act*, 66 CAMBRIDGE L. J. 142 (2007).

כי האמצעי שנבחר יגשים את המטרה בצורה היעילה ביותר. די בכך שהוא מקדם את המטרה החקיקתית, גם אם קידום זה אינו היעיל ביותר.²⁸

(3) קשר רציונלי ואמצעי הגזור להשגת המטרה

בכמה פסקי דין בישראל ומחוצה לה הודגש כי לשם קיומו של קשר רציונלי נדרש כי "האמצעי צריך להיות גזור להשגת המטרה".²⁹ עמד על כך הנשיא דיקסון (Dickson C.J.) בפרשת *Oakes*, בצינו כי האמצעי החקיקתי צריך להיות:³⁰

"[C]arefully designed to achieve the objective in question."

גישה זו נכונה עד כמה שה"גזירה" או ההתאמה מכוונת ליכולת של האמצעי להגשים את המטרה. גישה זו אינה נכונה עד כמה שה"גזירה" מכוונת לבחירת האמצעי המתאים ביותר, כלומר: אמצעי שאין בו הרחבת-יתר או צמצום-יתר של הפגיעה. מובן שני זה של "גזירה" אינו קשור למבחן הקשר הרציונלי, שכן הוא מתקיים גם אם החוק מרחיב את הפגיעה או מצמצם אותה יתר על המידה.³¹ מובן שני זה של "גזירה" עשוי להצביע על כך כי המטרה של החוק אינה זו הנטענת על ידי המדינה אלא מטרה אחרת.³² בעיקרו של דבר, מובן זה של "גזירה" קשור למבחן-המשנה השני³³ והשלישי.³⁴ דומה אפוא כי למניעת ערוב מושגי רצוי לא להשתמש ברעיון ה"גזירה" בהקשר של מבחן הקשר הרציונלי.

(4) קשר רציונלי ואמצעים שרירותיים

בפרשת *Oakes* הדגיש הנשיא דיקסון כי כדי לקיים את מבחן-המשנה הראשון אסור שהאמצעים הננקטים יהיו שרירותיים, לא הוגנים או לא רציונליים:³⁵

- 28 ראו HUBERTO AVILA, THEORY OF LEGAL PRINCIPLES 116 (2007).
- 29 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 436; פרשת חורב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 54; פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 840.
- 30 פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 12, פס' 70 לפסק הדין. ראו גם R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713, 770: "The requirement of rational connection calls for an assessment of how well the legislative garment has been tailored to suit its purpose"
- 31 ראו Rivers, לעיל ה"ש 22, בעמ' 188.
- 32 ראו משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297 (2006) Jeremy Kirk, ; *Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality*, 21 MELB. U. L. REV. 1, 4 (1997).
- 33 ראו להלן עמ' 391.
- 34 ראו להלן עמ' 419.
- 35 פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 12, פס' 70 לפסק הדין.

"[T]he measures adopted... must not be arbitrary, unfair, or based on irrational considerations."

עמדה על כך גם השופטת ד' ביניש:³⁶

"ברי כי אל לאמצעי להיות שרירותי, בלתי סביר או בלתי הוגן."

ברוח דומה ציינה השופטת ע' ארבל:³⁷

"ערה אני כמוכן לכך שמבחן משנה זה אינו מסתפק בקיומו של קשר סיבתי טכני גרידא בין האמצעי לתכלית, ולכך שהדרישה לקיומו של קשר רציונאלי מכוונת, בין היתר, לכך שאין לנקוט באמצעי שהוא שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון."

דברים אלה משקפים יפה את מבחן הקשר הרציונלי ככל שהם מכוונים לדרישה כי השיקולים יהיו רציונליים וסבירים. לעומת זאת ספק בעיניי אם דרישת ההגינות נוגעת למבחן-המשנה הראשון. לכאורה, אמצעי יכול להיות לא הוגן ובכל זאת קשור בקשר רציונלי להשגה של המטרה. מובן שהגינותו של אמצעי חשובה היא. אמצעי לא הוגן עשוי לפגוע בזכות לשוויון; אמצעי לא הוגן עשוי שלא לקיים את דרישת המטרה הראויה; הוא עשוי גם שלא לקיים את מבחן-המשנה האחרים של מבחן המידתיות.³⁸ עם זאת, אמצעי לא הוגן עשוי להוביל באופן רציונלי להגשמת המטרה החקיקתית הראויה.

שאלה דומה מתעוררת בעקבות התפיסה כי אמצעי שרירותי אינו מקיים את דרישות הקשר הרציונלי. לעתים אכן זו התוצאה, אך האם זו התוצאה תמיד? שרירותו של האמצעי עשויה כמוכן להצביע על כך שהמטרה אינה ראויה.³⁹ היא עשויה גם שלא לקיים את מבחן-המשנה האחרים, אך אין מתבקשת המסקנה כי בכל מקרה שהאמצעי שרירותי הוא גם לא מקדם את המטרה הראויה. דומה שיש לבחון ביתר פירוט את טעמיה של השרירות ואת תוצאותיה. יהיו היבטים מסוימים של השרירות שיהא בהם כדי לשלול את הקשר הרציונלי בין המטרה להגשמתה. היבטים אחרים של השרירות לא יובילו בהכרח למסקנה זו. רק אותם היבטים של שרירות הקשורים לכוחו של האמצעי להגשים את המטרה, הם

36 פרשת מנחם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 279.

37 פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 3, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ארבל. ראו גם בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 26.6.2006).

38 ראו Kirk, לעיל ה"ש 32, בעמ' 5.

39 ראו גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5, 11 (2008) Kirk; לעיל ה"ש 32, בעמ' 6.

הנוגעים למבחן-המשנה הראשון. היבטים אחרים של השרירות עשויים להיכנס לתחום התחולה של מרכיב המטרה או לזה של מבחני-המשנה האחרים.

ב. מבחן הקשר הרציונלי וחוסר-ודאות עובדתית

(1) הבעיה של חוסר-ודאות עובדתית

חוסר-הוודאות הוא תופעה המוכרת למשפט.⁴⁰ יש לה היבטים שונים ומגוונים. אחד מאותם היבטים עניינו חוסר-הוודאות הקיים לעתים קרובות באשר לאפשרות (העובדתית) להגשים את המטרה (הרצויה) על ידי האמצעי שנבחר. במקרים רבים, האמצעים נבחרים על בסיס הערכת סיכויים (prognosis) והסתברויות באשר להתפתחויות חברתיות, כלכליות ומדיניות. לעתים קרובות, כל אלה אינם מצביעים על ודאות גמורה כי האמצעי שנבחר יגשים את המטרה הראויה. דוגמה לכך עשוי לשמש פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת המועצה האזורית חוף עזה.⁴¹ באותה פרשה נדונה חוקתיותו של חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.⁴² החוק הורה על פינוי ההתיישבות היהודית בחבל עזה. בכך הוא פגע בזכויות חוקתיות של ישראלים לכבוד, לקניין ולעיסוק. נטען כי פגיעה זו אינה חוקתית, בין השאר, משום שאין קשר רציונלי בין הפינוי לבין המטרות הביטחוניות והלאומיות (הראויות) שהמדינה ביקשה להגשים. זו לשון הטענה, כפי שהובאה בפסק דינו של הרוב:⁴³

"האם מתקיים קשר רציונלי בין התכלית המדינית, ביטחונית ולאומית המונחת ביסוד חוק ההתנתקות לבין האמצעי שנבחר על ידי חוק ההתנתקות, הוא הפינוי של הישראלים? עמדת העותרים הינה כי קשר רציונלי נדרש אינו מתקיים. לטענתם, לא רק שהתכנית לא תביא את התועלת שהיא מניחה כי תושג, אלא היא תביא בעקבותיה נזק כבד בכל אחד מיעדיה. האם הדין עם העותרים?"

בהסבירם את הבעייתיות המתעוררת בהקשר למבחן הקשר הרציונלי, ציינו שופטי הרוב:⁴⁴

40 ראו ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY (2006). ראו גם מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223 (2005).
41 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 3.
42 ס"ח 42.
43 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 572.
44 ש.ם.

”המחלוקת בין הצדדים סובבת סביב הערכת ההסתברות להגשמת היעדים של תכנית ההתנתקות. דומה שאיש אינו טוען לוודאות גמורה בתחום מורכב זה. עניין לנו בהערכות של מדיניות ובהערכות לאומיות וביטחוניות התלויות בגורמים רבים שאין שליטה עליהם. עניין לנו בשיקולים פוליצינטיים, כלומר שיקולים שאין להם נקודת אחיזה אחת אלא המבוססים על ריבוי של נקודות אחיזה ועל משתנים שהשלכותיהם רבות ומגוונות. באלה אין כל אפשרות לנקוט אמת מידה הסתברותית חד-ערכית, אלא יש לבחון מגוון של משתנים.”

האם יש בהיעדרה של ודאות גמורה כדי להוביל למסקנה שאין קשר רציונלי בין האמצעי למטרה? האם מבחן הקשר הרציונלי דורש את קיומה של ודאות גמורה? ואם לאו – מהי הדרישה המוצגת על ידי מבחן הקשר הרציונלי?

(2) ודאות הקשר הרציונלי: דחייתן של גישות קיצוניות

גישה קיצונית אחת גורסת כי מבחן הקשר הרציונלי צריך לדרוש ודאות גמורה לכך שהמטרה הראויה תוגשם הלכה למעשה בעזרת האמצעי שנבחר בחוק. גישה זו מגנה באופן מרבי על זכויות האדם. אין לנקוט גישה זו.⁴⁵ היא אינה עולה בקנה אחד עם תפקידן של הרשויות הפוליטיות (המחוקקת והמבצעת) במשטר דמוקרטי. תפקיד זה הינו, בין השאר, לקבוע מדיניות חברתית ולבצעה, גם אם מדיניות זו, מעצם טבעה, מבוססת על מרכיב של חוסר ודאות. אכן, אילו נדרשה ודאות גמורה להצלחה ביישום של מדיניות לא ניתן היה להגשים את מרבית המטרות החברתיות, הכלכליות, הביטחוניות והלאומיות של המדינה. אמת, זכויות האדם מרכזיות לדמוקרטיה, אך אין הן המרכיב היחיד שלה. בצד זכויות האדם יש להכיר גם באינטרסים אחרים שהרשויות הפוליטיות מבקשות להגשים.

גישה קיצונית אחרת גורסת כי מבחן הקשר הרציונלי מתקיים בכל מקרה שבו הרשויות השלטוניות (המחוקקת והמבצעת) סבורות שמתקיים קשר רציונלי. גישה זו מאפשרת כר נרחב להגשמתן המלאה של המטרות הראויות. אף גישה זו אינה ראויה. אין היא עולה בקנה אחד עם מעמדן של זכויות האדם במשטר דמוקרטי. מעמד זה מוביל למסקנה כי אין לאפשר פגיעה בזכויות אדם על בסיס הערכות התלושות מכל מציאות, שתוצאתן – היעדר כל תרומה של האמצעים להגשמת התכלית או תרומה מבוטלת בלבד. אמת, רצון הרוב וצרכיו הם מרכיב מרכזי בדמוקרטיה, אך אין זה מרכיב יחידי. בצד האינטרס הציבורי עומדת זכותו של הפרט. אין לפגוע בה על בסיס הערכות מפוקפקות.

45 ראו EMILIOU, לעיל ה"ש 18, בעמ' 27. ראו גם ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 417 (Julian Rivers trans., 2002).

המסקנה העולה מניתוח זה הינה – וזהו הדין בישראל⁴⁶ ובמשפט המשווה⁴⁷ – כי מבחן הקשר הרציונלי אינו מבוסס על ודאות גמורה לכך שהאמצעי החקיקתי יגשים את המטרה הראויה. עם זאת, אין להסתפק בתרומה שולית בלבד.⁴⁸

(3) קביעת הבסיס העובדתי לקיומו של קשר רציונלי

הערכת קיומו של קשר רציונלי מתבססת על מערכת העובדות שהונחו בפני המחוקק, ועל ההערכה של המחוקק שנתקבלה על בסיס עובדות אלה. ההערכה בדבר קיומו של קשר רציונלי מבוססת על ניסיון החיים המצטבר בחברה נתונה, ועל המידע שהמדע מספק.⁴⁹ זהו בעיקרו של דבר מבחן של היגיון ושל שכל ישר: "הכרעה שיפוטית בעניין ההתאמה או הקשר הרציונלי יכולה לעתים להיעשות תוך בחינת הוראות החוק הפוגע עצמו, תוך הערכה הגיונית המתבססת על ניסיון החיים והשכל הישר";⁵⁰ "ברבים מהמקרים ניתן לבסס את הקשר הרציונלי על ניסיון החיים והשכל הישר. על בסיס אלה ניתן להראות כי החקיקה אינה שרירותית, אלא מבוססת על שיקולים רציונליים".⁵¹ עמדה על כך השופט ב' וילסון (Wilson) מבית המשפט של קנדה:⁵²

"The *Oakes* inquiry into 'rational connection' between objectives and means to attain them requires nothing more than showing that the legitimate and important goals of the legislature are logically furthered by the means government has chosen to adopt."

לעתים אין להסתפק בלשון החוק. "רציונליות דורשת עובדות. 'התאמה', מחייבת נתונים".⁵³ במצב דברים זה, "נדרשת בחינת המציאות החברתית, אשר החוק ביקש לשנותה. המאפיין מקרים אלה הוא, שהערכת ההתאמה או הקשר הרציונלי מצויה במידה כבר בתחום ההערכה באשר לעתיד לבוא. אלה מקרים בהם קיימים מספר משתנים היכולים להשפיע על

- 46 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 47 ראו DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 72 (1994).
- 48 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא ברק: "לא נדרשת, מחד גיסא, ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו, ומאידך גיסא, אין להסתפק בסיון 'קלוש ותיאורתי'".
- 49 ראו PULIDO, לעיל ה"ש 5, עמ' 727.
- 50 פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 51 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 52 Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union, [1991] 2 S.C.R. 211.
- 53 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 509 (השופט לוי) (2005).

ההתאמה הסופית של האמצעי למטרה, ועל הקשר הרציונלי ביניהם. ההתאמה או הקשר הרציונלי נבחנים אז על פי מבחן התוצאה.⁵⁴ כיצד ייקבע קיומו של קשר רציונלי במצב דברים זה?

נטל ההוכחה מוטל על הטוען לקיומו של קשר רציונלי.⁵⁵ כאשר המדינה היא המגנה על חוקתיות החוק, היא עליה להציג בפני בית המשפט את התשתית העובדתית ששימשה בסיס להערכתו של המחוקק. מובן, כי הצד האחר יוכל להציג את התשתית הראייתית הנראית לו ראויה. בהקשר זה ראוי לציין כי בית המשפט נותן משקל מיוחד למומחים מטעם המדינה, שעליהם מוטלת האחריות להגשמת המדיניות החקיקתית.⁵⁶ על בסיס התשתית העובדתית שתיקבע יבחן בית המשפט את הערכותיו של המחוקק באשר לסיכויי ההגשמה של המטרה הראויה באמצעות ההסדרים שבחוק. בהקשר זה בית המשפט – בישראל ומחוצה לה⁵⁷ – מכיר בשיקול הדעת הרחב של המחוקק.⁵⁸ במקום אחד ציינתי:⁵⁹

”שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לו לשופט להיזהר מהפעלתם. הדרך הבטוחה והסבירה תהיה לרוב להשאיר את הסוגיה למחוקק, אשר יוכל לקבל מידע מלא מפי מומחים ולגבש מדיניות משפטית התואמת את הסוגיה בכל היקפה...”

- 54 פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק.
55 ראו להלן עמ' 545.
- 56 ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 25, 1 (1979); בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92 (1979); בג"ץ 492/79 חברה פלוגית נ' משרד הביטחון, פ"ד לד(3) 706, 713 (1980); בג"ץ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, משרד הפנים, פ"ד מה(3) 678, 687-689 (1991); בג"ץ 1554/95 עמותת "שוהרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 21-23 (1996); פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 844; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 574-575; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 508 (2005); בג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 16.3.2006); בג"ץ 1748/06 ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.12.2006); פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 3, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ארבל.
57 ראו ALEXI, לעיל ה"ש 45, בעמ' 415, PULIDO, לעיל ה"ש 5, בעמ' 733.
58 ראו להלן עמ' 497.
- 59 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 255 (1987). הדברים צוטטו בהסכמה בפרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 572. ראו גם Lon Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 364 (1979).

לעניין השיקולים הלאומיים-ביטחוניים-מדיניים שביסוד ההתנתקות ציין בית המשפט העליון (מפי הרוב) בפרשת המועצה האזורית חוף עזה:⁶⁰

”בסוגיה כגון זו על בית-המשפט לצאת מתוך הנחה כי הכנסת והממשלה שקלו את מלוא ההיקף של השיקולים ההסתברותיים תוך שהן נעזרו במומחים בתחומים השונים העומדים לרשותן. עליהן מוטלת האחריות הלאומית להכרעות קשות אלה. זהו תפקידן בשילוש הרשויות. הן ולא בתי-המשפט צריכות להכרעות בשאלות אלה. יהיו אלה בוודאי מקרים חריגים ויוצאי דופן – כגון מקרים שתוכח בהם שחיתות – אשר בהם בית-המשפט יקבע כי מדיניות לאומית בעלת השלכות כה מרחיקות לכת, כמו תכנית ההתנתקות, אינה מגשימה את יעדיה.”

פרשת המועצה האזורית חוף עזה היא קיצונית מבחינת היקפו של שיקול הדעת שניתן למחוקק. גם במקרים פחות קיצוניים יחול עיקרון דומה. אכן, שיקול הדעת של המחוקק בקביעת הפרוגנוזה החקיקתית הוא רחב. עצם העובדה שנופלת בו לעתים טעות אין בה כדי לפסלו. עם זאת, אין מדובר בשיקול דעת מוחלט. כפי שראינו, גם אם לא נדרשת ודאות בפרוגנוזה החוקתית, אין להסתפק בפרוגנוזה קלושה וסתמית. יש להניח לה תשתית עובדתית מתאימה.

(4) הקשר הרציונלי במבחן הזמן

מהו המועד שבו מתמקדת שאלת הקשר הרציונלי?⁶¹ מתי צריך להתקיים קשר רציונלי בין האמצעים המפורטים בחוק לבין מטרותיו – בעת חקיקתו של החוק הפוגע בזכות חוקתית (ex ante) או שמא בעת המשפט (ex post)? ואולי צריך הקשר הרציונלי להתקיים בשני המועדים גם יחד?

לדעתי הבחינה של הקשר הרציונלי היא נמשכת.⁶² אין לה נקודת זמן קובעת. כל נקודת זמן בחיי חוק היא רלוונטית, והקשר הרציונלי צריך להתקיים במשך כל חיי החוק. שאלת החוקתיות מלווה את החוק כל ימי חייו.⁶³ הוא נבחן בכל עת על פי מבחן התוצאה. נפתח במועד החקיקה של החוק. במועד זה צריך להתקיים קשר רציונלי בין האמצעים שנקבעו בחוק ופוגעים בזכות חוקתית לבין המטרה שהחוק נועד להגשים. אין צורך להוכיח

60 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, שם.

61 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3, פס' 63 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם EMILIOU, לעיל ה"ש 18, בעמ' 28.

62 ראו EMILIOU, שם, בעמ' 27. לגישה כי המבחן הוא ex ante, ראו PULIDO, לעיל ה"ש 5, בעמ' 731.

63 לעניין הצורך, ראו להלן עמ' 409.

בוודאות כי מטרת החוק תוגשם. די להוכיח כי הסיכוי להגשמת המטרה אינו קלוש ותאורטי. הבדיקה צופה פני העתיד (ex ante). אין לדרוש כי המטרה תוגשם הלכה למעשה מיד עם חקיקת החוק, או כי סיכויי ההגשמה יהיו ברורים כבר אז. יש לבחון את הפרוגנוזה להגשמת המטרה בעתיד. על כן, אף אם בעת החקיקה המטרה אינה מוגשמת אך יש הערכה כי תוגשם בתקופת זמן שהיא רלוונטית לחיי החוק, די בכך כדי להגיע למסקנה שבשלב זה יש קשר רציונלי כנדרש. לעומת זאת, אם ברור כי מטרת החוק לא תוגשם לא בעת החקיקה ולא בעתיד, המסקנה היא כי אין קשר רציונלי.⁶⁴

מה הדין אם בעת החקיקה היה יסוד להניח שמתקיים קשר רציונלי בין האמצעים שבחוק לבין מטרתו, אך בעת בדיקת חוקתיותו מתברר בדיעבד (ex post) כי אין קשר כזה וגם אין סיכוי כי יתקיים בעתיד הרלוונטי לחיי החוק? לדעתי, במצב דברים זה יש לקבוע כי מבחן-המשנה הראשון אינו מתקיים (מעטה ואילך). העובדה כי בעת החקיקה הייתה הערכה שיש קשר רציונלי אינה שוללת את הצורך לבחון אם הערכה זו מתגשמת. אם מסתבר כי שוב אין סיכוי להגשמה של מטרת החוק, יש לקבוע כי הקשר הרציונלי שוב אינו מתקיים. לעומת זאת, אם יש סיכוי כי בעתיד תתממש הערכת הסיכויים, יש להימנע מהקביעה כי אין קשר רציונלי בין האמצעים המפורטים בחוק לבין המטרה שביסודו. ניתן לחזור ולבחון שאלה זו בעתיד. ניתן גם לקבוע כי בעת הבחינה נראה שהחוק אינו משיג את מטרתו – לא בהווה ולא בעתיד הרלוונטי, וכי אם לא יתרחשו שינויים בהערכה בדבר הגשמת החוק, או אז ייתכן כי בית המשפט יקבע שמבחן-המשנה הראשון (קשר רציונלי) אינו מתקיים.

דוגמה למצב דברים כזה ניתן למצוא בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל.⁶⁵ הכנסת חוקקה את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002,⁶⁶ כהוראת שעה התקפה לחמש שנים. החוק קובע הסדר מקיף ומפורט באשר לשירותם הצבאי של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם. חוקתיותו של הסדר זה נבחנה בבית המשפט העליון שלוש שנים לאחר חקיקתו. נטען כי החוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון ואינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. בפסק דינו של הרוב נקבע כי החוק אכן פוגע בזכות החוקתית לשוויון. אשר לפסקת ההגבלה נקבע כי תכליתו של החוק היא ראויה. ומה באשר למידתיותו של החוק? בית המשפט בחן את מבחן המשנה הראשון, וקבע:⁶⁷

"יש לבחון אם קיים קשר רציונלי (או קשר של התאמה) בין מטרתו של המשולבות של חוק דחיית השירות לבין האמצעים להגשמתו. בחינה זו

64 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם EMILIOU, לעיל ה"ש 18, בעמ' 26.

65 פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3.

66 ס"ח 521.

67 פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 3, פס' 63-64 לפסק דינו של הנשיא ברק.

צריכה להעשות, לענין החוק שלפנינו, לא כענין תיאורתי אלא כענין מעשי, הנבחן בתוצאות הגשמתו. אכן, כשאלה תיאורתית הנבחנת בעת חקיקת החוק, יתכן שיש בהסדרים הקבועים בחוק כדי להגשים את תכליותיו... בחינה (מראש) זו אינה מספיקה. כאשר התכלית המונחת ביסוד החוק היא להביא לשינוי חברתי, אשר התרחשותו אינה אך הערכה תיאורתית אלא נבחנת במבחן החיים, יש לבחון את התאמת האמצעים שנבחרו להגשמת מטרה זו במבחן התוצאה... מבחנו של חוק דחיית השירות הוא בהגשמתו, הלכה למעשה. מבחנו הוא בשינוי חברתי שיושג בפועל."

בפסק הדין בחן בית המשפט את הגשמת מטרות החוק במבחן התוצאה, והגיע למסקנה כי על פי התוצאות ביום מתן פסק הדין, מבחן-המשנה הראשון אינו מתקיים. נקבע כי "מטרות החוק הוגשמו אך באופן שולי וזניח".⁶⁸ עם זאת, בית המשפט סבר כי טרם עבר די זמן לבחינת הקשר הרציונלי. בפסק הדין כתבתי:⁶⁹

"חוק דחיית השירות עוסק בבעיית יסוד של החברה הישראלית, שאין לפתרה בהינף קולמוס; הוא עוסק בעניין רגיש, המחייב הבנה והסכמה; הוא מבקש לתת פתרונות שאינם קלים ואינם פשוטים; הוא נחקק מראש כהוראת שעה. המחוקק ביקש זמן לבחינת ההתאמה של מטרות החוק לאמצעים שנקבעו ולהגשמתם. עניין לנו בשאלה חברתית סבוכה. זמן ההמתנה של חמש שנים נופל לגדר מרחב התימרון החקיקתי של המחוקק. כל אלה מחייבים אותנו להמתין במסקנתנו. יש לתת למבצעי החוק הזדמנות לתקן את שקלקלו. יש לאפשר לחברה הישראלית בכלל, ולחברה החרדית בפרט, להפנים את הסדרי החוק ואת דרכי ההגשמה של הוראותיו. כל אלה מצביעים על כך כי יש להמתין לחלוף חמש השנים מאז נחקק החוק. אז יהא על הכנסת לבחון את הגשמתו הלכה למעשה. יהא עליה לבדוק אם הזמן שחלף מאז פסק דינו זה, שינה באופן מהותי את התמונה."

על רקע זה נדחתה העתירה, תוך שנקבע כי "בצד החלטתנו כי העתירות נידחות, שכן לעת הזו לא נוכל להכריע באי חוקתיותן, הננו ממשיכים וקובעים כי אם תימשך המגמה ולא יהיה שינוי משמעותי במצב הדברים, קיים חשש כי חוק דחיית השירות יהפוך לבלתי חוקתי".⁷⁰ בפרשה אחרת סיכמתי את שאלת הזמן והקשר הרציונלי בזו הלשון:⁷¹

68 שם, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא ברק.

69 שם, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק.

70 שם, פס' 70 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2009).

71 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 67 לפסק הדין של הנשיא ברק.

“עצם העובדה שההנחות העובדתית וההערכות החברתיות לא התגשמו, במשך השנים, אינה מובילה בהכרח למסקנה כי האמצעי שנבחר, בעת בחירתו, היה לא רציונלי. עם זאת, אמצעי שהיה רציונלי בעת החקיקה, עשוי להפוך לבלתי רציונלי עם עובר הזמן.”

ג. מבחן הקשר הרציונלי – מבחן סף

מבחן הקשר הרציונלי – כמו מרכיב המטרה הראויה – הוא מבחן סף.⁷² הוא אינו מבחן של איזון.⁷³ הוא אינו עורך איזון בין המטרה הראויה לבין הפגיעה בזכות. הוא מנפה מקרים בהם חוק פוגע בזכות חוקתית בלא שהוא תורם להשגת המטרה הראויה שביסודו. הוא מבוסס על הסתברויות עובדתיות – ומבחינה זו הוא מבחן עובדתי, בעל אופי שלילי.⁷⁴ ההסתברות העובדתית (הפרוגנוזה) יכולה להיקבע ברמות שונות. לא הרי הסתברות ברמת ודאות קטנה כהסתברות ברמת ודאות ניכרת. בקביעת רמת ההסתברות יש ביטוי לתפיסה ערכית-נורמטיבית. עמדה על כך השופטת ד' דורנר בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות בישראל:⁷⁵

“באשר למבחן המשנה הראשון לא נדרשת ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו. די במידת הסתברות רצינית להשגת התכלית על ידי האמצעי הפוגע בזכות. מידת ההסתברות הנדרשת תיקבע בהתאם לחשיבות היחסית של הזכות הנפגעת ושל תכלית הפגיעה... כשמדובר בזכות כבודת משקל, עשויה להידרש ודאות קרובה, ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים בעילות ובאופן מושלם את תכליתו. לעומת זאת, כשמדובר בזכות קלת משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק באפשרות סבירה לקידומה של התכלית.”

אכן, כשם שבקביעת מבחן הסף של המטרה הראויה יש מקום לקבוע את רמת החיוניות של הגשמת המטרה, כן יש מקום לקבוע, במסגרת מבחן הסף של הקשר הרציונלי, את רמת ההסתברות של הגשמת המטרה הראויה. עם זאת, אין להציב רמות הסתברות גבוהות לעניין התפתחויות מדיניות, חברתיות וכלכליות שאינן מעשיות ואינן תואמות את החיים

72 ראו Rivers, לעיל ה"ש 22, בעמ' 189.

73 ראו Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins* (forthcoming 8 INT'L J. CONST. L. (2010)).

74 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 111, בעמ' 398; PULIDO, לעיל ה"ש 5, בעמ' 726.

75 פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 420-423. ראו גם פרשת יפאורה תבורי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 182; בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) (2003) 377, 359; דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני 281, 289 (2000).

החברתיים במדינה הדמוקרטית המודרנית. כך, למשל, אם המטרה הראויה הינה ביטחון המדינה, והיא פוגעת בחופש הביטוי או החירות, אין כל אפשרות לדרוש כי ההסתברות להגשמת המטרה תהא ודאית, או קרובה לוודאי. בתחומי הביטחון, הסדר הציבורי ושאר המטרות של טובת הכלל, רמות ההסתברות אלה אינן מעשיות. לדעתי אין מקום כלל, בגדרי מבחן הקשר הרציונלי, לשימוש במבחן ההסתברות של הוודאות הקרובה. בגדרי הקשר הרציונלי השאלה ההסתברותית בוחנת את ההסתברות שהאמצעים שנקטו והפוגעים בזכות החוקתית יגשימו את מטרתו של החוק. אין לדרוש בהקשר זה ודאות קרובה שהאמצעים יגשימו את המטרה. במבחן הוודאות הקרובה נעשה שימוש בסוגיה ההסתברותית שונה. בסוגיה אחרת השאלה הייתה מהי ההסתברות שאם לא יינקטו האמצעים להגשמת המטרה הראויה הפוגעים בזכות החוקתית תפגע מטרה זו. במסגרת תשובה לשאלה זו ניתן לקבוע, למשל, כי רק אם ההסתברות לפגיעה בטובת הכלל (כגון ביטחון המדינה) בהימנעות מנקיטת האמצעים היא קרובה לוודאי ניתן להצדיק שימוש באמצעות אלה גם אם תוצאתם הינה פגיעה בזכות חוקתית חשובה (כגון חופש הביטוי הפוליטי). "מקומה הגיאומטרי" של שאלה ההסתברותית שונה זו אינה בגדרי מבחן המשנה בעניין הקשר הרציונלי אלא בגדרי מבחן המשנה השלישי בעניין המידתיות במובן הצר (האיוון).⁷⁶ זוהי שאלה של איוון בין התועלת בהגשמת המטרה הראויה לבין הנזק לזכות הנפגעת. מקומו של איוון זה אינו בגדרי מבחן המשנה הראשון. מבחן זה, אף שהוא מבוסס על הערכה ערכית, אינו מבחן של איוון.⁷⁷ מבחן הקשר הרציונלי אינו מתמודד עם שאלת היחס בין המטרה המוגשמת לבין הזכות החוקתית הנפגעת. הוא מתמודד עם שאלת היחס בין המטרה המוגשמת לבין האמצעים להגשמתה. לשון אחרת: השאלה ההסתברותית שעליה נועד להשיב מבחן הקשר הרציונלי היא ההסתברות לכך שהאמצעים שנקטו בחוק יגשימו את טובת הכלל המונחים ביסוד החוק. מבחן הקשר הרציונלי לא נועד לתת תשובה לשאלה אחרת שהיא מדד ההסתברות שאם האמצעים לא יינקטו תפגע טובת הכלל.

ד. נחיצותו של מבחן הקשר הרציונלי

האם מבחן הקשר הרציונלי הוא חיוני? האם ניתן לוותר עליו? אכן, אם מבחן זה שולל אך ורק את המקרים שבהם אין כל קשר רציונלי בין האמצעים הפוגעים שנקבעו בחוק לבין

76 ראו להלן עמ' 631.

77 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 3, פס' 66 לפסק הדין של הנשיא ברק, שם מוצע להתחשב בגדרי מבחן הקשר הרציונלי, גם בעוצמת הפגיעה בזכות. לדעתי התחשבות זו מקומה בגדרי מבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר-איוון).

מטרתו הראויה, כי אז אין צורך בו.⁷⁸ הטעם לכך הוא שמבחן-המשנה השני – היעדרה של חלופה פוגעת פחות – היה פותר את המקרה, שכן במצב כזה אי-חקיקה היא חלופה פוגעת פחות. אם קיים צורך בחקיקה – כלומר: אין חלופה מזיקה פחות (ומתקיים מבחן-המשנה השני) – כי אז ממילא קיים גם קשר רציונלי. כך או כך, מבחן הקשר הרציונלי עשוי להיבלע במבחן הצורך.

נראה כי שאלת נחיצותו של מבחן הקשר הרציונלי מתעוררת רק לעניין המקרים שבהם האמצעים שנקבעו בחוק מקדמים את מטרת החוק – אבל ברמה נמוכה מאוד. במצב דברים זה, מבחן הקשר הרציונלי ממלא תפקיד עצמאי משלו. ניתן באמצעותו לבחון אם המטרה המוצגת כמטרת החקיקה היא אמנם המטרה האמיתית.⁷⁹ נודה, חשיבותו אינה רבה במיוחד. כל מטרתו לתת פתרון מהיר למקרים חריפים של חוסר-התאמה בין המטרה לאמצעי, ובכך לקצר את הבחינה החוקתית.⁸⁰ בצדק ציין גרים (Grimm) לעניין מבחן-המשנה הראשון:⁸¹

“Its function is to eliminate the small number of runaway cases.”

גם בתרומה דלה זו אין לזלזל. לדעתי יש מקום להגביר את נחיצותו של מבחן הקשר הרציונלי. רמת ההסתברות הקבועה בו נמוכה מדי. אעמוד על כך בהמשך.⁸²

- 78 ראו Julian Rivers, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitutions*, in ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* (Julian Rivers trans., 2002); WOJCIECH SADURSKI, *RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE* 268 (2008).
- 79 ראו כהן-אליה “הפרדת רשויות ומידתיות”, לעיל ה”ש 32, בעמ’ 308, Kirk; לעיל ה”ש 32, בעמ’ 6.
- 80 ראו JURGEN SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW* 857 (1992).
- 81 Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383, 389 (2007).
- 82 ראו להלן עמ’ 627.

פרק אחד-עשר

צורך

א. מאפייניו של מבחן הצורך

1. תוכנו של מבחן הצורך

מבחן-המשנה השני למידתיות (במובנה הרגיל) הוא מבחן הצורך (necessity; Erforderlichkeit). מבחן זה מכונה גם "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה". על פי מבחן זה המחוקק נדרש לבחור – מבין האמצעים המגשימים את מטרתו הראויה של החוק הפוגע – באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה.¹ עמדתי על מבחן-משנה זה בפרשת בנק המזרחי המאוחד:²

1 ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435 (1994); בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12 (1995); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 436-437 (1995); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 141 (1995); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 54 (1997); בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 444 (1998); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 270 (1999); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 776 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 666 (2002); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 279 (2002); בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003); רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 405 (2003); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 849 (2004); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 742 (2004); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 550 (2005); בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה כשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 63 (2005); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 59 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 36

“חוק פוגע בזכות יסוד במידה שאינה עולה על הנדרש, רק אם המחוקק בחר – מתוך מגוון האמצעים שעמדו לרשותו – באמצעי הפוגע פחות בזכות האדם המוגנת. על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם.”

באחת הפרשות ציינתי:³

“האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה.”

ביסודו של מבחן-משנה זה מונחת התפיסה כי יש צורך באמצעי חקיקתי – או כי אמצעי זה נחוץ – רק אם אין להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי היפותטי אחר, המקיים את דרישת הקשר הרציונלי באותה מידת אינטנסיביות או במידה העולה עליה ושפגיעתו בזכות החוקתית קטנה יותר.⁴ הצורך באמצעי שנקבע בחוק נובע אפוא מתוך כך שאין לו חלופה היפותטית פוגעת פחות המגשימה כמוהו את המטרה הראויה. אם יש חלופה פוגעת פחות, ויש בכוחה להגשים את מטרת החוק, כי אז אין צורך בחוק שנחקק. חוק אחר יגשים את המטרה בלא לפגוע כלל בזכות האדם או תוך פגיעה מועטה יותר – ועל המחוקק לבחור בחוק זה. נדרש כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה;⁵ “נדרש כי האמצעי יהיה ראוי במובן זה שלא ניתן להשיג את התכלית

לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 15.4.2007); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008); עע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, פס' 52 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 24.7.2008); בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 51 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2008); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פס' 225 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 29.10.2008); בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פס' 54 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 3.3.2009); בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009); בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפיה נ' שר הביטחון, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2009).

2 פרשת בנק המזרחי המאוחד, שם, בעמ' 444. ראו גם, BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE STAATSRECHT II 68 (2006).

3 פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 385; פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 1, פס' 22 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 49 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

4 ראו פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק.

5 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 54.

הרצויה על ידי שימוש באמצעי אחר שפגיעתו בזכות היסוד קטנה יותר";⁶ "מבחן המשנה השני בודק אם לא היה ניתן להגשים את תכלית החוק על ידי אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות האדם היא קטנה יותר";⁷ "הפגיעה בחופש העיסוק תהיה במידה העולה על הנדרש אם ניתן להשיג את תכלית החוק על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות תהא קטנה מפגיעתו של האמצעי הקבוע בחוק";⁸ "מבין האמצעים העומדים לרשות המחוקק לבחור אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה".⁹ לעניין זה אין נפקא מינה אם החוק פוגע מעוצב ככלל או כעיקרון.¹⁰ כל חוק פוגע צריך לקיים את מרכיב הצורך. הנה מספר דוגמאות מהפסיקה הישראלית ומהמשפט המשווה.

(א) חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005¹¹ קובע, בין השאר, כי המדינה אינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון. ההוראה נועדה להוציא את הנזקים הנגרמים בעת לחימה מתחום טיפולם הרגיל של דיני הנזיקין. בית המשפט העליון קבע¹² כי החוק פוגע מעבר לנדרש בזכות חוקתית שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹³ חל עליה. זאת, משום שהוא שולל אחריות בנזיקין לכל נזק הנגרם באזור עימות, גם בשל מעשים שנעשו שלא על ידי פעולה מלחמתית. נקבע כי אכן תכליתו של החוק ראויה ואף יש קשר רציונלי בינו לבין מטרתו, אולם מבחן הצורך אינו מתקיים. נקבע כי לשם הגשמה של מטרת החוק ניתן היה להסתפק בפגיעה קטנה יותר בזכות החוקתית שעניינה מתן פטור למדינה מאחריות בנזיקין בגין פעולות לחימה. האמצעי שנקבע בחוק פוגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש, שכן הוא שולל אחריות בנזיקין לכל נזק הנגרם באזור עימות, גם בשל מעשים שנעשו שלא על ידי פעולה מלחמתית.

(ב) חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995¹⁴ הטיל חובת רישוי על העוסק בניהול תיקי השקעות. חובה זו הוטלה גם על מי שעסק בניהול תיקי השקעות בטרם הוחק החוק. במסגרת זו הוטלה החובה להיבחן על כל מי שעסק בניהול תיקי השקעות פחות משבע שנים קודם חקיקת החוק. בית המשפט קבע כי החוק פוגע בחופש העיסוק של העוסקים הוותיקים, וכי פגיעה זו היא לתכלית ראויה. כן נקבע כי

6 פרשת חזן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 405 (השופטת פרוקצ'יה).

7 בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 796 (2003) (הנשיא ברק).

8 עע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 808 (2004) (השופט גרוניס).

9 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 1, פס' 51 לפסק דינה של השופטת נאור.

10 להבחנה בין כלל לעקרון, ראו לעיל עמ' 64 ועמ' 75.

11 ס"ח 953.

12 ראו פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 1.

13 ס"ח התשנ"ב 150.

14 ס"ח 416.

קיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לחובת הרישוי שנקבעה בו. עם זאת נקבע כי הוראות המעבר לעניין חובת הבחינות של העוסקים הוותיקים אינן מקיימות את מבחן הצורך. ניתן היה להגשים את מטרת החוק תוך פגיעה קטנה יותר בעוסקים הוותיקים, על ידי מתן ביטוי לניסיון המעשי שלהם.¹⁵

(ג) בפרשת *Makwanyane*¹⁶ נדונה בבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה חוקתיותו של חוק שהכיר בעונש מוות. נקבע כי החוק אינו חוקתי משום שאינו מידתי – בין השאר משום שהמדינה לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח שמטרות החוק לא יושגו באמצעות מאסר עולם, שפגיעתו בזכות החוקתית לחיים פחותה.

(ד) בפרשת *Manamela*¹⁷ דן בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בחוק שקבע כי מי שרכש מיטלטלין גנובים חזקה עליו שרכש אותם בדיעה שהם גנובים. נקבע כי מטרת החוק – הגנה על החברה מפני גניבות – היא ראויה. כאשר לאמצעים נקבע כי מבחן הצורך אינו מתקיים, שכן ניתן היה להגשים את מטרת החוק, אם היקפו היה מצומצם לקטגוריות מסוימות של מיטלטלין יקרי ערך.

(ה) חקיקת-משנה בגרמניה אסרה על מכירת סוכריות שיש בהן אבקת קקאו ומכילות בעיקר אורז. בכך נפגע חופש העיסוק של היצרנים. מטרת החקיקה הייתה להגן על הצרכנים מפני טעות בקנייה. בית המשפט החוקתי בגרמניה קבע כי מטרה זו היא ראויה, וכן קבע שקיים קשר רציונלי בין האיסור בחקיקה לבין מטרתה. עם זאת נקבע כי האמצעי אינו מידתי שכן אין צורך בו. את מטרת החקיקה ניתן להשיג על ידי אזהרה מתאימה על המוצר ואין צורך באיסור על מכירתו. זהו אמצעי שווה ערך בייעילותו להשגת המטרה, אך פגיעתו בחופש העיסוק של היצרנים קטנה יותר.¹⁸

2. מהותו של מבחן הצורך

מבחן הצורך מבוסס על ההנחה שהמטרה שהחוק מבקש להגשים היא ראויה, כלומר: עברה את מבחן הסף בעניין המטרה. במסגרת מבחן הצורך אין מקום לבחון את החוקתיות של המטרה. ודאי שאין מקום לבחון את תבונתה או עצם הצורך בה. דרישת הצורך מתייחסת לאמצעים שהחוק נוקט בהם ולא באשר לעצם הצורך בהגשמת מטרתו. אנו מניחים כמובן כי האמצעי שנבחר להגשמת המטרה הוא רציונלי. אם האמצעי אינו רציונלי להגשמת המטרה, ממילא אין צורך בו.¹⁹ דרישתו של מבחן הצורך הינה כי לשם הגשמה

15 ראו פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 1.

16 S. v. Makwanyane, 1995(3) SA 391 (CC)

17 S. v. Manamela, 2000 (3) SA 1 (CC)

18 ראו BVerfGE 53, 135.

19 ראו PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 67.

של מטרת החוק הראויה ייבחר אמצעי רציונלי שאינטנסיביות הגשמתו אינה נופלת מזו הקבועה בחוק הפוגע,²⁰ ואשר יפגע בזכות החוקתית במידה קטנה יותר.²¹ נקודת המפתח במבחן הצורך – המבטא עיקרון של יעילות או את מבחן היעילות של פרטו²² – הינה שאכן ניתן להגשים את מטרתו הראויה של החוק בעזרת אמצעי היפותטי שפגיעתו בזכות החוקתית קטנה יותר. מבחן הצורך אינו דורש אפוא בחירה באמצעי שפגיעתו היא הקטנה ביותר או שפגיעתו היא קטנה יותר, אם אין בכוחו של אמצעי זה להגשים את מטרת החוק באופן שווה ערך לזה של האמצעי שנבחר בחוק.²³ ודאי שמבחן הצורך אינו דורש פגיעה מינימלית בזכות האדם; הוא דורש את הפגיעה הקטנה ביותר הדרושה כדי להגשים את מטרת החוק. מבחן הצורך "אינו בוחן אך את עצם קיומו של

20 ראו CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 737 (2007).

21 ראו NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW 30 (1996): "The judicial standard against which a public measure is tested, is whether it could be substituted by another means which is 'milder' but 'equally effective' in achieving the ends pursued. 'Milder' is the measure which causes the least possible adverse repercussions on the legal status of the party concerned. A measure can be considered as 'equally effective' when it is suitable to achieve actually and with, at least, equal intensity the desired end" Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L.J. 174, 198 (2006): "The test of necessity asks whether the decision, rule or policy limits the relevant right in the least intrusive way compatible with achieving the given level of realisation of the legitimate aim. This implies a comparison with alternative hypothetical acts (decisions, rules, policies, etc.) which may achieve the same aim to the same degree but with less cost to rights" גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5, 12 (2008): "במסגרת מבחן זה יש לבחון את יכולתם של האמצעים החלופיים להשיג את המטרה במלואה. אם המדינה בחרה באמצעי נתון כדי להשיג רמה מסויימת של ביטחון אישי (למשל), אי-אפשר לדרוש מהמדינה להעדיף אמצעי פוגע פחות (על בסיס מבחן האמצעי המינימלי) אם הוא ישיג מידה פחותה של ביטחון. מבחן זה אמור לוודא כי לא נבחרו אמצעים ביד גסה, בחוסר התחשבות, כאשר ניתן להשיג אותה מטרה מבלי לפגוע בזכויות הפרט או תוך פגיעה קלה ביותר." ראו Rivers, לעיל ה"ש 21, בעמ' 198: "The test of necessity thus expresses the idea of efficiency or Pareto-optimality. A distribution is efficient or Pareto-optimal if no other distribution could make at least one person better off without making any one else worse off. Likewise an act is necessary if no alternative act could make the victim better off in terms of right-enjoyment without reducing the level of realisation of some other constitutional interest" ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 105, 398 (Julian Rivers trans., 2002); DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 110 (2004). על מבחן היעילות של פרטו, ראו ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 16 (4th ed., 2003). לניתוח הגישה לפיה מבחן הצורך מבטא את מבחן היעילות של פרטו, ראו PULIDO, לעיל ה"ש 20, בעמ' 737.

23 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 1, פס' 104 לפסק דינו של הנשיא ברק.

אמצעי הפוגע פחות בזכות החוקתית המוגנת; אלא הוא מחייב לבחון האם אותו אמצעי פוגעני פחות מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר על ידי המחוקק.²⁴ לעתים פגיעה "קטנה ביותר" זו עלולה להיות קשה וחריפה. אכן, מבחן הצורך משווה בין שני אמצעים רציונליים המגשימים את מטרת החוק במידה שווה. במצב דברים זה יש לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית קטנה יותר.²⁵ נמצא כי מבחן הצורך אינו מטיל על המחוקק את החובה לבחור אמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה ביותר; "החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות".²⁶ מבחן הצורך מופעל רק כשהגשמת המטרה החקיקתית אפשרית על ידי כמה אמצעים רציונליים, שכל אחד מהם פוגע בזכות החוקתית במידה שונה. במצב דברים זה מבחן הצורך מטיל על המחוקק חובה לבחור באמצעי המגשים את מטרת החוק שפגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה.²⁷ אכן, כדי להשיב על השאלה אם האמצעי הפוגע פחות בזכות החוקתית מגשים את המטרה כמו האמצעי שקבע החוק, נדרשת ידיעה של המטרה ושל אפשרויות הגשמתה המלאה באמצעים חלופיים. לא די בהערכה גרידא; יש לדעת את הנתונים העובדתיים ואת הסיכויים והסיכון.²⁸

24 פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 1, פס' 49 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
 25 ראו פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 387: "באומרונו אפוא, כי המידתיות מחייבת בחירה באמצעי שפגיעתו היא הפחותה, אנו נפנים לצורך לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה מבין אמצעים אחדים אשר כולם משיגים את תכלית החקיקה. כאשר אין להשיג את התכלית הראויה, אלא באמצעי שפגיעתו קשה יותר, אין מנוס מבחירה זו. נדרשת אפוא פעולה של התאמה בין המטרות לאמצעים" (הנשיא ברק).

26 שם, בעמ' 388.

27 ראו RJR-MacDonald Inc. v. Canada, [1995] 3 S.C.R. 199, § 96: "The minimal impairment requirement does not impose an obligation on the government to employ the least intrusive measures available. Rather, it only requires it to demonstrate that the measures employed were the least intrusive, in light of both the legislative objective and the infringed right".

28 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 1, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק: "החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות. החובה היא לבחור, מבין האופציות הסבירות העומדות לרשותה, את זו הפוגעת פחות. יש להשוות, איפוא, בין האפשרויות הרציונליות, תוך בחירה של אותה אפשרות, אשר בנסיבות הקונקרטיות, יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם". ראו גם פרשת מנחם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 280: "ייתכנו מצבים שבהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור" (הנשיאה ביניש).

בפרשת עדאלה קבע חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003²⁹ איסור גורף על איחוד משפחות בין ישראלים לבין תושבי יהודה, שומרון או חבל עזה. מטרת החוק הייתה למנוע פגיעה בביטחון המדינה, הואיל ואירעו כמה מקרים שבהם בן הזוג שנכנס לישראל במסגרת איחוד משפחות סייע בביצוע פעולות טרור והתאבדות. בית המשפט העליון קבע כי החוק פוגע בכבוד האדם של בן הזוג הישראלי. עוד נקבע כי מטרת החוק היא ראויה. כן נקבע כי האמצעי שנבחר מתאים להגשמת המטרה. האם מבחן הצורך מתקיים? נטען כי ניתן להגשים את המטרה הביטחונית על ידי אמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה – בדיקה אינדיבידואלית של כל תושב האזור המבקש להתאחד עם בן זוגו הישראלי. פסק דינו של הרוב דחה טענה זו, ונקבע כי האיסור הגורף מקיים את מבחן הצורך. כך כתבתי בפסק דיני:³⁰

"ראינו כי התכלית הינה להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני הנשקף מבני הזוג הזרים המשתקעים בישראל. על רקע תפיסה זו של התכלית, האם האיסור הגורף והבדיקה האינדיבידואלית מקיימים את התכלית במידה שווה? לעניין זה יש להשוות בין האיסור הגורף, כפי שהוא קיים היום, לבין הבדיקות האינדיבידואליות המקיפות ביותר שניתן לערוך. עם זאת, תהא יעילותן של אלה ככל שתהא, הן לא תוכלנה להשתוות לתוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא. נמצא, כי לאור הערך המרכזי של חיי אדם שהחוק בא להגן עליו, ברי כי האיסור הגורף היא תמיד יעיל יותר – מבחינת הגשמת המטרה של הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר – מהבדיקה האינדיבידואלית. מסקנתנו הינה, אפוא, כי בנסיבות המקרה שלפנינו הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף. אין חובה, על כן, במסגרת האמצעי שפגיעתו פחותה, להיעצר בדרגה זו, והמחוקק היה רשאי לבחור באיסור הגורף בו בחר."

גישה דומה נקט בית המשפט בפרשת תשעים הכדורים.³¹ במקרה זה נדון חוק פלילי שאסר, בין השאר, את משחק הבינגו שניהלה העותרת. בית המשפט קבע כי האיסור פגע בזכותה של העותרת לחופש העיסוק. בית המשפט בחן את מידתיות הפגיעה. נקבע כי תכליתו של האיסור ראויה, שכן הוא נועד למנוע את תוצאותיהם השליליות של הימורים והגרלות, היינו: התמכרות, נזק כלכלי חמור, פשע, הרס התא המשפחתי ובעקבות זאת הטלת נטל מוגבר על החברה. כן נקבע שיש קשר רציונלי בין הגשמת מטרת ראויות אלה

29 ס"ח 544.

30 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 1, פס' 89 לפסק דינו של הנשיא ברק.

31 פרשת תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 8.

לאיסור שבחוק. האם מתקיים מבחן הצורך? בית המשפט בחן את החלופה הפוגעת פחות – רגולציה של המשחק תוך הנהגת משטר פיקוח הכולל הגבלות שונות על הימורים – וקבע שאין בה כדי להגשים את מטרתו של החוק באופן שווה ערך לזה של האיסור הגורף. כתב השופט א' גרוניס:³²

”שימוש באמצעי אחר במקרה זה, הפוגע פחות בזכות לחופש העיסוק, לא יוכל להבטיח את השגתה של התכלית הראויה... ככלל, החלתו של מבחן המידתיות מחייבת בחינה מקיפה על מכלול השיקולים העומדים ביסוד הפגיעה בחופש העיסוק, לרבות תוצאותיהן של פגיעות חלופיות... במקרה דנא נקיטת דרך אחרת – כדוגמת הרגולציה – מחייבת מחקר שיטתי ומקיף על השלכותיה של בחירה זו. החיסרון הגדול ביותר של הסדר מסוג זה הוא הקשיים באכיפתו.”

בהמשך עמד בית המשפט על קשיים אלה, שהביאו לגידול בשיעור המתמכרים להימורים. אכן, האמצעי הפוגע צריך להיות ”האמצעי האחרון ונקיטתו צריכה להיות מוגבלת אך לאותם מקרים שבהם אין בכוחו של אמצעי אחר להשיג את התכלית.”³³ הנה כי כן, כאשר האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מצליח להגשים את המטרה החקיקתית באופן שווה ערך לזה של האמצעי שבחר המחוקק, אין במבחן-המשנה השני כדי לפגוע בחוקיותו של האמצעי שהחוק בחר בו. נמצא כי שאלת החוקתיות תצטרך להיבחן באמצעות מבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר).³⁴

עיקרון זה מודגם יפה בפרשת *Cotroni*.³⁵ באותה פרשה נדון חוק קנדי שקבע את דיני ההסגרה. נקבע בו, בין השאר, כי ניתן להסגיר אזרח קנדי. נטען כי הוראה זו אינה חוקתית. הכול הסכימו כי יש בה פגיעה בזכות החוקתית של אזרח להישאר בקנדה. גדר הספקות היה אם הפגיעה בזכות החוקתית עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה הקנדית. אף כאן הוסכם שהחוק מקיים את דרישות המטרה. הספק היה אם החוק מקיים את הדרישה להיעדרו של אמצעי שפגיעתו פחותה. נטען כי באותה פרשה – קשירת קשר בקנדה לייבא ולהפיץ סמים בארצות-הברית – היה אמצעי כזה, והוא הגשת כתב אישום נגד האזרח הקנדי בקנדה עצמה. הרוב קבע (מפי השופט לה-פורה (La Forest)) כי אמנם פגיעתו של אמצעי זה קטנה יותר, אך אין בו כדי להגשים את מטרת ההסגרה. שימוש באפשרות זו (הגשת תביעה

32 שם, בעמ' 810.

33 בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 268 (2003) (השופט דורנר).

34 ראו גרעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006); גרעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (2009). לגישה שונה ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט(1) 47 (2009).

35 ראו *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469.

בקנדה תחת הסגרה) היה עלול לעורר קשיים ראייתיים ומכאן שהיה בו כדי להחליש את הלחימה בפשיעה ואת שיתוף הפעולה הבינלאומי. דעת המיעוט (מפי השופטת וילסון (Wilson) והשופט סופינקה (Sopinka)) הייתה כי הואיל והעבירה בוצעה בקנדה ניתן היה להגיש את האישום בקנדה. לדעתי הדיון עם הרוב. האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מגשים את מטרת החוק במלוא ההיקף המושג על ידי האמצעי שפגיעתו רבה יותר. ייתכן שהפגיעה בהגשמת המטרות אינה שקולה כנגד השוני בהיקף הפגיעה בזכות החוקתית. הערכתה של שאלה זו אינה צריכה להיעשות במסגרת מבחן הצורך. מקומה הראוי הוא במסגרת מבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר).³⁶

3. יסודותיו של מבחן הצורך

(א) שני היסודות של מבחן הצורך

מבחן הצורך כולל בחובו שני יסודות:³⁷ האחד, קיומה של חלופה היפותטית אשר בכוחה להגשים את מטרתו הראויה של החוק באותה מידה של אינטנסיביות כמו האמצעים שנקטו בחוק הפוגע; השני, החלופה ההיפותטית פוגעת בזכות החוקתית במידה פחותה מפגיעתו של החוק הפוגע. אם שני יסודות אלה מתקיימים, משמעות הדבר הינה שאין צורך בחוק הפוגע. מבחן הצורך לא התמלא. לעומת זאת, אם חלופה היפותטית המגשימה את המטרה הראויה באותה מידת אינטנסיביות כמו החוק הפוגע אינה קיימת, או אפילו חלופה כזו קיימת, אך פגיעתה בזכות החוקתית אינה פחותה מפגיעתו של החוק, משמעות הדבר הינה כי יש צורך בחוק הפוגע. מבחן הצורך התמלא. אעמוד עתה על כל אחד משני היסודות הללו בנפרד.

(ב) היסוד הראשון: קיומה של חלופה היפותטית המגשימה את מטרת החוק הפוגע כמו החוק הפוגע

(1) מהותו של היסוד הראשון

היסוד הראשון של מבחן הצורך בוחן את השאלה אם קיימת חלופה שבכוחה להגשים את מטרת החוק באותה מידת אינטנסיביות ובאותה יעילות כמו האמצעים שנקבעו בחוק הפוגע. אם חלופה כזו אינה קיימת, ממילא יש צורך בחוק, ומבחן הצורך מתקיים. חלופה קיימת רק אם האמצעים (ההיפותטיים) על פיה יקדמו את מטרת החוק באותה מידה של אינטנסיביות (או יותר) כמו אלה שנקבעו בחוק הפוגע. על כן נדרש כי האמצעים החילופיים

36 למבחן זה, ראו להלן עמ' 419.

37 ראו Pulido, לעיל ה"ש 20, בעמ' 738.

יגשימו את מטרת החוק מבחינת הכמות, האיכות וההסתברות כמו האמצעים של החוק הפוגע או במידה העולה על זו שנקבעה בחוק.³⁸

(2) מבחן הצורך ושיקולים שמחוץ לזכות הנפגעת

(אא) הפרדיגמה של מבחן הצורך

מבחן הצורך מניח מטרה חקיקתית נתונה מזה ופגיעה נתונה בזכות האדם על ידי האמצעים שהחוק קובע מזה. על בסיס הנחות אלה קובע מבחן הצורך כי אם ניתן להגשים את המטרה החקיקתית שביסוד החוק על ידי פגיעה קטנה יותר בזכויות האדם, יש לנקוט את האמצעים שפגיעתם פחותה. מבחן הצורך פועל במסגרת המטרות החוקתיות המונחות ביסוד החוק ולא מכוחן של מטרות אחרות (ראויות יותר או ראויות פחות). על כן, פגיעה בזכויות אינה ניתנת להצדקה בטענה כי ניתן אמנם להשיג את מטרת החוק באמצעים פוגעים פחות – אך אמצעים אלה ישיגו מטרות אחרות, שלא הונחו ביסוד החוק. אם מבקשים להגשים מטרות שמחוץ לחוק יש להכיר בכך שהחוק אינו מקיים את מבחן הצורך. במקרה כזה יוכל המחוקק לחוקק חוק חדש, שייבחן לגופו על פי מבחן הצורך.

הוא הדין במרכיב האמצעים. מבחן הצורך בוחן את השאלה אם ניתן להגשים את מטרת החוק על ידי אמצעים שפגיעתם בזכות האדם קטנה יותר – זאת ותו לאו. מבחן הצורך מניח כי לאמצעי שפגיעתו פחותה השפעה זהה לזו שיש לאמצעי שבחר החוק על כל היבט שהוא חיצוני לאמצעים שנבחרו. אכן, מבחן הצורך אינו בודק את השאלה אם ניתן להגשים את מטרת החוק על ידי אמצעים שפגיעתם בזכות האדם פחותה, אך דורשים פגיעות נוספות. כיצד נפתרים מצבים אלה? מה הדין אם לשם הגשמה של מטרת החוק ניתן להשתמש באמצעים שפגיעתם בזכות האדם הנתונה היא קטנה יותר, אך תגרור פגיעה בזכויות נוספות? מה הדין אם הפגיעה המופחתת בזכות האדם תדרוש – לשם הגשמה של מטרת החוק – פגיעה באינטרסים חברתיים שמחוץ למטרת החוק? מה הדין אם היא תגרור הוצאה כספית גדולה יותר? התשובה הינה, כי פתרון של כל השאלות הללו צריך למצוא את מקומו בגדרי מבחן-המשנה השלישי בדבר המידתיות במובן הצר.³⁹

(בב) השפעה על גורמים החיצוניים לזכות הנפגעת

הצורך לא מתקיים כשניתן להגשים את מטרת החוק על ידי נקיטת אמצעים הפוגעים פחות בזכות חוקתית, בהנחה שכל שאר התנאים שווים. דרישה זו אינה מתקיימת כשנקיטת אמצעי שפגיעתו בזכות אדם נתונה היא פחותה תגרור פגיעה בזכותו של אדם אחר או בזכות

38 שם, בעמ' 740.

39 ראו להלן עמ' 419.

אחרת של אותו אדם – בין אם זכות חשובה יותר או חשובה פחות – שלא נפגעה על ידי האמצעי שנבחר בחוק.⁴⁰ כמו כן מבחן הצורך לא מתקיים כשהפיצוי על הפחתת הפגיעה בזכות האדם ייעשה על חשבון מדיניות חדשה שהמדינה אינה רוצה בה, או על חשבון תקציב המיועד להגשמתן של מטרות אחרות. בכל המצבים הללו מבחן הצורך אינו דורש להפחית את הפגיעה בזכותו של אדם אחד (או סוג אחד של בני אדם) בתמורה לפגיעה בזכותו של אדם אחר (או סוג אחר של בני אדם) או בתמורה לפגיעה בזכויות אחרות של אותו אדם או סוג בני אדם, או על חשבון עדיפויות לאומיות או תקציב. מבחן הצורך מוחל במקרה ה"נקי" שבו הגשמתה של המטרה החקיקתית אפשרית על ידי נקיטת אמצעים פוגעים פחות בזכות האדם, כשכל שאר הפרמטרים החברתיים אינם משתנים. אכן, מבחן הצורך אינו עילה להעמדת אמצעי פוגע פחות אם הדבר דורש הוצאה כספית מאוצר המדינה, שינוי של סדר העדיפויות הלאומיות או פגיעה בזכויות אחרות של אותו אדם או פגיעה בזכויות של אחרים. עמד על כך בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בפרשת *Manamela*.⁴¹ כך כתבו שופטי המיעוט (השופטים אורגן (O'Regan) וקמרון (Cameron)) לעניין מבחן הצורך:⁴²

“The problem for the Court is to give meaning and effect to the factor of less restrictive means without unduly narrowing the range of policy choices available to the Legislature in a specific area. The Legislature when it chooses a particular provision does so not only with regard to constitutional rights, but also in the light of concerns relating to costs, practical implementation, the prioritisation of certain social demands and needs and the need to reconcile conflicting interests. The Constitution entrusts the task of legislation to the legislature because it is the appropriate institution to make these difficult policy choices. When a Court seeks to attribute weight to the factor of ‘less restrictive means’ it should take care to avoid a result that annihilates the range of choice available to the Legislature.”

גם שופטי הרוב (השופטים מדלה (Madala), זקס (Sachs) ויעקוב (Yacoob)) נקטו גישה
זן: 43.

40 ראו HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 259 (2006).

41 פרשת *Manamela*, לעיל ה"ש 17.

42 שם, פס' 95 לפסק הדין.

43 שם, פס' 34 לפסק הדין.

“The duty of a court is to decide whether or not the legislature has overreached itself in responding, as it must, to matters of great social concern. As the minority judgment points out, when giving appropriate effect to the factor of ‘less restrictive means’, the court must not limit the range of legitimate legislative choice in a specific area. The minority judgment also states that such legislative choice is influenced by considerations of cost, implementation, priorities of social demands, and the need to reconcile conflicting interests. These are manifestly sensible considerations that do not provoke disagreement.”

גישה דומה נקט בית המשפט העליון בפרשת חברת אלאקסא אלמובארק.⁴⁴ באותה פרשה ביקשה חברת החשמל להניח צינור גז העובר מתחת לבית קברות מוסלמי. העותרים התנגדו לכך בשל הפגיעה בכבוד המתים. הם הציעו לשנות את התוואי באופן שכבוד המתים לא ייפגע. בית המשפט הניח כי כבוד המתים אכן נפגע מהנחת צינור הגז במתחם בית הקברות. כן הניח בית המשפט כי מימוש של הצעת העותרים ימנע פגיעה כזו. עם זאת ציין בית המשפט כי בחירת תוואי חלופי תביא דחייה לפרק זמן ממושך בהנחת הצינור, ודחייה זו תגרור הוצאות כספיות ניכרות. הדחייה תפגע גם באיכות הסביבה ובדחיית הזרמתו של גז טבעי לאזורים נוספים בצפון הארץ. על רקע מכלול ראייתי זה סבר בית המשפט כי האמצעי שהציעו העותרים – אף שהוא מונע פגיעה בכבוד המתים – אין בו כדי להוות אמצעי שפגיעתו פחותה. כתב השופט ע' פוגלמן:⁴⁵

“נוכח כל אלה איננו סבורים כי קמה – בנקודת הזמן הנוכחית – עילה לחייב את המשיבים לנקוט בחלופה זו [הזזת התוואי – א.ב.]. אמנם ציינו לעיל כי כאשר עוסקים אנו בזכויות אדם משקלם של השיקולים התקציביים פוחת, אך בענייננו, ההצטברות של סימני השאלה בחלופה זו, סדרי הגודל של הנזק שייגרם, והשיקולים הנוספים עליהם עמדנו, מביאים לידי כך שהחלופה שמציגים העותרים, הגם שאין עימה פגיעה בכבוד המת, אינה יכולה להגשים את התכלית שבבסיס הנחת צינורות הגז באופן דומה לזה של חלופת הקידוח האופקי... משכך, אין לפנינו חלופה מידתית אחרת לביצוע הקידוח האופקי.”

44 בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל (פורסם בנבו, 29.10.2007).

45 שם, פס' 14 לפסק הדין.

גישה זו למבחן הצורך נגזרת מהתפיסה כי מבחן הצורך פועל על בסיס ההנחה שהשינוי היחיד האמור להתרחש הוא בשינוי האמצעים באופן שהפגיעה של החוק בזכות האדם תהא קטנה יותר; זאת ותו לא. שאר התנאים הסובבים את החוק ושאר התוצאות לא ישתנו. התכלית שתושג על ידי האמצעי שפגיעתו פחותה היא התכלית שעמדה ביסוד חקיקתו. האמצעים הכספיים שיוקדשו במסגרת הפגיעה הפחותה בזכות האדם אינם עולים על אמצעים שאמורים להיות מוקדשים על פי האמצעים שהחוק המקורי קבעם. הזכויות שייפגעו על ידי האמצעים החדשים הן אותן זכויות שהחוק המקורי פגע בהן, תוך הקטנתה של הפגיעה וצמצומה.

מה הדין אם הנחה זו אינה מתקיימת? מה הדין אם הקטנת הפגיעה בזכות החוקתית כרוכה בפגיעה בזכויות אדם נוספות או בזכויות של אנשים נוספים שההסדר המקורי לא פגע בהן? מה הדין אם הבטחת הפגיעה הפחותה כרוכה בהוצאות כספיות מעבר לנדרש על ידי החקיקה המקורית? התשובה לכל השאלות הללו היא שדין זה אינו נשלט על ידי מבחן-המשנה בדבר הצורך, אלא על ידי מבחן המשנה בדבר המידתיות במובן הצר.⁴⁶ אכן, שינויים בתנאים הסובבים את החוק בעקבות ההתמקדות באמצעי שפגיעתו פחותה – כגון פגיעה נוספת בזכויות אדם אחרות או השפעה על התקציב – מחייבת לערוך איזון חדש בין המטרה (הישנה) לאמצעים (החדשים). מבחן הצורך אינו המסגרת המתאימה לעריכתו של איזון זה. מבחן הצורך שואל שאלה אחת ויחידה: האם ניתן להגשים את מטרת החוק על ידי אמצעי שונה מזה שנקבע בחוק, שתוצאתו האחת והיחידה היא הקטנת הפגיעה בזכות האדם שהחוק פגע בה? אם התשובה על שאלה זו הינה בחיוב, מבחן הצורך קובע כי אין צורך באמצעי שנקבע בחוק. אם מתברר שהקטנת הפגיעה בזכות האדם מחייבת תוצאות נוספות – כגון פגיעה בזכויות אדם אחרות או פגיעה בזכויות של אחרים, שינוי בסדר עדיפויות לאומיות והוצאה כספית – אין עוד אפשרות לומר שאין צורך באמצעים שקבע החוק. נהפוך הוא: מתברר שכדי להגשים את מטרת החוק, וכדי להגיע למצב שרק זכות האדם המסוימת היא שנפגעת – תוך הבטחה של סדרי העדיפות הלאומיות ותוך מניעה של הוצאה כספית נוספת – יש צורך באמצעים שהחוק קבעם. ייתכן, כמובן, כי צורך זה מביא לידי כך שהפגיעה בזכויות האדם אינה מידתית (במובן הצר). בחינתה של שאלה זו חורגת ממבחן-המשנה השני שעניינו הצורך. לבחינתה של שאלה זו עלינו לעבור לאיזונים הנדרשים על-ידי מבחן המשנה השלישי שעניינו מידתיות (במובן הצר).⁴⁷

(גג) מבחן הצורך והוצאה כספית נוספת

טלו מקרה שבו חוק שנועד להגשים מטרה ראויה פוגע בזכות חוקתית. בחינתה של הפגיעה מעלה כי ניתן להגשים את המטרה הראויה אם יינקטו אמצעים אחרים, שפגיעתם

46 ראו להלן עמ' 419.

47 ראו ALEXI, לעיל ה"ש 22, בעמ' 400.

בזכות האדם פחותה. עם זאת מתברר כי לשם המימון של אמצעים אחרים אלה נדרשת תוספת כספית שאינה שולית. מה הדין? האם עלינו לומר כי בשל האפשרות להגשים את המטרה הראויה באמצעים אחרים, שפגיעתם בזכות האדם פחותה, מתבקשת המסקנה כי האמצעים שקבע החוק אינם עונים על מבחן הצורך?

התשובה היא בשלילה. אילו ניתן היה להגשים את מטרת החוק תוך פגיעה פחותה בזכויות אדם ובלי להגדיל את המסגרת הכספית – ניתן היה לומר כי אין צורך באמצעים שנקבעו בחוק. אולם כאשר האמצעים החדשים, הפוגעים פחות בזכות החוקתית, מחייבים הוצאה כספית ניכרת חדשה, שוב אין לומר כי אין "צורך" באמצעים שקבע החוק. יש בהם צורך כדי להגשים את מטרת החוק במסגרת האמצעים שנקבעו וכדי למנוע את ההוצאה הכספית החדשה. אמת, בכך נגרמה פגיעה בזכויות אדם שהייתה נמנעת אילו הייתה המדינה מוכנה להוצאה הכספית הנוספת. אך המדינה לא מוכנה לכך. נמצא כי השאלה הניצבת עתה היא זו: האם בחירתה של המדינה להימנע מהקדשת כספים לשם הפחתת הפגיעה בזכות האדם היא חוקתית? מבחן הצורך אינו יכול לתרום כל תרומה לשאלה זו. ההכרעה בה צריכה להיעשות במסגרת מבחן-המשנה השלישי שענינו המידתיות במובן הצר והמבוסס על איזון. האמירה "זכויות אדם עולות כסף" – המדגישה את הצורך שלא לפגוע בזכויות האדם גם אם כתוצאה מכך תידרש הוצאה כספית – אינה מכוונת למבחן הצורך. היא חלק משיקולי האיזון הכלליים החלים במסגרת מבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר).⁴⁸ בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות⁴⁹ קבעה השופטת ד' דורנר כי השיקול הכספי הוא רלוונטי. עם זאת, היא "מיקמה" את ההתחשבות בשיקול זה במסגרת מבחן הצורך, וכך כתבה:⁵⁰

"באשר למבחן המשנה השני לא נדרש כי הכנסת תבחר, בכל תנאי ובכל מחיר, באמצעי המאפשר את השגת התכלית בלי לפגוע כלל בזכות או באמצעי הפוגע בזכות במידה המינימלית האפשרית. המשאבים הציבוריים הם, מטבע הדברים, מוגבלים. למרות חשיבותן הבלתי מעורערת של זכויות הפרט לא ניתן, ולא ראוי לתת להגשמתן עדיפות מוחלטת על פני כל המטרות הציבוריות האחרות. כך, למשל, הגם שדומה כי ניתן היה להבטיח בכל מקרה כי חשודים לא יסכנו את שלום הציבור באמצעות 'מעצר בית' שיובטח על-ידי כוחות משטרה, הרי שלעתים אין מנוס מהשגת אותה מטרה על-ידי האמצעי הזול יותר של מעצר החשוד בבית מעצר, אף שאמצעי זה פוגע בזכויות החשוד יותר ממעצר בית מאובטח."

48 ראו להלן עמ' 419.

49 ראו פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 1.

50 שם, בעמ' 420.

אכן, אף אני סבור כי "המשאבים הציבוריים הם, מטבע הדברים, מוגבלים", וכי "לא ראוי לתת להגשמתן עדיפות מוחלטת על פני כל המטרות הציבוריות האחרות". הדוגמה היפה של השופט דורנר בעניין מעצר הבית מראה זאת. עם זאת, מיקומו של שיקול זה אינו בגדר מבחן הצורך אלא בגדר מבחן המידתיות במובן הצר.⁵¹

(ג) היסוד השני: החלופה ההיפותטית פוגעת בזכות החוקתית במידה פחותה מפגיעתו של החוק הפוגע

(1) מהותו של היסוד השני

היסוד השני של מבחן הצורך בוחן את השאלה אם החלופה ההיפותטית פוגעת בזכות החוקתית במידה פחותה מפגיעתו של החוק הפוגע. קיומה של חלופה שיש בכוחה להגשים את מטרות החוק באותה מידת אינטנסיביות כמו זו של האמצעים הקבועים בחוק הינה תנאי הכרחי ב"צורך". זה אינו תנאי מספיק. נדרש כי אותה חלופה תפגע בזכות החוקתית פחות מפגיעתו של החוק הפוגע. אם יסוד זה אינו מתקיים, ממילא יש צורך בחוק. אם יסוד זה מתקיים, ממילא אין צורך בחוק, שכן החלופה מקיימת את מטרות החוק כמו החוק הפוגע, תוך שפגיעתה של החלופה בזכות החוקתית קטנה יותר מפגיעתו של החוק הפוגע. לשם בחינתו של יסוד זה יש להשוות בין השפעתו של החוק הפוגע על הזכות החוקתית לבין השפעתה של החלופה ההיפותטית על זכות זו. נדרש כי החלופה תפגע בזכות החוקתית במידה פחותה. מידה זו נקבעת, בין השאר, על ידי בחינת היקף הפגיעה, עוצמתה, זמן תחולתה ומידת הסתברותה. השוואה זו מולידה פתרון פשוט במקום שבכל אחד ממרכיבי הפגיעה החלופה פוגעת פחות מפגיעתו של החוק הפוגע. אך מה הדין אם מההשוואה מסתבר כי במספר עניינים החלופה ההיפותטית פוגעת בזכות החוקתית פחות מהחוק הפוגע ובמספר עניינים היא פוגעת בזכות החוקתית יותר מהחוק הפוגע? לדעתי, אין לומר במצב דברים זה שהחלופה פוגעת בזכות החוקתית במידה פחותה מהחוק הפוגע. התוצאה הינה כי יש צורך בחוק, ומבחן הצורך מתקיים.⁵² ההכרעה תעשה במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר.

(2) פגיעה פחותה – מבחן אובייקטיבי

כיצד נקבע אם האמצעי שבחר המחוקק הוא זה שפגיעתו היא הפחותה? האם זו בחינה סובייקטיבית או אובייקטיבית? לדעתי המבחן לחוקתיות החוק – להבדיל מחוקיות הפעלתו

51 לגישה זו, ראו ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות", לעיל ה"ש 34; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 34.

52 ראו Pulido, לעיל ה"ש 20, בעמ' 744.

במקרה קונקרטי – חייב להיות אובייקטיבי.⁵³ ההשוואה היא בין שני סוגים של פגיעות בזכות מנקודת המבט של בעל זכות טיפוסי. הנתונים המיוחדים של בעל הזכות שהביא את העניין בפני בית המשפט אינם מעלים ואינם מורידים.⁵⁴ אין זה ראוי שנתונים אישיים יקבעו את חוקתיותו של חוק. זו צריכה להיקבע על ידי נתונים אובייקטיביים של בעל זכות טיפוסי. הנתונים האישיים עשויים להשפיע על חוקיות הפעילות התת-חוקית, כגון צווים או פעולות מינהל הנערכות מכוח החוק.

המבחן האובייקטיבי נקבע על פי אמת-המידה של השכל הישר. על פי אמת-מידה זו, איסור מלא על הפעלת חירות פלונית (כגון חופש העיסוק) מהווה פגיעה קשה יותר בחירות מאיסור חלקי על הפעלת הזכות. על כן, החובה לסגור עסק בשעות הערב המאוחרות היא פגיעה פחותה בחופש העיסוק מהחובה לסגור את העסק כליל. הטלת חובה לציין כי מוצר מסוים הוא מסוכן לבריאות מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה בחופש העיסוק מאיסור על מכירת המוצר. הפעלתו של מבחן אובייקטיבי זה קלה יחסית כשהאמצעים נמצאים על רצף הגיוני מהקל אל הכבד.⁵⁵ כך, למשל, עונש מאסר עולם פוגע בזכות לחיים פחות מעונש מוות, ועונש מאסר של חמש שנים פוגע בחירות פחות מעונש מאסר של עשר שנים. הטלת חובה החלה על חלק משטח המדינה מהווה אמצעי שפגיעתו קלה יותר מהטלת חובה החלה על כל שטח המדינה; הגבלה לתקופה קצרה פגיעתה קלה יותר מהגבלה לתקופה ארוכה יותר; הגבלה החלה על חלק מתושבי המדינה היא קלה יותר לעומת הגבלה החלה על כל התושבים. הפעלתו של המבחן האובייקטיבי קשה יותר כשאינן רצף הגיוני ברור.

ההכרעה בשאלה האובייקטיבית אם פגיעתו של אמצעי פלוני היא פחותה אם לאו היא הכרעה משפטית. היא נעשית על ידי בית המשפט.⁵⁶ תפיסתו של המחוקק כי פגיעתו של האמצעי שנבחר בזכות החוקתית פחותה מפגיעתו של אמצעי אחר אינה מכרעת. בקביעתה של הפגיעה הפחותה אל-לו לבית המשפט להתחשב בעניינים של מה בכך; כמו כן עליו להתעלם משוני שולי. אלה אינם מצדיקים את הקביעה כי החוק אינו חוקתי. כאשר בית המשפט מגיע למסקנה שכמה חלופות – כולל זו שנקבעה בחוק – מתיישבות עם הצורך לפגוע בזכות החוקתית במידה הפחותה, עליו להשאיר על כנה את בחירת המחוקק.⁵⁷ בחירה זו תבחן, כמובן, במסגרת מבחן המשנה השלישי של המידתיות (המידתיות במובן הצר).

53 ראו פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 796.

54 ראו EMILIOU, לעיל ה"ש 21, בעמ' 31.

55 שם, בעמ' 30. ראו גם PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 146 (5th ed., vol. II, 2007).

56 ראו להלן עמ' 503.

57 ראו להלן עמ' 503.

(3) איסור גורף או בדיקה אינדיבידואלית

מימושה של זכות נפגע פחות אם הוא מותנה בבדיקה אינדיבידואלית של בעל הזכות או ביצירת חריג לאיסור הגורף⁵⁸ ולא בשלילתה הגורפת.⁵⁹ על כן, קבלה לשירות בכוחות הביטחון על בסיס בדיקת התאמה אינדיבידואלית פוגעת בחופש העיסוק במידה פחותה מאיסור גורף על קבלתם של מי שגילם עובר סף כניסה (כגון מעל 35 שנה).⁶⁰ בדומה, סירוב לתת תעודת עיתונאי בעקבות בדיקה ביטחונית אינדיבידואלית פוגע בחופש העיסוק של העיתונאי פחות מאיסור גורף על מתן תעודת עיתונאי.⁶¹ ברוח דומה נפסק כי בדיקה אינדיבידואלית של דברי דואר שאסירים מקבלים בהתבסס על מידע ביטחוני ספציפי פוגעת בפרטיותם פחות מהוראה כללית לבדיקת כל דברי הדואר שלהם.⁶² כמו כן, בדיקה אינדיבידואלית כללית פוגעת יותר מבדיקה אינדיבידואלית המבוססת על מידע מוקדם או על קטגוריזציה מסוימת. על פי גישה זו, שלילת דרכון על בסיס בדיקה ביטחונית אינדיבידואלית פוגע בזכות לתנועה פחות מאיסור גורף המונע קבלת דרכון. הוא הדין אם ייקבע חריג שיצמצם את היקף תחולת האיסור הגורף.

עם זאת, יש לחזור ולהדגיש כי איסור גורף לא מקיים את מבחן הצורך אם בדיקה אינדיבידואלית או קיום חריג מגשימים את מטרות החוק כמו האיסור הגורף. לא כן אם הבדיקה האינדיבידואלית או החריג אינם מגשימים את מטרות החוק באותה מידה כמו האיסור הגורף, ואף עשויים לעתים להביא לתוצאה הנוגדת את מטרותו.⁶³ כאשר מתברר

58 ראו PHILIP PLOWDEN & KEVIN KERRIGAN, *ADVOCACY AND HUMAN RIGHTS: USING THE CONVENTION IN COURTS AND TRIBUNALS* 133 (2002); Philip Sales & Ben Hooper, *Proportionality and the Form of Law*, 119 L. Q. Rev. 426, 430 (2003); ULRICH HAFELIN & WALTER HALLER, *SCHWEIZERISCHES BUNDESSTAATSRECHT* (4th, 2004)

59 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 1, פס' 69 לפסק דינו של הנשיא ברק: "הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה".

60 ראו בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358, 367 (2004).

61 ראו בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 77 (2004).

62 ראו *Campbell v. United Kingdom*, App. No. 13590/88, 15 Eur. H.R. Rep. 137 (1993).

63 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 1, פס' 69 לפסק דינו של הנשיא ברק: "ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף. לעתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה". ראו גם פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 770.

שהבדיקה האינדיבידואלית או החריג אינם מיישמים את מטרת החוק כמו האיסור הגורף, יש לקבוע כי מבחן הצורך מתקיים. להלן כמה דוגמאות מהמשפט המשווה.

(א) חוק קנדי קבע כי בית משפט חייב ליתן צו האוסר על פרסום שמו ופרטיו של מתלונן באישום על תקיפה מינית. חובה זו הותנתה בבקשה של המתלונן. בית המשפט העליון קבע כי הוראה זו פוגעת בחופש הביטוי.⁶⁴ בשלב הבחינה השני נבדקה השאלה אם הוראת החוק היא מידתית. לעניין מבחן הצורך נטען שיש אמצעי שפגיעתו בחופש הביטוי פחותה. על פיו לא יחול איסור גורף, ובית המשפט יקיים בחינה אינדיבידואלית ויחליט על פי נסיבותיו של כל מקרה. הטענה נדחתה. נקבע כי מטרת החוק היא לעודד מתלוננים לפנות למשטרה באמצעות מתן הגנה מהטראומה של הפומביות, ורק איסור גורף על זיהוי יגשים מטרה זו. הענקת שיקול דעת לבית המשפט – אף שיפגע בחופש הביטוי במידה פחותה – אין בכוחו להגשים מטרה זו, שכן מתלוננים עשויים לחשוש שבית המשפט יורה על גילוי שמם וזהותם. כתב השופט למר (Lamer J.):⁶⁵

“[A] discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban and publication would be counterproductive, since it would deprive the victim of that certainty. Assuming that there would be a lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament’s objective.”

(ב) חוק בדרום-אפריקה קבע כי אין לנקוט עונשים גופניים בבתי ספר. הורים ביקשו לקבוע חריג במקרים שבהם הם מסכימים לשימוש בעונשי הגוף מטעמי דת. בית המשפט קבע כי הכרה בחריג ההסכמה תפגע במדיניות החוק, שביקשה לקבוע דרכי חינוך אחידות בכל רחבי המדינה. קביעת חריג לאיסור הכולל לא רק תמנע הגשמה של מטרת החוק אלא תפעל בניגוד לה.⁶⁶

(ג) חוק בדרום-אפריקה אסר על שימוש או החזקה בסמים מסוכנים ובהם קנביס (cannabis). החוק הכיר בחריג לאיסור הפלילי לעניינים רפואיים. בפני בית המשפט החוקתי התעוררה השאלה אם אין מקום להכיר בחריג לעניינים דתיים.⁶⁷ העתירה הוגשה על ידי עותר שביקש לקבל רישיון לעריכת-דין, אך נתקל בסירוב משום שהורשע בעבר בגין החזקה של הקנביס. אין מחלוקת עובדתית על כך שהעותר החזיק בסם המסוכן לצרכיה הדתיים של

64 ראו Canadian Newspaper co. v. Canada (A. G.), [1988] 2 S.C.R. 122.

65 שם, פס' 18 לפסק הדין.

66 ראו Christian Education South Africa v. Minister of Education, 2000 (4) SA 757 (CC).

67 ראו Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope, 2002 (2) SA 794 (CC).

דתו (דת הרסטפרי; Rastafari). לטענתו, החוק פגע בחופש הדת באופן שאינו מידתי: חוסר המידתיות נובע מהיעדרו של חריג לאיסור הפלילי שעניינו החזקה ושימוש בסם מסוכן לצרכים דתיים. כל השופטים הסכימו כי האיסור הפלילי הוא למטרה ראויה של לחימה בשימוש בסמים. כן הוסכם על הכול כי האיסור פגע בחופש הדת של העותר. גדר הספקות היה בצידוק לאיסור הגורף. המחלוקת בין השופטים התמקדה בשאלה אם כללי המידתיות מצדיקים הכרה בחריג לאיסור הגורף. המחלוקת התרכזה, בין השאר, בשאלה אם הכרה בחריג דתי תפגע בהגשמת המטרה הראויה של לחימה בסמים מסוכנים. דעת הרוב הייתה כי לא ניתן יהיה להגשים את מטרות החוק אם יוכר החריג הדתי, משום שבעת אכיפת החוק לא ניתן יהיה לבדוק בכל מקרה אם המשתמש הוא בן דת הרסטפרי ואם השימוש שלו היה מטעמי דת. בהיעדר משטר רישוי – שאינו אפשרי לאור מבנה הדת ובהיעדר מוסדות מוכרים – לא ניתן יהיה להבחין בין "האי" של השימוש הרסטפרי לבין "האוקינוס" של השימוש בכלל. לדעתי הדין עם הרוב לעניין מבחן הצורך. שאלה אחרת היא אם האיסור הגורף הוא מידתי על פי מבחן המשנה השלישי.

(4) מבחן הצורך במבחן הזמן

דרישת הקשר הרציונלי צריכה להתקיים הן בעת חקיקתו של החוק הפוגע (ex ante) והן בעת המשפט (ex post).⁶⁸ האם דין דומה חל גם לעניין מבחן הצורך? לדעתי התשובה הינה כי הדין לעניין שני מבחני המשנה (קשר רציונלי; צורך) הוא דומה. על כן, גם לעניין מבחן הצורך נדרש כי יסודות הצורך יתקיימו הן בעת חקיקת החוק והן בעת הכרעת חוקתיות בבית המשפט.⁶⁹ הטעם לגישתי זו נעוץ בתפיסה כי יש להבטיח כי יש צורך לפגוע בזכות החוקתית בכל ימי חיי החוק. הצידוק לפגוע בזכות חוקתית מן הראוי לו שיהא נמשך ולא רגעי. על כן אם לאחר חקיקתו של החוק חל שינוי בטכנולוגיה וניתן להגשים את מטרת החוק באמצעים שפגיעתם פחותה, מן הראוי שהמחוקק יעשה כן. נמצא כי החוק עשוי בשלב מסוים לאבד את חוקתיותו, שכן שוב אין צורך בו.

4. מבחן הצורך ורמת הפשטה של המטרה

מבחן הצורך בוחן את האמצעים שהחוק נוקט להגשמת מטרתו. נדרש כי החוק יבחר באותם אמצעים המגשימים את מטרתו, שפגיעתם בזכות החוקתית היא הפחותה. מכאן הקשר ההדוק בין מבחן הצורך למטרת החוק. מבחן הצורך מתמקד במטרה ובדרכי הגשמתה. מיקוד זה יוצר קושי כשיש לחוק כמה מטרות. אלה עשויות להיות ברמת הפשטה

68 ראו לעיל עמ' 384.

69 לגישה כי המבחן הוא ex ante, ראו PULIDO, לעיל ה"ש 20, בעמ' 734.

זהה או ברמות הפשטה שונות. בשני המקרים, מידת הצורך באמצעי שנבחר נגזרת מהאופן שבו נקבעה המטרה.⁷⁰

דוגמה לכך עשויה לשמש פרשת *Manamela*.⁷¹ באותה פרשה דן בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בחוקתיותו של חוק שקבע כי מי שרכש רכוש גנוב, עליו הנטל להוכיח שהיה לו יסוד סביר להניח שהרכוש אינו גנוב. בית המשפט נחלק בדעתו: הרוב סבר שהחוק אינו חוקתי משום שאין הוא מקיים את מבחן הצורך. המיעוט סבר שמבחן הצורך מתקיים. וולמן (Woolman) ובוטה (Botha)⁷² הסבירו שוני זה על בסיס תפיסה שונה של תכלית החוק. על פי גישתם, דעת הרוב הגדירה את מטרת החוק ברמת הפשטה גבוהה, שלפיה החוק ביקש לקבוע אמצעים שיפגעו בשוק הסחורות הגנובות. על בסיס מטרה זו נקבע כי ניתן להגשימה על ידי אמצעי הפוגע בזכות במידה פחותה – ואז תחול החזקה רק לעניין חפצים גנובים יקרי ערך. דעת המיעוט ראתה את מטרת החוק כהזרה של הציבור שלא להשתתף בשוק החפצים הגנובים. לשם הגשמתה של מטרה זו היה צורך באמצעי שקבע המחוקק. אמצעי פוגעני פחות לא יגשים מטרה זו.

על רקע זה ניתן לומר שככל שרמת ההפשטה של המטרה הראויה היא גבוהה יותר, כן קל יותר להצביע על אמצעים חלופיים הפוגעים בזכות החוקתית פחות משעושה זאת החוק, ובכוחם להגשים את המטרה באותה מידה של יעילות. לעומת זאת, ככל שרמת ההפשטה של המטרה נמוכה יותר, כן יקשה להצביע על היעדר צורך באמצעים שקבע החוק.⁷³ רמת הפשטה ברמה נמוכה עשויה לעורר שאלות קשות באשר למבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר). ניתן להדגים תפיסה זו באמצעות פרשת עדאלה.⁷⁴ החוק קבע איסור גורף על איחוד משפחות בין ישראלים לבני זוג באזור. הטעם המונח ביסוד החוק היה ביטחוני. בין השאר התעוררה השאלה אם בדיקה אינדיבידואלית של הסיכון הביטחוני – ולא איסור גורף – עשויה להיות אמצעי המגשים את המטרה הביטחונית של החוק אך פוגע פחות ממנו בזכות לחיי משפחה. כדי לפתור שאלה זו נדרש בית המשפט לקבוע מהי מטרת החוק. בפסק דיני ציינתי כי מטרת החוק הינה "להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני הנשקף

70 ראו Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations, in* CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, Chapter 34, 87 (Stuart Woolman et al. eds., 2006).

71 פרשת *Manamela*, לעיל ה"ש 17.

72 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 70, בעמ' 87.

73 ראו Peter W. Hogg, *Section 1 Revisited*, 1 N.J.C.L 1, 5 (1991): "If the objective has been stated at a high level of generality, it will be easy to think of other ways in which the wide objective could be accomplished with less interference with the [fundamental] right. If the objective has been stated at a low level of generality, perhaps simply restating the terms of the challenged law, it will be hard to think of other ways in which the narrow objective could be accomplished with less interference with the... right".

74 גם Woolman & Botha, לעיל ה"ש 70, בעמ' 87.

74 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 1.

מבני הזוג הזרים המשתקעים בישראל.⁷⁵ על רקע מטרה זו הגעתי לכלל מסקנה כי אין בכוחה של הבדיקה האינדיבידואלית להגשים מטרה זו באותה מידת יעילות כמו האיסור הגורף על איחוד משפחות. בפסק דיני העליתי את האפשרות כי מטרת החוק אינה להפחית "ככל האפשר" את הסיכון הביטחוני, אלא להקטין את הסיכון הביטחוני "במידת מה".⁷⁶ על רקע מטרה זו ניתן היה להסתפק בבדיקה האינדיבידואלית. בחנתי את המטרה שעמדה הלכה למעשה ביסוד החוק, והגעתי למסקנה כי המטרה הייתה להפחית את הסיכון הביטחוני "ככל האפשר". על רקע זה נקבע כי החוק מקיים את מבחן הצורך. בהמשך נבחנה השאלה אם דרישה זו (להפחתת הסיכון "ככל האפשר") מקיימת את דרישותיו של מבחן-המשנה השלישי.⁷⁷

דוגמה זו מצביעה על מסקנה נוספת הרלוונטית למבחן הצורך: רמת ההפשטה שעל פיה תיבחן מטרת החוק – והוא הדין במטרות שונות ברמת הפשטה נתונה – נקבעת על פי המטרה שעמדה הלכה למעשה ביסוד החוק.⁷⁸ השאלה אינה אם באופן תאורטי ניתן לייחס לחוק מטרה מסוימת, אלא מה הייתה המטרה הלכה למעשה. בית המשפט אינו בוחר את המטרה. הבחירה נעשית על ידי המחוקק. בדיקת החוקתיות של האמצעים נעשית על ידי בית המשפט. כאשר לחוק מספר מטרות, נערכת הבחינה על בסיס המטרה הדומיננטית.

ב. אמצעי הגזר להגשמת המטרה

1. המטאפורות של התוח והפטיש

מבחן הצורך דורש כי האמצעי שהחוק נוקט יהא "גזור" להגשמת המטרה (narrowly tailored). עיקרון זה בוטא כבר ב-1911 באמרתו הידועה של פליינר (Fleiner), לפיה "Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen"⁷⁹ אל לה למטרה לירות על ציפור בתוח. על מטאפורה זו, תוך שינוי־מה, חזר השופט האנגלי דיפלוק (Lord Diplock) באחת הפרשות:⁸⁰

"[One] must not use a steamhammer to crack a nut."

75 שם, פס' 89 לפסק דינו של הנשיא ברק.

76 שם, פס' 90 לפסק דינו של הנשיא ברק.

77 ראו להלן עמ' 419.

78 ראו לעיל עמ' 492.

79 FRITZ FLEINER, INSTITUTIONEN DES DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHTS 404 (1928).

80 R. v. Goldstein, [1983] 1 WLR 151, 155. על מטאפורה זו, ראו Gareth Wong, *Towards the*

Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality, PL 92 (2000).

אף אני חזרתי עליה בשינוי קל כששאלתי "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכור?"⁸¹ מטאפורות אלה מבקשות להביע את הרעיון שיש להתאים את האמצעים למטרה. כאשר ניתן להגשים את המטרה על ידי שימוש באמצעי שפגיעתו בזכויות קטנה יותר יש לעשות כן. אין להשתמש בפטיש כשאפשר להשתמש במפצח אגוזים.⁸² הדרישה כי האמצעי יהא "גזור" להגשמת המטרה מופרת בשני מצבים עקרוניים. הראשון הוא כשהאמצעי אינו משיג את המטרה במלואה, ויש עניינים הדרושים להגשמת המטרה שאינם מטופלים באמצעותו. זהו המקרה של כיסוי בחסר (underinclusiveness). עניין זה אינו נוגע למבחן הצורך. "כיסוי חסר" עשוי להצביע על מניע פסול של המחוקק ובכך להשפיע על מרכיב המטרה.⁸³ הוא עשוי להצביע על פגיעה בשוויון. בין כך ובין כך אין לו השפעה על מבחן הצורך. במצב השני האמצעי משיג את מטרתו אך הוא אינו "גזור" להגשמתה שכן הוא פוגע בזכויות מעבר לנחוץ. זהו המקרה של כיסוי ביתר (overinclusiveness; overbreadth). בלשונו של השופט נגקובו (Ngcobo), במצב זה ה"רשת" של החוק נפרשה באופן רחב מדי.⁸⁴ זהו התותח היורה בציפור, או הפטיש שמנפץ אגוז ותוך כדי כך פוגע פגיעה נוספת בזכויות חוקתיות. היבט זה של היעדר "הגזירה" נוגע למבחן הצורך.

2. כיסוי יתר

כיסוי יתר הוא מצב דברים שבו האמצעים שקבע החוק ופוגעים בזכויות חוקתיות נחוצים להגשמת מטרתו רק בחלקם.⁸⁵ מצבים של כיסוי יתר נחלקים לשני סוגים. הסוג הראשון כולל מצבים שבהם ניתן להפריד בין אמצעי היתר לבין האמצעים החיוניים להגשמת המטרה של החוק. בסוג מקרים זה ניתן להגשים את מטרת החוק בלא לפגוע בזכויות אדם על ידי האמצעים היתרים. במצב דברים זה, כיסוי ביתר אינו אלא ביטוי למבחן הצורך, ועל כן יש לבצע הפרדה בין האמצעים הנחוצים לאלה שאינם. בסוג מקרים זה יש

81 פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 797. ראו גם פרשת לוי נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 893.

82 יש הסבורים כי מיקומה של מטאפורה זו הוא לעניין מבחן המשנה של הקשר הרציונלי, ראו Walter van Gerven, *The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 37, 61 (Evelyn Ellis ed., 1999). במספר פרשות ייחסתי מטאפורה זו למידתיות כמוכן הצר, ראו פרשת שטנגר, שם, וכן פרשת לוי, שם. נראה לי עתה כי "מיקומה" של מטאפורה זו הוא במבחן המשנה של צורך. המטאפורה עצמה אינה מן המוצלחות. היא מדגישה יפה את כובוז המשאבים אך לא את פגיעת היתר בזכויות.

83 ראו Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 189.

84 ראו גם Richard H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267, 1327 (2007).

84 ראו *Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope*, לעיל ה"ש 67, פס' 81 לפסק הדין.

85 ראו Henry Paul Monaghan, *Overbreadth*, SUP. CT. REV. 1 (1981).

זהות בין מבחן הצורך לבין האיסור על כיסוי יתר. דוגמה למצב דברים זה מהווה פרשת *Coetzee* הדרום-אפריקנית.⁸⁶ בפרשה זו נדון חוק שקבע כי ניתן לאסור חייב שאינו משלם חוב פסוק. נקבע כי חוק זה פוגע בזכות לחירות, וכי הוראותיו פוגעות בחירות מעבר לצורך שכן אין בו הבחנה בין חייב שבידו לשלם לבין חייב שאין בידו לשלם. החוק נועד לאכוף תשלום על חייב שיש בכוחו לשלם. הוא לא נועד לאכוף מאסר על מי שאין בידו לשלם. במקרה זה ניתן להבחין בין האמצעי היתר (מאסר של מי שאין בידו לשלם) לבין האמצעים החיוניים להגשמת החוק (מאסר של מי שיש בידו לשלם). דוגמה אחרת מהווה פרשת *Case and Curtis*.⁸⁷ בפרשה זו נדון חוק דרום-אפריקני שקבע עבירה פלילית של החזקת צילומי תועבה. החוק הגדיר "דבר תועבה" ככולל כל הצגה של יחסי מין, יחסים הומוסקסואליים ואינוס. נקבע כי החוק פוגע בחופש הביטוי וכי הוא אינו מידתי שכן יש בו כיסוי יתר. במקרים מהסוג הזה חלה המטאפורה של התותח והפטיש. ניתן להגיע לכיסוי מלא בלא צורך בכיסוי יתר. השאלה המתעוררת היא שאלת הסעד. אם ניתן, יש להפריד בין כיסוי היתר לכיסוי הדרוש. אם אין אפשרות להפריד (שיפוטית) בין חלקי הכיסוי, אין מנוס מלהכריז על כל ההוראות כבלתי-חוקתיות.

הסוג השני של מצבים הלוקים בכיסוי יתר הוא מורכב יותר. במצבים אלה אין דרך להפריד בין כיסוי היתר לבין הכיסוי הנדרש. אין אפשרות להגשים את מטרת החוק בלא שיהיה באמצעים הנקטים משום כיסוי יתר. במצב דברים זה נוצר מתח בין מבחן הצורך לבין האיסור על כיסוי היתר. ידו של איזו מבחן תגבר?⁸⁸ לדעתי ידו של מבחן הצורך היא שתגבר. כיסוי היתר אסור על פי מבחן הצורך רק כשאין בו צורך. כשאין אפשרות להפריד בין האמצעים הנחוצים לבין כיסוי היתר נהפך גם כיסוי היתר לנחוץ. במצב דברים זה (כיסוי היתר שאינו ניתן להפרדה) ההתמודדות עם הפגיעות של כיסוי היתר לא תיעשה במסגרת מבחן-המשנה השני שבו אנו דנים עתה (מבחן הצורך) אלא במסגרת מבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר).⁸⁹ אכן, ייתכן שכיסוי היתר יכביד על האיזון בין הזכות החוקתית הנפגעת לבין המטרה המונחת ביסוד הפגיעה במידה שתפר את המידתיות (במובנה הצר). אין בו כדי להפר את מבחן המשנה השני (צורך).

.Coetzee v. Government of the Republic of South Africa, 1995 (4) SA 631 86

.Case v. Minister of Safety and Security, 1996 (3) SA 617 87

על שאלה זו במשפט האמריקני, ראו Fallon, לעיל ה"ש 83, בעמ' 1328. 88

ראו להלן עמ' 419. 89

דוגמה לגישתי זו ניתן למצוא בפרשת עדאלה.⁹⁰ כדי להבטיח את הביטחון וההתגוננות מפני הטרור נקבע איסור גורף על איחוד משפחות בין ישראלים לבין בני זוגם באזור. כתוצאה מהאיסור נפגעו גם בני זוג מהאזור שאינם פוגעים כלל בביטחון המדינה. עם זאת, לא נמצאה אפשרות להבחין בין בני זוג המעורבים בפעילות חבלנית לבין בני זוג תמימים. הבדיקה האינדיבידואלית אינה יעילה דיה. במצב דברים זה החליט בית המשפט כי האמצעים שנקט החוק, ושיש בהם כיסוי יתר, מקיימים את מבחן הצורך. בפסק דיני השוויתי בין תוצאותיו של האיסור הגורף על איחוד משפחות לבין תוצאותיה של הבדיקה האינדיבידואלית:⁹¹

“השוואה זו בין שתי הדרגות אינה הבדיקה הנדרשת בשלב זה של הבחינה החוקתית. השאלה אינה אם הבדיקה האינדיבידואלית פוגעת בזכויותיו של בן הזוג הישראלי פחות מהאיסור הגורף. השאלה הינה, אם ניתן להשיג את תכליתו של החוק על ידי שימוש באמצעי הפוגע פחות? אם האמצעי שפוגע פחות מגשים פחות מהתכלית הראויה, אין הוא אמצעי שהמחוקק חייב לנקוט בו. הדרישה באשר לאמצעי שפגיעתו פחותה היא מתוך האמצעים המשיגים את תכליתו של החוק. הנה כי כן, בשלב זה של הבחינה החוקתית, השאלה אינה אם הבדיקה האינדיבידואלית פוגעת בזכותו של בן הזוג הישראלי פחות מהאיסור הגורף. השאלה הינה, אם הבדיקה האינדיבידואלית מגשימה את תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל באותה מידה כמו האיסור הגורף. אם התשובה היא בחיוב – אותה מידה של הגשמה של התכלית – כי אז על המחוקק לבחור באמצעי זה. לעומת זאת, אם הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את תכליתו של החוק, אין המחוקק חייב לבחור באמצעי זה. עליו לבחור באמצעי המגשים תכלית זו ופגיעתו בזכותו של בן הזוג הישראלי פחותה.”

נמצא, כי חרף כיסוי היתר של האיסור הגורף הוא מקיים את מבחן הצורך, וזאת כשאינו דרך להפריד בין כיסוי היתר לבין הכיסוי הדרוש. החלופה היחידה היא כיסוי חלקי. במקרה כזה, מבחן הצורך אינו מחייב לנקוט כיסוי חלקי. שאלת החוקתיות של כיסוי היתר תצטרך להיקבע במסגרת מבחן-המשנה השלישי.

90 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 1. דוגמה מהפסיקה האמריקאית יכולה לשמש פרשת *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), תוך שינוי העובדות באופן שקיים יסוד ודאי לטענה כי מבין האזרחים היפנים המתגוררים בחוף המערבי של ארצות-הברית מספר שאיננו שולי – נניח עשרים אחוז – משתפים פעולה עם היפנים. מה הדין באמריקה במצב דברים זה?

91 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, שם, פס' 88 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ג. הערכה של מבחן הצורך

1. "לבו של מבחן המידה שאינה עולה על הנדרש"

בפסיקה הישראלית הובעה ההשקפה כי מבחן-המשנה השני – מבחן הצורך או מבחן הפגיעה הפחותה – הוא "לבו" של מבחן המידתיות. ה"אחריות" לתפיסה זו מוטלת בראש ובראשונה עלי. בפרשת בנק המזרחי המאוחד ציינתי:⁹²

"מבין מבחני המשנה לעקרון המידתיות החשוב ביותר הוא מבחן המשנה השני. הדרישה, כי החוק יפגע בזכות המוגנת במידה הקטנה ביותר האפשרית, היא לב ליבו של מבחן המידה שאינה עולה על הנדרש."

ברוח דומה ציינה השופטת ד' ביניש בפרשת מנחם:⁹³

"ככלל, הדרישה כי החקיקה תפגע בזכות החוקתית המוגנת במידה הקטנה ביותר האפשרית לשם השגת תכלית החוק היא לב ליבו של מבחן המידתיות."

גישה זו מקובלת גם במשפט המשווה, וכפי שכתב הוג (Hogg):⁹⁴

"The requirement of least drastic means has turned out to be the heart and soul of s.1 justification... for the great majority of cases, the arena of debate is the... requirement of least drastic means."

האם מעמד מיוחד זה למבחן הצורך הוא מוצדק?

2. מבחן הצורך – מבחן חשוב

אין ספק כי מבחן הצורך הוא מבחן חשוב. בעוד שמבחן הקשר הרציונלי בוחן את מידת הקשר בין האמצעים שהחוק קבע לבין מטרת החוק, מבחן הצורך בוחן בין מספר אמצעים רציונליים את זה שפגיעתו בזכות החוקתית קטנה יותר. מבחן הצורך בוחן, במישור הפרוגנוזה והתשתית העובדתית,⁹⁵ אם ניתן היה להגשים את המטרות החקיקתיות על ידי שימוש באמצעים הפוגעים פחות בזכות החוקתית. אגב כך הוא בוחן גם אם מה שמוצג

92 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 437.

93 פרשת מנחם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 279. ראו גם פרשת חזן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 405.

94 HOGG, לעיל ה"ש 55, בעמ' 146.

95 ראו Julian Rivers, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, in

ROBERT ALEXANDER, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* (Julian Rivers trans., 2002). ראו

גם משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297, 307 (2006).

כמטרה ראויה היא אכן המטרה האמיתית של החוק.⁹⁶ הבחינה נעשית, כמובן, על פי אמות-מידה משפטיות. יש לה היבט ערכי. עם זאת, מבחן הצורך אינו מבחן של איוון.⁹⁷ כך, למשל, כאשר מתברר כי אמצעי חקיקתי הפוגע פחות בזכות מסוימת עשוי לפגוע יותר בזכות אחרת של הנפגע או בזכויות של אחרים או באינטרס ציבורי נוסף, מבחן הצורך אינו פותר את הדילמה שלפני בית המשפט. הוא הדין אם יש אמצעים שפגיעתם בזכות פחותה אך השגת המטרה החקיקתית עלולה להיפגע. גם במצב דברים זה אין מבחן הצורך יכול להגן על הזכות הנפגעת. לבסוף, רבים המקרים שבהם ההכרעה באמצעי המתאים נתונה למחוקק, ובחירתו מתקבלת במתחם שיקול הדעת החקיקתי.⁹⁸ במצב זה מבחן הצורך מתמלא.

חרף "חולשות" אלה של מבחן הצורך, וחרף הגנתו המוגבלת על זכויות האדם, חשיבותו רבה. הוא מהווה מבחן סף חשוב. בדרך כלל בתי משפט מעדיפים להכריז על היעדרה של המידתיות בלא לערוך איוונים. הדבר מונע חיכוכים עם המחוקק, שכן ההכרעה נתפסת כעניין עובדתי שאין בו איוונים. אכן, אם בחינה בגדר מבחן הצורך מבססת את חוסר-המידתיות של הפגיעה בזכויות האדם, שוב אין מקום לפנות לאיוון, שביסוד מבחן-המשנה השלישי. עד כאן החיוב שבגישה הרואה במבחן הצורך את "ליבה" של המידתיות. השלילה שבגישה זו הינה בכך שאין זה ראוי לדחוס לתוך מבחן הצורך הכרעות שהוא אינו מסוגל לקולטן.⁹⁹ את אלה יש להשאיר למבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר). ראוי לשופט לומר האמת.¹⁰⁰ והאמת היא כי לא פעם מוכרעת השאלה אם החוק הפוגע הוא חוקי בקביעה כי קיים אמצעי שפגיעתו פחותה, אך בחינה נוספת מגלה כי אמצעי זה אינו

96 ראו כהן-אליה, שם, בעמ' 308, וכן דוידוב, לעיל ה"ש 21, בעמ' 11.

97 ראו Loammi C. Blaau, *The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights*, 107 S. AFRICAN L.J. 76 (1990); Jeremy Kirk, *Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality*, 21 MELB. U. L. REV 1, 7 (1997); Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, in PETER BADURA AND HORST DREIER, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht 445 (vol. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001); Julian Rivers, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXI 167, 171 (George Pavlakos ed., 2007); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins* (forthcoming 8 INT'L J. CONST. L. (2010)).

98 ראו להלן עמ' 498.

99 לגישה שונה ראו ספיר "ישן מול חדש – על איוון אנכי ומידתיות", לעיל ה"ש 34; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 34.

100 David L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731 (1987); Martin Shapiro, *Judges as Liars*, 17 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 155 (1994); Alan Hirsch, *Candor and Prudence in Constitutional Adjudication*, 61 GEO. WASH. L. REV. 858 (1993).

משיג את המטרה המלאה, או שלשם השגתה המלאה של המטרה יש לשנות את סדר העדיפויות הלאומיות או לפגוע בזכויות אחרות.¹⁰¹ במקרה זה יש לקבוע כי יש צורך בחוק, וכי האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מגשים את מטרת החוק. במצב דברים זה ההכרעה בדבר חוקתיות החוק תתקבל במסגרת מבחן-המשנה השלישי.¹⁰² הנה כי כן, אף שאין לראות במבחן הצורך את לב-לבה של המידתיות, אין ספק כי הוא מרכיב חשוב.

101 ראו דוידוב, לעיל ה"ש 21, בעמ' 12.

102 ראו Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe*, 5 REV. CONST. STUD. 195 (2000).

פרק שנים-עשר

מידתיות במובן הצר

א. מאפייניו של מבחן המידתיות במובן הצר

1. תוכנו של המבחן

מבחן המשנה השלישי של מידתיות (במובנה הרגיל) הוא מבחן "התוצאה המידתית"¹ או מבחן "המידתיות במובן הצר" (proportionality stricto sensu, angemessen;) (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). זהו המבחן החשוב ביותר מבין שלושת מבחני המשנה.² מה דורש מבחן זה? על פיו, כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית נדרש יחס ראוי ("מידתי" במובן הצר) בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. מבחן משנה זה "מחייב שקילת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק לפרט בהפעלת האמצעי".³ האמצעי שנקבע בחוק "צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית".⁴ "במסגרתו יש לבחון אם מתקיים

- 1 ראו בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006).
- 2 ראו דברי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 141-140 (1995).
- 3 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 437, 221 (1995) (הנשיא ברק). ראו גם בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 797 (2003); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פס' 236 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 29.10.2008).
- 4 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 385, 367 (1997) (הנשיא ברק). ראו גם בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 270, 241 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 668, 640 (2002); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 279, 235 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 550, 481 (2005); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 15.4.2007); ע"ע"ם 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, פס' 52 לפסק דינו של השופט דנציגר

יחס ראוי בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה שחוקתיותו עומדת על הפרק, לבין הנזק לזכות החוקתית הנגרם על ידי אותו דבר חקיקה.⁵ זהו אם כן מבחן המעמיד תועלת מול נזק.⁶ הוא מבקש לקיים "מיתאם ראוי בין התועלת שהמדיניות מביאה לבין הנזק שהיא גורמת".⁷ הוא שואף לקיים יחס ראוי בין מידת הפגיעה בזכות לבין מידת הקידום של טובת הכלל.⁸ עמדתי על מבחן זה בפרשת עדאלה:⁹

"תכלית ראויה, קשר רציונלי בינה לבין הוראת החוק, תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם שיש בה כדי להגשים את התכליות הראויות, הם תנאים הכרחיים לחוקתיות הפגיעה בזכויות האדם. הם אינם תנאים מספיקים. משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, אינו מסתפק בכל אלה. הוא קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים הרציונליים העושים שימוש בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם."

הנה כמה דוגמאות מהפסיקה בארץ ובעולם לפעולתו של מבחן המשנה השלישי.
(א) חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003¹⁰ קובע איסור גורף על כניסת בני משפחה תושבי יהודה והשומרון וחבל עזה של ישראלים לישראל. הטעם לכך הוא ביטחוני. נפסק כי האיסור שבחוק מקיים את דרישות הקשר הרציונלי והצורך.¹¹ האם הוא מקיים את מבחן המידתיות (במובן הצר)? חמישה שופטים (מתוך 11) סברו כי מבחן זה לא מתקיים, שכן "החוק קובע יחס לא מידתי בין תוספת ההגנה על הביטחון במעבר מההסדר שקדם לו, שקבע בחינה אינדיבידואלית... לבין תוספת הפגיעה

- (פורסם בנבו, 24.7.2008); בג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה נ' שר הביטחון, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2009).
- 5 בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 50 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009).
- 6 ראו בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 776, 728 (1999); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 850 (2004).
- 7 פרשת סטמקה, שם, בעמ' 782 (השופט חשין).
- 8 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006).
- 9 שם, פס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 385, וכן R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 139; R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, § 45.99; Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp., [2007] 2 S.C.R. 610, § 45.544.
- 10 ס"ח 544.
- 11 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8.

בכבוד האדם שהמעבר לאיסור הגורף גורר אחריו.¹² חמישה שופטים סברו כי היחס הוא מידתי. השופט האחד-עשר סבר שלא מתקיים מבחן-המשנה השני (מבחן הצורך), בלא שהדבר גורר אחריו, בנסיבות המקרה, את הצורך להכריז כי החוק – שבאותה עת כבר חלף מועד תחולתו, ותוקפו הוארך בשל מועד הבחירות¹³ – אינו חוקתי.

(ב) חקיקת ביטחון ביהודה והשומרון הורתה על תפיסת מקרקעין, תוך פיצוי המחזיק בהם, לשם בניית גדר הפרדה. המטרה של הקמת הגדר הייתה ביטחונית. נקבע כי קיים קשר רציונלי בין הקמת הגדר לדרישות הביטחון; כן נקבע כי אין אמצעי ביטחוני המגשים את המטרה הביטחונית שפגיעתו פחותה מזו של הקמת הגדר. עם זאת נקבע כי תוואי הגדר שנדון בעתירה הוא בחלקו לא חוקי, שכן הוא לא מקיים את מבחן-המשנה השלישי. בפסק דיני ציינתי:¹⁴

”אין מתקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שקבע המפקד הצבאי. גדר ההפרדה מערערת את האיזון העדין בין חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון לבין חובתו להבטיח את צורכי התושבים המקומיים. גישתנו זו מבוססת על כך כי התוואי שקבע המפקד הצבאי לגדר הביטחון – היוצר חיץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם החקלאיות – פוגע בתושבים המקומיים באופן חריף תוך הפרת זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.”

(ג) בעקבות ה-Health Disciplines Act¹⁵ נחקקה באונטריו שבקנדה חקיקת משנה שהטילה על רופאים איסור לפרסם מודעות. רופא שהפר הוראה זו הורשע בדינו וערער לבית המשפט העליון. בית המשפט קבע כי החקיקה מפרה את חופש הביטוי של הרופא.¹⁶ לעניין המידתיות נקבע כי מטרת החוק היא ראויה וכי הוא מקיים את דרישות הקשר הרציונאלי. נקבע כי התועלת בהבטחת הגינות מקצועית ובמניעת פרסומת בלתי אחראית ומטעה אינה שקולה כנגד הנזק לחופש הביטוי המסחרי.

(ד) בפרשה שנדונה בבית המשפט האירופאי לזכויות האדם נבחנה חוקיותה של הוראה אנגלית הקובעת כי הומוסקסואלים אינם יכולים לשרת בצבא.¹⁷ נקבע כי הוראה זו פוגעת בפרטיות; כי היא נועדה להבטיח את המורל ואת כוח הלחימה של הצבא ועל כן

12 שם, פס' 96 לפסק דינו של הנשיא ברק.

13 ראו סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת.

14 פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 850.

15 Health Disciplines Act, R.R.O. 1980, ss. 37.

16 ראו Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario, [1990] 2 S.C.R. 232.

17 ראו Army and Air Force Acts, 1955 (Eng.); Criminal Justice and Public Order Act, 1994, § 146(4) (Eng.).

מטרתה ראויה. כן נקבע כי קיים קשר רציונלי בין איסור השירות של הומוסקסואלים בצבא לבין מטרת החוק, וכי לא קיים אמצעי שפגיעתו פחותה. האם האמצעי שנקבע בחוק הוא מידתי (במובן הצר)? בית המשפט קבע כי הפגיעה בפרטיותם של החיילים היא ניכרת, ולעומת זאת התועלת שתתווסף למורל ולכוח הלחימה עקב מניעת שירותם של הומוסקסואלים היא קטנה. על רקע זה נקבע כי הנזק לפרטיות אינו מידתי ביחס לתועלת לטובת הכלל.¹⁸

2. מהותו הערכית של המבחן

מבחן המידתיות במובן הצר הוא מבחן תוצאתי. הוא חל במידה שווה לעניין חוק הפוגע בזכות חוקתית המעוצבת כעיקרון ולעניין חוק הפוגע בזכות חוקתית המעוצבת ככלל. הוא חל במקום שהמטרה של החוק הפוגע הינה הגנה על זכות חוקתית אחרת ובמקום שמטרתו של החוק הפוגע היא הבטחת טובת הכלל. כל חוק הפוגע בזכות חוקתית חייב לקיים את המרכיב התוצאתי של המידתיות במובן הצר: "זהו מבחן הברוחן את התוצאה של החקיקה והאפקט שיש לה על בעל זכות האדם החוקתית".¹⁹ מבחן זה משווה את האפקט החיובי של הגשמת מטרת החוק עם האפקט השלילי של הפגיעה בזכות החוקתית. זוהי השוואה בעלת אופי ערכי.²⁰ היא נועדה לקבוע אם היחס בין התועלת לבין הנזק הוא ראוי.²¹ כה חזק הוא ההיבט הערכי של מבחן זה, עד כי השופט מ' חשין ציין כי "ראוי הוא כי יכונה מבחן המידתיות 'במובנו הערכי'. עניינו של מבחן זה הוא בערכים, וכך ראוי הוא כי נכנהו".²² אופיו הערכי של מבחן זה וחשיבותו היתרה עולים יפה בדוגמה שהביא גרים (Grimm):²³ חוק מתיר למשטרה לירות באדם (ואפילו למוות) אם זו הדרך היחידה למנוע

- 18 ראו Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom, 29 Eur. H.R. Rep 548 (2000).
- 19 פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 385 (הנשיא ברק).
- 20 ראו פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 55 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2008); פרשת חברת אלאקסא, לעיל ה"ש 3, פס' 236 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 21 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8, פס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק; "מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה... הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות" (הנשיא ברק). ראו גם פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 4, פס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 22 פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 1, פס' 107 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. ראו גם אהרן ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי" ספר מישאל חשין 201 (2000).
- 23 ראו Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Law*, 57 U. Toronto L.J. 383, 396 (2007). ראו גם Jeremy Kirk, *Constitutional Jurisprudence*.

אותו מלפגוע בקניינו של אחר. חוק זה נועד להגן על הקניין, על כן תכליתו ראויה, והאמצעי הננקט הוא רציונלי שכן יש בו כדי לקדם את מטרת החוק. על פי עצם מילות החוק ניתן לפעול על פיו רק אם אין אפשרות להגן על הקניין באמצעי שאין בו פגיעה בחייו של אדם. על כן מתקיים מבחן המשנה בדבר הצורך. עם זאת, החוק אינו חוקתי משום שבמישור הערכי ההגנה על הקניין אינה מצדיקה נטילת חיי אדם.

3. "יחס ראוי": מבחן של איזון

ביסודו של מבחן המשנה השלישי עומדת הדרישה כי יתקיים "יחס ראוי"²⁴ או "מתאם ראוי"²⁵ בין תועלתו של החוק הפוגע בזכות האדם לבין נזקו. בכמה פסקי דין נקבע כי צריך להתקיים "יחס סביר" בין התועלת לבין הנזק.²⁶ פסקי דין אחרים דורשים "יחס שקול"²⁷ או "יחס נאות"²⁸ בין התועלת לנזק.

מילת המפתח היא "יחס". בכך מפנה המבחן אל הצורך לעמת את התועלת הצומחת מהחוק עם הנזק שהוא גורם לזכות החוקתית. הפגיעה בזכות החוקתית תהא מידתית (במובן הצר) אם התועלת המתקבלת עולה על הנזק הנגרם לזכות החוקתית. הפגיעה בזכות החוקתית אינה מידתית אם היא עולה על התועלת הנובעת ממנה.

Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality, 21 MELB. U. L. REV. 1, 9 (1997).

24 בג"ץ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 3 (1995) (המשנה לנשיא ברק); פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 385; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 54 (1997); פרשת אורון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 671; פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 850; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 550; פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 4, פס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8, פס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 4, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל.

25 פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 782 (השופט חשין).

26 ראו בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423, 430 (1999) (השופטת דורנר); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 182, 178 (2000); פרשת מנחם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 279; בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 263 (2003); פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 850; פרשת חברת אלאקסא נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, לעיל ה"ש 3, פס' 236 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

27 פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 1, פס' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

28 פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 797 (הנשיא ברק).

זהו מבחן של איזון.²⁹ הדיבור "איזון" הוא בעל משמעויות שונות בהקשרים שונים.³⁰ בספרי זה משמעותו הינה תהליך מחשבתי המניח על כף המאזניים האחת את המטרה הראויה ועל הכף השנייה את הזכות הנפגעת, תוך איזון בין התועלת השולית המוגשמת על ידי המטרה הראויה לבין הנזק השולי שהיא גורמת לזכות.³¹ אכן, כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי המידתיות במובן הצר משקפת איזון בין עקרונות מתנגשים.³²

המשפט המשווה משקיף אף הוא על המידתיות במובן הצר כמשקף איזון בין עקרונות מתנגשים. זהו הדין על פי פסיקתם של בתי המשפט בדרום-אפריקה,³³ בקנדה,³⁴ באירלנד,³⁵ בגרמניה³⁶ ובשאר המדינות שבהן מקובלת המידתיות. היטיב להביע זאת בית המשפט האירופי לזכויות האדם בפרשת *Sporrong*:³⁷

- 29 ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 20, פס' 55 לפסק דינה של השופטת נאור.
- 30 ראו Richard H. Fallon, *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343, 346 (1993); RICHARD H. FALLON, IMPLEMENTING THE CONSTITUTION 82 (2001); Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789, 792 (2004); Jacco Bomhoff, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 31 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 555 (2008). ראו גם הערת שוליים 14 למאמרו של Stephen Gardbaum, *A Democratic Defence of Constitutional Balancing*, 4(1) LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS (forthcoming 2010).
- 31 Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, 16(4) RATIO JURIS 433 (2003); Frederick Schauer, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, in RIGHTS, LAW, AND MORALITY: THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY (Matthias Klatt ed., 2009).
- 32 ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 550, 577: "על-פיו האמצעי שנקט החוק והפוגע בזכות האדם חייב לקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה... זהו מבחן של איזון... מבחן משנה זה מחייב קיומו של איזון ראוי בין הגשמת מטרת החוק לבין האמצעי שהוא נוקט". ראו גם פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 4, פס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס (1) 38, 63 (2005); פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 4, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 33 Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, S v. Makwanyane, AFRICA, Chapter 34, 94 (Stuart Woolman et al. eds., 2006) 1995 (3) SA 391 (CC); Coetzee v. Government of the Republic of South Africa, 1995 (4) SA 631, 656 (CC).
- 34 ראו *R. v. Oakes*, לעיל ה"ש 9, וכן ראו HOGG, לעיל ה"ש 55, בעמ' 127.
- 35 ראו JAMES CASEY, CONSTITUTIONAL LAW IN IRELAND 313 (2000).
- 36 ראו NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW: A COMPARATIVE STUDY (1996).
- 37 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. No. 7151/75, 5 Eur. H.R. Rep. 35, § 69 (1982).

“The Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights... The search for this balance is inherent in the whole of the Convention.”

4. ייחודו של המבחן

שני מבחני-המשנה הראשונים של המידתיות עוסקים ביחס שבין מטרת החוק לבין האמצעים להגשמתה. בחינה זו נעשית כמובן על רקע הטענה כי זכות חוקתית נפגעת. עם זאת, ההתמקדות של הבדיקה אינה בזכות החוקתית אלא במטרת החוק ובאמצעים להגשמתה. על כן ראוי לכנותן כמבחנים שעניינם היחס בין המטרות לאמצעים (means-ends analysis).³⁸ מבחן-המשנה הראשון בוחן אם יש בכוחו של החוק להגשים את מטרתו.³⁹ מבחן-המשנה השני בוחן אם ניתן להגשים מטרה זו תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית קטנה יותר.⁴⁰ בשני מבחני משנה האלה אין התמודדות עם השאלה אם ראוי להגשים את המטרה החוקתית בהתחשב בנוק שהחוק מסב לזכות החוקתית.⁴¹ אין הם מבוססים על איזון.

שונה הוא מבחן-המשנה השלישי.⁴² הוא אינו בוחן את היחס בין מטרת החוק לבין האמצעים שהחוק נוקט להגשמתה. הוא בוחן את היחס בין מטרת החוק לבין הזכות החוקתית. הוא מתמקד ביחס שבין התועלת שבהגשמת מטרת החוק לעומת הנוק של הפגיעה בזכות החוקתית. הוא מבוסס על האיזון.⁴³ בהצביעו על השוני בין מבחן הצורך לבין המידתיות במובן הצר, כתב ריברס (Rivers):⁴⁴

38 ראו Stuart Woolman, *Riding the Push-Me Pull You: Constructing A Test that Reconciles the Conflicting Interests Which Animate the Limitation Clause*, 10 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 60, 89 (1994).

39 ראו לעיל עמ' 373.

40 ראו לעיל עמ' 391.

41 ראו משה כהן-איליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 307, 297 (2006).

42 ראו Moshe Cohen-Eliya & Gila Stople, *Prioritizing Rights in the Age of Balancing*, 4(1) LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS (forthcoming, 2010).

43 ראו פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 1, פס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק: "קיים שוני מהותי בין מבחן המשנה הראשון והשני לבין מבחן המשנה השלישי. שני מבחני המשנה הראשונים – קשר רציונלי והפגיעה הפחותה – מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה. אם מתברר, על-פיהם, כי קיים קשר רציונלי בין הגשמת המטרה לאמצעי החקיקתי שנבחר, וכי אין אמצעי חקיקתי שפגיעתו פחותה, הפגיעה בזכות האדם – יהא שיעורה אשר יהא – מקיימת את תנאי המשנה. מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את

“It is vital to realise that the test of balance has a totally different function from the test of necessity. The test of necessity rules out inefficient human rights limitations. It filters out cases in which the same level of realisation of a legitimate aim could be achieved at less cost to rights. By contrast, the test of balance is strongly evaluative. It asks whether the combination of certain levels of rights-enjoyment combined with the achievement of other interests is good or acceptable.”

ב. תורת האיזון

1. מרכזיותו של האיזון

אמת-המידה של האיזון מונחת ביסוד מבחן-המשנה השלישי. לדעתי, היא מונחת ביסוד החיים והמשפט. היטיב להביע זאת השופט מ' חשין בפרשת גנימאת:⁴⁵

“מושג 'האיזון' שולט בנו ובכל אשר מסביבנו. כדור הארץ חגסב את השמש כ'איזון' בין הכוח המושך אותו אל-עבר השמש לבין הכוח המושך אותו אל עבר החלל החיצון. כל אחד מאתנו הינו מעין 'איזון' בין אביו ואימו ומשפחותיהם. כך כל החי והצומח. וכך אף בעולם המשפט: כל נורמה במשפט הינה 'איזון' בין אינטרסים וכוחות המושכים לצדדים. כך חוקה של-אמת, כך חוקי יסוד, כך חוקים מן המניין, כך חקיקת משנה, כך כל נורמה כללית ואינדיווידואלית. כל 'דין' הוא 'איזון'. לכל נורמה במשפט

התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה”. ראו גם פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8, פס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 20, פס' 55 לפסק דינה של השופטת נאור; פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 5, פס' 50 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 24 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם פרשת *JTI-Macdonald*, לעיל ה"ש 9, פס' 46 לפסק הדין: “[T]he final inquiry into proportionality of effects is essential. It is the only place where the attainment of the objective may be weighed against the impact on the right. If rational connection and minimal impairment were to be met, and the analyses were to end there, the result might be to uphold a severe impairment on a right in the face of a less important objective”

Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L. J. 44 (2006), 174.

45 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 397, 355 (1995).

'איזון' משלה, חלקו של ה'איזון' נקבע בידי המחוקק, חלקו האחר – על-פי המחוקק – בידי בתי המשפט.

כך לעניין המשפט כולו. כך גם במיוחד לעניין היחס בין זכויות האדם לבין טובת הכלל או בין לבין עצמן. באותה פרשה ציינתי:⁴⁶

"ההיסטוריה של הפסיקה היא ההיסטוריה של מציאת האיזון הראוי בין הפרט לבין הכלל. תרומתו המרכזית של בית המשפט העליון למשפט הישראלי מאז קום המדינה הייתה בהכרה בקיומן של זכויות אדם ובקביעת האיזון הראוי בין לבין שלום הציבור וביטחונו. משהכיר בית המשפט העליון בזכויות אדם (טבעיות) ונתן להן מעמד של בכורה, היה עליו גם לאזן בין לבין צורכי הכלל. פסקי הדין החשובים של בית משפט זה בכל תחומי המשפט (הפרטי והציבורי) עמדו על הצורך לאזן בין פרט לכלל, בין יחיד לציבור, בין זכויות האדם לשלום הציבור וביטחונו."

ובפרשת שביט הוספתי:⁴⁷

"לפנינו אפוא מצב של ערכים מתנגשים... כיצד פותר בית המשפט התנגשות זו? התשובה שניתנה לשאלה זו מאז קום המדינה הייתה כי על בית-המשפט להעמיד את השיקולים הנוגדים על מאזני המשפט. עליו לאזן בין הערכים והעקרונות המתנגשים. עליו להכריע באיזון על-פי משקלם של השיקולים הנוגדים בנקודת ההכרעה. כך נהג בית-משפט זה מיום הקמתו עד עצם היום הזה. זוהי '...תורת האיזון' (ה-balancing) הנוהגת במשפט הציבורי שלנו... אכן, מאז קום המדינה עוסקים אנו באיזון בין ערכים ואינטרסים נוגדים."

האיזון משקף את מורכבותו של האדם ואת מורכבותה של החברה. הוא ביטוי לתפיסה כי המשפט אינו הכול או לא כלום. המשפט הוא מערכת מורכבת של ערכים ועקרונות, שבמצבים מסוימים תואמים זה לזה ומובילים למסקנה אחת, ובמצבים אחרים מתנגשים זה בזה ומחייבים הכרעה. הטכניקה של האיזון מבטאת מורכבות זו. ברמה החוקתית היא מאפשרת את המשך קיומם של עקרונות מתנגשים, תוך הכרה בניגוד חוקתי מובנה.⁴⁸ ברמה התת-חוקתית, האיזון נותן פתרון המבטא את ערכיה של החברה, והקובע את ההגבלות שהיא מטילה על כוחו של הרוב לפגוע בפרט ובמיעוט. אין להתפלא אפוא, שעם כינונם של

46 שם, בעמ' 413.

47 בג"ץ 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 649 (1999).

48 ראו לעיל עמ' 120.

חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם ניתן לאיזון מעמד מרכזי.⁴⁹ בצדק ציינה השופטת ד' דורנר בפרשת גנימאת כי "עניינה של תורת זכויות היסוד של האדם, ועניינו של חוק-היסוד הם באיזונים בין הצרכים הבסיסיים של הפרט לבין צורכי הציבור".⁵⁰ תורת האיזון צריכה לקבוע אמות-מידה להגשמתו של איזון זה בגדריה של המידתיות במובן הצר.

2. איזון ותוקף

הדיבור על "איזון" ובעקבותיו על "משקל" הוא דיבור מטאפורי.⁵¹ מאזניים פיזיים אינם קיימים במציאות החיים. החשיבה בנושא האיזון היא נורמטיבית. היא מניחה את קיומם של העקרונות המתנגשים זה בזה. גישת האיזון באה לפתור התנגשות זו. הפתרון אינו בהענקת תווית קבועה (מוחלטת) של "משקל" אלא בגיבוש כללים משפטיים – כללי האיזון – הקובעים באלו נסיבות ניתן יהיה להגשים או לממש עיקרון אחד תוך פגיעה בעיקרון אחר. כללי האיזון משקפים יחס בין השיקולים הנוגדים המונחים ביסוד מימושו של כל אחד משני העקרונות הנוגדים. שיקולים נוגדים אלה מוערכים על פי משקלם היחסי בנקודת החיכוך. הפתרון לניגוד אינו באמצעות מתן תוקף (validity) לאחד ושליטת תוקפו של האחר. גישת האיזון מתאפיינת בכך שתוקפם המשפטי של העקרונות המתנגשים אינו נפגע.⁵² היקפם נשמר כשהיה. אכן תוצאת הניגוד אינה בשינוי העקרונות. תוצאת ההתנגשות היא באפשרות המימוש של העקרונות המתנגשים ברמה התת-חוקתית.

לכלל האיזון תפקידים שונים במשפט. לענייננו יש להבחין בין איזון פרשני לאיזון חוקתי.⁵³ באיזון הפרשני, האיזון משמש לקביעת תכליתה של הנורמה המתפרשת. הוא קובע את היקף פריסתה.⁵⁴ האיזון החוקתי נועד לקבוע את חוקתיותה של הנורמה התת-

49 ראו ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים (2009).

50 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 645, 589 (1995).

51 ראו בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 434, 421 (1987).

ראו גם Frank M. Coffin, *Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice*, 63 N.Y.U. L. REV. 16, 19 (1988); Richard H. Fallon, *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343 (1993). למעלותיה וחסרונותיה של מטאפורת האיזון, William Winslade, *Adjudication and the Balancing Metaphor*, in LEGAL REASONING 403 (Hubert Hubien ed., 1971); Dennis E. Curtis & Judith Resnik, *Images of Justice*, 96 YALE L.J. 1727 (1987); Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, 27 CARDOZO L. REV. 1393, 1398 (2006). על הדיבור המטאפורי ראו GEORGE LAKOFF & MARK JOHNSON, METAPHORS WE LIVE BY (1980).

52 ראו לעיל עמ' 63, וכן אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 228 (2003).

53 ראו לעיל עמ' 98.

54 על האיזון הפרשני, ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 228; בג"ץ

953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).

חוקתית. הוא לא בא לפרש את הנורמה התת-חוקתית, אלא לקבוע את תוקפה. אכן, האיזון החוקתי וכללי האיזון שהוא מפתח נועדו לפתור את ההתנגשות בין התועלת המושגת מהגשמתה של מטרה ראויה לבין הנזק לזכות חוקתית. כלל האיזון נועד לקבוע, למשל, את חוקתיותה של נורמה תת-חוקתית (כגון חוק, משפט מקובל, תקנה או הוראת מינהל), במקום שהיא מגשימה את הזכות החוקתית לכבוד האדם ובכך פוגעת בזכות החוקתית לפרטיות. בה במידה כלל האיזון החוקתי בא לקבוע את חוקתיותה של נורמה תת-חוקתית הפוגעת בזכות חוקתית (כגון כבוד האדם או פרטיות), לשם הגשמתה של טובת הכלל (כגון הבטחת ביטחון המדינה). העקרונות המתנגשים הם ברמה החוקתית, על כן כלל האיזון חייב להיות מעוגן ברמה חוקתית.⁵⁵ "האכסניה" של האיזון החוקתי היא פסקת הגבלה, ובמסגרתה ביתה הוא מבחן-המשנה השלישי של המידתיות במובן הצר. כאשר בחוקתה של מדינה יש פסקת הגבלה מפורשת כלל האיזון החוקתי מוצא את מקומו באותה פסקת הגבלה מפורשת. כאשר אין בחוקה פסקת הגבלה מפורשת לעניין התנגשות בין זכויות לבין עצמן, או בינן לבין טובת הכלל, כלל האיזון החוקתי מעוגן בפסקת הגבלה משתמעת או שיפוטית.⁵⁶ כך או כך, כללי המידתיות במובן הצר הם כללים המעוגנים בחוקה (ואצלנו בחוקי יסוד). רמתם היא חוקתית. באמצעותם נקבע אם נורמה תת-חוקתית (חוק, משפט מקובל, תקנה, הוראת מינהל) הפוגעת בזכות חוקתית מקיימת את דרישותיה של פסקת הגבלה. אם התשובה היא חיובית כי אז הפגיעה בזכות החוקתית היא חוקתית. אם התשובה היא שלילית כי אז הפגיעה בזכות החוקתית מהווה הפרה של הזכות והיא אינה חוקתית.⁵⁷

3. מהותו של האיזון

המתודולוגיה של האיזון – כפי שמטאפורת האיזון מלמדת – מבוססת על עימות בין עקרונות נוגדים.⁵⁸ כאשר המתודולוגיה של האיזון פועלת במקום שזכות חוקתית נפגעת על ידי נורמה תת-חוקתית, מתבקש מתורת האיזון להעמיד על הכף האחת את המטרה הראויה שהנורמה התת-חוקתית, כגון חוק, מבקשת להגשים, את ההסתברות להגשמתה של התועלת באמצעות החוק, ואת התועלת הצומחת מהגשמת המטרה הראויה על רקע נחיצותה וחיוניותה (כף הגשמת המטרה). על הכף האחרת יש להעמיד את הזכות החוקתית הנפגעת ואת הנזק הנגרם לה בהתחשב בהסתברות התרחשותו (כף הפגיעה בזכות). יש לגבש כלל

55 ראו לעיל עמ' 263.

56 ראו לעיל עמ' 173.

57 לאיזון בגדרי ה-Human Rights Act 1998, ראו לעיל עמ' 203.

58 על האיזון, ראו שגב, לעיל ה"ש 49; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 262 (2004). על

מורכבותו של האיזון ראו, Jeremy Waldron, *Security and Liberty: The Image of Balance*,

11(2) JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 191 (2003).

נורמטיבי הקובע את משקלה של כל אחת מהכפות.⁵⁹ על בסיס משקל זה ניתן יהיה לקבוע ידה של איזו כף על העליונה.⁶⁰ יש לאזן בין משקלה של כף הגשמת המטרה לבין משקלה של כף הפגיעה בזכות.⁶¹ כיצד נערך איזון זה? זוהי שאלת המפתח הניצבת לפתחה של תורת האיזון. בצדק ציין השופט מ' שמגר:⁶²

”התהליך של העמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים מתאר את קו ההתחלה הפרשני, אך אין בו כדי לגבש קנה-מידה או משקלות ערכיים בעזרתם תיעשה מלאכת הפרשנות.”

אכן, במרכזה של תורת האיזון – ובמרכזו של מבחן-המשנה השלישי בדבר המידתיות במובן הצר – עומד החיפוש אחר הכללים המשפטיים הקובעים את התנאים המידתיים (במובן הצר) לפגיעה של נורמה תת-חוקתית בזכות חוקתית. הכול מסכימים כי אין לפתור את בעיית האיזון על ידי הטלת מטבע. הכול מסכימים כי נדרשת גישה נורמטיבית לפתורנו של האיזון. הקושי הוא בגיבוש הגישה הנורמטיבית לפתרון בעיית האיזון.

4. איזון על בסיס חשיבות התועלת וחשיבות מניעת הנזק

(א) החשיבות החברתית היחסית

אמת-המידה הרלוונטית לקביעת המשקל של כל אחת מכפות המאזניים היא החשיבות החברתית היחסית של העקרונות המתנגשים בנקודת ההתנגשות.⁶³ אמת-מידה זו בוחנת את חשיבותה החברתית של התועלת שבהגשמת מטרתו של החוק ואת חשיבותה החברתית של מניעת הנזק לזכות החוקתית. על החשיבות החברתית היחסית כאמת-מידה לאיזון בין עקרונות מתחרים עמדתי בפרשה אחת, שבה התנגש העיקרון בדבר הסדר הציבורי עם העיקרון בדבר חופש הביטוי:⁶⁴

59 על המטאפורה של כפות המאזניים, ראו פסק דינה של השופטת אורגן (O'Regan) מבית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה בפרשת 18 § S. v. Bhulwana, 1996 (1) SA 388 (CC).
60 על בעיית המשקל, ראו Frederick Schauer, *Prescriptions in Three Dimensions*, 82 IOWA L. REV. 911 (1997).
61 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8, פס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 4, פס' 43 לפסק דינה של השופטת ארבל.
62 ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361 (1978).
63 ראו שגב, לעיל ה"ש 49, בעמ' 127. ראו גם Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins* (forthcoming 8 INT'L J. CONST. L. (2010)).
64 פרשת לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, לעיל ה"ש 51, בעמ' 434. ראו גם בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573, 586 (1996).

“לשם קביעתו של איזון זה יש ליתן משקל לערכים המתחרים. ביטויים אלה – איזון משקל – אינם אלא מטאפורות. מאחריהם עומדת התפיסה, כי לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כן אין לך עיקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים.”

בפרשה אחרת ציינה השופטת ד' דורנר:⁶⁵

“היסוד הרביעי – שהוא, לדעתי החשוב ביותר – הוא הדרישה כי מידת הפגיעה בזכות לא תעלה על הנדרש. עיקרון זה מתבטא... בנקיטת אמצעי של פגיעה בזכות יסוד רק מקום שבו מידת חשיבותה של מטרת הפגיעה ('התכלית') וחומרת הנזק שייגרם אם התכלית לא תוגשם מצדיקות זאת.”

וברוח דומה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה:⁶⁶

“כאשר נוצר ניגוד בין הזכות לחופש ביטוי לבין ערך ההגנה על הסדר הציבורי יש להכריע בהתמודדות בין ערכים אלה. יש לאזן בין הערכים המתנגשים על-פי טיבם של הערכים המתחרים. דרך האיזון נעשית על-פי החשיבות היחסית שיש לייחס לערכים השונים במדרג חשיבותם על פי התפיסה החוקתית הנוהגת.”

(ב) הערכת החשיבות החברתית היחסית

שאלת המפתח הינה, כמובן, כיצד ייקבעו החשיבות היחסית של התועלת לטובת הכלל או לזכות החוקתית וזו של מניעת הנזק לזכות החוקתית הנפגעת? התשובה הינה כי הקביעה אינה מדעית ואינה מדויקת.⁶⁷ היא תלויה “במידה בלתי-מבוטלת בערכים ובנורמות הנוהגים בחברה הרלוונטית.”⁶⁸ האיזון בין העקרונות המתנגשים אינו מתבצע בכלים מדעיים. הוא נגזר, בין השאר, מאידיאולוגיות פוליטיות וכלכליות, מההיסטוריה הייחודית של כל מדינה ומדינה, ממבנה המערכת הפוליטית והשלטונית ומערכים חברתיים שונים.⁶⁹ יש להשקיף על שיטת המשפט כמכלול. ההערכה בדבר החשיבות היחסית של העקרונות

65 פרשת מילר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 140.

66 פרשת בכרי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 277.

67 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 24, בעמ' 39. ראו גם להלן עמ' 572.

68 פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 5, פס' 52 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

69 שם.

המתנגשים "נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט".⁷⁰ היא מושפעת על ידי "מכלול ערכיה של שיטת המשפט".⁷¹ יש להתחשב במעמד החוקתי של העקרונות המתנגשים. עקרונות שמקומם בחוקה (ואצלנו בחוקי יסוד), חשיבותם היחסית גדולה לכאורה מעקרונות שמקומם מחוץ לחוקה. אך בכך לא די. חשיבותם של עקרונות וחשיבות מניעת הפגיעה בהם אינה נקבעת אך על יסוד הרמה הנורמטיבית בה הם מעוגנים. עקרונות בעלי רמה נורמטיבית שווה עשויים להראות בעלי חשיבות חברתית שונה. חשיבות זו מושפעת הן מגורמים שהם חיצוניים לעקרונות המתנגשים והן מגורמים פנימיים להם. הגורמים החיצוניים הם בעלי אופי חברתי. הם משקפים את ההיסטוריה והתרבות של החברה. הגורמים הפנימיים הם בעלי אופי נורמטיבי. הם משקפים את היחס הפנימי בין עקרונות שונים.⁷² כך למשל זכות המהווה תנאי מוקדם לזכות אחרת עשויה להחשב כחשובה ממנה.

(ג) היקפו של האיזון

(1) כללי

על פני הדברים, משימת ההשוואה בין התועלת לנזק נראית כבדה וקשה. כיצד זה ניתן להשוות את התועלת שבביטחון המדינה לעומת הנזק לחופש הביטוי? כבר בשלב זה ראוי להצביע על הגדרת הבעיה וליתר דיוק: על הבהרת היקפה. הבהרה זו היא כפולה. ראשית, ההשוואה אינה בין היתרון שבהגשמת המטרה לבין הנזק שבפגיעה בזכות. ההשוואה מצטמצמת לתוספת היתרון ולתוספת הנזק הנגרמות בעקבות החוק. ההשוואה עוסקת בתוספת השולית. שנית, עלינו להתחשב בקיומה העקרוני של חלופה מידתית. אם אכן קיימת עקרונית חלופה מידתית כי אז ההשוואה בין תוספת התועלת לתוספת הנזק נעשית בהשוואה לחלופה המידתית. אף שזו לא אומצה בחוק הפוגע, המחוקק יוכל לאמצה בתיקון לחוק הפוגע. אעמוד על שתי הבהרות אלה בהיקף ההשוואה.

(2) הבהרה ראשונה: השוואה בין תוספת היתרון לתוספת הנזק

בקביעתו של האיזון אנו משווים בין משקלה של התועלת הצומחת מהגשמתה של המטרה הראויה לבין משקלו של הנזק שהגשמה זו גורמת לזכות החוקתית. ההשוואה מתמקדת במצב הדברים לפני חקיקת החוק הפוגע ובשינוי שנגרם על ידו. נמצא, כי השאלה

70 פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 850 (הנשיא ברק).

71 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8, פס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם BENJAMIN N. CARDOZO, THE GROWTH OF THE LAW 85 (1924); CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 765 (3.a edicions, 2007).

72 ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 20, פס' 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

הניצבת לפנינו לעניין האיזון אינה בהשוואת המטרה החברתית הכללית (ביטחון, שלום ציבור, הגנה על הקניין) מזה וזכות האדם החוקתית (שוויון, חופש ביטוי) מזה. השאלה שבפנינו מצומצמת בהרבה. היא מתייחסת להשוואה בין מצב המטרה הראויה לפני חקיקת החוק ואחריו, לבין מצבה של זכות האדם לפני חקיקת החוק ולאחריו. על כן ניתן לומר כי ההשוואה נעשית בין משקלה של התוספת השולית של המטרה הראויה לבין משקלה של התוספת השולית של הפגיעה בזכות החוקתית. השאלה הינה אם משקלה של התועלת השולית שקול כנגד משקלו של הנזק השולי. גישה זו למבחן המידתיות (במובנו המצומצם) עלתה בפרשת עדאלה.⁷³ לפני חקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 נמנע איחוד משפחות בין בן זוג ישראלי לבין בן-זוג מהאזור כאשר בדיקה אינדיבידואלית העלתה חשד שבן הזוג מהאזור עלול להוות סיכון ביטחוני. החוק ביטל הסדר זה, שכן במסגרתו התאפשרה כניסתם לישראל של 26 בני זוג שהיו שותפים לפעילות טרור. כדי למנוע מצב כזה הטיל החוק איסור גורף על איחוד משפחות למשך שנה (תוך אפשרות הארכה). בהציגי את השאלה אם הוראות החוק הן מידתיות (במובן הצר) ציינתי:⁷⁴

“השאלה הניצבת לפנינו איננה ביטחון לתושבי ישראל או שמירת כבוד האדם של בני הזוג הישראליים. השאלה אינה חיים או איכות חיים. השאלה הניצבת לפנינו היא מצומצמת הרבה יותר. היא זו: האם תוספת הביטחון המתקבלת במעבר מהבדיקה האינדיבידואלית המחמירה ביותר האפשרית על-פי הדין של בן הזוג הזר לאיסור גורף על כניסתו לישראל עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם של בני הזוג הישראליים המוסבת בשל מעבר זה?”

ברוח דומה ציין גרים (Grimm):⁷⁵

“It is rarely the case that a legal measure affects a fundamental right altogether. Usually, only a certain aspect of a right is affected. For instance, a law may regulate not all speech but, rather, commercial speech regarding certain products and in certain media. The weight of the aspect of the right that has been regulated in relation to the right at large must be

73 עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8.

74 שם, פס' 91 לפסק דינו של הנשיא ברק.

75 Grimm, לעיל ה"ש 23, בעמ' 396. ראו גם STEVEN J. HEYMAN, FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY 70 (2008): “[B]alancing seeks to determine which right has more weight. This determination should be made at the margin – that is, instead of asking whether freedom of speech or, say, the right to privacy has greater value in general, one should ask (1) how much the value of privacy would be affected by the speech at issue, and (2) how much the value of free speech would be impaired by regulations to protect privacy”.

determined carefully. The same is true for the good in whose interest the right is restricted. Rarely is one measure apt to give full protection to a certain good. Only certain aspects of this good will be affected in a salutary way. The importance of these aspects in view of the good at large must be carefully determined, as well as the degree of protection that the measure will render.”

טלו חוק הפוגע בחופש העיסוק בהטילו איסור על מכירת מוצר שיש בו סכנה לבריאות הציבור. בקביעת האיזון הראוי בין התועלת לנזק השאלה אינה מהו האיזון הראוי בין משקלו של העיקרון בדבר בריאות הציבור לבין משקל העיקרון בדבר חופש העיסוק. השאלה מצומצמת בהרבה. השאלה אינה מהו האיזון הראוי בין משקלה של התוספת לבריאות הציבור המתקבלת מהטלת האיסור לבין משקלה של התוספת לפגיעה בחופש העיסוק הנובעת ממנו.

השאלה מתמקדת אפוא בחוקתיותה של התוספת השולית. על פי רוב היא מניחה מצב דברים נתון שחוקתיותו אינה שנויה במחלוקת. על כן השאלה היא אם השינוי שמביא החוק במצב הקיים – בגזרה הצרה שבו הוא מתרחש – הינו חוקתי. מובן שגזרה זו יכולה להתרחב אם המצב הקיים אינו חוקתי והטיעון החוקתי משתרע גם לגביו. במקרה זה יש לצמצם את מרחב הגזרה באופן שהוא יחל מאותו מצב שאין מחלוקת לגביו כי הוא חוקתי ושעל כל פנים לא מעוררים לגביו טענה של אי חוקתיות.

(3) הבהרה שנייה: התחשבות בחלופה מידתית

בחינה מקרוב של השוואת התוספת השולית לתועלת החברתית לתוספת השולית של הנזק לזכות מלמדת כי במרבית המקרים היקף ההשוואה מצומצם עוד יותר. עד כה הנחנו כי ההשוואה היא התוספת לתועלת שהחוק מביא לבין התוספת לנזק שהוא גורם, ולפיכך השוונו את מצב הדברים לפני חקיקת החוק הפוגע לבין מצב הדברים לאחר חקיקתו. אולם, יש לזכור כי במסגרת מבחן הצורך נבחנו חלופות.⁷⁶ במסגרתן נדונו לעתים חלופות שבהן שינוי בחוק מאפשר להשיג את עיקרי התועלת החברתית תוך גרימת נזק קטן יותר לזכות החוקתית. חלופות אלה נדחות, שכן אין בהן כדי לקיים את מבחן הצורך.⁷⁷ חלופות אלה

76 ראו לעיל עמ' 399.

77 ראו גרעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006); גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5, 12 (2008); גרעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (2009). ראו גם Julian Rivers, *Proportionality*, *Discretion and the Second Law of Balancing*, in *LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY* (George Pavlakos ed., 2007). לגישה שונה, ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני ומבחני

עשויות לחזור אל הדיון החוקתי במסגרת מבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר), שכן אחת מאותן חלופות, אם תעוגן בחוק, עשויה לקיים את מבחן המידתיות במובן הצר. על רקע זה, נקודת המוצא לעריכת ההשוואה שוב אינה מצב הדברים לפני חקיקת החוק אלא מצב הדברים שיתקיים אם ההסדר שבחלופה יאומץ בדבר חקיקה. על "כף הגשמת המטרה" תונח תוספת התועלת הנגרמת מדחיית החלופה ומאימוץ הסדריו של החוק הפוגע. על "כף הפגיעה בזכות" תונח תוספת הנזק הנגרמת לזכות החוקתית מדחיית החלופה ומאימוץ הסדריו של החוק. השאלות שייבחנו יהיו אם במצב דברים זה כפות המאזניים מעוינות, והאם היחס בין תוספת התועלת (לעומת החלופה) לבין תוספת הנזק הנגרם בשל כך לזכות החוקתית (לעומת החלופה) הוא ראוי.

דוגמה לתועלת שולית יחסית זו ניתן למצוא בפרשת מועצת הכפר בית סוריק.⁷⁸ בפרשה זו נדונה חוקיות החלטה של ממשלת ישראל לבנות גדר הפרדה ביהודה ושומרון. המטרה הייתה למנוע כניסת מחבלים לישראל או ליישובים יהודיים באזור. בפסק הדין נקבע כי הצו שהורה על בניית הגדר – הפוגע בזכויות של התושבים הערביים המקומיים – הוא לתכלית ראויה. אשר למידתיות (במובנה הרגיל) נקבע כי קיים קשר רציונלי בין הוראות הצו לבין הגשמת המטרה הביטחונית. נמצא אם כן שהתקיים מבחן המשנה הראשון למידתיות. כן נקבע כי חלופות שונות שהועלו בפני בית המשפט בדבר מיקום הגדר – אף שפגיעתן בזכויות התושבים הערביים המקומיים היו פחותות – אין בהן כדי להביא למידת הביטחון שהצו ביקש להגשים. נקבע כי התקיים גם מבחן המשנה השני למידתיות (מבחן הצורך). גדר הספקות היה באשר למבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר). מהי ההשוואה שיש להעמיד למבחן? האם יש להשוות בין המצב שהתקיים לפני הוצאת הצו ולאחריו, תוך השוואה בין התוספת לביטחון לבין התוספת לנזקם של התושבים הערביים המקומיים? ואולי יש לערוך השוואה אחרת, שעל פיה אכן נבחנה אחת החלופות שהוצגו בפני בית המשפט. חלופה זו לא קיימה את מבחן המשנה השני (צורך) משום שלא הבטיחה את מלוא הביטחון הנדרש; אך נקבע כי אילו נבחרה על ידי המדינה הייתה חלופה זו מקיימת את דרישות המידתיות. על רקע זה קבע בית המשפט כי הבסיס להשוואה לא יהיה בין המצב לפני התקנת הצו לבין המצב אחריו, אלא המצב לפני התקנת הצו – ואחרי מימושה של החלופה – לבין המצב לאחר התקנת הצו. בפסק דיני כתבתי:⁷⁹

"מבחן המשנה השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת להגשמת מטרתה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת

פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל) "משפטים לט(1) 47 (2009).

78 פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 6.

79 שם, בעמ' 840, 851-852.

שאמצעי זה יביא. זהו מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות 'במובן הצר'). את מבחן המידתיות במובן הצר מקובל ליישם ב'ערכים מוחלטים', כלומר בהשוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה. אולם 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 המקורית תהא בלתי מידתית על-פי מבחן המידתיות 'במובן הצר' אם הפחתה מסויימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטת החלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית... השאלה האמיתית הניצבת בפנינו הינה אם היתרון הביטחוני המתקבל מקבלת עמדתו של המפקד הצבאי... שקול כנגד תוספת הפגיעה המתקבלת מעמדתו... על שאלה זו תשובתנו הינה כי בחירתו של המפקד הצבאי בתוואי גדר ההפרדה אינה מידתית. הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי קטן ביותר ביחס לפער הרב שבין גדר המפרידה בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם לבין גדר שאינה יוצרת הפרדה זו, או שההפרדה המוצעת היא קטנה וניתן לחיות עימה."

בצדק ציינה השופטת נאור כי השאלה הינה "האם החוק הוא מידתי (במובן הצר) בהשוואה לחלופה. שאלה זו היא בהיקף מצומצם כיוון שכפות המאזניים נבחנות בהשוואה לחלופה".⁸⁰ מובן כי בסיס זה להשוואה מתקיים רק אם החלופה עצמה הינה מידתית. אם גם החלופה אינה מידתית – ואין חלופה אחרת שהיא מידתית – אין מנוס מהשוואה בין התוספת לתועלת לבין התוספת לנזק, ללא התחשבות באותה חלופה. מהו, אפוא, תפקידה של החלופה? ודאי שאין היא מייתרת את הצורך בקביעתו של "היחס הראוי" בין התועלת לנזק; מובן שאין היא "עוקפת" את בעיית האיזון והמשקל. חשיבותה של החלופה בכך שהיא מצמצמת את היקף פעולותיו של האיזון. השאלה שוב אינה השוואה בין תוספת הגשמת התכלית באמצעות החוק לעומת המצב לפניו לבין תוספת הפגיעה בזכות החוקתית שהחוק גורם לעומת המצב לפניו. ההשוואה הנדרשת היא בין תחומים צרים בהרבה: בין החלופה לבין החוק הפוגע. יש לשאול אם החוק הפוגע הוא מידתי (במובן הצר) בהשוואה לחלופה. פתרון שאלה זו מתחשב בתוספות מצומצמות של תועלת לבין תוספות מצומצמות של נזק, ובכך הוא מקל בקביעת "היחס הראוי", ה"משקל" והאיזון.

80 פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 5, פס' 24 לפסק דינה של השופטת נאור.

מובן, כי הנחת היסוד הינה שהחלופה עצמה היא מידתית, שהרי אם החלופה עצמה אינה מידתית יהיה צורך לחזור שלב אחד אחורה לשם בדיקת מידתיותה של החלופה. בהנחה שהחלופה היא מידתית מתחייבת השוואה בין החלופה לבין המצב שקדם לחוק. תחילתה של השוואה זו במבחן־המשנה השני (צורך), שם נערכת השוואה בין מטרתו של החוק לבין המטרה שהחלופה מגשימה. כאשר התוצאה של השוואה זו הינה שהחלופה אינה מגשימה את המטרה במלואה, מסתיימת בחינתה במסגרת מבחן־המשנה השני. הבדיקה נמשכת עתה במבחן־המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר), כאן נבחנת גם "כף הפגיעה בזכות". השאלה המתעוררת הינה אם תוספת התועלת שהחלופה מביאה אל כף המטרה (בהשוואה למצב לפני החוק וללא החלופה) שקולה כנגד תוספת הנזק שהיא מביאה אל כף הפגיעה בזכות (בהשוואה למצב לפני החוק וללא החלופה). אם התוצאה המתקבלת היא שהחלופה אינה מידתית יש להורידה מהפרק. אם מסתבר שהיא מידתית או שאין טענה כי היא אינה מידתית, כי אז מתעוררת השאלה אם החוק הפוגע הוא מידתי בהשוואה לחלופה. חלופה באה בחשבון רק אם היא עומדת על רגליה היא. היא צריכה להיות מעשית ולא תאורטית, ממשית ולא דמיונית. היא צריכה לקדם את המטרות שהחוק ביקש לקדם, אם כי לא באופן מלא. פגיעתה בזכות החוקתית צריכה להיות פחותה מפגיעתו של החוק. דרישות אלה אינן קלות. לעתים לא תימצא חלופה מתאימה, אם משום שהיא אינה מעשית וממשית ואם משום שהיא אינה מידתית. אולם כאשר חלופה מידתית קיימת היא תהווה את בסיס הבחינה המידתית של החוק הפוגע. כאשר בחינה זו נעשית על ידי בית המשפט, עליו לצאת מתוך הנחה שהחלופה היא זו שתאומץ על ידי המחוקק. עליו לשאול עצמו אם המעבר מהחלופה אל החוק הוא מידתי (במובן הצר). אם התשובה הינה בשלילה החוק אינו חוקתי. עם זאת, חרף אי החוקתיות של החוק, המחוקק אינו עומד, במצב דברים זה, בפני שוקת שבורה. הוא אינו צריך לחזור למצב שהתקיים טרם חקיקת החוק. באפשרותו להקטין את "נזקה" של אי החוקתיות. הוא יעשה כן אם יחוקק את החלופה. בכך יוגברו התועלת והנזק לעומת המצב לפני חקיקת החוק, באופן חלקי בלבד, שכן לא תושג מלוא התועלת ולא יוסר מלוא הנזק. עם זאת, ההגשמה החלקית עשויה לספק את מדיניות המחוקק.

יטען הטוען כי בחינתה של החלופה תכביד על הבחינה החוקתית. זאת, משום שבמקום בחינה אחת המתמקדת בחוק הפוגע ובשינוי שהוא מביא לעומת המצב לפניו, נערכות עתה שתי בחינות: הראשונה משווה את החלופה עם המצב טרם החוק הפוגע והשנייה משווה את החוק הפוגע עם החלופה. אכן, ביקורת זו נכונה היא. עם זאת, לקיומה של חלופה חשיבות רבה. היא מסייעת לבחינה החוקתית שבמסגרת מבחן־המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר) במציאת התשובה לשאלה אם יש "יחס ראוי" בין התועלת לנזק. סיוע זה מתבטא בעיקר במתן תשובה לשאלת המשקל והחשיבות של העקרונות המתנגשים. הקלה זו נגזרת מצמצום השאלות המונחות להכרעה: השאלות של תועלת ונזק "נחלקות" לשלבי-משנה, והדבר מקל על מתן תשובה לשאלת המשקל והחשיבות.

(4) חשיבותה של ההבהרה

ההבהרה הכפולה שעליה עמדתי אינה הופכת את האיזון לבעיה עובדתית.⁸¹ אין בכוחה לשלול את שיקול הדעת הערכי של המאזן. גם לאחריה ממשיך האיזון להיות סוגיה משפטית וערכית. עם זאת, ממדיה של הסוגיה המשפטית – כמו גם העקרונות הנדונים – מובהרים. מכוחה מובהר כי השאלה הערכית המונחת בפני מקבל ההחלטה (מחוקק, שופט, מבצע) אינה האיזון "הגדול" בין עקרונות כלליים כגון ביטחון או חופש, חיים או איכות חיים, פרטיות או חופש ביטוי. מכוחה מובהר כי מקבל ההחלטה ניצב בפני איזון "קטן יותר". זהו האיזון בין החשיבות של תוספת התועלת לעיקרון אחד (מעבר לחלופה המידתית) לבין החשיבות של מניעת הפגיעה בזכות החוקתית הנובעת ממנה (מעבר לחלופה המידתית). בכך יש כדי לסייע בהבנת האופי הרציונלי של האיזון⁸² ובהבניית הפעלתו.⁸³ כמו כן יש בכך כדי להדוף חלק מהביקורת הנמתחת על תורת האיזון.⁸⁴ מובהרים גבולותיו של שיקול הדעת השיפוטי, ובכך מועלית תרומה להצדקתו של האיזון כאמצעי שיפוטי בהגנה על זכויות חוקתיות ולהצדקתה של הביקורת השיפוטית עצמה.⁸⁵

(ד) חשיבותה של כף הגשמת המטרה**(1) המטרה הראויה**

על כף אחת של המאזניים מונחת המטרה אותה מבקש החוק להגשים. מטרה זו היא "ראויה", לאחר שהיא מקיימת את דרישות הסף בעניין "המטרה הראויה"⁸⁶ הן לעניין תוכנה והן לעניין מידת נחיצותה וחיוניותה. על כן, בישראל זו מטרה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. זו מטרה שנועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם ובצורך להגן עליהן.⁸⁷ זו מטרה הנופלת לגדר הקטגוריות המוכרות (במפורש או במשתמע)

- 81 לדעה שונה, ראו David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* 170 (2004). ראו גם להלן עמ' 571.
- 82 ראו להלן עמ' 581.
- 83 ראו להלן עמ' 558.
- 84 ראו להלן עמ' 577, וכן פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8, פס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 85 ראו להלן עמ' 586.
- 86 ראו לעיל עמ' 295.
- 87 ראו לעיל עמ' 300.

כצידוק לפגיעה בזכות חוקתית.⁸⁸ כמו כן מקיימת מטרה זו את מידת הנחיצות והחיוניות הנדרשות על ידי החוקה להיות המטרה ראויה.⁸⁹ בעניין זה נוקטות מדינות שונות מבחנים שונים. בישראל, מידת הנחיצות והחיוניות של הגשמת המטרה נגזרת מחשיבותה של הזכות החוקתית הנפגעת כאשר הזכות החוקתית הנפגעת מצויה ברמת חשיבות גבוהה. אמת-המידה לנחיצות הפגיעה ולחיוניותה היא זו של צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי.⁹⁰ בזכויות ברמת חשיבות נמוכה יותר, רמת הנחיצות היא נמוכה יותר.

בקביעת חשיבותה של המטרה הראויה יש להתמקד בחשיבותה של תוספת התועלת שבהגשמתה בהשוואה למצב שקדם לה או לאפשרות הגשמתה של חלופה.⁹¹ על כן, כאשר המטרה החברתית היא הגנה על זכויות האדם, חשיבותה של מטרה זו נקבעת בהתחשב במידת ההגנה שקיבלו זכויות אלה טרם החקיקה ובזו שיקבלו עקב החקיקה. הוא הדין במטרות חברתיות שעניינן הבטחה של טובת הכלל. חשיבותן של אלה נקבעת על פי החשיבות של תוספת התועלת החברתית בהגשמתן בהשוואה למצב הקודם או לחלופה. נמצא, כי חשיבותה של הגשמת המטרה מושפעת מהנזק שייגרם לזכויות אדם אחרות או טובת הכלל אם מטרתו של החוק לא תוגשם. ככל שנזק זה רב יותר גדלה חשיבותה של המטרה למנוע נזק זה.

(2) ההסתברות להגשמה

כדי להשיב על השאלה האם חשיבותה של התועלת המושגת מהגשמת המטרה הראויה מצדיקה פגיעה בזכות החוקתית, יש לבחון לא רק את מידת הנחיצות והחיוניות של הגשמתה אלא גם את ההסתברות (הסיכויים) להגשמת המטרה אם החוק יעמוד בעינו.⁹² הסתברות זו מותנית בנתונים העובדתיים ובהערכה (פרוגנוזה) באשר לאפשרות מימושה של המטרה הראויה. ודוק: הסתברות זו עניינה השאלה בדבר ההסתברות להגשמתה של מטרת החוק על ידי האמצעים הננקטים על ידו. שאלה הסתברותית שונה היא זו שעניינה ההסתברות של הפגיעה בטובת הכלל או בזכותו של אחר, אם החוק לא יחוקק והאמצעים לא יינקטו. בשאלה שנייה זו אדון בהמשך.⁹³ בפרשת עדאלה⁹⁴ נידונה השאלה ההסתברותית הראשונה. באותה פרשה אסר החוק על איחוד משפחות בין בני זוג ישראלים

88 ראו לעיל עמ' 304.

89 ראו לעיל עמ' 344.

90 ראו לעיל עמ' 352.

91 ראו לעיל עמ' 432.

92 ראו, ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 44 (Julian Rivers trans., 2002), *Rivers, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*.

לעיל ה"ש 77.

93 ראו להלן עמ' 631.

94 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8.

לכני זוג מהאזור. הוא ביטל את ההסדר שקדם לו, שהורה על בדיקה אינדיבידואלית. נפסק כי בכך נפגעה הזכות לכבוד של בן הזוג הישראלי. מטרת האיסור היתה למנוע פיגועי ביטחון בתוך ישראל שמעורב בהם בן הזוג מהאזור. בהערכת חשיבותו של האמצעי החקיקתי (איסור גורף) כצידוק לפגיעה בזכות החוקתית ציינת⁹⁵:

“ההעמדה הראויה של השאלה הינה ברמה של הסיכונים ושל הסתברות התרחשותם, ושל השפעתם על חיי החברה כמכלול. השאלות שיש לשאול בענייננו הן שאלות של הסתברות. השאלה הינה מה ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נתמיד בבדיקה האינדיבידואלית לעומת ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נעבור לאיסור גורף, והאם תוספת הסתברותית זו שקולה כנגד הוודאות שבהגדלה הנגרמת על ידי כך לפגיעה בזכויותיהם של בני זוג אזרחי המדינה.”

הנה כי כן, בקביעת משקלה של התועלת היחסית שבהגשמת המטרה (בין הגנה על זכות אחרת ובין הגשמת טובת הכלל) יש להתחשב במידת ההסתברות להגשמתה הלכה למעשה.⁹⁶ לא הרי משקלה של מטרה חשובה שהגשמתה נחוצה וחיונית שהסתברות התגשמותה בפועל היא גדולה כמשקלה של מטרה חשובה שהגשמתה נחוצה וחיונית שהסתברות התגשמותה היא מזערית.

(ה) חשיבותה של כף הפגיעה בזכות

(1) מכלול השיקולים

חשיבותה של כף הפגיעה בזכות נקבעת על פי חשיבותה של הזכות הנפגעת וחשיבות מניעתה של הפגיעה. גם כאן תיקבע החשיבות על פי העקרונות שביסוד הזכות שנפגעה ועל פי החשיבות החברתית שבמניעת פגיעה זו. משקלה של הפגיעה בזכות אינו נקבע באופן מופשט. הוא נקבע על פי ההקשר של הפגיעה בזכות.⁹⁷ במרכזה של כף הפגיעה בזכות

95 שם, פס' 110 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה באותה פרשה: “ערך ההגנה על בטחון החיים אינו עשוי מיקשה אחת. הוא נושא משמעויות שונות ועוצמות שונות בהקשרים שונים. משקלו היחסי משתנה מעניין לעניין בהתאם למידת ההסתברות למימושה של הסכנה לחיים הנובעת מההקשר הענייני הספציפי.”

96 ראו לעיל עמ' 376.

97 ראו פרשת מנחם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 258: “אין לגזור את היקף ההגנה על חופש העיסוק על בסיס טיבה של הזכות כשהיא עומדת לעצמה, אלא יש לקבוע את רמת ההגנה על הזכות החוקתית על פי מכלול פראמטרים נוספים, ובהם: התחום שהחיקה הפוגעת עוסקת בו (כלכלי, חברתי-סוציאלי, ביטחוני ועוד), הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית, מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי, נסיבות הפגיעה והקשרה וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים” (השופטת ביניש).

מונחת הזכות החוקתית עצמה. משקלה של הפגיעה בזכות נגזר מחשיבותה ומושפע מהיקף הפגיעה ומסיכויי מימושה. נעמוד על שיקולים אלה ביתר פירוט.

(2) חשיבותה של הזכות

האם כל הזכויות החוקתיות שוות בחשיבותן? היש זכויות חשובות יותר וחשובות פחות? האין לומר שכולן שוות בחשיבותן משום שמעמדן הנורמטיבי זהה? התשובה הינה כי יש להבחין בין שאלת המעמד החוקתי לבין שאלת המשקל החברתי. המעמד החוקתי של זכות נקבע על פי פרשנותה של החוקה.⁹⁸ בהיעדר הנחיה חוקתית נוגדת, ההנחה הינה שכל הזכויות המעוגנות בחוקה נהנות ממעמד חוקתי זהה. לעניין זה אין חשיבות לכך שזכויות מסוימות אינן ניתנות לשינוי ("הוראות נצחיות") ואחרות ניתנות לשינוי; כמו כן אין חשיבות לכך כי הדרישות לשינוי של הזכויות השונות יכולות שלא להיות זהות. במקרים אלה ואחרים העיקרון הוא אחד: לכל הזכויות בחוקה מעמד חוקתי זהה. אין עליונות ואין תחתונות. מכאן שכל הזכויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנות ממעמד חוקתי זהה ואין ביניהן היררכיה. חופש העיסוק המעוגן בחוק-יסוד: חופש העיסוק, נהנה ממעמד חוקתי זהה לזה של זכויות האדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁹ אכן, כל הזכויות הקבועות בחוקי יסוד נמצאות באותה רמה חוקתית-על-חוקית. לא כן זכויות אדם המעוגנות בחוק או במשפט המקובל הישראלי. אלה נמצאות ברמה חוקתית נמוכה יותר. זכויות במעמד נורמטיבי שווה – כגון הזכויות בחוקי היסוד – אינן בהכרח בעלות חשיבות חברתית זהה.¹⁰⁰ חשיבותה החברתית של זכות – וממילא גם משקלה ביחס לעקרונות נוגדים – נגזרת מהטעמים שביסודה ומחשיבותם במסגרת תפיסותיה הבסיסיות

98 שאלה אחרת בתחום המעמד הנורמטיבי (להבדיל מהחשיבות החברתית) היא זו הבוחנת את יחסי ההיררכיה בין זכויות על פי המשפט החוקתי הלאומי לבין זכויות על פי המשפט הבינלאומי (המינהגי וההסכמי). לשאלה זו, ראו Theodor Meron, *On a Hierarchy of International Human Rights*, 80 AM. J. INT'L L. 1 (1986); Martti Koskenniemi, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, 8 EUR. J. INT'L L. 566 (1997); Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, 8 EUR. J. INT'L L. 583 (1997); Joseph H. H. Weiler & Andreas L. Paulus, *The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?*, 8 EUR. J. INT'L L. 545 (1997); Koji Teraya, *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights*, 12 EUR. J. INT'L L. 917 (2001); Stefan Kirchner, *Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A Place for Values in the International Legal System?*, 5 GERMAN L. J. 47 (2004); Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, 100 AM. J. INT'L L. 291 (2006); Annika Tahvanainen, *Hierarchy of Norms in International and Human Rights*, 24(3) NORDIC J. HUM. RTS. 191 (2006).

99 ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט כרך ראשון* – תורת הפרשנות הכללית 439 (1992).

100 ראו כהן-אילה "הפרדת רשויות ומידתיות", לעיל ה"ש 41, בעמ' 312.

של החברה.¹⁰¹ התפיסה כי הזכויות החוקתיות אינן שוות בחשיבותן ובמשקלן הסגולי מקובלת בפסיקה הישראלית.¹⁰² בפרשת חורב ציינתי:¹⁰³

“לעניין ההגנה על זכויות האדם בפני פגיעה בהן, לא כל הזכויות בעלות מעמד שווה. לא הרי הזכות לכבוד כהרי זכות הקנין, ובמסגרתה של אותה זכות עצמה עשוי להיות שוני במידת ההגנה הניתנת לפגיעה בה. כך, למשל, לא הרי מידת ההגנה בפני פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, כהרי מידת ההגנה הניתנת בפני פגיעה בחופש הביטוי המסחרי.”

גישה דומה ביטא השופט י' זמיר בפרשת צמח:¹⁰⁴

“החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות... כפי שנאמר בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין. רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו. והחירות האישית, יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין. משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד.”

- 101 ראו דליה דורנר “מידתיות” ספר ברנזון כרך שני 281, 288 (2000): “יש להבחין בין זכויות הצומחות ישירות מן הליבה של כבוד האדם והשמירה על צלמו – כגון הזכות לחיים, הזכות לחירות מפני מעצר, הזכות לשוויון בלא הבדל דת, לאום, גזע, מין, נטייה מינית והשתייכות קבוצתיות אחרות, חופש היצירה האמנותית, וחופש הביטוי הפוליטי – לבין זכויות המרוחקות מליבה זאת, כגון זכות הקניין, חופש העיסוק וחופש הביטוי המסחרי.” ראו גם פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 420; Julian Rivers, *Proportionality and Discretion in*; 420 *INTERNATIONAL AND EUROPEAN MODELS* 118 (Nicolas Tsagourias ed., 2007); Carlos B. Pulido, *The Rationality of Balancing*, 92 ARSP 195 (2007).
- 102 ראו בג”ץ 2753/03 קירש נ’ ראש המטה הכללי, פ”ד נז(6) 359, 369 (2003); בג”ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע”מ נ’ שר העבודה והרווחה, פ”ד נב(2) 433, 452 (1998).
- 103 פרשת חורב, לעיל ה”ש 24, בעמ’ 49. ראו גם פרשת מילר, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 138; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 423; פרשת יפאורה, לעיל ה”ש 26, בעמ’ 182; פרשת מנחם, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 258; פרשת בכרי, לעיל ה”ש 26, בעמ’ 263; פרשת אינדור, לעיל ה”ש 26, בעמ’ 164; בג”ץ 6893/05 לוי נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נט(2) 876, 891 (2005); פרשת עדאלה נ’ שר הפנים, לעיל ה”ש 8, פס’ 74 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 104 פרשת צמח, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 261.

גם במשפט המשווה ניתן למצוא סימוכין לגישה המבחינה בין הזכויות השונות לעניין חשיבותן היחסית. הבחנה זו משמשת בסיס מרכזי להבחנה בין שלוש רמות הבדיקה (levels of scrutiny) במשפט האמריקני.¹⁰⁵ בחוקה של דרום-אפריקה (מ-1996) נקבע כי חוקתיותו של חוק המגביל זכויות חוקתיות צריכה להתחשב, בין השאר, בטיבה של הזכות (the nature of the right).¹⁰⁶ הגישה המקובלת בדרום-אפריקה הינה כי הזכויות לכבוד, לשוויון ולחירות – והזכויות הנגזרות מהן – נחשבות כמרכזיות לחברה הדרום-אפריקנית.¹⁰⁷ במספר פסקי דין בניו-זילנד ננקטה גישה דומה.¹⁰⁸ עם זאת, ניתן למצוא במשפט המשווה עמדה נוגדת, על פיה כל הזכויות החוקתיות הן שוות מעמד. גישה זו מקובלת במשפט החוקתי הגרמני¹⁰⁹ והקנדי.¹¹⁰

לדעתי, לא כל הזכויות החוקתיות שוות בחשיבותן וממילא גם לא במשקלן הסגולי. חשיבותה של זכות חוקתית והחשיבות של מניעת הפגיעה בה נקבעות על פי תפיסתיה הבסיסית של החברה. הן מושפעות מההיסטוריה התרבותית ומהאופי של כל חברה וחברה. הן נגזרות ממטרות החוקה. ביטוי לכך ניתן למצוא בהוראה בעניין "עקרונות היסוד" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:¹¹¹

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם,
בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על
הקמת מדינת ישראל."

ניתן לכנות שיקולים אלה כבעלי אופי "חיצוני". לצדם עומדים שיקולים שניתן לכנותם כבעלי אופי "פנימי". אלה שיקולים הקשורים ליחסים הפנימיים בין הזכויות השונות. כך

- 105 ראו להלן עמ' 602.
106 ראו ס' 36(1)(a) לחוקה של דרום-אפריקה.
107 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 33, בעמ' 70.
108 ראו Taito v. Chief Executive of the Department of Labour, CIV-2004-485-1987, §19; R. v. Wharewako, [2005] NZAR 606, 614; Selene Mize, *Resolving Cases of Conflicting Rights Under the New Zealand Bill of Rights Act*, 22 N.Z. U. 50 (2006).
109 ראו Grimm, לעיל ה"ש 23, בעמ' 395. לא הכל מסכימים לכך. לניתוח העמדות בגרמניה, ראו Loammi Blaauw-Wolf, *The "Balancing of Interest" With Reference to the Principle of Proportionality and the Doctrine of Guterabwagung – A Comparative Analysis*, 14 SAPL 178 (1999).
110 ראו Dagenais v. Canadian Broadcasting Corporation, [1994] 3 S.C.R. 835; Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers, [2001] 1 S.C.R. 772; Lavoie v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 769; R. v. Brown, [2002] 2 S.C.R. 185; Chamberlain v. Surrey School district No. 36, [2002] 4 S.C.R. 710; *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 608; Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 238; WIC Radio Ltd. v. Simpson, [2006] S.C.R. 41.
111 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נוסח זה מופיע בס' 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

למשל זכות המהווה תנאי לקיומה ופעולתה של זכות אחרת נתפסת כחשובה ממנה.¹¹² מכאן החשיבות היחסית של הזכות לחיים, לכבוד האדם, לשוויון וביטוי פוליטי, שכן הן תנאים להגשמתן של רבות מהזכויות האחרות. עמד על כך השופט ש' אגרנט לעניין חופש הביטוי, בו ראה "זכות עילאית",¹¹³ אשר "מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות".¹¹⁴ ההבחנה לעניין חשיבותה של זכות אינה רק בין זכויות שונות. יש לקיים גם הבחנה בגדרה של זכות נתונה. על כן, לא הרי חופש הביטוי הפוליטי כהרי חופש הביטוי המסחרי. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה:¹¹⁵

"בערך חופש הביטוי יש להעריך את המשקל היחסי של הזכות בהתאם לאופי הביטוי המתבקש במקרה נתון, ואין בהכרח משקל זהה לסוג הביטוי בכל הקשר."

מכאן גם חשיבותן של הזכויות החברתיות, אשר ברמתן הבסיסית נועדו לאפשר תנאי מחייה מינמליים.¹¹⁶ הנה כי כן, חשיבותה של הזכות החוקתית נקבעת מנקודות מבט שונות. לא הרי זכויות המגשימות ערכים יסודיים של השיטה, והתורמות לרווחה האישית של כל פרט בה,¹¹⁷ כהרי זכויות שהצידוק לקיומן הוא בקידום הרווחה הכללית; לא הרי זכויות "חשודות" שההיסטוריה של החברה הוכיחה כי הרוב נוטה לפגוע בהן מטעמים פסולים, כהרי זכויות הנקיות מחדש זה.¹¹⁸ נקודות המבט השונות תואמות לעיתים זו את זו. לעיתים הן מובילות לכיוונים נוגדים. יש להניח כי במשך הזמן ניתן יהיה לגבש בעניין זה אמות מידה מדויקות יותר.

(3) עצמתה של הפגיעה בזכות

המשקל הניתן ל"כף הפגיעה בזכות" נגזר לא רק מחשיבותה של הזכות אלא גם מהיקף הפגיעה בה, מעצמתה ומשיעורה.¹¹⁹ חריפותה של הפגיעה משפיעה על משקלה. לא הרי פגיעה שהיא רק בזכות אחת (הזכות הנפגעת) כהרי פגיעה בזכויות נוספות (נוסף על הזכות

112 ראו Pulido, לעיל ה"ש 101.

113 בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953).

114 ש.ם.

115 פרשת בכרי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 278.

116 ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 481 (2005).

117 ראו Herbert v. Lando, 441 U.S. 153 (1979).

118 ראו Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously 266 (1977); כהן-אליה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 7.

119 ראו פרשת אינדור, לעיל ה"ש 26, בעמ' 164; פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 850; פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 4, פס' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8, פס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 4, פס' 43 לפסק דינה של השופטת ארבל.

הנפגעת). "מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי"¹²⁰ משפיעות על משקלה. לא הרי זכות הנפגעת בשוליה כהרי זכות הנפגעת בגרעין הקשה שלה; לא הרי פגיעה שהיא זמנית כהרי פגיעה שהיא קבועה. לא הרי זכות שהפגיעות בה עד כה הן מעטות כהרי זכות שנפגעה בעבר במידה רבה ועתה מוטלת עליה הגבלה נוספת.¹²¹ תוצאותיה של הפגיעה בזכות חוקתית והאפקט שיש לה על בעלי הזכות משפיעים על משקלה של הפגיעה. עמד על כך השופט מ' חשין בפרשת סטמקה:¹²²

"בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות."

(4) ההסתברות לפגיעה בזכות

כשם שההסתברות להתממשותה הלכה למעשה של המטרה הראויה היא גורם חשוב בקביעת משקלה של התועלת היחסית הכרוכה בה, כך גם ההסתברות להתממשותה של הפגיעה בזכות החוקתית היא גורם חשוב בקביעת משקלו של הנזק העלול להיגרם לה. לא הרי משקל הפגיעה שההסתברות להתרחשותה בפועל רבה כהרי משקלה כשסיכויים אלה קלושים. בספרות המשפטית לא ניתן דגש להיבט זה של "כף הפגיעה בזכות". הטעם לכך הוא שבמרבית המקרים התממשותה של הפגיעה בזכות היא ודאית. עם חקיקתו של החוק הפוגע הפגיעה בזכות מתרחשת מיד. כך הדבר ברוב המקרים אך לא בכלם. במקרים שבהם מימושה של הזכות אינו ודאי, יש למידת חוסר הוודאות, כלומר להסתברות התממשותה, השפעה על משקלה של הפגיעה בזכות. לא הרי חוק הקובע מצבים בהם אין לממש זכות חוקתית (התממשות וודאית של הפגיעה בזכות) כהרי חוק המעניק שיקול דעת לגורם שלטוני ברשות המבצעת והקובע תנאי להפעלתה של הסמכות (התממשות שאינה וודאית של הפגיעה בזכות החוקתית).

ג. כלל האיזון הבסיסי

1. השוואה בין כפות המאזניים

אמת-המידה העקרונית שבידי המאזן – בין מחוקק, בין מבצע ובין שופט – היא החשיבות החברתית היחסית. על המאזן לקבוע את מידת החשיבות החברתית היחסית שבתוספת התועלת ושבמניעת תוספת הנזק. המושגיות העומדת לרשותו היא במידות

120 פרשת מנחם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 258 (השופט בניש).

121 ראו Rivers, לעיל ה"ש 44, בעמ' 200.

122 פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 777.

החשיבות החברתית. ניתן לדבר על מידה רבה או גדולה של חשיבות חברתית ועל מידה קטנה ומזערית של חשיבות חברתית. על כן יש תוספות תועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת שהן חשובות יותר ויש תוספות תועלת שהן חשובות פחות. בדומה, יש פגיעות בזכויות שמניעתן חשובה יותר ויש פגיעות בזכויות שמניעתן חשובה פחות. את מידת החשיבות של תוספת התועלת הנגרמת על ידי החוק הפוגע בזכות החוקתית יש לעמת עם מידת החשיבות של מניעת תוספת הנזק לזכות זו. כללי האיזון צריכים לשקף עימות זה. עליהם לקבוע את האיזון –¹²³

“מחד גיסא, על-פי חשיבותה של זכות היסוד והטעמים העומדים ביסודה, ומאידך גיסא, על-פי מידת חשיבותו של האינטרס המתנגש בה, שהגשמתו היא תכלית הפגיעה.”

בקביעת מידת החשיבות החברתית של כפות המאזניים יש להתחשב בהסתברות באשר להתגשמותן של המטרות החברתיות שביסוד החוק הפוגע ובהסתברות פגיעה בזכות החוקתית.

2. מרכיבי האיזון הבסיסי וצידוקו

(א) יסודותיו של הכלל הבסיסי

כלל האיזון הבסיסי מבקש לקבוע כלל משפטי המשקף את כל היסודות של האיזון בין עקרונות מתנגשים. הוא אמור לתת ביטוי לכף המטרה, לכף הזכות וליחס ביניהן. הוא צריך לחול הן כששתי כפות המאזניים נושאות זכויות חוקתיות (כגון חוק הפוגע בחופש הביטוי כדי להעניק הגנה רבה יותר לפרטיות) והן כאשר כף התועלת החברתית נושאת את טובת הכלל (כגון חוק הפוגע בחופש הביטוי כדי למנוע פגיעה בביטחון המדינה). עליו לשקף הן את החשיבות שבתוספת התועלת (לטובת הכלל או זכות הפרט) ושבמניעת הנזק לזכות והן את הסתברות ההתרחשות של התועלת ושל הנזק. כלל האיזון הבסיסי מעוגן בפסקת ההגבלה החוקתית (המפורשת או המשתמעת). בישראל הוא מהווה פירוש של הדרישה כי הפגיעה בזכות המעוגנת בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם תהא “במידה שאינה עולה על הנדרש”. כלל זה הוא ביטוי להוראה שבפסקת ההגבלה החוקתית. הוא כלל ברמה חוקתית.

(ב) תוכנו של כלל האיזון הבסיסי

על רקע זה ניתן לקבוע את תוכנו של כלל האיזון הבסיסי באופן הבא: ככל שמניעת תוספת הנזק לזכות החוקתית חשובה יותר, והסתברות הגשמתה רבה יותר, כן נדרש כי תוספת התועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת תהא חשובה יותר, חיונית ונחוצה

123 דברי השופט דורנר בפרשת מילר, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 141.

יותר, והסתברות הגשמתה רבה יותר. על כן אין להצדיק פגיעה חמורה וודאית בזכות חוקתית חשובה בהגשמתה של תועלת מזערית, שהסתברותה מועטה, לטובת הכלל או להגנה על זכות חוקתית אחרת בעלת חשיבות פחותה.¹²⁴ עמד על כך השופט זמיר בפרשת צמח:¹²⁵

“ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה.”

גישה זו עולה בקנה אחד עם כלל האיזון המהותי (substantive law of balancing) שפיתח אלכסי, ולפיו:¹²⁶

“The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.”

124 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 342-343: "לא ניתן להעניק חשיבות ומשקל לתכלית שולית, שערכה הבונה הוא זניח, אם התוצאה היא פגיעה מהותית בזכות יסוד. כדי להצדיק פגיעה בזכות, מן הנכון שיהיו כאמור חשיבות ומשקל ראויים לתכלית המבוקשת. לשון אחר, המטרה המבוקשת חייבת להיות חשובה וחיונית כדי להצדיק פגיעה בזכות" (הנשיא שמגר). ראו גם פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 385; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8, פס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק: "יש לאזן בין מידת הפגיעה בזכות לבין מידת הקידום של האינטרס הציבורי. בהיבט של הזכות יש להתחשב במהותה של הזכות, ובהיקף הפגיעה בה. ככל שהזכות הנפגעת היא יסודית יותר, והפגיעה היא חריפה יותר, כן נדרש משקל כבד יותר לשיקולים המצדיקים פגיעה זו. בהיבט האינטרס הציבורי, יש להתחשב בחשיבותו של האינטרס, ובמידת התועלת הנגרמת ממנו באמצעות הפגיעה בזכויות האדם. ככל שהאינטרס הציבורי הוא חשוב יותר, כן יש בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות האדם"; פרשת אבו מדינג, לעיל ה"ש 4, פס' 43 לפסק דינה של השופטת ארבל: "בבואנו לבצע את מלאכת האיזונים הנדרשת במסגרת מבחן זה עלינו להתחשב מחד גיסא, במהותה של הזכות הנפגעת ובהיקפה של הפגיעה, ומאידך גיסא, במהותו של האינטרס הציבורי העומד על הפרק; ככל שמדובר בזכות יסודית יותר, וככל שהפגיעה בה קשה וחריפה, על השיקולים העומדים ביסוד האינטרס הציבורי המצדיק את הפגיעה בה להיות כבדי משקל ובעלי חשיבות מכרעת יותר. לעומת זאת, ככל שהאינטרס הציבורי מהותי יותר, וככל שהגשמתו טומנת בחובה תועלת ציבורית רבה יותר, כך יהיה בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות האדם". פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 20, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "ככל שהזכות הנפגעת הינה בעלת ערך חברתי רב וככל שעוצמת הפגיעה בה היא מקיפה וחריפה, כך תידרשנה מטרות חשובות ומהותיות יותר". ראו גם פרשת Oakes, לעיל ה"ש 9, בעמ' 139, וכן § 18 (CC), 388 SA (1) 1996 S. v. Bhulwana.

125 פרשת צמח, לעיל ה"ש 4, בעמ' 273; ראו פסק דינו של השופט בינגהם (Lord Bingham) בפרשת R. v. Ministry of Defence, ex. P. Smith, [1996] Q.B. 517, 554 ואת פסק דינו של השופט וולף (Lord Woolf) בפרשת R. v. Lord Saville of Newdigate, ex. p. A & B., [1999] 4 All E.R. 860, 871.

126 ALEX, לעיל ה"ש 92, בעמ' 102. ראו גם PULIDO, לעיל ה"ש 71, בעמ' 767.

בתחום החוקתי מתמקדת גישה זו בחשיבות של הגשמת המטרה ושל מניעת הפגיעה בזכות. אלכסי ציין כי בהפעלתה של גישה זו בתחום החוקתי יש להשוות:¹²⁷

“[T]he degree of importance of satisfying one principle and satisfaction / non satisfaction (non-infringement / infringement) of the other.”

בהמשך הוא קובע כי כלל האיזון הבסיסי:¹²⁸

“[I]dentifies what is significant in balancing exercises, namely the degree or intensity of non-satisfactions of, or detriment to, one principle versus the importance of satisfying the other.”

מן הראוי לציין, עם זאת, את השוני בין גישתו של אלכסי לבין גישתי. אלכסי אינו מתחשב בחשיבותה של הזכות הנפגעת אלא רק במידת הפגיעה בה. לא כן גישתי שלי. היא מתחשבת הן בחשיבותה של המטרה הראויה והן בחשיבותה של הזכות החוקתית. על פי גישתי, כלל האיזון הבסיסי מבטא את תפיסתה של החברה באשר לחשיבותם של העקרונות החברתיים שהיא מבקשת לקדם מבחינת תוכנם, נחיצותם וסיכויי הגשמתם, ובאשר לחשיבותן ולסיכויי היפגעותן של זכויות האדם שעליהן היא מבקשת להגן. כלל זה מבטא את התפיסה כי בדמוקרטיה מטרה ראויה כשלעצמה אינה היתר לשימוש בכל האמצעים להגשמתה.¹²⁹ עמדתי על כך באחת הפרשות:¹³⁰

“העיון במבחן המידתיות (במובן הצר) מחזיר אותנו למושכלות ראשוניים עליהם מתבססת הדמוקרטיה החוקתית שלנו וזכויות האדם מהן נהנים הישראלים. מושכלות אלה הינם כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים; כי הביטחון אינו עומד מעל לכל; כי המטרה הראויה של הגברת הביטחון אינה מקדשת פגיעה קשה בחייהם של אלפים רבים של אזרחים ישראלים. הדמוקרטיה שלנו מתאפיינת בכך, שהיא מציבה גבול ליכולת לפגוע בזכויות האדם; כי בבסיסה עומדת ההכרה כי סביב לפרט נבנית חומה המגינה על זכויותיו, אשר גם הרוב אינו יכול לפרוץ לתוכה.”

כלל האיזון הבסיסי קובע אפוא את אמות-המידה החוקתיות הכלליות הקובעות את גבולות כוחה של המדינה להגשים את מטרותיה הראויות ואת גבולות ההגנה של הזכויות שבגדרה. כלל האיזון הבסיסי “לוקח זכויות ברצינות”, שכן לא די בכך שטובת הכלל היא

127 ALEXY, שם, בעמ' 105.

128 שם.

129 ראו פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 1, פס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק.

130 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 8, פס' 93 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לפגוע בזכות חוקתית. נדרש כי טובת הכלל זו תעשה ברמת חשיבות כה גבוהה שיש בה להיות צידוק לפגיעה בזכות החוקתית. מבחינה זו ניתן לראות בכלל הבסיסי את המגן (shield) של הזכויות החוקתיות.¹³¹ בכוחו של הכלל הבסיסי למנוע פגיעה בזכויות חוקתיות חשובות במרבית המקרים בהם הן מהוות – בלשונו של דבורקין – “קלף מנצח” (Trumps).¹³² ודוק: הכלל הבסיסי הוא כלל של איזון. ה“קלף המנצח” של דבורקין אינו מבוסס על איזון ונועד למנוע אותו. טענתי היחידה הינה כי מכוחו של הכלל הבסיסי ניתן להשיג תוצאות אשר מושגות מתוך ראיית הזכות כ“קלף מנצח”.

3. כפות המאזניים מעוינות

מהו הדין אם כפות המאזניים מעוינות? במצב דברים זה חשיבות המניעה של תוספת הפגיעה בזכות החוקתית שקולה כנגד החשיבות של תוספת התועלת שבהגשמת טובת הכלל או הגנה על זכות חוקתית אחרת. האם במצב דברים זה החוק הפוגע מקיים את דרישותיו של מבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר)? המקרים שבהם יתרחש מצב דברים זה הם בוודאי מעטים, אך מה יהא הדין בהם?¹³³

ניתן לטעון כי הפתרון הוא דיוני. נטל השכנוע להוכיח את המידתיות, לרבות המידתיות במובן הצר, מוטל על הטוען למידתיות הפגיעה. כאשר כפות המאזניים שקולות אין בכוחו להרים נטל זה, ואז בפנינו מצב דברים שבו הפגיעה בזכות החוקתית הוכחה ואילו הצידוק לפגיעה לא הוכח. או אז המסקנה המתבקשת הינה אי-חוקתיות של החוק. לדעתי טעון זה שגוי. נטל השכנוע רלוונטי להיבט העובדתי אך אין הוא רלוונטי להיבט המשפטי. שאלת כפות המאזניים המעוינות היא שאלה משפטית. אכן, העובדות כולן מונחות בפני בית המשפט. חלקן הוכח בדרכי ההוכחה הרגילות. חלקן הוכח בדרך של חזקות, לרבות החזקה כי הנטל להבאתן של עובדות המצביעות על המידתיות של החקיקה הפוגעת (מטרה ראויה, קשר רציונלי, צורך, ומידתיות במובן הצר) מוטל על הטוען למידתיות. עתה אנו ניצבים בפני השאלה המשפטית: מה הדין במצב דברים זה?

לעתים ניתן לטעון כי הפתרון לשאלתנו מונח בניסוחה של פסקת ההגבלה. טלו את פסקת ההגבלה הישראלית, שעל פיה אין לפגוע בזכות החוקתית אלא בחוק המקיים כמה

131 בלשונו של Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 27 *GA. L. REV.* 415, 430 (1993).

132 על הזכות החוקתית כ“קלף מנצח”, ראו RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 153 (Jeremy Waldron ed., 1984); Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in *THEORIES OF RIGHTS* 153 (1977); Dan T. Coenen, *Rights as Trumps*, 27 *GA. L. REV.* 435 (1992); Dan T. Coenen, *Rights as Trumps*, 27 *GA. L. REV.* 463 (1992).

133 ראו ALEXY, לעיל ה”ש 92, בעמ’ 411. ראו גם Carlos Bernal Pulido, *On Alexy’s Weight Formula*, in *ARGUING FUNDAMENTAL RIGHTS* 101, 104 (Agustin J. Menendez & Erik Eriksen eds., 2006).

תנאים. לענייננו, התנאי הוא שהפגיעה הינה "במידה שאינה עולה על הנדרש".¹³⁴ הטענה הינה שכאשר כפות המאזניים מעוינות הפגיעה "אינה עולה" על הנדרש, שכן היא שקולה לנדרש. במצב דברים זה ניתן לטעון שהפתרון בישראל הוא כי אם כפות המאזניים מעוינות אזי החוק מקיים את דרישת המידתיות. גישה "לשונית" זו מעוררת קושי כשהלשון משאירה את הספק בעינו. טלו את פסקת ההגבלה שבחוקה הפרלמנטרית של שווייץ:¹³⁵

"Limitations of fundamental rights must be proportionate to the goals pursued."

האם דרישת המידתיות הקבועה בהוראה זו מתקיימת כשכפות המאזניים מעוינות? לדעתי הפתרון לא ימצא בטיעונים לשוניים. הוא גם לא ימצא בתורה כללית של מידתיות. הפתרון יהא פרי השקפותיה של כל דמוקרטיה חוקתית. לעניין זה ייתכן כי יש מקום להבחין בין שני מצבים עיקריים. במצב האחד שתי כפות המאזניים נושאות זכויות אדם חוקתיות, והתועלת בתוספת ההגנה לזכות האחת שקולה כנגד תוספת הנזק לזכות האחרת. ניתן לטעון כי במצב דברים זה אין סיבה שלא להשאיר את דבר החקיקה על כנו, שכן פגיעתו בזכות חוקתית אחת שקול כנגד הגנתו על זכות חוקתית אחרת. במצב דברים זה ראוי להשאיר את שיקול הדעת של המחוקק על כנו. תפקידו של בית המשפט כמגן זכויות האדם מוגשם.¹³⁶ במצב האחר הכף האחת נושאת תוספת תועלת לטובת הכלל ואילו הכף השנייה נושאת תוספת נזק לזכות חוקתית. האם במצב כזה יש צידוק לפגיעה בזכות חוקתית בשל טובת הכלל? האם יש להעניק במצב זה למחוקק שיקול דעת?¹³⁷ משטר דמוקרטי חוקתי עשוי לקבוע כי זכויותיו של האדם חשובות לו, ועל כן במקרה של כפות מאזניים שקולות ידה של הזכות על העליונה. כשהמאזניים שקולות – החירות גוברת (in dubio pro libertate).¹³⁸ משטר דמוקרטי חוקתי אחר עשוי לקבוע כי זכויות האדם חשובות לו אך כך גם טובת הכלל. כאשר המאזניים שקולות תגבר טובת הכלל. כשהמאזניים שקולות – ידו של המחוקק על העליונה.¹³⁹ גישתי שלי הינה, כי לאור מעמדן המרכזי של זכויות האדם בדמוקרטיה החוקתית ולאור תפקידו של בית המשפט להגן עליה, יש לפתור את שאלת המאזניים המעוינות במקרה שחשיבות תוספת התועלת לטובת הכלל שקולה כנגד חשיבות מניעת תוספת הנזק לזכות החוקתית לטובת הזכויות, כלומר לטובת החירות.

134 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

135 ס' 36(3) לחוקה של שווייץ.

136 על תפקידו של בית המשפט כמגן זכויות האדם, ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 58, עמ' 128.

137 ראו Pulido, לעיל ה"ש 101, בעמ' 207.

138 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 92, בעמ' 384. ראו גם Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 ISR. L. REV. 84, 88 (1993).

139 שם, בעמ' 410. ראו גם Pulido, לעיל ה"ש 71, בעמ' 790.

4. כלל האיזון הבסיסי ואיזון קונקרטי (אד-הוק)

(א) איזון "גס" ואיזון "דקיק"

כלל האיזון הבסיסי קובע אמת-מידה כללית המאפשרת הכרעה בין תוספת התועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת שבחקיקה הפוגעת לבין תוספת הנזק שהיא גורמת לזכות החוקתית. כלל בסיסי זה מופעל על נתוניו של כל מקרה קונקרטי. הוא בוחן את תוספת התועלת לטובת הכלל ולזכות חוקתית אחרת שבחקיקה הפוגעת ואת תוספת הנזק שהיא גורמת לזכות החוקתית בנסיבות נתונות. הוא נועד להדריך את המאזן (מחוקק, מבצע, שופט) כיצד להכריע בהתנגשות בין העקרונות בנקודת החיכוך הקונקרטי שבה הוא מתרחש במקרה נתון. אכן, מטרתו של כלל האיזון הבסיסי הינה לאפשר הגשמה של האיזון על מגוון היבטיו בחיי המעשה. נמצא, כי בצד האיזון הבסיסי מתקיים תמיד איזון קונקרטי. זהו איזון הרגיש לעובדות המקרה.¹⁴⁰ זהו איזון אד-הוק לפי נסיבות המקרה (ad-hoc balancing). כלל האיזון הבסיסי מהווה את "תכנית המתאר הארצית". כלל האיזון הקונקרטי מהווה את "תכנית המתאר המפורטת". כלל האיזון הבסיסי מאזן בין התועלת לנזק ב"קווים גסים". כלל האיזון הקונקרטי מאזן בקווים "דקים" או אף "דקיקים". כלל האיזון הבסיסי מבוסס על הכללה ברמת הפשטה גבוהה. כלל האיזון הקונקרטי מבוסס על רמת הפשטה נמוכה.¹⁴¹

רמת הפשטה הנמוכה משקפת את הנתונים המטריאליים של המקרה הקונקרטי. לא כל הנתונים הקונקרטיים הם רלוונטיים לאיזון. הרלוונטיות נקבעת על פי מבחניו של כלל האיזון הבסיסי. על יסוד הכלל הבסיסי ניתן לגבש כלל משפטי המשקף את האיזון הקונקרטי. זהו הכלל החוקתי הנגזר.¹⁴² יאה זה כלל ברמת הפשטה נמוכה, המאזן במקרה קונקרטי את הנתונים הרלוונטיים באשר למטרה, חשיבותה, נחיצותה וחיוניותה והסתברות הגשמתה ובאשר לזכות הנפגעת, לחשיבותה, למידת פגיעתה והסתברותה, כפי שהם נגזרים מכלל האיזון הבסיסי.

(ב) מעמדו המשפטי של כלל האיזון הקונקרטי

כלל האיזון הקונקרטי נגזר מכלל האיזון הבסיסי. הוא מהווה קונקרטיזציה שלו. כמו כלל האיזון הבסיסי, גם כלל האיזון הקונקרטי הוא כלל חוקתי. מעמדו במדרג הנורמטיבי הוא מעמד חוקתי משום שהוא נגזר מפירושה של פסקת ההגבלה (המפורשת או המשתמעת). בישראל הוא נגזר מהוראתה של פסקת ההגבלה המפורשת, לפיה הפגיעה

140 ראו Philip Sales & Ben Hooper, *Proportionality and the Form of Law*, 119 L. Q. REV. 426 (2003).

141 על האיזון העקרוני, בעל רמת הפשטה גבוה יותר, ראו להלן עמ' 630.

142 על הכלל החוקתי הנגזר, ראו לעיל עמ' 62.

בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק צריכה להיות, בין השאר, "במידה שאינה עולה על הנדרש".¹⁴³ פגיעה המקיימת את דרישות כלל האיזון הבסיסי ואת דרישות כלל האיזון הקונקרטי הנגזר ממנו היא "במידה שאינה עולה על הנדרש".

פעולתו של כלל האיזון הקונקרטי – כפעולתו של כלל האיזון הבסיסי – היא ברמה התת-חוקתית. הוא נועד לקבוע אם הוראה מיוחדת בנורמה משפטית תת-חוקתית, כגון חוק או משפט מקובל, הפוגעת בזכות חוקתית בנסיבותיו של מקרה מסוים, היא חוקתית. כלל האיזון הקונקרטי אינו מצמצם את היקפיה של הזכות הנפגעת.¹⁴⁴ אם מטרתו היא הגנה על זכות חוקתית של אחר, אין הוא מרחיב את היקפה של זכות זו. פעולתו היא במישור ההגשמה של הזכות הלכה למעשה, כלומר, במישור התת-חוקתי.

פרשת *Lebach*¹⁴⁵ היא דוגמה להפעלתו של כלל האיזון הבסיסי על נסיבותיו של מקרה קונקרטי בו מתנגשות שתי זכויות חוקתיות. ערוץ טלוויזיה הכין תכנית דוקומנטרית שתיעדה אירוע שהתקיים שש שנים קודם לכן, בו נרצחו ארבעה חיילים בשנתם ונשקם נגנב. העותר הורשע ברצח כשותף בדרגה שנייה. התכנית הייתה אמורה לעלות לשידור לקראת שחרורו של העותר מבית הסוהר, בתום ריצוי עונשו, תוך תיאור האירוע ונסיבותיו האישיות המיוחדות. העותר פנה לבית המשפט האזרחי בעתירה למנוע את השידור המתאר את חלקו באירוע. טענתו היתה כי הדבר מפר את זכותו החוקתית לפיתוח אישיותו, שכן הוא פוגע בשיקומו ובשילובו בחברה. בית המשפט האזרחי דחה את תביעתו. הוא פנה לבית המשפט לחוקה. בית המשפט קבע כי במקרה זה מתנגשות שתי זכויות חוקתיות בעלות מעמד וחשיבות שווים. האחת היא זכותו של העותר לפיתוח אישיותו. השנייה היא זכותו של ערוץ הטלוויזיה לחופש הביטוי. בית המשפט קבע כי בנסיבות הקונקרטיות הנזק לחופש הביטוי הוא מועט, שכן השידור אינו עוסק בדיווח על מעשה עבירה חמור בעל אופי אקטואלי, אלא על מעשה שהתרחש שנים מספר לפני כן ואשר דווח בהרחבה. לעומת זאת, הפגיעה באישיותו של העותר בשל הפגיעה באפשרות שילובו בחברה ושיקומו היא קשה ומיידית. בנסיבות אלה תוצאת האיזון הקונקרטי הינה מניעת השידור. פסק דין זה מעצב כלל איזון קונקרטי הקובע כי האיזון בין פגיעה קלה בחופש להביא מידע שכבר נמסר לציבור בעבר ושאינו עניין אקטואלי על עבירה פלילית חמורה שבוצעה בעבר על ידי עברייני שהורשע וריצה את עונשו, לבין פגיעה קשה ומיידית בזכותו לאישיותו בשל ההשפעה השלילית על שיקומו ויכולת שילובו בחברה – יד הזכות לאישיות על העליונה.

143 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

144 גישה שונה – היא גישתו של אלכסי – ראו לעיל עמ' 62.

145 BVerfGE 35, 202. הפרשה עוסקת בהתנגשות זכויות במשפט הפרטי. לענייננו יש להתעלם מקושי זה. הדוגמא מובאת על ידי ALEXI, לעיל ה"ש 92, בעמ' 54.

אשר לאיזון בין טובת הכלל לבין זכות חוקתית ניתן להביא מקרה שעסק בשאלה אם יש מקום להמשיך בהליך פלילי בהתחשב במצבו הרפואי של נאשם פלוני.¹⁴⁶ הוכח בפני בית המשפט כי אם המשפט הפלילי נגד פלוני יימשך יש חשש ממשי שהוא יסבול מאירוע מוחי והתקף לב עקב הלחץ הנפשי במהלך המשפט. בית המשפט החוקתי איזן בין זכותו החוקתית של פלוני לשלמות גופו ונפשו לבין טובת הכלל בהבאת החשודים בעבירה לדין. בית המשפט החוקתי קבע כי בנסיבות המקרה המשקל של מניעת הפגיעה הממשית והכבידה בזכותו החוקתית של פלוני עולה על המשקל שבהמשך ההליך הפלילי. מפסק דין זה ניתן להסיק כלל איזון קונקרטי לפיו באיזון בין שלמות גופו של נאשם לבין טובת הכלל בהבאת נאשמים לדין, יד הזכות לשלמות הגוף על העליונה אם בהבאת הנאשם לדין קיים חשש ממשי לסיכון חיים או לפגיעה קשה בבריאותו.

כפי ששמו מעיד עליו כלל האיזון הקונקרטי חל על מערכת קונקרטית של נתונים. מובן כי ניתן להפעילו בכל מקרה נוסף בו מתקיימת אותה מערכת של נתונים מטריאליים. ניתן להפעילו בדרך היקש פרשני¹⁴⁷ גם על מקרים נוספים שאין בהם זהות אך יש דמיון במערכת הנתונים המטריאליים. כלל האיזון הקונקרטי מתווסף תמיד לכלל האיזון הבסיסי והוא מהווה את הגשמתו בהקשר חוקתי נתון.

ג) כלל האיזון הקונקרטי והדוקטרינה של "השלמה קונקרטית"

כמו כלל האיזון הבסיסי, גם כלל האיזון הקונקרטי הנגזר ממנו חל הן כשהפגיעה בזכות פלונית עומדת כנגד טובת הכלל והן כשהפגיעה בזכות פלונית עומדת כנגד זכות אלמונית. מקרה שני זה – שבו מונחות זכויות חוקתיות בשני צידי האיזון – פותח בהרחבה במשפט החוקתי הגרמני באמצעות הדוקטרינה של ההשלמה או ההתאמה הפרקטית (praktische Konkordanz).¹⁴⁸ על פי דוקטרינה זו יש להכיר בחשיבות של שני צידי האיזון. הכף האחת (שעניינה זכות חוקתית אחת) אינה צריכה להתגבר על הכף האחרת (שעניינה זכות חוקתית אחרת). יש לבצע את האיזון תוך ניסיון לספק את שתי הזכויות גם יחד, תוך שהפגיעה בכל אחת מהן תהיה שווה לחברתה. גישה זו פותחה בגרמניה לעניין זכויות חוקתיות שאין להן פסקת הגבלה משלהן. היעדרה של פסקת ההגבלה אינה יוצרת "זכות מוחלטת". עדיין יש מקום לאיזון בין הזכויות לבין עצמן. האיזון הנערך הוא קונקרטי. הוא מתחשב בנסיבותיו של כל מקרה הבא לפני בית המשפט. הוא מפעיל את כלל האיזון הבסיסי. ההשלמה

146 ראו BVerfGE 51, 324. הדוגמא מובאת על ידי ALEXY, לעיל ה"ש 92, בעמ' 50.

147 על ההיקש הפרשני, ראו לעיל עמ' 101.

148 על דוקטרינה זו, ראו Thilo Marauhn & Nadine Ruppel, *Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of 'Praktische Konkordanz' and the German Federal Constitutional Court*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 273 (Eva Brems ed., 2008).

הקונקרטי פועלת על פי שתי הנחות יסוד: ראשית, בשני צידי המאזניים מונחות זכויות חוקתיות; שנית, הזכויות החוקתיות הן שוות בחשיבותן. בכך מבטאת ההשלמה הקונקרטי את התפיסה החוקתית הגרמנית שלפיה כל הזכויות החוקתיות שוות בחשיבותן.

5. איזון עקרוני

כלל האיזון הבסיסי פועל ברמת הפשטה גבוהה ביותר. כלל האיזון הקונקרטי פועל ברמת הפשטה נמוכה ביותר. המעבר מהאחד לשני הוא חד וחריף. לדעתי יש מקום לשקול הכרה בכלל ביניים בין הבסיסי לקונקרטי. כלל זה יהיה בעל אופי עקרוני (principled balancing), אעמוד עליו בהמשך.¹⁴⁹

פרק שלושה-עשר

מידתיות וסבירות

א. מסבירות למידתיות

1. ההתפתחות ההיסטורית

מהו היחס בין מידתיות לבין סבירות? האם אלה שתי דוקטרינות שונות או חופפות? היש היבטים של מידתיות שאינם חלק מהסבירות והיבטים של סבירות שאינם חלק מהמידתיות? ¹ שאלות אלה מתעוררות באותם התחומים בהם נפגעת זכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית. כמו כן מתעוררות שאלות אלה בתחומים בהם לא מעורבות זכויות חוקתיות. ² אתמקד בתחומים הראשונים בלבד. הן התעוררו ברבות מארצות המשפט המקובל, שבהן הוכרה הסבירות בטרם הוכרה המידתיות. כאשר נקשה המידתיות בדלת וביקשה להיכנס אל שיטת המשפט היא נתקלה בסבירות. ³ בתי משפט במדינות שונות קבעו כי לאור ההכרה בסבירות כאמת-מידה משפטית לבחינת החוקתיות והחוקיות של פעילות המנהל, אין צורך להכיר במידתיות. אם השתיים זהות – די בסבירות ואם השתיים נוגדות – עדיפה הסבירות. כך או כך אין מקום למידתיות. גישה זו השתנתה בכל הנוגע לחוקתיותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית. כיום מוכרת המידתיות כאמת-מידה לבחינת חוקתיותם של חוקים הפוגעים בזכויות אדם. ממילא היא מוכרת גם בבחינת חוקיותן של נורמות תת-חוקיות הפוגעות בזכות חוקתית. הטעם לכך הוא שאם חוקתיותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית נבחנת על פי המידתיות, כי אז גם חוקתיותה של פעולה שלטונית תת-חוקית (חקיקת-משנה, אקטים אינדיבידואליים) הפוגעת בזכות אדם מכוחו של חוק צריכה להיבחן על פי אותו עיקרון עצמו. ממה נפשך: אם החוק אינו חוקתי שכן פגיעתו בזכות האדם אינה

1 ראו NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW 37 (1996); PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 635 (6th ed., 2008). ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 73 (1994); ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 139 (2009).

2 הן מתעוררות במצבים נוספים, אשר הדיון בהם חורג מספר זה, ראו CRAIG, שם.

3 ראו לעיל עמ' 241. ראו גם Michael Taggart, *Proportionality, Deference, Wednesbury, in* JUDICIAL REVIEW 23 (NZLS, 2007).

מידתית – ממילא גם כל הפעילות התת-חוקית הפוגעת בזכות חוקתית אינה כדין, שכן היא נעדרת מקור הסמכה. לעומת זאת, אם החוק הינו חוקתי משום שהוא מידתי – ההסמכה שהוא מעניק לפעילות התת-חוקית צריכה להיות מידתית אף היא, שכן אם החוק מסמיך לפעילות לא מידתית הוא עצמו לא יהא מידתי. פעילות תת-חוקית שלא תהא מידתית תחרוג מההסמכה שמכוחה הוגשמה. כך או כך, חוקתיותה או חוקיותה של פעילות תת-חוקית תיקבע על פי עקרון המידתיות. הוא שאמרנו: משהוכרה המידתיות במשפט החוקתי הדין בזכויות חוקתיות היא חייבת להיות מוכרת, כנגזרת הכרחית, גם במשפט המנהלי הדין באותן זכויות. עם זאת, עדיין עומדת בעינה הקושיה בדבר היחס בין מידתיות וסבירות לעניין הפגיעה בזכויות חוקתיות. האם הכרה בעקרון הסבירות מיתרת את המידתיות או שהשתיים עשויות להיות זו בצד זו?

2. ההתפתחות במשפט הישראלי

כמו בכל ארצות המשפט המקובל, גם בישראל קדמה הסבירות למידתיות. אמת, יש פסקי דין הניתנים להבנה בדיעבד כמבוססים על מידתיות,⁴ אך זו לא נזכרת בהם והם לא הובנו כמבוססים על תפיסה עצמאית כזו.⁵ כאשר התדפקה המידתיות על דלתות המשפט הישראלי בשמה המלא וכתפיסה מוכרת ועצמאית, היא התקבלה מיד בברכה.⁶ הקשיים שהתעוררו בשיטות המשפט בהן נוהג המשפט המקובל (כגון אנגליה, אוסטרליה, ניו-זילנד) לא היו נחלתה של שיטת המשפט הישראלית. ההכרה במידתיות במשפט המנהלי הביאה למצב דברים שבו המשפט המנהלי בישראל מכיר גם במידתיות וגם בסבירות. מה היחס ביניהן במישור של המשפט המנהלי? השופט מ' חשין עמד על כך בפרשת סטמקה:⁷

4 ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 892, 871 (1953); בג"ץ 75/57 קלמס נ' הועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים תל-אביב יפו, פ"ד יא 1601, 1608 (1957); בג"ץ 14/65 כורי נ' שר הפנים, פ"ד יט(2) 334, 322 (1965); בג"ץ 115/67 המועצה המקומית ראש העין נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כא(1) 526, 524 (1967); בג"ץ 233/86 בן יצחק נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 511, 505 (1986); בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 438, 421 (1987); בשג"ץ 497/88 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(1) 529 (1989); בג"ץ 660/88 אגודת "אינש אל-אוסרא" נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(3) 678, 673 (1989); זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 513, 507 (1990); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 132 (1994).

5 ראו לעיל עמ' 258.

6 ראו בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך והספורט, פ"ד מט(5) 1, 14 (1995), וכן לעיל עמ' 261.

7 בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 777, 728 (1999). ראו גם גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5, 9 (2008).

"מבחינה היסטורית, קדמה עילת המידתיות לעילת הסבירות – אותה עילת סבירות כפי שהיא מוכרת לנו כיום – והולדתה הייתה קודם שעילת הסבירות באה לאוויר העולם... לימים, משבאה לאוויר העולם כעילה כוללת-כול, השתלטה עילת הסבירות... על כל סביבותיה, ואבותיה הקדמונים באו לחסות בצלה. עילת הסבירות הפכה בתחום המשפט המינהלי... לעילת מסגרת שתכניה יכולים שישתנו מעניין לעניין ומתקופה לתקופה, על-פי תנאי המקום והזמן. בשלב הבא ילדה עילת הסבירות הלכות, עילות ושבירי-עילות למיניהם, ובצד כל אלה יצאו ממנה ראשי-בית-אב שקנו להם שם לעצמם. אחד מראשי בית-אב אלה היא עילת המידתיות. וכיחס הסבירות לחוקיות כן יחס המידתיות לסבירות. בהשתחררה מבית אמה, יכולה הייתה עילת המידתיות לפתח את עצמה באורח עצמאי וחופשי, וכך ייאמר עליה: בתחילה (אם כי לא בתחילת-התחילות) דרה עילת המידתיות בבית הסבירות, אך לימים יצאה מביתה זה, ובכוחה-שלה בנתה לה בית משל-עצמה. כך מציגה עילת המידתיות לפנינו כלי ניתוח חד וחריף מעילת הסבירות הכללית; כך ניתן בידינו מכשיר משוכלל יותר לבחינה רציונלית של מעשי-המינהל."

בפרשה אחרת הוספתי:⁸

"מבחן המידתיות הקבוע בפיסקת ההגבלה לא בא להחליף את מבחן הסבירות. מבחן אחרון זה מהווה אמת מידה מרכזית לבחינת פעולות המינהל. פיסקת ההגבלה לא ייתרה אותו. הוא ממשיך לעמוד בעינו. במובן מסויים מבחן המידתיות הוא היבט של הסבירות. במובן אחר, מבחן המשנה השלישי של המידתיות (המידתיות 'במובן הצר') הינו ביטוי לעקרונות הסבירות. אין לנו צורך להרחיב בעניין זה בעתירה שלפנינו."

עם ההכרה במידתיות כאמת-מידה לחוקתיות של חוק הפוגע בזכות חוקתית, קמה כמובן השאלה מה היחס בין מידתיות לסבירות במסגרת המשפט החוקתי. גם על שאלה זו טרם נתן בית המשפט העליון תשובה מקיפה. עם זאת, הוא הרבה להשתמש בסבירות בגדרי המידתיות במובנה הצר. היחס הראוי בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין התכלית החקיקתית בוטא במונחים של סבירות.⁹

8 בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005).
9 ראו בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423, 430 (1999): "מבחן המשנה השלישי, מבחן היחסיות, קובע כי פעולה הפוגעת בזכות תוכל להינקט רק אם היחס בין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת הוא סביר..." (השופט דורנר); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 279 (2002): "לפי מבחן זה, נדרש יחס סביר

ב. מרכיבי המידתיות והסבירות**1. מרכיבי המידתיות**

חוק הפוגע בזכות חוקתית הוא חוקתי אם הוא מידתי. המידתיות (במובנה הרגיל) כוללת שלושה מרכיבים: הראשון הוא קשר רציונלי (קשר של התאמה) בין הגשמתה של המטרה החקיקתית לבין האמצעים שהחוק נוקט ופוגעים בזכות החוקתית. נדרש שהאמצעים החקיקתיים יתאימו להגשמת המטרה; ¹⁰ השני הוא קשר של צורך בין הגשמתה של המטרה החקיקתית לבין האמצעי שננקט. נדרש כי לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעים שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה; ¹¹ השלישי הוא יחס ראוי בין חשיבותה של התועלת החברתית השולית מהגשמת מטרת החוק לבין החשיבות החברתית השולית שבמניעת הנזק לזכות החוקתית. ¹² יחס ראוי זה מבטא מבחן המבוסס על איוון. ¹³ בחינתי את המידתיות מוגבלת להקשר של פגיעת חוק בזכות חוקתית. מושג המידתיות אינו מוגבל למערכת יחסית זו. המידתיות פועלת בכל מקרה שבו עקרונות מתנגשים. ¹⁴ עקרונות אלה עשויים להיות בעלי מעמד חוקתי או תת-חוקתי, והם עשויים להיות קשורים לזכויות אדם או ללא כל קשר עמן.

2. מרכיב הסבירות**(א) מתי פעולה היא סבירה**

סבירות מהי? ¹⁵ מהם מרכיביה? אין הסכמה בעניין זה. ¹⁶ נוהגים לומר כי הסבירות

בין הפגיעה בחופש העיסוק לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה" (השופט בניש). ראו גם בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד (4) 178, 182 (2000); בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז (2) 157, 164 (2003); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח (1) 249, 263 (2003); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807, 850 (2004); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006); בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 55 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2008); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פס' 236 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 29.10.2008).

10 ראו לעיל עמ' 373.

11 ראו לעיל עמ' 391.

12 ראו לעיל עמ' 419.

13 ראו לעיל עמ' 423.

14 ראו לעיל עמ' 284. ראו גם דוידוב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 13.

15 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 250 (2004). לסבירות במשפט הפרטי, ראו MAYO MORAN, RETHINKING THE REASONABLE PERSON: AN EGALITARIAN RECONSTRUCTION OF

נקבעת על פי נסיבות העניין. דבר זה ודאי נכון הוא, אך מהן הנסיבות הרלוונטיות לקביעה זו? כיצד הן משפיעות על הסבירות? גם האמירה כי פעולה תהא סבירה אם התבצעה על ידי האדם הסביר אינה מקדמת אותנו. מיהו האדם הסביר?¹⁷ מתי תהא התנהגות סבירה? יש האומרים כי האדם הסביר הוא בית המשפט.¹⁸ גם בכך אין כדי לקדם את הבנת הסבירות. שופט הייתי, ותמיד שאלתי עצמי כיצד עלי לפעול כדי שפעולתי תהא סבירה.¹⁹ לא כל מעשי סבירים – וכיצד אדע מתי אני פועל בסבירות? כיצד עלי לפעול כדי לפעול בסבירות? אכן, "הסבירות אינה עניין פרסונאלי. היא עניין מהותי. לא סבירותו של מקבל ההחלטה עושה את החלטתו לסבירה, אלא סבירותה של ההחלטה עושה את המקבל אותה לאדם סביר".²⁰ כבר לפני ארבעים שנה הצביע פרופ' סטון (Stone)²¹ על כך שהסבירות שייכת

- THE OBJECTIVE STANDARD (2003). להשפעת המידתיות על הסבירות במשפט הפרטי ראו ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פס"מ, פס' 26-28 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 19.3.2007). ראו גם HUMBERTO AVILA, THEORY OF LEGAL PRINCIPLES 105 (2007); Wojciech Sadurski, 'Reasonableness' and Value Pluralism in Law and Politics, in REASONABLENESS AND LAW 129 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor & Chiara Valentini eds., 2009); Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, in PETER BADURA AND HORST DREIER, FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 451 (vol. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001).
- 16 על הסבירות, ראו איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי" משפטים יב 291 (1982); מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי" משפטים יב 102 (1982); משה עציוני "טובת הציבור והאדם הסביר" ספר זוסמן 125 (1984); משה לנדוי "על שפיות וסבירות בדיון המנהלי" עיוני משפט יד 5 (1989); יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (1989); רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994); דפנה ברק-ארוז "האשה הסבירה" פלילים ו 115 (1997); אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלס" פלילים ו 137 (1997); יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר מאמרים חלק א 417 (2003); שולמית וסרקרוג "מה בין מבחן האדם הסביר למבחן הסבירות כמאבחן בעברה של הטרדה מינית" ספר שמגר מאמרים חלק ב 285 (2003); צחי קרן-פז "האדם הסביר הוא גם האדם היעיל? ניתוח מבחן ההתרשלות הנויקי במשפט משפט וכלכלה" מחקרי משפט כג 793 (2007); מנחם מאוטנר "בין כשירות לסבירות – בעקבות: בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט" המשפט 25 47 (2008); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי כרך III – עילות ההתערבות 217 (2008). ראו גם T.R. Hickman, *The Reasonableness Principle: Reassessing its Place in the Public Sphere*, 63 CAMBRIDGE L. J. 166 (2003).
- 17 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה 663 (1993).
- 18 ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 137 (1985).
- 19 ראו ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45, 51 (1991).
- 20 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 (1990) (השופט ברק).
- 21 ראו JULIUS STONE, LEGAL SYSTEM AND LAWYERS' REASONING 263 (1968).

ל"קטגוריות של הפניית שווא" (categories of illusory reference). אנו משתמשים בה בצורה "מעגלית". עמדתי על כך באחת הפרשות:²²

"ההפניה ל'אדם סביר' אינה אלא דיבור מטאפורי, שאין בו כדי ליתן תשובה מניחה את הדעת לשאלות אלה. כאשר אנו שואלים, כיצד מתנהג האדם הסביר, משיבים לנו לרוב כי בית המשפט הוא האדם הסביר, והוא קובע את רמת ההתנהגות... אך מהי אמת המידה שבית המשפט צריך לקבוע? על כך משיבים לנו לרוב, כי הכול תלוי בנסיבות העניין. ומשואלים מהן אותן נסיבות של העניין, חוזרים ומשיבים, כי אלה נקבעות על-פי אמת המידה של האדם הסביר. בכך נסגר המעגל. אכן לפנינו מעין מעגל שוטה..."

במשפט האנגלי, במסגרת המשפט המנהלי, פותחה הלכת *Wednesbury*,²³ הנזקקת לאמת-מידה של "חוסר-סבירות קיצוני". מתי חוסר-הסבירות הוא קיצוני? על שאלה זו לא ניתן למצוא תשובה מניחה את הדעת. ההלכה האנגלית היא "סיבובית". חוזרת אפוא השאלה למקומה: מתי פעולה היא סבירה? מהם מרכיביה של הסבירות? כאמור, בעניין זה אין הסכמה במשפט. למושג "סבירות" מוענקים תכנים שונים ומגוונים.²⁴ יש המצדדים ב"סבירות הליכית";²⁵ אחרים גורסים "סבירות מקצועית".²⁶ גישתי שלי כונתה בספרות המשפטית "סבירות מהותית".²⁷ מהי גישה זו ומה יחסה למידתיות?

(ב) סבירות כאיזון בין עקרונות מתנגשים

נראה לי כי ניתן לקדם את המחשבה על הסבירות ולהוציאה מהמעגל השוטה אם נכיר בכך ש"סבירות אינה מושג פיזי או מטאפיזי. סבירות היא מושג נורמטיבי. זהו תהליך הערכת וולא תיאורי. הסבירות אינה נתחמת על-ידי היגיון דוקטיבי. היא נקבעת על-ידי איתור השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם על-פי משקלם".²⁸ בעקבות סדורסקי (Sadurski) ניתן לכנות זאת "סבירות במובן החזק".²⁹

- 22 פרשת גולדפרב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 51.
- 23 *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 KB 223.
- 24 ראו CRAIG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 618, וכן, Michal Bobek, *Reasonableness in Administrative Law: A Comparative Reflection on Functional Equivalence*, in REASONABLENESS AND LAW 311 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor & Chiara Valentini eds., 2009).
- 25 ראו דותן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 429.
- 26 ראו מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 27.
- 27 ראו דותן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 419.
- 28 ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 506, 498 (2004) (הנשיא ברק). ראו גם בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 439, 421 (1980); פרשת גנור, לעיל ה"ש 20, בעמ' 513; פרשת גולדפרב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 51; בג"ץ 6163/93 אייזנברג נ' שר

הנה כי כן, אין סבירות "כשלעצמה". "סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלוואנטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים. מושג הסבירות מניח תפיסה פלורליסטית, המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים והמבקשת לאזן ביניהם על ידי מתן משקל 'ראוי' ליחסים הפנימיים שביניהם... משקלם 'הראוי' של הגורמים הרלוואנטיים נקבע על פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה), אשר סבירותה עומדת לבחינה. אכן, משקל 'ראוי' אינו תופעת טבע הטבועה בגורמים הרלוואנטיים. משקל 'ראוי' לא נקבע על פי דוקציה לוגית... משקל 'ראוי' הינו הערכה, עד כמה הגורמים השונים מקדמים את המטרות אשר הפעולה (או ההחלטה) באה להגשים".³⁰ עמד על כך מקורמיק (MacCormick), בציניו:³¹

"What justifies resort to the requirement of reasonableness is the existence of a plurality of factors required to be evaluated in respect of their relevance to a common focus of concern."

מכאן, שהחלטה היא סבירה אם נתקבלה לאחר מתן משקל ראוי לנתונים השונים שיש להביאם בחשבון ואם היא מאזנת באופן ראוי בין השיקולים הרלוואנטיים.³² ביסוד הסבירות מונח האיזון.³³ איזון זה צריך להיעשות על בסיס החשיבות החברתית היחסית של כל אחד מהמרכיבים הנלקחים בחשבון.

הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 464, 441 (1993); בג"ץ 1993/03 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817, 837 (2003); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 907 (2004); בג"ץ 5853/07 אמונה, תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 6.12.2007); בג"ץ 3421/05 מחור'ל נ' שר האוצר, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 18.6.2009); בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פס' 68 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 1.7.2009).

29 ראו Sadurski, לעיל ה"ש 15, בעמ' 129.

30 פרשת גנור, לעיל ה"ש 20, בעמ' 513-514 (השופט ברק).

31 Neil MacCormick, *On Reasonableness*, in LES NOTIONS A CONTENU VARIABLE EN DROIT 131, 136 (Chaim Perelman & Raymond van der Elst eds., 1984). הדברים

מצוטטים בהסכמה בפרשת גנור, שם, בעמ' 513; פרשת אייזנברג, לעיל ה"ש 28, בעמ' 264-

263; ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ,

פס' 34 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.12.2006).

32 ראו Robert Alexy, *The Reasonableness of Law*, in REASONABLENESS AND LAW 5 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor & Chiara Valentini eds., 2009).

33 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 25.

ג. היחס בין מידתיות לסבירות

1. רמת הפירוט

היחס בין המידתיות לבין הסבירות בהגנה על זכויות האדם מתבסס על הגדרתם של מושגים אלה. שינוי בהגדרתה של הסבירות משנה, כמובן, את הבנת היחס בינה לבין המידתיות. טלו את הבנת הסבירות על פי הלכת *Wednesbury*, המבוססת על מושג של "חוסר סבירות קיצוני". על פי הלכה זו החלטה היא בלתי-סבירה אם היא:³⁴

"[S]omething so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority."

סבירות זו אינה מובנית. היא אינה בנויה על שלבים שונים בניתוח. היא אינה מבחינה בין היעדר קשר רציונלי, צורך ואיזון, ובלשונו של הנשיא דיקסון (Dickson C.J.), כאשר ציין – בהשוואה שערך בין הסבירות על פי הלכת *Wednesbury* למידתיות – כי הסבירות:³⁵

"[U]nreasonableness rests to a large extent on unarticulated and undeveloped values and lacks the same degree of structure and sophistication of analysis."

לעתים הסבירות נוסח *Wednesbury* אינה מכירה באיזון עצמו.³⁶ סבירות זו מכונה לעתים "סבירות במובן החלש".³⁷ לעתים קרובות היא אינה שונה ממרכיב הקשר הרציונלי במידתיות. החלטה היא סבירה אם יש קשר רציונלי בין מטרתה לבין דרכי הגשמתה. על כן, צורת החשיבה על פיה שונה מצורת החשיבה באשר למידתיות.³⁸ גם החלוקה בין תפקידי המחוקק (בחוק) והמבצע (בנורמות תת-חוקתיות) לבין תפקיד השופט שונה היא. עמד על

34 פרשת *Wednesbury*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 229. במשך השנים "רוככה" גישה מחמירה זו, ראו CRAIG, לעיל ה"ש 24, בעמ' 617; Taggart, לעיל ה"ש 3 וכן, R v. Chief Constable of

Sussex ex p. International Trader's Ferry, [1999] 2 AC 418, 452.

35 Slight Communications Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038, 1074.

36 ראו Anthony Lester & Jeffrey Jowell, *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of*

Administrative Law, 4 PL 368 (1987); Grainne de Burca, *Proportionality and*

Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law,

Jason Varuhas, *Keeping Things in Proportion*: 3 EUR. PUBLIC LAW 561 (1997)

.The Judiciary, *Executive Action and Human Rights*, 22 N.Z.U.L. REV. 300 (2006)

37 ראו Sadurski, לעיל ה"ש 15, בעמ' 131.

38 ראו R v. MAFF ex parte First City Trading, [1997] 1CMLR 250.

כך השופט שטיין (Lord Stein) בפרשת *Daly*.³⁹ באותה פרשה העלה השופט שטיין שלושה עניינים שבהם הלכת *Wednesbury* שונה מהמידתיות:⁴⁰

“First, the doctrine of proportionality may require the reviewing court to assess the balance which the decision maker has struck, not merely whether it is within the range of rational or reasonable decisions. Secondly, the proportionality test may go further than the traditional ground of review inasmuch as it may require attention to be directed to the relative weight accorded to interests and considerations. Thirdly, even the heightened scrutiny test developed in *R. v. Ministry of Defence, Ex p Smith*... is not necessarily appropriate to the protection of human rights.”

בפסק דינו ציין השופט שטיין כי שלושת מרכיבי המידתיות הם קריטריונים –⁴¹

“[Which] are more precise and more sophisticated than the traditional grounds of review.”

והדגיש:⁴²

“[T]he intensity of review is somewhat greater under the proportionality approach... the intensity of the review, in similar cases, is guaranteed by the twin requirements that the limitation of the right was necessary in a democratic society, in the sense of meeting a pressing social need, and the question whether the interference was really proportionate to the legitimate aim being pursued.”

על רקע שוני זה מתעוררת השאלה אם יש מקום להמשיך בהלכת *Wednesbury* במקום שבו המידתיות חלה. שאלה זו טרם הוכרעה במשפט האנגלי⁴³ וכך גם בשיטות משפט

R. v. Secretary of State for the Home Department Ex p. Daly, [2001] 3 All E.R. 433 39

שם, פס' 27 לפסק הדין. 40

שם. 41

שם. 42

ראו CRAIG, לעיל ה"ש 24, בעמ' 618. ראו גם Paul Craig, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 85 (Evelyn Ellis ed., 1999); Jeffrey Jowell, *Administrative Justice and Standards of Substantive Judicial Review*, in CONTINUITY AND CHANGE IN EU LAW: ESSAYS IN HONOUR OF SIR FRANCIS JACOBS 172 (Anthony Arnall, Piet Eeckhout & Takis Tridimas eds., 2008).

אחרות שבהן נהגה הלכת *Wednesbury*, כגון ניו־זילנד.⁴⁴ אתמקד ביחס בין מידתיות לסבירות על פי הגדרת הסבירות שהתקבלה במשפט הישראלי ("סבירות במובן החזק"⁴⁵). על פי הגדרה זו, מהו השוני בין הסבירות למידתיות לעניין ההגנה על זכויות האדם (השלב השני בביקורת החוקתית)? עיון ראשוני מצביע על כך שהמידתיות היא מובנית, שקופה ומתמקדת בצידוק לפגיעה בזכות החוקתית.⁴⁶ הסבירות חסרה כל אלה. עמד על כך השופט א' גרוניס באחת הפרשות:⁴⁷

"חלוף השנים לא הביא עימו פיתוח של נורמות ברמת הפשטה נמוכה יותר, המקלות עלינו במציאתו של פתרון קונקרטי והמקטינות את אי הוודאות, שעה שמועלית טענה של חוסר סבירות של החלטה. זאת, בניגוד למשל לעילה של היעדר מידתיות."

יצויין, כי אין מניעה מפיתוח דיני הסבירות – ומן הראוי שהם יפותחו בכיוון זה – באופן שהפעלתה של הסבירות תהא שקופה, מובנית ומדגישה את הצורך בצידוק לפגיעה בזכות חוקתית.⁴⁸ כך, למשל, ניתן לקבוע שאם אין קשר רציונלי בין האמצעים המפורטים בחוק לבין הגשמת מטרתו, האמצעים אינם סבירים. כמו כן, אמצעים אינם סבירים אם יש אמצעים המגשימים את המטרה החקיקתית ופגיעתם בזכות האדם החוקתית פחותה.⁴⁹ כל עוד הדבר לא נעשה יש לראות את המידתיות כ"אחד מראשי בית־אב" שיצאו מתוך הסבירות,⁵⁰ כ"קונקרטיזציה של דרישת הסבירות"⁵¹ או "ענף בעץ אי־הסבירות".⁵²

2. איזון

בחינה קרובה של המידתיות (על פי ההגדרה המקובלת) והסבירות "במובן החזק" (על פי הגדרתנו⁵³) מצביעה על דמיון ניכר ביניהן בכל המצבים בהם יש להעריך תועלת

- 44 ראו Taggart, לעיל ה"ש 13.
- 45 ראו לעיל ה"ש 30.
- 46 ראו להלן עמ' 562-555.
- 47 פרשת אמונה תנועת האישה הדתית לאומית, לעיל ה"ש 28, פס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס.
- 48 ראו Bobek, לעיל ה"ש 24, בעמ' 323.
- 49 ראו פרשת שתיל, לעיל ה"ש 15, פס' 25 לפסק דינו של השופט לוי.
- 50 פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 777 (השופט חשין). ראו גם GN Barrie, *Proportionality – Expanding the Bounds of Reasonableness*, in SUPREMA LEX ESSAYS ON THE CONSTITUTION PRESENTED TO MARINUS WIECHERS 25 (Gretchen Carpenter ed., 1998).
- 51 ראו דוידוב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 9.
- 52 סגל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 531. ראו גם פרשת בן עטייה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 14.
- 53 ראו לעיל עמ' 460.

בהגשמת מטרה מול נזק לאינטרס נוגד.⁵⁴ מכאן הדמיון בין הסבירות למידתיות בכל הנוגע להגנה על זכויות האדם כאשר הזכות מתנגשת בזכות אחרת או בטובת הכלל. בהקשרים אחרים, שבהם אין פגיעה בזכויות האדם, המסקנה עשויה להיות שונה. בכל הנוגע להגנה על זכויות האדם, הדמיון בין המידתיות לסבירות מתבטא במרכיב האיזון. עמד על כך אלכסי:⁵⁵

“Reasonable application of constitutional rights requires proportionality analysis. Proportionality analysis includes balancing.”

אכן, המרכיב המרכזי של המידתיות הינו המידתיות במובן הצר.⁵⁶ ביסודו של מרכיב זה מונח האיזון בין שיקולים נוגדים.⁵⁷ גם המרכיב המרכזי של הסבירות הוא האיזון בין שיקולים מתחרים. האם יש הבדל בין השניים? “טכניקת” האיזון זהה בשני המקרים. על המאזן להעמיד על כף המאזניים את החשיבות היחסית של השגת העיקרון האחד ואת החשיבות היחסית שבמניעת הפגיעה בעיקרון האחר. נראה לי כי אם איזון זה יופעל בהתנגשות בין החשיבות של תוספת התועלת בהגשמת מטרת החוק הפוגע לבין החשיבות של מניעת תוספת הפגיעה בזכות החוקתית, הרי דרכי החשיבה ותוצאותיה על פי הסבירות ועל פי המידתיות תהיינה זהות. ודוק: אינני טוען שמידתיות וסבירות חד הן. טענתי מוגבלת הרבה יותר. היא מתייחסת למצב דברים שבו הגשמת מטרתו של חוק פוגעת בזכויות אדם. היא אינה חורגת מעבר לכך. במצב דברים זה, שבו נבחן היחס בין אמצעים הפוגעים בזכות חוקתית לבין המטרה החקיקתית שלהשגתה נבחרו, איני רואה הבדל בין מידתיות לבין סבירות. ייתכן כי במצבים אחרים בהם לא נידונה פגיעה בזכות חוקתית, יהא המצב שונה.⁵⁸

54 ראו EMILIOU, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37.

55 Alexy, לעיל ה"ש 32, בעמ' 14.

56 ראו לעיל עמ' 419.

57 ראו לעיל עמ' 423.

58 ראו Taggart, לעיל ה"ש 3, בעמ' 43 המבחין בין rights לבין public wrongs, EMILIOU, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37 סבור כי מידתיות חלה רק במקרים שיש לבחון יחס בין מטרה לאמצעים, ואילו סבירות היא כללית יותר, וחלה גם במקום שהבחירה אינה מוגבלת ליחס בין מטרה לאמצעים.

פרק ארבעה-עשר

מתחם המידתיות: מחוקק ושופט

א. תחולת המידתיות על רשויות השלטון ובעיית הביקורת השיפוטית

1. מידתיות ורשויות השלטון

כללי המידתיות מכוונים כלפי כל רשויות השלטון. "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"¹. "כל רשות מרשויות השלטון" משמעה בראש ובראשונה הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. אפתח בחובתה של הרשות המחוקקת. בדמוקרטיה חוקתית, תפקיד החקיקה מוטל על המחוקק.² כוח החקיקה הוא מקיף ורב. עם זאת, אין הוא בלתי-מוגבל. בדמוקרטיה חוקתית המחוקק אינו כל-יכול.³ מוטלות עליו הגבלות. אחת ההגבלות החשובות המוטלות על כוח החקיקה של המחוקק היא זו החלה כשחוק מבקש לפגוע או להגביל זכות חוקתית. פגיעה או הגבלה אלה חייבים לקיים את הוראות החוקה בדבר המידתיות.⁴ כללים אלה מגבילים את היקפו של שיקול הדעת החקיקתי שעה שהמחוקק פוגע בזכות חוקתית. מכאן מתבקשת המסקנה כי חברי הגוף המחוקק רוצים לדעת, צריכים לדעת וזכאים לדעת מה הם גבולות החקיקה. מידע זה

- 1 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90 (פסקת הכיבוד).
- 2 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69; ס' 7 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר 2; ס' 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949, ס"ח 1; ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 785, 819 (1954); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 503 (1998); בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, 777, 790 (1999); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 726 (2005).
- 3 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 412 (1995) בו נקבע כי פסקת הכיבוד "מטילה על המחוקק – שהינו אחד מרשויות השלטון – את החובה לכבד את זכויות האדם. החוקים 'הרגילים' כפופים, איפוא, לזכויות האדם. המחוקק הרגיל אינו 'כל יכול' (הנשיא ברק).
- 4 ראו Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789, 810 (2007); Stephen Gardbaum, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing*, 4 LAW & ETHICS OF HUM. RTS. (forthcoming 2010).

אינו קשור לביקורת שיפוטית. גם אם נקבע בחוקה במפורש כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק אינה שפיטה,⁵ עדיין המחוקק צריך לקיים את חובתו החוקתית לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות חוקתיות באופן המקיים את כללי המידתיות. על המחוקק להימנע מחקיקה שאינה מידתית. עליו להגן על זכויות האדם,⁶ לשמור על כללי המידתיות ולהפעיל איפוק חקיקתי גם אם מידתיות החקיקה אינה נתונה לביקורת שיפוטית והביקורת היחידה היא פוליטית. מידתיות החקיקה לחוד וביקורת שיפוטית לחוד.

הרשות המבצעת חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות.⁷ עד כמה שפעולותיה פוגעות בזכויות אלה, הן כפופות לכללי המידתיות. האורגנים של הרשות המבצעת רוצים לדעת, צריכים לדעת וזכאים לדעת מה הם גבולות סמכותם. כך כשהחקיקה הראשית כפופה לביקורת שיפוטית בדבר מידתיות, וכך גם בהיעדרה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: פעולותיה של הרשות המבצעת ברמה התת-חוקתית, הפוגעות בזכויות חוקתיות, חייבות לקיים את כללי המידתיות. מידתיותן של פעולות המנהל לחוד וביקורת שיפוטית עליה לחוד.

השפיטה כפופה לכללי המידתיות.⁸ כל נורמה תת-חוקתית של השפיטה, הפוגעת או מגבילה זכות חוקתית, חייבת לקיים את כללי המידתיות.⁹ על כן השלמת חסר בחקיקה צריכה להיות מידתית.¹⁰ פיתוח המשפט המקובל צריך להיעשות על פי כללי המידתיות.¹¹ הפירוש שבית המשפט נותן להוראות החוקה צריך לאזן (איזון פרשני¹²) בין העקרונות המתנגשים. מעל לכול, במסגרת תפקידה של השפיטה לקיים ביקורת שיפוטית על

5 ראו ס' 120 לחוקתה של הולנד הקובעת (בתרגומה לאנגלית): "The Constitutionality of Acts : of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts" 2 CONSTITUTIONS OF EUROPE: TEXTS COLLECTED BY THE COUNCIL OF EUROPE VENICE COMMISSION 1291 (2004).

6 ראו Keith Ewing, *The Parliamentary Protection of Human Rights, in* CONSTITUTIONALISM AND THE ROLE OF PARLIAMENTS 253 (Katja S. Ziegler, Denis Baranger & Anthony W. Bradley eds., 2007).

7 ראו *President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Football Union*, 2000 (1) SA 1.

8 ראו לעיל עמ' 156.

9 על נורמות אלו ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 427 (1992); אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט המקובל" הפרקליט לט 267 (1990).

10 להשלמת חסר, ראו ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 163. ראו גם ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 427.

11 ראו לעיל עמ' 159, וכן *Amod v. Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund*, 1998 (4) SA 753; *Carmichele v. Minister of Safety and Security*, 2001 (4) SA 938 (CC); Stuart Woolman, *Application, in* CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, Chapter 31, 57 (Stuart Woolman et al. eds., 2006).

12 ראו לעיל עמ' 98.

חוקתיותה של נורמה תת-חוקתית (כגון חוק, תקנה או הלכה פסוקה), עליה להבטיח כי נורמה תת-חוקתית זו תקיים את כללי המידתיות. אכן, חובתה של הרשות השופטת "לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה" היא גם החובה להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקתיות של נורמה תת-חוקתית שאינה מכבדת את הזכויות החוקתיות על ידי פגיעה לא מידתית בהן. "אם הכנסת 'חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה'... כי אז יש בכך תמיכה להשקפה כי חובתה זו של הכנסת אינה 'פוליטית' גרידא אלא גם 'משפטית'. אם כך, מתבקש כי גוף שמחוץ לכנסת – כלומר בית-המשפט – הוא שיכריע בשאלה אם אמנם כוברו הזכויות הקבועות בחוק היסוד"¹³. הכרעה זו נעשית על פי כללי המידתיות שבפסקת ההגבלה. המסקנה המתבקשת הינה אפוא זו: כללי המידתיות הם אחידים. הם חלים על כל רשות מרשויות השלטון. הם אינם משתנים על פי הרשות השלטונית המפעילה אותם. כללי המידתיות החלים על הרשות המחוקקת ועל הרשות המבצעת, הפועלים ברמה התת-חוקתית ופוגעים בזכות חוקתית, הם אותם כללי מידתיות החלים על הרשות השופטת שעה שהיא פועלת ברמה התת-חוקתית ויוצרת משפט (בהשלמת חסר או בפיתוח המשפט המקובל) או פוגעת בזכות חוקתית. בדומה, שעה שהרשות השופטת מפעילה ביקורת שיפוטית על יצירת משפט על ידי הרשויות השלטוניות האחרות, עליה לפעול על פי אותם כללי מידתיות. פעילות אחרונה זו (ביקורת שיפוטית לעניין חוקתיותן של נורמות תת-חוקתיות) היא המונחת ביסוד ספר זה ובה אתמקד. במסגרת זו אדון בפעולות החקיקה של הכנסת ולא בפעולות תת-חוקתיות ותת-חוקיות של הרשות המבצעת. לבחינתה של ביקורת שיפוטית זו אפנה עתה.

2. מידתיות, ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה

המידתיות רלוונטית לפעילות השיפוטית בהקשרים שונים.¹⁴ עתה אנו עוסקים במידתיות כאמת-מידה לביקורת שיפוטית על חוקתיות חוק של המחוקק (אצלנו – הכנסת) הפוגע בזכות חוקתית. מוקד הדיון הוא בחינת היקפו של שיקול הדעת השיפוטי בהפעילו ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. תנאי מוקדם לדיון זה הינו ההנחה שביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק מוכרת בשיטת המשפט. אם הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק אינה מוכרת בשיטת משפט, ממילא אין כל טעם בדיון על היקפו של שיקול דעת שיפוטי שאינו קיים כלל.¹⁵

הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מאפיינת את הדמוקרטיה המודרנית. היא זכתה לפריחה מיוחדת לאחר מלחמת העולם השנייה. הביקורת השיפוטית נתפסת כאחד הלקחים

13 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 419.

14 ראו לעיל עמ' 169.

15 דברינו חלים גם במקום שהזכות והפגיעה בה הן ברמה תת-חוקתית, אך לבית המשפט הסמכות להכריז על כך שהחוק אינו עולה בקנה אחד עם הזכות החוקתית, ראו לעיל עמ' 201.

מעליית הנאציזם וכאחד האמצעים למניעת הישנותה של תופעה מעין זו.¹⁶ עם זאת, אין מודל אחיד לביקורת שיפוטית¹⁷ ואין היא מקובלת על הכול.¹⁸ כל חברה צריכה להחליט אם היא מבקשת לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, ואם כן – על פי איזה מודל. הבחירה במודל הראוי משקפת מסורת פוליטית, היסטוריה חברתית ויחסי כוחות פוליטיים. על רקע זה מבחינים, בין השאר, בין ביקורת שיפוטית "חזקה" לבין ביקורת שיפוטית "חלשה".¹⁹

ספר זה אינו המסגרת הראויה לבחינתה של השאלה אם הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק היא ראויה ומהו המודל הראוי להגשתה; עמדתי על כך במקום אחר.²⁰ עם זאת חשוב להדגיש כי משבחרת שיטת משפט (במפורש או במשתמע) להכיר בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, שוב אין לחזור על הטיעונים נגד הביקורת השיפוטית במסגרת אופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בהגשימו את הביקורת הלכה למעשה. משנפלה ההכרעה לטובת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, ועד כמה שביקורת זו נעשית על פי כללי המידתיות, אין זה ראוי לצמצם או להרחיב את השימוש בכללים אלה בטעמים שמקורם בשאלה אם הביקורת השיפוטית רצויה אם לאו.²¹ כך, למשל, לא פעם נשמע בפסיקה²² ובספרות²³ הטיעון כי האופי "הלא דמוקרטי" או "המחסור הדמוקרטי" של

- 16 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 319 (2004). ראו גם HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE (David M. Beatty ed., 1994); THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder eds., 1995); Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771 (1997); Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, 101 MICH. L. REV. 2744 (2003); Mark Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, 101 MICH. L. REV. 2781 (2003).
- 17 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, שם. ראו גם Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707 (2001); VICTOR FERRERES COMELLA, *CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES* (2009).
- 18 ראו להלן עמ' 569.
- 19 MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND LEMONING THIS, SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 18 (2008).
- 20 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 319.
- 21 ראו Jeffrey Jowell, *Judicial Deference: Servility Civility or Institutional Capacity?*, PL 592 (2003); Jeffrey Jowell, *Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence*, in LAW AND ADMINISTRATION IN EUROPE: ESSAYS IN HONOUR OF CAROL HARLOW 67 (Paul Craig & Richard Rawlings eds., 2003); T.R.S. Allan, *Common Law Reason and the Limits of Judicial Deference*, in THE UNITY OF PUBLIC LAW 289 (David Dyzenhaus ed., 2004); T.R.S. Allan, *Human Rights and Judicial Review: A Critique of "Due Deference"*, 65 CAMBRIDGE L. J. 671 (2006).
- 22 ראו R v. Lambert, [2001] 2 WLR 211, 219; R v. DPP ex parte Kebeline, [2002] 2 AC 366.

השפיטה מהווה שיקול באשר להפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי בגדרי המידתיות. כך, למשל, יש המבססים על הטענה בדבר העדר בסיס דמוקרטי מספיק את התפיסה כי על השופט להסיג דעתו (to defer) למחוקק.²⁴ גישה זו אינה ראויה משני טעמים: ראשית – ומעבר לנדרש לענייננו – הנני סבור כי הביקורת השיפוטית תואמת את הדמוקרטיה, המבוססת הן על שלטון העם והן על שלטונם של עקרונות ובמרכזם זכויות האדם;²⁵ שנית – וזה העיקר לענייננו – משהחליטה חברה (במפורש או במשתמע) על קיומה של ביקורת שיפוטית, הפעלת הביקורת השיפוטית נעשית מכוחה של החלטה זו והיא תואמת את הדמוקרטיה ומגשימה אותה. אם החוקה דמוקרטית, גם הביקורת השיפוטית הקבועה בה היא דמוקרטית. העם שקבע את החוקה קבע גם את הביקורת השיפוטית. זו צריכה להיות מוגשמת, הלכה למעשה, באופן שיאפשר לה למלא את תפקידו של השופט בהפרדת הרשויות. על כן, שיקולים של "מחסור דמוקרטי" או "העדר לגיטימיות" אל להם להשפיע על דרכי הביקורת השיפוטית. זו צריכה להתבצע באופן שבית המשפט יוכל לבדוק באופן המלא ביותר אם הרשות השלטונית שפגעה בזכות החוקתית מילאה את תנאי המידתיות. על כן, שעה שבוחנים את היקף שיקול הדעת השיפוטי בהפעלת דיני המידתיות, אין מקום לטיעונים הקשורים באופייה הדמוקרטי של הביקורת השיפוטית.²⁶ כשם שכל חבר בגוף המחוקק או בגוף המבצע חייב לקיים את דיני המידתיות כשחוק פוגע בזכות חוקתית, כך גם השופט חייב לקיים את דיני המידתיות. כאשר חוק פוגע בזכות חוקתית אזי החקיקה, הביצוע והשפיטה – המעוגנים כולם באותה חוקה – חייבים לכבד את אותן זכויות ולפעול על פי אותם כללי מידתיות. המחוקק, המבצע והשופט אינם רשאים להשתחרר מחובתם זו המעוגנת בחוקה עצמה.²⁷ זאת ועוד: גישתי הינה כי החשש שפסיקה תביא לתגובה שתביא לביטול תוקפה העתידי אינו צריך להשפיע על הפעלתם של דיני המידתיות.²⁸ השופט – שופט, המחוקק – מחוקק והמכונן – מכונן. אם הרשות המחוקקת מבקשת לבטל את הלכת הפסק, בין אם כמחוקק רגיל ובין אם בסמכותה לשינוי החוקה, זו אחריותה בדמוקרטיה.

- 23 ראו Stephen Gardbaum, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing*, forthcoming: 4 LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS (2010).
- 24 שם. על תרגום הדיבור deference לעברית, ראו להלן ה"ש 117, בעמ' 488.
- 25 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 323; פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 422-425 וכן להלן עמ' 568.
- 26 ראו Jowell, *Judicial Deference: Servility Civility or Institutional Capacity?*, לעיל ה"ש*, בעמ' 596; Jowell, *Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 73.
- 27 ראו *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, § 136.
- 28 לסוגיה זו, ראו Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 373 (2007).

בית המשפט לא צריך להתחשב בכך בפסיקתו. "חוק עוקף בג"ץ" – ביטוי שגור בשיח הישראלי – הוא בעייתי כאשר הוא פוגע בערכיה של הדמוקרטיה עצמה.²⁹

3. מידתיות והפרדת רשויות

(א) מידתיות ושיקול דעת

כל רשות שלטונית צריכה להפעיל את דיני המידתיות כאשר נורמה תת-חוקתית (כגון חוק) פוגעת בזכות חוקתית. האם נובע מכאן כי היקף שיקול הדעת של כל אחת מרשויות השלטון הפועלת על פי דיני המידתיות הוא זהה?³⁰ התשובה היא בשלילה. מרכיב המידתיות – מטרה ראויה, קשר רציונלי, צורך, מידתיות במובן הצר – אינם מובילים בכל מקרה לפתרון אחד בלבד. במקרים רבים מוענק לכל רשות שלטונית שיקול דעת לבחור בין כמה חלופות. שיקול דעת זה קיים, כמובן, רק אם כל אחת מאותן חלופות היא חוקתית.³¹ היקפו של שיקול הדעת הניתן לכל רשות שלטונית, במסגרת החלופות החוקתיות, שונה הוא מרשות שלטונית אחת לרעותה. כך, למשל, בפני המחוקק עומדת לעתים בחירה בין שתי חלופות מידתיות הפוגעות בזכויות חוקתיות: האחת מגשימה מטרה חשובה פחות תוך פגיעה בזכות חוקתית שמניעתה חשובה פחות, והאחרת מגשימה מטרה חשובה יותר תוך פגיעה בזכות חוקתית שמניעתה חשובה יותר. נניח כי במצב זה של שיקול דעת חוקתי בחר המחוקק באחת מהשתיים. בית המשפט הדין בעניין צריך להחליט על חוקתיותה של האפשרות שנבחרה. בעניין זה עשוי לעתים להיות לו שיקול דעת, כגון בשאלה אם חשיבות מניעתה של הפגיעה בזכות עולה על חשיבות הגשמתה של המטרה הראויה. כפי שעולה מהדוגמה, היקף שיקול הדעת של המחוקק והיקף שיקול הדעת של השופט שונים זה מזה. ההיקף של כל אחד מהם נקבע על פי תפיסת תפקידו במסגרת העיקרון בדבר הפרדת רשויות. היטיב להביע זאת ריברס (Rivers):³²

- 29 ראו בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 784 (1995).
- 30 שאלה זו הועלתה על ידי ריברס (Rivers), ראו Julian Rivers, *Proportionality and Discretion in International and European Law*, in TRANSNATIONAL CONSTITUTIONALISM: INTERNATIONAL AND EUROPEAN MODELS 107, 108 (Nicholas Tsagourias ed., 2007).
- 31 על הגדרת שיקול הדעת, ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 29 (1987). השווה KENNETH CULP DAVIS, *DISCRETIONARY JUSTICE: A PRELIMINARY INQUIRY* (1969); D.J. GALLIGAN, *DISCRETIONARY POWERS: A LEGAL STUDY OF OFFICIAL DISCRETION* (1986); MARISA IGLESIAS VILA, *FACING JUDICIAL DISCRETION: LEGAL KNOWLEDGE AND RIGHT ANSWERS REVISITED* (2001).
- 32 Rivers, *Proportionality and Discretion in International and European Law*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 108.

“[A] theory of discretion must be co-extensive with the doctrine of proportionality if the separation of powers is not to collapse.”

מהו אפוא תפקידן של כל אחת משלוש הרשויות השלטוניות במסגרת העיקרון בדבר הפרדת רשויות? כיצד תפקיד זה מתגשם במסגרת המידתיות?

(ב) הפרדת רשויות: איזון ובקרה

התפיסה המודרנית³³ של הפרדת רשויות³⁴ מבוססת על שלושה יסודות:³⁵ היסוד הראשון הוא ההבחנה בין שלוש הרשויות: המחוקקת, המבצעת והשופטת.³⁶ לכל רשות פונקציה שהיא עיקרית ומרכזית לה.³⁷ הפונקציה העיקרית של הרשות המחוקקת הינה החקיקה, הפונקציה העיקרית של הרשות המבצעת היא הביצוע, והפונקציה העיקרית של הרשות השופטת היא השפיטה. הקשר בין פונקציה לרשות שלטונית נקבע (במפורש³⁸ או במשתמע) בחוקת המדינה. היסוד השני הוא כי במסגרת הקבועה בחוקה, כל רשות שלטונית מגשימה את הפונקציה הנתונה לה על פי תפיסתה שלה ועל פי שיקול דעתה שלה, בלא שהרשויות האחרות יתערבו באופן הפעלתה של הפונקציה. עצמאות זו של שיקול הדעת אין משמעותה התנכרות של רשות שלטונית אחת לרשות השלטונית האחרת; נהפוך הוא: הרשויות השלטוניות צריכות לפעול תוך כבוד הדדי. חובה זו מוטלת עליהן על פי עקרון הפרדת הרשויות עצמו. היסוד השלישי הוא קיום של פיקוח ואיזון (checks and balances) בין שלוש הרשויות. האיזון מצביע על התלות בין הרשויות. כך, למשל, בוועדה לבחירת שופטים מכהנים חברים שנבחרו לתפקיד זה על ידי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.³⁹ הפיקוח (או הביקורת) מצביע על סמכויות של פיקוח וביקורת שיש לרשות האחת על חברותיה. איזון ובקרה אלה מאפשרים “אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר”.⁴⁰ אם כן, הפרדת הרשויות אינה מבוססת על הפרדה והיעדר כל יחסי גומלין בין הרשויות; נהפוך הוא: “הפרדת רשויות משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין

33 ראו יצחק קלינגהופר משפט מנהלי 23 (1957).

34 “ביזור סמכויות” בלשונו של השופט חשין, ראו בג”ץ 3648/97 סטמק נ’ שר הפנים, פ”ד נג2 (728, 743 (1999); בג”ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ’ ראש ממשלת ישראל, פס’ 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא השופט חשין (פורסם בנבו, 27.2.2006).

35 ראו פרשת ולנר, לעיל ה”ש 29, עמ’ 790.

36 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 127.

37 ראו פרשת ולנר, לעיל ה”ש 29, בעמ’ 790.

38 ראו ס’ 1 לחוק-יסוד: הכנסת; ס’ 1 לחוק-יסוד: הממשלה, ס”ח התשס”א 158; ס’ 1 לחוק-יסוד: השפיטה, ס”ח התשמ”ד 78.

39 ראו ס’ 4 לחוק-יסוד: השפיטה.

40 בג”ץ 306/81 פלאטו שרון נ’ ועדת הכנסת, פ”ד לה (4) 118, 141 (1981) (השופט שמגר).

הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים".⁴¹ שלושה יסודות אלה של הפרדת הרשויות לא נועדו להבטיח יעילות שלטונית. הם נועדו להבטיח את החירות של הפרט. "הפרדת הרשויות אינה ערך בפני עצמה. היא לא נועדה להבטיח יעילות. מטרתה של הפרדת הרשויות היא הגברת החירות ומניעת ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד באופן העשוי לפגוע בחירות." ⁴²

משמעותו של העיקרון בדבר הפרדת רשויות אינה שכל רשות רשאית לחרוג מסמכותה או לבצעה שלא כדין, בלא שהרשויות האחרות יורשו להתערב בדבר. משמעותו של העיקרון היא שכל רשות היא עצמאית בתחומה כל עוד היא פועלת כדין. הפרדת רשויות אינה היתר להפרת הדין על ידי הרשויות.

מי קובע אם הרשויות השלטוניות פועלות כדין? ⁴³ ודאי שכל רשות חייבת לעיין בהיקף סמכותה בטרם תפעל; אך כאשר עמדתה של הרשות באשר לחוקיות פעולתה שנויה במחלוקת – כיצד תוכרע מחלוקת זו? תשובה לשאלה זו נותנת תפיסת הבקרה (checks) המאפיינת את הפרדת הרשויות. על פי תפיסה זו, העמדה המקובלת הינה ⁴⁴ שכאשר מתעורר סכסוך באשר לנכונות הפירוש של הרשות השלטונית באשר לחוקיותה או חוקיותה של פעולה שלטונית, ההכרעה הסופית בו נתונה לרשות השופטת. ⁴⁵ הכרעה זו פועלת בגדריו של מקרה ספציפי; היא פועלת גם כלפי "כולי עלמא" – אם מכוח פרשנות הוראותיה

41 בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 158, 141 (1985) (השופט ברק). ראו גם בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יושב ראש ועדת חוקה חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, 807 (2001); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 835, 817 (2003).

42 ראו פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 512 (הנשיא ברק); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 65 (1996). ראו גם מונטסקיה על רוח החוקים 147 (עידו בסוק מתרגם, יעקב גולומב עורך, 1998), וכן Myers v. United States, 272 U.S. 52, 293 (1926).

43 ראו ברק שופט בהכרה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 109.

44 שם. יש החולקים על גישה זו, ראו William D. Popkin, *Foreword: Nonjudicial Statutory Interpretation*, 66 CHI.-KENT L. REV. 301 (1990); Scott Gant, *Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution*, 24 HASTINGS CONST. L.Q. 359 (1997); Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359 (1997); Allan Ides, *Judicial Supremacy and the Law of the Constitution*, 47 UCLA L. REV. 491 (1999); Edward A. Hartnett, *A Matter of Judgment, Not a Matter of Opinion*, 74 N.Y.U. L. REV. 123 (1999); Jonathan T. Molot, *The Judicial Perspective in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrines of Deference With the Judiciary's Structural Role*, 53 STAN. L. REV. 1 (2000); Neal Kumar Katyal, *Legislative Constitutional Interpretation*, 50 DUKE L.J. 1335 (2001); Thomas W. Merrill & Kristin E. Hickman, *Chevron's Domain*, 89 GEO. L.J. 833 (2001); Keith E. Whittington, *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, 80 N.C.L. REV. 773 (2002).

45 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 835.

(המפורשות או המשתמעות) של החוקה, אם מכוח עקרון התקדים המחייב ואם מטעמים של יעילות שלטונית. משטר דמוקרטי מבוסס על כך שאין להכיר בסופיות ההחלטות של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת באשר להיקף סמכויותיהן וחוקתיות פעולותיהן: "הפרדת רשויות אינה אבסולוטיזם של כל רשות בתחומה היא".⁴⁶ על פי עקרון הבקרה המאפיין את הפרדת הרשויות המודרנית, הרשות השופטת היא הרשות השלטונית שבידיה הסמכות הסופית להכריע בדבר גודל הסמכות וחוקתיות הפעולות של הרשויות השלטונית. "סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על גופי השלטון נובעת מעצם היותו הרשות המפקדת על פרשנות הוראות הדין במדינה".⁴⁷ כל פתרון אחר היה פוגע עמוקות בדמוקרטיה עצמה. קיומה של הפרדת רשויות מחייב מנגנון הכרעה בשאלה אם אמנם חרגה אחת הרשויות מסמכותה או הפעילה את סמכותה שלא כדין. מנגנון הכרעה זה אינו יכול להימצא בתוך הרשות המחוקקת או המבצעת, שכן מיקום כזה יביא לידי אבסולוטיזם של הרשויות הללו. נדרש כי מנגנון ההכרעה יימצא מחוץ לרשות המחוקקת או המבצעת שלפי הטענה חרגה מסמכותה או הפעילה אותה שלא כדין. מנגנון הכרעה זה צריך להיות עצמאי, בלתי-תלוי ברשות המחוקקת וברשות המבצעת, פועל באופן אובייקטיבי לאורו של שיקול אחד ויחיד – הגשמת החוקה. מנגנון זה הוא הרשות השופטת. אין טוב ממנה להגשמת תפקיד זה של בקרה על הרשויות האחרות. עצמאותם של השופטים, העובדה שהם אינם "מייצגים" אלא את החוקה עצמה, העובדה שהם אינם עומדים לבחירה כמו חברי הגוף המחוקק, והכשרתם המקצועית כפרשנים מוסמכים של הדין עושות אותם מתאימים ביותר להגשמת תפקיד הבקרה על פי העיקרון בדבר הפרדת הרשויות. אכן, חוקת המדינה מעניקה לרשות השופטת את הסמכות להכריע בסכסוכים ולקבוע אגב כך מהו הדין שעל פיו יוכרע הסכסוך. ידועים בהקשר זה דבריו של השופט מרשל (Marshall), נשיא בית המשפט העליון האמריקני, אשר פסק בשנת 1803:⁴⁸

"It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is."

עמדה דומה נקטתי באחת הפרשות שבה נטען בפנינו כי אל לנו לפסול את החלטתו של שר הביטחון בדבר גיוס בחורי ישיבה, שכן החלטה זו נוגעת לשאלה בעלת אופי ציבורי שיש להשאירה לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת. בדחותי טענה זו התייחסתי לעקרון בדבר הפרדת הרשויות בצייני:⁴⁹

- 46 פרשת ולנר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 790 (המשנה לנשיא ברק).
 47 פרשת התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 835 (השופט ריבלין). ראו גם GEORGHIOS M. PIKIS, CONSTITUTIONALISM – HUMAN RIGHTS – SEPARATION OF POWERS: THE CYPRUS PRECEDENT 93 (2006).
 48 Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803).
 49 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 462 (1986).

"עקרון זה משמעותו המודרנית הינה איזון ופיקוח (checks and balances) בין הרשויות השונות... איזון ופיקוח אלה משמעותם, בין השאר, כי במסגרת סכסוך המתעורר לפני בית המשפט, על בתי המשפט להבטיח, כי כל הרשויות השלטוניות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – יפעלו במסגרת החוק. בעשותו כן, אין בית המשפט פוגע בעקרון הפרדת הרשויות אלא מגשים אותו... עקרון הפרדת הרשויות אין משמעותו, כי בעיה בעלת אופי ציבורי מוכרעת ברשות המחוקקת והמבצעת ולא ברשות השופטת. עקרון הפרדת הרשויות משמעותו, כי הרשות המחוקקת רשאית – בהעדר מגבלות חוקתיות – לקבוע את המסגרת המשפטית שבה תוסדר בעיה בעלת אופי ציבורי, וכי הרשות המבצעת פותרת בעיה ציבורית בתוך המסגרת המשפטית שנקבעה לה. אך משנקבעה מסגרת זו, על בית המשפט לקבוע – וזהו תפקידו במערך הרשויות במדינה – אם המסגרת המשפטית שנקבעה נשמרת הלכה למעשה. אין כל דבר בעקרון הפרדת הרשויות, שיהא בו כדי להתיר לאחת הרשויות לפעול בניגוד לחוק. אין כל דבר בעקרון הפרדת הרשויות, המחייב הימנעות של הרשות השופטת מהעיסוק בפעולות בעלות אופי ציבורי, עד כמה שעיסוק זה מתרכז בחוקיותה של הפעולה... בחינת חוקיותה של כל פעולה – בין אם היא בעלת אופי ציבורי ובין אם היא אינה בעלת אופי ציבורי – הינה תפקידה של הרשות השופטת, ויש בה משום הגשמת ייעודה במערך הפרדת הרשויות."

(ג) שיקול הדעת של הרשות השופטת

(1) שיקול דעת

העיקרון בדבר הפרדת הרשויות קובע כי תפקידה העיקרי והמרכזי של הרשות השופטת הוא השפיטה. ביסוד תפקידה זה מונחת ההכרעה בסכסוך.⁵⁰ מהו שיקול הדעת של השופט בפעילות זו ומהו יחסו לשיקול הדעת של המחוקק? אני מגדיר שיקול דעת לעניין זה ככוח שהדין מעניק לשופט לבחור בין כמה חלופות שכל אחת מהן היא כדין.⁵¹ על פי הגדרה זו, שיקול הדעת אינו מצב נפשי או מנטלי. זהו מצב משפטי שבו השופט רשאי לבחור בין כמה

50 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 242. ראו גם H.L.A Hart, *The Courts and Lawmaking: A Comment*, in LEGAL INSTITUTIONS TODAY AND TOMORROW 41 (Monrad G. Paulsen ed., 1959).

51 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, שם, בעמ' 29. ראו גם VILA, לעיל ה"ש 31, וכן, Matthias Klatt, *Taking Rights Less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion*, 20 *RATIO JURIS* 506 (2007).

אופציות. עצם קיומו של שיקול דעת שיפוטי על פי הגדרתי אינו נקי מספקות; יש לגביו מחלוקת תורתית⁵² ולא זה המקום לבחון מחלוקת זו. אצא אפוא מתוך הנחה כי במצבים מסוימים ניתנת לשופט אפשרות לבחור בין כמה חלופות באשר לתוכן הדין ובאשר להפעלתו על עובדות המקרה.⁵³ שאלה יפה היא אם שיקול הדעת משתרע גם על קביעת העובדות. תשובה מקיפה לשאלה זו קשורה בשאלות פילוסופיות ופסיכולוגיות בדבר המציאות.⁵⁴ גם בשאלות אלה לא אעסוק; אצא מתוך הנחה שלצרכים שלפנינו – שעניינם "חלוקת העבודה" בין המחוקק לשופט – יש גם שיקול דעת שיפוטי באשר לעובדות. הנה כי כן, האובייקטים של שיקול הדעת השיפוטי הם העובדות, הדין והפעלת הדין על העובדות.⁵⁵ ההבחנה בין עובדה לדין קשה היא⁵⁶ ואין לנו צורך להתעמק בה לצורך השאלות שלפנינו. אצא מתוך הנחה כי עובדה היא "כל דבר שאדם קולט באמצעות אחד מחמשת חושי, וכן דבר שבהכרה ומצבו הנפשי של אדם".⁵⁷ על פי גישה זו עובדות כוללות גם הערכות באשר לסיכויים ולסיכונים שהם רלוונטיים להכרעה בסכסוך. על כן, השאלה מהי ההסתברות כי האמצעים שהחוק נוקט יגשימו את ייעודם היא שאלה של עובדה. לעומת זאת, השאלה אם הסתברות זו מקיימת את הדרישות המידתיות היא שאלה שבדין. אפתח את הדיון בשיקול הדעת של השופט בדבר העובדות.

(2) העובדות

(אא) עובדות "היסטוריות" ועובדות "חברתיות"

קביעת העובדות נעשית במסגרת התשתית העובדתית המונחת בפני בית המשפט. עובדות אלה הן בחלקן "היסטוריות" ונותנות תשובה לשאלה "מה קרה", ובחלקן הן עובדות "חברתיות" הנותנות תשובה לשאלות של מדיניות חברתית המונחת ביסוד הסכסוך.⁵⁸ שתי מערכות עובדתיות אלה מוגשות לבית המשפט על פי דיני הראיות

- 52 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, שם, בעמ' 52.
- 53 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, שם, בעמ' 35. ראו גם JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL – MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE (1949); Charles E. Wyzanski, *A Trial Judge's Freedom and Responsibility*, 65 HARV. L. REV. 1281 (1952); JULIUS STONE, SOCIAL DIMENSIONS OF LAW AND JUSTICE 678 (1966); JULIO CUETO-RUA, JUDICIAL METHODS OF INTERPRETATION OF THE LAW (1981).
- 54 ראו STONE, שם, בעמ' 734.
- 55 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 35.
- 56 ראו JOHN H. WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW 31 (vol. 1, 1983). ראו גם מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 607, 614 (2005); אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 17 (תש"ל).
- 57 הרנון, שם.
- 58 להבחנה בין סוגי העובדות, ראו Henry M. Hart & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems, in THE MAKING AND APPLICATION OF LAW* 384 (1958). פרופסור הורביץ

המקובלים בשיטה. לא תמיד דינים אלה מאפשרים פרישה רחבה דיה של העובדות החברתיות. ראוי כי כאשר בית משפט בוחן חוקתיות של חוק, דיני הראיות המוכרים על ידו יאפשרו לו מידע מלא על ההיבטים החברתיים של הכרעתו. לא צריכה להיות מניעה שכל העובדות החברתיות שהובאו בפני המחוקק יוגשו גם בפני השופט: ⁵⁹ "בית-המשפט מצפה מהצדדים – ובעיקר מהצד עליו מוטל הנטל – להציג בפניו את התשתית העובדתית אשר תאפשר לבית המשפט להכריע בשאלה אם מבחן 'המידה שאינה עולה על הנדרש' התקיים".⁶⁰

(בב) עובדות פוליציטריות

מידע על העובדות ההיסטוריות הוא יחסית קל להבנה ולקליטה; השופט הורגל לכך. מידע על העובדות החברתיות הוא לעתים סבוך ומורכב; הוא מחייב ידע מקצועי. אין בכך כדי למנוע את הצגתו בפני בית המשפט. אם שופט יכול ללמוד פרקי צבא, רפואה והנדסה

DONALD L. HOROWITZ, THE ראו גם "היסטוריות" לבין עובדות "חברתיות" לבין עובדות "היסטוריות", ראו גם Kenneth L. Karst, *Legislative Facts in* COURTS AND SOCIAL POLICY 45 (1977).
 Charles M. Lamb, *Constitutional Litigation*, SUP. CT. REV. 75 (1960). למצב בארצות-הברית, ראו גם
 Lamb, *Judicial Policy-Making and Information Flow to the Supreme Court*, 29 VAND. L. REV. 45 (1976). לנסיון שנצטבר בעניין זה בבית המשפט הקונסטיטוציוני בגרמניה, ראו
 Cf. Baade, *Social Science Evidence and the Federal Constitutional Court of West Germany*, 23 J. OF POLITICS 421 (1961). לשיטות שונות בגיבוש שיקולי המדיניות ומקומן
 בבית המשפט, ראו Louis H. Mayo & Ernest M. Jones, *Legal-Policy Decision Process: Alternative Thinking and the Predictive Function*, 33 GEO. WASH. L. REV. 318 (1964);
 Richard A. Daynard, *The Use of Social Policy in Judicial Decision-Making*, 56 CORNELL L. REV. 919 (1971); Arthur Selwyn Miller & Jerome A. Barron, *The Supreme Court, The Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry*, 61 VA. L. REV. 1187 (1975); Note, *Social and Economic Facts*, 61
 Henry Wolf Bikle, *Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action*, 38 HARV. L. REV. 6 (1925); Paul A. Freund, *Review of Facts in Constitutional Cases*, in SUPREME COURT AND SUPREME LAW 47 (Edmond Cahn ed., 1954); Joseph Eliot Magnet, *Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality*, 11
 MAN. L.J. 21 (1981); KENNETH CULP DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, Sec. 10.5 (4th ed., 2002); PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 808 (5th ed., vol. 2, 2007), וכן, ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 69.
 59 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 439. ראו גם Jeremy Webber, *Evidence in Charter Interpretation: A Comment on B.C. Teachers' Federation v. A.G. B.C.*, 23
 CARSWELL PRACTICE CASES (2d) 245 (1988); John Kiedrowski & Kernaghan Webb, *Second Guessing the Law-Makers: Social Science Research in Charter Litigation*, 19
 CAN. PUB. POL'Y 379 (1993); Antonio Lamer, *Canada's Legal Revolution: Judging in the Age of the Charter of Rights*, 28 ISR. L. REV. 579, 581 (1994).
 60 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 440 (הנשיא ברק).

לצורכי הכרעה בסכסוכים של המשפט הפרטי שעניינם רשלנות מפקד בצבא, רשלנות רפואית או רשלנות הנדסית, הוא מסוגל ללמוד גם פרקי צבא, רפואה והנדסה שמטרתם להציג בפניו נתונים שנועדו להבטיח כי בעתיד לא יתשלמו מפקדי צבא, רופאים ומהנדסים.⁶¹ אם חבר בגוף המחוקק לומד נתונים חברתיים אלה מבעלי מקצוע המסייעים לוועדת הכנסת, גם שופט יכול ללמוד על כל אלה באמצעות החומר המוצג בפניו.⁶² בה במידה בית המשפט יכול ללמוד גם על בעיות פוליציטריות,⁶³ היינו: בעיות המבוססות על שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, העשויים לחייב הנחות המחייבות מצדן הנחות נוספות. אם חבר ברשות המחוקקת והמבצעת יכול לקבל החלטות בעניינים פוליציטריים, השופט צריך להיות מסוגל לבחון אם החלטות אלה הן כדין; אם שופט בוועדת חקירה ממלכתית יכול לקבוע ממצאים והמלצות על בסיס נתונים פוליציטריים, הוא יכול גם לפסוק את הדין בגדרי ההליך השיפוטי; אם השופטים המנהליים בצרפת (במסגרת ה-Conseil d'État) יכולים להביע עמדה באשר להצעות חוק פוליציטריות, הם יכולים גם לשפוט על פי חוקים אלה; אם בית משפט חוקתי או עליון יכול לפסוק בבעיות פוליציטריות במסגרת הביקורת השיפוטית המופשטת, הוא יכול לעשות כן גם במסגרת הביקורת השיפוטית הקונקרטיית.⁶⁴

(גג) מגבלות היכולת המוסדית

מבחינה עקרונית אין מניעה לכך שהתשתית העובדתית שהונחה בפני הרשות המחוקקת והרשות המבצעת תונח גם בפני הרשות השופטת. הקושי אינו ביכולתם של שופטים לעכל את כל העובדות.⁶⁵ הקושי אינו אישי; נטען כי הוא מוסדי.⁶⁶ הטענה הינה כי בית המשפט

61 ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד (1) 1, 25 (1979); משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297, 309 (2006). ראו גם Guy Davidov, *The Paradox of Judicial Deference*, 12 NAT'L J. CONST. L. 133, 140 (2000).

62 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 441.

63 על הבעיה הפוליציטריות, ראו אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית 75 (2004), וכן Lon Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1979); J.W.F. Allison, *Fuller's Analysis of Polycentric Disputes and the Limits of Adjudication*, 53 CAMBRIDGE L.J. 367 (1994); HANNE PETERSEN & HENRIK ZAHLE, *LEGAL POLYCENTRICITY: CONSEQUENCES OF PLURALISM IN LAW* (1995).

64 להבחנה בין ביקורת שיפוטית מופשטת לקונקרטיית, ראו VICTOR FERRERES COMELLA, לעיל ה"ש 17, בעמ' 66.

65 ראו גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345, 351 (2008).

66 ראו Jowell, *Judicial Deference and Human Rights: a Question of Competence*, לעיל Lord Steyn, *Deference: A Tangled Story*, PL 346, 350 (2005); ראו גם 80. בעמ' 21, ה"ש 21, Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L. J.

אינו מחוקק. לא כל הצדדים הרלוונטיים ניצבים בפניו. "צדדים שלישיים" שהכרעה שיפוטית עשויה לפגוע בהם לעתים אינם צדדים במשפט. דוידוב ציין:⁶⁷

"השיטה האדברסרית אינה מאפשרת לבית המשפט לבחון את מכלול הצרכים, ואינה מאפשרת חשיבה ארוכת-טווח. היא מוכוונת לצדדים קונקרטיים ולסכסוך קונקרטי בלבד. לבית המשפט אין דרכים לחקור את התמונה התקציבית בכללותה ולקבל החלטות בהתאם. אין לו כוח אדם ואין לו כלים משפטיים – אין לו יכולת מוסדית לעשות כן."

אין להפריז במגבלה מוסדית זו. בית המשפט אינו נדרש לקבוע מדיניות חברתית או סדרי עדיפויות חברתיים. עליו לבחון את חוקתיות קביעתם של מדיניות חברתית וסדרי עדיפויות חברתיים על ידי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. על כן, אל לו לבית המשפט להימנע מהגשמת תפקידו השיפוטי אך בשל מגבלותיו המוסדיות. כל שנדרש ממנו הוא להיות מודע למגבלות אלה ולגלות כלפיהן רגישות.

(3) הדין

(אא) שיקול הדעת השיפוטי בקביעת הדין

הדין לעניין המידתיות הוא בשלושה אלה: ראשית, היקף הזכות החוקתית. האמצעי העומד לרשות השופט הוא הפרשנות החוקתית;⁶⁸ שנית, הפגיעה בזכות החוקתית על ידי הנורמה התת-חוקתית. פגיעה זו נקבעת על ידי פירושה של הנורמה התת-חוקתית;⁶⁹ שלישית, דיני המידתיות הקבועים בחוקה. דינים אלה עולים מלשונה (המפורשת או המשתמעת) של החוקה.⁷⁰ לעתים יש לשופט שיקול דעת בגיבושה של המידתיות. לעתים מוענק לו שיקול הדעת לבחור בין כמה חלופות שכולן כדין.⁷¹ אכן, כל שיטת פרשנות מבוססת על מידה זו או אחרת של שיקול דעת שיפוטי.⁷² עיצובם של דיני המידתיות כרוך אף הוא בשיקול דעת.⁷³

174, 177 (2006); Jeff A. King, *Institutional Approaches to Judicial Restraint*, 28 OXFORD J. LEGAL STUD. 409, 422 (2008).

67 דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית", לעיל ה"ש 65, בעמ' 351.

68 ראו לעיל עמ' 69.

69 ראו לעיל עמ' 200.

70 ראו לעיל עמ' 173.

71 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 242.

72 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 259 (2003).

73 ראו לעיל עמ' 263.

שיקול הדעת השיפוטי הוא לעולם מוגבל.⁷⁴ מגבלות אלה הן דיוניות ומהותיות.⁷⁵ המגבלות הדיוניות מטילות על השופט את החובה לפעול בהגינות, באובייקטיביות, ללא משוא פנים ותוך שוויון בין הצדדים. עליו לנמק את החלטתו.⁷⁶ המגבלות המהותיות מטילות על השופט את החובה להפעיל את שיקול דעתו באופן רציונלי, מתוך עקיבות וקוהרנטיות.⁷⁷ עליו להתחשב תמיד בקיומה של שיטה⁷⁸ ובצורך להשתלב בה. עליו להתחשב במגבלותיו המוסדיות.⁷⁹ אין הוא רשאי לפנות לנטיותיו האישיות.⁸⁰ עליו

74 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44; ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 262. ראו גם BENJAMIN N. CARDOZO, THE GROWTH OF THE LAW 60-61 (1924); Mauro Cappelletti, *The Law-Making Power of the Judge and Its Limits: A Comparative Analysis*, 8 MONASH U. L. REV. 15 (1981); H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 252 (2nd ed., 1994).

75 ראו שלמה לויין להיות שופט (2009).

76 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 46; ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 263; ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 37; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 782 (1993); בג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 265 (1993). ראו גם Charles E. Clark, *The Limits of Judicial Objectivity*, 12 AM. U. L. REV. 1 (1963); George G. Christie, *Objectivity in the Law*, 78 YALE L. J. 1311 (1969); Thomas Nagel, *The Limits of Objectivity*, in THE TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES 77 (Sterling McMurrin ed., 1980); Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739 (1982); Harry T. Edwards, *The Judicial Function and the Elusive Goal of Principled Decisionmaking*, WIS. L. REV. 837 (1991); KENT GREENAWALT, LAW AND OBJECTIVITY (1992); Heidi Li Feldman, *Objectivity in Legal Judgment*, 92 MICH. L. REV. 1187 (1994); Jules L. Coleman & Brian Leiter, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, in LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY 203 (Andrei Marmor ed., 1995); Andrei Marmor, *Three Concepts of Objectivity*, in LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY 177 (Andrei Marmor ed., 1995); NICOS STAVROPOULOS, OBJECTIVITY IN LAW (1996); Andrei Marmor, *An Essay on the Objectivity of Law*, in ANALYZING LAW: NEW ESSAYS IN LEGAL THEORY 3 (Brian Bix ed., 1998).

77 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, שם, בעמ' 227; ברק פרשנות תכליתית במשפט, שם; ברק שופט בחברה דמוקרטית, שם, בעמ' 38. ראו גם Neil MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in THEORY OF LEGAL SCIENCE 235 (A. Peczenik, L. Lindahl, B. van Roermund eds., 1984); Robert Alexy & Aleksander Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, 3 RATIO JURIS 130 (1990); Aleksander Peczenik, *Coherence, Truth and Rightness in the Law*, in LAW, INTERPRETATION AND REALITY: ESSAYS IN EPISTEMOLOGY, HERMENEUTICS AND JURISPRUDENCE (P.J. Nerhot ed., 1990); Joseph Raz, *The Relevance of Coherence*, 72 B.U. L. REV. 273 (1992); Ken Kress, *Coherence*, in A COMPANION TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 533 (Dennis Patterson ed., 1996).

78 ראו LON L. FULLER, ANATOMY OF THE LAW 94 (1968).

79 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, שם, בעמ' 241.

להשתדל לתת את הפתרון הטוב ביותר שאליו הוא יכול להגיע. גם כאשר הוא נמצא "עם עצמו", השופט נמצא תמיד במסגרתה של חברה, של שיטת משפט ושל מסורת שיפוטית.

(בב) פרשנות המחוקק ושיקול דעת השופט

מה כוח פרשנותו של המחוקק את הדין ומה היחס בינה לבין הפרשנות שמעניק השופט לאותו דין? ⁸¹ התשובה לשאלה זו נמצאת בעיקרון בדבר הפרדת הרשויות. פרשנות הדין היא עניין לשופט: "ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, בתוקפו בכל עת נתונה היא בידי בית המשפט".⁸² הפרשנות שנותנים חברי הגוף המכונן או המחוקק לחוקה או לחוק אין בה כדי לחייב את השופט המפרש את החוקה או את החקיקה. כבילת השופט לפרשנות של הרשויות השלטוניות האחרות אינה מתיישבת עם העיקרון בדבר הפרדת הרשויות.⁸³

האם השופט רשאי ליתן משקל לפרשנות של הרשויות השלטוניות במסגרת שיקול דעתו הפרשני? ואם כן – מהו משקל זה? האם רשאי השופט לומר: "לשאלה משפטית מסוימת יש כמה פירושים סבירים; יש 'מתחם של סבירות פרשנית'. הפירוש של רשויות השלטון נמצא במסגרת מתחם זה. עלי לבחור בו גם אם אני עצמי סבור שהפירוש הסביר הראוי הוא שונה?" ודאי שהשופט אינו רשאי להתעלם מהפרשנות של הרשויות השלטוניות האחרות.⁸⁴ יחסי הכבוד בין הרשויות מצדיקים עיון בפרשנות של הרשויות השלטוניות האחרות. עם זאת, אין השופט רשאי לדחות את דעתו בדבר פירוש הדין מפני הדעה העולה מהפרשנות של הרשויות האחרות.⁸⁵ על פי דיני המשפט המנהלי, כל החלטה של הרשות

80 ראו Stephen Breyer, *Judicial Review: A Practising Judge's Perspective*, 19 OXFORD J. LEGAL STUD. 153, 158 (1999).

81 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 115; אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי כרך III – עילות ההתערבות 49 (2008).

82 פרשת פלאטו, לעיל ה"ש 40, בעמ' 141 (השופט שמגר). ראו גם פרשת סיעת "כך", לעיל ה"ש 41, בעמ' 152; פרשת ולנר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 796; פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 332-333; פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 34, בעמ' 743.

83 ראו בג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69, 91 (2000); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 266 (2004). בית המשפט העליון של קפריסין פסק בפרשת *Diagoras Development Ltd v. National Bank of Greece* S.A., (1985) 1 C.L.R. 581 לפרש את החוק הוא בלתי חוקי. ראו GEORGIUS M. PIKIS, CONSTITUTIONALISM – HUMAN RIGHTS – SEPARATION OF POWERS: THE CYPRUS PRECEDENT 93 (2006).

84 ראו בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 304 (1987); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 550 (1990); בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 197 (1991).

85 ראו פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 34, בעמ' 744.

השלטונית שהיא בגדר מתחם הסבירות מחייבת את השופט. מסקנה זו נגזרת מהעיקרון בדבר הפרדת הרשויות. מתחם הסבירות הוא מתחם של פעולות שהאחריות עליהן על פי עקרון הפרדת הרשויות היא של הרשות השלטונית. לא כן לעניין מתחם הסבירות של פרשנות הדין. העיקרון בדבר הפרדת הרשויות מטיל על השופט – ובמסגרת הרשות השופטת, על בית המשפט העליון – את התפקיד לקבוע אם הפירוש נראה לו ראוי.⁸⁶ עמדתו על כך בפרשה אחת לעניין הפרשנות של הרשות המבצעת:⁸⁷

”השאלה אשר בית המשפט צריך להציב לפניו אינה, אם הפירוש של הרשות המבצעת הוא סביר. השאלה אשר בית המשפט צריך להציב לפניו הינה, מהו הפירוש הנכון של הסמכות השלטונית.”

בצד השיקול בדבר הפרדת הרשויות, מסקנה זו מתבקשת מטעמים פרשניים-מעשיים. על השופט כפרשן לשאוף להרמוניה חוקתית וחיקיתית.⁸⁸ עליו לשאוף לאחדות נורמטיבית.⁸⁹ המפרש חוק אחד מפרש את החוקים כולם. בפרשנות צריכים לשאוף להרמוניה נורמטיבית.⁹⁰ הרמוניה זו ואחדות זו לא יושגו אם כל הוראת חוקה וכל חוק יעמדו לעצמם ויתפרשו על פי סבירות פירושו של המכונן או המחוקק. כדי להשיג הרמוניה זו יש להשקיף על החוקה והחוקים כמערכת אחת. הם –

”מהווים מערכת אחת, והם משתלבים בתוכה אלה באלה, תוך הרמוניה חיקיתית. האחריות הכוללת, המאחדת את כל המסגרות היא אחריותו של בית המשפט, ובמסגרת בתי המשפט – זו אחריותו של בית המשפט העליון. מאחריות זו אין בית המשפט העליון רשאי להשתחרר.”⁹¹

גישה אחרת סופה שתגרום לאנדרלמוסיה בשיטה.⁹²

86 ראו פרשת כהנא, לעיל ה"ש 84, בעמ' 305; בג"ץ 869/92 זווילי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מו(2) 692, 703 (1992); פרשת אפרת, לעיל ה"ש 76, בעמ' 761; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עיוניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 56 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.12.2006).

87 פרשת אפרת, שם, בעמ' 762. ראו גם פרשת כהנא, שם.

88 ראו לעיל עמ' 95.

89 ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 247 (1994).

90 ראו לעיל עמ' 95.

91 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 84, בעמ' 306 (השופט ברק).

92 על הטיעון בדבר אנדרלמוסיה, ראו Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359 (1997). לביקורת על טיעון זה, ראו Whittington, לעיל ה"ש 44, בעמ' 786.

במשפט האמריקני מקובלת הלכת *Chevron*,⁹³ הקובעת כי במקום שיש שיקול דעת פרשני, על בית המשפט לתת לחוק את הפירוש שנתנה לו הרשות המבצעת. ספרות רבה עוסקת בהלכה זו.⁹⁴ היא לא התקבלה במשפט המנהלי של מדינות משפט מקובל אחרות.⁹⁵ לדעת הלכת *Chevron* אינה ראויה, שכן היא פוגעת בתפקיד השפיטה כפי שהוא מתבקש מהעיקרון בדבר הפרדת הרשויות.

(4) הפעלת הדין על העובדות

(אא) ביקורת שיפוטית

ביסוד המידתיות (במובנה הרגיל)⁹⁶ עומדת הבדיקה אם נורמה תת-חוקתית (חוק לענייננו) הפוגעת בזכות חוקתית היא מידתית. על היקפו של שיקול הדעת החקיקתי והשיפוטי בכל אחד ממרכיביה של המידתיות אדון בהמשך.⁹⁷ כעת ברצוני להעיר כמה הערות בדבר הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק החלה על כל מרכיביה של המידתיות.⁹⁸

מטרתה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק להבטיח את עליונות החוקה. היא נועדה להבטיח את הדמוקרטיה (המהותית והדיונית גם יחד).⁹⁹ היא באה להגשים את

93 ראו *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

94 ראו K.C. DAVIS & R.J. PIERCE, 1 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 109 (3rd ed., 1994); Cass R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 COLUM. L. REV. 2071 (1990); Thomas W. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101 YALE L.J. 969 (1991-1992); Richard J. Pierce, *Chevron and its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretation of Statutory Provisions*, 41 VAND. L. REV. 301 (1998) ראו גם Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452 (1989).

95 ראו *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*, [1975] 1 All E.R. 810, 828; *Director of Investigation and Research v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; J.A. Corry, *Administrative Law and the Interpretation of Statutes*, 1 U. TORONTO L.J. 286 (1936).

96 למידתיות במובן הרגיל, ראו לעיל עמ' 170.

97 ראו להלן עמ' 491.

98 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 361. ראו גם בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 587, 505 (1986); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 464, 441 (1993); פרשת התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 834.

99 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, שם, בעמ' 322. ראו גם פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 423-425.

שלטון החוק בשלטון.¹⁰⁰ היא ביטוי לתפקיד השפיטה בהפרדת הרשויות.¹⁰¹ הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק, כפי ששמה מעיד עליה, נועדה לבחון את חוקתיות החוק. ההחלטה הראשונית מתקבלת על ידי המחוקק והיא משקפת את שנראה למחוקק ראוי. המחוקק קובע את התבנית החקיקתית מבחינת המטרה, האמצעים והפגיעה בזכות החוקתית. הביקורת השיפוטית לא נועדה להחליף תבנית ראשונית זו בתבנית חדשה של השופט. מטרתה של הביקורת השיפוטית היא מצומצמת: היא נועדה לבחון את החוקתיות של התבנית המקורית. "בית המשפט אינו בוחן את התבנית החקיקתית הנראית לו ראויה, אלא בודק את החוקתיות של התבנית החקיקתית שהמחוקק קבע".¹⁰² "נקודת המוצא העקרונית הינה, כי תפקיד החקיקה הוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון – העם. האחריות הלאומית לחקיקת חוקים אשר יגשימו תכלית ראויה באמצעים מידתיים מוטלת, על פי עקרון הפרדת הרשויות, על המחוקק. בידיו הכלים לאיתור התכלית הראויה ולבחירת האמצעי המידתי. בית-המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית-המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית-המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי. מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אכן, חוקי היסוד אינם תכנית לפעולה מדינית קונקרטיית. הלאמה והפרטה עשויות להתקיים במסגרתם. כלכלת שוק או ניהול מרוכז של הכלכלה עשויים למצוא בה מרחבי מחיה, ובלבד שהפעילות המשקית – הפוגעת בזכויות אדם – תקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה".¹⁰³

100 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, שם, בעמ' 419-420.

101 שם, בעמ' 421.

102 שם, בעמ' 441 (הנשיא ברק). ראו גם בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 95 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006).

103 בג"ץ 1715/97 שר האוצר נ' לשכת מנהלי ההשקעות, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997) (הנשיא ברק). ראו גם בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 78 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006): "מהו מקומה ותפקידה של הביקורת השיפוטית? ... עליה הוטל התפקיד לשמור על זכות האדם החוקתית שלא תיפגע על ידי אמצעים אשר חורגים מעבר למיתחם המידתיות. בכך בא לידי הביטוי עקרון הפרדת הרשויות. הרשות המחוקקת קובעת את האמצעים שיש לנקוט בהם כדי להגשים יעדים חברתיים. זהו תפקידה. הרשות השופטת בוחנת אם אמצעים אלה פוגעים בזכות האדם מעבר למידה הדרושה. זהו תפקידה. אין הרשות האחת נכנסת לגבולה של הרשות האחרת. בית המשפט אינו קובע למחוקק אלו תכליות עליו להגשים ומהם האמצעים שעליו לבחור בהם. אלה הן שאלות של מדיניות לאומית הנתונות למחוקק. בית המשפט בודק אם התכליות והאמצעים שנבחרו על ידי המחוקק, והפוגעות בזכות אדם חוקתית, מקיימים את ההגבלות שחוק היסוד הטיל על כוח החקיקה של המחוקק... הנה כי כן, קביעת המדיניות הלאומית וגיבושו לדבר חקיקה היא תפקידו של המחוקק. בדיקת חוקתיותה של החקיקה עד כמה שהיא

(בב) זהירות בביקורת השיפוטית

הכרזה על אי-חוקתיות של חוק בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכות חוקתית היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט.¹⁰⁴ נדרשת לכך זהירות שיפוטית,¹⁰⁵ ריסון שיפוטית¹⁰⁶ ואיפוק שיפוטית.¹⁰⁷ כל אלה נדרשים מעקרון הפרדת הרשויות עצמו.¹⁰⁸ עמד על כך השופט י' זמיר:¹⁰⁹

”חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד : חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח : עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט... כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק.”

ובלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין:¹¹⁰

”זהירות זהיר נהלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת ולו במקום שהדברים אמורים בזכויות-יסוד של היחיד. זהירות-יתר זו עטפה עצמה בדוקטרינה, ואותה דוקטרינה מזהירה אותנו באורח מפורש ומפורט מפני התערבות במעשי חקיקה של הכנסת, שמא יעבור בית המשפט ויחרוץ שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת.”

- פוגעת בזכויות האדם שבחוק יסוד, היא תפקידו של השופט; בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 742, 729 (2004); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 551, 481 (2005); פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, שם, פס' 48 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 104 ראו פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 103, בעמ' 387; בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 67, 57 (1996); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 263, 235 (2002).
- 105 ראו רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 407 (2003).
- 106 ראו אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המנהלי כרך I – עקרונות יסוד 293 (2008). ראו גם בג"ץ 1843/03 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 700, 661 (1995); פרשת לבנת, לעיל ה"ש 41, בעמ' 809.
- 107 ראו פרשת מנחם, לעיל ה"ש 9, בעמ' 263; פרשת התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 834.
- 108 ראו Bato Star Fishing (Pty) Ltd v. Minister of Environmental Affairs and Tourism, 2004 (4) SA 490 (CC), § 46.
- 109 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 496, 485 (1996). ראו גם פרשת הופנונג, לעיל ה"ש 104, בעמ' 68.
- 110 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 518, 464 (2005).

ריסון, איפוק וזהירות אלה הם חלק מעקרונות הפרדת הרשויות עצמו. הם נגזרים ממעמדה של הרשות המחוקקת ומהכבוד ההדדי שבין הרשויות השלטוניות.¹¹¹ עם זאת, אין בכל אלה כדי להצדיק פגיעה לא חוקתית בזכויות חוקתיות. עמדתו על כך בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות בישראל:¹¹²

”בית-המשפט יגלה איפוק שיפוטי, ולא יחליף את שיקול-דעת המחוקק בשיקול-דעתו של השופט. עם זאת, איפוק שיפוטי אינו שקול כנגד קיפאון שיפוטי. ריסון שיפוטי אסור לו שיביא לשיתוק שיפוטי. כאשר המחוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקי היסוד, והפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה. כשם שאיננו חופשיים לבטל חוק אך משום שלא היינו מחוקקים אותו אילו היינו חברי הגוף המחוקק, כן איננו בני-חורין להימנע מביטול חוק אך משום שהמחוקק ראה לנכון לחוקק אותו. עלינו השופטים הוטל התפקיד החוקתי של שמירת אמות-המידה לחוקתיות החוק הקבועות בחוקי היסוד ומניעת חריגה מגבולותיהן.”

זאת ועוד, “לא על ערכיו שלו מגן בית-המשפט. הוא מגן על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוא נותן ביטוי לדברה של הכנסת בחוק-יסוד. בצד כבוד החוק מונח כבוד חוק היסוד. מקום שבית המשפט קובע כי החוק פגע בפגיעה של ממש שלא כדין בחוק היסוד, עליו להסיק את המסקנות המתבקשות מפגיעה זו.”¹¹³ אכן, “המתח אינו בין כבוד החוק לכבוד האדם. כבוד החוק הוא שיכובדו הוראות חוק היסוד באשר לכבוד האדם ולאפשרויות לפגוע בהן גם יחד.”¹¹⁴

(גג) ביקורת שיפוטית ו”התערבות” שיפוטית

לעתים קרובות בית המשפט העליון משתמש בטרמינולוגיה של “התערבות”.¹¹⁵ הוא שואל אם במקרה פלוני הוא צריך להתערב אם לאו. אני עצמי עשיתי שימוש בלשון זו פעמים הרבה.¹¹⁶ השימוש בדיבור “התערבות” הוא בעייתי. בין אם בית המשפט פוסק

111 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון נ’ ראש הממשלה, לעיל ה”ש 41, בעמ’ 902.

112 פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה”ש 103, בעמ’ 389.

113 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה”ש 103, בעמ’ 503.

114 פרשת עדאלה נ’ שר הפנים, לעיל ה”ש 103, פס’ 78 לפסק דינו של הנשיא ברק.

115 בעשר השנים האחרונות הוזכר מונח זה ביותר מ-2000 פסקי דין של בית המשפט העליון ביושבו כבג”ץ.

116 ראו פרשת ועדת המעקב העליונה, לעיל ה”ש 34, פס’ 25 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג”ץ 951/06 שטיין נ’ המפקח הכללי משטרת ישראל, פס’ 24 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 30.4.2006); בג”ץ 900/06 אל על נתיבי אויר לישראל בע”מ נ’ שר התיירות, פס’ 19

שהחוק חוקתי ובין אם הוא פוסק שהחוק אינו חוקתי, בשני המקרים הוא "מתערב". שאלת המפתח אינה "התערבות" או "אי-התערבות"; שאלת המפתח הינה מידתיות או חוסר מידתיות, חוקתיות או אי-חוקתיות. בית משפט המשאיר על כנה פגיעה בזכות חוקתית עושה כן משום שהוא סבור שהפגיעה הינה מידתית, ולא משום שהוא אינו "מתערב" בשיקול הדעת של המחוקק. בית משפט הקובע שפגיעה מסוימת בזכות חוקתית אינה מידתית ועל כן החוק אינו חוקתי לא עושה כן משום שהוא "מתערב" בשיקול דעת המחוקק אלא משום שהוא סבור שהפגיעה אינה מידתית.

(דד) ביקורת שיפוטית והנסגת דעת (Deference)¹¹⁷

בתי המשפט בכמה מדינות שבהן נוהגת שיטת המשפט המקובל נוהגים לקבוע – בתחום המשפט המנהלי – כי לעניין ההכרעה בשאלה העומדת בפניהם הם צריכים להנסיג דעתם (to defer) להכרעת הרשות המבצעת.¹¹⁸ גישה זו הוחלה לעתים גם לתחום החוקתי.¹¹⁹ הספרות המשפטית בשאלת הנסגת דעת היא רבה.¹²⁰ הנסגת דעת לא היתה

- לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 22.8.2006); בג"ץ 426/05 מועצת הכפר בידו נ' ממשלת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 10.9.2006).
- 117 אין תרגום מוסכם לביטוי deference. פרופ' משה בר-אשר, נשיא האקדמיה ללשון העברית, הוא זה שהציע לי לתרגמו כ"הנסגת דעת". תודתי נתונה לו.
- 118 ראו David J. Mullan, *Deference: Is it Useful Outside Canada?*, in *COMPARING ADMINISTRATIVE JUSTICE ACROSS THE COMMONWEALTH* 42 (Hugh Corder ed., 2006).
- 119 ראו Daniel J. Solove, *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*, 84 IOWA L. REV. 941 (1999). ראו למשל את פסק דינו של השופט סופינקה (Sopinka) בפסק דין של בית המשפט העליון של קנדה Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513. ראו גם Robert A. Schapiro, *Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law*, 85 CORNELL L. REV. 656 (2000).
- 120 ראו Antonin Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, DUKE L.J. 511 (1989); Joseph Vining, *Authority and Responsibility: The Jurisprudence of Deference*, 43 ADMIN. L. REV. 135 (1991); David Dyzenhaus, *The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy*, in *THE PROVINCE OF ADMINISTRATIVE LAW* 279 (Michael Taggart ed., 1997); Cora Hoexter, *The Future of Judicial Review in South African Administrative Law*, 117 S. AFR. L. J. 484 (2000); Richard Edwards, *Judicial Deference Under the Human Rights Act*, 65 MOD. L. REV. 859 (2002); PHILIP SOPER, *THE ETHICS OF DEFERENCE* (2002); Philip Sales & Ben Hooper, *Proportionality and the Form of Law*, 119 LAW Q. REV. 426 (2003); Hugh Corder, *Without Deference, With Respect: A Response to Justice O'Regan*, 121 S. AFR. L. J. 438 (2004); Paul Craig, *Judicial Review, Intensity and Deference in EU Law*, in *THE UNITY OF PUBLIC LAW* 335 (David Dyzenhaus ed., 2004); Richard Clayton, *Judicial Deference and Democratic Dialogue: The Legitimacy of Judicial Intervention Under the Human Rights Act 1998*, PL 33 (2004); Christina E. Wells, *Questioning Deference*, 69 MO. L. REV. 903 (2004); Robert Pushaw, *Defending Deference: A Response to Professors Epstein and Wells*, 69

מעוררת כל קושי אילו משמעותה הייתה שהרשות השופטת חייבת לכבד את הרשות המחוקקת ואת זו המבצעת, ולעניין בעמדותיהן בכובד ראש ומתוך זהירות, איפוק וריסון.¹²¹ מכונה על ידי דיזנהאוז (Dyzenhaus) כ- "deference as respect".¹²² כל אלה נדרשים מעקרון הפרדת הרשויות עצמו.¹²³ מושג הנסגת דעת כולל יותר מכך, וה"תוספת" היא שמעוררת קושי. תוספת זו, בלשונו של דיזנהאוז עניינה "deference as submission".¹²⁴ אף שאין הגדרה משפטית מקובלת להנסגת דעת,¹²⁵ נראה לי כי לעניין השאלה של מידתיות חוק הפוגע בזכות חוקתית ניתן להגדיר הנסגת דעת כמצב דברים שבו שופט מקבל את העמדה של הרשות המחוקקת או של הרשות המבצעת בעניין מרכיבי המידתיות בנסיבות

Mo. L. REV. 959 (2004); JR De Ville, *Deference as Respect and Deference as Sacrifice: A Reading of Bato Star Fishing v Minister of Environmental Affairs*, 20 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 577 (2004); Alison Young, *Ghaidan v. Godin-Mendoza: Avoiding the Deference Trap*, PL 23 (2005); Frederick Schauer, *Deferring*, 103 MICH. L. REV. 1567 (2005); Rhodri Thompson, *Community Law and the Limits of Deference*, EUR. HUM. RTS. L. REV. 24 (2005); Hugh Corder, *Despair to Deference: Same Difference?*, in INSIDE AND OUTSIDE CANADIAN ADMINISTRATIVE LAW: ESSAYS IN HONOUR OF DAVID MULLAN 327 (Michael Taggart & Grant Huscroft eds., 2006); Michael J. Beloff, *The Concept of "Deference" in Public Law*, 11 JUD. REV. 213 (2006); Reuel E. Schiller, *The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law*, 106 MICH. L. REV. 399 (2007); Michael Taggart, *Proportionality, Deference, Wednesbury*, in JUDICIAL REVIEW 23 (NZLS, 2007); Aileen Kavanagh, *Deference or Defiance?: The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION – ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 184 (Grant Davidov ; 119 Schapiro, לעיל ה"ש ; 119 Solove גם לעיל ה"ש ; 66 King, לעיל ה"ש ; 102 Steyn, לעיל ה"ש ; 66 Allan, *Common Law Reason* ; 66 Jowell, *Judicial Deference and the Limits of Judicial Deference* ; 21 Jowell, *Judicial Deference: Human Rights: a Question of Competence* ; 21 Allan, *Human Rights and Servility Civility or Institutional Capacity?* ; 21 Rivers, *Proportionality* ; 21 Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review Discretion in International and European Law*, in TRANSNATIONAL CONSTITUTIONALISM: INTERNATIONAL AND EUROPEAN MODELS 107 (Nicholas Tsagourias לעיל ה"ש ; ed., 2007) Gardbaum, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing* ; ed., 2007) .120

- 121 ראו לעיל עמ' 486. ראו גם Solove, שם, בעמ' 943.
- 122 Dyzenhaus, לעיל ה"ש 120.
- 123 ראו פרשת Bato Star Fishing, לעיל ה"ש 108, פס' 46. ראו לעיל עמ' 486.
- 124 Dyzenhaus, לעיל ה"ש 120.
- 125 ראו Henry P. Monaghan, *Marbury and the Administrative State*, 83 COLUM. L. REV. 1, 4 (1983). ראו גם Allan, *Common Law Reason and the Limits of Judicial Deference*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 291.

שבהן לולא עמדה זו הוא לא היה נוקט בה.¹²⁶ הצידוק הניתן להנסגת דעת הוא משולש: היעדר לגיטימיות דמוקרטית לשפיטה, היעדר יכולת מוסדית ותבונה שיפוטית.¹²⁷ צידוקים אלה אינם ראויים. לשפיטה יש לגיטימיות דמוקרטית שכן כוחה נגזר מהחוקה. המבנה המוסדי מאפשר לשפיטה לקבל מידע על השיקולים השונים כשם שהמחוקק והמבצע מקבלים מידע זה. ודאי כי השופט אינו קובע את המדיניות החברתית; לכך אין כל קשר להנסגת דעת אלא לעיקרון בדבר הפרדת הרשויות ולהיקף סמכותו של בית המשפט בגדרי עיקרון זה. תבונה שיפוטית אינה יכולה להחליף חובה חוקתית. לדעתי, אין מקום להנסגת דעת (על פי הגדרתי אותו).¹²⁸ ממה נפשך: אם העמדה של הרשות המחוקקת או של הרשות המבצעת בעניין מרכיבי המידתיות היא כדין בלא כל הנסגת דעת, על השופט לנהוג על פיה בלא כל קשר להנסגת דעת; אם העמדה של הרשות המחוקקת או המבצעת בעניין מרכיב המידתיות אינה כדין ללא הנסגת דעת על השופט לדחותה בלא כל קשר להנסגת דעת. כך או כך אין להנסגת הדעת כל מקום;¹²⁹ ודאי שאין לו מקום כשהשאלה היא מידתיות הפגיעה בזכות חוקתית.¹³⁰ השאלה הרלוונטית היא חוקתיות העמדה של הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת ולא שאלה של הנסגת דעת. מתבקש מגישה זו כי אין מקום לקבוע קטגוריות של מקרים שבהם ראוי לשופט להנסיג דעתו לרשות המחוקקת או לוו

- 126 ראו Paul Horwitz, *Three Faces of Deference*, 83 NOTRE DAME L. REV. 1061, 1072 (2008).
- 127 Edwards, לעיל ה"ש 120; Steyn, לעיל ה"ש 66; Kavanagh, לעיל ה"ש 120; Taggart, *Proportionality, Deference, Wednesday*, לעיל ה"ש 120.
- 128 ראו, RJR-MacDonald Inc. v. Canada, [1995] 3 S.C.R. 199; R (ProLife Alliance) v. BBC, [2003] 2 WLR 1403; Huang v. Secretary of State for the Home Department, [2007] UKHL 11; DAVID M. BEATTY, *THE ULTIMATE RULE OF LAW* 156 (2004). ראו גם Allan, *Human Rights and the Limits of Judicial Deference*, לעיל ה"ש 21; Corder, *Rights and Judicial Review: A Critique of "Due Deference"*, לעיל ה"ש 21; Beloff, *Despair to Deference: Same Difference?*, לעיל ה"ש 119; Solova, לעיל ה"ש 120; Hoexter, לעיל ה"ש 120.
- 129 גישה זו שנויה במחלוקת. יש הסוברים כי יש מקום להנסגת דעת, ראו Rivers, *Proportionality and Discretion in International and European Law*, לעיל ה"ש 120; Murray Hunt, *Proportionality and Variable Intensity of Review: Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference"*, in PUBLIC LAW IN A MULTI-LAYERED CONSTITUTION 337 (Nicholas Bamforth & Peter Leyland eds., 2003). יש המבססים את הנסגת הדעת על העדר יכולת מוסדית, ראו Jowell, *Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence*, לעיל ה"ש 21; Jowell, *Judicial Deference: Servility Civility or Institutional Capacity?*, לעיל ה"ש 21; Steyn, לעיל ה"ש 66.
- 130 השווה Craig, *Judicial Review, Intensity and Deference in EU Law*, לעיל ה"ש 120.

המבצעת.¹³¹ על כן אין להצדיק הנסגת דעת בטעמים של ביטחון המדינה ומצבי חירום.¹³² אכן, אם העמדה של הרשות המחוקקת נופלת למתחם המידתיות¹³³ על הרשות השופטת לקבלה. זאת, לא משום שהשופט הנסיג דעתו אלא משום שהעמדה היא כדין. מהו הדין אם כפות המאזניים מעוינות וההכרעה אם החוק הוא מידתי או לא מידתי נתונה לכאורה לשיקול דעתו של בית המשפט?¹³⁴ לדעתי, במקרה זה ההכרעה לא צריכה ליפול על פי שיקולים של הנסגת דעת אלא על פי גיבושם של כללים משפטיים השוללים את שיקול הדעת השיפוטי. כלל אחד יכול שיהיה כי במקרה של כפות מאזניים שקולות – יד הזכות גוברת (in dubio pro libertate). כלל אפשרי אחר הוא כי במקרה של כפות מאזניים שקולות – יד החוק על העליונה. כך או כך, הכלל האפשרי אינו מבוסס על הנסגת דעת. לדעתי, הגישה כי על השופט להסיג דעתו למחוקק פוגעת בחוקה ובדמוקרטיה. היא פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות. הנסגת דעת היא מכשיר שיפוטי ללא כללים¹³⁵ וללא בסיס משפטי-מדעי.¹³⁶ היא מעניקה לשופט שיקול דעת במקום שאין מקום לשיקול דעת והיא שוללת שיקול דעת במקום שצריך להכיר בו. נראה לי כי שיטת משפט תיטיב לעשות אם לא תחדיר למושגיה את הנסגת הדעת השיפוטית.

ב. שיקול הדעת ומרכיבי המידתיות

1. ההחלטה לחוקק

(א) שיקול הדעת של המחוקק

שיקול דעת רחב ביותר ניתן למחוקק אם לחוקק אם לאו. היקפו של שיקול דעת זה הוא מהרחבים בגדריה של הדמוקרטיה החוקתית. בכך באה לידי ביטוי הדמוקרטיה הייצוגית: נציגי העם מחליטים מטעמו מתי ברצונם לחוקק ומתי הם מבקשים להימנע מחקיקה. עם זאת, שיקול דעת זה אינו מוחלט. סמכות החקיקה מקורה בחוקה. אותה חוקה המעניקה את שיקול הדעת הזה עשויה גם להטיל חובה להשתמש בו. הפה שהתיר למחוקק לא לחוקק הוא גם הפה העשוי לחייב אותו לחוקק. כאשר אל מול סמכות החקיקה עומדת זכות אדם

131 לקביעה כזו, ראו International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department, [2002] 1 CMLR 52.

132 ראו Fionnuala D. Ni Aolain & Oren Gross, *A Skeptical View of Deference to the Executive in Times of Crisis*, 41 ISR. L. REV. 545 (2008).

133 על מתחם המידתיות, ראו להלן עמ' 505.

134 לסוגייה זו, ראו לעיל עמ' 449.

135 ראו Solove, לעיל ה"ש 119, בעמ' 945; Edwards, לעיל ה"ש 76, בעמ' 863.

136 ראו Solove, שם; Beloff, לעיל ה"ש 120; Kavanagh, לעיל ה"ש 120; Davidov, לעיל ה"ש 61.

”חיובית” (status positivus) אנו אומרים כי זכותו של האדם היא שהמחוקק יחוקק (ה”schutzpflicht”), וכי הימנעות מחקיקה פוגעת בזכות זו. אעמוד על כך בפרק החמישה-עשר.¹³⁷ בהקשר שלפנינו אציין רק כי הימנעות של המחוקק מחקיקה הינה חוקתית אם היא מידתית. יודגש, כי גם כשקיימת חובת חקיקה יש למחוקק שיקול דעת רחב ביותר לגביה.

(ב) שיקול הדעת של השופט

ככלל בית המשפט אינו מחייב את המחוקק לחוקק. הימנעות זו אינה פרי של הנסגת דעת לרצון המחוקק. הימנעות זו אינה הופכת את ההחלטה לחוקק או להימנע מחקיקה לבלתי-שפיטה. הימנעות זו היא אך ביטוי לחוקתיות של ההחלטה שלא לחוקק. היא משקפת היעדר כל זכות שכנגדה עומדת חובתו של המחוקק. לכלל זה קם חריג במקרים של זכויות אדם חיוניות. על היקף החריג ועל שיקול הדעת השיפוטי בגדרו אעמוד בפרק החמישה-עשר.¹³⁸

2. קביעת המטרות

(א) שיקול הדעת של המחוקק

מחוקק המפעיל את שיקול דעתו לחוקק חוק צריך לקבוע את מטרותיו. זהו אחד התפקידים המרכזיים של המחוקק. זו “האחריות הלאומית”¹³⁹ המוטלת עליו בקביעת המטרות הלאומיות ובגיבוש המטרות שלשם הגשמתן נדרש מעשה חקיקה. שיקול דעת זה מוגבל על ידי הוראות החוקה (המפורשות או המשתמעות) באשר לדרישה כי המטרה צריכה להיות ראויה.¹⁴⁰ המחוקק אינו רשאי לבחור מטרה שאינה ראויה. מגבלה זו אינה קשה למילוי. התוצאה היא שעל פי רוב ניתן למחוקק שיקול דעת רחב בקביעת מטרות החקיקה. כך, למשל, המחוקק רשאי לחוקק חוק הדרוש לדעתו לביטחון המדינה. זוהי מטרה ראויה – ובלבד שהונחה בפני המחוקק תשתית עובדתית המצדיקה מסקנה זו.¹⁴¹ כמו כן, התשתית העובדתית צריכה לבסס את מידת הנחיצות והחיוניות בהגשמת המטרה ואת הפרוגנוזה להגשמתה. על בסיסה של תשתית ראייתית זו יש למחוקק שיקול דעת רחב לקבוע את המטרה, את נחיצותה וחיוניותה, ואת ההסתברות כי מטרת החוק תוגשם הלכה למעשה. מידת הסתברות זו (הפרוגנוזה להגשמת המטרה) ניתנה לשיקול דעתו הרחב של

137 ראו להלן עמ' 513.

138 ראו להלן עמ' 521.

139 ראו פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 103, בעמ' 386 (הנשיא ברק).

140 ראו לעיל עמ' 295.

141 ראו Caitlin E. Borgmann, *Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding*, 84

IND. L.J. 1 (2009).

המחוקק. אם יתברר בסופו של תהליך הבחינה המידתית של החוק כי מידת ההסתברות של הגשמת החוק אינה מספיקה כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית – שאלה הנבחנת במסגרת המידתיות במוכן הצר – אין בכך כדי להשפיע על היות המטרה ראויה. המטרה היא ראויה – ובחירתה נמצאת בשיקול הדעת הרחב של המחוקק – גם אם ההסתברות להגשמתה אינה מצדיקה פגיעה בזכות חוקתית. לחוד היותה של מטרה ראויה ולחוד מידתיות האמצעים והאיזון בין הגשמת המטרה לבין הנוק הכרוך בכך.

שיקול הדעת הרחב של המחוקק בקביעת המטרות נגזר מאופייה של החוקה. זו קובעת לרוב מסגרת רחבה לפעולות החקיקה. מכאן הגישה כי קביעת המדיניות החברתית נתונה, בין השאר, למחוקק. דוגמה לכך עשויה לשמש פרשת שטנגר.¹⁴² באותה פרשה התעוררה, בין השאר, השאלה אם המטרה שהונחה ביסודו של חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961¹⁴³ היא ראויה. בפסק הדין ציינתי:¹⁴⁴

“עשויים להתקיים מודלים שונים שניתן לנקוט אותם כדי לפקח על שירותי עריכת הדין ולבקדם. הבחירה בין המודלים השונים היא בסמכותה של הרשות המחוקקת. לכל מודל מעלות וחסרונות משלו. התפקיד לגבש עמדה באשר להסדר הרצוי הוא תפקידו של המחוקק בהפרדת הרשויות. עם זאת על חופש הבחירה של המחוקק מוטלות מגבלות חוקתיות. אין אלה מגבלות אידיאולוגיות בעלות אופי פוליטי. חוקה אינה מניפסט קפיטליסטי או סוציאליסטי... הכנסת חופשית לבחור במודל הנראה לה שעה שהיא מפעילה את סמכותה וקובעת חקיקה באשר לפיקוח ולבקרה על שירותי המשפט. עם זאת על חופש זה מוטלות מגבלות חוקתיות שיש לקיימן.”

מובן כי לכל חוקה מבנה משלה. לעתים חוקה עשויה לבטא העדפה לכיוון פוליטי או חברתי זה או אחר, והעדפה זו עשויה להטיל מגבלות על המחוקק “הרגיל”. לעתים מגבלות אלה הן כה קשות מבחינתו של המחוקק, עד כי עולה ההצעה לשנות את החוקה כדי להסיר את המגבלות החוקתיות הקיימות. לעתים הדבר עשוי להיות כרוך בשינוי היקפן של זכויות חוקתיות. שינוי זה אינו חייב לקיים את כללי המידתיות.¹⁴⁵ הוא עשוי להתקל בטענה כי השינוי בחוקה אינו חוקתי.¹⁴⁶ בחינתה של טענה זו חורג מגדרו של ספר זה. לעתים החוקה קובעת בפסקת הגבלה מיוחדת הצמודה לזכות מסוימת כי הפגיעה בזכות אפשרית היא לשם הגשמתן של מטרות מיוחדות.¹⁴⁷ האם יש בכך כדי לשלול מטרות

142 בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786 (2003).

143 ס"ח 178.

144 פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 142, בעמ' 794.

145 ראו לעיל עמ' 196.

146 ראו לעיל עמ' 56.

147 ראו לעיל עמ' 321.

אחרות? האם לפנינו הסדר שלילי באשר למטרות האחרות? התשובה לשאלה זו היא פרשנית.¹⁴⁸ כאשר ההוראה בעניין המטרות מתפרשת כשלילתן של מטרות אחרות מוטל על המחוקק התפקיד לבחון אם דבר החקיקה הפוגע באותה זכות נופל לגדר המטרות שהחוקה קובעת כי ניתן לפגוע בזכות לשם הגשמתן. בהיעדר הגבלה מיוחדת יחולו הכללים העקרוניים בעניין זה. על פיהם, כאשר החוק הפוגע בזכות חוקתית נועד להגשים זכות אדם (בין אם היא חוקתית ובין אם לאו) יש לראותו כנועד להגשים מטרה ראויה.¹⁴⁹ לא כן לעניין חוק הפוגע בזכות חוקתית ונועד להגשים את טובת הכלל. בעניין זה משתנה הדין משיטת משפט אחד לרעותה. כפי שראינו בישראל,¹⁵⁰ כאשר חוק נועד להגשים את טובת הכלל יש מקום להבחין בין שתי שכבות של מטרות ראויות. כאשר החוק פוגע בזכויות חשובות ביותר (כגון חיים, כבוד האדם, חירות, שוויון וביטוי פוליטי) ראוי כי מטרת החקיקה תהא להגשים מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ. חוק שפוגע בזכויות אחרות, מידת נחיצותה של המטרה יכול שתהא נמוכה יותר.¹⁵¹

(ב) שיקול הדעת של השופט

מה תפקידו של השופט לעניין קביעת המטרות שביסוד החקיקה ומה ההיקף של שיקול דעתו? תפקידו של השופט לבחון אם המטרות שבחר המחוקק מקיימות את הדרישות החוקתיות להיות המטרה ראויה.¹⁵² בישראל עליו לבחון אם המטרה של החוק הולמת את "ערכיה של מדינת ישראל" ואם הוא "נועד לתכלית ראויה". לשם כך עליו לפרש את דרישת החוקה למטרות ראויות. עליו לקבוע אם תוכנה של המטרה שנקבעה בחוק הפוגע בזכות חוקתית מקיים את דרישות המטרה, את נחיצותה וחיוניותה. כאשר חוקה מבוססת על פסקאות הגבלה מיוחדות,¹⁵³ על השופט לפרש את הדרישות המיוחדות של החוקה בעניין המטרות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית. כמו כן עליו לקבוע אם החוק הפוגע מקיים מטרות אלה.

שיקול דעתו של השופט מופנה כלפי חוקתיות המטרה המונחת ביסוד החוק הפוגע. שיקול דעתו אינו מופנה כלפי תבונתה של המטרה המונחת ביסוד החוק או כלפי עקיבות עמדתו של המחוקק. כוחו של מחוקק לחוקק חוקים שאין בהם תבונה ושאינן בהם עקיבות, ובלבד שהם מידתיים. שאלות של תבונה, יעילות, עקיבות, הגינות ומוסר באשר למטרות

148 ראו לעיל עמ' 175.

149 ראו לעיל עמ' 323.

150 ראו לעיל עמ' 353.

151 להצעות לשינוי, ראו להלן עמ' 622.

152 ראו לעיל עמ' 300.

153 ראו לעיל עמ' 186.

החוק הן רלוונטיות רק עד כמה שהן משפיעות על חוקתיות החוק, כלומר: על מידתיותו. חוק עשוי להיות מידתי גם אם פתרונו אינו נכון, אינו יעיל ואין בו עקיבות. השופט אינו קובע את מטרתו של החוק. זו נקבעה על ידי המחוקק. תפקידו של השופט הוא בביקורת על הקביעה של המחוקק. קביעת המדיניות – עניין היא למחוקק; חוקתיות הקביעה של המחוקק – עניין היא לשופט.¹⁵⁴ בפרשת המועצה האזורית חוף עזה¹⁵⁵ נתגלעה מחלוקת קשה בשאלה אם התכלית המונחת ביסודו של חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005¹⁵⁶ היא ראויה. כך נכתב בפסק דינו של הרוב:¹⁵⁷

"איננו יכולים, איננו חייבים ואיננו רשאים להכריע במחלוקת עמוקה זו. איננו יכולים לקבל הכרעה בשאלות שבמחלוקת, שכן התמונה שהוצגה בפנינו היא מטבעה חלקית, ואין בידינו כלים להערכתם של הטעונויים השונים. איננו חייבים להכריע במחלוקת זו, שכן השאלה הניצבת בפנינו איננה איזו משתי העמדות הנוגדות נראית לנו כראויה. השאלה אינה מה היינו אנו מחליטים אילו פעלנו כחברי כנסת. איננו רשאים להכריע במחלוקת זו, שכן כפי שבית משפט זה חזר ופסק בכל שנות קיומו במאות

154 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 102, פס' 56 לפסק דינו של הנשיא ברק: "ניתן לחשוב על פתרונות שונים ומגוונים, המשקפים איזונים ופשרות שונות בין המטרות החברתיות המתנגשות. עניין הוא לרשויות השלטון הפוליטיות. אין הוא עניין לרשות השופטת. השאלה הניצבת בפנינו אינה אם ניתן היה למצוא תכליות אחרות, או פשרות אחרות, ראויות אף הן, או אף ראויות יותר. השאלה הינה, אם התכליות המונחות ביסוד החוק – והמשקפות את השקפותיו של המחוקק לפתרון הבעיה החברתית הניצבת בפניו – הן ראויות... שאלת גיוסם של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם היא שאלה חברתית-לאומית סבוכה, אשר הפתרון לה מוטל על שכם הכנסת. הכנסת הציבה לעצמה מספר מטרות. ניתן היה להציב מטרות אחרות. השאלה הניצבת בפנינו אינה אם המטרות אשר הכנסת הציבה לעצמה הן הראויות ביותר. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם המטרות שהכנסת הציבה לעצמה, בשילובן ההדדי, נופלות למיתחם האפשרויות העומד לרשות הכנסת. השאלה שלפנינו אינה אם התכליות שהציב החוק בפניו הן נבונות וטובות. השאלה שלפנינו הינה אם התכליות שקבע המחוקק, בשילובן ההדדי, נופלות לגדר התכליות הראויות שמחוקק רשאי לבחור בהן. תשובתי על שאלה זו היא בחיוב, תהא דעתי שלי באשר למטרות אלה אשר תהא, ענין לנו בשאלה חברתית יסודית; ענין לנו במדיניות חברתית סבוכה. האחריות לגיבושה מוטלת על הרשות המחוקקת". ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 438; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 103, בעמ' 386.

155 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 103.

156 ס"ח 142.

157 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 103, בעמ' 570; פרשת חזן, לעיל ה"ש 105, בעמ' 406: "אין זה מתפקידו לעצב מחדש מדיניות חברתית-כלכלית או להעמידה במבחן הביקורת לגופה, ואף לא לקבוע לה סדר עדיפויות ולשנות את איזוניה הפנימיים... תפקידו המוגדר של בית-המשפט הוא בביקורת שיפוטית על חוקיותן של הפעולות השלטוניות ולא בהערכה ערכית של המדיניות לגופה" (השופטת פרוקצ'יה).

פסקי דין, אין הוא מחליף את שיקול הדעת של הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת) בשיקול דעתו שלו, כי בחינתו של בית המשפט אינה בודקת את תבונתה או את יעילותה של ההחלטה השלטונית אלא את חוקתיותה או חוקיותה. נמצא, כי איננו רשאים להחליט 'מי צודק'. אכן השאלה שבה אנו יכולים, וחייבים, להכריע היא שאלה שונה. היא נגזרת מהמסגרת החוקתית הניצבת בפנינו. השאלה הינה זו: האם התכליות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות הן תכליות ראויות לעניין פסקת ההגבלה.

אכן, בצדק כתב הנשיא מ' שמגר כי בית המשפט אינו נוטל לעצמו –

“תפקיד כללי של מעצב מחדש של התכליות ושל המדיניות הכלכלית או הפיסקלית... דבר זה אינו מוצדק במערכת יחסים חוקתית בריאה בין הרשויות.”¹⁵⁸

בית המשפט פועל במסגרת תפקידו הקלאסי. הוא בוחן אם המטרות שהציב לעצמו המחוקק עוברות את הסף המינימלי של המטרה הראויה הנדרש על ידי החוקה שעה שנפגעו זכויות אדם המוגנות בחוקה. ריברס (Rivers) עמד על מרכיב המטרות ועל המגבלות שהחוקה מטילה על מהותן, ולעניין התפקיד השיפוטי ציין:¹⁵⁹

“The function of the court is simply to filter out those cases in which public bodies limit rights for the sake of a public interest incapable ever of justifying that limitation.”

גישה זו אינה מבוססת על “אי-התערבות” שיפוטית או על הנסגת דעת השופט (deference) כלפי המחוקק. היא נגזרת מהחוקה עצמה. היא ביטוי להפרדת הרשויות. למחוקק יש שיקול דעת רחב בבחירת המטרה, ו“אי-התערבות” של השופט היא ביטוי לחוקתיות הבחירה. תפקיד שיפוטי חשוב הוא באיתור המטרה המונחת ביסוד החוק.¹⁶⁰ המחוקק הוא שקבע אותה; על השופט לחשוף אותה. עניין לנו כאן הן במציאת המטרה הסובייקטיבית שהונחה ביסוד החוק והן בגיבוש המטרה האובייקטיבית. בפעילות הראשונה (מציאת המטרה הסובייקטיבית) ניתן לשופט שיקול דעת מצומצם למדי; לא כן בפעילות השנייה (גיבוש המטרה האובייקטיבית). עם זאת, לא את תפיסתו שלו בעניין המטרה האובייקטיבית השופט מגבש. הוא מגבש את תפיסת החברה, על בסיס ערכי היסוד שלה, כפי השתקפותם בתפיסות העומק של החברה.¹⁶¹

158 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 348.

159 Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 196.

160 ראו לעיל עמ' 300.

161 ראו לעיל עמ' 86.

3. קביעת האמצעים

משקבע המחוקק את המטרות שהוא מבקש להגשים באמצעות החוק עליו לקבוע את האמצעים שבהם ייעשה שימוש. היקף שיקול דעתו של המחוקק בבחירת האמצעים הוא צר משיקול דעתו בבחירת המטרות. הטעם לכך הוא שעם בחירת המטרות, מגוון האמצעים שהמחוקק רשאי לבחור מצטמצם לאלה שיש בהם כדי לקיים את דרישת המידתיות (במובנה הרגיל). אכן, התפקיד השיפוטי לעניין האמצעים הוא בדיקת מידתיותם. בית המשפט אינו בודק אלו אמצעים היה הוא בוחר להגשמת המטרה החקיקתית אלא אם האמצעים שבחר המחוקק הם מידתיים,¹⁶² כלומר: מקיימים את שלושת מבחני-המשנה של המידתיות. היקף שיקול דעתו של המחוקק משתנה במסגרת כל אחד משלושת מבחני-המשנה של המידתיות. הוא הדין בהיקף שיקול דעתו של השופט. אפנה לכל אחד ממבחני-המשנה, ואפתח במבחן הקשר הרציונלי.

4. מבחן הקשר הרציונלי

(א) שיקול הדעת של המחוקק

מבחן הקשר הרציונלי קובע כי האמצעים שבחר המחוקק צריכים להתאים למטרותם, כלומר: שהשימוש בהם יביא להגשמת המטרות. הדרישה אינה לפוטנציאל הגשמה מלא ומוחלט של המטרות אלא לתרומה שאף אם אינה ודאית היא גם אינה שולית.¹⁶³ נדרש כי תונח בפני המחוקק תשתית עובדתית שממנה ניתן להסיק את דבר קיומו של הקשר הרציונלי. ברוב המקרים, דרישה זו לקשר רציונלי מעניקה למחוקק שיקול דעת ניכר.¹⁶⁴ החקיקה צופה פני העתיד. היא מבוססת על פרוגנוזה באשר להתרחשויות עתידיות ועל הערכות שפתרון הוא בחיק העתידי. זאת ועוד: את מטרות החוק ניתן לרוב להגשים בכמה דרכים, שסיכויי הגשמת המטרה בכלן אינם וודאיים אך גם לא שוליים. ריבוי זה של דרכים נובע, בין השאר, מקיומם של כמה משתנים, שהבחירה בכל אחד מהם – על רקע המידע העומד לרשות המחוקק – מקיים את דרישת הקשר הרציונלי. הבחירה ביניהן נתונה לשיקול דעתו.

(ב) שיקול הדעת של השופט

הביקורת השיפוטית בוחנת אם יש קשר רציונלי בין מטרותיו של החוק לבין האמצעים להגשמתן. לשם כך בית המשפט מעיין בתשתית העובדתית שהיוותה בסיס לפרוגנוזה של

162 ראו פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 103, בעמ' 386.

163 ראו לעיל עמ' 376.

164 ראו Humberto Avila, Theory of Legal Principles 118 (2007). ראו גם Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 195.

המחוקק. עליו לקבוע, על פי מבחנים של שכל ישר, אם תשתית זו מבססת את הקשר הרציונלי הנדרש. לאור ריבוי האמצעים להגשמת מטרותיו של החוק, ולאור קיומם של משתנים רבים שהבחירה בהם נתונה למחוקק, אך טבעי הוא ששיקול הדעת השיפוטי לעניין מבחן זה תחום בגבולות צרים ביותר.¹⁶⁵ רק אם העדר הקשר הרציונלי עולה באופן ברור ממכלול הנתונים העובדתיים יקבע בית המשפט כי הקשר הרציונלי אינו מתקיים. על רקע זה ניתן להסביר את העובדה כי מעטים הם פסקי הדין, במרבית שיטות המשפט, המקבלים את הטענה כי חקיקה אינה מקיימת קשר רציונלי למטרות החוק.¹⁶⁶ כמובן, היעדר בסיס עובדתי מוצק לקיומו של קשר רציונלי יילקח בחשבון במסגרת מבחן המשנה השלישי שעניינו המידתיות במובן הצר.

5. מבחן הצורך

(א) שיקול דעת המחוקק

(1) היקף שיקול הדעת החקיקתי

מבחן הצורך מטיל על המחוקק את החובה לבחור, מתוך מגוון האמצעים שניתן לנקוט לשם הגשמתן של המטרות החקיקתיות, באמצעים שפגיעתם בזכויות החוקתיות היא הפחותה.¹⁶⁷ מכוחה של חובה זו אין המחוקק חופשי לנקוט כל אמצעי הנראה לו כראוי. עליו לבחור אך באותם אמצעים המגשימים את מטרות החקיקה שקבע תוך פגיעה פחותה בזכויות החוקתיות. האם קיומה של חובה זו – המבטאת את מבחן הצורך – עולה בקנה אחד עם קיומו של שיקול דעת חקיקתי? האין לומר כי מבחן הצורך שולל מהמחוקק שיקול דעת באשר לאמצעים שעליו לבחור?¹⁶⁸

התשובה הינה כי שלילת שיקול הדעת החקיקתי מתרחשת לעתים רחוקות בלבד. זאת, משום שהמחוקק הוא זה שקובע את המטרה שהוא מבקש להגשים. הוא רשאי לקבוע אותה לפי שיקול דעתו, ברמות שונות של אינטנסיביות. בהנחה שבשתי האפשרויות יתקיים מבחן

165 ראו HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 262 (2006); CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 733 (3.a edicions, 2007).

166 ראו לעיל עמ' 389.

167 ראו לעיל עמ' 391.

168 גישה זו מקובלת הייתה בצרפת, מכוחה של גישה זו נקבע כי מבחן הצורך אינו נלקח כלל בחשבון בקביעת חוקתיות החוק, ראו Decision n° 2007-555 DC (16 août 2007). לאחרונה חל שינוי בגישתו של בית המשפט החוקתי הצרפתי: על-פי הגישה החדשה נכלל מבחן הצורך במסגרת המידתיות החוקתית, ראו Decision n° 2008-562 (21 février 2008); Decision n° 2009-580 (10 juin 2009).

הצורך – הבחירה ביניהן היא בידי המחוקק.¹⁶⁹ בפרשת עדאלה¹⁷⁰ קבע המחוקק כי מטרתו הינה להפחית "ככל האפשר" את הסיכון הביטחוני. על רקע זה בדיקה אינדיבידואלית לא קיימה את מבחן הצורך. המחוקק רשאי היה לקבוע מטרה שונה. הוא רשאי היה לדרוש הקטנת הסיכון הביטחוני "במידת מה". על רקע מטרה זו, בדיקה אינדיבידואלית הייתה עונה על מבחן הצורך.¹⁷¹ המטרה שהמחוקק מבקש להגשים היא בשיקול דעתו, ומבחן הצורך פועל בתוך גדריה. עמד על כך ריברס (Rivers):¹⁷²

"[I]t does not rule out any level of achievement of any legitimate end. For example, it works even in the case of a legislature seeking near-perfect protection for national security, simply asking, given this level of national security, is privacy restricted to the least extent possible? Thus it still leaves as much discretion as a legislature could reasonably want. It allows every level of achievement of every permissible end."

זאת ועוד: החקיקה צופה פני העתיד. אמצעים שונים עשויים להגשימה. כך, למשל, אמצעי אחד הוא יקר יותר אך מהיר להגשמה; אמצעי אחר הוא זול יותר אך אטי יותר. סיכויי ההגשמה אף הם עשויים להיות שונים לעניין כל אמצעי. כל אלה יוצרים שיקול דעת ניכר, ורק השקלול של כל מרכיביו בנקודת זמן נתונה עשוי לתת תמונה באשר להיקף הפגיעה בזכות החוקתית ולעצמתה. שקלול זה עשוי גם שלא להוביל למסקנה ברורה לכאן או לכאן. במצב דברים זה נתון למחוקק שיקול דעת. זהו מתחם שיקול הדעת החקיקתי.¹⁷³ כך, למשל, הפעלת ביקורת ופיקוח על מקצוע עריכת הדין – הפוגע בחופש העיסוק של כל עורך דין – עשויה להתבצע בדרכים שונות. ניתן להפקיד את התפקיד בידי הרשות המבצעת או השופטת; ניתן לחלק את הסמכות בין גורמים שלטוניים שונים; ניתן להקים גוף סטטוטורי עצמאי; ניתן לקבוע את הרכבו של גוף זה באופנים שונים. בכל האמצעים הללו יוצאים ידי חובתו של מבחן הצורך, והבחירה ביניהם נתונה למחוקק.¹⁷⁴

169 ראו DREIER, לעיל ה"ש 165, בעמ' 259.

170 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 103.

171 ראו לעיל עמ' 409.

172 Julian Rivers, *Proportionality and Discretion in International and European Law*, in TRANSNATIONAL CONSTITUTIONALISM: INTERNATIONAL AND EUROPEAN MODELS 107, .114 (Nicholas Tsagourias ed., 2007).

173 ראו להלן עמ' 505.

174 ראו פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 142, בעמ' 797.

(2) פגיעה במידה הסבירה הפחותה ביותר

במקורו קבע מבחן הצורך כי יש לנקוט את האמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה או הקטנה ביותר. זהו, למשל, הניסוח שנקט הנשיא דיקסון (Dickson) בפרשת *Oakes*: "as little as possible".¹⁷⁵ ניסוח דומה בחרתי בפרשת בנק המזרחי המאוחד: "אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר".¹⁷⁶ לאחר הפעלתו של מבחן הצורך בפסיקה הקנדית הוכנס שינוי באמת-מידה זו, ואומצה אמת-מידה של סבירות.¹⁷⁷ כך, למשל, כבר בפרשת *Edwards* – שנפסקה סמוך לאחר פרשת *Oakes* – ציין הנשיא דיקסון כי הפגיעה צריכה להיות: "[A]s little as is reasonably possible".¹⁷⁸ ניסוח דומה של מבחן הצורך התקבל בדרום-אפריקה.¹⁷⁹ שינוי דומה התרחש גם בישראל. בפרשת עדאלה ציינתי לעניין מבחן הצורך את החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה:¹⁸⁰

"החובה היא לבחור, מבין האופציות הסבירות העומדות לרשותה, את זו הפוגעת פחות."

ברוח דומה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי "לא נדרש כי האמצעי יעמוד במבחן זה במידה מוחלטת, אלא במידה סבירה ומידתית".¹⁸¹ תוספת זו של ה"סבירות" על שום מה?¹⁸² מטרתה של תוספת ה"סבירות" הינה להצביע על המרחב של שיקול הדעת החקיקתי.¹⁸³ היא נועדה להצביע על כך שמתקיים חוסר-ודאות באשר לסיכוי ההתגשמות של מטרות החקיקה עקב השימוש באמצעים שהחוק קבע. במקרים רבים, חוסר-ודאות עובדתית זה מונע את האפשרות להצביע על אמצעי אחד ויחיד המגשים את מבחן הצורך. נוצר "מתחם" של מצבים המגשימים את מטרות החקיקה שפגיעתם מעטה. הבחירה בתוך המתחם נתונה למחוקק.¹⁸⁴ עמדה על כך השופטת מקלוקלין (McLachlin):¹⁸⁵

- R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 134 175
 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 436. 176
 ראו לעיל עמ' 348. 177
 R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713, 772 178
 ראו S v. Makwanyane, 1995(3) SA 391, פס' 107 לפסק הדין. 179
 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 103, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק. 180
 בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp (פורסם בנבו, 29.10.2008), פס' 230 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. 181
 Wojciech Sadurski, "Reasonableness" and Value Pluralism in Law and Politics, in REASONABLENESS AND LAW 129 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor & Chiara Valentini eds., 2009). 182
 ראו לעיל עמ' 498. 183
 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 554 (1994); גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית", לעיל ה"ש 65, בעמ' 365. ראו גם לעיל עמ' 382. 184
 פרשת RJR-MacDonald Inc, לעיל ה"ש 27, פס' 160 לפסק הדין. 185

“As the second step in the proportionality analysis, the government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be ‘minimal’, that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement.”

אכן, לא די בכך שניתן להצביע על אמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. כדי שאמצעי זה יקיים את דרישת הצורך, יש להצביע גם על כך שלפחות הפגיעה אין השפעה על הסיכויים להגשמת המטרה. לעתים קרובות אין אפשרות לספק דרישה הסתברותית זו. לעתים קרובות העניין נתון להערכה ולבחירה של אופציות שונות. אלה הן בגדר שיקול דעתו של המחוקק. הנה שתי דוגמאות מפסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי:

(א) חוק קבע כי מי שהורשע בעבירה לפי חוק הבחירות לא יוכל להיבחר לגוף המחוקק במשך תקופה של חמש שנים מאז הרשעתו. נטען כי הוראה זו פוגעת בזכות החוקתית להיבחר וכי הפגיעה אינה מידתית. זאת משום שתקופת הפסילה של חמש שנים אינה פוגעת בזכות החוקתית במידה הפחותה האפשרית. בית המשפט העליון הניח פגיעה בזכות חוקתית. אשר למבחן הצורך בחן בית המשפט את משכה של תקופת הפסילה, וקבע כי התקופה שנקבעה הביאה בחשבון את הרצון שהמועמד לא יוכל להשתתף בבחירות הבאות. נקבעה תקופת פסילה קבועה, שאינה משתנה על פי מועד הבחירות הקרובות, וזאת כדי להבטיח ודאות וכדי לאפשר החזרה של אמן הציבור בהליך הדמוקרטי. בית המשפט החליט כי אין מקום להתערב בתקופה שנקבעה על ידי המחוקק. כתב השופט לה פורה (La Forest) בפסק דינו: ¹⁸⁶

“This court has on several occasions asserted its unwillingness to second-guess the legislature in choosing between acceptable options.”

(ב) חוק קבע איסור על פתיחת בתי עסק ביום ראשון. לחוק נקבע חריג לעניין בתי עסק הסגורים בשבת, שמספר עובדיהם אינו עולה על שבעה ושטחם אינו עולה על המידה שנקבעה. נטען שהחוק פוגע בחופש הדת ושאינו הוא מידתי, בין השאר משום שהוא אינו מרחיב את החריג לכל בתי העסק הסגורים בשבת. בית המשפט העליון קבע כי החוק אכן פוגע בחופש הדת. אשר למבחן הצורך קבע בית המשפט כי החריג מקיים את דרישות

.Harvey v. New Brunswick (Attorney General), [1996] 2 S.C.R. 876, § 47 186

הצורך. בית המשפט מנה בהרחבה את גדריו של החריג והשווה אותן לאמצעי החלופי שהיה פוטר את כל בתי העסק הסגורים בשבת. כך כתב הנשיא דיקסון (Dickson) בדעת הרוב:¹⁸⁷

“I do not believe there is any magic in the number seven as distinct from, say, five, ten, or fifteen employees as the cut-off point for eligibility for the exemption. In balancing the interests of retail employees to a holiday in common with their family and friends against the s. 2(a) interests of those affected the legislature engaged in the process envisaged by s. 1 of the Charter. A ‘reasonable limit’ is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.”

חקיקה אינה מדע מדויק. הגשמת המטרות החקיקתיות נתונה לחוסר-ודאות, וממילא קביעת הגבולות אינה מדויקת. קיים מתחם של שיקול דעת. במסגרתו ניתן לבחור בין כמה אמצעים שכל אחד מהם מקיים את דרישת הצורך. הבחירה נתונה לשיקול דעתו של המחוקק, ובית המשפט לא יחליף שיקול דעת חקיקתי זה בשיקול דעתו שלו.¹⁸⁸ גישה זו אינה ביטוי להנסגת דעת השופט (deference) מפני המחוקק. היא ביטוי לחוקתיות שיקול הדעת של המחוקק, ולהעדרו של שיקול דעת שיפוטי.

(3) “רק שופט ללא דמיון לא ימצא אמצעי שפגיעתו פחותה”

ידועה אמרתו של השופט בלקמן (Blackmun), לפיה:¹⁸⁹

“[F]or me, ‘least drastic means’ is a slippery slope... A judge would be unimaginative indeed if he could not come up with something a little less ‘drastic’ or a little less ‘restrictive’ in almost any situation, and thereby enable himself to vote to strike legislation down.”

דברים אלה, על דמיונו הפורה של השופט, הם ודאי נכונים. עם זאת אין בהם כדי לבטא את מבחן הצורך. זאת משני טעמים. ראשית, השופט בלקמן אינו שואל את השאלה

187 פרשת *Edwards Books*, לעיל ה"ש 178, פס' 147 לפסק הדין.

188 ראו לעיל עמ' 380.

189 *Illinois State Bd. of Elections v. Socialist Workers Party*, 440 U.S. 173, 188 (1979).

הנכונה.¹⁹⁰ כבר ראינו¹⁹¹ שהשאלה שבית המשפט שואל אינה השאלה המופשטת: "האם יש אמצעי סביר שפגיעתו בזכות האדם היא פחותה מזו שהחוק קבעה?", אלא שאלה קונקרטית: "האם יש אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא פחותה מזו שהמחוקק קבעה, ומגשימה את מטרת החוק באותו אופן כמו זו שהחוק קבעה?". תשובה לשאלה זו מתחשבת בסיכויים של הגשמת המטרה במסגרת האמצעים שנקבעו, ובחוסר-הוודאות העובדתית שכרוך בה. שנית, השופט בלקמן אינו מביא בחשבון את מתחם שיקול הדעת החקיקתי, ואף לא את קיומן של כמה אפשרויות סבירות שהבחירה ביניהן נתונה למחוקק ולו בלבד.

(ב) שיקול הדעת של השופט

מבין האפשרויות המקיימות את דרישת הקשר הרציונלי על המחוקק לבחור באפשרות שפגיעתה בזכות החוקתית היא הפחותה. על המחוקק להיעצר באותה דרגה בסולם שתביא אותו להגשמת המטרה במחיר הפגיעה הפחותה.¹⁹² על הטוען לפגיעה בזכותו החוקתית מוטל הנטל לטעון לקיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה ושיש בכוחו להגשים את מטרת החוק.¹⁹³ משהעלה את טענתו, על המדינה לשכנע את בית המשפט על בסיס התשתית העובדתית כי אמצעי זה אינו קיים כלל או שאין בכוחו להגשים את מטרתו.¹⁹⁴ שיקול דעתו של השופט בהקשר זה אינו רחב. על בית המשפט לבחון אם על בסיס התשתית העובדתית שהונחה בפני המחוקק ובפניו, קיימת חלופה המגשימה את מטרת החוק כמו האמצעים שקבע החוק הפוגע ואשר פגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה. הכרעה זו מתבססת, בין השאר, על הפרוגנוזה באשר לסיכויי ההגשמה של מטרת החוק על ידי השימוש באמצעים שקבע. פרוגנוזה זו מבוססת לעתים קרובות על חוסר-ודאות, המבסס כמה חלופות שפגיעתן היא פחותה. הבחירה בין חלופות אלה נתונה למחוקק ולא לשופט.¹⁹⁵

משעוצבה חלופה שיש בכוחה להגשים את מטרת החוק, ההכרעה בשאלה אם היא פוגעת פחות או יותר מהאמצעים שבחר המחוקק נתונה לבית המשפט. אכן, ההכרעה בשאלה מהי האפשרות הפוגעת פחות אינה נתונה למחוקק. היא פרי הפרשנות החוקתית. היא נתונה לשופט.¹⁹⁶ טלו חוק שמטרתו לשמור על שלום הציבור, הקובע חובת לסגור עסק בשעה פלונית ובצדו סנקציה פלילית של מאסר בפועל. המחוקק נמנע מקביעת סנקציה של

190 ראו Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing*, לעיל ה"ש 120.

191 ראו לעיל עמ' 399.

192 ראו לעיל עמ' 392.

193 ראו להלן עמ' 547.

194 ראו PULIDO, לעיל ה"ש 165, בעמ' 759. ראו להלן עמ' 547.

195 ראו Rivers, *Proportionality and Discretion in International and European Law*, לעיל

ה"ש 172, בעמ' 120.

196 ראו לעיל עמ' 406.

ביטול הרישיון (זמני או קבוע) שכן סבר שפגיעתו של ביטול רישיון בחופש העיסוק קשה יותר מסנקציה פלילית של מאסר. השאלה איזו סנקציה פוגעת פחות מאחרות בחופש העיסוק הינה שאלה משפטית. ההכרעה הסופית בה נתונה לבית המשפט.

6. מבחן המידתיות במובן הצר

(א) שיקול הדעת של המחוקק

במסגרת מבחן הקשר הרציונלי ומבחן הצורך יש למחוקק שיקול דעת ניכר. מהו שיקול הדעת הנתון למחוקק בגדרי מבחן המידתיות במובן הצר?¹⁹⁷ התשובה הינה כי שיקול דעת זה צר יותר משיקול הדעת המוענק למחוקק במסגרת מבחני-המשנה האחרים. שיקול דעת זה אינו כולל את ההכרעה בשאלה אם הפגיעה בזכות החוקתית היא מידתית במובן הצר. ההכרעה בחוקתיות האיזון נתונה לבית המשפט. מה נותר אפוא למחוקק? התשובה הינה כי בטרם חקיקה על המחוקק לבחון אם ניתן להשיג את המטרות שקבע באמצעים מידתיים (במובן הצר), כלומר: עליו להעמיד מטרות שניתן להגשימן באמצעים מידתיים. ברוב המקרים המחוקק ניצב בפני כמה מטרות וכמה אמצעים מידתיים. כך, למשל, הוא עשוי למצוא עצמו בפני שתי אפשרויות מידתיות: האחת, שבה הוא משיג פחות תוספת ביטחון במחיר של פגיעה פחותה בזכות חוקתית; והאחרת, שבה הוא משיג יותר תוספת ביטחון במחיר של פגיעה קשה יותר בזכות החוקתית. שתי האפשרויות הן מידתיות (במובן הצר). במצב דברים זה יש למחוקק שיקול דעת באיזו אפשרות לבחור.¹⁹⁸ מובן כי ההנחה הינה ששתי האפשרויות מקיימות את מבחן הקשר הרציונלי ואת מבחן הצורך. ייתכן מצב דברים שבו יש רק אפשרות אחת המאפשרת תוספת מסוימת של ביטחון במחיר של תוספת פגיעה בזכות החוקתית. במצב דברים זה שיקול הדעת של המחוקק הוא אך בשאלה אם לחוקק אם לאו.¹⁹⁹ אם יחליט לחוקק עומדת בפניו רק אפשרות אחת שהיא מידתית במובן הצר.

(ב) שיקול דעת השופט

תפקידו של בית המשפט לבחון אם הבחירה של המחוקק היא מידתית (במובן הצר). הגיע בית המשפט למסקנה כי האמצעי הינו מידתי (במובן הצר) – עליו לקבוע זאת. אין

197 למבחן זה, ראו לעיל עמ' 419.

198 ראו *Rivers, Proportionality and Discretion in International and European Law*, שם, בעמ' 108; *Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review*, לעיל ה"ש 66, בעמ' ROBERT ALEXI, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 414 (Julian Rivers trans., 191 (2002).

199 לשקול הדעת של המחוקק לעניין זה, ראו לעיל עמ' 491.

בכך "אי-התערבות"; אין בכך הנסגת דעת (deference) השופט מפני המחוקק. יש בכך הצהרה כי המחוקק פעל כדין. הגיע בית המשפט למסקנה כי האמצעי אינו מידתי – עליו לקבוע זאת. זהו חלק מתפקידיו. האחריות הממלכתית-חוקתית, בגדרי הפרדת הרשויות, לביקורת האיון הראוי בין תוספת התועלת החברתית בהגשמת המטרה לבין תוספת הנזק לזכות החוקתית היא בידי בית המשפט.²⁰⁰ העובדה שהמחוקק סבר שהאיון שעשה הוא מידתי (במובן הצר) אינה משפיעה. בפרשת מועצת הכפר בית סוריק ציינתי:²⁰¹

"השאלה הינה אם מתווה גדר ההפרדה על פי גישתו של המפקד הצבאי הוא מידתי. המבחן לעניין זה אינו מבחן הסובייקטיבי של המפקד הצבאי. השאלה אינה אם המפקד הצבאי סבר בתום-לב שהפגיעה היא מידתית. המבחן הוא אובייקטיבי. השאלה הינה אם על-פי אמות המידה המשפטיות מתקיימים במתווה של גדר ההפרדה מבחני המידתיות. זוהי שאלה משפטית, שבה המומחיות הינה של בית המשפט... המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו."

דין זה חל לגבי כל סוגי השיקולים של טובת הכלל. הוא חל בין אם השיקולים הם ביטחוניים ובין אם הם כלכליים או חברתיים. יהיו השיקולים אשר יהיו, בית המשפט חייב להכריע על פי שיקול דעתו אם תוספת התועלת לטובת הכלל שקולה כנגד תוספת הנזק הנגרמת לזכות החוקתית. אמת, השופט אינו מומחה לביטחון; אך משהוסברו לו שיקולי הביטחון הוא המומחה באיוןם לעומת הפגיעה בזכות החוקתית.

ג. מתחם המידתיות

1. מהותו

חקיקה כרוכה בהפעלה של שיקול דעת. כאשר החקיקה (או הימנעות ממנה) פוגעת בזכות חוקתית, עליה להיות במסגרת פסקת ההגבלה. עליה להיות מידתית (במובן הרחב).²⁰² חובת המידתיות אינה שוללת את שיקול דעתו של המחוקק; היא אך מצמצמת

200 ראו Jowell, *Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 78, 81.

201 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 845 (2004).

202 על מידתיות במובן הרחב, ראו לעיל עמ' 169.

אותו. עדיין נשאר למחוקק שיקול דעת רחב ביותר באשר לשאלה אם לחוקק. נפלה החלטה לחוקק – נתון בידו שיקול דעת רחב באשר למטרות החקיקה. שיקול דעת זה מצטמצם באשר לבחירת האמצעים להגשמת המטרה. במסגרת זו, שיקול הדעת הוא ניכר באשר לבחירת האמצעים שמקיימים את דרישת הקשר הרציונלי וכן באשר לבחירת האמצעים שיש בהם "צורך", כלומר: שאין חלופה המגשימה את מטרות החקיקה תוך פגיעה קטנה יותר בזכות החוקתית. שיקול דעת זה הוא מצומצם באשר ליחס הראוי בין הגשמת המטרה לפגיעה בזכות החוקתית (מידתיות במובן הצר). הנה כי כן, הדרישה החוקתית כי חקיקה הפוגעת בזכות חוקתית תהא מידתית אינה שוללת את שיקול הדעת החקיקתי. עם זאת, דרישת המידתיות מצמצמת את היקפו של שיקול הדעת. צמצום זה אינו רב, ונותר שיקול דעת רחב למחוקק בבחירת המטרה (הראויה); שיקול דעת זה הוא ניכר בבחירת האמצעים הרציונליים שיגשימו אותה ובבחירת האמצעי שפגיעתו היא הפחותה. שיקול הדעת של המחוקק באשר ליחס המידתי שבין הגשמת המטרה והנזק לזכות החוקתית הוא מצומצם. המסקנה העולה מניתוח זה הינה כי המידתיות מכירה במרחבים של שיקול דעת חקיקתי המקיים את דרישות המידתיות. מרחבים אלה הולכים ומצטמצמים עם התקדמות תהליך הבחירה החקיקתית. הם המקיפים ביותר בשלב ההחלטה אם לחוקק ואם לאו ובשלב בחירתה של המטרה הראויה. משנבחרה המטרה נגזרים מתוכה מרחבים מקיפים לבחירת אמצעים רציונליים ומרחבים ניכרים לבחירת אמצעים שפגיעתם בזכות האדם פחותה. כאשר גם בחירה זו מתקיימת, נגזר מתוך המרחבים הללו מרחב צר למדי באשר ליחס הראוי בין המטרה לפגיעה בזכות החוקתית.

מרחבים משתנים אלה של שיקול הדעת החקיקתי הם מרחבי התמרון של המחוקק. זהו מתחם המידתיות.²⁰³ זהו מרחב שיקול הדעת שלו.²⁰⁴ הוא פרי שיקול הדעת החקיקתי

203 ניתן לכנותו גם "מתחם ההגבלה" או "מרחב הפגיעה", ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 438; בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מב(2) 452, 433 (1998); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 287, 241 (1999); פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 34, בעמ' 780; פרשת מנחם, לעיל ה"ש 104, בעמ' 280; פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 201, בעמ' 840; עע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 812, 782 (2004); פרשת מנור, לעיל ה"ש 103, בעמ' 740; בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 61 (2004); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 103, בעמ' 550; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 62 (2005); בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 10.5.2006); פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 102, פס' 61 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 103, פס' 77 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פס' 30 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פס' 9

בבחירת המטרה ובבחירת האמצעים הפוגעים כדין בזכות החוקתית. עמדה על כך הנשיאה ביניש באחת הפרשות: 205

”ההגשמה של תכליות החקיקה הרלוונטיות. כאשר ישנן אפשרויות שונות שעשויות לעמוד בדרישת המידתיות נתון למחוקק מרחב תמרון חקיקתי, המכונה על ידינו ‘מתחם המידתיות’, שבתוכו יכול המחוקק לבחור את האפשרות הנראית לו. גבולותיו של מתחם התמרון הנתון למחוקק במקרה קונקרטי נקבעים על ידי בית המשפט בהתאם למהות האינטרסים והזכויות העומדים על הפרק.”

מתחם המידתיות נקבע על פי הפירוש הניתן לדרישת המידתיות. הוא נגזר מהחלופות המידתיות שהמידתיות מעמידה. חריגה ממתחם המידתיות משמעותו אי-קיום של דרישות המידתיות כפי שהן עולות מפרשנותה של פסקת ההגבלה. נמצא, כי מתחם המידתיות מתאר מציאות נורמטיבית הנקבעת על ידי דיני המידתיות, והוא נגזר ממציאות זו. אין לראות במבחן המידתיות משום הפחתה של הדרישות המתבקשות מהוראות המידתיות. עמד על כך דוידוב: 206

”מתחם התמרון’ אין משמעותו הפחתה של הסטנדרט, אלא רק ציון העובדה – הברורה מאליה לדידי – כי אם ישנן כמה חלופות אשר עומדות כולן בדרישות חוקי-היסוד, המחוקק רשאי לבחור ביניהן, ובית המשפט לא יתערב בכך.”

על כן, כאשר דבר חקיקה חורג ממתחם המידתיות החוק אינו מידתי, שכן הוא לא קיים את אחד ממרכיבי המידתיות. זאת, בין אם החריגה היא קלה ובין אם החריגה היא ניכרת. דעה זו אינה מקובלת על הכול. בצדק צוין שיש אי-בהירות בפסיקה הישראלית בעניין מתחם

לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 25.3.2007); בג”ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע”מ נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פס’ 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 20.8.2008); ע”פ 6659/06 פלוני נ’ מדינת ישראל, פס’ 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008); בג”ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פס’ 63 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 2.10.2008).

204 ראו Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, לעיל ה”ש 66, בעמ’ 182. ראו גם Michael Fordham & Thomas de la Mare, *Identifying the Principles of Proportionality*, in UNDERSTANDING HUMAN RIGHTS PRINCIPLES 27, 83 (Jeffrey Jowell and Jonathan Cooper eds., 2001).

205 בג”ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ’ שר האוצר, פס’ 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009).

206 דוידוב “ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית”, לעיל ה”ש 65, בעמ’ 365.

ההגבלה.²⁰⁷ לצערי אף אני תרמתי לחוסר בהירות זה. כך למשל, קבעה השופטת ד' ביניש בפרשת מנחם – ואני הסכמתי עמה באותה פרשה – כי "בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המתחם, והוא בלתי מידתי באופן ברור".²⁰⁸ דברים אלה אומצו בפסיקה מאוחרת יותר.²⁰⁹

2. מחוקק ושופט לעניין מתחם המידתיות

גבולותיו של מתחם המידתיות הם הגבולות המפרידים בין המחוקק לשופט:²¹⁰ "קביעת המדיניות הלאומית וגיבושו לדבר חקיקה היא תפקידו של המחוקק. בדיקת חוקתיותה של החקיקה עד כמה שהיא פוגעת בזכויות אדם שבחוק-יסוד היא תפקידו של השופט".²¹¹ גבולות המתחם הזה הם ביטוי לעיקרון בדבר הפרדת הרשויות.²¹² מתחם המידתיות הוא ממלכתו של המחוקק, ואילו השמירה על גבולות המידתיות היא ממלכתו של השופט. במסגרת מתחם המידתיות נתון למחוקק החופש לבחור את המטרות שהוא מבקש להגשים ואת האמצעים שהוא מבקש לנקוט לשם כך. השופט לא ינקוט כל עמדה באשר לבחירה זו. תפקידו הוא בשמירה על גבולות המידתיות, ובמניעת בחירתם של מטרות ואמצעים שאינם מידתיים.²¹³

207 שם, בעמ' 364.

208 פרשת מנחם, לעיל ה"ש 104, בעמ' 280.

209 ראו פרשת צמח, לעיל ה"ש 203, בעמ' 287; פרשת מנור, לעיל ה"ש 103, בעמ' 740; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 103, בעמ' 550; פרשת עיריית באר-שבע, לעיל ה"ש 203, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש; בג"ץ 1953/09 אלואלידי נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 24 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 8.7.2009); פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 204, פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

210 ראו פרשת *Edwards Books*, לעיל ה"ש 178, בעמ' 872. ראו גם *R. v. Secretary of State for the Home Department*, (2002) 3 WLR 481, 502.

211 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 103, פס' 78 לפסק דינו של הנשיא ברק.

212 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 438.

213 שם: "לעתים קרובות ניתן לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה בדרכים שונות. נוצר מעין 'מיתחם הגבלה' (בדומה למיתחם הסבירות), או 'מיתחם הפגיעה'. בית המשפט צריך לשמור על גבולות המיתחם. עליו למשוך ידו מכניסה לגופו של המיתחם. הבחירה בין האפשרויות השונות בגדרי המיתחם היא של המחוקק. עקרון הפרדת הרשויות העניק את תפקיד הבחירה – הוא תפקיד החקיקה – בגדרי המיתחם לרשות המחוקקת. הבחירה בין קווי מדיניות שונים, המקיימים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה, היא בידי המחוקק. השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו אינה מהו החוק אשר מאזן כראוי בין צורכי הכלל והפרט שאותו היה השופט מחוקק אילו היה חבר בבית הנבחרים. השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו היא, אם האיזון שנבחר נופל לגדרו של מיתחם ההגבלה... יש לאפשר למחוקק 'מיתחם של התחשבות' (margin of appreciation) או 'מרחב של שיקול דעת' על גבול מיתחם ההגבלה. יש להכיר בקיומו של מרחב תמרון (reasonable room to manoeuvre) המאפשר למחוקק להפעיל את

בתוך מתחם המידתיות שיקול הדעת של המחוקק הוא רחב ביותר בהחלטה אם לחוקק חוק, והוא צר ביותר בקביעת האמצעים הפוגעים שהיחס בינם לבין הזכות החוקתית הנפגעת הוא מידתי (מידתיות במובן הצר). בשמירה על גבולות המתחם, שיקול הדעת של השופט עומד ביחס הפוך לשיקול הדעת החקיקתי. שיקול הדעת של השופט הוא צר ביותר בכל הנוגע להחלטת המחוקק אם לחוקק, והוא רחב ביותר בכל הנוגע להחלטה אם האמצעים הם מידתיים (במובן הצר).

ראוי לחזור ולהדגיש כי מתחם המידתיות אינו משקף גישה של "חוסר שפיטות"; הוא אינו משקף גישה של הנסגת דעת (deference) של השופט למחוקק; והוא אינו מבוסס על ההנחה כי ייתכן שהפגיעה בזכות האדם אינה מידתית אך בית המשפט לא "תערב" בדבר. נהפוך הוא: מעצם הגדרתו של מתחם המידתיות, ההנחה הינה כי פעולת חקיקה במתחם המידתיות הינה חוקתית – ומטעם זה בית המשפט "מתערב", בודק וקובע שהחוק הוא חוקתי. המושגיות של "מתחם המידתיות" נגזרת מהעיקרון בדבר הפרדת הרשויות. בית המשפט משאיר על כנה את הפגיעה בזכות החוקתית משום שהפגיעה הינה מידתית, ולא משום שהוא "לא מתערב" או מסיג דעתו להכרעת המחוקק. דין דומה חל לעניין "מתחם הסבירות". אף בו פעולה של הרשות השלטונית נשארת בעינה שכן הפעולה היא סבירה ועל כן חוקתית. הבחירה בין מספר אפשרויות סבירות נתונה – על פי עקרון הפרדת הרשויות – לרשות השלטונית הרלוונטיות ולא לבית המשפט.

שיקול-דעתו בבחירה בין תכלית (ראויה) לבין אמצעים (הפוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש). לכל מחוקק יש מרחב סביר של תמרון... קביעת המדיניות החברתית – בין בסוגיות כלכליות ובין בסוגיות אחרות – נתונה למחוקק, ויש להעניק לו מרחב של תמרון חקיקתי. בית המשפט אינו קובע את המדיניות החברתית. עניין זה הוא למחוקק. אך אם המדיניות אינה חוקתית, זהו עניין לשופט. אכן, אם המחוקק חורג ממיתחם הפגיעה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה בעניין זה... " (הנשיא ברק). ראו גם ראו בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט' (5) 1, 13 (1995); פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 103, בעמ' 389; בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד נג' (5) 423, 432 (1999); בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג' (4) 673, 686 (1999); פרשת מנחם, לעיל ה"ש 104, בעמ' 280; פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל ה"ש 201, בעמ' 840; פרשת התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 102, פס' 61 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 103, פס' 77 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 103, בעמ' 551-550: "לעתים ניתן לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה בדרכים אחדות. נוצר מעין 'מיתחם הגבלה'. הבחירה בין האפשרויות השונות בגדר המיתחם היא בידי המחוקק. זהו תפקידו על-פי עקרון הפרדת הרשויות. השאלה אשר השופט צריך לשאול עצמו הינה אם האיוון שבחר המחוקק בין צורכי הכלל והפרט נופל בגדר מיתחם ההגבלה. זהו 'מיתחם של התחשבות' (ה' margin of appreciation) או 'מרחב תמרון' (reasonable room to maneuver) המאפשר למחוקק לבחור, על פי שיקול-דעתו, בין תכלית (ראויה) לבין אמצעים (מידתיים)" (פסק דין הרוב).

ד. מתחם ההתחשבות (Margin of Appreciation)

1. מהותו

בית המשפט האירופי לזכויות האדם פיתח בפסיקתו את המושג "מתחם ההתחשבות". מושג זה התקבל גם בפסיקתו של בית המשפט האירופי, ונדד לבית המשפט הבין-אמריקני לזכויות האדם ולוועדת האומות המאוחדות לזכויות האדם. אין הסכמה על מהותה של דוקטרינת "מתחם ההתחשבות" בספרות הרבה העוסקת בה. אראי-טקאהאשי (Arai-Takahashi) הגדיר את הדוקטרינה בזה הלשון:²¹⁴

"The term 'margin of appreciation' refers to the latitude a government enjoys in evaluating factual situations and in applying the provisions enumerated in international human rights treaties."

דוקטרינה זו מעניקה מתחם של התחשבות לאורגנים המדינתיים (הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת). היא מבוססת, בין השאר, על התפיסה כי בהיעדר רמה אירופית (או בינלאומית) מוסכמת בדבר החשיבות היחסית של טובת הכלל ושל זכויות האדם, יש להתחשב במידת החשיבות הניתנת לעקרונות אלה במדינה שנטען כי חקיקתה פוגעת באופן לא מידתי בזכויות האדם הקבועות במסמכים הבינלאומיים. בפרשת *Handyside*²¹⁵ הרשיע בית משפט אנגלי את הנדיסייד בגין פרסום דבר תועבה (obscenity) בניגוד לחוק האוסר על כך, וזאת משום שפרסם ספר הדרכה וייעוץ בענייני מין לתלמידי בית ספר. בית המשפט האירופי לזכויות האדם דן בשאלה אם בכך נפגעה שלא כדין זכותו של הנדיסייד לחופש הביטוי (הקבועה בסעיף 10 לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד²¹⁶). השאלה הייתה אם האיסור שקבעה הממלכה המאוחדת מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 10(2) לאמנה. במיוחד התעוררה השאלה אם החקיקה האנגלית מבטאת "צורך חברתי לוחץ" (pressing social need) שיש בו כדי להצדיק הגבלה של חופש הביטוי מטעמים של "מוסר ציבורי" (public morals), כקבוע באותה

YUTAKA ARAI-TAKAHASHI, THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE ECHR 2 (2002). ראו גם HOWARD YOUROW, THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE IN THE DYNAMICS OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE (1996); GEORGE LETSAS, A THEORY OF INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2007). לרשימה מקיפה של ספרות

בעניין זה ראו ARAI-TAKAHASHI, שם, בעמ' 1, ה"ש 1.

Handyside v. The United Kingdom, App. No. 5493/72, 1 Eur. H.R. Rep. 737 (1979). 215

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 222. 216

הוראה (סעיף 10(2) לאמנה). בהשיבו על שאלה זו פסק בית המשפט האירופי לזכויות האדם: 217

“[I]t is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterized by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty’ intended to meet them... [I]t is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of ‘necessity’ in this context. Consequently, Article 10 para 2 (art 10-2) leaves to the Contracting states a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator (‘prescribed by law’) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force.”

על יסוד גישה זו – ולאור פסק הדין של בית המשפט האנגלי שהרשיע את הנדיסייד – נדחתה העתירה בבית המשפט האירופי לזכויות האדם.

2. מתחם ההתחשבות ומתחם המידתיות

הדוקטרינה של מתחם המידתיות משקיפה על חוקתיות הגבלתה של זכות מנקודת מבט לאומית.²¹⁸ היא קובעת את מערכת הנתונים העובדתיים והנורמטיביים שקיומם מתיר פגיעה בזכות חוקתית. לעומתה, הדוקטרינה של מתחם ההתחשבות משקיפה על חוקתיות הגבלתה של זכות מנקודת המבט של השופט הבינלאומי. היא קובעת את מערכת הנתונים העובדתיים והנורמטיביים שקיומם מתיר לשופט הבינלאומי לתת משקל נכבד להכרעה העובדתית והנורמטיבית של האורגנים הלאומיים. על רקע זה ניתן לראות את המשותף והמבדיל בין הדוקטרינות.

המשותף להן הוא, בין השאר, ששתיהן עוסקות בנתונים העובדתיים והנורמטיביים שבהתקיימם מתאפשרת פגיעה בזכות חוקתית. שתי הדוקטרינות עוסקות אפוא, בין השאר,

217 פרשת *Handyside*, לעיל ה"ש 215, פס' 48 לפסק הדין.

218 ראו לעיל עמ' 505.

בנתונים העובדתיים שביסוד החקיקה הלאומית ובפרוגנוזה של מימושם. כן עוסקות שתי הדוקטרינות בחשיבות היחסית של מידת התועלת החברתית שבהגשמת המטרה החקיקתית לעומת מניעה של תוספת הנזק לזכות החוקתית.

השוני בין שתי הדוקטרינות מתבטא, בין השאר, בכך שמתחם המידתיות עוסק בנתונים העובדתיים והנורמטיביים הרלוונטיים במסגרת המשפט הלאומי. לעומתו, מתחם ההתחשבות עוסק בנתונים העובדתיים והנורמטיביים הרלוונטיים במסגרת המשפט הבינלאומי כגון האמנה האירופית לזכויות האדם.²¹⁹ לעתים יש שוני מהותי בין שתי מערכות דינים אלה. שוני זה מתבטא במלוא עצמתו לעניין האיזון בין תוספת התועלת לטובת הכלל לבין תוספת הנזק לזכות החוקתית בגרדי המידתיות במונח הצר. מתחם המידתיות משקף איזון זה במשפט הלאומי.²²⁰ הוא מבטא, בין השאר, את החשיבות היחסית של ההגנה על זכות האדם שנפגעה במשפט הלאומי. לעומת זאת, מתחם ההתחשבות מבטא את החשיבות היחסית של ההגנה על זכות זו במשפט הבינלאומי. זאת ועוד: מתחם המידתיות מבטא את הגבול החוצץ בין שיקול דעתו של המחוקק הלאומי לבין שיקול דעתו של השופט הלאומי.²²¹ הוא נגזר מהעיקרון בדבר הפרדת הרשויות. לעומת זאת, מתחם ההתחשבות מבטא את הגבול החוצץ בין שיקול הדעת של האורגן הלאומי – המחוקק, המבצע, השופט – לבין זה של השופט הבינלאומי. הוא אינו קשור כלל לעיקרון בדבר הפרדת הרשויות, אלא נגזר מהמעמד המיוחד של המשפט הבינלאומי (כגון האמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם והחירויות היסודיות) ביחס למשפט הלאומי. על כן, ביחסים שבין השופט הלאומי לבין השופט הבינלאומי יחול מתחם ההתחשבות, בעוד מתחם המידתיות אינו רלוונטי ליחסים ההדדיים בין הערכאות השיפוטיות הלאומיות.

על רקע הדמיון והשוני בין שתי הדוקטרינות קמה ועולה השאלה בדבר מקומו של מתחם ההתחשבות במשפט הלאומי (המקומי). עיון בדוקטרינה זו חשוב באשר היא מסבירה את הפסיקה הבינלאומית. בכך היא תורמת למשפט ההשוואתי.²²² דוקטרינה זו מאפשרת לשופט הלאומי, המודע למתחם ההתחשבות, להבין באופן עמוק יותר את תפקידו שלו בגרדי מתחם המידתיות. בכך מסתיימת חשיבותה של הדוקטרינה הבינלאומית בדבר מתחם ההתחשבות עבור השופט הלאומי.²²³ במסגרת המשפט הלאומי תחול אך הדוקטרינה של מתחם המידתיות. ביסוד פסיקתו של השופט הלאומי מונח האיזון בין טובת הכלל לבין זכויות הפרט בשיטתו שלו. אמת, הוא יעשה ככל שביכולתו שלא להכיר באיזון הנופל מזה המוכר על פי המשפט הבינלאומי. עם זאת הוא ישאף לאיזון אופטימלי המשקף את ערכיה וצרכיה של החברה שבה הוא חי.

- 219 ראו *Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 175.
- 220 ראו לעיל עמ' 505.
- 221 ראו לעיל עמ' 508.
- 222 על מקומו של המשפט ההשוואתי בפרשנות החוקתית, ראו לעיל עמ' 91.
- 223 ראו *Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 175.

פרק חמישה-עשר

מידתיות בזכויות חוקתיות חיוביות

א. הזכויות החוקתיות החיוביות

1. מהותן של הזכויות החוקתיות החיוביות

הגישה הקלאסית לזכויות החוקתיות – וממילא גם תפקידן המקורי – גורסת שתפקידן להגן על הפרט מפני פעולות השלטון.¹ הן נועדו למנוע מהשלטון לפגוע בפרט ומכאן כינוין "זכויות שליליות" או "זכויות לאי-פעולה" (status negativus).² הביטוי הלשוני הניתן לזכויות אלה הוא בניסוח דוגמת "אין פוגעים",³ "אין נוטלים"⁴ או "אין מגבילים".⁵ במשך השנים התברר כי תפיסת הזכויות החוקתיות כזכויות שליליות היא צרה מדי. הודגש הצורך להכיר בתפקיד הכפול של השלטון באשר לזכויות חוקתיות: מחד גיסא על השלטון להימנע מפגיעה בזכויות החוקתיות. זהו ההיבט השלילי; מאידך גיסא על השלטון להגן על הזכויות החוקתיות. הגנה זו מאופיינת בשניים: הראשון עניינו חובתה של המדינה לנקוט אמצעים שיאפשרו לפרט להגשים את זכותו החוקתית. כך, למשל, על המדינה להגן על מפגינים מפני קהל עוין. על כן עליה "להקצות, בגבולות הסביר ובהתחשב באמצעים העומדים לרשותה ובסדרי העדיפויות שייקבעו על-ידה, את המשאבים הנדרשים על מנת לאפשר את מימושה של הזכות לחופש הביטוי וההפגנה".⁶ השני עניינו חובתה של המדינה למנוע מפרטים אחרים לפגוע בזכות החוקתית.

1 ראו Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 138 (Georg Nolte ed., 2005); ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 289 (Julian Rivers trans., 2002).

2 ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית* 361 (1993).

3 ראו ס' 2, 3, (3)7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

4 שם, בס' 5.

5 שם.

6 בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006). ראו גם בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 477, 464 (2005).

על רקע הכרה זו החלה להתגבש ההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות או בזכויות חוקתיות לפעולה (status positivus).⁷ תוכנן של אלה הוא חובתו של השלטון לפעול להגנה על הפרט. הביטוי הלשוני הניתן להן הוא בניסוח דוגמת "זכאי להגנה".⁸ הזכויות החוקתיות החיוביות מבוססות על התפיסה כי "השלטון... מחויב לשרת את הציבור – להבטיח שלום וסדר; לספק שירותים חיוניים; להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח".⁹

2. זכויות חוקתיות חיוביות במשפט המשווה

ההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות נפוצה בחוקות המודרניות. היקפה של ההכרה משתנה מחוקה לחוקה. ההכרה המקיפה ביותר – המשתרעת על כל הזכויות החוקתיות – מופיעה בחוקה של דרום-אפריקה. סעיף 7(2) לה קובע:¹⁰

"The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights."

"respect" משמעו שלא לפגוע בזכויות החוקתיות; זהו היבט השלילי של הזכויות. "protect" משמעו הגנה על הזכויות החוקתיות; זהו היבט החיובי של הזכויות. "fulfil" משמעו להגשים את חובת המדינה על פי הזכויות החוקתיות כגון החובה לנקוט צעדים חוקיים סבירים, במסגרת האמצעים הקיימים, לקידום הגשמתן של זכויות חברתיות וכלכליות שונות.¹¹ הכרה בזכויות חוקתיות חיוביות (schutzpflicht) המשתרעת על כלל הזכויות החוקתיות מקובלת גם בגרמניה.¹² בשתי שיטות אלה ניתן לדבר אפוא על ההיבט השלילי וההיבט החיובי של כל אחת מהזכויות החוקתיות.

7 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 364.

8 ראו ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

9 השופט זמיר בבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 320, 289 (1998).

10 ס' 7(2) לחוקתה של דרום-אפריקה. לפירושה של הוראה זו, ראו Lourens du Plessis, *Interpretation in Constitutional Law of South Africa*, Chapter 32-121 (Stuart Woolman et al. eds., 2008).

11 ראו חוקתה של דרום-אפריקה: הזכות לדיור (ס' 26); הזכות לבריאות, מזון, מים וביטחון סוציאלי (ס' 27); הזכות לחינוך (ס' 29). ראו גם Sandra Liebenberg, *The Interpretation of Socio-Economic Rights, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, Chapter 33 (Stuart Woolman et al. eds., 2006).

12 ראו KONRAD HESSE, *GRUNDZÜGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND* § 350 (1988); MICHAEL SACHS, *GG VERFASSUNGSRECHT II GRUNDRECHTE* 44 (2003); HORST DREIER, *GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR* 265 (2006); BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, *GRUNDRECHTE, STAATSRECHT II*, § 58 (2006); Donald P. Kommers, *Germany: Balancing Rights and Duties, in INTERPRETING*

ברבות משיטות המשפט אין חפיפה מלאה בין ההיבט החיובי לבין ההיבט השלילי. מוכרת ההבחנה הבסיסית בין זכויות חוקתיות חיוביות לזכויות חוקתיות שליליות, ומוכרות כמה זכויות חוקתיות חיוביות. זה המצב המשפטי על פי האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות יסוד.¹³ בפסיקתו הכיר בית המשפט האירופי לזכויות האדם¹⁴ בחובתה של המדינה לחקור מעשי הריגה;¹⁵ לתת לעצור נימוקים למעצרו;¹⁶ לתת הגנה משפטית לנאשמים חסרי אמצעים;¹⁷ להעניק הכרה מגדרית למי שעברו טיפול לשינוי מין;¹⁸ להקצות אמצעים משטרתיים סבירים להגנה על גופים העוסקים באספקת מידע כנגד מי שמבקשים שלא כדין ובכוח למנוע מהם מלבצע את תפקידם.¹⁹ זה המצב בחוקות רבות המכירות בזכויות חוקתיות, חברתיות וכלכליות, המנוסחות לרוב כזכויות חיוביות.²⁰ כמה שיטות משפט מפרשות את חוקתן באופן שאינו מכיר בזכויות חיוביות. זה המצב במשפט האמריקני. הגישה הפרשנית המקובלת שם היא שמגילת זכויות האדם האמריקנית כוללת זכויות שליליות בלבד.²¹ בית המשפט העליון סירב לקרוא אותה כמטילה חובות על המדינה כלפי הפרט.²² ביקורת רבה נמתחה על פסיקה זו²³ ואף הוצע לשנות את המצב המשפטי בדרך של שינוי חוקתי.²⁴

- CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY 83 (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006); Javier Barnes, *The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration*, in Grimm ; SCHÄFFER ET AL., CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN EUROPE (2008) לעיל ה"ש 1. ראו 13 ALASTAIR MOWBRAY, THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2004).
- ראו 14 MOWBRAY, שם, בעמ' 2.
- ראו 15 Kelly v. UK, ECHR, App. No. 30054/96.
- ראו 16 Fox, Campbell & Hartley v. UK, ECHR, App. No. 12244/86.
- ראו 17 Artico v. Italy, ECHR, App. No. 6694/74.
- ראו 18 Christine Goodwin v. UK, ECHR, App. No. 28957/95.
- ראו 19 Ozgur Gundem v. Turkey, ECHR, App. No. 22492/93.
- ראו 20 SANDRA FREDMAN, HUMAN RIGHTS TRANSFORMED: POSITIVE RIGHTS AND POSITIVE DUTIES (2008); H. SHUE, BASIC RIGHTS 155 (2nd ed., 1996).
- ראו 21 Jackson v. City of Joliet, 715 F. 2d 1200, 1203 (1982), בו תיאר השופט פוזנר (Posner) את מגילת זכויות האדם האמריקנית: "[I]s a charter of negative rather than positive liberties... The men who wrote the Bill of Rights were not concerned that Government might do too little for the people but that it might do too much to them".
- ראו 22 Seth F. Kreimer, *Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State*, 132 U. PA. L. REV. 1293 (1984); Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEX. L. REV. 1363 (1984); Laurence H. Tribe, *The Abortion Funding Conundrum: Inalienable Rights, Affirmative Duties, and the Dilemma of Dependence*, 99 HARV. L. REV. 330 (1985); Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services, 109 S. Ct. 998 (1989); Webster v. Reproductive Health Services, 109 S. Ct 3040 (1989).

3. זכויות חוקתיות חיוביות במשפט הישראלי

חוקי היסוד בדבר זכויות האדם בישראל אינם כוללים הוראה בדומה לזו המצויה בחוקתה של דרום אפריקה, המכירה בהיבט החיובי של כל הזכויות המנויות בהם. עם זאת, שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם כוללים "פסקת כיבוד". נקבע בה: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה."²⁵ האם ניתן לראות בהוראה זו משום הכרה בחובת עשה בכל הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקי היסוד? התשובה לשאלה זו אינה נקייה מספיקות. ניתן לומר כי חובת הכיבוד משמעותה החובה שלא לפגוע בזכויות החוקתיות, והחובה להגן עליהן. כאשר הרשות השלטונית מודעת לכך שצדדים שלישיים פוגעים בזכותו החוקתית של הפרט כלפי הרשות השלטונית, או שבנסיבות העניין עליה להיות מודעת לכך, והיא אינה עושה דבר, אין היא מכבדת את הזכות החוקתית כנדרש ממנה בפסקת הכיבוד. כנגד זאת ניתן לומר כי פסקת הכיבוד מטילה על רשויות השלטון את החובה לכבד את הזכויות החוקתיות על פי ההיקף שניתן להן בסעיפים השונים. על פי גישה זו פסקת הכיבוד מפנה לחובות המצויות בזכויות עצמן, ואינה מטילה חובת כיבוד שאינה חלק מפרשנותן החוקתית של הזכויות עצמן. נמצא כי פסקת הכיבוד היא פסקת "תחולה" – כאמור בהערת השוליים לסעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולסעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק – ואין היא פסקה הקובעת את תוכנה של הזכות החוקתית. מבין שני פירושים אלה נראה לי השני כמשקף את המבחן הנכון של פסקת הכיבוד. האם משמעות הדבר הינה כי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם מכירים בזכויות חיוביות? מסקנה זו מרחיקת לכת היא. נפתח בהוראות בעניין כבוד האדם. זכות זו – או אגד זכויות זה – חיים, גוף וכבוד האדם – מוסדר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשני סעיפים. סעיף 2 קובע:

"אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

זהו ההיבט השלילי של כבוד האדם. סעיף 4 קובע:

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

- 23 ראו David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986); Susan A. Bandes, *The Negative Constitution: A Critique*, 88 MICH. L. REV. 2271 (1989).
- 24 ראו CASS R. SUNSTEIN, *THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER* (2004).
- 25 סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

זהו ההיבט החיובי של כבוד האדם. מכוחו מוטלת על רשויות השלטון החובה להגן על החיים, הגוף והכבוד מפני פגיעה בהם על ידי צדדים שלישיים. באחת הפרשות שדנה בזכות לכבוד ציינתי:²⁶

”שני ההיבטים (ה'שלילי' (הפסיבי) וה'חיובי' (האקטיבי) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד, כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר... איסור הפגיעה בכבוד וחובת ההגנה על הכבוד מטילים שניהם חובות משמעותיות על המדינה ועל הפרטים החיים בה.”

על רקע זה נפסק בישראל כי הזכות לכבוד משתרעת על “הקיום החומרי, הנדרש לצורך מימוש הזכות לכבוד. בראייה זו, זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לנהוג את חייו הרגילים כבן-אנוש, בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל. זוהי התפיסה, לפיה הזכות לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים, שיאפשרו לו להתקיים בחברה בה הוא חי.”²⁷ ברוח זו נפסק באחת הפרשות כי “כבודו של העותר כאדם מחייב דאגה לקיום מינימלי בכבוד.”²⁸ בפרשה אחרת נפסק:²⁹

”כבודו של האדם כולל בחובו... הגנה על מינימום הקיום האנושי... אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע.”

בפרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נפסק ברוב דעות:³⁰

”מחובת המדינה על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי-האמצעים בחברה, כך שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי. במסגרת זו עליה להבטיח שלאדם יהיה די

- 26 פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 27 שם, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 28 בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.1994).
 29 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001) (השופט ברק). ראו גם ע"א 5368/01 אלוני נ' זנד טל מכוני תערוכת בע"מ, פ"ד נז(3) 577, 579 (2003); רע"א 5368/01 יהודה נ' תשובה, פ"ד נח(1) 214, 221 (2003); ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' ריזו, פ"ד נח(3) 934, 942 (2004); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518 (2004); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 738 (2004); בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט(4) 70 (2004).
 30 פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 6, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק.

מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים, בו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר: תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות, שיבטיחו לו נגישות ליכולות הרפואה המודרנית.

דעת המיעוט של השופט א' לוי סברה כי הזכות לכבוד רחבה יותר והיא כוללת בהיבט החיובי את הזכות "לתנאי מחייה נאותים".³¹ בחינתן של דעות נוגדות אלה חורגת ממסגרת ספר זה.

בישראל נפסק כי כבוד האדם כולל היבטים מסוימים של חופש ביטוי.³² על רקע זה נפסק כי "חובתה של המדינה בהיבט ה'חיובי' של הזכות לחופש הביטוי ולהפגנה משמעה, בין השאר, חובתה לאפשר את מימושה של הזכות להפגנה על ידי אבטחתה ושמירת הסדר הציבורי במהלכה".³³

שאלה שטרם נפתרה בישראל היא היקף תחולתן של הזכויות החיוביות בגדרי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. השאלה היא אם יש לזכויות השונות המנויות בחוקי היסוד – פרט לזכות לחיים, לגוף ולכבוד – לא רק היבט שלילי אלא גם היבט חיובי. חלקן של הזכויות מנוסח בלשון שלילית כגון ההוראה לפיה "אינן נוטלים ואינן מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".³⁴ זכויות אחרות מנוסחות בלשון ניטרלית כגון ההוראה לפיה "כל אדם חופשי לצאת מישראל".³⁵ האם ניתן לגזור מלשון זה היבט חיובי? שאלה זו התעוררה במשפט המשווה ולפתרונה נפנה עתה.

4. המקור המשפטי לזכויות חוקתיות חיוביות

(א) לשון החוקה ופרשנותה

הזכויות החוקתיות החיוביות זוכות לעיסוק רב. תרם לכך העניין ההולך וגובר בזכויות החוקתיות החברתיות והכלכליות, שבמהותן הן זכויות חיוביות. טעם נוסף לעניין הרב בזכויות החיוביות הוא הגברת הסכנות לפרט ממקורות שאינם שלטוניים. הסכנות לפרט

- 31 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט לוי.
 32 ראו ע"א 105/92 ראם מהנדסים וקבלנים נ' עיריית נצרת עלית, פ"ד יז(5) 189, 201 (1993);
 עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 157 (1996); רע"א 10520/03 בן
 גביר נ' דנקנר, פס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 12.11.2006); פרשת מטה
 הרוב, לעיל ה"ש 6; בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה
 (פורסם בנבו, 20.8.2008).
 33 פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 6, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 34 ס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ס' 3 ("אינן פוגעים בקנינו של אדם"); ס' 7(ד)
 ("אינן פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו").
 35 ס' 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ס' 7(א) ("כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת
 חייו").

מהטכנולוגיה המודרנית המשמשת את המסחר הפרטי – כגון איסוף נתונים על הפרט על ידי חברות פרטיות – הן לעתים גדולות מהסכנה לפרט מהשלטון. זאת ועוד: תהליך ההפרטה משחרר את המדינה מחובותיה השליליות בלא שהוא מטיל תמיד חובות אלה על הסקטור הפרטי. כדי להגן על הפרט במצב דברים זה יש צורך להכיר בחובתה החיובית של המדינה בתחומים שבהם בעבר הוטלה עליה חובה שלילית בלבד.³⁶ עד כמה שמבקשים להעניק לזכויות החוקתיות החיוביות מעמד חוקתי, יש למצוא את מקורן בחוקה עצמה. מקור זה יכול להיות הוראה כללית דוגמת סעיף 7(2) לחוקה של דרום-אפריקה,³⁷ המעניקה היבט חיובי לכל הזכויות החוקתיות. בהיעדר הוראה כללית ניתן להעניק לזכויות החיוביות מעמד חוקתי בגדריהן של הזכויות השונות באמצעות הוראות מפורשות לעניין זה; דוגמה לכך היא סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מה הדין אם חוקה אינה כוללת הוראה כללית בעניין ההיבט החיובי ואף אין בה הוראות מפורשות המעוגנות בכל הזכויות השונות? מה דין שתיקתה של החוקה בדבר ההיבט החיובי של זכות זו או אחרת? האם ההוראה לפיה "כל אדם חופשי לצאת מישראל"³⁸ מטילה על המדינה אך את החובה השלילית להימנע מלהפריע מאדם לצאת מישראל או גם את החובה החיובית לסייע לו בכך?

התשובה לשאלה זו היא פרשנית. כפי שראינו,³⁹ פרשנותן של זכויות האדם במגילת הזכויות האמריקנית הובילה את בית המשפט העליון האמריקני למסקנה שמגילת הזכויות האמריקנית כוללת זכויות שליליות בלבד. תרם לכך בוודאי הניסוח השלילי (Congress shall make no law⁴⁰) של רבות מהזכויות; אך מה דינן של זכויות המנוסחות בלשון ניטרלית כגון ההוראה לפיה מוכרת הזכות "to have the assistance of counsel for his defence".⁴¹ בהיעדר הוראה מפורשת בחוקה בעניין הזכויות החוקתיות החיוביות או ההיבט החיובי של הזכויות יש לבחון אם ניתן להכיר בהוראות משתמעות⁴² בעניין זה. ייאמר מיד: עצם העובדה שכמה זכויות כוללות הוראות מפורשות בדבר היבט חיובי אינה צריכה בהכרח להתפרש – מבחינת מלשון הן נשמע לאו – כהסדר שלילי לגבי הזכויות האחרות. כל זכות והטעמים המונחים ביסודה.⁴³ טלו, למשל, את חופש הביטוי המהווה זכות חוקתית עצמאית במרבית שיטות המשפט. הטעמים המונחים ביסודה של זכות זו מובילים למסקנה שחובת המדינה אינה רק להימנע מהפרעה לחופש הביטוי אלא גם לסייע בהגשמתו של חופש זה. מסקנתי הינה אפוא, כי עצם העובדה שסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

36 ראו Grimm, לעיל ה"ש 1, בעמ' 147.

37 ראו לעיל עמ' 514.

38 ס' 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

39 ראו לעיל עמ' 515.

40 התיקון הראשון לחוקה האמריקאית.

41 התיקון השישי לחוקה האמריקאית. ראו Currie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 873.

42 על הוראות משתמעות, ראו לעיל עמ' 80.

43 על ההסדר השלילי, ראו לעיל עמ' 175.

קובע זכות חיובית להגנה על החיים, הגוף והכבוד, אינה צריכה להתפרש כהסדר שלילי לעניין ההיבט החיובי של הזכויות האחרות. חוזרת השאלה למקומה: מהו המקור להכרה בזכויות החוקתיות החיוביות או בהיבט החיובי? ניתן לומר כי שתיקתה של חוקה בעניין הזכויות החוקתיות החיוביות היא חסר המחייב השלמה.⁴⁴ גישה זו לא תועיל בחוקות שאינן מכירות באפשרות זו. לעתים ניתן לגזור את ההיבט החיובי מהזכות לשוויון, כפי שההפליה המתקנת עושה.⁴⁵ אך מה הדין כאשר כל אלה אינם מועילים?

(ב) האופי האובייקטיבי של הערכים כבסיס להיבט חיובי

הזכויות החוקתיות אינן רק זכויות סובייקטיביות כלפי המדינה. הן גם ערכים או עקרונות חוקתיים אובייקטיביים,⁴⁶ המשמשים בסיס להטלת חובה על המדינה לפעול.⁴⁷ כך, למשל, הערך האובייקטיבי של חופש הביטוי מטיל על המדינה לא רק את החובה החוקתית לא לפגוע בחופש הביטוי אלא גם את החובה להגן עליו. בדומה, הזכות החוקתית (הסובייקטיבית) לחיים מעצבת ערך (אובייקטיבי) של שלמות החיים, שממנו ניתן להסיק כי הזכות החוקתית לחיים אינה רק זכות סובייקטיבית בעלת היבט שלילי אלא יש לה גם היבט אובייקטיבי.⁴⁸ טול למשל את הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט. חוק היסוד קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".⁴⁹ ההיבט השלילי מחייב את המדינה שלא לפגוע על ידי פעולותיה שלה בפרטיות ובצנעת החיים של האדם. ההיבט החיובי מחייב את הרשות השלטונית למנוע פגיעה בפרטיות ובצנעת החיים על ידי צדדים שלישיים. במיוחד כך שדבר הפגיעה בפרטיות ובצנעת החיים על ידי צדדים שלישיים ידוע למדינה, והיא נמנעת ממתן הגנה על הקניין. גישה פרשנית זו תחול כמובן רק במקום שהיא אינה נוגדת את הטקסט החוקתי. כך הדבר לעניין פרטיות וצנעת הפרט. מכוחה של זכות זו מוטלת על הרשות השלטונית החובה שלא לפגוע בפרטיותו של אדם ובצנעת פרטיו. נראה לי כי ניתן להוסיף ולקבוע כי הזכות לפרטיות ולצנעת החיים של אדם כנגד הרשות השלטונית משתרעת גם על חובתה למנוע מצדדים שלישיים מלפגוע בפרטיותו של אדם ובצנעת חייו. בהיעדר הגנה זו לא מתממשת ההוראה החוקתית לפיה כל אדם "זכאי לפרטיות ולצנעת חייו." גישה שונה תתכן לעניין החירות האישית, לפיה "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם."⁵⁰ חובה זו מוטלת על הרשויות השלטוניות. הטקסט מקריין משמעות שלילית. המדינה חייבת

44 על החסר והשלמתו, ראו לעיל עמ' 82.

45 ראו FREDMAN, לעיל ה"ש 20, בעמ' 3.

46 ראו לעיל עמ' 342.

47 ראו פסק הדין הראשון של בית המשפט החוקתי הגרמני בעניין הפלות: BVerfGE 39, 1 (1975).

48 ראו Grimm, לעיל ה"ש 1, בעמ' 147.

49 סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

50 סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שלא ליטול או להגביל את חירותו של אדם. ספק אם לשון הטקסט מאפשרת הכרה בחובה חיובית להגן על החירות האישית מפני העוולות של צדדים שלישיים. תפיסה זו היא במהותה פרשנית. יש בכוחה להעניק ללשונן של הזכויות החוקתיות מובן חיובי ובכך להכיר בהיבט חיובי. זאת ניתן לעשות כאשר לשונה של הזכות החוקתית היא ניטרלית; אך כאשר לשונה של הזכות החוקתית היא שלילית – כיצד זה יכולים הערכים האובייקטיביים לחלץ מהלשון השלילית היבט חיובי? ודאי שאין בכוחם ליצור זכות חוקתית חיובית כאשר זכות חוקתית כלל אינה קיימת.

לדעתי, הצורך בזכויות החיוביות הוא רב. יש מקום לשינויים חוקתיים כדי לממש את הדרך לכך הורתה החוקה של דרום-אפריקה.⁵¹ בכך ניתן יהא להתגבר על הלשון השלילית בזכויות השונות. בכך לא די. הזכויות החברתיות והכלכליות המבוססות על חובת העשה של המדינה מחייבות תיקון חוקתי שיכיר בהן במפורש. אין כל אפשרות לגזור אותן, במלוא היקפן, ממרבית הזכויות החוקתיות האזרחיות והפוליטיות.⁵² מובן שכל שיטת משפט תצטרך לנקוט עמדה ברורה אם היא מעוניינת בשינוי חוקתי זה. אין אפשרות להטילו על שכמי הרשות השופטת.

5. היבט חוקתי חיובי וזכות חוקתית חיובית

האם כל היבט חוקתי חיובי משמעו קיומה של זכות חוקתית חיובית? האם ניתן להכיר בהיבט חיובי בלא להכיר בזכות חיובית? טלו את פרשת ההפלות הראשונה בבית המשפט החוקתי הגרמני.⁵³ המחוקק הגרמני קבע כי אם הפלה נערכת בתוך שניים-עשר השבועות הראשונים של ההיריון על ידי רופא הכשיר לכך ובהסכמת האשה, אין היא גוררת אחריות פלילית. בית המשפט החוקתי קבע – על בסיס פנייה של מספר חברי הפרלמנט – כי החוק אינו חוקתי שכן הוא פוגע בכבודו של העובר. הוטלה על המחוקק חובה לחוקק חוק חדש שיבטיח את כבוד האדם של העובר באמצעות חקיקה פלילית מתאימה. העתירה הוגשה על ידי חברי הפרלמנט במסגרת ביקורת שיפוטית מופשטת (abstract judicial review).⁵⁴ פסק הדין לא קבע כי לעובר נתונה זכות חוקתית שכן כלל לא נקבע שהעובר הוא נושא של זכויות וחובות.

51 ראו לעיל עמ' 514.

52 ראו פרשת אטרי, לעיל ה"ש 28; פרשת גמזו, לעיל ה"ש 29; פרשת אדם טבע ודין, לעיל ה"ש 29; פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 3; ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 423-422. אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 139-138 (2004).

53 ראו BVerfGE 39, 1 (1975). בעקבותיה באה פרשת ההפלות השנייה: BVerfGE 88, 203 (1993).

54 על הביקורת השיפוטית המופשטת במשפט החוקתי הגרמני, ראו DONALD KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 13 (2nd ed., 1997). על הביקורת השיפוטית בבתי המשפט החוקתיים באירופה, ראו VICTOR FERRERES, COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES 66 (2009).

האם לפנינו חובה חוקתית המוטלת על המדינה בלא שעומדת נגדה זכותו החוקתית של מאן דהוא? התשובה היא בשלילה. כנגד חובתה החוקתית של המדינה עומדת זכותו החוקתית של הפרט.⁵⁵ שאלה אחרת היא אם בגדרי התרופות בגין אי-קיום החובה יוכרו חובתו של המחוקק לחוקק וזכותו החוקתית של הפרט לדרוש חקיקה זו. שאלה זו טרם התבהרה בפסיקה הגרמנית.⁵⁶ על פי הגישה המקובלת, התשובה לכך חיובית. האם שאלות אלה – היש חובה ללא זכות, היש חובה לחוקק – מצביעות על כך שהזכויות החוקתיות החיוביות שונות מבחינה "גנטית" מהזכויות השליליות? שאלה זו התעוררה במלוא חריפותה בדיון על אודות הזכויות החוקתיות החברתיות והכלכליות. נטען כי לאור אופיין המיוחד של הזכויות החוקתיות החיוביות – ובעיקר הקשר הישיר בין חובת המדינה לתקציב המדינה – הן אינן שפיטות,⁵⁷ שכן אין זה ראוי שהשופטים יחייבו את המחוקק לבצע פעולות המשנות את הקצאת המקורות הכספיים במדינה. כך אכן הדבר על פי חוקתה של הודו.⁵⁸ הפרק הרביעי לחוקה קובע חובות חוקתיות שונות המוטלות על המדינה ונקבע בו במפורש כי הן אינן שפיטות.⁵⁹ אין זו הגישה היחידה. רבות ממדינות העולם מכירות בזכויות חוקתיות חיוביות – בין חברתיות ובין אחרות – ומכירות בשפיטותן. לדעתי אין בזכויות חוקתיות אלה כל פגם גנטי. עם זאת, הן מחייבות לעתים התייחסות מיוחדת. אחד המצבים שלגביהם מתבקשת התייחסות מיוחדת הוא תחולתם של דיני המידתיות על הזכויות החוקתיות החיוביות. לשאלה זו אפנה עתה.

ב. הזכויות החוקתיות החיוביות ומרכיבי המידתיות

1. הזכויות החיוביות כזכויות יחסיות

הזכויות החוקתיות החיוביות, כרוב-רובן של הזכויות החוקתיות השליליות, הן זכויות יחסיות.⁶⁰ ההימנעות מקיום החובה – בדומה לפגיעה בזכות השלילית – אינה עושה את

55 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 301; Grimm, לעיל ה"ש 1, בעמ' 153.

56 ראו Grimm, שם, בעמ' 153.

57 ראו זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הישראלי (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) ראו גם ELLIE PALMER, JUDICIAL REVIEW, SOCIO-ECONOMIC RIGHTS AND THE HUMAN RIGHTS ACT 26 (2007); EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007).

58 ראו פרק רביעי (Part IV) לחוקה של הודו, ס' 36-51.

59 ס' 37 לחוקה של הודו: "The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws"

60 על הזכויות היחסיות, ראו לעיל עמ' 56.

המחדל לבלתי-חוקתי. המחדל יהא לא חוקתי וניתן יהא לעבור לשלב התרופות אם הוא לא מידתי. אכן, תורת שני השלבים⁶¹ חלה על הזכויות החוקתיות החיוביות. בשלב הראשון יש לבחון אם המחדל של הרשות השלטונית פוגע בזכות החוקתית. אם התשובה היא בחיוב יש לבחון, בשלב השני, אם יש צידוק למחדל. דיני המידתיות קובעים אם הצידוק קיים. קביעת הפגיעה בזכות החוקתית החיובית אינה שונה מקביעת החובה בזכות החוקתית השלילית. תחילה יש לקבוע את היקפה של הזכות החוקתית החיובית. דבר זה נעשה על ידי פרשנותה ולעניין זה חלים דיני הפרשנות החוקתית הרגילים.⁶² הזכות החוקתית החיובית, כמו הזכות השלילית, מתפרשת מתוך מבט רחב.⁶³ היקפה של הזכות החוקתית החיובית עשוי להתנגש בהיקפה של זכות חוקתית (חיובית או שלילית) אחרת. פתרונה של ההתנגשות אינו בצמצום היקפה של הזכות החוקתית החיובית; הפתרון הוא ברמה התת-חוקתית.⁶⁴

הפגיעה בזכויות השליליות אינה עוברת לשלב הצידוק אלא אם כן הפגיעה בזכות החוקתית השלילית היא בחוק או מכוחו.⁶⁵ זהו עקרון החוקיות: נדרשת "שרשרת הסמכה".⁶⁶ האם דרישה זו פועלת גם לעניין הזכויות החיוביות? תשובתי היא בחיוב. כדי שיהא צידוק למחדל של המחוקק להגן על הזכויות החיוביות יש לעגן צידוק זה בדבר חקיקה. אם הזכויות החיוביות נפגעו על ידי המדינה בלא כל דבר חקיקה אין המדינה יכולה להצדיק את מחדלה.⁶⁷ נמצא כי פסקת ההגבלה תספק צידוק למחדל של המדינה רק אם המחדל אינו מוחלט (הימנעות כוללת מהגנה על הזכות) אלא יחסי (הגנה מסוימת על הזכות שלפי הטענה אינה מספקת). טלו, למשל, חוקה המעניקה זכות חיובית להצבעה בבחירות. ההסדרים שנקבעו לא מאפשרים לאסירים להצביע בלא שנקבעה בעניין זה כל הוראה בחוק או על פיו. במצב דברים זה פגע המחדל בזכות החוקתית בלא שהיא רשאית להצדיק את המחדל בטענה כי הוא מידתי.⁶⁸

61 על מודל שני השלבים, ראו לעיל עמ' 43.

62 ראו לעיל עמ' 69.

63 ראו לעיל עמ' 94.

64 ראו לעיל עמ' 115.

65 ראו לעיל עמ' 143.

66 ראו לעיל עמ' 144.

67 ראו Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, Chapter 34, 60 (Stuart Woolman et al. eds., 2006); *President of the Republic of South Africa v. Modderklip Boerdery (pty) Ltd.*, 2005 (5) SA 3 (CC); *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SA 1 (CC); *Liebenberg*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 55.

68 ראו פרשת *August*, לעיל ה"ש 67.

בהנחה שאי-העשייה (המחדל) פוגעת בזכות החיובית בחוק או על פיו – והנטל בעניין זה מוטל על הטוען לפגיעה⁶⁹ – הבחינה החוקתית עוברת לשלב השני. זהו שלב הצידוק. הנטל בשלב זה מוטל על הטוען לצידוק.⁷⁰ עליו להניח את התשתית העובדתית לטענתו כי אי-הפעולה של השלטון בנסיבות שבהן היה חייב לפעול היא מידתית. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

2. מרכיב המטרה הראויה בפגיעה בזכויות חוקתיות

בחינת המידתיות של המחדל בהגשמת הזכות החוקתית החיובית מתחיל בבחינת המטרה. כמו בזכויות השליליות,⁷¹ אף בזכויות החיוביות הפגיעה בזכות החוקתית צריכה להיות למטרה ראויה. על כן יש לבחון אם מטרת המחדל – הסיבה לאי-הגנה מספקת על הזכות החוקתית – היא ראויה. בחינה זו צריכה להיעשות על פי אותן אמות-המידה שלאורן נבחנת המטרה של הפגיעה בזכות החוקתית השלילית. כך, למשל, אם המטרה היחידה של המחדל היא רצון שלא להגן על זכויות אלה, אין זו מטרה ראויה; אך אם המטרה של המחדל היא הגנה על זכויות של אחרים או על ביטחון המדינה, אלה מטרות ראויות – ובלבד שהונחה התשתית העובדתית הנדרשת לבסס את מידת הדחיפות והחיוניות שבמחדל כמו גם הפרוגנוזה שלה. כל שיטת משפט ומבחניה שלה למטרה הראויה. אכן, לעתים קרובות הגנה על הזכויות החיוביות כרוכה בפגיעה בזכויות שליליות. התנגשות זו אינה נפתרת ברמה החוקתית אלא ברמה התת-חוקתית.⁷² הפתרון נמצא בגדריה של המידתיות ובענייננו – בגדריה של המטרה הראויה. כך, למשל, מניעת פגיעה בזכות השלילית היא מטרה ראויה לאי-הגנה על הזכות החיובית.

המחדל החקיקתי ייבחן על פי מבחן המטרה הראויה רק אם הוא "יחסי", כלומר: שיש חקיקה המגנה על הזכות החוקתית אך נטען כי לא די בה. אם אין כלל חקיקה, אין מקום להצדיק את היעדרה. המעבר לשלב הצידוק – ובענייננו, הצידוק בדבר המטרה הראויה – מתרחש רק אם קיימת חקיקה המגינה על הזכות החקיקתית, אך הטענה הינה כי חקיקה זו אינה מספיקה ועל כן היא פוגעת בזכות החוקתית החיובית באופן לא מידתי. על הטוען לחוקתיות המחדל להראות כי ההימנעות מנקיטת צעדים נוספים היא למטרה ראויה. ההיקף של שיקול הדעת הנתון למחוקק בהקשר זה הוא רחב ביותר:⁷³ הוא משתרע הן על השאלה

69 ראו להלן עמ' 531.

70 ראו להלן עמ' 545.

71 ראו לעיל עמ' 295.

72 ראו לעיל עמ' 115.

73 ראו לעיל עמ' 491.

אם לחוקק חקיקה נוספת והן על השאלות מהן מטרות החקיקה ואלו אמצעים לבחור להגשמתן.⁷⁴

שיקול הדעת של השופט בהקשר זה הוא צר ביותר.⁷⁵ כך הדבר הן לעניין שיקול הדעת השיפוטי בבחינת השאלה אם החלטת המחוקק שלא לחוקק חקיקה נוספת היא ראויה והן לעניין שיקול הדעת השיפוטי לעניין מטרות החקיקה. שיקול דעת צר זה אינו פרי של הנסגת דעת השופט (deference) לעמדת המחוקק;⁷⁶ היקפו נגזר מרוחב שיקול הדעת של המחוקק. בכל הנוגע לזכויות השליליות ניתן להימנע מפגיעה בזכות על ידי אי-ביצוע הפעולה הפוגעת; בכל הנוגע לזכויות החיוביות ניתן להימנע מפגיעה בזכות באמצעות דרכי פעולה רבות. הבחירה ביניהן נתונה לשיקול דעתו של המחוקק.⁷⁷

3. מרכיב הקשר הרציונלי

מבחן הקשר הרציונלי החל בפגיעה בזכות חוקתית שלילית חל גם בפגיעה בזכות חוקתית חיובית. בשני המקרים נדרש כי האמצעים שבחר המחוקק מתאימים למטרתם.⁷⁸ לא נדרשת ודאות להגשמת המטרה במלואה. כל שנדרש הוא הסתברות שאינה זניחה שהמטרה תוגשם ולו בחלקה.⁷⁹ לעניין הזכויות החיוביות הדרישה היא לקשר רציונלי בין החקיקה הלא מספקת (המחדל ה"יחסי") לבין המטרה הראויה המונחת ביסודה של החקיקה הלא מספקת.⁸⁰ ברוב-רובם של המקרים קל למלא דרישה זו. ברוב-רובם של המקרים – אך לא בכלם. לעתים דווקא הגנה על הזכויות החוקתיות החיוביות היא האמצעי המתאים להגשמת המטרה הראויה; דווקא ההימנעות מהגנה על הזכות החוקתית אינו תורם כל תרומה להגשמתה של המטרה הראויה. טלו, למשל, את פרשת *Treatment Action Campaign*.⁸¹ באותה פרשה שנפסקה בבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה הפרה המדינה את חובתה החיובית לנקוט אמצעים סבירים להבטיח שירותי בריאות במסגרת האמצעים הכספיים העומדים לרשותה.⁸² ההפרה התבטאה, בין השאר, בכך שהמדינה סירבה לקבל במתנה תרופות למניעה של העברת מחלת האיידס (ה-HIV) מאמהות לילדיהן. מחדל זה אינו מקיים את הקשר הרציונלי שכן אין בו כדי להגשים בכל דרך שהיא את המטרה הראויה.

74 ראו Grimm, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150.

75 ראו לעיל בעמ' 492 ובעמ' 494.

76 לבעיה על הנסגת שיקול הדעת, ראו לעיל עמ' 488.

77 ראו Grimm, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150.

78 ראו לעיל בעמ' 373.

79 ראו לעיל בעמ' 377.

80 ראו Grimm, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150.

81 ראו *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, 2002 (5) SA 721.

82 הפרה של הזכות החיובית בס' 27 לחוקה של דרום-אפריקה.

שיקול הדעת החקיקתי בעניין מרכיב הקשר הרציונלי הוא ניכר. כך לעניין הזכויות החוקתיות השליליות⁸³ וכך לעניין הזכויות החוקתיות החיוביות. לעומת זאת, שיקול הדעת השיפוטי פועל בגבולות צרים: כך לעניין הזכויות השליליות⁸⁴ וכך לעניין הזכויות החיוביות.

4. מרכיב הצורך

מרכיב הצורך מטיל על המחוקק את החובה לבחור ממגוון האמצעים המתאימים את אלה שמגשימים את המטרה הראויה תוך פגיעה פחותה בזכות החוקתית.⁸⁵ מבחן הצורך מטיל על המחוקק לבחור חלופה היפותטית המגשימה את מטרת החוק כמו החוק הפוגע, תוך שחלופה זו פוגעת בזכות החוקתית במידה פחותה. מבחן זה פועל הן לעניין הזכויות השליליות והן לעניין הזכויות החיוביות. על כן, כדי לקיים את מבחן הצורך נדרש שלא תהא אפשרות להגשים את המטרות הראויות תוך כדי הגנה גדולה יותר על הזכות החוקתית החיובית. מבחן הצורך אינו מתקיים אם ניתן להגשים את מטרת החוק תוך מתן הגנה רבה יותר לזכות החוקתית החיובית. אם ההגנה הרבה יותר על הזכות החיובית מחייבת פגיעה בזכויותיהם של אחרים או בטובת הכלל, מעבר למה שנקבע במטרה הראויה – מבחן הצורך מתקיים. כמו לעניין הזכויות השליליות כך גם לעניין הזכויות החיוביות: שיקול הדעת הניתן למחוקק הוא ניכר. הוא קובע את המטרות הראויות.

5. מרכיב המידתיות במובן הצר

מרכיב המידתיות במובן הצר הוא מרכיב של איזון.⁸⁶ הוא מאזן בין תוספת החשיבות לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת בהגשמת מטרתו של החוק לבין תוספת החשיבות במניעת הפגיעה בזכות החוקתית. כלל האיזון הבסיסי קובע כי ככל שמניעת תוספת הנזק לזכות החוקתית חשובה יותר והסתברות הגשמתה גדולה יותר, כן נדרש כי תוספת התועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת תהא חשובה יותר, חיונית ונחוצה יותר, ושהסתברות הגשמתה תהא גדולה יותר.⁸⁷

כלל איזון זה חל גם כשיש לאזן בין הגשמה של טובת הכלל או זכות חוקתית אחרת לבין אי-הגשמה של זכות חוקתית חיובית. בכל הנוגע לזכויות החוקתיות החיוביות, כלל האיזון הבסיסי דורש כי ככל שמתן הגנה לזכות חוקתית חיובית חשובה יותר, והסתברות הגשמתה של ההגנה גדולה יותר, כן נדרש כי תוספת התועלת לטובת הכלל או לזכות

83 ראו לעיל עמ' 497.

84 ראו לעיל עמ' 497.

85 ראו לעיל עמ' 391.

86 ראו לעיל עמ' 423.

87 ראו לעיל עמ' 446.

חוקתית אחרת על ידי הימנעות מחקיקה תהא חשובה יותר, חיונית ונחוצה יותר והסתברות הגשמתה גדולה יותר.

דוגמה לתחולתו של מבחן המידתיות במובן הצר ניתן למצוא בפסק הדין הראשון של בית המשפט החוקתי הגרמני בדבר ההפלות.⁸⁸ באותה פרשה נידון חוק שקבע, בין השאר, כי ההפלה המתבצעת בשנים-עשר השבועות הראשונים להיריון על ידי רופא מורשה ובהסכמת האשה אינה גוררת אחריות פלילית. בית המשפט החוקתי קבע כי חוק זה פגע בהגנה על חיי העובר – זכות הנופלת למסגרת סעיף 2(2) לחוקה הגרמנית.⁸⁹ פגיעה זו נועדה להגשים את זכותה של האם לפיתוח חופשי של אישיותה כאמור בסעיף 2(1) לחוקה הגרמנית.⁹⁰ בית המשפט איזן בין תוספת החשיבות בפעולה חיובית להגן על חיי העובר לבין תוספת החשיבות של פיתוח חופשי של אישיות האם.⁹¹ בית המשפט הגיע למסקנה שההגנה על חיי העובר חשובה יותר, וכך כתב (מפי שופטי הרוב):⁹²

“In the ensuing balancing process... the decision must come down in favor of the preeminence of protecting the fetus's life over the right of self-determination of the pregnant woman. Pregnancy, birth, and child-rearing may impair the woman's [right of self-determination] as to many personal developmental potentialities. The termination of pregnancy, however, destroys prenatal life. Pursuant to the principle of carefully balancing competing constitutionally protected positions... [the state] must give the protection of the unborn child's life priority.”

פסק דין זה שונה בפסיקה מאוחרת.⁹³ העקרון בדבר תחולת דיני המידתיות במובן הצר של אי מילוי חובת ההגנה לא שונה ועמד בעינו.

88 ראו BVerfGE 39, 1 (1975).

89 ס' 2(2) קובע (בתרגומו הרשמי): “Every person shall have the right to life and physical integrity...”

90 ס' 1(1) קובע (בתרגומו הרשמי): “Every person shall have the right to free development of his personality...”

91 ראו Grimm, לעיל ה"ש 1, בעמ' 151.

92 התרגום לאנגלית לקוח מ-KOMMERS, לעיל ה"ש 54, בעמ' 339.

93 ראו BVerfGE 88, 203 (1993). ראו גם Kommers שם, בעמ' 349.

פרק שישה-עשר

נטל ההוכחה

א. הצגת הבעיה

בעתירה נטען¹ כי זכות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק² נפגעה שלא כדין על ידי דבר חקיקה. על מי מוטל נטל ההוכחה בעניין זה? שאלה זו אינה מתייחסת להוכחת הדין. היא מתייחסת להוכחת העובדות שעליהן נשענת הטענה בדבר פגיעה שלא כדין. שאלה זו נוגעת הן לעניין נטל השכנוע והן לעניין נטל הבאת הראיות. התפיסה החוקתית מבוססת על מודל השלבים.³ בשלב הראשון נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעה. על מי מוטל נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בשלב זה? האם הוא מוטל על הטוען לפגיעה בזכות⁴ או על הטוען להיעדרה של אותה פגיעה?⁵ בשלב השני נבחנת השאלה אם הפגיעה הינה כדין, כלומר: אם יש צידוק כדין לפגיעה בזכות החוקתית. התשובה לשאלה זו טמונה בדיני המידתיות שבפסקת ההגבלה. על מי מוטל נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בשלב זה? האם על הטוען לקיומו של צידוק או על הטוען להיעדרו? בשלב השלישי נבחנת שאלת הסעד או התרופה.

- 1 מרבית המצבים בהם מתעוררת בעיית נטל ההוכחה הם מצבים "אנכיים", בהם פרט תובע את הרשות הציבורית בפני בית המשפט הדן בעניינים של משפט ציבורי. עם זאת, הבעיה עשויה להתעורר גם במצבים "אופקיים", בהם פרט תובע פרט בפני בית משפט אזרחי. כך היה הדבר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- 2 אלה הן זכויות חוקתיות. הנני מתמקד בספר זה בזכויות אלה. עקרונית, גישתי חלה לעניין כל זכות אדם המעוגנת בנורמה על-חוקתית.
- 3 ראו לעיל עמ' 43.
- 4 טוען זה יכול להיות אדם שזכותו שלו נפגעה, או אדם אחר בעל מעמד כדין.
- 5 ראו MOJTABA KAZAZI, BURDEN OF PROOF AND RELATED ISSUES: A STUDY ON EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS 42 (1996); JULIANE KOKOTT, THE BURDEN OF PROOF IN COMPARATIVE AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 36 (1998).

ב. נטל ההוכחה: דין ועובדה

נטל ההוכחה רלוונטי לעניין ממצא עובדתי. אין הוא רלוונטי לעניין הדין. את הדין יודע בית המשפט (iura novit curia). ניתן לומר כי "נטל ההוכחה" בעניין הדין רובץ על בית המשפט: "תן לי את העובדות, ואתן לך את הדין" (da mihi facta, dato tibi ius). בית המשפט אינו יכול להעביר "נטל" זה אל שכס זולתו. על כן, אין רלוונטיות לנטל ההוכחה בשאלה אם הזכות שנפגעה מעוגנת בחוקה (ואצלנו – חוק יסוד) אם לאו. זוהי שאלה שבדין ושאלת נטל ההוכחה אינה רלוונטית לגביה. הוא הדין באשר להיקפה של הזכות ולפירושו של החוק שלפי הטענה פגע בה. כמו כן אין לשאלת נטל ההוכחה רלוונטיות באשר לאפיונה של הנורמה הפוגעת כ"חוק... או לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו",⁶ באשר לערכיה של מדינת ישראל,⁷ ובאשר לשאלה מהו הדין הקובע אם מטרתו של החוק "ראויה" אם לאו.⁸ אלה הן שאלות העוסקות בפרשנותה של פסקת ההגבלה ובפרשנות החוק שלפי הטענה פגע בזכות החוקתית. בפרשנות הדין אין לנטל ההוכחה חשיבות. על כן לא מתעוררת שאלת הנטל לעניין ההוראה בחוקה בעניין המידתיות, כגון הדיבור "במידה שאינה עולה על הנדרש"⁹ בחוקי היסוד של ישראל בדבר זכויות האדם. היקפה של הוראה זו הוא עניין לבית המשפט.

מתי נטל ההוכחה רלוונטי לענייננו? התשובה הינה כי הנטל רלוונטי בכל המצבים שבהם הפעלת הדין מותנית בקיומה של עובדה. כך, למשל, עצם קיומה של פגיעה בזכות חוקתית מותנה בהתרחשותה של פגיעה. המושג "פגיעה" ("אין פוגעים בזכויות...") הוא מושג משפטי¹⁰ שהיקף פרישתו הוא עניין לבית המשפט, ובו עצמו אין תחולה לנטל ההוכחה; אך האירועים שלפי הטענה מביאים להפעלתו של אותו מושג משפטי הם עניין של עובדה, ולגביהם מוטל נטל ההוכחה. בדומה, המידתיות הוא עניין שבדין ובו עצמו אין תחולה לנטל ההוכחה. אך האירועים שעל פי הטענה מביאים לשכלולו של דין המידתיות מותנים בעובדות שלגביהן הנטל רלוונטי. עמד על כך השופט א' לוי בפרשת עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי:¹¹

"הרמת נטל השכנוע באשר למידתיות הפגיעה בזכות מוגנת כרוכה בביאור עובדתי. הדבר נחוץ לצורך בחינתו של קשר רציונאלי בין התכלית לאמצעי שנבחר לשמש בהשגתה. הוא נחוץ לצורך בחינת האפשרויות שעמדה בפניו

6 ראו לעיל עמ' 143.

7 ראו לעיל עמ' 302.

8 ראו לעיל עמ' 296.

9 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

10 ראו לעיל עמ' 135.

11 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 508 (2005).

של המחוקק להיזקק לחלופות פוגעניות פחות. הוא נחוץ כדי להעריך את היחס בין הנזק שנגרם כתוצאה מן הפגיעה בזכות לתועלת הנובעת ממנה.”

פרק זה איננו עוסק בפרשנות הדין אלא בהוכחת העובדות. במסגרתן אנו מתמקדים בנטל ההוכחה לקיומן של העובדות. האם נטל זה מוטל על הטוען לקיומה של פגיעה בזכות חוקתית או על הטוען להיעדרה של פגיעה? האם הנטל מוטל על הטוען לצידוק לפגיעה כזו או על הטוען להיעדרו של צידוק?

ג. נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות

המונח “נטל ההוכחה” (burden of proof or onus of proof) משמש בשני מובנים שונים: נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות. הבחנה זו, שמקורה במשפט האנגלו-אמריקני, פותחה בישראל מאז פרשת זרקא.¹² נטל השכנוע (burden of persuasion) הוא הנטל המונח על שכמו של צד לשכנע את בית המשפט כי העובדות המונחות בפניו מבססות את זכותו כלפי יריבו. השאלה אם הרים צד את נטל השכנוע נבחנת בתום ההליך השיפוטי. אם בתום ההליך כפות המאזניים באשר לעובדות הן מעוינות, יוכרע הדין לרעת הצד שעליו מוטל נטל השכנוע. נטל הבאת הראיות (burden of producing evidence) הוא הנטל המונח על שכמו של צד להניח את העובדות בפני בית המשפט.¹³

ד. השלב הראשון של הבחינה החוקתית: פגיעה בזכות חוקתית

בחינת החוקתיות הינה תלת שלבית.¹⁴ השאלה בעניין נטל ההוכחה מתעוררת בכל אחד מהשלבים הללו. נפתח בשלב הראשון. בשלב זה נבחנת הפגיעה בזכות החוקתית. בחינה זו מחייבת עריכתן של שתי בדיקות. האחת נוגעת להיקף הפרישה של הזכות החוקתית: מה הם גבולותיה, מה נכלל בה ומה מחוצה לה. בדיקה זו עוסקת בפרשנותה של הזכות החוקתית על פי כללי הפרשנות החוקתית.¹⁵ זוהי בדיקה משפטית המוטלת על בית המשפט. במסגרתה אין רלוונטיות לנטל ההוכחה. הבדיקה האחרת היא אם פגע החוק בזכות החוקתית. בדיקה זו מחייבת כמובן מתן פירוש לחוק הפוגע. דבר זה נעשה על פי הכללים לפרשנות חוקים.¹⁶ אף זו בדיקה משפטית המוטלת על בית המשפט, אולם אין היא מוגבלת

12 ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504 (1950).

13 על ההבחנה בין נטל השכנוע לנטל הבאת הראיות, ראו אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון (1977); יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1505 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003).

14 ראו לעיל עמ' 51.

15 ראו לעיל עמ' 69.

16 על פרשנות החקיקה, ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 397 (2003).

אך לפרשנותו של החוק הפוגע. בדיקה זו עוסקת גם בשאלה אם אכן פגע החוק בזכות החוקתית. "פגיעה" לעניין זה משמעה שבעל הזכות אינו רשאי להגשים את הזכות כדי מלוא היקפה.¹⁷ קיומה של הפגיעה מבוסס כמובן על השוואה של לשון החוקה (באשר להיקף הזכות) ללשון החוק (באשר לפגיעה בזכות). כאשר הבחינה היא מופשטת (abstract review) ניתן להסתפק בהשוואה בין החוקה לחוק. בהליכים החוקתיים במדינות רבות, ובהן ישראל, רוב רובן של הבדיקות אינן מופשטות; הן בעלות אופי קונקרטי (concrete review). בדיקה קונקרטית מתבססת על פגיעה קונקרטית.¹⁸ זו, מצדה, מתרחשת על בסיסה של מערכת עובדות קונקרטית. אם כן, על מי מוטל נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) באשר לקיומן של העובדות המבססות את קיומה של פגיעה קונקרטית בזכות חוקתית? התשובה הינה כי נטל ההוכחה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית מוטל על הטוען לקיומה של פגיעה. בפסק דין של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה כתב השופט אקרמן (Ackermann):¹⁹

"The task of interpreting... fundamental rights rests, of course, with the courts, but it is for the applicants to prove the facts upon which they rely for their claim of infringement of a particular right in question."

גישה זו מצאה ביטוי בפרשת בנק המזרחי המאוחד. כך ציינתי בפסק הדין:²⁰

"דומה שאין מחלוקת כי בשלב הראשון – ביסוס הפגיעה בזכות האדם החוקתית – נטל השכנוע מוטל על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית. ההנחה (הפרזומפציה) הינה כי חוק הוא חוקתי... המבקש לסתור זאת, עליו הנטל."

גישה זו – הנוהגת במשפט המשווה בכל השיטות שבהן מקובלת תורת השלבים²¹ – הייתה מקובלת על כל השופטים שחיוו דעתם עליה בפרשת בנק המזרחי המאוחד.²² ניתן לבססה

17 ראו לעיל עמ' 135.

18 על הבחינה המופשטת, הקונקרטיות והשוני ביניהן, ראו Louis Favoreu, *Constitutional Review in Europe*, in CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS: THE INFLUENCE OF THE UNITED STATES CONSTITUTION ABROAD 532 (LOUIS HENKIN AND ALBERT ROSENTHAL EDs., 1989); ALLAN RANDOLPH BREWER CARIAS, *JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW* (1989); VICTOR FERRERES COMELLA, *CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES* (2009).

19 *Ferreira v. Levin* NO, 1996 (1) SA 984 (CC), § 44.

20 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428.

21 PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 117 (5th ed., vol. II, 2007); ראו Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitation*, in *CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, Chapter 34, 42 (Stuart Woolman, et al. eds., 2006).

22 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 458 (השופט ד' לוין), ובעמ' 578 (השופט מצא).

על הגישה הכללית שלפיה "המוציא מחברו, עליו הראיה"²³ ניתן כמובן לבססה על הגישה המיוחדת בדבר "חזקת החוקתיות" (presumption of constitutionality)²⁴, המטילה את נטל ההוכחה על הטוען לפגיעה בזכותו החוקתית.

ה. השלב השני של הבחינה החוקתית: הצדקה לפגיעה בזכות

1. היסודות המרכיבים את הצידוק לפגיעה בזכות

השלב השני של הבדיקה החוקתית מתמקד בקיומה או בהיעדרה של הצדקה לפגיעה בזכות. גישת היסוד הינה כי זכויות האדם המעוגנות בחוקה (ואצלנו – בחוקי היסוד) אינן "מוחלטות". הן יחסיות.²⁵ ניתן לפגוע בהן. הפגיעה תהא כדין אם יש צידוק לכך. הצידוק קבוע בדיני המידתיות שבפסקת ההגבלה.²⁶ השאלה הניצבת בפנינו הינה על מי מוטל נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות בדבר המרכיבים של המידתיות? שאלה זו מכוונת כמובן אך לעניין ההיבטים העובדתיים הרלוונטיים במסגרת יסודותיה של המידתיות. שאלה זו לא עוררה קשיים במרבית שיטות המשפט. נקבע בהן כי נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת ראיות) מוטל על הטוען לצידוק.²⁷ לא כן בישראל. כאן עוררה שאלה זו חילוקי דעות שיפוטיים ניכרים, הם מצאו את ביטויים בפרשת בנק המזרחי המאוחד.

2. הדעות בעניין נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בפרשת בנק המזרחי המאוחד

הנשיא מ' שמגר הקדיש חלק מפסק דינו לנטל ההוכחה בשלב השני של הבחינה החוקתית. הוא הבחין לעניין זה בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות. על פי גישתו, נטל השכנוע לקיומה של הצדקה מוטל על הטוען לקיומה. עם זאת, אם הטוען לצידוק הוכיח את שלושת היסודות הראשוניים של פסקת ההגבלה (החוק פוגע בזכות, החוק הולם את ערכי המדינה, החוק הוא לתכלית ראויה) כי אז נטל הבאת הראיות בעניין היסוד הרביעי (מידתיות) עובר לטוען להיעדרו של צידוק. בעניין זה התמקד הנשיא שמגר במבחן-המשנה השני של המידתיות ("מבחן הצורך" או "מבחן האמצעי הפוגע פחות").²⁸ לדעתו, "הטוען

23 ראו הרנון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 187; קדמי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1508.

24 על חזקה זו, ראו להלן עמ' 543.

25 ראו לעיל עמ' 56.

26 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 70.

27 ראו להלן עמ' 545.

28 על מבחן הצורך, ראו לעיל עמ' 391.

כי קיימות חלופות מקילות יותר מעבר למיתחם האפשרויות שאומץ בחקיקה, עליו נטל הבאת הראיות".²⁹

עמדתי שלי הייתה כי בשלב הבחינה השני, שבו נדונה שאלת קיומה של הצדקה לפגיעה בזכות החוקתית, נטל השכנוע מוטל על הטוען לחוקתיותה. לעניין זה אין מקום להבחין בין היסודות השונים המרכיבים את פסקת ההגבלה. בפסק דיני לא עמדתי כלל על נטל הבאת הראיות. לתמיכה בגישתי הבאתי נימוקים לגופו של עניין וכן הסתמכתי על המשפט המשווה (כגון דרום-אפריקה וקנדה).³⁰ השופט ד' לויין תמך בעמדתי. על פי גישתו, "על האזרח נטל השכנוע כי זכותו נפגעה, ועל המחוקק, באמצעות נציג המדינה, הנטל לשכנע כי הפגיעה נסבלת וכי היא מקיימת את תנאי סעיף ההגבלה על מרכיביה. אין להטיל גם נטל זה על האזרח הנפגע".³¹ ביסוד גישתו זו עמד הצורך לחזק את ההגנה על זכויות האדם.

השופט מ' חשין הצטרף לגישה כי נטל השכנוע בשלב השני של הבחינה החוקתית מוטל על הטוען כי הפגיעה בזכות היא כדין. עם זאת, בשלב שני זה עומדת לחוק הפוגע חזקת החוקתיות. מכוחה, נטל הבאת הראיות – אך לא נטל השכנוע – עובר אל שכם הטוען כי הפגיעה בזכות אינה כדין. בנמקו גישה זו ציין השופט מ' חשין, בין השאר, כי אם לחקיקת-משנה עומדת חזקת החוקיות, על אחת כמה וכמה שהיא צריכה לעמוד לחקיקה ראשית. עם זאת הוא ציין כי אם לא תחול חזקת החוקתיות תמיד, ובאותה עצמה החוק אינו חוקתי, אפשר שתחול לשיעורין ולא באותה עצמה.³²

השופט א' גולדברג סבר כי הן נטל השכנוע והן נטל הבאת הראיות מוטל על הטוען לאי-החוקתיות של החוק. נקודת המוצא הינה חוקתיות החוק. הטוען כי החוק אינו חוקתי עליו נטל ההוכחה. השופט א' גולדברג התמקד במיוחד במבחן-המשנה השני של המידתיות ("מבחן הצורך" או "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה"). על פי גישתו, "לא על מי שמגן על החוק להראות כי ישנן חלופות אחרות שפוגעות יותר וכי נבחרה חלופה הפוגעת פחות, אלא על מי שטוען נגד תוקפו של החוק להראות כי קיימת חלופה מסוימת וברורה המגשימה את התכלית הראויה, אך פגיעה בזכות המוגנת פחותה במידה ניכרת מן הפגיעה שבחוק".³³ לגישה זו הצטרף גם השופט ג' כץ. לגישתו "יש להטיל את נטל ההוכחה לגבי כל השלבים על מי שטוען כי החוק הינו בטל בשל היותו נוגד את חוק היסוד".³⁴

השופט א' מצא, שאליו הצטרף השופט צ' טל,³⁵ נטה לחלק את הנטל בין הצדדים "באופן שעל המדינה יוטל לשכנע כי הפגיעה היא לתכלית ראויה, וכן שהאמצעי אשר נבחר

29 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 348.

30 שם, בעמ' 428.

31 שם, בעמ' 462.

32 שם, בעמ' 570.

33 שם, בעמ' 577.

34 שם, בעמ' 586.

35 שם, בעמ' 588.

מתאים להשגת התכלית ואילו הנטל להוכיח שעל השלטון היה לבחור באמצעי חילופי, שפגיעתו קטנה יותר, ירבץ על שכמו של הטוען לאי-חוקתיותה של הפגיעה.³⁶ השופט מצא הוסיף כי ייתכן שגישה זו הולמת רק פגיעות בעלות אופי כלכלי, "בעוד שהפגיעה בזכויות יסוד אחרות מצדיקה להטיל על המדינה את נטל השכנוע לגבי כל תנאיה של פסקת ההגבלה".³⁷

בפרשת בנק המזרחי המאוחד הועלו דעות ורעיונות מגוונים בעניין נטל ההוכחה, אך לא נפסקה בו הלכה.³⁸ השאלה אמנם נשארה פתוחה אך עוצבו אפשרויות שונות וניתנו להן צידוקים. עקרונית ניתן להבחין בין שלוש עמדות עקרוניות בעניין נטל ההוכחה בשלב הבחינה השני:³⁹

(א) נטל השכנוע בשלב השני, כמו גם בשלב הראשון, מוטל על הטוען לאי-חוקתיות החוק. על צד זה מוטל גם נטל הבאת הראיות. עמדה זו נקטו השופטים א' גולדברג וג' בך.
(ב) נטל השכנוע בשלב השני, שלא כמו בשלב הראשון, מוטל על הטוען כי הפגיעה בחוק היסוד היא חוקתית, כלומר: מקיימת יסודותיה של פסקת ההגבלה; על צד זה מוטל גם נטל הבאת הראיות. עמדה זו נקטו הנשיא א' ברק והשופט ד' לויין.

(ג) בין שתי עמדות אלה נטענו כמה עמדות ביניים המבחינות בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות. כל השופטים שהביעו עמדות ביניים הסכימו כי בשלב השני של הבדיקה החוקתית נטל השכנוע מוטל על הטוען לחוקתיות החוק, אולם הם נחלקו בעמדותיהם לגבי נטל הבאת הראיות. בעניין זה ניתן להצביע על שתי גישות:

(1) נטל הבאת הראיות לכל מרכיביה של פסקת ההגבלה מוטל על הטוען כי מרכיבים אלה אינם מתקיימים (השופט מ' חשין).

(2) נטל הבאת הראיות משתנה על פי מרכיביה של פסקת ההגבלה. הנטל לעניין שלושת המרכיבים הראשונים (פגיעה בחוק או על פיו;⁴⁰ הלימה של ערכי המדינה;⁴¹ תכלית ראויה⁴²) מוטל על הטוען לחוקתיות החוק. באשר ליסוד הרביעי – המידתיות⁴³ – הנשיא מ' שמגר והשופטים א' מצא וצ' טל סברו כי נטל הבאת הראיות לעניין מבחן-המשנה השני, שעל פיו אין להשיג את התכלית הראויה על ידי אמצעים שפגיעתם בזכות

36 שם, בעמ' 579.

37 שם.

38 ראו בג"ץ 14/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 105, 97 (1998); בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות נ' שר העבודה, פ"ד נד(4) 445, 433 (1998); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006).

39 ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 266, 241 (1999); פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, שם, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

40 ראו לעיל עמ' 143.

41 ראו לעיל עמ' 295.

42 ראו לעיל עמ' 296.

43 קשר רציונלי (עמ' 373); צורך (עמ' 391); מידתיות במוכן הצר (עמ' 419).

פחותה (מבחן הצורך), מוטל על הטוען כי מבחן-משנה זה אינו מתקיים. מה באשר לשני מבחני המשנה האחרים (קשר רציונלי; מידתיות במובן הצר)? הנשיא מ' שמגר לא התייחס במפורש לשאלה, אך דומה כי גישתו הינה שנטל הבאת הראיות חל על הטוען להיעדר מידתיות לעניין כל מבחני-המשנה שלה. השופט א' מצא, שעמו הסכים השופט צ' טל, קבע כי נטל הבאת הראיות לעניין מבחן-המשנה הראשון (קשר רציונלי) הוא על הטוען כי קשר זה מתקיים (בדרך כלל המדינה). השופט א' מצא לא נקט כל עמדה באשר למבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר).

ג. התפתחות ההלכה לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד

השאלה בדבר נטל ההוכחה עלתה לראשונה לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד בפרשת צמח.⁴⁴ השופט י' זמיר קבע כי "אפשר להשאיר את המחלוקת בדבר נטל ההוכחה ללא הכרעה".⁴⁵ עם זאת, הוא העיר כמה הערות בעלות חשיבות. הראשונה הייתה השאלה אם ההלכות בעניין נטל ההוכחה, שהורתן במשפט הפרטי והפלילי, חלות באותה מתכונת גם במשפט הציבורי; השנייה נגעה לכך שכאשר ההכרעה בהליך המנהלי נעשית על בסיס נטל ההוכחה, היא עשויה להיות מושפעת מהמהות המיוחדת של ההליך המנהלי.⁴⁶ שאלת נטל ההוכחה עלתה מחדש בפרשת עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי.⁴⁷ עמדת הרוב באותה פרשה הייתה כי לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית. ממילא הרוב לא נקט כל עמדה באשר לנטל ההוכחה באשר לפסקת ההגבלה; לא כן שופט המיעוט א' לוי. השופט לוי קבע כי הופרה הזכות לכבוד. לפיכך נזקק השופט לוי לבחינת תנאיה של פסקת ההגבלה; ובאשר לנטל ההוכחה בעניין זה קבע השופט לוי:⁴⁸

"משנמצא כי דבר-חקיקה פוגע בזכות-יסוד מוגנת, נטל ההוכחה כי הפגיעה מידתית ולפיכך חוקתית הוא על הטוען לחוקתיות החוק".

לדעת השופט לוי לא הרימה המדינה את הנטל המוטל עליה, ועל כן היה מקום להפוך את הצו להחלטי. על גישתו זו חזר השופט לוי בפרשות נוספות, ובהן הייתה זו דעת ההרכב כולו.⁴⁹ פרשת התנועה לאיכות השלטון⁵⁰ בחנה את חוקתיותו של מעשה מנהלי. באמרת

44 פרשת צמח, לעיל ה"ש 39.

45 שם, בעמ' 269.

46 על הערה זו חזרה השופטת ביניש בפרשת תיאטרון ירושלים לאמנויות, לעיל ה"ש 38, בעמ' 445.

47 פרשת עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי, לעיל ה"ש 11.

48 שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט לוי.

49 ראו בג"ץ 8035/07 אליהו נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 21.5.2008); בג"ץ 124/09 תיסיר דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 18.3.2009).

50 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817 (2003).

אגב בחן השופט א' ריבלין את חוקתיותה של חקיקה ראשית הפוגעת בזכות המעוגנת בחוקי היסוד: 51

”חקיקה רגילה חייבת לכבד את זכויות האדם שבחוקי היסוד ואינה יכולה לפגוע בהן אלא על-פי האמור בהם. דבר החקיקה עומד בחזקת כשרות חוקתית כפועל יוצא של הצורך להימנע מטשטוש הגבולות בין הרשויות... עם זאת, חזקת חוקתיות אינה חלה לגבי השאלה אם חוק הפוגע בזכות חוקתית מקיים את דרישות פסקת ההגבלה.”

נראה אפוא כי הוכרעה השאלה בדבר נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בשלב הבחינה החוקתית השני (פסקת ההגבלה).⁵² בפרשת בנק המזרחי המאוחד הובעו לגביה עמדות שונות ונוגדות, שהיו בבחינת אמרות אגב; הפסיקה שלאחר פרשה זו כבר הכריעה בחילוקי-הדעות. עמדתו של השופט לוי, שהייתה עמדת מיעוט באחת הפרשות, נהפכה לעמדה של בית המשפט כולו. אעמוד על המשפט המשווה בסוגיה זו ועל הטעמים המצדיקים גישה זו.

4. משפט השוואתי

(א) קנדה

זכויות האדם בצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות מנוסחות בדרך כלל בלשון מוחלטת. כך, למשל, נקבע בסעיף 2 לצ'רטר:

“Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.”

האופי ה”יחסי” של הזכויות – כלומר: היכולת החוקתית לפגוע בהן כדין – נובע מפסקת ההגבלה הכללית (סעיף 1):

51 שם, בעמ' 839.
52 ראו גם בג”ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006), פס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

מכוחו של מבנה חוקתי זה – זכויות בניסוח “מוחלט” ופסקת הגבלה כללית ההופכת אותן ל”יחסיות” – הסיקה הפסיקה הקנדית את תורת השלבים. הכול מסכימים כי נטל ההוכחה בשלב הראשון מוטל על הטוען לפגיעה בזכות. על מי מוטל נטל ההוכחה בשלב השני? שאלה זו נדונה והוכרעה בפרשת *Oakes*.⁵³ כך כתב נשיא בית המשפט העליון דיקסון (Dickson):⁵⁴

“The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the Charter is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. It is clear from the text of S.1 that limits on the rights and freedoms enumerated in the Charter are exceptions to their general guarantee. The presumption is that the rights and freedoms are guaranteed unless the party invoking S.1 can bring itself within the exceptional criteria which justify their being limited. This is further substantiated by the use of the word ‘demonstrably’ which clearly indicates that the onus of justification is on the party seeking to limit.”

מאז פרשת *Oakes* לא שונה הדין בעניין זה, ובתי המשפט הקנדיים נוהגים על פיו.⁵⁵

(ב) ניו־זילנד

ניו־זילנד חוקקה את ה־New Zealand Bill of Rights.⁵⁶ זהו חוק רגיל. אין לו מעמד חוקתי-על-חוקי. חלקים נרחבים ממנו הועתקו מהצ'רטר הקנדי. בין החלקים ה”קנדיים” של מגילת הזכויות של ניו־זילנד ניתן למצוא הגדרה “מוחלטת” של זכויות, ופסקת הגבלה כללית (סעיף 5) ההופכת אותן ל”יחסיות”. הן היקף הזכויות והן פסקת ההגבלה זהים⁵⁷ לאלה שבצ'רטר הקנדי. בתי המשפט של ניו־זילנד אימצו גם את תורת השלבים. במסגרת זו

53 ראו R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, לניתוח הפסק, ראו לעיל עמ' 346.

54 שם, פס' 66 לפסק הדין.

55 ראו HOGG, לעיל ה"ש 21, בעמ' 117.

56 New Zealand Bill of Rights Act 1990. ראו גם לעיל עמ' 201.

57 למעט השוני הנובע ממעמדה התת-חוקתי של מגילת הזכויות של ניו־זילנד.

נקבע כי בשלב הראשון נטל השכנוע מוטל על הטוען להפירה, ואילו בשלב השני הוא מוטל על הטוען כי הפגיעה היא כדיון.⁵⁸

(ג) דרום-אפריקה והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות

מגילת זכויות האדם בחוקתה של דרום-אפריקה (מ-1996) מבוססת על תורת שני השלבים. מקובל על הכול כי בשלב הראשון הנטל הוא על הטוען להפרת הזכות. הטעם שניתן לכך הוא הגישה הכללית שלפיה המוציא מחברו עליו הראיה. אך על מי מוטל הנטל בשלב השני? מי נושא בנטל להצדיק את הפגיעה בזכות החוקתית? מי צריך להוכיח את היסודות העובדתיים שעליהם מתבסס צידוק זה? בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה קבע כי הנטל להוכיח את העובדות שעליהן מתבסס הצידוק להפרת הזכות – הן נטל השכנוע והן נטל הבאת הראיות – מוטל על הטוען לקיומו של צידוק.⁵⁹ פסק דין זה נפסק על פי החוקה הזמנית (מ-1993); לאותה מסקנה הגיע בית המשפט החוקתי על פי החוקה הסופית (1996).⁶⁰ זו גם הגישה המקובלת בספרות המשפטית.⁶¹

גישה דומה התקבלה במסגרת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.⁶² עקרונות סירקוזו (Siracusa principle) בוחנים, בין השאר, את ההגבלות על הזכויות הקבועות באמנה. נקבע בעקרונות אלה, בין השאר, כי נטל השכנוע לעניין ההגבלות מוטל על המדינה.⁶³

- ראו 58 Police v. Curran, [1992] 3 NZLR 260 (CA); Minister of Transport v. Noort, [1992] 3 NZLR 260, 283 (CA); PAUL RISHWORTH, GRANT HUSCROFT, SCOTT OPTICAN AND RICHARD MAHONEY, THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS 68 (2003); Andrew S. Butler, *Limiting Rights*, 33 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 113, 116 (2002).
- ראו 59 S. v. Mahwanyane, 1995 (3) SA 391 § 102: “[I]t is for the legislature, or the party relying on the legislation, to establish this justification, and not for the party challenging it to show that it was not justified”; S. v. Zuma, 1995 (2) SA 642 (CC).
- ראו 60 Moise v. Transitional Local Council of Greater Germiston, 2001 (4) SA 491 § 19: “It is also no longer doubted that, once a limitation has been found to exist, the burden of justification under section 36(1) rests on the party asserting that the limitation is saved by the application of the provisions of the section. The weighing up exercise is ultimately concerned with the proportional assessment of competing interests but, to the extent that justification rests on factual and / or policy Considerations, the party contending for justification must put such material before the Court”.
- ראו 61 Woolman and Botha, לעיל ה"ש 21, בעמ' 34-44.
- ראו 62 אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נחתמה ב-1966) (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1991).
- ראו 63 עיקרון 12 A לעקרונות סירקוזו, ראו *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 7 HUMAN RIGHTS Q. 3 (1985).

(ד) האמנה האירופית לזכויות האדם

האמנה האירופית לזכויות האדם⁶⁴ מבוססת ברובה על תורת שני השלבים. כך למשל סעיפים 1(8) (פרטיות ומשפחה), 1(9) (חופש המחשבה, המצפון והדת) ו-1(10) (חופש הביטוי) מגדירים את הזכויות הנדונות בהם. סעיפים 2(8), 2(9) ו-2(10) קובעים פסקאות הגבלה מיוחדות שעל פיהן אין לפגוע בזכויות הנקובות אלא בחוק ורק כשהדבר נחוץ בחברה דמוקרטית (necessary in a democratic society), תוך ציון הערכים החברתיים הראויים להגנה על פי כל אחד מהסעיפים האלה.

הדעה המקובלת בפסיקה ובספרות הינה כי על הטוען להפרת זכות מוטל נטל ההוכחה לבסס את העובדות המצביעות על הפרת זכותו על פי הגדרתה בסעיפים 1(8), 1(9) ו-1(10). משעשה כן, הנטל להצדיק את ההפרה כאמור בסעיפים 2(8), 2(9) ו-2(10) עובר אל הצד הטוען כי ההפרה מקיימת הוראות אלה.⁶⁵ אין כל הבחנה בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות.

(ה) אנגליה

בשנת 1998 חוקק באנגליה ה-Human Rights Act, 1998. חוק זה אימץ אל משפטה הפנימי של אנגליה את האמנה האירופאית לזכויות האדם. בחוק נקבע שכאשר בית המשפט קובע כי הוראות האמנה הופרו, הוא מוסמך ליתן הכרזה על "אי-התיישבות" (of incompatibility declaration). החוק קובע בחינה המבוססת על תורת שני השלבים. על הטוען להפרת זכותו מוטל נטל ההוכחה כי הזכות הופרה. אם הרים נטל זה, אזי נטל הצידוק מוטל על הטוען להתאמת החוק הפוגע ל-Human Rights Act.⁶⁶

ו. נטל השכנוע בשלב השני – על הטוען לקיום מרכיביה של פסקת ההגבלה**1. הגישה הבסיסית**

גישה הבסיסית הינה כי הצד הנשען על פסקת ההגבלה וטוען כי הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין, עליו הנטל לשכנע בעמדתו זו.⁶⁷ כך סברתי בפרשת בנק המזרחי

64 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 222 (להלן – האמנה האירופאית לזכויות האדם).

65 ראו Kokott, לעיל ה"ש 5, בעמ' 230, 232.

66 ראו HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE 91 (Anthony Lester & David Pannick eds., 2nd ed., 2004): "Where the right is not absolute but is subject to exceptions, it is for the respondent to show that there is a justification for a prima facie breach"

67 לעניין נטל הבאת הראיות, ראו להלן עמ' 545.

המאוחד⁶⁸ ולא חזרתי בי מעמדתי זו. עמדתי על כך גם בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל.⁶⁹ בפרשה זו נדונה שאלת החוקתיות של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002. בפסק דיני עמדתי על הדעות השונות שהועלו בעניין זה בפרשת בנק המזרחי המאוחד. ציינתי כי המחלוקת נשארה ללא הכרעה. לאחר שהבאתי את עמדתו של השופט י' זמיר בפרשת צמח, הוספתי:⁷⁰

"כשלעצמי, איתן אני בדעתי, כפי שהבעתי אותה בפרשת בנק המזרחי המאוחד... עם זאת, מוכן אני להניח – בלא להכריע בדבר – כי לצרכי העתירה שלפנינו ננקוט בגישתו של השופט י' זמיר בפרשת צמח, לפיה השאלה על מי מוטל נטל השכנוע תלויה במשקל היחסי הניתן לשיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של חוק, חשיבות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות ואינטרסים ציבוריים אחרים."

לדעתי, העברת נטל השכנוע אל שכמו של הטוען לצידוק לפגיעה בזכות חל בכל המקרים שבהם הוכחה פגיעה בזכות חוקתית. העברת הנטל אינה מותנית במשקל היחסי הניתן לשיקולים של שלטון החוק וחזקת החוקתיות של החוק. אין היא נגזרת מחשיבותה של הזכות הנפגעת, מעצמת הפגיעה בה ומקיומם של אינטרסים ציבוריים אחרים. ביסוד גישתי זו מונח שיקול ענייני הקשור למעמדן של זכויות האדם. תחילה אעמוד על הרלוונטיות של שיקול זה לעניין נטל השכנוע; לאחר מכן אבחן את הטיעון הנגדי, המתבסס על חזקת החוקתיות.

2. נטל השכנוע ומעמדן של זכויות האדם

בהיעדר הוראות מפורשות בדין החוק, הדינים בדבר נטל השכנוע הינם פרי ההלכה הפסוקה. הם נועדו ליתן תשובה לשאלה מי צריך לשאת בתוצאות של אי-שכנוע השופט בסופו של ההליך. בחינתם של דינים אלה מעלה כי ההלכה הפסוקה לא פיתחה כלל אוניברסלי בעניין זה. לדעת ויגמור (Wigmore), כלל אוניברסלי בעניין נטל השכנוע אינו קיים ולא יכול שיתקיים:⁷¹

"The truth is that there is not and cannot be any one general solvent for all cases. It is merely a question of policy and fairness based on experience in the different situations."

68 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 20, בעמ' 428.

69 פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, לעיל ה"ש 38.

70 שם, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

71 JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 2487-2488 (Rev. by James H. Chadbourne., 1981).

ברוח דומה ציינו גיימס, האזארד ולאובסדורף כי אין מבחן א-פריורי. הנטל נקבע על פי מערך שיקולים של מדיניות (policy), הגינות (fairness) ונוחות (convenience).⁷² בבחינת נטל השכנוע לעניין צידוק הפגיעה בזכויות חוקתיות, השיקול המכריע בעיניי הוא ההגנה על זכויות האדם. אכן, הדמוקרטיה החוקתית נועדה להגן על זכויות האדם:⁷³ זהו התפקיד של החוקה ושל מגילת הזכויות שבה. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי מטרתו הינה "להגן על כבוד האדם וחירותו".⁷⁴ חובה זו מוטלת על "כל רשות מרשויות השלטון",⁷⁵ ומכאן שהיא מוטלת גם על השפיטה.

מימושה של חובה זו מתבטא בדרכים שונות. אחת מהן היא בהטלת נטל השכנוע להצדקת הפגיעה בזכות החוקתית על הטוען לקיומה של הצדקה זו. אמת, מי שטוען כי זכויות חוקתיות נפגעו – עליו נטל השכנוע בעניין זה.⁷⁶ משהורם הנטל, והטענה היא כי הפגיעה בזכויות האדם הינה חוקתית – על הטוען לצידוק הנטל להוכיח את קיומו. אכן, אם בסופו של יום כפות המאזניים מעוינות, והנתונים העובדתיים לעניין קיומה של הצדקה לפגיעה בזכויות אדם ולעניין היעדרה של הצדקה זו שקולים – מה שנותר הינה הפגיעה בזכויות החוקתיות. אם אמנם ההגנה על זכויות האדם היא המטרה המרכזית המונחת לנגד עינינו, ראוי שתיוקו זה באשר לצידוק יפעל לרעת הפגיעה בזכויות האדם ולא לטובתה.⁷⁷ ודוק: איני מבחין בין זכויות האדם בינן לבין עצמן; איני מדרג לעניין זה בין זכויות אדם חשובות יותר וחשובות פחות. נטל השכנוע מוטל על המדינה להצדיק פגיעה בכל אחת ואחת מהן, בלא כל ניסיון להבחין בינן לבין עצמן.

בצד שיקול מרכזי זה של מדיניות משפטית מונחים גם שיקולים של הגינות ונוחות. הנתונים העובדתיים שעליהם מתבססת הטענה לצידוק הפגיעה בזכויות החוקתיות נמצאים ברוב המקרים בידי הרשות השלטונית שהיא הנחבעת הטיפוסית. בפני המחוקק מוצגים – או לפחות צריכים להיות מוצגים – הנתונים העובדתיים המצדיקים פגיעה בזכות החוקתית. לפרט הנפגע – אם הוא הטוען לפגיעה בזכותו – אין כלים לאיסוף נתונים אלה ולהצגתם בפני בית המשפט.

72 ראו FLEMING JAMES, GEOFFREY C. HAZARD AND JOHN LEUBSDORF, CIVIL PROCEDURE 421 (5th ed., 2001); MCCORMICK, ON EVIDENCE 565 (John William Strong ed., 6th ed., 2006).

73 ראו לעיל עמ' 302.

74 ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

75 שם, בס' 11.

76 ראו לעיל עמ' 531.

77 ראו לעיל עמ' 449.

3. הטיעון הנגדי: חזקת החוקתיות (Presumption of Constitutionality)

(א) נטל השכנוע על הטוען לאי-חוקתיות

ביסוד גישתי, שלפיה נטל השכנוע להצדקת הפגיעה בזכויות אדם חוקתיות מוטל על הטוען לקיומו של צידוק לפגיעה, מונחת תפיסה בדבר חשיבותן של הזכויות החוקתיות. כנגד טיעון זה ניתן להעמיד את חשיבותה של החוקה עצמה. זו מתבטאת, בין השאר, בחזקת החוקתיות. על פיה חזקה כי המחוקק פועל במסגרת החוקה. חזקה זו מונחת ביסוד הגישה המקובלת על הכול,⁷⁸ כי בשלב הראשון – שבו מוצגת הטענה לפגיעה בזכות חוקתית – נטל השכנוע בעניין הוכחת הפגיעה מוטל על הטוען לפגיעה. הטענה הינה כי היגיון חוקתי זה לא נעצר בשלב הראשון; ראוי שהוא יחול גם בשלב השני, שבו מועלית הטענה בדבר הצידוק. הגישה הינה אפוא כי חזקה החוקתיות צריכה לחול על כל מרכיביה של הטענה כי זכות חוקתית הופרה. לעניין זה אין להבחין בין שלב הפגיעה בזכות לשלב הצידוק לפגיעה; שני השלבים הם מכלול אחד. זו הייתה גישתם של השופטים א' גולדברג וג' כץ בפרשת בנק המזרחי המאוחד. האם הדין עמם?

(ב) על חזקת החוקתיות

מקובל לומר כי בדמוקרטיה חוקתית נוהגת חזקת החוקתיות.⁷⁹ חזקה זו פועלת בתחומים שונים. החשוב בהם הוא התחום הפרשני.⁸⁰ חזקת החוקתיות היא חלק מתכליתו האובייקטיבית של כל חוק.⁸¹ על כן, "חזקה היא שתכלית החוק היא שחוק אינו נוגד חוקה".⁸² אם הפרשן עומד בפני פירושים אפשריים של חוק, שלפי אחד מהם החוק הוא חוקתי ולפי האחר החוק אינו חוקתי, עליו לבחור בפירוש שלפיו החוק הוא חוקתי. בעניין זה כתב השופט הקנדי למר (Lamer) באחת הפרשות.⁸³

"[this] Court... should not... interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the Charter and hence of no force or effect."

78 ראו לעיל עמ' 531.

79 ראו Joseph Eliot Magnet, *The Presumption of Constitutionality*, 18 OSGOODE HALL L.J. 87 (1980); Henry Burmester, *The Presumption of Constitutionality*, 13 FED. L. REV. 277 (1983); Andrew S. Butler, *A Presumption of Statutory Conformity with the Charter*, 19 QUEENS L.J. 209 (1993).

80 ראו HOGG, לעיל ה"ש 21, בעמ' 119.

81 על התכלית האובייקטיבית של חוק, ראו ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 195.

82 ראו ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 422; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 117 (1994).

83 פרשת *Slaight Communication Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, 1078.

תחום נוסף שבו חלה חזקת החוקתיות נוגע לשימוש בביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק במקרים שבהם ניתן לפתור את הבעיה המשפטית בדרך פרשנית. הגישה הינה כי אם ניתן לפתור את השאלה הניצבת בפני בית המשפט בדרך פרשנית, עדיף ללכת בדרך זו ולא להיזקק לתרופה של ביטול החוק. עדיפות זו נשענת על חזקת החוקיות.⁸⁴ גישה פרשנית זו מובילה למצב דברים שבו נשמרת חוקתיותו של החוק תוך שימוש בדיני הפרשנות.⁸⁵

התחום השלישי שבו מבקשים להחיל את חזקת החוקתיות הוא נטל השכנוע באשר להוכחתן של עובדות הקשורות לאי-חוקתיותו של חוק. אף כאן אין מחלוקת באשר לתחולתה של החזקה בכל הנוגע להוכחת העובדות הקשורות בפגיעה בזכות החוקתית. גדר הספקות היא באשר לתחולתה של החזקה בכל הנוגע להוכחת העובדות הקשורות לצידוקים לפגיעה בזכויות. האם גם במצב דברים זה ראוי שתחול חזקת החוקתיות? האם הדין עם השופט א' גולדברג, כי "על מי שטוען נגד תוקפו של החוק נטל השכנוע כי החוק בלתי חוקתי, גם במובן זה כי הפגיעה חורגת באופן מפליג ממיתחם הפגיעה הסביר להגשמת התכלית הראויה?"⁸⁶ האם הדין עם השופט ג' בך, כי "על הטוען לבטלות החוק לשכנע את בית המשפט הן לעניין עובדת הפגיעה שיש בחוק בזכות היסוד והן באשר לאי-עמידת החוק בדרישותיה של פסקת ההגבלה?"⁸⁷

(ג) חזקת החוקתיות בפגיעה בזכויות חוקתיות

לדעתי אין בכוחה של חזקת החוקתיות להטיל את נטל השכנוע לקיומן של עובדות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית על הטוען להיעדרו של הצידוק. הטעם לכך נעוץ במעמדן המרכזי של זכויות חוקתיות במבנה החוקתי. מעמד זה מצדיק את המסקנה כי חזקת החוקתיות מילאה את תפקידה שעה שהטילה את נטל השכנוע להוכחת עצם הפגיעה בזכות על שכמו של הטוען לפגיעה. אין זה ראוי – מנקודת המבט של ההגנה החוקתית על זכויות חוקתיות – להמשיך ולהטיל על הטוען לפגיעה את נטל השכנוע כי אין עובדות המצדיקות את הפגיעה.⁸⁸

84 ראו ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 422.

85 ראו Adrian Vermeule, *Saving Constructions*, 85 GEO. L.J. 1945 (1997).

86 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 577.

87 שם, בעמ' 586.

88 ראו HOGG, לעיל ה"ש 21, בעמ' 120 "In Charter cases, the constitutional contest is between a government and an individual, who asserts that a right has been violated. In that context, it is not appropriate to tilt the scale in favor of the government. There should be no special obstacle placed in the way of an individual who seeks to vindicate a Charter right". ראו גם פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 461-462: "המגמה שצריכה להנחות אותנו בשאיפה לקיים את זכויות היסוד המוגנות שבחוקה המתגבשת היא

על פי גישה זו, חזקת החוקתיות מילאה את תפקידה שעה שהטילה את נטל השכנוע על שכמ הטוען לפגיעה בזכות חוקתית. משהונחה התשתית העובדתית לכך על ידי הטוען לפגיעה, אין זה ראוי – מנקודת מבטה של ההגנה על זכויות חוקתיות ושל מרכזיותן במשטר החוקתי – להמשיך ולהחיל את החזקה גם להנחת התשתית העובדתית באשר לצידוקים לפגיעה בזכות. לא לשם כך נועדה החזקה. ודאי כך במקרים שבהם החקיקה קודמת לחוקה, וחזקת החוקתיות היא מלאכותית בהקשר של נטל ההוכחה. חזקת החוקתיות היא אפוא "חזקת אי-הפגיעה בזכות חוקתית". אין היא חלה לעניין צידוק הפגיעה.

כאמור, קיומה של חזקת החוקתיות אינו שנוי במחלוקת. גדר הספקות היא היקף תחולתה. טענתי הינה שכאשר חזקת החוקתיות מתנגשת עם הפגיעה בזכויות חוקתיות, על חזקת החוקתיות לסגת. חזקת החוקתיות היא פרי יצירת הפסיקה והיא מוחלת במקום שראוי להחילה. כאשר אין זה ראוי להחילה, אין לעשות כן. לדעתי, אחד המצבים שבהם אין להחיל את חזקת החוקתיות הוא כשנפגעה זכות חוקתית. במצב דברים זה, הטוען לחוקתיות הפגיעה צריך להניח תשתית עובדתית שיש בכוחה להצדיק פגיעה זו, ולא די בהישענות על חזקת החוקתיות. חזקה זו די בה כדי לחייב את הטוען לפגיעה בזכותו להניח תשתית עובדתית להוכחת טענתו שזכותו החוקתית נפגעה. אם פעל כאמור הרי שהרים את הנטל המוטל עליו. עתה צריך הטוען לקיומו של צידוק לפגיעה להניח את התשתית העובדתית המבססת את טענתו. חזקת החוקתיות לא תועיל. היא כבר נסתרה. כוחה הוא אך בשלב הראשון. משמוצה השלב הראשון מוצתה גם חזקת החוקתיות.

ז. נטל הבאת הראיות בשלב השני – על הטוען שהפגיעה מוצדקת

1. הגישה הבסיסית

גישתי הבסיסית הינה כי לעניין השלב השני – הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית – אין להבחין בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות. שני הנטלים גם יחד מוטלים על שכמו של הטוען לצידוק הפגיעה בזכות החוקתית. גישתי זו מבוססת על מעמדן המרכזי של זכויות האדם, על יתרון הנגישות של המדינה לעובדות המצדיקות את האמצעים שנבחרו, ועל מעמדה של המדינה בהליך השיפוטי במשפט הציבורי. אעמוד על טיעונים אלה.

להקפיד על כך שבבוא המחוקק לחוקק חוק רגיל, יראה לנגד עיניו תמיד את זכויות היסוד המוגנות; יימנע ככל האפשר וככל המתחייב מלפגוע בהן, ואם נדרש הדבר – ייעשה את המאמץ הראוי שהפגיעה תעמוד בתנאי סעיף ההגבלה... חוששני שאם בעניינים חוקתיים נאמץ לעצמנו את הכלל הקיים במשפט המינהלי כי חזקה על הרשות שהיא פועלת בתחום סמכותה כראוי עד שחזקה זו נסתרת, נביא לרפיון בהתייחסות לזכויות היסוד המוגנות ונביא חלילה לידי כך שהברכה אשר צמחה לנו מחוקי היסוד הנ"ל תתמסס ותלך" (השופט ד' לויין).

2. נטל הבאת הראיות ומעמדן של זכויות חוקתיות

משהורם הנטל, והטוען לפגיעה בזכות החוקתית הניח את התשתית העובדתית לקיומה של פגיעה, ראוי כי הטוען לצידוק יישא בנטל ההוכחה על שני היבטיו. לעניין זה איני רואה מקום להבחין בין נטל השכנוע⁸⁹ לבין נטל הבאת הראיות. עמדתי זו מבוססת בראש ובראשונה על ערך ההגנה על זכויות חוקתיות. אם אנו מבקשים להעניק לערך זה את היחס הראוי, נדרש כי מי שפגע בזכות חוקתית יצדיק את פגיעתו זו. הטלת הנטל – בין נטל השכנוע ובין נטל הבאת הראיות – על שכמו של הטוען להיעדר צידוק מרוקנת את ההגנה על זכויות חוקתיות מערכה הראוי.

טיעון כללי זה, הנכון הן לעניין נטל השכנוע והן לעניין נטל הבאת הראיות, מקבל משנה-תוקף בשל הטיעון הבא, המיוחד לעניין נטל הבאת הראיות כשהנתבעת היא המדינה. המדינה, אשר חוקקה את החוק הפוגע בזכות החוקתית, מחזיקה במידע הנדרש לעניין התשתית העובדתית המצדיקה את הפגיעה. יש להניח כי מידע זה גם היה בידיה בעת שחוקק החוק. על כל פנים, ודאי שנגישותה של המדינה למידע זה טובה בהרבה מזו של הטוען לפגיעה בזכותו. אין לדרוש ממי שזכויותיו החוקתיות נפגעו – לאחר שהניח תשתית עובדתית לפגיעה זו – להביא ראיות לכך שאין צידוק לפגיעה זו. לעתים קרובות אין לנפגע כל גישה, במסגרת האמצעים העומדים לרשותו, למידע הקשור לקיומו של צידוק או להיעדרו. על פי רוב הצידוק, אם קיים, הוא בידיעתה של המדינה אשר פגעה בזכות החוקתית שהרי על בסיסו נעשתה הפגיעה. לפיכך ראוי כי הנטל להביא ראיות לצידוק הפגיעה יוטל על שכמה של המדינה אשר פגעה בזכות החוקתית.⁹⁰

3. נטל הבאת הראיות ונטל הטיעון בדבר היעדרה של חלופה פוגעת פחות

הנשיא מ' שמגר, שאליו הצטרפו השופטים א' מצא וצ' טל, קבע כי נטל הבאת הראיות צריך להיות על הטוען להימצאותם של אמצעים חלופיים שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה מזו של החוק (מבחן-המשנה השני של המידתיות: "מבחן הצורך" או "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה").⁹¹ בפרשת בנק המזרחי המאוחד כתב הנשיא מ' שמגר:⁹²

89 לעניין נטל השכנוע בשלב השני, ראו לעיל עמ' 540.

90 ראו Woolman and Botha, לעיל ה"ש 21, בעמ' 44: "One obvious ground for placing the burden of justification on the state where it seeks to uphold a law that limits a right is that the state will often possess unique, if not privileged, access to the information a court requires when attempting to determine whether a limitation is justified"

91 למבחן משנה זה, ראו לעיל עמ' 392.

92 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 348. ראו גם דברי השופט גולדברג, שם, בעמ' 577: "לא על מי שמגן על החוק להראות כי ישנן חלופות אחרות שפוגעות יותר וכי נבחרה החלופה הפוגעת פחות, אלא על מי שטוען נגד תוקפו של החוק להראות כי קיימת חלופה מסוימת וברורה המגשימה את התכלית הראויה אך פגיעתה בזכות המוגנת פחותה

"הטוען כי קיימות חלופות מקלות יותר מעבר למיתחם האפשרויות שאומץ בחקיקה, עליו נטל הבאת הראיות... המדינה מציגה את הדרך שנבחרה על-ידיה, וכמובן את מערכת השיקולים המונחת ביסודה. אולם היא אינה צריכה ואינה יכולה להביא מיוזמתה את כל שלל ומכלול האפשרויות האינסופיות האחרות שניתן היה לנקוט לאותה מטרה. הדבר כלל אינו בר-ביצוע. מי שגורס דבר קיומו של אורח פעולה אחר, חמור פחות, הוגן יותר, סביר יותר, היכול להצדיק התערבותו של בית המשפט לשלילת התנאים המכשירים את החקיקה, כפי שהם עולים מסעיף 8, עליו הנטל להבאת הראיות, ואם אינו מצביע על קיומן של חלופות כאמור, עולה ממילא המסקנה כי הדרך שנקטה על-ידי המחוקק אינה חורגת מן המידה הראויה."

לדעתי יש להבחין בין הנטל לטעון טענה לבין הנטל להביא ראיות לביסוסה.⁹³ מקובלת עלי העמדה כי הטוען להפרת זכותו צריך לטעון מהו האמצעי החלופי שמגשים את התכלית הראויה ושפגיעתו בזכות החוקתית פחותה. אין להטיל על המדינה את הנטל להתמודד עם "שלל ומכלול האפשרויות האינסופיות האחרות שניתן היה לנקוט לאותה מטרה". על הטוען להפרת הזכות להצביע על "חלופה מסוימת וברורה", שאם לא כן "עלולים אנו להגיע למצבים שהדעת אינה סובלתה". אולם מכאן לא מתבקשת המסקנה כי על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית להניח את התשתית העובדתית המבססת טענה זו. הנטל להביא ראיות (להבדיל מנטל הטיעון) צריך להיות מונח על שכם הטוען כי אין אפשרות להגשים את התכלית הראויה בדרך שלפי הטענה פגיעתה פחותה. המידע הזה נתון בידי המדינה: הוא נבחן על ידה וביסס את חקיקת ההוראה שפגעה בזכות החוקתית. יש להציגו בפני בית המשפט.

ד. נטל הבאת הראיות וייחודו של ההליך השיפוטי במשפט הציבורי

הליך שיפוטי שבו נדון סכסוך המעוגן במשפט הפרטי שונה באופיו מהליך שיפוטי שבו נדון סכסוך המעוגן במשפט הציבורי.⁹⁴ בסכסוך המעוגן במשפט הפרטי עומדים משני צדי

במידה ניכרת מן הפגיעה שבחוק". ראו גם דברי השופט בך, שם, בעמ' 587: "אם נטיל על המחוקק, או על מי שמנסה להכשיר את החוק, את הנטל להראות שאינה קיימת כל אלטרנטיבה לחוק שנתקבל בכנסת, אשר יש בה משום פגיעה פחותה בזכות היסוד, הרי עלולים אנו להגיע למצבים שהדעת אינה סובלתם".

93 להבחנה זו, ראו Fleming James, *Burdens of Proof*, 47 VA. L. REV. 51, 59 (1961): "It is often said that the party who has the burden of pleading a fact must prove it. This is in large part true... though not infallible... The burden of proof does not follow the burden of pleading in all cases. Many jurisdictions for example require a plaintiff to plead non-payment of an obligation sued upon but not to require him to prove it"; Robert Belton, *Burdens of Pleading and Proof in Discrimination Cases: Toward a Theory of Procedural Justice*, 34 VAND. L. REV. 1205 (1981).

94 ראו יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (1993).

המתרס פרטים הטוענים כי זכותם נפגעה. הצדדים לסכסוך חייבים לנהוג זה כלפי זה בתום לב, אך בדרך כלל אין הם חבים נאמנות זה לזה. שונה המצב בסכסוך המעוגן במשפט הציבורי. בהליך זה עומד מצד אחד של המתרס פרט הטוען כי זכותו החוקתית נפגעה, ובצד השני עומדת רשות ציבורית הטוענת כי הפגיעה היא כדין. רשות זו חבה כלפי הפרט חובת נאמנות וחובת הגינות כללית. הפרט חב חובות כלפי הרשות הציבורית, ובהן החובה לנהוג כלפיה בהגינות במצבים שונים; עם זאת חובתו שונה מחובת הנאמנות וההגינות הכללית שחבה כלפיו הרשות הציבורית.⁹⁵

שוני זה משליך על תחומים שונים, מהם של המשפט המהותי ומהם של המשפט הדיוני. בתחום הדיוני יש להבדל זה רלוונטיות בהיבטים שונים של ההליך השיפוטי המעוגן במשפט הציבורי. לשוני זה השלכה ישירה על השאלה בדבר נטל הבאת הראיות. לדעתי, מחובת הנאמנות של הרשות הציבורית ומחובת ההגינות הכללית המוטלת עליה נגזר הדין שלפיו נטל הבאת הראיות באשר לעובדות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית מוטל על הרשות הציבורית. אכן, אם המידע על קיומו או על היעדרו של צידוק לפגיעה בזכות החוקתית נמצא בידי הרשות הציבורית, חובתה להציג מידע זה בפני בית המשפט. חובה זו נגזרת מהמשפט הציבורי עצמו.⁹⁶

ייחוד זה של ההליך השיפוטי במשפט הציבורי בא לידי ביטוי בהיבטים נוספים הקשורים לבית המשפט עצמו. תפקידו של השופט בהליך השיפוטי במשפט הפרטי שונה מתפקידו בהליך השיפוטי במשפט הציבורי.⁹⁷ שוני זה בתפקידו של בית המשפט משליך גם על נטל הבאת הראיות. עמד על כך השופט י' זמיר בפרשת צמח:⁹⁸

”ספק בעיני אם ההלכה בעניין נטל ההוכחה, שהורתה ותחולתה בתחום המשפט הפלילי ובתחום המשפט האזרחי חלה, באותה מתכונת גם בתחום המשפט הציבורי”.

ביטוי לתפקיד מיוחד זה של בית המשפט בהקשר של נטל הבאת הראיות בהליך השיפוטי במשפט הציבורי מתבטא, בין השאר, כשהתשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט בשלב הבחינה החוקתית השני (שלב הצידוק לפגיעה בזכות) אינה מלאה. מצב כזה עשוי להתקיים מטעמים שונים ונוגדים. כך, למשל, הרשות הציבורית עשויה להתרשל

95 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 312 (2004). ראו גם ליאור ברשק “אזרח ומדינה בדמוקרטיה” משפטים לב 217 (2001).

96 ראו Mike Taggart, *Proportionality, Deference, Wednesbury*, in JUDICIAL REVIEW 23 (NZLS, 2007).

97 ראו Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976); Owen M. Fiss, *Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979).

98 פרשת צמח, לעיל ה”ש 39, בעמ’ 268.

בהצגת התשתית העובדתית לביסוס הציודוק. היא עשויה גם שלא להציג תשתית זו משום שהיא מעוניינת בפסק דין שיכריז על בטלות החוק. אם הנטל להבאת ראיות יוטל על הטוען לפגיעה בזכותו, ייתכן מאוד שהוא לא יוכל להרים אותו, מטעמים כספיים ואחרים. במצבים אלה וברבים אחרים בית המשפט מוצא כי הונחה לפניו תשתית עובדתית לכך שנפגעה זכות חוקתית – אך לא הונחה לפניו תשתית עובדתית מספקת לגופו של הציודוק הנטען לפגיעה זו. מה יעשה בית המשפט?

אופיו של ההליך משפיע על התנהגותו של בית המשפט. במסגרת ההליך מוכרעת חוקתיותו של חוק. זוהי הכרעה רבת-משמעות. יש לה השלכות מעבר לצדדים לסכסוך הספציפי. יש לה השלכות על שלטון החוק ועל חוקתיות המנהל, ויש לה השלכות על ההגנה הניתנת בשיטת המשפט לזכויות חוקתיות. בשל כל אלה אין זה ראוי שבית המשפט יכריע בשאלה הניצבת בפניו אך לפי נטל ההוכחה (בין נטל השכנוע ובין נטל הבאת הראיות). עמד על כך השופט י' זמיר בפרשת צמח:⁹⁹

“אם העותר הצליח לעורר ספק מהותי בחוקיות השיקולים של הרשות או בסבירות של ההחלטה, אך לא הצליח להביא די ראיות כדי שבית המשפט יוכל לקבוע בפסקנות אם ההחלטה חוקית או אינה חוקית, בית המשפט אינו חייב לדחות את העתירה בשל חוסר ראיות. הוא רשאי לנקוט יוזמה ולדרוש מן הרשות להשיב על שאלות מסוימות או להביא בפניו ראיות נוספות כפי שיקבע: תצהירים, מסמכים ועוד. זהו אחד ההבדלים בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי והליך אזרחי. הבדל זה נובע, ראשית, ממהותו של ההליך המינהלי: הליך זה עוסק בהחלטה שנתקבלה על-ידי הרשות מטעם הציבור ולמען הציבור, ולכן יש לציבור זכות עקרונית לדעת את העובדות ואת הטעמים שביסוד ההחלטה. שנית, הבדל זה נובע גם מן העיקרון של שלטון החוק: בהליך מינהלי בית-המשפט אמור לא רק להכריע בסכסוך בין שני צדדים, אלא גם לשמור על העיקרון של שלטון החוק. על פי עיקרון זה, אם נתעורר ספק מהותי בחוקיות של החלטה מינהלית, ראוי לברר ספק זה כדי שלא תישאר החלטה בלתי חוקית על כנה. מכאן נובע גם הבדל בשאלת נטל ההוכחה בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי או הליך אזרחי. בהליך מינהלי, יותר מאשר בהליך פלילי או בהליך אזרחי, בית-המשפט עשוי לפעול לחיזוק תשתית הראיות, לפי הצורך, עד שיוכל להכריע לגוף העניין בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית. משום כך, בהליך מינהלי, לאחר שבתחילת ההליך התעורר ספק מהותי בחוקיות ההחלטה המינהלית, בדרך כלל אין מתעוררת עוד, בהמשך ההליך, השאלה של נטל ההוכחה.”

על כן, אם המדינה היא צד להליך, והיא נמנעת מהנחת תשתית עובדתית באשר לצידוק של הפגיעה בזכות החוקתית – בידי בית המשפט הכוח לדרוש את הבאתן של עובדות אלה. חוקתיותו של החוק לא תוכרע אך בשל מחדלה הראשוני של המדינה.¹⁰⁰ על רקע זה מובנת גם נכונותו של בית המשפט לפנות בעצמו לבחינתן של עובדות חברתיות (social facts) ושל "עובדות חקוקות" ("legislative facts"),¹⁰¹ וכמובן להשתמש בידיעתו השיפוטית.¹⁰² מה יעשה בית המשפט אם בסופו של ההליך, לאחר שמיצה את כל האפשרויות הדיוניות לקבלתם של מירב הנתונים העובדתיים, עדיין לא הונחה בפניו תשתית עובדתית שדי בה כדי להכריע בסוגיה? ומה יעשה בית המשפט אם מרב התשתית העובדתית האפשרית הונחה בפניו אך כפות המאזניים מאוינות? לדעתי, במצב דברים זה, לאור מרכזיותן של זכויות האדם שנפגעו, יש להכריע נגד הטוען לקיומו של צידוק לפגיעה.¹⁰³ כאשר לא בוסס צידוק כזה, הפגיעה בזכות האדם אינה חוקתית.

השופט י' זמיר ציין שכאשר התשתית העובדתית המוצגת בפני בית המשפט היא "רופפת עד כדי כך שבית המשפט אינו יכול לבסס עליה ממצאים כפי שנדרש לצורך הכרעה בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית",¹⁰⁴ תושפע שאלת נטל ההוכחה מהמהות המיוחדת של ההליך המנהלי.¹⁰⁵

"היא עשויה להיות מושפעת משיקולים של שלטון החוק, מחזקת החוקתיות של חוק ומחזקת החוקיות של החלטה מינהלית, מהחשיבות של הזכות הנפגעת ומעוצמת הפגיעה בזכות, מייעילות המינהל ומאינטרסים ציבוריים אחרים".

לדעתי אם בסופו של יום לא השתכנע בית המשפט בדבר קיומו של צידוק לפגיעה בזכות, עליו לקבוע שהפגיעה בזכות לא קיימה את דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה והפגיעה אינה כדין. חזקת החוקתיות וחזקת החוקיות שוב אינן פועלות בשלב זה. יעילות המנהל ואינטרסים ציבוריים אחרים אינם יכולים כשלעצמם לבסס צידוק לפגיעה בזכות

100 ראו Woolman and Botha, לעיל ה"ש 67, בעמ' 44: "[T]he Constitutional Court has, on a number of occasions, stated that the failure by the government to offer any support for a limitation does not relieve a court of the duty to inquire into its justifiability"

101 ראו לעיל עמ' 477. וכן ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 479. ראו גם HOGG, לעיל ה"ש 21, בעמ' 806. וכן Kenneth Culp Davis, *Facts in Lawmaking*, 80 COLUM. L. REV. 931 (1980); Ann Woolhandler, *Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts*, 41 VAND. L. REV. 111 (1988).

102 ראו אליהו הרנון דיני ראיות חלק שני 39 (תש"ל). על ידיעה שיפוטית בהליך בדבר חוקתיות החוק, ראו HOGG, לעיל ה"ש 21, בעמ' 808.

103 ראו לעיל עמ' 449.

104 פרשת צמח, לעיל ה"ש 39, בעמ' 268.

105 שם, בעמ' 269.

החוקתית או להטלת הנטל על שכמ הטוען לפגיעה. עם זאת, הם עשויים להשפיע על גיבושו של הסעד החוקי.

ח. השלב השלישי: הסעד

השלב השלישי בבחינה החוקתית הינו הסעד. משקבע בית המשפט כי נפגעה זכות חוקתית (השלב הראשון), וכי הפגיעה אינה מקיימת את דיני המידתיות בפסקת ההגבלה (השלב השני), קמה ועולה השאלה של הסעד או התרופה. זהו השלב השלישי: בגדריו נבחנות התוצאות של אי-החוקתיות וניתנת תשובה לשאלת תוקפו של החיקוק הלא חוקתי;¹⁰⁶ לשאלת דינן של פעולות (אזרחיות ופליליות) שנעשו מכוחו;¹⁰⁷ ולשאלה אם הפגם בחיקוק פועל רטרואקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית.¹⁰⁸ אכן, "אי-החוקתיות של חיקוק אינה עניין מופשט המונח בחללה של השיטה. זהו עניין קונקרטי המחייב הכרעה שיפוטית הקובעת תוצאות מעשיות מבחינת התחולה בזמן, במקום ובצדדים".¹⁰⁹ הדינים בעניין הסעד מעוגנים במושגיות היסוד של "הבטלות היחסית".¹¹⁰ בחינה של סוגיה משפטית זו ושל הדינים הנלווים אליה חורגת ממסגרת ספר זה.

106 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 82, עמ' 720.

107 שם, בעמ' 740.

108 שם, וכן ברק, שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 95, בעמ' 353.

109 בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 441, 433 (1998).

110 על הבטלות היחסית, ראו יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1993); דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (1995); דפנה ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי – על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר 321 (2005).

שער רביעי

הערכת המידתיות

פרק שבעה-עשר

חשיבותה של המידתיות

א. המידתיות במבחן הביקורת

מאז סיום מלחמת העולם השנייה זכתה המידתיות להצלחה רבה. היא התפשטה לעבר שיטות משפט רבות.¹ היא מהווה ביטוי ל"נדידת" דינים. מגמה זו ממשיכה גם בתחילת המאה העשרים ואחת. אכן, אנו חיים בעידן המידתיות. מכיוון שביסוד המידתיות עומד האיזון ניתן לומר כי אנו חיים בעידן האיזון.² עם זאת, המידתיות נתונה לביקורת חריפה. במרכז הביקורת עומדת המידתיות במובן הצר. זו מתבססת על איזון בין עקרונות מתנגשים. איזון זה שנוי במחלוקת. אף שבחינו הפרטיים אנו מאזנים כל העת בין עקרונות מתנגשים, רבים הם המבקרים את האיזון שעה שהוא נערך על ידי בית המשפט ושעה שהוא מכוון כנגד חוקתיותו של חוק. בשער זה אעמוד על הטיעונים השונים בעד המידתיות ונגדה, תוך בחינת החלופות האפשריות.³ ביסוד הבחינה יעמדו המידתיות במובן הצר ומושג האיזון שביסודה. הטיעונים המובאים חלים, אפוא, הן לעניין האיזון החוקתי והן לעניין האיזון הפרשני.⁴ ביסוד גישתי לאיזון אינה מונחת התפיסה כי אין בלעדי איזון. אינני סבור כי הדרך הרציונלית היחידה לקבל החלטות היא בדרך של איזון; גם אינני סבור כי אם נזנח את האיזון סופנו להגיע לכך שהזכויות הן מוחלטות. גישתי בזכות האיזון מבוססת אך על הטיעון כי מבין הדרכים השונות להבטיח זכויות אדם בחברה דמוקרטית-פלורליסטית, האיזון היא הדרך הטובה ביותר. גישתי לאיזון היא אפוא ברוח האיזון עצמו.

ב. הדגשת הצורך בציודק (Justification)

המידתיות (במובן הרחב) מורכבת מדרישת החוקיות ומדרישת הלגיטימיות. דרישת החוקיות היא פורמלית באופייה. דרישת הלגיטימיות היא מהותית באופייה. היא בעלת אופי

1 ראו לעיל עמ' 27.

2 ראו T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943 (1987); Stephen Gardbaum, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing*, 4 LAW & ETHICS OF HUM. RTS. (forthcoming 2010).

3 ראו Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2008).

4 להבחנה בין השניים, ראו לעיל עמ' 98.

פונקציונלי וקונטקסטואלי. היא משקיפה על המשפט כיצירה חברתית שנועדה לפתור את הבעיות של הפרט ושל החברה. המידתיות – על האיזון שביסודה – מדגישה את הצורך בצידוק לפגיעה בזכות האדם.⁵ היא מחייבת בחינה תמידית בדבר קיומו של צידוק זה. היא מבססת – כביטוי של Mureinik – “תרבות של צידוק”.⁶ הדמוקרטיה מבוססת על זכויות אדם. הפגיעה בהן אינה יכולה להיות דבר שבשגרה. היא מחייבת צידוק שיש בו כדי לבסס את הפגיעה בזכות החוקתית. היטיב להביע זאת השופט אקרמן (Ackermann) מבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה:⁷

“In reaction to our past, the concept and values of the constitutional state, of the ‘regstaat’, and the constitutional right to equality before the law are deeply foundational to the creation of the ‘new order’ referred to in the preamble. The detailed enumeration and description in [the general limitation provision] of the criteria which must be met before the legislature can limit a right entrenched in [the Bill of Rights] emphasize the importance, in our new constitutional state, of reason and justification when rights are sought to be curtailed. We have moved from a past characterized by much which was arbitrary and unequal in the operation of the law to a present and a future in a constitutional state where state [or private] action must be such that it is capable of being analysed and justified rationally.”

- 5 ראו Jeremy Kirk, *Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality*, 21 MELB. U. L. REV. 1, 20 (1997); JEFFREY M. SHAMAN, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: ILLUSION AND REALITY 44 (2001); Mattias Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXI 131 (George Pavlakos ed., 2007); VICKI JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA 63 (2010).
- 6 Etienne Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 31, 32 (1994); David Dyzenhaus, *Law as Justification: Etienne Mureinik’s Conception of Legal Culture*, 14 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 11, 27 (1998); Andrew Butler, *Limiting Rights*, 33 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 113, 116 (2002); Jeffrey Jowell, *Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence*, in LAW AND ADMINISTRATION IN EUROPE: ESSAYS IN HONOUR OF CAROL HARLOW 67, 69 (Paul P. Craig & Richard Rawlings eds., 2003); Michael Taggart, *Proportionality, Deference, Wednesbury*, in JUDICIAL REVIEW 23, 48 (2007).
- 7 S v. Makwanyane, 1995 (3) SA 391 (CC), § 156

אכן, החשיבה המידתית אינה מכוונת לסיווגו של מקרה לגדרה של קטגוריה המספקת תשובה לבעיה. החשיבה המידתית מכוונת לבחינה מתמדת בדבר קיומו של צידוק ענייני לפגיעה בזכות, תוך התחשבות בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

צידוק זה אינו אך עניינו של בית המשפט. הוא גם עניינה של כל רשות שלטונית.⁸ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל רשות שלטונית חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".⁹ ממילא "כל רשות שלטונית" חייבת לכבד את הוראותיה של פסקת ההגבלה, כלומר: את המידתיות. על כן, בטרם יחוקק חוק הפוגע בזכות חוקתית, על חברי הגוף המחוקק להשתכנע כי יש צידוק לפגיעה זו. הוא הדין בחברי הרשות המבצעת והשופטת. אכן, המידתיות קובעת תשתית אינטלקטואלית אחידה לפעילות השלטונית החוקתית. גם אם אין ביקורת שיפוטית או אם היא מוגבלת באופייה, עדיין יש צורך בקיומו של צידוק לפגיעה בזכות החוקתית.¹⁰

המידתיות מחייבת בחינה אובייקטיבית – כלומר: נטולת היבט סובייקטיבי המאפיין רשות זו או אחרת – של חוקתיות הפגיעה בזכות החוקתית. כללי המידתיות חלים על כל הרשויות השלטוניות. הם מבטיחים אחדות חוקתית בחיפוש אחר הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית. עם זאת, המידתיות מבוססת על הכרה בשיקול דעת הנתון לרשויות השלטוניות בגדריה.¹¹ שיקול דעת זה משתנה בהיקפו מרשות שלטונית לרשות שלטונית. הוא משתנה על פי המרכיבים השונים של המידתיות. כך, למשל, שיקול הדעת הרחב ביותר בעניין מרכיב המטרה נתון לרשות המחוקקת.¹² לעומת זאת שיקול הדעת הרחב ביותר בעניין האיזון בין התועלת השולית בהגשמת המטרה לבין הנזק השולי לזכות החוקתית נתון לרשות השופטת.¹³

האובייקטיביות המאפיינת את המידתיות מתבטאת גם בכך שאין היא קובעת מתוכה היא את משקלה של זכות האדם הנפגעת ואת חשיבותה. כמו כן אין היא נוקטת עמדה באשר למשקלם וחשיבותם של העקרונות המתנגשים באותה זכות. שאלת המשקל והחשיבות מקבלת את תשובתה מחוץ לדיני המידתיות. במובן זה, המידתיות היא מסגרת המבוססת על צורת חשיבה מסודרת. היא קובעת את הנתונים שיש להתחשב בהם – חשיבותה של תוספת הפגיעה בזכות הנפגעת, עצמת הפגיעה בה והסתברותה; חשיבותה

8 ראו Stuart Woolman, *Riding the Push-Me Pull-You: Constructing a Test That Reconciles the Conflicting Interests Which Animate the Limitation Clause*, 10 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 31 (1994).

9 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. הוראה דומה נמצאת גם בס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

10 ראו לעיל עמ' 467.

11 ראו לעיל עמ' 491.

12 ראו לעיל עמ' 491.

13 ראו לעיל עמ' 504.

של תוספת התועלת לטובת הכלל, נחיצותה וחיוניותה וסיכויי התגשמותה – אך אין היא קובעת מהי אותה חשיבות יחסית ומהו משקלה באיזון. נוסחאות האיזון העקרוניות¹⁴ מתבססות על הטעמים המונחים ביסוד זכות חוקתית ועל הצידוק לפגיעה בה. טעמים אלה וצידוק זה נקבעים על פי שיקולים שמחוץ לדיני המידתיות. המתודה המידתית אינה נותנת להם תשובה. אכן, התשובה על שאלות אלה נמצאת במשפטה של המדינה. הרשות המאזנת (מחוקק, מבצע, שופט) לומדת עליה ממקורות שמחוץ למידתיות עצמה. על כן, אין לזהות מידתיות עם תאוריות חברתיות "ימניות" או "שמאלניות".¹⁵ המידתיות אינה בעד או נגד תפיסה ליברלית או קומוניטרית.¹⁶ המידתיות הינה "מכשיר". היא קונסטרוקציה. היא מתודולוגיה משפטית.¹⁷ ניתן להשתמש בה כדי להגיע לתוצאות צודקות או שאינן צודקות. מובן, כי בצד יתרונות אלה של האיזון עומדים חסרונותיו. אעמוד עליהם בהמשך. לעת הזו אציין אך כי ההתמקדות של המידתיות בצידוק לפגיעה בזכות משרת יפה את הדמוקרטיה החוקתית.

ג. הבניה של שיקול הדעת

1. חשיבות ההבניה של שיקול הדעת

מידתיות מתבססת על שיקול דעת מובנה.¹⁸ מי שמפעיל את המידתיות צריך לחשוב בשלבים.¹⁹ תחילה עליו להבחין בין שאלות של היקף הזכות לבין שאלות של הגשמת הזכות וההגנה עליה.²⁰ לאחר מכן, בשלב הגשמת הזכות וההגנה עליה, עליו להבחין בין שאלת הסף הנוגעת למטרה הראויה²¹ לבין שאלות הנוגעות למידתיות האמצעים²²

- 14 על נוסחאות אלה, ראו להלן עמ' 630.
- 15 ראו Jeffrey M. Shaman, *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, 41 WAYNE L. REV. 135, 154 (1995).
- 16 ראו Steven Shiffrin, *Liberalism, Radicalism, and Legal Scholarship*, 30 UCLA L. REV. 1103 (1982); Robert F. Nagel, *Liberals and* גם Kumm, להלן ה"ש 5. ראו גם Robert F. Nagel, *Balancing*, 63 U. Colo. L. Rev. 319 (1992). ראו להלן עמ' 563.
- 17 ראו לעיל עמ' 484.
- 18 DAVID M. BEATTY, *THE ULTIMATE RULE OF LAW* 172 (2004); Julian Rivers, ראו *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L. J. 174, 176 (2006); Lorraine Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84, 96 (Sujit Choudhry ed., 2006); PAUL CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 637 (6th ed., 2008).
- 19 ראו Michael Fordham, *Common Law Proportionality*, 7 J.R. 110, 112 (2002).
- 20 ראו לעיל עמ' 43.
- 21 ראו לעיל עמ' 297.
- 22 ראו לעיל עמ' 373 ועמ' 391.

ולמידתיות היחס בין הגשמת המטרה לבין הנזק לזכות החוקתית.²³ משעבר את שאלת הסף בעניין המטרה הראויה עליו לבחון שלוש שאלות-משנה הקשורות לאמצעים שנקבעו בחוק ולאיוון בין הגשמת המטרה לנזק לזכות. השתיים הראשונות – התאמת האמצעים והצורך בהם – נוגעות ליחס בין המטרה הראויה לבין האמצעים. השאלה השלישית – מידתיות במובן הצר – נוגעת ליחס הראוי בין הגשמת המטרה הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית. במסגרתה עליו לבחון את כלל האיוון הבסיסי.²⁴ על בסיס כל אלה עליו לערוך איוון קונקרטי.²⁵

להבניית שיקול הדעת יתרונות רבים.²⁶ היא מחייבת את השוקל לחשוב באופן מסודר, לא לדלג על עניינים שיש להביאם בחשבון, ולהתחשב בהם בזמנם ובמקומם.²⁷ באמצעות המידתיות "קנתה לה הביקורת השיפוטית אופי מדויק ונהיר יותר".²⁸ היא מעודדת גם את אפשרות השימוש במשפט השוואתי, שכן הוא מאפשר לבדוק אם קיים בסיס מספיק להשוואה.²⁹ יתרונות אלה חלים לעניין כל הפעלה של שיקול דעת מובנה במסגרת המידתיות. הם חלים בראש ובראשונה לעניין הפעלת שיקול הדעת של המחוקק. הבניית שיקול הדעת מסייעת לחברי הגוף המחוקק "לחשוב חוקתית", כמתבקש מהאופי החוקתי של הפעילות החקיקתית. שעה שהם מחוקקים חוק הפוגע בזכות חוקתית הם צריכים לבחון אם פגיעה זו מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה החלה בעניין. הוא הדין ברשות המבצעת הפוגעת בזכות חוקתית "לפי חוק". הבניית שיקול הדעת מסייעת לשופטים "לחשוב חוקתית", כמתבקש מאופייה של הפעילות השיפוטית בדמוקרטיה חוקתית. בדרך כלל מדגישים את חשיבות ההבניה של שיקול הדעת לעניין הפעילות השיפוטית אולם חשוב להדגיש כי המידתיות בכלל, ואופייה המובנה בפרט, עומדים לרשות כל מי שצריך לפעול במידתיות. ראש וראשון לכל אלה הוא המחוקק. לצדו עומד השופט, הנעזר בהבניה של שיקול הדעת שעה שהוא עוסק בזכויות האדם בכלל ובקביעת מידתיותה של פגיעה בהן בפרט.

- 23 ראו לעיל עמ' 423.
- 24 על הכלל הבסיסי, ראו לעיל עמ' 445.
- 25 על האיוון הקונקרטי, ראו לעיל עמ' 451.
- 26 ראו (2006) HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 262. בהוראת סעיף 36 לחוקה של דרום-אפריקה הלך לאיבוד יתרון זה של הבניית שיקול הדעת.
- 27 ראו Carlos Bernal Pulido, *On Alexy's Weight Formula*, in ARGUING FUNDAMENTAL RIGHTS 101, 106 (Agustín J. Menéndez & Erik O. Eriksen eds., 2006); Amir Attaran, *A Wobbly Balance – A Comparison of Proportionality Testing in Canada, the United States, the European Union and the World Trade Organization*, 56 U.N.B.L.J. 260 (2007).
- 28 ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פס' 22 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 19.3.2007).
- 29 ראו JACKSON, לעיל ה"ש 5.

2. שקיפות

להבנייתו של שיקול הדעת יתרונות נוספים. אחד מהם הוא השגתה של שקיפות.³⁰ המעיין בהחלטה שהתקבלה על פי שיקול דעת מובנה – בין אם זו החלטה של המחוקק לחוקק ובין אם זו החלטה של השופט בהערכה של חוקתיות החקיקה – יכול לעקוב אחר שלביה ונימוקה. ההחלטה שוב אינה ספר חתום. הכול גלוי על "פני ההחלטה". על כן ניתן לזהות בקלות יחסית את שיקוליו של המחוקק. ניתן לדעת מדוע חוקק החוק ומדוע נבחרה האפשרות הגלומה בו. ניתן לבחון את המניעים של החקיקה ואת התשתית העובדתית שבבסיסה. הוא הדין בשופט. תהליך ההכרעה השיפוטית נפרס בפני קורא הפסק. הנימוקים שעמדו ביסוד ההחלטה מפורטים כמו גם המשקל שניתן להם. נוסחת האיזון העקרונית בה נקט השופט גלויה וידועה.³¹ ניתן להבין טוב יותר את ההחלטה. ניתן לבקר אותה. ניתן לצפות אותה.³² סדורסקי (Sadurski) תיאר זאת יפה:³³

"A judge engaged in the act of weighing and balancing of competing constitutional goods discloses the elements of his reasoning to the public. It is, to use an admittedly imperfect analogy, as if a cook in an elegant restaurant first revealed to the customers all the ingredients and then showed the guests, step by step all the stages of the preparation of the dish before it lands on their tables."

שקיפות זו מצביעה על הקושי שבהחלטה ועל היעדרה של גישה מכנית בקבלתה. כל אלה מגבירים את האמון בשפיטה ובדמוקרטיה.

30 ראו Frank Michelman, *Foreword: Traces of Self-Government*, 100 HARV. L. REV. 4, 34 (1986); Jeremy Kirk, *Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality*, 21 MELB. U. L. REV. 1, 20 (1997); Vicki C. Jackson, *Being Proportional About Proportionality*, 21 CONST. COMMENT. 803, 830 (2004); 63 N.Y.U. L. REV. 16, 25; Thomas Poole, *Tilting at Windmills? Truth and Illusion in the Political Constitution*, 70 MOD. L. REV. 250, 268 (2007); MICHAEL SACHS, GG Vicki C. Jackson, ראו, *VERFASSUNGSRECHT II GRUNDRECHTE* 71 (2007) *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on 'Proportionality', Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583, 621 (1999).

31 על נוסחת האיזון העקרונית, ראו להלן עמ' 630.

32 ראו London Regional Transport and another v. The Mayor of London and another, [2001] EWCA Civ. 1491, § 57-58.

33 Wojciech Sadurski, "Reasonableness" and Value Pluralism in Law and Politics, in REASONABLENESS AND LAW 129, 139 (Giorgio Bongiovanni, Sartor Giovanni & Chiara Valentini eds., 2009).

שקיפות זו חשובה היא במשטר דמוקרטי. היא מאפשרת להבין את בסיס ההחלטה. הבנה מולידה הערכה גם אם אין הסכמה לתוצאה. השקיפות היא בסיס לשיח ציבורי מושכל, ולדיאלוג בין שופט למחוקק.³⁴ היא מעניקה אפשרות למתוח ביקורת על ההכרעה. היא מונעת שיקולים זרים ומניעים פסולים, עד כמה שאלה ייחשפו למעיין בהחלטה. היא מייצרת אמון בטוהר השיקולים של מקבלי ההחלטות. אמת, השקיפות אינה מבטיחה כי בכל מקרה ניתן להשיג תוצאות אלה. תמיד ניתן להסתיר מניעים שגם השקיפות לא תגלה אותם. עם זאת, השקיפות תורמת תרומה חשובה להבטחת טוהר השיקולים. אין זה דבר של מה בכך.

3. שקילת השיקול הראוי בהקשר הראוי

יתרון נוסף הנעוץ בהבניה של שיקול דעת הינו שקילה של השיקולים הראויים השונים בהקשר הראוי. אמת, גם בהיעדר הבניה של שיקול דעת ניתן להבטיח כי יישקלו שיקולים רלוונטיים בלבד. הבניה של שיקול הדעת מבטיחה כי שיקולים אלה יישקלו בהקשר הראוי לכך. הם מבטיחים, על כן, כי עיקרם של השיקולים בדבר טובת הכלל או זכותו של אחר יובאו בחשבון בשלב הצידוק לפגיעה בזכות ולא בשלב של קביעת היקפה.³⁵ הם מבטיחים כי שיקולים של מטרה ראויה יובאו בחשבון כמועדס כדרישת סף העומדת לעצמה בלא בחינת האמצעים הנדרשים להגשמתה ופגיעתם בזכות החוקתית.³⁶ הם מבטיחים כי האיזון בין העקרונות המתחרים יתרחש אך בשלב האחרון של המידתיות, במסגרת בחינתה של המידתיות במובן הצר.³⁷

החשיבות של שקילת השיקול הנכון בהקשר הראוי היא רבה. טלו, למשל, את שאלת הזכות לחיי משפחה אל מול ביטחון המדינה.³⁸ אם מעמיתים "מוקדם מדי" הבטחת חיים (ביטחון) לעומת הבטחת חיי משפחה (זכות אדם) – יד הביטחון תהא על העליונה, שכן החיים עדיפים על חיי המשפחה. אך אם מפרידים בין השאלה אם חיי המשפחה הם חלק מהזכות לכבוד (שאלת ההיקף של הזכות לכבוד) לבין השאלה אם האיזון בין הגשמת הביטחון לבין השמירה על חיי המשפחה (שאלת המידתיות במובן הצר), או אז נקבעת המסגרת הראויה לבחינתה של שאלת האיזון. מסגרת זו אינה במתן תשובה כללית וקבועה לעניין ההיקף של ערך הביטחון ושל הזכות למשפחה. מסגרת זו הינה במתן תשובה משתנה לעניין האיזון בין חשיבותו הביטחונית של האיסור הגורף לאיחוד משפחות (בהשוואה לחלופה המידתית) לבין חשיבות שבמניעת הפירוד בין בני זוג וילדיהם. תחת דיון עקרוני כללי בשאלה מה עדיף – חיים או חיי משפחה, בא דיון מיוחד בשאלת המידתיות של

34 ראו להלן עמ' 562.

35 ראו לעיל עמ' 103 ועמ' 115.

36 ראו לעיל עמ' 297.

37 ראו לעיל עמ' 419.

38 ראו לעיל עמ' 432.

התוספת לביטחון בעקבות האיסור הגורף בהשוואה לתוספת הפגיעה בחיי המשפחה של אלה שהאיסור הגורף חל עליהם.

4. דיאלוג בין מחוקק לשופט

שיקול דעת מובנה ושקוף מסייע ליצירת דיאלוג בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת.³⁹ טרם חקיקה המחוקק צריך לקבוע לעצמו כי מטרותיו הן ראויות, האמצעים ראויים וכי פגיעתם בזכות החוקתית היא מידתית. במסגרת זו עליו לבחון את התשתית העובדתית המשמשת בסיס לעמדתו⁴⁰ כי האמצעים שהוא נוקט הם רציונליים⁴¹ וכי יש בהם צורך להגשמת המטרה.⁴² הרשות המחוקקת מודעת לצורך לאזן בין תועלתה השולית של החקיקה לבין פגיעתה השולית בזכויות החוקתיות. כלל האיזון הבסיסי⁴³ מכונן את שיקול הדעת החקיקתי.

נתונים אלה כולם עומדים בפני הרשות השופטת שעה שעליה לקבוע את חוקתיותו של חוק. פסק הדין מבטא את שלבי החשיבה של השופט. הוא מצביע על הנתונים שהביאו אותו לקבוע כי מטרת החוק הינה ראויה או לא ראויה. הוא מסביר כיצד הגיע למסקנתו באשר

39 על הדיאלוג בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת ראו אהרן ברק שופט בחרה דמוקרטיה Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L. J. 75 (1997); Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, 37 OSGOODE HALL L. J. 513 (1999); Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *Reply to Six Degrees of Dialogue*, 37 OSGOODE HALL L. J. 529 (1999); KENT ROACH, *THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE* (2001); Carissima Mathen, *Constitutional Dialogue in Canada and the United States*, 14 NAT'L J. CONST. L. 403 (2003); Richard Clayton, *Judicial Deference and Democratic Dialogue: The Legitimacy of Judicial Intervention under the Human Rights Act 1998*, PL 33 (2004); Tom Hickman, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, PL 306 (2005); Kent Roach, *Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, 4 INT'L J. CONST. L. 347 (2006); Christopher P. Manfredi, *The Day the Dialogue Died: A Comment on Sauvé v. Canada*, 45 OSGOODE HALL L.J. 105 (2007); Julie Debeljak, *Parliamentary Sovereignty and Dialogue Under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Drawing the Line Between Judicial Interpretation and Judicial Law-Making*, 33 MONASH U.L. REV. 9 (2007); MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 31 (2008), לעיל, Michelman;

ה"ש 30.

40 ראו לעיל עמ' 492.

41 ראו לעיל עמ' 373.

42 על האיזון העקרוני, ראו לעיל עמ' 391.

43 ראו לעיל עמ' 445.

לכל אחד משלביה של המידתיות. כאשר המסקנה השיפוטית הינה שהחוק אינו חוקתי, הסיבות לכך ברורות.

החלטה על אי-חוקתיות החוק אינה סוף פסוק. הדיאלוג בין הרשויות – שהתחיל בחקיקה ונמשך בקביעה שהחוק אינו חוקתי – נמשך. כעת העניין חוזר למחוקק. שקיפותה של ההחלטה השיפוטית מאפשרת למחוקק לדעת מה עליו לעשות אם הוא מבקש להמשיך בהגשמת מטרת החוק. עומדות לפניו מספר אפשרויות. הוא עשוי להעמיד לעצמו מטרה שונה וראויה. הדבר ישפיע כמובן גם על בחירת האמצעים. עתה יבחר המחוקק באמצעים ראויים וביחס מידתי בין תוספת התועלת בהגשמת המטרה לתוספת הנזק לזכות, כפי שנותחה בפסק הדין. הוא עשוי להתמיד במטרתו ולקבוע אמצעים מידתיים. הוא יבחר בחלופה מידתית. הוא עשוי לנקוט בדרכים אחרות. כל אלה פתוחות בפניו מפני שהוא יודע מה עליו לשנות ומה ניתן להשאיר.

המידתיות (במובנה הרחב) מעודדת את הדיאלוג בין הרשויות.⁴⁴ שוב אין לנו עניין במונולוגים נפרדים. חוק לחוד ופסיקה לחוד. עניין לנו בהבנה בין השניים. כל רשות מבינה את רעותה. כל רשות מתחשבת בחברתה. כל רשות פועלת בגדריה של מציאות נורמטיבית אחידה המוכרת לה ומשותפת לה ולרשות האחרת.

ד. מידתיות ותיאוריות בעניין זכויות האדם

1. מידתיות כבית קיבול לתיאוריות שונות בדבר זכויות האדם

רבות הן התיאוריות בדבר מהותן של זכויות האדם וההגבלות עליהן.⁴⁵ מרביתן של התורות האלה יכולות למצוא את מקומן בגדרי המידתיות. אכן, המידתיות אינה מבוססת על

44 ראו Richard A. Edwards, *Judicial Deference Under the Human Rights Act*, 65 MOD. L. REV. 859, 867 (2002).

45 Jeremy Waldron, *Introduction*, in THEORIES OF RIGHTS 1 (Jeremy Waldron ed., 1984); JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* (1986); Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L.J. 711 (1994); Richard H. Pildes, *Why Rights are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms and Constitutionalism*, 27 J. LEGAL STUD. 725 (1998); JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* (Revised Edition, 1999); Jeremy Waldron, *Pildes on Dworkin's Theory of Rights*, 29 J. LEGAL STUD. 301 (2000); Richard H. Pildes, *Dworkin's Two Conceptions of Rights*, 29 J. LEGAL STUD. 309 (2000); Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in THEORIES OF RIGHTS 153 (Jeremy Waldron ed., 2004); GEORGE LETSAS, *A THEORY OF INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 99 (2007); Kai Möller, *Two Conceptions of Positive Liberty: Towards an Autonomy-Based Theory of Constitutional Rights*, 29(4) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 757 (2009).

תיאוריה מסוימת בדבר זכויות האדם. היא עשויה להיות בית קיבול לתיאוריות נוגדות בדבר זכויות האדם. הטעם לכך קשור לאופיה של המידתיות. היא מהווה מבנה משפטי המוזן על ידי "נתונים" שהם חיצוניים לה. באמצעות אינטנסיביות שונה של דרישת המטרה הראויה ושל המידתיות במובן הצר ניתן לתת ביטוי למרבית התיאוריות בדבר זכויות האדם. עם זאת, המידתיות אינה "נויטרלית". היא נועדה להגן על זכויות האדם ועל טובת הכלל גם יחד. היא מאפשרת הטלת הגבלות על הזכויות החוקתיות, אך מבטיחה כי להגבלות אלה יהיו גבולות.⁴⁶ על כן המידתיות אינה מתאימה באופן שווה לכל התיאוריות בדבר זכויות האדם. ישנן תיאוריות שהיא תואמת אותן יותר מאשר אחרות. המידתיות עולה יפה עם גישתו של אלכסי לזכויות המעוצבות כעקרונות. כפי שראינו,⁴⁷ לפי גישתו של אלכסי עיקרון שואף להגשמה אופטימלית, כפוף לאפשרויות העובדתיות והמשפטיות – כלומר, כפוף לכללי המידתיות. הקשר בין זכויות חוקתיות (המעוצבות כעקרונות) לבין המידתיות הוא ישיר והכרחי.⁴⁸ המידתיות מתיישבת יפה עם גישות קומוניטריות לזכויות האדם. גישות אלה מבוססות על איזון ראוי בין זכות הפרט לבין טובת הכלל.⁴⁹ המידתיות מהווה בית קיבול ראוי לגישות אלה. אך האם מתיישבת המידתיות עם גישות ליברליות? לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

2. מידתיות וליברליזם

(א) הטענה הכללית

ברשימה חשובה בוחן קום (Kumm) עד כמה המידתיות נותנת מענה מלא למבנה הזכות על פי התפיסה הליברלית.⁵⁰ התפיסה הליברלית מבוססת על הגישה כי לזכויות יש עדיפות על פני הצרכים של טובת הכלל, וכי הנימוקים שיש בכוחם לפגוע בזכות חייבים להיות בעלי עצמה מיוחדת במינה. קום בודק את ביקורת המידתיות, לפיה היא אינה נותנת ביטוי הולם לתפיסה ליברלית זו. כתב קום:⁵¹

46 ראו לעיל עמ' 214.

47 ראו לעיל עמ' 63.

48 ראו לעיל עמ' 286.

49 ראו, LIBERALISM AND ITS CRITICS (Michael J. Sandel ed., 1984); MICHAEL J. SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY (1996);

STEPHEN MULHALL & ADAM SWIFT, LIBERALS & COMMUNITARIANS (1996).

50 ראו Kumm, לעיל ה"ש 16, בעמ' 141. השווה Richard Mullender, *Theorizing the Third Way* (2000), 27(4) J.L. & Soc'y 493 (2000). *Qualified Consequentialism, the Proportionality Principle, and the New Social*

51 Kumm, לעיל ה"ש 16, בעמ' 141-142.

“Liberal political rights are widely perceived as having special weight when competing with policy goals. The idea is expressed, for example, by Ronald Dworkin’s conception of rights as trumps and the corollary distinction between principles and policies, or by what Rawls calls the ‘priority of the right over the good’, or by Habermas’ description of rights as firewalls. Ultimately these ideas can be traced back to a theory, perhaps most fully developed by Immanuel Kant, grounded in the twin ideals of human dignity and autonomy viewed as side-constraints on the pursuit of the collective good. Yet nothing in the account of rights as principles prioritises rights. Rights and policies compete on the same plane within the context of proportionality analysis.”

קום מנתח ביקורת ליברלית זו, תוך שהוא מבחין בין שלוש גישות לעדיפותן של הזכויות על פני האינטרס הכללי. הוא בודק כל אחת מהן ואת יחסה אל המידתיות. נלך בעקבותיו של קום.

(ב) העדפת הזכות והתפיסה הליברלית האנטי-פרפקציוניסטית (Antiperfectionism)

ביסוד התפיסה הליברלית מונחת התפיסה כי אין לחייב את הפרט לנקוט צורה מסוימת של “החיים הטובים” (The good life). ההכרעה באלה צריכה להישאר בידי הפרט. מכאן התפיסה כי אסור למדינה לאכוף צורה מסוימת של “החיים הטובים” על הפרט, וכי שיקולי המדינה בעניין זה הם מחוץ למתחם המותר. אין להצדיק באמצעותם פגיעה בזכויות האדם. זוהי התפיסה של “שיקולים מוצאים” (exclusionary reasons).

קום מציינ⁵² כי תפיסה זו של הליברליזם אינה נוגדת את המידתיות. המידתיות מתחשבת בה במסגרת המטרה הראויה.⁵³ שיקולים מוצאים אינם למטרה ראויה. בעוד שהגנה על זכויותיהם של צדדים שלישיים היא תמיד מטרה ראויה, הגנה על טובת הכלל אינה מקיימת, בתור שכזו, את הדרישות של “סף הכניסה”.⁵⁴ נדרשים טעמים מיוחדים המצדיקים פגיעה בזכות חוקתית מטעמים של טובת הכלל, ומהותם של אלה אינה נקבעת על ידי דיני המידתיות. היא נשאבת ממקורות לבר-מידתיים.⁵⁵ עד כמה שחברה מאמצת את התפיסה הליברלית האנטי-פרפקציוניסטית, ניתן לתת לכך ביטוי באמצעות כללי המידתיות.

52 שם, בעמ' 143.

53 ראו Robert Alexy, *Thirteen Replies, in* LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 333, 341 (George Pavlakos ed., 2007).

54 ראו לעיל עמ' 326.

55 ראו Shiffrin, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1211.

על כן, שלושת מבחני-המשנה של המידתיות יופעלו אך ורק לגבי השיקולים הראויים. מכאן שהגישה בעניין השיקולים המוצאים אינה תחליף למידתיות אלא משלימה אותה.

(ג) העדפת הזכות והתפיסה הליברלית האנטי-קולקטיביסטית (Anticollectivism)

על פי היבט זה של התפיסה הליברלית, יש להעניק לזכות האדם עדיפות על "הטוב המשותף" (ה־collective good). עדיפות זו אינה מתורגמת להפיכת הטוב המשותף לשיקול מוצא. "הטוב המשותף" הוא שיקול רלוונטי, אולם יש ליתן משקל ראוי כמבטאת את כבוד האדם ואת האוטונומיה של רצונו.

לדעת קום,⁵⁶ תפיסה זו של הליברליזם עולה בקנה אחד עם המידתיות.⁵⁷ "הטוב המשותף" – כלומר: טובת הכלל הוא שיקול לגיטימי. עם זאת, אין די בו בלבד וזאת בשני מובנים: ראשית, יש לקיים דרישות מיוחדות לטובת הכלל כדי שהוא יובא בחשבון. שנית, לא די בטובת הכלל אלא יש להבטיח כי האמצעים להגשמתה יהיו מידתיים. דרישות אלה משפיעות על המשקל והחשיבות של טובת הכלל שעה שהיא מתנגשת עם הזכות החוקתית. מהותן של דרישות אלה נקבעות על ידי שיקולים שמחוץ למידתיות עצמה. המידתיות משקפת את שנתפס כראוי באותה חברה.

(ד) העדפת הזכות והתפיסה הליברלית האנטי-תוצאתית (Anticonsequentialist)

קום מציין כי המידתיות אינה עולה בקנה אחד עם תפיסה ליברלית אנטי-תוצאתית.⁵⁸ זאת, משום שהמידתיות בנויה על חשיבה תוצאתית. היא אינה מאפשרת לשקף את האופי הדאונטולוגי של כמה זכויות. אופי זה מטיל מגבלות על הפגיעה בזכות גם אם הדבר נועד להשיג תוצאות רצויות. על פי התפיסה הדאונטולוגית, הצלת חייהם של שלושה אינה מצדיקה הקרבת חיים של אחד. תפיסה זו אינה מושגת בגדרי המידתיות.

(ה) ליברליזם ומידתיות

קום צודק כי המידתיות אינה נותנת פתרון לגישה ליברלית דאונטולוגית. המידתיות מבוססת על איזון המשווה חשיבות יחסית של עקרונות בהתחשב בתוצאות קידומם או פגיעה בהם. לעומת זאת, גישה דאונטולוגית אינה מתחשבת בתוצאות.⁵⁹ ניתן, כמובן, לומר – כפי שציין אלכסי בתגובתו⁶⁰ – כי במצב דברים זה ניתן לכף הזכות משקל אינסופי (או

56 ראו Kumm, לעיל ה"ש 16, בעמ' 148.

57 ראו Alexy, *Thirteen Replies*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 341.

58 ראו Kumm, לעיל ה"ש 16, בעמ' 152.

59 שם, בעמ' 153.

60 ראו Alexy, לעיל ה"ש 53, בעמ' 344.

משקל הגובר תמיד על כף הגשמת המטרה). זוהי תשובה פורמלית. מאחוריה עומדת ההודאה כי במצבים אלה המידתיות אינה פועלת. אכן, המידתיות פועלת רק כשהזכות היא יחסית, כלומר: כשהיא אינה מוגנת כדי מלוא היקפה. כאשר הזכות היא מוחלטת – וזו המשמעות של התפיסה הליברלית האנטי-תוצאתית – אין מקום למידתיות. באותה מידה אין מקום למידתיות כשטובת הכלל היא "מוחלטת". כזו הייתה עמדתו של בית המשפט העליון בישראל, שקבע מפיו של הנשיא ש' אגרנט, כי עצם קיום המדינה היא "עובדת יסוד קונסטיטוציונית" שכלל אינה ניתנת לאיזון.⁶¹ אכן, המידתיות פועלת, ולפעולתה יש משמעות, כשחשיבותם של העקרונות המונחים על כפות המאזניים גדולה מאפס וקטנה מאינסוף. בין שני תחומים אלה ניתן לקיים איזון כנדרש על ידי המידתיות. במקרי הקצה המידתיות אינה פועלת, והפתרון נמצא מחוץ לה. שאלה אחרת היא, אם תפיסה ליברלית דאונטולוגית אינה מתחשבת בתוצאות בכל מצב אפשרי.⁶² כך למשל האם גישה דאונטולוגית לא תתחשב בתוצאות במקרים של אסון? עד כמה שהתשובה על שאלה זו הינה, כי יש מקום להתחשבות בתוצאות במקרי אסון, כי אז המידתיות והאיזון שבמרכזה עשויה להתיישב גם עם גישה זו. לא כן, אם אין כל התחשבות במצבים מיוחדים אלה או אם הם מצבים חריגים ויוצאי דופן. בהנחה זו, אין מנוס מלהודות כי המידתיות אינה מתאימה לצורת חשיבה ליברלית זו.

ה. מידתיות, דמוקרטיה וביקורת שיפוטית

1. מידתיות ודמוקרטיה

המקור המשפטי למידתיות נעוץ (במישרין או בעקיפין) בדמוקרטיה.⁶³ בכך ניתן לא רק בסיס משפטי למעמדה החוקתי של המידתיות, אלא גם צידוק ענייני לקיומה. אם המידתיות נגזרת מהדמוקרטיה (במובנה הפורמלי והמהותי), כי אז הדמוקרטיה היא גם צידוק למידתיות.⁶⁴ אכן, דמוקרטיה וזכויות אדם קשורות בקשר בלי-יינתק. בלי דמוקרטיה אין קיום לזכויות אדם, ובלי זכויות אדם אין קיום לדמוקרטיה.⁶⁵ קשר זה בין דמוקרטיה

61 ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד יט(3) 365, 386 (1965).

62 ראו Kumm, לעיל ה"ש 16, בעמ' 154.

63 ראו לעיל עמ' 265.

64 ראו Gardbaum, לעיל ה"ש 2; JACKSON, לעיל ה"ש 5, בעמ' 90.

65 ראו לעיל עמ' 269. ראו גם ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 128; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 423 (1995); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת –

לזכויות אדם מבוסס על התפיסה כי בהתקיים תנאים מסויימים, הגבלתן של זכויות אדם אינה בלתי דמוקרטית. מכאן התפיסה כי זכויות האדם הן יחסיות.⁶⁶ ההגבלות על זכויות האדם עולות בקנה אחד עם הדמוקרטיה אם מתקיים איזון ראוי בין זכויות האדם ובין הטעמים להגבלתן; איזון ראוי בין הדמוקרטיה המהותית לדמוקרטיה הפורמלית. איזון זה מונח ביסודה של המידתיות. ודוק: אינני טוען כי המידתיות הינה הדרך היחידה לקביעת היחס הראוי בין דמוקרטיה מהותית לדמוקרטיה פורמלית. כמו כן איני טוען – בשלב זה של טיעונים⁶⁷ – כי המידתיות הינה הדרך הטובה ביותר בדמוקרטיה לקביעת היחס הראוי בין זכויות הפרט וטובת הכלל. כל שאני טוען עתה הוא כי קיים קשר פנימי הדוק בין מידתיות המבוססת על איזון (מידתיות במובן הצר) לבין דמוקרטיה, וכי בכך יש כדי לבסס את חשיבותה של המידתיות במשטר דמוקרטי.

2. מידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק

המידתיות ראויה היא בלא כל קשר לביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. על פי עמדתי גם אם אין כלל ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, אך יש מעמד חוקתי לזכויות האדם, מן הראוי הוא שהרשויות הפוליטיות (המחוקק והמבצע) יגבילו את הזכויות החוקתיות רק אם ההגבלה היא מידתית.⁶⁸ כידוע, ברוב רובן של המדינות הדמוקרטיות מקובלת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.⁶⁹ לרוב הדבר נקבע מכוחה של הוראה

אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס' 38, 52 (1) (2005); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 45 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006).

66 ראו לעיל עמ' 56.

67 ראו להלן עמ' 589.

68 ראו לעיל עמ' 467.

69 ראו Donald W. Jackson & C. Neal Tate eds., 1992); THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate & Torjörn Vallinder eds., 1995); ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE (2000); MARTIN SHAPIRO & ALEC STONE SWEET, ON LAW, POLITICS & JUDICIALIZATION (2002); RADOSLAV PROCHÁZKA, MISSION ACCOMPLISHED: ON FOUNDING CONSTITUTIONAL ADJUDICATION IN CENTRAL EUROPE (2002); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004); MITCHEL DE S.-O.-L'E. LASSER, JUDICIAL TRANSFORMATIONS: THE RIGHTS REVOLUTION IN THE COURTS OF EUROPE (2009); VICTOR FERRERES COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES (2009); VICKI JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA (2010); TUSHNET; לעיל ה"ש 39.

מפורשת בחוקה.⁷⁰ לעתים רחוקות – כגון בארצות-הברית⁷¹ ובישראל⁷² – הדבר נקבע במשתמע בחוקה. הצידוק לביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק – כמו גם הצידוק למידתיות עצמה⁷³ – מקורם בדמוקרטיה. על פי גישה זו, אם החוקה היא דמוקרטית גם הביקורת השיפוטית המעוגנת (במפורש או במשתמע) בחוקה היא דמוקרטית.⁷⁴ על פי גישה זו, דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם זכויות אדם. כאשר בית משפט קובע שחוק אינו חוקתי ובטל בשל פגיעתו בזכויות האדם, הוא מגשים את החוקה.⁷⁵ לא הכל מסכימים לכך כי הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק היא דמוקרטית.⁷⁶ רבה הספרות בסוגיה זו.⁷⁷ מבקריה של הביקורת השיפוטית טוענים כי היא פוגעת בדמוקרטיה. הביקורת מתרכזת, בין השאר, בטענה כי הביקורת השיפוטית מבוססת על סובייקטיביות שיפוטית ועל שלטון השופטים במקום שלטון העם. בחינתה של עמדה זו חורגת ממסגרתו של ספר זה. אתרכו אך בהיבט אחד של התשובה לטענה זו. על פי היבט זה, המידתיות

- 70 ראו למשל ס' 93 לחוק היסוד הגרמני; ס' 161 לחוקה של ספרד; ס' 188 לחוקה הפולנית; ס' 1(1)52 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982- (להלן – הצ'רטר הקנדי).
- 71 Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803).
- 72 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 65.
- 73 ראו לעיל עמ' 265.
- 74 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 65, בעמ' 425-422; ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 322.
- 75 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, בעמ' 423-424.
- 76 ראו JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999); Michael J. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?*, 38 WAKE FOREST L. REV. 635 (2003).
- 77 Daniel J. Solove, *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*, 84 IOWA L. REV. 941 (1999); Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, 21 LAW & PHIL. 467 (2002); Luc B. Tremblay, *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 525 (2003); Leighton McDonald, *Rights, 'Dialogue' and Democratic Objections to Judicial Review*, 32 FED. L. REV. 1 (2004); Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006); Larry Alexander, *Constitutions, Judicial Review, Moral Rights, and Democracy: Disentangling the Issues*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 119 (Grant Huscroft ed., 2008); Richard H. Fallon, *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008); David S. Law, *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, 97 GEO. L.J. 723 (2009); Alon Harel & Tsvi Kahana, *The Easy Core Case for Judicial Review* (forthcoming in J. LEGAL ANALYSIS, 2009); GRÉGOIRE WEBBER, THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS (2009), לעיל ה"ש 69.

מהווה תשובה ראויה לסובייקטיביות השיפוטית ובכך היא תומכת בביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. הגורסים היבט זה טוענים כי המידתיות מעניקה לביקורת השיפוטית מימד אובייקטיבי, ובכך היא מבססת את הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. זו גישתו של ביטי (Beatty), עליה אעמוד עתה.

3. עמדתו של ביטי

(א) מהות העמידה

ביטי, בספרו *The Ultimate Rule of Law*,⁷⁸ טוען כי המידתיות מבטיחה את מלוא האובייקטיביות השיפוטית ומהווה את המפתח לצידוקה של הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של החוק. האובייקטיביות השיפוטית מובטחת על ידי המידתיות באמצעות הפיכתן של שאלות משפטיות – שבהן יש לשופט שיקול דעת רחב – לשאלות עובדתיות. וכך כתב ביטי:⁷⁹

“[P]roportionality offers judges a clear and objective test to distinguish coercive action by the state that is legitimate from that which is not. When they stick to the facts, the personal sympathies of the judges towards the parties in the case never come into play.”

והסביר:⁸⁰

“With its focus on the particulars of each act of government, proportionality transforms questions that in moral philosophy are questions of value into questions of fact. It stimulates a distinctive kind of discourse that operates, in Habermas’s terms, in an intermediate zone between facts and norms. In deciding whether a law on abortion, or sex discrimination, or housing, or health care, is constitutional or not, everything turns on the facts. Whether a state can legitimately punish women who abort their fetuses, or treat people differently on the basis of their religion or sex, or withhold resources they need to survive, depends entirely on the factual details of each case. Strict abortion laws can be justified in societies such as Ireland whose religious traditions equate pre-

78 BEATTY, לעיל ה"ש 18.

79 שם, בעמ' 166.

80 שם.

and post-natal life. Some forms of discrimination may be tolerated in the home that could not be practiced on the street. The resources each person can legitimately claim from the state vary directly with the affluence of their communities and the number of people who are in need.”

(ב) ביקורת עמדתו של ביטי

(1) ביקורת כללית

ספרו של ביטי הרים תרומה חשובה להבנה של זכויות האדם ושל הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של חוק הפוגע בהן.⁸¹ הוא מבהיר היטב את פעולתה של המידתיות בהגנה על זכויות האדם. הוא מדגיש בדין את מרכזיותה של המידתיות בהגנה על זכויות האדם, ותומך בקיומה של ביקורת שיפוטית על פגיעה בהן. עם זאת, טענתו הבסיסית – כי המידתיות הופכת שאלות של דין לשאלות של עובדה, ובכך מבטיחה אובייקטיביות של ההכרעה השיפוטית בעניין המידתיות – אינה מבוססת דיה.⁸² זאת בעיקר בשל מבחן המשנה השלישי של המידתיות (המידתיות במובן הצר). מבחן זה הוא מבחן ערכי. הוא אינו עובדתי כלל ועיקר. אמת, אף הוא מתבסס על עובדות, אך עיקר ההכרעה במסגרתו היא משפטית. היא מבוססת על איזון. אכן, הקביעה אם הגשמת המטרה החברתית שקולה כנגד הנזק לזכות האדם משקפת קביעה ערכית באשר לחשיבותה של תוספת התועלת בהגשמת המטרה החברתית ובאשר לחשיבות של מניעת תוספת הנזק לזכות החוקתית. אין אלה הכרעות עובדתיות. אלא כן הכרעות משפטיות.⁸³ הוא הדין בבחירת נוסחת האיזון העקרונית הרלוונטית ובהפעלתה בנסיבות המקרה. הפעלתה של נוסחת האיזון העקרונית⁸⁴ מבוססת לעתים על שיקול דעת.⁸⁵ אמת, מקובל עלי כי הערכות ערכיות אלה אינן מעניקות לשופט שיקול דעת מוחלט. שיקול דעתו הוא מוגבל, והגבלה זו היא לעתים חריפה. עם זאת, איני יכול להסכים לקביעה כי אין בה שיקול דעת כלל.

81 להערכת ספרו של BEATTY, ראו משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297 (2006), וכן Jackson, *Being Proportional About Proportionality*, לעיל ה"ש 30.

82 ראו JACKSON, לעיל ה"ש 5, בעמ' 821. ראו גם Gregoire C. N. Webber, *The Cult of Constitutional Rights Reasoning* (Paper presented at the VIIth World Congress of the Stone Sweet & International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007)

Mathews, לעיל ה"ש 3.

83 ראו JACKSON, שם, בעמ' 825.

84 על נוסחאות האיזון העקרוניות, ראו להלן עמ' 630.

85 ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 29 (1987).

(2) ביקורת גישתו של ביטי: פסק הדין בפרשת חורב

אחד מפסקי הדין שעליהם סומך ביטי את גישתו הוא פסק דיני בפרשת חורב.⁸⁶ בפרשה זו – שעסקה בחוקיותו של צו ולא בחוקיותו של חוק – הוציא שר התחבורה צו המורה על סגירתו של רחוב מרכזי בירושלים, הנמצא בלב-לבן של שכונות חרדיות, לתנועת כלי רכב בימי שבת ובמועדי ישראל. חוקיותה של החלטה זו עמדה לבחינה לפני בית המשפט העליון. הוחלט ברוב דעות לעשות את הצו למוחלט – בסייג שעל פיו לא תיאסר התנועה בשעות שאין בהן תפילה.

דעת הרוב בפסק הדין נכתבה על ידי חלקה העיקרי בחן את חוקיות הצו על פי נוסחאות האיזון שפותחו בישראל בטרם הוכרה בה המידתיות.⁸⁷ על פי דין זה ניתן היה להגביל את זכות התנועה אם יש ודאות קרובה לכך שמימושה יביא לפגיעה קשה, חמורה ורצינית (מעבר ל"רמת הסיבולת" בחברה דמוקרטית⁸⁸) ברגשות דתיים. הגעתי למסקנה כי על פי אמת-מידה זו הצו אינו חוקי בכל הנוגע לאיסור הגורף על הנסיעה בשבת ובחגים. עם זאת קבעתי כי הצו יהא חוקי אם יוגבל לאיסור הנסיעה בעת התפילה.

בצד בחינת חוקיותו של הצו על פי נוסחאות האיזון ההלכתיות שנהגו בישראל על פי המשפט המקובל הישראלי,⁸⁹ נבחן המקרה גם על פי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁰ לעניין פסקת ההגבלה ציינתי בפסק הדין כי הצו תואם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כן ציינתי כי הצו הותקן ל"תכלית ראויה". אשר למידתיות כתבתי:⁹¹

"הפגיעה בחופש התנועה – היא זכות האדם הנפגעת מסגירתו של רחוב בר-אילן לתנועה בשבת – צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש. האם דרישה זו מתקיימת בעניין שלפנינו? אף פתרונה של שאלה זו קשה הוא. נראה לי, כי סגירה מלאה של רחוב בר-אילן לתנועת מכוניות מכניסת השבת לצאתה היא מעבר למידה הדרושה. הפגיעה העיקרית באורח החיים הדתי היא בשעות התפילה. סגירתו של רחוב בר-אילן מעבר לשעות אלה תפגע בחופש התנועה מעבר למידה הדרושה. אכן, על הרשות השלטונית לבחור באמצעי שפגיעתו היא הפחותה. בענייננו, אמצעי זה הוא סגירה חלקית – בשעות התפילה, שבהן הפגיעה ברגשות הדת היא החזקה ביותר – ולא סגירה מלאה. בוודאי כך לעניינם של חילונים המתגוררים בשכונה. אלה לא

86 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

87 ראו להלן עמ' 637.

88 על "רמת הסיבולת" בחברה דמוקרטית, ראו לעיל עמ' 340.

89 ראו להלן עמ' 637.

90 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

91 פרשת חורב, לעיל ה"ש 86, בעמ' 66.

יוכלו להגיע מכניסת השבת ועד צאתה לבתייהם המצויים לעתים בלב השכונות החרדיות, אלא בהליכה של קילומטר ומאתיים מטר – סטטיסטית נוכל להניח מהלך של שש מאות מטר – ברחוב בר-אילן, וכן מרחק נוסף של הליכה ברגל בתוך השכונות החרדיות. משפחותיהם ואורחיהם לא יוכלו לבקרום אלא בתנאים דומים. הפגיעה בחופש התנועה, אשר תרחש אם רחוב בר-אילן ייסגר באופן מלא מכניסת השבת עד צאת השבת, היא מעבר למידה הדרושה. אך האם סגירתו של רחוב בר-אילן בשעות התפילה בלבד, היא עצמה, אינה מעבר למידה הדרושה?”

בהמשך פסק הדין השבתי על שאלה זו – שנראתה בעיניי כשאלה שאינה פשוטה כלל ועיקר – כי לדעתי החלופה המוצעת (סגירת הרחוב לשעות התפילה בלבד) היא מידתית. ביטי ראה בפסק דין זה דוגמה ברורה להפעלתו של עיקרון המידתיות:⁹²

“Barak’s judgment provides a very clear example of how a principle of proportionality (‘toleration’) tests the aims and objectives governments pursue when they pass laws – such as the traffic regulation in Jerusalem – in a way that allows religious liberty and popular sovereignty to flourish simultaneously. The Israeli state can pass laws for the purpose of protecting the spiritual freedom of religiously minded people so long as it shows an equal respect for those whose lives they burden the most. Except for its proscription of laws that are deliberately aimed at restricting people’s freedom to live their lives by their religious beliefs, proportionality leaves it to politics and the elected branches of government to decide what values and goals their communities will collectively embrace.”

שמח אני על דעתו החיובית של ביטי על פסק דיני. עם זאת, אינני מסכים עם גישתו כי מידתיות אינה כרוכה בשיקול דעת שיפוטי, וכי פסק דיני בפרשת חורב הוא דוגמה לכך. הנני סבור כי פרשת חורב היא “מקרה קשה”. דעת המיעוט, שסברה כי גם סגירת הרחוב לתנועה בשעות התפילה בלבד אינה חוקית, היא בעיניי לגיטימית. ההכרעה לכאן או לכאן מתבססת על תפיסה ערכית באשר לחשיבותה של תוספת ההגנה על השבת (כחלק מטובת הכלל) ובאשר לחשיבות של מניעת תוספת הפרעה לתנועה בשבת (כזכות חוקתית). קביעתה של חשיבות זו כרוך בשיקול דעת שיפוטי. אמנם אין זה שיקול דעת שיפוטי נרחב, ואמנם הוא צמוד לעובדות המקרה, אך צמידות זו לעובדות אינה עושה את ההכרעה

92 BEATTY, לעיל ה”ש 18, בעמ’ 60.

לעובדתית בלבד. על כן אין לראות פסק דין זה כפסק דין שכל-כולו מתבסס על הכרעה עובדתית בלבד ומשקף ניטרליות והיעדר כל היבט סובייקטיבי.

(3) מידתיות מבטיחה את מרב האובייקטיביות

מידתיות אינה מבטיחה אובייקטיביות שיפוטית מלאה. בכל אחד ממרכיביה ישנו שיקול דעת שיפוטי, אשר לעיתים אין מנוס מלהפעילו תוך שימוש בסובייקטיביות השיפוטית. האם משמעות הדבר היא כי אין במידתיות כדי להצדיק את הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק? אכן אין בידי המידתיות ליתן הצדק מלא לביקורת שיפוטית, אך תכונותיה⁹³ – ובהן הדגשת הצורך המתמיד בצידוק, הבניית שיקול הדעת השיפוטי, שקיפותו, הצורך לקיים הן את כלל האיזון הבסיסי והן את האיזון הקונקרטי – מגבילות את היקפו של שיקול הדעת ואת היבטיו הסובייקטיביים. שוב אין השופט נדרש להכריע אם כבוד האדם עדיף על ביטחון או ביטחון עדיף על כבוד האדם.⁹⁴ המידתיות מבהירה את ממדיה של הבעיה המשפטית הדרושה הכרעה. בעיה זו היא האיזון בין חשיבותה של תוספת התועלת לטובת הכלל (מעבר לחלופה המידתית) לבין החשיבות של מניעת תוספת ההגבלה על הזכות כתוצאה מכך. במסגרת זו יהא עליו לבחון את נוסחת האיזון העקרונית החלה בעניין.⁹⁵ נוסחת איזון זו מצמצמת את שיקול הדעת השיפוטי ואת הפעלתו בעריכתו של איזון קונקרטי. אף בתחום צר זה אין לשופט שיקול דעת מוחלט ואין הוא רשאי לשקול כל שיקול שנראה לו. "לא את ערכיו הסובייקטיביים מטיל השופט על החברה בה הוא פועל. עליו לאזן בין האינטרסים השונים, על פי מה שנראה לו כצורכי החברה בה הוא חי. עליו להפעיל את שיקול דעתו על פי מה שנראה לו, לפי מיטב הכרתו האובייקטיבית, כמשקף את צרכי החברה. השאלה אינה מה השופט רוצה, אלא מה החברה צריכה".⁹⁶ אמת, אובייקטיביות מלאה אינה בת-השגה, לא במסגרת המידתיות ואף לא במסגרת החלופות לה.⁹⁷ עם זאת רוב-רובם של השופטים מבקשים לפעול באובייקטיביות. ברוב המקרים הם גם מצליחים בכך. לא פעם הפעלתי את שיקול דעתי בניגוד להשקפתי האישית ולדעותיי הפרטיות.⁹⁸

93 ראו לעיל עמ' 555.

94 ראו לעיל עמ' 432.

95 ראו להלן עמ' 630.

96 ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 131 (1985) (השופט ברק). ראו גם ברק, שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 85, בעמ' 187 וכן MARISA IGLESIAS VILA, FACING JUDICIAL DISCRETION: LEGAL KNOWLEDGE AND RIGHT ANSWERS REVISITED (2001); E. THOMAS, THE JUDICIAL PROCESS: REALISM, PRAGMATISM, PRACTICAL REASONING AND PRINCIPLES (2005).

97 ראו CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 70 (3.a edicions, 2007).

98 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 39, בעמ' 45.

מהיכרותי את מלאכת השיפוט אני יכול לומר כי אובייקטיביות שיפוטית אינה רק חזון. ברוב-רובם של המקרים היא מציאות.⁹⁹ עמדתי על שאלות אלה באחת הפרשות:¹⁰⁰

“איני שולל המסקנה כי בשלב מסויים נכנסים לגדר השיקולים היבטים סובייקטיביים... איני מתעלם מהאופי ה'השקפתי' של ההכרעה. עם זאת, חשוב לזכור כי חלקם של השיקולים הסובייקטיביים הוא קטן. עיקר מלאכתו של השופט מוכתב על-פי מערכת מסועפת של שיקולים אובייקטיביים. אלה מתבקשים ממסמכי היסוד; אלה נקבעו בעבר בפסיקה; אלה משותפים לכל שופט ושופט. אמת, ההכרעה היא תמיד ערכית. אך מכאן אין נובע שהיא סובייקטיבית. מרבית ההכרעות הערכיות הן אובייקטיביות, ומתבקשות מערכי השיטה. שופט מקצועי מסוגל לבצען, תוך הבחנה בין השיקולים האובייקטיביים לבין תפיסתו הסובייקטיבית. כך נעשה הדבר מאז ומעולם. הקשיים הרבים הכרוכים בכך, האופי ה'השקפתי', והצורך לעתים בהכרעה סובייקטיבית, אינם שוללים את מעמדם של ערכים ועקרונות במשפט, ואת הצורך לאזן ביניהם בנקודת החיכוך. לא נרצה לחזור אחורה לתורות משפט של מושגים (Begriffsjurisprudenz) שבהן המסקנה עלתה, כאילו מעצמה, מתוך שיקולים אובייקטיביים. אנו מעדיפים תורת משפט של אינטרסים (Interessenjurisprudenz) ותורת משפט של

99 על אובייקטיביות שיפוטית, ראו שם, בעמ' 41; ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 85, בעמ' 187; אנדרי מרמור "שלושה מושגים של אובייקטיביות" עיוני משפט יט 161 (1994); מנחם אלון "בית המשפט העליון ופלורליזם שיפוטי" המשפט ב 219, 220 (1994); זאב שטרנהל "שתי תפיסות של יחיד חברה ולאום" משפט וממשל ב 167 (1994); יגאל מרזל דיני פסלות שופט 11 (2006); בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 447, 600 (1970); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 781 (1993); פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 65, בעמ' 426, וכן BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 89 (1921); Thomas Nagel, *The Limits of Objectivity*, in THE TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES 77 (Sterling M. McMurrin ed., 1979); KENT GREENAWALT, LAW AND OBJECTIVITY (1992); NICOS STAVROPOULOS, OBJECTIVITY IN LAW (1996); TIBOR R. MACHAN, OBJECTIVITY: RECOVERING DETERMINATE REALITY IN PHILOSOPHY, SCIENCE, AND EVERYDAY LIFE (2004); ROBERT BADINTER & STEPHEN BREYER, JUDGES IN CONTEMPORARY DEMOCRACY: AN INTERNATIONAL CONVERSATION 275 (2004); George Pavlakos, *Two Concepts of Objectivity*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 83 (George Pavlakos ed., 2007); MATTHEW H. KRAMER, OBJECTIVITY AND THE RULE OF LAW (2007); Larry Alexander, *Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles*, in RIGHTS, LAW, AND MORALITY: THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY (Matthias Klatt ed., forthcoming 2010).

100 בג"ץ 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גח"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 658, 600 (1999).

ערכים (Wertungsjurisprudenz) שבהן נדרשת הכרעה 'השקפתית'... אנו מעדיפים מהות על פני צורה. כל אלה ניתנים להשגה על פי הכרעה אובייקטיבית, שאינה אישית לכל שופט ושופט, גם אם היא 'השקפתית'. על-כל-פנים, זו צריכה להיות המגמה, תוך שמכירים בכך כי לעתים אין מנוס מהכרעות סובייקטיביות. 'מחיר' זה – כדאי לשלמו כדי להבטיח צדק במשפט."

הנה כי כן, ברוב רובם של המקרים המידתיות מבטיחה אובייקטיביות. אין לצפות ולא ראוי לצפות ליותר מכך. אם כן, יש בידי המידתיות ברוחו של ביטי (Beatty) – גם אם לא בכל הנמקותיו – כדי להחליש את הביקורת על הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק.

פרק שמונה-עשר

ביקורת המידתיות והתשובות לה

א. היקף הביקורת על המידתיות

המידתיות נתונה לביקורת מתמדת.¹ ביקורת זו מכוונת בעיקר כלפי מרכיב המידתיות במובן הצר, כלומר כלפי רעיון האיזון. נאמר עליו כי הוא "הילד הרע של השפיטה המודרנית".² הביקורת על מבחני האיזון היא אכן רבה.³ ניתן לחלק את הביקורת על מבחני האיזון לשתי קטגוריות: ⁴ הראשונה היא ביקורת פנימית, הבוחנת את המידתיות מתוכה היא; השנייה היא ביקורת חיצונית, הבוחנת את המידתיות במרחב המשפטי. אבקש להשיב לכל אחת מביקורות אלה. אני מקווה כי תשובתי תניח את הדעת. על כל פנים – וזהו, בעיקרו של דבר, היסוד לכל תשובתי – החלופות שבעלי הביקורת מציעים אינן טובות יותר. מגרעותיהן עולות על מגרעותיה של המידתיות.

- 1 ראו Louis Henkin, *Infallibility Under Law: Constitutional Balancing*, 78 COLUM. L. REV. 1022 (1978); Stavros Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, 7 I.CON. 468 (2003); Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, 27 CARDOZO L. REV. 1393 (2006); GRÉGOIRE WEBBER, *THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS* (2009).
- 2 Patrick M. McFadden, *The Balancing Test*, 29 B.C. L. REV. 585, 588 (1988) לניתוח הביקורת ומתן תשובות לה, ראו Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2008).
- 3 ראו WEBBER, לעיל ה"ש 1. במרכזה של הביקורת מונחת, בין השאר, המחלוקת בין אלכסי והאברמס. על מחלוקת זו ראו Steven Greer, "*Balancing*" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, 63 CAMBRIDGE L. J. 412 (2004). לדעתם של בעלי המחלוקת, ראו JURGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY 256 (William Rehg trans., 1996); Robert Alexy, *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, 17 CARDOZO L. REV. 1027 (1996); ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 44 (Julian Rivers trans., 2002); Robert Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, 16 RATIO JURIS 131 (2003); Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, 16 RATIO JURIS 433 (2003).
- 4 ראו T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 972 (1987).

ב. הביקורת הפנימית**1. מהותה של הביקורת הפנימית**

את הביקורת הפנימית ניתן לתאר משתי נקודות מבט.⁵ האחת מתרכזת בהיעדרה של אמת-מידה לקביעת המידתיות (במובן הצר); האחרת מתרכזת בחוסר הרציונליות של האיזון שעליו מתבססת המידתיות במובן הצר. למעשה, שתי נקודות מבט אלה אינן אלא היבטים שונים של ביקורת אחת. לפי הטענה, האיזון שעליו מתבססת המידתיות הוא כל-כולו אינטואיציה ואימפרוביזציה.⁶ אין בו עקיבות ובהירות.⁷ הוא נעדר כל דיוק. כולו תחושה מוטעית של מדעיות הנובעת מהשימוש הלא מוצלח במטאפורה של איזון ומשקל.⁸ אעמוד על פרטיה של טענה זו.

2. היעדרה של אמת-מידה לבחינת המידתיות**(א) בעיית ה-Incommensurability**

עיקרה של ביקורת זו הוא שכדי לאזן בין עקרונות נוגדים יש להעמידם על בסיס (או מכנה) משותף. בסיס כזה קיים רק אם ניתן לכמת את העקרונות הנוגדים במונחים כמותיים של כסף, משקל או זמן. כימות כזה אינו אפשרי, שהרי העקרונות המתנגשים אינם ניתנים להעמדה על מכנה משותף אחד. הם אינם ברי-השוואה. הם Incommensurable.⁹ מכיוון

- 5 ראו CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 163 (2007).
- 6 ראו Stephen E. Gottlieb, *The Paradox of Balancing Significant Interests*, 45 HASTINGS L.J. 825, 850 (1994).
- 7 ראו McFadden, לעיל ה"ש 1.
- 8 ראו David L. Faigman, *Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication*, 88 Nw. U. L. REV. 641 (1994).
- 9 על בעיית ה-Incommensurability, ראו INCOMMENSURABILITY, INCOMPARABILITY, AND PRACTICAL REASON (Ruth Chang ed., 1997); MATTHEW D. ADLER & ERIC A. POSNER, COST-BENEFIT ANALYSIS: LEGAL, ECONOMIC AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES (2000); FRED D'AGOSTINO, INCOMMENSURABILITY AND COMMENSURATION: THE COMMON DENOMINATOR (2003). ראו סימפוזיון שנערך בנושא זה בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת פנסילבניה, ופורסם ב: Matthew Adler, *Symposium: Law and Incommensurability: Introduction*, 146 U. PA. L. REV. 1168 (1998) Schauer, *Commensurability and Its Constitutional Consequences*, 45 HASTINGS L.J. 785 (1994); Jeremy Waldron, *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*, 45 HASTINGS L.J. 813 (1994); Cass R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*, 92 MICH. L. REV. 779 (1994); JOSEPH RAZ, ENGAGING REASON: ON THE THEORY OF VALUE AND ACTION 46 (1999); Gregoire C. N. Webber, *The Cult of Constitutional*

שכך, מפעל האיזון נשען על אדני שווא וסופו להיכשל.¹⁰ בהתייחסו להליך האיזון כתב השופט סקליה (Scalia):¹¹

“[T]he scale analogy is not really appropriate, since the interests on both sides are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy.”

על פי גישה זו, כדי שהאיזון יצליח צריך להתקיים מדרג של עקרונות. מדרג כזה אינו קיים.¹² הניסיון לקיימו נכשל.¹³ במצב דברים זה אין מקום לעריכתו של איזון כלשהו. המטאפורה של איזון נשארת מטאפורה ללא כל תוכן ממשי.

(ב) התשובה לביקורת

מקובל עלי כי לשם עריכתו של איזון נדרש בסיס או מכנה משותף.¹⁴ אולם, בסיס זה אינו חייב להיות כמותי – הוא יכול להיות איכותי. הוא גם אינו חייב להיות כספי. די בכך שיש בסיס משותף להערכת התוצאות.¹⁵ כל התפתחותו של המשפט המקובל אינו אלא תהליך היסטורי נמשך של איזון בין עקרונות מתנגשים. אם איזון זה אפשרי בתחום המשפט המקובל, אין סיבה להניח שהוא אינו אפשרי בתחום המשפט החוקתי. בבסיסו של האיזון החוקתי מונחת תוספת החשיבות החברתית בהגשמתו של עיקרון אחד ותוספת החשיבות

Rights Reasoning (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007).

10 LaFont, *Is the First Amendment Law? – A Reply to Professor Mendelson*, 51 CAL. L. REV. 729 (1963); LORENZO ZUCCA, CONSTITUTIONAL DILEMMAS: CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN EUROPE AND THE USA 85 (2007); Henkin, *אם גם*, 89 *ב'עמ'*.

11 *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.* 486 U.S. 888, 897 (1988).

12 G. La Forest, *The Balancing of Interests Under the Charter*, 2 NAT'L J. CONST. L. 132, 134 (1992).

13 Roscoe Pound, *A Survey of Social Interests*, 57 HARV. L. REV. 1 (1943); Edward B. McLean, *Roscoe Pound's Theory of Interests and the Furtherance of Western Civilization*, 41 IL POLITICO 5 (1976).

14 *אם גם*, 89 *ב'עמ'*.

15 Jeffrey M. Shaman, *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, 41 WAYNE L. REV. 135, 152 (1995); RICHARD POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 363 (2003); Robert Alexy, *The Reasonableness of Law*, in REASONABLENESS AND LAW 5 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor & Chiara Valentini eds., 2009); Frederick Schauer, *Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text*, in RIGHTS, LAW, AND MORALITY: THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 6 (Matthias Klatt ed., forthcoming 2010).

החברתית במניעת הפגיעה בעיקרון אחר.¹⁶ על כן, כאשר על שתי כפות המאזניים מונחות זכויות חוקתיות, נערך האיזון בין תוספת החשיבות החברתית של תוספת ההגנה לזכות האחת לבין תוספת החשיבות החברתית במניעת תוספת נזק לזכות האחרת. כאשר מצד אחד של האיזון נמצאת טובת הכלל (כגון ביטחון או שלום הציבור) ומהצד האחר נמצאת זכות חוקתית (כגון כבוד האדם), נערך האיזון בין החשיבות החברתית של תוספת התועלת לטובת הכלל לבין החשיבות החברתית במניעת תוספת נזק לזכות החוקתית. איזון זה נעזר בנוסחאות האיזון העקרוניות,¹⁷ שאף ביסודן עומדת ההשוואה בין החשיבות החברתית שבהגשמת המטרה הציבורית לחשיבות החברתית במניעת נזק לזכות החוקתית. הנה כי כן, קיים בסיס או מכנה משותף, בדמות החשיבות החברתית היחסית של העקרונות המתנגשים. השאלה הינה אם תוספת התועלת לעיקרון האחד, חשובה במידה מספקת כדי להצדיק את תוספת הפגיעה בעיקרון האחר. העמדה קונטקסטואלית זו של השאלה מעניקה בסיס משותף – מידת החשיבות היחסית – לעריכת האיזון. המטאפורה של משקל ואיזון מקבלת ממשות.¹⁸

3. היעדר רציונליות

(א) מהות הביקורת

הטענה הינה כי פעולת האיזון בין עקרונות מתחרים היא פרי האינטואיציה והאימפרוביזציה¹⁹ ואין בה כל יסוד רציונלי.²⁰ היא אינה מבוססת על קריטריונים מחייבים.²¹ אין בה כל יסוד אובייקטיבי, וכל כולה אינה אלא פרי הסובייקטיביות של המאזן (בין מחוקק, בין מבצע ובין שופט²²). מקרים זהים מקבלים פתרון שונה, ומכאן שרירותיותו של האיזון.²³

- 16 ראו לעיל עמ' 430. ראו גם, Richard H. Fallon, *Foreword: Implementing the Constitution*, 111 HARV. L. REV. 54, 85 (1998).
- 17 ראו להלן עמ' 630.
- 18 ראו PULIDO, לעיל ה"ש 5, בעמ' 789. לביקורת גישה זו, ראו Tsakyrakis, לעיל ה"ש 1, בעמ' 474.
- 19 ראו לעיל עמ' 578.
- 20 ראו HABERMAS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 259. ראו גם, BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRICHTE, STAATSRECHT II, 66 (2006). לניתוח הטענה והתשובות לה ראו PULIDO, לעיל ה"ש 5, בעמ' 163.
- 21 ראו Carlos B. Pulido, *The Rationality of Balancing*, 92 ARSP 195 (2007).
- 22 ראו David S. Bogen, *Balancing Freedom of Speech*, 38 MD. L. REV. 387, 388 (1979); ראו Burt Neuborne, *Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases: An Essay in Honor of Tom Emerson*, 38 CASE W. RES. L. REV. 576 (1988); Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, in PETER BADURA & HORST

(ב) התשובה לביקורת

הביקורת בדבר היעדר רציונליות לא נשארה ללא מענה. התשובה הינה כי האיזון נעשה על פי אמות-מידה רציונליות.²⁴ אמת, בפעולת האיזון קיים שיקול דעת לעורך האיזון (המחוקק, המבצע או השופט). אך קיומו של שיקול הדעת אין משמעותו חוסר רציונליות.²⁵ כל עוד שיקול הדעת פועל במסגרת אמות מידה שיש להן צידוק רציונלי, ההכרעה לפיהן היא רציונלית. אכן, הרציונליות של האיזון נגזרת מקיומו של צידוק רציונלי לפעולת האיזון, ואינה נשללת על ידי קיומו של שיקול הדעת.

הצידוק הרציונלי לפעולת האיזון מונח בכלל הבסיסי, לפיו האיזון מעמת את החשיבות החברתית של תוספת התועלת בהגשמה של עיקרון אחד עם החשיבות החברתית של מניעת תוספת הנזק לעיקרון הנוגד הנגרמת כתוצאה מכך.²⁶ צידוק רציונלי זה מונח גם בבסיס נוסחאות האיזון העקרוניות, המבוססות על הטעמים המונחים ביסוד הזכות החוקתית ועל הצידוק לפגוע בה.²⁷ איזון זה אינו מבוסס על סילוגיזם מדעי. אין בו דיוק מדעי, או התיימרות לקיומו של דיוק זה. עמדתי על כך בפרשת חורב:²⁸

"האיזון בין הערכים והאינטרסים המתנגשים אינו מתבצע ב'כלים' מדעיים. ה'משקל' שיש לתת לערכים ולאינטרסים השונים, מטבעו אינו מדויק. על כן, קיימים מצבים שבין ערכים ואינטרסים נתונים המתנגשים זה בזה, ניתן לאזן באופנים שונים."

DREIER, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht 445 (vol. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001).

23 ראו CRAIG R. DUCAT, *Modes of Constitutional Interpretation* 128 (1978).

24 ראו Donald P. Kommers, *Germany: Balancing Rights and Duties*, in *Interpreting Constitutions: A Comparative Study* 161 (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006); Eveline T. Feteris, *The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justification of Judicial Decisions*, 21(4) *Ratio Juris* 481 (2008); Jacco Bomhoff, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 31 *Hastings Lexy, A Theory of Constitutional* INT'L. & COMP. L. REV. 555 (2008) ראו גם Schauer, *Balancing, Subsumption, and the Constraining*; 101 *Be'm* 3, RIGHTS לעיל ה"ש, 15 *Role of Legal Text*, לעיל ה"ש PULIDO; לעיל ה"ש 5, *Be'm* 707.

25 ראו Alexy, *Constitutional Rights*, שם; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* 134.

26 ראו לעיל עמ' 430.

27 ראו להלן עמ' 630.

28 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 39 (1997).

היעדר סילוגיזם אין משמעותו היעדר רציונליות. היבטים סובייקטיביים של הפעלת שיקול הדעת אינם שוללים רציונליות.

יש הטוענים כי האיזון מציג כלפי חוץ חזות של דיוק מדעי-אובייקטיבי בעוד שלמעשה הוא פרי הסובייקטיביות השיפוטית.²⁹ אין בידי לקבל טענה זו.³⁰ לעניין "החזות החיצונית" יש לומר כי לא נטען שהאיזון הוא מדעי ושהוא שולל שיקול דעת שיפוטי. מקובל עליו כי אין לגבש תורת איזון בלי להביא בחשבון את דבר קיומו של שיקול דעת שיפוטי. שיקול הדעת השיפוטי עצמו אינו מוחלט ואינו שרירותי.³¹ גם כאשר יש בו היבט סובייקטיבי, היבט זה פועל בגבולות צרים, ולשם הגשמתן של תכליות אובייקטיביות.³² שיקול הדעת צריך לקיים עקביות שיפוטית וקוהרנטיות שיפוטית. הוא צריך לתת משקל לתקדימי העבר. הוא צריך לבטא את ערכי היסוד של שיטת המשפט.³³ הוא שוקף ונתון לביקורת מתמדת. אכן, האיזון מכניס סדר לחשיבה המשפטית. הוא מחייב את השופט לאתר את העקרונות הרלוונטיים. הוא מחייב אותו להתמודד עם החשיבות החברתית היחסית. הוא מחייב אותו לחשוף לעצמו ולולתו את צורת החשיבה שלו. הוא מאפשר ביקורת עצמאית וביקורת חיצונית.³⁴

האיזון אינו רק טכניקה משפטית. הוא גם מנטליות מחשבתית. הוא ביטוי למורכבותו של האדם ולמורכבותם של יחסי האנוש. המשפט אינו "הכול או לא כלום". המשפט הוא מערכת מורכבת של עקרונות, שבמצבים מסוימים תואמים זה את זה ומובילים למסקנה אחת, ובמצבים אחרים מתנגשים זה בזה ומחייבים הכרעה שאין בה ניצחון. כלל האיזון מבטא מורכבות זו.³⁵

29 ראו מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2002). ראו גם Zucca, לעיל ה"ש 10, בעמ' 88; Aleinikoff, לעיל ה"ש 4.

30 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 265 (2004).

31 ראו לעיל עמ' 481 וכן אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 41 (1987).

32 ראו לעיל עמ' 481 וכן ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 36.

33 ראו (1992) 206 KENT GREENAWALT, LAW AND OBJECTIVITY.

34 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 265. ראו גם Frank M. Coffin, *Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice*, 63 N.Y.U.L. REV. 16, 25 (1988): "Open balancing restrains the judge and minimizes hidden or improper personal preferences by revealing every step in the thought process; it maximizes the possibility of attaining collegial consensus by responding to every relevant concern of disagreeing colleagues; and it offers a full account of the decision-making process for subsequent professional assessment and public appraisal".

35 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 265. ראו גם Frank Michelman, *Foreword: Traces of Self-Government*, 100 HARV. L. REV. 4, 34 (1986).

ג. הביקורת החיצונית

1. שיקול דעת שיפוטי רחב מדי

(א) מהות הביקורת

הטענה הינה כי המידתיות – ובעיקרו של דבר האיזון הנערך במסגרת המידתיות במובן הצר – מעניקה לשופט שיקול דעת רחב מדי.³⁶ כתוצאה מכך הוודאות המשפטית נפגמת,³⁷ שכן אין אפשרות לחזות התוצאה מראש.³⁸

(ב) התשובה לביקורת

אכן, האיזון מעניק לשופט שיקול דעת. הנני מסכים כי אין כל אפשרות לבצע בכל מקרה איזון בלא כל שיקול דעת. מבחינה זו בעלי הביקורת צודקים – אולם כל טיפול בעקרונות משפטיים נוגדים מעניק לשופט שיקול דעת.³⁹ אין אפשרות לפתור ניגוד זה בלא שיקול דעת שיפוטי. הביקורת צריכה להוכיח כי שיקול הדעת המוענק לשופט בתהליך האיזון הוא רחב יותר מזה המוענק לו בדרכים חלופיות להכרעה בהתנגשות בין עקרונות נוגדים. כן עליה להוכיח כי קיומו של שיקול הדעת מביא לתוצאה שלילית. הוכחה כזו לא ניתנה וספק אם היא קיימת. אכן, גם המודל האמריקני – המבוסס על הקטגוריזציה⁴⁰ – מבוסס על שיקול דעת שיפוטי.⁴¹ לא הובאה כל הוכחה כי קטגוריזציה זו מקטינה את שיקול הדעת, או כי היא מביאה לוודאות משפטית גדולה יותר ולאפשרות טובה יותר לחזות את התוצאות. מרבית מדינות העולם נוקטות איזון, ולא הובאה כל הוכחה כי שיקול הדעת השיפוטי בהן רחב מזה של השופטים האמריקנים. כן לא הובאה כל הוכחה כי הוודאות המשפטית בארצות-הברית גדולה יותר מזו שבמדינות הנוקטות איזון.

- 36 ראו Mark V. Tushnet, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, 83 MICH. L. REV. 1502, 1508 (1985), לעיל ה"ש 1. ראו גם Faigman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 648.
- 37 ראו Melville B. Nimmer, *The Right To Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CAL. L. REV. 935, 939 (1968).
- 38 ראו Laurent B. Frantz, *The First Amendment in the Balance*, 71 YALE L.J. 1424, 1441 (1962).
- 39 ראו Vicki C. Jackson, *Being Proportional About Proportionality*, 21 CONST. COMMENT. 803, 835 (2004).
- 40 ראו להלן עמ' 595.
- 41 ראו POSNER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 375, Shaman; לעיל ה"ש 15, בעמ' 141.

2. היעדר הגנה מספקת על הזכויות החוקתיות

(א) מהות הביקורת

הביקורת בדבר היעדרה של הגנה מספקת על הזכויות החוקתיות נמתחה מצד חוקרים המשקפים עמדות שונות.⁴² יש, כמו דבורקין, המדמה זכויות ל"קלפים מנצחים" (trumps) המתגברים על מדיניות הנוגעת לטובת הכלל.⁴³ על כן רק במקרים מיוחדים וחריגים, הדורשים צידוק מיוחד, יש מקום לפגוע בזכות חוקתית. האברמס (HABERMAS) רואה בזכויות "חומת אש" (firewall) המגנה על הפרט מפני הקהילה.⁴⁴ תפיסות אלה משקיפות על המידתיות בחשדנות רבה. הן משקיפות על המידתיות כמכשיר להגבלת זכויות חוקתיות ולא כמכשיר להגן עליהן.⁴⁵ מקובל לציין כי הקטגוריזציה של המודל האמריקני מגנה על זכויות האדם באופן "חזק" יותר מהמודל המבחין בין היקף הזכות לבין ההגנה עליה במסגרת כללי המידתיות. ביסודה של ביקורת זו מונחת הטענה שכאשר ההגנה על הזכות החוקתית מתבססת על תהליך של איזון אד-הוק, תגבר טובת הכלל על זכות הפרט או המיעוט.⁴⁶ ודאי כך בתקופות של חירום,⁴⁷ אך כך גם במצבים רגילים של התנגשות בין טובת הכלל לזכות הפרט. כתב נימר (Nimmer):⁴⁸

"It is too much to expect that our judges will be entirely untouched, consciously or otherwise, by such strong popular feelings – feelings that have more than once reached a point of national hysteria – when they come to engage in the 'delicate and difficult task' of weighing competing

42 ראו WEBBER, לעיל ה"ש 1.

43 RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 184-205 (1977); Ronald Dworkin, ראו *Rights as Trumps*, in THEORIES OF RIGHTS 153 (Jeremy Waldron ed., 1984) לניתוח

גישה זו ראו Dan T. Barry Friedman, *Trumping Rights*, 27 GA. L. REV. 435 (1992); Dan T. Coenen, *Rights as Trumps*, 27 GA. L. REV. 463 (1992); Jeremy Waldron, *Pildes on Dworkin's Theory of Rights*, 29 J. LEGAL STUD. 301 (2000); Richard Pildes, *Dworkin's Two Conceptions of Rights*, 29 J. LEGAL STUD. 309 (2000)

44 ראו HABERMAS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 258.

45 ראו Edwin C. Baker, *Limitations on Basic Human Rights – A View from the United States*, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 76, 90 (Armand de Mestral et al. eds., 1986)

46 ראו DUCAT, לעיל ה"ש 23, בעמ' 179.

47 ראו John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1501 (1975); LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 793 (2nd ed., 1988)

48 Nimmer, לעיל ה"ש 37, בעמ' 940.

interests. Thus at the very time when the right of freedom of speech becomes crucial, the scales may become unbalanced.”

הרחיק-לכת גנטר (Gunther), שטען כי האיזון שקול כנגד השתחררות של השופט מהאחריות להגנה על זכויות האדם⁴⁹ ואילו וובר (Webber) טוען שהאיזון על ידי שופט פוגע בעצם רעיון החוקה.⁵⁰

(ב) התשובה לביקורת

על הטענה כי המידתיות – במובן הצר – אינה מגנה דיה על זכויות האדם ניתן להשיב בשתיים. ראשית ניתן להתמודד עם ההנחות שביסוד הביקורת. אין כל סיבה להניח א-פריורי כי מידת ההגנה ששופטים יעניקו לזכויות השונות היא פחותה בשיטת האיזון.⁵¹ המידתיות היא מסגרת שיש למלאה תוכן⁵². היא מאפשרת דרגות שונות של הגנה, על פי ערכיה ועקרונותיה של שיטת המשפט. כך, למשל, כל שיטת משפט קובעת לעצמה את תוכנה של דרישת הסף בעניין המטרה הראויה. היא יכולה להיות דרישה ברמה גבוהה (כמו בקנדה⁵³) או ברמה נמוכה (כמו גרמניה⁵⁴). גם לעניין דרישות הסף של קשר רציונלי ודרישת הצורך ניתן לקבוע רמות שונות במדינות שונות. האיזון הנערך על פי מבחן-המשנה השלישי משקף את החשיבות שכל שיטת משפט מייחסת לתוספת השולית שבהגשמת המטרה הראויה ולנזק השולי לזכות החוקתית.⁵⁵ חשיבות יחסית זו משתנה משיטת משפט לשיטת משפט. נוסחאות האיזון העקרוניות משקפות את הצידוק להגנה על זכויות חוקתיות. צידוק זה משתנה משיטת משפט לשיטת משפט. אין להניח מראש שהוא "חלש" יותר בשיטות המשפט המאמצות את המידתיות. אכן, אין כל מניעה עקרונית מלאמץ את גישת "הקלפים המנצחים" או "חומת האש" במסגרת דיני המידתיות במובן הצר. בוודאי כך אם תאומץ גישתי באשר לאיזון העקרוני.⁵⁶ היא עשויה לפעול נגד כל מגמה המיועדת להחליש מראש ובמודע את ההגנה על הזכויות החוקתיות. כן תפעל נגדה הגישה הכללית המחנכת שופטים להגן על זכויות האדם ורואה בבית המשפט את מבצרו של הפרט ושל המיעוט. דווקא

49 ראו Gerald Gunther, *In Search of Judicial Quality on a Changing Court: The Case of Justice Powell*, 24 STAN. L. REV. 1001, 1005 (1972). ראו גם McFadden, לעיל ה"ש 1, בעמ' 636.

50 ראו WEBBER, לעיל ה"ש 1.

51 ראו Coffin, לעיל ה"ש 34, בעמ' 21. ראו גם Jeffrey B. Hall, *Taking "Rechts" Seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany*, 9(6) GERMAN L. J. 771 (2008).

52 ראו לעיל עמ' 29.

53 ראו לעיל עמ' 346.

54 ראו להלן עמ' 620.

55 ראו לעיל עמ' 430.

56 ראו להלן עמ' 630.

הבנייתו של שיקול הדעת, ובחינתו ברמות הפשטה שונות, המתבססות על שיקולים עקרוניים, מסייעת למנוע תנודות בהגנה על זכויות על פי רוחות חברתיות חולפות. שנית ניתן להשיב על ביקורת זו בבחינת התוצאות. כפי שאראה בהמשך,⁵⁷ אין יסוד לטענה הכללית כי זכויות האדם מוגנות בארצות-הברית יותר משהן מוגנות בשיטות משפט שבהן נוהג האיזון.

ד. שלילת הלגיטימיות השיפוטית

1. מהות הביקורת

על פי טענה זו, איזון בין עקרונות מתחרים הוא תפקידו של המחוקק.⁵⁸ על כן, שופט המבצע איזון מסיג את גבול המחוקק.⁵⁹ הוא הופך את עצמו למחוקק-על,⁶⁰ ובכך מפר את עיקרון הפרדת הרשויות.⁶¹ מכאן הצורך להימנע כליל מאיזון או להפעילו רק במקרים חריגים ונדירים.⁶² זהו הטיעון של ה"חסר הדמוקרטי" של השופט העורך איזון. טיעון נוסף בהקשר זה הינו, כי אין לבית המשפט הכלים לערוך את האיזון. נקודת המבט שלו – בשל מאפייני ההליך השיפוטי – צרה מדי. יכולתו לעסוק בנתונים אמפיריים מוגבלת.⁶³ זהו הטיעון של "היעדר כלים" של השופט לערוך כראוי את האיזון.

2. התשובה לביקורת

התשובה הפורמלית לטענה בדבר אי-הלגיטימיות של איזון שיפוטי היא שהסמכות לביקורת שיפוטית בכלל, והסמכות לאזן בין עקרונות מתחרים (במסגרת פסקת ההגבלה), מעוגנות בחוקה עצמה. בית המשפט לא נטל סמכות זו לעצמו. היא הוענקה לו בחוקה עצמה (במפורש או במשתמע). אכן, כשם שהחוקה העניקה את סמכות החקיקה למחוקק,

57 ראו להלן עמ' 604.

58 ראו Shaman, לעיל ה"ש 41, בעמ' 155; WEBBER לעיל ה"ש 1.

59 ראו Frantz, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1443; Aleinikoff, לעיל ה"ש 4, בעמ' 984; McFadden, לעיל ה"ש 1, בעמ' 641; Henkin, לעיל ה"ש 1, בעמ' 104. ראו גם Iddo Porat, *Why All Attempts to Make Judicial Review Balancing Principled Fail?* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, (DUCAT; 14 June 2007), לעיל ה"ש 23; Schlink, לעיל ה"ש 22.

60 ראו DUCAT, לעיל ה"ש 23, בעמ' 130.

61 ראו McFadden, לעיל ה"ש 1, בעמ' 588.

62 ראו *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 525 (1951).

63 ראו *Porat, Why All Attempts to Make Judicial Review Balancing Principled Fail?*, לעיל ה"ש 59.

כך העניקה אותה חוקה את הסמכות לביקורת חוקתיות החקיקה לשופט.⁶⁴ בצדה של התשובה הפורמלית מונחת התשובה המהותית, המתמודדת עם ההנחה שביסוד הביקורת הרואה את הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק כפעילות לא דמוקרטית של השפיטה. התשובה המהותית צריכה להתמקד אפוא בהנחת יסוד זו. לא אוכל במסגרת ספר זה לבחון סוגיה זו לעומקה.⁶⁵ די אם אומר כי לדעתי הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של חוק הנוגד את החוקה הוא ביטוי לאופייה הדמוקרטי של החוקה. מאופייה הדמוקרטי של החוקה ומחובתו של המחוקק להגשים את הוראות החוקה מתבקש תפקידו של בית המשפט כשומר החוקה, וכשומר על זכויות האדם – שלא ייפגעו שלא כדין על ידי המחוקק.⁶⁶ על פי השקפתי האיזון הוא מכשיר רב-חשיבות לשמירה על החוקה הדמוקרטית. מובן, כי גם המחוקק עוסק באיזון בפעולת החקיקה. בכך הוא מבקש להגשים את האיזון הטמון בחוקה. עם זאת, אין זה ראוי להפקיד את ההכרעה הסופית בחוקתיות האיזון שעושה המחוקק למחוקק עצמו. זהו הבסיס לרעיון הביקורת השיפוטית. על פיו המבנה המוסדי של בית המשפט, עצמאותו וריחוקו מהלחצים הפוליטיים עושים את האיזון השיפוטי קרוב יותר מכל איזון אחר לאיזון הנדרש מהחוקה.⁶⁷ לבית המשפט הכלים לבצע את האיזון.⁶⁸ על כל פנים, לא מצאתי שיטה טובה יותר מהמידתיות (והאיזון שבתוכה) שתבטיח מחד גיסא את מעמד המחוקק, ומאידך גיסא את זכויות האדם.⁶⁹ על כן, השאלה אינה מידתיות או שיטת ביקורת אחרת לחוקתיות החוק. השאלה הינה ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק או העדרה של ביקורת כזו. השאלה האמיתית אינה איפוא אם המידתיות – והאיזון במרכזה – היא שיטה ראויה. השאלה הינה אם הביקורת השיפוטית היא ראויה. על שאלה זו תשובתי בחיוב. היא שומרת על הדמוקרטיה (במובנה העשיר), והיא מקדמת את זכויות האדם.

- 64 JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 255 (1999); ראו WEBBER לעיל ה"ש 3.
- 65 לסוגיית הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית, ראו Barry Friedman, *The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship*, 95 NW. U. L. REV. 933 (2001); Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five*, 112 YALE L.J. 153 (2002); Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006); Jeffrey Jowell, *Parliamentary Sovereignty Under the New Constitutional Hypothesis*, 3 PL 562 (2006); Richard H. Fallon, *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008).
- 66 Jörg Paul Müller, *Fundamental Rights in Democracy*, 4 HUMAN RIGHTS LAW JOURNAL (1983); Stephen Gardbaum, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing*, forthcoming: 4 LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS (2010).
- 67 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 321; VICTOR FERRERES COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES (2009).
- 68 ראו לעיל עמ' 490.
- 69 ראו PULIDO, לעיל ה"ש 5, בעמ' 205.

פרק תשעה-עשר

החלופות למידתיות

מידתיות היא מכשיר לפתרון ההתנגשות בין זכויות חוקתיות לבין עצמן ובין לבין טובת הכלל. אין היא המכשיר היחיד לפתרון התנגשויות אלה. קיימים מכשירים נוספים המבקשים לתת פתרון לבעיה שהמידתיות מתמודדת עימה. אעמוד על מספר חלופות למידתיות. במרכזן תעמוד החלופה שניתן לכנותה כ"קטגוריזציה". חלופה זו מקובלת בארצות-הברית. בטרם נפנה בהרחבה לחלופה זו אעמוד על מספר חלופות אחרות.

א. חלופות שאינן מבוססות על קטגוריזציה

1. זכויות מוחלטות

(א) מהות החלופה

וובר (Webber) מעלה חלופה למידתיות.¹ על פי גישתו היקפן של הזכויות החוקתיות נקבע על פי פירושן (interpretation). להיקף זה מתווספות כל אותן הגבלות אשר המחוקק רואה לנכון מעת לעת לקובען (construction). הגבלות אלה מהוות חלק מהזכות החוקתית. אין הן פוגעות בה ואין הן מפרות אותה. הן קובעות את תוכנה של הזכות על פי תפיסותיה של החברה בעת נתונה. תפיסות אלה באות לידי ביטוי בחקיקה הרגילה של המחוקק, אשר נותן ביטוי לרצון העם. המחוקק פועל על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. על פי פסקה זו על המחוקק ליתן ביטוי לצידוק המונח ביסוד הזכות בחברה חופשית ודמוקרטית. המחוקק הוא שקובע את גבולותיה של הזכות עצמה. משנקבעו גבולות אלה (על פי פירוש הנוסח של הזכות, בתוספת ההגבלות הקבועות בחקיקה) הזכות היא מוחלטת. למידתיות ולאזון שבמרכזה אין מקום. המחוקק אינו מוגבל על ידה. התפקיד השיפוטי הוא לבחון אם שיקול הדעת של המחוקק הוא שרירותי.

1 גראו גרֶגוֹרֵי וֵבֶבֶר, THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS 1087, 1088 (2009).

ביסוד גישתו של וובר מונחת התפיסה כי החוקה משקפת תהליך נמשך. היא מהווה ביטוי למשא ולמתן הנערך על ידי בני החברה, כפי שהוא מוצא ביטוי בחקיקה של המחוקק. הגבלות של הזכות נקבעות על ידי ההגבלות שהמחוקק מטיל עליה. התפקיד השיפוטי הוא מוגבל – אם בכלל. המידתיות והאיזון שבמרכזה זרים להליך דמוקרטי זה.

(ב) הערכת החלופה

ביסוד גישתו (השליטית) של וובר למידתיות ולאיזון שבמרכזה מונחת תפיסתו באשר לזכויות החוקתיות. תפיסה זו נראית לי שגויה. הגישה המקובלת והראויה הינה כי הזכויות החוקתיות נועדו להגן על הפרט מפני הרוב, כפי שהוא מוצא ביטוי במחוקק. לעומת זאת, גישתו של וובר הינה כי הרוב, כפי שהוא מתבטא במחוקק, קובע את היקפן של הזכויות החוקתיות. ההגבלות על כוח החקיקה, על פי וובר, הן מצומצמות. נראה לי, כי על פי תפיסתו של וובר ביסודו של דבר, אין מקום של ממש למגילת זכויות חוקתיות; אין מקום של ממש להגבלות על כוח החקיקה בכל הנוגע לזכויות האדם; אין מקום לביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק הפוגע בזכויות החוקתיות; וממילא אין מקום למידתיות ולאיזון שבמרכזה כמגבילות את הפגיעה בזכויות החוקתיות. אכן, תפיסתו של וובר אינה מהווה אך חלופה למידתיות. היא מהווה חלופה לתפיסה המקובלת באשר למעמד הזכויות החוקתיות. יפה הוא הביטוי של וובר לפיו החוקה היא תהליך נמשך של משא ומתן הנערך בחברה והמוכרע על ידי המחוקק. אך ביטוי יפה זה מרוקן למעשה את מגילת הזכויות החוקתיות מכוחן המגן על הפרט מפני הרוב. מה שנחזה כזכות ברמה חוקתית אינו למעשה אלא זכות ברמה תת-חוקתית. הפירוש של הזכות וקביעת גבולותיו מעת לעת נתונות למחוקק. ביטול הגישה המקובלת בדבר שני השלבים (החוקתי והחקיקתי) יוצרת שלב אחד שהינו הלכה למעשה בעל אופי חקיקתי. אמת, המחוקק אינו רשאי לשנות את לשון הזכות החוקתית, אך פרט לכך הוא רשאי לעשות כמעט הכל.

גישתו של וובר היא מקורית. אין לה אח ורע – לא בחוקתן של המדינות השונות ולא בספרות המשפטית. מדינות שאינן מקבלות את המידתיות והאיזון – כגון ארצות הברית – אינן מעניקות למחוקק את מרחב שיקול הדעת שמוענק לו על ידי וובר. האברמס, נוזיק ודבורקין המובאים על ידי וובר כתומכים בביקורת על המידתיות והאיזון, אינם מבססים את גישתו של וובר. שיטת משפט אשר תאמץ את גישתו של וובר תפגע, הלכה למעשה, באופי החוקתי של הזכויות החוקתיות. אכן, וובר אינו מציג אך חלופה למידתיות ולאיזון. הוא מציג חלופה לאופי החוקתי של מגילת זכויות אדם חוקתיות.

וובר מציג חלופה למידתיות באמצעות התפיסה בדבר זכויות מוחלטות. מוחלטות זו פועלת כלפי הרשות השופטת. מוחלטות זו אינה פועלת כלפי הרשות המחוקקת. המחוקק מוסמך להגביל את הזכויות. וובר מדגיש וחוזר ומדגיש את תפיסתו כי הגבלתו של המחוקק מהווה פיתוח של הזכות ולא פגיעה בה. הבחנה זו שוחקת עד דק את השוני בין פיתוח

הזכות לפגיעה בה. אכן, נראה לי כי רוב רובם של המקרים, בהם בתי משפט מכריזים על בטלותו של חוק הפוגע באופן לא מידתי בזכות חוקתית, היו נתפסים על ידי וובר כמקרים של פיתוח הזכות החוקתית. המוחלטות של הזכות החוקתית על פי וובר היא טריביאלית.² כמוה כתפיסה כי כל זכות חוקתית היא מוחלטת בנסיבות בהן נקבע על יד בית המשפט כי הפגיעה בה היא מידתית.

2. הגנה על ה"ליבה" של הזכות החוקתית

(א) מהות החלופה

החלופה בדבר זכויות מוחלטות מבקשת להפוך את כל הזכויות למוחלטות. החלופה בדבר הגנה על ה"ליבה" של הזכות מבקשת לראות ב"ליבה" זכות מוחלטת. כל הכלול ב"ליבה" אינו ניתן להגבלה. הוא מוגן כדי מלוא היקפו. כל שאינו בליבה – תחול עליו המידתיות. המקור ההיסטורי לחלופה זו הוא במשפט הגרמני³. סעיף 19(2) לחוק היסוד הגרמני קובע (בתרגום רשמי לאנגלית):

"In no case may the essential content (Wesensgehalt) of a basic right be encroached upon."

בהשפעת הוראה זו הוכנסו הוראות דומות למספר חוקות אחרות, כגון לחוקה של תורכיה,⁴ פורטוגל,⁵ ספרד⁶ ולחוקה הפדרלית של שוויץ.⁷ הפעלתן של הוראות כאלה מחייבת לקבוע, לעניין כל זכות חוקתית, את "ליבתה" של הזכות או "מהותה הגרעינית" ואת הפגיעה בה. קביעה זו תבצע על פי הערכים והעקרונות

2 ראו לעיל עמ' 53.

3 ראו Luzius Wildhaber, *Limitations on Human Rights in Times of Peace, War and Emergency: A Report on Swiss Law*, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 41 (Armand de Mestral et al. eds, 1986); ROBERT ALEXI, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 192 (Julian Rivers trans., 2002); MICHAEL SACHS, GG VERFASSUNGSRECHT II GRUNDRECHTE 734 (2003); Gerhard Van der Schyff, *Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspectives*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 131 (Eva Brems ed., 2008).

4 ס' 13 לחוקה של תורכיה.

5 ס' 18(3) לחוקה של פורטוגל.

6 ס' 153(1) לחוקה של ספרד.

7 ס' 36(4) לחוקה הפדרלית של שוויץ.

שהזכות נועדה להגשים. ההגבלה תיחשב בליבת הזכות או בגרעינה אם היא מונעת מכול וכול את הגשמתם של ערכים ועקרונות אלה.⁸

שאלה חשובה היא אם המבחן לנגיעתה של הגבלה ב"ליבתה" של הזכות או בגרעינה הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי.⁹ על פי המבחן האובייקטיבי, שאלת הנגיעה בליבה של הזכות תיקבע מנקודת המבט של שיטת המשפט בכללה, תוך התייחסות למכלול הנפגעים הפוטנציאליים. על פי גישה זו, ליבתה של הזכות נפגעת אם הזכות מאבדת את משמעותה ביחס לכלל התושבים או למרביתם. כך, למשל, חוק האוסר על שוטר להרוג אדם בנסיבות מסוימות אינו פוגע בליבה של הזכות לחיים של כלל הציבור. על פי המבחן הסובייקטיבי, שאלת הנגיעה בליבתה של הזכות נקבעת מנקודת המבט של האדם הנפגע. על פי גישה זו, ליבתה של הזכות נפגעת אם הזכות מאבדת את משמעותה ביחס לפרט מסוים.

יש הסבורים כי אין לתת תשובה גורפת לשאלה אם המבחן "לליבת הזכות" הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי. על פי גישה זו התשובה משתנה, על פי מהותה של הזכות.¹⁰ על כן, ליבתה של הזכות לחיים תיקבע על פי מבחן אובייקטיבי. לעומת זאת, ליבתה של הזכות לשלמות הגוף תיקבע על פי מבחן סובייקטיבי.

(ב) דיני המידתיות ואיפיונה של ה"ליבה"

האם דרישת המידתיות ממלאת תפקיד באפיון של איסור הפגיעה בליבתה של הזכות?¹¹ הדעות בעניין זה חלוקות.¹² יש הגורסים כי האיסור על פגיעה בליבתה של הזכות יוצר הגבלה "מוחלטת" על אפשרות ההגבלה של זכויות. על פי השקפה זו אין למידתיות כל תפקיד בקביעתה של הגבלה זו, ומכאן שדין הפגיעה בליבתה כדין שינוי.¹³ אחרים גורסים כי האיסור על הגבלה של ליבת הזכות אינו "מוחלט" אלא "יחסי" ונגזר מהקשר הדברים.

- 8 ראו Esin Orucu, *The Core of Rights and Freedoms: The Limit of Limits, in HUMAN RIGHTS: FROM RHETORIC TO REALITY* 187 (Tom Campbell ed., 1986).
- 9 ראו ALEXY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 192; SACHS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 735. ראו גם GERHARD VAN DER SCHYFF, *LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS* 164 (2005); BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, *GRUNDRICHTE, STAATSRECHT II*, 70 (2006).
- 10 ראו PIEROTH & SCHLINK, שם.
- 11 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 9, בעמ' 164. ראו גם Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 *CAMBRIDGE L.J.* 174 (2006).
- 12 ראו VAN DER SCHYFF, שם, בעמ' 167; SACHS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 735. ראו גם KONRAD HESSE, *GRUNDZÜGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND* § 333 (1988).
- 13 להבחנה בין פגיעה לשינוי, ראו לעיל עמ' 133.

על פי גישה זו, דין האיסור על הגבלה של ליבת הזכות נקבע על פי דיני המידתיות, ומכאן שהוא פרי איזון בין ערכים ועקרונות מתנגשים.¹⁴ המחלוקת בין שתי הגישות היא במידה רבה מלאכותית. נראה כי הגורסים מובן "מוחלט" לעיקרון הליבה עומדים בפני הקושי להגדיר את הליבה. בסופו של יום הם עשויים לראות פגיעה בליבתה של הזכות רק במקרים שבהם הפגיעה אינה מידתית.

3. הערכת החלופה

האם פתרון זה הוא ראוי? לדעתי, התשובה היא בשלילה.¹⁵ כפי שעולה מהניסיון של המשפט ההשוואתי, שיטות המשפט מתקשות להגדיר "ליבה" מהי. בסופו של יום נראה כי ה"ליבה" מובנת במונחים של מידתיות.¹⁶ אם כך, מדוע לא לקבוע במפורש כי על כל חלקי הזכות חלים דיני המידתיות? השוני בין פגיעה בליבה לבין פגיעה מחוצה לה, ימצא את ביטוי במסגרת דיני המידתיות, בעיקר במסגרת המידתיות במובן הצר. יצוין כי בחוקתה הזמנית של דרום אפריקה (1993) נכללה הוראה האוסרת פגיעה בליבת הזכות.¹⁷ הוראה זו לא נכללה בחוקה הקבועה (מ-1996).

4. המודל הדואלי (Dual Model)

(א) מהותה של החלופה

החלופה בדבר ה"ליבה" מבחינה בכל זכות וזכות בין פגיעות שהן בליבת הזכות לבין פגיעות המצויות מחוץ לליבה. ליבת הזכות מוגנת באופן מוחלט. המידתיות אינה חלה בה. מחוץ לגדרי הליבה חלים דיני המידתיות. בגישה דומה נוקט המודל הדואלי של עידו פורת (Porat).¹⁸ גם הוא מבחין, לעניין כל זכות וזכות, בין שני מצבים. במצב האחד הזכות מוגנת באופן מוחלט – המידתיות אינה חלה בו. במצב השני הזכות אינה מוגנת באופן מוחלט – המידתיות חלה בו. עם זאת, מודל ה"ליבה" והמודל הדואלי שונים זה מזה. מודל הליבה מבקש לאפיין את הפגיעה בזכות החוקתית – אם היא בגרעין של הזכות או בשוליה.

14 ראו Wildhaber, לעיל ה"ש 3, בעמ' 56.

15 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 9, בעמ' 167; Wildhaber, לעיל ה"ש 3, בעמ' 55.

16 לדעתו של הסה (Hesse), האיסור על פגיעה בליבת הזכות נגזר מה-praktische Konkordanz.

ראו HESSE, לעיל ה"ש 12, § 333. למושגיות זו, ראו להלן עמ' 453.

17 ס' 33(1)(b).

18 ראו Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of*

Balancing in Constitutional Law, 27 CARDOZO L. REV. 1393.

המודל הדואלי מבקש לאפיין את מהות הקונפליקט שהביא לפגיעה – בלא קשר לשאלה אם הפגיעה היא בגרעין או בשוליים. מהם שיקולים אלה?

המודל הדואלי מהווה סינתזה בין שתי פרדיגמות תאורתיות, האחת של פרופסור רז (Raz)¹⁹ והאחרת של פרופסור קלמן (Kelman)²⁰. פורת מבחין בין שני סוגים של קונפליקטים: קונפליקט מסדר ראשון (first-order) וקונפליקט מסדר שני (או שיקול מוציא) (second-order or exclusionary). קונפליקט מסדר ראשון מתאפיין בכך שהוא בין זכות חוקתית לבין אינטרס נוגד הנאבק על מקורות מוגבלים (כגון תקציב). קונפליקט מסדר שני מתאפיין בכך שהוא בין זכות חוקתית לבין אינטרס נוגד שאין להתחשב בו כלל. על פי המודל הדואלי, הקונפליקט הראשון נפתר בדרך של איזון בין האינטרסים הנוגדים. הקונפליקט השני אינו נפתר בדרך של איזון בין האינטרסים הנוגדים, אלא בהעדפת הזכות על פני האינטרס הנוגד. האינטרס הנוגד מוצא מתחום ההתחשבות.

פורת מדגיש את פעולת המודל במספר זכויות במגילת הזכויות האמריקניות. הוא בוחן, בין השאר, את חופש הביטוי.²¹ קונפליקט מסדר ראשון מתקיים בין חופש הביטוי לבין אינטרס הציבור המגביל אותו משיקולים שאינם קשורים בתוכנו של הדיבור. קונפליקט זה נפתר בדרך של איזון.²² קונפליקט מסדר שני מתקיים בין חופש הביטוי לבין אינטרס הציבור המגביל אותו משיקולים הקשורים בתוכנו של הדיבור. קונפליקט זה אינו נפתר בדרך של איזון.²³

(ב) הערכת החלופה

המודל הדואלי של פורת הוא מעניין. אף שהוא מבקש להסביר את מקומו של האיזון במשפט האמריקני, ניתן לתת לו תחולה כללית. עם זאת, נראה לי כי ניתן עקרונית למקם אותו במסגרת מבחני המידתיות עצמם. קונפליקט מסדר ראשון מוצא את מקומו במסגרת דיני המידתיות – בעיקר במסגרת מרכיב המידתיות במובן הצר (איזון). כך, למשל, כל מקרה של התנגשות בין זכויות חוקתיות – התנגשות שלפי המודל הדואלי מעוררת קונפליקט מסדר ראשון – תיפתר במסגרת דיני המידתיות, ובמיוחד המרכיב של מידתיות במובן הצר (איזון). קונפליקט מסדר שני מוצא אף הוא עקרונית את מקומו במסגרת דיני המידתיות – במסגרת מרכיב המטרה הראויה. שיקולים הקשורים בתוכנו של הדיבור ואשר על פי פורת שוללים את האיזון עשויים להוות עקרונית שיקולים שאינם מהווים מטרה

19 ראו JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASONS AND NORMS (2nd ed., 1999).

20 ראו Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833 (2001).

21 ראו Porat, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1417.

22 במסגרת זמן, מקום ואופן (time, place and manner), ראו Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939).

23 ראו Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919); Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

ראויה, ועל כן אינם מעוררים כל צורך באיזון. מה איפוא בא המודל הדואלי להוסיף? בכל הנוגע לקונפליקטים מסדר-ראשון הוא מכיר באיזון, וממילא הוא עשוי להשתלב במידתיות. השוני בין המודל הדואלי לבין המידתיות עשוי להתעורר לעניין קונפליקטים מסדר-שני. טול, למשל, פגיעה בחופש הביטוי מטעמים של ביטחון המדינה. זהו קונפליקט מסדר-שני. על פי המודל הדואלי אין מקום לאיזון. שיקולי הביטחון מוצאים מגדר השיקולים שניתן לקחתם בחשבון. לעומת זאת, על פי המידתיות הם מהווים מטרה ראויה. חוקתיותה של הפגיעה תיקבע על פי מבחני המשנה של המידתיות. בחלק מהמקרים ההגבלה תהא חוקתית ובחלק אחר היא תהא לא חוקתית. זהו ההסדר הנראה לי כראוי. לא כל שיקולי הביטחון אינם ראויים, גם אם לפי המודל הדואלי אין להתחשב בהם. אם תאמר כי במקרים חריגים יהא המודל הדואלי מוכן להתחשב בהם, ממילא אין כל צידוק למודל נפרד מחוץ למידתיות. תחת הצורך לפתח כללים להבחין בין קונפליקטים מסדר-ראשון לבין קונפליקטים מסדר-שני ניתן לפנות לדיני המידתיות הרגילים.

ב. החלופה של קטגוריזציה

1. מיקומה של הקטגוריזציה בשיח הזכויות

מבקריה של המידתיות כאמת-מידה להגבלתן של זכויות אינם מסתפקים בביקורת בלבד. חלקם מצביעים על חלופות ראויות יותר. כך למשל ראינו כי וובר מציע כי תחת המידתיות המתבצעת על ידי השופט יבוא הפירוש המתבצע על ידי המחוקק.²⁴ שלינק (Schlink) מציע כי בכל הנוגע לחוקתיות החקיקה (להבדיל מחוקתיות אקטים מינהליים) תצומצם המידתיות באופן שלא תחול בה המידתיות כמובן הצר.²⁵ החלופה החשובה ביותר המוצעת למידתיות היא הקטגוריזציה. חלופה זו נוהגת בחלקים נרחבים של המשפט החוקתי האמריקני. מהי חלופה זו, והאם יתרונותיה עולים על חסרונותיה? האם היא עדיפה מהמידתיות? שאלה זו פתוחה בפני כל העוסק בכינונה של חוקה חדשה. האם יש לה משמעות בגדריה של חוקה המכירה במפורש במידתיות כאמת-מידה להגבלתן של זכויות? התשובה על שאלה זו מורכבת היא. ודאי שבשיטות משפט המכירות במידתיות, הקטגוריזציה אינה יכולה להחליף את המידתיות. לשם כך יידרש תיקון חוקתי. עם זאת, הקטגוריזציה יכולה להשפיע על פירושן של הזכויות ועל פירושה של פסקת ההגבלה. השפעה זו יכולה להיות בהקשרים שונים. היא יכולה להשפיע על היקפן של הזכויות.²⁶ כך למשל היא עשויה להשפיע על השאלה הפרשנית אם במתן מובן להיקפן של הזכויות

24 ראו לעיל עמ' 589.

25 ראו Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, in PETER BADURA AND HORST DREIER, *FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* 445 (vol. 2, 2001).

26 ראו להלן עמ' 605.

החוקתיות יש להתחשב באינטרס הציבורי או בזכויותיהם של אחרים. היא יכולה להשפיע על השאלה אם המידתיות צריכה להיות מובנית או פתוחה.²⁷ היא רלוונטית למבחני-המשנה השונים של המידתיות. היא עשויה להיות בעלת משקל רב במתן תשובה לשאלה – עד כמה שהיא פתוחה בשיטת משפט נתונה – אם המידתיות במובן הצר ראויה לשמש אמת-מידה להגבלתן של זכויות חוקתיות. אף אם התשובה לשאלה זו חיובית, הקטגוריזציה עשויה להשפיע על הפעלתה של המידתיות במובן הצר.²⁸ מהי אפוא קטגוריזציה? מה השוני בינה לבין המידתיות בכלל והאיזון בפרט? האם היא מעניקה לזכויות האדם הגנה "טובה" יותר מזו שמעניקה להן המידתיות? האם ראוי להעדיפה בכינונה של חוקה חדשה או בפרשנותה של חוקה קיימת? לבחינתן של שאלות אלה אפנה עתה.

2. מהותה של החשיבה המשפטית בקטגוריות

החשיבה בקטגוריות מלווה את החברה האנושית מאז ראשיתה. אחד המאפיינים של המשפט העתיק הוא החשיבה בקטגוריות. סיווג המציאות העוברתית לגדרה של קטגוריה משפטית (כגון "קניין" או "נישואין") קבע את התוצאה המשפטית. המעבר מהעת העתיקה לעת החדשה נתפס לעתים כהתרחקות מחשיבה בקטגוריות ("סטטוס") לעבר חשיבה "פתוחה" יותר ("חווה").²⁹

החשיבה בקטגוריות מלווה את ההיסטוריה של המשפט. המתח בין החשיבה בקטגוריות לחשיבה באינטרסים או בערכים מלווה את תולדות המשפט במאות האחרונות. באירופה השתקף הדבר במתח בין תורת המשפט של המושגים (Begriffsjurisprudenz) המבוססת על קטגוריזציה לבין תורת המשפט של האינטרסים (Interessenjurisprudenz)³⁰ המבוססת על איזון בין אינטרסים מתחרים.³¹ מתח דומה הופיע גם בהתפתחותו של המשפט האמריקני. בהקשר זה כתב הורביץ (M. Horwitz):³²

27 ראו לעיל עמ' 558.

28 ראו לעיל עמ' 419.

29 ראו HENRY MAINE, ANCIENT LAW 141 (1861).

30 ראו EDWIN PATTERSON, JURISPRUDENCE: MEN AND IDEAS OF THE LAW 459 (1953); JULIUS STONE, PROVINCE AND FUNCTION OF LAW: LAW AS LOGIC, JUSTICE AND SOCIAL CONTROL, A STUDY IN JURISPRUDENCE 162 (1961); JULIUS STONE, LEGAL SYSTEM AND LAWYERS' REASONING 227 (1968).

31 ראו Jacco Bomhoff, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 31 HASTINGS INT. & COMP. L. REV. 571 (2008).

32 MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW: 1870-1960 17 (1992).

“Nothing captures the essential difference between the typical legal minds of nineteenth and twentieth-century America quite as well as their attitude toward categories.”

מתח דומה ניתן לזהות גם בחשיבה המשפטית של ימינו. החשיבה בקטגוריות היא חשיבה פרשנית. היא מבקשת לפתור את כל הבעיות המשפטיות בתוך גדריה של קטגוריה מחשבתית שנקבעה לכך.³³ זוהי במהותה חשיבה “פורמלית”, המתמקדת בסיווג ובשיוך. הטקסט המשפטי מתחלק לקטגוריות שונות, וכל קטגוריה עשויה להתחלק לתת-קטגוריות.³⁴ לכל קטגוריה ותת-קטגוריה תחום מחיה משלה. הבעיה המשפטית היא בסיווג המערכת העובדתית לקטגוריה המתאימה. משנקבעה קטגוריה מסוימת חלים עליה הדינים המאפיינים אותה. ההתפתחות המשפטית מתרחשת במעבר מקטגוריה לקטגוריה, ביצירת קטגוריות חדשות או בשינוי הבנתן של אלה הקיימות. החשיבה המשפטית בקטגוריות אינה נעדרת מדיניות משפטית. זו מונחת ביסוד עיצוב הקטגוריה. היא קובעת את גבולותיה. משנקבעו גבולות אלה שוב אין מקום או צורך לחזור ולחקור את המדיניות המשפטית בכל מקרה ומקרה. די בעצם הפעלתה של קטגוריה – פרי המדיניות שנקבעה בעת עיצוב הקטגוריה – כדי לפתור את הבעיה המשפטית. על כן, פנייה למדיניות שביסוד הקטגוריה תהא רלוונטית כשמתרחשת התפתחות במשפט, אם בשינוי בהיקפן של קטגוריות קיימות ואם ביצירתן של קטגוריות חדשות. על כן, חשיבה בקטגוריות עשויה להיות חשיבה יוצרת. היצירתיות מתבטאת בחשיבה מחודשת באשר להיקפן, למעמדן ולכוחן של הקטגוריות הקיימות, וביצירתן של קטגוריות חדשות.

3. זכויות חוקתיות בחשיבה בקטגוריות

(א) כל זכות היא קטגוריה בפני עצמה

החשיבה בקטגוריות חלה בכל תחומי המשפט. היא חלה גם במשפט החוקתי. מקום חשוב נועד לה בתחום זכויות האדם. חשיבה בקטגוריות תבקש לראות כל זכות אדם או היבט מסוים בה כקטגוריה בפני עצמה. היא תבקש לפתור את כל השאלות הקשורות בזכות חוקתית מסוימת באמצעות פירוש של הטקסט החוקתי המעגן אותה. היא תנסה למנוע מצב דברים שבו זכות חוקתית אחת (קטגוריה אחת) מתנגשת בזכות חוקתית אחרת (קטגוריה

33 ראו Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265 (1981); Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of*

Categorization and Balancing, 62 U. COLO. L. REV. 293 (1992).

34 ראו Schauer, לעיל ה"ש 33, בעמ' 282.

אחרת).³⁵ עם זאת, היא עשויה לראות כמה זכויות, שכל אחת מהן היא קטגוריה כשלעצמה, כתת-קטגוריות במסגרת קטגוריה רחבה יותר.

עמדנו על ההבחנה בין היקף הזכות לבין מימושה או ההגנה עליה.³⁶ כן הבחנו בין צמצום הזכות לבין הגבלתה.³⁷ הבחנות אלה מקבלות משמעות שונה בחשיבה בקטגוריות. הטעם לכך הוא שכל ההוראות כולן – בין אלה שניתן לסווגן כהוראות הנוגעות להיקף הזכות או לצמצומה, ובין אלה שניתן לסווגן כהוראות הנוגעות להגנה על הזכות ולהגבלתה – ממוקדות וממוקמות בלשון הטקסט החוקתי המעצב את הזכות עצמה.³⁸

על רקע זה מקובלת הדעה שמגילת זכויות האדם האמריקנית מבוססת על חשיבה בקטגוריות.³⁹ כל זכות שבמגילת הזכויות מהווה קטגוריה בפני עצמה. לא הכל מסכימים לאיפיון זה של החשיבה האמריקנית. כך, למשל, גרדבאום (Gardbaum) סבור כי המבנה הבסיסי של זכויות האדם בארצות-הברית אינו שונה מזה המקובל בדמוקרטיה מערביות.⁴⁰ הוא מציין כי הן בארצות-הברית והן בשאר העולם, הזכויות הן מגן (shields) – להבריל מ-trumps – בפני טובת הכלל; כי ההגנה על הזכויות נעשה בשני שלבים: היקף הזכות וההגנה עליה. לדעתו, חרף הדמיון בין השיטה האמריקנית לשיטות אחרות השוני המתודולוגי הוא רב, והוא מתבטא בקטגוריזציה.⁴¹ השיוך הקטגורי קובע את רמת הבחינה החוקתית ורמת הבחינה קובעת את ההגבלות על הגשתן של הזכויות. גבולות אלה אינם נקבעים בכל המקרים על ידי איזון קונקרטי.⁴² השלב השני בבחינה החוקתית האמריקנית אינו כולל איזון קונקרטי. גרדבאום מצידו טוען שגם בארצות-הברית נזקקים, בגדר הקטגוריות, לאיזון. עם

- Richard H. Fallon, *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343, 362 (1993). ראו 35
- ראו לעיל עמ' 43. ראו לעיל עמ' 36
- ראו לעיל עמ' 57. ראו לעיל עמ' 37
- Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789, 807 (2007). ראו 38
- Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on 'Proportionality', Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583, 605 (1999); Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29 (Michael Ignatieff ed., 2005); Mattias Kumm & Victor Ferreres Comella, *What Is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM 241, 286 (András Sajó & Renáta Uitz eds., 2005); Schauer; 2005), לעיל ה"ש 33, בעמ' 282. ראו 39
- Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391 (2005). ראו 40
- ראו, לעיל עמ' 595. ראו, לעיל עמ' 41
- על האיזון הקונקרטי, ראו לעיל עמ' 451. ראו לעיל עמ' 42

זאת, הוא מגדיר את הדיבור "איזון" באופן רחב,⁴³ הכולל כל הגבלה על מימוש הזכות (בדומה לביטוי מידתיות) ולא דווקא מבחינת היחס בין התועלת לטובת הכלל לעומת הפגיעה בזכות (מידתיות במובן הצר).

(ב) דוגמה: חופש הביטוי בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית

התיקון הראשון לחוקה האמריקנית קובע לעניין חופש הביטוי:

"Congress shall make no law... abridging the freedom of speech, or of the press."

חשיבה בקטגוריות תראה טקסט זה כמעצב קטגוריה של ביטוי חופשי. כל השאלות הקשורות בחופש הביטוי צריכות למצוא את פתרונן הפרשני במסגרת התיקון הראשון. המספר הרב של פסקי דין המסבירים והמפעילים את התיקון הראשון מצביע על מורכבותן של השאלות שהתיקון מעורר. מובן, כי מצב זה מטיל תפקיד קשה וסבוך על כל המבקש למצוא פתרון למגוון הבעיות שהוראה זו מציבה בפני הפרשן. במיוחד קשה התפקיד השיפוטי המבקש מחד גיסא להיות נאמן ללשון הטקסט, אולם צריך מאידך גיסא לתת פתרון לבעיות רבות שהטקסט "הרזה" של התיקון הראשון מתקשה לענות עליהן.

גרדבאום (Gardbaum) ביקש להבחין, בגדרי המשפט האמריקני, בין היקף הזכות לבין ההגבלות המוטלות עליה. הוא ניסה לקבוע, על בסיס פסיקה ענפה, את תוכנו של התיקון הראשון. בסופו של דבר הצטמצם גרדבאום למצבים שבהם השאלה היא אם ניתן למנוע ביטוי בשל תוכנו:⁴⁴

"The right is to be free from intentional, content-based regulation of noncommercial speech or expressive conduct that does not constitute fraud, obscenity, fighting words, or a clear and present danger unless the regulation is necessary to promote a compelling governmental interest."

ניסוח זה ראוי לשבח. עם זאת אין בו כדי לטשטש את ההבחנה המתודולוגית הבסיסית בין הגישה האמריקנית לגישה של מרבית המדינות האחרות. הבחנה זו נגזרת מכך שהמשפט האמריקני משקיף על חופש הביטוי כעל קטגוריה בפני עצמה. האופי הקטגורי של ההתייחסות קובע את רמת הבדיקה החוקתית. בדיקה זו אינה כוללת בחובה בכל המקרים איזון קונקרטי.

43 ראו Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 792.

44 שם, בעמ' 807.

4. קטגוריזציה ומודל שני השלבים

האם החשיבה הקטגורית עולה בקנה אחד עם מודל שני השלבים? התשובה תלויה בראש ובראשונה בטקסט החוקתי עצמו. כאשר הטקסט החוקתי קובע במפורש שני שלבים בהסדר החוקתי, כל צורת חשיבה – לרבות החשיבה הקטגורית – תכיר בקיומם של שני שלבים. השאלה מתמקדת אפוא בטקסט חוקתי שאין בו הבחנה בין שני שלבים. התיקון הראשון לחוקה האמריקנית הוא דוגמה לכך. מהו הדין במצב דברים זה? נראה כי אין תשובה ברורה לשאלה זו. על פי הגדרתו של גרדבאום ניתן לומר כי התיקון הראשון מתבסס על שלב אחד בלבד. פסקת ההגבלה – הקובעת באלו נסיבות ניתן להגביל את היקף הזכות בלא לצמצמה – "מוכנסת" לתוך ההגדרה של הזכות עצמה. עם זאת, גרדבאום ציין כי אין זו ההבנה היחידה של הגישה האמריקנית. ניתן גם לראותה כמבחינה יפה בין שאלות בדבר היקף הזכות לבין שאלות בדבר ההגנה על הזכות. על פי גישה זו ניתן לתאר את הגישה האמריקנית גם במונחים של מודל שני השלבים.⁴⁵

5. קטגוריזציה ואיזון

החשיבה המשפטית בקטגוריות עומדת, מבחינה מתודולוגית, בניגוד לחשיבה משפטית המבוססת על איזון קונקרטי (ad hoc balancing).⁴⁶ כך היה במאה התשע-עשרה ובמאה העשרים, וכך הוא הדבר גם כיום. ההתמקדות בקטגוריה נועדה, בין השאר, למנוע את פעולת האיזון הקונקרטי. אפיון העובדות כמשתייכות לקטגוריה מסוימת הובילה לתוצאה המשפטית בלא עריכת איזון קונקרטי בגדריה של הקטגוריה. החשיבה בקטגוריות מקבלת את האיזון העקרוני⁴⁷ (principled balancing) עד כמה שהוא קיים ברמה הפרשנית הקובעת עקרונית את מהותן של הקטגוריות ואת גבולות הקטגוריה.⁴⁸ אכן, ביסוד הקטגוריזציה מונח איזון עקרוני פרשני הקודם להם.⁴⁹ טלו, למשל, את חופש הביטוי. החשיבה בקטגוריות מכירה בכך שלשם קביעת גבולותיו העקרוניים של חופש הביטוי יש לאזן בין העקרונות המונחים ביסודו לבין עקרונות הנוגדים אותו. תוצאתו של איזון עקרוני זה תביא, למשל, לנקיטת עמדה בשאלה העקרונית אם

45 שם, בעמ' 609. ראו גם Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, לעיל ה"ש 33; Schauer, *The Exceptional First Amendment*, לעיל ה"ש 39.

46 על האיזון הקונקרטי, ראו לעיל עמ' 451.

47 לאיזון העקרוני, ראו להלן עמ' 630.

48 ראו Melville B. Nimmer, *The Right To Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CAL. L. REV. 935 (1968); Richard H. Fallon, *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343 (1993).

49 ראו ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES* 539 (3rd ed., 2006).

חופש הביטוי משתרע על ביטוי גזעני או על ביטוי תועבה. בדומה ייקבע איזון עקרוני בשאלת הנסיבות שבהן יגבר חופש הביטוי על השם הטוב. משנקבעו גבולותיה של הקטגוריה – בדוגמה שלפנינו: משנקבע היקפו של חופש הביטוי – נסתיימה פעולת האיזון. שוב לא נערך איזון קונקרטי (אד-הוק) לעניין נסיבותיו של המקרה הקונקרטי. התוצאה המתבקשת הינה כי הגורם העיקרי המבחין בין חשיבה בקטגוריות לבין המידתיות היא המידתיות במונח הצר. האיזון המונח ביסודה מאפיין אותה, ומבדיל אותה מהחשיבה בקטגוריות. במסגרת גורם מבחין זה הדגש הינו על האיזון הקונקרטי. הוא המונח ביסוד הפער העיקרי בין הקטגוריזציה לבין המידתיות. שאר מרכיביה של המידתיות (מטרה ראויה, אמצעים רציונליים והיעדר חלופה מזיקה פחות) עשויות להתקיים גם בקטגוריזציה. נדגים זאת בהסתכלות קרובה יותר לתפיסה האמריקנית בתחום הזכויות החוקתיות.

6. קטגוריזציה וזכויות אדם במשפט החוקתי האמריקני

(א) הקטגוריזציה האמריקנית

(1) שלוש קטגוריות-על

במגילת הזכויות האמריקנית אין פסקאות הגבלה מפורשות (כלליות או מיוחדות). מרבית הזכויות מבוטאות בלשון מוחלטת, וכל זכות היא קטגוריה בפני עצמה. עם זאת, המשותף לזכויות מאפשר להכיר בשלוש קטגוריות-על שאליהן משתייכות כל הזכויות החוקתיות כולן. שלוש קטגוריות אלה נבחנות מזווית הראייה השיפוטית, והן נבדלות במידת עצמתה של הביקורת השיפוטית עליהן (levels of scrutiny).⁵⁰ שלוש הקטגוריות הן זכויות שלגביהן חלה ביקורת שיפוטית מחמירה וקפדנית (strict scrutiny); זכויות שלגביהן חלה ביקורת שיפוטית בינונית (intermediate scrutiny); וזכויות שלגביהן חלה ביקורת שיפוטית מינימלית (minimal scrutiny). אעמוד בקצרה על כל אחת מקטגוריות-העל הללו. בצד שלוש הקטגוריות שציינתי קיימות לעתים קטגוריות נוספות. לא אעסוק בהן. גם במסגרת הקטגוריות בהן אני עוסק הניתוח שלי הוא תמציתי, אולי אף תמציתי מדי. הספרות האמריקנית בנושא זכויות האדם בכלל ומבחני הבדיקה החוקתית בפרט, היא עשירה ורב-גונית. קשה לנתח במסגרת הצרה של ספר זה. כל שביכולתי לעשות הוא מעין "צילום רנטגן" ובחינת חלק מההוראות הרלוונטיות למידתיות. מודע אני לכך שבכך לא נעשה צדק

50 ראו LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 769 (2nd ed., 1988). ראו גם CHEMERINSKY, שם, בעמ' 539; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 522 (1994).

לגישה האמריקנית, ואף אין בה הצגה מדויקת של הדין האמריקני, הרווי בכללים ובחריגים שקשה לסכמם בקיצור הנדרש לצרכי ספר זה.

(2) בדיקה מחמירה וקפדנית (strict scrutiny)

הקטגוריה הראשונה היא קטגוריית הזכויות המכונות במשפט החוקתי האמריקני "זכויות בסיסיות" (fundamental rights). בקטגוריה זו נכללים חופש הביטוי, ההפגנה וההתכנסות, חופש הדת, חופש התנועה בתוך המדינה וזכות הבחירה. נוסף על הזכויות הבסיסיות עומדת במרכזה של קטגוריה זו הזכות לשוויון בכל הנוגע להפליה חשודה (suspect) על בסיס מושב או גזע. חוק הפוגע באחת מהזכויות הללו ייתקל בבחינה חוקתית מחמירה וקפדנית (strict scrutiny).⁵¹ בחינה זו משתרעת הן על המטרות המונחות ביסוד החוק והן על האמצעים הננקטים להשגתן. במסגרת בחינת המטרות, ההלכה קובעת כי חוק הפוגע באחת הזכויות המשתייכות לקטגוריה זו הוא בלתי-חוקתי, אלא אם כן נועד להגשים מטרה חיונית (compelling state interest), או צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest). האמצעים הננקטים להגשמת המטרה צריכים להיות חיוניים או הכרחיים (necessary) להשגתה. משמעות הדבר הינה כי הם צריכים להיות תפורים להשגת המטרה (narrowly tailored).⁵² מושג זה כולל בחובו שתי

51 ראו Gerald Gunther, *In Search of Judicial Quality on a Changing Court: The Case of Justice Powell*, 24 STAN. L. REV. 1001, 1005 (1972); Ian Ayres, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. REV. 1781 (1995); Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417 (1995); Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. PA. L. REV. 1 (2001); Suzanne Goldberg, *Equality Without Tiers*, 77 S. CAL. L. REV. 481 (2004); Greg Robinson & Toni Robinson, *Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origin of Strict Scrutiny*, 68 L. AND CONTEMP. PROBS. 29 (2005); G. Edward White, *Historicizing Judicial Scrutiny*, 57 S.C.L. REV. 1 (2006); Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006); Stephen Siegel, *Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 AM. J. LEGAL HIST. 355 (2006); Adam Winkler, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights*, 23 CONST. COMMENT. 227 (2006); Richard H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007); Ian Ayres & Sidney Foster, *Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 TEX. L. REV. 517 (2007); Randy Barnett, "Scrutiny Land", 106 MICH. L. REV. 1479 (2008).

52 ראו Ayres, שם.

דרישות משנה. האחת כי לא יהיה אמצעי שפגיעתו פחותה.⁵³ האחר, כי האמצעים לא יהיו "רחבים" מדי – כלומר: איסור על קיום כיסוי־יתר (overinclusiveness; overbreadth).⁵⁴

(3) בדיקה בינונית (intermediate scrutiny)

הקטגוריה השנייה⁵⁵ כוללת את השוויון, כאשר ההפליה נעשית על פי הבחנות "מעין־חשודות" (quasi suspect). קטגוריה זו כוללת, בין השאר, פגיעה בשוויון על בסיס מגדר וגיל, וכן פגיעה בביטוי מסחרי ובביטוי בפורום ציבורי. דבר חקיקה הנכלל בקטגוריה זו יעבור את הבחינה החוקתית רק אם נועד להגשמתה של מטרה חברתית חשובה (important governmental objective). האמצעים הננקטים להגשמת המטרה חייבים לגלות יחס מהותי (substantial relation) בין התכלית לבין האמצעים הננקטים להשגתה.

(4) בדיקה מינימלית (minimal scrutiny)

הקטגוריה השלישית⁵⁶ חלה בכל הנוגע לזכויות החוקתיות האחרות. קטגוריה זו כוללת פגיעה בשוויון שאינה מבוססת על הבחנה חשודה (מושב, גזע) או מעין־חשודה (מגדר, גיל). כן נכללות בה זכויות אחרות כגון זכות התנועה מחוץ למדינה. ההלכה האמריקנית קובעת כי בפגיעה בזכויות הכלולות בקטגוריה זו די בכך שהמטרה שביסוד החקיקה היא לגיטימית (legitimate government purpose). לעניין זה אין צורך לבחון את חשיבותה של המטרה או את חיוניותה. אשר לאמצעים, לאלה צריך להיות בסיס רציונלי (rational basis). הבסיס הרציונלי נקבע תוך התחשבות בתוצאות ובחלופות האפשריות.⁵⁷

(5) קטגוריות בלא איזון לפי הנסיבות

בחינה של כל אחת משלוש הקטגוריות האמריקניות מעלה כי ההגבלה על הזכות החוקתית אינה מבוססת על איזון קונקרטי בין התועלת השולית שבהגשמת המטרה החקיקתית לבין הנזק השולי לזכות החוקתית. האיזון העקרוני נערך בעצם יצירתן של

53 ראו Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, 80 HARV. L. REV. 1463 (1967); Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, 78 YALE L.J. 464 (1969).

54 ראו Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, 83 HARV. L. REV. 844 (1970).

55 ראו CHEMERINSKY, לעיל ה"ש 49, בעמ' 540.

56 שם.

57 על דרישת הרציונליות בהקשר זה, ראו Hans A. Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 Neb. L. Rev. 197 (1976); Robert W. Bennett, "Mere" Rationality in Constitutional Law: *Judicial Review and Democratic Theory*, 67 CAL. L. REV. 1049 (1979); Frank I. Michelman, *Politics and Values or What's Really Wrong with Rationality Review?*, 13 CREIGHTON L. REV. 487 (1979).

הקטגוריות. אין הוא נערך שנית במסגרתן. ממילא לא נערך איזון קונקרטי. ודאי כך בבדיקה המינימלית. זו מסתפקת בכך שלאמצעים יהיה בסיס רציונלי. בסיס זה אינו כרוך באיזון בין תועלת לנזק. הוא דומה במידה רבה למבחן-המשנה הראשון במידתיות.⁵⁸ עניינו של זה בקשר הרציונלי שאינו מבוסס על איזון⁵⁹.

רמת הבדיקה הבינונית דורשת כי יתקיים יחס מהותי בין התכלית לאמצעים. דרישה זו אינה מבוססת על איזון בין היתרון השולי שבהגשמת התכלית לבין הפגיעה השולית בזכות החוקתית. מבחן זה דומה למבחן הקשר הרציונלי, אם כי הוא דורש רמה גבוהה יותר של קשר.

הבדיקה החמורה דורשת כי האמצעים להגשמת המטרה יהיו הכרחיים (necessary) להגשמתה. יש דמיון רב בין ניסוחה של דרישה זו ושל דיניה לבין מבחן-המשנה השני של המידתיות, שעניינו דרישת הצורך.⁶⁰ גם דרישה זו אינה מבוססת על איזון בין תוספת התועלת לעניין הציבורי לבין תוספת הנזק לזכות החוקתית הנדונה.⁶¹ קטגוריה זו מבוססת על איזון עקרוני-פרשני שקבע את גבולותיה של הקטגוריה. משנקבעו גבולותיה, שוב לא נערך איזון עקרוני נוסף בתוך גבולותיה של הקטגוריה. ממילא אין גם איזון קונקרטי. על רקע מסקנה כללית זו קמה ועומדת השאלה אם הגישה הקטגורית האמריקנית מעניקה לזכויות האדם הגנה שונה או זהה לזו שמעניקה להם המידתיות? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

(ב) ההגנה על זכויות האדם: קטגוריזציה לעומת מידתיות

(1) פוטנציאל ההגנה והגשמתו

המידתיות והקטגוריזציה – איזו מהשתיים מעניקה לזכויות האדם הגנה "חזקה" יותר?⁶² את התשובה לשאלה זו ניתן ליתן בשתי רמות. הראשונה היא הרמה התאורטית-מתודולוגית.⁶³ היא בוחנת את הפוטנציאל התאורטי הטמון בכל אחד משני המודלים באשר להגנה על זכויות האדם החוקתיות (בחקיקה או בפסיקה). רמה זו תקבע את גבולות שיקול

58 ראו Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins* (forthcoming 8 INT'L J. CONST. L. (2010)).

59 ראו לעיל עמ' 374.

60 ראו לעיל עמ' 391.

61 ראו לעיל עמ' 416.

62 ראו Sullivan, לעיל ה"ש 33; Robert F. Nagel, *Liberals and Balancing*, 63 U. COLO. L. REV. 319 (1992).

63 ראו Schauer, *The Exceptional First Amendment*, לעיל ה"ש 39, בעמ' 31.

הדעת הנתון לרשויות השלטון שעה שזכות חוקתית נפגעת.⁶⁴ הרמה השנייה היא הרמה המהותית,⁶⁵ והיא בוחנת כיצד מוצה הפוטנציאל התאורטי בשיטת משפט נתונה הפועלת על פיו. ברמה זו יש להשוות את המתרחש הלכה למעשה בכל שיטת משפט המאמצת את המודל התאורטי. עיקר בחינתי תהא ברמה הראשונה. עם זאת, אעיר כמה הערות על הרמה השנייה.

(2) היקף הזכות החוקתית

היקף הזכות החוקתית – להבדיל מהגשמתה במשפט התת-חוקתי⁶⁶ – נקבע על ידי פירוש הטקסט החוקתי. דבר זה מוכר הן בשיטות משפט שבהן נוהגת המידתיות והן במשפט האמריקני שבו נוהגת הקטגוריזציה. ברמה התאורטית אין כל סיבה לכך שהיקף הזכות יהא שונה בשיטות השונות. כך, למשל, אין כל סיבה עקרונית-תאורטית לכך שהיקפה של הזכות לחופש ביטוי בקנדה, בדרום-אפריקה, בישראל או על פי האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד⁶⁷ יהא שונה מהיקפה של זכות זו על פי התיקון הראשון לחוקה האמריקנית; הלכה למעשה היקף הזכות אכן שונה.⁶⁸ סוגים שונים של דיבור הודרו מהיקפו של חופש הביטוי כפי שהתפרש במשפט האמריקני, והם נכללים בהיקפו של חופש הביטוי בכל שיטות המשפט שבהן נוהגת המידתיות. כך, למשל, דיבור מסית לשנאה (hate speech),⁶⁹ דברי תועבה (obscenity),⁷⁰ הסתה לפעילות לא חוקית⁷¹ ולשון הרע על דמות ציבורית הנובעת מזדון או מחוסר-אכפתיות⁷² אינם כלולים בחופש הביטוי בפרשנות האמריקנית של התיקון הראשון לחוקה. לעומת זאת, הם חלק מחופש הביטוי בשיטות משפט רבות שבהן נוהגת המידתיות.

שאלה יפה היא אם צמצום זה בהיקף הזכות לחופש הביטוי קשור למחשבה הקטגורית המאפיינת את המשפט האמריקני. אני נוטה לתת לשאלה זו תשובה חיובית. הגישה הקטגורית במסגרת האיזון הפרשני-עקרוני בו היא נוקטת מבקשת לתת לכל זכות ככל האפשר היקף תחולה מוגדר וברור באופן שלא יתנגש עם זכות חוקתית אחרת. כל קטגוריה

- 64 ראו לעיל עמ' 491.
- 65 ראו Schauer, *The Exceptional First Amendment*, לעיל ה"ש 39, בעמ' 31.
- 66 להבחנה זו, ראו לעיל עמ' 43.
- 67 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 222.
- 68 ראו David Kretzmer, *Freedom of Speech and Racism*, 8 CARDOZO L. REV. 445 (1987).
- 71 ראו גם Schauer, *The Exceptional First Amendment*, לעיל ה"ש 39.
- 69 ראו CHEMERINSKY, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1001.
- 70 שם, בעמ' 1017.
- 71 שם, בעמ' 987.
- 72 שם, בעמ' 540.

עומדת לעצמה. במסגרת הקטגוריה שוב אין מקום לאיזון קונקרטי על פי הנסיבות. גישה זו – המצמצמת את אפשרויות ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות לבין עצמן – מובילה לתוצאה פרשנית המוציאה תחומי שוליים אל מחוץ להיקף הזכות. לכך תורמת גם היעדרה של פסקת הגבלה מפורשת (כללית או מיוחדת). היא עניין זה כאשר יהא, יש להכיר בכך כי היקפו של חופש הביטוי במשפט האמריקני צר יותר מהיקפו ברבות משיטות המשפט בהן נוהגת המידתיות.

(3) הגבלות על מימוש היקפה של הזכות

רוב-רובן של שיטות המשפט אינן רואות את זכויות האדם כמחולטות. דיני המידתיות, ובמשפט האמריקני – דרגות הביקורת (ה־levels of scrutiny), מטילים הגבלות על מימושה של הזכות. מה מעלה ההשוואה בין הגבלות אלה? דומה שהכול יסכימו כי רמת הבדיקה המינימלית (minimal scrutiny) המקובלת במשפט האמריקני לעניינין של כמה זכויות מאפשרת להטיל מגבלות על הזכויות החוקתיות הנופלות למסגרת קטגוריה זו בהיקף רחב יותר מההגבלות האפשריות על פי המידתיות. ברמת בדיקה זו במשפט האמריקני די בכך שהמטרה הינה לגיטימית (legitimate government purpose), ושלאמצעים הפוגעים בזכות יש בסיס רציונלי.⁷³ דרישת המטרה הראויה תואמת את הנדרש במשפט החוקתי הגרמני.⁷⁴ היא נופלת מהמקובל בשיטות משפט אחרות שבהן נוהגת המידתיות.⁷⁵ היא נופלת מדרישת הסף שנקבעה במשפט הישראלי.⁷⁶ אשר לאמצעים, הדרישה האמריקנית תואמת פחות או יותר את מבחן־המשנה הראשון של הקשר הרציונלי במידתיות.⁷⁷ המידתיות אינה מסתפקת בכך. היא דורשת כי יהא צורך באמצעים הננקטים (היעדר חלופה פוגעת פחות) ושיתקיים יחס ראוי בין התועלת שבהגשמת מטרת החוק לבין הנזק לזכות. שתי דרישות אלה, המעוגנות במבחן־המשנה השני⁷⁸ והשלישי למידתיות,⁷⁹ אינן נדרשות בגדר הביקורת המינימלית. הזכויות הכלולות בקטגוריה זו – ובהן פגיעה בשוויון שאינה מבוססת על הבחנה חשודה (מושב, גזע) או מעין־חשודה (מגדר, גיל), וזכות התנועה מחוץ למדינה – מקבלות הגנה מועטה יותר במשפט האמריקני לעומת שיטות המשפט שבהן נוהגת המידתיות.

73 ראו Robert C. Farrell, *Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term Through Romer v. Evans*, 32 IND. L. REV. 357 (1999).

74 ראו להלן עמ' 620.

75 ראו לעיל עמ' 145.

76 ראו לעיל עמ' 352.

77 ראו לעיל עמ' 373.

78 ראו לעיל עמ' 392.

79 ראו לעיל עמ' 419.

מסקנה דומה מתקבלת בהשוואת ההגנה על הזכויות החוקתיות הכלולות במשפט האמריקני ברמת הבדיקה הבינונית (intermediate scrutiny), לעומת ההגנה על זכויות אלה על פי דיני המידתיות. בגדרי קטגוריה זו נכללת הפגיעה בשוויון על בסיס מגדר וגיל. כן נכללת בגדרי בדיקה זו הפגיעה בביטוי המסחרי והפגיעה בביטוי בפורום הציבורי. בקטגוריה זו הדרישה הינה כי מטרת החוק תהיה מטרה חברתית חשובה (important government objective) וכי האמצעים שהחוק נוקט יגלו יחס מהותי (substantial relation) להגשמת המטרה.

הדרישה האמריקנית בעניין המטרה החברתית החשובה עולה על זו הנדרשת במשפט החוקתי הגרמני המסתפקת בכך שהמטרה אינה נוגדת את החוקה.⁸⁰ היא נופלת מהמקובל בשיטות משפט אחרות שבהן נהגת המידתיות.⁸¹ עיקר הקושי הוא במרכיב האמצעים. דרישת היחס המהותי נופלת מדרישת הצורך המקובלת על פי מבחן-המשנה השני במידתיות.⁸² מעל לכל, רמת בדיקה זו אינה דורשת יחס ראוי בין היתרון שבהגשמת המטרה לבין החיסרון שבפגיעה בזכות. אין בה איזון. במבט כולל היא מגנה על הזכויות הכלולות בה פחות משמגנות עליהן שיטות משפט הנוקטות את המידתיות.

(4) בעיית הבדיקה המחמירה והקפדנית (strict scrutiny)

ההשוואה בין רמת הבדיקה המחמירה והקפדנית במשפט האמריקני לבין ההגנה המקבילה בשיטות משפט שבהן נהגת המידתיות היא קשה. זהו קושי כפול: ראשית הוא נובע מחוסר-הבהירות באשר לתנאיה של הבדיקה הקפדנית במשפט האמריקני; שנית הוא נובע מהקושי להשוות את הגשמתן הלכה למעשה של הדרישות השונות שהעלתה הפסיקה. הקושי הראשון הוא תאורטי; השני הוא פרגמטי. לאור עושר הפסיקה והספרות האמריקניים, קושי זה הוא ניכר.

נפתח בהשוואה התאורטית. רמת בדיקה זו דורשת, לעניין המטרה הראויה של החקיקה, כי החקיקה הפוגעת בזכויות הכלולות בקטגוריה זו תהא חיונית (compelling state interest), או כי הגשמתה הינה צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest). זוהי דרישה ברמה גבוהה מאוד. חלק מהמדינות שבהן נהגת המידתיות מעלות דרישה דומה וחלקן אינן מעמידות דרישה כה גבוהה. בקנדה, למשל, קיימת דרישה דומה שלפיה מטרת החקיקה היא הגשמה של צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest).⁸³ דומה כי דרישות אלה הושפעו מהמשפט האמריקני החל לעניין הבדיקה הקפדנית. אולם יש הבדל לעניין

80 ראו להלן עמ' 620.

81 ראו לעיל עמ' 345.

82 ראו לעיל עמ' 391.

83 ראו לעיל עמ' 346.

דרישה זו בין המשפט האמריקני למשפט הקנדי, והוא מידת "הרצינות" שבה מופעלת דרישה זו. במשפט האמריקני הדרישה בעניין המטרה הראויה נלקחת ברצינות רבה. במשפט הקנדי הפעלתה קשורה לנסיבות המקרה. נראה לי שההסבר לכך הינו שבמשפט האמריקני דרישות גבוהות אלה חלות בקטגוריה של הבדיקה הקפדנית בלבד, ואילו במשפט הקנדי הן חלות לעניין הפגיעה בכל הזכויות החוקתיות כולן. דומה שזהו אחד הטעמים לכך שרמה גבוהה זו לעניין המטרה נשמרת בקפידה במשפט האמריקני וקשה לשמור עליה הלכה למעשה במשפט הקנדי.

קשה יותר ההשוואה בעניין האמצעים שהחוק נוקט. המשפט האמריקני דורש לעניין הבדיקה המחמירה והקפדנית, כי האמצעים יהיו חיוניים או הכרחיים (necessary) להגשמת המטרה. דרישה זו משמעותה שהאמצעים צריכים להיות "תפורים" להשגת המטרה (narrowly tailored).⁸⁴ תנאי זה משמעותו כפולה: ראשית, כי לא יהיה אמצעי שפגיעתו פחותה;⁸⁵ שנית, כי האמצעים לא יהיו "רחבים" מדי, כלומר איסור על כיסוי יתר.⁸⁶ השוואה בין דרישות אלה למבחני המידתיות מצביעה על כך כי הדרישה הראשונה בדבר היעדר אמצעי שפגיעתו פחותה דומה לדרישה על פי מבחן המשנה השני בדבר צורך.⁸⁷ השוני במסגרת מבחן הצורך מתמקד בדרישה בעניין כיסוי-היתר (the overbreadth).⁸⁸ הן על פי הבדיקה הקפדנית והן על פי המידתיות, אם יש כיסוי יתר משמעות הדבר היא שחלק מסוים מהפגיעה בזכות החוקתית אינו נחוץ להגשמת המטרה החוקתית. במצב דברים זה האמצעים אינם חוקתיים הן על פי הבדיקה הקפדנית והן על פי המידתיות. מהו הדין אם אין אפשרות להפריד בין כיסוי-היתר לבין הכיסוי הנדרש?⁸⁹ מה הדין אם כיסוי היתר הוא אינהרנטי לסוגיה באופן שאין אפשרות להגשים את מטרת החוק בלא שהוא ינקוט באמצעים שיש בהם כיסוי יתר? דוגמה לכך היא פרשת עדאלה הישראלית.⁹⁰ כדי למנוע אפשרות של סיוע למחבלים הוטל איסור גורף על איחוד המשפחות. איסור זה משתרע גם על בני זוג שלא שיתפו פעולה עם המחבלים בעבר ושלפי מיטב ההערכות גם לא ישתפו עמם פעולה בעתיד. זהו בוודאי כיסוי-יתר. כדי למנוע אותו נדרשת בדיקה אינדיבידואלית. הוכח בפני בית המשפט שאין כל אפשרות לזהות בגדרי הבדיקה

84 ראו Ayres, לעיל ה"ש 51. ראו גם Ayres & Foster, לעיל ה"ש 51.

85 ראו Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, לעיל ה"ש 53. ראו גם Gabriel Feldman, *The Misuse of the Less Restrictive Alternative Inquiry in Rule of Reason Analysis*, 58 AM. U. L. REV. 561 (2009).

86 ראו Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, לעיל ה"ש 54.

87 ראו לעיל עמ' 392.

88 ראו Henry Paul Monaghan, *Overbreadth*, SUP. CT. REV. 1 (1981).

89 ראו לעיל עמ' 412.

90 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006). לעובדות מקרה, ראו לעיל עמ' 106.

האינדיבידואלית למי מבני הזוג יש "פוטנציאל" לשיתוף פעולה. במצב דברים זה אין אפשרות להימנע מכיסוי-היתר. כיצד פותרות השיטות השונות מצב דברים זה? על פי המידתיות התמלאו הדרישות של מבחן הצורך וכיסוי-היתר הוא נחוץ, כלומר: החוק קיים את דרישות מבחן-המשנה השני. חוקתיותו תוכרע על פי האיזון בין תוספת התועלת לטובת הכלל שבהגשמת המטרה לבין תוספת הנזק לזכות החוקתית (מידתיות במובן הצר). לפעמים ייקבע שהחוק מקיים מבחן-משנה שלישי זה והוא חוקתי. לעתים ייקבע שהחוק אינו מקיים את מבחן-המשנה השלישי ועל כן הוא בלתי-חוקתי. גורלו של החוק יוכרע במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר.

מה הדין במשפט האמריקני? התשובה על שאלה זו אינה נקייה מספקות.⁹¹ אם במשפט האמריקני מתמלאת דרישת הצורך במקרה של כיסוי-היתר שאינו ניתן להפרדה כי אז החוק הוא חוקתי ואין עוד בדיקות נוספות. לא כן על פי המידתיות. במסגרתה לא די בקיום דרישת הצורך כדי להוביל בהכרח למסקנה בדבר חוקתיות החוק.⁹² עדיין עומדת הדרישה של המידתיות במובן הצר, המחייבת לערוך איזון בין התועלת השולית לטובת הכלל בהגשמת המטרה לעומת הנזק השולי לזכות החוקתית. המסקנה הינה אפוא, כי על יסוד ההנחה שבכיסוי-היתר שאינו ניתן להפרדה מתמלאת דרישת הצורך בגדרי הבדיקה החמורה, ההגנה על הזכות החוקתית על פי המידתיות היא חזקה יותר. חוק שלאחר בדיקת הצורך הוא חוקתי במשפט האמריקני עדיין צריך לעבור בדיקה נוספת (מבחן-המשנה השלישי) על פי המידתיות, ובסופה הוא עשוי להימצא בלתי-חוקתי. אם כך, הזכות זוכה להגנה חזקה יותר. שונה המסקנה אם במשפט האמריקני דרישת הצורך אינה מתמלאת במקרה של כיסוי-יתר שאינו ניתן להפרדה. בהנחה זו, על פי המשפט האמריקני החוק אינו חוקתי בשל אי-מילוי של דרישת הצורך, ואין מקום לבדיקות נוספות. לא כן על פי המידתיות. מבחן הצורך מתקיים על פיה, וגורלו של החוק יוכרע במסגרת האיזון שיתקיים על פי מבחן-המשנה השלישי. המסקנה היא אפוא, כי בהנחה שכיסוי-היתר שאינו ניתן להפרדה אינו ממלא את דרישת הצורך בגדר הבדיקה החמורה, ההגנה על הזכות החוקתית על פי רמת בדיקה זו היא חזקה יותר במשפט האמריקני מאשר על פי המידתיות. חוק שלאחר בדיקת הצורך אינו חוקתי במשפט האמריקני עדיין צריך לעבור בדיקה נוספת (מבחן-המשנה השלישי) של המידתיות, ולאחריה הוא עשוי להימצא חוקתי.

טול את פרשת *Korematsu*.⁹³ בפרשה זו הוצא צו אשר אסר על אזרחים אמריקנים ממוצא יפני את השהות בשטחים שנקבעו בצו כשטחים צבאיים. אלה כללו את החוף המערבי של ארצות הברית. הטעם לכך היה צורך צבאי בשל החשש לשיתוף פעולה בין האזרחים האמריקנים ממוצא יפני לבין יפן, שעמה היתה ארצות-הברית נתונה במצב

91 ראו *Fallon, Strict Judicial Scrutiny*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1328.

92 ראו לעיל עמ' 412.

93 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

מלחמה. לא נעשתה כל בדיקה אינדיבידואלית. העותר הפר את הצו, נשפט והורשע. הוא ערער לבית המשפט העליון. כל השופטים הסכימו כי הצו חשוד בהפליה, וכי נדרשת בחינה קפדנית (rigid scrutiny). רוב השופטים סברו כי אין מקום להרהר אחר טענת המדינה לצורך צבאי ודין הערעור להידחות. המיעוט סבר שהצו אינו חוקתי. הגישה המקובלת בארצות-הברית הינה כי פסק הדין הוא מוטעה. הטעם העיקרי הוא בשל היעדר תשתית ראייתית לצורך הצבאי.⁹⁴

נניח, מקרה ההיפותטי, בו הוכח צורך צבאי אמיתי. כן הוכח כי כל אמריקני חמישי ממוצא פלוני אכן קשור, הלכה למעשה, בשיתוף פעולה עם צבא זר. כן מוכח כי אין כל דרך לזהות את החשודים בשיתוף הפעולה וכי אין כל אמצעי אחר למנוע הנזק הביטחוני אלא באיסור גורף. האם בנסיבות אלה, צו גורף הוא חוקתי? עיון בספרות האמריקנית אינו נותן תשובה ברורה בשאלה זו.

פאלון (Fallon) בחן בקפידה את הבדיקה המחמירה והקפדנית האמריקנית. הוא התעכב במיוחד על השאלה שהצגתי שעניינה כיסוי היתר שאינו ניתן ל"תפירה על פי מידה". הוא ציין כי אין למצוא בעניין זה גישה ברורה בפסיקה האמריקנית. הוא העלה את האפשרות כי במצב דברים זה לא ייפסל החוק אלא תיבחן "מידתיות" הפגיעה. פאלון כתב:⁹⁵

"It is imaginable, if only barely, that even the smallest element of underinclusiveness or overinclusiveness could condemn a statute subject to strict scrutiny. But if any underinclusiveness, and perhaps especially any overinclusiveness, is permissible, the question inevitably arises: How much under- or overinclusiveness is tolerable, and how much is too much?"

Although the Supreme Court has seldom if ever said so expressly, the need to answer this question would appear to require an inquiry analogous to those that other countries' courts conduct in assessing 'proportionality' – a term that I invoke here to emphasize similarity, not to claim identity. In determining whether a particular degree of statutory under- or overinclusiveness is tolerable, a court must judge whether the damage or wrong attending an infringement on protected rights is constitutionally acceptable in light of the government's compelling aims, the probability that the challenged policy will achieve them, and available alternative means of pursuing the same goals."

94 ראו CHEMERINSKY, לעיל ה"ש 49, בעמ' 698.

95 ראו Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1330.

אם אכן, גישה זו תתקבל במשפט האמריקאי, כי אז ניתן יהיה לומר כי ההגנה על זכויות האדם בארצות-הברית בגדרי הבדיקה המחמירה והקפדנית והגנה עליהן בשיטות המשפט הנוקטות במידתיות מצויות, מהבחינה התיאורטית, ברמה דומה. אך אולי טועה פאלון? אולי במצב דברים זה החוק יקיים את הדרישות של הבדיקה המחמירה והקפדנית בלא שמידתיותו תיבדק? אם זה הפתרון כי אז המידתיות מעניקה הגנה חזקה יותר על הזכויות מאשר הבדיקה המחמירה והקפדנית האמריקנית.

ההשוואה שנערכה עד כה בין רמת הבדיקה המחמירה והקפדנית לבין המידתיות היא ברמה התאורטית בלבד. היא חסרה את ההיבט המעשי. הדעה המקובלת בארצות-הברית הינה כי מרבית הפגיעות בזכויות החוקתיות השייכות לקטגוריה של הבדיקה המחמירה והקפדנית הן בלתי-חוקתיות. ידועה אמרתו של גנטר (Gunther) כי הבדיקה המחמירה והקפדנית היא מחמירה וקפדנית בתאוריה אבל קטלנית למעשה ("strict" in theory and "fatal in fact").⁹⁶ לא כן על פי מבחני המידתיות. מבחן-המשנה השני (צורך) אינו כה פטאלי, ומבחן-המשנה השלישי אינו סם מוות.

(ג) הקטגוריזציה וביקורת המידתיות

(1) הביקורת הפנימית של האיזון ועמדת הקטגוריזציה

ביסוד הביקורת על המידתיות מונחת הביקורת על מבחן-המשנה השלישי. מבחן-משנה זה מעגן את האיזון בין היתרון השולי שבהגשמת מטרתו של החוק הפוגע לבין החיסרון השולי שבפגיעה בזכות החוקתית.⁹⁷ ביקורת זו נחלקת לביקורת פנימית וחיצונית. הביקורת הפנימית מתמקדת בהיעדרו של בסיס משותף להערכה של מידת התועלת השולית שבהגשמת המטרה ושל הנזק השולי לזכות החוקתית (בעיית ה-incommensurability).⁹⁸ עוד נטען בגדרי הביקורת הפנימית כי פעולת האיזון נעדרת בסיס רציונלי. כי היא פרי האינטואיציה והאימפרוביזציה, וכי היא פרי הסובייקטיביות השיפוטית.⁹⁹ האם הקטגוריזציה חופשית מביקורת זו?

הקטגוריזציה אינה מבוססת על איזון קונקרטי (אד-הוק) ועל כן הביקורת הפנימית – עד כמה שהיא מכוונת לאיזון קונקרטי – אינה רלוונטית לגביה. עם זאת, הקטגוריזציה מבוססת

96 ראו Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972). ראו Stephen E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, 68 B.U.L. REV 917 (1988). ראו גם Winkler, לעיל ה"ש 51.

97 ראו לעיל עמ' 430.

98 ראו לעיל עמ' 578.

99 ראו לעיל עמ' 580.

על איזון עקרוני¹⁰⁰. איזון זה הוא בעל אופי פרשני (איזון פרשני)¹⁰¹. הוא קבע את היקפה של הקטגוריה, ולכן הביקורת על האיזון שבמידתיות רלוונטית להיבט זה של הקטגוריזציה. כך, למשל, ניתן לטעון כי שלילת תחולתו של חופש הביטוי על התבטאות שיש בה תועבה או הסתה נגזרת מאיזון עקרוני-פרשני בין העיקרון בדבר חופש הביטוי לבין עקרונות נוגדים. אם איזון קונקרטי אינו אפשרי, גם איזון עקרוני (שבו ניתן לחופש הביטוי משקל אפסי) אינו אפשרי. בדומה, את הטיעון בעניין היעדרה של רציונליות והדגשת הסובייקטיביות השיפוטית ניתן להעלות גם נגד האיזון העקרוני-פרשני שביסוד הקטגוריזציה. התשובות שניתנו לטיעונים אלה תופסים, כמובן, גם לעניין הקטגוריזציה. עם זאת, עצמת הביקורת הפנימית היא גדולה יותר במידתיות מאשר בקטגוריזציה. הטעם לכך הוא שבמידתיות ביקורת זו מלווה כל מקרה ומקרה, ואילו בקטגוריזציה היא חד-פעמית וחלה רק כשנוצרת הקטגוריה או כאשר היקפה משתנה. הבלדל "מעשי" זה אינו רלוונטי לטיעון שהוא באופיו עקרוני. הוא רלוונטי לטיעון שאופיו מעשי.

(2) הביקורת החיצונית על האיזון ועמדת הקטגוריזציה

(אא) שיקול דעת שיפוטי רחב מדי

נטען כנגד המידתיות כי היא מעניקה לשופט שיקול דעת רחב מדי.¹⁰² האם הקטגוריזציה נקייה מביקורת זו? תשובתי העקרונית היא בשלילה. עד כמה שהטענה בדבר שיקול הדעת השיפוטי הרחב מתמקדת בקביעת המטרה החקיקתית, הרי אותן טענות עצמן ניתן להעלות לעניין קביעת המטרה הראויה בגדרי הקטגוריזציה. הוא הדין בשיקול הדעת השיפוטי לעניינם של מבחן הקשר הרציונלי ומבחן הצורך. שני אלה חלים גם בקטגוריזציה, ובעצמה דומה.

ומה הדין בעניין שיקול הדעת השיפוטי בעריכת האיזון? בקטגוריזציה אין איזון קונקרטי אך יש בה איזון עקרוני-פרשני הקובע את גבולות הזכות. האם שיקול הדעת השיפוטי באיזון קונקרטי רחב יותר משיקול הדעת השיפוטי באיזון העקרוני-פרשני? מנקודת מבטה של הערכאה הדיונית התשובה היא בחיוב. במקום שבו נוהגת קטגוריזציה, הקטגוריה היא מצב נתון מבחינתה. אין לערכאה הדיונית שיקול דעת באיזון עקרוני-פרשני זה. בהיעדר איזון קונקרטי אין גם שיקול דעת בתחום זה. לעומת זאת, בגדרי המידתיות יש לערכאה הדיונית שיקול דעת באיזון הקונקרטי, שכן הערכאה הדיונית עוסקת בעיקר באיזון קונקרטי. האיזון העקרוני נערך בבית המשפט העליון או החוקתי. נמצא, כי שיקול הדעת של הערכאה הדיונית צר יותר בשיטת הקטגוריזציה מאשר במידתיות.

100 על האיזון העקרוני במשפט האמריקאי, ראו להלן עמ' 636.

101 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

102 ראו לעיל עמ' 583.

מה דינה של הערכאה השיפוטית העליונה לעניין האיזון? האם שיקול הדעת של בית המשפט העליון או החוקתי לעניין האיזון בגדרי הקטגוריזציה צר יותר משיקול הדעת של ערכאות אלה בגדר המידתיות? קשה להשיב על שאלה זו. אכן, מקובל עלי כי לערכאה השיפוטית העליונה שיקול דעת שיפוטי באשר לאיזון.¹⁰³ עם זאת, זהו שיקול דעת מוגבל. בין השאר הוא מוגבל בתקדימי העבר, במסורת המשפטית ובמכלול ערכיה של השיטה. האם שיקול דעת זה רחב יותר מזה הנתון לשופטי בית המשפט העליון האמריקני בגדר הקטגוריזציה? מקובל עלי כי לשופטי בית המשפט העליון האמריקני – הרשאים לסטות מתקדימיהם – שיקול דעת בקביעת הקטגוריות, המבוסס על איזון עקרוני-פרשני. בכמה פסקי דין שבאו בפני בית המשפט העליון האמריקני נתבקש בית המשפט להביא לשינוי במבנה הקטגוריות הקיימות. כך, למשל, המאבק הפמיניסטי נסב סביב הרצון להעביר את ההפליה האסורה נגד נשים מרמת הבדיקה הבינונית לרמת הבדיקה הקפדנית. הוא הדין בהפליה על בסיס גיל. מאבקים אלה על המיקום בקטגוריות השונות משקפים את המאבקים החברתיים בארצות-הברית. קשה להעריך את היקפו של שיקול הדעת הניתן לבית המשפט העליון האמריקני במצבים אלה בהשוואה לשיקול הדעת שיש לבתי משפט עליונים וחוקתיים באיזון על פי דיני המידתיות (במובן הצר). קשה להעריך, למשל, את מידת הצמידות של בית המשפט העליון האמריקני לתקדימי העבר בהשוואה לבתי המשפט העליונים והחוקתיים הפועלים על פי המידתיות. ספק בעיניי אם ניתן לכמת עניין זה. כל דעה בעניין זה תישאר בגדר השערה.

(בב) היעדר הגנה מספקת על הזכויות החוקתיות

הביקורת על המידתיות גורסת כי האיזון המונח ביסוד המידתיות מחליש את ההגנה על זכויות חוקתיות. על פי הטענה, ההגנה המוענקה לזכויות החוקתיות על פי הקטגוריות האמריקניות – ובעיקר הבדיקה הקפדנית לגבי כמה זכויות חוקתיות – מעניקה הגנה חזקה יותר מזו שמעניקה להן המידתיות. טיעון זה רחוק מלשקף את המציאות הנורמטיבית. התמונה היא מורכבת ואינה מאפשרת תשובה חד-משמעית. תשובה מדויקת דורשת בחינה של כל זכות וזכות – הן ברמה התאורטית והן בדיקה ברמה המעשית.¹⁰⁴

103 ראו לעיל עמ' 504.

104 EDWARD J. EBERLE, DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES (2001); Mary Arden, *Human Rights in The Age of Terrorism*, 121 L.Q. REV. 604 (2005); EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM (Georg Nolte ed., 2005); Peter E. Quint, *The Most Extraordinarily Powerful Court of Law the World Has Ever Known – Judicial Review in the United States and Germany*, 65 MD. L. REV. 152 (2006); Jeffrey B. Hall, *Taking "Rechts" Seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany*, 9 GERMAN L. J. 771 (2008); Aaron Baker,

נטען כי החשיבה בקטגוריות מגנה על זכויות האדם יותר משמגנה עליהן המידתיות במיוחד בתקופות חירום. זאת משום שבתקופות חירום שופטים נוטים להעניק חשיבות רבה יותר להגנה על הביטחון בהשוואה לחשיבות של מניעת הפגיעה בזכות החוקתית. לעומת זאת – כך ממשיכה הטענה – החשיבה בקטגוריות עמידה מפני שיקולים אלה. לטענה זו, על שני חלקיה, אין ביסוס עובדתי.¹⁰⁵ כך, למשל, המשפט הישראלי הגן בצורה ראויה על הזכויות החוקתיות בתקופות חירום קשות באמצעות המידתיות תוך שימוש נרחב במידתיות במובן הצר (איזון).¹⁰⁶ הוא הדין בבית הלורדים האנגלי.¹⁰⁷ לעומתו, המשפט האמריקני,

Proportional, Not Strict, Scrutiny: Against a U.S. "Suspect Classifications" Model under Article 14 ECHR in the U.K., 56 AM. J. COMP. L. 847 (2008)

Shawn Boyne, *The Future of Liberal Democracies in a Time of Terror: A Comparison of the Impact on Civil Liberties in the Federal Republic of Germany and the United States*, 11 TULSA J. COMP. & INT'L L. 111 (2003); Ronald J. Krotoszynski Jr., *A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*, 78 TUL. L. REV. 1549 (2004); Michel Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British, and Israeli Approaches to the War on Terror*, 27 CARDOZO L. REV. 2079 (2006); Kent Roach, *Must We Trade Rights For Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain*, 27 CARDOZO L. REV. 2151 (2006); Robert A. Kahn, *The Headscarf as Threat: A Comparison of German and U.S. Legal Discourses*, 40 VAND. J. TRANSNAT'L L. 417 (2007); Thomas Poole, *Recent Developments on the "War on Terrorism" in Canada*, 7 HUM. RTS. L. REV. 633 (2007)

ראו בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817 (1999); דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721 (2000); בג"ץ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (6) 352 (2002); בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו (3) 30 (2002); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נו (2) 349 (2003); בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נו (6) 721 (2003); בג"ץ 893/04 פרג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח (4) 1 (2004); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס (2) 477 (2005); בג"ץ 11026/05 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 22.12.2005); פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 90; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006); אליקים רובינשטיין "על בטחון וזכויות אדם בימי מלחמה בטרור" משפט וצבא 16, 765 (2003); אהרן ברק "זכויות אדם וביטחון לאומי" משפטים לח 29 (2008). ראו גם Aharon Barak, *The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism*, 58 U. MIAMI L. REV. 125 (2003); Aharon Barak, *Human Rights in Times of Terror – A Judicial Point of View*, 28 LEGAL STUD. 493 (2008)

A (FC) v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKHL 56; A (FC) v. Secretary of State for the Home Department, [2005] UKHL 71; Secretary of State for

על הקטגוריות השונות הנוהגות בו, התקשה בכך.¹⁰⁸ אם כי הכיוון הכללי היה בעיקרו חיובי מנקודת המבט של זכויות האדם.¹⁰⁹ המאבק בטרור המאפיין את סוף המאה העשרים ואת תחילת המאה העשרים ואחת אינו מצביע על יתרונה של הקטגוריזציה כמגנה על זכויות האדם בהשוואה למידתיות. דומה שדווקא המידתיות הראתה את כוחה להגן על זכויות האדם במיוחד בשעות קשות של מאבק בטרור.

(גג) שלילת הלגיטימיות השיפוטית

הטענה הינה כי האיזון המונח ביסוד המידתיות הינו פעולה המאפיינת חקיקה ולא שפיטה.¹¹⁰ לא כן החשיבה בקטגוריות, המאפיינת שפיטה ולא חקיקה. נראה כי שני חלקי הטיעון אינם מבוססים. האיזון מאפיין הן את הפעילות השיפוטית והן את הפעילות החקיקתית. המשפט המקובל מבוסס על איזון בין עקרונות מתחרים, וכל כולו מעשה שפיטה. גם הקטגוריזציה מאפיינת פעולת חקיקה ופעולת שפיטה. מעניין לציין כי הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק שנויה במחלוקת דווקא במשפט האמריקני, הנוקט קטגוריזציה. לא כן במרבית המדינות שבהן נוהגת המידתיות, על האיזון שבבסיסה.¹¹¹ עם זאת במדינות אלה הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מתפשטת.¹¹² מדינות בהן בעבר לא התקיימה ביקורת שיפוטית על חוקתיות

- the Home Department v. E, [2007] UKHL 47; Secretary of State for the Home Department v. JJ and others (FC), [2007] UKHL 45; Secretary of State for the Home Department v. MB, [2007] UKHL 46. ראו גם: Department v. MB, [2007] UKHL 46. *The Israeli and British Cases*, 1 ISR. J. FOREIGN AFFAIRS 69 (2007)
- Harlod Hongju Koh, *Setting the World Right*, 115 YALE L.J. 2350 (2006); Owen M. Fiss, *The War Against Terrorism and the Rule of Law*, 26 OXFORD J. LEGAL STUD. 235 (2006); David Cole, *The Poverty of Posner's Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11*, 59 STAN. L. REV. 1735 (2007); Stephen Reinhardt, *Weakening the Bill of Rights: A Victory for Terrorism*, 106 MICH. L. REV. 963 (2008)
- .Boumediene et al v. Bush, President of the United States, et al, 553 U.S. (2008) ראו 109 ראו לעיל עמ' 586. 110
- ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE ראו 111 (2000); MARTIN M. SHAPIRO & ALEC STONE SWEET, ON LAW, POLITICS, AND JUDICIALIZATION (2002); TIM KOOPMANS, COURTS AND POLITICAL INSTITUTIONS: A COMPARATIVE VIEW (2003); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004)
- ALLAN RONDOLPH BREWER-CARÍAS, JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW (1989); ראו 112 COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW AND PUBLIC POLICY (Donald W. Jackson & C. Neal Tate eds., 1992); HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE (David M. Beatty ed., 1994); THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder eds., 1995); Ran Hirschl, *The New Constitutionalism and the*

החוק משנות את חוקתן ומקבלות ביקורת שיפוטית. כך היה הדין בכל המדינות של הגוש הקומוניסטי.¹¹³ כך הדבר בצרפת שלאחרונה הכירה בביקורת שיפוטית מלאה על חוקתיות של חוק לא רק בטרום פרסום (preview) אלא גם לאחר שפורסם (review).¹¹⁴ הולכת וגוברת התפיסה כי דמוקרטיה חוקתית היא דמוקרטיה בה יש חוקה וביקורת שיפוטית גם יחד. לדעתי ניתן להסביר תופעה מעניינת זו בשניים. ראשית, החוקה האמריקנית נעדרת הוראה מפורשת בעניין הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. הביקורת הינה פרי הפסיקה. לא כן החוקות המכירות במידתיות. ברובן יש הוראה מפורשת בעניין הביקורת השיפוטית; שנית, החוקה האמריקנית קשה לתיקון הלכה למעשה. לא כן החוקות המכירות במידתיות. על פי רוב הן ניתנות לשינוי בקלות יחסית לחוקה האמריקנית. שני הסברים אלה אינם קשורים לחשיבה בקטגוריות או לאיזון.

(ד) הקטגוריזציה כחלופה למידתיות

המידתיות אינה נקייה מביקורת, אולם הקטגוריזציה אינה תשובה לביקורת זו. כל שיטה ומעלותיה. כל שיטה וחסרונותיה.¹¹⁵ כל שיטה התפתחה על רקע ההיסטוריה והבעיות המאפיינות את החברה שבמסגרתה היא פועלת. יש להניח כי בעתיד תתרחש התקרבות בין שתי הגישות.¹¹⁶ כבר עתה נראים סימנים ראשוניים לאימוץ המידתיות במשפט האמריקני.¹¹⁷ גם נוסחאות האיזון העקרוניות שפותחו במשפט הישראלי מקרבות בין שתי השיטות.¹¹⁸ דומה שמוקדם מדי להעריך את התוצאות. ייתכן שההתפתחות תהיה, כדעת

Judicialization of Pure Politics Worldwide, 75 *FORDHAM L. REV.* (2006); VÍCTOR ;FERRERES COMELLA, *CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES* (2009) ;HIRSCHL, לעיל ה"ש 111.

RUTI G. TEITEL, *TRANSITIONAL JUSTICE* (2000); HERMAN SCHWARTZ, *THE STRUGGLE* 113 FOR CONSTITUTIONAL JUSTICE IN POST-COMMUNIST EUROPE (2002); RADOSLAV PROCHÁZKA, *MISSION ACCOMPLISHED: ON FOUNDING CONSTITUTIONAL ADJUDICATION IN CENTRAL EUROPE* (2002); WOJCIECH SADURSKI, *RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE* (2008).

Loi Constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de institutions de la Vème 114 République.

Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on "Proportionality"*, *Rights and Federalism*, 1 *U. PA. J.* 115 *CONST. L.* 583, 605 (1999).

VICKI JACKSON, *CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A* 116 *TRANSNATIONAL ERA* (2010).

ראו לעיל עמ' 257. 117

ראו לעיל עמ' 636. 118

שאור (Schauer) דוקא בכיוון הפוך.¹¹⁹ אכן, הן המידתיות והן הקטגוריזציה הן חלק מארכיטקטורה משפטית.¹²⁰ כל אחת מהן משקפת את החברה שבה היא נטועה וכל אחת מהן מושפעת מהמתרחש מחוץ לגבולותיה. קשה להעריך מה יהיו כיווני ההשפעה וההתפתחות. כל שיטת משפט צריכה לעשות מאמץ מרבי לשיפור ולהתפתחות. לבחינתן של דרכים אלה אפנה עתה.

119 ראו Schauer, *The Exceptional First Amendment*, לעיל ה"ש 39, בעמ' 32.
120 ראו Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 49 (Georg Nolte ed., 2005).

פרק עשרים

פיתוח עתידי של המידתיות

א. על הצורך בהתחדשות

היבטים שונים של הביקורת על המידתיות אינם מבוססים דיים. גם המידתיות אינה נקייה מפגמים וקשיים. החלופות המוצעות ובמרכזן הקטגוריזציה אינן מבטיחות הסדר ראוי יותר. עלינו להתרכז אפוא במידתיות עצמה ובניסיון לשפרה. מאז חדרה המידתיות לחשיבה החוקתית חלפו עשרות שנים. במשך תקופה זו לא חלו שינויים ניכרים במרכיביה ובהבנתה כמכשיר חוקתי. דומה שהגיע העת לבחינה מחודשת. בהקשר זה ברצוני להעלות נושאים הדורשים מחשבה נוספת, רענון ופיתוח, בתורת המידתיות.

בחשיבה על שיפור המידתיות ראוי להיעזר בניסיון המשפטי והשיפוטי במדינות השונות. ודאי שיש לנו עניין מיוחד במדינות בהן נוהגת המידתיות; ראוי שהן תלמדנה זו מזו, אך אין להסתפק בכך. לדעתי, מעניינת גם הפסיקה והספרות האמריקנית. השוני בין ההגנה על זכויות האדם החוקתיות על פי המידתיות נבדלת מהקטגוריזציה האמריקנית בעיקר בשאלת האיזון אד-הוק (המידתיות כמובן הצר).¹ בשאר העניינים יש דמיון רב בין השיטות. על רקע זה יש מקום להתקרבות בין המידתיות לבין הקטגוריזציה בנושאים שבהם אין ניגוד.²

בפרק זה אבחן כל אחד ממרכיבי המידתיות. אעמוד על הנושאים העיקריים הדורשים פיתוח נוסף בכל אחד ממרכיבי המידתיות. אפתח במרכיב המטרה הראויה, כלומר: המטרה המצדיקה פגיעה בזכות החוקתית. דרישה זו משותפת לכל שיטות המשפט ועל כן ראוי לקדם את החשיבה בנושא זה. אעבור למרכיב ההתאמה והצורך ואבדוק אם ניתן להעמיס עליהם מטען ערכי כבד יותר, ובכך להסיר את העומס מהמידתיות כמובן הצר. לבסוף אבחן היבטים שונים של פיתוח המחשבה על המידתיות כמובן הצר, תוך הסתייעות בניסיון האמריקני ובישראלי.

1 ראו Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391 (2008). ראו לעיל עמ' 604.

2 ראו באופן כללי, VICKI JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA 60 (2010).

ב. פיתוח מרכיב המטרה הראויה

1. גישות שונות לעניין המטרה הראויה

(א) ספקטרום הגישות

בחנית המשפט המשווה מעלה גישות שונות בעניין המטרה הראויה. אתמקד רק במקרים שבהם המטרה הראויה נוגעת לטובת הכלל. בנפרד אדון במקרה שבו המטרה הראויה עצמה היא זכות של הפרט.³ לעניין המצבים שבהם בצד אחד של המאזניים מונחת זכות פרט הנפגעת על ידי חוק ובצדם האחר מונחת טובת הכלל שהגשמתה הביאה לפגיעה, ניתן להבחין בין כמה גישות עקרוניות. בצד אחד של הספקטרום עומד המשפט החוקתי הגרמני, שבהיעדר הוראה מיוחדת בעניין זה בחוקה מסתפק בדרישה שהמטרה אינה נוגדת את החוקה.⁴ בצד האחר של הספקטרום עומד המשפט החוקתי של קנדה כפי שפורש בפרשת *Oakes*: כדי שמטרה תהיה חשובה דיה (sufficiently important) היא צריכה:⁵

“[To] relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society.”

בין שני קצוות אלה נמצאות גישות המקובלות במדינות שונות. כך, למשל, בדרום-אפריקה הדעות בעניין זה חלוקות. יש הסבורים שראוי לאמץ את המבחן של פרשת *Oakes*⁶ ויש המסתפקים במטרה שהיא חיונית (compellingly important) או בעלת משקל “מהותי” (substantial).⁷ בישראל צוין כמה פעמים כי תכלית היא ראויה אם היא עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה בכלל ואם היא מגלה רגישות למקומן של זכויות האדם.⁸ המשפט האמריקני מבחין בין שלוש קטגוריות של זכויות חוקתיות.⁹ בקטגוריה הראשונה – שבה כלולות הזכויות החשובות ביותר – נדרש כי המטרה תהיה חיונית (compelling state interest) או צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest).

3 ראו להלן עמ' 623.

4 ראו Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383, 388 (2007).

5 R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103 § 69.

6 ראו Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, Chapter 34, 75 (Stuart Woolman et al. eds., 2006).

7 ראו CF Halton Cheadle, *Limitation of Rights, in SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS* 693, 710 (H. Cheadle, D. Davis & F. Haysom eds., 2002).

8 ראו לעיל עמ' 319.

9 ראו לעיל עמ' 601.

(interest). בקטגוריה השנייה (הבינונית) נכללות זכויות חשובות פחות. לגביהן נדרש כי המטרה המצדיקה פגיעה בהן תהא מטרה חברתית חשובה (important). בקטגוריה השלישית (הנמוכה) נכללות שאר הזכויות החוקתיות. לשם פגיעה בזכויות המשתייכות לקטגוריה זו, מטרת החוק צריכה להיות לגיטימית (legitimate).

(ב) דרישת סף המבוססת על הצורך בצידוק

המשותף לכל הגישות הינו שהדרישה למטרה ראויה היא דרישת סף.¹⁰ בקביעתה לא נבחנת מידת הפגיעה בזכות החוקתית. גישה זו ראויה היא. היא משקפת את היחס הראוי בין הזכות החוקתית לבין טובת הכלל. יחס זה משמעותו שלא די בקיום של טובת הכלל כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית. טובת הכלל חייבת להיות בעל תכונות פנימיות ראויות כדי להצדיק את הפגיעה בזכות. במובן זה כל שיטות המשפט מאמצות את התפיסה כי זכויות האדם הן מגן (shield) על הפרט מפני טובת הכלל.¹¹

שאלת המפתח היא היכן למקם סף כניסה זה. לעתים ניתן למצוא בחוקה עצמה מפתח לפתרונה של שאלה זו. חוקה עשויה לקבוע את מהותה של טובת הכלל שבכוחה לפגוע בזכות מסוימת. כך, למשל, האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד¹² קובעת במפורש כי ניתן לפגוע בזכות לחופש הביטוי כדי להגן על האינטרס של הביטחון הלאומי (national security).¹³ בכך לא נפתרה השאלה: עדיין יש מקום לשאול אם די בכל שיקול של ביטחון לאומי כדי לפגוע בחופש הביטוי. האמנה האירופית קובעת כי על כל המטרות הקבועות בה ומאפשרות פגיעה בחופש הביטוי לקיים את דרישת נחיצותן בחברה דמוקרטית (necessary in a democratic society).¹⁴ האם יש בהוראה זו כדי להנחות את הפרשן לעניין חשיבות המטרה הפוגעת כדרישת סף, או שמא היא מתייחסת למבחני-המשנה השונים של המידתיות, לאחר שמבחן הסף כבר התקיים?

חוזרת השאלה למקומה: מהי רמת הסף הראויה לפגיעה בזכויות חוקתיות? האם ראוי לקבוע רמה אחידה (כמו בפרשת *Oakes* הקנדית) או שמא יש לקבוע רמות משתנות לפי חשיבותן של הזכויות (כמקובל בארצות-הברית)? אם הרמה היא אחידה – מהי אותה רמה? אם הרמות הן שונות – מהן הדרגות השונות?

10 ראו לעיל עמ' 297.

11 ראו Frederick Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 27 GA. L. REV. 415, 443 (1993).

12 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S 222.

13 שם, בס' 10(1).

14 שם.

2. הגישה הראויה: דרגת הזכויות החוקתיות לעניין חשיבות המטרה

(א) מדרג זכויות לפי הניסיון ההיסטורי

נראה כי האפשרות הטובה ביותר היא קביעת מדרג בין הזכויות השונות לעניין חשיבות המטרה; לדעתי די בשתי דרגות בלבד. הגישה המתייחסת לכל הזכויות באופן שווה – בהנחה כמובן שאין הוראה חוקתית מיוחדת בעניין זה – אינה נראית לי ראויה. כך הדבר, למשל, אם היא קובעת סף נמוך מדי (כמקובל בגרמניה לעניין זכויות שאין בעניינן הוראה מיוחדת). לדעתי, הקביעה שניתן להסתפק בכך שהמטרה אינה נוגדת את החוקה אינה מספקת. אין היא נותנת די משקל לזכות החוקתית. על קושי זה ניתן להתגבר אם קובעים רמה אחידה וגבוהה. כך נקבע בפרשת *Oakes*. הניסיון הראה כי בתי המשפט אינם יכולים לעמוד בדרישה גבוהה זו. לעניין כל הזכויות כולן מתרחש במשך השנים סחף בעמדתו של בית המשפט ועל כן יש חשש שהסף האחיד הגבוה ייפך במשך הזמן לסף אחיד נמוך. זאת ועוד: הנני מאמין כי לא כל הזכויות שוות בחשיבותן.¹⁵ אמת, כל הזכויות החוקתיות שוות במעמדן החוקתי, אך שוויון במעמד אינו גורר שוויון בחשיבות. הבחירה בדרגות שונות של חשיבות המטרה לעניין הזכויות השונות מתבססת אפוא הן על טיעון פרגמטי והן על טיעון נורמטיבי.

מהן הדרגות השונות? בעניין זה כל שיטת משפט תקבע לעצמה מה חשוב בעיניה יותר ומה פחות. לא ההיגיון אלא הניסיון ההיסטורי הוא שיקבע כאן. לאור הניסיון ההיסטורי בארצות הברית¹⁶ ובדרום-אפריקה¹⁷ טבעי הוא ששוויון על בסיס גזע ידורג בדרגה גבוהה ביותר של חשיבות. על בסיס הניסיון ההיסטורי טבעי הוא שכבוד האדם ימצא בדרגת החשיבות הגבוהה ביותר בגרמניה שלאחר מלחמת העולם השנייה.¹⁸ נראה לי כי בישראל אנו מעניקים חשיבות רבה, בלשונה של הכרזת העצמאות,¹⁹ ל"שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין" ול"חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות". כל מדינה ובעיותיה; כל מדינה ותפיסותיה; כל מדינה וההיסטוריה שלה.

(ב) חשיבות המטרה כנגזרת ממדרג הזכויות

משנקבע מדרג הזכויות יש לקבוע את רמת הסף של חשיבות המטרה. בעניין זה ניתן ללמוד מהמשפט האמריקני. הנני חושב ששתי רמות הבדיקה הראשונות הן ראויות ושרמת הבדיקה השלישית (המינימלית) אינה ראויה.

15 ראו לעיל עמ' 441.

16 ראו התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית.

17 ראו ס' 1, 7 ו-36 לחוקה של דרום-אפריקה.

18 ס' 1 לחוקה הגרמנית.

19 הכרזת העצמאות (ה' באייר התשי"ח).

לעניין הזכויות החוקתיות שברמה הגבוהה ביותר ראוי לאמץ הסדר הדומה לרמת הבדיקה הקפדנית (strict scrutiny) הנוהגת במשפט האמריקני. יש לדרוש כי המטרה החקיקתית תהא חיונית או דחופה. בכך ניתן ביטוי למעמדן הרם של זכויות אדם אלה. נראה לי כי לדרישה קפדנית זו יש סיכוי להצליח אם תיוחד למספר זכויות קטן הנראות לחברה כחשובות ביותר.

כל שאר הזכויות ייכללו בדרגה השנייה. לגביה יש לדרוש מטרה חברתית חשובה. דרישה זו מקובלת בבדיקה הבינונית באמריקה. ניתן להוסיף כי המטרה צריכה להיות מהותית: בכך נקבע סף כניסה גבוה למדי. ראוי שכל זכויות האדם שאינן בדרגה הראשונה יוכפפו לסף כניסה זה. דרגת הבדיקה המינימלית המקובלת בארצות הברית – דרישת הבסיס הרציונלי – קובעת סף בדיקה נמוך מדי. מקומו אינו בסף הכניסה לעניין המטרה אלא בבחינת האמצעים להגשמתה (מבחן הקשר הרציונלי).

3. המטרה הראויה והגנה על זכויות חוקתיות

(א) הגישה המקובלת

כאשר שתי זכויות חוקתיות מתנגשות (כגון חופש הביטוי והשם הטוב), פתרון ההתנגשות הוא ברמה התת-חוקתית.²⁰ מכאן הגישה המקובלת במשפט המשווה שלפיה דיני המידתיות (במובנם הרחב), הפועלים ברמה התת-חוקתית, חלים בכל מקרה שבו זכות חוקתית נפגעת. לעניין מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית (כגון חופש ביטוי), אין הבחנה בין מקרה שבו הפגיעה נגרמה בשל הגשמה של טובת הכלל (כגון ביטחון לאומי) לבין מקרה שבו הפגיעה נגרמה בשל הגשמת זכותו של אדם אחר (כגון השם הטוב של אדם אחר).²¹ בשני המצבים נדרש כי מטרתו של החוק הפוגע תהא ראויה; בשני המצבים צריך להתקיים קשר רציונלי בין האמצעים הננקטים לבין הגשמת המטרה החקיקתית; בשני המצבים יש להבטיח כי אין בנמצא אמצעי המגשים את מטרת החוק ופגיעתו בזכות קטנה יותר; בשני המצבים חלה הדרישה ליחס מידתי בין התועלת השולית שבהגשמה של מטרת החוק לבין הנזק השולי שבפגיעה בזכות החוקתית.

גישה זו מתבקשת מתפיסת היסוד שלפיה דיני המידתיות חלים כשזכות חוקתית (כגון חופש ביטוי) מתנגשת בעיקרון נוגד, ואין נפקא מינה אם עיקרון נוגד זה הוא הגשמתה של טובת הכלל (ביטחון לאומי) או הגשמת זכותו של אדם אחר (שם טוב). תורמת לגישה זו התפיסה שלפיה ההבחנה בין טובת הכלל לבין זכות הפרט היא לעתים קשה; שחלק מהעניינים שבעבר נתפסו כטובת הכלל (כגון חינוך, רפואה וסביבה) נתפסים עתה גם כזכות

20 ראו לעיל עמ' 115.

21 ראו Robert Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, in RIGHTS 163 (Carlos Nino ed., 1992).

הפרט;²² שלעיתים קרובות פגיעה בזכות האדם נועדה להגשים את זכותו של אדם שמבחינת כוחו ועצמתו דומה לכוחה ולעצמתה של המדינה עצמה, באופן שמוצדק הוא להתייחס אליו כחלק מטובת הכלל ולא להשקיף עליו כעל מי שזכותו כאדם הוגשמה; שלעיתים קרובות משמשים בערבוביה שיקולים של טובת הכלל וזכות הפרט. לאור כל אלה, הגישה המקובלת היא להתייחס באופן שווה לכל פגיעה בזכות חוקתית, יהא הצידוק לה אשר יהיה. גישה זו מובנת וראויה אם כי יש לעדן אותה בכמה היבטים שבהם ישתקף מעמדה המיוחד של הזכות החוקתית כצידוק לפגיעה בזכות חוקתית אחרת.

(ב) חסרונותיה של הגישה המקובלת

מרבית הזכויות החוקתיות מעוצבות כעקרונות. עיקרון שואף לאופטימיזציה. האם טובת הכלל הנוגדת (כגון ביטחון לאומי או שלום הציבור) משקפת אף היא עיקרון השואף לאופטימיזציה? תשובתו של אלכסי היא בחיוב;²³ ספק בעיניי אם אלה הם פני הדברים. בצדק ציין ריברס (Rivers) בהתייחס לאינטרסים של הציבור:²⁴

“[T]hey cannot be optimisation requirements in the same sense as rights, since legislatures are under no obligation to optimise them or even pursue that at all. One could accept that they are unenforceable optimisation requirements on account of a lack of a relevant cause of action. But even under constitutional systems which permit legal actions to ensure the general constitutionality of a measure, courts never consider whether legislatures have pursued the public interest to the greatest possible extent. Thus, public interests have to be construed as optimisation permissions, and principles must be redefined as optimisation requirements or permissions. Only rights correlate to optimisation requirements in the strict sense.”

אכן, לא הרי טובת הכלל (ביטחון לאומי) כצידוק לפגיעה בזכות חוקתית (חופש ביטוי) כהרי ההגנה על זכות חוקתית (שם טוב) כצידוק לכך. טלו חוק הפוגע בטובת הכלל (ביטחון לאומי) כדי להגביר ההגנה על זכות חוקתית (חופש הביטוי): האם הפגיעה בטובת הכלל צריכה לעבור את כל חלקיו של מבחן המידתיות? האם החוק יהא לא חוקתי משום שניתן

22 ראו לעיל עמ' 305.

23 ראו Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, לעיל ה"ש 21.

24 Julian Rivers, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 167, 168 (George Pavlakos ed., 2007).

להגביר את ההגנה על הזכות החוקתית (חופש הביטוי) באמצעי שפגיעתו בטובת הכלל פחותה? האם מבחני המידתיות במונח הצר שיופעלו עם הפגיעה בטובת הכלל, כדי להגן על הזכות החוקתית, זהים לאלה שיופעלו אם הפגיעה בזכות החוקתית באה כדי להגן על טובת הכלל? האין לומר כי כאשר מונחות על כפות המאזניים זכויות חוקתיות תתייחס בדיקת המידתיות לשתי הכפות – ואילו כאשר רק על כף אחת של המאזניים מונחת זכות חוקתית (ועל הכף השנייה מונחת טובת הכלל) תתייחס המידתיות רק לפגיעה בזכות החוקתית?

דומה שראוי להבחין בין שני המצבים. ניתן להצדיק תחושה זו בגישה הדבורקיאנית המבחינה בין עקרונות (principles) לבין קווי-מדיניות (policies).²⁵ דבורקין התנגד עקרונית לכך ששופט יוכל לאזן בין פגיעה בזכות חוקתית להגשמת קווי מדיניות; הוא לא התנגד לכך ששופט יוכל לאזן בין שתי זכויות חוקתיות מתנגשות. גם רולס (Rawls) הכיר בצורך לאזן בין זכויות חוקתיות מתנגשות. מובן כי אין פירוש הדבר שצריך ללכת עם דבורקין ורולס את כל הדרך כולה; ניתן להסתפק באימוץ ההבחנה, תוך הפעלתה בצורה "מתונה" יותר. הצדק אחר עשוי להיות זה שהביא ריברס (Rivers):²⁶ לא מוטלת על המחוקק חובה חוקתית לאופטימיזציה של טובת הכלל. לעומת זאת מוטלת עליו חובה חוקתית לאופטימיזציה של הזכות החוקתית. חובה זו משקפת את ההיבט ה"חיובי" של הזכויות החוקתיות, שעניינן אינו במניעת פגיעה בהן אלא בהגנה עליהן.²⁷ אכן, התפיסה המקובלת²⁸ היא שחובתו של המחוקק אינה מתמצה אך בהיבט השלילי ("אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם כאשר הוא אדם"²⁹) אלא משתרעת גם לעבר ההיבט החיובי ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"³⁰). על פי גישה זו, אין מעמדה של זכות חוקתית שבצדה חובה להגן עליה כמעמדה של טובת הכלל שאין בצדה חובה דומה. ייתכן שהצידוק להבדל בין הגנה על זכות חוקתית לבין הגשמתה של טובת הכלל הוא צר בהרכבה וענייניו אך בהיקף של שיקול הדעת הניתן למחוקק. אכן, הנני סבור כי שיקול הדעת הניתן למחוקק בהגשמת חובתו להגן על הזכות החוקתית צר יותר משיקול הדעת הניתן לו בהגשמתה של טובת הכלל. קשיים אלה אין בכוחם לשלול את תחולתם של דיני המידתיות כאשר על שתי כפות המאזניים מונחות זכויות חוקתיות. עם זאת, יש בכוחם של קשיים אלה כדי להצדיק את תחולתם של דיני המידתיות מתוך רגישות להבדל עליו עמדתי.

25 ראו RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 22 (1977).

26 ראו Rivers, לעיל ה"ש 24.

27 שם, בעמ' 168.

28 ראו לעיל עמ' 514.

29 ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

30 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(ג) מטרה ראויה: הגנה על זכות חוקתית כצידוק לפגיעה בזכות חוקתית

דיני המידתיות (במובן הרחב) מחייבים כי החוק הפוגע בזכות חוקתית יהא למטרה ראויה³¹. דרישה זו מבטאת את הרעיון שלפיו הפגיעה בזכות חוקתית אינו עניין של מה בכך; שהזכות החוקתית נועדה להגן על האדם מפני כוחו של הרוב; שלא כל שיקול של טובת הכלל יש בו כדי להצדיק פגיעה בזכות האדם ושלטובת הכלל יהיה ייחוד המצדיק פגיעה בזכות החוקתית. שיקולים אלה חלים כמובן כשמטרת החוק הפוגע היא הגשמה של טובת הכלל (כגון ביטחון לאומי). מה הדין אם מטרתו של החוק הפוגע היא להגן על זכות חוקתית? מהי הדרישה לקיומה של מטרה ראויה אם על שתי כפות המאזניים מונחות זכויות חוקתיות? נראה לי כי התשובה היא שכאשר מטרתו של חוק הפוגע בזכות חוקתית (חופש ביטוי) היא להגן על זכות חוקתית (שם טוב), די בכך כדי להוות צידוק לפגיעה בזכות חוקתית. מטרה זו כשלעצמה היא ראויה. כך הוא כשהזכות המוגנת היא במעמד חוקתי; לדעתי ניתן להרחיב גישה זו ולהחילה גם על זכויות אדם ברמה תת-חוקתית. אכן, זהו הייחוד הנדרש להיות המטרה ראויה: די בכך שהמטרה היא להגן על זכות אדם, גם אם היא אינה ברמה חוקתית. אין לעמוד על דרישות נוספות. בכך ניתן ביטוי למעמדה של הזכות המוגנת (שם טוב). מעמד זה מתבטא לא רק לעניין הגנה עליה מפני כוחו של החוק הפוגע (בחופש הביטוי) אלא גם לעניין ההגנה עליה על ידי אותו חוק (שם טוב).

(ד) החובה למנוע פגיעה בזכות אחת ולהגן על האחרת

מבחינה המשנה של המידתיות (קשר רציונלי, צורך, מידתיות במובן הצר) יוצאים מתוך ההנחה שיש חובה חוקתית לא לפגוע בזכות (כגון חופש הביטוי). חובה זו אינה מוחלטת. יש מצבים שבהם ניתן לפגוע בזכות החוקתית. מבחינה המידתיות בוחנים מצבים אלה מזוויות שונות. הם מעניקים לטובת הכלל (כגון ביטחון לאומי) משקל חשוב. עם זאת, אין הם משקיפים על הגשמתה כחובה חוקתית. הביטחון הלאומי נתון לשיקול דעתן של הרשויות הפוליטיות. אין לפרט זכות חוקתית לרמה זו או אחרת של ביטחון לאומי. שונים פני הדברים כשהפגיעה בזכות החוקתית נגרמת על ידי הגשמת חובה להגן על זכות חוקתית. כללי המידתיות בוחנים לא רק את היקף הפגיעה בזכות החוקתית הנפגעת אלא גם את היקף ההגנה על הזכות החוקתית המוגנת. טלו חוק הפוגע בחופש הביטוי: מטרתו היא הגברת ההגנה על השם הטוב. הן מניעת הפגיעה בחופש הביטוי והן הגברת ההגנה על השם הטוב הן חובות חוקתיות המוטלות על המחוקק. כללי המידתיות חייבים לבחון – ראשית – אם הפגיעה בחופש הביטוי היא מידתית ביחס להגנה על השם הטוב; שנית עליהם לבחון אם ההגנה על השם הטוב היא מידתית ביחס לפגיעה בחופש הביטוי.

שתי בחינות אלה צריכות להעלות תוצאות המתיישבות זו עם זו. אם לא כן עלול להיווצר המצב הבא: ייקבע כי חוק פלוני, הפוגע בחופש הביטוי לשם הגנה על השם הטוב, הוא חוקי מנקודת המבט של השם הטוב. כן ייקבע כי חוק אלמוני, שמגן על חופש הביטוי תוך פגיעה בפרטיות, הוא חוקי מנקודת המבט של חופש הביטוי. בחינה של שני החוקים הללו מצביעה כי הם סותרים זה את זה. זוהי תוצאה לא רצויה. ההרמוניה החוקתית והתפיסה החוקתית הכוללת מחייבות בחינה כוללת שתביא לתוצאה סימטרית, תהא נקודת המבט אשר תהא. הרמה התת-חוקתית, שבה פועלים כללי המידתיות, צריכה להבטיח כי התוצאה תהא זהה מכל נקודת מבט. כך כשהתנגשות היא בין שתי זכויות חוקתיות שונות (כגון חופש הביטוי והשם הטוב בחוקות המקדישות לכל זכות הוראה משלה); ודאי כך כשהתנגשות היא בין שתי "זכויות בנות" הנמצאות בגדריה של "זכות אם" משותפת³² (כגון חופש הביטוי והשם הטוב בישראל: שתיהן זכויות בנות של הזכות לכבוד האדם). ניתן כמובן להבטיח את ההרמוניה על ידי פתרון הניגוד ברמה התת-חוקתית, וזאת על פי הכללים המקובלים בסתירה בין חוקים לבין עצמם. פתרון זה אינו רצוי. ראוי להבטיח מראש פתרון הרמוני שלא ישתנה על פי זהותה של נקודת המבט.

גישה זו צריכה לחול כששתי הזכויות המתנגשות הן ברמת חשיבות אחידה ומשותפת להן פסקת הגבלה כללית החלה על שתיהן. לדעתי, אותו דין צריך לחול גם אם שתי הזכויות אינן בעלות רמת חשיבות אחידה ואף אם לכל אחת פסקת הגבלה משלה. אמת, הפתרון הקונקרטי במצבים השונים עשוי להשתנות לפי חשיבות הזכות וניסוחה של פסקת הגבלה; עם זאת, הגישה העקרונית, המבקשת להגיע לפתרון אחד ולמנוע התנגשויות בין חוקים שונים או בין חלקים שונים באותו חוק, חלה גם כאן.

ג. מרכיב הקשר הרציונלי

מבחן הקשר הרציונלי דורש כי האמצעים שנקבעו בחוק יקדמו את הגשמת מטרתו.³³ הוא משקף מבחן הסתברותי. מידת ההסתברות הנדרשת על ידו היא נמוכה. די בכך שתרומתם של האמצעים הננקטים בחוק להגשמת המטרה אינה שולית וכי הסיכוי להגשמת המטרה בעזרת האמצעים אינה קלושה ותאורטית.³⁴ רמה הסתברותית זו היא נמוכה מדי. באחת הפרשות³⁵ ציינה השופטת ד' דורנר כי רמת ההסתברות הנדרשת תיקבע בהתאם "לחשיבות היחסית של הזכות הנפגעת ושל תכלית הפגיעה". היא קבעה כי "כשמדובר

32 להבחנה בין זכות אם לזכות בת, ראו לעיל עמ' 76.

33 ראו לעיל עמ' 373.

34 ראו לעיל עמ' 382.

35 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 420 (1997).

בזכות כבדת משקל, עשויה להידרש 'ודאות קרובה' ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו. לעומת זאת, כשמדובר בזכות קלת משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק ב'אפשרות' סבירה לקידומה של התכלית". מסכים אני כי רמת ההסתברות צריכה לשקף את החשיבות היחסית של תוספת התועלת שבהגשמת המטרה (בהשוואה למצב שקדם לה או לאפשרות הגשמתה של חלופה) בהשוואה לחשיבות היחסית של מניעת תוספת הפגיעה בזכות החוקתית. אך מהי רמת ההסתברות הראויה? על שאלה זו קשה למצוא תשובה במשפט ההשוואתי. דומה שבשיטות המשפט השונות לא התייחסו ברצינות רבה למרכיב הקשר הרציונלי. כתוצאה מכך "הועברו" כל השאלות הקשורות למידת ההסתברות של הגשמת מטרתו של החוק למרכיב המידתיות במובן הצר. יש לקוות כי בעניין זה תחול התפתחות. מהם כיווני ההתפתחות הראויים?

מחד גיסא נראה כי הסתפקות ברמת הסתברות שאינה שולית אינה ראויה; מאידך גיסא נראה כי דרישה של רמת הסתברות גבוהה – כגון ודאות קרובה להתממשות המטרה אם יינקטו האמצעים שבחוק – אף היא אינה ראויה.³⁶ כפי שציינתי, אין להציב רמות הסתברות שאינן תואמות את החיים החברתיים במדינה דמוקרטית מודרנית.³⁷ מהי רמת ההסתברות הראויה?

נראה לי כי ההתפתחות הראויה במרכיב הקשר הרציונלי צריכה להתאים את עצמה להתפתחות המוצעת על ידי מרכיב המטרה הראויה.³⁸ לעניין מרכיב זה הצעתי מדרג המשקף את חשיבותה של הזכות הנפגעת. מדרג זה כולל שתי רמות בדיקה: הראשונה תכלול את הזכויות הנתפסות בשיטת משפט נתונה כחשובות ביותר; שאר הזכויות יכללו ברמה השנייה. לעניין הזכויות ברמת הבדיקה הראשונה, הצעתי כי המטרה המצדיקה פגיעה בהן תהא חיונית או דחופה. לעניין הזכויות ברמת הבדיקה השנייה, הצעתי היא שהמטרה המצדיקה פגיעה בהן תהא חשובה.

מה מידת ההסתברות הנדרשת להגשמתה של המטרה החיונית או הדחופה (לעניין הזכויות החשובות ביותר) והמטרה החשובה (לעניין שאר הזכויות)? לעניין המטרה החיונית והדחופה ראוי לדרוש כי הסתברות הגשמתה תהיה ממשית; לעניין המטרה החשובה ראוי לדרוש כי הסתברות הגשמתה תהיה סבירה. בעזרת רמות הסתברות אלה יגבר האופי הערכי של מרכיב זה, יינתן ביטוי למהותה של המטרה ולאופייה של הזכות הנפגעת ויוקטן העומס על מרכיב המידתיות במובן הצר.

36 מבחן הודאות הקרובה ראוי לבחינה במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר, ולא במסגרת מבחן הקשר הרציונלי, ראו לעיל עמ' 387.

37 ראו לעיל עמ' 387.

38 ראו לעיל עמ' 622.

ד. פיתוח מרכיב הצורך

מרכיב הצורך – או מרכיב האמצעי שפגיעתו פחותה – דורש כי האמצעים שהחוק נוקט להגשמת מטרתו יהיו נחוצים.³⁹ משמעות הדרישה היא שלא יהיו בנמצא אמצעים המגשימים את המטרה באותה מידה שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה. מרכיב דומה קיים במשפט האמריקני, במסגרת הבדיקה המחמירה (strict scrutiny):⁴⁰ נדרש כי החוק יהא גזור להגשמת מטרתו (narrowly tailored). משמעות הדרישה – כמו במסגרת מרכיב הצורך – היא שהחוק ינקוט את האמצעי הפוגע פחות מכולם בזכות החוקתית (less drastic means) (intrusive) ושאינו בו כיסוי יתר (overinclusive; overbreadth).

בחינה של תוצאות השימוש במבחן הצורך במשפט האמריקני מצביעה על מבחן שקשה לחקיקה לקיים אותו.⁴¹ זוהי תוצאה טבעית, שכן מבחן זה מהווה את חומת ההגנה האחרונה על הזכות החוקתית. אם מבחן זה מתקיים הפגיעה בזכות החוקתית היא חוקתית. אין מקום לבחינה נוספת בדבר האיזון הראוי בין הנזק לזכות לתועלת לטובת הכלל. לעומת זאת, בחינה של תוצאות השימוש במבחן הצורך במסגרת המידתיות מצביעה על תמונה מורכבת בהרבה. בכמה שיטות משפט (כגון קנדה) מבחן הצורך הוא המבחן המרכזי להכרעה בחוקתיותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית.⁴² שיטות משפט אחרות (כגון צרפת⁴³) לא הכירו בו בעבר כלל, או שעיקר ההכרעות החוקתיות לא נערכות במסגרתו אלא במסגרת המידתיות במובן הצר (כמו בישראל⁴⁴). קשה להסביר שוני זה בתוצאות. לכאורה ניתן היה לצפות לאחידות הגישה בעניין זה. קשה להבין את הפער הגדול בין הגישה בקנדה (המתרכזת במבחן הצורך) לבין הגישה בישראל (המתמקדת במבחן המידתיות במובן הצר). יהא עניין זה כאשר יהא, דומה שמתבקשת מחשבה נוספת לעניין הפעלת מרכיב זה של המידתיות בעתיד.

במסגרת בחינה מחודשת זו יש לשמור על עיקרו של מרכיב הצורך כמבחן הסף.⁴⁵ אין הוא מבחן של איזון.⁴⁶ אם החלופה המוצעת – הפוגעת בזכות החוקתית במידה הפחותה – אינה מקיימת את מטרת החוק במלואה, אין בכך כדי להביא לכישלון של מבחן הצורך.

39 ראו לעיל עמ' 391.

40 ראו לעיל עמ' 608.

41 ראו לעיל עמ' 611.

42 ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 146 (5th ed., vol. II, 2007).

43 ראו לעיל עמ' 498.

44 ראו לעיל עמ' 402.

45 מצר אני על שפסקת ההגבלה בחוקתה של דרום אפריקה רואה בצורך רק אחד השיקולים, מבין מגוון השיקולים, שניתן להתחשב בהם, ראו לעיל ה"ש 99, בעמ' 188.

46 ראו לעיל עמ' 416. לגישה שונה, ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47 (2009).

מבחן זה לא יתמלא רק אם החלופה הפוגעת בזכות החוקתית במידה הפחותה ממלא את מטרת החוק באותה מידה כמו האמצעים שנקט החוק. בבחינת החלופה המוצעת יש לפעול באובייקטיביות. הרצון לפתור את השאלה החוקתית במסגרת מבחן הצורך או במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר אסור לו להעביר את הפרשן על דעתו. כל מבחן צריך להיות מופעל על פי תנאיו. רק כך ניתן יהיה לקיים גישה עקבית ומובנית למבחני-המשנה של המידתיות.

ה. פיתוח מרכיב המידתיות במובן הצר

1. מהותן של נוסחאות האיזון העקרוניות

(א) איזון עקרוני המתרגם את הכלל הבסיסי

כלל האיזון הבסיסי מעניק תוכן נורמטיבי לאיזון שביסוד המידתיות במובנה הצר⁴⁷. הוא פועל ברמת הפשטה גבוהה ביותר ועל כן הוא מחייב קונקרטיזציה לכל מקרה ומקרה. זו נעשית על ידי האיזון הקונקרטי (או אד-הוק).⁴⁸ המעבר מרמת הפשטה גבוהה לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה הוא מעבר חד וחרף. מצב דברים זה אינו רצוי.⁴⁹ בין "תכנית מתאר ארצית" לבין "תכנית מתאר מפורטת" דרושה "תכנית מתאר מחוזית". כלל האיזון הבסיסי הוא מופשט מדי; אין בו התייחסות להיבטים המיוחדים המאפיינים את זכויות האדם השונות בין כאובייקט לפגיעה ובין כאובייקט להגנה. אין בו התמקדות בטעמים העקרוניים המונחים ביסוד הזכויות השונות והמבססים את הצידוק להגנה עליהן ולפגיעה בהן. אין איתור של השיקולים המאפיינים את ההגנה הראויה על הזכות החוקתית. לעומתו, כלל האיזון הקונקרטי הוא ברמת הפשטה נמוכה מדי. על רקע זה קמה השאלה אם אין מקום לרמת ביניים בין האיזון הבסיסי לבין האיזון הקונקרטי? האם לא ראוי כי יתקיים איזון עקרוני (principled) שיתרגם את כלל האיזון הבסיסי לכמה כללי איזון עקרוניים או לכמה נוסחאות איזון עקרוניות, שיעוצבו ברמת הפשטה נמוכה מזו של כלל האיזון הבסיסי וגבוהה מזו של כלל האיזון הקונקרטי?⁵⁰ רמת הפשטה זו תבטא את השיקולים העקרוניים המונחים ביסודה של הזכות החוקתית וביסודו של הצידוק לפגיעה בה. מהי רמת ביניים זו?

47 ראו לעיל עמ' 445.

48 ראו לעיל עמ' 451.

49 השוו Jeff A. King, *Institutional Approaches to Judicial Review*, 28 OXFORD J. LEGAL STUD. 409, 435 (2008).

50 ראו Moshe Cohen-Eliya & Gila Stopler, *Prioritizing Rights in the Age of Balancing*, LAW & ETHICS OF HUM. RTS. (forthcoming, 2010).

מה בינה לבין האיזון הקונקרטי? מהו הצידוק לה? בשאלות אלה ארון עתה. כדי להשיב עליהן אעזר בפסיקה המקיפה של בית המשפט העליון שפיתחה את האיזון העקרוני.⁵¹ התפתחות זו הגיעה לשיאה בטרם כוננו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק ובטרם נקבעה בהם פסקת ההגבלה המפורשת. יהא עלי לבחון עד כמה ראוי להמשיך ולדבוק בפסיקה זו גם לאחר שינויים אלה.

(ב) המבנה של נוסחת האיזון העקרונית

נוסחת האיזון העקרונית צריכה להגשים את כלל האיזון הבסיסי. הכלל הבסיסי מבוסס על תוספת החשיבות היחסית של מניעת הפגיעה בזכות החוקתית הנפגעת לעומת תוספת החשיבות היחסית של הגשמת המטרה המונחת ביסוד החוק הפוגע (זכות של אחר או טובת הכלל), על רקע תוכנה ומידת חיוניותה ונחיצותה. נוסחת האיזון העקרונית תתרגם איזון בסיסי זה לנוסחה עקרונית המתייחסת לזכות הנפגעת מזה ולמטרת החוק הפוגע מזה. היא תקבע את התנאים שהחוק הפוגע נדרש לקיים כדי שהפגיעה בזכות החוקתית תהא מידתית (במובן הצר). האיזון העקרוני ישקף את השיקולים הנורמטיביים המצדיקים תוספת של פגיעה בזכות חוקתית אחת כדי להגשים תוספת של תועלת לזכות אחרת או לטובת הכלל. כף הזכות הנפגעת תיתן ביטוי לחשיבותה של הזכות, להיקף הפגיעה בה ולהסתברותה. כף המטרה תיתן ביטוי לחשיבותה של המטרה על רקע תוכנה ומידת החיוניות של הגשמתה, לנזק שייגרם אם המטרה לא תוגשם ולהסתברותו של נזק זה.⁵²

טלו, למשל, חוק הפוגע בזכות לביטוי הפוליטי. זוהי זכות חשובה ביותר. הניחו כי מטרת הפגיעה היא הגנה על שלום הציבור מפני דיבור פוליטי אלים ומסית. נוסחת האיזון העקרונית בהתנגשות בין חופש הביטוי הפוליטי לבין הגנה על שלום הציבור מפני נזקו של דיבור פוליטי אלים ומסית עשויה לקבוע כי ניתן לפגוע בפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי רק אם המטרה של שמירה על שלום הציבור מפני תוצאותיו של דיבור אלים ומסית זה היא חשובה ביותר להגשמת צורך חברתי דחוף, שנועד למנוע נזק רב-היקף ומייד ל שלום הציבור. נוסחת האיזון העקרונית מתאפיינת בכך שהיא פועלת ברמת הפשטה נמוכה יותר מזו של כלל האיזון הבסיסי וברמת הפשטה גבוהה יותר מזו של האיזון הקונקרטי. היא פועלת ברמת הפשטה הנותנת ביטוי לטעמים המונחים ביסוד הזכות ולצידוק לפגיעה בה ולהגנה עליה.

51 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 468-457 (1993).

52 שם. על מבחנים הסתברותיים במשפט האמריקני, ראו Jonathan S. Masur, *Probability Thresholds*, 92 IOWA L. REV. 1293 (2007).

(ג) נוסחת האיזון העקרונית והאיזון הקונקרטי

האיזון העקרוני והאיזון הקונקרטי חיים זה בצד זה. האחד אינו בא במקום האחר.⁵³ האיזון הקונקרטי מגשים את האיזון העקרוני בנסיבותיו של מקרה נתון. הוא מתרגם את האיזון העקרוני – המבוסס מצדו על כלל האיזון הבסיסי – לנסיבותיו של המקרה הספציפי. על ההבחנה בין האיזון הקונקרטי לאיזון העקרוני עמדתי בפרשת לוי:⁵⁴

“איזון זה, צריך שיעשה על שתי רמות: האחת, הרמה הקונקרטית, הלוקחת בחשבון את הנסיבות האקטואליות של האירוע שהוא נושא הסכסוך. האחרת, הרמה העקרונית, הלוקחת בחשבון את האינטרסים הטיפוסיים, והקובעת אמת מידה כללית לאיזון בין האינטרסים והזכויות המתנגשים זה בזה. הרמה הקונקרטית היא הכרחית, אך אין היא מספקת. לא די לה לפסיקה לומר, כי יש לאזן בין האינטרסים השונים. על בית המשפט לקבוע – בהיעדר קביעה סטטוטורית – מהי נוסחת האיזון, מהו המשקל הניתן לאינטרסים השונים, ועל פי אלו אמות מידה תיקבע נקודת האיזון”.

האיזון העקרוני “משקף נורמה משפטית כללית, הקובעת עיקרון חוקתי החל על מכלול של מצבים דומים”.⁵⁵ האיזון הבסיסי חל על כל המצבים בהם נפגעת זכות חוקתית.

(ד) ריבוי של נוסחאות איזון עקרוניות

רבות הן זכויות האדם ולכל זכות היבטים משלה; רבים הם השיקולים של טובת הכלל ולכל אחד מהם היבט משלו. האיזון העקרוני צריך לשקף רבגוניות זו. על כן מתחייבים כמה כללים הקובעים איזון עקרוני ומתבקשות כמה נוסחאות איזון המשקפות את רבגוניות של השיקולים, הן לעניין הזכות הנפגעת והן לעניין המטרה שהגשמתה פוגעת בה. כך, למשל, לא הרי חופש הביטוי הפוליטי כהרי חופש הביטוי המסחרי; לא הרי הגבלה מראש כהגבלה בדיעבד; לא הרי פגיעה קלה באחת מחירויות אלה כהרי פגיעה חמורה; לא הרי חוק שמטרתו הגנה על חיי אדם כהרי חוק שמטרתו הגנה על שמו הטוב של אדם. עמדתי על כך בפרשת לוי בציני:⁵⁶

53 ראו Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. Rev. 789, 804 (2007).

54 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 400 (1984).

55 בג"ץ 2481/93 דייין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 474 (1994) (השופט ברק).

56 פרשת לוי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 401. ראו פרשת דייין, שם, בעמ' 475: "לא הרי האיזון בין שתי זכויות חוקתיות אלה כאשר מבקשים לקיים את האספה או התהלכה על מקרקעין הנתונים לבעלותן של המדינה או של רשויות ציבוריות, כהרי האיזון כאשר האספה או התהלכה מתוכננת על קניין הפרט... גם לעניין מקרקעין הנתונים לבעלותן של המדינה או של הרשויות הציבוריות, יש להבחין בין מקרקעין על-פי הפונקציות הטיפוסיות שלהם. על-כן יש מקום

”רב־הגוניות של המצבים האפשריים, מחייבת רב־גוניות בנקודת האיזון.
 אין לנקוט באמת־מידה אחת ויחידה, שיהא בה כדי לפתור את כל הבעיות.”

אכן, מספרן של נוסחאות האיזון העקרוניות עולה בהרבה על מספרן של הזכויות החוקתיות. לכל זכות חוקתית כמה נוסחאות איזון עקרוניות המשקפות את חשיבותה, את היקף הנזק שייגרם לה אם תוגשם המטרה של החוק הפוגע ואת הסתברותה של הפגיעה בזכות. כן משקפת נוסחת האיזון את חשיבותה של המטרה הפוגעת בזכות החוקתית ואת החיוניות והנחיצות של הגשמתה, את הנזק לזכות אחרת (של הפרט הנפגע או של פרט אחר⁵⁷) או לטובת הכלל אם לא תוגשם מטרת החוק, את מידת הוודאות להתרחשות הפגיעה בטובת הכלל אם לא תוגשם המטרה ואת ההסתברות של התממשות התועלת לטובת הכלל אם תיפגע הזכות. בפרשת עדאלה עמד המשנה לנשיא מ' חשין על מהותה של טובת הכלל שבכוחה להגביל את כבוד האדם:⁵⁸

”האינטרס הציבורי – אותו אינטרס המכוון עצמו להגביל זכות יסוד או לפגוע בה – מהווה לאמיתם של דברים אגד של אינטרסים – אינטרסים שונים באופיים ושונים בעוצמתם – ולא יהיה זה נכון וראוי כי נדבר

להבחין בין מקרקעין שנועדו, על פי המסורת החברתית, לקיום אספות או תהלוכות (כגון כבישים, רחובות או שדה תעופה...) לבין מקרקעין שלא נועדו לכך (כגון משרדי הממשלה). בין שני אלה קיימים מצבי ביניים, כגון מקרקעין של המדינה המשמשים לבתי־משפט ולבתי־סוהר... לעניין כבישים ורחובות, הנתונים לקניין המדינה או הרשויות הציבוריות, לא הרי כבישים או רחובות במרכזים עירוניים סואנים, כהרי כבישים ורחובות בשכונות מגורים. הוא הדין בקניין הפרטי. לא הרי קניין פרטי, שעל פי המסורת החברתית משמש את הציבור (כגון קניון)” (השופט ברק). ראו בג”ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006), פס’ 7 לפסק הדין: “ערך ההגנה על בטחון החיים אינו עשוי מקשה אחת. הוא נושא משמעויות שונות ועוצמות שונות בהקשרים שונים. משקלו היחסי משתנה מעניין לעניין בהתאם למידת ההסתברות למימושה של הסכנה לחיים הנובעת מההקשר הענייני הספציפי” (השופטת פרוקצ'יה); בג”ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ’ שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009), פס’ 40-41 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: “המשפט החוקתי מגלם את ערכי היסוד ואת עקרונות היסוד של השיטה. ערכים ועקרונות אלה מחייבים הכרעה בהתנגשות בין אינטרסים, ערכים וזכויות. לא אחת, ההתנגשות היא בין סוגים של אינטרסים, ערכים וזכויות יסוד, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות ממדרגה ראשונה... יישובו של הניגוד נעשה על דרך האיזון בין הערכים המתחרים, כאשר לכל אחד מהגורמים המתחרים חשיבות ומשקל יחסי משלו. ההכרעה נעשית על בסיס יחסיותם של הערכים המתחרים זה מול זה... נוסחת האיזון משקפת את המשקל היחסי של כל ערך וערך. אין נוסחת איזון אחת ויחידה, אלא מגוון רחב של נוסחאות איזון המתאימות עצמן לרב־גוניות המצבים האפשריים שהחיים מצמיחים, ולא־נסוף הניגודים העשויים להתרחש בהם.”

ראו פרשת חטיבת זכויות האדם, שם, פס’ 45 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. 57

שם, פס’ 42 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. 58

בהאינטרס הציבורי – האינטרס הציבורי בה"א היידוע – כמו המדובר באינטרס אחד מעשה מיקשה. שומה עלינו לבחון ולברוק מקרוב כל שריג מאותם אינטרסים המהווים יחדיו את האינטרס הציבורי הכללי, וכמידתו נמדוד לו.

(ה) החשיבות של נוסחאות האיזון העקרוניות

מהי חשיבותה של נוסחת האיזון העקרונית?⁵⁹ שאלה זו נדונה בהרחבה בפסיקה הישראלית שקדמה לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. הטעמים שניתנו לכך בפסיקה זו בעבר יפים גם כיום. ביטוי ראשון לצורך באיזון העקרוני ניתן בפרשת קול העם על ידי השופט ש' אגרנט שציין כי ראוי לגבש "עיקרון רציונלי".⁶⁰ השופט מ' שמגר עמד על חשיבותו של "עיקרון רציונלי" זה באחת הפרשות:⁶¹

"חוששני, כי תוצאתה של הצבת ערכים, זה לצד זה, בלי לגבש בו-זמנית גם אמות-מידה להערכת משקלם היחסי לא תהיה אלא כי בשל היעדר קנה-מידה משפטי, יפעיל בית-המשפט בכל מקרה ומקרה, על-פי מיטב הבנתו של המותב המזדמן, אותו קריטריון הנראה לו כהולם באותן נסיבות. במלים אחרות, אמת-המידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי, היינו את המגמה לקיומה של חירות-יסוד, תומר ותוחלף באמת-מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה."

על האיזון נמתחה ביקורת רבה.⁶² עיקרי הביקורת מופנים כלפי האיזון הקונקרטי.⁶³ בפיתוח של נוסחאות האיזון העקרוניות יש כדי להוות תשובה, ולו חלקית, לביקורת זו.⁶⁴ כלל האיזון הבסיסי ונוסחאות האיזון העקרוניות הנגזרות ממנו מבקשים להצביע על הרציונליות של האיזון. יש בהם כדי לממש את השיקולים המונחים ביסודה של כל זכות חוקתית וביסוד הצידוק להגנה עליה ולפגיעה בה; יש בהם משום הגברת ההיבט

59 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 270 (2004).

60 בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר"הפנים, פ"ד ז 871, 881 (1953).

61 ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ, פ"ד לב (3) 337, 361 (1978). ראו גם פרשת לוי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 400: "עיקרון רציונלי" זה נחוץ הוא, כדי להדריך את הציבור באשר למותר ולאסור. 'עיקרון רציונלי' זה חיוני הוא כדי להעמיד לפני הרשות השלטונית קריטריונים ואמות מידה על-פיהם היא צריכה לכוון את החלטותיה. 'עיקרון רציונלי' זה חשוב הוא להדרכתה של הרשות השופטת, אשר אינה צריכה לתת ביטוי לתפיסתה הסובייקטיבית שלה, אלא צריכה לכוון את פרשנותה על-פי אמות מידה אובייקטיביות."

62 לניתוח הביקורת, ראו לעיל עמ' 577.

63 ראו Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 50.

64 ראו לעיל עמ' 630.

האובייקטיבי של התהליך השיפוטי. הדבר אף מרים תרומה חשובה להבנייתו של שיקול הדעת ולשקיפותו.

2. נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט המשווה

(א) מיעוטן של נוסחאות איזון עקרוניות

בחינתו של המשפט החוקתי המשווה מצביעה על כך שפרט למשפט האמריקני ולמשפט הישראלי לא הוקדשה תשומת לב מיוחדת לפיתוחן של נוסחאות איזון עקרוניות בשיטות המשפט השונות. מהו הטעם לכך? ייתכן כי הדבר נבע מהגישה המשותפת לרבות משיטות המשפט, שלפיה לכל זכויות האדם החוקתיות חשיבות זהה.⁶⁵ על פי הנחה זו, כל שנוטר לבדוק הוא אם החוק הפוגע פגע בזכות החוקתית פגיעה קלה, בינונית או חמורה – ועל פי התשובה לשאלה זו לבחון את מידת החשיבות של הגשמת המטרה. ניתן לטעון כי הזהות בחשיבות של הזכויות הנפגעות מנע את ההפשטה הנורמטיבית מעבר למקרה הקונקרטי. אמת, החשיבות של הגשמת המטרה תמיד מובאת בחשבון, אך דומה ששיטות המשפט נתקלו בקושי של הכרה בנוסחאות איזון עקרוניות כשכף אחת של האיזון – היא כף הפגיעה בזכות – אינה "מתרוממת" מעבר למקרה הספציפי. אכן, אלכסי מדגיש כי תהליך האיזון בוחן איזה מבין העקרונות שיש להם מעמד שווה בהיבט המופשט הוא בעל משקל גדול יותר במקרה הקונקרטי. בהתייחסו לאפשרות של נוסחת איזון עקרונית כתב אלכסי:⁶⁶

"[A]bstract weights only have an influence on the outcome of balancing if they are different. If they are equal, which in the case of competing constitutional rights is often the case, the only relevant factor is their concrete importance."

מכאן גם ההסבר לגישה הגרמנית, שלפיה כאשר זכויות חוקתיות מתנגשות – בהנחה שהן שוות בחשיבותן – יש לאזן ביניהן בדרך של השלמה או התאמה פרקטית.⁶⁷ הסבר זה אינו מניח את הדעת,⁶⁸ משני טעמים: ראשית, בכמה שיטות משפט ובהן ישראל פותחה הגישה שלא כל זכויות האדם שוות בחשיבותן. נדרשת אפוא אמת-מידה

65 STEVEN GREER, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: ACHIEVEMENTS, PROBLEMS AND PROSPECTS 218 (2006).

66 ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 406 (Julian Rivers trans., 2002).

67 ראו לעיל עמ' 450.

68 Gregoire C. N. Webber, *The Cult of Constitutional Rights Reasoning* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007).

עקרונית שתקבע את האיזון בהתנגשות ביניהן. שנית, גם אם זכויות האדם כולן באותה רמת חשיבות, עדיין יש מקום לנוסחת איזון עקרונית כשזכות אדם מתנגשת בטובת הכלל. מסקנתי היא אפוא שאין הסבר אנליטי מניח את הדעת להיעדרן של נוסחאות איזון עקרוניות במשפט המשווה. לדעתי, האיזון העקרוני – כנגזר מהאיזון הבסיסי – הוא רצוי. האם זהו הטעם להכרה בו במשפט האמריקני והישראלי? לבחינתן של שאלות אלה אעבור עתה.

(ב) האיזון העקרוני במשפט האמריקני

תפקידו של האיזון העקרוני במשפט האמריקני שונה מתפקידן של נוסחאות האיזון העקרוניות במסגרת המידתיות במונח הצר. במשפט האמריקני האיזון העקרוני משמש אמת-מידה פרשנית. על פיו נקבע היקפן של הזכויות החוקתיות. כך, למשל, נקבע, כי חופש הביטוי בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית אינו משתרע על אמירות גזעניות או על אמירות שיש בהן תועבה. מסקנה פרשנית זו היא תוצאה של איזון פרשני, שמטרתו הייתה לקבוע את גבולותיו של חופש הביטוי כזכות חוקתית. בית המשפט שקל את התכליות המונחות ביסוד הזכות, איזון ביניהן והגיע למסקנה שיש להוציא מגבולותיה של הזכות אמירות גזעניות ואמירות שיש בהן תועבה. מכאן כינויו של איזון זה "איזון הגדרתי" (definitional), שכן הוא מגדיר את היקפה של הזכות.⁶⁹ משהסתיימה הגדרת ההיקף של הזכות מסתיים תפקידו של האיזון העקרוני (או ההגדרתי). בתוך גבולותיה של הזכות לא נערך יותר כל איזון. כך, למשל, רמות הבדיקה הקפדנית⁷⁰ (strict scrutiny) החלות על פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי בוחנות אם הפגיעה נעשתה לשם מטרה חיונית (compelling state interest) או צורך חברתי דחוף (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest). כן נבחנים במסגרת מבחן זה האמצעים להגשמת המטרה. עליהם להיות חיוניים (necessary) להגשמתה. משמעותה של דרישה זו היא שהם צריכים להיות מנוסחים בצמוד למטרה (narrowly tailored). מושג זה כולל שתי דרישות-משנה: האחת היא שלא יהיה אמצעי שפגיעתו פחותה (הדומה למבחן-המשנה השני של המידתיות); האחרת היא שהאמצעים לא יהיו רחבים מדי. זהו האיסור על כיוונית (overinclusiveness;) או על עריכת (overbreadth). תנאים אלה כולם – הן לעניין המטרות והן לעניין האמצעים – אינם מחייבים איזון⁷¹. אין בהם שקילה של חשיבות התוספת למטרה לעומת חשיבות המניעה של תוספת הפגיעה בזכות. מכאן הזהירות שיש לנהוג בהסתמכות על הפסיקה האמריקנית בעניין זה. במשפט האמריקני, עם צמצום היקפה של הזכות באמצעות האיזון העקרוני-פרשני, שוב לא יוחל עליה תהליך נוסף של איזון. לא כן בישראל. אם נצמצם בישראל את היקפה של הזכות

69 ראו Melville B. Nimmer, *The Right To Speak from Times To Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CAL. L. REV. 935, 944 (1968).

70 ראו לעיל עמ' 602.

71 ראו לעיל עמ' 603.

בהסתמך על האיזון העקרוני האמריקני, עדיין יהא צורך לצמצם את ההגנה על הזכות בהיקפה המצומצם על פי כללי האיזון העקרוני הנגזרים מהמידתיות בכלל ומדיני המידתיות במובן הצר בפרט. נמצא, שאם נסתמך על הגישה האמריקנית תיפגע הזכות החוקתית הישראלית פעמיים: פעם בצמצום היקפה (בהסתמך על האיזון העקרוני-פרשני נוסח ארצות-הברית) ולאחר מכן בצמצום ההגנה עליה בגדרי היקפה (על ידי האיזון העקרוני נוסח ישראל).

3. נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט הישראלי

(א) נוסחאות האיזון עד לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם

(1) פרשת קול העם

ראשיתן של נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט הישראלי בתחילת שנות החמישים בפרשת קול העם.⁷² אותה עת נהגה התפיסה כי הנורמה העליונה היא חוק של הכנסת: אין נורמה חוקתית מעליה.⁷³ התפיסה הייתה שהכנסת היא כל-יכולה.⁷⁴ מעט זכויות הוכרו במפורש בחקיקה.⁷⁵ מרבית הזכויות הוכרו על ידי הפסיקה כגון חופש העיסוק,⁷⁶ הזכות

- 72 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 60. ראו גם אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129 (1987).
- 73 ראו בג"ץ 10/49 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני של תל אביב, פ"ד א 85 (1948); ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129 (1971).
- 74 ראו ע"א 228/63 עוזו נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963); בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 349, 337 (1965). ראו גם יזהר טל "מחוקק כל יכול: האמנם? ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת" עיוני משפט י 361 (1984).
- 75 ראו חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, ס"ח 248; חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240; חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38.
- 76 ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד כ 80 (1949); בג"ץ 125/57 אוניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד יא 1490 (1957); בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד יב 264 (1958); בג"ץ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (1961); בג"ץ 144/72 ליפבסקי-הלפי נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 719 (1973); בג"ץ 230/73 ש.מ.צ. נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד כח(2) 113 (1974); בג"ץ 75/76 "הילרון" בע"מ נ' מועצה ליצור פירות ושיווקם, פ"ד ל(3) 645 (1976); בג"ץ 237/81 דעבול נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד לו(3) 365 (1982); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983); בג"ץ 382/83 מרימי נ' ראש עיריית רמת גן, פ"ד לח(1) 545 (1984); בג"ץ 189/85 ורדים חברה לגידול ויצוא פרחים בע"מ נ' ייצור פרחים בע"מ, פ"ד לט(4) 626 (1985); בג"ץ 868/86 טרודלר נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא(1) 694 (1987); בג"ץ 809/86 ינוביץ נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא(4) 309 (1987); בג"ץ 338/87 מרגליות נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 112 (1988); בג"ץ 146/88 קורן נ' עיריית רחובות, פ"ד

לשוויון, 77 הזכות לחופש ביטוי, 78 הזכות לקניין, 79 הזכות לחינוך⁸⁰ והזכות לחופש המצפון.⁸¹ הזכויות שהוכרו היוו חלק מהמשפט המקובל הישראלי. הן היו כפופות לדבר המחוקק. כך, למשל, לעניין חופש העיסוק פסק השופט ש"ז חשין ב-1949:⁸²

"כלל גדול הוא כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק."

חופש העיסוק כפוף לדבר המחוקק. על רקע מבחן נורמטיבי זה נפסקה ההלכה בפרשת קול העם. בית המשפט פירש את הוראתה של פקודת העיתונות,⁸³ שלפיה הוסמך שר הפנים להפסיק הופעת עיתון אם דבר המתפרסם בו "עלול" (likely), לדעתו, לסכן את שלום

- מב(4) 72 (1988); בג"ץ 896/87 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מג(1) 701 (1989).
- 77 ראו בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 639 (1964); בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693 (1969); ד"נ 10/69 ברונובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971); בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978); בג"ץ 507/81 אבו-חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 585, 561 (1981); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988); ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מג(4) 221, 272 (1989); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990). ראו גם יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (1999).
- 78 ראו פרשת קול העם, לעיל ה"ש 60; ע"א 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד לא(2) 281, 295 (1977); פרשת לוי, לעיל ה"ש 54; בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989); בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989).
- 79 ראו בג"ץ 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, פ"ד לה(3) 645, 656 (1981); ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי, פ"ד מה(4) 529 (1991); בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 595 (1991).
- 80 ראו בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחר גילת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2 (1996); בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 27.7.2008).
- 81 ראו בג"ץ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1) 481 (1951); בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449 (1984); צבי ברנון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" עיוני משפט ג 405 (1973).
- 82 פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 76, בעמ' 82.
- 83 ס' 19 לפקודת העיתונות, 1933, חא"י ב 1191. בעל הסמכות בפקודה הוא הנציב העליון, עם קום המדינה הועברה סמכותו לממשלה וממנה לשר הפנים.

הציבור. השאלה שהתעוררה הייתה מה פירושו של הביטוי "עלול". השופט ש' אגרנט ציין כי דיבור זה יש לפרש על פי כוונת המחוקק ואותה יש ללמוד מעקרונות היסוד של השיטה. עקרונות אלה, מטבע הדברים, עשויים לנגוד זה את זה: "עיקר הסבך מקורו בתופעה, שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה"⁸⁴. סבך זה יותר בדרך של איזון בין העקרונות המתנגשים, ובלשונו של השופט ש' אגרנט:⁸⁵

"מן ההכרח שתתעורר השאלה – ודוקא משום שאין אותה גישה מכילה בקרבה נוסחה מדויקת וצרה – מהו העיקרון הרציונאלי שצריך לשמש לה, לרשות המבצעת, שעה שהיא עוסקת בתהליך האמור, לשם הכרעת הכף לצד זה או זה משני האינטרסים הנזכרים."

כיצד ייעשה האיזון? השופט ש' אגרנט ציין כי "הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה"⁸⁶. הוא הוסיף:⁸⁷

"הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הניתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים, הנחשבים בתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים על-ידי מימוש העקרון של חופש הביטוי. תיחום התחומים לשימוש בזכות לחופש הדיבור והפרסה (press), נעוץ, איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור הנסיבות, ידם על העליונה."

על רקע זה בחן השופט ש' אגרנט את חשיבותו של העיקרון בדבר חופש הביטוי. הוא ראה בו "זכות עילאית"⁸⁸, המהווה "את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות"⁸⁹. כן בחן השופט ש' אגרנט את האינטרס בדבר "שלום הציבור". הוא איזן בין השניים וקבע את נוסחת האיזון הבאה: ניתן להגביל את חופש הביטוי מטעמים של שלום הציבור אם יש הסתברות של "קרוב לוודאי" לגרימת נזק לשלום הציבור אם לא יוגבל חופש הביטוי.⁹⁰

84 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 60, בעמ' 880.

85 שם, בעמ' 881.

86 שם.

87 שם, בעמ' 879.

88 שם, בעמ' 878.

89 שם.

90 שם, בעמ' 884.

כאמור, פרשת קול העם עסקה בפירושו של הדיבור "עלול" (likely) בפקודת העיתונות. נוסחת האיזון שנקבעה בה היא חלק מפרשנותה של לשון החוק על רקע תכליתו. האיזון העקרני קובע את התכלית של החוק. זהו איזון פרשני.⁹¹ מה הדין אם אין דיבור מיוחד שדורש פרשנות אלא יש שיקול דעת שלטוני המבוסס על הוראת הסמכה כללית? שאלה זו התעוררה בפרשת אולפני הסרטה בישראל.⁹² בפרשה זו נדונה סמכותה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לתת רשות להקרנת סרט תוך הטלת תנאים או בלעדיהם או לסרב לתת רשות להקרנת סרט או חלק ממנו. האם בהפעלת סמכותה זו המועצה חייבת לערוך את האיזון שנקבע בפרשת קול העם? תשובתו של בית המשפט העליון הייתה בחיוב. השופט מ' לנדוי ציטט מדבריו של השופט ש' אגרנט והוסיף:⁹³

"בענין 'קול העם' פירש בית-המשפט את ההוראה הסטטוטורית הספציפית שבסעיף 19(2)(א) לפקודת העתונות, בעוד שכאן אנו דנים בשיקול-דעת מינהלי, שלא הוגדר הגדרה נוספת בסעיף 6(2) של פקודת סרטי הראינוע. אך ההחלטה בענין 'קול העם' הועמדה על בסיס רעיוני רחב, ההולם במלואו את הענין שלפנינו."

פרשת אולפני הסרטה בישראל והפסיקה שבעקבותיה הרחיבו את היקף התחולה של הלכת קול העם. שוב לא הייתה זו אך הלכה המפרשת ביטוי זה או אחר בדבר חקיקה. הייתה זו הלכה המפרשת את הסמכות השלטונית במובנה הרחב, על רקע תכליתה האובייקטיבית. תכלית זו כוללת את העקרונות המתנגשים כולם ואת האיזון ביניהם על פי נוסחאות האיזון העקרוניות. ההלכה נהפכה לחלק מהמשפט המקובל הישראלי והיא חלה על כל הזכויות ועל כל ההתנגשויות בין הזכויות לבין זכויות אחרות או בינן לבין טובת הכלל.

השפעתה של פרשת קול העם הייתה דרמטית משני טעמים: ראשית, היא הכירה בחופש הביטוי כעיקרון יסודי של המשפט הישראלי וכזכות אדם בישראל. היא עשתה כן בלא כל הוראה חקוקה בעניין זה וכחלק מהמשפט המקובל הישראלי. במשך השנים הופעלה גישה דומה ובית המשפט העליון הכיר, כחלק מהמשפט המקובל הישראלי, במרבית זכויות האדם המקובלות באותה עת. שנית, פרשה זו הניחה את הבסיס לתורת האיזון הישראלית. תורה זו מאפיינת יותר מכול את המשפט הציבורי הישראלי.⁹⁴ על רקע תפיסה עקרונית זו נוצרו נוסחאות האיזון העקרוניות. בצד כל זכות נקבעו נוסחאות האיזון המתאימות לה בהתנגשה

91 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

92 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז(4) 2407 (1962).

93 שם, בעמ' 2418.

94 ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 397, 413 (1995); בג"ץ 6024/97

שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 649 (1999).

בעיקרון נוגד שעניינו זכות אחרת או טובת הכלל. הבחנה בסיסית שהוכרה בעניין זה הייתה בין איזון אופקי לאיזון אנכי. לבחינתה של זו אפנה עתה.

(2) איזון אנכי ואיזון אופקי

בית המשפט העליון הכיר בכך שהנוסחה שנקבעה בפרשת קול העם היא אחת ממגוון של נוסחאות איזון. הודגש כי "נוסחאות האיזון משתנות על-פי הערכים המתחרים, ובמסגרתם של ערכים נתונים, על-פי המטרות החברתיות ותפיסות היסוד החוקתיות".⁹⁵ הבחנה בסיסית בהקשר זה נעשתה בין איזון אופקי לבין איזון אנכי.⁹⁶ איזון אופקי מתקיים כאשר שני עקרונות שווי-מעמד מתנגשים. כך הדבר כששתי זכויות אדם שמעמדן החוקתי זהה מתנגשות זו בזו.⁹⁷ לכל אחת משתי הזכויות מעמד נורמטיבי שווה, שכן מטבע הדברים באותה תקופה רובן היו זכויות הלכתיות, כחלק מהמשפט המקובל הישראלי. בהתנגשות זו כל עיקרון שומר על מעמדו הנורמטיבי וכל שנדרש הוא לקבוע את הוויתור ההדדי של האחד לאחר. נוסחת האיזון משקפת את מידת הוויתור של כל אחד מהעקרונות. עמדתי על כך בפרשת דיין:⁹⁸

"באיזון 'האופקי' שני הערכים המתנגשים הם שווי מעמד. נוסחאת האיזון בוחנת את מידת הוויתור ההדדי של כל אחת מהזכויות. כך, למשל, זכות התנועה וזכות התהלוכה הן שוות מעמד. נוסחאת האיזון תקבע תנאים של מקום, זמן והיקף כדי לאפשר חיים בצוותא של שתי הזכויות. למותר לציין כי תנאים אלה של מקום, זמן והיקף עשויים להשתנות, על-פי מהותן של הזכויות 'השוות', המטרות החברתיות המונחות ביסודן ותפיסות היסוד החוקתיות."

איזון אנכי מתקיים כשעיקרון אחד נמצא ברמה נורמטיבית גבוהה מזו של העיקרון האחר. כך הדבר כשזכות אדם הלכתית מתנגשת בהוראת חוק, בתקנה או בהוראת מנהל. נורמות אלה נמצאות ברמה נורמטיבית גבוהה מההלכה השיפוטית. האיזון נועד לקבוע את הנסיבות והתנאים שבהם עדיפות זו מתרחשת. עמדתי על כך בפרשת דיין:⁹⁹

"באיזון 'האנכי', ידו של ערך אחד – המתנגש עם ערך אחר – על העליונה."

95 פרשת דיין, לעיל ה"ש 55, בעמ' 475 (המשנה לנשיא ברק).
 96 להבחנה זו ראו, גרעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006); גרעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 204 (2009).
 97 ראו לעיל עמ' 115.
 98 פרשת דיין, לעיל ה"ש 55, בעמ' 475-476.
 99 שם, בעמ' 475.

עם זאת, עליונות זו משתכללת רק אם מתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לעניין הסתברות הפגיעה בערך העדיף ומידתה.¹⁰⁰

במסגרת האיזון האנכי נפסק בפרשת קול העם כי האינטרס של שלום הציבור (המעוגן בפקודת העיתונות) גובר על חופש הביטוי (המעוגן במשפט המקובל), ובלבד שיש ודאות קרובה שייגרם נזק ממשי לשלום הציבור אם לא יוגבל חופש הביטוי. בדומה, האינטרס הציבורי לביטחון, המעוגן בתקנות ההגנה (שעת חירום)¹⁰⁰ המנדטוריות או בחקיקה ישראלית, גובר על חופש התנועה מחוץ לגבולות המדינה, ובלבד שיש "חשש כן ורציני" לפגיעה בביטחון אם תוגשם הזכות לצאת מהארץ.¹⁰¹ האינטרס הציבורי בטוהר השיפוט, שעוגן בהוראה פלילית האוסרת על פרסום דבר על עניין התלוי ועומד בבית המשפט, גובר על חופש הביטוי אם יש אפשרות סבירה שיש בפרסום כדי להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו.¹⁰² השופט י' זוסמן ציין:¹⁰³

"אין די בסכנה רחוקה הנשקפת להליך (remote effect), אבל די בהשפעה אפשרית, שכן אחת היא אם בפועל עשה הפרסום את שלו והשפיע על המשפט או אם רק יכול היה להשפיע ואפשרות זו, של השפעה על תוצאות המשפט, די לה אם היא אפשרות סבירה, ואין צורך שתהא קרובה לוודאי או ממשמת ובאה (imminent)."

בכל המקרים הללו ובאחרים הנחת היסוד הייתה שהחוק גובר על הזכות. נוסחת האיזון היוותה כלל פרשני; היה זה איזון פרשני.¹⁰⁴ נוסחת היסוד קבעה באלו תנאים מתרחשת ההתנגשות בין החוק לזכות. היא קבעה מתי הסתירה בין החוק לזכות היא אמיתית. על כן, כאשר החוק פגע בזכות בלשון ברורה, חד-משמעית ומפורשת – או אז הסתיים התפקיד הפרשני של נוסחת האיזון: בהתנגשות אמיתית יד החוק על העליונה.

(3) הערכת המפעל השיפוטי

ההכרה השיפוטית במגוון זכויות אדם בישראל וההגבלות עליהן באמצעות נוסחאות האיזון הוא מפעל רב-חשיבות. בהיעדרה של מגילת זכויות חוקתית או חקיקתית, הכיר בית

100 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 858.

101 ראו בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701 (1986).

102 החוק שונה בשנת 2002, האיסור חל רק על פרסום דבר בעניין פלילי התלוי ועומד בבית משפט, ראו ס' 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 שתוקן בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 32), התשס"ב-2002, ס"ח 244.

103 ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(1) 169, 181 (1963).

104 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

המשפט העליון במגילת זכויות אדם הלכתית.¹⁰⁵ ההגבלות השיפוטיות באמצעות נוסחאות האיזון הביאו בישראל למשטר של זכויות אדם ראוי בחברה דמוקרטית. חרף התנאים הקשים ששררו בישראל – מלחמות, טרור ובעיות ביטחון קשות, קליטת עלייה, תהפוכות כלכליות ומתח חברתי – הונח היסוד למבנה איתן של זכויות אדם וההגבלות עליהן. בהיעדר נורמה חוקתית-על-חוקית באותה עת, טבעי היה כי זכויות האדם וההגנה עליהן יוכפפו לדבר החקיקה. עם זאת, פרשנותו של דבר החקיקה ושל הלכות המשפט המקובל שסבבו אותו, אפשרו – בהיעדר לשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית – לקיים משטר ראוי של זכויות אדם, הן בתקופות רגיעה והן בתקופות של טרור ולחימה. תרם לכך המחוקק, אשר נמנע מלשנות את הלכות המשפט המקובל המכירות בזכויות האדם.

השאלה הניצבת בפני המשפט החוקתי הישראלי היא אם נוסחאות האיזון ההלכתיות ממשיכות לחול אחרי כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. נטיית הלב היא לתת תשובה חיובית לשאלה זו. נוסחאות האיזון שפותחו במשך כארבעים שנה על ידי הפסיקה של בית המשפט העליון הן מפעל שיפוטי חשוב שתרם רבות לדמוקרטיה הישראלית ולשלטון החוק בה. אם יש אפשרות להמשיך ולהשתמש בהן – לא רק במישור של פרשנות החוק הפוגע אלא גם במתן מובן לפסקת ההגבלה החוקתית – רצוי לעשות כן. בכך תובטח גם ודאות וקוהרנטיות משפטית.¹⁰⁶ האם יש אפשרות כזו? לבחינתה של שאלה זו אעבור עתה.

(ב) נוסחאות האיזון של הלכת קול העם ופסקת ההגבלה בחוקי היסוד

(1) האם נוסחאות האיזון ההלכתיות ממשיכות לחול במסגרת חוקי היסוד?

האם נוסחאות האיזון שנקבעו בפסיקה הישראלית לפני כינונם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק ממשיכות לעמוד בעיני לעניין הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקי היסוד? כפי שציינתי, לרעיון של נוסחאות איזון עקרוניות מקום חשוב במסגרת פסקת ההגבלה.¹⁰⁷ הדגשתי את החשיבות של שלב הביניים בין כלל האיזון הבסיסי לבין כלל האיזון הקונקרטי. האם ניתן לממש רעיון זה באמצעות נוסחאות האיזון שפותחו בפסיקה הישראלית לפי הדין הקודם? הקושי במתן תשובה חיובית לשאלה זו מקורו במבנה האנליטי השונה של האיזון במידתיות בהשוואה לנוסחאות האיזון ההלכתיות. מבחני האיזון במידתיות מניחים זכות ברמה חוקתית הנפגעת על ידי נורמה נמוכה ממנה (כגון חוק). אם מבחני המידתיות מתקיימים הפגיעה היא חוקתית ואם הם אינם מתקיימים

105 על זכויות אדם הלכתיות במשפט המקובל, ראו & AN INTRODUCTION TO HUMAN RIGHTS & THE COMMON LAW (Rosalind English & Philip Havers eds., 2000); PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA (Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2006); David Jenkins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 INT'L J. CONST. L. 183 (2009).

106 ראו Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 50.

107 ראו לעיל עמ' 630.

הפגיעה אינה חוקתית. מבחני האיזון ההלכתיים מניחים זכות ברמה הלכתית (כלומר: תת-חוקית), הנפגעת לכאורה על ידי נורמה גבוהה ממנה (חוק, חקיקת-משנה או הוראת מינהל מכוחו של חוק). אם הם מתקיימים לא מתרחשת כלל פגיעה ואם הם אינם מתקיימים הפגיעה מתרחשת והחוק תמיד גובר על הזכות.

שוני זה במבנה האנליטי משקף את השינוי המהותי בעניינין של זכויות האדם שהתרחש עם כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. ממעמד של דין הלכתי הן הועמדו במעמד של דין חוקתי. הכוח הבלתי-מוגבל של החוק (שהיה ברמה גבוהה יותר) לפגוע בזכות (שהייתה ברמה נמוכה יותר) נעלם. תחתיו בא כוחו המוגבל של החוק לפגוע בזכות חוקתית. עמדתי על כך בפרשת בנק המזרחי המאוחד:¹⁰⁸

”המהפכה החוקתית אינה מתבטאת אפוא בעצם ההכרה בקיומן של זכויות האדם. הכרה זו קיימת בישראל על בסיס הפסיקה, מימים ימימה. המהפכה החוקתית מתבטאת בשינוי מעמדן החוקתי של זכויות האדם... שוב אין לאדם בישראל אך זכויות הילכתיות 'שאינן כתובות על ספר'... הן הפכו לזכויות חוקתיות החרוטות על דפי החוקה, והנהנות מעליונות נורמטיבית... חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בלא לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה... אינו חוקתי, ובית המשפט יצהיר על בטלותו. זהו שורש השינוי החוקתי. כדבר הזה לא היה בעבר.”

שוני מהותי זה ביחס בין הזכות לבין ההגבלות עליה מתבטא במישורן בשוני שבין מעמדו ותפקידו של האיזון בנוסחאות האיזון ההלכתיות לבין המעמד והתפקיד של האיזון במידתיות. האיזון בנוסחאות האיזון ההלכתיות מילא בסופו של יום תפקיד פרשני. היה זה איזון פרשני¹⁰⁹. הוא פירש את הסמכות השלטונית במובנה הרחב. הוא בא לקבוע את המובן של הסמכות השלטונית ואת המצבים שבהם סמכות זו מתנגשת בזכות אדם. הוא צמצם בדרך פרשנית את הסמכות השלטונית ובכך הקטין את שטח החיכוך. כאשר התקיים החיכוך בכל זאת – יד החוק הפוגע בזכות האדם על העליונה. שונה הוא מעמדו של האיזון במידתיות: הוא אינו ממלא תפקיד פרשני. הוא אינו איזון פרשני; הוא לא בא לקבוע את מובנה של הסמכות השלטונית ואת המצבים שבהם סמכות זו מתנגשת בזכות אדם. הוא אינו מצמצם בדרך פרשנית את הסמכות השלטונית והוא אינו מצמצם את שטח החיכוך אלא משאיר אותו כשהיה. הוא קובע את התנאים לחוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית בתחום החיכוך. אם תנאיו של האיזון במידתיות מתקיימים הפגיעה היא חוקתית והזכות אינה מוגנת בתחום הפגיעה. כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים הפגיעה אינה חוקתית והזכות מוגנת בתחום הפגיעה.

108 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 354 (1995).

109 על האיזון הפרשני, ראו לעיל עמ' 98.

(2) פתרון הבעיה: הכרה בנוסחאות האיזון ההלכתיות תוך התאמתן למבנה החוקתי החדש

(אא) האיזון ההלכתי כחלק מהאיזון העקרוני בפסקת ההגבלה

האם יש מקום לנוסחאות האיזון ההלכתיות במסגרת מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה? שאלה זו התעוררה כמה פעמים בפסיקה.¹¹⁰ ניתנה עליה תשובה חיובית. אכן, חרף השוני בין מעמדן ותפקידן של נוסחאות האיזון ההלכתיות לבין מעמדן ותפקידן של נוסחאות האיזון העקרוניות במידתיות, יש להן בסיס משותף. בשני המקרים מטרתן של האיזון היא אימוץ של מבחנים עקרוניים לקביעת תוצאותיה של פגיעה בזכות אדם. מבחני האיזון ההלכתיים ביקשו לקבוע אמות-מידה עקרוניות שבמסגרתן תתאפשר פגיעה כדין בזכות אדם, שמחוצה להן הפגיעה אינה כדין. הטכניקה המשפטית הייתה פרשנית אבל המהות קבעה הגבלות על הפגיעה בזכות האדם. הוא הדין בתפקיד של נוסחאות האיזון העקרוניות בגדרי המידתיות. גם הן נועדו לקבוע אמות-מידה עקרוניות שיקבעו את מידת ההגנה על זכויות האדם החוקתיות אולם הטכניקה המשפטית אינה פרשנית: היא קובעת את ההגבלות על הפגיעה בזכות החוקתית. הטכניקה המשפטית שונה אך המטרה של הגנה על זכויות האדם מפני פגיעתו של החוק היא משותפת. טלו למשל את נוסחת האיזון העקרונית של פרשת קול העם. זו קובעת כי בהיעדר לשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית אין לפגוע בחופש הביטוי בשל טעמים של שלום הציבור אלא אם יש ודאות קרובה לכך שייגרם נזק ממשי וכבד לשלום הציבור אם לא יוגבל חופש הביטוי. נוסחת איזון פרשנית זו עשויה לשמש גם נוסחת איזון חוקתית בגדריה של המידתיות.

(בב) "מיקומן" של נוסחאות האיזון ההלכתיות בגדריה של פסקת ההגבלה

היכן יש למקם את נוסחאות האיזון ההלכתיות בגדרי המידתיות? שאלה זו טרם הוכרעה בפסיקתו של בית המשפט העליון.¹¹¹ בפרשת חורב מיקמתי את נוסחאות האיזון ההלכתיות במרכיב המטרה הראויה.¹¹² בפרשת מילר מיקמה השופטת ד' דורנר את נוסחאות האיזון ההלכתיות בגדרי מבחן-המשנה השלישי של המידתיות – מידתיות במובן הצר.¹¹³ לדעתי, גישה זו של השופטת ד' דורנר היא הראויה. הנוסחאות ההלכתיות הן נוסחאות איזון. יש

110 ראו בג"ץ 4541/98 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 138, 94 (1995); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 41 (1997); בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 286, 267 (2001); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 263, 249 (2003); בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595, 612 (2004); פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 56, פס' 46 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

111 ראו פרשת סולודקין, שם, בעמ' 612.

112 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 110, בעמ' 41. זו גם עמדתם של מדינה וסבן, לעיל ה"ש 46.

113 ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 110, בעמ' 141.

למקם אותן באותו שלב של המידתיות המבוסס כל-כולו על איזון¹¹⁴. שלב זה הוא המידתיות במובן הצר.¹¹⁵

ניתן לנמק את הגישה שלפיה נוסחאות האיזון ההלכתיות צריכות למצוא את מקומן במסגרת מבחן-המשנה השני – הצורך לבחור באמצעי הפוגע פחות – בכך שבמסגרת מבחן זה ניתן לאזן בין ההפחתה בפגיעה בזכות החוקית לבין ההפחתה בהגשמת מלוא התכלית הראויה. בכך תושג המטרה של "פשרה" בין העקרונות המתנגשים בלא צורך בהכרעה "בינארית".¹¹⁶ לדעתי, מבחן-המשנה השני אינו מאפשר איזון זה. האמצעי החילופי שבו יש לבחור צריך להגשים את מלוא המטרה הראויה ולא את חלקה בלבד. הגשמת חלק מהמטרה הראויה, בדרך של איזון בינה לבין הזכות החוקתית הנפגעת, יכול להיעשות רק במסגרת מבחן-המשנה השלישי (המידתיות במובן הצר).¹¹⁷

הנה כי כן, האכסניה הראויה לנוסחאות האיזון ההלכתיות היא גדרי האיזון שבמבחן-המשנה השלישי. בגדרו של מבחן זה יהא מקום לבחון את קיומה של חלופה מידתית. חלופה זו עשויה להגשים רק חלק מהמטרה הראויה במחיר פגיעה פחותה בזכות החוקתית. בחינתה של חלופה זו נעשית במסגרת האיזון הנערך בגדרי מבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר).¹¹⁸ במסגרת זו ייערך האיזון כאשר טובת הכלל מתנגשת עם זכות חוקתית וכאשר זכות חוקתית אחת (שעמה החוק מבקש להיטיב) מתנגשת עם זכות חוקתית נוגדת (שבה החוק פוגע). בהקשר זה הובעה לעתים הגישה שלפיה מבחן-המשנה השלישי, שעניינו האיזון, אינו חל כשמתנגשות שתי זכויות חוקתיות. לדעת השופט ד' דורנר "אמות-המידה שבפסקת ההגבלה, ובמיוחד עיקרון המידתיות, אינן הולמות איזון בין שתי זכויות-אדם".¹¹⁹ גישה זו נכונה היא, עד כמה שמטרת האיזון לקבוע את היקפן של הזכויות המתנגשות ברמה החוקתית.¹²⁰ כאשר יש התנגשות "אמיתית"¹²¹ בין שתי זכויות חוקתיות, ההכרעה בשאלה איזו זכות תגבר אינה מוכרעת על ידי הוראותיה של פסקת ההגבלה. הוא

114 ראו לעיל עמ' 425.

115 ראו Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 50.

116 לרעיון ה"פשרה" השוו ספיר "ישן מול חדש", לעיל ה"ש 96; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 96. לגישה דומה, ראו Stephan Siegel, *The Death and Rebirth of the Clear and Present Danger Test*, in TRANSFORMATIONS IN AMERICAN LEGAL HISTORY: ESSAYS IN HONOR OF PROFESSOR MORTON J. HORWITZ 211 (Alfred Brophy & Daniel Hamilton eds., 2008).

117 ראו Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Rivers*, 5 REV. CONST. STUD. 195 (2000), וכן Rivers, לעיל ה"ש 24. זו עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה בפרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 56, פס' 46 לפסק דינה.

118 ראו לעיל עמ' 400.

119 פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 110, בעמ' 286.

120 ראו לעיל עמ' 115.

121 להתנגשות "אמיתית" ולהבחנה בינה לבין התנגשות "מדומה", ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 542 (1990).

הדין אם ההתנגשות היא בין זכות חוקתית לבין טובת הכלל המעוגנת ברמה חוקתית. התנגשות זו נפתרת באמצעות גישה פרשנית והאיזון הוא פרשני. הוא נערך מחוץ לפסקת ההגבלה¹²². לא כן כאשר זכות חוקתית מתנגשת עם נורמה תת-חוקתית שמטרתה איזון בין זכויות חוקתיות. התנגשות זו נפתרת ברמה התת-חוקתית, במסגרתה של פסקת ההגבלה.¹²³

(גג) התאמתן של נוסחאות האיזון ההלכתיות לאיזון העקרוני שבפסקת ההגבלה

(1) ההבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי

ההבחנה ההלכתית בין איזון אופקי לאיזון אנכי מאבדת מקצת מחשיבותה. הטעם לכך הוא שפסקת ההגבלה חלה על שני המצבים – ואף המידתיות במובן הצר חלה על שני המצבים. עם זאת, ניתן להצביע על שני עניינים שבהם יש ייחוד לאיזון העקרוני כששתי זכויות אדם מונחות על שתי כפות המאזניים (איזון אופקי): ראשית, העובדה שמטרת החוק היא הגנה על זכות חוקתית או קידום שלה מקיימת כשלעצמה את מבחן הסף של המטרה הראויה.¹²⁴ לעומת זאת, כאשר מטרתו של החוק הפוגע היא הגשמה של טובת הכלל, יש לבחון אם טובת כלל זו עוברת את מבחני הסף של המטרה הראויה. לא כל טובת כלל מצדיקה פגיעה בזכות חוקתית¹²⁵. שנית, כאשר יש זכויות חוקתיות על שתי כפות המאזניים, לעתים יש לאזן בין חובתו של המחוקק לא לפגוע בזכות האחת לבין חובתו להגן על הזכות האחרת או לקדם אותה.¹²⁶ משני צדי האיזון מונחת על הכף חובתו של המחוקק. לעומת זאת, כאשר בצד אחד מונחת זכות חוקתית ובאחר טובת הכלל, יש לאזן בין חובתו של המחוקק לא לפגוע בזכות החוקתית לבין סמכותו להגשים את טובת הכלל. על פי גישה זו, הגשמה של טובת הכלל היא סמכות של המחוקק אך אינה בהכרח חובה חוקתית שלו.¹²⁷ היא תיהפך לחובה חוקתית במצב שבו הגשמה של טובת הכלל היא גם זכות חוקתית של הפרט.

122 ראו לעיל עמ' 98.

123 ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008), פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "דרישותיה של פסקת ההגבלה – ובמיוחד דרישות התכלית הראויה והמידתיות – עשויות בנסיבות מתאימות להיות לעזר אף כאשר מדובר באיזון אופקי בין שתי זכויות אדם מתחרות. נוטה אני לדעה כי מבחני פסקת ההגבלה יכולים לשמש לצורך עריכת איזונים אופקיים בין זכויות שוות-מעמד, אף כי דרך הפעלתם ויישומם של מבחנים אלה עשויים להשתנות בהתאם לסוג הערכים המתנגשים, משקלם היחסי, מהות האיזון ביניהם ומכלול נסיבות העניין". ראו גם פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 56, פס' 46-47 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

124 ראו לעיל עמ' 306 ועמ' 323.

125 ראו לעיל עמ' 327.

126 ראו לעיל עמ' 513.

127 Rivers, לעיל ה"ש 24, בעמ' 168.

הנה כי כן, ההבחנה העקרונית בין חוק שנועד להגן על זכות הפרט לבין חוק שנועד להגשים את טובת הכלל – בין איזון אופקי לאיזון אנכי – בעינה עומדת. גם אם עומעם זוהרה יש לה השלכות משפטיות. אמת, לעתים ההבחנה בין זכות הפרט לטובת הכלל (או אינטרס הכלל) אינה קלה. בעיקר כך לאור הגברת המגמה להכיר בכמה עניינים השייכים לטובת הכלל כזכויות הפרט. חרף קשיים אלה יש שוני מהותי בין הגשמה של טובת הכלל (שהיא מסמכות המדינה) לבין הגנה על זכות אדם (שהיא חובת המדינה). כך, למשל, מניעת פגיעה ברגשות דתיים היא עניין לטובת הכלל; מניעת פגיעה בחופש הדת היא עניין לזכות הפרט. לעתים ניתן לראות אותו עניין כשייך הן לטובת הכלל והן לזכות הפרט. במצב דברים זה יש לשאוף לפתרון המתיישב עם שתי נוסחאות האיזון.¹²⁸

(2) התאמות לעניין איזון אופקי

נוסחאות האיזון ההלכתיות יצאו מתוך הנחה, לעניין האיזון האופקי, שהזכויות המתנגשות הן במעמד נורמטיבי זהה ושחשיבותן זהה. זו גם הנחתו של המשפט הגרמני במסגרת הדוקטרינה של ההשלמה או ההתאמה הפרקטית (praktische Konkordanz)¹²⁹. הנחה זו אינה נכונה תמיד.¹³⁰ זכויות במעמד נורמטיבי שווה יכולות להיות בעלות חשיבות שונה. בפיתוח נוסחאות האיזון העקרוניות, שעה ששתי זכויות חוקתיות מתנגשות, יש לתת ביטוי להבדלים בחשיבותן של הזכויות. כך, למשל, יש להתחשב במידת הנחיצות או הדחיפות בהגנה על זכות חוקתית אחת לעומת הנזק הנגרם לזכות חוקתית חשובה ממנה. זאת ועוד: יש להביא בחשבון את ההיקף של הפגיעות בזכויות חוקתיות שוות-חשיבות המתנגשות זו בזו. כאשר מדובר בזכות חוקתית שנפגעה רבות בעבר, החשיבות הכרוכה במניעת פגיעה קטנה בה יכולה להיות רבה יותר ממניעת פגיעה בהיקף דומה בזכות חוקתית שהגבלות עליה בעבר היו מעטות. למותר לציין כי במסגרת האיזון האופקי – הן לעניין זכויות שוות-חשיבות והן לעניין זכויות ברמות חשיבות שונות – יש להתחשב בהסתברות הגשמתה של ההגנה על זכות חוקתית אחת ושל הסתברות הגשמתה של הפגיעה בזכות אחרת.

(3) התאמות לעניין האיזון האנכי

נוסחאות האיזון האנכיות הופעלו ברמת הפשטה גבוהה. לא תמיד שיקפה רמת הפשטה זו במלואה את השיקולים המונחים ביסודה של הזכות הנפגעת וביסוד הטעמים המצדיקים

128 ראו פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 110, בעמ' 276.

129 ראו לעיל עמ' 453.

130 ראו לעיל עמ' 325.

פגיעה בה.¹³¹ כך, למשל, נתפס חופש הביטוי ברמת הפשטה גבוהה בלא שנערכו במסגרתו הבחנות המשקפות את מורכבותו של חופש זה: לא הרי הגבלה מראש (prior restraint) כהגבלה בדיעבד; לא הרי נזק מקיף לזכות זו כהרי נזק שולי; לא הרי נזק ודאי כהרי נזק שרמת הסתברותו רחוקה. רמת הפשטה גבוהה זו פעלה גם לעניין טובת הכלל שהצדיקה את הפגיעה בחופש הביטוי. כך, למשל, נקבע כי ניתן לפגוע בחופש הביטוי כדי להגן על "הסדר הציבורי". לדיבור זה ניתנה הגדרה רחבה מדי.¹³² אכן, נדרשת בחינה מחודשת של נוסחאות האיזון ההלכתיות. אמת-המידה לבחינה זו הם הטעמים המונחים ביסוד הזכות הנפגעת וביסודו של הצידוק לפגוע בה.¹³³ על פי אמת-מידה זו יהיה מקום לקבוע נוסחאות איזון עקרוניות שישקפו את הטעמים המונחים ביסוד הזכות ואת הטעמים המצדיקים פגיעה בה. הדבר עשוי להגדיל את מספרן של נוסחאות האיזון. אין להירתע מכך, שכן הדבר ישיג בצורה שלמה יותר את ההגנה הראויה על הזכות החוקתית ועל טובת הכלל גם יחד.

ו. שמירה על מרכיבי המידתיות

המידתיות מורכבת מארבעה מרכיבים ומהם בלבד: מטרה ראויה, קשר רציונלי, צורך ומידתיות במובן הצר. יתרונותיה של המידתיות על החלופות לה – ובעיקר הבניה של שיקול הדעת – מבוססים על שמירה קפדנית של מרכיבים אלה; על הימנעות מהשמטת אחד מהם ועל הימנעות מתוספת מרכיבים אחרים. קיים חשש כי מסגרת מובנית זו תיפרץ, כפי שאירע בהוראת סעיף 36(1) לחוקה של דרום-אפריקה:

"The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including

- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and

131 ראו שגב, לעיל ה"ש 96, בעמ' 145. ראו גם מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק (2009).

132 ראו שגב, שם, בעמ' 146.

133 שם, בעמ' 170.

(e) less restrictive means to achieve the purpose.”

הוראה זו כוללת את ארבעת מרכיבי המידתיות אך היא אינה רואה בהם רשימה סגורה. היא מאפשרת התחשבות בגורמים רלוונטיים (relevant factors) נוספים. בכך נפרצת המסגרת של המידתיות, אופייה המובנה משתבש ויתרונה על מתחריה נפגע. יש לקוות כי שיטות משפט אחרות – שהמידתיות משמשת בהן אמת-מידה לפגיעה כדין בזכות חוקתית – לא תאמצנה גישה לא מובנית זו ורכיבי המידתיות¹³⁴.

134 נראה לי כי לעניין האופי המובנה של המידתיות, עדיפה פסקת ההגבלה שבחוקה הזמנית (מ-1993) (סעיף 33).

מפתחות

מפתח חקיקה

(ההפניה היא לעמוד ולהערות שוליים (בסוגריים))

| | |
|---|--------------------------------------|
| (19)622,(238)337,(77)308 | הכרזת העצמאות |
| | חוקי יסוד |
| | [חוק-יסוד: חופש העיסוק]* |
| (38)150 | 1 |
| (39)150 | 2 |
| (99)163 | 4 |
| (95)162,(41)150 | 5 |
| | חוק-יסוד: חופש העיסוק |
| ,179,177,165,(38)150,150,50,30 | |
| ,218,216,(186)206,206,189,188 | |
| 631,529,452,260,(253)222,219 | |
| (111)443,(129)319,(122)317 | 1 |
| (183)329,(5)295,(48)273,(15)266 | 2 |
| (195)208 | 3 |
| ,(48)273,(2)263,(192)260,(118)192,(102)189,(7)171 | 4 |
| (26)531,(9)530,(143)452,(134)450,(130)319,(9)296 | |
| (9)557,(25)516,516,(1)467,(270)342,(50)304,(70)157,(9)117 | 5 |
| (225)216 | 8 |
| (248)221 | (א)8 |
| (187)260 | 10 |
| | [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו] |
| ,101,99,57,50,30 | |
| ,192,189,188,179,177,165,150,135,130,125,106 | |
| ,325,319,296,260,224,223,222,219,206,199,195 | |
| 631,572,557,542,529,516,452,443,(13)393,393 | |
| (111)443,(129)319,(122)317,(150)99 | 1 |
| (74)542,(183)329,(5)295,(49)273,270,(15)266,(151)99 | א1 |
| (29)625,516,(3)513,(58)305,(25)120,(33)76,(32)75,(93)66 | 2 |
| (34)518,(3)513,(34)76 | 3 |
| (30)625,519,516,(8)514,(59)305,(259)223,(25)120,(33)76,(93)66 | 4 |
| (50)520,(34)518,(5)513,(4)513,(35)76,(93)66 | 5 |

* בוטל על ידי חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ד התשנ"ד 90.

| | |
|--|---------------------------|
| (38)519 ,(35)518 | (א)6 |
| (26)120 ,(36)76 | 7 |
| (49)520 ,(35)518 ,123 | (א)7 |
| (3)513 | (3)7 |
| (34)518 | (ד)7 |
| ,(101)188 ,(7)171 ,(99)163 ,(41)150 ,(40)150 ,(14)135 | 8 |
| ,(48)273 ,(2)263 ,(192)260 ,(132)195 ,(122)192 ,(118)192 | |
| (90)572 ,(26)533 ,(9)530 ,(143)452 ,(134)450 ,(130)319 ,(9)296 | |
| (253)222 ,(186)206 | 10 |
| ,(50)304 ,(95)162 ,(70)157 ,(22)137 ,(9)117 | 11 |
| (9)557 ,(75)542 ,(25)516 ,516 ,(1)467 ,(270)342 | |
| (185)329 ,181 ,180 | [חוק-יסוד : ה] כנסת |
| (38)473 ,(2)467 | 1 |
| 185 ,184 ,183 ,182 ,(47)177 | 4 |
| (31)75 | 5 |
| (65)180 | 7 |
| 329 ,(55)179 | א7 |
| (13)421 | 38 |
| (74)183 | 46 |
| 146 | [חוק-יסוד : ה] ממסלה |
| (38)473 | 1 |
| (18)146 | 32 |
| 164 | [חוק-יסוד :] נשיא המדינה |
| (110)165 | 9 |
| 130 ,125 | [חוק-יסוד : ה] שפיטה |
| (38)473 | 1 |
| 123 | 3 |
| (39)473 | 4 |
| (239)337 ,(111)165 | 6 |
| (115)93 | (ב)20 |

חקיקה ישראלית**א**

[חוק ה]אזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003
(10)420 ,420 ,(29)397 ,397 ,274 ,(54)274

[חוק] איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (75)637

ב

[חוק] בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984
(102)642 71

[חוק] בתי המשפט (תיקון מס' 32), התשס"ב-2002 (102)642

ד

[חוק] חופש המידע, התשנ"ח-1998
(59)154 6

[חוק] דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם,
התשס"ב-2002 541 ,(66)385 ,385

ה

[חוק ל]הגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה)
(תיקון), התשנ"ט-1999 27
(6)374 ,374

[תקנות ה]הגנה (שעת חירום), 1945 (100)642 ,642

[חוק] הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (75)637

[חוק] הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות,
התשנ"ה-1995 (14)393 ,393

ה

[חוק] חסינות מדינות זרות, התשס"ט-2008 (102)163

| מפתחות | 656 |
|-------------------------------------|--|
| | י |
| (240)219 | [חוק] יבוא בשר קפוא, התשנ"ד-1994 |
| (242)219 | 5 |
| (240)219 | [חוק] יבוא בשר קפוא (תיקון), התשנ"ה-1995 |
| (156)495 ,495 ,(42)380 ,380 | [חוק] יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 |
| 164 ,(101)163 ,163 ,126 ,(77)83 ,83 | [חוק] יסודות המשפט, התש"ם-1980 |
| (10)468 ,(279)343 ,(54)126 | 1 |
| | ל |
| (143)493 ,493 | [חוק] לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 |
| | מ |
| | [חוק ה]מעבר, התש"ט-1949 |
| (2)467 | 1 |
| | נ |
| (11)393 ,393 | [חוק ה]גזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 |
| | ס |
| | [פקודת] סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 |
| (2)467 | (א)7 |
| (58)154 ,(56)154 | (א)10 |
| | ע |
| 638 | [פקודת ה]עיתונות, 1933 |
| (83)638 ,(158)100 | 19 |
| | פ |
| | [פקודת ה]פרשנות [נוסח חדש] |
| (58)154 | 17 |
| 165 | [חוק ה]פרשנות, התשמ"א-1981 |
| (108)165 ,(104)164 ,(103)164 | 3 |

| | | |
|------------------------|------------|---|
| 657 | מפתח חקיקה | |
| | | ר |
| (34)49 ,49 | | [חוק] רשות השידור, התשכ"ה-1965 |
| | | ש |
| 314 ,(83)310 ,310 | | [חוק ה]שבות, התש"י-1950 |
| (75)637 | | [חוק] שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 |
| (75)637 ,(155)201 ,201 | | [חוק] שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 |
| 124 ,123 | | [חוק] שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963 |
| (41)124 ,(37)123 | | 41(ב) |
| | | ת |
| (6)374 ,374 | | [חוק ה]תקשורת (בוק ושידורים), התשמ"ב-1982 |

אמנות בין-לאומיות בעברית

אמנה בדבר ביטול העבדות, סחר עבדים ומוסדות ומנהגים הדומים לעבדות (1926) (53)53

אמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1996)

(153)252 ,(27)48

(212)333 ,(199)331

(3)12

(212)333

(3)18

אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966)

(62)539 ,539 ,(153)252 ,(27)48

(143)321

4

(163)255 ,254

אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949)

אמנות בין-לאומיות באנגלית

American Declaration of the Rights and Duties of Man, O.A.S. Res. XXX, Int'l

Conference of Am. States, 9th Conference, OEA/Ser.L/V/I.4 Rev. XX (May 2,

1948)

321(143)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)

,204 ,203 ,187 ,186 ,(26)173 ,(27)48 ,(25)48 ,(15)45

,512 ,(216)510 ,(152)324 ,(145)322 ,322 ,261 ,248 ,238 ,232

622 ,(12)621 ,621 ,(67)605 ,605 ,(64)540 ,540

540

(8)1

540

(9)1

540

(10)1

540

(8)2

540

(9)2

540

(10)2

(42)233 ,54

3

(53)53

(1)4

(199)331 ,174 ,173

(1)6

| | | |
|---|------------|---------------|
| 659 | מפתח חקיקה | |
| 324 ,(41)233 | | 8 |
| 322 | | (1)8 |
| (212)333 ,(199)331 ,322 | | (2)8 |
| 324 ,322 ,(41)233 | | 9 |
| 510 ,324 ,322 ,(41)233 ,(92)186 | | 10 |
| (14)621 ,(13)621 ,160 ,45 | | (1)10 |
| 511 ,510 ,(212)333 ,(199)331 ,160 ,59 ,45 | | (2)10 |
| (41)233 ,(92)186 | | 11 |
| (212)333 ,(199)331 | | (2)11 |
| (130)194 | | 10-8 |
| (128)319 ,(35)232 ,(4)170 | | 11-8 |
| Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789) | | |
| (67)306 ,(199)208 | | 4 |
| Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol 1), June 8 1977, | | |
| 1125 U.N.T.S. 3 | | 256, 256(168) |
| 51(2) | | 256(169) |
| Protocol No. 2, 1970 | | 232(36) |
| Protocol No. 3, 1970 | | 232(36) |
| Protocol No. 5, 1971 | | 232(36) |
| Protocol No. 8, 1990 | | 232(36) |
| Protocol No. 9, 1994 | | 232(36) |
| Protocol No. 11, 1998 | | 232(36) |
| <i>The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights</i> (1985) | | |
| 12 A | | 539(63) |
| Treaty Establishing a Constitution for Europe, 2004 | | |
| | | 235(55) |
| 112(1) | | 235 |
| Treaty Establishing the European Coal and Steel Community (1951) | | |
| | | 232(37) |

| מפתחות | 660 |
|--|---------|
| Treaty Establishing the European Economic Community (1957) | 232(37) |
| Treaty Establishing the European Atomic Energy Community (1957) | 232(37) |
| Treaty on European Union, O.J. C 191 of 29 July 1992 | 232(37) |
| Treaty Establishing the European Community, O.J. C 340 of 10 November 1997 | 232(37) |
| Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (2007) | 235(56) |
| 3b | 235 |
| Universal Declaration of Human Rights (1948) | |
| (151)324 ,321 ,(151)252 ,252 ,(103)189 ,189 ,(95)187 ,187 ,(24)48 ,48 | |
| (53)53 | 4 |
| (212)333 ,(152)252 ,(96)187 | 29 |
| (177)327 ,324 ,(142)321 ,48 | (2)29 |

חוקות

| | |
|----------|------------------|
| | החוקה של אוסטריה |
| 263 | (ב)1 |
| 263 | (1)(ב)1 |
| 263 | (3)(ב)1 |
| | החוקה של איטליה |
| (12)266 | 1 |
| (73)82 | 12 |
| | החוקה של אירלנד |
| (12)266 | 5 |
| 240 | (3)40 |
| | החוקה של אלבניה |
| (122)247 | (1)17 |
| | החוקה האמריקאית |
| (51)153 | (3)(9)1 |
| 636 | התיקון הראשון |

| | | |
|--|------------|-----------------------------|
| 661 | מפתח חקיקה | |
| (194)207 ,(115)166 | | התיקון התשיעי |
| (16)622 | | התיקון ה-14 |
| 329 ,174 ,152 | | החוקה של גרמניה |
| (18)622 ,56 | | 1 |
| (23)229 ,174 ,53 | | (1)1 |
| (22)137 | | (3)1 |
| (90)527 ,527 ,(93)66 | | (1)2 |
| (89)527 ,527 ,(131)195 | | (2)2 |
| (33)174 ,(30)174 | | (1)4 |
| (30)174 ,(44)77 | | (3)5 |
| (131)195 | | (2)8 |
| (56)179 | | (2)10 |
| (131)195 | | (2)11 |
| (56)179 | | (1)12 |
| (131)195 ,(56)179 | | (1)14 |
| (46)152 | | (1)19 |
| 591 | | (2)19 |
| (11)266 | | (1)20 |
| (188)329 | | (2)21 |
| (63)277 | | (1)28 |
| (34)175 ,(62)56 | | (3)79 |
| (70)569 | | 93 |
| (252)222 | | 123 |
| 593 ,539 | | החוקה של דרום-אפריקה (1993) |
| (134)650 ,(112)246 | | 33 |
| | | החוקה של דרום-אפריקה (1996) |
| 593 ,539 ,443 ,350 ,296 ,272 ,268 ,(105)189 ,189 ,57 ,49 | | |
| (17)622 | | 1 |
| (70)279 | | (c)1 |
| (17)622 | | 7 |
| (35)269 | | (1)7 |
| 519 ,(10)514 ,514 | | (2)7 |
| (51)304 ,(96)162 ,(24)137 ,(13)117 | | (2)8 |
| (72)157 | | (3)8 |
| (108)189 | | 9 |
| (108)189 | | (3)15 |

| | |
|---|-----------------------------|
| 58 | 16 |
| 58 | (1)16 |
| 59, 58 | (2)16 |
| (66)57 | 17 |
| (11)514, (235)337, (108)189 | 26 |
| (82)525, (11)514, (108)189 | 27 |
| (11)514 | 29 |
| (108)189 | 30 |
| (108)189 | 31 |
| (98)188 | 33 |
| (17)593 | (b)(1)33 |
| , (130)194, (123)193, (108)189, (98)188, (67)57, (31)49 | 36 |
| (17)622, (26)559, (8)296, (116)246, (112)246 | |
| 649, (314)351, (123)317, (47)272, (14)266, (18)172, (47)152 | (1)36 |
| (106)443, (313)350 | (a)(1)36 |
| (310)350 | (b)(1)36 |
| (194)207 | 39 |
| 251, (113)93 | (1)39 |
| (72)157 | (2)39 |
| (115)166 | (3)39 |
| (136)195 | (j)(2)84 |
| 249 | החוקה של דרום-קוריאה (1987) |
| (132)249 | (2)37 |
| (131)249 | 39-10 |
| (133)249 | (1)111 |
| 249 | החוקה של הורו (1950) |
| (130)194 | (2)13 |
| (136)249 | (6)-(2)19 |
| (135)249 | חלק III |
| (58)522 | חלק VI |
| (59)522 | 37 |
| (58)522 | 51-36 |
| (128)194 | החוקה של הולנד 120 |
| (122)247 | החוקה של מולדובה (2)54 |

| | | |
|---|------------|--------------------------------------|
| 663 | מפתח חקיקה | |
| 279,251 | | החוקה של ספרד (1978) |
| (69)279 | | 1 |
| (12)266 | | (1)1 |
| (6)591 | | 3 |
| (150)251,(113)93 | | (2)10 |
| (70)569 | | 161 |
| 322 | | החוקה של פולין (1997) |
| (213)333,(144)322 | | (3)31 |
| (70)569 | | 188 |
| 278 | | החוקה של פורטוגל |
| (68)278,(12)266 | | 2 |
| (5)591 | | (3)18 |
| | | החוקה של רומניה (1991) |
| (4)264 | | (2)49 |
| (122)247 | | (2)53 (תיקון 2003) |
| 189 | | החוקה הפדרלית החדשה של שווייץ (2000) |
| (64)237 | | (2)5 |
| (106)189 | | 36 |
| (135)450,(213)333,264,(64)237 | | (3)36 |
| (7)591 | | (4)36 |
| | | החוקה של תורכיה |
| (4)591,(15)264,(65)237,(107)189 | | 13 (תיקון 2001) |
| | | הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות |
| ,220,202,(104)189,189,187,135,(6)134,(7)70,70,(30)49,49 | | |
| 537,346,318,296,272,(13)266,266,246,243,238,(66)237,237 | | |
| ,213,(130)194,(123)193,(97)187,(5)170,(31)49 | | 1 |
| 538,537,(286)346,(126)318,(45)272,238,(246)220 | | |
| 537 | | 2 |
| (101)243 | | 5 |
| (90)86 | | 7 |
| (69)238 | | 24 |
| (22)137 | | 32 |

| מפתחות | 664 |
|---|--------------------------------------|
| (224)215 | 33 |
| (70)569 ,(68)238 | (1)52 |
| Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China § 39 | 248(130) |
| חקיקה זרה | |
| Army and Air Force Acts, 1955 (Eng.) | 421(16) |
| Charter of Human Rights and Responsibilities Act (2006) (Vic) | 191(116), 201(162), 245, 245(111) |
| Criminal Justice and Public Order Act, 1994, § 146(4) (Eng.) | 421(17) |
| Health Disciplines Act, R.R.O. 1980, ss. 37 | 421, 421(15) |
| Human Rights Act (1998) | 203, 204, 242, 242(93), 429(57), 540 |
| 2(1)(a) | 92(108) |
| 3(1) | 203(168) |
| 3(2)(b) | 203(169) |
| 4 | 242(94) |
| 4(2) | 191(115), 196(138), 203(170) |
| Human Rights Act (2004) | 246 |
| New Zealand Bill of Rights Act 1990 No 109 | |
| (56)538 ,538 ,(100)243 ,243 ,(162)201 ,201 | |
| 244 ,202 | 4 |
| 538 ,(164)202 | 5 |
| (166)203 | 6 |
| מקורות המשפט העברי | |
| (277)343 | ויקרא יט 18 |
| (278)343 | דברים ו 18 |
| (4)225 | בבלי, שבת לא, א |
| (277)343 | ירושלמי, נדרים ט, מ"א |

מפתח פסיקה

(ההפניה היא לעמוד ולהערות שוליים (בסוגריים))

פסיקה ישראלית

א

- אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, בג"ץ 2887/04 (פורסם בנבו, 15.4.2007) (14)172,
(24)423, (4)419, (1)391, (56)383, (37)379, (3)374
(124)447, (119)444, (61)430, (32)424
- אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, בג"ץ 7195/08 (פורסם בנבו, 1.7.2009) (28)461
אבו-חצירה נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 507/81,
פ"ד לה (4) 561 (1981) (77)638, (182)205
אביאל נ' שר העבודה והרווחה, בג"ץ 333/85, פ"ד מה (4) 581 (1991) (37)150,
(79)638, (184)206, (180)205
- אבני נ' ראש הממשלה, בג"ץ 1384/98, פ"ד נב (5) 206 (1998) (129)194, (4)70
אגודת "אינש אל-אוסרא" נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושמרון, בג"ץ 660/88,
פ"ד מג (3) 678, 673 (1989) (4)456
אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, בג"ץ 246/81, פ"ד לה (4) 1 (1981) (72)182
אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, בג"ץ 4128/02, פ"ד נח (3) 503 (2004) (17)73,
(52)521, (29)517
- אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, בג"ץ 243/62, פ"ד טז (4) 2407 (1962) 640,
(93)640, (92)640
- אוניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, בג"ץ 125/57, פ"ד יא 1490 (1957) (76)637
אורון נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 1030/99, פ"ד נו (3) 665, 640 (2002) (14)171,
(7)374, (3)373, (375)368, (139)320, (31)302
(24)423, (4)419, (1)391, (24)377, (8)374
- אטרי נ' מדינת ישראל, בג"ץ 161/94, (פורסם בנבו, 1.3.1994) (52)521, (28)517
איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת,
בג"ץ 956/06 (פורסם בנבו, 25.3.2007) (203)506
איגוד העיתונים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, בג"ץ 757/84,
פ"ד מא (4) 337 (1987) (90)161
- איזקסון נ' רשם המפלגות, רע"א 2316/96, פ"ד נ (2) 549, 529 (1996) (103)313
איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, בג"ץ 6163/92, פ"ד מז (2) 229 (1993) (91)282,
(76)481, (31)461, (28)460, (93)282
- איילון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות השידור, בג"ץ 896/87, פ"ד מג (1) 701 (1989) (76)637
אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, בג"ץ 6226/01, פ"ד נז (2) 164, 157 (2003) (1)391,
(9)458, (119)444, (103)442, (26)423
- אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, בג"ץ 953/89, פ"ד מה (4) 683 (1991) (261)341
אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' שר התיירות, בג"ץ 900/06
(פורסם בנבו, 22.8.2006) (116)488

אלואלידי נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, בג"ץ 1953/09 (פורסם בנבו, 8.7.2009)
 (209)508, (40)140, (35)139, (32)138
 אלוני נ' זנד טל מכוני הערובת בע"מ, ע"א 3553/00, פ"ד נז(3) 577 (2003) (29)517
 אליהו נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 8035/07 (פורסם בנבו, 21.5.2008) (49)536
 אלמדני נ' שר הביטחון, בג"ץ 3451/02, פ"ד נו(3) 30 (2002) (106)614, (198)330
 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, בג"ץ 721/94, פ"ד מח(5) 749 (1994) (54)79
 אלעמרינ' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, בג"ץ 2722/92, פ"ד מו(3) 705, 693 (1992) (339)358
 אלראי נ' שר הפנים, בג"ץ 2757/96, פ"ד נ(2) 18 (1996) (71)182

אמונה, תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט, בג"ץ 5853/07 (פורסם בנבו, 6.12.2007)
 (47)464, (28)461
 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, בג"ץ 4267/93, פ"ד מז(5) 464, 441 (1993) (98)484, (28)461, (181)259
 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, בג"ץ 693/91, פ"ד מז(1) 794 (1993) (99)575, (87)483, (86)483, (76)481, (58)127
 אפרתי נ' אוסטפלד, בג"ץ 5537/91, פ"ד מו(3) 501 (1992) (59)154
 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, מ"ח 8390/01, פ"ד ס(2) 614, 607 (2005) (56)477
 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 4885/03, פ"ד נט(2) 14, 61 (2004) (203)506
 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 3627/92, פ"ד מז(3) 387 (1993) (235)337
 ארד נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 7157/95, פ"ד נ(1) 586, 573 (1996) (64)430
 אריה אבנרי נ' אברהם שפירא, ע"א 214/89, פ"ד מג(3) 840 (1989) (38)50
 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, ע"ב 2600/99, פ"ד נג(3) 38 (1999) (190)330
 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי, ע"פ 53/54, פ"ד ח 785, 819 (1954) (2)467
 אשכר נ' היימס, ע"א 1137/93, פ"ד מח(3) 659, 641 (1994) (29)148

ב

בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, בג"ץ 1000/92, פ"ד מח(2) 247, 221 (1994) (86)483
 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", בג"ץ 7081/93, פ"ד נ(1) 19, 27 (1996) (225)335
 בורקאן נ' שר האוצר, בג"ץ 114/78, פ"ד לב(2) 800 (1978) (77)638
 בז'רנו נ' שר המשטרה, בג"ץ 1/49, פ"ד ב 80 (1949) (179)205
 ביטון נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ, ע"א 718/07 (פורסם בנבו, 6.10.2008) (82)638, (76)637, (196)208
 (278)343

בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, בג"ץ 316/03,
 פ"ד נח(1) 249 (2003) (26)423, (33)398, (3)373, (264)341-(261)341
 (110)645, (9)458, (115)444, (103)442, (66)431
 בן גביר נ' דנקנר, רע"א 10520/03 (פורסם בנבו, 12.11.2006) (32)518, (48)78
 בן יצחק נ' שר הפנים, בג"ץ 233/86, פ"ד מ(4) 505, 511 (1986) (4)456
 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, בג"ץ 3477/95, פ"ד מט(5) 1 (1995) (3)170
 (10)375, (9)375, (4)374, (66)278, (191)260, (14)171
 (213)509, (52)464, (6)456, (24)423, (1)391
 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, ע"ב 2/88, פ"ד מג(4) 221 (1989)
 (77)638, (190)330, (82)310
 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, ע"א 6821/93,
 פ"ד מט(4) 221 (1995) (1)133, (126)95, (101)90, (5)70, (44)51, (42)50
 (76)183, 183, (14)171, (8)171, 171, (55)154, (32)138
 (206)210, (89)186, 186, (84)184, (82)184, 184, (77)183
 (219)214, (217)214, 214, (213)213, 213, (210)211, 211
 (45)303, (86)281, (39)270, (193)260, (262)223, (261)223
 (322)352, (321)352, 352, (137)320, (133)320-(131)320, 320
 (1)391, (29)378, (4)374, (373)367, (372)366, (323)353, 353
 (3)467, (124)447, (24)423, (3)419, (92)415, 415, (2)392
 (99)484, (82)482, (62)479, (60)478, (59)478, (25)471, (13)469
 (203)506, (176)500, (158)496, (154)495, (102)485-(100)485
 (37)535-(29)534, (22)532, (20)532, 532, (1)529, (213)508, (212)508
 546, (88)544, (87)544, (86)544, 543, (68)541, 541, 537, 536
 (108)644, 644, (99)575, (75)569, (74)569, (72)569, (65)567, (92)546
 בנק לאומי בע"מ נ' חזן, רע"א 3145/99, פ"ד נו(5) 385 (2003) (1)391, (210)211
 (157)495, (105)486, (93)415, (6)393
 בצול נ' שר הפנים, בג"ץ 188/63, פ"ד יט(1) 349, 337 (1965) (74)637
 ברגמן נ' שר האוצר, בג"ץ 231/73, פ"ד כז(2) 785 (1973) (72)182
 ברגמן נ' שר האוצר, בג"ץ 98/69, פ"ד כג(1) 698, 693 (1969) (77)638, (182)205
 ברנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, ד"נ 10/69, פ"ד כה(1) 7 (1971) (77)638, (182)205
 ברזילי נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 428/86, פ"ד מ(3) 505 (122)95, (110)92
 (98)484, (93)282, (91)282, (126)95
 ברנד נ' שר התקשורת, בג"ץ 3472/92, פ"ד מז(3) 152, 143 (1993) (235)337
 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש, בג"ץ 200/57, פ"ד יב 264 (1958) (76)637
 ברספורד נ' משרד הפנים, בג"ץ 265/87, פ"ד מג(4) 849, 793 (1989) (83)310
 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 11225/03, פ"ד ס(4) 287, 301 (2006) (186)329

ג

גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, ע"א 252/86, פ"ד מה(4) 45 (1991) (19)459
 (28)460, (22)460

גולן נ' שירות בתי הסוהר, ע"א 4463/94, פ"ד נ(4) 136 (1996) 78, (48)335, (224)518, (32)518
 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 1514/01,
 פ"ד נה(4) 267 (2001) 192, (119)193, (125)341, (261)341, (110)645, (119)646, (128)648,
 גמזו נ' ישעיהו, רע"א 4905/98, פ"ד נה(3) 360 (2001) 517, (29)521, (52)521
 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 935/89, פ"ד מד(2) 485 (1990) 259, (181)259
 (31)461, (30)461, (28)460, (28)460, (20)459
 גנימאת נ' מדינת ישראל, בש"פ 537/95, פ"ד מט(3) 355 (1995) 426, (45)426,
 (94)640, (46)427
 גנימאת נ' מדינת ישראל, דנ"פ 2316/95, פ"ד מט(4) 589 (1995) 206, (188)206
 (205)332, (61)305, (257)223, (256)222
 (50)428, 428, (226)336, (208)332
 גנים נ' משרד הבינוי והשיכון, בג"ץ 9098/01, פ"ד נט(4) 266, 241 (2004) 482, (83)482

ד

דאהר נ' שר הפנים, בג"ץ 448/85, פ"ד מ(2) 701 (1986) 642, (101)642
 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, בג"ץ 2245/06 (פורסם בנבו, 13.6.2006) 211, (210)211
 דויקאת נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 390/79, פ"ד לד(1) 1 (1979) 383, (56)383, (61)479
 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, אגף הפיקוח משרד
 העבודה והרווחה, בג"ץ 5026/04, פ"ד ס(1) 38 (2005) 213, (213)213
 ,215, (221)215, (30)301, (80)309, (136)320, (138)30
 (65)567, (203)506, (32)424, (1)391, (3)373, (140)321
 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, בג"ץ 2481/93, פ"ד מח(2) 456 (1994) 78, (48)78, (55)632
 (99)641, (98)641, (95)641, 641, (56)632
 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 126/62, פ"ד יז(1) 181, 169 (1963) 642, (103)642
 דעבול נ' עיריית פתח תקווה, בג"ץ 237/81, פ"ד לו(3) 365 (1982) 637, (76)637
 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, בג"ץ 389/80, פ"ד לה(1) 421 (1980) 259, (181)259, (28)460
 דקה נ' שר התחבורה, בג"ץ 156/75, פ"ד ל(2) 94 (1976) 259, (181)259

ה

האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, בג"ץ 6778/97,
 פ"ד נח(2) 358 (2004) 407, (60)407
 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 6924/98,
 פ"ד נה(5) 15, 27 (2001) 314, (106)314
 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ,
 ע"א 4275/94, פ"ד נ(5) 485 (1997) 154, (59)154
 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 2453/06,
 (פורסם בנבו, 21.3.2006) 337, (235)337
 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 9198/02,
 (פורסם בנבו, 2.10.2008) 507, (203)507

- הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 5100/94,
 פ"ד נג(4) 817 (1999) (106)614, (56)54
- הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 769/02
 (פורסם בנבו, 14.12.2006) (157)253, (161)254-(159)254, (166)255,
 (106)614, (86)483, (198)331, (170)256
- הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, בג"ץ 257/89, פ"ד מח(2) 265 (1994) (254)339
 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 3434/96, פ"ד נ(3) 57 (1996) (18)136, (32)138,
 (109)486, (104)486, (81)183-(78)183, 183, (72)182, (34)138
- הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, בג"ץ 5394/92,
 פ"ד מח(3) 353 (1994) (190)207, (162)101
- הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, ע"א 723/74,
 פ"ד לא(2) 281 (1977) (78)638, (181)205
- היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, ד"נ 13/60, פ"ד טז 430 (1962) (121)94
 "הילרון" בע"מ נ' מועצה ליצור פירות ושיווקם, בג"ץ 75/76,
 פ"ד ל(3) 645 (1976) (76)637, (179)205
- המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, בג"ץ 1661/05,
 פ"ד נט(2) 481 (2005) (30)301, (3)295, (222)215, (14)171, (44)51, (42)50,
 (327)354, (326)354, 353, (196)330, (139)320, (31)302
 (56)383, (59)383, (44)380, (43)380, (41)380, (3)373
 (103)486, (32)424, (24)423, (4)419, (1)391, (60)384, 384
 (213)509, (209)508, (203)506, (157)495, (155)495, 495, (113)487
- המועצה המקומית ראש העין נ' שר החינוך והתרבות, בג"ץ 115/67,
 פ"ד כא(1) 524 (1967) (4)456
- המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה, בג"ץ 3278/02,
 פ"ד נז(1) 358 (2002) (166)255
- "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 10203/03
 (פורסם בנבו, 20.8.2008) (32)49, (14)44, (11)44, (8)44, (5)43
 (29)148, (32)138, (172)104, (1)69, (65)57, (44)51, (42)51
 (2)373, (93)282, (14)172, (2)169, (49)152, (44)151, 151
 (72)432, (43)426, (29)424, (20)422, (9)393, (1)392
 (123)647, (32)518, (203)507, (9)458, (124)447
- המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך,
 בג"ץ 4805/07 (פורסם בנבו, 27.7.2008) (80)638
- הנדימך עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, רע"פ 10687/02,
 פ"ד נז(3) 1 (2003) (80)309
- הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ,
 ע"א 3398/06 (פורסם בנבו, 6.12.2006) (31)461
- התאחדות סוכני ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, בג"ץ 19/64,
 פ"ד יח(3) 506 (1964) (40)50
- התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בג"ץ 6427/02 (פורסם בנבו, 11.5.2006)

- ,(54)79,(47)78,(38)76,(4)70,(64)56,(63)56,(44)51,(21)46
 ,(30)301,(24)300,(222)215,(15)172,(14)171,(10)171
 ,(329)354,(328)354,354,(161)326,(135)320,(31)301
 ,(54)383,(50)382,(46)382,(23)377,(21)377,(19)376,(3)374
 ,(4)419,(1)391,(70)386-(67)385,(65)385,(64)385,(61)384
 ,(102)485,(9)458,(119)444,(32)424,(24)423,(21)422
 (65)568,(213)509,(203)506,(154)495,(103)486
 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, משרד הפנים,
 בג"ץ 2324/91, פ"ד מה(3) 678 (1991) (56)383
 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, בג"ץ 1993/03
 פ"ד נז(6) 817 (2003) (41)474,(28)461,(93)282
 (51)537,(50)536,(111)487,(107)486,(98)484,(47)475,(45)474
 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 3094/93
 פ"ד מז(5) 404 (1993) (98)484
- ו
 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, בג"ץ 5688/92, פ"ד מז(2) 812 (1993) (274)343
 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, בג"ץ 5364/94
 פ"ד מט(1) 758 (1995) (82)482,(46)457,(37)473,(35)473,(29)472
 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת נ' אחמד טיבי, א"ב 11280/02
 פ"ד נז(4) 1 (2003) (43)303,(35)302,(39)270,(73)182
 (190)330,(186)329,(112)315,(86)311
 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, בג"ץ 11163/03
 (פורסם בנבו, 27.2.2006) (116)487,(34)473,(87)281,(29)148,(19)146
 ורדים חברה לגידול ויצוא פרחים בע"מ נ' ייצור פרחים בע"מ, בג"ץ 189/85, פ"ד לט(4) 626
 (1985) (76)637
- ז
 "זבולון" אגודת יורדי ים נ' מלך, ע"א 61/48, פ"ד ב 464 (1949) (177)205
 זווילי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, בג"ץ 869/92
 פ"ד מז(2) 692 (1992) (86)483
 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני של תל אביב, בג"ץ 10/49, פ"ד א 85 (1948) (73)637
 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, ע"פ 28/49, פ"ד ד 504 (1950) (12)531
- ח
 חבר הכנסת אליעזר זנדברג נ' רשות השידור, בג"ץ 4562/92, פ"ד נ(2) 793 (1996) (47)52
 חברה פלוגית נ' משרד הביטחון, בג"ץ 492/79, פ"ד לד(3) 706 (1980) (56)383
 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, ע"א 294/91
 פ"ד מז(2) 464 (1992) (274)343,(259)340,(248)339,(98)163,(2)27
 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל, בג"ץ 4638/07 (פורסם בנבו,

- (29.10.2007) 635(224), 341(261), 402(44), 402(45), 634(61)
 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center
 Museum Corp, בג"ץ 52/06 (פורסם בנבו, 29.10.2008) 172(14), 172(15),
 211(210), 301(30), 341(261), 343(274),
 373(2), 392(1), 419(3), 422(20), 458(9)
 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון 'הארץ' בע"מ, ד"נ 9/77,
 פ"ד לב(3) 337 (1978) 430(62), 634(61)
 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, בג"ץ 4804/94,
 פ"ד נ(5) 661 (1997) 341(261)
 חברת קול העם בע"מ נ' שר-הפנים, בג"ץ 73/53, פ"ד ז 871 (1953) 38(56),
 99(153), 100(157), 205(181), 266(10), 268(31), 331(203),
 358(339), 444(113), 444(114), 456(4), 634(60), 637,
 637(72), 638(78), 639(84)-639(90), 640, 641
 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, בג"ץ 637/89, פ"ד מו(1) 191, 197 (1991) 482(84)
 חורב נ' שר התחבורה, בג"ץ 5016/96, פ"ד נא(4) 1 (1997) 171(14), 296(10),
 301(30), 309(80), 316(117)-316(119), 339(252),
 340(257), 340(258), 340(260), 341(261), 343(276),
 353(325), 373(3), 378(29), 391(1), 392(5), 423(24),
 431(67), 442(103), 442(86), 572(91), 573,
 581(28), 645(110), 645(112)
 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, בג"ץ 2605/05 (פורסם בנבו, 19.11.2009) 51(44),
 172(14), 178(50), 180(64), 211(210), 213(213),
 304(48), 304(49), 320(134), 337(234), 373(2), 392(1),
 392(3), 396(24), 420(5), 426(43), 431(68), 431(69),
 436(80), 507(204), 508(209), 633(58)-633(56)
 645(110), 646(117), 647(123)
 חכם נ' קופת חולים "מכבי", ע"א 3622/96, פ"ד נב(2) 638 (1998) 82(69), 82(70),
 82(72), 83(76), 126(53)
 חמד נ' מדינת ישראל, ע"א 5604/94, פ"ד נח(2) 498 (2004) 460(28),
 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש הועדה המרכזית לבחירות לכנסת, בג"ץ 212/03,
 52(48), 178(52), 212(211), 341(261) (2003) 750(1) פ"ד נז(1)
- ט
- טושביים נ' שר הפנים, בג"ץ 2597/99 (פורסם בנבו, 31.5.2004) 315(110)
 טרודלר נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, בג"ץ 868/86, פ"ד מא(1) 694 (1987)
 637(76)
- טרונישבילי נ' משרד הבריאות, בג"ץ 4004/07 (פורסם בנבו, 19.7.2007) 337(235)
- י
- יאסין נ' רשם המפלגות, רע"א 7504/95, פ"ד נ(2) 45 (1996) 329(186)

ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, דנ"א 7325/95, פ"ד נב(3) 1 (1998) (143)98
 יהודה נ' תשובה, רע"א 5368/01, פ"ד נח(1) 214 (2003) (29)517
 יוסיפוה' נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 112/50, פ"ד ה(1) 481 (1951) (81)638
 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, בג"ץ 987/94,
 פ"ד מח(5) 412 (1994) (1)391, (191)260, (14)171
 ינוביץ נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, בג"ץ 809/86, פ"ד מא(4) 309 (1987) (76)637
 יעקבי נ' יעקבי, ע"א 1915/91, פ"ד מט(3) 529 (1995) (76)83
 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 4644/00,
 פ"ד נד(4) 178 (2000) (9)458, (103)442, (26)423, (75)387, (3)373
 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, ע"ב 1/65,
 פ"ד יט(3) 365 (1965) (61)567, (189)330, (186)329, (180)328
 ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות, בג"ץ 2974/06 (פורסם בנבו, 11.6.2006) (235)337
 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, בג"ץ 2599/00,
 פ"ד נו(5) 834 (2002) (80)638

כ

כהן נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 2060/91, פ"ד מו(4) 319 (1992) (72)182
 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, בג"ץ 399/85, פ"ד מא(3) 255 (1987) (35)49
 (91)483, (86)483, (84)482, (247)339, (210)332, (36)49
 כורי נ' שר הפנים, בג"ץ 14/65, פ"ד יט(2) 322 (1965) (4)456
 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, בג"ץ 726/94,
 פ"ד מח(5) 441 (1994) (209)211, (54)79

ל

לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, בג"ץ 14/86,
 פ"ד מא(1) 421 (1987) (204)331, (181)205, (156)99, (142)98
 (78)638, (4)456, (64)430, (51)428, (207)332
 לבנת נ' יושב ראש ועדת חוקה חוק ומשפט, בג"ץ 9070/00,
 פ"ד נה(4) 800 (2001) (106)486, (41)474
 לוזון נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 3071/05 (פורסם בנבו, 28.7.2008) (235)337
 לוזון נ' משרד הפנים, ע"מ 9187/07 (פורסם בנבו, 24.7.2008) (59)154
 (4)419, (1)392, (3)374
 לוי נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 6893/05, פ"ד נט(2) 876, 889 (2005) (325)354, (30)301
 (8)457, (103)442, (82)412, (81)412, (1)391, (4)374
 לוי נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 1662/05 (פורסם בנבו, 3.3.2009) (1)392
 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, בג"ץ 153/83,
 פ"ד לח(2) 393 (1984) (78)638, (61)634, (56)632, (54)632, 632
 ליפבסקי-הליפי נ' שר המשפטים, בג"ץ 144/72, פ"ד כז(1) 719 (1973) (76)637, (35)149
 ליפשיץ נ' שר הביטחון, בג"ץ 6758/01, פ"ד נט(5) 258 (2005) (54)79
 ליצמן נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 5131/03, פ"ד נט(1) 577 (2004) (22)146, (21)146

לם נ' מנכ"ל משרד החינוך התרבות והספורט, בג"ץ 5936/97,
 פ"ד נג(4) 673 (1999) (37)139, (39)140, (40)140, (42)151, (213)509,
 לסרטון נ' שכון עובדים בע"מ, ע"א 391/80, פ"ד לח(2) 237 (1984) (144)98
 לקסר נ' שר האוצר, בג"ץ 6972/07 (פורסם בנבו, 22.3.2009) (38)140
 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, בג"ץ 1715/97, פ"ד נא(4) 367 (1997) (116)93,
 (14)171, (71)182, (4)374, (75)387, (1)391, (3)392, (15)394,
 (25)396, (26)396, 404, (49)404, (50)404, (4)419, (9)420,
 (19)422, (24)423, (101)442, (103)442, (124)447, (103)485,
 (136)492, (112)487, 487, (154)495, (154)495, (162)497, (213)509, (35)627

מ

מדינת ישראל נ' אבוקסיס, ב"ש 71/78, פ"ד לב(2) 240 (1978) (178)205
 מדינת ישראל נ' אורן, עע"מ 4614/05 (פורסם בנבו, 16.3.2006) (59)154
 מדינת ישראל נ' קליין, רע"פ 1127/93, פ"ד מח(3) 485 (1994) (57)154
 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ,
 עע"מ 6013/04, פ"ד ס(4) 60 (2006) (209)332
 מושבוביץ נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, ע"ב 2858/92,
 פ"ד מו(3) 541 (1992) (190)330
 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, בג"ץ 3379/03, פ"ד נח(3) 865 (2004) (28)461
 מועצת הכפר בידו נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 426/05 (פורסם בנבו, 10.9.2006) (116)488
 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 2056/04, פ"ד נח(5) 807 (2004) (14)171
 (164)255, (165)255, (166)255, (195)330, (3)373, (29)378,
 (1)391, (6)419, (14)421, (24)423, (26)423, (70)432,
 (78)435, (79)435, (119)444, (9)458, (201)505, (203)506,
 (106)614, (213)09

מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת, ע"ב 92/03,

פ"ד נז(3) 793 (2003) (66)181, (64)180, 180
 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בג"ץ 9593/04
 (פורסם בנבו, 26.6.2006) (37)379
 מחו"ל נ' שר האוצר, בג"ץ 3421/05 (פורסם בנבו, 18.6.2009) (28)461
 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, בג"ץ 2557/05 (פורסם בנבו, 12.12.2006) (224)335, (48)78
 (33)518, (32)518, (6)513, (229)336
 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, בג"ץ 4676/94, פ"ד נ(5) 15 (1996) (227)217, (126)96
 219, (239)219, (241)219, (243)219, (244)219, (249)221,
 (179)205, (36)149 (1983) 337 (3) לז(3) 337 (1983)
 (76)637, (184)206
 מילר נ' שר הביטחון, בג"ץ 4541/98, פ"ד מט(4) 94 (1995) (14)171, (46)78
 (113)645, (110)645, (123)446, (103)442, (65)431, (2)419, (1)391, (224)335
 (76)637 (1961) 1989 טו(3) 311/60, פ"ד טו(3) 311/60 (1961)
 מינקוביץ נ' פישצנר, ע"א 167/47, פ"ד ב 39 (1949) (49)126

מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' ריזו, ע"א 9136/02, פ"ד נח(3) 934 (2004) (29)517
 מנבר נ' מדינת ישראל, בג"ץ 14/98, פ"ד נב(1) 97 (1998) (38)535
 מנור נ' שר האוצר, בג"ץ 5578/02, פ"ד נט(1) 729 (2004) (30)301, (134)320,
 (29)517, (209)508, (203)506, (103)486, (1)391, (224)335
 מנחם נ' שר התחבורה, בג"ץ 4769/95, פ"ד נז(1) 235 (2002) (14)171, (31)302,
 (134)320, (3)373, (36)379, (1)391, (28)396, 415,
 (93)415, (4)419, (26)423, (97)440, (103)442, (120)445,
 (9)457, (104)486, (107)486, (203)506, (208)508, (213)509
 מפלגת שינויים מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית,
 בג"ץ 2194/06 (פורסם בנבו, 28.6.2006) (261)341
 מקרינה נ' שר הפנים, בג"ץ 2859/99, פ"ד נט(6) 721 (2005) (83)310
 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, בג"ץ 7957/04, פ"ד ס(2) 477 (2005) (156)253,
 (106)614, (56)383, (195)330, (166)255
 מרגליות נ' שר הפנים, בג"ץ 338/87, פ"ד מב(1) 112 (1988) (76)637
 מרדי נ' שר החקלאות, בג"ץ 5496/97, פ"ד נה(4) 540 (2001) (236)337
 מרימי נ' ראש עיריית רמת גן, בג"ץ 382/83, פ"ד לח(1) 545 (1984) (76)637
 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, בג"ץ 7111/95, פ"ד נ(3) 485 (1996) (109)486, (101)68
 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, בג"ץ 3239/02,
 פ"ד נז(2) 349 (2003) (106)614, (229)336, (194)330, (166)255
 מרציאנו נ' שר האוצר, בג"ץ 6973/03, פ"ד נח(2) 270 (2003) (224)335
 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, בג"ץ 8988/06 (פורסם בנבו, 27.12.2006) (261)341
 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, בג"ץ 4293/01
 (פורסם בנבו, 24.3.2009) (173)105, (172)104, (28)75, (27)75

נ

נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, בג"ץ 292/83,
 פ"ד לח(2) 449 (1984) (81)638
 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 104/87, פ"ד מד(4) 749 (1990) (77)638
 נוביק נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 2888/97, פ"ד נא(5) 193 (1997) (261)341
 נוף נ' משרד הביטחון, בג"ץ 205/94, פ"ד נ(5) 449 (1997) (236)337, (54)79
 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 6845/00, פ"ד נו(6) 663 (2002) (224)335
 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, ע"ב 2/84,
 פ"ד לט(2) 225 (1985) (204)210, (30)121, (122)95
 (189)330, (181)328, (98)313, (94)312
 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, ע"ב 1/88,
 פ"ד מב(4) 177 (1988) (190)330, (88)311, (40)303
 ניסים נ' מדינת ישראל, בג"ץ 2223/04 (פורסם בנבו, 4.9.2006) (236)337
 נמרודטקס נ' משרד התעשייה והמסחר, בג"ץ 1477/96, פ"ד נג(5) 193 (1998) (59)154

ס

סולודקין נ' עיריית בית שמש, בג"ץ 953/01, פ"ד נח(5) 595 (2004), (261)341
 (111)645, (110)645
 סוסצקין נ' מדינת ישראל, ע"פ 697/98, פ"ד נב(3) 289, 307 (1998), (261)341, (253)339
 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, בג"ץ 4140/95, פ"ד נד(1) 49 (1999), (31)302
 סטמקה נ' שר הפנים, בג"ץ 3648/97, פ"ד נג(2) 728 (1999), (83)310, (14)171
 (3)373, (1)391, (63)407, (6)420, (7)420, (25)423, 445, (122)445, 456, (203)506, (85)482, (82)482, (34)473, (50)464, (7)456
 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, בג"ץ 5627/02, פ"ד נח(5) 70 (2004), (61)407
 סילגדו נ' מדינת ישראל, ע"פ 4424/98, פ"ד נו(5) 529 (2002), (97)67, (95)66
 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 73/85, פ"ד לט(3) 141 (1985), (82)482, (41)474
 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת, בג"ץ 2257/04, פ"ד נח(6) 685 (2004), (76)280, (23)267, (60)81, (21)73, (15)73, (14)72
 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בג"ץ 5784/03, פ"ד נז(6) 721 (2003), (106)614, (194)330
 סמירק נ' מדינת ישראל, ע"פ 6613/99, פ"ד נו(3) 529 (2002), (209)332
 סנש נ' רשות השידור, בג"ץ 6126/94, פ"ד נג(3) 817 (1999), (261)341, (261)340, (257)340
 סקורניק נ' סקורניק, ע"א 191/51, פ"ד ח 141 (1954), (79)309

ע

עבאס-בצה נ' שר הפנים, בג"ץ 7139/02, פ"ד נז(3) 481 (2003), (59)154
 עגזרי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה, בג"ץ 7015/02, פ"ד נו(6) 352 (2002), (166)255
 (106)614, (198)330
 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, בג"ץ
 (166)255, פ"ד ס(3) 67 (2005)
 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, בג"ץ 7052/03
 (פורסם בנבו, 14.5.2006), (14)43, (6)43, (44)51, 68, (99)68, (100)68, (104)68,
 (26)74, (37)76, (39)76, (41)76, (47)78, (49)78, (50)79, (54)79,
 (131)97, (105), (174)105, 106, (175)106, (192)111, (28)120, (3)170,
 (14)171, (25)173, (31)174, (50)178, (219)214, (53)274, 274,
 (55)275, (56)275, (30)301, (60)305, (198)330, (200)331, (224)335,
 355, (332)355, (330)355, (3)374, (46)382, (48)382, (51)382, (71)386,
 (1)391, (23)395, (28)396, (30)397, (59)407, (63)407,
 410, (76)411, (74)410, (9)420, (8)420, (91)414, (90)414, 414,
 (11)420, (12)421, (24)423, (21)422, (43)426, (61)430, (71)432,
 (73)433, (74)433, (84)438, (94)439, 439, (103)442, (119)444,
 (124)447, (130)448, (103)485, (114)487, (170)499, (180)500, (203)506,
 (211)508, (213)509, (52)537, (90)608, (106)614, (56)633

- עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, בג"ץ 8276/05 (פורסם בנבו, 12.12.2006) (42)51, (65)57, (14)172, (215)213, (219)214, (222)215, (2)373, (1)391, (4)392, (12)393, (1)419, (20)419, (22)422, (24)423, (27)423, (32)424, (43)425, (129)448, (203)506, (74)637
 עזוז נ' עזר, ע"א 228/63, פ"ד יז 2541, 2547 (1963)
 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 4947/03 (פורסם בנבו, 10.5.2006) (209)508, (203)506, (224)335
 עיריית בית-לחם נ' מדינת ישראל, בג"ץ 1890/03, פ"ד נט(4) 736 (2005) (166)255
 עיריית ירושלים נ' גורדון, ע"א 243/83, פ"ד לט(1) 113 (1985) (96)574, (18)459
 עלי חסיין מחמוד אבו צפיה נ' שר הביטחון, בג"ץ 2150/07 (פורסם בנבו, 29.12.2009) (4)420, (1)392, (3)374
 עלי חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, בג"ץ 174/85, פ"ד לו(3) 245 (1985) (22)119
 עליאן נ' ראש הממשלה, בג"ץ 4825/04 (פורסם בנבו, 16.3.2006) (56)383
 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, בג"ץ 1067/08 (פורסם בנבו, 6.8.2009) (47)78
 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, בג"ץ 1554/95, פ"ד נ(3) 2 (1996) (80)638, (56)383
 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, בג"ץ 366/03, פ"ד ס(3) 464 (2005) (110)486, (56)383, (116)444, (53)382, (212)212, (6)513, (517)517, (26)517, (27)517, (30)517, (31)518, (48)536, (47)536, 536, (11)530, 530, (52)521
 עמותת שיה חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, בג"ץ 244/00, פ"ד נו(6) 25 (2002) (29)148
 עמירה נ' שר הביטחון, בג"ץ 258/79, פ"ד לד(1) 90 (1979) (56)383
 עפשטיין נ' זילברשטיין, ע"א 165/50, פ"ד ו(2) 1201 (1952) (177)205
 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, בג"ץ 7852/98, פ"ד נג(5) 423 (1999) (26)423, (213)509, (9)457
- פ**
- פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, בג"ץ 953/87, פ"ד מב(2) 309 (1988) (77)638, (54)428, (182)205
 פורת נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 1368/94, פ"ד נז(5) 913 (1994) 197, (134)195, (148)199, (142)197
 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, בג"ץ 377/79, פ"ד לה(3) 645 (1981) (79)638, (180)205
 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, בג"ץ 306/81, פ"ד לה(4) 118 (1981) (82)482, (40)473
 פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, על"ע 663/90, פ"ד מז(3) 397 (1993) (49)126, (70)82
 פלוני נ' מדינת ישראל, ע"פ 6659/06 (פורסם בנבו, 11.6.2008) (203)507, (1)392

פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, בג"ץ 11026/05
 (פורסם בנבו, 22.12.2005) (106)614, (194)330, (166)255
 פלוני נ' שר הביטחון, דנ"פ 7048/97, פ"ד נד(1) 721 (2000)330, (194)331, (106)614
 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, בג"ץ 1435/03
 פ"ד נח(1) 529 (2003) (43)51, (195)113, (19)118, (29)120, (31)121,
 (63)128-(59)128, 128, 125, (39)123, (36)123, 123
 פנחסי נ' כנסת ישראל, בג"ץ 1843/03, פ"ד מט(1) 700, 661 (1995) (106)486
 פרג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית,
 בג"ץ 893/04, פ"ד נח(4) 1 (2004) (106)614, (198)330
 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, רע"א 1367/95
 פ"ד מט(3) 28 (1995) (141)98
 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי
 להתיישבות, ע"א 524/88, פ"ד מה(4) 529 (1991) (37)150, (29)148
 פריצקי נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 6971/98, פ"ד נג(1) 763, 777, 790 (1999) (2)467
 פריצקר נ' "ניב" בע"מ (בפירוק), ע"א 108/59, פ"ד יד 1545 (1960) (49)126

צ

צמח נ' שר הביטחון, בג"ץ 6055/95, פ"ד נג(5) 270, 241 (1999) (263)223, (14)171
 (224)335, (227)336, (228)336, (233)337, (3)373, (1)391
 (4)419, (104)442, (125)447, (203)506, (209)508, (39)535
 (105)550, (104)550, (99)549, 549, (98)548, 548, (70)541, 541, (45)536, (44)536

ק

קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, בג"ץ 164/97
 פ"ד נב(1) 289 (1998) (206)210, (205)210, (202)209, (201)209
 קורן נ' עיריית רחובות, בג"ץ 146/88, פ"ד מב(4) 72 (1988) (76)637
 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, ע"א 165/82, פ"ד לט(2) 70 (1985) (146)99, (142)98
 קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור, בג"ץ 606/93, פ"ד מח(2) 1 (1994) (261)341
 קינג נ' כהן, ד"נ 40/80, פ"ד לו(3) 701 (1982) (10)72
 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, בג"ץ 2753/03, פ"ד נז(6) 359 (2003) (60)305
 (102)442, (75)387
 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, בג"ץ 585/01, פ"ד נח(1) 694 (2003) (90)161
 קלמס נ' הועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים תל-אביב יפו, בג"ץ 75/57
 פ"ד יא 1601 (1957) (4)456
 קניאל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 9333/03, פ"ד ס(1) 277 (2005) (38)140
 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, בג"ץ 6698/95, פ"ד נד(1) 258 (2000) (83)310
 (111)315, (105)314, (104)314, 314, (99)313, (99)313

קרן החינוך למען בתי ספר תל"י נ' משרד החינוך, בג"ץ 8186/03,
פ"ד נט(3) 873 (2004)

(225)335

ר

ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, ע"א 105/92,
פ"ד מז(5) 189 (1993)

(32)518, (249)339, (209)332, (54)79, (48)78

ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בג"ץ 1748/06

(פורסם בנבו, 14.12.2006) (56)383

רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 141/82, פ"ד לז(3) 141 (1983) (72)182

רובינשטיין נ' שר הביטחון, בג"ץ 3267/97, פ"ד נב(5) 481 (1998) (63)56, (49)52

(42)474, (2)467, (87)281, (32)148, (30)148, (29)148

רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, ע"א 450/70, פ"ד כו(1) 129 (1971) (73)637

רוזן נ' שר המסחר התעשייה והתיירות, בג"ץ 790/78, פ"ד לג(3) 281 (1979) (182)259

רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, בג"ץ 3081/95,

פ"ד נ(2) 177 (1996) (59)154

רופאיזון נ' שר הפנים, ע"א 72/62, פ"ד טז(4) 2428, 2447 (1962) (83)310

רופאים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, בג"ץ 4764/04,

פ"ד נח(5) 385 (2004) (166)255

ריש נ' מועצת הרבנות הראשית, בג"ץ 1912/97, פ"ד נב(5) 650 (1998) (29)148

רסלר נ' כנסת ישראל, בג"ץ 6298/07 (פורסם בנבו, 8.9.2009) (70)386

רסלר נ' שר הביטחון, בג"ץ 910/86, פ"ד מב(2) 441 (1986) (49)475

רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, דנג"ץ 4191/97,

פ"ד נד(5) 330 (2000) (229)336, (224)335

רישמת "כך" לכנסת השלוש-עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, ע"ב 2805/92

(פורסם בנבו, 31.12.1992) (190)330

רשת גני חב"ד בארץ הקודש נ' שר החינוך, בג"ץ 8437/99, פ"ד נד(3) 69 (2000) (83)482

רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', ע"א 4534/02, פ"ד נח(3) 558 (2004) (48)78

ש

ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין, בג"ץ 5432/03,

פ"ד נח(3) 65 (2004) (261)341

ש.מ.צ. נ' ראש עיריית ירושלים, בג"ץ 230/73, פ"ד כח(2) 113 (1974) (76)637

שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, בג"ץ 6024/97, פ"ד נג(3) 600 (1999) (255)339

(94)640, (100)575, (47)427, 427, (274)343, (261)341

שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 453/94, פ"ד מח(5) 501 (1994) (54)79

שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 3512/04, פ"ד נט(4) 70 (2004) (29)517

שטיין נ' המפקח הכללי משטרת ישראל, בג"ץ 951/06 (פורסם בנבו, 30.4.2006) (116)487

שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 2334/02, פ"ד נח(1) 786 (2003) (33)138, (32)138

(81)412, (53)406, (7)393, (20)376, (3)373, (222)215, (213)213

(174)499, (144)493, (142)493, 493, (28)423, (3)419, (82)412
 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, בג"ץ 301/63, פ"ד יח (1) 598 (1964), (77)638, (182)205
 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בשג"ץ 497/88, פ"ד מג (1) 529 (1989), (4)456
 שליט נ' שר הפנים, בג"ץ 58/68, פ"ד כג (2) 477 (1970), (145)98
 שמש נ' רשם החברות, בג"ץ 124/70, פ"ד כה (1) 505 (1971), (177)205
 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, בג"ץ 680/88, פ"ד מב (4) 617 (1989), (181)205
 (78)638, (339)358
 שפר נ' מדינת ישראל, ע"א 506/88, פ"ד מח (1) 87 (1993), (101)313, (147)199
 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, בג"ץ 153/87, פ"ד מב (2) 221 (1988), (77)638, (182)205
 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, ע"א 10078/03 (פורסם בנבו, 19.3.2007), (224)335
 (28)559, (49)464, (15)459

ת

תיאטרון ירושלים לאמנויות נ' שר העבודה, בג"ץ 8150/98,
 פ"ד נד (4) 433 (1998), (46)536, (38)535
 תיסיר דוויאת נ' שר הביטחון, בג"ץ 124/09 (פורסם בנבו, 18.3.2009), (49)536
 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 142/89, פ"ד מד (3) 529 (1990), (84)482, (72)182
 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 7128/96,
 פ"ד נא (2) 509 (1997), (264)341, (261)341
 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, בג"ץ 450/97,
 פ"ד נב (2) 433 (1998), (109)551, (203)506, (102)442, (1)391, (15)172, (2)69, (1)69
 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, ע"ם 4436/02,
 פ"ד נח (3) 782 (2004), (203)506, (32)398, (31)397, 397, (8)393, (15)172

שמות בלועזית

AES System Inc. נ' סער, ע"א 6601/96, פ"ד נד (3) 850 (2000), (98)163, (2)27
 Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' אדלסון, רע"א 7092/94,
 פ"ד נא (1) 625 (1997), (102)163
 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, בג"ץ 806/88,
 פ"ד מג (2) 22 (1989), (78)638, (261)341, (181)205, (39)50, (38)50

פסיקה זרה

A

| | |
|--|--|
| A (FC) v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKHL 56 | 614(107) |
| A (FC) v. Secretary of State for the Home Department, [2005] UKHL 71 | 614(107) |
| A.D.M. Jabalpur v. S. Shuka, A.I.R. 1976 S.C 1207 | 282(95) |
| Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919) | 594(23) |
| Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd. v. Frank Weisinger, [1988] 17 IRLR 60 | 242(90) |
| Amod v. Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund, 1998 (4) SA 753 | 468(11) |
| Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143 | 348, 348(297) |
| Arlington Heights v. Metropolitan Housing Dev. Corp., 429 U.S. 252 (1977) | 371, 371(385) |
| [<i>In Re</i>] Article 26 and Part V of the Planning and Development Bill 1999, [2000] 2. I.R. 321 | 241(85) |
| [<i>In Re</i>] Article 26 and the Employment Equality Bill 1996, [1997] 2 I.R. 321 | 241(85) |
| [<i>In Re</i>] Article 26 and the Matrimonial Home Bill 1993, [1994] I.R. 305 | 240(82) |
| Artico v. Italy, ECHR, App. No. 6694/74 | 515(17) |
| Ashingdane v. United Kingdom, App. No. 8225/78, 7 Eur. H.R. Rep 528 (1985) | 174(29) |
| Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation, [1948] 1 KB 223 | 241(87), 259, 259(180), 460, 460(23), 462, 462(34), 463, 464 |
| Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al., [1984] 2 S.C.R. 66 | 134, 134(5), 134(7) |
| August v. Electoral Commission, 1999 (3) SA 1 (CC) | 523(67), 523(68) |
| Australian Capital Television Pty Limited v. Commonwealth, (1992) 177 C.L.R 106 | 74(25), 244(104) |
| Australian National Airways Pty Ltd v. Commonwealth, (1945) 71 C.L.R. 29 | 95(124) |

B

| | |
|---|--------------------|
| B.C.G.E.U. v. British Columbia, [1988] 2 S.C.R. 214 | 160(86) |
| [<i>Re</i>] B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486 | 86(91) |
| Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514 (2001) | 257(173) |
| Bato Star Fishing (Pty) Ltd v. Minister of Environmental Affairs and Tourism, 2004 (4) SA 490 (CC) | 486(108), 489(123) |
| Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc. 486 U.S. 888, 897 (1988) | 579(11) |
| Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG, [1975] 1 All E.R. 810 | 484(95) |
| Boumediene et al v. Bush, President of the United States, et al, 553 U.S. (2008) | 615(109) |

| | |
|------------------------------------|------------------------------------|
| BVerfG 34, 238 (1973) | 229(25) |
| BVerfG 39, 1 (1975) | 312(97), 520(47), 521(53), 527(88) |
| BVerfG 88, 203 (1993) | 312(97) |
| BVerfG Feb. 15, 2006, 1 BvR 357/05 | 53(54) |
| BVerfGE 2, 380 (403) | 279(71) |
| BVerfGE 5, 585 | 269(34) |
| BVerfGE 7, 198 | 288(128), 342(272) |
| BVerfGE 14, 32 | 95(126) |
| BVerfGE 28, 243 (261) | 176(42) |
| BVerfGE 35, 202 | 452, 452(145) |
| BVerfGE 45, 187 (1977) | 87(93) |
| BVerfGE 51, 324 | 452(146) |
| BVerfGE 53, 135 | 394(18) |
| BVerfGE 55, 159 (1980) | 376(17) |
| BVerfGE 88, 203 (1993) | 521(53), 527(93) |

C

| | |
|---|------------------|
| C.C.C. 23 décembre 1999 98HUNMA363 | 249(134) |
| Campbell v. United Kingdom, App. No. 13590/88, 15 Eur. H.R. Rep. 137 (1993) | 407(62) |
| Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp., [2007] 2 S.C.R. 610 | 420(9), 426(43) |
| Canadian Newspaper co. v. Canada (A. G.), [1988] 2 S.C.R. 122 | 408(64), 408(65) |
| Carmichele v. Minister of Safety and Security, 2001 (4) SA 938 (CC) | 468(11) |
| Case v. Minister of Safety and Security, 1996 (3) SA 617 (CC) | 413(87) |
| Chairperson of the Constitutional Assembly, <i>Ex Parte; In re</i> Cartification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996(4) SA 74 (CC) | 267(26) |
| Chamberlain v. Surrey School district No. 36, [2002] 4 S.C.R. 710 | 443(110) |
| Chee Siok Chin v. Minister for Home Affairs, [2006] 1 SLR 582 | 248(128) |
| Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984) | 484(93) |
| Chorherr v. Austria, App. No. 13308/87, 17 Eur. H.R. Rep. 358 (1994) | 155(62) |
| Christian Education South Africa v. Minister of Education, 2000 (4) SA 757 (CC) | 408(66) |
| Christine Goodwin v. UK, ECHR, App. No. 28957/95 | 515(18) |
| Coetzee v. Government of the Republic of South Africa, 1995 (4) SA 631 (CC) | 413(86), 424(33) |
| Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, [1991] 1 S.C.R. 139 | 145(16) |

| | |
|---|------------------|
| Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, [1985] A.C. 374 | 242(89) |
| Cox v. Ireland, [1992] 2 I.R. 503 | 240(82) |
| Cunliffe v. Commonwealth, (1994) 182 C.L.R. 272 | 74(25), 244(104) |

D

| | |
|--|--------------------------|
| Dagenais v. Canadian Broadcasting Corporation, [1994] 3 S.C.R. 835 | 298(18), 443(110) |
| Dawood v. Minister of Home Affairs, 2000 (3) SA 936 | 143(3), 152(49), 154(55) |
| De Reuck v. Director of Public Prosecutions, 2004 (1) SA 406 | 104(170) |
| Decision n° 2007-555 DC (16 août 2007) | 498(168) |
| Decision n° 2008-562 (21 février 2008) | 498(168) |
| Decision n° 2008-562 (21 février 2008) | 172(17) |
| Decision n° 2009-580 (10 juin 2009) | 172(17), 498(168) |
| Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 525 (1951) | 586(62) |
| Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services, 109 S. Ct. 998 (1989) | 516(22) |
| Diagoras Development Ltd v. National Bank of Greece S.A., (1985) 1 C.L.R. 581 | 482(83) |
| Director of Investigation and Research v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748 | 484(95) |
| District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 290 (2008) | 257(175), 258(176) |
| DK v. Crowley, [2002] 2 I.R. 744 | 241(85) |
| Doctors of Life International v. Speaker of the National Assembly, 2006 (6) SA 416 (CC) | 267(24) |
| Du Plessis v. De Klerk, 1996 (3) SA 850 (CC) | 160(88) |
| Dubois v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350 | 96(126) |

E

| | |
|--|----------|
| Edmonton Journal v. Alberta, [1989] 2 S.C.R. 1326 | 348(300) |
| Edwards v. Canada (Attorney General), [1930] A.C. 124 (P.C.) | 91(105) |
| Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513 | 488(119) |

F

| | |
|--|----------------------------|
| F.C.C. v. Beach Communications, 508 U.S. 307 (1993) | 362(356) |
| Fay v. New York, 332 U.S. 261 (1947) | 72(13) |
| Ferreira v. Levin NO and Others, 1996 (1) SA 984 (CC) | 67(98), 334(221), 532(19) |
| Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712 | 134(8), 218(233), 218(237) |
| Fox, Campbell & Hartley v. UK, ECHR, App. No. 12244/86 | 515(16) |

G

| | |
|--|----------|
| Ghaidan v. Godwin-Mendoza, [2004] 2 A.C. 557 | 158(75) |
| Golder v. UK, (1979-80) 1 EHRR 524 | 233(43) |
| Golder v. United Kingdom, App. No. 4451/70, 18 Eur. H.R. Rep. 524 (1975) | 174(27) |
| Gompers v. United States, 233 U.S. 604 (1914) | 96(127) |
| Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 238 | 443(110) |
| Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) | 81(64) |

H

| | |
|---|--|
| Hanafin v. Minister for Environment, [1996] 2 I.R. 321 | 266(16) |
| Hand v. Dublin Corporation, [1989] I.R. 26 | 241(86) |
| Handyside v. The United Kingdom, App. No. 5493/72, 1 Eur. H.R. Rep. 737 (1979) | 234, 234(46), 234(47), 510, 510(215), 511(217) |
| Hansen v. The Queen., [2007] NZSR 7 | 104(171), 244(102), 375(14) |
| Harvey v. New Brunswick (Attorney General), [1996] 2 S.C.R. 876 | 501(186) |
| Haughey v Moriarty, [1999] 3 I.R. 1 | 267(18) |
| Heaney v. Ireland, [1994] 3 I.R. 593 | 240(82) |
| Herbert v. Lando, 441 U.S. 153 (1979) | 444(117) |
| HKSAR v. Hung Chan Wa, (2006) 9 HKCFAR 614 | 248(129) |
| HKSAR v. Lam Kwong Wai, (2006) 9 HKCFAR 574 | 248(129) |
| Hoffmann v. South African Airways, 2001 (1) SA 1 (CC) | 145(14) |
| Huang v. Secretary of State for the Home Department, [2007] UKHL 11 | 490(128) |
| Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145 | 70(6) |

I

| | |
|---|--------------|
| Illinois State Bd. of Elections v. Socialist Workers Party, 440 U.S. 173 (1979) | 502(189) |
| Indira Gandhi v. Raj Narain, AIR 1975 SC 2299 | 73(23) |
| Institute of Chartered Accountants v. Bevan, [2003] 1 NZLR 154 | 244(102) |
| Internationale Handelsgesellschaft mbh v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, E.C.R. 1125 (1970) | 235, 235(53) |
| International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department, [2002] 1 CMLR 52 | 491(131) |
| Irwin Toy Ltd. v. Quebec, [1989] 1 S.C.R. 927 | 350(306) |

J

| | |
|--|----------|
| J.B. International Ltd. v. Auckland City Council, [2006] NZRMA 401 | 244(102) |
|--|----------|

| | |
|---|----------|
| Jackson v. City of Joliet, 715 F. 2d 1200, 1203 (1982) | 515(21) |
| Jackson v. Her Majesty's Attorney General, [2005] 4 All E.R. 1257 | 158(76) |
| Judgment 20.530 decided by the Constitutional Court of Peru on June 3rd, 2005 | 250(142) |
| Judgment ROL 519 decided by the Constitutional Court of Chile on June 5th, 2007 | 240(144) |
| Judgment T-422 decided by the Constitutional Court of Colombia on June 16th, 1992 | 250(141) |
| Juicio de amparo en revision 1659/2006, February 27 th , 2002 | 240(143) |

K

| | |
|---|-----------------------------------|
| Kaunda v. President of the Republic of South Africa, 2005 (4) SA 235 (CC) | 270(36) |
| Kelly v. UK, ECHR, App. No. 30054/96 | 515(15) |
| Kesavananda Bharati v. State of Kerala, (1973) 4 SCC 225 | 73(23) |
| Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944) | 37, 37(53), 414(90), 609, 609(93) |
| Kruger v. Commonwealth, (1997) 190 C.L.R. 1 | 74(25), 245(104) |

L

| | |
|--|------------------|
| Lange v. Australian Broadcasting Corp., (1997) 189 C.L.R. 520 | 74(25), 244(104) |
| Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union, [1991] 2 S.C.R. 211 | 382(52) |
| Lavoie v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 769 | 443(110) |
| Leung Kwok Hung & Others v. HKSAR, (2005) 8 HKCFAR 229 | 248(129) |
| Levy v. Victoria, (1997) 189 C.L.R. 579 | 74(25), 245(104) |
| London Regional Transport and another v. The Mayor of London and another, [2001] EWCA Civ. 1491, § 57-58 | 560(32) |
| Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom, 29 Eur. H.R. Rep 548 (2000) | 422(18) |

M

| | |
|--|----------------------------|
| Mahe v. Alta, [1990] S.C.R. 342 | 86(91) |
| Malone v. United Kingdom, App. No. 8691/79, 7 Eur. H.R. Rep. 14 (1984) | 155(64) |
| [Re] Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721, 752 | 279(73) |
| Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) | 193(126), 475(48), 569(71) |
| McGinty v. Western Australian, (1996) 186 C.L.R. 140 | 74(25), 244(104) |
| Minerva Mills v. Union of India, AIR 1980 SC 1789 | 73(23) |
| Minister of Health v. Treatment Action Campaign, 2002 (5) SA 721 | 525, 525(81) |
| Minister of Home Affairs v. Fisher, [1979] 3 All E.R. 21 | 95(123) |

| | |
|---|----------------------------|
| Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO), 2005 (3) SA 280 (CC) | 334, 334(220) |
| Minister of Transport v. Noort, [1992] 3 NZLR 260 | 160(86), 244(102), 539(58) |
| Mohlomi v. Minister of Defence, 1997 (1) SA 124 (CC) | 335(222) |
| Moise v. Transitional Local Council of Greater Germiston, 2001 (4) SA 491 (CC) | 539(60) |
| Moonen v. Film and Literature Board of Review (No. 2), [2002] 2 NZLR 754 | 244(102) |
| Moonen v. Film and Literature Board of Review, [2000] 2 NZLR 9 | 203(165), 244(102) |
| Moseneke v. The Master, 2001 (2) SA 18 | 361, 361(350) |
| Murphy v. Independent Radio and Television Commission, [1999] 1 I.R. 12 | 241(85) |
| Myers v. United States, 272 U.S. 52, 293 (1926) | 474(42) |

N

| | |
|--|------------------|
| National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs, 2000 (2) SA 1, § 56 | 376(16) |
| Nationwide News Pty Limited v. Wills, (1992) 177 C.L.R. 1 | 74(25), 244(104) |
| Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E., [2004] 3 S.C.R. 381 | 334(219) |
| Ng Yat Chi v. Max Share Ltd, (2005) 8 HKCFAR 1 | 248(129) |
| Nixon v. Shrink Missouri Government PAC, 528 U.S. 377, 402 (2000) | 257(174) |

O

| | |
|--|----------|
| Official Receiver & Trustee in Bankruptcy of Chan Wing Hing v. Chan Wing Hing & Secretary for Justice, (2006) 9 HKCFAR 545 | 248(129) |
| Om Kumar v. Union of India, (2001) 2 S.C.C. 386 | 249(140) |
| Ozgur Gundem v. Turkey, ECHR, App. No. 22492/93 | 515(19) |

P

| | |
|---|-----------------------------|
| Personnel Adm'r of Massachusetts v. Feeney, 442 U.S. 256 (1979) | 364, 364(365), 364(366) |
| Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa: <i>In re Ex Parte</i> President of the Republic of South Africa, 2000 (2) SA 674 (CC) | 279(70) |
| Police v. Curran, [1992] 3 NZLR 260 (CA) | 539(58) |
| Powerco v. Commerce Commission, HC Wellington, 9 June 2006, CIV-2005-485-1066, Wild J | 244(102) |
| President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo, 1997 (4) SA 1 (CC) | 195, 195(135), 196, 281(85) |
| President of the Republic of South Africa v. Modderklip Boerdery (pty) Ltd., 2005 (5) SA 3 (CC) | 523(67) |

| | |
|--|---|
| President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Football Union, 2000 (1) SA 1 (CC) | 468(7) |
| Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope, 2002 (2) SA 794 (CC) | 318(125), 408(67), 412(84) |
| Prinz v. United States, 521 U.S. 898 (1997) | 93(111) |
| Progressive Enterprises Ltd. v. North Shore City Council, [2006] NZRMA 72 | 244(102) |
| R | |
| R (Jackson) v. Attorney General, [2006] 1 A.C. 262 | 158(75) |
| R (ProLife Alliance) v. BBC, [2003] 2 WLR 1403 | 490(128) |
| R v. Chief Constable of Sussex <i>ex p.</i> International Trader's Ferry, [1999] 2 AC 418 | 462(34) |
| R v. DPP <i>ex parte</i> Kebeline, [2002] 2 AC 366 | 470(22) |
| R v. Goldstein, [1983] 1 WLR 151 | 411(80) |
| R v. Lambert, [2001] 2 WLR 211 | 470(22) |
| R v. MAFF <i>ex parte</i> First City Trading, [1997] 1CMLR 250 | 462(38) |
| R v. Secretary of State for the Home Department, <i>ex p.</i> Brind, [1991] 1 A.C. 696 | 242(91) |
| R v. Secretary of State for the Home Department <i>Ex p.</i> Daly, [2001] 3 All E.R. 433 | 242(95), 463, 463(39)-463(42) |
| R v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295 | 95(123), 359, 359(344), 359(345), 360 |
| R v. Brown, [2002] 2 S.C.R. 185 | 443(110) |
| R v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452 | 359, 359(346) |
| R v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713 | 347(291), 347(293), 350(304), 378(30), 500, 500(178), 502(187), 508(210) |
| R v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697 | 347(295), 350(307) |
| R v. Lord Saville of Newdigate, <i>ex p.</i> A & B., [1999] 4 All E.R. 860 | 447(125) |
| R v. Ministry of Defence, <i>ex p.</i> Smith, [1996] Q.B. 517 | 447(125) |
| R v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 | 312(96) |
| R v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606 | 156(69) |
| R v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103 | 213, 213(214), 213(216), 239, 239(74), 245(105), 272(46), 273, 273(51), 319(127), 346, 346(287)-346(289), 347-350, 353, 375(12), 378, 378(30), 378(35), 420(9), 424(34), 447(124), 500, 500(175), 538, 538(53), 538(54), 620, 620(5), 621 |
| R v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, [2001] 2 All E.R. 929 | 242(95) |

| | |
|---|-------------------------|
| R. v. Secretary of State for the Home Department, (2002) 3 WLR 481, 502 | 508(210) |
| R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45 | 420(9) |
| R. v. Therens, (1985) 18 D.L.R (4 th) 655 | 86(91) |
| R. v. Therens, [1985] 1 S.C.R. 613 | 160(86) |
| R. v. Wharewako, [2005] NZAR 606 | 443(108) |
| R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731 | 305(307), 360, 360(347) |
| Recurso de Amparo (Habeas Corpus) 66/1995 decided by the <i>Constitutional Court of Spain</i> on May 8 th , 1995 | 236(58) |

| | |
|--|---|
| [<i>Reference re</i>] Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.), [1997] 3 S.C.R. 3 | 268(29), 279(73) |
| RJR-MacDonald Inc. v. Canada, [1995] 3 S.C.R. 199 | 347(292), 350(308), 396(27), 471(27), 490(128), 500(185) |
| Rock v. Ireland, [1997] 3 I.R. 484 | 241(85) |
| Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario, [1990] 2 S.C.R. 232 | 421(16) |
| Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) | 312(95) |
| RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573 | 160(86), 162(97) |
| Ryan v. A.G., [1965] I.R. 294 | 240(80) |

S

| | |
|--|--|
| S v. Bhulwana, 1996 (1) SA 388 (CC) | 375(12), 430(59), 447(124) |
| S v. Jordan, 2002 (6) SA 642 (CC) | 360(349) |
| S v. Makwanyane, 1995(3) SA 391 | 97(132), 170(6), 247(117), 274, 274(52), 394, 394(16), 424(33), 500(179), 539(59), 556(7) |
| S v. Mamabolo, 2001 (3) SA 409 (CC) | 160(87) |
| S v. Manamela, 2000 (3) SA 1 (CC) | 394, 394(17), 401, 401(41)-401(43), 410, 410(71) |
| S v. Mbatha, 1996 (2) SA 464 (CC) | 376(15) |
| S v. Thebus, 2003 (6) SA 505 (CC) | 160(87) |
| S v. Zuma, 1995 (2) SA 642 (CC) | 539(59) |
| Sambamurthy v. State of Andhra Pradesh, A.I.R. 1987 S.C. 663 | 279(74) |
| [<i>Reference re</i>] Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 608 | 443(110) |
| [<i>Reference re</i>] Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217 | 80(58), 266(17) |
| Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939) | 594(22) |
| Secretary of State for the Home Department v. E, [2007] UKHL 47 | 614(107) |
| Secretary of State for the Home Department v. JJ and others (FC), [2007] UKHL 45 | 615(107) |
| Secretary of State for the Home Department v. MB, [2007] UKHL 46 | 615(107) |

| | |
|--|---|
| Singh v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177 | 333(216), 333(217), 350(309) |
| Slaight Communication v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038 | 462(35), 543(83) |
| Solicitor v. Law Society, (2003) 6 HKCFAR 570 | 248(129) |
| Soobramoney v. Minister of Health, 1998 (1) SA 765 (CC) | 326(166) |
| South African Association of Personal Injury Lawyers v. Heath, 2001 (1) SA 883 (CC) | 267(24), 268(28) |
| Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. No. 7151/75, 5 Eur. H.R. Rep. 35, § 69 (1982) | 424(37) |
| Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989) | 93(111) |
| State of Madras v. V.G. Raw, AIR 1952 SC 196 | 249(138) |
| Stephens v. West Australian Newspapers Limited, (1994) 182 C.L.R. 211 | 74(25), 244(104) |
| Sunday Times v. United Kingdom, App. No. 6538/74, 2 Eur. H.R. Rep. 245 (1980) | 144(5), 154(55), 155, 155(63), 159, 159(83), 164, 238, 238(72) |

T

| | |
|---|-----------------------------|
| Taito v. Chief Executive of the Department of Labour, CIV-2004-485-1987 | 443(108) |
| Taylor v. Chief Executive Department of Corrections HC Wellington, 11 September 2006, CIV-2006-485-897 | 244(102) |
| Taylor v. New Zealand Poultry Board, [1984] 1 NZLR 394 | 243(97) |
| Teri Oat Estates Ltd v. U.T. Chandigarh, (2004) 2 S.C.C. 130 | 249(140) |
| Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) | 594(23) |
| The Queen v. Jones, [1986] 2 S.C.R. 284 | 138, 138(30), 138(31), 139 |
| The State (M) v. Attorney General, [1979] IR 73 | 267(20) |
| Theophanous v. Herald & Weekly Limited, (1994) 182 C.L.R. 104 | 74(25), 87(92), 244(104) |
| Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988) | 93(111) |
| Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers, [2001] 1 S.C.R. 772 | 443(110) |
| Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 101 (1958) | 93(111) |
| Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C., 520 U.S. 180 (1997) | 257(173) |

U

| | |
|---|--------------|
| Union of India v. G, Ganayutham, AIR 1997 SC 3387 | 249(139) |
| United States of America v. Cotroni, [1989] 1 S.C.R. 1469 | 398, 398(35) |

| | |
|---|----------|
| United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946) | 153(52) |
| United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968) | 366(371) |
| United States v. Playboy Entertainment Group, 529 U.S. 803 (2000) | 257(173) |
| United States v. Then, 56 F. 3d 464 (1995) | 92(107) |
| United States v. United Foods, 533 U.S. 405 (2001) | 257(173) |
| United States. R. Retirement Bd. v. Fritz, 449 U.S. 166, 179 (1980) | 362(355) |
| W | |
| W. Va. Univ. Hosps. Inc. v. Casey, 499 U.S. 83, 112 (1991) | 89(97) |
| [Re] Wakin, (1993) 73 A.J.L.R. 839 | 86(87) |
| Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 64 (1985) | 366(369) |
| Webster v. Reproductive Health Services, 109 S. Ct 3040 (1989) | 516(22) |
| WIC Radio Ltd. v. Simpson, [2006] S.C.R. 41 | 443(110) |
| Wolf v. Minister of Immigration, [2004] NZAR 414 | 244(102) |
| Y | |
| Ysursa v. Pocatello Education, 555 U.S. ____ (2009) | 257(173) |
| Z | |
| Zana v. Turkey, App. No. 18954/91, 27 Eur. H.R. Rep. 667 (1997) | 331(201) |

מפתח ספרים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות שוליים (בסוגריים))

ספרים בעברית

א

אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א 391 (תשמ"ח) (115)316
אנגלרד מבוא לתורת המשפט (תשנ"א) (11)144

ב

בן-נפתלי ושני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (2006) (162)254, (155)253
ברוך ספר השבת: פרשת השבת, ערכה, גילוייה והשפעתה בחיי עם ישראל מימי קדם ועד
היום הזה (תשכ"ג) (276)343
ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית (1992) (163)101, (76)83
(2)115, (3)115, (7)116, (20)119, (23)120, (47)126
(54)147, (55)127, (71)157, (100)163, (101)163
(99)441, (9)468, (10)468, (121)646
ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה (1993) (177)205, (175)205, (37)150
(183)205, (185)206, (251)221, (17)459, (51)631
ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994) (2)69, (9)44, (2)27
(15)117, (11)134, (26)137, (29)138, (40)150, (43)151
(61)155, (65)156, (94)162, (107)164, (109)165, (225)216
(226)216, (251)221, (254)222, (264)224, (266)224, (193)260
(68)307, (69)307, (85)310, (171)327, (224)335, (179)328
(323)353, (1)455, (184)500, (2)513, (52)521, (52)521
(82)543, (101)550, (106)551, (107)551, (50)601
ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) (9)71, (3)70, (2)69, (46)52, (3)27
(19)73, (21)73, (24)73, (57)80, (68)82, (76)83, (78)83
(81)84-(83)84, (86)85, (88)86, (125)95, (139)98, (140)98
(149)99, (152)99, (58)127, (11)134, (68)156-(66)156
(335)357, (337)357, (379)370, (378)369, (338)357
(52)428, (54)428, (72)480, (74)481, (76)481, (77)481, (82)543, (16)531
ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) (100)68, (50)52, (44)51, (23)47, (20)46
(102)68, (82)159, (198)208, (203)210, (205)210, (238)218
(27)267, (33)269, (37)270, (44)271, (61)277, (79)280

,(46)303 ,(42)303 ,(39)302 ,(36)302 ,(35)302 ,(99)283
 ,(102)313 ,(101)313 ,(93)312 ,(85)311 ,(81)309 ,(76)308
 ,(244)338 ,(240)337 ,(236)337 ,(206)332 ,(113)315
 ,(15)458 ,(136)450 ,(58)429 ,(268)342 ,(266)342
 ,(43)474 ,(25)471 ,(20)470 ,(17)470 ,(16)470 ,(33)461
 ,(52)521 ,(98)484 ,(80)482 ,(77)481 ,(76)481 ,(58)478
 ,(30)582 ,(99)575 ,(98)574 ,(74)569 ,(39)562
 (59)634 ,(67)587 ,(35)582 ,(34)582
 ,(31)472 ,(100)416 ,(59)383 ,(160)201 (ברק שיקול דעת שיפוטי (1987)
 ,(76)481 ,(74)481 ,(71)480 ,(55)477 ,(53)477-(50)476
 (99)575 ,(96)574 ,(85)571 ,(79)481 ,(77)481

ג

גביזון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכונים (1999) (89)311 ,(85)311
 גרמן מלך ישראל: ריבונות לדורי דורות בראי ההלכה ומעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של
 ההלכה (תשס"ג) (116)316

ד

דותן הנחיות מינהליות (1996) (59)154 ,(17)145 ,(15)145
 דניאל מדינה יהודית ודמוקרטית: מבט רב תרבותי (2003) (85)311

ה

הרנון דיני ראיות חלק ראשון (תש"ל) (23)533 ,(13)531 ,(57)477 ,(56)477
 הרנון דיני ראיות חלק שני (תש"ל) (102)550

ו

וולצר על הסובלנות (1999) (245)338
 וינטל "פסקאות נצחיות" בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש
 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים",
 האוניברסיטה העברית בירושלים, 2005) (61)56

ז

זמיר הסמכות המינהלית כרך א (1996) (42)474 ,(178)258 ,(91)161 ,(90)161 ,(15)145

ט

טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית (1969) (37)76

יעקובסון ורובינשטיין ישראל ומשפחת העמים : מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (2003)
(110)315 ,(85)311

כ

כהן המשפט (1991) (241)338
כהן מי מפחד ממדינה יהודית? היבט חוקתי ואידיאולוגי (2001) (85)311
כהן צדק במשפט (1992) (241)338
כהן-אליה פסקות ההגבלה בחוקי היסוד על זכויות האדם, התחשבות באופי הזכות (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2000) (302)349
כהן-אלמגור גבולות הסבלנות והחירות: תיאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות (תשנ"ד) (251)339
כרמי חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן (2003) (109)314
כשר רוח איש (2000) (91)311 ,(47)303

ל

לוין להיות שופט (2009) (75)481
לוין תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד (מהדורה שנייה, 2008) (28)174

מ

מאוטנר משפט ותרכות בפתח המאה העשרים ואחת (2008) (246)338
מונטסקיה על רוח החוקים (עידו בסוק מתרגם, יעקב גולומב עורך, 1998) (42)474
מרגולין (עורך) מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית - רב שיח ומקורות נלווים (1999) (85)311
מרזל דיני פסלות שופט (2006) (99)575

ס

סיבל משפט בינלאומי (2003) (162)254 ,(148)251

פ

פלר יסודות בדיני עונשין כרך א (1984) (165)102

ק

קדמי על הראיות חלק שלישי (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003). (23)533 ,(13)531
קורנאלדי חידת הזהות היהודית - חוק השבות הלכה למעשה (2001) (83)310
קלינגהופר משפט מנהלי (1957) (33)473 ,(266)342

קמיר כבוד אדם וחוה : פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי (2007) (46)78
 קרמניצר, גולדמן וטמיר רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי : הצעה לביטול האיסור
 הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים (2003) (256)340

ר

רבין ושני (עורכים) זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הישראלי (2004) (57)522
 רביצקי וצ' שטרן (עורכים) דברים ושברי דברים : על יהדותה
 של מדינה דמוקרטית (2007) (85)311
 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (2005) (49)152, (29)148,
 (53)153, (55)154, (58)154, (59)154, (53)178, (71)182, (72)178,
 (36)473, (2)467, (186)329, (85)311, (83)310, (99)283, (61)277

ש

שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים (2009) (58)429, (49)428, (209)211, (52)53
 (133)649, (132)649, (131)649, (96)641, (1)455, (63)430
 שטרית על השפיטה (2004) (268)342
 שיין מדינת היהודים : שלב הסיכומים - הרב עובדיה יוסף
 והנשיא אהרן ברק (2003) (85)311
 שילה דינא דמלכותא דינה (תשל"ה) (114)316
 שלף מהות המשפט ומהות המשטר (1996) (61)277
 שני השימוש בעיקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי (2009) (146)250, (25)31,
 (158)253, (154)253, (148)251
 שרגא ושחר המשפט המנהלי כרך I – עקרונות יסוד (2008) (106)486
 שרגא ושחר המשפט המנהלי כרך III – עילות ההתערבות (2008) (181)259, (179)258,
 (81)482, (16)459

ספרים בלועזית

A

- ADLER & POSNER, COST-BENEFIT ANALYSIS: LEGAL, ECONOMIC AND
PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES (2000) 578(9)
- ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS
(Julian Rivers trans., 2002) 30(18), 43(4), 54(58), 58(68), 62(81)-63(86),
64(88), 66(93), 75(30), 77(43), 77(45), 97(130), 116(5), 176(42), 180(62),
190(114), 195(133), 214(220), 285(111), 285(112), 286(114),
286(115), 290(135), 323(149), 342(271), 381(45), 383(57), 387(74),
395(22), 403(47), 439(92), 447(126), 448(127), 448(128), 449(133),
450(138), 452(145), 453(146), 504(198), 513(1), 522(55), 577(3),
581(24), 581(25), 591(3), 592(9), 635(66)
- ALLAN, CONSTITUTIONAL JUSTICE: A LIBERAL THEORY OF
THE RULE OF LAW (2001) 158(74), 158(76)
- ALEXANDER (ed.) CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS (1988) 28(8)
- AQUINAS, SUMMA THEOLOGICAL II-II. Qua estio 64, and 7 226(9)
- ARAI-TAKAHASHI, THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE AND THE PRINCIPLE OF
PROPORTIONALITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE ECHR (2002) 233(44), 510(214)
- AUBERT, TRAITE DE DROIT CONSTITUTIONNEL SUISSE (1967) 83(74)
- AVILA, THEORY OF LEGAL PRINCIPLES (2007) 64(89), 75(30), 378(28), 459(15), 497(164)

B

- BADINTER & BREYER, JUDGES IN CONTEMPORARY DEMOCRACY: AN INTERNATIONAL
CONVERSATION (2004) 575(99)
- BARAK-EREZ & GROSS (eds.), EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND
PRACTICE (2007) 522(57)
- BARKHUYSEN & LINDENBERGH (eds.),
CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW (2006) 27(2)
- BARZILAI, COMMUNITIES AND LAW: POLITICS AND CULTURES OF
LEGAL IDENTITIES (2003) 339(250)
- BEATTY (ed.), HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE
(1994) 470(16), 615(112)
- BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW (2004) 32(25), 37(49), 289(133), 395(22),
438(81), 490(128), 558(18), 570(78)-570(80), 573(92)
- BELTRAMO et al (trans.), THE ITALIAN CIVIL CODE (1969) 82(73)
- BENNION, STATUTORY INTERPRETATION (4th ed., 2002) 357(337)
- BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION (1993) 254(162)
- BIX, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY (1993) 370(380)

| | |
|---|---|
| BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW (1996) | 82(65) |
| BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1765) | 226(11) |
| BÖCKENFÖRDE, STATE, SOCIETY AND LIBERTY: STUDIES IN POLITICAL THEORY AND CONSTITUTIONAL LAW (1991) | 277(60) |
| BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY (1986) | 338(245) |
| BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW (1990) | 91(103) |
| BREMS (ed.) CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS (2008) | 115(1) |
| BRISON & SINNOT-ARMSTRONG (eds.) CONTEMPORARY PERSPECTIVES ON CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (1993) | 88(96) |
| BRUDNER, CONSTITUTIONAL GOODS (2004) | 328(178) |
| BURBANK & FRIEDMAN (eds.), JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH (2002) | 342(268) |
| C | |
| CALABRESI (ed.), ORIGINALISM: A QUARTER-CENTURY OF DEBATE (2007) | 89(96) |
| CAMAZANO, LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (2004) | 236(58) |
| CAMPBELL, GOLDSWORTY & STONE (eds.), PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA (2006) | 166(114), 643(105) |
| CANARIS, DIE FESTSTELLUNG VON LÜCKEN IM GESETZ: EINE METHODOLOGISCHE STUDIE ÜBER VORAUSSETZUNGEN UND GRENZEN DER RECHTSFORTBILDUNG PRAETER LEGEM (1983) | 83(76) |
| CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 89 (1921) | 575(99) |
| CARDOZO, THE PARADOXES OF LEGAL SCIENCE (1928) | 121(30) |
| CARDOZO, THE GROWTH OF THE LAW 85 (1924) | 432(71), 481(74) |
| CARIAS, JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW (1989) | 532(18), 615(112) |
| CASEY, CONSTITUTIONAL LAW IN IRELAND (2000) | 241(85), 424(35) |
| CASS, THE RULE OF LAW IN AMERICA (2001) | 277(61) |
| CHANG (ed.), INCOMMENSURABILITY, INCOMPARABILITY, AND PRACTICAL REASON (1997) | 578(9) |
| CHEADLE, NICHOLAS HAYSON & DENNIS DAVIS, SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS (2003) | 59(70), 60(74), 121(32), 122(34), 140(41) |
| CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES (3 rd ed., 2006) | 362(354), 364(364), 365(368), 371(384), 377(24), 600(49), 601(50), 603(55), 605(69)-605(72), 610(94) |
| CHOUDHRY (ed.), THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS (2007) | 230(28) |

| | |
|---|--|
| COHEN-ALMAGOR, THE BOUNDARIES OF LIBERTY AND TOLERANCE: THE STRUGGLE AGAINST KAHANISM IN ISRAEL (1994) | 338(245) |
| COHEN-ALMAGOR, THE SCOPE OF TOLERANCE: STUDIES ON THE COSTS OF FREE EXPRESSION AND FREEDOM OF THE PRESS (2006) | 338(245) |
| COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES (2009) | 194(127), 247(119), 270(37), 470(17), 479(64), 521(54), 532(18), 568(69), 569(77), 587(67), 616(112) |
| CONSTITUTIONS OF EUROPE: TEXTS COLLECTED BY THE COUNCIL OF EUROPE VENICE COMMISSION (2004) | 194(128), 468(5) |
| CONTE & BURCHILL, DEFINING CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: THE JURISPRUDENCE OF THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE (2 nd ed., 2009) | 253(153) |
| COOTER & ULEN, LAW AND ECONOMICS 16 (4 th ed., 2003) | 395(22) |
| COSTA & ZOLO (eds.), THE RULE OF LAW: HISTORY, THEORY AND CRITICISM (2007) | 277(61) |
| CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW (6 ed., 2008) | 243(96), 455(1), 455(2), 460(24), 462(34), 463(43), 558(18) |
| CRAVEN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A PERSPECTIVE ON ITS DEVELOPMENT (1995) | 252(153) |
| CUETO-RUA, JUDICIAL METHODS OF INTERPRETATION OF THE LAW (1981) | 477(53) |
| CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (1994) | 143(3), 147(26), 155(60), 227(13), 229(22), 278(64), 281(85), 283(101), 382(47) |
| CURRIE & DE WAAL, THE BILL OF RIGHTS HANDBOOK 186 (5 th ed., 2006) | 58(69), 59(72), 60(74), 61(77) |
| CZARNOTA, KRYGIER & SADURSKI (eds.), RETHINKING THE RULE OF LAW AFTER COMMUNISM (2005) | 277(61) |
| D | |
| D'AGOSTINO, INCOMMENSURABILITY AND COMMENSURATION: THE COMMON DENOMINATOR (2003) | 578(9) |
| DAHL, ON DEMOCRACY (1998) | 269(32) |
| DAVIS, MAGNA CARTA (1963) | 225(8) |
| DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE (4 th ed., 2002) | 478(58) |
| DAVIS, DISCRETIONARY JUSTICE: A PRELIMINARY INQUIRY (1969) | 472(31) |
| DAVIS & PIERCE, 1 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE (3 rd ed., 1994) | 484(94) |
| DE MESTRAL et al (eds.), LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (1986) | 31(25) |
| DICKERSON, THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF STATUTES (1975) | 73(20) |

| | |
|--|--|
| DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT (2004) | 253(158), 255(162) |
| DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENSE (4 th ed., 2005) | 226(10) |
| DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2006) | 253(154), 276(58), 277(62), 279(71), 280(82), 280(84), 401(40), 498(165), 499(169), 514(12), 559(26) |
| DUCAT, MODES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (1978) | 581(23), 586(59), 586(60) |
| DWORKIN, A BILL OF RIGHTS FOR BRITAIN (1990) | 270(37), 303(44) |
| DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 48 (1985) | 370(379) |
| DWORKIN, IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE: PRINCIPLES FOR A NEW POLITICAL DEBATE (2006) | 303(44) |
| DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (1997) | 270(37) |
| DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE – THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY (2000) | 327(177) |
| DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977) | 28(7), 47(22), 66(93), 301(27), 327(174), 449(132), 584(43), 625(25) |

E

| | |
|--|--|
| EBERLE, DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES (2001) | 613(104) |
| EDMUNDSON, AN INTRODUCTION TO RIGHTS (2004) | 28(7) |
| ELEFTHERIADIS, LEGAL RIGHTS (2008) | 28(7) |
| ELLIS (ed.), THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE (1999) | 31(25) |
| ELSTER & SLAGSTAD (eds.) CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY (1988) | 28(8) |
| ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980) | 237(172) |
| EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW (1996) | 31(25), 103(169), 234(52), 235(54), 280(82), 281(89), 282(94), 284(102), 376(18), 377(22), 381(45), 384(61), 384(62), 385(64), 395(21), 406(54), 406(55), 424(36), 455(1), 465(54), 465(58) |
| EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION (1970) | 365(367) |
| ENGLAND, CORRECTIVE AND DISTRIBUTIVE JUSTICE: FROM ARISTOTLE TO MODERN TIMES (2009) | 225(6) |
| ENGLISH & HAVERS (eds.) AN INTRODUCTION TO HUMAN RIGHTS & THE COMMON LAW (2000) | 643(105) |
| ESKRIDGE, DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION (1994) | 89(96), 357(336) |
| ESPINOSA, POLEMICAS CONSTITUTIONALES (2007) | 250(141) |

| | |
|--|------------------------------------|
| EVANS, FREEDOM OF RELIGION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2001) | 313(100) |
| F | |
| FALLON, IMPLEMENTING THE CONSTITUTION (2001) | 424(30) |
| FLECK (ed.), THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS (1995) | 253(158) |
| FLEINER, INSTITUTIONEN DES DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHTS (1928) | 229(21), 411(79) |
| FRANK, COURTS ON TRIAL – MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE (1949) | 477(53) |
| FREDMAN, HUMAN RIGHTS TRANSFORMED: POSITIVE RIGHTS AND POSITIVE DUTIES (2008) | 515(20) |
| FRIEDLAND, A PLACE APART: JUDICIAL INDEPENDENCE AND ACCOUNTABILITY IN CANADA (1995) | 342(268) |
| FRIEDMANN & BARAK-EREZ (eds.), HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW (2001) | 27(2), 117(12) |
| FRUMKIN, A SURVEY OF THE SOURCES OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN GERMAN LAW (1991) | 228(15), 228(17), 228(19), 229(20) |
| FULLER, ANATOMY OF THE LAW (1968) | 481(78) |
| FULLER, THE MORALITY OF LAW (1969) | 144(8) |
| G | |
| GALETTA, PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA E SINDACATO GIURISDIZIONALE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO (1998) | 237(61) |
| GALLIGAN, DISCRETIONARY POWERS: A LEGAL STUDY OF OFFICIAL DISCRETION (1986) | 472(31) |
| GARDAM, NECESSITY, PROPORTIONALITY AND THE USE OF FORCE BY STATES (2004) | 226(10), 251(147) |
| GEARTY, CAN HUMAN RIGHTS SURVIVE? (2006) | 28(7) |
| GHAI, HONG KONG'S NEW CONSTITUTIONAL ORDER: THE RESUMPTION OF CHINESE SOVEREIGNTY AND THE BASIC LAW (2 nd ed., 1999) | 248(130) |
| GOLDFORD, THE AMERICAN CONSTITUTION AND THE DEBATE OVER ORIGINALISM (2005) | 89(96) |
| GOLDSWORTHY, THE SOVEREIGNTY OF PARLIAMENT: HISTORY AND PHILOSOPHY (1999) | 158(79) |
| GOZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE STUDY (2008) | 56(63) |
| GREENAWALT, LAW AND OBJECTIVITY (1992) | 481(76), 575(99), 582(33) |

- GREENBERG, KATZ, OLIVIERO & WHEATLEY (eds.) CONSTITUTIONALISM & DEMOCRACY:
TRANSITION IN THE CONTEMPORARY WORLD (1993) 28(8)
- GREER, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: ACHIEVEMENTS,
PROBLEMS AND PROSPECTS (2006) 233(44), 635(65)

H

- HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF
LAW AND DEMOCRACY (William Rehg trans., 1996) 270(38),
577(3), 580(20), 584(44)
- HAFELIN & HALLER, SCHWEIZERISCHES BUNDESSTAATSRECHT (4th, 2004) 264(3), 407(58)
- HALLET, GREATER GOOD: THE CASE FOR PROPORTIONALISM (1995) 225(5)
- HART, ESSAYS ON BENTHAM: JURISPRUDENCE AND POLITICAL THEORY (1982) 28(7)
- HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY (1963) 340(256)
- HART, THE CONCEPT OF LAW (2nd ed., 1994) 158(73), 481(74)
- HAAS, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS: A COMPREHENSIVE
INTRODUCTION (2008) 253(153)
- HEINZE, THE LOGIC OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (2005) 133(3)
- HELD, THE PUBLIC INTEREST AND INDIVIDUAL INTERESTS (1970) 326(168)
- HENCKAERTS & DOSWALD-BECK (eds.) CUSTOMARY INTERNATIONAL
HUMANITARIAN LAW (2005) 253(158)
- HESSE, GRUNDZÜGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
(1988) 44(12), 58(69), 284(105), 289(129),
342(271), 514(12), 592(12), 593(16)
- HEYMAN, FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY 70 (2008) 433(75)
- HIRSCHBERG, DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT (1980) 227(13),
229(22), 283(101)
- HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW
CONSTITUTIONALISM (2004) 27(5), 568(69), 615(111), 616(112)
- HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS: AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING
(Walter Wheeler Cook ed., 1919) 28(7)
- HOGAN & MORGAN, ADMINISTRATIVE LAW IN IRELAND (2nd ed., 1991) 241(86)
- HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA (2nd ed., 1985) 238(71)
- HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA (5th ed., vol. II, 2007) 44(7), 81(63),
86(89), 98(137), 134(9), 143(3), 148(27), 156(6), 160(86),
161(89), 215(224), 217(228), 218(232), 218(235), 220(245),
220(247), 238(67), 297(15), 298(17), 349(303), 357(334),

| | |
|---|---|
| | 360(348), 406(55), 415(94), 424(34), 478(58), 532(21), 543(80), 544(88), 550(101), 550(102), 629(42) |
| HOROWITZ, THE COURTS AND SOCIAL POLICY (1977) | 478(58) |
| HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW: 1870-1960 17 (1992) | 596(32) |
| HUTCHINSON & MONAHAN, THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY (1987) | 277(61) |
| I | |
| IYER, JUDICIAL REVIEW OF REASONABLENESS IN CONSTITUTIONAL LAW (1979) | 249(137) |
| J | |
| JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA (2010) | 92(106), 230(30), 556(5), 559(29), 568(69), 616(116), 619(2) |
| JACKSON & TUSHNET, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (1999) | 91(106), 92(107) |
| JACKSON & TATE (eds.) I COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW AND PUBLIC POLICY (992) | 27(5), 568(69), 615(112) |
| JAIN, INDIAN CONSTITUTIONAL LAW (5 th ed., 2003) | 148(28), 281(90) |
| JAMES, GEOFFREY C. HAZARD AND JOHN LEUBSDORF, CIVIL PROCEDURE (5 th ed., 2001) | 542(72) |
| JOHNSON, JUST WAR TRADITION AND THE RESTRAINT OF WAR (1981) | 226(10) |
| JOHNSON, IDEOLOGY, REASON, AND THE LIMITATION OF WAR: RELIGIOUS AND SECULAR CONCEPTS (1975) | 226(10) |
| JAYAWICKRAMA, THE JUDICIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS LAW: NATIONAL, REGIONAL AND INTERNATIONAL JURISPRUDENCE (2002) | 251(148), 252(153) |
| JOSEPH, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN NEW ZEALAND (3 rd ed., 2007) | 202(163), 244(102) |
| JOSEPH, SCHULTZ & CASTAN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CASES, MATERIALS AND COMMENTARY (2 nd ed., 2004) | 253(153) |
| JUDGMENTS OF THE ISRAEL SUPREME COURT: FIGHTING TERRORISM WITHIN THE LAW (2006) | 255(163) |
| JUKKA, THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS A DEVELOPER OF THE GENERAL DOCTRINES OF HUMAN RIGHTS LAW: A STUDY OF THE LIMITATIONS CLAUSES OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 266 (2003) | 233(44) |
| K | |
| KALVEN, A WORTHY TRADITION: FREEDOM OF SPEECH IN AMERICA (1988) | 365(367) |
| KAZAZI, BURDEN OF PROOF AND RELATED ISSUES: A STUDY ON EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS (1996) | 529(5) |

| | |
|--|--|
| KELLER & STONE-SWEET (eds.) A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS (2008) | 32(25), 48(28), 232(38), 233(44), 236(57) |
| KELLY, THE IRISH CONSTITUTIONS (Gerard Hogan & Gerry Whyte eds., 4 th ed., 2003) | 240(82), 241(85) |
| KIS, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (2003) | 28(8) |
| KOKOTT, THE BURDEN OF PROOF IN COMPARATIVE AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 36 (1998) | 529(5), 540(65) |
| KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (2 nd ed., 1997) | 87(93), 88(94), 282(94), 288(125), 288(128), 342(272), 521(54), 527(92), 527(93) |
| KOOPMANS, COURTS AND POLITICAL INSTITUTIONS: A COMPARATIVE VIEW (2003) | 615(111) |
| KRAMER, OBJECTIVITY AND THE RULE OF LAW (2007) | 575(99) |
| KRAMER, N.E. SIMMONDS & HILLEL STEINER, A DEBATE OVER RIGHTS: PHILOSOPHICAL ENQUIRIES (1998) | 28(7) |
| KRISHNASWAMY, DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM IN INDIA: A STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE (2009) | 56(63), 73(23) |
| L | |
| LAKOFF & JOHNSON, METAPHORS WE LIVE BY (1980) | 428(51) |
| LASSER, JUDICIAL TRANSFORMATIONS: THE RIGHTS REVOLUTION IN THE COURTS OF EUROPE (2009) | 234(49), 568(69) |
| LESTER & PANNICK (eds.), HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE (2 nd ed., 2004) | 203(171), 540(66) |
| LETSAS, A THEORY OF INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2009) | 233(44), 510(214), 563(45) |
| LEVINSON (ed.), RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT (1995) | 73(18) |
| LOUGHLIN & WALKER (eds.), THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM (2007) | 28(8) |
| LYONS (ed.), RIGHTS (1979) | 28(7) |
| M | |
| MACCORMICK, QUESTIONING SOVEREIGNTY (1999) | 158(76) |
| MACHAN, OBJECTIVITY: RECOVERING DETERMINATE REALITY IN PHILOSOPHY, SCIENCE, AND EVERYDAY LIFE (2004) | 575(99) |
| MAINE, ANCIENT LAW (1861) | 596(29) |
| MARAVALL & PRZEWORSKI (eds.) DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW (2003) | 277(61) |

| | |
|---|-----------------------------------|
| MCCORMICK, ON EVIDENCE (John William Strong ed., 6 th ed., 2006) | 542(72) |
| MCILWAIN, CONSTITUTIONALISM: ANCIENT AND MODERN (1947) | 28(8) |
| MCWHINNEY, JUDICIAL REVIEW IN THE ENGLISH SPEAKING WORLD (1956) | 27(5) |
| MENDUS & EDWARDS (eds.), ON TOLERATION (1987) | 338(245) |
| MENENDEZ & ERIKSEN (eds.) ARGUING FUNDAMENTAL RIGHTS (2006) | 30(18) |
| MICHALOWSKI & WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES (1999) | 229(26) |
| MORAN, RETHINKING THE REASONABLE PERSON: AN EGALITARIAN RECONSTRUCTION OF THE OBJECTIVE STANDARD (2003) | 458(15) |
| MORSINK, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, ORIGINS, DRAFTING, AND INTENT (1999) | 252(152) |
| MOWBRAY, THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2004) | 307(69), 515(13), 515(14) |
| MULHALL & SWIFT, LIBERALS & COMMUNITARIANS (1996) | 564(49) |
| MÜLLER, GRUNDRECHTE: BESONDERER TEIL (1985) | 83(74) |
| MURPHY, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: CREATING AND MAINTAINING A JUST POLITICAL ORDER (2007) | 28(8) |
| N | |
| NEAL TATE & VALLINDER (eds.), THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (1995) | 27(5), 470(16), 568(69), 615(112) |
| NEUMANN (ed.), THE RULE OF LAW: POLITICIZING ETHICS (2002) | 277(61) |
| NINO, THE ETHICS OF HUMAN RIGHTS (1991) | 28(7) |
| NOLTE (ed.), EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM (2005) | 613(104) |
| NOVAIS, OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DA REPUBLICA PORTUGUESA (2004) | 236(59) |
| NOWAK & ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW (8 th ed., 2010) | 156(65) |
| NOWAK, U.N COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY (1993) | 252(153) |
| NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974) | 327(173) |
| O | |
| OLIVER, COMMON VALUES AND THE PUBLIC PRIVATE DIVIDE (1999) | 98(143) |
| OLIVER & FEDTKE (eds.), HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY (2007) | 27(2), 117(12) |

| | |
|--|--|
| O'NEIL, ORIGINALISM IN AMERICAN LAW AND POLITICS: A CONSTITUTIONAL HISTORY (2007) | 89(96) |
| OSIATYNSKI, HUMAN RIGHTS AND THEIR LIMITS (2009) | 186(91), 208(197), 209(200), 270(37) |
| P | |
| PALMER, JUDICIAL REVIEW, SOCIO-ECONOMIC RIGHTS AND THE HUMAN RIGHTS ACT (2007) | 522(57) |
| PATAPAN, JUDGING DEMOCRACY: THE NEW POLITICS OF THE HIGH COURT OF AUSTRALIA (2001) | 245(104) |
| PATTERSON, JURISPRUDENCE: MEN AND IDEAS OF THE LAW (1953) | 596(30) |
| PAVLAKOS (ed.), LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY (2007) | 30(18) |
| PERELMAN, LE PROBLEME DES LACUNES EN DROIT (1968) | 86(76) |
| PERRY, TOWARD A THEORY OF HUMAN RIGHTS: RELIGION, LAW, COURTS (2007) | 28(7) |
| PETERSEN & ZAHLE, LEGAL POLYCENTRICITY: CONSEQUENCES OF PLURALISM IN LAW (1995) | 479(63) |
| PHILIPPE, LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LES JURISPRUDENCES CONSTITUTIONNELLE ET ADMINISTRATIVE FRANCAISES (1990) | 31(25), 236(60) |
| PICTET (ed.) COMMENTARY OF THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 (vol. 4, 1958) | 255(163) |
| PIKIS, CONSTITUTIONALISM – HUMAN RIGHTS – SEPARATION OF POWERS: THE CYPRUS PRECEDENT (2006) | 475(47), 482(83) |
| PIEROTH & SCHLINK, GRUNDRECHTE STAATSRECHT II (2006) | 133(3), 136(19), 140(42), 215(223), 342(271), 392(2), 394(19), 514(12), 580(20), 592(9), 592(10) |
| PLOWDEN & KERRIGAN, ADVOCACY AND HUMAN RIGHTS: USING THE CONVENTION IN COURTS AND TRIBUNALS (2002) | 407(58) |
| POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 363 (2003) | 579(15), 583(41) |
| POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS (1995) | 99(147) |
| PROCHÁZKA, MISSION ACCOMPLISHED: ON FOUNDING CONSTITUTIONAL ADJUDICATION IN CENTRAL EUROPE (2002) | 27(5), 247(119), 568(69), 616(113) |
| PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (3.a edicions, 2007) | 32(25), 76(38), 236(58), 263(1), 288(123), 302(33), 368(375), 374(5), 377(22), 382(49), 383(57), 384(62), 387(74), 395(20), 395(23), 399(37), 400(38), 405(52), 409(69), 432(71), 447(126), 450(139), |

498(165), 503(194), 574(97), 577(5), 580(18), 580(20), 581(24), 587(69)

R

- RAINBOLT, THE CONCEPT OF RIGHTS (2006) 28(7)
- RAKOVE, ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE
CONSTITUTION (1996) 89(96)
- RAUTENBACH, GENERAL PROVISIONS OF THE SOUTH AFRICAN
BILL OF RIGHTS (1995) 176(42), 179(57), 179(59)
- RAUTENBACH MALHERBE, CONSTITUTIONAL LAW (4th ed., 2004) 153(50), 175(36),
179(59), 186(90), 190(110), 190(111)
- RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971) 144(7), 338(241)
- RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (Revised Edition, 1999) 563(45)
- RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993) 327(177)
- RAZ, ENGAGING REASON: ON THE THEORY OF VALUE AND ACTION (1999) 578(9)
- RAZ, ETHICS IN PUBLIC DOMAIN (1994) 28(7)
- RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY (1979) 144(6), 277(61)
- RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986) 28(7), 61(80), 563(45)
- RAZ, PRACTICAL REASONS AND NORMS (2nd ed., 1999) 225(3), 594(19)
- RICHARDS, TOLERATION AND THE CONSTITUTION (1989) 338(245)
- RISHWORTH, GRANT HUSCROFT, SCOTT OPTICAN & RICHARD MAHONEY, THE NEW
ZEALAND BILL OF RIGHTS (2003) 160(86), 202(163), 203(165), 539(58)
- ROACH, THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE
(2001) 562(39)
- ROSS, THE RIGHT AND THE GOOD (1930) 61(80)

S

- SACHS, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2007) 64(89), 138(29), 560(30)
- SACHS, GG VERFASSUNGSRECHT II GRUNDRECHTE 71 (2003) 175(41), 197(141),
221(251), 514(12), 591(3), 592(9), 592(12)
- SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN
POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE (2008) 32(25),
186(91), 190(114), 247(119), 247(120), 248(123), 389(78), 616(113)
- SAJÓ (ed.), MILITANT DEMOCRACY (2004) 329(187)
- SAJÓ (ed.), WESTERN RIGHTS? POST-COMMUNIST APPLICATION (1996) 247(120)
- SAJO & UITZ, THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM
(2005) 117(12)

| | |
|---|--|
| SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY (1996) | 564(49) |
| SANDEL (ed.), LIBERALISM AND ITS CRITICS (1984) | 564(49) |
| SANDULLI, LA PROPORZIONALITA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA (1988) | 237(61) |
| SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (Amy Gutmann ed., 1997) | 89(96) |
| SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY (1982) | 47(22), 49(36), 49(37), 365(367) |
| SCHAUER, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE (1991) | 44(8), 61(80), 64(89) |
| SCHWARTZ, THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL JUSTICE IN POST-COMMUNIST EUROPE (2002) | 247(118), 616(113) |
| SCHWARZE, EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW (1992) | 235(53), 389(80) |
| SEN, THE IDEA OF JUSTICE (2009) | 338(241) |
| SHAMAN, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: ILLUSION AND REALITY (2001) | 556(5) |
| SHAPIRO (ed.), THE RULE OF LAW: NOMOS XXXVI (1995) | 277(61) |
| SHAPIRO & STONE SWEET, ON LAW, POLITICS & JUDICIALIZATION (2002) | 27(5), 569(69), 615(111) |
| SHELTON, REGIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS (2008) | 233(41), 253(153) |
| SHETREET & DESCHÉNES (eds.), JUDICIAL INDEPENDENCE, THE CONTEMPORARY DEBATE (1985) | 342(268) |
| SHIFFRIN, THE FIRST AMENDMENT, DEMOCRACY AND ROMANCE (1990) | 365(367) |
| SHUE, BASIC RIGHTS (2 nd ed., 1996) | 515(20) |
| SINGH, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW PERSPECTIVE (2 nd ed., 2001) | 228(16), 228(18), 230(27), 281(87), 283(102), 334(218) |
| SIEGHART, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS (1983) | 322(143), 323(148), 325(160), 326(165) |
| SMEND, VERFASSUNG UND VERFASSUNGSRECHT (1928) | 288(125) |
| SOLYOM & BRUNNER, CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN A NEW DEMOCRACY: THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT (2000) | 248(124) |
| SOPER, THE ETHICS OF DEFERENCE (2002) | 488(120) |
| STAVROPOULOS, OBJECTIVITY IN LAW (1996) | 481(76), 575(99) |
| STEVENS, THE ENGLISH JUDGES: THEIR ROLE IN THE CHANGING CONSTITUTION (2002) | 342(268) |
| STONE, THE BIRTH OF JUDICIAL POLITICS IN FRANCE: THE CONSTITUTIONAL COUNCIL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (1992) | 27(5) |
| STONE, LEGAL SYSTEM AND LAWYERS' REASONING 263 (1968) | 459(21), 596(30) |

| | |
|--|--|
| STONE, PROVINCE AND FUNCTION OF LAW: LAW AS LOGIC, JUSTICE AND SOCIAL CONTROL, A STUDY IN JURISPRUDENCE (1961) | 596(30) |
| STONE, SOCIAL DIMENSIONS OF LAW AND JUSTICE 678 (1966) | 477(53), 477(54) |
| STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE (2000) | 27(5), 568(69), 615(111) |
| SULLIVAN & FRASE, PROPORTIONALITY PRINCIPLES IN AMERICAN LAW: CONTROLLING EXCESSIVE GOVERNMENT ACTIONS (2009) | 32(25), 257(172) |
| SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO (2002) | 270(38) |
| SUNSTEIN, THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER (2004) | 516(24) |
| SUMMER, THE MORAL FOUNDATION OF RIGHTS (1987) | 28(7) |
| SVAREZ, VORTRAGE ÜBER RECHT UND STAAT (Hermann Conrad & Gerd Kleinheyder eds., 1960) | 227(14) |
| SVENSSON-MCCARTHY, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS AND STATES OF EXCEPTION (1998) | 251(148) |
| T | |
| TAMANAH, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY (2004) | 277(61) |
| TAYLOR, FREEDOM OF RELIGION: UN AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE (2006) | 313(100) |
| TEITEL, TRANSITIONAL JUSTICE (2000) | 247(118), 616(113) |
| THIEL (ed.), THE 'MILITANT DEMOCRACY' PRINCIPLE IN MODERN DEMOCRACIES (2009) | 329(187) |
| THOMAS, THE JUDICIAL PROCESS: REALISM, PRAGMATISM, PRACTICAL REASONING AND PRINCIPLES (2005) | 225(1), 242(92), 574(96) |
| THOMAS, LEGITIMATE EXPECTATIONS AND PROPORTIONALITY IN ADMINISTRATIVE LAW (2000) | 234(50) |
| THOMSON, THE REALM OF RIGHTS (1990) | 54(57) |
| TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (2 nd ed., 1988) | 176(43), 357(334), 363(360), 584(47), 601(50) |
| TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (3 rd ed., 2000) | 80(59), 82(66), 88(96), 147(25), 364(362) |
| TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION (2008) | 82(67), 99(147), 267(25), 279(75) |
| TRIDIMAS, THE GENERAL PRINCIPLES OF EC LAW (1999) | 234(49) |
| TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2008) | 218(231), 470(19), 562(39), 568(69) |

V

- VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS (2005) 32(25), 43(3), 43(7), 46(18), 97(133), 97(136), 98(138), 103(168), 143(1), 144(4), 153(50), 153(54), 155(61), 159(82), 175(36), 175(37), 177(46), 179(58), 180(61), 187(93), 189(109), 190(111), 270(38), 277(60), 295(2), 295(4), 296(6), 323(150), 325(160), 326(161), 326(163), 326(165), 327(169), 330(192), 332(206), 592(9), 592(11), 592(12), 593(15)
- VAN DIJK ET AL. (eds.), THEORY AND PRACTICE OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (4th, 2006) 233(44)
- VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY (2006) 380(40)
- VILA, FACING JUDICIAL DISCRETION: LEGAL KNOWLEDGE AND RIGHT ANSWERS REVISITED (2001) 472(31), 476(51), 574(96)
- VON GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY: A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION (1957) 254(162)

W

- WACKS (ed.), THE NEW LEGAL ORDER IN HONG KONG (2000) 248(130)
- WALDRON (ed.), THEORIES OF RIGHTS (1984) 28(7)
- WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999) 569(76), 587(64)
- WALDRON, LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981-1991 (1993) 28(7)
- WEBBER, THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS (2009) 32(25), 43(3), 44(7), 46(19), 47(22), 135(13), 300(25), 569(77), 577(1), 577(3), 579(10), 584(42), 585(50), 586(58), 587(64), 589(1)
- WELLMAN, AN APPROACH TO RIGHTS: STUDIES IN THE PHILOSOPHY OF LAW AND MORALS (1997) 28(7)
- WICKER, THE CONCEPTS OF PROPORTIONALITY AND STATE CRIMES IN INTERNATIONAL LAW (2006) 251(147)
- WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW (Rev. by James H. Chadbourn., 1981) 541(71)
- WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW (vol. 1, 1983) 477(56)
- WHITE & CLARE OVEY, JACOBAS, WHITE & OVEY: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (5th, 2010) 45(16), 46(17), 174(27), 174(28), 174(29), 319(128), 323(147)

Y

- YOUNGS (ed.), SOURCEBOOK ON GERMAN LAW (2002) 323(150)

YOUROW, THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE IN THE DYNAMICS OF EUROPEAN
HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE (1996) 510(214)

Z

ZIEGLER, BARANGER & BRADLEY (eds.) CONSTITUTIONALISM AND THE ROLE OF
PARLIAMENT (2007) 28(8)

ZUCCA, CONSTITUTIONAL DILEMMAS: CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN
EUROPE AND THE USA (2007) 54(57), 64(87), 67(89), 115(1), 579(10), 582(29)

מפתח מאמרים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות שוליים (בסוגריים))

מאמרים בעברית

א

- אדרעי "מדוע לנו משפט עברי" עיוני משפט כה 467 (2001) (79)309
אלון "בית המשפט העליון ופולורליזם שיפוטי" המשפט ב 219 (1994) (99)575
אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659 (1993) (87)311
אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?"
מחקרי משפט יב 253 (1995) (85)311, (84)310
אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב 268 (1970) (79)309
אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק ב')" משפטים ב 510 (1970) (79)309
אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק ג')" משפטים ד 31 (1972) (79)309
אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק ג' – המשך)"
משפטים ו 5268 (1975) (79)309

ב

- בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות"
מחקרי משפט יט 591 (2002) (29)582
בנדור "המעמד המשפטי של חוקי היסוד" ספר ברנזון כרך שני 119 (2000) (88)186, (83)184
בנדור "זכות המועמדות בבחירות לכנסת" משפטים יח 269 (1988) (186)329
ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" ספר יצחק זמיר על משפט,
ממשל וחברה 161 (2005) (24)147
ברכה "מבט חוקתי על הסמכות המנהלית וההליך המנהלי"
עיונים בביקורת המדינה 59, 35 (2003) (90)161
ברנזון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" עיוני משפט ג 405 (1973) (81)638
ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית
(מבוזרת)" משפט וממשל ח 13 (2005) (127)194
ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט המקובל"
הפרקליט לט 267 (1990) (9)468
ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (2004) (192)207
ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129 (1987) (72)637
ברק "זכויות אדם וביטחון לאומי" משפטים לח 29 (2008) (106)614

- ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163
(יצחק זמיר עורך, 1993) (2)27, (12)117, (94)162
- ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק
(צפוי להתפרסם, 2010) (12)117, (26)137, (94)162
- ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט מ(א) 5 (1991) (33)49
- ברק "לקראת עצמאותה של הרשות השופטת" אהרן ברק מבחר כתבים כרך א 947
(חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) (268)342
- ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי" ספר מישאל חשין 201 (2000) (22)422
- ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9 (2000) (85)311
- ברק "עצמאות השפיטה – כיצד" אהרן ברק מבחר כתבים כרך א 955
(חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) (268)342
- ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" הפרקליט כא(ד) 463 (1965) (151)200
- ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה 375 (2000) (6)144, (9)144, (61)277
- ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר בך (צפוי להתפרסם ב-2010) (63)56, (64)56
- ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (1995) (110)551
- ברק-ארז "האשה הסבירה" פלילים ו 115 (1997) (16)459
- ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי – על מחירן של זכויות"
ספר יצחק זמיר 321 (2005) (110)551
- ברק-ארז וגלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנויקין: המהפיכה השקטה"
קרית המשפט ח 11 (2009) (2)27
- ברשק "אזרח ומדינה בדמוקרטיה" משפטים לב 217 (2001) (95)548
- ג
- גביון "דת ומדינה: הפרדה והפרטה" משפט וממשל ב 53 (1993) (113)315
- גביון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה"
תכלת 13 (2003) (109)314, (75)308
- גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט"
עיוני משפט יט 631 (1995) (85)310
- גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה"
גבורת לשמעון אגרנט 145 (1988) (186)329
- גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל"
עיוני משפט כו 23 (2003) (246)338
- גור-אריה "השפעת המהפיכה החוקתית" על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין
בפרשת סילגדור" ספר ברק: עיונים בעשייתו
(97)67, (95)66 (2009) 325
- גזל "פגיעה בזכויות יסוד' בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381 (1998) (20)146,
(106)164, (45)151, (34)149, (23)147

גזל-אייל ורייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?"
(צפוי להתפרסם במשפטים מא) (156)325, (65)306, (56)305

ד

דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית"
הפרקליט מט 345 (2008) (223)335, (232)336, (65)479, (67)480,
(207)508, (206)507, (184)500
דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008) (2)27, (39)379, (21)395,
(51)464, (96)416, (101)417, (77)434, (7)456, (14)458, (51)464,
דויטש "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" מחקרי משפט ו 7 (1988) (79)309
דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני 281
(אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (101)442, (75)387, (193)260
דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1993) (110)551
דותן "פרסום הנחיות מינהליות" משפט וממשל ג 475 (1996) (59)154
דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר מאמרים חלק א 417 (2003) (181)259,
(27)460, (25)460, (16)459

ה

הכהן "חופש הביטוי ופגיעה ברגשות דתיים" פרשת השבוע 284 (תשס"ז) (256)340
הכהן "עקרון המידתיות במשפט העברי" פרשת השבוע 342 (תשס"ט) (4)225

ו

וייל "בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה עדיף בראיה חוקתית?"
משפט ועסקים ו 157 (2007) (236)337
וסרקרוג "מה בין מבחן האדם הסביר למבחן הסבירות כמבחן בעברה של הטרדה מינית"
ספר שמגר מאמרים חלק ב 285 (2003) (16)459

ז

זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה"
משפט וממשל ב 109 (1994) (4)456, (190)260-(187)259
זמיר "הנחיות מינהליות" הפרקליט לח 18 (1988) (59)154
זמיר "הסמכות המנהלית" משפט וממשל א 81 (1992) (90)161
זמיר "הרשות השופטת – מהי? האם היא עצמאית? מי עומד בראשה?" מאזני משפט ו 105
(2007) (268)342
זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" משפטים ד 63, 70 (1972) (33)148
זמיר "סובלנות במשפט" ספר מנחם גולדברג (2001) (245)338
זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 291 (1982) (16)459, (181)259

- זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005) 151, (43)151 (45)
 זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (1993) 547 (94)
 זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט לז 61 (1987) 283, (61)277 (99)
 זמיר וסובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (1999) 638 (77)

ט

- טדסקי "בעיית הליקויים בחוק (Lacunae) וס' 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט
 ארצנו 132 (מהדורה שנייה מורחבת, תשי"ט) 83 (76)
 טל "מחוקק כל יכול: האמנם? ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת"
 עיוני משפט י 361 (1984) 637 (74)

כ

- כהן "דין השיור" שנתון המשפט העברי יג 285 (1987) 101 (164)
 כהן "חוק השבות" חיים כהן – מבחר כתבים 312 (1991) 101 (83)
 כהן "יהדותה של מדינת ישראל" חיים כהן מבחר כתבים –
 קציר עשור הגבורות 15 (2001) 311 (85)
 כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" חיים כהן מבחר כתבים –
 קציר עשור הגבורות 45 (2001) 311 (85)
 כהן-אליה "הכחולים, האדומים והשופט בתווך: גישה הליכית לביקורת שיפוטית 'עם שיניים'
 ביחס לזכויות החברתיות – בעקבות אסופת המאמרים: Exploring Social Rights:
 Between Theory and Practice (2008) משפט וממשל יב 407 (2009) 327 (171)
 כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297 (2006) 378, (32)378, (79)389,
 415, (95)415, (41)425, (100)441, (61)479, (81)571
 כהן-אליה "לקראת נוסח הליכית של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 (2007) 327 (172)
 כהן-אליה "שלש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי הפליה בחקיקת העבודה בישראל"
 משפט, עבודה וחברה יא 195 (1995) 67 (97)
 כהן-אלמגור "טיעון הפגיעה ברגשות להגבלת חירות הביטוי – תיאוריה ויישום"
 ספר שמגר מאמרים חלק א' 505 (2003) 340 (256)
 כשר "מדינה יהודית ודמוקרטית – סקיצה פילוסופית" עיוני משפט יט 729 (1995) 310 (85)
 כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" משפט וממשל ב 289 (1994) 340 (256)

ל

- לבונטין "יהודית ודמוקרטית – הרהורים אישיים"
 עיוני משפט יט 521 (1995) 310, (85)311 (90)
 ליפשיץ "המשפט הישראלי והמשפט העברי – זיקה ועצמאות"
 משפטים יט 859 (1990) 309 (79)
 לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5 (1989) 259, (181)259 (16)

מ

- מאוטנר "בין כשירות לסבירות" המשפט 25 (2008) (181)259, (16)459, (26)460
 מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994) (181)259, (16)459
 מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223 (2005) (40)380
 מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות?" עיוני משפט כו 887 (2003) (89)311
 מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי
 במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327 (2006) (186)329
 מדינה וסבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה
 (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)"
 משפטים לט(1) 47 (2009) (112)645, (46)629, (77)434, (34)398, (13)297
 מעוז "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל" הפרקליט מ 53 (1991) (79)309
 מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט 547 (1995) (85)310
 מרמור "כוונת המחוקק וסמכות החוק" עיוני משפט טז 593 (1991) (379)370
 מרמור "שלושה מושגים של אובייקטיביות" עיוני משפט יט 161 (1994) (99)575

ס

- סגל "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי"
 הפרקליט לט 507 (1990) (52)464, (4)456, (186)259- (183)259
 סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית"
 משפטים כח 257 (1997) (53)79- (51)79
 סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית 133 (1998) (256)340
 סטטמן וספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים"
 מחקרי משפט כא 5 (2004) (256)340
 ספיר "הסדרים ראשוניים" צפוי להתפרסם בעיוני משפט לב(1) 2010 (34)147, (29)148
 ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006) (13)297,
 (116)646, (96)641, (77)434, (99)416, (51)405, (34)398
 ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים,
 (2009) (116)646, (96)641, (77)434, (99)416, (51)405, (34)398, (13)297

ע

- עציוני "טובת הציבור והאדם הסביר" ספר זוסמן 125 (1984) (16)459, (181)259

פ

- פלד "האם תהיה ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה"
 מחקרי משפט יז 73 (2001) (85)311

פלדמן "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית: חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות"
 עיוני משפט יט 717 (1995)
 פרקציה "כללים וסטנדרטים בספר הברית" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט) (30)75

ק

קידר "המהפיכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו
 (2003) 737
 קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח(2) 293 (2005) 133, (4)178, (48)178, (53)178,
 (75)183, (83)184, (85)184, (119)192, (140)197
 קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר 105 (1992) 148, (29)148,
 (99)283, (61)277
 קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה'
 בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלס" פלילים ו 137 (1997) 459 (16)
 קרמניצר ולבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק: עיונים בעשייתו
 השיפוטית של אהרן ברק 159 (2009) 649, (131)649, (206)332
 קרן-פז "האדם הסביר הוא גם האדם היעיל? ניתוח מבחן ההתרשלות הנוזקי במשקפי משפט
 וכלכלה" מחקרי משפט כג 793 (2007) 459 (16)
 קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד
 האדם וחירותו" הפרקליט מב(א) 64 (1995) 213 (215)

ר

רובינשטיין "על בטחון וזכויות אדם בימי מלחמה בטרור"
 משפט וצבא 16, 765 (2003) 614 (106)
 רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע מעגל?"
 עיוני משפט יט 479 (1995) 310 (85)
 רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין (35) 42 (2002) 178 (52)

ש

שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (1989) 459 (16)
 שטייניץ "דמוקרטיה: האיום הליברלי" מחקרי משפט יז 91 (2001) 315 (110)
 שטרנהל "שתי תפיסות של יחיד חברה ולאום" משפט וממשל ב 167 (1994) 575 (99)
 שילה "ואהבת לרעך כמוך – גורמת היסוד לחוקת המדינה"
 פרשת השבוע 119 (תשס"ג) 343 (277)
 שלף "מ'שלטון החוק' לי'מרות המשפט': הרהורים וערעורים של מושגי-יסוד"
 עיוני משפט טז(3) 559 (1991) 277 (61)
 שמגר "עצמאות מערכת השיפוט כיסוד הסדר הדמוקרטי" הפרקליט מב 245 (1995) 342 (268)

- שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי"
תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994)
- שמיר ומרגל "תפיסות איום ופסילת רשימות מועמדים לכנסת – מירדור ועד בחירות 2003"
משפט וממשל ח 119 (2005)
- שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי"
משפטים יב 102 (1982)
- (16)459 ,(181)259
- (186)329
- (16)459 ,(181)259

מאמרים בלועזית

A

- Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771 (1997) 470(16)
- Adler, *Symposium: Law and Incommensurability: Introduction*, 146 U. PA. L. REV. 1168 (1998) 578(9)
- Alexander, *Constitutions, Judicial Review, Moral Rights, and Democracy: Disentangling the Issues*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 119 (Grant Huscroft ed., 2008) 569(77)
- Alexander, *Introduction: Motivation and Constitutionality*, 15 SAN DIEGO L. REV. 925 (1978) 361(352)
- Alexander, *Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles*, in RIGHTS, LAW, AND MORALITY: THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY (Matthias Klatt ed., forthcoming 2010) 575(99)
- Alexander, *Simple-Minded Originalism*, SAN DIEGO LEGAL STUDIES Paper No. 08-067 89(96)
- Alexander & Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359 (1997) 474(44), 483(92)
- Alexander & Kress, *Against Legal Principles*, in LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY 279 (2007) 75(30)
- Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943 (1987) 555(2), 577(4), 579(10), 582(29), 586(59)
- Alexy, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, 3 INT'L J. CONST. L. 572 (2005) 30(18)
- Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality* 16(2) RATIO JURIS 131 (2003) 30(18), 285(111), 577(3), 581(25)
- Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, in RIGHTS 168 (Carlos Nino ed., 1989) 30(18), 285(111), 623(21), 624(23)
- Alexy, *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, 17 CARDOZO L. REV. 1027 (1996) 30(18), 577(33)
- Alexy, *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, 16(4) RATIO JURIS 433 (2003) 30(18), 424(31), 577(3)
- Alexy, *On Constitutional Rights to Protection*, 3 LEGISPRUDENCE 1 (2009) 30(18)
- Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, 13(3) RATIO JURIS 294 (2000) 30(18), 285(111)
- Alexy, *The Reasonableness of Law*, in REASONABLENESS AND LAW 5 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor & Chiara Valentini eds., 2009) 461(32), 465(55), 579(15)

- Alexy, *Thirteen Replies*, in *LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY* 333 (George Pavlakos ed., 2007) 30(18), 565(53), 566(57), 566(60)
- Alexy & Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, 3 *RATIO JURIS* 130 (1990) 481(77)
- Allan, *Common Law Reason and the Limits of Judicial Deference*, in *THE UNITY OF PUBLIC LAW* 289 (David Dyzenhaus ed., 2004) 470(21), 489(120), 489(124), 489(125), 490(128)
- Allan, *Human Rights and Judicial Review: A Critique of 'Due Deference'*, 65(3) *C.L.J.* 671 (2006) 239(76), 470(21), 489(120), 490(128)
- Allan, *Legislative Supremacy and Legislative Intention: Interpretation, Meaning, and Authority*, 63 *CAMBRIDGE L.J.* 685 (2004) 233(43)
- Allan, *Parliamentary Sovereignty: Law, Politics and Revolution*, 113 *L. Q. REV.* 443 (1997) 158(76)
- Allan, *The Common Law as Constitution: Fundamental Rights and First Principles*, in *COURTS OF FINAL JURISDICTION: THE MASON COURT IN AUSTRALIA* 146 (Cheryl Saunders ed., 1996) 158(74)
- Allan, *The Rule of Law, as Liberal Justice*, 56 *U. TORONTO L.J.* 283 (2006) 277(61)
- Allison, *Fuller's Analysis of Polycentric Disputes and the Limits of Adjudication*, 53 *CAMBRIDGE L.J.* 367 (1994) 479(63)
- Amartya, *Elements of a Theory of Human Rights Export*, 32(4) *PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS* 315 (2004) 96(129)
- Andenas & Zleptnig, *Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective*, 42 *TEX. INT'L L. J.* 371 (2007) 253(154)
- Antunes, *Interesse Publico, Proporcionalidade e Mérito: Relevância e Autonomia Processual do Principio da Proporcionalidade*, in *ESTUDOS EM HOMENAGEM A PROFESSORA DOUTORA ISABEL DE MAGALHAES COLLACO* 539 (vol. II, 2002) 236(59)
- Aolain & Gross, *A Skeptical View of Deference to the Executive in Times of Crisis*, 41 *ISR. L. REV.* 545 (2008) 491(132)
- Appleby, *Proportionality and Federalism: Can Australia Learn from the European Community, the US and Canada?*, (forthcoming *U. TAS. L. REV.* 2009) 245(106)
- Arden, *Human Rights in The Age of Terrorism*, 121 *L.Q. REV.* 604 (2005) 613(104)
- Arbess, *Limitations on Legislative Override Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Matter of Balancing Values*, 21 *OSGOODE HALL L. J.* 113 (1983) 220(245)

- Attaran, *A Wobbly Balance – A Comparison of Proportionality Testing in Canada, the United States, the European Union and the World Trade Organization*, 56 U.N.B.L.J. 260 (2007) 559(27)
- Ayres, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. REV. 1781 (1996) 176(43), 602(51), 602(52), 608(84)
- Ayres & Foster, *Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring After Grutter and Gratz*, 85 TEX. L. REV. 517 (2007) 602(51), 608(84)
- B**
- Baade, *'Original Intent' in Historical Perspective: Some Critical Glosses*, 69 TEX. L. REV. 1001 (1991) 89(98)
- Baade, *Social Science Evidence and the Federal Constitutional Court of West Germany*, 23 J. OF POLITICS 421 (1961) 478(58)
- Baker, *Proportional, Not Strict, Scrutiny: Against a U.S. "Suspect Classifications" Model under Article 14 ECHR in the U.K.*, 56 AM. J. COMP. L. 847 (2008) 613(104)
- Baker, *Limitations on Basic Human Rights – A View from the United States*, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 76, 90 (Armand de Mestral et al. eds., 1986) 584(45)
- Bandes, *The Negative Constitution: A Critique*, 88 MICH. L. REV. 2271 (1989) 516(23)
- Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 13 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001) 304(53)
- Barak, *Constitutional Law Without a Constitution: The Role of the Judiciary*, in THE ROLE OF COURTS IN SOCIETY (Shimon Shetreet ed., 1988) 166(114)
- Barak, *Human Rights in Times of Terror – A Judicial Point of View*, 28 LEGAL STUD. 493 (2008) 614(106)
- Barak, *Proportional Effect: The Israeli Experience*, 57 U. TORONTO L.J. 369 (2007) 239(76)
- Barak, *The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism*, 58 U. MIAMI L. REV. 125 (2003) 614(106)
- Barnes, *El Principio De Proporcionalidad: Estudio Preliminar*, 5 CDP 15 (1998) 236(58)
- Barnes, *Introduccion A La Jurisprudencia Constitucional Sobre El Principio De Proporcionalidad en el Ambito de Los Derechos Y Libertades*, 5 CDP 333 (1998) 236(58)
- Barnes, *The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration*, in SCHÄFFER ET AL, CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN EUROPE, SOCIETAS IURIS PUBLICI, EUROPÆI, FOURTH CONGRESS, GÖTTINGEN (Germany, 2008) 236(58), 515(12)
- Barnett, *"Scrutiny Land"*, 106 MICH. L. REV. 1479 (2008) 602(51)

- Barrie, *Proportionality – Expanding the Bounds of Reasonableness*, in SUPREMA LEX
ESSAYS ON THE CONSTITUTION PRESENTED TO MARINUS WIECHERS 25 (Gretchen
Carpenter ed., 1998) 464(50)
- Bayne, *Reasonableness, Proportionality and Delegated Legislation*,
67 ALJ 448 (1993) 245(106)
- Beloff, *The Concept of “Deference” in Public Law*,
11 JUD. REV. 213 (2006) 489(120), 490(128), 491(136)
- Belton, *Burdens of Pleading and Proof in Discrimination Cases: Toward a Theory of
Procedural Justice*, 34 VAND. L. REV. 1205 (1981) 547(93)
- Bennett, *“Mere” Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic
Theory*, 67 CAL. L. REV. 1049 (1979) 603(57)
- Bredt, *The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter*,
14 S.C.L.R. 175 (2001) 239(75)
- Bihan, *Le Controle de proportionnalite exerce par le .Conseil Constitutionnel*, 22 LES
CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL 208 (2007) 236(60)
- Bikle, *Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of
Legislative Action*, 38 HARV. L. REV. 6 (1925) 478(58)
- Blaau, *The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting
Rights*, 107 S. AFRICAN L.J. 76 (1990) 277(60), 280(81), 416(97)
- Blaauw-Wolf, *The “Balancing of Interest” with Reference to the Principle of
Proportionality and the Doctrine of Guterabwägung – A Comparative Analysis*,
14 SAPL 178 (1999) 246(115), 443(109)
- Blache, *The Criteria of Justification under Oakes: Too Much Severity Generated Through
Formalism*, 20 MAN. L.J. 437 (1991) 349(301)
- Bleckmann & Michael Bothe, *General Report on the Theory of Limitations on Human
Rights*, in ARMAND L.C. DE MESTRAL, THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN
COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 44 (1986) 172(20), 174(31), 186(90)
- Bobek, *Reasonableness in Administrative Law: A Comparative Reflection on Functional
Equivalence*, in REASONABLENESS AND LAW 311 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni
Sartor & Chiara Valentini eds., 2009) 460(24), 464(48)
- Bogen, *Balancing Freedom of Speech*, 38 MD. L. REV. 387, 388 (1979) 580(22)
- Bomhoff, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic
Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 31 HASTINGS INT’L & COMP. L. REV.
555 (2008) 93(112), 424(30), 581(24), 596(31)
- Bomhoff, *The Rights and Freedoms of Others: The ECHR and its Peculiar Category of
Conflicts Between Individual Fundamental Rights*, in CONFLICTS BETWEEN
FUNDAMENTAL RIGHTS 619, 669 (Eva Brems ed., 2008) 323(150), 325(155)

- Borgmann, *Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding*, 84 IND. L.J. 1 (2009) 492(141)
- Bortoluzzi, *The Principle of Proportionality in Comparative Law: A Comparative Approach from the Italian Perspective* (forthcoming, 2009) available at www.works.bepress.com/andrea_bortoluzzi 236(60)
- Botha, *The Legitimacy of Legal Orders (3): Rethinking the Rule of Law*, 64 THRHR 523 (2001) 277(61)
- Botterell, *In Defence of Infringement*, 27(3) L. AND PHILOSOPHY 269 (2008) 136(17)
- Boyne, *The Future of Liberal Democracies in a Time of Terror: A Comparison of the Impact on Civil Liberties in the Federal Republic of Germany and the United States*, 11 TULSA J. COMP. & INT'L L. 111 (2003) 614(105)
- Boyron, *Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?*, 12 O.J.L.S. 237 (1992) 242(92)
- Bradford, *Barbarians at the Gates: A Post-September 11th Proposal to Rationalize the Laws of War*, 73 MISS. L. J. 639 (2004) 88(94)
- Brems, *Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 27 HUM. RTS. Q. 294 (2005) 115(1)
- Brennan, *Construing the Constitution*, 19 U.C. DAVIS L. REV. 2 (1985) 85(87)
- Brennan, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, 27 S. TEX. L. REV. 433 (1986) 72(12)
- Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, SUP. CT. REV. 95 (1971) 361(352)
- Breyer, *Judicial Independence in the United States*, 40 ST. LOUIS U. L.J. 989 (1996) 342(268)
- Breyer, *Judicial Review: A Practising Judge's Perspective*, 19 OXFORD J. LEGAL STUD. 153, 158 (1999) 482(80)
- Brugger, *May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law*, 48 AM. J. COMP. L. 661 (2000) 54(55)
- Burmester, *The Presumption of Constitutionality*, 13 FED. L. REV. 277 (1983) 543(79)
- Butler, *A Presumption of Statutory Conformity with the Charter*, 19 QUEENS L.J. 209 (1993) 543(79)
- Butler, *Limiting Rights*, 33 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 113 (2002) 44(8), 59(71), 59(72), 122(33), 244(102), 539(58), 556(6)
- C**
- Caldwell, *Judicial Sovereignty – A New View*, NZLJ 357 (1984) 243(97)

- Canas, *Proporcionalidade*, in DICIONÁRIO JURIDICO DA ADMINISTRACAO PUBLICA (Vol. VI, 1994) 236(59)
- Cannizzaro, *The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures*, 12 EUR. J. INT'L. L. 889 (2001) 251(147)
- Cappelletti, *The Law-Making Power of the Judge and Its Limits: A Comparative Analysis*, 8 MONASH U. L. REV. 15 (1981) 481(74)
- Carpenter, *Internal Modifiers and Other Qualifications in Bills of Rights – Some Problems of Interpretation*, 10 SA PUBLIC LAW 260 (1995) 59(72)
- Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976) 548(97)
- Cheadle, *Limitation of Rights*, in HALTON CHEADLE, NICHOLAS HAYSOM & DENNIS DAVIS, SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS 693 (2002) 92(107), 620(7)
- Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 IND. L.J. 819 (1999) 91(106)
- Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, 34 SUP.CT.L.REV. 501 (2006) 239(75)
- Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, 2 INT'L J. CONST. L. 1 (2004) 94(116)
- Christie, *Objectivity in the Law*, 78 YALE L. J. 1311 (1969) 481(76)
- Chugh, *Is the Supreme Court Disproportionately Applying the Proportionality Principle?*, 8 S.C.C. (J) 33 (2004), available at www.ebc-india.com/lawyer/articles/2004_8_33.htm 249(140)
- Clark, *The Limits of Judicial Objectivity*, 12 AM. U. L. REV. 1 (1963) 481(76)
- Clayton, *Judicial Deference and Democratic Dialogue: The Legitimacy of Judicial Intervention Under the Human Rights Act 1998*, PL 33 (2004) 488(120), 562(39)
- Clayton, *Regarding a Sense of Proportion: The Human Rights Act and the Proportionality Principle*, 5 EUR. HUM. RTS. L. REV. 504 (2001) 242(95)
- Clinton, *Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of 'This Constitution'*, 72 IOWA L. REV. 1177 (1987) 89(98)
- Coenen, *Rights as Trumps*, 27 GA. L. REV. 463 (1992) 449(132), 584(43)
- Coffin, *Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice*, 63 N.Y.U. L. REV. 16, 19 (1988) 428(51), 582(34), 585(51)
- Cohen, *The Principle of Proportionality in the Context of Operation Cast Lead: Institutional Perspective*, 35 RUTGERS LAW RECORD (2009) 256(171)

- Cohen-Eliya & Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins* (forthcoming 8 INT'L J. CONST. L. (2010)) 43(3), 227(12), 228(18), 230(29), 387(73), 416(97), 430(63), 604(58)
- Cohen-Eliya & Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367 (2009) 94(119), 257(175), 258(177)
- Cohen-Eliya & Stopler, *Prioritizing Rights in the Age of Balancing*, LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS (forthcoming, 2010) 425(42), 630(50), 634(63), 646(106), 646(115)
- Cole, *The Poverty of Posner's Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11*, 59 STAN. L. REV. 1735 (2007) 615(108)
- Colker, *Section 1, Contextuality, and the Anti-Disadvantage Principle*, 42 U. TORONTO L.J. 77 (1992) 239(75)
- Coleman & Leiter, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, in LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY 203 (Andrei Marmor ed., 1995) 481(76)
- Connelly, *The Protection of the Rights of Others*, 5 HUM. RTS. REV. 117 (1980) 325(160)
- Cooke, *Fundamentals*, NZLJ 158 (1988) 158(74), 243(98)
- Corder, *Despair to Deference: Same Difference?*, in INSIDE AND OUTSIDE CANADIAN ADMINISTRATIVE LAW: ESSAYS IN HONOUR OF DAVID MULLAN 327 (Michael Taggart & Grant Huscroft eds., 2006) 489(120), 490(128)
- Corder, *Without Deference, With Respect: A Response to Justice O'Regan*, 121 S. AFR. L. J. 438 (2004) 488(120)
- Corry, *Administrative Law and the Interpretation of Statutes*, 1 U. TORONTO L.J. 286 (1936) 484(95)
- Costello, *Limiting Rights Constitutionally*, in HUMAN RIGHTS AND CONSTITUTIONAL LAW: ESSAYS IN HONOUR OF BRIAN WALSH 173 (James O'Reilly ed., 1992) 241(84)
- Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986) 307(69), 516(23), 519(41)
- Curtis & Resnik, *Images of Justice*, 96 YALE L.J. 1727 (1987) 428(51)
- Craig, *Judicial Review, Intensity and Deference in EU Law*, in THE UNITY OF PUBLIC LAW 335 (David Dyzenhaus ed., 2004) 488(120), 490(130)
- Craig, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 85 (Evelyn Ellis ed., 1999) 242(92), 463(43)

- Crump, *How Do Courts Really Discover Unenumerated Fundamental Rights? Cataloging the Methods of Judicial Alchemy*,
19 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 795 (1995-1996) 80(59)
Curties & Resnik, *Images of Justice*, 96 YALE L.J. 1727 (1987) 225(2)

D

- Daes, *Restrictions and Limitations on Human Rights*, in 3 RENE CASSIN AMICORUM DISCIPULORUMQUE LIBER 79 (1969) 252(152)
Dassios & Prophet, *Charter Section 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada*, 15 ADVOCATES' QUARTERLY 289 (1993) 239(75)
Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe*, 5 REV. CONST. STUD. 195 (2000) 417(102), 489(120), 503(190), 646(117)
Davidov, *The Paradox of Judicial Deference*,
12 NAT'L J. CONST. L. 133, 140 (2000) 479(61)
Davis, *Facts in Lawmaking*, 80 COLUM. L. REV. 931 (1980) 550(101)
Daynard, *The Use of Social Policy in Judicial Decision-Making*,
56 CORNELL L. REV. 919 (1971) 478(58)
De Burca, *Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law*,
3 EUR. PUBLIC LAW 561 (1997) 241(88), 242(92), 462(36)
De Burca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*,
13 Y.B. EUR. L. 105 (1993) 235(54)
De Oliveira, *The Balancing of Values and the Compromising of the Guarantee of Fundamental Rights* (Paper presented at the VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007) 250(145)
De Ville, *Deference as Respect and Deference as Sacrifice: A Reading of Bato Star Fishing v Minister of Environmental Affairs*,
20 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 577 (2004) 489(120)
De Waal, *A Comparative Analysis of the Provisions of German Origin in the Interim Bill of Rights*, 11 SAJHR 1 (1995) 92(107), 246(115)
Debeljak, *Balancing Rights in a Democracy: The Problems With Limitations and Overrides of Rights Under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*, 32 MELB. U.L.REV. 422 (2008) 215(224), 245(111)
Debeljak, *Parliamentary Sovereignty and Dialogue Under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Drawing the Line Between Judicial Interpretation and Judicial Law-Making*, 33 MONASH U.L. REV. 9 (2007) 562(39)

- Dixon, *The Common Law as an Ultimate Constitutional Foundation*,
in JESTING PILATE 203 (1965) 158(74)
- Dorf, *Incidental Burdens of Fundamental Rights*,
109 HARV. L. REV. 1175 (1996) 139(37)
- Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory:
The Case of Original Meaning*, 85 GEO. L. J. 1765 (1997) 85(84)
- Dorf, *Foreword: The Limits of Socratic Deliberation*,
112 HARV. L. REV. 4, 4 (1998) 89(97)
- Du Plessis, *Interpretation in Constitutional Law of South Africa*,
Chapter 32-121 (Stuart Woolman et al. eds., 2008) 514(10)
- Dworkin, *Rights as Trumps*, in THEORIES OF RIGHTS 153
(Jeremy Waldron ed., 1984) 449(132), 563(45), 584(43)
- Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, 59 U. CHI.
L. REV. 381 (1992) 79(55)
- Doyle, *Constitutional Law: "At the Eye of the Storm"*,
23 U. WEST. AUSTRAL. L. REV. 15 (1993) 245(106)
- Dyzenhaus, *Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture*,
14 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 11, 27 (1998) 556(6)
- Dyzenhaus, *The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy*, in THE PROVINCE
OF ADMINISTRATIVE LAW 279 (Michael Taggart ed., 1997) 488(120), 489(122)
- E**
- Edwards, *The Judicial Function and the Elusive Goal of Principled Decisionmaking*, WIS.
L. REV. 837 (1991) 481(76), 491(135)
- Edwards, *Judicial Deference Under the Human Rights Act*,
65 MOD. L. REV. 859 (2002) 488(120), 563(44)
- Eisenberg, *Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional
Adjudication*, 52 N.Y.U. L. REV. 36, 116 (1977) 370(382)
- Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of
Human Rights*, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS
125 (R. Macdonald, F. Metscher, H. Petzold eds., 1993) 174(28), 234(45)
- Elliot, *The Supreme Court of Canada and Section 1 – The Erosion of the Common Front*,
12 QUEEN'S L.J. 277 (1987) 239(75), 347(290), 348(298)
- Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in
First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1501 (1975) 584(47)
- Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*,
79 YALE L.J. 1205 (1970) 361(352)

- Eskridge, *Public Values in Statutory Interpretation*, 137 U. PA. L. REV. 1007 (1989) 98(143)
- Erasmus, *Limitation and Suspension*, in RIGHTS AND CONSTITUTIONALISM: THE NEW SOUTH AFRICAN LEGAL ORDER 629 (1994) 103(168)
- Ewing, *The Parliamentary Protection of Human Rights*, in CONSTITUTIONALISM AND THE ROLE OF PARLIAMENTS 253 (Katja S. Ziegler, Denis Baranger & Anthony W. Bradley eds., 2007) 468(6)
- F**
- Faigman, *Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication*, 88 NW. U. L. REV. 641 (1994) 578(8), 583(36)
- Fallon, *Foreword: Implementing the Constitution*, 111 HARV. L. REV. 54 (1998) 580(16)
- Fallon, *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343 (1993) 102(166), 424(30), 428(51), 598(35), 600(48)
- Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007) 176(43), 364(363), 412(83), 413(88), 602(51), 609(91), 610(95)
- Fallon, *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008) 569(77), 587(65)
- Fallon, *The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse*, 97 COLUM. L. REV. 1 (1997) 277(61)
- Farber, *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, 49 OHIO ST. L.J. 1085 (1989) 71(8)
- Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452 (1989) 484(94)
- Farrell, *Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term Through Romer v. Evans*, 32 IND. L. REV. 357 (1999) 606(73)
- Favoreu, *Constitutional Review in Europe*, in CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS: THE INFLUENCE OF THE UNITED STATES CONSTITUTION ABROAD 532 (LOUIS HENKIN AND ALBERT ROSENTHAL EDS., 1989) 532(18)
- Feldman, *The Misuse of the Less Restrictive Alternative Inquiry in Rule of Reason Analysis*, 58 AM. U. L. REV. 561 (2009) 608(85)
- Feldman, *Objectivity in Legal Judgment*, 92 MICH. L. REV. 1187 (1994) 481(76)
- Felix, *Engaging Unreasonableness and Proportionality as Standards of Review in England, India and Sri Lanka*, in COMPARING ADMINISTRATIVE JUSTICE ACROSS THE COMMONWEALTH 95 (Hugh Corder ed., 2006) 249(140)

- Feteris, *The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justification of Judicial Decisions*, 21(4) *RATIO JURIS* 481 (2008) 581(24)
- Finkelman, *The Constitution and the Intention of the Framers: The Limits of Historical Analysis*, 50 *U. PITT. L. REV.* 349 (1989) 89(98)
- Fish, *Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon .Barak's Purposive Interpretation in Law*, 29 *CARDOZO L. REV.* 1109 (2008) 90(99)
- Fiss, *Foreword: The Forms of Justice*, 93 *HARV. L. REV.* 1 (1979) 548(97)
- Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 *STAN. L. REV.* 739 (1982) 481(76)
- Fiss, *The War Against Terrorism and the Rule of Law*, 26 *OXFORD J. LEGAL STUD.* 235 (2006) 615(108)
- Fitzgerald, *Proportionality and Australian Constitutionalism*, 12 *U. TAS. L. REV.* 49 (1993) 245(106)
- Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, 46 *AM. J. COMP. L.* 683 (1998) 91(106)
- Fordham, *Common Law Proportionality*, 7 *J.R.* 110, 112 (2002) 558(19)
- Fordham & De la Mare, *Identifying the Principle of Proportionality*, in *UNDERSTANDING HUMAN RIGHTS PRINCIPLES* 27 (Jeffrey Jowell and Jonathan Cooper eds., 2001) 278(65), 507(204)
- Franck, *On Proportionality of Countermeasures in International Law*, 102 *AM. J. INT'L L.* 715 (2008) 251(147)
- Frantz, *Is the First Amendment Law? – A Reply to Professor Mendelson*, 51 *CAL. L. REV.* 729 (1963) 579(10), 586(59)
- Frantz, *The First Amendment in the Balance*, 71 *YALE L.J.* 1424, 1441 (1962) 583(38)
- Freire, *Evolution of Constitutional Interpretation in Brazil and the Employment of Balancing "Method" by Brazilian Supreme Court in Judicial Review* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007) 250(145)
- Freund, *Review of Facts in Constitutional Cases*, in *SUPREME COURT AND SUPREME LAW* 47 (Edmond Cahn ed., 1954) 478(58)
- Friauf, *Techniques for the Interpretation of Constitutions in German Law*, in *PROCEEDINGS OF THE FIFTH INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON COMPARATIVE LAW* 12 (1968) 88(94), 288(126)
- Friedman, *The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship*, 95 *NW. U. L. REV.* 933 (2001) 587(65)
- Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 *YALE L.J.* 153 (2002) 587(65)

- Friedman, *Trumping Rights*, 27 GA. L. REV. 435 (1992) 449(132), 584(43)
- Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*,
92 HARV. L. REV. 353, 364 (1979) 383(59), 479(63)
- G**
- Gail Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, 87 AM. J. INT'L L. 391
(1993) 250(147)
- Gant, *Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution*, 24 HASTINGS
CONST. L.Q. 359 (1997) 474(44)
- Gardbaum, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing*, forthcoming: 4 LAW &
ETHICS OF HUMAN RIGHTS (2010) 271(43), 424(30), 467(4), 471(23),
471(24), 489(120), 555(2), 567(64), 587(66)
- Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789 (2007) 48(29),
59(70), 177(45), 198(144), 218(231), 467(4),
598(38), 599(41), 599(44), 600(45), 632(53)
- Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107
MICH L. REV. 391 (2008) 94(120), 177(45), 598(40), 598(41), 619(1)
- Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*,
47 AM. J. COMP. L. 707 (2001) 177(45), 218(236), 470(17)
- Garibaldi, *General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality*,
17 HARV. INT'L L. J. 503 (1976) 143(2), 144(4), 159(82), 252(152)
- Gasser, *Protection of the Civilian Population*, in THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN
LAW IN ARMED CONFLICT 209 (Dieter Fleck ed., 1995) 254(162), 255(163)
- Gewirth, *Are There Any Absolute Rights?*,
31 THE PHILOSOPHICAL QUARTERLY 1 (1981) 54(59)
- Ginsburg, Elkins & Melton, *The Lifespan of Written Constitutions* (Paper presented
at the Annual Meeting of the American Political Science Association,
Chicago, IL, August 2007) 256(171)
- Goldberg, *Equality Without Tiers*, 77 S. CAL. L. REV. 481(2004) 602(51)
- Goldsworthy, *The Myth of the Common Law Constitution*, in COMMON LAW
THEORY 205 (Douglas E. Edlin ed., 2007) 158(78)
- Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in
Constitutional Adjudication*, 68 B.U.L. REV. 917 (1988) 352(318), 611(96)
- Gottlieb, *The Paradox of Balancing Significant Interests*, 45 HASTINGS L.J. 825, 850
(1994) 578(6), 579(15)

- Götz, *Legislative and Executive Power Under the Constitutional Requirements Entailed in the Principle of the Rule of Law*, in *NEW CHALLENGES TO THE GERMAN BASIC LAW* 141 (Christian Starck ed., 1991) 279(72)
- Gray, *Do We Have An Unwritten Constitution*, 27 *STAN. L. REV.* 7003 (1975) 99(152)
- Greenawalt, *Are Mental States Relevant for Statutory and Constitutional Interpretation*, 85 *CORNELL L. REV.* 1609 (2000) 370(380)
- Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 *TEX. L. REV.* (2009) 89(96)
- Greer, "Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the *Habermas-Alexy Debate*, 63 *CAMBRIDGE L.J.* 412 (2004) 233(44), 577(3)
- Greer, *Constitutionalizing Adjudication Under the European Convention on Human Rights*, 23 *O.J.L.S.* 405 (2003) 233(44), 327(168)
- Grimm, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, in *HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* 267 (David M. Beatty ed., 1994) 121(31), 179(60)
- Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 *U. TORONTO L.J.* 383 (2007) 239(76), 298(19), 302(33), 389(81), 422(23), 433(75), 443(109), 620(4)
- Grimm, *The Protective Function of the State*, in *EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* (Georg Nolte ed., 2005) 288(127), 307(69), 513(1), 514(12), 519(36), 520(48), 522(55), 522(56), 525(74), 525(77), 525(80), 527(91)
- Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de Droit*, in *CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY – A COMPARATIVE ANALYSIS* 269 (Christian Starck ed., 1999) 277(59), 280(82), 280(83), 284(102)
- Gunther, *In Search of Judicial Quality on a Changing Court: The Case of Justice Powell*, 24 *STAN. L. REV.* 1001, 1005 (1972) 585(49), 602(51)
- Gunther, *The Supreme Court 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 *HARV. L. REV.* 1, 8 (1972) 352(318), 611(96)

H

- Hak-Seon, *L'application du Principe de Proportionnalite dans la Justice Constitutionnelle en Coree* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007) 249(134)
- Hall, *Taking "Rechts" Seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany*, 9(6) *GERMAN L. J.* 771 (2008) 585(51), 613(104)

- Hamer, *The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act*, 66
CAMBRIDGE L. J. 142 (2007) 377(27)
- Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*,
28 YALE J. INT'L L. 409 (2003) 94(116)
- Harel & Kahana, *The Easy Core Case for Judicial Review* (forthcoming in J. LEGAL
ANALYSIS, 2009) 569(77)
- Hart, *The Courts and Lawmaking: A Comment*, in LEGAL INSTITUTIONS TODAY AND
TOMORROW 41 (Monrad G. Paulsen ed., 1959) 476(50)
- Hart & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems, in THE MAKING AND
APPLICATION OF LAW* 384 (1958) 477(58)
- Hartnett, *A Matter of Judgment, Not a Matter of Opinion*,
74 N.Y.U. L. REV. 123 (1999) 474(44)
- Henkin, *Infallibility Under Law: Constitutional Balancing*, 78 COLUM. L. REV. 1022
(1978) 577(1), 579(10), 586(59)
- Henkin, *Privacy and Autonomy*, 74 COLUM. L. REV. 1410 (1974) 82(64)
- Henly, *'Penumbra': The Roots of a Legal Metaphor*,
15 HAST. CONST. L.Q. 81 (1987) 82(64)
- Hickman, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act
1998*, PL 306 (2005) 562(39)
- Hickman, *The Reasonableness Principle: Reassessing its Place in the Public Sphere*,
63 CAMBRIDGE L. J. 166 (2003) 459(16)
- Hirsch, *Candor and Prudence in Constitutional Adjudication*,
61 GEO. WASH. L. REV. 858 (1993) 416(100)
- Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*,
75 FORDHAM L. REV. (2006) 616(112)
- Hoexter, *The Future of Judicial Review in South African Administrative Law*,
117 S. AFR. L. J. 484 (2000) 488(120), 490(128)
- Hoffman, *The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law, in
THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE* 107
(Evelyn Ellis ed., 1999) 242(92)
- Hogan, *Judicial Review – The Law of the Republic of Ireland, in JUDICIAL REVIEW: A
THEMATIC APPROACH* 316, 336 (Brigid Hadfield ed., 1995) 241(86)
- Hogan, *The Constitution, Property Rights and Proportionality*, 32 IRISH JURIST 373 (1997)
240(81)
- Hogg, *Canadian Law in the Constitutional Court of South Africa*,
13 SAPL 1 (1998) 92(107)

- Hogg, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification* 28
OSGOODE HALL L.J. 817 (1990) 68(103)
- Hogg, *Section 1 Revisited*, 1 N.J.C.L 1, 5 410(73)
- Hogg & Bushell, *Reply to Six Degrees of Dialogue*,
37 OSGOODE HALL L. J. 529 (1999) 562(39)
- Hogg & Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the
Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L. J. 75
(1997) 562(39)
- Hogg & Zwibel, *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada*, 55 U. TORONTO L.J.
715 (2005) 277(61)
- Hopkins, *Constitutional Rights and the Question of Waiver: How Fundamental are
Fundamental Rights?*, 16 SAPL 122 (2001) 140(43)
- Horwitz, *Three Faces of Deference*, 83 NOTRE DAME L. REV. 1061, 1072 (2008) 490(126)
- Hovius, *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. 213 (1985) 238(71)
- Hovius, *The Limitations Clauses of the European Convention on Human Rights and
Freedoms and Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A
Comparative Analysis*, 6 Y.B. EUR. L. 105 (1987) 238(71)
- Hunt, *Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due
Deference"*, in PUBLIC LAW IN A MULTI-LAYERED CONSTITUTION 337 (Nicholas
Bamforth & Peter Leyland eds., 2003) 490(129)

I

- Iacobucci, *"Reconciling Rights": The Supreme Court of Canada's Approach to
Competing Charter Rights*, 20 SUP. CT. L. REV. 137 (2003) 99(155)
- Iacobucci, *The Charter: Twenty Years Later*,
21 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 3 (2002) 92(110)
- Ides, *Judicial Supremacy and the Law of the Constitution*,
47 UCLA L. REV. 491 (1999) 474(44)
- Iles, *Limiting Socio-Economic Rights: Beyond the Internal Limitations Clauses*, 20
SAJHR 448, 458 (2004) 190(110)

J

- Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the
Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L.
583 (1999) 94(119), 257(172), 258(177), 560(30), 598(39)

- Jackson, *Being Proportional about Proportionality*, 21 CONST. COMMENT. 803, 842 (2004); 63 N.Y.U. L. REV. 16, 25 258(177), 560(30), 571(81), 571(82), 583(39)
- Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005) 92(106)
- Jacobs, "Limitation Clauses" of the European Convention on Human Rights, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 20 (Armand de Mestral et al. eds., 1986) 172(20), 251(149)
- Jenkins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 INT'L J. CONST. L. 183 (2009) 30(17), 222(255), 643(105)
- Jans, *Proportionality Revisited*, 27(3) LEGAL ISSUES OF EUROPEAN INTEGRATION 239 (2000) 235(54)
- Jans, *Minimum Harmonisation and the Role of the Principle of Proportionality* (2007), available at www.ssrn.com/abstract=1105341 235(54)
- James, *Burdens of Proof*, 47 VA. L. REV. 51, 59 (1961) 547(93)
- Joseph, *The Demise of Ultra Vires – A Reply to Christopher Forsyth and Linda Whittle*, 8 CANTERBURY L. REV. 463 (2002) 244(103)
- Jowell, *Administrative Justice and Standards of Substantive Judicial Review*, in CONTINUITY AND CHANGE IN EU LAW: ESSAYS IN HONOUR OF SIR FRANCIS JACOBS 172 (Anthony Arnall, Piet Eeckhout & Takis Tridimas eds., 2008) 463(43)
- Jowell, *Judicial Deference: Servility Civility or Institutional Capacity?*, PL 592 (2003) 470(21), 471(26), 489(120), 490(129)
- Jowell, *Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence*, in LAW AND ADMINISTRATION IN EUROPE: ESSAYS IN HONOUR OF CAROL HARLOW 67 (Paul Craig & Richard Rawlings eds., 2003) 470(21), 471(26), 479(66), 489(120), 490(129), 505(200), 556(6)
- Jowell, *Parliamentary Sovereignty Under the New Constitutional Hypothesis*, 3 PL 562 (2006) 587(65)
- Jowell, *Restraining the State: Politics, Principle and Judicial Review*, 50 C.L.P. 189 (1997) 242(92)

K

- Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996) 366(371)
- Kahana, *The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter*, 43 CAN. PUBLIC ADMIN. 225 (2001) 215(224)
- Kahana, *Understanding The Notwithstanding Mechanism*, 52 U. TORONTO L.J. 221 (2002) 215(224)

- Kahana, *What Makes for a Good Use of the Notwithstanding Mechanism?*, 23 SUP. CT. L. REV. 191 (2004) 215(224)
- Kahn, *The Headscarf as Threat: A Comparison of German and U.S. Legal Discourses*, 40 VAND. J. TRANSNAT'L L. 417 (2007) 614(105)
- Kamm, *Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism*, 7 LEGAL THEORY 239 (2001) 115(1)
- Kamm, *Rights*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 476 (Jules Coleman and Scott Shapiro eds., 2002) 28(7)
- Kaplin, *The Process of Constitutional Interpretation: A Synthesis of the Present and a Guide to the Future*, 42 RUTGERS L. REV. 983 (1990) 88(96)
- Kaplow, *Rules Versus Standard: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992) 75(30)
- Karpen, *Rule of Law*, in THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 169, 178 (Ulrich Karpen ed., 1988) 281(88), 283(100)
- Karst, *Legislative Facts in Constitutional Litigation*, SUP. CT. REV. 75 (1960) 478(58)
- Katyal, *Legislative Constitutional Interpretation*, 50 DUKE L.J. 1335 (2001) 474(44)
- Kauper, *Penumbras, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten: The Griswold Case*, 64 MICH. L. REV. 235 (1965) 81(64)
- Kavanagh, *Deference or Defiance?: The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION – ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 184 (Grant Huscroft ed., 2008) 489(120), 490(127), 490(128), 491(136)
- Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833 (2001) 594(20)
- Kelso, *Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation in American Legal History*, 29 VAL. U. L. REV. 121 (1994) 88(96)
- Kempees, "Legitimate Aims" in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in PROTECTING HUMAN RIGHTS: THE EUROPEAN PROSPECTIVE 659 (Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold & Luzius Wildhaber eds., 2000) 323(150), 326(164), 327(168), 330(192), 331(202)
- Kerans, *The Future of Section One of the Charter*, 23 U. BRIT. COLUM. L. REV. 567 (1988) 239(75)
- Khaitan, *Beyond Reasonableness – A Rigorous Standard of Review for Article 15 Infringement*, 50 J. INDIAN L. INS. 177 (2008) 249(140)
- Kiedrowski & Webb, *Second Guessing the Law-Makers: Social Science Research in Charter Litigation*, 19 CAN. PUB. POL'Y 379 (1993) 478(59)
- King, *Institutional Approaches to Judicial Restraint*, 28 OXFORD J. LEGAL STUD. 409, 422 (2008) 480(66), 630(49)
- Kirby, *Australian Law – After 11 September 2001*, 21 A.B.R. 1 (2001) 86(87)

- Kirby, *Constitutional Interpretation and Original Intent: A Form of Ancestor Worship*, 24 MELB. U. L. REV. 1 (2000) 85(87)
- Kirchner, *Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A Place for Values in the International Legal System?*, 5 GERMAN L. J. 47 (2004) 441(98)
- Kirk, *Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality*, 21 MELB. U. L. REV. 1 (1997) 245(106), 378(32), 379(38), 379(39), 389(79), 416(97), 423(23), 556(5), 560(30)
- Kiss, *Permissible Limitations on Rights, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS* 290 (Louis Henkin ed., 1981) 152(48), 252(153), 253(154), 333(211)
- Klatt, *Taking Rights Less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion*, 20 RATIO JURIS 506 (2007) 476(51)
- Koh, *Setting the World Right*, 115 YALE L.J. 2350 (2006) 615(108)
- Kokott, *From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – With Particular Reference to the German Basic Law, in CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY – A COMPARATIVE ANALYSIS: THE GERMAN CONTRIBUTIONS TO THE FIFTH WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAW* 71 (Christian Starck ed., 1999) 92(107), 230(28), 232(39), 283(100)
- Kommers, *Germany: Balancing Rights and Duties, in INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY* 83 (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006) 514(12), 581(24)
- Kommers, *The Value of Comparative Constitutional Law*, 9 MARSHALL J. OF PRACTICES & PROCEDURES 685 (1976) 92(109)
- Koskenniemi, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, 8 EUR. J. INT'L L. 566 (1997) 441(98)
- Kreimer, *Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State*, 132 U. PA. L. REV. 1293 (1984) 515(22)
- Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 ISR. L. REV. 84, 88 (1993) 450(138), 450(139)
- Kress, *Coherence, in A COMPANION TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY* 533 (Dennis Patterson ed., 1996) 481(77)
- Kretzmer, *Freedom of Speech and Racism*, 8 CARDOZO L. REV. 445 (1987) 605(68)
- Krotoszynski Jr, *A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*, 78 TUL. L. REV. 1549 (2004) 614(105)

- Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 131 (George Pavlakos ed., 2007) 556(5), 558(16), 564(50), 564(51), 565(52), 566(56), 566(58), 566(59), 567(62)
- Kumm, *What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, NEW YORK UNIVERSITY LAW SCHOOL, PUBLIC LAW RESEARCH, Paper No. 06-41 (2006) 297(13), 308(74)
- Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution?*, in ARGUING FUNDAMENTAL RIGHTS (Agustin J. Menendez & Erik O. Eriksen eds., 2006) 27(1)
- Kumm & Comella, *What Is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM 241, 286 (András Sajó & Renáta Uitz eds., 2005) 598(39)

L

- L'Heureux-Dubè, *The Importance of Dialogue: Globalization, the Rehnquist Court, and Human Rights*, in THE REHNQUIST COURT: A RETROSPECTIVE 234 (Martin H. Belsky ed., 2002) 88(95)
- La Forest, *The Balancing of Interests Under the Charter*, 2 NAT'L J. CONST. L. 133 (1992) 139(36), 347(292)-347(294), 348(296), 579(12)
- Lamb, *Judicial Policy-Making and Information Flow to the Supreme Court*, 29 VAND. L. REV. 45 (1976) 478(58)
- Lamer, *Canada's Legal Revolution: Judging in the Age of the Charter of Rights*, 28 ISR. L. REV. 579, 581 (1994) 478(59)
- Law, *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, 97 GEO. L.J. 723 (2009) 569(77)
- Law, *Generic Constitutional Law*, 89 MINN. L. REV. 652 (2005) 230(31), 230(32)
- Laws, *Is the High Court of Justice the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?*, 59 PL (1993) 242(92)
- Laws, *Law and Democracy*, P.L. 72 (1995) 158(80)
- Laws *Wednesbury*, in THE GOLDEN METWAND AND THE CROOKED CORD: ESSAYS IN HONOUR OF SIR WILLIAM WADE QC 185 (Christopher Forsyth & Ivan Hare eds., 1998) 242(92)
- Leão, *Notas Sobre o Principio da Proporcionalidade ou da Proibicao do Excesso*, 5 F.D.U.P. 999 (2001) 236(59)
- Leclair, *Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles*, 27 QUEEN'S L.J. 389 (2002) 81(61)

- Ledford, *Formalizing the Rule of Law in Prussia: The Supreme Administrative Law Court, 1876-1914*, 37 CENTRAL EUROPEAN HISTORY (2004) 228(18)
- Lee, *Proportionality in Australian Constitutional Adjudication*, in FUTURE DIRECTIONS IN AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW 126 (Geoffrey Lindell ed., 1994) 245(106)
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, 2004 I.C.J 136 (July 2004) 253(156)
- Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, 45 INT'L AND COMP. L.Q. 52 (1996) 93(112)
- Lester, *Beyond the Powers of Parliament*, 9 JUD. REV. 95 (2004) 158(76)
- Lester & Jowell, *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*, 4 PL 368 (1987) 241(88), 462(36)
- Liebenberg, *The Interpretation of Socio-Economic Rights*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, Chapter 33 (Stuart Woolman et al. eds., 2006) 514(11), 523(67)
- Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 Neb. L. Rev. 197 (1976) 603(57)
- Lofgren, *The Original Understanding of Original Intent*, 5 CONST. COMMENT. 77 (1988) 89(98)
- Lokan, *The Rise and Fall of Doctrine Under Section 1 of the Charter*, 24 OTTAWA L. REV. 163 (1992) 239(75), 349(301)

M

- MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in THEORY OF LEGAL SCIENCE 235 (A. Peczenik, L. Lindahl, B. van Roermund eds., 1984) 481(77)
- MacCormick, *On Reasonableness*, in LES NOTIONS A CONTENU VARIABLE EN DROIT 131, 136 (Chaim Perelman & Raymond van der Elst eds., 1984) 461(31)
- Macklem & Terry, *Making the Justification Fit the Breach*, 11 Sup.Ct.L.Rev. 575 (2000) 239(75)
- Magiera, *The Interpretation of the Basic Law*, in MAIN PRINCIPLES OF THE GERMAN BASIC LAW 89 (Christian Stark ed., 1983) 72(11)
- Magnet, *Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality*, 11 MAN. L.J. 21 (1981) 478(58)
- Magnet, *The Presumption of Constitutionality*, 18 OSGOODE HALL L.J. 87 (1980) 543(79)
- Manfredi, *The Day the Dialogue Died: A Comment on Sauvé v. Canada*, 45 OSGOODE HALL L.J. 105 (2007) 562(39)
- Manfredi & Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, 37 OSGOODE HALL L. J. 513 (1999) 562(39)

- Marauhn & Ruppel, *Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of 'Praktische Konkordanz' and the German Federal Constitutional Court*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 273 (Eva Brems ed., 2008) 453(148)
- Marmor, *An Essay on the Objectivity of Law*, in ANALYZING LAW: NEW ESSAYS IN LEGAL THEORY 3 (Brain Bix ed., 1998) 481(76)
- Marmor, *Three Concepts of Objectivity*, in LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY 177 (Andrei Marmor ed., 1995) 481(76)
- Mavčič, *The Implementation of the Principle of Proportionality in the Slovenian Constitutional Case-Law*. Available at [www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JU\(2007\)017-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-JU(2007)017-e.asp) 248(126)
- Mason, *The Role of a Constitutional Court in a Federation: A Comparison of the Australian and the United States Experience*, 16 FED. L. REV. 1 (1986) 99(148)
- Masur, *Probability Thresholds*, 92 IOWA L. REV. 1293 (2007) 631(52)
- Mathen, *Constitutional Dialogue in Canada and the United States*, 14 NAT'L J. CONST. L. 403 (2003) 562(39)
- Mayo & Jones, *Legal-Policy Decision Process: Alternative Thinking and the Predictive Function*, 33 GEO. WASH. L. REV. 318 (1964) 478(58)
- McBride, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 23 (Evelyn Ellis ed., 1999) 233(44)
- McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 OXFORD J. LEGAL STUD. 499 (2000) 92(106)
- McCrudden, *A Part of the Main? The Physician-Assisted Suicide Cases and Comparative Law Methodology in the United States Supreme Court*, in LAW AT THE END OF LIFE (2000) 91(106)
- McDonald, *Rights, 'Dialogue' and Democratic Objections to Judicial Review*, 32 FED. L. REV. 1 (2004) 569(77)
- McFadden, *The Balancing Test*, 29 B.C. L. REV. 585, 588 (1988) 577(1), 578(7), 585(49), 586(59), 586(61)
- McHarg, *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 62 MOD. L. REV. 671 (1999) 308(74)
- McLachlin, *The Charter: A New Role for the Judiciary*, 29(3) ALTA. L. REV. 540 (1991) 72(12)
- McLean, *Roscoe Pound's Theory of Interests and the Furtherance of Western Civilization*, 41 IL POLITICO 5 (1976) 579(13)

- McLean, Rishworth & Taggart, *The Impact of the New Zealand Bill of Rights on Administrative Law*, in THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990, 62 (Legal Research Foundation, 1992) 244(103)
- Mendes, *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras*, REPERTÓRIO IOB DE JURISPRUDÊNCIA, v. 4, 23-24 (2000) 236(58), 250(145)
- Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101 YALE L.J. 969 (1991-1992) 484(94)
- Merrill & Hickman, *Chevron's Domain*, 89 GEO. L.J. 833 (2001) 474(44)
- Merryman, *The Italian Legal Style III: Interpretation*, 18 STAN. L. REV. 583 (1966) 83(76)
- Meron, *On a Hierarchy of International Human Rights*, 80 AM. J. INT'L L. 1 (1986) 441(98)
- Meyerson, *Why Courts Should Not Balance Rights Against the Public Interest*, 31 MELBOURNE L. REV. 801 (2007) 59(70)
- Michael, *The Original Understanding of Original Intent: A Textual Analysis*, 26 OHIO N.U. L. REV. 201 (2000) 89(98)
- Michelman, *Foreword: Traces of Self-Government – The Supreme Court 1985 Term*, 100 HARV. L. REV. 4 (1986) 560(30), 562(39), 582(35)
- Michelman, *Politics and Values or What's Really Wrong with Rationality Review?*, 13 CREIGHTON L. REV. 487 (1979) 603(57)
- Michelman, *The Protective Function of the State in The United States and Europe: The Constitutional Question*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 156 (Georg Nolte ed., 2005) 307(69)
- Michelman, *The Rule of Law Legality and the Supremacy of the Constitution*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA Chapter 11 (Stuart Woolman et al. eds., 2006) 277(61)
- Miller, *Beguiled by Metaphors: The 'Living Tree' and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, 22 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 331(2009) 91(105)
- Miller, *Justification and Rights Limitations*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 93 (Grant Huscroft ed., 2008) 43(4)
- Miller & Barron, *The Supreme Court, The Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry*, 61 VA. L. REV. 1187 (1975) 478(58)
- Mitchell, *Proportionality and Remedies in WTO Disputes*, 17 EUR. J. INT'L L. 985 (2006) 253(154)
- Mize, *Resolving Cases of Conflicting Rights Under the New-Zealand Bill of Rights Act*, 22 NZ U. L. REV. 50 (2006) 122(33), 443(108)

- Möller, *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, 3 INT'L J. CONST. L. 453 (2007) 287(116), 287(118)
- Möller, *Two Conceptions of Positive Liberty: Towards an Autonomy-Based Theory of Constitutional Rights*, 29(4) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 757 (2009) 563(45)
- Molot, *The Judicial Perspective in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrines of Deference With the Judiciary's Structural Role*, 53 STAN. L. REV. 1 (2000) 474(44)
- Monaghan, *Overbreadth*, SUP. CT. REV. 1 (1981) 412(85), 608(88)
- Monaghan, *Marbury and the Administrative State*, 83 COLUM. L. REV. 1, 4 (1983) 489(125)
- Montague, *When Rights Conflict*, 7 LEGAL THEORY 257 (2001) 115(1)
- Mullan, *Deference: Is it Useful Outside Canada?*, in COMPARING ADMINISTRATIVE JUSTICE ACROSS THE COMMONWEALTH 42 (Hugh Corder ed., 2006) 488(118)
- Mullan, *The Role for Underlying Constitutional Principles in a Bill of Rights World*, N.Z. L. REV. 9 (2004) 81(61), 82(67), 267(22)
- Mullender, *Theorizing the Third Way: Qualified Consequentialism, the Proportionality Principle, and the New Social Democracy*, 27(4) J.L. & SOC'Y 493 (2000) 564(50)
- Müller, *Fundamental Rights and Democracy*, 4 HUM.RTS.L.J 131 (1983) 208(197), 270(38), 327(175), 587(66)
- Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 31, 32 (1994) 556(6)
- Murkens, *Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Objections*, LSE LEGAL STUDIES, Working Paper No. 15/2008 94(118)
- Murray, *Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Examination at Two Levels of Interpretation*, 21 OTTAWA L. REV. 631 (1989) 239(75), 347(292), 349(301)

N

- Nagel, *Liberals and Balancing*, 63 U. Colo. L. Rev. 319 (1992) 558(16), 604(62)
- Nagel, *The Limits of Objectivity*, in THE TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES 77 (Sterling McMurrin ed., 1980) 481(76), 575(99)
- Navoth, *Torture Versus Terror: The Israeli and British Cases*, 1 ISR. J. FOREIGN AFFAIRS 69 (2007) 107(615)
- Neuborne, *Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases: An Essay in Honor of Tom Emerson*, 38 CASE W. RES. L. REV. 576 (1988) 580(22)

- Neuman, *The U.S. Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz*, in *DAS GRUNDGESETZ IM PROZESS EUROPÄISCHER UND GLOBALER VERFASSUNGSENTWICKLUNG* 253 (Ulrich Battis et al. eds., 2000) 277(60)
- Newman, *The Limitation of Rights: A Comparative Evolution and Ideology of the Oakes and Sparrow Tests*, 62 *SASK. L. REV.* 543 (1999) 239(75)
- Ngcukaitobi, *The Evolution of Standing Rules in South Africa and Their Significance in Promoting Social Justice*, 18 *S. AFR. J. ON HUM. RTS.* 590 (2002) 236(59)
- Nimmer, *The Right To Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 *CAL. L. REV.* 935 (1968) 583(37), 584(48), 600(48), 636(69)
- Nolte, *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective*, 57 *MOD. L. REV.* 191, 201 (1994) 283(102)
- Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, 78 *YALE L.J.* 464 (1969) 176(43), 603(53), 608(85), 608(86)
- Note, *Social and Economic Facts*, 61 *HARV. L. REV.* 692 (1948) 478(58)
- Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, 83 *HARV. L. REV.* 844 (1970) 176(43), 603(54)
- Note, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court*, 109 *U. PA. L. REV.* 67 (1960) 156(65)
- O**
- Oberdiek, *Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights*, 23 *L. AND PHILOSOPHY* 325 (2004) 136(17)
- Ogurlu, *A Comparative Study on the Principle of Proportionality in Turkish Administrative Law*, *KAMU HUKUKU ARŞIVI, KHUK* 5 (2003) 237(65)
- Opsahl, *Articles 29 and 30: The Other Side of The Coin*, in *THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: A COMMENTARY* 449 (Asbjorn Eide et al eds., 1992) 252(152)
- Orfanoudakis & Kokota, *The Application of the Principle of Proportionality in the Caselaw of Community and Greek Courts: Similarities and Differences* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007) 237(63)
- Orucu, *The Core of Rights and Freedoms: The Limit of Limits*, in *HUMAN RIGHTS: FROM RHETORIC TO REALITY* 187 (Tom Campbell ed., 1986) 592(8)
- Osiatynski, *Rights in New Constitutions of East Central Europe*, 26 *COLUM. HUM. RTS. L. REV.* 111 (1994) 247(120)

- Overbeck, *Some Observations on the Role of the Judge Under the Swiss Civil Code*, 37
LA. L. REV. 681 (1977) 83(76)

P

- Patapan, *The Dead Hand of the Founders? Original Intent and the Constitutional Protection of Rights and Freedoms in Australia*, 25 FED. L. REV. 211 (1997) 87(92)
- Patapan, *Politics of Interpretation*, 22 SYD. L. REV. 247 (2000) 99(148)
- Patrick, *Persuasive Authority*, 32 MCGILL L.J. 261 (1987) 93(114)
- Paust, *The Absolute Prohibition of Torture and Necessary and Appropriate Sanctions*, 43.
VALP. L. REV. 1535 (2009) 54(55)
- Pavlakos, *Two Concepts of Objectivity*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 83 (George Pavlakos ed., 2007) 575(99)
- Peck, *An Analytical Framework for the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 25 OSGOODE HALL L.J. 1 (1987) 239(75)
- Peczenik, *Coherence, Truth and Rightness in the Law*, in LAW, INTERPRETATION AND REALITY: ESSAYS IN EPISTEMOLOGY, HERMENEUTICS AND JURISPRUDENCE (P.J. Nerhot ed., 1990) 481(77)
- Perales, *It Works Fine in Europe, So Why Not Here? Comparative Law and Constitutional Federalism*, 23 VT. L. REV. 885 (1999) 91(106)
- Perry, *The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation*, 77 VA. L. REV. 669 (1991) 88(96)
- Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?*, 38 WAKE FOREST L. REV. 635 (2003) 569(76)
- Pierce, *Chevron and its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretation of Statutory Provisions*, 41 VAND. L. REV. 301 (1998) 484(94)
- Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L.J. 711 (1994) 563(45)
- Pildes, *Dworkin's Two Conceptions of Rights*, 29 J. LEGAL STUD. 309 (2000) 299(21), 563(45), 584(43)
- Pildes, *Why Rights are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms and Constitutionalism*, 27 J. LEGAL STUD. 725 (1998) 563(45)
- Poole, *Recent Developments on the "War on Terrorism" in Canada*, 7 HUM. RTS. L. REV. 633 (2007) 614(105)
- Poole, *Tilting at Windmills? Truth and Illusion in the Political Constitution*, 70 MOD. L. REV. 250, 268 (2007) 560(30)
- Poole, *Questioning Common Law Constitutionalism*, 25 LEGAL STUD. 142 (2005) 158(74)

- Popkin, *Foreword: Nonjudicial Statutory Interpretation*, 66 CHI.-KENT L. REV. 301 (1990)
474(44)
- Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, 27 CARDOZO L. REV. 1393, 1398 (2006) 428(51), 577(1),
583(36), 593(18), 594(21)
- Porat, *Why All Attempts to Make Judicial Review Balancing Principled Fail?* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007) 586(59), 586(63)
- Posner, *The Uncertain Protection of Privacy by the Supreme Court*, SUP. CT. REV. 173 (1979) 82(64)
- Post, *Democracy, Popular Sovereignty and Judicial Review*, 86 CAL. L. REV. 429 (1998) 303(43)
- Post & Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 373 (2007) 471(28)
- Pound, *A Survey of Social Interests*, 57 HARV. L. REV. 1 (1943) 579(13), 579(14)
- Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 885 (1985) 89(98)
- Puig, *Abridged Proportionality in Australian Constitutional Review: A Doctrinal Critique of the Cole v. Whitfield Saving Test for Section 92 of the Australian Constitution* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007) 245(106)
- Pulido, *On Alexy's Weight Formula*, in ARGUING FUNDAMENTAL RIGHTS 101, 104 (Agustin J. Menendez & Erik Eriksen eds., 2006) 449(133), 559(27)
- Pulido, *The Rationality of Balancing*, 92 ARSP 195 (2007) 442(101), 444(112),
450(137), 580(21)
- Pushaw, *Defending Deference: A Response to Professors Epstein and Wells*, 69 MO. L. REV. 959 (2004) 489(120)

Q

- Quint, *The Most Extraordinarily Powerful Court of Law the World Has Ever Known – Judicial Review in the United States and Germany*, 65 MD. L. REV. 152 (2006) 613(104)
- Quirk, *Australian Looks at German Proportionality*, 1 U. NOTRE DAME AUSTL. L. REV. 39 (1999) 245(106)

R

- Rasson & Ryckeboer, *Le Principe de Proportionnalite Dans la Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle de Belgique*,
CDL-JU (2007)024 237(62)
- Raz, *The Relevance of Coherence*, 72 B.U. L. REV. 273 (1992) 481(77)
- Régimbald, *Correctness, Reasonableness, and Proportionality: A New Standard of Judicial Review*, 31 MAN. LJ 239 (2005) 240(77)
- Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*,
54 TEX. L. REV. 693 (1976) 91(103)
- Reinhardt, *Weakening the Bill of Rights: A Victory for Terrorism*,
106 MICH. L. REV. 963 (2008) 615(108)
- Rishworth, *The Birth and Rebirth of the Bill of Rights, in RIGHTS AND FREEDOMS: THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990 AND THE HUMAN RIGHTS ACT 1993 1*
(Grant Huscroft & Paul Rishworth eds., 1995) 243(99)
- Rivers, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution, in ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS XVII* (2002) 31(20), 389(78), 415(95)
- Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*,
65 CAMBRIDGE L.J. 174 (2006) 233(43), 358(341), 368(375), 377(22),
377(25), 377(26), 378(31), 387(72), 395(21), 395(22), 412(82),
426(44), 480(66), 489(120), 490(129), 496(159), 497(164), 504(198),
507(204), 512(219), 512(223), 558(18), 592(11)
- Rivers, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 167*
(George Pavlakos ed., 2007) 416(97), 434(77), 439(92), 489(120),
490(129), 624(24), 625(26), 625(27),
646(117), 647(127), 646(117), 647(127)
- Rivers, *Proportionality and Discretion in International and European Law, in TRANSNATIONAL CONSTITUTIONALISM: INTERNATIONAL AND EUROPEAN MODELS 107*
(Nicholas Tsagourias ed., 2007) 442(101), 472(30),
472(32), 499(172), 503(195), 503(198)
- Roach, *Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, 4 INT'L J. CONST. L. 347 (2006) 562(39)
- Roach, *Must We Trade Rights For Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain*, 27 CARDOZO L. REV. 2151 (2006) 614(105)
- Robinson & Robinson, *Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origin of Strict Scrutiny*, 68 L. AND CONTEMP. PROBS. 29 (2005) 602(51)

- Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British, and Israeli Approaches to the War on Terror*,
27 CARDOZO L. REV. 2079 (2006) 614(105)
- Ross, *Limitations on Human Rights in International Law: Their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 6 HUM. RTS. Q. 180 (1984)
251(149), 252(153)
- Rothstein, *Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms*,
27 MAN. L. J. 171 (2000) 348(299)
- Rothstein, *Section 1: Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms*,
27 MAN. L.J. 171 (2000) 239(75)
- Roux, *Democracy*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, Chapter 10, 1 (Stuart Woolman et al. eds., 2006) 269(32), 270(36), 271(42)
- Roza, *Rights and Their Limits: The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 223 (2005) 236(56)
- Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. PA. L. REV. 1 (2001) 602(51)
- Russell, *Standing Up for Notwithstanding*, 29 ALTA. L. REV. 293 (1991) 215(224)
- Ryssdall, *Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights*, [1966] E.H.R.L.R. 18 233(44)
- S**
- Saban, *Offensiveness Analyzed: Lessons for Comparative Analysis of Free Speech Doctrines*, 2 THE JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW AT CHICAGO-KENT 60 (2002) 340(256)
- Sadurski, "Reasonableness" and Value Pluralism in Law and Politics, in REASONABLENESS AND LAW 129 (Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor & Chiara Valentini eds., 2009) 459(15), 461(29), 462(37), 500(182), 560(33)
- Sakellariidou, *La Genealogie De La Proportionnalite* (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 14 June 2007) 237(62)
- Salcedo, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, 8 EUR. J. INT'L L. 583 (1997) 441(98)
- Sales & Hooper, *Proportionality and the Form of Law*, 119 L. Q. Rev. 426 (2003) 407(58), 451(140), 488(120)
- Sandalow, *Constitutional Interpretation*, 79 MICH. L. REV. 1033 (1981) 90(100)

- Saul, *Australian Administrative Law: The Human Rights Dimension*, in AUSTRALIAN ADMINISTRATIVE LAW: FUNDAMENTALS, PRINCIPLES AND DOCTRINES 50 (Matthew Groves & Hoong Phun Lee eds., 2007) 245(106)
- Sarlet, *Constituicao, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais*, 81 BFD 325 (2005) 236(59)
- Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, DUKE L.J. 511 (1989) 488(120)
- Scalia, *Modernity and the Constitution*, in CONSTITUTIONAL JUSTICE UNDER OLD CONSTITUTIONS 313 (1995) 89(97)
- Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CHI. L. REV. 849 (1989) 90(102)
- Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175 (1989) 280(80)
- Schapiro, *Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law*, 85 CORNELL L. REV. 656 (2000) 488(119), 489(120)
- Schachter, *Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity*, 86 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 39 (1992) 250(147)
- Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 27 GA. L. REV. 415 (1993) 177(44), 449(131), 621(11)
- Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, 29 UCLA L. REV. 797 (1981) 73(16)
- Schauer, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, in RIGHTS, LAW, AND MORALITY: THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY (Matthias Klatt ed., forthcoming 2010) 177(44), 424(31), 579(15), 581(24)
- Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265 (1981) 47(22), 96(129), 177(44), 597(33), 598(39), 600(45)
- Schauer, *Commensurability and Its Constitutional Consequences*, 45 HASTINGS L.J. 785 (1994) 135(15), 578(9)
- Schauer, *Deferring*, 103 MICH. L. REV. 1567 (2005) 489(120)
- Schauer, *Expression and its Consequences*, 57 U. TORONTO L.J. 705 (2007) 177(44)
- Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 40 (Georg Nolte ed., 2005) 80(58), 617(120)
- Schauer, *Prescriptions in Three Dimensions*, 82 IOWA L. REV. 911 (1997) 430(60)
- Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765 (2004) 47(22), 177(44)
- Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, N.Z. L. REV. 303 (2003) 75(29), 75(30)
- Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29 (Michael Ignatieff ed., 2005) 177(44), 598(39), 600(45), 604(63), 605(65), 605(68), 617(119)

- Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA. L. REV. (1985) 75(30)
- Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, in PETER BADURA AND HORST DREIER, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht 445 (vol. 2, 2001) 263(1), 416(97), 459(15), 581(22), 586(59), 595(25)
- Schiller, *The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law*, 106 MICH. L. REV. 399 (2007) 489(120)
- Searle, *Prima Facie Obligations*, in PRACTICAL REASONING 81 (Joseph Raz ed., 1978) 61(80)
- Sedley, *Human Rights – At Twenty-First Century Agenda*, P.L. 373 (1995) 158(80)
- Seedford & Sibanda, *Separation of Powers*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 12-36 (Stuart Woolman et al. eds., 2008) 267(24)
- Shaman, *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, 41 WAYNE L. REV. 135, 154 (1995) 558(15), 579(15), 583(41), 586(58)
- Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, 45 OHIO ST. L.J. 161 (1984) 176(43)
- Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731 (1987) 416(100)
- Shapiro, *Judges as Liars*, 17 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 155 (1994) 416(100)
- Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, 100 AM. J. INT'L L. 291 (2006) 441(98)
- Sherry, *The Founders' Unwritten Constitution*, 54 U. CHI. L. REV. 1127 (1994) 89(98)
- Shiffrin, *Liberalism, Radicalism, and Legal Scholarship*, 30 UCLA L. REV. 1103 (1982) 558(16), 565(55)
- Siebrasse, *The Oakes Test: An Old Ghost Impeding Bold New Initiatives*, 23 OTTAWA L. REV. 99 (1991) 239(75)
- Siegel, *Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 AM. J. LEGAL HIST. 355 (2006) 602(51)
- Siegel, *The Death and Rebirth of the Clear and Present Danger Test*, in TRANSFORMATIONS IN AMERICAN LEGAL HISTORY: ESSAYS IN HONOR OF PROFESSOR MORTON J. HORWITZ 211 (Alfred Brophy & Daniel Hamilton eds., 2008) 646(116)
- Sinnott-Armstrong, *Two Ways to Derive Implied Constitutional Rights*, in LEGAL INTERPRETATION IN DEMOCRATIC STATES 231 (Tom D. Campbell & Jeffrey Denys Goldsworthy eds., 2002) 80(57), 81(62), 82(64)
- Slattery, *Canadian Charter of Rights and Freedoms – Override Clauses Under Section 33 – Whether Subject to Judicial Review Under Section 1*, 61 CAN. BAR REV. 391 (1983) 220(245)
- Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. RICH. L. REV. 99 (1994) 91(106)

- Smith, *That Old-Time Originalism*, SAN DIEGO LEGAL STUDIES Paper No. 08-028 89(96)
- Smyth, *The Principle of Proportionality Ten Years after GCHQ*,
2 AUSTL. J. ADMIN. LAW 189 (1995) 245(106)
- Solove, *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*,
84 IOWA L. REV. 941 (1999) 488(119), 489(120),
489(121), 490(128), 491(135), 491(136), 569(77)
- Soriano, *How Proportionate Should Anti-Competitive State Intervention Be?*
28 EUR. L. REV. 112 (2003) 235(54)
- Starck, *Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms, in RIGHTS, INSTITUTIONS AND IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ACCORDING TO THE GERMAN BASIC LAW* 19, 25 (1987) 103(167)
- Stern, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermassverbots, in FESTSCHRIFT FÜR PETER LERCHE* 165 (1993) 225(7), 229(24), 276(58)
- Steyn, *Deference: A Tangled Story*, PL 346, 350 (2005) 479(66), 489(120),
490(127), 490(129)
- Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. COLO. L. REV. 293 (1992) 257(172), 597(33), 604(62)
- Sullivan, *The Supreme Court 1991 Term – Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22 (1992) 75(30)
- Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*,
92 MICH. L. REV. 779 (1994) 578(9)
- Sunstein, *Law and Administration After Chevron*,
90 COLUM. L. REV. 2071 (1990) 484(94)
- Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, 101 MICH. L. REV. 2744 (2003) 470(16)
- Stone Sweet & Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2009) 227(13), 227(14), 228(19),
229(20), 230(34), 234(48), 253(154),
555(3), 571(82), 577(2)
- Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*,
80 HARV. L. REV. 1463 (1967) 603(53)
- T**
- Taggart, *Administrative Law*, N.Z.L. REV. 75 (2006) 244(102), 244(103)
- Taggart, *Proportionality, Deference, Wednesday*,
in JUDICIAL REVIEW 23 (NZLS, 2007) 244(102), 455(3), 462(3), 464(44),
465(58), 489(120), 490(127), 548(96), 556(6)

- Tahvanainen, *Hierarchy of Norms in International and Human Rights*, 24(3) NORDIC J. HUM. RTS. 191 (2006) 441(98)
- Teraya, *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights*, 12 EUR. J. INT'L L. 917 (2001) 441(98)
- Terry, *Section 1: Controlling the Oakes Analysis*, SPEC. LECT. L.S.U.C. 479 (2001) 239(75)
- The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 9 HUM. RTS. Q. 122 (1987) 252(153), 253(154)
- The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 7 HUM. RTS. Q. 3 (1985) 252(153), 253(154)
- Thomas, *Proportionality and the Supreme Court's Jurisprudence of Remedies*, 59 HASTINGS L.J. 73 (2007) 53(51)
- Thompson, *Community Law and the Limits of Deference*, EUR. HUM. RTS. L. REV. 24 (2005) 489(120)
- Tadros & Tierney, *The Presumption of Innocence and the Human Rights Act*, 67 MOD. L. REV. 402 (2004) 377(27)
- Trakman, Cole-Hamilton & Gatién, *R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board*, 36 OSGOODE HALL L.J. 83 (1998) 239(75), 298(18)
- Tremblay, *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 525 (2003) 569(77)
- Tremblay, *Normative Foundation of the Proportionality Principle in Constitutional Theory* (French) EUI Working Papers LAW 2009/04 263(1)
- Tribe, *The Abortion Funding Conundrum: Inalienable Rights, Affirmative Duties, and the Dilemma of Dependence*, 99 HARV. L. REV. 330 (1985) 515(22)
- Tribe & Dorf, *Levels of Generality in the Definition of Rights*, 57 U. CHI. L. REV. 1057 (1990) 96(128)
- Tridimas, *The Principle of Proportionality in Community Law: From the Rule of Law to Market Integration*, 31 IRISH JURIST 83 (1996) 235(54)
- Tridimas, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 65 (Evelyn Ellis ed., 1999) 235(54)
- Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, 7 I.CON. 468 (2003) 577(1), 580(18)
- Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, 101 MICH. L. REV. 2781 (2003) 470(16)
- Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEX. L. REV. 1363 (1984) 515(22)

- Tushnet, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*,
83 MICH. L. REV. 1502 (1985) 583(36)
- Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*,
108 YALE L.J. 1225 (1999) 91(106), 93(112)
- Tushnet, *Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law*, in THE
MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 67 (Sujit Choudhry ed., 2006) 93(112)

V

- Van der Schyff, *Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable
Cores in Comparative Perspectives*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS
131 (Eva Brems ed., 2008) 591(3)
- Van Gerven, *The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the
European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, in THE
PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 37, 61 (Evelyn Ellis ed.,
1999) 172(19), 234(51), 412(82)
- Varuhas, *Keeping Things in Proportion: The Judiciary, Executive Action and Human
Rights*, 22 N.Z.U.L. REV. 300 (2006) 244(102), 462(36)
- Varuhas, *Powerco v Commerce Commission: Developing Trends of Proportionality in
New Zealand Administrative Law*, 4 NZJPIL 339 (2006) 244(103)
- Vermeule, *Saving Constructions*, 85 GEO. L.J. 1945 (1997) 544(85)
- Verkuil, *The American Constitutional Tradition of Shared and Separated Powers:
Separation of Powers, The Rule of Law and the Idea of Independence*, 30 WM AND
MARY L. REV. 301 (1989) 81(61), 279(75)
- Vining, *Authority and Responsibility: The Jurisprudence of Deference*, 43 ADMIN. L. REV.
135 (1991) 488(120)
- Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144
U. PA. L. REV. 2417 (1996) 176(43), 602(51)
- Von Elbe, *The Evolution of the Concept of the Just War in International Law*, 33 AM. J.
INT'L L. 665 (1939) 226(10)

W

- Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex non Scripta as
Fundamental Law*, 51 U. TORONTO L.J. 91 (2001) 81(61), 158(74), 279(73)
- Waldron, *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer*,
45 HASTINGS L.J. 813 (1994) 578(9)
- Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*,
119 HARV. L. REV. 129 (2005) 94(119)

- Waldron, *Introduction*, in THEORIES OF RIGHTS 1 (Jeremy Waldron ed., 1984) 563(45)
- Waldron, *Pildes on Dworkin's Theory of Rights*,
29 J. LEGAL STUD. 301 (2000) 563(45), 584(43)
- Waldron, *Security and Liberty: The Image of Balance*, 11(2) JOURNAL OF POLITICAL
PHILOSOPHY 191 (2003) 429(58)
- Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, 43 GA. L. REV. 1 (2008) 277(61)
- Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*,
115 YALE L.J. 1346 (2006) 569(77), 587(65)
- Walton, *Making Sense of Canadian Constitutional Interpretation*,
12 N.J.C.L. 315 (2001) 91(105), 99(147)
- Webber, *The Cult of Constitutional Rights Reasoning* (Paper presented at the
VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law,
Athens, 14 June 2007) 571(82), 579(9), 635(68)
- Webber, *Evidence in Charter Interpretation: A Comment on B.C. Teachers' Federation v.
A.G. B.C.*, 23 CARSWELL PRACTICE CASES (2d) 245 (1988) 478(59)
- Weiler & Lockhart, "Taking Rights Seriously" *The European Court and its Fundamental
Rights Jurisprudence – Part 1*, 32 COMMON MARK. L. REV. 51 (1995) 234(51)
- Weiler & Paulus, *The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy
of Norms in International Law?*, 8 EUR. J. INT'L L. 545 (1997) 441(98)
- Weiler, *Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version*, 18
U. MICH. J.L. REFORM 51, 80 (1984) 218(230)
- Weinrib, *Corrective Justice*, 77 IOWA L. REV. 403 (1992) 225(6), 273(50)
- Weinrib, *Canada's Charter of Rights: Paradigm Lost?* 6 REVIEW OF CONSTITUTIONAL
STUDIES 119 (2002) 239(75)
- Weinrib, *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism*, in DEFINING THE
FIELD OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 23 (2002) 92(106)
- Weinrib, *Learning to Live With The Override*, 35 MCGILL L.J. 541 (1990) 215(224),
218(229), 218(230), 218(234)
- Weinrib, *The Charter's First Twenty Years: Assessing the Impact and Anticipating the
Future* (paper presented at the 2002 Isaac Pitblado Lectures,
November 22 and 23, 2002) 239(75)
- Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF
CONSTITUTIONAL IDEAS 84 (Sujit Choudhry ed., 2006) 27(1), 43(2),
230(29), 327(175), 558(18)
- Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section One of The Charter*, 10 SUP. CT. L.
REV. 469, 479 (1988) 134(10), 239(75), 327(171), 336(231), 347(290)

- Weinrib, *The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights Under Canada's Constitution*, 80 CAN. BAR. REV. 699 (2001) 81(63), 270(37)
- Wellman, *On Conflicts Between Rights*, 14 LAW AND PHILOSOPHY 271 (1995) 115(1)
- Wells, *Questioning Deference*, 69 MO. L. REV. 903 (2004) 489(120)
- Wiącek, *The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal*, CDL-JU (2007)021 248(125)
- White, *Historicizing Judicial Scrutiny*, 57 S.C.L. REV. 1 (2006) 602(51)
- Whittington, *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, 80 N.C.L. REV. 773 (2002) 474(44), 483(92)
- Wildhaber, *Limitations on Human Rights in Times of Peace, War and Emergency: A Report on Swiss Law*, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 41 (Armand de Mestral et al. eds, 1986) 83(75), 591(3), 593(14), 593(15)
- Wilson, *Decision-Making in the Supreme Court*, 36 U. TORONTO L.J. 227 (1986) 86(87)
- Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006) 176(43), 352(318), 602(51), 611(96)
- Winkler, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights*, 23 CONST. COMMENT. 227 (2006) 602(51)
- Winslade, *Adjudication and the Balancing Metaphor*, in LEGAL REASONING 403 (Hubert Hubien ed., 1971) 428(51)
- Winterton, *The Separation of Judicial Power as an Implied Bill of Rights*, in FUTURE DIRECTIONS IN AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW 185 (Geoffrey Lindell ed., 1994) 245(104)
- Wong, *Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality*, PL 92 (2000) 411(80)
- Woolf, *Droit Public – English Style*, P.L. 57 (1995) 158(80)
- Woolhandler, *Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts*, 41 VAND. L. REV. 111 (1988) 550(101)
- Woolman, *Application*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, Chapter 31 (2006) 117(13), 140(43), 157(72), 468(11)
- Woolman, *Metaphors and Mirages: Some Marginalia on Choudhry's The Lochner Era and Comparative Constitutionalism and Ready-Made Constitutional Narratives*, 20 (2) SAPL 281 (2005) 94(116)

- Woolman, *Riding the Push-me Pull-you: Constructing a Test that Reconciles the Conflicting Interests Which Animate The Limitation Clause*, 10 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 60 (1994) 211(207), 425(38), 557(8)
- Woolman & Botha, *Limitations*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, Chapter 34 (Stuart Woolman et al. eds., 2006) 43(7), 59(71), 60(75), 61(77), 61(78), 104(170), 152(49), 155(61), 160(87), 190(110), 214(218), 246(114), 301(29), 318(124), 345(284), 350(311), 361(351), 410(70), 410(72), 410(73), 424(33), 443(107), 523(67), 532(21), 539(61), 549(90), 550(100), 620(6)
- Wyzanski, *A Trial Judge's Freedom and Responsibility*, 65 HARV. L. REV. 1281 (1952) 477(53)
- X**
- Xiuli, *The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico*, 6 CHIN. J. INT'L L. 635 (2007) 253(154)
- Y**
- Young, *Ghaidan v. Godin-Mendoza: Avoiding the Deference Trap*, PL 23 (2005) 489(120)
- Young, *Restricting Basic Law Rights in Hong Kong*, 34 HONG KONG L. J. 110 (2004) 248(129)
- Z**
- Zurn, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, 21 LAW & PHIL. 467 (2002) 569(77)

מפתח עניינים

| | | | |
|----------------------|----------------|------------------------|---|
| 632 | איזון קונקרטי | | א |
| 631 | הדגמה | | אובייקטיביות |
| 634 | חשיבותו | 576-570, 537 | מידתיות |
| 631 | מבנהו | 576, 574, 481 | שיפוטית |
| 630 | מהותו | 570, 359 | תכלית החוק |
| 635 | משפט השוואתי | | |
| 643-637 | משפט ישראלי | 454-419 | איזון |
| 632, 631 | נוסחאות איזון | | ר' גם איזון עקרוני, איזון פרשני, איזון קונקרטי, הפרדת רשויות, מטרה ראויה, מידתיות, מידתיות במובן הצר, חשיבות חברתית |
| 102-98 | איזון פרשני | | אופקי |
| 223, 207 | דין ישן | 647, 641, 305, 47 | אנכי |
| 101 | היקש פרשני | 647, 641, 305, 103, 47 | בין זכויות |
| 644 | הלכה פסוקה | 49 | בסיס משותף |
| , 198, 124, 100 | התנגשות נורמות | 582-578 | בסיסי |
| 200, 199 | | 450-445 | דמוקרטיה |
| 329 | זכות בחירה | 275-265 | הוראות מצמצמות |
| 125, 101 | חוקתיות | 198 | הוראות מרחיבות |
| 205, 201, 200, 128 | חקיקה | 198 | הפרדת רשויות |
| 198, 192, 102-98, 61 | מהותו | 473 | השלמה קונקרטי |
| 99 | מושגי שסתום | 648, 635, 453 | חופש ביטוי |
| 290, 192 | מידתיות | 432 | חיצוני ופנימי |
| 199 | מניעת התנגשות | 105 | מטאפורה |
| 205, 192, 184, 101 | פרשנות | 100 | מרכזיותו |
| 337 | צדק | 426 | סבירות |
| 98 | רמת הפשטה | 259 | עקרונות |
| 206, 205 | תכלית הנורמה | 288-284 | קטגוריזציה |
| 454-451 | איזון קונקרטי | 600 | רציונלי |
| 632 | איזון עקרוני | 582, 581 | שיקול דעת שיפוטי |
| 451, 65 | מהותו | 582 | שלטון החוק |
| 600 | קטגוריזציה | 284-276 | תורת האיזון |
| 451 | רמת הפשטה | 445-426 | תת-חוקתי |
| 452 | תת-חוקתי | 112, 103 | |
| | איסור גורף | 649-630 | איזון עקרוני |

| | | | |
|---------------------------|-------------------------|-----------------------------------|----------------------------------|
| 582-578 | ביקורת פנימית | 440, 275 | מידתיות במובן הצר |
| 587-586 | היעדר לגיטימיות | 408, 397 | צורך |
| 582-580 | היעדר רציונליות | 433, 410 | רמת הפשטה |
| 583 | שיקול דעת רחב מדי | | |
| | | | אמנה אירופאית לזכויות אדם |
| | ביקורת שיפוטית | 54, 53 | זכויות מוחלטות |
| | ר' גם הנסגת דעת | 174 | זכויות משתמעות |
| | אירלנד, ר' משפט אירלנדי | ,234, 233, 160, 45 | חופש הביטוי |
| 183 | בסיס מידתי | 540, 322 | |
| 587 | דמוקרטיה | 104 | טובת הכלל |
| 109 | הפרדת רשויות | 233 | נדידת המידתיות |
| 586 | הסמכה | 540 | נטל הוכחה |
| 196 | היעדרה | 322, 186, 48 | פסקאות הגבלה |
| 486 | התערבות שיפוטית | 540, 324, 322 | פרטיות |
| 486 | זהירות בהפעלה | | |
| 470 | חזקה | | ב |
| 470 | חלשה | 607, 605, 603 | בדיקה בינונית |
| 68 | כבוד החוק | | |
| 588-587 | לגיטימיות | 611-602 | בדיקה מחמירה |
| 469 | מאפייניה | | |
| 470 | מהותה | 606, 605, 603 | בדיקה מינימלית |
| 470 | מודלים | | |
| 521, 479 | מופשטת | | ביטחון המדינה |
| 247 | מזרח ומרכז אירופה | 524 | זכויות חיוביות |
| 484 | מטרה | ,305, 304, 109 | חופש הביטוי |
| 567, 470-468 | מידתיות | 626, 332, 307 | |
| 470 | צידוקה | ,146, 123, 114, 110 | טובת הכלל |
| 479 | קונקרטיה | 626, 332, 307, 305, 304, 274, 209 | |
| 281 | שלטון החוק | 624, 621, 331, 330, 299 | מטרה ראויה |
| 222 | שמירת דינים | ,336, 275 | מידתיות במובן הצר |
| 468 | שפיטות | 642, 614, 580, 491, 446-420 | |
| | | 504, 499, 492 | שיקול דעת המחוקק |
| | | 505, 491 | שיקול דעת השופט |
| 505, 436, 421, 330 | גדר ההפרדה | | |
| | | 587-577 | ביקורת המידתיות |
| | | 580-578 | אין בסיס לאיזון |
| ,135, 112, 102, 51 | גזענות | 586-584 | אין הגנה לזכויות |
| | | 587-583 | ביקורת חיצונית |

| | | | |
|-------------------|----------------------------|-----------------------------------|----------------------|
| | | 612 ,605 ,329 | |
| | הגנה על זכות חוקתית | | |
| 197 ,59 ,57 | הגבלות על הזכות | | ד |
| 60 ,43 | היקף הזכות | 218 ,68 ,46 | דיאלוג מחוקק-שופט |
| 132 ,115 | התנגשות בין זכויות מהותה | 563 ,562 ,561 | |
| | | | דמוקרטיה |
| | | | ר' גם איזון |
| ,187 ,48 | ההכרזה האוניברסאלית | | ביקורת שיפוטית |
| 321 ,252 | | 587 | דת ומדינה |
| | | 315 | הגבלה על זכות |
| 422 ,421 ,413 | הומוסקסואליות | 197 | זכויות אדם |
| | | 304 ,269 ,208 ,81 | חובות אדם |
| ,429 ,194 ,117 | הוראות מינהל | 209 | חוקתית |
| 644 | | ,159 ,157 ,144 | |
| | | 616 ,559 ,543 ,468 ,450 ,308 ,295 | |
| 459 ,123 | הטרדה מינית | 313 | מדינת כל אזרחיה |
| | | 303 | מוסריות פנימית |
| 114-69 ,68-43 | היקף הזכות | 302 | מטרה ראויה |
| 331 | אינטרס הציבור | 567 ,469 | מידתיות |
| 199 ,197 ,60 ,57 | גבולות הזכות | 329 | מיליטנטיות |
| 198 ,132-115 | התנגשות בין זכויות | 302 | מינימום דמוקרטי |
| 46 ,43 | חשיבות ההיקף | 266 | מעמד חוקתי |
| 343-326 | טובת הכלל | 329 | מתגוננת |
| 60 ,43 | מידת ההגנה | 317-310 | ערכים יהודיים |
| 199 | פגיעה בחוקה | 340 | רגשות |
| 197 | צמצום והרחבה | | |
| 199 | שינוי הזכות | 551-529 | דרכי הוכחה |
| | | 530 | דין ועובדה |
| | היקש | 551-547 | הליך ציבורי |
| 82 | מילוי חסר | 545 ,544 ,543 | חזקת החוקתיות |
| 201 ,199 ,101 ,61 | פרשני | 541 | זכויות אדם |
| | | 537 | משפט השוואתי |
| 491-488 | הנסגת דעת | 551-533 ,531 | נטל הוכחה |
| | | 546 | נטל הטיעון |
| 513 ,399 ,398 | הסגרה | | |
| | | | ה |
| 208 ,126 | הסדר שלילי | 454-296 ,68-43 | הגבלה על זכות |

| | | | |
|--------------------|-------------------|--------------------|------------------------------------|
| 445 | הסתברות פגיעה | 476-473 ,109 ,81 | הפרדת רשויות |
| 63 ,61 | ודאית | | |
| 140 | ויתור על | 648 ,635 ,453 | השלמה פרקטית |
| 527-513 ,307 | חיובית | | |
| ,209 ,139 ,138 | חינוך | 132-115 | התנגשות בין זכויות |
| 638 ,623 ,622 ,514 | | 453 | השלמה פרקטית |
| ,233 ,174 ,56 ,55 | יחסיות | 626 | זכויות חיוביות |
| 522 ,271 | | 196 | חוקתיות |
| 79 | לא מנויה | 192 | חוקתיות לתת-חוקתיות |
| 67 ,62 ,61 | לכאורית | 131 | כלל ועיקרון |
| 78 | ללא שם | 119 | המעוצבות ככללים |
| 68-66 | לפעולה אסורה | 120 | המעוצבות כעקרונות |
| 627-622 | מדרג | 115 | מודל ההתנגשות |
| ,56 ,55 ,54 ,53 | מוחלטות | 118 | שלטון החוק |
| 591 ,589 ,453 ,174 | | | |
| ,586-584 ,68-43 | מידת ההגנה | | התגברות |
| 617-589 | | | ר' פסקת ההתגברות |
| 440 | מניעת פגיעה | | |
| 130 | מרכזיות | | ו |
| 130 | משניות | 245 ,215 ,191 | ויקטוריה |
| 77 ,64 ,62 | נגזרות | 141 ,140 | ויתור |
| 175 ,56 | נצחיות | | |
| 113-69 | פרשנות | | ז |
| 116 | רשויות שלטון | ,239 ,185 ,184 | זכות בחירה |
| ,132-115 ,113 | של אחר | 602 ,501 ,351 ,269 | |
| ,323 ,306 ,305 | | | |
| 325 ,324 | | 385 ,208 ,207 ,166 | זכות הלכתית |
| 307 | שלילית | | |
| | | | זכות חוקתית |
| | זמן | | ר' גם התנגשות בין זכויות, דמוקרטיה |
| 118 | בו זמנית | | חוקתית, ליבה, מידתיות |
| 134 | היקף הזכות | 78 ,76 | אם |
| 135 | השעיה | 78 ,76 | בת |
| 312 | זמני או לדורות | 214 | גבולות והגבלות |
| 149 ,128 ,49 | נורמה מאוחרת בזמן | 208 | דמוקרטיה |
| 128 ,119 ,116 | נורמה קודמת בזמן | 166-143 | הגבלה בחוק או על פיו |
| 173 | סביר | 53 | הגדרה |

| | | | |
|---------------------|----------------------------|-----------------------|----------------------------------|
| | | 445 | פגיעה זמנית |
| | חופש ביטוי | 409, 403, 402 | צורך |
| | ר' גם פורנוגרפיה | 386, 385, 384 | קשר רציונלי |
| 267, 244, 84 | אוסטרליה | | |
| 432 | איזון | | ה |
| , 45 | אמנה אירופאית לזכויות האדם | | חוק |
| 540, 322, 234, 160 | | | ר' גם איזון, מטרה ראויה, דרכי |
| 58 | דרום אפריקה | | הוכחה, מידתיות, מידתיות במובן |
| 140 | הגבלה נלווית | | הצר, מתחם המידתיות, פסקת |
| 122, 51 | הגנה על | | ההגבלה, פסקת ההתגברות, פסקת |
| , 58, 51, 49, 45 | היקף של | | שמירת הדינים, פרשנות, צורך, |
| 124, 112, 96 | | | קשר רציונלי |
| 146, 145 | הסמכה בחוק | 155 | בהיר |
| , 117, 114, 113 | התנגשות זכויות | 166-143 | הגבלה על ידי |
| 325, 120 | | 68-46 | הגנה על זכות חוקתית |
| 519, 518, 513 | זכות חיובית | 62-44 | הגשמת הזכות החוקתית |
| 64, 61 | זכות לכאורה | 543 | חזקת חוקתיות |
| 444, 442, 430 | חשיבותו | 201, 199, 101, 82, 61 | היקש |
| , 105, 103, 102 | טובת הכלל | 127, 124, 83, 82 | חסר |
| , 331, 110, 109 | | 152 | כללי |
| 332 | | 154 | נגיש |
| 452 | טלוויזיה | 200 | נפגע על ידי תקנה |
| , 205, 102, 100, 49 | ישראל | 204-201 | נפגע על ידי חוק |
| 518, 206 | | 204 | פוגע במשפט המקובל |
| 117 | כלפי המדינה | 491, 299 | שיקול דעת המחוקק |
| 360 | מידע שקרי | | |
| 145 | מכתבי אסירים | | חוקה |
| 421 | מסחרי | | ר' גם זכות חוקתית, מידתיות, פסקת |
| , 351, 176, 173, 55 | משפט אמריקני | | הגבלה, פסקת שמירת דינים, פסקת |
| , 365, 363, 362 | | | הכיבוד, פרשנות חוקתית, שינוי |
| 602, 600-599 | | | חוקתי |
| 520 | ערך אובייקטיבי | 91 | חייה |
| 650-637 | פיתוח עתידי | 71 | ייחודה |
| 600 | קטגוריזציה | 87-72 | לשונה |
| 631 | רמת הפשטה | 91 | עץ חי |
| 100 | שלום הציבור | 273 | שותקת |
| | | 91-85 | תכלית |

| | | | |
|-------------------|--------------------|--------------------|----------------------------------|
| 440-438 ,354 ,327 | הגשמת המטרה | | חופש עיסוק |
| ,441 ,440 ,151 | מניעת פגיעה בזכות | | ר' גם פסקת שמירת הדינים, פסקת |
| 445 ,444 | | | התגברות |
| | | 637 | איזון עקרוני |
| | ט | 407 | איסור גורף |
| | טובת הכלל | 504 | ביטול רישיון |
| 305 | איזון אנכי | 150 | הגבלה בחוק |
| 330 | ביטחון המדינה | 140 | הגבלה נלווית |
| 305 ,210 ,103 | זכות חוקתית | 325 ,208 | הלכתי |
| 337-333 | יעילות מינהלית | 140 | השפעת חוק מס |
| 210 ,113-103 | מידתיות במובן הצר | 208 | כל אדם |
| 326 ,304 ,102 | מהותה | 137 | כלפי רשויות השלטון |
| 305 | מטרה ראויה | 325 | מטרה ראויה |
| 305 | מתי גם זכות | 442 ,441 ,440 ,434 | מידתיות במובן הצר |
| 331 | סדר ציבורי | 397 | משחקי מזל |
| 338 | סובלנות | 140 | פגיעה עקיפה |
| 337 | צדק | ,397 ,394 ,393 | צורך |
| 330-328 | קיום המדינה | 406 ,398 | |
| 340 | רגשות | 197 | שינוי |
| | | 374 | תחרות |
| | י | | |
| ,387 ,377 ,333 | יעילות | 584 | "חומת אש" |
| ,397 ,395 ,394 | | | |
| ,474 ,411 ,400 | | 545-543 ,537 | חזקת חוקתיות |
| 628 ,551 ,495 | | | |
| | כ | | חינוך |
| | כבוד האדם | | ר' זכות חוקתית |
| | ר' גם שוויון | | חלופות למידתיות |
| 66 | אוטונומיה של הרצון | | ר' מידתיות |
| ,433 ,429 ,421 | איזון | | |
| 644 ,633 | | 127 ,126 ,83 ,82 | חסר |
| 106 | נישואין | | חקיקת משנה |
| 209 | דמוקרטיה | | ר' תקנות |
| 335 | הוצאה כספית | | |
| 314 | השפלה | | חשיבות חברתית |
| 627 ,78 | זכות אם | | ר' גם מידתיות, מידתיות במובן הצר |

| | | מפתח עניינים | |
|------------------|--------------------------------|--------------------|----------------|
| 761 | | | |
| 591 | מוגנת ללא איזון | 56 ,53 | זכות מוחלטת |
| 169 | פסקת ההגבלה | 77 | זכות מסגרת |
| 197 | שינוי בחוקה | ,355 ,151 ,101 | חשיבותו |
| | | 622 ,494 ,444 ,442 | |
| ,558 ,226 ,110 | ליברליות | 487 ,486 ,68 | כבוד החוק |
| 567-564 | | 442 | ליבת הזכות |
| | | 343 ,318 | ערך בסיסי |
| 87 ,84-80 ,75-72 | לשון חוקתית | 130 ,129 | פומביות הדיון |
| | | 429 | פרטיות |
| | מ | 397 | צורך |
| | מבחן ההתאמה | 137 | רשויות השלטון |
| | ר' קשר רציונלי | 76 | תפקיד השופט |
| | מבחן הצורך | ,610-608 ,414-412 | כיסוי יתר וחסר |
| | ר' צורך | 629 | |
| | מבחן הקשר הרציונלי | ,285 ,119 ,75 ,62 | כלל |
| | ר' קשר רציונלי | 286 | |
| 317-308 | מדינה יהודית | ,341 ,335 ,334 | כסף |
| 595-593 | מודל דואלי | 404-400 | |
| | מודל שני השלבים | | ל |
| 600 ,551-531 ,44 | | | לגיטימיות |
| | מטאפורה | 586 | איזון |
| ,100 ,91 ,73 ,72 | | 490 | הנסגת דעת |
| ,413 ,412 ,213 | | 615 ,587 | ביקורת שיפוטית |
| ,460 ,428 ,430 | | 365 ,331 ,297 | מטרה |
| 580-578 | | 555 ,295 ,179 ,175 | מידתיות |
| 371-295 | מטרה ראויה | 84 | פרשנית |
| | ר' גם זכותו של אחר, טובת הכלל, | 615 | קטגוריזציה |
| | משפט השוואתי, ערכים של מדינת | 615 ,586 ,490 ,471 | שיפוטית |
| | ישראל | | |
| 327-317 | אמות מידה כלליות | | ליבה |
| 331 ,330 | ביטחון המדינה | 135 | אזור אפלולית |
| 366 | גילוי כוונת המחוקק | 442 | כבוד האדם |
| 350 ,348 ,346 | דחופה ומהותית | 592 | מהותה |

| | | | |
|-----------------|----------------------------------|----------|---------------------|
| 343-321 | קטגוריות מיוחדות | 302 | דמוקרטיה |
| 351 | קטגוריות של נחיצות | 297 | דרישת סף |
| 355, 354 | רגישה לזכויות האדם | 623, 622 | הבחנה בין זכויות |
| 348 | רף נחיצות | 626, 305 | הגנה על זכות חוקתית |
| 29 | רמת הפשטה | 300 | היקפה |
| , 492, 384, 299 | שיקול דעת מחוקק | 371-356 | זיהוי המטרה |
| 494, 493 | | 524 | זכויות חיוביות |
| 496, 495, 494 | שיקול דעת שופט | 371-357 | זמן |
| 343-302 | תכנה של המטרה | 355-344 | חיוניותה |
| | | 353 | חשובה וחיונית |
| | מידתיות | 348, 346 | חשיבות בסיסית |
| | ר' גם דמוקרטיה, ביקורת המידתיות, | 301, 300 | יסודותיה |
| | דיאלוג בין שופט למחוקק, ליבה, | 333 | יעילות מינהלית |
| | מטרה ראויה, מידתיות במובן הצר, | 356 | כוונת המחוקק |
| | פיתוח עתידי, פסקת ההגבלה, | 356 | מבחן אובייקטיבי |
| | צורך, קטגוריזציה, קשר רציונלי, | 356 | מבחן סובייקטיבי |
| | שיטות משפט שונות | 295 | מהותה |
| 225 | בחשיבה האנושית | 351 | מטרה חברתית חשובה |
| 169 | במובן הרחב | 351 | מטרה לגיטימית |
| 171, 170 | במובן הרגיל | 322, 321 | מטרה מפורשת |
| 214 | גבולות והגבלות | 323, 296 | מטרה משתמעת |
| 558 | הבניית שיקול הדעת | 371-356 | מציאת המטרה |
| 140 | הגבלות נלוות | 296 | מקורותיה |
| 555 | הדגשת הצידוק | 627-621 | משפט רצוי |
| 517-513, 307 | זכויות חיוביות | 355-344 | נחיצותה |
| 290 | חיוניותה | 337-331 | סדר ציבורי |
| 617-589 | חלופות למידתיות | 340-338 | סובלנות |
| 210 | יחס בין כלל לפרט | 351 | עניין חברתי מהותי |
| 215, 208 | מהותה | 343, 342 | ערכים חוקתיים |
| 191 | מובן ותוקף | 342-340 | פגיעה ברגשות |
| 261-225 | מקורות היסטוריים | 627-620 | פיתוח עתידי |
| 291-263 | מקורות משפטיים | 357 | פרשנות החקיקה |
| 215-211 | מרכזיותה | 368 | פתרון ראוי |
| 169 | מרכיביה | 337 | צדק |
| 226 | נאורות | 351 | צורך חברתי לוחץ |
| 649 | נוסחאות איוון | 594 | קונפליקט מסדר שני |
| 465-455 | סבירות | 330-328 | קיום המדינה |

| | | | |
|-----------------|----------------------|--------------------|-------------------------------|
| 763 | מפתח עניינים | | |
| 445-424 | תורת האיזון | 284 | עקרונות |
| | | 227 | פורמליזם |
| 561 ,412 ,366 | מניע | 199 | פגיעה בחוקה |
| | משפט אוסטרלי | 169 | קונסטרוקציה משפטית |
| | חופש ביטוי משתמע | 512-467 | רשויות השלטון |
| ,84 ,83 ,81 ,74 | | 199 | שינוי חוקתי |
| 267 ,244 | | 561 | שיקול בזמן נכון |
| 456 ,244 | נדידת המידתיות | 557 ,472 | שיקול דעת |
| 99 ,87 | פרשנות תכליתית | 565 | שיקולים מוציאים |
| | | 649 | שמירה על מרכיביה |
| 560 | משפט אירלנדי | | שקיפות |
| 240 | ביקורת שיפוטית | 191 | תוקף ומובן |
| 266 | דמוקרטיה | | תיאורים של זכויות 563 |
| 267 | זכות משתמעת | | תפקידה |
| 191-267 | מידתיות במובן הצר | | |
| 424 ,240 | | | |
| | משפט אמריקני | | מידתיות במובן הצר |
| | ר' גם חופש ביטוי | | ר' איזון, איזון עקרוני, איזון |
| | | | קונקרטי, מידתיות, פיתוח עתידי |
| 637 ,636 | איזון עקרוני | 428 | איזון ותוקף |
| 603 | בדיקה בינונית | 505 ,436 ,421 ,330 | גדר ההפרדה |
| 602 | בדיקה מחמירה | 432 | היקף |
| 603 | בדיקה מינימלית | 526 | זכויות חיוביות |
| 636 ,605 | דברי תועבה | 438-434 | חלופות |
| 90 ,88 | הבנה מקורית | 441 | חשיבות הזכות |
| 605 | היקף הזכות | 445-430 | חשיבות חברתית |
| 605 | הסתה לשנאה | 423 | יחס ראוי |
| 81 | זכויות משתמעות | 425 | ייחודו |
| 91 | חוקה חייה | 449 | מאזניים מעויינות |
| 88 | כוונת יוצר החוקה | 419 | מבחן מרכזי |
| 611-608 | כיסוי יתר | 422 | מבחן ערכי |
| 604 | מידת ההגנה על זכויות | 594 | מודל דואלי |
| 611-606 | מימוש הזכות | 645 | נוסחאות איזון |
| 94 | משפט השוואתי | 465-455 | סבירות |
| 257 | נדידת המידתיות אל | 594 | קונפליקט מסדר ראשון |
| 361 ,351 | נחיצות המטרה | 504 | שיקול דעת המחוקק |
| 351 ,176 | פסקת הגבלה משתמעת | 504 | שיקול דעת השופט |
| 83 ,81 | פרטיות | 434-432 | תוספת שולית |

| | | | |
|----------------------|--------------------------|------------------------|-------------------------|
| 137 | חובת השלטון | 617-597 | קטגוריזציה |
| 66 | חרות כללית | ,360 ,351 ,344 | שוויון |
| 622 ,175 ,56 ,55 ,53 | כבוד האדם | 607 ,602 ,364 ,363 | |
| 152 | כלליות ההסמכה | | |
| 593-591 | ליבת הזכות | | משפט אנגלי |
| 385 ,381 | מטרה ראויה | | ר' גם משפט מקובל |
| ,229-227 ,171 | מידתיות | 196 | ביקורת שיפוטית |
| 538 ,385 ,288 | | 315 | דת ומדינה |
| 424 | מידתיות במובן הצר | ,203 ,196 ,191 | הכרזה על אי-התאמה |
| 355 ,344 | נחיצות המטרה | 540 | |
| 478 | עובדות חברתיות | 226 | חירות הפרט |
| 312 ,95 ,88 ,87 | פרשנות תכליתית | 456 ,242 ,24 | מידתיות |
| 394 | קשר רציונלי | 241 | נדידת המידתיות |
| 283-278 | שלטון החוק | 540 | נטל הוכחה |
| 222 | שמירת דינים | 464-462 | סבירות |
| 117 | תחולה עקיפה | 201 | פגיעה חוקה |
| | משפט דרום אפריקני | 258-250 ,93 ,36 | משפט בינלאומי |
| 318 | ביטחון המדינה | | |
| 57 | גבולות הזכות | | משפט גרמני |
| 59 | הגבלות על הזכות | 454-451 | איזון קונקרטי |
| 514 | זכויות חיוביות | 569 ,521 | ביקורת שיפוטית |
| 246 | נדידת המידתיות אל | 269-256 | דמוקרטיה |
| 350 | נחיצות המטרה | 329 | דמוקרטיה מתגוננת |
| 539 | נטל הוכחה | 195 ,179 | הגבלה בחוק |
| 49 | פסקת הגבלה כללית | 186 | הגבלה מיוחדת |
| 318 | שוויון | 176 | הגבלה משתמעת |
| | | 175 ,56 | הוראת נצחיות |
| ,249 ,187 ,148 ,73 | משפט הודי | 443 | הזכויות שוות בחשיבותן |
| 522 ,282 ,281 ,279 | | 103 ,43 | היקף הזכות וההגנה |
| | | 147 | הסדרים ראשוניים |
| | משפט השוואתי | 648 ,635 ,453 | התאמה פרקטית |
| 48 | היקף הזכות וההגנה עליה | 117 | זכויות במשפט הפרטי |
| 359 ,317 | מטרה ראויה | 527 ,521 ,514 | זכויות חיוביות |
| 261-225 | נדידת דינים | 103 | זכות חוקתית וטובת הכלל |
| 551-529 | נטל הוכחה | 53 | זכות מוחלטת |
| 189-186 ,48 | פסקת הגבלה | 77 | זכות נגזרת |
| 94-91 | פרשנות | | |

| מתחם המידתיות | | | משפט מקובל |
|----------------------|---------------------------|---------------|--------------------------|
| | ר' גם הנסגת דעת | | דמוקרטיה חוקתית |
| 469 | ביקורת שיפוטית | 157 | חוקה |
| 469 | דמוקרטיה | 166-158 | פגיעה בזכות חוקתית |
| 48 | החלטה לחוקק | ,118 ,46 ,45 | |
| 505 | מהותו | 166-156 | |
| 508 | מחוקק ושופט | 200 ,164 ,163 | פגיעה בחוק |
| 512 ,511 | מתחם ההתחשבות | 207 | פגיעה בחוקה |
| 497 | קביעת האמצעים | 166-156 | פסקת הגבלה |
| 493 ,492 | קביעת המטרות | 156 | קדם לחוקה |
| 498 ,497 | קשר רציונלי | | |
| 472 | שיקול דעת המבצע | | משפט מקובל ישראלי |
| ,491 ,472 | שיקול דעת המחוקק | 641 | איזון אופקי ואנכי |
| 497 ,492 | | 642 | הערכתו |
| ,491-476 ,472 | שיקול דעת השופט | 643 | חוקי היסוד |
| 497 ,494 ,492 | | 642 | נוסחאות האיזון |
| | | 164 ,163 | נכלל בביטוי חוק |
| נ | | | |
| 261-225 | נדידת המידתיות | | משפט ניו-זילנדי |
| | | 104 | היקף הזכות |
| | נורמה תת-חוקתית | 443 | חשיבות הזכות |
| | ר' הוראת מינהל, חוק, משפט | 104 | טובת הכלל |
| | מקובל, תקנה | 201 | פגיעה בחוק |
| | | 538 | נטל הוכחה |
| ס | | | |
| 465-455 | סבירות | 134 | משפט קנדי |
| 465 ,461 ,460 | איזון | 537 | הפליה |
| 465-455 | ומידתיות | 408 ,134 | זכות יחסית |
| 458 | מהותה | 359 ,350-346 | חופש הביטוי |
| 460 | קטגוריה של הפניות שווה | 238 ,237 | מטרה |
| | | 537 | נדידת המידתיות |
| | סדר דין | 138 | נטל הוכחה |
| | ר' דרכי הוכחה, תרופה | 272 ,188 ,49 | פגיעה ממה בכך |
| | | 215 | פסקת הגבלה כללית |
| ,318 ,307 ,296 | סדר ציבורי | 86 | פסקת התגברות |
| 337-331 | | | פרשנות תכליתית |
| | | 512-510 | מתחם ההתחשבות |
| ,307 ,304 ,296 | סובלנות | | |

| | | | |
|-------------------|---|------------------|-----------------------------|
| | פ | ,327 ,316 | |
| 130 ,129 | פומביות הדיון | 342-338 | |
| | פורנוגרפיה | 257 ,256 | סכסוך מזוין |
| 601 | איזון עקרוני | | |
| 135 ,112 ,102 ,51 | היקף הזכות | 408 ,375 | סם מסוכן |
| 365 ,112 | חופש ביטוי | | |
| 413 | כיסוי יתר | | סעד |
| 510 | מידתיות האמצעים | | ר' תרופה |
| 135 | מידתיות הפגיעה | | |
| 360 ,359 ,350 | פגיעה למטרה ראויה | | ע |
| | | | עובדה |
| 650-619 | פיתוח עתידי | 477 | היסטורית |
| 619 | הצורך בהתחדשות | 477 | חברתית |
| 626-622 | מדרג הזכויות | 503 ,500 ,380 | חוסר ודאות |
| 627-620 | מטרה | 479 ,477 | מגבלות השופט |
| 650-630 | מידתיות במובן הצר | 477 | מהי |
| 628 ,627 | קשר רצינולי | 551-529 | נטל הוכחה |
| 629 | צורך | 478 | פוליצנטרית |
| | | 497 ,479 ,477 | שיקול דעת השופט |
| | פסקת הגבלה | 505 ,503 | |
| | ר' גם מידתיות, פסקת הגבלה כללית, פסקת הגבלה מיוחדת, פסקת התגברות, פסקת שמירת הדינים | 394 ,274 | עונש מוות |
| 199-196 ,191 | אי-תחולה | 81 | עצמאות שיפוטית |
| 186-182 | בחירות | | |
| 197 | גבולות הזכות | 166-156 | עקרון החוקיות |
| 214 | גבולותיה | | |
| 197 ,179 ,141-133 | הגבלה | 520 | עקרונות אובייקטיביים |
| 198 ,132-115 | התנגשות זכויות | 286 ,285 ,62 | אלכסי |
| 173 | חוקה שותקת | 64 | הגדרה |
| 210 | יחס בין כלל לפרט | 132-120 | התנגשות בין |
| 196-192 | יחס היררכי | 65-62 | כללים |
| 224-169 | מהותה | 75 | לשון מפורשת |
| 213 ,212 | מקור משותף לזכות ולהגבלה | 625 | קווי מדיניות |
| 215-211 | מרכזיותה | 65 | רמת הפשטה |
| 166-143 | מרכיב החוקיות | | |
| 176 | משפט אמריקני | 342-340 | ערכים חוקתיים |

| | | | |
|----------------|-------------------------------|--------------------|--------------------------|
| 767 | | מפתח עניינים | |
| 407 | ביטחון המדינה | 166-159 | משפט מקובל |
| 131 ,127-123 | בישראל | 186-173 | משתמעת |
| 422 ,421 | הומוסקסואלים | 141-133 | פגיעה |
| ,117 ,116 ,114 | התנגשות זכויות | 186-173 | שיפוטית |
| 131 ,120 | | 224-169 | תפקידה |
| 520-518 | זכויות חיוביות | | |
| 78 | זכות בעלת שם | | פסקת הגבלה כללית |
| 114 ,113 | חופש ביטוי | 189 | הסדרים היברדיים |
| 429 | כבוד האדם | 187 ,48 | מהותה |
| 162 ,137 ,123 | כלפי רשויות השלטון | 189-187 ,48 | משפט השוואתי |
| 76 | מעוצבת כעקרון | | |
| 324 ,322 ,81 | משפט השוואתי | | פסקת הגבלה מיוחדת |
| 123 | נאשם | 189 | הסדרים היברדיים |
| 520 | ערך אובייקטיבי | 186 | מהותה |
| | | | |
| 358 ,51 | פרשנות חוק | 222-215 | פסקת התגברות |
| | | 217 | הגבלה משפטית ופוליטית |
| 114-69 | פרשנות חוקתית | 217 | יחסה לפסקת הגבלה |
| | ר' גם איוון פרשני, לשון החוקה | 220 | מגבלותיה |
| 95 | אחידות חוקתית | 215 | מהותה |
| 86 ,85 | הבנה מקורית | 215 | משפט השוואתי |
| 95 | הרמוניה חוקתית | 221 | שמירת דינים |
| 96 | זכות חוקתית | | |
| 91 | חוקה חיה | 516 ,467 | פסקת כיבוד |
| 71 | ייחוד החוקה | | |
| 86 | כוונת היוצרים | 224-222 | פסקת שמירת דינים |
| 95 | לא פדנטית | 207 | איוון פרשני |
| 102-94 | מבט רחב | 221 | אקטיביות ההסדר |
| 72 | מטאפורה | 224 | חקיקת משנה |
| 98 | מיטריה נורמטיבית | 224-222 | מהותה |
| 288 | מקור למידתיות | 222 | שמירת תוקף |
| 91 | משפט השוואתי | 223 | תיקון חוק ישן |
| 94 | נדיבה | | |
| 91 | עץ חי | | פרוצדורה |
| 482 | שיקול דעת מחוקק ושופט | | ר' דרכי הוכחה |
| 94-85 | תכליתית | | |
| | | | פרטיות |
| | | 446 ,438 ,429 ,422 | איוון |

| | | | |
|---------------------|--------------------|-----------------------|---------------------|
| 611-602 | בדיקה מחמירה | | צ |
| 606-603 | בדיקה מינימלית | ,161 ,144 ,126 ,86 | צדק |
| 611 | ביקורת המידתיות | ,228 ,226 ,209 | |
| 596 | היסטוריה | ,307 ,281 ,234 | |
| 616 | חלופה למידתיות | ,331 ,327 ,309 | |
| 597 | חשיבה פרשנית | 576 ,343 ,338 ,337 | |
| 597 | כל זכות לעצמה | | |
| 596 | מהותה | 417-391 | צורך |
| 595 | מקומה בשיח הזכויות | 407 | איסור גורף |
| 617-597 | משפט אמריקני | 407 | בדיקה אינדיבידואלית |
| 596 | משפט עתיק | 400 | גורמים חיצוניים |
| 596 | סטטוס | 502 | דמיון השופט |
| | | 403 | הוצאה כספית |
| 449 ,327 | "קלף מנצח" | 415 | הערכת המבחן |
| | | 629 | הצעות לשינוי |
| 389-353 | קשר רציונלי | 400 | זכויות אחרות |
| 378 | אמצעי גזור | 526 | זכויות חיוביות |
| 628 ,627 | הגברת ההסתברות | 409 | חלוף הזמן |
| 627 | הצעות לשינוי | 399 | חלופה |
| 525 | זכויות חיוביות | 399 | יסודותיו |
| 380 | חוסר וודאות | 395 | יעילות |
| 384 | חלוף הזמן | 629 ,611-608 ,414-412 | כיסוי יתר |
| 377 | יעילות | 425 ,416 ,403 | לא איזון |
| 425 ,387 | לא איזון | 405 | מבחן אובייקטיבי |
| 387 | מבחן הסף | 399 ,394 | מהותו |
| 353 | מהותו | 400 | מטרות נוספות |
| 381 | מידת הוודאות | 500 | סבירות |
| 388 | נחיצותו | 403 | פגיעה פחותה |
| 383 | נטל הוכחה | 411-409 | רמת הפשטה |
| 498 ,382 | שכל ישר | 629 | רפורמה |
| 378 | שרירות | 498 | שיקול דעת המחוקק |
| 628 | שינוי ומדרג זכויות | 503 | שיקול דעת השופט |
| 497 | שיקול דעת מחוקק | 498 ,382 | שכל ישר |
| 497 | שיקול דעת שופט | | |
| | | | ק |
| | ר | 617-595 | קטגוריזציה |
| ,326 ,316 ,307 ,304 | רגשות | 600 | איזון |
| | | 607 ,605 ,603 | בדיקה בינונית |

| | | | |
|--------------------|---|------------------------|---------------------------------------|
| 769 | | מפתח עניינים | |
| 520 | זכויות חיוביות | 648 ,572 ,342-339 ,332 | |
| 622 ,494 ,444 ,443 | זכות חשובה | | |
| 354 ,120 ,106 ,78 | כבוד האדם | | רישוי |
| 363 ,206 ,205 | כוונה | 504 | ביטול |
| 153 | כלליות החוק | 151 | הסדרים בחוק |
| 335 | כסף | 393 | חופש עיסוק |
| 307-302 | מדינה יהודית ודמוקרטית | 409 | משטר רישוי |
| 315-313 | מדינת כל אזרחיה | 150 ,147 | על-פי חוק |
| 369 ,336 ,335 ,321 | מטרה ראויה | 408 | עריכת דין |
| 354 | נחיצות הפגיעה | 374 | רשיון וזכיון |
| 315 | שירותי דת | | רמת הפשטה |
| | | 649 | איזון אנכי |
| | שינוי חוקתי | 630 ,454 | איזון עקרוני |
| 133 | הגבלת זכות | 98 | איזון פרשני |
| 116 | הוספת זכות | 45 | איזון קונקרטי |
| 521 | זכויות חיוביות | 78 | זכויות בת |
| 56 | חוקה חדשה | 411-409 | מבחן הצורך |
| 56 | לא חוקתי | 29 | מטרה ראויה |
| 199 ,132 | מידתיות לא חלה | 630 ,451 | מידתיות במובן הצר |
| | | 464 | סבירות |
| | שיקול דעת | 65 | עקרונות |
| | ר' גם דיאלוג מחוקק-שופט, הנסגת דעת, מתחם המידתיות | 316 | ערכים יהודיים |
| 674 | אובייקטיבי | | ש |
| 612 | איזון עקרוני | ,343 ,316 ,309 | שבת |
| 180 ,149 ,147 | האצלה | 573 ,572 ,502 | |
| 559 ,558 | הבנייתו | | שוויון |
| 481 | הגבלות על | | ר' גם משפט דרום אפריקני, משפט אמריקני |
| 471 ,476 | הגדרה | | איזון |
| 640 | הסמכה כללית | | איחוד משפחות |
| 476 ,473 | הפרדת רשויות | | אמצעי לא הוגן |
| 525 | זכויות חיוביות | 106 | בחירות |
| 491 ,450 | כפות מעויינות | 379 | גיוס בחורי ישיבה |
| 574 ,174 | לא מוחלט | | העדפה מתקנת |
| 481 | מוגבל | 385 | הפליה מידתית |
| 163 ,100 | מינהלי | 47 | |
| 491 ,299 | מחוקק | 136 | |

| | | | |
|------------------|-----------------------------|---------------|------------------------------------|
| | שמירת דינים | 47 | מידתיות |
| | ר' פסקת שמירת דינים | 613 | ערכאה עליונה |
| | | 445 | פגיעה בזכות |
| ,269 ,153 ,152 | שרירות | 482 | פרשנות |
| ,382-378 ,320 | | 480 | קביעת דין |
| 589 ,582 ,580 | | 477 | קביעת עובדות |
| | | 613 ,612 | קטגוריזציה |
| | ת | 612 ,583 | רחב מדי |
| 596 ,575 ,227 | תורת משפט | 582 ,581 | רציונליות |
| | | 626 | רשויות פוליטיות |
| 163 ,137 ,117 | תחולה עקיפה | 491-476 ,90 | שופט |
| | תכלית ראויה | 561 | שיקול בזמן ראוי |
| | ר' מטרה ראויה | 560 | שקיפות |
| | | 574-570 | תמיד קיים |
| 256-254 | תפיסה לוחמתית | 595-593 | שיקול מוציא |
| ,192 ,156-143 | תקנות | 498 ,406 ,382 | שכל ישר |
| 204-200 | | | שלבי הבחינה החוקתית 43 ,44 ,46 ,51 |
| ,222 ,84 ,53 ,52 | תרופה | | שלטון החוק |
| ,529 ,522 ,413 | | 282 | איזון |
| 551 ,531 | | 281 | ביקורת שיפוטית |
| | תת-חוקתי | 118 | התנגשות זכויות |
| | ר' איזון, הוראת מינהל, חוק, | 280 | זכויות אדם |
| | מידתיות, משפט מקובל, תקנה | 284-276 | מידתיות |
| | | 278 | מעמד חוקתי |

מפתח שמות

| | | | |
|----------------------------|----------|----------------------------|---------|
| 149 | ברנזון | | א |
| 89, 85 | ברנן | ,444, 331, 328, 100-99, 94 | אגרנט |
| | | 640, 639, 637, 634, 567 | |
| | ג | 374, 339, 314 | אור |
| 112, 110 | ג'ובראן | 430, 360 | אורגן |
| 542 | ג'יימס | 233 | אייזן |
| 54 | גווירטס | 313-, 310, 205, 199, 98 | אלון |
| 546, 544-543, 535-534 | גולדברג | 311 | |
| 306 | גזל-אייל | ,176, 77-62, 58, 31-30 | אלכסי |
| 611, 585, 351 | גנטר | 291-, 287-285, 214, 180 | |
| 600-598, 59 | גרדבאום | ,465, 452, 448-447, 289 | |
| ,398, 393, 337, 108, 68 | גרונים | 635, 624, 577, 566, 564 | |
| 464 | | 281 | אמיליו |
| 433, 422, 389, 179 | גרים | 339 | אנגלרד |
| | | 226 | אקווינס |
| | ד | 242 | אקנר |
| ,584, 449, 327, 79, 66 | דבורקין | 556, 532, 67 | אקרמן |
| 625, 590 | | ,392, 383, 379, 374, 172 | ארבל |
| 83, 81 | דגלאס | ,444, 430, 424-425, 419 | |
| 235 | דה לאמוט | 461, 447 | |
| 507, 480, 395 | דוידוב | | |
| ,335, 331, 129-128, 78 | דורנר | | ב |
| ,420, 405, 404, 398, 387 | | ,350, 345, 318, 246, 214 | בוטה |
| ,446, 442, 431, 428, 423 | | 410, 361 | |
| 646-645, 627, 457 | | 576, 573 -570, 37 | ביטי |
| 489 | דיזנהאוס | ,148, 112, 110, 104, 75 | ביניש |
| 91, 87 | דיין | ,274, 213, 211, 152-151 | |
| 411, 242 | דיפלוק | ,335, 332, 320, 304, 282 | |
| ,273-272, 239, 213, 95, 70 | דיקסון | ,392, 379, 373, 341, 337 | |
| ,378, 375, 359, 247, 319 | | 432-, 426, 420, 415, 396 | |
| 538, 502, 500, 462 | | ,458, 447, 445, 440, 431 | |
| 508, 419, 392, 374, 139 | דניצגר | 647, 536, 508-506 | |
| | | 547, 544-543, 535, 534 | בך |
| | ה | 503-502 | בלקמן |
| 590, 584, 577 | האברמס | 226 | בלקסטון |
| 542 | האזארד | 488, 36 | בר-אשר |
| 158 | הארט | 257 | ברייר |

| | | | |
|----------------------------|----------|---------------------------|-----------|
| | | ,297 ,238 ,220 ,134 ,68 | הוג |
| | כ | ,360 ,350 ,350 ,349 ,298 | |
| 311 | כשר | 415 | |
| | ל | 477 | הורוביץ |
| 501 ,398 ,347 | לה-פורה | 593 ,289 ,284 | הסה |
| 230 | לוא | | |
| ,335 ,180 ,178 ,112-110 | לוי | | ו |
| ,518 ,464 ,459 ,382 ,354 | | 595 ,591-589 ,585 | וובר |
| 559 ,537-536 ,530 | | ,345 ,318 ,246 ,214 ,140 | וולמן |
| 545 ,535-534 ,532 ,310 | לויץ | 410 ,361 ,350 | |
| 543 ,408 ,298 ,96 ,86 | למר | 541 | ויגמור |
| 640 | לנדוי | 230 | ויינרב |
| | | 95 | וילברפורס |
| | מ | ,382 ,348 ,333 ,139-138 | וילסון |
| 401 | מדלה | 399 | |
| 196 | מוקגורו | | ז |
| 556 | מוריניק | | זוסמן |
| 242 | מילט | 642 ,329 ,126 ,98 | זילברג |
| 78 | מלצר | 126 | זמיר |
| ,536-534 ,532 ,183 ,181 | מצא | ,223 ,209 ,183 ,138 ,68 | |
| 546 | | ,336 ,314 ,269 ,260-259 | |
| 461 | מקורמיק | ,514 ,486 ,447 ,442 ,341 | |
| 348 | מקינטיר | 550-548 ,541 ,536 | |
| 500 ,360 | מקלוקלין | 401 ,360 ,318 | זקס |
| 475 | מרשל | | |
| | נ | 506 ,274 ,112 ,110 | ח |
| | נאור | ,146 ,109-106 ,98 ,76 ,68 | חיות |
| ,169 ,138 ,108-107 ,51 ,44 | | ,423-422 ,420 ,313 ,154 | חשין מ' |
| ,422 ,393 ,373 ,337 ,172 | | ,473 ,464 ,456 ,445 ,426 | |
| 507 ,458 ,436 ,426 ,424 | | 633 ,535-534 ,486 | |
| 412 | נגקובו | | חשין ש"ז |
| 590 ,327 | נוזיק | 638 | |
| 584 | נימר | | |
| | ס | 546 ,536-534 | ט |
| 259 | סגל | 369 ,366 ,279 ,82 ,80 | טל |
| 560 ,460 | סדורדקי | | טרייב |
| 228-227 | סוארו | | |
| 257 | סוליבאן | 401 | יעקוב |
| 79 | סומר | 360 | יעקובוצי |

| | | | |
|------------------------|----------|----------------------|---------------|
| 92 | קלברזי | 488,399,360 | סופינקה |
| 594 | קלמן | 459 | סטון |
| 401 | קמרון | 89 | סטיבנס |
| 282 | קנה | 364 | סטיוארט |
| 85 | קרבי | 91 | סנקי |
| 160 | קריגלר | 579,93,90-89 | סקליה |
| | ר | | ע |
| 271-270 | ראו | 112,110 | עדיאל |
| 594 | רז | | |
| ,112,110,105,78,74 | ריבלין | | |
| ,518,475,332,305,282 | | | פ |
| 537 | | 371,366 | פאול |
| ,499,496,472,425,31-30 | ריברס | 611-610 | פאלון |
| 625-624 | | ,402,392,364,341,335 | פוגלמן |
| 306,39 | רייכמן | 420 | |
| 362 | רנקוויסט | 515 | פוזנר |
| 617 | שאורר | 595-593 | פורת |
| | | 411,229 | פליינר |
| | ש | 243 | פלמר |
| 463 | שטיין | ,98,75,70,57,49,44 | פרוקציה |
| 595 | שלינק | ,211,172,140,112,110 | |
| ,223,186,184,149,133 | שמגר | ,343,341,315,301,274 | |
| ,340-339,320,311,305 | | 423-,420,393-392,373 | |
| ,430,367-366,353,352 | | ,458,444,440,431,422 | |
| ,533,496,482,473,447 | | ,633,537,500,495,461 | |
| 634,546,536-535 | | 647-645 | |
| | | 395 | פרטו |
| | ת | 257 | פרייז |
| 362 | תומס | | |
| | | | צ |
| | | 170 | צסקלסון |
| | | | ק |
| | | 564,558 | קום |
| | | 88-87 | קומרס |
| | | 241-240 | קוסטלו |
| | | 243 | קוק |
| | | 360 | קורי (CORY) |
| | | 283 | קורי (CURRIE) |