

איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי

מאת

אהרן ברק*

מבוא. א. מאפייניו של מבחן המידתיות במובן הצר. 1. תוכנו של המבחן; 2. מהותו הערכית של המבחן; 3. "יחס ראוי": מבחן של איזון; 4. ייחודו של המבחן; ב. תורת האיזון. 1. מרכזיותו של האיזון; 2. איזון ותוקף; 3. מהותו של האיזון; 4. איזון על בסיס חשיבות התועלת וחשיבות מניעת הנזק; ג. כלל האיזון הבסיסי. 1. השוואה בין כפות המאזניים; 2. מרכיבי האיזון הבסיסי וצידוקו; 3. כפות המאזניים מעוינות; 4. כלל האיזון הבסיסי ואיזון קונקרטי (אד-הוק); ד. נוסחאות איזון עקרוניות. 1. מהותן של נוסחאות האיזון העקרוניות; 2. נוסחאות האיזון העקרוניות – משפט משווה; 3. נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט הישראלי; סוף דבר.

מבוא

מאז פרישתי מכס השיפוט אני עוסק במידתיות. למושגיות זו חשיבות בהקשרים שונים. מחקרי מתמקד במידתיות החוקתית. מידתיות זו מהווה אמת-מידה לבחינת חוקתיותה של נורמה תת-חוקתית (כגון חוק או משפט מקובל)¹ הפוגעת בזכות חוקתית (כגון כבוד האדם או קניין). ענייני הוא אפוא המידתיות המעוצבת בפסקת הגבלה (מפורשת או משתמעת). דוגמה לכך משמשת פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה:

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.²

בחינה זו מחייבת לערוך הבחנה – שהיא יסודית בתורת הזכויות – בין היקפה של הזכות

* נשיא (בדימוס) בית המשפט העליון; בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה.
1 על תחולתה של פסקת ההגבלה על המשפט המקובל, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 507 (1994).
2 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. הסעיף תוקן בס"ח התשנ"ד 90; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

החוקתית לבין מידת ההגנה עליה ואפשרות מימושה.³ תשובה לשאלת ההיקף מחייבת פרשנות חוקתית של הזכות.⁴ היא נועדה לתת ללשונה של הזכות החוקתית מובן המגשים את התכלית המונחת ביסודה. תכלית זו הינה הגשמתו של העיקרון המעצב את הזכות. "עיקרון", לענייננו, משמעותו אידאל חברתי המאפיין את הזכות. מהותו של אידאל זה קובעת את היקפה של הזכות החוקתית.⁵ לדעתי היקף זה אינו משתנה בשל קיומם של אידאלים חוקתיים נוגדים כגון טובת הכלל (ביטחון, שלום הציבור) או זכויות חוקתיות נוגדות.⁶ ההתנגשות בין אידאלים נוגדים אלה אינה צריכה להתבטא בהיקפה של הזכות ברמה החוקתית, אלא בתשובה לשאלת המימוש וההגשמה של הזכות החוקתית. במסגרת זו נבחנת מידת ההגנה על הזכות החוקתית ויכולת הגשמתה ברמה התת-חוקתית. ברמה זו פועלת פסקת ההגבלה ("אין פוגעים בזכויות שלפי חוק זה אלא בחוק [...]"). ברמה זו פועלת המידתיות כנורמה חוקתית.⁷

- 3 ראו אהרן ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי" ספר מישאל חשין 201 (2009). ראו גם Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265 (1981); FREDERICK SCHAUER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* 89 (1982); Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707 (2001); Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29 (Michael Ignatieff ed., 2005); Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789 (2007); Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391 (2008).
- 4 על הפרשנות החוקתית ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 435 (2003).
- 5 על מהותו של עיקרון ועל מקומו בשיח הזכויות ראו שם, בעמ' 248; מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987); וכן Pierre J. Schlag, RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 14 (1977); Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379 (1985); Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. COLO. L. REV. 293 (1992); Robert F. Nagel, *Liberals and Balancing*, 63 U. COLO. L. REV. 319 (1992); Kathleen M. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22, 38 (1992); ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 44 (Julian Rivers trans., 2002); Frederick Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, 2003 NEW ZEALAND L. REV. 303; CONOR A. GEARTY, *PRINCIPLES OF HUMAN RIGHTS ADJUDICATION* (2004); HUMBERTO AVILA, *THEORY OF LEGAL PRINCIPLES* (2007); LORENZO ZUCCA, *CONSTITUTIONAL DILEMMAS CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN EUROPE AND THE USA* (2007).
- 6 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 105 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 14.5.2006) (להלן: פרשת עדאלה נ' שר הפנים).
- 7 ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 538

המידתיות (במובנה הרחב) כנורמה חוקתית מבוססת על שני מרכיבים עיקריים:⁸ הראשון הוא מרכיב החוקיות (legality). עניינו של זה בדרישה לקיומה של "שרשרת הסמכה" בין הנורמה התת-חוקתית אשר פגעה בזכות החוקתית לבין החוקה (ואצלנו – חוקי היסוד). המרכיב השני הוא מרכיב הלגיטימיות (legitimacy). זוהי המידתיות (במובנה הרגיל). עניינה הוא בתנאים המעניקים צידוק לפגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית. תנאים מצדיקים אלה הם בעיקרם שניים: מטרה ראויה ואמצעים מידתיים. מטרה ראויה ("הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה") היא דרישת סף. לדעתי, בקביעתה של המטרה הראויה אין להתחשב באמצעים שבהם נקטה הנורמה התת-חוקתית לשם הגשמת המטרה. מטרה תהא ראויה גם אם האמצעים אינם ראויים.⁹ האמצעים המידתיים ("במידה שאינה עולה על הנדרש") צריכים למלא שלושה מבחני-משנה:¹⁰ (א) קיים קשר רציונלי בין המטרה הראויה לבין האמצעים

- (2003). ראו גם ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 202, וכן משה כהן פסקות ההגבלה בחוקי היסוד על זכויות האדם, התחשבות באופי הזכות (עבודת גמר לתואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2000); משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות: בעקבות David Beatty, THE ULTIMATE RULE OF LAW (Oxford, 2004) משפט וממשל ט 297 (2005); משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 (2007).
- 8 ראו GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 125 (2005).
- 9 גישה זו שנויה במחלוקת, ראו 2 PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 152 (5th ed. 2007). ראו גם ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק-דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" (צפוי להתפרסם במשפטים לט, 2009). בגישתי נקט ספיר, ראו גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006) (להלן: ספיר "ישן מול חדש"); גדעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).
- 10 ראו בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12 (1996); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435 (1994); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 436 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997) (להלן: פרשת לשכת מנהלי ההשקעות); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 270 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 665 (2002); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 279 (2002); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 776, 728 (1999); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 850 (2004) (להלן: פרשת בית סוריק); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 550 (2005); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 57 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 11.5.2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון); פרשת עדאלה נ'

שנקבעו בנורמה התת-חוקתית להגשמתה; (ב) אין להשיג את המטרה החוקתית באמצעים שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה; (ג) מתקיים איזון מידתי בין התועלת החברתית שבהגשמת המטרה הראויה לבין הנזק לזכות החוקתית (מידתיות במובן הצר). לדעתו, מבין שלושה מבחני-משנה אלה, החשוב והמרכזי הוא השלישי;¹¹ הוא לב-לבה

שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 65 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פס' 29 לפסק הדין (טרם פורסם, 12.12.2006) (להלן: פרשת עדאלה נ' שר הביטחון); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל (טרם פורסם, 15.4.2007); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 49 לפסק דינה של השופטת נאור (טרם פורסם, 20.8.2008) (להלן: פרשת המפקד הלאומי); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp., פס' 225 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, 29.10.2008) (להלן: פרשת אלאקסא). ספרות השוואתית רבה עסקה במבחני-משנה אלה; ראו, בין השאר, THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (Armand de Mestral et al. eds., 1986); Marc-André Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 125 (Ronald MacDonald, F. Matscher & H. Petzold eds., 1993); NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW, A COMPARATIVE STUDY (1996); THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE (Evelyn Ellis ed., 1999); JUDITH GARDAM, NECESSITY, PROPORTIONALITY AND THE USE OF FORCE BY STATES (2004); WOJCIECH SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE (2005); A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS (Helen Keller & Alec Stone-Sweet eds., 2008); CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS (Eva Brems ed., 2008). ראו גם VAN DER SCHYFF, לעיל ה"ש 8; ALEXY, לעיל ה"ש 5. לבחינה תאורטית ראו DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 170 (2005); Mattias Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty*, 11 EUR. L.J. 262 (2005); Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 CAMBRIDGE L.J. 174, 200 (2006); CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (2007); Julian Rivers, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 167 (George Pavlakos ed., 2007); Mattias Kumm, *What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 131 (George Pavlakos ed., 2007).

11 ראו דברי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 140-141 (1995).

של המידתיות. טלו מהמידתיות מבחן זה ונטלתם ממנה את חיותה.¹² הטעם לכך הוא שרק מבחן זה מבוסס על איזון בין המטרה הראויה לבין הזכות החוקתית. בחינתו של האיזון המונח ביסודה של המידתיות כמובן הצר תיעשה בשתי נקודות מבט עיקריות. נקודת המבט הראשונה בוחנת את היסודות המשפטיים של האיזון. בחינה זו משיבה על שאלות כמו מהו איזון וכיצד הוא נערך, מה הם היבטיו ה"קונקרטיים" (אד-הוק) ומה הם היבטיו העקרוניים. נקודת המבט השנייה בוחנת באופן ביקורתי את האיזון.¹³ בחינה זו בודקת אם האיזון הינו אמת-מידה ראויה, אם אין אמת-מידה טובה ממנו לפתרון ההתנגשות בין הזכות החוקתית למטרה הראויה, אם ראוי שבית המשפט יוסמך לבחון את חוקתיותו של האיזון שקבע המחוקק ואם "מעורבות" שיפוטית זו ראויה היא.

רשימה זו מתרכזת – תוך הפניה למשפט המשווה – בנקודת המבט הראשונה (בחינת היסודות המשפטיים של המידתיות).¹⁴ בפרק הראשון לרשימה זו אבחן את מאפייניה של המידתיות כמובן הצר ואת ההיבט הערכי המאפיין אותה. היבט זה מתמקד בתהליך האיזון. הפרק השני ברשימה מתמקד בתורת האיזון. הוא מנתח את יסודותיו של האיזון ומבקש להגדיר את המונח על כל אחת מכפות המאזניים. היסוד המשותף לשתי הכפות הינו החשיבות החברתית. על הכף האחת מונחת החשיבות החברתית שבהגשמת המטרה הראויה, תוך התחשבות בחשיבותה של המטרה, בנחיצותה, בחיוניותה ובהערכת ההסתברות של התממשותה. על הכף האחרת מונחת החשיבות החברתית שבמניעת פגיעה בזכות חוקתית, תוך התחשבות בחשיבותה של הזכות, בעצמת הפגיעה בה ובהערכת ההסתברות להתממשות הפגיעה. בפרק השלישי אני בוחן את המסגרת הנורמטיבית לעריכתו של האיזון בין שתי הכפות. אני מבחין בין כלל האיזון הבסיסי לבין כלל האיזון הקונקרטי. כלל האיזון הבסיסי קובע כי ככל שהסתברות לפגיעה בזכות חוקתית גדולה יותר, וככל שמניעת תוספת הנזק לזכות החוקתית חשובה יותר, כן נדרש כי תוספת התועלת למטרה הראויה שפגיעה זו גורמת תהא חשובה יותר, נחוצה וחיונית יותר, וכי סיכויי הגשמתה יהיו גדולים יותר. בכך כלל האיזון הבסיסי מבטא את תפיסתה של חברה באשר לחשיבותם של העקרונות שהיא מבקשת לקדם ושעליהם היא

12 ראו ברק "מבחן המידתיות כמובנו הערכי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 209. ראו גם זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507 (1990); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109 (1994); דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 281, 288 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 346 (2004).

13 להיבטים מסוימים של ביקורת זו ולחשובתי לה ראו ברק "מבחן המידתיות כמובנו הערכי", לעיל ה"ש 3. כן ראו אהרן ברק מידתיות כמשפט: הפגיעה בזכויות האדם והגבלותיה (צפוי להתפרסם בדצמבר 2009) (להלן: ברק מידתיות כמשפט).

14 בספרי מידתיות כמשפט הדין במידתיות אני בוחן גם את נקודת המבט השנייה.

מבקשת להגן. כלל האיזון הקונקרטי מפעיל את הכלל הבסיסי על נסיבותיו של מקרה ספציפי; הוא נגזר מהכלל הבסיסי ומהווה קונקרטיזציה שלו. בחלק הרביעי אני בוחן את האפשרות לקבוע כללי איזון נוספים, שמקומם יהיה בין הכלל הבסיסי לכלל הקונקרטי. זהו האיזון העקרוני. הוא משקף את השיקולים העקרוניים המונחים ביסודה של הזכות החוקתית ואת הצידוק לפגיעה בה. הוא מגשים את הכלל הבסיסי ברמת הפשטה שהיא נמוכה ממנו – אך גבוהה מהאיזון הקונקרטי. תוכנו משתנה על פי מהותה של המטרה הראויה ושל הזכות הנפגעת. במסגרת זו אני בוחן את נוסחאות האיזון ההלכתיות שהתפתחו בישראל מאז פרשת קול העם.¹⁵ לדעתי, ניתן לאמצן בגדרי כללי האיזון העקרוני, תוך התאמתן למבנה החוקתי החדש.

א. מאפייניו של מבחן המידתיות במובן הצר

1. תוכנו של המבחן

זכות חוקתית עלולה להיפגע על ידי נורמה תת-חוקתית כגון חוק. אם פגיעה זו מקיימת את יסודותיה של פסקת ההגבלה החוקתית – הפגיעה היא חוקתית וכדין. אם הפגיעה אינה מקיימת יסודות אלה – הרי היא בגדר הפרה; הנורמה הפוגעת היא בלתי-חוקתית.¹⁶ מבין היסודות השונים של פסקת ההגבלה החוקתית אני בוחן ברשימה זו את הדרישה לפיה האמצעים שהנורמה התת-חוקתית נוקטת להגשמת מטרתה הראויה יפגעו בזכות החוקתית "במידה שאינה עולה על הנדרש". דרישה זו פורשה בפסיקה ככוללת שלושה מבחני-משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן הפגיעה הפחותה ומבחן המידתיות במובן הצר. להלן אתמקד במבחן המשנה השלישי – המידתיות במובן הצר. על פי מבחן זה צריך להתקיים יחס מידתי בין התועלת בהגשמת מטרתה של הנורמה הפוגעת לבין הנזק לזכות החוקתית. בהמשך הניתוח אניח כי הנורמה הפוגעת היא חוק וכי מטרתו של החוק היא ראויה. כן אניח כי קיים קשר רציונלי בין האמצעים שהחוק נוקט לבין הגשמתה של המטרה. לבסוף אניח כי אין להגשים את המטרה הראויה על ידי אמצעים שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה. אני מניח אפוא שאין חלופה מידתית.¹⁷ על רקע זה אתמקד בדרישה השלישית שעניינה מבחן "המידתיות במובן הצר" (proportionality) *stricto sensu, angemessen; Verhältnismässigkeit in engeren sinne*.¹⁸ מה דורש מבחן

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

16 תוקפה של ההוראה הבלתי חוקתית עשוי להישמר אם בשל שמירת הדינים (ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) ואם בשל פסקת ההתגברות (ס' 8 לחוק-יסוד חופש העיסוק).

17 על החלופה המידתית ראו עמ' 60 להלן.

18 ראו ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 3.

זה? על פיו, כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית נדרש יחס ראוי ("מידתי" במובן הצר) בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. מבחן-משנה זה "מחייב שקילת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק לפרט בהפעלת האמצעי".¹⁹ האמצעי שנקבע בחוק "צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית".²⁰ זהו, אם כן, מבחן המעמיד תועלת מול נזק.²¹ הוא מבקש לקיים "מיתאם ראוי בין התועלת שהמדיניות מביאה לבין הנזק שהיא גורמת".²² הוא שואף לקיים יחס ראוי בין מידת הפגיעה בזכות לבין מידת הקידום של טובת הכלל.²³ עמדתו על מבחן זה בפרשת עדאלה:

תכלית ראויה, קשר רציונלי בינה לבין הוראת החוק, תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם שיש בה כדי להגשים את התכליות הראויות, הם תנאים הכרחיים לחוקתיות הפגיעה בזכויות האדם. הם אינם תנאים מספיקים. משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, אינו מסתפק בכל אלה. הוא קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים רציונליים העושים שימוש בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם.²⁴

הנה כמה דוגמאות מהפסיקה בארץ ובעולם לפעולתו של מבחן-המשנה השלישי:²⁵

- 19 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 437. ראו גם בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 797 (2003); פרשת אלאקסא, לעיל ה"ש 10, בפס' 236 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 20 פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 385. ראו גם פרשת צמח, לעיל ה"ש 10, בעמ' 270; פרשת אורון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 668; פרשת מנחם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 279; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 550; פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10, בפס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 10, בפס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל; עע"ם 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, פס' 52 לפסק דינו של השופט דניציגר (טרם פורסם, 24.7.2008).
- 21 פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 776; פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 850.
- 22 פרשת סטמקה, שם, בעמ' 782.
- 23 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 24 שם. ראו גם פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 385, וכן R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 139; R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, 99; Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp., [2007] 2 S.C.R. 610, ¶ 45.
- 25 בספרי מידתיות במשפט אני עומד על הדמיון הרב בין דיני המידתיות בישראל לבין דיני המידתיות במשפט המשווה.

(א) חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003²⁶ קובע כי שר הפנים לא יעניק לתושב של יהודה, שומרון וחבל עזה אזרחות, ולא ייתן לו רשיון לישיבה בישראל. הוראה זו אינה חלה על ישראלים המתגוררים באזור. נקבעו לה מספר חריגים. הטעם לכך הוא ביטחוני. נפסק כי האיסור שבחוק מקיים את דרישות הקשר הרציונלי והצורך.²⁷ האם הוא מקיים את מבחן המידתיות (במובן הצר)? חמישה שופטים (מתוך אחד-עשר) סברו כי מבחן זה אינו מתקיים שכן "החוק קובע יחס לא מידתי בין תוספת ההגנה על הביטחון במעבר מהסדר שקדם לו, שקבע בחינה אינדיבידואלית [...] לבין תוספת הפגיעה בכבוד האדם שהמעבר לאיסור הגורף גורר אחריו".²⁸ חמישה שופטים סברו כי היחס הוא מידתי. השופט האחד-עשר סבר שלא מתקיים מבחן-המשנה השני (מבחן הצורך), בלא שהדבר גורר אחריו, בנסיבות המקרה, את הצורך להכריז כי החוק – שבאותה עת כבר חלף מועד תחולתו, ותוקפו הוארך בשל מועד הבחירות – אינו חוקתי.

(ב) חקיקת ביטחון ביהודה ושומרון הורתה על תפיסת מקרקעין, תוך פיצוי המחזיק בהם, לשם בניית גדר הפרדה. המטרה של הקמת הגדר הייתה ביטחונית. נקבע כי קיים קשר רציונלי בין הקמת הגדר לדרישות הביטחון; כן נקבע כי אין אמצעי ביטחוני המגשים את המטרה הביטחונית שפגיעתו פחותה מזו של הקמת הגדר. עם זאת נקבע כי תוואי הגדר שנדון בעתירה הוא בחלקו לא חוקי, שכן הוא לא מקיים את מבחן-המשנה השלישי. בפסק דיני ציינתי:

אינו מתקיים יחס מידתי, בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שקבע המפקד הצבאי. גדר ההפרדה מערערת את האיזון העדין בין חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון לבין חובתו להבטיח את צורכי התושבים המקומיים. גישתנו זו מבוססת על כך כי התוואי שקבע המפקד הצבאי לגדר הביטחון – היוצר חיץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם החקלאיות – פוגע בתושבים המקומיים באופן חריף תוך הפרת זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.²⁹

(ג) בעקבות ה-Health Disciplines Act³⁰ נחקקה באונטריו שבקנדה חקיקת-משנה שהטילה על רופאים איסור לפרסם מודעות. רופא שהפר הוראה זו הורשע בדינו וערער לבית המשפט העליון. בית המשפט קבע כי החקיקה מפרה את חופש הביטוי של

26 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544.

27 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6.

28 שם, בפס' 96 לפסק דינו של הנשיא ברק.

29 פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 850.

30 Health Disciplines Act, R.R.O., ss. 37 (1980).

הרופא.³¹ לעניין המידתיות נקבע כי מטרת החוק היא ראויה וכי הוא מקיים את דרישות הקשר הרציונלי. נקבע כי התועלת בהבטחה של הגינות מקצועית ובמניעה של פרסומת לא אחראית ומטעה אינה שקולה כנגד הנזק לחופש הביטוי המסחרי.

(ד) בפרשה שנדונה בבית המשפט האירופאי לזכויות האדם נבחנה הוראת חוק הקובעת כי פעולה הומוסקסואלית יכולה להוות בסיס לשחרור מהצבא.³² בעקבות זאת שוחררו התובעים מהצבא הבריטי. נקבע כי הוראות חוקות אלה פוגעות בפרטיות – אך גם נקבע כי הן נועדו להבטיח את המוראל ואת כוח הלחימה של הצבא ועל כן מטרתן ראויה. כן נקבע שיש קשר רציונלי בין איסור השירות של הומוסקסואלים בצבא לבין מטרת החוק, ושאינן אמצעי שפגיעתו פחותה. האם האמצעי שנקבע בחוק הוא מידתי (במובן הצר)? בית המשפט קבע כי הפגיעה בפרטיותם של החיילים היא ניכרת, ולעומת זאת התועלת שתתווסף למוראל ולכוח הלחימה עקב מניעת שירותם של הומוסקסואלים היא קטנה. על רקע זה נקבע כי הנזק לפרטיות אינו מידתי ביחס לתועלת לטובת הכלל.³³

2. מהותו הערכית של המבחן

מבחן המידתיות במובן הצר הוא מבחן תוצאתי. הוא חל במידה שווה לעניין חוק הפוגע בזכות חוקתית המעוצבת כעיקרון ולעניין חוק הפוגע בזכות חוקתית המעוצבת ככלל. הוא חל כאשר התכלית של החוק הפוגע הינה הגנה על זכות חוקתית אחרת וכאשר תכליתו של החוק הפוגע היא הבטחה של טובת הכלל. כל חוק הפוגע בזכות חוקתית חייב לקיים את המרכיב התוצאתי של המידתיות במובן הצר: "זהו מבחן הבוחן את התוצאה של החקיקה והאפקט שיש לה על בעל זכות האדם החוקתית".³⁴ מבחן זה משווה את האפקט החיובי הכרוך בהגשמה של מטרות החוק עם האפקט השלילי של הפגיעה בזכות החוקתית. זוהי השוואה בעלת אופי ערכי.³⁵ כה חזק הוא ההיבט הערכי של מבחן זה, עד כי השופט מ' חשין ציין כי "ראוי הוא כי יכונה מבחן המידתיות 'במובנו הערכי'. עניינו של מבחן זה הוא בערכים, וכך ראוי הוא כי נכנהו".³⁶

31 Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario, [1990] 2 S.C.R. 232
 32 ראו Army and Air Force Acts, 1955; Criminal Justice and Public Order Act, 1994, § 146(4)
 33 ראו Lustig-Prean & Beckett v. United Kingdom, App. No. 31417/96, 29 Eur. H.R. Rep. 548 (2000).

34 פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 385.
 35 ראו פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 10, בפס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 10, בפס' 55 לפסק דינה של השופטת נאור; פרשת אלאקסא, לעיל ה"ש 10, בפס' 236 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
 36 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, שם, בפס' 107 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין. ראו גם ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי", לעיל ה"ש 3.

אופיו הערכי של מבחן זה עולה יפה בדוגמה שהביא גרים (Grimm):³⁷ חוק מתיר למשטרה לירות באדם (ואפילו למוות) אם זו הדרך היחידה למנוע אותו מלפגוע בקניינו של אחר. חוק זה נועד להגן על הקניין ועל כן תכליתו ראויה; האמצעי הננקט הוא רציונלי שכן יש בו כדי לקדם את מטרת החוק; על פי מילות החוק ניתן לפעול כאמור רק אם אין אפשרות להגן על הקניין באמצעי שאין בו פגיעה בחייו של אדם ועל כן מתקיים מבחן המשנה בדבר הצורך. עם זאת, החוק אינו חוקתי משום שבמישור הערכי ההגנה על הקניין אינה מצדיקה נטילת חיי אדם.

3. "יחס ראוי": מבחן של איזון

ביסודו של מבחן-המשנה השלישי עומדת הדרישה כי יתקיים "יחס ראוי"³⁸ או "מתאם ראוי"³⁹ בין תועלתו של החוק הפוגע בזכות האדם לבין נזקו. בכמה פסקי דין נקבע כי צריך להתקיים "יחס סביר" בין התועלת לבין הנזק.⁴⁰ פסקי דין אחרים דורשים "יחס שקול"⁴¹ או "יחס נאות"⁴² בין התועלת לנזק. יש החוזרים על דרישת המידתיות וקובעים כי צריך להתקיים "יחס מידתי".⁴³

מילת המפתח היא "יחס". בכך המבחן מפנה אל הצורך לעמת את התועלת הצומחת מהחוק עם הנזק שהוא גורם לזכות החוקתית. הפגיעה בזכות החוקתית תהא מידתית

37 ראו Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383, 396 (2007).

38 ראו פרשת בן-עטייה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 12; פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 437; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 385; פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 54; פרשת אורון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 671; פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 850; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 550; פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10, בפס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 10, בפס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 10, בפס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל.

39 פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 782.

40 ראו בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423, 430 (1999); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178, 182 (2000); פרשת מנחם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 279; בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 263 (2003); פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 850; פרשת אלאקסא, לעיל ה"ש 10, בפס' 236 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

41 פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 10, בפס' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

42 פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 797.

43 ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 135.

(במובן הצר) אם התועלת המתקבלת עולה על הנזק הנגרם לזכות החוקתית. הפגיעה בזכות החוקתית אינה מידתית אם היא עולה על התועלת הנובעת ממנה. זהו מבחן של איוון.⁴⁴ אכן, כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי המידתיות במובן הצר משקפת איוון בין עקרונות מתנגשים.⁴⁵ עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת המועצה האזורית חוף עזה:

על-פיו האמצעי שנקט החוק הפוגע בזכות האדם חייב לקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה [...] זהו מבחן של איוון [...] מבחן משנה זה מחייב קיומו של איוון ראוי בין הגשמת מטרת החוק לבין האמצעי שהוא נוקט.⁴⁶

המשפט המשווה משקיף אף הוא על המידתיות במובן הצר כמשקף איוון בין עקרונות מתנגשים. זהו הדין על פי פסיקתם של בתי המשפט בדרום-אפריקה,⁴⁷ בקנדה,⁴⁸ באירלנד,⁴⁹ בגרמניה⁵⁰ ובשאר המדינות שבהן מקובלת המידתיות. היטיב להביע זאת בית המשפט האירופי לזכויות האדם בפרשת Sporrong and Lönnroth:

The Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights [...] The search for this balance is inherent in the whole of the Convention.⁵¹

44 ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 10, בפס' 55 לפסק דינה של השופטת נאור; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).

45 ראו בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 63 (2005); פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 10, בפס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 10, בפס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל.

46 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 550, 577. ראו גם פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10, בפס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק.

47 ראו Stuart Woolman & Henk Botha, *Limitations, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* Chapter 34, 94 (Stuart Woolman, Theunis Roux & Michael Bishop eds., 2006). ראו גם *Coetzee v Government of the Republic of South Africa* 1995 (3) SA 391 (CC); *S v Makwanyane* 1995 (4) SA 631 (CC) at 656.

48 ראו פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 24. כן ראו HOGG, לעיל ה"ש 9, בעמ' 127.

49 ראו JAMES P. CASEY, *CONSTITUTIONAL LAW IN IRELAND* 313 (3rd ed. 2000).

50 ראו EMILIOU, לעיל ה"ש 10, בעמ' 23.

51 Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. No. 7151/75, 59 Eur. H.R. Rep. 35, para 69 (1982).

4. ייחודו של המבחן

שני מבחני-המשנה הראשונים של המידתיות עוסקים ביחס שבין מטרת החוק לבין האמצעים להגשמתה. בחינה זו נעשית כמובן על רקע הטענה כי נפגעה זכות חוקתית. עם זאת, ההתמקדות של הבדיקה אינה בזכות החוקתית אלא במטרת החוק ובאמצעים להגשמתה. על כן ראוי לכנותם כמבחנים שעניינם היחס בין המטרות לאמצעים (means-ends analysis).⁵² מבחן-המשנה הראשון בוחן אם יש בכוחו של החוק להגשים את מטרתו; מבחן-המשנה השני בוחן אם ניתן להגשים מטרה זו תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית קטנה יותר.⁵³ בשני מבחני-המשנה האלה אין התמודדות עם השאלה אם ראוי להגשים את המטרה החוקתית בהתחשב בנוק שהוא מסב לזכות החוקתית; במילים אחרות: אין בהם איזון.

שונה הוא מבחן-המשנה השלישי.⁵⁴ הוא בוחן את היחס בין מטרת החוק לבין הזכות החוקתית; הוא מתמקד ביחס שבין התועלת שבהגשמת מטרת החוק לעומת הנזק של הפגיעה בזכות החוקתית. הוא מבוסס על האיזון. עמדתי על כך באחת הפרשות:

קיים שוני מהותי בין מבחן המשנה הראשון והשני לבין מבחן המשנה השלישי. שני מבחני המשנה הראשונים – קשר רציונלי והפגיעה הפחותה – מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה. אם מתברר, על פיהם, כי קיים קשר רציונלי בין הגשמת המטרה לאמצעי החקיקתי שנבחר, וכי אין אמצעי חקיקתי שפגיעתו פחותה, פגיעה בזכות האדם – היא שיעורה אשר יהא – מקיימת את תנאי המשנה. מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי מטרה אינה מקדשת את האמצעים. היא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה

52 ראו Stuart Woolman, *Riding the Push-Me Pull-You: Constructing A Test that Reconciles the Conflicting Interest Which Animate the Limitation Clause*, 10 S. AFR. J. OF HUM. RTS. 60, 89 (1994).

53 מבחן-המשנה השני משקף את מבחן היעילות של פרטו; ראו Rivers, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, לעיל ה"ש 10.

54 ראו Moshe Cohen-Eliya & Gila Stopler, *Prioritizing Rights in the Age of Balancing*, LAW & ETHICS OF HUM. RTS. (forthcoming, 2009).

אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה.⁵⁵

ברוח דומה ציינה נשיאת בית המשפט העליון של קנדה, השופטת מקלוקלין, באחת הפרשות:

[T]he final inquiry into proportionality of effects is essential. It is the only place where the attainment of the objective may be weighed against the impact on the right. If rational connection and minimal impairment were to be met, and the analysis were to end there, the result might be to uphold a severe impairment on a right in the case of a less important objective.⁵⁶

בהצביעו על השוני בין מבחן הצורך לבין המידתיות במונח הצר כתב ריברס (Rivers):

It is vital to realise that the test of balance has a totally different function from the test of necessity. The test of necessity rules out inefficient human rights limitations. It filters out cases in which the same level of realization of a legitimate aim could be achieved at less cost to rights. By contrast, the test of balance is strongly evaluative. It asks whether the combination of certain levels of rights-enjoyment combined with the achievement of other interests is good or acceptable.⁵⁷

ב. תורת האיזון

1. מרכזיותו של האיזון

אמת-המידה של האיזון מונחת ביסודו של מבחן-המשנה השלישי. לדעתי, היא מונחת ביסוד החיים וביסוד המשפט. היטיב להביע זאת השופט מ' חשין בפרשת גנימאת:

מושג ה"איזון" שולט בנו ובכל אשר מסכיבנו. כדור הארץ חג-סב את השמש כ"איזון" בין הכוח המושך אותו אל עבר השמש לבין הכוח

55 פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 10, בפס' 30 לפסק הדין. ראו גם פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 75 לפסק הדין של הנשיא ברק; פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 10, בפס' 55 לפסק דינה של השופטת נאור.

56 פרשת *JTI-Macdonald Corp.*, לעיל ה"ש 24, בפס' 46 לפסק הדין.

57 *Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 200.

המושך אותו אל עבר החלל החיצון. כל אחד מאתנו הינו מעין "איזון" בין אביו ואמו ומשפחותיהם. כך כל החי והצומח. וכך אף בעולם המשפט: כל נורמה במשפט הינה "איזון" בין אינטרסים וכוחות המושכים לצדדים. כך חוקה של אמת, כך חוקי יסוד, כך חוקים מן המניין, כך חקיקת משנה, כך כל נרמה כללית ואינדיווידואלית. כל "דין" הוא "איזון". לכל נורמה במשפט "איזון" משלה, חלקו של ה"איזון" נקבע בידי המחוקק, חלקו האחר על-פי המחוקק – בידי בתי המשפט.⁵⁸

כך לעניין המשפט כולו; כך גם במיוחד לעניין היחס בין זכויות האדם לבין טובת הכלל או בינן לבין עצמן. באותה פרשה ציינתי:

ההיסטוריה של הפסיקה היא ההיסטוריה של מציאת האיזון הראוי בין הפרט לבין הכלל. תרומתו המרכזית של בית המשפט העליון למשפט הישראלי מאז קום המדינה הייתה בהכרה בקיומן של זכויות אדם ובקביעת האיזון הראוי בינן לבין שלום הציבור וביטחוננו. משהכיר בית המשפט העליון בזכויות אדם (טבעיות) ונתן להן מעמד של בכורה, היה עליו גם לאזן בינן לבין צורכי הכלל. פסקי הדין החשובים של בית-משפט זה בכל תחומי המשפט (הפרטי והציבורי) עמדו על הצורך לאזן בין פרט לכלל, בין יחיד לציבור, בין זכויות האדם לשלום הציבור וביטחוננו.⁵⁹

ובפרשת שביט הוספתי:

לפנינו אפוא מצב של ערכים מתנגשים [...] כיצד פותר בית המשפט התנגשות זו? התשובה שניתנה לשאלה זו מאז קום המדינה הייתה כי על בית-המשפט להעמיד את השיקולים הנוגדים על מאזני המשפט. עליו לאזן בין הערכים והעקרונות המתנגשים. עליו להכריע באיזון על-פי משקלם של השיקולים הנוגדים בנקודת ההכרעה. כך נהג בית-משפט זה מיום הקמתו עד עצם היום הזה. זוהי "תורת האיזון (balancing) הנוהגת במשפט הציבורי שלנו" [...] אכן, מאז קום המדינה עוסקים אנו באיזון בין ערכים ואינטרסים נוגדים [...] גישתו של בית משפט זה, מיום היווסדו, התבססה על הצורך לאזן בין הערכים והעקרונות המתנגשים.⁶⁰

אכן, האיזון משקף את מורכבותו של האדם ואת מורכבותה של החברה. הוא ביטוי לתפיסה כי המשפט אינו הכול או לא כלום. המשפט הוא מערכת מורכבת של ערכים

58 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 397, 355 (1995).

59 שם, בעמ' 413.

60 ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 649, 656 (1998).

ועקרונות שבמצבים מסוימים תואמים זה לזה ומובילים למסקנה אחת, ובמצבים אחרים מתנגשים זה בזה ומחייבים הכרעה. הטכניקה של האיזון מבטאת מורכבות זו. ברמה החוקתית היא מאפשרת את המשך קיומם של עקרונות מתנגשים, תוך הכרה בניגוד חוקתי מובנה.⁶¹ ברמה התת-חוקתית, האיזון נותן פתרון חד-משמעי המבטא את ערכיה של החברה וקובע את ההגבלות שהיא מטילה על כוחו של הרוב לפגוע בפרט ובמיעוט. אין להתפלא אפוא שעם כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ניתן לאיזון מעמד מרכזי.⁶² בצדק ציינה השופטת ד' דורנר בפרשת גנימאת כי "עניינה של תורת זכויות היסוד של האדם, ועניינו של חוק היסוד, הם באיזון בין הצרכים הבסיסיים של הפרט לבין צורכי הציבור".⁶³ תורת האיזון צריכה לקבוע אמות-מידה להגשמתו של איזון זה בגדריה של המידתיות במובן הצר.

2. איזון ותוקף

הדיבור על "איזון" ובעקבותיו על "משקל" הוא דיבור מטאפורי.⁶⁴ מאזניים פיזיים אינם קיימים במציאות החיים. החשיבה בנושא האיזון היא נורמטיבית. היא מניחה את קיומם של העקרונות המתנגשים זה בזה. גישת האיזון באה לפתור התנגשות זו. הפתרון אינו בהענקת תווית קבועה (מוחלטת) של "משקל" אלא בגיבוש כללים משפטיים – כללי איזון – הקובעים באלו נסיבות ניתן יהיה להגשים או לממש עיקרון אחד תוך פגיעה בעיקרון אחר. כללי האיזון משקפים יחס בין השיקולים הנוגדים המונחים ביסוד מימושו של כל אחד משני העקרונות הנוגדים. שיקולים נוגדים אלה מוערכים על פי משקלם היחסי בנקודת החיכוך. הפתרון לניגוד אינו באמצעות מתן תוקף (validity) לאחד ושליטת תוקפו של האחר: גישת האיזון מתאפיינת בכך שתוקפם המשפטי של

61 ראו אהרן ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות" (צפוי להתפרסם בספר אנגלרד, דפנה ברק-ארז וגדעון ספיר עורכים, 2009).

62 על האיזון לפני כינונם של חוקי היסוד ואחריהם ראו ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים (2008).

63 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 640 (1995).

64 ראו בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434 (1987). ראו גם Frank M. Coffin, *Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice*, 63 N.Y.U. L. REV. 16, 19 (1988); Richard H. Fallon, *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343 (1993). למעלותיה וחסרונותיה של מטאפורת האיזון ראו William J. Winslade, *Adjudication and the Balancing Metaphor*, in LEGAL REASONING 403 (Hubert Hubien ed., 1971); Dennis E. Curtis & Judith Resnik, *Images of Justice*, 96 YALE L.J. 1727 (1987); Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, 27 CARDOZO L. REV. 1393, 1398 (2006). על הדיבור המטאפורי ראו GEORGE LAKOFF & MARK JOHNSON, *METAPHORS WE LIVE BY* (1980).

העקרונות המתנגשים אינו נפגע.⁶⁵ היקפם נשמר כשהיה. אכן, תוצאת הניגוד אינה בשינוי העקרונות; תוצאת ההתנגשות היא באפשרות המימוש של העקרונות המתנגשים ברמה התת-חוקתית.⁶⁶

לכלל האיוון תפקידים שונים במשפט. לענייננו יש להבחין בין איוון פרשני לאיוון חוקתי. באיוון הפרשני, האיוון משמש לקביעת תכליתה של הנורמה המתפרשת. הוא קובע את היקף פריסתה.⁶⁷ במקום שתכליתה האובייקטיבית של נורמה משפטית מבוססת על עקרונות נוגדים, נקבעת התכלית על פי האיוון (פרשני) בין העקרונות המתנגשים. תכלית זו משמשת לפרשנותה של הנורמה המשפטית. איוון זה נלמד בדרך ההיקש⁶⁸ מהאיוון שבפסקת ההגבלה. לעומת האיוון הפרשני האיוון החוקתי נועד לקבוע את חוקתיותה של הנורמה התת-חוקתית. הוא לא בא לפרש את הנורמה התת-חוקתית אלא לקבוע את תוקפה.

האיוון החוקתי וכללי האיוון שהוא מפתח נועדו לפתור את ההתנגשות בין התועלת המושגת מהגשמתה של מטרה ראויה לבין הנזק לזכות חוקתית. כלל האיוון נועד לקבוע, למשל, את חוקתיותה של נורמה תת-חוקתית (כגון חוק, משפט מקובל, תקנה) במקום שהיא מגשימה את הזכות החוקתית לכבוד האדם ובכך פוגעת בזכות החוקתית לפרטיות. בה במידה, כלל האיוון החוקתי בא לקבוע את חוקתיותה של נורמה תת-חוקתית הפוגעת בזכות חוקתית (כגון כבוד האדם או פרטיות) לשם הגשמתה של טובת הכלל (כגון הבטחת ביטחון המדינה). העקרונות המתנגשים הם ברמה החוקתית ועל כן כלל האיוון חייב להיות מעוגן ברמה חוקתית. "האכסניה" של האיוון החוקתי היא פסקת ההגבלה, ובמסגרתה ביתו הוא מבחן-המשנה השלישי של המידתיות במובן הצר. כאשר בחוקתה של מדינה יש פסקת הגבלה מפורשת, כלל האיוון החוקתי מוצא את מקומו באותה פסקת הגבלה מפורשת. כאשר אין בחוקה פסקת הגבלה מפורשת לעניין התנגשות בין זכויות לבין עצמן, או בינן לבין טובת הכלל, כלל האיוון החוקתי מעוגן בפסקת הגבלה משתמעת או שיפוטית.⁶⁹ כך או כך, כללי המידתיות במובן הצר הם כללים המעוגנים בחוקה (ואצלנו בחוקי יסוד). רמתם היא חוקתית. באמצעותם נקבע אם נורמה

65 ראו ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות", לעיל ה"ש 61. וכן ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 228.

66 לגישה שונה ראו ALEXI, לעיל ה"ש 5. לפיו, כתוצאה מההתנגשות בין עקרונות ברמה חוקתית נוצר כלל חוקתי המשפיע על היקפה של הזכות החוקתית.

67 על האיוון בגדרי האיוון הפרשני ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, שם, בעמ' 228. ראו גם בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).

68 אני עומד על האיוון הפרשני, והשוני בינו לבין האיוון החוקתי בספרי מידתיות במשפט.

69 ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 70, 76 (1996); ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003).

תת-חוקתית (חוק, משפט מקובל, תקנה, פעולת מנהל) הפוגעת בזכות חוקתית מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אם התשובה היא חיובית כי אז הפגיעה בזכות החוקתית היא חוקתית. אם התשובה היא שלילית כי אז הפגיעה בזכות החוקתית מהווה הפרה של הזכות והיא אינה חוקתית.

3. מהותו של האיזון

המתודולוגיה של האיזון – כפי שמטאפורת האיזון מלמדת – מבוססת על עימות בין עקרונות נוגדים.⁷⁰ כאשר המתודולוגיה של האיזון פועלת במקום שבו נפגעה זכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית, מתבקש מתורת האיזון להעמיד על הכף האחת את המטרה הראויה שהנורמה התת-חוקתית – כגון חוק – מבקשת להגשים, את ההסתברות להגשמתה של התועלת באמצעות החוק, ואת התועלת הצומחת מהגשמת המטרה הראויה על רקע נחיצותה וחיוניותה (כף הגשמת המטרה). על הכף האחרת יש להעמיד את הזכות החוקתית הנפגעת ואת הנזק הנגרם לה בהתחשב בעצמתה, בשיעורה ובהסתברות התרחשותו של הנזק (כף הפגיעה בזכות). יש לגבש כלל נורמטיבי הקובע את משקלה של כל אחת מהכפות.⁷¹ על בסיס משקל זה ניתן יהיה לקבוע ידה של איזון כף על העליונה. יש לאזן בין משקלה של כף הגשמת המטרה לבין משקלה של כף הפגיעה בזכות.⁷² כיצד נערך איזון זה? זוהי שאלת המפתח הניצבת לפתחה של תורת האיזון.⁷³ במרכז של תורת האיזון – ובמרכזו של מבחן-המשנה השלישי בדבר המידתיות במובן הצר – עומד החיפוש אחר הכללים המשפטיים הקובעים את התנאים המידתיים (במובן הצר) לפגיעה של נורמה תת-חוקתית בזכות חוקתית. הכול מסכימים כי נדרשת גישה נורמטיבית לפתרון של האיזון. הקושי הוא בגיבוש הגישה הנורמטיבית לפתרון בעיית האיזון. קושי זה משקף, בין השאר, את החיפוש אחר מידה שתאפשר השוואה בין הכפות המתנגשות. זוהי בעיית ה-Incommensurability שעליה אני עומד בספרי.⁷⁴

70 על האיזון ראו שגב, לעיל ה"ש 62; ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 12, בעמ' 262.
71 על המטאפורה של כפות המאזניים, ראו פסק דינה של השופטת אורגון (O'Regan) מבית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה בפרשת 18 SA 388 (1) 1996 (S v Bhulwana).
72 ראו פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 10, בפס' 43 לפסק דינה של השופטת ארבל.
73 ראו ד"ר 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361 (1978).
74 INCOMMENSURABILITY, INCOMPARABILITY, לעיל ה"ש 13. ראו גם, AND PRACTICAL REASON (Ruth Chang ed., 1998); COST-BENEFIT ANALYSIS: LEGAL, ECONOMIC AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES (Matthew D. Adler & Eric A. Posner eds., 2001); FRED D'AGOSTINO, INCOMMENSURABILITY AND COMMENSURATION: THE COMMON DENOMINATOR (2003).

4. איזון על בסיס חשיבות התועלת וחשיבות מניעת הנזק

(א) החשיבות החברתית היחסית

אמת-המידה הרלוונטית לקביעת המשקל של כל אחת מכפות המאזניים – המהווה אמת-מידה המאפשרת השוואה בין כפות המאזניים – היא החשיבות החברתית היחסית של העקרונות המתנגשים.⁷⁵ אמת-מידה זו בוחנת את חשיבותה החברתית של התועלת שבהגשמת מטרתו של החוק ואת חשיבותה החברתית של מניעת הנזק לזכות החוקתית. על החשיבות החברתית היחסית כאמת-מידה לאיזון בין עקרונות מתחרים עמדתי בפרשה אחת, שבה התנגש העיקרון בדבר הסדר הציבורי עם העיקרון בדבר חופש הביטוי:

לשם קביעתו של איזון זה יש ליתן משקל לערכים המתחרים. ביטויים אלה – איזון, משקל – אינם אלא מטאפורות. מאחריהם עומדת התפיסה, כי לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהיעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כן אין לך עיקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים.⁷⁶

השופטת ד' דורנר ציינה:

היסוד הרביעי – שהוא לדעתי החשוב ביותר – הוא הדרישה כי מידת הפגיעה בזכות לא תעלה על הנדרש. עיקרון זה מתבטא [...] בנקיטת אמצעי של פגיעה בזכות יסוד רק מקום שבו מידת חשיבותה של מטרת הפגיעה ('התכלית') וחומרת הנזק שייגרם אם התכלית לא תוגשם מצדיקות זאת.⁷⁷

ברוח דומה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה:

כאשר נוצר ניגוד בין הזכות לחופש ביטוי לבין ערך ההגנה על הסדר הציבורי יש להכריע בהתנגשות בין ערכים אלה. יש לאזן בין הערכים המתנגשים על פי טיבם של הערכים המתחרים. דרך האיזון נעשית על-פי

75 ראו שגב, לעיל ה"ש 62, בעמ' 127.

76 פרשת לאור, לעיל ה"ש 64, בעמ' 434. בפרשה זו נבחן האיזון הפרשני. הדברים המצוטטים תופסים, וביתר שאת, לעניין האיזון החוקתי. ראו גם בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573, 586 (1996).

77 פרשת מילר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 140.

החשיבות היחסית שיש לייחס לערכים השונים במדרג חשיבותם על פי התפיסה החוקתית הנוהגת.⁷⁸

(ב) הערכתה של החשיבות החברתית היחסית

שאלת המפתח הינה, כמובן, כיצד תיקבע החשיבות היחסית של התועלת לטובת הכלל או לזכות החוקתית, כמו גם החשיבות היחסית של מניעת הנזק לזכות החוקתית הנפגעת. התשובה הינה כי הקביעה אינה מדעית ואינה מדויקת.⁷⁹ האיזון בין העקרונות המתנגשים אינו מתבצע בכלים מדעיים. יש להשקיף על שיטת המשפט כמכלול. ההערכה בדבר החשיבות היחסית של העקרונות המתנגשים "נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט",⁸⁰ היא מושפעת על ידי "מכלול ערכיה של שיטת המשפט".⁸¹ יש להתחשב במעמד החוקתי של העקרונות המתנגשים. עקרונות שמקומם בחוקה (ואצלנו – בחוקי יסוד), חשיבותם היחסית גדולה לכאורה מעקרונות שמקומם מחוץ לחוקה. בכך לא די. חשיבותם של עקרונות וחשיבותם של מניעת הפגיעה בהם אינה נקבעת אך על יסוד הרמה הנורמטיבית שבה הם מעוגנים. עקרונות בעלי רמה נורמטיבית שווה עשויים להיראות בעלי חשיבות חברתית שונה. חשיבות זו מושפעת הן מגורמים שהם חיצוניים לעקרונות המתנגשים והן מגורמים פנימיים להם. הגורמים החיצוניים הם בעלי אופי חברתי. הם משקפים את ההיסטוריה והתרבות של החברה. הגורמים הפנימיים הם בעלי אופי נורמטיבי. הם משקפים את היחס הפנימי בין עקרונות שונים.⁸²

(ג) היקפו של האיזון

(1) כללי

על פני הדברים, משימת ההשוואה בין התועלת לנזק נראית כבדה וקשה. כיצד זה ניתן להשוות את התועלת שבביטחון המדינה לעומת הנזק לחופש הביטוי? כבר בשלב זה ראוי להצביע על הגדרת הבעיה וליתר דיוק: על הבהרת היקפה. הבהרה זו היא כפולה: ראשית, ההשוואה אינה בין היתרון שבהגשמת המטרה לבין הנזק שבפגיעה בזכות, אלא היא מצטמצמת לתוספת היתרון ולתוספת הנזק הנגרמות בעקבות החוק. ההשוואה עוסקת בתוספת השולית. שנית, עלינו להתחשב בקיומה העקרוני של חלופה

78 פרשת בכרי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 277.

79 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 39. לעניין זה ראו מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003). לדיון בסוגיה זו ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 13, בשער הרביעי.

80 פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 850.

81 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק.

82 ראו עמ' 68 להלן.

מידתית. אם אכן יש חלופה מידתית, מבחינה עקרונית, כי אז ההשוואה בין תוספת התועלת לתוספת הנזק נעשית בהשוואה לחלופה המידתית. אף שזו לא אומצה בחוק הפוגע, המחוקק יוכל לאמצה בתיקון לחוק הפוגע. אעמוד על שתי הבהרות אלה בהיקף ההשוואה.

(2) הבהרה ראשונה: השוואה בין תוספת היתרון לתוספת הנזק בקביעתו של האיזון אנו משווים בין משקלה של התועלת הצומחת מהגשמתה של המטרה הראויה לבין משקלו של הנזק שהגשמה זו גורמת לזכות החוקתית. ההשוואה מתמקדת במצב הדברים לפני חקיקת החוק הפוגע ובשינוי שנגרם על ידו. נמצא, כי השאלה הניצבת לפנינו לעניין האיזון אינה בהשוואת המטרה החברתית הכללית (ביטחון, שלום ציבור, הגנה על הקניין) מזה וזכות האדם החוקתית (שוויון, חופש ביטוי) מזה. השוואה כוללת כזו הייתה מתרחשת אילו עסקנו בביטולה של הזכות או בשינויה. זו אינה פעולתו של החוק הפוגע. חוק אינו יכול לבטל או לשנות זכות חוקתית אפילו הוא "מידתי". לשם כך נדרש שינוי חוקתי (אצלנו – בחוק יסוד). פסקת ההגבלה עניינה הוא בפגיעה בזכות חוקתית בחוק רגיל. פעולתה מתמקדת אך בהגבלתה של זכות חוקתית שאין בה ביטול או שינוי. אם כך, השאלה שבפנינו מצומצמת בהרבה: היא מתייחסת להשוואה בין מצב המטרה הראויה לפני חקיקת החוק ולאחריה לבין מצבה של זכות האדם לפני חקיקת החוק ולאחריה. על כן ניתן לומר כי ההשוואה נעשית בין משקלה של התוספת השולית של המטרה הראויה לבין משקלה של התוספת השולית של הפגיעה בזכות החוקתית. השאלה הינה אם משקלה של התועלת השולית שקול כנגד משקלו של הנזק השולי. גישה זו למבחן המידתיות (במובנו המצומצם) עלתה בפרשת עדאלה.⁸³ לפני חקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 נמנע איחוד משפחות בין בן זוג ישראלי לבין בן זוג מהאזור כשבדיקה אינדיבידואלית העלתה חשד שבן הזוג מהאזור עלול להוות סיכון ביטחוני. החוק ביטל הסדר זה, שכן במסגרתו התאפשרה כניסתם לישראל של 26 בני זוג שהיו שותפים לפעילות טרור. כדי למנוע מצב כזה הטיל החוק איסור גורף על איחוד משפחות למשך שנה (תוך אפשרות הארכה). בהציגי את השאלה אם הוראות החוק הן מידתיות (במובן הצר) ציינתי:

השאלה הניצבת לפנינו איננה ביטחון לתושבי ישראל או שמירת כבוד האדם של בני הזוג הישראלים. השאלה אינה חיים או איכות חיים. השאלה הניצבת לפנינו היא מצומצמת הרבה יותר. היא זו: האם תוספת הביטחון המתקבלת במעבר מהבדיקה האינדיבידואלית המחמירה ביותר האפשרית על פי החוק של בן הזוג הזר לאיסור גורף על כניסתו

83 שם.

לישראל עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם של בני הזוג הישראליים המוסבת בשל מעבר זה?⁸⁴

ברוח דומה ציין גרים (Grimm):

It is rarely the case that a legal measure affects a fundamental right altogether. Usually, only a certain aspect of a right is affected. For instance, a law may regulate not all speech but, rather, commercial speech regarding certain products and in certain media. The weight of the aspect of the right that has been regulated in relation to the right at large must be determined carefully. The same is true for the good in whose interest the right is restricted. Rarely is one measure apt to give full protection to a certain good. Only certain aspects of this good will be affected in a salutary way. The importance of these aspects in view of the good at large must be carefully determined as well as the degree of protection that the measure will render.⁸⁵

טל חוק הפוגע בחופש העיסוק בהטילו איסור על מכירת מוצר שיש בו סכנה לבריאות הציבור. בקביעת האיזון הראוי בין התועלת לנזק, השאלה אינה מהו האיזון הראוי בין משקלו של העיקרון בדבר בריאות הציבור לבין משקל העיקרון בדבר חופש העיסוק; השאלה מצומצמת בהרבה. השאלה אינה מהו האיזון הראוי בין משקלה של התוספת לבריאות הציבור המתקבלת מהטלת האיסור לבין משקלה של התוספת לפגיעה בחופש העיסוק הנובעת ממנו.

השאלה מתמקדת אפוא בחוקתיותה של התוספת השולית. על פי רוב היא מניחה מצב דברים נתון שחוקתיותו אינה שנויה במחלוקת. על כן השאלה היא אם השינוי שמביא החוק במצב הקיים – בגזרה הצרה שבו הוא מתרחש – הינו חוקתי. מובן שגזרה זו יכולה להתרחב אם המצב הקיים אינו חוקתי והטיעון החוקתי משתרע גם לגביו. במקרה כזה יש לצמצם את מרחב הגזרה באופן שהוא יחל מאותו מצב שאין מחלוקת לגביו כי הוא חוקתי, ושעל כל פנים לא מעוררים לגביו טענה של אי־חוקתיות.

84 שם, בפס' 91 לפסק דינו של הנשיא ברק.

85 Grimm, לעיל ה"ש 37, בעמ' 396. ראו גם STEVEN J. HEYMAN, FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY 70 (2008) "[B]alancing seeks to determine which right has more weight. This determination should be made at the margin – that is, instead of asking whether freedom of speech or, say, the right to privacy has greater value in general, one should ask (1) how much the value of privacy would be affected by the speech at issue, and (2) how much the value of free speech would be impaired by regulations to protect privacy"

(3) הבהרה שנייה: התחשבות בחלופה מידתית

בחינה מקרוב של השוואת התוספת השולית לתועלת החברתית לעומת התוספת השולית של הנזק לזכות מלמדת כי במרבית המקרים היקף ההשוואה מצומצם עוד יותר. עד כה הנחנו כי ההשוואה היא בין התוספת לתועלת שהחוק מביא לבין התוספת לנזק שהוא גורם, ולפיכך השווינו את מצב הדברים לפני חקיקת החוק הפוגע לבין מצב הדברים לאחר חקיקתו. אולם, כאשר קיימת חלופה מידתית וקיומה אינו שנוי במחלוקת, השוואה ראויה צריכה להתחשב בה. חלופה כזו עשויה להתגלות במסגרת מבחן-המשנה השני (מבחן הצורך). מבחן זה בוחן אם ניתן להגשים את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי חקיקתי שפגיעתו בזכות החוקתית קטנה יותר. באין חלופה המגשימה את המטרה החקיקתית במלואה, החוק עומד במבחן.⁸⁶ עם זאת, במסגרת הבחינה נדונות לעתים חלופות שאינן שנויות במחלוקת שבהן שינוי בחוק מאפשר להשיג את עיקרי התועלת החברתית תוך גרימת נזק קטן יותר לזכות החוקתית. אחת מאותן חלופות, אם תעוגן בחוק, עשויה לקיים את מבחן המידתיות במובן הצר. על רקע זה, נקודת המוצא לעריכת ההשוואה שוב אינה מצב הדברים לפני חקיקת החוק אלא מצב הדברים שיתקיים אם ההסדר שבחלופה יאומץ בדבר חקיקה. על "כף הגשמת המטרה" תונח תוספת התועלת הנגרמת מדחיית החלופה ומאימוץ הסדריו של החוק הפוגע. על "כף הפגיעה בזכות" תונח תוספת הנזק הנגרמת לזכות החוקתית מדחיית החלופה ומאימוץ הסדריו של החוק. השאלות שייבחנו יהיו אם במצב דברים זה כפות המאזניים מעוינות, ואם היחס בין תוספת התועלת (לעומת החלופה) לבין תוספת הנזק הנגרם בשל כך לזכות החוקתית (לעומת החלופה) הוא ראוי.

דוגמה לתועלת שולית יחסית זו ניתן למצוא בפרשת בית סוריק.⁸⁷ בפרשה זו נדונה חוקיות החלטה של ממשלת ישראל לבנות גדר הפרדה ביהודה ושומרון. המטרה הייתה למנוע כניסת מחבלים לישראל או ליישובים יהודיים באזור. בפסק הדין נקבע כי הצו שהורה על בניית הגדר – הפוגע בזכויות של התושבים הערביים המקומיים – הוא לתכלית ראויה. אשר למידתיות (במובנה הרגיל) נקבע כי יש קשר רציונלי בין הוראות הצו לבין הגשמת המטרה הביטחונית. נמצא אם כן שהתקיים מבחן-המשנה הראשון למידתיות. כן נקבע כי חלופות שונות שהועלו בפני בית המשפט בדבר מיקום הגדר – אף שפגיעתן בזכויות התושבים הערביים המקומיים היו פחותות – אין בהן כדי להביא למידת הביטחון שהצו ביקש להגשים. נקבע כי התקיים גם מבחן-המשנה השני למידתיות (מבחן הצורך). גדר הספקות היה באשר למבחן-המשנה השלישי (מידתיות

86 ראו גיא דוידוב "עיקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5, 12 (2008). ראו גם Rivers, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, לעיל ה"ש 10. לגישה שונה ראו ספיר "ישן מול חדש", לעיל ה"ש 9; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 9; מדינה וסבן, לעיל ה"ש 9.

87 פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 10.

במובן הצר). מהי ההשוואה שיש להעמיד למבחן? האם יש להשוות בין המצב שהתקיים לפני הוצאת הצו לבין המצב שלאחריו, תוך השוואה בין התוספת לביטחון לבין התוספת לנזקם של התושבים הערביים המקומיים? ואולי יש לערוך השוואה אחרת, שעל פיה אכן נבחנה אחת החלופות שהוצגו בפני בית המשפט? חלופה זו לא קיימה את מבחן-המשנה השני (צורך) משום שלא הבטיחה את מלוא הביטחון הנדרש; אך נקבע כי אילו נבחרה על ידי המדינה הייתה חלופה זו מקיימת את דרישות המידתיות. על רקע זה קבע בית המשפט כי הבסיס להשוואה לא יהיה בין המצב לפני התקנת הצו לבין המצב לאחריו, אלא בין המצב לפני התקנת הצו – ואחרי מימושה של החלופה – לבין המצב לאחר התקנת הצו. בפסק דיני כתבתי:

מבחן-המשנה השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זהו מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"), את מבחן המידתיות במובן הצר מקובל ליישם ב"ערכים מוחלטים", כלומר בהשוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה. אולם ניתן גם להפעיל בחינה "יחסית" של המידתיות במובן הצר. לפי גישה זו, נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהא פחותה במידת-מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה המקורית תהא בלתי מידתית על פי מבחן המידתיות "במובן הצר" אם הפחתה מסויימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטת החלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית [...] השאלה האמיתית הניצבת בפנינו הינה אם היתרון הביטחוני המתקבל מקבלת עמדתו של המפקד הצבאי [...] שקול כנגד תוספת הפגיעה המתקבלת מעמדתו [...] על שאלה זו תשובתנו הינה כי בחירתו של המפקד הצבאי בתוואי גדר ההפרדה אינה מידתית. הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על-פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי קטן ביותר ביחס לפער הרב שבין גדר המפרידה בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם לבין גדר שאינה יוצרת הפרדה זו, או שההפרדה הנוצרת היא קטנה וניתן לחיות עמה.⁸⁸

מובן כי בסיס זה להשוואה מתקיים רק אם החלופה עצמה הינה מידתית. אם גם החלופה אינה מידתית – ואין חלופה אחרת שהיא מידתית – אין מנוס מהשוואה בין התוספת לתועלת לבין התוספת לנזק, ללא התחשבות באותה חלופה. על כך עמדתי בפרשה אחרת, שבחנה את חוקיותו של חלק אחר של גדר ההפרדה. גם שם הובאו בפנינו כמה

88 שם, בעמ' 840, 851-852.

חלופות לתוואי שונה של הגדר, שלא נבחנו על ידי המדינה אך בחינתן נדרשה על ידינו. בהקשר זה ציינתי:

ומה הדין אם בחינת תוואי חלופי תוביל למסקנה כי התוואי היחיד המעניק את מינימום הביטחון הדרוש הוא התוואי הקיים? כי בלעדיו אין ביטחון לישראלים; כי עמו יש פגיעה קשה במרקם החיים של תושבי הכפרים? מה הדין במצב דברים זה (הפעלה "מוחלטת" של המידתיות במובן הצר[...])? זו הקשה שבשאלות.⁸⁹

מהו אפוא תפקידה של החלופה? ודאי שאין היא מייתרת את הצורך בקביעתו של "היחס הראוי" בין התועלת לנזק; מובן שאין היא "עוקפת" את בעיית האיזון והמשקל. חשיבותה של החלופה בכך שהיא מבהירה את היקף פעולותיו של האיזון. השאלה שוב אינה השוואה בין תוספת בהגשמת התכלית באמצעות החוק לעומת המצב לפניו לבין תוספת הפגיעה בזכות החוקתית שהחוק גורם לעומת המצב לפניו. ההשוואה הנדרשת היא בין תחומים צרים בהרבה: בין החלופה לבין החוק הפוגע. יש לשאול אם החוק הפוגע הוא מידתי (במובן הצר) בהשוואה לחלופה. פתרון שאלה זו מתחשב בתוספות מצומצמות של תועלת לבין תוספות מצומצמות של נזק, ובכך הוא מקל בקביעת "היחס הראוי", ה"משקל" והאיזון.

מובן, כי הנחת היסוד הינה שהחלופה עצמה היא מידתית. בחינה של הנחת יסוד זו מחייבת השוואה בין החלופה לבין המצב שקדם לחוק. תחילתה של השוואה זו במבחן המשנה השני (צורך), שם נערכת השוואה בין מטרתו של החוק לבין המטרה שהחלופה מגשימה. כאשר התוצאה של השוואה זו הינה שהחלופה אינה מגשימה את המטרה במלואה, מסתיימת בחינתה במסגרת מבחן המשנה השני. הבדיקה נמשכת עתה במבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר), כאן נבחנת גם "כף הפגיעה בזכות". השאלה המתעוררת הינה אם תוספת התועלת שהחלופה מביאה אל כף המטרה (בהשוואה למצב לפני החוק וללא החלופה) שקולה כנגד תוספת הנזק שהיא מביאה אל כף הפגיעה בזכות (בהשוואה למצב לפני החוק וללא החלופה). אם התוצאה המתקבלת היא שהחלופה אינה מידתית יש להורידה מהפרק; אם מוסכם שהיא מידתית או שאין טענה כי היא אינה מידתית, כי אז מתעוררת השאלה אם החוק הפוגע הוא מידתי בהשוואה לחלופה.

חלופה באה בחשבון רק אם היא עומדת על רגליה היא. היא צריכה להיות מעשית ולא תאורטית, ממשית ולא דמיונית. היא צריכה לקדם את המטרות שהחוק ביקש לקדם, אם כי לא באופן מלא. פגיעתה בזכות החוקתית צריכה להיות פחותה מפגיעתו של החוק. דרישות אלה אינן קלות. לעתים לא תימצא חלופה מתאימה, אם משום שהיא אינה מעשית וממשית ואם משום שהיא אינה מידתית. אולם כאשר יש חלופה מידתית היא

89 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 555 (2005).

תהווה את בסיס הבחינה המידתית של החוק הפוגע. כאשר בחינה זו נעשית על ידי בית המשפט, עליו לצאת מתוך הנחה שהחלופה היא זו שתאומץ על ידי המחוקק. עליו לשאול את עצמו אם המעבר מהחלופה אל החוק הוא מידתי (במובן הצר). אם התשובה הינה בשלילה החוק אינו חוקתי. עם זאת, חרף אי-החוקתיות של החוק, במצב דברים זה המחוקק אינו עומד בפני שוקת שבורה. הוא אינו צריך לחזור למצב שהתקיים טרם חקיקת החוק. באפשרותו להקטין את "נזקה" של אי-החוקתיות. הוא יעשה כן אם יחוקק את החלופה. בכך יוגברו התועלת והנזק לעומת המצב שהתקיים לפני חקיקת החוק באופן חלקי בלבד, שכן לא תושג מלוא התועלת ולא יוסר מלוא הנזק. עם זאת, ההגשמה החלקית עשויה לספק את מדיניות המחוקק.

יטען הטוען כי בחינתה של החלופה תכביד על הבחינה החוקתית. זאת, משום שבמקום בחינה אחת המתמקדת בחוק הפוגע ובשינוי שהוא מביא לעומת המצב לפניו, נערכות עתה שתי בחינות: הראשונה משווה את החלופה עם המצב טרם החוק הפוגע והשנייה משווה את החוק הפוגע עם החלופה. אכן, ביקורת זו נכונה היא. עם זאת, לקיומה של חלופה חשיבות רבה, וזאת באותם המקרים בהם בגדרי ההליך השיפוטי הצדדים מוכנים להניח כי קיימת חלופה – שאף כי אין היא מקיימת את מבחן המשנה השני (שכן היא אינה מגשימה את המטרה במלואה) היא מידתית בגדרי מבחן המשנה השלישי. קיומה של חלופה זו מסייע לבחינה החוקתית שבמסגרת מבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר) במציאת התשובה לשאלה אם יש "יחס ראוי" בין התועלת לנזק. סיוע זה מתבטא בעיקר במתן תשובה לשאלת המשקל והחשיבות של העקרונות המתנגשים. הקלה זו נגזרת מהבהרת השאלות המונחות להכרעה: השאלות של תועלת ונזק "נחלקות" לשלבי-משנה, והדבר מקל על מתן תשובה לשאלת המשקל והחשיבות.

(4) חשיבותה של ההבהרה

ההבהרה הכפולה שעליה עמדתי אינה הופכת את האיזון לבעיה עובדתית.⁹⁰ אין בכוחה לשלול את שיקול הדעת הערכי של המאזן. גם לאחריה ממשיך האיזון להיות סוגיה משפטית וערכית. עם זאת, ממדיה של הסוגיה המשפטית – כמו גם העקרונות הנדונים – מובהרים. מכוחה של הבהרה זו מובהר כי השאלה הערכית המונחת בפני מקבל ההחלטה (מחוקק, שופט, מבצע) אינה האיזון "הגדול" בין עקרונות כלליים כגון ביטחון או חופש, חיים או איכות חיים, פרטיות או חופש ביטוי. מכוחה מובהר כי מקבל ההחלטה ניצב בפני איזון "קטן יותר". זהו האיזון בין החשיבות של תוספת התועלת לעיקרון אחד (מעבר לחלופה המידתית) לבין החשיבות של מניעת הפגיעה בזכות החוקתית הנובעת ממנה. בכך יש כדי לסייע בהבנת האופי הרציונלי של האיזון ובהבניית

90 לדעה שונה ראו BEATTY, לעיל ה"ש 10, בעמ' 170.

הפעלתו. כמו כן יש בה כדי להדוף חלק מהביקורת הנמתחת על תורת האיזון.⁹¹ מובהרים גבולותיו של שיקול הדעת השיפוטי, ובכך מועלית תרומה להצדקתו של האיזון כאמצעי שיפוטי בהגנה על זכויות חוקתיות ולהצדקתה של הביקורת השיפוטית עצמה.

(ד) חשיבותה של כף הגשמת המטרה

(1) המטרה הראויה

על כף אחת של המאזניים מונחת המטרה שהחוק מבקש להגשים. מטרה זו נחשבת "ראויה" משנמצא כי היא מקיימת את דרישות הסף בעניין "המטרה הראויה", הן לעניין תוכנה והן לעניין מידת נחיצותה וחיוניותה.⁹² על כן, בישראל תהא זו מטרה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. זו מטרה שנועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם ובצורך להגן עליה.⁹³ זו מטרה הנופלת לגדר הקטגוריות המוכרות (במפורש או במשמע) כצידוק לפגיעה בזכות חוקתית.⁹⁴ כמו כן, זו מטרה המקיימת את מידת הנחיצות והחיוניות הנדרשות על ידי החוקה להיותה של המטרה ראויה. בעניין זה מדינות שונות נוקטות מבחנים שונים. בישראל, מידת הנחיצות והחיוניות של הגשמת המטרה נגזרת מחשיבותה של הזכות החוקתית הנפגעת. כשהזכות החוקתית הנפגעת היא ברמת חשיבות גבוהה, אמת-המידה לנחיצות הפגיעה ולחיוניותה היא זו של צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי.⁹⁵ בזכויות ברמת חשיבות נמוכה יותר, רמת הנחיצות היא נמוכה יותר.

91 אני עומד על כך בספרי מידתיות במשפט.

92 דרישת המטרה הראויה הינה דרישת סף. בקביעתה אין להתחשב בחוקיות האמצעים. ראו עמ' 41 לעיל.

93 ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 434; פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 42; פרשת אורון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 662; פרשת מנחם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 264; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 548; פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10, בפס' 50 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 60 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 10, בפס' 28 לפסק הדין; פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 10, בפס' 39 לפסק דינה של השופטת נאור; פרשת אלאקסא, לעיל ה"ש 10, בפס' 222 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

94 על קטגוריות אלו אני עומד בספרי, ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 13.

95 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 53; פרשת צמח, לעיל ה"ש 10, בעמ' 273; פרשת מנחם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 258; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 549; בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 889 (2005); פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10, בפס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 63 לפסק דינו של הנשיא ברק.

בקביעת חשיבותה של המטרה הראויה יש להתמקד בחשיבותה של תוספת התועלת שבהגשמתה בהשוואה למצב שקדם לה או לאפשרות הגשמתה של חלופה.⁹⁶ על כן, כאשר המטרה החברתית היא הגנה על זכויות האדם, חשיבותה של מטרה זו נקבעת בהתחשב במידת ההגנה שקיבלו זכויות אלה טרם החקיקה ובזו שיקבלו עקב החקיקה. הוא הדין במטרות חברתיות שעניינן הבטחה של טובת הכלל. חשיבותן של אלה נקבעת על פי החשיבות של תוספת התועלת החברתית בהגשמתן בהשוואה למצב הקודם או לחלופה. נמצא, כי חשיבותה של הגשמת המטרה מושפעת מהנזק שייגרם לזכויות אדם אחרות או לטובת הכלל אם מטרתו של החוק לא תוגשם. ככל שנזק זה רב יותר, גדלה חשיבותה של המטרה למנוע נזק זה.

(2) ההסתברות להגשמה

כדי להשיב על השאלה אם חשיבותה של התועלת המושגת מהגשמת המטרה הראויה מצדיקה פגיעה בזכות החוקתית, יש לבחון לא רק את מידת הנחיצות והחיוניות של הגשמתה אלא גם את ההסתברות (הסיכויים) להגשמת המטרה אם יעמוד החוק בעינו.⁹⁷ אלה מותנים בנתונים העובדתיים ובהערכה (פרוגנוזה) באשר לאפשרות מימושה של המטרה הראויה. שאלה זו נבחנה כשאלת סף בגדרי מבחן המשנה הראשון (מבחן הקשר הרציונלי). במסגרת מבחן משנה זה לא נערך איזון בין סיכויי ההגשמה של המטרה לבין הנזק לזכות החוקתית. בגדרי מבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר) נערך איזון זה. בפרשת עדאלה⁹⁸ אסר החוק על איחוד משפחות בין בני זוג ישראלים לבני זוג מהאזור. הוא ביטל את ההסדר שקדם לו, שהורה על בדיקה אינדיבידואלית. נפסק כי בכך נפגעה הזכות לכבוד של בן הזוג הישראלי. מטרת האיסור הייתה למנוע פיגועי טרור בתוך ישראל שמעורב בהם בן זוג מהאזור. בהערכת חשיבותו של האמצעי החוקתי (איסור גורף) כצידוק לפגיעה בזכות החוקתית ציינת:

ההעמדה הראויה של השאלה הינה ברמה של הסיכונים ושל הסתברות התרחשותם, ושל השפעתם על חיי החברה כמכלול. השאלות שיש לשאול בענייננו הן שאלות של הסתברות. השאלה הינה מה ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נתמיד בבדיקה האינדיבידואלית לעומת ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נעבור לאיסור גורף, והאם תוספת

96 ראו עמ' 60 לעיל.

97 ראו ALEXI, לעיל ה"ש 5, בעמ' 394. ראו גם Rivers, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, לעיל ה"ש 10. יש להבחין בין השאלה של הסתברות הגשמתה של מטרת החוק על ידי האמצעים הננקטים על ידו (בו אני דן עתה) לבין השאלה של הסתברות הפגיעה בטובת הכלל או בזכותו של אחר אם החוק לא יחוקק. על שאלה זו, ראו עמ' 80 להלן.

98 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6.

הסתברותית זו שקולה כנגד הוודאות שבהגדלה הנגרמת על ידי כך לפגיעה בזכויותיהם של בני זוג אזרחי המדינה.⁹⁹

ברוח דומה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה:

ערך ההגנה על ביטחון החיים אינו עשוי מיקשה אחת. הוא נושא משמעויות שונות ועוצמות שונות בהקשרים שונים. משקלו היחסי משתנה מעניין לעניין בהתאם למידת ההסתברות למימושה של הסכנה לחיים הנובעת מההקשר הענייני הספציפי.¹⁰⁰

הנה כי כן, בקביעת משקלה של התועלת היחסית שבהגשמת המטרה (בין הגנה על זכות אחרת ובין הגשמת טובת הכלל) יש להתחשב במידת ההסתברות להגשמתה הלכה למעשה. לא הרי משקלה של מטרה חשובה שהגשמתה נחוצה וחיונית והסתברות התגשמותה בפועל היא גדולה, כמשקלה של מטרה חשובה שהגשמתה נחוצה וחיונית והסתברות התגשמותה היא מזערית.

(ה) חשיבותה של כף הפגיעה בזכות

(1) מכלול השיקולים

חשיבותה של הפגיעה בזכות נמדדת על פי חשיבותה של הזכות הנפגעת. בהקשר שלפנינו משמעות הדבר בחינה של חשיבות מניעתה של הפגיעה. אף כאן תיקבע החשיבות על פי העקרונות שביסוד הזכות שנפגעה ועל פי החשיבות החברתית שבמניעתה של פגיעה זו. משמעות הדבר הינה כי בחינת משקלה של הפגיעה בזכות אינו נקבע באופן מופשט. הוא נקבע על פי ההקשר של הפגיעה בזכות.¹⁰¹ במרכזה של כף הפגיעה בזכות מונחת הזכות החוקתית עצמה. משקלה של הפגיעה בזכות נגזר מחשיבותה ומושפע מהיקף הפגיעה ומסיכויי מימושה. נעמוד על שיקולים אלה ביתר פירוט.

(2) חשיבותה של הזכות

האם כל הזכויות החוקתיות שוות בחשיבותן? היש זכויות חשובות יותר וחשובות פחות? האין לומר שכולן שוות בחשיבותן משום שמעמדן הנורמטיבי זהה? התשובה הינה כי יש להבחין בין שאלת המעמד החוקתי לבין שאלת המשקל החברתי. המעמד החוקתי של זכות נקבע על פי פרשנותה של החוקה. בהיעדר הנחיה חוקתית נוגדת, ההנחה הינה שכל הזכויות המעוגנות בחוקה נהנות ממעמד חוקתי זהה. מכאן שכל

99 שם, בפס' 110 לפסק דינו של הנשיא ברק.

100 שם, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

101 פרשת מנחם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 258.

הזכויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנות ממעמד חוקתי זהה ואין ביניהן היררכיה. חופש העיסוק המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק נהנה ממעמד חוקתי זהה לזה של זכויות האדם המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, כל הזכויות הקבועות בחוקי יסוד נמצאות באותה רמה חוקתית-על-חוקית. לא כן זכויות אדם המעוגנות בחוק (כפי שפורש על ידי בית המשפט) או במשפט המקובל הישראלי.¹⁰² אלה נמצאות ברמה חוקתית נמוכה יותר.

זכויות במעמד נורמטיבי שווה – כגון הזכויות בחוקי היסוד – אינן בהכרח בעלות חשיבות חברתית זהה. חשיבותה החברתית של זכות – וממילא גם משקלה ביחס לעקרונות נוגדים – נגזרת מהטעמים שביסודה ומחשיבותם במסגרת תפיסותיה הבסיסיות של החברה. בהקשר זה ציינה השופטת ד' דורנר:

יש להבחין בין זכויות הצומחות ישירות מן הליבה של כבוד האדם והשמירה על צלמו – כגון הזכות לחיים, הזכות לחירות מפני מעצר, הזכות לשוויון בלא הבדל דת, לאום, גזע, מין, נטייה מינית והשתייכויות קבוצתיות אחרות, חופש היצירה והאמנות, וחופש הביטוי הפוליטי – לבין זכויות המרוחקות מליבה זאת, כגון זכות הקניין, חופש העיסוק וחופש הביטוי המסחרי.¹⁰³

התפיסה כי הזכויות החוקתיות אינן שוות בחשיבותן ובמשקלן הסגולי מקובלת בפסיקה הישראלית.¹⁰⁴ בפרשת חורב ציינת:

לעניין ההגנה על זכויות האדם בפני פגיעה בהן, לא כל הזכויות הן בעלות מעמד שווה. לא הרי הזכות לכבוד האדם כהרי זכות הקניין, ובמסגרתה של אותה זכות עצמה, עשוי להיות שוני במידת ההגנה הניתנת לפגיעה בה. כך, למשל, לא הרי מידת ההגנה בפני פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, כהרי מידת ההגנה הניתנת בפני פגיעה בחופש הביטוי המסחרי.¹⁰⁵

גישה דומה ביטא השופט י' זמיר בפרשת צמח:

החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות

102 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 439 (1992).

103 דורנר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 288.

104 ראו בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) 359, 369 (2003).

105 פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 49. ראו גם פרשת מילר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 138; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 423; פרשת יפאורה, לעיל ה"ש 40, בעמ' 182; פרשת אינדור, לעיל ה"ש 40, בעמ' 164; פרשת בכרי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 263; פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק.

האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, צנעת הפרט בזכות הקניין ובזכויות נוספות [...] כפי שנאמר בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין". רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו, והחירות האישית יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין. משום כך שלילת החירות היא פגיעה קשה במיוחד.¹⁰⁶

גם במשפט המשווה ניתן למצוא סימוכין לגישה המבחינה בין הזכויות השונות לעניין חשיבותן היחסית. הבחנה זו משמשת בסיס מרכזי להבחנה בין שלוש רמות הבדיקה (levels of scrutiny) במשפט האמריקני.¹⁰⁷ בחוקה של דרום-אפריקה (מ-1996) נקבע כי חוקתיותו של חוק המגביל זכויות חוקתיות צריכה להתחשב, בין השאר, בטיבה של הזכות (the nature of the right).¹⁰⁸ הגישה המקובלת בדרום-אפריקה הינה כי הזכויות לכבוד, לשוויון ולחירות – והזכויות הנגזרות מהן – נחשבות כמרכזיות לחברה הדרום-אפריקנית.¹⁰⁹ עם זאת, ניתן למצוא במשפט המשווה עמדה נוגדת, שעל פיה כל הזכויות החוקתיות הן שוות מעמד. גישה זו מקובלת במשפט החוקתי הגרמני¹¹⁰ והקנדי.¹¹¹

לדעתי, לא כל הזכויות החוקתיות שוות בחשיבותן וממילא גם לא במשקלן הסגולי. חשיבותה של זכות חוקתית והחשיבות של מניעת הפגיעה בה נקבעות על פי תפיסותיה הבסיסיות של החברה. הן מושפעות מההיסטוריה התרבותית ומאופיה של כל חברה וחברה. הן נגזרות ממטרות החוקה ומהפגיעות בזכויות בעבר שהחוקה נועדה למנוע. ביטוי לדרך בה ניתן לגבש עמדה בדבר חשיבותן של זכויות חוקתיות ניתן למצוא בהוראה בעניין "עקרונות היסוד" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

106 פרשת צמח, לעיל ה"ש 10, בעמ' 261.

107 ראו עמ' 85 להלן.

108 S. AFR. CONST. 1996 § 36(a)(1).

109 ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 44, בעמ' 70.

110 Grimm, לעיל ה"ש 37, בעמ' 395.

111 Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp., [1994] 3 S.C.R. 835; Trinity Western ראו University v. British Columbia College of Teachers, [2001] 1 S.C.R. 772; Lavoie v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 769; R. v. Brown, [2002] 2 S.C.R. 185; Chamberlain v. Surrey School District No. 36, [2002] 4 S.C.R. 710; Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698; Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 238; WIC Radio Ltd. v. Simpson, [2008] S.C.J 41.

זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בזכות האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.¹¹²

זכות המהווה תנאי לקיומה ופעולתה של זכות אחרת נתפסת כחשובה ממנה. מכאן החשיבות היחסית של הזכויות לחיים, לכבוד האדם, לשוויון ולביטוי פוליטי, שכן הן תנאים להגשמתן של רבות מהזכויות האחרות. עמד על כך השופט ש' אגרנט לעניין חופש הביטוי, בו ראה "זכות עילאית",¹¹³ אשר "מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות".¹¹⁴ ההבחנה לעניין חשיבותה של זכות אינה רק בין זכויות שונות. יש לקיים גם הבחנה בגדרה של זכות נתונה. על כן, לא הרי חופש הביטוי הפוליטי כהרי חופש הביטוי המסחרי. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה:

בערך חופש הביטוי יש להעריך את המשקל היחסי של הזכות בהתאם לאופי הביטוי המתבקש במקרה הנדון, ואין בהכרח משקל זהה לסוג הביטוי בכל הקשר.¹¹⁵

מכאן גם חשיבותן של הזכויות החברתיות, אשר ברמתן הבסיסית נועדו לאפשר תנאי מחייה מינימליים.¹¹⁶ הנה כי כן, חשיבותה של הזכות החוקתית נקבעת מנקודות מבט שונות. לא הרי זכויות המגשימות ערכים יסודיים של השיטה, והתורמות לרווחה האישית של כל פרט בה,¹¹⁷ כהרי זכויות שהצידוק לקיומן הוא בקידום הרווחה הכללית; לא הרי זכויות "חשודות" שההיסטוריה של החברה הוכיחה כי הרוב נוטה לפגוע בהן מטעמים פסולים, כהרי זכויות הנקיות מחשד זה.¹¹⁸ נקודות המבט השונות תואמות לעיתים זו את זו. לעיתים הן מובילות לכיוונים נוגדים. יש להניח כי במשך הזמן ניתן יהיה לגבש בעניין זה אמות מידה מדויקות יותר.

(3) עצמתה של הפגיעה בזכות

המשקל הניתן ל"כף הפגיעה בזכות" נגזר לא רק מחשיבותה של הזכות אלא גם מהיקף הפגיעה בה, מעצמתה ומשיעורה.¹¹⁹ חריפותה של הפגיעה משפיעה על משקלה. לא הרי

112 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נוסח זה מופיע בס' 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

113 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 878.

114 שם.

115 פרשת בכרי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 278.

116 ראו עניין עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 44.

117 ראו Herber v. Lando, 441 U.S. 153 (1979).

118 ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 266; כהן-אליה, לעיל ה"ש 7.

119 ראו פרשת אינדור, לעיל ה"ש 40, בעמ' 164; פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 850; פרשת

התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10, בפס' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת עדאלה נ' שר

פגיעה שהיא רק בזכות אחת (הזכות הנפגעת) כהרי פגיעה בזכויות נוספות (נוסף על הזכות הנפגעת). "מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי"¹²⁰ משפיעות על משקלה. לא הרי זכות הנפגעת בשוליה זכות הנפגעת בגרעין הקשה שלה;¹²¹ לא הרי פגיעה שהיא זמנית כפגיעה שהיא קבועה. אכן, תוצאותיה של הפגיעה בזכות חוקתית והאפקט שיש לה על בעלי הזכות משפיעים על משקלה של הפגיעה. עמד על כך השופט מ' חשין בפרשת סטמקה:

בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות, כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות.¹²²

(4) ההסתברות לפגיעה בזכות

כשם שההסתברות להתממשות הלכה למעשה של המטרה הראויה היא גורם חשוב בקביעת משקלה של התועלת היחסית הכרוכה בה, כך גם ההסתברות להתממשות של הפגיעה בזכות החוקתית היא גורם חשוב בקביעת משקלו של הנזק העלול להיגרם לה. לא הרי משקל הפגיעה שההסתברות להתרחשותה בפועל רבה כמשקלה כשסיכויים אלה קלושים. בספרות המשפטית לא ניתן דגש להיבט זה של "כף הפגיעה בזכות". הטעם לכך הוא שבמרבית המקרים התממשותה של הפגיעה בזכות היא ודאית. עם חקיקתו של החוק הפוגע הפגיעה בזכות מתרחשת מיד. כך הדבר ברוב המקרים אך לא בכלם. במקרים שבהם מימושה של הזכות אינו ודאי, יש למידה של חוסר הוודאות – כלומר: להסתברות התממשותה – השפעה על משקלה של הפגיעה בזכות. אכן, לא הרי חוק הפוגע מיידיית בזכות חוקתית, כחוק המעניק שיקול דעת לרשות ציבורית לפגוע בזכות חוקתית בהתקיים תנאים מסוימים.

ג. כלל האיזון הבסיסי

1. השוואה בין כפות המאזניים

אמת-המידה העקרונית שבידי המאזן – בין מחוקק, בין מבצע ובין שופט – היא החשיבות החברתית היחסית. על המאזן לקבוע את מידת החשיבות החברתית היחסית

הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 10, בפס' 43 לפסק דינה של השופטת ארבל.

120 פרשת מנחם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 258.

121 ראו פרשת שביט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 651; פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 49, 147.

122 פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 777.

שבתוספת התועלת ובמניעת תוספת הנזק. המושגיות העומדת לרשותו היא במידת החשיבות חברתית. ניתן לדבר על מידה רבה או גדולה של חשיבות חברתית ועל מידה קטנה ומזערית של חשיבות חברתית. על כן יש תוספות תועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת שהן חשובות יותר ויש תוספות תועלת שהן חשובות פחות. בדומה, יש פגיעות בזכויות שמניעתן חשובה יותר ויש פגיעות בזכויות שמניעתן חשובה פחות. את מידת החשיבות של תוספת התועלת הנגרמת על ידי החוק הפוגע בזכות החוקתית יש לעמת עם מידת החשיבות של מניעת תוספת הנזק לזכות זו. כללי האיזון צריכים לשקף עימות זה. עליהם לקבוע את האיזון:

מחד גיסא, על פי חשיבותה של זכות היסוד והטעמים העומדים ביסודה,
ומאידך גיסא, על פי מידת חשיבותו של האינטרס המתנגש בה,
שהגשמתו היא תכלית הפגיעה.¹²³

בקביעה של מידת החשיבות החברתית שעל כפות המאזניים יש להתחשב בהסתברות באשר להתגשמותן של המטרות החברתיות שביסוד החוק הפוגע ובהסתברות הפגיעה בזכות החוקתית.

2. מרכיבי האיזון הבסיסי וצידוקו

(א) יסודותיו של הכלל הבסיסי

כלל האיזון הבסיסי מבקש לקבוע כלל משפטי המשקף את כל היסודות של האיזון בין עקרונות מתנגשים. הוא אמור לתת ביטוי לכף המטרה, לכף הזכות וליחס ביניהן. הוא צריך לחול הן כששתי כפות המאזניים נושאות זכויות חוקתיות והן כאשר כף התועלת החברתית נושאת את טובת הכלל. עליו לשקף הן את החשיבות שבתוספת התועלת (לטובת הכלל או לזכות הפרט) ושבמניעת הנזק לזכות והן את הסתברות ההתרחשות של התועלת ושל הנזק. כלל האיזון הבסיסי מעוגן בפסקת ההגבלה החוקתית (המפורשת או המשתמעת). בישראל הוא מהווה פירוש של הדרישה כי הפגיעה בזכות המעוגנת בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש". כלל זה הוא ביטוי להוראה שבפסקת ההגבלה החוקתית. הוא כלל ברמה חוקתית.

(ב) תוכנו של כלל האיזון הבסיסי

על רקע זה ניתן לקבוע את תוכנו של כלל האיזון הבסיסי באופן הבא: ככל שמניעת תוספת הנזק לזכות החוקתית חשובה יותר, והסתברות הגשמתה רבה יותר, כן נדרש כי תוספת התועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת שפגיעה זו גורמת תהא חשובה יותר, חיונית ונחוצה יותר, והסתברות הגשמתה גדולה יותר. על כן אין להצדיק פגיעה

123 דברי השופט דורנר בפרשת מילר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 141.

חמורה וודאית בזכות חוקתית חשובה בהגשמתה של תועלת מזערית, שהסתברותה מועטה, לטובת הכלל או להגנה על זכות חוקתית אחרת בעלת חשיבות פחותה. עמד על כך הנשיא מ' שמגר בפרשת בנק המזרחי המאוחד:

לא ניתן להעניק חשיבות ומשקל לתכלית שולית, שערכה הכונה הוא זניח, אם התוצאה היא פגיעה מהותית בזכות יסוד. כדי להצדיק פגיעה בזכות, מן הנכון שיהיו כאמור חשיבות ומשקל לתכלית המבוקשת. לשון אחר, המטרה המבוקשת חייבת להיות חשובה וחיונית כדי להצדיק פגיעה בזכות.¹²⁴

השופט י' זמיר ציין בפרשת צמח:

ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה.¹²⁵

בפרשת עדאלה ציינתי:

יש לאזן בין מידת הפגיעה בזכות לבין מידת הקידום של האינטרס הציבורי. בהיבט של הזכות יש להתחשב במהותה של הזכות, ובהיקף הפגיעה בה. ככל שהזכות הנפגעת היא יסודית יותר, והפגיעה היא חריפה יותר, כן נדרש משקל כבד יותר לשיקולים המצדיקים פגיעה זו. בהיבט האינטרס הציבורי, יש להתחשב בחשיבותו של האינטרס, ובמידת התועלת הנגרמת ממנו באמצעות הפגיעה בזכויות האדם. ככל שהאינטרס הציבורי הוא חשוב יותר, כן יש בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכות האדם.¹²⁶

ברוח דומה ציינה השופטת ע' ארבל באחת הפרשות:

בבואנו לבצע את מלאכת האיזונים הנדרשת במסגרת מבחן זה עלינו להתחשב מחד גיסא, במהותה של הזכות הנפגעת ובהיקפה של הפגיעה, ומאידך גיסא, במהותו של האינטרס הציבורי העומד על הפרק; ככל שמדובר בזכות יסודית יותר וככל שהפגיעה בה קשה וחריפה, על השיקולים העומדים ביסוד האינטרס הציבורי המצדיק את הפגיעה בה להיות כבדי משקל ובעלי חשיבות מכרעת יותר. לעומת זאת, ככל שהאינטרס הציבורי מהותי יותר, וככל שהגשמתו טומנת בחובה תועלת

124 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 342-343 (ההדגשה הוספה). ראו גם פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 385.

125 פרשת צמח, לעיל ה"ש 10, בעמ' 273.

126 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ציבורית רבה יותר, כך יהיה בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות האדם.¹²⁷

ברוח זו פסקה הנשיאה ד' ביניש:

ככל שהזכות הנפגעת הינה בעלת ערך חברתי רב וככל שעוצמת הפגיעה בה היא מקיפה וחריפה, כך תידרשנה מטרות חשובות ומהותיות יותר.¹²⁸

גישה זו הושפעה מכלל האיזון המהותי (substantive law of balancing) שפיתח אלכסי, ולפיו:

The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.¹²⁹

בתחום החוקתי מתמקדת גישה זו בחשיבות של הגשמת המטרה ושל מניעת הפגיעה בזכות. אלכסי ציין כי בהפעלתה של גישה זו בתחום החוקתי יש להשוות את:

[T]he degree of importance of satisfying one principle and satisfaction / non satisfaction (non-infringement / infringement) of the other.¹³⁰

בהמשך הוא קובע כי כלל האיזון היחסי:

[I]dentifies what is significant in balancing exercise, namely the degree or intensity of non-satisfactions, of, or detriment to, one principle versus the importance of satisfying the other.¹³¹

מן הראוי לציין, עם זאת, את השוני בין גישתו של אלכסי לבין גישתי. אלכסי אינו מתחשב בחשיבותה של הזכות הנפגעת אלא רק במידת הפגיעה בה. לא כן גישתי שלי. היא מתחשבת הן בחשיבותה של המטרה הראויה והן בחשיבותה של הזכות החוקית. על פי גישתי, כלל האיזון הבסיסי מבטא את תפיסתה הערכית של החברה באשר לחשיבותם של העקרונות החברתיים שהיא מבקשת לקדם מבחינת תוכנם, נחיצותם וסיכויי הגשמתם, ובאשר לחשיבותן ולסיכויי היפגעותן של זכויות האדם שעליהן היא מבקשת

127 פרשת אבו מדיגם, לעיל ה"ש 10, בפס' 43 לפסק דינה של השופטת ארבל.

128 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 10, בפס' 12 לפסק הדין. ראו גם פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 139, וכן פרשת *Bhulwana*, לעיל ה"ש 64, בפס' 18 לפסק הדין.

129 ALEXI, לעיל ה"ש 5, בעמ' 102.

130 שם, בעמ' 105.

131 שם.

להגן. כלל זה מבטא את התפיסה כי בדמוקרטיה מטרה ראויה כשלעצמה אינה היתר לשימוש בכל האמצעים להגשמתה.¹³² עמדתי על כך באחת הפרשות:

העיון במבחן המידתיות (במובן הצר) מחזיר אותנו למושכלות ראשונים עליהם מתבססת הדמוקרטיה החוקתית שלנו וזכויות האדם מהן נהנים הישראלים. מושכלות אלה הינם כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים; כי הביטחון אינו עומד מעל לכל; כי המטרה הראויה של הגברת הביטחון אינה מקדשת פגיעה קשה בחייהם של אלפים רבים של אזרחים ישראלים. הדמוקרטיה שלנו מתאפיינת בכך, שהיא מציבה גבול ליכולת לפגוע בזכויות האדם; כי בבסיסה עומדת ההכרה כי סביב לפרט נבנית חומה המגינה על זכויותיו, אשר גם הרוב אינו יכול לפרוץ לתוכה.¹³³

כלל האיזון הבסיסי קובע אפוא את אמות-המידה החוקתיות הכלליות, הקובעות את גבולות כוחה של המדינה להגשים את מטרתיה הראויות ואת גבולות ההגנה של הזכויות שבגדרה. כלל האיזון הבסיסי "לוקח זכויות ברצינות", שכן לא די בכך שטובת הכלל היא לפגוע בזכות חוקתית. נדרש כי טובת הכלל זו תעמוד ברמת חשיבות כה גבוהה שיש בה להיות צידוק לפגיעה בזכות החוקתית. מבחינה זו ניתן לראות בכלל הבסיסי את המגן (shield) על הזכויות החוקתיות.¹³⁴ הוא מהווה בלשונו של דבורקין "קלף מנצח" (trumps),¹³⁵ שכן בכוחו למנוע פגיעה בזכויות חוקתיות חשובות במרבית המקרים בהם קלף זה מופעל על פי גישתו של דבורקין.

(ג) מעמדו החוקתי של כלל האיזון הבסיסי

כלל האיזון הבסיסי הוא כלל ברמה חוקתית. הוא מהווה פירוש של פסקת ההגבלה החוקתית. אין הוא מצמצם את היקפה של הזכות החוקתית הנפגעת ואין הוא מרחיב את היקפה של הזכות החוקתית המוגנת. אין הוא חל במקום של התנגשות "אמיתית" בין זכויות חוקתיות. פעולתו של כלל האיזון הבסיסי היא ברמה התת-חוקתית. הוא מכונן כלפי החוק הפוגע. הוא קובע את הדרישות לחוקתיותו. אין הוא הופך את הזכות החוקתית לזכות לכאורה; אין הוא הופך את החוק הפוגע לחלק מהחוקה. כל פעולתו של

132 ראו פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 10, בפס' 30 לפסק הדין.

133 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 93 לפסק דינו של הנשיא ברק.

134 בלשונו של שאור, ראו Frederick Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 27 GA. L. REV. 415, 443 (1993).

135 על הזכות החוקתית כ"קלף מנצח" ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 184-205. ראו גם Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in THEORIES OF RIGHTS 153 (Jeremy Waldron ed., 1984); Barry Friedman, *Trumping Rights*, 27 GA. L. REV. 435 (1993); Dan T. Coenen, *Rights as Trumps*, 27 GA. L. REV. 463 (1993).

כלל האיוון הבסיסי היא בקביעת חוקתיותה של הפגיעה בזכות החוקתית על ידי נורמה מהרמה התת-חוקתית.

3. כפות המאזניים מעוינות

מהו הדין אם כפות המאזניים מעוינות? במצב דברים זה חשיבות המניעה של תוספת הפגיעה בזכות החוקתית שקולה כנגד החשיבות של תוספת התועלת שבהגשמת טובת הכלל או הגנה על זכות חוקתית אחרת. האם במצב דברים זה החוק הפוגע מקיים את דרישותיו של מבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר)?¹³⁶ ניתן לטעון כי הפתרון הוא דיוני. נטל השכנוע להוכיח את המידתיות, לרבות המידתיות במובן הצר, מוטל על הטוען למידתיות הפגיעה. כאשר כפות המאזניים שקולות אין בכוחו להרים נטל זה, ואז בפנינו מצב דברים שבו הפגיעה בזכות החוקתית הוכחה ואילו הציודוק לפגיעה לא הוכח. או אז המסקנה המתבקשת הינה אי-חוקתיות של החוק. לדעתי טיעון זה שגוי. נטל השכנוע רלוונטי להיבט העובדתי אך אין הוא רלוונטי להיבט המשפטי. שאלת כפות המאזניים המעוינות היא שאלה משפטית. אכן, העובדות כולן מונחות בפני בית המשפט. חלקן הוכח בדרכי ההוכחה הרגילות. חלקן הוכח בדרך של חזקות, לרבות החזקה כי הנטל להבאתן של עובדות המצביעות על המידתיות של החקיקה הפוגעת (מטרה ראויה, קשר רציונלי, צורך ומידתיות במובן הצר) מוטל על הטוען למידתיות. עתה אנו ניצבים בפני השאלה המשפטית: מה הדין במצב דברים זה? לעתים ניתן לטעון כי הפתרון לשאלתנו מונח בניסוחה של פסקת ההגבלה. טלו את פסקת ההגבלה הישראלית, שעל פיה אין לפגוע בזכות החוקתית אלא בחוק המקיים כמה תנאים. לענייננו, התנאי הוא שהפגיעה הינה "במידה שאינה עולה על הנדרש".¹³⁷ הטענה הינה שכאשר כפות המאזניים מעוינות הפגיעה "אינה עולה" על הנדרש, שכן היא שקולה לנדרש. במצב דברים זה ניתן לטעון שהפתרון בישראל הוא כי אם כפות המאזניים מעוינות אזי החוק מקיים את דרישת המידתיות. גישה "לשונית" זו מעוררת קושי כשהלשון משאירה את הספק בעינו. טלו את פסקת ההגבלה שבחוקה הפדרלית של שוויץ:

Limitations of fundamental right must be proportionate to the goals pursued.¹³⁸

136 ראו ALEXI, לעיל ה"ש 5, בעמ' 411. ראו גם Carlos Bernal Pulido, *On Alexy's Weight Formula*, in ARGUING FUNDAMENTAL RIGHTS 101, 104 (Agustín J. Menéndez & Erik O. Eriksen eds., 2006).

137 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV] [Constitution] April 18, 138
.1999, SR 101, RO 101, art. 36(2)

האם דרישת המידתיות הקבועה בהוראה זו מתקיימת כשכפות המאזניים מעוינות? לדעתי הפתרון לא ימצא בטיעונים לשוניים. הוא גם לא ימצא בתורה כללית של מידתיות. הפתרון יהא פרי השקפותיה של כל דמוקרטיה חוקתית. לעניין זה ייתכן כי יש מקום להבחין בין שני מצבים עיקריים. במצב האחד שתי כפות המאזניים נושאות זכויות אדם חוקתיות, והתועלת בתוספת ההגנה לזכות האחת שקולה כנגד תוספת הנזק לזכות האחרת. ניתן לטעון כי במצב דברים זה אין סיבה שלא להשאיר את דבר החקיקה על כנו, שכן פגיעתו בזכות חוקתית אחת שקולה כנגד הגנתו על זכות חוקתית אחרת. במצב דברים זה ראוי להשאיר את שיקול הדעת של המחוקק על כנו. תפקידו של בית המשפט כמגן זכויות האדם מוגשם. במצב האחר הכף האחת נושאת תוספת תועלת לטובת הכלל ואילו הכף השנייה נושאת תוספת נזק לזכות חוקתית. האם במצב כזה יש צידוק לפגיעה בזכות חוקתית בשל טובת הכלל? האם יש להעניק במצב זה למחוקק שיקול דעת? משטר דמוקרטי חוקתי עשוי לקבוע כי זכויותיו של האדם חשובות לו, ועל כן במקרה של כפות מאזניים שקולות ידה של הזכות על העליונה. כשכפות המאזניים שקולות – החירות גוברת (in dubio pro libertate).¹³⁹ משטר דמוקרטי חוקתי אחר עשוי לקבוע כי זכויות האדם חשובות לו אך כך גם טובת הכלל. כאשר כפות המאזניים שקולות תגבר טובת הכלל; כשכפות המאזניים שקולות – ידו של המחוקק על העליונה.¹⁴⁰ גישתי שלי הינה כי לאור מעמדן המרכזי של זכויות האדם בדמוקרטיה החוקתית, ולאור תפקידו של בית המשפט להגן עליהן, כאשר חשיבות התוספת של התועלת לטובת הכלל שקולה כנגד חשיבות המניעה של תוספת נזק לזכות החוקתית, יש לפתור את המצב לטובת הזכויות, כלומר: לטובת החירות.

4. כלל האיזון הבסיסי ואיזון קונקרטי (אד׳ הוק)

(א) כלל האיזון הבסיסי וכלל האיזון הקונקרטי
 כלל האיזון הבסיסי קובע אמת־מידה כללית המאפשרת הכרעה בין תוספת התועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת שבחקיקה הפוגעת לבין תוספת הנזק שהיא גורמת לזכות החוקתית. כלל בסיסי זה מופעל על נתוניו של כל מקרה קונקרטי. הוא בוחן את תוספת התועלת לטובת הכלל ולטובת זכות חוקתית אחרת שבחקיקה הפוגעת ואת תוספת הנזק שהיא גורמת לזכות החוקתית בנסיבות נתונות. הוא נועד להדריך את המאזן (מחוקק, מבצע, שופט) כיצד להכריע בהתנגשות בין העקרונות בנקודת החיכוך הקונקרטי שבה הוא מתרחש במקרה נתון. אכן, מטרתו של כלל האיזון הבסיסי הינה לאפשר הגשמה של האיזון על מגוון היבטיו בחיי המעשה. נמצא, כי בצד האיזון הבסיסי

139 ראו ALEXI, לעיל ה"ש 5, בעמ' 385.

140 שם, בעמ' 410.

מתקיים תמיד איוון קונקרטי. זהו איוון הרגיש לעובדות המקרה.¹⁴¹ זהו איוון אד-הוק לפי נסיבות המקרה (ad-hoc balancing). כלל האיוון הבסיסי מהווה את "תכנית המתאר הארצית" וכלל האיוון הקונקרטי מהווה את "תכנית המתאר המפורטת"; כלל האיוון הבסיסי מאזן בין התועלת לנזק ב"קווים גסים" וכלל האיוון הקונקרטי מאזן בקווים "דקים" או אף "דקיקים"; כלל האיוון הבסיסי מבוסס על הכללה ברמת הפשטה גבוהה ואילו כלל האיוון הקונקרטי מבוסס על רמת הפשטה נמוכה.

רמת ההפשטה הנמוכה משקפת את הנתונים המטריאליים של המקרה הקונקרטי. לא כל הנתונים הקונקרטיים הם רלוונטיים לאיוון. הרלוונטיות נקבעת על פי מבחניו של כלל האיוון הבסיסי. על יסוד הכלל הבסיסי ניתן לגבש כלל משפטי המשקף את האיוון הקונקרטי. יהא זה כלל ברמת הפשטה נמוכה, המאזן במקרה קונקרטי את הנתונים הרלוונטיים באשר למטרה, לחשיבותה, לנחיצותה וחיוניותה ולהסתברות הגשמתה, ואת הנתונים הרלוונטיים באשר לזכות הנפגעת, לחשיבותה, למידת פגיעתה ולהסתברותה כפי שהם נגזרים מכלל האיוון הבסיסי.

(ב) מעמדו המשפטי של כלל האיוון הקונקרטי

כלל האיוון הקונקרטי נגזר מכלל האיוון הבסיסי. הוא מהווה קונקרטיזציה שלו. כמו כלל האיוון הבסיסי, גם כלל האיוון הקונקרטי הוא כלל חוקתי. מעמדו במדרג הנורמטיבי הוא מעמד חוקתי משום שהוא נגזר מפירושה של פסקת ההגבלה (המפורשת או המשתמעת). בישראל הוא נגזר מהוראתה של פסקת ההגבלה המפורשת, לפיה הפגיעה בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק צריכה להיות, בין השאר, "במידה שאינה עולה על הנדרש".¹⁴² פגיעה המקיימת את דרישותיו של כלל האיוון הבסיסי ואת דרישותיו של כלל האיוון הקונקרטי הנגזר ממנו היא "במידה שאינה עולה על הנדרש".

פעולתו של כלל האיוון הקונקרטי – כפעולתו של כלל האיוון הבסיסי – היא ברמה התת-חוקתית. הוא נועד לקבוע אם הוראה מיוחדת בנורמה משפטית תת-חוקתית – כגון חוק או משפט מקובל – הפוגעת בזכות חוקתית בנסיבותיו של מקרה מסוים, היא חוקתית. כלל האיוון הקונקרטי אינו מצמצם את היקפיה של הזכות הנפגעת.¹⁴³ אם מטרתה היא הגנה על זכות חוקתית של אחר, אין הוא מרחיב את היקפה של זכות זו. פעולתו היא במישור ההגשמה של הזכות הלכה למעשה, כלומר: במישור התת-חוקתי.

141 ראו Philip Sales & Ben Hooper, *Proportionality and the Form of Law*, 119 L. Q. REV. 426 (2003).

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

143 שאלה זו שנויה במחלוקת. לגישה שונה, ראו ALEXU, לעיל ה"ש 5, בעמ' 33.

פרשת לבך (Lebach)¹⁴⁴ היא דוגמה להפעלתו של כלל האיזון הבסיסי על נסיבותיו של מקרה קונקרטי שבו מתנגשות שתי זכויות חוקתיות. ערוץ טלוויזיה הכין תכנית דוקומנטרית שתיעדה אירוע שהתקיים שש שנים קודם לכן, בו נרצחו ארבעה חיילים בשנתם ונשקם נגנב. העותר הורשע ברצח כשותף בדרגה שנייה. התכנית הייתה אמורה לעלות לשידור לקראת שחרורו של העותר מבית הסוהר, בתום ריצוי עונשו, תוך תיאור האירוע ונסיבותיו האישיות המיוחדות. העותר פנה לבית המשפט האזרחי בעתירה למנוע את השידור המתאר את חלקו באירוע. טענתו הייתה כי השידור מפר את זכותו החוקתית לפיתוח אישיותו, שכן הוא פוגע בשיקומו ובשילובו בחברה. בית המשפט האזרחי דחה את תביעתו. הוא פנה לבית המשפט לחוקה. בית המשפט קבע כי במקרה זה מתנגשות שתי זכויות חוקתיות בעלות מעמד וחשיבות שווים: האחת היא זכותו של העותר לפיתוח אישיותו והאחרת היא זכותו של ערוץ הטלוויזיה לחופש הביטוי. בית המשפט קבע כי בנסיבות הקונקרטיות הנזק לחופש הביטוי הוא מועט, שכן השידור אינו עוסק בדיווח על מעשה עבירה חמור בעל אופי אקטואלי, אלא על מעשה שהתרחש שנים מספר לפני כן. לעומת זאת, הפגיעה באישיותו של העותר בשל הפגיעה באפשרות שילובו בחברה ושיקומו היא קשה ומיידית. בנסיבות אלה תוצאת האיזון הקונקרטי הינה מניעת השידור. פסק דין זה מעצב כלל איזון קונקרטי הקובע כי במקרה של איזון בין פגיעה קלה בחופש להביא מידע שכבר נמסר לציבור בעבר ושאינן בו עניין אקטואלי, על עבירה פלילית חמורה שבוצעה בעבר על ידי עבריין שהורשע וריצה את עונשו, לבין פגיעה קשה ומיידית בזכותו לאישיותו בשל ההשפעה השלילית על שיקומו ויכולת שילובו בחברה – יד הזכות לאישיות על העליונה.

אשר לאיזון בין טובת הכלל לבין זכות חוקתית ניתן להביא מקרה שעסק בשאלה אם יש מקום להמשיך בהליך פלילי בהתחשב במצבו הרפואי של נאשם פלוני.¹⁴⁵ הוכח בפני בית המשפט כי אם המשפט הפלילי נגד פלוני יימשך יש חשש ממשי שהוא יסבול מאירוע מוחי ומהתקף לב עקב הלחץ הנפשי הכרוך במשפט. בית המשפט החוקתי איזן בין זכותו החוקתית של פלוני לשלמות גופו ונפשו לבין טובת הכלל בהבאת החשודים בעבירה לדין. בית המשפט החוקתי קבע כי בנסיבות המקרה המשקל של מניעת הפגיעה הממשית והכבדה בזכותו החוקתית של פלוני עולה על המשקל שבהמשך ההליך הפלילי. מפסק דין זה ניתן להסיק כלל איזון קונקרטי לפיו באיזון בין אישיותו של נאשם לבין טובת הכלל בהבאת נאשמים לדין, יד הזכות האישית על העליונה אם יש בהבאתו של הנאשם לדין חשש ממשי לסיכון חיים או לפגיעה קשה בבריאותו.

כפי ששמו מעיד עליו, כלל האיזון הקונקרטי חל על מערכת קונקרטית של נתונים. מובן כי ניתן להפעילו בכל מקרה נוסף שבו מתקיימת אותה מערכת של נתונים

144 BVerfGE 35, 202. הפרשה עוסקת בהתנגשות זכויות במשפט הפרטי. לענייננו יש להתעלם מקושי זה. הדוגמה מובאת על ידי אלכסי; ראו ALEXY, לעיל ה"ש 5, בעמ' 54.

145 BVerfGE 51, 324. הדוגמה מובאת על ידי אלכסי; ראו ALEXY, לעיל ה"ש 5, בעמ' 50.

מטריאליים. ניתן להפעילו בדרך היקש פרשני¹⁴⁶ גם על מקרים נוספים שאין בהם זהות אך יש דמיון במערכת הנתונים המטריאליים.

ד. נוסחאות איזון עקרוניות

1. מהותן של נוסחאות האיזון העקרוניות

(א) איזון עקרוני המתרגם את הכלל הבסיסי

כלל האיזון הבסיסי מעניק תוכן נורמטיבי לאיזון המונח ביסוד המידתיות במובנה הצר. הוא פועל ברמת הפשטה גבוהה ביותר ועל כן הוא מחייב קונקרטיזציה לכל מקרה ומקרה. המעבר מרמת הפשטה הגבוהה לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה הוא מעבר חד וחרף. מצב דברים זה אינו רצוי. בין "תכנית מתאר ארצית" לבין "תכנית מתאר מפורטת" דרושה "תכנית מתאר מחוזית". כלל האיזון הבסיסי הוא מופשט מדי. אין בו התייחסות להיבטים המיוחדים המאפיינים את זכויות האדם השונות בין כאובייקט לפגיעה ובין כאובייקט להגנה. אין בו התמקדות בטעמים העקרוניים המונחים ביסוד הזכויות השונות ומבססים את הצידוק להגנה עליהן ולפגיעה בהן. אין איתור של השיקולים המאפיינים את ההגנה הראויה על הזכות החוקתית. לעומתו, כלל האיזון הקונקרטי הוא ברמת הפשטה נמוכה ביותר. על רקע זה קמה השאלה אם אין מקום לרמת ביניים – בין האיזון הבסיסי לבין האיזון הקונקרטי? האם לא ראוי כי יתקיים איזון עקרוני (principled) שיתרגם את כלל האיזון הבסיסי לכמה כללי איזון עקרוניים או לכמה נוסחאות איזון עקרוניות, שיעוצבו ברמת הפשטה נמוכה מזו של כלל האיזון הבסיסי וגבוהה מזו של כלל האיזון הקונקרטי?¹⁴⁷ רמת הפשטה זו תבטא את השיקולים העקרוניים המונחים ביסודה של הזכות החוקתית והצידוק לפגיעה בה. מהי רמת ביניים זו? מה בינה לבין האיזון הקונקרטי? מהו הצידוק לה? בשאלות אלה אדון עתה. בתשובה להן איעזר בפסיקה המקיפה של בית המשפט העליון שפיתח את האיזון העקרוני. התפתחות זו הגיעה לשיאה בטרם כוננו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, ובטרם נקבעה בהם פסקת ההגבלה המפורשת. יהא עלי לבחון עד כמה יש מקום להמשיך ולדבוק בפסיקה זו גם לאחר שינויים אלה.

(ב) המבנה של נוסחת האיזון העקרונית

נוסחת האיזון העקרונית צריכה להגשים את כלל האיזון הבסיסי. הכלל הבסיסי מבוסס על תוספת החשיבות היחסית של מניעת הפגיעה בזכות החוקתית הנפגעת לעומת תוספת

¹⁴⁶ על ההיקש הפרשני, ראו עמ' 54 לעיל.

¹⁴⁷ ראו Cohen-Eliya & Stoper, לעיל ה"ש 54.

החשיבות היחסית של הגשמת המטרה המונחת ביסוד החוק הפוגע (זכות של אחר או טובת הכלל), על רקע תוכנה ומידת חיוניותה ונחיצותה. נוסחת האיזון העקרונית תתרגם איזון בסיסי זה לנוסחה עקרונית המתייחסת לזכות הנפגעת מזה ולמטרת החוק הפוגע מזה. היא תקבע את התנאים שהחוק הפוגע נדרש לקיים כדי שהפגיעה בזכות החוקתית תהא מידתית (במובן הצר). האיזון העקרוני ישקף את השיקולים הנורמטיביים המצדיקים תוספת של פגיעה בזכות חוקתית אחת, כדי להגשים תוספת של תועלת לזכות אחרת או לטובת הכלל. כף הזכות הנפגעת תיתן ביטוי לחשיבותה של הזכות, להיקף הפגיעה בה ולהסתברותה; כף המטרה תיתן ביטוי לחשיבותה של המטרה על רקע תוכנה ומידת החיוניות של הגשמתה, לנזק שייגרם אם המטרה לא תוגשם ולהסתברותו של נזק זה.¹⁴⁸

טלו, למשל, חוק הפוגע בזכות לביטוי הפוליטי. זוהי זכות חשובה ביותר. הניחו כי מטרת הפגיעה היא הגנה על שלום הציבור מפני דיבור פוליטי אלים ומסית. נוסחת האיזון העקרונית בהתנגשות בין חופש הביטוי הפוליטי לבין הגנה על שלום הציבור מפני נזקו של דיבור פוליטי אלים ומסית עשויה לקבוע כי ניתן לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי רק אם המטרה של שמירה על שלום הציבור מפני תוצאותיו של דיבור אלים ומסית זה היא חשובה ביותר להגשמת צורך חברתי דחוף, שנועד למנוע נזק רב-היקף ומיידי לשלום הציבור. המאפיין של נוסחת האיזון העקרונית הוא שהיא פועלת ברמת הפשטה נמוכה יותר מכלל האיזון הבסיסי וברמת הפשטה גבוהה יותר מהאיזון הקונקרטי. היא פועלת ברמת הפשטה הנותנת ביטוי לטעמים המונחים ביסוד הזכות ולצידוק לפגיעה בה ולהגנה עליה.

(ג) נוסחת האיזון העקרונית והאיזון הקונקרטי

האיזון הקונקרטי מגשים את האיזון העקרוני בנסיבותיו של מקרה נתון. הוא מתרגם את האיזון העקרוני – המבוסס מצדו על כלל האיזון הבסיסי – לנסיבותיו של המקרה הספציפי. על ההבחנה בין האיזון הקונקרטי לאיזון העקרוני עמדתי בפרשת לוי:

איזון זה, צריך שייעשה על שתי רמות: האחת, הרמה הקונקרטית, הלוקחת בחשבון את הנסיבות האקטואליות של האירוע שהוא נושא הסכסוך. האחרת, הרמה העקרונית, הלוקחת בחשבון את האינטרסים הטיפוסיים, והקובעת אמת-מידה כללית לאיזון בין האינטרסים והזכויות המתנגשים זה בזה. הרמה הקונקרטית היא הכרחית, אך אין היא מספקת. לא די לה לפסיקה לומר, כי יש לאזן בין האינטרסים השונים. על בית המשפט לקבוע – בהיעדר קביעה סטטוטורית – מהי נוסחת האיזון, מהו

148 שם. על מבחנים הסתברותיים במשפט האמריקני ראו Jonathan Masur, *Probability Thresholds*, 92 IOWA L. REV. 1293 (2007).

המשקל הניתן לאינטרסים השונים, ועל פי אלו אמות מידה תיקבע נקודת האיזון.¹⁴⁹

האיזון העקרוני "משקף נורמה משפטית כללית, הקובעת עיקרון חוקתי החל על מכלול של מצבים דומים",¹⁵⁰ בעוד שהאיזון הבסיסי חל על כל המצבים שבהם נפגעת זכות חוקתית.

(ד) ריבוי של נוסחאות איזון עקרוניות רבות הן זכויות האדם, ולכל זכות היבטים משלה. רבים הם השיקולים של טובת הכלל, ולכל אחד מהם היבט משלו. האיזון העקרוני צריך לשקף רב-גוניות זו. על כן מתחייבים כמה כללים הקובעים איזון עקרוני ומתבקשות כמה נוסחאות איזון המשקפות את רב-גוניות השיקולים, הן לעניין הזכות הנפגעת והן לעניין המטרה שהגשמתה פוגעת בה. כך, למשל, לא הרי חופש הביטוי הפוליטי כחופש הביטוי המסחרי; לא הרי הגבלה מראש כהגבלה בדיעבד; לא הרי פגיעה קלה באחת מחירויות אלה כפגיעה חמורה; לא הרי חוק שמטרתו הגנה על חיי אדם כחוק שמטרתו הגנה על שמו הטוב של אדם. עמדתי על כך בפרשת לוי בציני:

רב-גוניות של המצבים האפשריים, מחייבת רב-גוניות בנקודות האיזון. אין לנקוט באמת-מידה אחת ויחידה, שיהא בה כדי לפתור את כל הבעיות.¹⁵¹

באחת הפרשות נדונה נוסחת האיזון הראויה במצב שבו חופש התהלוכה והאספה מתנגש בזכות הקניין:

לא הרי האיזון בין שתי זכויות חוקתיות אלה כאשר מבקשים לקיים את האספה או התהלוכה על מקרקעין הנתונים לבעלותן של המדינה או של רשויות ציבוריות, כהרי האיזון כאשר האספה או התהלוכה מתוכננת על קניין הפרט [...] גם לעניין מקרקעין הנתונים לבעלותן של המדינה או של הרשויות הציבוריות, יש להבחין בין מקרקעין על-פי פונקציות הטיפוסיות שלהם. על-כן יש מקום להבחין בין מקרקעין שנועדו, על-פי המסורת החברתית, לקיום אספות או תהלוכות (כגון כבישים, רחובות או שדה תעופה [...]) לבין מקרקעין שלא נועדו לכך (כגון משרדי הממשלה). בין שני אלה קיימים מצבי ביניים, כגון מקרקעין של המדינה

149 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 400 (1984) (ההדגשות הוספו).

150 בג"ץ 2481/93 דיינ נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 474, 456 (1994).

151 פרשת לוי, לעיל ה"ש 149, בעמ' 401.

המשמשים לבתי-משפט ולבתי-סוהר [...] לעניין כבישים ורחובות, הנתונים לקניין המדינה או הרשויות הציבוריות, לא הרי כבישים או רחובות במרכזים עירוניים סואנים, כהרי כבישים ורחובות בשכונות מגורים. הוא הדין בקניין הפרטי. לא הרי קניין פרטי, שעל-פי המסורת החברתית הוא "מבצרו" של הפרט (כגון דירתו או ביתו) כהרי קניין פרטי, שעל-פי המסורת החברתית משמש את הציבור (כגון קניון).¹⁵²

בפרשת עדאלה היה על בית המשפט לאזן, בין השאר, בין הזכות לחיי משפחה לבין ביטחון החיים של האוכלוסייה. אשר לערך הביטחון, ציינה השופטת א' פרוקצ'יה:

ערך ההגנה על ביטחון החיים אינו עשוי מקשה אחת. הוא נושא משמעויות שונות ועוצמות שונות בהקשרים שונים. משקלו היחסי משתנה מעניין לעניין בהתאם למידת ההסתברות למימושה של הסכנה לחיים הנובעת מההקשר הענייני הספציפי.¹⁵³

אכן, מספרן של נוסחאות האיזון העקרוניות עולה בהרבה על מספרן של הזכויות החוקתיות. לכל זכות חוקתית כמה נוסחאות איזון עקרוניות המשקפות את חשיבותה, את היקף הנזק שייגרם לה אם תוגשם המטרה של החוק הפוגע ואת הסתברותה של הפגיעה בזכות. כן משקפת נוסחת האיזון את חשיבותה של המטרה הפוגעת בזכות החוקתית ואת החיוניות והנחיצות של הגשמתה, את הנזק לזכות אחרת או לטובת הכלל אם לא תוגשם מטרת החוק, את מידת הוודאות להתרחשות הפגיעה בטובת הכלל אם המטרה לא תוגשם, ואת ההסתברות של התממשות התועלת לטובת הכלל אם הזכות תיפגע. בפרשת עדאלה עמד המשנה לנשיא מ' חשין על מהותה של טובת הכלל שבכוחה להגביל את כבוד האדם:

האינטרס הציבורי – אותו אינטרס המכוון עצמו להגביל זכות יסוד או לפגוע בה – מהווה לאמיתם של דברים אגד של אינטרסים – אינטרסים שונים באופיים ושונים בעוצמתם – ולא יהיה זה נכון וראוי כי נדבר בהאינטרס הציבורי – האינטרס הציבורי בה"א הידוע – כמו המדובר באינטרס אחד מעשה מיקשה. שומה עלינו לבחון ולבדוק מקרוב כל שריג מאותם אינטרסים המהווים יחדיו את האינטרס הציבורי הכללי וכמידתו נמדוד לו.¹⁵⁴

152 פרשת דיין, לעיל לעיל ה"ש 139, בעמ' 475.

153 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 6, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

154 שם, בפס' 42 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

(ה) החשיבות של נוסחאות האיזון העקרוניות מהי חשיבותה של נוסחת האיזון העקרונית?¹⁵⁵ שאלה זו נדונה בהרחבה בפסיקה הישראלית שקדמה למהפכה החוקתית. הטעמים שניתנו לכך בפסיקה זו בעבר יפים גם כיום. ביטוי ראשון לצורך באיזון העקרוני ניתן בפרשת קול העם על ידי השופט ש' אגרנט, שציין כי ראוי לגבש "עיקרון רציונלי".¹⁵⁶ השופט מ' שמגר עמד על חשיבותו של "עיקרון רציונלי" זה באחת הפרשות:

חוששני, כי תוצאתה של הצבת ערכים, זה לצד זה, בלי לגבש ב־זמנית גם אמות־מידה להערכת משקלם היחסי לא תהיה אלא כי בשל היעדר קנה־מידה משפטי, יפעיל בית־המשפט בכל מקרה ומקרה, על־פי מיטב הבנתו של המותב המזדמן, אותו קריטריון הנראה לו כהולם באותן נסיבות. במלים אחרות, אמת־המידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי, היינו את המגמה לקיומה של חירות־יסוד, תומר ותוחלף באמת־מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה.¹⁵⁷

בפרשת לוי הוספתי:

"עיקרון רציונלי" זה נחוץ הוא, כדי להדריך את הציבור באשר למותר ולאסור. "עיקרון רציונלי" זה חיוני הוא כדי להעמיד לפני הרשות השלטונית קריטריונים ואמות מידה על־פיהם היא צריכה לכוון את החלטותיה. "עיקרון רציונלי" זה חשוב הוא להדרכתה של הרשות השופטת, אשר אינה צריכה לתת ביטוי לתפיסתה הסובייקטיבית שלה, אלא צריכה לכוון את פרשנותה על־פי אמות מידה אובייקטיביות.¹⁵⁸

על האיזון נמתחה ביקורת רבה.¹⁵⁹ חלק ניכר מהביקורת מופנה כלפי האיזון הקונקרטי.¹⁶⁰ בפיתוח של נוסחאות האיזון העקרוניות יש כדי להוות תשובה, ולו חלקית, לביקורת זו. כלל האיזון הבסיסי ונוסחאות האיזון העקרוניות הנגזרות ממנו מבקשים להצביע על הרציונליות של האיזון. יש בהם כדי לממש את השיקולים המונחים ביסודה של כל זכות חוקתית וביסוד הצידוק להגנה עליה ולפגיעה בה. יש בכך משום הגברת ההיבט האובייקטיבי של התהליך השיפוטי. הדבר תורם גם תרומה חשובה להבניית שיקול הדעת ולשקיפותו.

155 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 12, בעמ' 270.

156 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 881.

157 פרשת חברת החשמל, לעיל ה"ש 73, בעמ' 361.

158 פרשת לוי, לעיל ה"ש 149, בעמ' 400.

159 לניתוח הביקורת ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 13, בשער הרביעי.

160 ראו Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 54.

2. נוסחאות האיזון העקרוניות – משפט משווה

(א) מיעוטן של נוסחאות האיזון העקרוניות

בחינתו של המשפט החוקתי המשווה מצביעה על כך שלמיטב ידיעתי פרט למשפט האמריקני ולמשפט הישראלי לא פותחו נוסחאות איזון עקרוניות בשיטות המשפט השונות. מהו הטעם לכך? ייתכן כי הדבר נבע מהגישה המשותפת לרבות משיטות המשפט, כי לכל זכויות האדם החוקתיות יש חשיבות זהה.¹⁶¹ על פי הנחה זו, כל שנותר לבדוק הוא אם החוק הפוגע פגע בזכות החוקתית פגיעה קלה, בינונית או חמורה – ועל פי תשובה לשאלה זו לבחון את מידת החשיבות של הגשמת המטרה. ניתן לטעון כי הזהות בחשיבות של הזכויות הנפגעות מנעה את ההפשטה הנורמטיבית מעבר למקרה הקונקרטי. אמת, החשיבות של הגשמת המטרה תמיד מובאת בחשבון, אך דומה ששיטות המשפט נתקלו בקושי של הכרה בנוסחאות איזון עקרוניות כשכף אחת של האיזון – היא כף הפגיעה בזכות – אינה "מתרוממת" מעבר למקרה הספציפי. אכן, אלכסי מדגיש כי תהליך האיזון בוחן איזה מבין העקרונות שיש להם מעמד שווה בהיבט המופשט הוא בעל משקל גדול יותר במקרה הקונקרטי. בהתייחסו לנוסחת האיזון העקרונית כתב אלכסי:

[A]bstract weights only have an influence on the outcome of balancing if they are different. If they are equal, which in the case of competing constitutional rights is often the case, the only relevant factor is their concrete importance.¹⁶²

מכאן גם ההסבר לגישה הגרמנית, שלפיה כאשר זכויות חוקתיות מתנגשות – והנחה הינה כי הן שוות בחשיבותן – יש לאזן ביניהן בדרך של השלמה או התאמה פרקטית.¹⁶³ הסבר זה אינו מניח את הדעת, וזאת משני טעמים: ראשית, בכמה שיטות משפט, בהן ישראל, פותחה הגישה כי לא כל זכויות האדם שוות בחשיבותן. נדרשת אפוא אמת-מידה עקרונית שתקבע את האיזון בהתנגשות ביניהן. שנית, גם אם זכויות האדם כולן באותה רמת חשיבות, עדיין יש מקום לנוסחת איזון עקרונית כשזכות אדם מתנגשת בטובת הכלל.

מסקנתי הינה, אפוא, כי אין הסבר אנליטי מניח את הדעת להיעדרן של נוסחאות איזון עקרוניות במשפט המשווה. לדעתי, האיזון העקרוני – כנגזר מהאיזון הבסיסי –

161 ראו STEVEN C. GREER, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: ACHIEVEMENTS, PROBLEMS AND PROSPECTS 218 (2006).

162 ALEXY, לעיל ה"ש 5, בעמ' 406.

163 ראו Thilo Marauhn & Nadine Ruppel, *Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 273 (Eva Brems ed., 2007).

הוא רצוי. האם זהו הטעם להכרה בו במשפט האמריקני והישראלי? לבחינתן של שאלות אלה אעבור עתה.

(ב) האיזון העקרוני במשפט האמריקני

הביטוי "איזון עקרוני" (principled balancing) מקורו במשפט האמריקני.¹⁶⁴ תפקידו במשפט האמריקני שונה מתפקידן של נוסחאות האיזון העקרוניות במסגרת המידתיות במובן הצר. במשפט האמריקני האיזון העקרוני משמש אמת-מידה פרשנית. על פיו נקבע היקפן של הזכויות החוקתיות. כך, למשל, נקבע, כי חופש הביטוי (freedom of speech) בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית¹⁶⁵ אינו משתרע על אמירות גזעניות או על אמירות שיש בהן תועבה. מסקנה פרשנית זו היא תוצאה של איזון פרשני, שמטרתו הייתה לקבוע את גבולותיו של חופש הביטוי כזכות חוקתית. בית המשפט שקל את התכליות המונחות ביסוד הזכות, איזן ביניהן והגיע למסקנה כי יש להוציא מגבולותיה של הזכות אמירות גזעניות ואמירות שיש בהן תועבה. מכאן כינויו של איזון זה כאיזון הגדרתי (definitional), שכן הוא מגדיר את היקפה של הזכות.¹⁶⁶ משהסתיימה הגדרת ההיקף של הזכות הסתיים תפקידו של האיזון העקרוני (או ההגדרתי). בתוך גבולותיה של הזכות לא נערך יותר כל איזון. כך, למשל, רמות הבדיקה הקפדנית (strict scrutiny) החלה על פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי בוחנות אם הפגיעה נעשתה לשם מטרה חיונית (compelling state interest), צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest). כן נבחנים במסגרת מבחן זה האמצעים להגשמת המטרה. עליהם להיות חיוניים (necessary) להגשמתה. משמעותה של דרישה זו הינה כי הם צריכים להיות מנוסחים בצמוד למטרה (narrowly tailored). מושג זה כולל בחובו שתי דרישות משנה: הראשונה, כי לא יהיה אמצעי שפגיעתו פחותה (בדומה למבחן-המשנה השני של המידתיות); השנייה, כי האמצעים לא יהיו רחבים מדי. זהו האיסור על קיום כיסוי-יתר (overinclusiveness; overbreadth).¹⁶⁷ תנאים אלה כולם – הן

164 ראו Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CAL. L. REV. 935 (1968).

U.S. CONST. amend. I 165

166 ראו Nimmer, לעיל ה"ש 152, בעמ' 944.

167 על רמת בדיקה זו ראו Eugene Volokh, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. REV. 1781 (1996); Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417 (1996); Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. PA. L. REV. 1 (2000); G. Edward White, *Historicizing Judicial Scrutiny*, 57 S.C. L. REV. 1 (2006); Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006); Richard H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007).

לעניין המטרות והן לעניין האמצעים – אינם מחייבים עריכתו של איזון. אין בהם שקילה של חשיבות התוספת למטרה לעומת חשיבות מניעת תוספת הפגיעה בזכות. מכאן הזהירות שיש לנהוג בהסתמכות על הפסיקה האמריקנית בעניין זה. במשפט האמריקני, עם צמצום היקפה של הזכות באמצעות האיזון העקרוני-פרשני שוב לא יוחל עליה תהליך נוסף של איזון. לא כן בישראל. אם נצמצם בישראל את היקפה של הזכות בהסתמך על האיזון העקרוני האמריקני, עדיין יהא צורך לצמצם את ההגנה על הזכות בהיקפה המצומצם על פי כללי האיזון העקרוני הנגזרים מהמידתיות בכלל ומדיני המידתיות במוכן הצר בפרט. נמצא, שאם נסתמך על הגישה האמריקנית תיפגע הזכות החוקתית הישראלית פעמיים: פעם בצמצום היקפה (בהסתמך על האיזון העקרוני-פרשני נוסח ארצות-הברית) ולאחר מכן בצמצום ההגנה עליה בגדרי היקפה (על ידי האיזון העקרוני נוסח ישראל).

3. נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט הישראלי

(א) נוסחאות האיזון עד לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם

(1) פרשת קול העם

ראשיתן של נוסחאות האיזון העקרוניות במשפט הישראלי בתחילת שנות החמישים בפרשת קול העם.¹⁶⁸ אותה עת נהגה התפיסה כי הנורמה העליונה היא חוק של הכנסת: אין נורמה חוקתית מעליה.¹⁶⁹ התפיסה הייתה כי הכנסת היא כל-יכולה.¹⁷⁰ מעט זכויות הוכרו במפורש בחקיקה.¹⁷¹ מרבית הזכויות הוכרו על ידי הפסיקה – חופש העיסוק,¹⁷²

168 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 15. ראו גם אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129 (1987).

169 ראו בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85 (1948); ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129 (1971).

170 ראו ע"א 228/63 עזוז נ' עזר, פ"ד יז(3) 2541, 2547 (1963); בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 349 (1965). ראו גם יזהר טל "מחוקק כל יכול: האמנם? (ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת)" עיוני משפט י 361 (1984).

171 ראו חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, ס"ח 248; חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240; חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38.

172 ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר-האוצר, פ"ד יא(3) 1490 (1957); בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד יב(1) 264 (1958); בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (1961); בג"ץ 144/72 ליפבסקי-הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 719 (1973); בג"ץ 230/73 ש.צ.מ. בע"מ נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד כח(2) 113 (1974); בג"ץ 75/76 "הילרון" חברה ליצוא ויבוא גידולי ומוצרי חקלאות בע"מ נ' מועצה ליצור פירות ושיווקם (מועצת הפירות), פ"ד ל(3) 645 (1976); בג"ץ 237/81 דעבול נ' עיריית פתח-תקווה רשות הרישוי, פ"ד לו(3) 365

הזכות לשוויון,¹⁷³ הזכות לחופש הביטוי,¹⁷⁴ הזכות לקניין¹⁷⁵ וחופש המצפון.¹⁷⁶ הזכויות שהוכרו היוו חלק מהמשפט המקובל הישראלי. הן היו כפופות לדבר המחוקק. כך, למשל, לעניין חופש העיסוק פסק השופט ש"ז חשין ב-1949:

כלל גדול הוא כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק.¹⁷⁷

חופש העיסוק כפוף לדבר המחוקק. על רקע גישה זו נפסקה ההלכה בפרשת קול העם. בית המשפט פירש את הוראתה של פקודת העיתונות,¹⁷⁸ לפיה הוסמך שר הפנים

- (1982); בג"ץ 337/81 מיטריני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983); בג"ץ 382/83 מרימי נ' ראש העיר רמת-גן, פ"ד לח(1) 545 (1984); בג"ץ 189/85 ורדים חברה לגידול ויצוא פרחים בע"מ נ' המועצה לייצור ושיווק צמחי נוי, פ"ד לט(4) 626 (1985); בג"ץ 868/86 טרודלר נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא(1) 694 (1987); בג"ץ 809/86 ינוביץ נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא(4) 309 (1987); בג"ץ 338/87 מרגליות נ' שר המשפטים, פ"ד מב(1) 112 (1988); בג"ץ 146/88 קורן נ' עיריית רחובות, פ"ד מב(4) 72 (1988); בג"ץ 896/87 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מג(1) 701 (1989).
- 173 ראו בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 639 (1964); בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693 (1969); ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971); בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978); בג"ץ 507/81 ח"כ אהרן אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 585, 561 (1981); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני תרות, פ"ד מב(2) 221 (1988); פרשת פורז, לעיל ה"ש 67, בעמ' 332; ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 272, 221 (1989); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990). ראו גם יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (1999).
- 174 ראו פרשת קול העם, לעיל ה"ש 15; ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד לא(2) 281, 295 (1977); פרשת לוי, לעיל ה"ש 149; פרשת לאור, לעיל ה"ש 64; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989); בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989).
- 175 ראו ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529 (1991); בג"ץ 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 645, 656 (1981); בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 595 (1991).
- 176 ראו ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה(1) 481 (1951); 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449 (1984). ראו גם צבי ברנזון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" עיוני משפט ג 405 (1973).
- 177 פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 160, בעמ' 82.
- 178 ס' 19 לפקודת העתונות, 1933, חא"י ב 1191. בעל הסמכות בפקודה הוא הנציב העליון. עם קום המדינה הועברה סמכותו לממשלה וממנה לשר הפנים.

להפסיק הופעה של עיתון אם דבר המתפרסם בו "עלול" (likely), לדעת שר הפנים, לסכן את שלום הציבור. השאלה שהתעוררה הייתה מה פירושו של הביטוי "עלול"? השופט ש' אגרנט ציין כי דיבור זה יש לפרש על פי כוונת המחוקק, ואותה יש ללמוד מעקרונות היסוד של השיטה. עקרונות אלה, מטבע הדברים, עשויים לנגוד זה את זה: "עיקר הסבך מקורו בתופעה, שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה".¹⁷⁹ סבך זה יותר בדרך של איזון בין העקרונות המתנגשים, ובלשונו של השופט ש' אגרנט:

מן ההכרח שתתעורר השאלה – ודווקא משום שאין אותה גישה מכילה בקרבה נוסחה מדוייקת וצרה – מהו העיקרון הרציונלי שצריך לשמש לה, לרשות המבצעת, שעה שהיא עוסקת בתהליך האמור, לשם הכרעת הכף לצד זה או זה משני האינטרסים הנזכרים.¹⁸⁰

כיצד ייעשה האיזון? השופט ש' אגרנט ציין כי "הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של ביטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה".¹⁸¹ הוא הוסיף:

הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הניתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים, הנחשבים בתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים על ידי מימוש העיקרון של חופש הביטוי. תיחום התחומים לשימוש בזכות לחופש הדיבור והפרסה (press), נעוץ, איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה, על אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה.¹⁸²

על רקע זה בחן השופט ש' אגרנט את חשיבותו של העיקרון בדבר חופש הביטוי. הוא ראה בו "זכות עילאית",¹⁸³ אשר מהווה "את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות".¹⁸⁴ כן בחן השופט ש' אגרנט את האינטרס בדבר "שלום הציבור". הוא איזן בין השניים וקבע את נוסחת האיזון הבאה: ניתן להגביל את חופש הביטוי מטעמים של שלום הציבור אם יש הסתברות של "קרוב לוודאי" לגרימת נזק לשלום הציבור אם חופש הביטוי לא יוגבל.¹⁸⁵

179 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 880.

180 שם, בעמ' 881.

181 שם.

182 שם, בעמ' 879.

183 שם, בעמ' 878.

184 שם.

185 שם, בעמ' 884.

פרשת קול העם עסקה בפירושו של הדיבור "עלול" (likely) בפקודת העיתונות. נוסחת האיזון שנקבעה בה היא חלק מפרשנותה של לשון החוק על רקע תכליתו. האיזון העקרוני קובע את התכלית של החוק. זהו איזון פרשני.¹⁸⁶ מה הדין אם אין דיבור מיוחד שדורש פרשנות אלא יש שיקול דעת שלטוני המבוסס על הוראת הסמכה כללית? שאלה זו התעוררה בפרשת אולפני הסרטה בישראל.¹⁸⁷ בפרשה זו נדונה סמכותה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לתת רשות להצגת סרט תוך הטלת תנאים או בלעדיהם – או לסרב מתן רשות להצגת סרט או חלק ממנו. האם בהפעלת סמכותה זו המועצה חייבת לערוך את האיזון שנקבע בפרשת קול העם? תשובתו של בית המשפט העליון הייתה בחיוב. השופט מ' לנדוי ציטט מדבריו של השופט ש' אגרנט והוסיף:

בעניין קול העם פירש בית המשפט את ההוראה הסטטוטורית הספציפית שבסעיף 12(2)(א) לפקודת העיתונות, בעוד שכאן אנו דנים בשיקול-דעת מינהלי, שלא הוגדר הגדרה נוספת בסעיף 6(2) של פקודת סרטי הראינוע. אך ההחלטה בעניין 'קול העם' הועמדה על בסיס רעיוני רחב, ההולם במלואו את העניין שלפנינו.¹⁸⁸

פרשת אולפני הסרטה בישראל והפסיקה שבעקבותיה הרחיבו את היקף התחולה של הלכת קול העם. שוב לא הייתה זו אך הלכה המפרשת ביטוי זה או אחר בדבר חקיקה. הייתה זו הלכה המפרשת את הסמכות השלטונית במובנה הרחב, על רקע תכליתה האובייקטיבית. תכלית זו כוללת את העקרונות המתנגשים כולם ואת האיזון ביניהם על פי נוסחאות האיזון העקרוניות. ההלכה נהפכה להיות חלק מהמשפט המקובל הישראלי, והיא חלה על כל הזכויות ועל כל ההתנגשויות בין הזכויות לבין זכויות אחרות או בינן לבין טובת הכלל.

השפעתה של פרשת קול העם הייתה דרמטית משני טעמים: ראשית, היא הכירה בחופש הביטוי כעיקרון יסודי של המשפט הישראלי. היא עשתה כן בלא כל הוראה חקוקה בעניין זה, וכחלק מהמשפט המקובל הישראלי. במשך השנים הופעלה גישה דומה. בית המשפט העליון הכיר, כחלק מהמשפט המקובל הישראלי, במרבית זכויות האדם המקובלות באותה עת. שנית, פרשה זו הניחה את הבסיס לתורת האיזון הישראלית. תורה זו מאפיינת יותר מכול את המשפט הציבורי הישראלי.¹⁸⁹ על רקע תפיסה עקרונית זו נוצרו נוסחאות האיזון העקרוניות. בצד כל זכות נקבעו נוסחאות האיזון המתאימות לה, בהתנגשה בעיקרון נוגד שעניינו זכות אחרת או טובת הכלל.

186 על האיזון הפרשני, ראו עמ' 54 לעיל.

187 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז(4) 2407 (1962).

188 שם, בעמ' 2418.

189 ראו בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 58, בעמ' 413; פרשת שביט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 649.

הבחנה בסיסית שהוכרה בעניין זה הייתה בין איזון אופקי לאיזון אנכי. לבחינתה של זו אפנה עתה.

(2) איזון אנכי ואיזון אופקי

בית המשפט העליון הכיר בכך שהנוסחה שנקבעה בפרשת קול העם היא אחת ממגוון של נוסחאות איזון. הודגש כי "נוסחאות האיזון משתנות על-פי הערכים המתחרים, ובמסגרתם של ערכים נתונים, על-פי המטרות החברתיות ותפיסות היסוד החוקתיות".¹⁹⁰ הבחנה בסיסית בהקשר זה נעשתה בין איזון אופקי לבין איזון אנכי.¹⁹¹ איזון אופקי מתקיים כאשר שני עקרונות שווי-מעמד מתנגשים. כך הדבר כאשר שתי זכויות אדם שוות במעמדן החוקתי מתנגשות זו בזו.¹⁹² לכל אחת משתי הזכויות מעמד נורמטיבי שווה, שכן מטבע הדברים באותה תקופה רובן היו זכויות הלכתיות, כחלק מהמשפט המקובל הישראלי. בהתנגשות זו כל עיקרון שומר על מעמדו הנורמטיבי, וכל שנדרש הוא לקבוע את הוויתור ההדדי של האחד לאחר. נוסחת האיזון משקפת את מידת הוויתור ההדדי של כל אחד מהעקרונות לרעהו. עמדתי על כך בפרשת דיין:

באיזון "האופקי" שני הערכים המתנגשים הם שווי מעמד. נוסחת האיזון בוחנת את מידת הוויתור ההדדי של כל אחת מהזכויות. כך, למשל, זכות התנועה וזכות התהלוכה הן שוות מעמד. נוסחת האיזון תקבע תנאים של מקום, זמן והיקף כדי לאפשר חיים בצוותא של שתי הזכויות. למותר לציין כי תנאים אלה של מקום, זמן והיקף עשויים להשתנות, על-פי מהותן של הזכויות "השוות", המטרות החברתיות המונחות ביסודן ותפיסות היסוד החוקתיות.¹⁹³

איזון אנכי מתקיים כאשר עיקרון אחד נמצא ברמה נורמטיבית גבוהה מזו של העיקרון האחר. כך הדבר כשזכות אדם הלכתית מתנגשת בהוראת חוק, בתקנה או בהוראת מנהל. נורמות אלה נמצאות ברמה נורמטיבית גבוהה מההלכה השיפוטית. האיזון נועד לקבוע את הנסיבות והתנאים שבהם עדיפות זו מתרחשת. עמדתי על כך בפרשת דיין:

190 פרשת דיין, לעיל ה"ש 139, בעמ' 475.

191 להבחנה זו ראו ספיר "ישן מול חדש", לעיל ה"ש 9; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 9. ראו גם שגב, לעיל ה"ש 62, בעמ' 204.

192 על התנגשות זכויות חוקתיות ראו ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות", לעיל ה"ש 61, וכן CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS, לעיל ה"ש 10.

193 פרשת דיין, לעיל ה"ש 139, בעמ' 475-476.

באיזון "האנכי", ידו של ערך אחד – המתנגש עם ערך אחר – על העליונה. עם זאת, עליונות זו משתכללת רק אם מתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לעניין הסתברות הפגיעה בערך העדיף ומידתה.¹⁹⁴

במסגרת האיזון האנכי נפסק בפרשת קול העם כי האינטרס של שלום הציבור גובר על חופש הביטוי, ובלבד שיש ודאות קרובה כי ייגרם נזק ממשי לשלום הציבור אם לא יוגבל חופש הביטוי. בדומה, האינטרס הציבורי לביטחון, המעוגן בתקנות ההגנה (שעת חירום)¹⁹⁵ המנדטוריות או בחקיקה ישראלית, גובר על חופש התנועה מחוץ לגבולות המדינה, ובלבד שקיים "חשש כן ורציני" לפגיעה בביטחון אם תוגשם הזכות לצאת מהארץ.¹⁹⁶ האינטרס הציבורי בטוהר השיפוט, אשר עוגן בהוראה פלילית האוסרת על פרסום דבר על עניין התלוי ועומד בבית המשפט, גובר על חופש הביטוי אם יש אפשרות סבירה שיש בפרסום כדי להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו.¹⁹⁷ השופט י' זוסמן ציין:

אין די בסכנה רחוקה הנשקפת להליך (remote effect) אבל די בהשפעה אפשרית שכן אחת היא אם בפועל עשה הפרסום את שלו והשפיע על המשפט או רק יכול היה להשפיע אפשרות זו של השפעה על תוצאות המשפט, די לה אם היא אפשרות סבירה, ואין צורך שתהא קרובה לוודאי או ממשמת ובאה (imminent).¹⁹⁸

בכל המקרים הללו, ובאחרים, הנחת היסוד היא שהחוק גובר על הזכות. נוסחת האיזון היוותה כלל פרשני; היה זה איזון פרשני.¹⁹⁹ היא קבעה באלו תנאים ההתנגשות בין החוק לזכות מתרחשת. היא קבעה מתי הסתירה בין החוק לזכות היא אמיתית. על כן, כאשר החוק פגע בזכות בלשון ברורה, חד-משמעית ומפורשת – או אז הסתיים התפקיד הפרשני של נוסחת האיזון. בהתנגשות אמיתית, יד החוק על העליונה.

(3) הערכת המפעל השיפוטי

ההכרה השיפוטית במגוון זכויות אדם וההגבלות עליהן באמצעות נוסחאות האיזון הן מפעל רב-חשיבות. בהיעדרה של מגילת זכויות חוקתית או חקיקתית הכיר בית המשפט

194 שם.

195 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 858.

196 ראו בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701 (1986).

197 החוק שונה בשנת 2002. האיסור חל רק על פרסום דבר בעניין פלילי התלוי ועומד בבית משפט, ראו ס' 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שתוקן בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 32), התשס"ב-2002, ס"ח 244.

198 ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(1) 169, 181 (1963).

199 על האיזון הפרשני, ראו עמ' 54 לעיל.

העליון במגילה הלכתית של זכויות אדם.²⁰⁰ ההגבלות השיפוטיות באמצעות נוסחאות האיזון הביאו למשטר ראוי של זכויות אדם בחברה דמוקרטית. חרף התנאים הקשים ששררו במדינת ישראל – מלחמות, טרור ובעיות ביטחון קשות; קליטת עלייה, תהפוכות כלכליות ומתח חברתי – הונח היסוד למבנה איתן של זכויות אדם ושל ההגבלות עליהן. בהיעדר נורמה חוקתית-על-חוקית באותה עת, טבעי היה כי זכויות האדם וההגנה עליהן כפופות לדבר החקיקה. עם זאת, פרשנותו של דבר החקיקה ושל הלכות המשפט המקובל אשר סבבו אותו, אפשרו – בהיעדר לשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית – לקיים משטר ראוי של זכויות אדם, הן בתקופות רגיעה והן בתקופות של טרור ולחימה. תרם לכך המחוקק, אשר נמנע מלשנות את הלכות המשפט המקובל המכירות בזכויות האדם. השאלה הניצבת בפני המשפט החוקתי הישראלי הינה אם נוסחאות האיזון ההלכתיות ממשיכות לחול אחרי כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. נטיית הלב הינה לתת תשובה חיובית לשאלה זו: נוסחאות האיזון שפותחו במשך כארבעים שנה על ידי הפסיקה של בית המשפט העליון הן מפעל שיפוטי חשוב שתורם רבות לדמוקרטיה הישראלית ולשלטון החוק בה. אם יש אפשרות להמשיך ולהשתמש בהן – לא רק במישור של פרשנות החוק הפוגע אלא גם במתן מובן לפסקת ההגבלה החוקתית – רצוי לעשות כן. בכך תובטח גם ודאות וקוהרנטיות משפטית.²⁰¹ האם יש אפשרות כזו? לבחינתה של שאלה זו אעבור עתה.

(ב) נוסחאות האיזון של הלכת קול העם ופסקת ההגבלה בחוקי היסוד

(1) האם נוסחאות האיזון ההלכתיות ממשיכות לחול במסגרת חוקי היסוד? האם נוסחאות האיזון שנקבעו בפסיקה הישראלית לפני כינונם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק ממשיכות לעמוד בעיני לעניין הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקי היסוד? כפי שציינתי, לרעיון של נוסחאות איזון עקרוניות יש מקום חשוב במסגרת פסקת ההגבלה.²⁰² הדגשתי את החשיבות של שלב הביניים בין כלל האיזון הבסיסי לבין כלל האיזון הקונקרטי. האם ניתן לממש רעיון זה באמצעות נוסחאות האיזון שפותחו בפסיקה הישראלית, לפי הדין הקודם? הקושי במתן תשובה חיובית לשאלה זו מקורו במבנה האנליטי השונה של האיזון במידתיות בהשוואה לנוסחאות האיזון ההלכתיות. מבחני האיזון במידתיות מניחים זכות ברמה חוקתית

200 על זכויות אדם הלכתיות במשפט המקובל ראו AN INTRODUCTION TO HUMAN RIGHTS AND THE COMMON LAW (Philip Havers & Rosalind English eds., 2000); PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA (Tom Campbell, Jeffrey D. Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2006); David Jenkins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 Int'l J. OF CONST. L. 183 (2009).

201 ראו Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 54.

202 ראו עמ' 79 לעיל.

הנפגעת על ידי נורמה נמוכה ממנה (כגון חוק): אם מבחני המידתיות מתקיימים הפגיעה היא חוקתית; אם הם אינם מתקיימים הפגיעה אינה חוקתית. מבחני האיזון ההלכתיים מניחים זכות ברמה הלכתית (כלומר: תת-חוקית), הנפגעת לכאורה על ידי נורמה גבוהה ממנה (חוק). אם הם מתקיימים לא מתרחשת כלל פגיעה; אם הם אינם מתקיימים, הפגיעה מתרחשת והחוק תמיד גובר על הזכות.

שוני זה במבנה האנליטי משקף את השינוי המהותי בעניינין של זכויות האדם שהתרחש עם כינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. ממעמד של דין הלכתי הן הועמדו במעמד של דין חוקתי. הכוח הבלתי-מוגבל של החוק (שהיה ברמה גבוהה יותר) לפגוע בזכות (שהייתה ברמה נמוכה יותר) נעלם. תחתיו בא כוחו המוגבל של החוק לפגוע בזכות חוקתית. עמדתו על כך בפרשת בנק המזרחי המאוחד:

המהפכה החוקתית אינה מתבטאת אפוא בעצם ההכרה בקיומן של זכויות האדם. הכרה זו קיימת בישראל על בסיס הפסיקה, מימים ימימה. המהפכה החוקתית מתבטאת בשינוי מעמדן החוקתי של זכויות האדם [...] שוב אין לאדם בישראל אך זכויות הילכתיות "שאינן כתובות על ספר" [...] הן הפכו לזכויות חוקתיות החרוטות על דפי החוקה, והנהנות מעליונות נורמטיבית [...] חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית בלא שיהלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בלא שיהא לתכלית ראויה, ובלא שיהא במידה הדרושה, הוא חוק לא חוקתי, ועל-כן ניתן להצהיר על בטלותו. חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה והקובע – אם במפורש ואם במשתמע – כי הוא מכוון לפגוע בזכות האדם, אינו חוקתי, ובית המשפט יצהיר על בטלותו. זהו שורש השינוי החוקתי. כדבר הזה לא היה בעבר.²⁰³

שוני מהותי זה ביחס בין הזכות לבין ההגבלות עליה מתבטא במישרין בשוני שבין מעמדו ותפקידו של האיזון בנוסחאות האיזון ההלכתיות לבין המעמד והתפקיד של האיזון במידתיות. האיזון בנוסחאות האיזון ההלכתיות מילא בסופו של יום תפקיד פרשני. הוא פירש את הסמכות השלטונית במובנה הרחב. הוא בא לקבוע את המובן של הסמכות השלטונית ואת המצבים שבהם סמכות זו מתנגשת בזכות אדם. הוא צמצם בדרך פרשנית את הסמכות השלטונית ובכך הקטין את שטח החיכוך. כאשר התקיים החיכוך בכל זאת – הייתה יד החוק הפוגע בזכות האדם על העליונה. שונה הוא מעמדו של האיזון במידתיות. הוא אינו ממלא תפקיד פרשני; הוא אינו איזון פרשני. הוא לא בא לקבוע את מובנה של הסמכות השלטונית ואת המצבים שבהם סמכות זו מתנגשת בזכות אדם. הוא אינו מצמצם בדרך פרשנית את הסמכות השלטונית; הוא אינו מצמצם את

203 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 354.

שטח החיכוך אלא משאיר אותו כשהיה. הוא קובע את התנאים לחוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית בתחום החיכוך. כאשר תנאיו של האיזון במידתיות מתקיימים, הפגיעה היא חוקתית והזכות אינה מוגנת בתחום הפגיעה; כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים, הפגיעה אינה חוקתית והזכות מוגנת בתחום הפגיעה.

(2) פתרון הבעיה: הכרה בנוסחאות האיזון ההלכתיות תוך התאמתן למבנה החוקתי החדש

(א) האיזון ההלכתי כחלק מהאיזון העקרוני בפסקת ההגבלה

היש מקום לנוסחאות האיזון ההלכתיות במסגרת מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה? שאלה זו התעוררה כמה פעמים בפסיקה.²⁰⁴ ניתנה עליה תשובה חיובית. אכן, חרף השוני בין מעמדן ותפקידן של נוסחאות האיזון ההלכתיות לבין מעמדן ותפקידן של נוסחאות האיזון העקרוניות במידתיות, יש להן בסיס משותף. בשני המצבים מטרתן של האיזון הינה אימוץ של מבחנים עקרוניים לקביעת תוצאותיה של פגיעה בזכות אדם. מבחני האיזון ההלכתיים ביקשו לקבוע אמות־מידה עקרוניות שבמסגרתן תתאפשר פגיעה כדין בזכות אדם, ומחוצה להן הפגיעה אינה כדין. הטכניקה המשפטית הייתה פרשנית, אבל המהות קבעה הגבלות על הפגיעה בזכות האדם. הוא הדין בתפקיד של נוסחאות האיזון העקרוניות בגדרי המידתיות. גם הן נועדו לקבוע אמות־מידה עקרוניות שיקבעו את מידת ההגנה על זכויות האדם החוקתיות. הטכניקה המשפטית אינה פרשנית. היא קובעת את ההגבלות על הפגיעה בזכות החוקתית. הטכניקה המשפטית שונה, אך המטרה של הגנה על זכויות האדם מפני פגיעתו של החוק היא משותפת. טלו למשל את נוסחת האיזון העקרונית של פרשת קול העם. זו קובעת כי בהיעדר לשון מפורשת, ברורה וחד־משמעית אין לפגוע בחופש הביטוי בשל טעמים של שלום הציבור, אלא אם יש ודאות קרובה לכך שייגרם נזק ממשי וכבד לשלום הציבור אם לא יוגבל חופש הביטוי. נוסחת איזון פרשנית זו עשויה לשמש גם כנוסחת איזון חוקתית בגדריה של המידתיות.

(ב) "מיקומן" של נוסחאות האיזון ההלכתיות בגדרי פסקת ההגבלה

היכן יש למקם את נוסחאות האיזון ההלכתיות בגדרי המידתיות?²⁰⁵ שאלה זו טרם הוכרעה בפסיקתו של בית המשפט העליון.²⁰⁶ בפרשת חורב מיקמתי את נוסחאות האיזון ההלכתיות במרכיב המטרה הראויה.²⁰⁷ בפרשת מילר מיקמה השופטת ד' דורנר

204 ראו פרשת מילר, לעיל לעיל ה"ש 11, בעמ' 138; פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 41; בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 286 (2001); פרשת בכרי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 263; בג"ץ 953/01 ח"כ מרינה סולודקין נ' עיריית בית־שמש, פ"ד נח(5) 595, 612 (2004).

205 ראו ספיר "ישן מול חדש", לעיל ה"ש 9; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 9.

206 ראו פרשת סולודקין, שם, בעמ' 612.

207 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 41.

את נוסחאות האיזון ההלכתיות בגדרי מבחן-המשנה השלישי של המידתיות – מידתיות במובן הצר.²⁰⁸ לדעתי, גישה זו של השופט ד' דורנר היא הראויה. הנוסחאות ההלכתיות הן נוסחאות איזון. יש למקם אותן באותו שלב של המידתיות המבוסס כל כולו על איזון. שלב זה הוא המידתיות במובן הצר.²⁰⁹

ניתן לנמק את הגישה כי נוסחאות האיזון ההלכתיות צריכות למצוא את מקומן במסגרת מבחן-המשנה השני – הצורך לבחור באמצעי הפוגע פחות – בכך שבמסגרת מבחן זה ניתן לאזן בין ההפחתה בפגיעה בזכות החוקית לבין ההפחתה בהגשמת מלוא התכלית הראויה. בכך תושג המטרה של "פשרה" בין העקרונות המתנגשים, בלא צורך בהכרעה "בינארית".²¹⁰ לדעתי, מבחן-המשנה השני אינו מאפשר איזון זה. האמצעי החלופי שיש לבחור צריך להגשים את מלוא המטרה הראויה ולא את חלקה בלבד. הגשמת חלק מהמטרה הראויה, בדרך של איזון בינה לבין הזכות החוקתית הנפגעת, יכול להיעשות רק במסגרת מבחן-המשנה השלישי (המידתיות במובן הצר).²¹¹

הנה כי כן, האכסניה הראויה לנוסחאות האיזון ההלכתיות נמצאת בגדרי האיזון שבמבחן-המשנה השלישי. בגדרו של מבחן זה יהא מקום לבחון את קיומה של חלופה מידתית. חלופה זו עשויה להגשים רק חלק מהמטרה הראויה במחיר פגיעה פחותה בזכות החוקתית. בחינתה של חלופה זו נעשית במסגרת האיזון הנערך בגדרי מבחן-המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר). במסגרת זו ייערך האיזון במקום שטובת הכלל מתנגשת עם זכות חוקתית ובמקום שזכות חוקתית אחת (עמה מבקש החוק להיטיב) מתנגשת עם זכות חוקתית נוגדת (בה פוגע החוק). בהקשר זה הובעה לעתים הגישה כי מבחן-המשנה השלישי, שעניינו האיזון, אינו חל בהתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות. לדעת השופט ד' דורנר "אמות-המידה שבפסקת ההגבלה, ובמיוחד עיקרון המידתיות, אינן הולמות איזון בין שתי זכויות-אדם".²¹² גישה זו נכונה היא, עד כמה שמטרת האיזון לקבוע את היקפן של הזכויות המתנגשות ברמה החוקתית.²¹³ כאשר יש התנגשות "אמיתית"²¹⁴ בין שתי זכויות חוקתיות, ההכרעה בשאלה איזו זכות תגבר אינה מוכרעת על ידי הוראותיה של פסקת ההגבלה. הוא הדין אם ההתנגשות היא בין זכות חוקתית לטובת הכלל המעוגנת ברמה חוקתית. התנגשות זו נפתרת באמצעות גישה פרשנית,

208 ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 141.

209 ראו Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 54.

210 השוו ספיר "ישן מול חדש", לעיל ה"ש 9; ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 9.

211 ראו דוידוב, לעיל ה"ש 86; וכן ראו *Rivers, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, לעיל ה"ש 10.

212 פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 191, בעמ' 286.

213 ראו ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות", לעיל ה"ש 61.

214 להתנגשות "אמיתית" ולהבחנה בינה לבין התנגשות "מדומה", ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 542 (1990).

והאיזון הוא פרשני. הוא נערך מחוץ לפסקת ההגבלה. לא כן כאשר זכות חוקתית מתנגשת עם נורמה תת-חוקתית שמטרתה איזון בין זכויות חוקתיות. התנגשות זו נפתרת ברמה התת-חוקתית, במסגרתה של פסקת ההגבלה.²¹⁵

(ג) התאמתן של נוסחאות האיזון ההלכתיות לאיזון העקרוני בפסקת ההגבלה

ההבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי מאבדת מקצת מחשיבותה. הטעם לכך הוא שפסקת ההגבלה חלה על שני המצבים – ואף המידתיות במובן הצר חלה על שני המצבים. עם זאת, ניתן להצביע על שני עניינים שבהם יש ייחוד לאיזון העקרוני כששתי זכויות אדם נתונות בשני צדי המאזניים (איזון אופקי): ראשית, העובדה שמטרת החוק היא הגנה על זכות חוקתית או קידום שלה מקיימת כשלעצמה את מבחן הסף של המטרה הראויה. לעומת זאת, כאשר מטרתו של החוק הפוגע היא הגשמה של טובת הכלל, יש לבחון אם טובת כלל זו עוברת את מבחני הסף של המטרה הראויה. לא כל טובת כלל מצדיקה פגיעה בזכות חוקתית. שנית, כאשר יש זכויות חוקתיות משני צדי המאזניים, לעתים יש לאזן בין חובתו של המחוקק שלא לפגוע בזכות האחת לבין חובתו להגן על הזכות האחרת או לקדם אותה.²¹⁶ משני צדי האיזון מונחת על הכף חובתו של המחוקק. לעומת זאת, כאשר בצד אחד מונחת זכות חוקתית ובאחר מונחת טובת הכלל, יש לאזן בין חובתו של המחוקק שלא לפגוע בזכות החוקתית לבין סמכותו להגשים את טובת הכלל. על פי גישה זו, הגשמה של טובת הכלל היא סמכות של המחוקק אך אינה בהכרח

215 ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 10, בפס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "דרישותיה של פסקת ההגבלה – ובמיוחד דרישות התכלית הראויה והמידתיות – עשויות בנסיבות מתאימות להיות לעזר אף כאשר מדובר באיזון אופקי בין שתי זכויות אדם מתחרות. נוטה אני לדעה כי מבחני פסקת ההגבלה יכולים לשמש לצורך עריכת איזונים אופקיים בין זכויות שוות-מעמד, אף כי דרך הפעלתם ויישומם של מבחנים אלה עשויים להשתנות בהתאם לסוג הערכים המתנגשים, משקלם היחסי, מהות האיזון ביניהם ומכלול נסיבות העניין". כן ראו ברק "על התנגשותן של זכויות חוקתיות", לעיל ה"ש 61.

216 על חובתו של המחוקק ראו David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986); ALASTAIR R. MOWBRAY, *THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS* (2004); Dieter Grimm, *The Protective Function of the State*, in *EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 137 (Georg Nolte ed., 2005); Frank I. Michelman, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question*, in *EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 156 (Georg Nolte ed., 2005).

חובה חוקתית שלו.²¹⁷ היא תיהפך לחובה חוקתית במצב שבו הגשמה של טובת הכלל הינה גם זכות חוקתית של הפרט.

הנה כי כן, ההבחנה העקרונית בין חוק שנועד להגן על זכות הפרט לבין חוק שנועד להגשים את טובת הכלל – בין איזון אופקי לאיזון אנכי – בעינה עומדת. גם אם עומעם זוהרה יש לה השלכות משפטיות. אמת, לעתים ההבחנה בין זכות הפרט לטובת הכלל (או אינטרס הכלל) אינה קלה. זאת בעיקר לאור הגברת המגמה להכיר בכמה עניינים השייכים לטובת הכלל כזכויות הפרט. חרף קשיים אלה, יש שוני מהותי בין הגשמת טובת הכלל (שהיא מסמכות המדינה) לבין הגנה על זכות אדם (שהיא חובת המדינה). כך, למשל, מניעת פגיעה ברגשות דתיים הוא עניין לטובת הכלל. מניעת פגיעה בחופש הדת היא עניין לזכות הפרט. לעתים ניתן לראות אותו עניין הן כשייך לטובת הכלל והן כשייך לזכות הפרט. במצב דברים זה יש לשאוף לפתרון המתיישב עם שתי נוסחאות האיזון.²¹⁸

התאמות לעניין איזון אופקי

נוסחאות האיזון ההלכתיות יצאו מתוך הנחה, לעניין האיזון האופקי, כי הזכויות המתנגשות הן שוות מעמד נורמטיבי ושוות חשיבות. זכויות במעמד נורמטיבי שווה יכולות להיות בעלות חשיבות שונה. בפיתוח נוסחאות האיזון העקרוניות שעה ששתי זכויות חוקתיות מתנגשות, יש לתת ביטוי להבדלים בחשיבותן של הזכויות. כך, למשל, יש להתחשב במידת הנחיצות או הדחיפות בהגנה על זכות חוקתית אחת לעומת הנזק הנגרם לזכות חוקתית חשובה ממנה. זאת ועוד: יש להביא בחשבון את ההיקף של הפגיעות בזכויות חוקתיות שוות חשיבות המתנגשות זו בזו. כאשר מדובר בזכות חוקתית שנפגעה רבות בעבר, החשיבות הכרוכה במניעת פגיעה קטנה בה יכולה להיות רבה יותר ממניעת פגיעה בהיקף דומה בזכות חוקתית שההגבלות עליה בעבר היו מעטות. למותר לציין כי במסגרת האיזון האופקי – הן לעניין זכויות שוות חשיבות והן לעניין זכויות ברמות חשיבות שונות – יש להתחשב בהסתברות הגשמתה של ההגנה על זכות חוקתית אחת ובהסתברות הגשמתה של הפגיעה בזכות אחרת.

התאמות לעניין האיזון האנכי

נוסחאות האיזון האנכיות הופעלו ברמת הפשטה גבוהה. לא תמיד שיקפה רמת הפשטה זו במלואה את השיקולים המונחים ביסוד הזכות הנפגעת וביסוד הטעמים המצדיקים פגיעה בה.²¹⁹ כך, למשל, נתפס חופש הביטוי ברמת הפשטה גבוהה בלא שנערכו

217 ראו *Rivers, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 168.

218 ראו פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 191.

219 ראו שגב, לעיל ה"ש 62, בעמ' 145.

במסגרתו הבחנות המשקפות את מורכבותו של חופש זה: לא הרי הגבלה מראש (prior restraint) כהגבלה בדיעבד; לא הרי נזק מקיף לזכות זו כהרי נזק שולי; לא הרי נזק ודאי כהרי נזק שרמת הסתברותו רחוקה. רמת הפשטה גבוהה זו פעלה גם לעניין טובת הכלל שהצדיקה את הפגיעה בחופש הביטוי. כך, למשל, נקבע כי ניתן לפגוע בחופש הביטוי כדי להגן על "הסדר הציבורי". לסדר זה ניתנה הגדרה רחבה מדי.²²⁰ אכן, נדרשת בחינה מחודשת של נוסחאות האיזון ההלכתיות. אמת-המידה לבחינה זו היא הטעמים המונחים ביסוד הזכות הנפגעת וביסודו של הצידוק לפגוע בה.²²¹ על פי אמת-מידה זו יהיה מקום לקבוע נוסחאות איזון עקרוניות שישקפו את הטעמים המונחים ביסוד הזכות ואת הטעמים המצדיקים פגיעה בה. הדבר עשוי להגדיל את מספרן של נוסחאות האיזון. אין להירתע מכך, שכן הדבר ישיג בצורה שלמה יותר את ההגנה הראויה על הזכות החוקתית ועל טובת הכלל גם יחד.

סוף דבר

המידתיות היא מרכזית לתורת הזכויות. כשם שאנו חיים כיום בעידן הזכויות,²²² כך אנו חיים כיום בעידן המידתיות. מרבית הדמוקרטיה החוקתיות אימצו את המידתיות כאמת-מידה מרכזית לפתרון היחס המורכב בין פרט לציבור בדמוקרטיה המודרנית.²²³ לפנינו דוגמה יפה ל"נדידת דינים חוקתית".²²⁴ במרכז המידתיות מונחת המושגיות של האיזון. תפקידה אינו לקבוע את היקפה של הזכות, אלא את הצידוק להגנה עליה או לפגיעה בה. מכאן החשיבות הרבה שבהבנתה של מושגיות זו. רשימה זו ביקשה לתרום את תרומתה למשימה זו. נראה כי בעניין זה אנו נמצאים אך בתחילת הדרך. רבות הן השאלות שהאיזון מעלה, ובהן שאלות הקשורות למהותה של הדמוקרטיה, להפרדת הרשויות

220 שם, בעמ' 146.

221 שם, בעמ' 170.

222 LOUIS HENKIN, THE AGE OF RIGHTS (1990); NORBERTO BOBBIO, THE AGE OF RIGHTS ראו (1996); CHARLES R. EPP, THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS, AND SUPREME COURTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (1998); Lorraine Weinrib, *The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights Under Canada's Constitution*, 80 Can. Bar Rev. 699 (2001)

223 Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality, Balancing and Global* ראו (2008), A EUROPE OF RIGHTS גם *Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 73 (2008). לעיל ה"ש 10.

224 על נדידת דינים חוקתיים ראו Sujit Choudhry THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS (Sujit Choudhry ed., 2007).

ולמעמד השפיטה. בשאלות אלה אני עוסק בספרי על המידתיות במשפט.²²⁵ ברשימה זו ביקשתי אך להבהיר את המושג ולקבוע את גבולותיו. מקווה אני כי הדבר יעודד אחרים וטובים ממני לפתח אותו במישור התורתי ובמישור המעשי. תפקיד זה מוטל על כל מי שנוזקק לאיזון (מחוקק, שופט, מבצע); הוא מוטל במיוחד על האקדמיה, שבידיה הכלים לפתח את המושגיות של האיזון.²²⁶

225 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 13.

226 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 12, בעמ' 267.

