

### הפרדת רשויות ומידתיות:

David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford, 2004) בעקבות

**משה בהן-אליה\***

בספרו *The Ultimate Rule of Law* טוען דיוויד ביטי (David Beatty), שמתוך התבוננות בפסיקות של בתי משפט בדמוקרטיה חוקתיות רבות בעולם ניתן ללמוד על כך שדרישת המידתיות תואמת את חלוקת התפקידים הנאותה ביותר בין שופטים למחוקקים במדינות דמוקרטיות. לשיטתו, מפרקטיקה שיפוטית זו עולה שמימוש דרישת המידתיות כרוך בעיקר בבירור שיפוטי של עובדות ולפיכך אין הוא כרוך בהרהור-מחדש משמעותי בנוגע לטיב היעדים השלטוניים ולחשיבותם. מימוש כזה של דרישת המידתיות בבחינת הסדרים משפטיים, סבור ביטי, עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות.

ברשימה זו אצביע על קשיים מתודולוגיים במהלכו של ביטי. לאחר מכן אעבור להערכת ספרו מתוך התייחסות לשני מובנים של מידתיות, שאותם אני אכנה "המובן הפורמלי" ו"המובן המהותי" של המידתיות. המובן הפורמלי של המידתיות עוסק בהיבטים הלוגיים והאמפיריים של הקשר שבין האמצעי המגביל ובין המטרה השלטונית. המובן המהותי של המידתיות עוסק באיזונים בין המידה שבה האמצעי הנבחר מאפשר למדינה להגשים את מטרתה ובין המידה שבה אמצעי זה פוגע בזכויות חוקתיות. לאחר מכן אציע גישה הקשרית להחלת דרישת המידתיות. לפי הגישה המוצעת (א) כל הגבלה של זכות חוקתית צריכה לעמוד בתנאי המידתיות במובן הפורמלי; (ב) רק פגיעות משמעותיות בזכויות יסודיות צריכות לעמוד בדרישות המידתיות במובן המהותי.

---

\* מרצה בכיר, המכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן). תודה ליואב המר ולגילה שטופלר שקראו טיוטות מוקדמות של חיבור זה והעבירו אלי את הערותיהם החשובות.

**א. מבוא. ב. המהלך של ביטי. ג. הערכת הספר:** 1. המובן הפורמלי של מבחני המידתיות; 2. המובן המהותי של מבחני המידתיות; 3. מידתיות פורמלית ומהותית ומדרוג הזכויות; 4. הגישה המוצעת. ד. סיכום.

## א. מבוא

הדרישה שלא להתיר פגיעה בזכויות יסוד במידה העולה על הנדרש (להלן: דרישת המידתיות), הקבועה בפסקות ההגבלה של חוקי היסוד הדנים בזכויות האדם, היא דרישה קומונסנסית שקשה להציג טיעון משכנע כנגדה.<sup>1</sup> אין (ולא צריכה להיות) כל סיבה להרשות למדינה לפגוע בזכויות יותר מכפי שנדרש לה לשם הגשמת יעדיה הלגיטימיים. אך אף שניתן להניח שכל אדם סביר יסכים לחייב את המדינה לפעול במידתיות, עשויה בכל זאת להתעורר מחלוקת, ואפילו חריפה, בשאלה אם ראוי להפקיד בידי שופטים את הכוח להעריך את מידתיותה של הפעולה השלטונית.

הסתיוגות מהענקה סמכות לשופטים להעריך את מידתיות הפעולה השלטונית עשויה לנבוע משני טעמים עיקריים: ראשית, בחינת מידתיות הפעולה השלטונית כרוכה במקרים רבים בהערכה ספקולטיבית בדבר היכולת של האמצעי הנבחר לממש את היעדים המוצהרים. הערכות, מעצם טבען כהערכות, מגדילות את הסיכון לטעויות בהכרעות שיפוטיות. בנוסף, לא ברור אילו כישורים וכלים שיש לשופטים מקנים להם יכולת להעריך את הרציונליות של החלטות שלטוניות ואת האפקטיביות היחסית של חלופות פוגעות פחות בזכויות. שנית, הערכת המידתיות של הפעולה השלטונית כרוכה גם בהערכת החשיבות היחסית של ערכים נוגדים: זכויות האדם מחד גיסא ויעדים שלטוניים מאידך גיסא. מכיוון ששופטים אינם נבחרים ואינם נושאים באחריות (accountability) כלפי האזרחים, הכרעות שיפוטיות בסוגיות כאלה, אפשר לטעון, מהוות הפרה של עקרון הפרדת הרשויות במדינות דמוקרטיות. הטענה היא, שקביעה כזו צריכה להיות מסורה לנבחר העם שנושאים באחריות ישירה כלפי בוחריהם, ולא לשופטים.

זה שנים מתעמק דיוויד ביטי בסוגיית הצידוקים לביקורת השיפוטית בהסתמך על עקרון המידתיות, תוך שהוא מנסה לתת מענה משכנע לשני קשיים יסודיים אלו. ספרו *The Ultimate Rule of Law*<sup>2</sup> מהווה נקודת שיא בכתיבתו הענפה בנושא זה.<sup>3</sup> בספר זה סוקר ביטי פסיקה ענפה של בתי משפט של דמוקרטיה רבות (כגון ארצות הברית,

1. ראו: Jeffrey L. Jowell and Anthony Lester, "Proportionality: Neither Novel, Nor Dangerous", *New Directions in Judicial Review* (Jeffrey L. Jowell and David Oliver — eds., Stevens and sons, 1988) 51, p. 54

2. ראו: David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford, 2004).

3. לכתובה מוקדמת יותר של ביטי בנושא ראו: David M. Beatty, *Talking Heads and the Supremes: The Canadian Production of Constitutional Review* (Carswell, 1990);

קנדה, גרמניה, הודו, הולנד, ישראל, ניו־זילנד, צרפת ועוד) המשתמשת במבחני המידתיות בהרחבה ככלי להכרעה בשאלות חוקתיות. ביטי סבור שמתוך התבוננות בפרקטיקה שיפוטית זו ניתן ללמוד, שעקרון המידתיות קובע את חלוקת התפקידים הנאותה ביותר בין שופטים למחוקקים במדינות דמוקרטיות: הוא מכוון את בתי המשפט לעסוק בעיקר בבירור עובדות ולפיכך אין הוא כרוך בהרהור־מחדש (second-guessing) משמעותי בנוגע לטיב היעדים השלטוניים ולחשיבותם. על כן, סבור ביטי, בחינה שיפוטית של הסדרים שלטוניים בהתאם לעקרון המידתיות עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות ולפיכך היא איננה צריכה לעורר קושי דמוקרטי ממשי.

ברשימה זו אתאר את המהלך של ביטי לביסוס גישתו, שעקרון המידתיות קובע את חלוקת היחסים הנאותה ביותר בין שופטים למחוקקים. לאחר מכן אעבור להערכת המהלך שלו מתוך התייחסות לשני מובנים של מידתיות, שאותם אכנה "המובן הפורמלי" ו"המובן המהותי" של המידתיות. המובן הפורמלי של המידתיות עוסק בהיבטים הלוגיים והאמפיריים של הקשר שבין האמצעי המגביל ובין המטרה השלטונית. המובן המהותי של המידתיות עוסק באיוונים בין המידה שבה האמצעי הנבחר מאפשר למדינה להגשים את מטרתה ובין המידה שבה האמצעי הנבחר פוגע בזכויות חוקתיות. לאחר מכן אציע גישה הקשירת להחלת דרישת המידתיות. לפי הגישה המוצעת (א) כל הגבלה של זכות חוקתית צריכה לעמוד בתנאי המידתיות במובן הפורמלי; (ב) רק פגיעות משמעותיות בזכויות סודיות צריכות לעמוד בדרישות המידתיות במובן המהותי.

## ב. המהלך של ביטי

כאמור, טענתו המרכזית של ביטי בספרו *The Ultimate Rule of Law* היא, שעקרון המידתיות קובע את חלוקת התפקידים הנאותה ביותר בין שופטים למחוקקים במדינות דמוקרטיות. כדי לשכנע אותנו, הקוראים, בטענתו זו, ביטי פותח את ספרו בשני מהלכים מקדימים. בתחילת הספר הוא מציג לפנינו את התיאוריות הדומיננטיות בשיח החוקתי בנוגע לצידוקים לביקורת שיפוטית, ומראה לנו מדוע הן אינן משכנעות (פרק 1). ולאחר מכן הוא בוחן את האופן שבו בתי המשפט מיישמים את עקרון המידתיות במשפט החוקתי של מדינות דמוקרטיות רבות (פרקים 2-4).

בפרק הראשון ביטי מציג ומבקר שלוש גישות להצדקת הביקורת השיפוטית, גישות שנדונו בקרב תיאורטיקנים ומשפטנים חוקתיים אמריקנים: התפיסה החוזית, התפיסה ההליכית והתפיסה המוסרית. התפיסה החוזית רואה במסמך החוקתי משום חוזה שיש לפרשו לפי אומד דעתם של הצדדים.<sup>4</sup> במילים אחרות, התפקיד של שופטים הוא לפרש את החוקה

David M. Beatty *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (Nijhoff, 1994); David M. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice* (Toronto, 1995).

4. למייצג הבולט של גישה זו ראו: Robert H. Bork, *The Tempting of America* (The Free Press, 1990).

בהתאם לכוונה הסובייקטיבית של האבות המייסדים. מצדדי גישה זו סבורים שהיא מצמצמת את הסכנה ששופטים יפרשו את החוקה בהתאם לערכיהם (סכנת הסובייקטיביזציה של הביקורת השיפוטית). שופטים הכבולים בכוונה מקורית לא יוכלו לפרש את החוקה באופן שתואם את הערכים שלהם, שכן עליהם לבסס את פסיקתם על ראיות משכנעות המעידות על התאמה בין צורת ההנמקה השיפוטית ותוצאותיה ובין הכוונה המקורית של האבות המייסדים. לכן גישה כזו, כך נטען, היא ניטרלית והיא מתיישבת עם חלוקת התפקידים הראויה בין שופטים למחוקקים במדינה דמוקרטית. ביטי מצביע על שלושה טעמים עיקריים לשלילת גישה כזו: ראשית, אין בנמצא הבנה אחידה בקרב האבות המייסדים בנוגע למשמעות של ההוראות החוקתיות ולכן יש קושי ממשי להחיל גישה זו.<sup>5</sup> שנית, אין גם כל יסוד היסטורי לסברה, שהכוונה של האבות המייסדים (של חוקת ארצות הברית) הייתה שמפרשי החוקה יהיו כבולים בכוונתם הסובייקטיבית.<sup>6</sup> ושלישית, גם כעניין של מדיניות פרשנית רצויה, כלל לא ברור מדוע הבנה קדומה של הנורמות החוקתיות צריכה לגבור על ההבנה הנוכחית שלהן.<sup>7</sup> היצמדות דווקנית לגישה החזוית עלולה להביא לידי תוצאה בלתי רצויה של קיפאון בנורמות החוקתיות ולידי אי-התאמתן לצורכי הזמן המשתנים.

גישה שנייה, שמצאה לה אחיזה בספרות האמריקנית, היא גישתו ההליכית (process-based theory) של ג'והן אילי (John Ely).<sup>8</sup> גישה זו רואה את עיקר תפקידם של שופטים בחיזוק ההליך הדמוקרטי ובשכלולו. מכיוון ששופטים אינם נבחרים והם אינם נושאים באחריות דמוקרטית, טוען אילי, אסור להעניק להם את הכוח להכריע בשאלות בעלות אופי ערכי. הכרעות כאלה צריכות להיות נתונות בידי נבחרים העם בלבד. התפקיד של בתי המשפט, לעומת זאת, הוא לתקן כשלים בהליך הדמוקרטי. כשלים כאלו מתקיימים כאשר הסדרים משפטיים מפלים מיעוטים לרעה ו/או פוגעים בזכויות פוליטיות כגון חופש הביטוי, הזכות להפגין וחופש ההתאגדות. לפי אילי, העיסוק השיפוטי בכשלים בהליך הדמוקרטי מתיישב היטב עם התפקיד שבתי משפט במדינות דמוקרטיות צריכים למלא, שכן בהתמקדותם בפגמים שבהליך השופטים אינם עוסקים בקביעה של ערכים. בנוסף, שופטים כבר פיתחו מומחיות מוסדית בתחום של פרוצדורות משפטיות. ביטי סבור שגם גישה זו היא שגויה בעיקר מהטעם, שההבחנה בין הליך ובין מהות היא הבחנה גסה. כך אפשר, למשל, לתהות אם אי-הכרה בזוגיות הומוסקסואלית היא סוג של כשל בהליך (אם כן, בתי המשפט צריכים לקיים ביקורת שיפוטית קפדנית) או שהיא מבטאת עמדה ערכית לטובת אידאל שונה של זוגיות (ואזי שופטים אינם צריכים להתערב בהחלטת המוסדות הדמוקרטיים). כן ניתן לתהות אם הנחת היסוד של אילי לטובת מודל של דמוקרטיה

5. Beatty (לעיל, הערה 2), בעמ' 9.

6. שם, בעמ' 12.

7. שם, בעמ' 13.

8. ראו: John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard, 1980).

1980). לגישה הליכית במשפט החוקתי הקנדי ראו: Patrick Monahan, *Politics and the*

*Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (Carswell,

1987).

השתתפותית איננה מבוססת כשהיא לעצמה על הנחה ערכית, בדיוק מהסוג שאילי קורא לשופטים להימנע מלהניח.<sup>9</sup>

ניסיון שלישי להצדיק את הביקורת השיפוטית ולהתוות תפקיד מוגדר לשופטים בפרשנות החוקה אפשר למצוא בכתיבתו של רונלד דבורקין. דבורקין סבור ששופטים צריכים להעניק לחוקה פרשנות מוסרית (the moral reading of the constitution),<sup>10</sup> כזו שצריכה להעניק את ההסבר הטוב ביותר להיסטוריה החוקתית. פרשנות חוקתית צריכה להיות תואמת (fit) את ההבנה של האבות המייסדים ושל שופטים שפירשו את החוקה עד כה. בנוסף, הפרשנות החוקתית צריכה להוביל לצדק מקסימלי (value), כלומר להתיישב עם המורשת הפילוסופית הליברלית של החוקה האמריקנית. אף שממבט ראשון נדמה שגישה זו בעצם מאפשרת לשופטים ליישם את ערכיהם האישיים, דבורקין מדגיש כי השופטים מחויבים בפסיקתם – מכוח עקרון היושרה במשפט (integrity of the law) – לעקרונות של החוקה כפי שהובנו במהלך ההיסטוריה, וכי ההתמודדות שלהם במקרים קשים צריכה להיות מבוססת על טיעונים מוסריים תקפים.<sup>11</sup> אך גם גישתו של דבורקין, מסביר לנו ביטי, היא בעייתית מכיוון ששופטים אינם פילוסופים ואין להם הכלים הנדרשים לקבוע מהו טיעון תקף מבחינה מוסרית. אף שדבורקין מרבה להדגים את המשמעות של גישתו, מימושה נותר עמום. עמימות כזו עלולה להביא לידי פסיקות סותרות,<sup>12</sup> וחמור מזה, היא עלולה להביא לידי כפיית הערכים האישיים של השופטים על האזרחים.

בנקודה זו מכיר ביטי בכך שהדיון הסוער שמתקיים בארצות הברית בסוגיית הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית מוביל למבוי סתום. כדי להיחלץ מפינה זו, ביטי מציע לנו לבצע מהלך חשיבתי שונה מזה שעולה מהדיון התיאורטי בשאלת הצידיקים לביקורת שיפוטית. במקום לשאול במופשט מה צריך להיות הצידיק לביקורת שיפוטית, ביטי מציע לנו לבחון איזה שימוש עושים שופטים בפועל בכוחם לקיים ביקורת שיפוטית. בעצם הוא מציע לנו לחשוב כפי שחושבים עורכי דין הפועלים בשיטת המשפט המקובל, כלומר לגזור מהפרקטיקה באופן אינדוקטיבי את הצידיק הטוב ביותר לביקורת שיפוטית. ככלות הכול, אומר לנו ביטי, נוכל להרוויח הרבה ולהפסיד מעט בקיומה של בחינה כזו. במקרה הרע, נגיע לאותו מבוי סתום שכל התיאוריות הגיעו אליו, ובמקרה הטוב נוכל סוף-סוף להסביר מדוע אנשים בכל העולם מוכנים להעניק לשופטים את הכוח לפסול הסדרים משפטיים שקבעו נבחרים העם והממשלה.<sup>13</sup>

בשלושת הפרקים שלאחר מכן עובר ביטי לבחינה רחבת היקף של האופן שבו בטי המשפט מנתחים סוגיות חוקתיות. הוא עושה זאת מתוך התייחסות לשלושת העקרונות של ההכרזה הצרפתית על זכויות האדם משנת 1789: חירות (בתחום הדת, בפרק 2),

9. Beatty (לעיל, הערה 2), בעמ' 17.

10. ראו: Ronald M. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard, 1996).

11. ראו: Ronald M. Dworkin, *Law's Empire* (Harvard, 1986).

12. Beatty (לעיל, הערה 2), בעמ' 29.

13. שם, בעמ' 33-35.

שוויון (מטעמי מין ונטייה מינית, בפרק 3) ואחוזה (הגנה על זכויות חברתיות, בפרק 4). בפרקים אלו נסקרת בהרחבה פסיקתם של בתי משפט במדינות דמוקרטיות רבות ובהן ארצות הברית, קנדה, גרמניה, ישראל, הודו, דרום אפריקה, הולנד, ניו-זילנד, אירלנד, הונגריה ועוד. ביטי ממחיש בשיטתיות את השימוש האינטנסיבי של בתי המשפט ברחבי העולם בעקרון המידתיות (proportionality) ככלי להכרעה בשאלות חוקתיות יסודיות. עקרון המידתיות מובן במרבית הדמוקרטיות החוקתיות ככולל שלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה (suitability), המחייב את המדינה להראות שקיים קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר ובין התכלית; מבחן ההכרחיות (necessity) המחייב את המדינה לבחור את האמצעי שפוגע פחות בזכות ומאפשר לה להגשים את התכלית; ומבחן המידתיות במובן הצר (proportionality in the strict sense) המאפשר לבתי המשפט לפסול הסדר שתועלתו פחותה ממידת הפגיעה בזכויות האדם שנגרמה בשל מימוש הסדר זה.

מתוך התבוננות באופן שבו בתי משפט ברחבי העולם מנתחים סוגיות חברתיות מורכבות ביטי למד, שמבחני המידתיות משמשים כלי פרגמטי שמאפשר לבתי המשפט לפשר בין רצונות סותרים של פרטים וקבוצות בחברות דמוקרטיות. ברוח החשיבה ההברמסאית אפשר לומר, שכאשר בתי המשפט מחילים את מבחני המידתיות הם בעצם ממירים עקרונות מוסר מופשטים לשאלות של עובדה.<sup>14</sup> המרה זו מתבצעת אגב קיום בדיקה עובדתית מדוקדקת שתכליתה לחשוף את המידה שבה האינטרסים של הצדדים אכן נפגעים **בפועל** (מעבר לרובד הרטורי של הצגת טענות הצדדים). בחינה עובדתית זו מצמצמת את גדר המחלוקת ומגדילה את הסיכוי להשיג הסכמה חברתית כאשר זו לא הייתה קיימת קודם לכן.

אחת הדוגמאות שמביא ביטי ל"מימוש הנכון" של מבחני המידתיות היא פסק דינו של השופט אהרן ברק בפסק הדין בעניין **חורב**.<sup>15</sup> בשיח הפוליטי בישראל, המחלוקת בין התושבים החילונים של ירושלים לתושביה הדתיים בעניין סגירת כביש בר-אילן בשבתות ובחגים הוצגה כמחלוקת חריפה בעניין אופייה של ירושלים ויחסי הדת והמדינה. ברק ביקש למתן את הממד הפוליטי של המחלוקת תוך שימוש במבחני המידתיות. ביטי מראה כיצד השימוש במבחני המידתיות באותו מקרה המיר את המחלוקת מרטוריקה מתלהמת במישור הפוליטי לבחינה קונקרטית ועניינית של מידת הפגיעה באינטרסים של הצדדים הנוגעים בדבר: מה מידת הפגיעה בחופש התנועה של התושבים החילונים של ירושלים בהשוואה למידת הפגיעה ברגשות התושבים החרדים שמתגוררים לאורך כביש בר-אילן. בדיקה עובדתית מדוקדקת כזו הביאה את השופט ברק לכלל מסקנה שסגירת הכביש במועדי התפילה בשבתות ובחגים תגרום להארכה זניחה (בשתי דקות) בזמן הנסיעה של התושבים החילונים של השכונות הצפוניות של ירושלים, ולעומת זאת אי-סגירת הכביש במועדי התפילה בשבתות ובחגים תגרום לפגיעה חמורה ברגשות של התושבים החרדים שמתגוררים לאורך הכביש. כשכך מציגים את המחלוקת באותה פרשה, אנחנו מגדילים את הסיכוי שאנשים רבים יותר יסכימו שמוצדק לגרוע "מעט" מהזכויות של התושבים

14. שם, בעמ' 170; Jurgens Habermas, *Between Facts and Norms* (MIT, 1996), 217-219.

15. בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התהבורה**, פ"ד נא(4) 1.

החילונים כדי להרוויח "הרבה" בזכויות של התושבים הדתיים.<sup>16</sup> הבירור העובדתי, שהוא חלק אינטגרלי מהאופן שבו בתי המשפט מבינים את עקרון המידתיות, פועל אפוא לצמצום בעיית ההגזמה הרטורית, המאפיינת השמעת טענות במישור הפוליטי ולפיכך הוא מסייע להשגת המטרה הרצויה של הקטנת החיכוכים הערכיים בחברה ולהגדלת ההסכמות החברתיות.

מפסק הדין בעניין **חורב** (ומפסקי דין רבים אחרים שאותם סוקר ביטי בהרחבה) ניתן ללמוד שבמימוש מבחני המידתיות שופטים מבצעים את העבודה שיש להם מומחיות לעשותה: להפשיל שרוולים ולבחון את העובדות. בפרק החמישי והמסכם ביטי אומר לנו שיישום כזה (שמתמקד בבחינת העובדות) של מבחני המידתיות בעצם מאפשר לשופטים להעריך את הפעולה של הרשויות הפוליטיות בלי להסתמך על דעותיהם הסובייקטיביות של השופטים בתחומי המוסר והפוליטיקה. ביטי סבור אפוא שעקרון המידתיות הוא עיקרון ניטרלי יותר לעומת עקרונות שנגזרים משלוש התיאוריות היריבות של ביקורת שיפוטית שנסקרו בפרק הראשון.<sup>17</sup> שני מבחני המידתיות הראשונים (התאמה והכרחיות) הם למעשה מבחנים שכרוכים בבירור של עובדות, דבר שלשופטים יש מומחיות מוסדית ולגיטימציה דמוקרטית לעשותו. וגם ביישום מבחן המידתיות השלישי (מידתיות במובן הצר) שופטים בעצם עושים בירורים עובדתיים: הם חושפים את הערך היחסי והאמיתי של כל אחת מטענות הצדדים ומגיעים בדרך כלל למסקנות קומונסנסיות שכרוכות בתחלוף פשוט בין "מעט" ל"הרבה" (small-large trade off).<sup>18</sup> לסיכום, הפרקטיקה השיפוטית מלמדת, שבמימוש מבחני המידתיות שופטים אינם מחליפים את שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות בהכרעותיהן במחלוקות עמוקות בשאלות ערכיות. ביטי סבור שפרקטיקה שיפוטית זו היא גם ראויה והיא עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות.

## ג. הערכת הספר

ישנה מידה לא מבוטלת של צדק בטענה, שממוש מבחני המידתיות באופן שממקד את השופטים בבחינת הבסיס העובדתי של טענות הצדדים עשוי להתיישב עם חלוקת תפקידים ראויה בין שופטים לנבחרי העם. ביטי צודק בטענתו, שבחינה שיפוטית של מידת הפגיעה בפועל באינטרסים של הצדדים עשויה להקטין את תחומי המחלוקת בחברות הטרוגניות. ככזה, עקרון המידתיות אכן עשוי לשמש כלי חיוני להכרעה השיפוטית בין העדפות נוגדות של פרטים וקבוצות בחברה ולריכוך מתחים חברתיים. גם העובדה שבתי משפט ברחבי העולם משתמשים בהרחבה במבחני המידתיות אומרת לנו משהו על המרכזיות של עיקרון כזה וחיוניותו להכרעות שיפוטיות.

נראה שהספר *The Ultimate Rule of Law* הוא הספר החשוב ביותר שיש כיום להבנת התפקיד שמבחני המידתיות ממלאים במשפט החוקתי של מדינות דמוקרטיות. הספר

16. Beatty (לעיל, הערה 2), בעמ' 59.

17. שם, בעמ' 172.

18. שם, בעמ' 169.

מציג בשפה קולחת ובהירה את התיאוריות העיקריות בשאלת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית ואת הביקורת שקיימת עליהן. בנוסף, הספר סוקר בצורה מקיפה ומעניינת את השימוש של בתי המשפט ברחבי העולם בעקרון המידתיות לצורך הכרעות בשאלות יסודיות. כל אלו הופכים את ספרו של ביטי לספר חובה לכל מי שמתעניין בתיאוריה של ביקורת שיפוטית בכלל, ובמשפט ההשוואתי בתחום זכויות האדם, בפרט.

אך האם הצליח ביטי, בסופו של דבר, לעמוד במשימה שהוא הציב לפניו, כלומר להסביר לנו (מתוך התבוננות בפרקטיקה של בתי המשפט בדמוקרטיות רבות) מדוע מוצדק להעניק לשופטים את הכוח להטיל וטו על הרצון של נבחרי העם? האם עקרון המידתיות יכול בכלל להוות צידוק עצמאי לביקורת שיפוטית, בלי להידרש לתיאוריה נוספת שמסבירה את שבית המשפט צריך לעשות כאשר הוא מפרש את מבחני המידתיות?

לפני שאפתח בדיון בשאלות אלו, הייתי רוצה לעורר קושי מתודולוגי שיש לי עם המהלך של ביטי. לאחר שביטי שולל את התיאוריות החוזיות, ההליכיות והמוסריות להבנת תפקידם של שופטים בפרשנות החוקה (פרק 1), הוא מייחד שלושה פרקים מספרו לתיאור האופן שבו בתי המשפט מכריעים בפועל בשאלות חוקתיות כשהם משתמשים בעקרון המידתיות (פרקים 2-4). ובפרק החמישי הוא בעצם גוזר מפרקטיקה זו מסקנות נורמטיביות בדבר האופן שבו בתי המשפט צריכים לפעול. ואולם כלל לא ברור מדוע מה ששופטים עושים בפועל צריך להשפיע על השאלה כיצד ראוי ששופטים יפעלו. ביטי מודע לכשל הנטורליסטי הזה, ותשובתו על קושי זה היא ששופטים אינם אלו שהמציאו את עקרון המידתיות, אלא שעיקרון זה טבוע בחוקות עצמן.<sup>19</sup> במילים אחרות, החוקה היא זו שמכתיבה לשופטים להחיל את עקרון המידתיות על פעולות שלטוניות.

ואולם נראה שזוהי תשובה חלקית במקרה הטוב, ושגויה במקרה הטוב פחות. ראשית, אמנם לעקרון המידתיות יש ביטוי מפורש בחוקות של מדינות רבות (ובכללן, בחוקי היסוד של זכויות האדם בישראל), ואולם לפחות ככל שהדבר נוגע לחוקה האמריקנית, הרי לא ניתן להסיק מלשון החוקה את ההכרה בעקרון המידתיות. הדבר נכון במיוחד ככל שמדובר בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית, שמשתמש בלשון של איסורים מוחלטים לפגוע בחופש הביטוי, בחופש הדת ובעקרון ההפרדה בין הדת למדינה. שנית, גם אם נסכים שעקרון המידתיות טבוע בכל חוקה, הרי דרישת המידתיות היא דרישה עמומה למדי. בסופו של דבר בפרשנות החוקה, בתי המשפט הם אלו שמגדירים את המשמעות של דרישת המידתיות ואת התפקיד שעליהם למלא בהערכת מידתיותן של פגיעות בזכויות. כאשר שופטים בוחנים את מידתיותו של הסדר שפוגע בזכות חוקתית הם עדיין עשויים לשאול את עצמם מה בדיוק עליהם לעשות בשלב זה: האם בחינת המידתיות כרוכה בבירור עובדתי בלבד של המידה שבה האינטרסים של הצדדים נפגעים או ממומשים עקב ההחלטה השלטונית? או שמא בחינת המידתיות כרוכה גם בהערכת החשיבות היחסית של ערכים ואינטרסים נוגדים? זו שאלה שהחוקה בוודאי איננה מספקת תשובה ברורה עליה, והבחירה של שופטים לטובת אחת משתי האפשרויות הללו מצריכה טיעון, נימוק מבוסס. שלישית, לא ניתן לפתור את הכשל הנטורליסטי באמירה סתמית שזו דרישה שמופיעה בחוקה. במדינת ישראל, למשל,

19. שם, בעמ' 176.



שבה מתקיים כיום ניסיון לגבש מסמך חוקתי, עשויים מנסחי החוקה להתעניין בנימוקים ובצידוקים שביסוד הענקת סמכות לשופטים לבחון את מידתיותה של הגבלה של זכות חוקתית קודם להכללת עיקרון זה בחוקה המוצעת. העובדה שעיקרון זה קיים בחוקות של דמוקרטיות רבות היא מאירת עיניים, אבל בוודאי אין היא מהווה טעם מספק לאימוצו גם בחוקה הישראלית המתגבשת.

לכן בסופו של דבר ביטי אינו יכול להתחמק מלהציג הסבר משכנע בנוגע לשאלה איזה תפקיד צריכים שופטים למלא כאשר הם מיישמים את מבחני המידתיות. הסבר כזה לא יכול להסתמך רק על התבוננות בפרקטיקות שיפוטיות. הפרקטיקות השיפוטיות יכולות לעזור לנו לגלות את ההסבר, ואולם הן אינן יכולות לספק הסבר עצמאי על הנימוקים שמצדיקים את קיומן. קוראי הספר עשויים לצפות שביטי, בפרק המסכם של ספרו הנושא את הכותרת "מידתיות" (proportionality), יציג לפנינו משנה סדורה המצדיקה את השימוש של שופטים במבחן המידתיות. אולם הפרק המסכם הוא מאכזב למדי, שכן במקום למצוא כאן טיעון ברור שיסביר לנו מדוע ראוי להפקיד בידי שופטים את המימוש של עקרון המידתיות ו/או טיעון שיגדיר את השימוש שראוי ששופטים יעשו במבחני המידתיות, אנו מוצאים כאן ערב רב של אמירות גורפות בשבח עקרון המידתיות. ביטי אומר לנו שעקרון המידתיות הוא עיקרון שמאפשר ביקורת שיפוטית ניטרלית;<sup>20</sup> שהוא מגדיל את האופטימליות של הכרעות שלטוניות;<sup>21</sup> שהוא מגשר בין רצונות נוגדים בחברה;<sup>22</sup> שהוא מממש בצורה הטובה ביותר רעיונות של פלורליזם וסובלנות;<sup>23</sup> שהוא מאפשר לביקורת השיפוטית לבטא סוג של חשיבה מתוך היגיון בריא;<sup>24</sup> שהוא מגשים את הנורמה המופשטת בחיי המעשה;<sup>25</sup> שהוא כלי פרגמטי,<sup>26</sup> המבוסס על חשיבה אתית בדבר המעמד המוסרי השווה של דעות נוגדות,<sup>27</sup> ושניתן להשתמש בו אפילו לצורך מימוש עקרונות של צדק חלוקתי.<sup>28</sup> את כל זה, כותב ביטי, ניתן לעשות באמצעות "מימוש נכון" של עקרון המידתיות.<sup>29</sup>

אך מה הכוונה במילים "מימוש נכון" של המידתיות? בנקודה זו ביטי איננו ברור לחלוטין. מצד אחד, במקומות רבים בספרו הוא מדגיש את התפקיד החשוב של בתי המשפט בכירור עובדות.<sup>30</sup> מצד אחר, הוא מצדד במתן כוח לשופטים לפסול הסדרים גם מן הטעם

20. שם, בעמ' 160-161.

21. שם, בעמ' 163.

22. שם, שם.

23. שם, בעמ' 162.

24. שם, בעמ' 169.

25. שם, בעמ' 170.

26. שם, בעמ' 171.

27. שם, בעמ' 172.

28. שם, בעמ' 174.

29. שם, בעמ' 160.

30. זו נקודה מרכזית בספרו של ביטי. ראו, למשל, שם, בעמ' 161-164.

שהיעד שהמדינה מבקשת להגשים איננו מספיק חשוב - לדעתם של שופטים - כדי לגבור על הזכות החוקתית הנפגעת.<sup>31</sup> לעומת זאת הוא סבור שבסוגיות כגון הפלות, אסור לשופטים להרהר מחדש בשאלת סדר העדיפויות הערכי של המחוקק.<sup>32</sup> חוסר הבהירות בפרק המסכם של הספר נובע, לדעתי, במידה רבה מהבעייתיות המתודולוגית שעליה הצבעתי קודם לכן, כלומר מהניסיון של ביטי להימנע מלאמץ גישה ברורה שתגדיר את תפקידם של שופטים כאשר הם נדרשים לבחון חוקתיות של הסדרים שפוגעים בזכויות. אולם כפי שראינו, לא ניתן להימנע מדיון תיאורטי בשאלה זו, בעיקר מן הטעם שעקרון המידתיות הוא עמום ויש הכרח להגדיר מה בדיוק צריכים שופטים לעשות כאשר הם מממשים אותו.

אינני מבקש לטעון כאן שהעמדות המשתמעות מספרו של ביטי אינן מקובלות עלי. ההפך הוא הנכון, אני נוטה לקבל חלק מעמדות אלו (כגון הדגשת הברור העובדתי), ואולם הרושם הכללי שעולה מקריאת הספר הוא שביטי מגבש עמדות אלו לא כמסקנה סופית בטיעון מובנה אלא כסוג של אינטואיציה שאותה הוא מבסס באופן חלקי ואקלקטי במישור התיאורטי וההשוואתי. אמנם במהלך ההתחבטות התיאורטית אנו עשויים להתבונן במציאות, בין היתר כדי לבחון את הישימות ואת הקומונסנסיות של הגישה התיאורטית המתהווה, עד שאנו מגיעים לנקודה שרולס מכנה "נקודת שיווי משקל חשיבתית" (reflective equilibrium),<sup>33</sup> ואולם לאחר שגיבשנו עמדה תיאורטית, עלינו להיות נכונים להציג אותה כפורמט של טיעון ולהגן עליו, תוך התמודדות משכנעת עם טיעונים נגדיים. למרבה הצער, לא ניתן למצוא התמודדות שיטתית כזו בספרו של ביטי.

דברים שלהלן אבקש ללכת בנתיב שונה במעט מזה שמציע ביטי: במקום לגזור במישורין מהפרקטיקה השיפוטית מסקנות נורמטיביות בנוגע לשאלה מה צריך להיות "המימוש הנכון" של עקרון המידתיות, אבקש לגזור מהדיון התיאורטי מסקנות נורמטיביות בדבר "המימוש הנכון" של המידתיות. בשלב הראשון אראה איזה מובן תעקנה הגישה ההליכית והגישה המוסרית למבחני המידתיות.<sup>34</sup> כפי שאבהיר מיד, גישה הליכית לביקורת שיפוטית תדגיש את המובן הפורמלי של המידתיות, כלומר היא תקרא לשופטים לבחון את הבסיס העובדתי שעומד ביסוד הכרעות חקיקתיות ולהתמקד באיתור מניעים סמויים ובסילוקם. גישה מוסרית לביקורת שיפוטית (כמו זו של דבורקין), לעומת זאת, תדגיש

31. ביטי סבור, בדומה לדיוויד לובן, שהברור העובדתי הכרוך במימוש מבחני המידתיות מוביל במקרים רבים לתחלוף פשוט בין "מעט" ל"הרבה". שופטים רשאים, לפי ביטי, לבצע תחלוף שכזה. שם, בעמ' 169. השוו: David Luban, "Incommensurable Values, Rational Choice and Moral Absolutes", 38 *Cleveland St. L. Rev.* (1990) 65, p. 75.

32. Beatty (לעיל, הערה 2), בעמ' 175.

33. ראו: John Rawls, "Outline of a Decision Procedure for Ethics", 60(2) *The Philosophical Review* (1951) 177.

34. בחרתי שלא להתייחס לגישה החווית משני טעמים: ראשית, גישה זו איננה מקובלת כגישה פרשנית (בלבדית) בבתי משפט של דמוקרטיה חוקתיות בכל העולם; ושנית, מכיוון שיישומה רלוונטי פחות להבנת המשמעות של מבחני המידתיות.

את המובן המהותי של המידתיות. היא תצדד בהענקת כוח לשופטים לגרוע מהיכולת של המדינה לממש מדיניות, כל אימת שמדיניות זו פוגעת בזכויות היסוד. לאחר מכן אעמוד על היתרונות ועל החסרונות של כל אחת מגישות אלו, ולבסוף אציע גישה שמגדירה את ההקשרים שבהם יש להסתפק בהחלת המבחן הפורמלי של המידתיות ואת ההקשרים שבהם מוצדק להחיל גם את המובן המהותי של המידתיות. את הדין שלהלן אערוך מתוך התייחסויות, במקומות הנדרשים, לגישה שעולה מספרו של ביטי.

### 1. המובן הפורמלי של מבחני המידתיות

גישה הליכית לביקורת שיפוטית, כלומר גישה המבקשת לאפשר לנבחרי העם לקבוע הסדרים בעלי אופי ראשוני ולמנוע משופטים להכריע בשאלות ערכיות, תקרא לשופטים למקד את הביקורת השיפוטית בשני מבחני המידתיות הראשונים.<sup>35</sup> כאשר שופטים בוחנים את ההתאמה בין האמצעי למטרה (מבחן ההתאמה) וכאשר הם בודקים אם קיימים אמצעים שפוגעים פחות בזכות ובכל זאת מאפשרים את הגשמת מלוא המטרה (מבחן ההכרחיות) הם אינם עוסקים בהכרעות ערכיות מובהקות. בחינה כזו כרוכה בעיקר בבירור עובדתי ובהערכת סיכונים וסיכויים, מהלך שלשופטים יש כלים לבצעו. האיפוק והרציונליות שמאפיינים את ההליך השיפוטי הופכים את הפורום השיפוטי לפורום מתאים לבירור המתאם שבין אמצעים למטרות.<sup>36</sup>

למיקוד הביקורת השיפוטית במסגרת שני מבחני המידתיות הראשונים (שנושאים אופי פורמלי) יש כמה יתרונות חשובים. ראשית, התמקדות בבירור עובדתי מקטינה את סכנת הסובייקטיביות של ההכרעה השיפוטית. כפי שאומר ביטי בצדק, העיסוק בעובדות הוא בעל אופי אובייקטיבי, ממשי יותר, לעומת העיסוק השיפוטי בערכים,<sup>37</sup> ולכן ביסוס הביקורת השיפוטית על בירור של עובדות מגדיל את הסיכוי שההכרעה השיפוטית תישא אופי אובייקטיבי יותר. שנית, למתאר ניתוח פורמלי עשוי להיות אפקט ליברלי מכיוון שהוא תוחם בצורה טובה יותר את גבולות הפעולה של המדינה, והוא מאפשר אפוא לפרט תחומי פעולה רחבים יותר.<sup>38</sup> ושלישית, כאשר שופטים דורשים מהמדינה לבסס את החלטותיה על עובדות, הם מאפשרים גם גידול ביעילות השלטונית.

35. Ely (לעיל, הערה 8), בעמ' 102-103.

36. ראו: Scott H. Bice, "Rationality Analysis in Constitutional Law", 65 *Minn. L. Rev.* (1980) 1, pp. 13-17.

37. Beatty (לעיל, הערה 2), בעמ' 170.

38. מקס וובר ראה ברציונלית הפורמלית משום "האח התאום של החירות" מכיוון שהיא מונעת התנהגויות שרירותיות מצד השלטון. ראו: Max Weber, "On Legal Theory and Sociology", *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Arthur J. Jacobson & Bernhard Schlink — eds., California Press, 2000) 50, p. 53. כדוגמה לאופן שבו מתאר ניתוח פורמלי מאפשר הגנה חזקה על הזכות להיבחר לכנסת ראו את פסק דינו של השופט חיים כהן בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבהירות, פ"ד יט(3) 365.

לבסוף, המובן הפורמלי של המידתיות יכול לסייע לשופטים גם באיתור מניעים סמויים ובסילוקם. אם נניח רציונליות אצל מקבל ההחלטה, הרי היעדרו של קשר רציונלי בין אמצעי למטרה יכול לשמש אינדיקציה לכך שמקבל ההחלטה בעצם ביקש לממש מטרה אחרת, סמויה.<sup>39</sup> בנסיבות מחשידות ניתן לדמות את השופט לנסיך שמנסה לאתר את סינדרלה (המטרה) באמצעות נעל הזכוכית שלה (האמצעי). רק רגל אחת, והיא רגלה של סינדרלה, יכולה להתאים לנעל זו. תיאוריה הליכית לביקורת שיפוטית, כגון זו של אילי, תצדד בביקורת שיפוטית שמתמקדת באיתור מניעים נסתרים וסילוקם, מכיוון שביקורת כזו מגדילה את השקיפות של ההליך הדמוקרטי. אמנם עשוי להתעורר קושי פוליטי שיכביד על השופטים לקבוע מפורשות שהמדינה הונתה את הציבור ואת בתי המשפט בהציגה תכלית שקרית, ואולם נראה שקביעה שיפוטית כי האמצעי שנבחר איננו עומד בדרישות המבחנים הפורמליים של המידתיות (מבחן ההתאמה ומבחן ההכרחיות) עשויה להוות עבור בתי המשפט דרך אלגנטית יותר, מבחינה פוליטית, להתמודד עם מניעים סמויים.<sup>40</sup> מסר "הטעות" הוא מסר נוח יותר עבור בתי המשפט ממסר "המרמה".<sup>41</sup>

התמקדות במובן הפורמלי של המידתיות מעוררת, בכל זאת, שני קשיים עיקריים. ראשית, הבירור העובדתי ששופטים נדרשים לבצע לפי מבחן ההתאמה ומבחן ההכרחיות איננו קל ליישום. כך עשויה לעלות הטענה, שהמחוקק נמצא ב"עמדה עדיפה" בכל הנוגע לאיסוף עובדות שהן חיוניות לצורך בחינת המידתיות הפורמלית של האמצעי המגביל, להבנתן ולהערכתן.<sup>42</sup> ואולם נראה כי אף שלשופטים אין אמנם נגישות דומה לעובדות כמו

39. Ely (לעיל, הערה 8), בעמ' 146-158. ראו גם: Morris J. Clark, "Legislative Motivation: and Fundamental Rights in Constitutional Law", 15 *San Diego L. Rev.* (1978) 953; Theodore Eisenberg, "Disproportionate Impact and Illicit Motives: Theories of Constitutional Adjudication", 52 *NYU L. Rev.* (1977) 39, p. 116.

40. Ely (לעיל, הערה 8), בעמ' 146.

41. דוגמה לשימוש בבירור המתאם שבין האמצעי למטרה ככלי לאתר מניעים נסתרים ולסלקם ניתן למצוא בפסק הדין בעניין בג"ץ 680/88 שניצ'ר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617. באותה פרשה אסר הצנזור הראשי את פרסומה של כתבה בעיתון העיר שהוזכר בה מועד שבו ראש המוסד אמר לסיים את תפקידו, אזכור אשר לטענת הצנזורה הצבאית עלול היה לפגוע בביטחון המדינה. בית המשפט בחן את המתאם שבין האמצעי המגביל (איסור הפרסום) ובין המטרה (רצון למנוע פגיעה בביטחון המדינה) לפי מבחן הוודאות הקרובה והגיע לכלל מסקנה שאין מתאם כזה. אם נניח שהמדינה אכן פעלה בצורה רציונלית באותו מקרה, עשויה להתעורר השאלה מדוע פעלה המדינה באופן שבו היא פעלה. דומה כי הסבר אפשרי לכך ניתן למצוא בקיומם של דברי ביקורת על תפקודו של ראש המוסד באותה כתבה מצונזרת. מכיוון שבין האמצעי שנגקט (צנזורה) ובין הרצון להשתיק ביקורת קיים מתאם הדוק, ניתן לחשוש שמניע בלתי לגיטימי זה הוא שהוביל להחלטה השלטונית, ולא הרצון להגן על ביטחון המדינה.

42. טיעון "העמדה העדיפה" היה אחד משני הטיעונים (לצד הטיעון בדבר היחסיות התרבותית) שהצדיקו את דוקטרינת מרחב התמרון שבית המשפט האירופי לזכויות האדם העניק למדינות

למקבלי ההחלטות, קשה להצביע על סיבה משכנעת מדוע העובדות (שהיו אמורות לעמוד לבגד עיני מקבל ההחלטה בשלב אימוץ המדיניות הפוגעת בזכויות) לא יובאו גם לפני השופטים.<sup>43</sup> יתר-על כן, שופטים אינם נמצאים בעמדה נחותה (מבחינת כישוריהם ומבחינה מוסדית) לעומת מקבלי ההחלטות בהערכת העובדות החברתיות. כשם ששופטים מעריכים חוות דעת רפואיות לצורך בירור תביעות נזיקיות בגין רשלנות רפואית, כך הם יכולים להעריך אם העובדות שהובאו לפני מקבל ההחלטות קשורות בקשר רציונלי למטרה שהוא ביקש לממש.<sup>44</sup> נראה שהקושי המוסדי איננו יכול אפוא להוות שיקול מכריע נגד החלת המובן הפורמלי של המידתיות.

ואולם הטיעון הממשי יותר נגד הסתפקות במימוש המובן הפורמלי של המידתיות נעוץ בהגנה המוגבלת שהוא מספק לזכויות האדם החוקתיות. אם נקבל את הדעה שזכויות אדם חוקתיות נועדו להבטיח את האוטונומיות של בני האדם ולהגן על מיעוטים מפני עושיק הרוב, הרי הסתפקות שיפוטית במימוש המובן הפורמלי של המידתיות עלולה להחטיא את המטרה החוקתית. המובן הפורמלי של המידתיות עוסק רק ברציונליות של ההחלטה השלטונית ואין הוא נותן משקל מספק לעצם הפגיעה בזכויות. אמנם כלל ההכרעה על פי העדפות של מרבית האזרחים במדינה דמוקרטית מבוסס על ערך ליברלי חשוב (מימוש רצונם של הרבים יותר, אופציה הוגנת יותר ממימוש רצונם של המעטים, ובלבד שמתבצעת ספירה שוויונית של העדפות), אולם ערך זה איננו הערך היחיד שבתו משפט בדמוקרטיה צריכים להביא בחשבון כאשר הם בוחנים את הלגיטימיות של הגבלת זכויות יסוד חוקתיות. חשיבה ליברלית עשויה להצדיק במקרים מסוימים סטייה מעקרון ההכרעה לפי רצון הרוב כאשר על הפרק עומדים ערכים ליברליים חשובים יותר.<sup>45</sup>

בשלב הערכת המידתיות של הגבלת זכות שמוגנת באמנה האירופית לזכויות האדם. ראו:

*Handyside v. United Kingdom*, Judgement of 7 Dec. 1976, E. C. H. R., A. 24, p. 22

<sup>43</sup> ראו: Guy Davidov, "The Paradox of Deference", 12 *N. J. C. L.* (2000) 133, p. 140.

<sup>44</sup> ראו את דברי השופט ויתקון בבג"ץ 390/79 *דויקאת נ' ממשלת ישראל*, פ"ד לד(1) 1,

בעמ' 25-26: "כידוע, חזון נפרץ הוא שבת-המשפט נדרשים להכריע בשאלות הדורשות מומחיות מיוחדת - מומחיות שאינה בדרך כלל בהישג ידיעתם של שופטים. מגישים לנו חוות דעת של מומחים נכבדים, ואלה סותרים זה את זה מכל וכל. כך קורה לעיתים במשפטים המעלים בעיות רפואיות, וכך, למשל, גם בכל משפט על הפרת פטנט המעורר בעיות שבתחום הכימיה, הפיזיקה ומדעי טבע אחרים". השוו: Andrew Lokan, "The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter", 24 *Ottawa L. Rev.* (1992) 163, p. 183, n. 61. (מומחיות היא דבר הניתן לרכישה. השופטים לא נולדו מומחים בתחום דיני החוזים. מומחיותם התפתחה עם עיסוקם בתחום.) ניתן להניח כי ככל שיתנו לשופטים סמכות לשפוט בנושאים חדשים, כך הם יפתחו כללים רציונליים באותם נושאים.

<sup>45</sup> אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", *משפט וממשל* ד (תשנ"ז) 133, בעמ' 151.

## 2. המובן המהותי של מבחני המידתיות

תפישות מוסריות ליברליות שקוראות לשופטים "לקחת זכויות ברצינות" (כאמירתו של דבורקין), לא תסתפקנה בבחינת הקשר העובדתי והלוגי בין האמצעי שנבחר ובין המטרה באותם מקרים, שבהם אמצעי זה מביא לידי פגיעה בזכויות היסוד. לפי התיאוריה של רונלד דבורקין, זכויות האדם נועדו לבלום גם את כוחו של הרוב לקדם את מה שנראה במבט ראשון כמימוש רציונלי של מדיניות. הניסיון ההיסטורי מלמד שבסוגיות מסוימות השימוש בתחשיב התועלתני הוא מסוכן, שכן ההעדפות שמביעים אנשים נוטות להיות 'חיצוניות' (כלומר אובייקט ההעדפה הוא מה שיקבלו או שלא יקבלו אנשים אחרים במקום מה שהם עצמם יקבלו). כך, למשל, העדפות גזעניות שבני גזע אחר יקבלו פחות, או העדפה שבני מיעוט דתי לא יוכלו לקיים את פולחנם, הן העדפות חיצוניות פסולות שאין להביאן בתחשיב הדמוקרטי. זו הסיבה לעיגון בחוקה של זכויות יסוד ולהעברת ההכרעות המהותיות מהנבחרים אל השופטים.<sup>46</sup> כדי להבטיח את המימוש של זכויות האדם, שופטים צריכים לקיים ביקורת שיפוטית מדוקדקת בכל הנוגע לטעמי ההגבלה של זכויות. דבורקין סבור שביקורת כזו איננה צריכה לשאת אופי פורמלי בלבד, אלא על שופטים לבחון גם "אם הנזק מהימנעות מהגבלה הוא גבוה מספיק כדי להצדיק פגיעה בעקרון כבוד האדם או בעקרון השוויון".<sup>47</sup>

המבחן שדבורקין מתווה לבחינת התוקף של פגיעה בזכויות יסוד מזכיר מאוד את הלשון של מבחן המידתיות השלישי (מידתיות במובן הצר). לפי מבחן זה, כאשר שופטים בוחרים את התוקף המשפטי של מדיניות שפוגעת בזכות יסוד, עליהם להשוות את המידה שבה האמצעי שבחרה המדינה יכול להגשים בפועל את מטרתה המוצהרת לעצמת הפגיעה בזכות שנגרמת עקב הנקיטה של אמצעי זה. אם הנזק שההסדר המשפטי מצליח למנוע בפועל הוא שולי, שופטים צריכים לפסול את ההסדר שפוגע בזכויות.<sup>48</sup>

46. ראו: Ronald M. Dworkin, "Defunis v. Sweatt", *Equality and Preferential Treatment* (M. Cohen, T. Nagel & T. Scanlan — eds., Princeton, 1977) 63 לביקורת ראו: John H. Ely, "Professor Dworkin's External/Personal Preference Distinction", 1983 *Duke L. J.* (1983) 959; H. L. A. Hart, "Between Utility and Rights", 79 *Columbia L. Rev.* (1979) 828, p. 838.

47. ראו: Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard, 1977), 198-200, 204. כאשר המדינה פוגעת בזכויות, אומר לנו דבורקין, על בתי המשפט לבחון את התקיימות המבחנים האלה: המדינה צריכה להראות כי הפגיעה היא בשולי הערכים של הזכות המוגנת; עליה להוכיח כי זכות אחרת במובן החזק תיפגע; כי אין כל דרך אחרת להשיג את המטרה; וכי הנזק מהימנעות מהגבלה הוא גבוה מספיק כדי להצדיק פגיעה בעקרון כבוד האדם או בעקרון השוויון.

48. בשל הדמיון שבין המידתיות במובן הצר ובין הניסוח של דרישת התכלית הראויה בקנדה נטען שם על ידי פיטר הוג שמבחן המידתיות במובן הצר הוא מיותר מכיוון שהוא משכפל את דרישת התכלית. ראו: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Students Edition).

הענקת סמכות לשופטים לפסול הסדרים שאינם מקיימים את דרישות מבחן המידתיות במובן הצר מאפשרת הגנה חזקה יותר על זכויות האדם. היא מאפשרת לשופטים לגרוע מהיכולת של המדינה להגשים את יעדיה, אם הגשמה כזו כרוכה בפגיעה משמעותית יותר בזכויות האדם. זהו היתרון העיקרי של מבחני המידתיות במובן המהותי. ואולם לצד יתרון זה, מיקוד ביקורת שיפוטית בתנאי מבחן המידתיות במובן הצר הוא בעייתי מנקודת ראות דמוקרטית. החשש הוא שכאשר בתי המשפט מיישמים מבחן זה הם בעצם עוסקים בפוליטיקה טהורה.<sup>49</sup> מכיוון שהכרעה בשאלה מה חמור יותר: הפגיעה בזכות או אי-מימוש התכלית המדינתית היא לא רק שאלה עובדתית אלא גם (ואולי בעיקר) שאלה ערכית בדבר החשיבות היחסית של ערכים נוגדים,<sup>50</sup> ומתעורר חשש ממשי ששופטים יחילו, במודע או שלא במודע, את סדר העדיפות הערכי הסובייקטיבי שלהם.<sup>51</sup> אין פלא אפוא שהחשש מפני הסובייקטיביות הרבה הכרוכה במימוש מבחן המידתיות השלישי גרם לבתי משפט במדינות רבות בעולם להימנע מלפסול מדיניות רק מהטעם שלא עמדה במבחן זה.<sup>52</sup>

802 (2002), Carswell, *R. v. Oakes*, [1986] דרישת התכלית כנוסחה במבחן המנחה בפרשת: 1 S. C. R. 103 "התכלית צריכה להיות חשובה מספיק כדי להצדיק פגיעה בזכות היסוד", מוכירה מאוד את הניסוח של דרישות מבחן המידתיות במובן הצר (איון בין המידה שבה התכלית ממומשת ובין מידת הפגיעה בזכות). ואולם בית המשפט העליון הקנדי בפרשת: *Dagenais v. CBC*, [1994] 3 S. C. R. 835, pp. 887-888 דחה את טענת הוג והבהיר, שבעוד בדרישת התכלית בית המשפט בוחן במופשט את החשיבות של התכלית בהשוואה לחשיבות הזכות, הרי בשלב המידתיות במובן הצר מדובר בבחינה קונקרטיית יותר, כזו הבוחנת את המידה שבה כל אחד מהערכים המתנגשים ממומש או נפגע.

49. ראו: Susanne Baer, "Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court", 5 *Colum. J. Eur. L. J.* (1999) 249, p. 267 (בגרמניה נטען שבמימוש מבחן המידתיות במובן הצר השופטים עוסקים בפוליטיקה טהורה).

50. השוו עם פיינברג שמדבר על המובן האמפירי והנורמטיבי של מושג הנזק. פיינברג עמד על כך שהמושג "נזק" כולל שני מרכיבים: האחד, פגיעה באינטרס של אדם; והשני, שאותה פגיעה נתפסת על ידינו כבלתי ראויה (wrong). לאור זאת, אנשים יכולים להסכים לעיקרון שיש להגביל את החירות רק כאשר הפעולה גורמת נזק לאחרים, אולם עדיין להיות חלוקים בצורה חריפה בשאלה מה צריך להיחשב בגדר נזק. ראו: Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law – Harm to Others* (Oxford, 1984) 31-36.

51. זוהי הביקורת העיקרית בגרמניה על השימוש ששופטים עושים במבחן המידתיות במובן הצר. ראו: Carl Schmitt, "Die Tyrannei der Werte", *Sakularization und Utopia: Ernst Forsthoff zum 65 Geburtstag* (Deoring & Greve Hrsg., 1967) 37, p. 45; Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2nd Ed., Duke University Press, 1997), 56.

52. בקנדה גרם החשש מפני חוסר הלגיטימיות שבבחינה מחודשת של שיקול דעתם של מקבלי ההחלטות לכך שלמבחן המידתיות השלישי כמעט אף פעם לא הייתה השפעה על תוצאות ההתדיינות המשפטית. ראו: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Students

### 3. מידתיות פורמלית ומהותית ומדרוג הזכויות

ראינו שהיצמדות למובן הפורמלי של המידתיות היא בעייתית בעיקר מכיוון שהיא איננה מספקת הגנה טובה מספיק לערכים שביסוד זכויות האדם החוקתיות. ראינו גם שמיקוד הביקורת השיפוטית במובן המהותי של המידתיות אף הוא בעייתי מכיוון שהוא מרחיב יתר על המידה את הכוח של שופטים להכריע בשאלות ערכיות (הבעיה הדמוקרטית של הביקורת השיפוטית). גישות שנותנות עדיפות גורפת לשיקול הדמוקרטי על פני השיקול הערכי ולהפך, אינן יכולות אפוא לשמש בסיס ראוי לשופטים שמיישמים את מבחני המידתיות. זהו אותו מחסום תיאורטי, שביטי מציין בצדק שקשה מאוד לעבור אותו. הואיל וגישה שנותנת עדיפות גורפת לאחד השיקולים (דמוקרטיה לעומת זכויות) איננה רצויה, נראה לי שבנקודה זו עלינו לשיקול אימוץ גישה הקשרית, כזו הנותנת עדיפות לאחד השיקולים על פי ההקשר הנדון. מה שנדרש אפוא הוא ניסיון לתחום את ההקשרים שבהם מוצדק לתת עדיפות לשיקול הדמוקרטי (ולהסתפק ביישום המובן הפורמלי של המידתיות) ואת ההקשרים שבהם מוצדק לתת עדיפות לשיקול הערכי ולאפשר לבתי המשפט לגרוע מהיכולת של המדינה לממש את יעדיה, גם כשהיא פועלת בצורה רציונלית (מתוך החלת המובן המהותי של מבחני המידתיות).

במשפט החוקתי ההשוואתי ניתן למצוא ניסיונות שונים של שופטים לקשור את הביקורת השיפוטית באמצעות מבחני המידתיות לתנאי ההקשר. גישה הקשרית אחת היא זו הפועלת להידוק הביקורת השיפוטית במקרים שבהם יש פערי כוחות ניכרים בין המדינה ובין הפרט וקיים חשש מפני ניצול לרעה של הכוח. כך במשפט החוקתי הקנדי רווחת ההבחנה בין מצבים שבהם המדינה פועלת כאנטגוניסטית יחידה של הפרט (למשל, במשפט הפלילי), שבהם ראוי שבתי המשפט יהדקו את הפיקוח השיפוטי, ובין מצבים שבהם המדינה פועלת כמתווכת בין אינטרסים מנוגדים של פרטים והיא נטולת אינטרס ישיר (ולפיכך ראוי שבתי המשפט ירככו את הביקורת השיפוטית).<sup>53</sup> גישה הקשרית נוספת תהיה זו המתמקדת בטיב התכליות שהמדינה מבקשת לממש. לפי גישה זו, בתי המשפט צריכים לרכך את הביקורת השיפוטית במקרים שבהם המדינה פועלת להגשים תכלית חיונית (למשל, כאשר היא דואגת לביטחונם הפיזי של אזרחיה) ולהיות נכונים לגרוע מהיכולת שלה לממש תכליות שהן בעלות חשיבות פחותה (כמו, למשל, הרצון לצמצם בעלויות מינהליות).<sup>54</sup>

816 Edition, Carswell, 2003). להסתייגות מאימוץ המידתיות במובן הצר במשפט החוקתי הישראלי ראו את דברי הנשיא שמגר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל בפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 347 (יש להימנע מהחלת מבחן זה מהטעם שהוא "יותר בגדר מסקנה מאשר אמת מידה").

53. ראו: *The Attorney General of Quebec v. Irvin Toy Limited* [1989] 1 S. C. R. 927, pp. 993-994, 999. באותם מקרים שבהם ישנה הצדקה לריכוך הביקורת השיפוטית, בית המשפט – נוסף על הימנעות מפסילת ההסדר בשל אי-עמידה במבחן המידתיות השלישי (המידתיות במובן הצר) – נוהג להחיל סטנדרט שיפוטי מרוכך גם על מבחן המידתיות השני (מבחן ההכרחיות).

54. כך, למשל, בית המשפט האירופי לזכויות האדם נוהג להעניק למדינות שפוגעות בזכויות



אף שגישות אלו אכן מצביעות על שיקולים רלוונטיים לעניין קפדנות הביקורת השיפוטית, נראה לי שגישה הקשרית ראויה יותר היא זו שתמקד בטיב הזכות הנפגעת ובחשיבותה וכן בעצמת הפגיעה בזכות. לשיטתי, באותם מקרים שבהם נטענת פגיעה של ממש בזכויות יסוד, בתי המשפט צריכים להחיל – נוסף על המובן הפורמלי של המידתיות – גם את המובן המהותי של המידתיות, ולעומת זאת, כאשר שופטים בוחנים טענות בדבר פגיעה בזכויות שאינן יסודיות (או פגיעה בלתי משמעותית בזכויות יסודיות), עליהם להסתפק בהחלת המובן הפורמלי של המידתיות. גישה כזו קיימת במפורש במשפט החוקתי האמריקני,<sup>55</sup> ויש לה ביטוי מפורש פחות במשפט החוקתי של מדינות דמוקרטיות רבות אחרות (גם בישראל).<sup>56</sup> לדעתי, גישה זו עדיפה מגישות הקשריות אחרות מכיוון שנקודת המוצא שביסודה מתיישבת עם הרעיון שבבסיס השריון החוקתי של זכויות האדם. אנו מוכנים לגרוע מהיכולת של המדינה לממש את מדיניותה (השיקול הדמוקרטי) רק כאשר גריעה כזו מקדמת באופן משמעותי את ההגנה על זכויות האדם היסודיות. באותם הקשרים שבהם לא מתקיימת פגיעה של ממש בזכויות יסודיות, יש לתת עדיפות לשיקול הדמוקרטי.

---

מרחב תמרון רחב כאשר הן מבקשות להבטיח את "המוסר הנוהג", ראו: פרשת *Handyside* (לעיל, הערה 42) ותכליות ביטחוניות, ראו: Michael O'Boyle, "The Margin of Appreciation: Ritual Incantation or Principle?", 19 *Human Rights L. J.* (1998) 23.

55. בתי המשפט בארצות הברית נוהגים להחיל את מבחני המידתיות הפורמליים כאשר על הפרק עומדת פגיעה בזכויות שאינן יסודיות (למשל, בזכויות כלכליות). את המובן המהותי של המידתיות (נכונות לגרוע מהיכולת של המדינה לממש מדיניות) מחילים בתי המשפט האמריקניים כאשר הם בוחנים את הלגיטימיות של פגיעות בזכויות יסודיות, כגון חופש הביטוי ועקרון איסור הפליה. ראו: Guy M. Struve, "The Less Restrictive Alternative: Principle and Economic Due Process", 80 *Harv. L. Rev.* (1967) 1463, p. 1464; Note, "Less Drastic Means and the First Amendment", 78 *Yale L. J.* (1969) 464, p. 467. חשיבה כזו הובילה את בית המשפט העליון האמריקני לקבוע את ההבחנה המפורשת בין שלוש רמות של ביקורת שיפוטית. על פגיעה בזכויות יסודיות ועל הפליה חשודה (הפליה מטעמי גזע, דת, לאום וכדומה) חל המבחן הקפדני המחמיר; על הפליה מטעמי מין חל מבחן ביניים, ועל פגיעה בזכויות שאינן יסודיות (וזכויות כלכליות, למשל) והפליה בלתי חשודה חל מבחן הקשר הרציוני, שהוא המבחן המקל ביותר עם המדינה. לסקירה ראו: Edwin Baker, "Limitation on Basic Human Rights – A View from the United States", *The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Armand De Mestral et al. – ed., Blais, 1986) 75.

56. לגישה המתחשבת באופי הזכויות הנפגעות במהלך פרשנות דרישת המידתיות בישראל ראו את עמדת השופט דורנר בבג"ץ 450/97 *תנופה נ' שר העבודה*, פ"ד נב(2) 433, בעמ' 452; ובבג"ץ 1715/97 *לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר*, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 313.

ניתן אמנם להציג גישה גמישה יותר לעניין קפדנות הביקורת השיפוטית, הקוראת לשופטים להביא בחשבון, נוסף על חשיבות הזכות הנפגעת, גם שיקולים נוספים (כגון טיב התכלית ופערי הכוחות) קודם להכרעה אם ראוי להחיל גם את המובן המהותי של המידתיות,<sup>57</sup> ואולם נראה לי שגישה גמישה כזו עלולה ליצור עמימות רבה ולהגדיל בכך את סכנת הסובייקטיביוצייה של הביקורת השיפוטית.<sup>58</sup> כדי למנוע סכנה זו, ראוי לדעת

- 422-423; דליה דורנר, "מידתיות", *ספר ברנזון* (אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, כרך שני, נבו, תש"ס) 281. להתהוות גישה כזו בפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם ראו: P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (3rd ed., Kluwer Law Int. 1998) 590-591; Paul Mahoney, "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", 11 *Human Rights Law Journal* (1990) 57, p. 80. להתהוות של גישה מודרנת גם במשפט החוקתי הקנדי ראו: Jeff Galway, "Section 1 of the Charter: Will the Real Oakes Test Please Step Forward", *The Charter in Civil Cases* (Conference held by the Department of Continuing Legal Education, the Law Society of Upper Canada, 1994), D-11; Lokan (לעיל, הערה 44), בעמ' 182-183. להתייחסות (ביקורתית) לטענות בנוגע לגיבוש גישה בדבר מדרוג הזכויות במשפט החוקתי הגרמני ראו: Eckart Klein, "Prefered Freedoms-Doktrin und Deutches Verfassungsrecht", *Grundrecht, Soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift fur Ernst Benda zum 70 Geburtstag* (Eckart Klein-Hrsg., C. F. Muller juristischer verlag, 1995) 135.
57. ראו, למשל, את פסקת ההגבלה שבסעיף 36 לחוקת דרום אפריקה. בהוראה זו מצוין במפורש כי על שופטים להביא בחשבון בבחינת מידתיות ההגבלה את המשתנים האלה: (a) "the nature of the right; (b) the importance of the limitation and its purpose; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose". ראו גם את גישת שופט בית המשפט העליון של קנדה, לה'פורסט (La Forest), ולפיה על שופטים להביא בחשבון מגוון של שיקולים ובהם: (א) אם המדינה אנטגוניסטית של הפרט; (ב) אם המחוקק מבקש להגן על קבוצה חלשה; (ג) אם יש אפשרות מדעית להעריך אם האמצעי שנבחר יוכל להגשים את המטרה; (ד) טיב הזכות הנפגעת. ראו: *RJR MacDonald Inc. v. Canada* [1995] 3 S. C. R. 199 (La Forest, dissenting); Gerard V. La Forest, "The Balancing of Interests under the Charter", 2 *N. J. C. L.* (1993) 133. גישה זו אומצה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון הקנדי בפרשת: *Delise v. Canada*, [1999] 2 S. C. R. 989, par. 127 (L'Heureux-Dube J.).
58. עמימות כזו עלולה להיווצר בין היתר בשל האפשרות ששקילת כל אחד מהשיקולים תוביל לתוצאות סותרות. כך, למשל, בפרשת: *Dudgeon v. United Kingdom*, judgment of 22 October 1981, E. C. H. R., Series A. 45, par. 48. האיסור הפלילי בצפון אירלנד לקיים יחסים הומוסקסואליים בהסכמה מפר את הזכות לפרטיות שמוגנת באמנה האירופית לזכויות האדם. מצד אחד, המטרה של החוק האוסר קיום יחסים הומוסקסואליים בהסכמה הייתה מוסרנית. במקרים כאלה בית המשפט האירופי

להיצמד במשפט החוקתי של מדינות לגישה ברורה יותר, המבחינה בין זכויות יסודיות ובין זכויות יסודיות פחות בדומה לנהוג במשפט החוקתי האמריקני. ואכן, התבוננות במשפט ההשוואתי מגלה, כי אופייה וטיבה של הזכות הנפגעת וכן מידת הפגיעה בזכות הם השיקולים המרכזיים המשפיעים על קפדנות הביקורת השיפוטית בתנאי מבהני המידתיות.<sup>59</sup>

#### 4. הגישה המוצעת

לכאורה, מסקנת הביניים היא ששופטים רשאים להחיל את המובן המהותי של המידתיות (קרי לגרוע מהיכולת של המדינה לממש את מדיניותה) באותם מקרים שבהם מתקיימת פגיעה משמעותית בזכויות יסודיות, ובשאר המקרים עליהם להסתפק בהחלת המובן הפורמלי של המידתיות. ניתן, עם זאת, להעלות בשלב זה את השאלה אם ניתן לחשוב על דרכים שיצמצמו את סכנת הסובייקטיביות הכרוכה במימוש המידתיות במובן הצר, גם כאשר שופטים בוחרים פגיעות משמעותיות בזכויות יסודיות. האם ישנן דרכים שעשויות להתוות אמת מידה שיפוטית ברורה יותר בנוגע למידת ההרשאה שניתנת לשופטים לגרוע מהיכולת של המדינה לממש את מדיניותה באותם מקרים שבהם המדינה פוגעת בזכויות יסודיות?

בספרו משנת 1995 *Constitutional Law in Theory and Practice* ניסה ביטי להציע דרך שעשויה לצמצם את בעיית הסובייקטיביות הכרוכה במימוש מבחן המידתיות במובן הצר. ביטי סבר שהדרך הטובה ביותר להבין את מבחן המידתיות במובן הצר היא להבין אותו כמציב דרישה ל"עקיבות" (consistency). מבחן המידתיות במובן הצר מחייב את השופטים, כך טען ביטי, לבחון אם הפגיעה בזכות היא מסוג הפגיעות שהחברה תהיה מוכנה לסבול גם במקרים אנלוגיים אחרים (וכן יש לבחון פגיעות שמדינות דמוקרטיות אחרות תהיינה מוכנות לקבל במקרים אנלוגיים). לשופטים בשיטת המשפט המקובל יש הכישורים המתאימים לבחון את העקיבות של פסיקתם ולהבטיח כי ההכרעה במקרה שעומד לפנייהם כעת לא תחרוג מתקדימי הכרעותיהם הקודמות. ביטי סבר שבדרך זו ניתן

---

לזכויות האדם נוהג להעניק למדינות מרחב תמרון רחב. מצד אחר, החוק הנבחן פגע בהיבטים גרעיניים של הזכות לפרטיות, ובמקרים כאלה נוהג להעניק למדינות מרחב תמרון צר מאוד (או שלא להעניק להן מרחב תמרון בכלל). באותה פרשה בית המשפט נתן משקל גבוה יותר לשיקול של אופי הזכות הנפגעת והעניק למדינה מרחב תמרון צר במיוחד, וזאת בלי לקיים דיון עקרוני בשאלה עד כמה קפדנית צריכה להיות הביקורת השיפוטית כאשר המשתנים הרלוונטים מובילים לתוצאה שונה. לדיון ראו: Howard C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (Kluwer, 1996) 91.

59. עמדתי על כך בהרחבה במקום אחר, משה כהן-אליה, פסקות ההגבלה בחוקי היסוד על זכויות האדם: התחשבות באופי הזכויות (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תש"ס).

להפוך את מבחן המידתיות השלישי ממבחן עמום של איזונים מהותיים למבחן של עקיבות ואנלוגיה משפטית, ובכך ניתן יהיה לעקוף את הקושי שבסובייקטיביות הכרוכה בהחלת מבחן המידתיות השלישי.<sup>60</sup>

ניתן לבקר גישה כזו משני כיווני חשיבה מנוגדים. מצד אחד, הדרישה לעקיבות במשפט מזכירה מאוד את עקרון "היושרה במשפט" שפיתח דבורקין. עיקרון זה דורש שמוסדות משפטיים יפעלו באופן דומה במקרים דומים. כאשר שופטים מפתחים את המשפט הם חייבים לפעול באופן שהוא עקיב וקוהרנטי על פי ההיגיון של מערכת הדינים באותה מדינה ועל פי עקרונותיה.<sup>61</sup> ואולם, אם נבחן בכובד ראש את ביקורתו של ביטי בספרו הנדון במאמר זה לעומת גישת דבורקין (שכזכור, ביטי מזהיר שהיא קשה ליישום עקרוני, עמומה ועל כן נתונה למניפולציות מצד שופטים),<sup>62</sup> הרי למעשה ביטי של 2004 מנסה לשכנע אותנו מדוע הצעתו שלו משנת 1995 איננה ראויה. מצד אחר אפשר לטעון, שההצעה ששופטים יספקו הגנה מהותית לזכויות האדם באופן "עקיב" ואנלוגי להכרעות שיפוטיות קודמות שלהם עלולה להחטיא את כל הרעיון שעומד ביסוד שריון חוקתי של זכויות האדם. חשיבה אנלוגית היא במונחים רבים שמרנית בתוצאתה משום שהיא כרוכה בהיסקים מהקיים אל הרצוי.<sup>63</sup>

נדמה שכיום ביטי איננו מחזיק עוד בגישת "העקיבות" שכן בספרו *The Ultimate Rule of Law* לא ניתן למצוא זכר לגישה זו. תחת זאת, ביטי מתחקה אחר מתודה שיפוטית אחרת שתקפה את בעיית הסובייקטיביות של ההכרעה השיפוטית הכרוכה במבחן המידתיות במונח הצר. עיקר העבודה ששופטים מבצעים בשלב זה, אומר לנו ביטי, היא עובדתית: השופטים חושפים את מידת הפגיעה האמיתית בזכויות ואת מידת התרומה של האמצעי המגביל ליכולת של המדינה לממש את תכליתה המוצהרת. מכיוון ששופטים מיומנים בבירור עובדות, ומכיוון שעובדות הן בעלות אופי אובייקטיבי יותר מערכים, ביקורת שיפוטית באמצעות מבחני המידתיות, שזה טיבה, נוטה פחות ללקות בבעיית הסובייקטיביות.<sup>64</sup> הבירור העובדתי שעורכים שופטים במהלך החלת מבחן המידתיות השלישי הוא חשוב, מכיוון שהוא עשוי לגלות לנו שמה שנדמה במבט ראשון כמחלוקת ערכית בלתי פתירה

60. *Constitutional Law in Theory and Practice* (לעיל, הערה 3), בעמ' 145-155.

61. Dworkin (לעיל, הערה 11), בעמ' 228-232.

62. Beatty (לעיל, הערה 2), בעמ' 29.

63. ראו לעניין זה את ביקורתו של אלון הראל על צורת ההנמקה של השופטת דורנר בבג"ץ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749; Alon Harel, "Gay Rights in Israel: A New Era?", 1 *Int'l J. Discrimination & L.* (1996) 261, p. 266. (באופן אירוני דווקא צורת ההנמקה של השופטת דורנר בעניין דנילוביץ היא שמרנית מאוד ואפילו מסוכנת מכיוון שהיא גזרת את היקף ההגנה הרצוי להומוסקסואלים מהתחזקות ההגנה על זכויותיהם במשפט הפוזיטיבי של ישראל ושל מדינות אחרות. מצורת הנמקה זו עולה שכל שקבוצה מסוימת היא מופלית יותר כך היא זכאית להגנה משפטית מצומצמת יותר.)

64. Beatty (לעיל, הערה 2), בעמ' 166-168.

הוא בסך הכול מחלוקת שניתן לפתור אותה בתחלוף פשוט וקומונסנסי של "מעט" תמורת "הרבה".<sup>65</sup>

צריך לשים לב לכך שככל שביטי מדגיש את הרכיב של הבירור העובדתי שכרוך בהחלט מבחן המידתיות במובן הצר, הרי דגש כזה הופך במידה רבה את מבחן המידתיות במובן הצר למיותר. הטעם לכך הוא, ששופטים ממילא בוחנים את המידה שבה המדינה יכולה לממש את מדיניותה תוך שימוש בחלופות אחרות שפוגעות פחות בזכויות במסגרת שני מבחני המידתיות הפורמליים (מבחני ההתאמה וההכרחיות). לפיכך השאלה העיקרית שמתעוררת במהלך החלטת מבחן המידתיות במובן הצר היא בעצם אם ראוי לאפשר לשופטים לגרוע מהיכולת של המדינה לממש את מדיניותה אם גריעה כזו תצמצם באופן ניכר את הפגיעה בזכות היסוד. מקריאת הספר עולה הרושם, שביטי סבור כי ראוי לאפשר לשופטים לגרוע מעט מיכולתה של המדינה לממש מדיניותה, ואולם עמדה משתמעת זו איננה מוצגת כטיעון ברור שמסביר לנו מדוע שופטים צריכים לגרוע מהיכולת של המדינה לממש את מדיניותה, והיא נבלעת בפרק המסכם לספר בתוך רצף של אמירות בשבחי הביקורת השיפוטית בתנאי עקרון המידתיות.

נראה לי שהאיוון הנכון בין הרצון להבטיח את זכויות האדם החוקתיות ובין הקושי הדמוקרטי המתעורר אגב החלטת מבחן המידתיות במובן הצר צריך להימצא בהיקף ההרשאה שניתנת לשופטים לאזן ביניהם. במילים אחרות, השאלה היא עד כמה מותר לשופטים לגרוע ממימוש המדיניות הממשלתית. מבחן המידתיות במובן הצר, בנוסחו המקובל, מאפשר לשופטים להחליף לחלוטין את שיקול הדעת של הרשויות המוסמכות, ובתוך כך לגרוע גריעה של ממש מיכולתן לבצע מדיניות. כפי שהסברתי קודם לכן, החלטת מבחן המידתיות במובן הצר, לפי נוסחו המקובל, יהיה כרוך תמיד גם בשיפוט ערכי לצד השיפוט העובדתי. מכיוון שמבחן זה נטול אמות מידה ברורות, הוא עלול להביא לידי כך שתפיסות ערכיות של השופטים תשפיענה – במודע או שלא במודע – על האופן שבו מבחן זה מיושם. לכן, כך נראה לי, החלטת מבחן המידתיות במובן הצר (בנוסחו המקובל) גם על מקרים שבהם נפגעות זכויות יסוד איננה רצויה. אין פלא אפוא שבתי משפט ברחבי העולם מסתייגים מהנוסח המקובל של המידתיות במובן הצר ונמנעים בדרך כלל מלפסול מדיניות שלטונית רק מן הטעם שהמדינה לא הצליחה להוכיח את עמידתה במבחן זה.

בנקודה זו ההתבוננות במשפט ההשוואתי עשויה להיות מועילה. כאשר בתי המשפט בעולם פוסלים מדיניות בשל חוסר מידתיות הם עושים זאת בעיקר בשל אי-עמידה במבחן המידתיות השני (מבחן ההכרחיות). אמנם מקובל לראות במבחן ההכרחיות מבחן פורמלי ולנסח אותו באופן שהוא יחייב את המדינה לבחור את האמצעי שפוגע פחות בזכות אך עדיין מאפשר לה להגשים את מלוא מטרתה, ואולם דומה שבפועל, כאשר בתי המשפט פוסלים מדיניות מן הטעם שהיא איננה מקיימת דרישה זו, הם מוכנים להסתפק גם בכך שישנו אמצעי שפוגע פחות בזכות ומאפשר למדינה להגשים את מרבית היעדים שהיא הציבה לעצמה.<sup>66</sup>

65. שם, בעמ' 169.

66. Struve (לעיל, הערה 55); "Less Drastic Means and the First Amendment" (לעיל, הערה 55), בעמ' 468, ה"ש 23: "By definition, the less drastic alternative will inhibit expression".

סבורני שגישה זו משקפת חלוקת תפקידים נאותה בין שופטים ובין מקבלי ההחלטות: כאשר שופטים תרים אחר אמצעים חלופיים שפוגעים פחות בזכויות יסודיות, הם אינם רשאים להחליף לחלוטין את שיקול דעת המדינה. הם רשאים לגרוע במידת מה (ולא באופן סוחף) מכוחה של המדינה להגשים יעדים שהיא סבורה שהם חיוניים.

כנגד הגישה המוצעת לעיל אפשר לטעון, שאין זה רצוי ששופטים יסוו איזונים באמצעות מבחנים שמנוסחים באופן פורמלי, כגון מבחן ההכרחיות.<sup>67</sup> הטענה תהיה ששופטים צריכים לפעול בצורה שקופה, ולבצע איזונים שכרוכים בגריעה מהיכולת של המדינה לממש את מדיניותה בצורה גלויה וישירה. ואולם אינני טוען כאן ששופטים צריכים להסוות את האיזונים שהם עורכים בעת החלת מבחן המידתיות במובן הפורמלי. שופטים צריכים להבהיר שהם מחילים מבחן "מרוסן" של איזונים; מבחן שהוא שונה מהאופן שבו מקובל לנסח את מבחן המידתיות המובן הצר. במילים אחרות, כאשר שופטים בוחנים פגיעות משמעותיות בזכויות יסודיות, מותר לשופטים לגרוע מעט מהיכולת של המדינה לבצע את מדיניותה, ואולם אין להרשות להם לגרוע הרבה מהיכולת של המדינה לבצע את מדיניותה באמצעות הנוסח המקובל של מבחן המידתיות במובן הצר (גם אם בחשבון הכולל השופטים עשויים לחשוב שגריעה זו ראויה לעומת מידת הפגיעה בזכויות).

דוגמה למובן "מרוסן" של איזונים אפשר למצוא בפסק דינו של הנשיא ברק בעניין בית סוריק. באותה פרשה פסל בית המשפט את מרבית תוואי גדר הביטחון מצפון לירושלים מהטעם שתוואי זה לא מקיים את מבחן המידתיות במובן הצר. בפסק דינו מזכיר ברק מובן נוסף של מבחן המידתיות במובן הצר, מובן שאותו הוא מכנה בשם "הבחנה היחסית של המידתיות במובן הצר". לפי מובן זה "נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהיה פחותה במידת מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהיה בלתי מידתית על פי מבחן המידתיות במובן הצר אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטה בחלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנוק שנגרם מן הפעולה המקורית".<sup>68</sup> ככל שניתן להבין מבחן זה כמאפשר גריעה מוגבלת מהיכולת של המדינה לממש את מטרות הביטחוניות – ובהתחשב בעצמת הפגיעה בזכויות באותה פרשה – נראה שבית המשפט נהג נכון בהחילו מבחן זה.<sup>69</sup>

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. (2000) 195

67. Davidov, שם.

68. בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, בעמ' 840.

69. עם זאת, לא ברור מקריאת פסק הדין בפרשת בית סוריק אם בית המשפט החיל באותה פרשה את "הבחנה היחסית של המידתיות במובן הצר" או את מבחן המידתיות במובן הצר "בנוסחו המקובל". לביקורת ברוח זו ראו: Moshe Cohen-Eliya, "The Formal and the Substantive Meanings of Proportionality in the Supreme Court's Decision Regarding the Security Fence", 38 Isr. L. Rev. (2005) 262

## ד. סיכום

שתי מסקנות עיקריות עולות מספרו של ביטי *The Ultimate Rule of Law* בעניין האופן שבו בתי המשפט צריכים לפרש את דרישת המידתיות ולהחילה: ראשית, בתי המשפט צריכים למקד את הביקורת השיפוטית בבירור עובדתי. שנית, בתי המשפט רשאים לגרוע רק במידה מוגבלת (כלומר תחלוף של "קטן" בתמורה ל"גדול") מהיכולת של המדינה לממש את מדיניותה.

בעוד ביטי מגיע למסקנות אלו בעיקר מתוך התבוננות בפרקטיקה השיפוטית של דמוקרטיה חוקתיות רבות, אני ביקשתי ברשימה זו להגיע לכלל מסקנות אלו מתוך נקודת מוצא תיאורטית. ראשית, הראיתי כיצד הוויכוח בין המצדדים בגישות דמוקרטיות ובין המצדדים בגישות ערכיות לביקורת שיפוטית משתקף בשני מובנים אפשריים של מידתיות: המובן הפורמלי של המידתיות, שממקד את הביקורת השיפוטית בשני מובני המידתיות הראשונים (מבחן ההתאמה ומבחן ההכרחיות), ומדגיש את הבירור העובדתי; והמובן המהותי של המידתיות, שממקד את הביקורת השיפוטית במבחן המידתיות השלישי (מידתיות במובן הצר), ומדגיש את האיזונים המהותיים בין הערכים המתנגשים.

בעוד המובן הפורמלי של המידתיות נותן עדיפות לשיקול הדמוקרטי (הכרעות ערכיות בחברות דמוקרטיות צריכות להיות נתונות למחוקקים, ואילו שופטים צריכים להסתפק בבירור הבסיס העובדתי של טענות הצדדים), המובן המהותי של המידתיות נותן עדיפות לערך שביסוד ההגנה על זכויות האדם אף אם הדבר כרוך בהטלת וטו על הרצון של מרבית האזרחים. הצעתי כאן גישה הקשרית להחלת מבחני המידתיות. לפי הגישה המוצעת, שופטים רשאים להחיל (נוסף על המובן הפורמלי של המידתיות) גם את המובן המהותי של המידתיות רק באותם מקרים שבהם מתקיימת פגיעה משמעותית בזכויות יסודיות. בשאר המקרים שבהם מועלית טענה בדבר פגיעה בזכויות, על השופטים להסתפק בהחלת המובן הפורמלי של המידתיות. גישה זו קבועה במפורש במשפט החוקתי האמריקני ובמובלע במשפט החוקתי של מדינות דמוקרטיות רבות. היא מבטאת, לדעתי, חלוקת תפקידים ראויה בין המחוקקים לשופטים ומתמודדת כראוי עם ההכרח להבטיח את ההגנה על הזכויות היסודיות של האדם.