

על "פגיעה" בזכות חוקתית ועל "תכלית ראויה"

בעקבות ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות
החוקתית והגבלותיה (2010)

ברק מדינה*

רשימה זו דנה בגישתו של אהרן ברק, כפי שהיא באה לידי ביטוי בספרו **מידתיות במשפט** (2010), בשתי סוגיות: היקף הפרישה של זכויות חוקתיות ותוכנה של הדרישה ל"תכלית ראויה" הנכללת בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אני סבור שיש לאפיין את גישתו של ברק כך: היקף הפרישה של זכויות צריך לכלול אוסף רחב של אינטרסים, וכל הגבלה (ובלבד שאינה עניין של "מה בכך") של זכות חוקתית צריכה להיות מוכרת כ"פגיעה" בזכות החוקתית. בחיבור זה אני טוען כי גישה זו היא מרחיבה מדי. גישתו של ברק נבחנת כאן אל מול גישה חלופית שלפיה מעשה שלטוני פוגע בזכות חוקתית רק אם דרך הפעולה השלטונית מפרה אילוץ דאונטולוגי. במסגרת זו מובא דיון בסוגיות הבאות: האם קביעת התוכן של זכויות חוקתיות צריכה להתבסס על אתיקה נורמטיבית או על הערכה פוליטית? האם לפרט מוקנית זכות חוקתית לפגוע באופן מכוון באחרים? האם הזכות החוקתית מגינה על אינטרסים של אנשים מסוימים בלבד או גם על האינטרסים של ציבור בלתי-מסוים של אנשים? והאם די בכך שהתוצאה של המעשה השלטוני היא גריעה מאינטרס מוגן או שמא רק גריעה מכוונת תיחשב פגיעה בזכות חוקתית? בהקשר השני טענתי היא שגישתו של ברק היא דווקא צרה מדי. עמדתי היא שיש להרחיב את היקפה של הדרישה ל"תכלית ראויה", כדי שזו תמלא את ייעודה – הצבת "קווים אדומים" השוללים מלכתחילה את הלגיטימיות של הסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות חוקתיות.

* הקתדרה ע"ש Lawrence D. Biele, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לחברי ליאב אורגד, דוד אנוך, איל זמיר, משה כהן-אליה, שי לוי, יגאל מרזל ואילן סבן על הערותיהם המועילות.

הקדמה

- פרק א: היקף הפרישה של זכויות חוקתיות וההכרה ב"פגיעה" בזכויות
 1. מהותו של השלב הראשון של הבחינה החוקתית
 2. גישתו של ברק
 3. גישות מתחרות לקביעת היקף הפרישה של זכויות חוקתיות
 4. אילו אינטרסים מוגנים מכוח זכות חוקתית?
 5. מתי תוכר פגיעה בזכות חוקתית?
 6. סיכום ביניים
- פרק ב: הדרישה כי פגיעה בזכות חוקתית תשרת "תכלית ראויה"
 סיכום

הקדמה

ספרו של אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**,¹ הוא תרומה חשובה מאין כמותה למשפט החוקתי ולתיאוריה של המשפט החוקתי. הספר מציג תיאוריה שלמה ומקיפה באשר להגנה החוקתית על זכויות האדם, הכוללת אפיון של היקפן של זכויות האדם ושל חוקיות הפגיעה בהן. הדיון בספר כולל מרכיב תיאורטי כללי, כך שהתיאוריה המוצגת בו מתאימה לכל משטר דמוקרטי-ליברלי, ומרכיב מקומי, הבא לידי ביטוי בהדגמה מפורטת של אופן היישום של התיאוריה בהקשר הישראלי, בצד דיון מפורט ועשיר במשפט השוואתי. הספר כולל גם בחינה היסטורית והשוואתית של ההתפתחות של דוקטרינת המידתיות וכן בחינה ביקורתית של דוקטרינה זו ושל החלופות לה בתחום ההגנה על זכויות אדם.

בתמצית, התיאוריה המוצגת בספר כוללת שני מרכיבים עיקריים, העוסקים בשני השלבים של בחינת חוקיות הפגיעה בזכויות חוקתיות. **המרכיב האחד**, המוצג בשער הראשון של הספר, עוסק בקביעת היקפה של הזכות החוקתית לעניין ההכרה בכך שמעשה שלטוני פוגע בזכות (או "מגביל" אותה, במינוח המועדף על ברק). התיאוריה של ברק מבטאת בהקשר זה גישה מרחיבה. מגישתו נובע שהיקף הפרישה של זכויות צריך לכלול אוסף רחב של אינטרסים. הוא דוחה בהקשר זה את העמדה שלפיה יש להצר את גבולות הזכות מכוח הכרה בזכויות של אחרים או באינטרס הציבורי ("טובת כלל"). נוסף על כך, הוא סבור שכל הגבלה (ובלבד שאינה עניין של "מה בכך") של זכות חוקתית צריכה להיות מוכרת כ"פגיעה" בזכות החוקתית. לגישה זו יש משמעות מעשית רבה, שכן הקביעה כי מעשה שלטוני פוגע בזכות חוקתית גוררת את החלת הדרישה להסמכה בחוק כתנאי להצדקתו, ואת החלת הדרישה שהפגיעה תקיים את ארבעת המרכיבים של דוקטרינת המידתיות, הנבחנת בדרך של ביקורת שיפוטית.

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

המרכיב האחר של התיאוריה של ברק, שנידון בשלושת השערים האחרים של הספר, עוסק בשלב השני של הבחינה החוקתית. עיקרו הוא שהגבלת זכות חוקתית היא כדין רק אם היא נעשית "על-פי תנאי המידתיות", כלומר, אם מתקיימים בה ארבעה תנאים: היא נעשית לתכלית ראויה (אשר לעיתים נכללת במסגרת "תנאי המידתיות"), האמצעי שנקט קשור באופן רציונלי להגשמת המטרה, אין אמצעי חלופי המגשים את המטרה תוך הגבלה פחותה של הזכות החוקתית, ומתקיים יחס ראוי בין התועלת שבהגשמת המטרה לבין עוצמת ההגבלה של הזכות החוקתית. ברק מייחס את החשיבות הרבה ביותר לתנאי האחרון (מבחן המידתיות במובן הצר), אך הוא מצביע גם על חשיבותם של התנאים האחרים, ומציע תיאוריה מקיפה באשר לאופן היישום של כל אחד מארבעת התנאים. ברק מפתח כאן שורה של עקרונות שאת חלקם יישם לראשונה בפסקותיו. בין היתר הוא מפתח כאן את החידוש שלו באשר לאופן יישומה של דרישת המידתיות במובן הצר: לגישתו, על-מנת להעריך אם התועלת החברתית המושגת מן הפגיעה בזכות עולה על "עלותה", אין די בהשוואה בין הימנעות מוחלטת מפגיעה בזכות החוקתית לבין הפגיעה המלאה בה כפי שהיא מתבטאת בהסדר השלטוני הנידון. ברק מראה כי יש להוסיף ולבחון גם אם הבחירה לא להסתפק בפגיעה פחותה יותר בזכות החוקתית, שהייתה מניבה תועלת חברתית מועטה יותר, היא מוצדקת, באמצעות השוואה בין "התוספת השולית" של התועלת החברתית המושגת באמצעות הפגיעה בזכות החוקתית לבין "העלות השולית" של תוספת ההגבלה של הזכות החוקתית. ברק גם תומך במגמה – שבאה לידי ביטוי בפסיקה בשנים האחרונות – של הבחנה בין זכויות חוקתיות שונות (ובמשתמע, בין סוגים שונים של פגיעות בזכויות חוקתיות) לעניין היקף ההגנה החוקתית.

ברשימה זו אני מבקש להתייחס לשני היבטים בתיאוריה זו שברק מציע בספרו. תחילה אדון בקביעת היקפה של הזכות החוקתית. גישתו של ברק מבטאת עמדה שלפיה זכות חוקתית היא אמצעי חוקתי להגנה על אוסף של אינטרסים הנתפסים כראויים להגנה משום חשיבותם לפרט. אך גישה זו אינה היחידה האפשרית. גישה שונה, שנראית לי עדיפה, קובעת כי זכות חוקתית אינה אלא ביטוי להכרה בקיומו של אילוץ דאונטולוגי (moral constraint) להימנע מפעולה מסוימת. משמעות הדבר היא שזכות חוקתית מגדירה לא רק מהו האינטרס המוגן, אלא גם מהם אופני ההתייחסות האסורים של השלטון כלפי הפרט. למשל, מגישתו של ברק נובע שכל מעשה או מחדל שלטוניים שתוצאתם היא אובדן חייו של אדם היא פגיעה בזכות החוקתית לחיים (משום שהיא "פוגעת" באינטרס של אדם בחייו). לעומת זאת, לפי הגישה החלופית הנידונה כאן, ההכרה בזכות חוקתית לחיים מספקת לאדם הגנה מפני מעשה שלטוני שיש בו משום נטילה אקטיבית או מכוונת של חייו. בנסיבות מסוימות עשויה להיות מוקנית לאדם גם הגנה מפני נטילה אקטיבית אך בלתי-מכוונת של חייו (כלומר, כ"תוצאת-לוואי" של פעולה שתכליתה אחרת). אך העיקר הוא שלא כל גריעה מאינטרס חשוב של הפרט היא פגיעה בזכות חוקתית שלו. שאלת ה"פגיעה" בזכות חוקתית מוכרעת גם לפי טיבו של האקט השלטוני הגורע מן האינטרס. נוסף על כך אני מבקש להצביע על קשיים המתעוררים מגישתו של ברק שלפיה חופש הפעולה של הפרט ה"מכוסה" במסגרת

הזכות החוקתית כולל גם פגיעה מכוונת באחרים. טענתי היסודית בחלק זה של הטיעון היא שהחלתה של הגישה החלופית מעשירה באופן ניכר את השלב הראשון של הבחינה החוקתית ונושאת יתרונות חשובים. לכל-הפחות טענתי היא שהגישה החלופית ראויה לבחינה, ושאינן מקום להניח, כמובן מאליו, כי הגישה הרואה בזכויות חוקתיות אמצעי להגנה חוקתית על אינטרסים היא העדיפה.

הטענה השנייה שאציג כאן מתייחסת למעמדה של דרישת התכלית הראויה. ברק תומך אומנם בעמדה שיש להרחיב דרישה זו, במובן זה שאין די בבחינת תוכנה של המטרה, אלא יש לוודא גם שקידומה בדרך של פגיעה בזכות חוקתית הוא נחוץ וחיוני. אולם ספק אם החלת גישתו של ברק צפויה להוביל לשינוי משמעותי של הגישה המקובלת בפסיקה, שלפיה אין לדרישה זו משקל ממשי בבחינת חוקתיותה של פגיעה בזכות חוקתית. למעשה, קשה למצוא ולו מקרה אחד שבו מצא בית-המשפט כי תכליתו של חוק כלשהו הפוגע בזכות חוקתית אינה ראויה. כמעט תמיד הדיון ביסוד התכלית הראויה הוא תמציתי מאוד, ומבוסס על רמת הפשטה גבוהה למדי. בהקשר זה אני מבקש לטעון כי יש מקום להרחיב את היקפה של הדרישה ל"תכלית ראויה", ולכלול בה יסודות נוספים על אלה שברק מציע לכלול בה.

פרק א: היקף הפרישה של זכויות חוקתיות וההכרה ב"פגיעה" בזכויות

1. מהותו של השלב הראשון של הבחינה החוקתית

בשלב הראשון של הבחינה החוקתית קובעים אם מעשה שלטוני מסוים גורם פגיעה בזכות חוקתית. שלב זה קובע מהו כלל ההכרעה החברתי שלפיו יש לפעול – הכרעת הרוב או עקרון המידתיות.² משנקבע כי מעשה שלטוני פוגע בזכות-יסוד, הצדקתו טעונה הסמכה בחוק וקיום ארבעת המרכיבים של דוקטרינת המידתיות. מבחינה מהותית, קביעה כאמור גוררת הגבלה של שיקול-הדעת של רשויות השלטון; ומבחינה מוסדית, היא מרכיב חשוב ביצירת הצדקה להחלת ביקורת שיפוטית.

השלב הראשון של הבחינה החוקתית אמור לכלול שני חלקים: ראשית, הערכה אם המעשה השלטוני מגביל חירויות או גורע מאינטרסים ה"מכוסים" על-ידי זכות חוקתית; ושנית, בחינה אם הגריעה או ההגבלה מוכרות כ"פגיעה" בזכות החוקתית. ניטול, לדוגמה, את החוק הקובע כי ניתן להפחית את התמיכה הציבורית המוענקת לגוף ש"הוציא הוצאה שהיא במהותה... הסתה לגזענות, לאלימות ולטרור".³ כדי לברר אם

2 להדגשת מאפיין יסודי זה של המשטר הדמוקרטי ראו, למשל, אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטיה – סקיצה פילוסופית" עיוני משפט יט 729, 730–732 (1995).

3 ס' 3ב לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

חוק זה פוגע בזכות חוקתית, יש לברר שני עניינים עיקריים: האחד, מהם האינטרסים או החירויות שנגרעים או מוגבלים מכוח החוק, ואם הם "מכוסים" על-ידי זכות חוקתית כלשהי; והאחר, אם האיום בהפחתת המימון הציבורי עקב ביטוי כאמור צריך להיחשב "פגיעה" בזכות החוקתית האמורה. בדוגמה זו ניתן להניח כי האיום בשלילת המימון עלול "לצנן" את נכונותו של גוף נתמך להשתתף במימון של ביטוי כאמור, אך אין זה ברור כלל שהזכות החוקתית לחופש הביטוי מתפרשת גם על הסתה לגזענות, לאלמות או לטרור.⁴ באופן דומה, ההכרעה בשאלה אם ההגבלה הנובעת מן האיום להפחתת מימון ציבורי עקב השמעת מסר מסוים צריכה להיחשב "פגיעה" בחופש הביטוי אינה מובנת מאליה, ויש לה פנים לכאן ולכאן.⁵

כל אחד מן החלקים הללו של השלב הראשון של הבחינה החוקתית מעורר שאלות לא-פשוטות. החלק הראשון, הבוחן את האינטרסים והחירויות ה"מכוסים" על-ידי הזכות החוקתית, אינו מסתכם – כפי שמקובל לעיתים לסבור – בשאלה מהן זכויות-היסוד המעוגנות בחוקה (כלומר, אצלנו, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). "מתן שם" לזכות החוקתית הנפגעת הוא אומנם תת-שלב הכרחי במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית;⁶ אך זהו החלק הקל יחסית, ובמידה רבה הפחות-חשוב, במסגרת הבחינה אם האינטרס שנגרע או החירות שהוגבלה נכללים בגדר זכות חוקתית, בוודאי בשיטה כמו זו הישראלית, שבה יש פסקת הגבלה אחת.⁷ השאלה הקשה יותר היא מהו ה"תוכן" של הזכות החוקתית, כלומר, אילו סוגי אינטרסים ומעשים נכללים בזכות

4 הדיונים בסוגיה זו רבים, כמובן. ידועה, למשל, העמדה שאומצה באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966), שלפיה "לכל אדם תהיה הזכות לחופש הביטוי; זכות זו תכלול את החופש לבקש, לקבל ולקנות ידיעות ואידיאות מכל סוג" (ס' 19(2)), אך באמנה נקבע גם כי המדינות המתקשרות בה (ובניהן ישראל) לא רק רשאיות לאסור פרסום ביטויים שיש בהם משום הסתה לגזענות או לאלמות, אלא אף חייבות לעשות כן: "1. כל תעמולה למלחמה תיאסר על ידי החוק. 2. כל הטפה לשנאה לאומית, גזעית או דתית, המהווה הסתה להפליה, לפעולת איבה או לאלמות תיאסר על-ידי החוק" (ס' 20). לדיון בסוגיה זו ראו, למשל, ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996).

5 לדיון בהקשר קרוב ראו אילן סבן "הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה העוברת שינוי: תיאטרון עירוני בעיר מתחרדת" **עינוי משפט** לג 473 (2010). ראו גם משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" **משפט וממשל** יא 367 (2008).

6 ידוע בהקשר זה הצורך בשלושה מאפיינים הכרחיים של סכסוך: naming, blaming, claiming. המאמר הקלסי בנושא תורגם לאחרונה לעברית: ויליאם ל. פ. פלסטינר, ריצ'רד ל. אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות..." **מעשי משפט** ג 17 (2010).

7 בהתאם לכך, לא אחת בתי-המשפט נמנעים מלהכריע מהי בדיוק הזכות החוקתית שנפגעה בהקשר מסוים, שהרי אין לכך חשיבות מעשית. כך, למשל, בית-המשפט נמנע מלהכריע בשאלה אם הפעלת בית-סוהר על-ידי גורם פרטי פוגעת בזכות החוקתית לחירות או בזכות החוקתית לכבוד האדם של האסירים. ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009).

חוקתית כלשהי. בין השאלות המתעוררות בהקשר זה ניתן לציין, למשל, את השאלות הבאות: (א) האם קביעת התוכן של זכויות חוקתיות צריכה להתבסס בעיקרה על הערכה פוליטית (כגון אילו אינטרסים אינם צפויים לזכות בהגנה ראויה במערכת פוליטית נתונה) או גם על אתיקה נורמטיבית (כגון מה מבטא את הגשמת האוטונומיה של הפרט)? (ב) האם לפרט מוקנית זכות חוקתית לפגוע באופן מכוון באחרים? (למשל, האם הוראות חוק העונשין האוסרות גרימת נזק מכוונת לאחרים פוגעות בזכות חוקתית?) (ג) האם הזכות החוקתית מגינה על אינטרסים של אנשים מסוימים בלבד או גם על האינטרסים של ציבור בלתי־מסוים של אנשים? (למשל, האם הזכות החוקתית לחיים כוללת גם את האינטרס של כלל הציבור שהמדינה תנקוט צעדים לסיכול מעשה טרור? האם הזכות לחיים כוללת גם את האינטרס לאוויר נקי מזהום?)

החלק השני של השלב הראשון של הבחינה החוקתית עוסק בשאלה אילו סוגי מעשים (או מחדלים) שלטוניים הגורעים מאינטרסים המוגנים מכוח הזכות החוקתית יש לראות כ"פוגעים" בזכות החוקתית. גם חלק זה מעורר אוסף של שאלות קשות. הנה כמה מן העיקריות שביניהן: (א) האם די בכך שהתוצאה של המעשה השלטוני היא גריעה מאינטרס מוגן או שמא רק גריעה מכוונת (במובן של רצון לגרום לתוצאה האמורה או במובן של גריעה המשמשת אמצעי להשגת מטרה רצויה כלשהי⁸) תיחשב פגיעה בזכות חוקתית? למשל, האם הפלת מטוס חטוף – ובאופן בלתי־נמנע הריגת הנוסעים החטופים – כדי למנוע מן החוטפים את האפשרות להשתמש במטוס להרג אנשים נוספים על הקרקע היא פגיעה בזכותם החוקתית של הנוסעים לחיים? האם מדיניות שתוצאתה הבלתי־מכוונת היא בלתי־שוויונית פוגעת בזכות החוקתית לשוויון? (ב) האם מחדל של המדינה בהספקה של מוצרים או שירותים הנחוצים להגשמת אינטרס מוגן של הפרט פוגע בזכות חוקתית? למשל, האם אי־הספקת תרופה מצילת חיים במימון ציבורי פוגעת בזכותו החוקתית של החולה לחיים? (ג) האם מחדל של המדינה בהגנה על הפרט מפני מעשיהם של פרטים אחרים מהווה פגיעה של המדינה בזכות חוקתית? (ד) האם מעשה שלטוני שעלול לגרום, באופן לא־ודאי, לגריעה של אינטרס מוגן של הפרט צריך להיחשב פגיעה בזכות חוקתית? ועוד.

2. גישתו של ברק

העמדה שברק מביע בספרו ביחס לשלב הראשון של הבחינה החוקתית היא מרחיבה. הדברים מפורשים למדי ככל שמדובר בחלק השני, הנוגע בהכרה בקיומה של "פגיעה" בזכות החוקתית. לשיטתו של ברק, כל הגבלה (ובלבד שאינה עניין של "מה בכך") של חופש הפעולה של הפרט וכל גריעה מאינטרס שלו הנכלל בגדר הזכות צריכה להיות מוכרת כ"פגיעה" בזכות החוקתית. בלשונו של ברק:

8 לדין ראו, למשל: David Enoch, *Intending, Foreseeing, and the State*, 13 LEGAL THEORY 69 (2007).

"ההגבלה או הפגיעה מתרחשת בכל מצב שבו רשות שלטונית אוסרת או מונעת מבעל הזכות להגשימה כדי מלוא היקפה. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם הפגיעה היא קשה או קלה; אם היא בליבה של הזכות או באזור האפולולית שלה; אם היא מכוונת אם לא; אם היא נעשית בדרך של מעשה או בדרך של מחדל (במקום שיש חובה חיובית להגן על הזכות); כל פגיעה, היא היקפה אשר יהא, הינה בלתי-חוקתית אלא אם כן היא מידתית."⁹

מכאן עשויה להשתמע המסקנה שלעניין השלב הראשון של הבחינה החוקתית, דין פגיעה "נלווית" ובלתי-מכוונת כדין פגיעה שהיא תכלית המעשה השלטוני;¹⁰ דין פגיעה על-דרך מעשה כדין פגיעה על-דרך מחדל;¹¹ ואולי גם – אף שלא מצאתי התייחסות מפורשת לכך – דין פגיעה ודאית כדין חשיפת אדם לסיכון שזכותו תיפגע. לפי גישתו של ברק, הבחנות אלה עשויות להיות רלוונטיות בשלב השני של הבחינה החוקתית (הבירור אם הפגיעה בזכות היא מוצדקת), אך לא בראשון. למעשה, מלבד דיון קצר בנושא בפרק הרביעי,¹² ברק אינו דן כמעט בספרו בשאלה באילו מקרים יש להכיר בגריעה או בהגבלה של אינטרסים ה"מכוסים" על-ידי הזכות כ"פגיעה" בה, באופן שמלמד כנראה כי עמדתו בהקשר זה היא מרחיבה מאוד.

באשר לחלק הראשון של השלב הראשון של הבחינה החוקתית – אילו אינטרסים וחירויות "מכוסים" על-ידי הזכות החוקתית, כך שגריעה מהם או הגבלתם יכולה להיחשב פגיעה בזכות החוקתית – ברק אינו נוקט עמדה חד-משמעית. הוא אינו מגדיר אילו מעשים שלטוניים צריכים להיחשב כפוגעים בזכויות חוקתיות, ומסתפק בקביעה כי "היקפה של הזכות ותחום פריסתה נקבעים על-פי פרשנותו של הטקסט המעגן אותה."¹³ הוא אינו מבטא, לפחות לא במפורש, תמיכה בעמדה מסוימת בדבר היקף הפרישה של זכויות, ומציין כי "היקף הזכות צריך לשקף את התכלית (או התכליות) המונחת ביסוד הזכות על פי הבנתה של החברה."¹⁴ עם זאת, אני סבור שניתן ללמוד מן השער הראשון

9 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 135. ראו גם, באופן דומה, שם, בעמ' 137: "כל הגבלה בזכות חוקתית או פגיעה בה מחייבת בחינה באשר לחוקתיותה. לעניין זה אין הבדל בין הגבלה או פגיעה מקיפה לבין הגבלה או פגיעה צרה. גם הגבלה או פגיעה הפועלות בתחום צר – אם מבחינת האנשים שעליהם הן חלות, אם מבחינת נושא תחולתן ואם מבחינת תחולתן בזמן ובמקום – מחייבת בחינה על פי דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה."

10 ברק מתייחס לכך באופן לקוני, בצינו כי "אין ליתן תשובה כוללת" לשאלה אם "הגבלה נלווית" (incidental) "נופלת לגדרי האיסור של הגבלת הזכות", וכי הדבר מותנה בפירושה של הזכות הרלוונטית. שם, בעמ' 139–140.

11 ברק עומד על כך שם, בעמ' 522–523: "קביעת הפגיעה בזכות החוקתית החיובית אינה שונה מקביעת החובה [צ"ל כנראה הפגיעה – ב' מ' בזכות החוקתית השלילית]. אין זה ברור אם ברק מתייחס בדבריו אלה לפגיעה בזכויות חוקתיות שונות או לצורות פגיעה שונות באותה זכות.

12 שם, בעמ' 135–140.

13 שם, בעמ' 69.

14 שם, בעמ' 97.

של הספר כי ברק דוגל בעמדה מרחיבה גם בעניין זה. יש לכך שני ביטויים עיקריים: ראשית, ברק דוחה את ההבחנה בין ה"גרעין" של הזכות החוקתית לבין ה"שוליים" שלה לעניין הכרה בפגיעה בזכות,¹⁵ ומהלך זה משמעותו הרחבה של היקף הזכויות ה"מכוסות" על-ידי הזכות החוקתית. שנית, ברק סבור שאין לתחום את גבולות הזכות מכוח הכרה בזכויות חוקתיות של אחרים. ככל הנראה, גישתו היא שרק לשון מפורשת בחוקה (למשל, קביעה בחוקה כי לכל אדם יש "הזכות להפגין בדרכי שלום", אשר תוחמת את היקפה של הזכות החוקתית כך שלא תחול על הפגנות אלימות) יכולה לצמצם את היקפה של הזכות.¹⁶ הכרה חוקתית בזכויות אחרות, שמימושן עלול להתנגש עם הזכות הנידונה או באינטרס ציבורי מסוים, אינה משפיעה על היקפה של הזכות.¹⁷ כתוצאה מכך, ברק טוען כי בהנחה שמכירים בזכות חוקתית לאוטונומיה של הרצון הפרטי, מוקנית לאדם, למשל, זכות חוקתית לגנוב את רכושו של אחר;¹⁸ ולפי הגיונם של הדברים, ניתן אולי אף לטעון כי מוקנית לו זכות חוקתית ליטול את חייו של זולתו. ברק מכיר בכך, כמובן, שניתן להצדיק את הגבלתן של זכויות אלה (ואולי אף לחייבה, מכוח ההכרה בזכויותיו של הקורבן-בכוח), אך זהו עניין לשלב השני של הבחינה החוקתית, שעניינו היקף ההגנה על זכויות, ולא לשלב הראשון הנידון כאן.

תוצאתם של המרכיבים הללו בתיאוריה של ברק היא, כאמור, גישה מרחיבה ביחס להגדרת היקפה של הזכות החוקתית וביחס להכרה בפגיעה בה. למעשה, היא הופכת את השלב הראשון של הבחינה החוקתית לפשוט למדי. למשל, היא תחייב כנראה את המסקנה שכל מדיניות המבוססת על הבחנה על בסיס דת, גזע, מין, השתייכות לאומית וכדומה, תהא תכליתית אשר תהא (ולפיכך גם מדיניות של העדפה מתקנת), פוגעת בזכות לשוויון; שכל הגבלה של ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא (לרבות, למשל, ביטוי שיש בו הסתה לגזענות או קריאה למלחמה) פוגעת בחופש הביטוי; ואולי גם שכל מחדל של הרשות בהגנה על זכות חוקתית (למשל, אי-הספקת הגנה לפרט מפני פגיעה בזכויותיו הנגרמת על-ידי פרטים אחרים) הוא פגיעה של השלטון בזכות של הפרט.

לגישה זו של ברק יש משמעות מעשית רבה, שכן קביעה כי מעשה שלטוני פוגע בזכות חוקתית משנה כאמור את כלל ההכרעה החברתי המוחל. העמדה שלפיה נגרמת פגיעה בזכות חוקתית בכל מקרה שבו נגרע אינטרס חשוב כלשהו של הפרט מוליכה להחלה רחבה של עקרון המידתיות ככלל ההכרעה החברתי, ולהגבלת כוחן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת במקרים רבים למדי. למעשה, מכוחה של גישה זו קשה לתחום את היקפן של הזכויות החוקתיות.

15 שם, בעמ' 74: "הן הגרעין והן השוליים הם חלק מתוכנה של הזכות. כך אם הדבר נקבע במפורש, כך אם הוא משתמע. השוני בין הגרעין לשוליים אינו קשור לשאלת ההיקף אלא לשאלת ההגבלה על הגשמת הזכות. מיקומה של הבחנה זו הוא במסגרת דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה, ולא במסגרת היקפה של הזכות."

16 שם, בעמ' 57–59.

17 שם, בעמ' 66–68 ו-113–132.

18 שם, בעמ' 66 ("פעולת הגניבה מכוסה במישור החוקתי").

אני סבור שהדברים הבאים של Grégoire Webber, שכוונו למה שהוא מאפיין כגישה המקובלת בדיני זכויות האדם במשפט המשווה, מתאימים גם ביחס לגישתו של ברק:

"The received approach... endorses an overzealous definition of rights, which results in rights-claims to everything thereby prompting almost all legislation (and State action more generally) to conflict with some right. In consequence, there are frequent, and indeed expected and unavoidable conclusions that rights have been infringed. Yet, countless rights-infringements are, as a matter of course, justified, with the result that it is now a governing assumption of the received approach that rights are not absolute and that they are generally opposed to or in competition with the public interest. The definition of a right is determined on the basis of the individual claimant's interest alone and does not take into account other rights or considerations not part of the right's purpose; these considerations are all relegated to the limitation clause analysis... That analysis – considered to be primarily if not exclusively a judicial undertaking – draws on a 'balancing of interests' and a requirement of 'proportionality' between the right and the limitation, which is informed by evidence and (albeit only ostensibly) political morality."¹⁹

בשורות הבאות אנסה לבחון את גישתו של ברק אל מול גישות מתחרות באשר להיקפן של זכויות, מתוך ניסיון להצביע על יתרונות אפשריים של גישה חלופית.

3. גישות מתחרות לקביעת היקף הפרישה של זכויות חוקתיות

דומני שנקודת המוצא המתאימה להכרעה בסוגיות השונות המתעוררות ביחס לשלב הראשון של הבחינה החוקתית היא זו המוכרת והידועה – הקביעה מהי תכליתה של ההגנה על זכויות חוקתיות. ברק קובע כי קביעת היקפן של זכויות חוקתיות צריכה להתבסס על "פרשנות תכליתית"²⁰, אך הוא מסתפק באמירה כללית בלבד באשר לשאלה מהי בדיוק תכלית זו: "היקפה של הזכות צריך לשקף את מגוון הטעמים המונחים ביסודה."²¹ קשה כמובן לחלוק על כך שלהגנה על כל אחת מן הזכויות השונות ייתכנו תכליות שייחודיות לה, וממילא הדיון אינו יכול להתמקד אך ורק במימד הכללי של תכלית ההגנה על זכויות חוקתיות באשר הן. אולם בה־בעת אני סבור שיש להכיר גם בקיומן של תכליות כלליות המשותפות לכלל הזכויות.

GRÉGOIRE C.N. WEBBER, THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS 88 (2009).

20 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69.

21 שם, בעמ' 97.

בעיקרו של דבר, התפיסה הרווחת היא ש"זכויות-אדם הינן זכויות מוסריות וטרומ-משפטיות... שתפקידן המיוחד הוא להצדיק הטלת חובות על אחרים".²² קביעתן כזכויות חוקתיות נועדה להגביר את ההתאמה בין מעשי השלטון לבין המתחייב מן המוסר.²³ ההגנה על זכויות אדם באמצעות זכויות חוקתיות נועדה "לתרגם" את החובה המוסרית לכבד זכויות-יסוד לאוסף של כללים משפטיים מוגדרים (לפי אחד המינוחים – "to rully morality").²⁴ עיגונה של נורמה מוסרית כנורמה משפטית מבטא הסכמה מפורשת לחובת הכיבוד של הנורמה המוסרית. לפיכך הקביעה של זכויות חוקתיות אמורה להגביר את הציות של גורמי השלטון לחובת הכיבוד – הן בשל כך שהמשפט נתפס לא אחת על-ידי הציבור כאמת-מידה המחייבת את השלטון (יותר מן החיוב הנובע מן המוסר) והן בשל כך ש"משפוטן" של הזכויות המוסריות מקנה לגיטימציה ציבורית ונורמטיבית לאכיפת ההגנה עליהן באמצעות ביקורת שיפוטית. בלשון הכרזת האו"ם בדבר זכויות האדם, "הכרח חיוני הוא שזכויות האדם תהיינה מוגנות בכוח שלטונו של החוק, שלא יהא האדם אנוס, כמפלט אחרון, להשליך את יהבו על מרידה בעריצות ובדיכוי".²⁵

22 רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 25, 29 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). ראו גם, למשל: JUDITH JARVIS THOMSON, *THE REALM OF RIGHTS* 1–2 (1990).

23 ראו, למשל: RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* 7–8 (1996) ("I believe that the principles set out in the Bill of Rights, taken together, commit the United States to the following political and legal ideals: government must treat all those subject to its dominion as having equal moral and political status; it must attempt, in good faith, to treat them all with equal concern; and it must respect whatever individual freedoms are indispensable to those ends, including but not limited to the freedoms more specifically designated in the document, such as the freedoms of speech and religion"); Ronald Dworkin, *comment*, in *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 115 (Antonin Scalia et al., 1997). לדין ראו גם, למשל: Daniel Markovits, *Democratic Disobedience*, 114 *YALE L.J.* 1897, 1905–1921 (2005); JAMES E. FLEMING, *SECURING CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: THE CASE OF AUTONOMY* 175–193 (2006).

24 Larry Alexander, *Judicial Review and Moral Rights*, 33 *QUEEN'S L.J.* 1 (2007). סוגיה קרובה היא אם ניתן לפנות אל המוסר גם בעת יישום הנורמה המשפטית – במקרה זה מגילת הזכויות החוקתיות (התפיסה המכונה Inclusive Legal Positivism) – או שמא יש להימנע מכך (Exclusive Legal Positivism). לדין בסוגיה זו ראו, למשל: Joseph Raz, *Incorporation by Law*, 10 *LEGAL THEORY* 1 (2004).

25 הקדמה להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948 (Universal Declaration of Human Rights – Preamble, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948)). כפי שהגדיר זאת יצחק זמיר, בהעדר עיגון משפטי של החובה לכבד זכויות אדם, המדינה משולה "לגוף שמערכת החיסון שלו פגומה ולכן אין הוא מסוגל להגיב כראוי בשעת סכנה... [במצב כזה] האפשרות והפיתוי של השלטון לפגוע בחירות ובשוויון, או בערכי יסוד אחרים כמו עצמאות הרשות

התכלית השנייה של קביעת זכויות חוקתיות היא כינון בסיס להסכמה לאומית. ההכרה בזכויות עשויה להיראות טכנית בעיקרה: היא נועדה לאיין את הצורך לחזור בכל מקרה ומקרה אל העקרונות הבסיסיים שבגינם זכויות (מוסריות) מסוימות מוכרות. היא יוצרת מסקנת-ביניים (או הנחת-עבודה) שלפיה, עד שיוכח אחרת, מעשה שלטוני הפוגע בזכות מוסרית הוא בלתי-מוצדק. כלומר, הקביעה כי מעשה שלטוני פוגע בזכות מוסרית היא דרך מקוצרת לקבוע כי המעשה הנידון אינו מוצדק לאור עקרונות-יסוד מסוימים שבהתבסס עליהם הוכרה הזכות.²⁶ המעבר מזכות מוסרית לזכות חוקתית מקנה למהלך של הכרה בזכויות מימד מהותי של יצירת מסגרת להסכמה לאומית. לאנשים שונים יש תפיסות-יסוד שונות באשר לאמות-המידה שעל-פיהן יש לבסס החלטות שלטוניות, והקביעה של זכויות חוקתיות אמורה לשמש בסיס להסכמה עקרונית, אף אם עמומה במידת-מה, באשר לאמת-המידה לשיפוט נורמטיבי.²⁷ במילים אחרות, הקביעה של זכויות חוקתיות נועדה לאפשר לפרטים בחברה להסכים כי מעשה הפוגע בזכות חוקתית הוא בלתי-מוצדק לכאורה, אף אם פרטים שונים בחברה מבססים את הקביעה הזו על טעמים שונים ואולי אף סותרים. הניסוח הקלסי של טיעון זה הוא של יוסף רז:

"Assertions of rights are typically intermediate conclusions in arguments from ultimate values to duties... The fact that practical arguments proceed through the mediation of intermediate stages so that not every time a practical question arises does one refer to ultimate values for an answer is... of crucial importance in making social life possible, not only because it saves time and tediousness, but primarily because it enables a common culture to be formed round shared intermediate conclusions, in spite of a great degree of haziness and disagreement concerning ultimate values."²⁸

כפי שנראה מייד, לתכליות הללו של זכויות חוקתיות יש השלכה חשובה על אפיון של הזכויות ועל הקביעה של היקף פרישתן. ניתן להבחין בין גישות לא-מעטות בעניין זה,²⁹

השופט, ממשיים יותר". יצחק זמיר "חוקי-היסוד בדרך לחוקה" אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב **חוק-יסוד: הכנסת** 1, 11 (יצחק זמיר עורך, התשנ"ג).

26 לפי מינוח מקובל, הקביעה כי מעשה פוגע בזכות היא "placeholder" לאוסף של טיעונים מסוימים שמכוחם המעשה הנידון הוא בלתי-מוצדק לכאורה.

27 ביטוי מפורט לגישה זו ניתן על-ידי ג'ון רולס: JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1996). לביקורת נגד טיעון זה באשר לתפקיד החברתי של הכרה בזכויות ראו, למשל: Andrei Marmor, *On the Limits of Rights*, 16 LAW & PHIL. 1 (1997).

28 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 181 (1986).

29 כפי שציין Lloyd Weinreb וכפי שידוע לרבים: "Not the least of our difficulties when we think about rights is that, despite their ubiquity in our discourse, it is unclear just what a right is". ראו: Lloyd Weinreb, *Natural Law and Rights*, in NATURAL LAW THEORY: CONTEMPORARY ESSAYS 278, 281 (Robert P. George, ed., 1992).

- אך אסתפק כאן באפיון שלוש עיקריות מביניהן:³⁰
- א. **גישת החשד כלפי רשויות השלטון** – זכויות חוקתיות הן אמצעי משפטי להגנה על אינטרסים של הפרט אשר יש חשש שלא יזכו בהתחשבות ראויה של מקבלי ההחלטות מחמת זהותם של בעלי האינטרסים הללו. למשל, אם החלטה שלטונית פוגעת בעיקר ביחידים מזוהים או בחברי קבוצת מיעוט שהאינטרסים שלהם אינם זוכים בייצוג הולם במערכת הפוליטית, אזי קיים חשש שמקבלי ההחלטות יתעלמו מאינטרסים אלה. בגישה זו אין מייחסים משקל מיוחד לאינטרס המוגן באמצעות הזכות החוקתית בעת שקלול מכלול האינטרסים בחברה. ההכרה נועדה רק להבטיח כי אינטרס זה יובא בחשבון במסגרת "איזון האינטרסים". לכן הקביעה אילו אינטרסים יזכו בהגנה באמצעות זכויות-יסוד מבוססת בעיקרה על הערכה אילו אינטרסים אינם צפויים לזכות בהגנה בהליך הפוליטי.³¹
- ב. **גישת האינטרס הראוי למשקל גבוה במיוחד** – זכות חוקתית היא הכרה בכך שאינטרסים מסוימים ראויים למשקל גבוה במיוחד במסגרת "איזון האינטרסים". יש כאן ביטוי לחובה המוטלת על השלטון להימנע ככל האפשר מפגיעה באינטרסים מסוימים של הפרט, ולחובה להצדיק פגיעה כזו באמצעות הצבעה על צורך חברתי דוחק. לכן הקביעה אילו אינטרסים יזכו בהגנה באמצעות זכויות חוקתיות מבוססת בעיקרה על הערכה אילו אינטרסים של הפרט חשובים במיוחד, כעניין מוסרי, ביחס לאינטרס החברתי הכללי.³² במסגרת גישה זו אין מניעה להכיר גם במי שאינם בני-אדם (למשל, תאגידים) כבעלי זכויות חוקתיות.
- ג. **גישת האילוץ הדאונטולוגי** – זכות חוקתית היא ביטוי לאיסורים מוסריים המוטלים על השלטון לפעול בדרכים מסוימות. ההכרה בכך שמעשה שלטוני פוגע בזכות חוקתית מבוססת על הערכה שדרך הפעולה השלטונית מפרה אילוץ דאונטולוגי.

30 לדיון בהשלכות שונות של הבחירה בין הגישות הללו ראו, למשל: Alon Harel, *Theories of Rights*, in BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 191 (Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., 2005).

31 הדובר המזוהה ביותר עם גישה זו הוא Ely. ראו, למשל: JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 103 (1980): "an effective majority [is] systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system" 6427/02 לפסק-דין של **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פס' 5, 7, 13 ו-14 לפסק-דין של השופט גרוניס (2006). ראו גם איל בנבשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" **עלי משפט** ג 463 (2003); משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 521 (2007). לדיון בהקשר קרוב ראו, למשל, דוד הד "על-פי רוב?" **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** 77, 89 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 1999); רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 114 (1997): "בחברה [הישראלית] אין הומוגניות המאפשרת תפקוד סביר של מנגנון החלטות רובני פשוט, שכן לקבוצות שונות באוכלוסיה אינטרסים מבניים ומובנים שונים".

32 לגישה זו ראו, למשל, RAZ, לעיל ה"ש 28, בעמ' 166–180.

כלומר, ההגדרה של הזכות החוקתית אינה כוללת רק אפיון של אינטרסים הראויים להגנה, אלא גם של דרכי פעולה לא־לגיטימיות של השלטון ביחס לאינטרסים אלה. בעיקרו של דבר, זכויות מבטאות הגנה על חופש הבחירה של הפרט, המבטא מימוש של האוטונומיה שלו ואת האיסור להתייחס לאדם כאל אמצעי לקידום אינטרסים של אחרים.³³

אני סבור שהעמדה שברק מציג בספרו קרובה במהותה לגישה השנייה מבין השלוש שהוגדרו לעיל. באחד מפסקי־הדין שלו דחה ברק במפורש את הגישה הראשונה;³⁴ וגישתו, שתוארה לעיל, לעניין יסוד ה"פגיעה" בזכות חוקתית מלמדת כי הוא אינו מקבל גם את הגישה השלישית. ברק אומנם אינו משתמש במפורש במונח "אינטרס", אך דומני – ועוד אשוב לכך בהמשך – שהגישה השנייה היא הקרובה ביותר לעמדה שבה הוא דוגל.

הבחירה בין שלוש הגישות היא עניין מורכב, המחייב התחשבות בשורה של גורמים. הטיעון העיקרי שאני מבקש להציע כאן הוא שהבחירה הזו היא חשובה משום שיש לה שורה של השלכות לעניין השלב הראשון של הבחינה החוקתית הנידון כאן. בשורות הבאות אנסה לעמוד בקצרה על ההשלכות הנובעות מן ההכרעה בין הגישות הללו ביחס לכל אחד משני החלקים של השלב הראשון של הבחינה החוקתית, ואצביע על טעמים אחדים להעדפת הגישה השלישית.

4. אילו אינטרסים מוגנים מכוח זכויות חוקתיות?

הבדל ברור בין "גישת החשד" לבין שתי האחרות הוא באמת־המידה שלפיה יש לפרש אילו "אינטרסים" זוכים בהגנה בגדרה של זכות חוקתית. לפי הגישה הראשונה, הגנה על זכויות חוקתיות בכלל, והחלת ביקורת שיפוטית בפרט, נועדו לתקן כשלים בהליך הפוליטי ולספק הגנה לאינטרסים של אנשים הנמנים עם קבוצות מיעוט שאינן זוכות בייצוג הולם במערכת הפוליטית.³⁵ לעומתה, שתי הגישות האחרונות מבוססות על תיאוריה בדבר האינטרסים הנחוצים לשם הגשמת האוטונומיה של הפרט. ברוח האמור בפסקת עקרונות־היסוד של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, "זכויות היסוד של האדם

33 לגישה זו ראו, למשל, H.L.A. Hart, *Legal Rights*, in H.L.A. HART, *ESSAYS ON BENTHAM: JURISPRUDENCE AND POLITICAL THEORY* 162, 183–184 (1982); Evan Fox-Decent & Evan J. Criddle, *The Fiduciary Constitution of Human Rights*, 15 *LEGAL THEORY* 301 (2010).

34 עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, פס' 75–81 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

35 הכינוי המקובל לקטגוריה זו במשפט האמריקאי הוא *discrete and insular minorities*. ראו: *Untied States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, 154 (1938): "prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities... [and] correspondingly more searching judicial inquiry".

בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין.³⁶ הבחנה זו בין הגישות מוכרת, ולא ארחיב לגביה במסגרת הנוכחית.³⁷

הבחנה חשובה בין הגישה השנייה – שאני סבור כאמור שהיא מתארת את גישתו של ברק – לבין הגישה של זכויות כאילו צימים דאוטולוגיים היא לעניין השאלה אם יש לסייג את היקף פרישתה של הזכות החוקתית, ולפרשה כך שלא תחול על מעשים של הפרט הפוגעים בזכות חוקתית של אחר. טלו, לדוגמה, את סוגיית הגנבה. כזכור, ברק טוען כי בהנחה שמכירים בזכות חוקתית לאוטונומיה של הרצון הפרטי, "פעולת הגניבה מכוסה במישור החוקתי",³⁸ כלומר, הטלת איסור על גנבה מהווה פגיעה בזכות חוקתית. ברק מכיר כמובן בתוקפו של "הסדר תת-חוקתי הקבוע בחוק הפלילי" האוסר גנבה, אך לשיטתו הגנבה נכללת בגדר הזכות החוקתית של הפרט, ופעולה שלטונית שמגבילה את חירותו של הפרט לגנוב מזולתו טעונה הסמכה בחוק וכפופה לדרישת המידתיות. באופן כללי יותר, ברק מתנגד לעמדה שלפיה אין לפרט "זכות חוקתית" לפגוע באופן מכוון בזולתו: "מבחינה עקרונית ניתן כמובן לפרש את הדיבור 'כבוד האדם' כמשתרע על אוטונומיה של רצון פרטי שאין בה פגיעה בזכותו של אחר או באינטרס הציבורי. פירוש זה אינו ראוי. את הצמצום בעניין פגיעה בזכותו של אחר או באינטרס הציבורי יש למקם לא בהיקפה של הזכות אלא בדרכי מימושה."³⁹ גם בפסק-דינו ביטא ברק גישה זו בהתייחס להוראות חוק העונשין.⁴⁰ זהו ביטוי מובהק לגישה של "זכויות-יסוד כאינטרסים", שמכוחה כל הוראת חוק הקובעת הגבלה לגבי חופש הפעולה של הפרט פוגעת בזכות-יסוד.⁴¹ כאמור, הגישה של זכויות כאילו צימים מציעה עמדה שונה בהקשר זה. גישה זו אינה מקנה בהכרח לפרט "חופש פעולה" ליטול את רכוש חברו (או להורגו), ולא כל פעולה מסוג זה, של פגיעה מכוונת או אקטיבית בזולת, נכללת בגדר הפעולות אשר "מכוסות" על-ידי הזכות החוקתית.⁴²

אני סבור שגישתו של ברק, שלפיה אין לסייג את היקפה של הזכות החוקתית כך שלא תכלול הכרה בחופש הפעולה של הפרט לפגוע במכוון בזולתו, מעוררת קושי. כזכור, ברק קובע כי אם מכירים בזכות חוקתית לאוטונומיה של הרצון הפרטי, אזי

36 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

37 לדיון בגישה זו ראו את המקורות שהוזכרו לעיל בה"ש 31.

38 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 66.

39 שם, בעמ' 66–67.

40 למשל, ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 542 (2002). ראו גם אהרן ברק "הקונסטיטיוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996).

41 לביטויים עיקריים של גישה זו ראו RAZ, לעיל ה"ש 28, פרק 7; Neil MacCormick, *Rights in Legislation, in LAW, MORALITY, AND SOCIETY: ESSAYS IN HONOUR OF H.L.A. HART* 189 (P.M.S. Hacker & Joseph Raz eds., 1977).

42 השופט שטרסברג-כהן ביטאה גישה זו בפסק-דינה בעניין סילגדו, לעיל ה"ש 40, בעמ' 553: "ספק אם יש לתפוס את הנורמה הפלילית ואת עונש המאסר שבצדה כפוגעים מדעיקרא בזכויות אותו אדם – העברין – שפעילותו היא זו הפוגעת בזכויות שעליהן בא חוק היסוד להגן."

"פעולת הגניבה מכוסה במישור החוקתי".⁴³ מצד אחד, דומני שיש להסכים כי הכרה בזכות-יסוד, ובכלל זה בזכות חוקתית, משמעה, בין היתר, הכרה בחירותו של אדם לנהוג גם באופן הגורם עוולה לאחר (ובניסוחו של Jeremy Waldron, הכרה בזכות-יסוד משמעה גם "the right to do wrong").⁴⁴ כיצד ייתכן שלאדם יש זכות (מוסרית) לעשות דבר אסור (מוסרית)? הבסיס העיוני לכך הוא זה: העובדה שמעשה מסוים "מכוסה" מכוח זכות (מוסרית) המוקנית למבצע הפעולה אין משמעה שיש לאדם זה טעמים טובים (מבחינה מוסרית) לעשות את המעשה. הטעם להכרה בזכות הוא ההערכה שבמקרים מסוימים ראוי, לכאורה לפחות, להימנע מלהתערב בחופש הבחירה של הפרט, ולפיכך יש לאפשר לו גם לעשות מעשים "רעים" – לעצמו או לזולתו. במילים אחרות, הכרה בכך שמעשה מסוים "מכוסה" מכוח זכות אין משמעה אלא קביעה כי יש טעמים טובים (מוסרית) להכפיף אחרים לחובה להימנע מהגבלת חירותו של בעל הזכות לעשות את המעשה.⁴⁵ כלומר, העובדה שמעשה מסוים הוא רע או אפילו אסור מבחינה מוסרית אינה מחייבת את המסקנה שהמעשה אינו "מכוסה" מכוח זכות מוסרית או זכות חוקתית. אולם מצד אחר, אין להסיק מכך שאפיון זה של המעשה אינו רלוונטי כלל בקביעת היקף פרישתה של הזכות. בעיקרו של דבר, הסיבה לכך היא שגישה מסוג זה, ובכלל זה גישתו של ברק, שוללת למעשה מן הזכות המוסרית, ובעקבותיה מן הזכות החוקתית, מעמד נורמטיבי כלשהו. במסגרתה, השלב הראשון של הבחינה החוקתית "קורס" (collapses) למעשה לתוך השלב השני.⁴⁶

הגישה שלפיה אין מקום לסייג את היקף פרישתה של הזכות החוקתית ביחס למעשים שיש בהם משום פגיעה בזכויות של אחרים מציגה את ההכרעה בסכסוך בין הפרטים כניטרלית במהותה (או במינוח שטבע רולס – כ"אנטי-פרפקציוניסטית"). היא מבטאת הימנעות מ"שיפוטיות" ביחס לשאלה איזה מן האינטרסים של הפרטים יש להעדיף – האינטרס של הפרט הפועל באופן הפוגע באחר (למשל, החופש לבטא מסר שיש בו פגיעה בשמו הטוב של אדם אחר) או האינטרס של הנפגע (למשל, בדוגמה זו, הזכות לשם טוב). הגישה הרחבה באשר להיקף פרישתן של זכויות מאפשרת להציג את שיח הזכויות כתפיסה שתכליתה למקסם את מידת המימוש של חירויות על-ידי כלל

43 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 66.

44 David, Jeremy Waldron, *The Right to Do Wrong*, 92 ETHICS 21 (1981). ראו בהקשר זה גם: David Enoch, *A Right to Violate One's Duty*, 21 LAW & PHIL. 355 (2002).

45 ראו, ברוח זו, Marmor, לעיל ה"ש 27, בעמ' 5: "[A]n important asymmetry exists between rights and duties: duties are taken to constitute *reasons for action*... No such relation of entailment exists in the case of rights; rights do not constitute reasons for action. Having a right to do something does not entail that one has a reason to do it... the right to do wrong pertains to cases in which one of the main interests grounding the right in question is that of personal *choice*... [It] refer[s] to those cases where we think that it is more important for the agent to chose for herself than to chose correctly" (ההדגשות במקור). ראו גם Enoch, לעיל

ה"ש 44, בעמ' 380.

46 לטיעון ברוח זו ראו WEBBER, לעיל ה"ש 19, בעמ' 119–132.

הפרטים בחברה. מובן שבפועל הדבר אינו אפשרי, וההתנגשות בין האינטרסים (או הזכויות) של הפרטים מחייבת נטישה של העמדה הניטרלית והחלת הכרעה ערכית בשאלה איזה מן האינטרסים "חשוב" יותר. במקרים מסוימים ההכרעה תעדיף את החופש של האחד לגרום עוול לאחר (למשל, לפגוע בשמו הטוב), ובאחרים תועדף הגבלת החירות לפעול כך. השאלה היא, לכן, אם מוטב לדחוק את כל ההכרעות הללו לשלב השני של הבחינה החוקתית, כפי שמציע ברק, או שמא יש לתת להן ביטוי כבר בשלב הראשון, קרי, בעת קביעת היקף פרישתה של הזכות.

התשובה לכך נגזרת מתכליתה של ההכרה בזכויות, שכבר הוזכרה לעיל. כזכור, הקביעה כי מעשה מסוים פוגע בזכות (מוסרית, ובעקבות זאת גם בזכות חוקתית) אמורה לבטא מסקנת-ביניים (בלשונו של רו – intermediate conclusion) כי המעשה אינו מוצדק. כלומר, לזיהוי קיומה של פגיעה בזכות אמור להיות תפקיד בתהליך הבחינה של ההצדקה של מעשה מסוים, קרי, הוא אמור להוליך לקביעה כי המעשה אינו מוצדק לכאורה. אומנם, אין מדובר עדיין במסקנה סופית, שהרי מוכרת האפשרות לפגיעה מוצדקת בזכות, אך זו אמורה להיות מסקנה בעלת משמעות נורמטיבית – הן לעצמה, כשלב-ביניים במסגרת הבחינה אם המעשה מוצדק, והן לעניינים נלווים, ביניהם לגיטימציה לביקורת שיפוטית, הקצאת נטלי הוכחה, חיוב בפיוצי של בעל הזכות בגין הפגיעה בזכות ועוד. גישה כמו זו של ברק, אשר דוחה את הדיון הנורמטיבי כולו לשלב השני של הבחינה החוקתית, גורמת לכך שהקביעה כי המעשה השלטוני הנידון מהווה פגיעה בזכות חוקתית היא מהלך שנעדר מימד נורמטיבי משמעותי. לקביעה כי אינטרס מסוים "מכוסה" על-ידי זכות חוקתית אין משמעות נורמטיבית ביחס לשאלה אם מעשה המגביל את מימושו של אינטרס זה הוא מוצדק אם לאו. כך, למשל, קביעה כי מעשה שלטוני פוגע בזכות החוקתית לחופש הביטוי אין משמעה אלא קביעה, טריוויאלית בעיקרה, כי המעשה השלטוני מגביל באופן כלשהו את האפשרות להביע (או לשמוע) מסר. מקביעה זו אין להסיק כל מסקנה ביחס לשאלה אם האפשרות להביע (או לשמוע) את המסר אכן ראויה, לכאורה לפחות, להגנה חוקתית.

יתר על כן, גישתו של ברק מחמיצה את האפשרות להגשים את השאיפה להשגת הסכמה לאומית רחבה באמצעות ההכרה בזכויות חוקתיות. כאמור לעיל, הקונסנזוס אמור להיות מושג באמצעות הסכמה על אוסף של זכויות חוקתיות אשר פגיעה בהן היא בלתי-מוצדקת, לכאורה לפחות. יעד זה אינו יכול להיות מושג אם להכרה בקיומה של פגיעה בזכות חוקתית אין משמעות נורמטיבית, והדיון הנורמטיבי נערך כולו בשלב השני של הבחינה החוקתית, שבו נחשפות, באופן בלתי-נמנע, אי-ההסכמות היסודיות בחברה. השלב הראשון הוא מטבעו עקרוני וכללי יותר (וקרוב יותר במהותו להימצאות "מאחורי מסך בערות") מאשר השלב השני, הבוחן את היקף ההגנה על הזכות בנסיבות קונקרטיות. לכן הדרך להגביר את האפשרות שתכונן הסכמה כאמור היא באמצעות קביעה של סייגים להיקפן של זכויות חוקתיות כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית.

אני מבקש לשוב ולהדגיש כי איני טוען שזכות (מוסרית או חוקתית) בהכרח אינה "מכסה" מעשה שיש בו פגיעה בזכות (מוסרית או חוקתית) של אדם אחר. יתר על כן,

אני סבור כי אין מקום לנקוט את העמדה הקיצונית ההפוכה מזו שמציג ברק, שלפיה יש לראות את ההכרה בזכות חוקתית כהכרה בחובה לפעול בהתאם למתחייב מן המוסר. לפי עמדה זו, אשר דובר ידוע שלה הוא John Oberdiek, היקפה של הזכות צריך להיקבע כך שהיא "תכסה" אך ורק מעשים שאינם אסורים מבחינה מוסרית.⁴⁷ בגישה חלופית מסוג זה, אשר קוטבית לגישתו של ברק, השלב השני של הבחינה החוקתית "קורס" לתוך השלב הראשון.⁴⁸ גישה כזו אינה רצויה משום שגם היא שוללת מן ההכרה בזכויות מימד נורמטיבי כלשהו, שהרי במסגרתה הקביעה כי מעשה שלטוני מסוים פוגע בזכות חוקתית היא המסקנה הסופית של הדיון, ולא נקודת מוצא (או מסקנת-ביניים) שאמורה לסייע באופן כלשהו להכרעה אם המעשה ניתן להצדקה.⁴⁹ ממילא, גישה כזו עלולה גם לשמוט את הבסיס להצדקה להחיל ביקורת שיפוטית לשם הגנה על זכויות חוקתיות.⁵⁰

אני סבור שהגישה הראויה היא גישת-ביניים. במסגרתה, לזכות החוקתית יש תפקיד נורמטיבי חשוב, כך שהקביעה כי מעשה שלטוני מסוים פוגע בזכות חוקתית משמעותה מסקנת-ביניים (או חזקה) שהמעשה אינו מוצדק, על כל ההשלכות הנובעות מכך, ביניהן ההצדקה להחלת ביקורת שיפוטית. משום כך, 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. כלומר, כדי שהקביעה כי מעשה שלטוני פוגע בזכות חוקתית תהיה בעלת משמעות נורמטיבית כמסקנת-ביניים, הכרחי להימנע הן מעמדה שלפיה יש להימנע מכל שיפוטיות באשר למעשים ה"מכוסים" על-ידי הזכות והן מעמדה שלפיה יש להחיל את מלוא השיפוט הערכי כבר בשלב הקביעה אילו מעשים "מכוסים" על-ידי הזכות. ההכרעה הנדרשת

47 ראו: John Oberdiek, *Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights*, 23 LAW & PHIL. 325 (2004); John Oberdiek, *Specifying Rights Out of Necessity*, 28 OXFORD J. LEGAL STUD. 127 (2008); John Oberdiek, *What's Wrong with Infringements (Insofar as Infringements are Not Wrong): A Reply*, 27 LAW & PHIL. 293 (2008). לעמדה דומה, שלפיה היקף פרישתה של זכות חוקתית צריך להיקבע בהתאם להיקף ההגנה עליה, כך שפסקת ההגבלה היא שצריכה לקבוע את היקף פרישתן של זכויות, ראו WEBBER, לעיל ה"ש 19, בעמ' 123-146.

48 John Oberdiek, *Specifying Constitutional Rights*, 27 CONST. COMMENT. 231, 238 (2010): "Rights might be stated in general terms, on my view, but rights actually are specified, so that the seemingly general right not to be killed, for example, which reads as a right not to be killed full stop, is truly the right not to be killed unjustly" (ההדגשות במקור).

49 ראו שם, בעמ' 240: "[O]ne argues towards and not from rights. For if rights themselves are conditional... then rights cannot be invoked in arguing for a normative conclusion. That would beg the question. A right is not a consideration to be factored into an all-things-considered judgment of what is permissible... it rather represents the all-things-considered conclusion about permissibility. And conclusions are what we argue towards" (ההדגשות במקור).

50 ראו, למשל: Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006).

במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית היא 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.

בשורות הבאות אנסה להדגים את עמדתי, באופן תמציתי ובלתי־ממצה, באמצעות ארבע דוגמות. בחלקן העובדה שמעשים מסוימים פוגעים בזכויות של אחרים היא סיבה טובה לא להכיר בהם כ"מכוסים" מכוח זכות חוקתית; ובאחרות העובדה שמעשים מסוימים פוגעים בזכויות של אחרים אינה מצדיקה אי־הכרה בהם כ"מכוסים" מכוח זכות חוקתית.

דוגמה ראשונה: האם מעשה של אדם התוקף אדם אחר כדי להורגו "מכוסה" מכוח זכות חוקתית של התוקף? בהתאם, האם מעשה שלטוני שנועד לסכל את ביצוע התקיפה, ובכלל זה הריגה של התוקף ("סיכול ממוקד"), פוגע בזכות חוקתית של התוקף, וטעון לפיכך הסמכה בחוק ומילוי הדרישות של עקרון המידתיות?

לפי גישתו של ברק, התשובה לשאלות אלה היא ככל הנראה חיובית, וזאת בהנחה שקביעתו כי מעשה גנבה "מכוסה" מכוח הזכות לאוטונומיה של הרצון הפרטי תוחל גם לגבי מעשה הריגה. יתר על כן, מגישתו של ברק עלולה להשתמע המסקנה שכל פעולה שהמדינה נוקטת כדי לסכל את אפשרות ביצועו של המעשה פוגעת בזכות החוקתית שלו. כלומר, לא רק פעולות של המדינה שפוגעות בגופו או בחירותו של התוקף־בכוח ייחשבו פגיעה בזכותו החוקתית, אלא גם פעולות אשר מונעות את ביצוע התקיפה או אפילו רק מכבידות על התוקף־בכוח את מימוש תוכניתו מבלי לפגוע בגופו או בחירותו, כגון הצבת גדר סביב ביתו של הקורבן־בכוח. לעומת זאת, יש הדוגלים בגישה קיצונית לכיוון ההפוך, שלפיה אין במעשים מסוג זה של המדינה משום פגיעה בזכות חוקתית כלשהי של התוקף, משום שעצם מעשה התקיפה גורם לכך שהתוקף מאבד את זכותו לחיים, לשלמות הגוף או לחירות ממאסר (או רואים אותו, לפי גישה מסוימת, כמי ש"ויתר" על כל זכויותיו), ולפיכך אפילו הריגתו אינה מוכרת כפגיעה בזכותו החוקתית לחיים.⁵¹ אגב, עמדה אחרונה זו בוטאה על-ידי בית־המשפט החוקתי של גרמניה.⁵²

51 ביטוי לגישה זו ניתן עוד על-ידי ג'ון לוק, שטען כי במעשיו שלו התוקף חושף את עצמו לכווחו של JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT 279 (Peter Laslett ed., Cambridge University Press 1988) (1690) Judith Jarvis Thomson, *Self-Defense*, 20 PHIL. & PUB. AFF. 283, 302 (1991); SUZANNE UNIACKE, PERMISSIBLE KILLING: THE SELF-DEFENCE JUSTIFICATION OF HOMICIDE 213 (1994); FIONA LEVERICK, KILLING IN SELF-DEFENCE 62 (2006).

52 במסגרת ההכרעה בתוקפו של חוק שהתיר ליירט מטוס חטוף הבחין בית־המשפט החוקתי גרמני בין מקרה שבו יש נוסעים חטופים על סיפון המטוס, שאז הפגיעה בו מהווה פגיעה (אסורה) בזכויות חוקתיות שלהם, לבין מקרה שבו על המטוס מצויים החוטפים בלבד. במקרה האחרון, כך נפסק, הפלת המטוס והריגת החוטפים שעליו אינה מהווה כלל פגיעה בזכות חוקתית של החוטפים. Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court]

ברוח הטיעון שהובא לעיל, אני סבור שיש להעדיף בהקשר זה גישת-ביניים, המכירה 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,⁵³ לבין החירות שלו להגשים את מטרתו לפגוע באחרים, אשר סיכולה אינו צריך להיות מוכר כלל כפגיעה בזכות חוקתית כלשהי. נראה כי ברק עצמו ביטא גישה מסוג זה בפסק-הדין שלו בעניין מדיניות החיסולים.⁵⁴ הוא קבע שם כי בעוד גרימת נזק (אף אם בלתי-מכוונת) לאזרחים שאינם נוטלים חלק במעשי האיבה מהווה פגיעה בזכות חוקתית שלהם לחיים, ולפיכך מותרת רק אם היא עומדת בתנאיו של מבחן המידתיות, פני הדברים שונים ככל שמדובר בפגיעה באדם הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה. מצד אחד, ברק מכיר בכך שהריגתו של אדם בנסיבות כאמור מהווה פגיעה בזכות חוקתית שלו לחיים, ולפיכך "אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה. במשפטנו הפנימי, כלל זה מתבקש מעקרון המידתיות... על כן, אם ניתן לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, לחקור אותו ולהעמידו לדין, יש לנקוט בצעדים אלה."⁵⁵ מצד אחר, ברק שולל את הצורך להחיל במקרה זה את מבחן המידתיות במובן הצר: "התקיפה היא מידתית אם התועלת הצומחת מהשגת המטרה הצבאית הראויה שקולה כנגד הנזק הנגרם... ממנה... המידתיות במובן זה אינה נדרשת לעניין פגיעה בלוחם או באזרח הנוטל אותה עת חלק ישיר במעשי האיבה. אכן, אזרח המשתתף במעשי איבה מסכן את חייו, והוא עשוי להיות – כמו לוחם – אובייקט לתקיפה הגורמת מוות. זו הריגה מותרת."⁵⁶ דומני שאין להבין קביעה זו כעמדה שלפיה הריגתו של מחבל אינה פוגעת כלל בזכות החוקתית שלו לחיים, אלא כשליטת הטענה שהסיכול עצמו – כלומר, מניעת האפשרות של המחבל לממש את זממו – פוגע בזכות חוקתית כלשהי. באופן כללי יותר, טענה 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.

דוגמה שנייה: באילו מקרים הטלת איסור על קיום הפגנה ליד בית המגורים של אדם שמבקשים להפגין נגדו פוגעת בזכות חוקתית של המפגינים-בכוח? לפי גישה אחת, כל

Feb. 15, 2006, BVerfGE, 1 BvR 375/05, paras. 138–139, 2006 (Ger.), available at www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705en.html

53 לעמדה ברוח זו ראו, למשל: Sanford H. Kadish, *Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law*, 64 CAL. L. REV. 871, 883 (1976); George P. Fletcher, *The Right to Life*, 13 GEO. L. REV. 1371, 1382–1383 (1979); BOAZ SANGERO, *SELF-DEFENCE IN CRIMINAL LAW* 44 (2006); Cheyney C. Ryan, *Self-Defense, Pacifism, and the Possibility of Killing*, 93 ETHICS 508 (1983).

54 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).

55 שם, פס' 40 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

56 שם, פס' 45–46 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

הגבלה כאמור פוגעת בזכות להפגין, וההכרעה לגבי חוקיותה של הטלת האיסור צריכה להתבסס על בחינת המשקל היחסי של שני האינטרסים העיקריים המתנגשים (כלומר, שתי הזכויות החוקתיות המתנגשות) – האינטרס (הזכות) של המפגינים לבטא מסר של גינוי או מחאה כלפי אדם כלשהו, והאינטרס (הזכות) של אותו אדם ושל בני משפחתו המתגוררים עימו לשמור על "פרטיותם". לפי הגישה שביטא השופט ברק בפרשת דיין, ההסדר הרצוי הוא זה שמאפשר לממש במידה המרבית את שני האינטרסים הללו גם-יחד בדרך של איזון אינטרסים אד-הוק.⁵⁷ לפי עמדה אחרת (עמדתו של השופט גולדברג בפרשת דיין), ראוי להעדיף איזון אינטרסים המיושם באמצעות קביעת כלל שלפיו בכל מקרה שבו ניתן לקיים את ההפגנה ב"מקום מתאים אחר" תינתן עדיפות מוחלטת לאינטרס בשמירה על ה"פרטיות"; רק אם אין חלופה כאמור, יש למצוא פשרה בין שני האינטרסים, כך שההפגנה תתקיים ליד בית המגורים אך תהיה כפופה למגבלות של זמן, עוצמת רעש, מספר ההפגנות שכבר התקיימו וכדומה.⁵⁸ גישה שלישית במסגרת זו מבוססת על תפיסה רחבה יותר של הזכות ל"פרטיות", שלפיה זו כוללת גם הגנה על האינטרס של אדם ש"ניחו לו לנפשו" כאשר הוא נמצא בביתו.⁵⁹ בהתבסס על כך נקבע בכמה מקרים בפסיקה האמריקאית כי ניתן להצדיק איסור מוחלט לקיים הפגנה ליד בית מגורים בלא צורך בעריכת "איזון אינטרסים" בהתאם לנסיבות העניין.⁶⁰

שתי העמדות האחרונות, שנועדו להימנע מן הצורך לערוך איזון אינטרסים אד-הוק, מעוררות קשיים לא-מבוטלים, שכן קשה ליישבן עם ההנחה שביסודן שלפיה איסור הפגנה ליד בית מגורים פוגע בזכות לחופש הביטוי. ספק רב אם מוצדק להעניק משקל מכריע לאינטרס של הפרט להשתיק את זולתו רק משום אי-רצונו לשמוע את המסר שהזולת מבקש להשמיע באוזניו, המתייחס למעשיו שלו.⁶¹ אולם אני סבור שניתן להצדיק הטלת איסור על קיום משמרות-מחאה מסוימות ליד בית מגורים באמצעות הקביעה כי הן אינן "מכוסות" כלל על-ידי הזכות להפגין.⁶² מדובר בעיקר במשמרות-מחאה שתכליתן העיקרית אינה הוכחת איש הציבור על מעשיו או ביטוי מסר אחר כלשהו, אלא ניסיון לכפות אותו לשנות את מדיניותו על-ידי הפעלת לחץ עליו בדרך של פגיעה נמשכת בו, במשפחתו ובשכניו. כלומר, תיתכן גישה שלפיה, מצד אחד, אין לסייג

57 בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 480, 456 (1994).

58 שם, בעמ' 489.

59 הביטוי המפורסם לכך מצוי במאמרם רב ההשפעה של וורן וברנדייס, שם הוגדרה הזכות לפרטיות כזכות להיעזב במנוחה – the right to be let alone – ראו: Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

60 *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474, 484 (1988).

61 ראו, למשל: Owen M. Fiss, *The Unruly Character of Politics*, 29 MCGEORGE L. REV. 1, 4, 16 (1997) ("[T]he purpose of [residential] picketing is not enlightenment but moral confrontation... Home should be the very place where we weigh most seriously the implications of our actions").

62 ראו בעניין זה ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" **חוקים** ב 197 (2010).

את הזכות לחופש הביטוי מכוח הפגיעה בזכות לפרטיות בשל הפגיעה באינטרס להימנע מהיחשפות למסרים שאיש הציבור אינו מעוניין לשמוע, כך שהכרחי להחיל איזון אינטרסים בשלב השני של הבחינה החוקתית; אך מצד אחר, יש לסייג את הזכות לחופש הביטוי כאשר ההפגנה נועדה להפעיל על איש הציבור לחץ הנובע מן האופן שבו הביטוי מושמע.⁶³ כלומר, איסור קיום הפגנה שתכליתה הבעת מסר – ואשר תוצאת-לוואי שלה, שאינה נחוצה להשגת התכלית של הבעת המסר, היא פגיעה באינטרסים מתחרים, כגון פגיעה בפרטיות של מי שמתגוררים במקרה סמוך למקום שבו מתקיימת ההפגנה – גורם פגיעה בזכות להפגין; בעוד איסור קיום הפגנה שתכליתה העיקרית היא הטרדה של אדם מסוים, בין לשם הפגיעה עצמה ובין כאמצעי להשגת תוצאה אחרת כלשהי, אינו פוגע בזכות להפגין.⁶⁴ גם כאן, החלת הבחנה מסוג זה אינה מקובלת במסגרת הגישה של זכויות כאינטרסים, אף שעשויים להיות להבחנה זו טעמים טובים.

דוגמה שלישית: האם במצב שבו מוטלת על המדינה חובה להגן על פרט אחד בדרך של הגבלת חופש הפעולה של אחר, המעשה השלטוני שתכליתו מילוי החובה האמורה פוגע בזכות חוקתית של האחר? למשל, האם איסור הפליה בתעסוקה פוגע בחופש העיסוק של המעביד? לפי גישתו של ברק, התשובה לכך היא חיובית, שכן האיסור מגביל את חופש העיסוק של המעביד. עמדה זו אינה מעוררת קושי מיוחד אם קובעים כי אין מוטלת על המדינה החובה לאסור על המעסיק להפלות. אך עמדתו של ברק בעניין זה שונה. במקום אחר הוא קובע כי מכוח מה שהוא מכנה "מודל התחולה העקיפה" של חובת כיבוד זכויות האדם, עשויה להיות מוטלת על המדינה החובה להגן על זכות חוקתית של פרט באמצעות הגבלת חופש הפעולה של פרט אחר, ובכלל זה בתחום של

63 ביטוי מפורש לתפיסה זו מובא בפסק-הדין המנחה בסוגיה זו בארצות-הברית – פסק-הדין בעניין *Frisby v. Schultz*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 485–486. בית-המשפט הכיר שם בחוקתיותו של חוק-עזר עירוני שאסר באופן מוחלט קיום משמרת-מחאה ליד בית מגורים, בהתבסס בעיקר על ההערכה כי ברוב המקרים תכליתה העיקרית של הפגנה כזו אינה העברת מסר, אלא הפעלת לחץ על האדם שהפגנה מכוונת נגדו, בדרך של הטרדתו: "The type of picketers banned by the... ordinance generally do not seek to disseminate a message to the general public, but to intrude upon the targeted resident, and to do so in an especially offensive way".

64 עמדה דומה מוחלת גם בהקשרים אחרים, ובכלל זה ההכרה בלגיטימיות של איסור "מעשים אקספרסיביים" הנעשים מתוך כוונה להטריד או לאיים. הלכה זו נקבעה בארצות-הברית בעניין *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003), שם הוכר תוקפו של חוק שקבע כך: "[I]t shall be unlawful for any person or persons, with the intent of intimidating any person or group of persons, to burn, or cause to be burned, a cross on the property of another, a highway or other public place... Any such burning of a cross shall be prima facie evidence of an intent to intimidate a person or group of persons". לדיון ראו: Alexander Tsesis, *Regulating Intimidating Speech*, 41 HARV. J. LEGIS. 389 (2004). עמדה זו עולה בקנה אחד גם עם העמדה שהוצעה לגבי היקפו הראוי של איסור הפגיעה ברגשות דתיים. ראו דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כ 5 (2004), שם הוצע כי איסור הפגיעה ברגשות דתיים יחול רק בנסיבות של פגיעה מכוונת.

איסור הפליה בעבודה.⁶⁵ כלומר, לפי גישתו של ברק, הפגיעה בזכות חוקתית במקרים מסוג זה היא בלתי-נמנעת. בכל דרך שיבחר בה המחוקק – בין שיגביל את חופש הפעולה של המעסיק ויחיל איסור הפליה ובין שיימנע מכך – הוא ימצא את עצמו פוגע בזכות חוקתית. משמע, בכל דרך שיבחר בה המחוקק יוסמך בית-המשפט להחיל ביקורת שיפוטית. יתר על כן, סיווגה של כל החלטה כפגיעה בזכות חוקתית גורם לכך שסיווג זה עצמו אינו תורם כלל לקידום ההכרעה בשאלה אם ההחלטה היא לגיטימית. אין זה ברור אפילו 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. קושי נוסף הוא ביחס להסמכה בחוק: מצד אחד, אם אין הסמכה בחוק לא להיחלץ להגנתם של הקורבנות-בכוח של הפליה, אזי מוטלת על המדינה החובה לפעול למניעת הפליה, שאם לא כן היא תגרום פגיעה בלתי-מותרת בזכות החוקתית לשוויון של העובדים.⁶⁶ אך מצד אחר, אם גם אין הסמכה בחוק לפעול למניעת הפליה, אזי המדינה אינה רשאית למלא את חובתה להגן על העובדים, שהרי אז היא תפגע לא כדין בחופש העיסוק של המעסיק. בהנחה שדרישת ההסמכה בחוק היא מוחלטת, ואינה כפופה למבחנים של "איזון אינטרסים", גישתו של ברק אינה מספקת מוצא מן "המעקש החוקתי" הזה.⁶⁷ מענה אפשרי של ברק לקושי זה הוא שבמקרה מסוג זה הדרישה להסמכה "בחוק" מתמלאת מכוח קביעה שיפוטית כי דרך פעולה מסוימת של הרשות, הפוגעת בזכות חוקתית, היא לגיטימית.⁶⁸ אולם אם מתייחסים לדרישה להסמכה בחוק כלשונה, אזי המשמעות שיש לייחס להכרעה שלפיה המעשה השלטוני הוא לגיטימי על-אף העדר הסמכה בחוק היא שנשללת למעשה הטענה כי המעשה פוגע בזכות חוקתית.

דרך מתאימה להתגבר על קשיים אלה היא הכרעה, כבר במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית, שהימנעות מהיחלצות לעזרתם של העובדים המופלים אינה נחשבת פגיעה בזכות חוקתית שלהם או לחלופין שהחלת האיסור להפלות אינה פוגעת כלל בזכות חוקתית של המעסיק.⁶⁹ אין אומנם מניעה עקרונית לקבוע כי למעסיק יש זכות

65 אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" (צפוי להתפרסם בספר **אלישבע ברק-אוסוסקין**, 2011).

66 ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 523 ("כדי שיהא צידוק למחדל... להגן על הזכויות החיוביות יש לעגן צידוק זה בדבר חקיקה. אם הזכויות החיוביות נפגעו על ידי המדינה בלא כל דבר חקיקה אין המדינה יכולה להצדיק את מחדלה").

67 ביטוי זה נטבע על-ידי השופט חשין בהקשר קרוב (העדר הסמכה תקציבית לבצע פעולה שהממשלה חייבת לבצע מכוח הוראה בחוק): בג"ץ 2344/98 **מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר**, פ"ד נד (5) 756, 729 (2000).

68 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 156–159.

69 לדיון בסוגיה זו ראו, למשל: Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833 (2001); John J. Donohue III, *Advocacy versus Analysis in Assessing Employment Discrimination Law*, 44 STAN. L. REV. 1583 (1992); *What is Discrimination?* 38 PHIL. & PUB. AFF. 143 (2010).

חוקתית להפלות ובו-בזמן לעובדים יש זכות חוקתית לכך שהמדינה תפעל כדי שלא יופלו. כאמור לעיל, ייתכן שתוכר זכותו של אדם לפעול בדרך מסוימת (כאן – להפלות בין עובדים) ובה-בעת יוכר כי חל עליו איסור מוסרי לנהוג כך, וכי מוטלת על המדינה החובה המשפטית, מכוח זכותם החוקתית של העובדים, לאכוף על המעביד את האיסור האמור. אולם הטעמים שביסוד ההכרה בזכויות חוקתיות, שעליהם עמדתי לעיל, מחייבים ניסיון להימנע מלדחות את פתרון הסתירה הזו לשלב השני של הבחינה החוקתית.⁷⁰ כמובן, ההכרעה בשאלה איזו זכות חוקתית נפגעת תהא רק מסקנת-ביניים: אם למעסיק יש זכות חוקתית להפלות (ולעובדים אין זכות חוקתית שהמדינה תאסור על המעסיק להפלות), ייתכן שהמדינה רשאית לפגוע בזכות לשם קידום האינטרס הציבורי במניעת הפליה, אך במקרה כזה היא אינה חייבת לעשות כן. לכן, אם היא תבחר לא לאסור הפליה, תהא המדינה פטורה מן הצורך להצדיק זאת לפני בית-המשפט במסגרת ביקורת שיפוטית המבוססת על טענה לפגיעה בזכויות חוקתיות. באופן דומה, אם לעובדים יש זכות חוקתית שהמדינה תמנע את הפלייתם (ולמעסיק אין זכות חוקתית להפלות), אזי המדינה רשאית לפגוע בזכות זו ולהימנע מהחלת איסור הפליה 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. תיתכן גם מסקנה שלמדינה יש חופש פעולה להחליט אם לאסור הפליה אם לאו, שכן שתי ההחלטות אינן פוגעות בזכויות חוקתיות כלשהן, ותיתכן גם מסקנה אחרת; אך בכל מקרה, מן הטעמים שפורטו לעיל, ראוי לכל-הפחות לשאוף לכך שתתקבל הכרעה כלשהי בשלב הראשון של הבחינה החוקתית.

דוגמה רביעית: האם בקביעת היקף פרישתה של הזכות החוקתית יש להתחשב גם בסיכון שנשקף לציבור עקב מעשיו של הפרט שמבקשים להגביל את חירותו? ידועה בהקשר זה גישתו של המשנה לנשיא חשין בפסק-הדין הראשון בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראה שעה), התשס"ג-2003, שקבע כי טובת הכלל מסייגת את היקף פרישתן של זכויות חוקתיות, ולא רק את היקף ההגנה עליהן. בהתאם לכך הוא קבע שם כי אין להקנות מעמד חוקתי לאותו היבט של זכות-היסוד לחיי משפחה העוסק בבחירה של בני-הזוג לחיות יחדיו במדינתו של אחד מהם: "הכרה בקיומה של חובה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסתם של בני-משפחה זרים, פירושה אינו אלא העברת הריבונות לידי כל אזרח ואזרח בנפרד, וממילא פוגעת היא ביכולתה של המדינה להתוות את דרכה ולכבד את מורשתה."⁷¹ ברק שולל גישה זו בספרו, בציינו כי היא אינה מקובלת במשפט המשווה ואינה רצויה בשל הצמצום הניכר שהיא עלולה לגרום להגנה על זכויות חוקתיות.⁷² אני סבור שיש טעמים טובים לתמיכה בעמדתו של ברק בעניין

70 ראו, ברוח דומה, גם Enoch, לעיל ה"ש 44, בעמ' 380–382.

71 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202, 407–408 (2006).

72 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 102–113.

זה.⁷³ אך בעוד גישתו של ברק אינה מחייבת – לעניין הנידון כאן – הכרעה בשאלה באילו מקרים יש להכיר באינטרס הציבורי כאוסף של זכויות חוקתיות של הנמנים עם הציבור הרלוונטי (ובספרו ברק אכן בוחר להימנע מלנקוט עמדה בשאלה "מתי הופכת טובת הכלל... לזכות חוקתית"),⁷⁴ הגישה המוצעת כאן עשויה לחייב הידרשות לכך, שהרי הפגיעה בזכות של אחר יכולה להיות טעם טוב לצמצום היקף פרישתה של הזכות. לפי עמדה אחת, שביטאו חלק מן השופטים בפסק־הדין הראשון בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל, בצד הפגיעה בזכות חוקתית של מי שקיים סיכון כי יבקש לפגוע באחרים (למשל, מכוח הריגה מכוונת שלו, מעצרו, מניעת כניסתו לישראל וכדומה), יש להכיר גם בכך ש"כנגד זכות בת-עוצמה זו, ניצבת עומדת זכות שאף היא בת-עוצמה רבה, הלא היא זכותם של כלל התושבים לחיים ולביטחון".⁷⁵ בעיניי, עמדה זו גורפת מדי. כאמור לעיל, אני מסכים כי איסור כניסתו של אדם לישראל כדי למנוע ממנו את האפשרות לבצע מעשה טרור אינו צריך להיחשב פגיעה בזכות חוקתית. אך מכאן אין להסיק כי סיכון כלשהו שאדם מסוים אכן מתכוון להיכנס לישראל למטרה זו די בו לקבוע כי מניעת כניסתו לישראל אינה פוגעת בזכות חוקתית שלו (או במקרה זה – של בן-זוגו, שהוא אזרח ישראלי). 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.⁷⁶ באופן כללי יותר, ניתן להסכים כי לפחות בנסיבות מסוימות הזכות החוקתית אינה חלה על האינטרס של הפרט לפגוע באופן אקטיבי או מכוון בזכויות

73 ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** 47, 74–75 (2009). ראו גם יעקב בן-שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" **משפט וממשל** י 47, 64–78 (2007).

74 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 305–306.

75 עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 451–452 (המשנה לנשיא חשין). ראו גם שם, בעמ' 555–557 (השופט ריבלין): "כאשר בביטחון הציבור עסקינן, אינטרס ציבורי בלשונו, דוברים אנו בלא אחרת מאשר הזכות לחיים ולשלום הגוף של כל אחד מבני הציבור... במקרה שלפנינו... מתחדדת דמות הציבור ומתמקדת הסכנה. לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא"; וכן שם, פס' 2 לפסק־דינו של השופט גרוניס. ראו גם בג"ץ 2753/03 **קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל**, פ"ד נו"ד (6) 359 (2003), בעניין ההחלטה להפקיע את כל שידורי הרדיו והטלוויזיה במקרה של התקפת טילים על ישראל. בעניין זה קבע השופט טירקל כי האינטרס הציבורי המתחרה עם חופש הביטוי אינו אלא "הזכות לחיים והחובה להגן על החיים" (שם, בעמ' 377), ואף הוסיף כי "כאשר מדובר בהגנה על חיי אדם, במצב של פיקוח נפש, אין מקום לעשיית איוונים ולשקילת ערכים מתחרים. אמות המידה החוקתיות שמציבה פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ונוסחאות האיוון הפסיקתיות אינן ישימות ואינן הולמות שעה שחיי אדם – חיי ציבור שלם! – מונחים על הכף" (שם, בעמ' 380). כן ראו בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 182 (1997) (השופט טל): "מול 'חופש התנועה', שהיא זכות יסוד חשובה, עומדת 'שבת קדש' שהיא חובתו וזכותו הכמעט אבסולוטית של עם ישראל".

76 ראו, ברוח זו, את עמדתו של הנשיא ברק בעניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 358–362.

חוקתיות מסוימות של אחרים; אך אם אין הסתברות גבוהה מספיק שהפרט אכן יבקש לממש את חופש הפעולה שלו לשם ביצוע מעשה כזה, אזי עצם הסיכון שהפרט אכן יבחר לפעול כך אין בו כדי להצדיק קביעה כי הגבלת חופש הפעולה של הפרט אינה פוגעת בזכות חוקתית שלו.

לסיכום, אני סבור כי עמדתו של ברק, שלפיה בקביעת היקף פרישתה של הזכות החוקתית אין להתחשב באילוצים דאונטולוגיים המוטלים על הפרט, אינה נקייה מקשיים, וכי לגישה החלופית, אשר נכונה לסייג במקרים מסוימים את היקף פרישתה של הזכות על יסוד זה, יש יתרונות חשובים. על כך נוספת בעיה אחרת שמעוררת גישתו של ברק – ההימנעות מתחייבות המקרים שבהם יש להכיר בכך שגריעה מאינטרס מוגן אינה מהווה פגיעה בזכות חוקתית. בבעיה זו אדון כעת.

5. מתי תוכר פגיעה בזכות חוקתית?

כאמור, לפי שיטתו של ברק, כל הגבלה (ובלבד שאינה עניין של "מה בכך") של חופש הפעולה של הפרט וכל גריעה מאינטרס שלו הנכלל בגדר הזכות צריכות להיות מוכרות כפגיעה בזכות החוקתית. הגורם היחיד המובא בחשבון לשם הכרעה אם מעשה שלטוני כלשהו "פוגע" בזכות חוקתית (במובן הטכני שנודע ל"פגיעה") הוא ההכרעה אם נגרע דבר-מה מן האינטרס המוגן מכוח הזכות. כלומר, בגישה זו ההכרעה הנורמטיבית היחידה הנחוצה במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית היא אילו אינטרסים מוגנים מכוח הזכות. ההכרעה מהו היקפה של הזכות החוקתית מוליכה, מניה וביה, גם להכרעה באילו מקרים הזכות החוקתית נפגעת (או מוגבלת). אין זה חשוב כלל כיצד אירע השינוי במצב העניינים שעליו הזכות מגינה. הזכות החוקתית היא שהאינטרס יוגשם במידה כלשהי, ואם יעד זה לא הושג, משמע שנפגעה הזכות החוקתית. למשל, הזכות החוקתית לחיים היא, בפשטות, שלא ייגדע פתיל חייו של בעל הזכות. אם ניטלו חייו של בעל הזכות, בהכרח נפגעה זכותו החוקתית לחיים, ואין זה חשוב לעניין זה אם הדבר אירע בדרך של פגיעה מכוונת של השלטון בחייו או בדרך של פגיעה בלתי-מכוונת בו, או אם הדבר אירע במעשה או במחדל של השלטון. כלומר, לפי עמדה זו, נקודת-המבט היא אינדיווידואלית לחלוטין – חשובה רק התשובה לשאלה "מה קרה לאינטרס של הפרט", ולא כיצד נגרמה התוצאה הזו, כלומר, מה עשה השלטון או לא עשה, או מה הוא התכוון או לא התכוון לעשות.

הגישה שלפיה ההכרה בזכות חוקתית משמעותה הכרה באילוצים דאונטולוגיים מבטאת תפיסה שונה. האילוצים הדאונטולוגיים מתייחסים אומנם גם לתוצאות – אין לגרום לכך שאינטרסים חשובים של הפרט ייגרעו או שיוגבל החופש שלו לפעול כרצונו – אך לא רק להן. יש חשיבות גם לאופן שבו נגרמה התוצאה, וזאת משום שביסודה של גישה זו מצויה התפיסה שחשוב לא רק מה קורה לפרט, אלא גם מהו יחסו של השלטון אליו, וביתר דיוק – מה השלטון עושה לפרט וכיצד הוא עושה זאת.⁷⁷ במינוח המקובל

77 ראו, למשל: Frances Kamm, *Intricate Ethics* 28–29 (2006); Adil Ahmed Haque,

בעקבות קאנט, הזכות החוקתית לכבוד היא ביטוי לאילוף האוסר התייחסות אל אדם כאל "אמצעי בלבד" להשגת תכליות נלוות חיצוניות.⁷⁸ משום כך, זכות חוקתית מוגדרת לא רק לפי התוצאה שהיא נועדה להבטיח, אלא גם על-פי אופן הפעולה של השלטון. במילים אחרות, ההכרעה במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית כוללת לא רק את המרכיב התוצאתי (אם נגרע דבר-מה מן האינטרס המוגן), אלא גם מרכיב שעניינו הערכה אם האופן שבו פעל השלטון (או נמנע מלפעול) מבטא הפרה של אילוף דאונטולוגי. דוגמה לגישה מסוג זה היא הקביעה בפרשת הפרטת בתי-הסוהר כי עצם הפעלתן של סמכויות מסוימות של סוהר על-ידי גורם "פרטי" מהווה פגיעה בזכות החוקתית לחירות.⁷⁹ דוגמה אחרת לכך היא הגישה שבוטאה על-ידי חלק מן השופטים ביחס לחוקיותו של איסור שידור בטלוויזיה של תשדיר פרסומת בנושא פוליטי, שלפיה אין בכך כל פגיעה בחופש הביטוי.⁸⁰

אני סבור שהגישה האחרונה עדיפה גם בהיבט הנידון כאן. ברק מתייחס בספרו לטיעון ביקורת שלפיו קיים חשש שגישתו תיצור בציבור רושם של זילות שיח הזכויות. טענה זו מבוססת על כך שגישתו של ברק מחייבת הכרה בפגיעות רבות בזכויות חוקתיות ובה-בעת הכרה בכך שפגיעות אלה מותרות.⁸¹ אני מסכים עם הערכתו של ברק שקשה להעריך את החשש הזה ולבסס על-פיו את הבחירה בין הגישות, אך דומני שגישתו של ברק מעוררת קשיים נוספים.

גישה מרחיבה ביחס להכרה בכך שמעשים שלטוניים גורמים "פגיעה" בזכות חוקתית מחייבת דרישת הסמכה מפורשת בחוק למעשים ולמחדלים רבים מאוד. כך, למשל, הקביעה כי גם פגיעה בלתי-מכוונת באינטרס טעונה הסמכה בחוק עלולה לגרום לכך שכמעט כל פעולה שלטונית, ואולי גם כל מחדל שלטוני המשפיע לרעה על האינטרסים של מאן דהוא, ייחשבו כפוגעים בזכות חוקתית. כך תעולל גם הקביעה כי די באפשרות, ולו רחוקה, שהמעשה השלטוני יגרום לפגיעה בזכות חוקתית על-מנת להכיר

Torture, Terror, and the Inversion of Moral Principle, 10 NEW CRIM. L. REV. 613, 634 (2007): "Victims have an interest not only in their fate but also in their status, in what can permissibly be done to them"

78 עמנואל קאנט **יסוד הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות** 95 (משה שפי מתרגם, שמשון שטין עורך, התש"י): "הציווי המעשי יהיה כדלקמן: עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד." לדיון ראו, למשל, דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד(3) 541, 545-546 (2001): "[כבוד הוא] יחס מוסרי... לבני האדם... אין מחיר, שכן ערכם הוא פנימי, אובייקטיבי ומוחלט, ובלתי תלוי ברצון אנושי מקרי."

79 בג"ץ **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם**, לעיל ה"ש 7, בעיקר פסק-דינה של הנשיאה ביניש.

80 בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 6(7) לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, 20.8.2008) ("ההסדרה המינהלית של הפרסומת בתשלום על ידי רשויות התקשורת, המונעת ביטוי פוליטי במסגרת תשדירים אלה, אינה כרוכה בפגיעה חוקתית בחופש הביטוי, ולכן אינה מצריכה מעבר לשלבי השני של הבחינה החוקתית, הכורך דיון חוקתי בנוסחת האיזונים של פסקת ההגבלה"). ראו גם שם, פס' 9 ואילך.

81 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 67-68.

בקיומה של פגיעה כזו.⁸² הבעיה כאן אינה החשש מפני הצפת בית-המשפט בעתירות לבירור חוקיותם של מעשים מסוג זה, אלא העדר האפשרות המעשית להסדיר בחקיקה את כל תחומי הפעילות הללו במידת הפירוט הנדרשת לשם הסמכת המנהל לפגוע בזכות חוקתית.

קושי נוסף מתעורר ביחס לסוגיה – שכבר הוזכרה לעיל – של הכרה באינטרס הציבורי כאוסף של זכויות חוקתיות. כאמור, ברק סבור כי לפי השיטה המשפטית הנוהגת בישראל, מוכרת "לא רק בחובתה של המדינה שלא לפגוע בזכות חוקתית אלא גם בחובתה להגן על זכויות אלה".⁸³ עקב כך, גישתו מחייבת הכרעה בשאלות כגון: "האם... לכל אדם בישראל הזכות החוקתית כנגד המדינה להגנה על חייו באמצעות המאבק בטרור, לחימה בפשיעה, והבטחת נהיגה בטוחה בדרכים?"⁸⁴ הבעיה היא שקיים קושי של ממש להכריע בעניין זה ככל שמדובר בשאלה מתי טובת הכלל נהפכת לזכות חוקתית, וברק אכן בוחר להימנע מהכרעה.⁸⁵ גם ההצעות שהוצעו בהקשר זה בספרות אינן נקיות מקשיים.⁸⁶ אני סבור שהדרך העיקרית לעקוף את הקושי הזה היא באמצעות התמקדות במבחן הפגיעה. הגישה הרואה בזכויות חוקתיות אילוצים דאונטולוגיים 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. למשל, הימנעות של המדינה מהטלת עונש מוות, גם אם מוכח שהטלת עונש זה תגביר את ההרתעה של רוצחים-בכוח, אינה מוכרת כפגיעה בזכות החוקתית של הקורבנות לחיים.⁸⁷ כלומר, גישה זו הופכת את השאלה הקשה אם יש להכיר באינטרס הציבורי במניעת פיגועי טרור כאוסף של זכויות חוקתיות אם לאו ללא-רלוונטיות במידה רבה. גם אם נניח שאכן מדובר באוסף של זכויות חוקתיות, אין בכך כדי להפוך את ההימנעות של המדינה מלפעול לכזו הפוגעת בזכות חוקתית. 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. כלומר, הטענה היא שהכרעה כי לאדם מוקנית זכות חוקתית כלפי המדינה אינה מוליכה בהכרח למסקנה באשר לתוכנה של החובה המוטלת על המדינה מכוח ההכרה בזכות החוקתית של הפרט. אלה שתי סוגיות שיש להכריע בהן במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית.

82 לדיון ראו, למשל: F. Andrew Hessick, *Probabilistic Standing*, 106 NW. U. L. REV. 47 (2011).

83 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 305 וכן בעמ' 516–522.

84 שם, בעמ' 305.

85 שם, בעמ' 305–306.

86 ראו אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97 (2011), שמציעים לתחום את קו הגבול בין אינטרס ציבורי לבין זכות חוקתית בהתבסס על שלוש אינדיקציות: מובחנות הפרט, הסתברות הפגיעה ומתווה הפגיעה.

87 ראו, למשל: Carol S. Steiker, *No, Capital Punishment is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty*, 58 STAN. L. REV. 751 (2005).

6. סיכום ביניים

ברק סבור כי אין מניעה לפרש באופן מרחיב את היקפה של הזכות (ובכלל זה מה נחשב "פגיעה" בה), שכן ממילא בשלב השני של הבחינה החוקתית, שבו ייקבע היקף ההגנה על הזכות, יינתן ביטוי להבחנות שהגישה של זכויות כאילו ציפים מציעה להחיל כבר במסגרת השלב הראשון. אבל, כאמור, השאלה אם הסוגיה מוכרעת בשלב הראשון או השני של הבחינה החוקתית אינה עניין סמנטי גרידא. הקביעה כי מעשה שלטוני גורם פגיעה בזכות חוקתית מוליכה לשורה של תוצאות. התוצאה העיקרית של קביעה כזו היא שהמעשה הוא לגיטימי רק אם הוא מבוסס על הסמכה מתאימה בחוק ועומד בתנאיה של דוקטרינת המידתיות. כך, למשל, הקביעה כי מדיניות של העדפה מתקנת פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, כפי שמתחייב כנראה מגישתו העקרונית של ברק, תחייב קביעה כי מדיניות כזו מותרת רק אם המחוקק הסמיך את הרשות המנהלית להחילה, ורק אם ניתן להוכיח שהמדיניות היא אמצעי יעיל להשגת תכליתה (למשל, קידום שוויון בתוצאות), שאין חלופות פוגעניות פחות שיובילו להשגת היעד, ושהתועלת הנובעת ממנה עולה על נזקה. הגישה שהוחלה בפסיקה הישראלית, שלפיה מדיניות של העדפה מתקנת אינה גורמת כלל פגיעה בזכות לשוויון, הובילה לייתורה של בחינה מסוג זה, ועקב כך הביאה לידי הכשרת החלתה של מדיניות זו;⁸⁸ לעומת זאת, החלת גישה מן הסוג המתחייב מגישתו של ברק על-ידי בית-המשפט העליון של ארצות-הברית הובילה לשלילה רחבה למדי של חוקיות החלתה של מדיניות כזו.⁸⁹

אמת, לגישתו של ברק יש יתרון חשוב: היא מקילה במידה ניכרת על הטוענים לקיומה של פגיעה בזכות חוקתית, ומטילה על מי שטוען לתקפותה של המדיניות השלטונית – על-פירוב המדינה עצמה – להצדיק את המעשה. בהינתן פערי המידע ופערים אחרים בין הצדדים, זוהי תוצאה רצויה. גישתו זו של ברק עולה בקנה אחד עם עמדתו העקרונית באשר לביקורת שיפוטית על מעשים שלטוניים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בביטול הדרישה לזכות עמידה ובצמצום ניכר של דרישת השפיטות. אולם גישתו של ברק כרוכה בקשיים לא-מעטים. גישה זו גורמת לכך שסכסוכים רבים מתורגמים באופן מיידי ל"שיח של זכויות". עקב כך נשלל למעשה מן הזכויות החוקתיות מעמד נורמטיבי כלשהו. נוסף על כך, הגישה האמורה מחמיצה את האפשרות להגשים את השאיפה להשגת הסכמה לאומית באמצעות ההכרה בזכויות חוקתיות.

הגישה של זכויות כאילו ציפים מבטאת בהקשר זה גישת-ביניים, שמאפשרת להגשים את עיקר התכליות של ההכרה בזכויות חוקתיות. גישה זו מעניקה משקל נורמטיבי משמעותי לשלב הראשון של הבחינה החוקתית, שכן הקביעה כי מעשה שלטוני מסוים

88 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994); בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 299 (1989). במדינות מסוימות, דוגמת קנדה, נקבעה הוראה בעניין זה במפורש בחוקה.

89 ראו, למשל: Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003); Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003); Ricci v. DeStefano, 129 S. Ct. 2658 (2009).

מפר אילוץ דאונטולוגי אכן יוצרת חזקה כי המעשה אינו מוצדק, ויידרשו נסיבות מיוחדות לשם הצדקתו. החלת הגישה שלפיה מעשה מסוים יוכר כפוגע בזכות חוקתית רק בנסיבות שבהן הדבר משקף עמדה מקובלת, שלפיה מדובר במעשה אשר לכאורה לפחות אינו מוצדק, עשויה לאפשר ל"שיח הזכויות" לממש את תכליתו כמסגרת לגיבוש הסכמה רחבה להכרעה במחלוקות חברתיות. כך במיוחד אם מכירים בזיקה שבין ההכרה בכך שמעשה פוגע בזכות חוקתית לבין אפיון המעשה כמפר אילוץ דאונטולוגי, ובהינתן שהזיהוי של הפרת אילוצים קרוב במהותו למוסר הנוהג (commonsense morality). בהתאם לכך ניתן לסבור שהחלוקה הראויה בין שני השלבים של הבחינה החוקתית היא זו: בראשון יש לברר מהו היקפו של האילוץ המוטל על המדינה, ובהתאם לכך לקבוע אם המעשה (או המחדל) של המדינה הוא פגיעה בזכות חוקתית; ובשני יש לבחון אם הפרת האילוץ, כלומר הפגיעה בזכות החוקתית, היא מוצדקת. לא כל צמצום של אינטרס חשוב של הפרט צריך להיות מוכר כפגיעה בזכות חוקתית, ולרוב מחדל של המדינה בהגנה על אינטרסים של הפרט אינו צריך להיות מוכר כפגיעה כאמור. בפרט, יש להשתדל להימנע מהכרה הן במעשה שלטוני המגביל את חופש הפעולה של האחד לשם הגנה על האחר והן בהימנעות ממעשה זה כפגיעה בזכות חוקתית (של האחד או של האחר, בהתאמה). גישה זו מצמצמת אומנם את המקרים שבהם יש להחיל ביקורת שיפוטית, שהרי מתחייב ממנה צמצום של המקרים שבהם תוכר פגיעה בזכות חוקתית; אך בהיבט היא תורמת לחיזוק הלגיטימציה של החלת ביקורת שיפוטית במקרים שבהם מוכרת פגיעה בזכויות חוקתיות. גישה זו אף מותירה עניינים חשובים לשיקול-דעתן של רשויות השלטון האחרות – עניינים שבהם אין לבית-המשפט כל יתרון על מקבלי ההחלטות ברשויות האחרות.

פרק ב: הדרישה כי פגיעה בזכות חוקתית תשרת "תכלית ראויה"

אחד היסודות של ההגנה על זכויות חוקתיות הוא הקביעה כי תנאי הכרחי להכרה בתוקפה של פגיעה בזכות חוקתית הוא שהפגיעה נועדה ל"תכלית ראויה" (או ל"מטרה ראויה" בלשונו של ברק). ברק מקדיש ליסוד זה את הפרק התשיעי בספרו. גישתו העקרונית של ברק היא ש"מרכיב המטרה מהווה דרישת סף של לגיטימיות", במובן זה ש"אם מטרתו של החוק הפוגע אינה ראויה, הפגיעה אינה חוקתית, בלא כל קשר לשאלה אם היא מידתית".⁹⁰ ברק דן בהיבטים שונים של יסוד זה. בין היתר הוא טוען כי "מטרתו של החוק הפוגע צריכה להיות ראויה הן על-פי מבחן סובייקטיבי והן על-פי מבחן

90 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297.

אובייקטיבי", ולפיכך, "אם כוונתם של יוצרי החוק לא הייתה להגשמת המטרה הראויה, החוק אינו חוקתי גם אם מטרתו בעת הפירוש מגשימה מטרה ראויה".⁹¹ מאפיין משמעותי של הדיון של ברק בדרישה ל"תכלית ראויה", אשר בא לידי ביטוי גם בפסיקה, הוא ההסתפקות ברמת הפשטה גבוהה למדי בעת הבירור אם תכליתה של הפגיעה "ראויה". טלו, למשל, את התכלית של "הגנה על הביטחון הלאומי". לפי הגישה המקובלת, אם תכליתה של הפגיעה בזכות חוקתית היא מידה כלשהי של שמירה על בטחון המדינה, די בכך לבסס את הקביעה כי הפגיעה משרתת תכלית ראויה.⁹² ברק מתייחס בספרו לשאלה אם יש להסתפק בדרישה שתוכנה של המטרה ראוי או שמא יש להוסיף על כך גם את הדרישה לנחיצותה ולחיוניותה של המטרה.⁹³ למשל, מה דינה של פגיעה בזכות חוקתית של אדם מסוים (בדרך של הריגתו, כליאתו או מניעת כניסתו למקומות מסוימים) בשל ההערכה כי אלמלא הפגיעה אדם זה עלול להיות מעורב במעשה טרור? השאלה המתעוררת היא אם כל סיכון שהוא הנשקף מאותו אדם, זניח בהיקפו ככל שיהיה, די בו לאפיין את המטרה האמורה של החוק כ"מטרה ראויה". ברק טוען בספרו כי המענה המקובל לסוגיה זו בפסיקה הישראלית הוא שככל שמדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות "המצויות ברמה הגבוהה של מדרג הזכויות החוקתיות", תוכר מטרה כראויה רק אם מתקיימת בה הדרישה לנחיצות ולחיוניות משמעותיות.⁹⁴ לשיטתו, "לעניין הזכויות החשובות ביותר נקבעה בפסיקה הישראלית אמת-מידה קפדנית, המציבה רף גבוה" לעניין הקביעה איזו תכלית תוכר כראויה, בהתחשב במידת נחיצותה של מטרת הפגיעה.⁹⁵

אני סבור שעמדה מסוג זה היא רצויה, אך ספק בעיניי אם היא אכן משקפת את המצב המשפטי הקיים בישראל. אכן, בפסיקה מובאות מפעם לפעם אמירות שניתן ללמוד מהן על הצורך להציב "רף גבוה" לעניין הדרישה לתכלית ראויה. אולם האופן שבו דרישה זו מיושמת בפועל רחוק מכך.⁹⁶ למעשה, קשה למצוא ולו מקרה אחד שבו פסק בית-המשפט כי תכליתו של חוק כלשהו הפוגע בזכות חוקתית אינה ראויה. כמעט תמיד הדיון ביסוד התכלית הראויה הוא תמציתי מאוד, ומבוסס על רמת הפשטה גבוהה למדי. מבחינת בית-המשפט, אם תוכנה של המטרה של החוק נמנה עם המטרות המוכרות כלגיטימיות, כגון "בטחון המדינה", די בכך לקיים את הדרישה ל"תכלית ראויה", ועיקר הדיון בפסיקה מוקדש לדרישת המידתיות. דוגמה לכך היא פסק-דינו של הנשיא ברק עצמו בפרשת **עדאלה**, שהוזכרה לעיל. בהתייחסו שם לדרישת המטרה, קבע אומנם הנשיא ברק, ברוח האמור בספרו, כי "כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון הפגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת

91 שם, בעמ' 368.

92 שם, בעמ' 330–331.

93 שם, בעמ' 344–355.

94 שם, בעמ' 353.

95 שם בעמ' 355.

96 הדיון המובא כאן מבוסס בחלקו על הטיעון המובא אצל מדינה וסבן, לעיל ה"ש 73, בעמ' 87–107.

להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ".⁹⁷ אולם בבואו ליישם את עמדתו זו ביחס לחוק האזרחות והכניסה לישראל, נמנע הנשיא ברק מלהתייחס לשאלת הנחיצות והחיוניות: "חוק האזרחות והכניסה לישראל נועד להבטיח ביטחון לישראל על ידי הפחתה, ככל האפשר, של הסיכון הביטחוני הנשקף מבני זוג פלסטינים החיים יחד עם בני זוגם הישראלים. הוא נועד להגן על חייהם של כל השוהים בישראל. הוא נועד למנוע פגיעות בחיי אדם. אלה הן תכליות ראויות."⁹⁸ לפי עמדתו של ברק, "נקיטה באמצעים המקטינים ככל האפשר את הסיכון של טרור... הינה מטרה חברתית מהותית. היא צורך חברתי לוחץ. הנה כי כן דרישתה של פסקת ההגבלה כי תכליתו של החוק הפוגע תהא 'ראויה' התמלאה".⁹⁹

לדעתי, יש מקום להרחיב את היקפה של הדרישה ל"תכלית ראויה". הדרישה כי חוק הפוגע בזכות חוקתית יהיה חוק שנועד ל"תכלית ראויה" נועדה לספק קו הגנה חשוב לזכויות באמצעות הצבת "קווים אדומים", השוללים מלכתחילה את הלגיטימיות של הסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות חוקתיות. דרישה זו תחול בראש ובראשונה ביחס למטרה שהמדיניות השלטונית נועדה להשיג באמצעות הפגיעה בזכות חוקתית. הבחינה הנדרשת היא אם תכלית הפגיעה בזכות היא מסוג התכליות המוכרות כראויות בחברה דמוקרטית. התפיסה המקובלת בהקשר זה היא שאחת ההשלכות החשובות של הכרה בזכות חוקתית היא שלילת הלגיטימיות של פגיעה בה לשם קידום מטרות מסוימות.¹⁰⁰ במובן זה, ההכרה באינטרס כזכות חוקתית היא "טעם מוציא" (exclusionary reason) ביחס לקידומן של מטרות חברתיות מסוימות באמצעות הפגיעה בזכות.¹⁰¹ אולם בכך אין די. יש להוסיף ולקבוע סייגים נוספים להכרה בתכלית כ"ראויה" לעניין זה.

תפקידה העיקרי של הדרישה ל"תכלית ראויה" הוא לקבוע אילו סוגים של תועלות חברתיות יש להביא בחשבון בעת יישומם של שלושת מבחני-המשנה של דרישת המידתיות, ובעיקר של מבחן-המשנה השלישי. דרישת המידתיות מתייחסת בעיקר של דבר לתועלות נתונות, שההנחה לגביהן היא שהן רלוונטיות, והשאלות שיש לברר הן אלה: האם הפגיעה בזכות החוקתית אכן צפויה להניב את התועלת המקווה? האם אין

97 עניין עראלה, לעיל ה"ש 71, בעמ' 321.

98 שם, פס' 82 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

99 שם, פס' 83 לפסק-דינו של הנשיא ברק. לגישה דומה ראו, למשל, בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 32 לפסק-דינה של השופטת ארבל (טרם פורסם, 15.4.2007): "תכלית של חוק תחשב ראויה אם היא משרתת מטרה ציבורית שהגשמתה עשויה להצדיק פגיעה בזכויות יסוד..."

100 ראו, למשל: Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L.J. 711, 724 (1994): "Rights are the tools... created for judicially policing the reasons excluded from being legitimate justifications for state action in different spheres"

101 ראו: JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS 37-39 (1975). ליישומה של גישה זו ראו, למשל: Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, 27 CARDOZO L. REV. 1393 (2006).

דרך חלופית פוגענית פחות להשגת התועלת הזו? והאם התועלת מספיקה, מבחינת היקפה וחשיבותה, להצדקת הפגיעה בזכות החוקתית? אולם השאלה המקדמית שיש לברר היא אילו תועלות צפויות הן רלוונטיות בכלל, וזה התפקיד שיש לייעד לדרישת "התכלית הראויה". הדוגמה המובהקת לכך היא זו שכבר הוזכרה לעיל, שלפיה מטרת מסוימות אינן יכולות להצדיק את הפגיעה בזכות החוקתית. ה"החרגה" הזו של מטרת מסוימות אינה צריכה להיות מוגבלת לזו המקובלת בפסיקה כיום, ועליה לכלול היבטים חשובים נוספים. אעמוד כאן בקצרה על כמה מהם.

ראשית, יש להבחין בין דרכים שונות להשגת מטרה חברתית כללית כלשהי, שרק חלקן לגיטימיות. נשוב, למשל, לעניין הפגיעה בזכויות חוקתיות לשם מניעת מעשי טרור. ברמת הפשטה גבוהה, זו בוודאי תכלית ראויה. אך בכך אין די. יש להוסיף ולברר מהו האופן שבו הפגיעה אמורה להשיג את היעד הזה. ניתן להבחין בהקשר זה בין ארבע דרכים עיקריות לפחות: הפגיעה בזכות חוקתית (למשל, הריגה מכוונת של חשוד בפעילות טרור) יכולה לשמש למטרת ענישה; היא יכולה לקדם את הביטחון באמצעות הרתעה פרטית או כללית של מחבלים-בכוח; היא יכולה לשמש לשם הפעלת לחץ על מי שעוסק או מתכוון לעסוק בפעילות טרור על-מנת לשדלו להימנע מכך (למשל, באמצעות מעצר יקריו של החשוד); והיא יכולה לקדם את הביטחון באמצעות סיכול ישיר של המעשה המתוכנן על-ידי פגיעה במתכננים או במבצעים-בכוח. הספרות הפילוסופית והספרות המשפטית עשירות בדיונים ביחס לגיטימיות של פגיעות שונות בזכויות חוקתיות שונות לשם השגת כל אחד מיעדי-המשנה הללו.¹⁰² גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון בישראל יש לעיתים התייחסות להיבט זה, תוך קביעה, למשל, כי המטרה של ענישה, אף שהיא אינטרס חברתי לגיטימי, אינה יכולה להצדיק שימוש באמצעים מנהליים כגון "סיכול ממוקד" או "מעצר מנהלי", וקיימות גישות שונות באשר לגיטימיות של שימוש באמצעים מסוג זה לצורך הרתעה כללית.¹⁰³ הבסיס לכך הוא הקביעה כי ההכרה בקיומו של אילוץ דאונטולוגי לגבי פגיעות מסוימות באנשים מסוימים בנסיבות מסוימות מנביעה לא רק מסקנה באשר לגובה ה"סף" של התועלת החברתית שיכול להצדיק את הפגיעה (דרישת המידתיות), אלא גם באשר לסוגי התועלות שיכולות להצדיק את הפרת האילוץ. המקום המתאים להחלת הדרישות הללו, שממלאות תפקיד מרכזי בקביעת היקף ההגנה על זכויות חוקתיות, הוא הדרישה ל"תכלית ראויה". קביעה זו היא תנאי מקדמי הכרחי לפני שניתן לגשת ליישום ההיבטים השונים של דרישת המידתיות. משום כך הדיון בשאלה אם פגיעה בזכות חוקתית היא מוצדקת צריך לכלול גם בחינה של שאלות כגון אלה: באילו נסיבות ענישה היא תכלית ראויה של המעשה (ההבחנה המקובלת בהקשר זה היא בין פגיעה בזכות חוקתית שנעשית במסגרת הליך שיפוטי, שאז ענישה היא תכלית לגיטימית, לבין פגיעה שנעשית

102 לסקירה של גישות שונות בהקשר זה ולדיון בהן ראו, למשל: EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, Law, Morality, and Economics 140–145 (2010).

103 ראו, למשל, בג"ץ 7015/02 עגזרי נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נו(6) 352 (2002); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (טרם פורסם, 5.1.2009).

בלי הליך כזה); באילו נסיבות הרתעה (פרטית או כללית) היא תכלית ראויה של פגיעה בזכות חוקתית; באילו נסיבות הפעלת לחץ על אדם כדי שיבצע פעולה מסוימת או יימנע מביצועה היא תכלית ראויה; ועוד.

שנית, לדרישה ל"תכלית ראויה" יש תפקיד חשוב גם במקרים של אי־ודאות לגבי נחיצותה של הפגיעה בזכות החוקתית להשגת מטרה חברתית מסוימת. תועלות שהסתברות להשגתן היא נמוכה (למשל, משום שהסיכון הנשקף מן הפרט שבו מבקשים לפגוע הוא נמוך) אינן צריכות להיכלל כלל במסגרת החישוב שנועד לבחון אם הפגיעה בזכות היא מוצדקת. למשל, מה דינו של מעשה שלטוני הפוגע בזכות חוקתית לשם הגנה על בטחון המדינה בנסיבות שבהן לא מתגבש סיכון ניכר לכך שהמעשה שמבקשים להגבילו אכן יביא לידי פגיעה בשלום הציבור? הפגם במעשה שלטוני זה אינו מבוסס על הקביעה כי התועלת מן הפגיעה בזכות החוקתית נופלת מעלתה; הפגם במקרה זה נעוץ בכך שהתכלית אינה נחוצה וחיונית במידה מספקת. בדומה לכך, פגיעה בחופש הביטוי בנסיבות שבהן הסיכון הנשקף מן הפרט שחירותו הוגבלה הוא נמוך – כגון קביעת הסדר בחוק המסתפק ב"מבחן הנטייה הרעה", קרי בחשש, ולו קטן, כטעם להגבלת ביטוי פוליטי – אינה צריכה להיחשב ככזו שנועדה לתכלית ראויה. גישה זו מוצאת אומנם ביטוי במקרים מסוימים, ובכלל זה בכמה פסקי־דין של הנשיא ברק עצמו,¹⁰⁴ אך בדרך־כלל היא אינה מיושמת בפסיקה לעניין הדרישה ל"תכלית ראויה".

104 ראו, למשל, בג"ץ 951/06 שטיין נ' המפקח הכללי משטרת ישראל, פס' 18–19 לפסק־דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 30.4.2006), שם נידון צו לסגירת בית־קפה מחמת הסיכון הבטחוני הנשקף מהפעלת המקום: "השאלה אם תכלית היא ראויה נבחנת, בין השאר, בשני מישורים. במישור הראשון, תכלית היא ראויה אם היא מקיימת את האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכויות האדם. לענייננו, האיזון הראוי כולל בחובו מבחן הסתברות של 'ודאות קרובה'. במישור השני, התכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיה של החברה והמדינה... הדרישה בדבר תכלית ראויה מחייבת קיומו של סיכון הנשקף מעצם הפעילות במקום נשוא צו הסגירה... מהי רמת הסיכון ומה מידת הסתברותה? לא די בסיכון של מה בכך. לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט אותו רק אם קיימות ראיות מינהליות ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של סגירת מקום, יש ודאות קרובה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בשלום ציבור." יש לציין, עם זאת, כי מייד לאחר־מכן הוסיף הנשיא ברק כי "אמצעי של סגירת מקום נועד למגר את תשתיתם של ארגוני טרור. הוא נועד לקדם מטרה חברתית מהותית, וצורך חברתי לוחץ, של התמודדות עם ארגונים טרוריסטיים במטרה לחסלם. זו ודאי תכלית ראויה" (שם). ספק אם התוספת הזו עולה בקנה אחד עם החלק הראשון של הדברים. לביטויים נוספים של הגישה האמורה ראו גם, למשל, בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 665 (2002) (השופט אור): "תכלית היא ראויה אם היא מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגנה על זכויות האדם"; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22, שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"ג היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 57 (2005): "תכלית היא ראויה אם היא מבקשת לאזן בין האינטרסים של הכלל לבין הפגיעה בפרט... בבחינת השאלה אם תכלית היא ראויה, יש לבחון שני היבטים: ההיבט האחד, עניינו תוכן התכלית. תכלית היא ראויה אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם, או אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות, כגון

כאמור, אני סבור שגם בהקשר זה ראוי להרחיב את היקפה של הדרישה ל"תכלית ראויה".

להרחבה זו של דרישת "התכלית הראויה" יש השפעה רבה על אופן יישומה של דרישת המידתיות. נתייחס, למשל, להשלכה של עמדה זו על אופן יישומו של מבחן-המשנה השני של דרישת ה"מידתיות", העוסק בקיומם של אמצעים חלופיים לאלה שננקטו בחוק אשר עשויים להגשים את התכלית שבבסיס החוק תוך פגיעה פחותה בזכויות חוקתיות. לפי הגישה המופיעה תכופות בפסיקה, ואשר מוצאת ביטוי גם בספרו של ברק, יש לבחון אם ניתן להשיג באופן מלא את תכליתה של הפגיעה בזכות החוקתית בדרך חלופית שתגרום פגיעה פחותה בה. דרך חלופית אשר פגיעתה בזכות פחותה אך מאפשרת להשיג באופן חלקי בלבד את תכליתה של הפגיעה אינה נחשבת רלוונטית לשאלה הבוחנת את קיומה של חלופה פחותה בחומרתה, וזאת בשל חלקיות הישגיה במימוש התכלית כולה.¹⁰⁵ אך גישה זו אינה הכרחית. נניח שהסיכון הנשקף מאדם מסוים ניכר דיו לחייב את המסקנה כי הריגתו נועדה ל"תכלית ראויה", שכן הסיכון הוא מעבר לסף הנדרש לשם כך. לשיטתי, אם ניתן להפחית את הסיכון הנשקף מאדם זה אל מתחת לסף האמור באמצעות מעצרו של אדם זה (למשל, מעצר מנהלי), אזי יש בכך כדי לשלול את הצדקת הפגיעה בזכותו לחיים, אף אם רק ההריגה מאפשרת למנוע לחלוטין את הסיכון.

ההבדל העיקרי בין גישתו של ברק לבין הגישה המוצעת כאן הוא שהגישה הראשונה מצמצמת מאוד את תוכן הדרישה לתכלית ראויה ואת מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות, ושמה את יהבה בעיקר על מבחן-המשנה השלישי. בגדר גישה זו, רק במסגרת מבחן-המשנה השלישי של דרישת המידתיות בוחנים את השאלה אם אין זה ראוי להסתפק בדרך חלופית המאפשרת להשיג באופן חלקי את תכליתה של הפגיעה, תוך פגיעה פחותה בזכות חוקתית, אף שאין היא "אמצעי חלופי" העונה על מבחן-המשנה השני. לעומת זאת, לגישתי יש להעמיק את היקפן של הדרישה ל"תכלית ראויה" ואת מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות, ולהפוך את מבחן-המשנה השלישי של דרישת המידתיות למסגרת שירית שתיועד להתמודדות עם מצבים חריגים ויוצאי-דופן.¹⁰⁶ טענתי היא כי ביסוד ההשוואה בין האמצעי הננקט לבין חלופה פוגענית פחות כלשהי עומדת התפיסה שאין "רציפות" במדרג האמצעים והמטרות. אם אמצעי חלופי מאפשר להפחית את הסיכון לאינטרס הציבורי אל מתחת לסף הסיכון הרלוונטי, אזי נקיטת האמצעי הפוגעני יותר אינה מוצדקת, וזאת לא משום שהעלות השולית עולה על התועלת השולית (מבחן-המשנה השלישי של דרישת המידתיות), אלא משום שהפגיעה הנוספת אינה עונה עוד על דרישת התכלית הראויה.

מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור; ההיבט השני, עניינו מידת הצורך בהגשמת התכלית. תכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה והמדינה...."

105 ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 399-411.

106 גיא דוידוב עמד על כך שגישה זו היא המקובלת בקנדה. ראו: Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.)*, 5 REV. CONST. STUD. 195 (2000).

טעם חשוב (מסדר שני) להעדפת הגישה המוצעת כאן נובע מן השאיפה להפוך את היקף ההגנה על הזכות החוקתית למובנה ולעקרוני ככל האפשר. לפחות במצבים שבהם האינטרס הציבורי הנידון הוא בטחוני, וכאשר העת נתפסת כשעת חירום והחברה שסועה באופן עמוק, יש טעמים טובים שבגינם רצוי לעשות חלק ממלאכת ההכרעה בדילמות בדרך של נוסחה עקרונית. נוסחה עקרונית זו – המופיעה בדמות איסורים א־פריוריים מסוג של פסילת תכליות שונות על הסף או בדמות "מבחן איזון" המציב סף הסתברות של סיכון הטמון באדם כתנאי לפגיעה בו – עדיפה על הכרעה שאופייה אד־הוקי בעיקרו. הכרעה אד־הוק אינה נהנית ממרחב הזמן, משיקול־הדעת ומ"מסך הבערות" החלקי הנלווה להכרעות המתקבלות מראש. היא מתקבלת על־ידי מי שמוצאים את עצמם בזירה סוערת רווית סיכונים (קיומיים ופוליטיים), שבה ברור למדי מי יסבול מההכרעה ומי ייהנה ממנה.¹⁰⁷

המאפיין של מבחן־המשנה השלישי הוא שהבחינה במסגרתו היא אינקרימנטלית, כלומר, נבדק אם תוספת העלות הכרוכה בהחמרה מסוימת של הפגיעה בזכות החוקתית ("העלות השולית") מוצדקת לנוכח תוספת התועלת הנובעת מכך ("התועלת השולית"). לפי גישה זו, יש "רציפות" במדרג האמצעים והמטרות שניתן להשיג, והבחינה היא מהו האיזון המיטבי בין העלות לבין התועלת. בחינה מסוג זה מעוררת קושי באשר ללגיטימיות של הביקורת השיפוטית,¹⁰⁸ שכן היא יוצרת את הרושם שמדובר בבחינה המבוססת על "איזון אופקי", כלומר, בהשוואה בין ערכים שווי־מעמד הנערכת בלא אמות־מידה כלליות היכולות להנחות את בית־המשפט (או את המחוקק) בקביעת נקודת האיזון הראויה.¹⁰⁹ לעומת זאת, לפי גישתי, ביסוד ההשוואה בין האמצעי הננקט לבין אמצעי פוגעני פחות המהווה חלופה אפשרית עומדת התפיסה שיש א־רציפות במדרג האמצעים והמטרות. אם האמצעי החלופי מפחית את הסיכון במידה מספקת, הוא שולל את הלגיטימיות של נקיטת האמצעי המקורי. במובן זה, הגישה המוצעת כאן יוצרת זיקה הדוקה בין הדרישה ל"תכלית ראויה" לבין מבחן המידתיות. התכלית הראויה היא מניעת סיכון ניכר לאינטרס הציבורי, להבדיל ממניעת כל סיכון; והבחינה הנדרשת לפיכך היא

107 השוו לדין בחשש "המדרון החלקלק" בפסק־הדין האוסר את השימוש ב"נוהל שכן" (או בנוהל "אזהרה מוקדמת") – הנוהל שבאמצעותו ביקש הצבא להסמיך מפקדים להסתייע בתושב פלסטיני מקומי כדי לתת באמצעותו אזהרה מוקדמת למי שמבקשים לעוצרו מפני פגיעה אפשרית בו ובמי שמצוי עימו. בג"ץ 3799/02 עראלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד (3) 67, 86 (2005).

108 ראו משה־כהן אליה "הפרדת רשויות ומידתיות: בעקבות David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford, 2004) משפט וממשל ט 297 (2005).

109 לפי ביקורת הקרובה לזו המוצעת כאן, התמקדותו של בית־המשפט בדרישת ה"מידתיות", ולא בדרישה ל"תכלית ראויה" ובהערכה אם החוק עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת־ישראל, עלולה ליצור רושם שגוי כי ההכרעה היא טכנית בעיקרה, ואינה מבטאת הכרעות מוסריות־ערכיות. ראו, למשל, מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית־המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003).

אם סיכון זה ייותר בעינו אם תינקט מדיניות חלופית כלשהי שתגרום פגיעה פחותה בזכות החוקתית מזו הנגרמת על-ידי ההסדר הנבחן.

סיכום

כאמור בפתח הדברים, ספרו של ברק מעלה תרומה חשובה מאין כמותה למשפט החוקתי ולתיאוריה של המשפט החוקתי. פרסומו של ספר חשוב זה הוא הזדמנות מצוינת לדיון מחודש בעקרונות-היסוד של ההגנה המשפטית על זכויות האדם. בפסיקתו רבת השנים, וכעת בספרו היסודי והמעמיק, תרם ברק תרומה מכרעת לאפיון מרכיביו של השלב השני של הבחינה החוקתית. ברק התווה את עיקריה של דוקטרינת המידתיות, ואף שנתרו בה עדיין תלמים לחרוש, אני סבור כי בעיקרו של דבר השפה שיצר ברק בהקשר זה מספקת מסגרת מצוינת – שתלווה אותנו עוד שנים רבות – בכל הקשור לשלב השני של הבחינה החוקתית. בה-בעת אני סבור כי בכל הקשור לשלב הראשון של הבחינה החוקתית, שעניינו קביעת היקפה של הזכות החוקתית ובכלל זה הכרה בקיומה של "פגיעה" בה, טרם נאמרה המילה האחרונה. בחיבור קצר זה ניסיתי להצביע על כמה מן הסוגיות בהקשר זה אשר טעונות עדיין עיון ודיון.