

## אילוץ דאונטולוגי, תרבות ההצדקה ומחוקק היורה בתוח: תשובה למבקרים

אהרן ברק\*

המידתיות מהווה חלק בלתי-נפרד מהמשפט החוקתי של רבות משיטות המשפט. ניתן לומר כי אנו חיים בעידן המידתיות. מהי אותה מידתיות, מהם מרכיביה ומהם יתרונותיה וחסרונותיה – על שאלות אלה אני עומד בספרי **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**.

ביום-העיון שהתקיים במרכז הבינתחומי הרצליה ב-10.4.2011 נבחנה המידתיות כפי שאני מבין אותה. המרצים השונים הדגישו היבטים שונים של תפיסתי, תוך תמיכה בהיבטים מסוימים והבעת ביקורת על היבטים אחרים. השבתי על דברי המבקרים, ועתה מונחת לפניכם תשובתי. היא פותחת בהצגה קצרה של ההיסטוריה של המידתיות בארץ ובמשפט המשווה, ולאחר-מכן עומדת על הבסיס המתודולוגי של המידתיות, המבחין בין שאלות הנוגעות בהיקף הזכות החוקתית לבין שאלות הנוגעות במידת ההגנה על מימושה המלא של אותה זכות.

הדינים המרכיבים את המידתיות מהווים קונסטרוקציה משפטית המשקפת מתודולוגיה חוקתית. מתודולוגיה זו אינה מבטאת גישה ניטרלית לזכויות האדם. המידתיות מבוססת על הצורך להגן על הזכויות ועל הצורך להצדיק הגבלות המוטלות עליהן. ההגבלות שהמידתיות מטילה על מימושן של זכויות חוקתיות, כמו-גם הזכויות עצמן, שואבות את תוכנן מאותו מקור עצמו.

אך טבעי הוא כי בצד ההכרה בחשיבותה ובמרכזיותה של המידתיות מצויה גם ביקורת עליה. עמדתי הבסיסית היא כי אכן יש למידתיות חסרונות מספר, אך התחליף לה אינו טוב ממנה. השלמות מאיתנו והלאה. כל עוד לא נמצאה "המצאה" טובה ממנה, ראוי שנמשיך עם המידתיות, תוך ניסיון לשכללה ולפתחה.

---

\* נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, פרופסור בבית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

- הקדמה
- פרק א : היסטוריה
- פרק ב : נדידת המידתיות
- פרק ג : הבסיס המתודולוגי – ההבחנה בין היקף הזכות לבין הגבלות על מימושה
1. היקף והגבלה
2. היקף הזכות החוקתית והתנגשות בין זכויות
- פרק ד : שלב ראשון – קביעת היקפה של הזכות החוקתית והפגיעה בה
1. קביעת היקפה של הזכות החוקתית
- (א) פרשנות תכליתית של הזכות
- (ב) ביקורתו של פרופ' מדינה
- (ג) תשובתי לביקורת
- (1) תשובה כללית
- (2) תשובה ספציפית לדוגמות של מדינה
2. הפגיעה בזכות החוקתית
- (א) עמדתי הבסיסית
- (ב) ביקורתו של פרופ' מדינה
- (ג) תשובתי לביקורת
3. סיכום הביניים של פרופ' מדינה
- (א) עמדתו של פרופ' מדינה
- (ב) תשובתי לביקורת
- פרק ה : שלב שני – קביעת מידתיותה של הפגיעה בזכות החוקתית
1. מרכיבי המידתיות
2. ביקורתו של פרופ' מדינה
3. תשובתי לביקורת
- פרק ו : תרבות ההצדקה – ביקורתו של פרופ' כהן־אליה ותשובתי לה
1. על תרבות ההצדקה
2. ביקורתו של פרופ' כהן־אליה על תרבות ההצדקה
3. תשובתי לביקורת
- (א) הקשר בין תרבות ההצדקה לבין גישתי למשפט ולשיפוט
- (ב) תשובתי להנחות של כהן־אליה באשר לגישתי למשפט ולשיפוט
- (ג) תשובתי לביקורת של כהן־אליה על תרבות ההצדקה
- פרק ז : על תותח הפוגע בזכות – ביקורתה של ד"ר ווייל ותשובתי לה
1. נושאי מאמרה של ד"ר ווייל
2. חוקתיות יסודנית – עמדתה של ד"ר ווייל ותשובתי לה
3. גישות מוסדיות של חלוקת הכוח – עמדתה של ד"ר ווייל ותשובתי לה
4. הקשיים המעשיים המתעוררים מדיני המידתיות – ביקורתה של ד"ר ווייל ותשובתי לה

## הקדמה

המידתיות מהווה חלק בלתי-נפרד מהמשפט החוקתי של רבות משיטות המשפט. כך היה בחלק השני של המאה העשרים, וכך הדבר בתחילת המאה העשרים ואחת. ניתן לומר כי אנו חיים בעידן המידתיות. מהי אותה מידתיות, מהם מרכיביה ומהם יתרונותיה וחסרונותיה – על שאלות אלה אני עומד בספרי **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**.<sup>1</sup> הספר מתרכז בזכויות החוקתיות ובהגבלות המוטלות עליהן. הגבלות אלה הן חוקתיות אם הן מידתיות. הדינים המרכיבים את המידתיות מהווים קונסטרוקציה משפטית המשקפת מתודולוגיה חוקתית. מתודולוגיה זו אינה מבטאת גישה ניטרלית לזכויות האדם. המידתיות אינה שוות-נפש להגבלתן של הזכויות החוקתיות. היא מבוססת על הצורך להגן על הזכויות ועל הצורך להצדיק הגבלות המוטלות עליהן. ההגבלות שהמידתיות מטילה על מימושן של זכויות חוקתיות, כמו-גם הזכויות עצמן, שואבות את תוכנן מאותו מקור עצמו. המידתיות קובעת את רמת ההגנה הראויה לזכויות החוקתיות בחברה דמוקרטית המבוססת על זכויות חוקתיות.

אך טבעי הוא כי בצד ההכרה בחשיבותה ובמרכזיותה של המידתיות מצויה גם ביקורת עליה. יש המבקרים את המתודולוגיה שעליה מבוססת המידתיות. אחרים מבקרים את השימוש במידתיות על-ידי בתי-המשפט. יש המציעים חלופות למידתיות, ואחרים מבקרים אף חלופות אלה. עמדתי הבסיסית היא כי אכן יש למידתיות חסרונות מספר, אך התחליף לה אינו טוב ממנה. השלמות מאיתנו והלאה. כל עוד לא נמצאה "המצאה" טובה ממנה, ראוי שנמשיך עם המידתיות, תוך ניסיון לשכללה ולפתחה.

ביום-העיון שהתקיים במרכז הבינתחומי הרצליה ב-10.4.2011 נבחנה המידתיות כפי שאני מבין אותה. המרצים השונים הדגישו היבטים שונים של תפיסתי, תוך תמיכה בהיבטים מסוימים והבעת ביקורת על היבטים אחרים. השבתי על דברי המבקרים, ועתה מונחת לפניכם תשובתי. היא פותחת בהצגה קצרה של ההיסטוריה של המידתיות בארץ ובמשפט המשווה, ולאחר-מכן עומדת על הבסיס המתודולוגי של המידתיות, המבחין בין שאלות הנוגעות בהיקף הזכות החוקתית לבין שאלות הנוגעות במידת ההגנה על מימושה המלא של אותה זכות. במסגרת זו ממוקמות ביקורתיהם של פרופ' מדינה, פרופ' כהן-אליה וד"ר וייל, ותשובותיי להן.

1 אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 53 (2010).

## פרק א: היסטוריה

היסודות המרכיבים את המידתיות היוו במשך שנים רבות, כל אחד בנפרד, חלק מהמשפט המנהלי הישראלי.<sup>2</sup> כך לעניין הצורך במטרה ראויה, כך לעניין הדרישה לקשר רציונלי, כך לעניין העדרה של חלופה מזיקה פחות, וכך לעניין האיזון בין הנזק לזכות האדם לבין הגשמת טובת הכלל. לעיתים עמד כל אחד מהיבטים אלה לעצמו, ולעיתים הוא היווה שיקול במסגרת חובתו של המנהל הציבורי לפעול בסבירות.<sup>3</sup> בפיתוחה של הלכת הסבירות סטה בית-המשפט העליון מהלכת *Wednesbury* האנגלית,<sup>4</sup> בהעמידו את הסבירות כדרישה רחבת-היקף, שבמרכזה עומד האיזון בין העקרונות המתנגשים.<sup>5</sup> במשך שנים רבות לא הצטרפו היבטים אלה לכלל מנהלי אחיד ומיוחד.<sup>6</sup> ההשפעה העיקרית לכיוון שכלולה של הצטרפות זו באה מהאקדמיה הישראלית. הראשון שהפנה את תשומת-הלב למידתיות כעילה עצמאית במשפט המנהלי הישראלי היה זאב סגל. ברשימה חשובה (משנת 1990) ציין סגל 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".<sup>7</sup> סגל כינה עילה זו "עילת העדר היחסיות" (disproportionality).<sup>8</sup> לביסוס עמדתו הוא הפנה לספרות השוואתית, וציין כי "במשפט האירופאי בכלל ובמשפט הצרפתי במיוחד מהווה העילה חידוש, שראשיתו עוד לפני

- 2 ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 187 (מהדורה שנייה, 2011); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" בכרך זה.
- 3 ראו אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי** כרך III – עילות ההתערבות 217 (2008).
- 4 ראו: *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 KB 223.
- 5 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 – אורחים 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 המנהלי" **משפטים** יב 102 (1982); משה עציוני "טובת הציבור והאדם הסביר" **ספר זוסמן** 125 (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ וגבריאלה שלו עורכים, 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 (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003); מנחם מאוטנר "בין כשירות לסבירות" **המשפט** 47, 25 (2008); שרגא ושחר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 219. ראו גם להלן תת-פרק ג.
- 6 ראו, למשל, בג"ץ 790/78 **רון נ' שר המסחר התעשייה והתיירות**, פ"ד לג(3) 281, 291 (1979).
- 7 זאב סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" **הפרקליט** לט 507, 511–512 (1990) (ההדגשה במקור).
- 8 שם, בעמ' 511.

כעשרים שנה, הקונה לו מקום בפיתוח היקפה של הביקורת השיפוטית על רשויות המינהל".<sup>9</sup> ארבע שנים לאחר־מכן פורסמה רשימה מקיפה של יצחק זמיר, שהשוותה בין המשפט המנהלי הישראלי לבין המשפט המנהלי הגרמני.<sup>10</sup> ברשימה זו הציג זמיר לראשונה לפני הציבור הישראלי את המידתיות במשפט המנהלי הגרמני. הוא ציין כי בית־המשפט העליון הזניח את המידתיות.<sup>11</sup> הוא הדגיש כי המידתיות אומצה בפועל אך נותרה "בת בלי שם",<sup>12</sup> שכן היא הסתתרה מאחורי עילה אחרת, כגון סבירות או איזון אינטרסים. זמיר הביע תקווה כי "עילה זאת תצא לדרכה, כעילה בפני עצמה, ותזכה להתפתח בצד העילות האחרות".<sup>13</sup>

תקווה זו הוגשמה תוך זמן קצר. היה זה זמיר עצמו – הפעם כשופט בבית־המשפט העליון – שבפסק־דין חשוב הכיר במידתיות כדרישה עצמאית המכוונת כלפי המנהל הציבורי. ואלה דבריו:

"המידתיות היא כלל מקובל וחשוב במדינות שונות, בענפי משפט שונים, ובכלל זה במשפט המינהלי. היא נוהגת גם במשפט ישראל מאז ומתמיד, בענפים שונים, לעתים מכוח התחיקה 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 ישראל למעמד ולמשקל שהוא ראוי להם".<sup>14</sup>

התפתחויות אלה התרחשו בתחום המשפט המנהלי. 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.<sup>15</sup> בין מרכיביה נכללה בלשון מפורשת המידתיות ("ובמידה שאינה עולה על

9 שם, בעמ' 512.

10 ראו יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" **משפט וממשל** ב' 109 (1994).

11 שם, בעמ' 132.

12 שם.

13 שם, בעמ' 133.

14 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־עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 10 (1995): "עקרון המידתיות מקובל, הלכה למעשה, במשפט 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).

15 ראו ס' 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150: "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." ראו גם ס' 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

הנדרש"). בפסק-דיני בפרשת **בנק המזרחי המאוחד**, שהצהיר על מעמדם החוקתי של חוקי-יסוד אלה, עמדתו על מקורותיה של המידתיות בישראל:

"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 המשפט המינהלי האירופי... 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.<sup>16</sup>

על רקע המשפט המשווה נקבע כי מבחן המידתיות מתחלק לשלושה מבחני-משנה, ולכל אחד מהם ניתן המובן שהיה מקובל באותה עת בקנדה, בגרמניה ובפסיקה שפירשה את האמנה האירופית לזכויות האדם. כיום המידתיות מהווה מרכיב מרכזי של המשפט הישראלי. היא חלה לא רק במשפט החוקתי, אלא גם במשפט המנהלי. היא מהווה גם חלק מהשיח הציבורי הישראלי הכללי, הנזקק יותר ויותר לדרישת המידתיות.

## פרק ב: נדידת המידתיות

מקורה של המידתיות במשפט הציבורי הוא בגרמניה. היא פותחה שם בעיקר לאחר מלחמת-העולם השנייה. התפיסה הגרמנית באשר למידתיות לא נשארה בדי' אמותיו של המשפט הגרמני, אלא עברה לשיטות משפט אחרות. זוהי דוגמה מובהקת לתופעה המשפטית של נדידת דינים במשפט החוקתי.<sup>17</sup> ניתן לומר, יחד עם ויינריב, כי המידתיות

16 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).

17 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).

הינה הפרדיגמה של אחרי מלחמת-העולם השנייה (ה-*post-war paradigm*) בהגנה על זכויות האדם.<sup>18</sup> היא חלק מהתיאוריה החוקתית המשותפת לרבות מן המדינות הדמוקרטיות.<sup>19</sup> היא מהווה, בלשונו של דייוויד לו, חלק מה-*generic constitutional law*<sup>20</sup>, ובמסגרתו חלק מה-*generic constitutional analysis*.<sup>21</sup> כיום המידתיות היא חלק מהשפה המשותפת של המשפט החוקתי, על שופטיו וחוקריו.<sup>22</sup> במקומות מסוימים שמרה המידתיות על הגישה הגרמנית על כל מרכיביה, ואילו במקומות אחרים 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.<sup>23</sup> הנה כי כן, המידתיות בישראל אינה יצירה ישראלית מקורית. הננו חלק מתנועה בין-לאומית שקיבלה תאוצה לאחר מלחמת-העולם השנייה. הצטרפנו אליה תוך כדי התפתחותה. בישראל עצמה החלה המידתיות כפרקטיקה שיפוטית ללא תיאוריה, ולימים זכתה בתיאוריה שיפוטית אשר "מתארת את המצב המשפטי הקיים, ומנסה למצוא בו שיטה והיגיון, ובדרך זו לחשוף את המכנה המשותף למקרים רבים, כלומר, את הכלל שהיה נסתר מן העין", כתיאורו של פרופ' זמיר.<sup>24</sup> תיאוריה שיפוטית זו הושפעה בוודאי מעבודתם השיפוטית של שופטים – דוגמת מנחם אלון, אהרן ברק, מישאל חשין, יצחק זמיר, יצחק אנגלרד – אשר באו לבית-המשפט העליון במישורין מהאקדמיה (לעיתים תוך ניסיון פרקטי). על תופעה זו עומד בהרחבה פרופ' זמיר במאמרו החשוב ומאיר-העיניים הרואה אור בכרך זה, ולדבריו אני מסכים בכל לב.

- 18 ראו: Lorraine E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84 (Sujit Choudhry ed., 2007). ראו גם: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L CONST. L. 263, 284 (2010).
- 19 ראו: VICKI JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA 60 (2010).
- 20 ראו: David S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 MINN. L. REV. 652 (2005).
- 21 שם, בעמ' 688.
- 22 ראו THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS, לעיל ה"ש 17.
- 23 ראו: Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2009).
- 24 ראו זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה", לעיל ה"ש 2, בפסקה שאחרי ה"ש 17.

## פרק ג: הבסיס המתודולוגי – ההבחנה בין היקף הזכות לבין הגבלות על מימושה

### 1. היקף והגבלה

התורה המודרנית של הזכויות החוקתיות מבחינה בין שני מושגים יסודיים: היקף הזכות החוקתית והגבלות על מימושה.<sup>25</sup> היקפה של הזכות החוקתית קובע את התחום ה"מכוסה" על-ידיה.<sup>26</sup> הוא קובע את תוכנה ואת גבולותיה. ניתן לשנות היקף זה אך על-ידי תיקון חוקתי. הגבלות על מימושה של הזכות החוקתית קובעות את התנאים החוקתיים המאפשרים לנורמה תת-חוקתית (חוק או משפט מקובל) למנוע את הגשתה במלוא היקפה. תנאים אלה מעוגנים בפסקת ההגבלה (המפורשת או המשתמעת). הם מאפשרים הגבלה של זכות חוקתית על-ידי נורמה תת-חוקתית (חוק או משפט מקובל) מידתית. מספר קטן של זכויות חוקתיות אינן ניתנות להגבלה כלל. אלה הן הזכויות המוחלטות.<sup>27</sup> רוב זכויות האדם החוקתיות ניתנות להגבלה על-ידי נורמה תת-חוקתית, כלומר, הן זכויות יחסיות.<sup>28</sup> בשיטות משפט אחדות אין להגביל את גרעינה של הזכות היחסית – הגרעין הוא מוחלט.<sup>29</sup> מכל מקום, יחסיותה של הזכות החוקתית אינה עושה

25 המתודולוגיה הגרמנית נזקקת למונחים Schutzbereich או Tatbestand. ראו: ROBERT ALEXY, 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 Huseroft ed., 2008). ראו גם בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989); ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989); פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 16; בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 538 (2003); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: פרשת עדאלה נ' שר הביטחון); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 28 לפסק-דין של השופטת נאור (טרם פורסם, 20.8.2008).

26 ה-Scope של הזכות או ה-Coverage שלה. ראו פרשת "המפקד הלאומי", שם, פס' 12 לפסק-דין 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. 537, 541 (2002).

27 על הזכויות המוחלטות ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53.

28 ראו פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 25, פס' 26 לפסק-דין של הנשיא ברק. ראו גם פרשת "המפקד הלאומי", לעיל ה"ש 25, פס' 7 לפסק-דין של השופטת פרוקצ'יה.

29 ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 59.



אותה לזכות לכאורה;<sup>30</sup> הזכות היחסית היא זכות ודאית, שאין לממשה כדי מלוא היקפה.

ההבחנה בין היקף הזכות לבין הגבלת מימושה מבססת שני שלבים בבחינה החוקתית. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם זכות חוקתית הוגבלה על-ידי נורמה תת-חוקתית. נטל ההוכחה בשלב זה מוטל על הטוען להגבלה של זכות חוקתית. בשלב השני נבחנת השאלה אם הגבלת הזכות החוקתית היא מידתית. נטל ההוכחה בשלב זה מוטל על הטוען למידתיותה של ההגבלה.

## 2. היקף הזכות החוקתית והתנגשות בין זכויות

היקפה של הזכות החוקתית נקבע על-פי הכללים לפרשנות חוקתית.<sup>31</sup> היקף זה נקבע על-פי התכלית או הרציונל המונח ביסודה של הזכות. בקביעת היקף זה אין להתחשב בקיומה של זכות חוקתית נוגדת או בקיומו של אינטרס ציבורי נוגד. כתוצאה מכך רבים הם המקרים שבהם זכות חוקתית אחת (כגון הזכות לחופש הביטוי) מתנגשת בזכות חוקתית אחרת (כגון הזכות לפרטיות). כיצד התנגשות זו נפתרת? התשובה נחלקת לשני מצבים. מקום שאחת (לפחות) מהזכויות המתנגשות מעוצבת ככלל (rule), ההתנגשות נפתרת במישור החוקתי על-ידי הכללים הרגילים, שלפיהם הנורמה המאוחרת גוברת על המוקדמת (lex posterior derogat priori) והנורמה המיוחדת גוברת על הכללית (lex specialis derogat legi generali). כללים אלה קובעים את תוקפן (validity) של הזכויות המתנגשות ואת היקפן (scope). לא כן מקום ששתי הזכויות המתנגשות מעוצבות כעקרונות.<sup>32</sup> במצב זה, במישור החוקתי, שתי הזכויות הללו שומרות על תוקפן במלוא היקפן, ופתרון ההתנגשות נערך במישור התת-חוקתי. תוקפו של החוק או המשפט המקובל אשר גביל זכות אחת (המעוצבת כעיקרון) כדי להגשים את הזכות האחרת (המעוצבת אף היא כעיקרון) ייקבע על-פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. תוקף זה ייקבע על-פי כללי המידתיות.<sup>33</sup>

30 על הזכות לכאורה ראו שם, בעמ' 61.

31 ראו שם, בעמ' 69.

32 ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 25, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא ברק: "המאפיין את הדמוקרטיה הוא בעושר הזכויות, הערכים והעקרונות ובהתנגשות המתמדת ביניהם. לא פעם נאמר כי הזכויות, הערכים והעקרונות החוקתיים הולכים זוגות וזוגות של ניגודים. אכן, פתרוןם של ניגודים אלה – שהם טבעיים לדמוקרטיה ומעניקים לה את חיותה – לרוב אינו בקביעת היקפם של הזכויות, הערכים והאינטרסים ובהוצאת ההיבטים שידם על התחונה מתחום השיח החוקתי ומתחום הביקורת החוקתית. פתרוןם של ניגודים אלה הוא בהשאת הניגוד ברמה החוקתית תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות, לערכים ולאינטרסים המתנגשים ברמה של חקיקה רגילה..."

33 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 115. לגישה שונה ראו ALEXI, לעיל ה"ש 25, בעמ' 47.

## פרק ד: שלב ראשון – קביעת היקפה של הזכות החוקתית והפגיעה בה

### 1. קביעת היקפה של הזכות החוקתית

#### (א) פרשנות תכליתית של הזכות

כיצד היקפה של הזכות החוקתית נקבע? התשובה היא שהיקפה של הזכות החוקתית נקבע על-פי פרשנותו של הטקסט החוקתי שבו הזכות החוקתית מעוגנת (במפורש או במשמע).<sup>34</sup> פרשנות זו נעשית על-פי הכללים בדבר פרשנות חוקתית. בישראל, כמו ברוב שיטות המשפט, נוהגת לעניין זה הפרשנות התכליתית,<sup>35</sup> שעל-פיה כל טקסט חוקתי יפורש על-פי התכלית המונחת בבסיסו. תכלית זו היא מושג נורמטיבי. היא קונסטרוקציה משפטית. משמעותה היא המטרה שהטקסט החוקתי נועד להגשים, הפונקציה של הטקסט החוקתי, הרציונל המונח ביסודו של הטקסט החוקתי. תכלית זו כוללת בחובה הן תכלית סובייקטיבית (רצונם של יוצרי החוקה) והן תכלית אובייקטיבית (הבנה היסטורית ומודרנית של הטקסט על בסיס הפונקציה שלו). הפרשנות התכליתית מבקשת לקיים סינתזה בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית. כאשר קיימת אי-התאמה שאינה ניתנת ליישוב, יש ליתן משקל מכריע לתכלית החוקתית האובייקטיבית, כפי שהיא מובנת בעת מתן הפירוש. תכלית זו משקפת את תפיסות-העומק המודרניות בתנועתה של שיטת המשפט על-פני ההיסטוריה. כך החוקה נהפכת לנורמה חיה, ולא מאובנת. כך נמנע שעבודו של ההווה לעבר. אכן, הפרשנות החוקתית התכליתית היא תהליך שבו כל דור נותן ביטוי לתפיסות-היסוד שלו, כפי שהתגבשו על רקע עברו.<sup>36</sup> אין זה תהליך חופשי. הפרשן הנותן פירוש לטקסט חוקתי פועל במסגרת היסטורית-חברתית נתונה. אף שיש לעיתים 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 את עצמו מן העבר. 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".<sup>37</sup>

גישה פרשנית זו חלה גם לעניין פרשנותו של הטקסט החוקתי שבו הזכויות החוקתיות מעוצבות (במפורש או במשמע).<sup>38</sup> על-כן יש לתת לטקסט זה אותו מובן

34 על פרשנות חוקתית ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69.

35 על הפרשנות התכליתית במשפט ראו אהרן ברק *פרשנות תכליתית במשפט* (2003).

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

37 פרשת *בנק המזרחי המאוחד*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 429 (הנשיא ברק).

38 ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 96.

המגשים את המטרה, הפונקציה או הרציונל המונחים ביסודה של הזכות החוקתית. מכאן התפיסה כי אֵל לה לפרשנות של הזכויות החוקתיות להיות לגליסטית, טכנית או פדנטית. היא צריכה לצאת מתוך הזכות פנימה ומתוך מאפייניה כזכות חוקתית. היא צריכה לשקף את מלוא היקפו של האידיאל או האידיאלים שהזכות מבקשת להגשים בגדריה של חברה נתונה. היא צריכה לשקף את שיקולי המוסר שביסוד הזכות.

הפרשנות של טקסט חוקתי המעגן זכות חוקתית אינה מיועדת לתת ללשון הטקסט פירוש מרחיב. אין לכלול בגדריה של הזכות כל דבר שנקשר אליה בדוחק ואשר אינו משקף את הטעמים המצדיקים אותה. כך, אין לכלול בחופש הביטוי את חופש החושים, את עדות השקר או את האיומים. פירושה של הזכות צריך לשקף את מגוון הטעמים המונחים ביסודה, ולא רק בהיבט אפשרי אחד. אלקסי סבור כי בפרשנות של זכות חוקתית יש לצאת מתוך תפיסה רחבה. על-פי גישתו, כל דבר שיש לו ולו קו אופי אחד המאפיין את הזכות נופל לגדרה של הזכות.<sup>39</sup> גישה זו אינה מקובלת עליי. היקפה של הזכות צריך לשקף את מגוון הטעמים המונחים ביסודה. היקף הזכות צריך לשקף את התכלית או התכליות המונחות ביסוד הזכות על-פי הבנתה של החברה.<sup>40</sup> אכן, פרשנות תכליתית של זכות חוקתית אינה פרשנות מרחיבה, כשם שהיא אינה פרשנות מצמצמת. אלה הן רק תוצאות פרשניות העשויות לנבוע, לפי העניין, מתוך הפרשנות התכליתית.<sup>41</sup> אכן, את זכויות האדם יש לפרש אומנם מתוך מבט רחב אך לאו דווקא באופן מרחיב.<sup>42</sup> 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 הכלל או בזכותם של אחרים.<sup>43</sup> 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).<sup>44</sup> השימוש לרעה בזכות מניח את קיומה של הזכות, וקיום זה

39 ראו ALEXI, לעיל ה"ש 25, 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"

40 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 356 (2006) (להלן: פרשת עדאלה נ' שר הפנים): "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..." (הנשיא ברק).

41 ראו: S v. Makwanyane and Another, 1995(3) SA 325 at 391: "[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 a narrower or specific meaning"

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

43 ראו להלן בחלק ד(1)(2), בסעיף העוסק בדוגמה השנייה של פרופ' מדינה.

44 ראו VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 42, בעמ' 46.

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 היקפה.

### (ב) ביקורתו של פרופ' מדינה

פרופ' מדינה, בהערותיו המעמיקות והיסודיות, אינו חולק על גישתי הבסיסית כי היקפה של הזכות החוקתית נקבע על-פי פרשנותה. כמו-כן אין הוא חולק על הקביעה כי הפרשנות הראויה לטקסט המעגן זכות חוקתית היא הפרשנות התכליתית. הוא אף אינו חולק על עמדתי כי פרשנות תכליתית של הזכות החוקתית צריכה להגשים את המטרה, הפונקציה או הרציונל המונחים ביסודה של הזכות החוקתית. נראה לי כי אי-ההסכמה בינינו מתחילה עם עמדתי שלפיה פירושה של הזכות החוקתית צריך לצאת מתוך הזכות פנימה ולשקף אך את שיקולי המוסר שביסוד הזכות. אף כאן דומה כי מדינה מסכים עם עמדתי כי בפירוש היקפה של הזכות אין להתחשב באינטרס הציבורי העשוי להצדיק את הגבלתה. עיקר המחלוקת מתייחס אפוא אך לעניין השאלה אם בקביעת היקפה של הזכות יש להביא בחשבון את הפגיעה בזכויות אחרות.

לדעת מדינה, הפירוש של היקף הזכות צריך להביא בחשבון, בצד הטעמים המיוחדים שביסודה של כל זכות וזכות, גם "תכליות כלליות המשותפות לכלל הזכויות".<sup>45</sup> תכליות אלה צריכות לשקף, לדעת מדינה, את "החובה המוסרית לכבד זכויות-יסוד",<sup>46</sup> באופן שיאפשר לפרטים בחברה "להסכים כי מעשה הפוגע בזכות חוקתית הוא בלתי-מוצדק לכאורה".<sup>47</sup> על-פי גישה זו, "זכות חוקתית היא ביטוי לאיסורים מוסריים המוטלים על השלטון לפעול בדרכים מסוימות".<sup>48</sup> מדינה מכנה את גישתו זו "גישת האילוץ הדאונטולוגי".

מגישתו זו של מדינה מתבקשות מסקנות שונות. אחת העיקריות, העומדת בניגוד לגישתי, היא שבקביעת היקפה של זכות חוקתית יש "לפרשה כך שלא תחול על מעשים של הפרט הפוגעים בזכות חוקתית של אחר".<sup>49</sup> על-פי עמדתי, היקפה של הזכות החוקתית משתרע גם על פעולות המגבילות את זכותם החוקתית של אחרים. התחשבות בזכותו של אחר תיעשה בשלב השני של הבחינה החוקתית, דהיינו, בקביעת מידתיותה של ההגבלה. עמדתו של מדינה, לעומת זאת, היא כי האילוץ הדאונטולוגי – כלומר, ההכרה בהיקפה של זכות חוקתית ככולל בחובו גם הגבלה של זכות חוקתית של אחר – צריך להיות מובא בחשבון כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, קרי, בקביעת היקפה של הזכות החוקתית (העניין שבו אני דן עתה) ובקביעת הפגיעה בה (נושא שבו אדון בהמשך).<sup>50</sup> עם זאת, מדינה אינו טוען שהיקפה של זכות חוקתית לעולם אינו כולל

45 ראו ברק מדינה "על פגיעה" בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' בכרך זה, אחרי ה"ש 21.

46 שם, ליד ה"ש 24.

47 שם, אחרי ה"ש 27.

48 שם, לפני ה"ש 33.

49 שם, ליד ה"ש 38.

50 ראו להלן תת-פרק ד2.

בחובו מעשים שיש בהם פגיעה בזכותו החוקתית של אחר. על-פי גישתו, "כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית יש לערוך שיפוט נורמטיבי אילו מבין סוגי המעשים שיש בהם פגיעה באחרים ראוי שיהיו 'מכוסים' על-ידי הזכות, ואילו אין זה ראוי שייכללו בגדר הזכות".<sup>51</sup> שיפוט נורמטיבי זה, שיעשה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, יהיה "ברמת הפשטה גבוהה, שאינה מתייחסת לנסיבות קונקרטיות. היא צריכה להתחשב במכלול ההשלכות הנובעות מן ההכרה בכך שמעשה מסוים 'מכוסה' על-ידי זכות חוקתית, ובכלל זה ההכרה בחובה המוטלת על השלטון להימנע מהגבלת המעשה והשפעותיה של חובה זו על זכויותיהם של אנשים אחרים".<sup>52</sup>

מדינה מציינת כי קביעת היקפן של הזכויות מושפעת מן העמדה באשר לתכליתה של ההגנה על הזכויות. בעניין זה מדינה מעלה שלוש גישות עיקריות: גישת החשד כלפי רשויות השלטון, גישת האינטרס הראוי למשקל גבוה במיוחד וגישת האילוץ הדאונטולוגי. מדינה מייחסת לי את הגישה השנייה. לדעתו, הגישה הראויה היא השלישית, וזאת משני טעמים עיקריים: ראשית, משום שהיא מגבירה את ההתאמה בין מעשי השלטון לבין המתחייב מן המוסר; ושנית, משום שהיא יוצרת בסיס להסכמה לאומית. על-פי מדינה, טעמים אלה אינם מתקיימים בגישתי, שכן על-פיה זכות חוקתית עשויה לכלול פגיעה מכוונת בזכותו החוקתית של אדם אחר. כתוצאה מכך נשלל מן הזכות המשפטית מעמד נורמטיבי משמעותי, שכן אין לומר מראש שפגיעה בזכות אינה מוצדקת לכאורה. לדעת מדינה, הגישה הראויה היא זו המתחייבת, כבר במסגרת קביעת היקפה של הזכות החוקתית, "אילו מבין סוגי המעשים שיש בהם פגיעה באחרים ראוי שיהיו 'מכוסים' על-ידי הזכות, ואילו אין זה ראוי שייכללו בגדר הזכות".<sup>53</sup>

### (ג) תשובתי לביקורת

#### (1) תשובה כללית

ביקורתו של מדינה היא מקיפה, מעמיקה ומעניינת. היא הניעה אותי לחזור ולחשוב על יסודות תפיסתי. אני מודה לו על כך. גם אם איני סבור שהיא ראויה לגופה, הנני סבור שראוי לדרוש בה לגופה. עמדתו של מדינה היא כי היקפה של הזכות החוקתית נקבע על-פי הפילוסופיה המשפטית המונחת ביסוד ההגנה עליה. זו אינה גישתי. הנני סבור כי מקומה של הפילוסופיה המשפטית המונחת ביסוד ההגנה על הזכות היא בשלב השני של הבחינה החוקתית – הוא השלב שבו נבחן הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית. שלב זה נשלט על-ידי דיני המידתיות. אלה גמישים דיים לאפשר התחשבות במסגרתם בתיאוריות הפילוסופיות השונות המונחות ביסוד ההגנה על הזכות החוקתית. אכן, אני מציינת בספרי כי רוב התיאוריות הליברליות והקומוניטריות ניתנות לביטוי במסגרת מרכיבי המידתיות.<sup>54</sup> הוא הדין בתיאוריה של דוורקין לעניין הזכות כ"קלף מנצח"

51 מדינה, לעיל ה"ש 45, בפסקה שאחרי ה"ש 50.

52 שם.

53 שם.

54 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 584.

(trump) אל מול טובת הכלל,<sup>55</sup> ובתיאוריה של הברמס הרואה בזכויות "חומת-אש" (firewall) המגינה על הפרט מפני הקהילה.<sup>56</sup> שתי התיאוריות הללו, ורבות אחרות, עשויות למצוא את ביטוין במרכיבים השונים של המידתיות, ובעיקר במרכיב המטרה ובמרכיב האיזון.

בכך מתבלט שוני כפול בין גישתי לבין זו של מדינה. ראשית, אף שאני סבור כי האילוץ הדאונטולוגי הוא שיקול ראוי שיש להביאו בחשבון, אני סבור כי הוא השיקול היחיד שיש להביאו בחשבון. אני סבור – במסגרת גישתי האקלקטית<sup>57</sup> – כי יש מקום לרבות מן התיאוריות הפילוסופיות בעניין זכויות האדם. שנית, לפי גישתי, המקום הראוי להתחשבות בשיקולים השונים (לרבות השיקול הדאונטולוגי) אינו בשלב הראשון של הבחינה החוקתית (הוא שלב היקפה של הזכות), אלא בשלב השני של הבחינה החוקתית (הוא שלב מימושה של הזכות).

בכך מתבלטים שני יתרונות של גישתי על זו של מדינה: האחד, ההכרה בעושר החשיבה המשפטית והנכונות לתת לעושר זה מקום ראוי, מפאת אי-הרצון להדיר מהחשיבה החוקתית שום תרומה שמדע המשפט יכול להעניק לתורת הזכויות; והאחר, מתן ביטוי לתורות השונות בגדרי המידתיות בכלל ולעניין האיזון בגדריה בפרט. על-ידי כך נמנע מצב של הכרה בקו מחשבה משפטי מסוים או דחייתו על הסף. תחת זאת באה הכרה ברוב קווי המחשבה המשפטית, תוך מתן משקל כבד יותר לאלה שיש מקום להעדיפם. בכך מתבלטת חשיבותה של המידתיות. היא מהווה כלי לחשיבה משפטית. היא קונסטרוקציה משפטית.<sup>58</sup> היא גמישה דייה להתחשב בשיקולים השונים שהתכליות השונות של ההגנה על הזכויות מעלות; היא מתאימה לרוב התיאוריות המשפטיות בדבר הזכויות החוקתיות.

עמדתו של מדינה באשר להיקף הזכות החוקתית מחייבת, כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, הכרעה בין התיאוריות השונות ובחירה בתורה הנראית לו עדיפה – זו המתחשבת באילוץ הדאונטולוגי – תוך דחייתן של התורות האחרות. על-פי גישתי, לעומת זאת, אין לערוך בחירה כזו בשלב הראשון, וממילא יש להטיל על המדינה את הנטל להצדיק את הגבלת מימושה של הזכות החוקתית כדי מלוא היקפה. ובאשר לשלב השני, במסגרתו יש מקום להתחשב באילוץ הדאונטולוגי אך גם בתורות אחרות, תוך מתן משקלות שונים לשיקולים השונים.

55 ראו: Ronald Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 184–205 (1977); Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in THEORIES OF RIGHTS 153 (Jeremy Waldron ed., 1984). לניתוח גישה זו ראו: 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).

56 ראו: JURGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY 256, 258 (1996).

57 על גישתי האקלקטית ראו ברק *שופט בחברה דמוקרטית* 173 (2004).

58 ראו ברק *מידתיות כמשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 169.

איני סבור כי בשלב של קביעת היקפה של הזכות החוקתית יש לתת משקל מכריע לשיקול הדאונטולוגי שעניינו זכותו של אחר. מדוע יש לתת עדיפות לשיקולים דאונטולוגיים שעניינם זכויותיהם של אחרים על שיקולים דאונטולוגיים אחרים? שיקול דאונטולוגי משמעותו שיקול המתחייב מן המוסר. דבר זה בוודאי אינו מוגבל אך לזכותם של אחרים. היכן יוצב הגבול? ומה באשר לשיקולים של אינטרס הציבור, כגון עצם קיומה של המדינה ובטחונה? אם חופש הביטוי אינו כולל את החופש לפגוע בשמו הטוב או בפרטיותו של אחר, מדוע לא ייקבע כי חופש הביטוי אינו כולל את החופש להסתה לשנאה? אמת, המשפט האמריקאי אינו רואה באלה חלק מחופש הביטוי, אך הדבר קשור לכך שאין הוא נוקט את המידתיות והאיזון שבגדריה. בשיטת משפט כמו זו הישראלית, שבה המשפט מכיר, בשלב השני של הבחינה החוקתית, באפשרות לאזן בין התועלת החברתית שבמניעת הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת החברתית שבהגשמת המטרות הראויות, אין זה ראוי לצמצם את היקפה של הזכות החוקתית מקום שניתן להגביל את מימושה. לעניין זה ראוי למנוע ביקורת שיפוטית על חקיקה המגבילה את חופש הביטוי לעניין ביטוי שיש בו כדי לפגוע בשמו הטוב או בפרטיותו של אחר.

מדינה אינו גורס – ואני מסכים עימו כמוכח – כי כל שיקול דאונטולוגי מובא בחשבון בקביעת היקפה של הזכות החוקתית. אך מהי אמת-המידה להבחנה בין שיקולים דאונטולוגיים שיש להתחייב בהם בשלב הראשון (קביעת היקף הזכות) לבין השיקולים הדאונטולוגיים שיש להתחשב בהם בשלב השני (הגבלות בנוגע למימוש הזכות)? מדינה אינו מספק אמת-מידה כזו, פרט לקביעה כי החשיבה בעניין זה צריכה להיות "ברמת הפשטה גבוהה, שאינה מתייחסת לנסיבות קונקרטיות".<sup>59</sup> העדרה של אמת-מידה מחליש את טיעונו של מדינה. טיעון זה יוחלש עוד יותר בשל גישתו של מדינה, המגבילה את החובה לעניין אמות-המידה לרמת הפשטה גבוהה ולא-התייחסות לנסיבות קונקרטיות. מדוע? ההתחשבות בנסיבות הקונקרטיות היא חשובה בתחום זכויות האדם. דבר זה מושג בגדרי המידתיות, המתחשבת בנסיבות הקונקרטיות.

איני מקבל את הטענה כי אי-התחשבות באילוץ הדאונטולוגי בשלב הגדרת היקפה של הזכות החוקתית מונעת כל אפשרות לומר מראש כי הפגיעה בזכות אינה מוצדקת לכאורה, ועל-כן שוללת מהזכות החוקתית מעמד נורמטיבי משמעותי. לדעתי, אין קשר בין מעמדה הנורמטיבי של הזכות – הנגזר ממעמדה כזכות חוקתית ודאית<sup>60</sup> – לבין הצידוק לפגיעה בה. כל מי שפוגע בזכות חוקתית, לרבות אותו חלק ממנה שאינו מתחשב באילוץ הדאונטולוגי, צריך להצדיק את הפגיעה. אין זה ראוי לשחרר את המדינה מחובה זו ומהביקורת השיפוטית על מעשיה.

מדינה טוען כי עמדת "הופכת את השלב הראשון של הבחינה החוקתית [קביעת היקף הזכות] לפשוט למדי".<sup>61</sup> איני מקבל טיעון זה. פרשנותה של הזכות על-פי הרציונל הטמון ביסודה – הקובע, על-פי גישתי, את היקף הזכות – אינה פעולה פשוטה

59 מדינה, לעיל ה"ש 45, בפסקה שאחרי ה"ש 50.

60 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 63.

61 מדינה, לעיל ה"ש 45, בפסקה שאחרי ה"ש 18.

כלל ועיקר. כך, למשל, התשובה לשאלה אם הזכות החוקתית לכבוד האדם כוללת בחובה שוויון,<sup>62</sup> או אם הזכות החוקתית לקניין כוללת בחובה רישיון שהפרט מקבל מרשויות הציבור,<sup>63</sup> אינה פשוטה כלל ועיקר. לעיתים התשובה עליה קשה ומורכבת. כמובן, עם התפתחות החשיבה החוקתית וריבוי פסקי-הדין בסוגיות אלה, ילך התחום הקשה ויקטן, תוך שהוא ינוע משאלות-היסוד לשאלות המצויות בשוליים. אך תופעה זו תחול לא רק לעניין השלב של קביעת היקפה של הזכות החוקתית (השלב הראשון בבחינה החוקתית), אלא גם לעניין השלב של קביעת המידתיות של ההגבלה שהוטלה על מימוש הזכות החוקתית (השלב השני בבחינה החוקתית).

(2) תשובה ספציפית לדוגמות של מדינה

מדינה מדגים את עמדתו בארבע דוגמות אשר מבססות בעיניו את טענתו ומעוררות קשיים על-פי עמדתי. אביא בכל אחת מהדוגמות את עמדתו של מדינה ואת תשובתי לה.

(i) הדוגמה הראשונה ותשובתי לה

הדוגמה הראשונה מניחה שיטת משפט (כגון זו הגרמנית) המכירה בזכות חוקתית לאוטונומיה של הרצון הפרטי.<sup>64</sup> בגדרי שיטה כזו עמדתי היא כי יש לפרש את היקפה של הזכות ככולל כל פעולה של בעל הזכות להגשמת זכותו. פעולות אלה כוללות פעולות האסורות על-פי הדין הפלילי או האזרחי. עם זאת, ציינתי כי עד כמה שזכות זו אינה מוחלטת, חקיקה תת-חוקתית (פלילית או אזרחית) המונעת את מימושה המלא של הזכות – משום שהיא רואה בפגיעה באחר משום עברה פלילית או עוולה אזרחית – היא חוקתית, ובלבד שהיא מידתית.<sup>65</sup>

62 לשאלה זו ראו יהודית קרפ "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323 (1993); פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241 (1994); יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129 (1995); הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997); דניאל סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001); דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" ספר שמגר – מאמרים חלק א 9 (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003); אורית קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי" המשפט יג 263 (2008); פרנסס רדאי "דיוקנו של הנשיא אהרן ברק: שוויון במדינה יהודית ודמוקרטית" ספר ברק 225 (אייל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009); פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 40; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 717 (2006); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 25.

63 ראו: Charles A. Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, 73 YALE L.J. 733 (1964).

64 ראו ס' (1)2 לחוקה הגרמנית (בנוסחה האנגלית): "Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law"

65 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 66.



על רקע עמדתי זו מציג מדינה את המקרה ההיפותטי הבא: אדם מבקש לתקוף אדם אחר בכוונה להורגו. רשויות השלטון מנסות למנוע זאת, לרבות בדרך של הריגתו ("סיכול ממוקד"). מדינה טוען כי על-פי גישתי, זכותו של התוקף נפגעת על-ידי פעולותיהן של הרשויות השלטוניות הפועלות נגד גופו או חירותו של התוקף. לדעתו, משתמע מגישתי כי גם פעולות של רשויות השלטון המונעות את ביצוע התקיפה או מקשות את מימושה, כגון הצבת גדר סביב ביתו של הקורבן-בכוח, פוגעות בזכותו של התוקף. לדעת מדינה, הפתרון הראוי הוא זה המכיר "בקיומה של פגיעה בזכות חוקתית של התוקף רק ביחס למעשים שלטוניים מסוימים. בפרט, דומני שיש להבחין בין הזכויות החוקתיות של התוקף לחיים ולשלמות הגוף, שיש להכיר בפגיעה בהן בכל מקרה שבו המדינה פועלת נגד גופו של התוקף, לבין החירות שלו להגשים את מטרתו לפגוע באחרים, אשר סיכולה אינו צריך להיות מוכר כלל כפגיעה בזכות חוקתית כלשהי".<sup>66</sup> מדינה מציין כי ביקורתו זו מדגימה את החולשה של גישת הזכויות כאינטרסים מוגנים, שאינה מבחינה בין סיכול בדרך של נטילת חייו של התוקף-בכוח לבין נקיטת צעדים שרק מונעים ממנו את מימוש תוכניתו מבלי לפגוע בגופו.

תשובתי לדוגמה הראשונה היא כי מסקנתי זהה לזו של מדינה. כמו מדינה, גם אני סבור כי פעולותיהן של רשויות השלטון כלפי גופו או חירותו של התוקף פוגעות בזכויותיו החוקתיות, ואילו פעולות המנע של רשויות השלטון אינן פוגעות בזכותו החוקתית של התוקף לאוטונומיה של הרצון הפרטי. אין בגישתי זו משום אימוץ האילוץ הדאוטולוגי. גישתי מתבססת על כך שהאוטונומיה של הרצון הפרטי – עד כמה שהיא מוכרת בשיטת המשפט כזכות חוקתית – פועלת בתוך מציאות נתונה. כך, למשל, החופש שלי לנוע מוגבל על-ידי מבנים ואנשים המצויים במרחב מבלי שאלה פוגעים בעצם מציאותם בזכות לאוטונומיה של רצוני. פעולות שלטוניות המגדילות את מספר המבנים או האנשים המצויים באותו מרחב עשויות להקשות את הגשמת האוטונומיה של הרצון הפרטי שלי, אך אין הן פוגעות באוטונומיה זו.

*(ii) הדוגמה השנייה ותשובתי לה*

הדוגמה השנייה עניינה השאלה אם זכותו של אדם להפגין ליד בית המגורים של איש ציבור נפגעת אם היא נמנעת מקום שהיא פוגעת בפרטיותו של איש הציבור. לפי מדינה, גישתי היא כי זכות ההפגנה אכן נפגעת, וחוקיות הפגיעה או חוקתיותה תיבחן בשלב השני של הבחינה החוקתית, דהיינו, בבחינת המידתיות. לדעת מדינה, זו אינה גישה ראויה. לדעתו, בשל האילוץ הדאוטולוגי יש לסייג את זכות ההפגנה כך שהיא לא תכסה הפגנה שמטרתה להפעיל על איש הציבור לחץ הנובע מן האופן שבו הביטוי מושמע. הפגנה שתכליתה העיקרית היא הטרדה של איש הציבור, בין לשם הפגיעה עצמה ובין כאמצעי להשגת תוצאה אחרת, אינה צריכה להיות "מכוסה" על-ידי הזכות להפגין. גישתי מתוארת נכונה על-ידי מדינה.<sup>67</sup> כאשר זכותו של אדם להפגין מתנגשת בזכות לפרטיות של איש הציבור שההפגנה מכוונת כלפיו (או בזכות הקניין ובזכות הפרטיות

66 מדינה, לעיל ה"ש 45, ליד ה"ש 53.

67 שם, ליד ה"ש 57. ראו בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 463 (1994).

של שכניו), אזי עניין לנו בהתנגשות בין זכויות חוקתיות. זכותו של אדם להפגין משתרעת גם על הפגנה ליד ביתו הפרטי של איש ציבור. זכות זו מתנגשת בזכותו של איש הציבור לפרטיות (ובזכותם של השכנים לפרטיות ולקניין). פתרון ההתנגשות אינו בצמצום הזכות החוקתית של המבקש להפגין או של איש הציבור (או של שכניו). פתרון ההתנגשות הוא ברמה התת-חוקתית – בבחינת המידתיות של הפגיעה בזכותו של המפגין (אם הוא עותר נגד המשטרה על שסירבה להעניק לו רישיון להפגנה) או בבחינת המידתיות של הפגיעה באיש הציבור (או בשכניו) (אם הם עותרים נגד המשטרה על שהעניקה למבקש היתר להפגין). לדעתי, זהו הפתרון הראוי. הוא מכיר בזכויות החוקתיות של כל המעורבים. זכויות אלה אינן משתנות בהיקפן בשל ההתנגשות ביניהן. עם זאת, מוטלות הגבלות על מימושה של כל אחת מהן. כך, למשל, זכותו של המפגין לא תוכל להתממש בשעות השינה של איש הציבור (או של שכניו). להגבלות אלה יש כמובן גבולות,<sup>68</sup> המעוגנים בדיני המידתיות.

על-פי גישתי, זכות ההפגנה נפגעת מקום שהיא נמנעת על-ידי רשויות השלטון, היא הטעם לכך אשר יהא. על-כן זכות ההפגנה נפגעת גם מקום שהיא נועדה לפגוע באיש ציבור ולהטרידו, בין לשם הטרדה בלבד ובין לשם השגת תוצאה אחרת, כגון שינוי במדיניות שאותו איש ציבור נוקט. גישה זו נראית לי ראויה ועדיפה על גישתו של מדינה. היא מכירה בהיקף רחב של הזכות להפגין. גבולותיה של זכות נקבעים על-פי הרציונל המונח ביסודה. בקביעת היקפה של הזכות להפגין אנו משוחזרים מן הצורך להיכנס לבחינת השאלה הסבוכה מה הייתה מטרתו של המפגין. אין זה ראוי ששאלה זו תיבחן על-ידי הרשויות הפוליטיות, ומסוכן להניח למשטרה להכריע בהן. עד כמה שמטרת ההפגנה היא אך לצורכי פגיעה באיש הציבור, יש להכיר בזכותו לפיצויים על הנזק שנגרם לו. זוהי זכות במשפט הפרטי, שאינה מצמצמת את היקפה של הזכות החוקתית. חלקם של השיקולים הדאונטולוגיים שמדינה עומד עליהם עשוי להיות מובא בחשבון בשלב השני של הבחינה החוקתית, שבו תיבחן מידתיותן של ההגבלות שהטילה המשטרה על זכות ההפגנה. נטל ההוכחה מוטל במצב זה על המשטרה.

*(iii) הדוגמה השלישית והתשובה לה*

הדוגמה השלישית עניינה יחסים שבמסגרתם מוטלות על המדינה חובות סותרות: היא חייבת להימנע מלפגוע בזכות חוקתית של אחד (כגון בחופש העיסוק של המעביד) והיא חייבת להגן על זכות חוקתית של אחר (כגון הזכות לשוויון של העובדים). במצב דברים זה גישתי מובילה לכך שאין מנוס מפגיעה של המדינה בזכות חוקתית, בין של המעביד (אם היא תגן על הזכות לשוויון של העובדים) ובין של העובדים (אם היא תגן על חופש העיסוק של המעביד).<sup>69</sup> אך מעבר לכך, אם אין כל חקיקה המסמיכה את המדינה לא לפעול למניעת הפליה, כִּי־אז המדינה חייבת להגן על הזכות לשוויון של העובדים, אך היא אינה מוסמכת לכך, שכן אם תעשה כן, היא תפגע בחופש העיסוק של המעביד בלא הסמכה בחוק.

68 ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 214.

69 מדינה, לעיל ה"ש 45, ליד ה"ש 65.

אכן, גישתי מביאה לידי התנגשות בלתי-נמנעת בין זכות חוקתית "שלילית" (זכות אדם כנגד המדינה המטילה עליה את החובה לא לפגוע בזכות) לבין זכות חוקתית "חיובית" (זכות אדם כנגד המדינה המטילה עליה את החובה להגן על הזכות). מגילת הזכויות החוקתיות מכירה הן בזכויות שליליות והן בזכויות חיוביות. יש שיטות משפט שבהן כל זכות היא גם חיובית וגם שלילית.<sup>70</sup> הדין בישראל בעניין זה טרם התבהר.<sup>71</sup> על כל פנים, ברור כי בישראל הזכות לכבוד האדם הינה הן זכות שלילית ("אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם")<sup>72</sup> והן זכות חיובית ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו").<sup>73</sup> הדין באשר לשאר הזכויות אינו נקי מספקות.<sup>74</sup> מקום שהדין מכיר בזכויות חיוביות, המדינה נתונה במצב מתמיד של התנגשות בין הזכויות החיוביות לבין הזכויות השליליות. כל הגנה על זכות חיובית עלולה לפגוע בזכות שלילית. הגנה על חופש הביטוי של האחד פוגעת בפרטיות ובשם הטוב של האחר; הגנה על הזכות לשוויון של העובדים פוגעת בחופש העיסוק של המעביד. מצב דברים זה אינו רק מתמיד; הוא מצב טבעי.<sup>75</sup> על-פי גישתי, הפתרון להתנגשות זו אינו ברמה החוקתית. הפתרון אינו בצמצום היקפן של הזכויות החוקתיות המתנגשות. כל זכות נשארת בהיקף המגשים את הרציונל המונח ביסודה של הזכות. פתרון ההתנגשות הוא במישור התת-חוקתי. חקיקה או הלכה פסוקה<sup>76</sup> אשר מגינות על זכות חוקתית אחת ופוגעות בזכות חוקתית אחרת יהיו חוקתיות אם הן מידתיות. בדוגמה שהביא מדינה, הפתרון על-פי גישתי הוא זה: על המדינה מוטלת החובה החוקתית – הנגזרת מההיבט החיובי של הזכות לכבוד האדם – להגן על העובדים. מילויה של חובה זו יחייב את המדינה לקבוע נורמות תת-חוקתיות אשר יבטיחו שוויון זה. נורמות אלה יפגעו בזכות החוקתית של המעביד לחופש העיסוק. חוקיותה של פגיעה זו תיקבע על-פי מידתיותה. בהקשר זה מדינה מעלה שני קשיים נוספים המעוררים לדעתו "מעקש חוקתי" שאין לו מוצא על-פי השקפתי. הקושי האחד הוא שלפי גישתי אין זה ברור אם הבחינה צריכה להיעשות מנקודת-המבט של הזכות החוקתית של המעסיק (כך שהנטל להוכיח שהפגיעה מוצדקת מוטל על הטוען כי אין לאסור הפליה) או מנקודת-המבט של הזכות החוקתית של העובדים (כך שהנטל להוכיח שהפגיעה מוצדקת מוטל על הטוען כי אין לפגוע בחופש העיסוק של המעביד). הקושי האחר הוא לעניין ההסמכה של המדינה. אם אין חקיקה המשחררת את המדינה מחובתה להגשים את זכותם של העובדים לשוויון, אזי עליה לפעול למניעת ההפליה. אולם אם גם אין הסמכה להגשים את הזכות החיובית, אזי המדינה אינה רשאית להגן על העובדים, שכן אם תעשה כן, היא תפגע בלא הסמכה בחופש העיסוק של המעביד.

70 ראו ס' 7(2) לחוקה של דרום-אפריקה. לנוסח הסעיף ראו להלן ליד ה"ש 99.

71 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 513.

72 ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

73 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

74 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 516.

75 ראו שם, בעמ' 115.

76 על כוחה של ההלכה הפסוקה להגביל זכות חוקתית ראו שם, בעמ' 156.

שני קשיים אלה אינם מעקש שאין לו מוצא. לעניין הקושי הראשון, הבחינה צריכה להיעשות מנקודת-המבט של שתי הזכויות (החיובית והשלילית) כאחת. ההתנגשות בין החובה להגשים זכות אחת לבין החובה להימנע מלפגוע בזכות אחרת היא התנגשות המתרחשת בחצרה של המדינה. היא ניצבת בפני דרישות נוגדות שכן הזכויות החוקתיות מופנות כלפיה.<sup>77</sup> עליה להביא לידי חקיקתו של חוק שיגשים את הזכות החיובית באופן מידתי ויפגע בזכות השלילית באופן מידתי. חוק זה לא יהיה בו כדי להעניק שוויון מלא לעובדים, ולא תהיה בו הימנעות מוחלטת מפגיעה בחופש העיסוק של המעביד. אי-ההגשמה המלאה של הזכות החיובית של העובד לשוויון והפגיעה בזכות השלילית של המעביד לחופש עיסוק צריכות להיות מידתיות. מבחני המידתיות הם אחדים הן לעניין הזכויות החיוביות והן לעניין הזכויות השליליות.<sup>78</sup>

נניח עתה כי המדינה גיבשה לעצמה פתרון ונחקק חוק. נניח עתה כי העובדים תוקפים את החוק וטוענים כי אין בו הגנה מספקת על זכותם לשוויון. המדינה, בתשובתה, תצטרך להרים את הנטל ולהוכיח כי היה צידוק לכך שהזכות לשוויון של העובדים לא תזכה בהגשמה מלאה. יהא עליה להוכיח כי אי-מתן הגנה מלאה לזכות העובדים לשוויון משרת מטרה ראויה. המדינה תקיים דרישה זו אם תצליח לשכנע כי המטרה שעמדה לנגד עיניה באי-מתן הגנה מלאה לזכותם של העובדים לשוויון הייתה הימנעות מפגיעה בחופש העיסוק של המעביד. כן יהא על המדינה להוכיח את המרכיבים האחרים של המידתיות. נניח עתה כי המעביד הוא שתוקף את החוק וטוען כי הוא פוגע בחופש העיסוק שלו. המדינה, בתשובתה, תצטרך להרים את הנטל ולהוכיח כי היה צידוק לפגיעה בחופש העיסוק של המעביד. יהא עליה להוכיח כי הפגיעה בחופש העיסוק נעשתה למטרה ראויה. המדינה תתגבר על קושי זה אם תוכיח כי המטרה שעמדה לנגד עיניה הייתה הגנה על הזכות לשוויון של העובדים. כן יהא עליה להוכיח את המרכיבים האחרים של המידתיות. תשובתה של המדינה לעתירת העובדים ותשובת המדינה לעתירת המעביד – אחת היא. המדינה לא תוכל לנהל "פנקסנות כפולה". האיזון המושג במשפט התת-חוקתי הוא אחד – הן לעניין הזכויות החיוביות (שוויון לעובדים) והן לעניין הזכויות השליליות (חופש עיסוק).

לעניין הקושי הנוגע בהסמכת המדינה – אכן, בלא הסמכה בחוק אין המדינה רשאית לא להגשים את הזכות החיובית כדי מלוא היקפה (בדוגמה שלנו להגן על הזכות לשוויון של העובדים), ואין היא רשאית לפגוע בזכות השלילית (בדוגמה שלנו חופש העיסוק של המעביד). עליה לחוקק חוק שיסמיך אותה במעשיה ובמחדליה. זוהי דרישה טבעית במדינת חוק. במקום אחר הבעתי דעה כי אם הרשות המחוקקת נמנעת מלהעניק לרשות המבצעת את ההרשאה הנחוצה לה על-מנת להגן על זכות חוקתית, אזי הרשות השופטת

77 ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" (צפוי להתפרסם בספר אלישבע ברק, 2012).

78 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 522.

צריכה להפעיל את סמכותה ביצירת משפט מקובל שיהווה מקור סמכות לרשות המבצעת הן בבואה להגן על זכות חיובית והן בבואה לפגוע בזכות שלילית.<sup>79</sup> כיצד מדינה מציע לפתור את הקושי שעליו הוא עומד? הצעתו היא לקבוע אחת משתיים – "שהימנעות מהיחלצות לעזרתם של העובדים המופלים אינה נחשבת פגיעה בזכות חוקתית שלהם או לחלופין שהחלת האיסור להפלות אינה פוגעת כלל בזכות חוקתית של המעסיק".<sup>80</sup> קביעה זו תיעשה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, כלומר, בשלב שבו נקבע היקפן של הזכויות. התוצאה היא שבמקרה הראשון (שבו המדינה אינה חייבת בשוויון העובדים) "תהא המדינה פטורה מן הצורך להצדיק זאת לפני בית-המשפט במסגרת ביקורת שיפוטית המבוססת על טענה לפגיעה בזכויות חוקתיות",<sup>81</sup> ואילו במקרה השני (הבטחת שוויון לעובדים אינה פוגעת בחופש העיסוק של המעביד) "המדינה רשאית לפגוע בזכות זו ולהימנע מהחלת איסור ההפליה אם האינטרס הציבורי מחייב זאת (למשל, משום שהדבר כרוך בעלות גבוהה מאוד), אך היא פטורה מן הצורך להצדיק, בהליך של ביקורת שיפוטית, החלטה להחיל איסור הפליה, שכן אין במעשה פגיעה בזכות החוקתית של המעסיק".<sup>82</sup>

לדעתי, הפתרון שמדינה מציע אינו ראוי. הוא מצמצם את הזכויות החוקתיות המתנגשות, ומשחרר את המדינה מן הצורך להצדיק את פעולותיה. אכן, ייתכן שהאילוץ הדאונטולוגי המונח ביסודן של פעולות המדינה הוא ראוי, אך עליה להצדיק את החלטתה בבית-המשפט. מדינה משחרר את הרשויות השלטוניות מחובת הצידוק המוטלת עליה על-פי השקפתי. האילוץ הדאונטולוגי חשוב הוא, ויש מקום להתחשב בו. אולם כאשר המדינה משתמשת בו, עליה להצדיק זאת לא רק לעצמה, אלא גם בכית-משפט. מכך אין לשחררה. זאת ועוד, אין בצידוק הדאונטולוגי כדי למנוע את ההכרה בזכויות החוקתיות החיוביות. אלה חשובות מאוד. כך, למשל, הזכויות החברתיות הן זכויות חיוביות. אסור שהשיקול הדאונטולוגי יוביל למסקנה כי אין להכיר בזכויות החיוביות או שיש לצמצמן כך שהן לא יפגעו בזכויות השליליות. אסור גם – אם יוכרו הזכויות החיוביות – שהדבר יביא, בשל השיקול הדאונטולוגי, לידי צמצום היקפן של הזכויות השליליות. כל זכות – חיובית או שלילית – צריכה להישאר במלוא ההיקף הדרוש לשם הגשמת הרציונל המונח ביסודה. אי-מימוש של מלוא הזכות החיובית או פגיעה בזכות השלילית צריכים להיבחן על-פי דיני המידתיות בשלב השני של הבחינה החוקתית. בשלב זה יהא מקום להתחשב גם באילוץ הדאונטולוגי.

*(iv) הדוגמה הרביעית והתשובה לה*

הדוגמה הרביעית סובבת סביב פרשת **עדאלה**.<sup>83</sup> באותה פרשה נידונה חוקתיותו של חוק שהגביל את זכותו של בן-זוג ישראלי לאיחוד משפחה עם בן-זוגו וילדיהם המצויים

79 ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה", לעיל ה"ש 77.

80 ראו מדינה, לעיל ה"ש 45, ליד ה"ש 69.

81 שם, אחרי ה"ש 70.

82 שם.

83 ראו פרשת **עדאלה נ' שר הפנים**, לעיל ה"ש 40.

באזור. בפסק-דיני סברתי כי זכותו של בן-הזוג הישראלי היא שהוא יוכל להתאחד עם משפחתו ולגור עימה בישראל. פסקתי אפוא כי החוק פוגע בזכותו החוקתית של בן-הזוג הישראלי (זכות לכבוד האדם), וכי חוקתיותו של החוק צריכה להיבחן על-פי מידתיותה, כלומר, בשלב השני של הבחינה החוקתית. כנגד זאת הביע המשנה לנשיא השופט חשין את עמדתו כי זכותו של בן-הזוג הישראלי לא נפגעה, שכן זכות זו אינה כוללת בחובה את הזכות לממש את חיי המשפחה דווקא בישראל. במחלוקת זו הביע מדינה במקום אחר גישה התומכת בעמדתו.<sup>84</sup> עם זאת, מדינה מציינת – וזוהי הדוגמה הרביעית שהוא מביא – כי גישתי אינה מתגברת על טיעון נוסף של כמה שופטים, המעמיד כנגד זכותו של בן-הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל את זכותו של כל ישראלי לא להיפגע בישראל ממעשי טרור. מדינה מציינת כי טענה זו מציבה בפניי את הבעיה של התנגשות זכויות חוקתיות (זכותו של בן-הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל, המתנגשת בזכותו של כל ישראלי לביטחון אישי). לפי גישתו של מדינה, על בעיה זו אין ביכולתי להתגבר. על-כן הוא מציע מוצא מהקושי שבו אני מוצא את עצמי. המוצא הוא בהבחנה המבוססת על האילוץ הדאונטולוגי. על-פיה "איסור כניסתו של אדם לישראל כדי למנוע ממנו את האפשרות לבצע מעשה טרור אינו צריך להיחשב פגיעה בזכות חוקתית"<sup>85</sup> (של בן-הזוג הישראלי). לעומת זאת, "אם קיימת אפשרות (לפחות אפשרות סבירה) שהאדם שאת כניסתו לארץ מבקשים למנוע רוצה להיכנס לישראל לשם מימוש האינטרס שלו ושל בן-זוגו לחיי משפחה, אזי די בכך לקבוע כי מניעת כניסתו לארץ תיחשב פגיעה בזכות חוקתית".<sup>86</sup>

תשובתי לטענה זו היא כי אין כל קושי מושגי או מעשי בהכרה בהתנגשות זכויות. אם זכותו החוקתית של בן-הזוג הישראלי מתנגשת בזכותו החוקתית של כל אחד אחר בישראל, אין לפתור התנגשות זו במישור החוקתי.<sup>87</sup> כל זכות תעמוד בעינה במלוא היקפה. פתרון ההתנגשות ימצא בשלב השני של הבחינה החוקתית,<sup>88</sup> על-פי דיני המידתיות. זו גם תשובתי – המקובלת על מדינה – אם כנגד זכותו של בן-הזוג הישראלי לאיחוד משפחות מעמידים את האינטרס הציבורי לביטחון אישי. אף במצב זה הפתרון המתודולוגי זהה.<sup>89</sup> היקף זכותו של בן-הזוג הישראלי אינו מצטמצם בשל הפגיעה בביטחון. הזכות נשארת במלוא היקפה. הגבלת מימושה של הזכות לחיי משפחה בישראל בשל האינטרס הציבורי תיבחן בשלב השני של הבחינה החוקתית על-פי דיני המידתיות. הן במצב שבו כנגד הזכות החוקתית (כגון הזכות לאיחוד משפחות) עומדת זכות חוקתית אחרת (הזכות האישית לביטחון), והן במצב שבו כנגד הזכות החוקתית (לאיחוד משפחות) עומד האינטרס הציבורי (לביטחון אישי), חוקתיותה של הפגיעה

84 ברק מדינה ואילן סבר "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק-דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט 47, 81–87 (2009).

85 ראו מדינה, לעיל ה"ש 45, אחרי ה"ש 75.

86 שם, ליד ה"ש 76.

87 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 115.

88 ראו פרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 25.

89 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 113.

בזכות החוקתית תיקבע בשלב השני של הבחינה החוקתית על-פי דיני המידתיות. במסגרת זו האילוץ הדאונטולוגי שמדינה עומד עליו עשוי למלא תפקיד חשוב, וזאת בעיקר לעניין האיזון בין החשיבות החברתית של מניעת הפגיעה בזכות החוקתית של בן-הזוג הישראלי לאיחוד משפחה לבין החשיבות החברתית של מניעת פגיעה בזכות החוקתית של כל אדם בישראל לא להיפגע מטרור (אם אכן זכות חוקתית זו מופרת) או החשיבות החברתית של מניעת הפגיעה באינטרס של הציבור לביטחון ולמניעת טרור. לעניין עריכתו של איזון זה עשויה להיות רלוונטיות לשאלה אם לכל אדם בישראל יש זכות חוקתית לביטחון, אך לרוב יהיה אפשר לעקוף שאלה זו, שכן לא יהיה הבדל של ממש בין החשיבות החברתית של מניעת פגיעה בזכות החוקתית של כל אדם ישראלי לא להיפגע מטרור (אם תוכר הזכות) לבין החשיבות האפשרית של מניעת פגיעה באינטרס של הציבור (אשר יוכר תמיד, בין אם תוכר לצידו גם זכות חוקתית ובין אם לאו). על כל פנים, גם אם יתברר כי יש חשיבות לשאלה אם לכל אדם בישראל יש זכות חוקתית לביטחון אישי, דבר זה יתברר רק בשלב השני של הבחינה החוקתית, במסגרת דיני המידתיות. הנה כי כן, מבחינתי, הדוגמה הרביעית אינה מעלה כל קושי מיוחד. את התשובה לה נתתי כבר בגדרי תשובתי לדוגמה השלישית.

## 2. הפגיעה בזכות החוקתית

### (א) עמדתי הבסיסית

השלב הראשון של הבחינה החוקתית אינו מסתיים בקביעת היקפה של הזכות החוקתית. יש להוסיף ולהוכיח – והנטל על הטוען לכך – כי הזכות החוקתית נפגעה על-ידי נורמה תת-חוקתית.<sup>90</sup> ביטוי לכך מצוי בפסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

“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.”<sup>91</sup>

על-פי גישתי, פגיעה בזכות חוקתית מתרחשת בכל מצב שבו רשות שלטונית אוסרת על בעל הזכות להגשימה כדי מלוא היקפה או מונעת ממנו את הגשמתה המלאה, ובלבד שההגבלה אינה של “מה בכך”.<sup>92</sup> לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם הפגיעה קשה או קלה, אם היא בליבה של הזכות או באזור האפלולית שלה, אם היא מכוונת אם לאו, או אם היא נעשית בדרך של מעשה או בדרך של מחדל (מקום שיש חובה חיובית להגן על הזכות). על-פי עמדתי, כל פגיעה הינה בלתי-חוקתית אלא אם כן היא מידתית.

90 ראו שם, בעמ' 133.

91 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

92 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 135.

בחינתה של שאלה זו נעשית בשלב הבחינה השני, הוא השלב שבו נבחנת מידתיותה של הפגיעה.

### (ב) ביקורתו של פרופ' מדינה

מדינה סבור כי במתן תשובה לשאלה אם הזכות החוקתית נפגעה יש להתחשב גם באופן שבו נגרמה הפגיעה. אופן זה צריך לבטא הפרה של אילוץ דאונטולוגי. כך, למשל, איסור שידור בטלוויזיה של תשדיר לא יפגע בחופש הביטוי אם התשדיר הוא בנושא פוליטי. לדעת מדינה, גישתו זו עדיפה על גישתי, הרואה בפגיעה כל מצב שבו בעל הזכות אינו רשאי להגשימה כדי מלוא היקפה. לדעת מדינה, גישתי מעוררת שני קשיים. ראשית, גישתי רואה פעולות רבות של רשויות השלטון כפוגעות בזכויות חוקתיות. כדי שפגיעות אלה יהיו חוקתיות, נדרש שתהא להן הסמכה בחוק. נדרשת אפוא הסמכה למעשים ולמחדלים רבים מאוד. לדעת מדינה, אין אפשרות מעשית "להסדיר בחקיקה את כל תחומי הפעילות הללו במידת הפירוט הנדרשת לשם הסמכת המנהל לפגוע בזכות חוקתית".<sup>93</sup> שנית, גישתי רואה כפגיעה גם אי-מימושן של זכויות חיוביות. על-כן גישתי מחייבת להכריע בשאלה אם זכויות כאלה מוכרות במשפט. דבר זה מחייב להכריע בשאלה "מתי טובת הכלל נהפכת לזכות חוקתית".<sup>94</sup> זו שאלה קשה. לדעת מדינה, הדרך לעקוף קושי זה היא באמצעות התמקדות במבחן הפגיעה. גישה זו "שוללת לרוב את העמדה שהימנעות של המדינה מהספקת הגנה לאינטרסים חשובים של הפרט (שאינה מונעת על-ידי רצון לפגוע באותם אינטרסים) היא פגיעה בזכות החוקתית של הפרט".<sup>95</sup> על-כן, גם אם מוטלות על המדינה חובות חיוביות, אין באי-מימושן כדי להוות פגיעה. "רק במצבים מיוחדים ונדירים המדינה כפופה לאילוץ שמחייבה להיחלץ להגנתם של אזרחיה מפני פגיעה בהם על-ידי אחרים, כך שמחדל מלפעול ייחשב פגיעה של המדינה בזכות חוקתית".<sup>96</sup>

### (ג) תשובתי לביקורת

אני סבור כי גישתו של מדינה מצמצמת את האפקטיביות של הזכויות החוקתיות מעבר לראוי. חשיבותן של הזכויות החוקתיות נשחקת – גם אם אינה נעלמת – אם מעשים של רשויות השלטון המגבילים את יכולת מימושן, או מחדלים של רשויות השלטון שאינם מממשים את החובה המוטלת בהן על המדינה כלפי הפרט, אינם מהווים פגיעה בהן. האילוץ הדאונטולוגי שוחק את הזכות החוקתית פעמיים: בפעם הראשונה בהגדרת היקפה של הזכות החוקתית, ובפעם השנייה בעת הגדרת הפגיעה בזכות החוקתית. בשני העניינים שבהם מדינה רואה קשיים בעמדתי אני רואה דווקא את יתרונה של עמדתי. באשר לקושי הראשון (קשיים בהסמכה), הוא מבטא את עקרון חוקיות המנהל.

93 מדינה, לעיל ה"ש 45, אחרי ה"ש 82.

94 שם, ליד ה"ש 85.

95 שם, אחרי ה"ש 86.

96 שם, אחרי ה"ש 87.



למנהל אין סמכות לפעול אם אין לו הסמכה. הצורך בהסמכה לפעולות המנהל הוא מרכיב מרכזי בשלטון החוק, בהפרדת הרשויות ובדמוקרטיה. איני רואה כל קושי מעשי במתן הסמכה בחוק להסדרת תחומי הפעילות הללו. ההסמכה יכולה להיות מפורשת או משתמעת; היא יכולה להיות כוללת או מיוחדת; היא יכולה להיות מעוגנת בחקיקה או במשפט המקובל. אם קיים קושי מעשי, הדרך להתגבר עליו אינה בצמצום הזכות, אלא בצמצום הפעילות. אסור למדינה לפעול ללא הסמכה. בהעדר הסמכה יש להימנע מהפעולה. אם הפעולה נתפסת כחשובה, יש לפעול לשינוי הדין הקיים על-ידי הענקת הסמכות למדינה לפעול. ההסמכה צריכה להיות מוקדמת לפעולה.

באשר לקושי השני (קשיים בהכרה בזכויות חיוביות), בעיניי הוא יתרון, ולא קושי. היתרון הוא בכך שאין לצמצם את חובתה של המדינה אך לאי-פגיעה בפרט. מן הראוי להטיל על המדינה את החובה להגן על הפרט. המדינה אינה רק מקור של סכנה לפרט (בדמות פגיעה בזכויות השליליות) אלא גם מקור של הגנה על הפרט (הגנה על זכויותו החיוביות). גישה זו, אשר החלה להתפתח לאחר מלחמת-העולם השנייה,<sup>97</sup> הביאה לידי הכרה חוקתית בזכויות חיוביות ובחובתה של המדינה לפעולה (Schutzpflicht).<sup>98</sup> לפרט במדינה המודרנית נשקפת סכנה לא רק מפעולת-יתר של המדינה, אלא גם מאי-פעולה של המדינה, בעיקר בתחום ההגנה על הפרט מפרטים אחרים בעלי כוח.

דוגמה להכרה מקיפה בזכויות החיוביות ניתן למצוא בסעיף 7(2) לחוקתה של דרום-אפריקה:

"The state must respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights."

"respect" משמעו לא לפגוע בזכויות החוקתיות. זהו ההיבט השלילי של הזכויות

97 פסק-הדין המרכזי שהניע התפתחות זו הוא פסק-דינו של בית-המשפט החוקתי הגרמני בפרשת *Lüth*. ראו BVerfGE 7, 198 (1958).

98 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); KONRAD HESSE, *GRUNDZÜGE DES VERFASSUNGSRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND* § 350 (1999); 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 CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY* 161 (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006); Javier Barnes, *The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration, in CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN EUROPE* (Schäffer et al. eds., 2008).

החוקתיות. "protect" משמעו הגנה על הזכויות החוקתיות. זהו ההיבט החיובי של הזכויות החוקתיות.<sup>99</sup>

אמת, החוקה האמריקאית אינה מכירה בזכויות החיוביות. הגישה הפרשנית המקובלת שם היא שמגילת זכויות האדם האמריקאית כוללת זכויות שליליות בלבד.<sup>100</sup> החשש שבעטיו נולדה מגילת הזכויות לא היה שהמדינה תעשה מעט מדי, אלא שהמדינה תעשה יותר מדי. על גישה אמריקאית זו נמתחה ביקורת קשה,<sup>101</sup> והוצע אף לשנות את המצב המשפטי בדרך של שינוי חוקתי.<sup>102</sup>

תהא גישתה של מגילת הזכויות האמריקאית אשר תהא, הגישה הרווחת במשפט המשווה ובישראל היא כי הזכויות החיוביות, וביניהן הזכויות החברתיות (כגון בריאות, מגורים וחינוך), הן חשובות לחברה. תפקידה של המדינה נתפס על-ידינו לא רק כתפקיד שלילי שיש להתגונן מפניו באמצעות זכויות שליליות, אלא גם כתפקיד חיובי – לרבות ההגנה מפני פרטים בעלי כוח – שיש להטילו על המדינה (זכויות חיוביות). על-כן מוכרת במשפט המשווה חובתה (החיובית) של המדינה להגן על חייו, גופו וכבודו של אדם מפני סכנה הנשקפת לו מאדם אחר.<sup>103</sup>

99 לפרשנותה של הוראת ס' 7(2) לחוקה של דרום-אפריקה ראו: Lourence du Plessis, *Interpretation, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, ch. 32, p. 12 (Stuart Carmichele v. Minister of Safety and Security, 2001(4) SA 938 (CC)). פסק-דין מרכזי בסוגיה זו הוא: Woolman et al. eds., 2008. בפרשה זו נקבע כי את החובה החיובית המוטלת על המדינה צריכות למלא הרשויות השלטוניות. על-כן היא מוטלת גם על הרשות השופטת. המשמעות החשובה של פסק-דין זה, ושל אחרים כמותו, היא שמקום שקיימת חקיקה המגינה על זכות חיובית, על בית-המשפט לפתח את המשפט המקובל באופן שיבטיח כי הזכות החוקתית תזכה בהגנה חוקתית. הימנעותן של הרשויות השלטוניות מלהגן על הזכות החיובית תהא חוקתית רק אם היא מידתית. על תחולתה של המידתיות בהקשר של הזכויות החיוביות ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 522.

100 ראו: Jackson v. City of Joliet, 715 F.2d 1200, 1203 (1982), שבו קבע השופט פוזנר (Posner) כי מגילת זכויות האדם האמריקאית: "is 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" 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, 489 U.S. 189 (1989); Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).

101 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).

102 ראו: CASS R. SUNSTEIN, *THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER* (2004).

103 ראו: Osman v. United Kingdom, 29 EHHR 25. בפרשה זו נקבע, בין היתר, כי הזכות לחיים:

אני מצר על כך שגישתו של מדינה מסתייגת מזכויות אלה. גישה מסתייגת זו נשענת, בין היתר, על החשש כי ההכרה בזכויות חיוביות סופה שתוביל לצורך הולך וגובר להחליט מתי אינטרס של הפרט (כגון האינטרס לביטחון, למלחמה בפשיעה או לנהיגה זהירה) נהפך לזכות של הפרט. מדינה צודק בציינו כי "קיים קושי של ממש להכריע בעניין זה ככל שמדובר בשאלה מתי טובת הכלל נהפכת לזכות חוקתית".<sup>104</sup> מדינה מבקש לעקוף קושי זה על-ידי נקיטת עמדה שלפיה "רק במצבים מיוחדים ונדירים המדינה כפופה לאילוץ שמחייבה להיחלץ להגנתם של אזרחיה מפני פגיעה בהם על-ידי אחרים, כך שמחדל מלפעול ייחשב פגיעה של המדינה בזכות חוקתית".<sup>105</sup> ואילו אני סבור כי ניתן להתגבר על הקושי לקבוע מתי אינטרס נהפך לזכות.<sup>106</sup> יש להכיר, על-כן, בזכויות חיוביות של המדינה. כך עושות רוב המדינות שאנו מבקשים להשתוות להן.<sup>107</sup> כך ראוי שנעשה גם אנו. יש לפעול כמובן בזהירות. לעיתים חובה המוטלת על המדינה להגן על לאה מפני פגיעתו של ראובן (בגדרי הזכויות החיוביות) משמעותה הטלת חובה על המדינה לפגוע בזכותו החוקתית השלילית של ראובן. אך הצורך בזהירות אינו שקול כנגד שיתוק. הזהירות הנדרשת מובטחת על-ידי כללי המידתיות.

### 3. סיכום הביניים של פרופ' מדינה

#### (א) עמדתו של פרופ' מדינה

בסיכומי מדינה מצביע על הקשיים העקרוניים שבגישה. לטענתו, גישתי "גורמת לכך שסכסוכים רבים מתורגמים באופן מיידי לשיח של זכויות",<sup>108</sup> ודבר זה שולל מהזכויות החוקתיות "מעמד נורמטיבי כלשהו".<sup>109</sup> זאת ועוד, גישתי "מחמיצה את האפשרות להגשים את השאיפה להשגת הסכמה לאומית באמצעות ההכרה בזכויות חוקתיות".<sup>110</sup> לעומת זאת, לדעת מדינה, גישתו שלו "מאפשרת להגשים את עיקר התכליות של ההכרה בזכויות חוקתיות".<sup>111</sup> היא "מעניקה משקל נורמטיבי משמעותי

"may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual". ALASTAIR R. MOWBRAY, THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS: אדם ראו: UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2004).

104 ראו מדינה, לעיל ה"ש 45, ליד ה"ש 85.

105 שם, אחרי ה"ש 87.

106 ראו ארון גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות" משפטים מא(1) 97 (2011).

107 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 514.

108 מדינה, לעיל ה"ש 45, בפסקה שאחרי ה"ש 89.

109 שם.

110 שם.

111 שם, בפסקה האחרונה של פרק א.

לשלב הראשון של הבחינה החוקתית.<sup>112</sup> היא מאפשרת "לשיח הזכויות" לממש את תכליתו כמסגרת לגיבוש הסכמה רחבה להכרעה במחלוקות חברתיות.<sup>113</sup> לדעתו, גישתו תורמת לחיזוק הלגיטימציה של החלת ביקורת שיפוטית במקרים שבהם מוכרת פגיעה בזכויות חוקתיות. לבסוף, גישתו "מותירה עניינים חשובים לשיקול-דעתן של רשויות השלטון האחרות – עניינים שבהם אין לבית-המשפט כל יתרון על מקבלי ההחלטות ברשויות האחרות".<sup>114</sup>

### (ב) תשובתי לביקורת

אף שההגנה על זכויות האדם היא בוודאי מטרה משותפת למדינה ולי, גישותינו נפרדות באשר לדרכים למימושה של הגנה זו: מדינה גורס צמצום של היקף הזכויות, של הפגיעה בהן וממילא של הביקורת השיפוטית; ואילו אני גורס מבט רחב להיקף, לפגיעה בהן ולביקורת השיפוטית. לדעתי, גישתי היא הראויה למדינת-ישראל. ישראל היא מדינה הנתונה בסיכונים בטחוניים בלתי-פוסקים, ושיח הזכויות בה אינו מובן מאליו. במדינה כזו ראוי לעודד "שיח של זכויות", להרחיב את היקפן של הזכויות ואת הגדרת הפגיעה בהן, ולהרחיב את הביקורת השיפוטית על פעולותיהן של הרשויות הציבוריות. אני סבור – וכבר עמדתי על כך<sup>115</sup> – שעל-ידי כך נשלל מן הזכויות החוקתיות מעמד נורמטיבי. גישתי מקובלת במשפט ההשוואתי, ולא שמעתי טענה כי היא שוללת את הנורמטיביות של הזכויות החוקתיות.

באשר להסכמה הלאומית – אני רואה לעניין זה כל הבדל של ממש בין התחשבות בהיבט הדאונטולוגי בשלב הראשון של הבחינה החוקתית (כדעת מדינה) לבין התחשבות באילוף זה בשלב השני (כדעתי). אני סבור שגישתי פוגעת בלגיטימציה של הביקורת השיפוטית, כשם שאיני סבור שגישתו של מדינה מחזקת לגיטימציה זו. הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית מעוגנת בדמוקרטיה עצמה.<sup>116</sup> זו נשענת

112 ש.ם.

113 ש.ם.

114 ש.ם.

115 ראו לעיל ליד ה"ש 60.

116 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 569. הספרות בנושא זה רבה. ראו: JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999); 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); Michael J. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?* 38 WAKE FOREST L. REV. 635 (2003); 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);

על שני אדנים: האחד הוא זכותו של כל אדם להשתתף בבחירות כלליות, חופשיות ושוויוניות; והאחר הוא זכותו של כל אדם לפנות לבית-המשפט בגין פגיעה בזכויותיו.<sup>117</sup>

באשר ליתרונו של בית-המשפט על הרשויות האחרות: אין זה יתרון של תבונה, ואין זה יתרון של חוכמה; זה יתרון של נקודת-מבט, זה יתרון של מומחיות, זה יתרון שנובע מעצמאות ומאי-תלות. נקודת-המבט של בית-המשפט היא השמירה על הפרדת הרשויות והשמירה מפני חריגה מגדרי הסמכויות. במסגרות אלה כל רשות מפרשת לעצמה את סמכותה שלה. כאשר מתעוררת מחלוקת בעניין זה, הסמכות הפרשנית הסופית נתונה לבית-המשפט העליון. הוא המומחה לפרשנות חוקתית לעניין ההסמכות החוקתיות.<sup>118</sup> באופן דומה, כל רשות מפרשת את היקף פרישתה של הזכות החוקתית ואת היקף הפגיעה בה. במקרה של מחלוקת – ההכרעה הסופית נתונה לבית-המשפט. הוא המומחה לפרשנות היקפה של הזכות והיקפה של הפגיעה. כל רשות שלטונית בוחנת לעצמה אם היא עמדה בכללי המידתיות המשותפים לכל הרשויות השלטוניות. כאשר מתעוררת מחלוקת באשר לשאלה אם קוימו כללי המידתיות, בית-המשפט הוא המכריע סופית בעניין זה, הוא המומחה לכך. על-כן ההכרעה הסופית בשאלה אם המטרה ראויה, ובשאלה אם האמצעים רציונליים, נחוצים ושומרים על איזון מידתי בין התועלת שבהגשמת מטרת החוק לבין התועלת שבמניעת פגיעה בזכות החוקתית (לשון אחר, הנזק שבפגיעה בזכות החוקתית), היא בידי בית-המשפט.<sup>119</sup> הוא המומחה לכך: "המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו."<sup>120</sup>

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*, 2 J. LEGAL ANALYSIS 227 (2010); VÍCTOR FERRERES COMELLA, *CONSTITUTIONAL COURTS & DEMOCRATIC VALUES* (2009); GRÉGOIRE WEBBER, *THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS* (2009).

Mattias Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 141 (2010).

118 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 474.

119 שם, בעמ' 482.

120 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 846 (2004).

## פרק ה: שלב שני – קביעת מידתיותה של הפגיעה בזכות החוקתית

### 1. מרכיבי המידתיות

חוק הפוגע בזכות חוקתית הוא לכאורה בלתי-חוקתי. הנטל מוטל על הטוען לחוקתיותו של החוק להוכיח כי החוק הוא חוקתי. לשם כך עליו להוכיח כי החוק הוא מידתי. מרכיביה של המידתיות הם ארבעה: מטרה ראויה, אמצעים רציונליים, אמצעים נחוצים, ואיזון ראוי בין התועלת שבהגשמת המטרה לבין הנזק לזכות (או התועלת שבמניעת הפגיעה בזכות). כל אחד ממרכיבים אלה מובא בהרחבה בספרי, והדיון בהם עומד במרכז הספר. פרופ' מדינה מותח ביקורת על כמה מן הגישות שאני עומד עליהן בספרי. אתמקד אפוא בגישות אלה, מבלי לפרוש את המידתיות על כל מרכיביה.

המרכיב הראשון של המידתיות הוא המטרה הראויה. הדבר מוצא ביטוי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בדרישה כי החוק הפוגע בזכות החוקתית הוא חוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה".<sup>121</sup> בחינת השאלה מהי "מטרה ראויה" מחייבת התמודדות, בין היתר, עם שתי שאלות-משנה: האחת עניינה סוג המטרות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית; והאחרת עניינה מידת הנחיצות או הדחיפות בהגשמתן של מטרות אלה. פרופ' מדינה התמקד רק בשאלת-המשנה השנייה, ועל-כן אפנה אף אני אליה. אני מציין בספרי כי המשפט המשווה אינו מצביע על גישה אחידה באשר לאמות-המידה לקביעת הנחיצות והחיוניות של הגשמת המטרות הראויות.<sup>122</sup> באשר למשפט הישראלי, אני מציין כי עמדתו של בית-המשפט העליון היא כי לעניין הזכויות המצויות ברמה הגבוהה של מדרג הזכויות החוקתיות (כגון כבוד האדם), מטרה של חוק הפוגע בהן היא ראויה רק אם קיים צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי בהגשמתה.<sup>123</sup> מידת הנחיצות לעניין מטרות הפוגעות בזכויות האחרות היא נמוכה יותר, וטרם נקבעה.

המרכיב השני של המידתיות הוא הקשר הרציונלי. פרופ' מדינה אינו מתייחס בביקורתו למרכיב זה, ואף אני אניח לו. המרכיב השלישי הוא מרכיב הצורך.<sup>124</sup> על-פיו המחוקק נדרש לבחור, מבין האמצעים המגשימים את מטרתו הראויה של החוק הפוגע, את האמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. מבחן הצורך אינו מתקיים – כלומר, אין צורך בחוק – אם מצויה חלופה המגשימה במלואה את מטרת החוק תוך פגיעה פחותה בזכות החוקתית. נמצא כי מבחן הצורך מתקיים – כלומר, יש צורך בחוק – אם החלופה המוצעת פוגעת אומנם פחות בזכות החוקתית אך אינה מגשימה את המטרה

121 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

122 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 345.

123 שם, בעמ' 352.

124 שם, בעמ' 391.

במלואה או פוגעת בזכויות אחרות או מצריכה אמצעים כספיים נוספים. בכל המצבים הללו יש צורך בחוק, וחוקתיותו תיבחן במרכיב הרביעי, שעניינו האיזון הראוי בין התועלת שבהגשמת המטרה לבין התועלת שבמניעת הנזק לזכות החוקתית. המרכיב הרביעי הוא כאמור מרכיב האיזון. פרופ' מדינה לא עסק בביקורתו במרכיב זה, ואף אני לא אעסוק בו.

## 2. ביקורתו של פרופ' מדינה

עיקר ביקורתו של מדינה לעניין המידתיות מתרכז במרכיב המטרה הראויה (או התכלית הראויה). ביקורת זו אינה כלפי גישתי שלי לסוגיה זו. לדעתו, גישה זו ראויה. עם זאת, הוא מציין כי "ספק בעיניי אם היא אכן משקפת את המצב המשפטי הקיים בישראל".<sup>125</sup> לדעתו, בית-המשפט העליון מעמיד את המבחן הנכון, אך אינו מיישם אותו הלכה למעשה. לדעת מדינה, ראוי להציב "קווים אדומים" השוללים מלכתחילה את הלגיטימיות של הסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות חוקתיות. "קו אדום" נוסף שיש להציב הוא זה המסמן אילו מטרות הן רלוונטיות לפגיעה בזכות חוקתית ואילו מטרות אינן מצדיקות פגיעה כזו. לדעתו, החרגה זו של מטרות מסוימות "אינה צריכה להיות מוגבלת לזו המקובלת בפסיקה כיום".<sup>126</sup> לדעת מדינה, יש לכלול היבטים נוספים. כך, למשל, יש להבחין בין דרכים שונות להשגת מטרה חברתית כללית כלשהי, שרק חלקן לגיטימיות. לעניין זה יש להתחשב, בגדרי המטרה הראויה, באופן שבו הפגיעה בזכות החוקתית תשיג את יעדה. כמו-כן יש להתחשב במידת הוודאות שהפגיעה בזכות החוקתית אכן נחוצה לשם השגת המטרה החברתית. "תועלות שהסתברות להשגתן היא נמוכה... אינן צריכות להיכלל כלל במסגרת החישוב שנועד לבחון אם הפגיעה בזכות היא מוצדקת".<sup>127</sup>

גישתו זו של מדינה לעניין המטרה הראויה משליכה גם לעניין המרכיבים האחרים של המידתיות. כך, בנתחו את מרכיב הצורך, טוען מדינה כי "אם אמצעי חלופי מאפשר להפחית את הסיכון לאינטרס הציבורי אל מתחת לסף הסיכון הרלוונטי, אזי נקיטת האמצעי הפוגעני יותר אינה מוצדקת... משום שהפגיעה הנוספת אינה עונה עוד על דרישת התכלית הראויה".<sup>128</sup> כתוצאה מנקיטת גישה זו ייהפך המרכיב הרביעי של המידתיות (איזון) למרכיב שיחול רק במקרים חריגים ויוצאי-דופן. מדינה מציין טעם חשוב המצדיק את גישתו זו למרכיב המטרה הראויה. הטעם הוא שכך היקף ההגנה על הזכויות החוקתיות הוא מובנה ועקרוני ככל האפשר.

125 מדינה, לעיל ה"ש 45, ליד ה"ש 96.

126 שם, בפסקה שאחרי ה"ש 101.

127 שם, לפני ה"ש 104.

128 שם, אחרי ה"ש 106.

### 3. תשובתי לביקורת

חלקים מסוימים מגישתו של מדינה מקובלים עליי. כך, למשל, אף אני רואה ב"מטרה הראויה" מרכיב שנועד לקבוע "קווים אדומים" שחצייתם עושה את המטרה לבלתי-ראויה. על-כן מקובל עליי שיש לקבוע מראש אילו מטרות הן רלוונטיות לפגיעה בזכות חוקתית ואילו אינן מצדיקות את הפגיעה. לעומת זאת, איני סבור כי מטרה אינה ראויה רק משום שחלק מהאמצעים להשגתה אינם ראויים. שאלת חוקתיותם של האמצעים תיבחן על-ידי מרכיבי המידתיות האחרים, אך אין לכך בהכרח השפעה על חוקתיותה של המטרה עצמה. כך, למשל, מקום שהמטרה היא לחימה נגד טרור, יהיו בוודאי אמצעים מידתיים להשגתה של מטרה זו ולצידם אמצעים שאינם מידתיים. לדעתי, אין לומר כי המטרה של לחימה בטרור היא ראויה רק אם האמצעים הננקטים לשם הגשמתה הם מידתיים. יש בגישה זו ערבוב בין מרכיבי המידתיות. פסק-דין של בית-המשפט העליון הקובע כי האמצעים שנקט המחוקק אינם מידתיים משום שאחד משלושת מרכיבי המידתיות (קשר רציונלי, צורך או איזון) לא התקיימו במקרה הנידון אין משמעו שהמטרה שהציג לעצמו המחוקק אינה ראויה. במצב דברים זה, המטרה ראויה אך האמצעים אינם ראויים.

על-כן גם לא נראית לי גישתו של מדינה שלפיה קיומה של הסתברות נמוכה להשגת המטרה על-ידי האמצעים שנקטו יש בה כדי להפוך את המטרה לבלתי-ראויה. כאמור, יש להבחין בין מרכיב המטרה הראויה לבין מרכיב הקשר הרציונלי, הדורש קיומו של קשר רציונלי בין האמצעים שנקבעו לבין הגשמת המטרה. חוסר הרציונליות של האמצעים אינו עושה את המטרה לבלתי-ראויה. טלו חוק שמטרתו היא לחימה בנגע הסחר בסמים. לשם הגשמת המטרה נקבע כי חזקה על כל מי שמחזיק כמות כלשהי של סם שהוא מחזיק בה לצורכי סחר בסם. בפרשת *Oaks*<sup>129</sup> נקבע כי האמצעי אינו מידתי, שכן אין קשר רציונלי בין החזקת כמות קטנה של סם מסוכן לבין מכירתו. בקביעתו זו לא קבע בית-המשפט העליון של קנדה כי הלחימה בנגע הסחר בסמים אינה מטרה ראויה. זו מטרה ראויה (ואף חיונית), אך האמצעי שנקט לשם הגשמתה אינו רציונלי.

גישתו של מדינה למבחן הצורך משנה את אופיו של מרכיב זה, והיא אינה מקובלת במשפט המשווה.<sup>130</sup> על-פי גישתו של מדינה, בתנאים מסוימים, אם אמצעי חלופי יש בו כדי להגשים אך חלק מהמטרה תוך פגיעה פחותה בזכות החוקתית, מרכיב הצורך אינו מתקיים ואין צורך בחוק, שכן יש חלופה ראויה. על-פי גישתי, במצב דברים זה החלופה אינה ראויה, ויש צורך בחוק. חוקתיותו של החוק תיבחן במסגרת המרכיב הרביעי של המידתיות, הוא מרכיב האיזון.

מדינה מציין כי המרכיב הרביעי של המידתיות (איזון) מעורר קשיים לעניין הלגיטימיות השיפוטית. אכן, אל מרכיב זה מכוונת עיקר הביקורת הנמתחת על המידתיות. לדעתי, ביקורת זו אינה ראויה. בספרי אני מקדיש פרק נפרד לניתוח

129 ראו: R. v. Oaks, [1986] 1 S.C.R. 103.

130 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 399.



הביקורת, תוך מתן תשובות לטענות המועלות נגד מרכיב זה.<sup>131</sup> מדינה עצמו אינו נוקט עמדה בעניין זה, ועל-כן לא ארחיב על כך אף אנוכי.

מדינה מציינת כי ראוי שהיקף ההגנה על הזכות החוקתית יהיה מובנה. לגישה זו אני מסכים.<sup>132</sup> יתרונה של המידתיות כפי שאני מבין אותה על גישות אחרות הוא, בין היתר, בכך ששיקול-הדעת הניתן לגורם המחליט – המחוקק, המבצע, השופט – הוא מובנה. על המחליט לחשוב ולפעול בשלבים.<sup>133</sup> אני חושש שהקשרים ההדוקים שמדינה יוצר בין המרכיבים השונים פוגעים ביתרון זה של המידתיות.

לבסוף, מדינה סבור כי דיני המידתיות צריכים לשקף גישה עקרונית. גישה זו מקובלת עליי, וכך נהגתי בהבנת כל אחד ממרכיבי המידתיות. אמות-המידה שתוארו על-ידי אינן אד-הוקיות. הן אינן קונקרטיות. היקפו של כל אחד ממרכיבי המידתיות נקבע על-ידי אמות-מידה עקרוניות. זאת ועוד, לעניין המרכיב הרביעי של המידתיות (איזון) הצעתי כי יוכר שלב-ביניים בין אמת-המידה העקרונית (שהיא כללית מדי בעיניי) לבין האיזון הקונקרטי (שהוא ספציפי מדי בעיניי). כינתי שלב זה "איזון עקרוני" (principled balancing).<sup>134</sup> אני מקווה שהוא יוכר בפסיקה הישראלית.

## פרק ו: תרבות ההצדקה – ביקורתו של פרופ' כהן-אליה ותשובתי לה

### 1. על תרבות ההצדקה

בספרי אני מביא את הטעמים השונים התומכים במידתיות. ראש וראשון להם הוא הדרישה שהמידתיות מציבה בפני הרשויות השלטוניות (המחוקקת, המבצעת והשופטת), בשעה שהן פוגעות בזכות חוקתית, להצביע על צידוק (justification) הקיים לדעתן לפעילותן.<sup>135</sup> הדגשתי כי המידתיות מחייבת בחינה תמידית בדבר קיומו של צידוק זה.<sup>136</sup> היא מבססת – כביטוי של מוריניק – "תרבות של

131 לניתוח הביקורת ותשובתי לה ראו שם, בעמ' 577.

132 שם, בעמ' 558.

133 שם, בעמ' 561.

134 שם, בעמ' 630.

135 שם, בעמ' 555.

136 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 ALEXY 131 (George Pavlakos ed., 2007); VICKI C. JACKSON,

הצדקה"<sup>137</sup> על-פי תפיסה זו, הדמוקרטיה מבוססת על זכויות אדם. הפגיעה בהן אינה יכולה להיות דבר שבשגרה. היא מחייבת צידוק שיש בו כדי לבסס את הפגיעה בזכות החוקתית. אכן, החשיבה המידתית אינה מכוונת – כמקובל בתורת זכויות האדם האמריקאית – לסיווגו של מקרה לגדרה של קטגוריה המספקת תשובה לבעיה.<sup>138</sup> החשיבה המידתית מכוונת לבחינה מתמדת בדבר קיומו של צידוק ענייני לפגיעה בזכות, תוך התחשבות בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

## 2. ביקורתו של פרופ' כהן-אליה על תרבות ההצדקה

לדעת כהן-אליה<sup>139</sup> – ושותף לדעתו זו גם ד"ר עידו פורת<sup>140</sup> – דרישה זו להצדקה מתמדת, המונחת ביסודה של המידתיות, היא ההסבר העיקרי להתפשטותה של המידתיות במשפט החוקתי של מדינות רבות. מדינות אלה העדיפו את המידתיות (המבוססת על תרבות ההצדקה) על הגישה האמריקאית (המבוססת על תרבות הסמכות). בהמשך המאמר מצביע כהן-אליה על השלכותיה של תרבות ההצדקה, תוך שהוא מבקש להראות כי גישתי המשפט החוקתי, לתפקיד השופט ולתורת המשפט קשורה בקשר הדוק לתרבות ההצדקה. הוא מציין כי על-פי גישת ההצדקה, כל פעולה שלטונית הפוגעת בזכויות חוקתיות מחייבת הצדקה. לדעת כהן-אליה, גישת ההצדקה תואמת את גישתי בנושאים כגון שפיטות וזכות עמידה. היא המונחת ביסוד תפיסתי כי אין לאפשר "חורים שחורים". לדעת כהן-אליה, זכויות נתפסות בתרבות ההצדקה כערכים שיש למקסמם. "אם מה שחשוב הוא ההצדקה המהותית לפעולה, אזי אין הכרח להגדיר את הזכויות באופן צר."<sup>141</sup> הזכויות אינן יותר מאשר תביעות לכאוריות אשר מטילות נטל מסוים על המדינה להצדיק הגבלת חירויות. כהן-אליה מזהה גישה זו עם גישתי, המרחיבה את היקפן של הזכויות החוקתיות, בנכונות להחיל נורמות חוקתיות על גורמים פרטיים ובהכרה בזכויות חיוביות.

137 (2010) 63 CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA. ראו גם Kumm,

לעיל ה"ש 117.

137 ראו: Etienne Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. AFR. J. HUM. RTS. 31, 32 (1994); David Dyzenhaus, *Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture*, 14 S. AFR. J. HUM. RTS. 11, 27 (1998); 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*, 2008 N.Z. L. REV. 423. ראו גם Butler, לעיל ה"ש 26.

138 לתיאור הגישה האמריקאית כגישה החושבת בקטגוריות ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 577.

139 משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" בכרך זה.

140 ראו: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59 AM. J. COMP. L. 463 (2011).

141 כהן-אליה, לעיל ה"ש 139, אחרי ה"ש 38.

תרבות ההצדקה, לפי כהן-אליה, מובילה לתפיסה כי הלגיטימיות של הפעולה השלטונית נובעת מקיומו של צידוק, ופחות מפרשנות הטקסט. כהן-אליה מצביע על כך שבתורת הפרשנות התכליתית המקובלת על ידי "יש מרכיבים מִטְ-טקסטואליים (ואפילו אנטי-טקסטואליים) ברורים".<sup>142</sup> לדעת כהן-אליה, "תרבות ההצדקה מבטאת אופטימיות בנוגע ליכולת האנושית להבחין בין אמת לבין טעות".<sup>143</sup> הרשות השופטת במיוחד נתפסת כמוסד שיש לו הכלים לבחון את הסבירות והרציונליות של החלטות שלטוניות. כהן-אליה סבור כי גישה זו מאפיינת את גישתי למשפט ולשיפוט. "תורת המשפט של ברק מתאפיינת באופטימיות לגבי יכולתם של שופטים להגיע להחלטות נכונות, תוך עשיית שימוש מוגבר במונחים שמבטאים אמונה זו, כגון 'אובייקטיביות שיפוטית', 'סבירות' או 'חוש המומחיות של המשפטן'".<sup>144</sup> לבסוף, תרבות ההצדקה קשורה, לדעת כהן-אליה, לתפיסה של דמוקרטיה דליברטיבית. "לפי גישה זו, חוקים הם לגיטימיים אם ורק אם הם תוצר של שיח ציבורי המבוסס על היגיון ו'טעמים ציבוריים' (public reason)."<sup>145</sup> לפי כהן-אליה, בתפיסתי "המידתיות ממלאת תפקיד חשוב בקידום שיח רציונלי ובקיומו של דיאלוג בין המחוקק לבין השופט".<sup>146</sup>

לדעת כהן-אליה, קיימת "שקילות מוחלטת כמעט"<sup>147</sup> בין תרבות ההצדקה וגישתי למשפט ולשיפוט לבין המידתיות. מתאם זה חזק עד כדי כך, לדעת כהן-אליה, שהמבנה הדו-שלבי של הניתוח החוקתי – שעיקרו בשלב השני, שעניינו בחינת הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית – הופך את המידתיות לאינהרנטית לתרבות ההצדקה ולחלק מרכזי בה.<sup>148</sup> "מעלותיה של המידתיות, השיטתיות שבה והאובייקטיביות הטמונה בה הופכות אותה לכלי חיוני בתרבות ההצדקה."<sup>149</sup>

כהן-אליה מכיר ביתרונותיה של תרבות ההצדקה. עם זאת, הוא ביקורתי כלפיה. לעניין זה כהן-אליה מעלה חמש ביקורות עיקריות. ראשית, "לא תמיד הנימוקים שהמדינה מציגה אכן מבטאים כבוד כלפי האזרחים, שכן לא אחת קורה שהרשויות מציעות נימוקים פורמליים-טכניים, ולא נימוקים מהותיים פרטניים".<sup>150</sup> שנית, החובה המוטלת על המדינה להצדיק את פעולותיה מבטאת חוסר אמון כלפי המדינה.<sup>151</sup> שלישית, "ההנחה שנימוקים או הצדקות המבוססים על 'טעם ציבורי' יוצרים הסכמה רחבה, ובהתאם לכך גם לגיטימיות, היא בעייתית. גם אם אנחנו מסכימים על ישויות עמומות, כגון 'כבוד האדם' או 'מדינה יהודית ודמוקרטית', זו הסכמה ריקה מתוכן, שרק

142 שם, ליד ה"ש 50.

143 שם, לפני ה"ש 51.

144 שם, אחרי ה"ש 56.

145 שם, אחרי ה"ש 58.

146 שם, אחרי ה"ש 59.

147 שם, בתחילת פרק ג.

148 שם.

149 שם, אחרי ה"ש 70.

150 שם, אחרי ה"ש 73.

151 שם.

מעבירה את סמכות ההכרעה מהמוסדות הנבחרים אל בתי-המשפט.<sup>152</sup> רביעית, "אין קשר ישיר בין הצגת הצדקה לבין נשיאה באחריות (accountability)". הדרישה להצדקה חותרת תחת האוטונומיה של מקבלי ההחלטות ותחת הנשיאה באחריות שלהם כלפי הבוחרים. בית-המשפט, שלפניו מוצגת ההצדקה, בוחן אותה במונחים של סבירות או קידום ערכים יסודיים. כתוצאה מכך נפגע העיקרון של נשיאה באחריות, שכן המצב התודעתי של מקבלי ההחלטות "מתמקד יותר בשאלה איזו מדיניות תצלח את מבחן בג"ץ במקום בשאלה איזו מדיניות היא הטובה ביותר".<sup>153</sup>

לבסוף, הבעיה המשמעותית ביותר של תרבות ההצדקה, לדעת כהן-אליה, היא שתרכות זו בוחנת את מידת ההתאמה של ההצדקה לעקרון-היסוד של "טעם ציבורי" (public reason). טעם זה קשה לפענח וחשוף לבעיות חריפות. מה שהתחיל כתביעה כלפי רשויות השלטון להצדיק את פעולותיהן גלש לביקורת שיפוטית מהותית. ביקורת זו בוחנת את ההצדקה במונחים של סבירות ואיזונים, מתוך התייחסות לערכי-היסוד של השיטה. התוצאה היא שבית-המשפט, אשר תפקידו העיקרי הוא "להבטיח שהכרעות פוליטיות מתקבלות ללא כשל בהליך הדמוקרטי",<sup>154</sup> אינו מגשים את תפקידו זה. תחת זאת השופטים מגשימים "ערכים עמומים, המותרים להם טווח נרחב של שיקול-דעת לקבוע איזו מדיניות ציבורית מגשימה אותם".<sup>155</sup> פעולה שיפוטית זו לוקה "בגירעון דמוקרטי ובחוסר בלגיטימיות".<sup>156</sup>

### 3. תשובתי לביקורת

#### (א) הקשר בין תרבות ההצדקה לבין גישתי למשפט ולשיפוט

בתשובתי לדבריו החשובים והמעניינים של כהן-אליה אבקש להפריד בין התובענות של כהן-אליה בקשר לגישתי למשפט ולשיפוט – תובענות הנלוות לניתוחו על תרבות ההצדקה – לבין ביקורתו על תרבות ההצדקה עצמה. הטעמים לכך הם שניים: ראשית, מבחינה היסטורית, תורת המידתיות התפתחה ללא קשר לגישתי שלי. בספרי ביקשתי לבסס אותה על בסיס אנליטי מוצק, מבלי לקשור אותה במישרין לתפיסתי בנוגע למשפט ולשיפוט. לדעתי, ניתן לבסס את המידתיות גם בלי גישתי זו. שנית, תיאור גישתי למשפט ולשיפוט מחייב הבהרות מספר, כדי לשקפה נאמנה. להלן אתייחס אך לכמה עניינים עיקריים, ולא אנסה לבחון כל עמדה המיוחסת לי.<sup>157</sup>

152 שם, לפני ה"ש 74.

153 שם, בפסקה שאחרי ה"ש 74.

154 שם, לפני ה"ש 75.

155 שם.

156 שם.

157 כך, למשל, כהן-אליה כותב כי יש בגישתי "נכונות להחיל את הנורמות החוקתיות גם על גורמים פרטיים" (שם, ליד ה"ש 46). על-פי גישתי, אין תחולה ישירה של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי. התחולה היא עקיפה – ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה", לעיל ה"ש 77.

**(ב) תשובתי להנחות של כהן-אליה באשר לגישתי למשפט ולשיפוט**

גישתי למידתיות אינה מנקודת-מבט שיפוטית. ספרי על המידתיות לא ישתנה כלל אם ייקבע כי אין ביקורת שיפוטית על חקיקה בלתי-מידתית הפוגעת בזכות חוקתית. תפיסתי בדבר המידתיות אינה חלק מתפיסה מוסדית של רשויות השלטון, אלא חלק מתפיסה נורמטיבית של חוקתיות.<sup>158</sup> על-פיה, כללי המידתיות מכוונים כלפי כל רשויות השלטון, וקובעים אמות-מידה נורמטיביות באשר לשיקול שעל הרשויות לשקול. "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".<sup>159</sup> על-כן הפעלת כוח החקיקה של המחוקק כפופה למידתיות הפגיעה בזכויות חוקתיות. חברי הגוף המחוקק רוצים לדעת, צריכים לדעת וזכאים לדעת מהם גבולות החקיקה. ידע זה אינו קשור לביקורת שיפוטית. גם אם נקבע במפורש בחוקה כי חוקתיותה של החקיקה הפוגעת בזכויות חוקתיות אינה שפיטה, המחוקק צריך עדיין לקיים את חובתו החוקתית לחוקק חוקים שפגיעתם בזכויות חוקתיות מקיימת את כללי המידתיות. הוא הדין ברשות המבצעת וברשות השופטת.<sup>160</sup> אכן, כללי המידתיות הם אחידים. הם חלים על כל רשות מרשויות השלטון. הם אינם משתנים על-פי הרשות השלטונית המפעילה אותם. הביקורת השיפוטית אינה חיונית למידתיות. היא חיונית לדמוקרטיה – אך זו שאלה אחרת, שבה אני עוסק בספרי בשוליים בלבד.<sup>161</sup>

כהן-אליה רואה בתרבות ההצדקה את ההסבר העיקרי להתפשטות המידתיות במשפט המשווה. אף אני רואה בתרבות ההצדקה הסבר חשוב להתפשטות המידתיות ("נדירת המידתיות").<sup>162</sup> עם זאת, נראה לי כי המידתיות התפשטה ללא מודעות לתרבות ההצדקה, והיא ניתנת להצדקה גם בלעדיה. בספרי אני עומד על יתרונות נוספים של המידתיות שאינם קשורים במישרין לתרבות ההצדקה.<sup>163</sup>

כהן-אליה מציין כי תרבות ההצדקה רואה בזכויות לא יותר מאשר "תביעות לכאוריות, אשר מטילות נטל מסוים על המדינה להצדיק הגבלת חירויות".<sup>164</sup> זו אינה גישתי. על-פי גישתי, זכויות חוקתיות אינן זכויות לכאורה. הן זכויות ודאיות שאינן מוחלטות.

כהן-אליה מציין כי בתורת הפרשנות שלי יש מרכיבים אנטי-טקסטואליים ברורים. זאת, משום שעל-פי גישתי, "אם אי-אפשר לגזור עמדה חד-משמעית מתוך כוונתם המקורית של מנסחי החוק, בית-המשפט אמור לקרוא לתוך כל דבר חקיקה את ערכי-היסוד של השיטה".<sup>165</sup> אכן, גישתי הפרשנית גורסת כי חוק יפורש על-פי תכליתו, וכי

158 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 468.

159 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו באופן דומה ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

160 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 469.

161 ראו שם, בעמ' 495.

162 על נדירת דינים ראו Kokott, לעיל ה"ש 17, בעמ' 71; THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS, לעיל ה"ש 17.

163 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558.

164 ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 139, אחרי ה"ש 38.

165 שם, אחרי ה"ש 50.

תכלית זו אינה מוגבלת אך לכוונתם של יוצרי החוק. אך מכאן ועד למסקנה כי בגישה פרשנית זו יש מרכיבים אנטי־טקסטואליים הדרך ארוכה. נהפוך הוא: הנני מדגיש וחוזר ומדגיש כי גבול הפרשנות במשפט הוא לשון הטקסט. הפרשנות מסתיימת במקום שבו הלשון מסתיימת.<sup>166</sup> עמדתי על כך באחת הפרשות:

"מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש... ייתכן, שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, פירוש רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק."<sup>167</sup>

### (ג) תשובתי לביקורת של כהן־אליה על תרבות ההצדקה

כהן־אליה מסביר את אימוצה הנרחב של המידתיות במשפט המשווה בכך שהמידתיות מבוססת על תרבות ההצדקה. עם זאת, תרבות ההצדקה היא בעייתית, לדעתו, והוא מותח עליה ביקורת. ביקורת זו לא מנעה, כנראה, את הצלחתה של המידתיות. לדעתי, ביקורת זו אינה מוצדקת. על־פי גישתי, המידתיות נרדה ממקורה בגרמניה אל רבות משיטות המשפט בלא קשר לתרבות ההצדקה. עם זאת, תרבות ההצדקה מבוססת את המידתיות, ויחד עם צידוקים נוספים, עושה את המידתיות לטובה יותר מחלופותיה. אכן, תפיסתי אינה כי המידתיות היא כליל השלמות; תפיסתי היא כי חלופותיה אינן טובות כמות.

כהן־אליה מעלה חמש טענות נגד תרבות ההצדקה. טענתו הראשונה היא כי לא תמיד הצידוק של המדינה הוא ענייני, ולעיתים הוא פורמלי־טכני. זו אינה טענה נגד תרבות ההצדקה, אלא נגד הנימוקים שהמדינה נותנת בגדרי חובת ההצדקה שלה. עליה לתת צידוק ענייני. טענתו השנייה היא כי דרישת ההצדקה מבטאת חוסר אמון כלפי רשויות השלטון ועל־כן אין לומר כי היא מטפחת אמון. איני מקבל טיעון זה. יחסו של הפרט כלפי רשויות השלטון הוא יחס של "כבדהו וחשדהו". אנו מכבדים את רשויות השלטון, אך אנו חושדים שבמסגרת פעילותן הן ישקלו שיקולים שאינם מסוגלים להעניק צידוק לפעולותיהן. הכבוד והחשד אינם סותרים זה את זה. הטיעון השלישי של כהן־אליה גורס כי תרבות ההצדקה אינה יכולה להעניק לגיטימיות לחוק הפוגע בזכות חוקתית, שכן גם אם בני הציבור מסכימים על הצידוק לפגיעה, אין זו אלא הסכמה ריקה מתוכן שמעבירה את סמכות ההכרעה מהמחוקק לבית־המשפט. לא ברור לי כלל מדוע ההסכמה של בני הציבור ריקה מתוכן. מדוע הסכמה זו – הריקה מתוכן – אינה מספיקה לתרבות ההצדקה אך מספיקה לאמנה החברתית שעליה מבוססת החירות שלנו? מדוע מושגים כגון "כבוד האדם", "חירות", "פרטיות" או "שוויון" הם ריקים מתוכן? האם

166 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 101.

167 ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 715 (1982). אני מפנה בעניין זה למאמרו של השופט פרנקפורטר, אשר היווה השראה לדבריי: Felix Frankfurter, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, 47 COLUM. L. REV. 527, 543 (1947).

כהן-אליה מציע לא להיזקק למושגים אלה משום שהם מעבירים את סמכות ההכרעה מהמוסדות הנבחרים לבית-המשפט? אם לא הייתה כלל ביקורת שיפוטית – האם נימוק זה היה עומד בעינו? מהו התחליף הנראה לכהן-אליה כראוי?

טענתו הרביעית של כהן-אליה היא כי קיים מתח בין תרבות ההצדקה לבין הצורך באחריותיות (accountability) של נבחרי הציבור. תרבות ההצדקה גולשת לבחינה מהותית של ההצדקה, וזו פוגעת באחריותיות. לדעתי, תרבות ההצדקה תומכת באחריותיות. רשויות השלטון אחראיות כלפי הציבור רק לעניין הפעולות שהן עושות במסגרת סמכותן. תרבות ההצדקה, והביקורת השיפוטית התומכת בה, שומרת על גבולות הסמכות. רשויות שלטון המסרבות לחרוג מסמכותן הן רשויות שלטון המסרבות לבצע פעולות שאין הצדקה לבצען. רשויות שלטון הפועלות במסגרת סמכותן פועלות במסגרת הניתנת להצדקה. המצב התודעתי של רשויות שלטון הפועלות במסגרת שלטון החוק המהותי מגבש מדיניות הנראית להם ראויה מבחינת מטרותיה ומידתית מבחינת תוצאותיה. הן עושות כן לגופה של המדיניות, ולא לגופה של הביקורת השיפוטית. זו האחרונה אינה קובעת מדיניות, אלא מבקרת מדיניות שנקבעה על-ידי רשויות השלטון. רק עובד ציבור רך-לב וחסר עמוד-שדרה יגבש מדיניות לא לפי מהות העניין, אלא לפי עמדתו העתידה של המבקר. לדעתי, קביעתו של כהן-אליה – שנשמעת לא פעם מפי מבקרי בית-המשפט – כי "המציאות גם מלמדת שבמקום לדרבן את מקבלי ההחלטות לשאת באחריות לתוצאות מדיניותם, אלה מגלגלים את האחריות לבית-המשפט"<sup>168</sup> אינה מבוססת על המציאות בשטח. היא משקפת אך את טרונייתם של עובדי ציבור אשר מבקשים לפעול בניגוד לחוק אך הדבר נמנע מהם בשל הביקורת השיפוטית או כל ביקורת אחרת. עובד ציבור אשר הביקורת השיפוטית מרפה את ידיו ומניאה אותו מלבחון מהי המדיניות הטובה ביותר הוא עובד ציבור שלא הפנים את העקרונות של שלטון החוק והפרדת הרשויות.

טענתו החמישית, והעיקרית, של כהן-אליה נגד תרבות ההצדקה היא שתרבות זו מובילה לביקורת שיפוטית מהותית. התוצאה היא שינוי במהות התפקיד השיפוטית. לדעת כהן-אליה, "תפקידו העיקרי של בית-המשפט הוא להבטיח שהכרעות פוליטיות מתקבלות ללא כשל בהליך הדמוקרטי"<sup>169</sup>. תרבות ההצדקה גורמת לכך שתפקיד בית-המשפט משתנה ונהפך ל"הגשמה של ערכים עמומים, המותירים להם [לשופטים] טווח נרחב של שיקול-דעת לקבוע איזו מדיניות ציבורית מגשימה אותם"<sup>170</sup>. תפקיד זה של בית-המשפט, אשר תרבות ההצדקה גורמת להיווצרותו, לוקה "בגירעון דמוקרטי ובחסר בלגיטימיות"<sup>171</sup>.

לדעתי, תרבות ההצדקה אינה מובילה לכל שינוי בתפקיד השיפוטית. תפקידו היה ונותר לשמור על הפרדת הרשויות (להיות "נטורה קרתא") ועל שלטון החוק המהותי.

168 כהן-אליה, לעיל ה"ש 139, בפסקה שאחרי ה"ש 74.

169 שם, לפני ה"ש 75.

170 שם.

171 שם, ליד ה"ש 75.

דיני המידתיות מגשימים תפקיד זה. אין הם לוקים בכל גירעון דמוקרטי ובכל חסר בלגיטימיות. גישתו של כהן-אליה, שלפיה "תפקידו העיקרי של בית-המשפט הוא להבטיח שהכרעות פוליטיות מתקבלות ללא כשל בהליך הדמוקרטי", מצמצמת את התפקיד השיפוטי ללא כל בסיס.

נראה לי כי כהן-אליה כרך את תרבות ההצדקה עם בעיית הביקורת השיפוטית. שני אלה הם עניינים שונים, אם כי קיים ביניהם קשר. תרבות ההצדקה קיימת ללא קשר לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים הפוגעים בזכויות אדם. שיטת משפט ללא ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים עשויה עדיין לגרום כי פגיעה בזכויות חוקתיות מחייבת צידוק ראוי מצד המחוקק. כך, המשפט הישראלי לפני המהפכה החוקתית לא גרס ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים, אך הכיר בחובה של הרשות המבצעת להצדיק פעולות הפוגעות בזכויות אדם.<sup>172</sup>

הגישה שלפיה התפקיד השיפוטי הוא להבטיח שהכרעות פוליטיות מתקבלות ללא כשל בהליך הפוליטי היא גישה שפותחה על-ידי איליי בארצות-הברית,<sup>173</sup> ואשר נועדה לקבוע את אמות-המידה המצדיקות ביקורת שיפוטית על חקיקת חוקים. באמריקה נמתחה עליה ביקורת קשה.<sup>174</sup> אין לגישתו של איליי קשר ישיר לתרבות ההצדקה ולמידתיות. תרבות ההצדקה והמידתיות חלות בכל מקרה של פגיעה בזכות חוקתית, בין אם היא נגרמה בשל כשל בהליך הפוליטי – כגון פגיעה במיעוט שקולו בהליך הפוליטי לא נשמע – ובין אם לאו. כאשר הרשות המחוקקת פוגעת בזכויות חוקתיות של פרטים, עליה להצדיק את הפגיעה, בין שאותו יחיד הוא חלק מהרוב שקולו נשמע ובין שהוא חלק ממיעוט שקולו אינו נשמע.

על גישתו של איליי לעניין הביקורת השיפוטית עמדתי בפרשת **התנועה לאיכות השלטון בישראל**. ציינתי כי גישה זו –

"ביקשה להסביר את פירושה של החוקה האמריקנית. היא נועדה להיות תורה פרשנית באשר לזכויות האדם. באמריקה עצמה נמתחה עליה ביקורת קשה... הדעה המקובלת הינה, כי אין בה הסבר ראוי למעמדה של החוקה האמריקנית ולפרשנותה. בית המשפט העליון האמריקני, בכל דורותיו, לא קיבל אותה... גישתו של איליי לא התקבלה בקנדה או במדינות אירופאיות... לא ניתן לעגנה

172 חובה זו מוצאת ביטוי בהלכות שונות של המשפט המנהלי, כגון אלה הנוגעות בחובת ההנמקה. ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 1269 (מהדורה שנייה, 2011); יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" **מחקרי משפט** יט 5 (2002).

173 ראו: JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980); RONALD DWORKIN, *A MATTER OF PRINCIPLE* 55 (1985); Mark V. Tushnet, ראו: *Foreword*, 77 VA. L. REV. 631 (1991); Richard A. Posner, *Democracy and Distrust Revisited*, 77 VA. L. REV. 641 (1991); Brian Boynton, *Democracy and Distrust after Twenty Years: Ely's Process Theory and Constitutional Law From 1990 to 2000*, 53 STAN. L. REV. 397 (2000); Michael C. Dorf, *Symposium – The Coherentism of Democracy and Distrust*, 114 YALE L.J. 1237 (2005).



במבנה החוקתי של ישראל.... המבנה החוקתי שלנו מעניק הגנה לכל אדם באשר הוא אדם.... הוא מגן על זכותו של כל יחיד, בין אם חלק מקבוצת מיעוט ובין אם הוא חלק מקבוצת רוב. אכן, כל אדם עומד לעצמו. בהיבטים מסוימים הוא שייך לרוב פלוני. בהיבטים אחרים הוא שייך למיעוט אלמוני. חוקי היסוד שלנו עוסקים באדם על כל היבטיו.<sup>175</sup>

צר לי על כך שכהן-אליה נתפס לגישותיו של איליי, ותוך כדי כך כרך את בעיית הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית בבעיית המידתיות ותרבות ההצדקה. לעניין הלגיטימיות הפורמלית של הביקורת השיפוטית, זו נקבעה במשתמע בחוקי-היסוד. המבקש לשנותה חייב לשנותה בחוק-יסוד. לנוכח הרוב הזעום הנדרש לכך, לא מתעוררת בישראל כל שאלה אנטי-רובנית. לעניין הלגיטימיות המהותית, היא מעוגנת בדמוקרטיה עצמה. הדמוקרטיה עומדת על שלטון העם ועל זכות הפרט. שלטון העם מוצא את ביטויו הלכה למעשה בהצבעה בבחירות תקופתיות ושוות. זכות הפרט מוצאת את ביטויה הלכה למעשה בזכות הפנייה לבית-המשפט ובסמכות שיש לזה האחרון להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק שפגע בזכות החוקתית של הפרט.<sup>176</sup> על-כן, כאשר בית-המשפט בוחן את חוקתיותה של הפגיעה בזכות החוקתית, אין בית-המשפט לוקה בחסר דמוקרטי.<sup>177</sup> קביעה שיפוטית כי חוק הפוגע בזכות חוקתית אינו חוקתי, שכן הוא אינו מידתי, היא לגיטימית באותה מידה כמו חוק הפוגע באופן מידתי בזכויות חוקתיות.<sup>178</sup> אכן, בדמוקרטיה חוקתית הבעיה אינה אך הבעיה האנטי-רובנית. הבעיה היא גם הבעיה הרובנית – הרוב מפעיל את כוחו באופן לא-מידתי כלפי הפרט.

## פרק ז: על תותח הפוגע בזבוב – ביקורתה של ד"ר ווייל ותשובתי לה

### 1. נושאי מאמרה של ד"ר ווייל

מאמרה המקיף והמעמיק של ד"ר ווייל עוסק, בחלקו הראשון, בסקירה תמציתית של ספרי על המידתיות. חלקו השני של המאמר עוסק בביקורת הספר. כמה פרקים של ביקורת זו עוסקים בהשפעת עמדותיי על התפתחות המשפט החוקתי בעתיד (במיוחד

175 ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 62, פס' 78–80 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

176 ראו Kumm, לעיל ה"ש 117, בעמ' 170–171.

177 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 57, בעמ' 323; פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 16, בעמ' 422–425.

178 ראו Jowell, לעיל ה"ש 137, בעמ' 73; Jeffrey Jowell, *Judicial Deference: Servility Civility or Institutional Capacity?* 2003 PUB. L. 592, 596; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, § 136.

בקשר לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת) ובאופן שבו אני תופס בדיעבד את המהפכה החוקתית. בעניינים אלה לא אביע כל עמדה. אתמקד באותם פרקים של החלק השני למאמרה של וייל שעניינם מיקום הספר בפילוסופיה החוקתית שלי, גישתי לשאלות מוסדיות של חלוקת הכוח בין רשויות השלטון, והקשיים המעשיים המתעוררים ביישום דיני המידתיות כפי שאני מבין אותם.

## 2. חוקתיות יסודנית – עמדתה של ד"ר וייל ותשובתי לה

וייל קובעת כי גישתי בספרי מתיישבת עם הפילוסופיה החוקתית הכללית בדבר חוקתיות יסודנית. על-פי התיאוריה היסודנית (foundationalism), "כל רשויות השלטון, ובעיקר הרשות המחוקקת, מוגבלות מכוח ערכי-יסוד מסוימים, וניתן מכוח ערכים אלה לבטל חוקים, ואפילו תיקוני חוקה. אין מדובר בערכים שמקורם בתורת משפט טבעי או אוניוורסלי, אלא במחויבות לערכי-יסוד של שיטת משפט נתונה. איך נזהה ערכי-יסוד אלה? הדבר מסור לשופטים לזהות מהם ערכי-היסוד של השיטה שבה הם פועלים".<sup>179</sup> נראה לי כי הצדק עם וייל. אכן, גישתי היא יסודנית. אני מודה לה על שמיקמה אותי בגדרים אותם הוגים הגורסים חוקתיות יסודנית. הנה לפנינו דוגמה לגישתו של פרופ' זמיר בעניין היחס שבין פרקטיקה לתיאוריה.<sup>180</sup> כך, למשל, בפרשת **תנועת לאו"ר**<sup>181</sup> הייתי מוכן – כפי שמציינת וייל – להכיר בבטלותו של חוק הנוגד את ערך השוויון. על-פי גישתי, יש לעשות כל מאמץ אפשרי לזהות את ערכי-היסוד בתוך החוקה עצמה. מכאן מרכזיותם של דיני הפרשנות בתפיסתי. הם המכשיר העיקרי שעל-פיו ניתן לשלוף את ערכי-היסוד מתוך החוקה עצמה. מכאן תפיסתי כי את הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים ניתן לבסס על פירושם של חוקי-היסוד עצמם.<sup>182</sup> מכאן גישתי כי פרשנותה של החוקה מכירה, בצד הוראותיה המפורשות, גם בהוראות משתמעות.<sup>183</sup> על-כן ניתן עקרונית להכיר בזכויות משתמעות (כגון זכות הגישה לבית-המשפט<sup>184</sup>), בפסקת הגבלה משתמעת<sup>185</sup> ואף בפסקת נצחיות משתמעת.<sup>186</sup> בכל אלה הייתה הפרשנות התכליתית המכשיר העיקרי שבו השתמשתי. יתרונו של מכשיר זה הוא בלגיטימיות שהוא מעניק לפעילות השיפוטית.

179 רבקה וייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכויות? על מידתיות במשפט" בכרך זה, בפסקה שלפני ה"ש 113.

180 ראו זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה", לעיל ה"ש 2.

181 בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד (3) 529 (1990).

182 פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 16.

183 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 80.

184 ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" (צפוי להתפרסם ב**ספר שלמה לוי**, 2012).

185 ראו ע"ב 92/03 **מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת**, פ"ד נז (3) 793 (2003). ראו גם אהרן ברק

"פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" (צפוי להתפרסם ב**ספר אליהו מצא**, 2012).

186 ראו אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בך** 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

עם זאת, איני שולל את קיומם של ערכים לבר-חוקתיים.<sup>187</sup> טענתי היא כי עד כמה שאפשר למקם את הערכים היסודיים בתוך החוקה עצמה, ראוי לעשות כן, ורק מקום שקצרה ידה של הפרשנות, יש מקום לפנות לערכים הבר-חוקתיים. על-כן ראיתי בדמוקרטיה,<sup>188</sup> בשלטון החוק,<sup>189</sup> בהפרדת רשויות<sup>190</sup> ובעצמאותה של הרשות השופטת<sup>191</sup> ערכים המעוגנים בחוקה עצמה באופן משתמע. בפרשת סיעת חד"ש-תע"ל כתבתי:

"המובן של הטקסט המשפטי אינו מתמקד רק בלשון המפורשת של הטקסט. הוא כולל גם את לשונו המשתמעת. זו יכולה להיות מוסקת מהוראה אינדוידואלית. 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."<sup>192</sup>

ובמקום אחר הוספתי:

"הערך הדמוקרטי של הפרדת רשויות – 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 רשויות. הוראה מפורשת שכזו נעדרת מרוב החוקות הדמוקרטיות המודרניות. חרף זאת מקובל על הכל כי העיקרון של הפרדת רשויות הוא עיקרון חוקתי-על-חוקי. הכרזה כזו 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 מהמבנה של חוקי היסוד – המבחינן בין שלוש הרשויות השלטוניות והמייחד לכל אחת מהן חוק-יסוד נפרד – וממכלול הוראותיהם."<sup>193</sup>

187 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 449.

188 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 266.

189 שם, בעמ' 278.

190 ראו בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד נח(6) 685 (2004).

191 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 57, בעמ' 123.

192 ראו פרשת סיעת חד"ש-תע"ל, לעיל ה"ש 190, בעמ' 703.

193 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 57, בעמ' 111–112.

### 3. גישות מוסדיות של חלוקת הכוח – עמדתה של ד"ר ווייל ותשובתי לה

ווייל מותחת ביקורת על עמדתי באשר לזכויות החיוביות. היא מציינת כי "תחת גישתו זו של ברק, בית-המשפט יפעל לא רק ככוח וטו, אלא גם ככוח שקובע אג'נדות. דברים אלה אינם מתיישבים עם האמירה שבית-המשפט אינו קובע סדרי עדיפויות לאומיים... ומחזקים את הצורך ביצירת לגיטימציה נפרדת ומקיפה להכרה בהטלת חובות חקיקה על המחוקק. לגיטימציה מעין זו לא הוצעה בספרו של ברק".<sup>194</sup> אכן, דומה שקיצרתי בספרי במקום שבו היה עליי להאריך. לא אוכל לעשות כן בתשובתי זו. במסגרת הנוכחית אסתפק בשתי הערותיי הבאות.

**ראשית**, מקור הלגיטימציה לזכויות החיוביות הוא בחוקה עצמה ובפרשנותה. לעיתים הדבר נקבע במפורש על-ידי הוראה כללית, שלפיה לכל הזכויות יש היבט חיובי. כך הדבר בחוקתה של דרום-אפריקה.<sup>195</sup> לעיתים הדבר נקבע במפורש בלשונה של זכות חוקתית. כך הדבר במשפט החוקתי של גרמניה, שבו נקבע לעניין כבוד האדם כי: "To respect and protect it shall be the duty of all public authority".<sup>196</sup> ברוח דומה נקבע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".<sup>197</sup> לעיתים הדבר משתמע מפרשנותה של החוקה כמכלול. זו הגישה הפרשנית הגרמנית לעניין החוקה הגרמנית,<sup>198</sup> וזו גישתו של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם בפרשו את האמנה האירופית להגנת זכויות האדם וחירות-היסוד.<sup>199</sup> ההיבט החיובי נשלל אם הדבר מתבקש מלשונה המפורשת של החוקה. כך הדבר בהודו לעניין הנושאים הקבועים בפרק הרביעי לחוקה.<sup>200</sup> בהעדר הוראה מפורשת אשר מכירה בזכויות חיוביות או שוללת אותן, יש לבחון כל זכות וזכות בנפרד. בקביעה כי על המחוקק מוטלת חובת חקיקה יש משום הוצאה מהכוח אל הפועל של ציווי חוקתי שלא בית-המשפט קבע אותו, אלא המכונן. אופן מילויה של החובה החוקתית נתון לשיקול-דעתו של המחוקק, ובלבד שהחלטתו לא להגשים את החובה החוקתית הנגזרת מהזכות החוקתית תהיה מידתית. ההיבט החיובי אינו מקים זכות חיובית מוחלטת. הזכות החיובית – בדומה לשלילית – היא יחסית. המחדל החקיקתי הוא חוקתי אם הוא מידתי.

**הערתי השנייה** לעניין הזכויות החיוביות היא כי הגשמת החובה הנגזרת מהזכות החוקתית מוטלת על כל אחת מרשויות השלטון. על-כן היא מוטלת גם על הרשות השופטת. מקום שאין דבר חקיקה המגשים את ההיבט החיובי של הזכות החוקתית, על בית-המשפט להפעיל את כוחו בגדרי המשפט המקובל הישראלי ולהגשים את ההיבט החיובי של הזכות החוקתית. הלכה שיפוטית זו אינה פוגעת בדבר חקיקה, שכן אנו

194 ווייל, לעיל ה"ש 179, בפסקה שאחרי ה"ש 164.

195 ראו ס' 7(2) לחוקה של דרום-אפריקה. לנוסח הסעיף ראו לעיל ליד ה"ש 99.

196 ס' 1(1) לחוקה הגרמנית.

197 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

198 ראו Grimm, לעיל ה"ש 98.

199 ראו Mowbray, לעיל ה"ש 103.

200 ראו ס' 37 לחוקה של הודו.

מניחים שהמחוקק נמנע מלחוקק. אם המחוקק אינו מרוצה מפעולת בית-המשפט, בכוחו לבטלה בחקיקה רגילה, ובלבד שזו מידתית. בדרך זו הלך בית-המשפט החוקתי של דרום-אפריקה: הוא לא נזקק להטלת חובת חקיקה על המחוקק; תחת זאת הוא יצר משפט מקובל שהגשים את ההיבט החיובי של הזכות החוקתית.<sup>201</sup> לנוכח קיומה של דרך שיפוטית זו, דומה שיש הערכת-יתר בדבריה של ווייל שלפיהם "פוטנציאל ההכרה בזכויות החיוביות והחובה לחוקק עשויים לשנות את פניה של ההתפתחות החוקתית הישראלית".<sup>202</sup> במקביל לחובתו של המחוקק לחוקק תבוא חובתה של הרשות השופטת ליצור משפט מקובל המגשים את החוקה. זו חובה טבעית של הרשות השופטת בדמוקרטיה חוקתית.

ווייל מעלה ספקות לגבי גישתי שלפיה קיים מדרג בין הזכויות החוקתיות. לעניין זה היא מנתחת בעקבותיי את המשפט האמריקאי, שבו ניתן למצוא מדרג בין הזכויות החוקתיות. לגישה, ההכרה במדרג של הזכויות החוקתיות בפסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקאי נובעת מכך ש"בית-המשפט נאלץ ליצור סינתיזה בין-דורית בין תיקוני חוקה שונים".<sup>203</sup> ווייל מציינת כי "מדינת-ישראל נוסדה על רקע השואה וההכרח ליצור בית לאומי לעם היהודי", ותוהה: "כיצד נגזור מהיסטוריה זו מדרג זכויות?"<sup>204</sup>

אכן, אין לי כל ספק שההיסטוריה שלנו שונה מזו האמריקאית. אך לנו היסטוריה משלנו, והיסטוריה זו היא הבסיס לתפיסה כי בישראל הזכות החוקתית לכבוד האדם וכן הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולשוויון עומדות בראש מדרג הזכויות שלנו. ההיסטוריה שלנו היא היסטוריה של שואה, שבה חיי האדם נקטלו, שלמותו הגופנית נפגעה על-ידי המרצחים הנאצים ועוזריהם, וכבוד האדם של כל יהודי כאדם נרמס; ההיסטוריה שלנו היא היסטוריה של הפליה משום דתנו ואורחות חיינו. מגילת-העצמאות שלנו נתנה ביטוי להיסטוריה זו: "שארית הפליטה שניצלה מהטבח הנאצי האיום באירופה ויהודי ארצות אחרות... לא פסקו לתבוע את זכותם לחיי כבוד, חירות ועמל-ישרים במולדת עמם".<sup>205</sup> אותה מגילת-עצמאות קבעה כי מדינת-ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".<sup>206</sup> על יסוד היסטוריה זו פירש בית-המשפט העליון בישראל את חוקי-היסוד שלנו כמעניקים לזכות לחיים, לשלמות הגוף, לכבוד האדם ולשוויון (כחלק מכבוד האדם) מעמד גבוה במדרג הזכויות החוקתיות. הדבר עולה גם משמו של החוק, וכן מפסקת העקרונות שלפיה "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".<sup>207</sup> על רקע זה הבעתי את דעתי בספרי כי "חשיבותה החברתית של זכות – וממילא גם משקלה ביחס לעקרונות נוגדים –

201 ראו פרשת Carmichele, לעיל ה"ש 99.

202 ווייל, לעיל ה"ש 179, ליד ה"ש 165.

203 שם, לפני ה"ש 181.

204 שם.

205 הכרזה על הקמת מדינת ישראל ("מגילת העצמאות") (ה' באייר התש"ח).

206 שם.

207 ס' 1 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

נגזרת מהטעמים שביסודה ומחשיבותם במסגרת תפיסותיה הבסיסיות של החברה".<sup>208</sup> זאת ועוד, השוני בין זכויות מבחינת מיקומן במדרג נובע לא רק מהשיקולים ה"חיצוניים" שעליהם עמדת, אלא גם משיקולים "פנימיים", כלומר, משיקולים הקשורים ליחסים הפנימיים שבין הזכויות השונות.<sup>209</sup> כך, למשל, זכות המהווה תנאי לקיומה ולפעולתה של זכות אחרת נתפסת כחשובה ממנה.<sup>210</sup> מכאן חשיבותן היחסית של הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף, הזכות לכבוד האדם, הזכות לחירות אישית, הזכות לשוויון והזכות לביטוי פוליטי, בהיותן תנאים להגשמתן של רבות מן הזכויות האחרות.<sup>211</sup>

ווייל תוהה אם גישתי באשר למדרג בין הזכויות החוקתיות עולה בקנה אחד עם גישתי שאת הסתירה בין זכויות חוקתיות אין לפתור ברמה החוקתית, אלא ברמה התת-חוקתית. היא שואלת "אם ניתן לאחוז בחבל בשני קצותיו: גם להכיר במדרג בין זכויות חוקתיות וגם לא ליתן למדרג זה להשפיע על היחסים בין הזכויות החוקתיות כבר בשלב הגדרתן".<sup>212</sup> תשובתי היא כי אף שקיים מדרג בין הזכויות לעניין חשיבותן, כולן שוות מבחינת מעמדן החוקתי. גישתי שלפיה את ההתנגשות בין זכויות חוקתיות יש לפתור ברמה התת-חוקתית (כלומר, בקביעה לגבי חוקתיותו של חוק אשר מגן על זכות חוקתית אחת במחיר הגבלתה של זכות חוקתית אחרת), ולא ברמה החוקתית, אינה קשורה לאי-היכולת לפתור את ההתנגשות ברמה החוקתית, ואינה נגזרת ממעמדן החוקתי או מחשיבותן של הזכויות. עמדתי זו נגזרת מתפיסתי הפרשנית באשר להיקפן של הזכויות, ומגישתי כי אין זה ראוי להתמודד ברמה החוקתית עם ההתנגשות הטבעית בין הזכויות השונות. באשר לרמה החוקתית עצמה, לדעתי, כל הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מצויות ברמה חוקתית שווה. רמה זו שווה, לדעתי, גם לרמתה החוקתית של הזכות החוקתית לחופש העיסוק (אף שאת האחרונה קשה יותר לשנות). החשיבות החברתית של זכות אינה קובעת את רמתה. זו נקבעת על-פי רמתה של הנורמה שבה היא מעוצבת.

208 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 441. ראו גם דורנר "מידתיות", לעיל ה"ש 16, בעמ' 288: "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 והשתייכויות קבוצתיות אחרות, חופש היצירה האמנותית, וחופש הביטוי הפוליטי – לבין זכויות המרוחקות מליבה זאת, כגון זכות הקניין, חופש העיסוק וחופש הביטוי המסחרי." ראו גם בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 420 (1997); Julian Rivers, *Proportionality and Discretion in International and European Law*, in TRANSNATIONAL CONSTITUTIONALISM 118 (Nicolas Tsagourias ed., 2007); Carlos B. Pulido, *The Rationality of Balancing*, 92 ARSP 195 (2007).

209 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 443.

210 ראו Pulido, לעיל ה"ש 208.

211 ראו בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871, 878 (1953).

212 ווייל, לעיל ה"ש 179, אחרי ה"ש 180.

#### 4. הקשיים המעשיים המתעוררים מדיני המידתיות – ביקורתה של ד"ר ווייל ותשובתי לה

ווייל עומדת בפרק ה' למאמרה על קשיים מעשיים ביישום "דיני המידתיות, כעיצובם על-ידי ברק"<sup>213</sup> ייאמר מייד כי דיני המידתיות המובאים על-ידי בספרי משקפים ברוב-רובם של המקרים את המשפט הישראלי וההשוואתי. הקשיים שווייל עומדת עליהם, רובם ככולם, אינם קשיים בגישתי האנליטית, אלא במשפט המודרני של המידתיות. מהם קשיים אלה?

לעניין התכלית הראויה ווייל מציינת, על רקע הפסיקה בפועל, כי "קיימת קטגוריה של מקרים שבהם בית-המשפט עשוי להתלבט מהי תכליתו הסובייקטיבית של החוק – אם היא התכלית הגלויה ה'ראויה' שהוצגה לבית-המשפט או שמא תכלית אחרת, סמויה (ו'לא-ראויה')", שנידונה בבית-המחוקקים או בקרב הציבור. דומה כי במסגרת קטגוריה זו, אם בית-המשפט מוצא כי ניתן להציע לחוק תכלית אובייקטיבית ראויה, והוא רק 'חושד' כי למחוקק הייתה תכלית סובייקטיבית פסולה, ייטה בית-המשפט לפסול את החוק על אי-מידתיות, ולא על התכלית"<sup>214</sup>. קשה עליי ההתמודדות עם טיעון זה, שעניינו הפסיכואנליזה של השופט, ולא האנליזה של הפסק.

לעניין מבחן הצורך ווייל קובעת כי "גישתו של ברק לזיהוי מטרת החוק כאן היא גישה של תכלית סובייקטיבית, אך הדבר אינו מתיישב עם גישתו בתחום המידתיות לעניין זיהוי 'התכלית הראויה' או לבחינת הקשר הרציונלי, שם התכלית הקובעת היא דווקא זו האובייקטיבית. אין גישתו מתיישבת אף עם תורת הפרשנות התכליתית הכללית שלו"<sup>215</sup>. איני מקבל ביקורת זו. גישתי לכל מרכיבי המידתיות – תכלית, קשר רציונלי, צורך ומידתיות במובן הצר (איזון) – היא אחידה. כל המרכיבים הללו צריכים למלא הן מבחן אובייקטיבי והן מבחן סובייקטיבי. כך, למשל, לעניין התכלית הראויה ציינתי במפורש כי "לדעתי התשובה הראויה הינה כי מטרתו של חוק פוגע צריכה להיות ראויה הן על-פי מבחן סובייקטיבי והן על-פי מבחן אובייקטיבי"<sup>216</sup>. גישה זו מתיישבת עם תורת הפרשנות התכליתית הכללית. תורה זו גורסת כי כל נורמה משפטית מתפרשת על-פי תכליתה, וכי תכלית זו כוללת בחובה הן היבט סובייקטיבי (תכלית סובייקטיבית) והן היבט אובייקטיבי (תכלית אובייקטיבית). "המייחד את הפרשנות התכליתית הוא מבט רחב הן על התכלית הסובייקטיבית והן על התכלית האובייקטיבית. ביסוד הפרשנות התכליתית מונח הניסיון לבצע סינתזה ואינטגרציה בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית."<sup>217</sup> במסגרת הסינתזה והאינטגרציה הללו ניתן משקל מכריע

213 שם, בתחילת פרק ה.

214 שם, בפסקה שאחרי ה"ש 182.

215 שם, בפסקה שלפני ה"ש 205.

216 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 368.

217 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 233.

לתכלית הסובייקטיבית בפרשנותם של צוואות וחוזים. לעומת זאת, בפרשנות של חוקות, שהוא התחום הרלוונטי לענייננו, ניתן משקל מכריע לתכלית האובייקטיבית. נמצא כי בפרשנות החוקה הנני גורס כי יש ליתן משקל כבד לתכלית האובייקטיבית ומשקל קל לתכלית הסובייקטיבית, ואילו בקביעת חוקתיותו של חוק המגביל זכות חוקתית הנני גורס כי יש לקיים גם תכלית סובייקטיבית ראויה וגם תכלית אובייקטיבית ראויה. היש סתירה בין השניים? תשובתי היא כי לא הרי שאלות של חוקתיות כהרי שאלות של מובן.<sup>218</sup> בגדרי המידתיות אנו עוסקים בשאלות של חוקתיות. אנו עוסקים, בין היתר, בשאלה אם חוקתיותו של חוק אשר בעת חקיקתו נחקק מתוך מטרה שאינה ראויה תיקבע על יסוד מטרתו ההיסטורית (שאינה ראויה), על בסיס מטרתו המודרנית (הראויה) או על בסיס שתיהן גם-יחד. לעומת זאת, בפרשנות התכליתית אנו מבקשים לתת מובן ללשון הטקסט. אנו מניחים כי המחוקק פעל במסגרת החוקה, ואנו מבקשים לדעת מהו המסר של החוק לבני החברה בעת פירושו. לעניין שאלה זו הפרשנות התכליתית גורסת כי יד התכלית האובייקטיבית על העליונה. אין אפוא כל סתירה בין גישתי לחוקתיות החוק לבין גישתי לפרשנות החוק. הבעיות שונות והפתרון שונה. ניתן כמובן לא להסכים לגישתי לכל אחת מהשאלות לגופן, אך נראה לי כי אין ביניהן סתירה.

## סוף-דבר

הסתכלות ממעוף הציפור על מאמריהם של מבקריי מעלה כי מאחורי הביקורת שהם מותחים על מרכיבי המידתיות על-פי תפיסתי עומדת הגישה כי יש לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית. ביסודה של גישה זו מונחים שיקולים של לגיטימציה, של גירעון דמוקרטי ושל העדר יכולת מוסדית. גישה זו אינה מקובלת עליי, וזאת משני טעמים: ראשית, יש להפריד בין שאלות הקשורות לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים לבין שאלות הקשורות למרכיבי המידתיות.<sup>219</sup> גם בהעדר ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים יש מקום לבחון אם חקיקה הפוגעת בזכות חוקתית היא מידתית. הבה נסכים תחילה על מרכיבי המידתיות בהנחה שאין ביקורת שיפוטית, ורק לאחר-מכן נראה עד כמה קיומה של ביקורת שיפוטית מצריך תיקונים ושינויים במרכיבי המידתיות. לדעתי, המסקנה תהיה כי הכרה בביקורת השיפוטית לא תחייב שינויים של ממש במרכיבי המידתיות. אכן, דיני המידתיות בגרמניה (שבה יש ביקורת שיפוטית מלאה) ובאנגליה (שבה הביקורת השיפוטית מוגבלת להצהרה על אי-התאמתו (incompatibility) של החוק ל-Human Rights Act) הם זהים. השוני בהיקף הביקורת השיפוטית לא הוביל לשוני במרכיבי המידתיות. הוא הדין ביחס שבין שתי שיטות משפט אלה לבין שיטת המשפט הקנדית, המכירה בכוחו של המחוקק הרגיל להתגבר על חוק שאינו מידתי בלא

218 שם, בעמ' 358.

219 שם, בעמ' 568.



צורך בשינוי חוקתי.<sup>220</sup> אף קנדה מכירה במרכיבי המידתיות המקובלים. הוא הדין בישראל, שבה נדרש אומנם שינוי חוקתי כדי לתת תוקף לחוק הפוגע באופן לא-מידתי בזכות הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך ביכולתה של הכנסת לשנות, ברוב רגיל, את חוק-היסוד האמור.

**שנית**, הביקורת השיפוטית אינה לוקה בגירעון דמוקרטי. הצידוק לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים – כמו הצידוק למידתיות עצמה – מקורו בדמוקרטיה. אם החוקה היא דמוקרטית, גם הביקורת השיפוטית המעוגנת בחוקה (במפורש או במשמע) היא דמוקרטית.<sup>221</sup> על-פי גישה זו, דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם זכויות אדם. כאשר בית-המשפט קובע כי חוק אינו חוקתי ובטל בשל פגיעה לא-מידתית בזכויות חוקתיות, הוא מגשים את החוקה.<sup>222</sup> מודע אני לכך כי לא הכל מסכימים לכך שהביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים היא דמוקרטית. הספרות בסוגיה זו רבה.<sup>223</sup> על כל פנים, למיטב ידיעתי, שלושת מבקריי אינם גורסים כי הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים אינה דמוקרטית. נראה לי, על-כן, כי בכל הנוגע בעמדתם שלהם, לטיעון של הגירעון הדמוקרטי – שמקור הורתו במשפט החוקתי האמריקאי, שבו שינוי החוקה הוא קשה הלכה למעשה – אין עוצמה רבה.

הבאתי את עיקרי הביקורת שמדינה, כהן-אליה ווייל מתחו על גישתי. בתשובתי ציינתי כי הביקורת לא שכנעה אותי שטעיתי בעמדתי. עם זאת, היא הניעה אותי לעיין מחדש בעניינים שדנתי בהם בספרי, ועל כך תודתי למבקריי. אכן, שוכנעתי כי טעיתי בכך שלא התייחסתי בספרי לביקורת אפשרית זו, ולא נתתי לה תמיד תשובה מספקת. בביקורתם הם העניקו לי הזדמנות נוספת להרחיב במקומות שבהם קיצרתי. הם עודדו אותי להמשיך לחשוב בנושאים שהם העלו, להתעמק בהם יותר, ולנסות להגיע לתובנות מזוככות יותר. על כל אלה נתונה להם תודתי.

220 ראו ס' 33 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות (Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982).

221 ראו פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 422–425; ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 322.

222 ראו פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 423–424.

223 ראו לעיל ה"ש 174.

