

על המידתיות של המידתיות

בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט –
הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה*

מאת

אריאל בנדור** טל סלע***

ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט מציג הבניה ופיתוח של המידתיות, שהיא אחד התנאים לפגיעה בזכויות החוקתיות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. בחלק הראשון של הרשימה נסקרים החידושים העיקריים בפרשנות שברק מציע למידתיות. בחלק השני של הרשימה מוטלת מידה של ספק בחשיבות ההבניה של המידתיות שמציע ברק למהלך החוקתי. נטען כי הבניה זאת מספקת הנחיה מוגבלת בלבד לרשויות. מקורו של קושי זה הוא בתוכן המצומצם שברק יוצק למבחן המידתיות הראשון (ההתאמה) ולמבחן השני (פגיעה פחותה), העוברתיים באופיים. זאת לעומת המשקל הרב שהוא נותן למבחן המידתיות השלישי – מבחן היחסיות ("המידתיות במובן הצר"), העמום והבלתי-קביע במהותו. בחלק השלישי של הרשימה נבחנת באופן ביקורתי פרשנותו הרחבה של ברק – כשופט וכחוקר – להיקף הזכויות החוקתיות. נטען כי קיימת זיקה בין הפרשנות המרחיבה של הזכויות להעצמתו של מבחן היחסיות, וכי דווקא היקפן הרחב של זכויות האדם אינו מאפשר להטיל דרישות מכבידות על רשויות השלטון בכל מקרה שבו נפגעת זכות אדם. על רקע זה מבוכים ההיבטים "הערכיים" של מבחני המידתיות המרוכזים במבחן היחסיות. בחלק הרביעי של הרשימה נטען כי הפרשנות המרחיבה של הזכויות החוקתיות והדגשת מבחן היחסיות מעוררות בעיה חריפה של אי-המירות. חלקה החמישי של הרשימה מתמקד בשימוש בפסקת ההגבלה כדי לבחון פגיעה בזכויות חיוביות ומעלה קשיים פרשניים אפשריים הנוצרים בעקבות שימוש זה.

פתח דבר. א. חשיבות הספר למשפט הפוזיטיבי. 1. הבניה; 2. הבחנה בין שתי רמות של זכויות; 3. הדגשת מבחן היחסיות; 4. שילוב נוסחות איוון עקרוניות אל תוך מבחני המידתיות; 5. הדגשת ההשפעות התוספתיות של הסדרים הפוגעים בזכויות; ב. מידת

- * (2010) (להלן: הספר). אנו מודים למערכת משפטים, ובמיוחד לעורכי כתב העת, נגה בליקשטיין ועמית זק, וכן לקוראת האנונימי של הרשימה, על הערותיהם המעמיקות שסייעו לנו מאוד.
- ** פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ', הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
- *** בוגר (בהצטיינות יתרה) ועוזר הוראה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

תרומתה של ההבניה למהלך החוקתי. ג. הזיקה שבין המידתיות להיקף הזכויות החוקתיות. ד. אי-ההמירות של היחסיות ושיקולים דמוקרטיים. ה. מידתיות הפגיעה בזכויות חיוביות. סוף דבר.

פתח דבר

1. המידתיות עומדת במוקד ההגנה על זכויות האדם בישראל מאז חקיקתם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹ וחוקי-יסוד: חופש העיסוק.² הכנסת בוחנת את הצעות החוק המוגשות לה לפי מבחני המידתיות. גם הרשות המבצעת והרשות השופטת נדרשות להפעיל סמכויות הפוגעות בזכויות חוקתיות לפי מבחני המידתיות. המידתיות הייתה תשתית למאות רבות של פסקי דין של בית המשפט העליון. בעשרה מקרים עד עתה פסל בית המשפט חוקים משום שפגעו באופן בלתי מידתי בזכויות הקבועות בחוקי-יסוד.³ יש אף גישה הדוגלת בקביעת מידתיות כאמת מידה לחוקתיות חוקים אף כשהבדיקה אינה נעשית מכוח שני חוקי-היסוד על זכויות האדם.⁴

2. על רקע זה יש חשיבות עצומה לספרו המונומנטלי של אהרן ברק על מידתיות במשפט – מהספרים החשובים שנכתבו בעולם על מידתיות, שגרסתו באנגלית פורסמה בהוצאת

- 1 התשנ"ב–1992, ס"ח 150.
- 2 התשנ"ד–1994, ס"ח 1454.
- 3 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בש"פ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.2006) (להלן: עניין עדאלה נ' שר הביטחון); בג"ץ 2605/06 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012).
- 4 ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(3) (1996); ע"ב 92/03 מופז נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(3) 793 (2003); בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010); עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 3, פס' 17–15 לפסק דינו של השופט לוי; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 353–351 (2004). בע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פס' 25–28 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 19.3.2007), אף הוצע להשתמש במבחני המידתיות כאמת מידה לבחינת סבירות נזיקית כאשר המזיקה היא רשות שלטונית.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

הספרים של אוניברסיטת קיימברידג'.⁵ ברק, שכשופט יצר ופיתח את המידתיות והפך אותה למוקד המשפט החוקתי בישראל, מציע יריעה רחבה, המשתרעת על עושר של היבטים פוזיטיביים, השוואתיים, תאורטיים ונורמטיביים. הספר מספק תשתית מקיפה למידתיות במשפט החוקתי, העונה הן על צורכיהם של חוקרי המשפט החוקתי והן על צורכי המשפטנים החוקתיים המעשיים.

אמנם לא כל האמור בספר הוא חדש. רבות מהתובנות שבספר כבר הוצגו על ידי ברק בספרים ובמאמרים קודמים,⁶ כמו גם בפסקי דין רבים שכתב כנשיא בית המשפט העליון. עם זאת יש חשיבות רבה בדיון המקיף והמעמיק בסוגיית יסוד של המשפט הישראלי, הכולל כמה חידושים חשובים ואף הצעות בדבר פיתוח עתידי של דיני המידתיות. בשל כך – בשילוב עם מעמדו של ברק, כשופט וכחוקר – אין ספק שלספר תהיה השפעה רבה הן על הפסיקה והן על המחקר בעניינים של משפט חוקתי.⁷ במקרה זה אמירה כי כל דיון שיפוטי ואקדמי במידתיות יתחיל בספרו של ברק, ולעתים גם יסתיים בו, אינה קלישאה.

3. בספר ארבעה שערים: השער הראשון אינו עוסק במידתיות אלא בהיקפן של זכויות האדם החוקתיות ובפגיעה בהן. במסגרת זאת נדונה גם הדרישה שבפסקת ההגבלה, כי פגיעה בזכות תהיה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. עם זאת הדיון בהיקפן של זכויות האדם ובמהותה של פגיעה בהן נדרש לדיון במידתיות לא רק משום שדרישת המידתיות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק חלה רק במקרים שבהם נפגעת זכות שנקבעה בחוק-יסוד אלה, אלא גם בשל הזיקות שבין היקף הזכות והמהות של פגיעה בה לבין מידתיות הפגיעה. לדוגמה, פירושה של זכות עשוי להיות שונה בשיטה שבה אי אפשר לפגוע בזכויות כלל לעומת שיטה המתירה פגיעה מידתית בזכויות, והמידתיות בשיטה המגנה על זכויות שהיקפן רחב עשויה להתפרש פירוש שונה מזה שבשיטה המגנה על זכויות שהיקפן צר.

שלושת השערים האחרים שבספר מתמקדים במידתיות, אך במובן רחב מהדרישה שבפסקת ההגבלה לכך שהזכות תיפגע "במידה שאינה עולה על הנדרש". המובן הרחב של מידתיות, כפי שנדון בספר, כולל גם את הדרישה שפגיעה בזכות חוקתית תהיה "לתכלית

AHARON BARAK, PROPORTIONALITY – CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THEIR LIMITATIONS (2012).

6 ראו בין היתר אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 4; אהרן ברק "איוון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" ספר ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק 39 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: ספר ברק).

7 עד סוף מאי 2012 כבר אוזכר הספר ב-44 פסקי דין והחלטות המופיעים במאגר נבו, מתוכם 34 פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון. זאת הגם שעדיין אין גישה דיגיטלית לספר. מרבית פסקי הדין אינם עוסקים בפגיעה בזכויות חוקתיות בחוקים של הכנסת אלא בוחנים את חוקיותן של פעולות של רשויות מינהליות. מוקדם מדי לבדוק את אזכורי הספר במחקרים אקדמיים.

ראויה". בהקשר האחרון ברק דן אף בדרישה להלימת ערכיה של המדינה (כמדינה יהודית ודמוקרטית),⁸ המהווה דרישה עקרונית כללית, הנפרטת לקטגוריות של תכליות ראויות.⁹ השער השני עוסק במהותה, בתפקידה ובמקורות ההיסטוריים והמשפטיים של המידתיות, בישראל ובמדינות אחרות; השער השלישי עוסק במרכיבי המידתיות, ובמקדו הצגת תפיסתו של ברק כי "[...] המרכיב המרכזי של המידתיות הוא המידתיות במובן הצר (האיזון)"¹⁰ והתמודדות עם ביקורות עליה; השער הרביעי עוסק בהערכת המידתיות, ובתוך כך בהצעותיו של ברק לפיתוחה.

4. השילוב של העמקה מחקרית ועיונית עם סמכותיות משפטית, המאפיין את מכלול כתיבתו של ברק, מתאפשר לנוכח אישיותו המיוחדת, המשלבת יחדיו את יצירת המשפט, פרשנותו וחקירתו. עם זאת לשילוב זה – לצד יתרונותיו הרבים – עשויות לעתים להיות גם נקודות תורפה. בהיותו שופט נהג ברק לומר כי "השופט נותן פתרון לבעיה והפרופסור הופך מהפתרון – בעיה".¹¹ וכדברי ברק, "[...] פעם שופט, תמיד שופט".¹² אכן, גם כפרופסור נשאר ברק שופט.¹³ הוא אינו נוטה להשאיר בעיות בלתי פתורות. הוא אף אינו מרבה להצביע על פערים של ממש בין הדין הקיים לבין הדין הרצוי. לצד הביקורת שנשמעה על אקדמיזציה יתרה של פסיקתו של ברק כשופט¹⁴ אפשר אפוא גם לטעון כי יש מידה של חיסרון באופי המעין-שיפוטי של כתיבתו המחקרית של ברק, ובתוכה זו שהתפרסמה לאחר פרישתו מכס השיפוט.

8 ראו הספר, בעמ' 302–317.

9 שם, בעמ' 296.

10 שם, בעמ' 32.

11 ראו "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" המשפט ה' 249, 263 (2001) (דבריו של הנשיא אהרן ברק).

12 אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים – דין ודברים עם אהרן ברק 112 (2009).

13 על היחס שבין כתיבתו האקדמית ליצירתו השיפוטית של אהרן ברק ראו גם איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק, לעיל ה"ש 6, 343.

14 לדוגמה, נשיא בית המשפט העליון בדימוס משה לנדוי השווה את סגנון פסקי הדין של הנשיאים מאיר שמגר ואהרן ברק והשופט מישאל חשין בפרשת בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995)) ל"פרוטוקול של דיון בסמינר אקדמי על רמה גבוהה מאוד", וטען כי "יש להישמר מהפיכת פסק-דין למחקר אקדמי רבתי, יהיה נשוא הדיון חשוב ככל שיהיה". ראו משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג' 697, 698 (1996). ראו גם יהושע גרוס "בית המשפט והאקדמיה" המשפט ו' 209, 214 (2001): "השופטים [אהרן ברק, יצחק זמיר, יצחק אנגלרד ומישאל חשין] מוציאים מתחת ידיהם פסקי דין ארוכים וסבוכים שהנם למעשה מאמרים אקדמיים מעמיקים, הכוללים את השפה והז'רגון האקדמיים, אשר לעתים קשה לדלות מתוכם את הרציו".

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

5. יריעתה של רשימה זאת קצרה מכדי ללבן ליבון ממצה את כל השאלות הנדונות בספר ומכדי להתייחס התייחסות מעמיקה לכל התובנות והטיעונים שברק מציע בו. מטרתה היא לעמוד על כמה היבטים שבהם עיקר החשיבות של הספר מבחינת הדין הנוהג, ולהביא התייחסויות ראשוניות, בחלקן טנטטיביות, לכמה עמדות מרכזיות של ברק – עמדות המשקפות בחלק ניכר שלהן גם את פסיקתו העכשווית של בית המשפט העליון. בפרק א של הרשימה נציע חמישה היבטים שבהם עיקר החשיבות של הספר להתפתחות המשפט הפוזיטיבי בישראל ונעמוד על כך שהבניית המהלך החוקתי המוצעת בו מוגבלת מאוד ביכולתה לקדם את מטרותיה – הסדרת שיקול הדעת, קידום השקיפות והסיוע בדיאלוג בין הרשויות. הפרקים הבאים ברשימה יבחנו באופן ביקורתי את תפיסת המידתיות של ברק כפי שזו באה לידי ביטוי בספר. בפרק ב נעמוד על המידה המוגבלת שבה תורמת המידתיות, כפי שהיא מתפרשת על ידי ברק, להבנייתו של המהלך החוקתי. בפרק ג נדון בזיקה שבין המידתיות להיקף הזכויות החוקתיות, שפירושן המרחיב השפיע על התפתחות המידתיות, אם לא התווה אותה. בפרק ד נדון בבעיית אי-ההמירות שמתעצמת עקב הפרשנות שברק, וכיום גם בית המשפט העליון, מציעים למידתיות – פרשנות המטעימה את יסוד היחסיות (המידתיות במובן הצר) – בעייתיות שלא נמצא לה פתרון מספק לא בספר ולא בפסיקה. בפרק ה נעמוד על בעיה עקרונית נוספת שמציבה המידתיות במתכונתה הקיימת בישראל, הנוגעת להתאמתה לטיפול בזכויות חיוביות. לסיום נשוב לקושי המרכזי שהתפיסה שביסוד הספר יוצרת, ושהפתרונות שהוא מציע לו הם בעלי ערך אך חלקיים. קושי זה – המעלה את שאלת המידתיות של המידתיות – הוא בהתמקדותה של המידתיות בהיבט המופשט של סבירות, העשוי לתרום להשגת תוצאות נאותות במחלוקות קונקרטיות העומדות להכרעה שיפוטית, אך אינו יעיל די הצורך להגנה כוללת על זכויות האדם ולהכוונת רשויות השלטון הנדרשות לאזן ביניהן לתכליות ראויות אחרות.

א. חשיבות הספר למשפט הפוזיטיבי

6. הספר מציע כמה עיקרים פוזיטיביים מרכזיים המופנים אל הרשויות הנבחרות ואל יועציהן המשפטיים, לפני מעשה, ואל בית המשפט, כאשר הוא עוסק בביקורת שיפוטית. אלה הם עקרונות וכללים מנחים – בעלי אופי פרשני – המעניקים משמעות לדרישה כי פגיעה בזכויות חוקתיות תיעשה "לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש". מתוך עיקרים אלה נודעת חשיבות מיוחדת לחמישה, ואלה הם: ראשית, הבניית המהלך המשפטי של הכנסת והממשלה כשהן קובעות כללים הפוגעים בזכויות חוקתיות ושל הביקורת על החוקתיות של כללים כאלה; שנית, הצעה לסיווג הזכויות לשתי דרגות לפי חשיבותן ומשקלן, הן לצורך התכלית הראויה לפגיעה בזכויות והן לצורך מבחן ההתאמה; שלישית, הדגשת היחסיות מתוך שלושת מבחני המידתיות תוך הפחתה

במשקל של מבחן ההתאמה ומבחן הפגיעה הפחותה; רביעית, שילוב נוסחות האיזון המסורתיות של המשפט החוקתי (כגון מבחן הוודאות הקרובה) במבחני המידתיות; חמישית, הטעמת הצורך להשוות, במסגרת מבחן היחסיות, את תוספת התועלת לתוספת הנזק שבהסדר הנבחן, ולא רק את מידת התועלת שבקידום התכלית למידת הפגיעה בזכות. נציג עתה עיקרים אלה לפי סדרם.

1. הבניה

7. הספר מדגיש את חשיבותה של המידתיות בהבניית המהלך המשפטי של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת בקביעת כללים הפוגעים בזכויות האדם ובביקורתו של בית המשפט על החוקתיות של כללים שנקבעו על ידי רשויות אחרות.¹⁵ עיקר ההבניה, המוכרת גם לפרחי-משפטים, הוא בתהליך הסדור של הבחינה החוקתית. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעת. בשלב השני נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכות היא כדין, כלומר עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה. פסקת ההגבלה מציבה ארבע (ובפועל שש) דרישות מצטברות – דרישת החוקיות (פגיעה "בחוק [...] או לפי חוק [...] מכוח הסמכה מפורשת בו"); דרישה כי החוק הפוגע בזכות יהלום את ערכי המדינה; דרישה כי החוק הפוגע יהיה לתכלית ראויה; דרישת המידתיות (פגיעה בזכות "במידה שאינה עולה על הנדרש"). דרישת המידתיות כוללת שלושה מבחני משנה – מבחן ההתאמה, מבחן הפגיעה הפחותה ומבחן היחסיות. בשלב השלישי, הרלוונטי רק במסגרת של ביקורת שיפוטית, נבחנים כללים הנוגעים לתפקיד בית המשפט, ואם נמצא כי החוק פוגע בזכות מבלי לקיים דרישה מדרישות פסקת ההגבלה, נקבע הסעד המתאים. אף כי שלבים אלה וההבחנה ביניהם מבוססים על חוקי-היסוד עצמם ועל הפסיקה שפירשה אותם ויישמה אותם – חלק ניכר ממנה של ברק עצמו כשופט בית המשפט העליון – הספר מוסיף ומפתח אותם.

8. להבניית המהלך המשפטי הנוגע לפגיעה בזכויות ולבחינת חוקתיותה יתורונות חשובים אחדים, שעליהם ברק עומד:

[הבניית שיקול הדעת] מחייבת את השוקל לחשוב באופן מסודר, לא לדלג על עניינים שיש להביאם בחשבון, ולהתחשב בהם בזמנם ובמקומם. באמצעות המידתיות "קנתה לה הביקורת השיפוטית אופי מדויק ונהיר יותר". היא מעודדת גם את אפשרות השימוש במשפט השוואתי, שכן הוא מאפשר לבדוק אם קיים בסיס מספיק להשוואה.¹⁶

15 ראו הספר, בעמ' 558–563.

16 שם, בעמ' 559.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

יתרונות נוספים שברק מונה בהבניה הם השקיפות של שלבי ההחלטה ונימוקיה – הן של החלטות הרשות המחוקקת והן של החלטות בית המשפט, וערכה של השקיפות [...] ליצירת דיאלוג בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת.¹⁷ כך כללי המידתיות מכוונים את שיקול הדעת של הכנסת כאשר היא מחוקקת חוקים. פסיקת בית המשפט, אם פסל חוק לאור כללים אלה, [...] מאפשרת למחוקק לדעת מה עליו לעשות אם הוא מבקש להמשיך בהגשמת מטרת החוק.¹⁸

9. בכך מתווסף הספר למפעלו האנליטי של ברק, כשופט וכחוקר אקדמי, המתמקד בהצעת מערכת של עקרונות וכללים להפעלת שיקול דעת שיפוטי (ובאשר למידתיות, גם להפעלה של שיקול הדעת של הרשויות הנבחרות).¹⁹ שיקול הדעת שבו הספר דן אינו "שיקול דעת תודעתי" בעיקרו.²⁰ שיקול דעת תודעתי מתקיים באותם המקרים שבהם שופטים מחזיקים ב"יסוד נפשי" של בחירה בין חלופות שונות גם אם מתקיים בהם למעשה פתרון חוקי אחד. שיקול הדעת שאליו ברק מתייחס הוא "שיקול דעת משפטי", המאפיין מצבים שבהם הדין מאפשר בחירה בחלופות אחדות, שכל אחת מהן היא חוקית. עם זאת כאמור ההבניה מיועדת גם ליצירת חשיבה מסודרת.²¹ מכל מקום, הבניית המידתיות מתמקדת בהליך המשפטי, וכשלעצמה אינה פותרת שאלות הנובעות מעצם העמימות הטבועה במבחני המידתיות ובשיקול הדעת באיזון בין שיקולים מתחרים שהם מקנים לרשויות הנבחרות ולבית המשפט.

10. זאת ועוד, בחינת המהלך החוקתי שברק מציע, גם לאור הדגשים והחידושים שנציין להלן, מעוררת ספק אם ההבניה היא אכן כה חשובה ובעלת יתרונות כפי שברק רואה בה. לכך נפנה בהמשך,²² לאחר שנציג את העיקרים הפוזיטיביים המרכזיים הנוספים המוצעים בספר.

2. הבחנה בין שתי רמות של זכויות

11. בפסיקה הוזכר בהקשרים שונים הצורך להבחין – לעניין יישום הדרישות של פסקת ההגבלה – בין זכויות שונות. לפי הבחנה זאת, ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, והפגיעה בה קשה יותר, כך יוקפד יותר על דרישות אלה ואחרות שבפסקת ההגבלה, וגם

17 שם, בעמ' 562.

18 שם, בעמ' 563.

19 ראו אריאל בנדור "הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי)" משפט וממשל ט 261, 262 (2006); בנדור וסגל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 274.

20 ראו הספר, בעמ' 476–477.

21 שם, בעמ' 559.

22 להלן סעיפים 19–23.

ההפך נכון. לדוגמה, באשר לדרישות ההתאמה והפגיעה הפחותה כתבה השופטת דליה דורנר:

באשר למבחן בדבר התאמת האמצעי לתכלית, מידת הוודאות שתידרש [...] מושפעת ממידת החשיבות של הזכות והטעמים שביסודה. כשמדובר בזכות כבדת משקל, עשויה להידרש "ודאות קרובה", ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו. לעומת זאת, כשמדובר בזכות קלת משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק ב"אפשרות סבירה" לקידומה של התכלית.

באשר למבחן בדבר בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה המועטה הנדרשת, [...] תושפע בחירת האמצעי מן הזכות הנפגעת. כשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת. הדין עשוי להיות שונה מקום שבו עומדת על הפרק זכות שחשיבותה פחותה, שלשם שמירתה לא תידרש המדינה לנקוט אמצעים העלולים לגרום להכבדה מיוחדת.²³

אמות מידה אלה הן כמובן ממהותה של דרישת היחסיות, שכן אי אפשר להשוות בין מידות הנזק והתועלת שבהסדר מסוים בלי לבחון את עצמתה של הזכות הנפגעת ואת עצמת הפגיעה בה. לעומת זאת מתן המשקל בפסיקה זאת למידת החשיבות של הזכות הנפגעת ולמידה שבה היא נפגעת בבחינת רכיבים אחרים של פסקת ההגבלה אינו מובן מאליו. לכאורה התחשבות בהיבטים אלה, תוך השוואתם למידת החשיבות החברתית של תכלית ההסדר ולמידה שבה התכלית מקודמת באשר למכלול הרכיבים של פסקת ההגבלה, פוגעת בהבניית המהלך המשפטי החוקתי ומטשטשת את ייחודו של כל אחד מרכיביו.

12. ברק מתמודד בספר עם קושי זה ומציע – והדבר הוא בגדר חידוש לעומת הפסיקה הקיימת, ובתוכה פסיקתו שלו כשופט – להבנות את מתן המשקל למידת חשיבותה של הזכות הנפגעת ולעצמת הפגיעה. זאת הן על ידי ייחודו של מתן משקל זה לשלושה רכיבים בלבד בפסקת ההגבלה (מלבד היחסיות) – דרישת התכלית הראויה (שכאמור ברק קושר אותה לדרישה שחוק הפוגע בזכות יהלום את ערכי המדינה)²⁴ ודרישת

23 ראו עניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 422–423. בכתיבתה העיונית העלתה השופטת דורנר הצעה דומה להבחין בין זכויות "הצומחות ישירות מן הליכה של כבוד האדם" לבין "זכויות המרוחקות מליכה זאת". ראו דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנוון כרך שני 281, 288 (בני סברה, אהרן ברק וחיים ברנוון עורכים, 2000).

24 ראו הספר, בעמ' 296.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

ההתאמה,²⁵ הן על ידי סיווג הזכויות השונות לשתי רמות חשיבות²⁶ והן על ידי קביעת מבחן מסוים באשר לכל אחת מקבוצות הזכויות.²⁷ הזכויות ברמה העליונה כוללות את הזכויות המוזכרות בהכרזת העצמאות – לשוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחי המדינה ולחופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; ואילו שאר הזכויות הן ברמה השנייה.

תכלית ראויה לצורך פגיעה בזכויות מהרמה העליונה צריכה, לפי הצעתו של ברק, להיות דומה לנדרש בארצות הברית באשר לתכלית הפגיעה בזכויות, שעליה חלה ביקורת שיפוטית קפדנית – מטרה חיונית, צורך חברתי לוחץ או עניין חברתי מהותי. ואילו תכלית ראויה לצורך פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות צריכה, לדעת ברק, להיות דומה לנדרש בארצות הברית לפגיעה בזכויות שעליהן חלה רמת ביקורת בינונית – מטרה חברתית חשובה.²⁸

כאמור, ברק מתייחס לסיווג הזכויות לשתי רמות חשיבות גם במסגרת דרישת ההתאמה. אשר לפגיעה בזכויות החשובות ביותר, שבעניינה נדרשת תכלית חיונית או דחופה, הצעת ברק היא "[...] כי הסתברות הגשמתה תהיה ממשית".²⁹ וביחס לפגיעה בשאר הזכויות, שבעניינה נדרשת תכלית חשובה, הצעתו היא "[...] כי הסתברות הגשמתה תהיה סבירה".³⁰ ברק מציין כי "בעזרת רמות הסתברות אלה יגבר האופי הערכי של מרכיב זה [ההתאמה], יינתן ביטוי למהותה של המטרה ולאופייה של הזכות הנפגעת ויקטן העומס על מרכיב המידתיות במבחן הצר [היחסיות]".³¹ לעומת דרישות התכלית הראויה, ההתאמה והיחסיות, ברק איננו בוחן את מידת חשיבותה של הזכות ואת מידת העצמה של הפגיעה בה כחלק ממבחן הפגיעה הפחותה.

3. הדגשת מבחן היחסיות

13. ברק רואה במבחן היחסיות את המבחן הדומיננטי מכל הדרישות הקבועות בפסקת ההגבלה בכלל ומכל מבחני המידתיות במיוחד. אף שברק אינו שולל את הדרישות הנוספות של פסקת ההגבלה, נראה כי התוכן שהוא יוצק לדרישות אלו מייחד להן שימוש מוגבל בלבד כהנחיות פוזיטיביות לרשויות השלטון. למשל, על מבחן ההתאמה ברק כותב כי "[...] חשיבותו אינה רבה במיוחד. כל מטרתו לתת פתרון מהיר למקרים חריפים של חוסר-התאמה בין המטרה לאמצעי, ובכך

25 שם, בעמ' 622–623, 628, 648.

26 שם, בעמ' 622.

27 שם.

28 שם, בעמ' 622–623.

29 שם, בעמ' 628.

30 שם.

31 שם.

לקצר את הבחינה החוקתית.³² אין נדרשת ודאות, ואף לא רמה גבוהה במיוחד של הסתברות, כי חוק הפוגע בזכות חוקתית אכן יגשים את תכליתו. בדרך כלל די ברמה "סבירה" של הסתברות. כשמדובר בזכויות החשובות ביותר עשויה להידרש הסתברות "ממשית". לדברי ברק, "זהו בעיקרו של דבר מבחן של היגיון ושל שכל ישר."³³ גם כשלהערכת ההתאמה נדרשת תשתית עובדתית, "[...] בית המשפט [...] מכיר בשיקול הדעת הרחב של המחוקק".³⁴ בעת קבלת החוק "די להוכיח כי הסיכוי להגשמת המטרה אינו קלוש ותאורטי".³⁵ ואכן, בכמה פסקי דין – שברק כשופט היה שותף לחלקם – אפשר בית המשפט העליון עריכת "פיילוט" הפוגע בזכויות האדם כדי לבחון אם תקוותה של הכנסת לקידום התכלית אכן תוגשם.³⁶

14. מבחן הפגיעה הפחותה אף הוא מצומצם בהיקפו. בעניין מבחן זה כתב ברק בספר כי למרות היותו "מרכיב חשוב" אין לראות בו את "לב-לבה של המידתיות",³⁷ ואף חזר בו מהערכת-יתר של חשיבות המבחן בפסיקתו כשופט.³⁸ לדעתו של ברק, אין נדרש כי האמצעים הקבועים בחוק הפוגע בזכות להגשמתה של תכלית נתונה אכן יפגעו בזכויות במידה הפחותה האפשרית לצורך הגשמת התכלית. לדבריו:

מבחן הצורך מוחל במקרה "הנקי" שבו הגשמתה של המטרה החוקתית אפשרית על ידי נקיטת אמצעים פוגעים פחות בזכות האדם, כשכל שאר הפרמטרים החברתיים אינם משתנים. אכן, מבחן הצורך אינו עילה להעמדת אמצעי פוגע פחות אם הדבר דורש הוצאה כספית מאוצר

32 שם, בעמ' 389.

33 שם, בעמ' 382.

34 שם, בעמ' 383.

35 שם, בעמ' 385.

36 לדוגמה, בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006) (להלן: עניין חוק טל הראשון) נדונה לראשונה חוקתיותו של חוק דחיית השירות הצבאי של בני ישיבות שתורתם אמנותם. אף על פי שנקבע כי חוק זה פוגע בזכות החוקתית לשוויון וכי הוא אינו מקיים את מבחן ההתאמה, בית המשפט העליון פסק כי יש להמתין עד לחלוף חמש שנים מרגע חקיקת החוק כדי לבחון מחדש את הגשמתו. ראו גם בבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2009); וכן דעות המיעוט של המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין והשופטת עדנה ארבל בפסק דין שניתן מאוחר יותר באותה פרשה: עניין רסלר, לעיל ה"ש 3. ראו גם דעת המיעוט של השופט לוי בעניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 3.

37 ראו הספר, בעמ' 417.

38 ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 437 לפסק דינו של הנשיא ברק.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

המדינה, שינוי של סדר העדיפויות הלאומיות או פגיעה בזכויות אחרות של אותו אדם או פגיעה בזכויות של אחרים.³⁹

עם זאת מרבית הדוגמאות שברק עצמו נתן ליישום מבחן הצורך – ובתוכן כאלה הנטולות מפסקי דין שברק כתב או השתתף במוטב שנתן אותם, ושבהן פסל חוקים על פי מבחן הפגיעה הפחותה – אינן מקיימות סייגים מופלגים אלה.⁴⁰

15. לעומת זאת באשר למבחן היחסיות – העומד ביסוד הבחינה החוקתית בישראל⁴¹ – ציין ברק כי הוא בעל חשיבות יתרה.⁴² זאת בשל התמקדותו של מבחן היחסיות באיזון בעל אופי ערכי – אמת מידה אשר "[...] מונחת ביסוד החיים והמשפט".⁴³ אין מדובר ברטוריקה בלבד. מרכזיותו של מבחן היחסיות נובעת מכך שבמסגרתו אין משווים את חשיבות התכלית ומידת התועלת של החוק לקידומה לחשיבות הזכות הנפגעת ולמידה שבה היא נפגעת עקב החוק, אלא את ההסדר שחוקתיותו נבחנת להסדרים חלופיים (החוק הקודם והסדרים היפותטיים הפוגעים במידה פחותה בזכויות חוקתיות).⁴⁴

16. דוגמה לירידת קרנם של מבחני ההתאמה והפגיעה הפחותה, בעלי האופי העובדתי, ולעלייתו של מבחן היחסיות הערכי היא פסק הדין שבו בית המשפט העליון פסל –

39 ראו הספר, בעמ' 401.

40 לפירוט הדוגמאות ראו שם, בעמ' 393–394. בין השאר ברק מזכיר שם את עניין לשכת מנהלי השקעות בישראל, לעיל ה"ש 3. בפסק דין זה נבחנה חוקתיותו של חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה–1995, שהטיל חובת רישוי על עוסקים בניהול תיקי השקעות. החוק הורה כי על מנהלי תיקי השקעות שעסקו בתחום פחות משבע שנים עובר לחקיקת החוק, לעמוד בבחינות כתנאי לקבלת רישיון. בית המשפט העליון קבע כי הוראות המעבר שנקבעו בחוק לעניין חובה זו לא עמדו במבחן הפגיעה הפחותה. אולם אפשר לתהות אם חלופה לבחינה אשר הייתה מבוססת על ניסיון תעסוקתי הייתה בהכרח מבטיחה את הגשמת תכליתו של החוק שנתקף באותה המידה. תהייה דומה אפשר להעלות באשר לעניין עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 3, המובא אף הוא על ידי ברק כדוגמה ליישומו של מבחן הפגיעה הפחותה. בפסק דין זה פסל בית המשפט העליון סעיף בחוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005, ששלל את אחריות המדינה לנוזקים שנגרמו באזור עימות גם כאשר נזקים אלו לא נגרמו מפעילות מלחמתית. בית המשפט העליון קבע כי הוראה זו איננה מקיימת את הדרישה לפגיעה פחותה כיוון שהיא אפשר להגשים את מטרת החוק אם המדינה הייתה פטורה מאחריות רק בגין נזקים שנגרמו במסגרת פעילות מלחמתית. אולם הוראת החוק שנפסלה הייתה צפויה לחסוך למדינה את הוצאות ההתדיינות והוצאות נוספות בעבור פיצויים בגין נזקים שנגרמו במסגרת פעילות לא-מלחמתית באזורי עימות. החלופה שמצא בית המשפט העליון כפוגענית פחות הייתה יקרה יותר, משום שלא היה בה כדי לייתר הוצאות אלו. ראו עניין נסר, לעיל ה"ש 3.

41 ראו הספר, בעמ' 629.

42 שם, בעמ' 422.

43 שם, בעמ' 426.

44 לפירוט ראו להלן ה"ש 50–55 והטקסט הנלווה אליהן.

לאחר פרישתו של ברק מכס השיפוט – חוק להפעלת בית סוהר על ידי זכיון פרטי.⁴⁵ למרות הנתונים העובדתיים הרבים שהובאו בפני בית המשפט על ידי הצדדים בדבר התאמת החוק לקידום תכליתו והאפשרות לקדם את התכלית תוך פגיעה פחותה בזכויות, העדיף בית המשפט שלא להכריע בעניין זה אלא לבסס את פסילת החוק על הכרעה ערכית שקיבל במסגרת מבחן היחסיות לאור התעמקות בטיעונים ובספרות מתחום תורת המוסר והפילוסופיה המדינית.

ואכן, ברק דוחה את עמדתו של דיויד ביטי,⁴⁶ כי המידתיות מבטיחה את האובייקטיביות השיפוטית באמצעות הפיכתן של שאלות שבהן יש לשופטים שיקול דעת רחב לשאלות עובדתיות. לדברי ברק, "[...] טענתו הבסיסית [של ביטי...] אינה מבוססת דיה. זאת בעיקר בשל מבחן [היחסיות...]. מבחן זה הוא מבחן ערכי. הוא אינו עובדתי כלל ועיקר".⁴⁷

4. שילוב נוסחות איזון עקרוניות אל תוך מבחני המידתיות

17. ברק מציע בספר פתרון לשאלה שהטרידה מומחים למשפט חוקתי מאז החקיקה של חוקי-היסוד על זכויות האדם,⁴⁸ בדבר מקומם של המבחנים שפותחו על ידי בית המשפט העליון לפני חקיקת חוקי-היסוד, במסגרת המשפט החוקתי המקובל, לאיזון בין זכויות האדם לאינטרסים המתנגשים בהן. מבחנים אלה כוללים, בעיקר, מבחנים בעלי אופי הסתברותי, כגון מבחן הוודאות הקרובה, החלים במקרים של הייררכייה ערכית בין האינטרסים המתנגשים, ומבחנים של איזון אופקי, החלים כשהאינטרסים המתנגשים הם שווים מעמד. מבחנים אלה אינם מופשטים כמו מבחניה של פסקת ההגבלה, אך יש להם אופי משפטי עקרוני. ברק מציע לשלב מבחנים אלה במבחן היחסיות. בכך הוא חוזר בו מדעה שהביע כשופט שלפיה הם עשויים להשתלב ברכיב התכלית הראוי.⁴⁹ בין כך ובין כך, מבחנים אלה מוסיפים מידת-מה של בהירות למגבלות החוקתיות העמומות. אף כי אין בהם כדי להפיג את הערפל במלואו, מבחני האיזון מקלים הן על הרשויות הנבחרות בגיבוש מדיניותן והן על בית המשפט בביקורת השיפוטית.

45 עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 3.

46 DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 166 (2004).

47 ראו הספר, בעמ' 571. כך, גם בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 107 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה נ' שר הפנים), כונה מבחן המידתיות השלישי "מבחן המידתיות" במובנו הערכי.

48 ראו לדוגמה גרעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006); דורנר, לעיל ה"ש 23.

49 ראו הספר, בעמ' 630–649.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

5. הדגשת ההשפעות התוספתיות של הסדרים הפוגעים בזכויות

18. בעבר הוצגה היחסיות – הן בפסיקה והן בספרות המחקרית – כמתמקדת בהשוואת מידת הפגיעה של הפגיעה בזכות, בהתחשב במידת החשיבות של הזכות מצד אחד, למידת החשיבות של תכלית ההסדר הפוגע בזכות ומידת קידומה של התכלית מצד אחר.⁵⁰ בשנותיו האחרונות כשופט, ועתה בספר, ברק מטעים את ההיבט התוספתי של היחסיות. כדבריו:

[...] ההשוואה נעשית בין משקלה של התוספת השולית של המטרה הראויה לבין משקלה של התוספת השולית של הפגיעה בזכות החוקתית. השאלה הינה אם משקלה של התועלת השולית שקול כנגד משקלו של הנזק השולי.⁵¹

השפעות תוספתיות אלו נבחנות הן באשר להסדר שהיה קיים עובר לקביעת ההסדר שחוקתיותו נבחנת והן באשר לחלופות היפותטיות הפוגעות בזכות במידה פחותה. עם זאת ברק אינו מציין כי הכנסת נדרשת, כאשר היא מחוקקת חוק הפוגע בזכות חוקתית, לבחון חלופות שמידת פגיעתן בזכות החוקתית פחותה.⁵² אמנם מבחן הפגיעה הפחותה אינו מאפשר לפסול הסדר אך משום שקיימות לו חלופות כאלה אם אותן חלופות אינן משיגות את התכלית באותה המידה, או שיש להן השלכות החורגות מההשלכות של ההסדר. עם זאת מבחן היחסיות עשוי להביא לפסילת ההסדר אם קיימת חלופה שמאפשרת [...] להשיג את עיקרי התועלת החברתית תוך גרימת נזק קטן יותר לזכות החוקתית.⁵³

50 ראו לדוגמה דורנר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 283.

51 ראו הספר, בעמ' 433.

52 ראו, לעניין נטל הראייה והטיעון, שם, בעמ' 547: "מקובלת עלי הטענה כי הטוען להפרת זכותו צריך לטעון מהו האמצעי החלופי שמגשים את התכלית הראויה ושפגיעתו בזכות החוקתית פחותה. אין להטיל על המדינה את הנטל להתמודד עם 'שלל ומכלול האפשרויות האינסופיות האחרות שניתן היה לנקוט לאותה מטרה'. על הטוען להפרת הזכות להצביע על 'חלופה מסוימת וברורה', שאם לא כן 'עלולים' אנו להגיע למצבים שהדעת אינה סובלתה'. אולם מכאן לא מתבקשת המסקנה כי על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית להניח את התשתית העובדתית המבססת טענה זו. הנטל להביא ראיות (להבדיל מנטל הטיעון) צריך להיות מונח על שכם הטוען כי אין אפשרות להגשים את התכלית הראויה בדרך שלפי הטענה פגיעתה פחותה. המידע הזה נתון בידי המדינה: הוא נבחן על ידה וביסס את חקיקת ההוראה שפגעה בזכות החוקתית". ואולם, אם על המדינה לבסס בראיות את הטענה כי החלופה שנבחרה פוגעת בזכות במידה הפחותה – לעומת חלופות אחרות – אין להבין מדוע בחינתן של חלופות אחרות, לא דווקא אינסופיות, עלולה להביאנו "למצבים שהדעת אינה סובלתה".

53 שם, בעמ' 434.

בהקשר זה "יש לבחון לא רק את מידת הנחיצות והחינוניות של הגשמתה [של המטרה הראויה] אלא גם את ההסתברות (הסיכויים) להגשמת המטרה אם החוק יעמוד בעינו".⁵⁴ לצד זאת יש להתחשב גם במידת החשיבות החברתית של הזכות, בעצמת הפגיעה בה ובמידת ההסתברות לפגיעה.

למרות ההכבדה של מבחן זה – המתמקד בהיבט התוספתי – על הבדיקה החוקתית ברק סובר כי יש בו תועלת, משום שהוא מביא לידי "[...] צמצום השאלות המונחות להכרעה: השאלות של תועלת ונזק 'נחלקות' לשלבי-משנה, והדבר מקל על מתן תשובה לשאלת המשקל והחשיבות".⁵⁵

ב. מידת תרומתה של ההבניה למהלך החוקתי

19. עיקרי ההבניה שהוזכרו לעיל יוצרים לכאורה מארג מפורט, שנועד להנחות את הדיון החוקתי – הן של הרשויות הנבחרות, ובראשן הכנסת כרשות המחוקקת, ונוסף עליה גם הרשות המבצעת, והן את בית המשפט כאשר הוא דן בטיעונים נגד חוקתיות חוקים.⁵⁶ עם זאת בפועל הדוקטרינה החוקתית שההבניה נחזית ככוללת היא דלה למדי.

20. כך נדמה כי השלב הראשון – הבדיקה אם ההסדר הנדון פוגע בזכות חוקתית – מניב ברוב המקרים תשובה חיובית.⁵⁷ בין היתר חוקים פליליים בתור שכאלה נתפסים, בעקבות פסיקתו של ברק כשופט, כפוגעים בזכויות חוקתיות – לפחות בזכות לחירות.⁵⁸ הזכות לאי-פגיעה בקניין מוחלת על פגיעה בכל אינטרס בעל ערך כלכלי,⁵⁹ לרבות הציפייה לקבלת תגמולים וגימלאות.⁶⁰ חלק ניכר מההסדרים הקוגנטיים במשפט האזרחי נתפסים כפוגעים באוטונומיה, שהיא חלק מהזכות לכבוד האדם.⁶¹ הזכות לכבוד האדם מתפרשת גם ככוללת כמה וכמה היבטים מרכזיים של זכויות אחרות, ובתוכן חופש

54 שם, בעמ' 439.

55 שם, בעמ' 437.

56 ברק רואה בעיקרים האמורים רשימה סגורה, אשר אין להשמיט ממנה מבחנים או להוסיף עליה. זאת כדי לשמור על הבניית המסגרת לבחינה החוקתית. ראו שם, בעמ' 649–650.

57 השוו למשל לעמדתו של המשנה לנשיא חשין בעניין עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 47, כי האיסור על איחוד משפחות בין אזרחים ישראליים לתושבים של מדינות אויב או אזורי עימות אינו פוגע בזכות חוקתית. דעתו של הנשיא ברק בפסק דין זה הייתה שונה.

58 ראו ע"פ 4779/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 548 (2002).

59 ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 429–433 לפסק דינו של הנשיא ברק.

60 ראו רע"א 8138/08 פאר נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 21.6.2011).

61 ראו הספר, בעמ' 66.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

הביטוי, ⁶² הזכות להליך הוגן ⁶³ והזכות לשוויון – במובן רחב. ⁶⁴ לכן הדיון בשאלה אם חוק שחוקתיותו נתקפת פוגע בזכות הקבועה בחוק יסוד הוא במקרים רבים דל, והתשובה החיובית כמעט מובנת מאליה. כך הדבר על אחת כמה וכמה כשהסדר הנתקף קבוע בהחלטה מינהלית – ולא בחוק – שעליה חלות גם זכויות האדם ההלכתיות.

21. כך גם, במידה רבה, השלב השני – המתמקד בפסקת ההגבלה. בחלק ניכר מהמקרים דרישת החוקיות אינה בעלת חשיבות לאור המבחן הגמיש שבית המשפט פיתח, כפי שתואר לעיל. ברק עצמו – כפי שהוא מפרט בספר ⁶⁵ – אף רואה במשפט מקובל יציר הפסיקה כנכנס לגדר "חוק" כמשמעותו בפסקת ההגבלה. הדרישה להלימת ערכיה של המדינה – שהם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית ⁶⁶ – עוררה בשנים הסמוכות לחקיקת חוקי היסוד על זכויות האדם מחלוקות של ממש, ובהן בלטו המחלוקות בין ברק לבין השופט מנחם אלון. ⁶⁷ אך במשך השנים איבדה הדרישה, כרכיב של פסקת ההגבלה, מחשיבותה, וכמעט אין מתייחסים אליה בבדיקה החוקתית. ⁶⁸

62 ראו לדוגמה בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 22–27 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.8.2008).

63 ראו לדוגמה עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

64 ראו לדוגמה ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 14.9.2010).

65 ראו הספר, בעמ' 163–166.

66 ראו לדוגמה בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4), 1, 45 (1997); עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 547.

67 ראו לדוגמה ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1), 87, 101–106 (1993); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2), 464, בעמ' 512–515 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1992); ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 328–347, 517–518; אהרן ברק "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" אהרן ברק – מבחר כתבים כרך א 445 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659 (1993).

68 לדוגמה בעניין עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 47, שבו נבחנה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, הנשיא ברק בחן את תכלית החוק ואת מידתיותו אולם התעלם מהשאלה אם החוק הולם את ערכי המדינה. ראו שם, פס' 79–96 לפסק דינו של הנשיא ברק. וכך גם בעניין חוק טל הראשון, לעיל ה"ש 36, פס' 47 לפסק דינו של הנשיא ברק: "הצדדים לא הרחיבו באשר לתנאי השני (ערכיה של מדינת ישראל) ואת הדיון בו ניתן, במקרה שלפנינו, לאחד עם הדיון בשאלת התכלית הראויה". וכן עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 3, פס' 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "התנאי השני הקבוע בפסקת ההגבלה, לפיו החוק הפוגע בזכות החוקתית יהיה הולם לערכי מדינת ישראל, איננו מעורר קושי ממשי בענייננו. [...] אכן קשה לראות דוגמה להפרתו של תנאי זה אלא בנסיבות חריגות ויוצאות דופן". מקרה יחיד שבו שופט של בית המשפט העליון מצא כי יש לפסול חוק – חוק האזרחות והכניסה לישראל הנ"ל – בשל אי-הלימתו את ערכי המדינה, הוא

ברק מתייחס בספר לדרישה דווקא בהקשר של מהות תכלית ראויה לפגיעה בזכויות,⁶⁹ אך ספק אם גם בדרך זאת תהפוך הדרישה למגבלה עצמאית של ממש על כוח הכנסת לפגוע בזכויות האדם.

באשר לתכלית ראויה בכללותה, בפועל, לפי הפסיקה הקיימת גם היא אינה מגבלה ניכרת על פגיעה בזכויות. למשל, מעולם לא נפסל חוק הפוגע בזכויות אך בשל תכלית לא ראויה.⁷⁰ עם זאת נראה שברק מבקש בספר להעשיר במידת-מה היבט זה. בין היתר הוא מציע, כפי שפורט לעיל, הבחנה בין שתי קטגוריות של זכויות, שלגבי כל אחת מהן יחול מבחן שונה של תכלית ראויה.⁷¹

22. ובאשר למידתיות: ברק מציע כאמור להעשיר במידת-מה את משמעותה של דרישת ההתאמה על ידי הבחנה בפגיעה בין שתי קטגוריות של זכויות. עם זאת תפיסתו בספר – בדומה לתפיסה המקובלת בפסיקה – שוללת התנייה של פגיעה בזכויות בהוכחה כי ההסדר הפוגע אכן יביא להגשמת התכלית. כדבריו, "[...] שיקול הדעת של המחוקק בקביעת הפרוגנוזה החקיקתית הוא רחב. עצם העובדה שנופלת בו לעתים טעות אין בה כדי לפוסלו. עם זאת, אין מדובר בשיקול דעת מוחלט. [...] גם אם לא נדרשת ודאות בפרוגנוזה החוקתית, אין להסתפק בפרוגנוזה קלושה וסתמית. יש להניח לה תשתית עובדתית מתאימה".⁷² אמנם ברק מדגיש כי אם בדיעבד, לאחר חקיקתו של חוק, מתברר כי אין מתקיימת התאמה בין החוק להגשמת תכליתו, "יש לקבוע כי הקשר הרציונלי שוב אינו מתקיים".⁷³ אולם כל עוד יש סיכוי "[...] כי בעתיד תתממש הערכת הסיכויים" ברק סבור כי אין לקבוע שהחוק אינו מתאים להגשמת תכליתו.⁷⁴ בפועל, במקרים רבים, די ב"[...] מבחן של היגיון ושל שכל ישר".⁷⁵ במקרים של מחלוקת עובדתית בין מומחים בית המשפט לא ייטה להכריע בניגוד לדעת המומחים שעליהם הסתמכה הכנסת.⁷⁶

דעת המיעוט של השופט לוי בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).

69 ראו הספר, בעמ' 308–317.

70 בעניין אורון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 662–665, נקבע כי לפחות אחת מתכליות החוק שחוקתיותו נדונה שם אינה ראויה. אולם משהייתה לחוק גם תכלית נוספת – ראויה – לא הכריע בית המשפט בדין על פי דרישת התכלית הראויה אלא פסל את החוק בשל אי-מידתיותו.

71 ראו לעיל סעיפים 11–12.

72 ראו הספר, בעמ' 384.

73 שם, בעמ' 385.

74 שם.

75 שם, בעמ' 382.

76 שם, בעמ' 383–384 והאסמכתות שם.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

מבחן הפגיעה הפחותה – שבפסיקת העבר, כולל זו של ברק, הוצג כמבחן מרכזי⁷⁷ – ירד מגדולתו. כפי שפורט לעיל, הסדר הפוגע בזכות ייפסל לפי מבחן זה רק במקרים חריגים שבהם קיימת חלופה הפוגעת במידה פחותה בזכות שמשגיגה את התכלית באותה מידה, ושאינן לה השלכות רוחב תקציביות או כאלה הנוגעות לסדרי העדיפויות הלאומיים. יתר על כן, אין עולה מהספר כי הכנסת מחויבת לבדוק חלופות במסגרת הליכי החקיקה. גם בפרקטיקה הליך החקיקה איננו כולל כעניין שבשגרה דיון בחלופות שונות, אלא הכנסת מתמקדת בהצעת החוק שהוגשה לה. כמו כן במסגרת הליך הביקורת השיפוטית הנטל להראות כי קיימת חלופה שהיא פגיעה פחותה העומדת בכל התנאים האלה הוא על המבקשים כי חוק ייפסל.⁷⁸ אמנם בכלל ראייתי זה כשלעצמו לא היה כדי לסתור הטלת נטל על הכנסת לדון בחלופות, אך השילוב בין אי־דרישה מהכנסת לבחון חלופות לבין הטלת נטל על העותרים להציג חלופות – אף אם מדובר בנטל טיעון בלבד ולא בנטל לבסס את הטענות בראיות⁷⁹ – מוביל לדילול מיוחד של הדרישה לפגיעה פחותה.

בסופו של דבר, במוקד הבחינה החוקתית עומד מבחן היחסיות. כך לפי הספר, ולכך נוטה בשנים האחרונות גם פסיקת בית המשפט העליון.

23. ההבניה המפורטת – שיסודה בחוקי־היסוד עצמם ושפותחה בפסיקת בית המשפט העליון ועתה בספרו של ברק – תורמת אפוא למהלך החוקתי במידה מוגבלת למדי. הניתוח החוקתי אכן מחולק לשלבים רבים, וקיימת הבחנה בין שאלות שונות, אך התוכן המהותי של מרבית המבחנים אינו רב. ממילא היתרונות שברק מונה בהבניה – הסדרת שיקול הדעת, קידום השקיפות והסיוע בדיאלוג בין הרשויות – מתבטאים במידה צנועה מהנטען למרות הערך שבהוספת מבחני האיזון העקרוניים לבדיקת היחסיות.

ג. הזיקה שבין המידתיות להיקף הזכויות החוקתיות

24. ברק כינה בפסיקתו את גישתו לפירוש הזכות לכבוד האדם, שהתקבלה כהלכה, "גישת ביניים".⁸⁰ גם באשר לפירוש זכויות אחרות ברק ער לכך שחוקי־היסוד במתכונתם הקיימת לא נועדו לעיגון כל זכויות האדם.⁸¹ ברק מכיר בספר בכך שזו "פרשנות

77 ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 437 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, פס' 23 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2002).

78 ראו הספר, בעמ' 546–547.

79 שם.

80 ראו עניין חוק טל הראשון, לעיל ה"ש 36, פס' 33–34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

81 ראו שם.

נדיבה".⁸² עם זאת, כפי שצוין לעיל, נטייתו של בית המשפט העליון היא לפרש את זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד פירוש מרחיב.⁸³ הן משתרעות גם על פעולות רבות שלא זו בלבד שאין להן ערך חיובי, אלא שהן מזיקות ופוגעניות בעליל. כמעט כל פעולה או מחדל של אדם או של תאגיד פרטי נתפסים בגדר זכות חוקתית.

25. ברק ער לקושי זה. תת־פרק בספרו אף מוכתר בכותרת: "האם יש לי זכות חוקתית לגנוב?". אף כי הוא נמנע מלהשיב לשאלה זאת באופן ישיר, תשובתו היא חיובית:

[...] יש לי זכות חוקתית להגשמת האוטונומיה שלי (במישור החוקתי), אך זכותי לממש אוטונומיה זו מוגבלת. מוטל עליה האיסור בחוק הפלילי על גנבה, ומאחר שהחוק הפלילי הוא מידתי בעניין זה, אזי הוא גם חוקתי.⁸⁴

האיסור על גנבה נובע אפוא מהחוק הפלילי – חוק "רגיל". גנבה אסורה אף על פי שהאיסור הכללי עליה פוגע בזכות החוקתית לאוטונומיה, שברק רואה בה חלק מהזכות לכבוד האדם.⁸⁵ זאת משום שהאיסור מקיים את הדרישות הקבועות בפסקת ההגבלה, ובהן המידתיות.

דוגמאות נוספות שברק מביא הן העוולות האסורות לפי דיני הנזיקין, הפרות חוזה האסורות לפי דיני החוזים, עשיית עושר ולא במשפט, האסורה גם היא לפי דינים שונים, "[...] וכיוצא באלה התנהגויות שהמשפט הפרטי אוסר עליהן".⁸⁶ לדבריו:

כל אלה אינם מושגים חוקתיים. הם מושגים המעוגנים במשפט הפרטי. ההסדר החוקתי עניינו האוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו אינה ניתנת למימוש בכל אותם מצבים שאוסר המשפט הפרטי, ובלבד שהאיסור – עד כמה שמקורו בחוק או בהלכה הפסוקה – הוא מידתי.⁸⁷

מכאן נובע שדיני המשפט הפרטי פוגעים בזכויות חוקתיות. משזכויות חוקתיות אינן מוחלטות, פגיעה בהן מותרת אם היא מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה, ובמרכזן המידתיות.

82 ראו הספר, בעמ' 94–95.

83 ראו Ariel L. Bendor & Michael Sachs, *The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel*, 44 ISR. L. REV. 25, 44–51 (2011).

84 ראו הספר, בעמ' 66.

85 ראו עניין חוק טל הראשון, לעיל ה"ש 36, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק.

86 ראו הספר, בעמ' 66.

87 שם.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

26. האפשרות שברק מציג כאלטרנטיבה להרחבה נדיבה זאת של הזכויות החוקתיות היא כי "מבחינה עקרונית ניתן כמובן לפרש את הדיבור 'כבוד האדם' כמשתרע על אוטונומיה של רצון פרטי שאין בה פגיעה בזכותו של אחר או בטובת הכלל".⁸⁸ לדעתו, "פירוש זה אינו ראוי. את הצמצום בעניין פגיעה בזכותו של אחר או בטובת הכלל יש למקם לא בהיקפה של הזכות אלא בדרכי מימושה. הוא חלק מהגשמתם של דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה בתחומי המשפט התת-חוקתי".⁸⁹

אך האומנם האלטרנטיבה היחידה לפירוש המרחיב – הכמעט כול-כולל – של הזכויות החוקתיות היא לסייגן למצבים שבהם אין כל פגיעה בזכויות של אחרים או בטובת הכלל? ספק רב. כך, ברק עצמו כתב בכתיבה קודמת שלו שהתייחסה לפירוש חופש העיסוק – כמשמעותו בחוק-יסוד: חופש העיסוק:

[...] פעילות אסורה באופן מסורתי עשויה להשפיע על מהותה של הפעולה כעיסוק, כמקצוע או כמשלח-יד. פעילות שכל כולה נזק לחברה, כגון גניבה, אינה יכולה לטעון להגנה של חופש העיסוק.⁹⁰

ואכן, בית המשפט העליון קבע מפי השופט אשר גרוניס, שהסתמך על הכתיבה האמורה של ברק, כי "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".⁹¹ מכאן שאין הכרח לבחור בין שתי גישות קיצוניות – גישה כול-כוללת, שעל פיה קיימת זכות חוקתית לעשות (או לא לעשות) כמעט כל דבר, וגישה שעל פיה עצם פגיעתו של מעשה ביחידים או בחברה מוציאה אותו מגדר זכות חוקתית.

בעבר הובע בפסיקה חשש כי "מתיחת זכויות-יסוד אל כל עבר – מעלה, מטה ולצדדים – תוך הפניית האינטרסים שבכוחם להשפיע על גבולותיהן אל-עבר פסקת ההגבלה, עלולה להביא לפגימה בשיח החוקתי, וזו עלולה להוליך בסופו של יום לצמצום ההגנה החוקתית על זכויות האדם".⁹² ברק משיב לטענה כי פירוש מרחיב של זכויות מוביל לזילות הזכויות ולטריוויאליזציה שלהן, כי "[...] הכול מבינים כי מערכת שלמה של חקיקה פוגעת כדין בזכויות ומאפשרת חיי חברה תקינים".⁹³ אולם בתובנה זו של ברק, הנכונה כשלעצמה, אין כדי לחייב פרשנות מרחיבה של הזכויות. מכך שזכויות

88 שם, בעמ' 66–67.

89 שם, בעמ' 67.

90 אהרן ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 195, 201 (1994); ראו גם ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 596.

91 ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782, 803 (2004).

92 עניין עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 47, פס' 41 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

93 ראו הספר, בעמ' 67.

אינן מוחלטות, ולעתים יש צורך לפגוע בהן, אין נובע כי פירוש הזכויות צריך להיות רחב.

ההפך הוא הנכון. ממבנה חוקי-היסוד, המבחינים בין זכויות האדם המוגנות לבין האפשרות לפגוע בהן, כמו גם מההיסטוריה של חקיקתם, עולה תפיסה המסייגת את המגבלות המוטלות על חקיקת הכנסת לחקיקה הפוגעת באותן זכויות הקבועות בחוקי-היסוד, ואך ורק לחקיקה כזאת. בגדר זכות חוקתית יכולים להיכלל רק מעשים שיש להם ערך חיובי של ממש, המצדיק פגיעה בכוחה של הכנסת להגבילם.⁹⁴ גם על העיסוק במקצועות בעלי ערך חיובי מובהק, כגון רפואה, מוטלות מגבלות. בכך אין כדי לשלול את התחולה של הזכות החוקתית לחופש העיסוק על העיסוק ברפואה. אך האם אין זילות וטריוויאליזציה של ממש בקביעה כי גם עיסוק בגנבה נכנס בגדר חופש העיסוק ואף בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם – זילות וטריוויאליזציה שהטלת האיסור על גנבה בחוק פלילי מידתי אינה פותרת?

27. ואכן, אי אפשר – וגם אין הצדקה – להחיל בקפדנות את מבחני המידתיות בכל המקרים הנכנסים בגדר זכויות האדם על פי פרשנותן המרחיבה.

כך באשר למבחן ההתאמה. הכנסת אינה מכון מחקר רב-תחומי. יתר על כן, בתחומים רבים עדיין אין, ואף אי אפשר להפיק, נתונים מדעיים מהימנים. ובכל זאת החברה זקוקה לחקיקה גם במצבים רבים שבהם אין נתונים מחקרניים או שאין לצפות מהכנסת להשיגם, להתעמק בהם, ואולי גם להכריע בין אסכולות מדעיות מתנגשות. הכפפת מכלול החקיקה לדרישות קפדניות של התאמה הייתה פוגעת באופן מהותי, וללא הצדקה, ביכולתה של הכנסת למלא את תפקידה. לעומת זאת פרשנות מצמצמת של הזכויות – באופן שרק חלק קטן מהחוקים היו נתפסים כפוגעים בהן – הייתה יכולה לאפשר, וגם להצדיק, העלאת רף ההתאמה הנדרש ואיסור על חקיקה הפוגעת בזכויות מבלי שתועלתה הוכחה.

אמנם ברק הציע בספר לתגבר במידת-מה את דרישות ההתאמה ולקבוע סטנדרט הוכחה של "הסתברות ממשית" כשהחוק הנדון פוגע בזכויות המוזכרות בהכרזת העצמאות,⁹⁵ אך סטנדרט זה עצמו אינו גבוה במיוחד, הזכויות שהוא יחול עליהן אינן

94 השוו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'הכלית ראויה': בעקבות ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010)" (עתיד להתפרסם במשפט ועסקים (יד) [http://law.huji.ac.il/upload/Medina\(1\).pdf](http://law.huji.ac.il/upload/Medina(1).pdf) – רשימת ביקורת על ספרו של ברק שבה המחבר מציע לפרש זכויות חוקתיות מתוך הכרה כי זכויות אלו מבטאות "אילוץ דאונטולוגי" של השלטון להימנע מפעולות מסוימות. גישה זו שונה מגישתנו בכך שהיא איננה מתמקדת רק בערכן החיובי של הפעולות המוגנות במסגרת הזכות החוקתית אלא גם באמצעים שבהם נאסר על השלטון לפגוע בפעולות אלו. עם זאת היא עולה בקנה אחד עם הצעתנו לצמצם את היקפן של הזכויות החוקתיות מצד אחד ולהגביר את ההגנה עליהן מצד אחר.

95 ראו הספר, בעמ' 622.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

כוללות זכויות בסיסיות שונות, והן אף כוללות היבטים שספק אם הם נכנסים בגדר פרשנות מרוסנת של הזכויות החוקתיות הקיימות. לדוגמה, ברק מציע לכלול בזכויות שלפגיעה בהן נדרשת "הסתברות ממשית" את הזכויות לחופש לשון, חינוך ותרבות, שמעמדן החוקתי אינו ברור. לעומת זאת מהצעתו של ברק עולה כי יהיה אפשר לפגוע בזכויות חוקתיות מרכזיות, כמו הזכות לכבוד והזכות לחירות אישית, כל עוד קיימת "הסתברות סבירה" – אך לאו דווקא הסתברות ממשית – להגשמת תכליתו של החוק הפוגע.

באשר לדרישת הפגיעה הפחותה – החלה קפדנית שלה בכל הליכי החקיקה כדי שהכנסת תחויב לדון בחלופות רציניות לכל הצעת חוק – אף היא אינה מעשית ואינה דרושה. לא מן הנמנע שהכרסום במשמעות הדרישה – באופן שהיא תחול רק אם מתקיימת חלופה המשיגה את התכלית במידה זהה ושאינן לה כל השלכות שאינן נוגעות לקידום התכלית ולפגיעה בזכות המסוימת הנדונה – קשור לאי-היכולת ולא-היצורך להחיל דרישה קפדנית של פגיעה פחותה על מכלול החקיקה של הכנסת.

אכן, כדברי ברק, "הכבוד לחוק ולמחוקק נעוץ בכיבודם של החוקה וחוקי היסוד"⁹⁶, ו"הפעלתה של פסקת ההגבלה נעשית מתוך התחשבות בייחודה של כל זכות ובנסיבות המיוחדות של הפגיעה בה"⁹⁷. אולם כפי שנטען בפרק הבא של הרשימה, נראה כי התשובות שברק מציע לחשש לזילות של השיח החוקתי ושל זכויות האדם הן כוללניות מדי ואינן מתמודדות עם קשיים לא פשוטים אלה.

ד. אי-ההמירות של היחסיות ושיקולים דמוקרטיים

28. החלתה של דרישת היחסיות על חלק ניכר מחקיקת הכנסת מעוררת – וליתר דיוק: מעצימה – סוג אחר של בעיה. זוהי בעיה של אי-המירות (incommensurability). בעיה כזאת מתעוררת במקרים שבהם נדרשת המרת אינטרס (כולל ערך) אחד באינטרס אחר כשאינן מכנה משותף בין האינטרסים.⁹⁸

96 שם, בעמ' 68.

97 שם.

98 Richard A. Epstein, *Are Values Incommensurable, or Is Utility the Ruler of the World?*, 1995 UTAH L. REV. 683 (1995); Cass R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*, 92 MICH. L. REV. 779 (1994); JOSEPH RAZ, *ENGAGING REASON: ON THE THEORY OF VALUE AND ACTION* 46 (1999); Ariel L. Bendor, *Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means*, 68 FORDHAM L. REV. 289 (1999).

דרישת היחסיות מעוררת בעיה של אי־המירות משום שהיא דורשת להשוות את התועלת לתכלית מסוימת לזכות חוקתית. אך כיצד אפשר למשל להשוות תועלת לביטחון המדינה לפגיעה בזכות לכבוד האדם? בעיה זו אינה מתעוררת, ומכל מקום מתעוררת באופן חלקי בלבד, ביישומן של דרישותיה האחרות של פסקת ההגבלה, שכן דרישות אלה אינן עוסקות באיזון בין שני ערכים מתחרים.⁹⁹ תחת זאת מתמקדות הדרישות לתכלית ראויה, להתאמה ולפגיעה פחותה, כפי שהתפרשו בעבר בפסיקה, בפגיעה בזכות החוקתית אך לא ביחס שבין פגיעה זו לבין הערך החיובי שהחוק מקדם. למשל, במסגרת דרישת התכלית הראויה נבחנת אך ורק השאלה אם תכליתו של חוק ראויה כשלעצמה. הרשות המחוקקת איננה נדרשת להבחין בין תכליות ראויות יותר וראויות פחות ולהתאים את חומרת הפגיעה בזכות החוקתית למידת הנאותות של תכלית החוק הפוגע. דרישת ההתאמה אף היא אינה כוללת מרכיב ניכר של איזון. כל שנדרש הוא כי חוק הפוגע בזכויות אדם יוכל להגשים את תכליתו ברמת הסתברות מסוימת.¹⁰⁰ בדומה לכך, לפי מבחן הפגיעה הפחותה, חוק הפוגע בזכות חוקתית לתכלית מסוימת נבדק אל מול חלופות המגשימות את תכלית החוק הפוגע באותה המידה בלבד. אמנם הצעתו של ברק להבחין בין שתי רמות חשיבות של זכויות חוקתיות במסגרת דרישת התכלית הראויה ודרישת ההתאמה מכניסה ממד של איזון גם למבחנים אלו, אולם גם במסגרת הצעה זו האיזון הנדרש מוגבל בהיקפו, ולכן בעיית אי־ההמירות שהוא מעורר פחותה בחריפותה.

לעומת זאת בעיית אי־ההמירות מתעוררת במלוא היקפה בדרישת היחסיות. אמנם ברק מדגיש כי ההמרה איננה מתייחסת לערכים מוחלטים אלא אך ורק להשוואת הפגיעה השולית בזכות לתועלת השולית לתכלית החוק.¹⁰¹ אולם הדגשה זאת אינה נותנת מענה לבעיית אי־ההמירות. בהנחה כי אין מכנה משותף בין שני ערכים, לא יהיה מכנה משותף גם כאשר נדרשת ההמרה להיבטים השוליים של ערכים אלו.

29. ברק ער לטענה המבוססת על בעיית אי־ההמירות, אך דוחה אותה במילים אלה:

[...] לשם עריכתו של איזון נדרש בסיס או מכנה משותף. אולם, בסיס זה אינו חייב להיות כמותי – הוא יכול להיות איכותי. הוא גם אינו חייב להיות כספי. [...] כל התפתחותו של המשפט המקובל אינו אלא תהליך היסטורי נמשך של איזון בין עקרונות מתנגשים. אם איזון זה אפשרי בתחום המשפט המקובל, אין סיבה להניח שהוא אינו אפשרי בתחום המשפט החוקתי. בבסיסו של האיזון החוקתי מונחת תוספת החשיבות החברתית בהגשמתו של עיקרון אחד ותוספת החשיבות החברתית

99 ראו לעיל ה"ש 24–31 והטקסט הנלווה אליהן.

100 שם.

101 ראו לעיל ה"ש 50–55 והטקסט הנלווה אליהן.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

במניעת הפגיעה בעיקרון אחר. [...] כאשר מצד אחד של האיזון נמצאת טובת הכלל (כגון ביטחון או שלום הציבור) ומהצד האחר נמצאת זכות חוקתית (כגון כבוד האדם), נערך האיזון בין החשיבות החברתית של תוספת התועלת לטובת הכלל לבין החשיבות החברתית במניעת תוספת נזק לזכות החוקתית. [...] קיים בסיס או מכנה משותף, בדמות החשיבות החברתית היחסית של העקרונות המתנגשים. השאלה הינה אם תוספת התועלת לעיקרון האחד, חשובה במידה מספקת כדי להצדיק את תוספת הפגיעה בעיקרון האחר. העמדה קונטקסטואלית זו של השאלה מעניקה בסיס משותף – מידת החשיבות היחסית – לעריכת האיזון. המטאפורה של משקל ואיזון מקבלת ממשות. ¹⁰²

דברים אלה אינם משכנעים. בנוסחה שברק מציע – "מידת החשיבות היחסית" – אין תועלת כשבין האינטרסים, ובענייננו בין הזכות החוקתית לתכלית הפגיעה בה, אין מכנה משותף. נוסחה זאת ונימוקה מניחים את המבוקש. הטענה היא שאין מכנה משותף של מידת החשיבות היחסית שעל פיו אפשר להשוות את תוספת התועלת לתכלית לתוספת הנזק לזכות. באמירה כי המכנה המשותף הוא עצמו "מידת החשיבות היחסית", אין כדי לפתור את הקושי.

30. כפי שברק מציין, ההיבט השני של הביקורת בדבר אי-המירוחם של הערכים הוא היעדר הרציונליות של מבחן היחסיות, כיוון שכל החלטה המאזנת בין שני ערכים שאין מתקיים ביניהם כל בסיס המרה משותף היא סובייקטיבית ופרי אינטואיציה. ¹⁰³ ברק דוחה גם ביקורת זו ומסביר כי אף על פי שבמבחן היחסיות – שהחלתו כרוכה בשיקול דעת שיפוטי – קיים היבט סובייקטיבי, "[...] היבט זה פועל בגבולות צרים, ולשם הגשמתן של תכליות אובייקטיביות. שיקול הדעת צריך לקיים עקביות שיפוטית וקוהרנטיות שיפוטית. הוא צריך לתת משקל לתקדימי העבר. הוא צריך לבטא את ערכי היסוד של שיטת המשפט. הוא שקוף ונתון לביקורת מתמדת". ¹⁰⁴

הגם שאין ספק כי יש בטענות אלו מידה של אמת, נראה כי בסופו של דבר אין בהן כדי לעמעם את אופיו הסובייקטיבי הדומיננטי של המבחן. למשל, בדעת המיעוט בעלת החשיבות – ולמעשה: דעת הרוב ¹⁰⁵ – של ברק, בכובעו כשופט, בפסק הדין בעניין

102 ראו הספר, בעמ' 579–580.

103 שם, בעמ' 580.

104 שם, בעמ' 582.

105 השופט לוי אמנם הצטרף לתוצאה של דחיית העתירה, אך זאת רק משום שתוקפו היה צפוי לפקוע בסמוך למתן פסק הדין. אולם הוא הצטרף לעמדתו של הנשיא ברק שלפיה החוק אינו מקיים את דרישת המידתיות. ראו עניין עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 47, פס' 9 לפסק דינו של השופט לוי. לדחייתה של עתירה נוספת נגד חוק זה ראו עניין גלאון, לעיל ה"ש 68.

חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, הוא מצא – לאחר דיון מעמיק – כי החוק מקיים את דרישת התכלית הראויה ואת מבחני ההתאמה והפגיעה הפחותה. לעומת זאת ברק סבר כי חוק זה אינו עומד במבחן היחסיות כיוון שהנזק הגלום בו לזכויות לחיי משפחה ולשוויון עולה על תוספת הביטחון שהחוק צפוי להשיג. בניגוד לדיונים המפורטים והארוכים אשר ברק ערך בבואו לבחון את קיומן של דרישות התכלית, ההתאמה והפגיעה הפחותה, ההכרעה שלפיה החוק אינו עומד במבחן היחסיות מסתכמת במשפטים ספורים:

[...] תוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראלים. אמת, האיסור הגורף נותן עימו יותר ביטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי. אמת, הסיכוי להגברת הביטחון על ידי איסור גורף, אינו "קלוש ותיאורתי". יחד עם זאת בהשוואה לפגיעה הקשה בכבוד האדם, היחס אינו מידתי.¹⁰⁶

הנמקות לקוניות דומות מאפיינות מקרים רבים שבהם חוקתיותו של חוק או של הסדר מינהלי נבחנה לפי מבחן היחסיות.¹⁰⁷ אף אם הכרעות מסוג זה מקיימות "[...] עקביות שיפוטית וקוהרנטיות שיפוטית"¹⁰⁸ ואף "[מבטאות...] את ערכי היסוד של שיטת המשפט",¹⁰⁹ ספק אם יש בכך כדי להבטיח את הרציונליות שלהן. בהיעדר בסיס משותף להמרה, גם כאשר קיימת הסכמה בדבר מהות התועלת והנזק הטמונים בהסדר מסוים, ההכרעה מהו היחס הראוי בין התועלת לבין הנזק היא אינטואיטיבית ולא דיסקורסיבית.

31. אכן, המשפט – לא רק המשפט המקובל – והחיים בכללותם מציבים לא פעם צורך בהמרת אינטרס אחד באינטרס אחר, בלא מכנה משותף בין האינטרסים. בכך אין כדי לבטל את קיומה של בעיית אי-ההמירות.

עם זאת ההדגשה של מבחן היחסיות – תוך הצנעתם ודילולם של שאר המבחנים החוקתיים (פגיעה בזכות חוקתית, חוקיות, הלימת ערכי המדינה, תכלית ראויה, התאמה ופגיעה פחותה), שאינם מעוררים בעיה זאת או מעוררים אותה במידה מינורית בלבד – מעצימה את בעיית אי-ההמירות ומעמידה אותה במוקד המהלך החוקתי.

106 עניין עדאלה נ' שר הפנים, שם, פס' 92 לפסק דינו של הנשיא ברק.

107 ראו למשל, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 61 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004); בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 277, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005).

108 ראו הספר, בעמ' 582.

109 שם.

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

32. יתר על כן, ההתמקדות במבחן היחסיות – המעורר את בעיית אי-ההמירות – מגבילה את הכנסת הנבחרת, "בית הנבחרים של המדינה"¹¹⁰, דווקא בהיבט שבו יש ערך מיוחד, בהיעדר אמות מידה כמותיות או עובדתיות, לפרוצדורת החלטה המבוססת על דעת הרוב. בפועל בשיטה שבה קיימת ביקורת שיפוטית סמכות החלטה מועברת לרשות השופטת.¹¹¹

ואכן, הרושם הוא שברק אינו מעניק משקל רב – לא בפרשנות הזכויות ולא בפרשנות של פסקת ההגבלה, ובמרכזה המידתיות – לצורך לצמצם את המגבלות המוטלות על הכנסת, בהיותה בית הנבחרים, למקרים שבהם יש הצדקה לפגיעה כזאת בשלטון הרוב. ההכרעה לפי דעת רוב מגלמת היבט מרכזי של עקרון השוויון – שוויון בהקצאת הכוח הפוליטי בין האזרחים. אף אם הכרעה לפי דעת הרוב בוודאי אינה ההתגלמות היחידה של הדמוקרטיה, מכל מקום היא היבט דומיננטי שלה. פרשנות מרחיבה, "נדיבה", של זכויות חוקתיות, כמו גם מיקוד המידתיות במבחן היחסיות, פוגעים – כל אחד בדרכו – בהיבט דמוקרטי דומיננטי זה, ואין ברק מציע הצדקה לכך.

אמנם ברק ער לטיעונים שלפיהם יש קושי דמוקרטי בקיום ביקורת שיפוטית מצד הרשות השופטת הלא-נבחרת על חוקים המתקבלים על ידי הכנסת, ומתמודד אתם באופן משכנע. כדבריו, "[...] משהחליטה חברה (במפורש או במשתמע) על קיומה של ביקורת שיפוטית, הפעלת הביקורת השיפוטית נעשית מכוחה של החלטה זו והיא תואמת את הדמוקרטיה ומגשימה אותה. [...] הביקורת השיפוטית] צריכה להתבצע באופן שבית המשפט יוכל לבדוק באופן המלא ביותר אם הרשות השלטונית שפגעה בזכות החוקתית מילאה את תנאי המידתיות".¹¹²

עם זאת כאמור נראה שברק, באופן שבו הוא מפרש הן את היקף הזכויות והן את המידתיות, אינו מתמודד התמודדות מלאה עם שיקולים דמוקרטיים בפירושים של חוקי-היסוד. הגנה ראויה על זכויות האדם במדינה דמוקרטית אינה מחייבת דווקא פרשנות רחבה של היקף הזכויות החוקתיות ושימוש במנגוני איוון המדגישים את בעיית אי-ההמירות.

33. למשל, אי-ההמירות כרוכה גם בעמימות. אמנם במשפט בכללותו, ובמיוחד במשפט חוקתי, טבועה עמימות, שכנראה אין דרך להימנע ממנה, ועם זאת מידת העמימות, גם אם לא עצם קיומה, תלויה בתוכן הנורמות ובפרשנות הניתנת להן. ההתמקדות במבחן היחסיות הכרוך באי-ההמירות מעצימה את בעיית העמימות ומפחיתה את יכולת הרשויות

110 ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת, התשי"ח-1958, ס"ח 244.

111 לביקורת ברוח זו ראו למשל לנדוי, לעיל ה"ש 14; אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (1997); רות גביוון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 106-108 (התש"ס); גדעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד 179, 251-252 (2010).

112 ראו הספר, בעמ' 471.

הנבחרות (ויועציהן המשפטיים) לדעת אם הצעות שהן שוקלות עומדות בדרישות החוקתיות. בסופו של דבר, הטעמה של מבחנים, שהם עמומים בשל אי-ההמירות הכרוכה בהם, פוגעת ביעד הבסיסי של החוקה – קידום חקיקת חוקים שיתאימו לעקרונותיה ולא יסתרו אותם. לדברי ברק, במצב דברים שבו הגשמת מטרתו של חוק דורשת פגיעה בזכויות אדם, "[...] אין הבדל של ממש בין סבירות למידתיות".¹¹³ אך איזו הכוונה מהותית יש בדרישה מהכנסת ומהרשויות האחרות לפעול באופן "סביר"? ההשלכה של ביסוס הפרשנות של הנורמות החוקתיות על מבחנים שעמימותם רבה משל מבחנים אלטרנטיביים עשויה אפוא להיות גריעה מיכולתה של הכנסת לקיים נורמות אלה. וליתר דיוק: פרשנות של נורמות ככרוכות באי-המירות שוללת את ממשותן של הנורמות. מכאן שגם בשלב הביקורת השיפוטית בית המשפט נדרש להכריע אם חוק תואם חוק-יסוד מבלי שחוק-היסוד – לפי הפרשנות שברק מציע לו – מעניק לו הנחיות ממשיות. פסיקה שלפיה התועלת היחסית הגלומה בהסדר מסוים ל"חשיבות החברתית" של אותו החוק קטנה מהנזק היחסי שלו לאותה החשיבות, אינה מספקת הנחיה פוזיטיבית לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת כיצד לנהוג באשר להסדר עתידי בנסיבות קונקרטיות שונות. בסופו של דבר, המטפורה של "איוון" שברק מרבה להשתמש בה הן בספרו והן בפסקי הדין שכתב כשופט, והעומדת ביסוד תפיסתו את המידתיות מתקשה לשאת תוכן מהותי – שיש בו כדי להתמודד באופן משיביע רצון עם בעיית אי-ההמירות – החורג מההכרעה השיפוטית הסופית בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה.

34. טענתנו אינה כי אי-ההמירות מחייבת לבטל את מבחן היחסיות. יש מקרים שבהם הגנה ראויה על זכויות האדם לא תתאפשר בלעדיו. אך אין להתעלם מחולשותיו ומהבעיות הכרוכות בו ולהעמידו במוקד המהלך החוקתי תוך הצנעה מופגנת של אמות מידה אחרות שיש להן, לא פחות ממנו, בסיס בחוק-היסוד.

ה. מידתיות הפגיעה בזכויות חיוביות

35. זכות חוקתית חיובית היא זכות לכך שרשויות השלטון יפעלו בדרך מסוימת. בכך זכויות חיוביות שונות מזכויות שליליות, שהן זכויות לכך שרשויות השלטון לא יפעלו בדרך מסוימת.¹¹⁴ מרבית הזכויות הקבועות בחוק-היסוד על זכויות האדם, הן, בליבתן,

113 שם, בעמ' 35, 465.

114 ראו לדוגמה גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה 65, 93 (1999); גדעון ספיר "הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות" משפט וממשל יג 411, 421 (2011); JAN NARVESON, THE LIBERTARIAN IDEA 57–58 (1989).

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

זכויות שליליות.¹¹⁵ עם זאת סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע זכות חיובית: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". כדברי ברק, מכוח הסעיף "[...] מוטלת על רשויות השלטון החובה להגן על החיים, הגוף והכבוד מפני פגיעה בהם על ידי צדדים שלישיים".¹¹⁶ יתר על כן בית המשפט העליון פסק כי מכוח הסעיף, "[...] מחובת המדינה [...] לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי האמצעים שבחברה [...] במסגרת זו עליה להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים שבו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר; תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות שיבטיחו לו גישה ליכולות הרפואה המודרנית".¹¹⁷

36. לכאורה אין היחס בין זכויות חיוביות לבין פסקת ההגבלה – הקובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי [חוק-היסוד...] אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"¹¹⁸ – ברור. האם פסקת ההגבלה – שעניינה פגיעה בזכויות – הולמת זכויות חיוביות?

ברק אינו מוצא בשאלה זאת קושי מיוחד. מסקנתו היא "[...] שאין כל ייחוד בזכות החיובית לעניין מרכיבי המידתיות, ושפעולתם לעניין המחדל של המחוקק זהה לפעולתם לעניין פעולת המחוקק הפוגעת בזכות שלילית [...]".¹¹⁹ גם באשר לזכויות חיוביות – כמו לעניין זכויות שליליות – יש להבחין בין השלב שבו נבחן אם הזכות נפגעת לבין השלב שבו נבדק אם הפגיעה מקיימת את הדרישות הקבועות בפסקת ההגבלה. אשר לשלב הראשון ברק מצייין כי "קביעת הפגיעה בזכות החוקתית החיובית אינה שונה מקביעת החובה בזכות החוקתית השלילית. תחילה יש לקבוע את היקפה של הזכות החוקתית החיובית. דבר זה נעשה על ידי פרשנותה ולעניין זה חלים דיני הפרשנות החוקתית הרגילים".¹²⁰

37. אשר לדרישת החוקיות, לשיטתו של ברק, "אם הזכויות החיוביות נפגעו על ידי המדינה בלא כל דבר חקיקה אין המדינה יכולה להצדיק את מחדלה".¹²¹ ואולם, "[...] פסקת ההגבלה תספק צידוק למחדל של המדינה [...] אם המחדל אינו מוחלט (הימנעות

115 עם זאת ההבחנה בין זכויות חיוביות לזכויות שליליות אינה חד-חד. למשל, לעתים לזכויות שביסודן הן שליליות יש גם היבטים חיוביים. ראו הספר, בעמ' 513–514; מונדלק, לעיל ה"ש 114.

116 ראו הספר, בעמ' 517.

117 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, בעמ' 483–484 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005).

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

119 ראו הספר, בעמ' 36. אך ראו עניין חסן, לעיל ה"ש 3, פס' 12–14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

120 ראו הספר, בעמ' 523.

121 שם.

כוללת מהגנה על הזכות) אלא יחסי (הגנה מסוימת על הזכות שלפי הטענה אינה מספקת).¹²²

לפי גישה זאת דומה, לאור הסמכות השיורית של הממשלה [...] לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת,¹²³ שדרישת החוקיות לעניין זכויות חיוביות תתמלא בדרך כלל. שכן מקום שבו הנושא הנדון אינו מטופל בחוק כלשהו – תחול הסמכות השיורית של הממשלה, שכן סמכות זו חלה, כאמור בסעיף 32 של חוק-יסוד: הממשלה, על "כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" ואף "בכפוף לכל דין". מכאן שהממשלה אינה מוסמכת לפגוע מכוח הסמכות השיורית בזכויות האדם, שהן בגדר דין שהממשלה כפופה לו.¹²⁴ לעומת פגיעה – ולו פגיעה חלקית ונקודתית – בזכות שלילית, שאינה מותרת מכוח הסמכות השיורית, הרי שבדרך כלל הממשלה אינה מנועה מלהשתמש בסמכות השיורית, בהיעדר הסדרה של הנושא הנדון בחוק ספציפי, כדי להגשים זכות חיובית באופן חלקי. ואילו מקום שבו קיים חוק ספציפי המגשים את הזכות באופן חלקי, והסמכות השיורית של הממשלה אינה חלה,¹²⁵ תתמלא דרישת החוקיות.

ואולם, הפרשנות שברק מציע אינה מובנת מאליה, שכן ספק אם אכן, לפי האמור בחוק-היסוד, קיים בסיס מספיק לגישה שעל פיה די במימוש חלקי של זכות חיובית כדי לקיים את דרישת החוקיות. שכן לפי פסקת ההגבלה, פגיעה בזכות – ולא הגשמתה, המלאה או החלקית – צריכה להיות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. מכאן שלכאורה יש צורך בחוק כדי לשלול כל היבט של הזכות החיובית. אין די בכך שחוק יממש זכות חיובית באופן חלקי כדי לקבוע שאותו חלק של הזכות החיובית שהחוק אינו מממש נפגע בחוק. לכאורה על הכנסת – ככל שאין ברצונה לממש את הזכות החיובית במלוא היקפה – לחוקק חוק שיקבע זאת, ואין די בחוק המממש את הזכות בחלקה. אך בפועל הכנסת אינה נוהגת לחוקק חוקים הקובעים – בהקשר של זכויות חיוביות – אילו היבטים שלהן לא ימומשו. אף ספק אם דרישה כזאת, כי הכנסת תחוקק חוקים שיקבעו אילו היבטים של זכויות חיוביות לא ימומשו, היא מעשית.

38. באשר לדרישת התכלית הראויה – בהנחה שההימנעות ממימוש מלא של הזכות החיובית אינו סותר את ערכי המדינה – ברק כותב כך:

122 ש.ס.

123 ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה, התשס"א–2001, ס"ח 1780.

124 ראו למשל, בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 833–833 (1999); בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 652 (1995).

125 לעניין הסמכויות השיוריות של הממשלה ראו גם בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסק דינו של השופט חשין (פורסם בנוב, 27.2.2006); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 418–426 (מהדורה שנייה, 2010).

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

כמו בזכויות השליליות, אף בזכויות החיוביות הפגיעה בזכות החוקתית צריכה להיות למטרה ראויה. על כן יש לבחון אם מטרת המחדל – הסיבה לאי־הגנה מספקת על הזכות החוקתית – היא ראויה. [...] על הטוען לחוקתיות המחדל להראות כי ההימנעות מנקיטת צעדים נוספים [להגנת הזכות החיובית] היא למטרה ראויה.¹²⁶

אך האומנם לכנסת יש בהכרח, בכל מקרה ומקרה, תכלית – בין ראויה ובין לא ראויה – לאי־הגנה מספקת על זכות חיובית? הליכי החקיקה הקיימים בכנסת – בית הנבחרים של מדינת ישראל ולא של ארץ הפלאות פרי רוחו של לואיס קרול – מבוססים על דיון בהצעות חוק ולא על דיון בהצעות אי־חוק. כאשר הכנסת מחוקקת חוקים יש לה תכלית, שאותה אפשר לבחון. אין לה בהכרח תכלית להימנעות מחקיקה. אמנם הימנעות כזאת עשויה לנבוע מהסדר שלילי, שיש לו תכלית, למשל של חיסכון במשאבים, אך לא כך תמיד. דומה שברק אינו נותן את הדעת על מחדלי חקיקה חסרי תכלית. כדי שפרשנותו תהיה מעשית נדרשים שינויים בהליכי החקיקה של הכנסת. למשל, אפשר להעלות על הדעת הליך שבו הממשלה תפנה להכרעת הכנסת את השלמת ההגנה על זכויות חיוביות, ואם לא תעשה כן, בית המשפט יעשה כן.¹²⁷ עם זאת תוכנם המדויק של שינויים אפשריים אלה – וממילא מעשייתם – אינם ברורים.

39. באשר למידתיות – לכאורה אין הבדל מהותי בין בחינת התקיימותם של שלושת מבחני המידתיות באשר להימנעות מהגשמה מלאה של זכויות חיוביות לבין בחינת התקיימותם באשר לפגיעה בזכויות שליליות. עם זאת כל שלושת המבחנים מבוססים על קיום תכלית. במקרים שבהם אין תכלית להימנעות מהגשמה מלאה כזאת, אי אפשר ליישם אף אחד ממבחנים אלה. למשל, מבחן ההתאמה דורש קשר בין החוק הפוגע בזכות היסוד לבין התכלית שאותה מבקש החוק לקדם. משתכלית כזו להימנעות מחקיקה איננה קיימת, ממילא אי אפשר לדון בהתאמתו של האמצעי שנבחר – ושמוא האמצעי שלא נבחר – לבין התכלית. דומה שברק אינו ער לקשיים אלו.

40. הקשיים השונים נובעים ביסודם מניסוחה של פסקת ההגבלה הקיימת, שאינו הולם זכויות חיוביות. קשה למצוא פירוש של פסקת ההגבלה הקיימת שיהיה אפשר להחילו על הזכויות החיוביות הקבועות בסעיף 4 של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. דעתו של ברק – כי אין כל ייחוד בזכויות חיוביות לעניין מרכיביה של פסקת ההגבלה ובתוכה המידתיות – היא אפוא בעייתית.

משמעות הדברים אינה בהכרח כי אי אפשר לספק הגנה חוקתית לזכויות חיוביות, ובתוכן זכויות רווחה ("זכויות חברתיות"), אלא כי לא בנקל אפשר להחיל את תורת

126 ראו הספר, בעמ' 524.

127 השו"ב בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 9 להחלטתה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 15.9.2010).

המידתיות הקיימת בכלל ואת ההסדרים הקבועים בפסקת ההגבלה של חוק-היסוד הישראליים בפרט, לעניין זכויות חיוביות.¹²⁸ ואכן, בחוקות רבות בעולם המכירות בזכויות חיוביות קיימת בעניינן התייחסות מיוחדת. למשל בחוקה של דרום-אפריקה שלובה בהגדרה של זכויות רווחה רבות ("זכויות חברתיות") הקביעה כי על המדינה לנקוט צעדי חקיקה סבירים וצעדים אחרים להגשמתן, וזאת במסגרת משאביה הזמינים.¹²⁹

סוף דבר

41. המידתיות נקלטה במשפט הציבורי הישראלי ככלל בעל שם¹³⁰ בפסק דין קצר של בית המשפט העליון שניתן מפי השופט ברק בתחילת מרס 1992, ימים אחדים לפני

128 בעניין חסן, לעיל ה"ש 3, פסל בית המשפט העליון כבלתי חוקתי סעיף בחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, שבו נקבעה חזקה חלוטה לפיה רואים במי שבבעלותו או בשימושו כלי רכב כמי שיש לו הכנסה בגובה הגמלה, ולפיכך נשללת זכאותו לגמלת הבטחת הכנסה. בית המשפט פסק כי הסעיף פוגע בזכות – שיש לה היבט חיובי – לקיום מינימלי בכבוד, שהיא חלק מהזכות לכבוד הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מקרה זה לא מעורר את הקושי שעליו עמדנו לעיל, שכן הסעיף שנפסל שלל – במפורש ובמכוון – את הזכות לגמלה מבעלים של כלי רכב. עם זאת, מתעוררת השאלה אם שיעור הגמלה הקיים ותנאי הזכאות לקבלתה (מלבד התנאי שנפסל) מבטאים זכות חוקתית, כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – אף כי הם קבועים בחוק "רגיל". זאת בשים לב להלכה, המתבקשת מהעליונות של חוק-יסוד על חוקים, כי ככלל אין מפרשים חוק-יסוד על פי חוקים. ראו בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד (נב) 206, 210–211 (1998). כך, למשל, אילו הכנסת הייתה מצמצמת את שיעור הגמלה, מבלי לקבוע את התנאי שנפסל, האם היא הייתה פוגעת בכך בהכרח בזכות חוקתית? פסיקה קודמת של בית המשפט העליון מעוררת, לפחות, ספק בעניין זה. ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).

129 S. Afr. Const., § 26(2) 1996: "The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right"; § 27: "The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights"

130 המילה "מידתיות" הומצאה, כתרגום העולה על המקור – proportionality – על ידי השופט חיים כהן. על נסיבות החידוש העיד יצחק זמיר "השופט חיים ה' כהן: האיש והרוח" המשפט יא 137, 141 (2007): "זכורני שפעם, כאשר טיילתי [עם חיים כהן...] ברחובות ירושלים, סיפרתי לו שאני עסוק בכתיבת מאמר שבו אני מציג [...] את המשפט הגרמני שקבע עילה של פרופורציונליות לצורך ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות, ומביע דעה שראוי לאמץ עילה כזאת גם במשפט הישראלי. לא ידעתי כיצד לתרגם פרופורציונליות לעברית. היה כבר מי שהציע תרגום: יחסיות. אך התרגום לא נראה בעיניי. שאלתי את חיים כהן: מה אתה מציע? והוא השיב באופן מידי ונחרץ: מידתיות. אכן, תרגום פשוט ויפה, כמעט מתבקש מאליו. שמעתי, קיבלתי וכך כתבתי. מאז המידתיות היכתה שורש, לא רק בתורת המשפט, אלא גם בשפת הרחוב."

משפטים מב תשע"ב על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה

חקיקת חוקי-היסוד על זכויות האדם.¹³¹ המידתיות נולדה במשפט המינהלי כענף של הסבירות – שהינה בלתי קביעה (שאי אפשר לְקַבֵּעָה; indeterminate)¹³² – אך נועדה להיות מופשטת פחות מהסבירות כדי שיהיה בה כדי לספק הכוונה מהותית לרשויות השלטון ולבית המשפט, לפחות בהקשר של נורמות שלטוניות הפוגעות בזכויות האדם. כפי שציין זאב סגל במאמרו החלוצי מ-1991, שבו קרא לפיתוחה של עילת היעדר היחסיות – הלוא היא המידתיות – במשפט המינהלי: "עילת היעדר היחסיות יכולה להוות ענף בעץ אי-הסבירות. הגדרתו של ענף זה, שטרם נעשתה, היא בה כדי לצקת תוכן לריקמה פתוחה ובלתי מוגדרת. הצבת העילה על אדנים ברורים יותר יכולה להועיל להתגברות על רתיעה מפני שימוש בעילה זו, במקרים ראויים".¹³³

ואכן, לכאורה נחלה המידתיות הצלחה במשימה זאת. אין משמעות רבה – מבחינת הרשות ומבחינת הציבור – לחיוב לתת משקל יחסי "סביר" לשיקולים השונים או לקבל החלטה המצויה ב"מתחם הסבירות". לעומת זאת המידתיות היא מובנית, ומורכבת משלושה כללים נפרדים ומובחנים – התאמה, פגיעה פחותה ויחסיות – שאליהם מצטרפת הדרישה לתכלית ראויה.

42. בתחילת דרכה של המידתיות הוטעמו כלליה השונים על ידי בית המשפט העליון במידה דומה. ככל שיוחסה חשיבות מיוחדת לאחד ממבחני המידתיות, היה זה למבחן השני – מבחן הפגיעה הפחותה. כך צוין כי "מבין מבחני המשנה [...] החשוב ביותר הוא המבחן השני",¹³⁴ וכי דרישת הפגיעה הפחותה "היא לב ליבו של מבחן המידתיות".¹³⁵ בשנים האחרונות הלך וגבר משקלו של מבחן היחסיות – המידתיות במובן הצר. כאמור, ברק מציג בספר עמדה שלפיה זהו מבחן המידתיות המרכזי.¹³⁶ מרכזיות זאת של דרישת היחסיות ומתן משקל מינורי לדרישות ההתאמה והפגיעה הפחותה נובעים מהפרשנות המרחיבה של זכויות האדם החוקתיות – המקשה מאוד להקפיד על התאמה ופגיעה פחותה.

131 בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מו(1) 858, 860 (1992): "הסמכות [...] צריכה להיות מופעלת בצורה סבירה. משמעות הדבר, בין השאר, כי חייב להתקיים קשר ענייני בין חומרת המעשה המיוחס לפלוני לבין האמצעי [...] הננקט נגדו; [...] חייב להתקיים יחס ענייני – יחסיות או מידתיות ראויות – בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעי הננקט על-ידי השלטון".

132 ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א 457–458 (אהרן ברק עורך, 2003).

133 זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507, 531 (1991).

134 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 437 לפסק דינו של הנשיא ברק.

135 עניין מנחם, לעיל ה"ש 77.

136 ראו לעיל, סעיפים 13–16.

לשיטתו של ברק, ככל שהגשמתה של תכלית ראויה פוגעת בזכויות האדם, אין הבדל של ממש בין מבחן היחסיות לדרישת הסבירות. לדבריו, "במצב דברים [...] שבו נבחן היחס בין אמצעים הפוגעים בזכות חוקתית לבין המטרה החקיקתית שלהשגתה נבחרו, [אין...] הבדל בין מידתיות לבין סבירות".¹³⁷

לפי הפרשנות הרחבה של הזכויות הקבועות בחוקי היסוד, חלק ניכר מהחוקים נחשבים לפוגעים בזכויות חוקתיות ולכן כפופים לדרישות המידתיות השונות. כאשר מרב המשקל מוטל על דרישת היחסיות – הלא היא, במידה רבה, הסבירות – התוצאה היא כי הסבירות הופכת לאמת המידה הדומיננטית לחוקתיות של חוקים בישראל. אמנם ברק עושה מאמצים ניכרים לחלץ את היחסיות מאי־היקבעותה, כמו גם ממגבלותיה במתן הגנה יסודית ושיטתית לזכויות האדם, אך למרות החשיבות הרבה שיש בהצעותיו של ברק למתן תוכן קונקרטי ליחסיות, ובמיוחד בגישתו בדבר הרחבת השילוב של איוונים עקרוניים בדרישת היחסיות, הצלחתו חלקית. חשיבותה של הבניית המהלך החוקתי כפי שנעשה בספר פחותה מהמצופה. בסופו של דבר, המידתיות על פי אהרן ברק אינה מבטיחה שההגנה על זכויות האדם החוקתיות תהיה תמיד במידה שאינה עולה על הנדרש, וגם במידה שאינה נופלת מהנדרש. היא גם אינה מבטיחה שהשאיפה להגיע לתוצאות שיפוטיות נאותות בנסיבות כל מקרה לא תגרע מתפקיד המשפט החוקתי להסדיר את ההגנה על זכויות האדם ולכוון את רשויות השלטון הנדרשות לאזן ביניהן לתכליות ראויות אחרות. המידתיות עדיין איננה מידתית.

ספרו של ברק מקדם מאוד את החשיבה על מידתיות, אך עדיין נותרו בעיות קשות ומורכבות בנושא בסיסי זה של המשפט החוקתי בישראל. לחלק מהבעיות הצענו ראשית־פטרון. בעיות אחרות – שבמידה רבה, כעולה מהדיון ההשוואתי המאלף בספר, משותפות לכל המדינות הרבות שמשפטן החוקתי מבוסס על מידתיות – הן קשות מאוד ועדיין טעונות עיון וליבון. ספרו של אהרן ברק על מידתיות במשפט הוא צעד חשוב, גם אם לא המילה האחרונה, בעיון ובליבון האלה.

137 ראו הספר, בעמ' 465.