

עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

גילה שטופלר*

המאמר עוסק בהיבט של המהפכה החוקתית אשר מהותו ומשמעותיותו לא נדונו עד כה די צורכם, והוא המעבר – שעליו הכריז בית-המשפט בפסק-דינו בעניין **בנק המזרחי** – ממבחני ההסתברות למבחני המידתיות כמבחנים המשמשים לבחינת חוקתיותה של פגיעה בזכות-יסוד. המאמר טוען כי באמצע את המידתיות תחת ההסתברות חתר בית-המשפט להראות כי עם חקיקתם של חוקי-היסוד הצטרף המשפט החוקתי הישראלי אל התרבות החוקתית הרווחת ברוב הדמוקרטיות בעולם, המאפשרת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ומבוססת על תרבות ההצדקה. התפיסה בבסיסה של תרבות ההצדקה – שמבוססת על בחינה קונקרטי ואת-החוקית של מידתיותה של פעולת הרשות, ואשר מתמקדת בחובתה של הרשות להצדיק את פעולתה הספציפית בנסיבות הייחודיות של העניין – אינה מתאימה לאופיים ולמטרתם של מבחני ההסתברות, אשר מיועדים לקבוע כללים עקרוניים החלים על מקרים בעלי מאפיינים דומים ובכך מצמצמים את שיקול-הדעת הן של הרשות והן של בית-המשפט בכל מקרה קונקרטי. לטענת המאמר, עליית המידתיות ודחיקת ההסתברות חותרות תחת העקרונות הדאונטולוגיים העומדים ביסודה של תורת זכויות האדם. המאמר מראה, באמצעות דיון בפסיקה, כיצד המעבר מהסתברות למידתיות גרם להחלשה חלקית של ההגנה על זכויות האדם במשפט הישראלי, אף שהמהפכה החוקתית נועדה מעיקרה לחזק הגנה זו. במאמר מוצגים חסרונותיה של המידתיות לעומת מבחני ההסתברות: ראשית, המידתיות, כפי שהיא פועלת בחוקתיות הגלובלית ואף בישראל,

* פרופסורית חברה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. ברצוני להודות למשה כהן-אליה, אשר עבודתי המשותפת איתו – שאותה הצגנו בכנס השנתי השני של האגודה הבינ-לאומית למשפט ציבורי ICON-S Israel באוניברסיטה העברית בירושלים (מאי 2016) ובכנס שנערך במלאת עשרים שנה לפרשת **בנק המזרחי** באוניברסיטת חיפה (מאי 2016) – וכן מאמרנו המשותף Moshe Cohen-Eliya & Gila Stopler, *Probability Thresholds as Deontological Constraints in Global Constitutionalism*, 49 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75 (2010). ברצוני להודות גם לעידו פורת על הערותיו לגרסאות קודמות של הטיועון המובא במאמר, וכן לחברי מערכת **משפט וממשל** על הערותיהם המועילות ועבודתם המקצועית.

היא אימפריאליסטית, ונוטה לעבור מתחום משפט אחד לאחר ללא רגישות מספקת להקשר שבו היא מופעלת ולאופיים של הזכות והאינטרס הנפגעים. שנית, המעבר למידתיות גרם לאובדן הכללים הקטגוריים שמבחני ההסתברות החילו במשפט הישראלי – אשר נקבעו בהתאם לאופיים של הזכות הנפגעת ושל האינטרס העומד מולה – ונתן לשופטים שיקול-דעת רחב ביותר לקבוע מה מידתי ומה אינו מידתי בהתאם לתחושותיהם בתיק הקונקרטי. נוסף על כך, דחיקתם של מבחני ההסתברות גרמה לאובדן היתרונות החשובים שיש לשימוש בהסתברות בהליך השיפוט, שעיקרם יכולתה של ההסתברות לתקן כשלים קוגניטיביים ולהתמודד עם תופעת האמפתיה הסלקטיבית. יתרה מזו, גם במקרים שבהם בית-המשפט עושה שימוש במבחני ההסתברות כחלק מבחינת המידתיות, האופן שבו הוא עושה זאת פוגם בתפקודם של מבחני ההסתברות כסיפים דאונטולוגיים, לעיתים עד כדי ריקונם מתוכן.

לסיום המאמר מציע כי על-מנת לתת מענה לחסרונותיה האמורים של המידתיות, יש לשלב את מבחני ההסתברות במתכונתם הישנה בתוך מבחני המידתיות, ובפרט במבחן המידתיות השלישי, המבקש לאזן בין הנוק לזכות לבין התועלת לאינטרס מההגבלה הנדונה. מבחני ההסתברות צריכים לשמש סיפים דאונטולוגיים, להוות רכיב מרכזי בבחינת המידתיות, ולקבוע את מידת הקפדנות של הביקורת השיפוטית על הגבלת זכויות האדם. על-ידי כך ישנו מבחני ההסתברות את אופיו של מבחן המידתיות ממבחן אד-הוקי, שתוצאתו נקבעת באופן שרירותי על-פי תפיסותיו הערכיות של כל שופט, למבחן עקרוני, שנותן עדיפות נורמטיבית לזכויות האדם, שמעמיד את הפגיעה בהן בביקורת שיפוטית קפדנית, ואשר תוצאתו נקבעת בהתאם למבחנים עקרוניים שנקבעו על-ידי בית-המשפט ואשר חלים על כלל המקרים הדומים.

הקדמה. א. דחיקת ההסתברות ועליית תרבות ההצדקה: 1. המעבר מהסתברות למידתיות; 2. תרבות ההצדקה. ב. חסרונותיה של המידתיות: 1. המידתיות גורמת להשטחה ולאמפריאליזם; 2. המידתיות מביאה לידי אובדן הניואנסים והקטגוריות; 3. המידתיות אינה מאפשרת התמודדות עם כשלים קוגניטיביים; 4. המידתיות אינה מתמודדת עם תופעת האמפתיה הסלקטיבית; 5. המידתיות משנה את אופיים של מבחני ההסתברות. ג. שילוב ההסתברות במידתיות.

הקדמה

ב-9.11.1995 נתן בית-המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, את פסק-הדין המסמל יותר מכל את מה שנהוג לכנות "המהפכה החוקתית" במשפט הישראלי – פסק-הדין בעניין בנק

המזרחי.¹ כאשר חושבים על פסק-דין זה, נהוג לחשוב על הוויכוחים העמוקים ורחבי-היריעה בין השופטים חשין, ברק ושמגר בדבר קיומה או העדרה של הסמכות המכוננת, בדבר כוחה של הכנסת לחוקק חוקה, ובדבר כוחו של בית-המשפט לבחון את חוקתיותו של חוק ולהכריז על בטלותו בהיותו נוגד את החוקה. אף שרוב פסק-הדין אכן עוסק בשאלות גדולות אלה, מאמר זה יעסוק בהיבט של פסק-דין בנק המזרחי אשר לא זכה כמעט בתשומת-לב בעת מתן פסק-הדין, אף שבמבט לאחור השפעתו על המשפט החוקתי הישראלי מכרעת לא פחות, ואולי אף יותר, מהשפעתה של ההכרעה בעניין הסמכות המכוננת. היבט זה הוא ייבוא מבחני המידתיות למשפט החוקתי הישראלי מהמשפט החוקתי הגרמני ומזה הקנדי, תוך דחיקת מבחני ההסתברות, והאופן שבו שינה ייבוא זה את המשפט החוקתי הישראלי.

עד לפסק-דין בנק המזרחי עיצב בית-המשפט העליון את ההגנה על זכויות האדם באמצעות סדרה מורכבת של מבחני הסתברות שהם פועל יוצא מהכרעות עקרוניות בהתנגשויות בין זכויות לאינטרסים. בפרשת בנק המזרחי, שבה דן בית-המשפט לראשונה במשמעותה של פסקת ההגבלה, ניצב בית-המשפט בצומת משמעותי של קבלת החלטות, כאשר הוא נדרש לפרשנות הביטוי "מידה שעולה על הנדרש" שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.² אפשרות אחת הייתה לפרש ביטוי זה כמבטא המשכיות לדיני זכויות האדם הקיימים בישראל, ולהחיל את מבחני ההסתברות כמבחן החוקתי העיקרי בפסקת ההגבלה. האפשרות האחרת הייתה לאמץ את מבחני המידתיות הרווחים ברוב מדינות העולם. בצעד ברור של העדפת הגלובלי על הלוקלי, החליט בית-המשפט לאמץ את מבחני המידתיות הרווחים בדמוקרטיות חוקתיות אחרות, תוך שהוא מבסס את ניתוחו על המשפט החוקתי הגרמני ועל זה הקנדי.³

במאמר זה אבקש לטעון ראשית – כעניין הסברי, בעקבות כהן-אליה ופורת – כי באמצע את המידתיות ובהעדיפו אותה על מבחני ההסתברות חתר בית-המשפט לבסס את הצטרפותו של המשפט החוקתי הישראלי אל התרבות החוקתית הרווחת ברוב הדמוקרטיות בעולם (למעט ארצות-הברית), היא תרבות ההצדקה.⁴ התפיסה בבסיסה של תרבות ההצדקה – שמבוססת על בחינה קונקרטי ואד-הוקית של מידתיותה של פעולת הרשות, ואשר מתמקדת בחובתה של הרשות להצדיק את פעולתה הספציפית בנסיבות הייחודיות של העניין – אינה מתאימה לאופיים ולמטרתם של מבחני ההסתברות, אשר מיועדים לקבוע כללים עקרוניים החלים על מקרים בעלי מאפיינים דומים ובכך מצמצמים את שיקול-הדעת הן של הרשות והן של בית-המשפט בכל מקרה קונקרטי. לאחר-מכן אטען, כעניין נורמטיבי, כי עליית המידתיות ודחיקת ההסתברות חותרות תחת העקרונות הדאונטולוגיים העומדים ביסודה של תורת זכויות האדם, וכן אראה כיצד המעבר מהסתברות למידתיות גרם בפועל להחלשת ההגנה על זכויות האדם במשפט הישראלי. את הבעייתיות הדאונטולוגית שבדחיקת מבחני ההסתברות ובמעבר למבחני המידתיות אדגים באמצעות דיון בפסק-דין שניתנו בבית-המשפט העליון אחרי המהפכה

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

2 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

3 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436 ואילך.

4 MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE (2013).

החוקתית. כמסגרת לדיון אשתמש בפסק-דינו של השופט מלצר בעניין **איחוד משפחות II**,⁵ שבו הביע עמדה שלפיה עקרון הזהירות המונעת הינו עיקרון מידתי היכול להצדיק פגיעה בזכויות-היסוד לחיי משפחה ולשוויון על-מנת לשמור על בטחון המדינה. אטען כי למידתיות יש כמה חסרונות לעומת מבחני ההסתברות: ראשית, המידתיות, כפי שהיא פועלת בחוקתיות הגלובלית ואף בישראל, היא אימפריאליסטית, ונוטה לעבור מתחום משפט אחד לאחר ללא רגישות מספקת להקשר שבו היא מופעלת ולאופיים של הזכות והאינטרס הנפגעים. שנית, המעבר למידתיות גרם לאובדן הכללים הקטגוריים שמבחני ההסתברות החילו במשפט הישראלי – אשר נקבעו בהתאם לאופיים של הזכות הנפגעת ושל האינטרס העומד מולה – ונתן לשופטים שיקול-דעת רחב ביותר לקבוע מה מידתי ומה אינו מידתי בהתאם לתחושותיהם בתיק הקונקרטי. נוסף על כך אטען כי הפסקת השימוש במבחני ההסתברות גרמה לאובדן היתרונות החשובים שיש לשימוש בהסתברות בהליך השיפוטי, שעיקרם יכולתה של ההסתברות לתקן כשלים קוגניטיביים ולהתמודד עם תופעת האמפתיה הסלקטיבית. יתרה מזו, אטען כי גם במקרים שבהם בית-המשפט עושה שימוש במבחני ההסתברות כחלק מבחינת המידתיות, האופן שבו הוא עושה זאת פוגם בתפקודם של מבחני ההסתברות כסיפים דאונטולוגיים, לעיתים עד כדי ריקונם מתוכן.

יודגש כבר עתה כי מאמר זה אינו בא לטעון שהסיבה היחידה – או אף המרכזית – להיחלשות ההגנה על זכויות האדם בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנים האחרונות היא המעבר ממבחני ההסתברות למבחני המידתיות. היחלשות ההגנה על זכויות האדם נובעת בראש ובראשונה מהתפתחויות חברתיות-פוליטיות בחברה הישראלית, ובעיקר בפוליטיקה הישראלית, שחלקן מהוות תגובת-נגד על הכוח הפוטנציאלי הרב שנתנה המהפכה החוקתית בידי בית-המשפט.⁶ הטענה במאמר זה צנועה בהרבה, ומתמצית בכך שהמידתיות, כדוקטרינה תוצאתנית ואד-הוקית החסרה איזונים עקרוניים וסיפים דאונטולוגיים, מהווה כר דוקטרינרי נוח לדילול ההגנה על זכויות האדם ולהצדקתן של החלטות העלולות ללקות בשרירות.⁷ יתרה מזו, מאמר זה אף אינו טוען כי הדילול בהגנה על זכויות האדם הוא תוצאה הכרחית של דוקטרינת המידתיות. בידי שופטים בעלי מחויבות חזקה לזכויות האדם, ובתרבות פוליטית שבה הגנה חזקה על זכויות האדם נתפסת כחובתה של המדינה, דוקטרינת המידתיות המיושמת באופן קונקרטי ואד-הוקי על כל עניין עשויה להביא לידי הגנה חזקה על הזכות. מאידך גיסא, בידי שופטים בעלי מחויבות חלשה יותר לזכויות האדם, ובתרבות פוליטית שבה ההגנה על זכויות האדם נתפסת כפגיעה באינטרסים של המדינה, דוקטרינת המידתיות המיושמת באופן

5 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (2) 1, 203–243 (2012) (להלן: פרשת איחוד משפחות II).

6 לעניין זה ראו אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית על 'המהפכה החוקתית'" המרחב הציבורי 13 (צפוי להתפרסם ב-2018).

7 לטענה דומה לגבי השימוש במבחני המידתיות באירופה ובעולם ראו, למשל, George Letsas, *Rescuing Proportionality, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF HUMAN RIGHTS* 316 (Rowan Cruft, S. Matthew Liao & Massimo Renzo eds., 2015); Guglielmo Verdirame, *Rescuing Human Rights from Proportionality, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF HUMAN RIGHTS* 341 (Rowan Cruft, S. Matthew Liao & Massimo Renzo eds., 2015).

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

קונקרטי ואד-הוקי על אותו עניין ממש תביא לידי הגנה חלשה בהרבה על הזכות. כך, חולשתה הגדולה של דוקטרינת המידתיות היא השרירותיות הטמונה בה, המאפשרת לכל שופטת להתאים את החלטתה לתפיסותיה הערכיות ו/או ללחצים פוליטיים או אחרים, תוך הצגתה כמתחייבת מהדוקטרינה המשפטית. שרירותיות זו מיתרגמת במציאות הישראלית של השנים האחרונות להיחלשות ההגנה על זכויות האדם, ובעיקר להיחלשות ההגנה על זכויותיהם של מיעוטים לא-אהודים. מטרת המאמר היא להצביע על האופן שבו דוקטרינת המידתיות מהווה מצע נוח להצדקתה ולהסוואתה של היחלשות זו.

עוד יובהר כבר עתה כי המאמר אינו טוען ששימוש במבחני הסתברות מביא בהכרח לידי הגנה חזקה על זכויות האדם. ברי כי מידת ההגנה שמבחני ההסתברות מעניקים תלויה באופי המבחן ההסתברותי החל על העניין, ולא הרי מבחן הוודאות הקרובה כהרי מבחן הנטייה הרעה. עם זאת, כפי שיובהר בהמשך, למבחני ההסתברות, כפי שנהגו במשפט הישראלי עד לכניסת המידתיות, יש שני יתרונות חשובים: האחד, שהוא מהותי, הוא אופיים העקרוני של מבחני ההסתברות, העומד בניגוד לאופייה האד-הוקי של המידתיות; והאחר, שהוא עובדתי, הוא שבמשפט הישראלי, לפני כניסת המידתיות, שימשו מבחני ההסתברות ספים דאונטולוגיים שדרשו רמה גבוהה – ולעיתים אף גבוהה מאוד – של הסתברות לפגיעה באינטרס מדינתי חשוב, עוד לפני הכניסה לשלב האיזונים, על-מנת שיהיה אפשר לשקול אם להגביל את הזכות ובאיזה אופן. כניסת המידתיות למשפט החוקתי הישראלי ודחיקתם של מבחני ההסתברות הובילו לכרסום משמעותי בשני היתרונות הללו.

לנוכח כל האמור אציע לסיום כי על-מנת לתת מענה לחסרונותיה האמורים של המידתיות, יש לשלב את מבחני ההסתברות במתכונתם הישנה בתוך מבחני המידתיות, ובפרט במבחן המידתיות השלישי, המבקש לאזן בין הנזק לזכות לבין התועלת לאינטרס מההגבלה הנדונה.⁸ מבחני המידתיות אינם מבחנים מהותיים המיועדים לקבוע את תוצאת האיוון הראוי בכל מקרה. מידתיות היא מתודולוגיה בלבד, ושלושת מבחני המידתיות הינם מבחנים המבנים ומסדרים את הניתוח החוקתי מבלי לקבוע את תוכנו המהותי ואת תוצאתו.⁹ תוכנו המהותי של האיוון החוקתי צריך להיקבע על בסיס איזונים עקרוניים הנקבעים מראש על-פי משקלה וחשיבותה של זכות האדם הנפגעת, משקלו וחשיבותו של האינטרס שמבקשים להגן עליו והסתברות הפגיעה בו.¹⁰ בטרם נחקקו חוקי-היסוד, ולפני כניסתה של המידתיות למשפט החוקתי הישראלי, קבע בית-המשפט שורה ארוכה של מבחני הסתברות שהיו פרי איוון עקרוני ומהותי בין זכויות לאינטרסים מתנגשים. מבחנים אלה, כפי שפותחו עד כה, וכפי שבית-המשפט יוסיף לפתחם בהתאם לצורך, צריכים להיות משולבים במבחן המידתיות השלישי כספים דאונטולוגיים, להוות רכיב מרכזי בבחינת המידתיות, ולקבוע את מידת הקפדנות של הביקורת השיפוטית על הגבלת זכויות האדם. על-ידי כך ישנו מבחני ההסתברות את אופיו של מבחן

8 Moshe Cohen-Eliya & Gila Stople, *Probability Thresholds as Deontological Constraints* 8
in *Global Constitutionalism*, 49 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75 (2010)

במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 646 (2010).

9 שם, בעמ' 557–558.

10 שם, בעמ' 557.

המידתיות ממבחן אד-הוקי, שתוצאתו נקבעת באופן שרירותי על-פי תפיסותיו הערכיות של כל שופט, למבחן עקרוני, שנותן עדיפות נורמטיבית לזכויות האדם, שמעמיד את הפגיעה בהן בביקורת שיפוטית קפדנית, ואשר תוצאתו נקבעת בהתאם למבחנים עקרוניים שנקבעו על-ידי בית-המשפט ואשר חלים על כלל המקרים הדומים.

א. דחיקת ההסתברות ועליית תרבות ההצדקה

1. המעבר מהסתברות למידתיות

עד לפסק-הדין בנק המזרחי עיצב בית-המשפט העליון את ההגנה על זכויות האדם באמצעות סדרה מורכבת של מבחני הסתברות שהם פועל יוצא של איזונים עקרוניים בין זכויות לאינטרסים. כך, למשל, בהקשר של חופש הביטוי, שדרכו נכנסו מבחני ההסתברות למשפט הישראלי, נקבע, בין היתר, כי בהתנגשות בין חופש הביטוי הפוליטי לבין שלום הציבור או בטחון המדינה יחול מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה קשה וממשית;¹¹ וכי בהתנגשות בין חופש הביטוי הפוליטי לבין טוהר ההליך השיפוטי בהליכי סוביודיצה יחול מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה בטוהר ההליך השיפוטי.¹² מבחני ההסתברות התפשטו עם השנים לזכויות נוספות, כגון חופש הדת,¹³ חופש התנועה,¹⁴ הזכות לשוויון,¹⁵ חופש העיסוק¹⁶ וחופש המידע.¹⁷ משמעות ההחלה של מבחני ההסתברות, ובעיקר של מבחן הוודאות הקרובה, הייתה החלת ביקורת שיפוטית קפדנית ביותר על הגבלת זכויות האדם על-ידי הרשות.¹⁸

- 11 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953); בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407 (1962).
- 12 ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565 (1983).
- 13 בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449 (1984), שם נקבע מבחן הוודאות הקרובה כמבחן החל לעניין ההתנגשות בין חופש הפולחן הדתי לבין בטחון המדינה.
- 14 בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701 (1986), שם נקבע מבחן החשש הכן והרציני כמבחן החל בהתנגשות בין חופש התנועה אל מחוץ למדינה לבין בטחון המדינה; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997), שם נקבע כי על-מנת להצדיק הגבלה של חופש התנועה יש להוכיח ודאות קרובה לפגיעה קשה, רצינית וממשית ברגשות הדת, מעבר לרמת הסבולת הדרושה בחברה דמוקרטית.
- 15 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995), שם החילה השופטת שטרסברג-כהן את מבחן הוודאות הקרובה בהתנגשות בין הזכות לשוויון לבין בטחון המדינה.
- 16 בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מז(5) 610 (1993), שם החילו השופטים את מבחן האפשרות הסבירה בהתנגשות בין חופש העיסוק לבין בריאותה של כלכלת המדינה.
- 17 עע"ם 6013/04 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60 (2006), שם החילו השופטים את מבחן הוודאות הקרובה בהתנגשות בין חופש המידע לבין תפקודה התקין של הרשות הציבורית.
- 18 כך, בבג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989), הציג השופט ברק את רכיבי המבחן הקפדני שיש להחיל כדלקמן: (1) ההסתברות המצדיקה הגבלה של חופש הביטוי היא ודאות קרובה; (2) צריכות להתקיים נסיבות קיצוניות, שמהן עולה סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור הרחב; (3) הסתברות זו אינה קיימת אם ניתן לנקוט אמצעים

בפסק-דין בנק המזרחי ניצב בית-המשפט בצומת משמעותי של קבלת החלטות, כאשר הוא נדרש לראשונה לפרשנות המילים "מידה שעולה על הנדרש" שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לכאורה עמדו לפני בית-המשפט שתי אפשרויות. אפשרות אחת הייתה לפרש את הביטוי כמבטא המשכיות לדיני זכויות האדם הקיימים, ולקבוע כי השאלה אם פגיעה בזכות היא "במידה העולה על הנדרש" תיבחן על-פי מבחני ההסתברות שנקבעו על-ידי בית-המשפט בפסיקה הענפה שנתן עד אותה עת. כלומר, לדוגמה, בית-המשפט יקבע כי הפגיעה הנדונה בזכות הקניין של הבנקים לשם פתרון המשבר במגזר החקלאי אינה "במידה העולה על הנדרש" אם הרשות תצליח להראות כי הפגיעה בזכות נחוצה כדי למנוע סכנה קרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית במגזר החקלאי. תימוכין לאפשרות כזו ניתן למצוא בתשובת היועץ המשפטי לממשלה, אשר לא נדרש למבחני המידתיות, אלא הציג טיעונים בתוך הפרדיגמה הקודמת של הסתברות לפגיעה באינטרס. בהסבירו מדוע הפגיעה בזכות הקניין אינה "במידה העולה על הנדרש", טען היועץ כי "מידת הפגיעה אינה עולה על הנדרש כשהפגיעה כשלעצמה אינה ברורה כלל ועיקר, דהיינו עד כמה יוכל הנושה לגבות את חובו, אם לא יכלל במסגרת החוק ולעומת זאת הפגיעה בתכלית החקיקה ובמטרתו ללא הוראות החוק המתקן היא ודאית".¹⁹

ייתכן אומנם שהחלת מבחני ההסתברות הייתה מחייבת התאמות מסוימות. לדוגמה, בעיגון החוקתי של הזכויות היה אפשר לראות ביטוי למחויבות עמוקה יותר לזכויות, ולהחמיר בהתאם את מבחני ההסתברות במקרים מסוימים לדרישת ודאות נוקשה יותר. לחלופין, העובדה שבעקבות העיגון החוקתי של זכויות האדם מבחני ההסתברות עשויים לשמש לביטול חוק, אף שעד אותה עת הם שימשו רק לביטול של חקיקת-משנה או מעשי מנהל, הייתה עשויה להצריך דיון בשאלה אם מידת הוודאות הנדרשת על-מנת להצדיק פגיעה בזכויות באמצעות חוק צריכה להיות זהה למידת הוודאות הנדרשת כאשר הפגיעה נעשית באמצעות חקיקת-משנה או מעשי מנהל, או שמא יש לקבוע מידה שונה של ודאות נדרשת כאשר מדובר בפגיעה בזכויות באמצעות חוק. אולם ללא קשר לתוצאות הדיונים בשאלות אלה ואחרות שעשויות להתעורר כתוצאה מהצורך להתאים את מבחני ההסתברות לחקיקת-היסוד החדשה, עצם קיומם של הדיונים היה מאפשר לבית-המשפט להתאים את המסגרת החדשה שקבע המכונן לדיני זכויות האדם הקיימים, ולייצר הרמוניה וקוהרנטיות במשפט החוקתי. מכל מקום, בפועל לא בחר בית-המשפט באפשרות זו, אלא אימץ אפשרות חלופית – לקרוא לתוך חוקי-היסוד דוקטרינה חדשה למשפט החוקתי הישראלי, היא דוקטרינת המידתיות, תוך התעלמות ממבחני ההסתברות.

נשאלת השאלה מדוע – האם לא טבעי יותר, ואולי אף רצוי, להיבנות בפרשנותם של חוקי-היסוד על הדין המקומי הקיים, קרי, על מבחני ההסתברות ועל הקטגוריות והתקטגוריות

אחרים – פרט להגבלת החירות האישית ופרט לפגיעה בחופש הביטוי – שיש בהם כדי להפחית את הסכנה; (4) הפגיעה בחופש הביטוי צריכה להיות אמצעי אחרון; (5) הקביעה כי אם חופש הביטוי לא יוגבל קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בבטחון המדינה או בשלום הציבור צריכה להתבסס על ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות; (6) המבחן הוא אובייקטיבי. פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 445 (ההדגשה הוספה).

שנקבעו בהם ויצרו את המשפט החוקתי בישראל לפני חוקי-היסוד? כך, למשל, אחת הטענות המרכזיות בארצות-הברית נגד החלת מבחני המידתיות במשפט החוקתי האמריקאי היא שמשפט זה, שהתגבש עוד לפני מלחמת-העולם השנייה, יצר הבחנות ותת-הבחנות המהוות את הבסיס לשיטה החוקתית האמריקאית. כניסת המידתיות, שהיא גנרית באופייה, תפגע בקוהרנטיות ובהמשכיות של המשפט החוקתי האמריקאי, ועלולה אף לדלל את המאפיינים הקטגוריים של המשפט החוקתי האמריקאי ולהחדיר לתוכו סטנדרטים רכים, שיחלישו את ההגנות על זכויות האדם.²⁰

כאמור, על-אף קיומם של מבחני ההסתברות בחר בית-המשפט בעניין בנק המזרחי לקרוא לתוך חוקי-היסוד את מבחני המידתיות, הרווחים ברוב מדינות העולם. נראה כי ביסודה של החלטה זו עומדת התפיסה כי אימוץ מבחני המידתיות האוניורסליים, תוך דחיקת מבחני ההסתברות הפרטיקולריים, יהווה חיזוק לטענה היסודית שהמהפכה החוקתית מושתתת עליה, והיא שחוקי-היסוד החדשים מהווים מגילת זכויות אדם חוקתית ומסמלים את הצטרפותנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות המאפשרות ביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות האדם. את פסק-דינו בעניין בנק המזרחי פותח הנשיא ברק כך:

ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום-אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים... הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים הפוגעים בזכויות האדם הפכה לנחלת רוב רובן של המדינות. מהפכה זו לא פסחה גם עלינו. הצטרפנו אליה במרץ 1992.²¹

כלומר, הלגיטימיות של המהפכה החוקתית שבית-המשפט מכריז עליה בעקבות קבלת חוקי-היסוד נשענת על כך שהיא אינה ייחודית או יוצאת-דופן, אלא מסמלת את הצטרפותנו לקהילת הדמוקרטיות החוקתיות, שבכולן מתקיימת ביקורת שיפוטית על חוקים. נדבך חשוב בביסוס הלגיטימיות האמורה הוא אימוצו של עקרון המידתיות – שאומץ על-ידי רוב הדמוקרטיות החוקתיות ומהווה עיקרון חשוב ביותר בחוקתיות הגלובלית – למשפט החוקתי הישראלי. כך, הנשיא ברק והנשיא לשעבר שמגר מפנים לאורך פסק-הדין שוב ושוב למשפט החוקתי הגרמני ולזה הקנדי כמקור לפרשנותם של מבחני המידתיות,²² אך בשלוש מאות עמודי פסק-הדין אין כל התייחסות למבחני ההסתברות, אשר עד לעניין בנק המזרחי היו המבחנים המרכזיים בתחום זכויות האדם.

בשום מקום בפסק-דינו בעניין בנק המזרחי – ולמעשה עד עצם היום הזה, יותר מעשרים שנה אחר כך – לא דן בית-המשפט באופן מסודר ביחסי-הגומלין שבין השתל הזר, הוא מבחני

20 Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American*; 84 בעמ' 8, לעיל ה"ש 8, Cohen-Eliya & Stopler, *Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L J. CONST. L. 263, 276, 280–283 (2010).

21 פרשת בנק המזרחי, ה"ש 1, בעמ' 352.

22 ראו, למשל, שם, בעמ' 436–437 (הנשיא ברק) ו-345–347 (הנשיא לשעבר שמגר).

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

המידתיות, לבין הדין הפנימי, קרי מבחני ההסתברות, והדבר יצר חוסר בהירות לגבי המשך תחולתם של מבחני ההסתברות ולגבי היחס בינם לבין מבחני המידתיות.²³ ברוב המקרים בתי-המשפט מחילים את מבחני המידתיות ואינם מזכירים כלל את מבחני ההסתברות;²⁴ בהקשרים אחרים בית-המשפט שם דגש במבחני ההסתברות דווקא, תוך אזכור אגבי, אם בכלל, של המידתיות;²⁵ לעיתים, בהשפעת המידתיות, בית-המשפט בוחן את התקיימותם של מבחני ההסתברות באופן שטחי וכללי ביותר, שמרוקן אותם מתוכן ומדלל את ההגנה על הזכות הנדונה;²⁶ ובמקרים אחרים השופטים נחלקים בדרכי הניתוח של אותו מקרה עצמו – חלקם מחילים את מבחני ההסתברות, ואילו האחרים מתעלמים מהם ומחילים רק את מבחני המידתיות.²⁷ אפילו בתחום חופש הביטוי – שדרכו נכנסו מבחני ההסתברות למשפט הישראלי, ואשר בו נעשה בהם השימוש הרב ביותר גם כיום – ניתן למצוא פסקי-דין מרכזיים המחילים כל אחת מדרכי הניתוח השונות שהוזכרו לעיל, ובכלל זה התעלמות מוחלטת ממבחני ההסתברות.²⁸

כידוע, פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (כמו-גם בחוק-יסוד: חופש העיסוק)²⁹ כוללת ארבעה תנאים מצטברים לחוקתיות הפגיעה: הפגיעה בזכות נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו, היא הולמת את ערכיה של מדינת-ישראל, היא נועדה לתכלית ראויה, והיא אינה במידה העולה על הנדרש. את התנאי הרביעי, הוא תנאי המידתיות, נהוג לחלק לשלושה מבחני-משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

23 ראו, למשל, גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איוון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471, 472 (2006).

24 זאת, לעיתים, אף בפסקי-דין העוסקים באופן מובהק בסוגיות של חופש הביטוי, כגון בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (עתירה נגד פסילת תשדיר פרסומת פוליטי בשל עיסוקו בנושא שנוי במחלוקת); בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004) (עתירה נגד שידורי ערוץ פלייבוי); ובג"ץ 5277/13 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרות הביטחון הכללי (פורסם בנבו, 7.2.2017) (להלן: פרשת השב"כ).

25 ראו, למשל, בג"ץ 9329/10 פלוני נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 14.4.2011) (חופש התנועה מול בטחון המדינה); בג"ץ 2189/10 המטה למען ארץ ישראל נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל (פורסם בנבו, 23.3.2010) (חופש הפולחן מול שלום הציבור ובטחון); בג"ץ 979/15 מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20 (פורסם בנבו, 25.2.2015) (חופש הביטוי מול טוהר הבחירות); ע"מ 11120/08 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות ההגבלים העיסוקיים (פורסם בנבו, 17.11.2010) (חופש המידע מול יעילות פעולתה של הרשות ואינטרסים כלכליים של צד ג).

26 ראו, למשל, בג"ץ 5546/16 בית גאה בבאר שבע נ' מפקד המחוז הדרומי משטרת ישראל (פורסם בנבו, 13.7.2016) (הגבלת מצעד הגאווה בבאר-שבע); בג"ץ 1928/96 מועצת יש"ע נ' מפקד מחוז ירושלים של משטרת ישראל, פ"ד נ(1) 541 (1996) (הגבלת הפגנה). ראו דיון להלן בחלק ב(א).

27 ראו, למשל, בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015) (חוקתיותו של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011) (השופטים דניצ'גר, מלצר והנדל דנים במבחני ההסתברות, ואילו השופטים רובינשטיין, נאור, גובראן, פוגלמן ועמית דנים רק במבחני המידתיות).

28 ראו אזכורים לעיל בה"ש 24–27.

29 חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

ומבחן המידתיות במוכן הצר (האיזון בין הנזק לזכות לבין התועלת שתצמח לאינטרס המדינתי מהפגיעה בזכות).³⁰ מדי פעם ניתן למצוא התבטאויות של שופטים הדנים בשאלה היכן יש לשלב את מבחני ההסתברות בתוך פסקת ההגבלה ומבחני המידתיות – אם בשלב ההתאמה לערכיה של מדינת-ישראל, בשלב התכלית הראויה או בכל אחד ממבחני-המשנה של המידתיות.³¹ אולם השאלה כיצד, אם בכלל, ניתן או צריך לשלב את מבחני ההסתברות במבחני המידתיות לא נדונה לעומק בפסיקת בית-המשפט, ובוודאי טרם הוכרעה בה. בתת-פרק הבא אטען, בעקבות אפיון המידתיות על-ידי כהן-אליה ופורת, כי הקושי שבית-המשפט נתקל בו בנסיונותיו לשלב את המידתיות עם ההסתברות נובע מהבדלים מהותיים בין אופיים של מבחני ההסתברות, כמבחנים עקרוניים בעלי מתאר קטגורי, לבין אופייה של המידתיות כחלק מתרבות ההצדקה, המבוססת על בחינה קונקרטיה ואד-הוקית של פעולת הרשות בכל עניין ועניין, תוך הותרת שיקול-דעת נרחב לשופטת היושבת בדן.³²

2. תרבות ההצדקה

המונח "תרבות ההצדקה" נטבע על-ידי המשפטן הדרום-אפריקאי אטיין מורניק.³³ כך הוא מתאר את המשמעות הטרנספורמטיבית של המעבר ממשטר האפרטהייד למשטר חוקתי דמוקרטי בדרום-אפריקה:

[T]he new constitution is a bridge away from a culture of authority... [that] must lead to a culture of justification – a culture in which every exercise of power is expected to be justified...³⁴

פסקה זו מתמצתת היטב את משמעותה של תרבות ההצדקה: חיוב הממשלה לספק הצדקה משכנעת לכל אחת מפעולותיה. להבדיל מתרבות ההצדקה, בתרבות של סמכות – והכוונה היא לא רק לתרבות של סמכות טוטליטרית, אלא גם לתרבות של סמכות ליברל-דמוקרטית, כמו בארצות-הברית – הלגיטימיות של פעולה שלטונית נובעת מהעובדה שהסוכן מוסמך על-פי דין לפעול.³⁵ על-פי כהן-אליה ופורת, בעוד בתרבות ליברל-דמוקרטית של סמכות, הפיקוח על

30 ראו, למשל, בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פס' 18–16 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1997).

31 כך, למשל, בבג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 613–614 (2004), הציע הנשיא ברק כי המקום הראוי למבחני ההסתברות הוא ברכיב הבוחן אם החוק הפוגע תואם את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; לעומת זאת, בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פס' 53 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון), גרס הנשיא ברק כי ההסתברות מקומה במבחן התכלית הראויה; ואילו השופטת דורנר בפרשת מילר, לעיל ה"ש 15, הציעה למקם את מבחני ההסתברות במבחן המידתיות השלישי.

32 COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 4.

33 Etienne Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 31, 32 (1994).

34 שם, בעמ' 32.

35 COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 112.

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

הסמכות נעשה באמצעות הפרדת רשויות נוקשה ובדיקה שכל פעולה ממשלתית נעשית על-ידי גורם שמוסמך על-פי דין לבצע, בתרבות ההצדקה אין זה מספיק שמבצע הפעולה מוסמך על-פי דין לבצע, אלא הפיקוח נעשה על-ידי דרישה מהרשות לספק צידוק פרטני לכל פעולה ופעולה.³⁶

כהן-אליה ופורת מראים בספרם כי תרבות ההצדקה מחייבת את המדינה להצדיק כל פעולה שמגבילה חירות כלשהי במונחים של סבירות ומידתיות, ותוך התבססות על "טעם ציבורי" (public reason).³⁷ ההצדקות לתרבות ההצדקה מגוונות, ומבוססות, בין היתר, על אמון בין הרשות לאזרח, על יחס של כבוד כלפי האזרחים, על הרצון ליצור הסכמה רחבה יותר סביב פעולותיה של הרשות, ועל הרצון לעודד נשיאה באחריות של מקבלי החלטות.

תרבות ההצדקה הרווחת בעולם מבוססת על תפיסה אד-הוקית, נסיבתית, של הצדקות, ומחייבת את המדינה להסביר מדוע ההגבלה שהוטלה על החירות מוצדקת בנסיבותיו הספציפיות של כל עניין ועניין. במילים אחרות, תרבות ההצדקה הרווחת בעולם קשורה לסטנדרטים, כגון מידתיות או איזון, והיא בהגדרתה לא-קטגורית (להבדיל, למשל, מגישה של הצדקות בדמות טעמים מוציאים, המבוססת על זיהוי קטגורי של טעמים שאינם יכולים בשום מקרה לשמש להצדקת פעולתה של הרשות).³⁸ המעבר מכללים קטגוריים לסטנדרטים מרחיב את כוחו של בית-המשפט מול הרשויות, שכן הוא מאפשר לבית-המשפט לבחון כל מקרה בהתאם לשיקול-דעתו, ואינו מחייב אותו להחליט במקרה המסוים בהתאם לכללים קטגוריים שהוא מחויב להם.³⁹ המשפט ההשוואתי מלמד גם שמוקד המידתיות, לפחות בישראל ובגרמניה, הוא במבחן המידתיות השלישי, שהוא מבחן מובהק של סטנדרטים.⁴⁰ מבין שלושת מבחני המידתיות, זהו המבחן היחיד המבוסס כל-כולו על איזון אד-הוקי (מידתיות במובן הצר), ולכן הוא העומד במוקד הביקורת נגד המידתיות – בעולם ואף במאמר זה.⁴¹

אף שאנו רגילים לחשוב על מבחני איזון כעל מבחנים מבוססי-סטנדרטים, קיימים מבחני איזון שאינם בעלי מתאר של סטנדרטים, אלא של כללים קטגוריים. מבחני ההסתברות הינם מבחנים כאלה. סוג נוסף של איזון שמבוסס על כללים קטגוריים הוא האיזון ההגדרתי (definitional balancing), המתקיים פעם אחת בשלב הגדרת הזכות, ואינו נבחן מחדש בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה – למשל, איזון הגדרתי המוציא מגדר חופש הביטוי מילים מסכסכות של התגרות חריפה (fighting words) או תועבה, כפי שנעשה בארצות-הברית.⁴²

36 שם, בעמ' 113.

37 שם, בעמ' 112 ו-121–122.

38 שם, בעמ' 91–92. כדברי אהרן ברק, "החשיבה המידתית אינה מכוונת לסיווגו של מקרה לגדרה של קטגוריה המספקת תשובה לבעיה. החשיבה המידתית מכוונת לבחינה מתמדת בדבר קיומו של צידוק ענייני לפגיעה בזכות, תוך התחשבות בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה". ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 557.

39 COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 110–111, 123–124.

40 Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 8, בעמ' 87–88.

41 ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 577. לכתובה ביקורתית על המידתיות ראו הפניות רבות המופיעות שם, בה"ש 1–4.

42 Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CAL. L. REV. 935, 942 (1968).

מבחני ההסתברות הם מבחני כללים קטגוריים מסוג שנהוג לכנותו "איזון אנכי".⁴³ איזון אנכי מניח שכאשר – ורק כאשר – עוברים סף הסתברותי מסוים לפגיעה באינטרס מוגן, האינטרס גובר על הזכות. ככל שהסף הדאונטולוגי הנדרש גבוה יותר כן ההגנה על הזכות גדלה, שכן חל איסור קטגורי על פגיעה בה עד להגעה לסף הסיכון הגבוה. סיפים אלה, אשר ברק מדינה ואייל זמיר מכנים "סיפים דאונטולוגיים", מבטאים את חשיבותן הייחודית של זכויות האדם בחברה דמוקרטית.⁴⁴ הרעיון שלפיו זכויות האדם משמשות מעין מחסום דאונטולוגי מפני התחשיב התועלתני שמבצעת הרשות בבואה לפגוע בזכויות של יחיד או של מיעוט כדי לקדם אינטרסים של הרוב מצוי בליבה של התיאוריה הליברלית.⁴⁵ כך, הוגים ליברלים ממשיגים זכויות כבעלות עדיפות לקסקלית על הטוב הציבורי (רולס);⁴⁶ כקלפים מנצחים הגוברים על מדיניות של הרשות המבוססת על שיקולים תועלתניים (דוורקין);⁴⁷ או כמגינים שניתן לחדור דרכם רק באמצעות שיקולים כבדי-משקל במיוחד (שאורר).⁴⁸

אף שתפיסת הזכויות הליברלית בכללותה היא דאונטולוגית, יש להבחין בין תפיסה דאונטולוגית אבסולוטיסטית, שלפיה אינטרס ציבורי לעולם לא יוכל לגבור על זכות אדם בסיסית, לבין גישה דאונטולוגית מתונה, שלפיה זכויות אדם יגברו על אינטרסים כל עוד לא מתקיימים שיקולים כבדי-משקל המורים אחרת.⁴⁹ להבחנה זו בין תפיסות דאונטולוגיות אבסולוטיסטיות למתונות יש חשיבות רבה מבחינת היכולת להתאים בין תפיסת הזכויות לבין מבחני המידתיות. תפיסת זכויות דאונטולוגית אבסולוטיסטית לא תוכל להתאים למבחני המידתיות, שכן מבחנים אלה מיועדים לאזן בין אינטרסים נוגדים באמצעות בחינת משקלם היחסי, ואין הם בנויים לתת מענה כאשר משקלו של אחד האינטרסים/זכויות המעורבים הוא מוחלט.⁵⁰ לעומת זאת, ניתן לכאורה להתאים את המידתיות לתפיסת זכויות דאונטולוגית מתונה, הנותנת עדיפות קטגורית לזכויות אך רק עד גבול מסוים, על-ידי יישום מבחני

- 43 זאת, בניגוד לאיזון האופקי, המתבצע בין שני עקרונות שווי-מעמד, כגון שתי זכויות-יסוד, ונפתר באמצעות ויתור הדדי. ראו ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 641–642.
- 44 Eyal Zamir & Barak Medina, *Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law*, 96 CAL. L. REV. 323 (2008)
- 45 התפיסה שלפיה תועלתנות היא פגומה מבחינה מוסרית עומדת בבסיס התיאוריה הליברלית של רולס. ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971). ראו גם ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA (1974). לשילוב של תיאוריות מוסר דאונטולוגיות עם איזון ומידתיות ראו Mattias Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 131 (George Pavlakos ed., 2007). לסקירה ממצה בעברית של מידת ההתאמה של תיאוריות ליברליות שונות למידתיות ראו ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 564–567.
- 46 ראו RAWLS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 246. לפי רולס, לזכויות בסיסיות יש עדיפות מוחלטת על אינטרסים ציבוריים מסוימים, אך ניתן להגביל זכויות בסיסיות המתנגשות בזכויות בסיסיות אחרות כדי ליצור התאמה בין הזכויות. JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 294–298 (1993).
- 47 RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 272–278 (1977)
- 48 Frederick Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 27 GA. L. REV. 415, 429 (1993)
- 49 על דאונטולוגיה מתונה וסיפים דאונטולוגיים ראו EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY ch. 2 (2010).
- 50 ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 566–567.

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

המידתיות באופן שישקף את העדיפות הקטגורית האמורה. מבחני ההסתברות במשפט החוקתי הישראלי מגלמים תפיסת זכויות דאונטולוגית מתונה, שכן הם מאפשרים פגיעה בזכות כאשר – ורק כאשר – ההסתברות לפגיעה באינטרס עולה על סף (גבוה) מסוים. עם זאת, אף שהשילוב האמור של מבחני המידתיות עם מבחני כללים קטגוריים אפשרי, הוא אינו מקובל בעולם. מבחני כללים קטגוריים, דוגמת ההסתברות, אינם מקובלים במשפט החוקתי הגלובלי, למעט בארצות-הברית, שבה הדבקות בכללים קטגוריים הובילה לדחיית של המידתיות.⁵¹ הקושי בשילוב האמור נובע מכך שבעוד המידתיות, הנגזרת מאופייה של תרבות ההצדקה, מבוססת על סטנדרטים ומחייבת איזון בכל מקרה לגופו, מבחני הכללים הקטגוריים מחייבים פעולה על-פי כללים מוגדרים מראש, ובכך יוצרים מחסומים העשויים להכתיב את התוצאה עוד לפני הכניסה לאיזונים הפרטיקולריים.

גדעון ספיר מבקש להמשיג את ההבדל בין המידתיות בחוקי-היסוד החדשים לבין מבחני ההסתברות שקדמו לה כהבדל בין פשרה להכרעה.⁵² בעוד המידתיות מושכת את בית-המשפט לכיוון של מציאת פשרה פרטיקולרית, בכל מקרה ומקרה, בין הזכויות לבין האינטרסים המתנגשים, כך שכל אחד ייסוג במידה כלשהי מפני רעהו, מבחני ההסתברות מחייבים, לדבריו, "שימוש קלישאי ובלתי משכנע" בנוסחת איזון אנכי קבועה, שמחייבת הכרעה עקרונית וחד-משמעית לטובת אחד הצדדים.⁵³ בניגוד לספיר, המצדד בשימוש במידתיות כמנגנון למציאת פשרה בין זכויות לאינטרסים וקורא לבית-המשפט לעשות בה שימוש למטרה זו, במאמר זה אטען נגד האופן שבו המידתיות משמשת את בית-המשפט כמנגנון להצדקת פשרות פרטיקולריות המחלישות – ובמקרים מסוימים אף מבטלות כליל – את עדיפותן הנורמטיבית של זכויות האדם, שהיא הבסיס לתורת זכויות האדם הליברלית.⁵⁴

כך, המעבר מקטגוריות (מבחני ההסתברות) לסטנדרטים (המידתיות) – או כלשונו של ספיר, מהכרעה (מבחני ההסתברות – איזון אנכי) לפשרה (המידתיות) – אינו רק סוגיה תורת-משפטית, אלא יש לו משמעות נורמטיבית ומוסרית. ככל שקבלת חוקי-היסוד נתפסה כצעד לחיזוק ההגנה על זכויות האדם בישראל, היה אפשר לצפות שבעקבותיה תתעצם ההגנה על זכויות האדם באמצעות שימוש בדוקטרינות משפטיות בעלות מתאר קטגורי המציבות מגבלות דאונטולוגיות על התחשיב התועלתני שמבצעת הרשות בכואה לפגוע בזכויות של יחיד או של מיעוט על-מנת לקדם אינטרסים של הכלל.⁵⁵ קביעת אמת-מידה לניתוח חוקתי שהיא תוצאתנית באופן מובהק, דוגמת המידתיות, עלולה להחטיא את המטרה שעמדה לכאורה

51 שם, בעמ' 635.

52 ספיר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 473–480.

53 שם, בעמ' 479.

54 Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 8, בעמ' 79–80; ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 566–567; ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47, ה"ש 121–122 והטקסט שלידין (2009).

55 זאת, בוודאי, ברמת הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל, אך אין לשכוח שהמגבלות הדאונטולוגיות בנוגע לפגיעה בזכויות האדם חלות, מבחינת התפיסה הליברלית, גם על המחוקק.

מאחורי קבלת חוקי-היסוד.⁵⁶ היא אומנם מגדילה את שיקול-הדעת השיפוטי ואת הגמישות השיפוטית, אך כפי שאראה להלן, דווקא גמישות זו עלולה לבוא על-חשבון מאפייניה של ההגנה הקטגורית על זכויות, בעיקר בהקשר של מיעוטים שהרוב מתייחס כלפיהם באיבה גלויה או באמפתיה סלקטיבית, או בסוגיות המערבות איומי טרור. בחלקו הבא של המאמר אפרט את חסרונותיה של המידתיות לעומת מבחני ההסתברות הן מבחינת היקף ההגנה על זכויות האדם והן מבחינת משמועו של שיקול-הדעת השיפוטי ויצירת אחידות משפטית ברמת עקרונות ההכרעה.

ב. חסרונותיה של המידתיות

בחלק זה אדגים באמצעות פסיקת בית-המשפט את חסרונותיה של המידתיות כמכשיר להכרעות שיפוטיות ולהגנה על זכויות. כמסגרת לדיון אשתמש בבג"ץ **איחוד משפחות II**, שהוא פסק-הדין השני שנתן בית-המשפט בעניין החוקתיות של מניעת איחוד משפחות של אזרחים ישראלים עם פלסטינים תושבי השטחים, ובעיקר בפסק-דינו של השופט מלצר באותו עניין, המהווה דוגמה טובה לבעייתיות הדאונטולוגית שבדחיקת מבחני ההסתברות ובאימוץ מבחני המידתיות.⁵⁷

בבג"ץ זה נדונה בפעם השנייה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), שאסר איחוד משפחות בישראל של בני-זוג ישראלים עם בני-זוגם מהשטחים, למעט חריגים.⁵⁸ בבג"ץ הראשון שבו נדונה חוקתיותו של החוק סברו רוב השופטים כי החוק אינו חוקתי, אך אף-על-פי-כן נקבע על חודו של קול כי הוא ייוותר על כנו.⁵⁹ בבג"ץ השני נדחתה שוב העתירה על חודו של קול, אלא שהפעם סברו השופטים – על חודו של קול – כי החוק הנדון הוא חוקתי. המחלוקות העיקריות בין השופטים נסבו סביב השאלות אם החוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון של ערביי ישראל, ואם כן, אם הפגיעה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. עיקר המחלוקת לעניין פסקת ההגבלה היה בשאלה אם פגיעת החוק עומדת בתנאי הרכיב השלישי של מבחן המידתיות – המידתיות במובנה הצר – שמטרתו לאזן בין הנזק הנגרם לזכות לבין התועלת לאינטרס ולהבטיח שהנזק שנגרם לזכות אינו עולה על התועלת שהגבלת הזכות מביאה לאינטרס.

פסק-הדין ארוך ומורכב, והמחלוקות בין השופטים רבות ומגוונות. לצורך הדגמת חסרונותיה של המידתיות אל מול מבחני ההסתברות אתרכו בעמדתו של השופט מלצר, שלפיה ניתן להצדיק את החוק הפוגע על בסיס עקרון הזהירות המונעת.⁶⁰ דוגמה זו מעניינת במיוחד

56 המידתיות מוגדרת על-ידי אלקסי ככלי למיטוב (אופטימיזציה). ראו ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 399 (Julian Rivers trans., 2002) (1986).

57 פרשת **איחוד משפחות II**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 203–243.

58 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003. החריגים קבועים בס' 3, א3, 1א3.

59 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת **איחוד משפחות I**).

60 פרשת **איחוד משפחות II**, לעיל ה"ש 5, פס' 33–42 לפסק-דינו של השופט מלצר.

לשם הדגמת חסרונותיה של המידתיות משתי סיבות. ראשית, היא מעניינת במיוחד מכיוון שהשופט מלצר מבסס לכאורה את עמדתו על עמדת בית-הדין האירופי לצדק לגבי מידתיותו של עקרון הזהירות המונעת והתאמתו למבחן המידתיות השלישי, כפי שזו באה לידי ביטוי בפסק-דינו של בית-דין זה בעניין פייזר.⁶¹ השימוש שהשופט מלצר עושה בפסק-הדין בעניין פייזר מתבסס כולו על מאפייניה הבעייתיים של תרבות ההצדקה, ביניהם הטשטוש בין זכויות לאינטרסים ובין זכויות לבין עצמן, ומתן האפשרות לכל שופט להשתמש באיזונים אד-הוקייים שמתאימים לדעתו למקרה הנדון אף אם במקור הם משמשים לעניין אחר לחלוטין. שנית, דוגמה זו חשובה מכיוון שבפסק-דינו השופט מלצר משתמש בעיקרון הסתברותי באופן שמנוגד חזיתית לאופן שבו שימשו מבחני ההסתברות עד לכניסת המידתיות, והדבר ממחיש היטב את ההבדלים בין מודל ההסתברות שחל עד 1992 לבין מודל המידתיות שחל למן אותה עת.

בפסק-דינו קובע השופט מלצר כי יש לדחות את העתירות, ורואה בעמדת המדינה מהלך מידתי להגנה על בטחון המדינה, תוך שהוא מתבסס על "עקרון הזהירות המונעת". השופט מסביר מושג זה כך: "עקרון הזהירות המונעת [נועד] להתמודד עם הקושי שבפער בין הידע הקיים בזמן נתון, לבין הנזק הפוטנציאלי האדיר והבלתי ודאי שעלול להיגרם מפעילות כלשהי, אם לא ינקטו לגביה אמצעי זהירות ראויים. העיקרון מאפשר לרשות (המחוקקת או המבצעת) לנקוט צעדים שתכליתם מניעת הקטסטרופה, כאשר נשקף איום של ממש לנזק נרחב בלתי הפיך, אפילו הוא בהסתברות נמוכה וגם כאשר אין ודאות מדעית מוכחת שהנזק אכן יתממש".⁶² עיקרון זה הוכר ככזה שהרשויות רשאיות לכוון לפיו התנהגות בתחומים כגון איכות הסביבה ופיקוח על מזון. כך, למשל, בפסק-דין פייזר, שהשופט מלצר מביאו כפסק-הדין המנחה באירופה, שימש העיקרון על-מנת להצדיק את החלטת הרשות למנוע שימוש באנטיביוטיקה מסוג מסוים בבעלי-חיים המגודלים למטרות צריכה. פייזר, החברה המגדלת את בעלי-החיים, נאלצה להפסיק את השימוש באנטיביוטיקה האמורה עקב הנהלים החדשים, וטענה כי הנהלים פוגעים בצורה לא-מידתית בזכותה לקניין, שכן הם מחייבים אותה להשקיע כסף רב בשינוי שיטת הטיפול בבעלי-החיים. לטענת פייזר, הדרישה אינה עומדת במבחן המידתיות, שכן אין זה מידתי לגרום לה נזק כלכלי כה קשה על בסיס ראיות מדעיות שאינן מבוססות דיין ועל-מנת למנוע נזק עתידי שמידת הסתברותו קטנה כנראה ואפשרות התרחשותו אפילו לא הוכחה כראוי.⁶³

בית-הדין האירופי לצדק דחה את עתירתה של חברת פייזר. נקבע כי השימוש בעקרון הזהירות המונעת במקרה הנדון עונה על דרישות המידתיות, וכי באיזון בין אינטרסים כלכליים של בעלי עסקים לבין השמירה על בריאות הציבור מוצדק להטיל מגבלות על בעלי עסקים שיפגעו באינטרסים הכלכליים שלהם על-מנת להגן על בריאות הציבור. עוד נקבע כי בהקשר הזה מספיק שהרשות תביא ראיות מסוימות לכך שקיים סיכון – אף אם טרם ניתן להעריכו –

Case T-13/99 Pfizer Animal Health SA v. Council of the European Union, [2002] ECR II- 61
3305 (להלן: פרשת פייזר).

62 פרשת איחוד משפחות II, לעיל ה"ש 5, פס' 34 לפסק-דינו של השופט מלצר.

63 פרשת פייזר, לעיל ה"ש 61, פס' 407–408, 414, 420, 430, 431, 441, 452–454, 464–467.

להתרחשותו של נזק משמעותי לבריאות הציבור כדי שהטלת מגבלות על האופן שבו מנוהלים עסקים, שמטרתן למנוע את הסיכון האמור, תהיה מידתית.⁶⁴

בפסק-דינו משתמש השופט מלצר בהחלטת בית-הדין האירופי לצדק בפסק-דין פייזר על-מנת לטעון שעקרון הזהירות המונעת הוא עיקרון מידתי, או לכל-הפחות עיקרון המצוי במתחם המידתיות, ומכאן שניתן להצדיק את חוק האזרחות והכניסה לישראל כחוק מידתי, המיישם את עקרון הזהירות המונעת באמצעות מניעה כוללת של איחוד משפחות עם תושבי השטחים, כדי למנוע את האפשרות שחלק קטן ביותר מהם יהיו מעורבים בפיגועי טרור.⁶⁵ כדבריו של השופט מלצר, המוצא עיגון לעקרון הזהירות המונעת כבר בתלמוד, "אשרי אדם מפחד תמיד" – מוטב להטיל מניעה כוללת על איחוד משפחות עם תושבי השטחים מאשר ליטול סיכון שחלק קטן מאוד מהם יהיו מעורבים בצורה זו או אחרת בטרור.⁶⁶

להלן אדון, באמצעות פסק-דינו של השופט מלצר ופסק-דין נוספים, בבעיות שנוצרו עקב דחיקתם של מבחני ההסתברות ועליית מבחני המידתיות, כחלק מתרבות ההצדקה. תרבות ההצדקה דורשת אומנם מהמדינה להצדיק כל פעולה שלה, אך במקום לעשות זאת באמצעות מבחנים קטגוריים, היא עושה זאת באמצעות שימוש בסטנדרט המידתיות, שמופעל באופן אד-הוקי בנסיבותיו הפרטיקולריות של כל עניין, ואשר נלווה אליו לרוב גם מתחם המידתיות (margin of appreciation), המרחיב עוד יותר הן את שיקול-הדעת של הרשות והן את שיקול-דעתם של השופטים.⁶⁷

1. המידתיות גורמת להשטחה ולאיימפריאליזם

לפי כהן-אליה ופורת, המידתיות היא אימפריאליסטית – היא נוטה לעבור מתחום משפט אחד לאחר, ללא רגישות מספקת להקשרים השונים ולאופיים של הזכות והאינטרס הנפגעים.⁶⁸ מכיוון שהמידתיות היא מתודולוגיה ברורה ומובנית, קל לעשות בה – ואכן נעשה בה – שימוש בתחומי משפט רבים.⁶⁹ כרעיון מתודולוגי אין אומנם כל פסול בשימוש במידתיות בתחומי משפט שונים ובהקשרים שונים, אולם כאשר התוצאה המהותית הנוצרת מהפעלת מבחני המידתיות בהקשר מסוים מועברת כפי שהיא להקשר שונה ללא התאמות, עלולים להיווצר עיוותים חמורים. דוגמה לכך היא האופן שבו השופט מלצר עושה שימוש בתוצאה המהותית של פסק-דין פייזר כדי להצדיק את פסיקתו שלו בתחום שונה לחלוטין.

64 שם, פס' 139, 142, 144, 411–412, 456–457.

65 בג"ץ איחוד משפחות II, לעיל ה"ש 5, פס' 36 לפסק-דינו של השופט מלצר.

66 שם, פס' 44 לפסק-דינו של השופט מלצר.

67 לכאורה היה אפשר לחשוב שאם דוקטרינת מתחם המידתיות מאפשרת מתן שיקול-דעת רחב יותר לרשות, היא מצרה בהכרח את שיקול-דעתם של השופטים, אולם אין הדבר כך. דוקטרינת מתחם המידתיות אינה פועלת כ"משחק סכום אפס". עצם קיומה של הדוקטרינה מרחיב את שיקול-דעתם של השופטים, שכן השופטת היא הקובעת את רוחבו של המתחם על-פי שיקול-דעתה. ככל שהשופטת מרחיבה את המתחם, היא מרחיבה גם את שיקול-דעתה של הרשות, ולהפך – ככל שהיא מצרה את המתחם כן היא מצרה את שיקול-דעתה של הרשות.

68 COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 150–152.

69 שם.

יודגש כי פסק-דין פייזר אינו פסק-דין של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם, אלא פסק-דין של בית-הדין האירופי לצדק, אשר לא עסק באופן ישיר בסוגיה הקשורה לזכויות האדם. יתרה מזו, אמנת האיחוד האירופי היא המחילה את עקרון הזהירות המונעת במדינות האיחוד בכל הנוגע במדיניות סביבתית ובמדיניות חקלאית (ובהן בלבד).⁷⁰ תפקידו של בית-הדין האירופי לצדק בעניין פייזר לא היה לבחון אם ראוי להחיל את עקרון הזהירות המונעת בהקשרים אלה, שכן קביעה זו כבר נעשתה על-ידי האמנה האירופית, אלא לבחון אם הפעלתו על-ידי הרשות האירופית במקרה הספציפי אכן נעשתה באופן מידתי, המאזן כראוי בין חובת הרשות לנקוט מדיניות סביבתית וחקלאית השומרת על בריאות הציבור לבין האינטרסים הכלכליים והעסקיים של פייזר.⁷¹ כלומר, בית-המשפט בעניין פייזר אינו דן כלל ועיקר בהחלת עקרון הזהירות המונעת על זכויות אדם יסודיות או בהקשרים שאינם מדיניות חקלאית אל מול אינטרסים כלכליים, ואף-על-פי-כן השופט מלצר מתבסס על קביעת בית-הדין האירופי לצדק שהחלת העיקרון במקרה הפרטי האמור נעשתה באופן מידתי כדי לטעון שהגבלתן של זכות-היסוד לשוויון על בסיס לאום ושל זכות-היסוד לחיי משפחה מכוח עקרון הזהירות המונעת תהיה גם היא מידתית.

כך, העובדה שהמידתיות היא מתודולוגיית ניתוח שאינה קובעת כללים מוגדרים, והעובדה שהיא משמשת בתחומים רבים ושונים שפעמים רבות אין כל קשר ביניהם, כגון מתן אנטיביוטיקה לפרות על-ידי חקלאים ואיחוד משפחות בין בני-זוג, מאפשרות לשופטים לבצע מעבר חופשי בין מה שראוי שיהיו קטגוריות ברורות ומוכחנות שעל כל אחת מהן חלים כללים שונים, כדי להגיע לתוצאה שנראית להם רצויה במקרה הספציפי. התוצאה של נדידת המידתיות מתחום אחד לאחר מבלי לגלות רגישות מספקת להקשרים שבהם היא מוחלת ולהבדלים המהותיים ביניהם היא דילול ההגנה על זכויות אדם בסיסיות.

2. המידתיות מביאה לידי אובדן הניואנסים והקטגוריות

העובדה שתרבות ההצדקה מבוססת על תפיסה של סטנדרטים, כגון מידתיות או איזון, ולא על תפיסה של כללים קטגוריים החלים על קבוצות מקרים מוגדרות, נותנת לשופטים שיקול-דעת רחב ביותר לקבוע מה מידתי ומה לא בהתאם לתחושותיהם בתיק הספציפי. העדר כללים קטגוריים לגבי מידת ההסתברות שצריכה לחול בכל מקרה ומקרה, אשר יביאו בחשבון את אופי הזכות, את חשיבותה ואת עומק ההגבלה עליה, מאפשר לשופט מלצר לקבוע כי מבחן הסתברותי מינימלי של זהירות מונעת, המשמש את בית-הדין האירופי לצדק כדי לאזן בין מדיניות חקלאית השומרת על בריאות הציבור לבין אינטרסים כלכליים של בעלי עסקים, יחול באותו אופן על האיזון בין בטחון המדינה לבין הזכות לשוויון על בסיס לאום והזכות לחיי משפחה.

לעומת זאת, כללים קטגוריים שחלים על סוגים מסוימים של התנגשויות, שמוכתבים על-פי אופי הזכות וטיב האינטרס הנוגד, ואשר מחייבים ביקורת קפדנית על התקיימותם, יוצרים

70 פרשת פייזר, לעיל ה"ש 61, פס' 114.

71 שם, פס' 114, 166–169 ו-411–457.

מסגרת ניתוח אחידה המחייבת את כלל השופטים. כך, למשל, נפסק בבג"ץ שניצר, שבו נדחתה טענת הצנזור הצבאי כי פרסום ביקורת על ראש המוסד יפגע בבטחון המדינה:

בהתנגשות בין ביטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי מזה לבין חופש הביטוי מזה, "...חופש הביטוי נסוג רק מקום שהפגיעה בסדר הציבורי היא קשה, רצינית וחמורה" (בג"צ 14/86, בעמ' 435). מכאן, שרק פגיעה קשה וממשית בסדר הציבורי יש בה כדי להצדיק הגבלה על חופש הביטוי. כמו כן נפסק, כי ההסתברות המצדיקה הגבלה על חופש הביטוי היא זו של "הקרוב לוודאי". "כדי שבית המשפט הזה יאסור על פלוני, המופקד על השידור והפרסום מטעם הציבור, את פרסומו של שידור פלוני, צריכות להתקיים נסיבות קיצוניות, שמהן עולה סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור הרחב..." (הנשיא שמגר בבג"צ 1/81, בעמ' 378)...⁷²

בעוד שבעידן ההסתברות הושם הדגש בהחלת כללים קטגוריים בהתאם לחשיבות הזכות, פרוץ עידן המידתיות דחק הצידה את הכללים הללו, ויצר חוסר ודאות בשאלה אם על בית-המשפט להביא בחשבון את חשיבות הזכות בבוחנו את ההתנגשות בין הזכות לבין אינטרס ציבורי במשקפיה של פסקת ההגבלה, ואם כן – כיצד עליו לעשות זאת. מהתבטאויותיו של בית-המשפט בפרשת בנק המזרחי עולה כי כניסת המידתיות למשפט החוקתי הישראלי אתחלה לא רק את מבחני ההסתברות, אלא את כל החשיבה התיאורטית בנוגע לבחינת הפגיעה בזכויות האדם במשפט החוקתי הישראלי. בפסק-הדין אומר הנשיא ברק כי "דומה כי מוקדם מדי להכריע בשאלה מהו הדין בישראל על-פי פסקת ההגבלה, והאם עניין לנו ברמה אחידה של בחינה (כמו במשפט הקנדי) או ברמות שונות (כמו במשפט האמריקני)".⁷³ זאת, אף-על-פי שעד אותה עת לא היה ספק בדבר קיומו של מדרג זכויות במשפט החוקתי הישראלי, אשר נוצר ונשמר, בין היתר, באמצעות סדרה ארוכה של מבחני הסתברות. גם כיום, יותר מעשרים שנה לאחר פרשת בנק המזרחי, ואף שבית-המשפט מודע לחשיבות שבקביעת מבחנים שונים לזכויות שונות, המבטאים את דרגת חשיבותן השונה, הוא נמנע מלקבוע כללים קטגוריים וברורים בנוגע למבחנים שיחולו על פגיעה בסוגים שונים של זכויות, וזאת בשל המעבר מכללים לסטנדרטים, שהינו המאפייין המרכזי של עידן המידתיות. כך, בית-המשפט מסתפק באמירות כלליות אשר אינן נותנות הָכוּונה ברורה, ומסמיכות את השופטים לבחון כל מקרה לגופו. ראו, למשל, את דברי הנשיאה ביניש בבג"ץ רסלר, שבו נבחנה שנית חוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב–2002 (חוק טל):

מאז ניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי צעדה הפסיקה כברת דרך בהכרה בקשר הישיר שבין חשיבותה של הזכות הנפגעת ורמת הבדיקה החוקתית הנדרשת, אף כי בשונה מהמדרג הקיים במשפט החוקתי האמריקאי. בשורה של פסקי דין קבענו כי עוצמתה של הזכות הנפגעת ומידת הפגיעה בה משפיעים על

72 פרשת שניצר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 630–631.

73 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 435.

מכלול הניתוח החוקתי ומשליכים על האופן שבו יבחן בית המשפט כל אחד מרכיביה של פסקת ההגבלה. תפיסה זו מבוססת על כך שלא כל הזכויות – בין אלה המנויות בחוקי היסוד ובין אלה שאינן – הינן זכויות בעלות אותה מידת חשיבות. מידת ההגנה הניתנת להן כרוכה באופיין ובחשיבותן בעומדן אל מול האינטרס הציבורי שלשמו מתחייבת הפגיעה בזכות... כיום מקובלת במשפטנו הגישה לפיה יש להפעיל את האיזונים הגלומים במבחני פסקת ההגבלה בכל מקרה לגופו, בהתאם למכלול של פרמטרים, בהם, כפי שצייתי בפרשת מנחם, "הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית, מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי, נסיבות הפגיעה והקשרה, וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים"⁷⁴...

אולם בהפעלת האיזונים הגלומים במבחניה של פסקת ההגבלה בכל מקרה לגופו ועל-ידי כל שופט אין כדי לספק דרגת הגנה קבועה לכל זכות אשר תשקף את מידת חשיבותה ותחייב הן את המדינה והן את השופטים. לשם כך יש צורך בכלל הקובע איזון עקרוני שיחול על כל אותם מקרים בעלי מאפיינים דומים ואשר אותו יהיו השופטים מחויבים להפעיל במקרה המתאים. כפי שציין הנשיא ברק בעניין דיינ' נ' וילק:

האיזון המתבקש בין זכויות אדם מתנגשות – בינן לבין עצמן ובינן לבין אינטרס הציבור – ראוי לו שיהא איזון עקרוני (principled balance) ... המייחד איזון עקרוני – להבדיל מאיזון "אד-הוק" – הוא בכך שנקבע "עקרון רציונלי"... המשקף "אמת-מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי", המתרחקת מ"אמת-מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיוונה וטיבה"... אכן האיזון העקרוני משקף נורמה משפטית כללית, הקובעת עיקרון חוקתי החל על מכלול של מצבים דומים...⁷⁵

פסק-דינו של השופט מלצר בפרשת איחוד משפחות II הוא כאמור דוגמה מובהקת לבעייתיות הגלומה בזניחת מבחני ההסתברות הקטגוריים ובמעבר לאמת-מידה של מידתיות, המאפשרת לכל שופט להגיע לאיזון הראוי לשיטתו. בעוד לפי פסיקתו של בית-המשפט האיזון המתבקש

74 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פס' 52 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 21.2.2012) (ההדגשה הוספה).

75 בג"ץ 2481/93 דיינ' נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 474 (1994). ראו גם ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 634–635. כן ראו את דבריו של השופט שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 259–260 (1985): "לדידי, הכרעות שיפוטיות בנושאים חוקתיים בדין שיעוצבו אף במקרים קשים מכוחם של עקרונות ועל יסודם ולא על-פי טעמיה ומניעיה של מדיניות, הבנויה על מה שנראה כרצוי מבחינת צורכי הרגע או רגשות הרוכ... בין היתר יש לזכור, כי כאשר נבחנים נושאים חוקתיים, יש לתת את הדעת למשמעותם ולהשלכותיהם לטווח הארוך ויש להקנות משקל ראוי להשפעתם על עיצוב דמותה של המסגרת המדינית או החברתית בהן הם מופעלים; אם ישועבדו לצורכי השעה, ואם נאמץ אמות מידה קוואיטיות בנושאים חוקתיים ובעיקר בנושאים של חירות הפרט וזכויותיו, נחטיא את המטרה ונחטא לנושא".

על-פי מבחני ההסתברות בהתנגשות בין בטחון המדינה/החיים לבין זכויות-היסוד לשוויון על בסיס לאום ולחיי משפחה הוא מבחן הוודאות הקרובה, או לכל-הפחות מבחן האפשרות הסבירה, כניסת המידתיות מאפשרת לשופט מלצר להחיל על אותה התנגשות את עקרון הזהירות המונעת, אשר מבחינה הסתברותית אינו מגיע אפילו לכדי מבחן של נטייה רעה.⁷⁶ יפים לעניין זה, בשינויים המחויבים, דבריו של השופט סולברג בנוגע להחלת מבחן הזהירות המונעת – או כלשון פסק-דינו, מבחן ה"אם יש ספק – אין ספק" – ביחס להתנגשות בין חופש הביטוי לטוהר הבחירות בעניין מפלגת ישראל ביתנו.⁷⁷ במקרה האמור הובאה לפני בית-המשפט החלטתו של יושב-ראש ועדת הבחירות למנוע ממפלגת ישראל ביתנו לחלק גיליון של כתב-העת CHARLIE HEBDO בתקופת הבחירות, מחשש שהדבר יפגע בטוהר הבחירות ויהווה השפעה לא-הוגנת על הבחור. את פרשנותו המחמירה לסעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1951, שהובילה לפסילת חלוקתו של הגיליון, נימק יושב-ראש ועדת הבחירות, השופט סלים ג'ובראן, בטיעון שלפיו "אם יש ספק – אין ספק".⁷⁸ בית-המשפט קיבל את העתירה וביטל את החלטתה של ועדת הבחירות, בקובעו:

עינינו הרואות אפוא את נוסחאות האיזון: ודאות קרובה, אפשרות סבירה או ממשית, ולאחרונה – מתוך תפיסת חופש הביטוי הפוליטי כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם – עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. על כל פנים, המבחן "אם יש ספק – אין ספק" שהדריך את יו"ר ועדת הבחירות, קרי, שדיינו בספק פגיעה בטוהר הבחירות, בשוויון בין המפלגות ובמניעת השפעה בלתי-הוגנת על הבחור, לצורך הסגתו המלאה של חופש הביטוי, חורג מגישתו העקבית של בית משפט זה; אין בו איזון ולא מידתיות. אין הצדקה למנוע מחופש הביטוי הפוליטי את המעמד החוקתי הראוי לו.⁷⁹

והנה, למרות דבריו הנכוחים של השופט סולברג בנוגע לעקרון הזהירות המונעת, אשר "אין בו איזון ולא מידתיות", גם הוא עצמו השתמש באותו עיקרון ממש – תוך הסכמה עם גישתו של

76 ראו, למשל, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת מילר, לעיל ה"ש 15, וכן פס' 8 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת איחוד משפחות I, לעיל ה"ש 59, המחילות את מבחן הוודאות הקרובה, אל מול השופטת דורנר בבג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) 359, 371 (2003), המחילה את מבחן האפשרות הסבירה בהתנגשות בין חופש הביטוי לשמירת חיי אדם. ראו גם בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.2.2010), שבו הביעה השופטת פרוקצ'יה עמדה שלפיה המבחן ההסתברותי החל הוא מבחן הוודאות הקרובה (פס' 15 לפסק-דינה), אך השופטת ביניש ביקשה להותיר את שאלת המבחן החל ב"צריך עיון" (פס' 3 לפסק-דינה). בקשה לעריכת דיון נוסף בעניין זה נדחתה, לאחר שהמטנה לנשיאה ריבלין קבע כי פסק-הדין לא קבע הלכה חדשה לגבי המבחן ההסתברותי החל בהתנגשות בין בטחון המדינה לזכויות-יסוד אחרות, שכן הלכה כזו לא נדרשה לצורך ההכרעה בעתירה. ראו דנג"ץ 2034/10 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' דקה, פס' 8 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 24.8.2010).

77 פרשת מפלגת ישראל ביתנו, לעיל ה"ש 25.

78 שם, פס' 28 לפסק-דינו של השופט סולברג.

79 שם, פס' 42 לפסק-דינו של השופט סולברג.

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

השופט מלצר באיחוד משפחות II – כאשר אישר הריסה של בתי משפחות מחבלים על-אף העדר תשתית עובדתית לכך שההריסה משיגה את ההרתעה שלשמה היא מבוצעת, ועל-אף פגיעתה בזכויות-יסוד של בני משפחה חפים מפשע.⁸⁰ שימוש סלקטיבי זה של השופט סולברג בעקרון הזהירות המונעת כעיקרון מידתי מדגים היטב את שני החסרונות של המידתיות שיידונו להלן – חוסר היכולת של המידתיות להתמודד עם כשלים קוגניטיביים בקבלת החלטות במצבים של טרור, וחוסר היכולת שלה להגן מפני החלטות הנגועות באמפתיה סלקטיבית.

3. המידתיות אינה מאפשרת התמודדות עם כשלים קוגניטיביים

חיסרון משמעותי נוסף של המידתיות הוא שהיא אינה מתמודדת עם כשלים קוגניטיביים בקבלת החלטות, העלולים לפגום גם בהחלטות של שופטים. קבלת החלטות לנוכח סיכונים בתנאים של חוסר ודאות חשופה לכשלים קוגניטיביים משמעותיים, אשר רק מבחני הסתברות עקרוניים, המשמשים סיפים דאונטולוגיים, יכולים להתמודד עימם.⁸¹ חוקרים בפסיכולוגיה קוגניטיבית ובתחומים נוספים הצביעו על סדרה של כשלים שאנו חשופים אליהם בעת הערכת סיכונים קטסטרופליים, כגון התמוטטות כלכלית, אסון סביבתי, מתקפות טרור או התרסקויות מטוסים.⁸² על-פי המחקרים, הכשלים האמורים נובעים מהעובדה שסיכונים קטסטרופליים מעוררים תגובות רגשיות חזקות של חרדה וכעס, אשר פוגמות בשיפוט ומביאות לידי "הזנחת ההסתברות" (probability neglect) הן בקרב הציבור והן בקרב מקבלי ההחלטות. הזנחת ההסתברות משמעה הנטייה להתעלם לחלוטין ממידת ההסתברות להתרחשותו של המאורע הקטסטרופלי בעת קבלת החלטות בתנאים של חוסר ודאות, דבר המוביל להחלטות שגויות ומוגזמות.⁸³ קיימים כמה מאפיינים המגבירים את התופעה של הזנחת ההסתברות. ראשית, מחקרים פסיכולוגיים מראים כי הסכנה שהחלטות יתקבלו תוך הזנחת ההסתברות גדלה ככל שהמאורעות הקטסטרופליים הצפויים מתוארים לציבור ולמקבלי ההחלטות באופן גרפי ובוטה יותר.⁸⁴ שנית, הסיכוי שהחלטות יתקבלו תוך הזנחת ההסתברות גדל ככל שהאירוע המסוכן נתפס כאירוע שאינו נתון בשליטתנו.⁸⁵ נוסף על כך, הזעם שאנשים מרגישים בנוגע לאירועים שבהם הסיכון נוצר באופן מכוון או מתוך רשלנות חמורה מגביר גם הוא את הסיכוי להזנחת ההסתברות.⁸⁶ הגורם האחרון המגביר את הסיכוי להזנחת ההסתברות הוא קיומן של דוגמאות

80 בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פס' 1 (ב-ג) לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנוב, 12.11.2015).

81 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, 47 *ECONOMETRICA* 263 (1979).

82 Cass R. Sunstein & Richard Zeckhauser, *Overreaction to Fearsome Risks* 4 (Harvard Kennedy School Working Paper No. RWP08-079, 2008).

83 שם, בעמ' 1.

84 שם, בעמ' 4-5.

85 Jonathan S. Masur, *Probability Thresholds*, 92 *IOWA L. REV.* 1293, 1339 (2007).

86 Sunstein & Zeckhauser, לעיל ה"ש 82, בעמ' 6.

שבהן הסיכון הנדון התממש בפועל, מידת זמינותן של הדוגמאות האמורות ומידת היחשפותו של הציבור אליהן (היוריסטיקת הזמינות).⁸⁷

סיכונים דוגמת טרור מעוררים תגובות רגשיות חזקות במיוחד, ולכן הכשלים הקוגניטיביים שהציבור ומקבלי ההחלטות חשופים להם בעת קבלת החלטות בתחומים אלה הם חמורים במיוחד.⁸⁸ כך, אירועי טרור מתוארים באמצעי התקשורת בצורה גרפית ובוטה ביותר; הם נתפסים כאירועים שמצויים מחוץ לשליטתנו; הזעם שהציבור ומקבלי ההחלטות מרגישים לגביהם הוא גדול במיוחד, מכיוון שהם נוצרים באופן מכוון; ומאחר שהם נמצאים תדיר במרכז תשומת-הלב הציבורית, בזמינות גבוהה, וההיחשפות אליהם רבה, קיימת נטייה להעריך ביתר את סיכויי התרחשותם.⁸⁹ לכן הצורך בשימוש במבחני ההסתברות כסיפים דאונטולוגיים, כדי להבטיח קבלת החלטות נכונה במקרים כאלה, גדול במיוחד.⁹⁰

התופעה של הזנחת ההסתברות במצבים של סכנה להתרחשותם של אירועי טרור מודגמת היטב בפסק-דינו של השופט מלצר בבג"ץ איחוד משפחות II, שכן גם בבסיסו של עקרון הזהירות המונעת ניצבת התופעה של הזנחת ההסתברות. כדברי השופט מלצר, "העיקרון מאפשר לרשות (המחוקקת או המבצעת) לנקוט צעדים שתכליתם מניעת הקטסטרופה, כאשר נשקף איום של ממש לנזק נרחב בלתי הפיך, אפילו הוא בהסתברות נמוכה וגם כאשר אין ודאות מדעית מוכחת שהנזק אכן יתממש".⁹¹ כלומר, זהו עיקרון שנועד לאפשר למקבלי החלטות לקבוע מדיניות מגבילה אף שההסתברות שהמקרה הקטסטרופלי יתרחש היא זניחה. אולם, דווקא מכיוון שעיקרון זה מאפשר הזנחה של ההסתברות, השימוש בו מצומצם לתחומים ספציפיים מאוד, כגון איכות הסביבה, ולמקרים שבהם המדיניות המגבילה אינה פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות, אלא באינטרסים כלכליים ועסקיים.⁹² שימוש בעקרון הזהירות המונעת לשם הצדקת פגיעה ישירה בזכויותיהם החוקתיות הבסיסיות של אנשים מסוימים כדי למנוע נזק שהסיכוי להתרחשותו הוא אפסי הוא פסול, שכן הוא מתעלם מחשיבותן של הזכויות האמורות לנפגעים, וגורם נזק ממשי לא רק לנפגעים, אלא גם לתפיסותינו הדמוקרטיות. כדברי הנשיאה ביניש:

שומה עלינו להבטיח ששימוש בעקרונות כמו עקרון הזהירות המונעת – שמטרתם להחיל הסדרים רחבים ביותר כדי למנוע סיכון פוטנציאלי – אינו גורם בעצמו לנזק ממשי. חוק האזרחות – במתכונתו הרחבה ובלי שיש בו

87 שם, בעמ' 1.

88 ראו גם Jonathan H. Marks, *9/11 + 3/11 + 7/7 = ? What Counts in Counterterrorism*, 37 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 559 (2006).

89 כך, לדוגמה, מחקרים מוכיחים כי אנשים מוכנים לשלם יותר בעבור ביטוח טיסות שמכסה רק סיכונים כתוצאה מפיגועי טרור מאשר בעבור ביטוח טיסות המכסה את כלל הסיכונים האפשריים.

ראו Eric J. Johnson, John Hershey, Jacqueline Meszaros & Howard Kunreuther, *Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions*, 7 J. RISK & UNCERTAINTY 35, 39 (1993).

90 הטיעונים שהובאו עד כה בתת-פרק זה מבוססים על Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 8, בעמ' 92–94.

91 פרשת איחוד משפחות II, לעיל ה"ש 5, פס' 34 לפסק-דינו של השופט מלצר.

92 כגון פרשת פיזור, לעיל ה"ש 61.

בדיקה פרטנית של מבקשי איחוד המשפחות – מוביל לנזקים ניכרים ביותר. יש לו השפעה על התפישות הדמוקרטיות הבסיסיות ביותר שלנו. יש בו פגיעה קשה בזכויות החוקתיות של אזרחי ישראל הערבים. יש בו פוטנציאל ממשי למדרון חלקלק שעשוי להוביל לשימוש באמצעים רגולטוריים מרחיבים כדי למנוע סיכון ברמות שונות. כל אלה יש להביאם בחשבון. אין להתחשב רק בסיכון שנמנע עקב השימוש בעקרון הזהירות המונעת, אלא גם בסיכון שהוא עצמו יוצר.⁹³

כך, המעבר ממבחני הסתברות עקרוניים לסטנדרט המידתיות מאפשר את הזנחת ההסתברות, ופותר פתח לאיזונים המגבילים זכויות-יסוד גם כאשר ההסתברות להתרחשות הנזק נמוכה ביותר. לא למותר לציין כי השימוש הראשון בעקרון הזהירות המונעת כדי לאשר פגיעה בזכויות אדם חוקתיות נעשה בנוגע לפגיעה בזכויות החוקתיות של המיעוט הערבי, ושימש לאחר-מכן תימוכין לפגיעה בזכויות-יסוד של פלסטינים תושבי השטחים.⁹⁴ עובדה זו מחדדת הבדל חשוב נוסף בין מבחני ההסתברות הקטגוריים לבין מבחני המידתיות המופעלים על בסיס אד-הוקי, והוא יכולתם של מבחני ההסתברות הקטגוריים להתמודד עם תופעת האמפתיה הסלקטיבית.

4. המידתיות אינה מתמודדת עם תופעת האמפתיה הסלקטיבית

הכשלים הנגרמים בשל הזנחת ההסתברות מתעצמים במצבים של אמפתיה סלקטיבית. תופעת האמפתיה הסלקטיבית עלולה להתרחש במקרים שבהם כללים מגבילים שהם ניטרליים לכאורה משפיעים לרעה רק על קבוצה/ות שקובעי הכללים אינם משתייכים אליה/ן, והיא עשויה לפגוע בעיקר בקבוצות מיעוט לא-אהודות. כדברי השופטת חיות בבג"ץ איחוד משפחות I:

אימת הטרור, ככל אימה, עלולה להיות מורה-דרך מסוכן למחוקק המבקש להתמודד עם מחולליה. היא עלולה לגרום לדמוקרטיה לעבור על מידותיה ולהיסחף לקביעת "שוליים רחבים" לצורכי ביטחון, תוך כדי פגיעה בלתי ראויה ובלתי מידתית בזכויות אדם של אזרחים ותושבים המשתייכים לקבוצת מיעוט במדינה.⁹⁵

השופטת חיות מצטטת את המלומד Cass Sunstein, המתאר את אופן פעולתו של מנגנון האמפתיה הסלקטיבית כך:

-
- 93 פרשת איחוד משפחות II, לעיל ה"ש 5, פס' 13 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. לטיעון דומה ראו גם פס' 6 לפסק-דינה של השופטת חיות.
- 94 פרשת חמאד, לעיל ה"ש 80. השווה להחלטת בית-המשפט בעניין מפלגת ישראל ביתנו, לעיל ה"ש 25, המתוארת לעיל ליד ה"ש 77–79.
- 95 פרשת איחוד משפחות I, לעיל ה"ש 59, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת חיות.

If the restrictions are selective, most of the public will not face them, and hence the ordinary political checks on unjustified restrictions are not activated. In these circumstances, public fear of national security risks might well lead to precautions that amount to excessive restrictions on civil liberties. The implication for freedom should be clear. If an external threat registers as such, it is possible that people will focus on the worst-case scenario, without considering its (low) probability. The risk is all the greater when an identifiable subgroup faces the burden of the relevant restrictions... [I]f indulging fear is costless, because other people face the relevant burdens, then the mere fact of "risk", and the mere presence of fear, will seem to provide a justification.⁹⁶

כלומר, אם הרגעת הפחד מטורר אינה גובה מחיר מקבוצת הרוב, אלא מקבוצת המיעוט בלבד, אזי עצם קיומו של סיכון, נמוך ככל שיהיה, והאפשרות להרגיע ולו במעט את הפחד של האזרחים מפניו, ישמשו הצדקה מספקת לפגיעה בזכויות המיעוט.⁹⁷ כך, ספק אם השופט מלצר בבג"ץ איחוד משפחות II היה מציע לעשות שימוש בעקרון הזהירות המונעת כדי להצדיק חוק האוסר הכנסת בני-זוג זרים של אזרחים ישראלים ממדינות מערביות לארץ על-מנת למנוע את האפשרות (המגובה מבחינה סטטיסטית) שחלקם המזערי יהיו מעורבים כאן בפשיעה חמורה, וזאת אף שגם חוק כזה יחסוך בוודאות חיי אדם. קביעת מבחן הסתברות אחיד לאיזון בין הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון לבין בטחון המדינה יכולה לשמש חסם יעיל מפני הנטייה הטבעית של כל אחד מאיתנו לאמפתיה סלקטיבית.⁹⁸

דוגמה נוספת לאופן שבו דחיקת מבחני ההסתברות והמעבר למבחני המידתיות עלול לפתוח פתח להחלטות הנגועות באמפתיה סלקטיבית הוא פסק-הדין בעניין האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הברדואים בישראל, הנוגע בהחזרת המסגד הגדול בבאר-שבע לייעודו המקורי כמסגד.⁹⁹ המסגד שימש מסגד פעיל עד שנת 1948, שלאחריה עשתה בו עיריית באר-שבע שימושים שונים, עד אשר הוכרזו כמבנה מסוכן בשנת 1992. מאז הוא עמד בשממונו,

96 שם. הציטוט הוא מתוך CASS R. SUNSTEIN, LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE 204–205, 208 (2005).

97 בפרשת איחוד משפחות I מאתגר הנשיא ברק את טענתו של השופט גרוניס – שלפיה הזכות לחיים גוברת על הזכות לאיחוד משפחות ומצדיקה את המגבלות החמורות שחוק האזרחות והכניסה לישראל מטיל – באמצעות טיעון-נגד שלפיו על-אף חשיבותה של הזכות לחיים ועל-אף מאות חיי האדם הנגבים מדי שנה, זכות זו אינה מצדיקה איסור תנועת כלי-רכב. זהו בדיוק ההבדל בין איסור איחוד משפחות של אזרחי ישראל הערבים כדי להקטין את הסיכון לחיי אדם לבין הגבלת הנסיעה בכבישים של כלל האזרחים לשם השגת אותה מטרה. בעוד האיסור הראשון, שאותו גרוניס מאמץ, פוגע רק בזכויותיה הבסיסיות של קבוצת מיעוט לא-אהודה, ההגבלה השנייה, שאותה הוא דוחה, תפגע גם בזכויותיה הבסיסיות של קבוצת הרוב. ראו המשך דיון להלן ליד ה"ש 131–134.

98 לעניין זה ראו מדינה וסבן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 67–68.

99 בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הברדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע (פורסם בנבו, 22.6.2011).

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

והעירייה טענה כי יש באמתחתה תוכנית לשפצו ולהפכו למוזיאון. העותרים דרשו שהמסגד יוחזר לשימושו המקורי כמסגד המרכזי של הקהילה המוסלמית באזור. לטענתם, הסיורב לאפשר להם להחזיר את המסגד לייעודו כבית-תפילה פוגע בחופש הפולחן ובזכות לשוויון ולכבוד של המיעוט הערבי. בית-המשפט דחה את טענת העותרים, אך ברוב של שניים הורה לעיריית באר-שבע להקדיש את המוזיאון שאותו תקים במבנה המסגד לתרבות האסלאם, אף שפתרון זה, שאותו הציע בית-המשפט כפשרה עוד לפני הוצאת הצו על-תנאי, נדחה מפורשות על-ידי העותרים.¹⁰⁰ את דחייתה של דרישת העותרים להשבת המסגד לייעודו כבית-תפילה נימק בית-המשפט בעיקר באמצעות אימוץ טענת המשיבים כי השבת המסגד לייעודו המקורי עלולה לפגוע בשלום הציבור, שכן היא תגרום להסתה ולהשתלטות של גורמים עוינים ולאלימות מצד המיעוט המוסלמי דווקא. השופטת פרוקצ'יה אימצה את טענת האלימות, מבלי לבחון כלל את מידת ההסתברות לכך שהפגיעה הנטענת בשלום הציבור אכן תתרחש, והצביעה עליה כעל טענה המציבה קושי מהותי בפני קבלת העתירה.¹⁰¹ זאת, כפי שמציין השופט גובראן, אף-על-פי שהמשיבים לא עשו דבר כדי לבסס את טענתם לפגיעה אפשרית בשלום הציבור:

בענייננו, אין המשיבים מציגים כל ראייה ממשית המצביעה על סכנה אינהרנטית הטמונה בכך שמבנה המסגד ישמש לפולחן דתי, מעבר להעלאת ספקולציות לגבי האפשרות שמא תנוצל התפילה לשימושים זרים ועוינים. אלא שאין המשיבים מבהירים מדוע דווקא מבנה המסגד או הפולחן הדתי הם אלו שעשויים להביא להתפתחויות המסכנות את שלום הציבור.¹⁰²

השופט גובראן מזכיר כי המבחן העקרוני להגבלת חופש הפולחן בשל אפשרות לפגיעה בשלום הציבור הוא מבחן הסכנה הקרובה לוודאי. על-פי מבחן זה, רק אם הרשות מוכיחה כי קיימת סכנה קרובה לוודאי שחידוש התפילה במסגד יוביל לפגיעה בשלום הציבור, וכי אין אמצעי אחר למניעת הפגיעה, יש הצדקה להגבלת מימושה של זכות הפולחן.¹⁰³ השופטת פרוקצ'יה, לעומתו, מסתפקת במבחני המידתיות, מאמצת את עמדת המשיבים כי השבת המסגד לייעודו המקורי עלולה להוביל לאלימות, מבלי לדרוש מהמשיבים להוכיח כי קיימת הסתברות כלשהי – לא כל שכן סכנה קרובה לוודאי – שהדבר אכן יקרה, וקובעת כי קיים קשר רציונלי בין החשש מאלימות לבין מניעת תפילה במסגד.¹⁰⁴ ספק אם דרישה של יהודים להשיב בית-כנסת לשימוש כבית-תפילה במקום להופכו למוזיאון הייתה זוכה ביחס כה אגבי. כך, המעבר למבחני המידתיות ודחיקתם של מבחני ההסתברות מאפשרים לשופטים לפסוק בכל מקרה

100 שם, פס' 6–7 לפסק-דינו של השופט גובראן. על העדפתו של בית-המשפט לבחור בפשרה, במקום לערוך בחינה מדוקדקת בדבר התקיימותו של סף ההסתברות הנדרש לשם פגיעה בזכות, ראו את הדיון להלן בחלק ב(א).

101 פרשת עיריית באר-שבע, לעיל ה"ש 99, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

102 שם, פס' 17 לפסק-דינו של השופט גובראן.

103 שם.

104 שם, פס' 19 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

לגופו, ללא צורך בהחלת כללים עקרוניים שיחולו על כל המקרים הדומים, ומגבירים את החשש שתופעת האמפתיה הסלקטיבית תקרין על החלטותיהם של השופטים.

5. המידתיות משנה את אופיים של מבחני ההסתברות

בעוד ברבים מפסקי-הדין בית-המשפט מיישם את המידתיות מבלי להתייחס כלל למבחני ההסתברות שקדמו להם, קיימים פסקי-דין שבהם בית-המשפט עושה שימוש לכאורה גם במבחני ההסתברות כאשר הוא בוחן את מידתיותה של הפעולה השלטונית. עם זאת, פעמים רבות, גם כאשר בית-המשפט מיישם לכאורה את מבחני ההסתברות כחלק מבחינת העמידה בסטנדרט המידתיות, הם אינם ממלאים את תפקידם המקורי, ואינם משמשים סיפים דאונטולוגיים המהווים מחסום מפני פגיעה בזכות האדם כל עוד לא התקיימה ההסתברות הדרושה לפגיעה קשה באינטרס ציבורי חשוב. במקום זאת, אפילו בהקשרים שבהם מבחני ההסתברות מקובלים עדיין כמבחנים המובילים, כגון חופש הביטוי וחופש ההפגנה, הם משולבים פעמים רבות בהחלטותיו של בית-המשפט באופן שמדלל – ולעיתים אף מרוקן מתוכן – את תפקידם כסיפים דאונטולוגיים, המיועדים להבטיח כי הזכות לא תוגבל אלא אם כן קיימת הסתברות גבוהה לפגיעה קשה באינטרס ציבורי חשוב אלמלא הגבלתה. את הדיון בשינוי אופיים של מבחני ההסתברות אחלק לשני חלקים: ראשית אדון בתופעה באופן כללי, ולאחר-מכן אדון בנפרד בהיבט ספציפי שלה – אשר בא לידי ביטוי בולט בשני פסקי-הדין בעניין איחוד משפחות, ובכלל זה בפסק-דינו של השופט מלצר בבג"ץ איחוד משפחות II – והוא בעיית הסְכִימָה (אגרגציה).

(א) המידתיות מדללת את מבחני ההסתברות ופוגעת בתפקידם כסיפים דאונטולוגיים

המעבר לתרבות ההצדקה שבמרכזה סטנדרט המידתיות – אשר גבולותיו, המטושטשים ממילא, נמתחים אף יותר באמצעות מתחם המידתיות – מקרין על האופן שבו מבחני ההסתברות מיושמים, אפילו באותם מקרים שבהם מוחל לכאורה מבחן הוודאות הקרובה בהקשר של חופש הביטוי. כך, למשל, בעניין מועצת יש"ע, משנת 1996, ביקשה מועצת יש"ע להפגין נגד תהליך השלום מול המלון שבו שהה הנשיא קלינטון בעת ביקורו בירושלים.¹⁰⁵ המשטרה סירבה לאפשר את קיום ההפגנה, אלא אם כן היא תתקיים לפני בואו של קלינטון או לאחר עזיבתו, בטענה שהיא לא תוכל להקצות כוחות להפגנה אם זו תתקיים בעת שהייתו של קלינטון בעיר.¹⁰⁶ אף שבית-המשפט חזר על נוסחות ההסתברות הוותיקות, וציין כי המבחן החל בענייני חופש הביטוי והזכות להפגין הוא הצורך בקיומה של סכנה קרובה לוודאי להתרחשותו של נזק חמור, וכי הגבלת ההפגנה צריך שתהיה אמצעי אחרון, ולא אמצעי ראשון, הוא דחה את העתירה. עיון בשני העמודים וחצי של פסק-הדין אינו מגלה שום דיון בהסתברות להתממשות הסכנה במקרה הקונקרטי ובמידת חומרתה. במקום זאת הסתפק בית-המשפט בקביעה כי החלטתו של מפקד משטרת ירושלים לא לאפשר את קיום ההפגנה בזמן שהייתו של

105 פרשת מועצת יש"ע, לעיל ה"ש 26.

106 שם, בעמ' 542.

הנשיא קלינטון בירושלים מצויה במתחם הסבירות, ודחה את העתירה.¹⁰⁷ בעוד מבחן ההסתברות המחמיר של ודאות קרובה מחייב ביקורת קפדנית של בית-המשפט בדבר התקיימותו של כל אחד ואחד מרכיביו בטרם יוחלט על הגבלת הזכות, קריאת פסק-הדין אינה מגלה קיומה של ביקורת קפדנית כזו. ניתן רק להניח כי האופן שבו בחן בית-המשפט את שאלת ההסתברות הושפע מנוכחותם המכרעת של המידתיות ושל מרחב התמרון, אשר דיללו את מבחן ההסתברות המחמיר. פסק-דין מועצת יש"ע ניתן רק חצי שנה לאחר פסק-הדין בעניין בנק המזרחי, בזמן שבו נהגה עדיין ביקורת קפדנית ביותר של בית-המשפט בנוגע להגבלת חופש ההפגנה (וראו מייד את הדיון בעניין סיעת מרצ). ייתכן שעל רקע זה יש להבין את הצורך שהרגיש הנשיא ברק לצטט, כתמיכה להחלטתו, את דבריו של נציג המדינה, עו"ד עוזי פוגלמן, שלפיהם "המקרה שלפנינו הוא חריג שבחריגים".¹⁰⁸ אולם מאז עברו יותר מעשרים שנה, ונראה כי נטייתן של רשויות הביטחון להגביל את חופש הביטוי, ונטייתו של בית-המשפט לקבל את עמדתן מבלי לבחון את טענותיהן בצורה מדוקדקת כדרישת-סף, כנדרש על-פי מבחן הודאות הקרובה, התרחבו במידה משמעותית.¹⁰⁹

פסק-דין בולט בהקשר זה מן העת האחרונה הוא זה שניתן בעניין הבית הגאה בבאר-שבע בנוגע לקיום מצעד הגאווה בבאר-שבע.¹¹⁰ גם כאן, בפסק-דין קצר, דחו השופטים את עתירתו של הבית הגאה על כך שהמשטרה חזרה בה מהאישור שנתנה לקיום תהלוכת גאווה בתוואי שבו ביקש לקיימה. לפי פסק-הדין, המשטרה החליטה לחזור בה מאישור התוואי לאחר שהגיעה למסקנה כי קיים סיכון ממשי ברמת הסתברות של ודאות קרובה לפגיעה בחיי אדם במהלך האירוע, וזאת בהתבסס על ידיעות מודיעיניות שהגיעו לידי המשטרה "שעל-פיהן קיים חשש לאלימות מסכנת חיים מצד חוגים המתנגדים לקיום האירוע, וכן מצד משתתפים האמורים ליטול חלק בתהלוכה ובאסיפה, ומבקשים להגן על עצמם".¹¹¹ בדחותו את העתירה קבע בית-המשפט כי "אנו סבורים כי אין בשינוי כדי לפגוע בחופש ההפגנה ובחופש הביטוי של העותרות המוכר בפסיקה... אלא איזון שהתבקש מחובתו של המשיב לדאוג לשמירה על

107 שם, בעמ' 545.

108 שם.

109 בהקשר זה ראו, למשל, בג"ץ 3511/10 תנועת נאמני הר הבית בארץ ישראל (ע"ר) נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 10.5.2010), שבו נדחתה עתירה של תנועת נאמני הר הבית לאפשר לה הסעת משאית ובה "אבן הפינה", המסמלת את השאיפה להקמתו מחדש של בית המקדש בהר הבית, בראש תהלוכה לציון יום ירושלים העוברת, בין היתר, בשכונת שיח ג'ראח, אף שתהלוכה דומה התקיימה שנה לפני כן. בפסק-דין קצר קיבל בית-המשפט את עמדת המשיבים כי אם יינתן לעותרים מבוקשם תיווצר סכנה קרובה לוודאי לשלום הציבור, מבלי לקיים דיון אמיתי בשאלה, וקובע: "לא כאן המקום להרחיב את הדיבור על העקרונות המשפטיים ועל הצורך לאזן בין חופש ההפגנה לבין השמירה על שלום הציבור. די לומר כי על רקע אירועי החודשים האחרונים והמידע הקונקרטי הקיים, איננו סבורים כי יש הצדקה להתערב בשיקול דעתם של המשיבים" (שם, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת נאור). בפסק-הדין אין עדות לכך שנערכה בחינה מדוקדקת אם רכיביו של מבחן הודאות הקרובה אכן מתקיימים, כנדרש ממהותו של המבחן.

110 פרשת הבית הגאה בבאר-שבע, לעיל ה"ש 26. יצוין כי בזמן העתירה כיהנה המחברת כיושבת-ראש ההנהלה של אחת העותרות – האגודה לזכויות האזרח בישראל – אך לא הייתה מעורבת בהליכים המשפטיים במסגרת העתירה.

111 שם, פס' 2 לפסק-הדין.

הביטחון והסדר הציבורי, בנסיבות".¹¹² בית-המשפט דחה את העתירה מבלי להעמיד את טענת המשטרה – שקיימת סכנה קרובה לוודאי לחיי אדם המצדיקה אי-אישור של התוואי שכבר אושר – לביקורת כלשהי. יתרה מזו, בית-המשפט לא התייחס כלל לכך שהסכנה הנטענת לחיי האדם נוצרה לא מהמשתתפים עצמם, אלא מצד חוגים המתנגדים לאירוע, ואף לא בדק את טענת העותרים שהסיבה האמיתית לשינוי עמדת המשטרה היא לחץ פסול מצד רב העיר באר-שבע. לא זאת אף זאת, בית-המשפט היה מודע היטב לכך שהמשטרה נהגה לא כשורה בכך ששינתה את עמדתה מבלי שישתנו התנאים העובדתיים: "זה המקום לציין, כי לא נעלם מעינינו כי חלק מהנימוקים שהעלתה המשטרה לשינוי הציר, היו בידיעתה עוד בעת שניתן האישור העקרוני, ועקב כך הבענו בדיון את מורת רוחנו על התנהלותה של המשטרה בהקשר זה. עם זאת, מה שהכריע בסופו של דבר את הכף, היו המידעים המודיעיניים שהוצגו בפנינו, ואשר יש בהם כדי לתמוך בשינוי האיזונים, שהיו ביסוד האישור העקרוני שניתן בתחילה לעותרות".¹¹³ קריאת שלושת עמודי פסק-הדין מעלה כי בית-המשפט לא בחן בצורה מדוקדקת את התקיימותם של רכיבי מבחן הוודאות הקרובה, כנדרש ממהותו של המבחן; נהפוך הוא, הביקורת השיפוטית על הפגיעה בחופש ההפגנה של העותרים, הן במקרה זה והן במקרים דומים לו, היא מינימלית ביותר, אף אם היא כוללת לכאורה התייחסות לקיומה של סכנה קרובה לוודאי לפגיעה באינטרס חשוב. זו בוודאי לא הביקורת השיפוטית הקפדנית על הפגיעה בחופש ההפגנה שאפיינה לרוב את מבחני ההסתברות לפני כניסת המידתיות, ואשר במסגרתה עשה בית-המשפט שימוש במבחני ההסתברות כסיפים דאונטולוגיים. למעשה, נראה כי מכיוון שבית-המשפט סבר כי הפגיעה בחופש הביטוי ובזכות להפגין בנסיבות המקרה אינה קשה, הוא ביכר לקבל את גרסת המשטרה ולהגביל את הזכות מבלי לבחון כראוי אם התקיימה דרישת-הסף של הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית באינטרס חשוב. זאת, כנראה, מכיוון שבעיני השופטים שישבו בדיון, זו הייתה הפשרה הנקודתית הראויה בעובדות המקרה, ואילו בחינה אמיתית של קיום ההסתברות הנדרשת כדרישת-סף הייתה מובילה קרוב לוודאי לתוצאה ההפוכה.¹¹⁴

ניתן להדגים את ההבדל היסודי בין אופני הביקורת השיפוטית על-ידי השוואת פסק-דין זה לפסק-דינו של בית-המשפט בעניין סיעת מרצ,¹¹⁵ שניתן סמוך לאחר פסיקת בנק המזרחי, ואשר הביקורת השיפוטית בו, שבוצעה על טהרת הדגם הישן של מבחני ההסתברות, מדגימה היטב את האופן שבו נהג בית-המשפט לבחון פגיעה בחופש ההפגנה על-ידי העמדת הדרישה לצליחת מבחני ההסתברות כדרישת-סף ובחינתה בצורה קפדנית. בפסק-דין זה התקבלה

112 שם, פס' 8 לפסק-הדין.

113 שם.

114 כפי שכבר צוין בתת-פרק ב, תופעה דומה אירעה בעניין האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל, לעיל ה"ש 99, בנוגע למסגד בבאר-שבע. גם באותו מקרה נראה כי אחת השופטות, השופטת פרוקצ'יה, מיהרה להיאחז בהצעת פשרה שנדחתה על-ידי העותרים כדי להימנע מבחינה קפדנית של קיום דרישת ההסתברות לסכנה קרובה לוודאי לשלום הציבור כדרישת-סף לפני ההחלטה על הגבלת הזכות.

115 בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ – ישראל הדמוקרטית – רצ, מפ"ם, שינוי נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פ"ד נ(2) 822 (1996).

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

עתירתה של סיעת מרצ נגד התעקשותה של המשטרה להטיל מגבלת זמן ומגבלת מקום על תהלוכה של הולכי-רגל שביקשה הסיעה לקיים בשבת בצהריים ברחוב בר-אילן כדי למחות על האלימות שהפעילו חרדים נגד מכוניות שנסעו בכביש בשבת. המשטרה ניסתה לשכנע את בית-המשפט כי התרת ההפגנה בתנאים שביקשו העותרים "תביא, 'בדרגת ודאות גבוהה', להתלקחות של הפרת סדר חמורה ולסיכון ממשי לביטחון הציבור", והציעה כי העותרים יקיימו את ההפגנה באותה מתכונת שביקשו אך יעשו זאת לפני כניסת השבת או לאחר צאתה.¹¹⁶ בית-המשפט העמיד את טענות המשטרה לביקורת קפדנית על-פי כללי מבחן הוודאות הקרובה כפי שגובשו בפסיקה לפני כניסת המידתיות.¹¹⁷ בית-המשפט מבצע ביקורת קפדנית של טענת המשטרה כי לא תוכל להגן על המפגינים מפני הקהל העוין ולמנוע הפרות סדר, וקובע, מפי השופט אור, כי לא הוצגו לפניו ראיות מספיקות לטענה זו: ראשית, המשטרה לא הצביעה על מאפיינים פיזיים מיוחדים של רחוב בר-אילן שיקשו עליה להגן על המפגינים; שנית, מדובר ברחוב ראשי, ולא בנקודה רגישה במיוחד מבחינת הפוטנציאל להתנגשויות אלימות; שלישית, על המשטרה חלה חובה להגן על הרוצים להפגין מפני הקהל העוין, ובוודאי לא לתת פרס למי שמנסים להשיג את מטרותיהם על-ידי נקיטת אלימות; רביעית, המשטרה לא הצביעה לפני בית-המשפט על סיבה מיוחדת כלשהי שבעטייה היא לא תוכל להקצות את הכוחות הדרושים לשם הגנה על המפגינים.¹¹⁸ בהצטרפה לעמדתו של אור, הוסיפה השופטת דורנר:

אכן, ייתכנו מצבים – נדירים מעצם מהותם – שבהם גם מאמצי המשטרה לא יועילו, ומימושה של הזכות להפגין יהיה כרוך בסכנת נפשות של ממש. לא שוכנעתי שהמקרה שלפנינו נמנה עם אותם מקרים נדירים. מאמץ ראוי של המשטרה – כנדרש לצורך הבטחת זכויות יסוד – יוכל לצמצם במידה רבה את מידת הפגיעה הצפויה בסדר הציבורי. ואף אם אין להבטיח כי פגיעה כלשהי לא תיגרם, הרי שאין המדובר בוודאות קרובה לפגיעה קשה, כנדרש לצורך פגיעה בזכות היסוד להפגין, ובמיוחד, כאמור, כשהסכנה צפויה מ"קהל עוין".¹¹⁹

ספק רב אם בית-המשפט בעניין הבית הגאה בבאר-שבע היה מחליט לדחות את העתירה אילו בחן את טענות המשטרה בדבר הסכנה הקרובה לוודאי לשלום הציבור מאישור תוואי ההפגנה כדרישת-סף ובאותו אופן דקדקני שבו נבחנו טענות המשטרה בעניין סיעת מרצ. ההבדל בין בחינה קפדנית של ההסתברות כדרישת-סף, כפי שנעשה בעבר, לבין הבחינה הנערכת כיום הוא משמעותי מאוד, שכן בעוד שבעבר הנחת-העבודה הייתה שאין להגביל את הזכות להפגין אלא אם כן המשטרה יכולה להצביע באופן ברור על הסתברות גבוהה לפגיעה קשה וממשית באינטרס חשוב, בעידן המידתיות די על-פירוב בהבעת התנגדות של המשטרה לבקשת

116 שם, בעמ' 827.

117 פרשת שניצר, לעיל ה"ש 18.

118 פרשת סיעת מרצ, לעיל ה"ש 115, בעמ' 830–832.

119 שם, בעמ' 833–834.

ההפגנה להביא לידי כך שבית-המשפט יבקש להגיע לפשרה על-ידי הגבלת ההפגנה ושינוי תנאיה.¹²⁰ כלומר, טענתי היא כי מכיוון שדוקטרינת המידתיות מושתתת על בחינת כל מקרה לגופו, אינה כוללת איזונים עקרוניים וסיפים דאונטולוגיים, ושואפת לאיזון נקודתי בכל עניין ועניין, היא מהווה מצע דוקטרינרי נוח להחלטות שיפוטיות המדללות את ההגנה על זכויות האדם. כך, באופן פרדוקסלי, אף שהמהפכה החוקתית הייתה אמורה לחזק את ההגנה על זכויות האדם, כניסתה של דוקטרינת המידתיות והאופן שבו היא מיושמת מספקים צידוק דוקטרינרי נוח לדילול ההגנה עליהן.

לבסוף, דילול מבחני ההסתברות יכול להיעשות גם באמצעות הימנעות משימוש בהם היכן ששימוש כזה הוא מתבקש.¹²¹ דוגמה בולטת לכך היא עניין האגודה לזכויות האזרח, שבו נדונה חוקתיותו של נוהל זימון מפגינים לתחקור בשב"כ.¹²² בפסק-דין זה נדון נוהל של שירות הביטחון הכללי לזמן לתחקורים (שיחות אזהרה) משתתפים בהפגנות שעניינן מחאה פוליטית החורגת מן הקונסנזוס. המזומנים נחקרים על פעילותם הפוליטית ועל מכריהם, ומוזהרים לא להיגרר לפעילות העלולה לפגוע בבטחון המדינה.¹²³ העותרת טענה כי שיחות אזהרה אלה מהוות חריגה מסמכות ופוגעות במידה העולה על הנדרש בזכות לחופש הביטוי, בזכות ההפגנה והמחאה ובזכות להליך הוגן, ואילו שירות הביטחון הכללי טען כי הזימון לשיחות נעשה במסגרת סמכותו למנוע "חתרנות", הקבועה בחוק השב"כ.¹²⁴ בית-המשפט קבע כי אכן יש לשב"כ סמכות כזו, אך יש להגדיר בבירור את גבולותיה. בהתאם לכך מחק בית-המשפט

120 היוצא-מן-הכלל המעיד על הכלל הוא פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין ההפגנות בכיכר גורן בפתח-תקוה. בפסק-דין זה דחה בית-המשפט נחרצות את התנגדות המשטרה להפגנות החוזרות בכיכר גורן, שהתקיימו במחאה על השחיתות השלטונית ועל אופן הטיפול בחקירות הפליליות המתנהלות נגד ראש הממשלה, ואישר את המשך ההפגנות ללא כל הגבלה. אולם, על-מנת לעשות זאת השתמש בית-המשפט לכל אורך פסק-הדין במבחן הוודאות הקרובה ובו בלבד, ונמנע לכל אורך פסק-הדין, ככל הנראה במכוון, מאיזון מבחני המידתיות. בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 8.10.2017).

121 לעניין זה ראו גם בג"ץ 281/08 אלמגור ארגון נפגעי הטרור (ע"ר) נ' פרנקו (פורסם בנבו, 9.1.2008), שבו נדחתה על הסף עתירתו של ארגון נפגעי הטרור לקיים משמרות מחאה מול מלונו של הנשיא אובמה בעת ביקורו בירושלים. המשיבים טענו כי הסירוב לאפשר את המשמרות נובע משיקולי ביטחון, מבלי להצביע על הסתברות כלשהי לסכנה, ובית-המשפט אימץ את עמדתם כסבירה מבלי לבחון כלל מהי ההסתברות לקיומה של סכנה לביטחון: "לא מצאתי כי המשיב חרג ממידת הסבירות במדיניות בה נקט בסירובו להתיר לעותרת לקיים את משמרות המחאה במיתחמים המבוקשים, ובהציעו חלופות שונות לצורך כך. חרף האיחור הרב בפנייתו של העותרת לקבלת אישור לאספות, ובמסגרת האחריות הכבדה והכוללת לאבטחת הביקור המוטלת על מפקד האיזור, ניתנה הדעת לפרטי הפנייה, הופעל שיקול דעת, והוצעו חלופות שונות ראויות על פי תנאי המקום, הזמן, ובהתחשב במורכבות הבטחונית המיוחדת. החלופות האמורות מאזנות איזון ראוי בין השיקולים השונים על פי משקלם היחסי. אין, אפוא להתערב בהחלטת מפקד המחוז, ויש להותירה בעינה" (שם, פס' 7 לפסק-הדין).

122 פרשת השב"כ, לעיל ה"ש 24. יצוין כי בזמן העתירה כיהנה המחברת כיושבת-ראש ההנהלה של העותרת, אך לא הייתה מעורבת בהליכים המשפטיים במסגרת העתירה.

123 שם, פס' ב לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

124 ס' 7-8 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002. ראו פרשת השב"כ, לעיל ה"ש 24, פס' ח-ט לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

את העתירה אך בכפוף לכמה הנחיות לשב"כ, כגון הנחיה שלפיה זימון אדם לתחקור ייעשה רק לאחר התייעצות עם הייעוץ המשפטי של השב"כ, וכן הנחיה המחייבת את השב"כ להבהיר למתחקר כי הוא אינו חייב להשיב על שאלות החוקרים.¹²⁵ אולם תהייה העולה בביור מההחלטה בפסק-דין זה היא מדוע, אף שביית-המשפט ציין מפורשות כי יש לתחום את הסמכות בגבולות ברורים, הוא לא כלל בהנחיותיו לשב"כ כל התייחסות לשאלה העקרונית מהי ההסתברות הנדרשת לכך שפעיל מסוים יהווה סכנה לבטחון המדינה או לסדרי המשטר על-מנת להצדיק את זימונו לשיחת תחקור בשב"כ, אף שזו הדרך המתבקשת להגדרת גבולות אלה. בתארו את עמדת השב"כ והמשטרה, אומר השופט זילברטל כך:

נדמה כי גם המשיבים מסכימים כי אם אכן מדובר בזימון לתחקורים שענינם אך פעילות פוליטית או פעילות מחאה, ולא מעבר לכך, אין מקום לזימונים אלה. אלא שהמשיבים טוענים שבבסיס הזימון, או התחקור, עומד, כעקרון, מידע המצביע על חשד לפעילות, או על כוונה לפעילות עתידית, שעלולה להיות כרוכה באי חוקיות "שמטרתה לפגוע בבטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו"¹²⁶...

כלומר, אחרי שביית-המשפט מצא כי יש לשב"כ סמכות לערוך תחקורים כאלה, עולה מייד במלוא עוצמתה השאלה באילו נסיבות – האם כל חשד, בכל דרגה שהיא, יצדיק זימונו של פעיל מחאה לתחקור בשב"כ? האם יש צורך בוודאות קרובה לכך שהפעילות עלולה להיות כרוכה באי-חוקיות שמטרתה פגיעה בבטחון המדינה או בסדרי המשטר? האם מספיקה אפשרות סבירה? או שמא ניתן להסתפק בנטייה רעה ואולי אף להחיל את עקרון הזהירות המונעת? דווקא בשאלה זו – שההכרעה בה היא קריטית למניעת פגיעה העולה על הנדרש בזכויות-היסוד לחופש הביטוי, לחופש ההפגנה והמחאה ולהליך הוגן – נמנע בית-המשפט מלתת כל הנחיה שהיא לשב"כ, וביכר למחוק את העתירה תוך השארת שיקול-הדעת בידי הייעוץ המשפטי של השב"כ.

אם נחזור כעת לפסק-דינו של השופט מלצר בבג"ץ איחוד משפחות II, הדילול שתואר כאן בתוכנם של מבחני ההסתברות ובאופן השימוש בהם הוא הסולל את הדרך לתפיסה הרואה גם בעקרון הזהירות המונעת עיקרון מידתי שראוי להחילו על הפגיעה בזכויות-יסוד. בעוד שבמקורם שימשו מבחני ההסתברות סיפים דאונטולוגיים שהעניקו עדיפות נורמטיבית לזכויות האדם על אינטרסים של הציבור, בעידן המידתיות עדיפות זו כבר אינה מובטחת, והיחס בין הזכות לאינטרס נקבע בכל מקרה לגופו על-פי תפיסותיהם הערכיות של השופטים היושבים בדין. זאת, גם היכן שהשופטים משתמשים לכאורה במבחני ההסתברות הישנים, ובוודאי היכן שהם נמנעים משימוש בהם אף ששימוש כזה מתבקש, או היכן שהם משתמשים במבחני הסתברות שמהווים במהותם אנטי-זהירות למבחני ההסתברות הישנים, כגון מבחן הזהירות המונעת. החלטות דוגמת ההחלטה בעניין הבית הגאה בבאר-שבע מצביעות על כך ששופטים רבים אימצו את התפיסה המאפיינת את תרבות ההצדקה, שלפיה לכל האינטרסים והזכויות

125 שם, פס' ל ו-לה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

126 שם, פס' 1 לפסק-דינו של השופט זילברטל (ההדגשה הוספה).

הנכנסים לתוך נוסחת המידתיות יש משקל זהה, ומטרתם של מבחני המידתיות אינה לבטא את עדיפותן הנורמטיבית של זכויות האדם, אלא למצוא פשרה בין הערכים המתנגשים בהתאם למקרה הקונקרטי ובהתאם לתפיסותיה הערכיות של השופטת היושבת בדין.¹²⁷

(ב) המידתיות מכשירה את השימוש בסכימה של סיכונים כדי להצדיק פגיעה בזכויות אדם

הסתירה בין מהותה התוצאתנית של המידתיות לבין מהותם הדאונטולוגית של מבחני ההסתברות באה לידי ביטוי בולט בנכונותו של בית-המשפט, למן כניסת המידתיות, להשתמש בסכימה של סיכונים פרטניים כהצדקה לפגיעה בזכויות הפרט. נקודת המוצא של מבחני ההסתברות היא שאף-על-פי שלעיתים יהיה יעיל להגביל זכות אדם, כל עוד לא מתקיים סף דאונטולוגי מסוים של סיכון הנגרם מהאדם עצמו (ולא מסכימה של סיכונים הנגרמים מאנשים שונים), אין לעשות זאת. לעומת זאת, על-פי הגישה התוצאתנית המאפיינת את המידתיות, מבחן התוצאה הוא הקובע, וניתן להגביל את זכותו של היחיד גם אם הסיכון הצפוי ממנו הוא מזערי, ובלבד שהתוצאה מצדיקה זאת.¹²⁸ הכשל בהגנה על זכויות האדם חמור במיוחד באותם מקרים שבהם שופטים עושים סכימה של הסיכונים המזעריים שצפויים מכל אחד מהפרטים ומסיקים ממנה כי יש ודאות לפגיעה באינטרס המצדיקה את הגבלת זכויותיהם היסודיות של כלל הפרטים האמורים, במקום לבחון את רמת הסיכון הפרטנית שמהווה כל פרט ועל בסיסה להחליט אם להגביל את זכויותיו.¹²⁹

חוות-דעתו של השופט גרוניס בבג"ץ איחוד משפחות I היא דוגמה לכשל כזה. על-פי הנתונים שהציגו שירותי הביטחון על-מנת להצדיק את הטלת האיסור על איחוד משפחות, רק 26 מתוך 130,000 פלסטינים שנכנסו לישראל מכוח איחוד משפחות היו מעורבים באופן כלשהו בפגיעה טרור, נתון המצביע על הסתברות של 0.02% שפלסטיני המבקש איחוד משפחות בישראל יהיה מעורב בפגיעה טרור.¹³⁰ אף-על-פי-כן, לשיטתו של השופט גרוניס, שאלת ההסתברות אינה רלוונטית כלל, שכן לגישתו קיימת ודאות מוחלטת שמתן אפשרות לאיחוד משפחות בישראל על בסיס בדיקה בטחונת פרטנית יוביל לפגיעה טרור. לדבריו:

בעניין שעל הפרק אין מתעוררת, לטעמי, שאלה של הסתברות בכל הנוגע לפגיעה בחיי אדם. הנתונים שהובאו לפנינו מלמדים כי 26 בני זוג פלסטינים

127 בכך אימצו שופטים רבים את העמדה – שאותה מביע גם גרעון ספיר – שלפיה מנגנון המידתיות צריך לשמש מנגנון של פשרה, ולא מנגנון של איזון אנכי. ראו ספיר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 477–480.

128 כאשר התוצאה מנוסחת כמניעת קטסטרופה, כלשונו של השופט מלצר, או כמניעת פגיעה ודאית בחיי אדם, כלשונו של השופט גרוניס, זוהי תוצאה המצדיקה לכאורה הגבלה של זכות היחיד לחיי משפחה.

129 שאלת השימוש בסכימה בטיעונים משפטיים בכלל ובמשפט החוקתי בפרט הינה שאלה מורכבת שהדיון בה דל, שהדעות לגביה חלוקות ואשר האופן שבו יש לבצעה, אם בכלל, אינו ברור דיו. ראו Ariel Porat & Eric A. Posner, *Aggregation and Law*, 122 YALE L.J. 2 (2012) (ראו שם, בעמ' 45–54, בנוגע לסכימה במשפט הציבורי). כן ראו זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569 (2014).

130 פרשת איחוד משפחות I, לעיל ה"ש 59, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

שנכנסו ארצה כדין בהליך של איחוד משפחות היו מעורבים בפיגועי טרור. באותם פיגועים נהרגו עשרות בני אדם ורבים אחרים נפצעו. יוער, כי אותם 26 קיבלו היתר להיכנס לישראל חרף הבדיקה הביטחונית שעברו. משמע, יש לפנינו הוכחה כי הבדיקה הביטחונית האינדיווידואלית אינה מבטיחה שניתן יהיה להפריד באופן מלא בין אלה המהווים סיכון ביטחוני לאחרים שכניסתם ארצה לא תהווה סיכון. על יסוד נתונים אלה יש, לדעתי, לומר כי קיימת ודאות שכניסה של אלפי בני זוג נוספים תביא בעקבותיה פגיעות בחיי אדם, אף אם תיערך בדיקה ביטחונית לכל אחד ואחד. כמובן, אין שום דרך לומר מה יהא היקף הפגיעות, ולעניין זה של היקף אין עסקינן בהסתברות אלא בניחוש גרידא. המשוואה אינה מורכבת, אפוא, מיסוד הסתברותי בצידה האחד ומיסוד של ודאות בצידה האחר, אלא משני מרכיבים ודאיים: פגיעה בחיי אדם לעומת פגיעה בחיי משפחה.¹³¹

בדחות את טיעונו של גרוניס טוען הנשיא ברק כי חברה דמוקרטית אינה יכולה – ואף אין זה מן הראוי שתנסה – להטיל על זכויות אדם בסיסיות את רמת המגבלות הנדרשת כדי להשיג מאה אחוזי ביטחון.¹³² לדברי ברק, שיטתו של גרוניס, המבוססת על טענה של ודאות שנוצרת באמצעות סכימה של הסתברויות פרטניות נמוכות, מוליכה למסקנה כי היה עלינו, למשל, למנוע כליל תנועת כלי-רכב, שכן קיימת ודאות מוחלטת שזו גורמת לפגיעות בחיי אדם. השופט גרוניס דוחה את ההשוואה של הנשיא ברק ללא כל נימוק, למעט הבעת ספק בכך שהצעה כזו להגבלה של תנועת כלי-רכב תתקבל בחברה מודרנית.¹³³

השימוש שעושה השופט מלצר בבג"ץ איחוד משפחות II בעקרון הזהירות המונעת, כדי להצדיק את הגבלת הזכות לאיחוד משפחות ולשוויון על בסיס לאום של עשרות אלפי אזרחים ישראלים, לוקה באותו כשל בסיסי שבו לוקה עמדתו של השופט גרוניס. גם השופט מלצר מצדיק הטלת מגבלה חמורה על זכויות-יסוד של רבים על בסיס סכימה של סיכונים פרטניים המובילה אותו למסקנה שמניעת כניסה גורפת עשויה למנוע ולו מקרה אחד של טרור ולכן היא מוצדקת, אף אם הסיכון מכל אחד מהנפגעים מהמניעה הוא מזערי.

יצוין כי ספק אם גישתם של השופטים מלצר וגרוניס מתיישבת אפילו עם מהותו התוצאתנית של מבחן המידתיות. השופט גרוניס מצדיק את החלטתו באמצעות הנוסחה שלפיה יש כאן "שני מרכיבים ודאיים: פגיעה בחיי אדם לעומת פגיעה בחיי משפחה", ומכיוון שהפגיעה בחיי אדם גוברת, מוצדק להגביל את הזכות לחיי משפחה.¹³⁴ אולם, גם אילו קיבלנו את ההנחה שהפגיעה בחיי אדם ודאית, ושראוי לתרגם את הפגיעה באינטרס הציבורי של שמירה על בטחון המדינה לפגיעה בזכות-היסוד של יחידים – שאיננו יודעים מי הם – לחיים,

131 שם, פס' 5 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

132 שם, פס' 111 לפסק-דינו של הנשיא ברק. לעניין זה ראו גם מדינה וסבן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 89.

133 פרשת איחוד משפחות I, לעיל ה"ש 59, פס' 6 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

134 שם.

נוסחה זו מטעה.¹³⁵ זאת, מכיוון שהנוסחה מניחה כי יחידת המידה היא יחידה אחת של חיי אדם אל מול יחידה אחת של חיי משפחה, ומסתירה את העובדה שבתוצאותנו עלינו לבצע סכימה של שני צידי המשוואה, ולא רק של צד הסכנה לפגיעה באינטרס המדינתי (בטחון המדינה/בטחון החיים). כך, על-פי הגישה התוצאתנית עלינו לבחון את התועלת המצרפית ממניעת סך כל הפגיעות בחיי אדם (התועלת לבטחון המדינה/בטחון החיים) אל מול הנזק המצרפי של סך כל הפגיעות בחיי משפחה (וכן סך כל הפגיעות בזכות לשוויון על בסיס לאום). כדי לעשות זאת, עלינו להשוות בין הפגיעה בחיי המשפחה ובזכות לשוויון של עשרות אלפי אזרחי ישראל שנפגעים ויפגעו מהאיסור שהוטל על איחוד המשפחות אל מול הפגיעה בחיים של עשרות אזרחים שייפגעו מפגיעה טרור שבהם יהיו מעורבים מבקשי איחוד משפחות. אף שאין כל ספק שכאשר היא נמדדת על בסיס פרטני, הפגיעה בחיים חמורה בהרבה מהפגיעה בזכות לאיחוד משפחות ובזכות לשוויון על בסיס לאום, כאשר משווים פגיעה בחיים של עשרות (ואולי אף של מאות) לפגיעה בזכותם לחיי משפחה ובזכותם לשוויון על בסיס לאום של עשרות אלפים, לא ברור כלל כי סך התועלת המצרפית ייטה לטובת הזכות לחיים, חשובה ככל שתהיה.

זו בדיוק החשיבה התוצאתנית העומדת בבסיס ההחלטה לאפשר תנועת כלי-רכב בכבישים על-אף מאות החיים שהחלטה זו גובה מדי שנה. מכיוון שהנזק באיסור תנועת כלי-רכב עולה על התועלת שבהצלת מאות חיי אדם בשנה (ובמניעת אלפי פצועים), אין איסור לגבי תנועת כלי-רכב. דוגמת כלי-הרכב, שהנשיא ברק מביא אותה בפסק-דינו בעניין איחוד משפחות I, מלמדת אותנו שני דברים חשובים על הניתוח שהשופט גרוניס מציע. ראשית, תגובתו של גרוניס, שלפיה ברור שאין לאסור תנועת כלי-רכב כדי לחסוך את חייהם של מאות בני-אדם מדי שנה, מלמדת כי גם הוא אינו רואה את החיסכון בחיי אדם כהגנה על זכות האדם לחיים, אלא רק כהגנה על האינטרס הציבורי לבטחון החיים, ובשוקלו את משקל האינטרס לבטחון החיים אל מול האינטרס בקיום חברה מודרנית, הוא מעדיף את האינטרס בקיום חברה מודרנית.¹³⁶

¹³⁵ דיון מעמיק בשאלת ההבדל בין אינטרס ציבורי לבין זכות אדם חורג מהיקפו של מאמר זה. אומר בקצרה כי גישתו של השופט גרוניס שגויה לטעמי. ההבדל המרכזי הרלוונטי לענייננו בין פגיעה שתיחשב פגיעה באינטרס הציבורי (בטחון המדינה/בטחון החיים) לבין פגיעה שתיחשב פגיעה בזכות אדם (הזכות לחיים) טמון בשאלת זיהויו הוודאי של הנפגע. כאשר מדובר בפגיעה ודאית בזכותו של אדם מסוים, שניתן להצביע עליו כמי שזכותו נפגעת, הערך הראוי להגנה יהיה זכות האדם של אותו אדם. מאידך גיסא, כאשר מדובר בפגיעה אשר ידוע כי תקרה אך אי-אפשר להצביע על האדם המסוים שייפגע ממנה, אזי הערך הראוי להגנה הוא האינטרס הציבורי בהגנה על הכלל. ראו לעניין זה את המחלוקת הידועה בין הנשיא שמגר לשופטת דורנר בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995). לכן, בהקשר של פרשת איחוד משפחות, על שני גלגוליה, טענתם של השופטים מלצר וגרוניס כי אל מול הזכות לחיי משפחה עומדת הזכות לחיים היא טענה לא-מדויקת, שכן אי-אפשר לדעת מי יהיו הנפגעים הספציפיים מפגיעה הטרור. עוד בעניין ההבחנה בין זכות אדם לאינטרס ציבורי ראו מדינה וסבן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 81-87; וכן אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97 (2011).

¹³⁶ דומה שגם השופט גרוניס לא היה מסכים להקריב את זכותם לחיים של ארבע מאות אנשים בשנה לשם הגנה על האינטרס של קיום חברה מודרנית. את ההבדל בין האינטרס הציבורי בהגנה על החיים, שנסוג מפני האינטרס לאפשר תנועת כלי-רכב, לבין הזכות לחיים, אשר לא תיסוג, ניתן

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

שנית, העובדה שדווקא בנסיבות העובדתיות של פרשת איחוד משפחות, על שני גלגוליה, השופטים גרוניס ומלצר עומדים על כך שהאינטרס הציבורי לבטחון החיים מצדיק פגיעה בזכות-היסוד לחיי משפחה ולשוויון על בסיס לאום של עשרות אלפי אנשים, על-אף הסיכון המזערי הנובע מכל אחד מהם, מצביעה הן על הזנחת ההסתברות במצבים של התמודדות מול סיכוני טרור והן על האופן שבו המידתיות מאפשרת את התופעה הפסולה של אמפתיה סלקטיבית.¹³⁷

בין אם תוצאת פסקי-הדין בעניין איחוד משפחות I ובעניין איחוד משפחות II מוצדקת על-פי הגישה התוצאתנית ובין אם לאו, השימוש התוצאתני של השופטים גרוניס ומלצר במבחני המידתיות – ללא הצבת סיפים דאונטולוגיים, כגון מבחני ההסתברות, לשם הגנה על זכויות בסיסיות של היחיד ושל המיעוט – סותר את התפיסה הדאונטולוגית של תורת זכויות האדם. זהו גם ההבדל המהותי בין השימוש שבית-הדין האירופי בעניין פייזר עושה בעקרון הזהירות המונעת בהקשרים של קביעת מדיניות סביבתית וחקלאית המגבילה אינטרסים מסחריים של חברות כלכליות, אשר אינו סותר את תורת זכויות האדם הדאונטולוגית שכן הוא אינו פוגע בזכויות-יסוד, לבין השימוש של השופט מלצר בעקרון הזהירות המונעת לשם הגבלה של זכויות-יסוד, אשר סותר את תורת זכויות האדם הדאונטולוגית.

עיקרון יסודי נוסף בתורת זכויות האדם הדאונטולוגית שגישתם של גרוניס ומלצר סותרת הוא החובה לשפוט כל אדם באופן פרטני. חובה זו באה לידי ביטוי בפסיקה הישראלית בעניין פלונים,¹³⁸ שם קבע בית-המשפט כי יש לשחרר את לוחמי חיזבאללה שהיו עצורים בישראל ללא הגבלת זמן כדי לשמש קלפי-מיקוח בעסקה עתידית לשחרורו של רון ארד. בית-המשפט קבע כי חזקה על החוק שהוא רואה כל אדם כמטרה, ולא כאמצעי, אף אם הוא לוחם חיזבאללה שנאסר, ולכן אי-אפשר להחזיקו במעצר מבלי להצביע על מסופנות אישית שלו. כך ראוי שיהיה, על אחת כמה וכמה, כאשר מדובר באנשים שלא ביצעו כל עברה ומבקשים איחוד משפחות עם יקיריהם. החלת מבחני ההסתברות כסף דאונטולוגי, המחושב על בסיס פרטני, תמנע את תופעת הסכימה, בעוד השימוש במבחני המידתיות כמבחנים תוצאתניים גרידא מאפשר אותה ואת הפגיעות בזכויות האדם שהיא גורמת.

להמשיג כך: שוו בנפשכם מצב היפותטי שבו הדרך היחידה לאפשר תנועת רכבים בכבישים היא לערוך בתחילת כל שנה הגרלה שבה עולה בגורל רשימה של ארבע מאות אנשים שיאבדו את חייהם בתאונות-דרכים במהלך השנה. האנשים שעלו בגורל עותרים לבג"ץ מייד לאחר ההגרלה, ומבקשים לבטלה ולמנוע את התנועה בכבישים, אך המדינה מבקשת לדחות את העתירה בטענה כי מותם הוא מידתי, מכיוון שהנוק לזכות לחיים קטן מהתועלת לאינטרס של קיום חברה מודרנית. דומה כי ברור לכל כי הדיון בעתירה זו יהיה שונה לגמרי מדיון בעתירה שהייתה מוגשת בימינו על-ידי עמותה למניעת התנועה בכבישים בדרישה לאסור תנועת כלי-רכב, וזאת אף שגם במצב הקיים כיום נהרגים בכבישים כארבע מאות אנשים מדי שנה, ואלפים נפצעים. מקור השוני הוא בעובדה שבעוד במקרה האחרון מה שעומד אל מול האינטרס הציבורי בקיום תנועה בכבישים הוא רק האינטרס הציבורי לבטחון החיים, במקרה הראשון עומדת אל מול אותו אינטרס ציבורי זכותם לחיים של ארבע מאות בני-אדם.

137 ראו לעיל תתי-פרקים 33 ו-4.

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

ג. שילוב ההסתברות במידתיות

אף שחקיקתם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק נועדה לחזק את מעמדן של זכויות האדם ולהעלותן ממדרגה של זכויות פרשניות שאינן מנויות לדרגה של זכויות חוקתיות, קריאתה של המידתיות אל תוך חוקי-היסוד על-ידי בית-המשפט, בד בבד עם דחיקתם של מבחני ההסתברות הישנים הצידה, הובילה בחלק מהמקרים לתוצאה שונה. מכיוון שבית-המשפט בעניין בנק המזרחי קרא את המידתיות אל תוך חוקי-היסוד במסגרת מאמציו להציג את המהפכה החוקתית כמתחייבת מהצטרפותנו למשפחת העמים, הוא פירש את המידתיות באופן דומה לפרשנותה במשפט החוקתי הגלובלי, ובעיקר בגרמניה ובקנדה. במשפט החוקתי הגלובלי המידתיות מהווה יסוד מרכזי של תרבות ההצדקה, וככזו היא נתפסת כמבחן של סטנדרטים המבוסס על איזון שנעשה בכל מקרה לגופו ואינו כולל רכיבים קטגוריים כלשהם.¹³⁹ הבנת המידתיות באופן זה הקשתה על בית-המשפט ליצור התאמה בין מבחני המידתיות החדשים למבחני ההסתברות הישנים, שאינם קיימים במדינות אחרות העושות שימוש בדוקטרינת המידתיות, וכתוצאה מכך נדחקו מבחנים אלה הצידה במידה רבה. כפי שראינו, גם היכן שבית-המשפט הוסיף לעשות שימוש במבחני ההסתברות במסגרת מבחני המידתיות החדשים, שימוש זה נעשה פעמים רבות תוך דילול אופיים של מבחני ההסתברות כמבחני-סף עקרוניים, ותוך נסיגה מהביקורת הקפדנית שאפיינה את החלתם לפני עידן המידתיות. כך אירע, למשל, בעניין הבית הגאה בבאר-שבע, שבו בית-המשפט, אשר סבר כי הפגיעה בזכות ההפגנה ובחופש הביטוי כתוצאה משינוי מסלול התהלוכה אינה קשה במיוחד, ערך בשל כך בחינה שטחית ביותר של שאלת ההסתברות, ואישר את הפגיעה.¹⁴⁰ הדילול האמור התיישב עם אופייה התוצאתי והאד-הוקי של המידתיות, ועם הנטייה של תרבות ההצדקה לטשטש את ההבדלים בין זכויות לבין עצמן ובין זכויות לאינטרסים, ולראות בכולם ערכים (או עקרונות) מתחרים שיש לאזנם זה עם זה באמצעות המידתיות.¹⁴¹

שני יסודות – האחד דוקטרינרי והאחר עובדתי – מחריפים את הבעייתיות הגלומה במידתיות בהקשר הישראלי. ראשית, במישור הדוקטרינרי, בישראל, כמו בגרמניה, אך להבדיל מקנדה, בית-המשפט מעמיד במרכזה של המידתיות (ושל פסקת ההגבלה כולה) את מבחן המידתיות השלישי.¹⁴² בעוד שני מבחני המידתיות הראשונים מוגבלים בהיקפם ופורמליים, ובמסגרתם בית-המשפט מונחה לבחון את הקשר הרציונלי בין האמצעי הנקט לבין המטרה שמבקשים להגשים, ולוודא שנבחר האמצעי שפגיעתו פחותה, מבחן המידתיות השלישי הינו מבחן פתוח ואד-הוקי שבו כל שופטת מאזנת לפי שיקול-דעתה בין הנזק לזכות לבין התועלת לאינטרס המדינתי. ככל שמרכז-הכובד של בחינת המידתיות מצוי במבחן המידתיות השלישי כן הסכנה לשרירותיות ולהחלטות המבוססות על ערכיו של כל שופט גדלה. שנית, ברמה

139 ראו לעיל תת-פרק א2.

140 ראו לעיל תת-פרק ב5.

141 COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 118–119, 126.

142 על קנדה וגרמניה ראו Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383, 393 (2007).

העובדתית, במציאות של חברה שסועה כבישראל – שבה חשיבות ההגנה על זכויות האדם, ובעיקר (אך לא רק) על זכויותיהם של מיעוטים לא-אהודים, נתונה במחלוקת חריפה, אשר מחריפה אף יותר במקרים שבהם הגנה זו מתנגשת באינטרסים של המדינה או של קבוצת הרוב – המעבר ממבחנים עקרוניים המציבים ספים דאונטולוגיים לפגיעה בזכויות האדם, דוגמת מבחני ההסתברות, אל דוקטרינת המידתיות, המבוססת על סטנדרטים ועל איזון אד-הוקי, מביא לידי דילול ההגנה על זכויות האדם, ומגדיל את יכולתם של השופטים להחליט בכל מקרה על-פי ערכיהם והשקפת-עולמם, תוך חשיפת החלטותיהם לכשלים הנובעים מתופעות כגון הזנחת ההסתברות ואמפתיה סלקטיבית.¹⁴³

אף שהמידתיות, כפי שפורשה על-ידי בית-המשפט לאור תרבות ההצדקה, שונה באופייה ממבחני ההסתברות, אין מניעה אינהרנטית לשלב את מבחני ההסתברות בתוך המידתיות. אופייה התוצאתני של המידתיות אינו יכול לעלות בקנה אחד עם תפיסת זכויות דאונטולוגית אבסולוטיסטית, מכיוון שתפיסה כזו מחייבת מתן עליונות מוחלטת לזכויות האדם על אינטרסים ציבוריים. אולם הוא יכול להתיישב עם מבחני ההסתברות, המגלמים תפיסת זכויות דאונטולוגית מתונה, שמעניקה עדיפות קטגורית לזכויות רק עד גבול מסוים (סף דאונטולוגי), אשר מעבר לו ניתנת עדיפות לאינטרס הציבורי.¹⁴⁴

בספרו על המידתיות מבהיר אהרן ברק כי באופיים מבחני המידתיות אינם מבחנים מהותיים המיועדים להכתיב את תוצאת האיזון הראוי, אלא מבחנים מתודולוגיים בלבד, אשר מבנים ומסדרים את הניתוח החוקתי מבלי לקבוע את תוכנו המהותי או את תוצאתו.¹⁴⁵ כך, לדבריו, המידתיות אינה קובעת מהי חשיבותה של הזכות ומהי חשיבותו של האינטרס. חשיבות זו נקבעת על-פי שיקולים שמחוץ לדיני המידתיות, המשתנים ממדינה למדינה, ו"על כן, אין לזהות מידתיות עם תאוריות חברתיות 'ימניות' או 'שמאלניות'".¹⁴⁶ תפקידה של המידתיות, שהוא בעיניו של ברק גם יתרונה הגדול, הוא לקבוע את הנתונים שיש להתחשב בהם בעת עריכת האיזון. המידתיות "מחייבת את השוקל לחשוב באופן מסודר, לא לדלג על עניינים שיש להביאם בחשבון, ולהתחשב בהם בזמנם ובמקומם".¹⁴⁷ כך, המידתיות מחייבת את השופט לבחון כל אחד משלושת מבחני-המשנה – קיומו או העדרו של קשר רציונלי, קיומו או העדרו של אמצעי שפגיעתו פחותה, וקיומו של יחס ראוי בין הפגיעה בזכות לבין התועלת שתצמח לאינטרס – בטרם תגיע להחלטה בדבר מידתיות הפגיעה בזכות. עם זאת, קובע ברק, המידתיות אינה מכתובה מה ייחשב יחס ראוי בין הפגיעה בזכות לבין התועלת לאינטרס, ולכן "ניתן

143 ראו לעיל תת-פרקים ב3 ו-ב4.

144 ראו לעיל תת-פרק א2.

145 ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 557–558. לדעה שונה מעט ראו COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 137–138. לטענתם, אף שהמידתיות היא מתודולוגיה, יש לה גם מטען ערכי, שאותו הם מזהים ככמיהה לקוהרנטיות לוגית ולמבחן בעל מבנה אחיד הניתן להחלה על כלל הזכויות, בניגוד, למשל, למבחנים השונים לכל זכות הקיימים במשפט האמריקאי. דעתי היא כי כמיהה זו יכולה להסביר את הרתיעה האירופית משימוש במבחנים עקרוניים שונים לכל זכות במסגרת המידתיות, אך אין בה כדי לשלול אנליטית את האפשרות לשימוש כזה כפי שמוצע כאן.

146 ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 558.

147 שם, בעמ' 559.

להשתמש בה כדי להגיע לתוצאות צודקות או שאינן צודקות".¹⁴⁸ נראה כי הדוגמאות שהובאו במאמר זה מדגימות היטב תכונה זו של המידתיות. בניגוד לברק, הסבור כי העובדה שהמידתיות היא מתודולוגיה בלבד, נטולת תוכן מהותי, מהווה יתרון המאפשר את התאמתה למדינות שונות ולתפיסות חברתיות שונות, מאמר זה, המתמקד בהשפעת המעבר ממבחני ההסתברות למידתיות במשפט החוקתי בישראל, רואה בתכונה זו של המידתיות חיסרון משמעותי לעומת מבחני ההסתברות העקרוניים והמהותיים שקדמו לה. בעוד העובדה שהמידתיות מחייבת את השופטים לעבור את כל השלבים הנדרשים בניתוח החוקתי מאבדת מחשיבותה כאשר מרכז-הכובד של הניתוח הוא במבחן המידתיות השלישי, שהינו מבחן אד-הוקי ומבוסס-סטנדרטים, העובדה שהיא חסרת תוכן מהותי נהפכת למכרעת.

בטרם נחקקו חוקי-היסוד, ולפני כניסתה של המידתיות למשפט החוקתי הישראלי, קבע בית-המשפט שורה ארוכה של מבחני הסתברות שהיו פרי איזון עקרוני ומהותי בין זכויות לאינטרסים מתנגשים. המעבר למידתיות הוביל במקרים רבים להפסקת השימוש במבחני ההסתברות. בית-המשפט עבר לשימוש במתודולוגיה של המידתיות תוך שהוא מוותר על האיזונים העקרוניים שנקבעו במבחני ההסתברות ונמנע מלקבוע איזונים עקרוניים חלופיים שיקבעו מהו התוכן המהותי שיש לצקת לתוך מבחני המידתיות (ובעיקר לתוך מבחן המידתיות השלישי), ובכך הותיר בידי כל שופט ושופטת את ההכרעה המהותית בכל מקרה לגופו. טענת מאמר זה היא כי האיזונים העקרוניים כפי שנקבעו במבחני ההסתברות לפני כניסת המידתיות, וכפי שיוסיפו להתפתח בפסיקתו העתידית של בית-המשפט, צריכים להמשיך לשמש את בית-המשפט גם בעידן המידתיות. שילוב מובנה של מבחני ההסתברות במתכונתם הישנה כמבחני-סף בתוך מבחני המידתיות יפתור את חוסר הקוהרנטיות הקיים כרגע במשפט החוקתי הישראלי, יחזק את ההגנה על זכויות האדם כנדרש מהיותן זכויות חוקתיות על-חוקיות, יבנה את שיקול-הדעת של בית-המשפט, ויצמצם החלטות שרירותיות הנובעות מתופעות של הזנחת ההסתברות ושל אמפתיה סלקטיבית.¹⁴⁹ כפי שיפורט להלן, אפילו אהרן ברק, שגישתו למידתיות הינה חיובית ואוהדת, סבור כי אופיו האד-הוקי של רכיב האיזון במידתיות (המידתיות כמובן הצר) הוא בעייתי, וכי חשוב למתנו באמצעות שילוב מבחני ההסתברות העקרוניים במידתיות.¹⁵⁰

השאלה היכן יש לשלב את מבחני ההסתברות בתוך מבחני המידתיות עלתה פעמים מספר בפסקי-דינם של שופטים שונים, אך טרם נדונה באופן מסודר וטרם הוכרעה. כך, למשל, הנשיא ברק הציע בעניין סולודקין כי המקום הראוי למבחני ההסתברות הוא ברכיב הבוחן אם

148 שם, בעמ' 558.

149 ברי כי עוצמת ההגנה שמבחני ההסתברות יעניקו לזכות תלויה בתוכנם. מבחני ההסתברות כפי שפותחו עד לכניסת המידתיות העניקו הגנה חזקה לזכויות לא-מעטות, כגון חופש הביטוי, ומן הראוי להמשיך לקיימם. אין אומנם מניעה שבית-המשפט ישנה את תוכן המבחנים וידלל את ההגנה שהם מעניקים. אולם ניתן לקוות שהעובדה שמדובר במבחנים עקרוניים החלים על כלל המקרים הדומים, ולא בהחלטה אד-הוקית לגופו של עניין, תקשה על בית-המשפט בבואו להחליט על שינוי לרעה כזה.

150 ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 619, 645–647.

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

החוק הפוגע תואם את ערכי מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית,¹⁵¹ ובעניין התנועה לאיכות השלטון הוא גרס כי ההסתברות מקומה במבחן התכלית הראויה.¹⁵² השופט דורנר הציעה בעניין מילר למקם את מבחני ההסתברות במבחן המידתיות השלישי.¹⁵³ גם השופטת נאור הביעה בעניין פלוני את דעתה כי זהו המיקום המתאים למבחני ההסתברות,¹⁵⁴ וכך גם השופט הנדל בעניין אבנרי.¹⁵⁵ גם אהרן ברק בכתיבתו האקדמית לאחר פרישתו מבית-המשפט הביע עמדה שלפיה המקום הראוי לשילוב מבחני ההסתברות במבחני המידתיות הוא מבחן המידתיות השלישי.¹⁵⁶

ברצוני להביע תמיכה בעמדה שלפיה יש לשלב את מבחני ההסתברות במבחן המידתיות השלישי, המבקש לאזן בין הנזק לזכות לבין התועלת לאינטרס מההגבלה הנדונה.¹⁵⁷ מבחן המידתיות השלישי (המידתיות במובן הצר) בוחן את היחס שבין הנזק שנגרם לזכות מההגבלה מושא העתירה לבין התועלת לאינטרס הציבורי מההגבלה. על-פי מבחן זה, היכן שהנזק לזכות עולה על התועלת לאינטרס, אין לאשר את ההגבלה.¹⁵⁸ את מבחני ההסתברות יש לשלב כסיפים דאונטולוגיים (שהם תוצאה של איזון עקרוני) שיש לעוברם על-מנת להצדיק פגיעה כלשהי בזכות. רק לאחר שמוודאים כי ההסתברות לפגיעה קשה וממשית באינטרס אכן עוברת את הסף האמור יש לערוך את האיזון הנקודתי שיבחן אם אופן הפגיעה בזכות והיקפה הינם מידתיים (במובן הצר) בנסיבות המקרה הספציפי. אם הפגיעה הצפויה באינטרס אינה עוברת את הסף האמור, אין הצדקה לפגיעה כלשהי בזכות. הסיבה שבעטייה מבחן המידתיות השלישי הוא המבחן המתאים ביותר לשילובם של מבחני ההסתברות היא שזהו המבחן היחיד מבין שלושת מבחני המידתיות שמטרתו היא איזון.¹⁵⁹ מטרתו של מבחן המידתיות הראשון היא בחינת קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי הנבחר לבין המטרה שהוא בא להגשים, ואילו מטרתו של מבחן המידתיות השני היא לבחון אם מבין כלל האמצעים העומדים לרשות הרשות לשם השגת המטרה, האמצעי שנבחר הוא זה שפגיעתו בזכויות האדם היא הפחותה.¹⁶⁰ רק אם

-
- 151 פרשת סולודקין, לעיל ה"ש 31. ראו גם פרשת חורב, לעיל ה"ש 14, בעמ' 41. גם השופטת פרוקצ'יה הביעה עמדה דומה בבג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 276 (2003).
- 152 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 31.
- 153 פרשת מילר, לעיל ה"ש 15. ראו גם בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 286 (2001), ופרשת בכרי, לעיל ה"ש 151, בעמ' 258, שבהם הביעה השופטת דורנר את דעתה כי מיקומם של מבחני ההסתברות הוא במבחני המידתיות.
- 154 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת נאור (2010).
- 155 פרשת אבנרי, לעיל ה"ש 27, פס' 7 לפסק-דינו של השופט הנדל.
- 156 ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 646.
- 157 Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 8, בעמ' 105–110.
- 158 ראו, למשל, בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, פס' 30 לפסק-הדין (2006) (להלן: פרשת עדאלה); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 46 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2009).
- 159 ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 646.
- 160 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 158, פס' 30 לפסק-הדין.

האמצעי הנבחר צלח שתי משוכות אלה הוא יגיע לשלב הבדיקה האחרון, שבו ייערך איזון בין מידת הנזק לזכות כתוצאה מהשימוש באמצעי הנבחר לבין מידת התועלת לאינטרס הציבורי. כדברי הנשיא בדימוס ברק בעניין עדאלה:

מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. אין הוא מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפישה החוקתית כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית שאותה מבקשים להגשים היא ראויה.¹⁶¹

עם זאת, כפי שראינו במאמר זה, נכון לעת הזו המבחן האמור אינו ממלא את תפקידו כמחסום ערכי באופן עקבי, שכן השימוש במבחני המידתיות כמבחנים מבוססי-סטנדרטים המופעלים על כל מקרה בהתאם לנסיבותיו על-ידי השופטת היושבת בדין מביא לידי כך שפסקתו של בית-המשפט בכל עניין ועניין תלויה בתפיסותיו הערכיות של השופט. שילוב מבחני ההסתברות במבחן המידתיות השלישי – תוך הקפדה על אופיים כסיפים דאונטולוגיים פרי איזון עקרוני המחייבים ביקורת שיפוטית קפדנית של בית-המשפט על התקיימות כל רכיביהם – יסייע בשינוי אופיו של מבחן המידתיות ממבחן אד-הוקי, שתוצאתו נקבעת באופן שרירותי על-פי תפיסותיו הערכיות של כל שופט, למבחן עקרוני, הנותן עדיפות נורמטיבית לזכויות האדם. כך יסייעו מבחני ההסתברות להגשים את תפקידו של מבחן המידתיות השלישי כמחסום ערכי שאותו אין הדמוקרטיה יכולה לעבור אפילו כאשר התכלית שאותה מבקשים להגשים היא ראויה.

שילוב מבחני ההסתברות כסף דאונטולוגי במבחן המידתיות השלישי יביא לידי כך שמבחן המידתיות השלישי ישמש מחסום ערכי כפול, אשר יעניק לזכויות האדם הגנה טובה יותר מכפי שכל אחד מהמבחנים בנפרד (הסתברות מזה ומידתיות מזה) יכול להעניק.¹⁶² המחסום הראשון יתבטא בכך שהכנסת מבחני ההסתברות כסיפים דאונטולוגיים תחייב קיומה של הסתברות משמעותית לפגיעה קשה וממשית באינטרס כדי להתיר פגיעה בזכות האדם.¹⁶³ המחסום השני, אשר גלום כבר עתה במבחן המידתיות השלישי ויוסיף להתקיים בו גם לאחר הכנסת מבחני ההסתברות, הוא שמבחן המידתיות השלישי מאפשר לבית-המשפט לקבוע כי אף שהאמצעי הפוגע נועד לתכלית ראויה, מקיים קשר רציונלי עם המטרה, והינו האמצעי היחיד המאפשר את השגת מלוא המטרה, אין לנוקטו מכיוון שהנזק שייגרם לזכות מנקיטתו יעלה על התועלת

161 ש.ם.

162 Cohen-Eliya & Stopler, לעיל ה"ש 8, בעמ' 109–110.

163 יצוין כי בדומה למצב לפני חקיקתם של חוקי-היסוד, מבחני ההסתברות לא יוחלו במקרים שבהם הם אינם רלוונטיים. כך, למשל, לעניין ההתנגשות בין חופש הביטוי לבין פגיעה ברגשות נקבע כי מבחן הוודאות הקרובה אינו רלוונטי ככלל, שכן ניתן לקבוע כי הפגיעה ברגשות היא ודאית. בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 41 (1989); פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 153, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

משפט וממשל יט תשע"ח עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי

לאינטרס הציבורי. כך, שילובם של מבחני ההסתברות – כסיפים דאונטולוגיים שבית-המשפט בוחן בקפדנות את התקיימותם – עם מבחני המידתיות יבנה את שיקול-הדעת של בית-המשפט ויצמצם החלטות שרירותיות, יפתור את חוסר הקוהרנטיות הקיים כרגע במשפט החוקתי הישראלי, ויבטיח כי המטרה שעמדה בבסיס חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם תתגשם וכי זכויות האדם יקבלו את ההגנה הראויה לזכויות חוקתיות.