

שישים שנות איזון: על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

עידו פורת*

במאמר זה אבקש לטעון כי סקירה היסטורית של המשפט הישראלי משקפת מעבר ממודל של איזון משני, הכפוף להגנה חזקה וקטגורית על זכויות הקשורות להליך הדמוקרטי, למודל של איזון מהותי וערכי, אשר נתפס כעומד במרכז העשייה השיפוטית ומוחל בכל ההקשרים, ולא רק בהקשרים של חשד לכשל דמוקרטי. אדגים את טענתי באמצעות בחינת האיזון בפסק-דין קול העם, המייצג את האיזון המשני, והנגדתו לאיזון בפסקי-דין מאוחרים יותר, החל בשנות השמונים ואילך, המייצגים את האיזון המהותי.

המעבר מאיזון משני למהותי קשור לכמה תהליכים מוכרים במשפט הישראלי, כגון המעבר מהנמקה פורמלית להנמקה ערכית והרחבת תפקידו של בית-המשפט בדמוקרטיה הישראלית. בסוף המאמר אציע לקשור תהליך זה גם לתהליך חדש יותר, של מעבר מהשפעה אמריקאית על המשפט החוקתי הישראלי להשפעה גרמנית וקנדית. האיזון המשני מבוסס על הגישה ההליכית והחשדנית, המאפיינת את המשפט החוקתי האמריקאי, בעוד האיזון המהותי מאפיין את הגישה הערכית יותר, המאפיינת את המשפט החוקתי הגרמני והקנדי.

מבוא

- פרק א: שלושה מודלים של איזון
1. הגישה המהותית לאיזון
 2. הגישה הדמוקרטית לאיזון
 3. גישת האיזון המשני
 4. סיכום

* מרצה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. בוגר משפטים ופילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים; J.S.D., J.S.M., אוניברסיטת סטנפורד, ארצות-הברית. ברצוני להודות למשתתפי הכנס "60 שנה למשפט הישראלי". תודה למשה כהן-אליה על הערותיו המועילות לגרסה מוקדמת של המאמר, וכן לחברי כתב-העת משפט ועסקים על עבודת עריכה מצוינת.

פרק ב: איזון מוקדם במשפט הישראלי – פסק-הדין בעניין קול העם כמייצג איזון הליכי ומשני

1. פסק-הדין בעניין קול העם
2. פסק-הדין בעניין Dennis
3. ניתוח פסק-הדין בעניין קול העם לאור פסק-הדין בעניין Dennis (א) שלילת המודלים הדמוקרטי והמהותי (ב) ביסוס הגישה המשנית
4. איזון מוקדם אחרי עניין קול העם
5. סיכום

פרק ג: האיזון ה"מאוחר" במשפט הישראלי – מעבר לאיזון מהותי וראשוני

1. הרחבת היקף השימוש באיזון
2. שיטות פרשניות
3. תחומי החלה של איזון אשר מדגישים את המימד הערכי וחורגים מן התפקיד של שיטור דמוקרטי
4. מבחן המידתיות שבחוקי-היסוד מהשנים 1992 ו-1994
5. הקשרים רחבים יותר של המעבר לאיזון המהותי

פרק ד: סיכום

מבוא

במאמר זה אני מעוניין לבחון היבטים מסוימים במשפט החוקתי הישראלי לאורך שישים שנותיו באמצעות הפריזמה של דוקטרינת האיזון שהתפתחה בו. טענתי תהיה שחל שינוי בנוגע לאיזון, וכי שינוי זה משקף תהליכים עמוקים יותר במשפט החוקתי הישראלי ובתפיסת הזכויות שלו.

דוקטרינת האיזון מבוססת על הדימוי של מאזניים. על-פי הדימוי, כאשר שופטת נדרשת להגיע להחלטה, עליה לזהות את האינטרסים והזכויות המתנגשים, להעריך את משקלם היחסי, להניח אותם על כפות המאזניים ו"לאזן ביניהם".¹ דימוי המאזניים הוא בין הדימויים העתיקים בתרבות האנושית, ופעולת האיזון נתפסת כפעולה טבעית והכרחית בעת הפעלת שיפוט.²

1 ראו, לדוגמה, אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 262 (2004): "הכרעה נעשית בדרך של מתן משקל לערכים המתנגשים והעדפתו של אותו ערך שידו על העליונה... אינך יכול לאזן אם אין לך מאזניים, ואין שימוש במאזניים אלא אם כן נקבע המשקל היחסי של הערכים השונים."

2 דימוי המאזניים מופיע באחד הכתבים העתיקים ביותר בתרבות האנושית – סיפורי גילגמש

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

דימוי האיזון יכול לתאר פעולת שיפוט כלשהי, גם לא בתחום המשפטי, אך נעשה בו שימוש נפוץ לתיאור החלטות שיפוטיות בכלל ובתחום החוקתי בפרט. השימוש בדימוי האיזון במשפט החוקתי שגור כיום בישראל עד כדי כך שקשה לתאר פסק-דין חוקתי מרכזי שאינו עושה בו שימוש. יתר על כן, האיזון מצוי כיום מעבר למעמד של מבחן אחד מני רבים במשפט החוקתי הישראלי; כיום הוא המבחן השליט במשפט החוקתי, ובמידה מסוימת הוא מהווה את התבנית הבסיסית לניתוח חוקתי כלשהו. מצב זה, כפי שאנסה להראות בהמשך, לא אפיין את האיזון במשפט החוקתי הישראלי מראשיתו, והוא תוצר של התפתחות מואצת בשימוש באיזון, שהחלה בסוף שנות השבעים של המאה העשרים.³

במאמר זה אבחן שלוש גישות אפשריות לאיזון במשפט החוקתי. את הגישות הללו ניתן להחיל בעיקרון על כל שיטת משפט, אך הן מובאות במאמר בהקשר ההיסטורי והתרבותי שלהן. הגישה הראשונה, הגישה המהותית לאיזון, היא לטענתי הגישה השלטת כרגע בתרבות המשפטית החוקתית בישראל, כמו-גם בשיטות משפט אחרות, כגון השיטה הגרמנית, ובמידה מסוימת גם הקנדית. הגישה השנייה, הגישה הדמוקרטית לאיזון, שוללת כליל איזון שיפוטי בתחום החוקתי, אף שהיא עשויה לתמוך בו בתחומי משפט אחרים. גישה זו אפיינה את הזרם הפרוגרסיבי במשפט החוקתי האמריקאי. הגישה השלישית, גישת האיזון המשני, קשורה לגישה ההליכית לביקורת שיפוטית, ומאפשרת שימוש באיזון אך באופן מוגבל בהרבה מגישת האיזון המהותי. במאמר זה אנסה לתעד את טענתי כי המשפט הישראלי אימץ בראשיתו את האיזון המשני, ועבר, החל בשנות השמונים, לגישת האיזון המהותי.

בפרק א אפתח בהתוויית שלושת המודלים של היחס לאיזון. בפרק ב אציג את תפיסת האיזון בפסק-הדין בעניין קול העם,⁴ המייצג את תפיסת האיזון המוקדם במשפט הישראלי, ובפרק ג אדון בשינוי שחל באיזון החל בשנות השמונים של המאה הקודמת. אסיים בהשלכות מסוימות שיש לדיון לגבי התפתחויות כלליות יותר במשפט הישראלי, ובמיצובו ביחס להתפתחויות במשפט החוקתי בזירה העולמית.

המאמר מציג את ההתפתחויות במשיכות מכחול רחבות, ואין הוא מתיימר לספק תיעוד מלא ונרחב שלהן. הדבר נכון במיוחד לדיון בהתפתחויות שחלו משנות השמונים ואילך, אשר תיעוד מלא שלהן חורג מעבר למסגרת הנוכחית של המאמר. כמו-כן, כמו כל התפתחות היסטורית, לעולם אין מדובר במעבר מלא ממודל אחד למודל אחר, אלא בשינוי בדגש ובמקרים הפרדיגמטיים.

השומרי. לסקירה של שימושים בדימוי המאזניים בתרבות המערבית ראו: Dennis E. Curtis & Judith Resnik, *Images of Justice*, 96 YALE L.J. 1727, 1741, n. 32 (1987).

3 ראו להלן פרק ג.

4 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953) (להלן: עניין קול העם).

פרק א: שלושה מודלים של איזון

1. הגישה המהותית לאיזון

על-פי הגישה המהותית, האיזון ניצב במרכזה של העשייה השיפוטית במשפט החוקתי, ונקשרים לו מאפיינים חיוניים של המשפט החוקתי. על-פי גישה זו, המשפט החוקתי כולו מאופיין לעיתים כפרויקט שמטרתו היא למצוא איזון: איזון בין זכויות הפרט לבין האינטרסים של הכלל, איזון בין זכויות שונות, ואיזון בין ערכים שונים ותפיסות שונות של הטוב.⁵ "גישתו של בית משפט זה, מיום היווסדו, התבססה על הצורך לאזן בין הערכים והעקרונות המתנגשים", כותב הנשיא ברק בפסק-דין שביט.⁶ ואילו השופט חשין כותב, בדרכו הציורית, כי –

"מושג ה'איזון' שולט בנו ובכל אשר מסביבנו. כדור הארץ חג-סב את השמש כאיזון בין הכוח המושך אותו אל-עבר השמש לבין הכוח המושך אותו אל-עבר החלל החיצון. כל אחד מאיתנו הינו מעין-איזון בין אביו ואימו ומשפחותיהם... וכך אף בעולם המשפט: כל נורמה במשפט הינה 'איזון' בין אינטרסים וכוחות המושכים לצדדים... כך חוקה-של-אמת, כך חוקי-יסוד."⁷

על-פי הגישה המהותית, האיזון נתפס כחיוני במיוחד בחברה מקוטבת ושסועה כחברה הישראלית. בחברה הישראלית קיימים כידוע שני סעעים עיקריים – השסע הפנים-יהודי בין חילונים ודתיים והשסע בין יהודים לערבים – וכן שסעים נוספים, כגון השסע בין מזרחים ואשכנזים והשסע בין עולים וותיקים. בחברה כזו האיזון מבטיח, כשמו, איזון בין התפיסות השונות של הטוב, כך ששום צד לא ימצא את עצמו "מחויב" לאיזון, ועמדתו לא תתבטל כליל בפני האחרות. "בחייה המאורגנים של החברה אין 'הכל או לא כלום'. יש 'תן וקח', ואיזון בין האינטרסים השונים", כותב השופט ברק בפסק-דין סער,⁸ ובספרו האחרון – שופט בחברה

5 ראו, לדוגמה, את אמירתו של נשיא בית-המשפט העליון האמריקאי לשעבר, השופט רנקוויסט: "We cannot know for certain the sort of issues with which the Court will grapple in the third century of its existence. But there is no reason to doubt that it will continue as a vital and uniquely American institutional participant in the everlasting search of civilized society for the proper balancing between liberty and authority, between the state and the individual." W. REHNQUIST, THE SUPREME COURT — HOW IT WAS, HOW IT IS 319 (1987)

6 ע"א 6024/97 פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1999) (להלן: עניין שביט).

7 בש"פ 537/95 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 401-402 (1995).

8 בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמטרה, פ"ד לד(2) 169, 172 (1979).

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון דמוקרטיה⁹ - הוא ממשיך ומפרט: "הערך שהפסיד אינו מוצא מתוך המשפט... באיזון, הערכים השונים שומרים על מקומם בשיטת המשפט."
שיטת האיזון מתאימה, על-פי הנשיא ברק, להתמודדות עם המתח בין חילונים ודתיים בחברה הישראלית, והיא המבטיחה כי מתח זה ייפתר בצורה של פשרה, ולא יוביל לקרע חברתי:

"אכן, תורת האיזון, החלה בכל תחומי המשפט, מתאימה במיוחד לתחום היחסים בין דת ומדינה, בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. רק נסיון למציאת סינתזה בין הערכים המתנגשים יאפשר לנו חיים משותפים. הדגשת הניגוד והשוני תוביל אותנו לקרע ולפירוד... המבקש פשרה והבנה צריך להמשיך בנסיון לחפש איזונים בין הערכים והעקרונות המתנגשים."¹⁰

פרט ליתרונותיו של האיזון בהקשר של פלורליזם וסובלנות, נקשרים לו על-פי הגישה המהותית גם ערכים ויתרונות אחרים. אמנה כאן שניים מהם. ראשית, האיזון נתפס כפרגמטי וכמנוגד לפורמליזם המשפטי. האיזון, על-פי התפיסה המהותית, מתמקד בתוצאות ההחלטה השיפוטית ובבחינת יתרונותיה אל מול חסרונותיה, ובכך הוא משחרר את השופט מהפורמליזם השיפוטי, המקדש צורות ומושגים משפטיים ללא קשר להשלכותיהם ולשימוש בהם בחיי המעשה. הנשיא ברק כותב בזכות האיזון כי "לא נרצה לחזור אחורה לתורות משפט של מושגים (Begriffsjurisprudenz) בהן המסקנה עלתה, כאילו מעצמה, מתוך שיקולים אובייקטיביים. אנו מעדיפים תורת משפט של אינטרסים (Interessenjurisprudenz) ותורת משפט של ערכים (Wertungsjurisprudenz) בהן נדרשת הכרעה 'השקפתית'".¹¹

שנית, האיזון נתפס כמקדם גם את ההבניה הרציונלית של שיקול-הדעת השיפוטי ואת ערכי השקיפות והאחריות בעשייה השיפוטית. בספרו שופט בחברה דמוקרטית גורס הנשיא ברק כי האיזון "מכניס סדר לחשיבה המשפטית. הוא מחייב את השופט לאתר את הערכים הרלבנטיים; הוא מחייב אותו להתמודד עם בעיית החשיבות החברתית היחסית".¹² נוסף על כך, האיזון מכריח את השופט לחשוף לפני הצדדים את מערכת שיקוליו האמיתית, ואינו מאפשר לו להסתתר מאחורי מושגים או מבנים משפטיים פורמליים. בכך הוא הופך את ההחלטה השיפוטית לשקופה יותר, וגם מאפשר נטילת אחריות להחלטה ויכולת לבקר אותה במונחים האמיתיים שבהם התקבלה. ברק מוסיף ומצטט מדברי השופט האמריקאי קופין (Coffin): "איזון גלוי מגביל את השופט וממעיט העדפות חבויות או בלתי ראויות על ידי כך שהוא חושף כל צעד במהלך המחשבת... הוא נותן דין וחשבון מלא של תהליך

9 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 262.

10 עניין שביט, לעיל ה"ש 6, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

11 שם, בעמ' 660-661, וראו את ההפניה שם לעמדה דומה בדנג"ץ 4601/95 חי יוסף טרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1989).

12 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 265.

ההחלטה המאפשר קיום הערכה מקצועית וציבורית של ההחלטה.¹³ האיזון, על-פי תפיסה זו, הוא אם כן מכונן ומהותי למשפט החוקתי בכלל ולמשפט החוקתי של ישראל בפרט. הוא נתפס כאבן-יסוד וכמקדם ערכים חשובים, כגון פלורליזם וסובלנות, פרגמטיות ושקיפות. היפוכו של האיזון, על-פי תפיסה זו, הוא "חוסר איזון" או חד-צדדיות – הטלת כל כובד המשקל המשפטי על ערך אחד או אינטרס אחד, תוך התעלמות מהערכים האחרים או הדרתם. היפוכו של האיזון נתפס כצרות-אופק, כדוגמטיות ואף ככוחניות. פרופ' מאוטנר מייצג גישה זו יפה בכותבו:

"איזון אינטרסים' פירושו פעולה מתוך הבנה, שלגבי כל עניין קיימת יותר מנקודת-ראות אחת; שגם מי שמשוכנע בצדקת ערכיו חייב לגלות סובלנות לערכיו השונים של הזולת; שהתחשבות בנקודת-הראות של הזולת מצריכה כפיפות למגבלות; שהעולם הוא מקום בלתי-מושלם, אשר בו הצורך לספק את רצונותיהם של כולם פירושו שאיש לא יוכל לצפות לסיפוק מלא של רצונותיו; שאין פתרונות מוחלטים רק פתרונות יחסיים; שהפשרה היא מרכיב בלתי נפרד של האנושי; שכל בחירה בערך עשויה להיות טרגית, בהיותה כרוכה בהפסד של ערך אחר, ראוי כשלעצמו. בניגוד לעולם הפשטני, הנרקיסטי, הילדותי, הנשלט על ידי ערך הכוח, מציעה איפוא נוסחת 'איזון האינטרסים' לחברה הישראלית חיים בעולם הומני, מורכב, טראגי-משהו, בוגר וריאליסטי."¹⁴

גם שיטות משפט אחרות הופכות את האיזון לחלק מהותי ומרכזי בהן. בגרמניה, למשל, עקרון האיזון והעיקרון המקביל של מידתיות נתפסים כעומדים במרכז של שיטת המשפט החוקתית.¹⁵ רוברט אלקסי, אחד התיאורטיקנים החשובים ביותר של המשפט החוקתי הגרמני, מציג את האיזון והמידתיות כנגזרים לוגית מעקרון הזכות החוקתית, וכהכרחיים לרעיון של זכויות במשפט החוקתי.¹⁶ קנדה הפכה אף היא את האיזון לחלק מכונן ומהותי במשפטה החוקתי, באמצעות הפרשנות שניתנה בפסק-הדין המנחה בעניין *Oakes*¹⁷ לפסקת ההגבלה בסעיף 1 לצ'רטר הקנדי, המציבה את האיזון (באמצעות מבחן המידתיות) במרכזו של כל

13 שם. הציטוט הוא מתוך: Frank N. Coffin, *Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice*, 63 NYU L. REV. 16, 25 (1988). השוו גם אלון הראל "הרהורים ספקניים על אופטימיזם של שופט" קתריס 4, 22 (2005) (ביקורת ספרים על ספרו של אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית).

14 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 158–159 (1993).

15 ראו: Jacco Bomhoff, *Luth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing*, 9(2) GERMAN L.J. 121, 124 (2008). על הקשר בין מידתיות ואיזון במשפט הישראלי ראו להלן בתת-פרק 4.

16 ראו: ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 66 (2002), הקובע לגבי עקרון המידתיות כי הוא "logically follows from the nature of [rights as] principles; it can be deduced from them".

17 R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 136–37 (להלן: עניין *Oakes*).

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

ניתוח חוקתי העוסק בזכויות.¹⁸ למעשה, ניתן להצביע על מגמה כללית של התפשטות מבחני איזון ומידתיות במדינות רבות, ואף בקרב גופים על-מדינתיים, כגון בית-המשפט האירופי לזכויות אדם, בית-המשפט של האיחוד האירופי ובית-המשפט של ארגון הסחר העולמי (WTO). בכולם האיזון נתפס כמרכזי וכמהותי לעשייה השיפוטית.¹⁹

2. הגישה הדמוקרטית לאיזון

התפיסה המהותית של האיזון נשענת אם כן על ההכרה שהאיזון הכרחי במשפט החוקתי בכלל ובחברה פלורליסטית בפרט. אך תפיסה זו של האיזון מתעלמת משאלה מרכזית אחת, שנהוג לכנותה "השאלה המוסדית": מי הוא שיבצע את האיזון? שהרי דווקא בחברה שסועה ופלורליסטית כחברה הישראלית המסקנה המתבקשת יכולה להיות הפוכה מזו של הגישה המהותית לאיזון, שכן חברה משוסעת ופלורליסטית מתאפיינת בתפיסות שונות מהותית של הטוב, אשר אין בנמצא דרך קלה לפשר או "לאזן" ביניהן. בחברה כזו נדמה שעל בית-המשפט למשוך את ידו מלנסות למצוא איזון או לכפות דרך-אמצע בין התפיסות החברתיות השונות, ולדבוק באידיאלים אחרים – האידיאל הדמוקרטי והאידיאל של ניטרליות שיפוטית. על-פי האידיאל הדמוקרטי, על המסגרת החוקתית לאפשר גם לבעלי תפיסות מנוגדות מאוד של הטוב למצוא את עצמם בתוכה ולברר את המחלוקות ביניהם במסגרתה באמצעות התחרות של ההליך הדמוקרטי, וזאת בלא צורך בגוף שלישי שיקבע עמדת-אמצע או פישור ביניהן מחוץ להליך הדמוקרטי. זו עמדתו של השופט האמריקאי

18 'ס' 1 לצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות קובע: "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." CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS sec. 1 הסעיף פורש בפסק-הדין המנחה בעניין *Oakes*, לעיל ה"ש 17, כדורש מבחן מידתיות בעל שלושה שלבים, שאיזון הוא חלק מרכזי בו. ראו גם: Lorraine E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* 84, 92–98 (Sujit Choudhry ed., 2006); 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).

19 ראו: Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, 47 *COLUM. J. TRANSNAT'L L.* 73 (2008); Iddo Porat & Moshe Cohen-Eliya, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: Proportionality Approach*, in *American Constitutional Law*, 46(2) *SAN DIEGO L. REV.* (forthcoming 2009). בנוגע למידתיות בפרט ראו: DAVID BEATTI, *THE ULTIMATE RULE OF LAW* (2004). לגבי עקרון המידתיות באירופה ראו: THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE (Evelyn Ellis ed., 1997); Dieter Grimm, *עקרון המידתיות בקנדה* ראו: *Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence*, 57 *UNIV. TORONTO L.J.* 383 (2007).

הולמס (Holmes), למשל, בנוגע לפרשנות של החוקה האמריקאית:

"[A] Constitution... is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar, or novel, and even shocking, ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States."²⁰

בית-המשפט, לפי גישה זו, צריך להימנע כמובן מהודחות עם אחד הצדדים בוויכוח, אך גם מהניסיון לכפות פתרון או דרך-אמצע, שכמוהו כנקיטת עמדה. גישה מעין זו לגבי האיזון התפתחה בארצות-הברית במחצית הראשונה של המאה העשרים בכתביהם של המשפטנים מהזרם הפרוגרסיבי במשפט, כגון השופט הולמס, ויש להבין אותה על-ידי הצבתה בהקשר ההיסטורי שבו התפתחה. הפרוגרסיביזם המשפטי בכלל, והגישה הדמוקרטית לאיזון בפרט, התפתחו כתגובת-נגד על מה שמכונה במשפט האמריקאי "עידן לוכנר" (Lochner era). עידן לוכנר קרוי על שמו של פסק-הדין המאפיין את התקופה, שבו ביטל בית-המשפט העליון האמריקאי חקיקת-מגן בתחום העבודה בשם פרשנות של עקרון ה"חירות" המעוגן בחוקה האמריקאית.²¹ בית-המשפט העליון בעידן לוכנר נתפס על-ידי מבקריו כמי שזנח את העיקרון הדמוקרטי ואת הניטרליות השיפוטית בכך שהתערב במחלוקת ערכית מרכזית שהייתה אמורה להיפתר על-ידי המחוקק, כנציגם הדמוקרטי של האזרחים – המחלוקת בין כלכלת שוק חופשי לבין גישה כלכלית סוציאליסטית יותר.²² התערבות בהחלטות הרוב, טענו הפרוגרסיביים, מוצדקת רק בהינתן כללים ברורים מאוד בחוקה אשר מגבילים את המחוקק ומחייבים את בית-המשפט להתערב. רוב הזכויות החוקתיות מנוסחות בלשון כללית, המאפשרת למחוקק מרחב תמרון רחב יחסית, ולכן ברוב המקרים אין הצדקה להתערבות של בית-המשפט בבחירותיו של המחוקק.²³

20 ראו את דעת המיעוט של השופט הולמס בעניין: Lochner v. New York, 198 U.S. 45, (1905) 75–76 (להלן: עניין Lochner).

21 שם.

22 לתיאורים כלליים של התנועה הפרוגרסיבית ושל תגובתה על פסיקותיו של בית-המשפט בתקופת לוכנר ראו: Robert S. Summers, Instrumentalism SEARCH TERM BEGIN SEARCH TERM END and American Legal Theory (1982); Morton J. Horwitz, The Transformation of American Law 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy (1992).

23 השופטים הולמס וברנדייס (Holmes & Brandeis) חברו יחד לביקורת חזקה על האקטיביזם השיפוטי של הרוב בבית-המשפט העליון האמריקאי, והאשימו את הביקורת השיפוטית שלו כהפעלת כוחות של "מחוקק-על" ("an exercise of the powers of a super-Legislature"). ראו: Jay Burns Baking Co. v. Bryan, 264 U.S. 504, 534 (1924). השופט סטון (Stone) טען כי מכיוון שהזכויות החוקתיות המרכזיות הן עומות, וקובעות סטנדרטים, ולא כללים, אין להשתמש בהן כדי להגביל את המחוקק באופן מלאכותי באמצעות אקטיביזם שיפוטי: "[T]he great constitutional guarantees of personal liberty and of property... are but

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

לכאורה, הגישה הפרוגרסיבית אינה גישה נוספת לאיזון, אלא גישה השוללת איזון כליל. אלא שהביקורת של הפרוגרסיבים על האיזון החוקתי נבעה דווקא מהכרתם באיזון במובן הרחב, כחלק מהגישה הפרגמטית שלהם למשפט. אנשי התנועה הפרוגרסיבית ביקרו את בית-המשפט של לוכנר לא רק בחזית הדמוקרטיה, אלא גם בחזית של תורת המשפט. בחזית זו ביקרו הפרוגרסיבים את בית-המשפט של לוכנר כמייצג הזרם הפורמליסטי במשפט, המתיימר לגזור הכרעות באופן לוגי ודדוקטיבי מתוך הטקסט המשפטי, ללא הפעלת שיפוט ערכי. התיימרות זו נחשפה על-ידיהם כהתיימרות-שווא, מכיוון שהטקסט המשפטי החוקתי (במקרה זה המילה "חירות" בתיקון הארבעה-עשר לחוקה)²⁴ לא היה יכול לספק תשובות חד-משמעיות לפתרון הסכסוך שעמד לפני בית-המשפט (חקיקת-מגן בתחום העבודה). החלטותיו של בית-המשפט נחשפו אם כן כמבוססות על איזון סמוי בין ערכים מתנגשים (בין שוק חופשי לבין הגנה על עובדים) על-פי המדד הערכי הסובייקטיבי של השופטים.²⁵

במשפט הפרטי הובילה חשיפתו של האיזון הסמוי לתביעה לקיים איזון שיפוטי גלוי, שבמסגרתו יפרשו השופטים בגלוי את מערכת שיקוליהם ואת האיזון שלהם. למעשה, אנשי התנועה הפרוגרסיבית נחשבים עד היום לאלה שהכניסו את המושג "איזון" לתורת המשפט האמריקאית, כחלק מהגישה הפרגמטית שלהם למשפט.²⁶ אך במשפט החוקתי הובילה עמדתם לגבי האיזון לשמיטת הקרקע מתחת ביקורת שיפוטית כלשהי, מתוך ההכרה כי במשפט החוקתי המחוקק הוא שאמור לאזן.

statements of standards... *They do not prescribe formulas to which governmental action must conform...* [They do not subject] government to inexorable commands imposed upon it in another age. [They should] enable government, in 'all the various crises of human affairs,' to continue to function and to perform its appointed task within the bounds of reasonableness..." Harlan F. Stone, *The Common Law in the United States*, 50 HARV. L. REV. 4, 23–24 (1936)

U.S. CONST. amend. 14 24

ידועה בהקשר זה אמירתו המפורסמת של השופט הולמס בדעת המיעוט בפסק-הדין בעניין *Lochner*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 76, שלפיה: "general propositions do not decide concrete cases". רוסקו פאונד כינה את תורת המשפט הפורמליסטית בכינוי הלא-מחמיא "תורת משפט מכנית", במאמרו החשוב: Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COLUM. L. REV. 605 (1908). ואילו השופט פרנקפורטר (Frankfurter), נציג מאוחר יותר של הפרוגרסיביות השיפוטי, השווה את הפורמליזם המשפטי בתקופת לוכנר לתפיסה אאוקלידית של המשפט, אשר מנסה באופן מוגוּחך לגזור מסקנות מהנחות באותו אופן שבו הדבר נעשה בגיאומטרייה. פרנקפורטר טען בעד איזון, באומרו: candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidian problems to be solved."

Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 524–525 (1951) (להלן: עניין *Dennis*).

ראו: Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of* 26
Balancing in Constitutional Law, 27 CARDOZO L. REV. 1393 (2006).

הציטוט הבא מדבריו של השופט פרנקפורטר מייצג באופן המובהק ביותר את הגישה הדמוקרטית לאיזון, כפי שהתפתחה בארצות-הברית במחצית הראשונה של המאה העשרים. מצד אחד טען פרנקפורטר בהרחבה בזכות הצורך לאזן בין ערכים בשל דחיית הפורמליזם והאבסולוטיזם המשפטי, אך לאחר-מכן, כחלק מהתפיסה הדמוקרטית, המשיך השופט פרנקפורטר וקבע:

"But how are competing interests to be assessed? Since they are not subject to quantitative ascertainment, the issue necessarily resolves itself into asking, who is to make the adjustment? — who is to balance the relevant factors and ascertain which interest is in the circumstances to prevail? Full responsibility for the choice cannot be given to the courts Primary responsibility for adjusting the interests which compete in the situation before us, of necessity, belongs to the Congress."²⁷

הוויכוח בין הגישה המהותית לאיזון לבין הגישה הדמוקרטית לאיזון משתקף במידה מסוימת בוויכוח הקיים כיום בין חסידי הגישות של דמוקרטיה פלורליסטית ופורמלית לבין תומכי הגישות המהותיות והדליברטיביות לדמוקרטיה. חסידי הדמוקרטיה הפלורליסטית מאמינים כי האיזון הוא תוצר של ההליך הדמוקרטי, שבו יש תחרות חופשית בין קבוצות-אינטרסים בחברה. הליך זה, שבו קבוצות-אינטרסים מתחרות על משאבים וערכים חברתיים, הוא ליבו של התהליך הדמוקרטי. לפיכך כל ניסיון לכפות פתרון מסוים של הקונפליקטים נחשב בהטיה של התהליך הדמוקרטי. לעומתם, חסידי הגישות המהותיות והדליברטיביות מאמינים ביכולת לזהות באופן אובייקטיבי "נקודות איזון" ראויות בחברה המשקפות את אינטרס הכלל, ולא רק אינטרסים צרים של קבוצות-לחץ, כמו-גם ביכולת להחיל אותן על החברה באמצעות המערכת השיפוטית והפוליטית.

בישראל קיבל הוויכוח ביטוי במאבק בין גישת הדמוקרטיה הפורמלית לבין גישת הדמוקרטיה המהותית. פרופ' רות גביון ידועה כתומכת בגישת הדמוקרטיה הפורמלית, שעל-פיה מחלוקות ערכיות אמורות להיפתר במסגרת התחרות של ההליך הדמוקרטי, ולא על-ידי בית-המשפט.²⁸ גביון מציגה את עמדתו של הנשיא ברק כעמדה של דמוקרטיה מהותית, שעל-פיה במסגרת הדמוקרטיה נכללים לא רק חוקי המשחק הדמוקרטי, אלא גם ערכים חברתיים בסיסיים.

27 עניין *Dennis*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 525-526.

28 ראו, לדוגמה, את התיאור הבא של גביון לגבי התפיסה הראויה של תפקיד בית-המשפט: "לפי התפיסה הראשונה, תפקידה של הביקורת השיפוטית הוא לפסול החלטות שיש בהן הריגה מסמכות או פגמים יסודיים בהפעלת שיקול דעת, כגון משוא פנים או מטרות זרות. ההבנה היא כי ברוב הגדול של המקרים ההחלטה איך לפעול היא בידי הרשות המוסמכת. השופט אינו מופקד על כך שהחלטות הרשות תהיינה טובות ונאורות, אלא על הגנה על הפרט ושמירה על זכויותיו." רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד 69, 75 (1999).

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

3. גישת האיזון המשני

שרטטנו אם כן שתי גישות לאיזון: הגישה המהותית, שרואה באיזון חלק מרכזי של העשייה השיפוטית בתחום החוקתי, ואשר מאפיינת כרגע את ישראל וכן מדינות אחרות, כגון גרמניה וקנדה; ומולה הגישה הדמוקרטית, אשר רואה בכל סוג של איזון שיפוטי בתחום החוקתי פגיעה לא-ראויה בעקרון הניטרליות השיפוטית ובעיקרון הדמוקרטי של בחירת הרוב, ומייעדת את מלאכת האיזון למחוקק.

אולם קיימת גם גישה שלישית לאיזון, שבה אדון בחלק זה. הגישה השלישית, שאכנה אותה "גישת האיזון המשני", היא תוצר של גישה רחבה יותר בנוגע לביקורת שיפוטית, המכונה "הגישה ההליכית לביקורת שיפוטית". אתחיל לכן בתיאור הגישה ההליכית לביקורת שיפוטית, ואחר כך אפרט כיצד היא מובילה לגישה המשנית לאיזון.

הגישה ההליכית לביקורת שיפוטית התפתחה אף היא בארצות-הברית, כתגובה על חסרונותיה של הגישה הדמוקרטית. הגישה הדמוקרטית התפתחה כאמור אל מול אקטיביזם שיפוטי של בית-המשפט העליון בארצות-הברית בתחום המדיניות הכלכלית ובתחום החירויות הכלכליות (חירות הקניין, חופש החוזים וכדומה). עם זאת, בחצי השני של המאה העשרים הגיעו לפתחו של בית-המשפט העליון האמריקאי סכסוכים רבים שמקורם בזכויות ה"קלסיות" יותר, כגון הזכות נגד הפליה והזכות לחופש הביטוי, וזאת כחלק ממאבקם של מיעוטים דתיים, כגון "עדי יהוה", לחופש דת, ומאוחר יותר גם כחלק ממאבקה של התנועה לזכויות האזרח של השחורים בארצות-הברית.²⁹ לגבי סכסוכים מסוג זה היה נדמה שהגישה הדמוקרטית מותרת את בית-המשפט ללא כלים להגן על זכויותיהם של המיעוטים הדתיים והפוליטיים. תוצאתה של הגישה הדמוקרטית היא כזכור ריסון שיפוטי לכל רוחב הקשת של המשפט החוקתי, ובכלל זה גם ריסון שיפוטי אל מול החלטות של הרוב שמשמעותן הדרה של המיעוט. ככל שגברה הדרשה שבית-המשפט יגן על מיעוטים, הצטיירה הגישה הדמוקרטית כמוגבלת מדי וכמצמצמת מדי את תפקידו של בית-המשפט.

המגבלות שהטילה הגישה הדמוקרטית על בית-המשפט התחדדו לאחר מלחמת-העולם השנייה, אשר הדגימה לאמריקאים את הצורך להגן מפני הפליה ורדיפה של מיעוטים, והדגישה את הסכנות של שיתוף-פעולה (בשם הפורמליזם) של המערכת המשפטית עם רדיפות מעין אלה.³⁰

29 ראו באופן כללי Horwitz, לעיל ה"ש 22, וכן: Neil Duxbury, Patterns of American Jurisprudence 10 (1995).

30 ראו, למשל: Thomas C. Grey, *Modern American Legal Thought*, 106 Yale L.J. 493, 502-503 (1996) ("the Nazi and Stalinist use of... a subservient political judiciary... increasingly dramatized the centrality of due process and legality to liberal democracy... A new liberal rule of law agenda began to emerge as the Court signaled its willingness to expand the ideal of equal justice under law to society's outcasts and underdogs, its discreet and insular minorities") כן ראו Horwitz, לעיל ה"ש 22, בעמ' 25, הטוען כי לאחר מלחמת-העולם השנייה היו השופטים בבית-המשפט העליון האמריקאי "clearly conscious of the need to articulate the differences between democratic and totalitarian values"

כתוצאה מכך התפתחה בתורת המשפט האמריקאית גישה המנסה ליישב בין הלקחים השליליים של ההתערבות השיפוטית בעידן לוכנר לבין הצורך להתערב על-מנת להגן על מיעוטים. גישה זו לביקורת שיפוטית מכונה כיום "הגישה ההליכית לביקורת שיפוטית", בעקבות ספרו החשוב של פרופ' ג'ון הארט איליי משנות השמונים המוקדמות.³¹ אולם ניצני הגישה הופיעו כבר בהערת-שוליים מפורסמת של השופט סטון (Stone) בפסק-הדין בעניין *Carolene Products* משנת 1938,³² וכן בגישותיהם של מלומדים משנות החמישים, כגון הרברט וקסלר ואחרים.³³

הגישה ההליכית הבדילה בין התערבויות של בית-המשפט המיועדות להכריע במחלוקות ערכיות ואידיאולוגיות בתחומים החברתי והכלכלי לבין התערבויות המיועדות לשמר את המשחק הדמוקרטי במובנו הרחב בתחום הזכויות הפוליטיות והאזרחיות ה"קלאסיות" המגנינות על ההליך הדמוקרטי עצמו. במילים אחרות, נוצרה הבחנה בין צידוק להתערבות שיפוטית במקרים שבהם יש לאזן את ההליך הדמוקרטי ולשפר אותו לבין הניטרליות הכללית המונעת את בית-המשפט מלהתערב במקרים אחרים.

קיימות שתי קטגוריות עיקריות שבהן זוהו צידוקים מיוחדים להתערבות של בית-המשפט. הקטגוריה הראשונה היא זכויות הקשורות לקיומו של ההליך הדמוקרטי, כגון זכויות לחופש הביטוי, לחופש האספה ולחופש הדת. בקטגוריה זו הצידוק להתערבותו של בית-המשפט נובע מהאינטרס המובנה של הממשל להשתיק ביקורת על-מנת לשמר את כוחו ולמנוע איומים על היציבות השלטונית. הקטגוריה השנייה היא זכויות של מיעוטים כרוניים, כגון זכויות של שחורים להגנה מפני הפליה. הצידוק כאן נובע מההטיה הכרונית של ההליך הדמוקרטי לא להפנים את עמדותיהם של אותם אנשים, ומהתוצאה של הדרתם מהשתתפות מלאה בחיים הפוליטיים ובהליך הדמוקרטי.³⁴

לגבי האיזון, תוצאתה של הגישה ההליכית מורכבת. על פני הדברים נדמה שהגישה ההליכית שוללת איזון לחלוטין, שכן על-פי גישה זו יש להבחין בין זכויות הקשורות להליך הדמוקרטי (כגון חופש הביטוי), שעליהן בית-המשפט צריך להגן באופן חזק (ללא איזון), לבין זכויות שאינן קשורות אליו (כגון זכויות כלכליות), אשר בית-המשפט צריך למשוך

31 ראו: John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (1980). ראו גם: Jesse Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court* (Chicago 1980).

32 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938) (להלן: עניין *Carolene Products*), שם נאמר כי על בית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית מחמירה יותר כאשר הוא מבקר חקיקה המגבילה זכויות הקשורות להליך הדמוקרטי ("legislation" which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation" או חקיקה המגבילה את זכויותיהם של מיעוטים ("statutes directed at particular religious or national or racial minorities").

33 Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959).

34 ראו לעיל ה"ש 31 בנוגע לשני התחומים שזוהו כמצדיקים ביקורת שיפוטית בהערת-השוליים שבפסק-הדין בעניין *Carolene Products*.

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

כליל את ידו מלדון בהן. נראה, אם כן, כי הגישה ההליכית מובילה לגישה מוחלטת או קטגורית בנוגע להגנה על זכויות, שלפיה אין מקום לאיזון שיפוטי כלל – לא לגבי זכויות שקשורות להליך הדמוקרטי ולא לגבי זכויות שאינן קשורות להליך הדמוקרטי. עם זאת, האיזון השיפוטי יכול להיכלל גם במסגרת גישה זו, כפי שיודגם להלן. יש שני הקשרים עיקריים שבהם עיקרי הגישה ההליכית יכולים להוביל לאיזון.

ראשית, איזון יכול לשמש מוצא אחרון במקרים קיצוניים שבהם הגישה הקטגורית מובילה לתוצאות בעייתיות. לעיתים, גם לנוכח זכויות שיש להגן עליהן באופן חזק וקטגורי, מתייצבים שיקולים כבדי-משקל במיוחד המחייבים איזון. לדוגמה, בית-המשפט בארצות-הברית הפעיל גישה קטגורית השוללת כמעט לחלוטין התערבות בביטויים בשל תוכנם, אך גם לפי גישה זו, כאשר ניצבה סכנה קרובה ומיידית לשלום הציבור, היה אפשר "לאזן" את חופש הביטוי אל מול סכנה זו.³⁵

שנית, בית-המשפט מתקשה לעיתים להוכיח כי המחוקק או הרשות המבצעת פעלו מתוך מניעים המנוגדים לעקרון ההליך הדמוקרטי התקין. לדוגמה, לעיתים בית-המשפט חושד כי הממשל מגביל ביטוי בשל תוכן כזה או אחר העלול להפריע לממשל, אך הוא מתקשה להוכיח זאת, מכיוון שהממשל מנמק את ההגבלה בנימוקים שאינם קשורים לתוכן – למשל, בנמקו אי-אישור הפגנה בחוסר כוח-אדם במשטרה או בנמקו סירוב לאפשר חלוקת עלונים ברחובות בשיקולים של ניקיון.³⁶ במקרים מעין אלה בית-המשפט יכול להיזקק לסוג של איזון, כזה שישווה בין חשיבות המטרה שהרשות מנסה להשיג (לדוגמה, ניקיון) לבין מידת הפגיעה בזכות (לדוגמה, חופש הביטוי), על-מנת לחשוף מניע שצריך להיפסל מכיוון שהוא מנוגד להליך הדמוקרטי התקין. אם השלטון פוגע באופן קשה בזכות (חופש הביטוי) בתמורה ליתרון זניח מבחינת המטרה (ניקיון), ייתכן שהוא אינו מונע על-ידי מטרה זו, אלא על-ידי מטרה אחרת, נסתרת, שאותה הוא מנסה להשיג (הגבלת ביטויים מרגיזים או ביקורתיים).

האיזון משתלב אם כן בגישה שהיא בבסיסה קטגורית ומושתתת על עקרון הניטרליות השיפוטית וההגנה על ההליך הדמוקרטי, אך הוא משתלב בגישה זו באופן משני, בשמשו כלי ראיתי לזיהוי מניע ממשלתי פסול או כלי להתמודדות עם מקרי קיצון. אף שהגישה המשנית לאיזון מאפשרת איזון, היא אינה הופכת את האיזון למטרה בפני עצמה או להיבט מהותי בתפקידו של בית-המשפט, כפי שעושה הגישה המהותית לאיזון.

4. סיכום

הדיון עד כה ניסה לבסס הבחנה בין שלוש גישות לאיזון ולריסון שיפוטי אל מול אקטיביזם שיפוטי. הגישה המהותית מצדיקה אקטיביזם שיפוטי מתוך תפיסה שבית-המשפט הוא

35 השוו: Richard Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. Rev. 1267 (2007). פלון מזהה שלוש סוגים של מבחן הביקורת הקפדני (strict scrutiny) במשפט החוקתי האמריקאי. אחד מהם הוא מבחן הכלל עם החריג, הדומה למבחן שלעיל בנוגע לשימוש באיזון.

36 Schneider v. State, 308 U.S. 147, 151 (1939).

שותף פעיל בבירור הערכים של החברה, ומחילה את האיוון לכל רוחב הקשת השיפוטית. הגישה הדמוקרטית מפעילה ריסון שיפוטי לכל רוחב הקשת השיפוטית, ומייצגת את האיוון למחוקק, ולא לבית-המשפט. לבסוף, גישת האיוון המשני, המבוססת על הגישה ההליכית לביקורת שיפוטית, מונחית על-ידי ריסון שיפוטי אך מאפשרת אקטיביזם שיפוטי בזכויות שקשורות באופן הדוק להליך הדמוקרטי או בכאלה שמאפשרות למיעוטים להשתתף בהליך הדמוקרטי. האיוון, על-פי גישה זו, משמש כלי משני בידי השופטים, העוזר להם לחשוף פגיעה בזכויות מיעוטים או בזכויות של ההליך הדמוקרטי, אך אינו מהווה את עיקר הניתוח החוקתי.

בחלקים הבאים אטען כי האיוון בישראל עבר מהגישה השלישית לראשונה. כלומר, במקורו היה האיוון אמצעי משני למטרת אכיפה של זכויות שקשורות להליך הדמוקרטי ואשר מקדמות ניטרליות בהליך הדמוקרטי. אולם בהמשך התנתק האיוון מהקשר זה, והתקשר לרעיון הרחב יותר של אידיאל האיוון כראשוני וכמהותי, שלפיו תפקידו של בית-המשפט לאתר את האיוון המהותי של החברה ולאכוף אותו עליה.

פרק ב: איוון מוקדם במשפט הישראלי – פסק-הדין בעניין קול העם כמייצג איוון הליכי ומשני

בפרק זה אני מעוניין להציע קריאה של האיוון המוקדם במשפט הישראלי – המיוצג על-ידי פסק-הדין בעניין קול העם – כאיוון על-פי המודל השלישי ששרטטתי לעיל, קרי, כאיוון שקשור לתפיסה ההליכית ואשר משני למטרה הראשית של פסילה קטגורית של נסיגות המדינה להתערב בהליך הדמוקרטי.

גם לגבי עניין קול העם אדגים את טענתי באמצעות השוואה למשפט האמריקאי.³⁷ בהקשר של עניין קול העם, עם זאת, הקישור למשפט האמריקאי אינו רק במונחים של אנלוגיה, אלא ישיר יותר. זאת, מכיוון שהשופט אגרנט בעניין קול העם פונה ישירות למשפט האמריקאי לכל אורכו של פסק-הדין, ומאמץ למעשה את האיוון האמריקאי אל תוך המשפט הישראלי.

37 לדיון מרתק בהקשר הרחב יותר של ההבדלים בין המשפט האמריקאי והישראלי לגבי חופש הביטוי, ראו אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית המשפט העליון

1. פסק־הדין בעניין קול העם

עניין קול העם עסק בעתירה של שני עיתונים של המפלגה הקומוניסטית בישראל נגד סגירתם לתקופות של 10 ימים ו-15 יום, בצו שהוציא שר הפנים על-פי פקודת העיתונות (להלן: הפקודה). הצו הוצא בשל פרסום מאמרים שבהם ביקרו עורכי העיתונים באופן חריף את מה שראו כמדיניות אנטי-סובייטית של הממשלה בישראל, ואף קראו להחריף את המאבק במדיניות זו ולא לשתף איתה פעולה.³⁸

פקודת העיתונות קובעת כי שר הפנים מוסמך לסגור עיתון לתקופה מסוימת כראות עיניו, אם השתכנע כי פרסם חומר "העלול לסכן את שלום הציבור".³⁹ השופט אגרנט, אשר כתב את פסק־הדין שאליו הצטרפו שאר השופטים, קיבל את העתירה בהסתמכו בעיקר על פרשנות מרחיבה של המילה "עלול" שבפקודת העיתונות. אך פסק־הדין אינו מתחיל במילות החוק, אלא בהצבתם זה מול זה של שני העקרונות המתנגשים במקרה זה – חופש הביטוי ושלום הציבור – ובקביעה כי יש לאזן ביניהם. האיזון הוא שמספק בהמשך פסק־הדין את המסגרת לפרשנותה של המילה "עלול", מכיוון שתוצאתו היא הקביעה כי הגבלת הביטוי בצורה של צנזורה מוקדמת על עיתונים אפשרית רק אם יש הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה בשלום הציבור. הפעלת שיקול-הדעת של שר הפנים בקובעו מהו פרסום אשר "עלול" לפגוע בשלום הציבור חייבת אם כן להיות מודרכת על-ידי מבחן איזון זה, ובית המשפט הוא שיבחן אם השר החילו כראוי בכל מקרה ומקרה.

לכאורה, ניתן לראות כאן איזון במובן המהותי והראשוני שעליו דובר בראשית המאמר, קרי, איזון הנתפס כמרכזי וכעיקרי בפעולה השיפוטית וכהיבט מכונן בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי. כך גם הוצג פסק־הדין על-ידי השופט ברק בשנות השמונים, כאשר העניק לו חשיבות מיוחדת.⁴⁰ בחינה מעמיקה יותר של פסק־הדין, ובעיקר השוואתו לפסק־הדין האמריקאי שממנו הוא שואב את השראתו, מציגה תמונה אחרת.

2. פסק־הדין בעניין Dennis

השופט אגרנט בפסק־הדין בעניין קול העם מפנה למשפט האמריקאי מספר רב של פעמים (במיוחד לנוכח העובדה שמקורות ההתייחסות העיקריים באותה תקופה היו המשפט האנגלי והמנדטורי, ולא המשפט האמריקאי).⁴¹ פסק־הדין שממנו שאב אגרנט את השראתו באופן

38 עניין קול העם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 874.

39 ס' 19(2)(א) לפקודת העיתונות, 1933.

40 אחד הביטויים המובהקים של המרכזיות שניתנה לפסק־הדין בעניין קול העם משנות השמונים ואילך הוא מאמרו של אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129, 143 (אהרן ברק ואח' עורכים, התשמ"ז). במאמר זה האיזון מוצג כמהותי וכמרכזי לפסק־הדין.

41 ראו יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים

ישיר הוא פסק-הדין בעניין *Dennis*, שעסק אף הוא בהתנכלות של השלטון לחברי התנועה הקומוניסטית.⁴² בעניין *Dennis* דחה בית-המשפט האמריקאי עתירה לפסול הרשעה פלילית של חברי התנועה הקומוניסטית האמריקאית בעברה של המרדה. חברי התנועה הורשעו בהמרדה ונידונו לתקופות מאסר שונות בשל עצם השתייכותם לתנועה הקומוניסטית, וזאת מכיוון שבמצעה נכללה השאיפה לחולל הפיכה בכוח באמצעות מרד של מעמד הפועלים. בפסק-הדין בעניין *Dennis* נדחתה הטענה כי החוק האוסר המרדה, אשר הוחל על חברי התנועה, פוגע באופן לא-חוקתי בזכותם לחופש הביטוי ובזכותם לחופש האספה, אשר מוגנות בחוקה האמריקאית. שלושה שופטים כתבו פסקי-דין בעניין *Dennis*, וכל אחד מהם מייצג מודל אחר ביחס לאיזון, כפי שיוצג להלן.

שופטי הרוב, בפסק-דין מפי נשיא בית-המשפט וינסון (Winson), איזנו באופן ישיר בין האינטרסים המתנגשים. וינסון איזן בין האינטרס להגנה על שלום הציבור מפני הסכנות הנשקפות מהתנועה הקומוניסטית לבין חופש הביטוי של התנועה, על-פי מבחן איזון שנקרא "מבחן Hand", על-שם השופט בערכאה הנמוכה יותר שטבע אותו. על-פי מבחן Hand, יש לשקלל בין חומרת הסכנה ומידת הסתברותה, מצד אחד, לבין מידת הפגיעה בזכות, מן הצד האחר.⁴³ בקבלו את מבחן Hand, דחה וינסון את המבחן הקודם, המחמיר יותר, שהיה נהוג לגבי חופש הביטוי, הוא מבחן "הסכנה הברורה והוודאית" לשלום הציבור, כפי שטבעו אותו השופטים הולמס וברנדייס (Holmes & Brandeis) בעשור השני של המאה העשרים. וינסון החיל אם כן מבחן איזון קלסי, וערך את האיזון עצמו כחלק מהותי ועיקרי בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי, כלומר, על-פי המודל הראשון, המהותי, של האיזון. בהחילו את מבחן Hand, קבע וינסון כי בהינתן חומרת הסכנה וההסתברות להתממשותה, אין בהרשעה משום פגיעה לא-חוקתית בחופש הביטוי.

השופט פרנקפורטר (Frankfurter), שהצטרף לדעת הרוב, הכיר אף הוא בכך שיש לאזן בין חופש הביטוי ושלום הציבור, אך קבע כי האיזון נתון למחוקק ולרשות המבצעת, ולכן אל לו לבית-המשפט להתערב באיזון, ועליו להחיל ריסון שיפוטי. אף שלגופו של עניין רמז פרנקפורטר כי דעתו אינה נוחה מחוק המרדה ומן האופן שבו הוחל על העותרים, עמדתו הנחרצת, שעל-פיה את האיזון בין ערכים מתנגשים יש להשאיר למחוקק, הניאה אותו מלהתערב בהרשעה. פרנקפורטר החיל אם כן איזון מהסוג השני, שבו מצד אחד יש הכרה באיזון וביחסיות של הזכויות, אך מצד אחר יש ריסון שיפוטי לכל רוחב הקשת, וזאת גם בהקשרים המובהקים ביותר של ההליך הדמוקרטי – חופש הביטוי הפוליטי והשתתפות מייעוטים פוליטיים.

כמותיים" משפטים כזו) (1) 119, 163 (1996) ("הפסיקה האמריקאית נעה במגמה קבועה, אך איטית מאוד, של עלייה, מ-0% בשנת 1948 ל-4% בשנת 1994").

42 פסק-הדין בעניין *Dennis*, לעיל ה"ש 25, מצוטט שלוש פעמים בפסק-הדין בעניין קול העם.

43 להלן המבחן בניסוחו המקורי: "In each case [the courts] must ask whether the gravity of the 'evil,' discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger". עניין *Dennis*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 510.

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

אל מול פסקי-הדין של פרנקפורטר ווינסון, הגן השופט בֶּלֶק (Black) באופן נחרץ, בדעת מיעוט, על חופש הביטוי. זאת, מתוך ההכרה כי זהו סוג המקרים שבהם על בית-המשפט להפגין מעורבות שיפוטית ואקטיביזם, מכיוון שמדובר בנסיונות פסולים של המדינה להשתיק קולות בשיח הדמוקרטי. בֶּלֶק לא זיהה כאן הזדמנות להפעיל איזון במסגרת הגישה המשנית לאיזון, ובמקום זאת הציע לפסול את ההרשעה כלא-חוקתית, וזאת ללא איזון, אלא באופן קטגוריאלי ותוך הגנה מוחלטת על חופש הביטוי.⁴⁴ בֶּלֶק, אם כן, אינו עורך איזון כלל, אך גישתו מסתמכת על אותה הכרה שמגיעה את הגישה השלישית והמשנית לאיזון, כלומר, ההכרה כי בית-המשפט שומר על ניטרליות ואינו מתערב בסכסוכים מהותיים, אך מתערב במקרה של הטיה של ההליך הדמוקרטי ופגיעה בניטרליות מצידו של המחוקק.

3. ניתוח פסק-הדין בעניין קול העם לאור פסק-הדין בעניין Dennis

פסק-הדין בעניין *Dennis* נכתב בשנת 1951. השופט אגרנט כתב את פסק-דינו בעניין קול העם שנתיים מאוחר יותר, לאחר ביקור בארצות-הברית, שבו פגש, בין היתר, את השופט פרנקפורטר, ושמע ממנו ככל הנראה גם על פסק-הדין בעניין *Dennis*.⁴⁵ היכן נמצא אגרנט בהבחנה בין וינסון, פרנקפורטר ובֶּלֶק, ואיזה מודל של איזון הוא מחיל?

(א) שלילת המודלים הדמוקרטי והמהותי

ראשית, יש דמיון רב בין דבריו של השופט אגרנט לבין דבריו של השופט פרנקפורטר בעניין *Dennis* – הן מבחינה סגנונית, ובעיקר ככל שהדבר נוגע בהכרה בצורך לאזן בין ערכים מתנגשים ובאימוץ גישה אנטי-פורמליסטית ודחיית גישה אבסולוטית למשפט החוקתי.

כך, למשל, החלק העיקרי של פסק-דינו של השופט פרנקפורטר פותח במילים "Few questions of comparable import have come" – "before this Court in recent years There come occasions in" – וממשיך במילים: "law, as elsewhere, when the familiar needs to be recalled בפסק-דינו של השופט אגרנט פותח במילים דומות: "מזמן לזמן מגיע לערכאה זו משפט בו מתעוררת בעיה יסודית, התובעת עמידה מחדש על עקרונות שהם ידועים ועתיקים." השופט פרנקפורטר מדגיש כי הבעיה שבית-המשפט ניצב מולה כרוכה בהתנגשות בין שני

44 בֶּלֶק כותב בפסק-דינו בזכות גישה קטגורית לחופש הביטוי: "So long as this Court exercises the power of judicial review of legislation, I cannot agree that the First Amendment permits us to sustain laws suppressing freedom of speech and press on the basis of Congress' or our own notions of mere 'reasonableness.' Such a doctrine waters down the First Amendment". עניין *Dennis*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 580.

45 פנינה להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית (התשנ"ט).

Our judgment is thus solicited on a conflict of interests of the "אינטרסים חשובים"; ואילו השופט אגרנט קובע במילים דומות מאוד: "עיקר הסבך מקורו בתופעה, שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה."⁴⁶ דמיון נוסף בניסוח ניתן למצוא בהתייחסותם של שני השופטים ליחסיותן של הזכויות ולצורך באיזון. השופט פרנקפורטר קובע:

"Free speech is subject to prohibition of those abuses of expression which a civilized society may forbid... The demands of free speech in a democratic society as well as the interest in national security are better served by candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidian problems to be solved."⁴⁷

ואילו השופט אגרנט קובע במילים דומות מאוד:

"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 המסיבות, ידם על העליונה."⁴⁸

אך הבדל אחד חשוב נעלם לעיתים מן העין בספרות המשפטית הישראלית הדנה בהשפעותיה של הגישה האנטי-פורמליסטית האמריקאית על הפסיקה בעניין קול העם – ההבדל הנוגע בריסון השיפוטי.⁴⁹ את עיקר פסק-הדין של פרנקפורטר – החלק שבו פרנקפורטר נוקט את הגישה הדמוקרטית לאיזון ומציין כי את האיזון יש להשאיר למחוקק – השופט אגרנט אינו מאמין.⁵⁰ אגרנט, בניגוד לפרנקפורטר, מאזן בעצמו, ואינו

46 עניין קול העם, לעיל ה"ש 4, חלק ד לפסק-הדין.

47 עניין Dennis, לעיל ה"ש 25, בעמ' 524-525.

48 עניין קול העם, לעיל ה"ש 4, חלק ד לפסק-הדין.

49 כך, למשל, בספרו של מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, לעיל ה"ש 14, מושם דגש חזק בדמיון שבין הגישה האנטי-פורמליסטית בישראל לבין הגישה האנטי-פורמליסטית של התנועה הפרוגרסיבית בארצות-הברית, אך אין דגש בהיבט של הריסון השיפוטי, שאפיין אף הוא את התנועה הפרוגרסיבית בארצות-הברית.

50 פסק-דינו של השופט פרנקפורטר מקבל תפנית חדה מייד לאחר החלק שצוטט לעיל, כאשר הוא מציב את השאלה: "But how are competing interests to be assessed?", ומשיב עליה: "Primary responsibility for adjusting the interests which compete in the situation

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

משאיר את האיזון לשיקול-דעתה של הרשות המבצעת. לכן אי-אפשר להצביע על גישתו כעל הגישה הדמוקרטית, למרות הדמיון לפרנקפורטר מבחינה תורת-משפטית. מכיוון שהגישה הדמוקרטית לאיזון אינה מאפיינת את גישתו של אגרנט בעניין קול העם, יש לשאול אם אגרנט מפעיל איזון שיפוטי מהותי בדומה לווינסון. כאמור, על פניו נדמה שאגרנט אכן מאזן איזון מהותי כמו וינסון. הוא אף מזהה את גישתו (גישת הוודאות הקרובה) עם גישת הרוב בעניין *Dennis* (כלומר, עם מבחן Hand שבו השתמש וינסון), ומבחין אותה מהגישה שנדחתה באותו פסק-דין, היא גישת הסכנה הקרובה לוודאי, המחמירה יותר. אולם טענתי היא כי מבחינה מהותית אגרנט נמצא יחד עם בלק, וחולק איתו את התפיסה ההליכית שעל-פיה פגיעה בחופש הביטוי בדרך של צנזורה שלטונית מהווה את סוג המקרים שבהם על בית-המשפט לספק הגנה חזקה וקטגורית לזכות, מכיוון שהיא קשורה באופן הדוק להליך הדמוקרטי. עם זאת, בניגוד לבלק, השופט אגרנט משתמש באיזון, ואינו מסתפק בגישה קטגורית בלבד. האיזון שלו, כך אטען, הוא מהסוג השלישי, כלומר, משני לתפיסה הקטגורית, שאותה הוא חולק עם בלק.

(ב) ביסוס הגישה המשנית

אינדיקציה ראשונית לכך שגישתו של אגרנט מקבילה לזו של בלק, ולא לזו של וינסון, היא התוצאה שאליה הוא מגיע, אשר דומה לזו של בלק. כלומר, גם אגרנט, כמו בלק, מגן על חופש הביטוי של מיעוט פוליטי שנתפס כמסוכן לשלום הציבור מפני התנכלות של השלטון. אגרנט אף עושה זאת בתנאים קשים יותר במידה מסוימת מאלה שבהם פעל בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין *Dennis*. אומנם, החשש מפני המפלגה הקומוניסטית המקומית היה חלש יותר בישראל מאשר בארצות-הברית בתקופת המקריות, אך בהעדרה של מגילת זכויות כתובה, לא היו כמעט לבית-המשפט בישראל כלים משפטיים לבסס את ביקורתו השיפוטית על השלטון במקרה זה, לעומת החוקה האמריקאית, אשר מגינה במפורש ובאופן מוחלט על הזכות לחופש הביטוי.⁵¹ העובדה שבתנאים אלה הצליח בית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית ולשנות את החלטת השלטון היא הישג לא-מבוטל, ויכולה לחזק את התפיסה שלפיה אגרנט מונע מהרצון לתת הגנה חזקה במיוחד לחופש הביטוי, בדומה לבלק בעניין *Dennis*.

אך הסיבות העיקריות שבעטיין יש לזהות את גישתו של אגרנט עם הגישה המשנית לאיזון, ולא עם הגישה המהותית של וינסון, נוגעות בדרך שבה אגרנט מחיל את האיזון. ראשית, מבחן ההסתברות שהוא נוקט אינו מבחן איזון במלוא מובן המילה. בניגוד למבחן האיזון של וינסון, המניח בצד אחד של כפות המאזניים את מידת הפגיעה באינטרס לשלום הציבור ובצד האחר את מידת הפגיעה בזכות לחופש הביטוי, במבחן ההסתברות של אגרנט אין "צד אחר" למאזניים. הבחינה החוקתית כולה מתמקדת בבחינת מידת ההסתברות

"before us, of necessity, belongs to the Congress" אין כל חלק מקביל לחלק זה בפסק-

דינו של השופט אגרנט. ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 27.

51 התיקון הראשון לחוקה האמריקאית קובע כלל מוחלט, ללא חריגים: "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech, or of the press"

לפגיעה בשלום הציבור, ואילו מידת הפגיעה בחופש הביטוי אינה נבחנת כלל.⁵² מבחן ההסתברות של אגרנט הוא למעשה מבחן-סף הקובע אם מידת ההסתברות לפגיעה עוברת את סף הוודאות הקרובה שקבע בית-המשפט. היה אם הושגה ודאות קרובה, הפעולה השלטונית מאושרת; אם לא כן, היא נפסלת. כך או כך, אין צורך באיזון בין האינטרס שמאחורי הפעולה השלטונית לבין מידת הפגיעה בחופש הביטוי.⁵³

הבחנה זו פותחת פתח לשאלה גדולה יותר, בדבר שיוכם של מבחני ההסתברות בכלל במשפט החוקתי לקטגוריה של מבחני איזון. מבחני איזון, החל בזה שנקט בעניין קול העם, מתויגים במשפט הישראלי ככאלה, אך ההבחנה שלמעלה יכולה להעלות ספק לגבי תיוג זה. נראה כי הדבר תלוי באופן שבו מבחן ההסתברות מנוסח ומיושם: אם המבחן החוקתי משווה בין ההסתברות לפגיעה באינטרס (מוכפלת בעוצמת האינטרס) לבין ההסתברות לפגיעה בזכות (מוכפלת בעוצמת הזכות), אזי מדובר במבחן איזון; אך אם המבחן מתמקד רק בהסתברות לפגיעה באינטרס, ומהווה מבחן-סף, כך שהצלחה או אי-הצלחה בו מכריעות את המקרה, אזי אין מדובר במבחן איזון.

שנית, בניגוד לווינסון, אגרנט קובע רף גבוה מאוד על-מנת שהשלטון יוכל להגביל ביטוי בצורה של צנזורה. למעשה, אופן ההחלה של מבחן הוודאות הקרובה בעניין קול העם מראה כי מדובר במבחן השולל באופן קטגורי כמעט פסילה כלשהי של ביטוי בשל תוכנו הפוליטי. בניגוד לאיזון של וינסון – אשר היווה תרופת-נגד למבחן הסכנה הברורה והמיידידת המחמיר של הולמס וברנדייס, ואפשר יד חופשית יותר לשלטון להחליט מהם גבולות הביטוי המקובלים עליו – המבחן של אגרנט משדר מסר ברור של הגבלת יכולתו של השלטון להחיל צנזורה. כך הוא נתפס גם בציבוריות הישראלית, וכך הוא הובן גם על-ידי הממשל בישראל, אשר בעקבות פסק-הדין הפסיק כמעט כליל את הצנזורה על עיתונים (בעברית לפחות) בשל תוכנם הפוליטי.⁵⁴ יש לראות לפיכך את המבחן של אגרנט לא כמבחן איזון במובן המהותי, אלא כמבחן המאפשר "שסתום" יציאה למקרים חריגים שבהם נחצה רף נזק גבוה במיוחד ולכן יש להתיר את הגבלת הביטוי. הכרה בחריג במקרים קיצוניים אינה הופכת עדיין את הכלל למבחן איזון.

52 מבחן ההסתברות בעניין קול העם היווה מאוחר יותר את הבסיס למבחן האיזון האנכי של הנשיא ברק, ושניהם מתאפיינים בכך שרק מידת הפגיעה באינטרס נבחנת, ולא מידת הפגיעה בזכות. השוו דני סטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא(1) 5, 76-81 (2004).

53 ראו: Moshe Cohen-Eliya & Gila Stopler, *Prioritizing Rights in the Age of Balancing*, LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS (forthcoming 2009).

54 חריג לכך ניתן לראות ביחסו של בית-המשפט לצנזורה כלפי עיתונים בערבית, כפי שהראה דוד קרצ'מר במאמרו "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה 297 (1999). קרצ'מר מראה כי בנוגע לעיתונים בערבית החיל בית-המשפט את מבחן הוודאות הקרובה באופן המתיר צנזורה שלטונית רבה יותר, ולעיתים אף סירב לחלוטין להחילו בהקשרים שבהם התבקש להחילו. ההבחנה יכולה לנבוע מתפיסת הסכסוך במקרים מסוג זה כסכסוך חיצוני, שבו העיתונים הערביים מייצגים איום חיצוני, ולא כסכסוך פנימי של חילוקי-דעות בחברה הישראלית.

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

שלישית, פסק-הדין בעניין קול העם מחיל איזון "קטגוריאלי" או איזון "עקרוני", ולא איזון "אד-הוק". את ההבחנה בין איזון קטגוריאלי לבין איזון אד-הוק טבע המלומד האמריקאי נימר (Nimmer) בשנות השישים של המאה העשרים.⁵⁵ איזון קטגוריאלי הוא איזון שתוצאתו היא כלל שאותו יחיל בית-המשפט במקרים הבאים ללא צורך באיזון נוסף. איזון אד-הוק, לעומת זאת, הוא איזון שנערך כל פעם מחדש על-פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. איזון אד-הוק קשור לתפיסת האיזון המהותי, מכיוון שתפיסה זו מחייבת איזון בכל פעם מחדש והופכת את האיזון לנפוץ ולמרכזי יותר בעשייה השיפוטית. זאת, בעוד איזון עקרוני נעשה פעם אחת בלבד. גם כאן בולט ההבדל בין פסק-הדין של אגרנט לבין זה של וינסון. וינסון החיל איזון אד-הוק, כלומר, המבחן שהחיל (מבחן Hand) אינו קובע גדרים לאיזון, ומשאיר למעשה את מלאכת האיזון כולה להרכב השופטים שיושב בכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו. בניגוד לכך, מבחן הוודאות הקרובה של השופט אגרנט מהווה מבחן איזון עקרוני, אשר מרגע שנטבע משמש שוב ושוב במקרים דומים שיגיעו לפתחו של בית-המשפט. זאת, במיוחד על-פי הקריאה שהוצעה לו כאן כמבחן קטגורי במהותו, אשר שולל פעולה מסוג מסוים אלא במקרים חריגים. ניתן לראות אם כן את אגרנט כמי שאיזון באופן מהותי, אבל רק פעם אחת, כאשר קבע את כלל הוודאות הקרובה מתוך איזון בין שלום הציבור לבין חופש הביטוי. אך המבחן שטבע לא היה מבחן איזון במונח המהותי. המבחן דמה יותר לכלל עם חריג למקרים קיצוניים, ולכן יש לראות בו איזון משני.

4. איזון מוקדם אחרי עניין קול העם

פסקי-דין מעטים בלבד עשו שימוש באיזון שנטבע בפסק-הדין בעניין קול העם בשנים שלאחר-מכן, עד להתפשטות האיזון בסוף שנות השבעים.⁵⁶ במידה רבה, האיזון המוקדם במשפט הישראלי הוא תופעה של פסק-דין אחד.

עם זאת, סקירה של פסק-הדין המשמעותי הנוסף שהשתמש באיזון בתקופה זו נראה שמחזקת את הטענה כי האיזון המוקדם היה איזון משני הקשור לתפיסה הליכית של ביקורת שיפוטית, ולא איזון מהותי. פסק-הדין המשמעותי ביותר שעשה שימוש באיזון ובמבחן הוודאות הקרובה של עניין קול העם הוא פסק-הדין בעניין אולפני הסרטה,⁵⁷ שניתן כמעט עשר שנים לאחר פסק-הדין בעניין קול העם. פסק-הדין עסק אף הוא בצנזורה על ביקורת כלפי השלטון (כלומר, בהקשר שקרוב במיוחד להליך הדמוקרטי), הפעם באמצעות החלטה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול כתבה על פיגוי שכונת-עוני בתל-

Melville B. Nimmer, The Right to Speak from Times to Time: First Amendment 55 Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy, 56 CAL. L. REV. 935, 942 (1968); Louis Henkin, Infallibility Under Law: Constitutional Balancing, 78 COLUM. L. REV. 1022, 1027-1028 (1978).

56 ראו להלן ה"ש 62 וכן להלן תת-פרק 11.

57 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה נ' גרי, פ"ד טו(4) 2407 (1962) (להלן: עניין אולפני הסרטה).

אביב שהציגה את המשטרה באור לא־חיובי. השופט לנדוי החיל את מבחן הוודאות הקרובה של עניין קול העם, וקבע כי לא התקיימה ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור בשל הסרטת הכתבה, ולכן היה על חופש הביטוי לגבור על שלום הציבור במערכת השיקולים של הוועדה לביקורת סרטים ומחזות. השופט זילברג מצטרף לדעתו של השופט לנדוי, אך אינו משתמש באיזון. השופט זילברג חושף באופן גלוי את המסכה מאחורי הסיבה לפסילת יומני החדשות על־ידי המועצה לביקורת סרטים ומחזות. הסיבה, קובע זילברג, אינה החשש מהסתה ומפגיעה בשלום הציבור בשל הזעם שהכתבה תעורר בציבור, אלא, במילותיו של השופט זילברג, "מפני המלעיוזין".⁵⁸ כלומר, הוועדה ביקשה למנוע הצגה לא־מחמיאה של המשטרה בלא קשר לאפשרות של פגיעה בשלום הציבור בשל כך. לשופט זילברג אין כל בעיה לפסול נימוק מעין זה על פניו – ללא היוקקות לאיזון כלשהו, גם לא בצורה של ודאות קרובה – בשל הסתירה הקיימת בין שיקול זה לבין הרעיון של חופש הבעת הדעה, שהוא חיוני להליך הדמוקרטי.⁵⁹ השופט לנדוי, עם זאת, מקבל את עמדת הוועדה שמטרתה הייתה הגנה על שלום הציבור, אך פוסל את ההחלטה מכיוון שהיא לא עמדה במבחן הוודאות הקרובה של עניין קול העם. לטעמי, הפסילה הקטגורית של השופט זילברג מייצגת נאמנה את התפיסה ההליכית, העומדת גם ביסודו של מבחן האיזון של השופט לנדוי. את מבחן הוודאות הקרובה בפסק־דינו של השופט לנדוי, כמו בפסק־הדין בעניין קול העם, יש לראות אם כן כמבחן קטגורי אשר שולל כליל פסילה של סרטים ומחזות בשל תוכנם או בשל הביקורת המובעת בהם, ומאפשר פתח מילוט לממשלה במקרים חריגים בלבד. נראה שהשופט לנדוי מודרך אף הוא על־ידי ההכרה כי השיקול של הוועדה היה לא־ענייני (ולכן פסול באופן קטגורי וללא איזון), והשימוש שלו באיזון הוא שימוש משני בלבד, כתחליף לחשיפת המניע הפסול של המדינה ולשלילתו באופן קטגורי. השופט לנדוי אף מפזר רמזים לכך שהוא חושד כי המניע של הוועדה היה הניסיון להשתיק ביקורת, ולא החשש מפני פגיעה בשלום הציבור.⁶⁰

58 השופט זילברג כותב: "סיכומו של דבר: אין אני יכול להשתחרר מן הרושם, כי המניע של המשיבה השניה לאיסור הקרנת יומן, היה 'מפני המלעיוזין', היינו שלא לספק חומר העלול להוריד ברבים את כבוד המשטרה." שם, בעמ' 2427.

59 טענתי אינה שהשופט זילברג נותן משקל רב יותר לחופש הביטוי מאשר לאינטרס של שלום הציבור. טענתי, שפיתחתי במקום אחר, היא שהשופט זילברג מזהה כאן סתירה בין הרעיון של חופש הביטוי לבין הרעיון שביקורת לא־מחמיאה על השלטון יכולה להוות עילה לפסילת הביטוי. חופש הביטוי משמש כאן "שיקול מוציא", המוציא את השיקול השלטוני של התנגדות לביטוי בשל תוכנו כשיקול פסול. ראו Porat, לעיל ה"ש 26; Iddo Porat, *On the Jehovah Witnesses Cases, Balancing Tests, Indirect Infringement of Rights and Multiculturalism: A Proposed Model for Three Kinds of Multicultural Claims*, 1 LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS 429 (2007).

60 השופט לנדוי בעניין אולפני הסרטה, לעיל ה"ש 57, מספק לנו פרט מידע מיותר לכאורה, אשר אין להבינו, לדעתי, אלא כרמז לכך שהשופט סבור כי הוועדה הודרכה משיקולים לא־ענייניים. בתחילת פסק־הדין, בעמ' 2412, הוא כותב כי "כיום מכהנים במועצה שמונה חברים, נוסף על היושב־ראש, מהם שני עובדי מדינה (דובר משטרת ישראל והמפקח על

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

5. סיכום

מבחן הוודאות הקרובה – הן בשל אופיו כמבחן הסתברות, הן בשל אופיו כמבחן המציב רף גבוה מאוד להשגה והן בשל אופיו כמבחן איזון עקרוני – מהווה למעשה שימוש באיזון ככלי משני להשגת המטרה העיקרית, והיא הטלת איסור קטגורי על צנזורה בשל תוכן פוליטי. מבחן הוודאות הקרובה אינו מבחן איזון אשר מעמיד את חופש הביטוי במעמד שווה לשלום הציבור וחושף אותו לאיזון בכל פעם מחדש, אלא מבחן המאפשר פתח מילוט במקרים חריגים שבהם המחיר מבחינת אינטרס הציבור יהיה בלתי-סביר. לסיום חלק זה של המאמר ניתן להעלות את השאלה מדוע לא בחר אגרנט (ואחריו לבדו) בהגנה קטגוריאלי לזכות לחופש הביטוי כמו זו של בֶּלְק. תשובה אפשרית אחת היא שלא הייתה לו אפשרות כזו, מכיוון שלאגרנט, בניגוד לבלֶק, לא היה כל עיגון בטקסט חוקתי שעליו היה יכול להישען. האיזון היווה בעבור אגרנט דווקא כלי דוקטרינרי, אולי לא האידיאלי, להכניס זכויות לשיטה ללא עיגון טקסטואלי. הדבר חושף לכן הבדל חשוב בין תרבות האיזון בישראל לבין זו שבארצות-הברית. בארצות-הברית האיזון נחשד דווקא בהחלשת הזכויות, מכיוון שלזכויות יש עיגון טקסטואלי ברור ואף מוחלט. כך, התיקון הראשון לחוקה האמריקאית קובע כלל מוחלט ללא סייגים – "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech, or of the press" – ואילו האיזון מהווה דרך להחלשתה של הזכות על-ידי חשיפתה לאיזון עם שיקולים מתחרים. אך בהינתן מצב שבו אין כל עיגון טקסטואלי לזכויות, דוגמת המצב בישראל, האיזון יכול דווקא לחזק זכויות, ואף להיות זרז להכנסתן לראשונה אל שיטת המשפט. פסק-הדין בעניין קול העם ידוע כְּזוה אשר ביסס לראשונה, "יש מאין", את הזכות לחופש הביטוי, והניח את הבסיס למסכת מפוארת של זכויות אדם יצירות-פסיקה שהתפתחו במשפט הציבורי הישראלי. האיזון משמש כלי דוקטרינרי המאפשר זאת על-ידי הדרישה לאזן את מטרת החקיקה עם העיקרון הנובע מאופייה הדמוקרטי של המדינה, הלוא הוא חופש הביטוי.⁶¹ אך ייתכן שללא האילוף הדוקטרינרי הזה היה אפשר לבחור בגישה הקטגוריאלי לחופש הביטוי באופן ישיר, ולא היה צורך באיזון, אף לא באופן משני.

בתי-ספר יסודיים במשרד-החינוך, מחוז ירושלים). הרכב הוועדה הנוכחי אינו רלוונטי לפסק-הדין, אלא שהעובדה שאחד מתבריה הוא דובר משטרת ישראל מרמזת שהוא הונע מהרצון להגן על שמה הטוב של המשטרה.

61 משה כהן-אליה ואני טענו טיעון דומה בנוגע להבחנה בין התפתחותו של מבחן האיזון במשפט החוקתי האמריקאי לבין התפתחותו של מבחן המידתיות במשפט החוקתי הגרמני. ראו: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins* (presented at the Harvard-Stanford International Junior Faculty Forum 2008), ssrn.com/abstract=1272763.

פרק ג: האיזון ה"מאוחר" במשפט הישראלי – מעבר לאיזון מהותי וראשוני

סקירה היסטורית מראה כי האיזון ופסק־הדין בעניין קול העם נזנחו עד ש"הומצאו מחדש" בפסקי־הדין ובמאמריו של הנשיא ברק. פרופ' מאוטנר, למשל, סקר ומצא כי למן פסק־הדין בעניין קול העם ועד לשנת 1977 (במשך שני עשורים וחצי) צוטט פסק־הדין רק ארבע פעמים בהקשר של מבחן האיזון שהוא מחיל, ואילו בעשר השנים שלאחר־מכן הוא צוטט בהקשר זה חמש־עשרה פעמים.⁶² יש להניח כי אילו נערך סקר כזה לאחר שנת 1987, הוא היה מגלה עלייה חדה בציטוט של פסק־הדין, כמו־גם בשימוש במבחן האיזון שבו. מה מאפיין את ה"גילוי" מחדש של מבחן האיזון? לטענתי, ניתן לזהות מעבר מהגישה המשנית לאיזון שאפיינה את פסק־הדין בעניין קול העם אל עבר הגישה המהותית לאיזון. מעבר זה מתיישב עם תופעה רחבה יותר של מעבר מהנמקה פורמלית להנמקה מהותית ו"ערכית" יותר. הסקירה בפרק זה אינה מתיימרת להקיף את מכלול היבטיה של התופעה הרחבה יותר, אשר תועדה כבר היטב בכמה מאמרים,⁶³ ותסתפק בציון ההיבטים המרכזיים שבהם מעבר זה מתבטא בהקשר של איזון.

1. הרחבת היקף השימוש באיזון

השינוי מאיזון משני אל עבר איזון מהותי ניכר, ראשית, בהיקף השימוש באיזון. תפיסה שעל־פיה האיזון הוא מהותי ומרכזי לעשייה השיפוטית תתבטא קודם־כל בהרחבת היקף השימוש בו ובתחולה כללית שלו. אכן, החל בסוף שנות השבעים ניתן לזהות הרחבה של תחולת האיזון עד כדי הפיכתו למבחן אשר חל למעשה בכל המשפט. האיזון מוחל לא רק בהקשר של חופש הביטוי (ההקשר המקורי שבו הוא נידון בעניין קול העם), אלא, באמצעות עילת הסבירות, בכל המשפט המנהלי והחוקתי,⁶⁴ ובאמצעות מבחני פסקת ההגבלה של חוקי־היסוד מהשנים 1992 ו־1994 – גם על כל הזכויות הנכללות במסגרת פרשנותם של חוקים אלה.⁶⁵ נוסף על כך, באמצעות הרחבת תחולתו של המשפט הציבורי אל עבר המשפט

62 מאוטנר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46–47. ראו גם את מאמרו החשוב של ברק, לעיל ה"ש 40, שהציב את פסק־הדין בעניין קול העם כפסק־הדין המרכזי ביותר במשפט הישראלי החוקתי ובמשפט הישראלי בכלל.

63 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 14; רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); גביון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 69.

64 לדיון בעילת הסבירות, בעיקר בהקשר של ביקורת על כך שהיא מרחיבה יתר על המידה את גודרי הביקורת השיפוטית, ראו משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד(1) 5, 15 (1989); שמיר, שם; דוד קרצ'מר "40 שנה למשפט הישראלי" משפטים יט(4) 551 (1990).

65 להרחבת היקפה של הזכות לכבוד האדם ראו, לדוגמה, בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

הפרטי, האיזון עובר גם אל מבחני זכויות האדם במשפט הפרטי.⁶⁶ פרט לתחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי, האיזון נתפס כתבנית בסיסית לניתוח שיפוטי כלשהו, ולכן הוא מוחל באופן עצמאי בתחומים של המשפט הפרטי, כגון דיני חוזים ודיני נזיקין,⁶⁷ עד שהוא נהפך מדוקטרינה נקודתית לאבן-יסוד בכל שיטת המשפט, כפי שעולה מההתבטאויות הבאות: "כל שיטת משפט קובעת לעצמה את האיזונים הראויים בין הערכים השונים... איזונים אלה מהווים את התשתית לכל שיטת המשפט", וכן "תורת האיזון, החלה בכל תחומי המשפט...".⁶⁸ ניתן אף לדבר על תחולה של האיזון אחורה בזמן או על החלתו למפרע במשפט הישראלי, על-ידי הצגתו כמרכזי יותר מכפי שהוא נתפס במשפט בזמנו.⁶⁹

2. שיטות פרשניות

הגישה המהותית לאיזון מקבלת ביטוי גם בכמה שיטות פרשניות שבית-המשפט נוקט אשר הופכות את האיזון לבלתי-נמנע. תורות פרשניות אחדות תורמות יחדיו להפיכת האיזון למרכזי, למהותי ולמעשה לבלתי-נמנע בחלק גדול מהמשפט החוקתי. ראשית, תורת הפרשנות התכליתית הופכת את האיזון לבלתי-נמנע, מכיוון שהיא כוללת בתוך כל פעולה פרשנית איזון בין התכלית הספציפית והכללית של החוק או של הפעולה השלטונית לבין שאר התכליות הכלליות. על-פי שיטת הפרשנות התכליתית, פעולת הפרשנות אינה מתמצה בבחינת לשון החוק או הנורמה, אלא עליה לבחון גם את תכלית החוק, ותכלית זו, ברמת ההפשטה הגבוהה ביותר, היא הגשמת עקרונות-היסוד של השיטה. לדוגמה, בפרשת פלונית נידונה פרשנותו של חוק שירות המדינה (משמעת),⁷⁰ המאפשר לקיים דיון משמעתי בדלתיים סגורות "לשם הגנה על המוסר". התכלית הספציפית של החוק היא הגנה על הפרטיות, אך את התכלית הזו יש לאזן אל מול תכליתו הכללית, שהיא

השלטון נ' הכנסת פס' 33 לפסק-דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 11.5.2006): "כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות בגרעין כבוד האדם. הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו." לסקירה כללית של היקף הזכויות שנכללו במסגרת חוקי-היסוד מהשנים 1992 ו-1994 ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח(1-2) 257 (1997).

66 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג - פרשנות חוקתית 649-697 (1994); ת"א (שלום י"ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (לא פורסם, 1.9.1996).

67 ראו את סקירתו הנרחבת של מאוטנר, לעיל ה"ש 14, פרק ב, על המעבר להנמקה ערכית, ובכלל זה להנמקת האיזון במשפט הפרטי.

68 עניין שביט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 660.

69 הנשיא ברק קובע כאמור כי "גישתו של בית משפט זה, מיום היווסדו, התבססה על הצורך לאזן בין הערכים והעקרונות המתנגשים". שם, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק. על-פי הסקירה הכמותית של מאוטנר, לעיל ה"ש 14, נדמה כי לפחות מבחינת מידת השימוש בדוקטרינה, האמירה הזו מרחיבה את תפקידו של האיזון אל מעבר לתפיסה ששררה בזמנו.

70 חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963, ס"ח 390.

התכלית המנוגדת של פומביות הדיון, הנגזרת מעקרונות היסוד של השיטה.⁷¹ באופן דומה, בפרשת סנש⁷² נידונה פרשנותו של חוק רשות השידור.⁷³ במקרה זה הועלתה דרישה לצנזר קטע שנוי במחלוקת מסדרת טלוויזיה. חוק רשות השידור לא קבע כללים הנוגעים ישירות בעניין, אולם פרשנות החוק זיהתה שתי תכליות כלליות אשר עומדות בבסיס החוק ונובעות מעקרונות היסוד של השיטה, שאותן יש לאזן: ערך כבוד האדם, שייפגע אם השידור יתקיים, והזכות לחופש הביטוי.⁷⁴ האיוון נהפך אם כן לבלתי־נמנע בשיטת הפרשנות התכליתית, ועומד במרכזה.

שנית, בכל הנוגע באופי האיוון, פרשנותו של בית־המשפט נוטה לא לקבע תבניות לאיוון, ובמיוחד לא לקבע גדרים לזכויות. בית־המשפט קבע כי דרך האיוון שואפת לכך שזכויות האדם ייקבעו ממקרה למקרה, ללא קביעה קשיחה באשר להיקפן, ובמיוחד ללא קביעת מדרג אשר ידיר ערך או זכות מסוימת מן השיטה או יגרום לכך שהיא "תפסיד" מראש בפעולת איוון כלשהי:

"התנגשות זו משקפת מצב טבעי בחברה דמוקרטית, שבה זכויות אדם מתנגשות אלה באלה (כגון הזכות לחופש הביטוי המתנגשת 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 והאינטרסים ברמה החוקתית, תוך ביטולם של הזכות, הערך או האינטרס שידו על התחונה. 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..."⁷⁵

- 71 ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529 (2003) (להלן: פרשת פלונית).
- 72 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817.
- 73 חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ס"ח 451.
- 74 גם את פסק־הדין בעניין קול העם ניתן להציג כמחיל פרשנות תכליתית. זאת, מכיוון שהשופט אגרנט מאזן בין התכלית הספציפית של פקודת העיתונות, שהיא הגנה על שלום הציבור, לבין התכלית הכללית של חופש הביטוי, שאותה הוא גוזר מעקרונות השיטה. במובן זה, הנשיא ברק הוא ממשיכו של אגרנט לא רק מבחינת האיוון, אלא גם מבחינת שיטת הפרשנות התכליתית. אלא שבניגוד לברק, שיטת הפרשנות התכליתית של אגרנט הובילה אותו לאיוון עקרוני שיצר את כלל הוודאות הקרובה ויתר המשך איוון על־פי התכליות הכלליות בכל מקרה ומקרה. שנית, כמו לגבי מבחנים אחרים שאימץ הנשיא ברק, כגון מבחן הסבירות, שנטבע עוד לפניו, השאלה היא גם שאלה של מידה. השופט אגרנט השתמש בפרשנות תכליתית באופן נקודתי בעניין קול העם, ולטענתי יש לראות זאת גם בהקשר של הצורך להכניס למשפט זכויות יש מאין. השופט אגרנט לא הפך את השיטה לשיטה כללית המוחלת בכל מקרה ומקרה, כפי שעשה הנשיא ברק.
- 75 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 71, פס' 11 לפסק־דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה).

משפט ועסקים, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

גם גישה זו מובילה מטבע הדברים לכך שפעולת השיפוט תתמקד בפעולת האיזון, ולפיכך שפעולת האיזון תהיה בלתי-נמנעת. מכיוון שגדריהן של זכויות אינם נקבעים מראש, ומכיוון שזכויות הן לעולם יחסיות, תוצאתן של כל מקרה ומקרה תהיה קשורה לפעולת האיזון, והאיזון יהיה בלתי-נמנע.

בהקשר זה ניתן לציין את המעבר מאיזון "עקרוני" לאיזון "אד-הוק" שנידון לעיל. פסק-הדין בעניין קול העם טבע איזון עקרוני, כלומר, תוצאת האיזון הייתה קביעת כלל שמעתה והלאה התנגשויות בין חופש הביטוי לבין שלום הציבור בהקשר של צנזורה שלטונית יש לפתור באמצעות כלל של ודאות קרובה. אך מאז בית-המשפט נוטה להתרחק מקביעת איזונים עקרוניים, ולהשאיר את מלאכת האיזון לשיפוט על-פי נסיבות המקרה.⁷⁶ דוגמה אחת מגי רבות לכך היא המבחן שנקבע להתערבותו של בית-המשפט בפעולות הכנסת. בית-המשפט דחה מבחן עקרוני, ותובע במקומו מבחן עמום של "פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים", אשר מכפיף למעשה את ההחלטה אם להתערב אם לאו לפעולת איזון שיעשה בית-המשפט בכל מקרה ומקרה.⁷⁷

התפתחות דוקטרינרית שלישית המסמנת את המעבר לאיזון מהותי היא הרחבת מבחן הודאות הקרובה, שהוא מבחן הסתברות, אל הקשרים שאינם קשורים לשאלות של הסתברות התרחשותו של הנזק. כאמור, חלק מהאפיון של פסק-הדין בעניין קול העם כאיזון משני התמקד בהיותו מבחן הסתברות, שבו הפעולה העיקרית היא בחינת השגתו של סף הסתברותי, ולא השוואה בין ערכים. אך מבחן זה הוחל בשורה של מקרים שבהם לשאלת ההסתברות לא הייתה נפקות, כגון מקרים של פגיעה ברגשות. במקרים אלה הפגיעה היא ודאית, והשאלה העיקרית שבית-המשפט בוחן היא שאלת עוצמת הפגיעה או ממשות הפגיעה. מבחן זה הוא מבחן איזון מהותי יותר, מכיוון שהוא מתמקד בהשוואה בין הערכים המתנגשים, תוך שקלול עוצמת הפגיעה היחסית בכל ערך, ולא בשאלת התממשותו של נזק מסוים – שנקבע מראש כגבוה (על-ידי איזון עקרוני שנערך פעם אחת ולתמיד) – אשר אם הוא הושג, התוצאה עולה מאליה ללא איזון. לדוגמה, בפסק-הדין בעניין לאור,⁷⁸ שעסק בצנזורה של מחזה בשל פגיעה ברגשותיהם של הורים שכולים, בית-המשפט מחיל את מבחן הודאות הקרובה לגבי השאלה אם יש ודאות קרובה לפגיעה ברגשות המצדיקה התגברות על חופש הביטוי. אלא שבניגוד להקשרים של חשש להפרת הסדר הציבורי בשל הסתה, בהקשרים של פגיעה ברגשות אין כל נפקות לשאלת ההסתברות. בית-המשפט מניח אם כן כי ההסתברות לפגיעה ברגשות היא ודאית, ומתמקד במימד שהוא מוסיף למבחן הודאות הקרובה, הוא המימד של עוצמת הפגיעה – השאלה אם עוצמת הפגיעה גוברת על עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי. כאמור, מבחן כזה הוא מבחן איזון מהותי יותר ממבחן ההסתברות שנעשה בעניין קול העם.

76 ראו ביקורת דומה על זניחת האיזון העקרוני אצל קרצ'מר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 311.

77 בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (2) 197 (1982).

78 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421 (1987).

3. תחומי החלה של איזון אשר מדגישים את המימד הערכי וחורגים מן התפקיד של שיטור דמוקרטי

הרחבת תחולת האיזון, כפי שתוארה לעיל וכפי שהיא נובעת מהחלת תורות פרשניות התומכות באיזון, מביאה מטבע הדברים לידי החלתו גם מעבר לתחום של זכויות מיעוטים וזכויות הקשורות להליך הפוליטי. להלן אציין כמה תחומים שבהם הרחבת תחולתו של האיזון מביאה לידי החלתו גם בהקשרים שאינם קשורים להליך הפוליטי וכן בהקשרים שבהם מודגש בעיקר אופיו הערכי של האיזון.

ראשית, כאמור, מבחן הסבירות הביא לידי החלתו של מבחן האיזון בכל תחומי המשפט המנהלי, גם בכאלה שאינם קשורים לזכויות מיעוטים או לזכויות הקשורות להליך הפוליטי. בהקשר זה ידועים פסקי-הדין של בית-המשפט העליון בנוגע למינוים של השרים דרעי ופנחסי למרות התנהלות חקירה פלילית נגדם,⁷⁹ בנוגע להסכמים פוליטיים⁸⁰ וכן בנוגע להחלטות של רשויות התביעה לא להעמיד לדין נבחרי-ציבור, כגון בפרשת מנהלי הבנקים ובפרשת מפכ"ל המשטרה פלד.⁸¹ בכל אלה עלו הקשרים של מנהל תקין, אך אי-אפשר להצביע בהם על זכויות מיעוטים שנפגעו או על זכויות הקשורות להטיית ההליך הדמוקרטי, שבהם יש לבית-המשפט, על-פי הגישה ההליכית, צידוק מיוחד להתערב בהחלטותיהן של הרשויות המוסמכות (רשויות התביעה או הגוף הפוליטי המוסמך להחליט על מינויים).

שנית, מבחן האיזון מוחל בהקשרים מובהקים של מחלוקות ערכיות, שגם הן אינן מעלות את הצידוקים המיוחדים להתערבותו של בית-המשפט בהחלטותיהן של הרשויות המוסמכות, כגון פגיעה בזכויות מיעוטים או הטיה של ההליך הפוליטי. הדוגמות לכך כוללות פסקי-דין שעסקו בסוגיות-יסוד של היחסים בין דת ומדינה בישראל, כגון סוגיית מכירת החזיר⁸² ונושא גיוסם של בחורי ישיבות,⁸³ וכן פסקי-דין שעסקו בנושאים שניצבו במרכזו של דיון פוליטי חי, כגון נושא ה"התנתקות".⁸⁴ דוגמה מובהקת נוספת לכך היא פסקי-הדין בעניין ויכסלבאום בנוגע לכיתוב על

79 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד (5) 404 (1993).

80 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (1995).

81 פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג(1-3) 21 (1994) (הביקורת השיפוטית מתאפיינת בדפוסים של צדק אינדיבידואלי, בעוד הליך החקיקה מתאפיין בדפוסים של צדק קולקטיבי). ראו גם אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 134-142 (1997). ראו בהקשר זה גם בג"ץ 1715/97 יועצי השקעות לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא(4) 367 (1997), וכן בג"ץ 4562/92 אליעזר זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996), אשר בוקרו גם הם על התערבות למען השוק החופשי.

82 בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004).

83 לעיל ה"ש 65.

84 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

מצבותיהם של חללי צה"ל.⁸⁵ בפסק-דין זה נידונה עתירתם של בני משפחות לאפשר כיתוב אישי על מצבת קרוביהם בבתי-קברות צבאיים, וזאת בניגוד להחלטת הוועדה שמונתה לקבל החלטות מסוג זה בחוק (ועדה שהורכבה אף היא בעיקר מנציגייהן של משפחות שכולות). פסק-הדין עוסק רובו ככולו באיזון בין שני ערכים מתנגשים בחברה הישראלית: ערך האחידות, המייצג למעשה את ערך הקולקטיביות והשוויוניות, המתבטאים בכך שחיילים מדרגות שונות ובתפקידים שונים מקבלים מצבה זהה וכיתוב זהה; וערך כבוד האדם, המייצג למעשה את ערך האינדיווידואליזם, המתבטא בקשר האישי של בני משפחה לבן משפחתם שנהרג, ואולי גם את ערך הפרטיות, אשר נפגע מכפיית מודל אחיד של מצבות בנושא כה פרטי כמצבה לקרוב-משפחה. אין בקונפליקט הנידון כל חשד לניצול לרעה של כוח השלטון או להפליה של מיעוטים. הנושא משקף מחלוקת חברתית נוקבת בין ערכים נוגדים, אך לא מקום שבו ההליך הדמוקרטי פגום. בירורו של נושא כזה בבית-המשפט משקף תפיסה שלפיה בית-המשפט הוא המקום הראוי לבירור המחלוקות הערכיות – אם באמצעות איזון בין ערכים שונים ומציאת פשרה ראויה, ואם באמצעות מציאת הערכים "האוברייקטיביים" ואכיפתם על הרשות.

שלישית, המעבר לאיזון מהותי ניכר בהחלת איזון בנושאים השייכים באופן המובהק ביותר לתחומם של המחוקק והרשות המבצעת על-פי הגישה הדמוקרטית, הלוא הם הנושאים הכלכליים, דוגמת אלה שנידונו בפסק-הדין בעניין *Lochner*.⁸⁶ בהקשר זה ניתן להצביע על שורה של החלטות שבהן, באמצעות דוקטרינת האיזון, שחק בית-המשפט זכויות של עובדים, כגון הזכות לשביתה או הזכות למשלח-יד, או עזר לבסס את כוחם של גופים כלכליים חזקים. אכן, במאמרים אחדים ניכרת ביקורת על המגמה "הקפיטליסטית" שניכרת בשיח הזכויות של בית-המשפט העליון, במיוחד לאחר חקיקת חוקי-היסוד בשנים 1992 ו-1994, והאיזון משמש מרכיב מרכזי בביקורת על פסיקה זו.⁸⁷

רביעית, בהמשך לשימוש באיזון לפגיעה בזכויות עובדים, ניתן לזהות שימוש באיזון לפגיעה אף בזכויות הקלסיות ואף בזכויות שזוכות בדרך-כלל בהגנה קטגורית מוחלטת כמעט. הדוגמות המובהקות ביותר לכך הן הזכות נגד ענישה קולקטיבית, אשר האיזון השיפוטי שימש נימוק לפגוע בה בפסקי-הדין שעסקו בהריסת בתים,⁸⁸ וכן הזכות הבסיסית האוסרת ענישה של חפים מפשע למטרות של טובת הכלל, אשר נפגעה בפסק-הדין שעסק

85 בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993).

86 לעיל ה"ש 20.

87 ראו, לדוגמה, רדאי, לעיל ה"ש 81. ראו גם מרמור, לעיל ה"ש 81, בעמ' 134-142; Ran; Hirschl, *Israel's "Constitutional Revolution": The Legal Interpretation of Entrenched Civil Liberties in an Emerging Neo-Liberal Economic Order*, 46 Am. J. Comp. L. 427 (1998).

88 ראו, לדוגמה, בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפרק איזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439. כן ראו את פסקי-הדין הנסקרים אצל דוד קרצ'מר "ביקורת בג"ץ על הריסתם של ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר 305, 322-323, ה"ש 62 (תשנ"ג).

בהחזקתם של עצורי החיזבאללה כקלפי-מיקוח להחזרת שבויים ישראלים, שבו נערך איוון בין האינטרס לשלום הציבור לבין האינטרס האישי לחופש.⁸⁹

4. מבחן המידתיות שבחוקי-היסוד מהשנים 1992 ו-1994

היבט נוסף המתקשר למעבר לאיוון המהותי הוא הפסיקה שהתפתחה בנוגע לפרשנותם של חוקי-היסוד החדשים מהשנים 1992 ו-1994: חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק.⁹⁰ שני חוקי-יסוד אלה, ובעיקר הפרשנות שניתנה להם על-ידי בית-המשפט והפסיקה הענפה שהתפתחה בנוגע אליהם, מהווים כידוע התפתחות חשובה מאוד במשפט החוקתי הישראלי, אשר זכתה אף בכינוי "המהפכה החוקתית". שאלה מתבקשת היא אם חוקי-יסוד אלה מהווים גורם מכריע במעבר מאיוון משני לאיוון מהותי, שאני טוען לו במאמר זה.

נדמה שיש לענות על שאלה זו בשלילה. השינוי מאיוון משני לאיוון מהותי החל עוד לפני חקיקת חוקי-היסוד החדשים. לפיכך יהיה נכון יותר לראות את המהלך של חקיקת חוקי-היסוד החדשים, ובעיקר את הפרשנות שניתנה להם, כחלק ממהלך רחב יותר שגם השינוי אל עבר איוון מהותי הוא חלק ממנו. עם זאת, לחקיקת חוקי-היסוד ולפרשנות שניתנה להם הייתה השפעה חשובה על המשך ביסוסו של האיוון המהותי, לפחות בשני היבטים.

ראשית, פסקת ההגבלה שבשני חוקי-יסוד אלה היא הדבר הקרוב ביותר לביסוס טקסטואלי של האיוון החוקתי במשפט הישראלי. חוקי-היסוד מתירים פגיעה בזכויות המוגנות בהם ובלבד שהפגיעה היא "במידה שאינה עולה על הנדרש". מילים אלה, שקיבלו את הכינוי "מבחן המידתיות", אינן מאזכרות איוון באופן ישיר, אך פרשנות אחת סבירה שלהם היא זו הדורשת השוואה בין חשיבותה של הזכות לבין חשיבותו של האינטרס שמאחורי הפגיעה בזכות. זאת, על-מנת לדעת אם הפגיעה עולה על הנדרש אם לאו. עיגון טקסטואלי לאיוון מחזק את מרכזיותו של האיוון, ויכול לשמש גם חיזוק לגישה המהותית לאיוון, הרואה בו כלי מרכזי וחיוני במשפט.

שנית, בפרשנותם של חוקי-היסוד, ובתת-מבחנים שהתפתחו במסגרת פרשנות זו, ניתן לראות דגש בהיבטים הקשורים לאיוון המהותי. בפרשנות שניתנה לחוקי-היסוד נקבעו שלושה מבחנים המשווים בין הזכות לבין האמצעים להגבלתה: מבחן הקשר הרציונלי, הדורש קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר לבין קידום המטרה השלטונית; מבחן האמצעי

89 עמ"מ 10/94 פלוניס נ' שר הבטחון, פ"ד נג(1) 97, 107. בפסק-דינו של הנשיא ברק נכתב: "נחה דעתי כי פגיעה זו [הנובעת ממעצרים של העותרים כקלפי מיקוח] – קשה וכאובה ככל שהינה – מחויבת המציאות הביטחונית והמדינית היא, ומשקפת היא נקודת האיוון הראויה בנסיבות העניין בין חירות הפרט לבין ההכרח בשמירה על ביטחון המדינה." תוצאת פסק-הדין נהפכה בדיון הנוסף. ראו דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721.

90 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

שפגיעתו פחותה, הדורש כי האמצעי שנבחר הוא זה שפגיעתו בזכות היא הקטנה ביותר האפשרית; ומבחן המידתיות במובן הצר, הדורש כי הפגיעה בזכות תהיה מידתית לתועלת שבהשגת המטרה השלטונית.

מאז נטבעו התת-מבחנים של מבחן המידתיות, ניכרת בפסיקתו של בית-המשפט העליון מגמה של העברת הדגש במבחני האיזון של פסקת ההגבלה אל עבר המבחן השלישי (מבחן המידתיות במובן הצר), המהותי יותר, ולא אל עבר שני המבחנים הראשונים (קשר רציונלי ואמצעי שפגיעתו פחותה), הפורמליים יותר.⁹¹ זהו היבט נוסף המחזק את הדגש באיזון המהותי.

5. הקשרים רחבים יותר של המעבר לאיזון המהותי

הדיון עד כה היה תיאורי בעיקרו. ניסיתי לתעד את טענתי בנוגע לשינוי שחל באיזון ובאופן השימוש בו. לסיכום חלק זה אבקש לגעת בקצרה בשאלות הנוגעות במשמעות השינוי ובתהליכים הרחבים יותר במשפט הישראלי שאותם הוא משקף.

התהליך העיקרי שהשינוי באיזון משקף הוא התהליך שאותו כינה פרופ' מאוטנר "המעבר מפורמליזם לערכים",⁹² כלומר, שינוי מדרך הנמקה צרה יותר של ההחלטה השיפוטית להנמקה רחבה המתבססת על התמודדות ישירה עם ערכים ועם האיזון ביניהם. כאמור, תהליך זה כבר תועד באופן נרחב בספרות המשפטית הישראלית, ונראה כי קישורו לאיזון המהותי אינו מחייב הסבר רב.

עם זאת, אבקש לציין תהליך נוסף שייתכן כי המעבר לאיזון מהותי משקף, שנראה לי מובן מאליו פחות בהקשר של השינוי העובר על המשפט הישראלי. אני מבקש להעלות את האפשרות שהמעבר לאיזון מהותי משקף מעבר של המשפט הישראלי ממקור התייחסות אמריקאי למקור התייחסות גרמני. תזה זו עשויה להפתיע מעט, לנוכח העובדה שהשינוי אל עבר משפט ערכי יותר מאופיין לרוב כקשור לשינוי מקור התייחסות בפסיקה דווקא ממשפט אנגלי ואירופי למשפט אמריקאי. איני מבקש לשלול הסבר זה, לפחות לגבי המהלך הראשון של שינוי שעבר על המשפט הישראלי – זה שהחל בסוף שנות השבעים והתעצם בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים. אך נראה שככל שהשינוי מתבסס ומעמיק, הוא מתרחק מהמודל האמריקאי, ובמיוחד מההיבטים שלו הקשורים למודל ההליכי שהוצג במאמר זה. במקביל, המשפט האירופי, והמשפט הגרמני בפרט, מהווים יותר ויותר מקור התייחסות לתפיסות רחבות של זכויות, בפרט לגבי תפיסה מהותית של האיזון. כפי שתואר לעיל, תפיסת האיזון המהותי, שעל-פיה השופטים עוסקים ישירות בבירור

91 ראו משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י (2) 521 (2007). Moshe Cohen-Eliya, *Formal and Substantive Meanings of Proportionality in the Supreme Court's Decision Regarding the Security Fence*, 38 Isr. L. Rev. 262 (2005). הדוגמה המובהקת למהלך זה הוא פסק-הדין בעניין גדר-ההפרדה: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).

92 מאוטנר, לעיל ה"ש 14.

ערכיה של הקהילה ובאיוון ביניהם, עומדת במרכז תפיסתו של המשפט החוקתי הגרמני. המשפט החוקתי הגרמני מדבר במפורש בלשון של ערכים, והחוקה הגרמנית מפנה ישירות לערכים. האיוון והמקבילה שלו, המידתיות, ממלאים תפקיד מרכזי, אם לא המרכזי ביותר, במשפט החוקתי הגרמני. בהשפעתו של המשפט החוקתי הגרמני ניתן למבחנים אלה תפקיד מרכזי מאוד גם בתורות המשפט של מדינות האיחוד האירופי ושל מדינות רבות אחרות, ביניהן קנדה ודרום-אפריקה.

המודל הגרמני – ובמידה מסוימת אף המודל בשיטות משפט כגון זו של קנדה ודרום-אפריקה – מנוגד למודל האמריקאי בכמה היבטים בולטים. העיקרי מביניהם הוא העדר החשד המובנה לבוכת ריכוז כוח בידי המדינה או בידי אורגנים אחרים, כגון בית-המשפט. על-פי המודל האמריקאי, אחד התפקידים המרכזיים של המשפט החוקתי הוא שיטור כוחם של האורגנים השונים של המדינה, והוא מוצדק על-ידי החשד המובנה לניצול לרעה של כוח שלטוני.

המעבר ממקור התייחסות אמריקאי בעיקרו לכזה שהוא בעיקרו אירופי אינו מאפיין רק את שיטת המשפט הישראלית. בכתבה של ה-*New York Times* שפורסמה לאחרונה מבטאים כמה חוקרים מובילים בארצות-הברית את דאגתם מכך שהמשפט האמריקאי מאבד את מעמדו כמשפט המוביל בעולם במשפט החוקתי וכמקור להתייחסות ולחיקוי, וזאת בעיקר לטובת שיטות משפט כזו הגרמנית, הקנדית והדרום-אפריקאית.⁹³ ישראל מצטרפת מבחינה זו לזרם אירופי וכללי, המתרחק משיטת המשפט החוקתית האמריקאית.

אך גם אם המעבר טבעי במידה מסוימת, הוא מעורר עדיין כמה בעיות ותהיות. המודל הגרמני מבוסס כאמור, בין היתר, על תפיסה אורגנית ולא חשדנית כלפי כוחה של המדינה. הדבר מתבטא גם במבנה של בית-המשפט הפדרלי החוקתי בגרמניה, שהוא מבנה של אורגן מעין-פוליטי הנבחר על-ידי בית-הנבחרים. נשאלת אם כן השאלה אם אימוץ המודל של האיוון המהותי, המשקף כאמור מעבר למודל ערכי גרמני, בא בלוויית אימוץ המודל האורגני וזניחתו של מודל החשד האמריקאי.

אף שאין דרך ברורה להכריע בכך, נדמה שבישראל לא אומץ המודל האורגני הגרמני. להפך, נדמה שהמעבר לתפקיד מהותי יותר של בית-המשפט הוצדק בחלקו בחולשתן של רשויות השלטון האחרות ובמילוי החלל שהן השאירו, ולא בהסתמך על מעבר לתפיסה של שיתוף-פעולה מוגבר בין הרשויות. נוצר אם כן מצב-כלאיים בעייתי: מצד אחד, אומץ תפקיד נרחב יותר לשופטים, המבוסס על תפיסתם לא רק כמפקחים על פעולתו התקינה של ההליך הדמוקרטי, אלא גם כשותפים פעילים בו ובבירור הערכים של החברה; ומצד אחר, לא נוגח החשד המובנה כלפי הרשויות הנבחרות. אימוץ האיוון המהותי על-פי המודל הגרמני מעורר אם כן שאלות בנוגע למקור ההתייחסות הראוי של המשפט הישראלי במאה העשרים ואחת ובנוגע להתחייבויות התיאורטיות הנובעות ממנו.

Adam Liptak, *U.S. Court Is Now Guiding Fewer Nations*, THE NEW YORK TIMES, 93 September 17, 2008, available at www.nytimes.com/2008/09/18/us/18legal.html

משפט ועסקים י, התשס"ט על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון

פרק ז': סיכום

במאמר זה ניסיתי לטעון כי סקירה היסטורית של המשפט הישראלי משקפת מעבר ממודל של איזון משני, הכפוף להגנה חזקה וקטגורית על זכויות הקשורות להליך הדמוקרטי, למודל של איזון מהותי וערכי, אשר נתפס כעומד במרכז העשייה השיפוטית ומוחל בכל ההקשרים, ולא רק בהקשרים של חשד לכשל דמוקרטי.

תהליך זה קשור לכמה תהליכים מוכרים במשפט הישראלי: המעבר מהנמקה פורמלית להנמקה ערכית, הרחבת תפקידו של בית-המשפט בדמוקרטיה הישראלית והרחבת מושגי הזכויות במשפט הישראלי. בסוף המאמר הוצע לקשור תהליך זה גם לתהליך חדש יותר, שנדמה כי הולך וצובר תנופה וחשיבות – מעבר שחל בפסיקה החוקתית ההשוואתית של בית-המשפט העליון מהדגשת המשפט האמריקאי להדגשת המשפט הגרמני והמשפט הקנדי. האיזון המשני מבוסס על הגישה ההליכית והחשדנית, המאפיינת את המשפט החוקתי האמריקאי, בעוד האיזון המהותי מאפיין את הגישה הערכית יותר, המאפיינת את המשפט החוקתי הגרמני. עם זאת, במסגרת מאמר זה לא יכולנו לעמוד על מלוא משמעויותיו של שינוי זה.

