אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?

מאת

אורן גזל־אייל ואמנון רייכמן*

מהו קו הגבול בין פגיעה בזכות החוקתית לחיים, לשלמות הגוף, לכבוד או לקניין לבין פגיעה באינטרס הציבורי שבהגנה על ערכים אלו? בכמה מקרים נחלקו שופטי בית המשפט העליון בסוגיה. למשל, בפרשת **עדאלה**, איחוד המשפחות, נחלקו השופטים בשאלה אם יש לראות בחקיקה המגבילה כניסת פלסטינים לישראל לצורך איחוד משפחות אמצעי להגנה על **הזכות החוקתית** לחיים, או שמא אמצעי לקידום **האינטרס הציבורי** שבשמירה על ביטחון המדינה. גם בפרשת **גנימאת** נחלקו הדעות בשאלה אם מעצר שמטרתו מניעת גנבות דרוש לקידום האינטרס הציבורי בצמצום העבריינות או שעניינו הוא בזכות הקניין המוגנת של תושבי המדינה. לשרטוט קו הגבול יש כאמור משמעות משפטית, שכן לפי מבנה חוקי־היסוד על בית המשפט לוודא שפגיעה בזכות עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, אך אין הוא אמור להעביר תחת שבט ביקורתו חקיקה ראשית העוסקת בפגיעה באינטרס ציבורי. ברשימה זו נציב קריטריונים להבחנה בין מעשה או מחדל של המדינה אשר פוגע בזכות יסוד לבין מעשה הפוגע באינטרס הציבורי המגן על ערך המוגן בחוקי־היסוד. הטענה המרכזית במאמר היא כי אין להכיר בכל פעולה שלטונית העשויה להגדיל את מספר הפגיעות בחיים, בגוף, בכבוד האדם או בקניין כפגיעה בזכות יסוד. כדי שפעולה תיחשב פוגעת בזכות יסוד, על הטוען להצביע על נשאי זכות מסוימים ומוגדרים מספיק, על ישירות הקשר בין הפעולה לפגיעה ועל רמת ודאות גבוהה שהפעולה אכן תוביל לפגיעה בערך המוגן. תזה זו מושתתת על הצדקות מוסריות להבחנה בין זכות לאינטרס, על הצדקות משפטיות־פוזיטיביסטיות להבחנה זו ועל הצדקות מוסדיות שעניינן היקפה של הביקורת השיפוטית.

מבוא. א. חשיבות ההבחנה בין זכויות לאינטרסים ציבוריים במשפט הציבורי. ב. פגיעה בזכות יסוד אחת כדי לצמצם פגיעות ב"זכות" אחרת – פרשת גנימאת. ג. אפיונה של הזכות החוקתית: הצדקות. 1. הצדקות מוסריות להבחנה בין זכות הפרט לאינטרס הציבורי; 2. הצדקות משפטיות־פוזיטיביסטיות; 3. הצדקות מוסדיות: תפקיד הביקורת השיפוטית; **ד. שלוש אינדיקציות לשרטוט הגבול בין הזכות החוקתית המוגנת לאינטרס הציבורי למניעת פגיעות באנשים.** 1. מובחנות (או מסוימות) הפרט; 2. ממשות הסיכון לפגיעה; 3. ישירות; **סיכום.**

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה לדוד אנוך, לאהרן ברק, למאיר דן־כהן, לאלון הראל, לברק מדינה, לאילן סבן, לגידי ספיר, ל־Anne van Aaken, ל־Jules Coleman, למשתתפי הכינוס השנתי לציון יום זכויות האדם הבין־לאומי באוניברסיטת חיפה, 2003, למשתתפי השתלמות השופטים שתרמו בהערותיהם לגרסה קודמת לגיבוש מאמר זה ותודה ליוני אזוב על העזרה במחקר.

מבוא

בעקבות המהפכה החוקתית – ואופן יישומה על ידי הרשות השופטת – התחדד הצורך לשרטט את הגבול בין פגיעה בזכות יסוד, המוגנת בחוקי־היסוד, לבין פגיעה באינטרס ציבורי מוגן. כן נדרשים אנו להבחין בין פעולה שמגֶנה על זכות יסוד מוגנת לבין פעולה שמגנה על אינטרס ציבורי. בבית המשפט העליון קיימות דעות סותרות בסוגיה זו. למשל, בפרשת איחוד המשפחות נחלקו השופטים בשאלה אם חקיקה המגבילה כניסת פלסטינים לישראל לצורך איחוד משפחות צריכה להיתפס כאמצעי להגנה על **הזכות החוקתית** לחיים, או שמא יש לראות בה אמצעי לקידום **האינטרס הציבורי** שבשמירה על ביטחון המדינה.[1] גם בפרשת **גנימאת** נחלקו הדעות בשאלה אם מעצר שמטרתו מניעת גנבות דרוש לקידום האינטרס הציבורי בצמצום העבריינות או שעניינו הוא בזכות הקניין המוגנת של תושבי המדינה.[2] אותה מחלוקת התעוררה גם בפרשת קירש, שבה נדונה החלטת המדינה להפקיע זמן שידור מכל אמצעי השידור במקרה של התקפת טילים על ישראל כדי לצמצם את נזקי ההתקפה. השופטים נחלקו בשאלה אם יש לבחון את הפעולה במשקפי האינטרס הציבורי שבהגנה על אזרחי ישראל או במשקפי זכות היסוד

1 ראו בג״ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ שר הפנים** (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן: פרשת איחוד המשפחות). באותו מקרה נבחנה חוקתיותו של חוק הפוגע בזכותם של אזרחים ישראלים לאיחוד משפחות בישראל עם בני זוגם הפלסטינים. רוב שופטי ההרכב סברו כי החוק פוגע בזכויות חוקתיות של העותרים, ועיקר הדיון נסב סביב חוקתיות הפגיעה. שופטי המיעוט גרסו כי למול זכות העותרים עומד האינטרס הביטחוני, וכי באיזון בין הזכויות החוקתיות לאינטרס זה ידה של הזכות, בנסיבות העניין, גוברת. בקרב שופטי הרוב נשמעה העמדה, כי למול זכויות היסוד של העותרים עומדת ״הזכות לחיים״ של כל תושבי ישראל, אשר גם היא זכות מוגנת.

וכך בפס׳ 16 לפסק דינו מתאר השופט ריבלין את המחלוקת בין השופטים: ״במקרה שלפנינו מבקש הנשיא לתאר את הערך המוגן כאינטרס ציבורי – בטחון הציבור; חברי המשנה לנשיא רואה לנגד עיניו את הזכות לחיים – שהיא, כשלעצמה, זכות יסוד מוגנת במסגרת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשוני זה נודעת חשיבות רבה, כאמור, לעניין בחירת מבחן האיזון המתאים – איזון אופקי או איזון אנכי. אכן, הערך של בטחון הציבור לובש ברגיל דמות ערטילאית, הנטיה היא לראות בו אינטרס של ציבור בלתי מסויים. תכופות גם טיבה של הפגיעה הצפויה בבטחון הציבור אינו מוחשי. זכות האדם לחיים, לעומת זאת, היא זכות קונקרטית ומוחשית. היא זכות אולטימטיבית כמעט, היא זכותם של בני אדם מסויימים לחיים – בני אדם שכל אחד מהם הוא עולם בפני עצמו. היא באה להגן על אנשים מסויימים. כאמור, ההבחנה בין השניים – בין האינטרס לבין הזכות – היא לעתים קשה, והמקרה שבפניני יעיד״. בסופו של דבר מגיע השופט ריבלין למסקנה כי ״הגבולות בין אינטרס הציבור וזכות הפרט – מאבדים במקרה זה מכוחם״. על רקע סיווגו של האינטרס הביטחוני כזכות חוקתית – הזכות לחיים – הצטרף השופט ריבלין לעמדת שופטי הרוב ותמך בהגבלות שקבע החוק על איחוד המשפחות.

2 ראו דנ״פ 2316/95 **גנימאת נ׳ מדינת ישראל** פ״ד מט(4) 589 (1995) (להלן: דנ״פ **גנימאת**).

המוגנת לחיים ושלמות הגוף.[3] בכל המקרים האלו ובאחרים נדרש בית המשפט להכריע בדבר מקומו הנכון של קו הגבול המפריד בין מעשה מדינה (ובכלל זה מחדל) אשר מגן על **זכויות יסוד** מוגנות או פוגע בהן לבין מעשה מדינה שמגן על **אינטרסים ציבוריים** או פוגע בהם. עד כה טרם התקבלה הכרעה אחידה. בסוגיה זו תעסוק רשימה זו.

נקדים ונאמר שלדעתנו החלטת המדינה לשחרר נאשם בגנבה, לאפשר איחוד משפחות של פלסטינים או להימנע מהשתלטות על ערוצי שידור בעת התקפת טילים אינה החלטה הפוגעת בזכויות יסוד גם אם תוצאתה האפשרית היא פגיעה בחיים, בשלמות הגוף או בקניין. העמדה שננסה לבסס היא כי **החובה החוקתית של המדינה, הקבועה בחוק־היסוד, קמה רק כאשר למולה עומדים נשאי זכות מסוימים ומוגדרים, בעלי שם וזהות מובחנים, אשר הפעולה ששוקלת המדינה צפויה לפגוע בהם – אישית – ישירות וברמת ודאות גבוהה.** כדי לבסס פגיעה בזכות אין די בשרטוט תרחישים אפשריים (אפילו אם הם סבירים) ואין די להראות גידול שולי בסיכון הנשקף לזכויותיה של קבוצת אנשים נרחבת. כל עוד זהות הנפגע הפוטנציאלי אינה קונקרטית דייה, כל עוד מתווה הפגיעה אינו ברור וישיר דיו, וכל עוד הסבירות לפגיעה אינה גבוהה מספיק, אין לפנינו פגיעה בזכות חוקתית מוגנת (ולפיכך אף אין מתעוררת החובה החוקתית־משפטית המוטלת על המדינה להגן מפני פגיעה בזכות כאמור). אין פירוש הדבר שהמדינה מנועה במקרה כזה מלקדם את האינטרס הציבורי שבשמירה על ערך החיים, שלמות הגוף או הקניין. כמו כן אין משמעות הדבר שהמדינה מנועה מלפגוע בזכות חוקתית מוגנת כדי להגן על אינטרסים ציבוריים כאמור. אולם במקרה כזה ההגנה על החיים, שלמות הגוף או הקניין היא הגנה על אינטרס ציבורי, ולכן פגיעה בזכות החוקתית לצורך קידומו חייבת להיעשות תוך עמידה בדרישות פסקת ההגבלה. ברשימה זו נבסס עמדה זו ונציג קווים מנחים ראשוניים למקומה של ההבחנה המוצעת בדין החוקתי הישראלי.

מספר מילות אזהרה בטרם נמשיך. רבים דנו בשאלה אילו זכויות ראוי לעגן בחוקה אשר מסמיכה את הרשות השופטת לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית המפרה

3 ראו בג״ץ 2753/03 **קירש נ׳ ראש המטה הכללי של צה״ל** פ״ד נז(6) 359 (2003). במקרה זה נדונה סמכות המשיב להפקיע את כל שידורי הרדיו והטלביזיה למשך 15 דקות במקרה של התקפת טילים על ישראל. כל השופטים הסכימו כי הפעולה פוגעת בזכויות חוקתיות של העותרים, צופי טלביזיה המעוניינים לקבל מידע מערוצים זרים. השופטת דורנר, נאמנה לשיטתה **בגנימאת**, קיבלה את העתירה לאחר שקבעה כי האיזון שערך המשיב בין זכות היסוד של העותר לבין האינטרס שבשמירה על חיי אדם היה לקוי. לעמדתה הצטרף השופט ריבלין (אך השוו לגישתו בפרשת איחוד המשפחות, לעיל ה״ש 1). לעומתם, שופט המיעוט, השופט טירקל, קבע שעל כף המאזניים מונחת, מול הזכות החוקתית של העותר, **הזכות** לחיים שזכתה גם היא למעמד חוקתי. הגבלת הסמכות להפקיע את שידורי הרדיו עלולה לפגוע ביכולת של הרשויות להגן על חיי התושבים במקרה של התקפת טילים. מטעם זה ומטעמים אחרים הוא סבר כי האיזון שערכו המשיבים ראוי.

זכויות.[4] ברשימה זו איננו מבקשים לדון בכך. אנו נצא מן הקיים ונקבל כנתונה את רשימת הזכויות הקבועה בחוק־היסוד כרשימת הזכויות החוקתיות, כמו גם את הפסיקה לפיה בית המשפט מוסמך לבקר חקיקה הפוגעת בזכויות המנויות.[5] נקודת המוצא הפוזיטיבית מותירה מחוץ לגדרי רשימה זו גם את הדיון בהגנה על זכויות היסוד

4 ראו למשל: אנדרי מרמור ״ביקורת שיפוטית בישראל״ **משפט וממשל** ד 133 (1997), הטוען כי הערכים שעוגנו בחוקי־היסוד אינם ראויים למעמדם המיוחד, וכי הביקורת השיפוטית איננה מבטיחה איזון נכון של הערכים המוסריים והפוליטיים המתעוררים בהתדיינות חוקתית; רות גביזון ״על היחסים בין זכויות אזרחיות־פוליטיות ובין זכויות חברתיות־כלכליות״ **זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות בישראל** 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004), הבוחנת את ההצדקות לעיגון חוקתי של הזכויות החברתיות־כלכליות ואת היקף הביקורת השיפוטית הראוי במקרה של פגיעה בזכויות אלו (להלן: גביזון ״על היחסים בין זכויות״); יואב דותן ״בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות״ **זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות בישראל** 69 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004), הטוען כי המחויבות של החברה להגנה על זכויות פוליטיות שונה וחזקה ממחויבותה להגנה על זכויות חברתיות וכי בתי המשפט אינם גוף מתאים להכרעה בשאלות חלוקתיות.

5 ע״א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע״מ נ׳ מגדל כפר שיתופי**, פ״ד מט(4) 221 (1995), שבו קבע בית המשפט העליון כי מעמדם של חוקי־היסוד עליון, וכי לבית המשפט הסמכות המשפטית לקבוע כי אין לנהוג על פי דבר חקיקה הסותר את חוקי־היסוד; בג״ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ׳ שר האוצר**, פ״ד נא(4) 367 (1997), שבו יישם בית המשפט לראשונה את שקבע בפרשת **בנק המזרחי** ביחס לחוק־יסוד: חופש העיסוק, בקבעו כי ההגבלות שנקבעו בחוק, ולפיהן על מנהלי השקעות בעלי ניסיון מסוים לגשת לבחינות כתנאי להמשך עיסוק, פוגעות בזכות החוקתית המוגנת – חופש העיסוק – באופן שאינו מידתי; בג״ץ 6055/95 **צמח נ׳ שר הביטחון**, פ״ד נג(5) 241 (1999), שבו יישם לראשונה בית המשפט את אשר קבע בפרשת בנק המזרחי ביחס לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס״ח התשנ״ב 1391 (להלן: חוק־היסוד), בקבעו כי אין לנהוג לפי סעיף בחוק השיפוט הצבאי המקנה סמכות למפקד צבאי לעצור חייל לתקופה של 96 שעות, שכן סעיף זה סותר הזכות לחירות ממעצר או מאסר המוגנת בחוק־היסוד; בג״ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ׳ יו״ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה**, פ״ד נז(1) 750 (2003) (בו יישם בית המשפט באופן חלקי את האמור בפרשת בנק המזרחי באשר לחוקי־יסוד שהתקבלו לפני 1992, בקבעו כי יש להימנע מפרשנות לפיה חוק הבחירות (דרכי תעמולה) צמצם את סמכותו של בית המשפט לבחון את חוקיות החלטותיו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית הנוגעות לאישור תשדירי בחירות או פסילתם, סמכות הכלולה בסעיף 15(ג) לחוק־יסוד: השפיטה. לדיון מקיף במעמדם של חוקי־היסוד ראו אריאל בנדור ״המעמד המשפטי של חוקי־יסוד״ **ספר ברנזון** כרך שני – בני סברה 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). לביקורת על פרשנות בית המשפט בפרשת **בנק המזרחי** ראו: רות גביזון ״המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?״ **משפטים** כח 21 (1997); עלי זלצברגר וסנדי קדר ״המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית בישראל לפי חוקי היסוד החדשים״ **משפט וממשל** ד 489 (1998). ולאחרונה ראו אהרן ברק ״המהפכה החוקתית – בת מצווה״ **משפט ועסקים** א 3 (2004); הלל סומר ״מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית״ **משפט ועסקים** א 59 (2004).

הנובעות ממקורות משפטיים או מוסריים שאינם חוק־היסוד.[6] כמו כן ולשם הפשטות, לא נרחיב במחלוקת בדבר היקף התפרסותה של הזכות לכבוד או של זכויות אחרות בחוק־היסוד[7] אלא נעסוק באותם המקרים בהם הערך המוגן הוא מסוג הערכים המוגנים על ידי זכויות המנויות בחוק־היסוד במפורש, כגון ערך החיים, שלמות הגוף והקניין.[8] כפועל יוצא מכך לא נעסוק בשאלה המושגית המופשטת שתרה אחר ההבדל בין אינטרס משפטי לזכות משפטית באשר הם, ולו משום שמאמר זה מתמקד במצבים בהם הערך המוגן העלול להיפגע על ידי המדינה הוא מסוג הערכים שניצבים ביסוד זכויות ואינטרסים כאחד. לבסוף לא נעסוק גם בשאלת מעמדן של זכויות קבוצה על פי חוקי־היסוד אלא ננתח את הסוגיה על פי הפרדיגמה המקובלת, לפיה הזכויות המוגנות הן זכויות אדם, משמע זכויות הפרט.[9] השאלה שנשאל היא באילו תנאים נאמר כי פגיעה

6 ראו למשל בג״ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ׳ הכנסת**, פס׳ 11 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 11.5.2006). בדעת מיעוט קובע חשין כי ״הפירמידה המשפטית בנויה אפוא על ערכי־העומק של החברה והמדינה [...] וגם הכנסת – שהיא עצמה חיה מכוחם – תכוף ראשה לפני אותם ערכים״. (להלן: פרשת גיוס בני הישיבות); דבריו של השופט (כתוארו אז) ברק בבג״ץ 142/89 **תנועת לאו״ר – לב אחד ורוח חדשה נ׳ יושב־ראש הכנסת**, פ״ד מד(3) 529, 554 (1990): ״באופן עקרוני־תורתי, קיימת אפשרות שבית־משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק־יסוד משוריין [...]״; בג״ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד נט(2) 481, פס׳ 23, 27 לפסק דינו של השופט לוי (2005): ״ייצוג שאינו לפי רצון הבוחרים, חותר תחת עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית – ובראשם עיקרון הייצוגיות [...]״, ובהמשך: ״זוהי תוצאה קשה ובלתי סבירה באשר כרוך בה עיוות רצונו של הבוחר, ועל כן לא די כי נתריע מפניה, ואנו מצווים לקום ולעשות מעשה כדי למנוע אותה״ (להלן: פרשת ההתנתקות).

7 ראו למשל: הלל סומר ״הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפיכה החוקתית״ **משפטים** כח 257 (1997); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 417–420 (1994); יהודית קרפ ״מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו״ **משפטים** כה 129 (1995); דליה דורנר ״בין שוויון לכבוד האדם״ **ספר שמגר** חלק א 9 (2003); אמנון רייכמן ״כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית״ **משפט וממשל** ז 469 (2005) (להלן: אמנון רייכמן ״כבוד האדם מלא עולם״); פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה״ש 6, פס׳ 31–35 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; בג״ץ 2557/05 **מטה הרוב נ׳ משטרת ישראל**, פס׳ 11–15 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006).

8 למשל, ייתכן שהחלטה לשדר בשבת כתבה בניגוד לרצונם של אנשים דתיים המופיעים בה אינה פוגעת בזכות מוגנת אף על פי שמדובר בפגיעה ישירה ודאית בקבוצה מסוימת של אנשים, מכיוון שהערך הנפגע אינו זוכה להגנה חוקתית כזכות יסוד (ראו בג״ץ 1514/01 **גור אריה נ׳ הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פ״ד נה(4) 267 (2001), שם נקבע כי שידור כתבה על אנשים בשבת בניגוד לרצונם פוגע רק ברגשות הדת שלהם ולא בזכותם החוקתית לחופש דת).

9 שאלת מעמדה של הזכות הקבוצתית בישראל אינה קלה. הדיון העוסק בסוגיה אינו מועיל בהקשר שלנו, שכן הוא עוסק ביחס שבין זכויות הקבוצה לאינטרס הכלל, במתח שבין זכויות הקבוצה

nevo.co.il

אפשרית בחייו, גופו או קניינו של אדם תיחשב פגיעה של המדינה בזכותו החוקתית. במילים אחרות, ענייננו בהגדרת אחריותה המשפטית של המדינה להגנה על זכויות חוקתיות, אחריות אשר בית המשפט מופקד על אכיפתה.[10] כיוון שהשאלה שלנו נוגעת לחובות המדינה בלבד, לא נתייחס במסגרת זו לתוקפן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי, ונניח לצורך הדיון והדוגמאות כי החובות החוקתיות מוטלות על המדינה בלבד.[11]

המשך המאמר יחולק כך: בפרק הבא נעמוד על חשיבות ההבחנה בין זכויות חוקתיות לאינטרסים אחרים בדין הישראלי, ובמסגרת זו נעסוק גם בגישות המקובלות במשפט המשווה לסוגיה זו. בפרק שלאחריו נפרוס ביתר פירוט את הוויכוח בשאלה זו כפי שהתגלע עד כה בפסיקה בישראל. בהמשך נציג את ההצדקות השונות להבחנה שבין פגיעה בזכות החוקתית לפגיעה באינטרס הציבור. בפרק הרביעי נציע אינדיקציות המסייעות בתיחום קו הגבול בין פגיעה בזכות החוקתית לבין פגיעה באינטרס הציבורי. הפרק האחרון יסכם את הרשימה.

לזכויות הפרט או בהתנגשות שבין שתי זכויות קבוצתיות. ההנחה שביסוד הדיון בישראל היא שנדרשת קבוצה ייחודית כדי להקים זכות קבוצה, ולכן אי אפשר לדבר על אינטרס המשותף לכלל תושבי המדינה כזכות קבוצה. לדיון בזכויות קבוצה בישראל, בהקשר השסע הלאומי, ראו אילן סבן ״הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי־פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו״ **עיוני משפט** כו 241 (2002). עם זאת, העובדה שהדיון בישראל עוצב כך עד כה אינה שוללת את האפשרות לבחון את תקופתה של נקודת מוצא זו. דיון זה, מטבע הדברים, מצריך מאמר בפני עצמו.

10 להבחנה בין עצם קיומן של זכויות אדם לבין המישור המוסדי – דהיינו אופן אכיפתן במשפט המדינה – ראו גביזון ״על היחסים בין זכויות״, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 29–40. ראו גם יוסף מ׳ אדרעי ״על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיבית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם״ **משפטים** כח 461, 465–466 (1997), הטוען לפחות לגבי חלק מן הזכויות החוקתיות כי ״מגילה המכילה זכויות ועקרונות [...] אינה חוקה קונסטיטוטיבית כי אם דקלרטיבית. לא החוקה הכתובה היא שיוצרת את הזכויות; היא רק מכריזה על קיומן״.

11 יש הטוענים כי בישראל יש לזכויות היסוד גם תחולה מסוימת, אף כי מוגבלת יותר, ביחסים בין פרטים. ראו אהרן ברק ״זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי״ **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163 (יצחק זמיר עורך, 1993). לעמדה עקרונית נוגדת, בהקשר הקנדי, ראו: Amnon Reichman, *Charter Free Domain: In Defense of Dolphin Delivery*, 35 U.B.C. L. REV. 329 (2002). כמו כן מבחינה טכנית אין צורך להיזקק למשפט החוקתי בעתירה נגד המִנהל, שכן די במשפט המנהלי (ככל שזה עודכן בעקבות המהפכה החוקתית). עם זאת ברשימה זו נתייחס לזכות החוקתית כמטילה חובה על רשויות המדינה כולן, כאמור בפסקת הכיבוד בחוקי־היסוד. כמו כן, לא נעסוק בתחולת המשפט הציבורי על גופים דו־מהותיים. ראו ע״א 3414/93 **שמחה און נ׳ מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע״מ**, פ״ד מט(3) 196 (1995).

א. חשיבות ההבחנה בין זכויות לאינטרסים ציבוריים במשפט הציבורי

להבחנה בין זכות חוקתית לאינטרס ציבורי יכולה להיות השלכה חשובה על תוצאות התדיינויות משפטיות. ראשית, מעמדה המשפטי של זכות יסוד מוגנת שונה ממעמדו המשפטי של אינטרס ציבורי. כידוע, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו[12] מעניק הגנה חוקתית לזכויות האדם המנויות בו. חוק הפוגע בזכות מוגנת באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה אינו חוקתי. מבנה זה נשען על ההבחנה בין זכות פרט מוגנת ובין אינטרס שאינו זכות כזו; מעשה שלטוני הפוגע בזכות המוגנת מהווה עילה ה״מעירה״ את חוק־היסוד, ואילו אינטרס (דוגמת אינטרס הכלל) מובא בחשבון רק במסגרת הדיון בפסקת ההגבלה, אשר נועד לבחון אם הפגיעה בזכות מוצדקת. לפי מבנה זה ייתכן שחוק ייפסל בשל פגיעתו בזכות מוגנת, אך אין לבית המשפט סמכות לפסלו אם הוא פוגע באינטרס ציבורי. זאת ועוד, כשלאדם זכות חוקתית, עומדת למולה חובה חוקתית של המדינה שהשתחררות ממנה אפשרית רק במסגרת פסקת ההגבלה. מנגד, האינטרס הציבורי אינו מטיל על המדינה חובה משפטית דומה.[13] לדוגמה, אם המדינה חייבת לפעול למניעת פגיעות בחיים, בגוף או ברכוש הנגרמות עקב מעשי טרור, הוראות חוק המקשות על רשויות הביטחון להילחם בטרור – ובכך מקשות על המדינה להגן על הזכות לחיים ולשלמות הגוף – עשויות להימצא בלתי חוקתיות ולהיפסל.[14] בדומה לכך, אם מוטלת על המדינה חובה חוקתית לצמצם את האלימות כחלק מחובתה החוקתית להגן על הזכות לשלמות הגוף, הרי שהוראת חוק הפוטרת אדם שביצע פעולות אלימות מאחריות פלילית עומדת בסתירה לחובתה זו של המדינה, ולכן עשויה להימצא בלתי

12 הניתוח במאמר תקף גם לזכות המוגנת בחוק־יסוד: חופש העיסוק, אולם לשם הפשטות נציג את טיעונינו בעיקר בהתייחס לחוק־היסוד.

13 ייתכנו מקרים שבהם הימנעות המדינה מלקדם אינטרס ציבורי כלשהו באופן מספק תחרוג ממתחם הסבירות, ולכן בית המשפט יאכוף על המדינה לקדם אינטרס זה, אולם מקרים אלו חריגים יחסית, והיקף הביקורת השיפוטית בהיעדר פגיעה בזכות מוגבל הרבה יותר. על כל פנים, ביקורת על סמך עילת הסבירות אפשרית נגד המנהל אך לא נגד המחוקק, גם אם האחרון פעל באופן לא סביר מאחר שלא חוקק חוק המסמיך את המִנהל לקדם אינטרס ציבורי כלשהו. להרחבה ראו מיכל טמיר ״על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג״ץ 5636/01 בקמן נ׳ שר העבודה והרווחה״ **הפרקליט** נ 185 (2008).

14 טלו למשל את החוק האוסר איחוד משפחות של פלסטינים בישראל, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס״ג–2003 אשר הפסיקה בעניינו נדונה לעיל בה״ש 1: אם נראה בחוק מקדם את הזכות לחיים, העובדה שהחוק אינו אוסר על כניסתם של מהגרי עבודה יומיים לישראל עלולה להוביל לפסילתו, שכן לכאורה בכך החוק אינו עושה די כדי להגן על הזכות לחיים. לביקורת על החוק ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן ״מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תשס״ג–2003״ **משפט וממשל** ח 643 (2005).

חוקתית ולהיפסל. מנגד אם מניעת טרור או אלימות בנסיבות אלו היא בגדר אינטרס ציבורי, אזי חוק־היסוד אינו מגביל את הכנסת מלחוקק חוקים המקשים על פעילות מניעתית כזו.

ואכן, במספר מקומות בעולם קבעו בתי משפט כי על המדינה מוטלת חובה לקבוע הוראות חוק פליליות או לאכוף הוראות כאלו ובכך לפגוע למעשה בחירות ממאסר כחלק מחובתה החוקתית למנוע מעשים אלימים. לדוגמה, בית המשפט החוקתי של גרמניה קבע כי המחוקק חייב לקבוע איסור פלילי על הפלות, אשר לפי עמדת בית המשפט פוגעות בזכות לחיים של העובר.[15] גם בית המשפט האירופי לזכויות אדם קבע כי הימנעות של מדינה מקביעת איסורים פליליים מרתיעים למניעת אלימות במשפחה עלולה להיות הפרה של זכות הנפגעים שלא לסבול יחס בלתי אנושי ומשפיל, זכות המוגנת באמנה האירופית לזכויות האדם.[16] במקרה אחר נקבע כי הימנעות הרשויות מהוצאת ילדים שסבלו מהתעללות ממשמורת אמם היא הפרה של הוראות האמנה.[17]

במקרים הללו הרשות השיפוטית קבעה כי על המדינה מוטלת חובה על־חוקית, להגן על אנשים (ילדים או עוברים) מפני פגיעות על ידי אחרים. למעשה, בכל אותם מקרים חויבה המדינה לפגוע בזכויות חוקתיות של אותם אחרים, כגון בחירותם ממאסר או בזכות לשלמות המשפחה, כדי למנוע מהם לפגוע בילדים או בעוברים.[18] אם מניעת אלימות או הפלות היא רק אינטרס ציבורי, אין מקום לביקורת שיפוטית על חקיקה כזו.

15 להחלטת בית המשפט מתורגמת לאנגלית ראו Robert E. Jonas & John D. Gorby, *West German Abortion Decision: A Contrast to Roe v. Wade*, 9 J. MARSHALL J. PRAC. & PROC. 551 (1976). כעשרים שנים לאחר מכן שינה בית המשפט החוקתי של גרמניה את עמדתו וקבע כי המדינה רשאית להגן על זכות העובר לחיים גם באמצעים אחרים שאינם פליליים. ראו SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES 144–145 (1999).

16 ראו A. v. United Kingdom, 25599/94 Eur. Ct. H.R. 85 (1998) (להלן: פרשת *A.v. United Kingdom*). באותו מקרה נדונה עתירה של ילד שסבל מהתעללות מצד אביו החורג. האב זוכה בהליך הפלילי כשהתגונן בטענה כי הענישה הגופנית הייתה סבירה בחומרתה. בית הדין קבע כי הממלכה המאוחדת הפרה את חובתה על פי האמנה מכיוון שהדין שלה, שהעניק הגנה למי שתוקף את ילדיו לשם חינוכם, לא הבטיח הגנה מספקת לזכות של הילדים שלא לסבול מיחס בלתי אנושי.

17 במקרה הראשון חויבה גרמניה לפגוע בזכותה של אישה בהיריון לחירות והגדרה עצמית, המוגנת בחוק־היסוד הגרמני, כדי למנוע ממנה לפגוע בחיי העובר. בפרשת *A. v. United Kingdom*, שם, נקבעה חובה לפגוע בחירות האב החורג ממאסר, זכות המוגנת בסעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות האדם, כ״א 24 (נפתחה לחתימה ב־1945) (אושררה ונכנסה לתוקף ב־1950) כדי לספק הרתעה שתגן על ילדים מפני התעללות. בפרשת *Z. v. United Kingdom* חויבה המדינה לפגוע בזכות לכיבוד הפרטיות וחיי המשפחה, המוגנת בסעיף 8 לאמנה, כדי להגן על הילדים מפני יחס בלתי אנושי. ראו Z. v. United Kingdom, 29392/95 Eur. Ct. H.R. 333 (2001).

18 ראו גם החלטת בית המשפט האירופי לזכויות האדם בפרשת E. v. United Kingdom, 33218/96 Eur. Ct. H.R. 769 (2002), שקבעה כי הממלכה המאוחדת הפרה את חובתה על פי האמנה

קל אפוא לראות כי הענקת מעמד של זכות חוקתית לעניינים שנחשבו עד כה לאינטרס הציבור תרחיב את קשת המצבים שבהם קמה על המדינה חובה חוקתית לפגוע בזכות של פלוני כדי להגן על זכותו של אלמוני.[19]

יובהר כי אין פירוש הדבר כי לא תיתכן הוראה חוקתית המגנה על עקרון יסוד או נתון יסוד חוקתי אותם אפשר אולי להבין כסוג של אינטרס ציבורי. עם הקביעה כי כל חוקי־היסוד בישראל (ולשיטת שופטים מסוימים גם עקרונות יסוד בלתי כתובים) נהנים ממעמד חוקתי מתבקשת המסקנה כי עקרונות או נתוני היסוד המעוגנים באותם חוקי־יסוד זוכים למעמד על־חוקי, ובית המשפט רשאי להכריז על בטלותו של חוק העומד בסתירה להם.[20] עם זאת עניינו אינו בכל הוראה חוקתית אלא בהגנה החוקתית

האירופית לזכויות אדם, לעיל ה״ש 17, בכך שרשויותיה התרשלו בהספקת הגנה לילדים שסבלו מהתעללות מינית.

19 ראו לדוגמה אהרן ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 365: ״הכנסת עשויה להידרש, אפוא, לנקוט בפעולת חקיקה הדרושה כדי להגן על חייו, גופו או כבודו של האדם מפני פגיעה בהם על־ידי הזולת [...]״. למשל, בהקשר הפלילי תאפשר חובה חוקתית למנוע עבירות, המוטלת על המדינה, להשתמש בחוק־היסוד כחרב נגד הנאשם ולא רק כמגן. לדוגמה, ייתכן שנגיע למסקנה כי משזכתה זכות הנפגע לחייו ולכבודו להגנה חוקתית, יש לתת לה משקל־יתר, וכדי למנוע את הסיכון הנשקף לזכות זו יש לעצור את הנאשם. על פי גישה זו, חקיקת חוק־היסוד יכולה לשמש הצדקה לצמצום זכות של נאשם בפלילים לחקירה נגדית בשל החובה להגן על פרטיות העד. גם אין לשלול, על פניו, את הרחבתה של הפגיעה בחירותו של הנאשם ממאסר כדי להגן על כבודם של נפגעי עבירה בפועל או בכוח. בע״פ 4890/01 **פלוני נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נו(1) 594, 605–606 (2001) נקבע כי יש להחמיר בדינם של עברייני מין כדי להבטיח הגנה לכבוד האדם של נפגעי העבירות. ראו גם ע״פ 1899/04 **ליבוביץ נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נט(5) 934, 944 (2005): ״כך למשל כאשר הנאשם מורשע בביצוע עבירות מין חמורות בכמה קורבנות, ראוי ליתן משקל לאינטרס העצמאי של כל אחד מהקורבנות לשלמות גופו ונפשו ולכבודו כאדם על דרך של הטלת עונשים מצטברים בגין אותם מעשים״. יצוין כי בפסקי הדין לא הובהר מה הבסיס לטענה שהחמרה בדינו של הנאשם תגן על כבוד נפגע העבירה. ראו גם ע״פ 9937/01 **חורב נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נח(6) 738, 748 (2004). ראו גם יהודית קרפ ״המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו״ **הפרקליט** מב 64, 120 (1995) (להלן: קרפ ״המשפט הפלילי״): ״אפשר [...] שעם חקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נשתנו עמו גם הנקודות הגיאומטריות של האיזונים במשפט הפלילי ונוצרו משקולות חדשים במאזני הצדק, המקדמים, כעניין הטבוע בשיטה, גם את עשיית הצדק עם נפגע העבירה״. השוו גם לגישתו של בית הדין האירופי לזכויות האדם בפרשת *A. v. United Kingdom*, לעיל ה״ש 16.

20 ראו למשל את העתירה נגד הפרטת בתי הסוהר בישראל, בה נטען בין השאר כי החוק עומד בסתירה לסעיף 1 לחוק־יסוד: הממשלה (בג״ץ 2605/05 **חטיבת זכויות האדם נ׳ שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.2009)). בית המשפט בחר שלא להיכנס לעומקה של סוגיה זו (פס׳ 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). כן ראו את דעת המיעוט של השופט א׳ לוי בפרשת ההתנתקות, לעיל ה״ש 6, פס׳ 18–27 לפסק דינו, הפוסלת חוק על סמך סתירה של עקרונות יסוד חוקתיים שאינם בגדר זכות (הפגיעה

של חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם ובקו הגבול בין הזכות לחיים, לגוף, לרכוש וכיוצא באלה, לבין האינטרס הציבורי שבהגנה על ערכים אלו. לפיכך במסגרת זו איננו נדרשים לעסוק בהגנה החוקתית על אינטרסים ציבוריים בחוקי־יסוד אחרים, ככל שזו קיימת בשיטת המשפט הישראלית.

שנית, שרטוט קו הגבול בין הזכות החוקתית לאינטרס הציבור חשוב לשאלת האיזון במקרה שבו המדינה פוגעת בזכות מוגנת אחרת. במקרה כזה חשוב לקבוע אם המדינה פועלת לשם הגנה על זכות חוקתית או לשם הגנה על אינטרס הציבור, משום שלפי הדוקטרינה המקובלת בישראל, סוג האיזון שיש לערוך כאשר שתי זכויות יסוד מתנגשות שונה מזה שייערך מקום שבו זכות מתנגשת עם אינטרס:[21] בין זכויות מקובל לערוך איזון ״אופקי״ (או פנימי), ואילו האיזון שנערך בין זכות לבין אינטרס יהיה איזון ״אנכי״ (או חיצוני).[22] זאת ועוד, כאשר הערך העומד למול הזכות החוקתית הנפגעת הוא זכות

באמון הציבור והבוחר הגלומה בחקיקה שיוזמת מפלגת השלטון בניגוד לעקרון מרכזי במצעה). כך גם גישתו של השופט חשין בפרשת גיוס בני הישיבות, לעיל ה״ש 6, פס׳ 27–30, 47–52, 56–66, שקבע בדעת מיעוט כי הפגיעה של ״חוק טל״ בעקרונות הדמוקרטיה מחייבת ביטולו של החוק.

21 נציין כי מבחני האיזון שאומצו בפסיקה אינם חד־חד־ערכיים, ולפיכך אי אפשר לדון דיון מפורט בהשלכה המדויקת של סוג האיזון שייבחר על תוצאות האיזון במסגרת רשימה זו. לדיון בנושא ראו למשל גדעון ספיר ״ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות״ **מחקרי משפט** כב 471 (2006), המבקר את השופטים ברק ודורנר על כי במסגרת האיזון החיצוני הם לעתים בוחרים באיזון אנכי, המחייב הכרעה בין האינטרס לזכות, ולעתים במבחני המידתיות, המקנים מעמד רם יותר לפשרה בין האינטרס לזכות, ומציע להעדיף גישה של פשרה במסגרת מבחן המידתיות, על פיה לפני כל הכרעה בינרית יש לבחון מבין אמצעים חלופיים תוך התחשבות הן במידת ההגשמה של האינטרס והן במידת הפגיעה בזכות; מיכאל דן בירנהק ״הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית־המשפט העליון בהכרעות חוקתיות ערכיות״ **מחקרי משפט** יט 591 (2003), הטוען כי נוסחאות האיזון המוצגות כמדעיות ואופן סיווג השיקולים כזכויות או אינטרסים משמשים כלי להסוואת השיקולים האמתיים שבבסיס ההכרעות הערכיות של בית המשפט; יוסף מ׳ אדרעי ״על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיבית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם״ **משפטים** כח 461, 517 (תשנ״ז–1997) (סבור כי על פסקת ההגבלה לשמש רק לצורך איזון פנימי בין זכויות יסוד, ואין לערוך איזון חיצוני במסגרתה, שכן אין זה ראוי שבית המשפט יידרש להחלטות בדבר עדיפותו של אינטרס על פני זכות בלא שהחברה קבעה מדרג ערכי לערכים ולאינטרסים הרלוונטיים).

22 לתיאור הדוקטרינה המקובלת, ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 381, 383–388. כפי שנקבע בפרשת **קול העם**, להלן ה״ש 70, איזון אנכי מעמיד את ליבת האינטרס הציבורי מעל ליבת הזכות, ואילו איזון אופקי מעניק מעמד שווה לזכויות או לאינטרסים המתנגשים. כמו כן ראו: בג״ץ 1435/03 **פלונית נ׳ בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה**, פ״ד נח(1) 529, פס׳ 11–13 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003); פרשת **גור אריה**, לעיל ה״ש 8, פס׳ 8–13 לפסק דינו של הנשיא ברק ופס׳ 1–8 לפסק דינה של השופטת דורנר; בג״ץ 2481/93 **דיין נ׳ מפקד מחוז ירושלים**, פ״ד מח(2) 456, פס׳ 20–22 ו־28–34 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק (1994). ראו גם פס׳ 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש בדעת מיעוט בבג״ץ 10203/03 **״המפקד הלאומי״ בע״מ נ׳**

חוקתית אחרת ולא אינטרס ציבורי, ספק אם פונים לפסקת ההגבלה לצורך האיזון, ואם נעשית פנייה כזו, אין מפעילים את פסקת ההגבלה באופן המטיל נטל של ממש על המדינה להראות שהפגיעה בזכות היא מינימלית (שכן הפגיעה נדרשת לשם הגנה על זכות אחרת, שאף היא תיפגע ללא התערבות המדינה).[23]

היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008), שם קבעה הנשיאה כי: ״לפי הטענה, לשם בחינת חוקתיות האיסור על שידור פרסומות פוליטיות, יש לאזן בין חופש הביטוי של החפץ לפרסם, לבין חופש הביטוי של כלל אזרחי המדינה הזכאים לקבל מידע אמין ומאוזן מכלי התקשורת. לטענת בא־כוח המדינה, מדובר באיזון אופקי בין שתי זכויות שוות־מעמד, שיש לבססו על פשרה וויתור הדדי של שתי זכויות האחת כלפי רעותה [...] אין בידי להסכים לטענות אלה. אל מול חופש הביטוי הפוליטי של המבקשים לפרסם פרסומות פוליטיות, לא ניצבת זכות של פרט או של קבוצה מוגדרת של פרטים בציבור, אלא אינטרס ציבורי־כללי של בני החברה לקבלת מידע אמין ומאוזן מכלי התקשורת. בהתחשב בכך, האיסור המוחלט על שידור פרסומות פוליטיות מצריך בעיקרו של דבר איזון אנכי בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי־כללי, ולא איזון אופקי בין שתי זכויות שוות־מעמד כנטען על־ידי בא־כוח המדינה״.

23 שם; כן ראו ע״א 506/88 **שפר (קטינה) נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מח(1) 87, 105 (1993), שם קובע המשנה לנשיא אלון כי אין לפנות לפסקת ההגבלה כאשר מאזנים בין שתי זכויות המעוגנות בחוק־היסוד: ״אמנם כן, סעיף 8 האמור עניינו במקרה של חקיקת חוק אחר שיש בו משום פגיעה בזכות מזכויות העל שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין המדובר בו כאשר ׳פגיעה׳ כזו עולה במקרה מסוים בין שתי זכויות יסוד המצויות בחוק־יסוד זה גופו [...]״; ראו גם פרשת **גור אריה**, לעיל ה״ש 8; לעמדה דומה ראו גם ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 383–384, וכן אהרן ברק ״זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות״ **משפט וממשל** א 253, 264, 266 (1993) (״׳פסקת ההגבלה׳ קובעת את נוסחת האיזון ה׳חיצוני׳ [...] עיון בחוקי היסוד מגלה, כי אין בהם כל נוסחת איזון ׳פנימי׳״ ובהמשך: ״לשם איזון בין זכויות האדם הקבועות בחוק־היסוד, בינן לבין עצמן, אין ׳פסקת ההגבלה׳ חלה. האיזון נערך בלעדיה״. עם זאת אפשר לאתר בשנים האחרונות בפסיקת בג״ץ מגמה להשתמש בעקרונותיה של פסקת ההגבלה גם לצורך איזון בין שתי זכויות אדם חוקתיות. ראו לדוגמה בג״ץ 7862/04 **אבו דאהר נ׳ מפקד כוחות צה״ל ביהודה ושומרון**, פ״ד נט(5) 368, פס׳ 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ׳יה (2005) (איזון בין זכות האדם להגנה על החיים ועל שלמות הגוף לבין הזכות לקניין, תוך קביעה ש״אמות המידה לעריכת האיזון הראוי בין הערכים הנוגדים מונחית על פי העקרונות הקבועים בפיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק־היסוד, המקשרים כיום בין חוק־היסוד לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי״). ראו גם בג״ץ 10356/02 **הס נ׳ מפקד כוחות צה״ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז**, נח(3) 443, 467 (2004) (איזון בין הזכות לדת ולפולחן מול הזכות לקניין, תחת ההנחה שהן זכויות שוות מעמד. עריכת האיזון היא ״[...] ברוח עקרונות פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. עקרונות אלה מקשרים כיום בין חוק־היסוד לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי [...] הם משקפים נוסחת איזון כללית המניחה כי בין זכויות חוקתיות שוות מעמד אין לתת הגנה מלאה לזכות האחת על חשבון פגיעה מלאה בזכות האחרת, אלא יש לחתור לקיומן בצוותא תוך אפשרות גריעה הדדית מהן״). יש לשים לב שגם במקרים שבהם האיזון בין שתי זכויות שוות מעמד נערך ברוח עקרונות פסקת ההגבלה, נמנע בית המשפט מלהחיל את מבחניה של פסקת ההגבלה החלה דווקנית. בספרות המשפטית בישראל קיימת מחלוקת באשר לסוג

הסיווג חשוב גם במצב בו מתבקש בית המשפט לבחון מחדש דוקטרינה שגובשה בפסיקה לפני חקיקת חוקי־היסוד. כפי שנפרט בהמשך, סוגיה זו הובהרה בפרשת **גנימאת**, שם קבעו השופטים ברק ודורנר כי חוק־היסוד העלה את משקלה של החירות ממעצר במערך האיזונים המשפיעים על דיני המעצרים, ומנגד קבע הנשיא שמגר כי גם לזכויות הנפגעים בכוח מעבירות פליליות מעמד חוקתי, ולכן לשיטתו משקלם של כל הערכים הרלוונטיים עלה בלא שנוצר שינוי במשקלם היחסי.[24]

בחירת מבחן איזון שונה (אנכי או אופקי), אופן יישום פסקת ההגבלה או החובה לבחון את ״הזזת״ נקודת האיזון אינם אך עניין תאורטי; בכל אחד ממרכיבים משפטיים אלה, הנגזרים מסיווג הערך המוגן כזכות או כאינטרס ציבורי, טמון פוטנציאל להוביל להכרעה שיפוטית שונה. בפרשת **קירש** למשל סברו שופטי הרוב כי הצורך לצמצם את הנזקים הצפויים מהתקפת טילים על ישראל הוא **אינטרס**, ובנסיבות המקרה ידו על התחתונה. שופט המיעוט קבע כי עניינו **בזכות** תושבי המדינה לחיים, ובאיזון בינה לבין חופש הביטוי – ידה על העליונה.[25] דיון דומה נערך בפרשת איחוד המשפחות: השופט ריבלין נימק את החלטתו לדחות את העתירה בטענה שהסיכון הביטחוני שנגרם עקב איחוד המשפחות פוגע **בזכות** לחיים של תושבי המדינה, ואילו שופטי המיעוט סברו כי הסיכון לביטחון המדינה אינו זכות אלא **אינטרס** ציבורי, וכך הגיעו לתוצאה שונה. להכרעה בדבר סוג האיזון הראוי עשויה להיות השלכה גם כאשר המדינה מקימה משטר רישוי הפוגע בחופש העיסוק כדי לצמצם את החשש שרופא בלתי מוכשר יסכן את חיי מטופליו,[26] או שחוקר פרטי יפגע בצנעת הפרט של נחקריו[27] ועוד. בכל מקרה כזה –

האיזון שיש לנקוט כדי לאזן בין זכויות חוקתיות לבין עצמן ובינן לבין אינטרסים. ראו למשל: אדרעי, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 517, הסבור כי פסקת ההגבלה עוסקת רק באיזון בין זכויות יסוד, ואילו מקום שבו זכות חוקתית מוגנת מתנגשת עם אינטרס, אין מקום לאיזון כלל; אהרון יורן ״היקף ההגנה החוקתית על הקניין״ **משפטים** כח 443, 449–450 (1997) (פסקת ההגבלה מופנית הן לחקיקה הפוגעת בזכות כדי להגן על זכות והן לחקיקה הפוגעת בזכות כדי להגן על אינטרס אחר); יצחק זמיר, משה סובל ״השוויון בפני החוק״ **משפט וממשל** ה 165, 214–215 (2000) (הגורסים כי ההבחנה בין איזון אופקי לאנכי אינה נקייה מספקות). לשאלה אם האיזון החיצוני לפי פסקת ההגבלה מאמץ את מבחני האיזון האנכי שנקבעו בפסיקה שקדמה לחוק־היסוד ראו גדעון ספיר, לעיל ה״ש 21, הטוען כי הפסיקה השתמשה במבחן המידתיות המחייב פשרה בין האינטרסים ובאיזון האנכי, שמטרתו היא הכרעה בין השיקולים, וגורס כי יש להעדיף את הפשרה הקבועה במבחן המידתיות. לשם פשטות הצגת הדברים במאמר זה נכנה איזון בין שתי זכויות חוקתיות איזון פנימי אף כי כאמור בחלק מפסקי הדין הוא מבוצע בהשראת פסקת ההגבלה.

24 ראו דנ״פ **גנימאת**, לעיל ה״ש 2. ראו על כך בהרחבה בפרק הבא.

25 פרשת **קירש**, לעיל ה״ש 3.

26 ראו פקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל״ו–1976, נ״ח 594, הקובעת כללים לרישוי רופאים.

27 ראו חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, תשל״ב–1972, ס״ח 90, הקובע משטר רישוי ובקרה על פעולתם של חוקרים פרטיים.

והדוגמאות רבות[28] – אפשר לטעון כי האינטרס אשר לשם הגשמתו פועלת המדינה יתרום להגנה על זכויות היסוד של תושביה. ובגרסה חזקה יותר – כי המדינה פועלת להגנת זכויותיהם של תושביה. מהלך זה, הנשען על שינוי סרגל האיזון ממצב של זכות אל מול אינטרס למצב של זכות אל מול זכות, מוביל להרחבת כוחה המשפטי של המדינה לפעול באופן הפוגע ישירות בזכויות אדם אחרות.

לסוגיה זו חשיבות גם בשל עליית נְראותו של שיח הזכויות בשני העשורים האחרונים, בין השאר בעקבות חקיקת חוקי־היסוד המגנים על זכויות האדם ובעקבות מגמה גלובלית המציבה את זכויות האדם במרכז השיח המשפטי.[29] בהקשר זה יוזכר כי לשיטתו של ברק, בבסיס המהפכה החוקתית ניצבה החלטתה של הכנסת, לראשונה, להצטרף למשפחת המדינות המגנות על זכויות אדם בכלים חוקתיים (ולאו דווקא למדינות שבהן קיימת ביקורת שיפוטית חוקתית שמטרתה להגן על טובין חברתיים אחרים).[30]

28 האם המדינה רשאית – או שמא אף חייבת? – לכרות עצי מטע כדי שמחבלים לא ינצלו את המטע כמסתור בדרכם לפגוע בשר הביטחון הגר בסמוך? המטע בבעלות העותרת: האם לפנינו מתקל זכויות, או שמא התנגשות בין זכות העותרת לאינטרס שבהגנה על ביטחון השר בביתו? השוו פרשת **אבו דאהר**, לעיל ה״ש 23. נראה כי במקרה זה בית המשפט איזן בין הזכויות לא על פי מבחני פסקת ההגבלה אלא תוך הפעלת מבחנים של איזון אופקי בין שתי זכויות חוקתיות. האם המפקד הצבאי רשאי – או שמא חייב? – להרוס בתים של פלסטינים בחברון כדי להגן על מתפללים יהודים בדרכם למערת המכפלה? החובה שלא לפגוע בזכות הקניין של התושבים נהנית ממעמד חוקתי. אך האם הצורך להגן על המתפללים מפני פגיעה של צדדים שלישיים בחופש הפולחן שלהם הוא אינטרס או זכות המתפללים שכנגדה חובת המדינה? בעניין זה הנשיא ברק מתייחס לסוגיה במסגרת איזון אופקי בין זכויות שוות מעמד. ראו פרשת **חס**, לעיל ה״ש 23. כן ראו: פרשת **פלונית**, לעיל ה״ש 22, בעמ׳ 537–540 (יש לאזן בין הזכות החוקתית לפרטיות לעיקרון החוקתי בדבר פומביות הדיון איזון אופקי).

29 ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 128 (2004). לעליית נראותו של שיח הזכויות בספֵרה הגלובלית ראו בין היתר: JACK DONNELLY, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS (2nd ed. 1998), המאתר את עליית שיח זכויות האדם מ־1945 ומראה את התפקיד שהם מילאו במדינות השונות ובספרה הגלובלית מאז ועד לנפילת חומת ברלין; THE POWER OF HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL NORMS AND DOMESTIC CHANGE (Thomas Risse, Stephen C. Ropp & Kathryn Sikknik eds., 1999), המראים כיצד זכויות אדם המוכרות במשפט הבין־לאומי השפיעו על פועלן הפנימי של מדינות שונות; MICHAEL IGNATIEFF ET AL, HUMAN RIGHTS AS POLITICS AND IDOLATRY (2003), המדגים את מרכזיותו של שיח זכויות האדם ואת השפעתו על השיח הפוליטי תוך אזהרה מפני הפיכתו של שיח זה לסוג של דת עיוורת.

30 ובלשונו: ״הפכנו להיות חלק מהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים. אכן, לקחי מלחמת העולם השנייה, ובמרכזם השואה של העם היהודי, וכן דיכוי זכויות האדם במדינות טוטליטריות, העלו את זכויות האדם על ראש סדר היום העולמי. מסמכים בינלאומיים בדבר זכויות האדם נכרתו. ישראל הצטרפה אליהם. בתי־דין בינלאומיים בדבר זכויות זכויות אדם

יהיו כמובן אלו שיטענו שלמושגים משפטיים אין חשיבות, שכן שופטים יגדירו דבר מה כזכות או כאינטרס על פי התוצאה שאליה הם שואפים להגיע במקרה נתון, אם משיקולי ״פרשנות תכליתית״[31] ואם משיקולים אחרים.[32] אולם גם אם נכונה העמדה ששופטים משתמשים שימוש אינסטרומנטלי מעין זה בסיווג דבר מה כזכות או כאינטרס – ולדעתנו כוחה של טענה זו מוגבל[33] – עדיין כבולים השופטים, מעצם טיבו של השיח המשפטי, לדרישת העקיבות.[34] כפי שציין בזמנו גד טדסקי, השופטים אינם ״חופשיים״ אלא כבולים בדרישות ההנמקה.[35]

עד כתיבת שורות אלו, ועל אף חשיבותה הרבה של ההבחנה בין הגנה על זכויות הפרט והגנה על אינטרסים ציבוריים, פרשת **גנימאת**[36] הייתה המקרה היחיד בו נדונה הסוגיה במסגרת דיון גלוי ומקיף בין שופטי בית המשפט העליון, אלא שבין השופטים שם נתגלעה מחלוקת, שתידון ביתר הרחבה בפרק הבא. מאז פרשת **גנימאת** לא חזר בית המשפט העליון למחלוקת זו בצורה ישירה ולא הכריע בה, אולם הדיה צצים ועולים

הוקמו. החוקות החדשות כוללות פרקים נרחבים – לרוב בראש החוקה, ותוך שריון מיוחד במינו של חלק מהזכויות – בדבר זכויות אדם. הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים הפוגעים בזכויות האדם הפכה לנחלת רוב רובן של המדינות. מהפכה זו לא פסחה גם עלינו. הצטרפנו אליה במרץ 1992״ (פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 352).

31 ראו למשל: דנג״ץ 4601/95 **סרוסי נ׳ בית הדין הארצי לעבודה**, פ״ד נב(4) 817, פס׳ 7–9 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998) (אך ראו את ביקורתה של השופטת דורנר, שם).

32 השוו לביקורת המפורסמת של הרֶאליזם המשפטי המודרני, DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION: FIN DE SIECLE 82–92, 146–156 (1997).

33 השוו לעמדתו של KENNEDY, שם, וכן לעמדתם של LOUIS MICHAEL SEIDMAN & MARK V. TUSHNET, REMNANTS OF BELIEF: CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL ISSUES 117 (1996).

34 ראו RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 87–89 (1986).

35 גד טדסקי ״קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן״ **מסות במשפט** 1 (1978). בהנחה שהמשפט אינו רק אוסף של החלטות נקודתיות חד־פעמיות ובהנחה כי איזון ״אד הוק״ אינו מתיישב עם תורת הפרשנות התכליתית, הדורשת איזונים ״עקרוניים״ (ראו אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 259–266, 462–463 (2003)), הרי שתנודה של שופט מסיווג א׳ לסיווג ב׳ חושפת את השופט לביקורת על שפסיקתו – לכל הפחות במבט ראשון – אינה עקיבה. אין פירוש הדבר ששופטים לעולם מקפידים על העקיבות. למשל, אפשר להצביע על היעדר עקיבות מסוימת בגישתו של השופט ריבלין, אשר בפרשת **קירש** הסכים לעמדה שהגנה על חיי התושבים מפני סיכון ביטחוני היא אינטרס בלבד, ואילו בפרשת איחוד המשפחות הגדיר את אותו שיקול כהגנה על הזכות החוקתית לחיים. ראו: פרשת **קירש**, לעיל ה״ש 3, בעמ׳ 383, ופרשת איחוד המשפחות, לעיל ה״ש 1, פס׳ 15–16 לפסק דינו של השופט ריבלין. אולם כאמור במקרה של חוסר עקיבות הם נדרשים לנמק את הסתירה בדבריהם ולמצוא דרך להראות כי אין מדובר בסתירה. כל אלו מקשים על פסיקה בלתי עקיבה.

36 בש״פ 537/95 **גנימאת נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מט(3) 355 (1995) (להלן: בש״פ **גנימאת**).

בפסיקותיהם של שופטי בית המשפט העליון באופן שאינו בהכרח עקיב.[37] נפנה אפוא לסקירת הדעות שהובעו בפרשת **גנימאת**.

ב. פגיעה בזכות יסוד אחת כדי לצמצם פגיעות ב״זכות״ אחרת – פרשת גנימאת

בפרשת **גנימאת** נדונה שאלת מעצרו של נאשם בגנבות רכב, אשר הוגדרה על ידי בית המשפט כ״מכת מדינה״. השופטים נחלקו בשאלה אם במסגרת הדיבר ״כבוד האדם״ יש לשקול רק את זכויותיו של הנאשם ולאזנן מול האינטרסים של נפגעי העבירה, או שמא

37 למשל, בעע״מ 398/07 **התנועה לחופש המידע נ׳ מדינת ישראל – רשות המיסים** (פורסם בנבו, 23.9.2008) קבעה השופטת ארבל כי ערך השקיפות מוליד זכות לכל אזרח לקבל מידע על עסקאות כופר מס שנחתמו, ובכלל זה זכות לחשוף את שמותיהם של החותמים, וזאת בניגוד לעמדתה של הנשיאה ביניש בנוגע לפרסומות הפוליטיות, הרואה ב״זכות״ הציבור לדעת אינטרס ציבורי (פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה״ש 22). כן אפשר לדלות מן הפסיקה עוד התייחסויות עקיפות לסוגיה, אך הללו אינן עקיבות. למשל, בבג״ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ׳ ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 14.12.2006) קבע הנשיא (בדימוס) ברק בפס׳ 46 לפסק דינו: ״יש לאזן בין חובתה של מדינה לשמור על חיי חייליה ואזרחיה, לבין חובתה לשמור על חייהם של אזרחים תמימים הנפגעים בעת פגיעה במחבלים״. המשנה לנשיאה ריבלין קובע בפס׳ 7 לפסק דינו כי על פעולת סיכול ממוקד לקיים את דרישת המידתיות ״מתוך תפיסה המעניקה משקל מרכזי לזכותה של מדינת ישראל להגן על עצמה ועל חיי אזרחיה, ובד בבד, הרואה כערך יסודי את העקרון בדבר כבוד האדם״. מניסוחים אלה אפשר להסיק, אף שלא נאמר כן במפורש, כי בסוגיית החיסולים מדובר באיזון אופקי, כלומר לאזרחי ולחיילי ישראל עומדת במקרה זה זכות לחיים ולא רק אינטרס לחיים. עם זאת יש להדגיש כי ההתנגשות בפרשה זו היא בין זכות של אזרחי המדינה לזכות של מי שאינם אזרחיה. בפסק דין שניתן בטרם המהפכה החוקתית (עוסק בקבילות ראיה שהושגה באמצעים פסולים) אמר השופט שינבוים כי יש זכות לציבור להרשעת הפושע והיא עשויה לגבור על זכותו של אדם שלא ״יחטטו״ בפרטיותו בג״ץ 249/82 **ועקנין נ׳ בית הדין הצבאי לעירעורים**, פ״ד לז(2) 393, 435 (1983). במקרים אחרים היה בית המשפט נחרץ יותר בקביעתו כי ההגנה מפני פגיעה אפשרית בשלמות הגוף היא אינטרס ציבורי. כך פסק הנשיא ברק בבג״ץ 5100/94 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד נג(4) 817, פס׳ 22–23 לפסק דינו (1999) (להלן: בג״ץ **הועד הציבורי נגד עינויים**), שקבע שפגיעה אפשרית באזרחי המדינה עקב טרור היא פגיעה בביטחון המדינה; בבג״ץ 153/83 **לוי נ׳ מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ״ד לח(2) 393 (1984) נקבע שאלימות בתגובה להפגנה היא פגיעה בשלום הציבור; בבש״פ 22/07 **מדינת ישראל נ׳ זאנו**, פס׳ 8 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 24.1.2007) נמצא כי שחרור נאשמים ברצח (העלול לאפשר להם לשוב ולפגוע באנשים בעצמם או לפגוע בהרתעת עבריינים אחרים) פוגע באינטרס הציבור להיות מוגן, אך בכל המקרים הללו, למרות הקביעות הברורות, לא דן בית המשפט באפשרות לראות באינטרס הציבורי זכות הפרט.

nevo.co.il

תביעתו של הנפגע בפועל או בכוח שלא לסבול מעבירה היא זכות חוקתית היכולה לשמש חרב המכוונת אל הנאשם. פרשה זו מעלה את המקרה הקשה: ההגנה על האינטרס או הזכות – תלוי בסיווג – של נפגע העבירה (בכוח או בפועל) מפני פגיעה (על ידי גורם שאינו המדינה) מחייבת שהמדינה תפגע בזכותו של החשוד. השאלה התמקדה אפוא בבחירה בין הכרה בנפגע העבירה, הממשי והפוטנציאלי, כבעל זכויות יסוד הרלוונטיות להליך הפלילי לבין הכרה בצורך להגן עליו כחלק מהאינטרס הציבורי.

הנשיא שמגר פתח את הדיון בנושא. לגישתו אין בסיס למסקנה כי חוק־היסוד מחייב צמצום השימוש במעצרים. אמנם עם חקיקת חוק־היסוד עלתה זכותו של הנאשם לחירות ממעצר לדרגה חוקתית. עם זאת גם זכויותיהם של נפגעי העבירות, בכוח או בפועל, עלו דרגה.

> חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה, אולם בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. [...] הקניית זכויות מכוח חוק היסוד דינה שתחול על הכול, האזרח והגר, התושב והמבקר, הנאשם והקרבן.[38]

במילים אחרות, בהקשר של הדיון הפלילי הזכויות החוקתיות שיש לשקול הנן הן זכות הנאשם והן זכות הנפגעים – בפועל או בכוח – לחיים, לחירות, לשלמות הגוף ולקניין. על יסוד עמדה זו אין השפעת חוק־היסוד על דיני המעצרים ברורה כלל. עליית משקלה של זכות הנאשם מושכת לכיוון צמצום השימוש במעצרים. אולם עקב עליית משקלה של הזכות שלא להיפגע מעבירות ייתכן שיש להרחיב את השימוש במעצרים.[39] בפרשת **גנימאת** הייתה מסקנת הנשיא שמגר כי חוק־היסוד לא השפיע על דיני המעצרים.[40] על פי

38 דנ״פ **גנימאת**, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 621.

39 ראו פרשת **חורב**, לעיל ה״ש 19, פסקה 8 לפסק דינו של השופט לוי, שקבע כי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מחייב לבחון מחדש את פרשנותו של החוק המאפשר הטלת עונש של מאסר עולם על קטין שרצח, שכן חוק־היסוד מגן גם על הזכות לחיים ולא רק על הזכות לחירות אישית. ראו גם קרפ ״המשפט הפלילי״, לעיל ה״ש 19, בעמ׳ 74, 116–117, הטוענת כי חוק־היסוד מחייב מתן משקל רב יותר גם לזכות נפגע העבירה, ולפיכך לאור חוק־היסוד ייתכן שיש לדחות תפיסת פרשנות דווקנית במשפט הפלילי, לצורך ההגנה על הנפגעים. הרחבת תחום התפרסות המשפט הפלילי כמוצע על ידי קרפ מחייבת גם הרחבת פגיעתה של המדינה בזכותו החוקתית של הנאשם לחירות ממאסר.

40 ראו דנ״פ **גנימאת**, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 622: ״אינני סבור כי מתחייב עתה שינוי גישה לדיני המעצר. כמקודם כן גם עתה, מתחייב איזון סביר וזהיר בין החובה לשמור על חירותו של הפרט לבין החובה להגן על ביטחון הציבור [...] מכאן כי אין לאשר מעצרים ללא צורך אמיתי; אולם, מאידך גיסא, אין גם להפוך את הברכה – שבחקיקת חוק־היסוד – לפגיעה בחברה בכלל, ובפרטים שבה בפרט״. השוו גם רע״פ 9818/01 **ביטון נ׳ סולטן**, פ״ד נט(6) 554 (2005), פס׳ 28 לפסק דינו של הנשיא ברק, שם נקבע כי חוק־היסוד הגביר את ההגנה החוקתית הן על חופש הביטוי והן על הזכות לשם טוב, ולכן האיזון בין שתי הזכויות הללו נותר כפי שהיה.

גישתם של רוב שופטי בית המשפט העליון, איזון כזה בין שתי זכויות חוקתיות לא נעשה באמצעות פסקת ההגבלה, אלא הוא מחייב איזון פנימי בין הזכויות.[41]

השופטת דורנר חלקה על עמדת הנשיא. לגישתה, במסגרת ההליך הפלילי הנאשם – ורק הנאשם – הוא נושא הזכויות של חוק־היסוד. האינטרס של הציבור כי העבריינות תצומצם אינו זכות יסוד מוגנת, לפחות לא בהקשר של ההליך הפלילי. היא ביקרה את עמדת שמגר באמרה:

> הקניית מעמד של זכות יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המאוגדים בערך הכללי של ״שלום הציבור״, שעליה רומז חברי, הנשיא שמגר, עשויה להביא לשלילת המשמעות של זכויות היסוד של הפרטים האינדיווידואליים. עניינה של תורת זכויות היסוד של האדם, ועניינו של חוק היסוד, הם באיזון בין הצרכים הבסיסיים של הפרט לבין צורכי הציבור. בכך שהציבור מורכב מפרטים, וצורכי הציבור מגלמים את צורכי הפרטים, אין כדי לשלול את הדיכוטומיה האמורה בין צורכי הפרט לבין צורכי הכלל, שעליה מבוססת תורת זכויות היסוד של האדם מעיקרה.[42]

במילים אחרות, לגישתה העניין של המדינה למנוע פגיעה בזכויות יסוד של הפרטים השונים בחברה אינו כשלעצמו בעל מעמד חוקתי אכיף. לפיכך אינטרס זה איננו מקנה לנפגעי העבירה זכות חוקתית אשר למולה חובה חוקתית של המדינה. זהו אינטרס שיש לשקלו ולאזן מולו את הזכות של הנאשם לחירות אישית איזון חיצוני.

גם הנשיא ברק התייחס למחלוקת שהתגלעה בין הנשיא שמגר לשופטת דורנר. הוא הסכים עם הנשיא שמגר כי גם ההגנה על זכויות נפגעי עבירות זכתה למעמד חוקתי, אולם לגישתו, באותו מקרה לא היווה הנאשם סכנה לקרבן אם ישוחרר.[43] מכיוון

41 ראו הדיון לעיל בה״ש 20–24. כפי שצוין שם, איזון פנימי הוא איזון בין זכות חוקתית אחת לאחרת. איזון חיצוני הוא איזון בין זכות חוקתית לאינטרס. ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 381–382, 387–388; ראו גם דברי המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בבש״פ **גנימאת**, לעיל ה״ש 36, בעמ׳ 413: ״בית המשפט העליון חזר והדגיש כי זכויות אדם אלה אינן מוחלטות וכי הן צריכות לאזן עצמן בינן לבין עצמן (איזון פנימי). כן צריכות זכויות האדם לאזן עצמן עם צורכי הכלל (איזון חיצוני)״.

42 דנ״פ **גנימאת**, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 645.

43 התייחסות לעמדת הנשיא ברק מחייבת הבחנה בין פסק דינו בהליך המקורי לפסק הדין בדיון הנוסף. בבש״פ **גנימאת** קבע ברק כי לאור חוק־היסוד יש להעניק לחקיקה קיימת פירוש חדש המתחשב בעליית משקלן היחסי של זכויות הפרט לעומת האינטרס הציבורי (בש״פ **גנימאת**, לעיל ה״ש 36, בעמ׳ 414–415). שינוי זה חזק במיוחד בדיני המעצרים: ״חוק־היסוד יצר איזון חדש בין חירותו של הנאשם לבין האינטרס הציבורי״ (שם, בעמ׳ 424). לאור זאת הוא מביע הסכמה לדברי השופטת דורנר שלפיהם ספק אם כעת מעצר שמטרתו הרתעה מגלם איזון ראוי בין שלום הציבור לזכותו החוקתית של הפרט (שם). מדברים אלו היה אפשר להבין כי ברק סבור שהגנה מפני עבריינות היא

שמשנתו של הנשיא ברק לא זכתה לפיתוח מלא בפסק הדין, אנו נציב את עמדתם של השופטים שמגר ודורנר זו מול זו לצורך הבהרת טענתנו ברשימה זו. כך, לפי גישת האיזון הפנימי של הנשיא שמגר, ההחלטה על מעצר צריכה להתקבל תוך איזון הזכויות החוקתיות של הנאשם עם הזכויות החוקתיות של הנפגעים הפוטנציאליים העלולים להיפגע אם ישוחרר הנאשם. לדעת השופטת דורנר מדובר באיזון חיצוני בין זכויות הנאשם לאינטרסים ציבוריים בלבד, ולא לזכויות של הציבור.

כפי שנאמר במבוא, המחלוקת עלתה אגב אורחא גם בפרשות אחרות, ובהן מקצת השופטים סברו שההגנה על הציבור היא אינטרס ציבורי ואחרים גרסו שעסקינן בהגנה על הזכות לחיים. במקרים אחרים ניכר שבית המשפט מאמץ בלא דיון את אחת משתי העמדות.[44] אנו סבורים כי לאזרחי המדינה אין זכות חוקתית־משפטית שהמדינה תפעל

אינטרס ציבורי. עמדה זו מתיישבת עם עמדתו בע״פ 1668/98 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים**, פ״ד נו(1) 625, 630 (1998). עם זאת מדברי ברק בדיון הנוסף עולה תמונה מורכבת יותר. בדיון הנוסף מבהיר ברק שמבחינות מסוימות הוא מסכים דווקא עם עמדת הנשיא (כתוארו אז) שמגר, לפיה גם ההגנה על נפגעי עבירות זכתה למעמד חוקתי. עם זאת, לדעתו, באותו מקרה לא נשקפה כל סכנה מהנאשם לקרבן, ולכן למול זכות הנאשם אין עומדת זכות יסוד נוגדת. בלשונו: ״חברי, הנשיא שמגר, מציין כי כבוד האדם שאותו יש לקחת בחשבון אינו רק כבודו של הנאשם, אלא גם כבודו של הקורבן, לכך אני מסכים. [...] המשפט הפלילי כמגן זכויות אדם, מתאפיין בשניות שבו [...] שניות זו מביאה לעתים להתנגשות בין כבוד הקורבן לכבוד הנאשם. התנגשות זו מחייבת איזון ראוי. איזון כזה מצוי במשפט הפלילי המהותי והדיוני, כפי שהוא מתפרש מעת לעת על־ידי בתי המשפט. התנגשות כזו אינה קיימת כלל ועיקר בסוגיית המעצר עד תום ההליכים, מקום שלא נשקפת כלל סכנה מהנאשם לקורבן אם ישוחרר. מדוע דורש כבודו של הקורבן לעצור נאשם שפגע בו אם לא נשקפת כלל סכנה מהנאשם אם יתהלך חופשי?״ (דנ״פ **גנימאת**, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 651–652). מדברים אלו עולה כי מקום בו המעצר דרוש להגנה על נפגע עבירה בפועל מפני הנאשם – האינטרס של הנפגע ייחשב לזכות חוקתית. עמדה זו ניתנת להבנה לפי האבחון המוצע על ידינו בהמשך רשימה זו.

44 ראו דעת המיעוט של השופט טירקל בדנ״פ 7048/97 **פלונים נ׳ שר הבטחון**, פ״ד נד(1) 721, 763 (2000): ״בפרשה שלפנינו אין הן עומדות מול השמירה על ביטחון המדינה כמשמעותו המצומצמת של המונח, כפי שמפרשים אותו בעלי דעת הרוב. בעיניי מונחים על כפות המאזניים, אלה מול אלה, כבודם וחירותם של העצורים מקרב לוחמי האויב מול כבודם וחירותם של שבויינו ונעדרינו; **אלה הנתונים בצרה ובשבייה היום ואלה שיהיו נתונים, חלילה, בצרה ובשבייה בעתיד**״ (ההדגשה הוספה – א״ג וא״ר). ראו גם דנ״פ 8613/96 **ג׳בארין נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נד(5) 193, 215 (2000) (העמדת חופש הביטוי לעודד טרור למול הזכות לחיים ולביטחון של מי שעלול להיפגע מהטרור); דעת המיעוט של השופט קדמי בבג״ץ **הועד הציבורי נגד עינויים**, לעיל ה״ש 37, שקובע בעמ׳ 848 כי במקרים של ״פצצה מתקתקת״ יש למדינה חובה להגן על שלום אזרחיה. גם בספרות מוכר דיון באשר לאופן הגדרת הזכות, במיוחד סביב השאלה האם ניתן להמשיג את האינטרס הציבורי שבמניעת סיכונים כזכות פרט: Christopher H. Schroeder, *Rights Against Risks*, 86 COLUM. L. REV. 495 (1986).

לצמצום הטרור או העבריינות העלולים לפגוע **בלא הבחנה** בכל אחד מתושבי הארץ. הצורך לצמצם את העבריינות ואת הטרור הוא בדרך כלל אינטרס ציבורי, ורק כאשר הנפגע מסוים דיו בעת קבלת החלטת המדינה, עשוי להיות בסיס לטענה כי הוא זכאי – חוקתית – לתבוע בהליך משפטי את הגנתה של המדינה. נפנה עתה לביסוס עמדתנו זו.

ג. אפיונה של הזכות החוקתית: הצדקות

כאמור, אנו סבורים כי זכותו של הפרט לחיים, לשלמות הגוף ולקניין אינה מקימה לו זכות חוקתית שהמדינה תפעל לצמצום העבריינות, המלחמות או הטרור. מסקנה זו אינה פשוטה, שכן משמעותה היא שכל אחד ואחת מן החברים והחברות בקהילה עלולים להיחשף לסיכון, וכי המדינה נדרשת לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה בבואה לצמצם את הסיכון תוך פגיעה בזכות של פרט ספציפי כזה או אחר. מהי ההצדקה לכך שאנו מקשים על המדינה בבואה להתמודד עם סיכונים אלו? מדוע שלא נעניק לכל מהלך שנועד להגן מפני פגיעה אפשרית בערכים בסיסיים מעמד של זכות פרט חוקתית? להצדקות תפיסתנו יוקדשו הסעיפים הבאים בפרק זה. כל ההצדקות שנציג נתונות לביקורת, ולכל אחת מהן נקודות חולשה. הצדקות אלו אינן מובילות למסקנות זהות. אף כי כל אחת מהן מבחינה בין זכות – כגון זכות הנאשם – לאינטרס – כגון האינטרס במניעת עבריינות – אימוץ כל אחת מההצדקות כשלעצמה יוביל לשרטוט קו גבול אחר בין זכות חוקתית לאינטרס אחר. עם זאת אנו סבורים כי בשילובן יחד יש כדי לתמוך במסקנה כי הצורך למנוע טרור או עבריינות אינו זכות יסוד חוקתית.

ההצדקות שנציג נחלקות לשלושה סוגים: סוג ההצדקות הראשון הוא מוסרי. בבסיסו עומדות תובנות – ארבע במספר – אשר לדעתנו מובילות למסקנה האתית כי לדרישה המוסרית של נאשמת שלא יעצרו אותה, או של אזרח שיותר לו לחיות במדינה עם בחירת לבו, אופי שונה מהדרישה של יתר תושבי המדינה המעוניינים לצמצם את הסיכון מפני עבריינות או טרור. סוג ההצדקות השני שנציג נסמך על הדין הפוזיטיביסטי. בבסיסו ניצבת הטענה כי ההבחנה שהצענו לעיל מתיישבת טוב יותר עם תפיסות יסוד במשפט הישראלי (המקובלות גם במדינות משפט מקובל אחרות). לטענה זו מרכיבים מן הדין המהותי ומרכיבים דיוניים. לבסוף נפנה להצדקות מוסדיות המייחדות את קיומה של הביקורת השיפוטית החוקתית על המחוקק (ובאופן מסוים גם על הרשות המנהלית, הפועלת מכוחו של חוק ובפיקוחו של המחוקק). במסגרת זו נציג שלושה טיעוני משנה, הנגזרים מהטעמים שבבסיס ביקורת שיפוטית חוקתית; כל אחד מטיעוני משנה אלו תומך אף הוא בעמדתנו, השוללת מעמד חוקתי מהדרישה לצמצם עבריינות או טרור.

nevo.co.il

1. הצדקות מוסריות להבחנה בין זכות הפרט לאינטרס הציבורי

זכויות האדם שזכו להגנה חוקתית הן בבסיסן זכויות מוסריות, דהיינו זכויות הזוכות להכרה בתורות מוסר מקובלות.[45] ככל שהשיח המשפטי רגיש לנימוקים מתחום תורת המוסר, הרי שאם הפרשנות המוצעת אינה עולה בקנה אחד עם תובנות מעולם המוסר, עלול מתח זה להיות סיבה לדחיית הפרשנות המוצעת.[46] לצורך נוחות הדיון נשתמש בפרשת **גנימאת** כדוגמה ונבחן אם יש לסווג את הדרישה לצמצום (או מניעת) הסיכון המוטל על נפגעי עבירה בכוח כזכות או כאינטרס.[47]

טענתנו בחלק זה היא כי אפשר למצוא בתורת המוסר הצדקות להכרה במעמדה המיוחד והעדיף של זכות הנאשם שלא להיעצר על ידי המדינה בהשוואה לתביעתם של נפגעי העבירה בכוח לקבלת הגנה מהמדינה מפני פגיעות עתידיות בחייהם, בגופם או ברכושם, וזאת אף על פי שערך החיים ושלמות הגוף חשובים לא פחות – ואולי יותר – מערך החירות. אפשר אפוא לאבחן בין חובתה של המדינה שלא לפגוע בזכויות הנאשמים, שהיא חובה הראויה להגנה משפטית־חוקתית, לבין חובתה למנוע פגיעות

45 ראו גביזון ״על היחסים בין זכויות״, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 29.

46 אין בכוונתו כאן להיכנס לנבכי הדיון באשר ליחס בין משפט למוסר. די אם נציין כי קיימות גישות שלפיהן המשפט איננו אדיש – ואינו יכול להיות אדיש – לנימוקים מתחום המוסר. ראו למשל: WILFRID J. WALUCHOW, INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM (1994).

47 חשוב לשוב ולהבהיר כי איננו שואלים אם לנפגעי העבירה בכוח זכות מוסרית לחיים, לשלמות הגוף או לקניין. התשובה לשאלה זו פשוטה, והיא חיובית. כשאנו נתייחס בדברינו לזכויות הנפגעים בכוח, כוונתנו אינה לעצם זכותם שלא יפגעו בהם אלא רק לזכותם לקבל את הגנת המדינה, וכנגזר מכך, עניינו בחובתה הקורלטיבית של המדינה למנוע פגיעות אלו. זאת ועוד, איננו מתעניינים בכל חובה אפשרית של המדינה להגן על הנפגעים בכוח. כאמור, אחת ההצדקות לקיומה של המדינה הוא הצורך בגוף מאורגן שיגן על חבריו מפני פגיעות לא מוצדקות בזכויותיו, ובכלל זה מפני עבריינות. אנו מתעניינים רק בחובתה **החוקתית** של המדינה להגן על נפגעי העבירות. ערים אנו לכך שחוקות מקימות חובות שאינן רק משפטיות, וכי ישנן חוקות, דוגמת החוקה ההולנדית, שמקימות חובות שהן רק מוסריות, שכן אינן אכיפות בבית המשפט. השאלה שמעניינת אותנו כאן היא ההצדקה (המוסרית) להבחנה בין החובה המוסרית הכללית המוטלת על המדינה להגן על תושביה (מפני עבריינות ורעות דומות) לבין החובה המיוחדת יותר – חובה חוקתית האכיפה גם באמצעות הליכי המשפט – לספק הגנה כזו, לעיתים גם במחיר פגיעה בזכויות של אדם אחר (כגון פגיעה בזכות הנאשם לחירות ממעצר). לפיכך גם אם נסיק שעל המדינה לא מוטלת חובה חוקתית כזו עדיין תוכר סמכותה של המדינה לפעול למען הגנה על הזכויות המוסריות של כל אחד ואחת מתושביה. אם פעולת הגנה זו תחייב פגיעה בזכות (מוסרית ומשפטית), תידרש המדינה לספק הצדקה מיוחדת לכך, במסגרת ההליך המשפטי. ספציפית, גם אם לא תוכר הזכות המשפטית־חוקתית של נפגעי העבירה בכוח להגנה מפני עבריינות, עדיין תורשה המדינה לפגוע בזכויות הנאשמים כדי לקיים את חובתה המוסרית למנוע עבריינות, חובה שמקורה אינו ברובד המשפטי של חוק־היסוד אלא בתיאוריה הפוליטית שביסוד עצם קיום המדינה המודרנית. פגיעה זו תצטרך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. לדרישה כי הפגיעה תעמוד בתנאי פסקת ההגבלה, אם כן, משמעות מוסרית.

nevo.co.il

אפשריות באזרחים באשר הם, שאיננה נהנית ממעמד משפטי דומה. לצורך זה נציג ארבע הבחנות המוכרות בתאוריות של זכויות ואשר נראות לנו כמועמדות טובות להסביר את ההבחנה בין זכויות הנאשמים לזכויות הנפגעים בכוח: האחת, ההבחנה בין מעשה למחדל (או ליתר דיוק בין ביצוע פעולה לאפשור ביצועה); השנייה, ההבחנה בין תוצאות מכוונות לתוצאות צפויות; השלישית, ההבחנה בין פגיעה ישירה לעקיפה; הרביעית, ההבחנה בין פגיעה בסבירות גבוהה לפגיעה בסבירות נמוכה. נציג להלן הצדקות אלה בקצרה.

(א) ההבחנה בין ״לפגוע בזכויות״ לבין ״לאפשר פגיעות בזכויות״

בעצרה אדם המדינה פוגעת בזכות. בהחליטה שלא לעצור אותו היא מאפשרת לפרטים אחרים לפגוע בזכות. אפשר לטעון כי על המדינה מוטלת חובה שלא לפגוע בזכויות הנאשם (אשר למולה זכות חוקתית של הנאשם),[48] אך אין עליה חובה דומה להגן הגנה אקטיבית על הנפגעים בכוח מפני פגיעה על ידי גורמים אחרים שאינם חלק מרשויות המדינה. בבסיס עמדה זו ההבחנה המוכרת בין מעשה למחדל או בווריאציה מודרנית, ומשכנעת יותר, בין ביצוע מעשה לבין אפשור ביצועו (doing and allowing).[49] אם אני גונב מאדם אחר, אני מפר את זכויותיו, אך כשאני נמנע מלעצור אחר המבצע גנבה, איני פוגע בזכות הנפגע אלא רק מאפשר גנבה, ולכן אחריותי המוסרית לגנבה נופלת מאחריותו של הגונב.[50] על פי אותו היגיון, כשהמדינה מאפשרת לאחרים לפגוע בזכויות, היא לא תיחשב למי שפוגעת בזכות חוקתית.

(ב) ההבחנה בין כוונות לבין תוצאות צפויות

בהחלטה על מעצר מתכוונת המדינה, הפועלת באמצעות בעלי תפקידים שונים במערכי האכיפה והמשפט, לפגוע בחירות הנאשם ממעצר (ולו כחלק מכוונתה לאפשר מהלך חקירה תקין ו/או למנוע מאותו אדם לבצע עוד פשעים). בהחלטה על שחרור אין כוונה, כך יש לקוות, לגרום או לעודד ביצוע של מעשי עבריינות. אמנם המדינה צופה, ברמה זו או אחרת של הסתברות, שמעשים כאלו אפשריים עקב השחרור, אולם מעשים אלו הם רק תוצר לוואי של הפעולה. למשל, עם החלטתה לשחרר אדם המדינה פועלת לא אחת

48 לעניין זה רלוונטיים המקורות שנזכרו לעיל בה״ש 4.

49 ראו Samuel Scheffler, *Doing and Allowing*, 114 ETHICS 215 (2004). לפי גישה זו חובת הצלה נדחית מפני חובה בסיסית וחזקה יותר והיא החובה שלא לפגוע (do no harm), ולכן אם מימושה של חובת הצלה כלפי א׳ מחייבת גרימת נזק של ממש כלפי ב׳, אל לנו להתערב; Philippa Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, *in* KILLING AND LETTING DIE 156, 160–163 (Bonnie Steinbock & Alastair. Norcross eds., 1994); ראו גם Schroeder, לעיל ה״ש 44.

50 לניתוח הבחנה זו ראו SHELLY KAGAN, NORMATIVE ETHICS 94–100 (1998).

לצמצם את הסיכון ששחרורו יוביל לביצוע עבירות.[51] לכן מקובל להבחין בין פגיעה מכוונת לבין פגיעה הנגרמת רק כתוצר לוואי של פעולה שמטרתה אחרת. זו ההבחנה בין intending לבין foreseeing.[52] לפי גישה זו, לאדם זכות מוסרית שלא יפגעו בו בכוונה, אולם אין לו זכות בעלת משקל דומה כי הוא לא ייפגע כתוצר לוואי של פעולות אחרות, אף אם הפגיעה מאותן פעולות צפויה. לפיכך אפשר לטעון כי במקרים מסוימים פעולה המכוונת לפגיעה אסורה מקום בו מותרת פעולה אחרת אשר כתוצר לוואי תגרום לפגיעה דומה.[53]

(ג) ההבחנה על בסיס ישירות הפגיעה

בהחלטה לעצור אדם פוגעת המדינה בנאשם ישירות. בהחלטה לשחררו היא מאפשרת השתכללותה של פעילות גומלין בין גורמים שונים שהשתלבותם בשרשרת קשרים סיבתיים מביאה לפעולה עבריינית של פרט כלשהו. אמנם ייתכן ששחרור הנאשם יפגע ביכולת ההרתעה של מערכת המשפט ויגרום לכן לאדם אחר, השוקל לגנוב כלי רכב, לאנוס או לרצוח, לממש את זממו. ייתכן אף שהוא יקל על הנאשם לבצע עבירות שאי אפשר לחזות את אופיין בעת ההחלטה. אולם הקשר הסיבתי בין פעולתה של המדינה

51 השוו David Enoch, *Intending, Foreseeing and the State*, 13 LEGAL THEORY 69, 70 (2007), המציג את ההבדל בין הטרוריסט המתכוון לגרום נזק לחפים, ולכן מעוניין בהגדלת נזק זה, לבין הלוחם בטרור אשר יודע כי בניסיונו ללחום בטרור הוא עלול לפגוע בחפים, אך הוא מנסה לצמצם נזק זה.

52 CHARLES FRIED, RIGHT AND WRONG 21–24 (1978). הדיון בשאלת חשיבות הכוונה הישירה – בניגוד לצפיית התוצאות המסתברות (או הוודאיות) – נסמך בין השאר על הדיון בשאלת קיומן של חובות מוחלטות, למשל החובה הקנטיאנית שלא לשקר (גם אם השקר יסכל רציחתו של אדם הנמלט על נפשו מפני אדם המתכוון לרצחו); לשיטתו של קנט, האדם האומר אמת אינו מתכוון שדברי האמת שלו יגרמו נזק אף אם הוא צופה זאת, ולכן בין השאר ניתק חלקו מהמעשה הרע אף על פי שמבחינה ״אובייקטיבית״ דבריו הועילו לרוצח Immanuel Kant, *On a Supposed Right to Tell Lies from Benevolent Motives*, *in* KANT'S CRITIQUE OF PRACTICAL REASON AND OTHER WORKS ON THE THEORY OF ETHICS 361 (Thomas Kingsmill Abbott trans., 6th ed. 1909). לביקורת ראו: Brian Barry, *And Who Is My Neighbor?*, 88 YALE L.J. 629 (1979). המצדדים בהבחנה שבין צפייה לכוונה מבחינים בין תוצאות צפויות ורצויות לבין תוצאות צפויות שאינן רצויות הנובעות מאותו המעשה (הבחנה הקרויה ״האפקט הכפול״ – double effect). לביקורת נוספת ראו: Jonathan Bennett, *Whatever the Consequences*, 26 ANALYSIS 83 (1966); Judith J. Thomson, *Rights and Deaths*, 2 PHIL. & PUB. AFF. 146, 150 (1973). לענייננו כאן ההבחנה אינה בין מטרות לבין אמצעים, שכן המעצר אינו מטרה בפני עצמה אלא אמצעי למניעת סיכונים אחרים. ההבחנה כאן היא בין מטרות ואמצעים מחד (וכאן המעצר הוא אמצעי) לבין תוצרי לוואי של הפעילות מאידך (ובענייננו הגידול בעבריינות אם הנאשם ישוחרר הוא תוצר לוואי כזה). ראו גם Enoch, לעיל ה״ש 51.

53 ראו גם KAGAN, לעיל ה״ש 50, בעמ׳ 100–105.

לנזק אינו ישיר דיו.[54] יש הטוענים כי האיסור המוסרי לפגוע בזכות מתייחס לפגיעה ישירה, ורק במידה פחותה (או בכלל לא) לכזו הנגרמת בצורה עקיפה,[55] ולו משום שפגיעה ישירה משויכת לפוגע בצורה ברורה ולכן מקימה אחריות מוסרית חזקה יותר, ואילו פגיעה עקיפה קשה יותר לשיוך.[56]

54 במשפט הפרטי מוכרת דוקטרינת ריחוק הנזק, המשחררת מאחריות משפטית. ישראל גלעד ״הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת״ **משפטים** יד 15 (1984); ישראל גלעד ואהוד גוטל ״על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי״ **משפטים** לד 385 (2004). ראו בהקשר של המשפט הפלילי R.A. Duff, *Criminalizing Endangerment*, 65 LA. L. REV. 941 (2005). לדיון תאורטי במושג הסיבתיות במשפט ראו H.L.A. HART & TONY HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW (1985). המלומדים מראים שבחינת קשר סיבתי אינה מתמצית בתיאור אמפירי של הגורמים הסביבתיים והאנושיים שנדרשו לשם קיומה של פעולה עוקבת; קביעת קשר סיבתי נסמכת גם על הכרה חברתית בכוחם היחסי של מעשים, מחדלים או אמירות **לגרום** לתוצאה מסוימת.

55 FRIED, לעיל ה״ש 52, בעמ׳ 30–42. השוו גם Eyal Zamir & Barak Medina, *Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints With Economic Analysis of Law*, 96 CAL. L. REV. 323, 362–363 (2008), הדנים בהבחנה בין התוצאות הישירות של פעולה לתוצאות עקיפות שלה. ההבחנה בין פגיעה ישירה לעקיפה אינה זהה להבחנה בין מעשה למחדל. הדיון בישירות הפגיעה מניח שייתכן שבנסיבות מסוימות קמה חובת הצלה ולכן פעולתם מחויבת על ידי בעל הזכות. הטענה המוסרית היא שככל שחובת ההצלה מוכרת, מדובר בחובה מידית וישירה להציל אדם באמצעות פעולה כלפיו בזמן הווה. קשה הרבה יותר לבסס חובת הצלה כלפי שרשרת אירועים מורכבת בעתיד, שבה קיימים גורמים מתערבים בעלי כוונה עצמאית או לכל הפחות גורמים שאין לנו שליטה עליהם.

56 FRIED, לעיל ה״ש 52. ראו גם MEIR DAN-COHEN, RIGHTS, PERSONS AND ORGANIZATIONS: A LEGAL THEORY FOR BUREAUCRATIC SOCIETY 146 (1986). דן־כהן דוחה את הטיעון התועלתני הבסיסי לפיו על השופטת להביא בחשבון בהחלטתה בשאלה אם להוציא נאשם להורג לא רק את חיי הנאשם אלא גם את מרכיב ההרתעה. לפי הטיעון התועלתני, אם יוכח לשופטת כי אם לא תוציא את הנאשם שהורשע להורג תיפגע ההרתעה ושלושה אנשים ימותו מפשעים שיבוצעו, עליה להביא שיקול זה בחשבון, ובהיעדר שיקול גובר אחר, להוציא את הנאשם להורג. דן־כהן טוען שקיים הבדל בסיסי, שכן השופטת היא שתוציא את הנאשם להורג – זוהי פעולתה הישירה, ובכך נפגעת זכותו הישירה של הנאשם. אנשים אחרים הם שיגרמו מוות לשלושת האנשים, ומכיוון שפעולה זו תיגרם על ידי גורמים לא ידועים ובמתווה לא ידוע אשר אינו בשליטתה הישירה של השופטת, אין מתקיימת דרישת הישירות, ולכן אי אפשר לדבר על זכותם המשפטית של שלושת האנשים הללו לחיים. השוו גם לדיון בסוגיית ההפלות: נניח שלשם הצלת העובר נדרשת התערבות כירורגית אשר תוביל לעקרות האישה, המסרבת להתערבות זו. האינטואיציה המוסרית של רופאים ושופטים תהיה שלא להתערב, שכן בכך **הם** יגרמו נזק ישיר לאישה, ואילו ללא התערבותם הנזק לעובר נגרם מסיבה ״טבעית״ או מגורם ישיר פחות. ראו Nancy K. Rhoden, *The Judge in the Delivery Room: The Emergence of Court-Ordered Cesareans*, 74 CAL. L. REV. 1951, 2002–2003 (1986); וכן ראו דיון אצל FRIED, לעיל ה״ש 52, בעמ׳ 73; Bernard Williams, *A Critique of Utilitarianism, in*

(ד) ההבחנה על בסיס רמת הוודאות של הסיכון לפרט מסוים

בהחליטה לעצור אדם פוגעת המדינה בוודאות בחירותו של הנאשם ממעצר. בשחררה את האדם ממעצר היא (אולי) מגדילה במעט את הסיכון בפניו עומד כל אחד מהנפגעים הפוטנציאליים. גם אם ההחלטה על השחרור ממעצר תגרום בוודאות לביצוע עבירה, כל עוד לא ידוע מי ייפגע מהעבירה, הסיכון האמור מתחלק בין נפגעים רבים, וכל אחד נושא רק בחלק קטן ממנו. בספרות קיים בסיס לטענה שאין לאדם זכות לדרוש מהמדינה שלא תגדיל את הסיכון לפגיעה בזכויותיו, לפחות כל עוד גידול זה אינו עובר סף מסוים.[57]

UTILITARIANISM: FOR AND AGAINST 77, 99 (J.J.C Smart & Bernard Williams eds., 1973); Judith Jarvis Thomson, *The Trolley Problem*, 94 YALE L.J. 1395, 1406–1415 (1985).

57 ראו למשל ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 73–74 (1974), הסבור כי פעולה היוצרת סיכון של הפרת זכות תיחשב בעצמה הפרה כאשר הסיכון גבוה מסף מסוים. אך NOZICK עצמו מודה כי היחס לפעולות היוצרות סיכון סבוך ומעלה שאלות קשות לתורת המוסר שלו, שאלות שהוא איננו משיב עליהן. ראו גם RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 202–204 (1978), אשר סבור כי לממשל חובה לפעול להקטנת הסיכונים לחברה, אך אסור לו להגשים חובה זאת תוך פגיעה בזכויות הפרט כאשר הסיכון שהפרט יוצר לכל פרט אחר בחברה הוא שולי וספקולטיבי. זאת אפילו אם פגיעה בזכויות היא דרך הפעולה הזולה ביותר להקטנת הסיכונים. לגישתו, רק כאשר הפרט יוצר במעשיו סכנה מהותית, ברורה וישירה, שאינה כרוכה באי־ודאות לגבי תוצאותיה, אזי רשאי הממשל לפגוע בזכויות כדי למנוע את הסיכון. ראו גם RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 84–85 (1985), שם מסביר DWORKIN שחברה אינה מפרה את זכויות האדם כאשר היא קובעת פרוצדורה פלילית אשר עלולה לגרום להרשעות מוטעות, ואין עליה חובה לממן את המערכת הכי מדויקת שאפשר ליצור. הוא מסביר שאמנם אין להסתפק בשיקולי עלות תועלת, שכן על העלות המוסרית של הרשעת חף בטעות להיות מובאת בחשבון, אך בכל זאת מותר להטיל על אנשים סיכון להרשעה מוטעית כדי לקדם אינטרסים חברתיים (כסף לכבישים למשל). לשיטתו, יש שתי דרישות מהחברה: 1. שוויון – החובה לחלק את הסיכונים לעלות מוסרית (דהיינו העלות המיוחדת של הרשעת חף) בצורה שוויונית; 2. החובה לנהוג על פי כללים אשר כשהתקבלו חילקו סיכונים בצורה שוויונית. לפיכך הסיכון לטעות גדול יותר כשהוא מוטל על מי שהועמד לדין. לכן לכאורה הוא לא נחלק בצורה שווה. אבל ההחלטה על ההעמדה לדין אינה החלטת מדיניות חדשה אלא יישום של החלטת מדיניות ישנה שהייתה הוגנת כאשר היא התקבלה. לכן היא איננה מפרה את הזכות של הנאשם. זו עוד דוגמה לכך שיצירת סיכון אינה כשלעצמה פגיעה בזכות. לניסיון מעניין להציג בצורה פורמלית את ההבחנה בין הסתברויות גבוהות להסתברויות נמוכות, ראו Zamir & Medina, לעיל ה״ש 55, בעמ׳ 353–359 למאמרם. יצוין כי יש גם עמדה אחרת: McCarthy למשל שולל את התזה הגורסת שיש סף הסתברותי מסוים שרק מעבר לו יש לאדם זכות כנגד הסיכון. לגישתו, כל יצירת סיכון לפגיעה בזכות פוגעת בזכות, אלא שלעתים הפגיעה היא מוצדקת. במקרה כזה הפגיעה (infringement) בזכות איננה מתגבשת לכדי הפרה (violation). לשיטתו, מידת הפגיעה בזכות צריכה להיות מחושבת על פי הסתברות הפגיעה וחומרתה, באמצעות חישובי תוחלת פשוטים. פגיעה בזכות תהיה מותרת אם למול תוחלת זו עומד אינטרס בעל משקל מספיק כדי להצדיק פגיעה כזו. ראו David McCarthy, *Rights, Explanation, and Risks*, 107 ETHICS 205 (1997). בדומה

יש הטוענים כי הבחנות מוסריות אלו תקפות ככל שמדובר בפרטים, אך אין הן רלוונטיות לפעולות המדינה. המדינה, כך נטען, צריכה לשאוף רק לקידום רווחת הכלל, וההבחנות בין ביצוע לאפשור, בין כוונה לתוצר לוואי ובין ישיר לעקיף אינן רלוונטיות לה.[58] עוד נטען כי אי אפשר לייחס למדינה יסוד נפשי כמו כוונה לצורך ההבחנה בין כוונה לתוצר לוואי.

אולם גישה זו אינה משכנעת. ראשית, קו הגבול בין המדינה לבין הפרט אינו כה ברור כפי שנראה במבט ראשון, שכן ישויות כגון חברות ממשלתיות, גופים דו־מהותיים וגופים מעין ציבוריים מקשים את מתיחתו.[59] אך גם אם נקבל את ההבחנה בין הפרט לרשויות השלטון, הרי שהמדינה ורשויותיה אינן מופקדות על הגשמת הטוב הכללי באשר הוא. רשויות השלטון המוסמכות על פי דין פועלות בשמה של קבוצת אנשים[60] (אזרחי המדינה, ואולי גם מספר בעלי מעמד אחרים), ומשכך אין להחריג את פעולותיהם של בעלי תפקיד ציבורי ממגבלות דאונטולוגיות החלות על פעולות של קבוצות אחרות.[61] עם הקושי באיתור כוונותיהן של רשויות השלטון ומטרותיהן, הקיים גם לגבי פעולות של קבוצות אחרות, אפשר להתמודד באמצעות בחינת הכוונות של סוכני המדינה ומקבלי ההחלטה.[62] גם אינטואיטיבית קשה לקבל עמדה האוסרת – משיקולים

לכך, Hansson & Peterson גורסים שכל יצירת סיכון פוגעת בזכות, אך הפגיעה עשויה להיות מוצדקת, ולכן לא להוות הפרה של הזכות. ראו Sven Ove Hansson & Martin Peterson, *Rights, Risks, And Residual Obligations*, 6 RISK, DECISION AND POLICY 157 (2001).

58 ראו Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs*, 58 STAN. L. REV. 703, 740–741 (2005). Sunstein & Vermeule טוענים במאמרם על מוסריותו של עונש המוות כי אין ערך מוסרי להבחנה בין מעשי המדינה לבין מחדליה. לגבי הפרט, נקודת המוצא היא כי הוא חופשי לעשות ככל שיחפוץ, ולכן חיובו לפעול (באמצעות איסור על מחדלים) יפגע בזכויותיו. המדינה איננה נהנית מחירות דומה. קיומה אינו תכלית בפני עצמה אלא היא כלי להגנה על זכויות ולקידום אינטרסים ציבוריים. לפיכך חיוב המדינה לפעול אינו מחייב הצדקה חריגה. לנימוקים אחרים לקריסת ההבחנה בין מעשה למחדל ביחס למדינה ראו שם. לטענה כי ההבחנה בין כוונה לתוצר לוואי בעייתית במיוחד כשמדובר בפעולות המדינה ראו Enoch, לעיל ה״ש 51.

59 Zamir & Medina, לעיל ה״ש 55, בעמ׳ 347–349.

60 ״לפעול בשם״ אזרחי המדינה ותושביה משמע, לפחות במדינות המשפט המקובל, לפעול הן על פי נורמות הנגזרות מן התבונה (reason), והן על פי נורמות המבטאות את רצון הפרטים הכפופים למשפט (will). מקורות אלו מייצרים ״משטרי משפט״ שונים. להרחבה ראו AMNON REICHMAN, TAKING CONSTITUTIONAL STRUCTURES SERIOUSLY: A CANADIAN CASE STUDY (S.J.D Thesis, University of Toronto, 2000).

61 שם.

62 שם. ראו גם Carol S. Steiker, *No, Capital Punishment Is Not Morally Required: Deterrence, Deontology and the Death Penalty*, 58 STAN. L. REV. 751, 757–765 (2005), המבקרת

דאונטולוגיים – על רופא פרטי לקצור את אבריו של אדם אחד לצורך הצלת חמישה אחרים, אך פותרת רופא הפועל בשירות המדינה מאיסור זה, או עמדה האוסרת על אדם להוציא להורג חף מפשע לצורך מניעת מהומות קטלניות, אך פותרת את נציגי המדינה מהאיסור הדאונטולוגי לפעול כאמור.

גם בלי קשר לתפקידה של המדינה ההבחנות הללו, הנשענות על תפיסת מוסר דאונטולוגית, אינן מקובלות על הכול. מי שמחזיק בתורת מוסר של תועלתנות פעולות (act-utilitarianism), לדוגמה, לא ימצא טעם בהבחנות מסוג זה אלא, אולי, ככללי אצבע להכרעה.[63] תורות מוסר אחרות יכולות לבסס קצת מההבחנות המוצגות ולדחות את האחרות. למשל, יש הטוענים כי קצת מההבחנות נוגדות את האינטואיציות המוסרית שלנו בדוגמאות מסוימות,[64] כי הן נשענות על אינטואיציות מטעות,[65] כי קו הגבול בין המצבים השונים אינו ברור ועוד.[66]

במסגרת זו לא נוכל להיכנס לפולמוס המתנהל סביב כל אחת מההבחנות שצוינו. לצרכינו די להראות כי לדעת רבים להבחנות אלו משקל מבחינה מוסרית. כיוון שכאמור זכויות היסוד המשפטיות מושתתות על זכויות המוכרות כזכויות מוסריות, להיקף המקובל של זכויות אלו בתפיסות מקובלות של תורת המוסר משקל פרשני משמעותי. הניתוח המקובל בתורת המשפט מחזק אפוא את המסקנה כי ההוראה ש״אין פוגעים בזכויות שלפי חוק־יסוד זה״ איננה מגבילה את הסמכות לשחרר אדם ממעצר, איננה מורה להחמיר את המגבלות על איחוד משפחות ואיננה מקלה את התנאים להגבלת

בחריפות את Sunstein & Vermeule, לעיל ה״ש 58, וגורסת כי ההבחנה בין מעשה מכוון לתוצר לוואי רלוונטית מבחינה מוסרית גם לממשלה.

63 הכוונה כאן לתועלתנות פעולות, דהיינו לתפיסת עולם שלפיה מוסריותה של כל פעולה תלויה בהשפעתה על התועלת המצרפית. תועלתנות כללים עשויה להצדיק הישענות על ההבחנות האמורות אם יימצא בסיס להניח שהן מסייעות לגיבוש כללים המשיאים את התועלת. ראו KAGAN, לעיל ה״ש 50, בעמ׳ 60–62, 70.

64 לדוגמה, ההבחנה בין כוונה לתוצר לוואי מחייבת להבחין בין מקרה בו אדם מסיט קרונית ממסילה עליה מצויים חמישה אנשים למסילה עליה מצוי אדם אחד, ובכך גורם – כתוצר לוואי של הצלת החמישה – למותו של האחד, לבין מקרה בו המסילות מחוברות בלולאה ואותו אדם מסיט את הקרונית באופן שזו תפגע באדם אחד, פגיעה שתביא לעצירת הקרונית ולהצלת החמישה שבהמשך המסילה, במקום לאפשר לה לפגוע קודם בחמישה. יש תחושה כי אלו מקרים דומים מוסרית, וההבחנה שנוצרת בין מוסריות הפעולות של מסיט הקרונית אינה מוצדקת. ראו JUDITH JARVIS THOMSON, RIGHTS, RESTITUTION AND RISK 94 (1986).

65 ראו Sunstein & Vermeule, לעיל ה״ש 58, בעמ׳ 740–741 (שם מבקרים הכותבים את ההעדפה הניתנת להימנעות מפגיעה באדם ידוע על פני יצירת סיכון סטטיסטי לפגיעה במספר אנשים לא ידועים, ומייחסים הבחנה זו לכשל קוגניטיבי המשפיע על האינטואיציות האנושיות בלא שיש לכך בסיס מוסרי).

66 לסקירה מפורטת של ביקורות על ההבחנה בין כוונה לתוצר לוואי ראו Enoch, לעיל ה״ש 51.

החופש לשדר – גם כאשר פעולות אלו יגדילו במעט את הסיכון לחייהם, לשלמות גופם או לקניינם של תושבי המדינה באשר הם.

עם זאת יש להכיר בכך שלשון חוקי־היסוד איננה תומכת בכל אחת מן ההבחנות המוסריות שצוינו לעיל, ובאופן ספציפי ההבחנה בין מעשה למחדל נסתרת לכאורה באשר לחלק מהזכויות המוגנות. אמנם זכות הקניין (כמו גם חלק מהזכויות האחרות המוזכרות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו) מוגנת בלשון שלילית, הקובעת כי ״אין פוגעים בקניינו של אדם״.[67] לשון זו עשויה לחזק את המסקנה כי חובת המדינה מוגבלת לאיסור על פגיעה בקניין, ולכן חוק־היסוד אינו מחייבה, חוקתית, לפעול כדי למנוע גנבות רכב, כנטען על ידי הנשיא שמגר בפרשת **גנימאת**. אולם לפחות כאשר מדובר בזכויות לחיים, שלמות הגוף וכבוד, חוק־היסוד נוקט לשון פוזיטיבית מפורשת. סעיף 4 לחוק־היסוד מבהיר כי על המדינה מוטלת חובה להגן, אקטיבית, לפחות על הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד. ככל שאנו עוסקים בהגנה על זכויות אלו – וההגנה על ביטחון הציבור עניינה גם בזכות לחיים או לשלמות הגוף – חוק־היסוד הכריע מפורשות בדבר קיומה של חובה פוזיטיבית לפעול ולא רק להימנע מפעולות פוגעות.[68] בשל לשונו זו של חוק־היסוד קשה לשלול את המעמד החוקתי־משפטי של החובה לפעול כדי למנוע פגיעה בזכויות לחיים, גוף וכבוד רק על סמך ההבחנה הבלעדית שבין ביצוע פעולה לאפשור ביצועה. סוגיית מעמדן הייחודי של זכויות אלו, שזכו להגנה כפולה בחוק־היסוד, מחייבת דיון נפרד. לעניינו די אם נאמר כי יתר ההבחנות שהוזכרו לעיל רלוונטיות גם בעניין שלוש הזכויות הללו.

לסיכום חלק זה, יש בסיס בתורת המוסר להצדקת ההבחנה הערכית בין חובתה של המדינה שלא לפגוע ישירות בזכות לחירות של נאשם ספציפי לבין חובתה של המדינה לצמצם את הסיכון הנשקף לכל אחד ואחת מתושבי ותושבות המדינה מגורמים אחרים, באמצעות הרתעה או באמצעים עקיפים אחרים. מעמדה הייחודי של החובה הראשונה מחזק את הטענה שהיא זכאית גם למעמד משפטי ייחודי במסגרת המשפט החוקתי. עם זאת, כפי שצוין, איננו משליכים יהבנו על טיעונים מוסריים אלו לבדם. נעבור עתה לטיעון מסוג אחר, הוא טיעון ההלימה עם המסגרת המשפטית הקיימת.

2. הצדקות משפטיות־פוזיטיביסטיות

לגישת הנשיא שמגר, כל אדם מן הציבור נהנה מזכות חוקתית שכנגדה חובה של המדינה, שלא להיות חשוף לפגיעה בחייו, בגופו או בקניינו, ובכלל זה לכל אדם זכות

67 ראו ס׳ 3 לחוק־היסוד.

68 סעיף 4 לחוק־היסוד קובע כך: ״כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו״. סעיף זה מרחיב את ההגנה השלילית הקיימת לזכויות אלו בסעיף 2, אשר קובע: ״אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם״. היקפה של החובה הפוזיטיבית טרם פורש בפסיקה, ואנו נותיר את הדיון בנושא לרשימה נפרדת.

חוקתית שהמדינה תגן עליו מפני פגיעה כאמור הנובעת ממעשי עבריינות. משמעות גישה זו היא שלכל אדם יש זכות חוקתית לתבוע מהמדינה לפעול לצמצומו של סיכון כאמור, והמדינה יכולה להתגונן רק אם תראה שתגובתה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. גישה זו סותרת לדעתנו תפיסות יסוד במערכת המשפט שלנו, ולכן אין לאמצה.

מאז היווסדה מערכת המשפט בישראל מכירה בהבחנה המושגית שבין זכות הפרט לבין אינטרס הכלל. כך בפסקי הדין שהכירו בזכויות ״טבעיות״ כגון חופש העיסוק והזכות לחירות,[69] וכך בפיתוח הזכויות הקשורות להליך הדמוקרטי, כגון חופש הביטוי.[70] בתי המשפט שבים ומשתמשים בהבחנה זו בעקיבות משך שנות קיומה של המדינה.[71] במסגרת הבחנה זו הצורך למנוע עבריינות, פיגועים או לצמצם את הסיכון למלחמה הוצג מאז ומעולם כאינטרס ציבורי במסגרת ביטחון הציבור[72] או שלום הציבור[73] ולא כזכות יסוד.

69 בג״ץ 1/49 **בז׳ראנו נ׳ שר המשטרה**, פ״ד ב(1) 80 (1949); בג״ץ 7/48 **אל־כרבוטלי נ׳ שר המשטרה**, פ״ד ב(1) 5 (1949).

70 בג״ץ 73/53 **חב׳ ״קול העם״ בע״מ נ׳ שר הפנים**, פ״ד ז(1) 871 (1953), (להלן: בג״ץ **קול העם**). מעניין שבבג״ץ **קול העם** ״מעלה״ הנשיא אגרנט את הזכות לחופש הביטוי למדרגה של אינטרס ציבורי כדי להעניק לה יתר משקל, שאם לא כן, לפי התפיסה הקולקטיביסטית שנהגה אז, על זכות הפרט להיסוג מפני אינטרס הכלל אף אם אין מתקיים מבחן האיזון האנכי (שם, בעמ׳ 880).

71 פרשת **בז׳ראנו**, לעיל ה״ש 69 (הזכות לחופש העיסוק מול האינטרס הציבורי שבמניעת שחיתות); בג״ץ **קול העם**, לעיל ה״ש 70 (הזכות לחופש הביטוי מול אינטרס ביטחון המדינה); בג״ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע״מ נ׳ גרי**, פ״ד טז(4) 2407 (1962) (חופש הביטוי מול רגשות הציבור כחלק מהסדר הציבורי); בג״ץ 355/79 **קטלן נ׳ שירות בתי־הסוהר**, פ״ד לד(3) 294 (1980) (הזכות לכבוד האדם אל מול האינטרס הציבורי שבמניעת עבירות סמים בבית הכלא, כחלק משלום הציבור); בג״ץ 14/86 **לאור נ׳ המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ״ד מא(1) 421 (1987) (הזכות לחופש הביטוי מול הגנה על רגשות הציבור כחלק מהאינטרס הציבורי בשמירה על שלום הציבור); בג״ץ 257/89 **הופמן נ׳ הממונה על הכותל המערבי**, פ״ד מח(2) 265 (1994) (הזכות לחופש הדת אל מול האינטרס הציבורי בשמירה על רגשות הציבור ועל שלום הציבור); בג״ץ **הועד הציבורי נגד עינויים**, לעיל ה״ש 37 (הזכות לכבוד האדם מול בטחון המדינה ושלום הציבור); בג״ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד נח(5) 807 (2004) (הזכות לקניין, חופש התנועה, חופש העיסוק אל מול בטחון המדינה ושלום הציבור). ראו: פרשת **מטה הרוב**, לעיל ה״ש 7 (חופש ההפגנה מול שלום הציבור והסדר הציבורי).

72 פרשת **צמח**, לעיל ה״ש 5; ע״פ 5121/98 **יששכרוב נ׳ התובע הצבאי**, פ״ד סא(1) 461 (2006); בג״ץ 316/03 **בכרי נ׳ המועצה לביקורת סרטים**, פ״ד נח(1) 249 (2003).

73 בג״ץ 292/83 **נאמני הר הבית נ׳ מפקד משטרת מרחב ירושלים** פ״ד לח(2) 449 (1984) (הגבלת זכות העלייה להר הבית בשם ביטחון הציבור); בג״ץ 8988/96 **משי זהב נ׳ מפקד מחוז ירושלים** (פורסם בנבו, 27.12.2006) (אישור לקיום מצעד הגאווה בירושלים למרות הסכנה לביטחון הציבור); בש״פ 627/05 **מדינת ישראל נ׳ אלזם** (פורסם בנבו, 23.1.2005) (דחיית הטענה לאי חוקתיות סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ״ב–1982); בג״ץ 5211/04 **ואנונו נ׳ אלוף פיקוד העורף**, פ״ד נח(6) 644 (2004) (סבירות הגבלות חופש התנועה על מרדכי ואנונו וחוקתיות תקנות שעת חירום); בג״ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ שר הביטחון**, פ״ד מז(1) 267 (1993) (אי־מתן זכות טיעון ל־415 מגורשים פלסטינים ללבנון בשם ביטחון הציבור/המדינה).

משמעות אימוצה של גישתו של הנשיא שמגר היא כי אין ממש בהבחנה זו: ראשית, מכיוון שעמדתו, ההופכת את הדיון בצורך למנוע עבריינות או להגן על ביטחון המדינה לזכות יסוד, אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה נרחבת שהתייחסה לשיקולים אלו כאל אינטרסים ציבוריים. שנית, מכיוון שמעטים האינטרסים הציבוריים אשר אינם משליכים כלל על הערכים המוגנים בחוק־היסוד – כגון החיים, שלמות הגוף, הקניין או הפרטיות. לפיכך אימוץ עמדת הנשיא שמגר הופך את קבוצת השיקולים שמעמדם כשל אינטרס שאינו מגיע לכדי זכות יסוד לקבוצה מדולדלת אם לא ריקה.

אפשר לטעון כי קבלת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הובילה לשינוי בדין והקנתה לשיקולים שבעבר היו אינטרסים ציבוריים מעמד של זכויות יסוד. אולם טיעון זה, לדעתנו, אינו חזק. גם בעבר זכויות האדם לחיים, לשלמות הגוף, לקניין או לכבוד הוכרו כזכויות יסוד, ובכל זאת ביטחון המדינה ושלום הציבור לא הומשגו כזכויות אלא כאינטרסים. לפיכך לא ברור מדוע קבלת חוקי־היסוד הייתה אמורה להשפיע השפעה גורפת על ההבחנה המושגית המושרשת בין זכויות יסוד לאינטרסים ציבוריים אחרים. זאת ועוד, השופטים שהמשיגו את פעולות המדינה למניעת עבריינות, פיגועי טרור או נזקים של התקפת טילים כפעולות להגנה על זכויות חוקתיות, לא הציגו את פסיקתם ככוללת שינוי כה יסודי של אבני הבסיס במשפט החוקתי, ומקל וחומר לא ניסו לנמק שינוי שכזה כנובע מחקיקת חוקי־היסוד. לפיכך קשה להניח שביסוד פסיקתם עמדה כוונה לשנות מן היסוד את ההבחנה בין זכויות יסוד לאינטרסים ציבוריים לאור חוק־היסוד.

הדיון בהצדקה הפוזיטיביסטית לעמדתנו לא יהיה שלם אם לא נאזכר גם את ההיבט הדיוני של ההליך המשפטי. אימוץ עמדתו של הנשיא שמגר, המובילה לטשטוש הגבולות בין זכות הפרט לאינטרס הכלל, מאתגר מרכיבים רבים בלב ההליך השיפוטי, ובהם סוגיית זכות העמידה,[74] עילות סף כגון עתירה כללית[75] – מוקדמת או מאוחרת[76]

74 ויתור על הקשר בין בעל הזכות הייחודי ובין זכותו מאפשר לכל אדם לתבוע בשם הערך המוגן שנפגע. מצב זה חותר תחת רעיון זכות העמידה. בימינו מוכר העותר הציבורי הפונה לבית המשפט כדי לוודא אכיפתה של החובה החוקתית המוטלת על המדינה, אולם קיומו של העותר הציבורי הוא החריג ולא הכלל. גם העותר הציבורי נדרש להצביע על זכות אף אם אינה זכותו האישית. עליו למשל לציין שהעותר ה״טבעי״ אשר זכותו נפגעת איננו צפוי להגיע, שכן עניינו יהפוך תאורטי עד שיבוא לדיון, או שהמציאות החברתית היא כזו שעותר זה ייתקל בקשיי גישה להליך השיפוטי, או שקיימת דחיפות מיוחדת עקב חשיבותו החוקתית של העניין, והנזק שייגרם אם הדיון יתעכב עד אשר יגיע עותר שכזה – יהיה כזה שיפגע מהותית בשלטון החוק. אכן, הרחבת זכות העמידה מובילה לטשטוש דיוני מסוים בין אינטרס הכלל בשמירה על זכויות של פרטים בלתי מסוימים ובין הזכות עצמה, הנתונה לנשא מסוים. אולם המבנה החוקתי הישראלי, הכולל הבחנה בין זכות הפרט לאינטרס הכלל, דורש כי גם על העותר הציבורי לטעון בשם נשא הזכות עצמו, ובכלל זה להצביע על ההסתברות הגבוהה לפגיעה בו בדרך מסוימת וקונקרטית (גם אם אינו מזוהה). ראו שלמה לוין ״האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?״ **הפרקליט** לט 453 (1990).

– שאלת הסעד (כהיבט של שאלת השפיטות),[77] המבנה האדוורסרי של שיטת המשפט ובכלל זה נטלי הראיה והליך בירור העובדות,[78] ואפשר שאף מרכיבים אחרים. לדוגמה,

75 כפי שנטען לעיל, עתירה בשם אותם אינטרסים המכונים כאן אינטרס הציבור היא עתירה נגד מדיניות ציבורית כללית ואינה ממוקדת בעובדות מקרה מסוים בו קיים בעל זכות. ראו 4481/91 **ברגיל נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד מז(4) 210 (1993) או בג״ץ 428/86 **ברזילי נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד מ(3) 505, פסק דינו של הנשיא שמגר (1986).

76 עתירות מוקדמות הן עתירות שטרם התגבש בעניינן הסכסוך לכדי סכסוך משפטי שבו נדרשת הכרעה של בית המשפט. עסקינן אך בסיכון לפגיעה בזכות שאינו מוחשי דיו, או שהפגיעה אינה ישירה דייה, שכן קיימים שלבים עד להתגבשות הפגיעה שהתקיימותם עשויה למנוע את הפגיעה או לתקנה. עתירה מאוחרת היא עתירה שבה הסכסוך המשפטי כבר הפך תאורטי: בית המשפט נדרש לעניין שלא כמכריע בסכסוך חי בין פרטים (או בין פרט לבין מדינה), אלא כמצהיר על האיזון בין זכויות מופשטות או בין זכות מופשטת לאינטרס הציבור. בעניין עתירה מוקדמת ראו: בג״ץ 1570/07 **עמותת ״אומץ״ נ׳ השר לבטחון פנים** (פורסם בנבו, 25.7.2007) וכן בג״ץ 9156/06 **פולק נ׳ חברי הכנסת ה־17** (פורסם בנבו, 14.11.2006). בעניין עתירה מאוחרת ראו: בג״ץ 5841/06 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ שר הבטחון** (פורסם בנבו, 13.3.2007) וכן בג״ץ 2406/05 **עיריית באר שבע נ׳ בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו, 27.7.2005).

77 כאשר בית המשפט נדרש להעניק צו עשה נגד המדינה – ובכלל זה נגד המחוקק – באופן שמורה למדינה לנהוג, אקטיבית, בדרך מסוימת, עליו להראות כיצד סעד זה מתחייב מן ההפרה הצפויה. במצב בו אין קיימת זכות פרט כפי שניסינו לאפיין אותה כאן, עלול בית המשפט למצוא עצמו מורה למדינה להעדיף סיכון אחד על פני סיכון אחר, וכאן עולה השאלה אם הנושא מתאים לדיון משפטי. ראו: פסק דינו של השופט גולדברג בפרשת **ברגיל**, לעיל ה״ש 75, בעמ׳ 217 לפסק דינו וכן פס׳ 12 לפסק דינו של הנשיא שמגר בבג״ץ 852/86 **אלוני נ׳ שר המשפטים**, פ״ד מא(2) 1, 38 (1987); בג״ץ 561/75 **אשכנזי נ׳ שר הבטחון**, פ״ד ל(3) 309 (1976). הדיון בסוגיה זו בישראל שילב את שאלת הסעד עם שאלת המעמד ושאלת השפיטות. שופטים מסוימים חששו מההשלכות של הרחבת המעמד בהיעדר זכות אישית, ובעיקר חששו כי בית המשפט ימצא עצמו מעניק סעד שמשמעותו הכרעה בענייני מדיניות ציבורית (ראו את דברי השופט ויתקון בבג״ץ 40/70 **בקר נ׳ שר הבטחון**, פ״ד כד(1) 238, 246 (1970) ודברי השופט אלון בפרשת **אלוני**, שם, בעמ׳ 66–67). שופטים אחרים הוטרדו מהיעדר קני מידה משפטיים אשר על בסיסם יש בידי בית המשפט להעניק סעד (ראו והשוו: בג״ץ 65/51 **ז׳בוטינסקי נ׳ ויצמן**, פ״ד ה(1) 801, 814 (1951)); דברי השופט זוסמן בבג״ץ 186/65 **ריינר נ׳ ראש הממשלה** פ״ד יט(2) 485 בעמ׳ 487 (1965); דברי מ״מ הנשיא זילברג בבג״ץ 222/68 **חוגים לאומיים אגודה רשומה נ׳ שר המשטרה**, פ״ד כד(2) 141, 158 (1970); דברי מ״מ הנשיא י׳ כהן בבג״ץ 448/81 **רסלר נ׳ שר הביטחון**, פ״ד לו(1) 81 בעמ׳ 88 (1981)). לדיון ולביקורת ראו את פסיקתו של השופט ברק בבג״ץ 910/86 **רסלר נ׳ שר הבטחון**, פ״ד מב(2) 441, 473–480, 488–495 (1988). גם לשיטתו של השופט (כתוארו אז) ברק יש לתת משקל לשאלת השפיטות המוסדית, דהיינו לשאלה אם ראוי שבית המשפט יעניק במקרה מסוים סעד שיפוטי הגם שקיימים מוסדות אחרים המתאימים לטפל במחלוקת (פס׳ 55 לפסק דינו. ראו גם דבריו בבג״ץ 5167/00 **וייס נ׳ ראש הממשלה**, פ״ד נה(2) 455 (2001)).

אם לכל תושב זכות משפטית־חוקתית שהמדינה תרתיע עבריינים או תצמצם את הסיכון הביטחוני, היה מקום להכיר בזכות העמידה של כל תושב בהליכי המעצר או בהליכי איחוד המשפחות הנתפסים כמסכנים את הביטחון. מערכת המשפט שלנו איננה מכירה במעמד כזה, ולכן הצורך לצמצם עבריינות או סיכון לביטחון הציבור אינו נתפס כזכות חוקתית אישית של כל אדם אלא כאינטרס ציבורי אשר קידומו מופקד בידי רשויות המדינה. איננו טוענים שהמסגרת הדיונית בהכרח גוזרת את הדין המהותי,[79] אולם טענתנו היא שהמהות המשפטית מעוצבת במבנה פורמלי מסוים, ממנו אי אפשר להתעלם.[80]

לסיכום חלק זה, הכרה בזכותם החוקתית של הנפגעים בכוח, הגם שאין בכוחם להראות ברמת סמך גבוהה מתווה פגיעה הקושר אותם – אישית ובאופן ישיר, לנאשם, אינה מתיישבת עם ההבחנות המקובלות בשיטתנו. אמנם אפשר לעצב את שיטת המשפט הישראלית אחרת, אלא ששינוי כזה יהיה יסודי, ולכן נדרשת סיבה טובה שתצדיקו, ולמצער נדרשת אינדיקציה משכנעת שתתמוך בטענה ששינוי כזה אכן התרחש. כאמור, סיבה או אינדיקציה כזו לא הוצגה.

78 כאמור, ההליך השיפוטי מעניק לאדם הטוען כי נפגעה זכותו כלים להוכיח פגיעה זו. אדם הטוען כי נפגע האינטרס הציבורי, יידרש להוכיח זאת. דרכי ההוכחה עלולות לעורר מחלוקות מדעיות וחברתיות שפתרונן מחייב הליכים שאינם אדוורסריים אלא אינקוויזיטוריים, ובכלל זה הליכים רבי־משתתפים שבמהלכם יבצעו מומחים שונים ניסויים שונים. הליכים אלו מתאימים לגופים קובעי מדיניות ברשות המבצעת והמחוקקת, ואינם מתאימים בהכרח לבית המשפט במתכונתו המוכרת. השוו: דורון מנשה ״דו״ח ועדת החקירה בעניין ההשלכות הבריאותיות של פעולות צבאיות בנחל הקישון – הערה ביקורתית״ **הארת דין** א(1) 1 (2004).

79 ניהול הליך שיפוטי נשען על קיומה של זכות, אולם מכך אין נובע שהיעדרו של ייצוג בהליך בהכרח מבטא היעדרה של זכות. אם מוטלת על המדינה חובה חוקתית, כוללת חובה זו, כך נראה, את החובה לפתח הליכים אשר יוודאו כי אכן זו מולאה. לכל הפחות כוללת החובה את החובה לקיים הליך אשר יבחן אם יש להכיר במעמד (או בזכות ייצוג עצמאית). הנאשם למשל הוא צד להליך, והנפגע, למעט עניינים מסוימים, אינו צד לו. מציאות דיונית זו אינה מלמדת בהכרח כי הנפגע נעדר זכויות; נפגע מסוים יכול שיבוא בפני בית המשפט ויטען שזכותו לכבוד האדם, ובכלל זה הזכות להליך הוגן, מחייבת כי יוענק לו מעמד בדיון כזה או אחר אף מעבר למנוי בחוק (דהיינו שהחוק אינו חוקתי בכך שאינו מעניק לנפגע מעמד).

80 השוו: P.S. ATIYAH & R.S. SUMMERS, FORM AND SUBSTANCE IN ANGLO-AMERICAN LAW: A COMPARATIVE STUDY OF LEGAL REASONING, LEGAL THEORY, AND LEGAL INSTITUTIONS 11–21 (1987), שם מצביעים הכותבים על כמה מאפיינים פורמליים ההכרחיים להבנת המשפט. לדעתנו, מרכיבים אלו חולשים גם על אופי ההליך השיפוטי ומשליכים גם על הדיון החוקתי. ראו שם, בעמ׳ 150–156, וכן השוו: Owen Fiss, *The Supreme Court 1978 Term – Forward: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979); Lon Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978); Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976).

3. הצדקות מוסדיות: תפקיד הביקורת השיפוטית

עד כה הצגנו שתי קבוצות של טיעונים נגד הענקת מעמד של זכות חוקתית לאינטרס שבמניעת עבריינות או ביטחון המדינה. הראינו כי שיקולים מוסריים יכולים לבסס הצדקה להענקת יחס מיוחד לזכות של פרט מסוים העשוי להיפגע ישירות מפעולה מסוימת, ביחס לאינטרס של כל פרט בביטחון או צמצום העבריינות. הראינו גם שהמסורת המשפטית בישראל מכירה בהבחנה כזו מימים ימימה, ולא הוצגו טיעונים כבדי משקל לסגת ממנה. בחלק זה נציג קבוצת טיעונים שלישית לביסוס ההבחנה האמורה. קבוצה זו מסתמכת על שיקולים מוסדיים.[81]

המדינה פועלת באמצעות אורגנים שונים אשר המבנה של כל אחד מהם והליכי קבלת ההחלטות של כל אחד שונים אלה מאלה ומותאמים למטרות שונות. הרובד המשפטי בו בוחרת המדינה לעגן את זכויות האדם משפיע על חלוקת הסמכויות בין הרשויות השונות של המדינה לעניין ההגנה על אותן זכויות. למשל, עיגון זכויות בחקיקה ראשית מגביל את מחוקק המשנה – תפקיד המסור בדרך כלל לרשות המבצעת – אך לא את הרשות המחוקקת, הרשאית לשנות חקיקה ראשית בכל עת. עיגון הזכויות בחוקי־יסוד מעביר לרשות השופטת חלק ניכר מן הסמכות להגן עליהן, שכן מחובתה לדרוש מן הרשות המחוקקת כי תעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. לפיכך קביעת היקפן של הזכויות הקבועות בחוקי־היסוד צריך להיות מושפע לא רק מהיקפן של הזכויות המוסריות שעוגנו במסגרת זו אלא גם מן ההשלכה המוסדית של עיגון הזכויות. יש לבחון אילו נתחים מתוך הזכויות המוסריות זקוקים להגנה המיוחדת של הרשות השופטת דווקא, ואילו נתחים ראוי שייוותרו מוגנים באמצעות רובדי המשפט האחרים (הדין הסטטוטורי או המשפט המקובל). במילים אחרות, ייתכן שלכל אדם בישראל יש זכות (מוסרית) לדרוש שהמדינה תפעל לצמצום הטרור המסכן את חייו,[82] אולם אין מקום לעגן זכות זו בחוקה, שכן אין חשש שהרשויות האחרות יקפחו זכות זו.

יובהר כי הצורך להבטיח ביקורת שיפוטית על הפגיעה בזכויות אינו השיקול היחיד לעיגונן בחוקה. גם שיקולים אחרים, כגון שיקולים חינוכיים או סימבוליים, יכולים

81 ראו אמנון רייכמן ״קול אמריקה בעברית – פנייתו של בית המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי״ **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 185 (מיכאל בירנהק עורך, 2006). לניתוח מוסדי בהקשר האמריקני ראו Harry H. Wellington, *The Nature of Judicial Review*, 91 YALE L.J. 486 (1982). Wellington מפריד בין שאלת הסופיות לשאלת העליונות. הפרדה זו אינה מתאימה להקשר הישראלי בגלל מאפייניה השונים של החוקה וכוחו של המחוקק (שהוא, בישראל, גם המכונן) לשנות את חוקי־היסוד.

82 כאמור, אנו נוטים לדעה שזכות מוסרית כזו קיימת. מעטים יחלקו על הטענה שחובת המדינה לפעול כדי להבטיח לאזרחיה רמת ביטחון מספקת. למעשה, זהו אולי התפקיד העיקרי של המדינה, אף לפי אלו הרואים במדינה אך שומר לילה. ראו Nozick, לעיל ה״ש 57, בעמ׳ 26–48 (פרק 3 העוסק בהשלכות המוסריות של תפיסה זו).

להצדיק עיגון חוקתי של זכויות מסוימות.[83] עם זאת אין להתעלם מן ההשלכות המוסדיות של העיגון החוקתי, ולהשלכות אלו לעניין הסיווג נפנה כעת.

בקצרה, וכמובן מבלי להתיימר למצות את התחום, קיימות שלוש תאוריות מרכזיות המצדיקות ביקורת שיפוטית חוקתית: תאוריה אחת אפשר להבין כנשענת על הטיה מוסדית בסיסית שקיימת בתחומי פעילות מסוימים נגד זכות הפרט. זוהי התאוריה שזכתה להכרה בכתיבה האמריקנית מסוף המאה התשע־עשרה; תאוריה שנייה נשענת על כשלים בהליך הפוליטי כמייצג את בחירותיהן של מכלול הקבוצות המרכיבות את החברה. לפי תאוריה זו, קיימת הטיה נגד מיעוטים כרוניים, המתקשים להבטיח כי חלוקת הטובין החברתיים, ובכלל זה הסיכונים החברתיים, תהיה בעיקרה הוגנת. תאוריה זו זכתה להכרה באמצע המאה העשרים, ולפיתוח בשנות השמונים של המאה שעברה; תאוריה שלישית גוזרת את הביקורת השיפוטית החוקתית ממגבלות אופני התגובה האנושיים למצבי איום, תגובה אשר יש בה כדי להטות לכדי פגיעת־יתר הן בזכות הפרט והן בזכות המיעוט. לפי תאוריה זו, בתחומי פעילות אנושיים מועדים לפורענות נדרשים מנגנונים מעכבי החלטה, שנועדו לוודא כי כל החלטה מגובה בהצדקה ראויה כפועל יוצא משיח בין רשויות. תאוריה זו אף היא בת המאה העשרים, וגם לה שורשים בכתיבה מוקדמת.

(א) תאוריית ההטיה המוסדית

התאוריה הבסיסית התומכת בביקורת שיפוטית רואה בשלטון הכרח מסוכן. הממשל נועד לקדם את הטובה הכללית, אולם אין להתעלם מהאפשרות שבני אדם המקבלים כוח למשול עלולים לנצל כוח זה לרעה.[84] זאת לא מפני שהם הופכים בהכרח לאנשים רעים או מושחתים – למרות האמרה המפורסמת שכוח משחית וכוח מוחלט משחית לחלוטין[85] – ולא מפני שקמה בהכרח בעיית הנציג, היוצרת ניגוד עניינים בין הטובה הכללית שלשם הגשמתה אמור לפעול הנציג ובין רצונו של הנציג להיבחר מחדש[86] – הגם שבעיית נציג אכן קיימת. החשש מפני כוחם של ממלאי התפקיד נובע בעיקר משום

83 ראו גביזון ״על היחסים בין זכויות״, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 65–66.

84 השוו: James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893).

85 “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely”. John Emerich Edward Dalberg, First Baron Acton (1834–1902), *Letter, April 3, 1887, to Bishop Mandell Creighton*, in LIFE AND LETTERS OF MANDELL CREIGHTON 372 (Louise Creighton ed., 1905).

86 ראו למשל: Keith E. Whittington, *An “Indispensable Feature”? Constitutionalism and Judicial Review*, 6 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL’Y. 21 (2002). Whittington מבקר את עמדתו של Waldron, אשר אינה מתייחסת לקיומה של בעיית הנציג כהצדקה לביקורת שיפוטית.

שהערכת הסיכונים והסיכויים הטמונים בתהליכים חברתיים משתנה על פי נקודת המבט של המתבונן. אדם המאייש משרה שלטונית שתכליתה קביעת מדיניות ציבורית ויישומה, ולו יהיה הוא התומך הנלהב ביותר בזכויות אדם, צפוי להגזים בהערכת הנזק הטמון באי מימושה של המדיניות הציבורית אשר לשם הגשמתה קיימת המשרה הציבורית אותה הוא מאייש. למשל: מנקודת מבטו של נושא משרה האחראי להגנה על אינטרס ציבורי חשוב מדיניותו נראית הכרחית. גם הסכנה החברתית שעמה המדיניות נדרשת להתמודד נתפסת כסכנה מוחשית ולפיכך אי מימוש המדיניות (למשל משום שמימוש כאמור פוגע בזכות הפרט) נתפס כעלול לסכן את החברה סיכון של ממש. לדוגמה, נושא משרה שתכליתה הגנה על ביטחון המדינה עלול להסיק – על אף הכרתו בחשיבות חופש הביטוי – כי אין מנוס מלהגביל ביטוי הפוגע במורל כוחות הביטחון, למשל על ידי סגירת עיתון, כדי למנוע מה שבעיניו נראה סכנה אמתית לביטחון הציבור.[87] כך בחופש הביטוי, וכך בזכויות הנאשם: כולנו מאמינים שלנאשם זכויות להליך הוגן, אולם עלינו להגן על הציבור מפני מכת מדינה של גנבת רכבים, והרי המדינה – השלטון – נועדה בדיוק לשם התמודדות עם מכות מדינה מעין אלו. לפיכך בעיני מקבלי ההחלטות האמונים על שלום הציבור המשקל שיש להעניק להתמודדות עם האיום צפוי להיות רב, והסכנה הטמונה בהתמודדות לקויה צפויה להיות מוערכת כאקוטית לא רק משום שמשמעות התמודדות לקויה כזו היא כי נושא המשרה השלטונית יישא באחריות וייאלץ לספוג ביקורת ואולי אף לאבד משרתו, אלא משום שסביר שנושא המשרה, מנקודת מבטו, אכן יראה בעצמת הסיכון כגוברת על זכות הנאשם. אותם דברים נכונים גם לגבי זכות האזרח הערבי לאיחוד משפחות בישראל, על רקע הסיכונים הביטחוניים שרואות רשויות הביטחון לנגד עיניהן. ובאופן כללי: משום שהשלטון נועד להתמודד עם הגשמת האינטרס הציבורי, צפויים נושאי משרה שלטונית האמונים על אינטרס הציבור לתת משקל חסר לחירויות הפרט במקרים קונקרטיים אף על פי שברמה העקרונית מוסכם שהגנה על חירויות אלו ניצבת בבסיס הלגיטימיות של השיטה הדמוקרטית.[88] לכן בדיוק

87 ראו בג״ץ **קול העם**, לעיל ה״ש 70. ראו פרשת **לאור**, לעיל ה״ש 71. לדיון ראו Amnon Reichman, *The Passionate Expression of Hate: Constitutional Protections, Emotional Harm and Comparative Law*, 31 FORDHAM INT'L L.J. 76 (2007).

88 למרכזיותו של עקרון החירות ראו לדוגמה: ג׳ון סטיוארט מיל **על החירות** (אריה סימון מתרגם, 1946). למרכזיותו של עקרון השוויון ראו: Ronald Dworkin, *What is Equality? Part 3: The Place of Liberty*, 73 IOWA L. REV. 1 (1987) הטוען שכל התאוריות הפוליטיות הסבירות מבוססות על עיקרון אחד – השוויון, שאין להכפיפו לשום אידאל נורמטיבי אחר; JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971) מציג את השוויון כביטוי לערך ההגינות. ההגינות, שבה מחויבת כל מדינה ליברלית כלפי אזרחיה, תובעת מהמדינה יחס שוויוני לפרטים שבה, הן במובנים הפורמליים והן במובנים המהותיים. להשתלשלות הטיעון ראו יואב דותן ״חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר ה׳מהפכה החוקתית׳״ **משפטים** כח 149, 152–153 (1997) (להלן: דותן ״חוקה למדינת ישראל״).

משום שהשלטון מזהה את טובת הכלל ופועל להגשמתה, ובדיוק משום שבדרך כלל השלטון מזהה את האינטרס הציבורי כראוי, יש להגן על הפרט, היחיד, שלא ייפגעו חירויותיו **יתר על המידה** על מזבח טובת הכלל. לפיכך יש לוודא כי חירויות האדם הבסיסיות אינן חלק מן המשחק הדמוקרטי הרגיל. לשם כך, לפי דרך אפשרית להבין את עמדתו של ביקל,[89] דרושה ביקורת שיפוטית על ידי מוסד שאינו אמון דרך כלל על התוויית מדיניות שלטונית ויישומה, ולכן גם אינו נדרש לתת דין וחשבון לציבור באמצעות בחירות.[90] לבית המשפט לא אמורה להיות הטיה מוסדית שתעדיף את אינטרס הציבור, ולפיכך אפשר להפקיד בידיו את ההגנה על זכות הפרט, וליתר דיוק – אפשר להיעזר בהליכים השיפוטיים כדי לוודא שבמקרים קונקרטיים לא נפגעה זכות הפרט יתר על המידה במהלך הפעילות להגשמת טובת הכלל. באמצעות הבניית ההליך השיפוטי סביב שיח הזכויות – שיח הדורש הנמקה עקרונית – אפשר לקוות כי אכן תתוקן, ולו באופן חלקי, ההטיה המוסדית של רשויות השלטון האמונות על האינטרס הציבורי, ויושג ״איזון״ ראוי בין טובת הכלל לזכות הפרט.

הענקת מעמד של זכות לאינטרס הציבורי במניעת סכנות לציבור עלולה לשבש את מבנה ההטיות המוסדיות שתואר לעיל. היא עלולה לפגוע ביכולתו של בית המשפט לשמור כי זכות הפרט לא תוקרב על מזבח הטובה הכללית, משום שתפיסת ההתנגשות כמתקל זכות בזכות שומטת את העדיפות הדיונית שהובנתה אל תוך זכות הפרט; היא עלולה להוביל לאיזון אופקי או להגמשת דרישות פסקת ההגבלה. זאת ועוד, הענקת מעמד של זכות לאינטרס הציבורי עלולה להוביל את בית המשפט לסבור, בטעות, כי עליו להגן הגנה אקטיבית על האינטרס הציבורי (בלבושו כזכות). אלא שכאמור תאוריית ההטיה המוסדית מזהירה מפני הגנה כאמור: בית המשפט מצוי בנחיתות מוסדית בבואו לגבש את האינטרס הציבורי ובבואו לבחון כיצד יש להגן הגנה אפקטיבית על אינטרס זה. לבסוף, העמדת האינטרס הציבורי כזכות עלולה לגרום לרשויות השלטון לסבור (ושוב בטעות) כי האחריות על קידומו של האינטרס הציבורי עברה, ולו באופן חלקי, לכתפי בית המשפט (בלי קשר הכרחי לשאלה אם בסופו של דבר בית המשפט אכן יחליט להעדיף אינטרס ציבורי זה על פני זכויות או אינטרסים אחרים שעלולים להתנגש עמו). הסטה זו עלולה לשמש בידי הרשות המחוקקת והמבצעת כלי לטשטוש מנגנוני האחריותיות הדמוקרטיים והמקצועיים להם הן כפופות; במקרים שבהם לא יזכה האינטרס הציבורי להגנה הנאותה עלולות הרשויות לתלות את האשם ב״מחדלו״ של בית המשפט.

89 לתאוריה זו ראו: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962). להרחבה בנושא הטיעון האנטי־רובי ראו שם, בעמ׳ 16–23 (״The Counter-Majoritarian Difficulty״).

90 דותן ״חוקה למדינת ישראל״, לעיל ה״ש 88, בעמ׳ 154 (עומד על כך שאין הכרח שהמוסד האנטי־רובי יהיה בהכרח בית המשפט, אך זוהי המציאות הקיימת בכל הדמוקרטיות המוכרות).

(ב) תאוריית הכשל ההליכי

התאוריה השנייה מזוהה עם המלומד ג׳ון הארט אילי,[91] ובבסיסה זכויות המיעוט. לפי שיטה זו, תכליתה של הביקורת השיפוטית לוודא כי בבוא החברה לקבל החלטה כלשהי היא אכן מביאה בחשבון את האינטרס של כל אחת ואחת מן הקבוצות המרכיבות אותה, כנדרש בדמוקרטיה מהותית. בחברות שבהן קיימים מיעוטים מובחנים, הסובלים מדעה קדומה, יתקשו אלה להשתלב בקואליציה שלטונית, ולפיכך בני קבוצת מיעוט שכזו צפויים שלא לזכות לחלקם היחסי בטובין החברתיים, ואף לספוג חלק גדול מחלקם היחסי בחברה בכל האמור להקצאת סיכונים חברתיים. לשם כך, לפי גישת הכשל ההליכי, נדרשת ביקורת שיפוטית בדיוק משום שהיא אינה רובית. מקום בו הקצו הרשויות הנבחרות סיכויים או סיכונים חברתיים באופן שמרע את מצבם של בני המיעוט בבואם לממש זכויותיהם, על בית המשפט לדרוש מן המדינה הצדקה חזקה, שמא הקצאה זו מעידה על כשל בהליכי ההשתתפות. תאוריה זו נדונה לאחרונה בבית המשפט העליון מפי השופט גרוניס בפרשת גיוס בני הישיבות, שהעלתה את זכותם של אזרחי המדינה באשר הם לכבוד האדם,[92] אך אין מניעה שבחינת הכשל ההליכי מתוך כוונה להגן על קבוצות מעוטות כוח פוליטי תהיה רלוונטית לכל זכות, ועל בית המשפט יהיה לבחון אם נסיבות המקרה או המארג החברתי באופן כללי הם כאלה שמעלים חשש של ממש שהקבוצה אשר נציגיה תובעים את זכותם בבית המשפט נעדרת כוח באופן סיסטמי.[93] למשל, היה אפשר לבחון בפרשת **גנימאת** את מצבם היחסי של הנאשמים

91 JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 74–101 (1980). גישתו המקורית של ELY עסקה בשמירה על ערוצי השתתפות פתוחים והוגנים, במובן זה שקולם של המיעוטים יבוא לידי ביטוי בתהליך קבלת ההחלטות הקולקטיבי. לשיטתו, על בית המשפט להימנע מהתערבות בהקצאות עצמן כל עוד ההליך שהוביל אליהן תקין. אלא שפגמים בהליך אינם תמיד גלויים לעין, ולפיכך אפשר לטעון שהקצאות הפוגעות במיעוטים בבירור מעלות חשד שנבעו מהליך פגום, ולכל הפחות על המדינה להצדיק היעדרו של פגם. כמו כן בכל הקצאת סיכויים וסיכונים טמון גם מרכיב המשליך, או לפחות העשוי להשליך, על הסתיידות הליכי ההשתתפות, ולפיכך על בית המשפט להבטיח שהקצאה מסוימת אינה טומנת בחובה פגיעה עתידית ביכולת קבוצת המיעוט להשתתף השתתפות אפקטיבית בהליכי ההקצאה שיבואו.

92 ראו פסק דינו של השופט גרוניס בפרשת גיוס בני הישיבות, לעיל ה״ש 6, בעמ׳ 157 לפסק הדין. יצוין כי גישה זו נדחתה במפורש על ידי הנשיא ברק בפרשה זו. כמו כן השופט גרוניס עצמו לא הזכיר גישה זו בבואו לפסוק בפרשת איחוד המשפחות, לעיל ה״ש 1. על כל פנים, כוחה המרכזי של גישה זו הוא במתן כלי יישום לזכות החוקתית לשוויון, שהיא מטבעה זכות שמחייבת ניתוח נרחב, ולו משום שכל חוק יוצר קלסיפיקציות, ולפיכך נדרשת תאוריה שתבחין בין קלסיפיקציות מותרות לאסורות. כפי שצוין, אנו איננו עוסקים בזכות לשוויון במאמרנו זה.

93 לעניין זה אין די בבחינה כמותית של רוב ומיעוט, אלא יש להתייחס להיבטים מערכתיים: לקבוצות לוקאליות בעלות אינטרס אחיד קל להתאגד יותר מאשר לציבור בכללותו בבואו להגן על אינטרס ציבורי רחב. ראו: MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS

בהליך הפלילי. אמנם קבוצת הנאשמים אינה קבוצה חשודה קלסית, שכן חבריה אינם בהכרח משתייכים לסיווג מקובע, כגון גזע, מוצא אתני, מין, לאום או דת – סיווגים שליחיד קשה להשתחרר או לצאת מהם.[94] עם זאת עדיין אפשר לומר כי קבוצת הנאשמים סובלת לא אחת מדעה קדומה, ויכולתה לזכות בייצוג הולם בכנסת אינו בהכרח שווה ליכולתן של קבוצות אחרות בחברה.[95] לכן סביר להניח שההטיות הטמונות בהליך

AND THE THEORY OF GROUPS 53 (4th ed. 1977); RUSSELL HARDIN, COLLECTIVE ACTION (1982); TODD SANDLER, COLLECTIVE ACTION: THEORY AND APPLICATIONS (1992). נראה שגם למבנה המערכת הפוליטית יש תפקיד העלול להוביל הן לייצוג־יתר והן לייצוג־חסר, כפי שחושפת פרשת גיוס בני הישיבות, לעיל ה״ש 6.

94 התאוריה של ELY, לעיל ה״ש 91, נשענת על פיתוח הערה מספר 4 לפסק הדין האמריקני United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938), אשר עסק בכוחו של הקונגרס להסדיר בחקיקה נושאים הקשורים באספקת מוצרים ושירותים. פסק הדין בחן את הרגולציה באמצו מבחן מקל עם הרשות – מבחן הקשר הרציונלי – אך באותה הערת שוליים הוצע כי בית המשפט יפעיל רמת ביקורת שיפוטית קשיחה ודווקנית מקום שבו החקיקה עוסקת במיעוטים מוגדרים ומגודרים – "discrete and insular minorities". ELY פיתח עמדה זו לכלל הצדקה להפעלת ביקורת שיפוטית ככלי הכרחי להגנה על המיעוט בהליך הפוליטי (או ליתר דיוק, להגנה על ההליך הפוליטי עצמו כאשר נדרש הוא לעסוק במיעוטים. ראו למשל, שם, בעמ׳ 135, 145). לענייננו, ELY טוען (שם, בעמ׳ 172–173) כי התיקון הרביעי לחוקה, אשר דורש כי חיפוש ומעצר יתבצעו בצו ומתוך עילה סבירה, ניתן להסבר בכך שהוא נועד להקטין הפליה ושרירות של הממשל. כלומר, לדעתו אפשר לראות תיקון זה בפריזמה של הגנה על המיעוטים. באופן דומה הוא מנתח את תכלית התיקון השמיני לחוקה, שאוסר ענישה אכזרית. לדוגמה, עונש מוות עשוי להיחשב ענישה אכזרית משום ששיקול הדעת הרחב המוקנה למושבעים מותיר מרחב השפעה לדעות קדומות כלפי גזע, דת, מעמד חברתי וכו׳. התוצאה היא חשש שהעונש החמור יהיה נגוע בהפליה של מיעוטים, אף שאי אפשר יהיה להוכיח זאת.

95 ראו יואב ספיר ״הגנה ראויה על ׳אנשים לא־נחמדים׳: הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה״ **משפט וממשל** י 571 (2007). עם זאת לא כל קבוצות הנפגעים נהנות מכוח המאפשר להן לגבור על הנאשמים. זאת ועוד, התיאור כאילו הנאשמים בהכרח מובחנים לרעה אינו מדויק; קבוצות חברתיות שכוחן לא מבוטל, כגון חברי לשכת עורכי הדין והאגודות לזכויות האזרח, דואגות להשמיע את קולם. בהקשר זה ראו באופן כללי: LAWRENCE BAUM, JUDGES AND THEIR AUDIENCES: A PERSPECTIVE ON JUDICIAL BEHAVIOR 97–116 (2006); Amnon Reichman, *The Dimensions of Law: Judicial Craft, Its Public Perception, and the Role of the Scholar*, 95 CAL. L. REV. 1619, 1659–1669 (2007). והשוו, בהקשר אחר, לחיבור: RONEN SHAMIR, MANAGING LEGAL UNCERTAINTY: ELITE LAWYERS IN THE NEW DEAL (1995). אך גם לאחר עידונים אלו ייתכן שההצדקה עומדת: נדרשת ביקורת שיפוטית בהגנה על זכויות נאשמים עקב הקשיים היחסיים בייצוג הפוליטי. אל מול אינטרס הכלל כביטוי לאינטרסים של קבוצות הנפגעים השונות, קבוצת הנאשמים – בוודאי בעבירות שאינן עבירות צווארון לבן – זוכה לתת־ייצוג. תופעה זו בוודאי קיימת בעניין זכויות בני המיעוט הערבי לאיחוד משפחות.

הפוליטי והביורוקרטי להקצאת הסיכויים והסיכונים החברתיים יובילו להחלטות קונרקטיות המרעות את מצבם של הנאשמים ביחס לקבוצות אחרות בחברה.

גם לפי תאוריה זו הענקת מעמד של זכות לאינטרס הציבור אינה נחוצה, והיא אף עלולה להזיק. ראשית, זיהוי שגוי של אינטרס ציבורי כזכות עלול לפגוע באפקטיביות ההגנה שאמור בית המשפט להעניק לזכותן של קבוצות מיעוט להשתתף בהליך הדמוקרטי, שכן אם בטעות יבחן בית המשפט אינטרס ציבורי כזכות, עליו לאזן איזון אופקי בין זכויות, ובכך עלולה ההגנה על המיעוט לצאת נפסדת. שנית, אי־זיהוי זכות, דהיינו סיווג זכות בטעות כאינטרס ציבורי, יוביל אף הוא לפגיעה בהגנה על זכויות המיעוט, שכן במצב זה יימנע בית המשפט ממתן מלוא ההגנה לזכות המיעוט להשתתף השתתפות אפקטיבית בהליך הדמוקרטי. שלישית, זיהוי שגוי עלול להוביל את בית המשפט להתערב בתוצאות ההליך הפוליטי בשם אינטרס ציבורי ולא בשם זכות. זוהי התערבות־יתר אשר אינה מוצדקת לפי גישת הכשל ההליכי. הכפפת ההליך הפוליטי ותוצאותיו לביקורת שיפוטית כשאין כשל בערוצי ההשתתפות והייצוג הפוליטיים, לפי תאוריה זו, מציבה את השופטים במצב בו נדרשים הם להעריך את הסיכויים והסיכונים הגלומים בהחלטות ההקצאה של הטובין החברתיים מבלי שנהנים הם מכל יתרון מוסדי כלשהו. במצב שכזה, לפי גישתו של אילי, מוחרף המתח הא־רובי הטמון בביקורת שיפוטית.

(ג) תאוריית הרציונליות המוגבלת והדרישה למנגנוני דליברציה

ההצדקה השלישית לביקורת שיפוטית חוקתית נשענת על ההנחה כי בני האדם אינם יצורים רציונליים לחלוטין המבטאים בכל זמן נתון העדפות קבועות בנוגע לחלוקת הטובין או הקצאת הסיכונים, כפי שאינם רציונליים לחלוטין בבואם לקבוע את נקודת האיזון הרצויה בין זכות הפרט לטובת הכלל.[96] כבני אנוש כפופים אנו לסכנה כי בעתות בהן הלהט הפוליטי והרגשות סוערים, נגיע – כולנו, על נציגינו השונים – להכרעות בדבר הפגיעה בזכויות אדם שהיינו מבקרים אותן בימי רוגע. הלהט – הכעס, הפחד – יעצים בעיני כולנו את הצורך להגשים את האינטרס הציבורי בכל מחיר (או במחיר רב מאוד). משום כך יש טעם במנגנונים המבודדים את קבלת ההכרעות בנושאי זכויות אדם מן הלהט הפוליטי לא רק מבחינה מוסדית – נבחר או שאינו נבחר – אלא גם באמצעות שליטה על המשתתפים בהליך, שילוב כללים כתובים הנתפסים כנוקשים יותר, קיום הליך ממושך יותר וקבלת הכרעה מנומקת. במילים אחרות – נדרשים אנו לייצר כלים שישמרו את התנאים והמנגנונים הנחוצים לשיח בין ובתוך הרשויות, ולדיון ציבורי

96 JON ELSTER, ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY (1979).

nevo.co.il

מהותי;[97] מנגנונים אלו נשענים בין היתר על מילות קוד – כגון ״זכות הפרט״ או ״האינטרס הציבורי״ – מתוך הנחה שהפעלתם באופן מושכל תשפר את תהליך קבלת ההחלטות במוסדות המדינה.

לפי תפיסה זו אין איש – גם לא השופטים – החסין בפני סערת הרגשות האופפת חברה הנתונה באירועים מסוימים. יחסיות הזכויות משקפת אפוא הן את העובדה שההליכים מעניקים בידוד יחסי בלבד והן את העובדה שאין הצדקה לקשור את ידי הקברניטים לחלוטין. מילות הקוד ״זכות״ או ״אינטרס״ אינן אפוא מילות קסם. הרי דווקא בשעת חירום – נניח, מכת מדינה של גנבת כלי רכב או תקופת פיגועי טרור – נדרשת תגובה מידית. אלא שעל תגובה זו להביא בחשבון את השלכותיה על זכויות האדם הן בשעת חירום והן ברגיעה.[98] לפיכך אפשר לראות כי נדרשת ביקורת שיפוטית לוודא כי קיימת הצדקה ראויה לפגיעה בזכויות נאשם או זכויות האזרחים להתאחד עם בני זוגם בישראל דווקא בעת מכת מדינה, ודווקא לנוכח זעקת הנפגעים. באותו האופן יש לוודא כי זכויות נאשמים אינן מוסטות הצדה בלהט הדחף להשיג אינטרס ציבורי כזה או אחר. אולם בכל האמור באינטרס שבהגנה על נפגעי עבירה בכוח אין צידוק של ממש לייחד על דרך שגרה הליך שיפוטי ברמה החוקתית שיבודד עניין זה מהלהט הציבורי שעלול להתלקח לטובת הנאשמים.

זיהוי מוטעה של אינטרס ציבורי כזכות עלול אפוא לפגום באיכות אותם ״מנגנוני בידוד״ לקבלת הכרעות בעתות לחץ ומצוקה. בית המשפט עלול למצוא עצמו מעצים את משקלו של האינטרס הציבורי (שהולבש כזכות) אף יותר מכפי שמצב החירום מעצימו אל מול זכות אחרת, ובכך להעניק הגנת־חסר לזכות,[99] והחברה תצא ניזוקה. זאת ועוד, חשיבות הסיווג הנכון לפי גישה זו מתעצמת, שכן ההנחה היא שבְּסָעור הרוחות הפוליטיות גם השופטים עלולים לטעות, ולפיכך יש לסייע בידם באמצעות תשתית משפטית כתובה וסדורה אשר פותחה ביישוב הדעת, ובמסגרתה נעשה מאמץ שמילות הקוד ״זכות הפרט״ או ״האינטרס הציבורי״ תופעלנה, ככל האפשר, רק במקרים הראויים.

* * *

מכאן שהתאוריות המצדיקות ביקורת שיפוטית חוקתית שנועדה להגן על זכויות חוקתיות מצדיקות את ההבחנה בין זכות הנאשם לבין האינטרס הציבורי של נפגעים בכוח. ואם נחזור מן הדוגמה אל הכלל, תאוריות אלו מצדיקות הענקת מעמד חוקתי מיוחד לזכויות הפרט המזוהה בו פוגעת המדינה, גם במחיר של יצירת סיכון לפרטים

97 JURGEN HABERMAS, LEGITIMATION CRISIS (Thomas McCarthy trans., 1975); CASS R. SUSNTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION 18–39 (1994). וכן ראו Wellington, לעיל ה״ש 81.

98 השוו לוויכוח בפרשת איחוד המשפחות, לעיל ה״ש 1.

99 לחלופין בית המשפט עלול לעכב את המדינה בבואה להגן על אינטרס ציבורי חשוב, וזאת בשם אינטרס ציבורי שהולבש בטעות כזכות, ואין סיבה לסבור שהליכי קבלת ההחלטות שאינם שיפוטיים יעריכו אותו הערכת־חסר.

רבים ולא מזוהים. אין זאת אומרת שלא תיתכנה תאוריות אחרות שתצדקנה ביקורת שיפוטית במצבים אחרים, אולם כל עוד אנו מאמינים בחשיבות ניתוקם של השופטים מההליך הפוליטי (ובכלל זה ניתוקם מהליך בחירה, קידום או הדחה הנתון רובו ככולו בידי נבחרי ציבור בעלי שיוך מפלגתי), נראה כי יש להותיר את ההגנה על נפגעים בכוח – מעבריינות, טילים או טרור – בידי הרשות המחוקקת והמבצעת. מטעמים מוסדיים אלו אין מקום להענקת מעמד חוקתי לחובת המדינה למנוע סיכונים אלו.

גם כאן חשוב להבהיר כי אין כוונתנו שבית המשפט לא ישקול את האינטרסים הציבוריים בהחלטותיו. ברי כי לאינטרסים אלו מעמד מרכזי גם בהחלטות חוקתיות בדבר זכויות האדם. כוונתנו היא רק כי הביקורת השיפוטית משתלבת במבנה הדמוקרטי ככל שמטרתה להגן על זכויות אדם, שכן האינטרסים של הכלל, ובכלל זה האינטרסים של ציבור הנפגעים בכוח, מוגנים בשיטה זו טוב יותר על ידי רשויות השלטון הנבחרות (או הרשויות האמונות על גיבוש האינטרס הציבורי כחלק ממומחיותן). מטעם זה, אם הכנסת קבעה חוק שלדעת בית המשפט נותן הגנת־יתר לנאשמים והגנה חסרה לציבור העלול להיפגע מעבריינות, אין מקום להתערבותו בחקיקה, שכן אין לו יתרון בהערכת האינטרס הציבורי. אולם מקום בו חקיקת הכנסת פגעה בזכויות הנאשמים, עליו לבחון אם פגיעה זו מאזנת נכונה בין האינטרס הציבורי במניעת עבריינות לבין זכויות אלו. גם במקרה אחרון זה יבחן בית המשפט את האינטרס הציבורי, אך רק כדי להכריע אם עליו להתערב למען זכויות הנאשם ולא כדי להכריע אם עליו להתערב למען קידום אותו אינטרס.

ד. שלוש אינדיקציות לשרטוט הגבול בין הזכות החוקתית המוגנת לאינטרס הציבורי למניעת פגיעות באנשים

בפרקים הקודמים הראינו כי התייחסות לאינטרס הציבורי בצמצום הפגיעות בחיים, בגוף או ברכוש כזכות חוקתית מוגנת היא מוטעית. הדיון עסק במקרים הפשוטים יחסית, של הגנה על הציבור מפני עבריינות, טרור או מלחמה. במקרים אלו כמעט כל השיקולים המוסריים, המבניים והמוסדיים מובילים למסקנה כי הערך המוגן אינו מסווג כזכות חוקתית המצויה בידי כל מי שעלול להיפגע, אלא כאינטרס ציבורי. אף שמדובר במקרים פשוטים, חשיבות הדיון רבה, שכן כפי שראינו, במקרים מספר נפלה שגיאה באופן שבו ניתחו אחדים משופטי בית המשפט העליון מקרים שבאו בפניהם. עם זאת המציאות עשויה להציף מקרים מורכבים יותר, שבהם מקצת השיקולים שהוזכרו לעיל יובילו למסקנה אחת ומקצתם למסקנה אחרת. לפיכך נציע בפרק זה אינדיקציות אשר תסייענה לשרטט את הגבול בין אינטרס ציבורי לזכות חוקתית באופן המאפשר לדעתנו יישום עקיב של חוקי־היסוד.

האינדיקציות המוצעות הן שלוש: ראשית, מובחנות הפרט – הזכויות המוגנות בחוק־היסוד הן זכויות אדם. לפיכך הן קיימות רק בידיהם של בני אדם מובחנים, היכולים להראות כי זכות האדם שלהם תיפגע אם המדינה לא תפעל בדרך מסוימת. אין די להראות כי פרט כלשהו, שזהותו אינה ידועה ואינה יכולה להיות ידועה, ייפגע מפעולת המדינה או ממחדלה; שנית, הסתברות הפגיעה – לא כל סיכון לפגיעה בזכות מקים, כשלעצמו, זכות. רק כאשר אפשר לדעת שהפגיעה בזכות ודאית או צפויה בהסתברות גבוהה מספיק, קמה לנפגע זכות חוקתית נגד המדינה. שלישית, מתווה הפגיעה – רק כאשר קיים קשר ישיר בין פעולת המדינה לבין הפגיעה במתווה מסוים נראה בפעולה כפוגעת בזכות. בפסקות הבאות ננסה להבהיר קריטריונים אלו.

שלוש הערות אזהרה בטרם נפנה לדיון מפורט: ראשית, כמו יתר חלקי המאמר גם חלק זה נשען על התפיסות המקובלות בתורת המוסר, על ההצדקות המקובלות של הביקורת השיפוטית ועל המבנים המקובלים של שיטת המשפט שלנו. גם כאן איננו מתיימרים להצדיק כל אחת מתפיסות אלו אלא אנו מסתמכים עליהן כנתון לצורך פיתוח קו הגבול בין הזכות החוקתית לאינטרס ציבורי שאינו זכות; שנית, כמו בהבחנות רבות אחרות גם האינדיקציות המוצעות כאן אינן נותנות מענה מלא למקרים קשים ואינן שוללות שולי עמימות. למרות זאת חשיבותן רבה ככלי הנותן מענה לבעיית ההבחנה בקשת מקרים רחבה; שלישית, הדיון בחלק זה אינו מתיימר למצות את כל המרכיבים שיש לשקול בעת שנדרשים לסיווג אינטרסים וזכויות. זהו אך דיון ראשוני, ואף שאנו מאמינים ברלוונטיות של האינדיקציות האמורות, סביר שבעתיד יהיה צורך לחדד, להוסיף, לגרוע או לשנות בדרך אחרת את רשימת השיקולים המנחים בסיווג כזה, כפי שקורה לא אחת בעקבות מחקר מסוג זה.

1. מובחנות (או מסוימות) הפרט

עניינם של חוקי־היסוד, כמו של רוב המגילות החוקתיות לזכויות אדם, הוא בזכויות האדם כאדם.[100] מטעם זה ציבור הנפגעים בכוח, כציבור, אינו מחזיק בזכות חוקתית

100 כפי שצוין לעיל בה״ש 8, תיתכן מערכת בה קיימות זכויות גם לכלל ככזה. למשל, תיתכן זכות קניין בדבר מה השייך ל״ציבור״. אלא שבשיטת המשפט שלנו תהיה עמדה זו לא מדויקת, שכן ה״ציבור״ אינו אישיות משפטית שאפשר לדבר על זכויותיה באופן בר־משמעות. אפשר כמובן לדבר על חלקו הבלתי מסוים של כל אחד ואחד מתושבי המדינה בקניין נתון, ומכאן שאופיו של הקניין יהיה אופי ציבורי, אך בעל הזכות הוא עדיין הפרט. כמו כן אפשר לראות במדינה בעלת קניין מסוים, אלא שאז, לצורך עניין זה, המדינה היא אמנם אישיות משפטית יחידה, אולם היא אישיות משפטית מסוג מיוחד, שכן היא מחזיקה בקניין כנאמנה של פרטים רבים אחרים אשר בשמם היא פועלת (ראו דבריו של השופט חיים כהן בבג״ץ 142/70 **שפירא נ׳ הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין**, פ״ד כה(1) 325, 331 (1971): ״[המדינה – א״ג וא״ר] כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או

כנגד המדינה.[101] גם אם ציבור זה יוכל להוכיח כי פעולת המדינה תגרום בוודאות לפגיעה בחייו של אדם אחד מהציבור, אין לציבור, כקבוצה, זכות חוקתית. ייתכן בהחלט כי במקרה כזה משקלו של האינטרס הציבורי למנוע פגיעה כזו (האינטרס הביטחוני) יהיה חזק דיו כדי לגבור על הזכות המתחרה על פי מבחני פסקת ההגבלה, אולם האינטרס הציבורי הזה אינו בגדר זכות חוקתית. ואכן, גם הנשיא שמגר בפרשת **גנימאת** וגם השופט ריבלין בפרשת איחוד המשפחות לא טענו לקיומה של זכות קיבוצית לביטחון. טענתם הייתה כי הפרט הצפוי להיפגע מההחלטה (שחרור הנאשם או איחוד

שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות״. ולבסוף, לא ברור אם אפשר לדבר על זכות בקניין ציבורי כזכות ״חוקתית״, דהיינו כזכות המוגנת על ידי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, המאורגן סביב הגנה על זכויות הפרט מפני המדינה. האם לציבור – כאישיות משפטית השונה מאגד הפרטים החיים במדינה – זכות תביעה משפטית להגנה על ״קניין ציבורי״ מפני התערבות המחוקק? (השוו ליוסף מ׳ אדרעי **חוק־יסוד: משק המדינה** 9–11, 193–200 (2004)). באותו האופן מוכרות התייחסויות ל״זכותה של המדינה״ או ״לזכותו של הרוב״ או אף ל״זכותו של הכלל״, אולם אלו לרוב זכויות מוסריות ולא זכויות משפטיות, או על כל פנים אלו אינן זכויות משפטיות־חוקתיות בדין המקומי (למעט מקרים שבהם הדיון הוא בזכויות ריבון זר). לכן מוטב לראות בסוגיה זו כמעוררת את חלקו הבלתי מסוים של כל פרט ופרט בקניין. כמובן, בשל אופיו של הקניין ייתכן, ואף סביר, שאגד הזכויות של כל פרט ופרט אינו זהה לאגד הצמוד לקניין פרטי לחלוטין. השוו: Amnon Reichman, *Property Rights, Public Policy and the Limits of the Legal Power to Discriminate*, *in* HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW 245 (Daniel Freidmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001). זאת ועוד, ככל שאפשר לדבר על זכויות הכלל, אלו אינן זכויות האכיפות כעילת תביעה בבית המשפט, ולכן אינן זכויות המטילות, כשלעצמן, על המדינה חובה אשר אפשר לאכפה בבית המשפט לפעול להגנה עליהן.

101 יצוין כי קיימים מקרים בהם ערכים שונים מומשגים באופן לא מדויק כזכויות חוקתיות של ציבור. למשל, המושג ״זכות הציבור לדעת״ מרמז על קיומה של זכות לציבור, והקביעה כי אספקטים מסוימים של זכות זו נגזרים מחופש הביטוי, שלו מעמד חוקתי, עשויה להוביל למסקנה כי מדובר בזכות חוקתית לציבור. ראו למשל עניין **התנועה לחופש המידע**, לעיל ה״ש 37. עם זאת גם כאן אין מדובר בזכות חוקתית של ציבור. באותם הקשרים בהם הזכות לדעת נגזרת מחופש הביטוי, יש לראות בה זכות חוקתית השייכת לפרט המבקש לממש את חופש הביטוי. מנגד, בהקשרים אחרים, שאינם מערבים את חופש הביטוי, אין מדובר בזכות חוקתית אלא אך באינטרס ציבורי לקבל מידע. לעניין זה ראו זמיר בן־בשט, ארז נחום ואמיר קולטון ״זכות הציבור לדעת: הרהורים בעקבות עע״מ 398/07 התנועה לחופש מידע נ׳ רשות המיסים״ **הארת דין** ה 106 (2009). יצוין כי במקרים רבים הפסיקה והחקיקה מדייקות יותר בניסוח ונוקטות את הביטויים ״חופש המידע״ או זכות של אזרח ותושב לקבל מידע ולא את הביטוי ״זכות הציבור לדעת״. ראו חוק חופש המידע, התשנ״ח–1998, הקובע בסעיף 1 כי ״לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית״, וכן בן־בשט, נחום וקולטון, שם, בעמ׳ 114. יוער גם כי קיימות שיטות המכירות בזכויות חוקתיות של קבוצות, כמו זכות לחינוך אוטונומי ולשפה, המוענקות בדרך כלל לקבוצת מיעוט במדינה רב־לאומית או לשונית, ויש אף הטוענים כי יש להכיר בזכויות כאלו במדינת ישראל. ראו לעיל ה״ש 9. אנו, כאמור לעיל, איננו עוסקים בזכויות אלו ברשימה זו.

המשפחות) זכאי, חוקתית, כי המדינה תגן על חייו, גופו וקניינו. הזכות החוקתית, לפי גישה זו, מצויה בידי ״הנפגע בפועל או בכוח״ כדברי הנשיא שמגר, דהיינו כל אדם שזכויותיו עלולות להיפגע בעקבות שחרור הנאשם.[102]

הקושי הטמון בגישת הנשיא שמגר ובדבריו של השופט ריבלין נעוץ בכך שלא הצביעו על האדם שזכותו נפגעה. כאשר הפרט הצפוי להיפגע אינו מובחן, כל שאפשר לטעון הוא לקיומו של סיכון כלשהו המתחלק בין פרטים רבים בחברה.[103] אם הסיכון המוטל על כל אחד מהפרטים כשלעצמו אינו מהווה פגיעה בזכויותיו של אותו פרט (ובכך נדון מיד), הרי שאם תאומץ האינדיקציה המוצעת כאן, זכות חוקתית לא קמה.

המקרה המובהק בו מתקיימת דרישת המובחנות הוא המקרה בו זהותו של הנפגע ידועה.[104] למשל, יכולים לדבר אנו על נאשם ספציפי (ישות שכמותה קיימת רק אחת בעולם) אשר החלטת בית המשפט או פעולת השוטר שיבוא לעצרו תפגע בזכותו. בדומה לכך, לעתים שחרורו של נאשם צפוי להוביל לפגיעה באדם ספציפי, ומזוהה. יש מקרים שבהם למשל אפשר לדעת כי אם נאשם בעבירות אלימות במשפחה ישוחרר, זכויותיה של בת זוגו, שזהותה ידועה, ייפגעו. במקרים אלו הנפגע מובחן.

המקרה בו זהותו של הטוען לזכות ידועה אינו המקרה היחיד המקיים את דרישת המובחנות. יכולים אנו להכיר גם בזכות אדם שאת זהותו הספציפית איננו יודעים ואף אי

102 ראו דנ״פ **גנימאת**, לעיל ה״ש 2.

103 מנקודת מבט תוצאתנית אין משמעות להבחנה בין פגיעה באדם לא מובחן לפגיעה באדם ספציפי. לעומת זאת מנקודת מבט דאונטולוגית תיתכן תפיסה לפיה פגיעה באדם מובחן חמורה יותר. ראו Sanford H. Kadish, *Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law*, 64 CAL. L. REV, 871, 891–894 (1976). לדעתו, כאשר מבחינה סטטיסטית צפוי מעשה הרצוי מבחינה תועלתנית לגרום כתוצאה לא מכוונת למותם של כמה אנשים, אך איננו יכולים לזהותם מתוך קבוצה גדולה, הסיכון הנמוך לכל חבר בקבוצה מצדיק שהמעשה לא יוגדר כפלילי. לעומת זאת סבור הוא שכאשר מעשה מכוון לגרום להרג אנשים מסוימים, המעשה הוא פלילי אף אם בפועל הוא יוצר סיכון נמוך מאוד.

104 ואכן, אנו רואים כי כאשר בפני בית המשפט עומדת דמות של נפגע מסוים, מבחן האיזון שהוא נוקט משתנה. ראו למשל את החלטת בית המשפט ע״א 9185/03 **טננבוים נ׳ הוצאת עיתון הארץ בע״מ**, פ״ד נח(1) 377 (2003), בו אימץ בית המשפט מבחן מקל יותר להגבלת חופש הביטוי, אפשר שמשום שלנגד עיניו עמד אדם מסוים אשר היה עלול להיפגע מהביטוי – אלחנן טננבוים שהיה מצוי היה בשבי החיזבאללה – ולא ״אינטרס בטחון המדינה״ המכוון להגן על ציבור בלתי מסוים כפי שהיו פני הדברים בבג״ץ **קול העם**, לעיל ה״ש 70. וכך קבע בית המשפט (פס׳ 8 לפסק הדין): ״מקובלת עלינו עמדתו של בית־המשפט המחוזי שעל־פיה לא נדרשת הוכחה ברמה של ״ודאות קרובה״ בדבר הסיכון לפגיעה בחיים ובשלום הגוף של טננבוים, כדי שהמערערים [בני משפחתו – א״ג וא״ר] יזכו בסעד המבוקש על־ידיהם [מניעת פרסום פרטים הנוגעים לטננבוים – א״ג וא״ר]. הננו סבורים שבגלל עוצמת הזכות, מושא ההגנה, די בכך שקיימת אפשרות סבירה לפגיעה בה כדי שבית־המשפט יפעל להגנה עליה״.

אפשר לגלותה (בזמן רֵאלי) כל עוד קיים נשא זכות ספציפי בזמן ביצוע מעשה המדינה, ורק מגבלות טכניות, כגון מגבלות זמן או משאבים, מונעות את האפשרות לבררו.[105] למשל, החלטה של המדינה להרוס בית בלא שהתבררה זהות בעליו לפני ההריסה תפגע בזכות הקניין החוקתית של בעל הקרקע אף על פי שייתכן שהנפגע אינו ידוע בעת ביצוע המעשה ואף קשה מאוד למצאו. במילים אחרות, אמנם אין הכרח שנדע את זהותו האישית של בעל קניין ספציפי כדי שנוכל לדבר על זכות בעל הקניין, אך נדרש כי בשיטת המשפט תהיה קטגוריה של בעל קניין, וכי קטגוריה זו תהיה מאוישת ברגע נתון (כלפי קניין מסוים) אף אם לא נדע מי הישות המשפטית המאיישת.

2. ממשות הסיכון לפגיעה

גם אם נבחין בין זכות פרט המוגנת חוקתית לבין זכות קבוצתית, שככל שהיא קיימת אין היא זוכה להגנה חוקתית, אין בכך די. אפשר לטעון כי שחרור נאשם, איחוד משפחות עם פלסטינים בישראל או ההימנעות מהפקעת שידור הטלוויזיה בעת התקפת טילים על ישראל מגדילים את הסיכון לפגיעה בחיים, בגוף או ברכוש לכל אחד מן הפרטים בציבור. כדי לשלול מעמד חוקתי מטענה זו יש להכיר בקריטריון נוסף – ממשות הסיכון. החובה החוקתית של המדינה קמה רק כשהסיכון שהזכות תיפגע ממשי.

סיכון הוא ממשי אם אפשר להוכיח, ברמת סמך מספקת, כי ההסתברות להתממשותו במתווה מוגדר כלפי פרט מסוים נחשבת גבוהה. כפי שציין דוורקין, אין לפרט בחברה זכות כי המדינה תמנע גידול שולי בסיכון הנשקף לזכויותיו.[106] מטעם זה אין לחבר אקראי בציבור זכות חוקתית לתבוע את מעצרו של הנאשם, שכן הסיכון שהוא ייפגע משחרורו קטן ביותר. מכיוון שהזכות החוקתית היא זכות המוענקת לפרט, אי אפשר להסתמך על צבירה (aggregation) של הסיכונים השונים המוטלים על פרטים שונים כדי לטעון שסף הוודאות הנדרש נחצה.[107]

105 סוגיית מסוימות הנפגע מעלה שאלות קשות הנוגעות למועד התגבשות המסוימות, ולא נוכל להקיף את כולן כאן. למשל, ברור כי כל נפגע הופך מסוים לאחר הפגיעה, אך בכך אין כדי להקים לו זכות למול המדינה לפני הפגיעה. מנגד, לעתים הפגיעה נובעת מחוק או מכלל אחר שבעת קביעתו הנפגעים אינם מסוימים אולם בעת מימושו מתגבשת מסוימות. למשל, חוק הקובע מעצר חובה בנסיבות מסוימות יתגבש כלפי אנשים מסוימים בעת ביצוע המעצר אף שאנשים אלו לא היו מסוימים בעת קביעת החוק. במקרה כזה מועד ביצוע המעצר הוא מועד הפגיעה בחירות, ולכן די במסוימות הנפגע במועד זה.

106 ראו Ronald Dworkin, *It is Absurd to Calculate Human Rights According to a Cost-Benefit Analysis*, THE GUARDIAN 24.5.2006, at p. 28.

107 דברים אלו יפים גם לטענתו של השופט גרוניס בפרשת איחוד המשפחות, לעיל ה״ש 1, אשר העלה, על דרך האפשרות, את הטענה כי אפשר לצרף את הסיכונים הנובעים מאיחוד כל משפחה לכדי ודאות שיתבצע פיגוע, ובכך היא מקימה את הזכות לחיים של הנפגע. לשיטתנו, דרך חשיבה זו

יובהר כי הסייג לזכות החוקתית בו אנו עוסקים – ממשות הסיכון – אינו מתייחס לזכות החוקתית לשוויון. לעתים גם הטלת סיכון קטן יכולה לעורר את הזכות החוקתית לשוויון. לדוגמה, אם המדינה מטילה סיכונים מסוימים באופן לא פרופורציונלי על קבוצה מסוימת – כמו קבוצת מיעוט – כדי להסירם מקבוצה אחרת, ייתכן שחברי קבוצת המיעוט יוכלו להעלות טענה חוקתית תקפה של פגיעה בשוויון. אולם טענות שוויון הזכויות, ולא כל שכן הזכות לשוויון, הן מבחינה זו טענות ייחודיות אשר רשימה זו אינה מתיימרת לעסוק בהן. ייחודה של הטענה לפגיעה בשוויון הזכויות ובזכות לשוויון איננו בכך שנפגעה חירותו של אדם אלא בכך שהפגיעה – ולו המזערית – מבחינה בין האדם הנפגע לבין אחרים ללא צידוק מתאים. במילים אחרות, טענת השוויון אינה עוסקת בגודל הסיכון אלא באופן חלוקתו (ובטעמים לחלוקה זו).[108] כאשר עוסקים אנו בזכויות החוקתיות האחרות, כגון הזכות לחיים, לגוף ולקניין – שהן זכויות מסוג חירות – גידול שולי בסיכון לפגיעה בזכות החוקתית אינו פוגע כשלעצמו באותה זכות.

הצדקה להגבלת הזכות החוקתית רק לסיכונים ממשיים ולא היפותטיים אפשר למצוא בתפיסה של תורות מוסר שונות, אותה סקרנו קודם לכן, המכירה בקיומו של סף אשר מתחת לו סיכון אינו מהווה פגיעה.[109] גם שיקולים מוסדיים מכתיבים גישה דומה. מקום בו פגיעה ודאית בזכות הפרט (הנאשם) נדרשת כדי להקטין במעט את הסיכון המוטל על הציבור כולו, קיימת אפשרות של ממש שהרשויות (הנבחרות על ידי הרוב) יעדיפו את הפגיעה הקשה בפרט האחד על פני פיזור הסיכונים על החברה כולה בלא הצדקה.[110] לכן יש צורך בהגנה שיפוטית על הזכות של הפרט העומד בפני פגיעה ודאית או סיכון ממשי, בשונה מהצורך להגן על אנשים רבים מפני סיכון ממשי פחות המוטל

חוטאת למושג הזכות המשפטית משום שמתייחסת היא לאינטרס הציבורי – אשר נשען על חשיבה מצרפית שכזו – כאילו היה זכות. השוו T.M. SCANLON, WHAT WE OWE TO EACH OTHER 229–230 (1998), הטוען כי תאוריות תוצאתניות מובילות למסקנות בלתי מתקבלות משום שהן נסמכות על אגרגציה.

108 השוו רייכמן ״כבוד האדם מלא עולם״, לעיל ה״ש 7.

109 לעיל ה״ש 57.

110 קיימת כמובן אפשרות הפוכה, ולפיה רשויות המדינה תחשושנה מהכיסוי התקשורתי הנרחב שמקרה של פרט מסוים אשר צפוי להיפגע באופן ממשי יזכה לו, ולכן תסרבנה להגן על הציבור מפני סיכון ממשי פחות גם במצבים שבהם פעולה להגנה על אינטרס הציבור תעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. למשל, ייתכן שכיסוי תקשורתי של מקרה ספציפי כזה או אחר ישנה את החלטת הרשות בבואה לקבוע את סל התרופות, גם אם קביעה אחרת הייתה מיטיבה עם ציבור רב יותר או מניבה תוחלת גבוהה יותר של טובין בריאותיים. אולם גם במקרים אלו אין לבית המשפט יתרון מוסדי שיבטיח כי הוא ישקול נכונה את האינטרס הציבורי ויעדיפו על פני אינטרס הפרט. מטעם זה אין לאפשר לו להפוך החלטה של הרשות שהעדיפה את אינטרס הפרט על פני האינטרס הציבורי.

בצורה שווה על כולם.[111] מובן שייתכנו מצבים בהם המדינה תטיל סיכונים על קבוצה מכיוון שכוחה הפוליטי של קבוצה זו קטן. לדוגמה, המדינה עשויה להחליט להקצות משאבי שיטור רק באזורים שבהם גרים חברי קבוצות הרוב תוך זניחת המיעוט, ובכך להגדיל את הסיכון למיעוט. אולם במקרים כאלו המיעוט יוכל להסתייע בטענת ההפליה כדי לתבוע הגנה חוקתית נגד המעשה. זו גם הטענה שמתאימה יותר לאינטרס הנפגע, שכן הזכות למיעוט קמה רק מכיוון שחברי קבוצת הרוב זכו להגנה דומה.

הישענות על מוחשיות הסיכון יוצרת קושי. משזנחנו את התפיסה המסתמכת על מקרי קצה (לפיה רק ודאות מוחלטת מקימה זכות, או מנגד כל סיכון הגבוה מאפס מקים זכות), נוצר צורך לבחון מתי נחצה סף הסיכון המצדיק הכרה בקיומה של זכות חוקתית. בהחלט ייתכן גם שהסף שונה לפי סוג הפגיעה הצפוי אם הסיכון יתממש,[112] דבר שמקשה עוד יותר על ההסתמכות על הסף האמור.[113] עם זאת קושי זה אינו ייחודי. קיימים מקרים רבים בהם אנו נסמכים במשפט על גבולות עמומים בהיעדר בררה טובה

111 אין אנו טוענים כמובן שהמדינה מנועה בהכרח מלהעדיף את אינטרס הכלל על פני צרכיו הייחודיים של הפרט. טענתנו היא שעל רשויות המדינה לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה (או בדרישות מבחן האיזון האנכי) במקרים אלו.

112 השוו Zamir & Medina, לעיל הערה 55, בעמ׳ 358, אשר מציעים פונקצייה לא רציפה לחישוב הרווח הנקי מפעולה מונעת סיכון, שמשתנה בתחום של הסתברויות שונות להתממשות הסיכון. McCarthy, לעיל ה״ש 57, בעמ׳ 212–216, טוען כי אפילו כפיית סיכונים שהסתברותם נמוכה עלולה להיחשב הפרה של זכויות מוסריות משום שהזכויות הן תמיד יחסיות, כלומר אין סף סיכון ספציפי שמעליו נוצרת זכות, אלא יש לבחון בכל מקרה לגופו את מידת הסיכון הנוצר למושא הסיכון אל מול התועלת שמפיק יוצר הסיכון. לגישתו, הזכות נוצרת רק כשהסיכון גבוה מהתועלת (Trade-off Idea). יש לציין כי McCarthy מודה שאינו ממצה את סוגיית האגרגציה באמצעות טענתו, אך קובע כי היעדרו של סף סיכון ספציפי מאפשר אגרגציה של סיכונים, ובכך יש יתרון מוסרי בסיטואציות מסוימות. כביקורת על טענה זו אפשר לומר כי גישתו של McCarthy איננה שוללת אגרגציה של רווחים. ראו ההתנגדות לעיל בה״ש 107.

113 פרשנות יצירתית במקרה זה תאמר שאם המדינה יצרה סיכון ״סתם״ – או פעלה באופן שלאזרח נוצרה אי־נוחות אחרת שלגביה אין לו זכות עצמאית – בכך נפגעה הזכות החוקתית לכבוד האדם. הדוגמה הניתנת בהקשר זה מדברת על מצב בו המדינה לא בנתה סככה שתגן על העומדים בתור למשרד ממשלתי מהשמש. הזכות לכבוד האדם כשלעצמה אינה כוללת את הזכות לסככה או את הזכות שלא להיות חשופים לשמש. אלא שאם אמנם המדינה הפגינה חוסר אכפתיות, ובכך התעלמה מהדרישות המכוננות את מערכת היחסים אזרח–מדינה, כבודם של האזרחים נפגע ועל המדינה להצדיק את הפגיעה במבחני פסקת ההגבלה (השוו: בג״ץ 2783/03 **ג׳ברא נ׳ שר הפנים**, פ״ד נח(2) 437 (2003)), שם קבע בית המשפט כי תנאי קבלת הקהל אינם סבירים ואף גורמים לפגיעה עקיפה בזכויות). במקרים אלו בפני בית המשפט נפגעים ספציפיים, הסובלים אי־נוחות, אך יותר מכך: הם סובלים מזלזולה של המדינה בתפקידה. אפשר לומר שייתכנו מצבים אחרים בהם הזלזול יתבטא בהתעלמות מסיכון, למשל מסיכון הנוצר מצומת שנבנה בלא התחשבות בצורכי הנהגים. בדרך כלל מצבים כאלה יקימו עילת תביעה ברשלנות אם ייגרם נזק המוכר במשפט לנפגע ספציפי.

יותר. לדוגמה, הכלל לפיו פגיעה שהיא בגדר זוטי דברים (*de-minimis*) אינה מקימה טענה חוקתית, מחייב הישענות על סף מסוים של פגיעה, שגם הוא עמום, ובכל זאת אנו מעדיפים לאמץ כלל זה כדי להימנע מתוצאות שאינן סבירות.[114]

3. ישירות

אינדיקציה שלישית המסייעת לתחימת היקף הזכות החוקתית של הפרט להגנת המדינה היא הישירות. ככל שהפגיעה בזכות נובעת בצורה ישירה יותר ממעשיה או מחדליה של המדינה, כך ניטה יותר לומר כי המדינה פוגעת בזכותו של הפרט. מנגד כאשר שרשרת של גורמים מתערבים מקשרת בין מעשיה של המדינה לבין הפגיעה, אחריותה של המדינה לפגיעה אינה מגובשת דייה, אפילו אותם גורמים צפויים במידה כזו או אחרת. במצב כזה יהיה קשה יותר לקבוע כי זכות הפרט נפגעה על ידי המדינה.[115]

להסתמכות על ישירות הפגיעה כמה הצדקות: ראשית, ראינו כי גישות מקובלות בתורת המוסר נדרשות לקריטריון הישירות בהכריען בדבר אחריותו של אדם לתוצאה מסוימת. ככל שיש הצדקה לגישות אלו, יש בהן גם כדי להשליך על אחריות המדינה לפגיעות בזכויות חוקתיות.

שנית, מטעמים מוסדיים בית המשפט מתאים יותר להכריע בדבר הלגיטימיות של פגיעות ישירות בזכויות. ככל שהקשר הסיבתי בין פעולת המדינה לבין הפגיעה עקיף

114 ראו: בג״ץ 3434/96 **הופנונג נ׳ יושב־ראש הכנסת**, פ״ד נ(3) 57, 67 (1996): ״כדי שבית המשפט יפסול חוק, צריך שהפגיעה לא תהיה זניחה או מזערית, אלא בולטת ומשמעותית״; בג״ץ 2334/02 **שטנגר נ׳ יו״ר הכנסת**, פ״ד נח(1) 786, פס׳ 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003): ״בית־המשפט אינו בוחן זוטי פגיעות״. פסיקה זו מפתחת את האמור בבג״ץ 5503/94 **סגל נ׳ יושב ראש הכנסת**, פ״ד נא(4) 529, 543–544 (1997), שלפיו פגיעה מזערית בזכות מחייבת בדיקה קפדנית פחות: ״ניתן לומר כי כאשר עוצמת הפגיעה [...] בזכות המוגנת כה קטנה, מתחזקת ההנחה כי נשמר עקרון המידתיות. לא כן אם עוצמת הפגיעה בזכות המוגנת היא ממשית יותר, כשאז יש מקום לבחון במשנה זהירות אם הפגיעה אכן מתחייבת כדי להשיג את התכלית הראויה״. השוו גם לסעיף 34יז לחוק העונשין, התשל״ז–1977, ס״ח 226, הפוטר מאחריות פלילית מעשה קל ערך.

115 סוגיית ישירות הפגיעה באה לידי ביטוי מסוים בפסיקה בהקשרים אחרים מזה הנדון כאן. בע״א 6024/97 **שביט נ׳ חברה קדישא ראשל״צ**, פ״ד נג(3) 600, 653–654 (1999), מצא השופט (כתוארו אז) ברק כי הפגיעה בחופש הדת של חברה קדישא נסוגה מפני הפגיעה בחופש מדת של פרדריקה שביט, אשר חפצה בכתיבת תאריך לועזי על מצבת אמה, בין השאר משום שחברה קדישא לא נדרשה לחצוב באבן בעצמה אלא רק לדעת שאדם אחר חצב בה תאריך לועזי. גם בפרשת **גור אריה**, לעיל ה״ש 8, ניכרות עקבותיה של הישירות: השופט ברק מצא כי הפגיעה בחופש הדת של בני היישוב הדתי ובנותיו אינה ישירה דייה ולכן אינה עולה כדי כפייה דתית: רשות השידור, אשר שידרה בשבת, צילמה את בני היישוב ביום חול, ובכך בני היישוב ובנותיו מרוחקים ממעשיה של הרשות, ולכן הפגיעה היא ברגשותיהם, ולא בזכותם לחופש הדת.

יותר, כך קשה יותר לבית המשפט לקבוע – בכלים המוסדיים העומדים לרשותו – נכונה אם פעולת הרשות או מחדלה אכן יפגעו בזכויות של אנשים מסוימים ובאיזו מידה. לדוגמה, כאשר הרשות מבקשת לעצור אדם, לבית המשפט קל להעריך את הפגיעה הצפויה לחירותו של אותו אדם, את חומרתה והסתברותה. מנגד כאשר מתבקש בית המשפט להורות למדינה להגביר את רמת השיטור, כללי הראיות והמבנה המוסדי של הרשות השופטת מקשים על בית המשפט להעריך מה תהיה השפעת רמת השיטור על ההרתעה הכללית, ובעקיפין על פגיעה בזכויות אנשים מסוימים עקב שינוי ברמת העבריינות הכוללת. מטעם זה מוטב שההכרעה בדבר רמת השיטור הנדרשת לא תיקבע על ידי בית משפט במסגרת דיון חוקתי אלא תיוותר בידי הרשויות האחרות. מסקנה זו משליכה גם על קשת המצבים בהם נדרש בית המשפט להעריך את השלכתו האפשרית של שחרור החשוד על רמת ההרתעה הכללית.

שלישית, גם הרצון לשמור על מבנים מוכרים במשפט מוביל למסקנה כי המדינה תישא באחריות חוקתית רק לתוצאה הנובעת ממעשיה או מחדליה ישירות.[116] טלו למשל מצב בו המדינה מפקיעה חלקתו של אדם מסוים לצורך הקמת שכונת מגורים עירונית. הפגיעה בקניין במקרה זה ישירה, ולכן תקנה לבעל המקרקעין זכות לפיצוי.[117] הפגיעה תיחשב ישירה מספיק גם אם היא תיגרם משינוי תכנית מתאר והקמת שכונת מגורים עירונית הגובלת בחלקתו של הנפגע.[118] מנגד אם המדינה תקים יישוב עירוני מתחרה במרחק מה מהיישוב של הנפגע, ועקב כך ירד הביקוש לדירות ביישוב של הנפגע ושווי חלקתו ייפגע, לא תיחשב הפגיעה ישירה דייה אף אם ירידת הערך במקרה

116 כפי שקבע הלורד בייקון, "*In jure non remota causa, sed proxima spectatur*" שפירושו: החוק איננו מתייחס לנזק הרחוק אלא לקרוב. ראו Sir Francis Bacon, *The Elements of the Common Laws of England*, *in* THE WORKS OF FRANCIS BACON Part 7 p. 327 (J. Spedding, R. Leslie Ellis & D. Denon Heath eds., 1961).
כפי שצוין, תפיסה זו משליכה על חבותו הנזיקית של אדם המתפרסת רק על נזקים "קרובים". דוקטרינת ריחוק הנזק שוללת את אחריותו המשפטית לנזקים שאינם ישירים. דנ"א 7794/98 **משה נ' קליפורד**, פ"ד נז(4) 721, פס' 10–11, 19–20 לפסק דינו של השופט אנגלרד, פס' 12, 16 לפסק דינו של השופט אור, פס' 3 לפסק דינה של השופטת שטרסברג־כהן (2003); ע"א 8109/95 **קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' גינת**, פ"ד נב(5) 637, פס' 5–6 לפסק דינו של השופט אור (1998).

117 ס' 3 ו־12 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), התש"ד–1943, ע"ר תוספת א' 32.

118 ס' 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965, ס"ח 307; ראו גם חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 130 (2005). סעיף 200 לחוק זה מסייג את הזכות לפיצוי בנסיבות מסוימות וכאשר מדובר בפגיעה סבירה. ראו דיון בסוגיה בדנ"א 1333/02 **הועדה המקומית לתכנון ולבנייה נ' הורוויץ**, פ"ד נח(6) 289 (2004).

זה תהיה גדולה יותר.[119] הקמת היישוב המתחרה לא תקים אפוא לבעל המקרקעין טענה נגד המדינה לפגיעה בזכותו החוקתית לקניין. ככל שלשאיפה לשמור על עקרונות משפטיים מקובלים, כגון עקרון ריחוק הנזק, יש ערך בפירוש היקף הזכויות, גם ישירות הפגיעה תהיה רלוונטית לקביעה אם פעולת המדינה פגעה בזכות החוקתית.

המקרה המובהק ביותר של פגיעה ישירה מתקיים כאשר פעולתה של הרשות פוגעת בזכות (ולא רק מאפשרת לגורמים אחרים לפגוע). למשל, כאשר שופט – כאורגן של המדינה – מורה על מעצרו של אדם, הרי שפעולתו מובילה **ישירות** להגבלת החירות. עם זאת ההבחנה בין מעשה פוגע לבין מעשה המאפשר פגיעה אינה חופפת לחלוטין את ההבחנה בין פגיעה ישירה לפגיעה שאיננה ישירה. ייתכנו מעשים (או מחדלים) אשר רק מאפשרים פגיעה על ידי גורם אחר, אך עדיין היחס בין המעשה (או המחדל) לפגיעה יהיה ישיר דיו. למשל, הימנעותו של שוטר מלמנוע רצח או גנבה שמתרחשים לנגד עיניו כשיש בידיו אמצעים לעשות זאת היא מחדל אשר מאפשר פגיעה על ידי גורם אחר, ובכל זאת מחדלו של השוטר מקיים את דרישת הישירות. קביעה זו נסמכת על קרבתו של השוטר למעשה הפשע, על מידיות ההתרחשויות ועל היעדרה של שרשרת סבוכה של גורמים ישירים יותר, המתבטאת בין השאר בכך שדי שהשוטר ימנע מן הגורם הישיר

119 בהתייחס למקרים בהם שינוי תכנית המתאר פוגע במקרקעין הסמוכים לתחום התכנית אך אינם גובלים בו, הכיר בית המשפט בקיומה של פגיעה בזכות הקניין אך קבע כי פגיעה זו מידתית אף בלא שהחוק קובע חובת פיצוי בגינה. ראו למשל עע"מ 2775/01 **ויטנר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה "שרונים"**, פ"ד ס(2) 230, פס' 13–24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2005). ההכרה במידתיות הפגיעה של מקרקעין סמוכים, גם כאשר פגיעה דומה במקרקעין הנמצאים בתוך תחום התכנית לא הייתה מידתית ללא מתן פיצוי, מלמדת כי עצמת הפגיעה תלויה גם במידת הישירות שלה. כאשר הפגיעה עקיפה מאוד, כמו בדוגמה של יישוב מתחרה, אנו סבורים כי אין היא מקימה טענה חוקתית כלל.

nevo.co.il

ביותר את ביצוע הפשע כדי שהזכות לא תיפגע.[120] קביעה זו נשענת גם על קיומה של חובה מכוח החוק המוטלת על השוטר למנוע פשע בנסיבות אלו.[121]

לדעתנו, כאשר המעשה של המדינה או מחדלה גורמים ישירות לפגיעה בחיים, בגוף או בכבוד, יש להכיר בטענה חוקתית נגד המדינה. זאת בשל לשונו של חוק־היסוד, הקובע מפורשות חובת הגנה מיוחדת על שלוש הזכויות הללו. זכויות אלו זכו הן להגנה שלילית (אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם)[122] והן להגנה חיובית (כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו).[123] מנגד כאשר מדובר בזכות יסוד אחרת, כגון

120 מעניין שפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית מיגון בתי הספר בשדרות לא התייחסה כלל לקיומה של חובה חוקתית להגן על חיי אדם אף שבית המשפט הורה על שיפור המיגון של בתי הספר. ראו בג״ץ 8397/06 **אדוארדו נ׳ שר הבטחון** (פורסם בנבו, 29.5.2007). פסק הדין קבע שהחובה למגן את בית הספר נובעת מחוסר הסבירות של שיטת המיגון הזולה יותר שנבחרה. הנשיאה ביניש אף ציינה זאת מפורשות בפסקה 9 לחוות דעתה באמרה: ״במקרה דנן איננו נדרשים לקבוע מסמרות בכל הנוגע לשאלה האם בכל מקרה הייתה מוטלת על המדינה חובה, על־פי חוק לימוד חובה או על־פי מקור נורמטיבי אחר כלשהו, לדאוג למיגונם של מוסדות החינוך ב׳עוטף עזה׳ ולממן את עבודות המיגון הנדרשות״. ההחלטה להימנע מלהשתית את החובה למגן את הכיתות על זכות חוקתית של התלמידים לחיים מרמזת כי הרכב זה של בית המשפט היה ער לקושי הכרוך בהכרה בזכות חוקתית בנסיבות מעין אלו.

121 אפשר לראות בקיומה של חובה חוקית מרכיב ״נורמטיבי״ בדרישת הישירות. ראו למשל בהקשר דומה: Richard Fumerton & Ken Kress, *Causation And The Law: Preemption, Lawful Sufficiency, And Causal Sufficiency*, 64 L. & CONTEMP. PROBS. 83 (2001); Michael S. Moore, *The Metaphysics of Causal Intervention*, 88 CAL. L. REV 827 (2000); Michael S. Moore, *Causation and Responsibility*, 16 SOCI. PHIL. & POL'Y 1 (1999). לדיון בקשר בין ישירות לסיבתיות ראו Antony Honoré, *Causation in the Law*, *in* THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2001).

122 ראו ס׳ 2 לחוק־היסוד.

123 ס׳ 4 לחוק־היסוד. זכויות אחרות מנוסחות בלשון ״ניטרלית״, אשר תצריך פירוש לעניין זה. ראו למשל ״כל אדם חופשי לצאת מישראל״ (סעיף 6(א) לחוק־היסוד); ״כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל״ (סעיף 6(ב) לחוק־היסוד) ״כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו״ (סעיף 7(א) לחוק־היסוד); ״כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד״ (סעיף 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק). מבלי לקבוע מסמרות, לדעתנו סעיפים אלו אינם מקימים חובה פוזיטיבית שיש בה כדי להקים זכות פרט בהקשר בו אנו עוסקים במאמר זה. זכויות אלו מחייבות את המדינה להקים מסגרות שלטוניות אשר תאפשרנה את מימוש הזכות. למשל, ככל שקיים גבול שאינו מאפשר כניסה חופשית, על המדינה להקים רשות שלטונית שתאפשר לאזרחי המדינה להיכנס לישראל. מלבד זאת עסקינן בזכות שלילית: על החוק והרשות שהוקמה מכוחו להימנע מפגיעה בזכות זו אלא אם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. לפיכך ככל שעצם הקמת המסגרת השלטונית אינה כרוכה כשלעצמה בפגיעה בזכות הפרט, סעיפים אלו אינם משמשים תשתית משפטית שמאפשרת למדינה לפגוע בזכותו של פרט אחד כדי להגן על זכותו של פרט אחר.

nevo.co.il

הזכות לקניין, אחריותה החוקתית של המדינה מתגבשת רק כאשר היא עצמה פוגעת בזכות. במקרה זה אף אם מחדלה של המדינה מקיים את דרישת הישירות כפי שתוארה לעיל, אין די בכך כדי לראות במדינה כפוגעת בזכות מוגנת, משום שהיקף החובה החוקתית המוטלת עליה מצומצם יותר.[124] עמדתנו זו בדבר היחס המועדף לזכויות המנויות בסעיף 4 לחוק־היסוד מחייבת התמודדות עם כמה קשיים, המצריכים דיון נרחב באופי הזכויות החוקתיות בישראל[125] ובמבנה החובה החוקתית שניצבת מולן.[126] מטעם

124 ראו סעיף 3 לחוק־היסוד, הקובע כי ״אין פוגעים בקניינו של אדם״. קביעת ההגנה הפוזיטיבית בחוק־היסוד הייתה עניין למחלוקת ממושכת בדיונים ההכנה. חלק מחברי הכנסת, ובעיקר יו״ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח״כ אוריאל לין, סברו שיש לחייב את המדינה להגן על הזכויות בלשון ברורה יותר. אחרים, ובהם שר המשפטים דן מרידור, סברו שאין לקבוע זכות להגנה בכלל אלא רק זכויות שליליות. גם רשימת הזכויות שזוכות להגנה חיובית במסגרת סעיף 4 לחוק־היסוד הייתה כר למחלוקת ממושכת בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. בתחילה הוצע לקבוע כי כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו. ראו הצעת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה״ח התשנ״ב 60. עם זאת בתום אחד הדיונים הוחלט, למרות חילוקי הדעות בסוגיה, לכלול את הזכות לקניין במסגרת זו אך לא את הזכות לכבוד. ראו פרוטוקול ישיבה מס׳ 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־12 (5.2.1992). אך לבסוף, בדיון נוסף, הוחלט לחזור לנוסח המקורי הכולל את הזכות לכבוד, אך לא את הזכות לקניין, במסגרת הסעיף. ראו פרוטוקול ישיבה מס׳ 356 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־12 (9.3.1992).

125 ראשית יהיה עלינו להתמודד עם הטענה שהזכות לכבוד בסעיף 4 מתייחסת למכלול הזכויות, ולכן הזכויות בישראל הן אקטיביות (השוו: ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 312–313), הסבור כי בדרך כלל חובת המדינה על פי חוק־היסוד היא רק להימנע מלפגוע בזכויות. אולם אפשר למצוא בחוק־היסוד עיגון גם להגנה אקטיבית. ברק אינו מבחין מפורשות בין הזכויות השונות בהקשר זה). שנית, גם אם נאמץ את ההבחנה הלשונית המוצעת כאן, יש זכויות בחוקי־היסוד המנוסחות בלשון ״ניטרלית״, בלא להבהיר אם מדובר בזכויות חיוביות או שליליות. למשל, חוק־היסוד קובע כי ״כל אדם חופשי לצאת מישראל״ (סעיף 6(א) לחוק־היסוד); ״כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל״ (סעיף 6(ב) לחוק־היסוד); ״כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו״ (סעיף 7(א) לחוק־היסוד); ״כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד״ (סעיף 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק). לדעתנו סעיפים אלו אינם מקימים חובה פוזיטיבית שיש בה כדי להקים זכות פרט בהקשר בו אנו עוסקים במאמר זה. זכויות אלו מחייבות את המדינה להקים מסגרות שלטוניות אשר תאפשרנה את מימוש הזכות. למשל, ככל שקיים גבול שאינו מאפשר כניסה חופשית, על המדינה להקים רשות שלטונית שתאפשר לאזרחי המדינה להיכנס לישראל. מלבד זאת עסקינן בזכות שלילית: על החוק והרשות שהוקמה מכוחו להימנע מפגיעה בזכות זו אלא אם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. לפיכך ככל שעצם הקמת המסגרת השלטונית אינה כרוכה כשלעצמה בפגיעה בזכות הפרט, סעיפים אלו אינם משמשים תשתית משפטית שמאפשרת למדינה לפגוע בזכותו של פרט כדי להגן על זכותו של פרט אחר.

126 לשיטתנו, כפי שהזכות החוקתית מחייבת קיומו של מוטב מסוים, כך גם החובה החוקתית מחייבת קיומו של נמען מסוים. לפיכך כדי שיהיה אפשר לתבוע במסגרת הליך שיפוטי את אכיפתה של החובה החוקתית הפוזיטיבית, על התובע להצביע על האורגן המוסמך על פי חוק אשר הפר את

nevo.co.il

זה נותיר את פיתוחה של סוגיה זו למקום אחר. לעניינו נסתפק באמירה כי לפחות לגבי שלוש הזכויות המנויות בסעיף 4, על המדינה מוטלת גם חובה פוזיטיבית למנוע פגיעות בזכויות, ואם מעשיה או מחדלה גרמו ישירות לפגיעה בזכויות, חוקתיותם צריכה להיבחן במסגרת פסקת ההגבלה.

האינדיקציות שאוזכרו לעיל אינן נותנות תשובה מלאה לשאלה מתי פגיעה בערכים המוזכרים בחוק־היסוד תיוחס למדינה. יש בוודאי צורך בפיתוח ובהבהרת ההבחנות המוצעות, וגם אחרי פיתוחן יישארו, כך אפשר להניח, שולי עמימות משמעותיים. גם היחס בין האינדיקציות השונות מחייב פיתוח שיסייע להכריע מה הדין כשמקצתן מושכות למסקנה אחת ואחרות לאחרת. אם הגישה המוצעת כאן תאומץ, יש להניח כי בחלוף הזמן תתפתח פסיקה וכתיבה שתסייע בצמצום אי־הבהירות.

למרות זאת די בפיתוח הנוכחי כדי להשיב על חלק גדול מהמקרים שעלו בפסיקה בהקשר זה. למשל, כל האינדיקציות מורות כי בשלושת פסקי הדין שהובאו בראשית רשימה זו, הדין היה עם השופטים שסיווגו את השיקול המתחרה כאינטרס ולא כזכות. אין לאזרחי המדינה זכות חוקתית שהטרור יצומצם באמצעות הגבלת כניסתם של פלסטינים לישראל. אין אדם מסוים היכול להראות כי פעולת המדינה תמנע פגיעה בזכותו החוקתית. הטרור אכן מסכן רבים מתושבי המדינה, אולם תוספת הסיכון שלה נחשף כל אדם עקב כניסת פלסטינים לישראל היא שולית. מלבד זאת הקשר בין הפעולה הנדונה של המדינה (מתן היתר לאיחוד משפחות עם פלסטינים שאין מידע כי הם פעילי טרור) לבין הפגיעה בחיים של נפגעי הטרור הוא עקיף. בנסיבות אלו כשהמדינה נותנת היתר לאיחוד משפחות היא איננה פוגעת בזכות לחיים, היא פוגעת – ככל שישנה תשתית ראייתית לפגיעה שכזו – באינטרס הציבורי לביטחון הציבור.[127]

מטעם זה אנו סבורים כי ניתוחו של השופט ריבלין בפרשת איחוד המשפחות שגוי. אמנם גם השופט ריבלין היה מודע לקושי שבסיווג הערך של ביטחון הציבור כזכות פרט. עם זאת הוא סבר כי הציבור שנפגע מהטרור מזוהה דיו. בלשונו:

> לכאורה ערך מסוג אינטרס כאן – אינטרס הציבור. אלא שבמקרה זה מתחדדת דמות הציבור ומתמקדת הסכנה. לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא. את מוראותיה של הפגיעה רואים אנו בעיני רוחנו. אין זה

חובתו לפעול. כמו כן נדרש, לשיטתנו, כי סמכותו של אותו אורגן מדינתי תהא כזו שמוציאה את העניין מהישג ידם המשפטי של גורמים אחרים.

127 בשונה כמובן מהפגיעה הישירה של החלטת המדינה למנוע איחוד משפחות של בני הזוג של הפלסטינים, פגיעה הנגרמת לאנשים מזוהים ורמת ודאותה גבוהה.

> החשש הערטילאי, לשלום הציבור, שאותו הכרנו בפרשות קודמות [...].[128]

אולם התייחסות ל״פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע״ אינה הופכת את הנפגעים ליחידים מסוימים ומובחנים. ייתכן שאיחוד משפחות יגרום לפעולות טרור שיפגעו בוודאות בציבור. אולם הציבור אינו אדם מסוים ומובחן. ייתכן גם שכל פרט מן הציבור עומד בפני סיכון מוגבר להיפגע מטרור עקב איחוד המשפחות. אולם תוספת סיכון זו היא שולית ואינה מהווה פגיעה בזכות. מטעם זה החשש מפני ההתחזקות האפשרית של הטרור אינו פוגע בזכות אדם מוגנת.

בדומה לכך, אין אדם מסוים היכול להראות שקניינו ייפגע אם ישוחרר נאשם בגנבת מכוניות ממעצר. הסיכון שיוצר שחרור כזה לכל אחד מתושבי המדינה הוא זעיר. הקשר בין השחרור לבין גנבת מכוניות, בייחוד כאשר אין סיכון ממשי מהגנב עצמו אלא רק מהמסר שהשחרור יעביר לאחרים, אינו ישיר דיו. בנסיבות אלו אין להתייחס להחלטה לשחררו כאל מעשה הפוגע בזכות החוקתית לקניין. כך גם בסוגיית הפקעת זמן המסך לצורך עדכון התושבים במקרה של התקפת טילים על ישראל. גם כאן אין בנמצא אדם מסוים היכול לומר שהחלטה זו תפגע בחייו או תגדיל את הסיכון הנשקף לחייו באופן משמעותי, או שיש קשר ישיר מספיק בין ההחלטה לבין הפגיעה הצפויה בחייו.

התוצאה דומה גם כאשר הציבור הטוען לפגיעה בזכויות ממוקד בקבוצה המהווה רק חלק מתושבי המדינה. למשל, תושבי תל־אביב וירושלים אינם יכולים לטעון בעת גל פיגועים המכה בהם שחובתה של המדינה לצמצם את הפיגועים נגזרת ישירות מזכותם החוקתית.[129] גם תושבי עוטף עזה, בזמן שאזור זה נתון לירי טילים, אינם זכאים (חוקתית) לחיזוק המיגון בעירם (אף כי ייתכן שיש להם תביעה פוליטית לגיטימית למיגון כזה).[130] אף על פי שמדובר בציבור מסוים, עדיין הנפגע אינו פרט מובחן אלא ציבור. ובאשר לכל אחד מהפרטים באזור הנתון לסיכון, הסיכון האישי הנשקף לזכויותיו הוא שולי, ולכן זכותו החוקתית של העומד בסיכון זה אינה מתעוררת.[131]

128 פרשת איחוד המשפחות, לעיל ה״ש 1, פס׳ 16 לפסק דינו של השופט ריבלין.

129 כאמור לעיל, על המדינה בוודאי מוטלת חובה להגן על תושביה, מתוקף תפקידה כמדינה, גם אם למול חובה זו לא עומדת הזכות החוקתית לחיים של התושבים.

130 כך, בפרשת **אדוארדו**, לעיל ה״ש 120, בית המשפט נמנע, ובצדק, מלקבוע כי הזכות לחיים נפגעת כשהמדינה לא פועלת לצמצם הסיכון הנשקף לתלמידי המקום מטילים.

131 כפי שצוין לעיל, יתכן כי הגדלת הסיכון הנשקף לקבוצה מסוימת, אף אם אין בו כדי לבסס פגיעה בזכות החוקתית לחיים, יכולה לבסס פגיעה בזכות לשוויון, אם אין הצדקה חוקתית להבחנה בין קבוצה זו לקבוצות האחרות, ובהתחשב במאפייני אותה קבוצה. כאמור, ברשימה זו איננו עוסקים בזכות החוקתית לשוויון. ראו לעיל טקסט ליד ה״ש 108.

nevo.co.il

כאמור, בכל שלושת המקרים הראשונים, בהם התגלעה מחלוקת בפסיקה, האינדיקציות שהוצעו כאן מכוונות לכיוון אחד. כך גם במקרה של מיגון שדרות, בו נמנעו השופטים מלהכריע בסוגיה. מכאן עולה כי האינדיקציות הללו נותנות מענה מספק לסוגיית תיחום זכויות היסוד במקרים קשים רבים. ייתכנו כמובן מקרים סבוכים יותר, בהם קטלוג השיקול לזכות או אינטרס יהיה קשה יותר. בעתיד יהיה אפוא צורך בזיכוך ועידון המבחנים המוצעים כאן על רקע מקרים שונים שיעלו לדיון. אולם נראה כי האינדיקציות המוצעות כאן יכולות לסייע במרבית המקרים בהם מתעוררת כיום מחלוקת בדבר סיווגו של הצורך להגן על הקניין, על החיים או על הגוף כזכות חוקתית או כאינטרס ציבורי.

סיכום

לכל פעולה של המדינה וסוכניה יש השלכות רבות. פעולות רבות יוצרות פוטנציאל להשפעה כלשהי, ולו עקיפה ומסתברת, על קניינם של אנשים, פרטיותם, חייהם או שלמות גופם. אם נראה בכל פעולה כזו פגיעה של המדינה בזכויות האדם החוקתיות, היקף ההגנה על הזכויות יהיה רחב עד מאוד. למעשה, כפי שהראינו בדוגמאות של פרשת **גנימאת**, פרשת **קירש** ופרשת איחוד המשפחות, הרחבה זו עלולה, באופן מעט פרדוקסלי, להגדיל את מרחב התמרון של המדינה לפגוע פגיעה ישירה ווודאית בזכויותיו של אדם בטענה שפגיעה זו נדרשת לשם הגנה על זכות אחרת. על סמך טענה זו תבקש המדינה – כפי שביקשה בפרשת איחוד המשפחות – לחסות בצלו של איזון אופקי בין הזכויות המתחרות, ולא לעמוד בדרישותיה הקפדניות יותר של פסקת ההגבלה. ברשימה זו הצענו לתחום את חובותיה החוקתיות של המדינה – אותן חובות האכיפות במסגרת הליך הביקורת השיפוטית – למקרים בהם מעשיה פוגעים ישירות, בהסתברות שאינה שולית, באדם מסוים. מחדלים ומעשים שהשלכתם עקיפה יותר או שאינם מקימים סיכון גבוה מספיק לאדם מסוים לא ייחשבו לפי תפיסה זו מעשים הפוגעים בזכויות היסוד המוגנות וייוותרו כ״זכויות בכוח״ או כ״אינטרס הציבור״. כאשר המדינה תבקש לפגוע ישירות בזכותם של אנשים מסוימים כדי לצמצם את הסיכון לפגיעות בחיים, בגוף או בקניין של אנשים בלתי מסוימים, יהיה עליה להתייחס לצורך בצמצום הסיכון כאל אינטרס. אין משמעות הדבר שייאסר עליה לפגוע בזכויות לשם קידום אותו אינטרס. פסקת ההגבלה בחוקי־היסוד מקנה סמכות לפגיעה כזו. אולם על בתי המשפט יהיה לתת מעמד לכאורי עדיף לזכויות של הנפגעים המסוימים שהמעשה פוגע בהם ישירות, ולהעדיף את האינטרס הנוגד רק כאשר הדבר עומד בכללי פסקת ההגבלה.

סוגיית הגבול בין הזכויות החוקתיות לאינטרסים נדרשת לפיתוח נוסף. ברשימה זו התווינו רק כמה אינדיקציות המסייעות לתיחום זה. סביר שהגדרת כל אחת

nevo.co.il

מהאינדיקציות מחייבת חידוד, וייתכן גם שישנן אינדיקציות אחרות שיש לשקלן. איננו מתיימרים לתת ברשימה מענה מושלם לכל מקרה בו מתגלית מחלוקת אם ראוי להטיל על המדינה אחריות חוקתית לפגיעה אפשרית בחייו, חירותו או קניינו של אדם. עם זאת אנו סבורים כי בהיעדר ניסיון קודם לערוך תיחום כזה, המבחנים המוצעים כאן יכולים לסייע בחלק גדול של המקרים. במקרים אשר נדונו בפסיקה ההתעלמות מהצורך לתחום את היקף האחריות החוקתית של המדינה להימנע מפגיעה בזכויות יסוד, הביאה לא אחת לחיזוקם המשפטי של אינטרסים ציבוריים על חשבון הזכויות האמתיות.

nevo.co.il