

שער ראשון

דיני הראיות

חלק ראשון – סוגיות כלליות

נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות

מאת

אהרן ברק*

מוקדש לאליהו הרנן, מורה וחבר,
ממניחי היסוד למשפט הדיוני בישראל, ומאבות דיני הראיות.

רשימה זו בוחנת את השאלה הדיונית של נטל ההוכחה שעה שנטען כי זכות חוקתית נפגעה על ידי חוק. הכול מסכימים כי נטל ההוכחה (כלומר: נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בעניין הוכחתן של העובדות מוטל על הטוען לפגיעה בזכות החוקתית (שלב הבחינה הראשון). גדר הספקות בישראל התעורר לעניין נטל ההוכחה בעניין הוכחתן של העובדות לקיומו של צידוק לפגיעה בזכות החוקתית (פסקת ההגבלה; שלב הבחינה השני). אף כאן מקובל על הכול כי נטל השכנוע מוטל על הטוען לצידוק; גדר הספקות מתמקד בנטל הבאת הראיות. המאמר מנתח את הטיעונים השונים בעניין זה והמסקנה היא כי נטל הבאת הראיות מוטל אף הוא על שכם הטוען לצידוק, פרט לכך שעל הטוען להיעדרו של צידוק מוטל הנטל לטעון – אך לא הנטל להביא ראיות – מהו האמצעי החלופי המגשים את תכלית החוק שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה (שלב-המשנה השני במידתיות).

1. הצגת הבעיה. 2. נטל ההוכחה: דין ועובדה. 3. נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות. 4. המסגרת החוקתית: תורת השלבים של הבחינה החוקתית. 5. השלב הראשון של הבחינה החוקתית: פגיעה בזכות חוקתית. 6. השלב השני של הבחינה החוקתית: הצדקה לפגיעה בזכות; א. היסודות המרכיבים את הצידוק לפגיעה בזכות; ב. הדעות בעניין נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בפרשת בנק המזרחי המאוחד; ג. התפתחות ההלכה לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד; ד. משפט השוואתי. 7. נטל השכנוע: על הטוען לקיום מרכיביה של פסקת ההגבלה; א. הגישה הבסיסית; ב. נטל השכנוע ומעמדן של זכויות האדם; ג. הטיעון הנגדי:

* פרופ' למשפטים, במרכז הבינתחומי, נשיא בית המשפט העליון (בדימוס).

חזקת החוקתיות. 8. נטל הבאת הראיות בשלב השני: על הטוען כי הפגיעה מוצדקת; א. הגישה הבסיסית; ב. נטל הבאת הראיות ומעמדה של זכויות האדם; ג. נטל הבאת הראיות ונטל הטיעון בדבר היעדרה של חלופה פוגעת פחות; ד. נטל הבאת הראיות וייחודו של ההליך השיפוטי במשפט הציבורי. 9. השלב השלישי: הסעד.

1. הצגת הבעיה

בעתירה¹ נטען כי זכות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם או בחוק יסוד: חופש העיסוק² נפגעה שלא כדין על ידי דבר חקיקה. על מי מוטל נטל ההוכחה בעניין זה? שאלה זו אינה מתייחסת להוכחת הדין. היא מתייחסת להוכחת העובדות שעליהן נשענת טענת הפגיעה שלא כדין. היא משתרעת הן לעניין נטל השכנוע והן לעניין נטל הבאת הראיות. המסורת החוקתית בישראל – כמו גם בשיטות משפט אחרות רבות – מבוססת על תורת השלבים.³ בשלב הראשון נבחנת השאלה אם נפגעה זכות חוקתית. השאלה הינה על מי מוטל נטל ההוכחה (הכולל את נטל השכנוע ואת נטל הבאת הראיות) בשלב זה – האם הוא מוטל על הטוען לפגיעה בזכות⁴ או על הטוען להיעדרה של אותה פגיעה?⁵ בשלב השני נבחנת השאלה אם הפגיעה הינה כדין, כלומר: אם יש צידוק כדין לפגיעה בזכות החוקתית.⁶ תשובה לשאלה זו מצויה בפסקת ההגבלה. לענייננו השאלה הינה על מי מוטל נטל ההוכחה (כלומר: נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בשלב זה – האם על הטוען לקיומו של צידוק או על הטוען להיעדרו? בשלב השלישי נבחנת שאלת הסעד או התרופה. ברשימתנו זו נעמוד

- 1 מרבית המצבים שבהם מתעוררת הבעיה של נטל ההוכחה הם מצבים "אנכיים", שבהם פרט תובע את הרשות הציבורית בפני בית המשפט הדין בעניינים של משפט ציבורי. עם זאת, הבעיה עשויה להתעורר גם במצבים "אופקיים", שבהם פרט תובע פרט בפני בית משפט אזרחי. כך היה הדבר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- 2 אלה הן זכויות חוקתיות ובהן אתמקד ברשימה זו. עקרונית, גישתי חלה לעניין כל זכות אדם המעוגנת בחוק יסוד.
- 3 לתורת השלבים בבחינה החוקתית ראו אהרן ברק שופט בכברה דמוקרטית 340 (2004).
- 4 טוען זה יכול להיות אדם שזכותו שלו נפגעה או אדם אחר בעל מעמד כדין.
- 5 ראו JULIANE KOKOTT, THE BURDEN OF PROOF IN COMPARATIVE AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 36 (1998); MOJTABA KAZAZI, BURDEN OF PROOF AND RELATED ISSUES: STUDY ON EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS 42 (1996).
- 6 הניתוח מוגבל למצבים של פגיעה בזכות; רק במצב זה חלה פסקת ההגבלה. על כן איננו עוסקים בפגיעות בהסדרים שאינם כרוכים בפגיעה בזכות.

על שני השלבים הראשונים. נביא את עמדת הפסיקה הישראלית, את לקחי המשפט המשווה ואת העמדה הנראית לנו ראויה.

2. נטל ההוכחה: דין ועובדה

נטל ההוכחה רלוונטי לעניין ממצא עובדתי; אין לו רלוונטיות לעניין הדין. הכלל הינו כי את הדין יודע בית המשפט (iura novit curia). על כן ניתן לומר כי "נטל ההוכחה" בעניין הדין רובץ על בית המשפט: "תן לי את העובדות ואתן לך את הדין" (da mihi facta, dato tibi ius). בית המשפט אינו יכול להעביר "נטל" זה אל שכס זולתו, ועל כן אין רלוונטיות לנטל ההוכחה בשאלה אם הזכות שנפגעה מעוגנת בחוק יסוד אם לאו. זוהי שאלה שבדין, ושאלת נטל ההוכחה אינה רלוונטית לגביה. הוא הדין באשר להיקפה של הזכות ולפירושו של החוק שלפי הטענה פגע בה. כמו כן אין לשאלת נטל ההוכחה רלוונטיות באשר לאפיונה של הנורמה הפוגעת כ"חוק [...] או לפי חוק [...] מכוח הסמכה מפורשת בו", באשר לערכיה של מדינת ישראל, ובאשר להיות תכליתו של החוק "ראויה". אלה הן כולן שאלות העוסקות בפרשנותה של פסקת ההגבלה ובפרשנות החוק שלפי הטענה פגע בזכות החוקתית. בפרשנות הדין אין לנטל ההוכחה חשיבות. על כן לא מתעוררת שאלת הנטל לעניין הבנת הדיבור "במידה שאינה עולה על הנדרש". היקף הפריסה של עיקרון המידתיות המעוגן בביטוי זה הוא עניין לבית המשפט.

מתי נטל ההוכחה רלוונטי לענייננו? בכל אותם מצבים שבהם הפעלת הדין מותנית בקיומה של עובדה. כך, למשל, עצם קיומה של פגיעה בזכות חוקתית מותנה בהתרחשותה של פגיעה. המונח "פגיעה" ("אין פוגעים בזכויות [...]") הוא מונח משפטי שהיקף פריסתו הוא עניין לבית המשפט, ואין בו תחולה לנטל ההוכחה. אולם, האירועים שלפי הטענה מביאים להפעלתו של אותו מונח משפטי הם עניין של עובדה, ובהם חלה השאלה בדבר נטל ההוכחה. בדומה, הבנתה של המידתיות הוא עניין שבדין. קיום תנאיה של המידתיות מותנה בבחינתם של הנתונים העובדתיים. עמד על כך השופט א' לוי בפרשת עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי:⁷

הרמת נטל השכנוע באשר למידתיות הפגיעה בזכות מוגנת כרוכה בביאור עובדתי. הדבר נחוץ לצורך בחינתו של קשר רציונלי בין התכלית לאמצעי שנבחר לשמש להשגתה. הוא נחוץ לצורך בחינת האפשרויות שעמדה בפניו

7 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (פסקה 18 לפסק הדין של השופט א' לוי).

של המחוקק להיזקק לחלופות פוגעניות פחות. הוא נחוץ כדי להעריך את היחס בין הנזק שנגרם כתוצאה מן הפגיעה בזכות לתועלת הנובעת ממנה.

מאמרנו זה אינו עוסק בשאלות של פרשנות הדין. הוא מתמקד בשאלות של פרשנות העובדות שבמסגרתן אנו מתמקדים בשאלת נטל ההוכחה לעניין קיומן של העובדות. האם הן מוטלות על הטוען לקיומה של פגיעה בזכות חוקתית או על הטוען לצידוק לפגיעה בזכות החוקתית?

3. נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות

המונח "נטל ההוכחה" (burden of proof or onus of proof) משמש לעתים בשני מובנים שונים: נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות. הבחנה זו, שמקורה במשפט האנגלו-אמריקני, פותחה בישראל מאז פרשת זרקא.⁸ נטל השכנוע (burden of persuasion) הוא הנטל המונח על שכמו של צד לשכנע את בית המשפט כי העובדות המונחות בפניו מבססות את זכותו כלפי יריבו. השאלה אם הרים צד את נטל השכנוע נבחנת בתום ההליך השיפוטי. אם אז כפות המאזניים באשר לעובדות הן מעוינות, הוכרע הדין לרעת הצד שעליו מוטל נטל השכנוע. נטל הבאת הראיות (burden of producing evidence) הוא הנטל המונח על שכמו של צד להניח את העובדות בפני בית המשפט.⁹

4. המסגרת החוקתית: תורת השלבים של הבחינה החוקתית

המסגרת החוקתית לבחינתה של טענה כי חוק פוגע בזכות המעוגנת בחוקה משתנה משיטת משפט לשיטת משפט. היא קשורה למבנה ההגנה על זכויות האדם ולאפשרות לפגוע בהן באותה שיטת משפט. בישראל הוחלט – וכך הדין ברבות משיטות המשפט הזרות¹⁰ – כי בחינה של טענה בדבר פגיעה בזכות המעוגנת באחד משני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם תיעשה בשלושה שלבים.¹¹ עמדתו על כך בפרשת בנק המזרחי המאוחד:¹²

- 8 ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504 (1950).
- 9 על ההבחנה בין נטל השכנוע לנטל הבאת הראיות, ראו אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון (1977); יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1505 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003).
- 10 ראו GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 11 (2005).
- 11 ראו ברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 342. ראו גם בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008) והפסיקה המאוזכרת בו.

כאשר שופט נתקל בטענה כי חוק נוגד את הוראות חוק היסוד, עליו לבחון טענה זו בשלושה שלבים: בשלב הראשון, עליו לבחון אם החוק אכן פוגע בזכות אדם מוגנת. לשם כך עליו לפרש את זכות היסוד ('פרשנות חוקתית') מחד גיסא, ואת החקיקה הפוגעת ('פרשנות סטטוטורית') מאידך גיסא. [...] אם המסקנה של השופט הינה כי החוק הרגיל אכן פוגע בזכות היסוד, עליו לעבור לשלב השני. בשלב זה עליו לבחון אם הפגיעה בזכות היסוד היא כדין, כלומר, אם החוק מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. [...] אם מסקנתו של השופט הינה כי החוק הפוגע אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, עליו לעבור לשלב השלישי. בשלב זה נבחן הסעד החוקתי.

שאלתנו בעניין נטל ההוכחה מתעוררת בכל אחד מהשלבים הללו.

5. השלב הראשון של הבחינה החוקתית: פגיעה בזכות חוקתית

בשלב הראשון נבחנת הפגיעה בזכות החוקתית. בחינה זו מחייבת לערוך שתי בדיקות. הראשונה עוסקת בהיקף הפריסה של הזכות החוקתית, בגבולותיה, בשאלה מה נכלל בה ומה חורג ממנה. בבחינה זו עניין לנו בפרשנותה של הזכות החוקתית על פי כללי הפרשנות החוקתית.¹³ זוהי פעילות משפטית שה"נטל" בגינה מוטל על בית המשפט.¹⁴ אין משמעות לבחון שאלה זו במונחים של נטל הוכחה. הבחינה השנייה עוסקת בשאלה אם פגע החוק בזכות החוקתית. בחינה זו מחייבת כמובן מתן פירוש לחוק הפוגע. דבר זה נעשה על פי הכללים לפרשנות חוקים.¹⁵ אף זו פעילות משפטית, ואף בגינה מוטל ה"נטל" על בית המשפט. עם זאת, בחינה שנייה זו אינה מוגבלת אך לפרשנותו של החוק הפוגע. היא עוסקת גם בשאלה אם החוק אכן פגע בזכות החוקתית. "פגיעה" לעניין זה משמעותה שבעל הזכות אינו רשאי להגשימה כדי מלוא היקפה. קיומה של הפגיעה מבוסס כמובן על השוואה של לשון החוקה (באשר להיקף הזכות) ללשון החוק (באשר לפגיעה בזכות). כאשר הבחינה היא מופשטת (abstract review) ניתן להסתפק בהשוואה בין החוקה לחוק. בהליכים החוקתיים הישראליים, רוב רובן של הבדיקות אינן מופשטות אלא הן בעלות אופי קונקרטי

12 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428.

13 על הפרשנות החוקתית ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 435 (2003).

14 על הקשיים הפרשניים שהטיל "נטל" זה על בית המשפט ניתן ללמוד מבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006), ומפרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 11.

15 על פרשנות החקיקה ראו ברק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 397.

(concrete review). בדיקה קונקרטיית מתבססת על פגיעה קונקרטיית. זו, מצדה, מתרחשת על בסיסה של מערכת עובדות קונקרטיית. על מי מוטל נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) באשר לקיומן של העובדות המבססות קיומה של פגיעה קונקרטיית בזכות חוקתית? התשובה הינה כי נטל השכנוע בשלב הראשון של הבחינה החוקתית מוטל על הטוען לקיומה של פגיעה. כך כתב השופט אקרמן (Ackerman) בפסק דין של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה:¹⁶

The task of interpreting [...] fundamental rights rests, of course, with the courts, but it is for the applicants to prove the facts upon which they rely for their claim of infringement of a particular rights in question.

גישה זו מצאה ביטוי בפרשת בנק המזרחי המאוחד, שם ציינתי:¹⁷

דומה שאין מחלוקת כי בשלב הראשון – ביסוס הפגיעה בזכות האדם החוקתית – נטל השכנוע מוטל על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית. ההנחה (הפרוזומפציה) הינה כי חוק הוא חוקתי [...] המבקש לסתור זאת, עליו הנטל.

גישה זו – הנוהגת במשפט המשווה בכל השיטות שבהן מקובלת תורת השלבים¹⁸ – הייתה מקובלת על כל השופטים שחיוו דעתם עליה בפרשת בנק המזרחי המאוחד.¹⁹ ניתן לבססה על הגישה הכללית שלפיה "המוציא מחברו, עליו הראיה".²⁰ ניתן כמובן לבססה על הגישה המיוחדת שלפיה נוהגת בשיטת המשפט "חזקת החוקיות" (presumption of constitutionality),²¹ ומכוחה מוטל נטל ההוכחה על הטוען לפגיעה בזכותו החוקתית.

16 בפרשת Ferreira v. Levin NO, 1996 (1) SA 984 (CC).

17 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428.

18 ראו PETER W. HOGG, 2 CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 117 (5th ed. 2007); Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitation*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA Chapter 34 at p. 42 (Stuart Woolman, Theunis Roux, Jonathan Klaaran, Anthony Stein, Matthew Chaskalson & Michael Bishop eds., 2nd ed. 2006).

19 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 458 (השופט ד' לוין); בעמ' 578 (השופט א' מצא).

20 ראו הרנון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 187; קדמי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1508.

21 על חזקה זו ראו עמ' 59 להלן.

6. השלב השני של הבחינה החוקתית: הצדקה לפגיעה בזכות

א. היסודות המרכיבים את הצידוק לפגיעה בזכות

השלב השני של הבדיקה החוקתית מתמקד בקיומה או בהיעדרה של הצדקה לפגיעה בזכות. גישת היסוד הינה כי זכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד אינן "מוחלטות". הן יחסיות; ניתן לפגוע בהן. הפגיעה תהא כדין אם יש צידוק לכך. הצידוק קבוע בפסקת ההגבלה. זו לשונה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:²²

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.

על פי פסקת ההגבלה, פגיעה בזכות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא כדין אם מתקיימים ארבעה יסודות: (א) הפגיעה היא "בחוק" או "לפי חוק [...]" מכוח הסמכה מפורשת בו; (ב) החוק הפוגע "הולם את ערכיה של מדינת ישראל"; (ג) הפגיעה נועדה "לתכלית ראויה"; (ד) הפגיעה הינה "במידה שאינה עולה על הנדרש". הפסיקה שפירשה יסודות אלה הוסיפה וקבעה כי הפגיעה אינה "במידה העולה על הנדרש", כלומר: היא מידתית אם מתקיימים בה שלושה מבחני-משנה:²³ (א) מתקיים קשר של התאמה בין התכלית הראויה לבין האמצעים שהחוק הפוגע נוקט ("מבחן ההתאמה" או "מבחן הקשר הרציונלי"); (ב) אין להשיג את התכלית הראויה על ידי אמצעים אחרים שפגיעתם בזכות פחותה ("מבחן הצורך" או "מבחן האמצעי הפוגע פחות"); (ג) היחס בין הגשמת התכלית הראויה לבין הנזק לזכות החוקתית הוא מידתי (מבחן המידתיות במובן הצר). השאלה הניצבת בפנינו הינה על מי מוטל הנטל להוכיח את ארבעת היסודות של פסקת ההגבלה, ובמסגרתם את שלושת מבחני-המשנה של המידתיות? שאלה זו מכוונת כמובן אך לעניין ההיבטים העובדתיים הרלוונטיים במסגרת יסודותיה של פסקת ההגבלה. אפתח בתשובה שניתנה לשאלה זו בפרשת בנק המזרחי המאוחד.

22 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו גם סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

23 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בע"מ 221; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 640 (1999); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006), בפסקה 20 לפסק דיני; בג"ץ 7052/03, לעיל ה"ש 14; בג"ץ 8276/05 עדאללה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.2006); פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 11.

ב. הדעות בעניין נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בפרשת בנק המזרחי המאוחד

הנשיא מ' שמגר הקדיש חלק מפסק דינו לשאלה בדבר נטל ההוכחה בשלב השני של הבחינה החוקתית. הוא הבחין לעניין זה בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות. על פי גישתו, נטל השכנוע לקיומה של הצדקה מוטל על הטוען לקיומה. עם זאת, אם הטוען לצידוק הוכיח את שלוש היסודות הראשוניים של פסקת ההגבלה (פגיעה בחוק, החוק הולם את ערכי המדינה, והוא לתכלית ראויה) – כי אז עובר נטל הבאת הראיות בעניין היסוד הרביעי (מידתיות) לטוען להיעדרו של צידוק. בעניין זה התמקד הנשיא שמגר במבחן-המשנה השני של המידתיות ("מבחן הצורך" או "מבחן האמצעי הפוגע פחות"). לדעתו, "הטוען כי קיימות חלופות מקילות יותר מעבר למיתחם האפשרויות שאומץ בחקיקה, עליו נטל הבאת הראיות".²⁴

עמדתי שלי הייתה כי בשלב הבחינה השני, שבו נדונה שאלת קיומה של הצדקה לפגיעה בזכות החוקתית, נטל השכנוע מוטל על הטוען לחוקתיותה. לעניין זה אין מקום להבחין בין היסודות השונים המרכיבים את פסקת ההגבלה. בפסק דיני לא עמדתי כלל על נטל הבאת הראיות. לתמיכה בגישתי הבאתי נימוקים לגופו של עניין וכן סמכתי עצמי על המשפט המשווה (כגון דרום-אפריקה וקנדה).²⁵

השופט ד' לויין תמך בעמדתי. על פי גישתו, "על האזרח נטל השכנוע כי זכותו נפגעה, ועל המחוקק, באמצעות נציג המדינה, הנטל לשכנע כי הפגיעה נסבלת וכי היא מקיימת את תנאי סעיף ההגבלה על מרכיביה. אין להטיל גם נטל זה על האזרח הנפגע". ביסוד גישתו זו עמד הצורך לחזק את ההגנה על זכויות האדם.²⁶

השופט מ' חשין הצטרף לגישה כי נטל השכנוע בשלב השני של הבחינה החוקתית מוטל על הטוען כי הפגיעה בזכות היא כדין. עם זאת, בשלב שני זה עומדת לחוק הפוגע חזקת החוקתיות. מכוחה עובר נטל הבאת הראיות – אך לא נטל השכנוע – אל שכמו של הטוען כי הפגיעה בזכות אינה כדין. בנמקו גישה זו ציין השופט חשין, בין השאר, כי לחקיקת-משנה עומדת חזקת החוקיות – ועל אחת כמה וכמה שלחקיקה ראשית צריכה לעמוד חזקת החוקתיות. עם זאת הוא ציין כי אם לא תחול חזקת החוקתיות תמיד, ובאותה עצמה, אפשר שתחול לשיעורין ושלא באותה עצמה.²⁷

24 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 348.

25 שם, בעמ' 428.

26 שם, בעמ' 462.

27 שם, בעמ' 570.

השופט א' גולדברג סבר כי הן נטל השכנוע והן נטל הבאת הראיות מוטל על הטוען לאי-חוקתיות החוק: נקודת המוצא הינה חוקתיות החוק, ומי שטוען כי החוק אינו חוקתי – עליו נטל ההוכחה. השופט גולדברג התמקד במיוחד במבחן המשנה השני של המידתיות ("מבחן הצורך" או "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה"). על פי גישתו:

לא על מי שמגן על החוק להראות כי ישנן חלופות אחרות שפוגעות יותר וכי נבחרה חלופה הפוגעת פחות, אלא על מי שטוען נגד תוקפו של החוק להראות כי קיימת חלופה מסוימת וברורה המגשימה את התכלית הראויה, אך פגיעה בזכות המוגנת פחותה במידה ניכרת מן הפגיעה שבחוק.²⁸

השופט א' מצא – שאליו הצטרף השופט צ' טל²⁹ – נטה לחלק את הנטל בין הצדדים "באופן שעל המדינה יוטל לשכנע כי הפגיעה היא לתכלית ראויה, וכן שהאמצעי אשר נבחר מתאים להשגת התכלית ואילו הנטל להוכיח שעל השלטון היה לבחור באמצעי חלופי, שפגיעתו קטנה יותר, ירביץ על שכמו של הטוען לאי-חוקתיותה של הפגיעה".³⁰ השופט מצא הוסיף כי ייתכן שגישת זו הולמת רק פגיעות בעלות אופי כלכלי, "בעוד שהפגיעה בזכויות יסוד אחרות מצדיקה להטיל על המדינה את נטל השכנוע לגבי כל תנאיה של פסקת ההגבלה".³¹

גישתו של השופט ג' בכ תואמת את זו של השופט גולדברג. על פיה "יש להטיל את נטל ההוכחה לגבי כל השלבים על מי שטוען כי החוק הינו בטל בשל היותו נוגד את חוק היסוד".³²

בפרשת בנק המזרחי המאוחד הועלו דעות ורעיונות מגוונים בעניין נטל ההוכחה. לא נפסקה בו הלכה.³³ השאלה נשארה פתוחה, ועם זאת עוצבו אפשרויות שונות וניתנו להן צידוקים. עקרונית ניתן להבחין בין שלוש עמדות עקרוניות בעניין נטל ההוכחה בשלב הבחינה השני.³⁴ העמדה הראשונה הינה כי נטל השכנוע בשלב השני, כמו גם בשלב

28 שם, בעמ' 577.

29 שם, בעמ' 588.

30 שם, בעמ' 579.

31 שם, שם.

32 שם, בעמ' 586.

33 ראו בג"ץ 14/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 105, 97 (1998); בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות נ' שר העבודה, פ"ד נד(4) 445, 433 (1998); בג"ץ 6427/02, לעיל ה"ש 23.

34 ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 266, 241 (1999); פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 23, בפסקה 21 לפסק דיני.

הראשון, מוטל על הטוען לאי-חוקתיות החוק. על צד זה מוטל גם נטל ההוכחה. עמדה זו נקטו השופטים גולדברג ובך. העמדה השנייה, הנוגדת, הינה כי נטל השכנוע בשלב השני – שלא כמו בשלב הראשון – מוטל על הטוען כי הפגיעה בחוק היסוד היא חוקתית, כלומר: מקיימת יסודותיה של פסקת ההגבלה. גם נטל הבאת הראיות מוטל עליו. עמדה זו נקטו הנשיא ברק והשופט לוין. העמדה השלישית היא למעשה כלל עמדות הביניים שניצבו בין שתי העמדות הראשונות. כולן מתאפיינות בהבחנה בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות. בעוד שכל השופטים שנקטו עמדה זו מסכימים כי נטל השכנוע מוטל בשלב השני של הבדיקה החוקתית על הטוען לחוקתיות החוק (בדומה לעמדת הנשיא ברק והשופט לוין), הם נחלקו בעמדותיהם לגבי נטל הבאת הראיות.

בעניין זה ניתן להצביע על שתי גישות. על פי הגישה הראשונה, נטל הבאת הראיות לגבי כל היסודות של פסקת ההגבלה מוטל על הטוען כי יסודותיה של פסקת ההגבלה אינם מתקיימים (השופט חשין). על פי הגישה השנייה, נטל הבאת הראיות לעניין שלושת היסודות הראשונים (בחוק או על פיו; ערכי המדינה, תכלית ראויה) מוטל על הטוען לחוקתיות החוק. באשר ליסוד הרביעי – המידתיות – הנשיא שמגר והשופטים מצא וטל סברו כי נטל הבאת הראיות לעניין מבחן-המשנה השני, שעל פיו אין להשיג את התכלית הראויה על ידי אמצעים שפגיעתם בזכות קטנה יותר (מבחן הצורך), מוטל על הטוען כי מבחן-משנה זה אינו מתקיים. מה באשר לשני מבחני-המשנה האחרים (קשר רציונלי; מידתיות במוכן הצר)? הנשיא שמגר לא התייחס במפורש לשאלה אם כי דומה שגישתו הינה כי נטל הבאת הראיות חל על הטוען להיעדרה של מידתיות לעניין כל מבחני-המשנה שלה. השופט מצא, שעמו הסכים השופט טל, קבע כי נטל הבאת הראיות לעניין מבחן-המשנה הראשון (קשר רציונלי) הוא על הטוען כי קשר זה מתקיים (בדרך כלל המדינה). השופט מצא לא נקט כל עמדה באשר למבחן-המשנה השלישי (מידתיות במוכן הצר).

ג. התפתחות ההלכה לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד

השאלה בדבר נטל ההוכחה עלתה לראשונה לאחר פרשת בנק המזרחי המאוחד בפרשת צמח.³⁵ השופט י' זמיר קבע כי "אפשר להשאיר את המחלוקת בדבר נטל ההוכחה ללא הכרעה".³⁶ עם זאת, הוא העיר כמה הערות בעלות חשיבות. ראשית, הוא העלה ספק אם ההלכות בעניין נטל ההוכחה שהורתן במשפט הפרטי והפלילי חלות באותה מתכונת גם

35 פרשת צמח, לעיל ה"ש 34.

36 שם, בעמ' 269.

במשפט הציבורי; שנית, כאשר ההכרעה בהליך המנהלי נעשית על בסיס נטל ההוכחה, ההכרעה עשויה להיות מושפעת מהמהות המיוחדת של ההליך המנהלי.³⁷ השאלה בדבר נטל ההוכחה עלתה מחדש בפרשת עמותת מחוייבות לשלום ולצדק חברתי.³⁸ עמדת הרוב באותה פרשה הייתה כי לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית. ממילא לא נקט הרוב כל עמדה בדבר נטל ההוכחה כאשר לפסקת ההגבלה. לא כן שופט המיעוט א' לוי. השופט לוי קבע כי הופרה הזכות לכבוד – ולכן ממילא נזקק לבחינת תנאיה של פסקת ההגבלה. אשר לנטל ההוכחה בעניין זה קבע השופט לוי:³⁹

משנמצא כי דבר-חקיקה פוגע בזכות-יסוד מוגנת, נטל ההוכחה כי הפגיעה מידתית ולפיכך חוקתית הוא על הטוען לחוקתיות החוק.

לדעת השופט לוי לא הרימה המדינה את הנטל המוטל עליה, ועל כן היה מקום להפוך את הצו להחלטי. על גישתו זו חזר השופט לוי בפרשה נוספת, ואז הייתה זו דעת ההרכב כולו.⁴⁰

פרשת התנועה לאיכות השלטון⁴¹ בחנה את חוקתיותו של מעשה מנהלי. באמרת אגב בחן השופט א' ריבלין את חוקתיותה של חקיקה ראשית הפוגעת בזכות המעוגנת בחוקי היסוד. בעניין זה כתב השופט ריבלין:⁴²

חקיקה רגילה חייבת לכבד את זכויות האדם שבחוקי היסוד ואינה יכולה לפגוע בהן אלא על-פי האמור בהם. דבר-החקיקה עומד בחזקת כשרות חוקתית. זאת כפועל יוצא של הצורך להימנע מטשטוש הגבולות בין הרשויות [...] עם זאת, חזקת החוקתיות אינה חלה לגבי השאלה האם חוק הפוגע בזכות חוקתית מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

נראה אפוא כי הוכרעה השאלה בדבר נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בשלב הבחינה החוקתית השני (פסקת ההגבלה). בפרשת בנק המזרחי המאוחד הובעו לגביה עמדות שונות ונוגדות שהיו בבחינת אמרות אגב, אך הפסיקה שלאחר פרשה זו

37 על הערה זו חזרה השופטת ד' ביניש בפרשת תיאטרון ירושלים לאמנויות, לעיל ה"ש 33, בעמ' 445.

38 פרשת עמותת מחוייבות לשלום ולצדק חברתי, לעיל ה"ש 7.

39 שם, בפסקה 18 לפסק הדין של השופט לוי. השופט לוי ציטט מתוך הסכמה את ספרי בדבר פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 13, בעמ' 477.

40 בג"ץ 8035/07 אליהו נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 21.5.2008).

41 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 87 (2003).

42 שם, בעמ' 839.

הכריעה בחילוקי הדעות. עמדתו של השופט לוי, שהייתה עמדת מיעוט, נהפכה לעמדתו של בית המשפט כולו. אעמוד על הטעמים המצדיקים גישה זו.

ד. משפט השוואתי

(1) חשיבות הפנייה למשפט המשווה

השאלה הניצבת לפנינו – נטל ההוכחה ופסקת ההגבלה – אינה מיוחדת לישראל. היא התעוררה בשיטות משפט רבות. התשובה שניתנה באותן שיטות משפט, אף שאינה מחייבת כמובן, יש בה עניין רב לגיבוש עמדתנו שלנו. ודאי כך לעניין שיטות משפט שאף הן מבססות את הבדיקה של חוקתיות הפגיעה בזכויות חוקתיות על תורת השלבים, כגון קנדה, ניו-זילנד, דרום-אפריקה, וכך גם במדינות שהן צד לאמנה האירופית לזכויות האדם כגון אנגליה. הדגשתי את חשיבותו של המשפט המשווה באחת הפרשות שדנה בשאלת הנטל:⁴³

כשלעצמי, איתן אני בדעתי כפי שהבעתי אותה בפרשת בנק המזרחי המאוחד. עמדה זו היא גם עמדתו של המשפט הקנדי, אשר בו ההבחנה בין שלושת השלבים פותחה באופן המקיף ביותר [...] זו גם הגישה המקובלת באנגליה על פי פרשנותו של ה- Human Rights Act, 1998 [...] זהו גם הדין על פי פסיקתו של בית המשפט האירופאי לזכויות האדם הפוסק על פי האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם [...] זהו גם הדין בהודו [...]

נפנה אפוא לבחינה ההשוואתית. תמיד נזכור כי המשפט ההשוואתי אינו מחייב בישראל, וכל כולו לא בא אלא כדי "להרחיב את האופק ואת שדה הראיה הפרשני".⁴⁴ בפנייה זו למשפט המשווה יש לגלות רגישות מיוחדת למעמדם של דיני הראיות בכלל ולזה של הנטלים בפרט באותה שיטת משפט. כך, למשל, הבחנה חשובה לעניין זה היא בין שיטות משפט שבהן מקובלת השיטה האדברסרית (adversarial systems) לבין שיטות המשפט שבהן מקובלת השיטה האינקויזיטורית (inquisitorial systems). ברשימתנו זו נתמקד בשיטות האדברסריות שהן הרלוונטיות ביותר לישראל, המשתייכת אף היא עקרונית, למשפחה זו.

43 בג"ץ 6427/02, לעיל ה"ש 23, בפסקה 21 לפסק דיני.
44 ע"א 295/81 עזבון המנוח שרון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד (4) 533, 542 (1982). ראו גם ברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 290.

(2) קנדה

זכויות האדם בצ'רטר הקנדי על הזכויות והחירויות מנוסחות בדרך כלל בלשון "מוחלטת". כך, למשל, סעיף 2 לצ'רטר קובע:

Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.

האופי ה"יחסי" של הזכויות – כלומר: היכולת החוקתית לפגוע בהן כדין – נובע מפסקת ההגבלה הכללית. פסקה זו (סעיף 1) קובעת:

The Canadian Charter of Rights and Freedoms

guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

הפסיקה הקנדית הסיקה ממבנה חוקתי זה – זכויות בניסוח "מוחלט" ופסקת הגבלה כללית "ההופכת" את הזכויות ל"יחסיות" – את תורת השלבים. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם הוגבלה זכות המעוגנת בצ'רטר. בשלב השני נבחן הצידוק להגבלה זו. הכול מסכימים כי נטל ההוכחה בשלב הראשון מוטל על הטוען לפגיעה בזכות, אך על מי מוטל נטל ההוכחה בשלב השני? שאלה זו נדונה והוכרעה בפרשת אוקס (Oakes).⁴⁵ אלה דבריו של נשיא בית המשפט העליון דיקסון (Dickson):⁴⁶

The onus of providing that a limit on a right or freedom guaranteed by the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. It is clear from the text of S1 that limits on the rights and freedoms enumerated in

45 ראו R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103.

46 שם, בפסקה 66 לפסק הדין.

the *Charter* are exceptions to their general guarantee. The presumption is that the rights and freedoms are guaranteed unless the party invoking S1 can bring itself within the exceptional criteria which justify their being limited. This is further substantiated by the use of the word 'demonstrably' which clearly indicates that the onus of justification is on the party seeking to limit.

מאז פרשת אוקס לא שונה הדין בעניין זה, ובתי המשפט הקנדים נוהגים על פיו.⁴⁷

(3) ניו-זילנד

ניו-זילנד חוקקה את ה-*New Zealand Bill of Rights*. זהו חוק "רגיל"; אין לו מעמד חוקתי על-חוקי. הוא הועתק בחלקים נרחבים מהצ'רטר הקנדי. בין החלקים "הקנדיים" של מגילת הזכויות של ניו-זילנד ניתן למצוא הגדרה "מוחלטת" של זכויות, וכן פסקת הגבלה כללית (סעיף 5) ההופכת את הזכויות ל"יחסיות". הן היקף הזכויות והן פסקת ההגבלה זהים⁴⁸ לאלה שבצ'רטר הקנדי. בתי המשפט של ניו-זילנד אימצו את תורת השלבים. במסגרת זו נקבע כי נטל השכנוע בשלב הראשון מוטל על הטוען להפרה. על מי מוטל נטל השכנוע בשלב השני? הגישה הינה כי נטל זה מוטל על הטוען כי הפגיעה היא כדין⁴⁹. כך סוכם הדין בניו-זילנד:⁵⁰

[T]he party seeking to uphold the limit as reasonable must adduce any evidence required to make out the argument.

(4) דרום-אפריקה

המבנה של מגילת זכויות האדם על פי חוקתה של דרום-אפריקה (מ-1996) מבוסס על תורת שני השלבים. סעיפים 9–35 מגדירים שורה ארוכה של זכויות. בצדן מופיעה פסקת הגבלה כללית⁵¹ בזו הלשון (סעיף 36):

- 47 ראו HOGG, לעיל ה"ש 18, בעמ' 117.
48 למעט השוני הנובע ממעמדה התת-חוקתי של מגילת הזכויות של ניו-זילנד.
49 ראו Minister of Transport v. Noort [1992] 3 NZLR 260 (CA).
50 ראו PAUL RISHWORTH, GRANT HUSCROFT, SCOTT OPTICAN AND RICHARD MOHANEY, THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS 68 (2003).
51 ראו CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, לעיל ה"ש 18, פרק 34.

(1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, quality and freedom, taking into account all relevant factors, including–

- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose.

(2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.

כפי שעולה מלשון ההוראה – וכך היא פורשה בפסיקה של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה – המבנה של זכויות האדם מבוסס על תורת שני השלבים. מקובל על הכול כי בשלב הראשון הנטל הוא על הטוען להפרת הזכות; הטעם הניתן לכך הוא בגישה הכללית שלפיה המוציא מחברו עליו הראיה. על מי מוטל הנטל בשלב השני? מי נושא בנטל להצדיק את הפגיעה בזכות החוקתית? מי צריך להוכיח את היסודות העובדתיים שעליהם מתבסס צידוק זה? הגישה של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה הינה כי הנטל להוכיח את העובדות שעליהן מתבסס הצידוק להפרת הזכות – הן נטל השכנוע והן נטל הבאת הראיות – הוא על הטוען לקיומו של הצידוק. כתב הנשיא צ'סקלסון (Chaskalson):⁵²

[I]t is for the legislature, or the party relying on the legislation, to establish this justification, and not for the party challenging it to show that it was not justified.

פסק דין זה נפסק על פי החוקה הזמנית (מ-1993). לאותה מסקנה הגיע בית המשפט החוקתי על פי החוקה הסופית (1996):⁵³

It is also no longer doubted that, once a limitation has been found to exist, the burden of justification under S 36(1) rests on the party asserting that the limitation is saved by the application of the provisions of the section.

52 ראו S. v. Mahwanyane, 1995 (3) SA 391.

53 ראו Moise v. Transitional Local Council of Grester Germiston 2001 (4) SA 491.

The weighing-up exercise is ultimately concerned with the proportional assessment of competing interests but, to the extent that justification rests on factual and / or policy Considerations, the party contending for justification must put such material before the Court.

זו גם הגישה המקובלת בספרות המשפטית.⁵⁴

(5) האמנה האירופית בדבר זכויות האדם

האמנה האירופית בדבר זכויות האדם מבוססת בחלקה על תורת שני השלבים. סעיפים (1)8 (פרטיות ומשפחה), (1)9 (חופש המחשבה, המצפון והדת) ו-10(1) (חופש הביטוי) מגדירים את הזכויות הנדונות בהם. סעיפים (2)8, (2)9 ו-10(2) קובעים פסקאות הגבלה. על פי פסקאות ההגבלה אין לפגוע בזכויות הנקובות אלא בחוק ורק כשהדבר נחוץ בחברה דמוקרטית (necessary in a democratic society), תוך ציון הערכים החברתיים הראויים להגנה על פי כל אחד מהסעיפים האלה.

הדעה המקובלת בפסיקה ובספרות הינה כי על הטוען להפרת הזכות מוטל הנטל ההוכחה, כלומר: הנטל לבסס את העובדות המצביעות על הפרת זכותו על פי הגדרתו בסעיפים (1)8, (1)9 ו-10(1). משעשה כן עובר הנטל להצדיק את ההפרה כאמור בסעיפים (2)8, (2)9 ו-10(2) אל שכמו של הטוען כי ההפרה מקיימת הוראות אלה.⁵⁵ לא נעשית כל הבחנה בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות.

(6) אנגליה

ב-1998 חוקק באנגליה ה-Human Rights Act, 1998. חוק זה אימץ למשפט הפנימי של אנגליה את האמנה האירופית בדבר זכויות האדם. בחוק נקבע שכאשר בית המשפט קובע שהוראות האמנה הופרו, הוא מוסמך ליתן הכרזה על אי-התיישבות (declaration of incompatibility). הבחינה הנערכת על פי ה-Human Rights Act מבוססת על תורת שני השלבים. על הטוען להפרת זכותו נטל ההוכחה בעניין זה. משהרים נטל זה, על הטוען להתאמה של החוק הפוגע ל-Human Right Act מוטל נטל הצידוק. כתבו לסטר ופניק (A.)⁵⁶: (Lester and D. Pannick)

54 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 18, בעמ' 44-34.

55 ראו Kokott, לעיל ה"ש 5, בעמ' 230, 232.

56 ראו ANTHONY LESLER AND DAVID PANNICK, HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE 91 (2nd ed. 2004).

Where the right is not absolute but is subject to exceptions, it is for the respondent to show that there is a justification for a prima facie breach.

7. נטל השכנוע: על הטוען לקיום מרכיביה של פסקת ההגבלה

א. הגישה הבסיסית

גישתי הבסיסית הינה כדעת השופט לוי. על פי גישה זו, מי שנשען על פסקת ההגבלה וטוען כי הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין, עליו הנטל לשכנע בעמדתו זו. כך סברתי בפרשת בנק המזרחי המאוחד,⁵⁷ ומעמדתי זו לא חזרתי. עמדתי על כך בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל.⁵⁸ בפרשה זו נדונה שאלת החוקתיות של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002. בפסק דיני עמדתי על הדעות השונות שהועלו בעניין זה בפרשת בנק המזרחי המאוחד. ציינתי כי המחלוקת נשארה ללא הכרעה. לאחר שהבאתי את עמדתו של השופט י' זמיר בפרשת צמח, הוספתי:⁵⁹

כשלעצמי, איתן אני בדעתי, כפי שהבעתי אותה בפרשת בנק המזרחי המאוחד [...] עם זאת, מוכן אני להניח – בלא להכריע בדבר – כי לצרכי העתירה שלפנינו ננקוט בגישתו של השופט י' זמיר בפרשת צמח, לפיה השאלה על מי מוטל נטל השכנוע תלויה במשקל היחסי הניתן לשיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של חוק, חשיבות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות ואינטרסים ציבוריים אחרים.

לדעתי, העברת נטל השכנוע אל שכם הטוען לקיומו של צידוק לפגיעה בזכות חל בכל המקרים שבהם הוכחה פגיעה בכל זכות חוקתית. אין היא מותנית במשקל היחסי הניתן לשיקולים של שלטון החוק וחזקת החוקתיות של החוק. אין היא נגזרת מחשיבותה של הזכות הנפגעת, מעצמת הפגיעה בה או מקיומם של אינטרסים ציבוריים אחרים. ביסוד גישתי זו מונח שיקול ענייני הקשור למעמדן של זכויות האדם. אעמוד תחילה על הרלוונטיות של שיקול זה לעניין נטל השכנוע, ולאחר מכן אבחן את הטיעון הנגדי המתבסס על חזקת החוקתיות.

57 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428.

58 שם.

59 שם, בפסקה 22 לפסק דיני.

ב. נטל השכנוע ומעמדן של זכויות האדם

הדינים בדבר נטל השכנוע הינם – בהיעדר הוראות מפורשות בדין החוק – פרי ההלכה הפסוקה. הם נועדו ליתן תשובה לשאלה מי צריך לשאת בתוצאות של אי-שכנוע השופט בסופו של ההליך. בחינתם של דינים אלה מעלה כי ההלכה הפסוקה לא פיתחה כלל אוניברסלי בעניין זה. לדעת ויגמור (Wigmore), כלל אוניברסלי בעניין נטל השכנוע אינו קיים ולא יכול שיתקיים:⁶⁰

The truth is that there is not and cannot be any one general solvent for all cases. It is merely a question of policy and fairness based on experience in the different situations.

ברוח דומה ציינו ג'יימס, האזארד ולאובסדורף כי אין מבחן א-פריורי. הנטל נקבע על פי מערך של שיקולים של מדיניות (policy), הגינות (fairness) ונוחות (convenience).⁶¹ בבחינה של נטל השכנוע לעניין הצידוק ופגיעה בזכויות חוקתיות, השיקול המכריע בעניין הוא ההגנה על זכויות האדם. אכן, הדמוקרטיה החוקתית נועדה להגן על זכויות האדם. זהו תפקידה של החוקה על מגילת הזכויות שבה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי מטרתו הינה "להגן על כבוד האדם וחירותו",⁶² וחובה זו מוטלת על "כל רשות מרשויות השלטון".⁶³ היא מוטלת, על כן, גם על השפיטה.

הגשמתה של חובה זו מתבטאת בדרכים שונות. אחת מאותן דרכים הינה הטלה של נטל השכנוע להצדקת הפגיעה בזכויות האדם החוקתיות על הטוען לקיומה של הצדקה זו. אמת, מי שטוען שזכויות האדם נפגעו – עליו נטל השכנוע בעניין זה; אך משהורם הנטל, והטענה הינה כי הפגיעה בזכויות האדם הינה חוקתית – על הטוען לצידוק הנטל להוכיח את קיומו. אכן, אם בסופו של יום כפות המאזניים מעוינות, והנתונים העובדתיים לעניין קיומה של הצדקה לפגיעה בזכויות אדם ולעניין היעדרה של הצדקה זו שיקולים – מה שנותר הינה הפגיעה בזכויות האדם. אם אמנם ההגנה על זכויות האדם היא המטרה המרכזית המונחת לנגד עינינו, ראוי שתיקו זה באשר לצידוק יפעל לרעת הפגיעה בזכויות האדם ולא לטובתה. ודוק: איני מבחין בין זכויות האדם בינן לבין עצמן; איני מדרג לעניין זה בין זכויות אדם

JOHN HENRY WIGMORE, 9 EVIDENCE IN TRAILS AT COMMON LAW, par. 2487-2488 (Rev. 60
by James H. Chadbourn 1981)

FLEMING JAMES, GEOFFREY C. HAZARD AND JOHN LEUBSDORF, CIVIL PROCEDURE 421 ראו 61
(5th ed. 2001). ראו גם MCCORMICK, ON EVIDENCE 565 (6th ed. 2006).

סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. 62

שם, סעיף 11. 63

חשובות יותר וחשובות פחות. נטל השכנוע מוטל על המדינה להצדיק פגיעה בכל אחת ואחת מהן, בלא כל ניסיון להבחין בינה לבין עצמן.
 בצד שיקול מרכזי זה של מדיניות משפטית מונחים גם שיקולים של הגינות ונוחות. הנתונים העובדתיים שעליהם מתבססת הטענה כי יש צידוק לפגיעה בזכויות האדם הם ברוב המקרים בידי הרשות השלטונית שהיא הנתבעת הטיפוסית. בפני המחוקק מוצגים – או לפחות צריכים להיות מוצגים – הנתונים העובדתיים המצדיקים פגיעה בזכות האדם. לפרט הנפגע – אם הוא זה הטוען לפגיעה בזכותו – אין כלים לאסוף נתונים אלה ולהציגם בפני בית המשפט.

ג. הטיעון הנגדי: חזקת החוקתיות (Presumption of Constitutionality)

(1) נטל השכנוע: על הטוען לאי-חוקתיות

ביסוד גישתי, שלפיה נטל השכנוע להצדקת פגיעה בזכויות אדם חוקתיות מוטל על הטוען לקיומו של צידוק לפגיעה, מונחת הגישה בדבר חשיבותן של זכויות האדם. כנגד טיעון זה ניתן להעמיד את חשיבותה של החוקה עצמה. חשיבות זו מתבטאת, בין השאר, בחזקת החוקתיות, שעל פיה חזקה היא כי המחוקק פועל במסגרת החוקה. חזקה זו מונחת ביסוד הגישה – המקובלת על הכול – כי בשלב הראשון שבו מוצגת הטענה לפגיעה בזכות חוקתית, נטל השכנוע בעניין הוכחת הפגיעה מוטל על הטוען לפגיעה. הטענה הינה כי היגיון חוקתי זה לא נעצר בשלב הראשון. ראוי כי הוא יחול גם בשלב השני, שבו מועלת הטענה בדבר הצידוק. הגישה הינה אפוא כי החזקה שלפיה המחוקק פועל במסגרת החוקה צריכה לחול על כל מרכיביה של הטענה כי הופרה זכות חוקתית. אין לעניין זה כל מקום להבחין בין שלב הפגיעה בזכות לשלב הצידוק לפגיעה. שני השלבים הם מכלול אחד. זו הייתה גישתם של השופטים א' גולדברג וג' בך בפרשת בנק המזרחי המאוחד. האין הדין עמם?

(2) על חזקת החוקתיות

מקובל לקבוע כי בדמוקרטיה חוקתית נוהגת חזקת החוקתיות.⁶⁴ חזקה זו פועלת בתחומים שונים. החשוב שבהם הוא התחום הפרשני.⁶⁵ חזקת החוקתיות היא חלק מתכליתו

64 ראו Andrew S. Butler, *A Presumption of Statutory Conformity with the Charter*, 19 QUEENS L.J. 209 (1993); Joseph Eliot Magnet, *The Presumption of Constitutionality*, 18 OSGOODE HALL L.J. 87 (1980); Henry Burmester, *The Presumption of Constitutionality*, 13 FED. L. REV. 277 (1983).

האובייקטיבית של כל חוק, ⁶⁶ על כן "חזקה היא שתכלית החוק היא שחוק אינו נוגד חוקה". ⁶⁷ אם הפרשן עומד בפני פירושים אפשריים של חוק, באופן שלפי האחד החוק הוא חוקתי ולפי האחר החוק אינו חוקתי, עליו לבחור בפירוש שלפיו החוק הוא חוקתי. כתב השופט למר (Lamer) בפרשה קנדית: ⁶⁸

[this] Court [...] should not [...] interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the Charter and hence of no force or effect.

תחום פרשני נוסף שבו חלה חזקת החוקתיות נוגע לשימוש בביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק במקרים שבהם ניתן לפתור את הבעיה המשפטית בדרך פרשנית. הגישה הינה כי אם ניתן לפתור את השאלה הניצבת בפני בית המשפט בדרך פרשנית עדיף ללכת בדרך זו, ולא להיזקק לתרופה של ביטול החוק. עדיפות זו נשענת על חזקת החוקתיות. ⁶⁹ גישה פרשנית זו מובילה למצב דברים שבו השופט נמנע מהכרעה באשר לחוקתיותו של החוק, תוך שימוש בדיני הפרשנות. באמצעות פרשנות זו, חוקתיותו של החוק נשמרת. ⁷⁰ תחום שלישי שבו מבקשים להחיל את חזקת החוקתיות הוא לעניין נטל השכנוע באשר להוכחתן של עובדות הקשורות לאי-חוקתיותו של חוק. אף כאן אין מחלוקת באשר לתחולתה של החזקה בכל הנוגע להוכחת העובדות הקשורות בפגיעה בזכות החוקתית. גדר הספקות הוא באשר לתחולתה של החזקה בכל הנוגע להוכחת העובדות הקשורות לצידוקים לפגיעה בזכויות. האם גם במצב דברים זה ראוי שחזקת החוקתיות תחול? האם הדין עם השופט א' גולדברג, כי "על מי שטוען נגד תוקפו של החוק נטל השכנוע כי החוק בלתי חוקתי, גם במוכן זה כי הפגיעה חורגת באופן מפליג ממתחם הפגיעה הסביר להגשמת התכלית הראויה" ⁷¹? האם הדין עם השופט ג' בך, כי "על הטוען לבטלות החוק לשכנע את בית המשפט הן לעניין עובדת הפגיעה שיש בחוק בזכות היסוד והן באשר לאי-עמידת החוק בדרישותיה של פסקת ההגבלה" ⁷²?

65 ראו HOGG, לעיל ה"ש 18, בעמ' 119.
66 על התכלית האובייקטיבית של חוק ראו ברק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 412.
67 ראו ברק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 422; אהרן ברק פרשנות חוקתית 117 (1994).
68 פרשת Slight Commonics v. Davidson [1989] 1 S.C.R. 1038, 1078.
69 ראו HOGG, לעיל ה"ש 18, בעמ' 119.
70 ראו Adrian Vermeule, *Saving Constructions*, 85 GEO L.J. 1945 (1997).
71 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 577.
72 שם, בעמ' 586.

(3) חזקת החוקיות בפגיעה בזכויות חוקתיות

לדעתי אין בכוחה של חזקת החוקתיות להטיל את נטל השכנוע לקיומן של עובדות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית על הטוען להיעדרו של הצידוק. הטעם לכך נעוץ במעמדן המרכזי של זכויות האדם במבנה החוקתי. מעמד זה מצדיק את המסקנה כי חזקת החוקתיות מילאה את תפקידה שעה שהטילה את נטל השכנוע להוכחת עצם הפגיעה בזכות על שכמו של הטוען לפגיעה. אין זה ראוי – מנקודת המבט של ההגנה החוקתית על זכויות האדם – להמשיך ולהטיל על הטוען לפגיעה את נטל השכנוע כי אין עובדות המצדיקות את הפגיעה. עמד על כך הוג (Hogg) בצינו: ⁷³

In Charter cases, the constitutional contest is between a government and an individual, who asserts that a right has been violated. In that context, it is not appropriate to tilt the scale in favour of the government. There should be no special obstacle placed in the way of an individual who seeks to vindicate a Charter right.

גישה זו עוברת כחוט השני בפסק דינו של השופט ד' לויץ בפרשת בנק המזרחי המאוחד: ⁷⁴

המגמה שצריכה להנחות אותנו בשאיפה לקיים את זכויות היסוד המוגנות שבחוקה המתגבשת היא להקפיד על כך שבבוא המחוקק לחוקק חוק רגיל, יראה לנגד עיניו תמיד את זכויות היסוד המוגנות; יימנע ככל האפשר וככל המתחייב מלפגוע בהן, ואם נדרש הדבר – ייעשה את המאמץ הראוי שהפגיעה תעמוד בתנאי סעיף ההגבלה [...] חוששני שאם בעניינים חוקתיים נאמץ לעצמנו את הכלל הקיים במשפט המינהלי כי חזקה על הרשות שהיא פועלת בתחום סמכותה כראוי עד שחזקה זו נסתרת, נביא לרפיון בהתייחסות לזכויות היסוד המוגנות ונביא חלילה לידי כך שהברכה אשר צמחה לנו מחוקי היסוד הנ"ל תתמסס ותלך.

כאמור, על פי גישה זו, חזקת החוקתיות מילאה את תפקידה שעה שהטילה את נטל השכנוע על שכס הטוען לפגיעה בזכות חוקתית. משהונחה התשתית העובדתית לכך על ידי הטוען לפגיעה, אין זה ראוי – מנקודת מבטה של ההגנה על זכויות האדם ושל מרכזיותן במשטר החוקתי – להמשיך ולהחיל את החזקה גם על הנחת התשתית העובדתית באשר

73 ראו HOGG, לעיל ה"ש 18, בעמ' 120.

74 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 461.

לצידוקים לפגיעה בזכות. לא לשם כך נועדה החזקה; ודאי כך במקרים שבהם החקיקה קודמת לחוקה וחזקת החוקתיות היא מלאכותית. בהקשר של נטל ההוכחה, חזקת החוקתיות היא אפוא חזקת אי-הפגיעה בזכות חוקתית. החזקה אינה חלה לעניין הצידוק של הפגיעה. קיומה של חזקת החוקתיות אינו שנוי במחלוקת. גדר הספקות נוגע להיקף תחולתה. טענתי הינה שכאשר חזקת החוקתיות מתנגשת עם הפגיעה בזכויות האדם, על חזקת החוקתיות לסגת. אכן, חזקת החוקתיות היא פרי יצירתה של הפסיקה. היא מוחלת במקום שראוי להחילה, ובמקום שאין ראוי להחילה אין לעשות כן. אחד התחומים שבהם לדעתי אין להחיל את חזקת החוקתיות הוא כשנפגעה זכות אדם. במצב דברים זה צריך הטוען לחוקתיות הפגיעה להניח תשתית עובדתית שיש בכוחה להצדיק פגיעה זו. לא די בהישענות על חזקת החוקתיות. די בחזקה זו כדי להטיל על הטוען לפגיעה בזכותו להניח תשתית עובדתית להוכחת טענה זו – בכך הרים את הנטל המוטל עליו; עתה צריך הטוען לקיומו של צידוק לפגיעה להניח את התשתית העובדתית המבססת צידוק זה. חזקת החוקתיות לא תועיל; היא כבר נסתרה. כוחה הוא אך בשלב הראשון, ומשמוצה שלב זה מיצתה חזקת החוקתיות את עצמה.

8. נטל הבאת הראיות בשלב השני: על הטוען כי הפגיעה מוצדקת

א. הגישה הבסיסית

גישה הבסיסית הינה כי לעניין השלב השני – הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית – אין להבחין בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות. על פי גישה זו שני הנטלים גם יחד (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) מוטלים על שכמו של הטוען לקיומו של צידוק לפגיעה בזכות החוקתית. גישתי זו מבוססת על מעמדן המרכזי של זכויות האדם, על יתרונה של המדינה בנגישות לעובדות המצדיקות את האמצעים שנבחרו, ועל מעמדה של המדינה בהליך השיפוטי במשפט הציבורי. אעמוד על טיעונים אלה.

ב. נטל הבאת הראיות ומעמדן של זכויות האדם

משהורם הנטל, והטוען לפגיעה בזכות החוקתית הניח את התשתית העובדתית לקיומה של פגיעה, ראוי כי הטוען לצידוק יישא הן בנטל ההוכחה והן בנטל לעניין הוכחת העובדות המבססות את טענתו. לעניין זה איני רואה מקום להבחין בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיה. ביסודה של עמדתי זו מונח בראש ובראשונה הטעם שעניינו הגנה על זכויות האדם. אם אנו מבקשים "לקחת את הזכויות ברצינות", ראוי כי מי שפגע בזכויות החוקתיות יצדיק

את פגיעתו זו. אין לוקחים את הזכויות ברצינות מספקת אם מטילים את הנטל – בין נטל השכנוע ובין נטל הבאת הראיות – על שכם הטוען להיעדרו של צידוק. טיעון כללי זה – המשותף הן לעניין נטל השכנוע והן לעניין נטל הבאת הראיות – מקבל משנה-תוקף בשל הטיעון הבא, המיוחד לעניין נטל הבאת הראיות כשהנתבעת היא המדינה: למדינה, שחוקקה את החוק הפוגע בזכויות האדם החוקתיות, יש את המידע הנדרש לעניין התשתית העובדתית המצדיקה את הפגיעה. יש להניח כי מידע זה היה בידי המדינה בעת שחוקקה החוק; על כל פנים, ודאי שהמדינה במצב הרבה יותר טוב מהטוען לפגיעה בזכותו להשיג מידע זה. אין צידוק לדרוש ממי שזכויותיו החוקתיות נפגעו – לאחר שהניח תשתית עובדתית לפגיעה זו – להביא ראיות כדי להניח תשתית לכך שאין צידוק לפגיעה זו. לעתים קרובות אין לנפגע כל גישה, במסגרת האמצעים העומדים לרשותו, למידע הקשור לקיומו של צידוק או להיעדרו. לרוב הצידוק הוא בידיעתו של הפוגע בזכותו החוקתית. על בסיס צידוק זה נעשתה הפגיעה, ועל צד זה ראוי להטיל את הנטל לבסס את הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית.⁷⁵

ג. נטל הבאת הראיות ונטל הטיעון בדבר היעדרה של חלופה פוגעת פחות

הנשיא מ' שמגר, שאליו הצטרפו השופטים א' מצא וצ' טל, קבע כי נטל הבאת הראיות צריך להיות על הטוען כי יש אמצעים חילופיים הפוגעים בזכות החוקתית פחות מהפגיעה משפוגע בה החוק (מבחן-המשנה השני). כתב הנשיא מ' שמגר בפרשת בנק המזרחי המאוחד:⁷⁶

הטוען כי קיימות חלופות מקילות יותר מעבר למיתחם האפשרויות שאומץ בחקיקה, עליו נטל הבאת הראיות [...] המדינה מציגה את הדרך שנבחרה על ידה, וכמובן את מערכת השיקולים המונחת ביסודה. אולם היא אינה צריכה ואינה יכולה להביא מיוזמתה את כל שלל ומכלול האפשרויות האינסופיות האחרות שניתן היה לנקוט לאותה מטרה. הדבר כלל אינו בר-ביצוע. מי שגורס דבר קיומו של אורח פעולה אחר, חמור פחות, הוגן יותר, סביר יותר, היכול להצדיק התערבותו של בית המשפט לשלילת התנאים המכשירים את

75 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 18, בעמ' 34-44; "One obvious ground for placing the burden of justification on the state where it seeks to uphold a law that limits a right is that the state will often possess unique, if not privileged, access to the information a court requires when attempting to determine whether a limitain is justified"

76 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 348.

החקיקה, כפי שהם עולים מסעיף 8, עליו הנטל להבאת הראיות, ואם אינו מצביע על קיומן של חלופות כאמור, עולה ממילא המסקנה כי הדרך שנוקטת על ידי המחוקק אינה חורגת מן המידה הראויה.

ברוח דומה ציין השופט א' גולדברג באותה פרשה: 77

לא על מי שמגן על החוק להראות כי ישנן חלופות אחרות שפוגעות יותר וכי נבחרה החלופה הפוגעת פחות, אלא על מי שטוען נגד תוקפו של החוק להראות כי קיימת חלופה מסוימת וברורה המגשימה את התכלית הראויה אך פגיעתה בזכות המוגנת פחותה במידה ניכרת מן הפגיעה שבחוק.

הנמקה זו עמדה גם ביסוד גישתו של השופט ג' כך: 78

אם נטיל על המחוקק, או על מי שמנסה להכשיר את החוק, את הנטל להראות שאינה קיימת כל אלטרנטיבה לחוק שנתקבל בכנסת, אשר יש בה משום פגיעה פחותה בזכות היסוד, הרי עלולים אנו להגיע למצבים שהדעת אינה סובלתה.

לדעתי יש להבחין בין הנטל לטוען טענה לבין הנטל להביא ראיות לביסוסה. 79 מקובלת עלי העמדה כי הטוען להפרת זכותו צריך לציין מהו האמצעי החלופי המגשים את התכלית הראויה שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה. אין להטיל על המדינה את הנטל להתמודד עם "שלל ומכלול האפשרויות האינסופיות האחרות שניתן היה לנקוט לאותה מטרה". על הטוען להפרת הזכות להצביע על "חלופה מסוימת וברורה", שאם לא כן "עלולים אנו להגיע למצבים שהדעת אינה סובלתה". מכאן לא מתבקשת המסקנה כי על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית להניח את התשתית העובדתית המבססת טענה זו. הנטל להביא ראיות צריך להיות מונח על שכם הטוען כי אין אפשרות להגשים את התכלית הראויה בדרך הפוגעת פחות. אכן, מידע זה נמצא בידי המדינה. הוא נבחן על ידה; על בסיסו נחקקה ההוראה שפגעה בזכות החוקתית, ואותו יש להציג בפני בית המשפט.

77 שם, בעמ' 577.

78 שם, בעמ' 587.

79 Fleming James, *Burdens of Proof*, 47 VA. L. REV. 51, 59 (1961): "It is often said that the party who has the burden of pleading a fact must prove it. This is in large part true [...] though not infallible [...] the burden of proof does not follow the burden of pleading in all cases. Many jurisdictions for example require a plaintiff to plead non-payment of an obligation sued upon but not to require him to prove it"

ד. נטל הבאת הראיות וייחודו של ההליך השיפוטי במשפט הציבורי

הליך שיפוטי שבו נדון סכסוך המעוגן במשפט הפרטי שונה באופיו מהליך שיפוטי שבו נדון סכסוך המעוגן במשפט הציבורי.⁸⁰ בסכסוך מהמשפט הפרטי עומדים משני צדיו של המתרס פרטים הטוענים כי זכותם נפגעה, כלומר: הזכות החוקתית מופיעה בשני צדיו של המתרס. הצדדים לסכסוך חייבים לנהוג זה כלפי זה בתום לב, אך אין הם חבים בדרך כלל נאמנות זה לזה. שונה הדין בהליך השיפוטי במשפט הציבורי. בהליך זה עומד מצד אחד של המתרס פרט הטוען כי זכותו החוקתית נפגעה, ובצד השני עומדת רשות ציבורית הטוענת כי הפגיעה היא כדין. רשות זו חבה כלפי הפרט חובת נאמנות וחובת הגינות כללית. הפרט חב חובות כלפי הרשות הציבורית, ובהן החובה לנהוג כלפיה בהגינות במצבים שונים. עם זאת, חובתו שונה מחובת הנאמנות וההגינות הכללית המוטלת על הרשות הציבורית כלפי הפרט.⁸¹

שוני זה הוא בעל השלכות בתחומים שונים, מהם של המשפט המהותי ומהם של המשפט הדיוני. בתחום הדיוני יש לשוני זה רלוונטיות בהיבטים שונים של ההליך השיפוטי המעוגן במשפט הציבורי; יש לו השלכה ישירה על השאלה בדבר נטל הבאת הראיות. לדעתי, מחובת הנאמנות של הרשות הציבורית ומחובת ההגינות הכללית המוטלת עליה נגזר הדין כי נטל הבאת הראיות באשר לעובדות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית מוטל על הרשות הציבורית. אכן, אם המידע על קיומו או על היעדרו של צידוק לפגיעה בזכות החוקתית נמצא בידי הרשות הציבורית, חובתה להציג חומר זה בפני בית המשפט. חובה זו נגזרת מהמשפט הציבורי עצמו. השלכתה בהליך השיפוטי מוצאת את ביטויה בהטלה של נטל הבאת הראיות על הרשות הציבורית.

ייחוד זה של ההליך השיפוטי במשפט הציבורי מוצא את ביטויו בהיבטים נוספים הקשורים לבית המשפט עצמו. תפקידו של השופט בהליך השיפוטי במשפט הפרטי שונה מתפקידו בהליך השיפוטי במשפט הציבורי.⁸² שוני זה בתפקידו של בית המשפט משליך גם על השאלה בדבר נטל הבאת הראיות. עמד על כך השופט "זמיר בפרשת צמח":⁸³

80 ראו יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (1993).

81 ראו ברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 312. פסק הדין המרכזי בסוגיה זו הוא בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 (1998). ראו גם ליאור ברשק "אזרח ומדינה בדמוקרטיה" משפטים לב 217 (2001).

82 ראו Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation* 89 HARV. L. REV. (1976).
1281 (1976). ראו גם Owen M. Fiss, *The Forms of Justice* 93 HARV. L. REV. 1 (1979).

83 פרשת צמח, לעיל ה"ש 34, בעמ' 268.

ספק בעיני אם ההלכה בעניין נטל ההוכחה, שהורתה ותחולתה בתחום המשפט הפלילי ובתחום המשפט האזרחי חלה באותה מתכונת גם בתחום המשפט הציבורי.

תפקיד מיוחד זה של בית המשפט בשאלת נטל הבאת הראיות בהליך השיפוטי במשפט הציבורי מתבטא, בין השאר, כשהתשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט בשלב הדיון השני (שלב הצידוק לפגיעה בזכות) אינה מלאה. דבר זה עשוי לקרות מטעמים שונים ונוגדים. כך, למשל, הרשות הציבורית עשויה להתרשל בהצגת התשתית העובדתית לביסוס הצידוק. היא עשויה גם שלא להציג תשתית זו משום שהיא מעוניינת בפסק דין שיכריז על בטלות החוק. אם הנטל להבאת ראיות יוטל על הטוען לפגיעה בזכותו, ייתכן מאוד שהוא לא יוכל להרים נטל זה מטעמים כספיים ואחרים. במצבים אלה ורבים אחרים בית המשפט מוצא את עצמו במצב שבו הונחה בפניו תשתית עובדתית שלפיה נפגעה זכות חוקתית – אך לא שהונחה לפניו תשתית עובדתית מספיקה לגופו של הצידוק לפגיעה זו. מה יעשה בית המשפט?

אופיו של ההליך משפיע על התנהגותו של בית המשפט. במסגרת ההליך מוכרעת חוקתיותו של חוק. זוהי הכרעה רבת-משמעות. יש לה השלכה מעבר לצדדים שבפני בית המשפט; יש לה השלכות על שלטון החוק ועל חוקתיות המנהל; יש לה השלכות על ההגנה הניתנת בשיטת המשפט לזכויות האדם. בשל כל אלה אין זה ראוי שבית המשפט יכריע בשאלה הניצבת בפניו אך לפי נטל ההוכחה (בין נטל השכנוע ובין נטל הבאת הראיות). עמד על כך השופט י' זמיר בפרשת צמח:⁸⁴

אם העותר הצליח לעורר ספק מהותי בחוקיות השיקולים של הרשות או בסבירות של ההחלטה, אך לא הצליח להביא די ראיות כדי שבית המשפט יוכל לקבוע בפסקנות אם ההחלטה חוקית או אינה חוקית, בית המשפט אינו חייב לדחות את העתירה בשל חוסר ראיות. הוא רשאי לנקוט יוזמה ולדרוש מן הרשות להשיב על שאלות מסויימות או להביא בפניו ראיות נוספות כפי שיקבע: תצהירים, מסמכים ועוד. זהו אחד ההבדלים בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי והליך אזרחי. הבדל זה נובע, ראשית, ממהותו של ההליך המינהלי. הליך זה עוסק בהחלטה שנתקבלה על ידי הרשות מטעם הציבור ולמען הציבור, ולכן יש לציבור זכות עקרונית לדעת את העובדות והטעמים שביסוד ההחלטה. שנית, הבדל זה נובע גם מן העקרון של שלטון החוק: בהליך מינהלי בית המשפט אמור, לא רק להכריע בסכסוך בין שני צדדים, אלא גם לשמור על העקרון של שלטון החוק. על פי עקרון זה, אם נתעורר

84 ש.ם.

ספק מהותי בחוקיות של החלטה מינהלית, ראוי לברר ספק זה, כדי שלא תישאר החלטה בלתי-חוקית על כנה. מכאן נובע גם הבדל בשאלת נטל ההוכחה בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי או אזרחי. בהליך מינהלי, יותר מאשר בהליך פלילי או בהליך אזרחי, בית המשפט עשוי לפעול לחיזוק תשתית הראיות, לפי הצורך, עד שיוכל להכריע לגוף העניין בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית. משום כך, בהליך מינהלי, לאחר שבתחילת ההליך התעורר ספק מהותי בחוקיות ההחלטה המינהלית, בדרך כלל לא מתעוררת יותר, בהמשך ההליך, השאלה של נטל ההוכחה.

על כן, אם המדינה היא צד להליך, והיא נמנעת מהנחת תשתית עובדתית באשר לצידוק של הפגיעה בזכות החוקתית – בידי בית המשפט הכוח לדרוש את הבאתן של עובדות אלה. חוקתיותו של החוק לא תוכרע אך בשל מחדלה הראשוני של המדינה. בהסבירם את הדין בעניין זה בדרום-אפריקה כתבו וולמן ובוטה:⁸⁵

[T]he Constitutional Court has, on a number of occasions, stated that the failure by the government to offer any support for a limitation does not relieve a court of the duty to inquire into its justifiability.

על רקע זה מובנת גם נכונותו של בית המשפט לפנות בעצמו לבחינתן של עובדות חברתיות (social facts) ו"עובדות חקוקות" ("legislative facts"),⁸⁶ ולהשתמש בידעו השיפוטי.⁸⁷

מה יעשה בית המשפט אם בסופו של ההליך, לאחר שמיצה את כל האפשרויות הדיוניות לקבלה של מרב הנתונים העובדתיים, עדיין הוא סבור כי לא הונחה בפניו תשתית עובדתית שדי בה להכרעה? ומה יעשה בית המשפט אם מרב התשתית העובדתית האפשרית הונחה בפניו אך כפות המאזניים מעוינות? לדעתי, במצב דברים זה, לאור מרכזיותן של זכויות האדם שנפגעו, יש להכריע נגד הטוען לקיומו של צידוק לפגיעה. צידוק כזה לא בוסס, והפגיעה בזכות האדם אינה חוקתית.

השופט י' זמיר ציין שכאשר שהתשתית העובדתית המוצגת בפני בית המשפט היא "רופפת עד כדי כך שבית המשפט אינו יכול לבסס עליה ממצאים כפי שנדרש לצורך הכרעה

85 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 18, בעמ' 34–44.

86 ראו פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 67, בעמ' 479. ראו גם HOGG, לעיל ה"ש 18, בעמ' 806. ראו גם Kenneth Culp Davis, *Facts in Lawmaking*, 80 COLUM. L. REV. 931 (1980); Ann Woolhandler, *Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts*, 41 VAND. L. REV. 111 (1988).

87 ראו הרנון, לעיל ה"ש 9, חלק שני, בעמ' 39. על ידיעה שיפוטית בהליך בדבר חוקתיות החוק, ראו HOGG, לעיל ה"ש 18, בעמ' 808.

בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית⁸⁸, תושפע שאלת נטל ההוכחה מן המהות המיוחדת של ההליך המנהלי⁸⁹:

היא עשויה להיות מושפעת משיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של חוק וחזקת החוקיות של החלטה מינהלית, החשיבות של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בזכות, יעילות המינהל ואינטרסים ציבוריים אחרים.

לדעתי, אם בסופו של יום לא השתכנע בית המשפט בקיומו של צידוק לפגיעה בזכות, עליו לקבוע שהפגיעה בזכות לא קיימה את הוראות פסקת ההגבלה וכי הפגיעה אינה כדין. חזקת החוקתיות וחזקת החוקיות שוב אינן פועלות בשלב זה. יעילות המנהל ואינטרסים ציבוריים אחרים אינם יכולים כשלעצמם לבסס את הצידוק לפגיעה בזכות או להטלת הנטל על שכם הטוען לפגיעה. עם זאת, הם עשויים להשפיע על גיבושו של הסעד החוקי. לסוגיה זו נפנה עתה.

9. השלב השלישי: הסעד

השלב השלישי בבחינה החוקתית הינו הסעד. משקבע בית המשפט כי נפגעה זכות חוקתית (השלב הראשון), וכי הפגיעה אינה מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה (השלב השני), קמה ועולה השאלה בדבר הסעד או התרופה. זהו השלב השלישי, שבגדריו נבחנות התוצאות של אי-החוקתיות. כן ניתנת בו תשובה לשאלה מה תוקפו של החיקוק הלא חוקתי, מה דינן של פעולות (אזרחיות ופליליות) שנעשו מכוחו, והאם הפגם בחיקוק פועל רטרואקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית.⁹⁰ אכן, "אי-החוקתיות של חיקוק אינה עניין מופשט המונח בחללה של השיטה. זהו עניין קונקרטי המחייב הכרעה שיפוטית הקובעת תוצאות מעשיות מבחינת התחולה בזמן, במקום ובצדדים".⁹¹ הדינים בעניין הסעד מעוגנים במושגיות היסוד של "הבטלות היחסית".⁹² בחינתה של סוגיה משפטית זו ודיני נטל ההוכחה המתלווים אליה חורגת ממסגרתה של רשימה זו, שעניינה בשני השלבים הראשונים בבחינה החוקתית.

88 פרשת צמח, לעיל ה"ש 34, בעמ' 268.

89 שם, בעמ' 269.

90 ראו ברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 353.

91 בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 441, 433 (1998).

92 על הבטלות היחסית, ראו יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1993); דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (1995). דפנה ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי – על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר 321 (2005).