

”התנגשות” בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי

מאת

ברק מדינה והגר שגב*

בחיבור זה, שנכתב לכבודו של הנשיא אשר גרוניס לרגל פרישתו, אנו מבקשים להצטרף לביקורתו של הנשיא גרוניס על היעדר קו מנחה בפסיקה באשר להבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי. הטענה היסודית שמוצעת כאן היא שלהבחנה בין שני המבחנים חשיבות רבה בקביעת היקף ההגנה על זכויות אדם ואין מקום לזנוח אותה. ההבחנה בין איזון אנכי לאופקי אינה צריכה להתבסס על קביעת מדרג של אינטרסים או זכויות, ובעיקר איננה צריכה להיות מוכרעת על פי הקביעה אם האינטרס אשר לשם הגנה עליו פוגעים בזכויות מסווג כאינטרס ציבורי או כזכות חוקתית. העובדה שבהקשר מסוים קיימת ”התנגשות” בין זכויות חוקתיות אינה מספיקה כשהיא לעצמה כדי לבסס את המסקנה שיש להסתפק במבחן של איזון אופקי. הגישה המוצעת כאן מבוססת על אפיון של מבחן האיזון האנכי כמבחן עקרוני, שלפיו פגיעה בזכות חוקתית יכולה להיות מוצדקת – בכפוף ליישום אד הוק של דרישת המידתיות – רק אם היא מקיימת שורה של כללים, ובהם הדרישה להסמכה בחוק, ההסתברות שהפגיעה בזכות החוקתית הכרחית לקידום התכלית הראויה היא גבוהה מספיק ועוד. המקרים שבהם יש להחיל איזון אופקי הם רק אלה שבהם ראוי לוותר על דרישות הסף שמאפיינות את האיזון האנכי, כלומר המקרים שבהם אין יסוד לחשש שמעשה השלטוני גורם פגיעה לא מוצדקת בזכויות חוקתיות. אלה הם מקרים חריגים, שבהם הפגיעה בזכות החוקתית היא מימוש חובה המוטלת על השלטון, מכוח דיני זכויות האדם, לפעול להגנה על זכותו של אחד באמצעות פגיעה בזכותו של אחר. במרבית המקרים שבהם מופעלת סמכות שלטונית באופן הפוגע בזכות חוקתית של אחד הפגיעה אינה תוצאה של מימוש חובה כאמור, אפילו אם המעשה השלטוני נועד להגן על זכות חוקתית של אחר, ולכן יש להחיל איזון אנכי.

הקדמה. א. הגישות המקובלות בפסיקה. 1. הגישה המסורתית בפסיקה: איזון אנכי; 2. מבחן האיזון האופקי; 3. מבחני איזון חדשים: איזון אופקי בכל מקרה של התנגשות בין זכויות חוקתיות; ב. דיון ביקורתי במבחני האיזון החדשים. ג. הצעה לאפיון חדש של ההבחנה בין איזון אופקי לאנכי. 1. הטעמים להחלת איזון עקרוני להכרעה בתוקפה של פגיעה בזכות חוקתית; 2. הימנעות מהחלת מבחן האיזון העקרוני בדרך של קביעה שאין פגיעה בזכות חוקתית; 3. הימנעות מהחלת מבחן האיזון העקרוני חרף הכרה בפגיעה בזכות חוקתית: איזון אופקי; 4. היקפה של חובה חיובית להגן על זכויות חוקתיות תוך פגיעה בזכויות חוקתיות של אחרים; ד. הדגמת הגישה המוצעת. ה. סיכום.

* ברק מדינה הוא מופקד הקתדרה לזכויות האדם ע”ש השופט חיים ה. כהן ז”ל, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; הגר שגב היא תלמידה לתואר בוגר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אנחנו מודים לאהרן ברק, לשי לוי, לעידו פורת ולעורכי כתב העת משפטים על הערותיהם המצוינות.

הקדמה

לא אחת הסדר שפוגע בזכות חוקתית של אנשים אחדים נועד להגן על זכויות של אנשים אחרים. שאלה היא אם בקביעת אופן היישום של השלב השני של הבחינה החוקתית, בעיקר של דרישת המידתיות, יש להבחין בין מקרים אלה למקרים שבהם הפגיעה נועדה להגן על אינטרס ציבורי. לפי מינוח מקובל, השאלה היא אם ובאיזה אופן יש להחיל את ההבחנה בין "איזון אופקי" ל"איזון אנכי". בסוגיה זו יש אי-בהירות רבה בפסיקה הן באשר למקרים שיש לסווגם כ"התנגשות" בין זכויות והן באשר למהותו של מבחן האיזון שיש להחיל בהם. לפי הגישה המוצעת כאן, שתוצג לאחר דיון ביקורתי בגישות העיקריות הנוהגות בפסיקה, הקביעה שהאינטרס שעליו נועדה להגן הפגיעה בזכות החוקתית גם הוא זכות חוקתית אינה מספיקה כדי להצדיק את החלתו של איזון אופקי. המקרים שיש לסווג כ"איזון אופקי" הם רק אלה שבהם מוטלת על השלטון החובה להגן על זכות של אדם אחד בדרך של פגיעה בזכות של אחר.

חיבור זה נכתב לכבודו של הנשיא אשר גרוניס, לרגל פרישתו לגמלאות, בהערכה רבה לפועלו ולמפעלו השיפוטי, שכלל עיסוק גם בנושא חיבור זה. ביטוי מרכזי לכך ניתן בהכרעתו באחד מפסקי הדין החשובים ביותר של בית המשפט העליון, **עדאלה נ' שר הפנים** (2006). פסק הדין עסק בחוקתיות של חוק שמכוחו נאסר על תושבי השטחים שנישאו לאזרחי ישראל לחיות עמם בישראל. לפי גישתו של השופט גרוניס, שנמנה עם שופטי הרוב, היות שהאיסור נועד להתמודד עם החשש שבני הזוג הזרים ישתתפו במעשי טרור, ההכרעה הנחוצה במקרה זה היא מסוג של איזון אופקי, שכן בשני צדי המתרס מונחות זכויות חוקתיות: "במקרה הנוכחי מתנגשת הזכות [לחיי משפחה] בזכות חוקתית אחרת, היא הזכות לחיים. או אז, עולה השאלה האם יש הצדקה לפנות לבדיקתו של החוק על-פי תנאי פסקת ההגבלה, או שמא יש ליישב את ההתנגשות ללא התייחסות לפסקת ההגבלה, ובוודאי שלא לכל מרכיביה. התשובה להתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות מצויה במה שמכונה לעיתים 'איזון אופקי'".¹ עמדה דומה נקטו שופטים נוספים שנמנו עם עמדת הרוב, ואילו שופטי המיעוט סברו שהמבחן שיש להחיל הוא איזון אנכי ולא אופקי, שכן שלום הציבור הוא אינטרס ציבורי ולא זכות חוקתית.² כפי שנראה בהמשך, מחלוקת זו מצאה ביטוי בכמה וכמה פסקי דין נוספים. כעשור לאחר שניתן פסק הדין בעניין **עדאלה** שב הנשיא גרוניס לסוגיה זו בפסק הדין שקרא ביום פרישתו, בעניין **מדינת ישראל נ' דיראני** (2015). הנשיא קבע שם שבמקרים מסוימים, ובהם המקרה שנדון שם, יש להחיל איזון אופקי אף אם הפגיעה בזכות החוקתית נועדה להגן על אינטרס שהוא במובהק אינטרס ציבורי ולא זכות חוקתית – במקרה זה, האינטרס במניעת סיוע לאויב.³ בפרשת **דיראני** עמד הנשיא על כך שמן הפסיקה "לא עולה קו מנחה אחיד" באשר לנסיבות שבהן יוחל כל אחד

1 בג"ץ 7052/03 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס (2006) (להלן: **עניין עדאלה** (2006)).

2 ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 66–68.

3 דנ"א 5698/11 **מדינת ישראל נ' דיראני**, פס' 75–78 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 15.1.2015).

ממבחי האיזון, ואף העריך כי "אין זה ברור כיצד עצם הסיווג מוביל לתוצאה הראויה", ולפיכך הטיל ספק בתועלת שבסיווג זה.⁴ ברוח זו העיר גם אהרן ברק, בספרו *מידתיות במשפט*, שלאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁵ "ההבחנה ההלכתית בין איזון אופקי לאיזון אנכי מאבדת מקצת מחשיבותה".⁶

בחיבור זה אנו מבקשים להצטרף לביקורתו של הנשיא גרוניס על היעדר קו מנחה בפסיקה בהקשר הנדון. בה בעת אנו סבורים שיש להבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי חשיבות רבה בקביעת היקף ההגנה על זכויות אדם, ואין מקום לזנוח אותה. אנו מבקשים להראות שהגישה שיושמה בכמה פסקי דין בעשור האחרון ובאה לידי ביטוי מובהק בעניין עדאלה מבטאת צמצום ניכר ולא מוצדק של היקף ההגנה על זכויות חוקתיות. בחיבור זה אנו מציעים לאפיין מחדש את ההבחנה בין איזון אופקי לאנכי בהתייחס לשני מרכיביה: האחד, מהותו של כל אחד משני מבחי האיזון; השני, האופן שבו יש לקבוע מהו המבחן שלפיו יש להכריע במקרה נתון.

לפי הניסוח המקובל בפסיקה, ההבדל בין שני מבחי האיזון הוא זה: איזון אנכי משמעו שההכרעה בשאלת תוקפה של פגיעה בזכות חוקתית נעשית לפי הוראותיה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו באיזון אופקי ההכרעה היא בדרך של "פשרה הדדית" בין האינטרסים המתנגשים, בלא להחיל את הדרישות של פסקת ההגבלה, לפחות לא את כולן.⁷ אך זהו תיאור חלקי בלבד של הבחנה זו. ההשלכה המעשית של הסיווג, שלרוב אינה מוצגת במפורש, היא שהחלת איזון אופקי מעניקה לזכות החוקתית הגנה פחותה מזו שמוענקת לה באיזון אנכי. ואכן, רבים כבר עמדו על כך שלעתים ההכרעה בשאלת הסיווג – אם יש להחיל איזון אנכי או אופקי או אם אינטרס מסוים הוא זכות חוקתית או אינטרס ציבורי – לא נועדה אלא להצדיק תוצאה מסוימת: כאשר יש מחלוקת בין השופטים באשר לשאלת תוקפו של מעשה שלטוני הפוגע בזכות חוקתית, כמעט תמיד מי שפונים לאיזון אופקי הם השופטים שסבורים שהפגיעה מוצדקת, ולכן "לעתים לא ברור האם התוצאה קדמה לסיווג או ההפך".⁸

4 שם, פס' 76 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

5 ס"ח התשנ"ב 150.

6 אהרן ברק *מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 647 (2010) (להלן: ברק *מידתיות במשפט*).

7 ראו למשל עניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס; ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 105 (1993) (המשנה לנשיא אלון); בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, פס' 5 לפסק דינה של השופטת דורנר (2001); אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך שלישי – פרשנות חוקתית 383–384 (1994) (להלן: ברק *פרשנות במשפט*); גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" *מחקרי משפט* כב 471 (2006) (להלן: ספיר "ישן מול חדש"). עם זאת אין אחידות בעניין זה, ולעתים מוחלט פסקת ההגבלה בדרך של היקש אף שהמבחן המוצהר הוא איזון אופקי (ראו למשל בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2005)). זו גם גישתו המעורכנת של ברק (ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 647). לדיון בסוגיה זו ראו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" *משפטים* מא 97, 107–108 (2011).

8 בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' 23 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.2.2013). ראו, ברוח זו, מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות

השימוש במטאפורה של איזון אנכי ואופקי יכול ללמד על תוצאה הפוכה מזו שתוארה: כאשר האיזון המוחל הוא אנכי, משמעות הדבר קביעה א-פריוורית שהפגיעה בזכות החוקתית נועדה להגן על אינטרס ציבורי בעל מעמד נורמטיבי עדיף, ואילו איזון אופקי מבטא את העמדה שהאינטרסים הם שווי מעמד. כלומר, המעמד היחסי של הזכות החוקתית גבוה יותר כאשר מוחל איזון אופקי. ואמנם, במקרים שבהם אין ספק שהפגיעה בזכות החוקתית מועילה והכרחית לשם הגנה על האינטרס המתחרה, איזון אופקי יכול לספק הגנה רבה יותר על הזכות החוקתית, שכן במסגרתו, אך לא באיזון אנכי, נדרשת פשרה הדדית בין האינטרסים המתנגשים. אולם בפועל כמעט תמיד דווקא האיזון האנכי הוא שמספק הגנה רבה יותר על זכויות חוקתיות. הדבר נובע משורה של מאפיינים שייחודיים לאיזון האנכי. נציין ארבעה מהם: ראשית, הסמכה מפורשת בחוק היא תנאי הכרחי להצדקת פגיעה בזכות חוקתית רק במסגרת מבחן האיזון האנכי, ואילו איזון אופקי מתאפיין בויתור, מלא או חלקי, על דרישה זו; שנית, דרכים מסוימות לקידום אינטרסים חשובים אינן מותרות, למשל אסורים סוגים מסוימים של פגיעה בזכויות שתכליתם ענישה או הרתעה כללית; שלישית, על פי מבחן האיזון האנכי אין לפגוע בזכות החוקתית כאשר יש ספק אם הפגיעה בזכות החוקתית נחוצה לשם הגנה על האינטרס הציבורי. נדרשת, למשל, "ודאות קרובה" לכך שהפגיעה נחוצה. משמעות הדבר שהמשקל המיוחס לעלות החברתית של טעות מסוג אחד – הפגיעה בזכות תתברר להיות לא מוצדקת – רב מזה של טעות מסוג שני – הימנעות מפגיעה בזכות החוקתית שבדיעבד יתברר שהייתה נחוצה להגנה על אינטרס ציבורי. זהו ביטוי לתפיסה שבאה לידי ביטוי באמירה המזוקקת של סאיו (Sajo): "liberty is about higher risk-taking".⁹ לעומת זאת המבחן של איזון אופקי מבוסס על הכרעה ממקרה למקרה באשר להקצאה הראויה של הסיכון, ולכן אפשר להצדיק פגיעה בזכויות גם כאשר יש ספק ממשי אם הדבר הכרחי לשם הגנה על אינטרסים נוגדים. בדומה לזה, רק על פי מבחן האיזון האנכי נטל ההוכחה מוטל על הטוען להיותה של הפגיעה בזכות מוצדקת, ולכן אם בית המשפט אינו משוכנע אם הפגיעה מוצדקת או לא, עליו לפסוק שהמעשה השלטוני אינו תקף. באיזון אופקי נטל ההוכחה נקבע לפי הכללים החלים במשפט אזרחי או פלילי, לפי העניין; רביעית, מבחן האיזון האנכי כולל גם הקצאה מסוימת של הדרישה לסובלנות, ולכן מוצדק להגביל רק מעשים וביטויים שגורמים נזק שהוא מעבר ל"רף הסבולת" הנדרש בחברה דמוקרטית. גם כאן מבחן האיזון האופקי נבדל מהאיזון האנכי בכך שבמבחן הראשון אין מוחל כלל (rule) כאשר לאופן ההקצאה של הנטל לספוג פגיעה באינטרסים מוגנים מחמת ביטויים ומעשים.

ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003). ראו גם Roscoe Pound, *A Survey of Social Interests*, 57 HARV. L. REV. 1 (1943): "When it comes to weighing or valuing claims or demands with respect to other claims or demands, we must be careful to compare them on the same plane. If we put one as an individual interest and the other as a social interest we may decide the question in advance in our very way of putting it".

9 András Sajó, *Militant Democracy and Transition towards Democracy*, in MILITANT DEMOCRACY 209, 217 (András Sajó ed., 2004). ראו גם, ברוח דומה, עניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות: "הדמוקרטיה על פי מהותה כרוכה בנטילת סיכונים [...]".

כפי שציננה השופטת דורנר, המאפיינים הללו של מבחן האיזון האנכי "משקפים את המחיר הציבורי שחברה דמוקרטית מוכנה לשלם לשם הגנה על זכויות האדם",¹⁰ בעוד שמבחן האיזון האופקי "נועד להפחית, ככל הניתן, את הפגיעה" בשני האינטרסים המתנגשים גם יחד.¹¹ ההבחנה בין איזון אנכי לאופקי היא גם בין מבחן עקרוני, שלפיו מוחלים סייגים כלליים לפגיעה בזכות חוקתית, לבין מבחן אד הוק, שאינו כפוף לדרישות הללו אלא בוחן כל מקרה לגופו. משום כך כאשר מוחל איזון אנכי, די בכך שההסתברות שהפגיעה נחוצה לשם הגנה על אינטרס ציבורי אינה גבוהה מספיק כדי להוביל למסקנה שהפגיעה בזכות אינה כדין, בלא לבחון אם (תוחלת) התועלת החברתית עולה על (תוחלת) עלותה, ואילו איזון אופקי מחייב להיזקק לבחינה מסוג זה בכל מקרה ומקרה. מכאן שהבחירה בין איזון אופקי לאנכי היא בעלת חשיבות רבה: עניינה בשאלה באילו נסיבות ראוי להחיל את דרישות הסף להצדקת פגיעה בזכויות שנועדו לספק הגנה מיוחדת על זכויות חוקתיות (איזון אנכי) ומתי אין לעשות כן (איזון אופקי).

המרכיב השני של ההבחנה הוא אמת המידה שלפיה יש לקבוע איזה משני מבחני האיזון יש להחיל במקרה נתון. לפי הגישה שהפכה מקובלת בפסיקה, די בכך שהפגיעה בזכות החוקתית נועדה להגן על אינטרס שמסוגל כזכות חוקתית כדי לשלול את תחולתו של מבחן האיזון האנכי שתואר לעיל. יתר על כן, במקרים אחדים נקבע כי אם הפגיעה בזכות נועדה להגן על זכות אחרת, שמסוגלת כבעלת חשיבות נורמטיבית רבה יותר, די בכך כדי להוליד למסקנה שהפגיעה בזכות היא מוצדקת.¹² אלה הם שני מהלכים שתוצאתם צמצום ניכר של היקף ההגנה על זכויות: הסייגים הכלליים להצדקת פגיעה בזכויות (האיזון האנכי המסורתי) אינם חלים אם האינטרס הציבורי מסוגל כזכות חוקתית, ואין מוחלת אף הדרישה לפשרה הדדית אם הזכות החוקתית שעליה מגנים מסוגלת כחשובה יותר מן הזכות החוקתית שנפגעת. אנו סבורים שאין מקום לגישה זו. הערכת חשיבותם היחסית של האינטרסים המתנגשים אינה מספיקה, כשהיא לעצמה, לשם הכרעה מהי דרך הפעולה הראויה של השלטון. בלתי נמנעת ההתחשבות גם באופן שבו כל אחת מדרכי הפעולה הנדונות עלולה להשפיע על האינטרסים הנוגעים בדבר, למשל אם מדובר בגריעה מאינטרס מוגן בשל מעשה שלטוני או בשל מחדל, אם הפגיעה מכוונת או אקראית, אם הנפגעים הם מזוהים או לא, ההסתברות שתיגרם פגיעה באינטרסים המוגנים על פי כל אחת מדרכי הפעולה החלופיות הנבחנות וכיוצא באלה גורמים. בהתאם לכך, עמדתנו היא שנדרש בסיס רחב יותר לשם קביעה איזה מבחן איזון יש להחיל.

נקודת המוצא היא הקביעה מהם הטעמים, במסגרת מבחן האיזון האנכי, להחלת הסייגים על כוחו של השלטון לפגוע בזכויות. מבחן האיזון האנכי אינו מבוסס על היותן של זכויות אדם, למשל חופש הביטוי, חשובות מן האינטרס הציבורי, למשל ביטחון המדינה. עיגונה של החובה לכבד זכויות אדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו הופך את הזכות לבטא מסר כלשהו לחשובה מחיי אדם. הסייגים על כוחו של השלטון לפגוע בחופש הביטוי לשם הגנה על חיי אדם נועדו להגביר את הסיכוי שהפגיעה בזכות החוקתית תיעשה רק

10 עניין גור אריה, לעיל ה"ש 7, פס' 5 לפסק דינה של השופטת דורנר.

11 שם.

12 לאפיון גישה זו ראו להלן פרק א.3.

כאשר הדבר מוצדק. הם מבטאים מגוון רחב של שיקולים: שיקולי סדר שני, שעיקרם החשש להטיות בהכרעות של גופי השלטון שעלולות להוביל לפגיעה בזכויות גם כאשר הדבר אינו נחוץ, שיקולי צדק חלוקתי באשר להקצאה הראויה של עלויות חברתיות ושיקולים דאונטולוגיים באשר לתנאים שבהם ניתן להצדיק פגיעה באינטרסים מוגנים. בעיקרו של דבר, שיקולים אלה תקפים, ולכן יש להחיל איזון אנכי, במקרים שבהם יש מקום לחזקה או למסקנת ביניים כי המעשה השלטוני אינו מוצדק. העובדה שמדיניות שלטונית נועדה להגן על אינטרס ציבורי חשוב או על זכות חוקתית אינה מספיקה כשהיא לעצמה כדי לבסס את המסקנה שאין להחיל את הסייגים שתוארו להפעלת הסמכות השלטונית.

המקרים שבהם יש להחיל איזון אופקי ולפיכך לוותר על דרישות הסף שמאפיינות את האיזון האנכי הם רק אלה שבהם אין יסוד לחשש שהמעשה השלטוני גורם פגיעה לא מוצדקת בזכויות חוקתיות. יש שלוש קטגוריות עיקריות של מקרים שבהם אין מקום לחזקה שהמעשה השלטוני אינו מוצדק. שתי הראשונות עוסקות במצבים שבהם אין מוכרת פגיעה בזכות החוקתית, ולכן המעשה השלטוני אינו מוגבל מכוח דיני זכויות האדם: קטגוריה אחת היא של מעשים שלטוניים שאוסרים על אנשים לממש חירויות לשם פגיעה מכוונת באינטרסים חשובים של אחר. דוגמאות לכך הן האיסור על הסתה לגזענות וכן איסורים מסוימים אחרים שנכללים בחוק העונשין, התשל"ז–1977. קטגוריה שנייה כוללת אמצעי מדיניות מסוימים שנועדו להגן על זכויות אדם, ואשר בעניינם התגבשה הסכמה חברתית כי הם מוצדקים, ולכן אין מקום להחיל עליהם את דרישת ההצדקה המיוחדת שחלה על פגיעה בזכויות חוקתיות. דוגמה לכך היא הטלת הגבלות על מעסיקים לשם הגנה על זכויות העובדים (למשל איסור הפליה, קביעת תנאי עבודה הולמים ועוד). אך עיקר ענייננו כאן בקטגוריה שלישית, שעניינה מצבים שבהם אמנם נקבע שהמעשה השלטוני פוגע בזכות חוקתית, וחרף זאת אין מוחלטות דרישות הסף של מבחן האיזון האנכי. לשיטתנו, כאשר נפגעת זכות חוקתית יש להחיל איזון אופקי רק אם הפגיעה היא מימוש חובה המוטלת על השלטון, מכוח דיני זכויות האדם, לפעול להגנה על זכותו של אחר. משמעות הדבר היא שתנאי להצדקת הימנעות מהחלת דרישות הסף של מבחן האיזון האנכי הוא קביעה שאלמלא פעל השלטון כפי שפעל, היה הדבר נחשב פגיעה (על דרך מחדל) בזכות חוקתית. אלה הם מקרים שבהם דיני זכויות האדם מטילים על השלטון חיובים סותרים: מצד אחד הם מטילים על השלטון איסור-לכאורה לפעול, שכן הפעולה פוגעת בחירויות של אנשים מסוימים (למשל הוצאת צו הרחקה נגד מי שמאיים על בן זוג פוגע בחופש התנועה ובכבוד האדם של מי שנגדו הוצא הצו, ולכן מוטל אילוץ על כוחו של השלטון לפעול כך), ומצד אחר, דיני זכויות האדם עצמם מחייבים לכאורה את השלטון לפעול בדרך זו עצמה (בדוגמה שלעיל, להוציא צו להרחקת אדם מביתו לשם הגנה על חייו של בן הזוג המאויים). משמעות הדבר שבמקרים אלה הקביעה שהשלטון פגע בזכות חוקתית אינה צריכה לשמש מסקנת ביניים כי המעשה השלטוני אינו מוצדק, ומשום כך אין מקום להחיל את דרישות הסף המיוחדות לשם הצדקת הפגיעה, כמקובל באיזון אנכי, אלא יש להחיל איזון אופקי.

יש מגוון מצבים שבהם דיני זכויות האדם מטילים על הרשות השלטונית חובה לפעול לשם הגנה על זכות חוקתית של אחד באופן שפוגע בזכות החוקתית של אחר. מקרה אחד כזה הוא כאשר יש סכסוך בין פרטים שזכויותיהם מתנגשות, ונדרשת בו הכרעה (בחוק,

במסגרת הסדר כללי או בהכרעה שיפוטית, בנוגע למקרה מסוים). שלילת כוחו של הפרט לפעול בדרך של עזרה עצמית להגנה על זכויותיו גורמת שכל החלטה שלטונית פוגעת בזכות חוקתית. למשל, במקרה של פרסום לשון הרע של פרט אחד על אחר, המדינה פוגעת בחופש הביטוי אם היא מטילה אחריות אזרחית על המפרסם, והיא פוגעת בזכות לשם טוב אם היא פוטרת את המפרסם מאחריות. יש מקרים נוספים שבהם מוכרת חובה של השלטון לפעול בדרך שפוגעת בזכות חוקתית של אחד כדי להגן על זכותו של אחר, ובהמשך ננסה לאפיין אותם. אך טענתנו העיקרית היא שרק קביעה שעל המדינה מוטלת בנסיבות העניין חובה חיובית להגן על זכות חוקתית בדרך שמביאה לפגיעה בזכות חוקתית של אדם אחר יכולה להצדיק החלה של איזון אופקי. האפיון של האינטרס שעליו מגנים בזכות חוקתית הוא תנאי הכרחי, אך לא תנאי מספיק, להכרה בקיומה של חובה כזו. יש להוסיף ולברר אם יש להכיר בחובה כאמור לאור שורה של שיקולים, ובכלל זה השאלה אם הנפגעים מזוהים או לא, מידת החשש מפני שימוש לרעה בסמכות וכיצד באלה שיקולים. רק במקרים חריגים יש בסיס לקביעה שעל השלטון מוטלת החובה לפגוע בזכות חוקתית ולפיכך להעדיף איזון אופקי ולנטוש את מבחן האיזון העקרוני לטובת מבחן אד הוק. ברוב רובם של המקרים שבהם מופעלת סמכות שלטונית באופן הפוגע בזכות חוקתית, הפגיעה אינה תוצאה של מימוש חובה כאמור, ולכן יש להחיל איזון אנכי. למשל, במקרה שנדון בעניין עדאלה, שהוזכר לעיל, לא היה מקום להחיל איזון אופקי. מתן היתר כניסה לישראל לפלסטיני תושב השטחים שמשפחתו מתגוררת בישראל אינו מוכר לפי הדין הקיים בישראל כפגיעה בזכות לחיים של אזרחי המדינה. מחדלה של המדינה לפעול לצמצום הסיכון לפיגועי טרור, למשל באמצעות שלילת היתר כניסה לישראל, אינו מוכר לפי הדין הקיים כפגיעה בזכות חוקתית כלשהי.¹³ ההכרה בזכות חוקתית לחיים, כמו גם העובדה שזכות זו, כשהיא לעצמה, חשובה מן הזכות לחיי משפחה, אין די בהן כדי להוביל למסקנה שיש להחיל איזון אופקי. היות שהמחדל להגן על הזכות לחיים אינו מוכר כפגיעה בזכות חוקתית, המבחן שנדרש להחיל הוא איזון אנכי, על הסייגים הנובעים ממנו, ובהם אופן הקצאת הסיכון לטעות.¹⁴

בשורות הבאות נציג בפירוט רב יותר את גישתנו. נפתח באפיון הגישה המקובלת בפסיקה (פרק א). כפי שנראה, בעניין זה חלה התפתחות, שעיקרה שחיקה במעמדו של מבחן האיזון האנכי. לאחר הצגת הגישות השונות שמקובלות בפסיקה נציע דיון ביקורתי בונגע אליהן (פרק ב) ונציג את עמדתנו (פרק ג). נסכם בהדגמת התזה המוצעת באשר לכמה

13 יש לציין כי המשנה לנשיא חשין ציין בפסק דינו כי חובה כזו אכן קיימת: "המדינה חייבת לאזרחיה ולתושביה – וחובה ראשונה במעלה היא – להגן על חייהם ועל ביטחונם ולו במחיר פגיעה בזכותם של מיקצת אזרחים [...] (עניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 84 לפסק דינו). אולם, עיון בפסיקה מלמד שבמקרים שבהם המדינה נמנעת מלהגביל חירויות, ובכך מנעה הקטנה אפשרית של הסיכון לפיגועי טרור, דחה בית המשפט את הטענה שיש בכך משום פגיעה בזכות החוקתית של אזרחי ישראל להגנה על חייהם באופן שמלמד שהקביעה שהמדינה "חייבת להגן" על חיי האזרחים אינה מבטאת את הדין הנוהג בתחום דיני זכויות האדם בישראל. ראו בהקשר זה להלן הטקסט הסמוך לה"ש 155–157.

14 לדיון בעניין זה ראו למשל ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47, 81–87 (2009).

תחומים שבהם התעוררה בפסיקה השאלה מהו מבחן האיוון שיש להחיל (פרק ד). כאמור, הטענה היסודית שלנו היא שההרחבה שניכרת בפסיקה להיזקקות למבחן האיוון האופקי, כמו גם פיתוחו של אופן יישום חדש של מבחן זה, אינה מוצדקת.

א. הגישות המקובלות בפסיקה

עיון בפסיקה מלמד על שלוש גישות עיקריות באשר למבחני האיוון: הגישה המסורתית, שלפיה בחינת תוקפה של פגיעה בזכות חוקתית צריכה להתבסס על מבחן האיוון האנכי, על הדרישות הכלליות שקבועות בו; מבחן האיוון האופקי שפיתח השופט ברק, כחריג למבחן האיוון האנכי; והגישה שפותחה בפסיקה בעשור האחרון לערך, שתוצאתה יצירת מבחן איוון חדש. נדון בקצרה בהתפתחות ההלכה בעניין זה.

1. הגישה המסורתית בפסיקה: איוון אנכי

על פי הגישה המסורתית, בהתנגשות שבין זכות חוקתית לבין האינטרס הציבורי ידו של האחרון על העליונה, כלומר האינטרס הציבורי הוא במעמד נורמטיבי גבוה יותר, ולכן היחס הוא "אנכי". אולם מוחל "איוון", שמגן על הזכות החוקתית באמצעות הקביעה שהפגיעה בזכות מוצדקת רק אם היא נחוצה לשם הגנה על האינטרס הציבורי, או לפחות אם קיימת הסתברות גבוהה לקיומה של דרישה זו. רק בנסיבות שבהן ההתנגשות בין הזכות החוקתית לאינטרס הציבורי היא בלתי נמנעת, כלומר הפגיעה אכן מועילה והכרחית, האינטרס הציבורי גובר. מכאן המעמד המרכזי שניתן במסגרת גישה זו לשני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות, שנועדו לברר אם הפגיעה בזכות מועילה לשם הגנה על האינטרס הציבורי ואם היא הכרחית.¹⁵ לעומת זאת למבחן המשנה השלישי ניתן בעבר משקל מצומצם: המטאפורה בדבר איוון אנכי מבטאת הכרעה עקרונית שפגיעה בזכות חוקתית שנועדה להגן על אינטרס ציבורי מקיימת את מבחן המשנה השלישי של המידתיות, שעניינו הערכה אם התועלת החברתית גדולה מן הנזק הנגרם מן הפגיעה בזכות. ההגנה על הזכות החוקתית מושגת מכוח הסייגים להכרה בהיותה של ההתנגשות בין הזכות לבין האינטרס הציבורי "אמתית", כלומר אם הפגיעה אמנם הכרחית לשם הגנה על אינטרס ציבורי חיוני.¹⁶

15 בלשוננו של הנשיא ברק בפסק דינו בעניין **בנק המזרחי**: "[...] מבין מבחני המשנה לעקרון המידתיות החשוב ביותר הוא מבחן המשנה השני. הדרישה, כי החוק יפגע בזכות המוגנת במידה הקטנה ביותר האפשרית היא לב לבו של מבחן המידה שאינה עולה על הנדרש" (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 437 (1995)). הנשיא ברק שינה בהמשך את עמדתו בהקשר זה, בצינו כי במקרים רבים "מבחן הצורך אינו פותר את הדילמה שלפני בית המשפט" ומכאן ש"אין לראות במבחן הצורך את לב-לבה של המידתיות", ומבחן המשנה העיקרי לשיטתו הוא מבחן המשנה השלישי דווקא (ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 416–417).

16 ראו למשל ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 220: "נוסחת האיוון [האנכי] קובעת את התנאים לקיומה של 'התנגשות אמיתית'. בכך היא נותנת ביטוי לחשיבות היחסית של הערכים השונים. על כן, ככל שההסתברות הנדרשת לפגיעה בערך 'החשוב יותר' היא גבוהה יותר, וככל שנדרשת פגיעה חמורה יותר בו, כן ניתן ביטוי לחשיבותו היחסית של הערך שידו על התחתונה". כמפורט בהמשך, בעשור האחרון לערך חל שינוי בגישה זו, ועם הירידה במעמדו של מבחן האיוון האנכי התחזק גם השימוש

סוגיה מרכזית שיש לברר במסגרת האיזון האנכי היא אפוא מהי ההסתברות שהפגיעה בזכות החוקתית אכן מועילה ונחוצה לשם הגנה על האינטרס הציבורי.

מבחן האיזון האנכי שיקף את הדין הנוהג בבית המשפט העליון מימים ימימה. דוגמה ידועה לכך היא פסק דינו של השופט אגרנט בפרשת קול העם (1953). בית המשפט עמד על כך ש"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".¹⁷ בהתבסס על כך נפסק שם כי התכלית העיקרית של ההכרה בחופש הביטוי כ"עקרון יסודי", כלומר במינוח המקובל כיום, זכות חוקתית, היא לוודא שהפגיעה בו אמנם נחוצה, בהסתברות גבוהה של "ודאות קרובה", להגנה על ביטחון המדינה. בלשונו של השופט אגרנט: "הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה. ערכו החברתי הגבוה של העיקרון המגן על האינטרס השני ראוי לתשומת לב מיוחדת, [ולכן] רק בשעה שהמציאות ממש מחייבת יהא מוצדק לתת עדיפות לאינטרס הראשון".¹⁸ תפיסה זו באשר למהותו של האיזון האנכי יושמה בשורה ארוכה של פסקי דין. למשל, באשר לזכות לשוויון נקבע בפרשת מילר (1995) כי תכליתו של ההסדר המפלה שנדון שם – איסור על נשים לשרת בקורס טיס – היא שמירה על ביטחון המדינה, וזו בעלת מעמד נורמטיבי עדיף על הזכות החוקתית לשוויון, אך רק בכפוף למבחן הוודאות הקרובה שלא התקיים במקרה זה: "[...] הערך הגבוה (צורכי הצבא והביטחון) [גובר] על הערך הנמוך יותר (השוויון), רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנזק ממשי לביטחון המדינה [...] [ואין] אמצעים חלופיים, שיש בהם כדי למנוע את הוודאות הקרובה של הסכנה הרצינית [...]".¹⁹ בדומה לכך נקבע בעניין פדרמן (1999), לעניין ההכרזה על התאגדות כארגון טרור: "השאלה שיש להתמקד בה היא מהי נוסחת האיזון הראויה בין חופש ההתאגדות וחופש הביטוי לערכים המוגנים בפקודת מניעת טרור. בהתמודדות בין ערכים אלו, האיזון הוא 'אנכי'. האינטרס במניעת טרור גובר על חופש הביטוי ועל חופש ההתאגדות, ובלבד שמתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לגבי הסתברות הפגיעה ועוצמתה [...]".²⁰ ברוח זו נקבע גם בפרשת לוי (1984), לעניין הזכות להפגין: "אם הפגיעה בחיים או בגוף מצד קהל עוין היא עניין שבוודאות, אין כל ספק שחופש ההפגנה ותהלוכה חייב לסגת כנגד אינטרסים אלה של היחיד ושל הציבור".²¹ בפרשה זו נקבע

במבחן המשנה השלישי של המידתיות. לדיון במגמה זו ראו למשל אריאל בנדר וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" משפטים מו 599 (2017).

17 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871, 879 (1953) (ההדגשה הוספה).
18 שם, בעמ' 881.

19 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 124, 94 (1995) (השופט שטרסברג-כהן). ראו גם שם, בעמ' 141 (השופט דורנר): "מן הרציונאלים הפרטיים והחברתיים העומדים ביסוד האיסור על הפליית נשים מתחייב להחיל בעניין זה את המבחן המחמיר בדבר ודאות קרובה לסכנה חמורה".

20 בג"ץ 547/98 פדרמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 524, 520 (1999) (השופט אור). ברוח דומה ראו גם למשל בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2418 (1962) (השופט לנדוי).

21 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 403 (1984) (השופט ברק).

שתנאי זה אינו מתקיים, ולפיכך לא הייתה הצדקה למנוע את ההפגנה. כאמור, הכרעה זו ודומותיה לא נבעו מן ההערכה שהזכות להפגין היא בעלת מעמד נורמטיבי עדיף על פני ההגנה על ביטחון הציבור אלא בשל הקביעה שבאותו מקרה לא הייתה הסתברות גבוהה מספיק שהפגיעה בזכות אכן הכרחית לשם הגנה על האינטרס הציבורי.

מבחן האיזון האנכי מורכב מאוסף של דרישות סף שקיומן הוא תנאי הכרחי להצדקת פגיעה בזכות חוקתית.²² דרישות אלה מסייגות את המעמד העדיף שיש לאינטרס הציבורי לעומת הזכות החוקתית, כלומר את היחס ה"אנכי" שבין שני האינטרסים.²³ דרישת סף אחת היא זו שהוזכרה לעיל, שעניינה ההשלכות של אי־ודאות אם פגיעה מסוימת בזכות חוקתית הכרחית לשם הגנה על האינטרס הציבורי. לפי דרישה זו, הכרחי שתהא הסתברות גבוהה מספיק שלשם השגת המטרה החברתית נחוצה פעולה שלטונית הפוגעת בזכות חוקתית. אם הסיכון שנשקף ממימוש הזכות החוקתית או הסיכוי שהפגיעה בזכות תועיל להשגת המטרה החברתית נמוכים מן הסף שנקבע, הפגיעה בזכות בהכרח אינה מוצדקת, אפילו תוחלת התועלת גדולה מתוחלת העלות. לכן זוהי דרישה המנוסחת ככלל (rule), ומשמעותה שהעלות הכרוכה בסיכון לטעות מוטלת בעיקרה על האינטרס הציבורי ולא על בעל הזכות החוקתית.

דרישה שנייה, שהחלתה בפסיקה אינה אחידה, היא שהפגיעה בזכות החוקתית תקדם אינטרס ציבורי חיוני באמצעות דרכים מסוימות בלבד. למשל, אין לפגוע באדם למטרת ענישה שלא בעקבות הליך שיפוטי פלילי נאות. גוף מנהלי אינו רשאי לפגוע בזכויות חוקתיות לשם ענישה, תהא חומרת המעשים המיוחסים לאדם שנגדו פועלים אשר תהא.²⁴ לפיכך במקרים שבהם נמצא שהתכלית העיקרית של הפגיעה בזכויות היא עונשית, והפגיעה נעשתה שלא בעקבות הליך שיפוטי פלילי, הוכרז על בטלות הפגיעה משום שלא נועדה לתכלית ראויה.²⁵

22 לדיון בהצדקות להחלת דרישות סף אלה ראו להלן פרק ג.1.

23 לפיכך סבר בירנהק כי הקביעה שהאינטרס הציבורי הוא בעל מעמד נורמטיבי גבוה יותר רק אם קיימת ודאות קרובה לנזק ממשי מציבה בפועל את האינטרס במדרג נורמטיבי נמוך מזה של הזכות החוקתית (בירנהק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 600).

24 למשל נפסק כי אין לפגוע, בלא הליך שיפוטי פלילי נאות, במי שחשוד במעורבות בפעילות טרור, בדרך של הריגה מכוונת ("סיכול ממוקד") או במעצר מנהלי, אם תכלית הפגיעה היא הטלת עונש על מעשים שעשה החשוד בעבר, אף אם הראיות באשר למעורבות החשוד במעשים פלייליים הן חד־משמעיות, והמעשים שבהם מדובר הם חמורים מאוד, כמו רצח (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב (1) 507 (2006) (להלן: עניין הוועד נגד עיניים (2006)). עם זאת כאשר התכלית של ענישה באה בצדן של תכליות אחרות, בעיקר הכוונת התנהגותו של הפרט הנוגע בדבר, אין נשלל לרוב תוקפה של הפגיעה בזכויות מחמת דרישת סף זו. כך נקבע למשל באשר להפחתת קצבת ילדים בגין סירוב ההורים לאפשר לחסן את ילדיהם לפי תכנית החיסונים הרשמית (בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 4.6.2013); ובאשר לגביית תוספת תשלום עבור הנפקת דרכון במקרה של אבדן דרכון (בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 15.6.2011) (עמדת השופטים נאור ודנציגר)).

25 דוגמה לכך היא ההכרעה בעניין דסטה, לעניין החזקה ב"מתקן שהייה" של מי שנכנסו לישראל שלא כדין. השופט פוגלמן – שאמנם נותר שם בדעת מיעוט, אך נראה שלא לעניין זה – קבע כי בשל הענקת הסמכות לגורם מנהלי להתחשב בדרגת החומרה של המעשים המיוחסים למי שעניינו נבחן על ידיו, יש לראות בכך הפעלת סמכות ענישה ולא רק סמכות שתכליתה מניעתית־משמעתית (בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פס' 43–49 לפסק דינו (פורסם בנבו, 11.8.2015)).

בדומה לזה, לעתים נקבע כי במסגרת מבחן האיזון האנכי אין לפגוע בזכויות מסוימות לשם הרתעה כללית,²⁶ אם כי הפסיקה בסוגיה זו אינה אחידה.²⁷

דרישה שלישית עוסקת במעמדה של הגנה שלטונית על רגשות, אמונות דתיות, סמלים לאומיים וכדומה. הללו אמנם מוכרים כאינטרס ציבורי הראוי להגנה, אולם מוטלת חובה לסובלנות, שמשמעותה שהשלטון אינו רשאי להגביל חירויות, למשל לפגוע בחופש הביטוי או בחופש התנועה, כדי להגן על האינטרס הציבורי האמור, אלא אם הפגיעה הצפויה ברגשות היא מעבר לסף גבוה במיוחד. לפי המינוח המקובל בפסיקה, במדינה דמוקרטית מוכרת רמת סבולת גבוהה במיוחד, ולפיכך ככלל מוטלת החובה לסובלנות על מי שרגשותיהם ואמונותיהם עלולים להיפגע ולא על מי שמבקש לממש את זכויותיו החוקתיות.²⁸ לסייגים האמורים לעליונות של האינטרס הציבורי על פני הזכות החוקתית נוספות גם הדרישה להסמכה בחוק,²⁹ והקביעה שנטל ההוכחה מוטל על הטוען לתוקפו של הסדר שלטוני שפוגע בזכות החוקתית.³⁰

26 למשל נפסק שניתן להפעיל את הסמכות להוציא צו תיחום מגורים של תושבי השטחים (שממשעות המעשית הרחקתו של אדם מביתו לאזור מגורים אחר) רק לשם סיכול ישיר של מעשי טרור (ראו למשל בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 370–372 (2002): "אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להתרעתם של אחרים"; ראו גם בג"ץ 814/88 נסראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 265, 271 (1989). נאסרה גם החזקה במעצר מנהלי של אדם החשוד במעורבות בטרור שתכליתה הרתעת אחרים (ראו למשל בג"ץ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008)).

27 למשל בית המשפט אישר, בשורה ארוכה של פסקי דין, את הריסת בתיהם של מחבלים-מתאבדים, אף שתכליתה של מדיניות זו היא אך ורק הרתעה של אחרים (שהרי מדובר במקרים שבהם מבצע הפשע כבר אינו בחיים), והפגיעה הנובעת ממנה היא רק בחפים מפשע, בני המשפחה של המחבל, שהתגוררו בבית שנהרס (ראו למשל בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 5 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 5.1.2009); בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פס' יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 31.12.2014)). לדיון מפורט בסוגיה העקרונית בדבר מעמדה של הרתעה כללית כתכלית ראויה של פגיעה חמורה בזכויות ראו בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס' 85–93 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.9.2013); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 22.9.2014).

28 ראו למשל בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 441 (1987) (השופט ברק); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 274 (2003), שם קבעה השופטת פרוקצ'יה כי אף שמסריו של הסרט שהקרנתו נאסרה בידי המשטרה "כרוכים בפגיעה של ממש ברגשות חוגים רחבים של הציבור בישראל", ובכלל זה החיילים שהשתתפו בקרב והמשפחות השכולות שאיבדו את יקיריהן, האיסור על הקרנת הסרט אינו כדין: "לחופש הביטוי יינתן, דרך כלל, מעמד בכורה גם מקום שחופש זה מנוצל לפגיעה ברגשות, ואפילו מדובר בפגיעה ממשית. רק במצבים חריגים וקיצוניים שבהם הפגיעה הינה מעבר לסף הסבולת האנושי שראוי לשאתו במשטר דמוקרטי באופן העלול להפר באופן ממשי את שלום הציבור ואת הסדר הציבורי, יהא מקום להגבלה מידתית של חופש הביטוי. [...] בנסיבות העניין, אף שמדובר בפגיעה עמוקה וממשית, אין היא מגעת כדי הסף הגבוה הנדרש לצורך הסגתו של חופש הביטוי מפנה" (שם, בעמ' 283–284).

29 ראו למשל בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80, 82 (1949); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 765 (2004).

30 בעניין זה הובעו עמדות שונות בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 15. נראה שהגישה הנהוגה היא גישתו של הנשיא ברק, שם, בעמ' 428, ולפיה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית נטל ההוכחה הוא על הטוען

לסיכום, מעשה שלטוני שפוגע בזכות חוקתית טעון הצדקה על פי מבחן האיזון האנכי. ה"אנכיות" שבמבחן זה מבטאת את התפיסה שהאינטרס הציבורי שלשמו פוגעים בזכות החוקתית הוא בעל מעמד נורמטיבי עדיף, אך עיקרו של המבחן הוא החלת דרישות סף שרק בהתקיימן הפגיעה בזכות החוקתית מוצדקת. העיקרית שבדרישות אלה היא הקביעה שהפגיעה בזכות יכולה להיות מוצדקת רק אם קיימת הסתברות גבוהה מספיק (למשל, ודאות קרובה או אפשרות ממשית) לכך שהפגיעה יעילה ונחוצה לשם הגנה על האינטרס הציבורי. אם הסיכון שנשקף ממימוש הזכות החוקתית נמוך מסף זה, אין "התנגשות אמתית", ואין לפגוע בזכות החוקתית.

2. מבחן האיזון האופקי

במהלך הדרגתי פותח בפסיקה מבחן איזון חלופי, ובמסגרת זו טבע השופט ברק את המונחים "איזון אנכי", שמתאר כאמור את הגישה המסורתית, ו"איזון אופקי". לפי גישתו של ברק, במקרים מסוימים יש לוותר על דרישות הסף של האיזון האנכי ולהחיל במקומן מבחן אד הוק, שבו מאזנים בין האינטרסים המתנגשים בדרך של פשרה הדדית ביניהם. המבחן החלופי, בדבר איזון אופקי, אמור להיות מוחל במקרים שבהם האינטרסים המתנגשים הם שווי מעמד מבחינת החשיבות המוסרית והחברתית של ההגנה עליהם.

פיתוחו של מבחן האיזון האופקי נעשה בעיקר בשלושה פסקי דין. הראשון הוא עניין לוי (1984), שם עמד השופט ברק על הצורך להבחין בין שני סוגים של מצבים: "[ה]צורך [...] באיזון עקרוני מחייב קביעת עמדה שיפוטית – בהעדר הדרכה חקיקתית – באשר למעמד היחסי של האינטרסים השונים, תוך הכרעה בשאלה אם שווי-מעמד הם או שיש לאחד עדיפות על-פני רעהו".³¹ לגישתו של ברק, במצבים של אינטרסים שווי מעמד נדרש איזון שיאפשר "מימוש מהותי" של שני האינטרסים כאחד. פיתוח של הבחנה זו תוך שימוש לראשונה במונחים איזון אנכי ואופקי הובא בפרשת פורז (1988). נדונה שם השאלה אם רשות מקומית רשאית לשלול כהונת נשים בגוף הבוחר את רב העיר, ובכך לפגוע בזכות לשוויון, וזאת לשם קידום התכלית של הספקת שירותי דת. השופט ברק קבע כי בהקשר זה

שהסדר הנדון פוגע בזכות חוקתית. משום כך אם בית המשפט אינו משוכנע שהסדר מסוים פוגע בזכות חוקתית – בשל אי-בהירות באשר להיקפם של האינטרסים המוגנים, ההגדרה של מהותה של "פגיעה" בזכות, הקביעה אילו זכויות מעוגנות בחוקה, או משום שנתונים עובדתיים רלוונטיים אינם ידועים – עליו להכריע שהסדר הנדון אינו פוגע בזכות חוקתית, ולפיקח הוא תקף. לעומת זאת בשלב השני של הבחינה החוקתית נטל ההוכחה מוטל על מי שטוען שההסדר פוגע בזכות החוקתית כדין. לפיכך במקרה שבו בית המשפט לא שוכנע לכאן או לכאן, עליו להכריע שהפגיעה אינה כדין (ראו למשל בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 671–672 (2006); עניין אדם, לעיל ה"ש 27, פס' 100–101 לפסק דינה של השופטת ארבל. ראו גם ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 529–551. לגישה שלפיה הקצאת נטל ההוכחה משתנה לפי חשיבותה של הזכות החוקתית שנפגעת ולעצמתם של האינטרסים הציבוריים, ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 268 (1999) (השופט זמיר).

³¹ עניין לוי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 401. ראו גם, ברוח דומה, עניין לאור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 435 (השופט ברק): "[...] נוסחת האיזון אינה קבועה. [...] לעתים האיזון עניינו הוויתור ההדדי בין ערכים שווי מעמד (זכות ההפגנה מול זכות התנועה); לעתים האיזון עניינו הסתברותו של סיכון, אשר בהתרחשותו ידו על העליונה (הזכות לחיים מול הזכות להפגין)".

נדרשת הכרעה "האם עניין לנו באיזון 'אופקי', שבו שיקולים שווי-מעמד מתנגשים, והאיזון מתבצע על-ידי ויתור הדדי (כמו החופש להפגין והחופש לנוע בדרכים), תוך קביעת 'גבול הסבילות' של השיקולים המתנגשים [...] או שמא עניין לנו באיזון 'אנכי', שבו מתנגשים שיקולים בעלי מעמד שונה, והאיזון מתבצע על-ידי נוסחת הסתברות (כמו חופש הביטוי וביטחון המדינה או שלום הציבור)".³² השופט ברק קבע כי האיזון הראוי הוא אופקי, שכן מדובר באינטרסים שווי מעמד, אך פסק שבהקשר הקונקרטי אין נדרש כלל "ויתור הדדי", שכן לא הוכח שמינוי נשים לגוף הבוחר אמנם יפגע בתפקודו של רב העיר שייבחר על ידי גוף זה: "איזון 'אופקי' [...] נעשה רק לאחר שמתברר כי אין כל אפשרות לקיים באופן מלא הן שוויון והן בחירה יעילה של אסיפה בוחרת, וכי נקיטתה באמצעים משלימים, שאין בהם פגיעה בשני אלה לא תועיל", וזה, כאמור, לא הוכח במקרה זה.³³ פסק הדין אמנם טבע את ההבחנה בין איזון אופקי לאנכי, אך ספק אם המבחן שיושם במקרה זה ביטא איזון אופקי: בית המשפט לא שלל את האפשרות שכהונת נשים בגוף הבוחר תפגע בתפקודו של רב העיר ובהספקתם של שירותי דת, וההכרעה התבססה על כך שסיכון זה אינו גבוה מספיק כדי להצדיק את הפגיעה בזכות לשוויון. לכן משמעותה של ההכרעה היא הטלת הסיכון על בעלי האינטרס בהספקת שירותי דת, כמקובל במסגרת איזון אנכי, ולא איזון אופקי.

השופט ברק הוסיף ואפיין את האיזון האופקי בפרשת דיין (1994). הדיון שם עסק בחוקיותה של הפגנה ליד בית מגורים פרטי. שלושת השופטים קבעו שמדובר בהתנגשות בין הזכות להפגין מזה לזכות לפרטיות מזה, ונדרשו לשאלה מהו מבחן האיזון העקרוני המתאים למקרה מסוג זה. השופט שלמה לוין קבע שידה של הזכות לפרטיות על העליונה;³⁴ לעומתו, השופט ברק קבע (והסכים לכך חלקית השופט גולדברג) כי מדובר כאן באיזון אופקי, שכן שתי הזכויות הן שוות מעמד: "[אלה] הן זכויות שוות-מעמד. [...] מכוחן של שוויון זה נובע כי אין די בקיומה של ודאות קרובה לפגיעה מהותית בזכות האחת כדי לשלול את הזכות האחרת. אפילו יוכח כי קיימת ודאות גמורה כי חופש האספה, ההפגנה או המשמרת יפגע בפרטיות, אין בכך כדי להצדיק את שלילתו של חופש זה. בדומה, אפילו יוכח כי קיימת ודאות גמורה כי מיצוי הזכות לפרטיות יפגע בחופש האספה, התהלכה או המשמרת, אין בכך כדי להצדיק שלילתה של הזכות פרטיות. [...] האיזון הנדרש בין הזכויות הוא איזון אופקי".³⁵ לפיכך קבע השופט ברק כי יש לאפשר לקיים את משמרת המחאה ליד בית המגורים אך להגביל את מספר המשתתפים, את משך ההפגנה וכדומה, הכול לפי הנסיבות הקונקרטיות.³⁶

32 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 336 (1988).

33 שם, בעמ' 337. לביקורת על גישה עקרונית זו, בהתבסס על העמדה שאין נובעת ממנה הגנה נאותה על השוויון במקרים שבהם הפגיעה בשוויון היא הכרחית לשם הספקת שירותי דת, ראו Frances Raday, *Religion, Multiculturalism and Equality: The Israeli Case*, 25 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 193, 227–230 (1995).

34 בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 487–488 (1994).

35 שם, בעמ' 480.

36 שם, בעמ' 482. לדיון בגישות השונות בהקשר זה ראו ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" חוקים ב 197 (2010).

חשוב להדגיש שני היבטים במבחן האיזון האופקי שקבע השופט ברק, האחד עוסק באופן הקביעה מהו המבחן שיוחל, והאחר בתוכנו של המבחן. בהקשר הראשון ציין ברק בשורה של מקרים כי ההכרעה מהו המבחן שיוחל אינה מבוססת על הקביעה אם האינטרס אשר לשם הגנה עליו פוגעים בזכות החוקתית הוא אינטרס ציבורי או זכות חוקתית. אחת הדוגמאות שהוזכרו בעניין לוי היא התנגשות בין זכות הקניין לבין הזכות להפגין, ובהקשר זה קבע ברק כי כאשר ההתנגשות היא בין הזכות לקניין פרטי לזכות להפגין האיזון הוא דווקא אנכי, שכן "זכות הקניין עדיפה", אך אם ההפגנה נערכת במקום שבבעלות ציבורית אין עדיפות לאינטרס זה, ונדרש "איזון בין האינטרסים השונים תוך ויתור הדדי",³⁷ כלומר איזון אופקי. בספרו **שופט בחברה דמוקרטית**, משנת 2002, קבע ברק במפורש כי "התשובה לשאלה מהו האיזון שיש לנקוט – אופקי או אנכי – [...] מצויה במהותם של הערכים המתנגשים ובמשקלם הפנימי. אלה יקבעו אם יש מקום לויתור הדדי או שמא יש עדיפות לערך אחד על-פני חברו. על כן אין לומר למשל כי האיזון האופקי חל ביחסים שבין זכויות אדם לבין עצמן ואילו האיזון האנכי חל ביחסים שבין זכויות אדם לאינטרס הציבורי. [...] יש לבחון בזהירות את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה תוך איתור הערכים המתחרים ותוך נקיטת עמדה באשר למשקלם היחסי".³⁸ על יסוד זאת ניתן להבין את עמדתו של ברק בפרשת פורז שהוזכרה לעיל, שלפיה מדובר שם באיזון אופקי, אף שהאינטרס בקבלת שירותי דת אינו מוכר בהכרח כזכות חוקתית.

ההיבט השני באשר לתוכנו של מבחן האיזון האופקי מעורר קושי מסוים. כפי שכבר הובהר לעיל, במצבים שבהם אין ספק שההתנגשות בין האינטרסים היא הכרחית, איזון אנכי משמעותו העדפת האינטרס הנוגר והצדקת מלוא הפגיעה בזכות החוקתית, ואילו איזון אופקי מחייב גם במקרה זה הבטחת מימוש מסוים של הזכות החוקתית, בדרך של פשרה. בכך בא לידי ביטוי מעמדה היחסי הרם יותר של הזכות החוקתית באיזון אופקי לעומת מעמדה באיזון אנכי. אולם הקושי מתעורר במקרים, הנפוצים למדי, שבהם אין ודאות שהפגיעה בזכות אמנם נחוצה לשם הגנה על האינטרס האחר, ובעיקר, אם ההסתברות שהפגיעה נחוצה נופלת מן הסף שנקבע (למשל הדרישה לוודאות קרובה). במקרים אלה מבחן האיזון האנכי מעניק הגנה מלאה לזכות החוקתית. דווקא מבחן האיזון האופקי, שבו כזכור מעמדה היחסי של הזכות החוקתית רם ממעמדה כאשר מחילים איזון אנכי, עלול להוליך להגנה פחותה על הזכות החוקתית, שהרי במסגרתו נדרשת פשרה הדדית. יתר על כן, הקביעה אם האינטרסים המתנגשים הם שווי מעמד אם לאו, כשהיא לעצמה, אינה מספיקה כדי לקבוע מהו מבחן האיזון המתאים. כמפורט בהמשך, הכרחית בהקשר זה התחשבות בהיבטים נוספים של הזיקה שבין המעשה או המחדל השלטוני לבין התוצאה של גריעה מאינטרס מוגן. בספרו **מידתיות במשפט**, שפורסם בשנת 2010, סיפק ברק, בתמציתיות, הסבר אפשרי לקושי זה. לשיטתו של ברק, "כאשר יש זכויות חוקתיות על שתי כפות המאזניים, לעיתים יש לאזן בין חובתו של המחוקק לא לפגוע בזכות האחת לבין חובתו להגן על הזכות האחרת או לקדם אותה. משני צדי האיזון מונחת על הכף חובתו של המחוקק. לעומת זאת, כאשר בצד אחד מונחת זכות חוקתית ובאחר טובת הכלל, יש לאזן

37 עניין לוי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 402.

38 אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 272 (2004).

בין חובתו של המחוקק לא לפגוע בזכות החוקתית לבין סמכותו להגשים את טובת הכלל. על-פי גישה זו, הגשמה של טובת הכלל היא סמכות של המחוקק אך אינה בהכרח חובה חוקתית שלו. היא תיהפך לחובה חוקתית במצב שבו הגשמה של טובת הכלל היא גם זכות חוקתית של הפרט.³⁹ כמפורט בהמשך, אנו תומכים בעמדה זו. משמעותה היא שבניגוד לעמדתו המוקדמת של ברק, החלתו של מבחן האיזון האופקי מותנית בהיותם של שני האינטרסים המתנגשים זכויות חוקתיות, ובעיקר בכך שבנסיבות העניין מוטלת על המחוקק לא רק חובה שלילית – לא לפגוע בזכות אחת – אלא גם חובה חיובית – להגן על הזכות האחרת בדרך של פגיעה בזכות הראשונה. אלה הם תנאים שלא מצאו ביטוי מפורש בניסוחו של מבחן האיזון האופקי בפסיקתו של השופט ברק שהוזכרה לעיל. כפי שנראה מיד, העמדה שאומצה בפסיקה בשנים האחרונות אינה פוסעת בעקבות הבהרה חשובה זו של עמדתו של ברק. יתר על כן, גם ברק עצמו נקט במקומות אחדים גישה שונה מזו שתוארה לעיל, ולפיה יש להחיל איזון אופקי בכל מקום שבו ההתנגשות היא בין זכויות חוקתיות.⁴⁰

3. מבחני איזון חדשים: איזון אופקי בכל מקרה של התנגשות בין זכויות חוקתיות

במהלך הדרגתי ניתן ביטוי בפסיקה לגישה חדשה שיש בה שינוי יסודי באשר למהותה של ההבחנה בין איזון אנכי לאופקי. שינוי זה מוביל לצמצום ניכר של היקף ההגנה על זכויות חוקתיות. לגישה החדשה שלושה רכיבים עיקריים: האחד, אין מחילים את מבחן האיזון האנכי המסורתי, ובעיקר את דרישות הסף הכלולות בו, אם מדובר בהתנגשות בין זכויות חוקתיות לבין עצמן, בלא להתחשב כלל בשאלה אם פגיעה בזכות שנועדה להגן על זכות אחרת היא בגדר מימוש של חובה לפעול כך; הרכיב השני, שתפוצתו עדיין מוגבלת למדי, הוא האפיון של אינטרסים ציבוריים כ"צבר של זכויות פרט",⁴¹ שמוביל להרחבה ניכרת של סוגי המקרים שבהם אין מוחל איזון אנכי, והפנייה לאיזון אד הוק; הרכיב השלישי של הגישה החדשה הוא קביעת מדרג של זכויות, שלפיו אם הפגיעה בזכות נועדה להגן על זכות אחרת שהיא חשובה מן הזכות שנפגעת, די בכך כדי להצדיק את הפגיעה בלא שמוחלות הדרישות של מבחן האיזון האנכי ואף מבלי לערוך איזון אופקי. משמעות הדבר היא אפוא זניחה של האיזון האנכי המסורתי, לעתים לא רק לטובת איזון אופקי, שבו מנסים לאתר פשרה הדדית בין הזכויות, אלא גם לטובת מבחן שבו אין מוחל "איזון" כלל. בשורות הבאות נציג בקצרה את שלושה המאפיינים הללו וננסה להעריך את הטעמים לשינוי. עם זאת יצוין כי בצד הגישה המתוארת כאן עדיין ניתן למצוא בפסיקה ביטויים לגישה המסורתית שאופיינה לעיל, ולפיכך יש אי-בהירות מהי המתודולוגיה החוקתית הנוהגת בישראל בתחום ההגנה על זכויות האדם.

39 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 647.

40 למשל ברק מציין שם, בעמ' 648, כי "ההבחנה העקרונית בין חוק שנועד להגן על זכות הפרט לבין חוק שנועד להגשים את טובת הכלל – בין איזון אופקי לאיזון אנכי – בעינה עומדת". משמעות הדבר שיש להחיל את מבחן האיזון האופקי בכל עת שבה החוק נועד להגן על זכות חוקתית, אף אם אין מוטלת חובה להגן על הזכות.

41 עניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינו של השופט ריבלין.

רכיב ראשון: בכל מקרה של התנגשות בין זכויות חוקתיות יש לפנות לאיזון אופקי. מאפיין מרכזי אחד של הגישה החדשה הוא כאמור הקביעה שיש להחיל איזון אופקי – או ליתר דיוק אין להחיל את מבחן האיזון האנכי המקובל – בכל מקרה שבו ההתנגשות היא בין שתי זכויות חוקתיות. מהלך זה מוביל לשלילת תחולתן של הדרישות הכלליות שמוחלות במסגרת מבחן האיזון האנכי העקרוני, ובשל כך הוא מאפשר להצדיק פגיעות רבות יותר בזכויות חוקתיות.

האפשרות להימנע מהחלת מבחן האיזון האנכי באמצעות התייחסות לאינטרס המוגן כאל זכות חוקתית הוזכרה בפסיקה עוד בשנות התשעים. נציין שתי דוגמאות מרכזיות לזה: האחת היא פסק הדין בפרשת גנימאת (1995), שעסק בשאלה באילו נסיבות ניתן להצדיק את מעצרו של נאשם עד תום ההליכים. הנשיא שמגר ציין שם, באמרת אגב, כי היות שמעצרו של אדם נועד להגן על זכויותיהם של הקרבנות-בכוח של העצור, אין להחיל איזון אנכי: "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה, אולם בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים להגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם. [...] הקניית זכויות מכוח חוק היסוד דינה שתחול על הכול, האזרח והגר, התושב והמבקר, הנאשם והקורבן".⁴² לפי גישה זו, בשל אפיון זה של האינטרסים המתנגשים אין מקום לכלל, שהוא כאמור ביסודו של מבחן האיזון האנכי, שעיקר הסיכון לטעות צריך להיות מוטל על הציבור (כלומר על הקרבנות-בכוח) ולא על הנאשם. לשיטתו של הנשיא שמגר, היות שמדובר בהתנגשות בין זכויות, "מתחייב איזון סביר וזהיר בין החובה לשמור על חירותו של הפרט לבין החובה להגן על ביטחון הציבור",⁴³ ולכן אין מקום להימנע ממעצר בכל מקרה של ספק בדבר מידת המסוכנות של הנאשם. עמדה זו של הנשיא שמגר נותרה דעת מיעוט, שכן לפי שיטת הרוב, אין מקום להכיר במחדל להגן על האינטרס האמור פגיעה בזכות חוקתית.⁴⁴

דוגמה שנייה לגישה מסוג זה היא פרשת סנש (1999), שעסקה בתחולתה של דרישת סף אחרת להצדקת פגיעה בזכות חוקתית, שעניינה רמת הסבולת הנדרשת בחברה דמוקרטית כלפי ביטויים ומעשים שפוגעים באמונתם וברגשותיהם של אחרים. נדונה שם עתירה לאסור על רשות השידור לשדר סרט שעלול לפגוע בשמה הטוב של חנה סנש ז"ל. הנשיא ברק, בדעת רוב, קבע כי היות שאין מדובר בהליך אזרחי שעילתו פגיעה בזכות לשם טוב אלא בעתירה לבג"ץ, בגדרי המשפט הציבורי, ההצדקה האפשרית להגבלת חופש הביטוי היא הפגיעה באינטרס ציבורי ולא הפגיעה בזכויות לשם טוב ולכבוד האדם של סנש.⁴⁵ האינטרס

42 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 621 (1995).

43 שם, בעמ' 622 (הנשיא שמגר).

44 שם, בעמ' 645 (השופט דורנר): "הקניית מעמד של זכות יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המאוגדים בערך הכללי של 'שלום הציבור' [...] עשויה להביא לשלילת המשמעות של זכויות היסוד של הפרטים האינדיבידואליים. [...] בכך שהציבור מורכב מפרטים, וצורכי הציבור מגלמים את צורכי הפרטים, אין כדי לשלול את הדיכוטומיה האמורה בין צורכי הפרט לבין צורכי הכלל, שעליה מבוססת תורת זכויות היסוד של האדם מעיקרה".

45 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, פס' 16–17 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999): "דינים אלה [האיסור על לשון הרע] הם פרי האיזון אשר שיטת המשפט ערכה בין חופש הביטוי מזה

הציבורי כולל, בין היתר, את האינטרס בכיבוד ערכים לאומיים ובמניעת פגיעה ברגשות הציבור בכלל וברגשות ניצולי השואה בפרט.⁴⁶ סיווג זה שימש בסיס לדחיית העתירה, ולפיכך להעדרת חופש הביטוי, מכוח החלת דרישת הסף שהוזכרה במסגרת מבחן האיזון האנכי: "רק פגיעה ברגשות שהיא קשה, רצינית וחמורה – כלומר, היא פגיעה מעבר לרמת הסבולת שכל אדם נוטל על עצמו בחברה דמוקרטית – עשויה להצדיק הטלת הגבלות [...] על חופש הביטוי וחופש היצירה. הסתברות התרחשותה של פגיעה זו ברגשות צריך שתהא בגדר של ודאות קרובה".⁴⁷ רמת הסבולת שמוטלת על אדם בנוגע לפגיעה בשמו הטוב היא נמוכה לרוב מפגיעה "קשה, רצינית וחמורה", והקביעה שהאינטרס שעליו מגנים הוא אינטרס ציבורי ולא זכות חוקתית של מי שנפגע מן הפרסום שימשה להנמקת ההעדרה שניתנה שם לחופש הביטוי.⁴⁸ בדומה לזה, אך מן הכיוון ההפוך, עמדת המיעוט של השופט חשין בפרשת סנש, שלפיה יש לאסור את הקרנת הסרט, נומקה באמצעות הקביעה שהקרנת הסרט עלולה לפגוע לא רק באינטרס הציבורי אלא גם בזכותה של סנש לשם טוב ולכבוד האדם.⁴⁹ לפי גישה זו, אף אם ניתן להטיל על הציבור בכללותו סף סבולת גבוה, לא כן כאשר מדובר בפגיעה בזכות חוקתית של אדם.⁵⁰

פסקי הדין הללו מדגימים שני מאפיינים חשובים של התפתחות ההבחנה בין מבחני האיזון: האחד, המחלוקת המהותית היא על השאלה אם ראוי להימנע מהחלת דרישות הסף, כלומר להימנע מהחלת מבחן האיזון העקרוני ולהצדיק פגיעה בזכות חוקתית שאינה

לבין שמו הטוב של האדם מזה. [...] איזון זה הוא 'אופקי'. [...] אין לנו צורך לדון בשאלות אלה, שכן העותרים אינם תובעים על-פי דיני לשון הרע. עתירתם היא במסגרת המשפט הציבורי. מבקשים הם מרשות השידור שלא לשדר את הקטע השנוי במחלוקת, וזאת מטעמים של האינטרס הציבורי, ומטעמים אלה בלבד".

46 שם, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק.

47 שם, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

48 עמדה דומה לזו היא קביעתו של הנשיא ברק בפרשת חורב, בנוגע לאינטרס שעליו נועד להגן האיסור על תנועת מכוניות בשבת בכביש העובר בסמוך לשכונה שרוב תושביה חרדים: "[...] רגשות הדת הם אינטרס ציבורי שיש להתחשב בו. [...] יש לאזן (אנכית) בין רגשות הדת לבין זכויות אדם נפגעות" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, פס' 50 לפסק דינו (1997)). ראו גם שם, פס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק: "נסיעה בשבת הפוגעת ברגשות הדת ובאורח החיים הדתי אינה מהווה פגיעה בחופש הדת של שומרי המצוות. אין לנו אפוא עניין בהתנגשות (אופקית) בין שתי זכויות אדם נוגדות. אכן, האינטרס של שומרי המצוות בסביבות בר-אילן למניעת פגיעה ברגשותיהם ולשמירה על אורח חייהם הדתי הוא חלק מהאינטרס החברתי של שמירה על שלום הציבור ועל הסדר הציבורי". במקרה זה עמדת הרוב הייתה כי הפגיעה בזכות החוקתית, חופש התנועה, היא מוצדקת בעיקרה, שכן "הפגיעה ברגשות הציבור החרדי כתוצאה מתנועת מכוניות בלב השכונה בשבת היא פגיעה קשה, חמורה ורצינית" (שם, פס' 79 לפסק דינו של הנשיא ברק).

49 עניין סנש, לעיל ה"ש 45, פס' 22 לפסק דינו של השופט חשין: "עתירתו של גיורא סנש מעלה אפוא את נושא לשון הרע בניקיונו, כזכות לשם טוב העומדת לעצמה, משל חנה סנש עצמה עתרה לבית-המשפט, ושלא כעתיר[ה] [...] המעלה את הזכות לשם טוב כמרכיב באינטרס הציבורי".

50 שם, פס' 37 לפסק דינו של השופט חשין: "תוצאות המערכה בין שתי הזכויות ברורות מראש: [...] כבודה של חנה סנש, כבודה ושמה הטוב יגברו – ובנקל יגברו, לדעתי – על זכותו של המחזאי ועל זכותה של רשות השידור". לדיון בפסק הדין בעניין סנש, לעיל ה"ש 45, ולהעדפת דרך הניתוח הקרובה יותר לאיזון אופקי במקרה זה ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב 623 (2002).

מקיימת את הדרישות הללו; השני, ההצדקה המובאת להימנעות מהחלת דרישות הסף היא הקביעה שראוי לאפיין את האינטרס שעליו מבקשים להגן כזכות חוקתית. בה בעת שני פסקי הדין שתוארו לעיל עדיין אינם מבטאים את הגישה החדשה שתואר מיד, ולא רק משום שהגישה שלפיה יש להימנע מהחלת דרישות הסף נותרה בהן דעת מיעוט. בשני פסקי הדין הללו הקביעה כי ראוי לזנוח את מבחן האיוון האנכי העקרוני התבססה במפורש על העמדה שיש להחיל איוון אופקי משום שלא רק המעשה השלטוני הנדון – מעצרו של הנאשם או אי-שידור הסרט – פוגע בזכות חוקתית, אלא גם הימנעות ממעשה זה עצמו תפגע בזכות חוקתית. בפרשת גנימאת ציין הנשיא שמגר במפורש כי "בית המשפט [...] נושא באחריות כלפי האדם שנפגע בפועל או בכוח מן העבריינות לצורותיה ופגיעותיה, לרבות זו המבוצעת על-ידי נאשמים מסוימים הממתינים לדינם. [...] אי-הפעלת הכוחות והסמכויות שהמחוקק העמיד לרשות בית המשפט כדי לנסות ולהבטיח [...] מניעת עבירות חוזרות אינה מאפשרת מסקנה כי משיגים את המטרה בדבר שמירת כבוד האדם וחירותו".⁵¹ בפרשת סנש מאפיין זה היה מובן מאליו, שכן הגורם שהיה אמור לשדר את הסרט הוא גוף שלטוני, רשות השידור, ולפיכך כל החלטה שלו הייתה מוליכה לפגיעה בזכות חוקתית – צנזורה של הסרט המדובר משמעותה פגיעה בחופש הביטוי של יוצר הסרט, והקרת הסרט בתחנת שידור ממלכתית היא פגיעה בשמה הטוב של סנש. אף שלא ברור כלל אם אמנם מוטלת על השלטון חובה משפטית-חוקתית להגן על קרבנות-בכוח באמצעות מעצרו של נאשם עד תום ההליכים או להימנע משידור סרט בתחנת שידור ציבורית בשל הפגיעה הצפויה בגין זה בשמו הטוב של אדם שנפטר, העמדה שיושמה בפסקי הדין הללו היא שעצם הסיווג של האינטרס שעליו מבקשים להגן כזכות חוקתית אינו מספיק, כשהוא לעצמו, כדי לשלול את החלתן של דרישות הסף של מבחן האיוון האנכי. בכך נבדלים פסקי הדין הללו מן הגישה החדשה, שניתן לה ביטוי בפסיקה למן אמצע העשור הראשון של המאה הנוכחית.

לפי הגישה החדשה, עצם הסיווג של האינטרס המוגן כזכות חוקתית מספיק כדי לשלול את תחולתן של דרישות הסף של מבחן האיוון העקרוני. דוגמה מובהקת לכך היא עמדת הרוב בפרשת עדאלה (2006), שהוזכרה בפתח החיבור. כזכור, פסק הדין עסק בשאלה אם הפגיעה בזכות חוקתית של אנשים מסוימים – שלילה, מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, של זכותם של אזרחי ישראל שנישאו לפלסטינים תושבי השטחים לחיות עמם בישראל – היא מוצדקת בשל תכליתה – מניעת פיגועי טרור, ומכאן הצלת חיי אדם. שופטי המיעוט סברו, ברוח הגישה המסורתית, שהסיווג המתאים של ההכרעה הדרושה כאן הוא איוון אנכי.⁵² אולם לפי גישת שופטי הרוב, אין מדובר כאן

51 עניין גנימאת, לעיל ה"ש 42, בעמ' 629.

52 ראו למשל עניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 8–9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "במתח הקיים בין ערך בטחון החיים לבין זכויות אדם אחרות, ובכללן הזכות למשפחה, גובר שיקול הבטחון מקום שישנה וודאות או הסתברות קרובה לוודאות כי אם לא תינקט פעולה הכרוכה בגריעה מזכות האדם, כי אז ייפגעו חיי אדם. [...] הנטל על המדינה לשכנע כי [...] ההסתברות להתממשות הסכנה הביטחונית הינה כה גבוהה עד כי היא מחייבת נקיטת צעדים מפירי זכויות כפי שעוגנו בחקיקה הפוגעת. [...] מקום שמערך ההסתברויות להתממשות הסיכון הינו נמוך, יתכן כי ערך הבטחון לא יצדיק פגיעה כלשהי בזכות האדם, או אפשר שיצדיק פגיעה פחותה בלבד". ראו גם שם, פס' 5 לפסק דינה של

בהתנגשות בין זכות חוקתית (הזכות לחיי משפחה) לבין אינטרס ציבורי (ביטחון המדינה) אלא בין שתי זכויות חוקתיות. בלשונו של השופט גרוניס, "במקרה הנוכחי מתנגשת הזכות [לחיי משפחה] בזכות חוקתית אחרת, היא הזכות לחיים. או אז, עולה השאלה האם יש הצדקה לפנות לבדיקתו של החוק על פי תנאי פסקת ההגבלה, או שמא יש ליישב את ההתנגשות ללא התייחסות לפסקת ההגבלה, ובוודאי שלא לכל מרכיביה. התשובה להתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות מצויה במה שמכונה לעיתים 'איזון אופקי'".⁵³ עמדה דומה נקטו שופטים נוספים שנמנו עם עמדת הרוב.⁵⁴ כאמור, קביעה זו נועדה להצדיק את העמדה שאין להחיל את דרישת הסף בדבר ההסתברות שהפגיעה בזכות החוקתית היא אמנם הכרחית להגנה על ביטחון המדינה. הנחת היסוד של שופטי הרוב היא, כך נראה, שאם הסיכון שנשקף מהימנעות מהגבלת החירות הוא לזכויות חוקתיות ולא לאינטרס ציבורי בכללותו, הקצאת הסיכון הראויה היא שונה, ואין מקום להטיל את הסיכון לטעות על הקרבנות-בכוח של מעשה טרור, כפי שמתחייב לפי מבחן האיזון האנכי, אלא על מי שמבקשים לממש את הזכות לחיי משפחה.⁵⁵

מהלך דומה לזה שתואר לעיל הוחל גם בניסיון להצדיק את אי-החלתה של דרישת הסף האחרת שהוזכרה לעיל, בדבר סף הסבולת הנדרש בחברה דמוקרטית לעניין פגיעה ברגשות. כאמור, אפיונם של האינטרסים הרלוונטיים כמבטאים את האינטרס הציבורי במניעת פגיעה ב"רגשות", למשל רגשות דתיים או רגשות לאומיים, שימש בסיס לתפיסה העקרונית בדבר אופן הטלת החובה לנהוג בסובלנות. כך היה למשל בעניין בכרי, לעניין הטחת האשמות כוזבות בחיילי צה"ל.⁵⁶ אולם היו מקרים שבהם העדיף בית המשפט לאפיין את האינטרסים האמורים כזכויות חוקתיות – למשל חופש דת, זכות לכבוד האדם ולשם טוב – לשם הצדקת ההימנעות מהחלת האיזון האנכי, שלפיו עיקר נטל הסובלנות מוטל על בעלי אינטרסים

השופטת פרוקצ'יה, פס' 23 לפסק דינו של השופט ג'ובראן, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 8 לפסק דינו של השופט לוי.

53 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס.

54 ראו להלן פרק ב. עם זאת כאמור לעיל בה"ש 13, לשיטתו של המשנה לנשיא חשין, הבסיס להחלת האיזון האופקי הוא ההכרה בחובתה של המדינה להגן על חיי האזרחים.

55 בפסק דין זה נקבע סייג נוסף לתחולתה של דרישת הסיכון האמורה: ככלל, הדרישה להסתברות סף מוחלטת כשמדובר בסיכון שנשקף מכל אחד מן הפרטים שבזכויותיהם פוגעים. לעומת זאת עמדת הרוב בעניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, קבעה כי ההכרעה אם החוק מוצדק צריכה להתבסס על ההערכה מהו הסיכון המצרפי שנשקף מן הקבוצה כולה. בלשונו של השופט גרוניס: "[...] בעניין שעל הפרק לא מתעוררת, לטעמי, שאלה של הסתברות בכל הנוגע לפגיעה בחיי אדם. הנתונים שהובאו בפנינו מלמדים כי עשרים ושישה בני זוג פלשתינאים שנכנסו ארצה כדין בהליך של איחוד משפחות היו מעורבים בפגיעה טרור. [...] על יסוד נתונים אלה יש לדעתי לומר, כי קיימת וודאות שכניסה של אלפי בני זוג נוספים תביא בעקבותיה פגיעות בחיי אדם, וזאת אף אם תיערך בדיקה ביטחונית ביחס לכל אחד ואחד. [...] המשוואה אינה מורכבת, איפוא, מיסוד הסתברותי בצידה האחד ומיסוד של וודאות בצידה האחר, אלא משני מרכיבים ודאיים: פגיעה בחיי אדם לעומת פגיעה בחיי משפחה" (שם, פס' 5 לפסק דינו). המשמעות של גישה זו היא שמתייחסים לפגיעה בזכות החוקתית – במקרה האמור, הזכות לחיי משפחה – כאל פגיעה באינטרס ציבורי, שכן הסיכון הרלוונטי הוא זה שנשקף מן הקבוצה בכללותה ולא מכל פרט ופרט הנמנה עמה באופן שמחזק עוד יותר, כאמור, את המהלך של שינוי אופן הקצאת הסיכון לטעות.

56 ראו לעיל ה"ש 28.

אלה. לפי גישה זו, במקרים מסוימים על בעלי הזכות החוקתית הנוגדת – למשל חופש ביטוי או חופש תנועה – לגלות סובלנות כלפי מי שנפגע מאופן מימוש הזכות. בלשונה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת בן גביר נ' דנקנר: "ההגנה הרחבה הניתנת לחופש הביטוי כשהוא מתעמת עם אינטרס הכלל עשויה להצטמצם במידה ניכרת כאשר חופש זה עומד כנגד זכות הפרט להגנה על כבודו ועל שמו. שהרי כושר הסיכול של הציבור להתמודד עם פגיעה קשה המופנית כנגדו גדול שבעתיים מכושר עמידתו וסבילותו של הפרט כלפי פגיעה דומה".⁵⁷ כך נעשה בעיקר בהקשרים שבהם הופנו ביטויים פוגעניים כלפי קבוצות מיעוט בחברה. דוגמה לכך היא פרשת שינוי (2006), שם אושרה פסילת תשדיר בחירות שהציג תיאור מבזה ומשפיל של הציבור החרדי, שאופיין כביטוי אשר "מפשיט [מן היהודי החרדי] את צלמו ואת כבודו כאדם".⁵⁸

דוגמה אחרת לתפיסה הנדונה היא פרשת גור אריה (2001), שם ביקשו העותרים, שומרי שבת, למנוע שידור בערב שבת של הקלטת ריאיון שנערך עמם. המחלוקת בין השופטים נסבה על המבחן שיש להחיל כאן, וזאת, כך לשיטתם, בהתבסס על השאלה כיצד ראוי לסווג את האינטרס של העותרים. הנשיא ברק, בדעת רוב, קבע כי ההתנגשות היא בין חופש הביטוי לאינטרס הציבורי בדבר מניעת פגיעה ברגשות דתיים, ולפיכך הפגיעה בחופש הביטוי מוצדקת רק אם הדבר נחוץ למניעת פגיעה ברגשות החורגת מרמת הסבולת הנדרשת בחברה דמוקרטית, דרישת סף שאינה מתקיימת כאן.⁵⁹ הנשיא ברק קבע כי אין מדובר כאן בפגיעה בחופש הדת של העותרים, שכן הם לא חויבו לעשות דבר בניגוד למצוות דתם. לעומתו, השופטת דורנר, בדעת מיעוט, סברה שיש לקבל את העתירה בהתבסס על סיווג האינטרס הנוגד זכויות חוקתיות, בשל המעורבות הישירה של העותרים בסרט המשודר בשבת.⁶⁰ לשיטתה של השופטת דורנר, וזה העיקר לצורך הדיון הנוכחי, עצם העובדה שההתנגשות כאן היא בין שתי זכויות חוקתיות – חופש הביטוי מזה וחופש הדת מזה – מחייבת להחיל איזון אופקי. בלשונה, "[איזון אופקי הוא המבחן] המיושם בהתנגשות בין זכויות אדם בינן לבין עצמן [ואשר] נועד להפחית, ככל הניתן, את הפגיעה בשתי הזכויות גם

57 רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 15 לפסק דינה (פורסם בנבו, 12.11.2006). ראו גם עמדת השופט טל בעניין חורב, לעיל ה"ש 48, פס' 5 לפסק דינו: "[...] אני מבקש לחלוק על חברי הנשיא, המעמיד 'זכויות אדם' בסולם עדיף על פגיעה ברגשות אדם או ציבור. לדעתי לא ניתן לקבוע מראש כדבר הזה. יש לבחון בכל מקרה את כובד הזכות מול עומק הרגש. המשקל והמאזן הם חברתיים וערכיים. לכל אדם, ולכל ציבור, מערך זכויות ורגשות, ויש שהאדם, ויש שהציבור כולו, נותנים משקל-יתר לרגשות מאשר לזכויות. [...] לאורך כל ההיסטוריה הוכיחה אומתנו, שהיא מוכנה להקריב את זכויותיה היסודיות ביותר – את חייה – על מזבח רגש הקדושה של השבת והמצוות".

58 בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 28.6.2006) (להלן: עניין שינוי). השופט ריבלין הדגיש בהקשר זה את חשיבותה של העובדה שהמסר נועד לפגוע בקבוצת מיעוט, ודבק בהחלת המבחן האנכי: "[...] התבטאות מכלילה, חריפה וקיצונית, שיש בה משום ביזוי והשפלה על רקע השתייכות לקבוצת-מיעוט מסוימת, יכול שתהא מעבר לרף הסיכולת הראוי לחברה דמוקרטית [...]". (שם, פס' 6 לפסק דינו).

59 עניין גור אריה, לעיל ה"ש 7, פס' 6-8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

60 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר.

יחד".⁶¹ פשרה הדדית זו מחייבת, כך פסקה, להסתפק בשידור הכתבה ביום חול, תוצאה שפוגעת רק בשולי הזכות לחופש ביטוי.

עמדה זו יושמה גם בהקשרים רבים אחרים, שחלקם יידונו בהמשך, בפרק ד.⁶² דומה שההלכה הנוהגת כיום היא זו שסיכם הנשיא ברק בספרו: "איזון אופקי מתקיים כאשר [...] שתי זכויות אדם שמעמדן החוקתי זהה מתנגשות זו בזו. [...] ההבחנה העקרונית בין חוק שנועד להגן על זכות הפרט לבין חוק שנועד להגשים את טובת הכלל – בין איזון אופקי לאיזון אנכי – בעינה עומדת [גם לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו]."⁶³

רכיב שני: אינטרס ציבורי הוא צבר של זכויות חוקתיות. היבט משלים של הגישה שתוארה לעיל הוא אפיונם של אינטרסים ציבוריים שונים כאוסף של זכויות חוקתיות. לאור הקביעה שדי בכך שמעשה שלטוני שפוגע בזכות חוקתית נועד להגנה על זכות חוקתית כדי לשלול את תחולתו של מבחן האיזון האנכי, רכיב זה הוא בעל חשיבות ניכרת.

הביטוי המובהק הראשון לגישה זו ניתן בפסק דינו של הנשיא שמגר בעניין גנימאת (1995), שכבר נדון לעיל. כאמור, לשיטתו של הנשיא שמגר, גם אם הקרבנות-בכוח של הנאשם שאותו מבקשים לעצור עדיין אינם ידועים, אין בכך כדי לשלול את אפיונם של האינטרסים שלהם כזכויות חוקתיות: "קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אזור תמים-דרך זכאים להגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם. [...] הקניית זכויות מכוח חוק היסוד דינה שתחול על הכול, האזרח והגר, התושב והמבקר, הנאשם והקורבן".⁶⁴ לעומתו, השופט דורנר סברה שאין מקום למהלך מסוג זה: "הקניית מעמד של זכות יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המאוגדים בערך הכללי של 'שלוש הציבור' [...] עשויה להביא לשלילת המשמעות של זכויות היסוד של הפרטים האינדיווידואליים. [...] בכך שהציבור מורכב מפרטים, וצורכי הציבור מגלמים את צורכי הפרטים, אין כדי לשלול את הדיכוטומיה האמורה בין צורכי הפרט לבין צורכי הכלל, שעליה מבוססת תורת זכויות היסוד של האדם מעיקרה".⁶⁵ עמדתו של הנשיא שמגר נותרה שם דעת מיעוט, אך בכך נזרעו הזרעים להחלת גישה מסוג זה בפסיקה מאוחרת יותר.

61 שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת דורנר.

62 נוסף על הדוגמאות שנדונות להלן בפרק ד ראו גם למשל בג"ץ 42/94 מאנקו יבוא ושוק מזון נ' משרד המסחר והתעשייה, פס' 2 לפסק דינו של השופט גולדברג (פורסם בנבו, 9.3.1994): "בענייננו לא מתנגשת הזכות לחופש העיסוק עם זכות אחרת, אלא עם עצמה, משתי זוויות שונות. זכותם של העותרים לעסוק בעסקי יבוא של הטובין הנדונים, וזכותם של יצרני הטובין בארץ להמשיך ולעסוק בעיסוקם, כשיבוא חופשי משמעו שלילת זכות זו לחלוטין, עקב הצפת השוק בטובין מיובאים. בהתנגשות זו מתחייב איזון שיאפשר קיום משותף של הזכות על שני היבטיה. הצורך, אם כן, הוא במציאת מעין 'איזון אופקי' בין מגזרים שונים של אותה זכות, בלי שאחד המגזרים ישלול כליל את האחר, ושניהם ימשיכו להתקיים [...]"; בג"ץ 1255/94 "בוק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 685–686 (1995).

63 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 648. לפי גישתו של ברק, שנראית לנו, בכל הכבוד, שגויה, הבחירה בין איזון אנכי לאופקי נעשית על פי המעמד הנורמטיבי של ההסדר המשפטי שבו מעוגנים הכוח או החובה לכבד את האינטרסים המתנגשים.

64 עניין גנימאת, לעיל ה"ש 42, בעמ' 621.

65 שם, בעמ' 645.

גם בעניין זה פסק הדין המרכזי הוא עמדת הרוב בפרשת עדאלה (2006). בפסק הדין שררה כנראה תמימות דעים על כך שאם האינטרסים המתנגשים הם כולם זכויות חוקתיות, יש להחיל איזון אופקי, ואין להידרש לאופן הקצאת הסיכון לטעות שמקובל באיזון האנכי. המחלוקת עסקה בשאלה כיצד ראוי לסווג את האינטרס שעליו נועד להגן האמצעי שנדון שם – מניעת פיגועי טרור, ומכאן הצלת חיי אדם. כאמור, לשיטתם של שופטי הרוב, אינטרס זה אינו אלא צבר של זכויות חוקתיות. למשל, המשנה לנשיא חשין ציין כי "על כפות המאזניים, מזה ומזה, [מונחים] זכותם של אזרחי ישראל לחיים ולביטחון [ו]זכותם של מקצת מאזרחי ישראל להינשא לתושבי האזור ולהתגורר בישראל".⁶⁶ בדומה לזה, השופט ריבלין קבע כי "הערך של בטחון הציבור לובש ברגיל דמות ערטילאית, והנטייה היא לראות בו אינטרס של ציבור בלתי מסוים", אולם במקרה הנדון "לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא", ולפיכך "בטחון הציבור דובר כאן בזכות לחיים ממש, ואותה מבקש החוק לשמר. [...] הגבולות בין אינטרס הציבור וזכות הפרט – מאבדים במקרה זה מכוחם".⁶⁷ לפי גישה זו, "[ה]ציבור, בעל-האינטרס, מורכב מפרטים. וכשפורטים את האינטרס הציבורי לפרטיו, נחשף צבר של זכויות-פרט".⁶⁸ בדומה לדפוס שתואר לעיל, קביעה זו נועדה להצדיק את ההימנעות מהחלת מבחן האיזון האנכי, ולא הובהר מה הופך את המקרה הזה לייחודי ממקרים אחרים שבהם פוגעים בזכות חוקתית לשם הגנה על ביטחון המדינה. חלק משופטי הרוב בעניין גלאון (2012), שעסק בנושא דומה לזה שנדון בעניין עדאלה, חזרו על העמדה שבוטאה שם.⁶⁹

דוגמה אחרת ליישום הגישה החדשה היא עמדתו של השופט רובינשטיין באשר לדיון בהצדקה לעצור אדם במעצר מנהלי: "הביטוי הרווח בשיח המשפטי 'זכויות מול ביטחון' יש בו קושי לעצמו, שכן גם זכויות הקרבנות – והציבור כולו – לביטחון ולחיים זכויות הן, אך מצויות הן בצד ה'ביטחוני' של המשוואה, ואם כן אולי הביטוי הנכון הוא זכויות מול זכויות, או מאזן זכויות יחיד וזכויות ציבור במלחמה בטרור".⁷⁰ ברוח זו העיר גם השופט טירקל, בדעת יחיד, בעניין קירש (2003), כי ההחלטה להפקיע את שידורי הרדיו והטלוויזיה במקרה של התקפה נגד ישראל ניתנת להצדקה משום שהאינטרס שבגינה נפגע שם חופש

66 עניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

67 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט ריבלין.

68 שם. ראו גם שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס.

69 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, פס' 33–34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2012). השופט מלצר, שנמנה עם שופטי הרוב, אמנם הסתייג מגישה זו וקבע כי הפגיעה בזכות נועדה להגן על אינטרס ציבורי ולא על זכות חוקתית (פס' 38 לפסק דינו), אולם בפועל עמדתו אינה מבטאת איזון אנכי, שכן לשיטתו של השופט מלצר במקרים של פגיעה בזכות חוקתית לשם הגנה על ביטחון המדינה יש להחיל את "עקרון הזהירות המונעת", שמשמעותו הטלת הסיכון לטעות על בעל הזכות ולא על האינטרס הציבורי (פס' 34–38 לפסק דינו). שופטי המיעוט הסתייגו מגישותיהם של המשנה לנשיאה ריבלין ושל השופט מלצר (ראו למשל פס' 18 לפסק דינו של השופט לוי).

70 בג"ץ 9441/07 אגבר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד סב(4) 77, פס' 1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2007).

הביטוי הוא "הזכות לחיים והחובה להגן על החיים"⁷¹. יתר על כן, שופטי הרוב בדיון הנוסף בפרשת דיראני (2015) קבעו כי כאשר המעשה השלטוני פוגע בזכויותיו של נתין אויב, יש להחיל איזון אופקי אפילו אם הפגיעה נועדה להגן על אינטרס ציבורי מובהק.⁷² עוד ניתן לציין לעניין זה, בהקשר אחר, את ההכרעה בעניין ש.י. (2004), שם קבעה השופטת דורנר כי ההגבלות שנקבעו בחוק באשר לשידור סרטים ארוטיים נועדו להגן לא רק על האינטרס הציבורי שבמניעת פגיעה ברגשות הציבור ובמעמדן החברתי השווה של נשים, אלא גם על זכויות חוקתיות, בהקשר זה הגנה על הזכות לכבוד האדם של נשים, ולפיכך החילה מבחן של איזון אופקי.⁷³ החלת מבחן של איזון אופקי הביאה להכרה בסמכות רחבה של המחוקק ושל רשויות המנהל להגביל פרסומים כאמור, תוך הימנעות מהחלת דרישות-הסף של מבחן האיזון האנכי המסורתי.⁷⁴

יש להדגיש כי בשונה מן ההסכמה הרחבה בפסיקה באשר להחלת איזון אופקי ולא אנכי כאשר האינטרסים המתנגשים הם זכויות חוקתיות, אפיונו של אינטרס ציבורי כצבר של זכויות חוקתיות שנוי במחלוקת. במספר לא מבוטל של מקרים נדחתה הטענה שיש לנקוט את הגישה שתוארה, ולפיכך נדחתה הטענה שאין להחיל את הסייגים לפגיעה בזכויות שנובעים ממבחן האיזון האנכי. כך היה למשל בעניין המפקד הלאומי (2008), שם נדחתה

71 בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) 359, 377 (2003). עם זאת הדבר לא הוביל במקרה זה לויתור על הדרישות שנובעות ממבחן האיזון האנכי.

72 עניין דיראני, לעיל ה"ש 3, פס' 79–80 לפסק דינו של הנשיא גרוניס: "למרות שבעניינו נראה כי ניתן לסווג את ההתנגשות בין הערכים כהתנגשות שעיקרה הוא בין 'זכות הפרט' לבין 'אינטרס ציבורי', הרי שבכלל במשפט המקובל לא נבחר פתרון 'אנכי' מובהק [...] כי אם פתרון בעל סממנים 'אופקיים' [...] בדיון הישראלי מקובלת תפיסה רחבה של האיסור על סיוע לאויב. [...] משכך, סבורני שהבנה של מהותו ותוכנו של ערך זה מובילה לכך שלא ניתן לאמץ בעניינו, למשל, מבחן שלפיו תביעה שהגיש פעיל בארגון טרור לא תבורר רק אם קיימת אפשרות בהסתברות מסוימת כי בירור התביעה יסייע לפעילות ארגון הטרור".

73 בג"ץ 5432/03 ש.י. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, פס' 20 לפסק דינה של השופטת דורנר (2004). השוו בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 678 (1997), שם נדונה החלטת המועצה לביקורת סרטים לאסור הקרנה של סרט. בית המשפט התבסס בעיקר על ההגנה על האינטרס הציבורי וקבע שהמועצה רשאית לאסור הקרנת סרט רק אם ההקרנה עלולה לגרום "פגיעה ברגשות [...] [ש]יש בה כדי לזעזע את אמות הספים של הסובלנות ההדדית", תנאי שלא התקיים במקרה זה (שם, בעמ' 678). הנשיא ברק הכיר שם באפשרות "להצדיק הגבלה של הביטוי הפורנוגרפי עד כמה שיש בביטוי זה כדי להשפיל את האישה ולדמותה ל'שפחת מין', דבר הפוגע – במישרין ובעקיפין – במעמד השוויוני של האישה בחברה שלנו ומעודד אלימות בכלל ואלימות כלפי נשים בפרט" (שם), אך נמנע מלהחיל איזון אופקי.

74 ברוח זו לא נשללה סמכותה של רשות מנהלית להגביל שידורי פרסומת שיש בהם שימוש פוגעני במיניות של נשים. ראו למשל בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178 (2000), שם אמנם חויבה הרשות השנייה לאפשר שידור של תשדיר פרסומת, אך השופטת דורנר קבעה כי סמכותה של הרשות היא רחבה למדי: "תשדיר פרסומת הכולל רימוזים ומסרים מיניים בוטים, לרבות הטרדה מינית העשויה להזמין אלימות, גם בחברה פתוחה וסובלנית פוגע ברגשות הציבור בעוצמה הנדרשת לפסילה, המוגדרת כקשה ומשמעותית [...] (שם, בעמ' 183). לגישה שונה ראו בג"ץ 226/04 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נט(1) 519, 528 (2004) (הנשיא ברק).

טענה זו לעניין הסדר שאסר על שידורי פרסומת פוליטית.⁷⁵ בדומה לזה, בעניין דה מרקר (2014) נקבע שההתנגשות בין זכות הציבור לדעת לבין האינטרס של שופטים שלא יתפרסמו נתונים על מספר התיקים הממתינים להחלטתם מחייבת איזון אנכי, שכן האינטרס השני הוא אינטרס ציבורי ולא זכות חוקתית, ולפיכך הפגיעה בזכות הציבור לדעת מוצדקת רק אם יש ודאות קרובה לפגיעה באינטרס הציבורי.⁷⁶ תפיסה זו יושמה גם במקרים נוספים, שיידונו בהמשך בפרק ד.

רכיב שלישי: החלת מדרג של זכויות חוקתיות במקרה של התנגשות בין זכויות. יישומה של הגישה שתוארה לעיל מאפשר להצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות בנסיבות שבהן הפגיעה אינה מותרת על פי מבחן האיזון האנכי המסורתי. אולם בכך אין מתמצה השינוי. ביטול המבחן העקרוני של איזון אנכי משמעותו החלה של איזון אופקי אד הוק שבו משני צדי המתרס עומדות זכויות חוקתיות. המהלך הנדון כולל רכיב נוסף, שעניינו שלילת התפיסה שביסוד האיזון האופקי, שלפיה כל הזכויות הן שוות מעמד, לטובת תפיסה שלפיה יש מדרג של זכויות חוקתיות. זכויות מסוימות, למשל הזכות לחיים, עדיפות מבחינה נורמטיבית על פני זכויות אחרות.

ההבחנה המסורתית בין איזון אופקי לאנכי מציעה שתי מערכות אפשריות של הגנה על זכויות חוקתיות: במקרים שבהם הזכות שנפגעת היא שוות מעמד לאינטרס או לזכות אשר לשם הגנה עליהם פוגעים בזכות, ההגנה מושגת באמצעות פשרה הדדית, שנועדה להבטיח "מימוש מהותי" של שני האינטרסים המתנגשים; ובמקרים שבהם הזכות שנפגעת היא במעמד נחות מזה של האינטרס הציבורי, ההגנה על הזכות החוקתית מושגת באמצעות דרישות הסף שתוארו, שנועדו לוודא שהזכות תיפגע רק אם יש "התנגשות אמיתית" בינה לבין האינטרס הציבורי, בעיקר לעניין סף הסיכון ורמת הסבולת.⁷⁷ כאמור, לפי התפיסה

75 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008): "[נ]טען לפנינו כי בנסיבות העניין, אין מקום להחלת מבחניה של פסקת ההגבלה [...] [שכן] יש לאזן בין חופש הביטוי של החפץ לפרסם, לבין חופש הביטוי של כלל אזרחי המדינה הזכאים לקבל מידע אמין ומאוזן מכלי התקשורת. לטענת בא-כוח המדינה, מדובר באיזון אופקי בין שתי זכויות שוות-מעמד, שיש לבססו על פשרה וויתור הדדי של שתי זכויות האחת כלפי רעותה. [...] אין בידי להסכים לטענות אלה. אל מול חופש הביטוי הפוליטי של המבקשים לפרסם פרסומות פוליטיות, לא ניצבת זכות של פרט או של קבוצה מוגדרת של פרטים בציבור, אלא אינטרס ציבורי-כללי של בני החברה לקבלת מידע אמין ומאוזן מכלי התקשורת. בהתחשב בכך, האיסור המוחלט על שידור פרסומות פוליטיות מצריך בעיקרו של דבר איזון אנכי בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי-כללי, ולא איזון אופקי בין שתי זכויות שוות-מעמד [...]".

76 ע"מ 3908/11 מדינת ישראל הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר, פס' 54 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.9.2014). ראו גם, ברוח דומה בדבר פרסום מידע שבידי רשות שלטונית, ע"מ 1245/12 התנועה לחופש המידע נ' משרד החינוך, פס' 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 23.8.2012) (להלן: עניין התנועה לחופש המידע (2012)); ע"מ 6013/04 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60 (2006).

77 לפי גישה מסוימת, גם במקרים שבהם האינטרסים המתנגשים אינם שווים מעמד יש הכרח לבחון אפשרות לפשרה ביניהם בלא מחויבות אפריורית להעדפה של אחד הערכים, למשל מכוח מבחן המשנה השני של המידתיות. ראו ספיר "ישן מול חדש", לעיל ה"ש 7; גרעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 215 (2000).

המקובלת, בכל מקרה של התנגשות בין זכויות נזנח מבחן האיזון האנכי המסורתי. בעבר נהגה התפיסה שלעניין זה כל הזכויות הן שוות מעמד, ומשום כך האיזון ביניהן הוא אופקי. ביטוי ידוע לזה ניתן בדיון הנוסף בפרשת חברת החשמל נ' הארץ (1977), שם נדונה התנגשות בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב. לפי עמדת המיעוט של השופט שמגר, "אופיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד על משפטי. [...] יש להציב את השמירה על חופש הביטוי כראש וראשון בשיקולים כאשר זכות זו מתנגשת עם רעותה".⁷⁸ אך עמדת הרוב, שניתנה בידי ממלא מקום הנשיא לנדוי, דחתה גישה זו: "לא מעמד על של חופש הביטוי לעומת זכויות יסוד אחרות [...] לא דירוג 'אנכי' של 'זכות על' כנגד זכות סתם, אלא תיחום אופקי של זכויות בעלות מעמד שווה, ללא מגמה של העדפת זכות פלונית כפי שהוגדרה במעשה חקיקה על חשבון חברתה".⁷⁹ גישה דומה ננקטה גם במקרים אחרים.

גישה זו, בדבר מעמד שווה לכל הזכויות, נזנחה עם השנים. העמדה המקובלת כיום היא הכרה במדרג של זכויות חוקתיות. בהיבט אחד אין קושי בהכרה בקיומו של מדרג והוא היקף ההגנה הראוי על זכויות שונות כאשר הן מתנגשות עם אינטרס ציבורי נתון. העמדה שלפיה לא כל הזכויות החוקתיות חשובות באותה מידה פותחה בפסיקה בהתייחס לאופן יישומו של המבחן האנכי המסורתי. ההבחנה, שפוסעת במידת מה בעקבות זו המקובלת במשפט החוקתי האמריקאי, עוסקת בשאלה מהו סוג ההצדקה הנדרש לשם פגיעה בזכות חוקתית, כלומר מהי מידת חשיבותו של האינטרס הציבורי שיכולה להצדיק את הפגיעה בזכות, ומהו סף ההסתברות שלפיו יש לקבוע אם הסיכון הנשקף לאינטרס הציבורי הוא ניכר דיו, כלומר מהי מידת הנחיצות של הפגיעה.⁸⁰ ניתן לאפיין את ההבחנה המתגבשת בישראל בהקשר זה כך: החופש שלא להיות נתון לעינויים הוא מוחלט; זכויות מסוימות, כמו הזכות לחיים, חירות ממעצר, חופש הביטוי הפוליטי, הזכות לשוויון בהקשר של איסור הפליה על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת, והיבטים מסוימים של הזכות לקיום "בסיסי" בכבוד, הם בעלי מעמד גבוה במיוחד; זכויות אחרות, למשל קניין, חופש חוזים, חופש עיסוק, ובמידת מה פרטיות וזכות לשם טוב, נתפסות כזכויות שהיקף ההגנה עליהן הוא מצומצם יותר. עם זאת חשוב להדגיש כי גם במסגרת זו חשיבותו של הדירוג האמור של הזכויות אינה כה רבה. סיבה אחת לכך היא שההבחנה המקובלת היא לא רק בין סוגים

78 ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא (2) 281, 295 (1977).

79 ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב (3) 337, 343 (1978).

80 לדיון ראו למשל ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 601–611. ראו גם Frederick Schauer, Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts, 34 VAND. L. REV. 265 (1981); Richard H. Fallon, Strict Judicial Scrutiny, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007). לתמיכה בדירוג של זכויות ראו למשל עניין גלאון, לעיל ה"ש 69, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל: "[...] דירוג הזכויות עשוי לסייע לשיטה משפטית, כמו שלנו, בבואה ליישם את מבחן המידתיות בכלל ובמובן הצר בפרט. אין כוונתי שיש לאמץ את מודל המדרוג האמריקאי אלא את עצם קיומו של מדרוג בין זכויות ובין אינטרסים ציבוריים. היתרון הוא שהמיקום במדרג של הזכות הנפגעת והאינטרס הציבורי יכול להיות אמת מידה שתכווין את בית המשפט בעת ביצוע מלאכת האיזון החוקתי". ראו גם שם, פס' יח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

של זכויות אלא גם בין אינטרסים שונים המוגנים במסגרת זכות מסוימת. לעתים הדבר מסווג כהבחנה בין "גרעין" הזכות לבין ה"מעטפת" שלה,⁸¹ וכך ההבחנה בין זכויות שונות היא רק היבט אחד של ההבחנה בין ההצדקות הנדרשות להכרה בתוקפם של מעשים שלטוניים מסוימים. בנוסף, האפיון הרלוונטי אינו רק של מהות הזכות שמגנה על האינטרס הרלוונטי, אלא גם של האופן שבו נגרמה הפגיעה. אין דין פגיעה בגין מעשה מכוון כדין פגיעה על דרך מחדל או פגיעה לא מכוונת, וכיוצא באלה הבחנות. משום כך דירוג של זכויות הוא בעל חשיבות מוגבלת בלבד. מכל מקום, וזה העיקר בהקשר הנדון כאן, היבט זה של דירוג הזכויות עוסק באופן היישום של האיוון האנכי המסורתי לעניין בירור תוקפה של פגיעה בזכות חוקתית שנועדה להגן על אינטרס ציבורי, ולא בהתנגשות שבין זכויות לבין עצמן. החידוש שנקבע בפסיקה הוא באופן החלתו של מדרג הזכויות במקרים מן הסוג האחרון.

הדין באשר למבחן האיוון שיש להחיל במקרה של התנגשות בין זכויות לבין עצמן שנוי במחלוקת. לפי גישה אחת, שהיא כנראה גישתו (המעודכנת) של ברק, ההתנגשות בין זכויות חוקתיות צריכה להיות מוכרעת במבחן של איוון אופקי, "הן לעניין הזכויות שוות-חשיבות והן לעניין זכויות ברמות חשיבות שונות".⁸² משמעות ההחלה של איוון אופקי גם במקרים שבהם הזכויות הן ברמות חשיבות שונות היא שאין להעניק עדיפות מוחלטת לאחת הזכויות. מדרג הזכויות רלוונטי לעניין מידת הפשרה ההדדית שנדרשת ביניהן, אך אין בו משום העדפה מוחלטת של אחת הזכויות על פני חברתה. אולם בפסיקה ניתן לעתים ביטוי גם לגישה אחרת. לפי גישה זו, אם המעשה השלטוני נועד להגן על זכות אחת בדרך של פגיעה בזכות אחרת, והזכות שעליה מגנים חשובה מן הזכות הנפגעת, הפגיעה היא בהכרח מוצדקת, בלא צורך בפשרה הדדית בין הזכויות, בבירור הסיכון שנשקף לכל אחת מהן אלמלא ההתערבות השלטונית וכדומה.

ביטוי לגישה זו ניתן, שוב, בפרשת עדאלה שהוזכרה לעיל. לפי עמדתו של המשנה לנשיא חשין, שנמנה עם דעת הרוב, "בהניחנו על כפות המאזניים, מזה ומזה, את זכותם של אזרחי ישראל לחיים ולביטחון ואת זכותם של מקצת מאזרחי ישראל להינשא לתושבי האזור ולהתגורר בישראל – כף ראשונה תכריע".⁸³ בהמשך פסק הדין אמנם החיל המשנה לנשיא חשין, וכמוהו שופטי הרוב האחרים, גם את פסקת ההגבלה, ובמיוחד את מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות, לשם הצדקת הפגיעה בזכות לחיי משפחה במסגרת מבחן של איוון אופקי, ולא הסתפק בקביעה שצוטטה בדבר עדיפות מוחלטת לזכות לחיים על פני הזכות שנפגעה עקב החוק שנדון שם. אולם הדברים הובאו במענה לעמדת שופטי המיעוט, שנימקו את עמדתם על סמך דרישת המידתיות, ולא ברור מתוך פסק הדין אם לפי שיטתה של עמדת הרוב נחוץ במקרה כזה "ויתור הדדי" ו"פשרה" בין הזכויות המתנגשות.

81 ראו למשל עניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 44 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 75, פס' 22–23 לפסק דינה של השופטת נאור; בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.7.2008).

82 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 648.

83 עניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. ראו גם שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט ריבלין: "זכות האדם לחיים, לעומת זאת, היא זכות קונקרטית ומוחשית. היא זכות אולטימטיבית כמעט [...]"; פס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס.

אף אם הדברים שצוטטו נועדו לצרכים רטוריים בלבד, ואין לשלול זאת, הם מבטאים תפיסה שזוכה לתמיכה רבה למדי בשיח הציבורי, אשר ראוייה אפוא לבחינה ביקורתית. רטוריקה דומה ננקטה בכמה מקרים נוספים. כך, למשל, קבע השופט טל בפרשת קירש (2003) לעניין ההחלטה להפקיע את שידורי הרדיו והטלוויזיה מטעמי ביטחון שנועדה להגן, למעשה, על הזכות לחיים, ו"כאשר מדובר בהגנה על חיי אדם, במצב של פיקוח נפש, אין מקום לעשיית איזונים ולשקילת ערכים מתחרים. אמות המידה החוקתיות שמציבה פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ונוסחאות האיזון הפסיקטיות אינן ישימות ואינן הולמות שעה שחיי אדם – חיי ציבור שלם! – מונחים על הכף".⁸⁴ זוהי גם העמדה שנקט המשנה לנשיא חשין, בדעת מיעוט, בפרשת סנש, שכבר הוזכרה, לעניין ביטוי הפוגע בשמו הטוב של אדם: "תוצאות המערכה בין שתי הזכויות ברורות מראש: אין ענייננו בזכויות שוות-ערך זו לזו; ענייננו בזכות גדולה-מכל-גדולה הנאבקת בזכות קטנה הימנה. כבודה של חנה סנש, כבודה ושמה הטוב יגברו – ובנקל יגברו, לדעתי – על זכותו של המחזאי ועל זכותה של רשות השידור".⁸⁵

משמעותה של גישה זו, אם היא תוחל כפשוטה, היא החלה של איזון עקרוני שההכרעה בו אינה תלויה כלל בנסיבות הקונקרטיות של המקרה: אין צורך לברר כלל אם ההתנגשות היא "אמתית", כלומר מהי ההסתברות שהפגיעה בזכות החוקתית הנובעת מן המדיניות השלטונית אמנם נחוצה כדי למנוע גריעה מן הזכות החוקתית שעליה מבקשים להגן. אין בוחנים את האופן שבו עלולה להיגרם הפגיעה בכל אחת מן הזכויות וכדומה. די שהפגיעה בזכות חוקתית מסוימת נועדה להגן על זכות חוקתית חשובה במיוחד, כמו הזכות לחיים, כדי להצדיק את הפגיעה בזכות. בתפיסה זו, אם אמנם תיושם, יש משום חידוש ניכר. נסכם אפוא את מאפייני היסוד של הגישה החדשה: בכל מקרה של התנגשות בין זכויות חוקתיות אין מוחל מבחן האיזון האנכי המסורתי. בנסיבות מסוימות, שטיבן לא הובהר, פגיעה בזכות חוקתית שנועדה להגן על אינטרס ציבורי (בעיקר לשם מניעת מעשי טרור) מאופיינת כפגיעה שנועדה להגן על צבר של זכויות חוקתיות, ולפיכך אין מוחל מבחן האיזון האנכי המסורתי. במקרים מסוימים לא נשללה האפשרות לוותר גם על החלת איזון אופקי, מכוח הקביעה שזכויות מסוימות עדיפות על פני זכויות אחרות, ואין צורך בפשרה הדדית ביניהן.

ב. דיון ביקורתי במבחני האיזון החדשים

אנו סבורים שמבחן האיזון האנכי המסורתי הוא ראוי. יש בו הגנה נאותה על זכויות חוקתיות, והוא מספק אמות מידה עקרוניות וכלליות לקביעת היקף ההגנה על זכויות. לפיכך אנו סבורים שמבחני האיזון החדשים מעוררים קשיים ניכרים. בעיקרו של דבר, אנו סבורים שאין הצדקה לזנוח את מבחן האיזון האנכי אלא במקרים מיוחדים, והעובדה שהמעשה השלטוני שפוגע בזכות נועד להגן על זכות אחרת אינה צריכה להספיק כשהיא לעצמה כדי

84 עניין קירש, לעיל ה"ש 71, בעמ' 380. עם זאת בהמשך הדברים בפסק הדין יושם שם גם מבחן האיזון המסורתי.

85 עניין סנש, לעיל ה"ש 45, פס' 37 לפסק דינו של השופט חשין.

להסתפק במבחן של איזון אופקי. אנו סבורים גם שאין הצדקה לתפיסה בדבר "עדיפות לקסיקלית" של זכויות מסוימות לעומת אחרות במקרה של התנגשות בין זכויות. נדון בקצרה בקשיים שמתעוררים בעניינו של כל אחד משלושת הרכיבים של מבחני האיזון החדשים שתוארו לעיל, בסדר הפוך לזה שבו הוצגו לעיל, בטרם נפנה להציג את הצעתנו בעניין זה.

הרכיב השלישי שתואר לעיל, שלפיו הזכות לחיים עדיפה על זכויות אחרות, ולכן יש להצדיק בהכרח כל מעשה שלטוני שתכליתו הגנה על הזכות לחיים, תהא פגיעתו בזכויות אחרות אשר תהא, מבטא תפיסה בדבר עדיפות לקסיקלית בין הזכויות. הבעיה היא שלפי מבחן זה, הזכויות מוגדרות רק על פי האינטרסים שעליהם הן מגנות. למשל, הזכות לחיים מאופיינת כאינטרס של אדם להמשיך לחיות. אנו סבורים שזוהי טעות לקבוע עדיפות לקסיקלית לאינטרסים מסוימים כשהם לעצמם. הקביעה שמעשה אחד שתוצאתו היא אבדן אפשרי של חיי אדם, בהכרח עדיף מבחינה נורמטיבית על פני מעשה אחר שתוצאתו הצפויה היא שלא יאבדו חיי אדם אך יפגע אינטרס חשוב אחר, למשל חופש הביטוי, רק משום שחיים עדיפים על ביטוי, היא שגויה. לשם השוואה בין שני המעשים הכרחי להתחשב בשורה ארוכה של מאפיינים נוספים של כל אחד מהם. למשל, אם הגריעה האפשרית מן האינטרס המוגן מכוונת או לא, אם היא מכוח מעשה או מחדל, מהי ההסתברות שבה צפויה להתרחש כל אחת מן התוצאות האמורות ועוד. עדיפות נורמטיבית יכולה להתקיים בין סוגים מסוימים של מעשים, של כללים או של ערכים; היא אינה מתקיימת בין זכויות אדם המוגדרות רק במונחים של האינטרסים שעליהם הן מגנות, אלא אם כל שאר התנאים שווים, תנאי שכמעט תמיד אינו מתקיים. נרחיב מעט בעניין זה.

עדיפות לקסיקלית היא מונח שמקובל להשתמש בו בספרות הפילוסופית כדי לאפיין עמדה שלפיה לערכים מסוימים עדיפות נורמטיבית מוחלטת על פני אחרים. ג'ון רולס השתמש במונח זה כדי לתאר את תפיסת הצדק שהציע: לשיטתו, יש שני עקרונות צדק – האחד קובע שוויון מלא בזכויות ובחירויות פוליטיות בסיסיות, והאחר עוסק בצדק חלוקתי בהקצאת משאבים – והעיקרון הראשון עדיף לקסיקלית על השני, במובן זה שבשום מקרה, כלומר בכל מערכת עובדתית שהיא, אין לפגוע בחירויות פוליטיות בסיסיות כדי לצמצם אי-שוויון חברתי-כלכלי.⁸⁶ דוגמה אחרת, שניסוחה קרוב יותר לזה המקובל בדיני זכויות האדם, היא העמדה שהתכלית היחידה שיכולה להצדיק פגיעה אקטיבית ומכוונת בחייו של אדם היא מניעה ישירה של פגיעה בחייהם של אחרים, אך לא הגנה על אינטרסים אחרים.⁸⁷ בספרות הפילוסופית מוצגת עמדה זו לעתים באמצעות הקביעה, שאינה אלא משל לסוגיות שמתעוררות בפועל, כי אין להצדיק פגיעה בחייו של אדם אחד כדי למנוע כאב ראש מאנשים רבים, יהא מספר האנשים שהפגיעה האמורה תציל אותם מן הסבל הכרוך בכאב

86 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 37–40, 53–54 (Rev. ed. 1999).

87 ראו למשל Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L.J. 711 (1994); EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY 82–87 (2010).

ראש אשר יהא.⁸⁸ אכן, המונח עדיפות לקסיקלית הוא בעל חשיבות רבה בדיני זכויות אדם. הוא בא (או לפחות צריך לבוא) לידי ביטוי בהקשר של הדרישה לתכלית ראויה. משמעותה של ההגבלה על השלטון לעשות מעשה שפוגע בזכויות חוקתיות היא בין היתר שמעשה בהכרח אינו מוצדק אם הוא נועד לקידום מטרות מסוימות.⁸⁹ לעתים משתמשים בהקשר זה במונח "טעם מוציא" (exclusionary reason).⁹⁰ ההגנה על זכויות האדם נועדה, בין היתר, לקבוע לאילו מטרות מותר לגרום פגיעה (מסוג מסוים) באינטרסים המוגנים. למשל, האיסורים לפגוע במכוון בגופו של אדם, ובכלל זה ליטול את חייו, או לשלול את חירותו של אדם ממעצר, כוללים גם הבחנה בין תכליות שונות של הפגיעה: מעשה כאמור יכול להיות מוצדק, בנסיבות מסוימות, אם הוא נועד למנוע מן האדם שבו מדובר לפגוע באחרים, אך הוא אינו מוצדק אם תכליתו להעניש את הנפגע בגין מעשיו בעבר או להרתיע אנשים אחרים מלנהוג בדרך מסוימת (אם הפגיעה אינה תוצאה של הליך שיפוטי). אולם, וזו הנקודה העיקרית, לאינטרסים מסוימים כשהם לעצמם, במנותק מאופן הפגיעה האפשרית בהם, לא ראוי לקבוע עדיפות לקסיקלית על פני אינטרסים אחרים.

עדיפות לקסיקלית ראוי שתהיה מוחלטת על אופנים מסוימים שבהם מושפעים האינטרסים הנדונים ממעשים או ממחדלים שלטוניים. למשל, תיתכן עדיפות להימנעות מפגיעה מסוג מסוים באינטרס אחד לעומת הימנעות מפגיעה מאותו סוג באינטרס אחר, אך ההשוואה אינה אמורה להיעשות בין אינטרסים כשהם לעצמם, במנותק מסוג הפגיעה האפשרית בהם. למשל, בהמשך לדוגמה שלעיל בעניין מניעת כאבי הראש, הקביעה שתוארה אינה שהאינטרס בחיי אדם הוא בעל עדיפות לקסיקלית על האינטרס במניעת כאב ראש. ההשוואה היא בין מעשה של הריגה אקטיבית ומכוונת של אדם, שנועדה למנוע מאחרים לסבול כאב ראש, לבין הימנעות ממעשה זה. לא כך בהכרח כשמדובר במעשים אחרים שעלולים לגרום למותו של אדם, למשל נסיעה במכונית או חציית כביש, שעלולות להביא למותו של אדם בתאונת דרכים, לשם רכישת תרופה שתמנע מאדם לסבול כאב ראש. הקביעה שחיי אדם זוכים לעדיפות מוחלטת על פני מניעת כאבי ראש היא שגויה. העדיפות הלקסיקלית מוקנית רק לחובה להימנע מסוגים מסוימים של פגיעה בחיי אדם ולא לאינטרס בחיי אדם כשהוא לעצמו.⁹¹

88 ראו למשל Alastair Norcross, *Comparing Harms: Headaches and Human Lives*, 26 PHIL. & PUB. AFF. 135 (1997); Dan W. Brock, *Aggregating Costs and Benefits*, 58 PHIL. & PHENOMENOLOGICAL RES. 963, 967 (1998); JUDITH JARVIS THOMSON, *THE REALM OF RIGHTS* 166–169 (1990).

89 ראו למשל Pildes, לעיל ה"ש 87, בעמ' 724.

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

91 ראו בהקשר קרוב דבריו של השופט גרוניס בעניין עדאלה (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינו, שם הוא ציין, מיד לאחר הקביעה שהזכות לחיים בהכרח גוברת על הזכות לחיי משפחה, את הדברים האלה: "נודה על האמת, הצגת הדילמה בצורה כה חדה מטעה משהו. קיימים מצבים שונים בהם הערך של חיי אדם עומד כנגד ערכים ואינטרסים אחרים ולמרות זאת מתקבלת החלטה, לעיתים מושכלת ולעיתים אינטואיטיבית, להעדיף את הערך או האינטרס האחר. כך, למשל, לא יהא ויכוח כי איסור מוחלט על

משום כך, גם אם עקרונית ניתן לקבוע שלאינטרס מסוים, למשל חיי אדם, יש, בתנאים מסוימים, עדיפות לקסיקלית על פני אינטרסים אחרים, למשל חופש ביטוי, אין די בכך כדי לבסס את המסקנה, שהיא הרלוונטית להקשרים של דיני זכויות אדם, שמעשה שלטוני שתוצאתו שמירה על אינטרס זה נהנה מעדיפות לקסיקלית על פני מעשה שלטוני אחר שתוצאתו גריעה מן האינטרס האמור. הקביעה איזה מעשה שלטוני עדיף – הימנעות מפגיעה בזכות החוקתית שתוצאתה האפשרית היא גריעה מאינטרס חשוב יותר, למשל חיי אדם, או פגיעה בזכות החוקתית שנועדה למנוע את הפגיעה באינטרס החשוב – חייבת להתבסס על מאפיינים רבים נוספים של המעשים הרלוונטיים. יש לברר מהי ההסתברות לגריעה מכל אחד מן האינטרסים הרלוונטיים בחלופות השונות ולקבוע עדיפות לקסיקלית רק באשר לתוצאות שההסתברות להתרחשותן היא מעל סף מסוים. במקרים מסוימים יש להבחין בין מעשה למחדל שעלולים להוליך לגריעה מאינטרסים מוגנים, ובהקשר זה יש לבחון אם מדובר בנסיבות שבהן מוטלת על השלטון חובה, מוסרית או חוקתית, לפעול לשם מניעת פגיעה באינטרסים. באופן כללי יותר, הכרחי להתייחס לשאלה אם כל אחת מן החלופות הנבחנות אמנם פוגעת בזכויות החוקתיות ולבחון מהו סוג הפגיעה. אם לא כל הגורמים הרלוונטיים זהים, אין מקום להתבסס על דירוג של זכויות לשם הכרעה אם פגיעה בזכות חוקתית מסוימת היא מוצדקת. יתר על כן, עצם המינוח "התנגשות" בין זכויות אינו מדויק. מיקוד התיאור של הסוגיה הנדונה כהתנגשות בין זכויות מבוסס על ההנחה השגויה שהגורם הרלוונטי היחיד להכרעה הוא הערכה אם תוצאה אחת – פגיעה בזכות אחת וכיבוד האחרת – עדיפה על פני התוצאה החלופית. אולם כאמור ההתנגשות אינה רק בין תוצאות אלא גם בין שתי דרכי פעולה אפשריות (או יותר משתיים), שכל אחת מהן צריכה להיות מאופיינת לפי מכלול המרכיבים הרלוונטיים שלה, ובכלל זה סוג הפגיעה בכל אחת מן הזכויות בכל אחת מן הדרכים, הסתברות הפגיעה, הפגיעה האפשרית בכבוד האדם מחמת המסר הנובע מכל אחד מסוגי הפגיעות, ההבחנה בין פגיעה במעשה או במחדל ועוד. בלי כל אלה אי אפשר כלל להכריע בשאלה זו, וודאי שאין לקבוע עדיפות מוחלטת לאחת הזכויות.

המסקנה מן הדיון לעיל היא שאין הצדקה לדירוג של זכויות שמבוסס על אינטרסים בלבד. מכאן הביקורת שלנו על העמדה שביטאו כמה משופטי הרוב בפרשת עדאלה שהזכרה לעיל. כזכור, לפי גישה זו, "בהניחנו על כפות המאזניים, מזה ומזה, את זכותם של אזרחי ישראל לחיים ולביטחון ואת זכותם של מיקצת מאזרחי ישראל להינשא לתושבי האזור ולהתגורר בישראל – כף ראשונה תכריע".⁹² אכן, אם כל הדברים האחרים שווים, כלומר מדובר בפגיעה מאותו סוג, חיי אדם הם בעלי עדיפות לקסיקלית לעומת הזכות בחיי משפחה. אבל בהקשר שנדון שם, ההשוואה הנחוצה היא בין פגיעות מסוגים שונים לגמרי. פגיעה אחת, שבה בחר המחקק, היא פגיעה אקטיבית וודאית בזכות לחיי משפחה; יתר על כן, זו פגיעה שנלווה לה מסר פוגעני כלפי האזרחים שזכותם נפגעה, שכן היא ביטאה ייחוס חשד כלפי בני זוגם של אזרחים אלה שהם יבקשו לרצוח ישראלים, אך ורק על סמך היותם

תנועת כלי רכב מנועיים בכבישים וחזרה לימי הכרכרות יקטינו באופן משמעותי את מספר ההרוגים והפצועים בתאונות דרכים. אף על פי כן, אין להניח שהצעה בכיוון האמור תתקבל בחברה מודרנית".
92 שם, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

של בני הזוג פלסטינים תושבי השטחים ולא על סמך מידע קונקרטי כלשהו עליהם. לעומתה, הגריעה האפשרית מן הזכות לחיים היא לא ודאית, ובעיקר היא תוצאה של מחדל לפעול באופן שהיה יכול להפחית את הסיכון לפיגועי טרור. למעשה, בנסיבות אלה סביר להניח שלפי הגישה הנוהגת בישראל אין מדובר כלל בפגיעה בזכות החוקתית לחיים, ולכך נשוב בהמשך. מכאן שביסוס ההכרעה במקרה האמור על קיומו של יחס אנכי בין הזכויות, ולמעשה בין האינטרסים המוגנים, אינו מניב הצדקה מספקת.

הדיון לעיל מוליך לבחינה ביקורתית של הרכיב השני של הגישה המקובלת – הקביעה שבמקרים מסוימים יש לראות באינטרס ציבורי מסוים צבר של הזכויות החוקתיות של קבוצת האנשים הרלוונטית. הקביעה שהאינטרס הציבורי הוא זכויות חוקתיות של האנשים המרכיבים את הציבור היא במידה רבה חסרת משמעות נורמטיבית לעניין הברור אם המעשה השלטוני שפוגע בזכות החוקתית כדי להגן על האינטרס הציבורי הוא מוצדק. אכן, כשמדובר באינטרסים המוגנים עצמם, קשה להצדיק הימנעות מאפיון האינטרסים המרכיבים את האינטרס הציבורי כצבר של זכויות חוקתיות של הפרטים הנוגעים בדבר. אולם כאמור לסיווג זה אין חשיבות רבה כשהוא עומד לעצמו. אם המעשה השלטוני הפוגע בזכויות נועד להגן על אינטרסים שיש להם חשיבות נורמטיבית רבה, משמע שהמעשה הוא לתכלית ראויה. אין נובעת מכך עדיפות לקסיקלית לאחת הזכויות, שהרי לעניין זה יש לברר את האופן שבו ייגרעו, בכל אחת מן החלופות, אינטרסים מוגנים. פגיעה בזכות שנועדה להגן על ביטחון המדינה היא פגיעה שנועדה לתכלית ראויה, בין שביטחון המדינה הוא אינטרס ציבורי ובין שהוא זכות חוקתית, והסיווג כשלעצמו של ביטחון המדינה כזכות חוקתית אינו מקנה לפגיעה בזכות אחרת שנועדה להגן על ביטחון המדינה עדיפות לקסיקלית ביחס לחלופה של הימנעות מהספקת ההגנה. כפי שנפרט בהמשך, שיטתנו היא כי סיווג האינטרס כאוסף זכויות חוקתיות צריך להשפיע על מבחן האיזון רק אם נלווית לו המסקנה שהימנעות מהגנה שלטונית על האינטרס הציבורי/הזכויות החוקתיות היא פגיעה בזכות חוקתית.

הגורם המשלים ההכרחי, ומכאן הביקורת שלנו גם נגד הרכיב הראשון של הגישה המקובלת בפסיקה, הוא הקביעה מה דינו של מחדל של השלטון לפעול לשם הגנה על האינטרס הציבורי האמור. במקרים מסוימים השאלה אם מחדל כאמור הוא פגיעה בזכות חוקתית מתעוררת ישירות. כך היה למשל בעתירות (שנדחו) נגד שחרור מחבלים במסגרת עסקה שנועדה להביא לשחרור חייל צה"ל משבי האויב, שם נטען כי השחרור פוגע בזכות החוקתית של תושבי ישראל לחיים בשל הסיכון המוגבר לפיגועי טרור, הנובע מן השחרור המוקדם של המחבלים,⁹³ וכך גם במקרים שבהם נטען שמחדלו של השלטון לפעול להגנת הסביבה או להגן על אינטרסים של הציבור במקרקעין או במשאבי טבע הוא פגיעה בזכויות חוקתיות.⁹⁴ אך ההכרעה בעניין זה נחוצה גם כאשר השלטון פועל לשם הגנה על האינטרס

93 ראו למשל בג"ץ 7523/11 אלמגור – ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 17.10.2011).

94 ראו למשל בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 24.5.2012); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פס' 58 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת

הציבורי תוך פגיעה בזכות חוקתית אחרת, כדי להעריך אם פעולה זו מוצדקת. פגיעה בזכות יכולה להיות מוצדקת גם אם היא אינה נעשית מכוח חובה לעשות כן, אך ההכרעה אם קיימת חובה כזו אם לאו הכרחית לשם קביעת סוג המבחן שיש להחיל, כפי שנראה מיד. מכאן שהקביעה אם יש לסווג את האינטרס הציבורי כצבר של זכויות חוקתיות היא חשובה. סיווג שכזה הוא תנאי הכרחי להכרה בקיומה של חובה חוקתית על השלטון לפעול להגנה על האינטרס הציבורי האמור אף בדרך של פגיעה בזכויות חוקתיות מסוימות. בעיקרו של דבר, אין מוטלת על השלטון חובה חוקתית לפעול להגנה על אינטרס ציבורי, אלא אם הוא מסווג כאוסף של זכויות חוקתיות. בה בעת, כאמור, סיווג כזה אינו תנאי מספיק להכרה בהיות המחלף פגיעה בזכות חוקתית. יש להמשיך ולברר אם בנסיבות העניין מוטלת על השלטון החובה לפעול להגנה על האינטרס הציבורי/הזכויות החוקתיות. ננסה להתוות את אופן ההכרעה בשאלה זו מיד, במסגרת הדיון בהצעתנו לאפיון מחדש של מבחני האיוון. בהקשר זה יש חשיבות רבה לקביעה אם הסיכון נשקף לאינטרס של אדם מסוים או לאינטרסים של ציבור לא מסוים, אם ניתן לפצות על הפגיעה, אם הפגיעה (לרוב על דרך מחדל) היא מכוונת ועוד. אין די לעניין זה בקביעה הכללית שהאינטרסים הנכללים בגדר האינטרס הציבורי חשובים וראויים, ולכן להיות מסווגים כזכויות חוקתיות.

ג. הצעה לאפיון מחדש של ההבחנה בין איוון אופקי לאנכי

הגישה המוצעת כאן באשר להבחנה בין איוון אופקי לאנכי מבוססת על קביעת תכליתה של ההכרה בחובה המשפטית-חוקתית לכבד זכויות אדם. בתמצית, המושג "זכויות אדם" נועד לסייע בהכרעה אם מעשים שלטוניים מסוימים הם צודקים. הקביעה שמעשה מסוים פוגע בזכויות אדם היא דרך מקוצרת לבטא את העמדה שמדובר במעשה שהוא לכאורה אסור, ולפיכך נדרש להצדיקו בדרך מיוחדת. המבחן בדבר איוון אנכי נועד לבטא את הצורך בהצדקה מיוחדת של מעשה שפוגע בזכות חוקתית, והוא כולל כאמור דרישות בדבר הסמכה מפורשת בחוק וכללים בדבר הקצאת הסיכון והחובה לסובלנות, שנועדו להקנות למבחן ממד עקרוני ולא רק אד הוק. בה בעת, בנסיבות מסוימות אין להחיל את החזקה שלפיה המעשה השלטוני אינו מוצדק. אלה הם מקרים שבהם ההגבלה השלטונית של אינטרסים המוגנים מכוח זכויות חוקתיות אינה אמורה להיות "חשודה" כלא מוצדקת. בשורות הבאות נציג תחילה את התפיסה שההכרה בחובה משפטית-חוקתית לכבד זכויות חוקתיות מקימה חזקה שהמעשה השלטוני אינו צודק, שבגינה יש להחיל את מבחן האיוון האנכי כאשר נמצא שמעשה שלטוני פוגע בזכות חוקתית. בעקבות זאת נאפיין מקרים שבהם אין מקום להחלת החזקה האמורה, ועמה מבחן האיוון האנכי. בחלק מן המקרים הדבר מתבטא בשלילת ההכרה בכך שהמעשה השלטוני פוגע בזכות חוקתית, ובאחרים, שעומדים במוקד הדיון כאן, משמעות הדבר שיש להסתפק במבחן של איוון אופקי לשם קביעת תוקפה של הפגיעה בזכות החוקתית.

ישראל, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503 (2004).

1. הטעמים להחלת איזון עקרוני להכרעה בתוקפה של פגיעה בזכות חוקתית

הקביעה של חובה משפטית לכבד זכויות אדם נועדה להגביר את הסיכוי שיהיה מתאם בין המתחייב מן המוסר לבין הכרעות חברתיות. כפי שציין ג'יימס מדיסון, בדברים ידועים מתוך ה"פדרליסט", "אילו משלו מלאכים בבני האדם לא היה צורך בשום ריסון לשלטון. [...] אין ספק שתלות בעם היא הרסן הראשון במעלה לשלטון, אך הניסיון מלמד את האנושות על נחיצותם של אמצעי זהירות נוספים".⁹⁵ השאיפה להגביר את הסיכוי שההכרעות השלטוניות יהיו צודקות אמורה להתממש באמצעות קביעת חובה משפטית-חוקתית לכבד זכויות אדם, וזאת בכמה דרכים: בעקיפין, באמצעות "הנגשה" של המוסר לציבור הרחב ולנושאי משרות שלטוניות, ובמישרין, באמצעות דרישת הצדקה מיוחדת כתנאי לתוקפן של החלטות שלטוניות מסוימות.

המושג "זכויות אדם" נועד לסייע בבירור אם מעשים מסוימים הם צודקים. הקביעה שמעשה מסוים פוגע בזכויות אדם היא דרך מקוצרת לבטא את העמדה שמדובר במעשה אסור מבחינה מוסרית, או לכל הפחות שהוא לכאורה אסור ונדרש להצדיקו בדרך מיוחדת. זכות אדם אינה מילת קסם שמשנה את הניתוח המוסרי. הסדר שפוגע בזכות אדם הוא פסול לכאורה, בשל קיומם של שיקולים מהותיים שמולכים למסקנה זו. המושג "פגיעה בזכות אדם" הוא מסמן (place-holder) לחשיבותם של השיקולים הללו.⁹⁶ הקביעה שהסדר מסוים פוגע בזכות אדם נועדה להנחות את בעלי הסמכות, בעיקר את חברי בית המחוקקים, שמדובר בהסדר שקיים חשש מוגבר שאינו מוצדק, והוא טעון אפוא עיון נוסף והצדקה מיוחדת. הקביעה של חובה משפטית לכבד זכויות אדם נועדה להגביר את הסיכוי שיהיה מתאם בין המתחייב מן המוסר לבין הכרעות חברתיות באמצעות הגברת ה"נגישות" של המוסר לציבור, וקביעת החובה המשפטית לכבד זכויות אדם היא אמצעי לתרגם ללשון משפטית את החובות הנובעות מן המוסר.⁹⁷ ההכרה בחובה משפטית-חוקתית לכבד זכויות אדם נועדה גם לקבוע באילו מקרים אין די בהצדקה "הליכית", כלומר בעובדה שההחלטה נעשתה בידי מי שנבחר בידי הרוב. הקביעה שהחלטה שלטונית פוגעת בזכויות אדם, שמשמעותה כאמור מסקנת ביניים שמדובר בהחלטה לא ראויה, מחייבת הצדקה מהותית כדי שההחלטה תהא תקפה. לשם הפרכת מסקנת הביניים נדרשת הצדקה המתייחסת לתוכן ההחלטה, שלפיה בנסיבות המקרה הנדון, לאור מכלול השיקולים הרלוונטיים, הפגיעה בזכות היא מוצדקת.⁹⁸

הסיווג של מעשה שלטוני מסוים כמעשה שפוגע בזכות חוקתית מוליך, ככלל, להחלה של שורה של תנאים שרק בהתקיימם מוכר תוקפו של המעשה השלטוני. בעיקרו של דבר, מדובר בשני סוגים של תנאים: סוג אחד של תנאים הוא שהמעשה השלטוני הוא מוצדק

95 אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט מס' 51, 261, 262 (אהרן אמיר מתרגם, 2001).

96 ראו למשל JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 181 (1986).

97 Larry Alexander, *Judicial Review and Moral Rights*, 33 QUEEN'S L.J. 1 (2007).

98 להדגשת מאפיין יסודי זה של ההכרה בזכויות אדם ראו למשל אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטית – סקיצה פילוסופית" עיוני משפט יט 729, 730–732 (1995); משה כהן-אליה "מידתיות ותורת הצדקה אצל אהרן ברק" משפט ועסקים טו 317 (2012); אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239 (2010).

בהתחשב בכל השיקולים הרלוונטיים (במינוח המקובל בפילוסופיה, "all things considered"). זוהי בחינה אד הוק, לפי התנאים המנויים בדרישת המידתיות, כלומר הדרישות שהפגיעה בזכות החוקתית תהא מועילה (או מתאימה) לקידום אינטרסים חשובים כלשהם, שהפגיעה תהא נחוצה (כלומר, אי אפשר להשיג את היעד בדרך פוגענית-פחות) לשם השגת היעד האמור, ושקיים יחס סביר בין התועלת המושגת לבין חומרת הפגיעה בזכות החוקתית. בצד בחינה זו מוחלת סדרה של תנאים נוספים, שהמאפיין העיקרי שלהם הוא היותם כלליים או עקרוניים. הם אינם מוחלים בהתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים במקרה הנתון, אלא נחשבים תנאי סף שרק אם הם מתקיימים יש צורך לבחון אם הפגיעה מוצדקת אד הוק. בכך עוסק המבחן בדבר איזון אנכי.

מבחן האיזון האנכי מבטא את הצורך בהספקת הצדקה מיוחדת לשם הכרה בתוקפו של מעשה שפוגע בזכות חוקתית. עיקרו של מבחן זה הוא החלת כללים "סגורים" (ולא רק סטנדרטים "פתוחים"), שעניינם הכרעות עקרוניות באשר לסוגים של מקרים שבהם פגיעה בזכות היא מותרת ואלה שבהם היא אסורה, בלא צורך להעריך את סך התועלת החברתית שמושגת מכוח ההסדר הנדון בנסיבות המקרה. היבט זה הוא גורם שמבחין, במידה לא מעטה, בין הדין המקובל במשפט האירופי, ובעקבותיו גם בישראל, שמשליך את עיקר יהבו על דרישת המידתיות, לזה שפותח בפסיקה האמריקאית, שם ניתנת עדיפות לכללים. לפחות בחלקו, ההבדל בין הגישות הוא תוצאה של הניסיון הרב יותר שנצבר בפסיקה האמריקאית בהחלת ביקורת שיפוטית לשם אכיפת החובה להגן על זכויות האדם.⁹⁹ במשפט הישראלי ניכרת תופעה הפוכה לזו המקובלת בעולם: דווקא בראשית ימיה של ההגנה על זכויות האדם, מכוח ההלכה הפסוקה שפותחה בטרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן משקל לא מבוטל לכללים, בהסתמך על ההכרה בחשיבותו של אמצעי זה להספקת הגנה טובה יותר על זכויות האדם.¹⁰⁰ בעשור הראשון לערך שלאחר "המהפכה החוקתית" עדיין ניתן משקל ממשי לכללים אלה, אך בעשור השני ניכרת שחיקה רבה בהקשר זה והעדפה גוברת של הכרעה על יסוד סטנדרטים "פתוחים", בהדגשת מבחן המשנה השלישי של המידתיות. הגישה המוצעת כאן קוראת לשוב למתודולוגיה חוקתית שבה ניתן משקל רב יותר לכללים "סגורים". כללים אלה אינם עומדים בסתירה לדוקטרינת המידתיות, שקבועה בפסקת ההגבלה. כללים אלה משתלבים היטב עם דרישת המידתיות, והם למעשה חלק בלתי נפרד ממנה.

דיון מפורט בכללים, או תנאי הסף, שנכללים במסגרת מבחן האיזון העקרוני הידוע כאיזון אנכי, חורג מגדר חיבור זה. כפי שכבר הוזכר לעיל, העיקריים מבין הכללים הללו הם ארבעה: נדרשת קביעה בחוק של ההסדרים העיקריים ("הראשוניים") שלפיהם תופעל

99 לטיעון ברוח זו ראו Frederick Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, 2003 N.Z.L. REV. 303, 326–327; Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 49, 49–56 (Georg Nolte ed., 2005).

100 לתמיכה עקרונית בהסתמכות רבה יותר על כללים ראו GRÉGOIRE C. N. WEBBER, *THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS* 88 (2009); ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 309–284 (2012); אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111 (2013).

הסמכות לפגוע בזכות חוקתית; דרכים מסוימות לקידום אינטרסים חשובים אינן מותרות, למשל אסורים סוגים מסוימים של פגיעה בזכויות שתכליתם ענישה או הרתעה כללית; הדרישה לסובלנות מוקצית באופן שמוצדק להגביל מעשים וביטויים מוגנים רק אם הם גורמים נזק שהוא מעבר לרף הסבולת הנדרש בחברה דמוקרטית; הדרישה לקיומה של "וראות מוסרית", כלומר שתהא הסתברות גבוהה מספיק, בהתחשב בסוג הפגיעה בזכות החוקתית, שהפגיעה בזכות היא מוצדקת. במסגרת הדרישה האחרונה נכללת גם קביעת חזקה שהפגיעה אינה מוצדקת, וכך נטל ההוכחה מוטל על הטוען אחרת, ואם בית המשפט לא השתכנע אם הפגיעה מוצדקת או לא, עליו לפסוק שהמעשה השלטוני אינו תקף. כאמור, עיקרה של המחלוקת אם להחיל איזון אנכי או אופקי הוא בשאלה אם ראוי לדבוק בכללים אלה כאשר נדרשים להכריע בדבר תוקפו של מעשה שלטוני שפוגע בזכות חוקתית (איזון אנכי), או שמא מוטב לוותר עליהם ולהתבסס על מבחן פתוח בדבר "איזון אינטרסים" (איזון אופקי). החלתם של התנאים האמורים נועדה להגביר את הסיכוי שהפגיעה בזכות החוקתית תיעשה רק כאשר הדבר מוצדק. ביתר פירוט, תנאים אלה מבוססים על שלושה סוגים של שיקולים: שיקולים מסדר שני, שיקולי צדק חלוקתי ושיקולים דאונטולוגיים. נעמוד בקצרה על כל אחד מסוגי השיקולים האלה, שמצדיקים לדבוק במבחן האיזון האנכי המסורתי.

שיקולי סדר שני. סוג אחד של שיקולים להחלת מבחן איזון עקרוני עוסק בחשש שהכרעות שלטוניות לא יבטאו התחשבות מספקת בחובה לכבד זכויות אדם. שיקולים אלה יכולים לבוא לידי ביטוי בקביעה באילו מקרים על מעשים שלטוניים להיחשב פוגעים בזכויות חוקתיות,¹⁰¹ והם חשובים במיוחד בקביעת התנאים שבהם יוכר תוקפו המשפטי של מעשה שלטוני שפוגע בזכות חוקתית. הכללים שבגדר מבחן האיזון האנכי נועדו לתקן הטיות שונות בהליכי קבלת ההחלטות בקרב רשויות השלטון, ובכך לצמצם את הסיכון שהחלטות ייעשו בלא התחשבות נאותה בחשיבות החובה לכבד זכויות. הכללים אמנם עלולים לגרום שבמקרים מסוימים יישלל תוקפם של מעשים שלטוניים שגורמים פגיעה מוצדקת בזכויות, אך ביסוד הכללים ההערכה שהחלתם הכרחית לשם מניעת מקרים חמורים יותר (ורבים יותר) של פגיעה לא מוצדקת בזכויות. סוג שיקולים זה מסביר היטב כמה מן התנאים שקיומם נדרש לשם הצדקת פגיעה בזכויות.

דרישה אחת שמבוססת בעיקרה על שיקול זה היא הצורך בהסמכה בחוק. הדרישה להסמכה מפורשת בחוק נועדה להגדיל את הסיכוי שההחלטה לפגוע בזכות חוקתית תיעשה רק לאחר דיון פתוח, שבו ניתן ביטוי לנציגים של כלל הציבור, ותיהנה מתמיכה של לפחות רוב מקרב נציגי הציבור. כפי שציינה השופטת דורנר, "דווקא 'סרבולה' של פעולת החקיקה הראשית [...] מהווה] ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר

101 ראו למשל Daniel Markovits, *Democratic Disobedience*, 114 YALE L.J. 1897 (2005); Saul LEVMORE, *Just Compensation and Just Politics*, 22 CONN. L. REV. 285 (1990). ראו גם HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980). להצעות ליישום גישה זו בישראל ראו, בין היתר, איל בנבנשי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" עלי משפט ג 463 (2003); משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521 (2007).

הדבר דרוש".¹⁰² בנוסף, הדרישה להסמכה בחוק נועדה להביא לכך שהגבלת הזכות החוקתית תתבסס על כללים שנקבעו מראש כדי למנוע הפעלה שרירותית של הסמכות ולאפשר לאזרחים לדעת מראש על הפגיעה ועל היקפה, והיא תהא כללית. הניסיון שנצבר בישראל מלמד שהסדרה בחקיקה של מדיניות שלטונית הפוגעת בזכות חוקתית היא גורם מרסן חשוב של נטייה לפגוע בזכויות חוקתיות. הליך החקיקה מחייב, מעצם טיבו, היזקקות לטיעונים מן הסוג הידוע כ-"public reason", כלומר טיעונים שאינם מבוססים על אינטרסים צרים של מגזר זה או אחר, אלא משקפים תפיסת צדק עקרונית. גורם מנהלי מופקד על קידום מטרות מסוימות בלבד (כגון ביטחון, יציבות כלכלית, וכדומה), ואילו בכנסת הדיון נערך בהתחשב במגוון השיקולים הרלוונטיים.¹⁰³ נוסף על כך, הצורך לעגן בחקיקה מפורשת הסדרים הפוגעים בזכויות הוא בעל "השפעה מצננת" על גורמי מנהל, הנכונים לתמוך בנקיטת צעדים מסוימים בחדרי חדרים, אך נמנעים מכך במסגרת הליך חקיקה. הליך החקיקה מחייב את הממשלה להצדיק את מעשיה ומחדליה. אמנם אין ערובה שחיובה של הכנסת לחוקק הסדר מפורט יבטיח דיון פתוח, נרחב ורציני בסוגיות העומדות על הפרק, ובמקרים מסוימים דווקא גורמי המנהל, בהיותם עובדי מדינה, חשופים פחות מחברי בית המחוקקים להשפעותיהן של קבוצות אינטרסים ולצורך לרצות את רצון הרוב, אף במחיר פגיעה בזכויות חוקתיות, ונהנים מיתרון בתחום המקצועי.¹⁰⁴ אולם בהערכה כוללת, יתרונותיה של הדרישה להסמכה מפורטת בחוק עולים על חסרונותיה.¹⁰⁵ ההכרה בזכות חוקתית קובעת מהי בררת המחל אם אין מתגבשת הסכמה של הרוב בנוגע לשאלה אם מוצדק לפגוע בזכות בנסיבות נתונות. בהיעדר הסכמה של הרוב שבתנאים מסוימים מפורשים כלשהם מוצדק לפגוע בזכות, הפגיעה בזכות אינה מותרת. סתירת החזקה מחייבת הסכמה, המוצאת ביטוי בחקיקה, באשר לתנאים שבהם מוצדק לפגוע בזכות החוקתית. כלל נוסף שמבוסס על שיקול זה הוא הקביעה שתכליות אחדות – ובכלל זה דרכים מסוימות להשגת תועלת חברתית – אינן מצדיקות פגיעות חמורות בזכויות חוקתיות, תהא התועלת החברתית הנובעת מן הפגיעה בזכות בנסיבות הקונקרטיות אשר תהא. ביסוד גישה זו ההערכה שבמקרים לא מעטים, למשל כאשר האינטרס הציבורי הנידון הוא ביטחוני, מוטב לעשות חלק ממלאכת ההכרעה בדילמות בדרך של נוסחה עקרונית ולא בדרך של הכרעה אד הוק. הכרעה אד הוק אינה נהנית ממרחב הזמן, משיקול הדעת ומ"מסך הבערות" החלקי הנלווה להכרעות המתקבלות מראש. היא נעשית בידי מי שמוצאים את עצמם בזירה סוערת רווית סיכונים, קיומיים ופוליטיים, ותוצאתה עלולה להיות הגנה בלתי מספקת על זכויות. דוגמה להכרעה המבוססת על שיקול מסוג זה היא הפסיקה האוסרת על צה"ל, בעת

102 בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג (4) 673, 684 (1999).

103 ראו למשל עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל, לעיל ה"ש 28, בעמ' 762 (השופטת חיות): "חשיבותה של הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית היא בהיותה תוצר של שיג ושיח פרלמנטרי, אשר במהלכו ניתנת הדעת על מכלול השיקולים החוקתיים הצריכים לעניין הספציפי, וכן להסדרים אלטרנטיביים הבאים בחשבון, ובכך היא נבדלת מהסמכה כללית [...]".

104 ראו גזעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש" משפטים מב 379, 438 (2012).

105 ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגזעון ספיר" משפטים מב 449 (2012).

שהוא פועל בשטחים, להסתייע בתושבים פלסטיניים לשם מתן אזהרה מוקדמת לאדם שמבקשים לעצור מפני פגיעה אפשרית בו ובמי שמצוי עמו. בית המשפט קבע כי אין מקום להותיר את העניין לבחינה אם בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ההסתייעות הזו, שעלולה לסכן את חייו של התושב, היא מוצדקת על פי דרישת המידתיות. נפסק שיש להחיל כאן כלל האוסר על צה"ל איסור מוחלט להסתייע בתושבים לשם מסירת אזהרה למי שמבקשים לעצרו בשל החשש מהטיות באופן היישום של דרישת המידתיות, שעלולות לגרום פגיעה לא מוצדקת בזכויות אדם.¹⁰⁶ שיקול קרוב מצדיק את החלת הכלל האוסר על פגיעות חמורות בזכויות (ובכלל זה הריגה מכוונת של אדם או כליאתו) שלא בעקבות הרשעה בעברה בהליך שיפוטי נאות, שתכליתן הרתעה כללית.¹⁰⁷ קיים קושי ממשי לברר את יעילותו של אמצעי מסוים להשגת התכלית של הרתעת אחרים, ובוודאי את תוספת ההרתעה המושגת בזכות החמרה מסוימת של הצעדים הננקטים נגד אדם מסוים. כמעט תמיד אין מידע מבוסס בדבר פרטיה של "פונקציית ההרתעה", כלומר של הקשר בין החמרת הפגיעה באדם להרתעת אחרים בגין זה, קשה לבודד את השפעתו של האמצעי הנדון מגורמים רבים אחרים ועוד.¹⁰⁸ לפיכך הכרה בהיותה של פגיעה בזכויות אדם לשם הרתעה היא לתכלית ראויה עלולה להוביל להצדקת פגיעות רבות, בהיעדר אפשרות מעשית להחיל את דרישת המידתיות. מטעמים אלה ההתייחסות הביקורתית להסתמכות על הרתעה כללית כהצדקה לפגיעה בזכויות אינה מוגבלת למקרים שבהם הפגיעה היא בחפים מפשע, ומלבד מקרים חריגים היא חלה גם על מי שנחשד בפעילות פוגענית.

שיקולים דומים מבססים את הקצאת נטל הסובלנות על מי שנחשף לביטויים פוגעניים ולא על הדובר. אמנם כלל זה מנוסח בפסיקה בלשון שאינה מוחלטת,¹⁰⁹ אולם כאמור לעיל, המקרים שבהם הגבלת הביטוי תיחשב מוצדקת הם רק אלה שבהם הפגיעה היא קשה וחמורה במיוחד, במובן זה שהיא מעבר למה שמכונה "סף הסבולת הנדרש בחברה דמוקרטית".¹¹⁰ בפועל, אם הפגיעה ברגשותיהם של אחרים היא תוצאת לוואי בלבד של התבטאויות שתוכנן סותר תפיסות יסוד פרטיקולריות של המאמינים, אין מוכרת הצדקה להגבלת חירויות מחמת פגיעה ברגשות. ביסוד גישה זו בעיקר שיקולי סדר שני. בין היתר, היות שעצמת הפגיעה תלויה במערכת האמונות של אדם ובמאפיינים נפשיים שלו, יש קושי מעשי ניכר להעריך את עצמת הפגיעה ואת כנות הטענה לפגיעה חמורה.¹¹¹ על זה נוסף

106 בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67, 86 (2005) (להלן: עניין עדאלה (2005)).

107 ראו לעיל ה"ש 26–27.

108 ראו למשל Adil Ahmed Haque, *Torture, Terror, and the Inversion of Moral Principle*, 10 NEW CRIM. L. REV. 613, 643–662 (2007).

109 ראו למשל בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 30 (1989) (הנשיא שמגר): "[...] פגיעה חמורה ברגשות הדת היא אנטי-תיזה של הסובלנות. זו האחרונה נועדה לטיפול ולקידום הפוטיבי של הביטוי העצמי האנושי ולא לפגיעה ברגשות ולדיכויים".

110 ראו למשל שם, בעמ' 31.

111 לדיון בעניין זה ראו למשל עמדת המיעוט של השופט אנגלרד בע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 645, 646 (1999).

החשש מפני הפעלה מוטעה של הסמכות להגביל ביטויים פוגעניים כאמור ומפני הצרה רבה מדי של השיח הציבורי: "מטבעו של ביטוי שהוא פוגע ברגשות, ואם כל פגיעה ברגשות תאפשר פגיעה בחופש הביטוי, סופנו שלא נכיר בחופש הביטוי כלל".¹¹² לבסוף, גם הכלל שלפיו נטל הסיכון לטעות מוטל על בעלי האינטרס הציבורי ולא על בעל הזכות החוקתית יכול להיות מוסבר על יסוד שיקול דומה. במקרים רבים קיימת אי-ודאות באשר לנחיצותה של הפגיעה בזכות החוקתית לשם השגת מטרה חברתית מסוימת. בסוג אחד של מקרים הפגיעה באדם נועדה למנוע סיכון חמור שנשקף ממנו, אך אין ודאות שאמנם נשקפת מאדם זה סכנה. בסוג שני של מקרים אי-הוודאות היא באשר להשלכות הצפויות של מעשיו של אדם על התנהגותם של אחרים, למשל ההשלכות של הסתה לאלימות או לגזענות, ולפיכך באשר לנחיצות הפגיעה באדם שנועדה להרתיעו או למנוע ממנו לבצע את המעשה. הדרישה לכמעט-ודאות שהגבלת הזכויות תהיה הכרחית נועדה להקטין את הסיכון לשימוש לרעה בסמכות לפגוע בזכויות בשל החשש שמתוך שיקולים זרים או מתוך ייחוס חשיבות לא מספקת לאינטרס המוגנים בעלי הסמכות עלולים לפגוע בזכויות ללא הצדקה.¹¹³ גורם חשוב בהקשר זה הוא העובדה שטעות מסוג אחד – פגיעה לא מוצדקת בחירויות – אינה מתבררת לרוב, שכן משהוגבלה חירותו של אדם, למשל מחמת מעצרו, אי אפשר לברר מה היה קורה אלמלא ננקט צעד זה, ואילו טעות מסוג שני – הימנעות מפגיעה מוצדקת בחירויות – צפויה לרוב להתגלות ולעורר ביקורת ציבורית ופוליטית על הגורמים המוסמכים להחליט. לכן כדי לצמצם את ההטיה של גורמים פוליטיים שלא לחשוף את האינטרס הציבורי לסיכונים בגין הימנעות מפגיעה בזכויות חוקתיות, מקובל לסבור שמוטב לקבוע כלל שלפיו במקרה של ספק אסורה פגיעה בזכויות חוקתיות מסוימות.¹¹⁴

צדק חלוקתי. שיקול שני שמצדיק, במקרים מתאימים, להחיל כמה מן הכללים שתוארו עוסק בהוגנות חלוקת נטל הפגיעה (ונטל הסיכון לפגיעה) בין אנשים שונים. שיקול זה חשוב במיוחד בנוגע לכלל שעוסק בסף ההסתברות שהפגיעה בזכות הכרחית להגנה על אינטרס ציבורי חשוב.¹¹⁵ אי-הוודאות באשר לתוצאה שתיגרם אם לא תוגבל חירותו של אדם גורמת שכל החלטה שלטונית בהקשר זה תטיל נטל מסוים. מחד גיסא קיים סיכוי שהגבלת החירות של אדם תגרום לפגיעה לא מוצדקת בו, בנסיבות שבהן הוא לא היה פוגע בזולתו גם אלמלא הוגבלה חירותו, ומאידך גיסא קיים סיכוי שאם לא תוגבל החירות של אדם הוא יגרום נזק לזולתו. בהיעדר מנגנונים לפיצוי נאות בגין פגיעה לא מוצדקת מהסוג האחד או מהסוג האחר, יש טעמים טובים להצדקת הקביעה שההכרעה השלטונית תתבסס לא רק על ההערכה איזו מבין הפגיעות הלא מוצדקות גדולה יותר (חישובי עלות-תועלת),

112 בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 690 (1991) (השופט ברק).

113 ראו למשל ZAMIR ; Jonathan S. Masur, *Probability Thresholds*, 92 IOWA L. REV. 1293 (2007) & MEDINA, לעיל ה"ש 87, בעמ' 195–206.

114 בהקשר קרוב מקובל להשתמש במטאפורה בדבר הנחת אגודל על צד המאזניים שבו מונחת הזכות החוקתית. ראו למשל Harry Kalven, Jr., *The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana*, 1965 SUP. CT. REV. 1, 28.

115 ראו בעניין זה מדינה וסבן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 66–67.

אלא תעסוק גם בסוגיית ההוגנות, ובתוך כך במידת הפיזור של הנזק. יש לשאוף שהנטל שנגרם מן הפגיעות הלא מוצדקות האמורות יתחלק חלוקה הוגנת בין כלל הפרטים בחברה. יש מקרים שבהם הפגיעה בחירות – שנועדה להתמודד עם סיכון שיוצרת ההתנהגות הרלוונטית – מוטלת על כלל האוכלוסייה, למשל הטלת איסור על נשיאת נשק על כל מי שאינו בעל תפקיד בתחום שמירת הביטחון והסדר הציבורי. במקרים אלה ניתן להצדיק הסתפקות בחישובי עלות-תועלת, ולפיכך להימנע מהחלת הדרישה שקיימת הסתברות סיכון גבוהה הטמונה בבני האדם שחירותם הוגבלה. לא כך במקרה הטיפוסי של פגיעה בחירויות יסוד, שבו הפגיעה ממוקדת בקבוצה מצומצמת של אנשים. במקרים כאלה היתר להגביל חירות בכל מקרה שבו תוחלת הנזק שייגרם לזולת אם לא תוגבל החירות עולה על העלות הכרוכה בפגיעה בזכות עלול להביא להטלת נטל משאה של הפגיעה הלא מוצדקת על מספר מצומצם של אנשים. החלת תנאי הסף שלפיו יש להגביל את חירותו של אדם רק אם ההסתברות כי יגרם לפגיעה בזולת אם לא תוגבל חירותו היא גבוהה, מאפשרת להשיג הקצאה הוגנת יותר של הנטל לשאת בפגיעות לא מוצדקות הנובעות מאי-הוודאות.¹¹⁶

שיקול ההוגנות בפיזור הסיכון להיפגעות לא מוצדקת מקים הצדקה נוספת להחלת תנאי הסף האמור של הסתברות ממשית לסכנה כתנאי לפגיעה שלטונית באדם. הצדקה זו היא ההערכה כי פגיעה בחירות בנסיבות המבטאות ייחוס לא מוצדק של "אשמה" לפרט שחירותו מוגבלת – בין במובן הפורמלי של הטלת אחריות פלילית ובין במובן מוסרי רחב יותר, שעניינו זיהוי כוונה לפגוע באחרים או לפחות אדישות לכך – היא פוגענית במיוחד. היא שונה מהגבלת חירות שנועדה למנוע פגיעה לא מכוונת. כאשר הגבלת החירות נועדה למנוע סיכון לפגיעה מכוונת בזולת, אזי במקרה שבו האדם שחירותו הוגבלה לא היה פוגע בזולתו גם אלמלא הוגבלה חירותו, הפגיעה הלא מוצדקת בו היא עמוקה ורחבה יותר מחמת המשמעויות הנלוות להגבלתו.

דאונטולוגיה. ניתן להצדיק את החלת הכללים הנדונים גם מכוח שיקולים דאונטולוגיים. למשל, בספרות הפילוסופית, ובעקבותיה גם במשפט הנוהג, אומצה העמדה שיש לקבוע סף מסוים של ההסתברות שאלמלא הפגיעה בזכויות תיגרם פגיעה בשלום הציבור. תועלות שההסתברות להשגתן היא נמוכה (משום שהסיכון הנשקף מן הפרט שבו מבקשים לפגוע הוא נמוך) אינן צריכות להיכלל כלל במסגרת החישוב שנועד לבחון אם הפגיעה בזכות היא מוצדקת.¹¹⁷ במקרים שבהם הפגיעה בזכויות אדם נועדה למנוע מאדם לממש כוונת זדון המיוחסת לו להרע לאחרים, והפגיעה היא מעשה מכוון שגורע מאינטרסים חשובים במיוחד, כמו חיי אדם ושלמות הגוף, הדרישה לסף הסתברות דומה בעיקרה לזו המוחלת במסגרת הדוקטרינה בדבר הגנה עצמית. פגיעה מכוונת בחיי אדם, כמו גם שלילת חירותו, יכולה להיות מוצדקת רק אם יש "ודאות מוסרית", כלומר ההסתברות שאכן נשקף מאדם

116 ברוך זו ראו גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 140–143. ראו גם Frederick Schauer, *Uncoupling*, *Free Speech*, 92 COLUM. L. REV. 1321, 1334–1340 (1992).

117 ראו למשל JARVIS THOMSON ; SHELLY KAGAN, *THE LIMITS OF MORALITY* 87–91 (1989), לעיל ה"ש 88, בעמ' 170–174. ראו גם ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 87, בעמ' 86–91.

סיכון היא גבוהה מספיק.¹¹⁸ על המדינה להסתכן בכך שאינטרסים ציבוריים חשובים לא יזכו להגנה ולהימנע מפגיעה בזכויות כאשר הסיכון אינו גבוה.¹¹⁹ ביסוד גישה זו מונחת העמדה שחומרתה, מבחינה מוסרית, של טעות מסוג אחד – פגיעה מכוונת מטעם השלטון באדם שהתבררה להיות לא מוצדקת – היא רבה מזו של טעות מסוג שני – הימנעות מפגיעה באדם שהתבררה להיות שגויה משום שיכלה למנוע פגיעה באינטרסים של אחרים.

בדומה לזה, ההכרה בכך שלאדם הזכות שלא לספוג פגיעה באינטרסים מוגנים לשם השגת מטרות חברתיות בדבר ענישה או הרתעה כללית, אלא בעקבות הליך שיפוטי הוגן, מבוססת על שיקולים דאונטולוגיים. מוכר אילוץ מוסרי השולל פגיעה באדם, לפחות כשמדובר בפגיעה בחייו, בשלמות גופו או בחירות ממעצר, שתכליתה הנעת אחרים לפעול או להניא אותם מלעשות מעשה מסוים.¹²⁰ יש להתחשב בהקשר זה לא רק בהשפעה הישירה של התגובה השלטונית על התנהגותו של הפרט אלא גם במסר העולה בסבירות מן התגובה. ככל שלפגיעה בזכויות נלוות הטלת סטיגמה על הפרט הנוגע בדבר – הכתמתו כמי שביצע מעשה אסור מבחינה מוסרית – כן תגבר ההצדקה להחיל את האיסור לפגוע בזכויות בלא לקיים הליך פלילי הוגן.

סיכומו של דבר, החלת מבחן האיזון האנכי, כלומר החלתם של כללים לקביעת תוקפו של מעשה שלטוני שפוגע בזכות חוקתית, נועדה להגשים את התכלית שביסוד ההכרה בזכויות חוקתיות: השגת מתאם רב ככל האפשר בין המתחייב מן המוסר לבין הכרעות חברתיות. השיקולים שתוארו אמנם אינם שוללים את הצורך לבחון, בכל מקרה ומקרה, אם מעשה שלטוני מסוים שפוגע בזכות חוקתית הוא מוצדק לפי מכלול הגורמים הרלוונטיים. אולם השיקולים האמורים נועדו להצביע על חשיבותה של הסתמכות גם על כללים עקרוניים, כקו הגנה ראשון על זכויות חוקתיות, כדי לוודא שהפגיעה בזכויות תיעשה רק כאשר הדבר אמנם מוצדק.

2. הימנעות מהחלת מבחן האיזון העקרוני בדרך של קביעה שאין פגיעה בזכות חוקתית

המבחן בדבר איזון אנכי נועד לבטא את הצורך בהצדקה מיוחדת של מעשה שפוגע בזכות חוקתית. בהתאם לכך אין מקום למבחן זה כאשר ההגבלה השלטונית של אינטרסים המוגנים מכוח זכויות חוקתיות אינה אמורה להיות "חשודה" כלא מוצדקת. הדבר יכול להיעשות בשתי דרכים עיקריות: האחת, באמצעות קביעה שאין מדובר כלל בפגיעה בזכות חוקתית, והאחרת, קביעה שאף שהמעשה פוגע בזכות חוקתית הוא אינו חשוד כלא מוצדק, משום שתכליתו מימוש חובה להגן על זכות חוקתית של אחר. בשורות הבאות נאפיין בקצרה את הדרך הראשונה, ובתת-הפרק הבא נדון בדרך השנייה, שעומדת במוקד חיבור זה.

118 ראו למשל Ron Aboodi, Adi Borer & David Enoch, *Deontology, Individualism, and Uncertainty: A Reply to Jackson and Smith*, 105 J. PHIL. 259 (2008).

119 ראו לעיל ה"ש 9.

120 ראו למשל Jeff McMahan, *Just Cause for War*, 19 ETHICS & INT'L AFF. 1, 16 (2005).

במקרים מסוימים הגבלת כוחו של אדם לממש אינטרס מוגן שלו אינה נחשבת – או לפחות אינה צריכה להיחשב – פגיעה בזכות חוקתית, משום שאין מקום לחזקה כי ההגבלה אינה מוצדקת. בגדר זאת שני מצבים אפשריים: האחד, המעשה השלטוני אוסר על אדם לפגוע במכוון באינטרס מוגן של אדם אחר; השני, התגבשה מוסכמה חברתית שהגבלת האינטרס המוגן היא מוצדקת. נדון בקצרה בשני סוגי המצבים הללו.

הגבלת האינטרס של אדם לפגוע במכוון באחרים. סוגיה שנויה במחלוקת היא אם לפרט מוקנית זכות חוקתית לפגוע במכוון באחרים. אנו סבורים שבסוגים מסוימים של מקרים אין להכיר באינטרס של אדם לפגוע במכוון בזכותו של אחר כאינטרס מוגן מכוח זכות חוקתית. לפי הגישה המוצעת כאן, הסייג חל, במקרים מתאימים, רק באשר להגבלות שהשלטון מטיל שנועדו למנוע מאדם לבצע מעשה שנועד לפגוע באחרים, ובכלל זה על הטלת אחריות פלילית בגין הפרת האיסור. הסייג אינו חל על הטלת עונש בגין מעשה כאמור (למשל מאסר) או על הפעלת אמצעי שנועד למנוע את ביצוע המעשה שיש בו פגיעה באינטרסים אחרים של הפרט (למשל הריגתו של אדם או מעצרו), שהן פגיעות נפרדות בזכויות חוקתיות. ביסוד הגישה המוצעת העמדה שאין לסווג הגבלות שלטוניות על אינטרסים מסוימים מן הסוג האמור כלא מוצדקות לכאורה, ולפיכך אין מקום להחיל בעניינן את הדרישות שתוארו לעיל כתנאי להצדקת המעשה השלטוני.

עקרונית, הכרה בזכות אדם משמעה בין היתר הכרה בחירותו של אדם להתנהגות פגומה מבחינה מוסרית (בניסוחו של וולדרון, "the right to do wrong").¹²¹ העובדה שמעשה מסוים מוגן מכוח זכות אדם המוקנית למבצע הפעולה אין משמעה שיש לאדם זה טעמים טובים (מבחינה מוסרית) לעשות את המעשה. הטעם להכרה בזכות הוא ההערכה שבמקרים מסוימים ראוי, לפחות לכאורה, להימנע מלהתערב בחופש הבחירה של הפרט, ולפיכך יש לאפשר לו גם לעשות מעשים "רעים" – לעצמו או לזולתו. במילים אחרות, הכרה בכך שמעשה מסוים מוגן מכוח זכות אין משמעה אלא קביעה כי יש טעמים טובים (מוסרית) להכפיף את השלטון לחובה להימנע מהגבלת חירותו של בעל הזכות לעשות את המעשה.¹²² אולם אין מקום לקבוע קביעה גורפת שבכל מקרה יש טעמים טובים לקבוע שהגבלת חירותו של הפרט לפגוע במכוון באחרים היא לכאורה לא מוצדקת וצריכה להיות כפופה לדרישת ההצדקה המיוחדת הנובעת מדיני זכויות האדם. יש סוגים של מעשים

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

122 ברוך זו ראו ברק מידחיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 66; Andrei Marmor, *On the Limits of* Rights, 16 L. & PHIL. 1, 5 (1997): "Having a right to do something does not entail that one has a reason to do it [...] the right to do wrong pertains to cases in which one of the main interests grounding the right in question is that of personal choice [...] I refer to those cases where we think that it is more important for the agent to choose for herself than to choose correctly [...]". ראו גם Enoch, לעיל ה"ש 121, בעמ' 380. לעמדה שונה, שלפיה האינטרס המוגן כולל רק את הזכות לפעול לפי המתחייב מן המוסר, ראו John Oberdiek, *Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and Its Place in the Theory of Rights*, 23 L. & PHIL. 325 (2004); John Oberdiek, *Specifying Rights Out of Necessity*, 28 OXFORD J. LEGAL STUD. 127 (2008).

שהפגיעה הנובעת מהם באחרים היא חמורה במיוחד, והשיקולים שהוזכרו לעיל להצדקת החלת הסייגים על כוחו של השלטון אינם מתקיימים בעניינם. כפי שהציעו לאחרונה בנדור ודנציג-רוזנברג, מדובר במעשים פוגעניים במיוחד, שאין להם ערך חיובי של ממש.¹²³ האפיון של סוגי המעשים שהגבלתם אינה צריכה להיחשב פגיעה בזכויות חוקתיות אינו פשוט, ונראה שבלתי נמנע להתבסס בהקשר זה על עיקרון פתוח ולא על כלל סגור. ההערכה הנדרשת היא כאמור אם מדובר במעשים שיש מקום לראות בהגבלתם לא מוצדקת לכאורה. מבלי להתיימר למצות את הדיון בסוגיה זו, שכאמור חורגת מגדר הדיון בחיבור זה, נסתפק בכמה דוגמאות. דוגמה אחת היא קביעת היקף פריסתו של חופש הביטוי. הזכות להפגין מוגבלת להפגנה לא אלימה (peaceful),¹²⁴ והיא אינה חלה גם על הפגנה שתכליתה העיקרית אינה הבעת מסר אלא הטרדה והפעלת לחץ על אדם מסוים, למשל באמצעות משמרת מחאה ליד בית מגורים.¹²⁵ גישה קרובה היא הקביעה שהאיסור על הטרדה מאיימת אינו פוגע בחופש הביטוי.¹²⁶ תוצאה דומה עולה מן הגישה הנוהגת בפסיקה בישראל בנוגע להסתה לגזענות: הדין המוצהר הוא אמנם כי כל ביטוי חוסה בגדר חופש הביטוי, וכי "תפישה המוציאה קטגוריות שלמות של ביטוי מגדרה של ההגנה החוקתית זרה לשיטתנו",¹²⁷ אך הגישה המוחלטת בפועל אינה כה רחוקה מ"החרגה" כאמור, משום שהדין הוא שניתן להגביל ביטויים מסוימים, ובהם הסתה לגזענות, בלא להתנות זאת בבחינת הסיכון הנשקף מביטוי מסוים ובלא להחיל את הסייגים בדבר הגבלת ביטוי לשם הגנה על רגשות. מספיקה הערכה כללית, שכבר נעשתה בידי המחוקק, שבנסיבות החברתיות הנוכחיות בישראל הסיכון הנשקף מהסתה לגזענות הוא גדול מספיק כדי להצדיק את הגבלתם של ביטויים אלה.¹²⁸ במקרים שבהם מטרתו העיקרית של הפרסום היא לפגוע באנשים אחרים, בעיקר להפחידם ולהטרידם – וזה למשל המצב כאשר כתובת נאצה

123 אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עברות פליליות וזכויות חוקתיות" משפט וממשל יז 325 (2016).
124 ראו למשל בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, 172 (1979) (השופט ברק): "חופש האסיפה אין פירושו התפרקות מכל סדר ציבורי, וחופש התהלכה אין פירושו חופש ההתפרעות".

125 ראו מדינה ווגשל, לעיל ה"ש 36. כמו כן לפי הגישה הנוהגת בפסיקה בישראל, האינטרס של המפגינים לפגוע במכוון בחופש התנועה כדי להפיץ את המסר ביעילות (למשל בדרך של נסיעה אטית בכביש מהיר או בחסימת כבישים לתנועה לזמן מה) אינו חוסה בגדר הזכות לחופש ביטוי והזכות להפגין, במובן זה שאין זה מסוג השיקולים שעל המשטרה להתחשב בהם בקביעת תנאי ההפגנה. ראו למשל בג"ץ 3132/05 המטה למען א"י נ' מפקד מחוז ת"א במשטרת ישראל, פס' 7–8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 30.3.2005).

126 ראו למשל רע"פ 10462/03 הראר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 70, 92 (2005) (הטרדת הזולת בטלפון או בפקסימיליה אינה בגדר חופש ביטוי).

127 עניין בן גביר נ' דנקנר, לעיל ה"ש 57, פס' 12–13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ראו גם עניין סטיישן פילם, לעיל ה"ש 73, בעמ' 676 (הנשיא ברק). לגישה שונה ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 259 (1996) (השופט מצא): "[...] הביטוי הגזעני אינו נמנה עם צורות הביטוי הפוגעניות, המרגיזות או המקוממות, שעל חברה חופשית להשלים עם קיומן, חרף סלידתה מפניהן"; עניין ש.י.ן, לעיל ה"ש 73, בעמ' 93 (השופט חשין): "אני מתקשה למשל לסווג פרסומי גזענות, פרסומי הסתה, פרסומי המרדה או פרסומים פורנוגרפיים מסוג XXX כחוסים מעצמם – ולו לכאורה – תחת כנפי חופש הביטוי".

128 ראו למשל עניין אלבה, לעיל ה"ש 127.

מרוססת נגד קבוצה כלשהי בחברה – ניתן להצדיק את הקביעה שמעשה אינו חוסה כלל בגדר הזכות לחופש ביטוי.¹²⁹ דוגמה שנייה היא הוראות רבות בחוק העונשין שאוסרות על אנשים לפגוע במכוון באינטרסים מוגנים חשובים במיוחד של אחרים. אף הן אינן צריכות להיחשב פגיעה בזכות חוקתית.¹³⁰

הטיעון המוצע כאן מבחין בין הגבלת חופש הפעולה של הפרטים לבין הטלת סנקציות פליליות בגין הפרת איסורים מסוימים. בצד הקביעה שהאינטרס של הפרט לגרום במכוון לפגיעות חמורות מסוימות באחרים אינו מוגן מכוח דיני זכויות האדם, נקיטת אמצעים מסוימים לשם מניעת מעשה כאמור או בתגובה למעשה כאמור (לשם ענישה והרתעה) היא פגיעה בזכויות חוקתיות. אמנם יש בספרות הפילוסופית עמדה שלפיה העובדה שאדם תוקף במכוון אדם אחר גורמת שהתוקף מאבד את זכותו לחיים, לשלמות הגוף או לחירות ממאסר (או רואים בו, לפי גישה מסוימת, מי ש"ויתר" על כל זכויותיו), ולפיכך אפילו הריגתו אינה מוכרת כפגיעה בזכותו החוקתית לחיים.¹³¹ עמדה אחרונה זו בוטאה גם בבית המשפט החוקתי של גרמניה.¹³² אולם ספק אם ניתן להצדיק הרחבה זו של הסייג הנדון לאינטרסים

129 זוהי, במידה רבה, הגישה המקובלת בארצות הברית (ראו למשל Virginia v. Black, 538 U.S. (2003) 343). עמדה מסוג זה מיושמת גם בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם, בהתבסס על ס' 17 לאמנה האירופית לזכויות האדם (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, E.T.S. 5), שלפיה האמנה אינה מגנה על "שימוש לרעה" בזכויות (abuse of rights), כלומר על מעשים וביטויים שנועדו לפגוע בזכויות של אחרים (ראו למשל Aksoy v. Turkey, App. no. 28635/95, 10 October 2000 [ECtHR]: "Remarks aimed at inciting racial hatred in society or propagating the idea of a superior race can not claim any protection under Article 10 of the Convention"; Erbakan v. Turkey, App. no. 59405/00, 6 July, 2006 [ECtHR]). היא באה לידי ביטוי גם בס' 20 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 269, 31 (נפתחה לחתימה ב-1966), שם נקבע כי בצד החובה לכבד את חופש הביטוי מוטלת על מדינות דמוקרטיות גם חובה לאסור בחקיקה ביטויים מסוימים, ובהם תעמולה למלחמה ו"הטפה לשנאה לאומית, גזעית או דתית, המהווה הסתה להפליה, לפעולת איבה או לאלימות".

130 ברוח זו ראו בנדור ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 123. ראו גם אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות: בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" משפטים מב 1097, 1116 (2012): "בגדר זכות חוקתית יכולים להיכלל רק מעשים שיש להם ערך חיובי של ממש, המצדיק פגיעה בכוחה של הכנסת להגבילם". אגב, אהרן ברק דגל בעבר בעמדה דומה (אהרן ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 195, 201 (1994): "פעילות שכל כולה נזק לחברה, כגון גניבה, אינה יכולה לטעון להגנה של חופש העיסוק"). עמדתו המעודכנת של ברק היא שונה, ולפיה אין מקום לקבוע סייג כאמור להיקף פריסתן של זכויות חוקתיות (ראו למשל ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 66–67; ע"פ 4424/98 סילגור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 542 (2002); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996)).

131 ביטוי לגישה זו נתן ג'ון לוק בשנת 1690, שטען כי התוקף חושף עצמו, במעשיו שלו, לכוחו של המותקף ליטול את חייו (Peter Laslett ed., JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT 279 (1988)). לעמדה דומה ראו למשל Judith Jarvis Thomson, Self-Defense, 20 PHIL. & PUB. AFF. (1988) 283, 302 (1991); SUZANNE UNIACKE, PERMISSIBLE KILLING: THE SELF-DEFENCE JUSTIFICATION OF HOMICIDE 213 (1994); FIONA LEVERICK, KILLING IN SELF-DEFENCE 62 (2006).

132 במסגרת ההכרעה בתוקפו של חוק שהתיר ליירט מטוס חטוף הבחין בית המשפט החוקתי הגרמני בין מקרה שבו יש נוסעים חטופים על סיפון המטוס, שאז הפגיעה בו היא פגיעה (אסורה) בזכויות חוקתיות

המוגנים. תגובה שלטונית למעשה תקיפה (או לאיום בתקיפה) שכרוכה בפגיעה באינטרסים של הפרט לחיים, לשלמות הגוף ולחירות ממאסר, אינה בהכרח מוצדקת. היא עלולה להיות לא הכרחית לשם סיכול התקיפה או לא מידתית, זיהוי של אדם כמי שמסכן אחרים עלול להיות שגוי ועוד. אשר לתגובה שלטונית כאמור חלים במובהק השיקולים שהוזכרו לעיל להחלת הכללים של מבחן האיזון האנכי.¹³³ משום כך איננו תומכים בגישה שביטאה השופט שטרסברג-כהן בפרשת סילגדו, שלפיה "ספק אם יש לתפוס את הנורמה הפלילית ואת עונש המאסר שבצדה כפוגעים מדעיקרא בזכויות אותו אדם – העברייני – שפעילותו היא זו הפוגעת בזכויות שעליהן בא חוק היסוד להגן".¹³⁴ ההבחנה המוצעת כאן היא בין קביעת האיסור עצמו לבין התגובה להפרת האיסור. במקרים מסוג אלה שתוארו לעיל, קביעת האיסור, אפילו איסור פלילי, אין לראות בה פגיעה בזכות חוקתית, למשל הזכות לחירות, לחופש ביטוי או לחופש עיסוק. כך גם נקיטת אמצעים אחרים על ידי השלטון, שאינם פוגעניים כשלעצמם.¹³⁵ לעומת זאת הטלת עונש מאסר או אף הטלת הסטיגמה הנלווית להרשעה בהליך פלילי היא פגיעה באינטרסים מוגנים, ועליה לקיים את הדרישות המקובלות לעניין פגיעה בזכות חוקתית, ובכלל זה הדרישה לכמעט-ודאות שהנאשם אכן הפר את האיסור, ושהטלת העונש מקיימת את דרישות המידתיות.

הטלת הגבלות על אינטרסים מוגנים שאינה מוכרת כפגיעה בזכות. קטגוריה שנייה של מקרים שבהם אין להכיר בהיותו של מעשה שלטוני פוגע בזכות חוקתית עוסקת באפיון תכליתה של הפגיעה באינטרסים מוגנים. לרוב, העובדה שלהגבלת חופש הפעולה של הפרט יש תכלית ראויה אינה שוללת את סיווגו של המעשה השלטוני כפגיעה בזכות חוקתית, והבירור אם הפגיעה מוצדקת נעשה רק בשלב השני של הבחינה החוקתית. אולם בהקשרים מסוימים תכלית המעשה השלטוני יכולה לבוא לידי ביטוי כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, וכך לא יסווג המעשה כלל כפגיעה בזכות חוקתית אף שהוא גורע מאינטרס מוגן של הפרט. מדובר במקרים שבהם יש טעמים טובים להימנע מהגבלת כוחן של רשויות השלטון לפעול להגנת אינטרסים מסוימים. יש לכך כמובן מחיר לא מבוטל, שכן הקביעה

שלהם, לבין מקרה שבו על המטוס מצויים החוטפים בלבד. במקרה האחרון, כך נפסק, הפלת המטוס והריגת החוטפים אינה פגיעה בזכות חוקתית של החוטפים (BVerfG [Federal Constitutional Court], 1 BvR 375/05, Feb. 15, 2006, ¶ 138–139, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html).

133 לעמדה ברוח זו ראו למשל Sanford H. Kadish, *Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law*, 64 CAL. L. REV. 871, 883 (1976); George P. Fletcher, *The Right to Life*, 13 GEO. L. REV. 1371, 1382–1383 (1979); BOAZ SANGERO, *SELF-DEFENCE IN CRIMINAL LAW* 44 (2006); Cheyney C. Ryan, *Self-Defense, Pacifism, and the Possibility of Killing*, 93 ETHICS 508 (1983). גישה ברוח זו יושמה באשר להריגה המכוונת של מי שמעורבים בטרור, בעניין הוועד נגד עינויים (2006), לעיל ה"ש 24, פס' 45–46 לפסק דינו של הנשיא ברק, שם נקבע שגם פעולה נגד אנשים אלה היא פגיעה בזכות החוקתית לחיים.

134 עניין סילגדו, לעיל ה"ש 130, בעמ' 555.

135 ברוח זו נקבע בהתייחס לסירובו של אדם לבצע בדיקה לבירור השאלה אם הוא אביו של קטין שביקש לתבוע ממנו מזונות, כי "זכותו של המערער שלא לבצע בדיקת רקמות שרירה וקיימת. [...] אולם כל זאת בתנאי שאין המדובר על העלמת מידע שיש בה משום פגיעה באדם אחר ואשר לא נועדה אלא כדי למנוע הקניית זכות לאחר" (ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 843 (1994) (הנשיא שמגר)).

שהמעשה הנדון אינו פוגע בזכות אדם מסיימת את הבחינה החוקתית ועלולה להכשיר הסדרים לא מוצדקים. אולם במקרים מסוימים יש לכך הצדקה. גם בהקשר זה נסתפק בדיון תמציתי בלבד.

ראוי לאפיין קטגוריות של אמצעי מדיניות שאין לחשוד בהם שאינם מוצדקים, ולכן להימנע מלסווגם כפוגעים בזכויות חוקתיות. דוגמה לכך היא הטלת איסור על מעסיקים ועל ספקי שירותים ציבוריים להפלות, כמו גם קביעת הסדרים שונים בתחום יחסי העבודה, ובכלל זה החובה להעניק תנאי עבודה נאותים. אמנם בפסיקה יש נטייה לקבוע שהוראות אלה פוגעות בזכויות חוקתיות,¹³⁶ אך בפועל אין מוחלות בעניינן הדרישות הנובעות מהכרה בפגיעה בזכויות: הדרישה להסמכה בחוק אינה נאכפת בקפדנות, ודי לשם כך בהסמכה כללית להסדיר את הפעילות בתחום מסוים,¹³⁷ ויישומה של פסקת ההגבלה נעשה באופן שמותיר מרחב תמרון רחב מאוד לרשויות הפוליטיות בלא לדרוש הסתברות גבוהה להוכחת יעילותם ונחיצותם של הסדרים אלה להשגת מטרתם. התוצאה קרובה למדי לזו שהייתה נובעת לו נקבע במפורש כי הסדרים אלה אינם פוגעים כלל בזכויות חוקתיות.

136 ראו למשל בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 442 (1998). לתמיכה בעמדה זו ראו למשל אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 367, 363 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012) (להלן: ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי"). לאפשרות לגישה שונה, שנאמרה באמרת אנב, ראו ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782, 803 (2004) (השופט גרוניס): "לא למותר לציין ש'עיסוק' אשר אינו טומן בחובו ערכים חיוביים כלשהם, וכל מהותו היא גרימת נזק לחברה, אינו יכול לבוא בגדר הגנתו של חופש העיסוק". עם זאת נקבע שם כי איסור על עיסוק בהגרלות פוגע בחופש העיסוק. ראו גם בג"ץ 10245/07 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' משרד המשפטים, המחלקה לרישוי חוקרים פרטיים (פורסם בנבו, 25.12.2007): "חופש העיסוק אינו חובק בתוכו את הזכות לפגוע בזכויות היסוד של העובדים".

137 ראו למשל בג"ץ 3933/11 מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות, פס' 35 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 25.3.2014), שם נקבע כי יש להציב "רף מפורשות" נמוך במקום שבו הדבר נחוץ לשם הסמכת רשויות המנהל לפעול להגנה על זכויות חוקתיות; בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 642, 625 (2001) (השופט זמיר): "התכלית של חוק הפיקוח היא, בראש ובראשונה, להגן על המבוטחים. [...] לאור תכלית זאת, לא יהיה זה ראוי לתת לסמכות המפקחת פירוש צר [...] אשר ימנע הגנה נאותה מציבור המבוטחים [...]". סוגיה זו נדונה גם בבג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 12.11.2015), שעסק בהחלטת הנהלת בתי המשפט למנוע מחברות המפעילות מאגרי מידע של פסקי דין לפרסם את תוצאות החיפוש במאגרי מידע הפתוחים לכלל הציבור (בשונה ממאגרים שמיועדים למנויים בלבד), כדי לצמצם את הפגיעה בפרטיות של מי שעניינם נדון בפסקי הדין הנכללים במאגר. המשנה לנשיאה רובינשטיין ציין כי "הרשות היא משרתת הציבור; על כן ככל שהכרה בסמכויותיה המופעלות בתום לב מאפשרת את מתן השירות, לא יחסום בית המשפט את פעולתה [מחמת היעדר הסמכה מפורשת בחוק] [...]" (פס' יט לפסק דינו). בית המשפט אמנם פסק כי בהיעדר מקור סמכות מתאים הנהלת בתי המשפט אינה רשאית לנקוט את האמצעי הנדון, אך סביר להניח שביסודה של קביעה זו מונחת עמדה ביקורתית באשר לאמצעי שננקט (שם, פס' ל-מג).

דוגמה להגבלה על אינטרסים מוגנים אשר לאור תכליתה אינה מוכרת בפסיקה כפגיעה בזכויות חוקתיות היא נקיטת מדיניות של העדפה מתקנת.¹³⁸ הבסיס לכך יכול אמנם להיות הגדרתו של האינטרס המוגן מכוח הזכות לשוויון: העדפת בני קבוצה חברתית מסוימת שנועדה לתקן אי-שוויון בחברה אינה פוגעת בזכות לשוויון של בני קבוצות אחרות אם אין נלווה לה מסר של התייחסות אליהם כאל מי שאינם שווים לאחרים או מסר פוגעני אחר. אך על זה נוספת העמדה שאין מקום לסווג מדיניות של העדפה מתקנת כמדיניות החשודה כפסולה, כמדיניות שלפחות לכאורה אינה מוצדקת. לפיכך, ובשונה מן הגישה המקובלת בהקשר זה בארצות הברית, בישראל מדיניות של העדפה מתקנת אינה טעונה הסמכה מפורשת בחוק, ובעיקר אינה כפופה לדרישת המידתיות, ובכלל זה לדרישה שתוכח יעילותה ונחיצותה לתיקון אי-שוויון. אנו סבורים שזוהי גישה רצויה. היא מבוססת על ההערכה שמדיניות של העדפה מתקנת היא ככלל אמצעי הולם לתיקון אי-שוויון בחברה. דוגמה אחרת ליישום הגישה הנדונה כאן היא הגבלות על חופש הביטוי שתכליתן קידום השוויון ב"שוק הדעות". לפי הדין בישראל ההסדרה הנוהגת של תעמולת הבחירות, ובכלל זה הגבלות על סכום התרומות המותר למפלגות, אינה נחשבת פגיעה בחופש הביטוי. הסוגיה טרם הוכרעה בפסיקה,¹³⁹ וסביר להניח שהמענה לה הוא בשלילה בשל התמיכה המובהקת בפסיקה בהגבלות מסוג זה, שתכליתן קידום השוויון בגישה לדעת הקהל (בצד מטרות נוספות). במסגרת דיון בסוגיה קרובה לזו, שעניינה הגבלות על פרסומת פוליטית, העמדה שהאיסור על פרסומת פוליטית אינו צריך להיחשב כלל פגיעה בחופש הביטוי אמנם נותרה עמדת מיעוט,¹⁴⁰ אך עמדת הרוב לא הולכה להגבלות ניכרות על סמכות המחוקק, והפער בין גישה זו לבין העמדה שהסדר זה אינו פוגע בחופש הביטוי אינו רב.¹⁴¹

138 ראו למשל ע"מ 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר (פורסם בנבו, 15.1.2012); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998); רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011); בג"ץ 5158/09 ארן נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.1.2010); בג"ץ 5660/10 עמותת איתן – משפטיניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.8.2010).

139 ראו עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 75, פס' 9 לפסק דינה של השופטת נאור, שם הסתפק בית המשפט בהערה כי אינו נדרש להשוואה בין ההגבלה שנדונה שם על פרסומת פוליטית לבין סוגיית ההגבלה על תרומות למפלגות. בארצות-הברית יש מחלוקת בהקשר זה בין הקונגרס, שהטיל הגבלות שונות על מימון פרטי של תעמולת בחירות, לשם מניעת שחיתות וקידום שוויון ההזדמנויות, לבין בית-המשפט העליון, שקבע שהגבלות אלה הן פגיעה בלתי מוצדקת בחופש הביטוי של התורמים-בכוח, לרבות תאגידים (ראו, בין היתר, McCutcheon v. Federal Election Commission, 572 U.S. (2014); Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010); Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)).

140 עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 75, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. בפרשה מאוחרת יותר ציין בית המשפט שהוא מסכים לעמדת הרוב בעניין המפקד הלאומי, אך מניסוח הדברים עולה עמדה דומה לזו של השופטת פרוקצ'יה (ראו בג"ץ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פס' לה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.10.2009): "פרסומת בתשלום אינה במעגלי חופש הביטוי כשלעצמה. [...] מגרש הפרסומות, שאינו מגרש שוויוני [...] אינו מקומו הטבעי [של חופש הביטוי הפוליטי]".

141 עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 75, פס' 44, 56 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם בג"ץ 7144/01 גוש שלום נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887 (2002).

הסוגיה הנדונה כאן יכולה להתעורר גם כאשר הגבלת זכויות נועדה לקדם את האינטרס הציבורי. ככלל, החשש מפני שימוש לא מוצדק בסמכויות שלטוניות צריך להוביל, במקרה של ספק, להכרה בהיותם של מעשים שלטוניים המגבילים אינטרסים מוגנים לשם קידום אינטרס ציבורי מסוים, פוגעים בזכויות חוקתיות. סוגיה זו נדונה בפסק הדין בעניין **עדאלה** (2006), שכבר הוזכר לעיל. המשנה לנשיא חשין קבע שם כי "הכרה בקיומה של חובה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסתם של בני-משפחה זרים, פירושה אינו אלא העברת הריבונות לידי כל אזרח ואזרח בנפרד, וממילא פוגעת היא ביכולתה של המדינה להתוות את דרכה ולכבד את מורשתה. [...] ראוי לו כי נניח לאינטרס הציבורי לומר את דברו כבר בתחילה, לעת קביעת גרדיה של זכות היסוד"¹⁴². אנו סבורים שאף שיש טעמים טובים שלא להכיר בחובה חוקתית של המדינה, מכוח דיני זכויות האדם, לכבד את האינטרס של אדם להתאזרח בה, אין נובעת מכך המסקנה שיש לייחס באופן גורף להסדרים בתחום מדיניות ההגירה חסינות מפני בחינת ההצדקה להם מכוח דיני זכויות האדם. ההסדרים בתחום זה עלולים לגרום פגיעה קשה באינטרסים מוגנים של אזרחי המדינה, כמו למשל הזכות לחיי משפחה או הזכות לשוויון, ואין טעם חזק מספיק לקבוע קביעה גורפת ומראש כי הסדרים בתחום זה הם מוצדקים.¹⁴³ נראה שהגישה הנוהגת בפסיקה בהקשר זה היא האחרונה, והסדרים מסוימים בתחום ההגירה פוגעים בזכויות חוקתיות הן של אזרחי המדינה והן של מבקשי מקלט, וטעונים אפוא הצדקה מכוח פסקת ההגבלה.¹⁴⁴

תחום שבו ניכרת נטייה להחיל את הסייג האמור לחובת כיבודן של זכויות חוקתיות הוא מדיניות חברתית-כלכלית. דוגמה אחת לכך היא בתחום מדיניות המיסוי. אף שאין בעניין זה הכרעה ברורה, נראה שהתפיסה הזוכה לתמיכה רחבה יותר בפסיקה ובספרות האקדמית היא שאף שהטלת מס גורעת מן האינטרס המוגן לקניין, אין רואים בהטלת מס, לפחות לא בהסדרי מיסוי שמקיימים דרישות מסוימות של כלליות, פגיעה בזכות לקניין, ולפיכך אין נדרשת הצדקה מיוחדת לשם הכרה בתוקפם.¹⁴⁵ ביסוד גישה זו הערכה שהטלת מסים היא רצויה, ואם אין מדובר במיסוי מפלה או בעל תחולה למפרע, יש להתיר לרשויות השלטון מרחב תמרון ניכר בנוגע אליו, וניתן להסתפק בדרישה לעיגון דרישת תשלום מס (או תשלום חובה אחר) בחוק. הבירור אם מדיניות מיסוי מסוימת מקיימת את דרישות המידתיות הוא לרוב סבוך ואפשר שיהיה שנוי במחלוקת סבירה, ולפי ההערכה שמיסוי אינו הסדר לא רצוי, אין מוכרת פגיעה בזכות לקניין בגין הטלת מס, אלא אם הטלתו מפלה.

סיכום ביניים. הדיון שהובא לעיל נועד לאפיין מקרים שבהם תיתכן עדיפות לגישה שלפיה אין להטיל על הרשות השלטונית חובה לספק הצדקה מיוחדת למעשים המגבילים אינטרסים מוגנים, וזאת בדרך של הימנעות מסיווג המעשה השלטוני כפוגע בזכות חוקתית.

142 עניין **עדאלה** (2006), לעיל ה"ש 1, פס' 55–56.

143 ראו ברוח זו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 102–113; יעקב בן-שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה – בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" **משפט וממשל** י 47, 64–78 (2006).

144 ראו למשל עניין **איתן**, לעיל ה"ש 27, שם הסכימו כל השופטים, לרבות אלה שנמנו עם עמדת המיעוט, כי ההסדרים בדבר כליאתם של מבקשי מקלט שנכנסו לישראל שלא כדין פוגעים בזכויות חוקתיות. ראו גם בג"ץ 3648/97 **סטמק נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 751–752 (1999).

145 ראו למשל עניין **דודיאן**, לעיל ה"ש 94, פס' 29 לפסק דינה של השופטת נאור.

ביסודה של הגישה שתוארה העמדה שמעשה שלטוני ייחשב פוגע בזכות חוקתית רק אם יש טעמים טובים לבסס מסקנת ביניים כי המעשה אינו ראוי, ולפיכך טעון הצדקה מיוחדת. ניסינו להראות שיש קטגוריות של מקרים שבהם קביעה של מסקנת ביניים מסוג זה אינה מתאימה. בצד זאת הגישה הנוהגת בישראל לעניין השלב הראשון של הבחינה החוקתית היא מרחיבה למדי, והמקרים שתוארו הם חריגים למדי. לפיכך מקומה של ההבחנה בין המקרים שבהם יש טעם טוב למסקנת הביניים האמורה לבין אלה שלא הוא לרוב רק בשלב השני של הבחינה החוקתית, ובכך עוסקת, כך אנו מציעים, ההבחנה בין איזון אנכי לאופקי.

3. הימנעות מהחלת מבחן האיזון העקרוני חרף הכרה בפגיעה בזכות חוקתית: איזון אופקי

ההבחנה בין איזון אנכי לאופקי היא בין מבחן עקרוני, שלפיו מוחלים הסייגים הכלליים שהוזכרו לעיל כתנאי להכרה בתוקפה של פגיעה בזכות חוקתית (איזון אנכי), לבין מבחן אד הוק, שאינו כפוף לדרישות הללו אלא מסתפק בבחינת כל מקרה לגופו (איזון אופקי). לשיטתנו, המקרים שבהם יש להחיל איזון אופקי, ולפיכך לוותר על דרישות הסף שמאפיינות את האיזון האנכי, הם רק אלה שבהם אין מקום לחזקה שהמעשה השלטוני גורם פגיעה לא מוצדקת בזכויות חוקתיות. אנו סבורים שהמקרים המתאימים לכך הם כאשר הפגיעה בזכות החוקתית היא מימוש חובה המוטלת על השלטון, מכוח דיני זכויות האדם, לפעול להגנה על זכותו של אחד בדרך שמחייבת פגיעה בזכותו של אחר. משמעות הדבר היא שתנאי להצדקת הימנעות מהחלת דרישות הסף של מבחן האיזון האנכי הוא קביעה שאלמלא פעל השלטון כפי שפעל היה הדבר נחשב פגיעה (על דרך מחדל) בזכות חוקתית. כאמור לעיל, הקביעה שהחלטה שלטונית פוגעת בזכות אדם מוליכה להחלת חזקה או מסקנת ביניים שההחלטה אינה מוצדקת. קביעה זו נועדה לגרום לבעלי הסמכות לבחון בקפדנות רבה אם המעשה מוצדק ולהטיל עליהם נטל להצדיק את ההחלטה על פי שיקולים מהותיים ולבסס את הצורך בהחלת ביקורת שיפוטית על ההחלטה. ככלל, לא נכון לומר שבצד החזקה שפגיעה בזכות אינה מוצדקת חלה גם חזקה שכל החלטה שלטונית שנועדה להגן על זכויות היא מוצדקת, באופן שיוצר "קיצוץ" של החזקות ומבטל את ההשלכות האמורות של הקביעה שהמעשה השלטוני פוגע בזכות אדם. החזקה הנגדית מוחלת, ועמה "קיצוץ" החזקות, רק כאשר מוכרת חובה חוקתית על השלטון לפעול להגנה על זכויות. במקרים שבהם מוכרת חובתו של השלטון לפעול להגנה על זכות חוקתית בדרך שפוגעת בזכות חוקתית, בלתי אפשרי להחיל את מבחן האיזון האנכי העקרוני שתואר לעיל. הסיבה לכך היא שבמקרים אלה דיני זכויות האדם מטילים על השלטון חיובים סותרים: הם מטילים על השלטון איסור לפעול, שכן הפעולה פוגעת בחירויות של אנשים מסוימים, ובה בעת הם גם מטילים חובה לפעול בדרך זו עצמה.¹⁴⁶ במקרים אלה האפיון של מעשה שלטוני כפגיעה בזכות חוקתית אינו יכול לבטא מסקנת ביניים כי המעשה הנדון אינו

146 ברוך זו ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 647: "[...] כאשר יש זכויות חוקתיות על שתי כפות המאזניים, לעיתים יש לאזן בין חובתו של המחוקק לא לפגוע בזכות האחת לבין חובתו להגן על הזכות האחרת או לקדם אותה. משני צדי האיזון מונחת על הכף חובתו של המחוקק".

מוצדק, שכן כל הכרעה שלטונית תיחשב פגיעה בזכות, והרי אין תועלת בקביעה שכל מעשה שלטוני שהוא הוא לכאורה לא מוצדק. למשל, אם הקביעה של שכר מינימום פוגעת בחופש העיסוק של המעסיק, והימנעות מהטלת חובה לשלם שכר מינימום פוגעת בזכות לקיום בכבוד של העובדים, הפגיעה בזכות אדם במקרים מסוג זה היא בלתי נמנעת.¹⁴⁷ בדומה לזה, הטלת אחריות אזרחית או פלילית על המפרסם דבר שפוגע בשמו הטוב של אחר פוגעת בחופש הביטוי, והימנעות מהטלת חובה כאמור מפרה את החובה להגן על הזכות לשם טוב.¹⁴⁸ משמעות הדבר שבמקרים אלה סיווגה של ההחלטה כפגיעה בזכות אדם אינו תורם לקידום ההכרעה בשאלה אם ההחלטה מוצדקת.¹⁴⁹ בנוסף, אין אמת מידה לקבוע מאיזו נקודת מבט יש לבחון את המעשה (או המחל) השלטוני, כלומר אם הנטל להוכיח שהפגיעה מוצדקת צריך להיות מוטל על הטוען כי המעשה אינו כדין או על הטוען שהפגם הוא במחל השלטוני להגן על הזכות. לבחירת נקודת המבט חשיבות לא רק לעניין נטל ההוכחה אלא גם לשאלה לאיזו החלטה – המעשה השלטוני או המחל – נדרשת הסמכה בחוק. למשל, לא ברור מהו הדין במקרה האמור אם אין הסמכה בחוק לקבוע שכר מינימום, אך גם אין הסמכה בחוק להימנע מכך. בדומה לזה, במקרים אלה לא ברור מה דינה של אי-ודאות באשר לנחיצות הפגיעה – קביעה שבהיעדר הסתברות גבוהה מספיק לביסוס מסקנה לכאן או לכאן יוצרת אי-בהירות באשר לחובה המוטלת על השלטון. אין זאת אלא שבמקרים מסוג זה, שבהם המעשה הפוגע בזכות חוקתית הוא מימוש חובה להגן על זכות חוקתית של אחר, אין תחולה למבחן האיזון האנכי על הדרישות העקרוניות שלו. בלתי נמנעת החלה של מבחן אד הוק, שבו מתחשבים במכלול נסיבות העניין ללא מחויבות לדרישות הסף הכלליות, כלומר מבחן האיזון האופקי.

לפי הגישה המוצעת כאן, המבחן של איזון אופקי נבדל מן המבחן של איזון אנכי בכמה וכמה היבטים: היבט אחד הוא הדרישה להסמכה בחוק. אם הפגיעה בזכות החוקתית היא מימוש של חובה המוטלת על השלטון לפעול להגנה על זכויות חוקתיות של אחרים, דיני זכויות האדם עצמם, למשל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מספקים את ההסמכה הנחוצה לפגיעה בזכות החוקתית. נתייחס למשל לפרשת חשבים (2015), שם נדונה החלטתה של הנהלת בתי המשפט למנוע מחברות המפעילות מאגרי מידע של פסקי דין לפרסם את תוצאות החיפוש במאגרי מידע הפתוחים לכלל הציבור כדי לצמצם את הפגיעה בפרטיות של מי שעניינם נדון בפסקי הדין הנכללים במאגר. בית המשפט ציין שם כי לפי תכליתו של ההסדר הנדון, יש להציב "רף מפורשות" נמוך לעניין דרישת ההסמכה בחוק, וכן היות ש"הרשות היא משרתת הציבור, [אזי] ככל שהכרה בסמכויותיה המופעלות בתום לב

147 בהקשר קרוב ראו אייל גרוס "כיצד הייתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג 229 (2000).

148 דוגמה אחרת היא ההכרעה בבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בזכויותיהם של חסרי דיור, שתפסו ללא היתר דירות שמיועדות לדיור ציבורי של אחרים, אף הם חסרי דיור, בנסיבות שבהן אין דירות זמינות אחרות (The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom 2000 (11) SA 46 (CC)).

149 ברוח זו, לעניין הכרה בחובה להגן על זכויות חברתיות ועל קיום בכבוד, ראו רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25, 29 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

מאפשרת את מתן השירות, לא יחסום בית המשפט את פעולתה [מחמת היעדר הסמכה מפורשת בחוק]¹⁵⁰. נראה כי אם הייתה מוכרת חובה של הנהלת בתי המשפט להגן על הפרטיות של בעלי דין, וככל שמתן היתר מאת הנהלת בתי המשפט לפרסם את שמות בעלי הדין פוגע בזכותם לפרטיות, לא היה צורך בהסמכה מפורשת בחוק להגביל כך את חופש העיסוק של החברות שעוסקות בפרסום פסקי הדין. היה מקום לקבוע שמקור הסמכות לפגיעה בחופש העיסוק הוא סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, שאוסר על גורם כלשהו, לרבות גורם שלטוני, לפגוע בפרטיות, או סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעניינו חובתה של רשות שלטונית לכבד את הזכות לפרטיות.

היבט שני של מבחן האיזון האופקי הוא ויתור על ההיבטים העקרוניים שבמבחן האיזון האנכי, למשל לעניין אופן הקצאת הסיכון או אופן הקצאת הדרישה לסובלנות. הקביעה שבשני צדי המתנס מונחת פגיעה בזכות חוקתית יכולה לחייב את המסקנה שאין מקום להצדיק פגיעה בזכות חוקתית אחת רק אם קיימת הסתברות גבוהה מספיק שהפגיעה הכרחית. במקרים שבהם הימנעות מפגיעה בזכות החוקתית של אחד תוביל לפגיעה בזכות חוקתית של אחר, אין מקום להיזקק לבררת המחל המקובלת במסגרת מבחן האיזון האנכי באשר לאופן הקצאת הנטל בדבר נשיאה בסיכון ובדבר ספיגת פגיעה לפי רמת הסבולת המקובלת בחברה דמוקרטית. ההכרעה במקרה שבו אין ודאות שמעשה מסוים יפגע באחת הזכויות אינה נעשית לפי מבחן כללי של הקצאת הסיכון, למשל מבחן הוודאות הקרובה, אלא לפי מכלול הנסיבות הרלוונטיות, למשל על פי תוחלת הסיכון לכל אחת מן הזכויות בכל אחת מן החלופות הבאות בחשבון. במקרים מסוימים תתחייב הענקת עדיפות להגנה על אחת הזכויות, ובאחרים תועדף פשרה ביניהן. כאמור לעיל, יש להתחשב בהקשר זה בחשיבות היחסית של הזכויות השונות, בהבדלים שבין אופן הפגיעה השונה בזכויות – בין היתר פגיעה באמצעות מעשה לעומת פגיעה על דרך מחל – ובמכלול הנסיבות הרלוונטיות. אין מניעה שבמקרה של התנגשות מסוג מסוים בין שתי זכויות מסוימות תיקבע עדיפות עקרונית לאחת הזכויות, למשל עדיפות לחופש הביטוי בנושאים שבהם יש עניין ציבורי על פני הזכות לשם טוב של איש ציבור.

היבט נוסף שבו מבחני האיזון נבדלים זה מזה הוא לעניין היקף שיקול הדעת של רשויות השלטון ולפיכך גם לעניין היקף הביקורת השיפוטית. בניגוד למה שנראה במבט ראשון, כאשר מוחל איזון אופקי, מרחב התמרון של הרשות השלטונית הוא דווקא מצומצם מזה שמוכר במסגרת איזון אנכי. מאפיין מרכזי של מקרים שבהם יש להחיל את מבחן האיזון האנכי הוא קיומו של שיקול דעת רחב הניתן לגוף השלטוני להחליט אם וכיצד להוציא לפועל את סמכותו להביא חד-צדדית לשינוי במצבו המשפטי של גורם פרטי בדרך של פגיעה בזכות חוקתית שלו. במקרה זה אמנם מוחלות דרישות הסף, שמגבילות את כוחו של השלטון, אך כאשר דרישות הסף הללו מתקיימות, לשלטון מסור מרחב ניכר למדי של שיקול דעת לקבוע מהו האופן שבו תופעל סמכותו. הדבר מתבטא בדוקטרינה בדבר "מרחב תמרון" של הרשויות הפוליטיות, בעיקר של המחוקק, שמכוחה מסור להן הכוח לנסות

150 עניין חשבים, לעיל ה"ש 137, פס' יט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. עם זאת במקרה זה נשלל תוקפו של ההסדר הנדון, בהיעדר הסמכה בחוק (ראו לעיל ה"ש 137).

אמצעים שונים כדי לברר את יעילותם והתאמתם לקידום האינטרס הציבורי.¹⁵¹ לרשויות הפוליטיות הסמכות לקבוע, במקרה שבו ייתכנו חילוקי דעות סבירים, אם הסדר מסוים מקיים את דרישות המידתיות, למשל אם אמצעי חלופי מסוים הוא פוגעני פחות מזה שננקט, או אם הסדר הוא מידתי במובנו של מבחן המשנה השלישי.¹⁵² לא כך כאשר מוחל איזון אופקי. במקרה זה הפגיעה בזכות החוקתית אינה תוצאה של הפעלת שיקול דעת שלטוני באשר להיקף ההגנה הראוי על האינטרסים המתחרים. במקרה זה השלטון פועל על פי חובה המוטלת עליו מכוח דיני זכויות האדם. משום כך ההצדקה להכיר במרחב תמרון של השלטון היא פחותה. הקביעה מהו האיזון הראוי בין האינטרסים המתחרים היא עניין הנובע מתוך דיני זכויות האדם עצמם ואינו כרוך בהפעלת שיקול דעת שלטוני. מכאן שדווקא באיזון אופקי מרחב התמרון המסור לרשויות השלטון מצומצם מזה שבאיזון אנכי.

לאור כל זאת, יש חשיבות רבה להכרעה בשאלה מהם המצבים שבהם דיני זכויות האדם מטילים על הרשות השלטונית חובה לפעול באופן שפוגע בזכות החוקתית של אחד כדי להגן על הזכות החוקתית של אחר. בשורות הבאות נציע מתווה לדיון בעניין זה, אך תהא העמדה באשר למקרים שבהם יש להכיר בחובה כאמור אשר תהא, טענתנו העיקרית היא שרק קביעה שעל המדינה מוטלת בנסיבות העניין חובה חיובית להגן על זכות חוקתית בדרך של פגיעה בזכות חוקתית של אדם אחר יכולה להצדיק החלה של איזון אופקי. האפיון של האינטרס שעליו מגנים כזכות חוקתית הוא תנאי הכרחי אך לא תנאי מספיק להכרה בקיומה של חובה כזו. יש להוסיף ולברר אם יש להכיר בחובה כאמור. במקרים מוגבלים בלבד יש בסיס לקביעה שעל השלטון מוטלת החובה לפגוע בזכות חוקתית, ולפיכך להעדיף איזון אופקי ולנטוש את מבחן האיזון העקרוני לטובת מבחן אד הוק. במקרים האחרים, שבהם מופעלת סמכות שלטונית שפוגעת בזכות חוקתית הפגיעה שלא מכוח מימוש חובה כאמור, יש להחיל איזון אנכי.

4. היקפה של חובה חיובית להגן על זכויות חוקתיות תוך פגיעה בזכויות חוקתיות של אחרים

הקביעה באילו סוגים של מקרים יש להכיר בחובה המוטלת על השלטון לפעול להגנה על זכויות חוקתיות היא סבוכה. היא תלויה בין היתר בהכרעות ערכיות באשר לתפקידה של המדינה ולמידת המעורבות הראויה שלה בחברה. היקפה של החובה תלוי גם בנסיבות החברתיות, ובכלל זה ההערכה מהי מידת הנחיצות של קביעת חובה משפטית-חוקתית להספקת הגנה. עיקר הדיון בפסיקה בסוגיות אלה עסק עד כה במקרים שבהם המעשים שנדרש השלטון לנקוט במסגרת החובה להגן על זכויות חוקתיות של אנשים מסוימים לא חייבו פגיעה בזכויות חוקתיות של אנשים אחרים. הדוגמה המובהקת היא ההכרה, שיש לה ביטויים מסוימים בפסיקה, בחובה המוטלת על השלטון ליצור תנאים שיאפשרו מימוש זכויות אדם. מדובר בעיקר בחובה לספק שירותים מסוימים במימון ציבורי (כגון שירותי דת, גישה למרחב ציבורי לשם מימוש הזכות להפגין, ובכלל זה מימון ציבורי של שיטור להגנה

151 ראו למשל עניין תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 136, בעמ' 812 (השופט גרוניס).

152 ראו למשל ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 507.

על המפגינים, חינוך, בריאות ועוד) ולהבטיח קיום בסיסי בכבוד באמצעות הענקת גמלאות.¹⁵³ היקפה של החובה בהקשרים הנדונים כאן, שבהם המעשה השלטוני מחייב לפגוע בזכויות של אחרים, טרם התברר במלואו. בשורות הבאות נציע אמות מידה עקרוניות לקביעת היקפה של חובה זו. כאמור, אין בכוונתנו להציג תורה שלמה וממצה לעניין קביעת היקפה של חובה זו, שכן מטרתו העיקרית של חיבור זה היא להציע ששאלת קיומה של חובה כזאת על השלטון היא השאלה שבה יש להכריע לשם בחירה בין איזון אנכי לאיזון אופקי.

עיקרי הגישה הנוהגת בפסיקה. כל מגילות הזכויות כוללות מרכיב של חובה שלילית לכבד זכויות (negative obligation), כלומר קביעת איסורים (או אילוצים) על מעשים. משמעות הדבר שהשלטון פוגע בזכות החוקתית כאשר חוסר היכולת לממש את האינטרסים המוגנים מכוח זכויות האדם הוא תוצאה ישירה ומידית של פעולה (להבדיל ממחדל) של השלטון. התאוריה הליברלית הקלאסית מבית מדרשו של לוק ולאחריו מיל ומגילות זכויות האדם שנקבעו בצרפת ובארצות הברית בסוף המאה השמונה-עשרה הסתפקו בהכרה בחובה שלילית לכבד זכויות אדם. המהפכות הצרפתית והאמריקאית היו בורגניות ביסודן, ומגילות הזכויות שנקבעו בעקבותיהן כללו בעיקר הסדרים שנועדו לקדם את השוק החופשי באמצעות ביטול החלוקה למעמדות והגנה על הקניין הפרטי תוך הימנעות מהטלת חובה על השלטון לפעול להגנה על האפשרות המעשית של הפרטים לממש את החירויות המוקנות להם ולספק להם הגנה. לעומת זאת בחוקות מודרניות ניכרת מגמת הרחבה של החובה לכבד זכויות אדם גם לכיוון הטלת חובה חיובית (positive obligation). בולטת במיוחד בהקשר זה פסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם, שביססה חובה חיובית רחבה, וכן האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שמטילה על המדינה חובה להגן על האינטרסים הנדונים באמנה.¹⁵⁴ לעומת זאת הגישה שנוהגת בפסיקה בישראל בהקשר זה מצמצמת למדי.

לפי הדין בישראל, מוכר כוחו של השלטון לפעול לשם הגנה על זכויות אדם של אחדים תוך פגיעה בזכויות של אחרים, אך לרוב אין מוכרת חובה לעשות כן. מלבד ההקשרים שהוזכרו לעיל, שעניינם החובה לספק מימון ציבורי כדי לאפשר לממש חירויות מסוימות, ניתן לאפיין שלוש קטגוריות עיקריות של מצבים שבהם נדונה בפסיקה האפשרות להטיל על השלטון חובת עשה לשם הגנה על זכויות: הגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף; הגנה מפני גורמים פרטיים שבידיהם כוח חברתי-כלכלי; החלתה של חובת כיבוד זכויות במסגרת המשפט הפרטי. כאמור, בכל סוגי המקרים הללו החובה המוטלת על השלטון מכוח דיני זכויות האדם היא בהיקף מצומצם מאוד.

תחום אחד הוא סיכון הנשקף לחיי האזרחים בשל פעילותם של גורמים עוינים, זרים או מקומיים. בפסיקה אין מוכרת בדרך כלל חובה על השלטון לפעול לשם הגנה על הציבור

153 לדיון בסוגיות אלה ראו למשל אהרן ברק "זכות-הבת למינימום קיום אנושי בכבוד" עבודה, חברה ומשפט יד 145 (2015); ברק מדינה "הגנה משפטית על הזכות לקיום אנושי בכבוד: הזכות החוקתית ומעבר לה" עבודה, חברה ומשפט יד 227 (2015).

154 לראו משל SANDRA FREDMAN, HUMAN RIGHTS TRANSFORMED: POSITIVE RIGHTS AND POSITIVE DUTIES (2008).

מפני סיכון ביטחוני או איומים אחרים. למשל, עד כה נדחו כל העתירות נגד שחרור מוקדם של מי שהורשעו במעשי טרור תוך דחיית הטענה שהשחרור פוגע בזכות החוקתית של תושבי ישראל לחיים, חרף ההכרה באפשרות שהשחרור יגדיל את הסיכון לפיגועי טרור.¹⁵⁵ אפילו לעניין התקנת אמצעי מיגון מפני ירי רקטות, שאינה כרוכה בפגיעה בזכויות של אחרים, נמנע בדרך כלל בית המשפט מלהכיר בקיומה של חובת עשה מכוח הזכות לחיים.¹⁵⁶ החריג העיקרי למגמה זו הוא ההכרה בחובתה של המשטרה להגן על מי שמבקשים להפגין מפני איום לאלימות של קהל עוין.¹⁵⁷ אך גם הכרה זו היא לרוב רק במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטת המשטרה שלא לאפשר לקיים הפגנה על יסוד הסיכון שנשקף למפגינים ולא לעניין חיוב המשטרה לספק הגנה כשהוא לעצמו כאשר היא מתירה לקיים את ההפגנה, או לעניין חיובה להגביל את זכויותיהם של מי שמאיימים על המפגינים.

תחום שני הוא חובתה של המדינה לספק הגנה על פרטים בחברה שנפגעים מגופים שבידיהם כוח חברתי-כלכלי ניכר. לפי הגישה הנוהגת, לרשויות השלטון אמנם חופש פעולה נרחב להטיל על מעסיקים ועל ספקי שירותים לציבור הגבלות שתכליתן הגנה על זכויות אדם של אחרים, אך עדיין אין ניכרת נכונות לחייב את השלטון להגביל חירויות. בית המשפט נמנע עד כה מלהכיר בהיותו של מחדל לחוקק הסדרים שיבטיחו הגנה נאותה על ציבור הזקוק להגנה, למשל הגנה על עובדים או על צרכנים בנסיבות מסוימות, הוא פגיעה בזכות חוקתית. יתר על כן, בית המשפט נמנע בדרך כלל מלהגביל את שיקול דעתן של רשויות השלטון באשר לאכיפת הציות לחקיקה קיימת, ואף בהקשר זה אין מוכרת הטענה

155 ראו למשל עניין אלמגור, לעיל ה"ש 93, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "ההכרעה בדילמות האמורות נתונה לממשלת ישראל בהיותה אחראית לביטחון המדינה ולחיי אזרחיה וחייליה".

156 ראו למשל בג"ץ 5019/14 אבו עפאש נ' מפקד פיקוד העורף, פס' 6 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 20.7.2014), שם נקבע כי "חובת המדינה להגן על חיי תושביה ואזרחיה בעתות חירום ניתנת להגשמה באמצעות מכלול רחב של אמצעים. [...] ההחלטה כיצד להקצות אמצעים אלו בעתות חירום מבוססת על שיקולים רבים, ומצויה בליבת שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות"; בג"ץ 8013/10 המועצה האזורית אשכול נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 8.8.2011) (לעניין פריסת מערכת "כיפת ברזל"); בג"ץ 1726/13 עיריית מעלה אדומים נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 7.10.2014). החריג בהקשר זה הוא בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007), והתוצאה שם נובעת, כך נראה, מן העובדה שהמיגון שנדרש הוא של מוסדות חינוך, שעל התלמידים מוטלת חובה להימצא בהם (ראו שם, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "[...] מחובתה של הממשלה ליתן מענה ביטחוני סביר לתלמידי בתי ספר החשופים לאיום של רקטות הקסאם", כל עוד הללו נדרשים להתייצב ללימודים באותם מוסדות חינוך). דוגמה קרובה לכך היא חיובה של המדינה להקים גשרון שנועד לאפשר לילדים מעבר בטוח לבית הספר (בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102, 107 (2003)). עם זאת גם כאשר למיגון מוסדות חינוך לא ננקטה גישה אחידה. ראו למשל בג"ץ 1040/10 עיריית אשקלון נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 19.10.2011), שם נדחתה עתירה לחייב את המדינה להתקין אמצעי מיגון בבתי הספר ביישובים מרוחקים מרצועת עזה, שנתונים גם הם לירי רקטות.

157 ראו למשל עניין לוי לעיל ה"ש 21, בעמ' 406–412; בג"ץ 5814/08 בן גביר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 1.8.2010); בג"ץ 6802/08 בן גביר נ' מפקד המחוז הצפוני (פורסם בנבו, 29.10.2008); בג"ץ 5317/08 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 21.7.2008).

שהימנעות מאכיפה היא פגיעה בזכויות האדם של האנשים שעליהם נועד ההסדר להגן.¹⁵⁸ יש למגמת ריסון זו חריגים מסוימים, שעיקרם העמדה שבמסגרת דרישת הסבירות נכללת החובה להפעיל סמכויות פיקוח שלטוניות באופן שיבטיח הגנה על זכויותיהם של מי שעלולים להיפגע ממעשיהם של הגופים המפוקחים. למשל, ניתן לחייב רשות מנהלית להתנות תמיכה כספית לגופים פרטיים בכיבוד זכויות אדם, למשל בהימנעות מהפליה,¹⁵⁹ ומוטלת על רשות מנהלית החובה לקבוע במכרזים שהיא מפרסמת תנאים שנועדו לוודא שמי שמבקשים להשתתף במכרז לרכישת שירותים ונכסים או למכירתם יכבדו זכויות אדם, בעיקר זכויות של עובדיהם.¹⁶⁰ אולם אף שמוכר כוחן של רשויות מנהל להפעיל סמכויות אסדרה כלליות המסורות להן לשם הבטחת הגנה על זכויות אדם מצד הגופים המפוקחים, ובכלל זה סמכויות בתחום רישוי עסקים ורישוי פעילויות אחרות, סמכויות פיקוח על פעילויות בתחומים מסוימים (למשל בנקאות, ביטוח, השכלה גבוהה, בריאות ועוד), ההכרה בחובה לעשות כן היא עדיין מצומצמת מאוד.¹⁶¹

158 ראו למשל לעניין אי-נקיטה באמצעים למניעת גילויי גזענות בצה"ל, בג"ץ 223/11 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' הרמטכ"ל (פורסם בנבו, 8.8.2011). בית המשפט מחייב את רשויות אכיפת החוק לפעול רק במקרים יוצאי דופן. עם אלה נמנים מקרים של אי אכיפה מוחלטת, שנמצאה לא מוצדקת. כך היה למשל באשר לאכיפת האיסור על פתיחת בתי עסק בשבתות בתחומי עיריית תל-אביב-יפו (ע"מ 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 25.6.2013)), שם נקבע שאין די בהחלת מדיניות של אכיפת החוק בדרך של הטלת קנסות בלבד, שהתבררה להיות לא יעילה. על זה נוספים מקרים של אכיפה מפלה (למשל בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 51 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 9.6.2011)). אך גם במקרים אלה הבסיס להכרעה אינו הכרה בחובה להגן על זכויות חוקתיות. לדיון מפורט ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית (2008).

159 לעניין איסור לתקצב מוסדות חינוך שמפלים בין תלמידים ראו למשל בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג (2) 398 (2009).

160 ראו למשל עניין הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל, לעיל ה"ש 136: "[...] כאשר מתקשרת המדינה עם גורמים חיצוניים – לדוגמה אלה המיוצגים על ידי העותר – זכאית היא ואף חובה עליה לעשות את שבידה כדי להבטיח את השמירה על חוקי המגן וכדי להבטיח צמצום היקף הפגיעה בזכויות העובדים"; ע"מ 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון (פורסם בנבו, 8.7.2010). כיום מוסדרת חובה זו בתק' 20(ד) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993. לפחות במקרה אחד היה בית המשפט נכון להכיר בכך שביטול חוק שנועד לחייב גוף פרטי – קרנות פנסיה – להימנע מהפליה פוגע, הוא עצמו, בחובה המוטלת על הכנסת לכבד את הזכות החוקתית לשוויון (בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב (4) 406, פס' 4 לפסק דינו של השופט ריבלין (2008)).

161 ראו למשל בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.9.2012), שם הוכרה הטענה שהצגת גופות של אנשים בתערוכה ללא הסכמתם היא פגיעה בכבוד האדם, אך בהיעדר הוראה מפורשת בחוק האוסרת על מעשה מסוג זה, ולפי מכלול השיקולים בעניין, הסתפק בית המשפט בהוראה לקצר את התקופה שבה תוצג התערוכה; בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014), באשר לחובה להגן על ילדים, שם נקבע כי "המדינה חייבת להתערב באוטונומיה ההורית במקרים משבריים, לשם טובת הילד. כך לדוגמה, כאשר הילד מוזנח, ניתן להכריז עליו כילד נזקק ואף להוציאו מרשות הוריו. [...] המדינה רשאית ואף חייבת להתערב כדי להגן על זכויות הילד, מונח רחב יותר מטובת הילד, [וניתן] להניח כי זכות הילד לבריאות ולחינוך, נכללת בכך" (שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט עמית). אולם נפסק שם, בדעת רוב, כי לא הוכח שלימודי ליבה בבית הספר התיכון נמנים עם זכויות הילד שבעניינן חלה החובה האמורה, ולפיכך נדחתה העתירה לחייב את המדינה לאלץ את בתי הספר החרדיים לכלול בתכנית הלימודים גם לימודים כלליים.

לבסוף, סוגיה זו מתעוררת גם במסגרת סכסוכים אזרחיים, בין גורמים פרטיים לבין עצמם, כאשר פעולתו של אחד גורעת מזכויות חוקתיות של אחר. מבחינה אנליטית יש להבחין בין שתי גישות: האחת מחילה את דיני זכויות האדם ישירות גם על גורמים פרטיים. משמעות הדבר קביעת סייג לחופש הפעולה של הפרט, ולכן לזכויותיו לחירות, לחופש חוזים, לחופש עיסוק, לקניין וכדומה, מכוח הקביעה שמוטלת עליו החובה לכבד את זכויותיהם של אחרים. התוצאה היא הכרעה בסכסוך כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, שבו קובעים את היקפה של הזכות החוקתית. גישה שנייה, שהיא המקובלת יותר במשפט המשווה, מחילה את דיני זכויות האדם ואת החובה הנובעת מהם לכבד זכויות אדם על בעלי סמכות שלטונית. החובה המוטלת על גורמים פרטיים לכבד את זכויותיהם של אחרים אינה נובעת אפוא ישירות מדיני זכויות האדם אלא ממעשה שלטוני המטיל חובת כיבוד כזו. בנסיבות מסוימות אפשר שתוכר חובה על השלטון להטיל חובת כיבוד כאמור על גופים פרטיים כדי להגן על זכויות חוקתיות של אחרים.¹⁶² הגישה הראשונה מוחלת כמעט אך ורק על גופים המסווגים "דו-מהותיים".¹⁶³ אשר לגופים פרטיים אחרים הדין הוא שחובת הכיבוד נובעת מהוראות החקיקה האזרחית ולא ישירות מדיני זכויות האדם, בעיקר "הוראות שסתום" במשפט האזרחי, כמו החובה לנהל משא ומתן ולממש זכויות חוזיות בתום לב.¹⁶⁴ בצד הקשרים צרים יחסית שבהם מוחלת גישה זו, למשל לעניין תוקפם של הסדרים חוזיים המגבילים את חופש העיסוק של אחד הצדדים,¹⁶⁵ והסדרים חוזיים שמפלים בין גברים לנשים,¹⁶⁶ טרם התגבשה הכרה רחבה בחובה המוטלת על המחוקק ועל בתי המשפט להגן על זכותו של אדם מפני פגיעה בה בידי אדם אחר באמצעות קביעת איסורים או הכרה בעילות תביעה.¹⁶⁷ הכרה בחובה כאמור מקובלת במידה רבה למדי במשפט המשווה.¹⁶⁸

- 162 ראו למשל ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 375–409.
- 163 ראו למשל דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 463–507 (2013); אסף הראל גופים דו-מהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008).
- 164 ראו למשל ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 531–535 (1992).
- 165 ראו למשל ע"א 239/92 "אגוד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66 (1994); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000); ע"א 3156/98 בן ישי נ' ויינגרטן, פ"ד נה(1) 939 (1999).
- 166 ראו למשל בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002). לעניין הפליה מחמת גיל בין קבוצות שונות של עובדים ראו גם דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000).
- 167 ראו למשל רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010), שם נדחתה תביעה להורות למחוקק לקבוע הסדר לחשיפת שמו של מי שפרסם פרסום שפוגע בשמו הטוב של אדם או לקבוע הסדר זה בדרך של "חקיקה שיפוטית". עניין זה נותר בצריך עיון בע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 359, 365–366 (2003), שם נדחתה בקשת משפחתו של מי שהיה נתון בשבי האויב לאסור על עיתון לפרסם מידע שעלול לסכן את חייו: "בענייננו מדובר בזכויות יסוד הראויות לעוצמת הגנה גבוהה – הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף. חוק היסוד אינו מסתפק באיסור על פגיעה בהן (ראה סעיף 2 לחוק), אלא קובע גם את הזכות להגנה עליהן (ראה סעיף 4 לחוק). [...] מכאן, ייתכן שבמקום שבו זכויות יסוד לחיים ולשלמות הגוף

התוצאה היא הכרה מועטה, אם בכלל, בחובתה של המדינה לפעול בדרך שפוגעת בזכות חוקתית של אחדים לשם הגנה על זכויות חוקתיות של אחרים. כמפורט להלן, אנו סבורים שהצדקה של גישה זו אינה מובנת מאליה, ושיש טעמים טובים להרחיבה. מתווה לקביעת היקפה של חובת השלטון לפעול להגנה על זכויות חוקתיות. הטלת חובת פעולה על השלטון לשם הגנה על זכויות חוקתיות יכולה להתבסס על שתי תפיסות עיקריות: אפשרות אחת היא שזכות חוקתית נפגעת בכל מקרה שבו אדם אינו יכול לממש אינטרס מוגן, ואין מקום להבחין לעניין זה בין הגנה שלילית להגנה חיובית על זכויות;¹⁶⁹ אפשרות שנייה היא הכרה בזכות אדם עצמאית, שלעתים מכונה "זכות להגנה", שמכוחה מוטלת חובה על השלטון להגן על האפשרות של הפרטים בחברה לממש אינטרסים מסוימים.¹⁷⁰ לגישה זו עיגון מסוים בלשונו של סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁷¹

משמעותה של הטלת חובה חיובית היא שגם אם אין קשר סיבתי ישיר ומידי בין מעשה שלטוני לבין אי-יכולתו של אדם לממש אינטרסים המוגנים מכוח זכויות אדם, רואים בכך פגיעה בזכויות הטעונה הצדקה. במקרים אחדים הפגיעה נגרמת בשל מציאות חברתית מסוימת. למשל, הפגיעה באפשרות לממש זכויות חוקתיות עלולה להיגרם מחמת אי-שוויון כלכלי, שבגינו המשאבים הכספיים שלרשותם של אנשים מסוימים אינם מספיקים לרכישת מוצרים ושירותים הנחוצים לקיום בכבוד, או בשל היעדר תנאים נאותים למימוש חירויות

עולות להיפגע, ובהיעדר דבר חקיקה מיוחד הקובע תרופה בגין פגיעה זו קמה עילת תביעה חוקתית למנוע את הפגיעה". ראו גם עניין אלחנתי, לעיל ה"ש 160.

168 זו הגישה המיושמת בין היתר בבית הדין האירופי לזכויות האדם (למשל לעניין החובה להגן על הזכות לשם טוב באמצעות יצירת עילת תביעה יעילה, Karakó v. Hungary, App. no. 39311/05 (Apr. 28, 2009)).

169 ראו למשל גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 183 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); דפנה ברק-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזורות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189 (שולמית אלמוג דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009), Fredman, לעיל ה"ש 154.

170 ראו למשל אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים הגוף והכבוד" משפט וממשל יז 9 (2016); פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994).

171 בס' 2, 3, 5, 6 ו-7 לחוק היסוד מעוגנות זכויות אדם מסוימות, ובכל המקרים הללו הניסוח הוא בלשון המבטאת חובה שלילית: "אין פוגעים", "אין נוטלים ואין מגבילים", "אין נכנסים" וכדומה; בצד הוראות אלה נקבעה בחוק היסוד גם הוראת ס' 4, שלפיה "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". הוראה זו יכולה להתפרש כקביעת חובה חיובית, שתחומה לאינטרסים המנויים בסעיף זה ולא לכלל זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד. אך הביטוי "זכאי להגנה" הוא צר יחסית, ופירושו הרגיל הוא הגנה מפני פגיעה בזכות בידי אנשים אחרים ולא דווקא הטלת חובה על המדינה ליצור תשתית שתאפשר מימוש זכויות. בנוסף, לשון חוק היסוד אינה כוללת שימוש אחיד במונחים בהקשר זה: מצד אחד, בס' 1 (עקרונות היסוד) ו-11 (חובת כיבוד) נקבעה החובה "לכבד" את הזכויות, ביטוי רחב שכולל הגנה שלילית וחיובית כאחד, אך בס' 8 (פסקת ההגבלה) נאמר "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה", כלומר לכאורה קביעת חובה שלילית בלבד (או לפי אפשרות אחרת, היתר שלא לכבד את החובה השלילית בתנאים המנויים בפסקת ההגבלה, ובמשמע חובה מוחלטת לכבד את החובה החיובית שבס' 4).

כמו חופש דת, חופש ביטוי וחופש תנועה. במקרים אחרים הפגיעה באינטרסים מוגנים נגרמת בידי אנשים אחרים, למשל פגיעה בזכותו של אדם לשם טוב בגין פרסום כלשהו או הפליה בשוק העבודה. הכוח הכלכלי-חברתי הרב של גורמים פרטיים והשפעתם המעשית המכרעת על אפשרות המימוש של זכויות אדם, בצד ההכרה בחשיבותה של הגנה על זכויות החורגות מן המתחם המוגן הצר הליברטריאני – ובכלל זה הגנה על כבוד האדם, השוויון, חופש הביטוי, חופש הדת והמצפון ועוד – יוצרים מידה רבה של הכשר מוסרי להטלת חובה על השלטון לפעול להגנה על זכויות האדם בדרך של הטלת הגבלות על אחרים. על זה נוספת העובדה שלמדינה מסור מונופול על הפעלת כוח בחברה, ובכלל זה שלילה ניכרת של האפשרות להפעיל סעדים של "עזרה עצמית". החקיקה העשירה שמכוחה המדינה מגבילה חירויות לשם הגנה על זכויות אדם מעידה על התגבשות התפיסה שבהקשרים רבים תפקידה של המדינה הליברלית הוא לפעול לשם הגנה על זכויות האדם, גם בהקשרים החורגים מאלה המוצדקים לפי התאוריה הליברטריאנית.¹⁷²

על המדינה מוטלת חובה לפעול להספקת הגנה על אינטרסים של הפרט בהתקיים שני תנאים: האחד, שהאינטרסים שנתונים בסכנה אם המדינה לא תפעל להספקת הגנה עליהם מוכרים כמוגנים מכוח זכות חוקתית. אין מוטלת על המדינה, לפחות לא מכוח דיני זכויות האדם, החובה להגן על אינטרס ציבורי.¹⁷³ התנאי השני הוא שמחדל לספק הגנה כאמור הוא פגיעה בזכות, כמובנו של המונח פגיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. באשר לתנאי הראשון, אנו סבורים שיש הצדקה לגישה מרחיבה שבוטאה בעניין זה בפסיקה מן השנים האחרונות שנסקרה לעיל. כשמדובר באינטרסים המוגנים עצמם, מוצדק לאפיין את האינטרסים המרכיבים את האינטרס הציבורי כצבר של זכויות חוקתיות של הפרטים הנוגעים בדבר. למשל, חוק שמגביל את חופש הביטוי בשל איסור על הפצת מידע או רעיון לציבור פוגע באינטרס של כל אחד מבני החברה לקבל מידע, וזהו אינטרס שמוגן מכוח זכות אדם. הסוגיה הקשה יותר היא באילו מקרים מתקיים התנאי השני בדבר פגיעה בזכות החוקתית. מבלי להתיימר למצות את השיקולים שבהם יש להתחשב ואת אופן השקלול שלהם, נמנה כאן כמה גורמים עיקריים בהקשר זה. שיקולים אלה דומים בעיקרם, אם כי אינם זהים, לאלה שהציעו גול-אייל ורייכמן,¹⁷⁴ אך ההקשר שונה מעט: הדיון אצלם התמקד בשאלה באילו מקרים יש להכיר באינטרס ציבורי כאינטרס שמוגן מכוח זכות חוקתית, ואילו לפי שיטתנו שיקולים אלה באים לידי ביטוי במסגרת ההכרעה באילו מקרים מחדל שלטוני להגן על אינטרסים מסוימים צריך להיחשב פגיעה בזכות חוקתית, ולפיכך באילו מקרים מעשה שלטוני שפוגע בזכות חוקתית של אחד הוא בבחינת מילוי חובה, הנובעת מדיני זכויות האדם, להגן על זכותו של אחר.

שיקול אחד שבו יש להתחשב בקביעה אם על מחדל שלטוני להיחשב פגיעה בזכות החוקתית הוא ההערכה אם נשקף איום לאינטרסים חשובים של אדם מסוים או לאלה של

172 לעמדה ברוח זו ראו ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 136. בהקשר קרוב ראו גם ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה 583 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

173 ראו למשל ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 624–625.

174 גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 7.

ציבור לא מסוים. מקובל לסבור שפגיעה באדם מסוים, שזהותו ידועה, חמורה מפגיעה באדם כלשהו, שזהותו אינה ידועה, מתוך קבוצה של אנשים.¹⁷⁵ אי-הקטנת הסיכון שנשקף לאדם שאינו מובחן מתוך ציבור לא מסוים של אנשים – למשל בשל הימנעות ממעצרו של אדם שעלול לסכן אחרים – היא חמורה פחות מבחינה מוסרית, לרוב חמורה פחות במידה מכרעת לעניין ההכרה בפגיעה בזכות חוקתית, ממחדל לפעול להקטנת סיכון דומה שנשקף לאדם מובחן – למשל הימנעות ממעצרו של אדם שמסכן את בת זוגו. יש לכך כמה טעמים. במקרים מסוימים מובחנות הפגיעה עלולה לגרום שהימנעות מהספקת הגנה מפני הסיכון תבטא מסר של ייחוס מעמד מוסרי נחות לאדם מסוים או לקבוצת אנשים מסוימת כמי שהאינטרסים שלהם חשובים פחות מאלה של שאר בני החברה. כשהסיכון לפגיעה מושפע מהשתייכות לקבוצה חברתית מובהקת, תיתכן הצדקה להכיר בכך שעצם החשיפה המוגברת של קבוצת אנשים מסוימת לסיכון היא פגיעה בזכות לשוויון לא רק בשל הסכנה לאינטרסים המוגנים אלא גם בשל המשמעות הנורמטיבית הנובעת מחשיפת קבוצה זו דווקא לסיכון. עמדה דומה עולה מיישום גישה פוליטית לזכויות אדם, שלפיה מוכרת פגיעה בזכויות כאשר קיים חשש מוגבר שהמערכת הפוליטית לא תייחס חשיבות נאותה להגנה על אינטרסים מסוימים. אם זהותו של מי שזכויותיו ייפגעו אינה ידועה, במקרים רבים ניתן להניח כי הרשויות הפוליטיות יעניקו משקל ראוי לאינטרס הרלוונטי, שהרי רבים חשופים לסיכון, אך לא כך כאשר הסיכון תחום לקבוצת אנשים מסוימים.¹⁷⁶ על זה נוסף שיקול הוגנות, שהוא תמונת ראי של שיקול ההוגנות שהוזכר לעיל לעניין מבחן האיזון האנכי: חלוקה הוגנת של הנטל תלויה לא רק באופן הפיזור של הפגיעות הלא מוצדקות הנובעות מהגבלת חירויות הפרט במצבים של יצירת סיכון (קרי, אם הפגיעה בחירויות מוטלת על כלל הציבור או על קבוצה מצומצמת בלבד), אלא גם באופן הפיזור של הנטל או הסיכון שייגרם לזולת דווקא אם לא יוגבלו חירויות הפרט. במקרה שבו מימוש חירות יסוד של אדם אחד יוצר סיכון לאדם מסוים אחר או לקבוצה מצומצמת של אנשים, להבדיל מהציבור הרחב, הרי שהשאיפה להבטיח הקצאה הוגנת של הנטל לשאת בפגיעות לא מוצדקות יכולה לחייב הנמכה של סף הסתברות הנדרש לשם הצדקת הפגיעה בחירות הפרט ואף הכרה בחובה לפעול להגנת אינטרס זה. הגורם הנדון כאן בדבר מובחנות הפגיעה מובא לעתים בחשבון בפסיקה ביישום דרישת המידתיות,¹⁷⁷ אך הוא רלוונטי גם להכרה בקיומה של

175 ראו למשל KAGAN, לעיל ה"ש 117, בעמ' 87–91.

176 עם זאת קביעה זו אינה חד-משמעית. לעתים קרובות דווקא קיומו של קרבן-בכוח מובחן למדיניות שלטונית מסוימת, למשל מי שזקוק למימון ציבורי לתרופה מצילת חיים, מוביל ליצירת לחץ ציבורי יעיל על רשויות השלטון, ואילו סיכון לאדם שאינו מובחן אינו מוביל לתגובה ציבורית דומה. לדין ביקורתי בנטייה זו ראו למשל IDENTIFIED VERSUS STATISTICAL LIVES: AN INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVE (I. Glenn Cohen, Norman Daniels & Nir Eyal eds., 2015).

177 ראו למשל המחלוקת בין השופטת ארבל לשופט עמית בעניין איתן, לעיל ה"ש 27. המחלוקת נסבה על השאלה מהי המשמעות הנורמטיבית של הקביעה בנוסח המתוקן של החוק למניעת הסתננות כי ההסדר בדבר החזקה במשמורת של מי שנכנס לישראל שלא כדין יחול רק על מי שייכנסו לישראל לאחר חקיקת החוק ולא על אנשים שכבר שוהים שלא כדין בישראל בעת חקיקת החוק. לגישתה של השופטת ארבל, שנמנתה עם דעת הרוב, "הזכות לחירות ולכבוד האדם עומדת גם למסתנן שיגיע מחר למדינת ישראל. לפיכך, בעניין זה איני רואה מקום להבחנה בין פגיעה בזכויות בהווה של שוהים נוכחיים במדינה, לבין

חובה להגן על זכויות. דוגמה לכך היא פרשת טנבוים, שבה נדונה בקשה של קרובי משפחתו של אדם שהיה נתון בשבי כי יאסר פרסום של מידע שלפי הטענה היה עלול לסכן את חייו.¹⁷⁸

מובחנות הפגיעה הצפויה היא גורם רלוונטי אך לא תמיד גורם מכריע לעניין הכרה בחובה על המדינה לפעול, וממילא לעניין השאלה אם יש להחיל איזון אופקי או אנכי. ייתכנו מקרים שבהם מוצדק להכיר בחובתה של המדינה לפעול אף שהסיכון נשקף לאינטרסים של ציבור לא מסוים. למשל, בכל הקשור למיגון בתי הספר מפני ירי רקטות,¹⁷⁹ באשר לחובה להגן על הזכות לקיום בכבוד ועל זכויות מסוימות של עובדים ושל צרכנים, בעניין החובה לספק לציבור מידע שברשות השלטון ועוד. נראה שיש להתחשב לא רק במידת המובחנות של הסיכון לפגיעה מלכתחילה אלא גם בשאלה אם הפגיעה הצפויה בדיעבד ממוקדת בציבור מסוים, בהערכה מהם האמצעים שיוחלו בדיעבד לצמצום הפגיעה ולפיזור הנזק וכדומה.

גורם שני שבו יש להתחשב הוא מידת אי-הוודאות שתיגרם פגיעה בזכויות אלמלא ההתערבות השלטונית להספקת ההגנה. קיומו של סיכוי ממשי שתוצאת המחדל של המדינה לספק הגנה לא תהא גריעה מאינטרס מוגן מחליש את הממד הפוגעני שעלול להיות נלווה למעשה או המחדל. שיקול זה בולט במיוחד במקרים שנדונו לעיל, שבהם אי-הוודאות היא לאו דווקא באשר לגריעתו של אינטרס מוגן בשל המחדל של השלטון, אלא באשר לשאלה מיהו האדם שזכותו תיפגע. אולם איננו שותפים לעמדתם של גול-אייל ורייכמן, שלפיה "רק כאשר אפשר לדעת שהפגיעה בזכות ודאית או צפויה בהסתברות גבוהה מספיק, קמה לפגיעה זכות חוקתית נגד המדינה".¹⁸⁰ גורם זה הוא חשוב אך אינו בהכרח מכריע. לעתים עצם הצורך ליזום הליך שיפוטי לבירור ההצדקה של פגיעה באדם כרוך בפגיעה בכבודו של אדם, ובמקרים לא מעטים עלול להתעורר קושי מעשי להביא לבירור שיפוטי פגיעה כאמור לאחר שזו כבר התממשה. ניתן להקיש בהקשר זה מן השיקולים שמועלים לתמיכה בהעדפת קצבאות אוניברסליות, הניתנות לכלל הציבור, על פני קצבאות רק לנזקקים שהוכיחו את זכאותם.¹⁸¹ כשהתממשות הסיכון לפגיעה אינה צפויה להניב מידע הכרחי לבירור אם הפגיעה היא מוצדקת, שיקולים מסוג זה יכולים להצדיק הכרה בפגיעה בזכות חוקתית גם

פגיעה בזכויות של שוהים שיגיעו למדינה בעתיד" (שם, פס' 9 לפסק דינה). לעומתה, השופט עמית, בדעת מיעוט, קבע כי "השינוי המרכזי בתיקון מס' 4 הוא תחולתו הפרוספקטיבית של סעיף 30א מכאן ואילך כלפי ציבור בלתי מסוים של מסתננים בכוח, ואי החלתו על הציבור המסוים של המסתננים שכבר נמצאים בארץ" (שם, פס' 12 לפסק דינו).

178 עניין טנבוים, לעיל ה"ש 167, בעמ' 366: "[...] [במקרה זה] לא נדרשת הוכחה ברמה של 'ודאות קרובה' בדבר הסיכון לפגיעה בחיים ובשלום הגוף של טנבוים, כדי שהמערים יזכו בסעד המבוקש על-ידיהם. [...] בגלל עוצמת הזכות, מושא ההגנה, די בכך שקיימת אפשרות סבירה לפגיעה בה כדי שבית-המשפט יפעל להגנה עליה".

179 לעיל ה"ש 156.

180 גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 137.

181 ראו למשל אמיר פז-פוקס "מדוע זכויות על-ספר נשארות על-ספר? נגישות לצדק חברתי בישראל – רקע תיאורטי" נגישות לצדק חברתי בישראל 29, 49–68 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009); אברהם דורון בזכות האוניברסליות: האתגרים של המדיניות החברתית בישראל (1994).

כאשר מדובר רק באי־מניעת סיכון שסיכויי התממשותו אינם גבוהים, ואף אם באותה עת זהות הנפגע אינה מובחנת.¹⁸²

גורם שלישי בעל חשיבות הוא מידת הקשר הסיבתי שבין המחדל לבין התוצאה הצפויה של פגיעה בזכויות חוקתיות.¹⁸³ חשובה בהקשר זה תרומתה של המדינה לחוסר היכולת של הפרט להגן על עצמו. למשל, אם בהקשר הנדון רלוונטית העובדה שלמדינה מונופול על הפעלת כוח בחברה, ובכלל זה שלילה של האפשרות להפעיל סעדים של "עזרה עצמית", כן צריכה לגבור הנטייה להכיר בחובתה של המדינה לפעול להגנת הפרט. למשל, אדם אינו רשאי להיכנס בכוח למקום שנמצא בבעלות פרטית כדי לממש בו את זכותו להפגין, ובלא התערבות של המדינה אדם אינו יכול לכפות על אמצעי תקשורת לפרסם הכחשה או תגובה לדבר לשון הרע שפורסם נגדו. בנוסף, הדין, כלומר מעשה שלטוני, הוא שמעניק לגורמים פרטיים את האפשרות לפגוע באינטרסים מוגנים של אחרים מכוח הגנה על זכויות קניין, מכוח אכיפה שיפוטית של התחייבויות חוזיות וכדומה. במקרים אלה ההבחנה בין מעשה למחדל שלטוני היא דקה למדי. כן יש חשיבות בהקשר זה לחלקה של המדינה בריכוז כוח כלכלי בידי גופים מסוימים, למשל בעקבות הפרטה,¹⁸⁴ בקיומו של הכרח בפעולה מתואמת לשם הגנה על זכויות ועוד.

לבסוף, יש להתחשב גם בשאלה מהו סוג הפגיעה באינטרסים של אחרים אשר נחוצה לשם מימוש חובתה של המדינה להגן על זכויות. נראה שאם הפגיעה היא מסוג של ייחוס אשמה לאנשים, כלומר מתן הגנה מפני סכנה שנשקפת מאנשים מסוימים, צריכה לגבור הנטייה להימנע מהטלת חובת פעולה על המדינה, כדי להבטיח הגנה נאותה על זכויות חוקתיות באמצעות ההחלה של איוון אנכי עקרוני. הנטייה להכיר בחובה לספק הגנה על זכויות צריכה לגבור כאשר משמעותה הגבלה על חופש הפעולה של אנשים שאין עמה ייחוס אשמה או כוונה לפגוע באחרים. עם זאת גם שיקול זה אינו בהכרח מכריע, ואין לשלול קיומם של מקרים שבהם תוצדק אכיפת חובת עשה, ועמה הסתפקות באיוון אופקי, גם אם משמעות הדבר פגיעה חמורה במיוחד בזכויות אדם.

לסיכום: אנו סבורים שאין בסיס מספיק לעמדה השוללת לחלוטין הכרה בחובה חיובית, ובה בעת יש להכיר בכך שיש הבדלים יסודיים בין הגנה שלילית לבין הגנה חיובית על זכויות, שבגינם היקפם של המקרים שבהם מוכרת פגיעה בזכות במובן של הפרת החובה החיובית צר מזה של הפרת החובה השלילית. כאמור לעיל, אנו סבורים שככלל יש להכיר בכך שבמקרה של סכסוך אזרחי שבו ההתנגשות היא בין זכויות חוקתיות של שני פרטים, מוטלת על המדינה, בחקיקה או בהכרעה שיפוטית, החובה לספק הגנה על הזכויות החוקתיות של שני הצדדים, ולפיכך יש לבסס את ההכרעה על איוון אופקי שעיקריו אופיינו לעיל. כאשר להפעלת סמכויות שלטוניות אחרות יש להתחשב במכלול הגורמים שצוינו לעיל מתוך נקודת מוצא שלפיה על המדינה לפעול כדי להבטיח קיומם של תנאים שיאפשרו לכל אדם קיום בכבוד.

182 ראו למשל Christopher H. Schroeder, *Rights Against Risks*, 86 COLUM. L. REV. 495 (1986).

183 ראו גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 143–150.

184 לדין בהיבט זה ראו למשל איל פלג ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי (2005).

ד. הדגמת הגישה המוצעת

לסיכום הדיון אנו מבקשים להדגים את יישום הגישה המוצעת כאן באמצעות התייחסות קצרה לכמה סוגיות עקרוניות שבהן התעוררה בפסיקה השאלה אם המבחן הראוי הוא איזון אנכי או אופקי. נדון בסוגיות האלה: הגבלת פרסום מידע שבידי רשות שלטונית בשל החשש לפגיעה בפרטיות; נקיטת אמצעים צבאיים לשם מניעת סכנה לחיי אדם; וסעדים בגין פגיעה בשם טוב של אדם. באשר לכל אחת מן הסוגיות הללו יש לקבוע אם יש להחיל איזון אנכי או אופקי, ואם מחילים איזון אופקי, מהו אופן ההכרעה בין הזכויות המתנגשות. **הגבלת פרסום מידע שבידי רשות שלטונית בשל החשש לפגיעה בפרטיות.** במקרים לא מעטים יש התנגשות בין הזכות לקבל מידע שמצוי בידי הרשות, זכות שנגזרת מחופש הביטוי, לבין זכויותיהם של אנשים שעלולים להיפגע מפרסום המידע, לרוב פגיעה בפרטיות או בקניין (במקרה של פרסום סודות מקצועיים). הסוגיה התעוררה בפסיקה במגוון הקשרים, ובהם היקפה של החובה למסור מידע מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998 והסמכות לקיים דיון שיפוטי בדלתיים סגורות. בעיקרו של דבר, במקרים מסוג זה מוצדק להחיל איזון אופקי ולא אנכי.

בדין מוכרת חובה להגן על חופש הביטוי באמצעות מסירת מידע לציבור, והפגיעה בפרטיות ובזכויות האחרות היא תוצאה ישירה ומידית של מעשה שלטוני, קרי חשיפת המידע. משמעות הדבר שכל פעולה שלטונית – מסירת מידע או שמירה על חיסיון שלו – תגרום פגיעה בזכות חוקתית, ולכן אין מקום לסווג את אחת החלופות כלכאורה בלתי מוצדקת. אלה הם כאמור מצבים שבהם ראוי להחיל איזון אופקי. אין מניעה לקבוע מדרג של האינטרסים המתנגשים ולהעניק מכוחו עדיפות לאחת הזכויות, למשל לחופש המידע, אך מכאן אין נובעת המסקנה שהאיזון המתאים הוא אנכי במובן המקובל של הביטוי, שמכוחו כזכור האינטרס רם המעמד, במקרה זה חופש המידע, גובר רק אם יש התנגשות "אמתית", כלומר אם הפגיעה בפרטיות נחוצה בוודאות ויעילה לשם הגנה על חופש המידע. קביעת ברירת המחדל במקרה שבו אין ודאות שהפגיעה הכרחית יכולה להיות שונה, לפי מכלול של גורמים, ובהם חשיבות המידע הנדון להעשרת השיח הציבורי ולביקורת על השלטון, עצמת הפגיעה בזכויות המתחרות, קיומם של מנגנוני פיצוי ועוד.

נראה שגישה זו בדבר החלת איזון אופקי עולה בקנה אחד עם הגישה הנהוגה בפסיקה.¹⁸⁵ נדון בשתי דוגמאות בעניין זה. בפרשת פלונית נ' בית הדין למשמעת (2003) נדונה החלטת בית דין למשמעת לדון באישום על הטרדה מינית בדלתיים סגורות ולדחות את בקשת המתלוננת שעדותה תינתן בנוכחות מלווה, מכוח החובה להגן על זכותו של הנילון לפרטיות. לפי שיטתה של השופטת דורנר, בלתי נמנעת קביעת עדיפות לאחת

185 ראו למשל ע"מ 10845/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פס' 72–75 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 11.11.2008; ע"מ 2820/13 רוזנברג נ' רשות האכיפה והגבייה, פס' 16–20 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 11.6.2014; עת"מ (מנהליים י-ם) 13803-05-15 דר יעוז ניהול ותכנון עירוני בע"מ נ' משרד הפנים, פס' 13–17 לפסק דינה של השופטת בן אור (פורסם בנבו, 2.8.2015).

ההוראות – ההגנה על פומביות הדיון שבחוק-יסוד: השפיטה¹⁸⁶ או ההגנה על הזכות לפרטיות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – שכן "לא ניתן לקיים בעת ובעונה אחת" את שתייהן, ולפי גישתה יש להעדיף את ההוראה הראשונה ולקבוע שהיות שאין הסמכה בחוק לפגוע בפומביות הדיון או בפרטיות, הדין הוא שאין לפגוע בפומביות הדיון.¹⁸⁷ לעומת זאת, לפי גישתו של הנשיא ברק, שנראית לנו עדיפה, אין מקום לקביעת עדיפות א-פריורית מסוג זה לאחת הזכויות. הנשיא ברק אמנם אינו משתמש כאן במינוח איזון אופקי, אך זו כנראה המשמעות המעשית הנובעת מעמדתו ש"ההגבלה בחוק של הפומביות חייבת אפוא להתחשב [...] בפרטיות; ההגבלה בחוק של הפרטיות חייבת להתחשב [...] בפומביות".¹⁸⁸ במינוח המוצע בחיבור זה יש להחיל כאן איזון אופקי, ומכוחו אין נדרשת הסמכה בחוק נוסף על ההסמכה שנובעת מהחובה החוקתית לכבד את הזכות לפרטיות, ויש להכריע בהתנגשות בהתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות בלא כפיפות לדרישות הסף של מבחן האיזון האנכי.

דוגמה שנייה היא עניין התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים (2008), שם נקבעה חובתה של המשיבה לפרסם את פרטיהם של הנישומים שעמם נערכו הסדרי כופר כחלופה לנקיטת הליכים פליליים בגין עברות מס חרף הפגיעה הנובעת מכך בזכותם של הנישומים לפרטיות. השופט ארבל קבעה שם כי האיזון הנדרש הוא אופקי, וזאת משום שכך נדרש בכל "מקרה של התנגשות בין זכויות אדם שונות", וכי "במסגרת איזון זה עלינו לקבוע מהי מידת הוויתור ההדדי הנדרשת מכל אחת מן הזכויות על מנת לאפשר את קיומן המשותף".¹⁸⁹ גם לשיטתנו האיזון הראוי כאן הוא אופקי, אך הבסיס לכך אינו העובדה שהאינטרסים המתנגשים מוגנים מכוח זכויות חוקתיות אלא העובדה שבמקרה זה כל מעשה שלטוני – חשיפת שמות הנישומים או הימנעות מכך – תפגע בזכות חוקתית. כמו כן, כאמור לעיל, משמעותה של החלת איזון אופקי אינה בהכרח "וויתור הדדי". ואכן, בפועל נקבע שם כי היקפה של זכות הפרטיות הוא מצומצם בנסיבות העניין, והחובה לפרסם את שמות הנישומים לא ביטאה פשרה אלא העדפה של הזכות לחופש מידע.¹⁹⁰

במקרים אחרים גילוי המידע עלול לפגוע באינטרסים באופן שאין בו משום פגיעה בזכות חוקתית – למשל משום שהפגיעה הצפויה היא באינטרסים ציבוריים שונים, כמו האפשרות לקיים תחקור פנימי, היועצות בתוך הרשות המנהלית, הבטחת רבגוניות של מערכת חינוכית שעלולה להיפגע אם ייחשף מידע על בתי הספר וכדומה. במקרים אלה המבחן הראוי הוא איזון אנכי, וכך אכן מקובל לרוב בפסיקה. במסגרת זו גובר האינטרס

186 ס"ח התשמ"ד 78.

187 בג"ץ 1435/03 פלוגית נ' בית-הדין המשמעתי של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 541 (2003).

188 שם, בעמ' 540.

189 ע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות המיסים, פ"ד סג(1) 284, פס' 53 לפסק דינה של השופטת ארבל (2008). השופטת ארבל הוסיפה שם כי במקרה זה נדרש גם איזון אנכי, שכן חסיון המידע נחוץ גם לשם הגנה על האינטרס הציבורי בעידוד הסדרי כופר, ולעניין זה יש להחיל את מבחן הוודאות הקרובה.

190 לגישה שונה, שלפיה אין מקום לסווג את חופש המידע כזכות חוקתית ולפיכך המבחן הראוי במקרה מסוג זה הוא איזון אנכי, ראו זמיר בן-בשט, ארז נחום ואמיר קולטון "זכות הציבור לדעת: הרהורים בעקבות ע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים" הארת דין ה 106 (2009).

הציבורי רק אם קיימת הסמכה בחוק לפגוע בזכות לחופש מידע,¹⁹¹ ויש ודאות קרובה שאכן הפגיעה בזכות נחוצה ויעילה לשם הגנה על האינטרס הציבורי.¹⁹²

נקיטת אמצעים צבאיים לשם מניעת סכנה לחיי אדם. ביטחון המדינה הוא אינטרס ציבורי. גם אם מכירים בכך שביטחון אינו אלא צבר של זכויות פרט לחיים,¹⁹³ הרי שכלל אין מוטלת על המדינה חובה משפטית-חוקתית, הנובעת מדיני זכויות האדם, לפעול להגנה על חיי אדם בדרך שפוגעת בזכויות חוקתיות. אמנם בית המשפט משתמש לעתים בלשון של חובת הגנה על האזרחים, אך עיון בפסיקה מלמד שכוונת הדברים לחובה שתוקפה במישור המוסרי והפוליטי ולא במישור המשפטי-חוקתי. בית המשפט נמנע בעקיבות מלהכיר בהיותו של מחדל הממשלה לנקוט צעדים שונים, שהיו יכולים להפחית את הסיכון למעשי טרור, פגיעה בזכות חוקתית לחיים. ואכן, לא אחת נעשה שימוש ברטוריקה זו של הכרה בחובתה של המדינה להגן על חיי האזרחים בתוך יישום מבחן של איוון אנכי דווקא. דוגמה לכך היא ההכרעה בפרשת הוועד נגד עינויים, בעניין חוקיות הסיכולים הממוקדים. הנשיא ברק ציין שם כי "יש לאזן בין חובתה של מדינה לשמור על חיי חייליה ואזרחיה, לבין חובתה לשמור על חייהם של אזרחים תמימים הנפגעים בעת פגיעה במחבלים".¹⁹⁴ אולם מבחן האיוון שהוחל שם הוא במובהק איוון אנכי, כפי שמוצדק. מחדלה של המדינה להגן על חיי אזרחיה באמצעות הריגתם של מי שחשודים כמחבלים אינו מוכר כפגיעה בזכות החוקתית לחיים. חובתה של המדינה לשמור על חיי אזרחיה וחייליה, לפחות כאשר מדובר בציבור לא מסוים של אנשים, אינה נובעת מדיני זכויות האדם.¹⁹⁵

191 לדיון בדרישה זו ראו למשל עניין התנועה לחופש המידע (2012), לעיל ה"ש 76, פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

192 ראו למשל בג"ץ 3989/11 תנועת נאמני הר הבית בארץ ישראל נ' ועדת הכנסת לביקורת המדינה פס' 15 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 27.12.2012); בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל – מחוז ירושלים, פ"ד סב(1) 106, פס' 58 לפסק דינו של השופט עדיאל (2006). להחלת איוון אנכי ראו גם רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד ס(3) 274 (2005); ע"ם 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217 (2006); ע"ם 6013/04 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60 (2006); בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004). לגישה שונה ראו עמדת השופטת פרוקצ'יה בע"ם 7024/03 גבע נ' ראש העירייה הרצליה (פורסם בנבו, 6.9.2006), שלפיה "האיוון העקרוני-מושגי בין משקלה של הזכות למידע ציבורי לבין משקלו של האינטרס הציבורי לחסות מידע בדבר מהלכים פנימיים החשוב להתנהלותה התקינה של הרשות הציבורית [...] הוא איוון אופקי".

193 ראו לעיל פרק א.3.

194 עניין הוועד נגד עינויים (2006), לעיל ה"ש 24, פס' 46 לפסק דינו של הנשיא ברק.

195 לגישה שונה, שאינה זו המקובלת, ראו פסק דינו של השופט קדמי בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 848 (1999), שלפיה יש להחיל דווקא איוון אופקי – ולפיכך לא להחיל את הדרישה להסמכה בחוק שכלולה במבחן האיוון האנכי – במקרה של פעולה שנועדה להגן על ביטחון המדינה: "[...] מתקשה אנוכי לקבל מצב דברים שבו, בשל היעדרה של הוראה חקוקה מפורשת כאמור, תעמוד המדינה חסרת אונים, מן ההיבט המשפטי, באותם מקרי חירום נדירים שזכו לכינוי 'פצצה מתקתקת', ולא תהיה 'מוסמכת' להורות על נקיטת אמצעי חקירה חריגים בנסיבות כאלה. לגבי דידי, מתחייבת סמכות כזו בנסיבות האמורות. מחובתה הבסיסית של המדינה – ככל מדינה בעולם – להגן על קיומה, על שלומה ועל שלום אזרחיה". עמדה זו הייתה עמדת מיעוט בפסק הדין, ואף השופט קדמי לא הציע להכיר בסמכות לנקוט אמצעי לחץ בחקירה בהיעדר הסמכה בחוק, אלא רק

הספקות הם באשר למקרים שבהם ננקטים צעדים צבאיים לשם הגנה על אנשים מסוימים. לעתים הדבר נעשה לשם הגנה על אדם מסוים, כפי שהיה למשל בפרשת טנבוים, שכבר הוזכרה, או באשר לאמצעים שננקטו לשם הגנה על שר הביטחון שנדונו בפרשת אבו דאהר (2005) וכללו פגיעה בזכות לקניין של בעלי מטע הסמוך לביתו של השר.¹⁹⁶ במקרים אחרים הצעדים הנדונים ננקטים לשם הגנה על קבוצת אנשים, למשל חיילי צה"ל שהיו נתונים בשבי האויב, ואשר לשם קידום שחרורם הוחזקו אזרחי האויב במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח",¹⁹⁷ או תושבי היישוב היהודי בחברון שנוקדו להגנה על חייהם בדרך של הגבלת חופש התנועה של שכניהם הפלסטינים.¹⁹⁸ הסוגיה העקרונית המתעוררת במקרים אלה ובדומים להם היא זו: האם מובחנותם של האנשים שחייהם נתונים בסכנה, ואשר לשם הגנה עליהם פוגעת המדינה בזכויות חוקתיות של אחרים, מספיקה כדי לשלול את תחולתו של מבחן האיוון האנכי והחלה תחתיו של איוון אופקי? הגישה הנוהגת בהקשר זה בפסיקה אינה אחידה: בדיון הנוסף בפרשת "קלפי המיקוח" החילה דעת הרוב מבחן של איוון אנכי, שמכוונו נקבע שהחזקת אנשים במעצר מנהלי כדי שישמשו "קלפי מיקוח" אסורה בהחלט,¹⁹⁹ וכך גם בשורה ארוכה של פסקי הדין שעסקו בהקמת גדר ההפרדה,²⁰⁰ ובמקרים אחרים.²⁰¹ בצד זאת יש גם מקרים שבהם הוחל דווקא איוון אופקי.²⁰²

להשעות לשנה את תחולתו תוקפו של פסק הדין כדי לאפשר לרשויות הביטחון "להתמודד עם מקרי חירום עד שהכנסת תאמר את דברה" (שם).

196 עניין אבו דאהר, לעיל ה"ש 7.

197 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, נד (1) 721 (2000).

198 בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח (3) 443 (2004). למקרים דומים ראו גם בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פ"ד נט (4) 736 (2005); בג"ץ 6379/07 ועד היישוב דולב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 20.8.2009).

199 עניין פלונים, לעיל ה"ש 197, בעמ' 741–742 (הנשיא ברק). לעומת זאת עמדת המיעוט דגלה בהחלת איוון אופקי (שם, בעמ' 762–764 (השופט טירקל)).

200 ראו למשל בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס (2) 477, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005).

201 לעניין מה שנודע בשם "נוהל שכן" (או "נוהל אזהרה מוקדמת") ראו למשל עניין עדאלה (2005), לעיל ה"ש 106.

202 לעניין עקירת מטע סמוך לביתו של שר הביטחון לשם שיפור ההגנה על השר ראו למשל עניין אבו דאהר, לעיל ה"ש 7, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "אחריותו של מפקד האזור להבטיח את בטחון החיים באזור מתרחבת גם על איום בטחוני שמקורו באזור והמופנה כלפי מטרות בשטח ישראל. [...] ההגנה על ביטחון החיים ושלמות הגוף עומדת בראש מדרג העניינים הנתונים לאחריותו של מפקד האזור. אחריות זו [...] משתלבת עם היותה של זכות האדם להגנה על החיים ועל שלמות הגוף זכות חוקתית על-פי המשפט הציבורי בישראל, וזאת מכח סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". נקבע שם שהפגיעה בזכות הקניין מותרת אם קיים צורך ביטחוני ממשי בכך. ראו גם, לעניין הגבלת חופש תנועה לשם הגנה על תושבי התנחלות, עניין הס, לעיל ה"ש 198, פס' 14 ו-20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "על מפקד האזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הביטחון והסדר הציבורי באזור תוך הגנה על זכויות אדם. לעיתים הגנה זו מחייבת הכרעה בין זכויות אדם נוגדות. הכרעה כזו מחייבת איוון העומד במבחן החוקתי, קרי קיומן של תכלית ראויה ושל מידתיות בפגיעה בזכות האחת כדי לאפשר מימושה היחסי של הזכות האחרת. [...] באיוון האופקי [בין הזכויות] תיתכן לעתים גריעה מסוימת של

אנו סבורים שכלל מקרים של נקיטת אמצעים צבאיים שיש בהם משום פגיעה בזכות חוקתית שתכליתה הגנה על אנשים מסוימים צריכים להיות כפופים למבחן בדבר איזון אנכי, בדומה למקובל בפגיעה בזכויות שתכליתה הגנה על ביטחון המדינה. מובחנותם של האנשים שעליהם מבקשים להגן היא שיקול רלוונטי,²⁰³ אך אין די בה כשהיא לעצמה כדי להוליך למסקנה שמוטלת על המדינה חובה משפטית-חוקתית להגן על חייהם של אנשים אלה תוך פגיעה בזכויות חוקתיות של אחרים, כלומר שיש להחיל איזון אופקי. עמדתנו שיש להחיל כאן איזון אנכי מבוססת על שני שיקולים עיקריים: ראשית, החשש מפני אי-הספקת הגנה נאותה על אזרחי ישראל במקרים שהוזכרו אינו ניכר. האיום בפגיעה באנשים שעניינם נדון במקרים הללו אינו נובע ממאפיינים אישיים פרטיים שלהם אלא מחמת התפקיד הציבורי שהם ממלאים (שר הביטחון או חיילי צה"ל) או היותם אזרחי ישראל (תושבי ההתנחלויות). בנסיבות אלה אי-הספקת הגנה מלאה מפני הסיכון לחייהם אינה נושאת עמה מסר של ייחוס מעמד מוסרי נחות לאנשים אלה או זלוזל בחייהם. שנית, וזה העיקר, בנסיבות הנדונות קיים חשש ממשי להטיה של גורמי השלטון להעדיף לנקוט אמצעי הגנה רבים מאלה הנחוצים. כך בוודאי כאשר הגורם המאיים הוא המוסמך להחליט על הצעדים שיינקטו לשם הגנה עליו, אך גם במקרים האחרים, שבהם ההגנה היא על אזרחים ישראלים והפגיעה היא בזכויות של מי שאינם אזרחים ונתונים במשטר צבאי. במקרים שבהם יש חשש מפני פגיעה רבה מן הנחוץ בזכויות חוקתיות אין הצדקה להימנע מלהחיל את דרישות הסף של האיזון האנכי, שנועדו להתמודד עם חשש זה עצמו.

היבט קרוב לזה הוא סוגיית ההזנה של אסיר ששובת רעב כאמצעי לביטוי מסר. בעניין זה נקבע בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 כי בית המשפט רשאי להורות על הזנה בכפייה אם "יש אפשרות ממשית שבתוך זמן קצר תיגרם סכנה לחיי האסיר או תיגרם לו נכות חמורה בלתי הפיכה" (סעיף 19 לפקודה). ההתנגשות במקרה מסוג זה היא בין זכותו של האסיר לחופש ביטוי לזכותו לחיים. ככלל, מוטלת על המדינה החובה לספק הגנה לזכויותיו של אסיר לקיום בכבוד ולחיים, שכן עצם המאסר שולל מן האסיר את האפשרות להגן על עצמו.²⁰⁴ אולם אין מתחייבת מכאן המסקנה שיש להחיל בהקשר הנדון איזון אופקי. שביתת הרעב היא מימוש האוטונומיה של האסיר, ובעניין זה אין מקום להבחין בין חירותו של אדם שאינו אסיר לשבות רעב, אפילו עד כדי סיכון חייו, לחירותו של אסיר לעשות כן. אין זאת אלא שההסדר שנקבע בפקודת בתי הסוהר נועד להגן על אינטרסים ציבוריים, כפי שנקבע במפורש בסעיף 19(ד) לפקודה, שלפיו במסגרת השיקולים שעל בית המשפט לשקול בהכרעה אם להורות על הזנה בכפייה, גם "שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון המדינה", כלומר היבטים הקשורים לפגיעה האפשרית בביטחון המדינה בשל צורת ביטוי זו של האסיר השובת רעב.

האחת כדי לאפשר את מימושה היחסי של האחרת; עניין עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 198, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ביניש.

²⁰³ ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 175-179.

²⁰⁴ ראו למשל בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536, 538-539 (1980) (מ"מ הנשיא כ' כהן): "... כל עוד כופים אנו על אסיר [...] לחסות בצל בית-סוהר בישראל, זכאי הוא לתנאי חיים על-פי אותם סטנדרטים מינימליים הימים לאדם בישראל, וחייבים אנו להבטיחם ולהעניקם לו".

מכאן מתחייבת המסקנה שבמסגרת ההכרעה אם להורות על הזנה בכפייה יש להחיל איזון אנכי ולא איזון אופקי.²⁰⁵

פגיעה בשם טוב של אדם. הגישה הנוהגת בישראל, בעקבות המשפט המשווה, היא שההכרעה בסכסוך בגין פרסום לשון הרע מבוססת על מבחן של איזון אופקי. אין משמעות הדבר שהזכויות המתנגשות – חופש הביטוי מזה והזכות לשם טוב ולכבוד האדם מזה – הן בהכרח שוות מעמד. כשמדובר בהתבטאויות הפוגעות בשם הטוב או בפרטיותם של אישי ציבור ושל נושאי משרה שלטונית, בפסיקה מועדפת בדרך כלל עמדתו העקרונית של השופט שמגר בפרשת חברת החשמל נ' הארץ, שלפיה חופש הביטוי עדיף מן הזכות לשם טוב.²⁰⁶ אולם אין מדובר בהחלת מבחן של איזון אנכי. הגישה המקובלת היא שיש להחיל מבחן אד הוק של מידתיות: "על הביטוי השנוי במחלוקת לשרת [...] תכלית ראויה ולעמוד בדרישה של מידתיות. בדרך זו [...] יושג איזון ראוי שיבטיח את חופש הביטוי והגשמת תכליותיו [ו]יעניק את ההגנה הראויה לזכויות חוקתיות אחרות, באופן שהפרט לא ייאלץ למצוא כי שמו הטוב הוקרב על מזבח חופש הביטוי מקום שאין קורבן זה מקדם תכלית מתכליתית של ההגנה הרחבה על חופש הביטוי".²⁰⁷ אין מוחלת כאן דרישה של ודאות קרובה (או הסתברות גבוהה אחרת) שהפגיעה בזכויות לשם טוב או לפרטיות אמנם תקדם את תכליותיה של ההגנה על חופש הביטוי, ואין חל הכלל בדבר הטלת החובה לסובלנות, עד לסף הסבולת המקובל בחברה דמוקרטית, על בעלי הזכות לשם טוב ולפרטיות.²⁰⁸ אנו סבורים שגישה זו מוצדקת. כאמור, לשם שלילת התחולה של דרישות הסף החלות במסגרת מבחן האיזון האנכי במקרים של פגיעה בחופש הביטוי אין די בקביעה שהאינטרס של אדם בשם טוב או בפרטיות מוגן מכוח זכות חוקתית. לשם הצדקת ההחלה של איזון

205 לדיון בסוגיה זו ראו בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 11.9.2016).

206 ראו למשל עמדת רוב השופטים בעניין בן גביר נ' דנקנר, לעיל ה"ש 57, פס' 19 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. עם זאת השוו לגישתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשה זו, שהזכירה לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 57. ראו גם ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פס' 77 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 8.2.2012): "עמדתו [של השופט שמגר] אומצה בפסיקה מאוחרת יותר שבמסגרתה הכיר בית המשפט הזה בצורך להקנות יתר משקל לחופש הביטוי לעומת הזכות לשם טוב; במיוחד כך מקום שבו מדובר בפרסומים בענייני ציבור או בפרסומים העוסקים באישי ציבור. [...] בתחרות שוות-משקל תגבר תמיד חירות הביטוי [...]". ראו גם שם, פס' 119 לפסק דינו. לעומת זאת השופט עמית (שם, פס' 5) קבע שיש להימנע מהכרעה גורפת בעניין זה. ראו עוד דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך (פורסם בנבו, 18.9.2014).

207 עניין בן גביר נ' דנקנר, לעיל ה"ש 57, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל. ראו גם שם, פס' 25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ביטוי ליישום דרישת המידתיות ניתן למצוא גם בס' 16(ב)(3) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 וכן בס' 20(ב) לחוק הגנת הפרטיות. ליישום דרישת המידתיות לעניין בחינת ההצדקה לפגוע בזכות לפרטיות לשם הגנה על חופש הביטוי ראו גם ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פס' 118-125 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 24.4.2014). להצעה לחלק את הנטל בין המפרסם לבין מי שנפגע מן הפרסום ראו למשל John C. Jeffries, Jr., *Damages for Constitutional Violations: The Relation of Risk to Injury in Constitutional Torts*, 75 VA. L. REV. 1461, 1470-1480 (1989).

208 ראו למשל גישתה של השופטת פרוקצ'יה בעניין בן גביר נ' דנקנר, לעיל ה"ש 57, שצוטטה לעיל בטקסט שאליו נלווית ה"ש 57.

אופקי נדרשת גם הקביעה שבצד חובתה של המדינה להימנע מפגיעה בחופש הביטוי, מוטלת עליה גם החובה לספק הגנה על זכויות אלה בדרך של חיוב מי שפרסם דבר שגורע מן האינטרסים המוגנים להפסיק את הפרסום ולפצות את הנפגע. במקרה הטיפוסי של פגיעה בשמו הטוב של אדם יש הצדקה להכיר בחובה כאמור. המדינה שוללת מאדם את האפשרות להפעיל סעדים של "עזרה עצמית", ואם אין לו גישה לבמה ציבורית, אין הוא יכול להגיב ביעילות לפרסום שפוגע בו. ואכן, כאמור, לפי הגישה המקובלת במשפט המשווה שלילת זכותו של אדם לסעד בגין הוצאת דיבה היא פגיעה – מצד השלטון – בזכותו החוקתית לשם טוב.²⁰⁹ ההחלה של איזון אופקי במקרים שתוארו יכולה ללמד שגם במשפט הישראלי מוכרת, לפחות במשתמע, חובתה של המדינה להגן על הזכות לשם טוב ולפרטיות באמצעות מתן סעדים בהליכים אזרחיים.

הגישה האמורה כפופה לסייג חשוב שעניינו פרסומים שפוגעים בציבור של אנשים. בדין נוהגת הבחנה בין שלילתה של עילת תביעה בגין לשון הרע או פגיעה בפרטיות כאשר הפגיעה היא בציבור לא מסוים של אנשים לבין שלילת התביעה – או הכרה בקיומה של הגנה למפרסם – כאשר הפגיעה היא באדם מובחן. למשל, הגישה הנוהגת היא שהאיסור לפרסם דבר שעלול לבזות אדם "בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו" (סעיף 41(4) לחוק איסור לשון הרע) חל רק במקרים שבהם הפרסום מכונן לאדם מסוים.²¹⁰ באשר לביטוי פוגעני כלפי קבוצה נקבע, בסעיף 4 לחוק, כי "לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה" אלא לאישום פלילי בלבד, ובפועל אין נהוג להגיש כתבי אישום על סמך עברה זו. ביסוד גישה זו העמדה שיש לייחד את דיני איסור לשון הרע להגנה על זכויותיהם של אנשים כפרטים אך לא למקרים של פגיעה בקבוצות, וזאת לשם מניעת הגבלה נרחבת מדי בחופש הביטוי. עמדה זו ננקטה בפסיקה למשל בנוגע לתביעות דיבה שהוגשו בגין פרסומים שייחסו לצה"ל בכלל, או ליחידות מסוימות בו, ביצוע פשעי מלחמה. בית המשפט פסק כי בהיעדר זיהוי של חיילים מסוימים שלהם מיוחסים מעשים כאמור, אין מוקנית עילת תביעה לחיילים שהשתתפו בפעילות שאליה מתייחס הפרסום או שמשרתים ביחידה הרלוונטית.²¹¹ במקרים מסוג זה אין הצדקה

209 ראו לעיל ה"ש 168.

210 ראו למשל ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פ"ד סה(1) 567 פס' 32 ו-35 לפסק דינו של השופט דנציגר (2011): "[...] על מנת שתקום עילה לנקיטת הליך בגין הוצאת לשון הרע יש להראות כי זו התייחסה ליחיד או ליחידים מסוימים וכאשר ההליך ננקט על ידי הנפגע עליו להראות כי הדברים מתייחסים אליו. [...] זכות [לשם טוב] נוגעת להערכת האדם על ידי סביבתו הקרובה והרחוקה. היא אינה מגינה על רגשותיו של הפרט לכשעצמן. משכך, מתחייבת המסקנה כי בכל מקרה ומקרה יש לבחון האם הערכת הסביבה כלפי הפרט עלולה הייתה להשתנות כתוצאה מן הפרסום. ככל שהדברים נוגעים לדרישת הזיהוי, מתבטא הדבר בבחינה, על פי מדד אובייקטיבי, האם האדם הסביר היה קושר בין הדברים לבין הפרט ומוזהה אותם כמי שהתייחסו אליו. בהעדר זיהוי של הפרט וייחוס הדברים אליו – לא עלולה להיגרם פגיעה בשמו הטוב אף אם הוא עצמו חש שרגשותיו נפגעו".

211 שם. השופט עמית ציין (שם, פס' 8 לפסק דינו) כמה טעמים להסדר זה, ובהם: חשש לריבוי תביעות שיגרמו לאפקט מצנן בשוק הדעות החופשי ולפגיעה בחופש הביטוי ובעקבות זאת בחופש העיתונות עקב כך; וההערכה שבביטוי ציבורי שקרי הנזק מתפזר בין כל חברי הקבוצה, ולכן הפגיעה בכל פרט נחלשת ועוד.

להכיר בחובה חוקתית של המדינה להגן על שמם הטוב של בני הקבוצה הרלוונטית. המבחן שיש להחיל, הן לעניין לשון הרע והן לעניין הפעלת סמכויות שלטוניות כמו צנזורה, הוא מבחן איזון אנכי, שכולל את הדרישות בדבר סף סבולת בחברה דמוקרטית ואת מבחן הוודאות הקרובה.²¹² בה בעת, במקרים שבהם הביטוי הפוגעני מופנה כלפי קבוצה חברתית מובהקת שהיא קבוצת מיעוט בחברה, למשל הסתה לגזענות, התוצאה יכולה להיות שונה, כפי שמלמדת למשל ההכרעה בפרשת שינוי באשר לביטוי פוגעני כלפי הציבור החרדי.²¹³ התוצאה דומה גם כאשר הפגיעה בקבוצת מיעוט אינה נובעת מביטוי, למשל הפליה בקבלת תלמידים למוסד חינוכי: על המדינה מוטלת חובה להגן על בני קבוצת המיעוט, ובכלל זה באמצעות פגיעה בזכויות חוקתיות של אחרים (למשל בחופש הפעולה של המוסד החינוכי), והמבחן הראוי הוא מבחן איזון אופקי.²¹⁴

ה. סיכום

הטענה היסודית שהוצעה בחיבור זה היא שאין לבסס את ההבחנה בין איזון אנכי לאופקי על קביעת מדרג של אינטרסים או זכויות, ובעיקר אין להכריע בה על פי הקביעה אם האינטרס אשר לשם הגנה עליו פוגעים בזכויות מסווג כאינטרס ציבורי או כזכות חוקתית. העובדה שבהקשר מסוים קיימת "התנגשות" בין זכויות חוקתיות אינה מספיקה כשהיא לעצמה כדי לבסס את המסקנה שיש להסתפק במבחן של איזון אופקי. הגישה המוצעת כאן מבוססת על אפיונו של מבחן האיזון האנכי כמבחן עקרוני, שלפיו פגיעה בזכות חוקתית יכולה להיות מוצדקת – בכפוף ליישום אד הוק של דרישת המידתיות – רק אם היא מקיימת כמה וכמה כללים, ובהם הדרישה להסמכה בחוק, ההסתברות שהפגיעה בזכות החוקתית הכרחית לקידום התכלית הראויה היא גבוהה מספיק ועוד.

המקרים שבהם יש להחיל איזון אופקי הם אלה שבהם ראוי לוותר על דרישות הסף שמאפיינות את האיזון האנכי, כלומר המקרים שבהם אין יסוד לחשש שהמעשה השלטוני גורם פגיעה לא מוצדקת בזכויות חוקתיות. ביקשנו להראות שמדובר במקרים שבהם הפגיעה בזכות החוקתית היא מימוש חובה המוטלת על השלטון, מכוח דיני זכויות האדם, לפעול להגנה על זכותו של אחד באמצעות פגיעה בזכותו של אחר. במרבית המקרים שבהם מופעלת סמכות שלטונית באופן הפוגע בזכות חוקתית של אחד, אפילו אם המעשה השלטוני נועד להגן על זכות חוקתית של אחר, הפגיעה אינה תוצאה של מימוש חובה כאמור, ולכן יש להחיל איזון אנכי. אף אם האינטרס שעליו מבקשים להגן מסווג כזכות חוקתית, למשל הזכות לחיים, ואף אם חשיבותו המוסרית של אינטרס זה עולה על זו של הזכות שבה פוגעים, אם לא הייתה מוכרת פגיעה בזכות חוקתית זו אלמלא ננקט המעשה

212 ראו למשל עניין בכרי, לעיל ה"ש 28.

213 עניין שינוי, לעיל ה"ש 58.

214 ראו למשל בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד (1) 820, פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010); עניין עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 159. ראו גם בג"ץ 10907/04 סולדון נ' עיריית רחובות, פ"ד סד (1) 331, פס' 77–83 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010).

השלטוני הנדון, אין מקום להחיל במקרים מסוג זה איזון אופקי. רק במקרים שבהם קיימת חובה כאמור, ובכלל זה במקרה של סוגים מסוימים של סכסוכים אזרחיים, יש להחיל איזון אופקי, בין שהמעמד הנורמטיבי של הזכויות המתנגשות הוא שווה ובין שלא. רק במקרים אלה יש מקום לשלילת החזקה שהמעשה השלטוני אינו מוצדק, ועמה לשלול את תחולתן של דרישות הסף שמאפיינות את מבחן האיזון האנכי.