

מועט המחזיק את המרובה: על היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות

מאת

נעם סולברג* ועמרי גולדוין**

בעשורים האחרונים התעצב בפסיקה מודל לקביעת היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות. האינטואיציה בבסיס המודל הקיים, היא שהרחבת היקף ההתפרשות תיטיב עם ההגנה על הזכות החוקתית. במאמר זה, אנו מבקשים לאתגר את המודל הקיים, ואת האינטואיציה שבבסיסו. מודל זה, חרף מעלותיו – מעורר קשיים משמעותיים. כך, נטען, בין היתר, כי קביעת היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות באופן רחב, לפי המודל הקיים, מייצרת פיתוח בערכן, ופוגעת במעמדן הנורמטיבי הייחודי; מביאה לכך שהשחקנים השונים מתקשים לזהות את גדריה של הזכות החוקתית, וכתוצאה מכך, אינם יודעים כיצד להימנע מפגיעה בה; ומחבצעת באופן שאינו רגיש להקשר, ובתוך כך, גם למגבלות נורמטיביות ומוסריות שראוי להטיל על תוכן הזכות. בניסוח אחר, קיים חשש כי תחת המודל הקיים, עלולה הזכות החוקתית להפוך, בתהליך הדרגתי, למרובה המחזיק את המועט.

חלף המודל הקיים, נטען כי על מודל לקביעת היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות, להביא בחשבון שלוש תובנות יסודיות: זכויות מתאפיינות במימד יחסני אינהרנטי; הזכויות החוקתיות מקיימות מגוון קשרי השפעה ותלות הדדית; ותוכן הזכות נקבע, ולמצער ראוי כי יקבע, באופן רגיש להקשר. מודל המביא בחשבון תובנות אלה, כך נטען, יאפשר להתמודד עם הקשיים שמעורר המודל הקיים, ולהגדיר את תוכן הזכויות החוקתיות באופן מדויק ובהיר יותר; לשמור על מעמדן הנורמטיבי, ובהתאם לכך, על הערכים והאינטרסים הייחודיים שעליהם נועדו הזכויות החוקתיות להגן; ויסייע בהגשמת התפקיד המוסדי של הזכויות החוקתיות, קרי – בשרטוט גבולות המגרש, שבגדרו ניתן להגשים את הרצון הפוליטי באופן חופשי, תוך וידוא כי ההשתתפות בהליך לקביעת הטוב החברתי היא מנת חלקם של אזרחים חופשיים ושווים. אם תרצו: מועט המחזיק את המרובה.

מבוא. א. מספר הבהרות מושגיות מקדימות. ב. המודל הקיים לקביעת היקף ההתפרשות של זכויות חוקתיות. ג. ביקורת על המודל הנוהג. ד. כיצד ניתן לשפר את המודל הקיים – שלוש תובנות מרכזיות. 1. מבט נוסף על הממד היחסני של הזכות. 2. זכויות מקיימות מגוון קשרי השפעה ותלות הדדית. 3. רגישות להקשר. ה. קביעת היקף התפרשות הזכות – מחשבה מחודשת. 1. שיקולים מנחים בקביעת היקף התפרשות הזכות – רגישות להקשר, ושילוב בין היבט אנכי והיבט אופקי. 2. ניתוח השאלה אם נפגעת זכות. 3. התנגשות בין זכויות. 4. יישום התובנות המוצעות במסגרת המודל הנוהג. 5. כיצד יישום העקרונות המוצעים מאפשר להתמודד עם הקשיים שמעורר המודל הקיים. 6. הערה לסיום – מבט רחב על התפתחות הדוקטרינה החוקתית של ההגנה על זכויות. ו. סיכום.

* שופט בית המשפט העליון.

** עוזר משפטי בבית המשפט העליון.

מבוא

את המשפט החוקתי מקובל לחלק לשני תחומים נבדלים, אם כי לא בלתי-תלויים: המשפט החוקתי המוסדי, עניינו ביחסים בין רשויות השלטון, גדרי התפקידים והסמכויות של הרשויות הללו, והכללים החלים על דרכי פעולתן; *חיני זכויות האדם*, העוסקים בהגדרת זכויות-היסוד, ובהגנה המשפטית עליהן, בפרט ביחסים שבין המדינה לאזרח.¹ בשנים האחרונות, עבר מוקד העשייה המחקרית בתחום המשפט החוקתי, מעיסוק בדיני זכויות האדם, לעיסוק אינטנסיבי במשפט החוקתי המוסדי.² העיסוק הנוכחי במשפט החוקתי המוסדי – מבורך, ויש בו, כך ניתן לקוות, כדי לתרום להתמודדות עם לקונה אמיתית בשיטתנו המשפטית; לקונה אשר השלכותיה משתקפות, ביתר שאת, במשבר החוקתי והציבורי שבו מצויה מדינת ישראל. עם זאת, אל לנו לשכוח, כי גם בכל הנוגע לדיני זכויות האדם, טרם הגענו אל המנוחה ואל והנחלה. אמנם, הודות לפיתוח התיאורטי והדוקטרינרי הענף, אשר נעשה ברובו מאז מה שנהוג לכנות "המהפכה החוקתית" – איננו נמצאים בתחילת הדרך. ואולם, נדרש עוד דיוק, חידוד וטיוב; דרך ארוכה היא ורבה עוד לפנינו.

מאמר זה, מבקש לצעוד צעד נוסף בדרך זו. נקודת המוצא היא שהמודל הנוהג לקביעת תוכן הזכויות החוקתיות – או כפי שנהוג לכנות זאת, "היקף התפרשות" הזכות – מעורר קושי. בפרט, מודל זה מביא להגדרת תוכן הזכויות באופן רחב, רחב מדי; וכולל, לעתים, בגדרי הזכות, גם אינטרסים שאינם ראויים בהכרח להגנה חוקתית. הרחבה זו של גדרי הזכות, אשר נעשית, במרבית המקרים, בכוונה טובה, מתוך תפיסה המבקשת להגן על זכויות היסוד – מביאה לשחיקת ערכן, ולגריעה ממעמדן הנורמטיבי הייחודי; ומעוררת חשש שמא היא חותרת תחת עצמה, במובן זה שהיא מביאה דווקא לפגיעה ביכולת להגן על אותן זכויות. קושי זה, מחייב מחשבה מחודשת על האופן שבו מתעצב תוכן הזכויות החוקתיות. מאמר זה נועד להוות שלב בדרך לאותה מחשבה מחודשת; לא פחות, אך גם לא יותר. לא מתווה, אלא הצעה לאבן-דרך.

¹ ראו למשל: חגי שלזינגר "חוק יסודות המשפט החוקתי? על השורשים השמרניים בפרשת קוונטינסקי" *משפטים* נג (צפוי להתפרסם) (להלן: שלזינגר); ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" *עיוני משפט* מ 595 (2017) (להלן: מדינה ויצמן).

² זאת, בין היתר, בעקבות מספר פסקי דין מרכזיים שעסקו בתחום זה. ראו למשל: בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017); בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (12.7.2021). לכתיבה שהתפתחה בתחום זה, אם בעקבות פסקי הדין האמורים, אם באופן בלתי-תלוי, ראו למשל, מני רבים: שלזינגר לעיל, ה"ש 1; מדינה ויצמן לעיל, ה"ש 1; איתי בר סימן טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטייה רבת' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" *מחקרי משפט* לב 889 (2020); חגי שלזינגר "בין פרשות קוונטינסקי ושפיר" – ICON-S-IL Blog (21.7.2021); יניב רוזנאי "מיני-סימפוזיון בעקבות בג"ץ קוונטינסקי ואח' נ' הכנסת – הקדמה" – ICON-S-IL Blog (13.3.2018); גילה שטופלר "בית המשפט העליון ככלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" – ICON-S-IL Blog (25.3.2018); אריאל בנדור, "הליכי חקיקה והפרדת הרשויות" – ICON-S-IL Blog (20.3.2017); רבקה וייל "על שימוש לרעה בסמכות מכוננת ותיקון חוקתי שאינו חוקתי" – ICON-S-IL Blog (6.10.2019); Suzie Navot & Yaniv Roznai, *From Supra-* *Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 3(21) EURO. J. L. REFORM 403 (2019); נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" *השילוח* 18 (2020).

לשם כך, ולאחר שנפתח במספר הבהרות מושגיות מקדימות, אשר ישמשו אותנו בהמשך הניתוח, נעמוד באופן מדויק יותר על הקשיים שמעורר המודל הנוהג לקביעת היקף התפרשות הזכות. בהמשך, ננסח שלוש תובנות מושגיות בסיסיות לגבי זכויות, ונטען כי מודל המגלם תובנות אלה, יוכל להתמודד עם הקשיים האמורים. בתוך כך נטען, כי זכויות מתאפיינות בממד יחסי אינהרנטי; כי זכויות מקיימות מגוון קשרי השפעה ותלות הדדית; וכי תוכן הזכויות נקבע, ולמצער, ראוי כי יקבע, באופן תלוי-הקשר. תובנות אלה, כך נטען, מאפשרות לעמוד על הקשיים הנובעים מהמודל הנוהג באופן בהיר יותר; ולהגדיר את תוכן הזכויות החוקתיות באופן צר ומדויק יותר. להמחשת הטענה נשרטט, בקווים כלליים, את האופן שבו מודל המשקלל תובנות אלה מגדיר את תוכן הזכויות החוקתיות; וכן את האופן שבו הוא מתמודד עם שאלת הפגיעה בזכות במישור האזיון האנכי, כלומר במקרים שבהם הפגיעה בזכות מתבצעת לשם הגשמת אינטרס ציבורי. עוד נטען, כי בגדרי בחינת השאלה האמורה, על מודל מסוג זה ליתן ביטוי למספר הבחנות חשובות, הנוגעות, בין היתר, לחשיבותו החברתית של הערך או האינטרס המוגן; למידת הלגיטימיות של האינטרס שנפגע; ולטיב הפגיעה באותו ערך או אינטרס.

טענה נוספת שנבקש לפתח, בקשר ישיר לדיון האמור, היא כי הדרך הנכונה להתמודד עם התנגשות בין זכויות, במישור האזיון האופקי, היא ביצוע התאמה עקרונית בתוכן הזכויות המתנגשות, באופן שמביא לקוהרנטיות ביניהן. זאת, בין היתר, משיקולי הכוונת התנהגות, אובייקטיביות שיפוטית, ובהתחשב בצורך ביצירת הרמוניה בין הנורמות החוקתיות. בתוך כך נטען, כי להבנה המוצעת של אופן ההתמודדות עם התנגשות בין זכויות, יש יתרון משמעותי על פני הדרך שבה מקובל להבין (וליישם) היום את מבחן האזיון האופקי במקרים מסוג זה. בהמשך לכך, נסביר כיצד משתלבים העקרונות המוצעים במודל הדו-שלבי הנוהג; ונבהיר כיצד מודל שנותן ביטוי לעקרונות אלה, מאפשר להתגבר על הקשיים הנובעים מהמודל הנוהג.

אמנם, כפי שצינו, מאמר זה מתמקד בענף של דיני זכויות האדם במשפט החוקתי. עם זאת, כפי שיובהר, יש בו כדי להשליך גם על המשפט החוקתי המוסדי. כך, הגדרת תוכן הזכויות החוקתיות באופן צר ומדויק יותר, בהתאם לתובנות שיוצגו להלן, תאפשר, מחד גיסא, לצמצם את היקף ההחלטות השלטוניות המוכפפות, ללא הצדקה מספקת, לביקורת שיפוטית בעקבות פגיעה בזכויות, ולוודא שככלל, החלטות לגבי הטוב החברתי מתקבלות על-ידי מי שנהנה מהלגיטימציה הדמוקרטית לקבלן; ובד בבד, להפחית מהכפפות המבנית של זכויות היסוד לטוב החברתי, ולשרטט בעזרתן באופן ברור, ככל הניתן, את גבולות המגרש שבגדרו יכולות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת לפעול באופן לגיטימי להגשמת הטוב החברתי; קרי, באופן שמבטיח כי ההשתתפות בהליך לקביעת הטוב החברתי היא מנת חלקם של אזרחים חופשיים ושווים. מכיוון אחר, המודל (הראשוני) המוצע כאן יאפשר לזכויות החוקתיות, כך אנו מקווים, לממש באופן טוב יותר את תפקידן המוסדי.

לפני שנפתח בדיון, נבהיר, כי אנו מתמקדים כאן בניתוח מושגי של זכויות, להבדיל למשל מניתוח פרשני. איננו מתיימרים אפוא להציע כאן ניתוח ממצה של הסוגיה, במובן זה, שבהחלט יתכן כי בהקשרים שונים, שיקולים פרשניים שונים ישפיעו על הניתוח המושגי. את הדיון בכך נשמור להזדמנות אחרת.

א. מספר הבהרות מושגיות מקדימות

זכות היא מושג חמקמק, מופשט. אנו משתמשים בו במגוון רחב של הקשרים, שבהם הוא משחק "תפקיד מרכזי": בשיח המוסרי; במסגרת מאבקים חברתיים; באמנות והסכמים בינלאומיים שונים; בשיח החוקתי, ועוד. במסגרת רשימה זו, אנו מבקשים לצמצם את הדיון בזכויות להקשר המשפטי-חוקתי בלבד. בפתח הדיון, נעמוד על שלושה מאפיינים של זכויות משפטיות, אשר יהיו נקודות מוצא להמשך הניתוח. מאפיינים אלה, ישמשו אותנו לצורך הטיעון שנפתח בהמשך *כהנחות*, במובן זה שאיננו מצדיקים בהרחבה את השימוש בהם, או מבססים את נכונותם. עם זאת, נדגיש, כי מדובר במאפיינים בסיסיים, אשר מקובל לייחסם לזכויות בספרות התיאורטית-משפטית.

אם כן, כאשר מדברים על זכויות במשפט, השימוש המקובל במושג מתייחס, הלכה למעשה, לסוגים שונים של *יחסים משפטיים*, שבהם לאנשים יש כוח (חיובי), או הגנה (שלילית) מסוימת, ביחס לפעולה, או אי-פעולה של אחר.³ המשותף לכל סוגי היחסים האמורים, הוא *הקורלטיביות*: אל מול כל זכות, חיובית או שלילית, העומדת לאחד – ניצבת חובה, חיובית או שלילית (בהתאמה), אשר מוטלת על האחר. כך, הזכות היא *מושג יחסי* (relational), אשר מקבל משמעות רק מקום שבו הוא בא לידי ביטוי *ביחס* לאדם או ישות משפטית אחרת, שהוא בתורו בעל החובה הקורלטיבית לזכות; מן הכיוון השני, ככל שהזכות של אחד אינה מקימה חובה של אחר – לא לגמרי ברור באיזה מובן ניתן לומר כי אכן מדובר ב"זכות". להמחשת הנקודה, ניתן לחשוב למשל על כך שאל מול זכות הקניין של אחד לגבי אובייקט מסוים, ניצבת תמיד החובה הקורלטיבית של האחר, להימנע מפלישה או שימוש באותו אובייקט ללא הסכמת בעל הזכות; או על כך שאל מול זכותו של אדם לחופש ביטוי, ניצבת החובה הקורלטיבית – אם של האחר, אם של המדינה – להימנע מפגיעה ביכולתו להתבטא בחופשיות.⁴

³ הניתוח הקלאסי של הופלד, רלבנטי ביותר גם כאן. ראו Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (reprinted in 1964) (1913) (להלן: Hohfeld). כך, לפי הופלד, סוג אחד של יחסים כאלה, הוא יחסים של זכות (right) הקורלטיבית לחובה (duty), מה שהופלד כינה "claim right". סוג שני, הוא יחסים של פריבילגיה (privilege) הקורלטיבית לאי-זכות (no-right), אשר משמעותם היא האפשרות שלי לעשות מה שאני רוצה בהקשר מסוים, אל מול אי-האפשרות של האחר לחייב אותי לפעולה מסוימת (פריבילגיה ניתן להגדיר גם כחירות (liberty)). סוג שלישי של יחסים, הם יחסים של כוח (power) הקורלטיבי לחבות (liability). ה"כוח" הוא הכוח לשנות את היחסים המשפטיים, למשל להציע או לקבל חוזה, לאכוף הפרת זכות באמצעות תביעה נזיקית, וכו'. סוג רביעי של יחסים, הם יחסים של חסינות (immunity) אל מול היעדר כוח (no-power), כאשר חסינות היא החופש מהכוח המשפטי או השליטה של אחר בהקשר מסוים, למשל במצבים במשפט החוקתי, שבהם לאזרח יש חסינות מפני פעולה של המדינה, אשר משנה את מצבו המשפטי באופן מסוים. אם כן, זכות היא טענה חיובית נגד אחר, ופריבילגיה היא החופש מטענת הזכות של האחר. באופן דומה, כוח הוא "שליטה חיובית" על אחר ביחסים משפטיים מסוימים, וחסינות היא החופש מהכוח המשפטי, או מהשליטה של אחר ביחסים משפטיים מסוימים.

⁴ כידוע, הזכות לחופש ביטוי עשויה להטיל על המדינה, במקרים מסוימים, לא רק חובות שליליות, אלא גם חובות חיוביות, לאפשר לאזרחים להגשים את חופש הביטוי שלהם באופן אפקטיבי.

מאפיין נוסף של זכויות, מצוי בכוחן הנורמטיבי הייחודי. מאפיין זה מתבטא, בין היתר, בכך שבמקרים רבים, הזכות מאפשרת הגנה על ערך או אינטרס מסוים של הפרט,⁵ באמצעות הצבת מחסום מפני שיקולים תוצאתניים שונים; ולמצער, הצבת רף גבוה במיוחד של הצדקה לפעולה שיש בה כדי לפגוע באותו ערך או אינטרס.⁶ כך, באותם מקרים, משמעות היותו של אדם בעל זכות, היא שכמעט אין זה משנה עד כמה פעולה מסוימת תביא לתוצאה מיטיבה עבור הצד השני (בין אם אדם פרטי או גוף מדינתי); ככל שאותה פעולה פוגעת בזכות, אסור יהיה לצד השני לבצע.⁷ לשון אחר, באותם מקרים מהווה הזכות טעם מסדר שני, שלא להביא בחשבון טעמים מסדר ראשון – קרי, טעמים בעד או נגד ביצוע של פעולה מסוימת – במסגרת ההחלטה על דרך הפעולה בהקשר מסוים.⁸ הלכה למעשה, לפי כותבים בולטים בתיאוריה ובפילוסופיה של המשפט, מאפיין זה, הוא אולי המאפיין המרכזי ביותר של זכויות, זה שבו בא לידי ביטוי, באופן מובהק, תפקידן המיוחד בהנמקה המשפטית.⁹ עם זאת, איננו

⁵ המונח "אינטרס" כפי שאנו משתמשים בו כאן, ובהמשך המאמר, אינו מכוון למובן הצר והתועלתני של המושג, אלא לטעם חזק – אולי אף "אולטימטיבי", כפי שרו הגדיר אותו – המשקף רוחה אנושית, ואשר יש בו כדי להקים, למצער במקרים מסוימים, חובה של אחר. ראו: Joseph Raz, *On the Nature of Rights*, 93 MIND 194 (1984); Matthew Kramer, *Some Doubts about Alternatives to the Interest Theory*, in 123 ETHICS 245 (2013); Matthew Kramer, *In Defence of the Interest Theory of Right-Holding: Rejoinders to Leif Wenar on Rights*, in NEW ESSAYS ON THE NATURE OF RIGHTS 49 (Mark McBride ed., 2017).

⁶ לגישה "רכה" יותר מעין זו, ראו EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA LAW, ECONOMICS AND MORALITY (2010), המציעים לאמץ תפיסה של threshold deontology, שלפיה יש לקבוע כי ניתן להפר שיקולים דאונטולוגיים (כגון זכויות) רק באמצעות פעולות שמקדמות את התועלת או הרווחה החברתית במידה שחוצה רף תוצאתני מסוים. ראו גם: Eyal Zamir and Barak Medina, *Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law*, 96 CAL. L. REV. 323 (2008); אריאל פורת "איל זמיר וברק מדינה, משפט, כלכלה ומוסר (הוצאת אוקספורד)" **משפטים** מא 415 (תשע"א); איל זמיר וברק מדינה "משפט, כלכלה ומוסר דאונטולוגי - תגובה לאריאל פורת" **משפטים** מא 439 (תשע"א).

⁷ זה בדיוק מה שהופלד כינה "חסינות". ראו Hohfeld לעיל, ה"ש 3 בעמ' 53-57.

⁸ טעמים מסדר שני הם טעמים לפעולה, החלים על טעמים מסדר ראשון. כך, טעם מסדר שני יכול להיות, למשל, טעם שלא להביא בחשבון טעמים מסוימים מסדר ראשון; טעם שלא לאזן בין טעמים שונים מסדר ראשון; או טעמים שלא להפעיל היגיון מסוים כלפי טעמים מסדר ראשון. לניסוח קלאסי של הרעיון של טעמים מסדר שני ראו JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS 35-48 (1999). ליישום של רעיון זה בהקשר לתפקידן של זכויות, 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). מאפיין זה של זכויות, זכה לביטוי המפורסם של דוורקין "rights as trumps". ביטוי זה מסמן את כוחן הנורמטיבי של טענות זכות, ואת הנטייה שלהן לגבור על טענות נגדיות, שאינן מבוססות על זכויות. ראו Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in THEORIES OF RIGHTS 153, 153-159 (Jeremy Waldron ed., 1984). לכתיבה נוספת, המזהה מאפיין זה כמאפיין בסיסי של זכויות, ראו למשל: ROBERT NOZICK, ANARCHY, ; (Rawls: להלן: RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 3 (1971) STATE AND UTOPIA ix, 29 (1974); Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, 13 OXFORD J. LEGAL STUD. 18, 30 (1993). יוסף רו, מנגד, סבר שדוורקין שגה בניחות האמור, שכן בהינתן זכויות מבוססות, לשיטתו, על אינטרסים אנושיים, הן אינן יכולות להיות trumps, במובן של לגבור על שיקולים המבוססים על אינטרסים אינדיבידואליים. ראו JOSEPH RAZ, THE

נדרשים להתחייב כאן לטענה חזקה מעין זו, אלא אך מבקשים להסתמך על כך שלכל הפחות, במקרים מסוימים – שאינם זניחים – לזכויות אכן יש כוח נורמטיבי יחודי. דוגמה מוכרת למאפיין זה, ניתן למצוא במבחן ה"ודאות הקרובה" שנקבע בפסק דין "קול העם", שלפיו פגיעה בזכות לחופש הביטוי, תתאפשר רק מקום שבו עמדה הרשות ברף הצדקה גבוה במיוחד, והוכיחה כי קיימת סכנה לשלום הציבור ברמה שהיא "קרובה לוודאי".¹⁰ כך, הגם שניתן לפגוע בזכות לחופש הביטוי במקרים מסוימים, כוחה הנורמטיבי בא לידי ביטוי בכך שניתן לעשות כן רק במקרים *חריגים ביותר*, בהתקיים טעם נגדי *חזק במיוחד*.

המאפיין השלישי שעליו נעמוד, אשר נובע, במידה מסוימת, משני המאפיינים האמורים, הוא שמשמעות המושג "זכות", אינה ניתנת לרדוקציה למושגים אחרים "קרובים", כמו "אינטרס", "ערך" או "עקרון"; מדובר במושג בעל משמעות *מובחנת*.¹¹ בפרט, בניגוד לערכים או אינטרסים למשל, הרי שכאמור, זכות היא מושג *יחסי*; וככל שאכן מדובר בזכות – היא מקימה מולה *חובה*, ולמצער טעם חזק לפעולה.¹² ודוק: את ההבחנה בין הזכות, לבין הערך שעליו היא מגינה, או שאותו היא מקדמת, ניתן להמחיש באמצעות הדוגמה הפשוטה הבאה: אנו נוטים להעריך פרטיות, כלומר את האפשרות לשמור חלקים מסוימים מחיינו, חופשיים מביקורת של אחרים; ערך זה, מוגן על-ידי זכויות מוגדרות (institutionally-defined rights), אשר מפרטות את אופי המידע השייך לאותו אדם, ואשר אחרים אינם רשאים לראות, לשמוע, או להחזיק בו, ללא אישור מאת בעל הזכות. ואולם, אותם כוחות ומגבלות מוסדיים, הנכללים בגדרי הזכות – אינם זהים לערך שעליו הם מגינים. כך למשל, הזכות של שני אנשים יכולה להיות זהה, ובד בבד, מידת הפרטיות שיש לכל אחד מהם – תהיה שונה; זאת, בין היתר, בהתאם לצפיפות אזור המגורים שבו חי כל אחד מהם; לשאלה אם הזכות של אחד מהם הופרה בפועל, ועוד.¹³ עלינו להבחין, אפוא, בין הזכות, לבין הערך המוגן שניצב בבסיסה. הנקודה החשובה לענייננו, היא שהתוכן שנוצק לזכות בהקשר מסוים, אינו יכול להיות כזה שמרדד אותה מהמאפיינים המבחינים אותה ממושגים אחרים; אחרת, באותו הקשר, אותה זכות תחדל, במובן חשוב, להיות "זכות".

Joseph Raz, *Professor Dworkin's* (להלן: RAZ); MORALITY OF FREEDOM 186-187 (1986) 123 (1978) *Theory of Rights*, 26 POLITICAL STUDIES 123 (1978). יש לציין, שבכל הנוגע לשיקולים חברתיים תוצאתניים, הטעון של רז אינו סותר בהכרח את הטעון של דוורקין.

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

ראו למשל את הביקורת שמציג הארט על "תיאוריית האינטרס" בהקשר זה: H.L.A. Hart, *Legal Rights* in ESSAYS ON BENTHAM: STUDIES IN JURISPRUDENCE AND POLITICAL THEORY 181-182 (1982). תיאוריית האיוונים של ברק, שעליה עוד נעמוד בהמשך ביתר הרחבה, אינה מבחינה, ככלל, בין זכויות, עקרונות, ערכים או אינטרסים. ראו למשל: אהרן ברק *שופט בחברה דמוקרטית* 263 (2004). לניתוח ביקורתי של חוסר ההבחנה האמורה, ראו אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" *משפטים* לו 111, 148-151 (2013) (להלן: דורפמן, כבוד האדם).

ראו למשל אצל John Oberdiek, *Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights*, 23 LAW AND PHILOSOPHY 325, 339 (2004) (להלן: Oberdiek).

Thomas. M. Scanlon, *Adjusting Rights and Balancing Values*, 72 FORDHAM L. REV. 1477, 1478 (2004) (להלן: Scanlon).

ב. המודל הקיים לקביעת היקף ההתפרשות של זכויות חוקתיות

המבחן שהתקבע בפסיקת בית המשפט העליון, לאורך השנים, לבחינת פגיעה בזכות חוקתית, מבוסס כידוע על מודל דו-שלבי.¹⁴ ביסודו הבחנה אנליטית בסיסית בין *היקפה* של הזכות החוקתית, לבין *מידת ההגנה* עליה.¹⁵ בשלב הראשון, נדרש בית המשפט לבחון אם נפגעה הזכות; לשם כך, עליו להגדיר את תוכן הזכות; את הגבולות המפרידים בינה לבין זכויות אחרות; את הפעולות שיש לבצע כדי להגן עליה; ואת הפעולות שיש להימנע מעשייתן כדי להימנע מפגיעה בה.¹⁶ בשלב השני, בוחן בית המשפט אם קיימת *הצדקה* לפגיעה בזכות על-ידי נורמה תת-חוקתית;¹⁷ זאת, באמצעות פסקת ההגבלה. כך, השלב הראשון הוא שלב שבו *מפרש* בית המשפט את תוכנה של הזכות החוקתית – בהתאם ללשון חוק-היסוד, תכליתו וכללי הפרשנות – על מנת לקבוע אם החוק הנדון אכן מביא לפגיעה בה. לעומת זאת, בשלב השני עורך בית המשפט *איזון*, באמצעות פסקת ההגבלה, בין עוצמת הפגיעה בזכות, לבין האינטרס או הערך החברתי שהחוק מקדם; זאת, בדגש על השאלה אם מתקיים יחס מידתי בין השניים, כזה שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה בזכות.¹⁸

כאמור, קביעת היקף הזכות החוקתית – ולמעשה, תוכנה – מתבצעת באמצעות פעולה פרשנית. במסגרת פעולה זו, לשון הטקסט החוקתי (המעגן זכות אדם) מתפרשת על-פי תכליתו, כך שתוכן הזכות אמור לשקף את מגוון הטעמים המונחים ביסודה, ומצדיקים אותה.¹⁹ חשוב להדגיש, כי בהתאם למודל הנוהג, תהליך הפרשנות הוא תהליך "פנימי", במובן זה שהוא מתחקה אחר הטעמים וההצדקות שביסוד הזכות עצמה – *ואחריהם בלבד*. לנקודה זו, יש השלכות רבות ומשמעותיות, אך לענייננו, השלכה אחת חשובה במיוחד: במודל הנוהג, התנגשויות פוטנציאליות של הזכות הנדונה עם ערכים המצויים בבסיסן של

¹⁴ ראו למשל: בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה והאסמכתאות שם (28.10.2008). המודל הדו-שלבי מהווה כמובן חלק מהבחינה החוקתית התלת-שלבית, הכוללת גם את שלב הסעד.

¹⁵ ראו שם, בפסקה 28 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) נאור; בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: עניין חוף עזה); בג"ץ 1435/03 **פלוגית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה**, פ"ד נח(1) 529, 538 (2003) (להלן: עניין פלוגית). להרחבה על הבחנה זו, ראו, בין היתר: RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 261-262 (1977) (להלן: Dworkin). כמו כן, ראו: FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 89 (1982); ROBERT ALEXI, THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 196 (Julian Rivers trans., 2002) (להלן: Alexy).

¹⁶ אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבולותיה** 44-43 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).

¹⁷ ראו למשל: בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פסקה 53 לפסק הדין של הנשיא ברק (14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה).

¹⁸ ברק מידתיות במשפט לעיל, ה"ש 16, בעמ' 51-52.

¹⁹ שם, בעמ' 96-97.

זכויות חוקתיות אחרות, אינן מובאות בחשבון – ולמעשה, אינן משפיעות כלל – על שאלת היקפה ותוכנה של הזכות; הן נבחנות רק בשלב השני של הבחינה החוקתית.²⁰ בפסיקה ובספרות, חוזרת ונשנית האמירה שלפיה קביעת היקף התפרשות הזכות, בהתאם לפרשנות תכליתית פנימית של הטעמים העומדים ביסודה, אינה מביאה בהכרח להגדרה "רחבה" או "צרה" של היקף ההתפרשות של הזכות; אלא לקביעת תוכנה, בפשטות, כך שהיא משתרעת על קשת המצבים שבהם מתקיימים הרציונלים שבבסיסה.²¹ אולם בפועל, במבחן התוצאה, וכפי שנטען כבר לא פעם, המודל הנוהג מביא, במרבית המקרים, להגדרת היקף התפרשות הזכות באופן רחב, לעתים אף רחב מאוד; זאת, הן באופן ישיר²² – קרי באמצעות קביעה מפורשת כי יש לפרש את היקף ההתפרשות של זכות מסוימת באופן רחב – הן כ'תוצר לוואי' של הנטייה לעבור במהלך הבחינה החוקתית – בקלות יתרה – לשלב האיזונים, באמצעות בחינת פסקת ההגבלה.²³ מעבר זה מתרחש, במקרים רבים, באופן שזכויות מניח מאליו את הפגיעה בזכות; ולכל הפחות, אינו מעניק לשלב זה משקל משמעותי בניתוח. ודוק: קיים מובן נוסף שבו הגדרת היקף התפרשות הזכות – ובהתאם לכך, תוכנה – על פי המודל הנוהג, מביאה לפרשנות מרחיבה: בתהליך הפרשנות האמור – אשר כפי שצוין, מתבצע באופן "פנימי" בלבד – אין כל מגבלה, ובפרט מגבלה חיצונית, שיכולה "לצמצם" את היקף ההתפרשות.²⁴ כך למשל, להתנגשות בין זכויות, או לכך שהרחבת היקף ההתפרשות של זכות אחת בהקשר מסוים, עלולה לבוא על חשבון זכות אחרת – אין כל נפקות לגבי קביעת תוכן הזכות;²⁵ אלא רק לשלב השני של הניתוח, שבגדרו נבחנת, כאמור, השאלה אם

²⁰ ראו למשל עניין פלונית לעיל, ה"ש 15. לעניין זה, מציינים ברק מדינה והגר שגב מגמה חדשה בפסיקה, אשר לשיטתם אינה ממחרת לעבור למבחני פסקת ההגבלה במקרים של התנגשות בין זכויות חוקתיות. אולם, המגמה שבה הם עוסקים, כמו גם ליבת הטיעון שהם מפתחים, נוגעת יותר לאופן ההגנה על זכויות מאשר לקביעת היקפן, ומשכך, אין לה בהכרח השפעה מהותית על הטיעון כאן. ראו ברק מדינה והגר שגב "התנגשות בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי" **משפטים** 535 (2017) (להלן: מדינה ושגב).

²¹ ראו למשל: ברק מידתיות במשפט לעיל, ה"ש 16, בעמ' 80, 95-97 ומגוון ההפניות שם; עניין עדאלה לעיל, ה"ש 17, פסקה 107.

²² ראו למשל, מני רבים: לגבי הזכות לקניין, ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 431, 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); לגבי הזכות לחופש הביטוי, בדנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (11.7.2011); לגבי זכות המת ומשפחתו לכבוד, ראו בג"ץ 4466/16 **עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל**, פסקה 14 לחוות דעתו של השופט הנדל (14.12.2017).

²³ ראו למשל: עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** 713, 720-721 (2016) (להלן: פורת); סיגל קוגוט ואפרת חקאק "האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל" **שערי משפט** 99, 102-105 (2014) (להלן: קוגוט וחקאק). לביקורת בהקשר זה על גישתו של ברק, אשר במובנים רבים, היא זו שהתקבעה בפסיקת בית המשפט העליון בכל הנוגע לקביעת היקף התפרשותן של זכויות, ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" **משפט ועסקים** טו 281, 286-289 (2012) (להלן: מדינה). בהקשר ספציפי של הזכות לפרטיות, ראו מיכאל בירנהק, **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט וטכנולוגיה** 30 (2010) (להלן: בירנהק מרחב פרטי).

²⁴ ראו למשל GREGOIRE C. N. WEBBER, THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS 120 (2009) (Webber) (להלן: Webber).

²⁵ אמנם, במקרים של התנגשות ישירה בין זכויות, מופעל לעיתים מבחן של איזון אופקי. בכך יש, אולי, כדי לצמצם מעט את היקף ההבחנה המוצעת כאן, בפרט אם מבינים את מבחן האיזון האופקי כמבחן שבגדרו לא רק נפתרת ההתנגשות באופן קונקרטי, אלא גם מתבצעת התאמה בתוכן הזכויות עצמן, על מנת לפתור את ההתנגשות

הפגיעה בזכות החוקתית, באמצעות נורמה תת-חוקתית, מוצדקת (או מידתית).²⁶ כך, הלכה למעשה, בהעדר כל מגבלה "חיצונית" שיכולה לצמצם אותה, הפרשנות הניתנת לתוכן הזכות, היא הפרשנות הרחבה ביותר שאפשר לתת לה, *בהינתן* הצדקותיה ה"פנימיות".²⁷

ג. ביקורות על המודל הנוהג

המודל הקיים, אשר מגדיר, כאמור, את היקף התפרשות הזכות באופן רחב, מעלה מספר קשיים מהותיים; חלקם נדונו בספרות, ואילו חלקם ינוסחו כאן לראשונה. (א) קושי ראשון, בעל חשיבות מיוחדת, נוגע לכך שהגדרה רחבה של היקף התפרשות הזכות, מביאה לטשטוש ההבחנה בין זכויות לבין אינטרסים, ולפיחות במעמדן של הזכויות החוקתיות; זאת, במסגרת תהליך שכיניתי (נ' ס') "אינפלציה של זכויות".²⁸ כך, ככל שהזכות חלה על קשת רחבה יותר של מצבים, וכוללת יותר היבטים שאינם חלק מ"מהות" או "ליבה" ערכית מצומצמת, ערכו של השימוש בה – פוחת במידה משמעותית.²⁹ כתוצאה מכך, טענה לפגיעה בזכות חוקתית מאבדת ממשמעותה, ומערכה הייחודי בשיח המשפטי; וההבחנה בינה לבין טענה "רגילה" לפגיעה באינטרס – מיטשטשת; שמא אף נעלמת כליל.³⁰

באופן עקרוני. עם זאת, בשנים האחרונות, ובניגוד לאופן שבו עוצב המבחן בתחילה, אין זו ההבנה המקובלת למבחן האיזון האופקי. ראו למשל: מדינה ושגב, ה"ש 20, בעמ' 539. בסוגיה של ביצוע התאמה עקרונית בתוכן הזכויות במקרה של התנגשות, נדון להלן בסעיף 5.5.

²⁶ ראו למשל: בג"ץ 4293/01 **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה** (24.3.2009), בפסקה 6 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין: "קיומם של ערכים, אינטרסים וזכויות מתחרות [...] אינו עשוי להשפיע על עצם קיומה של זכות חוקתית נבדלת אלא רק על עצמת ההגנה על הזכות". ראו גם שם, בפסקה 3 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; עניין עדאלה לעיל, ה"ש 17, פסקה 8 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין; ברק מידתיות במשפט לעיל, ה"ש 16, בעמ' 64.

²⁷ בסעיף זה עסקנו אך במקרים השכיחים יותר, של התנגשות בין זכות חוקתית לבין אינטרס ציבורי. בהמשך נבקר גם את המודל הנוהג לגבי התנגשות בין זכויות (ראו להלן בסעיף 2.5.2).

²⁸ נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" **דין ודברים** ח 13, 22 (2014) (להלן: סולברג); ראו גם: פורת לעיל, ה"ש 23, בעמ' 721; בג"ץ 3390/16 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת**, פסקה 44 לחוות דעתי (נ' ס') (8.7.2021) (להלן: עניין עדאלה 2); עניין עדאלה לעיל, ה"ש 17, בעמ' 395-396; בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי**, חוות הדעת של השופט פוגלמן (28.2.2012) (להלן: עניין חסן); עניין בנק המזרחי לעיל, ה"ש 22, בעמ' 470-471.

²⁹ ראו באופן כללי: Peter Hogg, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and* (1990) 817 OSGOODE HALL L.J. (Hogg). (להלן: Hogg).

³⁰ ניתן לראות תהליך זה כחלק מהמעבר הכללי של בית המשפט ל"תורת משפט של ערכים", שלפיה על השופט לאזן בין הערכים הרלבנטיים למקרה הנדון, לתת לכל אחד מהם את המשקל המתאים, ולהכריע את הכף לטובת הערך שבמאזן הכללי משקלו גדול יותר. במסגרת זו, אין כל הבחנה בין מושגים כמו 'אינטרס', 'זכות', 'ערך', והשאלה היחידה היא מהו המשקל שיש לייחס לכל אחד מהם במסגרת האיזון. ראו דורפמן כבוד האדם לעיל, ה"ש 11, בעמ' 147-148. מובן, כי מגמה זו מנוגדת לתפקידן המיוחד של זכויות בהנמקה המשפטית והמוסרית, כ-"side constraints", או כ-"trumps" אשר לא ניתן, ככלל, לפגוע בהן משיקולים תועלתניים; ובפרט, לאזן אותן מול שיקולי מדיניות ושיקולים אחרים. ראו פורת לעיל, ה"ש 23, בעמ' 721-723. לתיאור כללי של עליית שיח הערכים במשפט הישראלי, ראו מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", **עיוני משפט** יז 503 (תשנ"ג).

הקושי כאן איננו רק מושגי, אלא גם נורמטיבי: במבט רחב, ארוך טווח, הרחבת היקף התפרשות הזכות, אשר נעשית בשם ההגנה על זכויות, דווקא עשויה לפגוע, הלכה למעשה, במעמדן הנורמטיבי הייחודי. כך, במקום שלקביעה כי נפגעה זכות חוקתית תהיה משמעות נורמטיבית כבדת-משקל, כזו שיש לה השלכות מעשיות, הן על הצד הנפגע, הן על הצד הפוגע – למשל, "מסקנת ביניים", או הכרה לכאורית בכך שמדובר במעשה שאינו מוצדק – הרי שקביעה כאמור הופכת, בתהליך הדרגתי, לכמעט טריוויאלית, כזו ש"ערכה" הנורמטיבי – מוגבל, ומסתכם בהכרה בכך שהמעשה השלטוני הגביל, במידה כזו או אחרת, את יכולתו של הפרט לממש אינטרס מסוים. במצב דברים זה, לא ניתן להסיק – אף לא לכאורה – מהקביעה שלפיה הזכות נפגעה, כי מימוש הזכות באותו הקשר אכן ראוי להגנה חוקתית.³¹ כך, תוך 'פיחות זוחל' במעמדן של הזכויות החוקתיות, טענה לפגיעה בהן עלולה להיות פס, אט אט – ובהתאם לכך גם להיבחן – ככל טענה אחרת לפגיעה באינטרס; טענה שיש להביאה בחשבון, אולם לא כזו שמצדיקה בהכרח התייחסות מיוחדת, הבאה לידי ביטוי בגיוס כוחו הנורמטיבי העוצמתי ביותר של המשפט. בהתאם לכך, קיים חשש כי בטווח הארוך היכולת להגן על זכויות באופן אפקטיבי, באמצעות גיוס של אותו כוח נורמטיבי יחודי – עלולה להיפגע.

ב) קושי נוסף במודל הנוהג, נובע מכך שכאשר הזכות מוגדרת באופן רחב, פוטנציאל הפגיעה בה על-ידי פעולות שונות של המדינה – גבוה מאוד; זאת, שכן היא משתרעת על קשת מצבים רחבה ביותר. הדברים מקבלים משנה-תוקף, בשים לב לכך שהזכויות האחרות מוגדרות אף הן באופן רחב, כך שממילא, ניסיון להימנע מפגיעה בזכות אחת יביא, בסבירות גבוהה, לפגיעה בזכות אחרת. מצב דברים זה, מביא לכך ששאלת הפגיעה בזכות הופכת, כביכול, לשאלה "קלה"; ובהתאם לכך, כפי שצוין, לנטייה הולכת וגוברת לעבור באופן כמעט מוכני לשלב השני של הניתוח, קרי – לבחינת פסקת ההגבלה, תחת הנחה שנפגעה זכות חוקתית.³² עולה אפוא, כי במודל הנוהג, פעולות רבות של המדינה מביאות כביכול לפגיעה בזכות, אשר נבחנת – בהתאם למודל הדו-שלבי – לפי פסקת ההגבלה, בדגש על מבחני המידתיות. כך, במסגרת בחינת ההגנה עליה, הזכות מוכפפת למבחנים אלה באופן תכוף.³³ מצב דברים זה, מעורר קשיים לא מעטים; נציין כאן, בתמצית, שניים מהם.³⁴ ראשית, מעמדה של הזכות החוקתית כזכות חוקתית נפגע, שכן היא כפופה כאופן מכני לתחשיב הטוב (או התועלת) החברתי. כך, היא אינה מהווה "מחסום", או אף מכשול משמעותי, מפני פגיעה

³¹ ראו למשל: מדינה לעיל, ה"ש 23, בעמ' 296.

³² ראו למשל: קוגוט וחקאק לעיל, ה"ש 23, בעמ' 112; פורת לעיל, ה"ש 23, בעמ' 727; עניין עדאלה לעיל, ה"ש 17, בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט גרוניס; איתי בר סימן טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" **דין ודברים** ט 67, 84-85 (2015).

³³ ניתן לחשוב על מצב דברים זה כמעין "קריסה" של השלב הראשון בניתוח החוקתי אל השלב השני. ראו והשוו: מדינה לעיל, ה"ש 17, בעמ' 295.

³⁴ לדין כללי בשחיקת מעמדן של זכויות חוקתיות, כתוצאה משיח זכויות המבוסס על היגיון של איוון ומידתיות, ראו Grégoire Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights* 179 (2010) CAN. J. L. & JURIS. 23; Scholarship; והשוו ל- Mattias Kumm, *Political Liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXI 131 (George Pavlakos ed., 2007).

בפרט בשם האינטרס הציבורי, אשר בלאו הכי, ככל שיהיה חשוב מספיק, יצדיק את הפגיעה.³⁵ שנית, כפי שנרחיב גם בהמשך, הכפפה תכופה זו של הזכות החוקתית להגיון האיזונים³⁶ – כלומר לאיזון אד-הוקי של הזכות מול אינטרסים ציבוריים שונים – מייצרת קושי במונחי לגיטימציה פוליטית, שכן היא "בולעת" את מרחב ההתדיינות הדמוקרטית, ואת מרחב הפעולה החופשי של המחוקק (כמייצג דמוקרטיה המבוססת על שלטון עצמי); ומחליפה אותו בשיקול דעת שיפוטי, כפי שמתבטא במבחני המידתיות. כך, במקום שהזכות תשמש לשרטוט גבולות המגרש, שבו הרצון הפוליטי יכול להיות מוגשם באופן חופשי ולגיטימי, היא משמשת, במקרים רבים, להעברת שיקול הדעת מהמגרש הפוליטי למגרש השיפוטי, שאינו נהנה מהלגיטימציה הדמוקרטית הנדרשת לקביעות בנוגע ל'תחשיב' התועלת החברתית.³⁷

ג) קושי נוסף הנובע מהמודל הנוהג לקביעת היקף התפרשות הזכות, נוגע לכך שהגדרה רחבה של תוכן הזכויות החוקתיות, מביאה לחוסר ודאות ולחוסר אחידות משפטית;³⁸ זאת, בשני מובנים חשובים לפחות. ראשית, הגדרת תוכן הזכות החוקתית באופן רחב מביאה, כאמור, לכך ש'לא נדרש הרבה' כדי לקבוע כי הזכות נפגעה. כך, 'חבל על הזמן', מושקע מעט מאמץ אינטלקטואלי – אולי מעט מדי – בניתוח וניסוח בהיר של תוכן הזכות ובקביעת גבולותיה;³⁹ לפיכך, במקרים רבים, מתקבלת הגדרה "עמומה" של תוכן הזכות,⁴⁰ מה שמקשה על השחקנים השונים – בין אם מדובר בשחקנים פרטיים, בין אם מדובר ברשויות המדינה – לפעול לאורה, ולהימנע מפגיעה בה. שנית, הכפפת הזכויות החוקתיות להגיון האיזונים, כפי שמתבטא במבחני המידתיות – באמצעות "דילוג" על ניתוח מעמיק של השאלה אם אכן, באמת ובתמים, נפגעה הזכות, כאמור לעיל – מביאה לכך שעיקר הניתוח

³⁵ ראו בהקשר זה את העמדה המוצגת אצל Oberdiek לעיל, ה"ש 12; ומנגד, את עמדתו של Andrew Botterell, *In Defence of Infringement*, 27 LAW AND PHILOSOPHY 269 (2008). הדברים אמורים בהתאם לפרשנות המקובלת של מבחן המידתיות במובן הצר, שלפיו ככל שהתועלת הנובעת ממימוש האינטרס הציבורי גוברת על הנזק, הפעולה או ההחלטה תיחשב למידתית.

³⁶ דורפמן כבוד האדם לעיל, ה"ש 11 בעמ' 150-151; לניתוח ביקורתי על מרכזיותו של היגיון האיזונים במחשבה החוקתית, וחוסר ההלימה שלו עם עצם הרעיון של זכויות חוקתיות, ראו למשל: Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943 (1987); Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L.J. 711 (1994); Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767 (2001). ראו גם: Porat לעיל, ה"ש 8, בעמ' 1427-1438; מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591 (2003) (להלן: בירנהק הנדסה חוקתית).

³⁷ ראו למשל: דורפמן, כבוד האדם לעיל, ה"ש 11, בעמ' 159-160.

³⁸ ראו למשל: קוגוט וחקאק לעיל, ה"ש 23, בעמ' 105.

³⁹ לביקורת ברוח דומה, על כך שלא מושקעים המאמצים הנדרשים כדי לעמוד על טיבה ותוכנה של הזכות לקניין בהקשרים שונים, ראו חנוך דגן "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" **עיוני משפט** כ 45, 63-49 (1996). ביטוי נוסף לנקודה זו, ניתן למצוא גם במקרים שבהם נקבע כי נפגעה זכות חוקתית, אף מבלי לקבוע איזו זכות נפגעה. כך למשל, בבג"ץ הפרטת בתי הסוהר, נמנע בית המשפט מלקבוע אם הפעלת בית סוהר על-ידי גורם פרטי מביאה לפגיעה בזכות לחירות, או שמא בזכות לכבוד של האסירים. ראו בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (19.11.2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי).

⁴⁰ קוגוט וחקאק לעיל, ה"ש 23, בעמ' 111, 128-129.

מתבצע בשלב השני של הבחינה החוקתית. הבחינה בשלב זה מתבצעת, מטבע הדברים, בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי, ולאיוון הספציפי שמתקיים בין החוק או ההחלטה הנדונים, לבין הזכות שנפגעה.⁴¹ כך, האפשרות לחליץ הלכה עקרונית בנוגע לגדרי הזכות, או ליחסים שלה עם ערכים ואינטרסים אחרים, באופן שמאפשר לצדדים לכוון את התנהגותם בהמשך, גם בהקשרים אחרים – נותרת מוגבלת למדי.

ד) ההגדרה הרחבה של היקף התפרשות הזכות, לפי המודל הנוהג, מביאה למקרים רבים שבהם לאדם יש זכות, אשר אין מולה כל חובה של אחר. נסביר. ההגדרה האמורה, המתעלמת, כפי שצינו לעיל, ממגבלות "חיצוניות" ומהממד היחסני של הזכות, מביאה בהכרח – בפרט, בהינתן עולם מלא באינטרסים וערכים מתנגשים⁴² – לריבוי התנגשויות בין זכויות. כך למשל, ככל שגם זכות הקניין, וגם הזכות לחופש התנועה מוגדרות בצורה רחבה, בהתאם לערך שעליו כל אחת מהן מגינה, או שאותו היא מקדמת בלבד – מתקבל מצב דברים בלתי קוהרנטי, שבו הזכות לחופש תנועה של אחד, מאפשרת לו לנוע בכל מקום ככל שיחפוץ, כולל בשטח של אחר; ובד בבד, זכות הקניין של האחר מאפשרת להדיר את הראשון משטח הנמצא בבעלותו. במצב שבו זכות א' של אדם אחד מתנגשת עם זכות ב' של אדם אחר, אחת מהן חייבת, על פני הדברים – בהינתן שהפתרון להתנגשות אינו בשלב קביעת התוכן⁴³ – להתגבר על השניה; מכאן, שאם נניח שבהקשר מסוים זכות ב' גוברת על זכות א', הרי שלאדם באותו הקשר יש זכות א', אשר אינה מקימה כל חובה (ואף לא טעם חזק לפעולה) ביחס לאחר, המחזיק בזכות ב'. הקושי המושגי כאן ברור – כפי שצינו לעיל, אחד המאפיינים הבסיסיים ביותר בהגדרה של טענת זכות, זו שמבדילה אותה מסוגי טענות אחרות, היא שעומדת מולה חובה. הלכה למעשה, לא לגמרי ברור באיזה מובן זכות שאינה מקימה חובה קורלטיבית – ולמצער, טעם חזק לפעולה – היא "זכות"; להבדיל, למשל, מאינטרס, או ערך.⁴⁴ כפי שנראה בהמשך, קושי זה הוא תוצאה ישירה של מודל שמגדיר את היקף

⁴¹ מדינה לעיל, ה"ש 23, בעמ' 296, 315. מדינה מדגיש קושי נוסף בהקשר זה, והוא שלהבדיל מהכרעה עקרונית המתבצעת בשלב קביעת היקף התפרשות הזכות, הרי שההכרעה בשלב השני של הניתוח החוקתי, בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי, אינה נהנית מ"מסך הבערות" החלקי הנלווה להכרעות עקרוניות, צופות פני עתיד, אשר מתבצעות ללא ידיעה מוקדמת בדבר ההשפעה של עיצוב הכלל על שחקנים קונקרטיים שונים. בהתאם, היא גם מקשה על יצירת הסכמה חברתית עקרונית בכל הנוגע לתוכן הזכויות החוקתיות.

⁴² ראו למשל: JOHN GARDNER, FROM PERSONAL LIFE TO PRIVATE LAW 12-13 (2018); ISAIAH BERLIN, FOUR ESSAYS ON LIBERTY, AT L-LI (1969); ISAIAH BERLIN, *The Pursuit of the Ideal*, IN THE CROOKED TIMBER OF HUMANITY 11-19 (1991); T.M. SCANLON, WHAT WE OWE TO EACH OTHER 122-123 (1998). אותה תפיסה של התנגשות מתמדת בין ערכים מתחרים, ובלתי-ניתנים לרדוקציה, ניתן למצוא כמוטיב חוזר אצל יוסף רוז, היוצא מתוך עמדת מוצא של פלורליזם ערכי יסודי. ראו למשל: Joseph Raz, *The Relevance of Coherence*, 72 B. U. L. REV. 273, 311-312 (1992); Joseph Raz, *Mixing Values*, 65 THE ARISTOTELIAN SOC'Y 83 (1991). בנוסף, ראו Raz לעיל, ה"ש 9, בפרק 13.

⁴³ כפי שנראה בהמשך, ככל שהפתרון אכן מתקבל בשלב קביעת התוכן – מה שלא יכול להתאפשר במודל הקיים – פתוחה לפנינו אפשרות נוספת של ביצוע התאמה בתוכן הזכויות המתנגשות.

⁴⁴ ברק ניסה לתת מענה לאתגר זה, באמצעות ההבחנה בין היקף הזכות החוקתית למידת ההגנה עליה: "ואם ישאל השואל מדוע יש לכלול בהיקפה של זכות חלקים שאין מגינים עליהם, תשובתי היא כי מידת ההגנה משתנה מעניין לעניין ומזמן לזמן והיא משקפת את צרכי הזמן והמקום". ראו ברק מידתיות במשפט לעיל, ה"ש 16, בעמ' 47. איננו בטוחים אם, או כיצד, ניתן לראות בכך מענה מספק לקושי.

התפרשות הזכות אך בהתבסס על הקשר שבין בעל הזכות לבין מושא הזכות, ואינו מפנים את התובנה שלפיה הזכות נוגעת ליחסים שבין בעל הזכות לבין אחר, לגבי מושא הזכות. (ה) קביעת היקף התפרשות הזכות במנותק משיקולים "חיצוניים" – ובפרט, מההשפעה של קביעת תוכן הזכות הנדונה על זכויות אחרות – תוך התייחסות לרציונלים העומדים בבסיס הזכות בלבד, מביאה לכך שתוכן הזכות מנותק, הלכה למעשה, מהקשר נורמטיבי; לעתים אף מתוכנן מוסרי. דוגמה לכך, ניתן למצוא בגישה המרכזית שהותוותה בפסיקה לקביעת תוכן הזכות לקניין, כזכות המתפרשת על "כל אינטרס אשר יש לו ערך כלכלי".⁴⁵ לפי גישה זו, כל פגיעה באינטרס כאמור, הריהי פגיעה בזכות לקניין. כך, הטלת חובה על מעסיק לשלם שכר מינימום לעובד; הטלת חובות במסגרת יחסי ממון בין בני-זוג, כמו חיוב במזונות;⁴⁶ וכל איסור על הפליה, נחשבים לפגיעה בזכות הקניין. אם כן, לפי הגישה הנוהגת, הזכות החוקתית לקניין מתפרשת באופן המעניק לה "את ההיקף הרחב ביותר",⁴⁷ והאיזון שלה עם כל שיקול נוגד – ובפרט, עם זכויות חוקתיות אחרות – מתבצע רק בשלב פסקת ההגבלה, באופן שאינו משפיע על הגדרת תוכן הזכות החוקתית עצמה.⁴⁸ הקושי העיקרי הנובע מגישה זו נוגע לכך שכלל שהיקף התפרשות הזכות אינו מושפע כלל משיקולים "חיצוניים" לאינטרסים הכלכליים של בעל הזכות, הרי שלא חלה עליו כל מגבלה נורמטיבית או מוסרית, כזו המאפשרת לקבוע באילו מקרים מדובר באינטרס לגיטימי שראוי להגן עליו במסגרת הזכות החוקתית; ובאילו מקרים מדובר באינטרס שאינו לגיטימי, כזה שאינו ראוי להגנה.⁴⁹ יתרה מזאת, כל הגבלה על הזכות לקניין – אשר יכולה להתקיים, כאמור, רק ברמה התת-חוקתית – היא קונטינגנטית, ונתפסת למעשה כפגיעה, גם אם מוצדקת, בזכות הקניין.⁵⁰ עולה אפוא, כי הגישה הנוהגת מביאה לכך שהזכות החוקתית מגינה גם על אינטרסים שאינם ראויים

⁴⁵ עניין בנק המזרחי לעיל, ה"ש 22, בעמ' 431. ראו גם: עניין חוף עזה לעיל, ה"ש 15, בעמ' 481; בג"ץ 2293/17 גרסגור נ' הכנסת, פסקה 24 לפסק הדין של הנשיאה חיות (23.4.2020) (להלן: עניין גרסגור). כמו כן, ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית לקניין: החירות הכלכלית והאחריות החברתית", בתוך מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים 479, 487-488 וההפניות שם (2017) (להלן: ברק על הזכות לקניין). לגישה מצמצמת יותר בכל הנוגע להיקף התפרשות הזכות לקניין, ראו בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות, פסקה 10 (3.7.2013).

⁴⁶ עניין בנק המזרחי לעיל, ה"ש 22, בעמ' 470-471.

⁴⁷ ברק על הזכות לקניין לעיל, ה"ש 45, בעמ' 502.

⁴⁸ שם, בעמ' 502-503.

⁴⁹ לביקורת ברוך דומה, ראו Webber לעיל, ה"ש 24, בעמ' 121-122 כמו כן, ראו והשוו, לגבי ההבחנה בין אינטרס לגיטימי לבין אינטרס שאינו לגיטימי, בהקשר של הפליה במכר דירות: רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 43 לחוות-דעתו של השופט מזוז (19.8.2019) (להלן: עניין מי-טל); חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307, 353-355 (2019) (להלן: דגן ודורפמן).

⁵⁰ מופע ידוע, אולי מעט קיצוני, של גישה זו, ניתן למצוא בעמדה שלפיה חלק מהזכות החוקתית לאוטונומיה כוללת גם את הזכות לגנוב; ואילו האיסור על גניבה מהווה פגיעה, מוצדקת אמנם, בזכות לאוטונומיה. ראו ברק מידתיות במשפט לעיל, ה"ש 16, בעמ' 66-67. לדיון ביקורתי בעמדה זו, אשר לפיה קיימת כאמור זכות חוקתית לפגוע באופן מכוון בזולת, ראו מדינה לעיל, ה"ש 23, בעמ' 294-296. מחלוקת דומה ניתן למצוא בין הנשיא ברק לבין השופט שטרסברג-כהן, בנוגע לשאלה אם הטלת מאסר בעקבות הרשעה בעבירה פלילית, הריהי פגיעה בזכות החוקתית לחירות. ראו ע"פ 4424/98 סילגור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

להגנה – חלקם אף בלתי מוסריים במובהק⁵¹ – באופן שחותר תחת עצם ההצדקה לקיומם כזכות. מצב דברים זה, אשר נראה, על פניו, מוקשה קמעא – ואולי חשוב מכך, בלתי צודק, נוגד אינטואיציות מוסריות בסיסיות, ומשדר מסר נורמטיבי פסול⁵² – הוא תוצר של הגדרת תוכן הזכות באופן "פנימי" בלבד, ללא התחשבות במגבלות הנורמטיביות שמטילות זכויות אחרות.

(ו) המודל הנוהג אינו מאפשר רגישות להקשר בקביעת היקף התפרשות הזכות.⁵³ כאמור, לפי המודל הנוהג, על בית המשפט לפרש את תוכן הזכות ברמת הפשטה גבוהה; קרי, רק ביחס לטעמים וההצדקות העומדים, כאופן כללי, בבסיס הערך, או האינטרס, שעליו היא מגינה או שאותו היא מקדמת.⁵⁴ ואולם, להבנת ההקשר יש, כפי שנבהיר להלן, תפקיד הכרחי בעיצוב תוכן הזכות, כזה שבלעדיו קשה להבין, למשל, אם הזכות אכן מגינה על ערך או אינטרס מסוים באותו מקרה;⁵⁵ אם פעולה מסוימת אכן פגיעה בזכות;⁵⁶ ואילו זכויות אחרות מושפעות ממנה ומשפיעות עליה. הקושי כאן חמור במיוחד, שכן המודל מניח, כאמור, גם הפרדה קשיחה בין שלב קביעת היקף התפרשות הזכות לבין שלב הבחינה אם הפגיעה

⁵¹ על כך שהמודל הנוהג מרוקן את הזכויות החוקתיות מתוכן מוסרי, ראו אביחי דורפמן **חופש הדת וחופש מדת בראי הרעיון הדמוקרטי** 78-79 (2015) (להלן: דורפמן, חופש הדת וחופש מדת); דורפמן, כבוד האדם לעיל, ה"ש 11, בעמ' 114, 117. נציין, כי קיימת בספרות הפילוסופית עמדה שלפיה במקרים מסוימים לאנשים יש זכות לעשות דבר-מה שאינו מוסרי. ראו למשל: Jeremy Waldron, *A right to do wrong*, 92 ETHICS 21 (1981) (להלן: Waldron). עם זאת, עמדה זו מתייחסת לזכויות מוסריות, להבדיל מזכויות משפטיות; ומתמקדת לרוב בזכות לבצע את הפעולה שאינה אופטימלית מבחינה מוסרית, להבדיל מביצוע עוולה. לגישה מעט יותר מרחיקת לכת בהקשר זה, ראו David Enoch, *A Right to Violate One's Duty*, 21 LAW AND PHILOSOPHY 355 (2002).

⁵² ניתן לטעון שבהינתן שקיימת הבחנה בין היקף התפרשות הזכות לבין היקף ההגנה עליה, אין בכך בהכרח משום מסר נורמטיבי פסול. עמדתנו באשר לכך – שונה בתכלית. עצם הקביעה של בית משפט כי האיסור על פעולה אסורה (גניבה למשל) מקים פגיעה בזכות חוקתית – גם אם האיסור הזה מתגלה לבסוף כמוצדק – משדרת מסר שלפיו קיימת לאזרח, באיזשהו מובן, זכות לגנוב מאחר. תחת הנחה שקיימת חשיבות – ולו מינימלית – למסרים הנורמטיביים שמועברים על-ידי קביעות של בתי משפט, הרי שקביעה כאמור מעבירה מסר פסול מיוחד. זאת ועוד, טענה כאמור מניחה שממילא, ככל שבסופו של ניתוח מחליט בית המשפט שלא להגן על הזכות, אין כל חשיבות לעצם הקביעה כי היא נפגעה. הנחה זו ממחישה היטב את הקשיים שעליהם עמדנו לעיל בדבר הפיחות שחל בערכן של הזכויות החוקתיות תחת המודל הנוהג.

⁵³ ראו John Oberdiek, *What's Wrong with Infringements (Insofar as Infringements are Not Wrong): A Reply*, 27 LAW AND PHILOSOPHY 293, 296 (2008) Webber; לעיל, ה"ש 24, בעמ' 120.

⁵⁴ ראו גם אצל ברק מידתיות במשפט לעיל, ה"ש 16, בעמ' 65.

⁵⁵ ראו למשל, על כך שבהקשרים שונים, הטעמים המצדיקים לשמור על הזכות לשוויון עשויים להיות שונים: ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 193 (אריאל בנדור ואח' עורכים, 2017).

⁵⁶ וראו למשל, בהקשר זה, בעניין עדאלה 2 לעיל, ה"ש 28, את עמדתה של השופטת ברק ארז, שלפיה "כל אימת שהמחוקק עושה שימוש בקריטריון מתייג, יש להתייחס לנוגעת בדבר ככזו שפוגעת בשוויון" (פסקה 29 לחוות דעתה); ומנגד, את עמדתי (נ' ס'), שלפיה "הקביעה לפיה הבחנה פלונית משדרת מסר פוגעני או מתייג העולה כדי פגיעה בכבוד האדם, תלויה בהתפתחויות חברתיות, כמו גם בהקשר המסוים ובנסיבות המסוימות של דבר החקיקה הנדון" (פסקה 159 לחוות דעתי). כמו כן ראו, בבג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פסקה 43 לחוות דעתי (נ' ס') (12.9.2017): "ההתייחסות כללית לכל סוגי טענות ההפליה כמקשה אחת, עלולה לטשטש את גבולות הזכות החוקתית לשוויון, ובכך דווקא להחליש את ההגנה עליה".

מוצדקת. כך, השלב שבו הזכות נבחנת בתוך הקשר – זה שבו ניתן להטיל עליה מגבלות “חיצוניות” – אינו משפיע על היקף ההתפרשות, ואין בו כדי לסייע בקביעת תוכן הזכות. ניסוח הקושי באופן זה מאפשר לחדד, ואף לספק הסבר נוסף לביקורות שהובאו לעיל, על הנטייה להגדיר זכויות באופן עמום; על העדר השקעה מספקת בניתוח וניסוח בהיר של תוכן הזכות; ועל ההשפעה השלילית, במונחי הכוונת התנהגות, הנובעת מהיעדר יכולתם של השחקנים השונים לדעת היכן מתחילה הזכות והיכן היא מסתיימת. נראה אפוא, כי קביעת היקף התפרשות הזכות בהתאם למודל הנוהג – באופן מנותק מהקשר, כזה המתייחס רק לרציונלים העומדים, באופן כללי, ביסודה של הזכות – חסרה את המידע הנדרש לצורך הגדרה מדויקת של תוכן הזכות, מידע שמקורו בשיקולים הנובעים מההקשר הנדון.

ז) הקושי האחרון שנציין כאן, נוגע למתח שבין הגדרה רחבה של היקף ההתפרשות של הזכות, לבין העקרון של פרשנות מתוך מבט רחב, המקדמת אחדות והרמוניה חוקתית. לפי עקרון זה, אשר התקבל באופן רחב בפסיקה, הנורמה החוקתית הריהי חלק ממערך חוקתי כולל, אשר משפיע על הנורמה החוקתית הספציפית, ומושפע ממנה. מכאן, שעל הפרשנות החוקתית לשאוף לכך שהנורמות ישתלבו זו בזו, ויקדמו אחדות והרמוניה חוקתית.⁵⁷ הגדרה רחבה של היקף התפרשות הזכות, כאמור לעיל, נמצאת במתח אינהרנטי – עד כדי סתירה – עם עקרון זה; זאת, שכן הגדרה רחבה של תוכן הזכות, מביאה בהכרח להתנגשות מבנית ותדירה בין זכויות, מה שפוגע ישירות בקוהרנטיות ובהרמוניה החוקתית. למעשה, הקושי כאן אף נראה צורם במיוחד, משמדובר למעשה בסתירה בין שני עקרונות של פרשנות חוקתית.⁵⁸

טרם סיום הדיון הביקורתי במודל הנוהג, חשוב למקם את הדיון בהקשר רחב יותר, כלומר, ביחס לשלב השני של ניתוח הפגיעה בזכות – בחינת מידתיות הפגיעה. ניתן היה לטעון, כי הקשיים שבהם אנו דנים כאן – בראשם, רדוקציה של הזכות לכדי ערך או אינטרס מופשט, שיש לאזנו אל מול אינטרסים ושיקולים מתחרים, ושחיקת מעמדן של הזכויות החוקתיות כתוצאה מקשיים אלה – באים לידי ביטוי, אף ביתר שאת, דווקא במבחינת המידתיות, בדגש על מבחן המידתיות “במובן הצר”. בהחלט יתכן, כי יש ממש בטענה זו; ואולם, אנו סבורים כי ממילא, מדובר כתוצאה של הקשיים שתוארו לעיל. זאת, שכן הגדרת

⁵⁷ ראו למשל: בג”ץ 86/428 ברזילי נ’ מדינת ישראל, פ”ד מ(3) 505, פסקה 14 לפסק הדין של השופט ברק (1986); אהרן ברק “פרשנותם של חוקי היסוד” משפטים כב 31, 53 (1992); שרון וינטל “פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים” מאזני משפט ט 177, 199-197 (2014); בג”ץ 4676/94 מיטראל בע”מ נ’ כנסת ישראל, פ”ד נ(5) 15, 29-30 (1996); עניין המרכז האקדמי לעיל, ה”ש 39, בפסקה 16 לחוות הדעת של השופט לוי; עניין עדאלה 2 לעיל, ה”ש 28, פסקאות 52-56. לחוות דעתי (נ’ ס’).

⁵⁸ ניתן היה לטעון כאן כי אף אם ההרמוניה אכן נפגעת במישור המושגי, הרי שהלכה למעשה, היקף ההגנה המצומצם יותר (ביחס להיקף ההתפרשות) מביא במרבית המקרים לפתרון המתח. לטענה זו נשיב בשניים: ראשית, עיקר חשיבותה של ההרמוניה החוקתית טמונה באפשרות של כלל השחקנים להסתמך על הנורמות החוקתיות כאשר הם מכלכלים את צעדיהם, ולעצב את התנהגותם בהתאם להן (אנו מרחיבים לגבי נקודה זו להלן בסעיף 1.ג.5). כאשר הנורמות נמצאות בסתירה מבנית, הרי שאקס-אנטה, החוקה מקימה ציוויים סותרים, מה שלא מאפשר לשחקנים השונים לדעת כיצד עליהם לנהוג בהתאם לה. במובן זה, גם אם במקרה קונקרטי הקושי נפתר אקס-פוסט, אין בכך כדי להביא לפתרון הקושי העקרוני יותר, הנוגע לסתירה בין החובות הנוצרות כתוצאה מהעדר הרמוניה חוקתית (כפי שהבהרנו, לקושי זה ממד מעשי מובהק). שנית, נוכח העובדה שעסקינן במתח בין שני עקרונות פרשניים, קושי מעשי נוסף שמתעורר כאן נוגע לשופט-הפרשן, אשר בבואו לפרש נורמה חוקתית, עלול להימצא במבוכה אל מול עקרונות פרשניים ה’מושכים’ לכיוונים מנוגדים.

היקף התפרשות הזכות באופן רחב ו"פנימי" בלבד, מביאה לכך שהניתוח החוקתי עובר בלאו הכי, באופן כמעט מוכני, לשלב של בחינת פסקת ההגבלה, ובתוך כך, למבחני המידתיות. שנית, *בעצם ההעברה המיידית של בחינת הפגיעה בזכות לבחינת מידתיות הפגיעה*, יש משום שחיקה במעמד הזכות כזכות חוקתית. זאת, שכן הפגיעה בזכות נתפסת, באופן מובהק, רק כתחילת הניתוח, ולא כמסקנה; אף לא כמסקנת ביניים.⁵⁹ באמור לעיל, יש גם מענה לטענה אפשרית, שלפיה הקשיים שתיארנו כאן אינם מציגים בעיה אמיתית, שכן בית המשפט יכול להגן על זכויות, באותה מידה, באמצעות מבחן המידתיות. טענה מסוג זה, כך נדמה, מחמיצה את העובדה שהכפפת הניתוח החוקתי, באופן מבני, למבחן המידתיות, הופכת את ההגנה על הזכות לקונטינגנטית, ומבטאת כפיפות נורמטיבית של הזכות לתחשיב הטוב החברתי; ממילא, כתוצאה מהשחיקה בערכן הנורמטיבי של זכויות, היכולת להשתמש בזכות החוקתית כ"קלף", או כ"מגבלת צד", לשם הטלת מגבלות על פעולה שלטונית המקימה פגיעה – פוחתת במידה ניכרת.

ד. כיצד ניתן לשפר את המודל הקיים - שלוש תובנות מרכזיות

עד כה טענו, בעקבות ביקורות שהוצעו בספרות ובפסיקה, כי המודל הקיים לקביעת היקף התפרשות הזכות – מעורר קשיים משמעותיים. ואולם, האם ניתן להציע אלטרנטיבה שבכוחה להתגבר על קשיים אלה? כמו בכל הקשר, גם כאן, ניתוח הבעיה – קל בהרבה מן הפתרון. עם זאת, בזהירות הנדרשת, נבקש להציע התמודדות ראשונית עם האתגר. נטען, כי מודל המביא בחשבון שלוש תובנות מושגיות ביחס לזכויות, יכול להתמודד עם מרבית הקשיים שמעורר המודל הקיים. לשם כך, ננסח אותן תובנות, ונבהיר מדוע מודל לקביעת תוכן הזכות נדרש להביאן בחשבון.

1. מבט נוסף על הממד היחסי של הזכות

הטענה הראשונה שנבקש לבסס לגבי זכויות, היא שהן כוללות ממד יחסי אינהרנטי; כלומר, *זכויות אינן נוגעות לקשר שבין בעל הזכות לבין מושא הזכות, אלא ליחסים שבין בעל הזכות לבין האחר* – יהיה זה אדם, חברה, או רשות מדינתית – לגבי מושא הזכות.⁶⁰ על מנת לבסס טענה זו, ניתן לבצע ניסוי מחשבה פשוט: חשבו על אדם, רובינזון שמו, אשר ניצל מספינה שטבעה, והגיע לבדו לאי בודד. האם ניתן לומר שלאותו אדם יש, למשל, זכות לקניין? מובן, כי בהחלט סביר שיש לרובינזון אינטרס להחזיק בחפצים מסוימים, או להבטיח את יכולתו להמשיך להשתמש ללא הפרעה בכף העץ, שהשקיע מאמץ רב בגילופה. ואולם, לא נראה כי ניתן לגזור מאותו אינטרס חובה כלשהי; ממילא, אין זה מובן על מי ניתן יהיה להטיל חובה כאמור. נראה, אם כן, כי לפחות במישור המעשי, טענה שלפיה עומדת לרובינזון זכות הקניין, בנסיבות האמורות, תהיה חסרת משמעות. טענה זו תהיה בעלת משמעות, דק, מקום שבו ניתן

⁵⁹ ראו למשל את הניתוח אצל Webber לעיל, ה"ש 24, בעמ' 124-128.

⁶⁰ מובן, כי טענה זו מתחברת ישירות, ביותר ממובן אחד, לניתוחו האנליטי של הופלר את המאפיין המבני הבסיסי של זכויות. ראו Hohfeld לעיל, ה"ש 3.

יהיה לגזור חובה מכוח אותו אינטרס, ולהטילה על אחר; ולמצער, לגזור טעם לפעולה עבור אחר, אף אם אין מדובר בחובה, במובן החמור של המילה.⁶¹ התובנה שלפיה הזכות כוללת ממד יחסני אינהרנטי, אינה נכונה רק ביחס לזכות לקניין.⁶² כך למשל, חשבו על הזכות לפרטיות: לאדם יכול להיות אינטרס לשמור על פרטיות במגוון הקשרים, בין אם אחרים יכולים להפר את פרטיותו באותם הקשרים, בין אם לאו. ואולם, במקום שבו לא ניתן, כעניין מושגי, להפר את פרטיותו של אדם, לא נראה כי יכולה להתקיים זכות לפרטיות; ממילא, לא ברור מה יכולה להיות המשמעות של זכות כזו. כך, יתכן כי במהלך שהותו באי, קיים לרובינון מידענואינטרס לשלוט, באופן בלעדי, בתוכן היומן שבו הוא מתעד את קורותיו; ואולם, לא נראה כי ההיגיון מאפשר לטעון שעומדת לו זכות שכזו. זכותו של אדם לפרטיות מקבלת משמעות, אפוא, רק במקום שבו היא יכולה להקים טעם לפעולה לגבי אחר, שלא לפגוע בפרטיותו. לא בכדי, רובן המכריע של התיאוריות המנסות לבסס את הזכות לפרטיות, מתמקדות במישור היחסים שבין אדם לבין אחר, לגבי האינטרס של בעל הזכות לשמור על פרטיות בהקשר מסוים.⁶³

מן האמור עולה אפוא, כי זכויות מקבלות משמעות רק במישור היחסים שבין בעל הזכות לבין אחר; כלומר, הממד היחסני מהווה תנאי הכרחי, בלעדיו אין, לקיומן של זכויות בעלות תוכן. נדגיש, כי ה"אחר" בהקשר זה, איננו בהכרח אדם אחר, אלא גם רשות מדינתית. כך למשל, גם הזכות לקיום בכבוד – אשר מקובל לתפוס כזכות שעיקר תכולתה נוגע ליחסים שבין המדינה לבין האזרח – איננה רלבנטית עבור רובינון, בעודו נמצא באי הבודד; היא מקבלת משמעות רק מקום שבו היא יכולה להוות טעם משמעותי לפעולה על-ידי רשות מדינתית.⁶⁴

לתובנה זו, השלכות משמעותיות על הדרך שבה אנו מגדירים זכויות. כך, הגדרת תוכנה של זכות מסוימת כאופן מספק, אינה יכולה להישען רק, או אף בעיקר, על הקשר שבין בעל

⁶¹ ראו למשל, בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 39 (1997) (להלן: עניין חורב): "זכויות האדם בכלל והזכות לחופש התנועה בפרט, אינן זכויותיו של הפרט על אי בודד; הן זכויות הפרט כחלק מחברה. הן עוסקות בפרט וביחסי עם זולתו".

⁶² לפיתוח של תובנה זו ביחס לזכות לקניין, ראו למשל: Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8, 12 (1927); Hanoach Dagan & Avihay Dorfman, *The Human Right to Privacy*, 18 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 391, 398 (2017). התובנה האמורה מהווה חלק אינטגרלי גם מהתיאוריה הקאנטיאנית של מושג ה-private right. ראו ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 93 (2009) (להלן: RIPSTEIN).

⁶³ כך למשל, ההגדרה הראשונה והקלאסית של הזכות לפרטיות, הייתה "הזכות להיעזב במנוחה"; ראו: Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). מובן, כי עצם האפשרות "להיעזב", מניחה אחר שמחויב "לעזוב". גישה אחרת, גישה ה"פרטיות כשליטה", נוגעת ליכולתו של אדם לשלוט במידע שאחרים נחשפים אליו, ובשימוש שהם עושים בו. ראו באופן כללי: בירנהק מרחב פרטי לעיל, ה"ש 23, בפרט בפרק ג. גישה נוספת, ה"פרטיות כגישה", נוגעת לגישה שיש לאחרים כלפי האדם במישורים שונים; ראו: Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421, 429 (1980).

⁶⁴ מובן, כי אין בכך כדי להוציא את האפשרות כי הזכות האמורה מקימה חובה מוסרית, לא רק כלפי רשויות המדינה, אלא גם כלפי אזרחים אחרים. לעמדה שלפיה במקרים מסוימים זכות זו מקימה אף חובה משפטית כלפי פרטים אחרים, ראו Hanoach Dagan & Avihay Dorfman, *Poverty and Private Law: Beyond Distributive Justice*, 68 THE AMERICAN JOURNAL OF JURISPRUDENCE 229 (2023).

הזכות לבין מושא הזכות; עליה להתייחס ליחסים שבין בעל הזכות לבין אחרים, בכל הנוגע למושא הזכות. כך למשל, אם נמשיך עם הדוגמה של זכות הקניין, הרי שתוכן הזכות לא יכול להיות מוגדר, באופן מספק, רק לפי האינטרס הקנייני שיש לאדם בהקשר מסוים. הגדרה כזו תתאפיין, בה בעת, בהכללת יתר ובהכללת חסר: מחד גיסא, היא 'תפספס' את טיב היחסים המשפטיים הייחודיים שהזכות לקניין יוצרת, בהקשרים שונים, בין בעל הזכות לבין אחרים, לגבי סוגים שונים של קניין, ובמובן זה, תהא חסרה; ומאידך גיסא, הגדרה כזו תכניס לגדרי הזכות אינטרסים קנייניים, גם מקום שבו אין בהם כדי להשפיע על היחסים המשפטיים של בעל הזכות עם אחר; ובפרט, להוות טעם לפעולה לגבי האחר, לפעול בהלימה לאותו אינטרס. במובן זה, הגדרה כאמור תכלול בתוכן הזכות גם את מה שלא ראוי להיכלל בה. התובנה שלפיה הזכות נוגעת, למעשה, ליחסים שבין בעל הזכות לבין אחר לגבי מושא הזכות, משתלבת היטב עם מאפיין הקורלטיביות שנדון לעיל – קרי שהזכות, מעצם טבעה, מקימה חובה נגדית; אף ניתן לראות בה מעין הרחבה שלו. עם זאת, נדגיש, כי אין הכרח לקבל את מאפיין הקורלטיביות במובנו החזק כמאפיין יסודי של זכויות, על מנת לקבל את טענתנו כאן. בפרט, ניתן להחזיק בעמדה "רכה" יותר ביחס לזכויות, למשל כזו שתופסת זכות כעקרון לכאורי בלבד⁶⁵ – כזה שמהווה טעם בלתי מחייב לפעולה, שניתן לגבור עליו באמצעות איזון עם טעמים אחרים – ועדיין להשתכנע בנכונות הטענה. זאת, שכן גם עמדה שלפיה זכויות הן עקרון לכאורי בלבד, מחייבת כי זכויות יהוו, לכל הפחות, טעם לפעולה; כלומר, טעם לכאורי לפעולה, לגבי אחר. עולה אפוא, שאיננו צריכים להחזיק בתיאוריה מסוימת לגבי טבען של זכויות, על מנת לקבל את הטענה שלפיה הזכות נוגעת, בהכרח, ליחסים שבין בעל הזכות לבין האחר, להבדיל מהיחס שבין בעל הזכות לבין מושא הזכות.

2. זכויות מקיימות מגוון קשרי השפעה ותלות הדדית

הטענה השניה שנבקש לבסס, היא שהתוכן של זכות משפיע, בהכרח, על תוכן של זכויות אחרות; ובד בבד, גם מושפע מהן. נמשיך עם הדוגמה שהובאה לעיל לגבי היחס בין זכות הקניין והזכות לחופש תנועה, בהקשר של הסגת גבול במקרקעין. ככל שהזכות לקניין במקרקעין כוללת את זכות ההדרה משטח המקרקעין, הרי שיש בכך כדי להשפיע, ישירות, על תוכן הזכות לחופש התנועה, ולהגביל את היקפה, כך שלא תכלול את החופש לנוע בתוך שטח המקרקעין של אחר. מן הצד השני, ככל שהזכות לחופש התנועה מאפשרת מעבר חופשי גם בשטח המקרקעין של אחר, הרי שיש בכך כדי להגביל, בהכרח, את תוכן הזכות לקניין במקרקעין, במובן זה שהאחרונה לא תכלול את זכות ההדרה.⁶⁶

⁶⁵ ראו למשל את עמדתו של אלקסי, אשר רואה את הזכויות כעקרונות לכאוריים אשר יכולים להיתרגם, או שלא להיתרגם לכללים מעשיים, אך אף פעם אינם מהווים טעם סופי או מוחלט לפעולה: ALEXI לעיל, ה"ש 15, בעמ' 60. להרחבה על הרעיון של זכות כעקרון לכאורי (prima facie), ראו גם אצל Raz לעיל, ה"ש 9, בעמ' 184; Joseph Raz, *Prima Facie Obligations*, in PRACTICAL REASONING 81 (Joseph Raz; 1978); John Searle, *Prima Facie Obligations*, in PRACTICAL REASONING 81 (Joseph Raz; 1978); FREDERICK SCHAUER, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE 113 (1991).

כן, ראו את הדיון אצל ברק מידתיות במשפט לעיל, ה"ש 16, בעמ' 61-65.
⁶⁶ ראו את הדיון הידוע של הארט, במסגרת ביקורתו המשפיעה על רולס: H. L. A. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, 40(3) UNIVERSITY OF CHICAGO L. REV. 534, 546-547 (1973) (להלן: Hart (1973)).

קשרי ההשפעה ההדדיים בין זכויות יכולים לבוא לידי ביטוי באופנים שונים. ניקח למשל את הזכות לחירות, ואת הזכות לשלמות הגוף: כדי שתוכל להתקיים הזכות לחירות, חייבת להתקיים זכות לשלמות הגוף, שכן פגיעה בגופו של אדם מהווה פגיעה ישירה ביכולתו לפעול למען הגשמת תכליות, קרי בזכותו לחירות; לשון אחר, מבלעדי מידה מסוימת של הגנה על גופו של אדם, לא יכולה להתקיים זכות אמיתית לחירות, למצער באופן שבו מקובל להבין את המושג. יתרה מזאת, הזכות לחירות דורשת הבנה מסוימת של הזכות לשלמות הגוף, שלפיה הזכות לשלמות הגוף לא תגביל את הזכות לחירות באופן שמעקר אותה מתוכן, או מצמצם את תוכנה מעבר לרף מסוים. מן הצד השני, מובן כי הזכות לשלמות הגוף דורשת הבנה מסוימת של הזכות לחירות, כזו שאינה כוללת, כחלק מחירותו של אדם, את האפשרות החופשית לפגוע בגופו של אחר.⁶⁷ כך, הקשרים בין הזכויות יכולים לבוא לידי ביטוי, למשל, בתלות של זכות אחת בקיומה של זכות אחרת; בתלות של זכות אחת בכך שזכות אחרת תקבל תוכן מסוים; בהטלת מגבלות הדדיות על התוכן, ועוד. אין בכוונתנו לשרטט כאן במדויק את מגוון הקשרים שיכולים להתקיים בין זכויות;⁶⁸ הנקודה שברצוננו להדגיש, היא שכל – ולמצער, כמעט כל – קביעה לגבי התוכן של זכות מסוימת, היא גם – באופן ישיר או עקיף – קביעה בנוגע לתוכן של זכות או זכויות אחרות. זאת, שכן כל זכות הריהי חלק ממכלול הוליסטי של זכויות, המקיימות מגוון קשרי השפעה ותלות הדדית בהקשרים שונים.⁶⁹

גם תובנה זו מציבה מגבלות משמעותיות על האופן שבו עלינו לגשת להגדרת התוכן של זכויות. כך, דיון לגבי עיצוב תוכנה וגדרה של זכות מסוימת, אשר איננו מביא בחשבון את ההשפעה הישירה של תוכן הזכות הנדונה על תוכן של זכויות אחרות – הריהו דיון חסר, כזה ש'מפספס' חלק מהותי מהשיקולים הרלבנטיים. בפרט, קביעת התוכן של זכות מסוימת, מבלי להביא בחשבון את ההשפעה של קביעה זו על התוכן של זכויות אחרות, עלולה להביא לפגיעה באותן זכויות; ובעקיפין, אף לפגיעה בזכות עצמה. "הנדרש מכאן הוא, שבבואנו לבחון את תחומי התפרשותה של זכות יסוד, חייבים אנו לשוטט במבט מאופק-אל-אופק ומעלה-מטה. ריכוז מבטנו בעץ הבודד בהתעלם מן היער שהוא שוכן בו שקול כנגד התעלמות מן המציאות. להגנה על העץ האחד עלולים אנו לפגוע ביער, ונמצאנו פוגעים בבלי-דעת בעץ עצמו, שהרי קיומו של העץ קיום הוא בתחומי היער".⁷⁰

מן האמור בסעיף זה עולה, כי קביעת התוכן של זכות אחת, מבלי להביא בחשבון את ההשפעה של קביעה זו על תוכן של זכויות אחרות, עלולה להביא להרחבת יתר של תוכן הזכות, תוך פגיעה בזכויות אחרות. עם זאת, הרחבת יתר של זכות מסוימת עלולה לפגוע לא רק בזכויות אחרות; אלא להביא אותה זכות לכדי סתירה עצמית. חשבו למשל על הזכות לחירות. תהליך עיצוב התוכן של הזכות לחירות, מחייב, בין היתר, מענה על השאלה: מהם האמצעים הזמינים שראוי כי יעמדו לרשות הפרט, או שבהם יוכל לבחור, במסגרת פעילותו

⁶⁷ עמרי גולדוין, "יסודות מושג הזכות: לקראת מודל הוליסטי" 43-42 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב 2023) (להלן: גולדוין).

⁶⁸ לנסיונות ראשוניים בכיוון זה, ראו James Nickel, *Rethinking Indivisibility: Towards a Theory of Supporting Relations between Human Rights*, 30 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 984 (2008); Pablo Gilabert, *The Importance of Linkage Arguments for the Theory and Practice of Human Rights: A Response to James Nickel*, 32 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 425 (2010).

⁶⁹ גולדוין לעיל, ה"ש 67.

⁷⁰ עניין עדאלה לעיל, ה"ש 17, פסקה 43 לחוות הדעת של השופט חשין.

להגשמת תכליותיו; או מכיוון אחר, מהם האמצעים שעל המדינה לספק, או להימנע מלשלול, על מנת לפעול בהלימה לזכות לחירות.⁷¹ עמדה מקסימליסטית לגבי אותם אמצעים זמינים – כזו שכוללת, למשל, גם את גופו או קניינו של האחר – מביאה לסתירה פנימית; ככל שא' רשאי לממש את חירותו, בין היתר, באמצעות שימוש בגופו של ב', הרי שגם ב' רשאי לממש את חירותו באמצעות שימוש בגופו של א'. מובן, כי במצב דברים זה, שבו אפילו גופו של א' – האמצעי הבסיסי ביותר שבאמצעותו ניתן לפעול להגשמת תכליות – אינו מוגן, לא יכולה להתקיים חירות אמיתית. עולה אפוא, שהרחבת יתר של הזכות לחירות, אינה מביאה לפגיעה רק בזכויות אחרות, אלא חותרת תחת עצמה ופוגעת, הלכה למעשה, בהגנה על חירותו הבסיסית של האדם.⁷²

3. רגישות להקשר

הטענה השלישית שנרצה לבסס, היא שראוי כי התוכן של זכויות, קרי היקף התפרשותן, יקבע באופן תלוי הקשר; ובפרט, לא באופן כוללני, או ברמת הפשטה גבוהה יתר על המידה. כבר בפתח הדברים נבהיר, כי ב'הקשר', אין כוונתנו אך לנסיבות המקרה הספציפיות, אלא ל'הקשר' במובן הרחב, כלומר לפרקטיקה המשפטית או לתחום החיים הרלבנטי, שבגדרם ניתן לתחם קבוצת מקרים בעלי מאפיינים משותפים, אשר המקרה הנדון בא בקהלם. כפי שיובהר בהמשך, להבחנה זו חשיבות מכרעת להבנת התזה המוצעת במאמר זה. אם כן, הבסיס לטענה כי ראוי שתוכן הזכויות יקבע באופן תלוי הקשר, טמון בכך שהתוכן של זכויות יכול להשתנות, לעתים אף באופן דרמטי, מהקשר להקשר. תחילה, לשם האינטואיציה, נחשוב למשל על ההבדל שבין תוכן הזכות לקניין בהקשר של מיסוי, לבין תוכן הזכות לקניין בהקשר של יחסי מין בין בני זוג; על ההבדל בין תוכן הזכות לפרטיות בהקשר של מאגרי-מידע, לבין תוכן הזכות לפרטיות בהקשר של האזנה לתוכן שיחותיו של אדם; או על ההבדל בין תוכן הזכות לחופש הביטוי בהקשר של הפגנות מול בתיאם של נבחרי ציבור, לבין תוכן

⁷¹ ראו את הדיון אצל דורפמן, כבוד האדם לעיל, ה"ש 11, בעמ' 130-131; ע"פ 395/22 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (18.5.2022).

⁷² תובנה זו מושרשת היטב בפילוסופיה הפוליטית המודרנית. כך למשל, תיאוריות מקובלות של מצב הטבע, מדגישות כי יציאה ממצב הטבע למצב המדינתי מחייבת הוצאה של חירויות מסוימות מגדרי הזכות לחירות (או בניסוח אחר, הטלת מגבלות על האמצעים שנכללים בגדרי זכות זו). ראו למשל: ג'ון לוק, **המסכת השנייה על הממשל המדיני** פרק ט' (מהדורה שנייה, יוסף אור מתרגם, 2013) (1689). אצל קאנט, לעומת זאת, היציאה ממצב הטבע למצב האזרחי אינה מחייבת ויתור על חירויות, אלא שדווקא המעבר למצב האזרחי מאפשר את קיומן של חלק מהחירויות. ואולם, אצל קאנט תוכן הזכות לחירות מוגבל מלכתחילה, שכן היא מוגדרת בתור "סכום התנאים שתחתיהם הבחירה של אדם יכולה להתאחד עם הבחירה של אחר בהתאמה לחוק אוניברסלי" (ההדגשה הוספה – נ' ס' וע' ג'). ראו Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, in *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant: Practical Philosophy* 386-388 (Mary J. Gregor trans. and ed., 1996). ראו גם RIPSTEIN לעיל, ה"ש 62, בעמ' 14-17. דוגמה נוספת לתובנה זו, ניתן למצוא בביקורת המפורסמת של הארט על הצעתו של רולס, לבנות את מערך הזכויות והחירויות בהתאם לאינטרסים הרציונליים של האזרח השווה המיוצג, כך שתתקבל סכימת החירויות המרחיבה ביותר האפשרית. ראו: RAWLS לעיל, ה"ש 9, בעמ' 443-445. אין זה המקום להרחיב על אודות הביקורת של הארט – אשר הביאה את רולס לשנות בהמשך את הקריטריון האמור – אולם די בכך שנציין, כי ליבה של הביקורת נגע לכך שהרעיון של *מקסום* מערך החירויות, הוא רעיון שמתגלה, במקרים רבים, כבלתי קוהרנטי, ויתרה מזאת – בלתי מובן. ראו Hart 1973 לעיל, ה"ש 66, בעמ' 542-547.

הזכות לחופש הביטוי בהקשר של רשתות חברתיות. במקרים מסוימים, לא רק שנראה כי תוכן הזכות משתנה בין ההקשרים, אלא שמדובר בהיגיון שונה לחלוטין שפועל בכל אחד מהם.

ההבדלים בין התוכן שזכויות יכולות לקבל בהקשרים שונים, באים לידי ביטוי במגוון היבטים. כך למשל, במישור האנכי, *זכות מסוימת יכולה להגן, בהקשרים שונים, על ערכים או אינטרסים שונים*.⁷³ לדוגמה, הזכות לחופש ביטוי מגינה בהקשרים מסוימים – למשל הפגנות ומחאות – על הערך הדמוקרטי של השתתפות פוליטית חופשית; ובהקשרים אחרים, כמו פרסום ספרים או העלאת הצגות, על הערך של חופש היצירה.⁷⁴ בדומה לכך, זכות הקניין מגינה בהקשרים מסוימים על אינטרסים כלכליים, ובהקשרים אחרים – כמו בתים משותפים או שיתוף קנייני בנישואים – היא מאפשרת לקדם קהילתיות, שיתוף ואחריות חברתית.⁷⁵ היבט נוסף שבו תוכן הזכות מושפע מהקשר הדברים, טמון בכך שההקשר משפיע על המשמעות שמקבלת הפעולה הנבחנת, ובהתאם לכך, על השאלה אם נפגעה הזכות. חשבו למשל על המשמעות שמקבלת ההבחנה בין הורה לבין מי שאינו הורה. כך, מחד גיסא, בהקשר הכללי של גביית מס, או מתן הטבות סוציאליות, הבחנה זו עשויה להיות הבחנה רלבנטית, כזו שאינה נתפסת כמשפילה או כפוגעת בכבוד האדם, ואינה מביאה לפגיעה בזכות לשוויון.⁷⁶ מאידך גיסא, בכל הנוגע לתחום התעסוקה, קבלה או אי-קבלה לעבודה בהתבסס על הבחנה בין הורים לבין מי שאינם הורים נתפסת, ככלל, כהבחנה בלתי רלבנטית הנושאת משמעות פסולה, ואשר מקימה פגיעה בזכות לשוויון.⁷⁷ אם כן, אותה הבחנה שמקבלת משמעות פוגענית בהקשר אחד, יכולה לקבל משמעות שאינה פוגענית כלל בהקשר אחר, מה שמשפיע ישירות על תוכן הזכות לשוויון, ועל השאלה אם נפגעה. הנקודה היסודית כאן היא שבהעדר רגישות לפרקטיקה או תחום החיים שבמסגרתו בוצעה הפעולה הנדונה, כלל לא ניתן לבחון אם הפעולה אכן הביאה לפגיעה בזכות, שכן לא ניתן להתחקות אחר משמעותה, משמעות הנגזרת ישירות מההקשר שבו בוצעה הפעולה.

עוד היבט שבו הקשר הדברים יכול להשפיע באופן מהותי על תוכן הזכות, ואשר עניינו במישור האופקי, נוגע לאופי הזכויות שתוכנן מושפע מתוכן הזכות הנדונה באותו הקשר (ומן הצד השני, גם משפיע עליו). כפי שצינו לעיל, זכויות מטילות מגבלות הדדיות על התוכן שכל אחת מהזכויות הרלבנטיות, בהקשר מסוים, יכולה לקבל. מכאן, שבהקשרים שונים,

⁷³ ראו למשל: "אכן, פנים רבות יש לעיקרון השוויון. אנו עושים שימוש במונח זה בהקשרים רבים, ומבטאים באמצעותו הגנה על ערכים ואינטרסים מגוונים ושונים זה מזה". עניין עדאלה 2 לעיל, ה"ש 28, בפסקה 94.

⁷⁴ ראו למשל: ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פסקאות 61-66 (24.4.2014) (להלן: עניין פלוני).

⁷⁵ להרחבה על מגוון המופעים של הזכות לקניין, ועל הערכים שהיא מקדמת בהקשרים שונים, ראו חנוך דגן קניין: **על פרישת דרכים** (2005) (להלן: דגן).

⁷⁶ ראו למשל: סעיפים 40(ג), 66(ג) לפקודת מס הכנסה.

⁷⁷ ראו סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. באופן כללי יותר, ניתן לראות כי הרגישות להקשר מתבטאת בעצם קריטריון הרלבנטיות שבנוסחה האריסטוטלית; כך, השאלה אם הבחנה מסוימת מבוססת על שוני דלכנטי, היא שאלה שהתשובה עליה, מעצם טבעה, תלויה בהקשר הדברים. באופן דומה, ס' 3(ד) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, קובע כי כאשר "הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי", אין מדובר בהפליה. מובן, כי גם בחינה זו, תלויה לגמרי בהקשר הקונקרטי שבו נבחנים הדברים. ראו גם, באופן דומה: סעיף 1ב(1) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951.

ישתנה תוכן הזכות גם בהתאם לאופי המגבלות שמטילות עליו זכויות אחרות. דוגמה לכך ניתן למצוא בזכות לחופש הביטוי: בהקשר של הפגנות מול בתייהם של נבחרי ציבור, תוכן הזכות לחופש ביטוי יוגבל, בין היתר, על-ידי הזכות לקניין והזכות לפרטיות; בהקשר של ביטויי שנאה או הסתה לגזענות, תוכן הזכות לחופש ביטוי יוגבל, בין היתר, על-ידי הזכות לכבוד; ובהקשר של ביטוי המופנה נגד אנשים ספציפיים, יוגבל תוכן הזכות לחופש ביטוי על-ידי הזכות לשם טוב. מובן, כי המגבלות השונות שמוטלות על הזכות לחופש ביטוי באותם הקשרים, משפיעות באופן שונה על התוכן שהיא מקבלת בהקשרים אלה. נמצאנו למדים אפוא, כי ההקשר במובן הרחב – למשל, הקטגוריה שאליה משתייך ביטוי מסוים, מקום שבו עסקינן בזכות לחופש הביטוי – חיוני לקביעת תוכן הזכות במישור האופקי.

אם כן, תוכן הזכות יכול להשתנות בהקשרים שונים, כאשר ה"הקשר" נוגע לקטגוריית המקרים שאליה משתייך המקרה הספציפי (למשל, כחלק מתחום חיים או פרקטיקה משפטית מסוימת).⁷⁸ זאת, במישור האנכי, בהתאם לאופי האינטרסים או הערכים שעליהם מגינה הזכות בכל הקשר והקשר; במישור האופקי, בהתאם לאופי הזכויות שמטילות מגבלות על תוכן הזכות הנדונה בהקשרים השונים; ובהתאם להשפעה של הקשר הדברים על המשמעות שמקבלות פעולות שונות, ובהתאם לכך, על השאלה אם נפגעה הזכות בעקבות אותן פעולות. נדגיש, כי אין מדובר ברשימה ממצה של האופנים שבהם תוכן הזכות מושפע מההקשר הנדון,⁷⁹ אלא אך בניסיון להבהיר כי תוכן הזכות אכן מושפע, במגוון דרכים, מאותו הקשר. בהתאם לשאיפה צנועה זו, נדגיש, כי אין בכוונתנו להציע כאן תיאוריה מקיפה של הסוגיה, או ניסוח ממצה של הקשר בין מופעים שונים של אותה זכות כהינתן תובנה זו.⁸⁰

ככל שיש ממש בתובנה שלפיה תוכן הזכות משתנה, לעתים גם באופן מהותי, בהקשרים שונים, הרי שנראה כי כל ניסיון להגדיר באופן כוללני את תוכן הזכות, או את היקף ההתפרשות שלה, באופן שאינו רגיש להקשר (במובן שעליו אנו מדברים כאן, קרי הקשר במובן הרחב), נדון, במידה רבה – לכישלון; בפרט, נראה כי התוצאה של ניסיון כאמור, עלולה להיות הגדרה נוגדת-אינטואיציה של תוכן הזכות, כזו שאינה הולמת את השיפוטיות המקובלים לגביה. כך, הגדרה מסוג זה צפויה להביא להכללת יתר; קרי, לכלול במסגרת תוכן הזכות את מה שאין מקום לכלול בה. למשל, הגדרה כזו צפויה לתפוס פעולות מסוימות כפגיעה בזכות, הגם שהקשר הדברים מלמד כי פעולות אלה אינן מקימות כל פגיעה; ולכלול בתוכן הזכות גם פעולות או מצבים שבהם זכויות אחרות מטילות על אותה זכות מגבלות משמעותיות ביותר, מבלי להביא בחשבון אותן מגבלות. טרם סיום הדיון בתובנה זו, נדגיש, כי אין בכוונתנו לטעון שאין מקום לניסיון לנסח תיאוריה כללית ומקיפה של זכות מסוימת;

⁷⁸ לשם חיזוק האינטואיציה, ניתן לחשוב על כך גם דרך הדוקטרינה של חובת הזהירות המושגית בדיני הנזיקין. דוקטרינה זו עוסקת בשאלה אם ראוי להחיל את עוולת הרשלנות ביחסים בין סוג מסוים של מזיקים לבין סוג מסוים של ניזוקים, כאשר לקטגוריית מקרים מסוימת, כלומר סוג מסוים של נזקים. כך, בדומה להצעתנו כאן, הדוקטרינה מאפשרת *דגישות להקשר*, תוך שמירה על מסגרת ניתוח מבוססת קטגוריית, כזו שאינה קורסת לכדי אמירה כללית שלפיה 'כל מקרה לגופו'. אנו מודים למערכת כתב העת על האנלוגיה המועילה.

⁷⁹ כך למשל, גם טיב היחסים שבין הצדדים יכול להשפיע מהותית על תוכן הזכות.

⁸⁰ לנסיון כזה, ראו באופן כללי גולדוין לעיל, ה"ש 67, בסעיף 2.ה.2.

רחוק מכך. הנקודה היא, שעל מנת לעמוד במשימתה, תיאוריה כאמור חייבת להביא בחשבון מאפיין זה.⁸¹

ה. קביעת היקף התפרשות הזכות - מחשבה מחודשת

כעת, ברצוננו לטעון, כי באמצעות שקלול של התובנות שניסחנו כאן בתהליך קביעת היקף התפרשות הזכות – ניתן להתמודד עם הקשיים שמעורר המודל הנוהג; ולעצב את תוכן הזכויות החוקתיות באופן מדוד ומדויק יותר. נבהיר, כי איננו מתיימרים להציע כאן מודל שלם ומקיף לקביעת היקף התפרשות הזכות, אלא אך שיקולים מנחים, אבני-דרך, שעמידה עליהם עשויה לטייב את המודל הנוהג. עוד נציין, כבר בשלב זה, כי לרעיון המוצע שני חלקים המשתלבים זה בזה: ניתוח מקרה 'קלאסי' של בחינת הפגיעה הנגרמת לזכות חוקתית כתוצאה מפעולה שלטונית, שתכליתה קידום אינטרס ציבורי מסוים; וכן ניתוח מקרים של התנגשות בין זכויות.

נפתח אפוא בהבהרת האופן שבו העקרונות האמורים באים לידי ביטוי בקביעת היקף התפרשות הזכות, ובניתוח השאלה אם נפגעה זכות חוקתית; זאת, במישור האזיון האנכי, כלומר מקום שבו הפגיעה בזכות היא תוצאה של פעולה שנועדה לקדם אינטרס ציבורי. לאחר מכן, נרחיב את יסוד התובנות למישור האזיון האופקי, כלומר למקרים של התנגשות בין זכויות. בהמשך לכך, נבהיר כיצד יסוד התובנות המוצעות משתלב במודל הדו-שלבי הנוהג, ומאפשר להתמודד עם הקשיים שהוא מעורר.

1. שיקולים מנחים בקביעת היקף התפרשות הזכות – רגישות להקשר, ושילוב בין היבט אנכי להיבט אופקי

תחילה, על תהליך קביעת היקף התפרשות הזכות להתבצע, מתחילתו ועד סופו, באופן רגיש להקשר. כך, השאלה שעלינו לשאול, איננה "מהו תוכן הזכות?", אלא "מהו תוכן הזכות בהקשר הנדון?" (נדגיש כי כוונתנו גם כאן היא להקשר במובן שעליו דיברנו בפרק הקודם, כלומר במובן הרחב). דיוק השאלה באופן זה מאפשר לקבוע, מלכתחילה, 'מגרש משחקים' מוגדר ומצומצם יותר; מה שמוביל, מטבע הדברים, לדיון ממוקד ומדויק יותר. נדגיש, כפי שכבר הובהר, כי בקביעת גדר ההקשר הנדון, אין מקום לצמצם את הדיון אך לגדרי המקרה הספציפי, אלא לפרקטיקה המשפטית (או לקטגורית המקרים) שאליה משתייך המקרה הקונקרטי. זאת, מתוך הבנה שלפיה עיצוב גדר הזכות באופן עקרוני – קרי באופן המאפשר יישום של הקביעה במקרים עתידיים המשתייכים לאותה קטגוריה – מחייב כי מסגרת הניתוח לא תהא מצומצמת יתר על המידה.

בתוך ההקשר האמור, עלינו לבחון מספר מישורים שונים לשם קביעת היקף התפרשות הזכות. תחילה, במישור האנכי, נדרש לבחון מהם הערכים או האינטרסים שעליהם מגינה הזכות. נדגיש, כי בהתאם לתובנה שלפיה זכויות מגינות על ערכים ואינטרסים שונים בהקשרים שונים, כך שלא כל הערכים והאינטרסים באים לידי ביטוי בהקשר מסוים באותה

⁸¹ טענה זו עלולה לעורר קושי בכל הנוגע לאפשרות לעצב או להגדיר את תוכן הזכות באופן עקרוני. אנו מתמודדים עם המתח שבין אי-היכולת לקבוע קביעות כוללניות, מנותקות מהקשר, לגבי התוכן של זכויות, לבין החובה לעצב את תוכן הזכויות באופן עקרוני בכל הנוגע להקשר חיים או פרקטיקה מסוימת, בהמשך המאמר. ראו להלן, בסעיף 3.5.3.

מידה, אם בכלל – בחינת הערך או האינטרס שעליו מגינה הזכות תחומה להקשר הנדון (במובן הרחב), ואינה מתבצעת באופן כללי או ברמת הפשטה גבוהה יתר על המידה. אם כן, אין די בכך שהזכות אכן מגינה על ערך או אינטרס כללי מסוים, או שהיא מגינה עליו *בהקשר כלשהו*, אלא נדרש כי תגן על הערך או האינטרס *הספציפי* בהקשר הנדון.

דוגמה מוצלחת יחסית ליישום של תובנה זו, ניתן למצוא בפסיקה העוסקת בזכות לחופש הביטוי. לגבי זכות זו נקבע, כי "ביסודו של עקרון חופש הביטוי עומדים ראציונלים אחדים: שמירה על ההליך הדמוקרטי, גילוי האמת, הגשמת ה'אני' ואיזון בין רציפות לבין שינוי"; ואולם, "לא כל הראציונלים האמורים מתקיימים באותה עוצמה בכל סוגי הביטויים".⁸² כך, תוכן הזכות ועוצמת החובה שהיא מטילה נקבעים, בכל הקשר, בהתאם לאופן שבו הוא "נתפש" על-ידי הראציונלים לחופש הביטוי.⁸³ לעומת זאת, דוגמה מוצלחת פחות, ניתן למצוא בפסיקה העוסקת בהיקף התפרשות זכות הקניין. ההלכה שהתגבשה בעניין זה, היא כי "הקניין במובנו החוקתי משמעותו זכות רכושית, בין זכות חפצא ובין זכות גברא".⁸⁴ קביעה כללית זו, אינה מכוונת את הפרשן להתחקות אחר אופי, טיב ועוצמת האינטרס הרכושי הקונקרטי שעליו מגינה הזכות בהקשר הנדון; גם לא ליצירת הבחנות, ולו בסיסיות, בין האינטרסים הרכושיים השונים, ובכלל זאת, בין אינטרסים רכושיים לגיטימיים לכאלה שאינם. כך, לפי עמדה זו, האפשרות לבחון במישור האנכי את האינטרסים שעליהם מגינה הזכות לקניין באופן רגיש להקשר, הלכה למעשה – חסומה, ואינה יכולה לבוא לידי ביטוי בתהליך קביעת היקף התפרשות הזכות.

לאחר עמידה על האינטרסים והערכים שעליהם מגינה הזכות בהקשר הנדון, עלינו לבחון את ההשפעה של תוכן הזכות, *באותו הקשר*, על התוכן של זכויות אחרות. זאת, מתוך שאיפה לעצב את תוכן הזכות, כך שהזכויות השונות באותו הקשר לא יהיו, מלכתחילה, במצב של סתירה או התנגשות, אלא יאפשרו קיום ומימוש הדדי.⁸⁵ לפיכך, אין להסתפק בבחינה אנכית של הקשר שבין הזכות לבין הערך או האינטרס הניצב בבסיסה, אלא שיש לאמץ, בה בעת, גם נקודת מבט אופקית, שלפיה ישורטטו גבולות הזכות, ככל הניתן, באופן שאינו בא על *חשבון* זכויות אחרות.⁸⁶ נדגיש, כי נקודת המבט האופקית מתחייבת מתוך התובנה הכללית, שלפיה לא רק שהתוכן של זכות אחת משפיע על התוכן של זכויות אחרות; אלא שתוכן הזכות של אדם אחד, בהקשר מסוים, משפיע על תוכן הזכויות של האחר באותו הקשר. כך, השאיפה לעיצוב תוכן הזכות הנדונה באופן שמאפשר קיום ומימוש הדדי של זכויות אחרות, אינה נובעת רק מעקרונות מופשטים של קוהרנטיות והרמוניה חוקתית, אלא מהחובה הקונקרטית

⁸² בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, פסקה 10 לפסק הדין של השופט דורנר (1994) (להלן: עניין קידום).

⁸³ שם.

⁸⁴ בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 9 (20.9.2006); עניין חוף עזה לעיל, ה"ש 15, בעמ' 583; עניין גרסגהר לעיל, ה"ש 45, פסקה 24.

⁸⁵ ראו באופן כללי, על השאיפה לפשרה בין זכויות וערכים הנתונים במתח: ע"א 105/92 ראם מהגדרים קבלנים בע"מ נ' ראש עיריית נצרת-עלית, פ"ד מז(5) 189, 204 (1993); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה' 165, 215 (2000) (להלן: זמיר וסובל); גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות", מחקרי משפט כב 471 (2006); גדעון ספיר "מידתיות ופשרה", בתוך ספר דליה דורנר 397 (תשס"ט).

⁸⁶ כפי שנבהיר בהמשך, ככל שהאופן שבו מוגדר תוכן הזכות בהקשר מסוים, מביא להתנגשות מבנית עם זכות אחרת, הרי שיש לנו טעם חזק לבצע *המאמץ*, בתוכן הזכויות המתנגשות, באופן שיביא לקוהרנטיות ביניהן.

לשמור על זכויותיו של האחר, זה שאינו טוען לפגיעה בזכות באותו הקשר; לשון אחר, היא נובעת גם מהפנמת התובנה הנוגעת לממד היחסי של זכויות. נבחר, כי הממד האופקי אינו 'בולע' את המרחב האנכי, במובן זה שהממד האנכי אינו מתבטל, אלא שהאינטרס או הערך שבבסיס הזכות ממשיך להתקיים, תוך שהצמצום מתבצע באינטרסים 'פריפריאליים', לא באלה הליבתיים. כלומר, כוונתנו אינה שיש להביא בחשבון את הרציונלים הניצבים בבסיסן של זכויות קשורות אחרות, על חשבון הרציונל שבבסיס הזכות הנדונה; אלא שיש לשאוף לפגיעה מינימלית ברציונלים של הזכויות המושפעות, תוך שמירה על מימוש הרציונל של אותה זכות. נדגיש בהקשר זה, כי במקרים רבים, כפי שנדגים גם בהמשך, אכן ניתן לצמצם במידה מסוימת את היקף התפרשות הזכות, מבלי לפגוע מהותית במימוש הערך או האינטרס הליבתי הניצב בבסיסה באותו הקשר. עוד נציין, כי בהתחשב בכך שממילא, כל קביעה לגבי תוכן הזכות משפיעה על התוכן של זכויות אחרות, הרי שהתעלמות מהממד האופקי – למצער לגבי השפעות ישירות ומהותיות על זכויות אחרות – שקולה, הלכה למעשה, למעין 'עצימת עיניים'. לשון אחר, אם בלאו הכי נוצרת השפעה כאמור, מוטב לגדרה באופן מודע ומנומק, חלף התעלמות שתביא, בסבירות גבוהה, לתוצאות בלתי רצויות.

אמצעי חשוב, אם כי לא בלעדי, ליצירת השילוב בין נקודת המבט האנכית, לבין זו האופקית, הוא ההבחנה בין אינטרס לגיטימי, לבין אינטרס שאינו לגיטימי. בהיבט האנכי, הבחנה זו מאפשרת לתחום את גדר הזכות להגנה על אינטרסים ראויים בלבד; או מכיוון אחר, למקרים שבהם ניתן להצדיק, במובן המוסרי הבסיסי, את קיומה של הזכות.⁸⁷ בהיבט האופקי, ההבחנה מאפשרת להוציא מגדרי הזכות קבוצת מקרים משמעותית, אשר אילו היו באים בגדרי הזכות היה בכך כדי לפגוע, בהכרח, בזכויותיו של אחר באותו הקשר (שהרי לפחות בחלק ניכר מהמקרים, זה מה שהופך אותו אינטרס לבלתי לגיטימי). מכאן, שהבחנה זו מקדמת את יכולתנו לעצב את היקף התפרשות הזכות באופן שמאפשר קיום ומימוש הדדי של זכויות אחרות בהקשר הנדון.

כך, למשל, בהקשר של קבלה לעבודה, חלק מזכות הקניין או חופש ההעסקה של המעסיק, בא לידי ביטוי בזכותו לבחור את עובדיו. בתוך כך, מבין מגוון השיקולים שעל הפרק, למעסיק יכול להיות אינטרס קנייני שלא לקבל עובדים המשתייכים לקבוצה מסוימת; זאת, בהתבסס על העדפה של לקוחות שלא לקבל שירות ממי שמשתייך לאותה קבוצה. אינטרס זה, למצער בחלק מהמקרים, מבוסס על העדפות שמקורן בהפליה חברתית כלפי אותה קבוצה, ומשכך, באותם מקרים – איננו לגיטימי. יתרה מזאת, קביעה שלפיה אינטרס זה של המעסיק מוגן על-ידי הזכות לקניין באותו הקשר, תבוא, באופן מוחלט, על חשבון הזכות לשוויון, ואף הזכות לאוטונומיה של אותם עובדים פוטנציאליים. לעומת זאת, הוצאת

⁸⁷ חשוב להבחין בהקשר זה, בין גישתנו המתוארת לעיל, לבין עמדה שלפיה הזכות מגינה רק על מעשים מוסריים, או כאלה שאין בהם פגיעה בזכות של אחר. ההבדל טמון בכך שייחכנו מקרים שבהם ניתן להצדיק הגנה על ערך או אינטרס מסוים בגדרי הזכות, הגם שמימושו עלול לכלול, לעתים, מעשים בלתי מוסריים. החשוב לענייננו הוא שגם באותם מקרים, נדרשת הצדקה, לכך שהערך או האינטרס העומד בבסיס אותם מעשים, יהיה מוגן על-ידי הזכות; קרי, נדרשים טעמים טובים לכך שנטיל חובה על אחרים, שלא להתערב בחופש הבחירה של הפרט בהקשר מסוים, הגם שהוא כולל את ה-"right to do wrong". להעמקה בשאלה כיצד ניתן ליישב את הפרדוקס הטמון לכאורה ב"זכות המוסרית לעשות מעשה בלתי מוסרי", ראו Waldron לעיל, ה"ש 51.

האינטרס הבלתי לגיטימי מגדרי הזכות מאפשרת, בד בבד, את קיומן ההדדי של זכות המעסיק לבחור את עובדיו כראות עיניו, הגם שלא בהתבסס על קבוצת האוכלוסייה שאליה משתייך המועמד; ושל זכותם של המועמדים המשתייכים לאותה קבוצה לשוויון ולאוטונומיה באותו הקשר.⁸⁸ הקיום ההדדי משמיע מעיקרה, כפי שטענו לעיל, כי המגבלות האופקיות אינן 'בולעות' את הממד האנכי, שכן הזכות – על הרציונלים הניצבים בבסיסה בממד האנכי – אינה מתבטלת בעקבות צמצום היקף ההתפרשות שלה, אלא ממשיכה להתממש, הגם שבאופן מעט צר יותר. הדברים אף מקבלים משנה תוקף, לנוכח העובדה שהאינטרס שמוצא מגדרי הזכות אינו אינטרס 'ליבתי' שניצב בבסיס הזכות (למשל בדוגמא שלנו, לשם מימוש הזכות לבחור עובדים אין כל הכרח במיון המתבסס דווקא על קבוצת ההשתייכות של המועמד).

כדוגמה נוספת, ניתן לטעון כי ככלל, ביטויי גזענות הריהם חלק מהשיח הפוליטי, ומשכך, הם נופלים בגדרי הרציונל של קידום שיח פוליטי חופשי. עם זאת, מובן כי הביטוי הגזעני מביא לפגיעה בזכות לכבוד של מי שכלפיו מופנה אותו ביטוי; מה גם, שבמקרים רבים קשה – ולעתים אף לא ניתן – להצדיק מבחינה מוסרית את ההגנה על ביטוי מסוג זה, במסגרת הזכות לחופש ביטוי.⁸⁹ אם כן, הכללת ביטויי גזענות, בפרט אלה החמורים, בגדרי הזכות לחופש ביטוי, אינה מאפשרת לקיים את הזכות לכבוד של מי שכלפיו מופנה הביטוי. לעומת זאת, קביעה שלפיה הזכות לחופש ביטוי אינה מגינה על ביטויי גזענות חמורים, מאפשרת לקיים את הזכות לכבוד של מושא הביטוי; זאת, במקביל לשמירה על הזכות לחופש ביטוי בהקשר של ביטוי פוליטי, תוך צמצום מינימלי שלה ושמירה על ליבתה הערכית.⁹⁰

הבחנה חשובה נוספת, אשר יש בה כדי לסייע בגידור היקף התפרשות הזכות, ובהתאם לכך, ליצירת השילוב בין נקודת המבט האנכית לבין זו האופקית, נוגעת לעוצמתו או לחשיבותו החברתית של הערך או האינטרס שבא לידי ביטוי בהקשר הנדון. כך, כפי שצינו לעיל, זכויות מגינות, בהקשרים שונים, על ערכים ואינטרסים שונים. חשיבותם החברתית של אותם ערכים ואינטרסים, מטבע הדברים – איננה אחידה. כך למשל, בהקשר של פרטיות, מידת החשיבות הנודעת לפרטים אינטימיים על אודות חייו של אדם, גבוהה משמעותית ממידת החשיבות הנודעת לפרטי ביוגרפיה כלליים, או באופן כללי יותר, ל"פרטים השייכים למרחב החיצוני של חיי האדם";⁹¹ ובהקשר של קניין, מידת החשיבות הנודעת לבית

⁸⁸ ראו והשוו: דנג'ין 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד (5) 330 (2000). נציין, כי ניתן לבנות טיעון במבנה זהה גם לגבי הפליה במכירת מוצרים ציבוריים; ראו עניין מי-טל לעיל, ה"ש 49, שם. להרחבה בעניין זה, ראו את הדיון אצל ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" **עלי משפט** ג 37 (תשס"ג). לדיון המרחיב היגיון זה גם לגדרי המשפט הפרטי, למשל בהקשר של הפליה במכר דירת מגורים, ראו דגן ודורפמן לעיל, ה"ש 49, בעמ' 352-356.

⁸⁹ ראו למשל: 445 8 CARDOZO L. REV. *David Kretzmer, Freedom of Speech and Racism*, 8 CARDOZO L. REV. 445 (1987); Alon Harel, *Bigotry, Pornography, and the First Amendment: A Theory of Unprotected Speech*, 65 S. CAL. L. REV. 1887 (1992).

⁹⁰ ראו והשוו את הדיון בבג"ץ 399/85 **כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא (3) 255 (1987).

⁹¹ להבחנה זו, ראו עניין פלוני לעיל, ה"ש 74, פסקה 144.

המגורים, אינה דומה למידת החשיבות שמקובל לייחס לאובייקט, אשר חשיבותו עבור האדם המחזיק בו – כלכלית גרידא.⁹²

אם כן, ההבחנה הנוגעת לחשיבותו החברתית של הערך או האינטרס שבא לידי ביטוי בהקשר הנדון, מסייעת לתחום את היקף התפרשות הזכות.⁹³ כך, ככל שמדובר בערך או באינטרס בעל חשיבות חברתית גבוהה יותר, הנטייה תהיה לכלול אותו בגדרי הזכות; זאת, בדגש על כך שבהתחשב במשמעות הנורמטיבית כבדת-המשקל שיש להכרה באינטרס או ערך מסוים כמוגן על-ידי זכות חוקתית – עלינו להישמר מלהביא כל אינטרס זניח, או ערך שאין מקובל לייחס לו חשיבות חברתית גבוהה, בשעריה של הזכות.⁹⁴ הטעם לכך מובן: הכללת יתר תרדד את משמעותה של הזכות החוקתית מזכות, ותביא לשחיקה בערכה; שמא אף לזילות.⁹⁵ מה גם, שממילא, ההצדקה הנורמטיבית להגנה חוקתית על אינטרסים או ערכים מסוג זה – חלשה יותר. יתרה מזאת, מובן כי גידור היקף התפרשות הזכות, בהתאם לחשיבות הערך או האינטרס המוגן, מאפשר לצמצם, למצער במידת מה, את היקף התפרשותה. כך, ניתן להביא לידי ביטוי גם את ההיבט האופקי בעיצוב היקף התפרשות הזכות, במובן זה, שמצמצמת ההסתברות לכך שזכויות שונות באותו הקשר יהיו, מלכתחילה, במצב של סתירה או התנגשות; כך מתחזקת, ממילא, ההיתכנות כי אותן זכויות יאפשרו קיום ומימוש הדדי.

2. ניתוח השאלה אם נפגעה זכות

האמור לעיל, משליך ישירות על אופן הניתוח של השאלה אם נפגעה זכות; הלכה למעשה, ניתן לראות בניתוח זה מעין ישום של התובנות ששורטטו לגבי קביעת היקף התפרשות הזכות. תחילה, גם כאן, על הניתוח להתבצע מתוך הקשר; זאת, בדגש על הצורך ברגישות למשמעות הספציפית הנודעת, בהקשר הנדון (במובן שאליו אנו מתכוונים כאן, קרי ההקשר

⁹² על חשיבותו המיוחדת של בית המגורים במשפט הישראלי, ראו למשל: ע"א 2000/01 בן בסט נ' הנאמנה בפשיטת רגל על נכסי בן בסט, פ"ד נט(1) 481, 491 (12.8.2004); ע"א 7991/07 רפאלי נ' רזין, פסקה 16 (12.4.2011); ע"א 7750/10 בן גיא נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ, פסקה 5 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (11.8.2011); דגן לעיל, ה"ש 75, בעמ' 371. ניתן לנסח נקודה זו באופן כללי יותר, בהתבסס על ההבחנה בין 'פרויקטים בסיסיים', קרי בחירות המשקפות את המחויבויות שמגדירות אותנו, לבין 'העדפות גרידא', כלומר בחירות שלאי מימושן תהא השפעה מינימלית, אם בכלל, על תפיסתו העצמית של הפרט. למצער בהקשרים מסוימים, ניתן לנסח את עוצמתו או חשיבותו של האינטרס הנדון, באמצעות מיקומו על הספקטרום שבין שני הקצוות האמורים. להבחנה בין 'פרויקטים בסיסיים' לבין 'העדפות גרידא', ראו דגן ודורפמן לעיל, ה"ש 49, בעמ' 331-332.

⁹³ מובן, כי הבחנה זו אינה פשוטה, ומעוררת שאלות מורכבות ב"מרחבי הביניים", שבהם חשיבותו החברתית של הערך, או האינטרס, איננה גבוהה במיוחד, מחד גיסא; ואיננה שולית, מאידך גיסא. מפאת הצורך למקד את קו הטיעון, אין באפשרותנו להרחיב בנקודה זו במסגרת המאמר הנוכחי.

⁹⁴ ראו למשל בעניין פלוני לעיל, ה"ש 74, בפסקה 124: "יש להישמר מפני 'היסחפות' במישור הערכי. אל לו, לערך, לשמש מסווה מפני אינטרס. לעיתים האיצטלה האידיאולוגית, הקליפה, המעטה החיצוני, ריק מתוכן ערכי, ומתמזה במחלוקת אינטרסנטית (כספית, אישית, או אחרת). במצבים מעין אלה, אין במופע של הזכות שבה עסקינן אלא מה שיש בו. או אז, אין לקרוא אל תוך המופע המצומצם, באופן מלאכותי ומאולץ, ערכים אשר אינם עומדים בבסיסו".

⁹⁵ סולברג לעיל, ה"ש 28, בעמ' 21-22; בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 24 (26.6.2013); עניין עדאלה לעיל, ה"ש 17, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט גרוניס.

הרחב), לפעולה שנטען כי הביאה לפגיעה בזכות. כך למשל, הבחנה על בסיס משקל, יכולה לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם, בהקשר של קבלה לעבודה;⁹⁶ ולעומת זאת, לא להקים כל פגיעה, בהקשר של קבלה לנבחרת הג'ודו (או כל ענף ספורט אחר שבו קיים סיווג של תחרויות לפי משקל): "הקביעה לפיה הבחנה פלונית משרדת מסר פוגעני או מתייג העולה כדי פגיעה בכבוד האדם, תלויה בהתפתחויות חברתיות, כמו גם בהקשר המסוים ובנסיבות המסוימות של דבר החקיקה הנדון".⁹⁷

אם כן, במסגרת בחינת השאלה אם נפגעה זכות, עלינו לשאול, במישור האנכי, אם יש בפעולה שנטען כי הביאה לפגיעה, כדי לפגוע בערך או באינטרס שעליו מגינה הזכות כאותו הקשר. ואולם – בכך לא סגי; שהרי הסתפקות בשאלה זו מייצרת, הלכה למעשה, שקילות בין שאלת הפגיעה בזכות, לשאלת הפגיעה בערך או באינטרס. כפי שצינו לעיל, ביצירת שקילות כזו, יש כדי לפגוע בעצם מעמדה של הזכות כזכות, ובפרט, כזכות חוקתית. אשר על כן, עלינו להציב שתי מגבלות משמעותיות: האחת, נוגעת לטיב הערך שנפגע; השניה, לעוצמת הפגיעה. מגבלות אלו מאפשרות להבטיח, באמצעות 'גידור' של סוג הפגיעות שייחשבו כפגיעה בזכות החוקתית, כי הבחינה החוקתית הנובעת מקביעה כי נפגעה זכות תישמר למקרים הראויים לכך.⁹⁸

ראשית, נדרש כי הפגיעה תהיה בערך או באינטרס מהותי, כזה שקיימת הצדקה חזקה להגן עליו על-ידי הזכות החוקתית, ואשר קיים קשר רציונלי הדוק בינו לבין הרציונלים הניצבים בבסיס הזכות.⁹⁹ מגבלה זו, תאפשר להבחין בין מקרים שבהם ראוי לגייס את עוצמתה של הזכות החוקתית, את כובד משקלה הנורמטיבי; לבין מקרים שבהם נפגע אמנם אינטרס של פלוני, אולם אין מדובר בערך שלטובת ההגנה עליו ראוי להצר את פעולת הרשות

ראו והשוו: ע"ע (ארצי) 34220-10-21 ליפולס נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל (21.2.2024).

⁹⁶ עניין עדאלה 2 לעיל, ה"ש 28, בפסקה 159; וראו את הדוגמה המובאת שם בפסקה 160, הממחישה את הקושי בקביעה שלפיה "כל אימת שהמחוקק עושה שימוש בקריטריון מתייג, יש להתייחס לחקיקה הנוגעת בדבר ככזו שפוגעת בשוויון", ללא תלות בהקשר, ובפרט במשמעות הקונקרטית שמקבל השימוש הספציפי בקריטריון באותו הקשר. ראו גם בבג"ץ 4343/19 כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים נ' כנסת ישראל, פסקה 5 לחוות דעתי (נ' ס') (16.3.2022).

⁹⁷ מגבלות אלו מאפשרות להבהיר גם את ההבחנה בין היקף התפרשות הזכות, לבין השאלה אם הזכות נפגעה. אם נמשיך עם האנלוגיה שהוצעה לעיל (ראו ה"ש 78), אזי את קביעת היקף התפרשות הזכות ניתן להקביל, כאמור, לבחינת חובת הזהירות המושגית; ואילו את שלב הבחינה אם הזכות נפגעה ניתן להקביל לשאלה אם במקרה הנדון הופרה חובת הזהירות הקונקרטית. כך, תיתכן למשל פגיעה בערך או באינטרס המוגן על-ידי הזכות, אולם אינו ממש בליבת הזכות. פגיעה מסוג זה, הגם שהערך או האינטרס שנפגע במסגרתה בא בגדרי היקף התפרשות הזכות, עשויה שלא להיתפס כפגיעה בזכות, כזו שיש בה כדי להצדיק מעבר למבחני פסקת ההגבלה, מקום שבו עוצמת הפגיעה נמוכה (ראו והשוו: עניין עדאלה 2 לעיל, ה"ש 28, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט עמית). ניתן לראות את היחס בין שתי המגבלות האמורות, לגבי טיב הערך שנפגע ועוצמת הפגיעה, כמעין 'מקבילית כוחות', כך שכל שהערך שנפגע ליבתי יותר, נראה פגיעה בעוצמה גבוהה פחות כפגיעה בזכות החוקתית; וככל שהוא ליבתי פחות, תידרש פגיעה בעוצמה משמעותית יותר כדי שנראה בה פגיעה בזכות החוקתית. כל זאת, כאשר עסקינן מלכתחילה אך בערכים או אינטרסים הבאים בגדרי היקף התפרשות הזכות החוקתית.

⁹⁸ ראו למשל בע"א 396/00 בן-דע נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ, פ"ד נו(1) 854, 851 (2001): "לא כל מגבלה המוטלת על אדם, אף שהיא מגבילה אותו במידה כזו או אחרת, היא פגיעה בכבודו, בחירותו ובעיסוקו".

השלטונית, ולהכפיפה למבחני האיזון של פסקת ההגבלה.¹⁰⁰ כך למשל, בהקשר של חופש העיסוק, תתאפשר הבחנה בין פגיעה בעצם יכולתו של אדם לממש אוטונומיה באמצעות בחירת תחום עיסוקו באופן חופשי, לבין הטלת מגבלות מסוימות על דרך המימוש של בחירה זו, באמצעות רגולציה שמבטיחה כי בחירה כזו תוכל להתממש בתנאים ענייניים מסוימים;¹⁰¹ בהקשר של הזכות לקניין, תתאפשר הבחנה בין פגיעה בעצם יכולתו של אדם להחזיק בקניין מסוג מסוים, ולנהוג בו באופן חופשי (בכפוף למגבלות מסוימות, בהתאם להקשר הדברים), לבין קביעת מגבלות מצומצמות על האופן שבו ניתן להשתמש באותו קניין; ובהקשר של הזכות לחופש מדת, תתאפשר הבחנה בין יצירת נורמה מדינתית כופה שבבסיסה ציווי דתי, לבין היחשפות לתכנים דתיים.¹⁰²

שנית, אין די בכך שהפעולה הנדונה הביאה לפגיעה כלשהי בערך או באינטרס מוגן; נדרש כי מדובר יהיה בפגיעה ממשית. אכן, הביקורת החוקתית, מוטב לה כי תישמר ל"מקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים".¹⁰³ אמנם, בעיקרון שלפיו אין להידרש במסגרת הבחינה החוקתית לפגיעות "זניחות", אין כל חידוש; הוא מוכר היטב במשפט החוקתי הישראלי.¹⁰⁴ ואולם, כאן מתגלה ההכרח כשילוב המגבלות; זאת, שכן ללא המגבלה הראשונה, הנוגעת לטיב הערך שנפגע, כמפורט לעיל, ניתן יהיה לטעון לפגיעה קשה גם בערכים או אינטרסים "זניחים", וכך להכניס 'בדלת האחורית' את ה"פגיעה הזניחה" לגדרי הבחינה החוקתית. אם כן, לא כל פגיעה תבוא בגדרי הבחינה החוקתית, אלא רק פגיעה ממשית בזכות הנבחנת.

לסיכום הנקודה, במסגרת בחינת השאלה אם נפגעה זכות חוקתית, עלינו לבחון אם יש בפעולה שנטען כי הביאה לפגיעה בזכות, כדי לפגוע, בהקשר הנדון, בערך או באינטרס המוגן

¹⁰⁰ על ההשלכות המעשיות של הכפפה זו, ראו למשל: קוגוט וחקאק לעיל, ה"ש 23, בעמ' 107-108. כמו כן, לגבי ההשלכות המוסדיות של ביקורת שיפוטית נרחבת על שיקולי מדיניות, והגבלה על 'מרחב המחיה' של רשויות השלטון על-ידי הרחבת תוכן של הזכויות החוקתיות, ראו באופן כללי Hogg לעיל, ה"ש 29.

¹⁰¹ ראו והשוו: בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 439 (1998); בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת פ"ד נח(1) 786 (2003) (להלן: עניין שטנגר). לדיון ביקורתי בקביעה כי במקרים אלה אכן נפגעה הזכות לחופש העיסוק, ראו: פורת לעיל, ה"ש 23, עמ' 720-722.

¹⁰² ראו והשוו: בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות (1.8.2010). ומנגד, ראו את הניתוח הביקורתי אצל דורפמן, חופש הדת וחופש מדת לעיל, ה"ש 51, בעמ' 75-76. מובן, כי ניתן לנסח טענה דומה, גם לגבי חופש הדת. ראו למשל, בהקשר זה: בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 349-350 (1970); עניין חורב לעיל ה"ש 61, בפסקה 73. להרחבה, וניתוח תיאורטי מקיף של הזכות לחופש הדת והזכות לחופש מדת, ראו דניאל סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת, והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004).

¹⁰³ בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485 (1996), בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט זמיר; ראו גם: בג"ץ 6411/16 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות נ' כנסת ישראל, פסקה 41 (19.6.2018).

¹⁰⁴ ראו למשל, את דברי השופט חשין, בפסקה 2 לחוות דעתו בעניין קידום לעיל, ה"ש 82: "עניינו אינו אלא פערט וקל ערך' כלשונו של השופט עציוני – ממש טריוויאלי – ואין הוא 'מסוג הענינים שבהם יש לתת סעד למען הצדק', כלשונו של השופט י' כהן. לו דעתי נשמעה, היינו תולים עצמנו בגדולים, פוטרים את העותרים מלפנינו על אתר, ומפנים את זמננו לעיסוק בחירויות של אמת. ולאומר כי אל לנו לבזו לקטנות – שהרי גם גדולות תחילתן בקטנות – נשיב: אנו על המשמר יומם וליל, וחזקה עלינו כי נדע לבור את הבר ואילו את המוץ נפיץ אל הרוח". ראו גם: בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68 (1996); עניין שטנגר לעיל, ה"ש 101, פסקה 7; בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141, 151 (1983); עניין בנק המזרחי לעיל, ה"ש 22, בעמ' 332, 459, 578.

על-ידי הזכות; אם נפגע ערך או אינטרס מהותי, כזה שמקיים קשר ענייני הדוק עם הרציונלים הניצבים בבסיס הזכות, וקיימת הצדקה לגייס את כוחה הנורמטיבי של הזכות החוקתית להגנה עליו; ואם מדובר בפגיעה בעוצמה משמעותית.¹⁰⁵ הלכה למעשה, ניתן לראות בחינה זו, כניחוח של השאלה אם מדובר בפעולה אשר יש לראותה כהפרת חובה; קרי, אם מדובר בפגיעה בערך או אינטרס קונקרטי, שקיימת חובה, או טעם חזק, להימנע מפגיעה בו, ואם הפגיעה עולה כדי הפרה של אותה חובה (או טעם חזק). כך, בחינה זו באה בהלימה עם מאפיין היחסניות של הזכות, כאמור לעיל; ועם ההכרח שלא לבצע רדוקציה של הזכות לכדי ערך או אינטרס. עד לשלב זה, דנו בחלק בהצעתנו הנוגע לניחוח של פגיעה בזכות, כתוצאה מפעולה שלטונית שנועדה לקדם אינטרס ציבורי. כעת, נעבור לניחוח מקרים של התנגשות בין זכויות חוקתיות.

3. התנגשות בין זכויות

כפי שטענו לעיל, בבואנו לנתח את היקף התפרשות הזכות, עלינו להביא בחשבון את ההשפעה שיש לתוכן הזכות הנדונה על זכויות רלבנטיות אחרות באותו הקשר, ולשאוף לעצבו, ככל הניתן, באופן המאפשר את קיומן ומימושן ההדדי של אותן זכויות. ואולם, הדיון עד כה עסק במקרים שבהם נבחנת פגיעה בזכות מסוימת במישור האיזון האנכי, כלומר שעל הפרק ניצבת זכות אחת, ומולה אינטרס ציבורי. כעת, נרחיב את יסודות ההסודות שהנחנו עד כה, גם למקרים של איזון אופקי, כלומר של התנגשות בין זכויות. ההבנה המקובלת מלמדת כי זכויות נוספות "להתנגש", ונמצאות במתח מתמיד. חשבו למשל על ההתנגשות המובנית, על פני הדברים, שבין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לפרטיות, או הזכות לשם טוב; או על ההתנגשות שבין הזכות לקניין לבין הזכות לשוויון.¹⁰⁶ נראה, אם כן, כי קיים מתח אינהרנטי בין השאיפה לעצב את גדר הזכות באופן שמאפשר קיום ומימוש הדדי של זכויות אחרות, לבין הנטייה של אותן זכויות להתנגש באופן תדיר. האם ניתן להתמודד עם מתח זה? נבקש לטעון, כי התשובה על כך – חיובית; ואף יש בה כדי להציע נקודת מבט מרעננת על אופן ההתמודדות עם התנגשות בין זכויות. נטען, כי הדרך להתמודד עם התנגשות בין זכויות, ובתוך כך, גם ליישב את המתח האמור, נמצאת ברעיון של ביצוע התאמה עקרונית בתוכן הזכויות המתנגשות;¹⁰⁷ וכי יש בכך כדי להשליך ישירות על ההבנה ההולמת של מבחן האיזון האופקי.

(א) ההתמודדות הנכונה עם התנגשות בין זכויות – ביצוע התאמה עקרונית בתוכן הזכויות

¹⁰⁵ כאמור, בין שיקולים אלה מתקיים יחס שניתן לחשוב עליו כמעין 'מקבילית כוחות'. ראו ה"ש 98 לעיל.
¹⁰⁶ למען הסר ספק, התנגשות כאמור יכולה להתרחש לא רק תחת תפיסה של שוויון כשוויון בתוצאות. דוגמה פשוטה לכך ניתן למצוא במקרים של הפליה במכר דירות.

¹⁰⁷ לפיתוח של רעיון זה, ראו גם גולדוין לעיל, ה"ש 67, בסעיפים 2.3.1-3.2. נבהיר, כי אנו מתמקדים כאן בשאלה העקרונית של אופן ההתמודדות הראוי עם מקרים של התנגשות בין זכויות. במסגרת זו, איננו נדרשים לשאלת הבחירה בין מבחני האיזון השונים – ובפרט, בין מבחן האיזון האופקי לבין מבחן האיזון האנכי – או לשאלת הפרשנות הנכונה של מבחנים אלה; זאת, שכן מדובר בשאלה מסדר שני, אשר ניתן להשיב עליה, רק בהינתן עמדה עקרונית כאמור. ממילא, כפי שיובהר, כלל לא ברור שמטאפורת ה"איזון" מתאימה למסגור הדיון בהקשר זה.

הצעד הראשון בדרך ליישב את המתח האמור, הוא לחזור להבחנה הבסיסית שבין זכות לבין ערך או אינטרס; בהתאם, יש להבין את ההתנגשויות האמורות, כהתנגשות בין ערכים או אינטרסים, ולא כהתנגשות בין זכויות. כפי שמלמדנו הניסיון, אינטרסים וערכים מתנגשים באופן תדיר.¹⁰⁸ אם נחזור לדוגמה מתחילת המאמר, היכולת לשמור חלקים מחיינו חופשיים מביקורת וחשיפה לאחרים, כלומר לשמור על פרטיות, היא ערך שאנו מוקירים. בד בבד, האפשרות להביע בחופשיות את דעתנו ורגשותינו, גם היא ערך שאנו מוקירים. אולם, כאשר אדם מעוניין להתבטא בחופשיות, באופן שעלול לפגוע תוך כדי כך בפרטיותו של אחר, נראה כי קיימת התנגשות בין הערכים – מימושו של האחד יפגע בעצם האפשרות לממש את האחר. בדיוק בנקודה זו, מתגלה ההבדל החשוב בין ערכים לזכויות. ערכים יכולים להתנגש, או להימצא בקונפליקט, באופן שדורש לאזן ביניהם, או להכריע מי מהם גובר בהקשר מסוים. ואולם, טענה דומה להתנגשות בין זכויות, נראית כמעט בלתי קוהרנטית – אם בהקשר מסוים א' מממש את זכותו לחופש ביטוי באמצעות פרסום תצלום של ב', ולב' יש זכות שלא יפגעו בפרטיותו באמצעות פרסום תצלום העלול להשפילו,¹⁰⁹ נראה כי עומדות לפנינו אחת משתי אפשרויות: או שלא' יש זכות לפרסם את התצלום, ואז לב' אין זכות למנוע את הפרסום בטענת הגנה על הפרטיות; או שלב' יש זכות למנוע את הפרסום מתוקף זכותו לפרטיות, ואז לא' אין זכות לפרסם את התצלום. קיומן של שתי האפשרויות במקביל, מביא לסתירה בסיסית בין החובות שמקימות זכויות אלה. כך, אף אם נפתור את ההתנגשות במקרה הקונקרטי, אולם לא נשנה את עצם ההבנה שלנו את אותן זכויות, הרי שתמשיך להתקיים סתירה פנימית במערך הזכויות והחובות.¹¹⁰

עולה אפוא, כי אין להבין התנגשות בין זכויות כהתנגשות בין זכויות מופשטות, הדורשת "לאזן" ביניהן במקרה קונקרטי, תוך שימור ההתנגשות ברמה המופשטת.¹¹¹ ברצוננו לטעון, כי הדרך להתמודד עם התנגשות בין זכויות בהקשר מסוים, היא לבצע התאמות בעצם ההבנה שלהן (כלומר, בתוכן שלהן באותו הקשר), כך שההבנה של זכות אחת תהיה קוהרנטית עם ההבנה של זכות אחרת.¹¹² בניסוח אחר, התנגשות תדירה בין זכויות, היא מאפיין מבני בסיסי

¹⁰⁸ ראו ה"ש 42 לעיל.

¹⁰⁹ ראו ס' (4)2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

¹¹⁰ תובנה זו מאפשרת לחדד את הקושי בתיאוריות מקובלות ביחס לקונפליקטים בין זכויות – כמו זו של דוורקין למשל, אשר התקבלה במידה רבה גם במשפט החוקתי הישראלי – שלפיהן קונפליקטים בין זכויות הם למעשה התנגשות בין הזכויות המופשטות, המייצרים הכרעות בזכויות קונקרטיות, כך שהזכות הקונקרטית יכולה להיות בקונפליקט עם אותה זכות מופשטת. הקושי כאן מובן – אם נמשיך עם הדוגמה שהובאה לעיל, ונניח שהקונפליקט נפתר באמצעות הכרעה שלפיה נאסר על אדם לממש את זכותו לחופש ביטוי, באמצעות פרסום תצלום, שכן הזכות לפרטיות "גוברת", לא ברור באיזה מובן יש בכלל לאדם זכות לחופש ביטוי במקרה כזה. אם אכן יש לו זכות לחופש ביטוי באותו הקשר, באיזהו מובן, נראה כי היא צריכה להקים חובה כלשהי – אולם היא אינה מקימה חובה. לחלופין, ככל שיש לו זכות מופשטת לחופש ביטוי, שאינה מקימה כל חובה באותו הקשר – מה הופך את הזכות הזו ל"זכות"? לעמדתו של דוורקין בהקשר זה, ראו Dworkin, לעיל, ה"ש 15, בעמ' 94-92, 115. להרחבה, ראו Diana T. Meyers, *Rights-Based Rights*, 3 LAW AND PHILOSOPHY 407 (1984); והשוו עם Frederick Schauer, *Rights as Rules*, 6 LAW AND PHILOSOPHY 115 (1987).

¹¹¹ Scanlon לעיל, ה"ש 13, בעמ' 1478: "The idea of 'balancing' institutionally-defined powers and prerogatives against one another hardly makes sense".

¹¹² שם; ראו גם: דורפמן כבוד האדם לעיל, ה"ש 11, בעמ' 151.

של זכויות, רק כשאנו מחזיקים ברעיון של זכויות מופשטות וכלליות, המתקיימות בצורה קבועה, מנותקת מהקשר. לעומת זאת, לפי הרעיון שאנו מציעים כאן, התנגשות בין זכויות הריהי מעין "כלל שינוי",¹¹³ שיש בו כדי להצדיק ביצוע התאמה בתוכן הזכויות, באופן שמביא לקוהרנטיות ביניהן, ופותר את ההתנגשות כעניין מבני, לא כעניין נקודתי; כזה שמביא לכך שכל זכות מאפשרת את קיומן ומימושן ההדדי של הזכויות האחרות באותו הקשר.¹¹⁴

על מנת להגשים את התכלית האמורה, על ההתאמה בתוכן הזכויות להתבצע באופן עקרוני; קרי, אין די בפתרון ההתנגשות במקרה הקונקרטי, אד-הוק, אלא שיש לבצע התאמה בתוכן הזכויות עצמן.¹¹⁵ מבלעדי קביעה עקרונית כזו, לא יתאפשר קיום הדדי אמיתי של אותן זכויות בפרקטיקה הנדונה, חוסר הקוהרנטיות במערך החובות לא יאפשר הכוונת התנהגות אפקטיבית, יביא להתנגשויות חוזרות ונשנות, ואלו יגיעו שוב ושוב לפתחו של בית המשפט. נדגיש, בהתאם לתובנות שהוצגו בשלבים קודמים של המאמר, כי כוונתנו, גם בהקשר זה, אינה ל"קביעה עקרונית" כוללנית לגבי תוכן הזכויות המתנגשות, כזו שתהיה תקפה ללא תלות בהקשר.¹¹⁶ ממילא, כפי שהבהרנו, ערכה של קביעה כזו, במנותק מהקשר – מוטל בספק.¹¹⁷ על ההתאמה העקרונית להתבצע אפוא בהתייחס לפרקטיקה – המשפטית או החברתית – שבה מתקיימת ההתנגשות, ולקבוע את גודל הזכויות המתנגשות באותו הקשר

¹¹³ לניסוח הידוע של הרעיון המקורי של "כלל השינוי", ראו H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 95-96 (1961) (להלן: HART).

¹¹⁴ נדגיש כי להבדיל מהניתוח לעיל לגבי הממד האופקי של בחינת היקף התפרשות הזכות, ההתאמה כאן מתבצעת בתוכן שתי הזכויות המתנגשות גם יחד. במובן זה, מדובר בהרחבה לא טריוויאלית כלל של החלק הקודם.

¹¹⁵ בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל פ"ד לח(2) 393, 400-401 (1984) (להלן: עניין לוי); דורפמן כבוד האדם לעיל, ה"ש 11, בעמ' 151.

¹¹⁶ הטעם העיקרי לכך שהקביעה העקרונית לגבי תוכן הזכויות המתנגשות חייבת להיעשות באופן תלוי-הקשר, ולא באופן כוללני, הוא שכפי שצינו לעיל, היחס ההדדי בין זכויות יכול להשתנות, לעתים אף באופן מהותי, מהקשר להקשר. חשבו למשל על היחס בין הזכות לשוויון לבין הזכות לקניין, כפי שבא לידי ביטוי בדיני איסור הפליה: חוק איסור הפליה יוצר הבחנה ברורה בין ההקשר העסקי, או הציבורי – שבו חל על המוכר איסור הפליה, לבין ההקשר הפרטי, שבו החוק אינו חל (ראו חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000). בהקשר הציבורי, אם כן, זכות הקניין של המוכר אינה כוללת את "הזכות להפלות"; לעומת זאת, בהקשר הפרטי, הזכות לשוויון של הקונה אינה מטילה על המוכר, במרבית המקרים, חובה שלא להפלות (ראו עניין מי-טל לעיל, ה"ש 49, בפסקה 43). מכאן, שכל ניסיון לנסח קביעה קטגורית, שתחול בכל הקשר, לגבי היחס שבין הזכות לשוויון לבין הזכות לקניין – נדון לכישלון; כך ביחס לדוגמה הספציפית, וכך בכלל.

¹¹⁷ לדין בצורך בספציפיקציה של נורמות משפטיות בכלל, ושל זכויות בפרט, להבדיל משימוש ב"קלישאות חוקתיות" ברמת הפשטה גבוהה, ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב 623 (2002). לפי בנדור וטמיר, השימוש בקלישאות, קרי שימוש בנורמות חוקתיות ברמה הפשטה גבוהה, ובאופן כוללני, תוך התעלמות מההקשר הקונקרטי, "עלולה להוביל לטעויות בדרך הניתוח המשפטי, ועקב כך לא פעם גם לטעויות בהכרעה". לב הביקורת שהם מציינים, נוגע לשימוש בתבניות ניתוח אחידות, ללא ספציפיקציה של הנורמות בהתאם להקשר העובדתי והנורמטיבי. לנקודה דומה, אודות החשיבות של קונקרטיזציה של טעמים לפעולה לפתרון של קונפליקטים, בתבונה המעשית ככלל, ובהקשר האתי בפרט, ראו David Wiggins, *Deliberation and Practical Reason*, IN ESSAYS ON ARISTOTLE'S ETHICS 221 (Ame'lie Oksenberg Rorty ed., 1980); Henry S. Richardson, *Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems*, 19 PHIL. & PUB. AFF. 279 (1990).

– ובהקשרים נוספים שלגביהם ניתן לבצע היקש – באופן שיחול גם על מקרים עתידיים. את המונח "התאמה עקרונית" יש להבין גם כאן, אפוא, כתלוי הקשר 'במובן הרחב'.¹¹⁸ ההצדקה העיקרית להתמודדות עם התנגשות בין זכויות באמצעות ביצוע התאמה עקרונית בתוכן הזכויות, באופן שמביא לקוהרנטיות ביניהן, נובעת ישירות מתפקיד המשפט בהכוונת התנהגות, כחלק מעקרון שלטון החוק. כך, מקום שבו מתקיימת התנגשות בין זכויות, ניתן לזהות למעשה שני טעמים (או יותר) לפעולה – ובאופן מדויק יותר, שתי חובות (או יותר) – כאשר כל אחת מהן מכוונת את בעלי הזכויות המתנגשות לפעול באופן שונה. הקושי המרכזי במצב זה, נובע מכך שמקום שבו נורמות משפטיות מתנגשות – ומייצרות לשחקן הפועל במסגרתן ציויים סותרים – אין לשחקן המשפטי המבקש להתבסס עליהן יכולת לדעת כיצד עליו לנהוג, או מה תהיה התוצאה המשפטית של ההתנגשות; לפיכך, גם אין ביכולתו לתכנן את צעדיו בהתאם לאותן זכויות וחובות.¹¹⁹ הקושי במונחי הכוונת התנהגות מחמיר שבעתיים כאשר מעורבים בהתנגשות כמה וכמה שחקנים שונים – כפי שסביר להניח שמתרחש ברוב המקרים – שכן בהינתן שאותם שחקנים צפויים לפרש את הציונים הסותרים בדרכים שונות, נפגעת האפשרות ליצור תיאום בהתנהגות החברתית, שגם היא חלק אינטגרלי מתפקידו החברתי של המשפט ומעקרון שלטון החוק.¹²⁰

¹¹⁸ הדגש על כך שההתאמה בתוכן הזכויות המתנגשות מתבצעת באופן עקרוני, מבהירה מדוע אין לקבל את הטענה שלפיה ביצוע התאמה בתוכן הזכויות – למשל, באמצעות איזון אופקי – מוביל להגנה פחותה על זכויות, בהשוואה למבחני איזון אחרים. לעמדה זו ראו למשל, באופן כללי, אצל מדינה ושגב, ה"ש 20; זמיר וסובל לעיל, ה"ש 85, בעמ' 218. טענה זו – מוקשית מעט מבחינה אנליטית. קביעת מבחן האיזון שיש להחיל במקרה מסוים, בהתאם לרמת ההגנה שרוצים לתת לזכות הנפגעת – מתחילה את ניתוח ההתנגשות בין הזכויות מהסוף. כך, הניתוח אינו מתחיל מעמידה מדויקת על טיבן של הזכויות המתנגשות, על אופי היחסים ביניהן, ועל טיבה של ההתנגשות הקונקרטית, אלא מהמסקנה המבוקשת, קרי – מידת ההגנה. בכך יש, כמובן, משום הנחת המבוקש. יתרה מכך, לביטוי "הגנה פחותה על זכויות" יש משמעות רק בהינתן שאנו יודעים מה תוכן הזכויות המדוברות. ואולם, לפני ביצוע ההתאמה, כאשר תוכן הזכויות נמצא בהתנגשות, דיון בנוגע למידת ההגנה עליהן, עלול להיות מעגלי. נראה אפוא, כי המושג "מידת ההגנה על הזכויות" בהקשר זה – או ליתר דיוק, בשלב זה של הניתוח – כלל אינו מוגדר היטב.

¹¹⁹ ראו למשל: ד"ר 9/77 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ**, פ"ד לב(3) 337, 361 (1978) (להלן: עניין עיתון הארץ). בניגוד לטענה שלפיה הדרישה לקוהרנטיות בין נורמות משפטיות מבטאת העדפה אתית או אסתטית ותו לא (לעמדה זו, ראו למשל בירנהק הנדסה חוקתית לעיל, ה"ש 36, בעמ' 615-622), הרי שמדובר בדרישה הנובעת ישירות מעקרון שלטון החוק, אשר נועד, בין היתר, לאפשר לאנשים לממש אוטונומיה, באמצעות היכולת לכלכל את מהלכי-חיהם לאור כללים משפטיים ברורים. על החשיבות של אי-הסתירה לעקרון שלטון החוק ראו LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 65-70 (1964). על כך שעקרון שלטון החוק מאפשר לאזרחים לתכנן את חייהם בהתאם לנורמות משפטיות ברורות, ובהתאם לכך, מהווה תנאי למימוש אוטונומיה, ראו Joseph Raz, *The Rule of Law and Its Virtues*, in *AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* 212-223 (1979).

¹²⁰ מנקודת מבט נוספת, אם אנו מבינים את ההתנגשות בין הערכים כהתנגשות בין זכויות, ולא מבצעים התאמה עקרונית בתוכן הזכויות, הרי שהלכה למעשה, אנו מייבאים ומשכפלים את המחלוקת המוסרית או החברתית אל תוך המשפט, מה שבא לידי ביטוי, כאמור, בכך שהזכויות המתנגשות מטילות חובות משפטיות סותרות, שאינן מאפשרות לשחקנים הנתונים למרותה של שיטת משפט לדעת כיצד עליהם לנהוג. מצב דברים זה עלול לפגוע בתפקיד המשפט כמוסד המאפשר להכווין התנהגות, בין היתר, במקרים שבהם המוסר נותן תשובות סותרות (או שיש בו לאקונומיה) (על תפקידו הייחודי של המשפט בהקשר זה, ראו Hart 1961 לעיל, ה"ש 113, בפרק 5).

עולה אפוא, שבמקרה שבו זכויות מתנגשות, יש לנו טעם, טעם חזק, לשנות את תוכן, למקדן, או לבצע בהן התאמות, באופן שיביא לקוהרנטיות ביניהן.¹²¹

(ב) התאמה עקרונית בתוכן הזכויות - דוגמאות להמחשה

ההיבט העקרוני של ההתאמה בתוכן הזכויות המתנגשות, מדגיש את היתרון שבהצעתנו, על פני המודל הנוהג בהקשר זה. כך, בעשורים האחרונים, ובניגוד לאופן שבו עוצב המבחן בתחילה, נהוג להבין את מבחן האיזון האופקי כמבחן אד-הוקי (להבדיל ממבחן עקרוני), המחייב בחינה מחודשת של כל מקרה בהתאם לנסיבותיו הקונקרטיות, ואינו מאפשר קביעות עקרוניות או כלליות, שיהיו בעלות תוקף בהקשרים החורגים מהמקרה הפרטני הנדון.¹²² לעומת זאת, הניתוח המוצע לגבי מקרים של התנגשות בין זכויות, מתיישב טוב יותר עם האופן שבו הותווה מבחן האיזון האופקי בפסיקה מלכתחילה, כמבחן המכיל רמה קונקרטית ורמה עקרונית.¹²³ הרמה העקרונית – שבה נקבעת "מידת הנסיגה אשר [הזכות] האחת [צריכה] לסגת כדי לקיים את האחרת]"¹²⁴ – מתחייבת, כאמור, משיקולי ודאות והכוונת התנהגות – הן של הרשויות, הן של האזרחים – וכן מהצורך לקיים ביקורת שיפוטית אובייקטיבית. שיקולים אלה מחייבים גם, לטעמנו, להבין את מבחן האיזון האופקי כפי שמוצע כאן, כהזדמנות לבצע התאמה עקרונית בתוכן הזכויות. כך, כפי שצוין, אם תוכן הזכויות המתנגשות אינו עובר התאמה ואינו נקבע באופן קוהרנטי, הזכויות מטילות למעשה

ורדוק: תפקיד זה, שהוא כאמור חלק אינטגרלי מעקרון שלטון החוק, איננו רלבנטי רק למשפט באופן כללי, אלא גם לזכויות באופן ספציפי, שכן אחת מהתכליות העיקריות להכרה בזכות, היא יצירת בסיס להסכמה חברתית ל'סט' של שיפוט נורמטיביים ולהטלת חובות, אף אם קיימת מחלוקת לגבי ההצדקה להטלתן. ראו RAZ לעיל, ה"ש 9, בעמ' 181. בהקשר זה, רז חשב שזכויות מאפשרות להתכנס סביב הסכמה על "מסקנות ביניים", המחברות בין האינטרס של בעל הזכות לבין החובה המוטלת על אחר. כך, ניתן להתגבר על אי-ההסכמה לגבי הערכים האולטימטיביים, או ההצדקות העומדות בבסיס הזכות. מדובר למעשה בנקודה כללית יותר שלו, שלפיה התכנסות סביב "מסקנות-ביניים" כמו חובות, זכויות, וכללים, מאפשרת יצירה של תרבות משותפת, ולמעשה הופכת את החיים החברתיים לאפשריים. תיאור זה ממחיש היטב, כך נדמה, את החשיבות הטמונה בכך שהמשפט לא ישכפל את הויכוח הערכי או המוסרי, אלא יעצב את תוכן הזכויות כך שניתן יהיה לגזור מהן טעמים ברורים לפעולה.

לנקודה זו באופן כללי יותר, ראו: HENRY RICHARDSON, PRACTICAL REASONING ABOUT FINAL ENDS 142 (1997): "When principles conflict, we have reason to revise them". לפי דיאוי, דליברציה לאור קונפליקט בין נורמות תהיה רציונלית, רק אם היא יכולה להפיק דרך לפעול, או להאיר תפיסה של אובייקט הפעולה, שבה כל הנטיות המתחרות מתמלאות, אמנם לא בצורתן המקורית, אלא באופן שעבר סובלימציה, כלומר באופן שמבצע התאמות בכיוון המקורי של כל אחת, על-ידי הפיכתה לרכיב הלוקח חלק בשלם, בפעולה בעלת איכות טרנספורמטיבית. ראו JOHN DEWEY, HUMAN NATURE AND CONDUCT (1922) 135. ג'יימס וואלאס ניסח זאת מחדש (בדגש על נורמות ולא על פעולה): כאשר שיקולים מוסריים מתנגשים, מטרת הדליברציה חייבת להיות לבצע התאמה בשיקול אחד או יותר, כך שהוא יחול באופן שהתוכן המקורי שלו נשמר ברמה מסוימת, וניתן לחיות עם התוכן המותאם של הנורמה. ראו JAMES WALLACE, MORAL RELEVANCE AND MORAL CONFLICT 86 (1988).

ראו למשל אצל מדינה ושגב לעיל, ה"ש 20, בעמ' 539: "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". ראו גם זמיר וסובל לעיל, ה"ש 85, בעמ' 216-218.

עניין לוי לעיל, ה"ש שגיא! הסימניה אינה מוגדרת. בפסקה 4.

שם.

חיובים סותרים, מה שלא מאפשר לשחקנים השונים לכלכל את צעדיהם ולדעת כיצד לנהוג במקרים של התנגשות. יתרה מכך, ככל שההתאמה האמורה אינה מתבצעת באופן עקרוני, בכל התנגשות יתבצע איזון אד-הוקי בהתאם לנסיבות המקרה הפרטניות, ולשיקול הדעת של המותב הדן בתיק, מה שיביא לפגיעה באובייקטיביות של הביקורת השיפוטית.¹²⁵ מהאמור עולה, שהבנת מבחן האיזון האופקי כמבחן המאפשר לבצע התאמה בתוכן הזכויות המתנגשות – כך שייקבעו באופן הוליסטי – מתיישבת היטב עם ה"רמה העקרונית" של המבחן כפי שעוצב בפסיקה, ונחוצה לטובת מימוש הרציונלים העומדים בבסיסו.

דוגמה לביצוע התאמה כאמור בתוכן הזכויות, ניתן למצוא בפרקטיקה הנוגעת ליחס שבין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לפרטיות והזכות לקניין, בהקשר של הפגנות מול ביתו של איש ציבור. על פני הדברים, בהקשר זה קיימת התנגשות מבנית בין הזכויות, שכן מחד גיסא, מימוש מלא של זכות ההפגנה מול ביתו של איש הציבור יביא לפגיעה קשה בזכות לקניין ובזכות לפרטיות של דיירי הבתים הסמוכים; ומאידך גיסא, מימוש מלא של הזכות לפרטיות והזכות לקניין יפגע קשות ביכולת לממש את זכות ההפגנה. התנגשות זו הביאה להתאמה בתוכן הזכויות, באמצעות התגבשות הכלל שלפיו "כאשר קיימת חלופה אפקטיבית של קיום הפגנה או משמרת מחאה ליד משרדו של איש הציבור, אין להתיר הפגנה או משמרת מחאה ליד מעונו הפרטי".¹²⁶ זאת, תוך הבהרה כי הכלל מתייחס רק "לפעולות מחאה מול וליד המעון הפרטי של איש הציבור, היינו בסמיכות למעון"; ואילו "ככל שמדובר בפעילות מחאה שאינה ליד המעון", יש להפעיל, כבמקרים אחרים של פגיעה בזכות לחופש ביטוי, מבחן של איזון אנכי.¹²⁷

כך, הזכות לחופש ביטוי מגבילה את תוכן הזכות לקניין והזכות לפרטיות, במובן זה שגם אם הפגנה בשטח ציבורי שאינו סמוך לביתו של איש הציבור, גורמת מטרד לדיירים הסובבים את אזור ההפגנה, אין בכך כדי להקים חובה שלא להפגין ולגרום אותו מטרד (זאת כמובן תוך הגבלות של "זמן, מקום, ואופן", שהן מגבלות שמטילות אותן זכויות על תוכן הזכות לחופש ביטוי בהקשר זה¹²⁸). מן הצד השני, הזכות לקניין והזכות לפרטיות מגבילות את תוכן הזכות לחופש ביטוי, כך שלא ניתן לממש את הזכות להפגין מול ביתו של איש הציבור; בד בבד, גם הזכות לחופש ביטוי מטילה מגבלה על הזכות לפרטיות ועל הזכות לקניין באותו הקשר, כך שהכלל יחול רק במקרה שבו "קיימת חלופה אפקטיבית של קיום הפגנה או משמרת מחאה ליד משרדו של איש הציבור". הנה כי כן, המגבלה ההדדית שמציבות הזכויות

¹²⁵ אכן, המישור העקרוני של ההתאמה בתוכן הזכויות המתנגשות, או כפי שכונה בעבר בפסיקה – "העקרון הרציונלי" – מאפשר "להדריך את הציבור באשר למותר ולאסור". עיקרון רציונאלי זה חיוני הוא כדי להעמיד לפני הרשות השלטונית קריטריונים ואמות מידה על-פיהם היא צריכה לכוון את החלטתה. "עיקרון רציונאלי" זה חשוב הוא להדרכתה של הרשות השופטת, אשר אינה צריכה לתת ביטוי לתפיסתה הסובייקטיבית שלה, אלא צריכה היא לכוון את פרשנותה על-פי אמות מידה אובייקטיביות". ראו עניין עיתון הארץ לעיל, ה"ש 119, בעמ' 361.

¹²⁶ ראו בג"ץ 1983/17 נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 10 (27.4.2017) (להלן: עניין נפתלי), שם נסקרה עמדת הרוב בבג"ץ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994).

¹²⁷ בג"ץ 2364/17 סדקה נ' מפקד מחוז מרכז במשטרה, פסקאות 7-6 (18.6.2017) (להלן: עניין סדקה). לסקירה מקיפה של ההלכה בעניין זה, ראו בג"ץ 5318/21 עיריית רעננה נ' משטרת ישראל, פסקאות 35-40 (18.5.2022).

¹²⁸ עניין סדקה לעיל, ה"ש 127, בפסקאות 7-6.

אחת על התוכן של השניה, הביאה, נוכח ההתנגשות, לביצוע התאמה עקרונית בתוכן הזכויות המתנגשות, באופן שהביא לקוהרנטיות ביניהן.¹²⁹

דוגמה נוספת להתאמה עקרונית בתוכן הזכויות במקרה של התנגשות, ניתן למצוא בעניין פלוני,¹³⁰ שם דנתי (נ' ס') בהתנגשות בין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לשם טוב, בהקשר של פרסום ספר. בפסק הדין נקבע, כי "העמדה הראויה [...] בהתנגשות בין הזכויות הנדונות", אינה כרוכה בהכרעה קטגורית "בדבר עדיפותה של זכות אחת על פני חברתה", אלא ש"פגיעה קשה בחופש הביטוי תגבר על פגיעה קלה ובינונית בזכות הפרטיות; פגיעה קשה בליבת הפרטיות תגבר על פגיעה קלה ובינונית בחופש הביטוי". כמו כן, הוצע שם מבחן אנליטי לביצוע האיזון בין הזכויות המתנגשות: "בקביעת משקלן של הזכויות המונחות על כף המאזניים, יש להתייחס לשלוש אמות מידה: לחשיבותה של הזכות; להסתברות הפגיעה או הגשתה של הזכות; ולעוצמת הפגיעה או ההגשמה".¹³¹ תוך יציקת תוכן בכל אחד מהקריטריונים. כך, המבחן מאפשר לקבוע אם הפגיעה בכל אחת מהזכויות היא ברמה נמוכה, בינונית, או גבוהה, לפי נסיבות המקרה הקונקרטי, ובהתאם לכך, לקבוע איזו מהזכויות "גוברת" ומטילה חובה. משמעות הדבר, הלכה למעשה, כי ניתן לקבוע כיצד יתבצע ה"איזון" בין הזכויות במקרים עתידיים, מה שמגדיר למעשה את תוכןן באותו הקשר, ומאפשר למשפט להכווין התנהגות בצורה אפקטיבית, בהתחשב בשתי הזכויות גם יחד.

כך, הגם שהערכים או האינטרסים המונחים על הכף מתנגשים באופן אינהרנטי, ההתאמה ההדרגתית בתוכן הזכויות מאפשרת לפתור את הסתירה ברמה המשפטית, וליצור קוהרנטיות במערך הזכויות והחובות המשפטיות שהוא מטיל: לפני ביצוע ההתאמה, הזכות לחופש ביטוי והזכות לפרטיות, אשר מגינות על ערכים שנמצאים במתח אינהרנטי ביניהם, נמצאות בהתנגשות ומטילות חיובים סותרים. ההתנגשות מביאה לשינוי בתוכן שתי הזכויות גם יחד, אשר מביא לקוהרנטיות ביניהן, בפרט בכל הנוגע לחובות שהן מטילות; ומאפשר לממש את שתיהן, גם אם לא בצורתן המקורית. התוכן של כל זכות מוגבל על-ידי השניה, בהתאם ל"מידת התאמתה של הזכות הנדונה לרציונלים העומדים בבסיסה".¹³² כמו כן, ההתאמה אינה מתבצעת רק בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי, אלא נקבעת באופן עקרוני, ביחס למקרים בהקשרים דומים, כך שתוכן הזכויות עצמו נקבע באופן שמאפשר קיום אהדדי ומימוש משותף. עם זאת, הקביעה העקרונית מתבצעת באופן רגיש להקשר, במובן זה ש"קביעת מקומו הגיאוגרפי של העניין הנדון, מתבצעת לאור בחינת הרציונלים העומדים בבסיס המופע של הזכות שבה עסקינן".¹³³

הדוגמאות האמורות מהוות בסיס למענה להתנגדות אפשרית לרעיון המוצע כאן. לפי התנגדות זו, אין חשיבות אמיתית לפתרון ההתנגשויות המבניות בין הזכויות החוקתיות – אם באמצעות צמצום מסוים של היקף התפרשות הזכות, אם באמצעות ביצוע התאמה בתוכן

¹²⁹ נדגיש, כי השינוי נוגע לתוכן הזכויות עצמן, כך שלמשל, תוכן הזכות לחופש ביטוי עבר התאמה, במובן זה ש"הפגנה או עצרת מחאה ליד מעונו הפרטי של איש ציבור, מקום שקיימת חלופה אפקטיבית (כגון משרד) [...] אינה חוסה תחת ההגנה על חירות ההפגנה" (ההדגשה הוספה – נ' ס' וע' ג'); עניין נפתלי לעיל, ה"ש 126, בפסקה 16. לצד זאת נבהיר, למען הסר ספק, כי הניתוח שם בוצע במסגרת שונה מזו המוצעת כאן.

¹³⁰ עניין פלוני לעיל, ה"ש 74.

¹³¹ שם, בפסקה 122.

¹³² שם, בפסקה 126.

¹³³ שם, בפסקה 123.

הזכויות המתנגשות – שכן התנגשויות אלה משקפות בסך הכל את העובדה – הבלתי נמנעת – שקיומנו החברתי אכן צופן בחובו קונפליקטים בין ערכים; מה גם שממילא, במאזן הכולל, ה'עלות' של צמצום או התאמה בהיקף התפרשות הזכות, דומה לזו של הדיפת זכות לכאורית שהוגדרה מלכתחילה באופן רחב. הקושי היסודי בהתנגדות זו, הוא שאם מקבלים את ההיגיון שבבסיסה, נמצאנו חותרים תחת הרציונל של פרקטיקות משפטיות באשר הן. כך, בבסיס כל פרקטיקה משפטית – משפט פלילי, משפט מינהלי, דיני חוזים, דיני קניין וכו' – מצויים ערכים שונים ש'מושכים' לכיוונים מנוגדים, ואשר עלולים להימצא בהתנגשות מתמדת. ואולם, פרקטיקות משפטיות, כפי שאנו מכירים אותן, כוללות סט של כללים ודוקטרינות שקובעים את נקודות האיזון בין אותם ערכים בהקשרים שונים, ומאפשרים הכוונת התנהגות אפקטיבית ותיאום בהתנהגות החברתית. זהו אחד מתפקידיו הבסיסיים ביותר של המשפט, אם לא היסודי שבהם. בהתאם לכך, הותרת הזכויות החוקתיות במופען המופשט, במצב של התנגשות מבנית, חותרת תחת תפקידן *כנודמות משפטיות*. אשר על כן, למצער ככל שמקבלים את ההנחה שזכויות חוקתיות הן אכן נורמות משפטיות, קיימת חשיבות ממשית לצמצום ההתנגשויות המבניות ביניהן.

לסיכום הדיון, נבקש לעמוד על הקשר שבין ביצוע התאמה בתוכן הזכויות במקרה של התנגשות, לבין קביעת היקף התפרשות הזכות. במאמר זה טענו, כי המודל הקיים לקביעת היקף התפרשות הזכות מעורר קושי, בין היתר, בשל הגדרת תוכן הזכויות החוקתיות בצורה רחבה. ההגדרה הרחבה, כך טענו, מביאה בהכרח לריבוי התנגשויות; ולכן שבמקרים רבים עומדת כביכול זכות, אשר אינה מקימה חובה קורלטיבית – מה שפוגע, במובן יסודי, בעצם מהותו של המושג "זכות". בהתאם לכך טענו, כי על בחינת השאלה אם נפגעה זכות להיות זהירה ומדויקת, ועלינו ליתן תשובה חיובית לשאלה רק במקרה שבו הפגיעה בזכות היא פגיעה "אמיתית", במובן זה שהיא מהווה הפרה של *חובה*, או של *טעם חזק לפעולה* שהקימה הזכות. באופן דומה, "חובת ההתאמה" במקרה של התנגשות בין זכויות, חלה רק במקום שבו מתקיימת התנגשות שבה אכן מוטלים על הצדדים חיובים סותרים.¹³⁴

כך, בדיוק כפי שאין להכפיף את פעולת הרשות למבחני פסקת ההגבלה, במקרה שבו הזכות לא נפגעה באופן ממשי, כלומר, שלא עמדה למולה חובה קורלטיבית בשלב הראשון של הבחינה החוקתית – כך יש לבצע התאמה בתוכן הזכות, רק במקרה שבו היא מטילה חובה קורלטיבית, שאינה מתיישבת עם חובה שמטילה זכות אחרת באותה סיטואציה; קרי, במצב שבו יש התנגשות "אמיתית" בין הזכויות.¹³⁵ השילוב בין שני העקרונות – שאינם

¹³⁴ כפי שהבהרנו לעיל בסעיף 5.א., על ההתאמה בתוכן הזכות במישור האופקי להתבצע בעיקר לגבי ערכים או אינטרסים 'פריפריאליים', לא כאלה הנוגעים לליבת הזכות (במקרה של היקף התפרשות הזכות) או הזכויות המתנגשות. עם זאת, לא ניתן להוציא מכלל אפשרות מקרים שבהם תיתכן התנגשות בין היבטים ליבתיים של שתי זכויות (או יותר). בשלב זה, אנו מותירים את דרך ההתמודדות עם מקרים כגון דא לעתיד לבוא. זאת, תוך שנציין כי כלל לא בטוח שניתן לשרטט עקרון מנחה כולל להתמודדות עם התנגשויות אלה; כי מבלי להפחית מחשיבותם, נדמה שמדובר במקרים נדירים ביותר; וכי לא ניתן לשלול בהקשר זה את אפשרות קיומן של 'דילמות טרגיות', קרי דילמות שכל החלטה שתתקבל לגביהן תהא החלטה 'לא טובה', ולמצער תביא לתוצאות שליליות.

¹³⁵ ראו בהקשר זה בג"ץ 8010/16 **ברזון נ' מדינת ישראל**, פסקה 71 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (12.7.2021): "רק כאשר מדובר בשתי זכויות המטילות כל אחת מהן חובה לפעול בדרך הפוגעת בחברתה, אז

בלתי-תלויים – בהתאם למודל (הראשוני) שאנו מציעים כאן, הוא זה שמביא לקוהרנטיות במערך הזכויות החוקתיות; למימוש תפקידו הייחודי של המשפט בהכוונת התנהגות; ולשמירה על מעמדן וערכן הנורמטיבי של הזכויות החוקתיות.

4. יישום התובנות המוצעות במסגרת המודל הנוהג

לפני שנמשיך בדיון, סיכום ביניים קצר: לפי הרעיון שאנו מבקשים להציע כאן, במקרים הנוגעים לפגיעה נטענת בזכויות חוקתיות, על הבחינה החוקתית להתחיל, בשלב ראשון, בקביעת היקף התפרשות הזכות. במסגרת שלב זה, על בית המשפט לשלב בין בחינה 'אנכית' לבין בחינה 'אופקית': בממד האנכי, עליו לבחון מהם הערכים או האינטרסים שעליהם מגינה הזכות בהקשר הנדון; זאת, כאשר 'ההקשר הנדון' איננו נסיבות המקרה הספציפי, אלא הפרקטיקה המשפטית, או הקטגוריה הרלבנטית שאלה משתייך אותו מקרה. בממד האופקי, נדרש לבחון את ההשפעה של תוכן הזכות, באותו הקשר, על התוכן של זכויות אחרות, מתוך ניסיון לשרטט את גבולות הזכות הנבחנת באופן שאינו בא על חשבון זכויות אחרות, אלא מאפשר את קיומן ההדדי. בתוך כך, רק אינטרס לגיטימי, כזה שניתן להצדיק את ההגנה עליו, יהיה כזה שיבוא בגדרי הזכות החוקתית. כמו כן, ככל שמדובר בערך או באינטרס בעל חשיבות חברתית גבוהה יותר, הנטייה תהיה לכלול אותו בגדרי הזכות.

בשלב שני, לאחר ששורטט היקף ההתפרשות של הזכות, ורק ככל שהזכות החוקתית אכן מתפרשת על המקרה הנדון בהתאם לשילוב הממד האנכי והאופקי, יש לעבור לניתוח השאלה אם אותה זכות אכן נפגעה. בשלב זה, על בית המשפט לבחון אם יש בפעולה שנטען כי הביאה לפגיעה, כדי לפגוע בערך או באינטרס שעליו מגינה הזכות באותו הקשר; זאת, תוך רגישות למשמעות שמקובל לייחס, בהקשר הנדון, לפעולה שנטען כי הביאה לפגיעה בזכות, ובהתאם לכך, לשאלה אם אכן ניתן לקבוע כי מדובר ב"פגיעה". בתוך כך, נדרש לבחון אם נפגע ערך או אינטרס מהותי, כזה שמקיים קשר ענייני הדוק עם הרציונלים הניצבים בבסיס הזכות; ואם מדובר בפגיעה כעוצמה משמעותית. רק תשובה חיובית על כל השאלות הללו, תביא לקביעה כי הזכות אכן נפגעה, ותעביר את הבחינה החוקתית לשלב פסקת ההגבלה.

עד כאן, בכל הנוגע למקרה שבו מול הפגיעה בזכות ניצב אינטרס ציבורי, שאותו נועדה הפעולה השלטונית לקדם. בהמשך לכך, במקרה של התנגשות בין זכויות חוקתיות, הגם שאופן הניתוח, מטבע הדברים, שונה, הרי שהרציונל שניצב בבסיסו – דומה למדי. כך, על בית המשפט לשוב ולאמץ את ה"רמה העקרונית" של מבחן האיזון האופקי, ובהתאם לכך, לבצע התאמה בתוכן הזכויות המתנגשות, באופן שיביא לקוהרנטיות ביניהן ויאפשר את קיומן ומימושן ההדדי באותו הקשר. זאת, להבדיל מההבנה הנוהגת היום לגבי מבחן האיזון האופקי, לא מתוך ניסיון לפתור את ההתנגשות באופן נקודתי, תוך שימורה במישור העקרוני, אלא במטרה לפתור את ההתנגשות כעניין מבני.

יערך ביניהן איזון אופקי. הטעם לכך ברור, שכן במצב זה, בו מוטלים על השלטון חיובים קונסטיטוציוניים סותרים, הרי שאין טעם לערוך בחינה ואיזון [בין הזכויות המתנגשות] לפי פסקת ההגבלה. בחינה כזו תביא ליצירת 'מעגל שוטה', שכן באותה מידה שיש להצדיק את מימושה של זכות פלונית, שכן היא פוגעת בחברתה, כך יש להצדיק את אי-מימושה של אותה זכות פלונית עצמה".

כעת, נבקש לתאר מה בין התובנות שאנו מציעים כאן, לבין המודל הנוהג. תחילה, נסביר כיצד הוא משתלב עם המודל הדו-שלבי הנוהג; בהמשך לכך, נבהיר כיצד העקרונות שאנו מציעים מאפשרים התמודדות עם הקשיים שמתעוררים במצב הדברים הנוכחי.

אם כן, כפי שעולה מהדיון עד כה, הצעתנו מבקשת להסיט את עיקר המאמץ מהשלב השני של הבחינה החוקתית, בדגש על מבחן המידתיות במובן הצר, אל השלב הראשון. כך, חלף 'דילוג קליל' מעל משוכת השאלה אם נפגעה הזכות, מוצע לקיים ניתוח מעמיק, עקרוני, של היקף התפרשות הזכות, ובעקבות כך של השאלה אם הזכות נפגעה. הלכה למעשה, ניתן לנסח את הניתוח האמור כניסיון ליתן מענה לשאלה אם הזכות מקימה בהקשר הנדון (במובן הרחב) חובה, או טעם חזק לפעולה, ואם היתה הפרה של אותה חובה. בכך יהיה, כך אנו סבורים, כדי לצמצם באופן בלתי מבוטל את היקף התפרשות הזכות. צמצום היקף התפרשות הזכות, במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית, מגיע בד בבד עם *חיזוק ההגנה* עליה, במובן זה שבניגוד למצב הדברים הנוכחי, קביעה כי הזכות נפגעה, תקבל משמעות נורמטיבית כבדת משקל, ותהא שקולה לקביעה כי על פני הדברים, הרשות הפרה את חובתה כלפי האזרח. בהתאם לכך, במישור המעשי, קביעה כאמור תקים מסקנת ביניים, או הכרה לכאורית, בכך שפעולת הרשות הריהי פעולה אסורה; *ותעביר אליה את הנטל* – הכבוד למדי – להוכיח כי חרף הפרת החובה, מדובר בפגיעה מוצדקת.¹³⁶

למען הסר ספק, אין באמור כדי לייתר את השלב השני של הבחינה החוקתית, קרי את מבחני המידתיות. לגבי שני המבחנים הראשונים – קרי, מבחן הקשר הרציונלי, ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – אין בהצעתנו כדי להשפיע עליהם, והרשות תידרש להראות, במסגרת הנטל שיוטל עליה בשלב זה, כי החלטתה אכן ממלאת אחריהם. גם לגבי המבחן השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר – נבהיר, כי אין בניתוח שאנו מציעים לערוך בשלב הראשון, כדי לייתר אותו. אמנם, מוצע כי במסגרת בחינת השאלה אם נפגעת הזכות, יבחן בית המשפט, בין היתר, אם מדובר בפגיעה בעוצמה משמעותית, כלומר שאין עסקינן בעניין של מה בכך. ואולם, להבדיל ממבחן המידתיות במובן הצר, כאן מדובר על בחינה בינארית, אם עוצמת הפגיעה חוצה רף מסוים, אם לאו. לעומת זאת, במבחן המידתיות במובן הצר, נדרש למקם את עוצמת הפגיעה על סקאלה מתאימה, להעמיד מולה את התועלת החברתית הנובעת מפעולת הרשות, ולבחון אם מתקיים בין השניים יחס הולם; מדובר אפוא בבחינה שונה בתכלית. אם כן, אין בהצעתנו כדי להשפיע על עצם טיבם של מבחני המידתיות, אלא רק על נטל ההוכחה לעמידה בהם, ועל כמות המקרים שבהם תידרש בחינה כזו; כמו כן, מסגור בחינת המידתיות תחת קביעה לכאורית כי הרשות הפרה את חובתה לשמור על זכויותיו של האזרח, תחייב יישום מחמיר של המבחנים. כך, כוונתנו איננה לבטל כליל את ההבחנה בין היקף התפרשות הזכות לבין ההגנה עליה;¹³⁷ אלא רק לצמצם את הפער ביניהם. ניתן לתהות מהי ה'דלתא' שתקבל מניתוח מבחני המידתיות תחת המתווה המוצע, או מכיוון אחר, אם מתווה זה אינו מרוקן מתוכן, הלכה למעשה, את השלב השני של המודל הדו-שלבי. לזו התשובה לתהייה זו, מצוי בהבחנה המלווה את המאמר לכל אורכו, בין הקשר

¹³⁶ ניתן לחשוב גם על מודל שלפיו ייצא צו על-תנאי בעתירה רק לאחר קביעה כי הזכות נפגעה. נשאר מחשבה זו בצריך עיון בשלב זה.

¹³⁷ בכך גישתנו נבדלת למשל מזו המוצגת אצל Webber לעיל, ה"ש 24, בעמ' 130, וכן אצל John Oberdiek, *Specifying Rights Out of Necessity*, 28 OXFORD J. LEGAL STUD. 127 (2008).

במובן הרחב לבין נסיבות המקרה הקונקרטי. בעוד שלגבי השלב הראשון של הניתוח, אנו מציעים, כפי שפורט בהרחבה לעיל, כי הבחינה תתמקד בהקשר במובן הרחב, הרי שבחינת תנאי פסקת ההגבלה, בדגש על מבחני המידתיות, מתמקדת בנסיבות המקרה הקונקרטי. כך, אף אם נקבע בשלב הראשון כי הפעולה או ההחלטה הנבחנת הביאו לפגיעה בזכות לגבי סוג המקרים הנדון, הרי שיתכנו מקרים, גם אם חריגים (בניגוד למודל הנוהג), שבהם בחינת נסיבות המקרה הקונקרטי תלמד כי הפרת החובה היתה מוצדקת במכלול השיקולים.¹³⁸ מסקנה הנובעת מכאן, היא כי החובה שמקימה הזכות בשלב הראשון, הגם שהיא חזקה – ובפרט, חזקה יותר בהשוואה למצב הדברים הנוכחי – אינה מוחלטת.

5. כיצד יישום העקרונות המוצעים מאפשר להתמודד עם הקשיים שמעורר המודל הקיים

כעת, ננסה להבהיר כיצד העקרונות המוצעים מאפשרים להתמודד עם הקשיים שמעורר מצב הדברים הקיים. אמנם, לא באופן מושלם; אולם באופן שיביא, כך אנו מקווים, לשיפור משמעותי ביחס למודל הנוהג. נפתח אפוא באינפלציה הנגרמת לערכה הנורמטיבי של הזכות, כתוצאה מהגדרת היקף התפרשותה על דרך ההרחבה. המסגרת שאנו מציעים כאן, מאפשרת להתמודד עם קושי זה באופן ברור למדי. כך, צמצום היקף התפרשות הזכות בהתאם לעקרונות המוצעים, יביא באופן טבעי להפחתת המקרים שבהם יוכרו, כחלק מגדרי הזכות, אינטרסים שאינם חלק מליבתה הערכית, ואשר אין זה ראוי לגייס עבורם את כוחה הנורמטיבי. כך, השימוש בטענת זכות – או ליתר דיוק, שימוש אפקטיבי בטענה זו – ישמר למקרים שאכן מצדיקים, מבחינה נורמטיבית, הגנה חוקתית (למצער בהעדר טעם נגדי חזק במיוחד). זאת ועוד, הצמצום האמור מביא ממילא להפחתת הנתק שיוצר המודל הנוהג, בין הזכות לבין החובה (או הטעם לפעולה) הקורלטיבית, שכן כעניין של הגדרה, אינטרס שאינו מקים טעם חזק לפעולה, לא יבוא בגדרי היקף ההתפרשות של הזכות.

ודוק: ניתן לחשוב כי מדובר, בסך הכל, בעניין מושגי-תיאורטי. ואולם, מבלי לגרוע מהחשיבות של תרומה מושגית-תיאורטית 'גרידא', אנו סבורים כי יש בתרומה האמורה השפעה מעשית של ממש. אמנם, בטווח הקצר, קשה להבחין בהשפעת הפיחות בערכן של הזכויות החוקתיות; המשפט החוקתי, מטבעו, מתקדם בצעדים קטנים, הדרגתיים. ואולם, בטווח הארוך, פיחות מתמשך בערכן של זכויות צפוי להביא, הלכה למעשה, לרדוקציה מלאה של הזכות לכדי ערך או אינטרס. כך, טענת זכות תהפוך מטענה בעלת 'משקל סגולי' מיוחד, לטענה שאין כל הבדל ממשי בינה לבין טענה לפגיעה מסוג אחר. למצב דברים כאמור תהא השפעה על כל השחקנים הרלבנטיים, כך שלמשל, הערך שתייחס הרשות השלטונית, אקס-אנטה, ל"פגיעה בזכות" – לא יהיה גבוה במיוחד, ובהתאם גם נכונותה לכלכל את צעדיה בהתאם לכך – תפחת; היכולת של הייעוץ המשפטי להתבסס על טענות מסוג זה לבלימת מהלכים פסולים – תישחק משמעותית; ולטענת האזרח כי נפגעה זכותו החוקתית כתוצאה מפעולת הרשות השלטונית – לא יהיה כל ערך מיוחד, כזה שמעורר 'חרדת קודש', אפילו בקרב בית המשפט. כך, נאבד לגמרי את ערכה הנורמטיבי הייחודי של הזכות

¹³⁸ נדגיש כי הטיעון בפסקה זו מניח כי מבחני פסקת ההגבלה ימשיכו לקבל פרשנות דומה. איננו מביעים כל עמדה, לכאן או לכאן, באשר לאפשרות לבצע התאמות בפרשנות שמקבלים גם מבחנים אלה. הרחבה באשר לכך חורגת מגדרי המאמר הנוכחי, ודורשת דיון מעמיק נפרד.

החוקתית, זה שלשמו היא נוצרה מלכתחילה; ממילא, יכולתו של המשפט להגן על אותו אזרח – תיפגע קשות. אם כן, במתן משקל נגד לתהליך זה יש, כך אנו סבורים, כדי להביא להשפעה מעשית בעלת חשיבות.

קושי נוסף שהמודל (הראשוני) המוצע מאפשר להתמודד עמו, נוגע לכך שהגדרת תוכן הזכות באופן רחב, בהתאם למודל הנוהג, מעוררת קושי במונחי לגיטימציה פוליטית. זאת, שכן היא מביאה ל'מעבר מהיר' למבחני המידתיות, שבהם נדרש בית המשפט לקביעות לגבי ה'טוב', או 'פונקציית התועלת' החברתית. נדגיש, כי הקושי אינו נובע מעצם העובדה שבית המשפט נדרש להכרעות נורמטיביות; במקרים רבים, אין מנוס מכך. אלא, שהקושי נוגע לאופי ההכרעה הנורמטיבית. כך, במסגרת יישום מבחן המידתיות במובן הצר, בית המשפט נדרש לבחון את התועלת החברתית הנובעת מפעולת הרשות השלטונית, אל מול הנזק שנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכות. להבדיל מחלקה השני, שעניינו בקביעה שיפוטית 'קלאסית', הרי שקביעה לגבי החלק הראשון במשוואה – זה שנוגע לתועלת החברתית – מחייבת לגיטימציה דמוקרטית חזקה במיוחד, אשר בהקשר זה, אין זה מובן מאליו כלל כי בית המשפט אכן נהנה ממנה.

לעומת זאת, קביעת היקף התפרשות הזכות בהתאם לעקרונות שאנו מציעים, תפחית באופן משמעותי את כמות המקרים שבהם בית המשפט יידרש לבצע בחינה כאמור, שכן היקף התפרשות הזכות יצומצם; פחות מקרים יחשבו לפגיעה בזכות; והשימוש במבחני המידתיות – ישמר למקרים המתאימים לכך. ניתן לטעון מנגד, כי הצעתנו אך מעבירה את השיפוט שאינו נהנה מהלגיטימציה הדמוקרטית הנדרשת, משלב בחינת המידתיות, לשלב הראשון של הבחינה אם נפגעה זכות. זאת, שכן קביעת היקף התפרשות הזכות, תוך התחשבות בהשפעה של קביעה זו על התוכן של זכויות אחרות, שקולה, הלכה למעשה, לאיזון שמתבצע במבחן המידתיות במובן הצר.

על התנגדות זו, נשיב בשניים: ראשית, לא כל ההכרעות הנורמטיביות 'נולדו שוות'; בפרט, קיימת הבחנה קטגורית בין בחינת התועלת החברתית הנובעת מפעולה מסוימת, לבין עיצוב תוכן הזכות.¹³⁹ כך, למצער במרבית המקרים, אין זה ברור כלל כי לבחינת התועלת החברתית יש היבט משפטי; אף אם היא כוללת היבט כזה, ברי כי איננו מרכזי. לעומת זאת, מתן תוכן קונקרטי, תלוי-הקשר, למושגים מופשטים שנקבעו בחקיקה – ובמקרה דנן, חקיקת יסוד – הריהו תפקיד בסיסי של בית המשפט בשיטת המשפט המקובל. בתוך כך, גם פרשנות הנורמות שנקבעו על-ידי הרשות המחוקקת או המכוננת, באופן שיאפשר קיום הדדי אפקטיבי, מהווה חלק אינטגרלי מתפקיד זה, אשר בלעדיו – נמצאנו חותרים תחת כוונת המחוקק; זאת, שכן קביעה לגבי התוכן או הפרשנות של נורמה מסוימת, בהתעלם מהשפעתה על נורמות אחרות, עלולה לפגוע באפשרות המימוש של אותן נורמות, אשר גם אותן ביקש

ראו והשוו לדין של הברמס בהבחנה בין הבנה של זכויות כנורמות משפטיות תקפות, להבנה שלהן כ'ערכים משפטיים' (legal values). הברמס מזהה בהבנה השניה – שחלק אינטגרלי ממנה הוא ניתוח של זכויות במונחי איוון ומידתיות – קושי במונחי לגיטימציה, כמו גם בהיבט של השטחת כוחה הנורמטיבי של הזכות. ראו JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS 256-259 (William Rehg trans., 1996) (להלן: Habermas).

המחוקק להגשים.¹⁴⁰ ממילא, כפי שצינו, כל קביעה לגבי התוכן של זכות מסוימת, משפיעה ישירות על התוכן של זכויות אחרות, כך שמוטב 'לאחוז את השור בקרניו', חלף עצימת עיניים. אם כן, הגם שבהצעתנו בית המשפט אינו נמנע כליל מכל הכרעה בעלת השלכות נורמטיביות – אם בכלל יתכן מצב דברים שכזה – הוא מכוון ל**בחינה משפטית**, למימוש תפקידו ה'קלאסי', אשר ה'גירעון הדמוקרטי' שבו חמור פחות בהשוואה למודל הנוהג.¹⁴¹ שנית, מובן כי אין בהצעתנו כדי לשלול את האפשרות שקביעת תוכן הזכות, ויחסיה עם זכויות אחרות, תתבצע במפורש על-ידי הרשות המכוננת או המחוקקת;¹⁴² היא מוגבלת למקרים שבהם אין בנמצא קביעה כזו, ועם זאת, קיים טעם חזק לסבור כי כוונת המחוקק-המכונן היתה לאפשר גם את אפשרות מימושו של הזכויות האחרות שעל הפרק. ההתמודדות עם קושי זה ממחישה את היתרון של המתווה המוצע גם במונחי יצירת חלוקה עבודה הולמת בין בית המשפט לבין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, והגשמת תפקידן המוסדי של הזכויות החוקתיות: שרטוט גבולות המגרש שבגדרו ניתן לממש דמוקרטיה המבוססת על שלטון עצמי. לתפקיד זה שני היבטים: היבט שלילי, שעניינו בהבחרת ה'מותר והאסור', ובפרט בתיחום הקווים שאותם לא ניתן לחצות במסגרת החתירה להגשמת הרצון הפוליטי; והיבט חיובי, שתכליתו הבטחת הלגיטימציה של החלטות המתקבלות בספירה הפוליטית, באמצעות עמידה על כך שההליך הדמוקרטי יהיה נחלתם של אזרחים חופשיים ושווים, המשתתפים בפרויקט יצירתן של הנורמות המסדירות את חייהם. המודל הנוהג אינו מגשים באופן מיטבי את שני ההיבטים: הגבולות שהוא משרטט אינם ברורים, ונקבעים כל פעם מחדש לאחר מעשה; והוא מחייב את בית המשפט במקרים רבים להכרעות הנוגעות לנורמות המסדירות את חיי האזרחים, ואשר אינן בהכרח תוצר של הליך שניתן לומר – באיזושהו מובן – שהאזרחים לקחו בו חלק, מה שעלול לחתור תחת הלגיטימציה שלהן. דווקא הגדרה צרה ומדויקת של הזכויות החוקתיות, תוך הגנה חזקה עליהן, מאפשרת את השילוב הנדרש בין יצירת גבולות ברורים והבטחת היכולת השווה של האזרחים להשתתף באופן אפקטיבי בהליך הדמוקרטי, לבין הצורך להותיר מרחב רחב ככל הניתן לקבלת החלטות באמצעות הליך זה, וכך להבטיח את הלגיטימיות של אותן החלטות, ולממש הלכה למעשה את אידאל הדמוקרטיה המבוססת על שלטון עצמי. בהתאם לכך, גם מתקבלת חלוקת עבודה הולמת יותר בין הרשויות.¹⁴³

¹⁴⁰ כך למשל, מובן כי ככל שאנו קובעים את התוכן של זכות אחת, באופן שאינו מתחשב בהשפעות של קביעה זו על התוכן של זכויות אחרות, הרי שאנו עלולים לפגוע בהיקפן ובאפשרות מימושו, ולפיכך – לחתור תחת כוונת המחוקק-המכונן.

¹⁴¹ להרחבה על התנאים שצריכים להתקיים כדי שפרשנות חוקתית שמתבצעת על-ידי בית המשפט תהנה מלגיטימציה דמוקרטית, ראו Richard H. Fallon, *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005); ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקה בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" בתוך **ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר** 67, 83 (אריאל בנדור, חאלד גנאים ואילן סבן עורכים, 2017); ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" **עיוני משפט** מד 5, 14 (2021).

¹⁴² לדין מעניין בהקשר זה, שבגדרו מוצגת עמדה ששמה דגש על כך שקביעת התוכן של זכויות, כמו גם אופן מימושו במציאות, חייבת להיקבע תחילה על-ידי דיון ציבורי של מי שעתידים להיות נשאיין של אותן זכויות, ראו Habermas לעיל, ה"ש 139, בעמ' 249-250.

¹⁴³ הטיעון בפסקה זו שואב מ-Habermas לעיל, ה"ש 139, בעמ' 450; וכן מדורפמן לעיל, ה"ש 11, בעמ' 160.

עוד קושי שמעלה המודל הנוהג, עניינו ביצירת חוסר ודאות לגבי תוכן של הזכויות החוקתיות, מה שנובע, כפי שטענו, הן מהשקעת מאמץ מועט בניסוח בהיר של תוכן הזכות ובקביעת גבולותיה, הן מכך שעיקר הניתוח מתבצע בשלב השני של הבחינה החוקתית, באמצעות איזון עלות-תועלת אד-הוקי לאור נסיבות המקרה הפרטני, מה שמקשה לחליץ הלכה עקרונית בנוגע לגדרי הזכות. קביעת היקף התפרשות הזכות בהתאם לעקרונות שאנו מציעים כאן, תאפשר להתמודד גם עם קושי זה. כך, עיקר המאמץ יעבור מהשלב השני של הבחינה החוקתית, אל השלב הראשון. להבדיל מניתוח המסתפק ב'מברשת עבה', בשאלה אם הכללת המקרה הנדון בגדרי הזכות עונה, באופן כללי, לאחד הרציונלים שבבסיסה, נדרש יהיה לבחון אם היא עונה לערך או אינטרס ספציפי שהזכות נועדה להגן עליו כאותו הקשר; אם מדובר באינטרס לגיטימי, כזה שראוי להגן עליו; אם מדובר בערך או אינטרס בעל חשיבות חברתית גבוהה; ואת ההשפעה שתהיה לקביעת גדרי הזכות בהקשר הנדון באופן מסוים, על הזכויות הרלבנטיות האחרות באותו הקשר. כך, הניתוח שיתבצע צפוי להתבצע במכחול דק, באופן זהיר, שיטתי ומדויק יותר, ולהוליד זכות מגודרת, בעלת תוכן ברור יותר. זאת ועוד, להבדיל מהניתוח המתבצע בשלב בחינת המידתיות במובן הצר, הרי שהבחינה האמורה אינה מתבצעת לאור נסיבות המקרה הפרטני, אלא באופן עקרוני, במבט צופה פני עתיד, ביחס לאותה פרקטיקה או תחום משפטי. כפי שהודגש לעיל, כוונתנו היא לקביעה עקרונית שמתמקמת על דרך האמצע, בין קביעה כוללנית, שאינה תלויה בהקשר כלל, לגבי תוכן הזכות, לבין קביעה פרטנית, המתמקדת אך בנסיבות המקרה הקונקרטי. כך, מחד גיסא, הקביעה העקרונית מתבצעת באופן תלוי-הקשר (ולא, למשל, "הזכות לחופש הביטוי", או "הזכות להפגין", באופן כללי); ומאידך גיסא, אותו הקשר איננו מוגבל לנסיבות ספציפיות, אלא לפרקטיקה או תחום משפטי מסוים (למשל, חופש ההפגנה בהקשר של מחאה מול ביתו של איש ציבור); אם תרצו, 'ההקשר הרחב' של הדברים. ביחס לאותו הקשר רחב, הקביעה לגבי היקף התפרשות הזכות תתבצע במבט צופה פני עתיד, ותנוסח באופן שניתן יהיה ליישמה במקרים עתידיים, גם בהקשרים דומים. כך, כדרכו של המשפט המקובל, מקרה אחר מקרה, הקשר אחר הקשר, יצטברו הקביעות העקרוניות הנוגעות לתחומי חיים שונים, לתמונה מקיפה ושלמה של היקף התפרשות הזכות; מה שיאפשר, כך אנו מקווים, ודאות גדולה יותר עבור השחקנים השונים לגבי תוכן הזכות.

לבסוף, הגדרה רחבה של היקף התפרשות הזכות, לפי המודל הנוהג, מביאה כאמור לכך שתוכן הזכויות מלכתחילה אינו מתיישב זה עם זה, מה שמביא להתנגשויות מבניות, ולפגיעה בקוהרנטיות וההרמוניה החוקתית. לעומת זאת, עיצוב גדרי הזכות בהתאם לעקרונות המוצעים כאן, יאפשר התמודדות ישירה עם קושי זה, בשני מובנים חשובים. ראשית, חלק אינטגרלי מהשלב הראשון של הבחינה החוקתית יכול, כאמור, ניתוח של ההשפעה של קביעת תוכן הזכות באופן מסוים, על התוכן של זכויות רלבנטיות אחרות באותו הקשר; ותוכן הזכות ייקבע באופן המאפשר, ככל הניתן, קיום הדדי אפקטיבי. תוכן הזכויות ישורטט אפוא מלכתחילה באופן הרמוני, אשר מצמצם במידה רבה את היקף ההתנגשויות ביניהן. שנית, במקרה של התנגשות, כפי שתואר, תבוצע התאמה עקרונית בתוכן הזכויות המתנגשות, אשר תביא לפתרון מבני של ההתנגשות, וליצירת קוהרנטיות בין הזכויות המתנגשות. השילוב בין שני ההיבטים האמורים יאפשר, במישור העקרוני, התקדמות הדרגתית לקראת יצירת קוהרנטיות רחבה בין הזכויות החוקתיות; ובמישור המעשי, צמצום של היקף המקרים שבהם

הזכויות החוקתיות מקימות ציווים סותרים, ובהתאם לכך, הכוונת התנהגות אפקטיבית יותר.¹⁴⁴

לסיכום הדיון, נציין כי במישור המעשי, אנו סבורים כי לשילוב בין צמצום חוסר הוודאות לגבי תוכן הזכויות לבין צמצום היקף המקרים שבהן מערך הזכויות מקים חובות סותרות, השפעה ממשית על היכולת להגן על זכויות באופן אפקטיבי. כך, קיימת נטייה לחשוב, בשגגה, כי מידת ההגנה על הזכות נבחנת רק אקס-פוסט, בהתאם לשאלה אם בוטלה פעולה או החלטה מסוימת של הרשות, לטובת הגנה על זכות. ואולם, צורת מחשבה זו 'מפספסת' את העובדה שזכויות, כמרבית הנורמות המשפטיות, נועדו בראש ובראשונה לסמן עבור השחקנים השונים את אופן ההתנהגות הרצוי, את גבולות המותר והאסור; לשרטט את 'כללי המשחק'. כך, האפקטיביות שלהן נבחנת, בראש ובראשונה, ביכולתן להכווין התנהגות אקס-אנטה. במובן זה, הן להפיכת תוכן הזכויות לברור ומוגדר יותר, הן לצמצום מקרים של ציווים סותרים, יש השפעה ישירה על יכולתן של הזכויות החוקתיות להכווין התנהגות אקס-אנטה באופן אפקטיבי, וכך לחזק, הלכה למעשה, את ההגנה על הערכים או האינטרסים שבבסיסן.

6. הערה לסיום - מבט רחב על התפתחות הדוקטרינה החוקתית של ההגנה על זכויות

דוקטרינות משפטיות בשיטת המשפט המקובל, נוטות להתפתח בהדרגה. תחילה, נקבעות הנורמות בחקיקה, ברמת הפשטה גבוהה יחסית. לאחר מכן, שלב אחר שלב, ממקרה למקרה, יוצקים בהן בתי המשפט תוכן קונקרטי, מפתחים את מערכת הנורמות הרלבנטית בהתאם לסכסוכים המתעוררים לגבי הפרשנות, או אופן היישום של אותן נורמות, ועם חלוף הזמן, נוצרת דוקטרינה משפטית 'בשלה'. חלק אינטגרלי ממה שמאפיין את השלב ה'בשלי' של הדוקטרינה המשפטית, הוא קביעות המסדירות את היחסים שבין הנורמות השונות החלות בגדרי אותה דוקטרינה; והפיכה הדרגתית של אותן נורמות למוגדרות וברורות יותר, הן מבחינת היקף תחולתן, הן מבחינת אופן יישומן. במברשת עבה, ניתן לתאר זאת – באופן לא ממצה – כתהליך של מעבר מסטנדרטים לכללים.

הדוקטרינה המשפטית העוסקת בהגנה על זכויות חוקתיות בישראל, בפרט לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשנת 1992, היא דוקטרינה שניתן לכנותה 'צעירה'. בשלב זה, היא עודנה בנויה, בהקשרים רבים, מסטנדרטים פתוחים, שתוכנם לא לגמרי ברור; כך גם היחסים ביניהם. ניתן להבין את הצעתנו במאמר זה, כ'קריאת כיוון' לקראת התפתחות של הדוקטרינה החוקתית הנוגעת להגנה על זכויות, בהתאם למסורת המשפט המקובל, לכדי דוקטרינה 'בשלה';¹⁴⁵ כזו שתוכן הנורמות שלה – קרי, הזכויות החוקתיות – כמו גם היחסים

¹⁴⁴ להשלמת התמונה באשר ליחס בין המודל המוצע לבין השלב השני של הבחינה החוקתית, שלב מידתיות הפגיעה, ראו לעיל בס' 5.7.

¹⁴⁵ שאוור מבקש להסביר את ההבדל בין המשפט החוקתי האמריקאי לבין המשפט החוקתי האירופי, בכל הנוגע לדיני זכויות האדם, בין היתר, בהתבסס על ההבחנה בין המשפט החוקתי האמריקאי הוותיק והבשל, שפיתח בהדרגה סטים של נורמות ומבחנים ברורים ומוגדרים יותר, לבין המשפט החוקתי האירופי הצעיר והבלתי מפותח, שמתבסס באופן כמעט מלא, בשלב זה, על סטנדרטים פתוחים. ראו Frederick Schauer, *Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture*, EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 49, 57-61 (Georg Nolte ed., 2005).

ביניהן, מוגדר וברור יותר, ובהתאם לכך, ההגנה שהיא מספקת – אם באמצעות הכוונת התנהגות אפקטיבית אקס-אנטה, אם באמצעות התמודדות עם הפגיעה אקס-פוסט – חזקה יותר.

1. סיכום

בשנים שחלפו מאז מה שנהוג לכנות "המהפכה החוקתית", התעצב בפסיקה מודל לקביעת היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות. למודל זה, מעלות שונות; ועם זאת – הוא מעורר קשיים בלתי מבוטלים. במאמר זה, ביקשנו לאתגר את המודל הקיים, ולנסח קשיים אלה. כמו כן, טענו כי מודל המביא בחשבון את המימד היחסני האינהרנטי של זכויות; את קשרי ההשפעה והתלות ההדדית בין זכויות; וקובע את היקף ההתפרשות של הזכות באופן רגיש להקשר – יוכל להתמודד עם הקשיים האמורים. מודל זה, יאפשר להגדיר את תוכן הזכויות החוקתיות באופן מדויק ובהיר יותר; לשמור על מעמדן הנורמטיבי הייחודי, ובהתאם לכך, על הערכים והאינטרסים שעליהם נועדו הזכויות החוקתיות להגן; ויסייע בהגשמת התפקיד המוסדי של הזכויות החוקתיות, קרי בשרטוט גבולות המגרש, שבגדרו ניתן להגשים את רצון העם באופן חופשי.