

לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה

משה כהן-אליה*

במאמר זה אציע נוסח לפסקת ההגבלה בחוקה המתגבשת אשר ביסודו חשיבה שלפיה יש לצמצם את הביקורת השיפוטית בשאלות של סדר עדיפויות ערכי. הנוסח המוצע יהיה מבוסס על חלוקת עבודה בין שופטים לבין מחוקקים אשר תעניק את המילה האחרונה בשאלות ערכיות מובהקות למחוקקים ותותיר את המילה האחרונה בנוגע לתקינות ההליך הדמוקרטי בידי השופטים. חלוקת עבודה כזו בין שופטים לבין מחוקקים, כך אטען, נדרשת במדינה רב-תרבותית ומקוטבת כישאל. הנוסח המוצע כאן לפסקת ההגבלה מכוון את השופטים להתמקד ביסודות הפורמליים יותר של פסקות ההגבלה (החוקיות ושני מבחני-המשנה הראשונים של המידתיות), וכחות ביסודותיהן המהותיים (התכלית ומבחן-המשנה השלישי של המידתיות). לטענתי, התמקדות כזו מבטיחה בקרה דמוקרטית אפקטיבית על הגבלת הזכויות, מגדילה את שקיפותן של ההחלטות השלטוניות, ומתיישבת עם מומחיותם של השופטים בתחום של בירור העובדות. לעומת זאת, ביקורת שיפוטית למימוש היסודות המהותיים יותר של פסקות ההגבלה יוצרת בעייתיות בנוגע ללגיטימיות של הביקורת השיפוטית.

בשולי המאמר אתיחס להצעות לכלול פסקת התגברות כללית בחוקה המתגבשת, ואטען נגד תחולתה של פסקה כזו בנוגע להגבלת זכויות שמיושן קשור באופן הדוק לקיומו של הליך דמוקרטי תקין.

* מרצה בכיר, המכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן. אני מבקש להודות למשתתפי הכנס בנושא ההצעות לנוסח החוקה שהתקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, למשתתפי הסמינר המהלקתי במכללה האקדמית למשפטים ולמשתתפים כפורום המורים למשפט ציבורי. כן אבקש להודות למערכת **משפט וממשל** ולקורא החיצוני על הערות מצוינות וממוקרות, כמו-גם לעמיתי מהמכללה האקדמית למשפטים יואב המר, עידו פורת וגילה שטופלר, שקראו טיוטות מוקדמות של מאמר זה והעבירו אליי את הערותיהם החשובות.

א. מבוא. ב. ביקורת שיפוטית ערכית וביקורת שיפוטית הליכית: 1. פגיעה בזכות ו"פגיעה" בזכות; 2. חוקיות הפגיעה; 3. התכלית; 4. מידתיות פורמלית ומידתיות מהותית. ג. סיכום. ד. Coda – הערה בנוגע להוראת ההתגברות.

א. מבוא

פסקת ההגבלה היא האתר העיקרי שבו מוכרעות כיום שאלות חוקתיות וערכיות בישראל וברחבי העולם. כאן מתעוררות, במלוא חריפותן, שאלת גבולות כוחם של נבחר-ציבור לקדם מדיניות ולממש ערכים, כמו-גם שאלת הגבולות הראויים של הביקורת השיפוטית בדמוקרטיה חוקתית. ברור אפוא ששרטוט היסודות השונים של פסקת ההגבלה חייב להיות מבוסס על חשיבה בנוגע לחלוקת העבודה הראויה בין שופטים לנבחרים בחברה דמוקרטית.

כאופן מפתיע למדי, הנוסח המוצע לפסקת ההגבלה בחוקה המתגבשת זהה לנוסח הקיים בחוקי-היסוד על זכויות האדם.¹ הותרת הנוסח הקיים מפתיעה לנוכח הביקורת החריפה שיש לנבחר-ציבור רבים על היקף מעורבותו של בית-המשפט העליון בשאלות של מדיניות וערכים. במקום שביקורת זו תוביל להצעת נוסח של פסקת ההגבלה שישגביל את העיסוק השיפוטי בסוגיות של מדיניות וערכים, נראה שהיא תועלה לשלל של הצעות להחלת הוראת התגברות כללית בחוקה המתגבשת.² החשיבה

¹ ראו ועדת החוקה, חוק ומשפט **החוק בהסכמה רחבה** (2006), ניתן לצפייה ב- www.huka.gov.il/wiki/materials/huka_for_print.pdf (להלן: הצעת החוקה). הנוסח של פסקת ההגבלה בהצעת החוקה, המופיע בס' 2 (ב) לפרק השני בדבר זכויות-היסוד של האדם, זהה כמעט לחלוטין לנוסח הקיים בס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ובס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על-פי הנוסח בהצעת החוקה, "אין פוגעים בזכויות האמורות בסעיף זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל [גרסה ב': כמדינה יהודית ודמוקרטית], שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

² ס' 6 לפרק השמיני בהצעת החוקה. הנוסח הקיים בס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע את התנאים הפורמליים הבאים לכניסתו לתוקף של "חוק מתגבר": (1) החוק התקבל ברוב של חברי-הכנסת; (2) נאמר בו במפורש כי הוא תקף על-אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק; (3) החוק תקף לארבע שנים לכל-היותר. בהצעת החוקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167-171, מוצעות בהקשר זה קשת של אפשרויות לחקיקת התגברות: (1) חקיקה ראשית (שהתקבלה ברוב של חברי-הכנסת או ברוב של שבעים חברי-כנסת לפחות), או ברוב של שבעים חברי-כנסת בקריאה השלישית בלבד) או החלטה של מליאת הכנסת (שהתקבלה ברוב של שבעים חברי-כנסת); (2) החוק המתגבר צריך לעשות כן במפורש; (3) החוק המתגבר תקף לחמש שנים; (4) ניתן לקבלו רק לאחר פסיקה סופית של בית-המשפט העליון שפוסל את החוק (או לפני שניתנה פסיקה סופית בעניין).

העומדת מאחורי הצעות אלה היא שיש להבטיח כי המילה האחרונה בנוגע לפרשנות החוקה תהיה נתונה בידי המחוקק, ולא בידי השופטים.³ דומה שהסיבה להעדרן של הצעות לנוסח מצמצם של פסקת ההגבלה קשורה לקושי הרב בניסוח הוראה זו באופן שיצמצם את הביקורת השיפוטית בנושאים ערכיים מובהקים, מצד אחד, אך יותיר בידי השופטים את הגמישות ההכרחית להכרעה בשאלות חוקתיות, מצד אחר. נוסף על כך, קיים חשש שהשופטים לא יהיו נאמנים לכוונת המכונן, ויפרשו את פסקות ההגבלה – גם בנוסח המצמצם – באופן שמעניק להם הרשאה להכריע בשאלות ערכיות השנויות במחלוקת. כפי שאראה בהמשך, המשפט ההשוואתי הוא מקור לא-אכזב לביסוס חששות מעין אלה.⁴ אולם יש לזכור כי לייאוש מפני חוסר התוחלת בניסוח מצמצם של פסקת ההגבלה יש עלויות. קביעת פסקת התגברות כללית (להבדיל מזו הקיימת בחוק-יסוד: חופש העיסוק), אשר תחול על כלל

³ השאלה למי צריכה להינתן המילה האחרונה בנוגע לדרישות החוקה נידונה בהרחבה במשפט החוקתי הקנדי. הוראת ההתגברות בחוקה הקנדית נולדה על רקע הצורך לתת מענה להתנגדותן של הפרובינציות לאימוץ הצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות משנת 1982 (ס' 33 לצ'רטר). הפרובינציות חששו מהענקת המילה האחרונה לבית-המשפט העליון הפדרלי, דבר שהיה עלול לגרוע מסמכויותיהן. הכללת הוראת התגברות אפשרה את קבלתה של מגילת זכויות האדם החוקתית, חרף התנגדותה של קוויבק. ראו לעניין זה: Janet Heibert, *The Evolution of the Limitation Clause*, 28 OSGOODE HALL L.J. (1990) 103. בקנדה קיימות שתי גישות להבנת המטרה של הוראת ההתגברות. לפי הגישה האחת, הוראת ההתגברות היא בעצם הוראת "החרגה" (מלשון חריגה מהחוקה), שכן היא מסמיכה את המחוקק לסטות מהחוקה. ראו: Lorraine E. Weinrib, *Learning to Live with the Override*, 35 MCGILL L.J. 541 (1990) מטעמים קוגניטיביים. הדרישה להוסיף לחוק ה"חורג" את המילים "על-אף האמור בחוקה" מטביעה בו למעשה אות-קלון. בהינתן תרבות דמוקרטית מתאימה, היא יוצרת בכך תמריץ שלילי מפני ריבוי השימוש במנגנון זה, שהרי המחוקק לא ירצה להציג את עצמו, מבחינה ציבורית, כמי שפועל בניגוד לחוקה. נראה שזו המשמעות המקובלת בקנדה ובישראל להוראות ההתגברות. גם הכותרת של ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("חוק חורג") מעידה ככל הנראה על אימוץ גישה כזו בישראל. לפי הגישה האחרת, הוראת ההתגברות היא מנגנון להעצמת הדיאלוג בין המחוקק לבין השופט. ראו: Tzvi Kahana, *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, 52 U. TORONTO L.J. 221 (2002); Paul C. Weiler, *Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version*, 18 U. MICH. J.L. REF. 51, 64–66 (1984); Peter Russel, *Standing for the Notwithstanding*, 29 ALTA. L. REV. 293 (1991) כדי שדיאלוג כזה יתקיים, יש להפעיל את הוראת ההתגברות רק לאחר מתן פסק-דין סופי על בטלות חוק. קודם על השופט לומר את דברו, ורק לאחר שהמחוקק נחשף לנימוקי השופטים, הוא יוכל לשקול בצורה מעמיקה אם ראוי בנסיבות אלה להפוך את הפסיקה. ראו: Donna Greschner & Ken Norman, *The Courts and Section 33*, 12 QUEEN'S L.J. 155, 192 (1987) כזה של דיאלוג מוסדי בין שופטים למחוקקים עשוי לחזק את השיח הציבורי כולו בנושא, ולאפשר בכך לאזרחים במדינה דמוקרטית לקבל הכרעות מיטביות בעניינים ציבוריים. ראו להלן בחלק ד של המאמר.

הזכויות החוקתיות, היא מסוכנת. פסקת התגברות כללית כזו חותרת תחת העיקרון האנטי-רובני העומד ביסוד השריון החוקתי. עיקרון זה דורש שריון של זכויות יסודיות שההיסטוריה לימדה אותנו לא לסמוך על נבחר-הציבור שישמרו עליהן.⁵ במאמר זה אני מתכוון להציע נוסח של פסקות ההגבלה אשר יצמצם את הביקורת השיפוטית בשאלות של סדר עדיפויות ערכי. הנוסח שיוצע כאן יהיה מבוסס על חלוקת עבודה בין שופטים לבין מחוקקים, שלפיה המילה האחרונה בשאלות ערכיות מובהקות תהיה נתונה בידי המחוקק, ואילו המילה האחרונה בנוגע לתקינות ההליך הדמוקרטי תהיה נתונה בידי השופטים. לדעתי, חלוקת עבודה כזו בין שופטים לבין מחוקקים נדרשת במדינה רב-תרבותית ומקוטבת כישראל, שיש בה מחלוקות חריפות בין קבוצות חברתיות שונות בנוגע למושגי ה"טוב". בנסיבות אלה ראוי שמחלוקות ערכיות יוכרעו בפורומים דמוקרטיים, ואילו תפקידו העיקרי של השופט יהיה להבטיח שהליך גיבוש הערכים – קרי, הוויכוח על הערכים שיוגדרו משותפים – יתקיים באופן הוגן ואינקלוסיבי.

גישתי זו מבוססת במידה מסוימת על העקרונות המופיעים בתיאוריה ההליכית של ג'ון הרט אילי (Ely) בנוגע לביקורת שיפוטית.⁶ בחלק הראשון למאמר אציג תיאוריה זו בקצרה, אעמת אותה מול תיאוריות ערכיות בנוגע לביקורת שיפוטית, ואבחן את תרומתה לעיצוב תפקידו הראוי של שופט בחברה רב-תרבותית. את הדיון בסוגיה זו אקיים תוך התייחסות לפסק-הדין בעניין חוק החיית שירות לתלמידי ישיבות,⁷ שם הועלתה לראשונה, על-ידי השופט גרוניס, הצעה למקד את הביקורת השיפוטית החוקתית בכשלים בהליך הדמוקרטי – הצעה שבוקרה באופן חריף על-ידי הנשיא ברק. אף שאני מסכים עם חלק מהביקורת נגד הגישה ההליכית, אני סבור כי יש בה כדי לכוון שופטים לעשות את אשר נדרש מהם בחברה רב-תרבותית וקוטבית כחברה הישראלית. הנוסח שאציע מכווון את השופטים להתמקד ביסודות הפורמליים יותר של פסקות ההגבלה (החוקיות ושני מבחני-המשנה הראשונים של המידתיות), ופחות ביסודותיהן המהותיים (התכלית ומבחן-המשנה השלישי של המידתיות). לטענתי, התמקדות כזו מבטיחה בקרה דמוקרטית אפקטיבית על הגבלת הזכויות, מגדילה את שקיפותן של ההחלטות השלטוניות, ומתיישבת עם מומחיותם של השופטים בתחום של בירור העובדות. לעומת זאת, ביקורת שיפוטית למימוש היסודות המהותיים יותר של פסקות

⁵ על-פי תורת הזכויות של דוורקין, באותם הקשרים שבהם ההיסטוריה לימדה אותנו שהתחשיב התועלתני, הדמוקרטי, יהיה פגום (דהיינו, באותם הקשרים שבהם יש חשש לקיומן של העדפות חיצוניות – העדפות של אדם בנוגע למה שיהיה או לא יהיה לאדם אחר), יש הצדקה להעביר את ההכרעה מפורומים רובניים לפורומים אנטי-רובניים. ראו: RONALD DWORGIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 277 (1977).

⁶ JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).

⁷ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם, 11.5.2006).

ההגבלה יוצרת בעייתיות בנוגע ללגיטימיות של הביקורת השיפוטית, ומעוררת חשש ממשי מפני סובייקטיביזציה של ההליך השיפוטי.

אני משער שטיעון ברוח כזו עשוי לעורר התנגדות אצל הקורא הפרוגרסיבי. המחשבה ששופטים צריכים למקד את ביקורתם בעיקר בהיבטים פורמליים של פסקות ההגבלה מטרידה אותם חוגים שמעוניינים להגשים ערכים מהותיים באמצעות שופטים. ברצוני להזכיר כי אין זה בטוח כלל ששופטים הם הפורום המתאים ביותר לקדם אידיאולוגיה פרוגרסיבית,⁸ וכי עיון מדוקדק בתוצאות פסיקותיהם של שופטים בישראל ובעולם מלמד דווקא כי תרומתה של הביקורת השיפוטית החוקתית לקידום רעיונות פרוגרסיביים של צדק חלוקתי היא שולית.⁹ נוסף על כך, הניסיון האמריקאי מלמד עד כמה אסטרטגיה של קידום ערכים המבוססת על הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית בתחום של ערכים מהותיים עלולה לשמש חרב-פיפיות. החוגים הפרוגרסיביים בארצות-הברית צידדו אומנם בהתלהבות בביקורת השיפוטית בעידן הליברלי של בית-המשפט העליון, הוא עידן וורן (Warren Court) של שנות החמישים והשישים של המאה העשרים. אך ברגע שהרכב בית-המשפט העליון החל להשתנות, ומניין השופטים השמרניים גדל, הסתבר להם עד כמה הרשאת שופטים לממש ערכים עלולה להיות בעייתית. זאת, במיוחד כאשר בשנות התשעים של המאה העשרים החל בית-המשפט העליון האמריקאי להגביל את כוחה של המדינה לקדם מדיניות של העדפה מתקנת למיעוטים,¹⁰ לצמצם את הזכות החוקתית של נשים להפיל,¹¹ ולהגביל את אפשרות הגישה של קבוצות מיעוט לכלי התקשורת.¹²

⁸ פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994) (הביקורת השיפוטית מתאפיינת ברפוסים של צדק פרטני, בעוד הליך החקיקה מתאפיין ברפוסים של צדק קיבוצי); ראו גם אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 134-142 (1994).

⁹ זו המסקנה העיקרית שעולה ממחקרו ההשוואתי המקיף של Hirschl. ראו: RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004).

¹⁰ ראו: City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469 (1989); Adarand Constructors v. Peña, 515 U.S. 200 (1995) (העדפה מתקנת לטיבת שחורים מהווה הכחנה חשודה, וכפופה לביקורת שיפוטית קפדנית). ראו גם: Wards Cove Packing Co. v. Antonio, 490 U.S. 642 (1989) (צמצום האפשרות להגיש תביעה אזרחית בגין הפליה בעבודה במקרים שבהם אין הוכחה לכוונה מפלה, אלא רק לתוצאה מפלה).

¹¹ Harris v. MacRea, 448 U.S. 297 (1980) (המדינה רשאית לא לממן קליניקות שמבצעות הפלות).

¹² בעוד שבשנות השישים והשבעים השתמשו חוגים פרוגרסיביים בתיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית כדי להגדיל את אפשרות הגישה של קבוצות מיעוט לכלי התקשורת, בשנים האחרונות חוגים ימניים מרבים להשתמש בתיקון הראשון כדי להגן על התבטאויות גזעניות ועל האינטרסים המסחריים של בעלי השליטה בכלי תקשורת פרטיים. לדיון בכך ראו: James M. Balkin, *Some Realism about Pluralism: Legal Realist Approaches*

החוגים הפרוגרסיביים בישראל צדיכים להשיב כיושר לשאלה אם הם יטענו באותו להט לטובת הביקורת השיפוטית על תוקפם של חוקים כאשר על כס השיפוט ישבו שופטים שמרניים שיפסלו חקיקה פרוגרסיבית של הכנסת תוך הסתמכות על ערכים חוקתיים מהותיים עמומים. אות אזהרה לכך אפשר למצוא בפסק-דינו של השופט אדמונד לוי בעניין חוק ההתנתקות מעזה.¹³ פסיקתו (ברעת מיעוט) כי תוכנית ההתנתקות פוגעת בזכויות אדם חוקתיות של מתנחלים שלא במסגרת תנאיהן של פסקות ההגבלה היא ביטוי מוחשי לשימושים שניתן לעשות בפסקת ההגבלה כדי לקדם גם אידיאולוגיה ימנית.¹⁴

מטבע הרברים, אגב הדיון בשאלת הנוסח של פסקות ההגבלה, מתעוררות שאלות כבודות-משקל הנוגעות באופן ניסוחן של הזכויות, בהצדקות להכללת הוראת ההתגברות בחוקה ובנושאים נוספים. מפאת קוצר היריעה, איני מתיימר לקיים כאן דיון ממצה בסוגיות אלה. טיפולי בסוגיות אלה יהיה רק במידה הנדרשת לקידום הטיעון הבסיסי העומד ביסוד מאמר זה – הקריאה לאימוץ נוסח הליכי יותר של פסקת ההגבלה.

ב. ביקורת שיפוטית ערכית וביקורת שיפוטית הליכית

לפסקות ההגבלה בחוקי-היסוד על זכויות האדם יש נוסח ערכי "עבה". ערכיות זו באה לידי ביטוי בדרישה כי ההגבלה של זכות מוגנת תהלום את "ערכיה של מדינת ישראל" ותשרת "תכלית ראויה". גם הדרישה שההגבלה תפגע בזכות "במידה שאינה עולה על הנדרש" מובנת בישראל כמגבילה את יכולתם של מקבלי החלטות לערוך איזונים ערכיים בין המידה שבה קסדרים משפטיים מקדמים את התכלית המדינית לבין המידה שבה הם פוגעים בזכויות יסודיות.¹⁵ הנוסח הערכי של פסקות ההגבלה משתלב היטב עם ריבוי ההפניות לערכים בכלל בחוקי-היסוד על זכויות האדם.¹⁶

to the First Amendment, 1990(3) DUKE L.J. 375, 384; Fredrick Schauer, *The Political Incidence of the Free Speech Principle*, 64 U. COLO. L. REV. 935, 942 (1993).

¹³ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

¹⁴ על העדר קשר הכרחי בין אקטיביזם שיפוטי לבין ליברליזם ראו עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי... השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה" **עיוני משפט** יז 718, 717 (1993); אהרן ברק "על השקפת העולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז 501, 475 (1993).

¹⁵ כוונתי היא בעיקר למבחן-המשנה השלישי של המידתיות (מידתיות כמובן הצר). על כך ראו בהמשך כחלק ב.

¹⁶ ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק-יסוד: חופש העיסוק (פסקת עקרונית-היסוד); ס' 1א לחוק-היסוד הללו (פסקת המטרה, המדברת על ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית); ומרכזיותו של ערך כבוד האדם, המופיע בכותרת של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בפסקת המטרה ובס' 2 ו-4 לחוק-היסוד (אי-פגיעה וחובת

המעין בנוסח זה של פסקות ההגבלה מקבל את הרושם כי מנסחי החוקה התכוונו להעניק לשופטים הרשאה נרחבת לעסוק בשאלות של סדר עדיפויות ערכי של נבחרי-הציבור באותם מקרים שבהם נפגעות זכויות חוקתיות. זו גם המשמעות שיצק בית-המשפט העליון לחוקי-היסוד. לצד פרשנות מרחיבה של הזכויות המוגנות,¹⁷ מתפונת הניתוח במסגרת תנאיהן של פסקות ההגבלה היא כזו שהכרעות משפטיות רבות מתנקזות מהר מאוד להרהור אחר איכות האיזונים הערכיים שקיימו הרשויות המוסמכות.¹⁸ התפקיד הפעיל ששופטים בישראל ממלאים בנוגע להכרעות בעלות אופי ערכי קשור ככל הנראה לתחושה של רבים (כולל של הנשיא ברק) כי התודעה הדמוקרטית בישראל אינה חזקה מספיק, ולכן שופטים נדרשים למלא תפקיד

הגנה, בהתאמה). לשם השוואה, המילה "ערך" אינה מופיעה כלל בחוקת ארצות-הברית. מעניין כי לצד ריבוי ההפניות לערכים בחוקי-היסוד בישראל, יש מספר מצומצם יחסית של זכויות מוגנות. נראה שסיבה מרכזית לריבוי השימוש בערכים עמומים בחוקי-היסוד היא הקושי לגבש הסכמה רחבה בחברה רב-תרבותית ומקוטבת כחברה הישראלית. ראו אשר כהן וברוך זיסר "בין הסכמיות שבירה לשבירת ההסכמיות: תמונות ביחסי דת ומדינה – בין קונסוציונליזם להכרעה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 675 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998).

¹⁷ תקצר היריעה מלתאר כאן את הפרשנות המרחיבה שבית-המשפט העליון מעניק לחוקי-היסוד על זכויות האדם. הנה כמה דוגמות מרכזיות: ראשית, בית-המשפט העליון מפרש את הזכות לכבוד האדם באופן מרחיב, כך שתכלול גם פגיעה בזכויות אחרות שאינן מנויות. ראו בג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 7, בס' 33 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות בגרעין כבוד האדם. הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. כבוד האדם כולל, על פי מודל זה, רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק"). שנית, בית-המשפט נוטה לא להגביל את תחולתם של חוקי-היסוד ליחסים שבין האדם לבין המדינה, אלא להחילם גם ביחסים שבין אדם לבין חברו. אהרן ברק פרשנות במשפט חלק שלישי – פרשנות חוקתית 649-697 (1994); ת"א (שלום י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (לא פורסם, 24.9.1996); ת"א (שלום ת"א) 15/97 שמסיאן נ' מסערת גני רוזמרי (לא פורסם, 12.1.1999). דוגמה נוספת היא הפסיקה שלפיה חרף ההוראה ברבר שמירת הדינים הקבועה בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לפרש את החוקים שהתקבלו לפני כניסתו לתוקף של חוק-היסוד באופן שמתיישב עם העקרונות המופיעים בו. ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995). לאחרונה אף נפסק כי חוקי-היסוד על זכויות האדם מעניקים זכויות-יסוד לא רק לבני-אדם, אלא גם לתאגידים מסחריים. ראו בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 20.9.2006).

¹⁸ כפי שאראה בהרחבה בהמשך, בית-המשפט נוטה להעניק פרשנות מרחיבה למושג "פגיעה" בזכויות (ראו להלן חלק ב1). ונוטה למקד את הביקורת השיפוטית במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה במבחן המידתיות השלישי, שעיקרו איזונים בין התועלת מהחוק לבין עוצמת הפגיעה בזכויות (להלן חלק ב4). איני טוען כאן שבית-המשפט בעידן הנשיא ברק היה אקטיביסטי ככל שהדבר נוגע בתוצאות ההכרעות השיפוטיות, אלא רק שמתכונת הניתוח שלו הייתה כזו שהעניקה שיקול-דעת נרחב לשופטים בנוגע לשאלה אם להרהר אחר טיב האיזונים הערכיים של הרשויות המוסמכות.

טרנספורמטיבי בעיצוב הזהות הערכית של מדינת-ישראל.¹⁹ אולם לצד יתרונות אלה, מתן הרשאה נרחבת לשופטים לפסול חוקים מתוקפם של ערכים חוקתיים הוא בעייתי במדינה דמוקרטית. ערכים הם ישויות עמומות שמימושן עלול להיות מושפע, במודע או לא במודע, מהעמדות הסובייקטיביות של שופטים. סובייקטיביזציה של השפיטה עומדת בניגוד לעיקרון הדמוקרטי שהכרעות ערכיות – הכרעות בעלות אופי ראשוני – יתקבלו בפורום דמוקרטי, שבו מיוצגים האינטרסים של כלל האזרחים. בעייתיות זו מחמירה לנוכח העובדה שהדמוגרפיה של מקצוע השפיטה בישראל רחוקה מלשקף את מכלול הקבוצות בישראל, במיוחד של קבוצות מיעוט כגון ערבים וחרדים.²⁰ ישראל היא

¹⁹ זוהי תמה חוזרת ונשנית בכתיבתו של הנשיא הקודם של בית-המשפט העליון אהרן ברק. ראו, למשל, את דבריו בטקס השבעת שופטים (שנערך ביום 26.12.2002): "תפישתי הבסיסית הינה, כי אם מבקשים לקיים דמוקרטיה יש להאבק עליה. אין להתייחס אל המשך קיומה כאל דבר מובן מאליו. כך בוודאי בדמוקרטיות החדשות. אך כך גם בדמוקרטיות הוותיקות והמבוססות. הגישה 'אצלנו זה לא יכול לקרות' שוב אין לקבלה. הכל יכול לקרות. אם בגרמניה של קנט, בטהובן וגתה זה קרה, זה יכול לקרות בכל מקום. אם לא נגן על הדמוקרטיה, הדמוקרטיה לא תגן עלינו. אינני יודע אם שופטיה העליונים של גרמניה יכלו בשנות השלושים למנוע את עלייתו של היטלר לשלטון. אך אני יודע כי אחד הלקחים של השואה ושל מלחמת העולם השנייה הוא בצורך להוקד חוקות דמוקרטיות ולהבטיח את הגשמתן בידי שופטים שהגנת הדמוקרטיה היא תפקידם העיקרי." www.nfc.co.il/Archive/003-D-1912-00.html?tag=15-32-49. דברים אלה של הנשיא ברק עולים בקנה אחד עם תגובתה של גרמניה שלאחר מלחמת-העולם השנייה על מחזלה של המערכת המשפטית בתקופת ויימר במניעת עליית הנאצים לשלטון. החוקה הגרמנית דהיום היא חוקה שתכליתה עיצוב ה"אני מאמין" של החברה הגרמנית. התוצאות של מלחמת-העולם השנייה הבחירו למנסח החוקה הגרמנית כי יש צורך בשינוי עמוק בתודעה של אזרחי גרמניה. לכן נתפסה שם החוקה כמכשיר לטרנספורמציה ערכית ותודעתית. תפיסה כזו מייחדת לשופטים תפקיד משמעותי במימוש ערכיה של "גרמניה החדשה". ומכוחה שופטים בגרמניה מצדדים ברעיון של זכויות חיוביות. לסקירה השוואתית בין גרמניה לבין ארצות-הברית בנוגע לזכויות חיוביות ראו: David Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CH. L. REV. 864 (1986). כמו-כן, בגרמניה תופסים את החוקה כמערכת ערכית המחלחלת גם למישור היחסים שבין פרטים (דוקטרינת ה-Dritwirkung). ראו לעניין זה: David Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany 182-187* (1994); Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 48 (1997). בגרמניה של שני העשורים הראשונים שלאחר המלחמה לבש מתאר הניתוח של סוגיות חברתיות במסגרת התדיינות חוקתיות אופי "ערכי" כבד (דוקטרינת ה-Wertrangordnung – משטר הערכים המדרגי). לדיון מצוין כמשטר הערכים ראו: Haurst, *Dimensionen der Grundrecht – Von der Wertordnungsjudicature zu den Objective Rechtlichen Grundrechtsgehalten* (1993).

²⁰ בשנת 2002, רק 5% מכלל השופטים המכהנים בישראל היו לא-יהודים (13 שופטים נוצרים, 9 שופטים מוסלמים ו-5 שופטים דרוזים). ראו נתונים שהוצגו לפני ועדת-המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על-ידי מנהל בתי-המשפט השופט אלון גילון:

מדינה הטרוגנית שמתקיים בה ויכוח בלתי-פוסק בין קבוצות תרבותיות יריבות על ערכים. מכיוון שהמבנה הרמוגרפי של השפיטה בישראל נוטה לשקף קבוצה אחת יותר מקבוצות אחרות, מתן הרשאה לשופטים לומר את המילה האחרונה בנושאים של מהות מעניק יתרון לא-הוגן לאחת הקבוצות בוויכוח על ערכים.²¹

העיסוק השיפוטי האינטנסיבי בעניינים של סדר עדיפויות ערכי עומד גם בניגוד לעיקרון הדמוקרטי היסודי של נשיאה באחריות (accountability), וזאת בשני מובנים: ראשית, שופטים אינם נבחרים מחדש על-ידי הציבור ועל-כן אינם נושאים באחריות לתוצאות פסיקותיהם; שנית, העיסוק השיפוטי האינטנסיבי בענייני מהות פוגע גם בדרישה שנבחר-הציבור יישאו באחריות בנוגע להכרעותיהם החקיקתיות. כאשר שופטים מרבים לעסוק בערכים, מתעצב אצל נבחר-הציבור מצב תודעתי שלפיו אין טעם להשקיע מאמץ בניסוח מושכל של חוקים ובקביעת איוונים עדינים בין ערכים נוגדים, אם בכל מקרה יטילו שופטים ספק בנוגע לסדר העדיפויות הערכי של אותם נבחרים. הרי אם המילה האחרונה תהיה ממילא של בג"ץ, אזי מדוע להתאמץ? נוסף על כך, העיסוק השיפוטי האינטנסיבי בענייני מהות מאפשר לנבחר-הציבור לגלגל את האחריות לתוצאות החקיקה לפתחו של בית-המשפט ("זה בג"ץ, זה לא אני").

פרוטוקול ישיבה מס' 3 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט למעקב אחר שילוב האוכלוסיה הערבית בשירות המדינה, בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות, במערכת בתי המשפט, ברשויות המקומיות ובקרב עובדי הכנסת, הכנסת ה-15 (11.6.2002), ניתן לצפייה ב- www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2002-06-11-01.html. מסיבות אחרות, שופטים חרדים אינם מכהנים כלל בבתי-המשפט. לעומת זאת, אין ככל הנראה בעיה רצינית בייצוג של נשים ודתיים (שאינם חרדים). לנוכח בעיות בייצוג של קבוצות מיעוט במקצוע השפיטה, קראה בשנת 2001 הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים, בראשות השופט בדימוס יצחק זמיר, להגדיל את ה"שיקוף" של קבוצות מיעוט במקצוע השפיטה, וזאת להבדיל מ"ייצוג" של קבוצות המיעוט במקצוע זה. כמילים אחרות, הוועדה שללה את הגישה הקוראת לקבוע מכסות לשופטים מכל קבוצה בהתאם לגודלה של כל קבוצה (ייצוג), אולם סברה כי יש לשאוף לכך שגם לקבוצות חברתיות שאינן מקבלות את סמכות בית-המשפט יהיו נציגים בבית-המשפט העליון. ראו את הפרק השלישי לדוח הוועדה, ניתן לצפייה ב- www.nfc.co.il/Archive/004-D-250-00.html?tag=23-09-52.

²¹ רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" **תיאוריה וביקורת** 5, 7 (1994); דן אבנון "הציבור הנאור: יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?" **משפט וממשל ג** 417 (1996). אבקש להדגיש כאן כי איני טוען שיש זהות מושלמת בין השתייכות קבוצתית לבין תוצאות ההכרעה השיפוטית. המקצוענות מחייבת את השופטים לשאוף לאובייקטיביות ולהתעלות מעל לתפיסתם האידיאולוגית או הפוליטית. אולם כפי שהבהיר זאת היטב ידידיה צ' שטרן במאמרו "בין שופט לשיפוט" **משפט וממשל ט** 189, 210 (2006), "[לא] ניתן להסתיר את העובדה, שבנושאים מסוימים של מחלוקת סביב מקומה של הדת במדינה הפסיקה של שופטים חובשי כיפה צפויה מראש ושונה מזו של חבריהם". שטרן תומך מסקנתו זו גם במחקרים שנערכו בארצות-הברית הקושרים בין זהות אידיאולוגית של שופטים לבין הכרעתם בנושאים ערכיים השנויים במחלוקת (שם, בעמ' 212).

לדעתי, תפקידם של שופטים במישור החוקתי צריך להיות צר יותר ולהתמצות בשלושת אלה: (א) לגרום לכך שנבחרי-הציבור יהיו אלה אשר ידונו בשאלות ערכיות ויישאו באחריות בנוגע לתוצאות הכרעותיהם; (ב) לאפשר ערוצים פתוחים לשינוי פוליטי ולהבטיח קיומו של ויכוח ציבורי תקין בשאלות של ערכים, תוך הקפדה על פלורליזם רעיוני; (ג) לדאוג לכך שקבוצות מיעוט פגיעות לא יודרו מהשיח הציבורי ושלא יוטבע בחבריהן אות-קלון.

גישה כזו מבוססת, במידה מסוימת, על התיאוריה ההליכית (process-based theory) של ג'ון אילי בנוגע לביקורת שיפוטית.²² אילי טען כי החוקה האמריקאית מבוססת על העיקרון של דמוקרטיה השתתפותית. את טענתו זו הוא מבסס על ההיסטוריה החוקתית של ארצות-הברית, על מבנה החוקה ועל לשונה.²³ כמו-גם על הפרשנות שניתנה לה בעידן וורן (Warren Court). בדמוקרטיה השתתפותית שופטים אינם צריכים לעסוק בעניינים של מהות, שכן תפקיד זה צריך להיות מופקר בידי נבחרי-הציבור. תפקידם העיקרי של שופטים הוא לגרום לכך שהכרעות בנוגע לערכים יתקבלו בהליך הוגן על-ידי נבחרי-ציבור שנושאים באחריות ואשר מייצגים את האינטרסים של כלל הקבוצות החברתיות. לכן שופטים צריכים להתערב כדי למנוע כשל בהליך הדמוקרטי, כגון עושק המיעוט (איסורי הפליה כנגד מיעוטים פגיעים) והגבלות של חירויות פוליטיות (הזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, הזכות להפגין).²⁴ הלגיטימיות של ההתערבות השיפוטית במקרים כאלה נובעת גם מהעובדה ששופטים ועורכי-דין פיתחו מומחיות מוסרית בתחום הפרוצדורלי, ועל-כן הם מצוידים בכלים המתאימים להערכת תקינותו של ההליך הדמוקרטי.²⁵ חלוקת התפקידים שאילי מתווה היא חדה וברורה: ערכים למחוקק והליך לשופט. ביטוי ברוח זו לחוסר שביעות-הרצון מביקורת שיפוטית ערכית בישראל אפשר למצוא בפסק-הדין שניתן לאחרונה בעניין חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות.²⁶ באותה פרשה קרא השופט גרוניס במפורש להחיל את התיאוריה ההליכית (בהתאמות מסוימות)²⁷ כתיאוריה המנחה בתחום הביקורת השיפוטית בישראל. לגופו של עניין

²² ELY, לעיל ה"ש 6. לקריאה להחלת הגישה ההליכית של אילי גם במשפט החוקתי הקנדי ראו: PATRICK MONAHAN, THE CHARTER, FEDERALISM AND THE SUPREME COURT OF CANADA (1987). לתמיכה (מסוימת) בגישה ההליכית של אילי בארצות-הברית ראו, למשל: Michael J. Klarman, *The Puzzling Resistance to Political Process Theory*, 77 VA. L. REV. 747 (1991).

²³ ELY, לעיל ה"ש 6, בעמ' 73-104.

²⁴ ראו בהרחבה להלן בחלק 3 למאמר זה.

²⁵ ELY, לעיל ה"ש 6, בעמ' 102.

²⁶ בג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 7.

²⁷ בעוד אילי סבור כי יש שתי עילות עיקריות לביקורת שיפוטית (פגיעה כמנגנונים דמוקרטיים ועושק של מיעוט), השופט גרוניס קובע עילה נוספת – פגיעה ביהידים (שם, בפס' 4 ו-14 לפסק-דינו). עילה נוספת זו אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות של הגישה

סבר גרוניס כי אין סיבה להניח קיומו של כשל בהליך הדמוקרטי במצב-דברים שבו הרוב מעניק זכות-יתר (פטור משירות צבאי) למיעוט נכדל, דוגמת המיעוט החרדי בישראל.²⁸ בנסיבות כאלה בית-המשפט אינו צריך לבחון את תבונת החוק, ואין הוא צריך לקיים ביקורת שיפוטית מהותית במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה.

הנשיא ברק זיהה בהצעה להחיל את הגישה ההליכית במשפט החוקתי הישראלי איום על מורשתו הערכית בתחום הביקורת השיפוטית, ועל-כן פתח בהתקפה כוללת נגד הצעה זו. בתמצית טען ברק כי הגישה ההליכית "שגויה מתוכה והיא מבוססת על תפישה צרה ובלתי ראויה של הרמוקרטיה; היא אינה מקובלת בארצות הברית שם נוצרה, ובמדינות אחרות בהן נוהגת ביקורת שיפוטית; והיא זרה למבנה החוקתי שלנו וסותרת את כל פסקי הדין החוקתיים שלנו".²⁹

הוויכוח בין ברק לבין גרוניס בנוגע לתחולתה של הגישה ההליכית הוא חשוב ורלוונטי לנוכח ההקשר הרב-תרבותי המובהק שנידון באותה פרשה. מצב-הדברים הוא שקבוצת הרוב החילונית הסכימה לקבל על עצמה תביעה מסוג "פטור" שהופנתה אליה מצד מיעוט בעל מאפיינים תרבותיים ייחודיים.³⁰ היש לגיטימיות לקיים ביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק בנסיבות אלה? ובכלל, מה תפקידה של הביקורת השיפוטית במדינה רב-תרבותית כמדינת-ישראל? ברק הסכים אומנם עם גרוניס כי יש לדחות את העתירה נגד תוקפו של החוק, אולם הוא נותר נאמן למשנתו הערכית בתחום הביקורת השיפוטית. ברק טוען כי "תפקידם של הכנסת וחבריה, הממשלה

ההליכית, ואף אינה מתיישבת עם הרעיון שביסוד הגישה שהשופט גרוניס עצמו קורא לאמץ. הרי כמעט כל חוק פוגע בזכויות של יחידים. לכן לא ברור כלל כיצד גישתו של גרוניס אכן פועלת לצמצום הביקורת השיפוטית בעניינים ערכיים.

²⁸ לדברי השופט גרוניס, "אין מקום שבית המשפט יקבע את דבר בטלותו של החוק, זאת מאחר שאין צידוק להחיל ביקורת שיפוטית על החוק, שכן מדובר בחוק המעניק זכות יתר למיעוט כאשר טענת הרוב היא לפגיעה בשוויון. במילים אחרות, כאשר הרוב פועל בדרכים דמוקרטיות ומקבל חוק הנותן עדיפות למיעוט, אין מקום שבית המשפט יהפוך לפטרוננו של הרוב". שם, בפס' 1 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

²⁹ שם, בפס' 75 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

³⁰ קיים הבדל רלוונטי מבחינת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית בין מצב-הדברים שנידון בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 7, לבין מצב-הדברים שנידון בפרשה האמריקאית המפורסמת *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון הסכים המחוקק להעניק פטור מטעמי שונות תרבותית מתחולתו של חוק בעל תחולה כללית (חוק שירות ביטחון), וקבוצת הרוב עתרה לבית-המשפט כדי לבטלו. לעומת זאת, בפרשת *Yoder*, קבוצת המיעוט היא שתבעה מבית-המשפט לחייב את קבוצת הרוב להעניק לה פטור מטעמי שונות תרבותית מתחולתו של חוק בעל תחולה כללית (חינוך חובה). הצידוק לביקורת שיפוטית בהקשר שבו קבוצת הרוב, שהכוח הפוליטי נתון בידה, עותרת לבית-המשפט נגד פטור שנציגיה החליטו להעניק לקבוצת המיעוט הוא חלש מן הצידוק לביקורת שיפוטית בהקשר שבו המיעוט הוא שמבקש סעד מבית-המשפט.

ושריה והרשות השופטת ושופטיה, הוא לשמור על חוקי היסוד, ערכיהם והגשמתם.³¹ בדבריו אלה מבטא הנשיא ברק תפיסה אורגנית בנוגע לעיקרון של הפרדת הרשויות. תפיסה זו מניחה שיתוף-פעולה ותיאום בין רשויות המדינה לבין האזרחים לשם הגשמת יעדים לאומיים משותפים, ונמנעת לפיכך מלקבוע חלוקת עבודה חרה בין האורגנים השלטוניים.³²

את ביקורתו של ברק נגד הגישה ההליכית ניתן למיין לארבעה ראשי-ביקורת עיקריים (מעשי, מהותי, השוואתי וקוהרנטי).³³ אבקש כעת להציג בקצרה את ביקורתו של ברק, על ראשיה השונים, ולהעריכה. טענתי העיקרית היא שאף אם יש ממש בחלק מביקורתו של ברק נגד הגישה ההליכית, ביקורת זו אינה הרסנית. משקלה של ביקורת כזו פוחת להבנתי בתנאים של חברה רב-תרבותית ושסועה כחברה הישראלית, והוא פחות אף יותר במצב-דברים שבו המכונן מבקש להגדיר מחדש בחוקה את חלוקת התפקידים שבין מחוקקים לבין שופטים.

ראשית, לביקורת המעשית. ברק קובע כי יש קושי מעשי בהכחנה בין הליך לבין מהות. בלשונו של ברק: "כיצד נבחין בין הרוב למיעוט? וכיצד נבחין בין המהות

³¹ בג"ץ **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 7, בפס' 77 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
³² אפלטון מדמה את הרשויות והאזרחים לאיברים בגוף (אורגן) אחד – הוא המדינה – אשר אמורים לפעול בתיאום על-מנת לאפשר לגוף להתקדם ולהגשים את מטרותיו. אם אחד האיברים פגום ואינו ממלא את תפקידו כהלכה, על האיברים האחרים למלא תפקיד זה, כרי לאפשר כאמור לגוף להגשים את מטרותיו. ראו: ALLAN BLOOM, *THE REPUBLIC OF PLATO* (translated, with notes and an interpretive essay, 1968). ביטוי לחשיבה כזו אפשר למצוא במשפט החוקתי הגרמני. ראו: Thomas Vesting, *Von der liberal Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus – Elemente und Perspektiven einer Theorie der Grundrechte, im ALLGEMEINHEIT DER GRUNDRECHTE UND VIELFALT DER GESELLSCHAFT* 9 (Christoph Grabenwarter Hrsg., 1994).
³³ ביקורתו של ברק מבוססת ברובה על הביקורת שמופיעה בספרות המשפטית האמריקאית נגד הגישה ההליכית. קיימות ביקורות נוספות שברק אינו מזכיר. אחת הביקורות טוענת, למשל, כי ספרו של אילי מתאר בצורה שגויה את ההיסטוריה החוקתית של ארצות-הברית – ראו: Raoul Berger, *Ely's Theory of Judicial Review*, 42 OHIO ST. L.J. 87 (1981). ביקורת אחרת גורסת כי הספר לוקה בהעדר התייחסות רצינית לספרות הענפה בתחום תיאוריית הבחירה הציבורית בנוגע לכשלים בהליך הדמוקרטי – ראו: Richard A. Posner, *Democracy and Distrust Revisited*, 77 VA. L. REV. 641 (1991). ביקורת נוספת היא שהטענה של אילי כי לשופטים אין מומחיות בתחום של ערכים היא טענה בעלת אופי אמפירי המתבססת על נסיונו בפועל של בית-המשפט. כישורים מסוג זה הם דבר נרכש. בית-המשפט יכול לפתח מומחיות בתחום זה, כפי שעשה בתחומים אחרים. לנקודה זו בהקשר החוקתי הקנדי ראו: Andrew K. Lokan, *The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter*, 24 OTTAWA L. REV. 163, 183, n. 61 (1992). נוסף על כך נטען כי גם כמישור של ההליך הפוליטי יש לשופטים ידע מצומצם, בדיוק כפי שיש להם ידע מצומצם על ערכים מהותיים. נושאים של ההליך הפוליטי עשויים להיות מורכבים, וכלל לא בטוח ששופטים מומחים בתחום זה (Posner, שם, בעמ' 650).

להליך? כך למשל, במשטר פרלמנטרי רב מפלגתי המבוסס על קואליציות, מיהו הרוב ומיהו המיעוט? מפלגה קטנה המשמשת לשון מאזניים בקואליציה – האם מצביעיה הם חלק מהרוב או מהמיעוט? ... ולבסוף, על-פי אילו אמות מידה נבחין בין פגיעה במיעוט שהיא חלק מההליך הדמוקרטי התקין, ומתי נאמר שהפגיעה במיעוט הינה ביטוי של 'עריצות הרוב'?"³⁴ הקושי להבחין בין הליך לבין מהות בהקשר של הגנה על מיעוטים הוא אכן משמעותי. ברק צודק בקביעתו שהדרת מיעוטים מהשתתפות בהליך הדמוקרטי אינה רק פועל יוצא מכשל בהליך, אלא מבוססת על הכרעה מהותית שאינה שונה מהכרעות בשאלות ערכיות אחרות.³⁵ יש גם לשים לב לכך שהגישה ההליכית עצמה מבוססת על העדפת מודל דמוקרטי אחד (שיתוף האזרחים) על מודלים דמוקרטיים אחרים (למשל, הדמוקרטיה הליברלית). זוהי העדפה מהותית, וככזו היא סותרת את הנחת-היסוד של התפיסה ההליכית עצמה ששופטים אינם צריכים לעסוק בשאלות ערכיות.³⁶

יש אכן הסכמה כללית שאילי נכשל בנסיונו להציג מודל הליכי טהור לביקורת שיפוטית.³⁷ אך אף-על-פי שהגישה ההליכית אינה נקיה מהנחות ערכיות, יש בכל-זאת הבדל במינון העיסוק השיפוטי בערכים בין הגישה ההליכית לבין גישות ערכיות. גישה הליכית מבוססת על תפיסה ערכית "רזה" יותר בהשוואה לתפיסות ערכיות, דוגמת זו של הנשיא ברק.³⁸ נוסף על כך, אף שהבחנה בין הליך לבין מהות אינה

³⁴ בג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 7, בפס' 76 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
³⁵ Paul Brest, *The Substance of Process*, 42 OHIO ST. L.J. 131 (1981). לביקורת נוספת ברוח זו ראו גם: Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, 56 N.Y.U. L. REV. 469, 505 (1981) (איסור ההפליה נגר קבוצות מיעוט חלשות בא אומנם לתקן כשל בהליך הדמוקרטי, אולם הוא מבוסס גם על הנחות מהותיות); Laurence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theory*, 89 YALE L.J. 1063, 1069–1071 (1980) (החירות מפני הפללה עצמית מהווה אומנם זכות בתחום ה"הליך" הפלילי, אך לצד זה טמונים בה ערכים מהותיים, כגון ההגנה על פרטיותו וכבודו של האדם).

³⁶ Dworkin, שם, בעמ' 502–503; Tribe, שם, בעמ' 1069.
³⁷ הרבר נכון במיוחד בכל הנוגע ליסוד בתיאוריה של אילי הנוגע בהגנה על מיעוטים. אפילו Klarman (לעיל ה"ש 22, בעמ' 785), המצדד בגישה הליכית, סבור כי "Ely's critics have, in my view, been devastatingly successful in demonstrating that Ely's 'procedural theory of prejudice is riven with substantive judgments'".

³⁸ הרבר מזכיר את ההבדל בין תיאוריות ליברליות לבין תורות מוסר אחרות המצדדות בשימוש בכוח המשפט לקידום ערכים. כך, אף שרבים מסכימים כבר כי הליברליזם אינו ניטרלי במלוא מובן המילה, וכי הוא מבוסס על הנחות ערכיות מסוימות, יש עדיין הבדל משמעותי בינו לבין תורות מוסר אחרות (דוגמת קהילתנות). זאת, מן הטעם שבניגוד אליהן, הליברליזם אינו חותר לכפות אנשים לחיות לפי אורח חיים אחד. ראו: Stephen Macedo, *Liberal Civic Education and Religious Fundamentalism: The Case of God v. John Rawls*, 105 ETHICS 468, 473–474 (1995).

"נקייה", הרי צריך להכיר בכך שהמשפט פועל על בסיס הכללות קונספטואליות,³⁹ וכי ההבחנה בין הליך לבין מהות היא ככל-זאת סבירה והגיונית. שאלות בדבר קביעת "קו גבול" הן תמיד שאלות מטרידות בתחום המשפט, אולם זה בדיוק התפקיד (הקשה) של שופטים: לקבוע אמות-מידה בנות-יישום במקרים גבוליים. בפועל בית-המשפט העליון אינו נרתע מקביעת קווי גבול. למשל, בין ביטוי מסחרי לבין ביטוי פוליטי, וזאת למרות הקושי המעשי הכרוך בעניין.⁴⁰ לכן איני רואה כיצד קושי מעשי יכול להוות טעם מכריע נגד תחולתה של הגישה ההליכית לביקורת שיפוטית במשפט החוקתי הישראלי. מעבר לכך, הדוקטרינה האמריקאית של "ההבחנות החשודות" (suspect classifications) מציעה אמות-מידה ישימות לזיהוי קבוצות המיעוט הראויות להגנה שיפוטית. הכוונה היא לקבוצות מיעוט שחבריהן סובלים בהווה וסבלו בעבר מהפליה שמבוססת על דעה קדומה ועל עוינות כלפיהן, ואשר מודרות מאפשרות שווה להשתתף בחיים הציבוריים והמשקיים של המדינה. יישום אמות-מידה אלה בהקשר הישראלי מוביל למסקנה סבירה ובת-יישום שלפיה יש לספק הגנה שיפוטית חזקה לערבים, לנשים, להומוסקסואלים, לאנשים עם מוגבלויות, לעובדים זרים, לזקנים ועוד.⁴¹

שנית, לביקורת המהותית. ברק טוען שגישתו של אלי מבטאת תפיסה צרה מדי של הדמוקרטיה. לשיטתו, דמוקרטיה היא מושג מהותי, ולא רק מושג פרוצדורלי, וככזה הוא צריך לאפשר גם הגנה שיפוטית על יחידים שמשתייכים לקבוצת הרוב ועל ערכים מהותיים נוספים.⁴²

³⁹ על התפקיד החשוב שהכללות ממלאות בעולם המשפט, ועל חוסר הדיוק האינהרנטי שבהן, ראו: FREDERICK SCHAUER, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE (1991).

⁴⁰ לדיון בקושי המעשי בקביעת קווי גבול בהקשר של ביטוי מסחרי ראו יפה זילברשץ "על חופש הביטוי המסחרי" **משפט וממשל** ג' 509 (1996). לביקורת על הגישה הרואה בקושי מעשי זה סיבה לרפות את ידי השופטים בקביעת קווי גבול בין סוגים שונים של ביטויים, ראו בג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד מח(2) 1, פס"י 17 לפסק-דינו של השופט חשין (1994).

⁴¹ ראו בעניין זה את מאמרי "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" **עבודה, חברה ומשפט** יא 195 (2006). שאלה מעניינת היא אם יש לראות במיעוט החרדי בישראל קבוצת מיעוט הראויה להגנה משפטית חזקה. אף שהחרדים בישראל מהווים במידה רבה את "האחר", הם מחזיקים בכל-זאת בכוח פוליטי רב, שנובע מהיותם לשון-מאזניים במפה הפוליטית הישראלית. לטענה ברוח זו ראו: Gila Stople, *Contextualizing Multiculturalism: A Three Dimensional Examination of Multicultural Claims*, 1 L. & ETHICS HUM. RTS. 309 (2007). ראו גם: Benvenisti, *Party Primaries as Collective Action with Constitutional Ramifications: Israel as a Case Study*, 3 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 13 (2002).

⁴² לשיטתו של ברק, דמוקרטיה אינה מסתכמת בהגנה על מיעוטים, אלא כוללת גם את "זכויותיו של כל אדם ואדם, בין אם הוא חלק מהרוב ובין אם הוא חלק מהמיעוט";

ביקורת זו נוגעת בליבת הוויכוח הבלתי-פוסק בשאלת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית. ניתן להשיב עליה בשני אופנים: ראשית, כשם שהגישה ההליכית אינה מושלמת, גם האידיאל של הדמוקרטיה המהותית שברק מצדד בו הוא בעיית. אידיאל זה מעניק כוח רב מדי לשופטים – שאינם נבחרים על-ידי הציבור ואינם נושאים באחריות – לממש ערכים במשפט.⁴³ ערכים הם ישויות עמומות, ומימושם על-ידי שופטים יוצר סכנה חמורה של סובייקטיביזציה של ההליך השיפוטי.⁴⁴ אילי מקצין בעיה זו על-ידי התייחסות להתריינות משפטית דמיונית הנוגעת בשאלת תוקפו החוקתי של חוק שעושה פעולות של חלוקה מחדש. מכיוון שהכרעה בנוגע לתוקפו של חוק זה מערבת הערפה ערכית בין תורות מוסר ליברטריאניות-נוזיקאניות⁴⁵ לבין תיאוריות ליברליות-שווינוניות רולסיאניות,⁴⁶ בפועל ההכרעה השיפוטית עלולה להתמצות במשפט הבא: "We like Nozick; We like Rawls; We win 6-3; Statute: invalidated"⁴⁷.

דמוקרטיה היא גם הפרדת רשויות, שלטון החוק (הפורמאלי והמהותי) ועצמאות הרשות השופטת. "כג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 7, בפס' 77 לפסק-דינו של הנשיא ברק. לביקורת ברוח דומה שהושמעה כארצות-הכרית נגד הגישה ההליכית ראו Daniel Ortiz, *Pursuing a Perfect Politics: The Allure and Failure of Process Theory*, 77 VA. L. REV. 721 (1991).

⁴³ היה כבר מי שכינה משטר שזה מצב-הדברים הנוהג בו "Juristocracy". Hirschl מתאר את מצב-הדברים הנוהג ברוב מדינות העולם בשנים האחרונות בתחום הביקורת השיפוטית במילים הבאות: "Over the past few years the world has witnessed an astonishing rapid transition to what may be called *juristocracy*. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, fundamental constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries". HIRSCHL, ראו לעיל ה"ש 9, בעמ' 1.

⁴⁴ ביקורת ברוח זו הוטחה נגד התיאוריה הערכית ביחס לביקורת שיפוטית שרווחה בגרמניה לאחר מלחמת-העולם השנייה (Wertordnung) (על הרוקטרינה עצמה ראו לעיל ה"ש 19). כך נטען בגרמניה שדוקטרינה זו מובילה ל"עריצות של ערכים" או ל"עריצות של שופטים". זאת, מכיוון שלערכים אין מאפיינים נורמטיביים ברורים, ומכיוון שהם מופשטים מדי ואינם ניתנים ליישום. ראו: Carl Schmitt, *Die Tyrannie der Werte, im SÄKULARISATION UND UTOPIE: ERNST FORSTHOFF ZUM 65 GEBURTSTAG* 37, 45 (Deoring & Greve Hrsg., 1967); Wolfgang Zeidler, *Grundrechte und Grundenscheidungen der Verfassung im Widerstreit*, 53 DEUTSCHEN JURISTENTAGES 1-29 (1980); Erhard Denninger, *Freiheit – Wertordnung – Pflichtordnung: Zur Entwicklung der Grundrechtjudicatur des Bundesverfassungsgericht*, 30 JURISTENZEITUNG 545 (1975); HELMUT GEORLICH, WERTORDNUNG UND GRUNDGASETZ 140 (1973); KLAUS STERN, DAS STAATSRECHT DER BUNDESREPUBLIK DEUTCHLAND 913 (1988).

⁴⁵ ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974).

⁴⁶ JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971).

⁴⁷ ELY, לעיל ה"ש 6, בעמ' 58.

נזכיר שוב כי ביסוד התפיסה הערכית ה"אורגנית" ביחס לביקורת שיפוטית עומדת הנחה בדבר שיתוף-פעולה בין הרשויות לשם מימוש ערכים.⁴⁸ הנחה כזו לוקה לדעתי בעמימות ובנאיביות-יתר בנוגע להנניעות (מוטיווציות) של הרשויות. שופטים עלולים לנצל, במודע או לא במודע, את חלוקת התפקידים העמומה שבין שופטים למחוקקים כדי לקדם את מערכת הערכים הסובייקטיבית שלהם, שכן בסופו של יום גישה זו העניקה להם את הכוח לומר את המילה האחרונה. עדיפה בעיניי חלוקת עבודה ברורה יותר וחדה יותר בין השופטים לבין המחוקק ככל הנוגע למימוש החוקה. חלוקה ברורה כזו אפשר למצוא, להבנתי, במסגרת הגישה ההליכית לביקורת שיפוטית, אשר מגדירה את התחומים שבהם ראוי להעניק לשופטים את המילה האחרונה (מקרים שבהם נפגעות זכויות פוליטיות ומופר עקרון איסור ההפליה), ומותירה בידי נבחרי-הציבור את הסמכות להכריע בסוגיות ערכיות.

שנית, דווקא התיאוריה ההליכית מספקת מענה משכנע לבעיה הקשה ביותר של הדמוקרטיה הרובנית – בעיית עושק המיעוט.⁴⁹ יש לזכור כי הגישה ההליכית נבדלת מתפיסות פורמליות טהורות של הדמוקרטיה, אשר רואות בהכרעות הרוב אידיאל שאין להרהר אחריו.⁵⁰ למעשה, חוגים שמרניים בארצות-הברית כבר ביקרו את הגישה ההליכית על כך שהיא מרחיבה יתר על המידה את הביקורת השיפוטית. חששם הוא שתחת הכותרת "עושק המיעוט" או "כשל בהליך הדמוקרטי" ניתנת למעשה הרשאה נרחבת לשופטים להתערב כדי להגן על מספר גדול של קבוצות.⁵¹

ביקורתו השלישית של ברק היא השוואתית. ברק טוען כי אילי נכשל במתן "הסבר ראוי למעמדה של החוקה האמריקאית ולפרשנותה. בית המשפט העליון האמריקני, בכל דורותיו לא קיבל [גישה זו]. גישתו של אילי לא התקבלה בקנדה או במדינות אירופאיות".⁵² ביקורתו של ברק בנקודה זו מוצדקת. אכן, הגישה ההליכית לא קנתה

⁴⁸ לעיל ה"ש 32 והטקסט שלצידה.

⁴⁹ כפי שאראה בהמשך (כחלק ב3 למאמר), התיאוריה ההליכית מצדיקה ואף מחייבת ביקורת שיפוטית תקיפה במקרים של עושק המיעוט.

⁵⁰ ראו: ROBERT DAHL, DEMOCRACY AND ITS CRITICS (1989); JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY 250-251 (1947); JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999).

⁵¹ ראו: ROBERT BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW 194-199 (1990) (ככל שהדבר נוגע בשאלת התקיימותם של החריגים לביקורת שיפוטית, כגון מיהי קבוצת מיעוט פגיעה, נתון לשופטים שיקול-דעת נרחב להחזרת הערכים הסובייקטיביים שלהם); Posner, לעיל ה"ש 33, בעמ' 649 (תהא זו טעות לחשוב כי גישתו של אילי מצרה בהכרח את הביקורת השיפוטית, שכן מגישתו עשויה לעלות המסקנה כי בית-המשפט צריך לחייב את המדינה להתיר אפילו נישואים הומוסקסואליים).

⁵² פס' 78 לפסק-דינו של הנשיא ברק בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 7.

לה אחיזה בלעדית במשפט החוקתי של ארצות-הברית,⁵³ וגם לא בזה של מדינות אחרות.⁵⁴ עם זאת, תהיה זו טעות להזניח את השפעתה של הגישה ההליכית על השיח החוקתי האמריקאי. סביב DEMOCRACY AND DISTRUST של אילי התקיימו סימפוזיונים אקדמיים רבים בכתבי-העת המשפטיים האמריקאיים.⁵⁵ ספר זה אף הוכתר לאחרונה כספר המצוטט ביותר בכתבי-העת המשפטיים האמריקאיים בעשרים השנה האחרונות.⁵⁶ ניתן לקשר בין הצלחתו של הספר לבין המסורת הפוליטית האמריקאית, אשר מדגישה את הצורך בנשיאה באחריות ומבוססת על חשדנות עמוקה (ויש שיאמרו: בריאה) כלפי רשויות השלטון⁵⁷ – מאפיינים שיש להם ביטוי בולט בתורה ההליכית של אילי.

כמו-כן אין להתעלם מהעובדה שניתן ליישב חלק מהדוקטרינות החשובות של המשפט החוקתי האמריקאי עם הגישה ההליכית. דוקטרינת "ההבחנות החשודות", שמספקת הגנה חזקה במיוחד לקבוצות מיעוט פגיעות במסגרת פסקת ההגנה השווה בחוקה (Equal Protection Clause), והדוקטרינה האוסרת הפליה מטעמים של נקודת-השקפה (view-point discrimination) במסגרת התיקון הראשון לחוקה האמריקאית – שתיהן מתיישבות עם הנחות-היסוד והעקרונות של הגישה ההליכית.⁵⁸ על רקע זה נטען לאחרונה כי יש להבין את DEMOCRACY AND DISTRUST כניסיון

⁵³ ראו: Brian Boynton, *Democracy and Distrust after Twenty Years: Ely's Process: Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000*, 53 STAN. L. REV. 397 (2000); Mark V. Tushnet, *Forward to a Symposium on Ely's Democracy and Distrust*, 77 VA. L. REV. 631 (1991).

⁵⁴ בית-המשפט העליון הקנדי לא קיבל את קריאתו של MONAHAN, לעיל ה"ש 22, להחיל את התיאוריה ההליכית של אילי במשפט החוקתי הקנדי. בגרמניה נוהגת למן סוף מלחמת-העולם השנייה גישה ערכית מובהקת לניתוח חוקתי, ופסקי-הדין של בית-המשפט החוקתי הגרמני מתאפיינים במתאר ניתוח ערכי כבד. לדיון בגישה הערכית הגרמנית ראו לעיל ה"ש 19.

⁵⁵ ראו את המאמרים השונים שהתפרסמו בכרכים של כתבי-העת שלהלן: 42 OHIO ST. L.J. (1981); 77 VA. L. REV. (1991); 114 YALE L.J. (2005).

⁵⁶ Fred Shapiro, *The Most Cited Law Reviews*, 29 J. LEGAL STUD. 389 (2000).

⁵⁷ גם Frederick Schauer, *The Calculus of Distrust*, 77 VA. L. REV. 653-654 (1991). מבקריו של אילי, דוגמת Tushnet (לעיל ה"ש 53, בעמ' 631), הסבורים כי לתורתו הייתה השפעה מוגבלת בלבד על התפתחותו של המשפט החוקתי האמריקאי, טורחים לציין כי תורה זו היא אטרקטיבית מאוד לגבי האמריקאים. על רקע זה טען Tushnet כי הדרך הנכונה ביותר להבין את התיאוריה של אילי היא כטענה המושמעת במישור הרטורי (הפחות-מתוחכם והלא-אנליטי), אשר מנסה להשפיע על התפתחותו של המשפט החוקתי בדרך עקיפה של השפעה על התודעה הציבורית בכיוון ההשתתפותי.

⁵⁸ Boynton ממחיש היטב את הקשרים שבין פסיקת בית-המשפט העליון האמריקאי בתחום חופש הביטוי ואיסור ההפליה לבין הגישה ההליכית של אילי, וזאת אף שהוא מוצא בסופו של דבר שבית-המשפט העליון האמריקאי נוקט גישה ערכית רחבה יותר מזו המוצעת על-די אילי. ראו Boynton, לעיל ה"ש 53, במיוחד בעמ' 445.

להעניק את ההסבר הטוב ביותר, הקוהרנטי ביותר, לתרבות החוקתית האמריקאית.⁵⁹ לבסוף, משקלם של טיעונים השוואתיים הוא חלש בנסיבות שבהם קיים הברל רלוונטי בין המדינות המשוות. לנוכח קיומם של מיעוטים לא-ליברליים גדולים במדינת-ישראל,⁶⁰ צריכה להתקיים בה מדיניות רב-תרבותית "עבה" יותר מזו המתקיימת בארצות-הברית.⁶¹ יש הצדקה רבה יותר, לפיכך, להחיל את התיאוריה ההליכית במדינת-ישראל – מדינה שבה מתקיימים שסעים תרבותיים עמוקים וקיימת מחלוקת חריפה בנוגע למושגי ה"טוב" ולערכים המשותפים.

ביקורתו האחרונה של ברק היא שהגישה ההליכית "זרה למבנה החוקתי שלנו וסותרת את כל פסקי הדין החוקתיים שלנו". ביקורת זו, כך נראה, מבוססת על העיקרון המשפטי של קוהרנטיות, המחייב שפיתוח המשפט יתאם את ההיגיון שמאחורי רוב הכללים המשפטיים במדינה.⁶² אולם אף אם נסכים שהגישה ההליכית לא קנתה לה אחיזה עד כה בפסיקה הישראלית, אין לראות בכך סוף-פסוק, במיוחד לא כאשר על הפרק עומדת הצעה לנוסח חדש של פסקת ההגבלה המבוססת על ההיגיון ההליכי. עקרון

⁵⁹ Michael Dorf, *The Coherency of Democracy and Distrust*, 114 YALE L.J. 1237 (2005). דורף טוען כי אם נבין את הטענה של אילי לא כטענה לגבי המבנה והטקסט של החוקה, אלא כטענה של קוהרנטיות, הדבר יעזור לנו להבין את היקף הקבלה של העקרונות הדמוקרטיים שהוא מצדד בהם בצורה שאינה מעגלית.

⁶⁰ הכוונה היא בעיקר לקהילה החרדית, אך גם לקהילות מסורתיות גדולות, כגון המיעוט הערבי ויהודים דתיים ושומרי מסורת. לדיון במאפיינים הלא-ליברליים של הקהילה החרדית והערבית בישראל, ולהכרח ליצור התאמות בחקיקה כדי לאפשר לתרבויות אלה לשגשג, ראו אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 93.

⁶¹ על ההבחנה בין רב-תרבותיות "עבה" (מתחים שמתקיימים בין קהילות ליברליות לבין קהילות לא-ליברליות) לבין רב-תרבותיות "דקה" (שבאה לידי ביטוי, למשל, במתחים שבין הקנדים הפרנקופוניים לבין הקנדים האנגלופוניים – שתיהן קהילות ליברליות) ראו יעל תמיר "שני מושגים של רב-תרבותיות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 79. על עומק השסעים החברתיים והתרבותיים בישראל ראו באופן כללי דן הורוביץ ומשה ליסק **מצוקות באוטופיה: ישראל – חברה בעומס-יתר** 86 (1990).

⁶² דוורקין מדבר בעניין זה על עקרון היושרה שבחוק (The Integrity in the Law). על כך ראו: RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986). דוורקין טוען שכללים משפטיים מייצגים תפיסה של מוסר פוליטי, ואין לתפוס אותם כאוסף מקרי של כללים המייצגים פשרות פוליטיות כבית-המחוקקים. תנאי לתוקפם של כללים משפטיים הוא עמידה בדרישת ה-fit, כלומר, עליהם להתאים להיגיון של רוב הכללים הקיימים במערכת המשפטית. אולם ההכרעה בשאלת ההתאמה להגיונם של הכללים המשפטיים אינה רק כגדר היסק מן הקיים, אלא כרוכה גם בשיפוט נורמטיבי. כך, במקרים שבהם שני עקרונות שונים תואמים את ההיגיון של הכללים המשפטיים, על השופט לבחור בעיקרון שמאיר את המשפט באור המוסרי ביותר. בחירה זו, מעצם טיבה, היא בחירה נורמטיבית. דוורקין סבור כי מכיוון שתורת המוסר הפוליטי הליברלי היא הראויה לפרשנות החוקה האמריקאית, יש להעדיף את העיקרון שתואם תפיסה זו.

הקוהרנטיות במשפט מתאים יותר לפיתוח המשפט על-ידי שופטים ומחוקקים. תוקפו של טיעון המבוסס על קוהרנטיות משפטית הוא חלש הרבה יותר במצב-דברים שבו נידונה האפשרות לערוך תיקון חוקתי ולנסח מחדש את תנאיהן של פסקות ההגבלה. המכונן – להבדיל מהמחוקק – רשאי להגדיר מחדש בחוקה את כללי המשתק במדינה דמוקרטית ואת חלוקת העבודה שבין שופטים לבין מחוקקים בה, אם הוא סבור שמצב-הדברים הנוכחי אינו ראוי.

לסיכום, בביקורתו של ברק על הגישה ההליכית יש ממש. אכן, אילי נכשל בביסוס מודל הליכי טהור לביקורת שיפוטית, וגישתו לא אומצה כלשונה בשום מערכת משפטית, כולל בארצות-הברית. אולם, כפי שניסיתי להראות, אף אם חלק מהביקורת על הגישה ההליכית מוצדק, ואף אם אין הצדקה להחיל את הגישה ההליכית כלשונה בתנאים של המשפט החוקתי הישראלי, גישה זו, בהתאמות מסוימות, עשויה לסייע בהגדרת תפקיד צנוע יותר לשופטים בתנאים של מחלוקת חריפות בנוגע לערכים במדינה רב-תרבותית כישׂרל.⁶³ כפי שמציג זאת פיטר הוג, הגישה ההליכית מזכירה לנו כי מצב-דברים שבו שופטים מכריעים כעניין שבשגרה בסוגיות ערכיות כבדות-

⁶³ לטענה דומה ראו: William N. Eskridge, *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics*, 114 YALE L.J. 1279 (2005). אסקרידג' מעביר את ההיגיון של הגישה ההליכית לתנאים של מדינה פלורליסטית. דמוקרטיה פלורליסטית חשופה לבעיה של חוסר יציבות מכיוון שהיא עוסקת בתחרות בין קבוצות שמעמדן ואופיין משתנה עם הזמן, ומכיוון שהיא תלויה כל העת בהסכמתן של כל הקבוצות לכללי המשחק הדמוקרטיים. מתמודדים חברתיים עלולים לצאת מהמערכת אם יחוש כי זו אינה מתחשבת בצרכים התרבותיים שלהם. אסקרידג' סבור על-כן שהתכלית של הביקורת השיפוטית כחברה פלורליסטית היא להבטיח שהשיח הדמוקרטי יאפשר לכל הקבוצות התרבותיות השונות להשתתף בוויכוח על הערכים. מערכת פוליטית פלורליסטית נדרשת להתאים את עצמה ככל יכולתה לאינטרסים של קבוצות רבות ככל האפשר, וזאת מבלי להפריע למדינה ולקהילה לקדם אינטרסים קולקטיביים. השתתפות בהליך הפוליטי מרסנת עמדות קיצוניות, מכיוון שפוליטיקאים נדרשים להציג את עמדותיהם בצורה שתשכנע גם קבוצות אחרות. לכן אסקרידג' סבור ששופטים צריכים לשאוף להפגת מתחים פוליטיים, לרסן מלהמות-תרבות הרסניות, ולהימנע מלעשות דמוניזציה לקבוצות מיעוט. נראה לי שדברים אלה נכונים במיוחד לתנאים הסוציו-פוליטיים של מדינת-ישראל, שהקוטביות בה חריפה יותר בהשוואה למצב בארצות-הברית. ביטוי מטוים לחשיבה כזו ניתן למצוא בפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 7, בפס' 4 לפסק-דינה. השופטת פרוקצ'יה מדברת שם על תפקידה של הביקורת השיפוטית בחברה רב-תרבותית: "ההליך הדמוקרטי אכן מכיר בקיומו של מארג אנושי מגוון המאפיין את מרכיבי האוכלוסיה השונים הבונים את הקבוצה הלאומית, ואת שונותם זה מזה. הוא מכיר בקיומם של קשיים בסיסיים ביצירת מכנה משותף... [נדרש] תהליך של בנייה, נדבך אחר נדבך, לא בדרך של גינוי והוקעה, אלא בדרך של כבוד, והבנה לשונה...".

משקל אינו בהכרח מצב-דברים רצוי.⁶⁴ אנו חיים בעידן פוסט-מודרני, שבו ניתן לבקר בצורה אפקטיבית כל תיאוריה, ובסופו של דבר עלינו לבחור בין מגוון של תיאוריות לא-מושלמות. במדינה שסועה ורב-תרבותית כישאל, מצב-דברים שבו שופטים מחילים ביקורת שיפוטית קפדנית שתכליתה שמירה על תקינות ההליך של גיבוש הערכים המשותפים, תוך הקפדה על מניעת הדרתן של קבוצות מיעוט פגיעות מהשתתפות בשיח הציבורי, נראה בעיני עריף על מצב-דברים שבו שופטים – שאינם נבחרים ואינם נושאים באחריות – עוסקים בצורה אינטנסיבית וחסרת תקדים בעניינים של סדר עדיפויות ערכי.

אני מבקש אפוא להציע כאן נוסח של פסקת ההגבלה השואף לצמצם את עיסוקם של השופטים בעניינים של מהות ולמקדו באותם מקרים שבהם קיים חשש שהליך גיבושם של הערכים בפורומים הדמוקרטיים אינו תקין. הדיון שיבוא להלן יתמקד בארבעת היסודות העיקריים של פסקת ההגבלה: הפגיעה, חוקיות הפגיעה, התכלית והמידה. סבורני כי גם קורא אשר לא השתכנע מן הדיון עד כה כי מוצדק לנסח את פסקות ההגבלה לאור עקרונותיה של הגישה ההליכית לביקורת שיפוטית, אך מכיר עם זאת בצורך לקבוע סייגים לביקורת השיפוטית בהקשרים של מחלוקות ערכיות, יוכל להסכים לחלק גדול מההצעות שיוכאו להלן. במובן זה, אין קשר מושלם בין מסקנת הדיון עד כה לבין הניתוח שיתקיים בסעיפים הבאים של המאמר.

1. פגיעה בזכות ו"פגיעה" בזכות

תנאי לכניסה לניתוח במסגרת תנאיהן של פסקות ההגבלה הוא קיומה של פגיעה בזכות חוקתית מוגנת. מגישה ששואפת לצמצם את העיסוק השיפוטי בעניינים של ערכים יסודיים עולה כי יש לצמצם את מספר המקרים שבהם הניתוח החוקתי מגיע לשלב של פסקות ההגבלה. בסעיף זה אבקש להציע שתי דרכים לצמצום כזה: ראשית, על-ידי פרשנות מצרה של המושג "פגיעה" בזכויות; ושנית, על-ידי הגדרה צרה של היקף הזכויות עצמן.

הסיבה המרכזית לכך שפסקת ההגבלה נהייתה האתר המרכזי שבו מתקיים הניתוח החוקתי קשורה לאופן האינטואיטיבי שבו שופטים תופסים את המושג "פגיעה בזכות". ניתן לדבר על שני מובנים של פגיעה בזכויות: המובן האינטואיטיבי (פגיעה) והמובן החוקתי ("פגיעה").⁶⁵

⁶⁴ Peter Hogg, *The Charter of Rights and the American Theories of Interpretation*, 25 OSGOODE HALL L.J. 87, 105 (1987).

⁶⁵ אני שואל כאן את ההבחנה בין "speech" לבין speech שטבע Schauer בהקשר של התיקון הראשון לחוקה האמריקאית. Schauer טוען כי רק התבטאויות בעלות ערך קומוניקטיבי ראויות להגנה במסגרת התיקון הראשון לחוקה האמריקאית ("speech"). להבדיל מהתבטאויות שנעררות כוח שכנועי או קומוניקטיבי (speech). כך, מכיוון שסרטים פורנוגרפיים נועדו לעורר גירוי מיני, ולא ליצור שיח רציונלי בנושאים של ערכים, הם

בעידן שבו מקובל לנסח זכויות באופן מרחיב, קשה לחשוב על חוק שאינו מסב איזושהי פגיעה בזכויות חוקתיות כמובן האינטואיטיבי של המילה. במובן זה, פקודת מס הכנסה פוגעת בזכות הקניין; דיני העבודה הקוגנטיים פוגעים בחופש העיסוק של מעבידים; וחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות פוגע בשוויון בין אלה שמשרתים בצבא לבין אלה שאינם משרתים בו. לעומת זאת, כאשר אנו שואלים אם התקיים המובן החוקתי של פגיעה בזכות ("פגיעה"), אנחנו שואלים למעשה אם דאי שנראה בפגיעה כמובנה האינטואיטיבי גם "פגיעה" שמחייבת את בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על תוקפו של החוק במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, בשל שיקולים שונים (כגון חוסר מומחיות של שופטים בתחום הכלכלי או רצון להימנע ממעורבות בתחום של מדיניות כלכלית) אנו עשויים לומר שפקודת מס הכנסה אינה "פוגעת" בזכות הקניין; משיקולים של אי-רצון לשמש כלי בידי תאגידים רבי-עוצמה,⁶⁶ אנו עשויים לומר שחוקי העבודה הקוגנטיים אינם "פוגעים" בחופש העיסוק; ובשל אי-הרצון לדלל את עקרון איסור ההפליה, אנו עשויים לומר שחוק דחיית שירות אינו "פוגע" בזכות החוקתית לשוויון.⁶⁷ במילים אחרות, "פגיעה" היא קונסטרוקציה משפטית שמושפעת משיקולים של מדיניות שיפוטית, ואשר התוצאה שלה היא צמצום מספר המקרים שבהם הניתוח החוקתי מגיע לשלב של פסקת ההגבלה.

שופטים בישראל (ובמדינות רבות נוספות, יש לציין) מעדיפים לממש את המובן האינטואיטיבי של הפגיעה בזכות, ולא את מובנה החוקתי. הסיבה לכך היא שמימוש

משתיכים לקטגוריה של speech, אשר אינה מזכה אותם בהגנה חוקתית במסגרת התיקון הראשון. ראו: Frederick Schauer, *Speech and 'Speech' – Obscenity and 'Obscenity': An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, 67 GEO. L.J. 899 (1979).

⁶⁶ R. v. The Wholesale Travel Group, [1991] 3 S.C.R. 154, 233 (מגילת זכויות האדם החוקתית אינה מכשיר בידי יצרנים לביטול חקיקה שנועדה להגן על צרכנים). ראו גם: Ruth Colker, *Section 1 – Contextuality, and the Anti-Disadvantage Principle*, 42 U. TORONTO L.J. 77, 83 (1992). לדוגמה של שימוש ציני במגילת זכויות האדם בישראל לשם הגנה על זכותן היסודית של חברות כוח-אדם לחופש העיסוק, ראו בג"ץ 450/97 **תנופה נ' שר העבודה**, פ"ד נב(2) 433 (1998).

⁶⁷ לכן שופטים במדינות דמוקרטיות רבות עמלים על הגדרה צרה של עקרון איסור ההפליה החוקתי. בית-המשפט העליון בקנדה, למשל, פירש את ההוראה החוקתית לשוויון כמעניקה זכות חוקתית רק מפני הפליה מהטעמים המנויים בחוקה (כגון גזע, מין, דת, מוגבלות) או מטעמים אנלוגיים (כגון אזרחות או נטייה מינית). ראו, בהתאמה: The Law Society of British Columbia v. Andrews, [1989] 1 S.C.R. 143; Egan v. Canada, David Beatty, *The Canadian Conception of Equality*, 46 U. TORONTO L.J. 349 (1996). גם החוקה האמריקאית התפרשה כמעניקה זכות חזקה במיוחד מפני הפליה מטעמים "חשודים". ראו: Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944); United States v. Carolene Products, 304 U.S. 144, n. 4 (1938).

המובן האינטואיטיבי של פגיעה מנקז מהר מאוד את הניתוח לפסקת ההגבלה, אשר מעניקה לשופטים שיקול-דעת נרחב בשאלה אם להתערב בנסיבות העניין אם לאו. אדגים את העניין על-ידי התייחסות לעמדה השיפוטית השונה בישראל ובארצות-הברית בנוגע לשאלה אם חוקי המס מהווים פגיעה בזכות הקניין. בארצות-הברית נפסק כי חוקי המס אינם "פוגעים" בקניין ("taking of property").⁶⁸ ביסוד עמדה זו עומד שיקול מדיניות שלפיו לא ראוי ששופטים יתערבו בתחומים של מדיניות מיסוי. בישראל, לעומת זאת, נפסק כי חוקי המס כן מהווים פגיעה בקניין, אולם מכיוון שלא ראוי ששופטים יתערבו בתחומים של מדיניות מיסוי, ניתן למדינה מרחב תמרון בהתאמת האמצעי המתאים להשגת המטרה.⁶⁹ ההבדל בין שתי הגישות הוא שבארצות-הברית שופטים לעולם לא יעריכו את תבונתה של מדיניות מיסוי, ואילו בישראל שופטים בדך-כלל לא יעריכו את תבונתה של מדיניות מיסוי. הגישה הישראלית, הנסמכת על המובן האינטואיטיבי של הפגיעה, מעניקה שיקול-דעת נרחב יותר לשופטים להחליט מתי להתערב ומתי לא, בעוד הגישה האמריקאית, הנסמכת על המובן החוקתי של "פגיעה", מצמצמת מאוד את שיקול-הדעת השיפוטי.

אם אנו מעוניינים לצמצם את מעורבותם של שופטים בעניינים של מדיניות, אנו צריכים להעדיף את המובן החוקתי של "פגיעה" על מובנה האינטואיטיבי, וזאת

⁶⁸ ראו את פסיקת בית-המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Brushaber v. Union Pacific R.R.*, 240 U.S. 1, 24 (1916), שם נכתב: "It is... well settled that [the Fifth Amendment] is not a limitation upon the taxing power conferred upon Congress by the Constitution; in other words, that the Constitution does not conflict with itself by conferring upon the one hand a taxing power, and taking the same power away on the other by limitations of the due process clause". ראו גם: *Phillips v. Commissioner*, 283 U.S. 589, 595-597 (1931).

⁶⁹ ראו את דברי השופט ריבלין בע"א 10608/02 **הזימה נ' אגף המכס ומע"מ**, פ"ד נח(3) 663, 670 (2004): "אין חולקין כי המס מבטא פגיעה בזכות הקניין, המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אותה משיתים השלטונות על הפרט...". ראו גם רע"א 291/99 **ד.ג.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף ירושלים**, פ"ד נח(4) 221, 231-232 (2004). בבג"ץ 9333/03 **קניאל נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 16.5.2005) היה בית-המשפט מוכן להניח שחוק המס הנידון פגע בעקרון השוויון בין נישומים המוגן במסגרת הזכות החוקתית לכבוד האדם. עם זאת העניק בית-המשפט מרחב תמרון למדינה בהערכת מידתיות הפגיעה, ועל-כן דחה את העתירה. ראו את דברי הנשיא ברק (בפס' 19 לפסק-דינו): "בבחינת התקיימותם של תנאי פסקת ההגבלה אין בית המשפט בוחן את תבונתו של המחוקק. אין הוא מחליף את שיקול דעתו של המחוקק בקביעת המדיניות הראויה. השאלה הניצבת בפני השופט אינה אם החוק ראוי. השאלה הינה אם החוק חוקתי. לא פעם מצויים מספר פתרונות ראויים. עד כמה שכל אחד מהם הוא חוקתי, הבחירה ביניהם היא בידי המחוקק. זהו 'מרחב התמרון החוקתי' של המחוקק." לדוגמה נוספת להנחת בית-המשפט כי חוקי מס פוגעים בקניין, ולדחיית עתירה נגד תוקפו של חוק מס תוך מתן מרחב תמרון ניכר למדינה, ראו בג"ץ 5503/94 **סגל נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נא(4) 529, 539 (1997).

משלושה טעמים עיקריים. ראשית, השימוש ששופטים עושים בדוקטרינת "מרחב התמרון", כדי להחיל שיקולים של מדיניות שיפוטית במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה, אינו מוגדר, והוא פוגע בוודאות השיפוטית.⁷⁰ באירופה נטען נגד דוקטרינה זו כי היא "חמקמקה",⁷¹ "חלקלקה"⁷² ו"בלתי-יציבה".⁷³ בהעדר אמות-מידה ברורות לתחולת הדוקטרינה, נפתח פתח מסוכן לסובייקטיביזם שיפוטי במימוש החוקה.⁷⁴ נכון יותר לקבוע מראש אמות-מידה קשיחות יותר לתחולת שיקולים של מדיניות שיפוטית במסגרת זיהוי ה"פגיעה" במובנה החוקתי. שנית, תפיסה משפטית רווחת היא שהנטל להוכיח פגיעה בזכויות רובץ על העותר, ואילו הנטל להצדיק את הפגיעה במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה רובץ על המדינה.⁷⁵ אימוץ המוכן האינטואיטיבי של הפגיעה

⁷⁰ לשם המחשה, ראו את פסק-דינו של השופט ברק בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 446 (1995). לאחר דיון ארוך בנושא המעמור החוקתי של חוקי-היסוד, ולאחר ניתוח מפורט של הטענה בדבר פגיעה בקניין ובחינת התקיימות תנאיהן של פסקות ההגבלה, פוסק ברק כך: "השאלה הניצבת לפנינו הינה: האם שוכנענו כי המחוקק לא נקט אמצעים שאינם עולים על הנדרש, ועל כל פנים, האם המקרה נופל לגדר מרחב התמרון החקיקתי הנתון למחוקק? בשאלה זו התלבטתי לא מעט, תוך שהעליתי את האפשרות להיענות להצעה החלופית של היועץ המשפטי לממשלה, להחזיר את העניין לבחינה מחודשת לפני בית המשפט המחוזי. בסופו של דבר שוכנעתי כי המקרה הוא גבולי וכי הוא נופל לאותו מתחם חקיקתי המאפשר למחוקק לעצב את ההסדר החקיקתי על-פי שיקול-דעתו, וכי אין צידוק לבחינה נוספת של 'העובדות החברתיות'. בהתחשב בתכלית הראויה – שעניינה פתרון המשבר העמוק שאליו נקלע המגזר החקלאי – נראה לנו כי האמצעי שנקט המחוקק בחוק המתקן פוגע אמנם בנושים, אך פגיעתו אינה עולה על הנדרש, ועל כל פנים, היא על הגבול החוקי של הפגיעה."

⁷¹ Thomas A. O'Donnell, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Courts on Human Rights*, 4 HUM. RTS. Q. 474, 495 (1982).

⁷² Lord Lester, "The European Convention on Human Rights in the New Architecture of Europe: General Report", *Proceedings of the International Colloquy on the European Convention on Human Rights* 227, 236–237 (Council of Europe, 1995).

⁷³ ראו: PIETER VAN DIJK & GODEFRIDUS J.H. VAN HOOF, *THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 604 (1990).

⁷⁴ ראו: Nicholas Lavender, *The Problem of the Margin of Appreciation*, 4 EHRLR 380 (1997); ROBERT BEDDARD, *HUMAN RIGHTS IN EUROPE* 183 (1993); Bernard Hovious, *The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter?* 17 OTTAWA L. REV. 213, 256 (1985).

⁷⁵ כללי הנטל נקבעו לראשונה בקנדה בפסק-הדין המנחה בעניין R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103. לפי פסיקה זו, נטל הראיה ונטל השכנוע להצדקת הפגיעה בזכות במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה רובץ על המדינה, וכרמת הוכחה של מאזן הסתברויות. גישה זו אומצה גם על-ידי בתי-המשפט בניו-זילנד. ראו: Ministry of Transportation v. Noort.

יוביל לכך שלא יהיה אפשר לעמוד בכללי נטל כאלה, מכיוון שכל חוק שמתקבל בכנסת פוגע (במובן האינטואיטיבי של המילה) באיזושהי זכות חוקתית. שופטים אינם יכולים "להתייחס לזכויות ברצינות", כלשונו של דוורקין,⁷⁶ בסביבה חוקתית שתובעת מהם להעביר כל חוק תחת המסננת הקפדנית של פסקת ההגבלה. הרי הן למדינה והן לשופטים יש משאבים מוגבלים.⁷⁷ **שלישית**, אימוץ המובן האינטואיטיבי של הפגיעה בזכויות עלול להוביל לדילול הרעיון שביסוד ההגנה על זכויות האדם, תוך שחיקה חמורה של הייחודיות התודעתית של "זכויות-היסוד". אם אנו חיים בחברה דמוקרטית שבה כל חוק נתפס כפוגע בזכויות-יסוד, אזי אין אפשר לצפות שהאזרחים יתייחסו ברצינות לתורת זכויות האדם? על-כך ניתן לומר: "תפסת מרובה – לא תפסת".⁷⁸ הדוגמה האמריקאית ליצירת קונסטרוקציה משפטית שלפיה חוקי מס אינם פוגעים בזכות הקניין במובנה החוקתי שקולה בעצם לקביעה כי זכות הקניין אינה כוללת הגנה

260, 283 NZLR 3 [1992]. לכללים של נטל ההוכחה במשפט החוקתי הגרמני ראו: JULIANE KOKOTT, THE BURDEN OF PROOF IN COMPARATIVE AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: CIVIL AND COMMON LAW APPROACHES WITH SPECIAL REFERENCE TO THE AMERICAN AND GERMAN LEGAL SYSTEMS (1998). בעניין **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 70, נטו השופטים ברק (בעמ' 428-429) ודב לוין (בעמ' 458-459) לעמדה זו, אם כי אין עדיין הכרעה ברורה בשאלה זו במשפט החוקתי הישראלי. ראו פס"ד 14 לפסק-דינו של השופט זמיר בבג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999).

⁷⁶ DWORKIN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 198-200, 204 (הנטל המוטל על המדינה להצדיק הגבלת זכויות יסודיות הוא כבד במיוחד: המדינה צריכה להראות כי הפגיעה היא בשולי הערכים של הזכות המוגנת; כי פגיעה זו נועדה למנוע פגיעה בזכות אחרת במובן החזק; כי אין כל דרך אחרת להשיג את המטרה; וכי הנזק מהימנעות מהגבלה הוא גבוה דיו להצדיק פגיעה בעקרון כבוד האדם או בעקרון השוויון).

⁷⁷ שיקולים של עומס הם שיקולים כבדי-משקל במיוחד בישראל, שבה בית-המשפט העליון משמש גם ערכאת ערעור בתיקים אזרחיים ופליליים. לטיפול בטענת העומס שנגרם כתוצאה מהאקטיביזם השיפוטי של בג"ץ ראו גם רות גביון **אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד** Peter Strauss, *One Hundred and Fifty Cases per Year: Some Implications of the Supreme Court Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, 87 COLUM. L. REV. 1093 (1987). לטענה (שהושמעה בחקשר של עקרון איסור ההפליה) כי אין לפזר משאבים שיפטיים וחברתיים, אלא למקד אותם בטיפול-עומק בסוגיות בסיסיות, כגון שורשיהן של תופעות הגזענות והמיננות (סקסויזם) בישראל, ראו: ANDREW KOPPELMAN, *ANTIDISCRIMINATION LAW AND SOCIAL EQUALITY* 115 (1996).

⁷⁸ השוו ליצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה 165, 233 (2000): "ראוי, לפחות היום, להפריד בין שני הסוגים [הפליה מנהלית והפליה חוקתית] ולייחד את הדיבור על אפליה ושוויון להבחנות המוגנות על-ידי עילות השוויון במשפט הבינלאומי ובמדינות שונות. הפרדה כזו תבליט את הייחוד של השוויון האמיתי, תבדילו משיקולים זרים אחרים ותחזק את מעמדו ומשקלו." לטענה ברוח זו ראו גם אריאל כנדור "בגנות היחסיות של זכויות יסוד" **משפט וממשל** ד 343 (1997).

מפני חוקי מס. מתוך המשפט ההשוואתי ניתן להצביע על שתי דוקטרינות נוספות שנועדו לצמצם את מספר המקרים שבהם שופטים בוחרים את תוקפם של חוקים במסגרת פסקות ההגבלה. הראשונה היא דוקטרינת הפגיעה קלת-הערך, שלפיה בתי-המשפט לא יבחנו את תוקפן החוקתי של פגיעות שוליות בזכויות במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה. ההנחה היא שפגיעות קלות-ערך ממילא יעמדו בתנאיהן של פסקות ההגבלה, ואף אם לא יעמדו בהם, העלות הכרוכה בקיומה של פגיעה כזו אינה שקולה לרווח הטמון בחיסכון של המשאבים השיפוטיים הנדרשים לשם עצם קיומה של הברדיקה.⁷⁹ השנייה היא דוקטרינת הפגיעה שעולה כדי "שינוי". על-פי דוקטרינה זו, פגיעות קיצוניות ויוצאות-דופן בחומרתן אינן צריכות להיחשב כלל כ"פגיעה". מחוקק אשר מסב פגיעות חמורות כאלה בזכויות מתיימר למעשה "לשנות" את הזכויות החוקתיות, דבר שהוא אינו מוסמך לעשות כלל.⁸⁰ בניגוד לדוגמת חוקי המס בארצות-הברית, מימוש שתי דוקטרינות אלה אינו משיג את המטרה של הגברת הוודאות המשפטית בתחום החוקתי, ואולי אף מחמיר את אי-הוודאות המשפטית בהשוואה לניתוח במסגרת פסקת ההגבלה, שכן אין אמות-מידה ברורות לקביעה איזו פעולה שלטונית נכללת בגדר "פגיעה" בזכויות.⁸¹ בפועל שופטים אינם מרבים לעשות שימוש בדוקטרינות אלה לשם צמצום מספר המקרים שמתנקזים לפסקות ההגבלה. בדוקטרינת הפגיעה שעולה כדי "שינוי" נעשה שימוש בקנדה פעם אחת בלבד, למיטב

⁷⁹ בארצות-הברית נקבע שפגיעות עקיפות בלבד בזכויות אדם לא יעבירו למדינה את הנטל להוכיח את ההצדקות לפגיעה בזכויות. ראו: Braunfeld v. Brown, 81 S.Ct. 1144, 1147. בקנדה נפסק שפגיעות קלות-ערך בזכויות לא יעבירו את הניתוח המשפטי לתנאיה של פסקת ההגבלה. ראו את דברי השופטת Wilson בפרשת [1986] R. v. Jones, [1986] S.C.R. 284, 313: "To state that any legislation which has an effect on religion, no matter how minimal, violates the religious guarantee would radically restrict the operating latitude of the legislature". ראו לעניין זה גם את פסק-הדין בעניין R. v. Laba, [1994] 3 S.C.R. 965, 999.

⁸⁰ Attorney General of Quebec v. Quebec Protestant School Board, [1984] 2 S.C.R. 66, 86-88. באותה פרשה נפסק שחוב הורים ממוצא צרפתי לשלוח את ילדיהם למוסדות חינוך שהלימודים בהם מתנהלים בשפה הצרפתית בלבד אינו מהווה הגבלה של זכות, כי אם שלילתה. אי-אפשר להצדיק פגיעה חריפה כזו בתנאיה של פסקת ההגבלה, אלא רק בדרך של תיקון חוקתי. ההנחה היא שפגיעות קיצוניות בזכויות היסודיות משנות את כללי המשחק הלגיטימיים במדינה דמוקרטית, ועל-כן שינוי זה טעון הסכמה מצד הרשות המכוננת.

⁸¹ בקנדה עלתה הטענה כי יש להסתמך על המבחנים הקבועים בפסקת ההגבלה על-מנת להעריך את הלגיטימיות של הפגיעה בזכות, מן הטעם שאין אמות-מידה ברורות לזיהוי הפגיעה האנושה. ראו: PETER HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 861 (Students Edition, 2003).

ידיעתו.⁸² נדירים גם המקרים – בישראל ובעולם – שבהם בית-המשפט דוחה עתירה נגד תוקפו של חוק רק מן הטעם שהפגיעה בזכות היא קלת-ערך.⁸³ צמצום מספר המקרים שבהם שופטים מסווגים חוק כ"פוגע" בזכויות, בדרכים המתוארות לעיל, חשוף לביקורת בדבר העדר אמות-מידה ברורות לסיווג כזה. העדר אמות-מידה ברורות מעורר שוב את החשש מפני סובייקטיביזציה של ההליך השיפוטי. חרף זאת, אני סבור שיש עדיין ערך למהלכים פרשניים שיובילו להגדרה מצמצמת של המושג "פגיעה" בזכויות. ראשית, נכון שקיים חשש מפני סובייקטיביות של ההליך השיפוטי בשלב שבו בית-המשפט קובע לראשונה מה נכלל ומה אינו נכלל בגדר "פגיעה". אבל לאחור קביעה כזו יש וראות משפטית שמצמצמת את סכנת הסובייקטיביזציה של השיפוט במקרים עתידיים. כך, קביעת שלוש רמות של ביקורת שיפוטית בארצות-הברית, התלויות בחשיבותן של הזכויות הנפגעות, חשופה אומנם לביקורת שקביעה כזו עלולה להיות מושפעת מדעותיהם הסובייקטיביות של השופטים,⁸⁴ אולם משנקבעו שלוש רמות אלה, צומצמה מידת חוסר הוודאות במקרים עתידיים. שנית, לצמצום המושג "פגיעה" בזכויות יש שני רווחים משמעותיים נוספים: רווח תודעתי (לא כל הסדר משפטי נתפס כפוגע בזכויות חוקתיות) ורווח בתחום המשאבים השיפוטיים (בית-המשפט אינו נדרש להשקיע זמן שיפוטי יקר בבחינת עמידתם של מכלול ההסדרים המשפטיים בתנאיה של פסקת ההגבלה).

ההצעה להקטין את מספר ההתדיינות שיסווגו כ"פגיעה" בזכויות מכוונת יותר לשופטים, ופחות למנסחי החוקה. זאת, מכיוון שקשה לראות כיצד ניתן לנסח את פסקת ההגבלה באופן שינחה שופטים לא לראות בפגיעות קלות-ערך או אנושות משום "פגיעות" בזכויות. מה שמנסחי החוקה יכולים לעשות הוא לנסח את הזכויות החוקתיות באופן מצמצם.⁸⁵ כך, אפשר לומר במפורש בחוקה שחקיקת מיסוי אינה

⁸² ראו פרשת Quebec Protestant School Board, לעיל ה"ש 80. בית-המשפט העליון הקנדי דחה נסיונות להחיל את דוקטרינת הפגיעה האנושה בהקשרים אחרים. ראו, למשל: Ford v. Quebec, [1988] 2 S.C.R. 712, 771.

⁸³ במקרים ספורים בישראל שבהם הוזכרה הדוקטרינה, על-ידי השופט זמיר, ראו בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 498 (1996); בג"ץ 3434/96 עזיז ד"ר הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68-69 (1996); בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ(5) 577, 612 (1998).

⁸⁴ ראו, למשל, את הביקורת שהושמעה בארצות-הברית נגד סירובו של בית-המשפט העליון לסווג הפליה מטעמי נטייה מינית כ"הפליה חשודה", המחייבת את בית-המשפט להחיל ביקורת שיפוטית קפדנית באותם מקרים. ניתן לחשוף שבהעדר אמות-מידה ברורות לזיהוי הפליה חשודה, שופטים עלולים להיות מושפעים מההטיה האישית שיש לחלק מהם כלפי הומוסקסואלים. ראו: Note, *The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a Suspect Classification*, 98 HARV. L. REV. 1285 (1985).

⁸⁵ שאלת היחס שבין היקף הזכויות המוגנות (coverage) לבין היקף ההגנה עליהן (protection) היא שאלה נכבדה במשפט החוקתי, ואיני מתכוון לדון בה לעומק במאמר זה.

מהווה פגיעה בזכות הקניין. רצוי גם להימנע מקביעה כללית שלכל אדם יש זכות לשוויון, ובמקום זאת לקבוע זכות מפני הפליה מטעמים "חשודים" (הפליה מטעמי גזע, מין, דת, לאום, נטייה מינית וכדומה).⁸⁶ באופן כזה יהיה אפשר לצמצם את מספר המקרים שבהם יבחנו בתי-המשפט את תוקפם של חוקים במסגרת תנאיהן של פסקות ההגבלה, ולמנוע את דילולם של ההיבטים הגרעיניים של זכויות האדם. דילול כזה עלול כאמור להיגרם מטעמים מעשיים הנוגעים במוגבלותם של המשאבים השיפוטיים והמדינתיים, כמו-גם מטעמים תודעתיים הנוגעים בשחיקת הכוח הרטורי והייחודי של תביעה למימוש "זכות-יסוד".

2. חוקיות הפגיעה

התנאי הראשון לקיומה של "פגיעה" מוצדקת בזכויות במסגרת פסקת ההגבלה הוא שהפגיעה נעשתה "בחוק" או "לפי חוק כאמור מכות הסמכה מפורשת בו". בסעיף זה אבקש לטעון – בניגוד לגישה הרווחת בישראל ובמדינות רבות אחרות – כי שופטים

לדיון בספרות בסוגיה זו בהקשר של חופש הביטוי ראו, למשל: FREDERICK SCHAUER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL INQUIRY* 89 (1982); MELVILLE NIMMER, *ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE THEORY OF THE FIRST AMENDMENT* (1984). ביטוי לדיון כזה במשפט החוקתי בישראל אפשר למצוא אצל ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 17, בעמ' 371. ברק עורך הבחנה בין היקפה של זכות האדם לבין מידת ההגנה הניתנת לזכות האדם בהיקפה החוקתי. לפי ברק, להבחנה זו יש חשיבות עיונית ומעשית רבה בשלושה מישורים: דאשית, אם פעילות מסוימת נכללת במסגרת הזכות, היא נהנית מעוצמה נורמטיבית חוקתית; שנית, שינויים בהיקף הזכויות מחייבים שינויים בעלי מעמד חוקתי, ואילו שינויים בהיקף ההגנה די אם ייעשו במסגרת תנאיהן של פסקות ההגבלה; שלישיית, להבחנה זו יש חשיבות גם מבחינת נטלי ההוכחה – בהקשר של פגיעה בזכות חוקתית הנטל רובץ על הטוען לפגיעה זו, ואילו בהקשר של פגיעה בזכויות הנטל רובץ על המדינה. על הקשר שבין הגדרת היקף הזכויות באופן מרחיב לבין מידת ההגנה עליהן ראו HOGG, לעיל ה"ש 81, בעמ' 856 (ככל ששופטים יגדירו זכויות בצורה מרחיבה יותר כן יוביל הדבר לריכוך הסטנדרט לביקורת שיפוטית במסגרת תנאיהן של פסקות ההגבלה). לטיעון ברוח דומה בנוגע להגדרת הזכות לשוויון במשפט החוקתי בישראל ראו זמיר וסובל, לעיל ה"ש 78, בעמ' 233. ראו גם את הפסיקה הישראלית בנוגע להיקף הזכות לחופש הביטוי ולתחולתה על ביטוי גזעני – בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987); על ביטוי פורנוגרפי – בג"ץ 5423/03 ש.ג.נ' נ' ח"כ גילה גמליאל, פ"ד נח(3) 65 (2004); ועל ביטוי מסחרי – בג"ץ קידום, לעיל ה"ש 40. לביקורת על ההגדרה המרחיבה המסתמנת בפסיקה לזכות לכבוד האדם ראו דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541-553, 563-588 (2001); הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257, 281-295 (1997).

⁸⁶ ס' 15 לצ'רטור הקנדי על זכויות וחירויות אוסר הפליה מהטעמים הבאים: race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. נוסף על כך נפסק כי איסורי הפליה יחולו גם על טעמים אנלוגיים, דוגמת אזרחות או נטייה מינית. ראו לעיל דיון בה"ש 67.

צריכים לבחון בצורה קפדנית את קיומה של בקרה דמוקרטית על הליך הפגיעה בזכויות. במילים אחרות, שופטים צריכים להתייחס לדרישת חוקיות הפגיעה ברצינות. הדרישה לחוקיות הפגיעה בזכויות מבוססת על הערך הגלום בהשתתפות דמוקרטית. דמוקרטיה היא שיטת משטר המבוססת על חירות חיובית במובנה הקולקטיבי, כלומר, האזרחים הם מקור ההגבלות על חירותם.⁸⁷ אם לזכויות-היסוד יש ערך, אזי הלגיטימיות של החלטות להגביל זכויות אלה תלויה בקבלת הסכמה לכך מאזרחי המדינה באמצעות נציגיהם (העיקרון הדמוקרטי).

דרישה זו מבוססת גם על הנחה בדבר אמון גדול יותר במחוקק בהשוואה לרשות המבצעת ולרשויות המנהל (עקרון החשד). סיבה אחת לכך היא שהליך החקיקה שקוף בהרבה מן ההליך המנהלי. הדיונים במליאת הכנסת ובוועדותיה השונות מתועדים בפרוטוקולים שנגישים לציבור, בעוד החלטות מנהליות מתקבלות בהדרי-חדרים. שקיפות זו מקטינה את הסיכוי להשתרבות של מניעים נפסדים בהליך החקיקה בהשוואה להליך המנהלי. סיבה שנייה קשורה לכך שהרשות המבצעת מרכזת בידיה כוח רב יותר בהשוואה לרשות המחוקקת, שכן היא שולטת ב"חרב", ובמידה מסוימת גם ב"ארנק". מקום שהכוח רב יותר, גם הפוטנציאל לניצול לרעה של כוח זה גדול יותר.⁸⁸ מעקרון הדמוקרטיה ומעקרון החשד נגזרות שתי דרישות-משנה נוספות: איסור חקיקה עמומה ואיסור חקיקה האוצלת שיקול-דעת גורף לפקידות הממונה.⁸⁹ חוקים

⁸⁷ ז'אן ז'אק רוסו **האמנה החברתית** (1762, עדי בסוק מתרגם, 2006). לפי רוסו, חוקים אומנם מגבילים את חירותם של פרטים, אולם הם גם מבטאים את חירותם של כלל האזרחים, את "הרצון הכללי", מפני שהאזרחים הם הבוחרים להוקק את החוקים המגבילים את חירותם.

⁸⁸ ראו את מימרתו המפורסמת של הלורד אקטון – "Power tends to corrupt; absolute power corrupts absolutely" – המציטטת אצל: THE NEW DICTIONARY OF CULTURAL LITERACY (2002) www.bartleby.com/59/13/power_tendsto.html לביקורת נדירה למדי בארצות-הברית על השימוש בטיעונים שמבוססים על חשדנות ועל אפשרויות לניצול לרעה של הכוח, ראו את מימרתו – המפורסמת אף היא – של השופט האמריקאי Story בעניין (1816) 304 (1 Wheat.) 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816) "It is always a doubtful course to argue against the use or existence of power, from the possibility of its abuse".

⁸⁹ מקורה של דרישה זו במשפט החוקתי האמריקאי. דוקטרינת ה-non-delegation מחייבת את הקונגרס לקבוע אמות-מידה ברורות (intelligible) ליישום החוק. ראו: J.W. Connally v. General Construction Co., 269 U.S. 385, 391 (Okla., 1926) (החוק צריך להיות מנוסח כך שאדם בעל אינטליגנציה ממוצעת יהיה מסוגל להבין ממנו מהי פעולה מותרת ומהי פעולה אסורה). בית-המשפט האירופי לזכויות אדם הלך בתלם זה בפסיקתו התקדימית בעניין Sunday Times v. United Kingdom, judgment of 26 April 1979 (No. 30) 2 EHRR 245 (דין שפוגע בזכות צריך להיות בהיר ונגיש לציבור; אסור לחוק ללקות באצילת שיקול-דעת גורף לרשויות המבצעות; לאזרח יש ציפייה סבירה לדעת מה החוק אומר, במיוחד כאשר הוא פוגע בזכות יסודית המוגנת באמנה). לפסיקה ברוח זו ראו גם בניו-זילנד: Solicitor General v. Radio New Zealand Ltd., [1994] 1 NZLR 48.

עמומים או שיקול-דעתיים הם חוקים פגומים מבחינה דמוקרטית, מכיוון שהם מעבירים למעשה את הסמכות להכריע בנוגע להגבלת זכויות-היסוד מנבחר-הציבור אל הרשות המנהלית. חוקים כאלה אינם מבהירים לאזרחים מתי פעולותיהם אסורות, ולכן עלולה להיות השפעה מקפאה על מימוש זכויות-היסוד.⁹⁰ חוקים עמומים או שיקול-דעתיים הם גם חוקים חשודים. מחוקקים המעוניינים להסוות את מניעיהם הפסולים ישתמשו בחקיקה העמומה או השיקול-דעתית כדי להשיג בעקיפין את אשר אי-אפשר להשיג באופן ישיר, וזאת תוך קריצה לפקידות הממונה.⁹¹ הנחתו הסבירה של מחוקק כזה היא שיהיה קשה הרבה יותר להוכיח קיומם של מניעים נפסדים כאשר על הפרק עומדת החלטה מנהלית, ולא הכרעה חקיקתית, שכן החלטות מנהליות שקופות כאמור פחות.⁹² הנוסח הקיים של פסקת ההגבלה מתיישב לדעתי היטב עם המשמעות הדמוקרטית של דרישת חוקיות הפגיעה. מלשונו עולה כי ניתן להגביל את זכויות האדם באמצעות חקיקה ראשית או באמצעות חקיקת-משנה המותקנת מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה הראשית. נוסח זה מחמיר יותר בהשוואה לנוסח הקיים בפסקות הגבלה בחוקות דמוקרטיות אחרות, שבהן מופיעה הפסוקית "prescribed by law".⁹³ המילה law

64. לעקרונות דומים בפרשנות של עקרון החוקיות באמנה הבין-לאומית ראו את כללי סירקוזה בנוגע לעקרונות המנחים לפסקות הגבלה: *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the CCPR*, 7 Hum. Rts. Q. 1, 5 (1985) במצבים אלה תלויה "חרב דמוקלס" מעל לראשו של האזרח. ראו: LAURENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1023 (1988).

91. מחקרים מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית מראים כי אנשים נוטים לחשוד במקבל החלטות במיוחד בנסיבות שבהן הוא יכול לבחור מבין דרכי פעולה רבות, שחלקן מבוססות על מניעים לא-לגיטימיים. החשד מצטמצם במצב-דברים שבו מקבל ההחלטה יכול לבחור באופן מעשי בדרך פעולה אחת בלבד. ראו: Stephen Fein, *Effects of Suspicion on Attributional Thinking and Correspondence Bias*, 70(6) J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 1164, 1165 (1996); James L. Hilton, Steven Fein & Dale T. Miller, *Suspicion and Dispositional Inference*, 19(5) PERSONALITY AND SOC. PSYCH. BULL. 501, 502 (1993). לנוכח ממצאים אלה ניתן להבין את הררישה שהחוק יקבע אמות-מידה ברורות להפעלתו כמיועדת לצמצם את אפשרויות הבחירה של מקבל ההחלטות, ולהקטין בכך את הסכנה שמקבל ההחלטה יפעל ממניעים לא-לגיטימיים.

92. על הקשר שבין חשד לבין הדרישה לקיומן של אמות-מידה ברורות ליישום החוק ראו את דעת המיעוט של השופט Sopinka בשני פסקי-הדין הבאים של בית-המשפט העליון של קנדה: R. v. Ladouceur, [1990] 1 S.C.R. 1257, 1267 (כאשר לקצין משטרה יש שיקול-דעת בלתי-מוגדר לעצור נהגים לבדיקת אלכוהול, קיים חשש כי הקצין יונע – במודע או לא במודע – משיקולים גזעניים בהחליטו את מי לעצור). עוד ראו: Unites States v. Catroni, [1989] 1 S.C.R. 1469, 1519 (חוק המקנה סמכות שיקול-דעתית רחבה לשר המשפטים להסגיר אזרח למדינה אחרת אינו ממלא אחר התנאים של עקרון החוקיות).

93. דרישת ה-prescribed by law מופיעה כמעט בכל חוקה מודרנית. ראו, למשל, ס' 1 לצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות; ס' 36 לחוקת דרום-אפריקה; פסקות ההגבלה

באותן חוקות אינה שקולה למילה "חוקה ראשית" (statute), אלא מקובל לפרשה כ"דין" או כ"משפט". לכן נקבע באותן מדינות שניתן להגביל זכויות גם מכוחו של המשפט המקובל ואף מכוחן של הנחיות מנהליות.⁹⁴ בישראל, לעומת זאת, המילה "בחוק" מוגדרת בחוק הפרשנות כ"חוקה ראשית", והמילים "לפי חוק" מוגדרות שם כ"חוקה-משנה".⁹⁵ הגבלת זכויות מכוחן של הנחיות מנהליות או מכוחו של המשפט המקובל אינה מקיימת את הדרישה היסודית לקיומה של בקרה דמוקרטית, ולכן נראה כי אין לפקידים ולשופטים הכשר לקבוע הסדרים ראשוניים הפוגעים באותן זכויות. אהרן ברק סבור כי יש להעניק לדרישת החוקיות מובן רחב יותר, כזה המאפשר הגבלת זכויות גם מכוחו של המשפט המקובל. הוא מנמק את עמדתו, בין היתר, בכך שאין לפרש נורמה חוקתית מתוך הסתמכות על נורמה סטטוטורית (חוק הפרשנות), המצויה בדרגה נורמטיבית נמוכה יותר מהנורמה החוקתית שבה מעוגנת פסקת ההגבלה.⁹⁶ נראה לי, בכל הכבוד, שעמדה כזו אינה מוצדקת. ראשית, היא אינה מתיישבת עם כוונת המכונן, אשר בתיקון משנת 1994 הוסיף לפסקת ההגבלה את הפסקות "לפי חוק" כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.⁹⁷ תכלית התיקון הייתה להרחיב את מקור ההסמכה להגבלת זכויות מחקיקה ראשית לחוקה-משנה, אך לא מעבר לכך.⁹⁸ פרשנות חוקתית ראויה, יש לזכור, היא כזו השואפת לצמצם את הפגיעה

הספציפיות הקבועות באמנה האירופית לזכויות האדם משנת 1950; וכן פסקת ההגבלה הספציפיות הקבועות באמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966.

⁹⁴ בית-המשפט האירופי לזכויות אדם – פרשת Sunday Times, לעיל ה"ש 89; בית- המשפט העליון הקנדי – [1986] 2 S.C.R. 573, 602; RWDSU v. Dolphin Delivery; בית-המשפט העליון של ניו-זילנד – פרשת Radio New Zealand, לעיל ה"ש 89.

⁹⁵ על-פי ס' 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, "חוק" – חוק של הכנסת או פקודה. על-פי ס' 9 לחוק הפרשנות, "הביטוי 'לפי' לענין חיקוק פלוני או ביטוי כיוצא בו – משמעו גם לפי תקנות שהותקנו מכוחו של החיקוק".

⁹⁶ ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 17, בעמ' 511; בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 209-210 (1998).

⁹⁷ חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

⁹⁸ ראו את דבריו של יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דאז, חבר-הכנסת דדי צוקר, בהציגו את ההיגיון מאחורי התיקון לפסקת ההגבלה בחוק-יסוד: חופש העיסוק ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "בסעיף 4, לגישתנו, ניתן לפגוע בחוק-יסוד הן בחוק רגיל, אם הוא הולם את התנאים שהצבתי זה עתה, והן בחקיקת משנה, כמקרים מסוימים, וכאן אני מבקש להבהיר... כוונת הוועדה, כאשר היא אישרה את הפגיעה על-ידי חקיקת משנה, הייתה כדלקמן: רק אם חקיקת המשנה נובעת במפורש ונשענת על חוק ברור הפוגע בבהירות בחופש העיסוק, ורק אם חקיקת המשנה הזאת נובעת מהסדרים ראשוניים שנתקנו בחוק ראשי, אז ניתן לפגוע בחוק-יסוד." ראו פרוטוקול מליאת הכנסת השלוש-עשרה מיום 9.3.1994, ניתן לצפייה ב- www.knesset.gov.il/Tql/mark01/h0009206.html#TQL.

בזכויות, ולא להרחיבה.⁹⁹ שנית, אף אם לחוק הפרשנות אין באופן פורמלי כוח מחייב לגבי פרשנות החוקה, יהיה זה מוזר להתעלם ממנו לחלוטין כאשר אנו מבקשים לפענח את התפיסות הרווחות בישראל גם בנוגע למושגים חוקתיים.¹⁰⁰ שלישית, יש לפרש את דרישת החוקיות מתוך התייחסות למטרתה: קיום בקרה דמוקרטית על הגבלת זכויות. כאמור, בקרה כזו אינה מתקיימת כאשר שופטים ופקידים, אשר אינם נבחרים, מקבלים החלטות ראשוניות בנוגע להגבלת זכויות-היסוד.

מעיון במשפט ההשוואתי ובמשפט הישראלי עולה כי שופטים אינם נוטים לייחס חשיבות רבה לדרישת החוקיות, על היבטיה השונים. חוק, תקנה, משפט מקובל ולעיתים אפילו הנחיות מנהליות נתפסים באירופה ובקנדה כמקור הסמכה מספק להגבלת זכויות.¹⁰¹ ובארצות-הברית לא בוטל למן שנות השלושים אפילו חוק אחד בשל אצילת סמכויות גורפת לפקידות הממונה בניגוד לדוקטרינת איסור האצילה (non-delegation doctrine).¹⁰² נראה ששופטים מעדיפים למקד את הביקורת השיפוטית בדרישותיה המהותיות יותר של פסקת ההגבלה, ולא בדרישותיה הפורמליות.¹⁰³ הסיבה העיקרית לכך היא שהניתוח הפורמלי אינו מקנה לשופטים את הגמישות הנדרשת לצורך הערכת ההצדקות הענייניות להגבלת הזכות מתוך הידרשות לנסיבות העניין. למעשה, יטען הטוען, אם הסדר מסוים מוצדק מבחינה מהותית (משרת תכלית ראויה והוא מידתי), אזי מדוע לפסול אותו מטעמים פורמליים?¹⁰⁴

⁹⁹ ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 286. לגבי קנדה ראו: Hunter et al. v. Minister of Home Affairs v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145. לגבי בריטניה ראו: Fisher, [1980] AC 319.

¹⁰⁰ ראו, לשם השוואה, את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ **אבני**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 211 ("הוראות חוק היסוד אינן צריכות להתפרש לאור חוק הרכישה המצוי במישור נורמטיבי נמוך יותר. עם זאת, ניתן להתייחס לחוק הרכישה ולהיעזר בו בבואנו לפרש את חוק היסוד"). נראה שהנשיא ברק מסכים להערה זו בבג"ץ 5261/04 **עו"ד פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 446, 457 (2004).

¹⁰¹ ראו פרשת Sunday Times, לעיל ה"ש 89; פרשת RWDSU, לעיל ה"ש 94.
¹⁰² המקרה האחרון שבו בוטלה חקיקה בארצות-הברית בשל אי-התאמה לדוקטרינת איסור האצילה הוא: A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935). ראו Boynton, לעיל ה"ש 53, בעמ' 437.

¹⁰³ צריך לשים לב שיש מידה מסוימת של חפיפה בין האיסור ביחס לחקיקה עמומה או שיקול-דעתית לבין דרישת המידתיות. זאת, מן הטעם שחוקים כאלה הם חוקים רחבים יתר על המידה (overbreadth). כלומר, הם אינם מקיימים את דרישת האמצעי הפוגעני פחות (מבחן המידתיות השני). לדיון בזיקה שבין דוקטרינת איסור העמימות לבין דוקטרינת רוחב-היתר ראו: Ian MacIntosh, *Update: The Vagueness Doctrine and the Overbreadth*, 2 NJCL 242 (1992).

¹⁰⁴ להשיבה כזו ראו אורן גזל "פגיעה בזכויות יסוד' בחוק' או 'לפי חוק'" **משפט וממשל** ד 381 (1998). גזל טוען שכאשר המדינה מגבילה זכות כדי להגן על זכויות אחרות, יש לראות את מקור ההסמכה להגבלת זכויות בפסקת הכיבוד שמופיעה בחוקי-היסוד (ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). ביסוד גישה כזו עומדת השאיפה

טענה כזו מניחה במידה רבה את המבוקש. ההנחה שההסדר מוצדק מבחינה מהותית מבוססת על חשיבה שלפיה לשופטים צריכה להינתן המילה האחרונה בענייני מהות. על הגיונה של חשיבה כזו ניתן כאמור לחלוק. ולגופו של עניין, קיימים טעמים חזקים לטובת מיקוד הביקורת השיפוטית דווקא בדרישת חוקיות ההגבלה. עקרון החוקיות מונע מראש אפשרות של השתרבות מניעים נסתרים בהקשרים חשודים. זאת, מכיוון שקשה מאוד להוכיח קיומם של מניעים נסתרים כאשר הרשות המוסמכת מפעילה שיקול-דעת נטול אמות-מידה ברורות. לכן מימוש דווקני של דרישת החוקיות בהקשרים "חשודים" (כגון הפליה, צנזורה ועוד) מהווה פתרון לבעיית איתורם וסילוקם של מניעים פסולים, לנוכח הקושי הרב בזיהוים בשלב של מבחני התכלית והמידה.¹⁰⁵ נוסף על כך, מיקוד הביקורת השיפוטית בשלב של דרישת החוקיות חוסך את המשאבים השיפוטיים היקרים הכרוכים בהתדיינות סביב ההצדקות המהותיות של החוק. לבסוף, פסילת חוק בשל אי-מילויה של דרישת החוקיות היא גם מהלך נכון יותר מבחינת בית-המשפט, משיקולים של אסטרטגיה שיפוטית, בהשוואה לפסילת חוק מטעמים מהותיים. מהלך כזה מעביר את המסר שבית-המשפט אינו מטיל ספק בתבונת היעדים המדינתיים, אלא רק דורש מנבחרי-הציבור לשאת באחריות כלפי בוחריהם.

אך גם אם נרצה להתייחס לדרישת החוקיות ברצינות ולתת לה "שיניים", אנו עלולים להיתקל בקושי מעשי רב. כהינתן סביבה חוקתית שבה שופטים מפרשים את הזכויות ואת הפגיעות בהן בצורה מרחיבה, הקפדה על מימושה של דרישת החוקיות משמעה הטלת נטל בלתי-סביר על המחוקק. בהנחה שכל הסדר כמעט נתפס כפוגע בזכויות, משמעותה של הקפדה כאמור תהיה להציב דרישה לא-מציאותית למחוקק

לתעל את הביקורת השיפוטית במסגרת פסקת ההגבלה למישור המהותי, ולא למישור הפורמלי. גזל מזהה שלוש גישות כפסיקת בית-המשפט העליון בנוגע לדרישת ההסמכה לפגיעה בזכויות: (א) גישת ההסמכה המפורשת – בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983) – שלפיה על המחוקק לומר מפורשות כי הוא מסמיך את מחוקק-המשנה להתקין תקנות שמגבילות את זכות-היסוד; (ב) גישת תכלית החוק – בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988) – שלפיה ניתן לגזור את ההסמכה להגביל את זכות-היסוד מתוך תכלית החוק; (ג) גישת הכללים הרגילים, שלפיה אם יש הסמכה לעשות מעשה, אזי די אם הפגיעה בזכות-היסוד היא סבירה. גזל סבור כי יש להכיר במטרות כלליות כמטרות של החוק, וזאת כדי לאפשר לרשות גמישות סבירה.

¹⁰⁵ כפי שציינתי למעלה (בטקסט ליד ה"ש 91-92), נכון יותר לפסול חקיקה עמומה או שיקול-דעתית מאשר להעמידה במבחן נסיבתי, במיוחד לנוכח הקושי הרב באיתור מניעיהם של הפקידים. בחינה נסיבתית אינה נתפסת, אפוא, כתרופה נאותה לחוק האוצל ממכוינות נרחבות. ראו לעניין זה Tribe, לעיל ה"ש 90, בעמ' 1057.

להסדיר כל עניין כמעט בחקיקה ראשית.¹⁰⁶ מצב-דברים כזה יוביל לכך שהכרכים של ספרי החוקים בישראל יהיו שווים בעובייהם לכרכים של ילקוט הפרסומים. פתרון שני בטיבו בסכיבה חוקתית מרחיבה כזו הוא מתן הנחיה לשופטים להחמיר בדרישת החוקיות רק כאשר עומדות על הפרק פגיעות בזכויות "הליכיות" (זכויות בתחום ההליך הפוליטי, זכויות בהליך הפלילי ואיסור הפליה).¹⁰⁷ נראה שזה החוט המקשר בין המקרים הספורים שבהם פסלו בתי-משפט בעולם חוקים בשל אי-מילוייה של דרישת החוקיות. כך, למשל, בפרשת Malone קבע בית-המשפט האירופי לזכויות האדם כי חוק האזנות-הסתת הבריטי אינו עומד בדרישת החוקיות מכיוון שהוא נעדר אמות-מידה ברורות ליישומו. בית-המשפט הדגיש באותה פרשה את הסכנה הגדולה יותר של פגיעות שרירותיות בזכויות האדם כנסיבות שבהן השלטון פועל בסתר.¹⁰⁸ עיון בפסיקה הקנדית מלמד אף הוא שההקפדה על מימושה של דרישת החוקיות התקיימה בעיקר בנסיבות שבהן עמדו על הפרק חוקי צנזורה אומנותית¹⁰⁹ וחוקים של פרוצדורה פלילית.¹¹⁰

¹⁰⁶ ראו, לשם השוואה, את ס' 19(1) לחוק-היסוד הגרמני, המחייב את המחוקק לציין במפורש כי הוא פוגע בזכות-יסוד. תכליתה של חובת הציין היא להדק את הבקרה הדמוקרטית על הפגיעה בזכות ולהסב את מודעותו של המחוקק לפגיעה זו. אולם חובת הציין אינה ניתנת ליישום מעשי מכיוון שקשה להשוב על חוק שאינו פוגע לפחות בזכות חוקתית אחת, ואי-אפשר לצפות שהמחוקק יציין בכל חוק את מכלול הזכויות שעלולות להיפגע כתוצאה מיישומו. לכן בגרמניה לא ניתן כל משקל לדרישה חוקתית זו. ראו: GRUNDGESETZ: KOMMENTAR 595 (Michael Sachs Hrsg., 1996).

¹⁰⁷ כפי שצינתי קודם (DWORKIN, לעיל ה"ש 5), העיקרון החוקתי מחייב שריון בחוקה של אותן זכויות שההיסטוריה מוכיחה כי התחשיב התועלתני בנוגע להגבלתן עלול להיות פגום. הכוונה היא במיוחד לזכויות פוליטיות ולעקרון איסור ההפליה, שהן הזכויות העיקריות שהגבלות עליהן צריכות להיות כפופות – גם לשיטתו של אילי – לביקורת שיפוטית. על הקשר שבין התיאוריה של דוורקין לבין התיאוריה ההליכית של אילי ראו KOPPELMAN, לעיל ה"ש 77, בעמ' 17-55.

¹⁰⁸ Malone v. United Kingdom, judgment of 2 August 1984, ECtHR, Series A, No. 82, p. 45-46.

¹⁰⁹ Re Ontario Film & Video Appreciation Society, (1945) 45 O.R. (2d) 80, 82 (C.A.) (פסילת חוק שמעניק סמכות שיקול-רעתית גורפת לרשות מנהלית לצנזר סרטים).

¹¹⁰ ראו, למשל: R. v. Mannion, [1986] 2 S.C.R. 272, 280-282 (הפגיעה בזכות לא להיות מופלל באמצעות ראיות ממשפט קודם לא הייתה מעוגנת בחוק); R. v. Simmons, [1988] 2 S.C.R. 495, 531 (חיפוש על גופה של אישה על-ידי פקירי מכס, מבלי שנמסר לה בעל-פה כי היא זכאית להיוועץ עם עורך-דין, מהווה פגיעה בזכות להתייעץ עם עורך-דין, אשר אינה מעוגנת בחוק; חוק המכס התיר חיפוש על הגוף, אך לא הסמיך את פקיד המכס לפגוע בזכות לעורך-דין); R. v. Hebert, [1990] 2 S.C.R. 151, 187 (שימוש בהודאה שהוצאה מעצור באמצעות שוטר סמוי מהווה פגיעה בזכות השתיקה, שכן העצור לא התכוון לוותר על זכות זו מול הרשויות; הפגיעה לא הייתה מעוגנת בחוק ולא השתמעה מהוראותיו); Broyles v. R., [1991] 3 S.C.R. 595, 615-616 (שימוש בשוטר סמוי כדי

הפתרון של מתן הנחיה לשופטים להחמיר בדרישת החוקיות רק כאשר עומדות על הפרק פגיעות בזכויות "הליכיות" מתיישב עם מגמה כללית של שופטים במדינות רבות להביא בחשבון את אופייה של הזכות בבואם לבחון את התקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה.¹¹¹ בארצות-הברית, למשל, בחינת ההצדקות להגבלה על זכויות חוקתיות נעשית בשלוש רמות של ביקורת שיפוטית, אשר תחולתן תלויה באופן מפורש באופי הזכות המוגבלת.¹¹² במדינות רבות אחרות, שבהן אין מדרג חד-כל-כך בין הזכויות, לאופי הזכות המוגבלת יש השפעה ממשית על מידת קפדנותה של הביקורת השיפוטית.¹¹³ ביטוי לחשיבה כזו אפשר למצוא בישראל בעיקר בפסקי-דינה של

להוציא מעצור הודאה באשמה, תוך ניסיון להניאו מלהתייעץ עם עורך-דין, מהווה פגיעה בזכות לעורך-דין, אשר אינה מעוגנת בחוק; R. v. Dersch, [1993] 3 S.C.R. 768, 779 (שימוש בבדיקות דם רפואיות לצורך הוכחת נהיגה תחת השפעת אלכוהול, מבלי שניתנה לכך הסכמתו של הנבדק, מהווה פגיעה בחירות מפני חיפוש ותפיסה בלתי-סבירים, אשר אינה נסמכת על חוק או על כלל של המשפט המקובל).

¹¹¹ עמדתי על כך בהרחבה במקום אחר: משה כהן-אליה פסקות ההגבלה בחוקי היסוד על זכויות האדם: התחשבות באופי הזכות הנפגעת (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2000).

¹¹² בארצות-הברית קיימות שלוש רמות לביקורת שיפוטית: כאשר נפגעות "זכויות יסודיות" (למשל, חופש הביטוי), וכן במקרים שבהם נבחנת תוקפה של הבחנה "חשודה" (למשל, על רקע גזע), חל "המבחן הקפדני". מבחן זה מחייב את המדינה להצביע על מטרה חברתית חיונית (compelling state interest) ולבסס קיומו של קשר הדוק (narrowly tailored) בין האמצעי לבין המטרה. במקרים שבהם נבחנת תוקפה של הבחנה "מעין-חשודה" (למשל, על רקע מין), ולעיתים אף במקרים שבהם נפגעות זכויות חשובות (כגון חינוך), חל מבחן-הביניים. לפי מבחן זה, על המדינה להראות שמטרת ההגבלה "חשובה" וכי קיים קשר מהותי (substantial) בין האמצעי לבין המטרה. לבסוף, במקרים שבהם עומדות על הפרק הבחנות "לא-חשודות" (הבחנות מטעמים של נטייה מינית, גיל, מוגבלות וטעמים נוספים) או פגיעות בזכויות כלכליות (כגון זכות הקניין) חל מבחן "הקשר הרציונלי". במקרה כזה די אם המדינה תצביע על תכלית חוקית (valid) ותראה קשר מסוים, רציונלי, בין האמצעי לבין המטרה. על התנאים להגבלת זכויות בארצות-הברית ראו באופן כללי: Edwin Baker, *Limitations on Basic Human Rights – A View from the United States*, in *Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* 76 (Armand de Mestral et al. eds., 1986).

¹¹³ בית-המשפט האירופי לזכויות אדם נוטה לצמצם את מרחב התמרון שהוא מעניק למדינות במסגרת פסקות ההגבלה הקבועות באמנה האירופית לזכויות אדם מקום שהפגיעה היא בזכויות יסודיות. ראו, למשל: Dudgeon v. United Kingdom, judgment of 22 October 1981, ECtHR, Series A, No. 59 (האיסור הפלילי המוטל בצפון-אירלנד על קיום יחסים הומוסקסואליים בהסכמה פוגע בהיבטים גרעיניים של הזכות לפרטיות המוגנת באמנה האירופית לזכויות אדם, ולכן מרחב התמרון שניתן למדינה הוא צר מאוד). להשפעת השיקול של אופיין וחשיבותן של הזכויות על היקפו של מרחב התמרון ראו: Howard C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* 91 (1996). גם בקנדה הייתה לאופייה

השופט דורנר, שבהם מושמעת הקריאה להחלת ביקורת שיפוטית "רכה" יותר בנוגע להגבלת זכויות שאינן מן המעלה הראשונה, דוגמת חופש העיסוק.¹¹⁴ מעניין שבחוקה החדשה של דרום-אפריקה, אשר בניסוחה השתתפו טובי המשפטנים התוקתיים מן העולם כולו, מופיעה בפסקת ההגבלה הכללית הכוללת *מפורשת* לשופטים להביא בחשבון את אופי הזכות.¹¹⁵ אני מציע, לפיכך, לקבוע בסופה של פסקת ההגבלה הכללית "או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו, והכל בהתחשב בתרומתן של הזכויות לקיומו של הליך דמוקרטי תקין".

במבט ראשון נראה כי נאמנות לגישה אשר מבקשת להבטיח את תקינות ההליך הדמוקרטי הייתה אמורה להוביל לכך שהניתוח החוקתי יסתיים בשלב זה, שכן קיום דרישת החוקיות משמעה קיום בקרה רמוקרטית על הליך הפגיעה בזכויות-היסוד. אולם, כפי שהוסבר קודם, גישה כזו דורשת גם שהליך הפגיעה בזכויות יהיה "הוגן", במובן זה שמיעוטים פגיעים לא יקופחו ושיתקיים פלורליזם רעיוני. כפי שאראה, אפשר לתפוס את דרישת התכלית ואת דרישת המידתיות, במובן הנכון, כביטויים קונקרטיים של הדרישה להוגנות של הליך הפגיעה בזכויות.

ולחשיבותה של הזכות השפעה על מידת הקפדנות שבה הוחלו דרישותיה של פסקת ההגבלה. ראו: *RJR MacDonald Inc. v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 199 (La Forest dissenting); *Delise v. Canada*, [1999] 2 S.C.R. 989, para. 127 (L'Heureux-Dube J.). בית-המשפט החוקתי בגרמניה יצר מדרג חוקתי מכוח משטר הערכים המדרגי (*Wertrangordnung*). לפי משטר זה, במקרים שבהם שני ערכים מתנגשים, יש לבחור את הערך המגשים בצורה הטובה ביותר את הערך העליון של השיטה, הוא כבוד האדם. ראו, למשל, פרשת *Lüth*, 7 BVerfGE 198 (1958) (חופש הביטוי של מי שקורא לחרם כלכלי קרוב יותר לערך כבוד האדם מאשר האינטרסים הכלכליים של יוצר סרטים). עוד ראו: *Mephisto*, 30 BVerfGE 173 (1971), ס' III(5) לפסק-הדין (שמו הטוב של אדם קרוב יותר לערך העליון של כבוד האדם מאשר חופש הביטוי, ולכן הוא גובר); וכן פרשת ההפלות – 39 BVerfGE 1 (1975), ס' II(2) לפסק-הדין (הזכות לחיים של העובר קרובה יותר לערך העליון של כבוד האדם מזכותה של האישה לפתח את אישיותה, ולכן היא גוברת). לביקורת על רעיון אימוצה של דוקטרינת הזכויות המוערפות במשפט החוקתי הגרמני ראו: Eckart Klein, *Preferred Freedoms-Doktrin und deutsches Verfassungsrecht, im GRUNDRECHTE, SOZIALE ORDNUNG UND VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT: FESTSCHRIFT FÜR ERNST BENDA ZUM 70 GEBURTSTAG 135* (Eckart Klein Hrsg., 1995).

¹¹⁴ בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ **תנופה**, לעיל ה"ש 66. ראו גם דליה דורנר "מידתיות" **ספר ברנזון** כרך שני 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

¹¹⁵ ס' 36 לחוקת דרום-אפריקה קובע כי בבחינת הצדקות להגבלת הזכויות על השופטים להביא בחשבון, בין היתר, גם את "the nature of the right".

3. התכלית

הנוסח הקיים של דרישת התכלית בפסקת ההגבלה הוא ערכי מאוד. הבחירה במונחים "תכלית ראויה" או "חוק שהולם את ערכיה של מדינת ישראל [כמדינה יהודית ודמוקרטית]" מזמינה שופטים להטיל ספק בתכונתם של יעדים שלטוניים. משמעותם של מונחים אלה היא עמומה, ועל-כן במימושם שופטים עלולים להיות מושפעים, במודע או לא במודע, ממערכת הערכים הסובייקטיבית שלהם. אם אנו אכן מודרכים על-ידי החשיבה שיש לצמצם את העיסוק השיפוטי בשאלות של ערכים, המסקנה המתבקשת היא להימנע משימוש במונחים כאלה בחוקה המתגבשת. ליבת תפקידם של נבחרי-הציבור היא לעצב יעדים חברתיים ולקדם ערכים, ושופטים אינם צריכים להרהר אחר סדר העדיפויות הערכי של נבחרי-הציבור.

אולם מדברים אלה אין מתחייבת המסקנה ששופטים אינם רשאים כלל להתערב בנוגע לדרישת התכלית. גם על בסיס הנחות-היסוד של גישה המבקשת להבטיח את תקינות ההליך הדמוקרטי קיימים תכליות ומניעים מסוימים שניסיון שלטוני להגשימם הוא פסול. כך, שופטים רשאים – ואף חייבים – לפסול הסדרים שמונעים על-ידי הרצון למנוע קיומו של פלורליזם רעיוני¹¹⁶ או על-ידי הרצון להדיר קבוצות מיעוט מהשתתפות הוגנת בהליך עיצובם של הערכים ובחלוקת הטובין הציבוריים.¹¹⁷ כפי שאראה, הסדרים המבוססים על מניעים כאלה הם פועל יוצא מכשל בהליך הדמוקרטי, ומכאן הצידוק לביקורת שיפוטית עליהם.

מצב דברים שבו המדינה מפלה נגד נקודת-השקפה פוליטית אחת, שבו היא מונעת קיומו של פלורליזם רעיוני ו"חונקת" אפיקים לשינוי פוליטי, מבטא כשל בהליך הדמוקרטי. הסדרים המבוססים על רצון להשתיק ביקורת פוליטית פוגעים ביכולתם של האזרחים להשתתף בהליך עיצובם של הערכים המשותפים. בתי-המשפט הם הפורום המתאים לפסול הסדרים כאלה, מכיוון שהאינטרס האישי או המוסרי שלהם בכללי המשחק הדמוקרטיים הוא נמוך מהאינטרס של נבחרי-הציבור. זאת, דווקא מפני ששופטים אינם נבחרים ואינם נושאים באחריות.¹¹⁸ הימנעות שיפוטית מלהתערב בנוגע לכללי המשחק הדמוקרטיים שקולה למתן היתר "לחתול לשמור על השמנת". פסילת חוקים שמונעים על-ידי שיקולים כאלה מבססת את תפקידו של בית-המשפט כבורר ניטרלי, ולא כצד במחלוקת הריפה על ערכים.

כשל בהליך הדמוקרטי מתקיים גם באותם מקרים שבהם מתגבשים הסדרים הפוגעים באינטרסים של מיעוטים. ניתן להניח כאן כשל בהליך הדמוקרטי מכיוון שיש סיבות רציניות לחשוד שאותם הסדרים עוצבו בהשפעת מניעים רגשיים, לא-

¹¹⁶ ELY, לעיל ה"ש 6, פרק חמישי (בעמ' 105-134), שכותרתו "Clearing the Channels of Political Change".

¹¹⁷ שם, פרק שישי (בעמ' 135-179), שכותרתו "Facilitating the Representation of Minorities".

¹¹⁸ MICHAEL J. PERRY, MORALITY, POLITICS AND LAW 147 (1988).

קוגניטיביים. סוג אחד של מניעים לא-קוגניטיביים שעלולים לפגוע במיעוטים קשור למה שאפשר לכנות "פוליטיקת הגועל".¹¹⁹ יחסן השלילי של האליטות הפוליטיות והחברתיות במדינות דמוקרטיות כלפי מיעוטים גזעיים ואתניים ומיעוטים מיניים מפורש כיום פחות מאשר בעבר, אולם הוא בא עדיין לידי ביטוי בשפת הגוף, בתחושות של גועל וברצון להימנע ממגע (avoidance) עם מי שנתפס בחברה כ"אחר".¹²⁰ תחושות אלה גולשות מן התחום הפרסונלי אל התחום הפוליטי, ומשפיעות – לרוב באופן בלתי-מודע (או על סף המודעות) – על האופן שבו הסדרים משפטיים מתעצבים.¹²¹ דמוקרטיה השתתפותית, במלוא מובן המילה, מתקיימת כאשר הכרעות פוליטיות מתגבשות לאחר תהליך של שיח ציבורי (public deliberation), שבו

¹¹⁹ MARY DOUGLAS, PURITY AND DANGER: AN ANALYSIS OF THE CONCEPT OF POLLUTION AND TABOO 123 (1995); MARTHA C. NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME, AND THE LAW (2004); WILLIAM I. MILLER, THE ANATOMY OF DISGUST (1998); Dan M. Kahan, *The Progressive Appropriation of Disgust*, in THE PASSION OF LAW 63 (Susan A. Bandes ed., 1999); JULIA KRISTEVA, POWERS OF HORRORS: AN ESSAY ON ABJECTION 1–31 (Leon S. Roudiez trans., 1982)

¹²⁰ ANTHONY GIDDENS, CENTRAL PROBLEMS OF SOCIAL THEORY 79 (1984)

¹²¹ IRIS M. YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 130–147 (1990); ראו: Charles R. Lawrence III, *Symposium: Forbidden Conversations: On Race, Privacy and Community (A Continuing Conversation with John Ely on Racism and Democracy)*, 114 YALE L.J. 1353, 1378–1379 (2005) מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית הממחישה כיצד דעות קדומות וסטריאוטיפים משפיעים על ההתנהגות האנושית (ובכלל זה על התנהגותם של אנשים שמחויבים באופן עמוק לשוויון). ראו, למשל: Irene V. Blair & Mahzarin R. Banaji, *Automatic and Controlled Processes in Stereotype Priming*, 70 JOURNAL OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 1126 (1996); Mahzarin R. Banaji & Curtis Hardin, *Automatic Stereotyping*, 7 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 136 (1996); Patricia G. Devine, *Stereotypes and Prejudice: Their Automatic and Controlled Components*, 56 J. PERS. & SOC. PSYCH. 5 (1989); Brian A. Nosek, Mahzarin R. Banaji & Anthony G. Greenwald, *Harvesting Implicit Group Attitudes and Beliefs from a Demonstration Web Site*, 6(1) GROUP DYNAMICS: THEORY, RESEARCH, AND PRACTICE 101 (2002)

מושפעים טיעונים רציונליים הנגישים לכולם.¹²² תהליך כזה אינו יכול להתקיים כאשר הסדרים משפטיים מושפעים מתחושות של גועל, דחייה ועוינות כלפי "האחר".¹²³ אילי מזכיר סוג נוסף של מניעים לא-קוגניטיביים שפוגעים במיעוטים – האמפתיה הפְּרִירִינִית (הסלקטיבית). אילי מסתמך על מחקרים מתחום הפסיכולוגיה החברתית המראים כיצד השתייכות קבוצתית גורמת לחברים להגזים בהערכת תכונותיה החיוביות של קבוצתם ובהערכת התכונות השליליות של קבוצות אחרות.¹²⁴ ככל שההשתייכות הקבוצתית חזקה יותר – ככל שנוצרת דיכוטומיה של "אנחנו" לעומת "הם" (we-they) – כן הטעויות בשיפוט חמורות יותר. לנוכח תחושות ההשתייכות העמוקות לקבוצות גזעיות או אתניות, חוקים שפוגעים באינטרסים של מיעוטים גזעיים או אתניים נוטים להתבסס על טעויות בשיפוט. הרעה הקדומה, אומר אילי בתמצית, שקולה ל"עדשה שמעוותת את המציאות".¹²⁵

עיון בפסיקתם של בתי-המשפט בישראל ובעולם מלמד כי שופטים אכן רואים בהסדרים המבוססים על המניעים המתוארים לעיל הסדרים שאינם משרתים "תכלית ראויה". פסיקה מקובלת בדמוקרטיה חוקתית היא שהסדרים המבוססים על הרצון להשתייך בקורת¹²⁶ או על עוינות כלפי מיעוטים¹²⁷ הם הסדרים פסולים. במקרים

¹²² ראו, למשל: AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT 28 (1996); DELIBERATIVE DEMOCRACY (Jon Elster ed., 1998); DELIBERATIVE POLITICS (Stephen Macedo ed., 1999); JOHN DRYZEK, DELIBERATIVE DEMOCRACY AND BEYOND (2000); DELIBERATIVE DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS (Harold Koh & Ronald Slye eds., 1999); DEBATING DELIBERATIVE DEMOCRACY (James Fishkin & Peter Laslett eds., 2003).

¹²³ זו התזה המרכזית ש-NUSSBAUM מפתחת בספרה. לעיל ה"ש 119, בעמ' 13.

¹²⁴ GORDON W. ALLPORT, THE NATURE OF PREJUDICE (1954).

¹²⁵ ELY, לעיל ה"ש 6, בעמ' 153.

¹²⁶ בארצות-הברית קיימת חזקה מוחלטת כמעט נגד הפליה מטעמים של נקודת-השקפה. ראו: CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 13 (1993). גם בית-המשפט העליון הקנדי רואה בניסיון להשתייך בקורת (אפילו מכיוונים ניאור-נאציים) משום תכלית לא-ראויה. ראו: R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731, 761–762.

¹²⁷ זה הרעיון ביסוד דוקטרינת "ההבחנות החשודות" בארצות-הברית. הבחנות המבוססות על גזע או לאום חשודות בכך שהן מבוססות על עוינות, דחייה ואמפתיה פְּרִירִינִית כלפי מיעוטים. חשיבה כזו אפשר למצוא גם במשפט החוקתי הקנדי. ראו, למשל: Andrews v. The Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143, 152. בפרשה זו הסתמכה שופטת בית-המשפט העליון Wilson על הגישה ההליכית של אילי כדי לקבוע שהפליה נגד אזרחים זרים היא הפליה חשודה, בהיותה מבוססת על מניעים לא-ענייניים. ביטוי לחשיבה כזו אפשר למצוא בפסק-דינו של השופט בך בבג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 761 (1990): "כאשר בית המשפט נתקל בהבחנה בין קבוצות, עליו לבחון בשבע עיניים, אם אין הבחנה זו מבוססת על תפיסות כוללניות סטריאוטיפיות, שאין מקורן אלא ברעה קדומה." גם בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל

אחדים אף נפסק שהגבלת זכויות עקב הרצון לחסוך בעלויות אינה עולה כדי "תכלית ראויה", אולם נראה שפסיקה זו הושפעה במידה רבה מהעובדה שהעלויות הכספיות באותם מקרים היו זניחות, דבר שעורר את החשד כי המדינה הציגה טיעון כזה כסוג של רציונליזציה לרצונה לפגוע בנשים ובמיעוטים.¹²⁸ כך, אף שדרישת התכלית בישראל משדרת ערכיות "עבה", ואף-על-פי שפסקות הגבלה בחוקות של מדינות רבות אחרות מנוסחות באופן שמכוון שופטים לבחון את ההתאמה בין התכלית המדינתית לבין הערכים של אותן מדינות, שופטים מגלים ריסון רב בשלב זה של הניתוח החוקתי. על רקע זה היה כבר מי שאפיין את הביקורת השיפוטית בשלב התכלית כלא יותר מאשר "חותמת גומי".¹²⁹

מקדעי ישראל, פ"ד נר(1) 258, 276 (2000) אותת בית-המשפט על נכונותו להחיל במשפט החוקתי הישראלי את דוקטרינת ההבחנות החשודות ("טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה").¹²⁸ כך, למשל, ניתן לחשוד שמאחורי הנימוק ברבר עלויות לוגיסטיות ומנהליות שכרוכות בגיוס נשים לקורס טיס מסתתרות הנחות סטריאוטיפיות רווחות (למשל, "הטובים לטיס והטובות לטייסים"). ככל שהעלות זניחה יותר כן החשד שהן מהוות סוג של רציונליזציה של מניעים פסולים הולך וגדל. על רקע זה ניתן להבין את פסיקת בג"ץ שלפיה הרצון לחסוך בעלויות אינו יכול להוות תכלית ראויה. ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 114 (1995). הלכה זו צומצמה כבג"ץ **צמח**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 281 ("נאופן עקרוני, אין לשלול את האפשרות שהיקף המשאבים הנדרשים ימנע, באופן מעשי, את קיצור התקופה. וכבר אמר מי שאמר כי הפער בין מצוי לבין רצוי הוא, בגימטריה, כסף"). במילים אחרות, חיסכון משמעותי בעלויות הכרוך בפגיעה בזכויות אינו יכול להיחשב רציונליזציה של מניעים נפסדים; רק חיסכון זניח בעלויות יכול להיתפס כך. לפסיקה קנדית השוללת הכרה בניסיון לחסוך בעלויות כ"תכלית ראויה" ראו: *R. v. Big M*, Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295, 333–334. גם בית-המשפט העליון האמריקאי אינו מוכן לראות בחיסכון בעלויות מנהליות או לוגיסטיות משום תכלית ראויה במסגרת המבחן הקפדני או מבחן-הביניים. ראו, למשל, את פסיקותיו בהקשר של שוויין בין המינים; *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *Craig v. Borem*, 429 U.S. 190 (1976); *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982).¹²⁹ Christopher Dassios & Clifton Prophet, *Charter Section 1: The Decline of the Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada*, 15 *ADVOCATES' QUARTERLY* 289, 292 (1993). משלהי שנות השמונים נשחקה מאוד עוצמת הביקורת השיפוטית בקנדה בנוגע לדרישת התכלית. תחילה נשחקה ההלכה שלפיה תכליות תועלתניות אינן יכולות להצדיק פגיעה בזכויות האדם. ראו: *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384 (אישור חקיקה המצמצמת מטעמים תועלתניים את גישתם של נאשמים למשפט לפני מושבעים); *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303 (אישור תוקפו החוקתי של חוק המעביר לנאשם את הנטל להוכיח הגנת אי-שפיות, מטעמים של קשיים מנהליים על התביעה). לאחר-מכן נשחקה ההלכה שלפיה התכלית התחיקתית צריכה להיות ראויה מבחינה סובייקטיבית. ראו: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, *D.F. Bur & J.K. Kehoe, Developments in Constitutional Law: The 1992–1993 Term*, 5 *SUP. CT. REV.* 29, 89 (1993).

במבט ראשון, מי שמודרך על-ידי האידיאל של דמוקרטיה השתתפותית עשוי לראות מצב-דברים זה כמשביע-רצון, אולם כמחשבה שנייה הוא בכל-זאת בעייתית. ראשית, יש לדאוג לכך שהטקסט החוקתי יצמצם את מידת ההרשאה שניתנת לשופטים לעסוק בערכים, ואין לסמוך רק על שיקול-הדעת השיפוטי בעניין זה. וכבר היו דברים מעולם: בתי-משפט בארצות-הכרית של תחילת המאה העשרים לא היססו לפסול חוקים משום שחקיקה סוציאלית נתפסה בעיניהם כמשרתת תכלית לא-ראויה מבחינה חוקתית.¹³⁰ שנית, מתן הרשאה חוקתית מפורשת ונרחבת לשופטים לבחון את הלגיטימיות של התכלית המדינתית עלול להסיט את השופטים מתפקידם העיקרי, שהוא להבנת איתור וסילוק של מטרות ומניעים נפסדים, כגון הרצון להשתיק ביקורת ולפגוע במיעוטים. הדוגמות שהובאו לעיל מלמדות אומנם שבת-המשפט פוסלים הסדרים המבוססים על מניעים נפסדים כאלה, אולם לצד דוגמות אלה קיימים מקרים רבים שבהם בתי-המשפט נמנעים מלפסול הסדרים בשלב התכליתי אף שקיימות סיבות רציניות לחשוד כי הם מבוססים על מניע נפסד.

דוגמה אחת לכך היא פסיקת בג"ץ שניתנה לאחרונה בפרשת **ועדת המעקב העליונה**.¹³¹ באותה פרשה הוצגו ראיות משכנעות לכך שביסוד המדיניות של אי-הכרה ביישובים ערביים כיישובים המשתייכים לאזורי עדיפות לאומית עומדת כוונה מפלה, אך חרף זאת פסק בית-המשפט כי לא הוכחה כזאת.¹³² מדיניות זו נפסלה בשל תוצאה מפלה (או במילים אחרות: העדר מידתיות), ולא בשל תכלית לא-ראויה.¹³³ נטייתם של שופטים בנסיבות מחשירות כאלה להימנע מלקבוע שהמדינה פעלה ממניע נפסד אינה מתיישבת עם הדרישה הדמוקרטית לשקיפות שלטונית. בית-המשפט אינו ממלא את תפקידו במדינה דמוקרטית כאשר הוא נמנע מלהעביר מידע בנוגע לטיב מניעיו של השלטון, מידע שהוא חיוני לאזרחים לצורך הערכת תפקודה של המערכת הפוליטית במדינה דמוקרטית.

למעשה, השאלה העיקרית בשלב התכליתי אינה אם התכלית ראויה, אלא מהי בכלל התכלית. בתרבות דמוקרטית השלטון אינו יכול להרשות לעצמו מבחינה ציבורית לבסס במוצהר את מדיניותו על מניעים נפסדים, דוגמת השתקת ביקורת או פגיעה במיעוטים. הבושה הציבורית, או מה שאלסטר כינה "הכוח המחנך של הצביעות",¹³⁴ מאלצים את השלטון להסוות את המניע הפסול. מצב-דברים זה מחייב את השופטים כיום למקד את

¹³⁰ Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

¹³¹ בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 27.2.2006).

¹³² שם, בפס' 17 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

¹³³ שם, בפס' 19 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

¹³⁴ DELIBERATIVE DEMOCRACY, לעיל ה"ש 122, בעמ' 12 (העובדה שכית-המשפט מאלץ את הקונגרס "לצבוע" את מעשיו בשפה חוקתית גורמת למיתון הפגיעה בנורמות חוקתיות).

הביקורת השיפוטית בזיהוי התכלית האמיתית של החוק, ופחות בהערכת ניותה המהותית.

מה שנדרש אפוא הוא נוסח של דרישת התכלית אשר יצמצם את ההרשאה הניתנת לשופטים להעריך את ניותה המהותית של תכלית החוק, מצד אחד, וימקד את הביקורת השיפוטית בניסיון להבטיח את קיומו של הליך דמוקרטי תקין ושקוף קודם להגבלת הזכות, מצד אחר. לכן הייתי מאמץ את ההצעה – שמופיעה בשולי דברי ההסבר לנוסח המבואר של הצעת החוקה – שלפיה הגבלת זכויות תיעשה ב"הליך הוגן".¹³⁵ נראה לי שהנוסח "בחוק שמשורת תכלית שגובשה בהליך הוגן" עשוי לכוון את השופטים לעשות את אשר ראוי כי יעשו במדינה דמוקרטית.

4. מידתיות פורמלית ומידתיות מהותית

אין חולק כי פעולה שיפוטית לאיתור מניעים נפסדים אינה פעולה פשוטה. פעולה כזו מחייבת חריזה לתוך המצב הפסיכולוגי-התודעתי של מקבל ההחלטה. הקושי גדל ככל שמדובר בקבלת החלטות בגוף קולגיאלי, דוגמת הכנסת, שיש בו מאה ועשרים חברים.¹³⁶ אין פלא, אפוא, ששופטים נוהגים להצהיר כי בכוונתם לעשות "אנליזה של החוק ולא פסיכואנליזה של המחוקק".¹³⁷ אולם מן הצד האחר, לא יהא זה נכון לומר ששופטים אינם מתעניינים כלל במניעים. הרי כדי להבטיח את ההגנה על זכויות יסודיות, כגון עקרון איסור ההפליה והזכות לחופש מדת, שופטים נדרשים כעניין שבשגרה להתחקות אחר המניעים לקבלת ההחלטה (בהתאמה: מניע מפלה ומניע דתי).¹³⁸

¹³⁵ ראו עמ' 32 להצעת החוקה, לעיל ה"ש 1, תחת הכותרת "לדין", שם נכתב כי יש לשקול הוספה של פסקת "הליך הוגן" לפסקת ההגבלה (בדומה לפסקות "ההליך הוגן" בחוקה האמריקאית). אבקש להדגיש כי ההנחה שלי היא שחוק גזעני בהגדרה אינו יכול להיחשב חוק שהתקבל בהליך הוגן, אף אם לא הייתה כל סטייה מהפרוצדורה המקובלת להליכי הקיקה.

¹³⁶ לביקורת ברוח זו ראו את דברי השופט Scalia בפרשת Edwards v. Aguillard, 482 U.S. 578 (1987).

¹³⁷ בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1, 17 (1981); בג"ץ 3262/95 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט (3) 153, 158 (1995); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505, 593 (1986).

¹³⁸ ההגנה השיפוטית על החופש מדת מבוססת מבחינה לוגית רק על איתור וסילוק של מניעים דתיים נפסדים. זאת, מן הטעם שהדבר היחיד שצריך לעניין את השופטים כאן הוא אופי השיקול העומד ביסוד ההסדר המגביל. ראו, למשל, בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז (5) 485, פס' 1-12 לפסק-דינו של השופט חשין (1993). במידה רבה גם המימוש של עקרון איסור ההפליה מחייב התחקות שיפוטית אחר המניעים שביסוד הסדר הפוגע בזכויות. ראו, למשל, את דבריו של השופט בן בבג"ץ נבו, לעיל ה"ש 127, בעמ' 761. לפסיקה חשובה המתחקה אחר מניעים נפסדים ראו בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת

פגיעה בזכות במידה העולה על הנדרש מהווה ראייה נסיבתית לקיומו של מניע נפטר. אם מקבל ההחלטה בחר באמצעי שאינו "נדרש" כדי להשיג את המטרה שעליה הצהיר, יש סיבה לחשוד שהוא שאף להשיג מטרה אחרת, סמויה מן העין. ראייה נסיבתית זו נהפכת לחזקה במיוחד במקרים הבאים: (א) בהקשרים שבהם אין סיבה להניח שמקבל ההחלטה פעל בצורה לא-רציונלית (כלומר, כאשר אין סיבה להניח "טעות" בהתאמת האמצעי למטרה); (ב) כאשר קיימים אילוצים (ציבוריים ומשפטיים) תזקים להסוואת מניעי הפעולה האמיתיים. נתבונן, לדוגמה, על פסיקת בג"ץ בעניין תוואי גדר-הביטחון בפרשת בית סוריק.¹³⁹ נראה שהטענה בדבר העדר "נדרשות" של האמצעי (תוואי גדר הפולש לתוך השטחים הכבושים) לשם השגת המטרה המוצהרת (ביטחון) מתעוררת בהקשר מחשיד משתי סיבות: (א) בניית הגדר היא אחד הפרויקטים המשמעותיים במדינת-ישראל בשנים האחרונות, ואין זה סביר להניח חוסר רציונליות (טעות בהתאמה) בנוגע לפרויקט כזה, שעלותו אדירה; (ב) לצד האינטרס החזק של המדינה לבנות את הגדר, קיים איסור במשפט הבין-לאומי בנוגע לבינוי בשטחים כבושים שאינו מיועד למימוש מטרה בטחונית. אילוץ משפטי זה עשוי לתמרץ את המדינה להסוות את מניעיה האמיתיים.

כסעיף זה אבקש להראות כיצד מימוש נכון של דרישת המידתיות יכול להוות אמצעי חשוב באיתורם ובסילוקם של מניעים נפסדים ונסתרים. במילים "מימוש נכון" כוונתי היא למונח הפורמלי של המידתיות. אסביר זאת מתוך התייחסות למבחני המידתיות השונים. מקובל לחלק את דרישת המידתיות לשלושה מבחני-משנה: האם יש קשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה? (מבחן ההתאמה; להלן: מידתיות 1); האם אין אמצעים פוגעניים פחות להשגת מלוא המטרה? (מבחן ההכרחיות; להלן: מידתיות 2); והאם בחשבון הכולל היתרון שבהגבלה עולה על החיסרון שבה? (מידתיות במונח הצר; להלן: מידתיות 3).

במקום אחר טענתי שמבחני המידתיות 1 ו-2 מבטאים את המובן הפורמלי של המידתיות, בעוד מבחן המידתיות 3 מבטא את מובנה המהותי.¹⁴⁰ כפי שאראה כעת בקצרה, ביקורת שיפוטית למימוש המובן הפורמלי של המידתיות היא לגטימית יותר במדינה דמוקרטית מביקורת שיפוטית למימוש מובנה המהותי.

ביקורת שיפוטית למימוש המובן הפורמלי של המידתיות עשויה להוות מנגנון לאיתור ולסילוק של מניעים נפסדים. כאמור, אי-התאמה בין האמצעי לבין המטרה, או

ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (המניע שביסוד הקמת ההתנחלות אלון מורה הוא מניע פוליטי, ולא בטחוני, ולכן הוא פסול).

¹³⁹ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).

¹⁴⁰ משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297 (2006); Moshe Cohen-Eliya, *Formal and Substantive Meanings of Proportionality in the Supreme Court's Decision Regarding the Security Fence*, 38 ISR. L. REV. 262 (2005).

בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות מרובה אף שקיים אמצעי פוגעני פחות שמאפשר למדינה להגשים את מטרתה, מעוררות את החשד לקיומו של מניע פסול. ההקפדה על מימוש מידתיות 1 ו-2 תורמת אפוא להגשמת המטרה הדמוקרטית החשובה של שקיפות שלטונית.¹⁴¹ נוסף על כך, המובן הפורמלי של המידתיות עוסק בהיבטים הלוגיים והאמפיריים של הקשר בין האמצעי המגביל לבין המטרה השלטונית. העיסוק השיפוטי במימוש המובן הפורמלי של המידתיות מתיישב היטב עם חלוקת תפקידים בין שופטים לבין מחוקקים שבה למחוקק ניתנת המילה האחרונה בבחירת היעדים החברתיים והערכים שאותם הוא מבקש לקדם, כולל סמכות ההכרעה בשאלת האיזונים שבין אותם יעדים לבין ערכים המוגנים בחוקי-היסוד. המובן הפורמלי גם מכונן את השופטים לעסוק במה שיש להם מומחיות בו: בירור עובדות וכחינת קשרים סיבתיים ולוגיים בין אמצעים לבין מטרות.¹⁴²

לעומת זאת, המובן המהותי של המידתיות עוסק באיזונים שבין המידה שבה האמצעי הנבחר מאפשר למדינה להגשים את מטרתה לבין המידה שבה אמצעי זה פוגע בזכויות חוקתיות. עיסוק שיפוטי במימוש המובן המהותי של המידתיות מטשטש את חלוקת העבודה הרצויה במדינה דמוקרטית בין שופטים לבין מחוקקים. אבהיר את דברי מתוך התייחסות לפסק-הדין שניתן לאחרונה בפרשת **עדאלה** (תיקון לחוק האזרחות).¹⁴³

בפרשת **עדאלה** נטען כי התיקון לחוק האזרחות מפר את הזכות לחיי משפחה ואת עקרונות השוויון בין יהודים לבין ערבים. הנשיא ברק, אשר כתב את פסק-הדין העיקרי של המיעוט, קיבל את טענת המדינה שהחוק משרת תכלית בטחונית ראויה (הקטנת הסיכון לפגיעה בביטחון כתוצאה מאיחוד משפחות בין ערבים אזרחי המדינה לבין תושבי השטחים) ודחה את טענת העותרים שהמניע ביסוד החוק הוא מניע דמוגרפי

¹⁴¹ קיים גם יתרון מוסרי מסוים בפסילת הסדרים בשל העדר מידתיות בהשוואה לפסילה בשל תכלית לא-ראויה. מבחינה מוסרית, לשופטים נוח יותר להעביר למחוקק ולציבור את מסר ה"טעות" (המחוקק שגה בכך שלא התאים את האמצעי הנכון למטרה) מאשר את מסר ה"מרמה" (המחוקק רימה את הציבור ואת בית-המשפט בהציגו תכלית שקרית). אולם, כפי שכבר ציינתי קודם, בעשותו כן בית-המשפט פוגע בדרישה השקיפות וביכולתם של האזרחים לקבל מידע חיוני לצורך הערכת תפקודה של המערכת הפוליטית.

¹⁴² ראו: David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* 169–172 (2004) (מהתבוננות על האופן שבו שופטים מיישמים את מבחני המידתיות במדינות דמוקרטיות שונות עולה כי הם מתמקדים בבירור העובדות של הטענות; התמקדות במישור העובדתי פועלת לריכוך ההגזמה הרטורית המלווה את הטענות המושמעות במישור הציבורי ולהפגת המתחים החברתיים).

¹⁴³ כ"ץ 7052/03 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.2006).

(שמירה על רוב יהודי).¹⁴⁴ ברק פסק אומנם שהחוק עומד בתנאי המידתיות 1 ו-2, אולם קבע כי הוא בלתי-חוקתי מהנימוק שלא מולאה דרישת המידתיות 3. זאת, מן הטעם שהחוק אינו מאזן כהלכה בין עוצמת הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד האדם לבין תרומתו המשוערת לצמצום הסכנה הנשקפת לבטחון המדינה כתוצאה מאיחוד משפחות כאמור.¹⁴⁵ השופט חשין, שכתב את פסק-הדין העיקרי של הרוב, סבר כי יש לדחות את העתירה, בין היתר, משום שמולאה דרישת המידתיות 3.¹⁴⁶ כאשר על כפות המאזניים ניצבות הזכות לקיום חיי משפחה ולשוויון אל מול זכותם של אזרחי מדינת-ישראל לחיים, תהה חשין, האם לא יהיה נכון יותר להעדיף את הזכות לחיים?¹⁴⁷ מחלוקת זו בין ברק לבין חשין מלמדת עד כמה מימושה של מידתיות 3 כרוך לא רק בבדיקה עובדתית (מה מידת הפגיעה בכל אחד מהערכים המתנגשים, ומה ההסתברות לכך שתהיה פגיעה כזו), אלא גם בהערכה מהותית (מה החשיבות היחסית של הזכות בהשוואה לתכלית שהמדינה מבקשת לקדם). אין אמות-מידה ברורות לקביעת החשיבות היחסית של התכלית בהשוואה לזכות. על-כן, קביעה כזו עלולה להיות מושפעת מהעמדות הערכיות הסובייקטיביות של השופטים. אם אנו מודרכים על-ידי חשיבה ששופטים צריכים להותיר את ההכרעות הערכיות בידי נבחרי-הציבור, יש להימנע מלקיים ביקורת שיפוטית במסגרת מידתיות 3.¹⁴⁸ מהמשפט ההשוואתי עולה כי דמוקרטיה ליברלית רבות מסתדרות היטב גם בלי מידתיות 3: למידתיות 3 לא הייתה כל השפעה בקנדה על תוצאותיה של התדיינות חוקתית כלשהי;¹⁴⁹ ואפילו המבחן הקפדני האמריקאי, החל במקרים של הבחנות "חשודות" או פגיעה בזכויות

¹⁴⁴ שם, בפס' 51 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("מקובל עלינו, כי תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא ביטחונית, וכי לא מסתרת מאחוריו כל כוונה להפלות את בן הזוג הישראלי-יהודי לעומת בן הזוג הישראלי-ערבי").

¹⁴⁵ שם, בפס' 92 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("תוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק שנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראליים").

¹⁴⁶ יצוין כי הטעם העיקרי שציין השופט חשין לדחיית העתירה (שם, בפס' 131 לפסק-דינו) הוא שהחוק אינו פוגע בזכות החוקתית לקיים חיי משפחה – זכות שמעוגנת בזכות לכבוד האדם. לעמדה זו הצטרפה גם השופטת נאור (שם, בפס' 9 לפסק-דינה).

¹⁴⁷ ובלשונו של השופט חשין: "הזכות לחיים" כה נעלה היא, עד שבמלאכת האיזונים ובבחינת הסיכונים זוכה היא למשקל גבוה במיוחד. כך הוא בוודאי במקום שבו עומדים בסיכון חייהם של רבים, והפגיעה בחיים יש בה כדי לערער את תחושת היציבות והביטחון במדינה." שם, בפס' 131 לפסק-דינו.

¹⁴⁸ ראו לעניין זה את עמדתו של הנשיא שמגר בעניין **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 347 (יש להימנע מהחלת מידתיות 3 במשפט החוקתי הישראלי מן הטעם שהיא "יותר בגדר מסקנה מאשר אמת מידה").

¹⁴⁹ Hogg, לעיל ה"ש 81, בעמ' 816.

יסודיות, אינו כולל דרישה מפורשת לאיזונים בהיקף הנדרש במסגרת מידתיות 3, ומסתפק במימוש חזק של מידתיות 2.¹⁵⁰ מדברים אלה עולה, אם כן, שיש לפרק את דרישת המידתיות למבחני-המשנה: להזכיר בפסקת ההגבלה רק את מידתיות 1 ו-2, ולהשמיט ממנה את מידתיות 3. הנוסח שאני מציע לדרישת המידתיות הוא לפיכך "במידה המקרמת את התכלית, תוך שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה".

אך הדברים אינם פשוטים כל-כך, שכן גם בהתקיים הלימה מושלמת בין האמצעי לבין המטרה (כלומר, גם אם מתקיימות מידתיות 1 ו-2), ייתכנו עדיין מצבים שבהם מניעים נפסדים ישפיעו על גיבוש הסדר משפטי שמגביל זכויות. הכוונה היא במיוחד למצב-דברים של מניעים מעורבים.

ניתן להמחיש זאת שוב מתוך התייחסות לפסק-הדין בעניין **עדאלה**. יש סיבה רצינית לחשוד כי המניע העיקרי של התיקון לחוק האזרחות היה דמוגרפי, אך כדי להסוות את המניע האמיתי, הופחתה הפגיעה הגורפת בזכותם של ערכים אזרחי ישראל לקיים חיי משפחה, וזאת כדי להתאים את האמצעים שנקטים בחוק למטרה הבטחונית המוצהרת (אף אם בצורה מאולצת).¹⁵¹ דוגמה נוספת לכך היא פסיקת בג"ץ בפרשת **בית סוריק**.¹⁵² העובדה שלתוואי הגדר מעבר לקו הירוק יש ככל הנראה תרומה מסוימת לבטחון המדינה אינה מעלימה עדיין את החשד כי המניע העיקרי שביסוד התוואי הוא מניע פוליטי פסול (סיפוח), ולא מניע בטחוני לגיטימי. במצב-דברים שבו תרומת החוק למימוש המטרה הלגיטימית, הבטחונית, היא שולית בהשוואה לעוצמת הפגיעה בזכויות, מתעורר החשד כי הטענה הבטחונית אינה אלא רציולניזציה של מניע פוליטי פסול.¹⁵³

מדוגמות אלה עולה כי אי-הכללת מידתיות 3 בפסקת ההגבלה עלולה לגרום לכך שלא יינתנו בידי שופטים כלים טובים מספיק לאיתור כל המקרים של השתרבות מניעים נפסדים, או במילים אחרות, שתוצאת הביקורת השיפוטית באיתור מניעים נפסדים תהיה false negative. חשש נוסף הוא שהסתפקות במובן הפורמלי של

¹⁵⁰ Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, 78 YALE L.J. 464, 468 (1969).

¹⁵¹ ראו לעניין זה את פסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 143, בפס' 14 לפסק-דינה: "מאחר שהמדינה, על פי הצהרתה, לא הסתמכה על השיקול הדמוגרפי כיסוד לחקיקה העומדת כאן למבחן, פטורים אנו מהעמדת שיקול זה במבחן החוקתי. עם זאת, השיקול הדמוגרפי צף ועלה ברקע הליכי החקיקה של החוק, וקשה להשתחרר מן הרושם, חרף כפירתה של המדינה בענין זה, כי היתה לו נוכחות במשקל כזה או אחר בתהליך גיבושו של ההסדר הגורף המונע כניסתם של בני זוג פלסטינים מן האיזור לישראל במסגרת איחוד משפחות." לתמיכה בניתוח שיפוטי שהופך את הטיעון הרמוקרטי לשקוף, ראו יעקב בן-שמר "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה" **משפט וממשל י** 47 (2006).

¹⁵² בג"ץ **מועצת הכפר בית סוריק**, לעיל ה"ש 139.

¹⁵³ ראו Cohen-Eliya, לעיל ה"ש 140, בעמ' 286-289.

המידתיות אינה מעניקה מענה הולם למצבים שבהם נגרמות פגיעות קיצוניות ויוצאות-דופן בזכויות אדם. השאלה שמתעוררת היא אם בית-המשפט צריך להיות אדיש לנוכח פגיעות חמורות כאלה. האם באמת הדבר היחיד שצריך לעניין אותנו בשלב המידתיות הוא אך ורק הרציונליות הפורמלית של מקבל ההחלטות?¹⁵⁴

חרף זאת, איני סבור שיש לכלול בפסקת ההגבלה הפניה מפורשת למידתיות 3. מהתבוננות על המשפט ההשוואתי עולה שכאשר שופטים בוחנים פגיעות בזכויות יסודיות, הם מפרשים מידתיות 2 באופן מהותי יותר בהשוואה לנוסח הפורמלי המקובל שלה. במקום לשאול אם יש אמצעים פוגעניים פחות להשיג את מלוא התכלית, הם שואלים אם יש אמצעים פוגעניים פחות להשיג את עיקדה של התכלית.¹⁵⁵ בצורה זו הם מרשים לעצמם להפעיל את "השכל הישר": לגרוע "מעט" מיכולתה של המדינה להגשים את מטרתה כדי להרוויח "הרבה" בזכויות.¹⁵⁶ מידתיות 2 בגרסתה זו היא אומנם מהותית, ומבחינה זו אין היא שונה ממידתיות 3, אולם יש בכל-זאת הבדל ביניהן. היקף הגריעה מיכולתה של המדינה להגשים את תכליותיה מצומצם בהרבה בגרסה המהותית של מידתיות 2 בהשוואה למידתיות 3. במילים אחרות, גם אם אין הבדל ב"סוג" המבחן, יש בכל-זאת הבדל ב"כמות", והבדל "כמותי" זה הוא משמעותי. איני סבור שיש סיבה רצינית לחשוש ששופטים לא יוכלו לפרש את מידתיות 2 כמאפשרת להם, במקרים המתאימים, מידה מצומצמת של גריעה מיכולתה של המדינה לממש תכלית ראויה. הותרת הנוסח הקיים של דרישת המידתיות עלולה להתפרש – ולצדדי אף מתפרשת – כהענקת הרשאה גורפת לשופטים לערוך איזונים ערכיים בנסיבות העניין העומד לפנייהם.

ג. סיכום

במאמר זה ביקשתי להציע נוסח לפסקות ההגבלה בחוקה המתגבשת אשר יכוון את השופטים למקד את הביקורת השיפוטית בתקינות ההליך של הגבלת הזכויות יותר

¹⁵⁴ מקס ובר על הכאריזמה ובניית המוסדות 72 (מבחר כתבים, שמואל נח אייזנשטדט עורך, אהרן אמיר מתרגם, תש"ם) (ההתמקדות ברציונליות הפורמלית בלבד עלולה להוביל לעיוותים מוסריים).

¹⁵⁵ מימושה של מידתיות 2 בארצות-הגבית במסגרת המבחן הקפדני כרוך בגריעה מסוימת מיכולתה של הממשלה לקדם את מדיניותה. ראו Note, לעיל ה"ש 150, בעמ' 464, 468: "By definition, the less drastic alternative will inhibit less than the policy embodied by the statute before the court" Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A)*, 5 Rev. CONST. STUD. 195 (2000).

¹⁵⁶ BEATTY, לעיל ה"ש 142, בעמ' 168. בנקודה זו ביטי מסתמך על לובן: David Luban, *Incommensurable Values, Rational Choice and Moral Absolutes*, 38 CLEV. ST. L. REV. 65, 75 (1990).

מאשר בהכרעות ערכיות בנסיבות העניין. טענתי כי יש לשאוף לצמצום מספר ההתדיינות המשפטיות שהניתוח החוקתי בנוגע אליהן נכנס לתנאיהן של פסקות ההגבלה. זאת, באמצעות צמצום פרשני של המושג "פגיעה" בזכויות או בדרך של ניסוח היקף הזכויות המוגנות בצורה צרה. כך ניתן לצמצם את שיקול-הדעת השיפוטי הנרחב שפסקות ההגבלה נוטות להעניק לשופטים, למקד את השימוש במשאבים השיפוטיים המוגבלים בפגיעות משמעותיות בזכויות, ולמנוע את השחיקה התודעתית בייחודיותן של זכויות האדם.

הצורך להבטיח את תקינותן של הליך הפגיעה בזכויות מחייב התמקדות שיפוטית ביסודות הפורמליים יותר של פסקות ההגבלה – מרכיבי ניתוח שהמימד הערכי בהם הוא רזה יחסית. בנוגע לדרישת החוקיות טענתי, בניגוד לתפיסה הרווחת בישראל ובמדינות רבות אחרות, כי שופטים צריכים להקפיד על קיומה של בקרה דמוקרטית על הליך הפגיעה בזכויות שקשורות באופן הרוק לתקינותן של הליך הדמוקרטי. בשלב דרישת התכלית – ככלל שופטים אינם צריכים להרהר אחר תבונתם של היעדים והערכים שהמדינה מבקשת לקדם, וזאת למעט תכליות או מניעים שהגשמתם חותרת תחת הרצון להבטיח שיח ציבורי פלורליסטי ואינקלוסיבי (הדרת "האחר" בחברה, השתקת ביקורת ציבורית). לעומת זאת, בשל השיקול החשוב של שקיפות דמוקרטית, שופטים צריכים להחיל ביקורת שיפוטית מחמירה על-מנת לוודא שהתכלית המוצהרת היא גם התכלית האמיתית.

לכסוף, בהקשר של מבחני המידתיות הבחנתי בין מובנם הפורמלי לבין מובנם המהותי. מידתיות כמובן הפורמלי עוסקת בקשרים האמפיריים והלוגיים שבין אמצעים למטרות (שני מבחני המידתיות הראשונים), ואילו מידתיות כמובן המהותי עוסקת באיזונים שבין מידת ההגשמה של התכלית המדינתית לבין מידת הפגיעה בזכויות (מבחן המידתיות השלישי). טענתי כי נטייתו של בית-המשפט למקד את הביקורת השיפוטית בתנאיו של מבחן המידתיות השלישי (המובן המהותי של המידתיות) היא שגויה. מבחן זה הוא נטול אמות-מידה, והוא חשוף לבעיה חמורה של סובייקטיביות שיפוטית. תחת זאת ראוי שבית-המשפט ימקד את הביקורת השיפוטית בתנאים של שני מבחני המידתיות הראשונים. לכן הצעתי לפצל את דרישת המידתיות, להזכיר במפורש בפסקות ההגבלה את שני מבחני המידתיות הראשונים, ולהשמיט את ההתייחסות למבחן המידתיות השלישי.

אין פוגעים בזכויות האמורות בפרק זה אלא בחוק שמשרת תכלית שגובשה בהליך הוגן, ובמידה המקדמת את התכלית, תוך שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו, והכל בהתחשב בתרומתן של הזכויות לקיומו של הליך דמוקרטי תקין.

ד. Coda – הערה בנוגע להוראת ההתגברות

כפי שצינתי בפתח המאמר, חוסר שביעות-רצונם של חברי-הכנסת מהתערבותם של שופטים בנושאים המצויים במחלוקות ערכיות הריפות הוביל להעלאת הצעות שונות להכללת הוראת התגברות כללית בנוסח החוקה המתגבשת. כך מקווים נבחר-הציבור להותיר בידיהם את המילה האחרונה במחלוקות ערכיות אלה. במאמר זה העדפתי דרך פעולה שונה להתמודדות עם התערבות שיפוטית רחבת-היקף בסוגיות של ערכים. במקום להעניק למחוקק הרשאה נרחבת לומר את המילה האחרונה בנוגע לדרישות החוקה, הצעתי לנסח את פסקות ההגבלה באופן שיעניק למחוקקים את המילה האחרונה בסוגיות של ערכים, ולשופטים – את המילה האחרונה בנוגע לשמירה על כללי המשחק ההוגנים בגיבוש הערכים המשותפים.

כנגד דרך הפעולה המוצעת כאן, אפשר להעלות את הטענה כי אי-אפשר לסמוך על שופטים שיפרשו את הנוסח שאני מציע לפסקות ההגבלה בהתאם לעקרונות "הליכיים". ביטוי מוחשי לחשש כזה ניתן למצוא במשפט ההשוואתי. בית-המשפט החוקתי בגרמניה, למשל, התעלם לחלוטין כמעט מהטקסט החוקתי ככל שמדובר בפסקות ההגבלה. כך נפסק שם כי אף שהטקסט החוקתי מרשה למדינה להגביל את הזכות לחיים "בחוק",¹⁵⁷ אין די בכך, והמדינה צריכה גם להראות שההגבלה תואמת את משטר הערכים החוקתי ושהיא מידתית.¹⁵⁸ כמו-כן, למרות העובדה שהזכויות לחופש הדת והמצפון¹⁵⁹ ולחופש היצירה¹⁶⁰ מנוסחות בלשון מוחלטת, ניתן בכל-זאת להגבילן כדי להגשים ערך חוקתי בעל משקל רב יותר במדרג החוקתי.¹⁶¹ בית-המשפט העליון האמריקאי פירש את פסקות ה-due process בחוקה האמריקאית כמרושות לשופטים לבחון גם את מהותה של החקיקה המגבילה, ולא רק את הפרוצדורה שבה היא התקבלה (רוקטרינת ה-substantive due process).¹⁶² גם נטייתם של שופטי בית-המשפט העליון בישראל לפרש בהרחבה את המושג "כבוד האדם" וליצור מגילת זכויות בלתי-

¹⁵⁷ ס' 21(2) לחוק-היסוד הגרמני קובע כי "לכל אדם יש הזכות לחיים... זכות זו ניתנת לפגיעה רק מכוחו של חוק".

¹⁵⁸ HURST DREIER, GRUNDGESETZ – KOMMENTAR 85 (1996).

¹⁵⁹ ס' 14(1) לחוק-היסוד הגרמני.

¹⁶⁰ ס' 5(3) לחוק-היסוד הגרמני.

¹⁶¹ GRUNDGESETZ: KOMMENTAR, לעיל ה"ש 106, בעמ' 94-96; DREIER, לעיל ה"ש 158.

¹⁶² בעמ' 83. ראו גם את פסקי-הדין של בית-המשפט החוקתי בעניין השבועה הדתית – 33

BVerfGE 23 (1972); ובעניין תרומות הדם – 32 BVerfGE 98 (1971).

¹⁶² Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); פרשת Lochner, לעיל ה"ש 130.

מנויות, בניגוד גמור לכוונת המכוון,¹⁶³ מעצימה את החשש שפסקת ההגבלה, גם בנוסחה הצר המוצע כאן, תפורש בצורה מרחיבה הרבה יותר. אולם נראה לי שהבחירה בדרך פעולה המצדדת בקביעת הוראת התגברות כללית בחוקה המתגבשת מהווה תגובת-יתר על החשש ששופטים יתעלמו מהנוסח המצר של פסקת ההגבלה. דרך פעולה זו שקולה להשלכת התינוק עם המים. הענקת המילה האחרונה למחוקק בנושאים הקשורים לתקינות ההליך הדמוקרטי היא מסוכנת. אם בית-המשפט מצא שהמחוקק פועל ממניעים נפסדים, שהוא מודרך על-ידי עוינות, דחייה או אמפתיה בכירנית כלפי "האחר", אזי מדוע לאפשר למחוקק לומר את המילה האחרונה באותה סוגיה? הרי המטרה המרכזית של השריון החוקתי של זכויות האדם היא להעביר את ההכרעה באותם הקשרים ותחומים שבהם ההליך הדמוקרטי נוטה להיות פגום ממוסד רובני (המחוקק) למוסד אנטי-רובני (בית-המשפט).¹⁶⁴ כאשר המילה האחרונה נותרת בידי המחוקק, אין סיבה אמיתית להניח שהכשל ייעלם לאחר מתן פסק-הדין. הדעה הקרומה – ההטיה ביחס ל"אחר" – תישאר. במילים אחרות, העברת המילה האחרונה למחוקק בעניינים של הליך חותרת תחת חלוקת העבודה הראויה במדינה דמוקרטית.

אם אכן תתקבל הקריאה לקבוע הוראת התגברות בחוקה המתגבשת, אני מציע כי ייקבע בה מפורשות שהיא לא תחול על זכויות שמימושן קשור באופן הדוק לקיומו של הליך דמוקרטי תקין.¹⁶⁵ הכוונה היא לזכויות "הליכיות", כגון הזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי, חופש ההתארגנות, חופש ההפגנה ועקרון איסור הפליה. "פטור" כזה מתחולתה של הוראת ההתגברות יוביל את בתי-המשפט לספק הגנה חזקה לזכויות הליכיות. ההנחה היא שאם השופט יהיה משוחרר מ"אימת" ההתגברות, הוא יוכל לספק הגנה חזקה לזכויות אלה.¹⁶⁶ בכל שאר המקרים תישאר המילה האחרונה בידי של

¹⁶³ לתיאור מגמה זו ראו סומר, לעיל ה"ש 85, בעמ' 285. חשש זה מתעצם לנוכח ההגדרה העמומה של כבוד האדם שאימץ בית-המשפט העליון בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 7, בפס' 38 לפסק-דינו של הנשיא ברק. על כך ראו לעיל ה"ש 17.

¹⁶⁴ לעיל ה"ש 5 וה"ש 107.

¹⁶⁵ בקנדה פסקת ההתגברות אינה מתירה חריגה מהזכויות הבאות: זכויות בתחום השפה, הזכות לבחור ולהיבחר, זכויות תנועה בין הפרובינציות והזכות לשוויון בין המינים. דומה כי הבחירה בזכויות אלה אינה מבוססת על חשיבה קוהרנטית לגבי טיב הזכויות. זאת, מכיוון שקשה לראות מדוע חופש התנועה חשוב יותר במשטר דמוקרטי מהחופש הביטוי או מחופש הדת. ראו Hogg, לעיל ה"ש 81, פרק 33, בעמ' 25. נראה שהבחירה בזכויות אלה נעשתה עקב אילוצים שנבעו מהצורך להשיג פשרה בין הממשל הפדרלי לפרובינציות הקנריות. ראו Heibert, לעיל ה"ש 3, בעמ' 130.

¹⁶⁶ בקנדה הושמעה דווקא דעה הפוכה: דווקא קיומה של פסקת ההתגברות מאפשר לשופטים לממש את החוקה בצורה חזקה. זאת, מכיוון שהשופט יודע כי המחוקק יוכל תמיד, אם ירצה בכך, להפוך את פסיקתו. ראו Weinrib, לעיל ה"ש 3, בעמ' 543. איני חושב שגישה זו משקפת נכונה את המצב התודעתי של שופט בהינתן הוראת התגברות. מכיוון ששופטים

המחוקק. בדרך זו יהיה אפשר להבטיח את חלוקת העבודה הראויה, כפי שטענתי במאמר זה, בין שופטים לנבחרי-ציבור בדמוקרטיה חוקתית.

אינם אוהבים שהופכים את פסיקותיהם, סביר להניח שקיומה של הוראת התגברות יוביל דווקא לריסון היקף התערבותם. ראו, למשל, את פסק-הדין בבג"ץ 4676/94 **מישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15 (1996), שם נמנע בית-המשפט מלקבוע שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן על הזכות לחופש מדה, בין היתר בשל החשש שפסיקה כזו תוביל להוספת הוראת התגברות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.