

מרובה המחזיק את המרובה: על היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות

מאת

אלון הראל*

במאמר מקיף "נבחנת הדוקטרינה המשפטית בה משתמש בית המשפט העליון לזיהוי והגנה על זכויות חוקתיות. הכותבים מציעים רפורמה באופן בו ראוי להגן על זכויות חוקתיות. כיום הגנה על זכויות חוקתיות נעשית בשני שלבים. בשלב הראשון קובע השופט את "היקף ההתפרשות" של הזכות החוקתית. במילים אחרות השופט בוחן האם הזכות החוקתית חלה לכאורה על האירוע נשוא הדיון. כך למשל בדיון על חוקתיות חוק האוסר לשרוף את דגל המדינה נבחנת השאלה האם הזכות לחופש הביטוי כוללת גם (לפחות כעיקרון) את הזכות לשרוף את הדגל. בהנחה שיש זכות (לכאורית prima facie right) נבחנת השאלה השנייה: שאלת עוצמת הזכות דהיינו השאלה האם שיקולים נגדיים גוברים על הזכות הלכאורית.

לדעת המחברים המבחן הראשון הוא מבחן מקל מידי. התוצאה היא כי יותר מידי פעולות מוגנות לכאורה באמצעות הזכויות החוקתיות ומכאן שעיקר העבודה השיפטית היא מלאכת איזון ושקילה של עוצמת הזכות. המחברים חפצים לפיכך ליצר מבחנים מחמירים בשלב הראשון שלב "התפרשות הזכות"

אנו מצביעים על קשיים ברפורמה המוצעת. מעל הכול אנו טוענים כי הגישה הקיימת נותנת ביטוי למורכבות של זכויות חוקתיות, לקיומם של התנגשויות בין ערכים שונים ולפלורליזם הערכי המאפיין את החברה הליברלית. אימוץ הרפורמה המוצעת מתעלמת מן המורכבות הזו. זהו מחיר כבד אשר פוגע במעמדו של המשפט כמשקף את הקונפליקטים האנושיים.

מבוא. א. האם תזת התפרשות הזכויות מגדילה וודאות? ב. הספקולציות האמפיריות של תזת התפרשות הזכויות. ג. סכנות בתזת התפרשות הזכויות. ד. סיכום.

מבוא

במאמר מקיף "מועט המחזיק את המרובה: על היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות" בוחן שופט בית המשפט העליון נועם סולברג וכן עוזר משפטי בבית המשפט העליון מר עמרי גולדוין את הדוקטרינה המשפטית בה משתמש בית המשפט העליון לזיהוי והגנה על זכויות חוקתיות. הכותבים מציעים רפורמה מקיפה באופן בו ראוי להגן על זכויות חוקתיות. המאמר מתמקד כפי שטוענים המחברים "בניתוח מושגי של זכויות, להבדיל למשל מניתוח פרשני".¹ תכלית רשימה זו היא לחשוף בפני הקוראים את הבעייתיות המושגית של המאמר ואת הסכנות הנובעות ממנו. זאת במיוחד משום שאחד מן הכותבים הוא כיום המשנה לנשיא

* פרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, מחזיק בקתדרה למשפט פלילי ע"ש פיליפ ואסטל מיזוק וחבר במרכז פדרמן לחקר הרציונליות. תודה למלגת GIF מספר 1557 בנושא פופולריות משפט.

1 ראו עמוד 3.

בבית המשפט העליון העתיד גם לכהן כנשיא בית המשפט העליון. ואכן המאמר אוזכר בשלושה מפסקי הדין של בית המשפט העליון כולם בפסקי הדין שנכתבו על ידי השופט סולברג. לדעתנו אימוץ העמדות המובאות במאמר זה בפסיקה עלול לפגוע אנושות בהגנה על זכויות חוקתיות בישראל.²

באופן מסורתי הגנה על זכויות חוקתיות נעשית בשני שלבים. בשלב הראשון קובע השופט את מה שהמחברים מכנים "היקף ההתפרשות" של הזכות החוקתית. במילים אחרות השופט בוחן האם הזכות החוקתית חלה על האירוע שהוא הדין. כך למשל בדיון על חוקתיות של חוק האוסר לשרוף את דגל המדינה ניתן לשאול האם הזכות לחופש הביטוי כוללת גם (לפחות כעיקרון) את הזכות לשרוף את דגל המדינה.³ בהנחה שבסיסם שלב זה נקבע כי ישנה זכות (לכאורית *prima facie right*) לשרוף את דגל המדינה, נבחנת השאלה השנייה: שאלת עוצמת הזכות ובמיוחד מידת ההגנה עליה. בשלב שני זה נבחנת השאלה האם שיקולים נגדיים גוברים על הזכות הלכאורית והודפים אותה. למשל האם הפגיעה בכבוד הדגל או הפגיעה ברגשותיהם של פטריוטים אמריקאיים מצדיקה הגנה על הדגל למרות קיומה של זכות לכאורית לשרוף את הדגל. בלשון הטכנית-פילוסופית נבחנת אז השאלה האם יש מקום להגן על הזכות הלכאורית ולהכיר בה כזכות שלמה *all things considered*, או שהזכות הלכאורית נהדפת *overridden* על ידי שיקולים מתנגשים (בין שיקולי מדיניות חברתית תועלתנית או אחרת ובין שיקולים הנובעים מזכויות המתנגשות עם הזכות הלכאורית). רק אם שני התנאים הנ"ל מתקיימים (1) הזכות החוקתית חלה על המקרה הנדון ולפיכך יש לעותר זכות לכאורית. (2) הזכות הלכאורית לא נהדפה על ידי שיקולים מתנגשים, בית המשפט יגן על הזכות ויפסול את החקיקה הפוגענית.

בשיטת המשפט הישראלית (כמו גם ברבות משיטות המשפט באירופה) המבחן הראשון הוא מבחן מקל ולדעתם של המחברים מקל מידי ומכאן שלדעתם היקף התפרשות הזכויות רחב מידי. התוצאה הבלתי נמנעת היא כי יותר מידי פעולות מוגנות לכאורה באמצעות הקביעה המשפטית שיש זכות חוקתית לכאורית לבצעם. מכאן גם נובע כי מרבית המלאכה השיפוטית נעשית בשלב השני – שלב האיזונים דהיינו השלב בו נקבעת עוצמת הזכות ומשקלה היחסי כנגד שיקולים נוגדים. המחברים חפצים לפיכך ליצר מבחנים מחמירים בשלב הראשון שלב "התפרשות הזכות" והם מביאים שורה של שיקולים בזכות עמדתם זו. אנו נכנה את התיזה המוצעת על ידי המחברים תזת התפרשות הזכויות.

תזת התפרשות הזכויות מבוססת על שלוש תובנות מרכזיות בנוגע לזכויות: (1) זכויות הן יחסיות דהיינו הן מתייחסות ליחסים בין פרטים (2) הן משפיעות זו על זו ותלויות האחת בשנייה (3) הן תלויות הקשר (תוכן הזכות משתנה בהקשרים שונים). המחברים מדגימים את

² במסגרת מאמר זה לא נתייחס בפרוטרוט לניתוח התיאורטי של זכויות המוצע במסגרת המאמר אף שניתוח זה הוא שגוי מכמה טעמים. הטעם שלא נדון בכך היא העובדה שאין זיקה הדוקה בין הטענה המרכזית במאמר אותה אנו בוחנים לבין הניתוח התיאורטי המוצע במאמר. לדעתנו טוב היה לו למאמר לו לא היה כולל ניתוחים הנוגעים לתיאוריה של זכויות לא רק משום שאלו אינם מתיישבים עם תובנות יסוד בספרות הקיימת, אלא בעיקר משום שהם אינם נחוצים לצורך ההצעה האופרטיבית של המחברים. לניתוח מושגי של המושג זכות ראו Alon Harel, *Theories of Rights in the Blackwell Guide to Law and Legal Theory* 191 (eds, Golding & Edmundson 1988); Alon Harel, *What Demands are Rights: An Investigation into the Relation Between Rights and Reasons* 17 OJLS 101 (1997).

³ ראו *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989).

הרלוונטיות של תובנות אלו לבחינה אנכית ואופקית של התנגשות בין זכויות, וטוענים ששלושת המאפיינים הללו מאפשרים להרחיב את היקף הפעולות אשר נפסלות כבר בשלב הראשון בו נקבע היקף התפרשות הזכויות.

כך למשל הזיקה והתלות ההדדית בין זכויות (המאפיין השני של זכויות) מאפשרת לדעת הכותבים לומר כי כאשר הזכות לחופש הביטוי מתנגשת עם זכות אחרת למשל הזכות לכבוד, ניתן כבר בשלב הראשון (שלב התפרשות הזכות) לומר כי ביטוי גזעני (הפוגע בכבוד) איננו חוסה תחת ההגנה של הזכות (אפילו לכאורית) לחופש הביטוי. הוא הדין במקרה של התנגשות בין הזכויות של מעביד לשכור עובדים והזכות של עובד לא להיות מופלה בשל השתייכותו הקבוצתית. האינטרס של מעסיק לא לקבל אדם לעבודה בגלל השתייכותו לקבוצה מסוימת הוא לא אינטרס לגיטימי הנובע מחופש העיסוק והזכות לקניין שלו. לכן יש מקום שלא להכיר כבר בשלב הראשון בזכות לכאורית של המעביד לא לקבל לעבודה את העובד. באותו האופן גם כאשר העוצמה של אינטרס אחד גוברת באופן טיפוסי על העוצמה של אינטרס אחר ניתן לומר כבר בשלב הראשון כי האינטרס בעל עוצמה נמוכה איננו מנביע אפילו זכות לכאורית. כלומר, המחברים מבקשים להציע תיאוריה של זכויות אשר תאפשר להוציא מגדר הזכות כבר בשלב הראשון קטגוריות מוגדרות היטב של פעולות שאינן מקדמות את הרציונל העומד מאחורי הזכות או שמתנגשות עם שיקולי מדיניות ציבורית בעלי משקל ניכר או מתנגשות באופן טיפוסי עם זכויות אחרות חשובות יותר.

לטעמנו השיקולים המוצעים בזכות תזת התפרשות הזכויות אינם משכנעים. זאת ועוד לא רק שהשיקולים המוצעים על ידי המחברים אינם משכנעים, יש טיעונים כבדי משקל התומכים דווקא בגישה המסורתית המרחיבה את היקף הזכויות (לכאורה) המוכרות בשיטה המשפטית ומעבירה לפיכך את נטל ההתדיינות המשפטית לשלב השני (שלב האיזונים). הגישה המסורתית המרחיבה את היקף הזכויות לכאורה נותנת ביטוי למורכבות של זכויות חוקתיות, לקיומן של התנגשויות בין ערכים שונים ובמילים אחרות גישה זו נותנת ביטוי לפלורליזם הערכי המאפיין את החברה הליברלית.

עמדתנו מבוססת על התובנה כי הזכויות החוקתיות נטועות במציאות של עימותים תמידיים והמשפט חייב לתת ביטוי מוחשי לקיום ולחשיבות של עימותים אלה. ההכרה בקיומן ובחשיבותם של תפיסות טוב שונות ומתנגשות נעשית באמצעות הכרה מרחיבה בזכויות לכאוריות המתנגשות זו עם זו. אימוץ עמדתם של המחברים הקוראת לצמצם את היקף הזכויות לכאורה יביא (בניגוד להשערתם של המחברים) לשחיקה של זכויות, לפיחות במעמדן ובעיקר ינביע הבנה מעוותת ופשטנית של מושג הזכות, הבנה אשר מטשטשת ומסתירה קונפליקטים מוסריים ופוליטיים שראוי להכיר בהם ולהעניק להם בולטות ציבורית. אנו נחלק את התגובה לשלושה חלקים. ראשית נטען כי בניגוד לעמדת הכותבים תזת התפרשות הזכויות לא תביא ליתר בהירות או ליתר וודאות ביחס להיקף הזכויות החוקתיות המוגנות. שנית נגן על מה שנכנה תזת הספקולטיביות של ההנחות של המאמר. במילים אחרות נחשוף את העובדה כי חלק מן הטיעונים בזכות תזת התפרשות הזכויות מתבסס על הנחות עובדתיות ספקולטיביות שאין להן בסיס אמפירי. שלישית נחשוף את הסכנות הנובעות מתזת התפרשות הזכויות ונטען כי הצעתם של המחברים תביא להסתרה או לטשטוש של קונפליקטים מוסריים ופוליטיים.

א. האם תזת התפרשות הזכויות מגדילה וודאות?

אחת הטענות המרכזיות המובאות להצדקת תזת התפרשות הזכויות היא הטענה לפיה אימוץ תזה זו תגדיל את הבהירות ואת הוודאות המשפטית. במסגרת פרק זה אטען שתי טענות מרכזיות: (1) אמוץ תזת התפרשות הזכויות לא יגדיל את מידת הוודאות המשפטית. (2) וודאות משפטית איננה בהכרח רצויה.

הניחו לרגע כי בית המשפט צריך להכריע האם סעיף 144 (ב) לחוק העונשין האוסר על הסתה לגזענות הוא חוקתי. כדי להכריע בשאלה זו על בית המשפט להכריע: (1) האם הגבלות על ביטויים גיזעניים הם הגבלות על הזכות החוקתית לחופש הביטוי? במילים אחרות האם הזכות לחופש הביטוי מתפרשת על ביטויים המסיתים לגזענות. (2) בהנחה שהתשובה לכך היא חיובית בית המשפט צריך להכריע האם השיקולים בזכות הגנה חוקתית על ביטויים גזעניים גוברים על שיקולי הנגד למשל הפגיעה בכבודם של מיעוטים או הסכנה שהביטוי יביא לאלימות או לפגיעה בגופם או ברכושם של בני המיעוט?

בפני בית המשפט עומדות שלוש אפשרויות. בית המשפט יכול להכריז על בטלות סעיף 144(ב) ולקבוע כי מדובר בהגבלה לא חוקתית על חופש הביטוי. הוא יכול גם להימנע מלפסול את החוק משום שהסתה לגזענות איננה מוגנת אפילו לכאורה על ידי הזכות לחופש הביטוי⁴ או שהוא יכול לקבוע כי הסתה לגזענות היא בגדר ביטוי מוגן לכאורה ולכן יש זכות חוקתית לכאורת להסית לגזענות ואולם זכות זו נהדפת על ידי שיקולי נגד כבדי משקל.⁵ הן התזה המחמירה (לפיה אין כלל זכות להסית לגזענות) והן התזה המקלה (לפיה ישנה זכות כזו אלא שהיא נהדפת על ידי שיקולים כבדי משקל) מאפשרות לבית המשפט להכיר בתקפו של האיסור על הסתה לגזענות. מכאן אנו למדים כי אימוץ ההצעה המחמירה של המחברים המבקשת לצמצם את היקף הזכויות לכאורה לא תביא בהכרח לתוצאות שונות מאלו של ההצעה המסורתית המקלה. לאמיתו של דבר המחברים עצמם מודים בפה מלא כי: ניתן לטעון מנגד, כי הצעתנו אך מעבירה השיפוט שאינו נהנה מהלגיטימציה הדמוקרטית הנדרשת משלב בחינת המידתיות לשלב הראשון של הבחינה אם נפגעה זכות. שכן קביעות היקף התפרשות הזכות, תוך התחשבות בהשפעה של קביעה זו על התוכן של זכויות אחרות, שקולה, הלכה למעשה, לאיזון שמתבצע במבחן המידתיות במובן הצר.⁶

המחברים מנסים להשיב על התנגדות זו. ההסבר המרכזי המובא על ידי המחברים מבוסס על הטענה כי תכליתם היא לקבוע עקרונות כללים מנחים הניתנים לצפייה. במילים אחרות השיקולים להעדפת הגישה המחמירה ביחס להתפרשות הזכות הם שיקולים מסורתיים של שלטון החוק: וודאות, ציפיות ובהירות. לטעמם:

עוד קושי שמעלה המודל הנוהג, עניינו ביצירת חוסר ודאות לגבי תוכן של הזכויות החוקתיות, מה שנובע, כפי שטענו, הן מהשקעת מאמץ מועט בניסוח

⁴ עמדה אנלוגית בהקשר אחר היא עמדתה המפורסמת של קתרין מקינון בנושא הפורנוגרפיה. מקינון גורסת כי פורנוגרפיה איננה בגדר ביטוי אלא מעשה ומכאן שאין היא מוגנת אפילו לכאורה. ראו למשל Catharine Mackinnon, Only Words (1993).

⁵ לעניין זה ראו מאמרי Alon Harel, Hate Speech in Oxford Handbook of Freedom of Speech (Adrienne Stone & Fredrick Schauer eds, 2021).

⁶ עמוד 41.

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 לחלץ הלכה עקרונית בנוגד לגדרי הזכות. קביעת היקף ההתפרשות 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 כאומנו הקשר... כך, הניתוח שיתבצע צפוי להתבצע במכחול דק, באופן זהיר, שיטתי ומדויק יותר ולהוליד זכות מגודרת, בעלת תוכן ברור יותר.⁷

המודל הנוהג כיום לדעתם של המחברים מביא לחוסר ודאות וחוסר אחידות משפטית. תכלית הרפורמה המוצעת על ידי המחברים -- התכלית של קיומם של כללים ברורים הניתנים לצפייה באופן שיאפשר לפרטים לפעול על בסיס הבנה של התוצאות המשפטיות של מעשיהם היא תכלית ראויה מאוד בעינינו. אולם אנו מתקשים לראות את הזיקה בין התכלית הראויה כל כך לבין האמצעים להשגתה. אנו סבורים כי אימוץ מבחן מחמיר ביחס להתפרשות הזכות לא משפיע כלל על השאלה האם הנורמות המשפטיות מבטיחות, מאפשרות או מקדמות וודאות. יתכנו מבחנים מחמירים ביחס לשלב הראשון הקובע את היקף התפרשות הזכות שיהיו עמומים ואד-הוקיים ומאידך יתכנו מבחנים מדויקים וניתנים לצפייה ביחס לשלב השני הקובע את עוצמת הזכות. זאת ועוד, שעה ש *ceteris paribus* ראוי להשתמש במבחנים מדויקים וניתנים לצפייה המאפשרים וודאות משפטית אנו נטען כי בהקשר של זכויות חוקתיות לעתים קרובות מבחנים אלה אינם מבחנים אופטימליים משום שהם לוקים הן בהכללת יתר והן בהכללת חסר.

נפתח בבחינה של הזיקה לכאורה בין תזת התפרשות הזכויות (לפיה מן הראוי לאמץ מבחן מחמיר בשלב התפרשות הזכות) לבין השאלה האם בית המשפט מפעיל כללים ברורים או משתמש בסטנדרטים עמומים. טענת המחברים היא כי יש זיקה בין השניים דהיינו שאימוץ תזת התפרשות הזכויות יביא גם לאימוץ של נורמות ברורות וניתנות לצפייה.

אנו מתקשים לראות את הקשר בין הדברים. בית המשפט יכול לקבוע כללים ברורים ביחס להיקף התפרשות זכות חוקתית למשל לומר "ביטוי גזעני איננו ביטוי" ועל כן חקיקה המגבילה ביטוי כזה היא תקפה. הוא יכול כמובן לקבוע כלל דומה ביחס לעוצמת הזכות ולטעון כי ביטוי גזעני הוא ביטוי מוגן בזכות לכאורית לחופש הביטוי אך משקלו הנורמטיבי הוא קטן או אפסי ולפיכך הוא נהדף תמיד או כמעט תמיד כאשר יש שיקולים נגדיים. בשני המקרים מדובר (על פי הנחתנו) בכלל בהיר וקל להפעלה. מכאן שהשאלה אם הכלל נקבע בשלב הראשון של התפרשות הזכות או בשלב השני – שלב קביעת עוצמת הזכות איננו קובע האם הכלל הוא בהיר וניתן לצפייה אם לאו. באותו האופן בית המשפט יכול לאמץ סטנדרט עמום ביחס להיקף התפרשות הזכות למשל לקבוע כי "ביטוי בלתי מוסרי" איננו ביטוי מוגן ואיננו יכול להנביע זכות. הוא גם יכול לקבוע סטנדרט עמום דומה ביחס לקביעת עוצמת ההגנה על הזכות. השאלה האם בית המשפט פועל לפי כללים ברורים וניתנים לצפייה ביחס

לזכויות חוקתיות היא שונה מן השאלה האם ההכרעה נעשית בשלב התפרשות הזכות או בשלב קביעת עוצמת הזכות.

במילים אחרות (בניגוד לדעת הכותבים) אימוץ תזת התפרשות הזכויות איננה לכשעצמו מקדם וודאות, ציפיות או אחידות. עם זאת ניתן אולי לומר כי תכליתו של המאמר איננה רק (או אולי אפילו בעיקר) להגן על תזת התפרשות הזכויות אלא בצד זאת גם לתבוע אימוץ כללים ברורים הניתנים לצפייה מראש ביחס להיקף ומשקל הזכויות החוקתיות (בין אם כללים אלה מופעלים בשלב קביעת היקף התפרשות הזכויות ובין אם הם מופעלים בשלב קביעת עצמת הזכות). נבחן עכשיו את השאלה האם ואם כן מתי ובאילו נסיבות חשוב לקדם ערכים של וודאות וציפיות.

אין ספק כי בהירות וציפיות הם ערכים חשובים. ואולם בצד החשיבות שיש להעניק להם יש גם מחיר לשימוש בכללים ברורים וניתנים לצפייה. אם אכן המחברים חפצים לנתח את השאלה האם יש מקום לשימוש בכללים ברורים או בסטנדרטים עמומים, יש מקום להתייחס לגוף ספרות שונה לחלוטין מזה שנדון במאמר. לאמיתו של דבר הבחירה בין שימוש בכללים ברורים או בסטנדרטים עמומים היא שאלה כללית במשפט ואיננה ייחודית לדיון בזכויות חוקתיות. כפי שספרות זו מראה לעתים יש מקום לשימוש בנורמות עמומות ולא בכללים ברורים.⁸ באופן בסיסי הבחירה בין השניים מתבססת על השאלה האם ניתן לנסח מראש כללים ex-ante אשר מבטיחים ככלל החלטות ראויות או נכונות. יש נסיבות למשל במשפט הפלילי בהם יש חשיבות גדולה לניסוח מדויק ובהיר של נורמות. מאידך יש מקרים כמו למשל בדיני הנזיקין בהם אין אפשרות או אפילו רציות לניסוח של כללים ברורים וניתנים לצפייה ex ante ומכאן שיש צורך להשתמש בסטנדרטים עמומים.

השאלה מתי יש מקום לניסוח כללים הניתנים לצפייה או סטנדרטים עמומים ביחס לזכויות חוקתיות תלויה באופייה של הזכות החוקתית. יש זכויות חוקתיות בהן העמימות מתחייבת מטיבה של הזכות. הניתוח המסורתי של רמת הוודאות האופטימלית של נורמות מבוססת על העלות של קביעת כללים ex-ante מול התועלת של קביעת כללים כאלה וכן מול העלות של החלטות ex-post. הרשו לנו להדגים את מערכות השיקולים החלות על שאלה זו תוך שימוש בדוגמא הלקוחה מן המשפט הפלילי.

קחו את סעיף 34 ו לחוק העונשין הקובע שאין אחריות פלילית מתחת לגיל 12. הרציונל לחוק הוא ברור: באופן טיפוסי ילדים מתקשים להבחין בין טוב ורע. עם זאת הגיל בו מתעצבת האבחנה בין טוב ורע משתנה מילד אחד למשנהו. אין ספק כי ישנם נערים מתחת לגיל 12 שהם בעלי יכולת להבחין בין טוב ורע ויש גם נערים מעל גיל 12 שהם בעלי רמת התפתחות נמוכה המתקשים לקיים את הוראות החוק הפלילי. לנורמה המשפטית הקובעת גיל אחריות פלילית יש לפיכך סכנות הנגזרות מהכללת יתר (ילדים מתחת לגיל 12 בעלי יכולת להבחין בין טוב ורע פטורים מאחריות פלילית) וכן סכנות הנגזרות מהכללת חסר (נערים מעל

⁸ Kaplow, Louis (1992): Rules versus Standards: An Economic Analysis, *Duke Law Journal* 42(3), pp. 557-629. Kennedy, Duncan (1973): Legal Formalism. *Journal of Legal Studies* 2(2), p. 351-398; Schauer, Frederick (2003): The convergence of rules and standards. *New Zealand Law Review*, S. 303-328; Sunstein, Cass R. (1995): Problems with Rules. *California Law Review* 83 (4), S. 953-1026.

גיל 12 שהם נטולי יכולת להבחין בין טוב ורע הנושאים באחריות פלילית). המחוקק בחר בהקשר זה לקבוע כלל בהיר וניתן לצפייה בשל הקושי של השופטים לבצע קביעות אמינות ביחס לרמת הבגרות המוסרית של ילדים. מאידך בדיני הנזיקין בחר המחוקק לאמץ סטנדרט עמום של רשלנות בשל הקושי בזיהוי מוקדם של הדרכים השונות בהן יכול להיגרם נזק בשל רשלנות. קביעת כללים ניתנים לצפייה בדיני הנזיקין איננה מתאפשרת באשר האופנים בהם אנשים עלולים להתרשל הם מגוונים מאוד ואינם ניתנים לצפייה מראש. מכאן שלקביעת כללים מראש יש מחיר כבד במונחים של הכללת יתר והכללת חסר.

שיקולים דומים מאוד חלים גם על זכויות חוקתיות. כך למשל בחר המחוקק הישראלי להגן על הזכות העמומה לכבוד האדם. זאת משום שקביעת כללים בהירים וניתנים לצפייה הייתה מנביעה סכנות של הכללת יתר והכללת חסר. לדעתו של המחוקק האופנים בהם המדינה (או פרטים) עלולים לפגוע בכבוד האדם הם רבים ושונים ואינם ניתנים לצפייה ex ante. מכאן הצורך בקביעת כלל עמום המותיר שיקול דעת לבית המשפט. לעמימות של הנורמה המגנה על כבוד האדם יש אמנם מחיר באשר הרשות איננה תמיד יודעת מראש האם החלטה מסוימת פוגעת או שאיננה פוגעת בכבוד האדם. ואולם ניסוח כלל (או כמה כללים) מדויקים ומפורטים באלו נסיבות יש להגן על כבוד האדם יביא בעקבותיו באופן בלתי נמנע להכללת יתר ולהכללת חסר. בנסיבות מסוימות המחיר המשפטי או החברתי של הכללת יתר והכללת חסר הוא כבד ואינו ניתן להצדקה.

המסקנה הנובעת מכל אלו היא כפולה. ראשית אין שום זיקה בין תזת התפרשות הזכויות לבין הוודאות או היכולת לנסח כללים הניתנים לצפייה. כללים כאלה יכולים להיקבע הן בשלב התפרשות הזכות והן בשלב קביעת עוצמת הזכות. זאת ועוד ראינו גם כי השאלה האם לאמץ כללים ברורים או סטנדרטים עמומים היא שאלה מורכבת והיא תלויה ביכולת של מחוקקים או שופטים לנסח כללים בהירים או ניתנים לצפייה אשר לא יגררו בעקבותיהם בעיות של הכללת יתר או הכללת חסר. יש לפיכך לעתים קרובות סיבות לאמץ דווקא סטנדרטים עמומים ולא כללים בהירים וניתנים לצפייה.

המחברים גם מוטרדים מן הסכנה של קיומן הברזמני של זכויות המתנגשות זו עם זו. טענתם של המחברים היא כי:

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.

לדעתם של המחברים, תזת התפרשות הזכויות תפתור את הקונפליקט הזה משני טעמים: 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 בניהן.

שנית, במקרה של התנגשות, תבוצע התאמה עקרונית בתוכן הזכויות המתנגשות, אשר תביא לפתרון מבני של ההתנגשות, וליצירת קוהרנטיות בין הזכויות המתנגשות. השילוב בין שני ההבטים האמורים יאפשר, במישור העקרוני, התקדמות הדרגתית לקראת יצירת

קוהרנטיות רחבה בין הזכויות החוקתיות; *זכמישור המעשי*, צמצום של היקף המקרים שבהם הזכויות החוקתיות מקימות ציווים סותרים, ובהתאם לכך הכוונת התנהגות אפקטיבית יותר.⁹ הרמוניה וקוהרנטיות (במובחן מוודאות או ציפיות) אינם לדעתנו ערכים מרכזיים במשפט. ואולם גם אם היו, טענתנו הקודמות הן ביחס לאי הרלבנטיות של תזת התפרשות הזכויות והן ביחס לרציות של קיומם של קונפליקטים חלה גם כאן. אין שום זיקה הכרחית בין השאלה האם הבחינה של זכויות נעשית בשלב התפרשות הזכות או בשלב של קביעת עוצמת הזכות לבין השאלה של ההרמוניה החוקתית. הרמוניה חוקתית יכולה להיות מושגת למשל על ידי הכרה בזכויות מתנגשות בצד קביעה של עדיפות לקסיקלית של זכות אחת על פני זכות אחרת דהיינו קביעה כי בכל מקרה של התנגשות זכות אחת תגבר על השנייה. כמו כן גם אם קוהרנטיות היא ערך חשוב, יש נסיבות בהן יש להקריב את הקוהרנטיות על מזבח ערכים מתנגשים.

בצד הדברים נוסף כי הניתוח של המחברים עצמו נסמך במידה רבה על הבנה מסולפת של הדוקטרינה המשפטית הקיימת כבר כיום. התמונה המצטיירת מן המאמר היא כי השלב השני הנוגע לקביעת עוצמת הזכות הוא שרירותי לחלוטין וכי אין כללים החלים במקרים של התנגשות זכויות. במילים אחרות הטענה היא כי לאחר שהשופטים קבעו כי יש זכות לכאורית כלשהיא למשל זכות לביטוי גזעני הם קובעים באופן שרירותי ובלתי ניתן לחיזוי האם שיקולים נוגדים גוברים על הזכות אם לאו.

אלא שהתבוננות בפסיקה הישראלית מעידה שאין הדבר כן. לעתים קרובות מאוד נשלטת קביעת עוצמת הזכות על כללים פורמליים המאפשרים מידה סבירה של וודאות. כך לדוגמא פסיקה עשירה בישראל מנתחת את פסקת ההגבלה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. כידוע לאחר שנקבע שישנה זכות חוקתית לכאורה נדרש בית המשפט לקבוע האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה דהיינו האם הזכות גוברת או נהדפת על ידי שיקולים המבוססים על "תכלית ראויה". כאן בוחן בית המשפט את המרכיבים הבאים: (1) קיומה של הסמכה פורמלית דהיינו שהפגיעה מעוגנת בחוק. (2) תכלית ראוייה הכוללת למשל שמירה על ביטחון סדר ציבורי או ערכי השוויון (3) מידתיות באמצעות מבחני ההתאמה השונים, האמצעי שפגיעתו פחותה וכן שמתקיים יחס סביר בין התועלת לבין הנזק הנגרם מן הפגיעה בזכות. שיקולים המעוגנים בפסקת ההגבלה אינם לפיכך שרירותיים או אד-הוקיים. עם זאת איננו טוענים גם כי הנורמות הנגזרות מפסקת ההגבלה הן מדוייקות דיין או ניתנות לצפייה. יתכן שיש מקום לאמץ נורמות מדוייקות ודווקניות יותר למרות הסכנות של הכללת יתר והכללת חסר. השאלה מהי רמת הדיוק האופטימלית המתאפשרת מן הנסיבות יכולה להיות שנויה במחלוקת. עם זאת שום דוקטרינה משפטית לא תפתור את העובדה כי עקרונות של צדק כמו גם של משפט אינם יכולים להגיע לרמת הדיוק של המדעים המכונים המדעים המדויקים. כפי שקבע עוד אריסטו העולם הנורמטיבי שונה מן העולם הפיזיקלי. לדעתו של אריסטו:

יפה הוא, אפוא, לבקש בכל תחום את אותה מידה של דיוק שאליה מאפשר טיבו של הנושא להגיע. שהרי אין לדרוש ממי שחוקר על אודות מה שמטבעו אינו יציב אלא הסבר תקיף כמו במתמטיקה. כך גם צריך להסתפק בהצגה כללית של מה שהוא נכון ברוב המקרים, וכשם שמקבל דיוק כזה אדם משכיל, כך גם ידרוש אותו בכל תחום לפי טיבו של הנושא: לא פחות ממה שראוי,

ולא יותר. שהרי החוקר על אודות הדברים הבלתי יציבים בעודם בלתי יציבים

הוא לא פחות טועה מזה שמבקש ודאות מן הבלתי ודאי.¹⁰

שום דוקטרינה משפטית לא תוכל להתגבר על המציאות והמציאות היא כי זכויות מתנגשות ושלתים קרובות ההכרעה בהתנגשות היא הכרעה קשה. לעתים ניתן לקבוע כללים ex-ante כיצד להכריע במקרים של התנגשות ולעתים קשה לקבוע כללים כאלה משום שהמקרים הפרטיקולריים שונים מאוד זה מזה במידה המחייבת הפעלת שיקול דעת שיפוטי. לעתים סכנות הכללת היתר והכללת החסר הנובעות באופן בלתי נמנע משימוש בכללים ברורים מחייבת שימוש בסטנדרטים עמומים המותירים שיקול דעת רחב לשופט על בסיס הבנה והכרות עם המקרה הפרטיקולרי. לבסוף השאלה האם הקביעה בדבר קיומה של זכות חוקתית נעשית כבר בשלב התפרשות הזכות או בשלב של קביעת עוצמת ההגנה על הזכות לא יכולה לפתור את הקושי שלעתים קשה או בלתי אפשרי או בלתי רצוי לנסח כללים מדויקים וניתנים לצפייה כיצד לפתור את ההתנגשות הנ"ל או ליישב את הסתירה בין זכויות לכאוריות. המשפט לא יכול להבטיח יותר וודאות ממה שהקיום האנושי מאפשר.

ב. הספקולציות האמפיריות של תזת התפרשות הזכויות

בחינה זהירה של המאמר מגלה כי הטיעונים המועלים על ידי המחברים נסמכים לעתים קרובות על הנחות אמפיריות בלתי מוכחות ובלתי מבוססות. ההנחה האמפירית הראשונה היא כי הגישה המקלה (המסורתית) ביחס להיקף התפרשות הזכות תביא באופן בלתי נמנע לשחיקה בחשיבות של הזכויות החוקתיות. ההנחה האמפירית השנייה היא כי הגישה המקלה תביא לערעור הלגיטימציה של בתי המשפט.

אלא שהנחות אמפיריות כשמן כן הן: הן דורשות ראיות אמפיריות! ועיון מקיף במאמר גופו ובמיוחד במקורות עליהם נסמכים המחברים מגלה כי המחברים אינם מביאים ראיות הנדרשות כדי לבסס את הטענות האמפיריות. שעה שהמאמר רצוף איזכורים לספרות פילוסופית ומשפטית עשירה, אין במאמר ולו מאמר אחד המבסס או אפילו המתיימר לבסס את הטענות האמפיריות הללו.

המחברים טוענים כי:

הגדרה רחבה של היקף התפרשות הזכות, מביאה לטשטוש ההבחנה בין זכויות לבין אינטרסים, ולפחות במעמדן של הזכויות החוקתיות...כתוצאה מכך, טענה לפגיעה בזכות חוקתית מאבדת ממשמעותה, ומערכה היחודי בשיח המשפטי...הקושי כאן אינו 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.¹¹

פסקא זו ניתנת לפרשנויות שונות. מצד אחד ניתן לטעון כי הטענה היא ביסודה מושגית. הגדרה רחבה של היקף התפרשות הזכות תחייב הכרה בכך שישנן זכויות שההגנה עליהן היא חלשה. ואולם בהעדר הנחות נוספות טענה זו לכשעצמה איננה מנביעה מסקנות נורמטיביות. אין לטעמנו בעיה נורמטיבית בכך שמקצת הזכויות החוקתיות הן בעלות עוצמה נורמטיבית מוגבלת. הן במוסר והן במשפט יש זכויות בעלות משקל נמוך. כך למשל הבטחה לאכול

¹⁰ אתיקה ניקומאכית, ספר א', פרק ג. (1094b12–27)

¹¹ ראו עמוד 9.

ארוחת צהרים עם קולגה מקימה זכות (מוסרית) אצל המובטח ועם זאת באופן טיפוסי משקלה של זכות זו נמוך. אין לדעתנו טעם מושגי לשלול קיומן של זכויות בעלות משקל נמוך בהקשר החוקתי.

הפרשנות הסבירה לפיכך של טענה זו היא פרשנות נורמטיבית המבוססת על השערה אמפירית לפיה התוצאה הצפויה של הכרה בזכויות בעלות משקל חלש היא שחיקה של ההגנה על זכויות. על פי עמדה זו, המילה זכות היא מונח טעון בעוצמה רטורית רבה, המעורר מיד תחושה שבצידה תביעה מוסרית. שחיקת הכוח הרטורי הזה תפגע בהגנה על זכויות כולל אולי זכויות הראויות להגנה עוצמתית. המחברים חוזרים על טענה זו (למשל בעמוד 2). ואולם בסופו של יום מבחנה האמיתי של טענה זו הוא מבחן אמפירי. על המחברים להצביע כי בשיטות משפטיות בהן מבחן התפרשות הזכות הוא מבחן מקל נשחקות הזכויות החוקתיות יותר מאשר למשל בשיטות בהן המבחן הוא מבחן מחמיר. בהינתן העובדה שהמאמר של המחברים ככלל ממוסמך היטב ניתן לשער שהטעם לכך שלא הובאו ראיות אמפיריות, הוא ככל הנראה ש... אין ראיות כאלה!

המחברים מעלים טיעון אמפירי נוסף בזכות עמדתם. לדעתם:

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 ומצב דברים זה מעורר שני קשיים:

ראשית מעמדה של הזכות החוקתית *זכות חוקתית* נפגע, שכן היא כפופה באופן מבני לתחשיב הטוב (או התועלת) החברתית. כך אין היא מהווה "מחסום", או אף מכשול משמעותי, מפני פגיעה בפרט בשם האינטרס הציבורי.¹²

שנית, הכפפה תכופה זו של הזכות החוקתית להגיון האיזונים 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... ומחליפה אותו בשיקול דעת שיפוטית, כפי שמתבטא במבחני המידתיות.¹²

הטענה כי דחיית ההכרעה ביחס לקיומה של זכות חוקתית מן השלב של היקף התפרשות הזכות אל השלב של קביעת עוצמת הזכות מביא לפגיעה במעמדה של זכות חוקתית כי הזכות הופכת להיות כפופה לתחשיב הטוב או התועלת החברתית שגוייה הן כעניין מושגי והן כעניין אמפירי. כעניין מושגי ניתן לטעון כי גם זכות המוכרת כזכות לכאורית (דהיינו זכות המקיימת את דרישות השלב הראשון הנוגע להיקף התפרשות הזכות) איננה בהכרח נהדפת על ידי שיקולי טוב (או תועלת) חברתית אלא למשל רק על ידי זכויות מתנגשות. קביעה משפטית המחסנת זכות חוקתית מפני שיקולים של תועלת חברתית יכולה להיעשות הן בשלב התפרשות הזכות והן בשלב של קביעת העוצמה של הזכות.

בצד פרשנות מושגית זו ניתן לפרש את הטענה המוצעת כטענה אמפירית דהיינו לומר כי גם אם מבחינה מושגית ניתן לחסן את הזכות מפני שיקולי תועלת או טוב חברתי, הרי כעניין אמפירי מבחנים מקלים ביחס לשלב התפרשות הזכות יביאו לזילות של הזכות החוקתית ולכן יש להניח שמבחנים מקלים כאלה מביאים בפועל לצמצום ההגנה על זכויות במיוחד במקרים בהם שיקולי תועלת או טוב חברתי מחייבים פגיעה בזכות. ואולם כפי שצינו לעיל טענות

אמפיריות מחייבות ראיות אמפיריות וגם כאן המחברים לא מביאים כל ראיה אמפירית לטענתם.

לבסוף חוזרים המחברים במסגרת מאמרם שוב ושוב לשאלת הלגיטימציה הדמוקרטית. עם זאת אנו מתקשים להבין מה הבסיס לטענה זו וזאת מטעמים שנראים לנו ברורים מאליהם. ללא קשר לשאלת היקף התפרשות הזכות, הגנה חוקתית על זכויות מערבת באורח בלתי נמנע קביעה אנטי-רובנית. ניתן כמובן מסיבה זו לאמץ עמדה רובנית ולהתנגד לכל ניסיון להגן על זכויות חוקתיות כפי שלמשל טוען ג'רמי וולדרון או מארק טושנט.¹³ ואולם אין שום טעם בגינו הכרעה אנטי-רובנית בשלב קביעת היקף התפרשות הזכות מקעקעת את הלגיטימציה הדמוקרטית יותר או פחות מאשר הכרעה אנטי-רובנית בשלב קביעת עוצמת הזכות. הרשו לנו להרחיב סוגיה זו.

הטענה בדבר לגיטימציה דמוקרטית יכולה להתפרש הן כטענה מושגית והן כטענה אמפירית. נפתח בפרשנות המושגית של הטענה. כל קביעה שיפוטית בין אם היא נעשית בשלב קביעת היקף התפרשות של הזכות החוקתית ובין אם היא נעשית בשלב קביעת העוצמה של הזכות החוקתית מעלה שאלות של לגיטימציה דמוקרטית. נדגים זאת תוך שימוש בדוגמת ההסתה לגזענות שנדונה בפתח המאמר. הניחו לרגע כי בית המשפט צריך להכריע האם הסעיף האוסר על הסתה לגזענות הוא חוקתי.

כאמור לעיל בית המשפט יכול לקבוע כי סעיף 144(ב) האוסר הסתה לגזענות הוא בלתי חוקתי משום שהוא פוגע בזכות לחופש הביטוי. מאידך הוא גם יכול להחליט כי קריאה להפרדה גזעית איננה בגדר ביטוי או שהוא בגדר ביטוי בעל עוצמה נורמטיבית חלשה ולפיכך אין מקום להכריז על בטלותו של הסעיף. בכל אחד מן המקרים הללו מבטא בית המשפט עמדה ביחס לפרשנות החוק ואין מקום לומר שפרשנות אחת פוגעת (כעניין מושגי) יותר או פחות בלגיטימציה הדמוקרטית של בית המשפט.

אם לעומת זאת מתפרשת הטענה כטענה אמפירית דהיינו אם המחברים סבורים כי המבחן המקל מביא לערעור על מעמדו של בית המשפט ולפגיעה מוסדית בו, נחזור על התחינה לקבל מן המחברים ראיות אמפיריות כדי לבסס את ההשערה לפיה עמדתם מקדמת את הלגיטימציה של בית המשפט דהיינו תורתם לאמון שיש לציבור במערכת המשפטית. איננו מכירים שום מחקר אמפירי התומך בהשערה זו.

במסגרת פרק זה לא הצבענו כי הטענות האמפיריות המועלות במאמרם של המחברים הן שגויות. כל שטענו הוא שמדובר בטענות אמפיריות שיש להוכיחן. אנו איננו מכירים בספרות מחקרים אמפיריים התומכים בטענה של המחברים. כל עוד המחברים לא הביאו ראיות אמפיריות, יש לראות בטענות המועלות במאמר השערות בעלמא שאינן יכולות לבסס את המסקנות הנורמטיביות אותן הם חפצים לבסס.

ג. סכנות בתזת התפרשות הזכויות

עד עתה העלינו ספקות ביחס לטיעונים שהעלו המחברים ביחס ליתרונות לכאורה שיש לאמוץ מבחנים מחמירים ביחס לשלב הראשון – שלב התפרשות הזכות. ואולם ההשגות שלנו מתרחבות אל מעבר לביקורות אלה. לטעמנו יש בעמדה המוצעת סכנות להגבלת יתר

¹³ לתיאור של עמדות אלה ולהפרכתן ראו: אלון הראל, משפטים מ, 239 תשע"א.

של זכויות חוקתיות כמו גם סכנה של טשטוש של הפלורליזם הערכי המאפיין את החיים בחברה ליברלית.

המבנה המוצע על ידי תזת התפרשות הזכויות מבוסס על מבנה בינארי (דו ערכי) במסגרתו יש אינטרסים או ערכים הראויים להגנה. מקצת האינטרסים (או הערכים) ובמיוחד (האינטרסים או הערכים החשובים יותר) מנביעים זכויות (שלצידן חובות). הצגה בינארית זו (אינטרסים וערכים מן הצד האחד וזכויות מן השני) איננה ההצגה המקובלת בספרות המדעית. הצגה זו מתעלמת מן הקיום של קטגוריה שלישית חשובה והיא הקטגוריה של זכויות לכאורה.¹⁴ המערכת המוצעת על ידי העמדה המסורתית היא עמדה טרינארית או תלת ערכית בה יש שלוש קטגוריות: אינטרסים, זכויות לכאורה וזכויות שלמות (all things considered). ההכרה בקטגוריה של זכויות לכאורה היא חשובה בדיוק משום שהיא מאפשרת באופן טבעי להכיר במורכבות של המערך הנורמטיבי החוקתי ובחשיבות שלב קביעת המשקל היחסי של זכויות חוקתיות.

אינטרס (או ערך) לשלעצמו איננו מנביע חובות אלא לכל היותר טעמים (reasons). כך למשל אם אני מתעניין בכדורגל יש לי טעם להיפגש עם השחקן המהולל דיוויד בקהאם. האינטרס שלי בפגישה עם מר בקהאם מנביע טעם למר בקהאם להיפגש איתי באשר ככלל יש לאנשים טעם לסייע ולקדם את האינטרסים של אנשים אחרים. יהיה זה ראוי לפיכך אם מר בקהאם ייעתר לתחינתי לסעוד עמו ארוחת צהרים. עם זאת האינטרס שלי בפגישה עם מר בקהאם איננו מנביע זכות או אפילו זכות לכאורית משום שאינטרס זה איננו מנביע חובה או חובה לכאורית. מר בקהאם רשאי להתעלם מתחינתי להיפגש עמו.

מאידך אם מר בקהאם הבטיח להיפגש עמי יש לי זכות לכאורה (prima facie right) להיפגש עמו ובצד זכותי זו יש למר בקהאם חובה קורלטיבית (לכאורית) להיפגש עמי. אם אין שיקולים מתנגשים כבדי משקל הזכות לכאורה עשויה להפוך לזכות שלמה (all things considered) ואולם יש נסיבות בהן זכותי זו עשויה להדהד (to be overridden) למשל במקרה המצער בו מר בקהאם נפל למשכב. מה שהופך את האינטרס גרידא לזכות לכאורית היא בדיוק העובדה כי ישנן נסיבות בהן זכות לכאורית עשויה להתגבש לזכות שלמה שבצידה חובה שלמה. השאלה אם הזכות הלכאורית מתגבשת או לא מתגבשת לזכות שלמה תלויה בנסיבות ובמיוחד בשאלה מהו משקלן של זכויות או טעמים מתנגשים. זאת במובחן מאינטרס גרידא (כמו האינטרס שלי להיפגש עם מר בקהאם שאיננו מגובה בהבטחה) אשר בנסיבות רגילות לעולם לא יוכל להנביע חובה לכאורית או חובה שלמה. המבנה הטרינארי הזה הוא המאפשר לנו באופן טבעי להכיר במורכבות של הנורמטיביות החוקתית.

כאשר אנו מכירים במשקל הנורמטיבי של זכות לכאורית אך קובעים כי הזכות נהדפת בשל שיקולים מתנגשים אנו מכירים במורכבות ובפלורליזם של הקיום האנושי. אנו מכירים גם באופן סמבולי בעובדה שגם השיקולים שנהדפו הם בעלי משקל נורמטיבי. לבסוף אנו מודים כי חיי האדם הם מרובי ממדים וכי ממדים שונים של הטוב האנושי מתנגשים זה בזה

¹⁴ המחברים מתייחסים למושג זכויות לכאורה בקצרה בעמוד 18 וטוענים כי עמדתם מתיישבת עם קיומם של זכויות לכאורה. עם זאת המשקל הניתן לקטגוריה זו הוא מוגבל במסגרת הדיון. הדיון הבינארי משרת טוב יותר את התכלית של המחברים משום שהכרה מלאה בקטגוריה של זכויות לכאורה כקטגוריה נפרדת מנביעה נכונות לשקול עוצמות יחסיות של זכויות מתנגשות. תזת התפרשות הזכויות מבקשת לצמצם את ההיקף של שקלול מסוג זה.

ולפיכך מחייבים פתרונות מורכבים. תפיסות טוב שונות כגון האינטרס הדתי בהגנה על ריטואלים דתיים מצד אחד והחירות של החילוני לחיות את חייו מביאים באופן בלתי נמנע לקונפליקט שפתרונו איננו יכול להיקבע באופן מכני על ידי כללים פורמליים. זאת משום שההכרעה בשאלה האם האינטרס הדתי גובר או החירות החילונית איננה נקבעת באופן אפריורי ex ante. היא מחייבת בחינה של המשקל היחסי של הזכויות לכאורה המתנגשות. אפילו ביטויים גזעניים או מינניים שהם חלק אינטגרלי מאמונות דתיות עשויים בנסיבות להיות מוגנים בהינתן החשיבות של חופש הדת.

זאת ועוד ההכרה המשפטית בקיומם של קונפליקטים מוסריים בין זכויות לכאורה מנביעה באופן בלתי נמנע גם מאמץ ליישב בין השיקולים המתנגשים ולפתח מנגנונים חלופיים שיתנו ביטוי סימלי לזכות הלכאורית שנהדפה או אולי אפילו יפצו את קורבן הזכות שנהדפה בגין הנזק שנגרם לו. הרשו לנו להביא דוגמא פשוטה הלקוחה מחיי יום-יום. הניחו לרגע כי אלון מבטיח לגלעד לפגוש אותו לארוחת צהרים. בדרכו למסעדה רואה אלון תינוק מפרפר במים אותו הוא חפץ (ואולי אפילו חייב כעניין מוסרי או משפטי) להציל. אין ספק כי הזכות של גלעד להיפגש עם אלון נהדפת בגין האירוע וכי לאלון אין לפיכך חובה להגיע לפגישה המתוכננת.

כעניין מושגי יש שתי דרכים לתאר את האירוע: (1) לגלעד אין זכות (אפילו לא זכות לכאורית) להיפגש עם אלון משום שחובתו של אלון להציל את התינוק גוברת על חובתו להגיע לפגישה עם גלעד. זוהי עמדה הקרובה במידה רבה להצעה של המחברים לאמץ מבחן מחמיר ביחס להתפרשות הזכות. (2) לגלעד יש זכות לכאורית להיפגש עם אלון אלא שזכות זו נהדפה על ידי שיקולים מתנגשים.

לדעתנו התיאור השני הוא התיאור המתיישב יותר עם האינטואיציות המוסריות ויש לו גם השלכות מוסריות חשובות. שעה שאלון צדק בכך שלא קיים את הבטחתו, להכרה בזכות הלכאורית של גלעד יש השלכות חשובות. כך למשל על אלון להתנצל בפני גלעד, להזמין את גלעד לארוחת צהרים ואולי אפילו לשלם בעבור הארוחה! שהרי לגלעד יש סדר יום עמוס והוא ציפה בשקיקה לפגישה עם אלון.

הוא הדין לדעתנו גם במקרים של זכויות חוקתיות. לעתים קרובות הפגיעה (המוצדקת) בזכות החוקתית צריכה להנביע חובות משניות. כך למשל חקיקה המאפשרת הפקעת קרקע לצרכי ציבור פוגעת לכאורה בזכות הקניין. ואולם כפי שהמשפט הישראלי וגם המשפט הזר קובעים ישנן נסיבות בהן פגיעה זו היא מוצדקת. ההכרה בזכות הלכאורית לקניין מאפשרת ביתר קלות לבית המשפט לתבוע מן המדינה תשלום פיצוי לבעל הקניין בעבור פגיעה ברכושו. מאידך הקביעה כי אין אפילו זכות לכאורית עלולה לעיתים קרובות להביא להתעלמות מן המחיר אותו משלמים הנפגעים מהפקעת הרכוש. הגישה הבינארית לפיה התנגשות זכויות מחייבת הכרעה להגן על זכות אחת או אחרת ותו לא היא לפיכך שגויה ופשטנית. מאידך המבנה הטרינארי דהיינו ההכרה בכך שיש זכויות לכאוריות – זכויות אשר עברו את המשוכה הראשונה הנוגעת לקביעת היקף התפרשות הזכות אך כשלו במשוכה השנייה מאפשרת ביתר קלות לבתי המשפט להכיר באופן רחב בהשלכות הנורמטיביות המשניות של הכרה בזכות אחת ופגיעה באחרת.

הטוב האנושי הוא טוב מורכב ורב-ממדי; החברה מורכבת מפרטים בעלי תפיסות טוב שונות וחיי היום-יום מביאים באופן בלתי נמנע להתנגשות בין תפיסות טוב שונות זו מזו. אל

לו למשפט להתעלם מן המורכבות של החיים האנושיים. הכרה בקיום של זכויות לכאוריות נותנת ביטוי מוחשי לרב-ממדיות של הטוב האנושי והיא לפיכך צריכה להנחות את המשפטן בעיצוב השיטה המשפטית ובהגנה על זכויות חוקתיות. אימוץ תזת התפרשות הזכויות מתעלמת מן המורכבות הזו ומטשטשת אותה. זהו מחיר כבד אשר פוגע גם במעמדו של המשפט כמשקף את המציאות האנושית המורכבת וגם בזכויות היסוד של הפרטים.

ד. סיכום

כפי שהראינו לעיל תזת התפרשות הזכויות לא תנביע בהכרח תוצאות שונות מאלו של הגישה המסורתית להגנה על זכויות. עם זאת להכרה בקיומן של זכויות לכאורה יש חשיבות סמלית העשויה גם להיות בעלת השלכות מעשיות. ההכרה בקיום זכות לכאורה היא ביטוי למורכבות ולרב-ממדיות של הטוב האנושי. תזת התפרשות הזכויות משקפת עמדה פשטנית דיכוטומית אשר מטשטשת ומקהה את העושר והרב גוניות של הטוב האנושי. מכאן שבניגוד לדעתם של מחברי המאמר, המועט לא יכול להחזיק את המרובה. רק המרובה יוכל להחזיק את המרובה.